

ד"ר אברהם וינרוט, עו"ד*

הפרת התחייבות לתרום מח עצם**

ראשי פרקים:

- פרק א. מבוא – הצגת הנושא
- פרק ב. האם הבטחה לתרום תאי מח עצם היא בגדר של חוזה
- פרק ג. ההיבט הפלילי – הרתעה באמצעות ענישה בדיעבד
- פרק ד. ההיבט המהותי
- פרק ה. חוזה שירות אישי
- פרק ו. הפתרון המשפטי
- פרק ז. מסקנת הדברים

א. מבוא – הצגת הנושא

1. מאורעות החיים עולים לעיתים על כל דמיון, ובמקרים מסוימים גורעים מכל חלום בלהות. הסוגיה המשפטית שתידון להלן התעוררה במקרה שארע במציאות¹.

הפרטים היו כדלהלן:

הגב' אורנית דרוקמן, אם לשניים, שהחלימה בשנת 2000 מסרטן השד, אובחנה שלוש שנים לאחר מכן כחולה בסרטן הדם מסוג לוקמיה מילואידית ואושפזה במרכז הרפואי שיבא בתל השומר. היא הגיבה היטב לטיפול מיוחד לבלוימת הסרטן המכונה "סאלבדג", ובמקביל החלו לחפש מח עצם לצורך השתלה. החיפוש החל במאגרים בארץ, ובמקביל החל תהליך חיפוש במאגר העולמי שמרכזו בעיר לידן שבהולנד. התוצאה היתה מעולה. בחיפוש בישראל נמצאה תורמת צעירה בת 19 ממרכז הארץ. נקבע מועד לאשפוז.

אורנית החלה בטיפול לקראת ההשתלה. טיפולים אלה מחסלים באופן מוחלט את מערכת החיסון של החולה והוא מוחזק בבידוד עד ההשתלה.

לאחר חיסולה של מערכת החיסון, לא יכול החולה להמשיך לחיות בלי שיושתל בגופו מח עצם בריא. אי אפשר להפסיק את ההליך הזה באמצע בלא שהחולה ימות. משום כך, כאשר נמצאת התאמה בין דמו של תורם

* תודתי מקרב לב לד"ר גרשון גונטובניק על הערותיו וכן למר אסף קוינט שסייע בידי באיסוף החומר ובעיבודו.

** מאמר זה של ד"ר אברהם וינרוט עוסק בסוגיית ההפרה והאפשרויות למונעה, על פי כללי המשפט האזרחי בישראל. דיון הלכתי באפשרויות למנוע את ההפרה הקטלנית יובא בעו"ה בגליון הבא של **אסיא**.

1. דן אבן "תרמה למותה" nrg מעריב (2010).
www.nrg.co.il/online/archive/ART/641/905.html

פוטנציאלי לחולה מסוים הזקוק לתרומת מח עצם – מוזמן התורם לביצוע בדיקות נוספות, ורופא המלווה את התהליך עורך הכרות עם התורם. הרופא מוסר לתורם הסבר מקיף לגבי הליך לקיחת מח העצם, וגם מבהיר לו כי אם הוא מסכים להתרמה, עליו להביע הסכמה בכתב למתן התרומה, שממנה לא יוכל לחזור בו. הרופא מבהיר לתורם כי משנתן את הסכמתו לתרומה מתחיל אצל החולה תהליך הכולל כימותרפיה והקרנות במטרה להשמיד את התאים הסרטניים ולחסל את המערכת החיסונית, כך שתתאפשר קליטת מח העצם המושלל, וטיפול זה הוא בלתי הפיך מבחינת החולה.

לאחר שקיבל מידע זה, והבין את העניין, התורם חותם על טופס שבו הוא מעיד כי הוסבר לו, שלאחר התחלת הטיפולים חייב החולה לקבל את מח העצם שאם לא כן הוא ימות. נוסח הסעיף שעליו חותם התורם הוא כדלהלן: "טרם ההשתלה החולה מקבל טיפול כימי אגרסיבי, אשר הורס את מח העצם שלו, ללא קבלת תאי אב ממני – החולה ימות"².

נתון רלבנטי נוסף הוא, כי כיום ניתן לקחת מח עצם מוריד היד ולא רק מעמוד השדרה, כפי שהיה בעבר. התורם מקבל במשך ארבעה ימים זריקות הנקראות "נויפוגן" המעודדות יצור תאי אב במח העצם בכמות מוגברת, שיכנסו לזרם הדם ההיקפי. כתוצאה מקבלת הזריקות עלול התורם לחוש תחושת שפעת קלה וכאבי עצמות קלים הניתנים להפגה באמצעות משככי כאבים קלים. לאחר ארבעה ימים, מוחדרת מחט לוריד של התורם, הדם עובר דרך מכונה מיוחדת שמפרידה ממנו את התאים ה"צעירים" שנוצרו כתוצאה מהזריקות שקיבל. התאים הללו נאספים בשקית פלסטיק ושאר הדם חוזר לגופו של התורם באמצעות מחט המוחדרת לוריד הזרוע השנייה. הליך זה אינו כרוך בהרדמה או בכאב ואף לא בתופעות לוואי משמעותיות.

הליך האיסוף נעשה במשך מספר שעות, בישיבה או בשכיבה, והתורם יכול לאכול, לקרוא או לצפות בטלוויזיה. אין בתרומת מח העצם סיכון של ממש לתורם והתרומה אינה גורמת לתורם לאיבוד דם. תוך 24 שעות מתרומת מח העצם מתרבים מעצמם התאים שהופרדו מזרם דמו של התורם. תאים אלה מוחדרים באמצעות עירווי לגופו של החולה וכשהם מגיעים אל מח העצמות של החולה הם מתחילים ליצור תאי אב בריאים³.

התהליך האמור החל אצל אורנית.

2. "תרומת תאי אב – מידע לתורם" www.cancer.org.il; ברכה זיסר "לדעת יותר על השתלת מח עצם" (2007) www.doctors.co.il.

3. מרדכי הלפרין "נטילת אברים להשתלה מתורם חי – היבטים הלכתיים", אסיא מה-מו עמ' 34-61, ספר אסיא ט עמ' 321-348 (2004).
www.medethics.org.il/articles/ASSIA/ASSIA9/R0091321.asp

אורנית קיבלה במשך יומיים טיפולים כימותרפיים אינטנסיביים שהפחיתו את כמות תאי האב (תאים המרכיבים את מח העצם ואחראים על ייצור כל תאי הדם בגוף). במקביל, הגיע לביתה של התורמת נציג כדי לתת לה את זריקת הנאופוגן הראשונה. הטיפולים בחולה ובתורמת נערכים במקומות נפרדים לפי כללים בינ"ל שנקבעו בנושא.

ברם, מבצע התיאום שהצליח באלפי מקרים בעולם – כשל.

ביום השני לטיפול הכימותרפי, חזרה בה התורמת לפתע מן הכוונה לתרום וסירבה להמשיך בתהליך התרומה.

במשך 24 שעות הופעלה מערכת לחצים על התורמת, רבנים בכירים הופעלו במסע שכנוע חסר תקדים – אך ללא הועיל.

גם הבטחות של נדבנים כי לאחר התרומה תקבל התורמת כסף לכלכלתה למשך כל ימי חייה לא נשאו פרי.

באקט של יאוש התנדבה בתה של אורנית לתרום לאמה את תאי האב שלה, על אף שההתאמה ביניהן היתה חלקית, אלא שהתרומה לא צלחה ולכולם היה ברור כי גורלה של אורנית נחרץ.

כל הנסיונות להסביר לתורמת כי היא הורגת את החולה על ידי החלטתה – לא עזרו. כל שנתר לאורנית ולמשפחתה היה להמתין בסבלנות למותה הקרב ובא, והוא בא.

ב-8.1.2004, נפטרה אורנית כתוצאה מהטיפולים הכימותרפיים שדיכאו את תאי מח העצם ומהעדר תאי מח אחרים, שהתורמת – לא תרמה.

2. מהי עמדת המשפט הישראלי ביחס למקרה זה ?

המקרה דנא מעורר באופן חריף דילמה משפטית שבה מתחרים שני ערכים יסודיים ביותר. מצד אחד, במדינה דמוקרטית נהנה הפרט מזכות מוקנית שלא יכפו עליו טיפול רפואי כלשהו, עבור עצמו, ומקל וחומר, עבור זולתו. סעיף 2 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, התשנ"ב-1992⁴ קובע כי: "אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם". וסעיף 4 לחוק קובע כי "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו". סיטואציה שבה תופסים אדם, כופתים אותו ושואבים דם מזרועו בעל כורחו, היא לכאורה, אקט בלתי נתפס במדינה דמוקרטית ופגיעה חמורה באוטונומיה של הפרט. יתכן להצדיק מעשה שכזה לשם הגנה על האדם עצמו וסביבתו (כגון במקרה של חולה נפש המסכן את עצמו או את

4. חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, התשנ"ב-1992, ס"ח 1391.

סביבתו⁵) אבל קשה לעכל מעשה שכזה כדי לאכוף התחייבות לתרום לזולת. מתעוררת כאן שאלה חריפה בדבר גבולות האוטונומיה של הרצון הפרטי והיכולת של אדם להתקשר התקשרות מחייבת שתוצאותיה יהיו אכיפה תוך פלישה לגוף האדם. מצד שני ניצב ערך החיים, שהוא גבוה מכל גבוה. לחולה הזקוק לתרומה יש זכות לחיים. אצל התורם מדובר בדקירה ביד ובמעט דם הנשאב מזרועו, גם אין בכך פגיעה ממשית בכבודו ואי אפשר לדמות זאת למעשה של חוקן באסיר⁶. אצל החולה מדובר – בחיים עצמם. כל אדם, והחולה הזקוק לתרומת מח עצם, בכלל זה, הוא בבחינת עולם ומלואו⁷ וערך החיים הוא הנשגב שבערכים, בהתאם לכלל הידוע כי "פיקוח נפש דוחה כל התורה כולה"⁸.

אכן, אילו היינו באים אל התורמת ומבקשים ממנה תרומה – היא לא היתה חייבת לתרום ולא היתה כל דרך משפטית לכפות עליה לעשות כן. אבל, מדובר בסיטואציה שבה תורמת התחייבה לתרום ועל בסיס תרומתה, דוכאה מערכת החיסון של החולה, שנכנסה למצב בלתי הפיך.

5. ראה סעיפים 7 ו-9 לחוק טיפול בחולי נפש, התשנ"א-1991, ס"ח 1339.
6. לענין זה ראו דברי השופט ברק (כתוארו אז) בבג"צ 355/79 קטלון נ' שרות בתי הסוהר, פ"ד (3) 294, 298-299 (1980): "כל אדם בישראל נהנה מזכות יסוד לשלמות גופנית ולשמירת כבודו כאדם. זכויות אלה כלולות "במגילת הזכויות השיפוטית" – כלשונו של חברי הנכבד, מ"מ הנשיא (לנדוי) בבג"צ 112/77 (יצחק פוגל, ואח' נגד רשות השידור, ואח', פ"ד לא (3) 657). אשר הוכרה על-ידי בית-משפט זה. הזכות לשלמות גופנית וכבוד האדם היא אף זכותו של העצור והאסיר... ביצוע חוקן בעצור ללא הסכמתו ושלא מטעמים רפואיים, פוגע בשלמותו הגופנית, מחלל את צנעתו, ופוגע בכבודו כאדם, על חדירה שכוז לנבכי גופו של האדם אמר השופט פרנקפורטר (Frankfurter) בפרשת People of California v. Rochin 342 U.S. 165; 72 S. Ct. 205. California 342 U.S. 165; 72 S. Ct. 205. (p.209 this is conduct that shocks the conscience") על כן, כדי ששלטונות בית הסוהר יוכלו לבצע חוקן ללא הסכמתו של העצור, ובכך להצדיק מעשה פלילי ועוולה אזרחית של תקיפה, עליהם להצביע על הוראה חקוקה המאפשרת להם לעשות כן."
7. משנה מסכת סנהדרין, פרק ד, משנה ה: "לפיכך נברא אדם יחידי ללמדך, שכל המאבד נפש אחד מישראל מעלה עליו הכתוב כאילו איבד עולם מלא וכל המקיים נפש אחת מישראל מעלה עליו הכתוב כאילו קיים עולם מלא."
8. בעולמה של הלכה הכלל הוא כי "פיקוח נפש דוחה שבת" (יומא דף פה, עמ' א) ואפילו "ספק נפשות דוחה שבת" (שם דף פג, עמ' א), וכך אמרו חז"ל (שם דף פב, עמ' א) "אין לך דבר העומד בפני פיקוח נפש, חוץ מעבודה זרה, גילוי עריות, ושפיכות דמים". לעיון נרחב במקורות הדין ונפקיותיהם ראה א' וינרוט **החיים בהלכה – עקרונות יסודות ומקרי גבול** 33-51 (הוצאת פלדהיים, תש"ע). עמדנו שם גם על קיומן של שתי נקודות השקפה הלכתיות, כאשר השקפה אחת מציבה את ערך החיים כערך מוחלט ובלתי תלוי בפונקציות כלשהן, לפי השקפה זו החיים הם מתת הקב"ה וכאלו הם ניצבים כערך מרכזי. בנוסף, קיימת השקפה לפיה הכלל של "פיקוח נפש" מציב כערך את הזמן שבו חי האדם כשלכל רגע עשויה להיות משמעות מכוננת שהרי "יש הקונה עולמו בשעה אחת". לפי ראייה זו החיים הם ערך – כפועל יוצא מן הפוטנציאל שטמון בהם בבחינת "חלל עליו שבת אחת **בדי** שיקיים שבתות הרבה".

האם מכיר המשפט במקרה כזה באפשרות לכפות על התורם לעמוד בהתחייבותו, או שמא ניצב המשפט מן הצד, חדל יכולת אכיפה או התערבות?

3. נראה כי אילו היינו עוסקים במקרה שבו היה הליך שאיבת תאי מח העצם מושלם, דהיינו, במצב שבו תאי מח העצם **כבר הוצאו** מן התורם, לא היתה נשמעת טענתו של התורם כי הוא מסרב להעביר את התאים אל החולה. במקרה זה, היתה עומדת בפנינו טענה פשוטה של החולה כי בפנינו התחייבות של התורם שיש לאכוף אותה, שהרי על בסיס הסכמתו של התורם שינה החולה את מצבו לרעה באופן החריף ביותר האפשרי ואיכד את מערכת החיסון שלו. אכן, ביחס למצב של ביציות מופרות התעוררה שאלה קשה בפסה"ד בענין **נחמני**⁹, הדעות בבית המשפט היו חלוקות. לפי חלק מן הדעות בפס"ד זה רשאי אדם להתנגד למסירת תאים מגופו (באותו מקרה זרע שהפרה ביצית), וזאת לנוכח הבעלות של האדם על גופו, ועל אף שעל כף המאזניים עומדים גם כן חיים של אדם – הלא הוא העובר העשוי להיוולד. ברם, הדעה המצדדת בזכותו של אדם לבטל את המתנה שנתן, הסתמכה על כך שהעובר אינו בגדר של חי ממש כמו החולה במקרה של אורנית¹⁰, וכן ניצבה שם במוקד הדיון השאלה האם ניתן לכפות על אדם להיות הורה של ילד שיוולד מבת זוג שאינה לרוחו. בנסיבות אלה, קבע ביהמ"ש בערעור כי אכיפת הורות על אדם שאינו רוצה בה עומדת בניגוד לסעיף 3(2) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970¹¹, השולל את זכותו של נפגע לאכיפה אם "אכיפת החוזה היא כפיה לעשות או לקבל עבודה אישית או שירות אישי"¹².

9. ע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני, פ"ד מט(1) 485 (1995) (להלן: "הערעור בענין נחמני"); דני"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661 (1996) (להלן: "הדיון הנוסף בענין נחמני"). באותו ענין נדון עניינם של בני זוג אשר במהלך נישואיהם עברה האישה ניתוח שכתוצאה ממנו איבדה את יכולתה להרות. בני הזוג החליטו לנסות להביא ילדים לעולם ע"י הפריה חוץ גופית של האישה בזרעו של הבעל והשתלת הביציות ברחמה של אישה אחרת (פונדקאית). ביציות שהוצאו מגופה של האישה הופרו בזרעו של הבעל והוקפאו בביה"ח ובני הזוג התקשרו עם מוסד בארה"ב לשם איתור פונדקאית שתישא את ילדם, מאחר שפונדקאות לא היתה מותרת בישראל. אלא שקודם שהגיע התהליך לשלב זה עזב הבעל את הבית ועבר לחיות עם אישה אחרת ואף נולדה לו ממנה בת, בעודו נשוי לאישתו שסירבה להתגרש ממנו. משפנתה האישה לביה"ח וביקשה לקבל לרשותה את הביציות המופרות כדי להמשיך בתהליך, סירב לכך הבעל. האשה פנתה בתביעה לביהמ"ש המחוזי שנעתר לפנייתה להתיר את שחרור הביציות. ביהמ"ש העליון קיבל ברוב דעות את ערעורו של הבעל. בדיון הנוסף התקבלה עמדתה של האישה ברוב דעות.

10. ובלשונה של כב' השופטת שטרסברג כהן בדיון הנוסף בענין נחמני, לעיל ה"ש 9, בעמ' 688: "חברי השופט טירקל נענה למשאלת ליבה של רותי נחמני בהעלותו על נס את הזכות לחיים ואת הערך הכביר של 'חיי אנוש'. לא ניתן כלל להמעיט ב'ערך החיים' ובזכות לחיים' שהן מהזכויות היותר נעלות והיותר מקודשות בעינינו, אם לא הזכות המקודשת מכולן. אלא שהביצית המופרית איננה בבחינת יצור חי. הביצית המופרית היא מטען גנטי של שני בני הזוג במצב פרה-עוברי המוקפא סמוך לאחר ההפריה. הוא מורכב ממספר תאים

לעומת זאת, במקרה של שקית ובה תאי מח עצם המועברת אל החולה, ברור שלא נגרמת לתורם כל אי נוחות עתידית כתוצאה מכך שההתחייבות נאכפת ותאי מח העצם מועברים לחולה¹³. במקרה זה לא עומדים על כפות המאזניים ערכים מתנגשים, ומול ערך החיים והחובה לכבד התחייבות משפטית, לא ניצב ערך ממשי אחר.

יש לזכור עוד כי בענין **נחמני** השתנו הנסיבות ובני הזוג נפרדו [אף שטרם התגרשו פורמלית במועד הדיון בבית המשפט], ועל כן עמדה לבעל הטענה כי מסירת הביציות אינה נובעת עוד מן ההסכם, שלא התייחס לנסיבות חדשות אלו¹⁴.

לעומת זאת, במקרה דנא, לא השתנו נסיבות כלשהן שמצדיקות את החלטת התורם לחזור בו מהתחייבותו להעביר את תאי מח העצם לחולה, ועסיקין בהפרת התחייבות כפשוטה מצידה של התורמת.

בודדים ללא הפרדה בין מה שעתיד להיות עובר לבין מה שעתיד להיות שיליה. אין מדובר בשימור חיים קיימים, אלא בקידום פוטנציאל של חיים. אין מדובר בשימור חיים שנוצרו, אלא ביצירת חיים יש מאין. חברה בה זכאי הפרט לתכנן את המשפחה ואת ההולדה, חברה שאינה מחייבת ליצור חיים, אף לא כצו מוסרי (למעט כצו דתי), איננה יכולה לכפות על אדם ליצור חיים בעל כורחו בשם הזכות לחיים. יצירת חיים מהווה נושא נבדל לחלוטין משימור חיים קיימים"

11. חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970, ס"ח 610.
12. זאת ועוד, אכיפה בנושא שמחייב מערכת של יחסים אישיים אינה אפשרית גם לנוכח הוראת סעיף 4(3) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), שכן המשפט אינו יכול להביא לקיומם של קשרי שיתוף פעולה ויחסים תקינים באמצעות צווי כפייה. הרבר יחייב אמצעי אכיפה תמידיים שאינם ברשותו של ביהמ"ש.

13. בהקשר זה ראו עוד ח' גנז "העוברים המוקפאים של הזוג נחמני" **עיוני משפט** יח(1) 83 (1993); א' מרמור, "העוברים המוקפאים של הזוג נחמני – תשובה לחיים גנז" **עיוני משפט** יט(2) 433 (1995); ותשובתו של ח' גנז "העוברים המוקפאים של הזוג נחמני – תגובה לאנדרי מרמור" **עיוני משפט** יט(2) 453 (1995).

כב' השופט טל מציין בדיון הנוסף בענין **נחמני**, לעיל ה"ש 9, בעמ' 702-704, ביחס למאמרו האמור של פרופ' גנז, כי יש להבחין בין הפלה לבין שימוש בביציות המופרות שכן במקרה של הפלה האשה היא הנושאת את העובר **בגופה**, ואילו ביחס לתאים שנתרמו, הרי שאין כפייה על אדם להמשיך ולהעמיד את גופו לרשות זולתו. בדומה לכך נראה כי כאשר לא נדרש עוד מן התורם דבר הפוגע באוטונומיות שלו על גופו ומחייב לעשות שימוש עתידי בגופו, הרי שאין לתורם זכות למנוע שימוש בתאי מח העצם.

לענין זה ראו גם פסה"ד שניתן בענין (1973) 410 U.S. 113, *ROE vs. Wade*, וכן ספרו של פ' שיפמן **דיני המשפחה בישראל** 213 (כרך ב, תשמ"ט).

14. ראה דברי השופט שטרסברג כהן בערעור בענין **נחמני**, לעיל ה"ש 9, בעמ' 513: "ניתן אפוא לומר, שכאשר עניין לנו בהסכם מיוחד שאיננו חוזה רגיל ושהתשתית שביסודו היא תשתית רגשית אינטימית, מן הראוי להתייחס לשינויים בסיסיים בתחושות וברגשות שביסוד תשתית זו ולשינויים דרמטיים בחייו של אדם כתוצאה מכך, כאל שינויים שיש בהם כדי להפוך את ביצוע ההסכם לשונה באופן יסודי או אף לבלתי אפשרי, ואין לקשור בעבותות הכפייה את מי שחלו אצלו השינויים הנ"ל בהסכמתו המקורית".

4. ברם, השאלה מתעוררת במקרה דנא לנוכח העובדה שהליך שאיבת מח העצם לא הושלם. החולה מפרפר בין שמיים וארץ, כאשר מערכת החיסון שלו חוסלה, ואילו הליך השאיבה טרם החל. במקרה זה בפנינו שאלה ערכית, כאשר יש מי שיגיעו למסקנה כי במדינה דמוקרטית לא ניתן כלל להעלות על הדעת סצנריו שבו ניצבים שני שוטרים, אוזקים את ידיה של התורמת ורופא נועץ מחט בזרועה. החיים הם אכן ערך עליון אבל זכות אי אפשר לקחת בכוח, גם אם על כפות המאזניים מוטלים חייו של אדם.

נמחיש עניין זה באמצעות דוגמא ידועה, המובאת במאמרה של Judith Jarvis Thomson, "A Defence of Abortion"¹⁵: תומפסון מבקשת להגן על ההשקפה לפיה לנוכח זכותה של האשה על גופה, מותר לה לבצע הפלה. אם העובר מוגדר כחי כבר במעי אמו – נמצא כי ההפלה היא נטילת חיים. ועם זאת, יש מקום לדעתה להעדיף את זכות האשה על גופה על פני ערך החיים, לנוכח הדוגמא הבאה.

אדם מתעורר משינה עמוקה ומגלה כי הוא יושב גב אל גב אל אדם אחר וכי בשנתו חיברו את מחזור דמו לאותו אדם אחר. מסתבר כי אותו אדם הוא כנר בעל שם עולמי, אשר נשקפה סכנה חמורה לחייו. מחמת החשש לאבד כשרון נדיר זה, החליטה אגודת הכנרים העולמית לבצע עבירה על החוק, הרדימה אדם מסוים, שנמצאה התאמה מלאה בין הדם שלו לבין סוג דמו הנדיר של הכנר, ובשנתו חיברה את הכנר לזרם הדם של אותו אדם. אנשי האגודה מרגיעים את אותו אדם ואומרים לו שהמצב הזה לא יימשך לנצח, אלא "רק" תשעה חודשים, שאחריהם ניתן יהיה לנתק ממנו את הכנר. אותו אדם רוצה כמובן לתלוש מייד את הצינורות. או אז מתעוררת צעקה: "אגואיסט שכמותך. וכי רוצה אתה שבגלל אי הנוחות הזמנית שלך לא יתנו חיים לאדם אחר". תומפסון שואלת ביחס למקרה זה: האם עולה על הדעת כי ניתן יהיה לחייב אדם להישאר מחובר במשך תשעה חודשים אל הכנר כדי להציל את חייו? התשובה האינטואיטיבית במקרה זה היא שלילית. ובכן, לדעתה של תומפסון, נראה באותה מידה כי אין לחייב אשה בהריון להיות מחוברת עם מחזור דמה אל זה של העובר למשך תקופה של תשעה חודשים כדי שלא לשלול את חייו. הנה כי כן, לא תמיד ניתן לקבוע כי ערך החיים ישלול את האוטונומיה של האדם.

15. Judith Travis Thomson, *A Defense of Abortion*, 1 PHILOSOPHY AND PUBLIC AFFAIRS 47 (1971) וראה לעומת זאת John Finnis, *The Rights and Wrongs of abortion: A Reply to Judith Thomson*, 2 Philosophy and Public Affairs 117 (1973).

ברם, ביחס לדוגמא זו של תומפסון קיימת הערה ברורה, העולה כבר על פני הדברים, לפיה מקרה הכנר מקביל רק למקרה של הריון כתוצאה מיחסים שלא נעשו מתוך כוונה להביא ילד לעולם. אין הדבר מקביל למקרה של קשר שנעשה תוך הסכמה מדעת. הבחנה זו מביאה אותנו היישר לחיקה של נקודת ההשקפה השניה, הגורסת כי האוטונומיה של הרצון קיימת רק כל עוד שאדם לא הכניס את עצמו מרצונו למערכת של הסכמים, (אלא אם כן עסקינן בנושא שמבחינת תוכנו אינו ראוי כלל להיות מוגדר כחווה מחייב). אכן, ברור שאי אפשר לחייב אדם לתרום תאי מח עצם ולוותר על שבריר מנוחותו ומזמנו גם כאשר מנגד ניצבים חיי אדם. אולם, שונים הם לחלוטין פני הדברים כאשר התורם חתם על התחייבות לתרום את מח העצם ואף יצר מצג שמחמתו הפסיד החולה את מערכת החיסון שלו. ביחס למקרה זה, שבו התורם יצר מחויבות ברורה ומודעת כאשר נוצר מצג מפורש, ואדם הסתמך עליו הסתמכות פטאלית, האם יעלה על הדעת לאפשר לו להשתחרר ממחויבותו ללא קשר לתוצאות, תוך שהוא מקפד חיים של אחר? על פני הדברים נראה כי האוטונומיה של הפרט אינה מתירה לו להוליך שולל את זולתו ובוודאי שלא להפר התחייבות, וממילא אם אי אפשר להפר חוזה ממוני, הרי שמקל וחומר בן בנו של קל וחומר שלא ניתן להפר התחייבות שהשלכותיה הן – מוות. נראה כי שאלה זו היא בראש ובראשונה ערכית. יהיו כאלה שיגיעו למסקנה כי שופט אינו יכול לאכוף על אדם למסור תאים מגופו כדי ליצור חיים כאשר מדובר בפגיעה באוטונומיה של הפרט. נכון שמדובר רק בנעיצת מחט, אבל יש בה במחט זו כדי לנפץ את בועת האוטונומיה של הפרט באופן שאינו נסבל במדינה דמוקרטית. לדידם, השופט חייב במקרה זה לעמוד מנגד, ולהביע את דעתו רק לאחר מעשה¹⁶.

16. כנקודת הקבלה שתקל על התחושה בהקשר זה, נציין כי, להבדיל אלף אלפי הבדלות, גם השופט כל הארץ ניצב מנגד ושופט דברים רק בדיעבד, לאחר מעשה, וזאת כדי להעניק לאדם בחירה חופשית. כך למשל, מצינו במדרש רבה בראשית, פרשה כב, סימן ט: "אמר רבי שמעון בן יוחאי, קשה הדבר לאמרו, ואי אפשר לפה לפרשו: (הקטטה בין קין והבל נמשלת לשני אתלטים שהיו עומדים ומתגוששים לפני המלך. אילו רצה המלך היה מבדילם זה מזה. ולא רצה המלך להבדילם. נתחזק אחד על חברו והרגו, והיה (הבל) מצווח ואומר מי יבקש את דיני מלפני המלך? הן המלך ראה שעומדים להרגני ולא מנע זאת. והקב"ה אמר על כן לקין "קול דמי אחיך צועקים אלי מן האדמה" – כאשר המונח אלי מכוון לומר את המלה "עלי". דהיינו, הבל צועק על ה' ודמיו זועקים על כך שניתנה בחירה של טוב ורע בידי אדם ומחמתה ניצב הקב"ה כצופה מן הצד, כביכול, הנוקט בצעדי ענישה רק לאחר מעשה אך אינו מונע את הרצח בשעת מעשה. כמו כן, מצינו במסכת עבודה זרה, דף נד, עמ' ב כי הקב"ה צופה מן הצד כביכול כאשר: "עולם כמנהגו נוהג והולך, ושטים שקלקלו עתידים ליתן את הדין" (לאחר מעשה). יתירה מכך, מציין הרב משה קורדובירו בספרו תומר דבורה, פרק א, כי הקב"ה "סובל עלבון מה שלא יכילהו רעיון: הרי אין דבר נסתר מהשגחתו בלי ספק ועוד אין רגע שלא יהיה האדם נוזן ומתקיים מכח עליון השופע עליו. והרי תמצא שמעולם לא חטא אדם נגד ה' – שלא יהיה הקב"ה באותו הרגע ממש שופע עליו שפע קיומו ותנועת אבריו. ועם היות שהאדם חוטא בכח ההוא – לא מנעו ממנו הקב"ה כלל, אלא סובל הקב"ה עלבון כזה להיות משפיע בו כח תנועת אבריו, והאדם מוציא אותו כח באותו רגע בחטא ועון ומכעיס... והיה לו לקב"ה לומר

לעומת זאת, יהיו מי שיגרסו כי בעולם שבו "מלוא כל הארץ משפט" לא יכול להיות מצב שבו שופט יעמוד מנגד ולא יוכל להושיט סעד שמשמעו – חיים. הרמת ידיים שיפוטית במקרה שכזה משמעה כי אדם ימות, וזו תוצאה שאין הדעת סובלת. השופט ברק בספרו "שופט בחברה דמוקרטית"¹⁷ מציין כי על השופט להפעיל שיקול דעת באופן המגשים את תפקידו כמי שאמור לגשר על הפער שבין המשפט לחיים. ובכך, אין לך גשר בין משפט לחיים כמו המקרה דנא, שבו מציאת פתרון משפטי יביא לידי כך – שאדם יחיה. נראה לנו כי שופט צריך במקרה זה לחתור לתוצאה שתגשים את התחושה כי המשפט אינו מנותק מן החיים ומגשים את הציפיות הנורמטיביות של החברה להיות מעשי ומועיל. במסגרת נורמטיבית זו, מעדיפים אנו לבחור בגישה השניה, לפיה יש לקיים הציווי של "ובחרת בחיים"¹⁸. ברם, השאלה הנשאלת היא, האם אכן נוכל למצוא לכך פתרון נורמטיבי?

6. השאלות המשפטיות המתעוררות במסגרת זו הן למעשה כדלהלן:

(א) האם הבטחה לתרום תאי מח עצם היא בגדר של חוזה? האם ניתן לערוך חוזה משפטי בר תוקף מחייב ביחס לאברי גופו של אדם? האם מקרה שכזה יכול להיכלל בגדר של דיני החוזים.

(ב) בהנחה שמדובר בחוזה, האם הוא אכיף? האם התוצאה מהפרתו של חוזה מסוג זה היא רק בדיעבד, במישור הניזקי או שמא ניתן לתבוע גם אכיפה מלכתחילה. האם יש מקום להרתיע את התורם מלחזור בו מן התרומה על ידי השתת תשלום כספי שיביא לידי ביטוי את העובדה כי מדובר בהפרת התחייבות שקיפדה חיי אדם, או אף ע"י יישום האפשרות הקיימת בפלילים ליצור אחריות פלילית על בסיס הפרה חוזית?

לאדם, כיון שאתה חוטא נגדי, תחטא בשלך ולא בשלי. אך הקב"ה לא מנע טובו מן האדם. הרי זה עלבון וסבלנות שלא יסופר, ועל זה קוראים מלאכי השרת לקב"ה "מלך עלוב" (פרקי היכלות פרק כ"ו) וזהו שאמרו "מי קל כמוך". וכן אמרו חז"ל על הכתוב "ולחמי אשר נתתי להם" (יהזקאל ט"ז, י"ט) – "יום שעשו בני ישראל את העגל – ירד להם המן מן השמיים – **ונתנו ממנו לפני העגל** ובכל זאת לא מנע הקב"ה מהמן לרדת גם ביום המחרת" (רש"י שם בשם התנחומא). ברם, נראה כי יש הבחנה בעניין זה במשפט העברי בין הקב"ה שהשיג כביכול אחור את כוחותיו ונתן לאדם לפעול בעולמו על פי זכות הבחירה שבידו, לבין האדם עצמו – שאינו יכול לעמוד מנגד כאשר הוא רואה כי אדם נמצא בסכנת חיים והוא חייב להיחלץ לעזרתו, וזוהי הנורמה של "לא תעמוד על דם רעך". אדם גם לא יכול לעמוד מנגד כאשר אדם אחד מסכן את חיי רעהו וזוהי החובה להציל אדם מידי הרודף אחריו להרגו. בהתאם לנורמות אלו נראה כי חשוב יהיה לנסות ולמצוא פתרון שיאפשר לנו לקיים את הציווי של "ובחרת בחיים". להרחבה בעניין זה ראה אצל **וינרוט (החיים בהלכה עקרונות יסוד ומקרי גבול)** (הוצאת פלדהיים), בפרק ד המוקדש לעקרונות של "לא תעמוד על דם רעך, ובפרק ה' העוסק במהותה של חובת ההצלה מפני רודף.

17. א' ברק **שופט בחברה דמוקרטית** (2004)

18. דברים פרק ל', פס' יט: "העידותי בכם היום את השמים ואת הארץ, החיים והמוות נתתי לפניך, הברכה והקללה ובחרת בחיים למען תחיה אתה וזרעך".

ג) סבירה לכאורה בהחלט תוצאה לפיה מי שעוול בהתנהגות מסוג זה, יחוייב לשאת בדיעבד בתוצאות הקשות של מעשיו שהביאו לכך שחיי אדם ניטלו עקב מצג שווא שלו. ברם, השאלה הנשאלת היא האם יש בידי המשפט כלים לבצע גם אכיפה **מראש**, דהיינו, ליטול את זרועו של התורם ולנעוץ בה מחט שתשאב את תאי מח העצם? בהנחה שבפנינו חוזה מחייב, האם אין זו הדוגמא המובהקת ביותר לחוזה למתן שירות אישי? וכי יש לך דבר יותר אישי מאשר חדירה אל תוך ורידיו של אדם ונטילת תאי מח עצם ממנו? לכאורה, חל כאן באופן מובהק סעיף 3(2) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) השולל את זכותו של נפגע לאכיפה אם "אכיפת החוזה היא כפיה לעשות או לקבל עבודה אישית או שירות אישי". האם יש דרך להתגבר על הוראה זו?

7. נדון בשאלות אלה כסדרן, כאשר מטרת הדיון תהא אפוא לבחון, האם המשפט במקרה הזה רק מגיב בדיעבד, באופן שיכול שיהיה בו מסר מרתיע כלפי מקרים שכאלה בעתיד אבל יעמוד מנגד חסר אוניס בנסיונו לסייע לחולה הקונקרטי שבפניו, או שמא ייצא פתרון משפטי שיאפשר להעניק חיים לחולה מסוגה של אורנית, שמערכת החיסון שלה חוסלה והשרירות שבהחלטת התורם תדוכא.

פרק ב. האם הבטחה לתרום תאי מח עצם היא בגדר של חוזה

8. לא כל נושא ראוי להיות מוסדר על פי דיני החוזים. יש נושאים שדיני החוזים מדירים את רגלם מהם. כך למשל, סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973¹⁹ קובע כי: "חוזה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור – בטל". סעיף 32 לחוק החוזים (חלק כללי) קובע כי "חוזה של משחק, הגרלה או הימור שלפיו עשוי צד לזכות בטובת הנאה והזכיה תלויה בגורל, בניחוש או במאורע מקרי יותר מאשר בהבנה או ביכולת, אינו עילה לאכיפה או לפיצויים".

המשפט אינו מתערב אפוא בנושא שאינו תלוי בהבנה או ביכולת. כמו כן קובע סעיף 33 לחוק החוזים (חלק כללי) כי "חוזה שלפיו יינתן ציון, תואר, פרס וכיוצא באלה על פי הכרעה או הערכה של אחד הצדדים או של אדם שלישי, אין ההכרעה או ההערכה לפי החוזה נושא לדיון בבית משפט".

19. חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, ס"ח 694.

9. פרופ' נילי כהן במאמרה על "סטטוס, חוזה וגרם הפרת חוזה"²⁰ מבהירה כי "זירתם הטבעית של דיני החוזים היא זירת המסחר. מחוזות רוחניים או נפשיים נמצאים מחוץ לתחומם המסורתי של דיני החוזים. רגשות אינם מצרך ואין לסחור בהם"²¹. דוגמא מובהקת לשותפות רגשית היא התחום של הבטחת נישואין. בענין שיפברג²² ובענין ממן²³ ציין ביהמ"ש את הקשיים שמעורר סיווג של הבטחת נישואין כחוזה מחייב²⁴. משום כך, בוטלה במדינות רבות העילה של הפרת הבטחת נישואין ולא הוכרה כחוזה²⁵. ברם, אף בסוגיה של הבטחת נישואין העוסקת לחלוטין בתחום הרגש, הכיר ביהמ"ש בהבטחה כחוזה²⁶. כב' הנשיא ברק הבהיר בהקשר זה²⁷ "חרף טיעונים אלה, הנני סבור כי המשפט אינו יכול להיות אדיש להסכמה להינשא, ואינו צריך להשאיר הסכמה זו ב"משבצת" המעניקה חופש החלטה לכל אחד מהצדדים. הטעמים לכך הם שניים. ראשית, הפרת ההבטחה להינשא עשויה לגרום נזק לצד השני. אין כל צידוק ענייני שלא לאפשר קבלת פיצוי על נזק זה. חירות הנישואין אינה מקנה חירות לגרימת נזק לאנשים אחרים. ההבטחה להינשא גוררת לעתים הסתמכות ותכניות שונות להגשמתה. תכנית הנישואין עשויה אף להשליך

20. נ' כהן "סטטוס, חוזה וגרם הפרת חוזה" הפרקליט לט 311, 317 (התש"ן). וראה גם ד' פרידמן ונ' כהן חוזים 369 (כרך א, תשנ"א), שם נאמר כי "הפרת הבטחת נישואין היא חוזה בעייתי הנמצא על גבול השפיטות".

21. אצל פרידמן וכהן, בעמ' 328 המבהירים כי תועלת מתחום עולמותיו הנפשיים של אדם – הרגש, הכבוד, הרוח, השעשוע – אינה בתחומה המסורתי של ממלכת החוזים.

22. ע"א 647/89 שיפברג נ' אבטליין, פ"ד מו(2) 169 (1992).

23. ע"א 416/91 ממן נ' טריקי, פ"ד מז(2) 652 (1993).

24. ראו אצל פרידמן וכהן, בעמ' 368-369; פ' שיפמן "הבטחת נישואין – חוזה מחייב?" משפטים יג 104 (תשמ"ג-תשמ"ד); אצל שיפמן (דיני המשפחה בישראל), בעמ' 45-121, שיפמן מבהיר כי המרכיב הדומיננטי בהבטחת נישואין הוא המרכיב הרגשי, כאשר החיים המשותפים בצוותא הם נשוא ההתקשרות. על כך, לטעמו תוכן פנימי זה של הבטחת הנישואין מונע את האפשרות להכיר בה כחוזה. ד' פרימר "השבת מתנות אירוסין בגין הפרת הבטחת נישואין לאור החקיקה האזרחית החדשה" משפטים י 329 (תש"ס), וראו גם: P.M. BROMLEY & N.V. LOWE, BROMLEY'S FAMILY LAAW 19-21 (Seventh ed. 1987) פרופ' ג. טדסקי במאמרו "אי אילו הבטים למושג החוזה" בספר מסות במשפט 54 (תשל"ח), מבהיר כי חוזה כרוך ביחסי גומלין ובהחלפה כלשהי בין הצדדים לחוזה. לפיכך, מובנה לתוך החוזה ניגוד אינטרסים. לעומת זאת, בנישואין אין הדבר כלל ונשוא ההסכם הוא העדר ניגוד אינטרסים.

25. בארה"ב, יותר מעשרים מדינות ביטלו את העילה של הפרת הבטחת נישואין בדרך של חקיקה. ראו: BREACH OF CONTRACT TO MARRY-DAMAGES, 73 ALR 2D, 553, 557 (1960), R. CURRENT LEGAL PROBLEMS 100 Powell, Frustration of a Promise to Marry, 14 c. 33 Law Reform (miscellaneous provisions) Act, 1970. - באנגליה החק ה- (1961); s.1 באונטריו, קנדה – (1990) R.S.O. c. M.3, s. 32; Marriage Act, R.S.O. c. M.3, s. 32 (1990); בבריטיש קולומביה – (1996) Family Relations Act, R.S.B.C., c. 128 – (1999) Gilbert v. Barkes, 987 S.W. 2d 772, 775 (Ky.).

26. ע"א 401/66 מרום נ' מרום, פ"ד כא(1) 673, 682 (1967); וראה בעיקר ע"א 5258/98 פלונית נ' פלוני, פ"ד נח(6) 209, 219 (2004).

27. ענין פלונית, לעיל ה"ש 21, בעמ' 219.

על תכניות אחרות של בני הזוג ולהביא לשינוי מצבם לרעה בהיבטים שונים. התעלמות ממצואות חיים זו גורמת עוול בלתי מוצדק. ... מדוע ישוחרר הצד החוזר בו מהבטחתו מעמידה בהוצאות אלה? ". אכן, להבדיל מהבטחה להינשא, אין במקרה דנן פגיעה בהיבט רכושי. ברם, בפנינו שינוי מצב לרעה שיש בוודאי אינטרס ברור למנוע אותו. המשפט מגן על האינטרס של מי שטוען כי מחמת הבטחת הנישואין של פלוני הוא ויתר על קשר אחר או על שנים של זוגיות. ובכך, הדברים קל וחומר בן בנו של קל וחומר לגבי מי שקיפד את פתיל חייו על בסיס מצגו והבטחתו של הזולת.

10. פרופ' נ' כהן מבהירה בהקשר זה²⁸, כי יש לחלק את החוזים לקטגוריה של חוזים "מושלמים" "רופפים" "בטלים" "פסולים" ו"בלתי שפויים". "השאלה מתי יחשוב הדין חוזה למושלם ומתי יתייחס לחוזה כאל רופף, בטל, או בלתי מחייב, תלויה בטעמים מגוונים. הטעם העיקרי נעוץ במטרתם של דיני החוזים. החוזה הוא מנגנון חברתי, שתכליתו העיקרית ייצור עושר וחלוקתו... לשם כך מגייסים דיני החוזים את כח הכפייה של המדינה... מה שמחוץ לעולמם מייצג שינוי, שיקול דעת, ברירה, חירות. **תחומים שהמשפט מבקש להותיר בהם חופש פעולה או שיקול דעת לנושאי אינם מתאימים לתחולתם של דיני החוזים.** טעמים אחרים המשפיעים על השאלה אם לפנינו חוזה ומה דרגת תוקפו, נעוצים בכוונת הצדדים, ובמידת התועלת של החוזה מול הנזק שהוא עשוי לגרום וברקע שבו נוצר."

11. בענין נחמני התעוררה מחלוקת עזה בביהמ"ש העליון האם הסכמה בין בעל ואישה בנושא של הפריית ביציות עולה כדי חוזה משפטי מחייב, והאם נושא מסוג זה ראוי להיות מוסדר על פי דיני החוזים. היו שסברו (כגון השופטת שטרסברג-כהן²⁹) כי מדובר בחוזה, המוסדר במסגרת של דיני החוזים, אלא שאין המדובר בחוזה רגיל הנכנס לגדר החוזים "המושלמים" ויש לסווגו בין החוזים ה"רופפים". ממילא שינוי בתשתית הרגשית האינטימית בין הצדדים עשוי להביא לביטול החוזה ואין לקשור בעבותות הכפייה את מי שחלו אצלו שינויים רגשיים מסוג זה.

גישה אחרת הובעה בביהמ"ש העליון (כגון, כב' השופטת דורנר³⁰) כי דיני החוזים כלל אינם חלים במקרה זה שכן עשיית חוזה לה ולדת ילדים מנוגדת לתקנת הציבור. אכן, אין פסול בתכלית ההסכם – הבאת ילד לעולם – או בדרך ביצוע ההסכם, אבל הפסול הוא בהחלת דיני חוזים על הסכם מסוג זה.

28. נ' כהן "ההסכם הפוליטי" המשפט א 59, 63 (תשנ"ג).
29. הדיון הנוסף בענין נחמני, לעיל ה"ש 9, בעמ' 686-687.
30. שם, בעמ' 717.

ברם, שעיון בנימוקים אלה, אינו מעלה טעם לכאורה לכך שהסכם התרומת תאי מח עצם לא יוכר כחווה. בהסכם מסוג זה אין את האלמנט האינטימי המאפיין החלטה של איש ואישה בנוגע להפריית ביצית. שם ניתן לומר כי אין מקום להחיל דיני חוזים בגדרם של היחסים האינטימיים שבין איש לאישתו המצויים בכבשונה של החלטה פרטית בתכלית להביא ילדים. אף מובן מדוע החלה של דיני חוזים על הסכם שכזה סותרת את תקנת הציבור. לעומת זאת, בהסכמה לתרום תאי מח עצם אין שום דבר אינטימי, אין שום דבר רגשי, מדובר ביחסים בין זרים כאשר בפנינו אלמנט ברור של התחייבות שהצדדים מתכוונים לתת לה תוקף מחייב לאור העובדה שעל בסיס מחויבות זו נכנס החולה למצב שבו הורסים את מערכת החיסון שלו. מדוע שלא נחיל את דיני החוזים על מקרה מסוג זה?

12. ודוק, המשפט מביט בעין עוינת על הסכמים לסחר באיברים³¹. מכירה של איבר תמורת כסף היא אסורה בהתאם לסעיף 3 בחוק השתלת אברים, התשס"ח-2008³² הקובע לאמור:

"(א) לא יקבל אדם תמורה בעבור אבר שניטל מגופו או מגופו של אדם אחר או המיועד לנטילה... (ב) לא יתן אדם תמורה בעבור אבר שהושטל בגופו או בגופו של אדם אחר."

יתרה מכך, וזה העיקר, סעיף 34 לחוק האמור קובע כי: "תורם רשאי לחזור בו מהסכמתו לתרומת אבר בכל עת לפני ביצוע נטילת האבר והוא לא ישא באחריות אזרחית או פלילית בשל חזרתו כאמור".

13. ברם, שאין אנו עוסקים במכירה של אבר אלא בתרומתו, ובנוסף, בחוק השתלת אברים מוגדר המונח "אבר" בסעיף 1 ככולל "אבר או חלק מאבר של אדם וכן רקמה הניתנים להשתלה, למעט דם, מח עצם, ביצית ותא זרע"³³.

נראה כי הרעיון העומד בבסיס קביעה זו הוא, כי יש להבחין בין אברים של הגוף שאין להם "חלקי חילוף" לבין תאי רקמה שאינם פְּלִימ, כגון דם, מח עצם, ביצית וזרע, שתרומתם אינה גורעת למעשה מאומה מן התורם.

31. המשפט העברי רואה אף הוא בעין שלילית ביותר חווה בנוגע לאיבריו של אדם שכן איבריו כלל אינם ברשותו, הוא אינו בעלים עליהם והם אינם שלו ועל כן אין הוא יכול לעשות בהם שום מו"מ (מלבד שעבוד של עצמו למלאכה ועבודה) והם אינם נשוא הסכם מכירה או מתנה, שעבוד או משכנתא. לניתוח נרחב של נושא זה ראו מאמרו הידוע של הרב שלמה יוסף זווין "משפט שיילוק לפי ההלכה" בספרו **לאור ההלכה בעיות ובירורים** תג-תכה (מהדורה חדשה, תשס"ד).

32. חוק השתלת איברים, התשס"ח-2008, ס"ח 2144.

33. ההדגשות בכל מקום במאמר זה הוספו על ידי הח"מ.

ביחס לאלו מהווה התרומה חסד שאינו גורע דבר משלמות גופו של התורם וממילא אין כל סיבה לשלול את החוקיות של התחייבות לתרום אותם, או אף להטיל סנקציה במקרה של החלטת התורם להפר את התחייבותו.

14. בנסיבות אלו, נראה כי יש לבחון האם טופס ההתחייבות שעליו חותם התורם עשוי להיות מוגדר כחווה מתנה. ככלל, מתנה היא הקניית נכס שלא בתמורה³⁴. האם תאי מח עצם הם "נכס" כמשמעו בחוק המתנה? ד"ר מרדכי רבילו בספרו על חוק המתנה³⁵ סבור, כי ניתן לראות באיברי גופו של האדם נכס אשר חל לגביהם חוק המתנה, ואין כל מניעה של אדם לתת או להתחייב לתרום איבר מאיברי גופו, כל עוד שנתינת האיבר לא תביא לסיכון חייו של הנותן. כך למשל התחייבות לתת תרומת דם, כמו גם הנקת ילד, או התחייבות של אדם לתת את שערתו לאחר, הוא דבר לגיטימי לחלוטין. משכך ננתח להלן את המקרה דנא בהתאם להוראות סעיף 5 לחוק המתנה:

(א) ס"ק 5(א) לחוק המתנה קובע כי "התחייבות לתת מתנה בעתיד טעונה מסמך בכתב".

דרישת הכתב היא מהותית, ומטרתה לוודא שהמתחייב לתת נכס שלא בתמורה, עושה זאת בנפש חפצה ומתוך מודעות מלאה. נוסחו של מסמך ההתחייבות, צריך שיעיד באופן ברור ומובהק על כוונתו של נותן המתנה לתת את המתנה. ברם, מקום שבו מצוי בפנינו טופס כתוב שהמתחייב חותם עליו תוך שברור מלשונו של הטופס כי המתחייב מבין את משמעות חתימתו, הרי שאין הכרח כי ינוסח בלשון של התחייבות דווקא³⁶.

במקרה דנן קיים מסמך בכתב, שבו חותם התורם כי הוא מודע לכך שעל בסיס נכונותו לתרום נכנס החולה לתהליך שבו נהרסת מערכת החיסון שלו. בנסיבות אלו ברור כי על אף שבטופס לא מופיע ביטוי בלשון 'התחייבות', הרי שברור לתורם גודל המעמד ומשמעותו של המצג שהוא יוצר בפני החולה.

ברור בנסיבות אלה, כי התורם מודע היטב לכך שמשמעותם עליו עם החיים עצמם, והוא נושא באחריות ובמחויבות. טופס זה הוא אפוא בגדר של התחייבות בכתובים לתרום את תאי מח העצם הדרושים לחולה³⁷.

34. סעיף 1 (א) לחוק המתנה, התשכ"ח-1968, ס"ח 529.

35. מ' ראבילו **חוק המתנה, תשכ"ח-1968** 210 (מהדורה שנייה, 1996).

36. אצל **פרידמן וכהן**, בעמ' 456.

37. אין בחוק המתנה דרישה לציין בהתחייבות את זהות הצדדים. על כן, העובדה שאין בטופס פירוט של זהות החולה, אינה פוגמת בתוקף ההתחייבות.

ב) ס"ק 5(ב) לחוק המתנה קובע כי **"כל עוד מקבל המתנה לא שינה את מצבו בהסתמך על ההתחייבות, רשאי הנותן לחזור בו ממנה, זולת אם ויתר בכתב על רשות זו"**³⁸.

במקרה דנן החולה שינה את מצבו לרעה בהסתמך על התחייבותו של התורם, וממילא ברור כי אין הנותן רשאי לחזור בו מן ההתחייבות.

אכן, כאשר מבקש נותן המתנה לחזור בו מהתחייבות, יבחן ביהמ"ש את השינוי במצב המקבל, את קיומו של קשר סיבתי בין התחייבות נותן המתנה לבין ביצוע השינוי במצבו של המקבל, וכן את משמעות השינוי. לא כל שינוי שולי וקל ערך יהפוך את ההתחייבות לבלתי הדירה³⁹ וישלול מנותן המתנה את הזכות לחזור בו מההתחייבות, אלא שינוי משמעותי בלבד. וכדברי הנשיא שמגר⁴⁰:

"מהותו של שינוי כגורם משפיע לפי סעיף 5(ב) נמדדת לאור אופי השלכותיו על מי שמצפה למתנה, ובין היתר, גם לפי מידת היותו בלתי-הדיר..."⁴¹

ברם, שבמקרה דנא השינוי שנעשה במצבה של החולה הינו ממשי, קיצוני ובלתי הפיך. הסתמכותה של החולה על התחייבות התורמת הייתה טוטאלית. החולה התחילה את טיפול ההכנה לקבלת התרומה מבלי שידעה כי התורמת מבקש חלילה לחזור בה מהתרומה, שאם לא כן, לא הייתה החולה מסכנת את חייה בקבלת הטיפול, אשר ללא קבלת התרומה, סופו הוא מוות וודאי. אין ספק כי השינוי המשמעותי במצבו של המקבל, החולה, נעשה בתום לב, ומשכך, התורם מנוע מלחזור בו מההתחייבות.

ג) ס"ק 5(ג) לחוק המתנה קובע כי **"מלבד האמור בסעיף קטן (ב), רשאי הנותן לחזור בו מהתחייבותו אם היתה החזרה מוצדקת בהתנהגות מחפירה של מקבל המתנה כלפי הנותן או כלפי בן-משפחתו או בהרעה ניכרת שחלה במצבו הכלכלי של הנותן"**.

38. לעניין זה ראו למשל ע"א 1483/93 נגר נ נגר, פ"ד מט(5) 39, 43 (1995) בו קבע בית המשפט כי **החוק מגן גם על מקבל המתנה "ועולה מסעיף 5(ב) הנ"ל לחוק, כי אם מקבל המתנה שינה את מצבו, או אם ויתר הנותן בכתב על הרשות לחזור בו מההתחייבות, אזי הופכת התחייבות למתנה לבלתי הדירה"**.

39. אצל פרידמן וכהן, בעמ' 489.

40. ע"א 760/83 פילובסקי נ' זיטלני, פד"י לט(4) 277, 280-279 (1985).

41. אצל ראבילו, בעמ' 362, שם מצייין כדוגמא מקרה בו ניתנה תרומה לבית יתומים על מנת לגדל יתום מסוים. המוסד הסתמך על ההתחייבות וקיבל יתום שאותו החל לגדל. במקרה זה נפסק כי ההתחייבות לתת מתנה היא בלתי הדירה. מאידך, יצוין כי יש לוודא כי שינוי המצב נעשה בטרם שהנותן רצה בכלל לחזור בו, וכן כי הוא נעשה בתום לב ולא נעשה כדי להפוך את ההתחייבות לבלתי הדירה.

ברם, שבמקרה דנא אין שום התנהגות מחפירה מצד החולה כלפי הנותן או כלפי בני משפחתו, ולא עסקינן בהרעה ניכרת שחלה במצבו הבריאותי, שלא לומר הכלכלי של הנותן.

15. נראה אפוא, כי בפנינו התחייבות ברורה ליתן מתנה, העומדת בכל הדרישות של סעיף 5 לחוק המתנה. עסקינן בהתחייבות להקניית "נכס" שלא בתמורה.

16. הכלל הוא כי על מתנה חל חוק החוזים (חלק כללי), וחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה)⁴². כך למשל נקבע בעניין **מקסימוב**⁴³ כי "על פי תפיסת החוק – המתנה היא חוזה".

17. העולה מן האמור הוא אפוא כי:

- (א) ניתן לערוך חוזה ביחס להתחייבות לתרום מח עצם.
 (ב) מדובר בהתחייבות המוסדרת במסגרת חוק המתנה וככזו חל עליה חוק החוזים.
 (ג) בין תורם שהתחייב לתרום מח עצם לבין החולה אליו מיועדת התרומה קיימת אפוא מערכת יחסים חוזית לכל דבר.
 (ד) ודוק, דברינו אלה בדבר הבטחה ליתן מתנה כבסיס לחוזה, **התבססו על המודל הקלסי לחוזה המתבסס על רצון הצדדים**. הדברים נכונים שבעתיים עת שאנו מעיינים בגישה החוזית המודרנית, לפיה חוזה מוחל כאשר בפנינו מצגים שגררו הסתמכות מהותית בתום לב⁴⁴.
 (ה) משהגענו למסקנה כי בפנינו חוזה מחייב נראה בבירור כי אם התורם חוזר בו מההתחייבות לתרום, הוא **מפר את החוזה** בניגוד לתנאים אותם קובע החוק לחזרה מהתחייבות.
 (ו) נראה כי אין ספק כי חוזה זה ייאכף מקום שבו תאי מח העצם כבר הוצאו מגופו של החולה.

42. אצל **ראבילו**, בעמ' 31.

43. ע"א 5187/91 **מקסימוב נ' מקסימוב**, פ"ד מז(3) 177, 185 (1999). וראה גם: ע"א 495/80 **ברקוביץ' נ' קלימר**, פ"ד לו(4) 57, 60 (1982) בו קבע ביהמ"ש כי: "החוזה יכול שיהא חוזה בתמורה, מתוך מחיר וגמול, ויכול שהחוזה יהא חוזה בלא תמורה, בלא מחיר או בלא גמול... **נמצא כי המתנה, כמו המכר, היא חוזה**".

44. בעניין זה ראו למשל את גישתו הידועה של פרופ' P.S. ATIYAH בספרו Essays on Contract, Promises and the Law of Obligation, בפרק 2 המוקדש ל- Contracts, Promises and the Law of Obligation. ופסקי הדין של הולמס הולכים ברוח זו. ומכאן שההתחייבות במקרה דנא – משמעה לא רק הבטחה בעלמא אלא – חוזה שיש לאכפו.

הספק היחיד הקיים במקרה דנן נובע מן השאלה האם חוזה זה ייאכף גם שעה שעסקינן בהתחייבות לתת מתנה הכרוכה באקט פולשני של תחיבת מחט לגופו של התורם. ברם, אין ספק כי יחול במקרה דנן חוק החוזים וכי בפנינו חוזה מתנה מחייב.

פרק ג. ההיבט הפלילי – הרתעה באמצעות ענישה בדיעבד

18. משהגענו למסקנה כי ההתחייבות לתרום מח עצם היא בגדר של חוזה מחייב, נראה כי ניתן להפעיל במקרה דנן את הנורמה הפלילית שהיא אמנם בגדר של ענישה לאחר מעשה, אבל יש בה מטבע הדברים אלמנט מרתיע חד מאד שעשוי לסייע במניעה של הישנות מקרים דומים בעתיד⁴⁵.

45. המחוקק הישראלי מצא לנכון לעשות שימוש בנורמה פלילית כאמצעי אכיפה שיביא אדם לעשות מעשה, הנחוץ לשם הגנה על ערך החיים – וזאת במישור של כפייה על נהג להיעתר לפניה של שוטר המבקש ממנו לעשות בדיקת שיכרות. במקרה זה עסקינן בפגיעה באוטונומיה של הרצון ואף בפגיעה בזכות להימנע מהפללה עצמית, וכדי להגן על ערך החיים של הזולת, קובע סעיף 64 לפקודת התעבורה [נוסח חדש], התשכ"ב-1961, ס"ח 352 את ההוראות הבאות: "(18) שוטר רשאי לדרוש מנוהג רכב או מממונה על הרכב, לתת לו דגימה של אוויר הנשום מפיו, לשם בדיקה אם מצוי בגופו אלכוהול ובאיזה ריכוז, באמצעות מכשיר שאושר לשם כך...; שוטר רשאי לדרוש מתן דגימה לפי סעיף זה אף בהעדר חשד כי נעברה עבירה לפי פקודה זו. א(2)(1) שוטר רשאי לדרוש מנוהג רכב או מממונה על הרכב לתת לו דגימת רוק מפיו, לשם בדיקה אם מצוי בגופו סם מסוכן, באמצעות מכשיר שאושר לשם כך...; שוטר רשאי לדרוש מתן דגימה לפי סעיף זה אף בהעדר חשד כי נעברה עבירה לפי פקודה זו. שוטר רשאי לדרוש מנוהג רכב או מממונה על הרכב, שהיה מעורב בתאונת דרכים או שיש לשוטר חשד סביר כי הוא שיכור, לתת לו דגימת שתן או דגימת דם לשם בדיקה אם מצוי בגופו אלכוהול ובאיזה ריכוז, או אם מצוי בגופו סם מסוכן או תוצרי חילוף חומרים של סם מסוכן; שוטר רשאי להורות על נטילה של דגימת דם כאמור בסעיף קטן זה גם מנוהג רכב או מממונה על הרכב שהוא מחוסר הכרה, ולא יחולו לענין זה ההוראות סעיף קטן (2ב); (1ב) נפטר אדם עקב תאונת דרכים, והיה לשוטר חשד סביר כי אותו אדם היה בין הגורמים לתאונה, רשאי רופא שהוסמך לכך בידי שר הבריאות, שאליו הובא הנפטר, ליטול ממנו דגימת דם או נוזל גוף אחר, לשם בדיקה אם מצוי בגופו אלכוהול ובאיזה ריכוז, או אם מצוי בגופו סם מסוכן או תוצרי חילוף חומרים של סם מסוכן, והכל, אם ביקש זאת השוטר...".

(2ב) שוטר הדורש מנוהג רכב או מממונה על הרכב לתת לו דגימת נשיפה, דגימת רוק, דגימת שתן או דגימת דם, לפי הוראות סעיף זה, יודיע לו את מטרת נטילת הדגימה, יבקש את הסכמתו, ויסביר לו את המשמעות המשפטית של סירוב לתת דגימה, כאמור בסעיף 64.

(3ב) (1) נטילה של דגימת נשיפה, דגימת רוק, דגימת שתן או דגימת דם לפי הוראות סעיף זה, תיעשה באופן ובמקום שיבטיחו שמירה מרבית על כבוד האדם, על פרטיותו ועל בריאותו, ובמידה המועטה האפשרית של פגיעה, אי-נוחות וכאב.

(3) נטילה של דגימת דם תיעשה בידי בעל מקצוע רפואי כהגדרתו בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף החשוד), התשנ"ו-1996 (בסעיף זה – חוק החיפוש), המוסמך כדין ליטול דגימת דם; ...

...

(א) סירב נוהג ברכב, או ממונה על הרכב... לתת דגימה, למעט דגימת רוק לפי דרישת שוטר כאמור באותו סעיף, יראו אותו כמי שעבר עבירה לפי סעיף 62(3) ואולם סירוב לתת דגימת רוק, יש בו כדי לבסס חשד סביר כאמור בסעיף 64(ב)."

19. סעיף 18 לחוק העונשין, התשל"ז-1977⁴⁶ קובע כי בכלל מעשה פלילי לצורך חוק העונשין נכלל גם מחדל, ומחדל מוגדר כ"הימנעות מעשייה שהיא חובה לפי כל דין או חוזה".

לשון החוק מצביעה אפוא על שני מקורות חובה ראשוניים ומעוגנים: 'דין' או 'חוזה'. הפסיקה מתייחסת להפרת חוזה כמקור חובה נורמטיבי לכל דבר ועניין. אין נפקא מינה אם המחדל עולה כדי הפרת דין או הפרת חוזה.

20. לכאורה, יש קושי בעשיית שימוש בנורמה פלילית כדי לאכוף התחייבות חוזית. יש בכך טשטוש גבולין בין המישור האזרחי למישור הפלילי, ובנוסף, נראה לכאורה כי הערך החברתי המוגן על ידי חוזה, שנועד לקבוע כי אדם יעמוד בדברתו ויהא "הן שלו הן ולא שלו לאו"⁴⁷ אינו אמור להיאכף באמצעות נורמות פליליות של ענישה אשר תכליתה להגן על ערכים שונים לחלוטין של שמירה על סדר ציבורי. ברם, שבתי המשפט לא נרתעו מהחלת נורמות פליליות כדי לאכוף חוזים עת שהפרת החוזה הסתיימה בפגיעה בערך החיים. כך, למשל, בענין פרץ⁴⁸ דן ביהמ"ש באחריות למותו של אדם מצידה של חברת חירות בע"מ אשר לא מינתה מנהל עבודה מוסמך בניגוד להסכם שחייב אותה לעשות כן. החברה טענה כי האחריות למינוי מנהל עבודה מוסמך מוטלת מכח החוק על הקבלן המבצע ולא על קבלן המשנה וההתחייבות החוזית של החברה אינה מוגדרת כמחדל במובן סעיף 18ג' לחוק העונשין, מכיוון שההסכם הוא בעל אופי חוזי (אזרחי) ואין בו כדי לשקלל מקור חבות שהפרתו תטיל אחריות פלילית. ביהמ"ש דחה טענה זו וקבע כדלהלן:

"כל חוזה הוא מטבעו ובמהותו בעל "אופי אזרחי", אך עדיין בכוחו להצמיח מקור חבות שהפרתו יכול שתטיל אחריות פלילית. הדבר מוצא ביטויו בסיפת לשונו הברורה של סעיף 18 (ג) לחוק העונשין, הימנעות מעשייה שהיא חובה לפי כל דין או חוזה והדגש הוא על חוזה, ובדברי ההסבר לסעיף 18(ג) הנ"ל ולפיהם: "על פי ההוראה המוצעת מקור החובה לפעול עשוי להימצא לא רק בהוראת החוק המגדירה את העבירה או בהוראה אחרת מתחום דיני העונשין, אלא בכל דין שהוא וכן בחוזה שהעושה מחוייב בו."

46. חוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 864.

47. על הפסוק (ויקרא, פרק יט, פס' לו) "מאזני צדק אבני צדק אפתי צדק והין צדק יהיה לכם" דרשו חז"ל (פסיקתא זוטרתא, פרשת קדושים, דף נה, עמ' ב) "מכיוון שאמר אפתי צדק למה לי הין צדק? (והרי הין בכלל איפה?) אלא שיהא הין שלך צדק ולא שלך צדק, כלומר אם תאמר הין או לאו קיים דברך".

48. מדינת ישראל נ' פרץ, (לא פורסם, 24.10.00).

על תכלית הקביעה שבסעיף 18(ג) לחוק העונשין, עמד גם פרופ' פלר בספרו, כרך א', ע' 402:

"יתירה מזו, האם המציל את אשר כל חובתו לדאוג למתרחצים בים מבוססת על תנאי העסקתו כעובד של רשות מקומית, או האם המורה לשחיה אשר כל חובתו לדאוג לתלמידיו בשעת השעור מבוססת על החוזה בינו לבין תלמידיו, האם הם בני חורין, מבחינת האחריות הפלילית, לזלזול במילוי חובתם זו, ואף תוך כוונה לפגוע בשלום המתרחצים, רק משום שהחובה נובעת מהתחייבות חוזית?"

החשש של טישטוש תחומי האחריות הפלילית, הנזיקית, החוזית, המינהלית, עקב הכרה בכל דין שהוא – ולא בדיני העונשין בלבד – כמקור נורמטיבי של חובה לפעול שיש בה כדי להקנות לאי מלוויה את המעמד של רכיב התנהגותי של עבירה פלילית, מקום שהיא עשויה להתבצע גם במחדל שאינו מוגדר בהגדרת העבירה, אין לו הצדקה. שהרי מלבד הרכיב ההתנהגותי דרושים לשם התהוות העבירה כל שאר התנאים האמורים בהגדרתה: תנאים שעשויים להתבטא במישור הנסיבתי והתוצאתי ובמיוחד במישור היסוד הנפשי, בנוסף לכל הנוגע לערך החברתי הנתון בסכנה על ידי ביצוע העבירה. אם התוצאות הן חמורות ולכן אסורות בפלילים, אם הערך החברתי מוגן בפלילים ואם הנסיבות בהן בוצע המחדל מקנות לו אופי פלילי, אין כל טעם להתנות את המחדל בחובה לפעול המעוגנת במקור נורמטיבי מיוחד. אין אפוא מקום לרתיעה מחובות "עשה" המעוגנות בתחומים נורמטיביים אקסטרא-פליליים, שיהיה די בהן כדי שהמחדלים שנחדלו תוך הפרתן יהוו רכיב התנהגותי של עבירה פלילית. חובה לפעול לפי כל דין שהוא – פלילי או אקסטרא פלילי – יש בה כדי להשלים את מערכת הרכיבים הדרושים להתהוות עבירה מחדלית.⁴⁹

21. ואכן, במקרה דנן בפנינו הפרת הסכם שיש בה פגיעה ברורה ובוטה בערך החיים. התורמת מודעת לעובדה כי בשלב הבלתי הפיך שבו מצויים הצדדים, אם היא אינה מוכנה להמשיך בתהליך לאחר שנהרסה מערכת החיסון של החולה, הרי שהיא זורה מוות במחדלה.

49. בדומה לכך מצינו בת"פ (שלום י-ם) 1056/05 מדינת ישראל נ' יוסי קדוש, 2006(4) 5591 (2006) בו קבע ביהמ"ש כי: "ההתחייבות שנטל על עצמו הנאשם הינה בגדר "חוזה". החובה מכוח ההתחייבות האמורה הינה, אפוא, מקור חובה לפעול, המבוססת אחריות פלילית בגין מחדל."

במקרה זה, אין המדובר בהפרת חוזה גרידא שיש לה השלכות כלכליות כאלו ואחרות, אלא במי שהשלה חולה ויצר מצג אשר מכוחו נכנס החולה לתהליך בלתי הפיך שנסוגה ממנו משמעה – מוות. אדישות זו של התורמת לחיי הזולת היא פגיעה חמורה בהגנה המתבקשת על ערך החיים ואין הברדל בינה לבין מדריך שחיה המזניח את הלומדים הרכים בבריכת השחיה ומניח להם לטבוע כשהוא אדיש לזעקותיהם. בשני המקרים יסוד החבות הוא התחייבות חוזית אך ההפרה אינה מגינה רק על ערך חוזה אלא על ערך החיים, כאשר המחוקק קובע כי מחדל מסוג זה משמעו הריגה.

22. בדומה לכך מסכמים CARD CROSS AND JONES⁵⁰ את הפסיקה האנגלית בהקשר זה לפיה יש להטיל אחריות פלילית כאשר נפגע ערך החיים מכח הפרתו של חוזה שהטיל חובה לעשות פעולה שנועדה להגן על ערך זה. כך הורשע עובד רכבת שהתחייב בחוזה ההעסקה לסגור מחסום כאשר רכבת מתקרבת. העובד לא עשה כן, ועקב כך נהרג עובר אורח. במקרה זה, בו היה קיים חוזה מחייב, על אף שהנפגע אינו צד לו, הורשע עובד הרכבת בהריגה במחדל.

מאוחר יותר הורשעו גם בני זוג שארחו בביתם את אחות הבעל. בתקופת שהותה אצלם, הפסיקה האחות לאכול. בני הזוג ניסו לעזור לה, רחצו והלבישו אותה, הביאו רופא למיטתה, אולם מצבה התדרדר עד למותה. במשפט נקבע כי בני הזוג לא עשו מאמצים מספיקים על מנת למנוע את מותה של האחות. הם הורשעו בהריגה במחדל. על אף שבמקרה זה לא היתה כל נטילת אחריות מצידם, ביהמ"ש קבע כי יש בהתנהגותם משום לקיחת אחריות על חסר ישע⁵¹. בפרשה דומה⁵² נקבע כי על הנאשמת חלה חובה מוסרית לדאוג לדודתה ומשנמנעה ביודעין מקיום חובתה תיראה כגורמת לתוצאה הקטלנית.

23. בהתאם לכך נראה כי חלים במקרה דנא לכאורה הוראות סעיף 298 לחוק העונשין הקובע לאמור:

"הגורם במעשה או במחדל אסורים למותו של אדם, יאשם בהריגה, ודינו – מאסר עשרים שנים".

24. הנה כי כן, משהגענו למסקנה כי חלה במקרה דנא חובה מכח חוק החוזים לעמוד בהתחייבות כלפי החולה, נראה כי כאשר התורם מבקש לחזור בו מתרומתו הוא עובר על עבירה של הריגה.

50. RICHARD CARD, CARD, CROSS & JONES CRIMINAL LAW (19th ed. 2010).

51. R. v. Stone and Dobinson 1 Q.B 354 (1977).

52. R. v. Instan 1 Q.B. 450 (1893).

זאת מכיוון שבפנינו מחדל בניגוד לחיוב חוזי, שתוצאתו היא מותו של החולה, והתורם מודע לתוצאה חמורה זו של מעשהו. מן הדין אפוא כי ישא בתוצאות!

25. ברם, שהפעלת נורמה פלילית ביחס למקרים מסוג זה איננה הפתרון הרצוי, שכן עדיף למנוע את התופעה מראש על ידי הענקת סעד ומניעת נזק בלתי הפיך, מאשר לעמוד מן הצד בעת שהנזק מתחולל והחולה מת ולתת את הסעד על ידי הפעלת נורמות פליליות מרתיעות ביחס לעתיד⁵³. ההרתעה היא כמובן אלמנט חשוב מאד באשר היא צופה פני מעשים עתידיים אבל היא באה בהכרח לאחר המעשה הראשון. התוצאה היא אפוא כי חיים כבר קופדו, וכפועל יוצא מאוזלת יד משפטית שלא מצאה אפשרות לאכוף את ההסכם הראשון, יימצא כי אף חייו של התורם לא יהיו עוד חיים באשר הוא יורשע בעבירה של הריגה.

נראה על כן, כי מדיניות משפטית רצויה מחייבת לתור אחר פתרון משפטי שיהווה מקור נורמטיבי לאכיפה מראש של הסכם התרומה, וכך יינצלו שתי נפשות – הן נפשו של החולה והן נפשו של התורם. נתור אחר מקור נורמטיבי מכח דיני החוזים שיאפשר לביהמ"ש אכיפה מראש של ההתחייבות.

פרק ד. ההיבט המהותי

26. בעת שאנו פונים למישור האזרחי, נראה לכאורה כי יש קושי קונספטואלי בהחלת דיני חוזים על המקרה דנן. זאת מכיוון שדיני חוזים נותנים תוקף לרצון והסכמה של צדדים, וביסודם עומד חופש וזכות של הפרט ליצור חוזים כרצונו.

האם ייתכן כי מכוח דינים אלה, המבטאים חופש ואוטונומיה של הפרט, תתבצע פגיעה חריפה באוטונומיה של הפרט תוך חדירה אל מתחת לקליפת עורו ושלמות גופו? האם דיני החוזים שמהותם הגנה על האוטונומיה של הפרט יכולים להוות כלי קיבול והכלה של אמצעי לפגיעה באוטונומיה זו?

האין זה בבחינת תרתי דסתרי?

⁵³. משל ידוע הוא כי בעיר השוטים חלם היה גשר פגום שאנשים נפלו ממנו אל התהום. התכנסה מועצת חכמי העיר חלם והחליטה להקציב תקציב גדול לשם בניית בי"ח למרגלות הגשר הפגום, וזאת חלף עשיית שימוש באותו תקציב – לשם תיקון הגשר. בדומה לכך, כל פתרון שמתקן מצב בדיעבד ולא מוצא לנכון למנוע אותו מלכתחילה, לוקה במהותו, והכלל הוא כידוע כי "געת ומצאת תאמין". קושי משפטי ניתן בדרך כלל לפתור אם אך מקדישים לו חשיבה מספקת. או כפי שנהג הרב חיים שמואלביץ לומר "עצלן אינו אחד שלא עובד אלא אחד שלא חושב".

27. בהקשר זה, נראה כי עלינו לחזור אל עקרונות היסוד, ובהם מאמרו של מוריס כהן משנת 1933, *The Basis of Contract*,⁵⁴ כהן הבהיר כי יש טעות בסיסית בתאוריה הקלאסית הסבורה כי דיני חוזים נותנים תוקף לרצון ולהסכמה של צדדים, שכן כדי ששני אנשים יסכימו לעשות משהו ואח"כ יעשו אותו – אין צורך בדיני חוזים. די בהעדר איסור פלילי או מנהלי כדי שהם יוכלו לעשות כרצונם. דיני החוזים גם אינם נחוצים כדי להביא צדדים לעמוד בדיבורם ודי לעתים בחישובי כדאיות לזמן ארוך או בלחץ חברתי, ערכים ראויים וכיו"ב, כדי שההסכמה תבוצע. דיני חוזים אינם עוסקים אפוא ברשות של המדינה לצדדים לעשות כרצונם אלא – באכיפה של ההתחייבות הזאת כאשר המדינה מעמידה לרשותו של צד את כוחותיה הריבוניים כנגד הצד השני. על כן, דיני חוזים אינם עוסקים באוטונומיה של הרצון אלא דווקא בהעמדת מערכת של אכיפה לטובתו של צד אשר קיבל התחייבות חוזית – והצד השני – מוליך אותו שולל⁵⁵.

28. מכיוון שכן, נראה כי יהא עלינו לשאול האם במישור המהותי צודק יהא להעמיד את רשויות האכיפה של המדינה לרשות החולה כדי לאכוף על התורם את חוזה התרומה? האם מחייבת תחושת הצדק להעדיף את ערך החיים על פני הפגיעה באוטונומיה של הפרט תוך אכיפת החוזה? לשאלה זו חשיבות רבה הן מבחינת דיני החוזים עצמם כפי שעוד נראה להלן, והן מכיוון שעשויה להיות בה כשלעצמה, תשובה לשאלה הנורמטיבית נשוא הדיון. זאת מכיוון שבדיון הנוסף בעניין נחמני מצא ביהמ"ש העליון דרך, בדיון הנוסף, לאכוף את העברת התאים המופרים בזרעו של הבעל, תוך שימוש בדוקטרינות שאינן חוזיות. ביהמ"ש יצא מנקודת הנחה כי דיני החוזים לא יחולו במקרה זה ועל אף זאת, קבע כי ניתן לאכוף את המצג שנעשה על ידי הבעל מכוח מושג משפטי המכונה "צדק", אך זאת כאשר נמצא המוסד המשפטי אשר במסגרתו נמצא כר של שיקול דעת לבית המשפט להביע את דעתו. ובלשונו של כב' השופט גולדברג⁵⁶:

"מאחר ולשיטתי אין כלים "קונבנציונליים" לפתרון הסכסוך, יש לתור אחר חלופה להם, המבוססת על ערך בסיסי החולש על שיטתנו. ערך-יסוד הולם הוא הצדק.

54. M. Cohen, *The Basis of Contract*, 46 HARV. L. REV. 553 (1933). המאמר נכלל גם כפרק בספרו מאתה שנה – *Morris R. Cohen, Law and the Social Order: Essays in Legal Philosophy 69 (1933)*.

55. מכך יוצא שדיני חוזים, כמו חלקים אחרים של המשפט הפרטי אינם אלא ענף של המשפט הציבורי. להרחבה ועיון בסוגיה זו ראה א' זמיר **פירוש והשלמה של חוזים** 87-129 (תשנ"ו).

56. ראה לעיל ה"ש 9, בעמ' 728-730. [אמנם השופט צבי טל בדיון הראשון (הע"ש 9, לעיל) השתמש בעקרון של התחייבות חוזית של הבעל עפ"י המשפט העברי. -- העורך].

הצדק הוא מנשמת אפו של המשפט בישראל. הוא האידיאל המופשט אליו חותרת מערכת המשפט. הוא "מבטא את ההסדר האידיאלי ביחס למשפט כמערכת כללים בינאישיים. הוא קנה המידה הערכי של המשפט" (י' אנגלרד, מבוא לתורת המשפט (תשנ"א) בעמ' 42). אף בחקיקה פוזרות למכביר הוראות בהם הפך הצדק מעקרון-על החולש על השיטה, לנורמה משפטית ספציפית. כך, לדוגמא, קובעת פסקת עקרונית-היסוד, הקבועה בסעיף 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כי "זכויות היסוד של האדם... יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל" ולפיה תהא מדינת ישראל מושתתת, בין היתר, על יסוד הצדק.

...
בחוק יסודות המשפט נקבעו "עקרונות החירות, הצדק היושר והשלום של מורשת ישראל" כמקורות משפט משלימים במקרה של לאקונה.⁵⁷

אכן, אין בכוחה של שאיפה זו ליצור יש מאין.

מקום בו נפרד המשפט, המכתיב תוצאה מסוימת, מהצדק, אין בית המשפט רשאי ליטול לעצמו שיקול דעת שאינו מסור לו. אולם במקרה בו מופקד בידי השופט שיקול דעת, או אז "המשפט והצדק, שדרכיהם נפרדות לעיתים קרובות, נפגשים בצומת של שיקול הדעת השיפוטי"⁵⁸.

57. כב' השופט גולדברג מבהיר שם, בעמ' 730 כי "סקירה זו אינה מתיימרת למצות את כל המקרים בהם מוצאת השאיפה לצדק את ביטויה בחקיקה הישראלית. אין בה אלא להראות כי יש שהמחוקק הציב פתרון צודק כיעד בפני עצמו, כל אימת שראה בצדק מנגנון הולם לפתרון. השאיפה לפתרון צודק אוצלת על שיקול הדעת השיפוטי, והיא משמשת נר לרגלי השופט התר אחר נתיב ההכרעה בסיכסוך. וכבר נאמר כי "התפקיד לתרגם הלכת המחוקק למעשה צדק מופקד בידי השופט, ובכך ניתנה לו ההזדמנות הסופית לעשות צדק בין הצדדים" (ע"א 398/65 רימון נ' הנאמן לנכסי שפסלס, פושט רגל, פ"ד כ(1), 401, 408).

58. לעניין זה ראו א' ברק פרשנות במשפט 193 (כרך ראשון, תשנ"ג) המבהיר כי "לנקודת מפגש זו התחייב השופט היושב בדיון לחתור שעה שנשבע "לשפוט משפט צדק". כמו כן, ראו א' ברק "על משפט, שיפוט וצדק" משפטים כז 5 (תשנ"ו): "לדעתי, יש לו לצדק עוצמה נורמטיבית נוספת אותה נוכל לכנות, כעוצמה 'שירות' והיא זו: בהנחה שבאיוון הראשוני כפות המאזניים מעויינות, והשיקולים השונים, ובהם שיקולי הצדק, מאזנים זה את זה, כי אז עומד השופט בפני דילמה אמיתית. שיקול הדעת הוא שלו. הערכים השונים, וביניהם הערך בדבר הצדק, מתנגשים זה בזה, ומאזנים זה את זה. כיצד יפעיל השופט את שיקול דעתו במצב דברים זה? הוא אינו רשאי להטיל מטבע, אף שבכך הוא מגשים את הערך בדבר נייטרליות שיפוטית והיעדר משוא פנים שיפוטי. כיצד יפתור את הבעיה הניצבת בפניו? עליו להפעיל את שיקול דעתו באופן שהוא יתן את הפתרון הנראה לו כטוב ביותר. אך מהו פתרון זה?

לשופטים שונים יכולה להיות גישה שונה בתחום זה. לדעתי, הפתרון הטוב ביותר הוא הפתרון הצודק. אכן, כאשר כל אמות המידה מוצו ולא נמצא פיתרון, על השופט לשאוף לפתרון הצודק ביותר."

29. בהקשר זה, נראה כי תחושת הצדק מחייבת אכיפה של ההתחייבות לתרום מח עצם, מטעם טריוויאלי מאוד, לפיו – גם האינטרס של התורם היא כי יכפו עליו לעמוד בדיבורו. נראה כי הוא אמנם נרתע ברגע זה מביצוע של התחייבותו. אבל, בראיה רטרוספקטיבית בדקה שאחרי – גם התורם עצמו יודה מכל לב למי שכפה עליו להמשיך בתהליך, וחסך ממנו את הצורך לחיות את שארית חייו בתחושת אשמה חמורה של מי שהביא לקיפוח חיי אדם. על כן, נראה כי אין כאן שני אינטרסים מתנגשים שיש להכריע ביניהם וגם הרצון הפנימי והנורמטיבי של התורם הוא – כי יכפו את ההתחייבות שאותה נטל על עצמו. אכן, זוהי ראייה פטרנליסטית מובהקת, אך נראה כי יסודה בתחושה לפיה כל אדם מבקש מטבעו להיות נורמטיבי, והתעלמות מדעות המובעות כתוצאה מרציה ייצרית ומבוססות על חשיבה רציונלית טהורה, משקפים גם את טובתו של זה שהתחייב לתרום את מח העצם.

30. בדרך זו צעד בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' השופט צבי טל) עת שדן באישור לתרומת מח עצם מקטין⁵⁹. מדובר היה במקרה של ילדה בת 3 הסובלת ממחלה חשוכת מרפא אשר צפוי כי תגרום למותה תוך זמן קצר והדרך היחידה שעשויה, אולי, להביא לריפוייה היא השתלת מח עצמות מאחותה בת התשע. בית המשפט הבהיר כי תהליך ההשתלה כמעט ואינו מסכן כלל את התורם, אך עלול לזרז את מותו של החולה, במקרה של אי הצלחה. הבקשה לבית-המשפט היתה לאשר לרופאים, שהמליצו על ההשתלה, לבצע פעולת ההשתלה של מח עצמות מגופה של הבת הבריאה לגופה של הבת החולה. בית המשפט קיבל את הבקשה ופסק כי האם, כאפוטרופוס טבעית, חייבת לדאוג לצרכי הקטין הכוללים גם את צרכי רפואתו ובריאותו. ממילא, כאשר, בהיעדר הטיפול, צפוי מותו הוודאי של פציינט קטין, ואילו הטיפול נותן פתח-תקווה ולו גם בסיכוי שקול, הרי, לכאורה, הטיפול הוא לטובת הקטין. בכל הנוגע לקטינה החולה, תפקיד בית-המשפט הוא רק לבדוק אם החלטת האם להסכים לניתוח היא החלטה שכל "הורה מסור" היה מקבל "בנסיבות הענין". אם הורה מנסה להוציא מיתה ודאי בטיפול של ספק, אין לומר שהוא פועל שלא כדרך הורים מסורים. ברם, קשה יותר היתה הבעיה ביחס לקטינה התורמת.

ברור כי אין לראות כבת תוקף את הסכמתה של ילדה בת תשע לתרום מגופה, ובוודאי שאין זו הסכמה חופשית ואף לא הסכמה הבאה מתוך הבנת מכלול הנתונים.

59. תמ"א (י-ם) 26/82 היועץ המשפטי לממשלה נ' ציורדאלי, פ"מ תשמ"ג(1) 225 (1982). וראה גם צ' א' טל עד בוא השמש 161(2010).

לכן, כל "התרמה" שלה כמוה ככפיה. בית המשפט ציין כי אין אדם חייב להציל את חברו מסכנה, אלא אם כן התחייב לכך או שהוטלה עליו חובה מכוח החוק⁶⁰. אף-על-פי-כן, קבע בית המשפט כי יש לאשר את

60. מאז חוקק חוק לא תעמוד על דם רעך, התשנ"ח-1998, ס"ח 1670. ברם, המשפט הישראלי מסויג מפני החלת נורמות עונשיות בגין פסיביות של אדם, שאינו נוהג בהתאם לערכים שאינם מוגדרים, כפי שהבהיר בית המשפט העליון, בע"פ 119/93 לורנס נ' מדינת ישראל פ"ד מח (4) 1, 33 (1994). בית המשפט הבהיר באותו עניין כי "גם בעניין פיקוח נפש מן הדין להציב את החובה המשפטית בגבולות צרים יותר מן החובה המוסרית דתית" ואכן, חוק לא תעמוד על דם רעך נחקק באופן המטיל חובות מוגבלות ביותר, ומאפשר לחמוק מהוראותיו בנקל. כך, נקבע בסעיף 1 לחוק כי "(א) חובה על אדם להושיט עזרה לאדם הנמצא לנגד עיניו עקב ארוע פתאומי בסכנה חמורה ומיידית לחייו, לשלמות גופו או לבריאותו, כאשר לאל ידו להושיט את העזרה מבלי להסתכן או לסכן את זולתו. (ב) המודיע לרשויות או המזעיק אדם אחר היכול להושיט את העזרה הנדרשת יראוהו כמי שהושיט עזרה לעניין חוק זה...". נמצא אפוא, כי הוחלה חובה משפטית של הושיט עזרה לזולת (והנמנע ממנה צפוי לקנס כספי...) אך החובה חלה מלכתחילה אך ורק כאשר הסכנה מתרחשת לנגד עיניו, דבר המתיר לכאורה להתעלם ממצוקה המתרחשת במרחק מה ואולי אף מעבר לאדן החלון. כמו כן, אין החובה חלה כשיש סיכון כלשהו למציל, והחוק למעשה סרס את עצמו בקובעו כי בכל מקרה אדם יכול לומר "שלום עליך נפשי" אם אך סיפר על המצוקה של זולתו לאדם נוסף שגם הוא מצידו יוכל לצאת ידי חובה ע"י כך שיספר על כך לרעה. החובה התורנית בהקשר זה – **שונה לחלוטין**, ומחייבת כל אדם לעשות כל כך לאל ידו, משל היה מדובר בו עצמו או בבנו יחידו. קדושת החיים אינה עומדת במערך של איוונים מול חופש הפרט (כפי שציין ביהמ"ש בעניין **לורנס הנ"ל**), אלא – ערך החיים ניצב גבוה מעל גבוה מעבר לכל ערך אחר. בהקשר זה נראה כי קיים שוני בסיסי המבחין בין שיטת משפט דתית לבין שיטת משפט חילונית, שעליו ניתן לעמוד עת שאנו מעיינים בספור של א' כשר **אתיקה צבאית** 103-106 (1996). פרופ' כשר מבחין בין מי שחי "חיים של חובה" לבין מי שחי "חיים של תכלית" – תועלת. מי שחי חיים של תועלת, מכבד הבטחה, כי הדבר חשוב ומשתלם. אך יהיו מצבים שבהם יפר את דיברתו, כשברור כי הדבר אינו משתלם לו. לעומתו, מי שחי חיים של חובה – יכבד ערכים בלי לבחון את מחירם. במסגרת זו חל הכלל של מסירות נפש, וגבורה ערכית, הניצבת מעל לכל תכלית. הערכים במסגרת "חיים של חובה" מקבלים אפוא משנה תוקף, ואין להשוותם לאותם ערכים במסגרות המושתתות על "זכויות אדם" ותכליות. בשיטת משפט המושתתת על ערכים של תכלית (להבדיל משיטת משפט דתית - המושתתת על חיים של חובה) ספק רב האם ניתן להחיל חיובים במצבים של התנהגות פסיבית. כך למשל בעניין *R. v. Miller, 2 AC 161 (1983)*, נדון מקרה של אדם שנרדם על מזון בבית נטוש ובידו סיגריה בוערת. כשהתעורר וגילה שהמזון בוער – עבר לחדר השני והמשיך לישון שם. התעוררה שאלה בדבר טעמי החיוב שלו, האם יש חיוב בגין פסיביות, או שמא מכיוון שהוא אחראי על ההצתה, הרי שחיוב זה נמשך כל רגע ורגע שאינו מביא לכיבוי האש, וממילא חיובו אינו נובע מן המחלל – אלא ממעשה ההצתה הראשון. דוגמא נוספת היא פסה"ד בעניין *Allan v. Derek (1984)*, שזוכר לראשונה ב: *Allan C. Hutchinson and Derek Morgan, The Canengusian Connection: The kaleidoscope of Tort Theory, 22 OSGOODE HALL LAW JOURNAL 69 (1984)* בו ראה אדם תאונת דרכים מחלון ביתו- סב על עקביו וחזר לישון, בלי שיטרח להושיט עזרה לפצוע שנלכד ברכב. לדיון נרחב בהקשר זה ראה ד' סטמטן "לא תעמוד על דם רעך" – מחובות הוזהירות לחובת ה'שומרוני הטוב'" **מחקרי משפט** ט"ו(1) 17 (התשנ"ט) כדי להמחיש את הקושי הנעוץ בהטלת חובה על אדם לצאת מן הפסיביות שלו, נשתמש בדוגמה הבאה (שהתפרסמה בכתב העת "ניצוצות" חוברת מס' 1): אדם מצוי בחדר שבירכתיו נמצא תינוק, אשר לא בא אוכל לפיו מזה זמן רב. ברור לו כי אם לא יאכילו מייד את התינוק – הוא ימות. בחדר יש בקבוק חלב מוכן. האם יקום ממקומו ויאכיל את התינוק? נראה לכאורה כי מתי מעט ישיבו בשלילה, וכל אדם נורמטיבי יתן לילד לאכול, ולא ישאר אדיש למצוקה. אך כיצד יגיב אם הילד הזה מצוי בדירת השכנים? ומה כאשר

בקשת האם לנטילת מח עצמות מן הקטינה וזאת לטובת קטינה זו עצמה, בהסתמך על דעתו של הפסיכולוג ששוחח עם הילדה והוא סבור כי אם לא תתרום ממח עצמותיה להצלת אחותה הקטנה – היא תחיה תמיד בהרגשה שלא עשתה כל שבידה להצלת חיי אחותה, והרגשה זו תלך ותחריף עם התבגרותה. על כן, **מתוך שיקולי טובת התורם** אישר בית המשפט את הפעולה בהבהירו כי טובת הילדה התורמת אינה רק טובתה החומרית והגשמית אלא גם טובתה הנפשית⁶¹.

31. נימוק זה, הרואה בהצלת החולה אינטרס של התורם, שלא יצטרך לחיות כל חייו בתחושה כי מותו של פלוני נגרם על ידו, ניצב בבסיס שורה של פסקי דין בביהמ"ש העליון של מדינת מסצ'וסטס, בהם נדונו מקרים של תאומים זהים קטינים אשר נדרשה תרומת כליה מן האחד אל משנהו⁶².

32. למעשה, זווית ראייה זו עתיקה היא כימי עולם וכבר במסכת בבא בתרא, דף מח, עמ' א מצינו את המושג של "כופין אותו עד שיאמר רוצה אני".

הילד נמצא בעיר אחרת? האם יעזוב את כל עיסוקיו, ויסע שעתים כדי להציל חיים? והאם תשתנה התשובה כאשר הילד בחור"ל וצריך לטוס 12 שעות כדי להגיע אליו? האם כאשר אנו שומעים על אסון במדינה אחרת אנו קמים ונוסעים לשם כדי לעזור ולהציל חיים? מובן כי יש אכן כאלה העושים כן, אך האם כל מי שלא עשה זאת, הפר חובה המוטלת עליו? מהם אפוא גרדיו של חיוב המוטל על מי שלא עשה מעשה? עד היכן ניצבת החובה המוטלת עליו לפעול? הרב ירוחם הלוי ליוואוויץ בספרו "דעת תורה" על הפסוק "לא תעמוד על דם רעך" (ויקרא, פרק יט, פס' טז) מביא את דברי רש"י "לראות במיתתו ואתה יכול להצילו" ומבאר כי "אין זה נפקא מינה כלל אם הוא עומד שם בשעת סכנת חברו אם לאו, אם נפשות או ממון, אלא אפילו לא עמד אצל המעשה, אלא שמע על זה, או ידע איזו ידיעה שהיא, והוא יכול להציל, והנהו מעמיד עצמו מלהצילו, הרי זה בלאו דלא תעמוד על דם רעך. וזו הערה נוראה בחיובי האדם".

עם זאת, נראה כי במקרה דנא חובת ההצלה של הזולת אינה נובעת מערכים כלליים של היחלצות לקראת אדם במצוקה, שניתן לעזור לו ולהצילו, כפי שנקבע בסוגיית "לא תעמוד על דם רעך" – אלא בפנינו תורם שיצר מצג בפני החולה ולמעשה יצר את הסיכון של החולה אשר איבד את מערך החיסון שלו לנוכח המצג האמור. בנוסף, בפנינו התחייבות מפורשת של התורם שאותה הוא מפר. אין הוא יכול לומר כי מה לו ולצרה הזאת, שהרי הוא קשור בה בעבותות של חיוב מוסרי ומשפטי ברורות.

61. וראה שולחן ערוך חושן משפט סימן י"ב סעיף ג' בו מבואר כי מותר לבי"ד לוותר בממון יתומים לפנים משורת הדין, כדי להשיקטם ממריבות, משום שזוהי טובת היתומים. הנה כי כן, טובתו של אדם אינה מתמצית במישור המטריאלי בלבד.

62. Madsen vs. Harrison, No. 68651 Eq. Mass. Sup. Jud. Ct. (1957); Haskey vs. Harrison, No. 68666 Eq. Mass. Sup. Jud. Ct. (1957); Foster vs. Harrison, No. 68674, Eq. Mass. Sup. Jud. Ct. (1957).

פסקי דין אלא נדונו בהרחבה במאמרו של William J. Curran, *A Problem of Consent: Kidney Transplantation in Minors*, 34 N.Y.U.L.REV. 891 (1959). ברומה לכך, פסק ביהמ"ש לערעורים של מדינת קנטאקי בענין Strunk v. Strunk, 445 S.W. 2d. 145 (Ky. 1969). לסקירה ביקורתית על הפסיקה האמורה ראה מאמרו החשוב של ד' פרנקל "פסולי דין כ"תורמי אברים" **משפטים** ג 238 (התשל"א).

הכלל הוא כי גט שאדם נותן שלא מרצונו החופשי ("גט מעושה") הינו פסול, והאישה נותרת אשת איש. במקרה זה נישואיה לאחר הם בגדר איסור חמור וילדיה מאותו אחר הם ממזרים. ועם זאת, נתקל הדין במקרים שבהם מחויב הבעל לתת גט (כגון בעל שהוא מוכה שחין, והאשה אינה יכולה לחיות במחיצתו – כתובות דף עז, עמ' א). במקרה זה "מתגברת" ההלכה על הפסלות של גט שניתן בכפייה על ידי כך שכופים את האדם לתת עד שיאמר רוצה אני. ונשאלת השאלה: הכי צד יכולה כפייה ליצור רצון? הרי האישה בפנינו והוא אינו רוצה לגרש את אשתו, והאמירה "רוצה אני" היא מלאכותית והושגה באמצעות השוט. תשובה לכך מצויה בפסקו של הרמב"ם⁶³, כדלהלן:

"מי שהדין נותן שכופין אותו לגרש את אשתו ולא רצה לגרש, בית דין של ישראל בכל מקום ובכל זמן מכין אותו עד שיאמר רוצה אני ויכתוב הגט והוא גט כשר... ולמה לא בטל גט זה שהרי הוא אנוס בין ביד גוים בין ביד ישראל?"

שאינן אומרים אנוס אלא למי שנלחץ ונדחק לעשות דבר שאינו מחוייב מן התורה לעשותו כגון מי שהוכה עד שמכר או נתן. אבל מי שתקפו יצרו הרע לבטל מצוה או לעשות עבירה והוכה עד שעשה דבר שחייב לעשותו או עד שנתרחק מדבר שאסור לעשותו – אין זה אנוס ממנו. אלא הוא אנוס עצמו בדעתו הרעה. לפיכך זה שאינו רוצה לגרש מאחר שהוא רוצה להיות מישראל רוצה הוא לעשות כל המצות ולהתרחק מן העבירות ויצרו הוא שתקפו וכיון שהוכה עד שתשש יצרו ואמר רוצה אני כבר גרש לרצונו".

כלומר, הרצון אינו נובע מעצם האמירה "רוצה אני" אלא מן ההנחה שאדם רוצה להיות נורמטיבי ומקובל בעיני החברה, וממילא יכולים אנו להניח כי "ברגע שאחרי" יודה גם הבעל הזה עצמו על הפעולה שנעשתה, שהיא משקפת את טובתו האובייקטיבית, לאחר שהוא משוחרר מנסיבות רגעיות שבהן הוא נתון במערבולת חושים. נראה כי הסבר לדברים מצוי אצל רבי שמעון יהודה הכהן שקופ⁶⁴, ופשרם הוא כדלהלן:

קיימת הבחנה בין רצון (תודעתי) לבין רציה (שהיא על פי רוב יצרית).

63. משנה תורה לרמב"ם, הלכות גירושין, פרק ב, הלכה כ.

64. חידושי רבי שמעון יהודה הכהן שקופ, בבא בתרא, סימן כז, אות ב; לענין זה ראה: א' וינרוט "מקח כפוי" מגל יא 187 (תשנ"ה).

[מקור הלכתי חד משמעי יותר לעקרון של הסכמה רטרואקטיבית שנחשבת כהסכמה בעלת תוקף משפטי על פי ההלכה, מובא בפרק א של התוספתא של מסכת שקלים, במשל הרופא הכופת את מי שעלתה מכה ברגלו ומרפאו. -- העורך.]

כך למשל אנשים רוצים לדעת ומבינים בתודעתם כי כדי לדעת יש צורך ללמוד, ואולם הרצון התודעתי ללמוד אינו מתבטא תמיד גם ברציה, שכן הפעילות היומיומית מושפעת מגורמים לא תודעתיים⁶⁵. הרציה משתקפת בעת מעשה, ברגע הפעולה, ואילו הרצון מתבהר דווקא ברגע שאחרי הפעולה, כאשר מתפזר ערפל הרגשות ובה לידי ביטוי מה שטוב בעיני אותו אדם, ורצוי בעיניו – באמת.

ממילא, מובן כי במקום שבו יש כפיה – מושגת רציה (וזה המשמעות של כפיה בגט עד שיאמר "רוצה אני"). כפיה אינה מועילה לחולל רצון אך היא מועילה לחולל רציה. ברם, הבחינה האמיתית של אוטונומיה מתבטאת ברצון ולא ברציה ולגבי הרצון מבהיר הרמב"ם כי מקום שבו מוטלת חובה מוסרית על אדם, הרי שהוא רוצה כל העת, בתוך תוכו, למלא את חיוביו אלו. רצון זה נובע מרצונו להיות מקובל בחברה ופועל על פי הנורמות המוסריות החלות עליה. אכן, הרצון לא הגיע

לכלל רציה בנסיבות מסוימות שבהם היצרים ערפלו את התודעה ויצרו נתק בין הרצון – שהיה קיים כל העת – לבין הרציה שנעדרה. במקרה זה מועילה כפיה ואין בה משום פגיעה באוטונומיה של האדם⁶⁶.

65. הבחנה זו מושרשת בתורתו של עמנואל קאנט המבהיר כי הרצון צומח מן התודעה ואילו הרציה היא שימוש מעשי ברצון. "מתוך תבונה טהורה אדם יודע ומתוך תבונה שימושית הוא רוצה". ברם, לא תמיד מוביל הרצון לרציה וכאן באה לידי ביטוי תורת המידות. לענין זה ראה: Kant Immanuel, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (1785).

66. בהתאם לעקרון זה, מוצאים אנו במשפט העברי כי "כופין על המצוות", ובכלל זה הלכה פסוקה היא (שולחן ערוך, יורה דעה, הלכות צדקה, סימן רמ"ח, סעיף ב') כי "ממשכנים על הצדקה, אפילו בערב שבת". כלומר, יכולה קהילה לכפות על אדם להשתתף במתן סיוע לנזקקים, שהרי בסופו של יום בדקה שאחרי יש לכל אדם רצון לסייע לזולתו והאוטונומיה שלו לא נפגעה. זאת ועוד, המשפט העברי מבחין היטב בין כפיה על ערכים לבין כפיה של התחייבות, שאז בודאי שלא עסקינן בפגיעה באוטונומיה של האדם, אלא במימוש התחייבותו שלו. כך למשל מצינו בדברי ר' יואל סירקיש בספרו בית חדש – המבהיר כי ההלכה האמורה בשו"ע מתייחסת ל"צדקה שנדרו מכבר וקבלו עליהם ליתן בכל חודש וכיו"ב והגיע זמן הנתינה בערב שבת, שאז כופים עליו ליתן אף בערב שבת, אבל כאשר לא נדר מעיקרא אלא שכופים אותו לתת מה שראוי ליתן במקרה זה אין ממשכנין בערב שבת". בדומה לכך, מצינו את הכלל של "כופין על מידת סדום". בתלמוד לא מובהר כיצד נעשית כפיה זו, אך בשו"ת הרשב"ש, קיז מצינו התייחסות לעסקת מכר שנעשתה לפי דיני ישראל, כאשר המוכר סירב לאשר את המכירה לפי דיני הגויים ובכך מנע מן הקונה את היכולת למכור את הקרקע למי שאינו יהודי. הרשב"ש פסק בהקשר זה כי "כגון זה – כופין על מידת סדום, שזו מידת סדום היא, זה נהנה וזה אינו חסר, זו היתה מידתם של אנשי סדום... וכל כפיה זו היא בשוטים, אם נוכל, או בחרם ונדוי. על כן, אם לא ירצה לעשות מה שבית דין אומרים – ינדהו עד שישמע. ונידוי זה חייבין כל ישראל לנהוג בו, לפי שמנודה על פי הדין". הנה כי כן, בפנינו מקור ברור לכפיה "בשוטים" מכת העיקרון של "כופים על מידת סדום". בסוגיה זו ראה בהרחבה בספרו המקיף של כב' השופט מ' דרורי **השימוש לרעה בזכות במשפט העברי – כופין על מידת סדום** (2010), וכן במאמרים שכתבתי בנושא – א' וינרוט "שימוש לרעה בזכות במשפט העברי – כופין על מידת סדום" **דיני ישראל** יח נג (תשנ"ה-תשנ"ו); וכן, א' וינרוט "כופין על לפני משורת הדין", **סיני** קכח עב (תשס"א).

33. מכח גישה זו מצינו אפשרות לכפות על אדם טיפול רפואי לטובתו שלו⁶⁷, ובאותה מידה נראה כי במקרה של התחייבות למתן מח עצם אכיפת ההתחייבות אינה פוגעת בטובתו של התורם. מדובר במעשה מוצדק מכל בחינה שהיא, באשר הוא מציל את חיי החולה, ואף מקיים את הרצון (להבדיל מרציה) של התורם עצמו. בנסיבות אלה, נראה כי בוודאי שניתן לומר שאין בכך פגיעה בלתי מידתית באוטונומיה של הרצון, ועקרונות של צדק ואיזון בין אינטרסים מחייבים לאכוף את ההסכם האמור.

בחינת הדברים מהיבט מהותי מחייבת אפוא כי ההסכם יחייב. השאלה היחידה הניצבת בפנינו היא – האם נמצא גם מקור נורמטיבי שיאפשר לביהמ"ש לאכוף את ההתחייבות.

34. הגדרת ההתחייבות לתרום מח עצם כחווה מתנה מאפשרת, לכאורה, להחיל במקרה דנן את חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה)

67. ראו ס' 15 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, ס"ח 1591, הקובע כי: "על אף הוראות סעיף 13 – (1) מטפל רשאי לתת טיפול רפואי שאינו מנוי בתוספת, גם ללא הסכמתו מדעת של המטופל אם נתקיימו כל אלה:

- (א) מצבו הגופני או הנפשי של המטופל אינו מאפשר קבלת הסכמתו מדעת;
- (ב) לא ידוע למטפל כי המטופל או אפוטרופסו מתנגד לקבלת הטיפול הרפואי;
- (ג) אין אפשרות לקבל את הסכמת בא כוחו אם מונה בא כוח מטעמו לפי סעיף 16, או אין אפשרות לקבל את הסכמת אפוטרופסו אם המטופל הוא קטין או פסול דין.
- (2) בנסיבות שבהן נשקפת למטופל סכנה חמורה והוא מתנגד לטיפול רפואי, שיש לתייתו בנסיבות הענין בהקדם, רשאי מטפל לתת את הטיפול הרפואי אף בניגוד לרצון המטופל אם ועדת האתיקה, לאחר ששמעה את המטופל, אישרה את מתן הטיפול ובלבד ששוכנעה כי נתקיימו כל אלה:
- (א) נמסר למטופל מידע כנדרש לקבלת הסכמה מדעת;
- (ב) צפוי שהטיפול הרפואי ישפר במידה ניכרת את מצבו הרפואי של המטופל;
- (ג) קיים יסוד סביר להניח שלאחר מתן הטיפול הרפואי יתן המטופל את הסכמתו למפע. (3) בנסיבות של מצב חירום רפואי רשאי מטפל לתת טיפול רפואי דחוף גם ללא הסכמתו מדעת של המטופל, אם בשל נסיבות החירום, לרבות מצבו הגופני או הנפשי של המטופל, לא ניתן לקבל את הסכמתו מדעת; טיפול רפואי המנוי בתוספת יינתן בהסכמת שלושה רופאים, אלא אם כן נסיבות החירום אינן מאפשרות זאת."
- ראו גם סעיפים 7 ו-9 לחוק טיפול בחולי נפש; כמו כן, בע"פ 480/85 קורטאם נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(3) 673 (1986) כפו ניתוח רפואי על חשוד להוצאת חבילות סמים מגופו שסיכנו את חייו. כך כותב השופט בייסקי בעמ' 697-698: "סבורני, כי העיקרון של קדושת החיים והצלתם כערך עליון מצדיק שלא להיצמד לאותם הכללים הדוגלים כמעט בנוקשות, למעט חריגים מסוימים, באיסור התערבות בגופו של אדם שלא בהסכמתו, בלי להתחשב בתוצאות. דומני כי הגישה העולה מע"א 322/63 [3] ומע"א 461/62 [4] הנ"ל היא המייצגת והתואמת את התפיסה הראויה בישראל, בהיותה הקרובה ביותר למסורת ישראל הדוגלת בקדושת החיים. על-כן, כאשר נתון אדם בסכנת מוות ודאית מיידית או שצפוי הוא לנזק חמור וודאי לבריאותו, מותר ומותר לבצע ניתוח או התערבת אחרת בגופו אף שלא בהסכמתו; מכל שכן מותר הדבר, ואף מחויב הוא, כאשר מההתערבות עצמה אין נשקפים סיכונים מיוחדים מעבר למקובל מניתוח או מהתערבות מאותו סוג וכאשר אין קיים חשש לנכות מהותית."

הקובע כסעד עיקרי את אכיפת החוזה⁶⁸. בפנינו אפוא, לכאורה, מקור נורמטיבי מובהק שיאפשר לביהמ"ש לאכוף את ההסכם באמצעות כלי האכיפה שעומדים לרשות מערכת המשפט.

35. ברם, שבחוק החוזים תרופות ניצב לכאורה גם המכשול בפני יישומו של חוק זה במקרה דנא, שהרי סעיף 3(2) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) שולל את זכותו של נפגע לאכיפה אם "אכיפת החוזה היא כפיה לעשות או לקבל עבודה אישית או שירות אישי". גידון אפוא להלן בהוראה זו שהיא המכשול האחרון הנערם בדרכנו, לבחינת פתרון אפשרי לסוגיה דנא, ומהווה לכאורה אבן נגף בהפיכת רצוי למצוי ועקוב למישור.

פרק ה. חוזה שירות אישי

36. פרופ' א' ידין⁶⁹ מבהיר כי הדין שולל את תרופת האכיפה "בעבודה שחייבת להעשות דווקא על ידי המתחייב עצמו – בין שמדובר בזמר, בצייר או במנתח ובין שמדובר בעובדת בית או בפועל בבית חרושת...". המקרה דנא מהווה אפוא דוגמא מובהקת לחוזה לשירות אישי שהרי תנאי למתן תרומת מח עצם היא התאמה אישית בין דמו של התורם לבין זה של החולה. זוהי תרומה שאי אפשר לעשותה באמצעות מישהו אחר, וחייבת להיות התאמה אישית מוחלטת.

37. אכן, אין אנו מבקשים מן התורמת כי תעשה דבר וחצי דבר, אלא יהיו אלה אנשים אחרים אשר יעשו את הדברים עבורה.

68. כך נפסק בד"נ 20/82 אדרס נ' ג'ונס, פ"ד מב(1) 221, 276-278 (1988): "דומה, כי ביסוד הגישה, שקבלת טובת הנאה מהפרת זכות חוזה גרידא אינה קבלה "שבאה" מבעל הזכות החוזית, עומדת התפיסה האנגלית המסורתית, כי צד לחוזה אינו זכאי לביצוע החוזה אלא אך לפיצויים על הפרתו.

על-פי גישה זו, אם הקונה-הנפגע יקבל את רווחי התמורה הנגדית, הוא יקבל יותר מהמגיע לו, והוא עצמו יתעשר שלא כדין, שכן המגיע לו הוא אך פיצוי על הפרת החוזה. זהו "הנכס" השייך לו, ולכן הוא בוודאי זכאי, ובלבד שהלכה למעשה נגרם לו נזק. ביצוע החוזה, כלומר קבלת הנכס נושא החוזה, אינה זכות השייכת לו, ואין לומר, על-כן, כי התעשרותו של המוכר היא על חשבון הקונה. תפיסה זו אינה מקובלת עלינו בישראל. כידוע, ביצוע החוזה – "אכיפה" בלשון חוק התרופות – "אינו עוד סעד משני ונחות, אלא הוא "סעד ראשוני ועיקרי" (ע"א 158/77 [1], בעמ' 292). על-פי תפיסת היסוד שלנו, זכותו של הנפגע אינה רק פיצוי על הפרת החוזה, אלא זכותו היא לאכיפת החוזה ... גישה זו אינה מקובלת עלי. היא נוגדת את תפיסתנו היסודית, לפיה אכיפה היא סעד שלו זכאי הנפגע. אמת, גישה זו לאכיפה אינה מקובלת, בדרך כלל, על בעלי האסכולה הכלכלית, אך בעניין זה אמר המחוקק את דברו, ועלינו להגשים את דבר המחוקק. אך מעבר לכך, נראה לי, כי הגישה הכלכלית אינה נותנת די משקל לשיקולים שלא ניתן ליתן להם משקל כלכלי. דיני החוזים לא באו אך להגביר את היעילות הכלכלית. הם באו לאפשר חיי חברה תקינים. חוזה יש לקיים – ולא רק שלם פיצוי בגין הפרתו – כי בכך מעודדים בני אדם לקיים הבטחותיהם. קיום הבטחות עומד ביסוד חיינו, כחברה וכעם".

69. א' ידין **חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה)** 57 (מהדורה שניה, 1970).

היא רק תושיט את זרועה, ולאחר מכן תעשה מערכת הבריאות את כל השירות הנדרש. ועם זאת, בערעור בענין נחמני קבע ביהמ"ש העליון כי העברת מבחנה של ביציות מופרות נתקלת בקושי של אכיפת חוזה לשירות אישי. גם שם לא נדרש דבר מן התורם, שכבר עשה את מלאכתו וכל השאר מסור היה בידי זולתו, ועם זאת, ראה ביהמ"ש בדברים חוזה לשירות אישי, על שום התוצאה של הדברים שיש בה פגיעה באוטונומיה של התורם, ובלשונה של כב' השופטת שטרסברג כהן בפסה"ד של ביהמ"ש העליון בערעור בענין נחמני⁷⁰:

"ניתן לומר כי מקל וחומר אין לאכוף את ההסכם שבפנינו שמרכיביו האישיים והרגשיים עולים לאין ערוך על מרכיביו האישיים של כל חוזה לשירות אישי. לא יעלה על הדעת לאכוף על סופר שהפר התחייבותו לכתוב ספר, להמשיך בכתיבת הספר כאשר אין הוא חפץ עוד בכך. משהפר הוא את התחייבותו, תעמודנה לצד האחר תרופות שונות אך לא תרופת האכיפה. אם ביצירה ספרותית כך, ביצירת היצירות – הבאת ילד לעולם – לא כל שכן".

38. זאת ועוד, פרופ' שלו⁷¹ עומדת על ההגיון הניצב מאחרי הקביעה לפיה אין לאכוף חוזה למתן שירות אישי ומסבירה: "מקורה של ההלכה השוללת אכיפת עבודה ושרות אישיים בדיני-האקויטי, שלפיהם אין לבצע בעין חוזים לשרות אישי, טעמם של דינים אלו נעוץ בהגנה על זכויות הפרט". כלומר, הדין אינו מעוניין לכפות על אדם מערכת יחסים אישיים. כפיה שכזו עלולה לפגוע בחריפות בחירותו האישית של האדם⁷².

39. בהתאם לכך, נראה לכאורה כי ליטול את זרועו של התורם ולנעוץ בה מחט שתשאב את תאי מח העצם, מקיימת באופן חד וברור אחר הרציונאל הניצב מאחרי שלילת דיני האכיפה ביחס לחוזה לשירות אישי, שהרי אין לך דבר יותר אישי מאשר חדירה אל תוך ורידיו של אדם ונטילת תאי מח עצם ממנו, ואין לך פגיעה בחירותו של הפרט מאשר חיובו לעשות כן. פגיעה זו בחירות הפרט עולה פי כמה על חיובו של אדם לשיר בחתונה או לצייר עבור מישהו. הכיצד ניתן לאכוף הסכם שכזה?

70. ענין נחמני, לעיל ה"ש 9, בעמ' 516.

71. ג' שלו דיני חוזים 528-529 (מהדורה 2, תשנ"ה).

72. ראו גם: JOHN D. CALAMARI AND JOSEPH M. PERILLO, THE LAW OF CONTRACTS (St. Paul 3rd ed., 1977) 667. וכן ראו בג"ץ 254/73 צרי חברה פרמצבטיה וכימיה בע"מ נ' ביה"ד הארצי לעבודה, פ"ד כח(1) 372 (1974); בג"ץ 380/74 סלמאן נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד ל(1) 495 (1975); ע"ע 300178/98 ביבס – שופרסל בע"מ, פד"ע לו 481 (2001).

לכאורה, אף אם בפנינו חוזה מתנה ברור, שחלים עליו דיני חוזים ואשר הפרתו תגרור פיצוי דרמטי בהתאם לשיעור הנזק, ואף אם נניח כי חלה עבירה פלילית חמורה של הריגה כתוצאה מהפרת התחייבות זו שתוצאותיה הן מוות, אין בפנינו חוזה שבית משפט יכול לאכוף אותו מראש באשר זהו חוזה לשירות אישי.

40. נראה לכאורה כי לאחר שצעדנו את כל הדרך הארוכה עד הלום, ניצב בפנינו מכשול משפטי החוצץ בפני פתרון שיסלק את מלאך המוות וישרה חיים. האמנם?

פרק ו. הפתרון המשפטי

41. הלורד דנינג חידש באנגליה חידוש משפטי לפיו על אף שמכח דיני החוזים לא ניתן לאכוף חוזה שאין במסגרתו מתן תמורה (consideration) כגון במקרה של התחייבות לתת הנחה בדמי שכירות, הרי שתבצע בכל זאת אכיפה, וזאת מהטעם שהגורם המבטיח מושתק מלטעון את הטענה בדבר העדר תמורה.

אין זה ההשתק הרגיל המוכר בתורת המשפט האנגלי אלא "ההשתק מכח הבטחה" (Promissory Estoppel). הלורד דנינג מבהיר כי במקרה זה מובילים עקרונות הצדק והישר את המשפט הפוזיטיבי ומביאים את בית המשפט לאכוף הסכם על אף שמכח דיני החוזים לא היה מקום לעשות כן⁷³.

42. פסק דין זה מהווה השראה לפתרון שניתן לאמץ, לכאורה, גם במקרה דנא, שהרי גם במשפט הישראלי הכלל הוא כי כל זכות אשר חוק החוזים מעניק אותה לצד מן הצדדים, ניתנת להגשמה אך ורק כאשר היא מועלית בתום לב.

43. כך למשל סיכמה כב' השופטת פרוקצ'יה את ההלכה הפסוקה בענין זה, בפסה"ד בענין **חממי**⁷⁴:

73. (1947) Central London Property Trust Ltd. v. High Trees House Ltd. ובלשונו של הלורד דנינג: "In my opinion, the time has now come for the validity of such a promise to be recognized. The logical consequence, no doubt is that a promise to accept a smaller sum in discharge of a larger sum, if acted upon, **is binding not withstanding the absence of consideration**: and if the fusion of law and equity leads to this result so much the better. That aspect was not considered in Foakes vs. Beer. At this time of day however, when law and equity have been joined together for over seventy years, principles must be reconsidered in the light of their combined effect".

74. בש"א 2236/06 **חממי נ' אוהיון**, תק-על 2005 (2) 4580 (2006).

“תורת תום הלב קנתה לה שביתה בכל ענפי המשפט האזרחי. היא היכתה שורשים במשפט המהותי. היא מתפרשת כיום גם על פעולות משפטיות בעלות אופי דיוני: עיקרון תום הלב חל בסדרי הדין. חובתו של בעל דין להפעיל את כוחותיו המשפטיים-דיוניים בדרך מקובלת ובתום לב. עליו לפעול כאדם סביר והוגן בנסיבות המיוחדות של המקרה”⁷⁵.

היטיב לבטא את הדברים ד"ר ישראל וינבאום, בספרו "בדרך מקובלת ובתום לב"⁷⁶ המציין כי עקרון תום הלב הוא למעשה נורמת על המשייט ומרחף על פני ים המשפט, ומהווה תנאי בלעדיו אין להעלות טענה או מימוש זכות על פי כל דין. ובלשונו היפה:

“נראה כי לא נמצא דוקטרינה משפטית אחרת הדומה בחשיבותה לדוקטרינת תום הלב. אין עוד דוקטרינה משפטית, או עקרון משפטי, אשר בדומה לדוקטרינת תום הלב, בכוחו "לכופף" הוראות חוק, לשנות הוראות חוזיות, להוסיף או לגרוע מפעולה משפטית, והכל על מנת להתאים את הזכות, או החובה המשפטית, למבחן העל המתנה את מימוש הזכות, את קיום החיוב ואת ביצוע הפעולה המשפטית, בהפעלתם בתום לב ובדרך מקובלת. עקרון תום הלב "משייט" ברקיע עולם המשפט, כ"שומר-על", ועוטף את מכלול הזכויות והחובות המשפטיות ב"רשת ביטחון" לבל יתאפשר מימושן וקיומן בדרך בלתי-נאותה ובלתי-ראויה חברתית ומוסרית.

באימוץ דוקטרינת תום הלב קבע המחוקק את עקרון-העל לפיו כל הענקת זכות, בין מכוח חוק ובין מכוח חוזה, הנה, למעשה ולהלכה, הענקה מותנית. הענקת הזכות מותנית בכך כי תמומש אך ורק לאור מבחן תום הלב, שכן, בין אם תאמר שהזכות מוקנית רק בתנאי שתמומש בתום לב, ובין אם תאמר שהזכות עצמה הינה זכות אשר אינה כוללת בתוכה את הזכות לממש שאלא בתום לב, התוצאה היא כי לעולם כפוף מימושה של הזכות למבחן תום הלב. הוא הדין לגבי דרך מימוש חיוב. המשפט יכיר

75. לעניין זה ראה עוד: בר"ע 305/80 שילה נ' רצקובסקי, פ"ד לה (3) 449, 461-462 (1981); ע"א 207/83 ועד הנאמנים לנכסי ההקדש המוסלמי בתל-אביב-יפו נ' יוסי חברה להשקעות בע"מ, פ"ד מב (2) 369, 375-376 (1988); ע"א 5052/92 שיק נ' מטלון, תק-על 94 (3) 2119 (1995); על"ע 2531/01 חרמון נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בתל-אביב-יפו, פ"ד נח (4) 55, 74 (2004); רע"א 11183/02 כלפה נ' זהבי, פ"ד נח (3) 49, 52 (2004); ע"א 9542/04 רותם חברה לביטוח בע"מ (בניהול מורשה) נ' נחום, תק-על 2005 (1) 5078, 5083-5082 (2006); ש' לויין תורת הפרוצדורה האזרחית 47 (תשנ"ט).
76. וינבאום בדרך מקובלת ובתום לב 36 (2000).

במימוש חיוב משפטי אך ורק אם זה לא ברצע בחוסר תום לב. לכן, שוב, בין אם תאמר שההכרה המשפטית במימוש החיוב מוקנית רק בתנאי שהחיוב מתבצע בתום לב, ובין אם תאמר כי, מבחינה משפטית, חיוב המקיים שלא בתום לב לאו "קיום" הוא, לעולם כפוף מימוש החיוב המשפטי למבחן תום הלב. לאור עקרונות אלה אין לתמוה על החשיבות העליונה המוקנית לדוקטרינת תום הלב, דוקטרינה אשר ניתן לכנותה כ"חוקת-על" לאורה תיבחן ותישפט כל פעולה משפטית וכל זכות או חיוב משפטיים".

45. בהתאם לכך, נראה כי ניתן למצוא פתרון נורמטיבי ראוי למכשול בפני האכיפה שמציב סעיף 3(2) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה). אכן, סעיף זה מקנה לתורם את הזכות כי התחייבותו לא תיאכף בהיותה חוזה לשירות אישי. ברם, שהוא מנוע מלהעלות טענה זו מכיוון שזכות זו מועלית על ידו בחוסר תום הלב המובהק ביותר האפשרי. מדובר בתורם אשר השלה את החולה ויצר מצג אשר מכוחו חיסלו את מערכת החיסון של החולה. מדובר בהתחייבות ברורה ומפורשת שהפרתה אף עולה כדי עבירה פלילית של הריגה. בנסיבות אלה, ברור כי עסקינן במצב חריף של חוסר תום לב.

על כן נראה כי כשם שקבע כב' השופט דנינג באנגליה כי הבטחה יוצרת השתק מפני טענה של העדר תמורה, כך נראה כי חוסר תום הלב שבו לוקה התורם מונע ממנו את האפשרות לעמוד על זכותו שהחוזה לא ייאכף מכוח סעיף 3(2) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה).

46. יש בפנינו חוזה ברור של התורם המחייב אותו לתרום מח עצם לחולה. עמדנו לעיל בהרחבה על כך שעקרונות הצדק מחייבים במקרה דנן לאכוף את ההתחייבות של התורם כלפי החולה. מדיניות ראויה מחייבת את ביהמ"ש להורות על אכיפה במקרה זה.

כל מה שניצב מנגד היה הזכות העומדת לתורם מכוח סעיף 3(2) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) שלא לאכוף עליו חוזה לשירות אישי. ברם, שעקרון תום הלב מאפשר לנו להתגבר על המכשול שאותו מציב סעיף זה באשר הזכות המוקנית מכוחו, כמו כל זכות אחרת מכוח חוק החוזים, אינה קיימת שעה שעסקינן במי שלוקה בחוסר תום לב.

ז. מסקנת הדברים

47. המורם מן האמור הוא אפוא, כי "יגעת ומצאת – תאמין". דיני החוזים אינם ביטוי רק לאוטונומיה של הפרט לשכלל חוזה כרצונו, אלא יש בהם הצבה של הכוח הריבוני של המדינה לרשות אחד הצדדים כדי לאכוף את ההתחייבות. בהתאם לכך נראה כי במקרה דנן, מחייבים עקרונות הצדק כי כוחות הכפיה של המדינה אכן יוצבו לצידו של החולה ויאכפו את התחייבותו של התורם.

אף ראינו כי מבחינה נורמטיבית יש מקום לומר כי זוהי טובתו של התורם עצמו לעמוד בדיבורו ולא רק טובת החולה, וזאת כדי שהתורם לא ייאלץ לחיות את כל חייו ברגשי אשם המציפים את מי שהביא לכך שיקופדו חייו של אדם.

אבן הנגף הטכנית שעמדה למכשול בהקשר זה, מכח הוראת סעיף 3(2) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) בדבר זכותו של צד כי לא יאכפו עליו חוזה לשירות אישי – ניתנת להסרה, על ידי עשיית שימוש בעקרון תום הלב, שהרי העלאת טענה שכזו במקרה

מדובר כאן במקרה מובהק של חוסר תום לב. נראה כי יש בפתרון המוצע היבט מקורי, אך אין להירתע ממנו, הן מכיוון שהוא תומך בתוצאה שהינה הכרחית מבחינת הדין הרצוי, והן מכיוון שאין בפתרון המוצע פריצת דרך מרחיקת לכת, שכן נעשה שימוש שכיח ומקובל בעקרון תום הלב כדי לגבור על זכויות מהותיות או דיוניות העומדות לצד על פי דיני החוזים.

התוצאה היא אפוא כי בפנינו אפשרות משפטית לאכוף את ההתחייבות מלכתחילה, ולהימנע בדרך זו מגזירת מוות על החולה, תוך שתרומת מח העצם מושלמת – ומוענקים לחולה חיים.