

הסכמה וחווה הכרוכים בהולדה

מאת

נילי כהן*

המשפט מגן על הסכם המטיל חובה המוכרת בדין. משמעות הדבר היא שחובה לקיים הסכם זה, ומי שאינו עושה כן כפוף בשל כך לסנקציות, שמטרתן להעמיד את הנפגעת במצב שבו הייתה, לו קיים עמה ההסכם. הסנקציה החוזית, בין אם היא מופעלת על ידי בית המשפט, בין אם היא מופעלת על ידי הצדדים עצמם, מגינה על האינטרס שבקיומו של החוזה. באופן היסטורי פעל החוזה בעיקרו של דבר בשוק, במרחב הציבורי, בין זרים, והתייחס לעסקאות חד-פעמיות. במהלך השנים בלע המוסד החוזי גם גזרות משפטיות שהיו מחוצה לו. הכוונה בעיקר ליחסי המשפחה וליחסי העבודה שנבעו בעבר מתוך מעמד (סטטוס), ולא מתוך חוזה, ונשלטו על ידי כללי הבית, ולא על ידי כללי השוק. מגוון ההקשרים החוזיים, הנע בין הבית לשוק, מקשה את הניסיון לאגד את התופעות החוזיות כולן תחת תאוריה אחת, ומחייב הבחנה ביניהם. אכן לא כל הסכמה היא חוזה, ולא כל חוזה בנוי מאותה עוצמה ומכוון על ידי כללים זהים.

מה בין השוק לבין הבית? בעוד הראשון הוא מרחב ציבורי מזמין ופתוח לכול, הכניסה אל השני סגורה והיא מוגבלת ליושבי ולאורחיהם; בעוד השוק מבטא תחרות, אינטרס עצמי, ניכור ומחויבות זמנית ופורמלית, הבית מבטא אלטרואיזם, יציבות, המשכיות, אינטימיות וגמישות. ההנחה היא שבכל אחת משתי הספרות תתורגם הסכמת הצדדים לנורמות המשקפות את הדימויים האופפים אותה ואת המנגנון החברתי ההולם אותה.

השיקולים העומדים ביסוד ההבחנה בין הבית והשוק נבחנים כאן בהקשר להסכמים הנוגעים להולדה אגב שני פסקי דין. במקרה אחד, **נחמני**, נדונה הסכמה ביתית בין בני זוג להשתלת ביצית מופרית ברחמה של פונדקאית. בני הזוג נפרדו, אך האישה מבקשת להמשיך בתהליך. במקרה השני, **פלונית**, רכשה אישה מנת זרע מאלמוני, בהסכמים פורמליים, והיא מבקשת להמשיך להשתמש בה כדי שהמטען הגנטי של ילדיה יהיה זהה. אך תורם הזרע מסרב שייעשה שימוש בזרעו, כי חזר בתשובה.

בשני המקרים מבקשים האבות הביולוגיים להתחרט. במקרה **נחמני** המעוגן בבית, ללא חוזה פורמלי, הורה בית המשפט בפסק דין, המשקף חילוקי דעות מהותיים, להמשיך בתהליך ולכפות אבהות על האב. במקרה **פלונית**, המעוגן בשוק ובהסדרים חוזיים פורמליים, איפשר בית המשפט לתורם הזרע להשתחרר מאבהותו.

* פרופ' (אמריטה) הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב; נשיאת האקדמיה הלאומית הישראלית למדעים. תודתי נתונה לעוזרי המחקר עו"ד אבי עזרא ושירה לוקסנבורג על סיועם המצויין; כן ברצוני להודות לד"ר יחזקאל מרגלית על הערותיו המצוינות.

פסקי הדין במוקד הרשימה – **נחמני ופלונית** – חושפים את הספקטרום החוזי שבין הבית ובין השוק, אך החלל שנפער ביניהם נע באופן הופכי לדימויים המסורתיים: בעניין **נחמני נאכפה** הסכמה ביתית, ובעניין **פלונית** השתחרר מתקשר מחוזה שנערך בשוק. בחינתם של שני המקרים מצביעה לא רק על טשטוש הדימויים המסורתיים, אלא גם על ירידתם של הכללים ועלייתם של שיקולי הצדק היחסי הנבחנים בדיעבד בין הצדדים. כך מתבטא שוב כוחם הגובר של בתי המשפט בעיצוב תוכן ההסכמה בכל ספּרה: הסכמות ביתיות הופכות לכובלות, באופן שאין הן מוכפפות לשינויים בהעדפותיהם של בני הבית; מנגד, הסכמות השוק הופכות גמישות ומאפשרות חרטה, באופן המקשה במיוחד את האפשרות להסתמך עליהן.

מבוא. א. הדינמיקה של הפלורליזם החוזי; 1. מגוון היחסים החוזיים; 2. עוצמת ההגנה על הזכות החוזית; 3. מודלים של יחסי גומלין חברתיים – שיתוף, מעמד, שוויון, מסחר. **ב. נחמני ופלונית** – הסכמות הכרוכות בהולדה; 1. נחמני; 2. פלונית. **ג. הבית והשוק** – דימוי ומציאות משתנה. **ד. הדימויים הקלסיים של הבית והשוק וקריסתם**. **ה. תרגום הדימוי לכללים משפטיים**: 1. יצרני הכללים; 2. אופי הכללים; 3. כניסת המשפט והמדינה; 4. תוכן ההסכמה – זכות חרטה; 5. האינטרס המוגן – חוזה מול ציפייה; 6. בין הדימוי לכללים? **ו. לאחר נחמני ופלונית**; 1. נחמני; 2. פלונית. **ז. צדק לנמענים וצדק למתדיינות**. סוף דבר.

מבוא

בעשורים האחרונים אנו עדים להתפתחויות טכנולוגיות דרמטיות בתחום הילודה. החידושים שהביאו עימו המדע מאפשרים ניתוק המין וההולדה מן התא המשפחתי המסורתי, ואלה התווספו לשינויים החברתיים שהגמישו את תפיסת הבית הקלסית. מטבע הדברים, התפתחויות אלו הולידו גם קושיות משפטיות סבוכות, הכרוכות בבחינה מחודשת של דימויים מקובלים בחברה ושל יחס המשפט אליהם. במאמר זה אדון בתפיסות החוזיות שיושמו בפסיקה הישראלית בהקשר של הסכמים הכרוכים בהולדה. הסכמים מסוג זה נעים על פני כל הקשת החוזית, והדבר תלוי בהקשר החברתי שבו פועלים הצדדים. אך מתברר שאף אם מדובר בהקשר מסחרי מובהק, יש רגיעה בפסיקה הישראלית מלהתייחס להסכמה זו כאל חוזה שגרת.

התפיסות החוזיות בנושא יוצגו ברשימה זו באמצעות דימוי הבית והשוק. הבית הצטייר בעבר כמקום פרטי, בטוח ולא פורמלי, שכניסתו של המשפט אליו מסויגת, ואשר בו הפרטים מקיימים שותפות אוטונומית ואלטרואיסטית. השוק הצטייר כמרחב ציבורי מנוכר, הכפוף להסדרים משפטיים נוקשים, פורמליים, ואשר בו מתקיימות עסקאות חליפין שבהן מייצג כל צד את ענייניו.

אולם עם השנים, בעקבות מציאות מתפתחת שונה, קרסו דימויים אלה. מהפכת זכויות האדם, שחרור האישה, ירידת כוחה של הדת, התפתחותם של דיני המשפחה והעבודה והחידושים הטכנולוגיים בתחום הפרייה וההולדה – כל אלה יצרו מציאות שונה. התברר שהבית אינו בהכרח מקום בטוח וחסין המקיים שותפות אלטרואיסטית, וככל שהלכו הגבולות המסורתיים של הבית והיטשטשו, כך פחת מרווח הפרטיות במרחב הביתי והתרחבה כניסתה של המדינה אליו. מן העבר השני, גם דימויו של השוק כזירה מנוכרת שבה פועלים מתחרים שווים נסדק: הרחבתה של המסגרת החוזית, בין השאר באמצעות החלתה על יחסים שנבעו מסטטוס, ובעיקר מהפכת זכויות האדם, שאפשרה לבני קבוצות אוכלוסייה מודרות להפוך שחקנים בשדה החוזי, שמו בסימן שאלה את הסדרתו העצמית של השוק.

הפערים בין המתקשרים השונים גדלו, ובכל תחומי השוק נדרשה לא אחת התערבות מדינתית כדי למתן את הפער ולעודד ערכים של הגינות.

באמצעות פנייה אל שני פסקי דין מרכזיים העוסקים בהסכמים הכרוכים בהולדה אדגים את קריסתם של דימויי הבית והשוק. בפרשת **נחמני**¹, שתייצג את דימוי הבית, נידון המקרה של בני הזוג דני ורותי נחמני, אשר עברו טיפולי פוריות. לאחר הפרדה ביניהם תבעה רותי את זכותה להמשיך בטיפולי הפוריות ולהשתמש בביציותיה המופרות בזרעו של דני. במרכז פרשת **פלונית**², המייצגת את דימוי השוק, עומדת פלונית שילדה מתרומת זרע אנונימית, שאותה רכשה מבנק הזרע. פלונית רכשה מראש בחוזה פורמלי את כל מנות הזרע של אותו תורם על מנת שתוכל להרות מזרעו גם בעתיד. כאשר שבה אל בנק הזרע וביקשה את זרעו של התורם בשנית, נמסר לה שלא תוכל לעשות כן, שכן אותו תורם שינה את השקפת עולמו וביקש שלא ייעשה שימוש נוסף בזרעו.

שני פסקי הדין עוסקים בהסכמי הולדה שעלו על שרטון. בשני המקרים התחרטו האבות הביולוגיים. בחינת שני פסקי הדין מעלה שבית המשפט מעדיף להתערב בהסכמים אלה, יהא אופיים אשר יהא, בהתבססו על שיקולי צדק. בכך נגרעת יכולתם של הצדדים להסדיר נושא זה בינם לבין עצמם. הדבר נכון בין שמדובר בעסקת שוק בין זרים, שבה הצדדים גיבשו חוזה מפורש כמו ב**פלונית**, ובין שההסכמה מצויה כולה בספרה הביתית, כמו ב**נחמני**. מגמה זו של התערבות בעייתית בעיצוב ההסכמות בין המתקשרים בבית ובשוק גם יחד הביאה לכך שהסכמה ביתית רופפת הופכת לכובלת, ואילו מהסכמת שוק מחייבת ניתן להשתחרר. עמדתי היא כי הסכמה בין בני זוג להגדיל את המשפחה היא הסכמה לא חוזית, שיש להותיר את מימושה להחלטה משותפת בלעדית של בני הזוג. מנגד, אין צידוק למעורבות מדינתית בחוזה שוק כאשר מעמד שני הצדדים שווה. התערבותו של בית המשפט הביאה לכך שבעניין הביתי של **נחמני** נכפתה אבהות לאחר פקיעת הקשר בין בני הזוג מבלי שהדבר הוסדר בין הצדדים. ובעניין **פלונית**, שבו נדון חוזה שוק בין זרים, מנע בית המשפט את מימוש האבהות מטעמים שלא היו כלולים בהסכמה בין הצדדים.

המאמר מחולק לשישה פרקים. הפרק הראשון מציג את הדינמיקה של הפלורליזם החוזי, כאשר חלקו האחרון של הפרק דן בארבעה מודלים של יחסי גומלין חברתיים: שיתוף, מעמד, שוויון ומסחר. הפרק השני מציג את פסקי הדין **נחמני** ו**פלונית** ומתמקד בתפיסות החוזיות המובעות בפסקי הדין. הפרק השלישי מציג את דימויי הבית והשוק ואת השינויים שעברו דימויים אלה במציאות. הפרק הרביעי דן בהשפעת הדימוי על כללי המשפט המסדירים את הבית והשוק, בחמישה מישורים: (1) יצרני הכללים; (2) אופיים של הכללים; (3) כניסת המשפט והמדינה; (4) תוכן ההסכמה – זכות החרטה; (5) האינטרס המוגן – חוזה מול ציפייה. הפרק החמישי דן בעידן שלאחר פסקי הדין ובהשפעת פסקי הדין בזירה המקומית והבין-לאומית. הפרק השישי מתייחס ליסוד הצדק בבית המשפט כמעצב מדיניות, לרבות לנקודת המבט הנשית.

1 ה"פ (מחוזי חי') 599/92 **נחמני נ' נחמני**, פ"מ התשנ"ד (1) 142 (1993) (להלן: מחוזי **נחמני**), שנהפך בע"א 5587/93 **נחמני נ' נחמני**, פ"ד מט(1) 485 (1995) (להלן: ערעור **נחמני**) אשר גם הוא נהפך, בדיון הנוסף: ד"ג 2401/95 **נחמני נ' נחמני**, פ"ד נ(4) 661 (1996) (להלן: דיון נוסף **נחמני**).

2 בג"ץ 4077/12 **פלונית נ' משרד הבריאות** (פורסם בנבו, 5.2.2013) (השופטים רובינשטיין, עמית, ברק-ארז). בקשה לדיון נוסף נדחתה: דנג"ץ 1403/13 **פלונית נ' משרד הבריאות** (פורסם בנבו, 9.6.2013).

א. הדינמיקה של הפלורליזם החוזי

1. מגוון היחסים החוזיים

החוזה הוא מנגנון חברתי שתכליתו העיקרית היא ייצור עושר וחלוקתו, אך הוא חל על מגוון אינטראקציות חברתיות. תפקידם של דיני החוזים הוא לבצר את האמון במערכת התכנון הפרטי, המבוססת על הסכמה ועל רצון לקבל אחריות. הרעיון הליברלי בהקשר זה הוא שאין יצירת זכויות ללא הסכמה, ואין קבלת אחריות ללא הסכמה. חוזה משמעו יצירת זכויות וקבלת אחריות בהסכמה.³ לשם כך מגייסים דיני החוזים את כוח הכפייה של המדינה. מעמד המרכזי של דיני החוזים הוא הד לאמונה בכוחו של הפרט, באוטונומיה שלו, בהעדפותיו ובבחירותיו. מעמד זה הלך והתרחב עם הפיכתו של השוק החופשי לכלי חלוקתי מרכזי. החוזה היה למכשיר העיקרי שבאמצעותו פועל השוק.

בעבר פעל החוזה בעיקרו של דבר במרחב הציבורי, בין זרים, והתייחס לעסקאות חד-פעמיות. במהלך השנים בלע המוסד החוזי גם גזרות משפטיות שהיו מחוצה לו. הכוונה בעיקר ליחסי המשפחה וליחסי העבודה שנבעו בעבר מתוך מעמד (סטטוס) ולא מתוך חוזה. יחסים נמשכים אלה של נישואין ועבודה, המשתרעים לא אחת על משך חייהם של בני אדם, נתפסו בעבר כחלק מהמסגרת הכללית של הבית. כיום קשה להתייחס ליחסי עבודה כאילו הם כלואים במרחב הפרטי, ובכלל ההבחנות בין פרטי לציבורי, שבעבר שימשו כלי יעיל לסיווגן המשפטי של נורמות, היטשטשו ואיבדו את משמעותן גם בהקשר המשפחתי.

ההתפתחות שהובילה להרחבת תחום התפרסותו של החוזה תוארה במחצית המאה התשע-עשרה על ידי הנרי מיינן, אשר דיבר על תהליך היסטורי המאפיין חברות מתקדמות, שאותו כינה "ממעמד לחוזה".⁴ מעמד הוא הטרונומיה, כלומר שלטונה של סמכות חיצונית הכופה את עצמה על פרטים, וכמעט אי אפשר להשתחרר ממנה. חוזה הוא אוטונומיה, כלומר שלטונם העצמי המשותף של פרטים מכוח רצונם החופשי. מיינן מבשר לנו שהאוטונומיה תתפוס את מקומה של ההטרונומיה,⁵ וכי אנו

3 ראו, למשל: CHARLES FRIED, CONTRACT AS PROMISE: A THEORY OF CONTRACTUAL OBLIGATION 17 (1981); Richard Craswell, *Contract Law, Default Rules, and the Philosophy of Promising*, 88 MICH. L. REV. 489, 491 (1989); Randy E. Barnett, *The Sound of Silence: Default Rules and Contractual Consent*, 78 VA. L. REV. 821 (1992); Joseph Raz, *Promises in Mortality and Law*, 95 HARV. L. REV. 916 (1982) (Reviewing P.S. ATIYAH, PROMISES, MORALS, AND LAW (1981)) — **החלק הכללי 13–15** (התשס"ה) (להלן: **שלו דיני חוזים**). כמוכן, גם בין אלה הסוברים כי ביסוד דיני החוזים עומדת התורה הקלסית בדבר האוטונומיה של הרצון החופשי, קיימות מחלוקות היורדות לשורש מהות ההסכמה החוזית.

4 HENRY SUMNER MAINE, ANCIENT LAW 173–174 (1920) ("the movement of the progressive societies has hitherto been a movement from status to contract")

5 Alain Supiot, *The Dogmatic Foundations of the Market (Comments Illustrated by Some Examples from Labour Law and Social Security Law)*, 29 INDUS. L.J. 321, 326 (2000) החוזים המודרניים, בעיקר אלה המעוגנים בחוזים אחידים ובחוזי יחס, מחזירים אותנו לעידן הסטטוס: Katharina Isabel Schmidt, *Henry Maine's "Modern Law": From Status to Contract and Back Again?* 65 AM. J. COMP. L. 145 (2017)

עוברים לעולם שבו איננו כבולים אלא לאזיקים שאנו שמים על עצמנו מרצוננו החופשי, כלומר לאזיקים חוזיים.⁶

תפיסת החוזה, המבטאת את רוח האדם ואת יכולתו לכתוב את סיפור חייו לפי בחירתו, כבשה את הדמיון, והיא נמתחה כמעט עד קצה גבול היכולת. הכול הפך חוזה: יחסים בין בני זוג, יחסי מעביד-עובד, יחסי הפרט עם המדינה, יחסי תלמיד עם בית הספר או האוניברסיטה, מתחרים בתחרות ובהגרלות, חברות במועדון, יחסים בין חברים במושב ובקיבוץ, יחסים בין בעלי מניות לבין עצמם ובינם לבין החברה. כל אלה ספרות חוזיות שונות, המציגות לכאורה ספרות שונות של צדק.⁷ מגוון ההקשרים החוזיים מקשה את הניסיון לאגד את התופעות החוזיות כולן תחת תאוריה אחת. האם כל הסכמה היא חוזה? האם כל חוזה בנוי מאותה עוצמה ומכוון על ידי כללים זהים, או שמא השוני בין דפוסי החוזה מצדיק הבחנה בין עוצמות שונות של הזכות החוזית?⁸

2. עוצמת ההגנה על הזכות החוזית

החוזה ה"מושלם" מטיל חובת קיום המוגנת בראש ובראשונה באמצעות הסעדים של אכיפה ופיצוי קיום. אך הגיוון החוזי מתבטא בשורה של כללים מהותיים ובשורה של כללים תרופתיים שונים. החקיקה הישראלית מונה כמה חוזים "רופפים" שאינם זוכים להגנה משפטית מלאה. יש חוזים שהדין מאפשר לאחד המתקשרים בהם לחזור בו מהתחייבותו, ומכאן שאי-קיומם אינו בבחינת הפרה (למשל, הדין מתיר חזרה, בנסיבות מסוימות, מהתחייבות לתת מתנה⁹), או שהפרתם מעניקה רק מקצת הסעדים לצד הנפגע (למשל, הדין אינו מעניק, ככלל, סעד אכיפה בשל הפרת חוזה לעשות שירות אישי¹⁰).

6 בפרפראזה על אמרתו המפורסמת של רוסו: "האדם נולד חופשי, ובכל מקום אסור הוא באזיקים": ז'אק רוסו על האמנה החברתית⁹ (מהדורה שלישית, ח"י רות עורך, יוסף אור מתרגם, התשט"ז).

7 השוו בהקשר דומה את הקושי להחיל אותם קריטריונים של צדק חלוקתי במישור הכלכלי, הפוליטי, החברתי והביתי: MICHAEL WALZER, SPHERES OF JUSTICE: A DEFENSE OF PLURALISM AND EQUALITY (1994); MICHAEL WALZER, THICK AND THIN: MORAL ARGUMENT AT HOME AND ABROAD (1983). ראו גם ELIZABETH ANDERSON, VALUE IN ETHICS AND ECONOMICS (1993) (חשיבות שימור הערכים המגוונים המניעים את הבית ואת השוק).

8 Hanoch Dagan, *Autonomy, Pluralism, and Contract Law Theory*, 76 L. & CONTEMP. PROBS. 19 (2013); Roy Kreitner, *On the New Pluralism in Contract Theory*, 45 SUFFOLK U.L. REV. 915 (2012).

9 ס' 5(ב) ו-5(ג) לחוק המתנה, התשכ"ה-1968; על ההתחייבות לתת מתנה ראו דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים א פרק 11 (התשנ"א) (להלן: פרידמן וכהן חוזים א); מרדכי אלפרדו ראבילו חוק המתנה, תשכ"ח-1968 סעיף 5 (פירוש לחוקי החוזים מיסודו של ג' טדסקי, מהדורה שנייה, התשנ"ו). הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, ה"ח הממשלה 669 (2001) (להלן: הצעת חוק דיני ממונות) שומרת על הדין הקיים בנושא חזרה מהתחייבות לתת מתנה: פבלו לרנר "המתנה וההתחייבות החד-צדדית בקודקס הישראלי (הערות על מה שיש בו ועל מה שאין בו)" משפט ועסקים ד 273, 292-293 (התשס"ו). לסקירה כללית של חוזה המתנה בהצעת חוק דיני ממונות: מיגל דויטש "הרוויזיה של דין המתנה בקודקס" משפט ועסקים ד 321 (התשס"ו).

10 ס' 2(3) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 (להלן: חוק התרופות); לדיון בחריג השירות האישי או העבודה האישית לסעד האכיפה ראו דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים ד ס' 35.66-35.77 (התשע"א) (להלן: פרידמן וכהן חוזים ד).

בתחתית הסולם, ואולי אף מחוץ לשלביו, מצויים כל אותם הסכמים שדיני החוזים אינם מתייחסים לשאלת קיומם או אי-קיומם.¹¹ כעיקרון, הסכמים אלה אינם יוצרים זכויות וחובות משפטיות, ומכאן שאינם נושא לדיון בבית משפט, כלומר מדובר בחוזים שאינם שפטיים.¹² ניתן לומר כי המשפט אדיש לקיומם: הוא לא יתערב כדי להחזיר לקדמותו את מה שנעשה; אף לא כדי לצוות על עשייתו של מה שלא נעשה. הפרת חוזים אלו אינה מזכה את הנפגע לא באכיפה, אף לא בפיצויים (למשל, חוזי הימורים)¹³ אשר הדין מסתייג מאופיים, ובשל כך הם מצויים בשוליהם של דיני החוזים.¹⁴

בקטגוריה נפרדת מצויים ה"חוזים" הבטלים בין מחמת אי-קיום דרישה שהדין קבע כתנאי לתוקפם ובין מחמת פסלות או מחמת היותם למראית עין.¹⁵

מתי יתייחס המשפט להסכם כאל חוזה "מושלם", ומתי יתייחס להסכם כאל חוזה "רופף", בטל מחמת אי-קיום דרישה של הדין, בטל מחמת פסול המצוי בו או כלא מחייב? התשובה לשאלה זו תלויה בטעמים מגוונים. כל אלה קשורים למערכת השיקולים העוסקת בסימון גבולותיה של "הממלכה החוזית". דיני החוזים מייצגים תכנון, הסתמכות, ציפייה, משטר, חובה וכפייה. תחומים שהמשפט מבקש להותיר בהם חופש פעולה, שיקול דעת, ברירה ושינוי לנושאו, ללא הגבלה והתחייבות, אינם מתאימים לתחולתם של דיני החוזים.

ברשימה הנוכחית אתרכו בתפיסות החוזיות שהחילה הפסיקה הישראלית בהקשר של הסכמים הכרוכים בהולדה. נראה בהמשך כי קיים קושי לסווג הסכמים מסוג זה. הסכמים כאלה אינם נתפסים כחוזים מושלמים, לעיתים אף לא כחוזים כלל, וקיימים חילוקי דעות בפסיקה בעניין זה. סיווגם של ההסכמים האמורים תלוי בהקשר החברתי שבו פועלים הצדדים, ומעניין שאף אם מדובר בהקשר מסחרי מובהק, קיימת רתיעה בפסיקה הישראלית מהתייחסות להסכמה כזו כאל חוזה מושלם. אציג בקצרה סיווג אפשרי ליחסי הגומלין החברתיים והשלכתם על אופייה המשפטי של ההסכמה הנקשרת במסגרתם.

11 המחוקק אינו מקפיד על ההבחנה הלשונית בין "הסכם" ל"חוזה"; ראו, למשל, חוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957, העוסק בהסכמים מחייבים, כלומר בחוזים. אולם על הסעד בשל הפרתו של הסכם קיבוצי מוטלת הגבלה: ס' 24 לחוק קובע כי צד להסכם קיבוצי לא יהיה חייב בפיצויים על הפרת חובותיו לפי הסכם קיבוצי אלא אם התחייב בהם במפורש בהסכם.

12 ראו פרידמן וכהן **חוזים** א, לעיל ה"ש 9, בפרק 9; שלו **דיני חוזים**, לעיל ה"ש 3, פרק 23.

13 שם, בעמ' 549-561; פרידמן וכהן **חוזים** א, לעיל ה"ש 9, בס' 9.23-9.38; עופר גרוסקופף "פטרנליזם, תקנת הציבור והמונופול הממשלתי בשוק ההימורים" **המשפט** 9 (תשס"ב) (להלן: גרוסקופף "פטרנליזם בשוק ההימורים").

14 דוגמה מובהקת לחוזה שהוא כמעט לא מוגן היא חוזה שהתיישן. אך בנושא ההתיישנות לא נדון, שכן דין ההתיישנות אינו מוגבל לקטגוריות מסוימות של חוזים. הוא חל על כלל החוזים, ולמעשה על כלל החיובים: חוק ההתיישנות, התשי"ח-1958 מהווה הסדר כללי של הדין, שאינו מעורר בעיות מיוחדות בנושא השפיטות החוזיות. החלק השישי בהצעת חוק דיני ממונות מסדיר, בין היתר, את סוגיית התיישנותה של עילת תביעה הנובעת מחוזה.

15 ע"א 4305/10 **אילן נ' לוי** (פורסם בנבו, 9.5.2012); ע"א 6667/10 **טנדלר נ' קוניצקי** (פורסם בנבו, 12.9.2012); איל זמיר ומיכאל כהן "חוזה פסול, חוזה למראית עין או חוזה פסול למראית עין? (בשולי ע"א 5305/10 **אילן נ' לוי**)" **משפטים** מה 251 (התשע"ה); לדיון: שלו **דיני חוזים**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 261-264.

3. מודלים של יחסי גומלין חברתיים – שיתוף, מעמד, שוויון, מסחר

יש המבחינים בין ארבעה מודלים של יחסי גומלין חברתיים: מודל שיתופי, מודל הייררכי, מודל שוויוני ומודל שוק.¹⁶ במודל השיתופי כל פרט מתייחס לרעהו כבעל ערך זהה; במודל ההיררכי כל פרט מתייחס למעמדו יחסית לאלה שמעליו ולאלה שמתחתיו; במודל השוויוני כל פרט בודק את חוסר האיזון בינו לבין האחרים; במודל השוק בוחן הפרט כל טובת הנאה על פי ערכה הכספי. יחסים בין בני זוג אמורים להיות בנויים על מודל שיתופי-שוויוני, ונהוג לשייך את התא המשפחתי למודל זה. כלומר, במודל שיתופי של יחסים אינטימיים לא יעסקו הפרטים במשא ומתן כדי להבטיח כי יקבלו תמורה הוגנת עבור תרומתם, אלא הקשר ביניהם ייבנה במשך הזמן ללא התחשבנויות ובספונטניות, כשהוא מבוסס על רגש ומסירות. אימוץ הלך רוח של שוק יחבל בקשר האינטימי. ואולם, היש הצדקה להמשיך להחיל מודל שיתופי גם כאשר בני הזוג מצויים לקראת סיום יחסיהם? וכיצד ניתן להתמודד עם המודל השיתופי-שוויוני של הנישואים כאשר במציאות – וגם על פי הנורמות של המשפט הישראלי – מודל זה כפוף לתפיסה הייררכית-פטריארכלית?¹⁷ ומנגד, מודל השוק רואה לנגד עיניו פרטים אוטונומיים המחשבים את תועלתם על פי הערכים הכספיים שזו תניב, ועל פי זה מבצעים את עסקאותיהם.¹⁸ אך האם מודל השוק יכול לפעול במצב של אי-שוויון המנציח הייררכייה?

מייץ צפה את הפיכתו של המעמד – שבו הייתה חלוקה בין צד שליט לבין מי שנתון למרותו (מעביד-עובד; בעל-אישה) – לחוזה; הוא בוודאי לא העלה על דעתו שהחווה – לא רק זה שנבע מתוך הסטטוס הישן אלא גם זה הנכרת בהקשרים מסחריים (ספק-צרכן) – ילקה באותם פגמים שבהם לקה המעמד, וכי גם בו יימצא פער בעייתי בין המתקשרים. במצב זה נראה שאין צידוק להחיל את הרעיון של האחריות החוזה, המניח ששני הצדדים, השווים פחות או יותר במעמדם, מצליחים לגבש רצון חופשי משותף ולהטיל על עצמם מרצונם אחריות. כאשר צד אחד נתון בידי של האחר, כיצד ניתן לדבר על "רצון חופשי"? החוזה הוא כלי בלבד, שתוכנו שואב מן הצדדים ומיחסי הכוחות ביניהם. הוא כשלעצמו אינו מעניק חופש או שוויון. נהפוך הוא, כאשר קיים פער בין הצדדים, החוזה עלול לשמש כלי לשימור המעמד ולשיערוקן באמצעות כוחו לכבול אותם גם לעתיד. היה אפוא צורך בהתערבותה של המדינה כדי להחזיר את האיזון בין הצדדים על כנו ולהבטיח חלוקה צודקת של משאבים באמצעות הכלי החוזה.¹⁹

16 ALAN PAGE FISKE, STRUCTURES OF SOCIAL LIFE: THE FOUR ELEMENTARY FORMS OF HUMAN RELATIONS: COMMUNAL SHARING, AUTHORITY RANKING, EQUALITY MATCHING, MARKET PRICING 169–202 (1991).

17 לדיון במודל הפטריארכלי שעליו מושתתים החיים הפרטיים בישראל (ובכלל) ראו צבי טריגר "יש מדינה לאהבה: נישואין וגירושין בין יהודים במדינת ישראל" **משפטים על אהבה** 173 (מסדרת **משפט, חברה ותרבות**, ארנה בן-נפתלי וחנה נוה עורכות, התשס"ה); פרנסס רדאי "על השוויון" **משפטים** כד 241 (התשנ"ד).

18 במציאות מרבית העסקאות המבוצעות בשוק (בעיקר בין גופים עסקיים למתקשרים פרטיים) אינן פרי בחינה מדוקדקת של העלות והתועלת לצדדים בשל בעיית עודף מידע המקשה ביצוע ניתוח זה בעסקאות המבוצעות מדי יום: Tess Wilkinson-Ryan, *Contracts Without Terms* (U of Penn, Inst for Law & Econ Research Paper No. 16–5, 2016) <http://ssrn.com/abstract=2738567>.

19 זאב צלטנר "תורת החיובים מאין ולאן: ממעמד לחוזה ומחווה שוב למעמד" **הפרקליט** י 30 (התשי"ד). לניתוח היסטורי מעניין החושף את הקשיים שחווה המלחין יוהאן סבסטיאן באך בתקופה של ניצני

אחד התחומים שבהם התערבה המדינה באינטנסיביות בתוכנן של ההסכמות היה יחסי עבודה, שבעבר שובץ בקטגוריה המשפטית של סטטוס. התערבות זו הייתה נעוצה בהכרה בכך שהיעדר השוויון בין הצדדים – מעביד מול עובד – שולל חופש של ממש מן העובד ומצדיק התערבות כדי להפוך את ההסכמה לצודקת מבחינת תוכנה. במחצית השנייה של המאה העשרים עלתה ונשאלה בחריפות השאלה אם אין להחיל את ההיגיון שהניע את המדינה להתערב בחוזי עבודה ובחוזים מסחריים, שבהם יש פער בין הצדדים, גם על יחסים מתמשכים בין בני זוג במרחב הפרטי – היגיון המצדיק כניסתה של המדינה גם הביתה פנימה. במשפט הישראלי ההתערבות במישור זה באה לביטוי בפיתוחה של חזקת השיתוף ברכוש בין בני זוג באמצעות כלים חוזיים, שהוטענו במטענם הערכי של השופטים ואשר חתרו תחת המעמד המסורתי; לאחר מכן היא מצאה ביטוי בחקיקת חוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג–1973. ובכלל, דיני חוזים משמשים מכשיר מרכזי לפיתוחם של דיני המשפחה כיום ולהתנתקות מהדין הדתי.²⁰ מנגד עלתה טענה שבגזרות מסוימות של הסכמות משפחתיות האופי האינטימי ביחסים שבין בני זוג שולל מלכתחילה את התפיסה החוזית, ואין להחילה כלל. בהקשר הנוכחי אדון כאמור בתפיסות החוזיות המוחלות בהקשר המשפחתי שעניינו הולדה וריבוי באמצעות טכנולוגיות מתקדמות. ציר הדיון יהיה פסק דין **נחמני נ' נחמני**,²¹ השקוע בהוויה העכשווית של משפחות חדשות ושימוש בטכנולוגיות הולדה מתקדמות. הוא מחייב לגשר על הפער שבין תפיסות חוזיות שונות למציאות חדשה, שספק אם התפיסות הקודמות מתאימות לה. מנגד אציב את פסק הדין **פלונית נ' משרד הבריאות**,²² שבו חזר תורם זרע מהתחייבותו, וההסכמה החוזית בין הצדדים לא התייחסה כלל לסוגיית החרטה מתרומת הזרע. בדומה לעניין **נחמני**, גם במקרה זה הונחה בפני בית המשפט שאלה תקדימית שהתשובה עליה אינה ברורה מאליה. אך בניגוד לעניין **נחמני**, שבו המחלוקת בין הצדדים עסקה בהסכמה משפחתית בעלת אופי אינטימי שנעשתה במסגרת ביתית, בעניין **פלונית**

המעבר מיחסי סטטוס (כמנהל מוזיקלי בחצרו של הנסיך ליאופולד מאנהלט-קטן) ליחסים חוזיים (כמנהל מוזיקלי בכנסייה הלותרנית בלייפציג): Jonathan Yovel, *From Status to Contract: The Unhappy Case* (2014) 501 *of Johann Sebastian Bach*, 27 *CAN. J. L. & JURIS*. 213, 231–233 (2003) (הנשיא ברק: חיוב במזונות ראו למשל רע"א 8256/99 **פלונית נ' פלוני**, פ"ד נח(2) 213, 231–233 (2003) (הנשיא ברק: חיוב במזונות "אורחיים" על פי דיני החוזים ועקרונות תום הלב, במנותק משאלת הנישואין הדתיים); בע"מ 4751/12 **אלמוני נ' אלמונית**, פס' 24–27 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 29.8.2013) (חיוב במזונות על פי עקרונות חוזיים של מי שלא היה הורה ביולוגי או מאמץ. זאת, נוכח התנהגותו לאורך השנים, המלמדת על הסכמתו לזון את הקטינות שאימצה בת זוגו וכן הסתמכותן של הקטינות ובת הזוג על התנהגות זו). ראו גם ע"א 449/79 **סלמה נ' סלמה**, פ"ד לד(2) 779 (1980); תמ"ש (משפחה ת"א) 21910-10 **פלונית נ' אלמונית** (פורסם בנבו, 27.8.2013). כן ראו את פסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן בדבר הנכונות להפעיל עקרונות חוזיים לצדו של חוק יחסי ממון בין בני זוג: ראו גם רע"א 8672/00 **אבו רומי נ' אבו רומי**, פ"ד נו(6) 175, 182–183 (2002) (האפשרות להוכיח באמצעות חוזה מכללא כי נכסים שהיו לבן הזוג ערב הנישואין נכללים בהסדר איוון המשאבים על אף הקבוע בס' 5(א)(1) לחוק יחסי ממון, התשל"ג–1973 – הושארה בצריך עיון); בע"מ 1398/11 **אלמונית נ' אלמוני**, פס' 16–18, 21 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 26.12.2012) (על רף ההוכחה הנדרש להסקת כוונת שיתוף בנכסים שהיו לבן הזוג ערב הנישואין, באמצעות חוזה מכללא ומצגים שהציג בן הזוג לבן הזוג האחר. השופט זילברטל בדעת מיעוט בנוגע לשאלת יישום הדין על העובדות אך לא בנוגע לשאלה המשפטית שהתעוררה). כן ראו להלן הטקסט הסמוך לה"ש 115–118.

21 לעיל ה"ש 1.

22 לעיל ה"ש 2.

מדובר בהסכמה חוזית פורמלית שבוצעה בשוק תמורת תשלום. על אף אופייה הפורמלי של הסכמת הצדדים הכריע בית המשפט שזכות החרטה של התורם גוברת, ואף שפסק הדין ניתן פה אחד, הדי הספק ניכרים בו.

השאלות הבסיסיות שבהן אדון נוגעות אפוא לגבולות ההסכמה החוזית ולבעיית ההתערבות המדינתית בהקשר של הולדה. הבעיה העקרונית נוגעת לאיתור תוכנה של ההסכמה לעניין זה ולכוחה המחייב, ובעיקר לשאלה אם ראוי להשאיר את הסדרת היחסים הפנימית לצדדים עצמם, או שמא הכשלים שקיימים במסגרות החוזיות הרגילות – של פער במעמד הצדדים וחשש של ניצול לרעה על ידי החזק – מצדיקים התערבות, במיוחד כאשר הימנעות מהתערבות מובילה לכאורה לתוצאה בעייתית.

ב. נחמני ופלונית – הסכמות הכרוכות בהולדה

1. נחמני

פרשת נחמני²³ מגוללת את סיפורם האישי של בני הזוג נחמני, שביקשו להרחיב את משפחתם. רותי נחמני עברה ניתוח של כריתת רחם, ובעקבות זאת החליטו בני הזוג להסתייע בפונדקאית שברחמה תושל ביצית משחלותיה של רותי, שהופרטה בזרעו של דני. על פי המצב החוקי ששרר באותה עת,²⁴ סירבה המדינה להיענות לבקשתם. לאחר שפנו לבית המשפט בבקשה נגד המדינה הותנע התהליך, אך בני הזוג נפרדו. רותי נחמני מעוניינת בהמשך התהליך. דני נחמני מבקש להפסיקו. עבור רותי זוהי הדרך היחידה לזכות בצאצא גנטי שלה.

השאלה אם מוקנית לאישה זכות להמשיך בתהליך של השתלת ביצית מופרית ברחמה של פונדקאית אף שנפרדה מכן זוגה, הניכה יכול של שלושה פסקי דין, מהם שניים בבית המשפט העליון, שניטנו בהרכבים מורחבים שכללו 13 שופטים, ובמסגרתם ניתנו 17 חוות דעת שונות. בית המשפט המחוזי קיבל את תביעתה של רותי. בית המשפט העליון שדן בערעור דחה אותה, ובדיון הנוסף קיבל אותה.²⁵

כאמור, ההחלטה להרחיב את המשפחה ולהתחיל בתהליך של השתלת ביצית מופרית ברחם פונדקאית הייתה פרי הסכמה של בני הזוג. חילוקי הדעות נבעו בעיקר מהעובדה שלא הונחה בפני בית המשפט תשתית ראייתית הסכמית בשאלה מה יהיה גורל התהליך במקרה של פְּרדה. ייתכן שבני הזוג

23 לעיל ה"ש 1.

24 להלן ה"ש 119.

25 במחוזי: השופט אריאל; בערעור: חמישה שופטים; בדיון הנוסף: תשעה שופטים. השופטים ברק, זמיר, שטרסברג-כהן וטל ישבו הן בערעור הן בדיון הנוסף. היו ששאלו אם היה נכון להשקיע משאבים שיפוטיים כה רבים במקרה זה. וגם בקהילה האקדמית הציתה הפרשה דיונים נוקבים על ההיבטים הפילוסופיים-מוסריים של פסיקת בית המשפט. לדוגמה ראו חיים גנז "העוברים המוקפאים של הזוג נחמני" עיוני משפט יח 83 (התשנ"ג); אנדרי מרמור "העוברים המוקפאים של הזוג נחמני: תשובה לחיים גנז" עיוני משפט יט 433 (התשנ"ה); חיים גנז "העוברים המוקפאים של הזוג נחמני: תגובה לאנדרי מרמור" עיוני משפט יט 453 (התשנ"ה); דוד הד "משפט צדק וצדק מוסרי – עיון נוסף בפרשת נחמני" משפטים כט 507 (תשנ"ח).

לא חשבו כלל שתתעורר בעיה בעתיד, ואולי, אף אם חשבו עליה, החליטו שלא כדאי לעורר שדים מרובים, שכן בכך היו עלולים להיחשף חילוקי דעות כבר באותו שלב. בין כך ובין כך, הסכמה של ממש בעניין זה לא הייתה, וכל צד מציג עתה עמדה נוגדת את זו של האחר. לקושי הראייתי מצטרף קושי משפטי, הנובע מהעובדה שמדובר בהקשר חדש המעורר סוגיה טרייה, ועל בית המשפט להכריע בעניין מתוך התרשמות ראשונית, ללא יכולת להסתייע בכללי רקע.

השופטת שטרסברג-כהן, שכתבה את פסק הדין של דעת הרוב בשלב הערעור בפרשת **נחמני**, העמידה במוקד הדיון את השאלה מה הוסכם, אם בכלל, על המשך התהליך עם הפרדה בין בני הזוג, ומה טיב ההסכמה, חוזית או אחרת. היא הניחה שמקור זכותה של האישה להמשך התהליך הוא ההסכמה ההתחלתית בין בני הזוג, אך התחבטה בשאלה מה אופייה של ההסכמה: האם מדובר בחוזה "רגיל"? כדי לדעת אל נכון אם מדובר בחוזה רגיל, בחנה אותו השופטת דרך מגוון זכויות, שהקו האופייני שלהן הוא חולשתן התרופתית. הסולם היורד של עוצמת הזכויות הדגיש את רפיסות זכותה של האישה²⁶ והבליט את הפלורליזם החוזי המשתקף באמצעות הקשר שבין הזכות לתרופה. זכותה של בת הזוג, שבית המשפט התקשה לסווגה, הושוותה לשתיים: לזכות הנובעת מהבטחת נישואין, שאינה מזכה את בעליה לא באכיפה ולא בפיצויי קיום,²⁷ ולזכות הנובעת מהסכם פוליטי, המקנה לבעליה תרופות מוגבלות.²⁸ ההיקש להסכמות מסוג זה הוביל את השופטת למסקנה שההסכם שיצר

26 ערעור **נחמני**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 511–512 (שטרסברג-כהן).

27 שם, פס' 20. במובן זה ניתן להתייחס לזכות כאל הבטחה טרום-חוזית, בדומה לזו הנובעת מהפרת החוזה לנהוג בתום לב במשא ומתן, המעניקה לנפגע פיצויי הסתמכות לפי ס' 12 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973. אולם ברוח הנטייה הכללית דאז להרחבת אחריות, הסתמנה עלייה במעמדה של הבטחת נישואין: ע"א 5258/98 **פלונית נ' פלוני**, פ"ד נח(6) 209 (2004) (להלן: עניין **פלונית נ' פלוני**). לבחינה ביקורתית ראו: נילי כהן "ירידתה ועלייתה של הבטחת נישואין" **המשפט** יא 27 (התשס"ו); עופר גרוסקופף וסלה חלבי "הפרה של הבטחת נישואין: מדגם 'הפיתוי' הגברי לדגם 'שברון הלב' משפטים על אהבה" 107 (מסדרת **משפט חברה ותרבות**, ארנה בן-נפתלי וחנה נוה עורכות, התשס"ה) (להלן: גרוסקופף וחלבי "הפרה של הבטחת נישואין"). גם בקשר לס' 12 הסתמנה נטייה להרחבת אחריות: גבריאלה שלו "עוד על עקרון תום הלב" **קריית המשפט** ג 121 (התשס"ג); רע"א 235/12 **אירוס הגלבו בע"מ נ' עומר הנדסה בע"מ**, פס' 9 (פורסם בנבו, 27.2.2012); ע"א 8144/00 **עליג נכסים (1987) בע"מ נ' ברנדר**, פ"ד נז(1) 158 (2002); ע"א 6370/00 **קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ**, פ"ד נו(3) 289 (2002); ע"א 700/89 **חברת החשמל לישראל בע"מ נ' מליבו ישראל בע"מ**, פ"ד מז(1) 667, 690 (1993) (רמיזתו של השופט חשין לעניין האפשרות לפסיקת פיצויי קיום בגין הפרת חובת תום הלב שבס' 12). לסימני בלימה של נטייה זו: ע"א 9073/07 **מדינת ישראל – משרד הבינוי והשיכון נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ**, פס' 39 לפסק דינה של השופטת חיות, פסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 3.5.2012); ע"א 434/07 **פרינץ נ' אמירים מושב עובדים של צמחונים וטבעונים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ**, פסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 14.6.2009); רע"א 3160/08 **מזר נ' גאון חברה לבנין והשקעות בע"מ**, פס' 9 לפסק דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 28.6.2009); ע"א 7193/08 **עדני נ' דוד**, פסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 18.8.2010).

28 בג"ץ 1635/90 **ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה**, פ"ד מה(1) 749 (1991); פרידמן וכהן **חוזים א**, לעיל ה"ש 9, ס' 9.42–9.49; נילי כהן "ההסכם הפוליטי" **המשפט** א 59 (התשנ"ג) (ספק בתוקפו החוזי של הסכם פוליטי); גבריאלה שלו "הסכמים פוליטיים" **עיוני משפט** טז 215 (התשנ"א) (תפיסה חוזית בנוגע להסכם פוליטי).

את זכותה של האישה משתייך לקטגוריית "החוזים הרופפים",²⁹ ומכאן קצרה הדרך להכרעה: לבת הזוג אין זכות לכפות על בן זוגה אבהות על ידי המשך תהליך הפונדקאות לאחר פרדתם. הזיקה בין הזכות המהותית לתרופות שבהן היא מצוידת נידונה לא אחת בהקשרים כלליים ובהקשרים חזויים. מבין הגישות השונות – זו המעניקה עליונות לסעד על פני הזכות, זו הגורסת עליונות הזכות על הסעד, זו המזהה בין הזכות לסעד וזו המפרידה בין הזכות לסעד³⁰ – נראה שהגישה שהניעה את השופטת שטרסברג-כהן היא של עליונות הסעד על פני הזכות: על פיה הסעד משמש אמצעי אקטיבי לעיצוב התוכן הנורמטיבי של הזכות, ומערכת הסעדים היא כלי להחדרת ערכים של ההתנהגות הראויה, והיא מסייעת לקידום המטרות החברתיות הרצויות.³¹

רותי נחמני תבעה אכיפה (למעשה צו להמשך התהליך, שניתן להגשמה אף ללא שיתוף פעולה עם דני) ולא פיצויים. נוכח עמדתו המסתייגת של בית המשפט בערעור כלפי הדרישה להמשך התהליך, לא ברור אם היה נכון להעניק לה פיצויים אילו תבעה תרופה זו. אולם במצב (משוער) זה, שבו בית המשפט אינו מעניק אכיפה ואף לא פיצויים, אכן הזכות "רופפת" ביותר.³²

היש לזכות רופפת כזו משמעות כלשהי? השאלה יכולה לעלות בנסיבות האלה: לו הייתה הביצית המופרית בחזקתה של האישה, האם הייתה יכולה לפנות עצמאית להמשך התהליך? אם בידיה זכות להמשך התהליך (אומנם זכות רופפת, כי בית המשפט לא יצווה על אכיפתה או על פיצויים בגין הפרתה), נראה שהתשובה חיובית, שהרי במצב זה התהליך יכול להימשך ללא התערבות בית המשפט. אך האם בנסיבות אלה יכול הבעל לפנות לבית המשפט ולבקש כי יורה על הקפאת התהליך, שכן זכותה של האישה (לאמיתו של דבר, זכותם של שני בני הזוג) תמה עם סיום הקשר? אם מכירים בזכות חוזית רופפת של האישה, אין מניעה שתשתמש בביצית, ולבעל לא תהיה עילה לפנות לבית המשפט. אולם כאן אנו עוברים להיבט המהותי: פרשנותו של ההסכם בין בני הזוג הובילה למסקנה שעם סיום הקשר בין הצדדים מסתיימת זכותה המהותית של רותי להמשיך בתהליך ובדרך זו לכפות אבהות על דני. במילים אחרות, כדי לכפות הורות על דני יש צורך בהסכמה משותפת בין בני הזוג בכל שלב של התהליך.

והנה, בדיון הנוסף הפכה דעת הרוב לדעת המיעוט. הוויכוח אומנם נמשך, אך בעקבות דעת המיעוט של השופט טל בערעור התנתקה דעת הרוב בדיון הנוסף מהקטגוריזציה החוזית והתמקדה בשאלת הצדק היחסי בין הצדדים ובמאזן הנזקים ביניהם. בהתבססם על מאזן הצדק הגיעו שופטי

29 ערעור נחמני, לעיל ה"ש 1, בעמ' 510 (שטרסברג-כהן), בעקבות המינוח שהוצע אצל נילי כהן "ההסכם הפוליטי", לעיל ה"ש 28, בעמ' 62–63.

30 למודלים השונים: OF CONTRACT 3 (Nili Cohen & Ewan Mckendrick eds., 2005); פרידמן וכהן חוזים ד, לעיל ה"ש 10, ס' 33.13–33.3. ליישום, בין השאר בהקשר הנוכחי: נילי כהן "תרופות בשל הפרת חוזה – מהזכות לתרופה; מחוק התרופות לקוד האזרחי" ספר דניאל – עיונים בהגותו של פרופסור דניאל פרידמן 57, 69–84 (נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים, התשס"ח). לעמדה שלפיה הסעדים אינם מעצבים את אופי הזכות ומהותה, אלא הם כלי לשימור הערכים המתגבשים במסגרת שיח הזכויות, ראו STEPHEN A. SMITH, CONTRACT THEORY 388–398 (2004).

31 מאיה לקשטיין סעדים עצמיים חזויים 83 (התשע"א).

32 דפנה ברק-ארז "על סימטריה וניטרליות: בעקבות פרשת נחמני" עיוני משפט כ 197, 207–211 (התשנ"ו). ס' 32 (א) לחוק החוזים קובע שחוזה הימורים אינו עילה לאכיפה ולפיצויים, אך הוא עדיין מסווג כחוזה: פרידמן וכהן חוזים א, לעיל ה"ש 9, ס' 9.23 ואלך; פרידמן וכהן חוזים ד, לעיל ה"ש 10, ס' 33.8.

הרוב בדיון הנוסף למסקנה שהנוק לרותי במניעת הורות יהיה גדול מזה של דני שיהפוך לאב חרף רצונו והורו על המשך התהליך.

הדיון הנוסף, שאכף את המשך התהליך, הפך את זכותה של בת הזוג לזכות משפטית ברורה, אך מה מקורה? שופטי הרוב בדיון הנוסף מדגישים שאין מדובר בזכות מכוח חוזה. השופטת דורנר למשל מציינת בדיון הנוסף שהסכם בעניין הולדת ילד אינו חוזה, וכי חזקה שהצדדים לא התכוונו להחיל עליו את דיני החוזים, ואפילו התכוונו, ייחשב הדבר מנוגד לתקנת הציבור.³³ במילים אחרות, לפי תפיסה זו יש לצדדים חירות מלאה להשתחרר מהבטחה כזו, שהרי עצם הפיכתה לחוזה מנוגד לתקנת הציבור. מהו אפוא הבסיס לזכותה של רותי לכפות על דני את המשך התהליך? תשובתה של השופטת דורנר היא שהואיל ויש כאן הסכם היוצר מצג, ציפיות והסתמכות, איזון האינטרסים בין הצדדים מחייב להכיר בזכותה של רותי.³⁴ לאמיתו של דבר, גם דעת הרוב בדיון הנוסף אימצה את התורה של עליונות הסעד על פני הזכות. ואולם, לפי עמדת הרוב בערעור, הזכות תמיד תהא רופפת נוכח רפיון הסעדים, ואילו עמדת הרוב בדיון הנוסף הפכה את זכותה של רותי לתקפה נוכח שיקול הדעת התרופתי ששיירה לעצמה. נכונותה להעניק לרותי סעד היא שיצרה את זכותה המהותית. אכן, כאשר נתון לבית המשפט שיקול דעת רחב בקביעת הסעד שייפסק או שיעורו, נוצר פתח ישיר להחזרת ערכים אשר יעצבו את ההתנהגות הראויה בהקשר הנידון.³⁵

2. פלונית

זוה סיפור המעשה בעניין **פלונית**: פלונית, רווקה, השתמשה במנת זרע שנתרמה לה על ידי תורם אלמוני כדי ללדת בת. מנת זרע של אותו תורם נשמרה עבורה לאחר שקנתה אותה בתשלום מבנק הזרע, והיא מבקשת עתה להשתמש בה בתהליך הזרעה נוסף, כדי לשמור על מטען גנטי של ילדיה. אולם התורם פנה בינתיים לבנק הזרע, והוא מבקש למנוע שימוש במנות הזרע שלו בשל שינוי שחל בהשקפת עולמו – הוא חזר בתשובה. בנק הזרע נענה לבקשתו. עתה מתעוררת השאלה זכותו של מי תגבר: זכות פלונית להורות מאותו מטען גנטי שבגיניו רכשה את זרעו של אלמוני או זכות החרטה של התורם לחזור בו מהסכמתו לשימוש בזרעו. כמו בעניין **נחמני** דובר בשאלה תקדימית הממוקמת הן במישור המשפט הציבורי – כבוד האדם וזכויות היסוד; הן במישור המשפט הפרטי – חוזה וקניין. כמו בעניין **נחמני** התשובה לשאלה זו אינה ברורה מאליה, ואף על פי שפסק הדין ניתן פה אחד, ונקבע בו שזכות החרטה של התורם גוברת, הדי הספק ניכרים בו. מה בין שני המקרים?

בניגוד לעניין **נחמני**, שבו לא הייתה רותי יכולה להצביע על מחויבות ברורה של דני להמשך התהליך במקרה של פרדה, פלונית עיגנה את ההסדר הנוגע לתרומת הזרע עם בנק הזרע פורמלית: היא רכשה את זרעו של אלמוני תמורת תשלום כדי שתוכל להשתמש במנות זרע נוספות של התורם, ובנק הזרע מבחינתו התחייב לעשות כמיטב יכולתו לשמור מנות זרע אלו. להסכם זה קדם הסדר שנכרת בין בנק הזרע לתורם, שנקרא טופס "הסכמת תורם זרע", אשר אינו מתייחס לסוגיית החזרה מההסכמה

33 דיון נוסף **נחמני**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 712.

34 שם, בעמ' 716.

35 לקשטיין, לעיל ה"ש 31. כך, למשל, ההתפתחות הפסיקתית בעניין הגבלת סעד האכיפה מטעמי צדק ממחישה את הדרך שבה בתי המשפט מעצבים את זכויות הצדדים באמצעות שיקול הדעת המוקנה להם. לשאלת שיקול הדעת ולהשפעתו על עיצוב הסעדים: פרידמן וכהן **חוזים** ד, לעיל ה"ש 7, ס' 33.15.

לתרומת הזרע.³⁶ כלומר, תרומת הזרע יצרה שני הסדרים מקבילים, בין התורם לבנק הזרע ובין בנק הזרע לפלונית. פלונית טענה כי הסדרים אלו הם חוזים מחייבים, שאותם הפרו במעשיהם הן התורם (כלפי בנק הזרע) והן בנק הזרע (כלפי פלונית).³⁷

השופט רובינשטיין בחן את האפשרות להחיל את דיני החוזים על מערכת הסכמת זרע.³⁸ הוא הדגיש את קיומם בד בבד של האינטרס הציבורי בקיום מערכת חוזית יציבה, המקיימת את בנקי הזרע ומאפשרת את המשכיותם, ושל האינטרס הפרטי של הצדדים המעורבים בתרומת הזרע. חוזה לתרומת זרע אינו חוזה רגיל שדיני החוזים ה"רגילים" חלים עליו. בשל הרכיב הרגשי הניכר המעורב בחוזים מסוג זה דיני החוזים הם רק חלק מהמסגרת המשפטית המסדירה את הסוגיה,³⁹ ולצידם יש לתת ביטוי לערכים ולשיקולים מן המשפט הציבורי באמצעות מושגי שסתום, כגון עקרון תום הלב, תקנת הציבור ועקרונות הצדק באכיפת חוזה. התנגשות הזכויות בין הצדדים מובילה למסקנה כי הזכות להורות של פלונית אינה נפגעת במקרה זה, אלא רק האינטרס שלה להבאת ילדים לעולם הנושאים מטען גנטי זהה, אשר נגזר מזכותה לאוטונומיה. באינטרס אחרון זה אין כדי לאיין את זכותו של התורם לאוטונומיה, שממנה נגזרת זכותו לחזור בו מהתחייבותו לתרומת הזרע.⁴⁰

השופטת ברק-ארז התחבטה אף היא בשאלת המסגרת הנורמטיבית הראויה לדיון במקרה. בדומה לשופט רובינשטיין גם עמדתה הייתה שהמסגרת החוזית אינה ממצה. לשיטתה, קיים קשר הדוק בין חוזה לתרומת זרע לבין הערכים שביסוד שיטתנו המשפטית, המחלחלים אל תוך תחום דיני החוזים ומעצבים את תפיסות היסוד שלהם.⁴¹ בהקשר זה קובעת השופטת כי יש לפרש את שתיקתם של ההסדרים שעליהם חתמו הצדדים בסוגיית החזרה מההסכמה לתרומת הזרע, כמאפשרים לתורם הזרע לחזור בו מהסכמתו. הטעם לכך הוא שהפגיעה שתיגרם לתורם משימוש בזרעו להפריה נוספת בניגוד לרצונו ולהשקפת עולמו, גוברת על הפגיעה בציפיותיה של פלונית להיות אם לילדים בעלי מטען גנטי זהה.

36 עניין פלונית, לעיל ה"ש 2, פס' 1, סה לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

37 שם, פס' 1 יד לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

38 שם, פס' 20-ס לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

39 אך השופט רובינשטיין ציין בהערת אגב כי אם תקבל טענת הפרת החוזה, ייתכן שהחוזה הנדון אינו אכיף כלל מכוח הכלל הקבוע בס' 3(4) לחוק התרופות, הקובע כי הנפגע מהפרת חוזה אינו זכאי לאכיפה כאשר הדבר יהיה לא צודק בנסיבות העניין: שם, פס' 20 לפסק דינו של השופט רובינשטיין. בתגובה לכך מציין השופט עמית שתי הסתייגויות: ראשית, ספק אם ניתן להחיל את חריג הצדק בהיעדר יריבות חוזית בין פלונית לבין תורם הזרע, ובייחוד כאשר הקניין בזרע כבר עבר לרשותה של פלונית; שנית, ממילא חריג הצדק לא יכול להנחות את בית המשפט כאשר השאלה העיקרית במחלוקת שבין הצדדים היא מהו הפתרון הצודק: שם, פס' 8 לפסק דינו של השופט עמית.

40 אך בשל העובדה שתורם זרע לא חב בכל חובה משפטית כלפי צאצאיו הגנטיים, אין במקרה זה משום פגיעה בגרעין הזכות שלא להיות הורה, אלא בזכותו לאוטונומיה בלבד: שם, פס' 20-מ לפסק דינו של השופט רובינשטיין. לדיון בשאלת ההכרה בזכות להימנע מהורות גנטית כזכות עצמאית, ראו: שם, פס' 7 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז; Glenn Cohen, *The Right not to be a Genetic Parent?*, 81 USCL Rev. 1115 (2008).

41 עניין פלונית, לעיל ה"ש 2, פס' 4 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז; זאת בייחוד משום שהיריבות החוזית במקרה זה אינה בין פלונית לבין תורם הזרע אלא בין פלונית לבין בנק הזרע. כלומר, מדובר בחוזה בין הפרט לבין גוף ציבורי הכפוף לכללי המשפט הפרטי והציבורי כאחד: שם, פס' 26.

כפי שציין השופט עמית בפסק דינו, בעצם בחינת השאלה כיצד יש לפרש את שתיקת ההסדרים בסוגיה זו, מניחה השופטת ברק־ארז כי דיני החוזים הרגילים, שאינם מכירים בזכות חזרה מחוזי מכו, אינם חלים על המקרה הנדון.⁴² הבחנה זו של השופט עמית עולה בקנה אחד עם עמדתו שלפיה ניתוח הסוגיה במשקפי הדין האזרחי בלבד מוביל למסקנה כי ידה של פלונית על העליונה.⁴³ עם זאת השופט עמית מצטרף, בלב כבוד, לעמדת חבריו, בקובעו שהדין האזרחי אינו ממצה את הסוגיה, וכי בהתנגשות הזכויות בין הצדדים גוברת זכותו של תורם הזרע לבחור להימנע מהורות גנטית לילדים נוספים. עניין פלונית עוסק בהסכמה פורמלית המעוגנת בשוק. זכותה של פלונית לקבל את תרומת הזרע עוגנה בהסכמה פורמלית עם בנק הזרע; היא רכשה את זרעו של אלמוני תמורת תשלום כדי שתוכל להשתמש במנות זרע נוספות בעתיד, ובנק הזרע מבחינתו התחייב לעשות כמיטב יכולתו לשמור מנות זרע אלו. הסדר חוזי כזה נכרת גם בין בנק הזרע לבין התורם. למרות זאת בית המשפט נמנע מלבחון את המקרה באספקלריה הבלעדית של הדין האזרחי, והוא העניק בכורה לשיקולים הנובעים מן המשפט הציבורי, בקובעו כי יש לקרוא לתוך ההסדר בין התורם לבין בנק הזרע זכות חרטה לתורם הזרע. ספק אם עמדה זו עולה בקנה אחד עם אינטרס הציפייה וההסתמכות של פלונית (ושל נשים המצויות במצב דומה). אך נוסף על הפגיעה הקונקרטית בפלונית נראה כי קביעה זו, המערערת את יציבותה של מערכת החוזים ההסכמית המאפשרת את תרומת הזרע, עלולה לטמון בחובה פגיעה גם באינטרס הציבורי שעניינו יציבותו והמשכיותו של בנק הזרע.⁴⁴

ג. הבית והשוק – דימוי ומציאות משתנה

שני פסקי הדין שאותם בחנתי מעוררים בהקשר החוזי הצר בעיה דומה: עד כמה אנו כבולים אל ההחלטות שקיבלנו בעבר נוכח שינוי נסיבות המתרחש לאחר ההסכמה. אך שניהם מייצגים עולמות חוזים מנוגדים: עניין נחמני מייצג את הבית; עניין פלונית מייצג את השוק. לדימוי הבית והשוק מאפיינים מובהקים למדי, שאותם אציג בקצרה. ומדוע חשוב להתרכז בדימוי? דימוי משקף את קטגוריות החשיבה שלנו, את הדעות הקדומות, את מערכת המושגים שלנו ואת התרבות שבה אנו חיים.⁴⁵ הוא מזין אותנו גם נפשית וגם נורמטיבית. רבים מהכללים שאנו קובעים ניוונים מדימויים על

42 שם, פס' 4 לפסק דינו של השופט עמית.

43 שם, פס' 2, 19 לפסק דינו של השופט עמית.

44 בהתייחסו לחשש זה קורא השופט רובינשטיין למחוקק להסדיר את הסוגיה: שם, פס' נד, סז–סע לפסק דינו. כפי שנראה בהמשך, המחוקק נמנע עד כה מהסדרת הסוגיה. לבחינה אמפירית של השפעת הערות בית המשפט העליון לתיקוני חקיקה על החקיקה בפועל ראו ליאב אורגד ושי לביא "הנחיה שיפוטית: הערות לתיקוני חקיקה בפסיקת בית-המשפט העליון" עיוני משפט לד' 437 (התשע"א) (נמצא כי הערות בית המשפט העליון ככלל אינן משפיעות על החקיקה).

45 לחקר המשפט והתרבות ראו: מנחם מאוטנר משפט ותרבות (התשס"ח); מנחם מאוטנר משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת (התשס"ח). לביטוי המשפט והתרבות כתחום נפרד ראו: PAUL W. KAHN, THE CULTURAL STUDY OF LAW: RECONSTRUCTING LEGAL SCHOLARSHIP (1999) Anat Rosenberg, *Separate Spheres Revisited: On the Frameworks of Interdisciplinarity and Constructions of the Market*, 24 L. & LITERATURE 393 (2012) (השפעת דימוי הבית והשוק על התיאור ההיסטורי של המשפט והספרות).

המציאות. לעיתים קיים פער בין הדימוי למציאות. פער זה יכול לנבוע מהשתלה מוצלחת של דימוי כוזב בתודעתנו (למשל, הצלחתו של מנגנון התעמולה הסובייטי ליצור דימוי של אליל לסטלין ולהציג את החברה הקומוניסטית כמושלמת), וגם משינויים ערכיים (למשל, תפיסות השוויון שטלטלו את ההבחנות המסורתיות ששררו בעבר בין גברים לנשים). נורמות הנקבעות על סמך דימוי כוזב, או דימוי שהיה נכון לשעתו, אינן מתפקדות כראוי. תהליך ההתנערות מנורמות כאלה מחייב קודם כול התנערות מהדימוי הכוזב ואימוץ דימוי חדש.⁴⁶ לעיתים מתערער הדימוי באמצעות תהליכים חברתיים; לעיתים מסייע המשפט עצמו לקריסת הדימוי ומשמש מנוף לשינוי חברתי ולאיימוצן של נורמות חדשות. האם עברו דימויי הבית והשוק טלטלה המצדיקה שינוי נורמטיבי? באשר לבית התשובה חיובית. אך גם השוק עבר שינוי. אתייחס תחילה לדימויים המסורתיים של הבית והשוק.

ד. הדימויים הקלסיים של הבית והשוק וקריסתם

בית הוא משפחה. הוא השורש, והוא ההמשכיות. מהבית אנו בוקעים, בו אנו צומחים ומתפתחים, אליו אנו קשורים וכלפיו אנו מחויבים נפשית, רגשית ומוסרית. הוא הטבעי, האינטימי, הא-פורמלי, הגמיש והפרטי. הוא בסיס לדאגה, מקור לתמיכה, מבטא נאמנות ואלטרואיזם. הוא משרה ביטחון; הוא כרוך בוודאות ובעל-זמניות. הוא מסמן את מחזור החיים הידוע. תנועת היציאה מהבית היא תנועה אליפטית או מעגלית, והיא מסמנת גם את תנועת השיבה אליו. אולם הכניסה לבית מוגבלת ליושבי הבית או לאורחיהם, כי הוא ממוקם במרחב הפרטי, הסגור.⁴⁷ הוא פתוח למי שבעלי הבית מכניסים אותו אליו. מבין המודלים המארגנים אינטראקציות חברתיות, המודל השיתופי מאפיין את התפיסה הקלסית של הבית.⁴⁸

מן העבר האחר, שוק הוא מרחב ציבורי פתוח לכול, שבו סחורות מחליפות ידיים. שוק מבטא מוצרים, מבחר, תנועה, שוטטות, תחרות, בחירה, זמניות, אינטרס עצמי והיעדר מחויבות. אין בשוק מחויבות כללית ואף לא מחויבות מוקדמת לאיש. המחויבות בשוק מצומצמת וזמנית, והיא נושאת אופי פורמלי-נוקשה בעסקה שנעשתה בין מוכרים לקונים מרצון. בעסקה זו דאגתו של כל צד היא לעצמו בלבד. כל צד חושב על הדרך הטובה ביותר שבה יוכל לקדם את האינטרס העצמי שלו. סיום העסקה ומילוי ההתחייבויות הנובעות ממנה מציינים את סוף הקשר בין הצדדים. אין מחויבות אלא במסגרת העסקה, ואין היא אמורה להפגיש אותם שוב אלא אם כן בחרו. מבין המודלים המארגנים

46 מאוטר משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת, לעיל ה"ש 45, בפרק 8.
 47 לדיון בטענה שלפיה ראוי להחיל עקרונות שאובים מן הספרה הביתית בקנה מידה נרחב יותר (בדומה לקיבוצים הישראליים והמנזרים האירופיים) ולערבם עם ערכים מן השוק, כגון הסדרת הסכמות בחוזים פורמליים, ראו: Robert C. Ellickson, *Unpacking the Household: Informal Property Rights Around the Hearth*, 116 YALE L.J. 226 (2007); ROBERT C. ELLICKSON, *THE HOUSEHOLD: INFORMAL ORDER AROUND THE HEARTH* (2008) (דוחה את הטענה בנימוק שהחלת ערכים אלו בקנה מידה גדול תביא לאיבוד היתרונות הכלכליים הטמונים ביחסים הלא-פורמליים החלים במסגרת הביתית).
 לעיל ה"ש 16.

אינטראקציות חברתיות, מודל השוק, שבו כל פרט בוחר את פעולותיו על פי ערכן הכספי, הוא כמובן המאפיין את תפיסת השוק הקלסית.

את הדימוי הקלסי של הבית כשיתוף והשוק ככסף יש לבחון מחדש על רקע מציאות משתנה: מודל הבית, שאותו היינו רוצים לתפוס כשווינוי-שיתופי, כולל כיום, כמו גם בעבר, מרכיבים של שוק, ובעיקר של הייררכייה פטרנליסטית.⁴⁹ מהפכת זכויות האדם, שחרור האישה הפוליטי והכלכלי, ההתנערות מהדת, השוויון המגדרי, שליטת האישה על תהליך ההולדה והמהפכות הטכנולוגיות הכרוכות בהולדת ילדים שאפשרו את ניתוק המין וההולדה מן הדימוי הקלסי של הבית⁵⁰ – כל אלה יצרו מציאות חדשה, שערערה את דימויה המסורתי של המשפחה ואת דימויו של הבית כמקום על-זמני ובטוח.⁵¹ שיעור הגירושין ההולך וגדל הפך את הבית לא אחת למקום זמני, הדורש תכנון מראש שיביא בחשבון את האפשרות של התפוגגות הקשר. הבית אף חדל להיות מקום בטוח; לאמיתו של דבר מעולם לא היה: גילויים של אלימות ואדנות, בעיקר של גברים כלפי נשים וילדים, שהיום, בניגוד לעבר, נחשפים, מערערים את התמונה הביתית השלווה. כך נשחק גם דימויו של הבית כמקום מבטחים להצפנת סודותיהם האינטימיים של בני המשפחה. נוסף על כל אלה, גילויים של רמיסת הזכות הפרטיות במערכת היחסים האינטימית שבין בני זוג מערערים את התפיסה השיתופית, המאפשרת כינונו של אמוץ ויוצרת סביבה שבה בני הזוג יכולים לחשוף את עצמם במעורמיהם ולזכות בתמיכה הדדית.⁵² מטבע הדברים, ניצול המידע האינטימי שלא לשמו חותר תחת תחושת האמוץ והפרטיות ומערער את מסגרתו המגנה של הבית. כל אלה מחייבים התמודדות עם השאלה אם אכן הבית משמש כיום מבצר שראוי לחסום את הכניסה אליו גם בפני המדינה.

גם דימויו הקלסי של השוק נסדק: המסחר כולו, גם זה הנוגע לנכסים לא מוחשיים, מבוסס על תפיסת שוק, למשל שוק ניירות ערך ושוק העבודה. השוק, האמור להיות זירה למתחרים שווים, פועל לעיתים על בסיס הייררכי ולעיתים על בסיס שיתופי בעל מאפיינים של בית, כמו בתחום יחסי העבודה. כיצד יש להתאים את נורמות השוק לזירת השוק המגוונת? ההסדר העצמי של השוק התגלה כבעייתי

49 לתאור המשפחה כיחידה כלכלית הבנויה משרשרת של חוזים בין בני הזוג ובין ילדיהם, אשר מבוססים על חלוקת עבודה שמעוגנת בהבדלים בין המינים, ראו: GARY S. BECKER, A TREATISE ON THE FAMILY, 43, 48, 78–79, 255, 363, 376–377 (1991); Robert A. Pollak, *Gary Becker's Contributions to Family and Household Economics*, 1 REV. ECON. HOUSEHOLD 111 (2003); Shelly Lundberg & Robert A. Pollak, *Family Decision Making*, in THE NEW PALGRAVE DICTIONARY OF ECONOMICS (S. N. Durlauf & L. E. Blume eds., 2008); Deborah Zalesne, *The Contractual Family: The Role of the Market in Shaping Family Formations and Rights*, 36 CARDOZO L. REV. 1027 (2015) (כוחם של דיני החוזים במשפט האמריקני לשמש מכשיר ליצירת יחסי משפחה ולעיצובם בצד הרגשי והכלכלי).

50 ראו למשל אייל כתבן "אבחנה מבדלת או הבחנה מבדלת? הקשר בין בדיקות רפואיות, גופניות ונפשיות כפויות לדיכוי נשים והפלייתן" **עיונים במשפט, מגדר ופמיניזם** 849, 878–879 (דפנה ברק-ארז, שלומית יניסקי-רביד, יפעת ביטון ודנה פוגץ' עורכות, התשס"ז).

51 Jane Humphries & Carmen Sarasua, *Off the Record: Reconstructing Women's Labor Force Participation in the European Past*, 18 FEMINIST ECON. 39 (2012)

52 ע"א 8954/11 פלוני נ' פלונית, פס' 85–88 לפסק דינו של השופט סולברג (פורסם בנוב, 22.5.2014) (להלן: **עניין פלוני**); למקרה שבו נרמסה הזכות הפרטיות במערכת היחסים אינטימית אשר זכה לפרסום ניכר, ראו: Duchess of Argyll v. Duke of Argyll, [1967] Ch 302. לדיון נילי כהן "אהבה, ספרות, משפט – החירות לאהוב, האיסור לדבר על אהבה" **ספר נילי כהן** 237 (התשע"ז).

וחשף את ניצול הפערים בין המתקשרים. בכל תחומי השוק נדרשה לא אחת התערבות מדינתית (חקיקתית או שיפוטית) כדי לשלוט על הפער ולעודד ערכים של הגינות.

המתח שבין השניים ניתן להמחשה במקרים המעוררים דואליות בין שוק ובין בית, כגון עסקים משפחתיים או חברות פרטיות משפחתיות.⁵³ ניתן לגרוס שבמקרים אלו הבחירה בין הבית לשוק לשם סיווג מערכת היחסים שבין בעלי המניות, בני המשפחה, אינה מחויבת המציאות. במקרים אלה הסטטוס והחווה (כמייצגים של שני הקטבים) הם מנגנונים המשלימים זה את זה. מכאן שהנורמות החברתיות השאובות מהסטטוס ומהבית אינן חיצוניות ליחסים החוזיים אלא מספקות את הרקע התרבותי שבסביבתו ובהשפעתו מתבצעות העסקאות ופועלים הכללים המשפטיים.⁵⁴ הסתכלות זו תואמת במידת מה את יחסו של המשפט לחוזים נמשכים וארוכי טווח.⁵⁵ יתר על כן, אל תוך השוק חדרו נכסים שבעבר נתפסו כחלק ממסגרת הבית, מחוץ למסחר, כמו תרומת זרע או השכרת שירותי הולדה על ידי אימהות פונדקאיות. ובהקשר של אלה נשאלות השאלות: עד כמה כפוף המסחר בנכסים אלה לכללי השוק? מה חלקה של המדינה בהסדרתם?

אבחן אפוא את השאלה כיצד השפיע הדימוי על כללי המשפט המסדירים את הבית והשוק, ואיזו השפעה הייתה לקריסת הדימוי על עיצוב הכללים באמצעות חמישה מאפיינים, שחלקם דומים זה לזה או חופפים זה את זה: ראשית, **יצירת הכללים**: מיהם יוצרי הכללים המהווים את תוכן ההסכמה – המתקשרים עצמם או המדינה באמצעות חקיקה והתערבות שיפוטית? שנית, **אופיים של הכללים**: האם הכללים המהווים בסיס להסכמה בין המתקשרים הם חוזיים? ואם כן, באיזו דרגת עוצמה? שלישית, ובהמשך ישיר לשאלות הקודמות, **תפקיד המדינה**: האם המדינה מופקדת על אכיפתן ועל תוכנן של ההסכמות בין המתקשרים בבית ובשוק? רביעית, **כוח החיוב של ההסכמות**: האם סוגי ההסכמות בשוק ובבית משיירים זכות חרטה למתקשרים? חמישית, **מהו האינטרס המוגן בבית ובשוק** – החווה או ההסתמכות?

53 להלן ה"ש 75 והטקסט הסמוך לה.

54 Benjamin Means, *Nonmarket Values in Family Businesses*, 54 WM. & MARY L. REV. 1185, 1217, 1228 (2013); מינס מדגים את יישום השילוב של כללי הבית על רקע כללי השוק באמצעות המקרה שנידון ב-United States v. Chestman, 947 F.2d 551 (2d Cir. 1991). באותו עניין נידון ערעורו של סוכן ניירות ערך (רוברט) בגין הרשעתו בסיוע לסחר במידע פנים שהעביר לו לקוחו (קית). קית' היה נשוי באותה עת לנכדתם של מייסד רשת מרכולים גדולה – שהייתה חברה ציבורית נסחרת – ואשתו, חברה הדירקטוריון של אותה החברה. באותם ימים התגבשה עסקה למכירת גרעין השליטה בחברה, שהוחזק ברובו על ידי בנם ובנותיהם של בני הזוג הקשישים, כלומר דודיה של אשתו של קית'. המידע על העסקה המתגבשת עבר בשרשרת העץ המשפחתי כעניין אגבי, ובסופו הגיע גם לקית'. השאלה המרכזית שנידונה באותו עניין הייתה איזו השפעה, אם בכלל, יש ליחסים המשפחתיים שבין השחקנים במקרה זה. דעת המיעוט סברה כי אי אפשר לצפות מבני משפחה לנהוג זה כלפי זה כזרים מוחלטים. לכן מפעם לפעם עשויים היחסים המשפחתיים הרגילים להוביל לגילוי מידע פנים לבני המשפחה (שם, בעמ' 579–580).
55 כך לדוגמה, הן חברות משפחתיות והן בני זוג הנישאים זה לזה שואפים למערכת יחסים ארוכת טווח המתאפיינת ביציבות; בשני המקרים נדרשת הכרה מדינתית, ופירוק החברה, כמו גם פירוק התא המשפחתי, החדלים להתקיים כישויות משותפות, מעוררים בעיות דומות (Means), לעיל ה"ש 54, בעמ' 1222–1226). כמו כן ראו להלן ה"ש 129–130 והטקסט הסמוך להן.

ה. תרגום הדימוי לכללים משפטיים

1. יצרני הכללים

הן לבית (חיי הנישואין) והן לשוק (חוזים מסחריים) מעטפות חוזיות ברורות, הניזונות ממסורות, ממנהגים ומגורמות של המשפט. בכל הנוגע לעסקאות שוק, כעיקרון, הצדדים עצמם מייצרים את תוכן העסקה וכלליה. עם זאת חשוב להדגיש שייצור הכללים נעשה על רקע המשפט: במשך השנים נתגבשו בנוגע לעסקאות שוק מסורות ונהגים שרבים מהם הפכו לדבר חקיקה, לרוב דיספוזיטיבי. זהו אופיים של חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג–1973, חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א–1970 או חוק המכר, התשכ"ח–1968. יתר על כן, תפיסות המושגיות על סולידריות ושיתוף דחקו את אלה הרואות בחוזה מכשיר תחרותי שבו המתקשרים דואגים לאינטרס העצמי בלבד. החוזה נתפס ככלי חברתי, המבוסס על מיזם משותף ואמור לעודד ערכים של שיתוף פעולה והגיינות.⁵⁶ הדבר בא לביטוי בשליטתו המלכותית של עקרון תום הלב על כריתת החוזה, על תוכנו ועל סיומו.

בעניין פלוניית כרתו הצדדים חוזה פורמלי בהסכמה משותפת; במסגרת החוזה קיבל התורם תשלום, ותמורתו אפשר לבנק הזרע להשתמש במנות הזרע שתרם.⁵⁷ בד בבד התחייב בנק הזרע כלפי פלוניית לשמור את מנות הזרע לשימוש עתידי, גם זאת תמורת תשלום שנתי. בין הצדדים נכרת אפוא הסדר חוזי פורמלי, מוסדר מראש, אשר נטוע באינטרסים כלכליים. כאמור, תורם הזרע בחר להתקשר בהסדר פורמלי זה על אף היעדרה של זכות חרטה וחזרה מההתחייבות, ואפשר שפלוניית בחרה להתקשר בו, בין היתר, בזכות היעדרה של זכות זו. למרות זאת, לאחר שהתורם חזר בו מהתחייבותו, בחר בית המשפט ליצוק לחוזה "רכיבים רגשיים משמעותיים",⁵⁸ המבדילים בינו לבין חוזה מסחרי רגיל, ובעצמים קרא לתוך החוזה זכות חרטה של התורם. בכך נטל לעצמו בית המשפט חופש להתערב בחוזה פורמלי שנכרת בשוק וליצור עבור הצדדים כללים המאפשרים חזרה מההתחייבות החוזיות. אכן, בחוזה לתרומת זרע קיימים היבטים רגשיים מסוימים, שהרי קיום החוזה כלשונו הופך את הצדדים המתקשרים להורים לצאצא משותף – אם זה הורה גנטי בלבד (תורם הזרע) ואם הורה במלוא מובנה של המילה (פלוניית).⁵⁹ אך הורות זו היא פרי בחירתם החופשית והעצמאית של הצדדים, ולשם קיומה נקשרו בחוזה. החדרת זכות חרטה לחוזה תרומת הזרע משנה את אופיו ומקרבת את ההסכמה שנעשתה בו להסכמה ביתית, מן הסוג שנדון בעניין נחמני. אלא שברור מאליהו שכאן מדובר במערכת שונה: מערכת שוק מנוכרת, שונה לחלוטין מן המערכת הביתית של נחמני.

56 Daniel Markovits, *Contract and Collaboration*, 113 YALE L.J. 1417 (2004)

57 עניין פלוניית, לעיל ה"ש 2, פס' ו לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

58 שם, פס' סב לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

59 תורם זרע אנונימי בישראל לא נחשב להורה מבחינה משפטית; סוגיה זו אינה מוסדרת בחקיקה ראשית אלא בהנחיות פנימיות שקבע משרד הבריאות: ס' 23–24, "כללים בדבר ניהול בנק זרע והנחיות לביצוע הזרעה מלאכותית" משרד הבריאות – חוזר המנהל הכללי 11/08 (22.5.2008) (להלן: חוזר מנכ"ל משרד הבריאות). לדיון בטעמים שבבסיס קביעת הנתק המוחלט בין התורם לבין צאצאו הגנטי, ראו פנחס שיפמן "קביעת אהבות בילד שנולד מהזרעה מלאכותית" משפטים י' 63, 68–75 (התש"ס). לביקורת על היעדרה של הסדרה חקיקתית בסוגיה: שם, בעמ' 85; רות זפרן "המשפחה בעידן הגנטי – הגדרת הורות בנסיבות של הולדה מלאכותית כמקרה מבחן" דין ודברים ב' 223, 247–249 (התשס"ו); עניין פלוניית, לעיל ה"ש 2, פס' 33 לפסק דינו של השופט עמית.

נעבור אפוא ליצרני הכללים של הבית. ייצור כללי הבית מותווה לא אחת על ידי המדינה, ובישראל על ידי הדין הדתי, שאומץ על ידי המדינה, ואשר אינו משקף תפיסות שוויוניות אלא הייררכיות פטרנליסטיות.⁶⁰ עם זאת בני זוג רבים, גם אם הם נאלצים לקיים טקס נישואין דתי,⁶¹ מאמצים בפועל תפיסות שוויוניות, ודאי כך בכל הנוגע לשגרת החיים בבית. ההחלטה בדבר הגדלת המשפחה נתונה אוטונומית לשני בני הזוג, ואין לה קשר הכרחי למעטפת הדין של חיי הנישואין. יתרה מזאת, במקרים רבים השאלה יכולה להתעורר גם בין בני זוג שחיים חיים משותפים ללא חסותו של הדין הדתי. הבעיה שהתעוררה בעניין **נחמני**, שנגעה להסכמת בני זוג להרחיב את המשפחה באמצעות השתלת ביציות מופרות ברחם של פונדקאית, היא בעיה חדשה יחסית. בעיה זו נובעת מפיתוח טכנולוגיות חדשות, ובנוגע אליה עדיין לא התגבשה, ודאי לא בזמן שבו נערך הדיון, מסורת המאפשרת להכריע מה ייעשה במקרה של משבר בין הצדדים. הצדדים עצמם לא קבעו הסדר מפורש כזה ביניהם, והסדר השלמה מטעם הדין לא היה בנמצא. הצדדים אמורים להיות יוצרי הכללים בשאלה אם להרחיב את משפחתם, אך לא ברור איזה כלל הם ייצרו במקרה הזה, אם בכלל.⁶²

בעניין **נחמני**, הן דעת הרוב, הן דעת המיעוט ייצרו עבור הצדדים, על פי מבחני צדק, כללים שהצדדים עצמם לא גיבשו במשותף. עמדת המיעוט, המעניקה זכות חרטה לבן הזוג, מתיישבת עם התפיסה שלפיה בית המשפט אינו צריך להתערב בהסדרים הפנימיים בין הצדדים בשל אופיים האישי. עמדת הרוב חזרה ואישרה את קביעתו של השופט אריאל בבית המשפט המחוזי, שהתיר את המשך התהליך ובכך כפה הורות על דני. הוא ציין בפסק דינו שדני הפגין כלפי רותי "צרות עין וקשיחות

60 רדאי, לעיל ה"ש 17, בעמ' 266–281.

61 שם, בעמ' 268–269.

62 למקרה נוסף שבו לא גובשה הסכמה בנוגע לכללים בין בני זוג ראו בע"מ 7141/15 פלונית נ' פלונית (פורסם בנבו, 22.12.2016). שם נדונה שאלת השימוש בזרע חלל צה"ל שהתחתן כשלושה חודשים לפני מותו. אלמנתו נישאה מחדש והיא אינה מעוניינת להביא ילדים מזרעו. טענתה היא כי המנוח בוודאי לא היה מעוניין להביא ילדים עם אישה אחרת מלבדה. מנגד, הוריו מבקשים להביא ילד מזרעו עם אישה אחרת. שתי ערכאות נעתרו לבקשת ההורים, ואילו בית המשפט העליון ביטל החלטות אלו וקבע כי אין להתיר שימוש בזרעו של המנוח. נפסק ברוב דעות (השופטים חיות, דנציגר, עמית ומזוז), כי מקום שבו נפטר אדם שהייתה לו בת זוג קבועה מבלי שנתן ביטוי מפורש (בכתב או בדרך אחרת) לרצונו או להסכמתו לעניין נטילת זרע מגופו ושימוש בו לאחר מותו, קמה חזקה הניתנת לסתירה לקיומו של "רצון משוער" של הנפטר להביא ילדים לעולם גם לאחר מותו עם בת זוגו. לכן, ככלל, תהא בת הזוג ולא איש מלבדה – לרבות הורי הנפטר – רשאית להשתמש בזרע לצורך הפרייה שלה. בקשה לדיון נוסף נדחתה בדנא 217/17 פלונית נ' פלונית (פורסם בנבו, 2.4.2017), בין היתר בעקבות תזכיר חוק בנקי הזרע, התשע"ז–2016, המבקש להסדיר בחקיקה נושא זה ולהקנות את ההחלטה בדבר שימוש בזרע הנפטר לבת הזוג בלבד. הצעת חוק פרטית העומדת מנגד מבקשת להעניק להורי חלל צה"ל את הזכות לשאוב את זרעו ולהשתמש בו למטרות ילודה. ראו גם: יעל השילוני דולב וצבי טריגר "בין רצון המת לבין רצונם של הנותרים בחיים: שימוש בזרע לשם הולדה לאחר המוות, פטריארכייה, פרו נטליזם ומיתוס המשכיות הזרע" עיוני משפט 661 (התשע"ז); צבי טריגר "על הרגולציה של שירותי הפריה בישראל" מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות 269 (מסדרת משפט, חברה ותרבות, ישי בלנק, דוד לוי-פאור, רועי קרייטנר עורכים, התשע"ו); מיכאל בירנהק "זכויות המתים וחופש החיים" עיוני משפט 57 (התשס"ט); יוסי גרין "ההולדה לאחר מיתה: הרהורים על מאבק זכויות בין החיים, המת והיילודים העתידיים" מאזני משפט ד 463 (התשס"ה); אבי וינרוט "נטילת זרע מנפטר – היבטים משפטיים" רפואה ומשפט 27, 100 (התשס"ב); יחזקאל מרגלית "עלייתו, שחיקתו ועלייתו המחודשת של רצונו המשוער של הנפטר לעשיית שימוש בזרעו לאחר מותו" מאזני משפט יג 103 (התש"פ).

מלווה בציניות ובאנוכיות ובמידה לא־קטנה של שוביניזם, בסברו, שעדיפה עמדתו על עמדת האישה בכל אשר קשור ליחסי אישות ומשפחה וכי באלה הוא השולט".⁶³ עמדת הרוב, שאימצה את הכרעתו של השופט אריאל, דוחה את המודל ההיררכי בחיי המשפחה. היא כוללת בתחום הטריטוריה החוזית גם הסדרים אינטימיים בין בני זוג, כדי לממש אוטונומיה נשית וכדי לסייע לנשים ולחלצן מחולשתן המובנית.⁶⁴

פסק הדין אמור להמריץ נמענים הפונים להליך הפריה דומה לנסח ביניהם חוזה.⁶⁵ האם מלאכתם זו תצלח? מה היחס בין חוזה בין בני זוג הנוגע להפריית ביצית ולהשתלתה ברחם פונדקאית לבין כללי נחמני? כך, נניח שבחוזה נקבע כי התהליך יפקע עם הגירושין, או שיש צורך בהסכמתם הנמשכת של בני הזוג בכל שלב. האם למרות זאת יוכל בית המשפט להורות על המשך התהליך? האם חוזה כזה מנוגד לתקנת הציבור כי הוא מנוגד לכללי נחמני? ואולי החוזה בין הצדדים עדיף, שכן כללי נחמני יחולו במקום שהצדדים לא גיבשו חוזה מפורש?⁶⁶ בפסיקה האמריקנית נקבע כי חוזה הקובע שהתהליך יסתיים עם פירוד בין בני הזוג הוא חוזה מחייב.⁶⁷

63 מחוזי נחמני, לעיל ה"ש 1, בעמ' 149.

64 לביקורת על עמדת הערעור המעוגנת בכך שלא יוחסה בה די חשיבות לחולשתן של נשים בחברה ראו סיגל דוידוב-מוטולה "פסק דין פמיניסטי? היבט נוסף על פרשת נחמני" עיוני משפט כ 221 (התשנ"ו).

65 במקרים רבים שבהם הצדדים פונים להליך זה, אכן מנסח חוזה בין הצדדים, אך נראה שמרבית החוזים עוסקים בחובות ובזכויות כלפי היילוד ולא בתהליך ההפריה עצמו. ראו למשל תמ"ש (משפחה ת"א) 3521/98 פלוני (קטיין) נ' אלמוני, פ"מ התשנ"א 97 (2001); רמ"ש (מחוזי ת"א) 49311-04-14 ל.כ. נ' נ.ב.ח (פורסם בנבו, 19.5.2014); תמ"ש (משפחה ח"ד) 44235-01-12 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 23.7.2015). במקרים שבהם קיים חוזה בין הצדדים, בית המשפט נוטה להורות על קיומו. אולם כמובן לא כל חוזה יזכה לגיבוי של בית המשפט. למשל, בבעמ 1118/14 פלונית נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים (פורסם בנבו, 13.07.2014), אישה נכה הסובלת מניוון שרירים, שלא הייתה מסוגלת מסיבות רפואיות לשאת היריון, ולאחר שנחסמו בפניה כל האפיקים המשפטיים להבאת ילד בישראל, התקשרה בשרשרת הסכמים עם אחייניתה שתשמש לה פונדקאית ועם מכר שישמש תורם זרע. בד בבד נרכשה תרומת ביצית אנונימית. אחייניתה הרתה, והאישה ביקשה שיינתן לה "צו הורות פסיקתי", שבו נקבעת הורות משפטית על ידי בית המשפט. במקרה זה, אף שהתינוקת כבר נולדה, נדחתה בקשת האישה. בפסק הדין נערך דיון על אודות מודל ה"הורות ההסכמית", ונקבע כי לא ראוי להכיר במודל כגון דא ללא פיקוח, כפי שנעשה במקרה הנדון. השופט הנדל מדגיש את החשש מפני "רכישת ילדים" ומסחר בהם (שם, פס' 21 לפסק דינו). הוא מציין שבענינו ההסכם "אינו הסכם כלל, הסיבה לכך היא כי השאיפה העומדת בבסיסו היא ליצור מעמד אישי, לא רק של המבקשת כהורה אלא גם של התינוקת כילדתה. חשוב לשמוע את קולו של היילוד, גם אם הוא אינו מסוגל לדבר" (שם, פס' 20 לפסק דינו). ל"הורות הסכמית" ראו יחזקאל מרגלית "לקראת קביעת הורות משפטית בהסכמה בישראל" משפטים מב 835, 858 (התשע"ב). ראו גם Margaret Jane Radin, *From Babyselling to Boilerplate: Reflections on the Limits of the* Radin, *Infrastructures of the Market*, 54 OSGOOD HALL L.J. 399 (2017) מבקרת "מסחור" סוגי יחסים ותחומים מסוימים, שלטענתה לא ראוי לאפשר למשפט שליטה עליהם. במאמרה היא נעזרת בסוגיית האימוץ הפרטי כדוגמה להמחשת הבעייתיות הנובעת מהכנסת תחומים "פרטיים" לשוק והמסחר. כך לדוגמה, בעניין Szafranski v. Dunston, 993 N.E. 2d 502 (Ill. App. Ct. 2013) נקבע כי יש לתת עדיפות להסכמות בני הזוג מקום שקיים הסכם מוקדם, אך בהיעדרו יש להעדיף את הגישה המתחשבת במאזן הצדק היחסי על פני הגישה המתחרה – גישת ההסכמה ההדדית – הגורסת כי מרכז הכובד הוא נקודת הזמן שלאחר פרדת בני הזוג. לפי גישה זו, הרצון המאוחר גובר על רצון הצדדים המוקדם, וכל דיספוזיציה בביציות המופרות כפופה להסכמת שני בני הזוג (להלן ה"ש" 131). באותו עניין הורה בית המשפט להחזיר את המקרה לערכאה הדיונית לבירור השאלה אם אכן נכרת חוזה בין בני הזוג. במקרה זה

ומה דינו של חוזה המעניק את הזכות להמשיך בהליך לאחד הצדדים? האם ייחשב החוזה למחייב? כאן קבעה הפסיקה האמריקנית כי החוזה אינו מחייב בהיותו נוגד את תקנת הציבור.⁶⁸ עמדה זו, המונעת את אכיפתו של חוזה המעניק מפורשות זכות להמשיך בתהליך, מעניקה אפוא עדיפות לזכות שלא להיות הורה ואוכפת אותה. במילים אחרות, הפסיקה האמריקנית מבטאת את רוח המיעוט **בנחמני**, בהעניקה עדיפות לאינטרס שלא להיות הורה בכפייה: במקרה הראשון, שבו נידון חוזה שקבע שהתהליך יופסק במקרה של פירוד, מורה בית המשפט על אכיפת החוזה; במקרה השני, שבו קבע החוזה כי התהליך יימשך במקרה של פירוד, מורה בית המשפט על אי-אכיפת החוזה לטובת האם. עמדת המיעוט **בנחמני** באה לידי ביטוי גם בספרות האמריקנית, המבקרת את הפסיקה המאמצת את גישת החוזה המחייב לאחר פירוד. טעמיה העיקריים של הביקורת שנמתחה הם אלה: החלטות משותפות כה רבות גורל בנוגע לחיי הצדדים מחייבות שבהמשך הדרך יוכל כל אחד מהצדדים לקבל החלטות התואמות את אמונותיו ורצונותיו המשתנים; הגישה החוזית מתעלמת מחוסר היכולת של הצדדים לחזות אירועים עתידיים שעשויים להשפיע על ההסכמה הראשונית; עצם ההתניה על עתיד

הוחלפו טיטות של הסכם הורות משותפת (הנוגע גם לזכות על הביציות המופרות במקרה של פרדה), אך בסופו של דבר לא חתמו בני הזוג על ההסכם.

67 Kass v. Kass, 696 N.E.2d 174 (N.Y. 1998); Roman v. Roman, 193 S.W.3d 40 (Tex. Ct. App. 2006); In re Marriage of Dahl & Angle, 194 P.3d 834, 841 (Or. Ct. App. 2008) לדין כללי בסוגיית החזרה מהתחייבות להליך סופו הורות וסקירת הדין בעולם, ראו Susan Frelich Appleton, *Reproduction and Regret*, 23 YALE J.L. & FEMINISM 255 (2011).

68 A.Z. v. B.Z., 725 N.E.2d 1051 (Mass. 2000). במקרה זה בני הזוג – אנשי צבא – ניסו משך תקופה ארוכה להעמיד צאצאים, אך ללא הועיל. לאחר ניסיונות שונים פנו בני הזוג בשנת 1991 לטיפולי הפריה חוץ-גופית. כך, בשנת 1992 נולדו לשניים תאומות, ואילו ביציות מופרות נוספות נשמרו בהקפאה לצורך שימוש עתידי. בשנת 1995, בטרם נפרדו, פנתה האישה למרפאה, ללא ידיעת הבעל, וביצעה את השתלת הביציות. ההיריון לא נקלט, אך הבעל למד על מעשה האישה מפניית חברת הביטוח אליו. הבעל ביקש צו המונע מאשתו כל שימוש בארבע הביציות המופרות שנתרו במרפאה. במקרה זה הייתה מחלוקת עובדתית באשר להסכמה בין בני הזוג, אולם נקבע במפורש כי גם לו היה קיים חוזה המקנה את הזכות לשימוש בביציות לאישה, הוא היה בטל ובלתי אכיף בהיותו נוגד את תקנת הציבור וכן משום שהורות לא רצויה אינה זירה לכפייה משפטית.

השוו גם ARB v. IVF Hammersmith, [2017] EWHC 2438 (QB). במקרה זה, בני הזוג הביאו ילד לעולם באמצעות טיפולי הפריה חוץ-גופית. כמו כן נשמרו מספר ביציות מופרות במרפאת הפוריות לצרכי שימוש עתידי, כאשר בני הזוג חידשו מידי שנה את ההסכם להחזקתן באמצעות מסמך בחתימתם שנמסר למרפאה. לאחר תקופה נפרדו בני הזוג, והאישה זייפה את חתימת בן זוגה לשעבר לצורך שימוש נוסף בביציות המופרות. כתוצאה מהשימוש היא הרתה, וילדה בת נוספת. האב תבע את המרפאה בטענה שהחוזה כלפיו הופר ודרש פיצויים על ההוצאות הכספיות הגבוהות שנגרמו לו כתוצאה מהולדת הבת. המרפאה שלחה הודעת צד שלישי לאם. בית המשפט קבע כי המרפאה אכן הפרה את החוזה כלפי האב, אך קבעה משיקולי מדיניות כי לא ניתן לפסוק פיצויים על לידתה של בת בריאה לחלוטין. בית המשפט הסתמך על פסיקה של בית הלורדים בעניין McFarlane v. Tayside Health Board, [2000] 2 A.C. 59 (תביעות בנוזיקין בשל לידה לא רצויה. התביעות הושגו על טענת רשלנות בביצוע ניתוח עיקור, ונדחו בנימוק שלא ניתן לפסוק פיצוי על לידת ילד בריא, כאשר בית המשפט הצביע גם על הקושי בהערכת הפיצויים לעומת היתרונות של הורות). המקרה של ARB שבו חיו ההורים בנפרד שונה. למרות הקשיים בהערכת הנזק נראה שהיה מקום לפסיקת פיצויים נגד המרפאה, כמו גם לקבל את הודעת הצד השלישי שהמרפאה שלחה לאם.

הביציות המופרות במקרה של פרדה מערערת את אותנטיות ההסכמה הראשונית, ויותר מכול: האספקלריה החוזית חותרת תחת היסודות של המבנה המשפחתי והקשר ההורי.⁶⁹ לסיכום הנקודה: בשני ההקשרים – המסחרי והמשפחתי – היה ניתן לצפות שבית המשפט יאפשר למתקשרים לממש את האוטונומיה האישית ולכבד את הכללים שהם ייצרו, ויימנע מלייצר עבורם כללים, אפילו הייתה הסכמתם לקויה או חסרה. כלומר, בעניין פלונית היה על בית המשפט לתת תוקף מחייב להסכמת הצדדים, בהיותה הסכמה פורמלית מחייבת שבוצעה במסגרת השוק, שבה הצדדים קיבלו עליהם התחייבויות בתמורה לתשלום כסף. ואילו בעניין נחמני, ספק אם בית המשפט היה צריך להשלים את הסכמת הצדדים ולהעניק לה תוקף בנסיבות החדשות שנוצרו בשל אופייה האינטימי. במפתיע ייצר בית המשפט הסכמות חדשות עבור הצדדים, שבעקבותיהן בוטל בעניין פלונית חוזה תקף, פורמלי, ובעניין נחמני ניתן תוקף להסכמה אינטימית הנראית לכאורה לא שפיתה. הפסיקה נטלה מהצדדים את הכוח לייצר את הכללים עבור עצמם, בין כללים מחייבים (פלונית) ובין כללים משחררים (נחמני), בנסיבות שבהן היה ראוי להותיר להם כוח כזה.

2. אופי הכללים

גם אם נניח שאיתרנו את הכללים וחשפנו את כוונת הצדדים, עדיין לא ברור מה טיבם המחייב. התשובה קלה יותר בנוגע לעסקאות שוק, שעליהן חלה הנחה שהן יוצרות חוזים מחייבים. דיני חוזים מייצגים תכנון, הסתמכות, ציפייה, משטר, חובה וכפייה. טובות ההנאה המסחריות-כלכליות המשתקפות בעסקאות שוק הן מייצגות מובהקות של הספרה החוזית. עסקאות השוק נוצרות לרוב בין זרים. כשמדובר ביחסים בין זרים, בהיעדר קשר קודם, הכבל החוזי הוא שיוצר את המחויבות. התובנה החברתית המבוססת על תפיסת החוזה המוגן על ידי המדינה כמיזוג אינטרסים עצמיים של צדדים זרים זה לזה, מובלטת ב"הסוחר מוונציה" מאת שקספיר, שהבין היטב את אופן פעולתו של המשפט:

ואם תלוה בכל זאת את הכסף

אל נא תלוה אותו כדרך ידידים:

...

הלווה רק לאויב, שאם יאבד כספו תוכל

לתבוע את הקנס ממנו בעזות פנים.⁷⁰

69 Carl H. Colman, *Procreative Liberty and Contemporaneous Choice: An Inalienable Rights Approach to Frozen Embryo Disputes*, 84 MINN. L. REV. 55, 88–89 (2000); Christina C. Lawrence, *Notes, Procreative Liberty and the Preembryo Problem: Developing a Medical and Legal Framework to Settle the Disposition of Frozen Embryos*, 52 CASE W. RES. L. REV. 721, 729 (2002); Stefanie Carsley, *Rethinking Canadian Legal Responses to Frozen Embryo Disputes*, 29 CAN. J. FAM. L. 55, 66–84 (2014) (הגורסת כי האספקלריה החוזית הקלסית חוטאת להסכמים שעניינם הפריה חוץ-גופית הן בשל אופיים הביתי והן בשל נסיבות כריתתם המערבות נסיבות רגשיות ופערי כוחות אפשריים).

עסקת שוק חד-פעמית בין מתקשרים זרים היא דוגמה פרדיגמטית להסכמה היוצרת חוזה מחייב.⁷¹ דומה שההסכמה שהושגה בעניין פלונית, אשר עירבה צדדים זרים לצורך קיום התחייבות הדדית חד-פעמית, עולה בקנה אחד עם הגדרה זו.⁷² לעומת זאת הסכמות משפחתיות אינן נושאות בהכרח אופי חוזי מחייב, במיוחד הסכמה בין בני זוג בדבר סדרי הבית או הגדלת המשפחה.

מה חוצץ בין גזרות החובה המשפטיות לגזרות החופש החוץ-משפטיות?⁷³ מובן מאליו שלצדדים נתונה האוטונומיה לקבוע את מידת המחויבות של ההסכמות ביניהם. עם זאת במקרים של הסכמה חסרה או לא ברורה, או כשמתעורר בין הצדדים עצמם סכסוך בנוגע לדרגת המחויבות של הסכמתם, ניתן להיעזר באמות מידה פרשניות.

כאשר מדובר בחוזים מסחריים, "[...] גם מקום שבו טוענים הצדדים לקיומו של 'הסכם ג'נטלמני' שאינו יוצר חיובים שבדין, הרי שההנחה הכללית [...] היא שכוונת הצדדים הייתה ליצור יחסים משפטיים".⁷⁴

לעומת עסקאות השוק, בהקשר הביתי הייתה ההנחה שונה. בעבר שררה חזקה פרשנית (ניתנת לסתירה) שלפיה הסכמים במישור המשפחתי, אפילו אופיים כספי, אין בהם כוונה ליצירת יחסים משפטיים.⁷⁵ חזקה זו שאבה כאמור מהאופן שבו עולם הדימויים מבנה את הכללים המשפטיים, מהבנה של מוסכמות חברתיות או מהיומרה להבין אותן: במישור המשפחתי הארוג והאפוף ברגשות מורכבים הייתה התחושה שיש עדיפות להסדרים פנימיים החוסמים כניסתה של המדינה, וכי לכן הערך החברתי של החירות, או השחרור מאחריות משפטית, הוא בעל חשיבות גבוהה במיוחד, והוא עולה על הערך החברתי של המחויבות הפורמלית להסכמה הביתית. לכן מצטרף לא אחת שיקול שמקורו בניהול הצדק, ואשר חל במקרה שמדובר בהסכמים בעלי אופי רגשי; הוא נעוץ בכך שיש תחומים שבהם האפשרות המעשית להבטיח את מימוש ההבטחה ולפקח על קיומה היא קשה או כמעט לא

- 70 ויליאם שקספיר **הסוחר מונציה** 26 (אברהם עוז מתרגם, התשל"ה).
- 71 אך כאמור לעיתים רבות בחוזים מסחריים אחד הצדדים אינו מסוגל או אינו מעוניין לקרוא בעיון את כל פרטי החוזה. לדיון בפער הקיים בין אופייה הקלוש של הסכמה כזו לבין התפיסה הרווחת בציבור, הרואה בה חוזה מחייב לכל דבר ועניין, ראו: Wilkinson-Ryan, לעיל ה"ש 18.
- 72 וראו בהקשר זה את חוות דעתו של השופט עמית אשר מפרש את תרומת הזרע כעסקת מכר חד-פעמית, המסתיימת ב"הקניית נכס תמורת מחיר", לפי ס' 1 לחוק המכר, התשכ"ח-1968: עניין פלונית, לעיל ה"ש 2, פס' 3-4 לפסק דינו.
- 73 לדיון בשאלת השפיות החוזית ראו פרידמן וכהן **חוזים** א, לעיל ה"ש 9, בפרק 9.
- 74 ע"פ 3896/04 **ערד השקעות ופיתוח תעשייה בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד ס(1) 294, 323 (2005) (השופט ריבלין).
- 75 Balfour v. Balfour, [1919] 2 K.B. 571; EDWIN PEEL, TREITEL: THE LAW OF CONTRACT 176-177 (13th ed. 2011). לליבון הנושא של כניסת המדינה לתא המשפחתי ראו פסיקה ישראלית שניתנה זה לא מכבר בבתי המשפט לענייני משפחה. עניינה העיקרי של הפסיקה בתביעות נזיקין הכרוכות בקשר החוזי: תמ"ש (משפחה י-ם) 48750-07-12 **י.ש נ' צ.כ.** (סגנית הנשיאה מימון) (פורסם בנבו, 19.2.2014), שבו הוטלה אחריות נזיקית על הורי הגרושה בשל הפרות הסכם הגירושין והסדרי הראייה כלפי הגרוש; תמ"ש (משפחה פ"ת) 14022/05 **ס.ב.ש נ' ס. (מ.)**, פס' 15-21 לפסק דינו של השופט ויצמן (פורסם בנבו, 25.6.2013), שבו הוטלה אחריות נזיקית על אישה גרושה לנזקים שנגרמו לבעלה לשעבר בשל העובדה שהאישה נמנעה מלגלות לבעלה, קודם נישואיהם, שהיא חולת סכיזופרניה, וכי היא סובלת מבעיות נפשיות שבגינן היא זקוקה לטיפול תרופתי.

קיימת.⁷⁶ האם ניתן להבטיח קיומו של חוזה לרחוש ידידות לאחר? הניתן להעריך אם אכן הופר חוזה כזה? ומי אשם בהפרתו?⁷⁷

עם זאת השינוי במעמד הנשים, במבנה הבית והמשפחה ובמעמד הילדים שינה את התפיסות המשפטיות בתחום וערער את הנחת היסוד הנוגעת להיעדר כוונה ליצור יחס משפטי בחוזה ביתי. הנחה זו הוחלה כאשר היחסים בין בני המשפחה היו הרמוניים. היא לא הוחלה עם התערערות היחסים או עם ניתוקם המוחלט.⁷⁸

כאשר הצדדים קובעים מפורשות מה יהיה דינו של החוזה ביניהם, מחליפה הקביעה המפורשת את הצורך בהפעלת חזקה משפטית כזו או אחרת. אולם הפסיקה הישראלית הרחיקה לכת, בקובעה שחוזה שהצדדים (בעל ואישה בהליכי גירושין) הסכימו כי לא יוצג בפני בית משפט ולא ייחשב חוזה, ייחשב בכל זאת מחייב ויעניק לאישה ולילדים עילת תביעה למזונות על פיו.⁷⁹ הלכה בעייתית זו עוררה מחלוקת, אך יש שהצדיקו אותה על יסוד המבנה ההיררכי המשפחתי והצורך להגן על האישה והילדים במקרים מסוג זה.⁸⁰ אכן בהקשר מסחרי-משפחתי ניאוח בית המשפט לתת תוקף להסכמה הפנימית בין המתקשרים, שני גברים: בין דוד לאחיינו הייתה מערכת מסחרית שבמסגרתה הלווה האחייני לרוד סכומי כסף. במסמך שקבע את הריבית שישלם הודו עם פירעון ההלוואה נאמר כי "התחייבות זאת היא התחייבות פנימית משפחתית ואין להראותה לאיש". בית המשפט קבע ש"אין באמירה ממין זה כדי לשלול בהכרח את תוקפו המחייב של המסמך", אך בנסיבות הנוכחיות לא נוצרה הסכמה חוזית מחייבת.⁸¹

השינוי שחל במעמדה של הבטחת נישואין במשפט הישראלי מצביע על נכונות למעורבות משפטית בזירה המשפחתית. במשך שנים רבות קראו שופטים וחוקרים למחוקק לחולל שינוי במעמד ההבטחה ולהפוך אותה ללא מחייבת.⁸² הצורך להבטיח את חירות הרגש והקושי המעשי לפקח על מימוש ההתחייבות היו הסיבות המרכזיות לכך. ברוב מדינות המערב, בעקבות התערבות חקיקתית, אכן הפכה הבטחת נישואין להסכמה שאין לה תוקף משפטי מחייב.⁸³ התפתחותו של המשפט הישראלי

- 76 פרידמן וכהן **חוזים**, א, לעיל ה"ש 9, ס' 9.50.
- 77 לביקורת על התפיסה המבחינה בין הסכמים ביניים לעסקאות שוק, ועל כך שתפיסה זו החלה "להיסדק" בפסקי דין של בית המשפט העליון, לרבות עניין **נחמני**, ולטענה כי מטעמים של צדק ויעילות יש להכיר בתוקפם של ההסכמים החברתיים: **שלו דיני חוזים**, לעיל ה"ש 3, בפרק 6 בעמ' 137–139.
- 78 ע"א 532/82 **גרדוס נ' גרדוס**, פ"ד לט(3) 617, 622–623 (1985) (השופט בך בעמדת מיעוט, אך לא לעניין זה).
- 79 ע"א 3833/93 **לוי נ' לוי**, פ"ד מח(2) 862 (1994).
- 80 לביקורת ההלכה: אריאל פורת "שיקולי צדק בין הצדדים לחוזה ושיקולים של הכוונת התנהגויות בדיני החוזים של ישראל" **עיוני משפט** כב 647, 661–667 (התשנ"ט). להצדקתה: הלה קרן "בתום לב אך לא בדרך המקובלת: על ערכה של שפיטה שאינה יודעת גבולות (חוזיים) מהם" **ספר ברק: עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק** 411, 414 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים, התשס"ט) (להלן: קרן "בתום לב אך לא בדרך המקובלת").
- 81 ע"א 2016/07 **לוי נ' לוי**, פס' 36 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנוב, 9.11.2009).
- 82 פנחס שיפמן "הבטחת נישואין – חוזה מחייב?" **משפטים** יג 104 (התשמ"ג); פנחס שיפמן **דיני המשפחה בישראל** א 194–223 (מהדורה שנייה, התשנ"ה); גרוסקופף וחלבי "הפרה של הבטחת נישואין", לעיל ה"ש 27.
- 83 ראו הסקירה של המשפט האירופי בסוגיה: PRECONTRACTUAL LIABILITY IN EUROPEAN PRIVATE LAW (John Cartwright & Martijn Hesselink eds., 2008) 140–161.

בעניין זה הייתה שונה: פסק הדין של בית המשפט העליון משנת 2004 בעניין **פלוני נ' פלוני** חיזק דווקא את כוחה המחייב של הבטחה כזאת והפך אותה לחוזה לגיטימי.⁸⁴ כיוון זה, הנוגד את המגמות בעולם המערבי, עורר סימני שאלה.⁸⁵ עם זאת אפשר שהשינוי במשפט הישראלי מסמן את המגמות הנאו-ליברליות בהקשר זה, התומכות דווקא בכניסת המשפט לאזורים אינטימיים ובהפיכת הסכמות משפחתיות למחייבות כדי להגן על צדדים חלשים במשפחה.

העמדה שלפיה במסגרת האינטימית של חיי הנישואין, בהקשר רגשי ולא כלכלי, יש לשמור על מידת חופש מצאה ביטוי זה לא מכבר בפסק דין של בית המשפט העליון, שדחה את תביעתו של בעל נגד צד שלישי שקיים יחסים רומנטיים עם אשתו.⁸⁶ ענייני הנישואין עצמם מוסדרים במשפט הישראלי במסגרת הדין הדתי, אולם אחריותם של זרים הפוגעים בקשר הנישואין כפופה להסדר המשפט האזרחי. הדין הדתי המחייב בענייני נישואין מבטא את תפיסת הבית המסורתית. הדין הכללי מאפשר לשקף את תפיסת הבית המודרנית. לכן בעניין זה אין סימטרייה בין החובה החוזית הפנימית של האישה כלפי הבעל לבין חובתו של הצד השלישי כלפי הבעל: הוא אינו אחראי בשל גרם הפרת חוזה, וזאת על פי סעיף 62(ב) לפקודת הנזיקין.⁸⁷ התוצאה היא שגם אם הפרה האישה את חובתה החוזית כלפי הבעל, מי שגרם להפרת החובה יהיה פטור מאחריות. באותו מקרה תבע הבעל את הצד השלישי לא בשל גרם הפרת חוזה (על פי עוולה זו הוא חסום) אלא על פי עוולת המסגרת של רשלנות. תביעתו לא צלחה, שכן לא זו בלבד שהדבר עוקף את המדיניות הקבועה בסעיף 62(ב) לפקודת הנזיקין, אלא הוא אף מגביל מהותית את חירות הרגש שהמחוקק ביקש להותיר בתחום אינטימי זה.

הדגשת היסוד הכלכלי המאפיין את המחויבות החוזית הולידה בעבר את הכלל שנקבע בבית הלורדים בראשית המאה הקודמת, ולפיו בתביעה בגין הפרת חוזה זכאי התובע לפיצוי בגין נזקיו הכלכליים, אך אין לפסוק לו פיצויים בגין צער ובושה שנגרמו עקב הפרת החוזה.⁸⁸ כלל זה רוכך בינתיים באנגליה,⁸⁹ ואילו אצלנו ניתן לבית המשפט בסעיף 13 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 שיקול דעת לפסוק פיצויים בגין נזק שאינו נזק ממון. העובדה שמדובר בנזק שניתן לפסוק על פי שיקול דעתו של בית המשפט מצביעה על התפיסה העקרונית: נזק שאינו ממוני, בניגוד לנזק ממוני, הוא עדיין בגדר חריג בדיני חוזים, ואין הוא מוענק לנפגע כעניין שבזכות.⁹⁰

84 עניין **פלוני נ' פלוני**, לעיל ה"ש 27, בעמ' 229–231.

85 נילי כהן "ירידתה ועלייתה של הבטחת נישואין", לעיל ה"ש 27. לדיון בדיכוטומיה שוק-בית על רקע מעמדה של הבטחת נישואין בספרות ובמשפט: Anat Rosenberg, *Separate Spheres Revisited: On the Framework of Interdisciplinarity and Constructions of the Market*, 24 L. & Lit. 393 (2012).

86 ע"א 8489/12 **פלוני נ' פלוני** (פורסם בנבו, 29.10.2013).

87 נילי כהן **גרם הפרת חוזה** 252–258 (התשמ"ו).

88 Addis v. Gramophone Co., [1909] A.C. 488 (H.L.) (בהקשר של פיטורין).

89 הסייג העיקרי לכלל זה נקבע בקשר לתביעות בשל הפרת הבטחת נישואין: פרידמן וכהן **חוזים א**, לעיל ה"ש 9, ס' 9.51. הוא הורחב והוחל גם על תביעות בהקשר מסחרי: שם, ס' 9.9, 9.59, Jarvis v. Swan, Tours, [1973] Q.B. 233 (C.A.), שהעניק פיצויים בשל נזק נפשי שנגרם לתיירים שלא קיבלו את איכות הדיוור שהובטחה להם בחבילת הנופש שלהם.

90 ראו פרידמן וכהן **חוזים ד**, לעיל ה"ש 10, ס' 39.114–39.115. ראו גם את הניסיון להשתמש בראש הנזק של "פגיעה באוטונומיה" במקרים של נזק שאינו ממוני: ע"א 7731/11 **צוריאל אגודה שיתופית להתיישבות חקלאית בע"מ נ' אביטן**, פס' 20 לפסק דינו של השופט עמית ופס' 4 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם בנבו, 15.8.2013).

שפיטותו של החוזה שואבת לא רק מסוגה של טובת ההנאה (למשל רגש בניגוד לטובת הנאה כלכלית) אלא גם ממהותו של הקשר בין הצדדים. כפי שלמדנו משקספיר, קל להפעיל את המנגנון הכופה של דיני חוזים כאשר בין הצדדים יחס מנוכר.⁹¹ במצב זה אין חשש שהתערבות כופה של המדינה תשבש את הקשר בין הצדדים, שהרי במקרים רבים מדובר בקשר מסחרי, נטול גוון אישי, המבוסס על עסקה חד-פעמית, בדומה לחוזה שנכרת בעניין **פלונית**. חוזה למכירת נכס בשוק הוא דוגמה פשוטה ומובהקת לחוזה מחייב, שהמדינה מעניקה לו את כוח הכפייה שלה. הצד האחר של המטבע הוא שהחוזה נתון לפיקוח מדינתי, ולמדינה הכוח להתערב בקיומו אם נוצר פגם בכריתתו. אך כאמור, על אף אופייה המחייב לכאורה של ההסכמה בעניין **פלונית**, נמנע בית המשפט מהכרעה על פי עקרונותיהם של דיני החוזים ה"רגילים".⁹² אילו נחתך פסק הדין על פי עקרונות אלו, הייתה תוצאתו הפוכה ממה שהוכרע בו, והסדר השוק הפורמלי שהעניק זכות חוזית לפלונית היה צריך לעמוד בתוקף.⁹³

לעומת זאת כאשר הקשר אישי, במקרים רבים הצדדים אינם מתכוונים מראש ליצור קשר משפטי. זאת ועוד, התערבותו הכופה של המשפט במעגל החברתי עלולה לשבש את תקינותו של הקשר, המיועד להימשך. אומנם לרוב תעלה שאלת התערבותו של המשפט כאשר הגיע הקשר לידי משבר ואין כוונה לשקמו, אך גם אז אין הצדקה להתערב בו. זאת ועוד: גם אם אופיו של הקשר משפטי, לעיתים ההבנה המשתמעת בין הצדדים היא שיש לאפשר להם חרטה.⁹⁴

הסכמה בין בני זוג להגדיל את המשפחה נראית דוגמה מובהקת להסכמה לא חוזית. מימושה נראה נתון להחלטה משותפת בלעדית של בני הזוג. הסכמתם בנויה על תכנון ותקווה, אך גם על שינוי, שיקול דעת, ברירה וחריות. פקיעת הקשר ממוטטת לכאורה את בסיס ההסכמה ומעוררת סימן שאלה גדול אם להסכמה יש כוח חיות, ואם המשפט צריך להגן עליה. עניין **נחמני**, העוסק בהחלטה להגדלת המשפחה לא במסגרת פנימית רגילה אלא באמצעות פונדקאית, ואשר התעורר לאחר סיום הקשר בין בני הזוג, מציג לפנינו דילמה משפטית-מוסרית קלסית בלבד מודרני. דילמה זו באה לידי ביטוי בריבוי המודלים המשפטיים שנבחנו בפסק הדין: חוזה רופף, שאינו מזכה באכיפה (שטרסברג-כהן, זמיר בהסתייגות); חוזה שפג תוקפו עם סיום היחסים (שטרסברג-כהן); חוזה מיוחד המחייב הסכמה משותפת בכל שלב (זמיר, ברק ואור); הסכמה שאכיפתה תלויה במאזן הצדק (טל ושופטי הרוב בדיון הנוסף). שלושת המודלים הראשונים – הסדר חוזי רופף, חוזה שפג תוקפו וחוזה מיוחד המחייב הסכמה משותפת – שיקפו את דעת המיעוט. דעת הרוב התכחשה לאופיו החוזי של הכלל וקבעה שמקורו בהסכמה ההתחלתית ובנסיבות שנוצרו. למרות הניגוד המוחלט בין דעת הרוב לדעת המיעוט, רעיונית שתי העמדות דומות, שכן הן מציבות את ההסכמה בשולי הטריטוריה החוזית. אולם בשל

91 לעיל ה"ש 70.

92 כהגדרת השופט רובינשטיין בעניין **פלונית**, לעיל ה"ש 2, פס' סב.

93 כך קובע גם השופט עמית, אף שלבסוף הצטרף בלב כבוד לדעת חבריו: שם, פס' 19 לפסק דינו.

94 כך לדוגמה, בעבר ניאותרו בתי המשפט להכיר בכוחה המחייב של הבטחת נישואין שנתן אדם נשוי רק כאשר נישואי המבטיח היו מעוררים מן היסוד וללא תקווה לשיקומם. כאשר היה סיכוי לקיום הקשר, לא נאכפה ההבטחה, בהיותה לא מוסרית ונוגדת את תקנת הציבור: ע"א 649/70 **הלמוט ג' פריץ**, פ"ד כה(2) 35, 40 (1971); ע"א 116/75 **חאיק ג' ספיה**, פ"ד לא(1) 90 (1976). כמובן ניתן לתהות אם אין בעצם מתן הבטחת נישואין משום עדות לנישואיו המעוררים של המבטיח. דעה זו הביע הנשיא ברק בעניין **פלונית נגד פלוני**, לעיל ה"ש 27, בעמ' 223.

העובדה שדעת הרוב הורתה על המשך התהליך, בהעניקה סעד של אכיפה, בפועל היא הפכה את ההבטחה במקרה זה לחוזה מחייב. נמצא כי על אף אופייה הלא-המחייב או הרופף של ההסכמה בעניין נחמני, הפך אותה בית המשפט להסכמה מחייבת. אילו נחתך פסק הדין על פי עקרונות היסוד של החופש והחירות במישור האישי, הייתה תוצאתו הפוכה ממה שהוכרע בו, והסדר הבית היה צריך לתמוך בזכות החרטה לדני.

3. כניסת המשפט והמדינה

השוק הוא המקום המובהק שבו נכרתים חוזים מחייבים הזוכים להגנת המדינה. לפי התפיסה הקלסית, המדינה מגבה את היחס החוזי, אך כעיקרון אינה מעורבת בו, והסדרתו היא עניין לצדדים עצמם. אלה פועלים מרצון חופשי, מקבלים עליהם אחריות ויוצרים ביניהם את מערך הזכויות.

התערבות המדינה בחוזה בעידן הקלסי הייתה מוגבלת ונועדה להבטיח כי הסכמות תקפות, המבטאות את חופש הרצון ועולות בקנה אחד עם תקנת הציבור, ייאכפו מבלי שים לב לתוכנו. תוכן ההסכמה המשקף את כוח החקיקה העצמי של הצדדים, את האוטונומיה שלהם, נתפס כמבטא את הצדק החוזי.⁹⁵ אולם הסיפור על אודות ניצחון הרצון החופשי המשותף כבסיס לתכנון הפרטי באמצעות חוזה התגלה כהזיה חלקית. השוק החופשי, שהיה פתוח עתה מכוח עקרון השוויון הפוליטי לכול – לזרים, לנשים, לעובדים ולצרכנים – ואשר בעקבות הסטנדרטיזציה של הייצור אפשר רכישת מוצרים לכול, התברר להיות זירה הייררכית – מקום המשחק של החזק, והחווה – מכשיר לניצול החלש ולהכנעתו. במצב זה לא היו הדוקטרינות הישנות, המושגות על שוויון כלכלי-מעמדי בין המתקשרים, יכולות לפעול, ודיני החוזים המודרניים שינו בהדרגה את הכללים שנבעו מהתפיסה החוזית הקלסית: המדינה חזרה להיות שחקן מרכזי בשוק, אם באמצעות חקיקה שהתערבה במישורן ביצירת החוזה ובתוכנו, אם באמצעות רגולציה של השוק ואם באמצעות בתי המשפט שהתערבו ביצירת החוזה ובתוכנו.⁹⁶

הצידוק המרכזי להתערבות המדינתית מתקיים כאשר יש פער במעמד הצדדים, אך התערבות דומה, אם כי במידה פחותה, קיימת גם בחוזים שבהם מעמד הצדדים שווה. כך נעשה בעניין פלוניא, שבו התערב בית המשפט בתוכנו של החוזה לטובת הצד שחש מצוקה מקיומו ככתבו וכלשונו, כנגד האינטרס החוזי המוצדק של פלוניא. השאלה מהי התפיסה החוזית שאנו בוחרים לאמץ – סולידריות ושיתוף מצד אחד או אינטרס עצמי ותחרות מצד אחר – עשויה לקבוע את התוצאה גם בחוזים מסוג זה, במיוחד כאשר ההסדר בין הצדדים או הוראות הרקע עמומים. בעניין פלוניא דובר כאמור בהסכמה משולשת הנוגעת למקבלת תרומת הזרע, לנותן ולמדינה. המדינה ניסחה את ההסדרים, ומובן שיכלה לקבוע שקיימת זכות חרטה, או שזכות כזו אינה קיימת. בהיעדר זכות חרטה בחוזה לתורם, לכאורה זכות כזו אינה קיימת. עם זאת המדינה היא צד ישיר לעניין, והשיקולים הציבוריים – שלהם העניק בית

95 "האומר חוזה אומר צדק": פרידמן וכהן חוזים א, לעיל ה"ש 9, ס' 2.8.

96 שם, בפרק 2 (התפתחות המודל הקלסי של דיני חוזים); פרק 3 (מגמות מרכזיות בדיני חוזים מודרניים). ראו גם דוגמאות לרגולציה מדינתית על חוזים שמבוצעים בשוק: חוק שירותי תעופה (פיצוי וסיוע בשל ביטול טיסה או שינוי בתנאיה), התשע"ב–2012; חוק הפיקוח על מכונים פסיכומטריים, התשס"ט–2008; חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל), התשס"ה–2005; תקנות הגנת הצרכן (האותיות בחוזה אחיד ובתנאי הכלול במידע אחר המיועד לצרכן), (תיקון תשע"א–2011), התשנ"ה–1995; חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), התשל"ה–1974.

המשפט משקל קרדינלי בהחלטתו – ממלאים תפקיד מרכזי בהסדרת פעולותיה. שיקולים אלה יכולים להביא בחשבון ערכים נוסף על ההסכמה שבין הצדדים ולהעניק זכות חרטה רחבה יותר לתורם הזרע, כפי שאכן נעשה בבית המשפט.

מן העבר האחר, לכאורה, בין בני זוג, כמו גם בין הורים לילדים, קיימת סדרה של זכויות וחובות משפטיות. אולם הניהול היום-יומי של הבית נמצא הרחק מעיני הבוחנת של המשפט, והוא נקבע על ידי בני הבית. הביטוי "בית הוא מבצרי" הוא בעל משמעות כפולה: הוא מאפשר לבני הבית חופש פעולה בקביעת אורח חייהם, והוא חוסם כניסתם של זרים אליו – לא רק כניסתם של פולשים אלא גם של המדינה, של המשפט: של שוטרים, של עובדים סוציאליים ושל סוכני מדינה אחרים, ובכך גם של הנורמות המשפטיות.

אלא שכבר במאה השמונה-עשרה קרא ג'ון סטיוארט מיל להתערבות המדינה ב"שלטון-העריצים כמעט של הבעלים על נשיהם" וקונן על "שלטון האבות על ילדיהם". הוא הוסיף וציין ש"מפני שמגלים כאן פנים שלא כהלכה במושג החירות, נמנעת המדינה מלמלא את חובותיה".⁹⁷ במשך שנים רבות לאחר קריאתו הנואשת של מיל נותר התחום המשפחתי ההיררכי פרטי וחסין בפני התערבות (לטובת הפטריארך): עד לפני עשרות לא רבות של שנים הותרה אלימות כלפי נשים וילדים. נשים וילדים לא יכלו להפליל את האב בשום עבירה, לרבות עבירות הכרוכות באלימות. בהדרגה צומצם שלטון הפטריארך: בני משפחה כשירים להעיד זה נגד זה בעבירות אלימות,⁹⁸ והסמכות העונשית-החינוכית של ההורים, שהייתה מוכרת במשפט המקובל ובחקיקה האנגלית,⁹⁹ בוטלה גם אצלנו בפסיקה של בית המשפט העליון, שאסר הכאת ילדים.¹⁰⁰ עם זאת נדמה שהתפיסה שלפיה המשפחה היא יחידה אוטונומית המסדירה את ענייניה בעצמה עומדת בעינה.¹⁰¹

97 ג'ון סטיוארט מיל על החירות 198 (אריה סימון מתרגם, התש"ו).
 98 ס' 5 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971; אסף הרדוף "בעל נגד אישה, אמת נגד משפחה, או המבט הרביעי על הכשרות להעיד במשפט הפלילי" דין ודברים ג 273 (התשס"ז); חיה זנדברג זכויות נאשמים: הזכות למשפט נפרד 124-125 (התשס"א); לדוגמה בה הוחל החריג של סעיף 5 לפקודה, המאפשר כבלת עדות כנגד בן משפחה אליים: ע"פ 7895/04 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם כנבו, 2.8.2006).

99 Children and Young Persons Act, 1933, § 1(7) אשר בוטל על ידי Children Act, 2004 (c. 31), ss. 58(5), 64, 67(7)(f). במשפט הישראלי, כאמור להלן, בוטלה ההגנה להורים במישור הפלילי, ובדומה בוטלה גם ההגנה המיוחדת שהייתה קבועה בס' 24(7) לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש], נ"ח התשכ"ח 266, אשר קבעה הגנה להורים מפני אחריות בעוולות של תקיפה וכליאת שווא. לתמורה בהשקפות באשר לחינוך בדרך של ענישה גופנית ראו ע"פ 5224/97 מדינת ישראל נ' אור, פ"ד נב(3) 374, 381-383 (1998). לדין ביחס שבין דיני העונשין לבין דיני המשפחה ראו DAN MARKEL, JENNIFER M. COLLINS & ETHAN J. LEIB, PRIVILEGE OR PUNISH: CRIMINAL JUSTICE AND THE CHALLENGE OF FAMILY TIES (2009), במיוחד בעמ' 26-27 ו-84, שבהם נדונה ההיסטוריה של הפטריארכיה במשפט הפלילי, לרבות חסינותו של בן הזוג מעדות וחריג הנישואין בעבירות אונס. לוויכוח בעניין זה בין הדוגלים בהתערבות מדינתית לבין החוששים ממעורבות-יתר של המדינה ומפגיעה בחופש הפרט, ראו Alice Ristoph & Melissa Murray, *Disestablishing the Family*, 119 YALE L.J. 1236 (2010) (אשר מקדמות אי-התערבות); ולעומתן: Dan Markel, Jennifer M. Collins, *Rethinking Criminal Law* (2010) and *Family Status*, 119 YALE L.J. 1864 (2010) (אשר מקדמים התערבות).

100 ע"פ 4596/98 פלונית נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 145 (2000). לביקורת ראו ליאור ברשק ודנה פוגין "בין פרטי לציבורי: המשפט הפלילי והמשפחה, בעקבות ע"פ 4596/98 פלונית נ' מדינת ישראל" מחקרי משפט כ 7 (התשס"ג); אוולין גורדון "שופטים ללא גבולות" תכלת 10, 65 (התשס"א). לדין בהקשר

תפיסה זו מעוררת ויכוחים נוקבים. המושג "משפחה" ממילא מוגדר בחוק ומעוצב באמצעותו.¹⁰² ניתן אפוא לטעון כי אי-התערבותה של המדינה היא התערבות דה פקטו, שהרי בהיעדר רגולציה אקטיבית של המדינה על המשפחה, הסמכות מועברת לגורם אחר – בדרך כלל האב – או נשאר בידיו.¹⁰³ על רקע מסורת לא שוויונית, ריכוז סמכות כזה פותח פתח לשרירות ולאלימות.¹⁰⁴ לכן יש התומכים בכניסתו של המשפט הביתה פנימה לא רק כשמדובר בעבירות פליליות או בעוולות נזיקיות, אלא גם במישור של ההסדרים הרצוניים במשפט הפרטי. למשל, יש המצדדים בשלילת זכותו של אב לרשת את אשתו או את ילדיו אם הפעיל כלפיהם אלימות או אם הזניח אותם.¹⁰⁵ הטענה היא שמעורבות של המדינה במשפחה במצבים כאלה עשויה ליצור בסיס לאיזון, להרתיע מפני אלימות או הזנחה של המשפחה, להעניק הגנה לנשים וילדים ולהגביר את יכולת הבחירה של הפרטים החלשים בתא המשפחתי.¹⁰⁶ נדמה שבמקרים אלה כניסת המדינה אל התא הביתי משרתת על פי רוב דווקא את הניסיון לשמור על דימויו של הבית כמקום מוגן ובטוח ולתרגמו לכללים משפטיים ראויים. כך היה גם בעניין פלוני,¹⁰⁷ שבו נידון דבר פרסומו של רומן המתאר בפרוטרוט את גלגולה של מערכת יחסים אינטימית הנרקמת בין גבר נשוי לבין סטודנטית לקולנוע. בבית המשפט טענה התובעת כי הרומן הוא תיאור אוטוביוגרפי מדויק של חיי המחבר, שעמו הייתה בקשר זוגי ממושך, וכי הוא כולל תיאורים הנוגעים לרובד האינטימי ביחסים שבינו לבין אגב פגיעה חמורה בפרטיותה ופרסום לשון הרע. בפסק דינו המקיף דן השופט סולברג, בין השאר, בחשיבותה ובעוצמתה של הזכות לפרטיות במערכות יחסים אינטימיות ובמקומם של המשפט והמדינה בניסיון להבטיחה. כך, מהנמקתו של השופט סולברג עולה חשיבותה הרבה של "הזכות לפרטיות במופעה הרומנטי" לעצם קיומו של הקשר הזוגי והתא המשפחתי כחסי אמון היוצרים את נשמת הקשר – בשונה מהסדרים כלכליים המהווים את גופו.¹⁰⁸

- הפמיניסטי: בנימין שמואלי "מה לפמיניזם ולזכויות הילד? השפעת תיאוריות פמיניסטיות על איסור ענישה גופנית כמקרה מבחן" **משפחה במשפט** א 57 (התשס"ז).
- 101 ראו אילת בלכר-פריגת "על זכויות, גבולות ומשפחה" **עיוני משפט** כז 539, 547–551 (התשס"ג) (בעיקר את ההפניות לפסיקה שם, בעמ' 550, ה"ש 28).
- 102 Melissa Murray, *Strange Bedfellows: Criminal*: Law, Family Law, and the Legal Construction of Intimate Life, 94 IOWA L. REV. 1253 (2009)
- 103 Frances E. Olsen, *The Myth of State Intervention in the Family*, 18 U. MICH. J. L. REFORM 835 (1985). לטענה ביקורתית מקבילה של אסכולת הריאליזם המשפטי בהקשר של התערבות מדינתית בשוק ראו (1988) 465, 482 CAL. L. REV. 76 Joseph William Singer, *Legal Realism Now*, (שוק חופשי הוא צורה של רגולציה מדינתית, שכן כאשר המדינה אינה מתערבת בחוזים פרטיים, היא מעבירה בפועל את הכוח לצדדים חזקים).
- 104 לדיון בקשר שבין אי שוויון מגדרי לתופעות שליליות כהטרדה מינית ואלימות משפחתית, ראו Deborah L. Rhode, *Social Research and Social Change: Meeting the Challenge of Gender Inequality and Sexual Abuse*, 30 HARV. J.L. & GENDER 11 (2007).
- 105 Carla Spivack, *Let's Get Serious: Spousal Abuse Should Bar Inheritance*, 90 OR. L. REV. 247 (2012).
- 106 לקריאה במשפט האמריקני להרחבת כלל הפסלות לרשת ולהחלתו גם על מקרים שבהם בני משפחה הסועדים את מורשיהם הזקנים מתנהגים אליהם באופן מחפיר: Lisa C. Dumond, *The Undeserving Heir: Domestic Elder Abuser's Right To Inherit*, 23 QUINNIPIAC PROB. L.J. 214 (2010).
- 107 לעיל ה"ש 52.
- 108 שם, בפס' 87.

לכן וכדי להבטיח את דימויו של הבית כמבצר – בעיקר בהקשר של מידע אינטימי – מתאפשרת כניסת המדינה והמשפט אליו. וכך במילותיו של השופט סולברג:

מצב דברים בו בן־זוג אחד חושף בפני בן הזוג השני את כל אשר על לבו, ובן הזוג השני משתמש במידע לצרכיו שלו – איננו נסבל. משטר משפטי שאיננו מונע זאת, איננו מגן על החוזה הבלתי כתוב של הנישואין. [...] האם ניתן להעלות על הדעת כי המשפט, אשר מסדיר יחסים בין עו"ד ללקוח; בין רופא לחולה; בין פסיכולוג למטופל; בין בנק ללקוח, לא יפרוש חסותו ויגן על מערכת היחסים הרגישה ביותר בחיי האדם – בין איש לאשתו, בין בני זוג?¹⁰⁹

אך הדין שלנו אינו עוסק לא במישור הפלילי או הנזיקי ואף לא בהשלכותיהם של אלה על זכויות במשפט הפרטי,¹¹⁰ אלא בשאלה של תכנון פרטי ושל הסכמות בתוך המשפחה. בקשר אליהן נשאלת השאלה אם בכל זאת ראוי לערב בהן את כוח הכפייה המדינית. טיעון אחד חזק התומך במעורבות שואב מהיקש למעורבות המדינה בעסקאות שוק: כשם שבעסקאות אלה המדינה מתערבת כדי להגן על הצד החלש ומפקיעה את כוח החקיקה הפרטית הפועל לטובת החזק, כך יש להפקיע את הסדרי הבית מיושביו כדי למנוע ניצול לרעה של האב ופגיעה בבני הבית החלשים.¹¹¹ טענות אלה לובנו במישור הקנייני, בעיקר בהקשר של פירוק השיתוף בין בני זוג. טיעון השוק העקרוני, השואב מהנחות היסוד הנוגעות לזכויות קניין וחופש החוזים, לא פעל כאן, שכן רצונן של נשים במסגרת הקשר המשפחתי היה מוחלש. הן הפעילו אחריות ודאגה ביתית, לא הפנימו מידע רלוונטי בדבר אפשרות כישלונן של הקשר והפקידו את הסידורים הכספיים בידי אבי המשפחה.¹¹² היה אפוא צורך לעקוף את הכללים

109 שם, בפס' 88. מעניין להזכיר ש"זכותה לפרטיות במופעה הרומנטית" של אשת המחבר – שממנה התגרש למען הקשר הזוגי שקיים עם הסטודנטית הצעירה – נעלמה מפסק הדין, הגם שנקבע כי לא הסטודנטית היא שעומדת במוקד הרומן אלא דווקא "הקשיים במערכת היחסים של גיבור העלילה עם אשת נעוריו, ועם ילדיו" (פס' 2 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור). השופט סולברג מצא לנכון לציין שמחבר הרומן התעלם גם "מתחיינותיה של אשתו לשעבר ואם ילדיו שניסתה וביקשה להימנע מפרסום הרומן" (פס' 44). מן הסתם, מעמדה ה"צדדי" של האישה מקורו בכך שהיא לא פנתה למערכת המשפט. עוד מעניין לתהות אם אין בקידוש הדימוי של האמון הזוגי שבין המחבר לבין הסטודנטית משום פגיעה בדימויים שבבסיס הבית המשותף למחבר ולאשתו. לדין ראו נילי כהן "אהבה, ספרות, משפט – החירות לאהוב, האיסור לדבר על אהבה", לעיל ה"ש 52.

110 כביטוי לעיקרון של "אין חוטא נשכר": נילי כהן "חוק, מוסר ו'אין חוטא נשכר'" ספר אור – קובץ מאמרים לכבודו של השופט תיאודור אור 259 (אהרן ברק, רון סוקול ועודד שחם עורכים, 2013).

111 לעמדה שלפיה הוצאתן של המסגרות האינטימיות מתחומי התחולה של דיני חוזים מנציחה את מעמדן החלש של הנשים, וכי לכן ראוי להחיל על יחסים אלה נורמות חוזיות מתאימות, כאלה הנטולות מהמודל של חוזי יחס, ראו: Hila Keren, *Can Separate Be Equal? Intimate Economic Exchange and the Cost of being Special* 119 HARV. L. REV. 19 (2006) (replying to Jill Elaine Hasday, *Intimacy and of being Special* 119 HARV. L. REV. 491 (2005)). ראו גם הלה קרן **דיני החוזים מפרסקטיבה פמיניסטית** 131–119 (התשס"ד); קרן "בתום לב אך לא בדרך המקובלת", לעיל ה"ש 80, בעמ' 451–426. CRAIG ROTHERHAM, PROPRIETARY REMEDIES IN CONTEXT: A STUDY IN THE JUDICIAL REDISTRIBUTION OF PROPERTY RIGHTS 221–228 (2002). לפסיקה ששחררה נשים מערבות לחובות בעליהם: ע"א 8163/05 **הדר חברה לביטוח בע"מ נ' פלונית** (פורסם בנבו, 6.8.2007); רע"א 8791/00 **שלם נ' טווינקו בע"מ**, פ"ד סב(1) 165 (2006).

הפורמליים כדי למנוע נישול וכדי להבטיח זכויות נאותות לנשים.¹¹³ במישור החוזי עוררו טענות אלו ספקות באשר לאופן בחינתו של יסוד ההסכמה בהסכמי נישואין וגירושין (אך גם בהסכמים נוספים המאופיינים בפערי כוחות ניכרים בין הצדדים). נטען כי בתי המשפט מניחים שחוזים אלה מבוססים על הסכמה משותפת, אך לאמיתו של דבר הם נגועים בכפייה הנובעת מהשילוב שבין נורמות חברתיות ובין לחצים כלכליים, המנוצלים על ידי הצד החזק, בדרך כלל הגבר.¹¹⁴

בהקשר זה בולטת במיוחד הבחנתו של הדין הישראלי בין הסכמים "רגילים" בין בני זוג לבין הסכמי ממון, המחייבים אישור בית המשפט כתנאי לתוקפם.¹¹⁵ ההבחנה בין הסכמי ממון לבין עסקאות אחרות בין בני זוג במהלך נישואיהם נדונה לא אחת בפסיקה הישראלית, ונקבע כי יש לבחון את מטרתו של ההסכם – האם מדובר בהסכם צופה פני עתיד, שבמסגרתו מגדירים הצדדים את האופן שבו יבוצע איוון המשאבים ביניהם בעת פרידה או מוות, או שמא בהסכם שנעשה במסגרת ה"רגילה" של החיים המשותפים.¹¹⁶ כמו כן נקבע כי גם עסקאות "רגילות" בין בני זוג יש לבחון בזהירות, במיוחד במקרה שבו ויתר אחד מבני הזוג על זכויותיו.¹¹⁷

בכך לכאורה סרטט המשפט הישראלי את הספקטרום החוזי על פי מידת ההתערבות המדינתית בהסכמות הצדדים: בקצה האחד עסקאות בין זרים; בקצה השני הסכמי ממון שבהם נדרש אישור בית המשפט כתנאי לתוקפם, אישור המחייב את בית המשפט לבחון אם ההסכם נעשה מתוך רצון חופשי, ואם הבינו הצדדים את משמעותו ותוצאותיו האפשריות. בתוך נמצאות לכאורה עסקאות "רגילות" בין בני הזוג במהלך יחסיהם שאינן נוגעות לאופן שבו יבוצע ביניהם איוון המשאבים במקרים של פרדה או מוות. בהסכמות ביתיות אלו תתערב המדינה בדרך ביניים – הן אינן טעונות אישור בית המשפט כתנאי לתוקפן, אך בחינתן תהא קפדנית יותר וזהירה יותר בשל ההכרה בקיומה של מערכת יחסים מיוחדת היוצרת חשש להשפעה לא הוגנת עקב פערי כוחות בין הצדדים.

שאלה היא עד כמה טענות אלה, החלות בעיקר בהקשר הרכושי, תקפות בעניין הסכמות במישור המשפחתי-אינטימי, ועד כמה הן תקפות בהליך הפריה חוץ-גופי, שממילא מוסדר על ידי המדינה. בעניין זה קיימת הבחנה בין ההיבט החוזי (ההסכמה בין בני הזוג) לבין שאלת הזכות לביצית המופרית ואפשרות השימוש בה (ההיבט הקנייני). ברור שבמקרה שבו אפשר שייעשה שימוש לא מורשה בביציות מתבקשת ממילא התערבות של המדינה.¹¹⁸

- 113 ROTHERHAM, לעיל ה"ש 112, בעמ' 228–240.
- 114 Orit Gan, *Contractual Duress and Relations of Power*, 36 HARV. J.L. & GENDER 171, 207–219 (2013); חיים זנדרבג ואדם חפרי-וינוגרדוב "ויתורה של הבת על ירושתה במגזר הערבי-הפלשתיני בישראל – תפקידם של בתי-המשפט האזרחיים" **עיוני משפט** לג 373 (התש"ע).
- 115 ס' 2 לחוק יחסי ממון, התשל"ג-1973. ראו למשל דנ"א 1558/94 **נפיסי נ' נפיסי**, פ"ד נ(3) 573, 584–588, 591–592 (1996).
- 116 ע"א 490/77 **נציה נ' נציה**, פ"ד לב(2) 621, 624 (1978); ע"א 169/83 **שרעבי נ' שרעבי**, פ"ד לט(3) 776, 782 (1985).
- 117 ע"א 753/82 **פלונית נ' פלוני**, פ"ד לז(4) 626, פסק דינו של השופט אלון (1983). ראו את סקירת הפסיקה בעניין זה בבע"מ 8063/14 **פלמונית נ' פלמוני**, פס' 14–19 (פורסם בנבו, 13.7.2015). כן ראו לעיל ה"ש 20.
- 118 להלן ה"ש 122 והטקסט הסמוך לה.

כניסת המשפט להסדרים הביתיים נמנעה על פי דעת המיעוט בעניין נחמני. ההסכמה על פיה אינה מחייבת, והמדינה אינה מתגייסת לאוכפה. עם זאת בכל הנוגע להתערבות המדינה יש להבחין, כאמור, בין ההיבט החוזי להיבט הקנייני. ההיבט החוזי מתמצה בתוקף ההסכמה בין בני הזוג. ההיבט הקנייני מתייחס לשאלה בידי מי הביציות ומה הזכויות בנוגע אליהן. מובן שהשאלה הקניינית, שאלה אתיחס להלן בקצרה, שואבת מהשאלה החוזית.

בעניין נחמני הביציות הוחזקו בבית החולים אסותא. במצב זה נדרשת התערבות בית המשפט, שהרי עליו להורות לבית החולים כיצד לנהוג. על פי עמדת המיעוט, כאשר נדרשת הסכמה לאורך הדרך, ההנחיה לצד השלישי הייתה שלא לאפשר המשך התהליך. על פי עמדת הרוב, ההנחיה לצד השלישי הייתה לאפשר לרותי להמשיך בו. לו היו הביציות המופרות בידי אחד מן הצדדים, על פי עמדת המיעוט לא היה איש מבני הזוג רשאי להמשיך בתהליך ללא הסכמת האחר, והתערבות של בית המשפט הייתה נדרשת כדי להבטיח זאת. על פי עמדת הרוב בדיון הנוסף, שהכיר בזכותה של רותי והפך אותה למשפטית ומחייבת, אילו הייתה הביצית המופרת בידי דני, הוא היה מחויב להמשיך בתהליך או למוסרה לרותי כדי שתמשיך בו. לו הייתה הביצית בידי רותי, עדיין הייתה נדרשת התערבות, שהרי זכותה אינה מוכרת אוטומטית אלא בהתחשב בנסיבות. רק בדיעבד, משהייתה נקבעת זכות כזו, הייתה רותי רשאית להמשיך בתהליך.

העובדה שהנושא של הפריה חוץ-גופית מוסדר במידה מסיבית על ידי המדינה¹¹⁹ הייתה בסיס לטיעון הבא, התומך במעורבות המדינה: שני בני הזוג עירבו אקטיבית את המדינה בהליך הפונדקאות. בראשיתו סירבה המדינה לאשר לבני הזוג את התהליך. זה התאפשר בסופו של דבר בעקבות התערבות משפטית שזימו בני הזוג, שבעקבותיה הסכימה המדינה לאפשר הפריה חוץ-גופית שתלווה בפונדקאות בחו"ל.¹²⁰ לפיכך, כך נמשכת הטענה, בן הזוג אינו יכול להלין על מעורבותה של המדינה גם בהקשר הנוכחי, הנוגע להמשך התהליך בעקבות פירוד.¹²¹ התשובה הנגדית היא זו: נושא הפונדקאות כולו מוסדר על ידי המדינה. בהיותה הגוף המסדיר, כפופות הוראותיה לפיקוח משפטי ולדרישות של צדק, הגינות וסבירות, ולא אחת בית המשפט מתערב כדי לתקן הסדרים בעייתיים של המדינה.¹²² אם יש

119 כך לדוגמה, תק' 11 לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית), התשמ"ז-1987 קבעה באותם ימים כי "לא תושלל ביצית מופרית אלא באישה שתהיה אם הילוד". מסיבה זו, אגב, נתכוונו בני הזוג נחמני לבצע את הליך ההשתלה והפונדקאות בקליפורניה, ולצורך זה אף החלו בחתימת כמה הסכמים עם מרכז פונדקאות (ערעור נחמני, לעיל ה"ש 1, בעמ' 496). מאז בוטלה התקנה, בעקבות העתירה כבג"ץ 5087/94 זכרוני' שר הבריאות (פורסם בנבו, 17.7.1995). גם כיום הנושא מוסדר בהרחבה על ידי המדינה, וראו לדוגמה: חוזר מנכ"ל משרד הבריאות, לעיל ה"ש 59; חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996; תקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית), התשמ"ו-1987, ק"ת 978; חוק תרומת ביציות, התש"ע-2010, ס"ח 2242. לסקירה נרחבת של מעורבות המדינה בתחום טיפולי הפריה החוץ-גופית: יחזקאל מרגלית "משאבים רפואיים (בלתי) מוגבלים – הורות בכל גיל, בכל מחיר ובמימון המדינה?" מאזני משפט ט 267, 283-293 (התשע"ד).

120 בג"ץ 1237/91 נחמני נ' שר הבריאות (לא פורסם). עתירת בני הזוג נסתיימה בפשרה שקיבלה תוקף של פסק דין, שלפיה הותר ביצועה של הפריה החוץ-גופית בישראל, ואילו שלב הפונדקאות היה עתיד להתבצע בקליפורניה, כאמור לעיל (ערעור נחמני, לעיל ה"ש 1, בעמ' 496).

121 ברק-ארז, לעיל ה"ש 32, בעמ' 205.

122 בג"ץ 566/11 מוט-מגר נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 28.1.2014); בג"ץ 5771/12 משה נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים (פורסם בנבו, 18.9.2014); בג"ץ 1078/10 פנקס נ' הועדה לאישור

טענה הנוגעת לסבירות ההסדר או הצדק שבו, הדרך לתקנו (נוכח סירוב המדינה) היא בהגשת תביעה לבית המשפט כלפי המדינה, כפי שעשו בני הזוג נחמני בשלב הראשון. אולם בכל הנוגע ליחסים הפנימיים בין בני הזוג המצב שונה, ובעניין זה חוזרת שאלה לקדמותה: האם נכון לאפשר מעורבות של המדינה בהחלטה כזו בין בני הזוג, שתהפוך את ההסכמה ביניהם למחייבת ואשר תכפה בנסיבות הקיימות, לאחר שנפרדו, הורות על בן הזוג?

לסיכום הנקודה בדבר מעורבות המדינה בחוזים שנידונו בשני פסקי הדין: ככלל, נראה כי אין צידוק למעורבות מדינתית בחוזה שוק כאשר מעמד שני הצדדים שווה. בעניין פלונית עסק בית המשפט בחוזה שנכרת במסגרת השוק, אך הוא מצוי בליבו של תחום המוסדר בכבודות על ידי המדינה. אפשר ששיקול זה מצדיק בדוחק את התערבותו של בית המשפט לתיקון ההסדר שיצרה המדינה, שהתעלם מסוגיית החרטה של תורם הזרע. ומן העבר השני, נראה שבהסכמה משפחתית הנוגעת להגדלת המשפחה, ספק גדול אם ראוי שהמדינה תהיה מעורבת בכפיית התהליך שיוביל לכך. למרות זאת בעניין נחמני חרגו המשפט והמדינה ונכנסו לליבת ההסדר בין הצדדים בהתפרצם לבית בני הזוג, והתפרצות הובילה לכפיית אבהות.

4. תוכן ההסכמה – זכות החרטה

מבחינת תורת החוזים הקלסית הצדק החוזי אינו נבחן על פי תוכנו אלא על פי התהליך שהביא לכריתתו. כאשר התהליך נקי מפגמים, החוזה תקף, ותוכנו חופף את הסכמת הצדדים. בחוזים כאלה הצדק מגולם בהסכמה החוזית, והצדדים נושאים בתוצאות העסקה לפי ההסכמות הפרטיות שהם ייצרו. ידוע לכול ששוק נושא בחובו סיכונים וסיכויים. לכן גם אם מתברר שהעסקה כדאית פחות למוכר או לקונה, לא תוקנה להם זכות חרטה.¹²³ הדין שונה בחוזים צרכניים הזוכים להסדרה מדינתית. החקיקה הצרכנית בישראל מעניקה לצרכן זכות חרטה נרחבת למדי, והבסיס הרעיוני לה נעוץ כמובן בפער שבין הצדדים.¹²⁴

כאמור, בחוזים שבהם מעמד הצדדים שווה חל דין החוזים הקלסי, שלפיו משנכרת חוזה, הוא מחייב על פי תוכנו ללא זכות חרטה. כך לכאורה היה צריך לפסוק בית המשפט בעניין פלונית, שם נכרת הסדר חוזי פורמלי מוסדר מראש שלא כלל זכות חרטה. אך האם יש מקום לשיקולים מהותיים

הסכמים לנשיאת עוברים (פורסם בנבו, 28.6.2010); בג"ץ 625/10 פלונית נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים (פורסם בנבו, 26.7.2011); ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(5) 64 (2005); בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים – משרד הבריאות, פ"ד נז(1) 419 (2002); ה"פ (מחוזי י-ם) 11-04-25340 פלונית נ' מדינת ישראל – שר הבריאות (פורסם בנבו, 6.6.2011); תמ"ש (קריית) 13530/08 "משפחה חדשה" ארגון לקידום הזכויות במשפחה נ' מרכז רפואי רמב"ם (פורסם בנבו, 6.12.2009).

¹²³ ס' 14 (ד) לחוק החוזים; דניאל פרידמן "הסיכון החוזי וטעות והטעיה בכדאיות" עיוני משפט יד 459, 467-463 (התשמ"ט).

¹²⁴ ס' 14, א 14 ו-14 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, המעניקים תקופת "צינון" שבמהלכה יכול צד לעסקת רוכלות, רכישת דירת נופש או מכר מרחוק להתחרט ולסגת מההסכם שנכרת; תקנות הגנת הצרכן (ביטול עסקה), התשע"א-2010; ס' 9-10 לחוק כרטיסי חיוב, התשמ"ו-1986. לביקורת על עמדת המחוקק הישראלי, שהפך את זכות החרטה בשוק הצרכני לגורפת וקוגנטית: שמואל בכר ואורן בר-גיל "פרק ה: הגנת הצרכן" הגישה הכלכלית למשפט 223, 255-260 (אוריאל פרוקצ'יה עורך, התשע"ב).

המטים את הכף לטובת הענקת זכות חרטה לתורם הזרע? מנקודת המבט של האם, חשובה לה הזכות לאימהות כשהיא כרוכה במטען גנטי מסוים. אך בניגוד לעניין נחמני, שבו בקשתה של רותי לקיים את הליך ההפריה הייתה הדרך היחידה להעביר את מטענה הגנטי שלה הלאה לצאצא משלה, פלונית יכולה להעביר את מטענה הגנטי ללא בעיה, אלא שהיא מבקשת שאימהותה תמומש כשהצאצא הבא יישא אותו מטען גנטי שנושאת ילדתה. לשם כך רכשה את זרעו של אלמוני. זוהי בקשה לגיטימית, כמובן, שגם נתמכת באינטרס הסתמכות, שהרי לטענתה רכשה תרומת זרע כזו במיוחד, ואלמלא כן הייתה רוכשת זרע של תורם אחר. עם זאת הסתמכותה אינה נוגעת בגרעין של מימוש האימהות. שיקול מהותי זה מחליש מעט את זכותה של פלונית ומחזק את זכותו של תורם הזרע להתחרט.

ומנקודת מבטו של האב – כעיקרון אין לכפות הורות, אם אין הצדדים בדבר מעוניינים בכך, בהיותה זכות שנטל רגשי וכספי בצידה.¹²⁵ לעומת זאת בין פלונית לתורם הזרע אין כל קשר ישיר. תרומת הזרע שהעמיד הייתה מיועדת מראש להעמדת צאצאים משלו בעולם. אין הוא יכול להלין על שיהפוך לאב, שכן הדבר נעשה מבחירתו, כאשר השימוש בזרעו אינו הופך אותו לאב משפטי ואינו מטיל עליו כל מחויבות כספית או אחרת.¹²⁶ שיקול זה מחליש את זכותו של התורם לחזור בו מהתחייבותו ומחזק את זכותה של פלונית.¹²⁷ אך האם יש משקל לנסיבות החרטה? רצונו של תורם הזרע לחזור בו מהתחייבותו נבעה משינוי מהותי בהשקפת עולמו ואורח חייו; שינוי באורח החיים הוא אוטונומי לתורם הזרע, ונדמה כשינוי ברצונותיו ובשאיפותיו של הפרט החורג מחרטה גרידא או מהחלטה לסיום קשר זוגי. הפיכתו הכפויה של אלמוני לאב עם כניסתו לעולם הדתי תגרוור בעקבותיה פגיעה הנובעת מהאיסורים הנהוגים בעולם הערכים הדתי: דעה רווחת בהלכה האוסרת על מתן תרומת זרע בשל האיסורים על הוצאת זרע לבטלה; החשש מנישואי קרובים; תקלות הלכתיות בייבום וחליצה.¹²⁸ בנסיבות אלו מתחזקת זכות החרטה של התורם ונחלשת זכותה של פלונית. אך שאלה היא אם התורם זכאי לחזור בו ממעשים שכבר נעשו בעבר, לפני התהליך ששינה את עולמו, המעוגנים בחוזה פורמלי שאינו כולל זכות חרטה.

ומה באשר לבני הזוג נחמני, אשר ההסכמה ביניהם הסתיימה עקב שינוי ברצונו של אחד הצדדים להמשיך בקשר הזוגי? האמונה של תורת החוזים הקלסית, שהכללתם של יחסי הנישואין במסגרת חוזה תעניק בסיס נורמטיבי ראוי ליחסים הנוצרים במסגרת זו, הייתה נאיבית. יחסי נישואין, כמו גם יחסי עבודה, הם בעלי אופי מיוחד. גלישתם של יחסי נישואין ויחסי עבודה לדיני החוזים לא אפשרה תחולה ישירה של הנורמות החוזיות על יחסים אלה, נורמות שגובשו בעיקר על רקע עסקת השוק

125 כך, אילו התממשה אבהותו של דני נחמני, עקרונית היה עליו לשאת בכל החיובים הכלכליים המוטלים על אב כלפי ילדיו בשל המעמד העצמאי שיש לקטין בדיני המשפחה בישראל: יצחק כהן "מעמדו העצמאי של הקטין בדיני המשפחה – תהליכים, מגמות, ודרכים לאיזון מחודש" משפטים מא' 255, 257 (התשע"א). היה ניתן למזער פגיעה כלכלית זו בהתנאת השימוש בביציות בהתחייבותה של רותי לשפותו, ובכך להחליש את כוחו המכריע של טיעון זה: דיון נוסף נחמני, לעיל ה"ש 1, בעמ' 727 (השופט גולדברג), 757 (השופט מצא). אך יצוין כי בתי המשפט סייגו תוקפן של תניות אלה בשל פגיעתן הפוטנציאלית בטובת הקטין: כהן "מעמדו העצמאי של הקטין", שם, בעמ' 299. ראו גם Yehezkel Margalit, *To Be or Not to Be (A Parent)?* 18 CARDOZO L.J. & Gender 355 (2012).

126 ראו לעיל ה"ש 59.

127 עניין פלונית, לעיל ה"ש 2, פס' לז–מב לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

128 הבחנה זו בלטה בפסק דינו של השופט רובינשטיין: שם, בפס' כב, מה, מח, נז.

הפרדיגמטית, עסקה חד-פעמית בין זרים שווי מעמד. נדרשה התאמה של הנורמות החוזיות, שהמרכזית שבהן נעוצה בהבחנה בין חוזי יחס לחוזה עסקה.

הניגוד שבין הנצחיות וההמשכיות של הבית לחד-פעמיות והזמניות של השוק משך לפני עשורים אחדים את תשומת הלב של חוקרי המשפט. מקולי (Macaulay) הוא שמתח לראשונה בחדות את ההבחנה המעניינת בין חוזה יחס, שהוא חוזה נמשך, כמו חוזה עבודה, לחוזה עסקה, כגון חוזה למכירת מוצר חשמלי או דירה.¹²⁹ סביב הבחנת היסוד בין יחסים חד-פעמיים לבין יחסים נמשכים פיתח המלומד האמריקני מקניל (Macneil) תזה הכופרת בהתאמתם של דיני החוזים המסורתיים ליחסים נמשכים:¹³⁰ חוזה עסקה בנוי על אינטראקציה חד-פעמית, קצרה ומוגבלת במטרתה, בין צדדים זרים שלא הכירו זה את זה קודם ולא יכירו לאחר מכן. יחסי הצדדים נובעים מהחוזה ונקבעים על פיו. במקרה של סכסוך אין קושי גדול לפנות לבית משפט. לעומת זאת חוזה יחס, כמו שותפות, חוזה עבודה, משתרע על פני תקופה ארוכה, לעיתים נצחית במונחים של חיי אדם. חוזה כזה בנוי על אמון הדדי ועל הבנה שלא הכול משפט, וכי במקרה של חילוקי דעות, שאף לא אחד מהצדדים רוצה שיביאו לניתוק הקשר, לא המשפט יסייע אלא ההבנות שביניהם. מילות המפתח הן אמון ומחויבות מוסרית, והן כמובן חזקות במיוחד בנישואין. אומנם אין ספק שנישואין בישראל הם חוזה המוסדר במפורט על פי הדין הדתי או המדיני, ואומנם המשפט מסדיר חלק נכבד מהקשר האינטימי בין הצדדים, ועם זאת קיימות גזרות שבהן אמור המשפט להימצא מחוץ לכותלי הבית. במסגרת גזרות אלה אפשר להבטיח ואפשר להתחרט. מובן גם שכל עוד נמשך הקשר, המחויבות ההדדית בין הצדדים שונה מזו שלאחר סיומו. אומנם יש הסכמות הממשיכות לחול גם לאחר תום הקשר, אך לא ברור אם ההסכמה בעניין נחמני שייכת לקטגוריה זו.

דעת המיעוט באותו מקרה סברה כי הסכמה שאינה מצויה בספרה חוזית, או מצויה בשוליה, תעניק לרוב זכות חרטה לשני הצדדים. דעת המיעוט תפסה את הקשר כעומד ביסודו של דבר מחוץ למשפט, ייחסה משקל רב לניתוק הקשר ולאוטונומיה של דני – שסירב להיות אב לצאצא משותף שלו ושל רותי – ודרשה כי ההסכמה תשתרע על כל השלבים הקריטיים.¹³¹ נקודת המוצא של דעת הרוב התייחסה

Stewart Macaulay, *Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, 28 AM. SOC. REV. 129 55 (1963); Stewart Macaulay, *An Empirical View of Contract*, WIS. L. REV. 465 (1985); Stewart Macaulay, *The Real and the Paper Deal: Empirical Pictures of Relationships, Complexity and the Urge for Transparent Simple Rules*, in IMPLICIT DIMENSIONS OF CONTRACT, DISCRETE, RELATIONAL AND NETWORK CONTRACT 51 (David Campbell et al. eds., 2003)

Ian R. Macneil, *Contracts: Adjustment of Long Term Economic Relations under Classical, Neo-classical and Relational Contract Law*, 72 NW. U. L. REV. 854 (1978); IAN R. MACNEIL, *THE NEW SOCIAL CONTRACT: AN INQUIRY INTO MODERN CONTRACTUAL RELATIONS* (1980) ההבחנה אומצה בפסיקה הישראלית: רע"א 1185/97 יורשי מילגרום נ' מרכז משען, פ"ד נב(4) 145 (1998) (הנשיא ברק); ע"א 9784/05 עיריית תל אביב יפו נ' גורן, עו"ד, פס' 14 לפסק דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 12.8.2009). עוד ראו בנושא זה: מנחם מאוטנר "תום לב ותנאים מכללא" דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים ג 313, ס' 26.37–26.36 (2003) (להלן: מאוטנר "תום לב"); שלו דיני חוזים, לעיל ה"ש 3, בעמ' 104–105. לעמדה דומה במשפט האמריקני, המעניקה בכורה להחלטה מאוחרת של בן הזוג, הנוגדת את הסכמתו הראשונית: In re Marriage of Witten, 672 N.W.2d 768 (Iowa 2003). במקרה זה קבע בית המשפט כי הסכמות רגשיות הקשורות בטבורן לתא המשפחתי כפופות לשינוי עתידי, בתוך כדי מתיחת ביקורת חריפה על גישת ההסכמה החוזית המחייבת (לעיל ה"ש 66–69 והטקסט הסמוך להן). נקבע כי יש להעדיף את

לזכותה של רותי כחלשה מכפי שהיא נתפסה בעיני דעת המיעוט, שהרי לגרסתה של דעת המיעוט אין מדובר כלל בחוזה, אולם הדבר לא השפיע על זכות החרטה. חשוב היה, לדעת הרוב, להגיע לתוצאה צודקת, ורפיון הדוקטרינה או הזכות לא היה בו כדי לאפשר חרטה לדני. מבחינת דעת הרוב, די היה בהסכמה ההתחלתית ובצעדים שננקטו בעקבותיה. דעת הרוב ייחסה משקל רב לסבלות העבר של רותי ולאוטונומיה שלה, ומשקל מועט לניתוק הקשר ולעובדה שבכך נכפית על דני הורות לא רצויה. על פי המבחן שקבעה דעת הרוב, זכות מסוג זה עשויה לאפשר חרטה בנסיבות מסוימות, הכול לפי מאזן הצדק, אך לא בנסיבות שהתעוררו בעניין נחמני: שם מאזן הצדק מנע את זכות החרטה של דני והוביל לכפיית אבהות עליו.

לסיכום נקודה זו, נראה כי ניתן ללמוד מההקשר השונה של שני המקרים גם על התוצאה הרצויה בכל הנוגע לזכות החרטה. בעניין נחמני בית המשפט ייחס משקל רב לעובדה שחזרתו של דני מהסכמתו פוגעת במימוש גרעין ההורות של רותי אף שמימוש הורות זו ישפיע במידה ניכרת על חייו. התוצאה היא שהסכמה אישית שהייתה אמורה להתפוגג עם תום הקשר בין בני הזוג קיבלה תוקף מחייב בבית המשפט אשר כפה את המשך התהליך שיוליך להורות הנכפית על האב. לעומת זאת בעניין פלוניא אין מדובר בזכותה של פלוניא למימוש אימהותה, אלא אך למימוש האינטרס שלה לאימהות לילדים בעלי מטען גנטי מסוים. מנגד, זכותו של תורם הזרע לחרטה חלשה במיוחד היות שקיום החוזה לא יטיל עליו כל חובה משפטית כהורה. אותו תורם ביקש לחזור בו מהתחייבותו בשל שינוי בהשקפת עולמו שנעשה לאחר תרומת הזרע, אך ספק אם שינוי זה מצדיק יצירת זכות חרטה יש מאין.

5. האינטרס המוגן: חוזה מול ציפייה

התכנון הפרטי מושתת על ההנחה שאין העברה ללא הסכמה ואין אחריות ללא חוזה. הרחבת הגזרה החוזית ופתיחתה לכלל הציבור חשפו את פערי הכוחות ואת הצורך להתמודד עם כללים פורמליים המובילים לתוצאות בעייתיות. במשפט האנגלו-אמריקני פותחו, לצד האחריות החוזית, דוקטרינות ההשתק והשתק ההבטחה שנועדו לסייגה או להגבירה. אלה הוחלו על כלל הגזרה החוזית, הן בהקשרים מסחריים והן בהקשרים משפחתיים.¹³² דוקטרינות אלה נקלטו גם במשפט הישראלי, והיום הן מגולמות בעקרון תום הלב. בכוחו של עקרון תום הלב במשא ומתן להפוך הבטחה לא מחייבת למחייבת על יסוד ההסתמכות והציפיות הסבירות של מקבל הבטחה.¹³³ דוגמה אופיינית היא המקרה שבו הוסכם על מכירת דירה, אך הסכמה זו לא עלתה על הכתב. כאשר הייתה הסתמכות על החוזה

הגישה המאפשרת הסכמה גמישה, על פי שינוי העיתים. עם זאת באותו עניין תאמה גישה זו במידת מה את הסכמת בני הזוג כפי שהשתקפה בהסכם החסנת הביציות המופרות עם מכוון ההפריה. ההסכם כלל תניה שלפיה כל דיספוזיציה בביציות המופרות מחייבת את חתימתם של שני בני הזוג. ראו גם Sara D. Petersen, Comment, *Dealing With Cryopreserved Embryos Upon Divorce: A Contractual Approach Aimed at Preserving Party Expectations*, 50 UCLA L. REV. 1065, 1090 (2003)

132 ערעור נחמני, לעיל ה"ש 1, בעמ' 518–519 (השופט שטרסברג-כהן); דיון נוסף נחמני, לעיל ה"ש 1, בעמ' 694, 779–780 (השופטים טל וזמיר בהתאמה).

133 פרידמן וכהן חוזים א, לעיל ה"ש 9, ס' 12.22.

בדמות קיום מהותי שלו, הייתה ההסכמה עשויה להפוך למחייבת,¹³⁴ ואילו עקרון תום הלב בקיום חוזה עשוי לסייג את החיובים החוזיים.¹³⁵ אך האם אופן פעולתן של דוקטרינות אלו זהה בבית ובשוק?

ציינתי כי כללי השוק מתאפיינים בעסקאות חד-פעמיות שיסוד המחויבות שבהן מוגבל להיבט הפורמלי החוזי. עם זאת מובן שאף במסגרת השוק קיימים יחסים נמשכים, והבחנתו של מקנל מתייחסת גם אליהם.¹³⁶ בנוגע אליהם, מודל השוק מתמזג כאן עם המודל השיתופי. יחסי העבודה שניתקו מהבית והפכו לחלק מהשוק הם דוגמה טובה לכך: יחסים אלה שמרו בכל זאת על ייחודם, במיוחד במצבים של העסקה לזמן ארוך (להבדיל מהעסקה קצרת טווח של עובדים זמניים), עד כי לא אחת אנו נתקלים בדימוי של מקום עבודה כמשפחה.¹³⁷ דימוי זה בא להדגיש את הבכורה של המודל השיתופי על פני מודל השוק. אולם גם כאשר מדובר ביחסי מסחר גרידא שנבנים במשך השנים, עשויות הפרקטיקות שנוצרו במהלך הזמן לעצב מחדש את ההבנה הפורמלית המקורית בין הצדדים ולשנותה.¹³⁸ למרות זאת ההבחנה הבסיסית בין הספרה המסחרית לבין הספרה הביתית עומדת בעינה. בהקשר המסחרי תינתן, ביתר תוקף, עדיפות לחוזה, לעסקה הפורמלית, ואילו בהקשר המשפחתי אפשר שתיתן עדיפות דווקא לציפיות שנוצרו במהלך השנים על בסיס ההבנה וההשקעה בקידום המטרה המשותפת. ציפיות אלה עשויות לדחוק את הכללים הפורמליים.

והרי הדגמה משני מקרים שנידונו באנגלייה: בראשון, בעניין *Marks and Spencer*,¹³⁹ משנת 2001, נידון סכסוך בין חברת מרקס אנד ספנסר ליצרן מעילים שסיפק לה כ-90% מהייצור שלו במשך 30 שנה. הספקת המעילים התבצעה פעמיים בשנה לפי ההזמנה שנשלחה ליצרן מאת החברה. כעבור 30 שנה, בעקבות שינויים מנהליים, החליטה מרקס אנד ספנסר להפסיק את קשרי המסחר עם היצרן. היצרן טען שמרקס אנד ספנסר הייתה חייבת להודיע לו על ביטול הקשר זמן סביר מראש. הוא השתית את עילת תביעתו על חוזה מכללא בין הצדדים, נוכח שנות המסחר הארוכות ושיתוף הפעולה ההדוק בין הצדדים. מרקס אנד ספנסר כפרה בקיומו של חוזה מחייב וטענה שקשרי המסחר התנהלו על פי הזמנות עונתיות: כל הזמנה היא חוזה נפרד, שאינו מחייב לשום המשך, ומכאן שאף לא להודעה מראש או לפיצוי כלשהו. בית הלורדים קיבל את טענת מרקס אנד ספנסר. הוא קבע שלא היה חוזה מסגרת בין

134 גילי כהן "צורת החוזה" הפרקליט לח 383 (התשנ"ט); פרידמן וכהן חוזים א, לעיל ה"ש 9, ס' 10.63–10.73; ע"א 986/93 קלמר נ' גיא, פ"ד נ(1) 185 (1996); ע"א 8234/09 שם טוב נ' פרץ (פורסם בנבו, 21.3.2011).

135 מאוטנר "תום לב", לעיל ה"ש 130, ס' 26.37–26.33.

136 לעיל ה"ש 130.

137 Teemu Ruskola, *Home Economics: What is the Difference between a Family and a Corporation?*, in *RETHINKING COMMERCIALIZATION: CASES AND READINGS IN LAW AND CULTURE* 324, 332 (Martha M. Ertman & Joan C. Williams, eds., 2005). לעמדה הפוכה, הקוראת לשאוב פרקטיקות מעולם העסקים לתוך המשפחה, ראו: Martha M. Ertman, *Marriage as a Trade: Bridging the Private/Private Distinction*, 36 HARV. C. R. -C. L. L. REV. 79 (2001).

138 מאוטנר "תום לב", לעיל ה"ש 130, ס' 26.37–26.36; ע"א 4023/06 א-ת כל קשר בע"מ נ' מעריב הוצאת מודיעין בע"מ, פס' 39 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 23.6.2008). עם זאת הנטל על הטוען לשינוי ההסכמה הראשונית הוא כבד במיוחד.

139 *Baird Textile v. Marks and Spencer*, [2001] EWCA (Civ) 274.

הצדדים, שהקשר היה מבוסס על הזמנות מדי עונה, ושלכן אין לדבר על חוזה מכללל. באין חוזה מפורש גם אין חוזה משתמע, ולכן גם אין חובה להודיע על ביטול ההתקשרות זמן סביר מראש. נפנה עתה לעניין *Thorner*,¹⁴⁰ שעסק בהסכמה משפחתית, ואשר בו הגיע בית הלורדים לתוצאה הפוכה. דייוויד טורנר, איש פשוט, לא מתוחכם ואפילו קצת מוגבל, עבד במסירות במשך כ-30 שנה וללא שכר של ממש בחוותו החקלאית של קרוב משפחתו, המבוגר ממנו בשנים רבות. בעל החווה הבטיח לדייוויד שבבוא היום תהיה החווה שלו. בין הצדדים לא הוחלפו כל ניירות. עם מותו של בעל החווה ביקשו היורשים להצהיר שהחווה היא חלק מהעזיבון. בית הלורדים דחה את עמדת היורשים והכיר בזכותו של דייוויד בחווה, אף שלא היה יכול להסתמך על פיסת נייר כלשהי. בית המשפט הסיק מהנסיבות – ההבטחה, ההסתמכות וההשקעה רבת השנים של דייוויד – שאלה הן בבחינת תחליף נאות לדרישה הפורמלית.

מדוע לא הועילו 30 שנות עבודה משותפות ליצרן של מרקס אנד ספנסר, אך הן הניבו חוזה לדייוויד? נראה שכאשר ההקשר הוא עסקי, גובר הטקס, הנייר, על החמלה, על ציפיותו האנושית של היצרן, שהוא צד עסקי. במילים אחרות, מודל השוק גובר על המודל השיתופי. לעומת זאת בהקשר משפחתי יש נכונות להיפרד מכללי הטקס ולהסתפק בהוכחה על מה שהתרחש בין הצדדים במהלך שנים. בהקשר המשפחתי אותנטיות וחמלה הן ערך העשוי לדחות ביתר קלות את דרישות הטקס הנוקשות שבחיי השוק.¹⁴¹

לכאורה כך נהג בית המשפט בעניין **נחמני**, שבו מבחנים כלליים של צדק ואיזון אינטרסים הניעו את החלטתה של דעת הרוב. האם מבחנים אלה, המוצגים כמנותקים מהספרה החוזית, אומנם עומדים בנפרד מדיני החוזים?¹⁴² מה ההכוונה העולה מפרשת **נחמני**? נראה לי שלמרות המצג של הבריחה מהחוזה נשארנו בסופו של דבר בטריטוריה חוזית. בפועל הצהיר בית המשפט על בעלותה של רותי בביציות, ובכך הגן על ציפיותה להמשך התהליך. בית המשפט הכיר בזכותה של רותי הגם שלא הגדירה "חוזה". בהשתמשו במסלולים עוקפים של מאזן צדק ומניעות, התמודד בית המשפט עם הבעיה שעוררה בקשתה של רותי, אך השאיר לעצמו פתח מילוט למקרים הבאים. הכתרת ההסכם כחוזה בנסיבות אלה הייתה סוללת את הדרך להכרה בזכות חוזית מהותית במקרה זה, והייתה מאפשרת את כפייתו בכל מקרה של הליך פונדקאות, על פי בקשת האישה ועל אף התנגדות הגבר. כדי להימנע מהאפקט התקדימי הזה קבע בית המשפט שהעניין יוסדר על פי מאזן הצדק. בית המשפט חשש לכלוא את ההבטחה במסגרת חוזית, שאולי תשעבד אותה ותטיל מגבלות על חירות הצדדים בעניין זה במקרים עתידיים, אך הפעיל שיקול דעת, כביכול חוץ-חוזי, כדי לעשות צדק במקרה הנידון ובמקרים עתידיים.

140 *Thorner v. Major*, [2009] UKHL 18.

141 לפסיקה אנגלית עדכנית המיישמת הבחנה זו ראו *Travel World Vacations Ltd. (t/a Olympic Holidays) v. Monarch Airlines Ltd.*, [2013] EWHC 2561 (Comn); *JD Cleverly Ltd v. Family Finance Ltd.*, [2010] EWCA Civ 1477 (דרישה נוקשה לגיבוש הסכמה פורמלית בהקשר העסקי); *Lotihan v. Dixon*, [2014] Ch D (מיתון דרישת הפורמליות בהקשר המשפחתי).

142 לחיבור בין השניים בהקשר של טענת כפייה ראו: Gan, לעיל ה"ש 114, בעמ' 197–207. לטענה שהשימוש במודל ההסכמה הרופפת נועד להסוות את היעדר תחולתם של דיני החוזים בספרה המשפחתית ראו קרן "בתום לב אך לא בדרך המקובלת", לעיל ה"ש 111, בעמ' 94–98.

דיני החוזים מודעים היטב לשימוש במסלולים עוקפים המעניקים תוקף לציפיות או להבטחות לא חוזיות. צינתי כי הדוגמה המובהקת לשימוש בעקרונות אלה היא חוזה מקרקעין שקוים ולא ענה על דרישת הכתב.¹⁴³ אולם לעומת שימוש בעקרון תום הלב במשא ומתן, המתגבר על מכשלה פורמלית (היעדר כתב) במצב שבו קיימת הבטחה חוזית (גם אם מעורטלת מעטיפה פורמלית), המקרה שלנו שונה, שכן הוא כופה קיום במצב שבו ספק אם בכלל הייתה הבטחה חוזית. ראינו שגם במשפט האנגלי נעשה שימוש במסלולים עוקפים אלה, הקיימים בהקשרים כלליים, להגנת ציפיות שלא עלו כדי חוזה בהקשר המשפחתי.¹⁴⁴ כך גם בעניין נחמני, שבו בית המשפט יצר זכות מהותית להמשך תהליך הפרייה של ביצית ברחם פונדקאית שתחילתו בהסכמה, ואף משזו התפוגגה, די היה בפעולות למימוש התהליך כדי לאפשר את המשכו, בהתחשב במאזן הנזק היחסי. במילים אחרות, הגנת הציפיות הסבירות של רותי שימשה תחליף מספיק להסכמה הפורמלית החסרה.

היה ניתן לצפות שבעניין פלונית, שבו נדונה הסכמה פורמלית שהתרחשה בשוק, תוענק הבכורה לחוזה שנכרת בין הצדדים. אך בדומה לעניין נחמני, שעסק גם הוא בהסכמה בהקשר המשפחתי הנוגעת לשאלת ההולדה, בחר בית המשפט להתנער מתפיסות פורמליות אשר היו עשויות להלום את טיב ההסכמה בין הצדדים, והעדיף להתבסס על מבחני צדק מהותיים הנחתכים בדיעבד על פי ציפיותיהם הסבירות של הצדדים. במסגרת זו הבהיר בית המשפט כי ציפיותה של פלונית ללדת אחים ביולוגיים מלאים אינה ציפיה סבירה שתזכה להגנת בית המשפט, והיא נסוגה אל מול שיקולי הצדק הפרטי בין הצדדים.¹⁴⁵ המצדיקים זכות חרטה לתורם. בדומה לעניין נחמני, גם כאן בית המשפט נזהר מהאפקט התקדימי של פסק הדין ומעדיף להשתית את החלטתו על מבחני צדק המופעלים לאחר מעשה. שני פסקי הדין יוצרים אפוא זכויות מעורפלות: הראשונה, של כפיית הורות ממשית (על פי החלטה בעניין נחמני דני אמור להפוך אב לכל דבר ועניין); השנייה, של הכרה בזכות חרטה מהורות לא ממשית (אלמוני שרק תרם זרעו ללא כל מחויבות משפטית זכאי להתחרט). הכיוון המכיר בזכות החרטה מסרב להחיל את כללי השוק בסביבה הניזונה מדימויי הבית, כך בעניין פלונית וכך על פי עמדת המיעוט בעניין נחמני.

6. בין הדימוי לכללים

כיצד השפיע אפוא הדימוי על כללי המשפט המסדירים את הבית והשוק? ניתן לומר שכללי המשפט פעלו בניגוד לדימויים המסורתיים. בעניין נחמני, המעוצב על רקע הדימוי של הבית – דימוי האמור לייצר זכות לא מחייבת, מעין ציפיה לא אכיפה, חסינה מהתערבות מדינתית בהיבט ההסכמי – זכותה של רותי להגנה מדינתית מלאה, והדבר גורם לפגיעה באוטונומיה של הבעל, כלומר בזכותו שלא להיות הורה. בעניין פלונית, המעוצב על רקע הדימוי של השוק (אך ניזון מההקשר המשפחתי של תחום ההולדה), האמור לכאורה לייצר זכות חוזית תקפה ומחייבת, לא זכתה זכותה של פלונית להגנה

143 לעיל הטקסט הסמוך לה"ש 134.

144 לעיל הטקסט הסמוך לה"ש 112–113, 143.

145 עניין פלונית, לעיל ה"ש 2, פס' לה לפסק דינו של השופט רובינשטיין, פס' 30 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

של ממש, שכן בית המשפט התערב בהסכמת הצדדים וקרא לתוך החוזה המחייב זכות חרטה. הכרעה זו ערערה את תוקפה המחייב של הסכמת הצדדים.

שני המקרים מציגים את המתח שבין אוטונומיה להתערבות ומגלמים את מעורבותם ההולכת וגוברת של בתי המשפט והמדינה בעיצוב הסכמות בין מתקשרים בבית ובשוק גם יחד. הם ממחישים גם את העדיפות הניתנת בדיעבד לצדק היחסי. בעניין נחמני, במקום שבו אין חוזה תגבר ההסתמכות והזכות להעמיד צאצאים. בעניין פלונית, במקום שבו יש חוזה יגבר הצדק היחסי של מי שמבקש להשתחרר מהחוזה. התוצאה היא שהסכמות ביתיות הופכות כובלות ואינן כפופות לשינויים באמונות, ברצונות ובצרכים של בני הזוג, אף לא להתפוגגות הזוגיות. לעומת זאת הסכמות השוק הן גמישות, מאפשרות חרטה, ואי אפשר להסתמך עליהן. בקצרה, בשני פסקי הדין שבהם דנו נותק הקשר שבין הדימוי לבין הכללים. הבית אוכלס בכללי השוק, והשוק אורגן דרך כללי הבית.

1. לאחר נחמני ופלונית

1. נחמני

האנרגייה המשפטית שהושקעה כדי לעשות צדק עם רותי נחמני לא סיפקה הסדר נורמטיבי ברור. בסופו של דבר, הליך ההפריה החוץ-גופית לא צלח, ורותי נחמני היא היום אם לשני ילדים מאומצים במסגרת זוגית חדשה. חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996, שנכנס לתוקף לאחר פרשת נחמני, אינו עוסק כלל ביחסים בין ההורים אלא בהסכם בין ההורים לפונדקאית וכן במעמד הילד, ולכן הלכת נחמני עומדת בעינה בכל הנוגע לשאלה של חזרת אחד מן הצדדים מההסכם לנשיאת עוברים.

מקרה מעניין שעורר בעיה מקבילה, הפוכה, נידון לפני שנים אחדות בבית המשפט המחוזי בירושלים, וזה סיפור המעשה:¹⁴⁶ על פי הסכם בין הבעל לאשתו הופרו ביציות האישה בזרעו של הבעל, אך השניים נפרדו לאחר מכן. הבעל דרש את המשך התהליך. לזוג היו שני ילדים משותפים, והביציות נועדו להיות מושתלות ברחמה של האישה. עתה חיה האישה עם ילדיה בארצות הברית, והבעל מבקש להשתיל את הביצית ברחמה של פונדקאית. הבעל הביא ראיות לכך שלא יוכל להעמיד צאצאים ביולוגיים נוספים אלא אם כן ישתמש בביציות המופרות, בשל איכות זרעו הירודה. לטענתו אין הוא חווה הורות, שכן הקשר שלו עם ילדיו הביולוגיים מנותק זה שנים. האישה התנגדה לבקשתו: הביצית יועדה להפריה ברחמה שלה, ולא ברחמה של פונדקאית, ואין לכפות עליה אימהות שלא לרצונה. תביעתו של הבעל לשעבר נדחתה על הסף בבית המשפט לענייני משפחה, והערעור על כך נדחה מהטעם שחוק הסכמים לנשיאת עוברים דאז לא איפשר פונדקאות להורה יחיד,¹⁴⁷ אך השופטים

146 עמ"ש (מחוזי י-ם) 228/08 פלוני נ' אלמונית (פורסם בנבו, 7.6.2010) (להלן: עניין פלוני).
 147 כיום אפשרות הפונדקאות פתוחה גם לבנות זוג יחידניות או בנות זוג לסביות: תיקון מס' 2 משנת התשע"ח-2018 שלפיו תוקן ס' 1 לחוק וכיום זכאים לעשות בארץ הליך נשיאת עוברים "הורים מיועדים", שהם בני זוג וכן אם מיועדת יחידה. ראו בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים (פורסם בנבו, 3.8.2017). לבחינת החוק דאז: דורית שפירא ויוסף שפירא "עשור לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996: המצוי והרצוי" רפואה ומשפט 36, 19,

התייחסו גם לשאלת הצדק היחסי: לעובדה שלמבקש יש ילדים, וכי דרכו פתוחה להפריית זרעו בביצית שאינה של האישה לשעבר.

בין השופטים באותו מקרה נחשפה מחלוקת בשאלת המשמעות של הלכת נחמני והיחס בינה לבין חוק הסכמים לנשיאת עוברים. דעת הרוב, המוצדקת, קבעה כי החוק אינו עוסק כלל ביחסים בין ההורים, ולכן הלכת נחמני עומדת בעינה.¹⁴⁸ התביעה כאמור נדחתה על הסף, אך גם אילו נידון המקרה לגופו, הייתה התוצאה שבית המשפט הגיע אליה ראויה, שכן עובדות המקרה, השונות תכלית שינוי מעניין נחמני, אינן תומכות בתביעת הבעל.¹⁴⁹

במקרה אחר¹⁵⁰ ניסתה אישה לטעון על סמך הלכת נחמני כי זכותה ללדת בפעם הרביעית ילד מזרעו של בעלה החי בנפרד ממנה כמעט עשר שנים, גוברת על זכות הבעל לאוטונומיה. האישה תבעה מתן צו עשה שיורה למרכז הרפואי שמחזיק בעובריה המוקפאים להשתילם בגופה. העוברים היו פרי ביציות התובעת אשר הופרו בזרע בעלה, לפני קרוב לשני עשורים מיום הגשת התביעה. כתוצאה מטיפולי ההפריה שעברו בני הזוג בזמנו, נולד בנם הבכור. לאחר מכן נולדו לזוג עוד שני ילדים באופן טבעי. שנים לאחר מכן, נפרדו בני הזוג והסכם הגירושין ביניהם אושר בבית הדין הרבני, אולם, בני הזוג לא הסדירו גט, ופורמלית עודם נשואים זה לזה. התובעת ביקשה לטעון כי היא מתקרבת לגיל 46 ועל אף שהיא אם לשלושה ילדים, היא מבקשת לממש את זכותה להורות ולהגדיל את המשפחה על ידי הבאת ילד נוסף בעל אותו מטען גנטי של אחיו, באמצעות שימוש בעוברים המוקפאים של בני הזוג. הבעל הפרוד ביקש לדחות את התביעה, בטענה כי על אף שבאופן רשמי השניים נשואים, למעשה הם פרודים במשך שנים רבות, לא מנהלים כל קשר זה עם זה למעט תקשורת בסיסית הנוגעת לילדיהם, וכי אין הוא מעוניין בילדים נוספים מהתובעת. לטענת התובעת הואיל ובעבר נתן הנתבע הסכמתו להפריית הביציות והשתלתן ברחמה, על פי הלכת נחמני היא זכאית לעשות שימוש בביציות המופרות.

סגנית הנשיאה אייזנברג דחתה את התביעה. היא קבעה כי עתירת התובעת משמעותה התערבות המדינה בסוגייה ההולדה אינטימית של הולדה, וכי התערבות מעין זו תעשה אך ורק במקרה קיצון ומנימוקים כבדי משקל. בניגוד לפרשת נחמני – העתירה אינה להכרה בזכות התובעת להורות, אלא בזכותה להורות עם הנתבע דווקא. בני הזוג נחמני היו חשוכי ילדים, לרותי נחמני לא הייתה אפשרות להרות באופן טבעי והשתלת הביציות המוקפאות אצל פונדקאית היוותה עבורה הסיכוי היחיד להורות ביולוגית. במקרה דנן, אין לומר שדחיית התביעה תמנע מהתובעת את הסיכוי היחיד שלה להורות

30–32 (התשס"ז); דפנה הקר "מעבר ל'בתולה הזקנה' ול'סקס והעיר הגדולה': רווקות כאפשרות חשובה לנשים ויחסו של המשפט הישראלי כלפיה" עיוני משפט כח 903, 938–943 (התשס"ז). לבחינת הסוגיה כולה בהיבט השוואתי: Yehezkel Margalit, *In Defense of Surrogacy Agreements: A Modern Contract*; Law Perspective, 20 WM & MARY J. WOMEN & L. 423 (2014); Yehezkel Margalit, *From Baby M to Law Perspective*, 20 WM & MARY J. WOMEN & L. 423 (2014); Yehezkel Margalit, *From Baby M to Law Perspective*, 20 WM & MARY J. WOMEN & L. 423 (2014); Yehezkel Margalit, *From Baby M to Law Perspective*, 20 WM & MARY J. WOMEN & L. 423 (2014). לבחינת סוגיה נוספת בהקשר לחוק: בג"ץ 5771/12, הנ"ל בה"ש 122 (דחיית עתירה של בנות זוג המבקשות להביא לעולם צאצא בדרך של הפריית ביצית שתילקח מגופה של העותרת 1 ותושלת ברחמה של העותרת 2, אשר תישא את ההיריון ותלד. משרד הבריאות דחה את בקשותיהן לקבלת האישורים לביצוע הליך זה בישראל).

148 עניין פלוני, לעיל ה"ש 146, פסק דינם של השופטים בזק-רפפורט ומינץ.
149 לפסיקה אמריקנית בנסיבות דומות, שבהן הבעל הוא מבקש השימוש בביציות המופרות, ראו להלן ה"ש 154.

150 תמ"ש (משפחה חי') 25008-11-16 מ' ד-ש' נ' ש' ש' (פורסם בנבו, 25.12.17).

ביולוגית. בהסתמכה על דברי השופט רובינשטיין בעניין **פלונת**, קבעה השופטת כי אינטרס ההסתמכות וההסכמיות עליהם מבססת התובעת את עתירתה נחלשים אל מול אי הרצון של הנתבע להיות הורה לילד נוסף עם התובעת.

ההזדמנות להסדיר את הנושא של הסכמת ההורים והחזרה ממנה במסגרת הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א–2011, שהייתה אמורה לגבש את כללי החוזה גיבוש כולל, לא מוצתה. הצעת החוק אינה דנה בסוגיה – אולי בשל רגישותה של הבעיה, אולי בשל ההבנה שמיעוט המקרים אינו מחייב הסדר, ואולי בשל התחושה שהסדר שגובש בעניין **נחמני**, היוצר זכות התלויה בשיקול דעתו של בית המשפט, נותן תשובה הולמת למקרה מסוג זה.

עניין **נחמני** שימש מקור השראה לשאלות דומות שהתעוררו במשפט האנגלו-אמריקני, ונראה שריבוי הדעות וחשיפת תפיסות הצדק השונות אינם נחלתם הבלעדית של השופטים אצלנו.

בפסיקה האמריקנית ניתן ביטוי לכל שלל הדעות שהובעו בעניין **נחמני**: גישת החוזה המחייב גם לאחר פרדה;¹⁵¹ גישת ההסכמה הרופפת, המחייבת הסכמה הדדית בכל שלב והמאפשרת חרטה;¹⁵² הגישה המתחשבת במאזן הצדק היחסי.¹⁵³ פסקי הדין האמריקניים, בדומה לעניין **נחמני**, שמים דגש בהורות הגנטית. עם זאת התגלתה שם עמדה, ראויה לציון, שלפיה הורות יכולה להתממש גם באימוץ ולא דווקא בשימוש בביציות מופרות.¹⁵⁴ זאת ועוד, חקיקה שהתקבלה בחלק ממדינות ארצות הברית, העולה בקנה אחד עם עמדת המיעוט בעניין **נחמני**, קובעת שבן הזוג לא ייחשב הורה משפטי לילד שנולד מהפרייה חוץ-גופית שנעשתה לאחר גירושיהם של בני הזוג, אלא אם כן הסכים מראש ובכתב כי ייחשב כזה במקרה של גירושין. נוסף על כך, בכל שלב עד למועד החזרת הביציות לרחם רשאי בן הזוג להתחרט, והוא לא ייחשב הורה משפטי אם אומנם התחרט.¹⁵⁵

151 לעיל ה"ש 66–69.

152 לעיל ה"ש 131.

153 לעיל ה"ש 66; *Davis v. Davis*, 842 S.W.2d 588 (Tenn. 1992); *Reber v. Reiss*, 42 A.3d 1131 (Pa. Super. Ct. 2012).

154 *J.B. v. M.B.*, 783 A.2d 707, 720 (N.J. 2001). מקרה זה, בדומה לעניין **פלונת**, גם הוא כרוך בחילופי התפקידים המגדריים המקובלים במקרים אלו. באותו עניין ביקש הגבר את השימוש בביציות המופרות (באמצעות פונדקאית), ואילו האישה התנגדה לשימוש בהן. נקבע, על פי הגישה המאזנת בין האינטרסים היחסיים של בני הזוג, כי זכותה של האישה שלא להיות הורה גוברת על זכותו של הבעל, מהטעם שהוא יכול להעמיד צאצאים בעתיד, ללא צורך בשימוש בביציות המופרות. פסק הדין ניתן בהרכב של שבעה שופטים מפי נשיא בית המשפט העליון של ניו ג'רזי, *Poritz*, אשר ציין באמרת אגב כי במסגרת איזון האינטרסים בין בני הזוג יש לשקול את אפשרות האימוץ כאחת החלופות האפשריות להעמדת צאצאים. השופטים *Zazzali* ו-*Verniero* הוסיפו דעת יחיד המתנגדת אך ורק לאמרת אגב זו. לדיון בפסק הדין ראו: *Amanda J. Smith, J.B. v. M.B.: New Evidence That Contracts Need to be Reevaluated as the Method of choice for Resolving Frozen Embryo Disputed*, 81 N.C. L. REV. 878 (2003) תומכת בגישת בית המשפט, המתחשבת במאזן הצדק היחסי בין הצדדים; לגישה הפוכה: *Fazila Issa, Note, To Dispose or Not to Dispose: Questioning the Fate of Preembryos After A Divorce in J.B. v. M.B.*, HOUS. L. REV. 1549 (2003) (המחברת קוראת לחייב זוגות בכריתת הסכם חוזי מפורט המתייחס לגורל הביציות המופרות בתום הקשר הזוגי).

155 Uniform Parentage Act § 706 (2002). החוק עבר רויזיה ב-2017, אך הסעיף דנן נותר על תילו. לסקירת חקיקה אמריקנית נוספת בנושא, המחייבת את הצדדים לכרות חוזה המתייחס לגורל הביציות בתום הקשר הזוגי: *Smith*, לעיל ה"ש 154, ה"ש 21. לגישה התומכת בחיוב זוגות בכריתת הסכם מסוג זה: *Issa*, לעיל ה"ש 154 (וכן סקירת ספרות נוספת התומכת בגישה זו: שם, בה"ש 139).

גם במשפט האנגלי נחקק חוק, Human Fertilisation and Embryology Act, 1990, המאמץ גישה דומה לזו של שופטי המיעוט, וקובע שיש צורך בהסכמה של שני בני הזוג בכל אחד משלבי ההפריה. בהיעדר הסכמה הדדית יישמרו הביציות למשך חמש שנים בהקפאה, ולאחר מכן יושמדו.¹⁵⁶ חוק זה עמד למבחן חוקתי ויכול לו: ראשיתו של הסיפור במחלת הסרטן של נטלי אוונס (שאליה הצטרפה בנסיבות דומות עוד אישה – לורן האדלי). בעקבות מחלתה היא הקפאה את ביציותיה המופרות בזרעו של בעלה. בני הזוג התגרשו, והבעל הודיע למרפאה, לפי החוק האמור, שהוא חוזר בו מהסכמתו ומבקש את השמדת הביציות. נטלי פנתה לבית המשפט בטענה שהשמדת הביציות פוגעת בזכותה לחיי משפחה על פי Human Rights Act, 1998, המחיל על הדין האנגלי את ה-European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. תביעתה נדחתה, וכך גם הערעור עליה. גם פנייתה ל-European Court of Human Rights נדחתה.¹⁵⁷ המשפט האנגלי, שזכה לגיבוי של המשפט האירופי, אימץ אפוא עמדה התואמת את זו של עמדת המיעוט. עמדה זו רואה בהסכמה בין בני הזוג עניין הנתון למרותם בלבד, והיא מבוססת על ההבנה שלצדדים עומדת זכות חרטה. לא בית המשפט יקבע אם יהפכו להורים, אלא רק הם עצמם. הסכמתם פנימית, ואין היא מחייבת במובן המשפטי.

והרי מקרה נוסף שנידון בפסיקה הישראלית, המציג פן אחר של מהות ההסכמה שבין בני הזוג להרחבת התא המשפחתי.¹⁵⁸ באותו מקרה ניסו בני הזוג במשך שנים להביא ילדים לעולם, אך ללא הועיל. ערב גירושיהם (וככל הנראה כתנאי של האישה לקבלת הגט), הסכים הבעל לתת את זרעו לאישה לצורך הפריה תוך-רחמית. אלא שהאישה נטלה את זרעו לביצוע הפריה חוץ-גופית, בהפריית ביצית של תורמת זרה. ההיריון צלח. בחלוף הזמן התברר סיפור המקרה, האישה הגישה נגד הבעל לשעבר תביעת אבהות ומזונות, ומנגד זה הגיש תביעה לפיצויים המושתתת על כך שזרעו נגנב. בית המשפט קיבל את טענת הבעל שהסכמתו למתן הזרע הייתה מוגבלת ומתוחמת, ואי אפשר לראות בה הסכמה כללית ומתמשכת להעמדת צאצאים. הבעל, כך קבע בית המשפט, הסכים לתת את זרעו לצורך הפריה תוך-רחמית בלבד, בין השאר משום שסבר שסיכויי הצלחתה נמוכים במיוחד על סמך ניסיון

156 Human Fertilisation and Embryology Act, 1990, c. 37, §2(4), 3, 4 & 8, sch. 3 (U.K.) החוק עבר רויזיה בשנת 2008, אך העיקרון נותר בעינו. עמדה זו נתמכת אצל עמוס שפירא "פרשת נחמני: הורות בזכות ובכפייה, ביציות מופרות ויילודים עתידיים – סיפורים של קדמה מדעית וכשל נורמטיבי" **מאזני משפט** ד' 437, 451–453 (התשס"ז).

157 לדחיית הבקשה לערער על החלטתה: Evans v. Amicus Healthcare, [2004] EWCA (Civ) 727. לדחיית העתירה ב-Evans v. UK, [2006] 43 EHRR 21 ECtHR: European Court of Human Rights. דעת המיעוט סברה כי חזרתו של בן הזוג מהסכמתו מפקיעה את זכותו של בן הזוג האחר במטען הגנטי שלו ומהווה פגיעה באוטונומיה. על פי דעת המיעוט, יש לאמץ גישה ביניים, שמכוחה, כעיקרון, תותר זכות החזרה בכפוף למאזן הצדק היחסי, בהתקיים שלושה תנאים: (א) אין לבן הזוג אפשרויות נוספות להורות גנטית; (ב) לבן הזוג אין ילדים כלל; (ג) בן הזוג לא יפנה לפונדקאית לצורך השימוש בביציות. עובדה מעניינת היא שבהרכב זה, של שבעה שופטים, ישבה שופטת יחידה (L. Mijovic), אשר השתייכה לדעת המיעוט. בהמשך הוגש ערעור גם על החלטה זו, אשר נידון בפני הרכב מורחב של 17 שופטים ונדחה בשנית (ברוב של 13 כנגד 4).

158 תמ"ש (משפחה-י) 22317-08-11 מ.ו.נ'צ.ש.ו. (פורסם בנבו, 21.4.2013).

העבר של הזוג. השימוש שעשתה האישה במקרה זה חורג מבסיס ההסכמות של בני הזוג בשלב הראשון של מתן הזרע.¹⁵⁹

2. פלונית

פרק הזמן שחלף מאז ניתן פסק הדין בעניין פלונית בשנת 2013 ועד למועד כתיבת שורות אלו קצר במידה ניכרת מהזמן שחלף מאז שניתנה ההכרעה הסופית בעניין נחמני בשנת 1996. לכן, מטבע הדברים, ניתן לצפות לשינויים מועטים יותר בסוגיית החזרה מהתחייבות למתן תרומת זרע, שהתעוררה לראשונה בישראל בפרשה זו. כאמור, הנושא הרגיש של תרומות זרע מוסדר בישראל בחקיקת משנה ונהלים פנימיים בלבד. בשנת 2016 הוגשה לשולחן הכנסת הצעת חוק תרומת זרע, התשע"ו–2016, אשר אף היא נעדרת כל התייחסות לסוגיית החרטה של תורם הזרע. גם חוזר המנכ"ל המסדיר את הטפסים השונים שעליהם נדרשים לחתום הצדדים המעורבים בתרומת הזרע לא עודכן על פי התרחיש העובדתי החדש שהתעורר בעניין פלונית, וגם כיום אין הוא כולל כל התייחסות לסוגיית החרטה של תורם הזרע. התוצאה היא אפוא שההכרעה במקרה הדומה הבא תיחתך אף היא על פי שיקול דעתו של המותב שישב בדין.

ז. צדק לנמענים וצדק למתדיינות

כמו הפרט הכורת חוזה, הפועל בין עבר לעתיד על סמך תודעה קיימת כדי להגשים תוכנית עתידית, גם המשפט כמערכת של כללים, המיועדים להסדיר התנהגות אנושית, נע בין עבר לעתיד: כאשר מופעלים הכללים על סכסוך מוחשי, מופנה המבט קודם כול לעבר – בית המשפט צריך לבחון מה היה. הוא פועל כהיסטוריון. עליו לשחזר את התנהגותם של המתדיינים, את מצבם הנפשי, ולאחר מכן להחיל על ממצאיו את הדין. גם בעניין החלת הדין פניו לעבר, כדי לדעת מהו הכלל הרלוונטי, ומהו התקדים המחייב אותו. אך פנייה זו לעבר היא חלקית, משני טעמים: ראשית, לא תמיד ניתן לאתר את הכלל; שנית, בתהליך קבלת ההחלטה עלול בית המשפט להיקרע בין עבר לעתיד – בין שחזור העבר, כדי לעשות צדק עם המתדיינים שלפניו, לבין בחינת העתיד, כדי לדעת אם ראוי שהכלל שיוחל במקרה הנתון יכוון את התנהגותנו בעתיד. בעניין זה פועל בית המשפט כמעצב מדיניות.

¹⁵⁹ שם, פס' 50–56 לפסק דינו של השופט פלקס. לכן נקבע כי האישה חייבת בפיצויים בגין "גניבת הזרע", ומנגד כי הבעל חייב במזונות הילדה. עם זאת נקבע שכל תשלומי המזונות וכן הפיצויים ישולמו על ידי האישה לבעל כשהפוך הילדה לבגירה, וכאשר תוכל האישה לעמוד בהוצאות אלו מבלי שתיפגע טובת הקטינה. השוו לתמ"ש (משפחה ת"א) 58540/05 ק. ב. ל. א. נ' המרכז הרפואי על שם סוראסקי באיכילוב ופרקליטות מחוז מרכז (פורסם בנבו, 12.9.2006), שבו הכיר בית המשפט בזכותה של אישה להשתמש בזרע בעלה שנקלח ממנו כשהיה שרוי במוות מוחי, ועל כן אי אפשר לקבל את הסכמתו המפורשת להליך ההפריה. בית המשפט ראה בעובדה שבני הזוג נישאו כחודש לפני נטילת הזרע הסכמה מכללא של הבעל להבאת ילדים לעולם ואישר את ההליך. ראו גם את עמדת היועץ המשפטי לממשלה בעניין זה, שאליה התייחס בין היתר פסק הדין: "נטילת זרע לאחר המוות ושימוש בו" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה (התשס"ג). 1.2202.

שני המקרים שבהם דנו לא עוררו בעיות קשות של שחזור התמונה העובדתית הכללית. אולם בעניין נחמני שחזור פרטי ההבנה בין הצדדים לא עלה יפה. ברור ששחזור יחסים אינטימיים בין בני זוג אינו משימה קלה, במיוחד במצב שבו הקשר עולה על שרטון. השאלה כרוכה לא רק במה שנאמר, אם נאמר, אלא גם במה שלא נאמר. והעובדה שהחלטה הכילה עמדות כה רבות מקורה בכך שכוונה מפורשת לא אותרה, והשופטים הסתפקו בייחוס כוונה לפי מיטב מצפונם והכרתם. אכן, בכל הנוגע לעיצוב הכללים הוטלה על כתפי בית המשפט משימה קשה. פסק הדין חושף התלבטות קשה בין שיקולים סותרים ובין הצדק הפרטי לצדק הציבורי, ובית המשפט תפקד כאן בבירור כמעצב מדיניות. הצלחת הציבורית של בית המשפט נבחנת לטווח קצר עם פרסום ההחלטה, אך מבחנה האמיתי יהיה תמיד בטווח הארוך, לאורו של העתיד, שיחשוף את שבריריות העבר, את הטעויות הנובעות מתודעה לקויה ומהבנה מוגבלת מוסדית וגם את השינוי שמחולל הזמן בערכינו ובתפיסות הצדק שלנו.

בעניין פלונית שחזור פרטי ההבנה בין הצדדים היה פשוט למדי: שם הייתה מערכת חוזית פורמלית ברורה לתרומת זרע, שלא כללה זכות חרטה לתורם, אך בית המשפט לא הכיר בתוקפו המחייב של החוזה ופטר את התורם ממחויבותו החוזית, שוב על סמך שיקולים של צדק יחסי.

כיוון פסיקה זה בשני פסקי הדין מחליף את האינטרס החוזי (הנשען על קיומו או על היעדרו של חוזה) באינטרס הצדק היחסי או ההסתמכות: במקום שבו אין חוזה יוכר אינטרס ההסתמכות של מי שמבקש לקיימו (נחמני); במקום שיש חוזה יוכר אינטרס הצדק של מי שמבקש להשתחרר ממנו (פלונית). הצדק הפרטי מחליף את הכללים הפורמליים, והאפקט של הפסיקה כמכוונת התנהגות הולך ומצטמצם.

שני המקרים – נחמני ופלונית – הציגו תביעות של נשים, אחת מעוגנת בבית פנימה, והשנייה במרחב הציבורי, בשוק. אישה אחת זכתה במרחב הפרטי (נחמני); השנייה – הפסידה במרחב הציבורי (פלונית). החציצה המגדרית בין הציבורי לפרטי נדונה דיון חלוצי במשנתה של Jane Addams. היא הבהירה שהמונופול הגברי על אמצעי המלחמה עבר בתהליך היסטורי ממושך הרחבה מושגית ומעשית, עד שהוא הפך לחלוקה הנתפסת כטבעית בין הפרטי, שם ממוקמות נשים, כפופות לפטרונות גברית, ובין הציבורי, שבנוי על זיכיון גברי. היציאה של הנשים לטריטוריה הגברית, הציבורית, הייתה כרוכה במאבק קשה – לא רק מאבק שובר זיכיון גברי אלא גם מאבק על ניתוח היישום של הפוליטיקה הגברית הבנויה על ניהול מלחמות במקומות שאסטרטגיה של מלחמה אינה מתאימה להם כלל.¹⁶⁰ הזירה המשפטית שנתפסה בעבר כנחלה גברית מובהקת מאוישת עתה במספר מרשים של נשים. האם אימצו שופטות נשים תפיסת עולם גברית, או האם הביאו לזירה תפיסה משלהן, המסמלת ערכים של אכפתיות ודאגה? לא אתייחס לנושא ככלל וגם לא לסוגיה המעניינת אם ניתן להסיק מסקנה כללית על יחסן של שופטות למתדיינות.¹⁶¹ אסתפק בהצגת השאלות הקצרות האלה: האם ניתן לומר שבעניין

JANE ADDAMS, WOMEN AND PUBLIC HOUSEKEEPING 147 (New York: National Woman Suffrage Co., 1910) reprinted in PUBLIC WOMEN, PUBLIC WORDS: A DOCUMENTARY HISTORY OF AMERICAN FEMINISM 116 (Dawn Keetley & John Pettegrew eds., 2002)

161 Rachel J. Cahill-O'Callaghan, Reframing the Judicial Diversity או במשפט האנגלי ראו *Debate: Personal Values and Tacit Diversity*, 35 J. SOC'Y LEGAL STUD. SCHOLARS 1 (2015)

נחמני סופר הסיפור הנשי על ידי השופטת שישבה בו בדין (בערעור) באופן המזדהה עם עמדה גברית, ואילו דווקא הנרטיב הגברי הזדהה עם העמדה הנשית, או לפחות הציג עמדה חומלת הניזונה מהפמיניזם התרבותי? האם במקום חמלה החילה השופטת (בערעור) עמדה שוויונית פורמלית ברוח הפמיניזם הליברלי, המתכחשת לקיומו של הבדל רלוונטי בין דני לרותי? ובעניין **פלונית**, שגם בו תבעה אישה, ותביעתה לקבלת תרומת הזרע, שנשלטה כביכול על ידי כללי השוק, נדחתה, ושאלך בו הייתה שותפה להכרעה שופטת – האם סופר הסיפור הנשי על ידיה באופן המזדהה עם הפמיניזם השוויוני-ליברלי?

דגל השוויון אומנם מונף בגאון, אך כידוע מתחתיו רוחשת המציאות בגילויי אי-שוויון. יש הסוברים אפוא שהסדר מדינתי החורת לכאורה על דגלו את עקרון השוויון אמור לתקן (באמצעות המחוקק ובתי המשפט) את בעיית הפערים החברתיים לטובת נשים הן בבית הן בחוץ. דעת הרוב ב**נחמני** הציגה עמדה מתקנת בנוגע לתביעה הנשית-הביתית של רותי נחמני מדני נחמני, תביעה שלא התבססה על חוזה. אולי יהיו כאלה שיתמהו על שעמדה דומה לא הופעלה ב**פלונית**, בתביעה של אישה לקבלת תרומת הזרע שנשמכה על חוזה מחייב.

סוף דבר

חוזה הוא מעין מיקרוקוסמוס של העולם האנושי. הוא בנוי על תודעה ותכנון פרי רצונות משותפים. הוא מבטא את מצבו של הפרט בחברה, השואף לממש בעתיד את שאיפותיו בשיתוף עם אחרים, והוא מעורר את השאלה המרתקת של היחס בין רצונו של הפרט בהווה לרצונו בעבר. דיני החוזים מניחים המשכיות של ה"אני", ומכוחה מצדיקים קשירתו של האדם בהווה לבחירות שקיבל בעבר. כאשר קיים פער ממשי בין ה"אני" בהווה ל"אני" בעבר נוצר מתח בין העקרונות, ודיני החוזים מנסים לגשר עליו באמצעות דוקטרינות שונות, כגון פרשנות וסיכול.

שני פסקי הדין, **נחמני** ו**פלונית**, הציבו אותנו מול בעיית תכנון בשל שינוי נסיבות בהקשר חדש של הסכמי ילודה. דיני החוזים היו אמורים לצקת תוכן חדש בסטטוס הישן של הנישואין והסכמי ילודה, אך אין בהם תשובות לבעיות המתעוררות נוכח חידושי הטכנולוגיה. בשני המקרים חוצב בית המשפט את הנורמות יש מאין, והוא חושף בפנינו מחלוקות הנובעות מדימויים ישנים-חדשים ומתפיסות של עולם משתנה.

שני פסקי הדין חושפים את הספקטרום החוזי שבין הבית ובין השוק בהקשר של הסכמי הולדה, אך החלל שנפער ביניהם נע הופכית לדימויים המסורתיים: בעניין **נחמני** נאכפה הסכמה ביתית, ובעניין **פלונית** השתחרר מתקשר מחוזה מסחרי. בחינתם של שני המקרים מצביעה לא רק על טשטוש הדימויים המסורתיים, אלא גם על ירידתם של הכללים ועלייתם של שיקולי הצדק היחסי הנבחנים בדיעבד בין הצדדים. כך מתבטא שוב כוחם הגובר של בתי המשפט בעיצוב תוכן ההסכמה בכל ספרה: הסכמות ביתיות הופכות לכובלות באופן שאין הן מוכפפות לשינויים בקשר המשפחתי שנותק בינתיים; מנגד, הסכמות השוק הופכות גמישות ומאפשרות חרטה בעקבות שינוי בהעדפותיו של המתקשר.

נחמני ופלונית כרוכים בניגוד בין אוטונומיה פרטית למעורבות מדינתית. האוטונומיה הנשית מבקשת לקיים את ההתקשרות; האוטונומיה הגברית מבקשת להשתחרר ממנה. בעניין **נחמני** מימשה עמדת הרוב אוטונומיה נשית שמקורה החוזי אינו ברור, והיא כפתה אבהות באמצעות מעורבות של המדינה. לעומת זאת בעניין **פלונית** הוכרה האוטונומיה הגברית, שלא הייתה כרוכה במחויבות אבהית, והעניקה שחרור מחוזה מחייב.

בשני המקרים היו ההכרעות מלוות בספק, כבד במקרה של **נחמני**, וקל יותר במקרה של **פלונית**. כל צד הסתמך על טיעונים שונים של צדק, וההכרעה המשפטית נשארה במובן מה פתוחה. לכן נראה שהספק שליווה את בית המשפט בשלבי ההכרעות המעוגנות בשיקולי צדק ימשיך ללוות אותנו גם בעתיד. אך אין ספק שפסקי הדין שניהם, על הסיפור העובדתי שגוללו והדילמות המשפטיות שחשפו, נחלו הצלחה כחומר לימוד מרתק, מעורר מחשבה ומאתגר.