

בית המשפט לענייני משפחה בירושלים

ב ד ל ת י י ס ס ג ו ר ו ת

תמ"ש 22317-08-11

תמ"ש 39013-04-11

תמ"ש 24281/06

בפני: כבוד השופט נמרוד פלקס

בפני כב' השופט נמרוד פלקס

התובעות 1. מ. ו. (להלן – "האישה")
2. נ. ר. ו. (להלן – "הקטינה")

ע"י ב"כ *****

נגד

הנתבע צ. ש. ו. (להלן – "האיש")
ע"י ב"כ *****

פסק דין

1. בפני שלוש תביעות בין בני זוג לשעבר. הראשונה, תביעת הקטינה, באמצעות אמה, כנגד אביה למזונותיה (תמ"ש 24281/06); השנייה, תביעת האם-האישה, כנגד האב-האיש, לתשלום סכום כסף, בגין ענייני רכוש (תמ"ש 22317-08-11); השלישית, תביעתו הכספית של האיש כנגד האישה בטענה של "גניבת זרע" (תמ"ש 39013-04-11).

2. האיש והאישה (להלן – "הצדדים") נישאו כדמו"י בשנת +++ והתגרשו ביום +++ לאיש היו אלו נישואיו הרביעיים, כאשר מנישואיו הקודמים הביא לעולם מספר בנות. יוער, כי בסמוך לאחר גירושיו מהאישה, נישא האיש בחמישית, ומנישואיו אלו נולד לו בן. ראו: עדות האיש בש' 30-31 בעמ' 28 לפרוטוקול הדיון מיום 11.10.12.

3. ביום +++ , כאחד עשר חודשים לאחר הגירושין, נולדה לאישה בת, כתוצאה מטיפולי הפריה חוץ גופית, באמצעות תרומת ביצית מחו"ל, אשר הופרתה בזרעו של האיש. לזו המחלוקת העובדתית בין הצדדים נסובה סביב סוגיית ידיעת האיש והסכמתו להליך ההפריה החוץ גופית, באמצעות תרומת ביצית מחו"ל, אשר בגינה בסופו של יום הרתה האישה ונולדה הקטינה.

4. במהלך שנות נישואיהם התגוררו הצדדים יחדיו וכאמור, ניסו להביא לעולם ילד, בין היתר, באמצעות הליכי הפריה תוך רחמית. ראו: עדות האישה בש' 12-19 בעמ' 10 לפרוטוקול הדיון מיום 10.10.12. עסקינן בהליך בו נותן האיש מזרעו, בין בדרך קיום יחסי מין עם האישה, תוך שימוש בקונדום מתאים (באמצעותו מעבירים את הזרע אל מוסד רפואי) ובין בדרך של מתן הזרע, שלא בעת קיום יחסי מין, תוך שמירתו באמצעי אחסון מתאים, והעברתו למוסד רפואי כאמור. בד בבד, מטופלת האישה בטיפולים רפואיים שונים לשם "הכנת" גופה באופן מיטבי לקליטת הזרע. אזי מוחדר זרעו של האיש, באמצעי רפואי, זה או אחר, אל רחם האישה, במטרה שהזרע יפרה את ביצית האישה, ברחמה.

5. דא עקא, ניסיונותיהם החוזרים ונשנים של הצדדים להביא ילד לעולם, בין באמצעות קיום יחסי מין "רגילים" ובין בדרך של הפריה תוך גופית, לא צלחו. לפיכך, במהלך שנת +++ החליטו הצדדים להיפרד והאישה עזבה את בית המגורים המשותף, ועברה להתגורר בדירה אותה שכר עבורה האיש.

6. כששה חודשים לאחר הפירוד, בחודש +++ , הודיע האיש לאישה, כי עליה להתייצב בבית הדין הרבני לשם סידור הגט (אשר כאמור אף סודר בפועל ביום +++). ראו: עדות האישה בש' 20-24 לפרוטוקול הדיון מיום 25.12.06. יוער כי בין מועד הפירוד ועד למועד סידור הגט התנהל משא ומתן בין הצדדים, באשר להסכם גירושין, וזה אף נכרת כחודשיים לאחר הפירוד, אך בפועל אושר על ידי ביה"ד הרבני רק כשנה וחצי לאחר סידור הגט.

7. בסמוך למועד סידור הגט, ארבעה ימים ויומיים בטרם סודר הגט, קיימו הצדדים יחסי מין לשם מתן זרעו של האיש לאישה וזו אכן נטלה את זרע האיש, בכלי אחסון כלשהו. ראו: עדות האישה בש' 12-13 ובש' 26-29 בעמ' 14 לפרוטוקול הדיון מיום 10.10.12 ועדות האיש בש' 15-18 בעמ' 26, ש' 32 בעמ' 27, ש' 1 בעמ' 28 לפרוטוקול הדיון מיום 11.10.12.

8. אזי לקחה האישה את הזרע אל מכון רפואי (לו אף שלח האיש הודעה לצד שלישי במסגרת תביעת מזונות הקטינה) (להלן – "המכון הרפואי"), אשר שלח את הזרע לחו"ל, שם בוצע הליך הפריה חוץ גופית, קרי – הפגשת זרעו של האיש עם ביצתה של תורמת ביצית זרה (ככל הנראה תורמת שאינה יהודיה) בתוך כלי מעבדה (פרוצדורה זו מכונה - IVF). יוער, כי הליך ההפריה בחו"ל בוצע למצער מספר ימים לאחר סידור הגט. ראו: חשבונית מאת מכון +++ מיום +++ בה נכתב, כי הפיקוח ההלכתי על ההפריה החוץ

גופית בחו"ל יבוצע ביום +++ , צורף כנספח א' לתצהיר העדות הראשית של האיש שהוגש אל ביהמ"ש ביום 22.4.12 (להלן – "תצהיר האיש"); אישור המרכז הרפואי בדבר מועד שאיבת ביציות התורמת (O.P.U date +++), צורף כנספח א' לסיכומי האיש.

9. לאחר הדברים הללו, הוחזרה הביצית המופרית לישראל וזו הוחדרה, אצל המכון הרפואי, אל רחמה של האישה, בחודש +++ (כשלושה חודשים לאחר שהצדדים היו גרושים ואף זמן מה לאחר שהאיש נישא בחמישית, לאחרת, כאמור). ראו: עדות האישה ש' 21-4 בעמ' 19 לפרוטוקול הדיון מיום 10.10.12; סעיף 51 לתצהיר האיש וטופס הסכמה להחזרת עוברים לגוף האישה מיום +++ (החתום אך בידי האישה), אשר צורף כנספח ט' לתצהיר האיש.

10. מאז פירוד הצדדים, בחודש +++ , ועד לשנת +++ לערך, שילם האיש לאישה, או למענה, סכומי כסף ניכרים, המסתכמים בעשרות ואולי אף מאות אחדות של אלפי שקלים חדשים. סכומים אלו שולמו, לטענת האיש, מחמת התחייבויותיו על פי הסכם הגירושין ואף מעבר לכך. ראו: עדות האישה בש' 26-15 בעמ' 23 לפרוטוקול הדיון מיום 10.10.12; סעיף 41 ונספח ד' לתצהיר האיש. מי מהצדדים אינו טוען, כי איזה מתשלומי האיש לאישה היה בגין מזונות הקטינה. ראו: עדות האישה בש' 7-4 בעמ' 18 לפרוטוקול הדיון מיום 10.10.12. עד לתחילת ההליכים בבית משפט זה, האישה אף לא דרשה מהאיש תשלום בגין מזונות הקטינה, לא ביקשה לערבו בחיי הקטינה ואף אינה מתיימרת לטעון, כי הודיעה לאיש על הולדת הקטינה, או על כל פרט אחר הנוגע לחייה.

11. איתרע המזל והקטינה שהתה באותו מעון ילדים, בו שהה בנו של האיש מנישואיו החמישיים. אזי סיפרה האישה לגנת המעון, כי הקטינה היא בתו של האיש. כאשר שאלה הגנת את האיש שאלות בעניין זה, השיב האיש, כי הקטינה אינה בתו ונולדה כתוצאה מתרומת ביצית ותרומת זרע. נוכח הדברים הללו, כתבה האישה אל האיש מכתב חריף (נספח ח' לתצהיר האיש) ובו כתבה, בין היתר: "פעם זה לא הזרע שלך – שקר גמור – ופעם זה לא הביציות שלי – שקר גמור – ול+++ אמרת שגם הזרע לא שלך וגם הביציות לא שלי ואתה עוד מוסיף כל מיני שקרים...". ראו: עדות האישה בש' 19-6 בעמ' 17 לפרוטוקול הדיון מיום 10.10.12.

12. כשנה לאחר הדברים הללו, פנתה האישה אל בית משפט זה בתביעה להצהיר, כי האיש הוא אבי הקטינה (תמ"ש 24280/06). התביעה נדונה משך מספר שנים (הוגשה על ידי האיש אף בקשה למתן רשות ערעור אל בית המשפט המחוזי, אשר נדחתה – רמ"ש 10-03-40361), בוצעה בדיקה גנטית, אשר מתוצאותיה עלה, כי האיש הוא אבי הקטינה. לבסוף ביום 14.12.10 ניתן פסק דין המצהיר, שאיש הוא אכן אבי הקטינה.

13. עיקר המחלוקת בין הצדדים נסובה כאמור סביב סוגיית ידיעת האיש והסכמתו לשימוש האישה בזרעו לשם הפריית ביצית, אשר נתרמה על ידי אחרת בחו"ל. האישה טוענת כי

האיש ידע והסכים ואילו האיש טוען שלא ידע ולא הסכים. במחלוקת שהתגלעה בין הצדדים בסוגיה זו עדיפה בעיני גרסת האיש. אבאר.

14. נטל הראיה להוכיח את ידיעת האיש והסכמתו מוטל על האישה, בהיותה בבחינת "המוציא מחברו" הטוענת לקיומה של הסכמה. הדין הנוהג הוא שכאשר בעל דין טוען לקיום חוזה, עליו הנטל להוכיח את קיומו. ראו: "קדמי, **על הראיות**", חלק רביעי, מהדורה משולבת ומעודכנת תש"ע-2009 בעמ' 1728-1749. הסכמתו הנטענת של האיש לבקשת, או הצעת האישה, לשימוש בזרעו לביצוע הפריה חוץ גופית, הינה למעשה טענה לקיום הסכם, המתיר לאישה לפעול כפי שפעלה. בנסיבות אלו, הנטל להוכחת הסכמת האיש הנטענת מוטל על האישה.

15. טעם נוסף המצדיק הטלת נטל זה על האישה הוא, כי קיום הסכמה היא עובדה "חיובית", להבדיל מאי הסכמה שהינה עובדה "שלילית". השוו: פסק דינה של כב' השופטת שטרסברג כהן ברע"א 3646/98 כ.ו.ע. **לבנין נ' מנהל מס ערך מוסף**, פ"ד נז(4) 891, 903 (1.7.03).

16. סבורני כי האישה לא עמדה בנטל המוטל עליה להוכיח, שהאיש ידע והסכים לשימוש בזרעו לביצוע הפריה חוץ גופית ולא כל שכן לשימוש בזרעו להפריית ביצית של תורמת זרה, אשר ספק אם היא יהודיה. דומני כי אף אם נטל הראיה להוכחת אי ידיעתו ואי הסכמתו של האיש היה מוטל על שכמו, עמד האיש בנטל זה.

17. הראיה היחידה התומכת בגרסת האישה לידיעת והסכמת האיש לשימוש בזרעו להפריה כאמור, היא עדות האישה עצמה. האיש מכחיש עדותה זו מכל וכל. אמנם, אודה ולא אכחד, כי התנהגות האיש מוזרה. הסכמתו לקיים עם האישה יחסי מין, וליתן לה את זרעו, לשם ביצוע הפריה תוך רחמית, ימים בודדים בטרם המועד שנועד לסידור הגט, הינה למצער בלתי שגרתית. יחד עם זאת האיש נתן הסבר למעשהו, הוא, שהאישה התנתה את הסכמתה לקבלת הגט, בכך שישכים ליתן לה את זרעו, לשם ביצוע ניסיון נוסף להרות.

18. האיש סבר, על סמך כישלונות העבר להביא עם האישה ילד לעולם באופן זה, כי אין סיכוי ממשי שהאישה אכן תהרהר כתוצאה מכך. יחד עם זאת העיד האיש, שכל רצונו היה בבן זכר, ואילו הייתה האישה מתעברת ממנו (בדרך של הפריה תוך רחמית) לא היו הצדדים מתגרשים, או היו שבים ומתחתנים. שכן כאמור, הוא היה מעוניין להביא עמה צאצאים לעולם. ודוק, עמה משמעו אף במובן היותה האם הביולוגית ולא אך הנושאת את העובר ברחמה. ראו: עדות האיש בש' 31-11 בעמ' 27; ש' 16-12 בעמ' 40; ש' 9 בעמ' 41; ש' 10-9 בעמ' 43 לפרוטוקול הדיון מיום 11.10.12.

19. הגרסאות אותן נתנה האישה במהלך השנים אינן עקביות ולמעשה אף שונות בתכלית אלו מאלו. במכתבה של האישה אל האיש מיום יח' חשוון התשס"ו (20.11.05) כותבת האישה לאיש כאמור, כי טענתו שהזרע אינו שלו והביצית אינה שלה היא שקר גמור. כאשר האישה התבקשה להסביר את שכתבה, טענה שעשתה זאת לשם הגנה על הקטינה. ראו: עדות האישה בש' 20-29 בעמ' 17 לפרוטוקול הדיון מיום 10.10.12. הסבר האישה מעורר קושי. מכתבה האמור מוען אך לאיש עצמו ולא יועד לעיני צדדים שלישיים. מדוע איפוא בוחרת האישה גם במכתב פרטי זה להכחיש את עובדת תרומת הביצית ?

20. לטענת האישה, עוד בעדותה מיום 25.12.06 (ש' 12 – 16 בעמ' 5 לפרוטוקול הדיון מאותו היום), לפני שהופרתה (נכתב בטעות הופרדה – נ.פ.) הביצית קיבלה את הסכמתו המפורשת של האיש. כך בתשובה העידה האישה: *"אני התקשרתי אליו ואמרתי לו שהביצית היא במצב כך וכך, והוא לא אמר כלום, הוא זלזל עם זה. הוא אמר לי את יודעת שהסיכויים שלך להצליח הם אפסיים בשל הגיל שלך ..."* (הדגשה שלי – נ.פ.). כן העידה האישה, ששוחחה עם האיש ביום +++ טלפונית ואמרה לו מה קורה עם הזרע והוא אף ידע על משלוח הזרע לרומניה לשם ביצוע הפריה חוץ גופית. ראו: ש' 11-13 בעמ' 4 לפרוטוקול הדיון מיום 25.12.06; 27-29 בעמ' 17 לפרוטוקול הדיון מיום 10.10.12. האיש מכחיש את טענת האישה בדבר מתן הודעה כאמור. ראו: עדות האיש בש' 23-31 בעמ' 31 וש' 5-9 בעמ' 32 לפרוטוקול הדיון מיום 11.10.12.

21. האישה טוענת, כי הפעם הראשונה בה הודתה בכך שמקור הביצית האמורה בתורמת מרומניה, הייתה בדיון שהתקיים בבית משפט זה בפני כב' השופט גרינברגר, ביום 25.12.06. מוסיפה וטוענת האישה, כי האיש החל לפרסם ברבים את דבר מקור הביצית כאמור עוד קודם לכן, ויש בכך משום ראייה שהאיש אכן ידע על דבר ביצוע ההפריה החוץ גופית והסכים לה. ראו: עדות האישה בש' 22-26 בעמ' 17 לפרוטוקול הדיון מיום 10.10.12. האיש כאמור מכחיש את דבר ההסכמה והידיעה, קודם ללידת הקטינה, אך העיד שלראשונה הבין שדבר מה אינו כשורה לאחר שהגננת אמרה לו שהקטינה השוהה במעון יחד עם בנו היא בתה של האישה.

22. זמן מה לאחר מכן אף פנתה אל האיש אחייניתה של האישה, שהינה עורכת דין, אשר דרשה שהאיש יכיר בקטינה כבתו. ראו: ש' 25-32 בעמ' 29; ש' 1-7 בעמ' 30 לפרוטוקול הדיון מיום 11.10.12. האיש אמנם אישר, כי אמר לגננת ולשתי בנותיו הבגירות שעסקין בהפריה מתרומת ביצית. ראו: ש' 15-19 בעמ' 31 לפרוטוקול הדיון מיום 11.10.12. ברם, אין באישורו זה של האיש כדי לתמוך בגרסת האישה בדבר ידיעתו והסכמתו. האיש מאשר שאמר את שאמר לגננת ולבנותיו הבגירות כאמור, לאחר שהגננת הודיעה לו שהקטינה היא בתה של האישה ולאחר שאחייניתה – עוה"ד – של האישה התקשרה עמו בעניין הדרישה שיכיר באבהותו. אזי למד האיש על דבר הולדת הקטינה, כתוצאה מתרומת ביצית. אין בעובדת ידיעתו המאוחרת של האיש כדי לתמוך בטענה, שידע

והסכים ליתן זרעו לצורך הפריית ביצית מאת תורמת זרה, בפרק הזמן שקדם להולדת הקטינה.

23. עובדה נוספת התומכת בטענת האיש בדבר אי ידיעתו כאמור, היא שעד תחילת ההליכים בבית משפט זה, לא פנתה האישה אל האיש בדרישה לתשלום מזונות עבור הקטינה. האישה אינה מתיימרת לטעון שעדכנה את האיש על דבר הולדת הקטינה, או על כל פרט אחר בחיי הקטינה. דומה שהטעם שהניע את האישה לפתוח בהליכים בפני בית משפט זה, נבע מהכחשת האיש את אבהותו על הקטינה. אילולא היו שני הילדים (הקטינה ובנו של האיש מנישואיו החמישיים) שוהים יחדיו באותו מעון, ספק אם היה יודע האיש שהקטינה היא בתו. נוכח הכחשת האיש, בקשה האישה "להגן" על הקטינה, בכדי שזו לא תחשב ממזרה או שתוקית, ואזי פתחה בהליכים משפטיים, ובפרט בתביעת האבהות.

24. במהלך חיי הנישואין העלתה האישה בפני האיש מספר פעמים את האפשרות לביצוע הפריה חוץ גופית וזה דחה אפשרות זו. ראו: עדות האיש בש' 21-23 בעמ' 29; ש' 5-6 בעמ' 38; ש' 13-16 וש' 27-32 בעמ' 44; ש' 1-11 בעמ' 45 לפרוטוקול הדיון מיום 11.10.12; סעיף 4 לתצהיר האיש. האישה אינה מתיימרת אף לטעון, כי העלתה בפני האיש, במהלך נישואיהם, את האפשרות של הפריה חוץ גופית באמצעות תרומת ביצית. יחד עם זאת, במהלך חיי הנישואין שלחה האישה אל האיש מכתב, הנושא את התאריך י"ב אדר תשס"ב (צורף כנספח ג' לתצהיר האיש), בו העלתה בפניו את סוגיית ביצוע הפריה חוץ גופית ואף ציינה בו שידוע לה, כי האיש מסרב לכך. במכתבה האמור כתבה האישה, בין היתר: " ... או לעשות מסירות נפש כולל הפריית מבחנה, לעשות הכל כדי להביא ילדים ... " (ראו: עמוד 8 רישא למכתב האמור). בהמשך אותו המכתב (עמ' 10 סיפא) כותבת האישה: " ... ואתה לא מאפשר לי לעשות את מה שצריך לעשות כדי לממש את עצמי כאמא וכאישה בעולם הזה ועל פי התורה צריך לעשות מסירות נפש עבור זה ... "

25. האישה אף אישרה בעדותה, כי האיש מעולם לא חתם על הטפסים עליהם נדרש בעל לחתום בעת ביצוע הליך הפריה חוץ גופית. הצדדים חלוקים ביניהם באשר לתקפות התקנות, או הוראות הדין, מכוחן הונפקו אותם טפסים. ברם, אין כל מחלוקת שהאיש לא חתם על אותם טפסים ולא נכתב בשום מקום באותם הטפסים, שהאישה חותמת בשם האיש. לא זו אלא אף זו, שהאישה אישרה בעדותה, כי היא זו שנתנה למכון הרפואי את פרטי האיש וחתמה בשמו, כביכול, על פני הטפסים האמורים. ראו: עדות האישה ש' 6-22 בעמ' 12 לפרוטוקול הדיון מיום 10.10.12.

26. לכך יש להוסיף את העובדה שהצדדים הסתייעו במכון +++, לשם פיקוח הלכתי על טיפולי הפוריות וההפריה התוך רחמית. האישה אף המשיכה להיות מטופלת על ידי מכון +++ בהליך ההפריה החוץ גופית, לרבות קבלת תרומת הביצית והפריית זרע האיש. בשום שלב לא דיווחה האישה למכון +++ על גירושיה מהאיש, חרף שכאמור הליך ההפריה והחזרת הביצית המופרית אל רחמה בוצעו לאחר הגירושין. העד מטעם מכון

+++ העיד, כי מכון זה היה מושך ידיו מהפיקוח ההלכתי, אילו ידע על דבר הגירושין. אף המכון הרפואי לא היה מודע לגירושין, קודם להחדרת הביציות המופרות לרחם האישה. ראו: עדות נציג מכון +++, מר +++, בש' 28-32 בעמ' 4 לפרוטוקול הדיון מיום 10.10.12; עדות האישה ש' 29-30 בעמ' 11 לפרוטוקול הדיון מיום 10.10.12.

27. סוגיה נוספת בה דנו הצדדים היא סוגיית בדיקות הדם אותן ביצע האיש, לבקשת האישה, בחודש +++. האיש קיבל לידי, באמצעות האישה, טופס לביצוע בדיקות מעבדה (מוצג נ/2) הנושא את הכותרת "הפנה לבדיקות מעבדה – מטופלת פוריות / IVF". עם טופס זה פנה האיש אל מרפאת קופת החולים, בה הוא מבוטח, ותוצאות הבדיקה הועברו אל האישה. ראו: עדות האיש בעמ' 33-36 לפרוטוקול הדיון מיום 11.10.12. לשיטת האישה, ביצוע בדיקת הדם האמורה ובפרט ראשי התיבות "IVF", שבכותרת טופס הבדיקה, הבהירו לאיש שעתידה להתבצע הפריה חוץ גופית. האיש העיד, כי כלל אינו יודע מה זה "IVF". ממילא כותרת הטופס האמור מלמדת שזה לא נועד אך לשם בדיקות קודם להפריה חוץ גופית, אלא ייתכן ומשתמשים באותו הטופס אף לצורך טיפולי פוריות אחרים, לרבות לשם הפריה תוך רחמית, בדרך של הזרקת זרע. אין בביצוע בדיקות הדם האמורות, על ידי האיש, משום ראיה לכך שידע על כך שבדעת האישה לפנות להפריה חוץ גופית. אין בכך אף כדי לתמוך בטענה שהיה מודע לכך שבדעת האישה לעשות כן באמצעות ביצית של תורמת זרה.

28. לא זו אלא אף זו, שחרף שבטופס הבדיקה (נ/2) נדרש האיש לבצע בדיקה להימצאות נגיפי HIV, הוא לא ביצע בדיקה זו. האיש העיד שמעולם לא ביקשו ממנו לבצע בדיקה כאמור, לצורך ביצוע הליך הפריה תוך רחמי, ואף הפעם לא ביצע בדיקה זו. ראו: עדות האיש בש' 26 בעמ' 35 – ש' 1 בעמ' 36 לפרוטוקול הדיון מיום 11.10.12. ככל שאכן הייתה הדרישה לביצוע בדיקה להימצאות נגיפי HIV אמורה לעורר את חשד האיש, כי יש בדעת האישה ליטול את זרעו לצורך הפריית ביצית של תורמת זרה (וספק רב האם היה הדבר צריך לעורר את חשדו), הרי, שמקום ובסופו של יום כלל לא ביצע את הבדיקה האמורה, מדוע לו שיחשוד שכך בדעת האישה לעשות. למותר לציין, שאף אם היה מקום לכך שיתעורר חשד האיש, הרי שבין התעוררות חשד לבין הסכמה מפורשת המרחק רב.

29. מכל המקובץ עולה, כי לא הוכח שהאיש הסכים, או אף ידע, שזרעו עתיד לשמש לשם הפריית ביציתה של תורמת זרה, לשם ביצוע הליך הפריה חוץ גופית, וזאת למצער עד לאחר החדרת הביצית המופרית אל רחם האישה והריונה של זו.

30. נפנה איפוא לבחון את תביעותיהם השונות של הצדדים. אפתח בתביעת מזונות הקטינה. לשם הקיצור לא אכביר מילים באשר למסגרת הנורמטיבית החלה על פסיקת מזונות ילד ודי לי, כי אפנה אל פסקי דיני בתמ"ש 3640/10 א.ב. נ' צ.ב. (15.5.12) (להלן – "עניין א.ב.") ובתמ"ש 25750/09 ח.מ.ש. נ' ד.מ.ש. (26.7.12), בהם פירטתי את גישתי בעניין זה.

גישתי היא גישת "כלל המקורות", קרי – יש לפסוק את דמי המזונות בהתחשב בכלל צרכי ההורים והסמוכים על שולחנם, ומאידך בכלל יכולותיהם הכלכליות. ודוק, כאשר עסקינן בכלל היכולות, יש להביא בחשבון לא רק את הכנסות ההורים בפועל, אלא אף את פוטנציאל השתכרותם ונכסיהם, העשויים לשמש לשם פירעון דמי המזונות. ראו: ע"א 239/85 **עמיצור נ' עמיצור**, פ"ד מ(1) 147 (20.1.86); ע"א 378/80 **יצהר נ' יצהר**, פ"ד לה(1) 329, 333 (9.11.80); ע"א 364/62 **דגני נ' דגני**, פ"ד יז 1989 (14.7.63); ע"א 130/83 **פרייס נ' פרייס**, פ"ד לח(1) 721 (1.4.84); בע"מ 3432/09 **פלוני נ' פלונית** (23.6.09).

31. במקרה קא עסקינן טענה האישה להוצאות שונות להן היא נדרשת עבור הקטינה, אך לא תמכה טענותיה בכל ראייה. לצד האישה עומדת החזקה העובדתית (הניתנת לסתירה) לפיה, עלות מימון צרכיו הבסיסיים של ילד בישראל היא סך 1,400 ₪ לערך, בימים אלה, לא כולל עלות חינוכו ומדורו. ראו: בר"ע (ת"א) 1895/02 **ב.י. נ' ב.נ.** (20.1.03); ע"מ 789/05 (י-ם) **ע.ד. נ' ע.י.** (16.1.06); בע"מ 8542/10 **פלוני נ' פלונית** (29.12.10). האיש לא התיימר אף לטעון, כי צרכי הקטינה נופלים מהצרכים הבסיסיים האמורים. יש לקבוע איפוא, כי צרכי הקטינה הם בהתאם לחזקה העובדתית האמורה.

32. באשר ליכולות הצדדים יאמר, כי האיש אמיד. רכושו כולל למצער בניין בן שש דירות וכן דירה נוספת במקום אחר, אותן הוא משכיר תמורת סך שאינו נופל מכמאה ועשרים אלף שקלים חדשים בשנה. ראו: עמ' 46-47 לפרוטוקול הדיון מיום 11.10.12. האיש לא פירט את יכולתו הכלכלית, לא הגיש הרצאת פרטים, ולפיכך לא עמד בנטל המוטל עליו להוכיח את יכולתו הכלכלית. בנסיבות אלה יש לקבוע שלאיש אין קושי לספק את מלוא מזונות הקטינה. באשר ליכולתה הכלכלית של האישה יאמר, כי זו מתקיימת מגמלת הבטחת הכנסה מאת המל"ל. האיש אף לא התיימר לטעון, שלאישה הכנסות או נכסים, העשויים לספק את צרכיה וצרכי הקטינה, מלבד הגמלה האמורה.

33. די באמור כדי לקבוע, שבנסיבות דנן (בהן אין קשר בין האיש לבין הקטינה, וכל עול גידולה מוטל על האישה, שהינה כאמור חסרת אמצעים, אל מול האיש האמיד), יש לחייב את האיש במזונות הקטינה כדי מלוא צרכיה ההכרחיים, כאמור.

34. נותרה בפנינו איפוא השאלה, האם יש בעובדה שהקטינה נולדה בנסיבות בהן נולדה, כפי שתואר לעיל, כדי להשפיע על חבות האיש במזונותיה. סוגיה זו טרם הוכרעה בפסיקת בתי המשפט. ראו: בע"מ 8542/10 **פלוני נ' פלונית** (29.12.10) בפסקה 9 לפסק הדין. לטעמי אין בנסיבות הולדת הקטינה כדי להשפיע על חבות האיש-אביה במזונותיה. אבאר.

35. מקור חיוב אב במזונות בתו הינו הדין האישי החל עליו ובאין חיוב על פי הדין האישי חב האב במזונות בתו בהתאם להוראת סעיף 3א **לחוק לתיקון דיני משפחה (מזונות)**, התשי"ט – 1959 (להלן – "**חוק המזונות**"). הספק העלול להתעורר באשר לחיוב האב מכח

הדין האישי, היהודי, החל עליו, הוא באם יקבע שהקטינה אינה יהודיה. בהתאם למשפט העברי, מקום בו נולדה לאב יהודי בת מאישה שאינה יהודיה, בת זו אינה נחשבת לבתו, שכן דת הקטינה נקבעת על פי דת אמה. ראו: א' גריידי, נ' שלם, **מזונות ילדים הלכה ומעשה**, הוצאת חוקת המשפחה בע"מ (להלן – "גריידי"), בעמ' 227-230.

36. נשאלת השאלה מי נחשבת לאם הקטינה. שמא האם המולידה, אשר נשאה את הקטינה ברחמה, או שמא האם הגנטית, אשר תרמה את ביציתה להולדת הקטינה? כאמור, זהות האם הגנטית אינה ידועה וקיימת אפשרות שזו אינה יהודיה. דומה כי הגישה השלטת בהלכה היהודית היא שדת הקטינה נקבעת על פי האם המולידה, להבדיל מעל פי תורמת הביצית. אם כי קיימת דעה הפוכה. ראו: מ' קוריאנאלדי, המעמד המשפטי של יילוד מהפריה מלאכותית, **קרית המשפט ד' (תשס"ד)** בעמ' 361.

37. במקרה קא עסקינן אין צורך להכריע בסוגיית דתה של הקטינה, לצרכי חיוב האיש במזונותיה ושיעורו. בין אם נדון בהתאם לדין האישי, ובין אם נדון בהתאם לחוק המזונות, תהא התוצאה זהה. אבאר. עסקינן באב אמיד ובאם חסרת יכולת כלכלית. בהתאם לדין האישי על האב חלה החובה האבסולוטית במזונותיה ההכרחיים של הקטינה ואילו בהתאם לחוק המזונות, בנסיבות בהן האב אמיד והאם חסרת יכולת, ממילא יחויב אך האב במזונותיה ההכרחיים של הקטינה.

38. נפנה איפוא לנפקות אי הסכמת האיש לאופן הולדת הקטינה והאם יש בכך כדי להשפיע על חיובו במזונות. הספרות המשפטית ופסיקת בתי המשפט דנה בסוגיית חיובו של אב במזונות ילדו, אשר נולד כתוצאה "מגניבת זרע". המקרים שנדונו היו בעיקרם מקרים בהם האב כלל לא היה מעוניין בהולדתו של ילד, כתוצאה מיחסיו עם האם, ואף טען שהוטעה לחשוב שהאם אינה יכולה ללדת ילדים, או שנקטה באמצעים, אשר יבטיחו שלא תהרה. טענות מעין אלו נדחו בפסיקת בתי המשפט, והאבות חויבו במזונות ילדיהם, חרף שכלל לא היו מעוניינים בלידתם. במידה מסוימת המקרה דנן קל יותר, בכל הנוגע בחיוב האב במזונות. שהרי, האיש דווקא היה מעוניין בהולדת בן או בת (אמנם לא באופן בו אירע הדבר בסופו של יום) ואף היה מוכן ומזומן לפרנס את הרך הילוד.

39. דומה שהטעם המרכזי בחיוב אב במזונות ילדו, חרף שלא היה מעוניין בהיוולדו כלל ועיקר, הוא הגישה הנוהגת במשפטנו, כי אין לזקוף לחובת הילד את חטאי הוריו. בניגוד לעמדה שנהגה בעבר בחלק מארצות המערב, לפיה, ילד שנולד מחוץ לנישואין נחשב היה (Filius Nullius) חסר שורשים וזכויות, גישת המשפט הישראלי שונה. אף כאשר הגישה שרווחה בחברה הייתה, כי קיים פסול מוסרי בהבאת ילד אל העולם מחוץ לנישואין, לא הפלה המשפט הישראלי בין ילד שנולד בנישואין לבין ילד שנולד שלא בנישואין. ראו: ע"א 620/74 מור נ' פלונית, פ"ד ל(1) 218, 221 (9.10.75); ע"א 3077/90 פלונית נ' פלוני, פ"ד מט(2) 578, 602 (21.6.95); פ' שיפמן, קביעת אבהות בילד שנולד מהזרעה מלאכותית, **משפטים י' תש"מ**, 63, 67.

40. טעם נוסף, אשר ניתן פסיקת בתי המשפט, לחיוב אב במזונות ילדו, בנסיבות בהן הילד נולד חרף אי רצון האב בלידתו, הוא, כי יש לראות גבר המקיים יחסי מין עם אישה, לרבות בעקבות פיתוי והטעיה, אחראי לתוצאות הטבעיות של מעשהו. ראו: ע"א 5464/93 **פלוני נ' אלמוני**, פ"ד מח(3) 857, 861 (24.8.94). מסופקני האם טעם זה יפה אף בענייננו. שהרי השתלשלות העניינים דנן לא הייתה טבעית כלל ועיקר וכל כולה תוצאה של תהליכים רפואיים אותם יזמה האישה. אין מדובר במקרה בו נטל האיש על עצמו סיכון, באשר לסיכויי הצלחתם של אמצעי מניעה. עסקינן במקרה בו האיש כלל לא העלה על דעתו, ודומני שלא היה אף סביר לצפות ממנו שיעלה על דעתו, כי האישה תפעל כפי שפעלה.

41. בין כך ובין כך, כאמור, הטעם המרכזי, התקף אף במקרה דנן, הוא שאין לזקוף לחובת הקטינה, הנזקקת למזונותיה, את חטאי אמה. מערכת היחסים שבין האם והאב לחוד ומערכת היחסים שבין הקטינה לאביה לחוד. במערכת יחסים אחרונה זו חב האב במזונות הקטינה ואין במעשי או מחדלי האם כדי לשלול חבות זו. ראו: פ' שיפמן, הורה בעל כורחו – מצג שווא לגבי שימוש באמצעי-מניעה, **משפטים** י"ח, תשמ"ט, 459 (להלן – "**שיפמן הורה בעל כורחו**"). די באמור כדי להבהיר, כי חרף מעשי האישה, אין מקום לשלול את חבות האיש במזונות הקטינה.

42. לשם השלמת הדברים יאמר, כי בכתבי טענותיו ובסיכומיו הפנה האיש אל פסק דינו של בית הדין האירופי לזכויות אדם **Evans v. United Kingdom** 6339/05 (10.4.07) (להלן – "**עניין Evans**") בו נקבע, כי אב זכאי לחזור בו מהליך של הפריה חוץ גופית, גם בשלב שבו נעשה כבר שימוש בזרעו לצורך ההפריה. לא מצאתי לנכון להפליג אל מעבר לים, מקום שסוגיה דומה נדונה בבית המשפט העליון בד"נ 2401/95 **נחמני נ' נחמני**, פ"ד נ(4) 661 (12.9.96) (להלן – "**עניין נחמני**"), שם קבע בית המשפט העליון בדיוק ההיפך מקביעת בית הדין האירופי לזכויות אדם בעניין **Evans** הנ"ל. בעניין נחמני נקבע, כי זכות אב לחזור בו מהסכמתו להפריה חוץ גופית עומדת לו, אך עד המועד בו שימש זרעו לשם הפריית הביצית. ייתכן והתוצאה בעניין נחמני הייתה שונה, אילו הביצית המופרית לא הייתה ביציתה של האם המיועדת, אלא ביצית של תורמת זרה כבמקרה קא עסקינן.

43. בפסק דין נוסף, אשר ניתן לאחרונה על ידי בית המשפט העליון בבג"ץ 4077/12 **פלונית נ' משרד הבריאות** (5.2.13) (להלן – "**עניין משרד הבריאות**"), נקבע כי תורם זרע רשאי לחזור בו מתרומתו, מקום שטרם נעשה שימוש בזרעו (באותו המקרה נעשה שימוש בזרע לשם הולדת ילד והאם ביקשה לעשות שימוש במנת זרע נוספת, אשר נתרמה זה מכבר, לשם הולדת ילד נוסף, אשר יהיה אח ביולוגי מלא לבנה – הן מצד האם והן מצד האב). ברם, מפסק הדין בעניין משרד הבריאות עולה, כי אילו היה מדובר בביצית מופרית, הייתה תוצאת פסק הדין שונה ודומה לפסק הדין בעניין נחמני. כן יאמר, כי אף לשיטת שופטי המיעוט בעניין נחמני, מקום בו הייתה מוחדרת הביצית המופרית אל רחם

האישה, לא יכל האב הביולוגי, תורם הזרע, לחזור בו מהסכמתו, וודאי שלא ניתן היה לכפות על האם להפסיק את ההיריון.

44. לטעמי, אף אם היינו מקבלים את שיטת בית הדין האירופי בעניין Evans, עמדה שנדחתה כאמור במשפטנו, בפסק הדין בעניין נחמני, לא היה בכך כדי להשפיע על חיוב האיש במזונות הקטינה. יש להבחין הבחן היטב בין מעשה עשוי, בו ניצב בפנינו ילד חי וקיים, לבין פוטנציאל להיוולדו של ילד, באמצעות התערבות רפואית זו או אחרת. ילד חי וקיים, ככל אדם הנברא בצלם, הינו בעל זכויות, לרבות הזכות לקבל את מזונותיו, ולו לשם קיומו המינימאלי. זכות זו עומדת לו בראש ובראשונה כלפי הוריו, והדין, בין האישי ובין הישראלי, מכיר בזכותו זו ומסייע לו במימושה. בהתנגשות זו שבין זכויות הילד לבין זכויות הוריו, לרבות זכותו של האיש-האב, לאוטונומיה אישית ולכבוד (ועל כך ארחיב בהמשך), יש להעדיף את זכויות הילד, נוכח עיקרון העל המנחה כל דיון בעניינם של קטינים – הוא עיקרון טובת הילד.

45. משמצאנו, כי אין בנסיבות הולדת הקטינה כדי לשלול את זכותה למזונותיה, נפנה אל מישור היחסים שבין האיש לבין האישה. האיש מבקש לחייב את האישה לפצותו בכל סכום אותו יהיה עליו לשלם בגין מזונות הקטינה וכן בסכום נוסף של מאה אלף שקלים חדשים, בגין נזקיו הלא ממוניים.

46. דומה שאין צורך להכביר מילים באשר לפסול בהתנהגות האישה. אמנם כמיהתה של האישה לילד מובנת ונוגעת ללב. לכל אדם עומדת הזכות לנסות להביא צאצאים לעולם. יחד עם זאת, אף לאיש זכות, או למצער אינטרס מוגן, לבחור האם וכיצד, הוא מבקש להביא צאצאים לעולם. זכות או אינטרס אחרון זה נגזר מזכותו לפרטיות, אוטונומיה אישית ובחירה חופשית. ראו: עניין משרד הבריאות בפסקאות כט'-לב' לפסק דינו של השופט רובינשטיין. ככל שתהא מובנית וחשובה כמיהת האישה לילד, אין היא מקנה לה את הזכות לרמוס ברגל גסה את זכויות האיש ולהשתמש בזרעו, חרף רצונו, לשם הבאת ילד לעולם, בדרך לה התנגד.

47. התנהגות האישה מהווה הן עוולה נזיקית, של תרמית ורשלנות והן הפרת חובת תום הלב וההגינות החלה עליה, מכח היחסים המשפחתיים ששררו בינה לבין האיש. ראו: שיפמן הורה בעל כורחו בעמ' 479-476. להלן אבחן בקצרה את הנורמות המשפטיות, מכוחן ניתן להשית על האישה חיוב לפצות את האיש בגין הנזקים שנגרמו לו.

48. באשר לטענה בדבר קיומה של רשלנות יאמר, כי בכדי שתקום חובה מכוח עוולה הרשלנות, לפי סעיפים 35 ו-36 **לפקודת הנזיקין (נוסח חדש)** (להלן – "**פקודת הנזיקין**") על התובע להוכיח את התגבשותם של יסודותיה: חובת זהירות, התרשלנות ונזק שנגרם בגינה. ראו: ע"א 6296/00 **קיבוץ מלכיה נ' מדינת ישראל**, פ"ד נט(1) 16, 20 (19.8.04). קיימות שתי גישות בפסיקה לניתוח היסוד של חובת הזהירות: הגישה האחת כוללת

בחינה דו-שלבית של חובת זהירות מושגית וקונקרטית בהתאם למבחן הצפיות, ואילו הגישה האחרת מתמקדת בקיומם של יחסי קרבה בין המזיק לניזוק ובשיקולים נורמטיביים נוספים המצדיקים הטלת חובת זהירות. ראו: ע"א 145/80 **ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש**, פ"ד לז(1) 122, 113 (9.11.82); ע"א 862/80 **עיריית חדרה נ' זוהר**, פ"ד לז(3) 757, 768 (14.7.83); ע"א 243/83 **עיריית ירושלים נ' גורדון**, פ"ד לט(1) 113, 129-130 (11.2.85); ע"א 2625/02 **נחום נ' דורבאום**, פ"ד נח(3) 385, 408 (1.3.04); ע"א 10078/03 **שתיל נ' מדינת ישראל**, פ"ד סב(1) 803 פסקאות 15-17, 30-31 לפסק דינו של השופט לוי (19.3.07). בענייננו, אין אנו נדרשים להכריע בין שתי הגישות, שכן בנסיבות דנן ניתן להניח, כמובן מאליה, כי מתקיימת חובת זהירות מושגית וקונקרטית, או יחסי קרבה בצירוף שיקולי מדיניות המצדיקים קביעה בדבר קיום חובת זהירות, ביחסים בין איש לאשתו. השוו: פסק דינה של כב' השופטת מימון בתמ"ש (י-ם) 18551/00 **ק.ס. נ' ק.מ.** בעמ' 292 (7.6.04).

49. ברי כי קיים קשר סיבתי בין מעשיה המכוונים של האישה (והרי עוולת הרשלנות יכולה להתקיים אף כאשר עסקינן במעשה מכוון. ראו: ע"א 2034/98 **אמין נ' אמין ואח'**, פ"ד נג(5) 69, 81), לבין הנזק שנגרם לאיש. נזק הבא לידי ביטוי הן בחיובו במזונות, והן בעגמת הנפש שנגרמה לו. הנזקים האמורים אף היו צפויים, שכן חיוב האיש במזונות הוא על פי דין, שהינו מן המפורסמות. חזקה איפוא על האישה, שבעת ביצוע מעשיה צפתה, כי האיש יהיה חייב במזונות הקטינה ובכך יגרם לו חסרון כיס. הדברים יפים אף באשר לעגמת הנפש שנגרמה לאיש, אשר התנגד לביצוע הפריה חוץ גופית, ולא כל שכן הפריה באמצעות ביצית של תורמת זרה, אשר ספק אם היא יהודיה.

50. ניתן אף לראות את הסכמת האיש למתן זרע לאישה, לצורך הפריה תוך רחמית, משום חוזה שנכרת בין הצדדים. פסיקת בתי המשפט הכירה באפשרות לתבוע פיצויים מכוח הפרת חובות חוזיות החלות במסגרת היחסים המשפחתיים. כך למשל בע"א 5258/98 **פלוגית נ' פלוני**, (14.7.04) בפסקה 13 לפסק דינו של כב' הנשיא ברק נכתב: **"דיני החוזים בישראל אינם נעצרים על סף הבית המשפחתי. המשפט אינו שולל תוקף משפטי מחוזים (אף חוזים משתמעים) המבוססים על אדנים רגשיים והנוצרים בנסיבות אינטימיות בין-אישיות"**. כן ראו פסק דינה של כב' השופטת מימון בתמ"ש (י-ם) 24760/08 **ש.ב. ר. נ' ר.ר.** (25.3.10).

51. בהתאם לחוזה זה הייתה האישה מוגבלת בשימוש בזרע האיש בהתאם להרשאה שקיבלה ולא בחריגה ממנה. חריגת האישה מההרשאה האמורה מהווה איפוא הפרת חוזה, ומזכה את האיש בתרופות בגין הפרת החוזה, לרבות תרופת הפיצויים, בגין נזקיו, בהתאם להוראת סעיף 10 **לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה)**, תשל"א – 1970. כאמור, על האישה היה לצפות את הנזקים שנגרמו לאיש בגין הפרת החוזה, קרי – שימוש בזרע האיש בחריגה מהרשאה.

52. אף אם תמצוי לומר, כי אין לראות במערכת היחסים שבין הצדדים באשר למתן הזרע והשימוש בו משום חוזה, הרי, שמערכת יחסים זו הינה למצער פעולה משפטית שיש להחיל עליה את הוראות **חוק החוזים (חלק כללי)**, תשל"ג – 1973 (להלן – "**חוק החוזים**") ובפרט את חובת תום הלב. זאת הן נוכח הוראת סעיף 61(ב) לחוק החוזים והן הואיל ועיקרון תום הלב חל על כלל היחסים בין בני האדם. ראו: רע"א 6339/97 **רוקר נ' סלומון**, פ"ד נה(1) 199 (23.12.99). בני אדם וכל שכן בני זוג, מחויבים לנהוג זה כלפי זה (ולהיפך) בתום לב. עסקינן בדרישה להגינות בסיסית, אשר בלעדיה לא ניתן לקיים חברה מתוקנת.

53. פסיקת בתי המשפט החילה את עקרונות תום הלב, האמון והגינות על מגוון יחסים משפטיים בין צדדים שונים. מקום שיחסי הכוחות בין הצדדים אינם שווים ולאחד הצדדים יתרון יחסי, המאפשר לו להזיק לצד שכנגד, או לזכות ביתרון בלתי הוגן, הרחיבו בתי המשפט את החובות החלות עליו לשם נטרול אותו חוסר הגינות. ראו: עלי בוקשפן, "תם ומושלם – על אמון כתיאוריית-על של דיני החוזים ועל עיקרון תום הלב כמשלים אמון, יציבות וודאות בראי פסיקתו של הנשיא שמגר", **עינוי משפט** כג(1), 11.

54. במערכת היחסים שבין איש ואשתו, ניתן לאישה כח רב יותר משל האיש, לאחר כניסתה להריון. האישה אוטונומית להחליט אם להפסיק את הריונה ולאיש אין כל מעמד באשר להחלטה זו. ראו: שיפמן הורה בעל כורחו בעמ' 469-470. ניתן אף לומר, כי נוכח פסק הדין בעניין נחמני, לאישה כח רב יותר משל האיש, מעת הפריית הביצית ועוד טרם זו הוחדרה לרחמה (אזכיר, כי ייתכן ולא ניתן ללמוד מעניין נחמני אף על המקרה קא עסקינן, מקום שמקור הביצית אינו מהאישה ואזי "זיקתה" אליה, בטרם הוחדרה אל רחמה, קטנה אולי אף מזו של האיש). מקום ונוצר לאישה יתרון על האיש כאמור, מתגברת חובת האמון או תום הלב החלה עליה, בכדי שלא תעשה שימוש לרעה באותו יתרון הקיים לה. הפרת האמון, או הפרת חובת תום הלב, מצמיחה לניזוק סעדים בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה. ראו: בג"צ 59/80 **שירותי תחבורה ציבוריים באר שבע נ' ביה"ד הארצי לעבודה**, פ"ד לה(1) 828, 838 (4.9.80). במקרה קא עסקינן לא ניתן "להשיב את הגלגל לאחור" והסעד היחיד אותו ניתן להעניק לאיש הוא סעד הפיצויים.

55. עוולה נזיקית אחרת שעליה ניתן להסתמך היא תרמית, לפי סעיף 56 לפקודת הנזיקין. השוו: תמ"ש (ת"א) 964601/97 **פלוני נ' אלמונית** (26.7.01) בעמ' 6 (השופט גייפמן); ת.א. (שלום חיפה) 5950/07 **פלוני נ' אלמונית** (13.10.10) (השופט וגנר). חמישה יסודות נדרשים, על-מנת שעוולת התרמית תתקיים: היצג כוזב של עובדה; העדר אמונה באמיתות ההיצג; כוונה שהתובע יוטעה על-ידי ההיצג ויפעל בהסתמך עליו; התובע הוטעה ופעל על סמך טעותו; התובע סבל נזק ממון עקב פעולתו על סמך ההיצג. ראו: ע"א 614/84 **ספיר נ' אשד**, פ"ד מא(2) 239, 225 (9.4.87) (השופט שמגר).

56. אין קושי לקבוע שכל חמשת היסודות האמורים התקיימו במקרה דנן. האישה נטלה מהאיש זרע בהציגה מצג שבכוונתה לעשות בו שימוש לשם ניסיון הפריה תוך רחמית, כפי שניסתה לעשות מספר פעמים בעבר במהלך חיי הנישואין. זאת ביודעה שבדעתה להשתמש בזרע לשם ביצוע הפריה חוץ גופית באמצעות תרומת ביצית. ברי, כי התכוונה שהאיש יוטעה לחשוב שבדעתה לבצע הפריה תוך רחמית, שכן ידעה שהוא מתנגד להפריה חוץ גופית ולא כל שכן מתנגד להפריה חוץ גופית באמצעות תרומת ביצית. האיש אכן סבר שזרעו ישמש לשם הפריה תוך רחמית (ואף סבר שסיכויי הצלחתה של זו קלושים), וגלל כך הסכים למתן זרעו לאישה. מפאת מתן הזרע כאמור, אשר הובילה בסופו של יום להולדת הקטינה מחויב בזה האיש במזונות הקטינה ובכך נגרם לו נזק ממון.

57. משמצאנו כי ניתן לחייב את האישה לפצות את האיש על נזקיו, בין מכח דיני החוזים ובין מכח דיני הנזיקין, נפנה אל שיעור הנזק. ברי, כי אילולא נולדה הקטינה לא היה חב האיש במזונותיה ומעשי האישה היו בבחינת סיבה בלעדית אין להולדת הקטינה. בנסיבות אלה יש לחייב את האישה לפצות את האיש בגין דמי המזונות אותם יהיה עליו לשלם עבור הקטינה.

58. על הנזק הממוני האמור יש להוסיף את הנזק הבלתי ממוני שנגרם לאיש. אין צורך להכביר מילים באשר לפגיעה הרגשית הנגרמת לאדם שהפך להיות הורה בעל כורחו. יש אף הטוענים, כי פגיעה זו חמורה מזו הנגרמת כתוצאה מהריון שלא צלח. ראו: שיפמן הורה בעל כורחו בעמ' 485. הפגיעה באיש אינה מתמצה אך ביכולת הבחירה שלא להיות אב, אלא היא מתפרשת גם על האוטונומיה שלו להחליט באשר למעמדו כאב. שמא מעוניין האיש לגדל את ילדיו, אך במסגרת של זוגיות עם אישה? כפי שהובהר לעיל, האיש אינו יכול לנער חוצנו מהקטינה וקיימים ביניהם יחסים משפטיים, אף אם הייתה האישה מתחייבת שלא לבוא אל האיש בדרישה כלשהי. כך לדוגמה: ויתור האישה על מזונות הקטינה לא היה מחייב את הקטינה והאחרונה הייתה זכאית לעמוד על זכויותיה בעצמה. ראו: עניין משרד הבריאות פסקה מ' לפסק דינו של השופט רובינשטיין; הקטינה אף יורשת את האיש על פי דין. ראו: י' גרין, "ולא תהא הביצית המופרית כעובר לדיני הירושה?", **מאזני משפט א'** (תש"ס) 393, 401 ה"ש 28 והאסמכתאות הנזכרות שם.

59. אין אף להמעיט בערכה של הבושה שנגרמה לאיש כאשר גילה להפתעתו שלו ילדה מחוץ לנישואין. תחושת בושה זו מקבלת משנה תוקף, מקום שעסקין באדם המקיים אורח חיים חרדי, אשר על פי אמונתו קיים פסול בהבאת ילד אל העולם מחוץ לנישואין. סבורני איפוא, כי חיוב האישה בפיצוי האיש בסך 100,000 ₪, כתביעתו, בגין נזקיו הלא ממוניים, הינו אך ראוי.

60. דיוננו בתביעתו הכספית של האיש אינו מסתיים כאן. מחד כאמור, יש לחייב את האיש במזונות הקטינה ומאידך יש לחייב את האישה, המגדלת ומטפלת בקטינה, בתשלום פיצויים לאיש, בסכום העולה אף על הסכום אותו על האיש לשלם לקטינה. הדעת נותנת

שעסקין בקופה אחת מתוכה ניזונות הן האישה והן הקטינה. היה ונפגע באותה הקופה, ונחייב את האישה לפצות את האיש, אזי נפגע בטובת הקטינה, בכך שנגרע מיכולתה הכלכלית של אימה לפרנסה ולזון אותה.

61. הפתרון שהוצע בספרות המשפטית ובפסיקת בתי המשפט לקושי זה דומה בהגיונו לפתרון, שמצאה פסיקת בתי המשפט בעניין תניות השיפוי בהסכמי הגירושין. הדין הנוהג הוא, כי מקום ונמצא שיש לקיים תנית שיפוי בהסכם גירושין (ככל שזו לא נפסלה מחמת היותה מנוגדת לתקנת הציבור), יש לבחון האם הפעלתה לא תפגע בקטין, מוטב המזונות. ככל שהפעלת הוראת השיפוי תוביל לפגיעה בקטין, אין אוכפים על האישה לקיים את חובתה, אלא עד "שתעשיר" או עד לבגירת הקטין. ראו: ע"א 255/81 קוט נ' קוט, פ"ד לו(1) 236, 239 (31.12.81); ע"א 3731/92 יעקבי נ' יעקבי (24.7.94); מ.א. (מחוזי באר שבע) דדון נ' חיימוביץ (18.5.93); שיפמן הורה בעל כורחו בעמ' 483.

62. האישה חסרת יכולת ואילו האיש אמיד. בנסיבות אלה יידחה ביצוע חיוב האישה כלפי האיש, בהתאם לפסק דין זה, עד לאחר בגירת הקטינה, או סיום לימודיה התיכוניים, לפי המאוחר. לחלופין, ככל שיסבור האיש שהאישה "התעשרה", ביחס אל יכולתה הכלכלית כיום, באופן המאפשר לה לפרוע את חיוביה כלפיו, או מקצתם, מבלי שתפגע טובת הקטינה, הוא יהיה רשאי להגיש תובענה מתאימה להפעלת חיובה כלפיו, אף טרם שבגרה הקטינה.

63. אפנה כעת אל תביעתה הכספית של האישה כנגד האיש. בתביעתה זו מבקשת האישה לחייב את האיש לשלם לה סך העולה על 700,000 ₪, בגין הפרתו הנטענת את הסכם הגירושין, שנכרת בין הצדדים ביום 9.10.02 (אך בפועל הוגש אל ביה"ד הרבני זמן מה טרם סידור הגט, ביום 27.1.03, אך אושר על ידי ביה"ד רק ביום 18.8.04) (להלן – "הסכם הגירושין").

64. בהסכם הגירושין התחייב האיש כלפי האישה, בין היתר, כי: "יעזור (לאישה – נ.פ.) לפתוח עסק ללבני נשים, בהשקעתו ... רווחים שיתקבלו ממכירות שתעשה (האישה – נ.פ.) יהיו שייכים לה בלבד" (סעיפים 6-7 להסכם הגירושין). כן התחייב האיש: "לתת (לאישה – נ.פ.) דירה בת שני חדרים לפחות, להתגורר בה כל ימי חייה. הדירה תהיה בירושלים, באזור שכונת ש. והסביבה, מר. ועד נ.. הדירה תהיה רשומה על שמו של (האיש – נ.פ.) ובבעלותו ... עד שהדירה תהיה מוכנה ותימסר (לאישה – נ.פ.), יממן לה (האיש – נ.פ.) דירה בשכירות חודשית באזור ש. וי..".

65. לטענת האישה הפר האיש את שתי התחייבויותיו האמורות, לא סייע לה בפתיחת עסק ואף לא העמיד לרשותה דירה למגוריה. כפי שיובהר להלן, האישה לא הוכיחה את תביעתה, בעניין העסק, ודינה להידחות. מתגנב אל הלב אף החשש, שכל תכלית תביעת האישה היא "פעולת תגמול" על תביעת האיש כנגדה. דומה שאילולא הייתה אישה

מיוצגת באמצעות הלשכה לסיוע משפטי, ונוכח מצבה הכלכלי אף זוכה לפטור מאגרת המשפט, לא הייתה מוגשת תביעה מופרכת זו.

66. באשר לסוגיית העסק, ניתן להתחיל דווקא מהסוף, קרי – מסכום הפיצוי, שנתבע בגין רכיב זה של התביעה. הסכום הנתבע הוא 672,000 ₪ ! זאת, על סמך טענתה בעלמא של האישה, כי האיש אמר לה בעבר, שהוא צופה לעסק רווח חודשי בסך 7,000 ₪. כל שעשתה האישה הוא להכפיל את סך 7,000 ₪ האמורים במכפלת כשמונה השנים, שחלפו מאז נכרת הסכם הגירושין ועד הגשת תביעתה. דא עקא, שראיות התומכות באותו תחשיב לא הוצגו.

67. לא הובאה אף כל תמיכה לגרסת האישה בעניין העסק, למעט הצהרתה בעלמא, כי איש טען בפניה בעבר שהוא חוזה רווח חודשי כאמור. למותר לציין, שהאיש מכחיש את טענת האישה מכל וכל. לגרסת האיש הוא דווקא ניסה לסייע לאישה להקים עסק כמוסכם, אך חרף מאמציו היא לא הייתה מעוניינת בהפעלת העסק. ראו: סעיפים 91, 110-118 לתצהיר האיש וכן עדותו ש' 21-13 בעמ' 49 לפרוטוקול הדיון מיום 11.10.12. אף האישה אישרה בעדותה שהאיש איתר עבורה מקרקעין, בהם תפעיל את העסק, ואף שילם לבעליהם מקדמה על חשבון דמי השכירות. ראו: עמ' 20 לפרוטוקול הדיון מיום 10.10.12.

68. האישה לא עמדה איפוא בנטל המוטל עליה להוכיח את תביעתה בעניין העסק, הן באשר לעצם הפרת התחייבות האיש כלפיה והן באשר לנזק שנגרם לה כנטען מפאת אותה הפרה, שכאמור אף היא לא הוכחה.

69. חלקה האחר של תביעת האישה הוא, תביעתה כי האיש ישלם לה את ההפרש, שבין סכומי הכסף אותם העביר לה מעת לעת, מאז מחצית שנת 2006 ועד סמוך למועד הגשת תביעתה, לבין עלות שכר הדירה בו נשאה בפועל באותה התקופה.

70. לטענת האישה, היא התגוררה בתקופה הרלבנטית לכתב התביעה (החל מיום 1.6.06 ועד לשנת 2011 ועד בכלל, עת הוגשה התביעה) (סעיפים 21-25 לכתב התביעה) בדירות שכורות בעיר י.. ראשית, ברח' ה. ולאחר מכן בשכונת ק. האישה אינה מתיימרת לטעון, כי הדירות השכורות, בהן התגוררה, נמצאות באזור שכונת ש., אשר את שכירות דירה באזור זה התחייב לממן עבורה האיש, עד להעמדת דירה למגורי קבע עבורה.

71. הסכם הגירושין אינו מבהיר את גודל הדירה השכורה אותה על האיש לממן עבור האישה, עד להעמדת מגורי קבע כאמור. דומני, כי פירוש סביר של הסכם הגירושין הוא, כי גודל הדירה למגורי ארעי, יהיה כגודל הדירה אותה התחייב האיש להעמיד לאישה למגורי קבע (שני חדרים לפחות). נמצא איפוא, כי על פי הסכם הגירושין, עד להעמדת מגורי קבע לאישה, היה על האיש לממן עבורה דמי שכירות של דירה בת שני חדרים בשכונת ש.

72. האישה לא הציגה כל ראיה באשר לשיעור דמי השכירות אותם היה עליה לשלם, אילו הייתה שוכרת דירה בת שני חדרים באזור שכונת ש. ולכאורה די היה בכך כדי לדחות את תביעתה להפרשי דמי שכירות במלואה. ברם, האיש שילם לאישה, במהלך חלק ניכר מהתקופה, סך 700 דולר ארה"ב לחודש, ובכך גילה דעתו שזה סכום דמי השכירות הראויים עבור דירה בת שני חדרים באזור שכונת ש.

73. בסמוך למועד הגשת התביעה הרכושית, חדל האיש לשלם לאישה את סך 700 דולר ארה"ב החודשיים, וזאת בטענה שמצא עבורה דירת מגורים וזו עומדת לרשותה. בנסיבות אלה סבר האיש, כי אינו חייב עוד לשאת בדמי השכירות כפי שנשא קודם לכן.

74. טענת האיש טענה הבהרת מה. מאז התגרשו הצדדים טרח האיש לאתר עבור האישה דירת מגורים, בהתאם להתחייבותו בהסכם הגירושין. דא עקא, שהאישה לא הסכימה להצעת האיש באשר לדירת המגורים אותה איתר, ולפיכך פנה האיש אל בית הדין הרבני האזורי בירושלים, בכדי שזה יבחן האם הצעת האיש תואמת את הסכם הגירושין. ראו: סעיפים 93-94 ו- 107 לתצהיר האיש. דא עקא, שעד שביה"ד בחן את הדירה המוצעת זו נמכרה לאחר.

75. לאחר הדברים הללו איתר האיש עבור האישה דירת מגורים אחרת, בשכונת נ., כאשר האיש ביקש לרכוש עבור התובעת זכות מגורים בדירה "בדמי מפתח", קרי – לרכוש עבורה זכות להיות דיירת בהתאם להוראות **חוק הגנת הדייר (נוסח משולב)**, תשל"ב – 1972. הצדדים ומזכיר ביה"ד בחנו את הדירה המוצעת. אזי כרתו הצדדים הסכם אותו כינו "נספח להסכם הגירושין" (נספח 2' לתצהיר האיש), בו הוסכם, כי העמדת הדירה האמורה לרשות האישה, בכפוף לביצוע שיפוצים והתאמות אלו ואחרים, ממלאת אחר התחייבות האיש כלפי האישה בהסכם הגירושין. ראו: סעיף 101 ונספחים 1'-2' לתצהיר האיש; עדות האיש בעמ' 49 סיפא, עמ' 50 רישא ועמ' 50 סיפא לפרוטוקול הדיון מיום 11.10.12.

76. אותו נספח להסכם הגירושין הוגש לביה"ד ואושר ביום הגשתו. דא עקא, שזמן לא רב לאחר אישור ביה"ד כאמור, פנתה האישה לביה"ד והודיעה שאינה מעוניינת בדירה האמורה כלל ועיקר (נספח ח' לתצהיר האישה בתמ"ש 22317-08-11). האישה נימקה טענתה בכך, שלא הייתה מודעת למהות מעמדה כדיירת על פי חוק הגנת הדייר. משסירבה האישה להתגורר בדירה האמורה, חדל האיש לשלם לה את התשלום החודשי בגין שכר הדירה, בטענה שהדירה עומדת לרשותה, ובכך הוא פטור מהמשך תשלום שכר הדירה. ראו: עדות האיש בש' 25-28 בעמ' 51 וש' 25-33 בעמ' 52 לפרוטוקול הדיון מיום 11.10.12.

77. אין צורך להכביר מילים בכדי להבהיר, כי מתן זכות דיירות מוגנת לאישה, בדירה שבבעלות צד ג', אינה זהה למתן זכות מגורים לאישה אאיו"ש, בדירה שבבעלות האיש,

כהסכמת הצדדים בהסכם הגירושין. המפתח להכרעה במחלוקת שהתגלעה בין הצדדים הינו איפוא, האם ההסכם שנכרת בין הצדדים, ושכונה "נספח להסכם הגירושין", משנה מהתחייבות האיש בהסכם הגירושין. דומני כי התשובה לשאלה זו שלילית. אבאר.

78. חלקיו הרכשיים של הסכם הגירושין, לרבות החלק בו מתחייב האיש ליתן לאישה זכות מגורים אאיו"ש, בדירה אותה ירכוש ושתהא בבעלותו, מהווים הסכם ממון, כמשמעותו בסעיף 1 לחוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג – 1973 (להלן – "**חוק יחסי ממון**"). בהתאם להוראות סעיף 2 לחוק יחסי ממון, תוקפו של הסכם ממון ושינויו מותנה באישורו על ידי בית המשפט לענייני משפחה. יחד עם זאת, ככל שהסכם הממון נעשה אגב גירושין הצדדים, ניתן לאשרו אף בביה"ד.

79. סמכות ביה"ד לאשר הסכם ממון תמה עם גירושין הצדדים. ראו: בג"ץ 8638/03 **אמיר נ' ביה"ד הרבני הגדול**, פ"ד סא(1) 259 (6.4.06). אמנם, עשויים להיות מקרים בהם תמשך סמכות ביה"ד אף לאחר הגירושין, וזאת אם זה דן בתובענות הרכשיות שבין הצדדים לגופן. אפשרות זו אינה חלה בענייננו, שכן לא נטען כלל שהתקיים דיון כלשהו בביה"ד, בסוגיות הרכשיות שבין הצדדים, עובר לגירושיהם. השוו: בג"ץ 6929/10 **פלונית נ' ביה"ד הרבני הגדול** (20.3.13).

80. נמצא איפוא, כי ביה"ד כלל לא היה מוסמך לאשר את אותו נספח להסכם הגירושין, המהווה למעשה שינוי להסכם הגירושין. אמנם, לעיתים קיימת אי נוחות מכך שצד להליך משפטי יעורר טענות בדבר חוסר סמכות עניינית של ביה"ד, לאחר שהסכים מלכתחילה להידון בפני ביה"ד, ולאחר מכן לא שבע נחת מתוצאות ההליך. ברם, אין זה המקרה בענייננו. עת אישר ביה"ד את הנספח להסכם הגירושין לא התנהל בפניו כל דיון. מזכיר ביה"ד לקח את הנספח להסכם הגירושין אל דיון יחיד, אשר אישר את ההסכם, מבלי לקיים כל דיון בנוכחות הצדדים ומבלי להסביר להם את משמעות הסכמתם. ראו: עדות האיש בעמ' 50 רישא לפרוטוקול.

81. בהתאם להוראת סעיף 2(ב) לחוק יחסי ממון, על בית המשפט או ביה"ד המאשר את ההסכם להיווכח שנכרת לאחר שהצדדים לו הבינו את משמעויותיו ותוצאותיו. כאמור, לגרסת האיש עצמו, לא התקיים כל דיון בביה"ד וממילא ביה"ד לא הבהיר לצדדים את משמעות הנספח להסכם הגירושין ותוצאותיו. הרי זו למעשה טענת האישה, כי אילו הייתה מבינה את משמעות הנספח להסכם הגירושין, המשנה את הסכם הגירושין, לא הייתה מסכימה לו.

82. מכל המקובץ עולה, שהנספח להסכם הגירושין לא אושר כדיון, על ידי בית המשפט המוסמך, ואף אין לראות באישה כמנועה מלחלוק על סמכות ביה"ד, מקום שזה כלל לא פעל בהתאם להוראת סעיף 2(ב) לחוק יחסי ממון ולא העמידה על תוצאות ומשמעות אותו נספח. יש לקבוע איפוא, כי הנספח להסכם הגירושין חסר תוקף.

83. נמצא איפוא, כי האישה לא הייתה מחויבת להסכים לקבל את זכות הדיירות המוגנת, אצל צד ג', חלף זכות מגורים בלתי הדירה בדירה שבבעלותה איש. בנסיבות אלה, אף לא היה רשאי האיש להפסיק לשלם לה את דמי השכירות החודשיים בסך 700 דולר ארה"ב.

84. מראיות האישה כלל לא ברור מתי בדיוק הפסיק האיש לשלם לה את סך 700 דולר ארה"ב לחודש. כל שפירטה האישה בתצהירה בתמ"ש 11-08-22317 (סעיף 27 לתצהיר), הוא כי "לאחרונה" חדל האיש לשלם לה את הסך החודשי האמור. התצהיר האמור נחתם על ידי האישה ביום 27.2.12 ואילו בנספח ט' לאותו התצהיר פירטה האישה את תשלומי האיש עד לחודש 8/11. ייתכן, כי לטענת האישה חדל האיש לשלם את הסך החודשי החל מחודש 9/11, אך כאמור עניין זה לא הובהר לאשורו. ראו: עדות האישה בש' 25-26 עמ' 23 לפרוטוקול הדיון מיום 10.10.12.

85. ניתן איפוא לדחות את תביעת האישה בעניין דמי השכירות, אף באשר לתקופה בה חדל האיש לשלם לה את הסך החודשי האמור, שכן לא הונחה תשתית ראייתית המבהירה מה סכום החוב שנצבר בגין אי התשלום. הטעם שמצאתי לדון בעניין זה הוא, כדי להבהיר את חובת האיש לעתיד לבוא. למצער בעת הזו, ממועד פסק דין זה ועד שימלא האיש אחר התחייבותו להעמיד לאישה דירה למגוריה, בבעלותו, כמוסכם בהסכם הגירושין, על האיש לשלם לאישה את שווי דמי השכירות של דירת שני חדרים בשכונת ש. כאמור, בהעדר ראייה אחרת, עומד סכום זה על סך 700 דולר ארה"ב לחודש.

86. אסכם איפוא את חלקו האופרטיבי של פסק הדין.

א. תביעתה הכספית של האישה כנגד האיש נדחתה, וזאת בכפוף להבהרה בדבר חובת האיש לספק לאישה מדור או דמי שכירות בהתאם להסכם הגירושין, כאמור לעיל.

ב. האיש יישא במזונות הקטינה בסך 1,400 ₪ לחודש, אשר ישולמו באמצעות האישה, בכל יום 1 לחודש. בנסיבות המיוחדות של המקרה דנן ואף בהתחשב בכך שבפועל האיש שילם לאישה סכומי כסף ניכרים במהלך השנים, אשר הדעת נותנת ששימשו בפועל אף למזונות הקטינה, יחול החיוב במזונות החל ממועד פסק דין זה, ולא החל ממועד הגשת התביעה כמקובל.

ג. הסך האמור יישא הפרשי הצמדה למדד המחירים לצרכן על בסיס המדד הידוע היום ויתעדכן מידי שלושה חודשים, ללא עדכון בדיעבד.

ד. כן ישא האיש בהוצאותיה החינוכיות של הקטינה, לרבות מעון, גן ילדים ותשלומים שנתיים לבית הספר. כמו כן ישא האיש בהוצאותיה הרפואיות החריגות של הקטינה, אשר אינן ממומנות על ידי קופת החולים.

ה. החיובים האמורים יחולו עד בגירת הקטינה, או סיום לימודיה התיכוניים, לפי המאוחר.

ו. הואיל ובהתאם להסכם הגירושין על האיש להעמיד מדור לאישה, וזה עתיד לספק אף את צרכי הקטינה, איני מוצא לנכון לחייב את האיש בתשלום נוסף בגין מדור הקטינה.

ז. על האישה לשפות את האיש בגין כל סכום, אותו הוא ישלם לה עבור מזונות הקטינה, ובנוסף על האישה לשלם לאיש פיצוי בסך 100,000 ₪. הסכומים האמורים ישאו הפרשי הצמדה וריבית כדין, כאשר מועד פירעונם יהיה עם בגירת הקטינה, או סיום לימודיה התיכוניים, לפי המאוחר. לחלופין יפרעו הסכומים האמורים לכשיקבע בית המשפט שהאישה "העשירה", באופן המאפשר פירעון מבלי שתפגע טובת הקטינה, וזאת ככל שהאיש ימצא לנכון להגיש תביעה מתאימה בעניין זה.

ח. האישה תשא בהוצאות האיש בסך 15,000 ₪, אשר יפרעו אף הן במועד פירעון יתר חיוביה הכספיים כלפי האיש, כאמור לעיל.

87. בטרם חתימה ראוי להזכיר את הקטינה, אשר נקלעה על לא עוול בכפה לסכסוך זה. הקטינה, ככל קטין, זקוקה אף לדמות אב. כולי תקווה שהאיש יפתח ליבו אל הקטינה, בתו, וישמש לה אב.

88. אחרון אחרון אעיר, באשר להודעה לצד שלישי אותה שלח האיש אל המכון הרפואי, במסגרת תמ"ש 24281/06. בהחלטתי מיום 14.9.11 סירבתי לבקשת האיש ליתן פסק דין כנגד המכון הרפואי, מחמת ליקויים שנפלו בהודעה לצד שלישי אותה שלח כאמור. באותה ההחלטה אף ניתנה לאיש האפשרות לתקן את ההודעה לצד שלישי, בתוך פרק הזמן שנקצב שם. לא ברור לי האם ההודעה לצד שלישי אכן תוקנה בהתאם להחלטה האמורה וכן לא הובהר האם, ככל שתוקנה, הומצאה כדבעי למכון הרפואי. ניתנת בזה איפוא שהות לאיש לפנות בבקשה מתאימה למתן פסק דין כנגד המכון הרפואי, תוך הבהרת סוגיות תיקון ההודעה לצד שלישי והמצאתה כדין, וזאת בתוך 30 יום.

ניתן היום, י"א אייר תשע"ג, 21 אפריל 2013, בהעדר הצדדים.

חתימה