



בית משפט לענייני משפחה בבאר שבע

תמ"ש 52163-11-20 פלוגית נ' ביה"ח האוניברסיטאי סורוקה ואח'

לפני **כבוד השופטת, סגנית הנשיא רותם קודלר עיאש**
תובעת **פלוגית**
ע"י ב"כ עו"ד דורי שוורץ ועו"ד שיראל בר

נגד

נתבעים **1. מרכז הרפואי האוניברסיטאי סורוקה**
2. משרד הבריאות
באמצעות פרקליטות אזרחית מחוז דרום
3. פלוני
ע"י ב"כ עו"ד דיינה הר אבן

פסק דין

פסק הדין יכריע בשאלת זכותה של התובעת לאימהות באמצעות שימוש בעוברים מוקפאים שנוצרו מהפריית ביציות מגופה של התובעת בזרעו של הנתבע מס' 3 (להלן: "הנתבע"), לעומת זכותו של הנתבע שלא להיות אב לעוברים שנוצרו מההפריה הנ"ל.

העוברים נוצרו ע"י הצדדים בשנת 2015, ומאז מוחזקים בהקפאה במרכז הרפואי האוניברסיטאי סורוקה הוא הנתבע מס' 1 (להלן: "בי"ח סורוקה"). נוכח מורכבות העובדות והסוגיה המשפטית, ובשים לב לכך שנדרשה גם פרשנות יישום הוראות החוק לנשיאת עוברים, נדרשה גם עמדת היועמ"שית נוכח ייחודו של המקרה ונסיבותיו המשפטיות.

הסכסוך עוסק באפשרות להתערב בסוד הבריאה, לברוא אדם, ילד או ילדה מעוברים שיצרו הצדדים ואשר הם חלוקים ביחס לאפשרות השימוש בהם ואופן השימוש בהם.

עסקינן בשאלה קיומית, בריאת אדם כאמור, אשר לא ניתן לתאר או לתפוס את חשיבותה כלפי שני הצדדים וכמאמר כב' השופט א' גולדברג בפסק הדין שניתן בפרשת נחמני, דנ"א 2401/95 רות נחמני נ' דניאל נחמני, פד"י נ' (4), 661 (להלן: "פרשת נחמני") 12.9.1996, שעסקה באותה סוגיה ממש, אך בנסיבות מעט אחרות וקודם לחקיקת חוק ההסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), **תשנ"ו-1996** (להלן: "החוק לנשיאת עוברים"):



בית משפט לענייני משפחה בבאר שבע

תמ"ש 52163-11-20 פלוגית נ' ביה"ח האוניברסיטאי סרוקה ואח'

" תהליך בריאתו של האדם היה נתון בעבר לשליטתם של כוחות הטבע בלבד. ההתעברות הייתה תוצאה של אירועים אינטימיים, שכל כולם בתחום צנעת הפרט. ההתפתחות הטכנולוגית-רפואית שינתה סדרי בראשית ובקעה בקיעים בהגמוניה של הטבע בסוד הבריאה. על רק זה צמח הסכסוך בין בני הזוג ... אשר מתדפק על שעריו של בית המשפט. " (ר' עמ' 717 שם)

1. רקע עובדתי

- א. התובעת והנתבע היו בני זוג בין השנים 2013 - 2016.
- ב. התובעת נכון לעת הזו בת 39, רווקה ללא ילדים, בשלבי סיום דוקטורט ב***** באוניברסיטת *****.
- ג. הנתבע נשוי ואב ל-2 ילדים, ***** במקצועו.
- ד. הצדדים הכירו בשנת 2013 ולאחר מספר חודשי הכרות, עברו להתגורר יחד בבית הורי התובעת וניהלו קשר זוגי. בשנת 2015 החלה התובעת סובלת מבעיות רפואיות ובירור רפואי גילה ממצא שנחשד כגידול בשחלה. בעקבות זאת, עברה התובעת טיפולים רפואיים, לרבות כריתה מלאה של הגידול והשחלה השמאלית וכן טיפולים כימותרפיים.
- ה. **אין מחלוקת כי במהלך התקופה בה התרחש התהליך הרפואי, היו הצדדים בני זוג והנתבע ליווה את התובעת במהלך תקופה זו. ביום 12.11.2015 הגיעו הצדדים לפגישה עם מומחה לטיפולי הפריה, ולאחר שהוסבר להם בהרחבה אודות התהליך שעל התובעת לעבור, קיבלו החלטה לבצע הפריית ביציות ולהקפיא את העוברים.**
- ו. אין מחלוקת בין הצדדים כי במועד בו ערכו את הבירורים הללו, לא דובר על כריתת הרחם של התובעת אלא רק על שימור פוריות.
- ז. אין מחלוקת כי **לאחר סיום הליך ההפריה החוץ גופית הראשון**, במסגרתו **נשאבו 3 ביציות בלבד**, חלה החמרה במצבה הרפואי של התובעת. לכן, בהמלצת רופאה, **הופסק מידית הטיפול לשימור הפוריות** והיא החלה בטיפול כימותרפי. לאחר 6 שבבים של טיפול עקב ממצאים חריגים שנמצאו בגופה, **הוחלט לבצע הסרה מידית של הרחם** וכן של חלק מהכבד שהיה נגוע בגידול.
- ח. אין מחלוקת כי במועד זה, בחודש מאי 2016, היו הצדדים עדיין בני זוג וכך גם לאחר כריתת הרחם שבוצעה ביום 20.07.2016.
- ט. בחודש אוגוסט 2016, חודש לאחר כריתת הרחם, הודיע הנתבע לתובעת כי הוא מבקש לסיים את מערכת היחסים הזוגית והצדדים נפרדו.
- י. אין מחלוקת כי כל אחד מהצדדים המשיך בחייו באופן נפרד ולא היה קשר בין הצדדים עד לחודש אוקטובר 2020, עת פנתה התובעת לנתבע לקבל אישורו לשימוש בעוברים המוקפאים.



בית משפט לענייני משפחה בבאר שבע

תמ"ש 52163-11-20 פלוגית נ' ביה"ח האוניברסיטאי סורוקה ואח'

2. תמצית טענות כתב התביעה

- א. התובעת טוענת כי בסמוך לאחר הכרות הצדדים, עברו לגור יחד בבית הוריה, מתוך מטרה למסד את הקשר ולבנות חיי משפחה.
- ב. התובעת טוענת, כי תחילה תכננו להתגורר במרכז הארץ, אולם, לאחר פיטורי הנתבע מעבודתו ב**** החליטו לבנות את חייהם בדרום. הנתבע רכש דירה ב**** והצדדים התגוררו בבית הוריו של הנתבע, מתוך מטרה לחסוך לעתיד משותף.
- ג. התובעת מציינת, כי במהלך קיץ 2015 בעוד הצדדים מתכננים חופשת קיץ, החלה סובלת מכאבי בטן עזים שהביאו לבירור רפואי ובדיקות גניקולוגיות אשר גילו ממצא שנחשד כגידול בשחלה, דבר שהביא לסדרה של בדיקות מקיפות, שהביאו לבשורה מרה, כי מדובר בגידול סרטני שמצריך ניתוח להסרתו.
- ד. התובעת מציינת כי למרות הבשורה המרה וההלם שאחז בהם, החליטו הצדדים לא לבטל את החופשה ובספטמבר 2015 טסו לחופשה ב 3 שבועות. לאחר שובם, המשיכה התובעת בבירור הרפואי וביום 04.11.2015, עברה ניתוח לכריתה מלאה של הגידול ושל השחלה השמאלית.
- ה. התובעת מציינת כי במהלך הניתוח התגלה כי הגידול פרוץ ומפושט והשתרש על הרחם ועל הדופן השמאלית ועל כן הומלץ לה להתחיל בטיפולים כימותרפיים אגרסיביים תוך בחינת אפשרות של שימור הפוריות נוכח הפגיעה האפשרית בפוריות בעקבות הטיפולים.
- ו. התובעת מציינת כי הנתבע ליווה אותה בכל תהליך ההתייעצות והבדיקה, שימש כבן זוג תומך ומכיל, זאת אף לאחר שהסבירה לו שתבין אותו אם איננו מסוגל לשאת את המצב או לקחת חלק בתהליך שהיא עוברת. הנתבע מצדו עמד על כך שהוא נכון לעשות כל מה שצריך על מנת שהיא תחלים ועל מנת שיוכלו להמשיך בחייהם המשותפים ולממש את חלומם להקים משפחה יחד.
- ז. התובעת מציינת כי ביום 12.11.2015 הגיעו היא והנתבע לפגישה עם מומחה לטיפולי פוריות בסורוקה ובפגישה הוצגו להם שתי אפשרויות: האחת הקפאת ביציות והאחרת הקפאת ביציות מופרות (עוברים).
- ח. עוד נאמר להם, כי מומלץ להקפיא מחצית הביציות בלא הפריה ומחצית הביציות לאחר הפריה, והכל בהתאם לכמות הזקיקים שתתקבל במהלך הטיפול.
- ט. התובעת מדגישה, כי בשלב הזה כלל לא דובר על כריתת רחם, אלא רק על שימור פוריות לאחר כריתת שחלה ובטרם התחלת טיפולים כימותרפיים, כך שלא נשללו סיכוייה של התובעת לשאת עובר ברחמה.
- י. בכתב התביעה צוין, כי הנתבע שיתף פעולה באופן מלא ואף ניהל רישום בכתב ידו של כל ההוראות שעל התובעת לבצע על מנת שניתן יהיה לעבור את תהליך שאיבת הביציות והפרייתן באמצעות זרעו. התובעת אף צרפה את המסמך בכתב ידו של הנתבע וכן הפניה לבדיקת זרע של הנתבע וטופס ההסכמה עליו חתמו הצדדים לפני עורך דין ביום 17.11.2015.
- יא. התובעת מציינת, כי ביום 25.11.2015 הוקפאו שלושה עוברים שנוצרו כתוצאה מהפריית ביציות מגופה זרע מגופו של הנתבע ואולם, לצערה, מיד עם סיום הליך ההפריה הראשון



בית משפט לענייני משפחה בבאר שבע

תמ"ש 52163-11-20 פלוגית נ' ביה"ח האוניברסיטאי סורוקה ואח'

- וככל הנראה עקב הורמונים שהוזרקו לה, חלה החמרה במצבה, והודגמה חזרה של המחלה ברחם עם גרורות בחזה ועל כן הופסק מיידית הטיפול לשימור הפוריות והיא החלה בקבלת טיפול כימותרפי.
- יב. התובעת מציינת, כי לתדהמתה, לאחר שישה שבבים של כימותרפיה, הומלץ לה לבצע הסרה מיידית של הרחם ושל החלק הנגוע בכבד, וזאת בעקבות בדיקה שבוצעה ביום 3.5.2016. התובעת טוענת, כי זוכרת היטב מועד זה, שכן לבדיקה זו לא הצטרף הנתבע נוכח אילוצי עבודתו ואולם מיד בסיום הבדיקה, התקשרה אליו כשהיא בוכה, מחשש שלא תוכל להביא ילדים לעולם והנתבע הגיע מיד לבית החולים, שוחח איתה ארוכות והסביר לה, כי אין לה מה לדאוג, שכן הם דאגו להקפיא שלושה עוברים, ברור שיוכלו תמיד לפנות להליך פונדקאות ואף טוענת, כי הבטיח לה שיעבור את זה איתה וביחד יצליחו.
- יג. כחודשיים לאחר כן, עברה התובעת את ניתוח כריתת הרחם, ובבדיקות מקיפות לאחר הניתוח, נאמר לה, כי היא נקיה מנגעים סרטניים ועליה להישאר במעקב בדיקות.
- יד. התובעת מציינת, כי לתדהמתה, דווקא בחודש אוגוסט 2016, באותו החודש בו התבשרה כי הבריאה, הנתבע הודיע לה במפתיע, כי הוא מעונין להיפרד ממנה, כאשר שאלה אותו למה עכשיו, הוא הסביר לה שהוא רוצה ילדים וכרגע זה בלתי אפשרי.
- טו. התובעת טוענת, כי הזכירה לנתבע את השיחה שקיימו בבית החולים ואת הבטחתו לשתף איתה פעולה בהליך פונדקאות, וטוענת, כי הוא אישר שאכן כך התחייב אך החליט בכל זאת להיפרד ממנה.
- טז. התובעת מציינת, כי מספר ימים לאחר מכן פנתה לנתבע, ביקשה שיחתום על מסמך הסכמה לשימוש בעוברים והוא, למרבה פליאתה, אמר לה כי רק לאחר שתהיה לו בת זוג חדשה שתפנים שנושא העוברים הוא משהו שהוא מביא איתו לזוגיות, רק אז יחתום על מסמך ההסכמה.
- יז. התובעת מציינת, כי שאלה אותו האם גורל הורותה הביולוגית תלוי בבת זוג שהוא טרם הכיר, וטוענת כי השיב לה בחיוב.
- יח. התובעת מציינת, כי הייתה שקועה באותה עת בהחלמה ובהתאוששות מהפרידה הפתאומית, הניחה לאותה העת לנושא, ועסקה בהבראה ובשיקום חייה.
- יט. כארבע שנים לאחר מכן, בחודש נובמבר 2020, פנתה התובעת באמצעות התביעה שבכותרת, הן בעתירה להארכת תקופת הקפאת העוברים והן לצורך שימוש בעוברים.
- כ. התובעת מציינת כי בחודש אוקטובר 2020, טרם הגשת התביעה, פנתה לנתבע ושיתפה אותו כי יש לה עבודה מסודרת, כי היא לא מבקשת ממנו דבר מלבד הסכמה לשימוש בעוברים, כאשר תשמר לו האפשרות לבחור אם להיות בקשר עם הילד או לא, והוא ציין כי הוא התחתן ונולדו לו ילדים, והוא צריך לברר עם אשתו.
- כא. הנתבע יצר קשר לאחר מספר ימים באמצעות הודעת מסרון ובה מילה אחת "מצטער".
- כב. התובעת הבינה ולמדה מן ההודעה כי הנתבע מתנגד לכך שהיא תעשה שימוש בעוברים, על כן הגישה את התובענה שבכותרת וכן בקשה לצו מניעה, על מנת להבטיח כי בית החולים סורוקה ימשיך לשמור על העוברים הקפואים עד להכרעה בתביעה שבכותרת.



בית משפט לענייני משפחה בבאר שבע

תמ"ש 52163-11-20 פלוגית נ' ביה"ח האוניברסיטאי סרוקה ואח'

כג. התובעת מציינת בתביעתה כי אם לא יאשר לה בית המשפט לעשות שימוש בעוברים, הדבר יהווה עבורה גזרה אכזרית, שכן היא לעולם לא תוכל להיות אימא ביולוגית לילד.

כד. התובעת מפנה בכתב תביעתה להיבט המשפטי, תוך שהיא טוענת כי ניתנה הסכמה של הצדדים להליכי ההפריה החוץ גופית ולהקפאת הביציות המופרות.

כה. התובעת טוענת כי בדומה לשאלה שהתעוררה בפרשת **נחמני**, גם בענייננו עוסק המשפט בהתנגשות שבין משאלת הלב של התובעת להיות אימא לבין רצונו של הנתבע שלא להיות אב בעל כורחו. התובעת טוענת כי להבדיל מפרשת **נחמני**, שם בני הזוג לכתחילה ביצעו הליכי הפריה לצורך פונדקאות, הרי שכאן הצדדים לא החלו את הליך ההפריה לצורך פונדקאות, אך נוכח התפתחות הנסיבות, על כן יש לבחון את האפשרות של שימוש בעוברים באמצעות פונדקאית ולא באמצעות החזרת העוברים לרחמה של התובעת.

כו. התובעת מדגישה, כי להבנתה, פרשת **נחמני** הכירה בכך, שבהעדר אפשרות אחרת להבאת ילד לעולם, יש להעדיף את הזכות להורות על פני הזכות שלא להיות הורה.

כז. התובעת מציינת, כי היא והנתבע הסכימו להביא ילד לעולם והנתבע לא רק נתן הסכמתו באופן תאורטי, אלא השתתף בתהליך, הפריש מזרעו וגרם להפריית ביציות בהסכמה מלאה.

כח. התובעת מדגישה, כי תהליך הפריית הביציות היה כרוך בסבל פיזי קשה וממושך ואף סיכון חיים עבורה.

כט. התובעת מדגישה כי יכולה היתה להגיע לאותה תוצאה באמצעות זרע אחר, מתרומת זרע אונונימי או מגבר אחר, אך יצרה את השותפות עם הנתבע בנסיבות הזוגיות שהתקיימה ביניהם, תוך הסתמכות על הסכמתו ועל תמיכתו המלאה, לרבות התחייבות להליך פונדקאות לאחר שנודע לו הצורך בכריתת הרחם.

ל. התובעת מדגישה כי היא אינה נמצאת היום במצב שבו היא יכולה ליצור תהליך אחר, שכן אין לה אפשרות להיכנס לתהליך פוריות נוסף בהעדר שחלות. התובעת מדגישה כי זאת להבדיל מהנתבע אשר לא זו בלבד שזכה להורות בזכות שני ילדים שנולדו מזרעו, אף יוכל בעתיד להתנסות בחוויה נהדרת זו ללא הגבלה.

3. תמצית טענות כתב הגנה מטעם הנתבע

א. הנתבע סבור, כי דין התובעת להידחות וטוען כי גם אם התובעת תוכיח את העובדות הנטענות על ידה, אזי לא תוכל לעשות שימוש בביציות המופרות, לשם החדרה לאם נושאת פונדקאית.

ב. הנתבע אינו חולק על כך שכאשר הצדדים היו בזוגיות, התובעת עברה ניתוח להסרת שחלה והוא מסר הסכמתו להפריית ביציות התובעת באמצעות זרעו, אך לא דובר בעת הפריית הביציות על כריתת רחמה, אלא אך על שימור פוריות לאחר כריתת השחלה.

ג. הנתבע מפנה לכך, כי טופס ההסכמה עליו חתמו הצדדים ואשר צורף לכתב התביעה קובע בסעיף 3 כי "העוברים שיווצרו מההפריה הנ"ל, מיועדים להחדרה לרחמה של האישה ולא לצורך החדרה לאם נושאת (פונדקאית) אחרת".



בית משפט לענייני משפחה בבאר שבע

תמ"ש 52163-11-20 פלוגית נ' ביה"ח האוניברסיטאי סורוקה ואח'

- ד. הנתבע טוען, כי אינו חולק על כך שלימים ולאחר חתימת טופס הסכמה זה, חל שינוי נסיבות קיצוני, כאשר התובעת נאלצה לעבור כריתת רחם, לדבריה באוגוסט 2016 כאשר באותו חודש עצמו הסתיימה הזוגיות.
- ה. הנתבע טוען, כי כיום הינו נשוי, הורה לשני ילדים שנולדו לו במסגרת התא המשפחתי שהקים עם רעייתו.
- ו. הנתבע טוען, כי על פי נספח ה' לכתב התביעה, התחייב משרד הבריאות להשמיד את הביציות המופרות בתום 5 שנים, ועם כל הצער על מר גורלה של התובעת, לא מובן ההליך בו בחרה לנקוט, שכן אין יסוד משפטי לתביעתה.
- ז. הנתבע טוען, כי שעה שלא ניתן לעשות שימוש בביציות המופרות בזרעו של הנתבע למטרה שלשמה נועדה ההפריה, אזי למעשה המסמך המשקף את הסכמות הצדדים מלמד, שאף הוסכם בין הצדדים, כי הביציות המופרות לא ישמשו להפריה חוץ גופית בפונדקאית.
- ח. הנתבע טוען, כי גם אם נניח שמטרת ביצוע ההפריה היתה הולדת ילד משותף, הרי שתכלית זו סוכלה בפירוד.
- ט. נטען כי ההחלטה המשותפת להתחיל בתהליך, איננה משקפת הסכמה להמשיך בתהליך. הנתבע טוען כי אם בכלל היתה ציפייה לעתיד משותף הרי שזו נכזבה ובכך נשטט הבסיס למימוש המטרה ההסכמית להורות משותפת.
- י. הנתבע טוען, כי חוק ההסכמים לנשיאת עוברים דורש הסכמה מדעת לכל שלב משלבי ההפריה וההתקשרות עם האם הנושאת. הסכמה שכזו אין מצדו ואף לא תינתן ולא ניתן לכפות עליו הסכמה שכזו.
- יא. הנתבע מתנגד לעמדתה של התובעת לעניין האפשרות הקיימת בחוק להיות אם מיועדת יחידה, וטוען כי תיקון 2 לחוק ההסכמים לנשיאת עוברים נערך רק ביום 26.7.2018, ואין לו תחולה רטרואקטיבית. על כן הסכמה כזו שהיא תהיה אם יחידנית לעוברים שנוצרו מזרעו, לא הייתה ולא יכלה להיות חלק משיקולי הצדדים במועד עריכת ההסכמה.
- יב. עוד מפנה הנתבע לכך, שהתנאי המובהק לתיקון 2 לחוק לנשיאת עוברים, הוא שאין אב ידוע בתמונה, כאשר הזרע באמצעותו בוצעה ההפריה, הוא של תורם אנונימי. במקרה בו הזרע אינו מתורם אנונימי, ההליך יכול להתנהל אך ורק בהסכמה של שני ההורים המיועדים. בהעדר הסכמה מצדו, אין כל אפשרות שהצדדים יעברו ביחד את ההליך שהתובעת מבקשת לעבור, שכן לא ניתן לחייב אותו לקבל את מלוא האחריות כלפי הילוד.
- יג. הנתבע מתנגד להפניית התובעת לטיעונים המשפטיים הנובעים מפרשת **נחמני** ומדגיש כי נספח ד', תצהיר עליו חתומים הצדדים קובע במפורש שהליך ההפריה אינו לצורך פונדקאות.
- יד. עוד מדגיש הנתבע, כי פרשת **נחמני** נדונה בטרם חוקק חוק ההסכמים לנשיאת עוברים, שלמעשה חוקק בעקבות פרשת **נחמני**, וכי פסק הדין בבית המשפט העליון כמו גם הדיון הנוסף נידונו לפני חיקוק החוק.
- טו. עוד מציינת ב"כ הנתבע כי היא עצמה ייצגה בפרשת **נחמני** וכי לאחר הדיון הנוסף חזרה לבית המשפט העליון בטענה כי חוק ההסכמים לנשיאת עוברים מונע את יישומה של הפסיקה



בית משפט לענייני משפחה בבאר שבע

תמ"ש 52163-11-20 פלוגית נ' ביה"ח האוניברסיטאי סורוקה ואח'

- הנרחבת לנוכח דרישת המחוקק להסכמה מדעת לכל שלב משלבי ההליך וכי ההליך הנוסף הזה, שבו נקטה בענין נחמני, הביא בדיעבד לפשרה שהושגה שם.
- טז. הנתבע טוען כי הוא מכיר בכמיהתה של התובעת לילד משלה אך יש לשקול אל מול הזכויות הנפגעות שלה, גם את סבל משפחתו שלו, את התא המשפחתי שלו, שעלול להיהרס ואת סבלו הצפוי של הילוד אם חלילה יוולד מזרעו.
- יז. הנתבע טוען כי התובעת בתביעתה מתעלמת מכך שהקשר הזוגי בין הצדדים הסתיים לפני שנים, כאשר הוא היום נשוי לאשה אחרת, הקים תא משפחתי ויש להם שני ילדים.
- יח. הנתבע מדגיש כי הביציות המופרות נועדו בשעתו להשתלה ברחמה של התובעת ובמפורש שלא להשתלה ברחמה של אם נושאת.
- יט. עוד מפנה הנתבע לכך שתקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית) תשמ"ז – 1987, קובעות ששימוש בזרע להפריה חוץ גופית ייעשה מבעלה של אישה ממנה ניטלת הביצית או מבנק הזרע או מתורם, וכי הנתבע לא ענה לאף אחד מהפרמטרים הללו, בעת שהסכים להפרות את הביציות בזרעו.
- כ. הנתבע מדגיש כי אומנם הנחיות מנכ"ל משרד הבריאות בחוזר 20/07 מאפשרות טיפולי הפריה בזוגות שאין בהם קשר זוגי בכפוף להסכם הורות ביניהם, התחייבויות הדדיות כלפי הילוד והבטחה שאיש מהם אינו נשוי לאחר, אך ברור בענייננו כי התנאים אינם מתקיימים, שכן הנתבע נשוי לאחרת.
- כא. בכל הנוגע לעובדות הנטענות בכתב התביעה, מציין הנתבע כי במהלך שנת 2013, אכן הייתה בין הצדדים מערכת יחסים, כאשר התובעת התגוררה בשכירות, והוא בבית הוריו. לטענתו הם לעתים התארחו בבית הורי התובעת ולעתים בבית הוריו אך המערכת הזוגית באותה עת לא הבשילה ולא יועדה להקמת תא משפחתי.
- כב. הנתבע מדגיש כי אכן בתקופה זו רכש מגרש ב*****, אך דווקא העובדה שהרכישה בוצעה על ידו ועל שמו, למרות שהתובעת הלוותה לו לצורך הרכישה 100,000 ₪ בידיעה שהמגרש רשום על שמו והוא שלו בלבד, מלמדת על העדר כוונה לבצע הרכישה לשם הקמת תא משפחתי משותף. כן צוין כי ההלוואה הוחזרה לתובעת בפירוד.
- כג. ביחס לטענה כי הצדדים תכננו בשנת 2015 טיול לתאילנד, מציין הנתבע כי הוא עצמו הטיל ספק בתבונת החלטתה של התובעת לצאת לטיול חרף מצבה הבריאותי, אולם כל המידע אודות מצבה הבריאותי של התובעת באותה עת נודע לו מפיה.
- כד. הנתבע מכחיש כי במהלך כל הטיפולים הרפואיים, הוא היה שותף להתייעצויות התובעת עם רופאה, הוא מציין כי אמה ליוותה אותה בצמידות. הנתבע מציין כי מובן שהוא גילה אמפתיה למצבה והניסיון להציגו כמי שנטל חלק פעיל בהליך הרפואי שעברה, חוטא לאמת.
- כה. הנתבע אינו מכחיש כי נלווה לפגישה של התובעת ואמה בעניין האפשרות לטיפול שימור הפוריות, אך מדגיש כי בשלב זה לא דובר על הפריית ביציות התובעת אלא רק על הקפאתן. לטענתו, כל נושא ההפריה של הביציות, נולד לנוכח מיעוט הביציות שנשאבו מרחמה של התובעת.



בית משפט לענייני משפחה בבאר שבע

תמ"ש 52163-11-20 פלוגית נ' ביה"ח האוניברסיטאי סורוקה ואח'

- כו. הנתבע מציין כי יש להבין את הסכמתו לבצע את הליך ההפריה של ביציות התובעת בזרעו, כמעשה שנעשה בעת מבוכה ובלבול לנוכח מצבה הרפואי של התובעת, לחצן הקשה של התובעת ואמה להיענות לצורך המידי שהתעורר אצל התובעת נוכח העובדה שמספר הביציות שנשאבו מהתובעת, היה מועט ביותר.
- כז. הנתבע מציין כי חש באותה עת שאינו יכול להפנות עורף לתובעת בשעתה הקשה, אך לא עשה זאת מתוך מחשבה ענפה או כוונה להקים עם התובעת תא משפחתי עתידי.
- כח. הנתבע מציין כי כל המהלך התבצע כהרף עין, מבלי שהייתה לו שהות לשקול את המעשה או השלכותיו, ועצם העובדה שזמן קצר מאוד לאחר מכן בחר לנתק את מערכת היחסים עם התובעת, יש בה כדי ללמד עד כמה לא היה בשל לבסס ביחד עם התובעת תא משפחתי.
- כט. הנתבע מכחיש שנתן הבטחות לתובעת ביחס לעוברים המוקפאים, וטוען כי ההיפך הוא הנכון וכי מערכת היחסים בין השנים הלכה והתרחקה והוא החליט לנתק את הקשר עם התובעת, שכן מבחינתו עתות משבר מהוות שעת מבחן למערכות יחסים, מבחן שהזוגיות של הצדדים לא צלחה.
- ל. הנתבע מציין כי מעשיו מדברים בעד עצמם וכי בחירתו לנתק את מערכת היחסים עם התובעת מלמדת כי לא הבטיח לתובעת כל המשכיות בהליך ההפריה החוץ גופית, כאשר בפועל לאורך כל הטיפולים הרפואיים הרחיק הנתבע עצמו מהתובעת. היא עצמה היתה טרודה במצבה הבריאותי, והוא היה טרוד בחיפוש אחר העיתוי המתאים להבהיר לה את החלטתו להיפרד ממנה.
- לא. הנתבע מאשר כי אכן התובעת פנתה אליו זמן לא רב לפני הגשת תביעתה, אך טוען כי הוא הבהיר לה חד משמעית את סירובו לעשות שימוש בביציות המופרות באמצעות אם נושאת.
- לב. הנתבע מציין כי הפליג זה מכבר למחוזות אחרים ובנה לעצמו תא משפחתי שעליו לדאוג לשמר אותו.
- לג. הנתבע מציין, כי הוא אינו יכול ואינו רוצה לקבל כלפי ילוד פרי זרעו אחריות הורית, ואם ייוולד לא יוכל להתנער מאחריות הורית כלפיו.
- לד. הנתבע מאשר כי אכן מדובר בגזרת גורל קשה לתובעת, אלא שהוא אינו אחראי למר גורלה, וכי דרישתה ליצירת צאצאים משותפים לשניהם שנים לאחר הפירוד, נוגדת את ההסכמות ביניהם שהיו טובות בשעתן ומדובר בדרישה לא חוקית, לא הוגנת וחסרת תום לב.
- לה. הנתבע מציין שגם בנישואין התחייבות מראש להולדת ילדים או מספר ילדים אינה ברת יישום וכי כפיית הורות בכח על הנתבע, כמוה במובהק כאינוס, יצירת ילד יש מאין ללא יחסים ללא אהבה או רעות.
- לו. הנתבע מדגיש כי לא יוכל להשתחרר מהידעה שיש לו צאצא ובפרט שאינו יכול או רוצה להיות לו הורה.
- לז. הנתבע כותב בכתב הגנתו כי לא ראוי לאנוס הורות לא על אישה ולא על איש, ושני הצדדים שווים זה לזה בזכויות, בחובות וברצונות.
- לח. בכל ההיבט המשפטי, מדגיש הנתבע כי לא מובן ההיקש הלוגי מעצם הפריית הביציות שלא למטרת הפונדקאות, וכי דווקא העובדה שתקנה 83 לתקנות בריאות העם, דורשת הסכמה



בית משפט לענייני משפחה בבאר שבע

תמ"ש 52163-11-20 פלוגית נ' ביה"ח האוניברסיטאי סרוקה ואח'

מפורשת של בן זוג לשעבר לצורך שימוש בביצית מופרית, מלמדת על כך שתביעת התובעת לא יכולה לצלוח בהעדר הסכמת הנתבע.

לט. הנתבע מבהיר כי הסכמתו ניתנה למטרה ספציפית ולא לצרכי פונדקאות.

מ. הנתבע מדגיש כי בעניינם של הצדדים יש הסכם חתום הקובע מפורשות שהביציות המופרות לא יישמשו לצורך הליכי פונדקאות וכי התובעת מבקשת לסטות מהסכם זה, זאת בניגוד להוראות החוק, התקנות וחוזר מנכ"ל משרד הבריאות 20/07 המדברים בעד עצמם.

מא. הנתבע טוען כי אין כל דמיון בין פרשה זו לפרשת נחמני למעט העובדה המצערת ששתי הנשים נאלצו לעבור כריתת רחם.

מב. עוד מדגיש כי בני הזוג נחמני פסעו דרך ארוכה מאוד הן בחו"ל והן בישראל כדי שיותר להם להיעזר בפונדקאית ומשכך גם נסיבות ההפריה של הביציות היו שונות בתכלית, כאשר בפרשת נחמני מדובר בזוג שביצע את הליכי הפוריות בידיעה שאין לאשה רחם, בשונה מענייננו.

מג. הנתבע מדגיש בכתב הגנתו, כי הטענה כאילו התחייב לתת הסכמתו להליך פונדקאות היא בדייה ומעולם לא ניתנה על ידו הסכמה או הבטחה כזו.

מד. הנתבע טוען כי גם אם נכון שהביציות המופרות הן הסיכוי היחיד של התובעת להולדת ילד המשוך אליה גנטית, אין בכך כדי לשנות את העובדה שהצדדים נפרדו לפני שנים, המשיכו בחייהם ומדובר בכפיה ובאונס לצפות מהנתבע להסכים שיוולד ילד שיהיה משוך אליו גנטית, וכי הדבר אינו שונה מכפיית אישה להרות וללדת תינוק שנתהווה ממעשה אונס.

4. תמצית תגובה מקדמית מטעם היועמ"שית

- א. היועמ"שית הבהירה בתגובה מקדמית מטעמה כי התביעה עוסקת במקרה תקדימי המערב שאלות ערכיות, מוסריות, חברתיות ומשפטיות, המחייב הכרעה בין אינטרסים נוגדים הכרוכים אחר זכות התובעת להורות וזכותו של הנתבע שלא להיות הורה בעל כורחו, שאלת טובת הקטין שיוולד ושיקולים של טובת הציבור.
- ב. ב"כ היועמ"שית הבהירה בעמדתה המקדמית כי בין הצדדים מחלוקות עובדתיות מהותיות היורדות לשורשו של ענין ומחייבות בירור יסודי ומעמיק בטרם תגובש עמדת המדינה. בין היתר, יש לבחון את הדברים לאור עמדת הנתבע בדבר אופייה של מערכת היחסים בין הצדדים, בדבר כוונת הצדדים ואומד דעתם בעת הפריית הביציות, זאת בין היתר בהינתן שבעת ההפריה, לא דובר על כריתת רחמה של התובעת.
- ג. ב"כ היועמ"שית סבורה, כי יש לברר הפגמים הנטענים ברצון הנתבע, בעת שנתן הסכמתו להפריה וביחס להיקפה של ההסכמה שניתנה, ואת עמדתו בדבר כוונת הצדדים ביחס לנקודת ה"אל חזור" שסוכמה ביניהם. בין היתר, כאמור שכן בעת עריכת התצהיר, כלל לא היה ידוע כי מצבה הרפואי של התובעת, יחייב בהמשך כריתת הרחם והשחלה הנוספת. יש לברר את סוגית הסתמכותה של התובעת, נוכח התחייבות נטענת לאפשר שימוש בביציות המופרות באמצעות



בית משפט לענייני משפחה בבאר שבע

תמ"ש 52163-11-20 פלוגית נ' ביה"ח האוניברסיטאי סרוקה ואח'

- אם נושאת לאחר שנודע הצורך בכריתת הרחם ולברר את טענת התובעת בדבר העדר חלופות להורות ביולוגית, ככל שלא יותר לה לעשות שימוש בביציות המופרות.
- ד. עוד מציינת היועמ"שית כי יש לדון בשאלת אפשרות החרטה של מי מהצדדים לאמור בהסכם, שעה שההסכם נעדר התייחסות בעניין זה.
- ה. היועמ"שית מסכמת, בעמדתה הראשונית כי להכרעה במחלוקת שבין הצדדים משמעויות רבות לרבות בשאלת האחריות ההורית כלפי הילוד שעשוי להיוולד, חובותיו של הנתבע כאב, אחריותו כלפי ילדיו ושיקולים שונים נוספים הקשורים בטובת הילד.
- ו. היועמ"שית מציינת, כי העובדה שהנתבע אינו מסכים להליך, מעוררת שאלות בדבר הקשר שיתקיים ככל שיתקיים בין הנתבע לילוד.
- ז. היועמ"שית מדגישה, כי יש לשקול את השלכות הרוחב העשויות לנבוע מההכרעה ביחס להליכי פונדקאות אחרים בישראל ועל כן ביקשה כי העמדה מטעמה לגופה של התובענה, תוגש רק לאחר שמיעת הראיות וקבלת סיכום טענות הצדדים.

5. תמצית עמדתה המסכמת של היועמ"שית

- א. כאמור שעה שבפתח ניהול ההליך היועמ"שית הגישה עמדה מקדמית בלבד אני מוצאת להתייחס לעמדה הסופית של היועמ"שית, שגיבושה הושלם רק לאחר שמיעת הראיות והגשת סיכומי הצדדים. בעמדתה סוקרת היועמ"שית את מסגרת חוק הפונדקאות שנחקק בשנת 1996, לרבות סקירה של הסעיפים הרלוונטיים. היועמ"שית מפנה לבג"צ 781/15 ארז-פנחס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים (11.7.2021). כמו כן מפנה היועמ"שית לפסקי הדין שלהבנתה דומים לעניין המונח בפני בית משפט זה שניתנו בפרשת נחמני, לבג"צ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים - משרד הבריאות (23.12.2002) ובג"צ 4077/12 פלוגית נ' משרד הבריאות (5.2.2013).
- ב. היועמ"שית הפנתה גם לבג"ץ 7869/20 פלוגית נ' משרד הבריאות, (12.5.2021), שם ביקשה העותרת לאפשר לה להשתמש בביציות מופרות מוקפאות, כאשר המשיב שמזרעו הופרו הביציות, לא נתן הסכמתו על אף שלא התנגד לכך. בנסיבותיו של אותו מקרה קונקרטי, הסכימה המדינה לסעד המבוקש ועל יסוד הסכמת הצדדים, הגם שהמשיב שם לא מסר הסכמה מפורשת, התאפשר השימוש של העותרת בביציות המופרות המוקפאות. היועמ"שית מפנה לעניין זה בשים לב לחשיבות שבבחינת עמדת בעל הזרע.
- ג. היועמ"שית כאמור סוקרת בהרחבה פסיקה בעניינים דומים וביחס לנסיבות המקרה דנן, מדגישה כי חוק הפונדקאות מחייב הסכמת כלל הצדדים להסכם, ואת חתימתם הפוזיטיבית על הסכם הפונדקאות בפני ועדת האישורים.
- ד. היועמ"שית מציינת, כי נוכח המסגרת הנורמטיבית של חוק הפונדקאות, על בית המשפט להכריע האם נסיבות העניין מאפשרות לתובעת להתקשר בהסכם פונדקאות תחת אחת המסגרות המוכרות בחוק, האם ניתן להגדיר את הצדדים כ"הורים מיועדים" או לחילופין, האם ניתן לראות בתובעת "אם מיועדת יחידה".



בית משפט לענייני משפחה בבאר שבע

תמ"ש 52163-11-20 פלוגית נ' ביה"ח האוניברסיטאי סורוקה ואח'

- ה. היועמ"שית מבהירה, כי לדידה קיימת מורכבות לראות את הצדדים כשני הורים מיועדים בהעדר הסכמה פוזיטיבית של הנתבע. גם האפשרות להכיר בתובעת כאם מיועדת יחידה היא אפשרות מורכבת שכן בדרך כלל, אפשרות זו מיושמת באמצעות שימוש בתרומת זרע אנונימית.
- ו. היועמ"שית מבהירה, בהקשר זה כי זהות בעל הזרע בענייננו ידועה.
- ז. עוד מפנה היועמ"שית לכך, שעל מנת להכיר בתובעת כאם מיועדת יחידה, צריך בעל הזרע הידוע לוותר על הורותו, דבר שאפשרי רק באמצעות ויתור על ילד לצורך אימוץ, דבר שלא ניתן לעשותו טרם הלידה.
- ח. היועמ"שית בעמדתה הסופית סבורה כי ניתן לראות בתובעת "אם מיועדת יחידה" כהגדרתה בחוק הפונדקאות, וסבורה כי ניתן לאפשר לה לעשות שימוש בביציות המוקפאות וזאת בהתאם למתווה המשפטי שהיא מציגה בעמדתה, ובכפוף להכרעה עובדתית של בית המשפט בשאלות העובדתיות והחוזיות שעל הפרק.
- ט. היועמ"שית הציעה כי התובעת תחתום על הסכם הפונדקאות כאם מיועדת יחידה ובאמצעות צו ההורות שיינתן לאחר הלידה, יונתקו הזיקות, הן של האם הנושאת בהיותה היולדת והן של בעל הזרע, הוא הנתבע כאן, ובהמשך לכך תקבע בלעדיות ההורות של התובעת.
- י. היועמ"שית סבורה בעמדתה הסופית כי למרות השאלות המורכבות הנוגעות לזכויות הילד שיוולד, הרי שבנסיבותיו הייחודיות והספציפיות של המקרה, ניתן לאפשר את המתווה שהוצע על ידה.
- יא. היועמ"שית מדגישה כי יש לאשר מתווה זה אך ורק בנסיבות הייחודיות של המקרה, כאשר הנתבע נתן הסכמתו להפריית ביציות האישה מזרעו, וכאשר לא נותרו לה ביציות אחרות שאינן מופרות מזרעו, ואין לה אפשרות אחרת היום להפוך לאם ביולוגית, אלא באמצעות ביציות מופרות אלה ורק אם יוחזרו לרחמה של אם נושאת.
- יב. היועמ"שית מציינת כי מדובר במקרה הנטוע בליבת הזכות להורות, זאת במובחן מפגיעה אפשרית בפריפריה של הזכות של הצד האחר שלא להפוך להורה.
- יג. היועמ"שית מפנה לקביעות בענין היחסים בין זכויות אלו כאמור בפרשת **נחמני**, שם נקבע כי הזכות להורות גוברת על הזכות שלא להיות הורה.
- יד. היועמ"שית מדגישה כי עניין עובדתי של שאלת ההסכמה מוטלת לפתחו של בית משפט זה.
- טו. היועמ"שית מדגישה כי בענייננו מדובר במצב דברים חריג, שכן הנתבע נתן את הסכמתו להפריית ביציותיה של האישה שבאותה עת היתה זוגתו בזרעו, אך היום הוא שולל למעשה את מסלול הפונדקאות המחייב הסכמה וחתימה פוזיטיבית. על מנת לתת מענה לנסיבות החריגות, מציעה היועמ"שית לחלק את הליך הפונדקאות לשלושה שלבים ולבחון את התקיימות התנאים שבחוק ביחס לכל אחד מהם בנפרד בנקודת הזמן הרלוונטית באותו שלב. תחילה בשלב ההפריה, לאחר מכן בשלב חתימה על הסכם הפונדקאות ואז בשלב שלאחר הלידה.
- טז. היועמ"שית מדגישה כי במקרה שבו בית המשפט יחליט לאפשר את השימוש בביציות המופרות, במתווה זה, יהיה הכרח להביא את כל העובדות, לרבות הכרעת בית המשפט בענין השימוש בביציות המופרות בפני הוועדה שתדון באפשרות לאשר את הסכם הפונדקאות.



בית משפט לענייני משפחה בבאר שבע

תמ"ש 52163-11-20 פלוגית נ' ביה"ח האוניברסיטאי סורוקה ואח'

יז. היועמ"שית מדגישה כי אם הנתבע לא יסכים למתווה זה, ניתן יהיה לפעול על פיו, רק בכפוף להכרעת בית המשפט בשאלת הסכמתו או עמדתו של הנתבע, ביחס לאפשרות שהתובעת תהרה מזרעו כשהוא אינו מתנגד לכך.

6. חלוף הזמן מפתיחת ההליך והגשת הסיכומים

- א. יובהר כי חרף העמדות הקוטביות של הצדדים, נעשו ניסיונות הן ע"י ביהמ"ש והן ע"י צוות פרקליטות מחוז דרום לעשות כל שניתן על מנת למצוא פתרון מוסכם בין הצדדים. חלוף הזמן מאז הוגשה התביעה ועד למתן פסק דין זה, נבע לעתים מהמתנה להגשת עמדות המדינה ולעיתים מניסיונות גישור שנעשו מחוץ לכותלי ביהמ"ש, לרבות גיוסו של כבי' השופט בדימוס אליקים רובינשטיין (מהלך שפרקליטות מחוז דרום יזמה בניסיון לסייע לצדדים לגבש הסכמות), גם לאחר הגשת סיכומי הצדדים וטרם הגשת עמדת היועמ"שית. ניסיונות אלה, למרבה הצער, לא נשאו פרי.
- ב. שמיעת הראיות הסתיימה בחודש ינואר 2022 ואולם, סיכומי התובעת הוגשו רק ביום 21.6.2022, סיכומי הנתבע 3 הוגשו רק ביום 29.11.2022, ועמדת היועמ"שית הוגשה רק שנה לאחר מכן ביום 21.11.2023. מצאתי לציין כי היועמ"שית הגישה עמדתה באיחור ניכר אך לאורך כל הדרך היתה זו התובעת שנתנה הסכמתה לאורכות בהגשת הסיכומים, ודווקא הנתבע עמד על קיצורו של ההליך וביקש לקבל הכרעה בהקדם האפשרי.
- ג. חרף האמור, מצאתי לעשות כל מאמץ לתעדף כתיבת פס"ד זה וזאת בנסיבותיו המיוחדות של הענין.

דיון והכרעה

הורות

7. הורות מהווה חלק משמעותי בחיי אדם באשר הוא, ראשית חייהם של כל איש ואישה היא בכך שהם נולדים להוריהם. הוריהם מגדלים אותם בעצמם או באמצעות מסגרות אחרות, ואותם בני אדם גדלים ומתפתחים ובהמשך חייהם יכולים לבחור להפוך להיות הורים בעצמם.
8. **כבר נכתב בפסיקה כי חוויית ההורות נתפסת כסם החיים, בבחינת :**
"הבה-לי בנים ואם-אין מתה אנכי" (בראשית ל, א [ח]).
9. בשנות ה-90 של המאה ה-20 סערה הארץ סביב פרשיית נחמני, אשר גם במסגרתה עמדה להכרעה שאלת זכות האישה להורות אל מול זכות האיש שלא להיות הורה. פרשת נחמני קיבלה התייחסות במספר פס"ד והחלטות ובמסגרת פס"ד זה אתייחס לא אחת להכרעות תשעת שופטי ביהמ"ש העליון, אשר דנו בהרכב מורחב בפרשת נחמני. פס"ד זה היווה את ההכרעה הסופית בעניינם והקים את המתווה הנורמטיבי והרעיוני בשאלת התנגשות אינטרסים וזכויות בשאלת הזכות להורות.
10. בשונה מהמצב החוקי בעת בירור פרשת נחמני, קודם לחקיקת **חוק הסכמים לנשיאת עוברים**, פסק דין זה ניתן תוך בחינת הנסיבות לאורו של החוק ומגבלותיו ובראי הפסיקה בעניינו.



בית משפט לענייני משפחה בבאר שבע

תמ"ש 52163-11-20 פלוגית נ' ביה"ח האוניברסיטאי סורוקה ואח'

11. יצוין כי במהלך בירור פרשת נחמני כבר נחקק החוק לנשיאת עוברים, אך לא חל על בני הזוג נחמני. עם זאת, קביעות ביהמ"ש העליון בפסק הדין בעניינם, מהוות את היסודות מכוחם ניתן לבחון ולהכריע גם בענייננו והכל כמובן בשים לב לנסיבות החריגות שנוצרו בענייננו ובהבדלים הברורים מפרשת נחמני.

יצירת העוברים

12. הצדדים בענייננו פעלו להפריית ביציות התובעת בזרע הנתבע ובמהלך תהליך זה חתמו על תצהיר במסגרתו נקבע:

"

1. הננו מצהירים כי איננו נשואים זה לזה ולא לבני זוג אחרים.
2. הננו מצהירים כי מתוך הסכמה הדדית ובחירה חופשית מרצון וללא כל תמורה כספית מכל גורם שהוא, פנינו ליחידה להפריה חוץ גופית במרכז האוניברסיטאי סורוקה על מנת לבצע הפריה חוץ גופית מזרעו של הגבר ומביציותיה של האישה.
3. הננו מצהירים כי העוברים שיווצרו מההפריה הנ"ל מיועדים להחדרה לרחמה של האישה ולא לצורך החדרה ל"אם נושאת" (פונדקאית) אחרת.
4. הננו מצהירים כי ידוע לנו שלאחר הצלחת ההפריה והחדרת העוברים שיווצרו לרחמה של האישה, לא ניתן יהא לבטל הסכם זה ו/או לסגת ממנו באורח חד צדדי ע"י אחד מאיתנו, על כל החובות ההדדיות והחוקיות הנובעות ממנו.
5. הננו מצהירים כי ידוע ומובן לנו שעם היוולד התינוק/ות מהפריה זו יחולו עלינו על החובות והזכויות הנובעות מהורות ביולוגית טבעית, גם אם לא נהיה נשואים בעת הלידה זה לזה.
6. הגבר מצהיר כי ידוע ומובן לו שאף אם התינוק/ות שיוולדו מהפריה זו יוחזק/יוחזקו בידי האישה בלבד, יחולו עליו כל החובות והזכויות של אב ביולוגי עפ"י כל דין, ואין בהסכם מיוחד זה כדי לגרוע מכך דבר.
7. הננו מצהירים כי במקרה של העלמות ו/או פטירה של מי מאיתנו, עוד טרם קליטת העוברים שיווצרו מההפריה ברחם האישה, רשאי הצד הנותר לבחור בדרך הטיפול בחומר גנטי שניתן ע" הצדדים לצורך ההפריה, זאת לאחר אישור משפטי בדבר העלמות ו/או פטירה של הצד השני בכפוף להוראות כל דין.

13. מספר נקודות חשובות עולות ממסמך זה עליו חתמו הצדדים. חלקן מבהירות היטב את כוונת הצדדים וחלקן טעונות פרשנות ושנויות במחלוקת. המחלוקת נפרסה בפני בית המשפט במהלך דיון ההוכחות ולהלן יפורטו קביעות עובדתיות לעניין זה.

הגדרת הזכות להורות והיקפה

14. נראה על פניו כי במסגרת המחלוקת בין הצדדים, עומדת על הפרק ההכרעה בין שתי



בית משפט לענייני משפחה בבאר שבע

תמ"ש 52163-11-20 פלוגית נ' ביה"ח האוניברסיטאי סורוקה ואח'

זכויות שוות שמתנגשות זו בזו, הזכות להורות, מחד, והזכות שלא להיות הורה מאידך. תחילה אתייחס למושג ההורות ולאחר מכן לשאלת הסימטריה בין זכות התובעת בהקשר זה לזכות הנתבע בהקשר זה.

15. **אנו מורגלים כחברה אנושית בכלל וכחברה ישראלית בפרט, להתייחס בצורה כמעט מקודשת להורות, לילודה ולקיומם של החיים.**

הזכות להורות מוכרת במשפט הישראלי כזכות יסוד חוקתית, השאיפה והכמיהה להיות הורה מושרשת במקורותינו וזכתה להכרה בפסיקה ובספרות. חשיבות זכות זו והחובלים שבצידה כלפי הילדים הנולדים, זכתה לעיגון במשפט הבינלאומי ובאמנות השונות עליהן חתומה מדינת ישראל ונדמה כי למרות מחלוקות שונות הנוגעות לאופן מימוש הזכות והיקפה, אין כמעט חולק על חשיבותה ועל עומק משמעותה למין האנושי.

"הזכות להורות הינה זכות אנושית יסודית לה זכאי כל אדם..."

ר' ע"א 451/88, פלונים נ' מדינת ישראל, (22.1.1990) עמ' 337.

" בדרך-כלל אין לך נכס היקר לאדם יותר מן הקשר הנפשי בין הורים וילדם הטבעי, שבו הם רואים את פרי אהבתם עצמם ובשרם, ואת דור ההמשך הנושא בחובו את מטענם התורשתי."

ר' ע"א 488/77 פלוני ואח' נ' היועץ המשפטי, (21.8.78) בעמ' 441

" דומה כי אין מי שיחלוק על מעמדה וחשיבותה המרכזית של ההורות בחיי הפרט והחברה. אלה הם מושכלות ראשוניים בתרבות האנושית לדורותיה. החברה האנושית קיימת בזכות ההולדה."

ר' דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני (12.9.1996) עמ' 675

16. הורות באמצעות תהליכי פריון מעוררת בעשורים האחרונים סוגיות חדשות. גם כאשר נדמה שרובן הוסדרו בחקיקה, מעת לעת כמו במקרה זה, מתעוררות נסיבות שבהן על ביהמ"ש להכריע במחלוקת שבין הצדדים.

כב' השופט נ' הנדל כתב בבג"צ 4645/18 פלוגית נ' שר הבריאות (13.2.2019):

" נושא הפיריון וההולדה בישראל הוא מהנושאים החשובים, הרגישים והעדינים ביותר שמגיעים למרגלותיו של בית משפט זה. הרגולציה על הנושא מגדירה לא אחת את גבולותיהן של זכויות אדם בסיסיות, ומאפשרת לפתוח או לסגור את הדלת בפני מודלים שונים של הורות ומשפחה. ואל נשכח את הטכנולוגיה המתפתחת, אשר פותחת לא רק דלת, אלא כניסה לבניין שלם בנוי על קומות רבות, שלא ניתן היה לדמיין את טיבו לפני מספר עשורים" (ר' עמ' 3 שם)

17. על ידי הצדדים שבעניינם נוגע פס"ד זה, נחתם תצהיר, שנמסר להם בבית החולים על ידי הרופא, המהווה לטעמי "הסכם מיוחד". זאת אף כהגדרת המסמך בסעי' 6 לתצהיר הצדדים. הסכם מיוחד זה היווה את הבסיס ליצירת העוברים ואת ההכרח להידרש למחלוקת שהתעוררה בין הצדדים ביחס לשימוש בעוברים שנוצרו מכח הסכם מיוחד זה.



בית משפט לענייני משפחה בבאר שבע

תמ"ש 52163-11-20 פלוגית נ' ביה"ח האוניברסיטאי סורוקה ואח'

18. במסגרת הסכם מיוחד זה קבעו הצדדים מספר כללים מהם ניתן להבין בתמצית כי הצדדים הסכימו כך:

א. לעבור תהליך הפריה מחומר גנטי שיילקח הן מגוף האישה והן מגוף הגבר (סעי' 2 להסכם המיוחד).

ב. העוברים שייוצרו יוחזרו לרחם האישה ולא לפונדקאית (סעי' 3 להסכם המיוחד).

ג. לאחר החדרת העוברים לגוף האישה לא ניתן לבטל ההסכם (סעי' 4 להסכם המיוחד).

ד. הגבר מכיר באפשרות שהעוברים יוחזקו ע"י האישה בלבד (סעי' 6 להסכם המיוחד)

ה. הצדדים מכירים באפשרות של כל אחד במקרה של העלמות או פטירת האחר לעשות שימוש בעוברים (סעי' 7 להסכם המיוחד).

19. ההסכם המיוחד איננו מתייחס למצב העובדתי שנוצר בסמוך לאחר חתימתו ולאחר יצירת העוברים ובמסגרתו נכרת רחמה של התובעת מגופה, כך שהשימוש בעוברים בהתאם לסעי' 3 להסכם המיוחד לא היה אפשרי עוד לביצוע.

מעמד ההסכם המיוחד

20. החוק במדינת ישראל אוסר על יצירת הסכמים פרטיים להורות, אך בפועל החוק לנשיאת עוברים מייצר מצב שבו בני זוג הפועלים לביצוע הפריית עוברים עורכים ביניהם, בחסות החוק ותחת מגבלותיו, הסכם מיוחד, שמגדיר את גבולות היחסים ביניהם, לצורך יצירת העוברים ומימוש הזכות להורות.

אף שאין מדובר בהסכם פרטי להורות, הסכם מיוחד זה, מסייע לנו להיווכח בגבולות הגיזרה לאפשרות ההורות שהצדדים בחרו ליצור.

בפרשת נחמני התבררה אמנם מחלוקת דומה, אך המצב אליו נקלעו בני הזוג נחמני נוצר טרם חקיקת החוק ולכן לא היה בידם מסמך כתוב כפי שיש בידי הצדדים כאן.

21. נדמה היה שחתימת הצדדים על אותו הסכם מיוחד תייתר מחלוקות ואולם במקרה שלפנינו לאחר יצירת ההסכם המיוחד ולאחר יצירת העוברים על פי בקשת הצדדים, החמיר מצבה הרפואי של התובעת ורחמה נכרת מגופה בהליך רפואי שלאחריו הסכמת הצדדים להחדרת העוברים לרחמה של התובעת, לא היתה עוד אפשרית. מכאן נוצר הצורך להכריע בבקשת התובעת להתיר לה להשתמש בעוברים שנוצרו באמצעות אם נושאת, פונדקאית, חרף האמור בסעי' 3 להסכם המיוחד.

התנגשות אינטרסים הזכויות

22. לכאורה בעניינו התנגשות בין זכויות שוות ערך, הזכות של התובעת להורות אל מול זכות הנתבע שלא להיות הורה. אך כמו נסיבותיו המורכבות של תיק זה, גם סוגיית השוואת הזכויות והאינטרסים היא מורכבת ולא ניתן להתייחס לזכות הנתבע כסימטרית לזכות התובעת.

בעיצומה של פרשת נחמני ועוד טרם ניתן פסה"ד במסגרת הדיון הנוסף, פורסם מאמרה של דר' דפנה ברק ארז (כתוארה אז) בעקבות פרשת נחמני ושם התייחסה לשאלת הסימטריה שבין הזכויות וכאמור שם:



בית משפט לענייני משפחה בבאר שבע

תמ"ש 52163-11-20 פלוגית נ' ביה"ח האוניברסיטאי סורוקה ואח'

" הנחה זו בדבר הסימטריות בין הזכויות טעונה עיון נוסף. היא אמנם שובת לב, אך רחוקה מלהיות מובנת מאליה. כלל לא ברור אם הזכות להיות הורה והזכות לא להיות הורה צריכות להיות נידונות באותו מישור רק בשל היותן סימטריות לכאורה. במילים אחרות, לא ניתן להניח קיומה של סימטריה בין שתי הזכויות רק משום שהן אוחזות בשני קצותיו של חבל ההורות."

ר' דפנה ברק ארז, "על סימטריה וניטרליות- בעקבות פרשת נחמני, עיוני משפחה כ. תשנ"ו.

23. אני מוצאת לאמץ עמדתה זו של דר' דפנה ברק ארז (כתוארה אז) בשאלה זו וסבורה כי הגם שנדמה שעסקינן בשתי זכויות סימטריות, שוות באפיון, במשקלן ובהיקפן, משל מהוות שני הצדדים של אותו מטבע, אין הדבר כך וארחיב במסגרת הנימוקים של פרק זה.

יודגש, כי הבחנה זו בין היקפי הזכויות, אינה שוללת את ההכרח לערוך איזון בין הזכויות, אלא שהיא משליכה על עוצמת הזכות הנפגעת ועל האופן שיש לאזן בינה ובין זכויות ואינטרסים אחרים. ר' לענין זה גם בג"צ 781/15 פנחס ארד נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, (27.2.202).

24. כפי שארע לא אחת במקרים שהובאו להכרעה בפסיקה, במקרה שבפניי יש התנגשות בין ליבת הזכות להורות, שעניינה עצם מימוש היכולת להפוך להורה, לבין הפריפריה של הזכות שעניינה, בין היתר, האופן שבו אדם מעוניין להפוך להורה.

25. במובחן מהתובעת שאין לה כל אפשרות אחרת להפוך להורה לילד שנוצר מחומר גנטי השייך לה, אלא באמצעות הסעד המבוקש בכתב התביעה, הרי שלנתבע לא זו בלבד שיש את האפשרות להפוך להורה, הוא כבר הפך להורה. הנתבע איננו מצהיר כי הוא מתנגד להפוך להורה באופן עקרוני, מהותי. הוא איננו יכול לטעון, כי הענות לבקשת התובעת תפגע בליבת הזכות שלו שלא להפוך להורה, שכן כבר הפך מרצונו החופשי להורה לשני ילדים שנולדו לו מנישואיו הנוכחיים. משכך האפשרות לפגיעה בזכות להורות של הנתבע כתוצאה מקבלת התביעה, אינה בליבת הזכות, אלא בהיבטים המצויים ב"פריפריה" של זכות זו.

26. בעוד שהנתיב היחיד של התובעת לממש או לפחות לנסות לממש, את הזכות להורות, היא שימוש בעוברים באמצעות אם נושאת, הנתבע כבר צעד בדרך הנתיב להורות וזכה להפוך להורה.

27. לא ניתן בנסיבות אלו לומר, כי מדובר בהתנגשות של זכויות שוות משקל והיקף. זכות התובעת היא זכות מהותית עקרונית ואילו זכות הנתבע, שהוא טוען שגוברת על זכות התובעת, היא זכות שנגזרת מליבת הזכות להורות והיא הזכות של הנתבע שלא להפוך להיות הורה לילדים שעשויים להיוולד מהעוברים שנוצרו מהפריית ביציות התובעת בזרעו. בענין זה אני מאמצת את עמדת כב' השופט טל בע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני, (30.3.95) כי " הזכות להורות והזכות לאי הורות אינן סימטריות".

28. יתר על כן: בפרשת נחמני התייחס ביהמ"ש להקבלה של הזכות להורות כאל זכות לחיים ושל הזכות לאי הורות כאל הזכות למות. שם עמ' 695. מעיון בע"א 506/88 שפר נ' מדינת ישראל (24.11.1993) עולה כי גישתו של בית המשפט בישראל הינה כי הזכות לחיים היא בעלת מעמד עדיף.



בית משפט לענייני משפחה בבאר שבע

תמ"ש 52163-11-20 פלוגית נ' ביה"ח האוניברסיטאי סורוקה ואח'

29. בע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני, (30.3.95) כב' השופט טל מנתח את שאלת הזכות שלא להיות הורה וקובע, כי למעשה מעצם הסכמתו של מר נחמני להשתתף בתהליך ההפריה וליצור עוברים לא ניתן לקבל עמדתו כי עשיית שימוש בהם משמעה כפיית הורות בניגוד להסכמתו, שכן מדובר באדם שנתן את הסכמתו להורות וכך שם:

” ראשית, אין מדובר בכפיית הורות. מדובר באדם שנתן את הסכמתו להורות, אך הוא מעוניין שתידרש הסכמתו אף גם בהמשך התהליך. האינטרס חברתי בכך שלא תיכפה הורות על אדם אינו מוביל למסקנה שיש בהכרח להאריך את תקופת הזמן שבה תידרש הסכמתו. האינטרס במניעת הורות בעל-כורחו בא על סיפוקו בכך שנדרשת הסכמה, גם אם ההסכמה היא חד-פעמית ובלתי חוזרת. שנית, בעבור האישה יש להניח שזו אפשרותה היחידה לממש את הורותה.

משקלם המצטבר של שני גורמים אלה מוביל למסקנה ברורה של העדפת האינטרס להיות הורה. לאותה מסקנה נוכל להגיע על-ידי השוואת הנזקים העלולים להיגרם משלילת הזכויות. נטלת הורות מאדם, כאילו את נפשו נטלת. במקרא אנו מוצאים את קריאתה הנואשת של רחל אמנו, ”הבה לי-בנים ואם-אין מתה אנכי” (בראשית ל, א [ח]). כמו כן מדברי חז”ל אנו למדים כי ”מי שאין לו בנים חשוב כמת” (בראשית רבה (וילנא), עא, ט [ט]). וכן דרשו את הפסוק בירמיה, כב, י [י] ”אל תבכו למת ואל תנודו לו בכו בכה להולך” – אמר רב יהודה: להולך בלא בנים (מו”ק, כז, ב [יא]). לעומת זאת, שלילת האינטרס שלא להיות הורה, מסתכמת בהטלת נטלים שאינם רצויים לאדם. בלי למעט במשקלם של נטלים כאלה, אין הם שקולים כנגד ”נטילת נפשו” של בן הזוג.”

ר' שם עמ' 525

30. בבחינת השיקולים שמתווה כב' השופט טל יש להידרש הן לפער בין הסכמת הנתבע ליצירת העוברים ולשימוש בעוברים גם על ידי התובעת לבדה (סעי' 6 להסכם המיוחד) ובין האמור בסעי' 3 ביחס לכך שהשימוש בהם ייעשה רק באמצעות החזרה לרחם התובעת. לכאורה הסכמתו הנרחבת שאינה מגבילה את ההורות ומאפשרת אותה גם בלעדיו ובהעדרו, אינה בהלימה עם ההגבלה לאופן השימוש בעוברים.

31. יתר על כן, גם מתעוררת תחושת אי נוחות מחוסר הסימטריה הנוסף הנובע מסעי' 7 להסכם המיוחד. בסעי' 7 מקנים הצדדים, באופן הדדי, את הזכות לכל אחד מהם במקרה של העלמות או פטירת האחר לעשות שימוש בחומר הגנטי.

שעה שלא הוסדרה האפשרות כיצד ייעשה השימוש במקרה בו האישה היתה ”נעלמת” או הולכת לעולמה (סעי' 7 להסכם המיוחד), שהרי אין מחלוקת כי לנתבע עצמו אין בגופו רחם בו הוא יכול לשאת את העוברים בזכות מקבילה לזכות שניתנה לתובעת לשאת העוברים ברחמה בסעי' 3 להסכם המיוחד, אזי יש להניח כי האפשרות היחידה של האיש לעשות שימוש בעוברים היתה יכולה להיות באמצעות החדרתם לפונדקאית.

הפרשנות ולפיה הגם שעומדת לרשותו של הנתבע, האפשרות לעשות שימוש בעוברים באמצעות החדרה לאם פונדקאית, לא תתאפשר אפשרות כזו לתובעת, איננה סבירה. הנסיבות השתנו האמור בסעי' 3 להסכם המיוחד כלל לא אפשרי נוכח העובדה שלאישה אין רחם בגופה לשאת בו את העוברים.



בית משפט לענייני משפחה בבאר שבע

תמ"ש 52163-11-20 פלוגית נ' ביה"ח האוניברסיטאי סורוקה ואח'

האמור בסעי' 7 להסכם המיוחד אינו עומד בהלימה למשמעויות האמור בסעי' 3 להסכם המיוחד. בעוד
סעי' 3 שולל אפשרות של החדרת העוברים לאם נושאת, סעי' 7 להסכם המיוחד משמעותו היא כי קיימת
אפשרות כזו.

שעה שאין מחלוקת כי במועד חתימת הצדדים על התצהיר שמהווה את ההסכם המיוחד, היה רחם
בגופה של התובעת וההסכם לא מתייחס למצב בו לא יהיה בגופה רחם, בלתי סביר להתעלם
מהאפשרות הטמונה בסעי' 7 להסכם המיוחד עבור שני הצדדים, במצב בו מי מהם רוצה לעשות שימוש
בעוברים בהעדרו של האחר.

32. אשוב פעם נוספת לעמדת הנתבע ולפיה יש להעדיף את זכותו שלא להיות הורה על פני זכות התובעת
לממש זכותה להורות באמצעות שימוש בעוברים ואתייחס להבחנה נוספת העולה מפסק דינה של כב'
השופטת דורנר בפרשת נחמני הנ"ל :

” בפסק-דין [47] davis, שניתן על-ידי בית המשפט העליון של מדינת טנסי, נפסק שככלל יש
להעדיף את הזכות שלא להיות הורה. עם זאת, נפסק כי כלל זה לא יחול במקרה שבו העדפת
הזכות שלא להיות הורה תשלול מכן הזוג השני באופן מוחלט וסופי את אפשרותו להיות הורה.
וכך כתב השופט daughtrey, בעמ' 604: *ordinarily, the party wishing to avoid procreation should prevail* assuming that the other party has a reasonable
possibility of achieving Parenthood by means other than use of the preembryos
The preembryos to achieve pregnancy should be considered... in question. If no
Other reasonable alternatives exist, then the argument in favor of using
...the rule does not contemplate the creation of an automatic veto
(ר' עמ' 712 שם)

33. כאמור, אין חולק כי לתובעת בענייננו אין כל אפשרות אחרת מלבד שימוש בשלוש העוברים שנוצרו
כתוצאה מהפריית ביציותיה בזרעו של הנתבע, כדי לממש את זכותה להורות. ואילו הנתבע, אשר כבר
מימש את זכותו להורות, מבקש להעדיף את זכותו שלא להיות הורה לעוברים הללו. זאת הגם שנכון
להיום מחזיק הוא מכח סעי' 7 להסכם המיוחד בזכות עודפת על פני זכות התובעת לעשות שימוש
בעוברים בכל דרך שיבחר.

34. בדומה למצב הדברים שבפנינו, גם בפרשת נחמני התייחס כב' השופט בדן לנסיבות אלו של עמדת מר
נחמני שיש לה קיים דומים עם עמדת הנתבע כאן ונכתב שם כך (עמ' 727 שם):

” דני נחמני אינו עומד על זכותו הכללית שלא להיות אב. אילו זו הייתה עמדתו, היה עלינו להכריע איזו
מההגבלות על זכויות בני הזוג חמורה יותר: ההגבלה המעין-כללית על זכותה של רותי להיות אם, או
ההגבלה הכללית על זכותו של דני שלא להיות אב. אך דני, כאמור, אינו תומך יתדותיו בזכותו הכללית
שלא להיות אב. נהפוך הוא: דני כבר הפך מרצונו להורה, ביחד עם זוגתו החדשה. משמע: הוא אינו
מתנגד לעצם הרעיון של היותו לאב, אלא הוא מבקש שלא להיות אביהם של הילדים המסוימים
העשויים להתפתח מהביציות המופרות שהן נושא המחלוקת. הזכות שלא להיות הורה, שבשמה הוא
נאבק, מתבטאת כאן בזכות ספציפית: הזכות לא להיות הורה של הילדים המסוימים הללו.



בית משפט לענייני משפחה בבאר שבע

תמ"ש 52163-11-20 פלוגית נ' ביה"ח האוניברסיטאי סורוקה ואח'

ההכרעה בין זכותו של דני לזכותה של רותי אינה פשוטה. הכרעה לטובת רותי מגבילה את זכותו של דני שלא להיות אב, שכן הכרעה כזו כופה עליו להיות אב לילדים שהוא אינו רוצה להיות אביהם. הכרעה לטובת דני מגבילה את זכותה של רותי להיות אם, שכן, לאחר הכרעה כזו כל האפשרויות הנותרות לפניה למימוש זכותה להיות אם הן, מבחינתה, קלושות או בלתי אטרקטיביות ביותר. שתי ההגבלות קשות, אך אינן שוות. הכרעה לטובת רותי מטילה על זכותו של דני שלא להיות אב הגבלה ספציפית; בעוד שהכרעה לטובת דני מטילה על זכותה של רותי להיות אם הגבלה מעין-כללית.

כללים אלה מנחים אותי להכרעה בפרשתם של בני הזוג נחמני. מקובל עליי, כי קיימת לו לאדם זכות שלא להיות הורה כנגד רצונו. זכות זו אינה עולה בעוצמתה על זכותו של אדם להיות הורה. אפשר שהיא שווה לה, ואפשר שזו האחרונה חזקה יותר; אך אין לי ספק, כי הזכות הראשונה אינה גוברת. במקרה הנוכחי, ההגבלה שדני מבקש להטיל על זכותה של רותי להיות אם היא הגבלה מעין-כללית. ההגבלה שרותי מבקשת להטיל על זכותו של דני שלא להיות אב נגד רצונו היא הגבלה ספציפית. משהוטל עלינו להכריע, עלינו להעדיף הטלת הגבלה ספציפית על זכותו של דני שלא להיות אב נגד רצונו, על פני הטלתה של הגבלה מעין-כללית על זכותה של רותי להיות אם. פגיעתה של ההגבלה הראשונה בזכותו של דני היא, בהכרח, קטנה מפגיעתה של ההגבלה השנייה בזכותה של רותי. בנסיבות שבהן מתקיים שוויון ביתר הנתונים, שורת הצדק מחייבת לבכר את הפגיעה הפחותה על פני הפגיעה היתרה. בכך טמון טעמי להעדפת צדקתה של רותי על פני צדקתו של דני."

ההסכמה וההסתמכות

35. לא יכולה להיות מחלוקת, כי על יסוד הסכמת הנתבע לבצע תהליך הפריית זרעו בביצית התובעת, נכרך גורלה בגורלו והיא שינתה מצבה בצורה קיצונית לרעה. מאחר שנשאבו מגופה טרם כריתת שחלותיה רק שלוש ביציות בלבד ולאחר סבב הטיפולים הראשון, הופסק הטיפול בשל תגובת גופה של התובעת לטיפול. על כן לא היו ולא היו יכולות להיות בידיה ביציות נוספות. ענין זה היה ידוע לצדדים במועד מתן הסכמתו של הנתבע להפרות ביציות אלו בזרעו ועל כן המסקנה המתחייבת היא **כי במועד מתן ההסכמה להפריה, כמו גם במועד ביצוע ההפריה, היה ברור לנתבע שהאפשרות היחידה של התובעת לממש את זכותה להורות תהיה באמצעות העוברים שנוצרו כתוצאה מהפריית שלוש הביציות שנשאבו מגופה בזרעו.**

לא ניתן להתעלם מהאפשרות, כי אם הנתבע לא היה מסכים להפרות את ביציות האישה בזרעו, באותה נקודת זמן, היתה התובעת יכולה לבחור להפרות את ביציותיה באמצעות זרע אחר, למשל בתרומה אנונימית. התובעת לא עשתה כן וזאת נוכח הסכמת ופעולת הנתבע להפריית הביציות בזרעו.

פעולה זו היא **פעולה מהותית שביצע הנתבע כלפי התובעת**. הדברים נכונים במיוחד, נוכח טענת התובעת כי לאחר שהופסק הטיפול והיה ברור כי לא ניתן יהיה לשאוב ביציות נוספות, פנתה לנתבע בדאגה מה יהא עם העוברים והוא הרגיע אותה ואמר לה "אל תדאגי יש לנו את העוברים". כפי שיורחב בהמשך פס"ד זה, אני מקבלת את טענתה זו של התובעת ומצאתי כי הנתבע לא נהג בשקיפות במהלך תהליך ההפריה שביצעו הצדדים ואני מקבלת את גירסתה של התובעת כי הנתבע פעל במעשיו ובדבריו אל התובעת באותה עת, ליצירת מצג של שותף מלא התומך בתהליך שימור הפוריות שעברה ומהווה חלק ממנו.



בית משפט לענייני משפחה בבאר שבע

תמ"ש 52163-11-20 פלוגית נ' ביה"ח האוניברסיטאי סורוקה ואח'

סבורתני כי לא ניתן לראות הדברים, אלא כפעולה שהתובעת ביצעה מתוך הסתמכות על מצג שתוכל להיות אם לעוברים אלה, שהנתבע יוצר יחד עימה. מכאן שמתקיימים אף היסודות ל"השתק הבטחה". לענין זה ר' גם ע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני (30.3.1995):

" ובדומה לענייננו, האישה שינתה מצבה, שינוי שאינו חוזר, בהסתמכה על הסכמת בעלה לפעול במשותף להבאת ילד לעולם בדרך שהחלו בה. ברור שהסתמכות האישה הייתה על הסכמת הבעל להבאת ילד לעולם בדרך שהחלו בה, ולא על הסכמתו החלקית לגבי השלב הראשון בלבד עם אפשרות של חרטה. אם שני הצדדים לא חשבו על שינוי נסיבות אפשרי, פירוש הדבר שהם גם לא חשבו על שלבים ותחנות בדרך אלא על המטרה הסופית. שני הצדדים לא חשבו שההסכם רופף ושאינו ניתן לאכיפה. ובדומה לו, גם אם לא נקשר כל הסכם מחייב, אבל האישה פעלה בהסתמכה על מה שחשבה שהוא הסכם "עד הסוף"; והאישה שינתה את מצבה, על סמך ההסכמה לאותה מטרה סופית.

העיקר בהשתק אינו תוקף ההבטחה או תוכנה, אלא סבירות ההסתמכות. משהסתמכה האישה על הבטחת האיש הסתמכות סבירה, הסתמכות שהיה על האיש לצפות - ולמעשה אף צפה - שוב מושתק הוא אף אם תוכנה המדוקדק של ההבטחה אינו משתרע על כל הנסיבות כפי שנתגלו. לאחר ההסתמכות הסבירה ושינוי בלתי חוזר של מצב האישה הדין נותן כי היקף ההשתק ייקבע על-פי אותה הסתמכות סבירה."

(עמ' 528 שם)

36. הלכה פסוקה היא, ואף נכתבו מאמרים בנושא, כי שינוי לרעה זה במצב האישה הוא שיקול נכבד באיזון האינטרסים בין בני הזוג, אף אם לא הוכח כי הבעל חפץ להפוך לאבי ילדה של האישה גם אם ייפרדו. בעניינינו כאמור אין מחלוקת כי הנתבע נתן הסכמתו שהתובעת תהפוך לאם באמצעות העוברים גם אם לא יקיימו מערכת יחסים זוגית והמחלוקת הינה האם ניתן להתיר השימוש באמצעות פונדקאית ולא באמצעות רחמה של התובעת אשר איננו קיים עוד.

ככל שהחלופות האפשריות העומדות לפני בן הזוג המבקש להיות הורה פוחתות, כך גובר הצורך להגן על זכותו להורות גם במחיר הסגת זכותו של בן הזוג האחר.

37. משכך מתחייבת בענייננו המסקנה, כי לא זו בלבד שזכותו של הנתבע שלא להפוך להורה לעוברים, אינה שוות ערך לזכות התובעת, אלא שמהבחינה העובדתית הוכח כי הנתבע למעשה נתן הסכמתו להפריית החומרים הגנטיים תוך שהוא עצמו, במועד הרלוונטי לביצוע ההפריה, לקח בחשבון את האפשרות המעשית שלא יהיה אב בפועל לילדים שייוולדו. יתרה מכך, גם לשיטת הנתבע, כבר באותה נקודת זמן לא תכנן להקים משפחה עם התובעת, ובכך גרם לתובעת נזק בכך שפעל באופן שהותיר לה רק נתיב אחד להורות. לו נהג הנתבע כלפי התובעת בתום לב ובגילוי נאות באותה נקודת זמן, היה מותיר בידיה את האפשרות לבחור לממש את נתיב ההורות שלה בדרכים אחרות וזאת בטרם נכרת רחמה.

38. הסתמכות התובעת, על הסכמת הנתבע להתחיל בתהליך שימור הפוריות ולאחר מכן בתהליך ההפריה של החומרים הגנטיים, היתה על רקע המצג שהציג בפניה הנתבע בעת הרלוונטית, בחודשים בהם היתה מצויה בתהליך רפואי קשה ומתיש, תוך שחייה בסכנה בשל הממצאים שהתגלו בגופה. לא ניתן לבחון את התהליך אותו עברה התובעת מבלי לחשוב על קיומן של אלטרנטיבות אחרות שעמדו לפניה למימוש רצונה להיות הורה, אפשרויות שבחינתן נמנעה ממנה עקב המצג והפעולות שבהן נקט הנתבע.



בית משפט לענייני משפחה בבאר שבע

תמ"ש 52163-11-20 פלוגית נ' ביה"ח האוניברסיטאי סורוקה ואח'

39. בדומה למסקנת רוב שופטי ההרכב בפרשת נחמני סבורתני כי בנסיבות מקרה זה, יש לראות את הסתמכותה של התובעת על הסכמתו הראשונית של הנתבע כהסתמכות סבירה לכל הפחות. סבירות הסתמכותה על הדרך שבה בחרו התובעת והנתבע ללכת, מחייבת בנסיבות אלה את המסקנה הצודקת כי אין חזרה מן הדרך, שבה בחרו השניים ללכת וכל המבקש לשנות – ידו על התחתונה.

40. ויודגש שוב: האופן בו בחר הנתבע ליצור את הנסיבות שהובילו ליצירת העוברים אינו מאפשר להקל ראש בהסתמכות התובעת על מעשי הנתבע. הנתבע לא רק הבטיח בעל פה לתובעת, אלא נקט בפעולות אופרטיביות, בלתי הפיכות ותוך מימוש פוטנציאל ההפריה על כל המשתמע מכך.

לענין זה אביא מדברי כב' השופט טירקל בפרשת נחמני, מהם ניתן להבין כי למעשה יש לראות בביצוע פעולת ההפריה מימוש הבטחה ולא הבטחה שניתנת כעת לפרשנות:

” יש להבחין בין הבטחת אדם בהבל פה להוליד ילדים ביחד עם בת זוגו, ובין הבטחה כזו אשר מבחינתו כבר מומשה על-ידי הפריית הביציות של האישה, עם כל הנסיבות שנתלו לכך במקרה דנן.”

(עמ' 741 שם)

41. התובעת והנתבע לא רק הסכימו להביא ילד לעולם בדרך זו של הפריית הביציות, אלא הרחיקו לכת במימוש אותה תכנית. הנתבע הפריש מזרעו וגרם להפריית הביציות בהסכמה מלאה. ההליך שננקט היה כרוך בסבל פיזי קשה וממושך לתובעת. בגלל מחלתה היה הדבר אף כרוך בסיכון חיים בעבורה.

סיכום ביניים

42. יודגש שוב: לא ניתן להתעלם מכך שבשעתו יכולה הייתה התובעת להגיע לאותה תוצאה באמצעות זרעו של גבר אחר, אך היא בחרה בשותפות עם הנתבע מטעמים מובנים, ותוך הסתמכות על הסכמתו המלאה לתכנית המשותפת.

התובעת אינה מסוגלת היום לחזור על אותו ניסיון, בשל העובדה שרחמה הוצא מגופה בשל מצבה הרפואי אז, לכן הסעד המבוקש בתביעה הוא הסיכוי היחיד והאחרון עבורה לממש את שאיפתה העזה להורות. זאת, להבדיל מהנתבע, אשר זכה להורות, ויוכל אף בעתיד להתנסות שוב בחוויה זו.

43. בדומה למסקנות דעת הרוב בפרשת נחמני גם כאן יש לטעמי להבחין בין זכויות הצדדים קודם למעשה ההפריה ובזכויות הצדדים לאחר מעשה ההפריה, לכך יש להוסיף את העובדה שהנתבע הסכים לאפשרות שימוש של התובעת בעוברים פרי ההפריה גם בלעדיו.

מכאן מתבקשת המסקנה כי למעשה היום, הנתבע נאחז בסוגיה ה'טכנית' של אופן השימוש בעוברים, תוך שהוא נאחז בלשון סעי' 3 להסכם המיוחד שנחתם על ידי הצדדים. אלא שסבורתני כי סעי' 7 להסכם המיוחד מבטא את עמדתו המהותית של הנתבע ועל כן האמור בסעיף 7 זה, מכרסם משמעותית במסקלה של לשון הסיפא לסעי' 3 להסכם המיוחד.

44. מכל האמור, המסקנה המתחייבת היא כי הסכמתו של הנתבע בעצם מעשה ההפריה, שעה שידע כי לתובעת יש ויהיו אך ורק שלוש ביציות וזהו נתיב ההורות היחיד עבורה, יחולו הכללים של השתק ההבטחה הטמונה במעשיו של הנתבע, והתחייבותו ומעשיו יהוו הסכמה סופית שלא ניתן לחזור



בית משפט לענייני משפחה בבאר שבע

תמ"ש 52163-11-20 פלוגית נ' ביה"ח האוניברסיטאי סורוקה ואח'

ממנה. זאת תוך שניתן להתגבר על שאלת אופן השימוש בעוברים, (באמצעות רחמה של התובעת או באמצעות פונדקאית), שכן השימוש שנקבע בתצהיר ההסכמה, נקבע כאשר בגופה של התובעת היה רחם וכיום איננו עוד.

קביעה זו היא טכנית בעיקרה ולא נתפסה בנקודת הזמן הרלוונטית כמהותית גם על ידי הנתבע, שאם לא כן וודאי היה פועל להעלאת שאלות בחדרו של דר' אליהו באותו מפגש ביום 17/11/1995, אך תחת זאת, חתם על ההסכם לרבות סעי' 6 ו-7 אשר בו והגביל את התובעת לצעוד בנתיב הזכות להורות אך ורק ביחס לעוברים שהופרו מכח ההסכם המיוחד בין הצדדים.

יודגש מעבר לאמור, כי גם אם תתקבל גירסתו של הנתבע בענין העובדתי ביחס למה שחשב או תכנן בענין עתיד מערכת היחסים הזוגית, הרי שהוליד שולל את התובעת ופעל בחוסר תום לב כלפיה, ונראה כי משמעות ותוצאות ההבטחות ש"פיזר" והמעשים שבחר לעשות לא היו לנגד עיניו. על כן, גם משיקולי צדק יש לקבוע, כי משמעות ותוצאות ההבטחות שנתן, והמעשים שבחר לעשות הנתבע, מחייבים אותו ולא ניתן לאפשר לו לחזור מהם

כאמור, משמעות ותוצאות ההבטחה שנתן, ומימושה במעשיו בפועל היו מובנים לו. גם לכך יש "מחיר" ובלתי סביר לקבוע, כי התובעת היא זו שתצטרך לשאת בו.

זכות השימוש בעוברים

45. כאמור, בשונה מפרשת **נחמני**, בענייננו, התצהיר המשותף, אותו הסכם מיוחד, עליו חתמו הצדדים טרם ביצוע מעשה ההפריה, כולל התייחסות לאפשרות של סיום המערכת הזוגית. הנתבע חתם מרצונו החופשי על ההסכם המיוחד בו צוין אף בסעי' 6 כי במקרה שבו העוברים יוחזקו על ידי האישה לבדה יחולו עליו כל הזכויות והחובות החלים על אב ביולוגי. אלא שההסכם המיוחד מתייחס לכך שהעוברים מיועדים להחדרה לרחם האישה ולא לפונדקאית, אך שותק לכאורה ביחס לאפשרות שבה האישה לא תהא בעלת רחם בו ניתן לשאת את העוברים.

סברתני, כי אמנם ההסכם איננו מתייחס מפורשות למצב בו לאישה אין רחם בגופה, והוא יוצא מנקודת מוצא והנחה כי לאישה יש רחם בגופה. אלא שסעי' 7 להסכם המיוחד מתייחס בצורה לא הדדית למצב שבו גם האב, שלו באופן מובנה וטבעי אין רחם בגופו, יכול לעשות בעצמו שימוש בעוברים ולכן סברתני, כי אפשר להקיש מהאמור בסעי' 7 ביחס לאפשרות של העדר רחם גם בגופה של האישה, בדומה למצב בגופו של האיש.

וודאי שראוי היה כי התצהירים יתייחסו מפורשות לאפשרות של העדר רחם או מצב גופני אחר שבו אין אפשרות להחזרת עוברים לגוף האישה ולכך אף אתייחס בסיומו של פסק הדין.

אין מחלוקת, כי **ההסכם המיוחד נחתם בעת שלתובעת היה רחם בגופה**. תכנית הצדדים היתה אז ליצור עוברים שיוחדרו לרחמה. **הצדדים לא התייחסו לאפשרות שלא יהיה רחם בגופה, אך לא שללו את האפשרות שבמצב דברים כזה ייעשה שימוש בדרך אחרת לצורך נשיאת העוברים.**



בית משפט לענייני משפחה בבאר שבע

תמ"ש 52163-11-20 פלוגית נ' ביה"ח האוניברסיטאי סורוקה ואח'

כאמור המחלוקת האמיתית בין הצדדים נוגעת לשאלת אופן השימוש בעוברים, שכן לא יכולה להיות מחלוקת כי בהסכם המיוחד הסדירו הצדדים אפשרות כללית ומהותית של שימוש בעוברים על ידי מי מהם, גם בהעדרה של מערכת יחסים זוגית, כאשר מי מהם "נעלם או נפטר" (סעי' 7 להסכם המיוחד).
46. סבורתני, כי ביחס לשאלה זו והאופן הנחרץ בו מנסה היום הנתבע להציג את שלילת אפשרות הפונדקאות, התובעת הצליחה להוכיח במסגרת ניהול ההליך כי הנתבע היום מבקש לייחס לעצמו כוונות שלא היו נטועות בו ובתהליך בזמן אמת, ומכאן יש לדחות טענתו זו.

כוונת הנתבע קודם לביצוע ההפריה

47. לא יכולה להיות מחלוקת שהנתבע בחקירתו כמו גם בסיכומיו טוען שמבחינתו כמעט משלב ראשוני של הטיפולים הרפואיים היה למעשה אדיש למצבה של התובעת.
הנתבע אף הכחיש את טענתה של התובעת כי הוא עצמו ליווה אותה לכל הטיפולים הרפואיים וטען כי למעשה היתה זו אימה שליוותה אותה והוא היה כמתבונן מן הצד.

יתר על כן, הנתבע מציג גרסה, לפיה הזיקה שלו לזוגיות עם התובעת, היתה מוחלשת וזאת לאורך כל התקופה שבה היא התמודדה עם הטיפולים הרפואיים, לרבות בזמן ההכרעה הדרמטית בשאלת שימור הפוריות שלה ולאחר מכן בשאלת הפריית ביציות מגופה בזרעו.

48. התמונה העובדתית המצטיירת לגירסת הנתבע היא כי למעשה בעת שהנתבע נתן הסכמתו לשימוש בזרעו לצורך הפריית הביציות, כבר גמלה בלבו ההחלטה להיפרד מן התובעת והוא מתאר בצורה קרה וקצרה כי לא היתה לו התלבטות משמעותית לגבי הפרידה ממנה והוא ידע כי גם את ההודעה על הפרידה הוא מוסר לה במועד קריטי, חודש בלבד לאחר שעברה כריתת רחם.

49. התרשמות בית המשפט מהמצב העובדתי היא, כי למעשה, הנתבע כרך את גורלו בעת הרלוונטית, בגורלה של התובעת לעולמי עד, כאשר נתן הסכמה מודעת לעשות שימוש בזרעו וזאת למרות הניתוק הרגשי שככל הנראה היה נתון בו ולמרות העדר רצון או כוונה מצידו להמשיך ולקיים זוגיות עם התובעת. דבר לא מנע מהנתבע בזמן אמת להגיד לתובעת שהוא איננו מעוניין כי יעשה שימוש בזרעו. על אף זאת הוא נתן את הסכמתו לתהליך ההפריה, בעת שכבר היה ידוע שנשאבו בסה"כ שלוש ביציות מגופה של התובעת ולא יבוצע תהליך שאיבה נוסף בשל תגובת גופה של התובעת לסבב טיפול ההפריה הראשון.

50. יודגש כי בזמן אמת הוסבר לשני הצדדים בפגישה אצל הרופא, והנתבע אינו חולק על כך, כי הצורך להפרות את הביציות כבר בשלב זה, ולא להקפיאן כביציות לא מופרות, היה בשל ההבנה והידיעה שהתובעת לא תוכל לבצע טיפולי פוריות נוספים בשל התגובה הקשה שלה לטיפולים ההורמונליים.

51. דווקא הגישה של הנתבע לפיה בזמן אמת היה כמעט אדיש למצבה של התובעת, מבהירה לבית המשפט כי באותה מידה שבחר לאפשר את השימוש בזרעו, יכול היה שלא לאפשר את השימוש בזרעו, החלטה הוגנת שהיתה מתאפשרת באמצעות צעדים פשוטים ביותר של פנייה לצורך קבלת תרומת זרע לתובעת,



בית משפט לענייני משפחה בבאר שבע

תמ"ש 52163-11-20 פלוגית נ' ביה"ח האוניברסיטאי סורוקה ואח'

הפריית שלוש הביציות הבודדות שנלקחו מגופה, באמצעות זרעו של תורם ומבלי שתהיה תלויה בקבלת הסכמתו של הנתבע.

52. לא מצאתי לקבל את עמדת הנתבע כאילו מכל האמור בהסכם, דווקא בענין העדר אפשרות להחזיר את הביציות המופרות לאם נושאת, הקדיש מחשבה או בדיקה. הרי היה זה הנתבע שהדגיש וטען כי נתן הסכמתו לכאורה כלאחר יד, לטענתו "רק" חתם על מה שביקשו ממנו.

53. הנתבע איננו מתאר תמונה שבה ביקש לבדוק את האמור בהסכם, או ביקש לחשוב על מתן הסכמתו וסורב. נלמד מגירסתו כי הסכמתו נועדה לרצות את התובעת באותה עת ולאפשר לה לשאת את עיניה קדימה לעתיד שבו היא יכולה לראות את עצמה כאימא לילדים, למרות מצבה הרפואי. אותה התנהגות של הנתבע, אךן אפשרה לתובעת, כמו לכל אישה שנאלצת להתמודד במצבה עם שאלת אפשרות שימור הפוריות, להתמודד עם מחלתה ולהתגבר עליה, ואולם למעשה היום, הוא מבקש ליטול ממנה את אותו אופק שהעניק לה בהסכמה מלאה בשנת 2015. חזרה מהסכמה זו הינה חריגה מהכללים שנקבעו בפסה"ד בענין נחמני תוך התעלמות הנתבע מפגיעה בליבת הזכות להורות של התובעת ואין לאפשר זאת.

54. טענת הנתבע כי העברת הזרע מגופו אל המעבדה שם בוצעה ההפריה, לא היתה מתוך הנאה או בהעדר הנאה, איננה רלוונטית. דווקא העובדה שהנתבע לטענתו התנהל באדישות גם כלפי פעולה זו, מבלי שהבין, שליטתו, את ההשלכות של החלטתו להסכים לכרוך את גורלו בגורל ההורות האפשרית של התובעת, מלמדת את המשפט כי דבר לא מנע ממנו לעצור בכל שלב שהוא, לערוך בדיקה ולבחור באפשרות של תשובה שלילית. כן היא מלמדת את בית המשפט, כי לנתבע לא היתה באותה נקודת זמן עמדה שלילית כלפי שימוש בביציות המופרות באם נושאת פונדקאית, להבדיל מרחם התובעת.

55. ניסיון הנתבע בתצהיר עדותו הראשית ובסיכומיו לתאר את עצמו כמי שחש עצמו כ"פרה חולבת" בעת שהוציא בעצמו, ידנית, זרע מגופו, הוא ניסיון נפסד ואינני מקבלת גירסה זו שכן איננה מתיישבת עם האדישות שניסה לתאר ביחס למצב הדברים בשנת 2015. עמדה קורבנית זו אינה מתיישבת עם הניסיון שלו לטעון כי באותה עת כבר ידע כי אין לו כל עתיד משותף עם התובעת. ככל שהיה אדיש למצב, לא ברור מדוע יחוש דווקא ביחס לפעולת הוצאת הזרע (לא שאיבה אלא פעולה עצמאית שביצע במו ידיו) תחושת השפלה תוך שאינו טורח לעצור את התהליך ולשקף לתובעת את תחושותיו. התרשמתי כי מדובר בניסיונות בוטים של הנתבע, לצייר מציאות שונה לחלוטין ממה שהיתה בפועל מציאות חייהם של הצדדים שניהלו אז מערכת זוגית טובה ותומכת במסגרתה פעל כשותף מלא בחייה ובנסיבות חייה של התובעת, וזאת אך ורק על מנת לנסות ולהתחמק מהתחייבויות שנטל על עצמו במסגרת יחסיו עם התובעת.

56. הנתבע בחר בזמן אמת לאפשר את הפריית שלוש הביציות היחידות של התובעת, כאשר לגישתו לא ראה כל עתיד זוגי עם התובעת גם במועד בו העניק לה את האפשרות להפרות את ביציותיה בזרעו. זאת, כאשר הנתבע למעשה טוען גם ביחס לשלבים מוקדמים במערכת היחסים של הצדדים, כי בניגוד לטענת התובעת הוא עצמו לא ראה עתיד ליחסים הזוגיים, לא ראה עצמו כרוך ביחסי זוגיות ארוכים עם התובעת או מקים איתה משפחה ובכל זאת, לאחר שחלתה, בחר לבצע יחד איתה פעולות הרות גורל



בית משפט לענייני משפחה בבאר שבע

תמ"ש 52163-11-20 פלוגית נ' ביה"ח האוניברסיטאי סורוקה ואח'

שבמסגרתו היה ברור לשניהם שההזדמנות היחידה של התובעת להיות אמה, תהיה להיות אמה לילדים המשותפים לה עם הנתבע, מזרעו.

57. התרשמתי מעמדה אמביוולנטית של הנתבע, גם בתיאורים שלו בדיעבד את מערכת היחסים עם התובעת. כך למשל בחקירתו של הנתבע, הוא ניסה מצד אחד להציג מערכת יחסים כמעט אגבית עם התובעת ומאידך, הביע את האכזבה שלו כאשר לטענתו בתחילת תקופת מחלתה של התובעת, היא הסתירה ממנו חלק מהבדיקות שביצעה. כך משם:

” שאלת השופטת: אז למה זה הפתיע אותך שהיא לא סיפרה לך ?

תשובה: כי אני הייתי במערכת זוגית איתה, כביכול, והיא באה והסתירה ממני דבר כזה ? ”

(ר' לענין זה, עמ' 10 לפרוטוקול הדיון מיום 31.1.2022 ש' 17 – 19)

58. כך גם בהמשך חקירתו בניגוד לניסיון לצייר מערכת יחסים נעדרת הדדיות או אכפתיות, משיב לשאלות ב"כ התובעת:

” פלוני: ידעתי שהיא עוברת ניתוח כן ברור.

עו"ד דורי שוורץ: אני מבין שלאורך כל התקופה תמכת והכלת אותה, כמו שלמשל ייעצת לה שלא לנסוע לתאילנד כי היה אכפת לה מטובתה מבריא אותה. אני מניח שממקום זה האכפתי והמכיל נכון

פלוני: היה אכפת לי שתעשה את ... שהדברים יהיו כמו שצריך כן”.

(ראה עמ' 12 לפרוטוקול הדיון מיום 31.1.2022 ש' 13 - 17).

59. כך גם בחקירתו של הנתבע, הוא מאשר שהיה לצדה של התובעת גם במהלך האשפוז בנובמבר 2015, גם במסגרת ניתוח לכריתה מלאה של השחלה השמאלית וגם בפגישה במרפאת הפוריות בסורוקה עם ד"ר *** (ראה ש' 29-38 עמ' 12 לפרוטוקול הדיון מיום 31.1.2022).

כך גם בניגוד לאמור בכתבי הטענות, בחקירתו מבהיר הנתבע כי ראה לנכון לקבל את הבקשה של התובעת שיהיה שותף במהלך ובתהליך הפוריות. יודגש כי בחקירתו, בחירת המלים היתה באופן ספונטני מטעמו של הנתבע, כאשר אמר:

”ראיתי לנכון לקבל את הבקשה של פלוגית שאני אהיה שותף במהלך הזה”.

(ר' עמ' 13 לפרוטוקול הדיון מיום 31.1.2022 ש' 15)

60. התובע בחקירתו אף בחר להדגיש כי למרות שהסכים לקבל את בקשת התובעת לשותפות בתהליך הפוריות, לא ראה עתיד משותף לזוגיות:

”היה לי מאוד ברור שמערכת היחסים הזו לא מתקדמת”

(ראה ש' 31-33 עמ' 13 לפרוטוקול הדיון מיום 31.1.2022).



בית משפט לענייני משפחה בבאר שבע

תמ"ש 52163-11-20 פלוגית נ' ביה"ח האוניברסיטאי סורוקה ואח'

61. עמדתו של הנתבע כאילו הצעד שבחר לעשות לא היווה מבחינתו התחייבות לעתיד, אינה מתיישבת עם העובדה שחתם בזמן אמת, בחדרו של ד"ר ***, על הסכמה לכך שהתובעת תוכל לעשות שימוש בביציות המופרות לצורך החזרתן לרחמה בלא הסכמתו וזאת כאשר לטענתו בזמן אמת, לא ידע מה הוא רוצה מהקשר הזה (ראה ש' 35 עמ' 13 לפרוטוקול הדיון מיום 31.1.2022).

62. **מצאתי לקבל את עדותה של התובעת בענין השיחות שהתבצעו בין הצדדים בזמן אמת, ואני מאמינה לה כי גם לאחר שעדכנה אותו שהיא עומדת לעבור כריתת רחם ניחם אותה ואמר לה "אל תדאגי יש לנו את העוברים".**

מצאתי לציין בנקודה זו כי חקירתה של התובעת ע"י ב"כ הנתבע לא בוצעה במהלך חלקים ממנה בצורה רגישה ומותאמת לנושא בו עסקינן. הן התובעת והן הנתבע נחקרו על ידי ב"כ הצדדים וניכר שלשניהם המעמד היה קשה, גם הנתבע בנקודות מסוימות היה נרגש ואף בכה. אלא שהתרשמות ביהמ"ש היתה כי בעוד שהנתבע נחקר ע"י ב"כ התובעת בסגנון מתחשב ורגיש, התובעת נחקרה בחלקים מחקירתה בצורה נוקשה ובוטה. לעיתים אף עצר ביהמ"ש את החקירה, כמשתקף מהפרוטוקול והעיר על כך.

כך למשל, ב"כ הנתבע, בחרה להטיח בתובעת האם זה נכון ש "כריתת הרחם שלה היתה תעודת הביטוח של ***?".

ניכר היה שמדובר באמירה מחרידה ונוראית שמטלטלת את התובעת. התובעת נשברה בשלב זה של חקירתה התייפחה ובכתה ובכל רמה אנושית יש לציין כי בית המשפט תמה על בחירת המילים כלפי אישה שאיבדה את רחמה, בשל מצב רפואי מסכן חיים, נקלעה לנסיבות עגומות תוך שסיכנה את חייה בשביל האפשרות לזכות להיות אימא וכאשר בחלוף שנים, ראוי היה שלא להטיח בה מילים קשות שניתן להבין מהן כי מצבה הרפואי היה מקור לשמחה, או הקלה עבור אדם אחר. אך כאמור, ענייננו מורכב מספיק ומעבר לאמירה זו, לא אדרש עוד לענין זה.

63. עוד מצאתי להתייחס לעמדות סותרות בגרסאותיו של הנתבע, כאשר מצד אחד מנסה לצייר כאמור תמונה של זוגיות אגבית, כמעט מקרית, כאשר בחר בכתבי הטענות שלו לתאר כי למעשה הצדדים לא גרו יחד, כפי שטוענת התובעת אצל הוריה ואחר כך אצל הוריו אלא במקרה התארחו יחד הן אצל הוריה והן אצל הוריו, ומצד שני מסר בכתב הגנתו, מידע שאין לו כל זכר בתביעתה של התובעת. כך למשל הנתבע טוען ומדגיש כי מגרש שרכש במהלך מערכת היחסים, שייך אך ורק לו, אך מציין כי היתה זו התובעת שנתנה לו הלוואה של 100,000 ₪, לרכישת אותו מגרש, הלוואה שהוא מדגיש שהוא החזיר לה בעת פרידתם.

יצוין כי התובעת כלל לא התייחסה לשאלת הזכויות באותו מגרש מעולם לא פקפקה בכתבי הטענות בכך שמדובר במגרש ששייך לנתבע. היא מזכירה את אותו מגרש בכתב הטענות שלה אך ורק על מנת להבהיר לבית המשפט כי הצדדים תכננו לקבוע את מקום מגוריהם ב*** ומציינת מפורשות כי היה זה הנתבע שרכש מגרש ב**** ובאותה תקופה הצדדים התגוררו אצל הוריו.



בית משפט לענייני משפחה בבאר שבע

תמ"ש 52163-11-20 פלוגית נ' ביה"ח האוניברסיטאי סורוקה ואח'

64. לא מצאתי לקבל את טענת הנתבע כי הצדדים היו בזוגיות אגבית ובמסגרת אותה זוגיות אגבית, ובלתי מבוססת, כאשר פניהם אינם, על פי גרסתו, לבנית תא משפחתי משותף, התובעת מאפשרת לו הלוואה מצדה על מנת שיוכל לרכוש נכס מקרקעין.

ראה לענין זה עמ' 14 לפרוטוקול הדיון מיום 31.1.2022. כאשר בפרק זה של החקירה, אף מבהיר הנתבע כי כאשר התובעת נתנה לו הלוואה כלל לא סיכמו מה יהיה מועד ההחזרה של ההלוואה.

הנתבע מאשר "לא דובר על הזמן של להחזיר" (ש' 39 עמ' 14 לפרוטוקול הדיון מיום 31.1.2022)

הלוואות בסדר גודל של 100,000 ₪ נדמה שיכולות להתאפשר דווקא בתוך מערכת יחסים שהמאפיינים שלה דומים למערכת היחסים שמתארת התובעת ועל כן, גם טיעון עובדתי זה שעלה כאמור דווקא מטעמו של הנתבע, מחזק את התרשמות בית המשפט כי הצדדים ניהלו מערכת יחסים משמעותית, כאשר הנתבע היה מעורב בזמן אמת בכל החלטותיה של התובעת, כמו שהיא היתה מעורבת בהחלטותיו. היא נתנה לו הלוואה של כסף, הוא ליווה אותה בטיפולים הרפואיים ומצאתי לקבל את טענת התובעת כי הנתבע הגיע מרצונו החופשי לפגישות עם הרופאים ולטיפולים בהם גם לגירסתו נכח פיזית, וכך מרצונו החופשי חתם על מסמכים וביצע פעולות רפואיות שבמסגרתן הופרו שלוש הביציות היחידות של התובעת בזרעו.

65. הנתבע ממשיך ומדגיש בפרק זה של חקירתו כי הצדדים כלל לא דיברו על אפשרות למסד את הקשר ובכל זאת, נטל הלוואה של 100,000 ₪ מהתובעת וכן חתם על תצהיר שבו הוא מסכים להפרות את ביציותיה בזרעו, לצורך יצירת ילדים שיגדלו ברחמה של התובעת. (עמ' 15 ש' 14-16 מפרוטוקול הדיון מיום 31.1.2022).

66. התרשמתי מהתובעת כאדם בעל גישה עדינה ביותר לאחר. אף שחוותה חקירה תוקפנית למדי. תוך התייחסות לתקופה שבה היתה חולה מאוד, וחייה היו בסכנה, ענתה בצורה עדינה, מנומסת והתרשמתי כי התנהלותה במהלך ניהול ההליך ובחקירות, משקפת אישיות והתנהלות מאוד מתחשבים באחר.

בהתנהלותה זו שכנעה את ביהמ"ש כך שמצאתי להעדיף את גרסתה כי גם במועד הרלוונטי של הטיפול הרפואי שעברה וטיפולי הפריה שעברו יחד, פנתה בצורה עדינה ומאפשרת לנתבע, כאשר ביקשה ממנו לאפשר לה לעשות שימוש בביציותיה המופרות.

67. הנתבע טען בחקירתו כי יצר את העוברים יחד עם התובעת, אך הוסבר לו שהיא לא תוכל לעשות שימוש בעוברים ללא הסכמתו. הנתבע חוזר ומדגיש שהדגש היה הסכמה הדדית. טענה זו לא ניתן לקבל, שכן בתצהיר עליו חתמו הצדדים בבית החולים סורוקה ועליו מבסס הנתבע את התנגדותו, כלל לא צוין כל צורך בקבלת הסכמתו של הנתבע, לצורך החזרת העוברים לרחמה של התובעת, ככל שהיה לה רחם.

68. לא מצאתי לקבל את הטענה כי הוסבר לנתבע שלפני החזרת העוברים לרחמה של התובעת, יפנו אליו לוודא שהוא עדיין מסכים שכן אין זכר לאפשרות זו בהסכם עליו חתם בזמן אמת.

69. עוד בלתי סביר שהתקיימה שיחה משמעותית בענין שאלת ההסכמה בפני ד"ר **** בבית החולים סורוקה ובמסגרתה לכאורה הנתבע הביע איזשהו ספק, שכן בזמן אמת אם היה טורח הנתבע לשקף



בית משפט לענייני משפחה בבאר שבע

תמ"ש 52163-11-20 פלוגית נ' ביה"ח האוניברסיטאי סרוקה ואח'

לתובעת את האפשרות שהסכמתו שהיא תהיה אם לילדים שהופרו בזרעו מוטלת בספק, היתה נפתחת האפשרות בפני התובעת לבחור להפרות את הביציות היחידות שיש לה באמצעות תרומת זרע.

70. אם היה טורח הנתבע בזמן אמת לא להיות אדיש, לא לשתוק, ולשתף את התובעת, את אימה שליוותה אותה לטענתו או את הרופא, או כל אדם אחר שהיה שם שהוא מתלבט, אזי היתה נפתחת האפשרות בפני התובעת להקפיד חלק מהביציות טרם הפרייתן, להפרות אותן באמצעות תורם ודווקא גרסתו זו של הנתבע, מבחירה לבית המשפט כי **אם בחר במודע להסתיר מהתובעת את הספקות שהיו בו, את ההתלבטות, את הרצון שלו לתת את הסכמתו רק בעתיד, אזי למעשה הונה פשוטו כמשמעו, את התובעת וגרם לה נזק, שעה שהיא נדרשת היום לחזר אחריו על מנת שיאפשר לה לעשות שימוש בעוברים שהופרו מזרעו.**

יובהר כי על אף המתואר, השתכנעתי כי בזמן אמת כוונת הנתבע לא היתה להונות את התובעת, אלא הוא התחרט על מעשיו בחלוף השנים ואולם בשים לב לנסיבות שנוצרו, כאמור, עסקינן במעשה בלתי הפיך שתוצאותיו הרות גורל.

71. כאשר נשאל בחקירתו האם שיתף את התובעת בלבטים לגבי המשך הזוגיות רגע לפני הפריית הביציות ענה: " בבירור לא אמרתי לה את זה אבל ידעתי שאנחנו בחברות, אנחנו מבינים את הקשר בינינו"

(ש' 33-34 עמ' 24 לפרוטוקול הדיון מיום 31.1.2022)

72. ככל שהנתבע כפי שהוא טוען כיום, ידע בזמן אמת שהוא לא מתכוון אף פעם לאפשר לתובעת שימוש בעוברים, וככל שהוא סבר בזמן אמת שהוא גורם לה ליצר עוברים אך יוכל לבחור האם לאפשר לה להחזיר אותם לרחמה, אזי מדובר במעשה נוראי שביצע הנתבע כלפי התובעת, שכן גזל ממנה בהחלטתו אז, את החופש לבחור האם להפרות את ביציותיה בזרעו או האם לשמור על ביציותיה כפי שהן, ולקבל החלטה בהמשך כיצד להפרות אותן.

73. הנתבע למעשה מבקש היום לשכנע את בית המשפט כי גם בעת שחתם על התצהיר היה בזוגיות חלשה ביותר עם התובעת, וכבר אז ידע שלא רוצה לעשות איתה ילדים ואולם, אני דוחה ניסיון זה. **הנתבע בזמן אמת בחר בחירה שמשמעותה הגבלה קרדינלית ובלתי הפיכה עבור התובעת להיות אם אך ורק לילדיו.**

הנתבע למעשה יצר מציאות שבה מכח פעולה שהוא ביצע הוא כפה על התובעת להיות מסוגלת לצעוד בנתיב ההורות אך ורק ביחס לילדים שיוולדו מזרעו.

לבחירה זו ולצעד זה יש השלכות בלתי הפיכות ולענין זה לא מצאתי שניתן להאחז בסיפא לסעיף 3 להסכם המיוחד שכן סיפא זו צוינה בהסכם המיוחד כאשר לתובעת היה רחם בגופה. כאשר נוכח אופי מחלתה (סרטן שהביא לכריתת שחלות) נכרת הרחם **יש להשוות את מצבה של התובעת למצבו של הנתבע כפי העולה מסעי' 7 להסכם המיוחד – קרי ניתן לאפשר לה לעשות שימוש בעוברים גם בדרך של החדרתם לאם פונדקאית.**



בית משפט לענייני משפחה בבאר שבע

תמ"ש 52163-11-20 פלוגית נ' ביה"ח האוניברסיטאי סרוקה ואח'

לא מצאתי כי הנתבע יכול להיות משוחרר מחובות שנטל על עצמו כאשר בחר לקשור גורלה של התובעת בגורלו ולא שיקף לה את תפיסת המציאות שלו ביחס לזוגיות שלהם, כפי שעולה מגירסתו בהליך זה, ועל כן לא יוכל לחמוק מנתיב זה שפסע בו על פי החלטתו המלאה, יחד עם התובעת.

74. אני סבורה, כי הנתבע מנסה להטעות את בית המשפט כאשר הוא מציג גרסתו זו. אני לא מאמינה לו שהתלבט בזמן אמת.

אני מאמינה לתובעת, שהנתבע הציג בפניה תמונה תומכת, תוך שהוא מושיט לה יד והם נושאים עיניים יחד לעבר העתיד, וזאת מתוך מקום ורצון להקל עליה בזמן אמת. אך כיום במבט לאחור, יכול והוא מתחרט על החלטתו אז. אפשרות החרטה למעשיו, בנסיבותיה המורכבות של התובעת ולאור כל הנימוקים שהובאו לעיל, אינה יכולה להתקבל.

75. במסגרת חקירתו של הנתבע נשאל הנתבע ישירות ע"י בית המשפט מדוע בנסיבות המורכבות שתיאר לא ניגש לתובעת ואמר לה שאיננו מעוניין לעשות איתה עוברים, הנתבע השיב:

"הסיטואציה בינינו לא היתה כזו".

(ר' עמ' 38-39 פרוטוקול הדיון מיום 21.1.2022 ש' 42)

76. הנתבע ניסה לתאר כי באותו זמן שהדבר נעשה לא היה לו זמן להתלבט, אך יחד עם זאת, לא הצליח להראות מה מנע ממנו לעצור, בנקודות זמן שונות של התהליך, גם במועד הפגישה עם ד"ר *** וגם לאחר מכן במועד בו מסר מרצונו החופשי את הזרע מגופו. כאשר אין מחלוקת כי במועד זה היה לבדו בחדר ויכול היה לבחור שלא להוציא זרע מגופו, או למסור את המבחנה או את כוסית הזרע למעבדה.

77. אין מחלוקת, כי התובעת ואמה לא שהו בחדר יחד עם הנתבע, במועד בו ביצע פעולה עצמאית לחלוטין של הוצאת הזרע מגופו, כאשר פרטיותו מכובדת והוא נמצא שם לבד בחדר עם עצמו.

אף איש או אישה לא כפו על הנתבע בהיותו לבד עם עצמו בחדר לגרום להוצאת הזרע מגופו.

אף איש או אישה לא כפו על הנתבע למסור את הזרע שהוציא בעצמו, מגופו לידי הצוות הרפואי לצורך הפריית ביציות התובעת בזרעו.

78. עוד מצאתי להרחיב ולציין, כי פעולת הוצאת הזרע מגופו שבוצעה על ידי הנתבע עצמו, בוצעה רק לאחר שנערכה בדיקת זרע. לא מדובר בפעולות שבוצעו זו אחר זו באותו יום ולאורך מספר ימים לפחות יכול היה לעצור בכל נקודת זמן ולהבהיר את אותן הבהרות שהיום הוא מבקש להבהיר, כי כוונתו היתה ליצור רק עוברים שייולדו באהבה ולתוך זוגיות מוצלחת.

79. לא מצאתי לקבל את גרסתו של הנתבע בעניין זה, שכן למעשה ביצע פעולות משפטיות ופעולות פיזיות ופעולות רגשיות שכולן נועדו ליצור עוברים שלגישתו בזמן אמת, כבר ידע שלא ייוולדו לזוגיות מאושרת באהבה, שכן לטענתו, לא ראה כל עתיד משותף עם התובעת.

ושוב יודגש, אין זכר לטענת הנתבע כי הוסבר לו כי בתצהיר עליו חתם, אותו "הסכם מיוחד" כתוב, שתידרש הסכמתו לשימוש בעוברים, להבדיל מיצירתם, לטובת החזרתם לרחם התובעת.



בית משפט לענייני משפחה בבאר שבע

תמ"ש 52163-11-20 פלוגית נ' ביה"ח האוניברסיטאי סורוקה ואח'

80. אני דוחה אף את גרסת הנתבע, במסגרתה ניסה לטעון כי כאשר הפרו את העוברים הוא חשב שיהיו לתובעת עוד ביציות. טענה זו, אינה נכונה שכן במועד בו דובר על הפריית העוברים היה ברור שלא ניתן לשאוב עוד ביציות מהתובעת. הרי זו לכתחילה היתה הסיבה בגללה פנו הצדדים לביצוע ההפריה, שכן נשאבו שלוש ביציות בלבד מגופה ובשל התגובה של התובעת לטיפולים הובהר לה שהסבב הראשון יהיה הסבב היחיד של טיפולי ההפריה.

יתר על כן, הטענה הזו אף איננה מתיישבת עם האמור בסעיף 3 לכתב ההגנה של הנתבע, שם הבהיר במפורש כי אין חולק שהוצע לתובעת לכתחילה לשמר ביציות לפני טיפול כימותרפי, אך בשל מיעוטן של הביציות, הופרו שלוש ביציות בלבד.

טענתו זו של הנתבע אף איננה מתיישבת עם העובדות, שכן אם בזמן אמת כאשר נתן הסכמתו להפרות את הביציות ניתן היה לשאוב עוד ביציות, הרי שרפואית היה נכון תחילה להקפיד ביציות ולהפרות ביציות שיישאבו בסבב הבא, אך היה ברור לכל שלא יהיה סבב נוסף.

הנתבע, בניגוד לניסיונותיו להציג עמדה לפיה בזמן ביצוע ההפריה, עמדו עוד אפשרויות בפני התובעת, מאשר בחקירתו את גרסת התובעת כי מיעוט הביציות היה דבר ידוע לצדדים וכך מחקירתו:

"אני זוכר שהידיעה היתה שיש שלוש ביציות"

(עמ' 17 לפרוטוקול הדיון מיום 31.1.20 ש' 38)

כמו כן הנתבע מאשר בחקירתו (עמ' 24 לפרוט' הדיון מיום 31.1.20, ש' 1 – 4) כי במועד שחתם על התצהיר ידע שהתובעת לא החלימה לחלוטין ממחלת הסרטן והיא צריכה לעבור טיפולי כימותרפיה.

81. הנתבע למעשה אינו חולק על כך שנתן הסכמתו ומנסה כיום לצייר את הסכמתו כמו נלקחה ממנו בכח או בכפייה, הגם שאינו מניח כל יסוד סביר לתאר אותו כאדם שניתן לכפות עליו ענין זה.

הנתבע הבהיר כי בסמוך לאחר ההחמרה במצבה הרפואי של התובעת, כבר גמלה בלבו החלטה להיפרד ממנה וכך עשה.

כפי שידע לעמוד מול התובעת ולהודיע לה שהוא אינו חפץ להמשיך איתה במערכת היחסים בנקודת זמן בה בחר לעשות זאת, יכול היה לעשות זאת ברגע הקריטי שבו בחר להסכים להפרות את הביציות היחידות שיש לה בזרעו.

82. סיכום גרסתו של הנתבע מלמד את בית המשפט כי לדידו של הנתבע הוא הסכים להפרות את ביציותיה של התובעת בזרעו, כאשר מבחינתו ידע שאין לצדדים עתיד משותף.

מגירתו נלמד כי הפעולה הרפואית שהנתבע הסכים לה, בוצעה בעת שכלל לא היתה לו כוונה להיות הורה יחד עם התובעת.

יצירת העוברים כאשר לטענתו כבר ידע שהזוגיות תלויה על בלימה, משמעותה שלמעשה בזמן אמת, הנתבע בחר ליצור עוברים משותפים לו ולתובעת, הגם שידע שהוא לא יהיה בן זוג שלה בעת שהילדים יולדו, אם יולדו.



בית משפט לענייני משפחה בבאר שבע

תמ"ש 52163-11-20 פלוגית נ' ביה"ח האוניברסיטאי סורוקה ואח'

83. הנתבע מודה בחקירתו כי לא רצה לעשות ילדים משותפים עם התובעת, אבל "לא ידע איך לעשות את זה".

כלומר, חתימתו על התצהיר היתה בעת שידע שהילדים שיוולדו לא יגודלו ע"י הוריהם הביולוגיים בהיותם בני זוג ומשכך, למעשה הוא הפגין אדישות כלפי כך בעת שבחר שלא לעדכן את התובעת בכוונותיו האמיתיות.

על אף האמור, הנתבע מנסה כיום לטעון כי איננו יכול לחיות עם אפשרות שבה יוולדו ילדים שהוא לא מגדל וכך מחקירתו:

"אני לא הסכמתי לדבר כזה, זה לא היה בכלל אופציה".

(ראה עמ' 20 לפרוטוקול הדיון מיום 31.1.2022 ש' 39-38)

בכל הכבוד בוודאי שהנתבע נתן הסכמתו והוא במו ידיו יצר את האופציה הזו ואת הנסיבות שיאפשרו אותה.

84. שעה שהנתבע עצמו עומד על כך שבתקופה הרלוונטית ליצירת העוברים, כלל לא ראה עתיד משותף עם התובעת, הרי שבזמן אמת מסר הסכמתו לכך שביציות התובעת יופרו בזרעו, תוך שאיננו מתכוון כלל וכלל לגדל את הילדים בתא משפחתי משותף עם התובעת, תכנית שמתיישבת עם בקשתה של התובעת היום.

כדי ללמוד על האדישות של הנתבע כלפי משמעות צעדיו והפעולות בהן נקט כלפי התובעת בעת הרלוונטית, יש לפנות לחקירתו:

"פלוגי: אני לא יכול, אני לא אביא ילד לעולם הזה מקשר שלא היה בנוי לזה, לא הגענו למצב הזה, בחיים לא דיברתי על ילדים איתה לא דיברתי על הדבר הזה..."

השופטת: עשיתם עוברים ביחד, מה זה לא דיברתי על ילדים ?

פלוגי: הדבר הזה שעשינו זה רק בגלל המצב הזה שהיא הגיעה אליו..."

השופטת: ברור.

פלוגי: אני ... כן אבל..."

השופטת: לא אדוני, תבין עובדתית זה ברור מה שאתה אומר אף אחד לא הולך ועושה טיפולי פוריות סתם אלא אם כן הוא יודע שיש לו בעיה. אבל אי אפשר להגיד לא דיברנו על ילדים כשהייתם ממש באותו חדר שהיה ברור שבו אתם יוצרים עוברים.

פלוגי: לא דיברנו לפני כן על ילדים, הקשר הזה לא היה... לא הוביל לדבר כזה. אני לא הרגשתי את זה... אני בחיים לא דיברתי איתה על זה ולא חשבתי על זה. לא הגעתי, לא יכולתי ל... אני יודע מה זה להרגיש את זה ולדעת שאני רוצה, עשיתי את זה."

(ראה עמ' 21 לפרוט' הדיון מיום 31.1.2022 ש' 14 - 30)

85. מצאתי לקבוע כי הסכמת הנתבע ניתנה מרצונו החופשי, תוך שהוא ער אך אדיש, לאפשרות, שהיתה אפילו הסבירה מבחינתו, כי העוברים ישמשו את התובעת לבדה שכן במועד טיפולי ההפריה כבר חש כי



בית משפט לענייני משפחה בבאר שבע

תמ"ש 52163-11-20 פלוגית נ' ביה"ח האוניברסיטאי סרוקה ואח'

מערכת היחסים איננה איתנה ולא ראה עצמו מקים בית עם התובעת. על כן הסכמתו ניתנה תוך הבנה כי העוברים יהיו בשימוש בלעדי של התובעת והוא יהיה הורה לילדים שייוולדו מעוברים אלה, גם כאשר תסתיים מערכת היחסים בינו ובין התובעת.

הסכמה כזו בענין כזה, בנסיבות שנוצרו שהעמידו את התובעת בנתיב אחד ויחיד, אינה יכולה להיות הסכמה שעומדת לבחינה מחדש בחלוף השנים, או בתלות במצבו ההסכמי של הנתבע בענין זה.

הסכמה ביחס לאופן השימוש בעוברים

86. הגם שקבעתי כי הסכמתו של הנתבע היתה בלתי חוזרת, הרי שזה טוען כי ההסכמה, גם אם ניתנה, התייחסה אך ורק לשימוש בעוברים באמצעות הריון שתישא התובעת ברחמה, משל הזכות להורות חייבת להיות כרוכה בחובה להרות.

87. הנתבע מאשר בחקירתו (ר' עמ' 25 לפרוט' הדיון מיום 31.1.20, ש' 15-3) כי חתם על תצהיר שבמסגרתו נקבע כי אם היה הולך חלילה לעולמו, במקרה שבו גופה של התובעת היה שלם, היו מוחדרים העוברים לרחמה של התובעת, כך שהיא היתה יכולה להביא ילד לעולם כאם יחידנית. כלומר, בניגוד למה שנאמר על ידי הנתבע, הוא חתם על מסמך שאומנם מגביל את אפשרות הפונדקאות אך אינו שולל את האפשרות שילד יוולד מזרעו, גם אם הוא עצמו לא יגדל אותו במקרה שהוא נעלם או הלך לעולמו (לשון סע' 7 לתצהיר).

88. הנתבע טען (ר' עמ' עמ' 43 לפרוטוקול הדיון מיום 31.1.2022 ש' 7 - 13), כי הוא הבין שאם הוא נמצא, התובעת חייבת את הסכמתו כדי לעשות שימוש בעוברים, ורק אם הוא לא נמצא, היא יכולה להשתמש בעוברים גם בלא הסכמתו.

כאשר בית המשפט עימת את הנתבע עם כך שלמעשה בניגוד למה שטען בפתח חקירתו, הרי שידע שחתם על מסמך שאומר שההסכמה להחזיר את העוברים לרחמה של התובעת היא הסכמה בלתי חוזרת (ר' סעיף 4 להסכם המיוחד), ככל שהיה לה רחם, לא הצליח הנתבע להסביר כיצד הדבר מתיישב עם התנאי שלטענתו הוא עמד עליו, שהשימוש בעוברים יהיה בשני תנאים, גם רק אם הצדדים יהיו בזוגיות וגם רק באמצעות הרחם של התובעת עצמה.

89. הנתבע כרך עצמו בגורל ליבת הזכות להורות של התובעת באמצעות חתימה על "הסכם מיוחד" תוך שלגישתו בעת חתימתו על ההסכם המיוחד כבר ידע כי אין בכונתו לפתח את הזוגיות עם התובעת ולהיות הורה במשותף יחד איתה. על אף זאת שפעל בפועל להגבלת זכות ההורות של התובעת אך ורק מעוברים שהופרו בזרעו, הוא מבקש היום למנוע מהתובעת את זכותה על פי אותה הסכם. סבורתני כאמור כי הנתבע אינו יכול לשחרר עצמו ממשמעויותיו הנרחבות של ההסכם המיוחד שיצר עם התובעת.

הלכה פסוקה היא כי לעיתים אדם קושר עצמו בחוזה מסויים ואינו יכול לדעת מה החיובים שינבעו מחוזה זה. על אף זאת, לא תמיד יוכל אדם להשתחרר מחוזה בו נקשר, במיוחד אם מי שנקשר עימו הסתמך ושינה מצבו באופן בו ארע לתובעת ובענין המשמעותי של זכות להורות כמו בענייננו.



בית משפט לענייני משפחה בבאר שבע

תמ"ש 52163-11-20 פלוגית נ' ביה"ח האוניברסיטאי סורוקה ואח'

לענין זה ר' ע"א 391/80 מירה ומיכאל לסרסון ואח' נ' שכון עובדים בע"מ (11.4.1984) " ואם אי אתה אומר כן, נמצא אדם יודע - או נדמה לו שידוע - תחילתו של חוזה שבא עליו, אך אין הוא יודע - ואינו יכול לדעת - מה יהא בסופו של חוזה זה שחתם עליו, ומה הם החיובים שעלולים לבוא לעולם במסגרתו חדשים לבקרים, ולא נודע לו כי באו אל קרבו של החוזה. ונמצא, שאף אדם תם לב לעולם אינו יודע מה הם החיובים שנטל על עצמו ועד היכן הם מגיעים. "

90. בע"א 627/78 אברהם וייצמן נ' משה מאוריצי אברמזון (4.7.79) נקבע :

" כללו של דבר. עקרון תום הלב שבסעיף 39 לחוק החוזים בא להורות על קיומו וביצועו של חיוב מחיובי החוזה בדרך עשיית הישר והטוב ומתוך רצון לקיים את כוונתם של הצדדים לחוזה לפי רוחו של החיוב ולא רק לפי אותיותיו הטכניות והפורמאליות, שבהן הוא נוסח, אך אין בו, בעקרון תום הלב, כדי ליצור חיוב חדש, שזכרו לא בא בחוזה, ושלא עלה על דעת הצדדים לקבלו עליהם. "

בלתי סביר לקבל את טענת הנתבע כי לו סברו הצדדים, בתוכם התובעת, כי שמורה לנתבע זכות הוטו לחזור בו מההסכם ליצירת העוברים עימה, ולו ידעה כי בכוונתו להיפרד ממנה חודשים ספורים לאחר תהליך ההפריה, הייתה בוחרת לבצע ההפריה מזרעו דווקא. יותר סביר להניח כי במקרה שבו היה פועל בשקיפות מולה ומעלה ספקות ביחס לעתידים המשותף, היתה פועלת לברר מהן החלופות העומדות בפניה ובמיוחד שעה שתרומת זרע הינה חלופה זמינה ויעילה לביצוע.

91. אמנם הוראות חוק החוזים אינן חלות בענייננו ואולם סבורתני כי עקרון תום הלב חל גם בענייננו, כמו בכל תחומי החיים, ולא ניתן להתעלם מחוסר תום הלב שמשתקף מעמדתו של הנתבע בענייננו.

92. חוק החוזים מלמדנו, כי חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהיא משתמעת מתוך החוזה, ובמידה שאינה משתמעת ממנו - מתוך הנסיבות, בענייננו אומד דעתו של הנתבע מובן וכתוב בצורה ברורה, וסבורתני כי הסיפא לסעי' 3 להסכם המיוחד שבין הצדדים נסוגה מפני יתר הוראות ההסכם המיוחד ומשמעותיותו, הן בהסכם עצמו שבין הצדדים ובן בפועל בחייה של התובעת אשר הלכה אחרי הבטחותיו של הנתבע שמומשו באמצעות הפריית זרעו בשלוש הביציות היחידות שגופה החולה הצליח לייצר, ואין ולא תהיה לה דרך לצעוד בנתיב ההורות אלא אם יתאפשר לה לעשות שימוש בעוברים שנוצרו מפעולה זו.

93. בהמשך לכל האמור לעיל, ומתוך כל שבא בפני, אני מוצאת כי הסכמתו של הנתבע להפרות את ביציות התובעת בזרעו, היתה הסכמה בלתי חוזרת, תוך שהוכח בהליך שבפניי, שהנתבע אף הביא בחשבון, כי התובעת תהא הורה יחידני לעוברים שייוולדו מהפריה זו.

לא מצאתי כי הנתבע סבל מליקוי נפשי רגשי או קוגניטיבי כלשהו שהגביל את יכולתו לברר, לשאול ולחקור בדבר המשמעות הבלתי הפיכה של פעולתו.

לא מצאתי, כי הסיפא של סעי' 3 לתצהיר שנחתם ע"י הצדדים ביום 17/11/2015 בשעה 17:43 בדבר שימוש בעוברים שלא לצורך החדרה לפונדקאית יכול לעמוד בפני עצמו וזאת נוכח העובדה שרחמה של התובעת הוצא ממנה לאחר מכן ואין לה כל דרך לממש את האמור בסעי' 6 ו-7 להסכם המיוחד אלא באמצעות אם פונדקאית.



בית משפט לענייני משפחה בבאר שבע

תמ"ש 52163-11-20 פלוגית נ' ביה"ח האוניברסיטאי סורוקה ואח'

94. סבורתני, כי התצהיר הקצר שעליו חתמו הצדדים לא הביא בחשבון את כל האפשרויות, נחתם כאשר לתובעת היה בגופה רחם להחדיר אליו את העוברים וההסכם לא התייחס לאפשרות שהרחם לא יהא בגופה.
95. לא מצאתי בנסיבות שהתבררו ביחס למידת המעורבות של הנתבע בהליך, הסכמתו הברורה והמפורשת והפעולות בהן נקט, כי ניתן לקבל את האפשרות שתימנע מהתובעת הזכות להורות ביחס לעוברים שיצרו הצדדים יחד, אותה זכות שהנתבע מצא לממש, נולדו לו שני ילדים והעדר הסימטריה בין הצדדים זועק לעין וללב.
- כפי שכתבתי לעיל, הזכות להורות בענייננו אינה חייבת להיות מותנית בחובה להרות.
96. לא מצאתי לאפשר לאחר שהתבררה דרך התנהלותו ועוצמת משמעות הסכמתו של הנתבע, פגיעה בליבת זכות ההורות של התובעת.
97. מצאתי עוד להוסיף כי לא ניתן להקל ראש בחשיבות העשייה השיפוטית בענין זה. באמצעות הכרעה זו מתאפשרת לביהמ"ש עשייה והסדרה של צדק תוך מניעת הפגיעה בזכותה המוחלטת של התובעת להיות הורה לעומת זכותו היחסית של הנתבע שלא יעשה שימוש בעוברים שיצר מרצונו החופשי, בלא כפייה, עם התובעת.
98. ליבת הזכות של התובעת להורות היא אחת מהזכויות העצומות שיש לו לאדם, לכל איש ואישה ועל ביהמ"ש להיזהר כאשר הוא עלול לפגוע בזכות זו.
- לא מצאתי להגביל את התובעת בענין אופן מימוש הזכות וזאת נוכח חשיבות ומשמעות הדברים והווייתם הקיומית עבור התובעת וכפי שהיטיבו לתאר זאת באי כוחה בסיכומים מטעמה אותם פתחה בשירה של רחל המשוררת "עקרה".
- תחושותיה של התובעת אינן זרות לעולם המשפטי והאנושי בו אנו פועלים ולענין זה מצאתי להביא את דבריה של כב' השופטת ד. ברק ארז במאמרה הנ"ל בעקבות פרשת נחמני.
- " מימושה של אופציית ההורות אינו רק דרך חיים אפשרית, אלא מושרש בקיום האנושי. יהיה מי שימצא בו מזור לבדידות; אחר יתמודד באמצעותה עם תודעת המוות... היא מבטאת צורך קיומי בסיסי".
99. שעה שבענייננו מימוש אופציית ההורות שהנתבע הותיר בידי התובעת הינו אך ורק באמצעות שימוש בעוברים שיצרו יחד ושימוש זה אפשרי כיום, לאחר כריתת רחמה של התובעת, אך ורק באמצעות פונדקאית, מצאתי לקבוע כי שעה שהשימוש בעוברים גם בלעדי הנתבע הינו אפשרי מכח הסכמתו, אזי יש לאפשר שימוש זה גם בדרך אחרת שההסכם מתייחס אליה בצורה לא הדדית (סע' 7 להסכם המיוחד) וזאת נוכח שינוי הנסיבות וכריתת רחמה של התובעת ועל כן יש לאפשר השימוש באמצעות פונדקאית גם לתובעת.



בית משפט לענייני משפחה בבאר שבע

תמ"ש 52163-11-20 פלוגית נ' ביה"ח האוניברסיטאי סורוקה ואח'

התנגשות הזכויות והסדרת החובות

100. מעבר להכרעה בשאלת התנגשות הזכויות, כאשר קבעתי כי מכוח הסכמתו של הנתבע, זכותה של התובעת גוברת כפי שפורט להלן, מצאתי לקבוע גם כי המתווה שהציעה היועמשי"ת בענין קביעת התובעת כאם מיועדת יחידה, יש בו אף כדי להביא לאיזון החיובים שעלולים לנבוע עבור הנתבע ככל שהעוברים ייולדו להיות ילדים בעולמנו.

על מנת לאפשר לנתבע, שאיננו חפץ להיות הורה לילדים אשר ייולדו מהעוברים שנוצרו יחד עם התובעת, להיות משוחרר מכל חיוביו כלפי הקטינים ועל מנת לאפשר ביצוע הוראות פס"ד זה, אני מוצאת לקבוע כי ככל שהתובעת אכן תפנה לעשות שימוש בעוברים, מכוח פס"ד זה, באמצעות אם נושאת, היא תחשב ותהווה אם מיועדת יחידה כהגדרה בחוק נשיאת עוברים.

כמו"כ מצאתי להבהיר, כי הסדרת צו הורות לאחר הלידה רק ביחס לתובעת, אף היא תאפשר לנתבע שלא להירשם כאביהם של הקטינים ולא לשמש כהורה לילדים אלו, שאינו מעוניין להיות להם הורה, וכל זיקה בינו ובין העוברים תנותק לאחר לידתם.

101. לענין הבאתם של הילדים לעולם והעובדה כי יגדלו אצל התובעת כאם יחידנית אעיר כי איני רואה בכך כל גריעה מזכויות הילדים. לתובעת יכולות ורצון לגדל את הילדים בעצמה, היא עטופה במשפחה המורחבת והאוהבת, ויש לשער את מידת האהבה שהילדים הללו שייולדו לאחר שאימם כה התאמצה להביאם לעולם, יזכו בה.

התרשמתי כי תהא זו מידה של שפע ועושר רגשי עבור הילדים ויש לברך על כך.

טרם סיום

102. שנים רבות יושבת אני בכס השיפוט, עוסקת מעשה יום בדיני נפשות ולא אוכל לסיים כתיבת פס"ד זה בלא להוסיף כמה מילים נוספות שאינן בבחינת בירור או קביעה.

במהלך כהונתי ושליחותי כשופטת בית משפט למשפחה שדנה בדיני נפשות, לרבות בתיקי האימוץ שכבר נאמר עליהם שהם "הקשים מכולם" והם אכן כאלה, אציין כי כאשר הגיע ענין זה שבין הצדדים לפתחי, לצורך הכרעה זו, חשתי ביתר שאת את כובד שליחותי, אף מעבר למשא שהורגלתי לשאת על כתפיי ונשמתי כשופטת בית המשפט לענייני משפחה.

ימים ולילות מחשבותיי העסיקו אותי בעניינם של הצדדים, קודם לבירור העובדותי וגם לאחריו.

103. המעשה השיפוטי במקרה זה הינו מעבר למעשה השיפוטי הרגיל ונדרשה בו הן הפעלת כל כלי הידע השיפוטי שנצברו בידי כמי שיושבת בדין והן חקירת מסקנות כל מלמדיי במיוחד בערכאות הגבוהות שכבר נדרשו לבירור עניין כזה או דומה. אולם מצאתי עצמי מעבר לאמור גם בתהליך של בחינת עולם הערכים של מערכת המשפט האנושית בכלל ומערכת המשפט הישראלית בפרט ומסקנתי היא כי ערכי המערכת נובעים ונוגעים בליבת החיים. אומה חפצת חיים אנו ולא יכולתי אף להתעלם מנקודת הזמן שבה ניתן פס"ד זה על ידי.

104. לא אוכל שלא לציין כי הורגשה הקלה מסוימת בלבי כאשר ההכרעה העובדתית תמכה בערך החיים, בזכות לחיים ובשאיפה לחיים.



בית משפט לענייני משפחה בבאר שבע

תמ"ש 52163-11-20 פלוגית נ' ביה"ח האוניברסיטאי סורוקה ואח'

מצאתי להוסיף בכנות, כי לבי היה כרוך בתיק זה משך השנים בהן התנהל, נשמתי התייסרה במחשבות וחיבוטי נפש האם יש אמת מוחלטת בענייננו, האם אצליח לאתר את האמת המוחלטת בענייננו, מה יהיה גורלם של העוברים ומה יהיה גורלם של הצדדים.

105. אחד הכלים שאיפשרו לי לגיטימציה למחשבה מורכבת, מלאה ושלמה על הדברים, במלוא הוויית ונשמתי, היו מילותיו של כב' השופט מנחם אלון על החשיבה והעשייה השיפוטית, בע"א 391/80 מירה ומיכאל לסרסון ואח' נ' שכון עובדים בע"מ (11.4.1984):

" כלל גדול בדינו, שאין מערכת משפטית יכולה להתפרנס מגופו של הדין בלבד. גופה של מערכת המשפט זקוק הוא לנשמה, ויש שאף לנשמה יתרה; נשמה זו תימצא למערכת המשפט בדמותן ובצלמן של נורמות ערכיות שונות, שיסודן בעקרון העל של עשיית הישר והטוב, ועקרון תום הלב אחד החשובים והמיוחדים שבנורמות ערכיות אלה. "

106. בלב שלם יכולה אני לחתום פס"ד זה בדיעה כי ערכי המערכת המשפטית, מורשת ישראל, ערכי מדינת ישראל עומדים איתן אחרי תהליך הבירור וההכרעה העובדתית, בשאלת האפשרות לעשות שימוש בעוברים. אוסיף לכך את דברי כבוד השופט זילברג בע"א 461/62, צים חברת השיט הישראלית בע"מ נ' שושנה רוזה מזיאר (26.6.63):

" היהדות, מאז ומעולם, מאדירה ומפארת את הערך הכביר של חיי אנוש. תורת ישראל אינה שיטה פילוסופית של דעות ואמונות, אלא תורת חיים – של החיים, ולמען החיים. "

סיכום

107. א. הסכמתו של הנתבע ליצירת העוברים נשוא תביעה זו היא הסכמה סופית ובלתי חוזרת שיש בה כדי לאפשר לתובעת שימוש בעוברים גם באמצעות אם נושאת.
- ב. משכך ונוכח העדר רחם בגופה של התובעת, נוכח כל הקביעות העובדתיות בפס"ד זה, אני מתירה לתובעת לעשות בעוברים שימוש, באמצעות אם נושאת.
- ג. לצורך מימוש ההורות, על פי הסכמת היועמשי"ת ונוכח כל מסקנות פס"ד זה, התובעת תחשב אם מיועדת יחידה, לצורך הוראות חוק הסכמים לנשיאת עוברים.
- ד. ככל שהנתבע יחפוץ במתווה אחר לשימוש בעוברים, במסגרתו הוא יסכים לקדם תהליך החדרתם לאם נושאת אחרת עפ"י האמור בסע' א-ב לסעיף זה ולהישאר בעל זיקה הורית לילדים שיוולדו, יוכל להודיע על כך בתוך 30 ימים בהודעה מסודרת מטעמו, לבא כוח התובעת והצדדים יהיו רשאים לפעול יחד כשני הורים מיועדים.



בית משפט לענייני משפחה בבאר שבע

תמ"ש 52163-11-20 פלוגית נ' ביה"ח האוניברסיטאי סרוקה ואח'

108. בסגירת מעגל עם פתח סיכומיה של התובעת וברוח מילותיה של רחל המשוררת, אסיים בתפילה כי גורלה של התובעת בענין עקרותה, יהיה כגורלה של חנה אמנו ולא כגורלה של רות נחמני אשר נזכרה רבות גם בפס"ד זה, ובכך תבוא נחמתה מהדרך הארוכה שהיא צועדת בנתיב הזכות להורות.
109. עוד אציע ליועמשי"ת כי תשקול להנחות את משרד הבריאות, לבחון את אופן ניסוחם של תצהירים הנחתמים על ידי בני זוג בבתי החולים, במועד מתן הסכמתם לתהליך ההפריה החוץ גופי, כך שיתן מענה גם לאפשרות של שינוי במצב הגופני של מי מבני הזוג ואולי גם לסוגיות נוספות.
110. בנסיבותיו המיוחדות של התיק לא מצאתי לעשות צו להוצאות וכל צד ישא בהוצאותיו.
111. בכך מסתיים בירור התובענה.
זכות ערעור כחוק.
- המזכירות תשלח פסה"ד לצדדים ותסגור את התיק.
112. מתירה העברה למאגרי פסיקה בהשמטת פרטים מזהים.
עותק מתאים ייערך ע"י ביהמ"ש ויועבר באמצעות דוברות בתיהמ"ש למאגרי הפסיקה.

ניתן היום, כ"ו אדר א' תשפ"ד, 06 מרץ 2024, בהעדר הצדדים.

חתימה