

חזרת תורם זרע מתרומתו: מתווה לניתוח משפטי חלופי בעקבות בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות

מאת

ניר לוין, הילה שפירא ועמית פלדמן*

א. מבוא. ב. עובדות המקרה ודעות השופטים. ג. קשיים מתודולוגיים ומהותיים בפסק הדין. ד. מערכות היחסים בין הצדדים. ה. ביקורת שיפוטית על שיקול דעת הרשות המנהלית; 1. סבירות ההחלטה; 2. מידתיות ההחלטה. ו. פעולת המדינה: רשלנות רגולטורית? ז. סיכום.

א. מבוא

"עסקינן בסוגיה מן הסוג שלא שיערוה אבותינו, שלא הייתה אפשרית לפני עשורים אחדים, ושההתפתחות ברפואה ובטכנולוגיה יצרה" – אלה היו דבריו של השופט רובינשטיין בפסק הדין בעניין **פלונית נ' משרד הבריאות**.¹ מילים אלה בחר השופט רובינשטיין לומר בראשית פסק דינו, שבו תעסוק הארה זו, ולא בכדי. פסק דין מורכב זה, שעסק בהתנגשות רצונו של תורם זרע, אשר חזר בו מהחלטתו לתרום, ברצונה של אישה המעוניינת לממש את זכותה להשתמש באותו הזרע, ממחיש את הדילמות הביו-אתיות הנלוות לשימוש בטכנולוגיה מתקדמת, אשר כיום מאפשרת להוליד ילדים בדרכים חדשות. בעבר לא נדרש המשפט להתמודד עם דילמות אלה.

הארה זו תבחן מקרוב את המהלך המשפטי שבוצע בפסק הדין וכן תציג מתווה לניתוח משפטי אפשרי ראוי יותר. יוצע גם מודל להתמודדות עם נזקי הנתרמת ובו קווים כלליים להסדר משפטי לפיצוי בגינם. **בפרק הבא** נציג את פסק הדין ואת ההנמקות השופטים בהחלטותיהם. **בפרק ג** נציג את הקשיים המתודולוגיים והמהותיים הנובעים מנימוקי השופטים. **בפרק ד** נדון בהגדרות ראויות למערכות היחסים שבין הצדדים למקרה זה ובנימוקי השופטים לאורך. **בפרק ה** נבחן אם החלטת המדינה/הרשות עומדת במבחני הסבירות והמידתיות של המשפט המנהלי, ולבסוף, **בפרק ו**, נבחן אם פעולת המדינה כרגולטור מקימות עילת תביעה נזיקית לפי מודל של רשלנות רגולטורית, תוך בחינת מערכת היחסים שבין הנתרמת לגופי המדינה.

ב. עובדות המקרה ודעות השופטים

העתירה הוגשה על ידי אישה אשר הביאה לעולם ילדה מתרומת זרע. לאחר זמן מה ביקשה להרות שוב מאותה תרומה, כדי שתהיה התאמה גנטית בין האחים, ולכן ביקשה מבנק הזרע שישמור בעבורה חמש מנות נוספות על פי תנאי ההסכם שעליו חתמה עם בנק הזרע. עוד בטרם הספיקה האישה להשתמש במנות הנוספות, ביקש התורם להשמיד את מנות הזרע אשר נותרו בבנק הזרע הואיל ובעקבות חזרתו בתשובה השתנתה תפיסתו המוסרית ואין הוא מעוניין כי ייעשה שימוש נוסף בזרעו על ידי נתרמות אנונימיות. העותרת ביקשה להשתמש בזרע שרכשה, אך בנק הזרע סירב לבקשתה.

* בוגרי תואר ראשון במשפטים, אוניברסיטת חיפה. חברי מערכת "הארץ דין" בשנת תשע"ג.
1 בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות (פורסם בנבו, 5.2.2013) (להלן – עניין תורם הזרע).

ניר לוי, הילה שפירא ועמית פלדמן, "חזרת תורם זרע מתרומתו: מתווה לניתוח משפטי חלופי בעקבות בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות", **הארץ** דין ח 77 (תשע"ג)

הדיון בפסק הדין משקף את לבטיהם של השופטים, הן ברמה המוסרית הן ברמה המשפטית, בין השאר עקב מיקומה הבעייתי של הסוגיה – בין המשפט הציבורי לפרטי – ועקב שתיקתו של המחוקק. למעשה, יש בפסק הדין שלוש דעות השונות זו מזו הן מבחינת תוכן הן מבחינת הדרך שבה בחר כל שופט להתמודד עם הסוגיה. אמנם ההכרעה בעניין הייתה על פי חוות דעתו של השופט רובינשטיין, אולם כל שופט בחר להגיע להחלטתו לאחר שניסה לאתר את התחום המשפטי אשר בו לדעתו מצויה התשובה.

בשל מורכבותה של הסוגיה ודרכי ההנמקה המשתנות משופט לשופט, נסקור כעת בקצרה כל חוות דעת בנפרד תוך ביקורת מתודולוגית באשר לאפיון הסוגיה. ראוי לציין שהסוגיה כשלעצמה מעלה שאלות נוספות במגוון תחומי המשפט, ובהן דיני קניין, דיני חוזים, ביו-אתיקה ומשפט עברי. מאת קוצר היריעה, אנו נעסוק בבחינה משפטית-פוזיטיבית של אופן הכרעת השופטים והנמקתם ונתמקד בהצעת מתווה מתאים יותר, לדעתנו, המבוסס על המשפט הציבורי. כמו כן נדון בהיבט הנזיקי של החלטת הרשות, שנעדר מהחלטות השופטים.

1. חוות דעתו של השופט רובינשטיין

השופט רובינשטיין ביסס את עיקר הנמקתו על הטיעון הציבורי-חוקתי². תחילה הוא הבחין בין הזכות להורות לבין האינטרס לממש הורות מזרע מסוים, וקבע כי הראשונה היא זכות חוקתית מוכרת, ואילו האינטרס אינו בעל אותו מעמד משפטי והוא נמצא ב"פריפריה של הזכות להורות"³. מאחר שבמקרה דנן אין מדובר בשלילת הזכות להורות (שכן האישה יכולה ללדת ילד בעל מטען גנטי אחר), נשאלת השאלה אם אינטרס זה ראוי להגנה משפטית (מעל לאינטרס הציפיות האזרחי)⁴. בהמשך החלטתו ניתח השופט רובינשטיין את מעמדו של התורם וקבע בעניינו כי אם האישה תשתמש בזרעו, תיפגע האוטונומיה שלו, שכן לא יוכל לעצב את חייו כראות עיניו אף אם אינו נושא בחובות כלשהן כלפי הילד.⁵

השופט רובינשטיין הכריע, בסופו של דבר, לטובת התורם. הוא קבע כי האינטרס שלו שלא להיות הורה, קרוב יותר לליבת הזכות וגובר על האינטרס של הנתרמת, אף שאינטרסים של שני הצדדים נפגעים (וחלקם חופפים), למשל היבט האוטונומיה). ראוי לציין בהקשר זה את ההבחנה שנקט השופט רובינשטיין בין הסעדים שביקשו שני הצדדים: סעד הדורש פעולה אקטיבית מצד אחד – שימוש בזרע מצדו של התורם – אל מול סעד הדורש פעולה פסיבית, מצד אחר, ובו מתבקשת מניעת שימוש בזרע התורם.⁶ במישור האזרחי קבע השופט רובינשטיין, כי אין מדובר בדיני חוזים רגילים, והם רק חלק מן התמונה לנוכח מורכבות המקרה. מלבד זאת הוא ציין כי החוזה לא הוגבל בזמן, ולפיכך הצדדים רשאים לסיימו עקב שינוי נסיבות בכפוף לחובת תום הלב, שכן אין הוא מקנה זכות בעלות קניינית. עם זאת, אין עוררין כי הנתרמת הסתמכה בתום לב על הבטחת בנק הזרע כי תוכל להשתמש בתרומות הזרע, ולכן יש להבין ללבה ואף להצטער על עוגמת הנפש שנגמרה לה, אך אין בכך כדי להעניק לה סעד כלשהו.⁷ את דבריו חתם השופט רובינשטיין בקריאה למחוקק להסדיר את הנושא, מחשש ליציבות בנקי הזרע, שהיא לדידו אינטרס ציבורי ראשון במעלה.

2. חוות דעתה של השופטת ברק-ארז

השופטת דפנה ברק-ארז הסכימה עם הכרעתו של השופט רובינשטיין בפסק הדין, אך הדגישה בדיונה את הסוגיות הקנייניות והחוזיות העולות מן המקרה.⁸ השופטת ברק-ארז בחנה אף היא את הזכויות החוקתיות העומדות על הפרק

2 שם, בפסי' כה לפסק דינו של השופט רובינשטיין.
3 שם, בפסי' כט לפסק דינו של השופט רובינשטיין.
4 שם, בפסי' לב-לו לפסק דינו של השופט רובינשטיין.
5 שם, בפסי' לח לפסק דינו של השופט רובינשטיין.
6 שם, בפסי' נג לפסק דינו של השופט רובינשטיין.
7 שם, בפסי' סב לפסק דינו של השופט רובינשטיין.
8 שם, בפסי' 5 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

ניר לויך, הילה שפירא ועמית פלדמן, "חזרת תורם זרע מתרומתו: מתווה לניתוח משפטי חלופי בעקבות בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות", **הארץ** דין ח 77 (תשע"ג)

והגדירה את זכות העותרת כזכות להורות וכזכות האוטונומיה של הרצון. עם זאת, לדידה, בנסיבות המקרה מדובר בפריפריה של הזכות, שכן העותרת מבקשת להגן על מימוש הזכות בדרך מסוימת, שהיא שימוש בזרע של התורם המדובר. מנגד ציינה ברק-ארז את זכותו השלילית של התורם שלא להיות הורה (הורה ביולוגי אנונימי).⁹ ברק-ארז ראתה מפגש זכויות זה כמפגש אופקי שהוא בעצם פנים שונים של אותה הזכות עצמה – הזכות לכבוד האדם.¹⁰

ברק-ארז התמקדה בחוות דעתה בממשק שבין המשפט הפרטי לשדה זכויות האדם. הנקודה הראשונה שבחנה הייתה דיני הקניין וגבולות הקומודיפיקציה, ומכאן שאלה אם זרע סחיר כמו רכוש. לדידה, התשובה היא שלילית, ואילו התשלום בגין ההעברה הוא בחזקת "פיצוי בגין טרחה ואי נוחות"¹¹. ברק-ארז הוסיפה וטענה כי הסחירות המוגבלת של תאי זרע יכולה להתבטא גם בזכות החרטה של התורם שזרעו יעבור תהליך הפריה, במקרים שבהם הצד האחר לא שינה את מצבו לרעה.¹²

תחום נוסף שבו דנה השופטת ברק-ארז הוא דיני החוזים, והסוגיות המרכזיות שהעלתה השופטת הן פרשנות חוזה וויתור על זכות. תחילה הדגישה השופטת שבשום הסכם בין העותרת לבנק הזרע לא הוזכרה במפורש זכות החרטה של התורם.¹³ בהמשך טענה השופטת שפרשנות נכונה של החוזה בהקשר זה היא שהסדר השולל את זכות החרטה של התורם חייב להיות מפורש וברור.¹⁴ דרך נוספת שבה בחנה השופטת ברק-ארז את הסוגיה היא סיווג החוזה שעליו חתם תורם הזרע – כחוזה בתמורה או כמתנה. סעיף 5 לחוק המתנה מכיר בזכות חזרה מהתחייבות לתת מתנה במקרים מסוימים המביאים לשינוי במצב האישי. בדרך ההיקש, טענה השופטת, חלק מאותם מצבים עשויים להיות רלוונטיים במקרים של תרומת זרע.¹⁵ לבסוף טענה השופטת כי ראוי שיהיה בידי בית חולים ממשלתי, שיש לראותו כמעין רשות מנהלית, הכוח המשפטי להשתמש בהלכת ההשתחררות של המשפט הציבורי, המאפשרת להשתחרר מחוזה לשם הגנה על אינטרס ציבורי חשוב (לרבות הגנה על זכויות הפרט, כגון זכויותיהם של תורמי זרע).¹⁶

3. חוות דעתו של השופט עמית

השופט עמית הסכים לתוצאה הסופית שאליה הגיעו חבריו אך בחר להעיר הערות מספר: תחילה הוא ציין כי לו הדיון היה מתקיים במרחב הדין האזרחי, אזי העותרת הייתה זוכה בעתירה.¹⁷ השופט עמית הסביר כי לדעתו – ושלא כסברתו של השופט רובינשטיין כי מדובר בחזרה מהסכם בלתי מוגבל בזמן – מדובר בחוזה מכר, ולכן האפשרות לחזור מההסכם פוקעת עם העברת הזרע לבנק הזרע.¹⁸ כן הראה השופט עמית כי גם בדיני הקניין ידה של העותרת הייתה אמורה להיות על העליונה: אמנם שיטת המשפט הישראלית ואחרות אוסרות סחר באיברים, אך עם זאת במקרה הספציפי של זרע, מדובר באיבר מתחדש שביכולתו ליצור חיים חדשים, וייתכן שגם עושים בו סחר (מעבירים זרע ממדינה למדינה).¹⁹

-
- 9 שם, בפס' 7 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.
 - 10 שם, בפס' 8 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.
 - 11 שם, בפס' 14 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.
 - 12 שם, בפס' 15 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.
 - 13 שם, בפס' 21 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.
 - 14 שם, שם.
 - 15 שם, בפס' 24 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.
 - 16 שם, בפס' 26 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.
 - 17 שם, בפס' 2 לפסק דינו של השופט עמית.
 - 18 שם, בפס' 4 לפסק דינו של השופט עמית.
 - 19 שם, בפס' 9 לפסק דינו של השופט עמית.

ניר לוי, הילה שפירא ועמית פלדמן, "חזרת תורם זרע מתרומתו: מתווה לניתוח משפטי חלופי בעקבות בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות", **הארץ** דין ח 77 (תשע"ג)

השופט עמית בדק אם ניתן להקיש מחוק תרומת ביציות, התשי"ע–2010 לעניין סיווגו של הזרע, מכיוון שחוק זה עוסק בנושא דומה של תרומה, ולעומת תרומת זרע יש בו סעיף הנוגע לחרטה.²⁰ עם זאת, הוא הגיע לכלל מסקנה שאי-אפשר להקיש מחוק זה: ראשית, עניין תרומת הזרע אינו מוסדר בחקיקה ראשית. שנית, גם בתקנות הקיימות, וגם בהצעות החוק הקיימות בעניין, כל שנדרש מתורם זרע הוא למסור את הסכמתו על גבי הטופס המתאים.²¹ לא כך הדבר כאשר מדובר בתרומת ביציות, ותורמות ביציות נדרשות לעבור תהליך ארוך ומורכב בעניין.²²

לשיטתו של השופט עמית הפתרון אינו מצוי במשפט האזרחי או בהיקש מהסדרים אחרים, משום ייחודיות המקרה. לפיכך על בית המשפט לפנות לזכויות האדם ולאיינטרסים המתנגשים. לשיטתו, במפגש שבין האוטונומיה (שלא להיות הורה) לבין הזכות להורות, יש לסווג את הפגיעה בעותרת כפגיעה בזכות החיובית להורות, ומולה ניצבת הפגיעה בזכות השלילית להורות כחלק מהאוטונומיה של התורם.²³ לדידו, תוצאת האיזון תלויה במרחק הזכות מגרעין הזכות. כך, ככל שהזכות רחוקה יותר מהגרעין, עוצמתה נחלשת, ולהפך. השופט עמית הדגים זאת על מצבים תיאורטיים שבהם התורם היה מסרב לתרום ללא כל סיבה מיוחדת, או מפאת חוסר רצון לתת את הזרע לאישה מעדה מסוימת או מדת מסוימת וכדומה. במקרים כאלה נראה כי זכותו של התורם מתרחקת מליבת הזכות ונחלשת. לכן השופט עמית ציין שיש מקום לבחון את הטעמים והמניעים שהביאו את התורם לחזור בו מהסכמתו ובהתאם להם למקם את עמדתו על הסקלה שמודדת את עוצמת הזכות ואת המרחק שלה מליבת הזכות.²⁴

ג. קשיים מתודולוגיים ומהותיים בפסק הדין

מניתוח עובדות המקרה עולה כי שני הצדדים התקשרו עם בנק הזרע, אך לא זה עם זה. לא הייתה התקשרות ישירה בין הצדדים, והגורם המתווך היה בנק הזרע, אשר במקרה של התורם רכש את מנות הזרע, ובמקרה של הנתרמת התיר לה שימוש עתידי לצורך שתי הפריות מאותו תורם.

הקשיים המרכזיים בהנמקות השופטים נוגעים הן להיבט המתודולוגי של פסק הדין הן להיבט המהותי.

בהיבט המתודולוגי, לדעתנו פנו השופטים לבחינת הזכויות החוקתיות של הצדדים בלי להידרש תחילה לאפיון מערכת היחסים שבמרכז העתירה עצמה:²⁵ עתירה של אזרחית נגד רשות מנהלית שהחליטה שלא להעניק לה את הזכות החוזית, שעליה הוסכם בחוזה כשר. לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ הסמכות לבקר ביקורת שיפוטית את הרשות – בין אם ננקוט גישה המייעדת לבית המשפט תפקיד מוגבל, הנוגע אך ורק ליישוב סכסוכים כמו במשפט האזרחי, ובין אם ננקוט גישה המייעדת לו תפקיד מקיף וגורסת כי על בג"ץ להגן גם על שלטון החוק בביקורתו השיפוטית על רשות מנהלית.²⁶

20 ראו ס' 44(א) לחוק תרומת ביציות, התשי"ע–2010: חזרה מהסכמה ושינוי ייעוד – (א) תורמת או מטופלת רשאית לחזור בה מהסכמה שנתנה לפי סעיפים 15, 16 או 27, לפי העניין, בכל עת לפני ביצוע הפעולה שלה הסכימה ליעד את הביציות שנשאבו מגופה, ולעניין הסכמה ליעד ביציות להשתלה – בכל עת לפני הפריית הביציות, והיא לא תישא באחריות אזרחית או פלילית בשל חזרתה מהסכמה כאמור.

21 עניין **תורם הזרע**, לעיל ה"ש 1, בפס' 13 לפסק דינו של השופט עמית.

22 שם, בפס' 14–16 לפסק דינו של השופט עמית.

23 שם, בפס' 23 לפסק דינו של השופט עמית.

24 שם, בפס' 24 לפסק דינו של השופט עמית.

25 בחירה זו של השופטים לבסס את נימוקם כמעט אך ורק על המשפט החוקתי מעט תמוהה כאשר בוחנים את דבריה של פרופסור ברק-ארוז בספרה **משפט מנהלי** המובאים על ידי גיא זיידמן במאמר שכתב על ספר זה: שם טוענת ברק-ארוז, כי אמנם המשפט החוקתי הוא המתאים יותר לעיסוק בזכויות, אולם מצד שני היא מציינת כי המשפט המנהלי מתמקד ברשות המבצעת, מדגיש היבטים של חוקיות ופרוצדורה, ובעיקר **עוסק באיינטרסים חברתיים ופרטיים הראויים להגנה** (ההדגשה לא במקור). ראו גיא ישראל זיידמן "מי אתה, המשפט המנהלי הישראלי? – בשולי הספר 'משפט מנהלי' מאת דפנה ברק-ארוז" **הפרקליט** נא(2) 693, 721 (2012).

26 יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** 399 (מהדורה שנייה, 2010).

ניר לוי, הילה שפירא ועמית פלדמן, "חזרת תורם זרע מתרומתו: מתווה לניתוח משפטי חלופי בעקבות בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות", **הארץ** דין ח 77 (תשע"ג)

כפועל יוצא ניתן להצביע על כמה קשיים מתודולוגיים במהלך שנקטו השופטים. **ראשית**, השופטים לא העמידו במרכז ניתוחם את ההחלטה המנהלית אשר בבסיס העתירה. ביקורת שיפוטית מעין זו יכולה להתבצע בדרכים מספר: בחינה של מידתיות ההחלטה וסבירותה; בחינה של ההשתחררות מחוזה הרשות (שאמנם נעשתה בקצרה על ידי השופטת ברק-ארז והשופט עמית); בחינה של חזרה מהבטחה שלטונית. **שנית**, הם לא הציגו נכונה את מערכת היחסים שבין הצדדים המעורבים בסוגיה זו, כלומר מערכת היחסים הכפולה בין העותרת לרשות המנהלית: הן כמערכת יחסים חוזית (כריתת חוזה למתן שירות או חוזה מכר), הן כמערכת יחסים רגולטורית (שבה רואים את הרשות כמייצגת את המדינה, ולכן מוטלת עליה החובה להסדיר את הליך תרומת הזרע בצורה סבירה ולא רשלנית). הוא הדין במערכת היחסים של הרשות המנהלית עם תורם הזרע, ובחינת החלטותיה של הרשות במערכת יחסים זו משפיעה על בחינת החלטת הרשות בעניינה של העותרת.

הקשיים המהותיים נובעים למעשה מהקושי המתודולוגי שהצבענו עליו: משלא נתנו השופטים את דעתם על סוגיית ההחלטה המנהלית במערכת היחסים המנהלית, כמו גם משלא נתנו דעתם על מערכת היחסים הרגולטורית שבין הצדדים, נפער פער בהחלטת בית המשפט. פער זה הותיר את העותרת ללא סעד, אף שפעלה על פי חוק, ציפיותיה היו ציפיות לגיטימיות, והכשל נבע מההסדר הרגולטורי הקיים שלא הסדיר מצב שבו תורם הזרע עלול להתחרט. זהו, ככל הנראה, פגם בתפקוד הרשות המנהלית – פגם שאולי ניתן להעניק בגינו פיצוי כספי, בגין עוולה מנהלית או עוולה נזיקית.²⁷

בקושי זה העולה מפסק הדין נדון בהרחבה בפרק ו. בשני הפרקים הבאים נבחן כיצד היה אפשר להימנע בפסק הדין מהקושי המתודולוגי שצוין לעיל. נפתח בניתוח חלופי, אשר לדעתנו היה על בית המשפט לקיים לו היה נותן דעתו על סוגיית מערכות היחסים שבין הצדדים ועל השפעתן ההדדית. נעסוק באפשרות להשתחרר מחוזה רשות ובנפקותה, וכן בבחינת החלטת הבנק באספקלריה של סבירות ומידתיות.

ד. מערכות היחסים בין הצדדים

הניתוח שאנו מציעים מעמיד כאמור במרכז את מערכות היחסים השונות בין הצדדים, מערכות היחסים שהביאו לסירובו של בנק הזרע לאפשר לעותרת להשתמש בזרע.²⁸ נראה כי רק השופטת דפנה ברק-ארז נדרשה למערכות היחסים הישירות שבין הצדדים והצביעה על כך שבין העותרת לתורם אין מערכת יחסים משפטית ישירה. בהקשר זה העלתה השופטת ברק-ארז (כמו גם השופט עמית בתגובה לדבריה), את סוגיית ההשתחררות מחוזה רשות, הוא החוזה שכרתה העותרת עם הרשות והטעמים המוכרים בפסיקה להשתחררות ממנו.²⁹ אולם לדעתנו הידרשות זו, החשובה כשלעצמה, לא באה לידי מיצוי בפסק הדין. דיון מתאים בסוגיית ההשתחררות מחוזה היה עוזר לשופטים לנמק בצורה מיטבית את הכרעתם.

בין התורם לבנק הזרע הייתה מערכת יחסים חוזית ישירה, ויש לה השפעה משפטית הן על שני הצדדים לחוזה הן על הצד השלישי למערכת יחסים משולשת זו – העותרת. תורם הזרע חתם בתרומתו על טופס "הסכמת תורם זרע" – הסכמה הכרחית לפי סעיף 25(ה) לחוזר מנכ"ל משרד הבריאות המסדיר את תרומת הזרע.³⁰ כאמור, ההתקשרות בעניין זה מצד התורם נעשתה כלפי בנק הזרע, וכלפיו בלבד. כאשר החליט התורם לחזור בו מתרומתו, פנה התורם אל בנק הזרע. בקשה זו נענתה על ידי בנק הזרע, אשר כפי שנראה להלן, ניתן לסווגו כגוף הכפוף לכללי המשפט המנהלי. לכן לדעתנו יש לראות

27 פרופ' זמיר מציין בספרו כי ניתן לפסוק פיצויים בגין עוולה מנהלית, גם אם אין במכשיר זה שימוש רב. שם, בעמ' 422. דיון רחב בפיצויים בגין עוולה נזיקית ראו להלן בפרק ו.

28 לחשיבות הניתוח של מערכות יחסים להבנת תוכנה של זכות, ראו: אמנון רייכמן "כבוד האדם מלוא עולם: הזכות לכבוד האדם כחברות בקהילה המוסרית" **משפט וממשל** ז 469, 522–523 (2004).

29 ראו עניין **תורם הזרע**, לעיל ה"ש 1, בפס' 26 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

30 חוזר מנכ"ל משרד הבריאות תשס"ח 20/07 "כללים בדבר ניהולו של בנק זרע והנחיות לביצוע הזרעה מלאכותית" (8.11.2007) www.med-law.co.il/imgs/uploads/a3080_mk20_07.pdf (להלן – חוזר המנכ"ל).

ניר לוי, הילה שפירא ועמית פלדמן, "חזרת תורם זרע מתרומתו: מתווה לניתוח משפטי חלופי בעקבות בג"ץ 4077/12 פלוגית נ' משרד הבריאות", **הארץ** דין ח 77 (תשע"ג)

בהחלטת הבנק לכבד את בקשתו של התורם (במישור היחסים שביניהם) החלטה מנהלית, ובהנחה שניתנה בסמכות, ניתן לבקר החלטה זו על ידי בחינת סבירותה ומידתיותה.³¹

מהלך דומה יש לנקוט גם בנוגע למערכת היחסים שבין העותרת לבנק הזרע. כך, גם ביניהם נכרת הסכם או חוזה, וגם חוזה זה בוטל על ידי אחד מהצדדים, כאשר במקרה זה הרשות המנהלית היא שיזמה את הביטול (בעקבות בקשתו של התורם). את מערכת היחסים הזאת יש לבחון הן לאור הלכות הסבירות והמידתיות הכלליות הן לאור הלכות ההשתחררות מחוזה למתן שירות או מכר.³²

אם כן, תחילה יש לנתח את מעמדו של בנק הזרע. בנק הזרע פועל בפיקוחו של משרד הבריאות והוקם לפי תקנות בריאות העם.³³ לדעתנו, יש לראות בבנק רשות מנהלית ומכמה סיבות: ראשית, הבנק הוקם מכוח הדין על ידי משרד הבריאות,³⁴ וניתן לראות בו זרוע ישירה של המנהל.³⁵ הבנק נתון לפיקוח ממשלתי נוקשה,³⁶ ובית המשפט מצפה מגוף זה לאזן בין הזכויות מן המשפט הציבורי של הפונים אליו. שנית, הוא גוף ללא מטרות רווח, הממומן מכספי ציבור.³⁷ ולבסוף, השירות שהוא נותן חשוב מאוד לציבור ועיקר השליטה בשירות זה נתון בידיו.³⁸ לדעתנו, ממכלול עובדות המקרה עולה כי אין להסתפק באפיון בנק הזרע כגוף דומהותי, אלא יש לראותו כחלק מהמנגנון הביצועי של משרד הבריאות, הנהנה משיקול דעת מקצועי ומחזקת כשרות המעשה המנהלי.

כידוע, על רשות מנהלית המשתמשת בכלי המשפט הפרטי (כלומר חותמת על חוזים) חלה בד בבד עם דיני החוזים הרגילים, גם מערכת המשפט הציבורי. דואליות נורמטיבית זו מעוררת לעתים קושי, למשל כאשר עקרון כיבוד החוזים מתנגש באינטרס הציבורי שלא לכבול את שיקול דעתה של הרשות השלטונית ולאפשר לה גמישות בבואה להגשים את האינטרס הציבורי שלשמו קמה.³⁹ מתח מובנה זה עומד בבסיס הלכת ההשתחררות, ובתי המשפט נוטים מאז ומתמיד להעדיף, ככלל, את האינטרס הציבורי על פני כיבוד החוזים, אם הוצגה לפנייהם תשתית ראייתית משכנעת כי אכן האינטרס הציבורי ייפגע פגיעה של ממש אם תיאלץ הרשות לקיים את החוזה (ובהנחה שהרשות לא פעלה ברשלנות של ממש או בחוסר תום לב).⁴⁰

הלכת ההשתחררות של רשות מחוזה מתירה למדינה להשתחרר מחוזה כאשר צורכי ציבור חיוניים דורשים זאת.⁴¹ בחלוקה ממוקדת יותר לנושאים ספציפיים שבהם ניתן לרשות להשתחרר מחוזה ניכרת סוגיית שינוי הנסיבות, אשר לפיה תוכל הרשות להשתחרר מחוזה אם חל שינוי בנסיבות, אולם מכל מקום ההשתחררות חייבת להישען על אינטרס ציבורי כבד

31 בבחינת סבירות ההחלטה יש הטוענים כי יש להבחין בין סבירות "הליכית", שהיא סבירות הנוגעת לביקורת ההליך המנהלי, לסבירות מהותית, הנוגעת לשיקול הדעת עצמו. אנו נבחן אפוא בהמשך את שיקול הדעת, כלומר אם ההחלטה היא סבירה במובן המהותי. ראו יואב דותן "שני מושגים של סבירות" **ספר שמגר – מאמרים** חלק א 417 (אהרן ברק ואחי עורכים, 2003).

32 סיווג תרומת הזרע כקניין סחיר אינו רווח, ולפיכך ניתן לטעון כי מדובר בחוזה למתן שירות ולא בחוזה מכר. ראו, עניין **תורם הזרע**, לעיל ה"ש 1, ניתוחו של השופט עמית בפס' 2-10 לפסק דינו. ניתוח מעמדו הקנייני של הזרע הוא מורכב, ומכל מקום חורג מגבולות הארה זו.

33 ס' 1-2 לתקנות בריאות העם (בנק זרע), התשל"ט-1979. www.health.gov.il/LegislationLibrary/Briut42.pdf. הדין הוא בעצם מסוג הסדר שני וכמוהו גם כל הטיפול בתרומות זרע מוסדר אך ורק בפקודות ובתקנות.

34 שם, שם.

35 רענן הר־זהב **המשפט המנהלי הישראלי** 563 (1996).

36 גלי וינרב "לא עומד בביקוש: כל שרציתם לדעת על בנקי הזרע בישראל" **גלובס** (16.7.2011) www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000664406. ראו גם זמיר, לעיל ה"ש 26, בעמ' 49.

37 וינרב, לעיל ה"ש 36.

38 ע"א 294/91 **חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום**, פ"ד מו(2) 464, בפס' 8 לפסק דינו של המשנה לנשיא אלון (1992). בישראל ישנם 12 בנקי זרע ציבוריים לעומת שניים פרטיים. ראו עניין **תורם הזרע**, לעיל ה"ש 1.

39 גבריאלה שלו **חוזי רשות בישראל** 67 (1985).

40 דפנה ברק־ארוז "השתחררות מחוזה של רשות מנהלית: מקרה מבחן לדואליות הנורמטיבית" **המשפט** יא 111, 117 (2007).

41 שלו, לעיל ה"ש 39, בעמ' 67-68.

ניר לוי, הילה שפירא ועמית פלדמן, "חזרת תורם זרע מתרומתו: מתווה לניתוח משפטי חלופי בעקבות בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות", הארת דין ח 77 (תשע"ג)

משקל.⁴² במקרה נושא העתירה, בבחינת מערכת היחסים שבין בנק הזרע לבין התורם, נראה כי הבנק היה יכול לטעון כי התיר את ההסכם בינו לבין התורם בשל האינטרס הציבורי כבד המשקל שבכבוד הזכויות החוקתיות אשר על הפרק, לאחר שקלול הפגיעה בעותרת והחובות החוזיות כלפיה. זו למעשה מסלולם של השופטים בבואם לאזן בין הזכויות, אך בהיעדר מיקום האיזון במערכות היחסים אל מול בנק הזרע, הניתוח של בית המשפט נטול עוגן.

מציאת האיזון, כחלק מהלכת ההשתחררות, מסייעת גם בשאלה הסבוכה הנוגעת לטעמי החזרה מתרומה של התורם, שבה התחבטו השופטים. כזכור סבר השופט עמית כי יש לתת משקל לטעם החזרה מהתרומה, משום שלסיבה זו יש משקל בקביעת עוצמת הזכות החוקתית הנפגעת ומידת קרבתה לגרעין הזכות.⁴³ אולם לדעתנו, לטעם החזרה יש נפקות אחרת: היא שמכילת את ההכרעה בשאלה אם אינטרס ציבורי כבד משקל מונח בבסיס החזרה, אם לאו. כך, כפי שציין השופט עמית בפסק דינו, אם ירצה התורם לחזור בו מתרומתו מטעמים 'פסולים', כגון אפליה על רקע גזע או דת, לא יותר לבנק הזרע, כרשות מנהלית, להשתחרר מן החוזה המנהלי, משום שלא אינטרס ציבורי חזק דיו (הכולל מניעת פגיעה בזכות חוקתית כלשהי) הוא שיעמוד על כף המאזניים.

ניתן היה אפוא להסיק כי החלטת בנק הזרע שלא להעביר לעותרת את הזרע שקנתה, היא החלטה שעומדת בנסיבות העניין במבחני הפסיקה ולכן מאפשרת (ואולי אף מחייבת) את הבנק לחזור בו מהתחייבותו. לדעתנו, ניתוח זה היה פותר את הבעיה המתודולוגית של אי-הצבת מערכות היחסים הנכונות ומונע דיון פתלתל בזכויות החוקתיות המתנגשות, ללא מסגרת פוזיטיבית מתאימה. דרך ניתוח זו מממשת את הפוטנציאל הגלום בניתוח האגבי של השופטת ברק-ארז.⁴⁴ לדעתנו, יש בה גם כדי להתמודד עם הביקורת של השופט עמית על השימוש בטיעון זה. לשיטתו של השופט עמית, דיני ההשתחררות מחוזה אינם מסייעים, שכן יש בהם טיעון מעגלי: השתחררות אפשרית רק אם ישנו צידוק חוקי לחזרת התורם מתרומתו, אלא שקיומו של צידוק זה הוא סלע המחלוקת.⁴⁵ אנו סבורים ששאלת ה"צידוק החוקי" כוללת כמה רבדים, ובהם שאלת קיומו של האינטרס הציבורי כבד המשקל. פירוק שאלת הצידוק החוקי לגורמיה מאפשר אפוא לדעתנו בכל זאת לסלול דרך שאינה מעגלית (או לפחות אינה מעגלית יותר מדרכם של טיעונים משפטיים אחרים).

נדגיש שלצד הלכת ההשתחררות ניתן לבחון את ההחלטה המנהלית באספקלריה של סבירות ומידתיות, כפי שנראה בפרק ה להלן.

ה. ביקורת שיפוטית על שיקול דעת הרשות המנהלית

הראינו בפרק הקודם שבהליכה בנתיב המנהלי של חזרה מהחלטת רשות היה כדי לסייע לשופטים לפתור את הבעיה המתודולוגית שפסק הדין לוקה בה בסיווג לא נכון של מערכות היחסים שבין הצדדים. כעת נמשיך קו טיעון זה ונטען כי גם אם מסלול זה נתפס בעיני השופטים כנוקשה בהתחשב במורכבות המקרה, בכל זאת היה המשפט הציבורי יכול לפתור את הקושי המתודולוגי שבפסק הדין על ידי בחינת שיקול הדעת של בנק הזרע להיעתר לבקשת התורם ובדיקת סבירותו ומידתיותו. לו היו בוחרים השופטים ללכת בדרך זו, אנו סוברים שהיו נמנעים מלערוך איזונים חוקתיים ביחלל ריק, אלא היו ממקמים אותם במסגרת המשפטית הראויה.

42 ברק-ארז, לעיל ה"ש 40, בעמ' 128.

43 עניין תורם הזרע, לעיל ה"ש 1, בפס' 24 לפסק דינו של השופט עמית.

44 השופטת ברק-ארז, כאמור, דנה בשאלת ההשתחררות מחוזה, אולם לא כללה בשיקולים גם את חובותיה של הרשות כלפי העותרת, וכך גם חסרה חוות דעתה התייחסות לסוגיית סיבת החזרה מהתרומה. בניתוחה של הלכת ההשתחררות התחשבה השופטת ברק-ארז בעיקר בממד הזמן, וקבעה כי במקרה זה לא התגבשה נקודת אל חזור (שם, בפס' 27 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז). אנו מציעים אפוא לראות את סיבת החזרה מתרומה כחלק מהאינטרס הציבורי שבבסיס הלכת ההשתחררות מחוזה רשות.

45 שם, בפס' 22 לפסק דינו של השופט עמית.

ניר לוי, הילה שפירא ועמית פלדמן, "חזרת תורם זרע מתרומתו: מתווה לניתוח משפטי חלופי בעקבות בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות", **הארץ** דין ח 77 (תשע"ג)

על החלטה מנהלית להיות מבוססת על בדיקה עניינית, הוגנת ושיטתית.⁴⁶ אנו נתמקד כאמור בניתוח זה כשנבחן את שיקול הדעת של הרשות המנהלית – בנק הזרע במקרה זה – לפי שתי העילות המקובלות אשר פותחו בפסיקה למטרה זו, והן עילת הסבירות ועילת המידתיות. פרופ' ברק-ארז עומדת בספרה על ההבדלים והקשר בין שתי העילות: עילת המידתיות עוסקת בשאלת סבירותו של האמצעי שבו השתמשה הרשות המנהלית, אך היא אינה מייטרת את עילת הסבירות עצמה ואינה דוחקת אותה לשוליים – מכיוון שיהיו מקרים שעילת הסבירות תתאים להם יותר, בעיקר כשידרש איזון בין כמה אינטרסים ציבוריים או איזון בין זכויות (ולשיטתה המידתיות מתאימה יותר לניתוח מצבי התנגשות בין זכות לבין אינטרס ציבורי).⁴⁷

1. סבירות ההחלטה

לפי ניתוחה של פרופ' ברק-ארז, עילת סבירות ההחלטה היא העילה המתאימה למקרה מעין זה. החלטתה של הרשות המנהלית להיענות לבקשת התורם לבטל את ההסכם עמו היא פרי איזון של הזכויות המתנגשות, והחלטה כי זכותו של התורם גוברת על זכותה של העותרת.

ניתן אפוא לבחון את סבירות ההחלטה על ידי בחינת השיקולים הפנימיים ששקל הבנק בהחלטתו, כלומר איתור השיקולים הרלוונטיים ואיזון ביניהם על פי משקלם.⁴⁸ אם יתברר כי האיזון בין שיקולים אלו לקה בעיוות של ממש, לפנינו אי-סבירות.⁴⁹ אמנם לא כל השיקולים ששקל בנק הזרע בהחלטתו הובאו לידיעת בית המשפט, אולם הוגש המכתב אשר כתב מנהל בנק הזרע, ד"ר א' לייטמן, לעותרת. במכתב זה הודיע ד"ר לייטמן לעותרת כי הסכמה לתרומה אינה נצחית, והיא תחומה בזמן, ולכן לא תוכל העותרת להשתמש באותה תרומת זרע.⁵⁰ מהסברו של מנהל הבנק ניתן להבין כי נשקלו לכאורה השיקולים הענייניים וההחלטה לתת לתורם לחזור בו מתרומתו התקבלה לאחר התייעצות עם היועצת המשפטית של משרד הבריאות. גם אם הדבר אינו ברור במלואו במכתב זה, נראה כי שיקוליו של מנהל בנק הזרע היו, לכל הפחות, ענייניים ורלוונטיים להחלטה.

במילים אחרות, לפי עילת הסבירות המשמשת במשפט המנהלי לבחינת החלטות מנהליות, נראה כי אין מדובר בהחלטה הלוקה בחוסר סבירות קיצוני, כפי שהגדירו השופט ברק כתוארו אז, בעניין **דפי זהב**,⁵¹ או בהחלטה הלוקה בחוסר צדק מובהק.⁵² על אף הפגיעה בעותרת, ההחלטה נמצאת במתחם הסבירות. אולם איננו מתעלמים מכך שביקורת שיפוטית מנהלית באמצעות עילת הסבירות בלבד, בעיקר כאשר נפגעו זכויות חוקתיות, אינה מספיקה, שכן היא מעניק מרחב לא מבוטל לשיקול דעתה של הרשות ויכולה להביא לויתור על דרישות חוקתיות מנדטוריות.⁵³ הפתרון לדידנו נעוץ בבחינה חוקתית משלימה של מידתיות ההחלטה, הכוללת את איזון הזכויות החוקתיות.

46 בג"ץ 297/82 **ברגר נ' משרד הפנים**, פ"ד לז(3) 29 (1983).

47 כך מסבירה פרופ' ברק-ארז את ההבדלים ביניהן: שימוש בעילת המידתיות מתאים למקרים שבהם החלטה המנהלית נדרשת לאזן בין זכות לבין אינטרס ציבורי, ואילו עילת הסבירות מתאימה יותר למקרה כמו המקרה שהתברר בעתירה שבמוקד הארה זו – איזון בין כמה אינטרסים חברתיים או זכויות. במילים אחרות, איזון בין כמה מטרות ושיקולים חברתיים יהיה נוח יותר לבחינה לפי עילת הסבירות. אולם פרופ' ברק-ארז מדגישה בספרה כי על אף הקולות הנשמעים בפסיקה כי עילת המידתיות מייטרת את עילת הסבירות בשל היותה מעין עילת סבירות "משופרת", הרי ניתן להשתמש בשתי העילות גם יחד, וכי כך נעשה בכמה פסקי דין. דפנה ברק-ארז **משפט מנהלי** ב 784 (2010).

48 אהרן ברק **שופט בחברה דמוקרטית** 250 (2004).

49 ברק-ארז, לעיל ה"ש 47, בעמ' 725.

50 עניין **תורם הזרע**, לעיל ה"ש 1, בפס' י לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

51 בג"ץ 389/80 **דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור**, פ"ד לה(1) 421 (1980).

52 יצחק זמיר "שיקול הצדק בהחלטות מנהליות" **משפט וממשל** ז 623, 648 (התשס"ה).

53 מיכל טמיר "על חוקתיות ועל סבירות: בעקבות בג"ץ 5636/01 בקמן נ' שר העבודה והרווחה" **הפרקליט** נ 185, 195–198 (התשס"ה).

ניר לוין, הילה שפירא ועמית פלדמן, "חזרת תורם זרע מתרומתו: מתווה לניתוח משפטי חלופי בעקבות בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות", **הארץ** דין ח 77 (תשע"ג)

2. מידתיות ההחלטה

בבחינת המידתיות, כבחינה משלימה לסבירות, יהיה אפשר לוודא כי ניתן משקל מתאים לפגיעה בזכויות המתנגשות.⁵⁴ יודגש כי שלושת השופטים התחבטו באשר להגדרת ההתנגשות: אם מדובר בהתנגשות בין זכויות, או בין זכות לאינטרס. השופט רובינשטיין הגדיר את תביעתה של הנתרמת כתביעה מכוח אינטרס להורות מאדם מסוים; השופטת ברק-ארז הגדירה את תביעתה כנשענת על זכות הנמצאת "בפריפריה" של הזכות להורות, ולא במרכזה, ואילו השופט עמית הגדיר את הפגיעה בעותרת כפגיעה "בזכות החיובית להורות".⁵⁵ כל אחד מאפיונים אלה מביא לקביעה כי הפגיעה בעותרת מידתית. במאמר מוסגר יצוין כי היעדר הסכמה בין השופטים בסוגיה בסיסית זו מעיד על הצורך בחידוד הניתוח המשפטי באשר להבדל בין זכות לאינטרס ציבורי,⁵⁶ וכן בין זכויות חיוביות לשליליות.⁵⁷

נראה כי זו אכן התוצאה הראויה מבחינה משפטית וערכית, אולם כאמור אנו סבורים כי היה צריך לערוך איזון זה של הזכויות שעל הפרק כחלק מבדיקת מידתיות החלטתו של בנק הזרע. על פי מבחן המשנה הראשון, מבחן האמצעי המתאים,⁵⁸ החלטת הרשות לסרב להעביר את תרומת הזרע, לבקשת התורם, היא החלטה רציונלית והיא עומדת במבחן זה. לפי המבחן השני, מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, יש לבחון את החלופות שעמדו לרשות הבנק.⁵⁹ במקרה זה נראה כי היו לו רק שתי אפשרויות לפי המצב המשפטי הקיים: להיעתר לבקשת התורם או לדחותה. בשני המקרים זכויות אדם נפגעות ואנו מסכימים כי לא היה אפשר להחליט לטובת התורם בלי לפגוע בעותרת. נראה שגם מבחן זה עלה יפה, וכעת יש להתמקד במבחן המשנה השלישי, הבוחן את היחס בין התועלת שבהגשמת מטרת הפעולה לבין מידת הנזק הנובע מהפגיעה בזכות המוגנת הכרוכה בהגשמה זו.⁶⁰

כאמור, אנו מסכימים עם קביעתו של בית המשפט שהנזק שייגרם לתורם אם תאושר העברת התרומה גדול יותר מהנזק שייגרם לתורמת אם לא יאושר השימוש בזרע. לכן באיזון לפי מבחן המידתיות הצר ניתן להצדיק מבחינה משפטית את החלטת בנק הזרע: התועלת הנובעת מהחלטתו גוברת על הנזק לזכותה החוקתית של העותרת.

עם זאת נוסיף כי דיון מסודר מחייב לתת משקל לזכותה של בת העותרת לאח ביולוגי מלא. ניתוח הפגיעה בזכות זו, להבדיל מזכותה של העותרת, מורכב הרבה יותר. אם אמנם יש משקל לזכותו של התורם לאוטונומיה, אין זאת אלא משום שלקשר הגנטי בינו ובין צאצאיו העתידיים יש השפעה של ממש על זהותו, אישיותו וסיפור חייו. אם הקשר הגנטי כה חשוב במישור ההורות, הדעת נותנת שהוא חשוב גם במישור היחסים בין אחים. לפיכך אין לדחות את תביעת האחות בקש או להתעלם ממנה. ייתכן שהכרה בזכות האחות הייתה משנה את האיזון (ייתכן שלא, לנוכח הבדל אפשרי בין קשר הורה-ילד לקשר בין אחים). סוגיה זו מורכבת ביותר ומצריכה ניתוח עצמאי, ומתבקש לצפות שהנמקת בית המשפט תידרש למישור זה, לנוכח החשיבות שייחס לקשר הגנטי בפסק הדין, ככל שהוא נוגע לזכויות התורם.

לסיכום חלק זה אנו טוענים כי הליכה בדרך של בחינת ההחלטה המנהלית הייתה מאפשרת לשופטים בפסק הדין לערוך את האיזון החוקתי בדרך משפטית מהודקת ומתאימה יותר. אמנם במקרה זה, כפי שהראינו בניתוח חלופי זה, התוצאה ככל

54 השופטת ברק-ארז ציינה כי במקרה זה, שבו עמדו על הפרק היבטים שונים של אותה זכות, איזון אופקי הוא המתאים ביותר. עניין **תורם הזרע**, לעיל ה"ש 1, בפס' 23 לפסק דינה.

55 שם, בפס' נ-ג לפסק דינו של השופט רובינשטיין, בפס' 6 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז ובפס' 23 לפסק דינו של השופט עמית.

56 ראו בהקשר זה: אורן גזל-אייל ואמנון רייכמן "אינטרסים ציבוריים כזכויות חוקתיות?" **משפטים** מא(1) 97 (2011).

57 התקשינו לרדת לסוף דעתו של השופט עמית באשר להיבט החיובי של הזכות להורות, שכן לא ברור הביסוס לקביעה זו (ולכן במידת מה היא חשופה לביקורתו של השופט עמית על השימוש בדוקטרינת החזרה מההחלטה המנהלית, קרי ביקורת המעגליות). לגופו של עניין איננו בטוחים כי קיימת זכות חיובית להורות כלפי בנק הזרע (וודאי שלא כלפי התורם הספציפי).

58 ברק-ארז, לעיל ה"ש 47, בעמ' 777.

59 שם, שם.

60 אהרן ברק "איזון חוקתי עקרוני ומידתיות: ההיבט התורתי" **ספר ברק – עיונים בהגותו השיפוטית של אהרן ברק**, 50 (2009). במאמר זה דן ברק בהשפעתו של חוק על הזכויות החוקתיות, אולם ניתן ללמוד ממנו גם על השפעתה של פעולה או החלטה מנהלית.

ניר לוי, הילה שפירא ועמית פלדמן, "חזרת תורם זרע מתרומתו: מתווה לניתוח משפטי חלופי בעקבות בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות", **הארץ** דין ח 77 (תשע"ג)

הנראה לא הייתה משתנה, אולם הליכה בדרך זו הייתה מביאה לדעתנו לדיון ברור יותר, המשאיר מורשת משפטית נהירה לדיון במקרים מורכבים דומים.

1. פעולת המדינה: רשלנות רגולטורית?

כאמור, בבסיס הארה זו ניצבת הטענה כי ניתוח מסודר מחייב לבדוק תחילה את מערכות היחסים שהזכויות כרוכות בהן. כאן מגיעים אנו לקושי המהותי המרכזי הנובע לדעתנו מהתקלה המתודולוגית שבניסיון לאזן בין זכויות במנותק ממערכות היחסים – התעלמות מחלקה של המדינה כרגולטור. בפסק הדין נעדרה כאמור כמעט לחלוטין מערכת היחסים בין העותרת והתורם לבין המדינה – מערכת יחסים שהיא אמנם אינה חוזית אולם יש לה תוקף משפטי, והמדינה ניצבת בה אל מול העותרת והתורם בכובעה כמסדירה את תחום תרומת הזרע בישראל.

הדין הקיים, כמפורט בחוזר מנכ"ל משרד הבריאות,⁶¹ רחוק מלהניח את הדעת. ניתן לצפות מהמדינה שתסדיר הן את מערכת היחסים בין בנק הזרע לתורם הן את מערכת היחסים בין בנק הזרע לנתרמת באופן שיביא בחשבון את זכויות הצדדים וציפיותיהם הלגיטימיות. אלא שחוזר המנכ"ל אינו מסדיר את שאלת החרטה. לא זו אף זו, אין מדובר בהסדר ראשוני. מכיוון שעסקינן בהסדר הקובע זכויות וחובות, יש לצפות להסדרה במדרג הנורמטיבי הראוי.⁶² ואכן, השופטת ברק ארז הביעה את אי־שביעות רצונה מכך שההסדר הקיים אינו עוסק בסוגיות מהותיות הכרוכות בתרומת זרע, וציינה שיש לעגן הסדר בנושא כה חשוב בחקיקה ראשית, כהסדר ראשוני.⁶³ אולם השופטת לא קשרה מחדלים אלה למערכת היחסים שבין העותרת למדינה בכובעה כרגולטורית. אי ההסדרה או ההסדרה הרשלנית של סוגיות מהותיות אלה הסבה לעותרת נזק.

אמנם עילתה של העותרת הייתה מנהלית. כך הסעד שביקשה היה צו עשה אשר יורה לבנק הזרע לאפשר לה להשתמש בתרומת הזרע. אולם עילה מנהלית זו משאירה אותה ככל הנראה בידיים ריקות. מצב דברים זה בעייתי מבחינה מוסרית ומשפטית כאחת: לעותרת היו ציפיות לגיטימיות, אשר לא באו לידי מימוש שלא באשמתה. זאת ועוד, גם אם הרשות נאלצה להשתמש בסמכותה ולהשתחרר מחוזה או לקבל החלטה כדי שלא לפגוע בזכות התורם, אין פירוש הדבר שלעותרת לא נגרם נזק בר פיצוי.

מכאן, לדעתנו, נובעת חשיבות הפנייה במקרה זה לדיני הנזיקין, או אף לשימוש בדוקטרינת הפיצויים הכלליים שבמשפט הציבורי עצמו. כך, אף שלפי המשפט הציבורי אי־אפשר להעניק לעותרת את הסעד שביקשה, אולי אפשר לפצותה על נזקים שנגרמו לה עקב פעולותיה של הרשות. תחום הביקורת השיפוטית הנזיקית רחב דיו,⁶⁴ ולפיכך במקרים מסוימים, שבהם עילת ביקורת שיפוטית מנהלית אינה ישימה, דיני הנזיקין יכולים לשמש מקור לביקורת שיפוטית.⁶⁵ כמו כן לביקורת השיפוטית תפקיד מכריע בשמירה על עקרון ההסתמכות על הבטחות מנהליות,⁶⁶ ופסיקת פיצויים מאפשרת לבית המשפט לוודא כי אדם שהוסב לו נזק עקב הסתמכות בתום לב על פעולת הרשות, ובמקרה זה על חוזה שנחתם עם בנק הזרע, לא ייצא וידיו על ראשו.

ברור שביקורת על רשויות המנהל באמצעות דיני הנזיקין היא כלי שיש להשתמש בו בזהירות. התפיסה כי בכל מצב הרשות המייצגת את המדינה היא בעלת הכיס העמוק והאזרח העומד מולה הוא החלש, יכולה להביא למצב שאותו הגדיר

61 ראו חוזר המנכ"ל, לעיל ה"ש 30.

62 יואב דותן "הסדרים ראשוניים ועקרון החוקיות" **משפטים** מב 379 (2012).

63 עניין **תורם הזרע**, לעיל ה"ש 1, בפס' 33 לפסק דינה של השופטת ברק־ארז.

64 ישראל גלעד **דיני נזיקין – גבולות האחראיות** כרך ב 1034 (2012).

65 שם, בעמ' 1037. בהקשר זה נזכיר כי אחד מתפקידי דיני הנזיקין הוא הכוונת התנהגויות, לרבות הכוונת התנהגותם של גופים מנהליים, ראו גם דפנה ברק־ארז "אחריות אזרחית של גופים ציבוריים: דואליות נורמטיבית" **משפט וממשל** א 276, 287 (תשנ"ג).

66 דפנה ברק־ארז "הגנת ההסתמכות במשפט המנהלי" **משפטים** כז 17, 33–34 (תשנ"ג).

ניר לוין, הילה שפירא ועמית פלדמן, "חזרת תורם זרע מתרומתו: מתווה לניתוח משפטי חלופי בעקבות בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות", הארת דין ח 77 (תשע"ג)

פרופ' ישראל גלעד: עיוות של הליך איזון האינטרסים ושיבוש תוצאותיו.⁶⁷ שיבוש זה יכול להביא, למשל, למצב של הרתעת יתר כלפי הרשות הציבורית או למצב לא רצוי של גישה מתגוננת ואי־נקיטת יוזמה מצדה.⁶⁸

ביקורת זו אף קשה יותר ליישום במקרה של רשלנות רגולטורית לכאורה של הרשות המחוקקת או של הרשות המנהלית באי־התקנת תקנות או הסדר רגולטורי מספיקים. כך, עד כה שללה הפסיקה הטלת חובת זהירות מושגית על המדינה בנוגע להליכי חקיקה, הן מטעמים "נזיקיים" קלסיים של היעדר "שכנות" או יחסי קרבה בין הנפגע למדינה,⁶⁹ הן מטעמים משפטיים רחבים יותר הנוגעים לחשש מהשגת גבולה של הרשות המחוקקת ומהתערבות בכללי המשחק הפרלמנטריים, וליהיטפלות' ליכיס עמוק' לצורכי חלוקת האחריות.⁷⁰ גם בקנדה, למשל, שאימצה את ההלכה הבריטית הדומה להלכת לוי הישראלית, כאשר עולה טענה לרשלנות רגולטורית, יש לעבור בהצלחה שני שלבים: בשלב הראשון יש לבחון אם התובע הוכיח יחסי קרבה (Proximity) או שכנות בינו לבין הנתבע, ואם הנזק שנגרם לתובע עקב פעולת הנתבע היה ניתן לצפייה סבירה.⁷¹ בשלב השני יש לבחון אם אין נסיבות או תנאים שיש להביא בחשבון ואשר מפחיתים את היקף האחריות.⁷²

עם זאת לדעתנו יש לתת את הדעת על הבחנה חשובה באשר להיקף הביקורת השיפוטית הנזיקית והיא ההבחנה בין פעולה רגולטורית הנוגעת לקביעת מדיניות ממשלתית לבין פעולה רגולטורית הנוגעת ליישום אופרטיבי של המדיניות הממשלתית. הגופים הממשלתיים ייהנו מהגנה משפטית אם על הפרק עומדת שאלה של מדיניות ממשלתית או קביעתו של איזון זכויות ואינטרסים שונים, אולם הגנה זו תפחת אם מדובר ביישום אופרטיבי ובהגשמת המדיניות.⁷³ במקרה שלפנינו ניתן לטעון לכאן ולכאן, שכן הפגם בפעולת הרשות הוא בכך שלא נקבעה מדיניות. מחד גיסא ניתן לטעון שיש להתיר לרשות מתחם רחב ובו עליה לגבש סדר עדיפויות ולעצב מדיניות בלי להיות מאוימת בתביעות נזיקין. מאידך גיסא הואיל ובנק הזרע, באישור משרד הבריאות, מתיר רכישת תרומה עתידית, ניתן לטעון כי נקבעה מדיניות, ועסקין באופן שבו היא מיושמת. טענה אחרונה זו נראית לנו חזקה יותר: במקרה נושא העתירה השתמשו משרד הבריאות ובנק הזרע בסמכויותיהם האופרטיביות בצורה רשלנית, ולכן לדעתנו אין מקום לקבל טענה של המדינה ל"חסינות נזיקית" בשל עיסוק במדיניות ממשלתית. ודוק: אי־הסדרת פרט בהסדרה קיימת באופן שגורם נזק של ממש לאזרח כמוה כהסדרה רשלנית.

לטעמנו, כאמור, משנמנע בנק הזרע מלהסדיר את נושא חזרת התורם מתרומתו, התקיימו כל יסודות עוולת הרשלנות שבפקודת הנזיקין.⁷⁴ מתקיימת חובת זהירות מושגית וקונקרטי של בנק הזרע כלפי העותרת בחתימתו על הסכם עמה שבו הוא היה מחויב לגלות את כל הנתונים הנוגעים לתרומה, כולל אפשרות חרטה וחזרה מתרומה; משלא עשה כך בנק הזרע, לטעמנו הפר את חובת הזהירות החלה עליו, ואולי אף ביתר שאת עקב ייצוגו את המדינה המסדירה את סוגיית תרומות הזרע באמצעות משרד הבריאות. כך גם נגרם נזק לבת העותרת, אשר לא תזכה לאחים ביולוגיים ממש, וכך כמובן נגרם נזק לעותרת עצמה שלא הייתה מתקשרת עם בנק הזרע בנוגע לתרומה הספציפית הזאת והייתה יכולה לזכות, ככל הנראה, בכמה ילדים בעלי מטען גנטי זהה.

67 גלעד, לעיל ה"ש 64, בעמ' 1045.

68 שם, בעמ' 1051.

69 ע"א 915/91 מדינת ישראל נ' לוי, פ"ד מח(3) 45, 66 (1994). ראו גם יישום הלכה זו בע"א 2055/99 פלוני נ' הרב זאב, פ"ד נח(5) 241, 263 (2001).

70 כך, לדוגמה, קביעתו של בית המשפט העליון כי לשר הממונה מכוח חוק הגנת חיות הבר אין אחריות בנזיקין לאי־קביעת תקנות בטיחות למבקרים בגני חיות. ראו ע"א 4398/06 החברה העירונית ראשון לציון נ' הרשות לשמירת הטבע והגנים (פורסם בנבו, 29.3.2009). ראו גם בש"א 162557/03 מדינת ישראל – משרד המדע והתרבות נ' איגוד הכדורסל בישראל, בפס' 27 לפסק דינה של השופטת הניג (פורסם בנבו, 7.4.2009); ע"א 4758/98 אורניוס סיינסר בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד העבודה פ"מ תשנ"ט 510 (2000).

71 CHARLES M.K LOOPSTRA & DARON L. EARTHY, REGULATORY NEGLIGENCE: NEGLIGENCE WITH OR WITHOUT DIFFERENCE? (2008), available at www.loopstranixon.com.php5-17.dfw1-1.websitetestlink.com/files/Regulatory_Liability_Paper.pdf

72 Thomas Moran, Nola M Ries & David Castle, *A Cause of Action for Regulatory Negligence? The Regulatory Framework for Genetically Modified Crops in Canada and the Potential for Regulator Liability*, 6:1&2 UOLTJ 1, 15 (2009)

73 שם.

74 ס' 35, 36 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], התשכ"ח-1968.

ניר לוי, הילה שפירא ועמית פלדמן, "חזרת תורם זרע מתרומתו: מתווה לניתוח משפטי חלופי בעקבות בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות", **הארץ** דין ח 77 (תשע"ג)

לדעתנו, גם קשר סיבתי מתקיים בין ההתרשלות של משרד הבריאות ושל בנק הזרע לבין הנזק שנגרם לעותרת וכך גם יחסי קרבה מספקים ביניהם, שהרי התרשלות משרד הבריאות ובנק הזרע השפיע במישרין, וללא מתווכים, על העותרת.

אנו סוברים כי גם טעמי המדיניות המשפטית הנוגעים להימנעות מהחלת אחריות נזיקית על המדינה אינם מתאימים למקרה ספציפי זה. אין מדובר כאן בהתערבות בכללי המשחק הפרלמנטריים, משום שהנזק שנבע מהסדר הרגולטורי אינו קשור בפשרות פוליטיות ובאיזון אינטרסים; אין מדובר במקרה של "היטפלות" לכיס העמוק של המדינה, אלא המזיק הישיר הוא הגוף הרגולטורי עצמו, שמעשהו הרשלני הביא במישרין לנזקה של העותרת, והוא הגוף היחיד שיכול לפצות אותה. לדעתנו, גם אם הטלת אחריות נזיקית על גופים רגולטוריים, בהקשר זה של אי-יצירת הסדר רגולטורי מספק, תרטיע גופים אלה, אין מדובר בהרתעת יתר. לדעתנו, השימוש הראוי בכלי זה הוא שימוש במשורה, במקרים החריגים ביותר, ורק כאשר מתקיימים כל התנאים שצוינו לעיל, ובה בעת אין מתקיימים טעמי מדיניות משפטית נגדיים.

אנו מודעים לכך שהצעה זו אינה קלה ליישום, וכי עד כה בתי משפט בישראל ובעולם לא ששו, כאמור, להטיל אחריות נזיקית על גופים רגולטוריים וממשלתיים.⁷⁵ אולם לטעמנו, כאשר מדובר במקרים של יישום אופרטיבי של סמכות רגולטורית, וכאשר מדובר בפגיעה בזכות חוקתית או בהיבטים של זכות חוקתית, ראוי לבחון את הפעולה הרגולטורית במבחנים של חובת זהירות מושגית נזיקית מן המשפט הפרטי. כך יכול להיפתר הקושי המהותי שנותר בפסק הדין – התעלמות מהחסר הרגולטורי ומהתרשלות בנק הזרע בניסוח ההסכם בכך שלא הסדיר סוגיה כה מהותית שהסבה נזק כבד לעותרת, נזק שלא היה אפשר כבר להשיבו. לפיכך, לדעתנו, טוב היה עושה בית המשפט לו היה קובע באופן עקרוני בפסק הדין שקמה כאן אחריות אזרחית, באופן שהיה מאפשר לעותרת לפנות לקבל סעד בהליך האזרחי המתאים.

לחלופין, לדעתנו מקרה זה מתאים לפיתוח והחלה של דוקטרינת הפיצויים הכלליים שבמשפט הציבורי.⁷⁶ אמנם כפי שצויין לעיל, לא נפל לדעתנו פגם בהחלטה הספציפית של הרשות באשר לגורל תרומות הזרע. עם זאת, נפל פגם של ממש בכך שמשרד הבריאות ובנק הזרע לא השתמשו בסמכותם ובשיקול דעתם באופן סביר ומידתי משלא נדרשו במפורש, בדין המסדיר את תרומת הזרע, לאפשרות החרטה של תורם הזרע. הטעמים אשר הובאו לעיל לביסוס טענת ההתרשלות, מתאימים לדעתנו גם לביסוס חוסר הסבירות שבהשמטת כוחו של התורם להתחרט, בייחוד בהתחשב בכך שסוגיית החרטה זכתה לתשומת לב שיפוטית נרחבת בפרשת **נחמני**,⁷⁷ וגם בה ציין בית המשפט את חשיבות הסדרתו הבהירה והברורה של הנושא בטרם יתחיל התהליך. באופן ספציפי, ניסוח החוזה עם בנק הזרע, שעליו חתמה התורמת, ללא ציון ספציפי של אפשרות חזרת התורם מהסכמתו לשימוש בזרע, מהווה אי-שקילות שיקול רלוונטי העולה כדי חוסר סבירות קיצונית. לכן, אם לא נחיל במקרה זה עילה אזרחית, כגון עילת הרשלנות, על בית המשפט לממש חובתו להגן על עקרונות המשפט הציבורי ולהגן על זכותו של הפרט (גם אם מדובר בשולי הזכות), ואל לו לבית המשפט להתעלם מן הכשל הרגולטורי אשר נחשף לפניו. לדעתנו, אמון הציבור במערכת מחייב תגובה שיפוטית המכירה בכך שהרגולטור כשל, ומכירה בכך שבעקבות זאת נגרם נזק לאזרח אשר הסתמך על כך שהרגולטור ביצע מלאכתו נאמנה. לשיטתנו, דוקטרינת התוצאה היחסית⁷⁸ מאפשרת לבית המשפט, במקרה זה, להגיע למסקנה שיש מקום לפסוק פיצויים.

ערים אנו לכך שהצדדים לא העלו טענה זו בטיעוניהם, אולם לדעתנו היה על בית המשפט להאיר את עיניהם ולברר את עמדתם בנוגע לאפשרות זו.

75 Moran, Ries & Castle, לעיל ה"ש 71, בעמ' 23.

76 בג"ץ 101/74 **בינוי ופיתוח בנגב בע"מ נ' שר הבטחון** פ"ד כח(2) 449 (1974). לסקירת התפתחות הלכה זו (אמנם בעיקר בנוגע לפיצויים מסוג זה בדיני מכרזים), ראו דפנה ברק-ארוז "פיצויים מנהליים ומכרזים ציבוריים" **משפט וממשל** ב 35 (1994).

77 דנ"א 2401/95 **נחמני נ' נחמני** פ"ד נ(4) 661 (1996). ראו למשל פסק דינו של השופט טל, בעמ' 699; פסק דינו של השופט קדמי, בעמ' 728-729.

78 ראו למשל בג"ץ 7000/08 **לוי נ' שר הביטחון** (פורסם בנבו, 7.6.2010).

ד. סיכום

אין חולק על כך שפסק הדין בעניין פלונית נ' משרד הבריאות, שבו עסקנו בהארה זו, הוא פסק דין מורכב, ומקריאת דעותיהם (השונוות) של השופטים עולה בבירור כי הם התלבטו והתחבטו בבחירת הנתיב המשפטי הנכון ללכת בו, כדי למצוא פתרון מניח את הדעת, המונח על תשתית נורמטיבית ראויה.

אשר להכרעת הדין, הסכמנו לתוצאה שאליה הגיעו השופטים בפסק הדין, אם כי רק בחלקה: מצד אחד, במישור הציבורי, טענו כי אכן האיזון בין הזכויות של שני הצדדים במערכות היחסים שלהם עם בנק הזרע ומשרד הבריאות הביא לידי כך שידו של התורם תגבר על יד העותרת. מצד אחר, במישור הניזקי הראינו שכנראה היה מקום להכיר בחובת זהירות של בנק הזרע ומשרד הבריאות, בשל היעדר הסדר רגולטורי מתאים ובשל יצירת מצג רשלני אשר הסב נזק כבד לעותרת. טענו כי דרך זו יכולה אף למתן את הפגיעה בעותרת, שנותרה ללא סעד בפסיקת בית המשפט.

זאת ועוד, הצבענו על הבעיות המתודולוגיות שבפסק הדין, ובראשן התעלמות ממערכות היחסים הישירות בין הצדדים ובחינה של העקרונות החוקתיים במנותק מן המשפט המנהלי. הצענו אפוא לבחון את הזכויות שעל הפרק על רקע עילות המשפט המנהלי, ובהן ההשתחררות מחוזה ועילות הסבירות והמידתיות. כך, טענו, האיזון החוקתי לא היה נעשה בחלל ריק, אלא תוך שימת לב למערכות היחסים בין הצדדים.

במבט קדימה, אנו מסכימים שיש לחשוב על מתווה לחקיקה שתמנע מצבים כאלה בעתיד, מתווה שיאזן בין הזכויות והאינטרסים של תורם הזרע והנתרמת, יציין במפורש את פרק הזמן שבו תורם רשאי לחזור בו מתרומה, ואולי אף יאסור חרטה משיקולים מסוימים (כמו נימוקים גזעניים). אנו גם סוברים כי יש לחשוב מחדש, בזהירות הנדרשת, על מצבים מובהקים של רשלנות רגולטורית, וחושבים כי במקרים חריגים, במקרים של שימוש בסמכות רגולטורית אופרטיבית, יש לחייב את הרשות הרגולטורית ולהטיל עליה אחריות נזיקית שתמתן את הפגיעה בזכויות החוקתיות של הפרט.