|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **בית משפט לעניני משפחה בתל אביב - יפו** | | |
|  | | |
| תמ"ש 18103-04-15 פלונית נ' אלמוני | | 31 יול 2016 18103-04-15 |
|  | | |
| **השופט** | נפתלי שילה-סגן הנשיא | |
|  | | |
| **התובעת** | פלונית ע"י עו"ד רועי שעיה | |
|  | | |
|  | **- נגד -** |  |
|  | | |
| **הנתבע** | אלמוני ע"י עו"ד רחלי גרינברג | |

**פסק דין**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | | |  |

האם התובעת זכאית לפיצויים עקב העובדה שהנתבע הודיע על רצונו להפסיק הליך של פונדקאות בחו"ל ששני הצדדים החלו בו?

א. רקע עובדתי

1. התובעת (להלן גם: "האישה"), שהיא כיום רווקה בת 48, החלה בגיל 37 בטיפולי פוריות (לרבות הפריית מבחנה והזרעה תוך רחמית), על מנת שיהיה לה פרי בטן. ברם, טיפולים אלו כשלו והאישה לא הצליחה להביא ילד לעולם.
2. באביב 2010, כשהתובעת היתה בת 42, היא הכירה את הנתבע שהיה אז בן 31 (להלן גם: "האיש") והם ניהלו חיי זוגיות יחדיו כשלוש שנים, מתוכם שנתיים תחת קורת גג אחת, בבית האישה.
3. האישה רצתה מאוד להביא ילד לעולם והיא שכנעה את האיש להביא ילד משותף באמצעות פונדקאית בחו"ל.
4. בחודש אפריל 2012 פנו הצדדים לסוכנות ---- (להלן: "הסוכנות") והחלו בפעולות לצורך ביצוע פונדקאות בחו"ל. הצדדים בדקו תורמות ביצית פוטנציאליות מקטלוג שהסוכנות העבירה להם ולבסוף בחרו תורמת מפולין, הדומה חיצונית לאישה. התכנון היה, שזרעו של האיש יופרה עם הביצית שהצדדים ירכשו מהתורמת והביצית המופרית תושתל ברחמה של אם פונדקאית בחו"ל. לאחר שייוולד וולד, האישה תכננה לנקוט בהליכים המשפטיים הנדרשים, על מנת שהיא תוכר כאמו של הוולד. האיש אף חתם ביום 25.4.13 על הסכם עם סוכנות המעניקה שירות של חיפוש ובחירה של תורמת הביצית (נספח ו' לתביעה והתרגום שהוגש ביום 4.4.16).
5. לצורך ביצוע התהליך, שילמו שני הצדדים סמוך לאחר חתימת החוזה עם הסוכנות, תשלום ראשון בסך של 10,600 דולר ארה"ב (נספח ז1' לתביעה – קבלה מיום 25.4.13).
6. זרעו של האיש הושבח, הוקפא והוטס לתאילנד ביום 12.5.13. תוכנן כי ביום 21.6.13 תגיע תורמת הביצית לתאילנד לצורך שאיבת הביציות. כמו כן תוכנן, כי לאחר מספר ימים, תבוצע השתלת הביצית המופרית ברחמה של האם הפונדקאית שהצדדים שכרו. בהתאם לכך, תורמת הביצית הגיעה לתאילנד לצורך שאיבת הביציות במועד הנ"ל.
7. ביום 6.6.13 שילמו הצדדים סך נוסף של 6,100 דולר ארה"ב ועוד שלושה תשלומים נוספים בסך כולל של 165,000 בהט תאילנדי השווה ל – 6,000 דולר לערך (נספח ח' ונספח ח2' לתביעה). תשלומים אלו בוצעו בהתאם להנחיות הסוכנות. סה"כ שילמו הצדדים סך של 27,580 דולר ארה"ב עבור השלבים השונים של הליך הפונדקאות.
8. באותה תקופה, התערערו היחסים בין הצדדים. האיש טוען כי האישה החלה להתרחק ממנו וכל מה שעניין אותה היה לידת ילד. לכן, ביום 22.6.13, התקשר האיש למר ג' ס', מנהל הסוכנות (להלן: "מנהל הסוכנות") והודיע לו כי הוא מעוניין להפסיק בתהליך הפונדקאות וכי הוא לא מסכים שייעשה שימוש כלשהו בזרעו.
9. האיש הסכים כי הביציות יישאבו מתורמת הביצית ויוקפאו, על מנת שהאישה תוכל לעשות בהן שימוש כרצונה, באמצעות תרומת זרע של גבר אחר. לצורך כך, האיש שילם בעצמו עבור שאיבת הביציות והקפאתן סך של 1,640 דולר ועוד סך של 1,500 דולר עבור תורמת הביצית.
10. האישה החליטה להמשיך לבדה בניסיונה להביא ילד לעולם. היא רכשה זרע מבנק הזרע בארץ וטסה לתאילנד פעמיים, בחודש אוקטובר 2013 ובחודש אפריל 2014 על מנת שהביציות המופרות יושתלו בגופה. ברם למרבה הצער, הניסיונות לא צלחו והאישה נותרה ללא פרי בטן. עלות שתי הטיסות של האישה לתאילנד עמדו על 17,107 ₪ (נספח ט' לתביעה).

ב. טענות התובעת

1. האיש, מבלי כל התראה, ולאחר שהצדדים חיו כידועים בציבור שלוש שנים, החליט ימים ספורים לפני המועד המתוכנן לשאיבת הביציות מהתורמת, לנטוש את מגוריו עם האישה ולהפסיק באופן חד צדדי את הליך הפונדקאות ששניהם החלו בו.
2. האיש ידע מראש כי כניסה לתהליך של פונדקאות הוא הליך "שלא ניתן לסגת ממנו בכל עת" (סעיף 26 לתביעה). לדבריה: "כוונת הצדדים היתה ליצירת יחסים משפטיים מחייבים. ברור כי לבני הזוג היתה כוונה להשלים את התהליך מבלי שתינתן לצד השני האפשרות להפסיקו באופן חד צדדי" (סעיף 27 לתביעה). הצדדים התכוונו לגדל יחדיו את הקטין או הקטינה והאיש יצר מצג שווא בפני האישה, כי הוא יביא יחד אתה ילד לעולם. היא הסתמכה על כך שההפריה תושלם והיא תזכה סוף סוף להיות אם. האיש בחוסר תם לב משווע, חזר בו וגזל ממנה את משאת נפשה, להיות הורה (סעיף 38 לתביעה) ו"ניפץ את חלומה" להיות אם (סעיף 3 לסיכומיה).
3. הנתבע "הותיר אותה בפני שוקת שבורה כמעט ללא בדל אפשרות ריאלית כיום להיות אמא... והכל מתוך כוונת זדון או למצער אדישות איומה" (סעיף 4 לסיכומיה). האיש יצר אצל האישה צפייה והסתמכות כי ישלים את הליך הפונדקאות עד ללידת וולד (סעיף 28 לסיכומיה). לדבריה: "הנתבע, בהתנהגותו ומעשיו, השלה את התובעת ויצר מצגי שווא כי תהא אמא בקרוב... הפר חובותיו כלפי התובעת ברגל גסה, באופן חד צדדי ופתאומי" (סעיף 42 לסיכומי התשובה).
4. לאישה אין כיום כמעט סיכוי להפוך לאם והאיש הפר את ההסכם ביניהם ואת חובת תום הלב המוגברת שהוא היה חב בה כלפיה. תורמת הביצית כבר הגיעה לתאילנד לאחר שהצדדים שילמו לה את כרטיס הטיסה ותשלומים נוספים והאישה, שכה ציפתה לילד העתידי "הייתה מוכת הלם" מהתנהלותו של האיש (סעיף 32 לתביעה).
5. מעבר לכספים שהיא הפסידה בגין התשלומים שהיא שילמה עבור הליך הפונדקאות, האיש הטעה ורימה אותה ובגין הפרת הסכם הפונדקאות והפרת הבטחתו להורות משותפת וחיי משפחה, היא עותרת לפיצוי בסך של 150,000 ₪. מתוך סכום זה, סך של מחצית מ - 27,000 דולר, כולל בתוכו את התשלומים הישירים ששולמו על ידה בפועל עבור הליך הפונדקאות.
6. לדבריה, היא "לא היתה נכנסת להליך כה מורכב, קשה, יקר, ארוך ומתיש נפשית ופיזית, אלמלא היתה יודעת, כי קיים סיכוי ולו הקטן ביותר שהנתבע יוכל להפסיק את ההליך מתי שיחפוץ באופן חד צדדי" (סעיף 35 לתביעה). היא שינתה את מצבה לרעה ואין לה כל אפשרות להיות כיום אמא. היא אף לא יכולה לאמץ ילד כאם יחידנית (סעיף 73 לסיכומיה) אלא אם כן תבצע זאת בארה"ב. אולם בארה"ב, ההליך עולה מאות אלפי ₪ (סעיף 75 לסיכומיה). כתוצאה מחזרתו של האיש מהליך הפונדקאות, הוא גרם לפגיעה בכבודה וברצונותיה (סעיף 49 לתביעה).
7. האישה מכחישה את טענת האיש כי מנהל הסוכנות אמר להם שהאיש יכול לסגת מהתהליך בכל שלב ולטענתה, האיש רצה ילד "בדיוק כמוני" (סעיף 31 לתצהירה). הצדדים התכוונו ליצור יחסים משפטיים מחייבים והיא הסתמכה על כך שלאיש לא תהיה אפשרות להפסיק את ההליך באופן חד צדדי.
8. לאור עוגמת הנפש הרבה שנגרמה לה, כשהיא טרם התאוששה מכך עד היום, היא עותרת לפיצוי נוסף בסך של 100,000 ₪ וכן לפיצויים עונשיים ומוגברים בסך של 50,000 ₪. לדבריה: "נגמרו לי כל האלטרנטיבות בכדי לממש את זכותי להיות אמא" (סעיף 47 לתצהירה). האישה הביאה לעדות את אביה וכן את חברתה הגב' פ' שהעידו כי לאחר פרידת האיש והודעתו על הפסקת השתתפותו בהליך הפונדקאות, היא בכתה רבות, הרגישה מרומה ושעולמה חרב עליה.
9. האישה צירפה חוות דעת של מומחה בתחום הפריון, שקבע כי קיים קשר סיבתי מובהק בין גילה המתקדם של האישה לבין סיכוייה הקלושים להורות. לדברי המומחה: "אין לי ספק שדיחוי בטיפולי פריון הפחיתו משמעותית את הסיכוי העתידי שלה להתעבר גם בעזרת טיפולי פריון מתקדמים... הפסקת הליכי פריון בגיל 43 מפחיתים באופן משמעותי את סיכוי התעברותה העתידי".
10. סה"כ עותרת התובעת לפיצויים בסך כולל של 450,000 ₪ בעילות אלו:

* א. סך של 150,000 ₪ בגין הפרת הסכם הפונדקאות, לרבות ההוצאות שהיא הוציאה לצורך הליך הפונדקאות.
* ב. סך של 150,000 ₪ בגין פיצויי הסתמכות, הפרת חובת תום הלב, מצג שווא רשלני, הפרת זכות חוקתית ואובדן הזכות להורות.
* ג. סך של 100,000 ₪ בגין עוגמת נפש, כאב וסבל.
* ד. סך של 50,000 ₪ בגין פיצויים עונשיים ומוגברים.

ג. טענות הנתבע

1. הצדדים כלל לא היו ידועים בציבור ולא היה ביניהם כל שיתוף. לאיש לא היה ניסיון קודם במערכות יחסים עם אישה והוא צעיר ממנה ב – 11 שנים (סעיף 2 לתצהירו). האישה הציבה בפני האיש תנאי: או שיסכים לשתף פעולה במאמציה להביא יביא ילד לעולם או שהם ייפרדו. לדבריו הוא "נכנע והסכים" (סעיף 12 לכתב ההגנה) וחיי תחת "טרור הפוריות" של האישה (סעיף 45 לכתב ההגנה).
2. במסגרת ניסיונותיה של האישה להפוך לאם, היא שכנעה את האיש לשתף עמה פעולה בהליך פונדקאות בחו"ל. מנהל הסוכנות, אמר להם כי: "במקרה ותתרחש בין הצדדים פרידה, בטרם ביצוע ההפריה... לא תוכל התובעת, כאישה רווקה, לבצע הליך של פונדקאות בגפה" (סעיף 27 לכתב ההגנה). מנהל הסוכנות אמר להם, כי הוא יוכל לסגת בכל שלב עד השתלת העוברים באם הפונדקאית ואין בתשלום הראשון ובחתימה על ההסכם מול הסוכנות, בכדי לחייב מי מהם להשלים את התהליך (סעיפים 24-25 לתצהירו).
3. במקביל להתקדמות הליך הפונדקאות, התדרדרו יחסי הצדדים והאישה סירבה לקשר גופני עם האיש ורק דרשה ממנו כספים. באותה עת, הוא הגיע למסקנה כי אין כל סיכוי שהם ימשיכו בזוגיות והוא חייב להיפרד ממנה. כשהוא קיבל ממנהל הסוכנות ביום 22.5.13 דוא"ל שבו התבקשו הצדדים להעביר לו הסכם זוגיות חתום, לצורך אימוץ הקטין שייוולד, הוא החליט שלאור היחסים הגרועים ביניהם, עליו להיפרד. מיד לאחר שעזב את דירת האישה, הוא הודיע לסוכנות כי הוא מתנגד להפריית הביציות בזרעו והוא לא יחתום על הסכם זוגיות עם האישה.
4. במקביל, ועל מנת לא לפגוע באפשרות האישה להמשיך את הליך הפונדקאות בעצמה, הוא שילם מכיסו את התשלומים עבור הטסת תורמת הביציות לתאילנד ועבור הקפאת הביציות. זאת, למרות שהביציות שייכות גם לו, מאחר והן נרכשו במשותף. האיש התנהג "באבירות" כשהציע לשלם עבור הטסת התורמת והקפאת הביציות ולכן אין לאישה כל זכות לטעון דבר כנגדו (סעיף 63 לכתב ההגנה).
5. לא נכרת כל הסכם בין הצדדים לא במפורש ולא מכללא, לפיו האיש התחייב שלא להפסיק את הליך הפונדקאות, גם אם הצדדים ייפרדו (סעיף 7 לסיכומיו). אף אם היה חוזה, יש לפרש חוזים משפחתיים בצמצום (סעיף 8.5.2 לסיכומיו). במקרה דנן, גם האישה הודתה כי היא רק "יצאה מנקודת הנחה" שהאיש הסכים שלא לחזור בו ולא מדובר בהסכמה ברורה (סעיף 9.4 לסיכומיה). זכותו הטבעית לא להפוך לאב בעל כורחו. ההסכם מול סוכנות הפונדקאות היה הסכם הכולל שלבים ולא היה כל הסכם המחייב את השלמת התהליך. גם "מול" האישה לא היתה לו כל כוונה ליצור מערכת יחסים משפטית לצורך הליכי הפונדקאות (סעיף 69 לכתב ההגנה). ההליך הופסק על ידו בראשיתו, בטרם נשאבו הביציות מהתורמת ובטרם שבוצעה הפרייה (עמ' 2 לסיכומיו). לאיש יש זכות שלא להביא ילד לעולם (סעיף 3.7 לסיכומיו).
6. "מעולם לא עלה בדעתי העניין של הורות משותפת ללא זוגיות. לא עם פלונית ולא עם אף אישה אחרת. משפחה בעיניי היא בית שלם – מקשה אחת שלמה". טיפול זוגי שאליו פנו הצדדים לאחר הפרידה נכשל, עקב סירובה של האישה להמשיך בו.
7. אף האישה עצמה העידה כי אם האיש היה חוזר בו בשלב קודם, אף לאחר החתימה עם הסוכנות, היא לא היתה תובעת אותו מאחר והיא "לא יכולה להכריח אדם משהו שהוא נגד רצונו" (סעיף 9.6 לסיכומיו). לפיכך, גם לשיטתה שהצדדים ערכו הסכם, האיש יכול היה לחזור בו מהסכמתו (סעיף 9.7 לסיכומיו) ואף מנהל הסוכנות אישר כי ניתן היה להפסיק את התהליך באמצע.
8. אין כל עילת תביעה בגין "הפרת הבטחה להליך פונדקאות" (סעיף 76 לכתב ההגנה). היעדר הסכם חתום, שולל טענה של ציפיות והסתמכות (סעיף 79 לכתב ההגנה). כמו כן, כשם שתורמת ביצית יכולה לחזור בה מהסכמתה בכל עת לפני הפריית הביציות "והיא לא תישא באחריות אזרחית או פלילית בשל חזרתה מההסכמה" (סעיף 44 (א) לחוק תרומת ביציות תש"ע – 2010 – להלן: "חוק תרומת ביציות"), הוא הדין במקרה דנן (סעיף 11.7 לסיכומיו).
9. האישה בעצמה העידה כי ייתכן שהיא תיכנס להריון בעתיד ולכן לא הוכח שנגרם לה נזק כלשהו (סעיף 14 לסיכומיו). "מזעם לא נולד ראש נזיקי בחוק הישראלי" (סעיף 31 לסיכומיו) ולכן, יש לדחות את התביעה.

ד. דיון והכרעה

(א) תמצית העדויות

1. רוב העובדות הרלוונטיות להכרעה בהליך זה, לא שנויות במחלוקת. להלן נפרט כמה מהממצאים אשר עלו בדיוני ההוכחות.
2. האישה זימנה לעדות את מנהל הסוכנות שאישר כי מאחר והחומר הביולוגי של האיש שייך לו, הוא זכאי היה להודיע באופן חד צדדי שהוא מתנגד כי ייעשה בו שימוש (עמ' 7 שורות 26-27). לדבריו, היה הכרח לבצע את שאיבת הביציות מהתורמת, על מנת לשמור על בריאותה (עמ' 9 שורות 1-4) והביציות שייכות לשני הצדדים. שאר הביציות המופרות שלא היו מושתלות בפונדקאית, היו מוקפאות (עמ' 10 שורות 16-18).
3. מנהל הסוכנות העיד כי במקרה דנן, שולם תשלום ראשון בסך של 13,000 דולר עבור בדיקת תורמת הביצית בפולין, הטסתה לתאילנד ושהייתה שם במלון. התשלום השני היה צריך להיות משולם עבור טיפול הקליניקה בתאילנד, שאיבת הביציות, הפרייתן והשתלת העוברים בפונדקאית (עמ' 14 שורות 9-12).
4. התברר מעדותה של חברתה הטובה של האישה, הגב' פ', כי למרות שהצדדים היו בקשר זוגי ולטענת התובעת הם היו "ידועים בציבור", היא מעולם לא ראתה את האיש ולא דיברה אתו (עמ' 17 שורות 18-30). הדבר מלמד כי אף "בזמנים הטובים" כלל לא ברור שהיחסים בין הצדדים היו הדוקים, כפי שטוענת האישה. אחרת, כיצד חברתה הטובה מעולם לא ראתה ואפילו לא דיברה עם בן זוגה של התובעת? האישה אישרה גם, שהאיש לא העביר כל ריהוט לדירתה והוא העביר רק בגדים ומחשב (עמ' 27 שורה 21). גם העובדה שאבי האישה העיד כי מעולם לא פגש את הורי האיש, מלמדת על "חלישותו ורפיפותו" של הקשר בין הצדדים (עמ' 35 שורות 28-29). האיש אישר כי לא השתתף בהוצאות הבית כשגר עם האישה והיא לא ביקשה ממנו להשתתף בתשלומים (עמ' 37 שורות 22-23). לדבריו: "היא נמנעה במהלך הקשר להשתתף באירועים משפחתיים שלי ולא פגשה את חבריי וגם אני לא פגשתי את חבריה" (עמ' 44 שורות 5-6).
5. האישה הודתה בחקירתה, כי האיש הציע לשלם עבור הטסת הפונדקאית והקפאת הביציות, לאחר שהודיע על הפסקת ההליך והוא שילם עבור הוצאות אלו מכספו (עמ' 18 שורות 25-26).
6. כמו כן, האישה אישרה בחקירתה, כי החלה בטיפולים על מנת להרות כשהיתה בת 37. לפני גיל זה, היא לא ניסתה להיכנס להריון (עמ' 20 שורה 13 עד עמ' 21 שורה 4). בגיל 37 היא הרתה מתרומת זרע בהזרעה מלאכותית ואולם ההיריון לא שרד וכשהיתה בגיל 41-42 היא עברה שישה טיפולים של הפרייה חוץ גופית (עמ' 22 שורה 17). בגיל 40 היא הפילה בהריון טבעי (עמ' 22 שורה 32 עד עמ' 23 שורה 1) וכשהיתה בת 42-43 היא הפסיקה את הטיפולים (עמ' 23 שורה 13 ועמ' 25 שורות 6-7).
7. האישה אמרה כי לא נישאה לאיש, מאחר שהיא הבינה ממנו שהוא "נגד חתונות" (עמ' 26 שורה 26). לדבריה, בגיל 43 אחרי חמש שנות טיפולים שלא צלחו, היא רצתה מאוד להיות אמא ובחרה באפשרות "הקלה והמהירה" (עמ' 28 שורות 23-24). לדבריה, נאמר לה כי בגיל 43 הביצית "לא איכותית ולא יכולה להניב הריון של ילד בריא" (עמ' 29 שורות 8-9) ולכן היא בחרה בהליך של פונדקאות.
8. האישה העידה כי בתחילת הליך הפונדקאות היה להם ריב והיא הציעה לאיש להיפרד ולהפסיק את התהליך ואולם האיש סירב (עמ' 31 שורות 23-24). משהיא נשאלה מה היה קורה אם האיש היה מודיע לה לאחר שהם כבר שלמו את התשלום הראשון לסוכנות, שהוא מעוניין להפסיק את הליכי הפונדקאות, היא השיבה "אז הייתי משחררת אותו.. כי אני לא יכולה להכריח משהו שהוא נגדו רצונו" (עמ' 31 שורה 30 עד עמ' 32 שורה 2).
9. האישה העידה כי גם כיום יש סיכוי מסוים שתיכנס להריון וכשהחלה בהליך הפונדקאות, היא יצאה מנקודת הנחה שהאיש יישאר בן זוגה (עמ' 33 שורות 10-26).
10. האיש העיד כי: "המטרה שלי אם כבר להמשיך בהליך זה הייתה שיהיה ילד שנגדל אותו יחד כמשפחה ולא היה לי שום רצון להגיע למצב בו אנו הורים במשותף ללא זוגיות" (עמ' 43 שורות 3-5). לדבריו, הוא מעולם לא חשב להינשא לאישה והדבר לא נדון ביניהם (עמ' 46 שורות 22-26). לטענתו, מעולם לא היתה לו כוונה להמשיך בתהליך אם הם לא יהיו זוג (עמ' 52 שורות 16-18).
11. האיש העיד כי הודעתו למנהל הסוכנות על רצונו בהפסקת התהליך, היתה כמה ימים לפני המועד המתוכנן של נסיעת תורמת הביצית לתאילנד (עמ' 50 שורות 24-28).
12. האיש אישר כי הם כלל לא דיברו מה יקרה במצב שהם ייפרדו (עמ' 59 שורות 24-25). הוא אישר גם, שלא אמר לאישה במפורש כי יפסיק את התהליך אם ייפרדו ולדבריו מבחינתו "זה היה ברור", מאחר והיה ידוע להם כי על מנת לסיים את התהליך, הם חייבים להיות זוג (עמ' 52 שורות 20-30).
13. האיש ויתר על חקירתו של המומחה לפריון ולכן, יש לאמץ את חוות דעתו.

(ב) ההיבט המשפטי

1. השאלה האם בן זוג שהיה שותף להליך של הפרייה יכול לחזור בו בטרם הושלם ההליך ובמיוחד בנסיבות של פרידה בין בני הזוג, נדונה בדנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4), 661 (1996) (להלן: "עניין נחמני"). בפסק דין זה, עמד בית המשפט על מעמדה המיוחד של התחייבות מסוג זה, תוך שהוא עורך אנלוגיה להפרת הבטחת נישואין.
2. בעניין נחמני, כב' השופטת שטרסברג כהן סברה, שכפי שלא ניתן לאכוף על אדם שיינשא אף אם הבטיח לעשות כן, לא ניתן לאכוף על אדם להיות הורה (שם, עמוד 678). לדעתה, יש לסווג חוזה מסוג זה כ"חוזה רופף" ואין להחיל עליו את דיני החוזים הרגילים (שם, עמ' 682). לדבריה:

"אין לפנינו חוזה רגיל אלא הסכם מיוחד במינו. בוודאי שאין הוא נכנס לגדר החוזים "המושלמים"... ניתן לסווגו בין החוזים "הרופפים". לפיכך, גם המשטר המשפטי החל עליו לא יהיה משטרם של דיני החוזים באופן דווקני וצר".

1. גם כב' השופט אור סבר באותו עניין, כי מדובר בהסכם מסוג מיוחד ולא בחוזה רגיל (שם בעמוד 759).
2. מאידך, כב' השופט זמיר סבר, כי ניתן לתבוע פיצויים בגין הפרה של חוזה מסוג זה, למרות היותו רופף. לדבריו:

"אין ספק כי הסכמים עסקיים בין בני זוג יכולים להיות חוזים לכל עניין ודבר ולא רק הסכמים כאלה. המשפט מכיר בתביעה חוזית על הפרת הבטחה לנישואין. מדוע אם כן, שלא יכיר בהסכמים אחרים שבין בני זוג... הנסיבות מלמדות כי ההסכם שנערך בין רותי לבין דני הוא הסכם משפטי... יש להסכמה זאת תוצאה משפטית גם במישור היחסים שבין בני הזוג לבין עצמם.... אפשר לקרוא לו כפי שאני מעדיף, חוזה מיוחד... ההסכמה של רותי ודני על גבי המסמך יוצרת חוזה, לא רק בין רותי ודני לבין בית החולים, אלא גם, לדעתי, בין רותי לבין דני. זהו חוזה שנחתם לאחר שיקול-דעת ממשי, מתוך מחויבות אמיתית ובפורמאליות שלא הותירה מקום לספק ברצינות המעמד: על יסוד החוזה קיבל על עצמו כל אחד מן הצדדים לעבור טיפול רפואי ושניהם יחד חתמו על הסכם מקדמי עם מוסד בארצות-הברית לביצוע השתלה בפונדקאית. ..איני רואה סיבה לשלול מן ההסכמה ההדדית של רותי ודני תוקף משפטי. אם דני היה חוזר בו מן ההסכמה לאחר נטילת הביציות מרותי, ולפני ההפריה , האם לא היה בידי רותי לתבוע ממנו פיצויים על הסבל שגרם לה?".

1. כב' השופטת דורנר סברה באותו עניין, כי אין להחיל את הוראות חוק החוזים על חוזים מסוג זה. לדבריה:

"הסכם בעניין הולדת ילדים אינו חוזה. חזקה על בני זוג שאינם מעוניינים להחיל את דיני החוזים בעניינים מסוג זה... גם אם היה מוכח שהצדדים התכוונו לכך, עדיין לא היה בכוחם לתת תוקף של חוזה להסכם שביניהם, שכן עשיית חוזה להולדת ילדים מנוגדת לתקנת הציבור".

1. ברם, גם לשיטתה, אין בכך "כדי לשלול כליל את נפקותו המשפטית של ההסכם או של מצג בדבר הסכמה". לכן, אף לדעתה, מדובר בהסכמה שיש לה תוקף כלשהו, תוקף שאיננו חוזי, אבל יש לו מעמד מחייב מסוים.
2. אף לדעות שלא ראו בהסכם בין בנה"ז נחמני הסכם מחייב רגיל, היתה הסכמה כי להסכמה שהתגבשה בין בני הזוג, ישנה משמעות, גם אם אינה חוזית אלא מכוח המצג שיצרו הצדדים האחד כלפי רעהו. מצג זה, עשוי לגרור ציפיות ואף הסתמכות (שם, בעמ' 717).
3. באמרה של ד"ר ברק ארז (כתוארה אז) [על סימטריה וניטרליות: בעקבות](http://www.nevo.co.il/safrut/book/6673) פרשת נחמני, עיוני משפט כ(1) (עמ' 207 – 212) שנכתב לאחר פסק הדין הראשון בפרשה (הערעור) ולפני שניתן פסק הדין בדיון הנוסף, מעלה המחברת המלומדת את השאלה האם ראוי להכיר בקבוצת הביניים של "חוזים רופפים", והאם ככלל הסעדים רלוונטיים לגבי חוזים מסוג זה. לדבריה:

"בתחום דיני החוזים כאשר חל אחד הסייגים לאכיפת הסכם, ניתן לתבוע סעד אחר. האם יהיה בית המשפט מוכן לפסוק פיצויים לאשה במצבה של רותי נחמני? מה יהיה שיעורם של פיצויים אלה? אם עמדתו של בית המשפט לגבי תביעת הפיצויים תהיה גם היא שלילית, וכך ניתן להתרשם מרוח פסק הדין, כלל לא ברור אם תוכל רותי נחמני לקבל סעד כלשהו. ואם כך במה מתבטאת משפטיותו של החוזה?"

1. בהערת שוליים 63 למאמרה הנ"ל, מסבירה המחברת המלומדת, כי לנוכח גישת בית המשפט לפיצויים במקרים של הפרת הבטחת נישואים ופיצויים במקרה של אי עמידה בהסכם פוליטי, יש להסיק כי הפיצויים שייפסקו ככל שייפסקו, יהיו מוגבלים.
2. בעניין נחמני, למרות שדובר בחוזה רופף, נקבע בדעת הרוב, שיש תוקף להסכמת הצדדים ולכן נפסק שיש להתיר את המשך השימוש בביציות. ברם, בבג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות (ניתן ביום 5.2.13, להלן: "פרשת משרד הבריאות") שעסק אף הוא באפשרות של חזרה מהסכמה לשיתוף פעולה להבאת ילד לעולם (דובר על הסכמה לתרומת זרע אנונימית שנייה של אותו תורם), קיבל בית המשפט דווקא את העמדה המאפשרת חזרה מהסכמה, וזאת על אף שהפגיעה בזכות שלא להיות אב קטנה יותר במקרה של תורם אנונימי.
3. כב' השופט רובינשטיין נימק את ההבדל בכך, שבמקרה שמדובר בביצית שלא הופרתה, אכיפת ההסכם תהיה מעשה "אקטיבי" - שימוש בזרע התורם. מאידך, במקרה שהביצית הופרתה, עסקינן בנסיבה "פסיבית" – מניעת שימוש בזרעו של התורם. גם כב' השופטת ברק ארז קבעה כי "נקודת ה"אל-חזור" בפרשת נחמני הייתה יצירתה של הביצית המופרית". כב' השופט עמית סבר בפרשת משרד הבריאות, כי הזכות החיובית של האישה להורות דווקא מאותו אב גנטי, רחוקה מליבת הזכות להורות שנקבעה בפרשת נחמני.
4. בפרשת משרד הבריאות עמד כב' השופט רובינשטיין על שוני מהותי נוסף המבדיל בין פרשת נחמני לאותו מקרה והרלוונטי אף לענייננו. המדובר בקיומן של אפשרויות הורות נוספות העומדות בפני האישה. בפרשת נחמני לא היתה אפשרות לגב' נחמני להורות ביולוגית שלא באמצעות השימוש בזרעו של מר נחמני, ואילו בפרשת משרד הבריאות, לעותרת היו אפשרויות נוספות למימוש הורותה הביולוגית. במקרה שלפנינו, הסוגיה של הורות ביולוגית לא עומדת לדיון, שכן מדובר בתרומת ביצית, אלא נדונה הטענה של פגיעה בזכות להורות עצמה ובזכותו של הנתבע לחזור בו מהסכמתו להליך. בענייננו, חזרתו של הנתבע מהסכמתו להליך הפונדקאות לא מנעה, ואינה מונעת גם היום, מהתובעת את מימוש זכותה הבסיסית להורות וחזרתו מהסכמתו לביצוע ההליך אינה חוסמת את דרכה של התובעת להליך פונדקאות נוסף עם גבר אחר או באמצעות תרומת זרע בארה"ב.
5. גם במדינות העולם ניתן למצוא גישות שונות לגבי תוקף הסכמים של הבאת ילד לעולם. במאמרו של יחזקאל מרגלית-

To Be or Not to Be (a Parent)? – Not Precisely the Question; The Frozen Embryo Dispute אשר פורסם ב- 18 Cardozo Journal of Law & Gender, 355 (2012) , סוקר המחבר את המצב המשפטי במדינות העולם. באחד מפסקי הדין הראשונים שהתקבלו בבית המשפט לערעורים במדינת ניו יורק ושעסק בנושא, Kass v. Kass, 696 N.E.2d 174, 179-80 (N.Y. 1998); היה מדובר במקרה בו התבצעה הפריה חוץ גופית, כאשר על הטפסים עליהם חתמו בני הזוג היה כתוב שההליך יחל בהסכמת בני הזוג בלבד, וכי במקרה של גירושין תוכרע הבעלות על הביצית המופרית על ידי בית המשפט. שם נקבע בהסכם, כי בכל מקרה שבו יקרו נסיבות בלתי צפויות, הביצית המופרית תיתרם למדע.

1. לאחר ההפריה התגרשו בני הזוג, ובית המשפט קבע כי:

"Agreements between progentiors or gamete Donors regarding disposition of their pre-sygotes should generally be presumed valid and binding and enforce in any dispute between them"

1. באותו מקרה, נתן בית המשפט תוקף להסדרה חוזית בין הצדדים לפיה הביציות המופרות יתרמו במקרה של פרידה. עוד נקבע בפסק הדין הנ"ל, כי אין להכריח אדם להיות הורה בעל כורחו.
2. עיון נוסף יגלה, כי גם בארה"ב, חרף הגדרה של הסכמים אלו כחוזים מחייבים, בפסקי דין רבים מאמצים גישה הקרובה לגישת ההסכמים הרופפים ומאפשרים חזרה מן ההסכם. כך בעניין B. v. M.B., 751 A.2d 613 שעסק בגבר שרצה להמשיך בתהליך ההפריה (באמצעות פונדקאית) בעוד האישה סברה כי לאור פרידת בני הזוג אין להמשיך בתהליך, בית המשפט קבע כי :

"Agreement regarding disposition of pre-embryos entered into at time IVF is begun is enforceable, subject to right of either party to change his or her mind about disposition up to point of use or destruction of any stored pre-embryos."

1. במילים אחרות, למרות שבית המשפט הכיר בהסכם כתקף, הוא בכל זאת אפשר חזרה מן ההסכם וקבע כי הזכות שלא להיות הורה גוברת.
2. גם בית הדין האירופי התמקד פחות בהיבט החוזי ויותר בשאלת הזכות שלא להיות הורה. בעניין Evans v. United Kingdom, App. No. 6339/05 (Eur. Ct. H.R. Apr. 10, 2007) בית המשפט האנגלי נתן לגיטימציה לבעל לחזור בו מתהליך הפריה בעת גירושים וזאת, על סמך חקיקה באנגליה אשר דרשה הסכמה נמשכת לטיפולי הפריה. באותו מקרה, חתם הבעל על טופס בו נרשם כי הוא יוכל לחזור בו, כל עוד לא בוצעה השתלה. בית הדין האירופאי נתן תוקף לפסיקה האנגלית (ראו עוד במאמרו של יחזקאל מרגלית שם).
3. רוב המקרים שעסקו בניתוח התוקף החוזי במקרה של חזרה מהסכם להבאת ילדים לעולם בארץ ובעולם, התמקדו בשאלת אכיפת החוזה. זאת, להבדיל מן המקרה שבפנינו העוסק בפיצויים. משום כך, נראה שלצורך סוגיית הפיצויים ניתן להיעזר בפסיקה שדנה בהפרת הבטחת הנישואין אשר כאמור, מעלה שאלות דומות לגבי תוקפם החוזי של הסכמים רופפים בכלל והאפשרות לחזרה מהם בפרט.
4. בעבר, היתה במשפט הישראלי מגמה לצמצום העילה של הפרת הבטחת נישואין. במאמרו של פרופסור שיפמן- הבטחת נישואין – חוזה מחייב? משפטים יג, 104, המליץ המחבר המלומד שלא לתת תוקף לחוזה להבטחת הנישואים, ולכל הפחות לצמצם את העילה, תוך שימוש יעיל באפשרות שלא ליחס לצדדים כוונה ליצור יחסים משפטיים. זאת, גם אם זו היתה כוונתם והוא הציע לצמצם את הפיצוי למקרים שבהם נגרמו נזקים ממשיים בלבד. עמדה זו נדחתה בע"א 5258/98 פלונית נ' פלוני, פ"ד נח (6) 209 (להלן: "עניין פלונית"), אשר עסק בפיצוי בגין הפרת הבטחת נישואין. באותו מקרה, קבע כב' הנשיא ברק, כי חוזה מסוג זה תקף. נפסק כי:

"ההכרה בתוקפה החוזי של הבטחה להינשא אינה נקייה מספיקות. ניתן לטעון כי ההסכם להינשא הוא בעל אופי אינטימי והוא מצוי בתחום הרגש; על כן מן הראוי הוא להכיר בחירות של כל צד להשתחרר מהבטחתו, בלא שבכך יפר את זכותו של הצד האחר. ..חרף טיעונים אלה, הנני סבור כי המשפט אינו יכול להיות אדיש להסכמה להינשא, ואינו צריך להשאיר הסכמה זו ב"משבצת" המעניקה חופש החלטה לכל אחד מהצדדים. הטעמים לכך הם שניים. ראשית, הפרת ההבטחה להינשא עשויה לגרור נזק לצד השני. אין כל צידוק ענייני שלא לאפשר קבלת פיצוי על נזק זה. חירות הנישואין אינה מקנה חירות לגרימת נזק לאנשים אחרים. ההבטחה להינשא גוררת לעתים הסתמכות ותכניות שונות להגשמתה. תכנית הנישואין עשויה אף להשליך על תכניות אחרות של בני הזוג ולהביא לשינוי מצבם לרעה בהיבטים שונים. התעלמות ממציאות חיים זו גורמת עוול בלתי מוצדק. לעתים קרובות, כרוכה ההבטחה להינשא בהוצאות כספיות נכבדות. מדוע ישוחרר הצד החוזר בו מהבטחתו בעמידה בהוצאות אלה? ....שנית, דיני החוזים בישראל אינם נעצרים על סף הבית המשפחתי. המשפט אינו שולל תוקף משפטי מחוזים (אף חוזים משתמעים) המבוססים על אדנים רגשיים, ונוצרים בנסיבות אינטימיות בינאישיות. ...".

1. נימוקיו של כב' הנשיא ברק בנושא הפרת הבטחת נישואין, יפים גם במקרה שלפנינו. בפסק הדין הנ"ל סברה דעת הרוב, כי : "תרופת הפיצויים אינה מוגבלת וניתן לפסוק לנפגע פיצוי כללי מקום שהוכח כי חווה סבל, עוגמת נפש וצער המוכרים במשפט כראשי נזק בדיני התרופות בשל הפרת חוזה".
2. במאמרה של פרופ' נילי [כהן "ירידתה ועלייתה של הבטחת](http://www.nevo.co.il/safrut/book/1280) נישואין" המשפט יא 27 (2006) סוקרת המחברת המלומדת את מעמדה של הבטחת נישואין במשפט הישראלי. לדבריה:

"ראשית, נוכח אופיה האישי, אין לצוות על אכיפתה. שנית, הפיצוי בגין הפרתה אינו פיצויי קיום, שיעמיד את התובעת במצב שבו היתה, לו היה בן זוגה נושא אותה לאישה, אלא פיצויי הסתמכות, המאפיינים פיצויים בגין הפרת הבטחה שאינה חוזה... הפיצויים שבתי המשפט פוסקים בגין התביעה, עיקרם הנזק הממשי שנגרם – הוצאות בפועל".

1. במאמרה, מתייחסת המחברת לעניין פלונית, אשר בו התקבלה הטענה בדבר הזכאות לפיצויים כללים על דעת רוב חברי ההרכב והיא טוענת כי:

"אין כופים, חלילה על המבטיח לגרש את אשתו ולשאת את פלונית. כפיה כזו היא לא רק פגיעה אנושה במוסד הנישואין לטובת מחויבות מאוחרת, חלשה יותר. היא בראש ובראשונה פגיעה קשה בחירויות הפרט. גם אם אין מטילים על פלוני פיצוי שיעמיד את פלונית במצב שבו היתה לו היתה ההבטחה מתממשת. פלוני אינו חייב במזונותיה של פלונית... מצד שני אין מאפשרים התנערות מלאה מההבטחה: על המבטיח לפדות את החרטה בתשלום פיצויים כללים בגין הצער, פיצוי בסכום לא גבוה במיוחד".

(ג) מן הכלל אל הפרט

1. הסכמים לשיתוף פעולה בהליך הפריה הם הסכמים רופפים. מצד אחד הם מוכרים כחוזים, ומצד שני הפסיקה בארץ ובעולם מתייחסת אליהם ביתר סלחנות, בכל הנוגע לזכות החרטה. ההתייחסות להסכמים אלו דומה להתייחסות להסכמים להפרת הבטחת נישואין. בכל אחד מן המקרים יש למצוא איזון בין הערכים, בהתאם לנסיבות המקרה.
2. במקרה דנן, שני הצדדים התקשרו באופן פורמאלי בהסכם עם הסוכנות. יש לראות בהסכם מחויבות הסכמית אף ביחסים הפנימים שבין בני הזוג ולא רק "מול" הסוכנות. גם אם נסבור שמאחר שהביצית עדיין לא הופרתה, ניתן להשתמש בזכות החרטה שלא כמו בעניין נחמני, ממילא במקרה דנן, אין מדובר בבקשה לסעד אכיפה אלא לסעד של פיצוי כספי, אשר נועד להגן על אינטרס ההסתמכות של האישה. מאחר שמדובר בפיצוי כספי, ניתן לתת ביטוי לגישות השונות ביחס ל"חוזקו" של ההסכם, בבואנו לקבוע את גובה הפיצוי.
3. יצוין, כי בניגוד לטענת האישה (סעיף 36 לסיכומי התשובה), העובדה שבהסכם שבין האיש לבין סוכנות תורמת הביצית, נקבע כי "ניתן לבטל את החוזה באמצעות הסכמה משותפת של הצדדים" (סעיף 7.2 לנספח ו' לתביעה), אינה רלוונטית לתביעתה. זאת, מאחר והסכם זה נערך בין האיש לסוכנות והתחייבות זו של האיש, היא כלפי הסוכנות בלבד והאישה כלל לא היתה צד להסכם זה. בכל מקרה, האיש עמד בהסכם ושילם את מלוא התשלומים שהוא התחייב לשלם לתורמת הביצית, למרות שהחליט להפסיק את התהליך.
4. בעניינינו, הפסקת הליך הפונדקאות ע"י האיש, גרמה לכך שהכספים שהאישה שילמה יחד אתו לצורך ביצוע ההליך, ירדו לטמיון. לכן, יש לחייב את האיש להשיב לאישה מחצית מהסכומים שהיא שילמה עבור הליכי הפונדקאות, בסך של 53,781 ₪ (מחצית מסך של 27,580 דולר – סעיף 86 לסיכומי האישה). האיש לא חלק על תחשיב זה בסיכומיו (סעיפים 18-19 לסיכומיו וסעיפים 14 ו – 31 לסיכומי התשובה).
5. במקרה דנן, לא היתה קיימת וודאות כי הליך הפונדקאות יסתיים בהצלחה. אולם, קיים סיכוי, כי לולא הפסקת ההליך ע"י האיש באופן חד צדדי, היתה האישה הופכת לאם. בניגוד למקרה של הפרת הבטחת נישואין, שבו אם ההבטחה היתה מתממשת היתה האישה הופכת לנשואה, במקרה דנן, אף אם האיש היה ממשיך בהליך עד סופו, אין וודאות שהתוצאה המקוות, קרי שהתובעת היתה הופכת לאם, היתה מתממשת.
6. ככלל, יש להימנע מחיוב צד שהחליט כי ברצונו לסיים מערכת יחסים, בפיצוי לצד השני בגין עוגמת נפש. טבעם של מערכות יחסים כי הן תלויות בהסכמת הצד השני להישאר בתוך הקשר הזוגי. ברור כי אם הצדדים במקרה דנן היו מנסים להביא לעולם ילד משותף בדרך הטבע או באמצעות טיפולים רפואיים ולאחר כמה שנים של ניסיונות כושלים האיש היה מחליט לעזוב את האישה, לא היתה לאישה כל עילת תביעה כנגדו, על אף עוגמת הנפש הרבה שייתכן כי היתה נגרמת לה ועל אף שעברו שנים שהביאו אותה להיות בגיל מבוגר ללא פרי בטן. כל מי שנכנס למערכת זוגית יודע או צריך לדעת כי בן זוגו יכול ורשאי להפסיקה בכל עת. במקרה דנן, מאחר והצדדים פעלו והחלו בהליך פונדקאות, אשר נמשך מעל שנה (סעיף 30 לסיכומי התשובה) ואף חתמו על הסכם עם סוכנות, ניתן לראות כאמור בהסכם זה "חוזה רופף", שאמנם מאפשר חזרה ממנו, אבל אינו פוטר מתשלום עבור הנזק הממוני הישיר שנגרם לאישה כתוצאה מהפסקתו באיבו.
7. בעניינינו, האיש כבר פיצה את האישה בכך שהסכים שהיא תעשה שימוש בביציות שהן רכוש משותף, ללא דרישת כל תמורה ממנה. הוא אף שילם עבור הטסת תורמת הביצית והשאיבה שבוצעו לאחר הודעתו על רצונו להפסיק בתהליך. לפיכך, יש לראות בתשלומים אלו פיצוי נוסף שהאיש כבר העניק לאישה בגין עוגמת הנפש שנגרמה לה כתוצאה מהודעתו על הפסק ההליך ואין לחייבו בשום פיצוי נוסף.
8. כמו כן, ההוצאות שהאישה הוציאה לאחר שהאיש הודיע על רצונו להפסיק בתהליך ואשר כללו שתי נסיעות לתאילנד, נעשו מרצונה החופשי של האישה ועל פי החלטתה הבלעדית ולכן אין לחייב בהם את האיש כפי שהוא טוען בצדק (סעיף 19 לסיכומיו).
9. להשלמת התמונה יש לבחון את ההיקש שהאיש מבקש לערוך מסעיף 44 (א) לחוק תרומת ביציות, אשר קובע כי התורמת רשאית לחזור בה מההסכמה "בכל עת לפני הפריית הביציות והיא לא תישא באחריות אזרחית או פלילית בשל חזרתה מהסכמה כאמור". לדברי האיש, הדבר מלמד כי אף במקרה דנן, יכול האיש לחזור בו לפני ההפריה ולא תחול עליו שום חבות אזרחית. ברם, דיוק זה אינו הכרחי. ניתן להסיק מסעיף זה גם מסקנה הפוכה, לפיה כל עוד אין פטור ספציפי מאחריות, ככלל, אף בחוזה מוחלש כגון ההסכם להשתתף יחדיו בהליך פונדקאות, תיתכן חבות אזרחית.
10. יש להדגיש כי בניגוד לעניין נחמני, שבו דובר על אישה שעברה הליך מכאיב של שאיבת ביציות שהיה כרוך בסבל פיזי, במקרה דנן, לא נגרם לתובעת שום כאב וסבל פיזי בתהליך עצמו והיא לא הביאה כל הוכחה כי נגרמה לה נכות נפשית כלשהי.
11. כמו כן, אין מקום לחייב את האיש בפיצויים נוספים כגון פיצויים מוגברים. יש לנקוט בזהירות רבה, שעה שמחייבים פיצויים בגין הפסקת הליך משותף להבאת צאצא. כשם שלא ניתן לחייב אב בפיצויים לאם, כשהוא החליט לעזוב את אם ילדו עוד לפני לידת בנם, בגין העובדה שהאם תצטרך לגדל את בנם לבדה, כך לא ניתן לחייב את האיש במקרה דנן בפיצוי נוסף.
12. סיכומו של דבר: הנתבע ישלם לתובעת סך של 53,781 ₪. מאחר והתביעה התקבלה רק בחלקה הקטן, אין צו להוצאות.
13. פסק הדין מותר לפרסום בכפוף להשמטת פרטים מזהים.

ניתן היום, כה' תמוז כ"ה תמוז תשע"ו, בהעדר הצדדים.