

הורה בעל כורחו — מצג־שווא לגבי שימוש באמצעי־מניעה

מאת

פנחס שיפמן

א. מבוא ; ב. האם הורה בעל־כורחו הוא הורה ? ג. זכויות האשה והגבר בתכנון המשפחה ; ד. העילות המשפטיות ; 1. הפרת חוזה ; 2. תרמית ; 3. תקיפה ; 4. רשלנות ; ה. הנזקים ; ו. החגנות כלפי תביעה על מצג־שווא ; 1. מניעת עידוד ליחסים ממוחלני ; 2. אי־חדירה לתחום הפרטיות ; 3. הגנה על טובת הילד ; ז. סיכום.

א. מבוא

גישת־יסוד בשיטת־משפט מערביות היא שאין החברה רשאית, בהערך נימוקים כבדי־משקל, להתערב בשאלות אינטימיות של הולדה. ההנחה הגלומה בגישה זו היא, שאדם זכאי לממש את רצונו להיות הורה או שלא להיות הורה כהחלטה אישית המסורה לו בתוקף זכותו לצנעת הפרט¹. יש להדגיש כי הגישה הדתית, היהודית, שעל־פיה מטלת על אדם חובה לפריה־ורביה, עשויה בתנאים מסוימים דווקא לחזק את תביעת היחיד למימוש רצונו להיות הורה². לכאורה גישה זו עומדת בסתירה לזכותו של אדם

1 תפישה זו הביאה בארצות־הברית את בית־המשפט העליון לפסול את חוקיותם של חוקים שונים הפוגעים בזכות הפרט להחליט בשאלות ההולדה, כגון חוקים שאסרו על שיוקם והפצתם החופשית של אמצעי־מניעה (*Griswold v. Connecticut* 381 U.S. 479, 85 S. Ct. 1678 (1965); *Eisenstadt v. Baird* 405 U.S. 438, 92 S. Ct. 1029 (1972); *Carey v. Population Services International* 431 U.S. 678, 97 S. Ct. 2010 (1977)) שהגבילו את זכות האשה, בשליש הראשון להריונה, להפסיק את ההריון (ההחלטה המפורסמת בפרשת *Roe v. Wade* 410 U.S. 113, 93 S. Ct. 705 (1973)). לאימוצה העקרונות של גישה זו בישראל ראה דברי השופטת ה' בן־ענתו בע"מ 413/80 פלוני נ' פלוני, פ"ד לה (3) 57, 81. לאמתו של דבר, זכות החלטתו של היחיד נתמכת בשיקולים נוספים, כגון זכותו של אדם לשלימות גופו וחירות גופו, וכן זכותו של אדם לרווחתה העשויה להצדיק אולי אף תביעה לסיועה הפוניטיבי של החברה במימוש רצונותיו של היחיד.

2 כך, למשל, ניתן לטעון שהסדר פונדקאות שבו גבר שאשתו עקרה מביא לכך שאשה זרה תורע ממנו בהורעה מלאכותית ממלא בזה מצווה דתית, דהיינו מצוות "פרו ורבר", מבלי

שלא להיות הורה, אך למעשה החובה לפרייה-ורבייה, בגבולות המוגדרים על-פי ההלכה היהודית, פוגה לתחושתו הדתית של אדם ואין בצדה זכות מעשית הניתנת לחברה או לגורם אחר לתבוע את מילוי החובה.³

עם זאת, במקרים רבים אדם יכול למצוא את עצמו במצב שהוא הפך להיות או עלול להיות הורה בניגוד לרצונו, ושלא מתוך חוסר-זהירות מצדו. מקרים אלה רבים ומגוונים: יחסי-המין היו שלא מתוך רצון חופשי, כגון אשה שנאנסה; השתמשו בורע גבר או ביציית אשה שנמסרו למטרה מוגדרת (כגון בדיקת-פוריות) לשם ביצוע הזרעה מלאכותית או הפרייה מלאכותית, שלא בידיעת המוסר; אמצעי-מניעה שאדם סמך על השימוש בהם או ביקש להשתמש בהם התבררו כחסרים, לקויים או בלתי-יעילים — בין מחמת רשלנותם של צדדים שלישיים (כגון יצרן של אמצעי-מניעה) ובין מכיוון שבן-הזוג התרשל או אפילו הטעה בידועין את חברו לגבי שימוש באמצעי-מניעה. מבין שלל הסיטואציות האפשריות הללו זכתה לאחרונה להבלטה בישראל דווקא הסיטואציה האחרונה של מצג כוזב מצד אשה כלפי גבר — מצג שגועד להולידו שולל שהיא משתמשת באמצעי-מניעה, וזאת במטרה להיכנס להריון ממנו ולהביא ילד לעולם.⁴ סיטואציה זו אשר — למיטב ידיעתי — טרם הוכרעה בבתי-המשפט בישראל, התלבנה רבות בבתי-משפט בארצות-הברית,⁵ אך לא זכתה שם — כפי שנראה להלן —

שמצווה זו "באה בעבירה", כיוון שהגבר לא בא בעבירה על אותה אשה המופרית בהזרעה מלאכותית בלבד. מאידך גיסא, נשמרת ההרמוניה המשפחתית ואין צורך בפירוק קשר הנישואין או נישואי אשה שנייה לשם מילוי אותה מצווה. ראה לרעיון זה מאמרי "The Right to Parenthood and the Best Interests of the Child — A Perspective on Surrogate Motherhood in Jewish Law and Israeli Law" (to be published in: *Human Rights Annual* [New York Law School])

3 אמנם להלכה נקבע, כי "מי שעברו עליו עשרים שנה ואינו רוצה לישא בית דין כופין אותו לישא כרי לקיים מצוות "פרייה ורבייה" (שו"ע אה"ע, א, ג), אבל למעשה נפסק כי "בזמן הזה נהגו שלא לכוף על זה וכן מי שלא קיים פרייה ורבייה ובא לישא אשה שאינה בת בנים... משום שחושק בה או משום ממון שלה אף על פי שמדינא היה למחות בו לא נהגו מכמה דורות לדקדק בענין היווגים...". (רמ"א, שם). עם זאת, אף-על-פי שאין לכפות גירושין בבני-זוג שלא הביאו ילדים לעולם (רמ"א, שם), העקרות יכולה לשמש עילה טובה לתביעת גירושין מצד אחד מבני-הזוג, בין מצד הגבר הטוען שלא קיים מצוות פרייה-ורבייה — דבר העשוי לזכותו אף בהיתר לשאת אשה שנייה — ובין מצד האשה שעליה אמנם לא חלה חובה לפרייה-ורבייה, אף היא זכאית לטעון שרוצה בילד שיסעד אותה בימי-זקנתה "בעינא חוטרא לידה ומרא לקבורה". ראה במיוחד Feldman, *Birth Control* in Jewish Law (New York, 1968) 46-56

4 ראה, למשל, קול ירושלים 16 (13.2.87) (טענת תרמית מצד גבר שהברתו טענה בפניו שמשתמשת בהתקן תוך-רחמי); ידיעות אחרונות (10.2.87); ומעריב (27.2.87) (טענות על תרמית לגבי שימוש בגלולות למניעת הריון). כפי שנמסר בעיתונות, הוקמה בישראל עמותה של "אבות בעלי-כורחם" שמטרתה להיאבק משפטית בתופעה זו.

5 פסקי-הדין הבולטים בנושא זה בארצות-הברית הם Pamela P. v. Frank S. (59 N.Y. 2d 1, 462 N.Y.S. 2d 819, 449 N.E. 2d 713 (1983); Stephen K. v. Roni L. 105 Cal. App. 3d 640, 164 Cal. Rptr. 618 (1980); Barbara A. v. John G. 145 Cal. App. 3d 369, 193 Cal. Rptr. 422 (1983); Alice D. v. William M. 450 N.Y.S. 2d. 350; 31 A.L.R. 4th 389 הערה ב'; Hughes v. Hutt 455A. 2d 623 (Pa. 1983)

לפתרון משביע-רצון⁶. במסגרת מאמר זה אבקש להראות, כי הכלים שהמשפט הישראלי העמיד לרשותנו בסוגיא מקבילה ממציאים לנו אפשרות לפתרון שיהיה בו משום איוון ראוי בין האינטרסים המתנגשים של הנפשות המעורבות בפרשה של מצג-שווא שזוהה. עיקרו של הפתרון הוא, שזכויות הילד גופו אינן צריכות להיות מושפעות ממצגי-שווא בין ההורים, ומנקודת-מבטו של הילד, בדרך-כלל הורה בעל-כורחו — הורה הוא. עם זאת, המעמד השוגה של הגבר והאשה בתכנון המשפחה מצדיק מתן סעדים משפטיים בגין הפרת אמון, שאין בהם כדי לערער את ההבחנה בין מערכת-היחסים ההדדית שבין ההורים לבין עצמם לבין מערכת היחסים שלהם עם הילד.

ב. האם הורה בעל-כורחו הוא הורה ?

טענתו של אדם שהורות נכפתה עליו בעל-כורחו מניחה, שאמנם הקשר המשפטי של ההורות הוא ביטוי הכרחי של ההורות הביולוגית, ולכן קשר זה יכול שייוצר אף מבלי שאדם קיבל על עצמו מראש להיות הורה. הנחה זו ראויה לעיון, בהבליטה את התופעה שאחריותו של אדם כהורה חורגת ממוסכמות משפטיות לגבי אחריות אורחית בדרך-כלל. אחריות חוזית, למשל, בנויה על התקשרות רצונית שהולידה ציפיות לגיטימיות אצל מי שהיה שותף לאותה התקשרות. אחריות נזיקית בנויה בדרך-כלל על התנהגות שהיה בה משום הפרה של זכויות הזולת ושחוללה נזקים שהמשפט גורס שיש לפצות בגינם. האם אחריותו של אדם כהורה בנויה על חוזה שהיה שותף לו או על נזק שגרם לו ?

מקובל לומר שחובי המשפטיים של אדם בתור הורה הם חיובים מטעם החוק, *ex lege*, המופיעים כקטיגוריה נפרדת, נוסף על הקטיגוריה החוזית והנזיקית. אך יש לשאול מה הוא, בכל-זאת, הבסיס הרעיוני להטלת אחריות משפטית כלפי ילד, אך ורק מכוח הזיקה הביולוגית גרידא⁷. כל נשכח שאחריות זו היא יוצאת-דופן מבחינות רבות. היא ארוכת-טווח, בהיותה משתרעת על-פני כל תקופת קטינותו של הילד, ולעתים

6 משום-מה לא זכתה התופעה לתשומת-לב מספקת של הספרות. למיטב ידיעתי, המאמר היחיד שפורסם בנושא זה בארצות-הברית הוא מאמרו של Kohn, העוסק במצגי-שווא הן לגבי שימוש באמצעי-מניעה הן לגבי קיומן של מחלות מידבקות: Kohn, "Conflicting Rights of Privacy and the Duty of Disclosure Between Sexual Partners" 11 *Law, Medicine and Health Care* (1983) 264-270.

7 עם זאת, טעות היא להניח שהזיקה הביולוגית שימשה תמיד תנאי מספיק להטלת אחריות משפטית על אדם בתור הורה. אורבא; המושג של "ילד בלתי-לגיטימי" בשיטות-משפט רבות יצא דווקא מתוך הנחה, שחיובים של אב כלפי ילדו מותנים בהיותו נשוי לאם הילד, כלומר: בקבלת אחריות מקדמת מצדו (או לפחות בקבלת אחריות בדעבד על-ידי נישואין מאוחרים עם האם, המוגדרת כלגיטימציה של הילד). התפישה שזכויות הילד אינן צריכות להיות מושפעות מ"הטא"י ההורים הביאה להעמדת חיובי ההורים על הזיקה הביולוגית (אם כי התבחנה בין ילדים לגיטימיים לבין ילדים לא-לגיטימיים לא בוטלה לגמרי ברוב שיטות-המשפט). אך מאידך גיסא, השימוש הנרחב בטכניקות המלאכותיות של ההולדה (כגון הזרעה מלאכותית מתורם זר) מכרסם בהגדרה הביולוגית, תוך נסיונות להעמדתה על בסיס הסכמי (למשל: לגבי הבעל המסכים לביצוע הזרעה מלאכותית באשתו).

אף מעבר לכך⁸; והתכנים הקונקרטיים של אחריות זו אינם ניתנים לצפייה ולהגדרה מדויקת מראש, בהיותם משתנים לפי התפתחותו של הילד וצרכיו כפי שיהיו קיימים מעת לעת. החובה כלפי הילד איננה ניתנת למילוי על-ידי פעולה חד-פעמית, אלא דורשת התנהגות רצופה ומסורה⁹. חובה זו איננה רק חומרית ביסודה, דהיינו: לדאוג לצורכי המחיה של הילד, אלא גם, ואולי במיוחד, רגשית וחינוכית, ובדרך-כלל לא ניתן להשתחרר ממנה אפילו בהסכמת כל הצדדים המעורבים בעניין¹⁰. החשיבות המשפטית המיוחדת לחובות אלו היא כה חזקה עד שהן מוגנות לא רק בסנקציות אזרחיות, אלא גם בסנקציות פליליות¹¹. מהו אפוא סוד הקסם הטמון בהורות הביולוגית כשהיא לעצמה, שיש בה כדי לשעבד אדם לאחריות משפטית כה חמורה?

נניח ששני אנשים קיימו יחסי-מין עם אותה אשה. האחד היה מעוניין שהאשה תיכנס להריון ממנו, ואילו האחר ביקש להימנע מאותה תוצאה. אין צריך לומר כי בית-המשפט, בדונו בשאלת האבהות על ילד שנוולד לאותה אשה, יתעלם מן השאלה מי מבין הצדדים התבוזז להיות אב. הבחירה בין שני המועמדים תיעשה לפי הקרבה הגנטית של אחד מהם אל הילד — קרבה הניתנת להיקבע על-פי בדיקות מדעיות, וכוונותיהם של המעורבים באותה פרשה אינן מעלות או מורידות דבר. השאלה מי מבין שני המועמדים הפוטנציאליים הוא אביו של הילד תיחתך על-פי עובדות ביולוגיות שנוצרו מכוח נתונים מקריים לגמרי (כגון מועד הביוץ של האשה). אמנם ניתן לומר, שמי שמקיים יחסי-מין עם אשה מקבל על עצמו מראש אחריות לסיכון הכרוך באותם יחסים, דהיינו: הריון האשה. אבל יש לשים לב כי קבלת אחריות זו היתה משותפת לשני המועמדים, בעוד שרק אחד מהם יימצא אחראי בתור הורה. אנו עדים אפוא להטלה בלעדית של אחריות על האב הגנטי דווקא, ושחרור מוחלט מאחריות של המועמד האחר, אף-על-פי שהתנהגותם היתה זהה לגמרי. ייתכן אפילו שהמועמד שיצא פטור השתוקק בכל מאודו להיות אב, ואילו המועמד שיצא אחראי רצה דווקא שלא להיות אב. לכאורה אנו יכולים

8 כך, למשל, חובת המזונות שהורה חב כלפי ילדו הקטין לפי החוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), תשי"ט—1959, יכול שתמשיך לחול אף לגבי ילד בגיר, ש"על אף מאמציו אינו יכול לספק צרכיו מעבודה, מנכסיו או ממקור אחר" (סעיף 5(2)), והדברים יפים במיוחד לגבי ילד נכה, מפגר, הולה וכדומה.

9 חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב—1962, סעיף 17, קובע כי "באפוטרופסותם לקטין חייבים ההורים לנהוג לטובת הקטין כדרך שהורים מסורים היו נוהגים בנסיבות הענין". לקנה"המידה של המסירות להגדרת חובות ההורים, ראה Goldstein, Freud and Solnit, *In the Best Interests of the Child* (New York, 1986) 3.

10 כך, למשל, הסכם שבין ההורים אינו יכול לשחרר את האב מחובת המזונות לילדו, אפילו התיימרו ההורים לפעול בשם הילד. לשחרור כזה יהיה ערך רק במסגרת היחסים שבין ההורים, ובלבד שטובת הילד לא תיפגע במישרין או בעקיפין. ראה להלן, הערה 15.

11 חוק העונשין, תשל"ז—1977, קובע כעבירות פליליות נטישת ילד (סעיף 361), הונחתו (סעיף 362), נטישת "מושגחים" (סעיף 363) ומסירת קטין בהתנערות מזכויות וחובות (סעיף 365).

לגבי הגדרת החובה כלפי ילד, ראה סעיף 15 של חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב—1962, האומר: "אפוטרופסות ההורים כוללת את החובה והזכות לדאוג לצרכי הקטין, לרבות חינוכו, לימודיו, הכשרתו לעבודה ולמשלח-יד ועבודתו, וכן שמירת נכסיו, ניהולם ופיתוחם; וצמודה לה הרשות להחזיק בקטין ולקבוע את מקום מגוריו, והסמכות לייצגו".

לתרץ הבדל זה בשיקולים הדומים במהותם לאלה הפועלים בדיני הנוזיקין. דיני הנוזיקין מטילים לעתים אחריות על מי שחולל נזק, ויש אפילו שאחריות זו היא מוחלטת ואיננה מותנית באשמתו של המזיק. אם שני אנשים זרקו אבן לעברה של שמשא, אחריותם תיקבע לא על־פי השאלה מי מהם התכוון לפגוע בה, אלא על־פי השאלה מי מהם למעשה פגע בשמשא ושבר אותה.

עם זאת, יש לשים לב לכך כי בדוגמא זו עצם האקט של זריקת אבן היה רצוני, אף־על־פי שאולי לא היתה כוונה לגרום לנזק. לעומת זאת, יחס ההורות יכול שיתפשט על מצבים שבהם נוצרה זיקה גנטית שאף תחילתה לא היתה ברצון כלל. כך, למשל, אשה שנאנסה והרתה מאונס זה, תיחשב כאמו של הילד שייולד לה מאותו אונס. יש להניח גם כי אם כפו על גבר קיום יחסי־מין, לא תישלל עצם אבהותו על הילד כתוצאה מן העובדה שאותם יחסים היו שלא ברצונו. יש להודות שהטלת אחריות משפטית על אדם כהורה במקרים שבהם הוא נאנס ליחסי־מין, יש בה משום גרימת־עוול חמורה לאותו אדם. אך יש לשים לב שלגבי האשה שנפלה קורבן לאלומות מינית, למעשה מוקנית לה, בכל־זאת, בחירה לגבי המשך ההריון, והיא יכולה להפסיקו¹²; מה שאין כן לגבי הגבר, שאין לו שליטה על המשך ההריון. מאידך גיסא, ייתכן שהאשה שנאנסה או הגבר שנאנס ירצו בכל־זאת לשמור על מעמדם כהורי הילד. קביעה האומרת כי עצם העובדה שיחסי־המין נכפו על אדם שוללת מראש את הורותו, מקפחת את אפשרות הבחירה, שאלמלא כן היתה נתונה לו, לפעול ולשמש כהורה, אם רצונו בכך. פתרון אפשרי הוא ליצור מנגנון המעניק לגאנס זכות בחירה שכזאת, כמו מוסד הלגיטימציה שעל־פיו האב היה רשאי להכיר בדיעבד בכך שנוולד לו מחוץ לגישואין, ועל־ידי הכרה זו להקנות לו מעמד של בנו הלגיטימי.

12 העובדה ש"ההריון נובע מיחסים אסורים לפי החוק הפלילי", משמשת עילה מספקת למתן היתר להפסקת הריון לפי סעיף 316(א)(2) של חוק העונשין, תשל"ז—1977. ללא ספק, הדוגמא של אונס משמשת חריג אף לאלה הגורסים איסור כללי על הפסקת הריון. אם ההצדקה למניעת הפלה נעוצה בכך שהאם נתנה לעובר זכות לקבל "אכסניה" בגופה, אין הצדקה זו תופשת לגבי אונס. ראה על כך, J. J. Thomson, "A Defense of Abortion", in: *Biomedical Ethics and the Law* (New York, Humber and Almeder, ed., 1976) 39, 47-48.

(ייתכן שכוחה של הצדקה זו יפה גם למקרה של מרמה כלפי האשה). לגבי הדעות ההלכתיות המתירות הפלה במקרה של אונס, ראה 10 Bleich, "Abortion in Halachic Literature" *Tradition* 87-105; Feldman, *Birth Control in Jewish Law* (New York, 1968) להרחבת ההגנה הפלילית הניתנת בשל הפלה באשה שנאנסה, כאשר העילה היחידה להפסקת הריון היתה מניעת נזק בריאותי לאשה, ראה פסק־הדין האנגלי 1 R. v. Bourne [1939] K.B. 687, שנתקבל בארץ בת"פ 207/52 היועץ המשפטי נ' הורוביץ, פס"מ ה 459. לא כאן המקום לדון בבעיות הנוצרות עקב האפשרות לקיום חיי עובר מחוץ לרחם (Ectogenesis). שאם תתרחב בעתיד, עלולה לחדד את התבחנה בין פינוי רחם האשה לבין המתת העובר. אפשרות זו, העשויה לגשר בין הטוענים לזכות העובר לחיים לבין הטוענים לזכות האשה על גופה, עלולה להגדיל את התופעה של עוברים פגומים. ראה על כך Somerville, "Reflections on Canadian Abortion Law: Evacuation and Destruction — Two Separate Issues" 31 *University of Toronto Law Journal* (1984); Singer and Wells, *Making Babies* (New York, 1984) 116-134; Overall, "New Reproductive Technology — Some Implications for the Abortion Issue" 19 *The Journal of Value Inquiry* (1895) 279-292.

אך ייתכנו מקרים שבהם לא זו בלבד שאין צידוק להטיל חיובים על ההורה הגנטי, אלא אין אנו מוכנים אפילו להרשות להורה הגנטי להפעיל זכויות כהורה משפטי. מקרים אלו עשויים להתרחש במיוחד כאשר כלל לא היתה קרבה פיזית בין הצדדים. למשל, אם אדם מסר את זרעו לרופא לשם בדיקת-פוריות והרופא השתמש בזרע זה לשם ביצוע הזרעה מלאכותית באשה, שהיא ובעלה כלל לא היו מודעים לתרומת שביצע הרופא. אף כאשר תורם זרע מסר את זרעו לשם ביצוע הזרעה מלאכותית (ולכן, במקרה זה, הוא יודע מראש על השימוש הצפוי בזרע זה), מתעורר קושי חברתי חמור לקבוע כי תורם הזרע הוא להלכה אביו של הילד שנולד בדרך זו, ורק אלמוניותו היא מגינה עליו למעשה מפני הטלת אחריות. קביעה, כאמור, הממאנת להיפרד מן הגישה הביולוגית גם במקרה זה, יש בה משום התכחשות למטרה החברתית העומדת מאחורי אותה הזרעה מלאכותית, דהיינו: ייחוס האבהות לבעלה של האשה שהסכים לביצועה. נכונותנו לקבוע שאותו אדם שקיבל על עצמו את ההורות הוא בחזקת אב מותנית בהנחה המוקדמת שאדם אחר (קרי: תורם הזרע) לא נשאר — ולו גם להלכה — בגדר אב. השיקול לכך כפול: מבחינה מושגית לא מקובל לייחס לילד יותר מאב אחד. מבחינה חברתית, אם יגית התורם מאלמוניותו, או שזהותו תתגלה בדרך אחרת, לא נוכל לראותו כאב מבלי לפגוע קשות בכל הנפשות המעורבות בפרשה.¹³

יש לחזור ולהדגיש כי בסיטואציה של תורם זרע, או של מי שזרעו נוצל שלא בידיעתו, הבעיה איננה מצטמצמת בהטלת חיובים עליו בעל-כורחו. אפילו ירצה אותו אדם ליהנות ממעמד של אב, מהזכויות ומהסמכויות שמעמד זה מקנה, נדחה את רצונו בשתי ידיים כדי למנוע פגיעה בציפיות הלגיטימיות והכנות של אנשים אחרים. העדר קרבה פיזית, שאליה מצטרפת אלמוניותו של בעל-הזרע, היא סיטואציה המגייסה מקום ליצירת חריג אפשרי לקביעת ההורות על-פי המבחן הביולוגי. אפשר לתאר חריג זה תאור כללי כאומר שההורה הגנטי איננו ההורה המשפטי אם התכוון להתפרק מזיקתו למטען הגנטי ולא נטל חלק פעיל בהריון.¹⁴

אך יוצא-מן-הכלל זה לא בא אלא ללמד על הכלל, והכלל הוא שהנורמה המשפטית הקובעת את מעמדו של אדם כהורה מוגדרת בתוקף העובדות הביולוגיות. נורמה זו היא קוגנטית ואיננה מתבטלת כתוצאה ממצג כוזב שבין ההורים לגבי האפשרות של הולדת הילד, כשם שאיננה ניתנת לשינוי על-ידי הסכם מפורש שביניהם. "... להסכם בין הורים הקובע כי ילדם לא יוכר על ידי האב אין כל תוקף, הואיל וההורים אינם רשאים לשלול מן הילד את הזכות לבקש לקבוע מיהו אביו"¹⁵. כשלונן המשפטי של הסכם

13 ראה על כל הסוגיא, פ' שיפמן, "קביעת אבהות בילד שנולד מהזרעה מלאכותית" משפטים 63.

14 למבחן זה ראה שיפמן (לעיל, הערה 13), 76—77. אין לחדר שבהחלטו של מבחן זה עלולים להתעורר קשיים, וברור שתתיכנה סיטואציות שבהן על-אף שבעל-הזרע איננו אנונימי, אין לראותו כאב אם לא היתה לו שליטה על השימוש בנעשה בזרע. כך הדבר לגבי הזרעה מלאכותית או שימוש בזרע שנמסר לבנק-זרע ללא רשותו של המוסר. אך ראה משפטים (לעיל, הערה 13), לגבי הסיטואציה של אשה המשתמשת ללא הסכמת בן-זוגה בזרעו שהופקד בבנק-הזרע.

15 ע"א 663/71 מרחב נ' שרליו, פ"ד כו(1) 701, 704. יש לציין, כי לא זו בלבד שטובת הילד היא שיקול קוגנטי ואיננה יכולה להיפגע כתוצאה מהסכם, הרי מכל-מקום הילד חסין מפני הסכם שלא היה צד לו. בטרם בא הילד לעולם, לא ניתן אף לוותר בשמו, אפילו

שכזה נעוץ באותה סיבה המונעת התחשבות במרמה שבה נהג אחד ההורים כלפי חברו, דהיינו: העדפת טובתו של הילד. הוזה אומר: להצדקתה של הגישה המטילה אחריות על אדם כהורה בתוקף העובדות הביולוגיות כשלעצמו ניתן לטעון, כי זכותו העצמאית של הילד כלפי הוריו מחייבת היצמדות להגדרה הביולוגית והתעלמות ממידת "אשמתו" של ההורה בתהליך ההריון והלידה¹⁵*. זכותו של הילד שלא לסבול ממחסור חומרי ושלא להיות חשוף לחסך רגשי צריכה להיות מובטחת לו ככל האפשר. לכך מצטרף האינטרס של החברה שילד כזה לא יפול למעמסה על כתפיה. כיון שכך, אנו מבקשים בדרך-כלל להישאר נאמנים להנחה שההורה הגנטי הוא המועמד הראשוני למילוי צרכיו החומריים והנפשיים של הילד. אמנם, לעתים שיקולים חברתיים מחייבים שהמועמד הגנטי יוחלף על-ידי מועמד אחר, כגון כאשר ההורה הטבעי מוחלף על-ידי הורה מאמץ; או כאשר אנו מעדיפים, מכוח כללים שבדיני ראיות, לייחס את האבהות לבעל אמו של הילד ולא לגבר זר¹⁶; או כאשר אנו קובעים שבהורעה מלאכותית מתורם זר יש לראות כאבי הילד לא את תורם הזרע האנונימי אלא את הבעל שהסכים להורעה זו. אך כאשר שלילת ההורות הביולוגית איננה נעשית לשם המרתה בהורות משפטית אחרת, מתבקשת זהירות מיוחדת כדי שלא להותיר את הילד ללא הורה כל-עיקר.

אמנם לעתים אנו עומדים, בדיעבד, בפני סיטואציה שבה נותר הילד כבר עם הורחו חסר אחד ההורים, כגון חסר-אב¹⁷. כך, למשל, אם מוכנים אנו לכבד את רצונה של אשה פגויה להרות בהורעה מלאכותית מתורם זר¹⁸ (או, אולי, אפילו רצון כזה של

ההורים, רשאים, עקרונית, לייצגו. עם זאת, שאלה מעניינת היא, אם מוקנית לילד זכות תביעה כלפי אמו שתחשוף את זהותו של אביו. ניתן לומר, שאם הכיר המחוקק בזכותו העקרונית של ילד מאומץ (שהתבגר) לקבל מן השלטונות מידע על הוריו הטבעיים, על-אף העובדה שהופקעה זיקתו המשפטית אליהם עקב אימוץ, קל-יחומר שיש להכיר בזכות זו במקום שהזיקה המשפטית של הילד לאביו לא הופקעה.

15 *הקשר זה, מפתיעים בהריפותם, דבריו של רש"י על הפסוק: "כי אבי ואמי עזבוני וה' יאספני" (תהלים, כז, י): "בשעת תשמיש להנאתן נחכנו, כיון שגמרו הנאתן זה הופך פניו אילך וזו הופכת פניה אילך" – וה' יאספני: "הקב"ה שומר את הטיפה וצר את העובר".

16 ייחוס האבהות לבעל נעשה מכוח חוקה משפטית שלהלכה נתונה לסתירה אבל למעשה, לפחות בעבר, היתה נשאת בדרך-כלל בלתי-מעוררת. בדין היהודי נבע הדבר מן הרצון שלא "לממור" את הילד. בשיטות-משפט אחרות ינקה החוקה מרעיון דומה, דהיינו: שלא להפוך את הילד כבלתי-לגיטימי. לא כאן המקום לעמוד על כל הבעיות המתעוררות בהקשר זה. ראה על כך שיפמן (לעיל, הערה 13), 80–84.

17 אפשרות זו מוכרת אפילו בדין היהודי, על-אף שמקובלת בו בדרך-כלל ההגדרה הביולוגית של ההורות. כך, למשל, ילד הנולד להורים שאחד מהם לא-יהודי, איננו מתייחס כלל אחר אביו אלא אחר אמו בלבד. "בנג הבא מישראלית קרוי בנג ואין בנג מן העובדת כוכבים קרוי בנג אלא בנה" (קידושין, סח, ב; רמב"ם, איסורי ביאה, טו, ג-ד; ש"ע אה"ע, ד, ה. והוא-הדין לבן הנולד מלא-יהודיה ש"הולד כמותה" (שם). אמנם ככל הנראה, המשפט החילוני לא ילך בעניין זה בעקבות הדין הדתי. ראה שיפמן, "שיפוט ומשפט בעניני אבהות" משפטים ד 664, 665.

18 בנושא זה שוררת אי-בהירות במשפט המקומי. ההנחיות שהוצאו על-ידי משרד-הבריאות לגבי ביצוע הורעה מלאכותית (ראה שיפמן [לעיל, הערה 13], 83–85). מוגבלות להורעה מלאכותית באשה נשואה, בהסכמת בעלה, המתבצעת רק עקב מגיעה רפואית. בית-המשפט

אשה בשואה שלא בהסכמת בעלה)¹⁹, תהיה התוצאה שהילד יהיה חסר-אב לא רק למעשה אלא גם להלכה. אם עקרונית מתקבלת הדעה שיש להפקיע מראש את זיקתו של התורם האנונימי לזרע שאותו תרם, אין זה מוצדק להתנות את מעמדו כאב כביכול על-פי השימוש שיעשה בעתיד, על-ידי אדם אחר, בזרע זה. התורם מאבד לכתחילה את מעמדו כאב, ואין נפקא מינה אם התרומה תגיע, בסופו של דבר, לאשה שבן-זוגה קיבל על עצמו אבהות על הילד או לפנויה שאין לה בן-זוג²⁰. אמנם יש המבקשים מטעם זה, דהיינו: שלא להותיר את הילד חסר אב, להגביל את ההזקקות לטכניקות המלאכותיות של ההולדה לזוגות דווקא ורק כאשר שניהם פועלים במשותף²¹, אך הגבלה זו יוצרת קושי החורג ממסגרת הדיון כאן לגבי זכותה של החברה להתערב בחירותו של היחיד להחליט בעצמו אם להביא ילד לעולם²². מכל-מקום, לגבי ילד שכבר נולד החוק בישראל יוצא מן ההנחה, שבדרך-כלל טובתו מחייבת שלא יאומץ

העליון דחה עתירה של צעירה לפסול את ההנחיות, בקובעו סתמית ש"אין לומר שהמדיניות המסתמנת בכללים אלה אינה סבירה וכבר מטעם זה אין יסוד להתערבותנו" (בג"צ 248/86 ואנס ג' שר הכריאות, לא פורסם). היה אף ניסיון לקבוע מצד ההסתדרות הרפואית, שביצוע הזרעה מלאכותית לפנויה הוא בגדר התנהגות לא-אתית שעליה צפוי הרופא לעמוד לדין משמעתי (ראה "דו"ח הועדה להפרייה חוץ-גופית" מכתב להברת כתב-עת של ההסתדרות הרפואית בישראל, 1985 חוברת מס' 9, עמ' 9, 11, 15). מאידך גיסא, תקנות בריאות העם (הפרייה חוץ-גופית), התשמ"ז-1987, מתירות הפרייה חוץ-גופית בפנויה בסייגים מסוימים, ובין היתר "אם התקבל דין וחשבון מעובד סוציאלי התומך בבקשת האשה".

19 ההנחיות הנ"ל (לעיל, הערה 17) דורשת הסכמת הבעל לביצוע הזרעה מלאכותית (כלל 25). גם הפרייה חוץ-גופית של אשה בשואה בזרע של תורם או הפרייה בזרע הבעל כשהביצית היא של תורמת, טעונה הסכמתה בעל (התקנות הנ"ל, תקנה 6, 7). עם זאת, יש ספקות לגבי תוקפן החוקי של כל מעשי החקיקה הללו. לגבי ההנחיות ראה הערותי שם (לעיל, הערה 17), ופסק-דינו של בית-המשפט העליון בע"א 447/79 סלמה נ' סלמה, פ"ד לד(2) 779. לפסק-דין זה, ראה Israeli law with Artificial Insemination, "First Encounter of Shifman, 16 Israel Law Review (1984) 250.

20 ראה מאמרי במשפטים (לעיל, הערה 13), 77.
21 זו הנטייה בשיטות-משפט רבות שהסדירו לאחרונה את הסוגיא של הזרעה מלאכותית. למשל: לפי החוק החדש שנהקק בשבדיה ונכנס לתוקפו ב-1.3.85, אין לבצע הזרעה מלאכותית אלא באשה בשואה או באשה החיה דרך-קבע עם בן-זוג. ראה Ewerlof, *La Pro-creation artificielle et le droit* (Paris, institut de recherches juridiques comparatives, 1985) 6.

המלצה דומה לגבי חקיקה בקנדה ראה "Report on Human Artificial Reproduction and Related Matters" Ontario Law Reform Commission (Ontario, Ministry of the Attorney General, 1985) 158.

22 ראה Somerville, "Birth Technology, Parenting and 'Deviance'" 5 *International Journal of Law and Psychiatry* (1982) 123, 129-143; Kritchevsky, "The Unmarried Women's Right to Artificial Insemination: A call for an Expanded Definition of Family" 4 *Harvard Women's Law Journal* (1981) 1. הבחנה אפשרית בנושא זה היא בין חוסר-גכיונות של החברה לסייע פוויטיבית להבאת ילד לעולם שלא במסגרת משפחה דו-הורית לבין אי-הגבלת החירות של אשה פנויה להזקק לטכנולוגיות המלאכותיות. העדר סיוע פוויטיבי יכול שיתבטא בכך שנותן הזרע יחשב כאב הילד. בעוד שגישה זו יוצרת קושי כשהתורם היה אנונימי (כאמור לעיל, בגוף המאמר), הלכו

אלא על-ידי "איש ואשתו יחד", ורק במקרים חריגים ייתכן אימוץ על-ידי מאמץ יחיד²³.

מכל-מקום, לא נראה שיש מקום לשלול את ההורות המשפטית — ולהותיר כתוצאה מכך את הילד חסר הורה — בסיטואציות שבהן אדם קיים יחסי-מין מרצון חופשי, אך הוליו אתו שולל או התרשלו כלפיו לגבי שימוש באמצעי-מניעה. כאמור לעיל, אפילו יחסי-המין לא היו מרצון חופשי, ייתכן שאותו אדם יתבע, בסופו של דבר, את מעמד ההורות, ואין לשלול ממנו מראש מעמד זה²⁴. הוא-הדין לאדם שרומה, שאין זה מן הנמנע שירצה לשמור על מעמדו כהורה ולפעול כהורה חרף הקרמה²⁵.

לפיה בתי-משפט בארצות-הברית כשגשים פגיוות ביצעו הורעה מלאכותית בעצמן. ראה פסק-דינו של בית-משפט בניו-ג'רסי 1981, 377A. 2d. 821 C. M. v. C. C. N.J. Super. (1977) (הכרה בזכויות ביקור של מכר שסיפק זרע לפגיוה, מתוך השיקול שטובת הילד מחייבת שיהיו לו, ככל האפשר, שני הורים); פסק-דינו של בית-המשפט לערעורים בקלי-פורגיה *Johrdon C. v. Mary K.* (1986) 179 Cal. App. 3d. 386, 224 Cal. Rptr. 530 (הכרה באבהותו של מכר שסיפק זרע לפגיוה, על-יסוד הקביעה שהחוק המפקיע את מעמדו של תורם זרע כאב איננו חל ללא מעורבות רופא מוסמך בהורעה).

23 חוק אימוץ ילדים, תשמ"א—1981, סעיף 3. סעיף זה קובע שני חריגים לכלל שהאימוץ נעשה על-ידי בני-זוג במשותף. החריג הראשון איננו מותיר את הילד כחסר אחד ההורים, הואיל וענייני אימוץ על-ידי הורה חורג, שבמקרה זה הילד הוא בן הורה טבעי ובן מאומץ של בני-זוגו של אותו הורה. החריג השני מתייחס לסיטואציה שבה הורי "המאומץ נפטרו והמאמץ הוא מקרובי המאומץ ובלתי נשוי". במקרה זה נותר הילד ללא הורים כלל, ואימוצו של הילד על-ידי מאמץ יחיד נובע מן הדאגה לילד ומן הרצון שלא לנתקו כליל ממשפחתו הטבעית. אמנם לגבי ילדים שהשתמם קשה, בהיותם בעלי צרכים מיוחדים, בית-המשפט רשאי לסטות מן הכלל שאין אימוץ אלא על-ידי בני-זוג במשותף, אף שהמקרה איננו נופל בגדר שני החריגים הקודמים. במקרה זה, אימוץ על-ידי מאמץ יחיד עדיף על-פני השארת הילד במוסד (ראה גם הערה 27). סטייה זו אפשרית מכוח הסמכות הנתונה לבית-המשפט לפי סעיף 25(2), אם "נוכח בית המשפט שהדבר יהיה לטובת המאומץ", וזאת "בנסיבות מיוחדות ומטעמים שיציין בהחלטתו".

24 בהקשר זה יש עניין בסיפורים המקראיים שבהם נשים יזמות הבאת ילד לעולם שלא בידעת הגבר. כזה הוא הסיפור על בנותיו של לוט שהתעברו מאביהם, לאחר שהשקוהו יין ושכבו עמו בשנתו, מכיוון שחשבו כי "איש אין בארץ לבוא עלינו כדרך כל הארץ" (בראשית, יט, לא). הבנות שביקשו "להחיות זרע מאביהם", ילדו מהריון זה שני ראשי אומה — מואב ועמון. כמובן הסיפור על תמר, כלתו של יהודה, שאחי בעלה המנוח סירבו להפרותה ולהקים זרע לאתיים, והיא שביקשה להתעבר מזמיה, הסתירה את זהותה והציגה את עצמה כזונה. בדיעבד יהודה הצדיק את התנהגותה של תמר (בראשית, לט, כו), אשר ילדה תאומים, שצאצאו של אחד מהם הוא דוד המלך (מנישואי בועז עם רות המואביה, דבר המקשר סיפור זה לסיפור הקודם. וראה רות, ד, ה—כב). מעניין שבשני הסיפורים הללו, הריון שהושג בעזרה מביא להולדת ילדים העומדים בראש האומה. האם אפשר לראות בכך אישור לחשיבותו הבלתי-מעוררת של הייחוס שאיננו נפגם, על-אף שהאשה נקטה תחבולה להשגת ההריון?

25 לעומת זאת, אם אין רצון להיות הורה, אשה שנאנסה או שרומתה יכולה להפסיק את הריונה (ראה לעיל, הערה 12). במובן זה נתונה לה אפשרות בהירה, ולו גם בדיעבד. ראה גם *O'Neill, "Begetting, Bearing and Rearing"*, in: *O'Neill and Ruddick*, (eds.) *Having Children* (Oxford University Press, 1979) 25–28. אך המחבר מתעלם מכך שאפשרות זו נתונה רק בידי האשה ולא בידי הגבר, דבר שיש בו כדי לערער את תוקפה הכללי של התנחה שאותה הוא גורס כי הורות יסודה בהחלטה של אדם להיות הורה.

זאת ועוד אחרת: צמצום ההורות למקרים שבהם היתה החלטה רצונית ומודעת להיות הורה יש בו משום החלשה מסוכנת של מושג זה ופגיעה חמורה בדאגה לילדים. הצרכים החומריים והרגשיים של הילד טעונים פתרון על-ידי מי שיטול על עצמו את התפקיד של ההורה הפסיכולוגי. מבחינת המדיניות החברתית הכוללת ראוי לתזק את ההורות הביולוגית כפתרון הבא ראשון בחשבון להורות הפסיכולוגית, לפחות באותן נסיבות שבהן אדם אחר לא נועד להיות מראש מחליפו של ההורה הביולוגי, ושובת הילד איננה דורשת במפגיע אחרת.²⁶

יש לשים לב, שבחינת טובתו של הילד מתקיימת בשתי רמות של דיון: ברמה התיאורטית, המופשטת, שעל-פיה מוגדרת הויקה הראשונית בין הורה לילד; וברמה הקונקרטית, שעל-פיה נבחנת, בדיעבד, טובתו של הילד המסוים. ברמה התיאורטית מוגדרת הויקה הראשונית בין הורה לילדו בתוקף פוסטולט מוסרי התובע מההורה הביולוגי לגלות אחריות מלאה כלפי ילדו מבלי לשים לב לנסיבות הולדתו, ומתוך הדגשה שמן הבחינה העקרונית אחריותו של האב איננה נופלת מזו של האם. פוסטולט מוסרי זה מגלם את הציפיות החברתיות והמשפטיות מאדם כלפי ילדו, דהיינו: שלא יתנער ממנו ושלא יתכחש לו רק בשל העובדה שהולדתו היתה בלתי-רצויה לו. כדי להעמיד את מחויבותו של אדם כלפי ילדו על-יסוד תשתית חברתית מוצקה ובלתי-מתפשרת, מן הראוי להמעיט ביצירת חריגים להגדרה הביולוגית העלולים לכרסם בתשתית זו ולמוסס את התוקף המוסרי הנתבע מכוחה. הנכונות ליצור, בכל-זאת, חריג לאותה הגדרה ביולוגית, כדי לסייע להורים חשוכי-ילדים להיבנות, באמצעות הטכניקות המלאכותיות של ההולדה, אין בה כדי להחליש החלשה של ממש את הציפיות החברתיות לגבי האחריות הנתבעת מן ההורים הביולוגיים בתולדה הטבעית, הואיל והסיטואציות נבדלות זו מזו באורח ברור וגלוי.

עם זאת, ברמה הקונקרטית יש לבחון אם טובתו של הילד המסוים איננה מחייבת בדיעבד שינוי בזיקת ההורות או בתוצאות המשפטיות הצומחות ממנה, על-יסוד נסיבותיו המיוחדות של המקרה. אין להתעלם מן התופעה האפשרית, שעל-אף רצונו לחזק את הקשר בין הורה לילדו, ייתכן שהילד איננו רצוי להוריו או לאחד מהם. בסופו של דבר, לא ניתן לאלץ אדם לאהוב את ילדו ולטפל בו אם הוא ממאן בתוקף לקיים זיקה עמו, ולכל היותר ניתן לכפות על ההורה הסרבן לתמוך בילדו תמיכה כלכלית. אך אין זאת אומרת שפריקת אחריות שיש להצטער עליה צריכה להשתקף מראש בעצם הגדרת ההורות, המבטאת נורמה מוסרית שהחברה סבורה שיש לשאוף אליה, דהיינו: שאדם יעמיד את טובת הילד מעל שיקולים אישיים של נוחות, כדאיות ותועלת.

הפתרון הביולוגי להגדרת ההורות אחוז בהנחה, שיש משמעות פסיכולוגית וחברתית

גד פרנקל
עורך-דין

26 אם הילד איננו רצוי להוריו, אין מנוס ממסירתו לאימוץ על-ידי משפחה אחרת (ראה בנושא זה Goldstein, Freud and Solnit, *Before the Best Interests of the Child* (New York, 1979) 31-36), כשם שלעתים עשוי ההורה הפסיכולוגי להיות עדיף, מבחינת טובת הילד, על ההורה הביולוגי (ראה ספרם של המחברים הנ"ל *Beyond the Best Interests of the Child* [New York, 1973]), אך השקפות אלו אינן עומדות בסתירה למאמץ הראוי לחזק את רצון ההורים הטבעיים לגדל את ילדם ולשקמו בביטחון.

עמוקה לעצם הקרבה הטבעית²⁷ המקילה על ההזדהות הרגשית עם הצאצא והמבטאת את רצונו הטבעי של ההורה להמשכיות²⁸. החיזוק המשפטי להנחות אלו, שנועד להגן על רווחתם של ילדים, צריך לבורא על ביטויו בקביעה שבדרך-כלל אל לנו להטריד את הילד בשאלה מי "אשם" בהבאתו לעולם. אם על כף-המאזנים עומדת זכותו של מבוגר, שלא יוליכו אותו שולל מול זכותו של ילד שההורה שהביאו לעולם, ולו גם שלא ברצונו, לא יונח אותו, יש להעדיף — לדעתי — את זכות הילד. מעבר לשיקולים של טובת הילד, כשלון טענתו של הגבר בנוי על שיקול נוסף: אפילו היתה תרמית חותכת וברורה מצד — נאמר — האשה כלפי הגבר לגבי שימוש באמצעי-מניעה, הרי כיוון ששום אמצעי-מניעה איננו בטוח לחלוטין, נטל הגבר על עצמו סיכון — ולו מעט — להולדתו של ילד²⁹. אפשר גם להציג זאת אחרת: הגבר נטל על עצמו סיכון, שהמצג הוא מצג כוזב משום שהמציאות מלמדת שגם אמירה הנשמעת תמה וכנה מתבררת לעתים ככזבת או רשלנית. לכן כלפי הילד נסתחמו טענותיו של אותו אדם. לגבי הילד, אין לשעות לטענות האומרות שבשעה שהרו אותו נהג אחד מהוריו בחוסר-יושר כלפי ההורה האחר. אנו מצפים מן ההורה שיבודד את טענותיו כלפי ההורה האחר ממערכת-היחסים שלו כלפי הילד. אין זאת אומרת, שטענות אלו מאבדות את הרלבנטיות שלהן גם במערכת-היחסים שבין ההורים בינם לבין עצמם. לשאלה זו אנו מגיעים עתה.

ג. זכויות האשה והגבר בתכנון המשפחה

ניתן להבחין, כי תכנון המשפחה הוא אחד מן הנושאים שבהם ניתן לאשה כוח רב יותר משל האישי, לאתר הכניסה להריון. אשה רשאית להחליט אם להפסיק את הריונה,

27 כך, למשל, אנו מצפים מהורים טבעיים שלא להתנער מילדם גם אם הוא נולד בעל-זמם או חולה, בעוד שאין אנו מצפים מהורים מאמצים לקבל לאימוץ ילד כזה ללא הסכמתם (לא מקובלת הגישה שעל-פיה ילדים בעלי צרכים מיוחדים נמסרים בגורל למועמדים לאימוץ, והמסרבים נמחקים מרשימת הממתנינים. תחת זאת, בעיית השמתם של ילדים חריגים גפתרת על-ידי קבלתם של מועמדים שאלמלא כן לא היו ראויים לאמץ. ראה גם לעיל, הערה 23).

28 מבחינתו של הילד, חשיבותה של הקרבה הטבעית באה לידי ביטוי בהכרה בזכותו של מאומץ להתחקות אחר משפחתו הטבעית. לאחרונה הכרה זו מתרחבת אפילו לגבי ילדים שנולדו מהזרעה מלאכותית (כך בשבדיה, בחוק משנת 1985). אמנם טרם נבחנה הבעיה של ילד המבקש סעד נגד אמו שהעלימה ממנו מידע על זהות אביו (ראה לעיל, הערה 15). אבל עצם הנסיגות של ילדים להתחקות אחר שורשיהם, ונסיגות מקבילים של הורים טבעיים (שמסרו ילד לאימוץ וכדומה), מעיד על חשיבותה הפסיכולוגית של הקרבה הטבעית, גם כאשר הוקם לה מתחרה שהחליף את מקומה (כגון משפחה מאמצת). גם העדפת הזרעה מלאכותית על-פני אימוץ מצד בני-זוג רבים נובעת, בין היתר, מן הרצון שלפחות אחד הצדדים (דהיינו: האם) יתייחס ביולוגית לילד. אמנם ניתן לומר, שהעדפה זו מתעלמת מן הייחוס הביולוגי של הילד לתורם הזרע, אבל בהשוואה לאימוץ שבו הילד זר ביולוגית לשני ההורים המאמצים, זהו הרע במיעוטו.

29 בפרשת *Stephen K. v. Roni L.*, שם (לעיל, הערה 5) 621, נזקק בית-המשפט, בין היתר, להנמקה שאף גלולות אינן בטוחות לחלוטין, בדחותו טביעת-נויקין של גבר כלפי אשה שרימתה אותו בכך שהיא נוטלת גלולות. בעוד שהנמקה זו איגנה תופשת — לדעתי —

מבלי שניתן לגבר — על-פי הפסיקה — מעמד כלשהו בהחלטה על הפסקת ההריון²⁹. כשם שאין הגבר יכול למנוע מן האשה להפסיק את הריונה, כך אין הוא יכול לכוף עליה הפלה. הגבר שגרם להריונה של אשה חסוף אפוא להחלטה של האשה אשר בידה שיקול-דעת מוחלט אם ברצונה להפסיק את הריונה אם לאו. אף-על-פי שלפי החוק בישראל, המפסיק הריונה של אשה ללא היתר מבצע עבירה פלילית, העובדה שההריון הוא שלא מנישואין היא עילה מספקת לאישור ההפלה³⁰. אחת התוצאות מכך היא שבקדה של האשה הכוח להחליט אם תוטל על האיש, בסופו של דבר, חובת מוזנות, לטובתו של הילד שהיא מחליטה אם להביאו לעולם אם לאו. שתי התפתחויות, מבורכות כשלעצמן, מחזקות מעמד חד-צדדי זה שניתן לאשה: ראשית, באותן שיטות משפט שהבחינו בעבר בין ילדים לגיטימיים ובין ילדים שאינם לגיטימיים, שזפר באורח ניכר מצבו של הילד שנולד מחוץ לנישואין, וזכויותיו כלפי ההורה הביולוגי מתקרבות, אם לא שוות, לזכויותיו של ילד לגיטימי³⁰. אמנם במשפט הישראלי מעולם לא היתה מקובלת הגישה כי לעניין זכויותיו של ילד יש נפקא מינה אם הוא נולד מנישואין אם לאו³¹. שנית, הוכחת האבהות נעשתה קלה הרבה יותר מבעבר, נוכח התקדמות המדע המאפשר לקבוע אבהות באורח פוזיטיבי בדרגת הסתברות גבוהה ביותר. בדיקת הרקמות שבתאי-המשפט אמצו אותה לעצמם, כראיה מכרעת, בתביעות אבהות³², חוללה שינויים מפליגים לא רק בדיני הראיות, אלא גם בגישתה הנפשית של תובעת האבהות הפוטנציאלית. הסיכון שגרסת האשה לא תוכה באמון בבית-המשפט, היה עלול להרתיע אותה מהגשת תביעה שבירורה חשף אותה ללא חמלה לחקירה מביכה בענייניה

במסגרת מערכת-היחסים שבין הצדדים עצמם, כי נכונות ליטול סיכון מועט איננה אומרת נכונות ליטול סיכון רב, הרי יש לה משמעות לביסוס המוסרי של תביעת הילד כנגד האב.
²⁹ ע"א 413/80 פלוני נ' פלתי, פ"ד לה(3) 57. פסיקה זו נפסקה אף במדינות אחרות, כגון ארצות-הברית (1976), 96 *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth* (S. Ct. 2831, 428 U.S. 52) ואנגליה (2 All *Paton v. Trustees of B.P.A.S.* [1978], (E.R. 987; C.V.S. [1987] 2 W.L.R. 1108).

לגיתוח ביקורתי של מעמד הבעל בהפלה, ראה Shalev, "A Man's Right to be Equal — the Abortion Issue" 18 *Israel Law Review* (1984) 391.

יצוין כי בפועל אשה יכולה להחליט על מסירת הילד לאימוץ, ואם היא מסתירה את זהותו של האב, היא יכולה למנוע פנייה אליו והתנגדות מצדו. אפשרות זו אינה נתונה לאב, כיוון שבדרך-כלל ידועה זהות האם.

²⁹ חוק העונשין, תשל"ז—1977, סעיף 316(א)(2). האשה עצמה איננה נושאת באחריות פלילית. סעיף 320. במקרים מיוחדים הרופא פטור מאחריות אף כשלא ניתן היתר מראש: סעיף 317. הביטוי הקיצוני ביותר לאפליה בעבר של הילד מחוץ לנישואין היה במשפט המקובל האנגלי, שבו נחשב ילד כזה כחסר-משפחה (*fillius nullius*), ונטול זכויות כלשהן כלפי שני הוריו, לרבות מוזנות. גם כיום במשפט האנגלי זכויות הילד הלא-לגיטימי עדיין אינן שוות לכל זכויות ילד לגיטימי, אם כי תהליך ההשוואה כמעט שהושלם בתיקון לחוק משנת 1987. ראה Bromley, *Family law* (London, 1987) 239–240. בארצות-הברית קבע בית-המשפט העליון בשנת 1973, ששילת זכות המזונות של ילד לא-לגיטימי מאביו הביולוגי נוגדת את החוקה (409 U.S. 535, 93 S. Ct. 872), *Gomez v. Perez*, אבל עדיין יש פער בין מעמדו של ילד לא-לגיטימי לבין זה של ילד לגיטימי.

31 Shifman, "The Status of the Unmarried Parent in Israel law" 12 *Israel Law Review* (1977) 194.

32 ראה במיוחד ע"א 548/78 שרון נ' לוי, פ"ד לה(1) 736.

האינטימיים ולהאשמות אפשריות לגבי יחסיה עם אחרים — האשמות העלולות להכתים אותה מבחינה מוסרית. כיום נעלם למעשה הצורך שבית-המשפט יכבד וייכנס לכל הפרטים שבינו לבינה, ואולי בינה לבין אחרים, לשם קביעת מהימנות הצדדים בשאלת ייחוס האבהות, נוכח האפשרות לקביעת האבהות בדרך נוחה וקלה, התוסכת בושה ואי-נעימות, דהיינו: הפניית הצדדים למעבדה. הסיכוי של גבר להתחמק מאחריותו המשפטית לילד, בין על-ידי הכחשת עובדת האבהות ובין על-ידי כפירה בחיובים המשפטיים שהיא מטילה עליו, תוך הטלת האחריות לילד על אמו (באותן שיטות שהגבילו בעבר את האחריות לילד "בלתי-לגיטימי") נעלם לחלוטין. ועוד: רישומה של הסטיגמה החברתית, ולעתים גם המשפטית, שדבקה בעבר באשה המגדלת ילד מחוץ לגישואין, אף שלא התגדפה כליל, שוב אינו ניכר כבעבר, והתופעה של אימהות במשפחות שהן חד-הוריות מכוח בחירה-מראש של האם, מתרחבת והולכת. שינויים חברתיים ומשפטיים אלה מעוררים מחדש את שאלת מעמדו של הגבר בסיטואציה שבה השתמשו בו, שלא בידיעתו ואף תוך הטעייתו המכוונת, כדי לגרום להריונה של האשה. ייתכן שעוקצה המשפטית של בעיה זו היה מתקפה מעט, אילו חובת התמיכה בילדים היתה מתחלקת חלוקה שוויונית בין שני התורים. אך דווקא בנושא זה עדיין אנו דבקים בתפישה השמרנית המטילה את חובתה מוזנות הראשונות על הגבר דווקא³³. ומאידך גיסא, מתחדד דווקא העוקף הטמון בבעיה זו כתוצאה מהצד האחר של מטבע חוסר-השוויון בין המינים. לגבי סיפוק הצרכים הלא-מטריאליים של הילד, הרי הוכח והחובה לגדל את הילד מוטלת על האם דווקא, אם היא חיה בנפרד מן האב, מתוך הנחות קבועות מראש לגבי טובת הילד, לפחות כשהוא בגיל הרך³⁴. מכאן, שהטלת האחריות הכלכלית על הגבר איננה מערערת את התוכנית היוזמה של האשה למשפחה חד-הורית שבה היא המגדלת, המטפלת והמחנכת היחידה של הילד.

היה ניתן להעלות את הטענה, שמתן כוח חד-צדדי בידי האשה לגבי הפסקת הריון מצדיק את זכותו של הגבר להימנע מתמיכה בילד שהיה בלתי-רצוי לו. לפי טענה זו,

33 אמנם בשנת 1980 היה ניסיון לשנות את הדין לגבי מוזנות קטין בקביעת תיקון לחוק לתיקון דיני המשפחה (מוזנות), תשי"ט-1959, שעל-פיו "אביו ואמו של קטין חייבים במוזנותו", ו"בלי להתחשב בעובדה בידי מי מחזק קטין יהולו המוזנות על הוריו בשיעור יחסי להכנסותיהם מכל מקור שהוא". אך ספק אם תיקון חוקי זה עלה יפה והצליל לשנות את מבנה החיובים על-פי הדין האישי, כיוון שתחולת החוק לגבי מוזנות קטין מותנית בהעדר חיוב על-פי הדין האישי. ראה חילוקי-הדעות בין השופטים (שלא השפיעו על התוצאה הסופית באותו פסק) בע"א 591/81 פרידמנט ג' פרידמנט, פ"ד לו(3) 449.

34 חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, סעיף 25: "...ובלבד שילדים עד גיל שש יהיו אצל אמם אם אין סיבות מיוחדות להורות אחרת". הסכנה הטמונה בהנחה המעדיפה בן-מין אחד היא בחיזוק סטרייטיפים שלא תמיד הולמים את המציאות. אחת התוצאות מכך היא החמרת הפגיעה הצפויה לאשה שלגביה נסתרה קיומה של ההנחה, כלומר: שנמצאו סיבות מיוחדות שלא לפסוק לטובתה את החזקה בילד. כתוצאה מכך מתחזקת האפשרות שפסיקה זו לרעת האם תיתפש כסטיגמטית בתודעתה ובתודעת הבריות. כיוון שכך, נשים עלולות "ללחום" על החזקה בילד, גם אם הן יודעות שטובתו שיהיה אצל אביו. מאידך גיסא, "העדפת" האם יוצרת מסלול נוח לאבות להיפטר מאחריותם (הלא-כלכלית) כלפי הילד, כיוון שאין הם מופיעים כתורגים מגורמות חברתיות מקובלות. להיבט זה ראה, Maidment, *Child Custody and Divorce* (London and Sydney, 1984) 278-283.

היה ניתן לחייבו להשתתף בתשלום הפלה, כיוון שגרים להריונה של האשה, אך מדוע עליו לתמוך בילד שאמו החליטה חד-צדדית על הבאתו לעולם? ³⁵ על כך ניתן להשיב תשובות אחדות: ראשית, כפי שכבר ראינו, זכותו של הילד שלא יסבול ממחסור צריכה להיות מובטחת לו; וביחסים בינו לבין אביו, עובדת האבהות הטבעית היא המכרעת. לכך מצטרף האינטרס של המדינה כי ילד כזה לא יפול למעמסה על כתפיה. מכאן, שכלפי הילד, חובת האב במונחים אינה נפגעת ³⁶. אך גם אם מקבלים את הטענה – ולדעתי, יש לקבלה – שעל הילד לא צריך לרבוץ כל גטל או מחסור בגין התנהגות האנשים אשר הביאו אותו לעולם, אין בכך תשובה באשר לזכויות ההזדויות שבין ההורים עצמם. שנית, זכותה של האם להחליט לפי שיקול-דעתה המוחלט אם להפסיק את ההריונה, מעוגנת בזכותה לפרטיות ובזכותה על גופה. השיפחה של האשה לאפשרות שמחסורו של הילד יפול רק עליה, אם תחליט שלא להפיל, היא בגדר התערבות לא-מוצדקת בשיקול-הדעת שניתן לה – התערבות השקולה כמעט כהטלת חובה או גטל על אשה להפסיק הריון, על כל הסיכונים האישיים העלולים להיות כרוכים בכך ³⁷. הקושי נעוץ אמנם בכך שתחת "כיסוי" זכות הפרטיות הניתן לאשה היא מתלטיטה בסופו של דבר על זכויות חובות של אנשים אחרים. אבל כנגד זה ניתן לטעון טענה גוספת, שלישית, והיא, שניתנה בידי הגבר הזדמנות שווה לשל האשה להחליט החלטה מוקדמת לגבי שימוש באמצעי-מניעה. משהוחלט על קיום יחסי-מין, סיכון אינהרטי הטבוע בהם הוא הריון בלתי-רצוי. מסיכון זה ניתן להימנע, או לפחות ניתן לצמצמו, על-ידי שימוש באמצעי-מניעה. ההחלטה היתה נתונה אפוא בידיו של הגבר בשלב המוקדם, ולפיכך זכותו שלא להיות הורה איננה נפגעת אם החליטה האשה להימנע מהפלה. הקושי הנעוץ בטענה האחרונה מקורו באפשרות הרזוחת, שהגבר סמך בעניין זה על האשה. מן המפורסמות הוא, שהשימוש באמצעי-מניעה נתון כרגיל בידיעתו המיוחדת של צד אחד המשתמש בהם (כגון גלולות), אם כי ייתכן שהסיכון להריון בלתי-רצוי נשלל על-ידי קיומן של עובדות מסוימות (כגון עקרות או עיקור), הידועות רק לצד אחד. בדרך-כלל אחד הצדדים נוהג לסמוך על כך שחברו משתמש באמצעי-מניעה או שהצהיר בפניו שאינו מסוגל להרות או להפרות. השאלה שבה יש להתמקד היא, האם אמנם המשפט מוכן להגן על הצד התמים במקרים של הפרת אמון בודון או אפילו בהתרשלות, תוך מתן מעמד שווה לאשה ולגבר שנפגעו כתוצאה ממצג-שווא. אם סוברים, שהחלטה אם להפסיק הריון מן הדין שתימסר רק לאשה, ואין לתת לגבר מעמד כלשהו בעניין זה – יש בכך כדי לחזק את התביעה, שעל הגבר לקבל מעמד

35 לטענה זו ראה Weyrauch and Katz, *American Family Law in Transition* (Washington D.C., 1983) 752.

36 שיקול זה שימש יסוד עיקרי בהגמקת בית-המשפט במדינת קולורדו בארצות-הברית לדחיית טענתו של גבר שאין הוא חב במונחים ילדו הואיל והאשה לא גיבלה את ההזדמנות שניתנה לה להפסיק את הריונה. *People in Interest of S.P.B.* (1982) 651 P. 2d. 1213.

37 לפיכך לא התקבלה הטענה שאם אשה נכנסה להריון, עקב רשלנות רפואית בניתוח עיקור, מחובתה היה להקטין את הנוק שהתבטא בהולדת ילד באמצעות הפלה או על-ידי מסירת הילד לאימוץ. כך, למשל, במדינת אריזונה בארצות-הברית ראה *University of Arizona v. Superior Court* (1983), 136 Ariz. 579, 667 P. 2d 1294; לפסיקה דומה באנגליה, ראה Taylor, "Compensation for Unwanted Children" 15 *Family Law* (1985) 138.

שווה בהחלטות על מניעת הריון בלתי-רצוי³⁸. אפשר להסיק מכאן, אולי, שכל אחד מן הצדדים נושא באחריות שווה למניעת ההריון, ואל לו להלין על חברו אם ההריון לא נמנע בסופו של דבר³⁹. אולם עיון בפסיקה בארצות-הברית, שעסקה בנושא זה, מגלה שגם בנושא זה נוצרה א-סימטריה לרעת הגבר: תביעות של גברים על הפרת-אמון וזדוניות לגבי שימוש באמצעי-מניעה או אפשרותה של התעברות, לא זכו להצלחה עד עתה⁴⁰; ולעומת זאת, זכו בסעד נשים שקבלו על הפרת אמון מצד גבר⁴¹, ואפילו כאשר געשה מצג-שווא בתום-לב, אם כי ברשלנות⁴². בהמשך נבקש לברר אם אמנם א-סימטריה זו מוצאת הצדקה מספקת בנימוקים משפטיים משכנעים הבנויים על ההבדל הביולוגי שבין המינים, ואם סביר להניח כי המשפט הישראלי ינקוט גישה עצמאית בנושא זה.

בשלב זה נציין, כי בעיה זו של א-סימטריה לרעת הגבר מתחדדת על רקע תופעה נוספת, הריון האשה יכול שיהיה בלתי-רצוי לגבר, אך רצוי מאוד לאשה. עם החלשת הסטיגמה המשפטית והחברתית של אשה המגדלת ילד מתוך לנישואין, והתרחבות התופעה של גשים לא-נשואות המבקשות ללדת ילד ולגדלו במסגרת חד-הורית, האשה המעוניינת בכך מועמדת בפני דילמה. ככל שהיא מתקשה, בהיותה פנויה, בקבלת הזרעה מלאכותית מתורם זר — והמדיניות הרשמית היא אכן להימנע ממתן הזרעה מלאכותית לפנויות⁴³ — היא פונה בדלית ברירה לדרך של קיום יחסי-מין עם גבר — דרך הדורשת ממנה מעורבות אמוציונלית עם האיש שמזרעו היא מבקשת להיכנות. לעתים האשה מצליחה לשתף בתוכניתה גבר מוכר לה, עמו היא נהנית מיחסי-אמון מיוחדים⁴⁴. אך לא תמיד הדבר כך. גבר עלול לחשוש שמא בעתיד תוטל עליו אחריות משפטית כלפי הילד ולמאן לשתף פעולה. אפשרות זו עשויה להמריץ את האשה להעלים בפניו את תוכניתה להיכנס להריון. לחצים משפחתיים וחברתיים עלולים, בשלב מאוחר יותר, ולאחר שהילד כבר נולד, להניע את האשה לדרוש להטיל על הגבר אחריות משפטית כלפי הילד. כאמור לעיל, אין האשה צריכה להיות מוטרדת במיוחד בפני האפשרות שתוגש נגדה תביעה על-ידי האב לקבל לידי את ההחזקה בילד. בתביעה

38 Ooms, "A Family Perspective on Abortion", in Callahn (ed.) *Amortion* — *Understanding Differences* (New York and London, 1984) 107

39 ייתכן שגישה זו הולמת סיטואציה שבה איש מבין הצדדים לא הוליד שולל את חברו, ושניהם לא הגנו על עצמם מפני סיכון של הריון. במקרה זה ניתן לומר שהרשלנות היתה משותפת לשני הצדדים. כנגד זה ניתן לטעון שבנסיבות רגילות של יחסי-מין מתוך לנישואין, שבהן ניתן להניח שהיחסים לא נועדו להולדה, נהוג שהגבר סומך על האשה שהיא משתמשת באמצעי-מניעה ואין זה מקובל שהוא "יחקור" אותה בעניין זה. העלמת מידע מצד האשה בנושא זה זה כמה כמצג כוזב (והשווה סעיף 15 של חוק החוזים [הלך כללי], תשל"ג—1973, המגדיר "הטעיה" — "לרבות אי-גילויין של עובדות אשר לפי דין, לפי נוהג או לפי הנסיבות היה על הצד השני לגלותן"); וראה להלן, הערה 63.

40 ראה פסקי-הדין המובאים לעיל, בהערה 5: *Stephen K. v. Roni L.* (1980); *Pamela P. v. Frank S.* (1983); *Hughes v. Hutt* (1983)

41 *Barbara A. v. John G.* (לעיל, הערה 5).

42 *Alice D. v. William M.* (לעיל, הערה 5).

43 ראה לעיל, הערות 18, 21 ו-22.

44 כאמור לעיל, הסכמתה של האשה לשחרר את הגבר מחיוב כלשהו כלפי הילד איננה תופשת. ראה לעיל, הערה 15.

כזאת האשה זוכה להעדפה⁴⁵, ומה גם אם מעמדה כהורה הפסיכולוגי של הילד כבר התחזק. ובל נשכח, שהגשת תביעה להחזקת הילד מצד הגבר עלולה להתפרש כצעד טקטי בלבד, כיוון שמראש לא היתה לידתו של הילד רצויה לו, אלא לאשה בלבד. לכל היותר תהיה האם חשופה לדרישה מצד האב לזכויות — ביקור לגבי הילד, אם אמנם יצליח האב לשכנע את בית-המשפט שטובת הילד מצדיקה זאת⁴⁶. תיתכן כמובן גם האפשרות שאשה תשתמש בהולדת ילד כמאצעי לחוץ על גבר שישאנה לאשה. ואמנם שיקול זה, במיוחד אם מצטרפים אליו שיקולים נוספים (כגון בעילת קטינה או הפרת הבטחת נישואין), עלולים לפגוע באינטרס החיוני של הבטחת חירות מלאה לאדם השוקל התקשרות בקשרי נישואין עם אדם אחר⁴⁷.

הסיטואציה העובדתית עשויה אמנם להיות הפוכה, כלומר: אשה שעבורה הריון בלתי-רצוי, בעוד שלידת ילד רצויה מאוד לגבר. סיטואציה כזו עשויה להתרחש במיוחד במסגרת נישואין. נהוג לומר, כי נישואין טובנים בחובם מכללא הסכמה לפרייה-ורביה⁴⁸. אי-הסכמה מצד בן-זוג ללידת ילדים יכול שישמש עילה לגירושין⁴⁹. העלמת מידע מצדו של בן-זוג שהוא משתמש באמצעים למניעת הריון ומראש לא התכוון להביא ילדים, שימשה בעבר, בשיטות-משפט רבות, עילה לביטול נישואין על-יסוד תרמית⁵⁰. עם שטוש התחומין באותן שיטות בין גירושין לבין ביטול נישואין, וייחוס תוצאות רכושיות גם לנישואין שבוטלו מעיקרם⁵¹, איבוד סעד זה, בגין העלמת מידע,

45 ראה לעיל, הערה 34.

46 יש הטוענים כי עקרונית אל לו, לבית-המשפט, לצוות על זכויות-ביקור בניגוד לרצונו של ההורה המחזיק בילד, כי כפיית ביקורים כזאת תפגע, בסופו של דבר, בילד. ראה Goldstein, Freud and Solnit, *Beyond the Best Interests of the Child* (New York, 1979) 116–121.

47 לבעיה זו, ראה פ' שיפמן, דיני המשפחה בישראל (ירושלים, 1984) 127–128, 142, 152–153.

48 ראה שם, עמ' 102, לגבי הדינים הדתיים השונים בישראל; וכן לגבי הפסיקה האמריקנית, ראה 323 N.Y. 530, 127 N.E. 2d 323. *Aghnides v. Aghnides*.

49 לגבי הדין היהודי ראה שרשבסקי, דיני משפחה (ירושלים, 1967) 288–290, 303–305; וראה את פסקי-הדין האמריקני *Kreyling v. Kreyling* 20 N.J. Misc. 52, 53, A. 2d 800 (1942), שבו נקבע כי סירוב הבעל להימנע משימוש באמצעי-מניעה יש בו כדי להצדיק את תביעת האשה לגירושין (על-יסוד *costructive desertion*), כיוון שהתנהגות הבעל מסכלת את חפצה של האשה להביא ילד לעולם שהוא אחד ממטרות הנישואין. אבל לתוצאה אחרת הגיע בית-המשפט בתביעה מקבילה של גבר בנסיבות דומות *Fink v. Fink* 30 N.J. Super 531, 105 A. 2d 451 (1954); וראה *Clark, The Law of Domestic Relations in the United States* (St. Paul, 1968) 338, note 75, אשר בפרטות הדין האנגלי *Forbes v. Forbes* [1955], 1 W.L.R. 531 הגיע בית-המשפט למסקנה שהתנהגות אשה המשתמשת באמצעי-מניעה, בניגוד לרצון הבעל, כמוה כהתאכזרות (*cruelty*) המצדיקה גירושין. וראה עוד לגבי הילוקי-דעות בין בני-זוג לגבי שימוש באמצעי-מניעה *Archard v. Archard* (London, 1987) 186–187. *Bromley's, Family Law*.

50 לגבי הפסיקה האמריקנית בנושא זה ראה הערות ב' 28 A.L.R. 2d § 3; 4 A.L.R. 2d § 4, 209.

51 כך, למשל, החוק משנת 1983 במדינת ניו-יורק לגבי חלוקה צודקת של רכוש בני-הזוג חל בשווה גם על איון נישואין וביטולם (New York Domestic Relation Law § 236, part B, 2).

הרבה מן האפקטיביות שלו. מצד שני, הנטייה לבטל את חסינותם של בני-זוג מפני תביעות בנוזקין⁵² עשויה לחדד את הבעיה של מצג-שווא לגבי שימוש באמצעי-מניעה, אף בקרב זוגות נשואים; ונוכח היתרון הנתון לאשה להפסיק את הריונה, הבעיה צפויה להתמקד למעשה בתביעת גבר שחפצו להיות אב סוכל על-ידי אשה שהפרה את חובת האמון בין בני-זוג בהסתירה את כוונותיה מבעלה. עם זאת ניתן לומר, שאין המשפט צריך להעניק לאדם סעדים על אכזבתו מבן-זוגו מעבר לאלה הניתנים במסגרת הליכי הגירושין, והסיכון לאי-התאמה בציפיות ההדדיות הוא סיכון הצריך להילקח בחשבון מראש. מכל-מקום, בעוד שנהוג לראות בהולדת ילדים מטרה צפויה ולגיטימית של נישואין, אין נהוג לראות בהולדתם מטרה צפויה ולגיטימית של יחסים מחוץ לנישואין, ומכאן הבעייתיות המיוחדת של גבר לא-נשוי המוצא את עצמו במצב של אב בעל כורחו⁵³.

שאלות מקבילות התעוררו בפני בתי-המשפט בשאלת אחריותו של צד ג להריון בלתי-רצוי, למשל: של רופא שביצע עיקור רשלני⁵⁴ או שדעך ייעוץ גנטי רשלני⁵⁵; יצרן גלולות שיצר מוצר פגום⁵⁶; אחראי לחוסה שהתרשל בשמירה עליו וכתוצאה מכך נכנסה החוסה להריון⁵⁷. במקרים אלה לא הססו בתי-המשפט מלהטיל אחריות משפטית, לעתים מכות דיני החוזים ובדרך-כלל מכות דיני הנוזקין, על צד ג בגין הריון בלתי-רצוי או לידה בלתי-רצויה. אף כי התגלו היסוסים לגבי תביעת ילד שחבצו בגין עצם הבאתו לעולם (Wrongful life action)⁵⁸, הרי שעצם האחריות כלפי בני-זוג —

52 לגבי ארצות-הברית ראה, Prosser and Keeton, *The Law of Torts* (St. Paul, 1984), 901-904; בישראל בוטלה החסינות בנוזקין בין בני-זוג על-ידי החוק להסדר התדיינות בין בני זוג, תשכ"ט-1969. לפי חוק זה, בית-המשפט רשאי לעכב לתקופה קצובה התדיינות אורחית בין בני-זוג אם הוגשה קודם תביעה להחזרת שלום-הבית בין בני-זוג או אם העניין בתביעה "אינו שקול כנגד הנוק לשלום הבית הצפוי מקיום המשפט או מהמשכו אותה שעה".

53 *להבדל בין זוג נשוי לזוג החי ללא נישואין בהקשר זה, ראה Eekelaar, *Family Law and Social Policy* (London, 1978) 211.

In the case of marriage the parties entered into the union knowing that it put them at risk regarding the future. This might be said equally of the act of sexual intercourse, but not if one partner deceived the other as to their ability to procreate or conceive. The relevance of this to the obligation of an unmarried parent is yet to be assessed.

54 למשל: *Custodio v. Bauer* (1967), 251 Cal. App. 2d 203, 59 Cal. Rptr. 466; *University of Arizona v. Superior Court* (1983), 136 Ariz. 579, 667 P. 2d 1294.

55 ע"א 518/82 ואח' נ' בן ואח' פ"ד מ(2) 85; *Whittington v. Eli Lilly and Company* (1971), 333 F. Supp. 98.

56 רוקח על הכנה רשלנית של אמצעי-מניעה. *Tropi v. Scarf* (1971), 31 Mich. App. 240, 187 N.W. 2d 511; *J.P.M. & B.M. v. Schmid Laboratories, Inc.* (1984), 178 N.J. Super. 122, 428 A. 2d 515.

57 *William v. State of New York* (1965), 46 Misc. 2d 824, 260 N.Y.S. 2d 953.

58 ג' טרסקי, "על בעיית הנוזקין בגין הולדה" מוסות במשפט 269; ופסק-דין וייצוב הנ"ל (לעיל, הערה 54). לקשיים הלוגיים הטמונים במתן פיצוי לילד על עצם הבאתו לעולם, ראה Heyd, "Are 'Wrongful life' Claims Philosophically Valid" 4 *Isrel Law Review* (1986) 574.

להבדיל מהיקף הנזקים שעליהם ראוי לפצות⁵⁸ — בהריון בעוולה (Wrongful conception) או בלידה בעוולה (Wrongful birth), לא היה שנוי במחלוקת משפטית של ממש. לעומת זאת, גילו בתי-המשפט היסוסים בהטלת אחריות משפטית בגין הריון או לידה בלתי-רצויים ביחסים שבין הצדדים לבין עצמם. אמנם אין לכחד, שלא הרי רשלנותו של בעל-מקצוע (כגון רופא) כהרי רשלנותו של אדם בתחום יחסיו האינטימיים. לא זו בלבד שטיב ההתנהגות שונה, אלא גם ההורים (להבדיל מבעל-מקצוע) אינם מפוזרי נזק יעילים, ואינם דואגים, בדרך-כלל, לבטח את התנהגותם. אך שיקולים אלה שיש להביאם בחשבון בקביעת אחריותו של הורה בגין חוסר-זהירות מצדו, ספק אם כוחם יפה לשלילת אחריותו בגין תרמית מכוונת. אכן, הטלת אחריות משפטית בין אנשים שהיו שותפים ליחסי-מין מעוררת שאלה קשה של מדיניות משפטית, דהיינו: האם מן הראוי שהמשפט יתערב בדרכי התנהגותם של אנשים המקיימים מרצונם יחסי-מין, וזאת על-ידי הענקת סעדים בגין מצגי-שווא ביניהם. התשובה לשאלה זו עשויה להיות תלויה בשיקולים רבים ומגוונים, המשתנים מסיטואציה אחת לחברתה, כגון טיב היחסים שנרקמו בין הצדדים, מעורבות אנשים נוספים בסיטואציה (במיוחד ילד שנולד מאותם יחסים) וטיב הנזק שנגרם לצד התמים. שאלות מקבילות מתעוררות לגבי הסתרת מידע בדבר קיומן של מחלות מדבקות של שותפים ליחסי-מין⁵⁹, אך במסגרת זו נתרכז בהפרת אמון לגבי שימוש באמצעי-מניעה, בלבד.

ד. העילות המשפטיות

יצוין, כי אין קושי רב ביצירת קונסטרוקציה משפטית מתאימה שעל-פיה ניתן לתבוע פיצוי על הפרת אמון בין שותפים ליחסי-מין. העילות הן רבות ומגוונות:

1. הפרת חוזה

ניתן לטעון, שהסכמתם של צדדים לקיום יחסי-מין היא חוזה שבו כלולת הצהרה שכמה כתבניה בחוזה לגבי שימוש באמצעי-מניעה (או עובדות אחרות השוללות או מקטינות,

58 יש פסיקה הגורסת כי עצם הולדתו של ילד בריא כלל איננה בגדר נזק, ולכן הוצאות גידולו אינן יכולות להיות מוטלות על הנתבע או לחלופין, כי יש לנכות מהוצאות אלה את הנאות ההורים מן הילד. ראה Hampton, "The Continuing Debate over Recoverability of the costs of Child-Rearing in Wrongful Conception Cases — Searching for Appropriate Judicial Guidelines" 20 *Family Law Quarterly* (1986) 45.

יצוין כי השקפות אלו שנויות במחלוקת, ויש הסוברים כי ההורים זכאים למלוא הוצאותיהם עבור הילד (ראה גם פס"ד זייצוב, שם [לעיל, הערה 54], 111), אך מכל-מקום בסוגיא שלפנינו שבה התורה-התובע (קרי: האב) איננו מחויק בילד ואיננו נהנה מגידולו, ספק אם הנימוקים הנ"ל תופשים.

59 Alexander, "Liability in tort for the Sexual Transmission of Disease, of Genital Herpes and the law" 70 *Cornell Law Review* 101; Kohn (6 הערה) *Kathleen K. v. Robert B.* (1984), 150 Cal. App. 3d 992, 198 Cal. Rptr. 273; בפרשת 40 A.L.R. 4th 1083, הזכרה אחריותו בנוזיקין של גבר על העלמת מידע מאשה שעמה

את סיכון ההריון). הצהרה כוזבת כמות כהפרת החוזה המזכה בפיצוי. אפילו רואים בהצהרה הכוזבת היא משום הצהרה מחוץ לחוזה, הרי ההטעיה הגלומה בה משמשת עילה לביטול החוזה ולפיצוי בגין העובדה שהצד האחר נהג שלא בדרך מקובלת ושלא בתום־לב⁶⁰. אמנם השאלה האם יש מקום לסווג את המוסכם בין הצדדים כחוזה תלויה הרבה בטיב היחסים שביניהם. ליחסים אקראיים ומזדמנים, ספק אם קונסטרוקציה חזית, המעוגנת בכוונה ליצירת יחסים משפטיים⁶¹ אכן הולמת, מה שאין כן לקשרי־קבע, או לפחות לקשרים בעלי אופי מתמשך פחות או יותר. בסופו של דבר, השאלה היא האם מן הראוי לייחס לצדדים כוונה ליצור חוזה, ותשובה על שאלה זו תלויה במידה מכרעת בגישה העקרונית הננקטת בסוגיית זו, לאמור: האם ברצוננו להגן על אנשים מפני הסיכון הגלום ביחסי־מין או שמא נדבוק בעיקרון של "יזהר השוכב"! שאלה נוספת היא, אם בית־המשפט יהיה מוכן לראות בהסכמת צדדים ליחסי־מין מחוץ לנישואין משום חוזה בלתי־פסול. בשאלה זו נרחיב את הדיבור בהמשך.

2. תרמית

ההטעיה יכולה להיקבע כעוולה לפי סעיף 56 של פקודת הנוזיקין (נוסח חדש). מצג־שווא של עובדה שהמציג ידע שאינה נכונה או שהיה אדיש לאפשרות היותה בלתי־נכונה ושהוצגה בכוונה שהמוטעה יפעל על־פיה, נותנת יסוד לעוולת תרמית אם אמנם המצג שהיה מכון להטעות את התובע, אף הטעה אותו, והתובע פעל על־פיו וסבל על־ידי כך נזק ממזון⁶². יסודות אלה מתקיימים כאשר אדם מצהיר כי הוא משתמש באמצעי־מניעה או שהוא עקר, בודדו שהצהרה זו איננה נכונה⁶³, ובכוונה שהצד האחר יפעל על־פיה ויקיים עמו יחסי־מין. אם הצד האחר אמנם קיים יחסי־מין על־יסוד ההצהרה הכוזבת, הוא רשאי לתבוע פיצוי אם הוא סבל נזק ממזון עקב כך. בשאלת טיב הנזקים נעסוק בהמשך.

3. תקיפה

עוולה בזיקית אחרת שעליה ניתן להסתמך היא תקיפה. על־פי סעיף 23 של פקודת הנוזיקין, תקיפה כוללת שימוש בכוח בכל סוג שהוא, ובמתכוון, נגד גופו של אדם, בין היתר, על־ידי נגיעה, שלא בהסכמת האדם או בהסכמתו שהושגה בתרמית. הסכמת הניזוק לנגיעת המזיק בגופו לא תמנע הטלת אחריות בנוזיקין אם הסכמה זו הושגה

קיים יחסי־מין לגבי קיום מחלת־מין מידבקת (הרפס). על פסק־דין זה ראה 40 A.L.R. 4th 1089.

60 סעיף 12 של חוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג—1973; ג' שלו, "פגמים בכריתת חוזה" פירוש לחוקי החוזים (ירושלים, ג' טדסקי עורך, 1981) 63—64.

61 ג' שלו, "כריתת חוזה" (לעיל, הערה 60), 10; לבעיה מקבילה ראה שיפמן (לעיל, הערה 47), 130; והשווה להלן, הערה 69.

62 ע' בר־שירה, התרמית, דיני הנוזיקין, העולות השונות (ירושלים, ג' טדסקי עורך, 1979).

63 שאלה אחרת היא מה הדין במצב שבו (נאמר) האשה איננה אומרת דבר, בידועה שהגבר סובר בטעות שהיא משתמשת באמצעי־מניעה. נראה שיש מקום לומר, כי שתיקתה של אשה הנובעת מרצון להוליד את הגבר שולל שקולה כנגד מצג כוזב, אם יש להניח שהגבר היה נמנע מלקיים עמה יחסי־מין, לו ידע את העובדות לאשורן. וראה קרצמר (להלן, הערה 64), 29—30; וראה לעיל, הערה 39.

בתרמית. אמנם יש הסוברים, שהצהרת-שווא תשלול הסכמה רק אם היא מתייחסת למהות הנגיעה ולא לתוצאותיו האפשריות או לעניין צדדי. אך בעוד שהבחנה זו מקובלת במישור הפלילי, אין היא מקובלת במישור האזרחי לצורך העולה האזרחית של תקיפה⁶⁴. ואכן, תביעת אשה נגד גבר שהצהיר בפניה כי איננו מסוגל להפרות הוכרה בארצות-הברית הן על-יסוד תרמית הן על-יסוד תקיפה בפרשת *Barbara A. v. John G. (1983)*⁶⁵. בית-המשפט קיבל את הטענה, שהסכמה לתקיפה אשר הושגה בתרמית מקעקעת עד היסוד את תוקפה של ההסכמה ומגיתה יסוד לתביעה בגין תקיפה. עם זאת, עוולת תקיפה מחייבת פעולה נגד גופו של אדם. ניתן לומר, שאף אם מקבלים עקרונית הרחבתה של עוולה זו וכוללים בה אף סיטואציה שבהן התרמית מתייחסת לתוצאות הפעולה, יש להגביל הרחבה זו למקרים שאותן תוצאות הוללו פגיעות גופניות אצל הנפגע. מכאן נובעת הבחנה אפשרית בין גבר שרימה אשה לבין אשה שרימתה גבר. גבר שהשיג את הסכמתה של אשה ליחסי-מין מתוך שהצהיר בפניה כי הוא עקר (מלידה או כתוצאה מעיקור), דינו כמי שתקף אותה, אם הצהירה זו היתה כוזבת ואם נגרם לה עקב כך נזק גופני שהתבטא בהריון לא-רצוי (שאיילץ אותה, למשל, להפסיקו באמצעות הפלה מלאכותית). לעומת זאת, גבר שרומה לא נפגע בגופו כתוצאה מן התרמית, על-אף שסבל, אולי מנזקים ממוניים ונפשיים כתוצאה מלידת ילד בלתי-רצוי. העובדה שלגבי גבר התרמית איננה מחוללת תוצאות כנגד גופו, יכולה לשמש יסוד אפשרי לשלילת עוולת התקיפה לגביו. מכאן, שלפחות לגבי עוולת התקיפה מצבו של הגבר שזקוק אינם גופניים עשוי להיות שונה ממצבה של האשה, שהתרמית פגעה בה פגיעה גופנית. עם זאת דומה, כי הדעה העדיפה היא שכיוון שעצם המגע המיני הושג מצד האשה בתרמית—ולו גם לגבי תוצאותיו של מגע מיני זה—דין המעשה כדין תקיפה⁶⁶.

4. רשלנות

עקרונית, אפילו נעשה מצג-השווא בתום-לב, אך בתוסר-זהירות וללא בדיקה מספקת, עלולה לחול אחריות בגזיקין על-יסוד רשלנות. כך נפסק בארצות-הברית, בפסק הדין *In re Alice D. v. William M. (1982)*⁶⁷. בעניין זה נקבע כי גבר שאמר לאשה, לפני קיום יחסי-מין, כי הוא עקר, והיא הרתה ממנו ונאלצה להפיל, חייב לפצותה על נזקה על-יסוד רשלנות. אף כי לא הוכח שהגבר הצהיר על עקרותו במרמה, וחשב

64 ראה ד' קרצמר, "תקיפה וכליאת שווא", דיני הנזיקין, העיולות השנתית (ירושלים, ג' טדסקי עורך, 1981) 30.

65 145 Cal. App. 369, 193 Cal. Rptr. 422.

66 כך, למשל, אחת הדוגמאות המובאות על-ידי המחבר פלמינג (*Fleming, The Law of Torts*) 75 [1983]. היא של אשה המסכימה למגע מיני עם גבר בחושבה כי היא נשואת לו, לאחר שנישא לה, בהסתירו ממנה כי עדינו נשוי לאחרת, והנישואין הם נישואין בינמיניים ובטלים. במקרה זה ההסכמה המושגת במרמה איננה מתייחסת למהות הנגיעה ואין בנגיעה, כשהיא לעצמה, לחולל תוצאות גופניות מזיקות. פלמינג מעיר שם (הערה 40), כי התחום המוגבל של עוולת התרמית מבליט את הצורך בסעד על פגיעה גופנית שהושגה בתרמית ושלא היה בצדה נזק חומרי דווקא.

67 113 Misc. 2d 940, 450 N.Y.S. 2d 350.

בטעות על-יסוד בעיה רפואית שהיתה לו כי הוא עקר, מחובתו היה להיוועץ ברופא בטרם יצהיר הצהרה זו. אין צריך לומר שהטלת אחריות נזיקית בגין מצג-שווא, מכוח עוולת הרשלנות, מעוררת שאלות קשות של מדיניות משפטית.⁶⁸ אך גם אם מקבלים עקרונית הרחבת אחריות נזיקית בגין מצג-שווא רשלניים, ניתן להבחין בין יחסים אקראיים ומזדמנים לבין יחסים קבועים וממושכים ולהסיק קיומה של חובת זהירות רק במקרה האחרון.⁶⁹ אך תיתכן גם הבחנה בין נשים ובין גברים על-יסוד הנזקים השונים שנגרמים להם, דהיינו: נכונות לפצות על נזק גופני הנגרם בגין מצג-שווא איננה אומרת בהכרח נכונות לפצות על נזק אחר (כלכלי או נפשי) הנגרם בגין מצג-שווא שכזה. שאלה נוספת, שלא כאן המקום להרחיב את הדיבור, היא, האם ניתן לתבוע במסגרת עוולה זו גם בשל מעשים מכוונים. מצד אחד, אין הדעת סובלת שאדם יהיה אחראי לנזק פלוני אם גרמו מתוך חוסר-זהירות, אך יהיה פטור אם גרמו בכוונה.⁷⁰ מצד שני, יש בכך כדי לייתר את העוולה המיוחדת של תקיפה⁷¹ ולעקוף את הסייגים שנקבעו בעוולת התרמית.

ה. הנזקים

בפסקי-הדין הנ"ל הוכרו, כוכאים לפיזיו, נזקיה של אשה שרומתה על-ידי גבר, כגון דמיה-הפלה והפסד השתכרות (בעניין *Alice D.* הנ"ל) וכן נזקים שנגרמו לבריאותה של אשה, למשל, כתוצאה מהריון מחוץ לרחם (בעניין *Barbara A.*). אך בפסקי-דין אלו הוכרו, עקרונית, גם נזקיה הנפשיים של האשה, כתוצאה מהריון בלתי-רצוי, על אף שהסתיים בסופו של דבר בהפלה.⁷² לעומת זאת, לגבי גברים לא היתה נכונות לפצותם

68 ראה מ' 106/54 וינשטיין נ' קרימה, פ"ד ח 1317; וכן מ' מאוטנר, "יוצרי סיכונים" ו'נקלעי סיכונים – הגנתו של המסתמך על מצג הוולת בחקיקה האורחית החדשה" משפטים טז 92, 102 ואילך.

69 בפרשת *Alice D. v. William M.* בית-המשפט מדגיש את טיבם של היחסים כמוכים את התובעת לתבוע בגין רשלנות:

Considering such factors as the length of time parties had known one another, the regularity with which they saw each other, the degree of intimacy between them and the seriousness to the claimant of the issue of birth control and of an unwanted pregnancy, I hold that she was entitled to trust the defendant's statement. Her reliance was reasonable and justified... Had their love-making resulted from a more casual encounter, I might have resolved the issue of reliance differently.

(שם, בעמ' 354).

70 קרצמר, שם, עמ' 5.

71 קרצמר, שם, הערה 18.

72 בפרשת *Alice D. v. William M.* בית-המשפט אומר לגבי האשה הנפגעת (שם, בעמ' 357):

I believe that she suffered considerably as a result of facing the trauma of an unwanted pregnancy. Emotional distress is clearly a foreseeable and proximate consequence of an unwanted pregnancy that has been aborted.

על דמי-המוגנות שאותם יחויבו לשלם בעתיד עבור הילד שנולד תוך הטעייתם, ואף לא הוכרה כנוק הראוי לפיצוי עצם העובדה שהם הפכו להיות אבות לילדים בעל-כורחם. להלן נבדוק את הסיבות לכך. אך כללית חובה לציין, כי לגבי נזקים לא-ממוניים רווחת נטייה לפצות בגינם אם הם נספחים לנזקים ממוניים. חכונת ה"פרזיטיות" של הנזק הלא-ממוני מביאה במקרים רבים לכך שלא ניתן עליו פיצוי אם הוא הנזק היחיד.⁷³

1. ההגנות כלפי תביעה על מצגי-שווא

1. מניעת עידוד ליחסי-מין מחוץ לנישואין

ניתן לטעון, כי הענקת סעדים בגין מצגי-שווא כמוה כעידוד ליחסי-מין שלא במסגרת נישואין (בין פנויים או בין נשוי למי שאינו בן-זוגו). במיוחד אפשר להפנות טענה זו כלפי תביעה על-פי העילה החוזית (ראה לעיל), שכמוה כהכרה בחווה ליחסי-מין מחוץ לנישואין, אך לעתים מורגשת רתיעה מהענקת סעדים אף כשמדובר בעוולות של דיני הנזיקין, מתוך שיקול, גלוי או סמוי, שהענקת סעדים מעין אלו עלולה לשמש תמריץ ליחסי-מין שלא במסגרת נישואין.

על טענות אלו ניתן להשיב תשובות מספר: ראשית, על בית-המשפט להימנע מאכיפת דעותיו האישיות בענייני מוסר, אם דעות אלו אינן מבטאות את המוסר הנוהג, הלכה למעשה, בחברה.⁷⁴ שנית, קבלת הטענה של אי-מוסריות מעניקה פרס למי ש"חטאו", לפחות איננו גופל "מחטאו" של הצד האחר. דווקא קבלת הטענה יש בה משום תמריץ ליחסי-מין מחוץ לנישואין מצדו של מי שאלמלא כן היה יכול להיות חשוף, עקב מצגי-שווא, לתביעה משפטית. ושלישית, ואולי העיקר לצורך ענייננו: אחת ההתנגדויות לקיומן של יחסי-מין מחוץ לנישואין הוא החשש מהריון בלתי-רצוי. הגברת יחסי האמון בין שותפים ליחסי-מין, על-ידי הענקת סנקציות משפטיות בגין הפרת האמון, יש בה דווקא כדי ליטול, או לפחות להקטין, את אחד הנזקים העיקריים כתוצאה מיחסים שכאלה. כאנלוגיה ניתן להביא את דחיית ההתנגדות (הן בארצות-הברית⁷⁵ הן באנגליה⁷⁶) ליעוץ לגבי שימוש באמצעי-מניעה לבני-נוער, בטענה שיעוץ זה יעודד יחסי-מין מחוץ לנישואין. אדרבא; במתן היעוץ יש כדי להקטין את הנזק כתוצאה מיחסים אלו, דהיינו: הריון בלתי-רצוי. ואכן, ההנמקה של אי-מוסריות פחות מקובלת מבעבר, לפחות כאשר הבסיס הוא

73 ראה על כך ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 140-142, וביקורתו של השופט ברק (שם, בעמ' 141), על הנטייה לפצות במסגרת עוולת הרשלנות על נזק לא-רכושי רק אם הוא טפל לנזק רכושי. עם זאת, לגבי עוולת התרמית ברור שהפיצוי על נזק לא-רכושי מותנה בקיומו של נזק ממון ולא ניתן לפצות עליו אם הוא הנזק היחיד.

74 ראה גביוון, "אכיפת המוסר, פיצויים בגין הפרת הבטחת נישואין חובת ההנמקה", משפטים 282, 291-297.

75 *Carey v. Population Services International* (1977), 431 U.S. 678, 97 S. Ct. 2010.

76 *Gillick v. West Norfolk* [1985], 2 W.L.R. 830 (HL).

של דיני הגזיקין, ויש נכונות גוברת לתת סעד אפילו כאשר אחד הצדדים נשוי לאחר⁷⁷. דעות בתי-המשפט בישראל הן יותר ליברליות בנושא זה, כאשר הדעה החדה ביותר הובעה על-ידי השופט ח' כהן: "...בקיום מגע מיני ללא גישואין, אין אצלנו מן הבחינה המשפטית, לא משום אי חוקיות ולא משום אי-מוסריות ולא משום הפרה או סיכון של תקנת הציבור או שלומו, ואין בו כדי לשלול או לסכל זכויות תביעה או סעד המוענקות על פי דין"⁷⁸.

2. אי-יחדירה לתחום הפרטיות

אחת ההנמקות המרכזיות שהושמעו בתחילה בפסיקה האמריקנית, לדחיית תביעות של גברים שנשים הוליכו אותם שולל, היה הרעיון שבתי-המשפט צריכים להתרחק מחדר-המיטות, תוך כיבוד פרטיותם של המעורבים, ולהימנע מחיטוט בשאלות אינטי-מיות⁷⁹, ומה גם ששאלות אלו מעוררות קשיי הוכחה לא-מבוטלים⁸⁰. נראה, שבגישה זו מסתמנת העתקה לא-מוצדקת של רעיון הפרטיות התופש בהגנת זכותו של הפרט כנגד השלטונות לתחום היחסים בין יחידים. דומה שהרעיון שעל בתי-המשפט להימנע מהתערבות בהתנהגותם של שותפים ליחסי-מין איננו תופש אם מתבלט אינטרס חברתי הדורש את הגנת המשפט, כגון מניעת כפייתם של יחסי-מין (אפילו אם הכופה הוא בן-זוגו של הקורבן), מניעת יחסי-מין עם קטינה אפילו בהסכמתה המלאה, קביעת אבהות או מניעת הידבקות במחלות. בסוגיא שלפנינו זכותו של האחד לפרטיות מתנגשת עם זכותו של האחר לפרטיות. כשם שזכותו של האחד לקיים יחסי-מין כרצונו, כך זכותו של האחר הוא שלא לקיימם אלא בתנאים מסוימים, דהיינו: נקיטת אמצעי-מניעה מתאימים על-ידי שותפו. ניתן אפילו לומר, כי עצם קיום יחסי-המין בין המעורבים הוא ויתור הדדי על פרטיותם ביחסים שביניהם, ומכל-מקום יש הצדקה

77 בפסק-דין *Alice D. v. William M.* בית-המשפט דן בהשפעת העובדה, שיחסי-המין של הצדדים היו בגדר עבירה על החוק האוסר גיאוף, בהתחשב בכך שהגבר היה נשוי. בית-המשפט גרס, כי יהיה זה בלתי-צודק לדחות את תביעתה של התובעת מחמת "העדר גקיון כפיים", בין היתר בשים לב לעובדה שעבירה זו איננה נאכפת למעשה.
78 ע"א 360/64 אבוטכול נ' קליגר, פ"ד יט (1) 429, 446; וראה עוד פ' שיפמן, דיני המשפחה בישראל 107.

79 גישה זו באה לידי ביטוי ברור בפסק הדין *Stephen K. v. Roni L.* (1980), 105 Cal. App. 3d, 640, 164 Cal. Rptr. 618. בפסק-דין זה נדחתה תביעת הגבר לפיצוי על הנוק הכספי שנגרם לו (עקב חיובו לתמוך בילד) ועל הנוק הרגשי שנגרם לו, תוך הקביעה הבאה: "...as a matter of public policy the practice of birth control, if any, engaged in by two partners in a consensual sexual relationship is best left to the individuals involved, free from any governmental interference...".

הנמקה דומה אנו מוצאים גם בפסק-דין נוספים, כגון *Pamela P. v. Frank S.* (1983), 59 N.Y. 2d, 1 462 N.Y.S. 2d 819, 449 N.E. 2d 713, שבו נדחתה טענת הגבר שאין להכיר באבהותו על ילד שנולד לו עקב תרמית כלפיו מצד האשה. בית-המשפט גרס, בהסתמך על התקדים הקודם, שעצם בדיקת הטענה כמותה כחדירה לתחום הפרטיות שאין להרשותה.

80 קשיי ההוכחה מצדיקים, כמובן, דחיית תביעה שיוסודותיה העובדתיים לא הוכחו, כפי שאירע, למשל, בפרשת *Inez M. v. Naham G.* (1982), 451 N.Y.S. 2d 350, שם לא הצליח הגבר

להתערבות המדינה המעוגנת בזכותו של אדם שלא יוליכוהו שולל ואולי אף שלא יתרשלו כלפיו.

ואכן, בפסיקה מאוחרת יותר, שבה נדונה תביעת אשה בגין מצג כוזב, נדחתה במפורש ההנמקה הבנויה על הזכות לפרטיות⁸¹, ואף בפסיקה נוספת שדנה במצג-שווא לגבי מחלות מידבקות נקבע כי הגמקה זו אינה תופשת עוד ויש לדחותה⁸².

3. הגנה על טובת הילד

כתוצאה מדחיית השיקולים הקודמים, הרי בשלב מאוחר יותר היו בתי-המשפט בארצות-הברית מוכנים לפצות אשה בגין תרמית ותקיפה על נזקיה בגין הפלה⁸³, ואף בגין רשלנות⁸⁴, אך לא היו מוכנים לפצות גבר כשגולד ילד. ההבדל שהודגש מעתה היה, שיש להבחין בין תביעה שאדם תובע על פגיעה בגופו לבין תביעה שהוא תובע על הפגיעה הנגרמת לו עקב הולדת ילד בלתי-רצוי. לפי אותה פסיקה, הבדל זה הוא המצדיק את ההבחנה בין תביעתה של אשה לתביעתו של גבר. אכן, לא נדון בפסיקה מקרה שבו אשה ביקשה להתנער מאחריותה על ילד בטענה שהולדתו גבעה ממצג-שווא מצד הגבר. השיקול המעשי הפשוט שבגללו לא הוצרכו בתי-המשפט לעסוק בשאלה זו הוא, שאשה שהסתבכה בהריון בלתי-רצוי יכולה להפסיקו ללא היוקקות להסכמת הגבר. אך מן הראוי לברר את הטענה, שתביעה שיפוי מצד הגבר על נזקיו בגין הוצאות על הילד תפגע בילד אמוציונלית, ויותר מכך – כלכלית⁸⁵. לפי אותה טענה, הפגיעה האמוציונלית באה לידי ביטוי בכך, שבהגשת התביעה האב מבליט את הסתייגותו מהולדת הילד ומבקש להתנער ממנו. הפגיעה הכלכלית מתבטאת במחסור שהילד יסבול ממנו כתוצאה מהטלת הוצאות גידולו על האם בלבד.

השיקול האמוציונלי אינו נראה מוצדק אם הילד איננו מעורב בהליך ולא ניתן להליך זה פומבי. בתי-המשפט לא התחשבו בשיקול זה כשהיה מדובר בתביעת הורים נגד צד ג (למשל: נגד רופא בגין ביצוע עיקור רשלני)⁸⁶, ונראה שהדברים הם בבחינת

להוכיח את טענת התרמית שלו. עם זאת, יש שהשאלה העובדתית זוכה להבהרה ברורה, כפי שאירע בפרשת: *Pamela P. v. Frank S.* (ראה ההערה הקודמת), שבה סיפרה האשה לאדם אחר על שזרתה לאבי הילד תוך שימוש במצג כוזב כלפיו, או שהאם עצמה מודה בכך שהצהירה שאיננה מסוגלת להיכנס להריון (כך, למשל, בפרשת *Linda D. v. Fritz C.* (1984), 38 Wash. App. 288, 687 P. 2d 223, 225).

81 *Barbara A. v. John G.* (לעיל, הערה 65). בפסק-דין זה קבע בית-המשפט, כי Although the constitutional right to privacy normally shields sexual relations from judicial scrutiny, it does not do so where the right to privacy is used as a shield from liability at the expense of the other party (193 Cal. Rptr. 422, 433).

82 *Kathleen K. v. Robert B.* (1984), 150 Cal. App. 3d 922, 198 Cal. Rptr. 273; ראה גם הערה ב-40 A.L.R. 4th 1089.

83 *Barbara A. v. John G.* (לעיל, הערה 65).

84 *Alice D. v. William M.* (לעיל, הערה 67).

85 *Barbara A. v. John G.*, 193 Cal. Rptr. 422, 429.

86 אמנם יש הילוקי-ידעות בפסיקה האמריקנית לגבי זכותם של ההורים לילד בריא, אך לא רצוי (wrongful pregnancy). לדרוש את מלוא ההוצאות בגין גידול הילד. יש גישה

קל-וחומר: אם טענת ה"ממוזר" האמוציונלי איננה תופשת בתביעה של שני ההורים שכביכול שניהם מגלים שהילד אינו רצוי להם, הרי היא יותר נסבלת ופחות פוגעת כשרק אחד הצדדים (למשל: האב) מבליט הסתייגותו מלידת הילד. בעוד שכלפי הילד אנו דוחים כבלתי-רלבנטית את טענתו של האב שהאם הוליקה אותו שולל לגבי אפשרות ההתעברות. במערכת-היחסים שבין ההורים יש דווקא להתחשב ברצון האב לבטא, בדרך משפטית, את הפגיעה הרגשית בו כתוצאה מכך שהפך להיות הורה בעל-כורחו.

השיקול המרכזי הוא, בכל-זאת, השיקול הכספי, דהיינו: שהילד יפגע כלכלית אם תישלל ממנו, במישרין או בעקיפין, זכותו לתמיכה מצד האב. לגבי שיקול זה יש לציין, כי הפסיקה הישראלית התמודדה אתו בסוגיא מקבילה (סעיפי שיפוי בהסכמי-גירושין) ויש מקום למחשבה שהיא תלך, גם בסוגיא שלפנינו, לפי קווי-היסוד שכבר הניחה, לאמור: יש להבחין בין מערכת-היחסים שבין ההורים לבין עצמם לבין מערכת-היחסים שבינם לבין הילד. מבחינת מערכת-היחסים שבין ההורים לבין הילד אבהותו של האב וחובתו כלפי הילד אינם נשללים כתוצאה ממצג-שווא של האם כלפי האב. אפילו רימתה האם את האב, אין בכך כדי לגרוע מזכויות הילד לתמיכה מלאה ולאמצעי-קיום מספיקים. מבחינת מערכת-היחסים שבין ההורים, לכל צד מלוא הזכויות כלפי הצד האחר הן מבחינה חוזית (על-יסוד הסכם-גירושין, למשל) הן מבחינה נזיקית (על-יסוד מצג-שווא, כמו בסוגיא שלפנינו).

עם זאת, אכיפת זכותו של הורה אחד כלפי ההורה האחר עלולה לפגוע בעקיפין בטובת הילד. כך, למשל, אם תחויב האם להחזיר לאב את מה שנפסק לחובתו כמוזנות הילד, עלול הדבר להותיר, בסופו של חשבון, את הילד ללא מזונות. לכן נפסק אצלנו לגבי סעיפי שיפוי בהסכמי-גירושין כי אם הילד יימצא נפגע בעקיפין מהטלת חובת שיפוי על האב, לא תמומש חובה זו כלפי האם אלא "עד שתעשיר" או עד שהילד יגיע לבגרות ולא יהיה תלוי כלכלית בתוריו. אך במה דברים אמורים? כאשר אין לאם יכולת כלכלית משל עצמה לפרנס את הילד, הטלתה של חובת השיפוי עליה תהיה, בסופו של דבר, על-חשבונו של הילד. במקרה זה יינתן אמנם תוקף לאחריותו של צד ג (ערב) שהתחייב כלפי האב לשפוטו, אך בגלל החשש לפגיעה בילד לא יינתן

האומרת כי מהוצאות ההורים יש לנכות את הגאותיהם מן הילד, כשם שיש הסוברים שהולדת ילד בריא איננו בגדר נזק כלל ועיקר. עם זאת, יש פסקי-דין המפצים את ההורים פיצוי מלא, תוך הכרה בכך שהולדת ילד לא מתוכנן עלולה לגרום להורים בעיות כלכליות ורגשיות קשות. כך, למשל, *University of Arizona v. Superior Court*, 136 Ariz. 579, 667 P. 2d 1294 (וראה לעיל, הערה 58). כאנלוגיה נוספת לתביעת ההורים אפשר להביא את תגישה בפסיקה האמריקנית המתירה להורים לתבוע רשות-אימוץ על הנוקים שנגרמו להורים כתוצאה מאימוץ בעוולה (Wrongful Adoption), שבו רשות-האימוץ הסתירה מן ההורים את מצבו הגופני או הגפשי של הילד. תביעת פיצוי זו מוכרת על-ידי הפסיקה (אף שיש חולקים עליה), בהתחשב בכך שההורים אינם יכולים לבטל את צו-האימוץ עצמו לאחר שכבר נעשה סופי; ועל-כך-פנים — כאשר טובת הילד אינה מצדיקה את ביטולו. ראה הערה ב-56 A.L.R. 4th 375.

פסק-הדין הישראלי וייצוב (לעיל, הערה 54) מרמו על אי-קבלת טענת ה"ממוזר" האמוציונלי (פסק-דינו של השופט ברק, שם, בעמ' 111), אמנם בהקשר של תביעת שני ההורים כנגד רופא.

לערב להגיש תביעה נגד האם להחזרת מה ששילם לאב. לעומת זאת, אם האם מסוגלת לזון את הילד בכוחות עצמה, אין כל הצדקה להשהיית של תביעת השיפוי של האב נגד האם.

תלכות אלו נקבעו בפסקי-הדין המנחה של בית-המשפט העליון, בעניין קוש⁸⁷. שם נאמר על-ידי בית-המשפט⁸⁸, על-יסוד הפסיקה הקודמת:

בית המשפט בוחן את יכולתה של האשה... והיה הוא מגיע למסקנה, כי על פי כלל הרכוש העומד לרשותה, היא יכולה לעמוד בחובת השיפוי בלא לפגוע במוזנות הילדים הקטינים, יופעל סעיף השיפוי; אך אם בית המשפט סבור, כי הפעלת סעיף השיפוי תפגע במוזנות הקטינים, לא יופעל סעיף השיפוי, וחובת האשה לשפות את בעלה תידחה "עד שתעשיר" או עד שהילדים יגדלו ושוב לא תהא חובה לזוגם. כאשר האשה יכולה לעמוד בחובת השיפוי באופן חלקי בלבד, מקיים בית המשפט את חובת השיפוי באופן חלקי, ואילו לגבי החלק הגותר נדחה השיפוי "עד שתעשיר" האשה.

יש לחתור אפוא לתוצאה המבודדת את האינטרסים הכלכליים של הילד מן האינטרסים של ההורים גם בסוגיא זו של מצג-שווא לגבי שימוש באמצעי-מניעה או אפשרותה של התעברות.

יוטעם, כי אין הצדקה לשלול הכרה בנוק נפשי (או אחר) של הגבר מהפגיעה הנגרמת לו, אפילו אם מניחים שלגבי החזרת הוצאות הגידול יפגע הדבר בעקיפין בזכות הילד למוזנות. עם זאת, תביעה בגין תרמית דורשת אצלנו נזק ממזון, ולא ניתן לתבוע בגין נזקים נפשיים אם לא נגרם גם נזק ממזון⁸⁹. מכאן החשיבות המיוחדת של ההכרה בהוצאות הכספיות, ולו גם באופן חלקי. דומה, שגם אם מקבלים את ההנחה שיש "להקפיא" את מימוש התביעה של הגבר להחזרת הוצאותיו עבור הילד, כדי למנוע פגיעה עקיפה בילד, עצם ההכרה העקרונית בקיומו של הנזק הכספי שנגרם לגבר צריכה להספיק לשם פיצוי הגבר על הנזק הנפשי. ההכרה בנוק הנפשי חשובה מוסרית, אף אם ייפסקו בגינה סכומים צנועים בלבד. לעומת זאת, אם נמנעת האשה מלתבוע את האיש לזון את הילד, ספק אם תצליח תביעתו בנויקין העומדת אך ורק על הנזק הרגשי הנגרם לו בעטייה של העובדה שנולד לו ילד שלא ברצונו⁹⁰.

ז. סיכום

נסיונו של אדם להתכחש להורותו על ילד, בטענה שהולדתו נובעת מתרמית, נדון לכישלון. מעמדו של הילד כלפי הוריו איננו צריך להיות מושפע מן הדרך שבה הובא לעולם. עם זאת, במערכת-היחסים שבין ההורים עצמם ראוי להעניק סעד לאדם שנפגע

87 ד"ב 4/82 קוש נ' קוש ואח', פ"ד לח (3) 197.

88 בעמ' 208.

89 ע"א 609/68 נתן נ' עבראללה, פ"ד כד (1) 455, 464-465.

90 הצלחתה של תביעה שכזאת תהיה תלויה בשיקולים שכבר פורטו לגבי העילות האחרות, מלבד תרמית.

בגין מצג כוזב. אולם הגמקות בתי־המשפט מגלות יחס שונה לתביעות נשים, בהשוואה לתביעות גברים, בגין מצג־שווא. אכן, הסיכונים הנגרמים כתוצאה מהריון לא־רצוי שונים מגבר לאשה. אשה נפגעת גופנית מהריון בלתי־רצוי, בעוד שגבר אינו נפגע פגיעה גופנית כזאת. פגיעתו היא לא מן ההריון הבלתי־רצוי, אלא מן הלידה הבלתי־רצויה. העובדה שבידי האשה להפסיק את הריונה, בעוד שאפשרות כזאת איננה נתונה בידי הגבר, חושפת דווקא את הגבר לפגיעה רגשית וכלכלית כתוצאה מהולדתו של ילד בלתי־רצוי. לגבי עצם הפגיעה הרגשית אין מקום להבדיל, עקרונית, בין שני המינים⁹¹; ואף ניתן לומר, שהפגיעה הרגשית הנגרמת לאדם שהפך להיות הורה בעל־כורחו חמורה יותר מזו הנגרמת כתוצאה מהריון שהסתיים בסופו של דבר בהפלה. אך בדיקה זהירה בהנמקות בתי־המשפט מגלה בכל־זאת את הסטנדרט הכפול. כך, למשל, בתביעות נגד גברים לא השתמשו בתי־המשפט בארצות־הברית בשיקולים לדחיית התביעה שהושמעו בתביעות נגד נשים, דהיינו: שגלולות אף הן אינן בטוחות לחלוטין⁹² או שמחובת הגבר היה לגקוט אמצעי־זהירות מצדו⁹³. לגבי הנימוק הראשון יש לציין, כי הסכמה לסיכון לא־שכיח איננה הסכמה לסיכון שכיח ולגבי הנימוק השני לכל היותר הוא בגדר אשם תורם, אך אין בו כדי לשלול את אחריות האשה. מבחינה עקרונית דומה, שאין זה מוצדק לתבוע מאדם להשתמש בעצמו באמצעי־מניעה ולשלול ממנו כל סעד אם לא נהג כך, גם כאשר היה לו יסוד סביר להאמין להצהרתו של חברו שאין סיכון ממשי להריון בלתי־רצוי. בעוד שפיתוח גלולות למניעת הריון שחרר נשים מחרדה להריון לא־רצוי, טרם פותחה גלולה לגבר שיש בה כדי לשחררו מחרדה דומה. כל עוד אמצעי־מניעה לנשים נוחים יותר ובטוחים יותר מאלו שגברים יכולים להשתמש

91 בפרשת *Barbara A. v. John G.* בית־המשפט היה מוכן להכיר בפיצוי על הנוק הגופני, הנפשי והכספי שנגרם לאשה כתוצאה מן ההריון הלא־רצוי 422, 426 Cal. Rptr. 193. לעומת זאת, בדונו, בשלב מאוחר יותר (שם, עמ' 430, הערה 10), בטענה של אפליה בהקשר זה בין גבר לאשה, אמר בית־המשפט שאילו גבר היה ניוזק גופנית כתוצאה ממצג־שווא של שותפתו ליחסים, היה ניתן אף לו פיצוי, וכי למעשה ההבדל הביולוגי בין המינים מצדיק את ההבחנה ביניהם. משום־מה בית־המשפט מגביל הפעם את הנוק הראוי לפיצוי, לגבי גבר, לנוק גופני (אמנם ניתן לומר כי אין לפצות על נזק רגשי, אם לא מצטרף אליו, כגורם עיקרי, נזק גופני או כספי, וזה הוא מקור ההבחנה בין שני המקרים). מקרה דומה, שבו נשלל מן הגבר, להבדיל מן האשה, פיצוי על נזק רגשי הוא בתביעה על הפרת הבטחת נישואין, ראה שיפמן, דיני המשפחה בישראל, (ירושלים 1984) 127.

92 כך בפרשת *Stephen K. v. Roni L.* 164 Cal. Rptr. 618, 621. בפסקי־הדין האחרים שעניינם היה תביעות נשים נגד גברים בגין מצג־שווא שהגבר עקר, לא הועלה השיקול שאף אם הגבר היה חושב את עצמו כמי שאיננו יכול להפרות, לעולם אין ביטחון מוחלט בכך.

93 כך, בפסקי־הדין הנ"ל בית־המשפט אומר:
As to Stephen's claim that he was tricked into fathering a child he did not want, no reason appears why he himself could not have taken any precautionary measures (164 Cal. Rptr. 618, 621).

לעומת זאת, בפרשת *Alice D. v. William M.* לא זקף בית־המשפט לחובתה של התובעת את הימנעותה מלנקוט מצדה אמצעי־מניעה, בקובעו כי הוא מאמין לה שהיא היתה משתמשת בדיאפראגמה לו הגבר לא היה מצהיר על עקרותו: 450 N.Y.S. 2d 350, 354. אף בפרשת *Barbara A. v. John G.* לא נזקפה לחובת התובעת הימנעותה מלנקוט אמצעי־מניעה מצדה.

בהם⁹⁴, אין דופי בהתסמכות גבר על מצג של האשה. מכל־מקום, יש לדחות את הא־סימטריה בין גברים לגשים, במידה שאין היא בנויה על שיקולים ענייניים, דהיינו: החשש לפגיעה בטובת הילד שאותו יש לבחון בזהירות לפי גסיבותיו המיוחדות של המקרה ותוך התחשבות ביכולתה הכלכלית של האשה.

94 עם זאת, היקף השימוש בקונדום מתרחב, כידוע, כתוצאה מהתפשטות מחלת האיידס.