

משפט צדק וצדק מוסרי – עיון נוסף בפרשת נחמני

מאת

דוד הד*

המאבק על גורל הביציות המופרות של הזוג נחמני הסעיר את דעת הקהל הישראלית והעסיק את המערכת השיפוטית במשך תקופה ארוכה. פרשת נחמני היא קשה במיוחד בהיותה מצד אחד מערבת תגובות רגשיות ומוסריות חריפות ומצד שני חסרת תקדים משפטי. אין זה מפתיע, על כן, שלמעט שופט אחד בהרכב המורחב של אחד עשר השופטים בדיון האחרון של בית-המשפט העליון, כל השופטים התייחסו במישורין לשאלה המטה-משפטית של המקום של השיקול המוסרי ("צדק") בשיקול המשפטי ("דין"). מאמר זה עוסק בניתוח פסק-הדין, תוך שהוא מחלק את עמדות השופטים בשאלת היחס בין צדק מוסרי לצדק משפטי לשלוש גישות: דרך הצדק, על פיה אין אפשרות למצוא לעניין נחמני כל פתרון המרשתת על נורמה משפטית קיימת או נגזרת, ולאור חלל נורמטיבי זה יש לפסוק על פי נורמות שמקורן "לבר-חקיקתי" (הצדק המוסרי); דרך היושר, על פיה אף כי אין בחוק הוראה המכתיבה פתרון, ניתן להתאים את החוק הכללי למקרה הספציפי שלא נחזה על ידי המחוקק לאור שיקולי יושר, כלומר שיקול צדק שהוא פנימי לשיטה המשפטית; דרך הדין, היא הגישה הגורסת שהשיטה המשפטית עצמה כוללת בהוראותיה ובעקרונותיה בסיס מוצק דיו להכרעה גם בעניין "קשה" מסוג זה שבפרשת נחמני. בסוף הדיון מתברר שישנה התאמה מעניינת בין הגישה השלישית לבין ההכרעה לטובת דני נחמני (הכרעת המיעוט), כלומר בין גישה מטה-משפטית (מתודולוגית) מטרימת לבין הכרעה תוכנית בסכסוך.

א. פרשת נחמני כ"מקרה קשה". ב. הגישה הראשונה: דרך הצדק. ג. הגישה השנייה: דרך היושר או הזכות. ד. הגישה השלישית: דרך הדין. ה. מהו משפט צדק?

א. פרשת נחמני כ"מקרה קשה"

הפרשה הידועה כ"פרשת נחמני" כוללת את כל המרכיבים של דרמה משפטית בעידן התקשורת המודרני. היא מעסיקה את הציבור הרחב בנושא רגיש שבדרך כלל צנעת

* פרופסור מן המניין בחוג לפילוסופיה, האוניברסיטה העברית בירושלים.

הפרט יפה לו; היא מספרת סיפור של תקוות גדולות שנופצו; כרוכים בה הישגים טכנולוגיים חדשניים המעוררים פליאה אך גם חרדה. כדרך של סדרות טלוויזיה מצליחות, פרשת נחמני שואבת את כוח המשיכה שלה משני מקורות מובהקים של דרמה: הרפואה והמשפט. הסכסוך בין בני הזוג נחמני העסיק את מערכת המשפט במשך שנים ארוכות, נדון פעם אחת בפני בית-משפט מחוזי ופעמיים בפני בית-המשפט העליון (בהרכבים נרחבים במיוחד), בפני בג"ץ ובוועדה ציבורית שמונתה בעקבות הדיון בבג"ץ, שהמלצותיה הובילו לחקיקה מהפכנית בנושא ההפריות החוץ-גופיות והפונדקאות. פרשת נחמני זכתה לתהודה ציבורית רבה עקב הופעותיהם של הצדדים ועורכי-דינם בכלי התקשורת, לעתים תוך פנייה ישירה לרגשות הציבור ולמצפונם. "נחמני נגד נחמני" הפך לגרסה חדשנית וחסרת תקדים של "קרמר נגד קרמר" — הסכסוך הנדוש של בני זוג בהליכי גירושין. המאבק על החזקת ילדים נתגלגל בפרשה זו למאבק נואש על גורלן של ביציות מופרות.

גם הקהילה האקדמית נטלה חלק פעיל בוויכוח הציבורי והמשפטי. בשורה של מאמרים אקדמיים נדונו באופן ביקורתי ומתוחכם טיעונים בשפע, מהם מצדדים באינטרס של האשה ומהם בזה של הגבר; חלקם טיעונים שהועלו על-ידי הצדדים ובאי-כוחם ועל-ידי השופטים (הרבים) בהנמקותיהם הכתובות. משהו מן הלהט הציבורי של הוויכוח ומן המעורבות הרגשית של השופטים השונים השתרבב גם לדיון האקדמי. הקושי בפיתרון הדילמה — שנכפתה על-ידי ההתפתחויות הטכנולוגיות המודרניות — השתקף בחלוקת הקולות הכמעט שווה בין המצדדים והמתנגדים לכל אחת מן העמדות. כך בדעת הקהל, כך בעמדות השופטים בערכאות השונות וכך בדיון הביקורתי האקדמי. דומני, שסיבה מרכזית לאופי הדרמטי של הפרשה, לחילוקי הדעות העמוקים שהיא מעוררת ולתחושת הבלבול המאפיינת חלק מהדיונים בה, נוגעת לאי-הבהירות של ההבחנה בין ההיבט המשפטי של הפרשה לבין ההיבט המוסרי שלה. הציבור הרחב, שאינו אמון על חשיבה משפטית טכנית, התקשה להפריד בין הניתוח הניטרלי של התביעות המשפטיות הסותרות של בני הזוג לבין הרגשות העזים הכרוכים בתביעות אלה: מצד אחד, חמלה כלפי האשה הנטושה והתקוממות כנגד הבעל הנוטש, או — מצד שני — הזדהות עם מי שכופים עליו אבהות וזעם על תובענותה (או נקמותה) של האשה. חלקם של רגשות אלה מעוגן בעמדות מוסריות כלליות בדבר נאמנות בנישואין, אשמת הצדדים ביצירת הקונפליקט, מעמדן של הביציות המופרות וכדומה. הספרות הביקורתית האקדמית עסקה בפרשת נחמני הן מצדה המשפטי והן מצדה המוסרי, אך בדרך כלל לא נכנסה לעובי הקורה של עצם היחס בין מוסר למשפט כפי שהוא בא לידי ביטוי בעניין זה.

השופטים, אף כי התמודדו עם הסוגיה בראש ובראשונה במישור המשפטי, בחלקם הגדול נטו לערב בהערכתם המשפטית השקפות מוסריות, לעתים קרובות באופן מוצהר שנומק בשיקולים עיוניים (שעל טבעם נעמד בהמשך). למעט השופט קדמי, שגמגע

מהתייחסות לשאלה המטה-משפטית, כל שופטי ההרכב בדיון הנוסף בבית-המשפט העליון התייחסו בפסיקתם לשאלת היחס בין דין לצדק, למתח בין השניים ולדרכים לפותרו. מבחינה זו, יש בפסק-הדין בפרשת נחמני עניין עיוני המשתרע מעבר לוויכוח המשפטי (והמוסרי) גופו.

ברשימה זו בכוונתי להתרכז בשאלת היחס בין השיקול המוסרי לשיקול המשפטי בפרשת נחמני, תוך בחינה ביקורתית של פסיקות השופטים השונים בפסק-הדין הסופי של אחד-עשר שופטי בית-המשפט העליון! דיון זה עשוי לפזר מקצת מן הערפל המשפטי ומן המצוקה המוסרית שאליה נקלעו הן השופטים והן רבים אחרים שביקשו לגבש עמדה בנושא. אין זה דיון ביקורתי בטיבם של הטיעונים השונים שהועלו לטובת ענייניו של הבעל או לטובת עניינה של האשה, אלא בחינה מטה-משפטית של האופן שבו שופטים קובעים את אסטרטגיית הדיון שלהם כבעיה מהסוג שעלה בפרשה זו, שהקושי המיוחד לה נערץ בשילוב של העדר אמות מידה משפטיות ברורות ומפורשות, מצד אחד, וקונפליקט מוסרי חריף, מצד שני.

מאחר שפרטי הפרשה זכו לתהודה רחבה וסוכמו שוב ושוב במאמרי הביקורת הקודמים, די בתזכורת קצרה של עיקרי הסיפור. בני הזוג נחמני נישאו בשנת 1984. רותי נחמני נאלצה לעבור ניתוח לכריתת רחם שכתוצאה ממנו לא יכלה לשאת הריון, אף כי עדיין יכולה הייתה לייצר ביציות. בעקבות הניתוח החליטו בני הזוג להיזקק להפרייה חוץ-גופית, בה הופרו הביציות של האשה בזרעו של בעלה ולאחר מכן הוקפאו ואוחסנו מתוך כוונה להשתילן מאוחר יותר באם פונדקאית. בינתיים עזב דני נחמני את הבית וקשר קשר עם אשה אחרת, ממנה נולדו לו שני ילדים. רותי נחמני ביקשה לקבל את הביציות המופרות כדי לשולחן להשתלה באם פונדקאית בארצות-הברית, אך בית-החולים סירב למוסרן בלא הסכמה מפורשת של דני נחמני – הסכמה שלא ניתנה. בשלב זה של ההתרחשויות רותי נחמני כבר לא יכולה הייתה לייצר ביציות, כלומר: בשלב זה כבר נמנע ממנה לעבור תהליך נוסף של הפרייה חוץ-גופית (בזרעו של גבר אחר). לפיכך פנתה רותי נחמני לבית-המשפט המחוזי בחיפה, שפסק כי היא זכאית לקבל את הביציות גם ללא הסכמתו של דני נחמני. האחרון ערער על החלטה זו, ובית-המשפט העליון הפך ברוב קולות את החלטתו של בית-המשפט המחוזי וקיבל את עמדת המערער². או אז הגישה רותי נחמני בקשה לדיון נוסף, ונשיא בית-המשפט העליון נעתר לבקשתה והורה על דיון נוסף בהרכב של אחד-עשר שופטים. היחה זו החלטה תקדימית, שכן לראשונה השתמש הנשיא בסמכותו לצוות על דיון נוסף בהרכב מורחב כאשר הדיון הראשון

1 דניא 2401/95 רותי נחמני נ' דניאל נחמני, פ"ד (4) 661. מראי המקום בסוגריים בגוף הטקסט מתייחסים למספר הסעיף בחוות-הדעת האינדיבידואליות של השופטים השונים.

2 ע"א 5587/93 דניאל נחמני נ' רותי נחמני, פ"ד מט(1) 485.

בבית-המשפט העליון התקיים בעצמו בהרכב מורחב (של חמישה שופטים)³. בפסק-דין סופי שניתן בספטמבר 1996 הוחלט ברוב של שבעה שופטים כנגד ארבעה כי דותי נחמני רשאית לקבל את החומר הגנטי המשותף גם ללא הסכמתו של דני נחמני ולמוסרו להשתלה בפונדקאית.

יש להעיר, כי המשימה לחאר באופן ניטרלי את פרטי הפרשה אינה תמימה כלל. אף כי בכל פרשה משפטית חלוקים הצדדים בדרך כלל על אופן התיאור ההולם של העניין הנדון, במקרים רבים ישנן קונבנציות נורמטיביות (המעוגנות בלשון החוק עצמה) הקובעות את הטווח הסביר של אפשרויות התיאור של המקרה. מבחינות רבות פרשת נחמני היא חסרת תקדים, ועל כן טווח התיאורים הלגיטימיים של הפרשה הוא כשלעצמו נרחב. כך, למשל, רותי נחמני ותומכיה התייחסו אל נשוא הסכסוך כאל "ילדים", או לפחות כאל "עוברים", ואילו דני נחמני והמצדדים בעמדתו דיברו על אותו חומר ממש כעל "ביציות מופרות" או כעל "חומר גנטי". דני נחמני, באי-כוונו ורבים מהשופטים הרחיבו את הדיבור על היענות לדרישתה של רותי נחמני כעל "כפיית הורות" ועל ההשלכות הכרוכות בכך. אולם, מנקודת מבטה שלה, התיאור הנכון של היענות לדרישתה הוא "כפיית המשך הורות", שכן בשלב שבו נתהווה הסכסוך דני נחמני כבר היה הורה. לפי גישה זו, הורות נכפית על גבר ("אב בעל כורחו") רק כאשר הוא נופל קורבן להונאה של אשה או לגניבת זרעו. במפורש, ולעתים במובלע, חלוקים השופטים על אופן התיאור הנכון לכמיהתה של רותי נחמני: האם היא שואפת להיות אם בעלמא, או שמא שאיפתה היא להיות דווקא אם לילדי של דני? אלה הן רק דוגמאות אקראיות לחוסר התחלת הטמון בכל ניסיון לגבש עמדה אודות פרשת נחמני על סמך פרשנויות סמנטיות של ביטויים, שהשימוש בהם בהקשר החדש שלפנינו אינו מיוסד על מוסכמות לשוניות או משפטיות מוצקות.

קריאת פסק-הדין הסופי בפרשת נחמני מגלה שכמעט כל השופטים מתייחסים, כל אחד בדרכו, לשאלת היחס בין משפט למוסר. כשלעצמה, זוהי, כמובן, תופעה הדורשת הסבר: אין ספק שהיא משקפת בראש ובראשונה את המבוכה וההיסוס שחש כל אחד מהשופטים ביחס לפיתרון הראוי לסכסוך. בהעדר נורמה משפטית ברורה (בחוק החרות או בתקדים) נאלץ השופט לגזור את הפיתרון הראוי בדרך עקיפה מתוך כלל מערכת הנורמות המשפטיות או, לחילופין, להיזקק למערכת נורמטיבית חוץ-משפטית — קרי: הצדק המוסרי — כמקור להכרעתו. השופטים חשים מתח בין השיקול המשפטי לשיקול המוסרי, כאשר לא תמיד ברור אם וכיצד חוש הצדק המוסרי צריך להגביל ולכוון את

3 השאלה אם לא חרג הנשיא שמגר מן החוק בהתירו דיון נוסף במקרה זה עמדה לבחינה בבג"ץ שהגיש דני נחמני. בהסכמת הצדדים הוחלט למחוק את העתירה ולשמר את זכותו של העותר להעלות את טענת החריגה מסמכות כטענה מקדמית בדיון בהרכב המורחב. עניין זה הוכרע בדעתו של הנשיא שמגר בבש"א 1481/96 רותי נחמני נ' דני נחמני, פ"ד מט(5) 598.

הפיתרון המשפטי. כך, בחלק מפסיקותיהם של השופטים — כמו גם במאמרי הביקורת האקדמיים — מתערפל הגבול בין הדין המשפטי לצדק המוסרי. ייתכן כי טשטוש התחומים נובע מתוך עמדה עקרונית לפיה ראוי למשפט לכוון את עצמו במקרה זה על-פי שיקולים מוסריים, וייתכן כי הוא נובע מהטלת ספק בחשיבות ההבחנה בין השניים. בפסק-הדין הסופי בפרשת נחמני ניתן להבחין בשלוש גישות בסיסיות לשאלת היחס בין השיקול המוסרי לשיקול המשפטי: גישה הכופרת בקיומו של פיתרון משפטי כלשהו ועל כן פונה לשיקול מוסרי חיצוני למערכת המשפטית; גישה הרואה במקרה שלפנינו "מקרה קשה" שאינו ניתן לפיתרון באמצעות הפעלה ישירה של חוק חרות או תקדים, ועל כן סבורה שיש לדון בו לאור עקרונות של יושר; וגישה הסבורה שבסיכומם של דברים המערכת אכן מעניקה כלים משפטיים מספיקים לפיתרון הסוגיה. אין ספק שיש מידה מסוימת של מלאכותיות במיון משולש זה, וכי תועלתו היא בעיקרה אנליטית ודידקטית. הסוגיה הכללית של היחס בין משפט למוסר אינה עומדת כאן לדיון עיוני כללי. אכן, ישנן דעות בתורת המשפט הקוראות תיגר על עצם ההבחנה בין הנמקה משפטית ("טכנית") להנמקה מוסרית, ואף רואות במונח ה"צדק" חלק מההנמקה המשפטית "הטהורה". ואולם, עיון בפסיקות השופטים בפסק-הדין הסופי בפרשת נחמני מעיד כי השופטים עצמם חשו במתח שבין שני סוגי השיקולים, והתמודדו איש איש בדרכו עם האופן שבו יש לפותרו — וזאת במסגרת אחת משלוש האסטרטגיות שהוזכרו לעיל.

ב. הגישה הראשונה: דרך הצדק

נקודת פתיחה המשקפת את הגישה הראשונה היא עמדתו מרחיקת הלכת של השופט גולדברג. בסיכום ביניים של פסיקתו (סעיף 10) קבע השופט גולדברג: "לפנינו חלל נורמטיבי. בפנייה לעקרונות היסוד של השיטה לא ניתן למצוא לו פיתרון". בסעיף הבא הסיק השופט את המסקנה כי במצב זה על בית-המשפט ליצור "נורמה המושתתת על העקרונות הכלליים של השיטה" (סעיף 11). אך מהי טיבה של יצירה זו ולאור מה ניתן להצדיקה?

דוק: אין מדובר בהשלמת חסר (לקונה) בנורמה חקיקתית קיימת המחייבת הפעלתו של חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980, שכן, לדעתי, אין בנמצא הסדר חקיקתי כלשהו שבידינו להיאחז בו לפיתרון הסכסוך, וממילא אין מדובר בהסדר שאינו שלם המצדיק מילוי על-ידי בית-המשפט. ענייננו בצורך ליצור יש מאין, בהשלמת חסר לבר-חקיקתי על ידי בריאת נורמה שהורתה אינה בנורמה חסרה אלא ב"אלם חקיקתי" טוטאלי (סעיף 11).

שתי שאלות מרכזיות עולות מאפיון זה של שתיקתו המוחלטת של החוק בעניין הסכסוך בין בני הזוג נחמני. ראשית, אם אכן אין מדובר אפילו בלקונה — ב"הסדר שאינו שלם" — ואין סיכוי למצוא עזר בהסדר חקיקתי קיים כלשהו, ייתכן שהשאלה המוצגת לפתחו של בית-המשפט אינה "שפיטה" ודינה להידחות ככזו מלכתחילה. לבית-המשפט כלים רבי עוצמה ורחבי טווח לפתור סכסוכים, אך הם מוגבלים לשיטה המשפטית במובן הרחב של המלה. אם אפילו העקרונות הכלליים של השיטה נאלמים דום נוכח מקרה מסוים, אות הוא שמקרה זה אינו שפיט. שנית, אם בכל זאת שואף בית-המשפט לומר את דברו בעניין המובא בפניו, כיצד הוא יוצר "יש מאין"? על איזה בסיס הוא בורא נורמה באופן חוץ-משפטי (או "לבר-חקיקתי")?

מאחר שהשופט גולדברג, כמו גם שאר חבריו להרכב, אינו סבור שבית-המשפט צריך להימנע לחלוטין מעיסוק בעניין, השיב השופט בהמשך דבריו רק על התמיהה השנייה. בהעדר כלים "קונבנציונליים" לפיתרון, הפיתרון צריך להימצא בפנייה ל"ערך בסיסי החולש על שיטתנו. ערך-יסוד הולם הוא הצדק" (סעיף 12). אך מה טיבו של צדק זה? באיזו מערכת נורמטיבית יש לחפשו? האם הוא ערך מוסרי, חוץ-משפטי, שאינו חלק מהשיטה המשפטית למרות היותו "חולש" עליה, או שמא — כפי שמתברר בהמשך פסיקתו של השופט גולדברג — זהו עיקרון ההופך לעתים קרובות ל"נורמה משפטית ספציפית" (סעיף 12), או לגורם האוצל על כל שיקול דעת שיפוטי? (סעיף 13).

למרות שהשופט גולדברג תיאר את משימתו בעניין נחמני כיצירת יש מאין, הוא ציין בהמשך פסיקתו ש"אין בכוחה של שאיפה זו [לפיתרון צודק] ליצור יש מאין" (סעיף 13). לקורא הנבוך לא ברור האם בסופו של דבר יכול הצדק לשמש בסיס לפיתרון מקרה נחמני. השופט גולדברג ציטט את הנשיא ברק באומרו ש"המשפט והצדק, שדרכיהם גפרדות לעיתים קרובות, נפגשים בצומת של שיקול הדעת השיפוטי" (סעיף 13), ואולם מה טבעו של צדק זה? לדעת השופט גולדברג הפיתרון הצודק אינו "פרשנות של ערך זה בחקיקה מסוימת, אלא ערך הנושא את עצמו" (סעיף 14). מן ההקשר של המשך הדברים דומה שכוונתו היא אכן לתחושת צדק של השופט שאינה מאולצת על ידי נורמות משפטיות, שהרי הללו לדעתו "אילמות" לחלוטין, כלומר: אינן רלבנטיות מכל וכל לעניין הנדון.

ואכן, כאשר ניגש השופט גולדברג לערוך את מאזן הצדק "כערך הנושא את עצמו", מתברר שהשיקול המוסרי המנחה אותו הוא תועלתני במובהק, פיתרון של "הרע במיעוט" או "מאזן נוחות" (סעיף 15): האם הנוק שייגרם לרותי נחמני מאיסור השימוש בביציות עולה על הנוק שייגרם לדני נחמני עקב הפיכתו להורה בעל כורחו, או להיפך. והנה, למרות שדומה שהמבחן התועלתני של דרגת הנוק עשוי לספק פיתרון חוץ-משפטי בידי השופט הנאלץ להפעיל שיקול דעת, מובל השופט גולדברג למסקנה ש"מאזניים לשקילת עצמותיהן של פגיעות רגשיות אלה טרם נבראו" (סעיף 17). תיקו! וכך, לאחר שהקריטריון המוסרי של הצדק (התועלתני) אכזב, ולאחר דיון תיאורטי סחרחור וארוך

בשאלת אילמותו של החוק בשאלת נחמני, חזר השופט גולדברג בקטע קצרצר אך מכריע לדיון במונחים משפטיים-מסורתיים בשאלת סכירות הסתמכותה של רותי נחמני על הסכמתו הראשונית של בעלה לשעבר להליך ההפרייה. "ממידת הצדק שלא לשמוט בדיעבד את הקרקע תחת מי שרשאי היה לסמוך על מצג הזולת", קבע השופט, והסיק מכך שיש לקבל את תביעתה של רותי נחמני. והקורא נותר תמה: האם מאחורי הכרעת הצדק במונחי הסתמכות לא עומדת באופן מובלע הערכת צדק במונחי תועלת ונוק? והאם הכרעתו של השופט במקרה זה אכן היתה בגדר יצירת נורמה משפטית יש מאין? האסטרטגיה של פנייה לצדק כעיקרון שאינו פנימי לשיטת המשפט כבסיס לפיתרון דילמה מסוג זו של נחמני מסבכת את השופט גולדברג גם בשאלת האובייקטיביות של הכרעתו. מצד אחד, טען השופט גולדברג, ההכרעה המשפטית הצודקת "מבוססת על תחושת הצדק של השופט", וככזו "אינה נייטרלית" (סעיף 14). אף כי הוא הדגיש שאין פירושו של דבר שההכרעה היא שרירותית, מובלעת כתפיסתו ההנחה בדבר הסובייקטיביות של ההכרעה (המיוסדת, לדעתו, בין השאר, על תהליך מחשבתי בלתי מודע). מצד שני, הבנת הפיתרון הצודק במונחים תועלתניים של מזעור הנוק פירושה ייחוס מעמד אובייקטיבי להכרעה, שהיא תוצאה של הפעלת אמות-מידה כלליות ו"ניטרליות". ושוב: האם רשאים אנו להסיק שלדעת השופט גולדברג ההיזקקות לעיקרון הצדק מניבה פיתרון שהוא פחות אובייקטיבי מאשר הכרעה משפטית רגילה, הנשענת על פרשנות החוק הקיים?

השופט טירקל הציג עמדה קיצונית עוד יותר מזו של השופט גולדברג: מאחר שהסכסוך בין בני הזוג נחמני אינו כפוף במהותו לנורמה משפטית קיימת, ולא ניתן לדון בו במונחים של חוזה או אפילו "מעין חוזה", כל כולו שרוי "בתחום הרגשי-מוסרי-חברתי-פילוסופי" (סעיף 3). לפיכך, יש לחפש את התשובה בעולם הערכים הפנימי של כל אחד מהשופטים, "באוצר הרגשות שבתוך לבו של כל אחד מאתנו". גם בעניין המעמד האובייקטיבי של ההכרעה בעניין הנדון, חריפה עמדתו של השופט טירקל עוד יותר משל חברו השופט גולדברג: לא רק הצדק המוסרי אלא גם הדין המשפטי בפרשת נחמני הוא עניין שייקבע על-פי "שופט שופט והרוח המתנגנת בכינור התלוי מעל חלוננו", והאובייקטיביות "בעניין כעניינו ... מיתוס היא ותו לא" (סעיף 8). עד כדי כך מגעת ספקנותו של השופט טירקל, שהוא תוהה על עצם הטעם "בניסיון לשקול במאזני משפט את הערכים המתנגשים" או בכלל ללכת בדרך מדרכי המשפט! עולם המשפט הוא עולם של תוהו, ובו נאלץ השופט להיזקק לנורמה חיצונית, לבר-משפטית (סעיף 10), שגם היא אינה אובייקטיבית אלא נשענת על אינטואיציה. בסופו של דבר הודה השופט טירקל ש"הדברים הולכים אחרי הלב ולבי שלי הולך אותי למסקנה שאליה הגעתי" (סעיף 13), הכרעה לטובת רותי נחמני, הנובעת, כדברי השופט, "ממעמקי הלב".

ניסוח פחות מחויב לגישה הראשונה נמצא בפסק־דינו של השופט טל, פסק־הדין המוביל של דעת הרוב בהרכב. השופט טל עסק ב"שתיקת המחוקק" ובקיומו של חסר בדין, וציטט את J.C. Gray, הטוען שבמקרים של חסר קיצוני במערכת המשפטית, על השופט להחליט בעצמו מה ראוי שיהיה החוק, וזאת על סמך עקרונות מוסריים. ואולם, בהמשך, אמץ השופט טל את הרעיון של הנשיא ברק בדבר "פיתוח המשפט" ועשה זאת לאור האינטרסים המתנגשים של הצדדים, ציפיותיהם הלגיטימיות ושיקולי מדיניות משפטית ראויה. במלאכת פיתוח זו שילב השופט טל שיקולים משפטיים מובהקים (כגון אנלוגיות לתחומים קרובים שלהם מספקת המערכת המשפטית פיתרון או טענות מסוג ההשתק) יחד עם שיקולים מוסריים (השוואת נטלים, הסיכוי האחרון להורות וכדומה). בנקודה זו התקרב השופט טל לגישה השלישית, הכופפת את סמכותו של השופט בפיתוח המשפט לעקרונות כלליים של השיטה המשפטית, ואינה מתירה לו ליצור יש מאין את הדין הראוי מתוך שיקול דעתו המוסרי.

ג. הגישה השנייה: דרך היושר או הזכות

הגישה השנייה לסוגיית היחס בין חוק למוסר בעניין שלפנינו, זו המגייסת את רעיון היושר (equity), זוכה לביטוי מפורש בפסק־דינו של השופט כך אף כי לא במינוח מסורתי זה. לדידו, מקרה נחמני דורש "מציאת פיתרון צודק, כאשר אין חיקוק בנמצא המכתיב פתרון מפורש" (סעיף 4). בניגוד לעמדת השופטים גולדברג וטירקל, השופט כך אינו סבור שהקושי נובע מלקונה או מאלם גמור של החוק, אלא מהפער בין "יישום הוראות החוק על העובדות הספציפיות של מקרה מסוים לתוצאה הנותנת סיפוק לרגשות הצדק". בכך הצטרף השופט כך למסורת עיונית ארוכה בתורת המשפט, הרואה ביושר סוג מיוחד של צדק מתקן, קרי: התאמה של עקרונות כלליים למקרה פרטי, התאמה הנדרשת בגין אייכולתו העקרונית של המחוקק לצפות את כל המקרים העשויים להיות נדונים תחת חוק מסוים⁴.

חשוב להדגיש את ההבדל בין הגישה הראשונה לבין הגישה השנייה. בשני המקרים מדובר בצורך לגייס שיקול דעת מוסרי לשם הכרעה בעלת אופי (ותוקף) משפטי. אולם במקרה הראשון השיקול המוסרי הוא חיצוני, כלומר: בלתי תלוי בנורמות המשפטיות ובא כתחליף להן (או להעדרן), ואילו במקרה השני מוגדרות הנורמות המשפטיות הרלבנטיות להכרעה והשיקול המוסרי מצטמצם להכוונת הפירוש הנכון או היישום ההולם ("יישר") של נורמות אלה. הצידוק להפעלת שיקולי יושר מתבסס, בסופו של דבר,

4 אריסטו אתיקה ניקומאכית (תשל"ו) חלק ה.

על ההנחה שזהו הפיתרון הנכון מבחינת "כוונת המחוקק" (בין שמדובר בכוונותיו הסובייקטיביות של המחוקק ובין שמדובר ברוח החוק או באופי השלם והקוהרנטי של השיטה במובן מופשט ואימפרסונלי). בניגוד לגישה הראשונה, על-פי הגישה השנייה אין השופט הדין על-פי עקרונות היושר מפעיל את חוש הצדק שלו באופן בלתי תלוי במערכת הנורמות המשפטיות, אלא שואל את עצמו באופן היפותטי מה היה המחוקק אומר אילו נתקל במקרה ספציפי כמקרה הנדון. זו חשיבה משפטית במובהק, אף כי במהלכה נזקק השופט לתיווכו של שיקול דעת מוסרי כאמצעי לפירוש הולם או לשחזור של הנורמות המשפטיות.

ואכן, השופט בך היה ער לחשיבות של עיגון מושג זה של צדק (היינו: יושר) במונחים משפטיים. הוא הביא כדוגמאות מקרים שבהם נוסח החוק עצמו מאזכר מושג זה של צדק: אי-אכיפה של חוזה כאשר היא בלתי צודקת בנסיבות העניין או אי-פינוי דייר על-פי חוק הגנת הדייר [נוסח משולב], תשל"ב-1972 (ס"ח 176) כאשר בית-המשפט משתכנע שבנסיבות העניין לא יהיה זה צודק לתת צו פינוי אף אם קיימת לו עילה. ואכן, אף כי השופט בך הביא טיעונים רבים בעלי אופי מוסרי כללי, הרי עיקר הדיון שלו הוא בשאלת ההסכמה של בני הזוג, בשאלת הפגיעה בחירות של דני נחמני ובשאלת "טענת ההשתק" (estoppel). "יתירה מזו: מבלי להכריז על כך במפורש, דומה שהשופט בך פירש את תקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית), תשמ"ז-1987 (ק"ת 978) בעניין הצורך לקבל הסכמה של הבעל להשתלת הביציות (גם לאחר שנתן את הסכמתו להפריה החוץ-גופית) ובעניין המשך הקפאת הביציות לאחר חמש שנים לאור השיקול המוסרי של המצב המיוחד שאליו נקלעה רותי נחמני (ושללא ספק לא נחזה על-ידי מתקין התקנות). זהו מהלך מובהק של הפעלת עיקרון היושר: בהבחינו בין המניע של דני נחמני להתנגד להשתלת הביציות לבין המניע האפשרי של גבר כלשהו להתנגד להשתלת ביציות בגופה של פונדקאית חולה או בלתי אמינה, הדגים השופט בך (לפחות באופן מובלע) את הניסיון לפרש באופן רחב (החורג מההבנה המילולית) את החוק, וזאת כדי למנוע תוצאה המנוגדת לחוש הצדק.

תוך שהיא חולקת על פסק-דינה של השופטת שטרסברג-כהן, התמודדה השופטת דורנר עם הרעיון של הפרדת השיקול המוסרי מן השיקול המשפטי. שיקול הצדק (המוסר) מבוסס על השוואה בין הנזק שייגרם לרותי נחמני ממניעת הורות לבין הנזק שייגרם לדני מכפיית הורות, והשופטת דורנר מסכימה עם חברתה שבמקרה זה נוטה כף הצדק לטובת רותי נחמני. יתירה מזו: היא מסכימה עם קביעתה של השופטת שטרסברג-כהן ששיקול זה מחייב את העמדת "המקרה הפרטני" (קרי: מקרה נחמני) לנגד עיני השופט (סעיף 3). אלא, שבניגוד לשופטת שטרסברג-כהן, השופטת דורנר לא מצאה בכך כל רע. אומנם היא מודה שלא כל חובה מוסרית היא חובה שבדין, "ואולם על הדין להביא לתוצאה צודקת" וזו לעתים דורשת להתחשב במקרה הפרטי. מונח זה של צדק

הוא בדיוק מונח היושר, והשופט דורנר, בעקבות אריסטו (וחיים כהן) מדגישה שלעתים יש להתאים ולשנות את הדין כך שתושג תוצאה צודקת (סעיף 5). במלים אחרות: השופט דורנר אינה מחפשת את הפיתרון המשפטי במקור לבר-משפטי אלא ביישום גמיש יותר של כללי המשפט, "תוך התחשבות בנסיבות כל מקרה ספציפי". דיני ההשתק במשפט האנגלי והעיקרון של "לפנים משורת הדין" מובאים על-ידי השופט דורנר כדוגמאות לדיני היושר. לדידה, במקרה נחמני מצווים דיני היושר על השופט לאזן בין זכויות הצדדים השונים לא "ברמה מופשטת של זכויות, [דבר] העלול להביא לתוצאות לא צודקות, אלא לאזן בין הזכויות של הצדדים המסוימים" (סעיף 9). השופט דורנר אף הדגישה, באופן המבחין היטב בין גישתה לגישה הראשונה על-פי המיון שהצענו, שאיזון זה אינו נעשה אד-הוק אלא "על סמך כללים [הייתי מוסיף — משפטיים, ד' ה'] המיושמים על הנסיבות המיוחדות של כל מקרה".

ביטוי שונה לגישה השנייה — היא עמדת הביניים בדבר היחס בין מוסר למשפט בפרשת נחמני — נמצא בפסק-דינו של השופט מצא. כחבריו להרכב, השופטים גולדברג וטירקל, סבר שאין בנמצא נורמה משפטית מיוסדת בסכסוך בעל אופי חדשני זה וכי על השופט לעצב בעצמו נורמה על פיה יכריע. יתירה מזו: עיצוב הנורמה החדשה אינו יכול להתבסס על נורמות קיימות (בדרך ההרחבה או האנלוגיה), ומבחינה זו חייב השופט לפנות לתחום החוץ-משפטי. אולם, בניגוד לחסידי העמדה הראשונה, הנשענים על חוש הצדק הסובייקטיבי של השופט או על הערכה מוסרית של המשקל היחסי של הערכים המתנגשים, הציע השופט מצא להכריע על-פי הכוח היחסי של תביעות הזכות של שני הצדדים — והיא דרך של "עיון נורמטיבי" בעל מעמד אובייקטיבי (סעיף 21). בדיון עיוני ארוך פיתח השופט מצא את ההבחנה בין זכות כללית לזכות ספציפית ובין סוגים שונים של הגבלות זכות, והגיע למסקנה שהגבלת הזכות שמבקש דני נחמני להטיל על אשתו לשעבר היא "מעין-כללית", ואילו הגבלת הזכות שמבקשת רותי נחמני להטיל על בעלה לשעבר היא "ספציפית". במלים אחרות: עבור רותי נחמני, איסור השתלת הביציות אין משמעו רק מניעת יכולתה להיות לאם לילדים הפוטנציאליים המסוימים של בעלה לשעבר (המגולמים בביציות המופרות), אלא גם אי יכולת כללית לממש את רצונה להיות לאם. לעומת זאת, עבור דני נחמני היתר ההשתלה פירושו רק כפיית הורות על ילדים פוטנציאליים אלה (מרותי נחמני) ולא כפיית הורות בכלל (סעיף 18). נוכח אי-הסימטריה החליט השופט מצא להיענות לדרישתה של רותי נחמני.

אכן, בניגוד לעמדתו של השופט בך, אין השופט מצא מגלה נורמות משפטיות העשויות להיות ישימות למקרה נחמני, אך אין הוא פונה — כחסידי הגישה הראשונה — לחוש צדק מוסרי או לאיזון ערכי גרידא. השופט מצא רואה יתרון מפורש באפשרות להכריע בסכסוך ללא היזקקות לקריטריונים מוסריים כגון "אשמה". בפנותו לתורת הזכויות (בניגוד ל"תחושת הצדק") ביקש השופט מצא לגזור את הכרעתו ממונהי-על של המערכת המשפטית, מאי-סימטריה פורמלית (ולא משיפוט ערכי תוכני). במובן זה,

ניתן לומר שהפיתרון שהציע השופט מצא הוא פיתרון בעל אופי משפטי, למרות העדרה של "נורמה מוכרת שניתן להיבנות ממנה, אף תוך התחשבות בשינויים המחויבים". במקביל ל"דרך היושר" של השופט בך, גישת השופט מצא היא גישת ביניים בין הפעלה ישירה של הערכה מוסרית ("דרך הצדק") לבין הכרעה על-פי פרשנות ישירה של החוק הקיים ("דרך הדין").

ד. הגישה השלישית: דרך הדין

למרות הודאתם בקושי של המקרה סבורים לפחות ארבעה שופטים שהמערכת המשפטית מעניקה מתוכה כלים מספיקים כדי לדון ולהכריע בעניין נחמני. השופטים שטרסברג-כהן, אור, זמיר וברק הביעו, איש-איש בדרכו, הבנה למצוקותיהם האמיתיות של בני הזוג, אך היו נחרצים בדעתם שלא להסיק מכך שעל השופט לפנות לעקרונות הכרעה חוץ-משפטיים. השופט אור לא סבר ש"בית-המשפט ניצב מול חלל נורמטיבי וכי עליו ליצור דין יש מאין כדי לפתור את המחלוקת בין שני הצדדים" (סעיף 2). השופט אור הבחין באופן ברור בין השאלה התועלתית ("נזקו של מי גדול יותר") לבין השאלה המשפטית ("האם קמה לרותי עילת תביעה משפטית נגד דני"), וקבע שיש להקדים את השאלה המשפטית לכל שאלה אחרת. על רקע המחויבות הגדולה לרעיון הצדק של רוב השופטים – שפסקו על-פי שתי הגישות הראשונות שנדונו לעיל – נראית קביעתו של השופט אור נועזת: הדין קודם לצדק (המוסרי-תועלת), ולכן ההכרעה צריכה ליפול באופן שאינו תלוי בשיקולי צדק (העומדים, למשל, על השוואת נזקים).

בסוף פסק-דינו הוסיף השופט אור שמקרה קשה כמקרה נחמני מעמיד בפני בית-המשפט פיתוי להכריע על-פי השקפות מוסריות אלה או אחרות (כדי למנוע עוול) – ומייד חזר והכריז כי על בית-המשפט לעמוד בפיתוי ולהסתפק בפיתרון המשפטי. בניגוד לגישה הראשונה, השופט אור אינו סבור שהמערכת המשפטית לוקה באלם בעניין שלפנינו; ובניגוד לגישה השנייה, השופט אור מאמין ש"הדרך הנכונה להתמודד עם בעיה כזו איננה ליצור דין מיוחד אשר נועד לפתור את מצוקותיו הפרטיקולריות של בעל דין פלוני, גם אם הן כנות ואמיתיות" (סעיף 13).

בהתאם לגישתו זו ביסס השופט אור את כל פסק-דינו על ניתוח מושג ההסכמה, תשתיתה ותכליתה, אומד דעתם של בני הזוג כאנשים סבירים, והתנאים המשפטיים הקיימים להם היו הצדדים מודעים מלכתחילה כבסיס לקביעת אומד דעת זה. כנתונים רלבנטיים לניתוח זה הביא השופט אור את תקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית), תשמ"ז-1987, את דרישותיהן הסטנדרטיות של סוכנויות תיווך לפונדקאות, את חוק

הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ו-1996 (ס"ח 176), את המלצות הוועדה להפריות חוץ-גופיות ופונדקאות וכן חוקים רלבנטיים ממדינות אחרות. זהו חומר עשיר, המכוון להכרעה משפטית שאינה נזקקת להשלמה על-ידי דיון מוסרי.

השופט שטרסברג-כהן, שכתבה את חוות-הדעת המובילה בפסק-דין זה (אף כי בסופו של דבר ביטאה את עמדת המיעוט), אף היא קבעה כי למרות שמקרה נחמני אינו מוסדר על-ידי חוק מסוים, הרי לשם קביעת הנורמה המשפטית הראויה "אין אנו מצויים בחלל ריק" (סעיף 3). יתירה מזו: לדידה של השופטת שטרסברג-כהן, האלמנטים הרגשיים (צורה ותכולה של רותי נחמני) אינם יכולים להוליך לתרופה משפטית לבעיה, תרופה העשויה להימצא אך ורק בניתוח הזכויות והחובות של בני הזוג, כפי שהן מעוגנות בשיטה המשפטית (סעיף 4). ניתוח זה נשען על ההסכמה של בני הזוג, שלמרות היווצרותה בתחום האישי-אינטימי של יחסיהם היא עשויה להיחשב כ"חווה רופף" (סעיף 15), כלומר: להישפט במונחים משפטיים. וכך, ניתוח מושגי ההסכמה, המצג, ההסתמכות וההשתק הוא הרלבנטי לדיון ולא העובדה (למשל) שדני נחמני הוא ה"אשם" במצב החדש שנוצר (בכך שעזב את הבית לטובת אשה אחרת).

בדברה על גבול "האכיפה המשפטית" (בתחום חיי האישות ותכנון המשפחה) קבעה השופטת שטרסברג-כהן — לפחות במובלע — שהתנהגותם של בני זוג במקרים כגון הפרת הבטחה הם מושא לשיפוט מוסרי, אך יש טעמים טובים להימנע מאכיפתם המשפטית (סעיף 22). הדין וזכויות היסוד של הפרט אינם מתירים אכיפה של ערכים הקשורים ביחסי אמן והתחשבות, "תקוות נכזבות וחלומות מתנפצים". ושוב נותר הקורא חמק: האם לדעת השופטת הטעם לאי-אכיפתם המשפטית של שיקולי מוסר וצדק טמון ביחסיותם ובתוקפם הסובייקטיבי, או שמא בעיקרון של "חלוקת עבודה" בין שני סוגים של שיקולים שהם אובייקטיביים באותה מידה — כלומר: באותם טעמים ידועים מן הוויכוח על אכיפת מוסר באמצעות החוק, הנוגעים לחוסר התחלת של אכיפה זו או לסכנות הנלוות לה מבחינת כוחו של השלטון. בדיון ארוך (סעיפים 28-33) תוך הסתמכות על ציטוטים מספרו של השופט חיים כהן, מדגישה השופטת שטרסברג-כהן את האופי הסובייקטיבי של "הצדק" ואת התבססותו על "חוש צדק" השונה מאדם לאדם, ועל אחת כמה וכמה במקרה של הצדדים לסכסוך הנדון (הצדק של רותי נחמני הוא אי-הצדק של דני נחמני, ולהיפך)⁵. לדעתה, תכונות אלה של רלטיביזם חברתי וערפול מושגי הופכות את הצדק לבלתי-ישים בהכרעה משפטית. אולם, גם השופטת שטרסברג-כהן מודה בהמשך דבריה שהפיתרון שהיא מציעה למקרה נחמני הוא פיתרון

5 דומני שטועה השופטת שטרסברג-כהן בהבנת עמדתו של רונלד דוורקין, אותו היא מצטטת כאסמכתה לעמדתה הרלטיביסטית-ספקנית ביחס למושג הצדק. בקטע המצוטט (סעיף 28), כמו גם בשאר כתביו, דוורקין מחזיק בעמדה ההפוכה. צדק הוא עניין אובייקטיבי שיש להתאמץ ולהגדירו כנגד כל הנטיות לראותו כעניין של מוסכמה גרידא.

צודק – אלא, שלדעתה יש להבחין בין צדק משפטי, הנאמן ל"נורמות הבסיסיות, לעקרונות היסוד של השיטה, לזכויות היסוד של האדם, לחירויות הפרט ולשוויון בהפעלת ובמימוש זכויות אלה ויישום הדין במובנו הרחב", לבין צדק מוסרי (אותו מכנה השופטת "צדק מופשט"), המבוסס על "תחושות בטן" או "תחושות סובייקטיביות". ההבחנה החדה שהיא עורכת בין צדק מופשט לצדק משפטי מבליטה את השתייכותה של השופטת שטרסברג-כהן לנוקטים את הגישה השלישית.

בסוף פסק-דינה ציינה השופטת שטרסברג-כהן כי לדני נחמני יש טעמים טובים "להסכים לאפשר לרותי לנסות ולהגשים את משאת נפשה", אך אין איש יכול וצריך להסכים במקומו "ואין לכוף עליו הסכמה באמצעות צו שיפוטי שיבוא במקום הסכמתו" (סעיף 33). בכך דומה שהיא השלימה עם גרסה כלשהי של התיזה בדבר האובייקטיביות של השיקול המוסרי, למרות היותו בלתי רלבנטי להכרעת הדין. בכל מקרה, הבלבול בין שני הנימוקים החלופיים הללו להפרדת הדין מן הצדק מאפיינים את רוב חוות-הדעת של שופטי ההרכב בפרשת נחמני.

השופט זמיר הציג גרסה ממותנת יותר של הגישה השלישית. הוא לא הסתפק בהכרזה כללית על קדימות הדין לצדק, אלא פתח את פסק-דינו בהכרזה על שוויון או סימטריה של שני ערכים אלה: "אוי לשופט אם עשה דין ללא צדק, ואוי לו אם עשה צדק ללא דין" (סעיף 1). בדרך כלל הולכים הדין והצדק יד ביד, אך כאשר תוצאת הדין אינה צודקת עשוי השופט "להטות את הדין לצד הצדק" (על-פי המיון המוצע במאמר זה, זוהי דרך היושר). אולם, כפי שמצאנו בדיון על דרך היושר, יש להטיית דין זו אילווצים הנובעים מן הדין עצמו, כלומר: מגבלות על טווח הפרשנויות הסבירות לחוק ולעקרונות המשפטיים. במלים אחרות: דרך היושר אינה ניתנת לצמצום לגישה הראשונה, המכריעה בסכסוך על-פי שיקולי צדק חוץ-משפטיים (מוסריים טהורים).

השופט זמיר ציין, אומנם, כי קיימים מקרים שבהם אין השופט מצליח ליישב את הדין והצדק "המתרוצצים בקרב", גם לא על-ידי הפעלת עקרונות יושר. במקרים אלה על השופט ללכת תמיד בדרך הדין, שכן זו המחויבות הבסיסית שלו (שמירת אמונים לחוקי המדינה). הפיתוי ללכת בדרך הצדק (המוסר) נתפסת על-ידי השופט זמיר כ"יצר" או כ"רגש". עניינים שראוי להם להיות מוכרעים על-ידי "ערכים שמחוץ למשפט" מוטב להם שלא יגיעו לבית-המשפט כלל. במלים אחרות: השופט זמיר, בניגוד לרוב חבריו להרכב ההולכים בדרך הצדק (הגישה הראשונה), מחזיק בעיקרון מטה-משפטי של חלוקת עבודה בין עניינים מוסריים לעניינים משפטיים, ובהתאם לכך מעניק למונח הצדק פירוש חוץ-משפטי מובהק.

אולם פרשת נחמני כופה את עצמה על בית-המשפט. זמיר סבור שיש בידי בית-המשפט לדחות את העניין כבלתי-שפטי, בהיותו עניין אינטימי בין בני זוג (כמו, למשל, החלטה להביא ילדים לעולם בדרך טבעית), עניין שאינו כפוף לכל נורמה משפטית.

אולם מקרה נחמני גלגל את עצמו לפתחו של בית-המשפט העליון (לאחר שבית-משפט בערכאה נמוכה קיבל על עצמו לדון ולהכריע בעניין). מרגע שבית-המשפט קיבל על עצמו לדון בערעור, עליו לדון במקרה בכפוף לנומרות משפטיות. בית-המשפט אינו יכול ליטול על עצמו לדון בעניין (כלומר: לקבלו כעניין "שפיט") ובה בעת לדחות את האפשרות להכריע בו על-פי עקרונות משפטיים, ולהזקק ("בדלית ברירה" כביכול) לעקרונות צדק (סעיף 3).

בהמשך הדברים אכן ציין השופט זמיר שבאופן עקרוני חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980 (ס"ח 163) מעניק לשופט סמכות להכריע בסוגיות שפיטות על-פי עקרונות הצדק. עם זאת הדגיש השופט זמיר את ההגבלה שמטיל החוק על פנייה לדרך זו (דרך הצדק) למקרים שבהם לא נמצאה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש (כלומר: דרכים של התאמה ופיתוח של המשפט הקיים). אולם, השופט זמיר נחוש בדעתו כי אין זה המצב במקרה נחמני וכי במאמץ מסוים ניתן להכריע בסכסוך בדרך משפטית ברורה. בניגוד להסכמות אינטימיות בין בני זוג שכדרך כלל אינן כפופות לנומרות משפטיות, בעניין נחמני ניתן למצוא חומר גלם משפטי מובהק בדמות תקנות, הסכם המבוסס על הכרת התקנות והדרישות המוסדיות, טענות הסתמכות והשתק, וכן זכויות וחובות למיניהן.

כפועל יוצא מתפיסתו המטה-משפטית הברורה פיתח השופט זמיר את הנימוקים שבפסק-דינו עד שהגיע להכרעה לטובת דני נחמני במונחים משפטיים טהורים. לדעתו, לא זו בלבד שהשאלה המכרעת היא האם בהסכמתו להפריה הסכים דני נחמני (מראש, במובלע, באופן מחייב) להשתלה של הביציות במועד מאוחר יותר, אלא יש לדון בשאלת ההסכמה במונחים של תקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית), תשמ"ז-1987 שהנחו את ההליך כולו ולא על-פי הנחות פסיכולוגיות בדבר כוונותיו ההיפותטיות של דני נחמני. לפיכך, השאלה האם דני נחמני היה מסכים להפריה גם לו חזה את אפשרות הפרידה מאשתו לשעבר אינה רלבנטית, ולעומת זאת הדרישה המפורשת של התקנות שהתקין משרד הבריאות להסכמה נפרדת של הבעל להשתלה היא בסיס לפירוש טיב הסכמתו⁶. גם חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ו-1996 דורש הסכמה נפרדת של הבעל להשתלה, ואף כי חוק זה נחקק לאחר (ובמידה מסוימת בעקבות) פרשת נחמני, רואה בו השופט זמיר כלי לגיטימי גוסף לפירוש התקנות, ובעקיפין — להבנת טיבה של הסכמתו הראשונה של דני נחמני להפריה (סעיף 10).

6 בהמשך חוות דעתו (סעיף 15) דומה לרגע שהשופט זמיר מחליש ומסייג את טענתו זו כאשר הוא נכנס לפולמוס עם השופט טל בדבר כוונותיהם המשוערות של בני הזוג, ומחזוה את דעתו שדני נחמני לא היה מסכים להפריה אילו ידע שיחסינו עם אשתו לשעבר יעלו על שרטון. אולם, מיד לאחר מכן הוא חוזר לטענתו המקורית בדבר אי-הרלבנטיות של הדיון בכוונות המשוערות של הצדדים.

רעיון ההפרדה הגמורה בין שיקולים מוסריים לשיקולים משפטיים מקבל בדברי השופט זמיר ביטוי חד וחריף. בניגוד לכמה מחבריו להרכב, סירב השופט זמיר לבסס את הכרעתו על השאלה זכותו של מי כבדה יותר: זכותה של האשה להורות או זכותו של הגבר שלא להיות הורה בעל כורחו. השופט זמיר (ודומני שבצדק) היה מוכן להניח שזכותה של האשה חשובה בהרבה מזו של הגבר, אך בעובדה זו כשלעצמה אין משום נימוק להטיל על הגבר חובה (משפטית) לסייע לאשה לממש את זכותה. שאלת נחמני היא שאלה בדבר קיומה או אי-קיומה של עילת-תביעה, ולא שאלה של צדק מוסרי כולל.

עמדתו העקרונית של השופט זמיר אינה כופרת בחשיבות של ההרמוניה בין צדק לדין, כלומר: הוא אינו רואה את המשפט כמנותק משיקולי מוסר, וזאת למרות שההכרעה המשפטית עצמה צריכה להיות מבוססת על נורמות משפטיות, על פירושו ופיתוחו. אם התוצאה של השיקול המשפטי היא בלתי-צודקת, על השופט להיעצר ולבחון מחדש את הכרעתו. אך בנקודה זו עמדתו העיונית של השופט זמיר אינה ברורה. מחד גיסא, הוא קבע (בלא הנמקה משכנעת) שהצדק עניין סובייקטיבי הוא, "שדה פרוץ", ועל כן אינו יכול לשמש אמת-מידה להכרעה משפטית. מאידך גיסא, הוא קבע שאין בית-המשפט רשאי להתעלם מן הצדק (סעיף 17). הפיתרון שהציע השופט זמיר לסתירה-לכאורה זו הוא בהנחיה לשקול את הצדק "במאזניים של משפט". כאן אנו נקלעים לטיעון מעגלי: השופט מצווה לכפוף את המשפט לצדק (להימנע מהכרעה משפטית שהיא בלתי-צודקת); ובאותה עת על השופט לשקול את הצדק (הסובייקטיבי) בכפוף למשפט (האובייקטיבי)!

למרות כל זאת פנה השופט זמיר לבחינת הפיתרון הצודק לסכסוך נחמני, והביא עדויות מן התחום החוקי-משפטי לתפיסה שיש לדרוש הסכמה נפרדת של הבעל להשתלה של ביציות מופרות: גישות מוסדיות של מדינות שונות בעולם, המלצות הוועדה הציבורית בישראל (שחיוותה את דעתה בעניין נוכח מקרה נחמני) והנימוקים העומדים מאחורי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד). תשנ"ו-1996 בישראל. עדויות אלה, שמקורן ב"מחוקקים ומומחים", מבטאות לדעת השופט זמיר את מה שהוא מכנה "הצדק הכללי", העולה בקנה אחד עם הבסיס המשפטי להכרעה שאליה הגיע – לטובת דני נחמני.

אליבא דשופט זמיר, השופטים שפסקו לטובת רותי נחמני העמידו בראש מעייניהם את מה שהשופט זמיר מכנה "הצדק האישי", כלומר: השיקול המוסרי הראוי לפיתרון הבעיה הספציפית העומדת לדין, בלא הסתמכות על שיקולים חברתיים כלליים של ההסדר החברתי הראוי לטווח ארוך. אליבא דשופט זמיר – ושוב, במידה מסוימת של עמימות מושגית – הדרך אל הצדק האישי צריכה לעבור דרך הצדק הכללי (סעיף 20). אך לא ברור כיצד הצדק הכללי מתווכח בשיקול הדעת אל הצדק הפרטי: בסופו של דבר,

אם כוונתו של השופט זמיר היא לשיקול אנלוגי לזה של דיני היושר (equity) במשפט, הרי צדק אישי אינו תחום נבדל ומתחרה בצדק הכללי, אלא התאמה של עקרונות הצדק הכללי למקרה הפרטי. כל הנמקה במונחים של צדק, גם במקרה פרטי, חייבת להתבסס על עיקרון כללי. זמיר עצמו מזכיר עקרונות כלליים אפשריים לעשיית חשבון צדק ("אישי") זה: הכאב הכרוך בטיפול או מאזן הסבל ארוך-הטווח.

סיכומו של דבר: השופט זמיר נקלע לקושי בטיעון שלו עצמו, כאשר מצד אחד הוא אמץ גישה משפטית טהורה לדיון בסוגיה, ומצד שני ביקש ליישבה עם צדק מוסרי. בניסיון זה ליישב בין ההכרעה המשפטית לצדק המוסרי מתקשה השופט זמיר לשכנע את קוראי פסק-דינו בקיומה של הרמוניה בין הדין לבין הצדק, שכן הוא עצמו חוזר ומכריז על יחסיותו של השיקול המוסרי ועל תוקפו הסובייקטיבי. במובן זה נופלת גישתו של השופט זמיר בין שתי גישות מתחרות, הנראות עקביות יותר: עמדתו החדה יותר של השופט אור בדבר ההפרדה בין משפט למוסר (שאינה נזקקת כלל למונח הצדק), מצד אחד, ועמדתם של השופטים בך ומצא בדבר האובייקטיביות של שיקולים הוץ-מוסריים מסוימים (יושר, זכויות), שככאלה עשויים לספק בסיס מוצק לפרשנות משפטית, מצד שני.

השופט ברק סבר אף הוא שהמשפט הקיים מספק בסיס מספיק להכרעה לטובת דני נחמני, וכי אין בהכרעה זו שום סתירה בין הדין לבין הצדק. לדידו, הכרעת הדין נגזרת הן מן המשפט החוקתי (ניתוח הזכות להורות והשתמעויותיה), הן מן המשפט הפרטי (ניתוח ההסכמה בין בני הזוג והשתמעויותיה) והן משיקולים של "תקנת הציבור" (סעיף 2). וקביעת הצדק נובעת מהרעיון הבסיסי של השוויון בכוח ההכרעה הנדרש בהקשר של הורות משותפת. אך כאן עשויים אנו לתהות האם תפיסתו של השופט ברק את הצדק אינה צרה מדי: "הצדק הוא השוויון, והשוויון הוא במתן כוח הכרעה משותף לשני הצדדים" (סעיף 3), אומר השופט ברק. כל שיקול אחר בעניין נחמני מוצג על-ידי השופט ברק כעניין של "חמלה והתחשבות בצער", ולא כעניין של צדק. בכך אמץ השופט ברק הבנה מאד "משפטית" של מושג הצדק. גם כאשר הוא נכנס לדיון ברקע של הקרע בין בני הזוג, הוא בוחן אותו רק במונחים משפטיים מובהקים של "תום לב", ובכך מתעלם מנימוקים אחרים, בעלי אופי מוסרי (שהועלו על-ידי שופטים אחרים בהרכב). בכך קרובה עמדתו לגישתה של השופטת שטרסברג-כהן, כפי שהצגנו אותה לעיל: הצדק הוא מושג השוכן אי שם בין השיקול המשפטי הטהור לבין שיקולים ערכיים סובייקטיביים (שלעתים מכונים "מוסריים").

ה. מהו משפט צדק?

עיון מפורט בחוות-הדעת של אחד-עשר שופטי בית-המשפט העליון שישבו בדיון הנוסף בפרשת נחמני העלה שכמעט כולם לא רק התחבטו בשאלת הצדק בסוגיה שלפניהם, אלא התייחסו באופן מפורש לבעיה המטה-משפטית העקרונית של היחס בין חוק למוסר או בין דין לצדק. זוהי תופעה נדירה בפסקי-דין של בית-המשפט, והיא מעידה על המבוכה – משפטית ומוסרית כאחת – שעורר עניין נחמני בייחודיותו ובחדשנותו.⁷ כל השופטים, כמובן, העמידו לנגד עיניהם את המטרה של עשיית משפט צדק, אך הם חלקו זה על זה לא רק בעניין הפיתרון הצודק והראוי לסכסוך אלא גם לעניין הדרך העקרונית שעל השופט ללכת בה כדי להביא לפיתרון הנכון. מחלוקת זו, אף כי לעתים היא נובעת – כפי שראינו – מבלבול מושגי, מעידה גם על חילוקי דעות עמוקים – בחלקם תורת-משפטיים, בחלקם ערכיים.

ההבחנה הכללית בין חוק למוסר אינה חדה ובוודאי שאינה מוסכמת, ועל כן המיון שהצענו כאן לשלוש גישות הוא סכימטי ומשקף נטיות כלליות של השופטים השונים, יותר מאשר מחויבות עיונית שיטתית. אולם, כל מערכת משפטית או שיפוטית מחויבת מעצם טבעה להבחנה כלשהי בין שיקולים מוסריים לשיקולים משפטיים. בניגוד לעמדתם של חלק ניכר מהשופטים, שאת נימוקיהם ניתחנו, הבחנה זו אינה קשורה

7 בעניין זה מעניין להשוות את פסקי-הדין בפרשת נחמני לדין האמריקאי – הן בבתי-המשפט והן בכתיבה האקדמית – במקרים דומים. אולי בגלל המחויבות המפורשת של המשפט האמריקאי לעקרונות החוקה, מוקד הדין בגושים אלה הוא במעמד העובר כבעל "זכות לחיים" (והשלכות פסקי-הדין בעניין *Roe v. Wade* 410 U.S. 113 (1973) על סוגיה זו) ובחירות הפרט בכל הנוגע להולדה (שהוא עיקרון מקובל במשפט האמריקאי). באופן זה, הפסיקה והדין הציבורי פחות עסוקים בשאלות המוסריות החוץ-משפטיות הכרוכות בגורלן של ביציות מופרות במקרי גירושין של בעלי החומר הגנטי. בעניין *Davis v. Davis* (1989 Tenn. App. LEXIS 641) המאוזכר אצל J.A. Robertson "Prior Agreements for Disposition of Frozen Embryos" 51 *Ohio State Law Journal* (1990) 407, בהערה 2, שהוא אולי המקרה המפורסם ביותר בתחום זה, היתה ההחלטה לטובת הגבר קלה יותר, לפחות מרגע שבית-המשפט לערעורים דחה את הטענה שהתקבלה בערכאה הנמוכה יותר ברבר הוכות לחיים של העובר. זאת, משום שהאשה רצתה "לתרום" את הביציות המופרות לאשה אחרת ולא לגדל בעצמה את הילדים העתידיים. לעומת זאת, במקרה *Wendel v. Wendel* המאוזכר אצל Robertson בהערה 18, הדומה יותר למקרה נחמני, רצתה האשה לגדל את הילד לאחר הלידה באמצעות פונדקאית, וכרוחי נחמני זו היתה ההודמנות האחרונה שלה להפוך לאם. כאן, למרות שהנטייה הכללית היתה שוב לטובת הבעל, הנימוק של ההודמנות האחרונה (שהוא נימוק מוסרי יותר מאשר משפטי) נראה כמכריע את הכף לטובת האשה.

בהכרח להבדל בין האובייקטיביות של השיקול המשפטי לעומת הסובייקטיביות של השיקול המוסרי. בהחלט ייתכן שיש פיתרון מוסרי נכון, אחד ויחיד, לסכסוך נחמני, למרות שלא קל להגיע להסכמה עליו (ויש להזכיר לשופטים כי לעתים קרובות אין הסכמה ביניהם גם על הפיתרון המשפטי הנכון, למרות ההנחה המשותפת לרבים מהם בדבר קיומו!).

החוק הוא מערכת נורמטיבית סגורה, מוגדרת באופן פורמלי, המלווה בסמכות מוסדית ובכוח אכיפה. המוסר הוא מערכת פתוחה, בלתי-מוגדרת בטווח השיקולים העשויים לעלות בה, ולמרות שהיא "שיפוטית", אין היא כוללת אמצעי אכיפה. יש אף הטוענים שאכיפה מנוגדת לנורמה המוסרית שאימוצה הוא באופן אינהרנטי עניין מצפוני ורצוני. לחוק יש מטרות חברתיות ברורות. על כן, גם בניסוחו וגם בהפעלתו במשפט הוא מכונן על-ידי כללים של "מדיניות", כלומר: שיקולים הנוגעים להשלכות החברתיות הכלליות של מעשה חקיקה או של פסק-דין. לעומת זאת, השיפוט המוסרי הוא מטבעו פרטי: הוא קובע את הראוי במקרה האינדיבידואלי (אף כי לצורך קביעה זו הוא עשוי להיזקק לשיקולי רקע כלליים)⁸. במלים אחרות: השיפוט המוסרי אינו כפוף לשיקולי מדיניות.

אולם כפי שאמרנו, הבחנה זו אינה חדה והמערכת המשפטית אינה "סגורה" באופן הרמטי. שיקולים מוסריים נכנסים לא רק במעשה החקיקה אלא גם בפרשנות החוק, בהפעלתו ויישומו. החוק עצמו — ולעתים במפורש — מצווה על הפעלת שיקול דעת מוסרי. המיון המשולש שהצענו כאן מבטא טווח של פרשנויות אפשריות לאופי ולדרגת ההפרדה בין משפט למוסר, אף כי הוא אינו כולל עמדה הכופרת מכל וכל בהפעלת שיקול דעת מוסרי כלשהו במשפט ואף לא עמדה הכופרת בעצם החשיבות של הפרדה כלשהי בין השניים. מקרה נחמני הוא מעניין בהקשר זה, שכן השיפוט (או הרגש) המוסרי שהוא מעורר (בין אם בעד רותי נחמני ובין אם בעד דני נחמני) הוא חזק במיוחד, ועל רקע העדרה של נורמה משפטית רלבנטית להכרעה בסכסוך עשוי השופט להגיב כאחת משתי הצורות הפוכות: לראות בכך טעם לחרוג מן הנוהל המשפטי המקובל ולגייס את העמדה המוסרית להכרעה בשאלה המשפטית, או, לחילופין, דווקא להתאמץ ולהישמר מן הפיתוי של השלכת הרגש המוסרי על המקרה המשפטי, ולהפריד היטב בין הנורמות המשפטיות החלות על המקרה לבין השיקול המוסרי המאיים לסחוף את ההכרעה לכיוון אחר.

8 הבחנה זו דומה להבחנה שהשופט זמיר מציע בין צדק כללי לצדק אישי (סעיף 18). זמיר סבור שאם השופט נזקק לשיקולים חוץ-משפטיים מסוג צדק, עליו להקדים את הצדק הכללי לזה האישי, כנראה משום שהתכלית של הסדרת התנהגות חברתית לטווח ארוך משותפת לו ולחוק.

וכך אנו מוצאים שאחד-עשר השופטים בפרשת נחמני נחלקים לשתי קבוצות, שאינן רק חלוקות בדבר התוצאה הסופית של פסק-הדין (שבעה כנגד ארבעה) אלא גם בגישה לשאלת העירוב של שיקולים מוסריים בניתוח המשפטי. בחינה של ההתפלגות של השופטים לשתי הקבוצות מגלה עד מהרה שקיימת הפיפה בין שני הוויכוחים: התוכני (התוצאה של פסק-הדין) והמתודולוגי (כיצד יש להגיע אליה). ארבעת שופטי המיעוט – שטרסברג-כהן, אור, זמיר וברק – שפסקו לטובת דני נחמני הם נושאי הדגל של הגישה השלישית, זו הקוראת להפרדה בין השיקול המשפטי לשיקול המוסרי, או לפחות להקדמת הניתוח המשפטי לכל הערכה נורמטיבית אחרת. שופטי הרוב, או לפחות רובם, שפסקו לטובת רותי נחמני, הטילו ספק ביכולתה של המערכת המשפטית לתת פיתרון לסכסוך, ובהעדר בסיס משפטי (במובן הצר של המלה) להכרעה הם פנו לעקרונות חוץ-משפטיים (דיני יושר או שיקולים מוסריים כלליים). באופן טיפוסי, למרות שכמעט כל השופטים מביעים תגובות רגשיות למקרה שלפניהם (בדרך כלל רגשות הזדהות עם מצוקתה של רותי נחמני ועם סבלה), הרי ששופטי הקבוצה הראשונה (המיעוט) הצהירו על שאיפתם להתעלם מרגשות אלה ואילו שופטי העמדה השנייה (הרוב) ראו בהם נימוק עצמאי לבחינה ביקורתית של הדרך המשפטית הסטנדרטית. אין זה מקרי שאף שופט לא החזיק בדעה שהדין עם רותי נחמני אך הצדק (המוסרי) עם דני נחמני⁹!

קשה להכחיש את קיומה של הפרדה כלשהי בין השיפוט המוסרי לבין התוצאה המשפטית הראויה במקרה נחמני. גם שופטי הגישה הראשונה יודו שישנה רמה של שיפוט מוסרי שאינה ראויה לביטוי בפסיקה של בית-משפט. אף אחד מהשופטים לא סבר, למשל, כי העובדה שדני נחמני הוא שעזב מיוזמתו את הבית היא רלבנטית להכרעה המשפטית; אך ברצוני לטעון שזהו בהחלט נימוק רלבנטי בשיפוט המוסרי בדבר הדרך הראויה עבור דני נחמני להגיב על דרישתה של אשתו לשעבר להשתמש בביציות. השאלות בדבר המניעים של הצדדים במאבקם המשפטי (נקמנות, יצירת לחץ כדי לזכות

9 אבל יש לציין, שבויכוח האקדמי בין גנו למרמור נוצרת דווקא (במפתיע) תמונה הפוכה: גנו, המצדד בעמדתו של דני נחמני, מאמין שנקודת המוצא לדין המשפטי צריכה להיות מוסרית; ואילו מרמור, המצדד בעמדתה של רותי נחמני, סבור שיש לאמץ בדין זה גישה משפטית. כרוב שופטי המיעוט בדיון הנוסף, קשה לי לקבל את עמדתו של גנו כי נקודת המוצא לדין צריכה להיות האיזון בין הערכים של כמיהה לאימהות לעומת המשאלה לא להיות לאב; אך בדומה לגנו, אני מתקשה להבין את הנמקתו של מרמור לאפשרות שלמרות שדני נחמני אינו מחויב מוסרית להיענות לבקשתה של רותי נחמני על בית-המשפט לכפותו לעשות כן! ואולי בגלל קשיים אלה, התמונה ההפוכה הנ"ל אינה סותרת את טענתי בדבר טבעיותה של החפיפה בין העמדה המצדדת באינטרס של דני נחמני לבין העמדה המשפטית החמורה יותר מבחינה מתודולוגית. ראו ח' גנו "העוברים המוקפאים של הזוג נחמני: תגובה לאנדרטי מרמור" עיוני משפט יט (תשנ"ח) 453, 464; א' מרמור "העוברים המוקפאים של הזוג נחמני: תשובה לחיים גנו" עיוני משפט יט (תשנ"ח) 433, 450.

בגט וכדומה) הן עניינים שבית-המשפט אינו יכול ואינו רשאי לבסס עליהם את הכרעתו, אך דומני שעל-פי רוב התפיסות המוסריות הן בהחלט רלבנטיות לשיפוט הכולל בדבר ההתנהגות הראויה (או המגונה) של הצדדים¹⁰. השיפוט המוסרי עשוי לכלול טווח לא-מוגבל של שיקולים ומבחינה זו הוא "פתוח". השיפוט המוסרי הכולל של "צדקתם" של בני הזוג הוא עניין שצריך להיות נדון לגופו של המקרה הפרטי המסוים, על כל מרכיביו, ולא על סמך נורמות כלליות שיש להן תכלית חברתית (הכוונת התנהגות, ענישה, פיצוי). אולם, יש נימוקים הממלאים תפקיד בשיפוט המוסרי שלא ברור אם יש להם נפקות משפטית, ועל אלה בדיוק נסבה המחלוקת המתודולוגית בין השופטים השונים. מושג הצדק מכביד על הדיון דווקא משום שהוא סובל מעמימות בתור מושג יסוד הן בתחום המוסר והן בתחום המשפט. האם מדובר בשני סוגים של צדק? במושג אחד בעל קריטריונים שונים? ומה היחס ביניהם? דרך היושר, היא הדרך השנייה במיון שהוצע במאמר זה, מייצגת ניסיון לקשר בין המוסר למשפט בתיווכו של מושג ברור יותר של צדק. צדק המוגבל לאופן שבו ניתן לפרש את החוק לאור מטרותיו הכלליות, בצורה שלא תסתור את השיפוט המוסרי ביחס למקרה פרטי. אין זאת אומרת שדיני היושר מונעים כל התנגשות בין שיפוט מוסרי לתוצאה משפטית. נתקלים אנו כדבר שביום-יום בהכרעות משפטיות (נכונות) המזכות בני אדם מאשמה למרות הגנאי המוסרי שאנו מייחסים להם. אין אנו רואים בכך פגם במערכת המשפטית משום שאנו מאמינים בחלוקת עבודה מסוימת בין שני תחומי השיפוט הללו. לעומת זאת, דיני היושר חלים רק על מקרים שבהם יישום נורמות משפטיות קיימות מוביל לתוצאות שהן בלתי-רצויות מבחינת מערכת המשפט ומנוגדות לרוח החוק ולכוונת המחוקק, כלומר: מקרים שבהם המתח בין ההכרעה המשפטית לשיפוט המוסרי נתפס כפגם בשיטה המשפטית עצמה (פגם הדורש תיקון).

הקושי שנחשף בפסק-הדין בעניין נחמני (כמו גם בוויכוחים המקבילים בכתיבה הביקורתית על הפרשה) הוא בשאלה, האם השיקולים המוסריים מהסוג שהועלה שוב ושוב על-ידי הצדדים והשופטים (מאזן הסבל, הסיכון שנטלה האשה בויתורה על

10 דוגמה לפער בין הערכה משפטית להערכה מוסרית מתוך מקרה נחמני עצמו היא המושג של הורה בעל כורחו. מבחינה משפטית יש בהחלט טעם בטענת שופטי המיעוט, שהיענות לדרישתה של רותי נחמני משמעותה כפיית אבהות על דני נחמני. מבחינה מוסרית, עם זאת, אפילו אלה המצדדים בזכות המשפטית של דני נחמני להטיל וטו על השימוש בביציות אינם יכולים להתעלם מן ההבדל בין מצב של גבר שרומה ביודעין על-ידי אשה שהחליטה להיכנות ממנו כנגד רצונו המפורש לבין מצבו של דני נחמני. בהקשר של דיון זה, ספק אם ראוי לכנות את דני "הורה בעל כורחו", שכן כניגוד לגבר שרומה על-ידי אשה, כאן מדובר על גבר שהסכים להורות באופן אקטיבי אך שינה את דעתו לאחר מכן. הרי לא נרצה לכנות בתואר "הורה בעל כורחו" גבר שבמהלך הריונה של אשתו התחרט על הסכמתו להוליד.

כריתת שחלותיה כדי לשמור על יכולתה לבייץ, העדר הסיכוי הנוסף שלה להפוך לאם, מעמדן של הביציות המופרות כפוטנציאל של חיים אנושיים) הם רלבנטיים ליצירת גורמה משפטית חדשה, או למצער לפירוש נורמות קיימות – או שמא יש להתעלם מהם לחלוטין ולהתרכז בשיקול המשפטי המכוון על-ידי נורמות קיימות בדיני החוזים ובמשפט החוקתי. זו כשלעצמה אינה מחלוקת משפטית, אלא מחלוקת פילוסופית או מתודולוגית שאין לה פיתרון לא בלשון החוק ולא בפרשנותו. עם זאת, זוהי מחלוקת שאינה נטולה יסוד ערכי (מוסרי), שכן דווקא בגלל דיני היורש ומחויבותו הכוללת של השופט לעשיית צדק במונח כולל יותר מאשר זה המשפטי הצר, אין מנוס מהקביעה שהשיפוט המוסרי קובע – לפחות בעקיפין – את העמדה המתודולוגית של השופט. סימוכין לטענה זו אנו מוצאים בדיוק בהתפלגות הלא-מקרית של שתי קבוצות השופטים¹¹. בסופו של חשבון, עם כל הסימפטיה שחשו שופטי המיעוט כלפי רותי נחמני, אין הם רואים את פסיקתם (לטובת דני נחמני) כמנוגדת או סותרת באופן חדר-משמעי את הצדק המוסרי. למרות ההפרדה שהם נוקטים בין מוסר למשפט, מתברר שהפרדה זו היא מסויגת ובודאי לא הרמטית.

לדעתי אין כל בעיה עיונית בקביעה (אפשרית) שמבחינה מוסרית חייב דני נחמני להתיר לאשתו לשעבר להשתמש בביציות המופרות, למרות שאין כל דרך (ואף לא ראוי שתהיה כזו) לכפות זאת עליו באמצעות המשפט¹². אין אמצעים משפטיים לברר האם

11 על-פי אותה "חוקיות" אין פלא שדפנה ברק-ארו מוצאת בפסק-הדין הקודם של בית-המשפט העליון (שזכור, פסק לטובת דני נחמני) גישה משפטית צרה, המנסה לעצב פיתרון במודלים משפטיים קיימים ולהכריע בסוגיה באופן ניטרלי מבחינה ערכית. זו עוד עדות לקשר האמיץ בין ההשקפה בדבר דרך הפיתרון הראויה לבין תוכנו של הפיתרון. ראו ד' ברק-ארו "על סימטריה ונייטרליות: בעקבות פרשת נחמני" עיוני משפט כ (התשנ"ז) 197, 218.

12 בעניין זה אני חולק על חיים גנו, הרואה בהערתו של דני נחמני לבקשתה של אשתו לשעבר "מעשה שמעבר לחובה" (supererogatory), הדומה למעשה של צדקה. גנו מחמיץ את הכוח העיוני של הבחנה משולשת בין חובה משפטית (בת-אכיפה), חובה מוסרית (מצפונית, שאינה בת-אכיפה) ומעשה שמעבר לחובה (שהימנעות מביצועו אינה מנוגדת למצפון המוסרי ואינה בת-גינור), למרות שהוא רומז לאפשרותה בהקשר אחר של הבטחות (הערה 22 למאמר, להלן). אחת הסיבות לטשטוש ההבחנה בין חובות מוסריות בלתי-אכיפות לבין מעשים שמעבר לחובה טמונה בבלבול חוזר ונשנה של רבים בין מעשים שמעבר לחובה לבין "חובות בלתי-שלמות", פח שגם גנו נופל בו. חובות בלתי שלמות הן חובות לכל דבר, והימנעות ממילויין מגונה מבחינה מוסרית, אף כי הנאי מימושן אינם מוגדרים באופן חמור כמו אלה של חובות שלמות. מעשים שמעבר לחובה הם מעשים שבכל מקרה הימנעות מביצועם אינה כרוכה בגינוי או באשמה. אם אכן אני צודק, וישנה חובה מוסרית על דני נחמני לאפשר לאשתו לשעבר את המשך התהליך, אזי חובה זו היא בעליל חובה שלמה דווקא! ראו ח' גנו "העוכרים המוקפאים של הזוג נחמני" עיוני משפט יח (התשנ"ג) 83, 99. כמו כן ראו David Heyd *Supererogation* (Cambridge, 1992) 62-63.

קביעה זו היא אכן נכונה, והדבר מסודר לשיקול דעתו של כל אדם המכיר את מכלול הגורמים הרלבנטיים של הפרשה, כולל אלה שאינם יכולים להישמע בבית-משפט. לכן, שופטי המיעוט ההולכים בדרך השלישית אינם צריכים להצדיק את הכרעתם ככזו שבסופו של דבר מתיישבת עם השיפוט המוסרי הכולל. אך גם אז נותרת השאלה, האם ההכרעה של שופטי המיעוט מתיישבת עם עקרונות היושר — כלומר: האם השיפוט המוסרי של המקרה הפרטי אינו מחייב התאמה פרשנית של אותן נורמות שעל-פיהן הכריעו שופטי המיעוט לטובת הני נחמני, כך שלא יניבו את התוצאה הבלתי-מקובלת מבחינה מוסרית. שופטי הרוב בהחלט יכולים לטעון שבלא התאמה כזו תצא הכרעתם בלתי-צודקת — לא במובן המוסרי הכללי אלא במובן של רוח החוק ושלמותו. זוהי שאלה ערכית ולא מתודולוגית גרידא. מקרה נחמני מתגלה כך לא רק כפרשה מסעירה מבחינה ציבורית ורגשית, אלא גם כמבחן מרתק של גבולות שיקול הדעת המשפטי ואופן היקקותו לשיפוט מוסרי.

במאמרו המאוחר יותר בנושא אומר גנז ש"יש להשאיר לכל אחד מהם חופש מוסרי להימנע מלעשות גם את מה שייתכן שראוי להם לעשותו מבחינה מוסרית". אני סבור שהוא נקלע לסתירה של ממש: יש לאדם רק חופש משפטי (חסינות מפני אכיפה) לא לפעול בצורה מוסרית, אך לא חופש מוסרי. ראו גנז, הערה 9 לעיל, עמ' 463.