



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

בע"ם 57929-12-24

לפני:

כבוד השופטת דפנה ברק-ארז
כבוד השופטת גילה כנפי-שטייניץ
כבוד השופט יחיאל כשר

המבקשת:

פלונת

נגד

המשיבים:

1. פלוני
2. המרכז הרפואי האוניברסיטאי סורוקה
3. משרד הבריאות

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע מיום 26.11.2024 בעמ"ש 24918-04-24 שניתן על-ידי כבוד השופטת ג' לוי, השופט י' דנינו והשופטת פ' גילת-כהן

תאריך הישיבה:

ה' חשוון תשפ"ו (27 אוקטובר 2025)

בשם המבקשת:

עו"ד דורי שוורץ, עו"ד שיראל בר

בשם המשיב 1:

עו"ד דיינה הר-אבן

בשם המשיב 2:

עו"ד נועם אביטל ברשד

בשם המשיב 3:

עו"ד רות גורדין

פסק-דין

השופטת דפנה ברק-ארז:

1. משבר בריאותי פתאומי ומטלטל, טיפולי פוריות ופרידה זוגית. אלה נתוני הרקע העומדים ביסוד ההליך שבפנינו, ובהשתלבותם זה בזה הולידו מחלוקת משפטית חריפה השלובה בכאב לב לכל המעורבים.

2. הצדדים החלו את הדרך שהובילה עד הלום כבני זוג. במהלך התקופה של הקשר הזוגי החלה המבקשת בהליך של שימור פוריות על רקע הרעה במצבה הבריאותי. הלכה למעשה, נשאבו מגופה רק שלוש ביציות תקינות, שכולן הופרו בזרעו של בן זוגה דאז,

המשיב 1 (להלן: המשיב), והוקפאו. בשל נסיבות רפואיות מסכנות חיים, זמן קצר לאחר מכן נאלצה המבקשת להפסיק באופן מידי את טיפולי הפוריות. בהמשך היא עברה ניתוח דחוף לכריתת רחמה, ובכך נסתם הגולל על האפשרות לבצע מחזור שאיבות נוסף. בחלוף חודשים אחדים נפרדו בני הזוג. בעת הזו, השימוש בעוברים המוקפאים, תוך הסתייעות בהליך פונדקאות, הוא האפשרות היחידה שפתוחה בפני המבקשת לממש הורות גנטית, ככל שהדבר יצלח. אולם, המשיב – שנולדו לו בינתיים ילדים ממערכת זוגית אחרת – מתנגד לשימוש בהם. מחלוקת זו הולידה את ההליך דנן. בפרט, השאלה המונחת לפתחנו היא האם המבקשת רשאית לעשות שימוש בעוברים המוקפאים, אשר נוצרו מהפריה של ביציות שנלקחו מגופה בזרעו של בן זוגה באותה עת, כדי להביא ילד לעולם באמצעות הליך פונדקאות. במאמר מוסגר יוער כי השימוש במונח "עוברים מוקפאים" נעשה כאן בהתאם לכתבי הטענות בהליך ולפסקי הדין הקודמים, ואין בו הבעת עמדה ביחס למצבו הרפואי או הביולוגי של החומר הגנטי שהוקפא.

3. אקדים ואציין כי רבים מן המאפיינים של הסכסוך שבפנינו דומים למרכיבי היסוד של פרשה קודמת אשר הולידה התדיינות ארוכה, כמו גם חילוקי דעות משמעותיים, ונודעה כפרשת נחמני – החל בבית המשפט המחוזי (ה"פ (מחוזי חי') 599/92 נחמני נ' נחמני, פ"מ תשנ"ד (1) 142 (1993) (להלן: עניין נחמני מחוזי)) וכלה בשני פסקי דין שניתנו בבית משפט זה – תחילה בערעור (ע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני, פ"ד מט(1) 485 (1995) (להלן: עניין נחמני הראשון)) ובהמשך במסגרת של דיון נוסף (דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661 (1996) (להלן: עניין דיון נוסף נחמני)). כידוע, בפסק הדין האחרון הוחלט בסופו של דבר לאפשר לאשה, רותי נחמני, לעשות שימוש בעוברים המוקפאים שלה ושל בן זוגה לשעבר, דני נחמני, חרף התנגדותו לכך (הגם שבסופו של דבר התהליך לא צלח). ההכרעה באותה פרשה הייתה כרוכה במחלוקות עקרוניות, מחד גיסא, אך גם מעוגנת בעובדות הקונקרטיות של מערכת היחסים בין בני הזוג ושל ההסכמות ביניהם, מאידך גיסא. על כן, המקרה שבפנינו מחייב בחינה עצמאית המבוססת על נסיבותיו הייחודיות. כמו כן, יהיה עלינו להידרש לשאלה האם התפתחויות שחלו בדין הישראלי מאז, ובראשן חקיקתו של חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק הפונדקאות) הן בעלות השפעה על ההכרעה. מכל מקום, ראוי לפתוח בתיאור עובדותיו של המקרה שבפנינו.

התשתית העובדתית

4. הצדדים להליך דנן הם אשה וגבר, ילידי שנת 1984, שניהלו קשר זוגי בין השנים 2013-2016, מבלי להינשא. הם החלו בתהליך של הפריה חוץ-גופית, אך בהמשך, בשלב שלאחר הקפאת העוברים, השניים נפרדו. להשלמת התמונה יצוין כבר עתה כי כיום המבקשת היא רווקה ללא ילדים, ואילו המשיב נשוי ואב לשניים. המשיב 2 הוא המרכז הרפואי האוניברסיטאי סורוקה (להלן: המרכז הרפואי סורוקה), שבו נערכו טיפולי הפוריות של השניים, ואילו המשיבה 3 היא מדינת ישראל – משרד הבריאות (להלן: המדינה). יוער כי עמדת המדינה במסגרת ההתדיינות הוגשה על דעתה של היועצת המשפטית לממשלה. בהתאמה, זו תכונה לעתים גם עמדת היועצת המשפטית לממשלה, לפי העניין.

5. בחודש אפריל 2015 המבקשת החלה לסבול מכאבים, ובהמשך לכך קיימה בירור רפואי שהוביל לגילוי של גידול ממאיר בשחלתה. בעקבות זאת, ביום 4.11.2015 המבקשת עברה ניתוח לכריתה של שחלתה השמאלית. במהלך הניתוח התברר כי הגידול התפשט והשתרש גם ברחמה, ועל כן המבקשת נאלצה לעבור טיפולים כימותרפיים אגרסיביים. בשל השלכותיהם של טיפולים אלה על הפוריות, ניתנה למבקשת המלצה לעבור לפני כן הליך של שימור פוריות.

6. ביום 12.11.2015 המבקשת והמשיב קיימו פגישת ייעוץ עם רופא נשים בכיר מיחידת הפוריות במרכז הרפואי סורוקה (להלן: הרופא). במהלך הפגישה הוסבר לשניים בהרחבה על התהליך שהוצע להם לשימור פוריות. בהקשר זה הוצגו לצדדים שתי אפשרויות – הקפאת ביציות בלבד או הקפאת עוברים, לאחר הפריית הביציות. מבחינה רפואית, כך הוסבר, הקפאת הביציות לאחר הפרייתן משפרת את סיכויי השרידות של החומר הגנטי בהשוואה להקפאת ביציות בלבד וביצוע של הפריה בנפרד לאחר הפשרתן. על רקע זה, ההמלצה הרפואית הייתה לשלב בין שתי האפשרויות: להפרות מחצית מהביציות לצורך הקפאת העוברים שייווצרו, ולהותיר את מחציתן ללא הפריה (בכפוף לכמות הזקיקים שתתקבל). בסמוך לאחר מכן, המבקשת החלה בטיפולים הנדרשים לקראת שאיבת ביציות, ואילו המשיב הופנה לבדיקת זרע, מתוך כוונה שייעשה בו שימוש להפריית הביציות שיישאבו. יובהר כי בשלב זה, כך גם לפי המבקשת, האפשרות לכריתת רחמה לא עלתה, כך שלא נשללו הסיכויים שהיא תישא עובר ברחמה לאחר שתחלים.

7. במעמד הפגישה האמורה הרופא מסר למבקשת ולמשיב מסמך שנשא את הכותרת "תצהיר", והם התבקשו להחזירו לאחר שיחתמו עליו בנוכחות עורך דין (להלן:

התצהיר). יודגש כי באותה עת המרכז הרפואי סורוקה הפנה את הדרישה לחתום על התצהיר רק לבני זוג לא נשואים שביקשו לעבור בו הליך של שימור פוריות. לצורך המשך הדיון, יובא כאן נוסח התצהיר במלואו:

"תצהיר

- אנו החתומים מטה [פרטי הצדדים] לאחר שהוזהרנו כי עלינו להצהיר על האמת, שאם לא כן נהיה צפויים לעונשים הקבועים בחוק, מצהירים בזאת כדלקמן:
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 הרפואי האוניברסיטאי סורוקה על מנת לבצע הפריה חוץ גופית מזרעו של הגבר ומביציותיה של האישה.
 3. הננו מצהירים כי העוברים שיווצרו מההפריה הנ"ל מיועדים לה[ח]דרה 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 מאתנו, על כל החובות ההדדיות והחוקיות הנובעות ממנו.
 5. הננו מצהירים כי ידוע ומוכן לנו שעם היוולד התינוק/ות מהפריה זו יחולו עלינו כל החובות והחובות והזכויות הנובעות מהורות ביולוגית טבעית, אף אם לא נהיה נשואים בעת הלידה זה לזו.
 6. הגבר מצהיר כי ידוע ומוכן לו שאף אם התינוק/ות שיוולדו מהפריה זו יוחזק/יוחזקו בידי האישה בלבד, יחולו עליו כל החובות והזכויות של אב ביולוגי ע"פי כל דין, ואין בהסכם מיוחד זה כדי לגרוע מכך דבר.
 7. הננו מצהירים כי במקרה של העלמות ו/או פטירה של מי מאתנו, עוד טרם קליטת העוברים שיווצרו מההפריה ברחם האישה, רשאי יהא הצד הנותר לבחור בדרך הטיפול בחומר גנטי שניתן ע"י הצדדים לצורך ההפריה, זאת לאחר הצגת אישור משפטי בדבר העלמות ו/או פטירה של הצד השני ובכפוף להוראות כל דין החל על הנושא במדינת ישראל" (הטעויות במקור, התיקונים בסוגריים מרובעים נוספו – ד' ב' א').

בהמשך לכך, ביום 17.11.2015 המבקשת והמשיב חתמו על התצהיר בנוכחות

עורך דין.

8. ביום 23.11.2015 בוצע הליך של שאיבת ביציות מגופה של המבקשת, בד בבד עם מסירת זרעו של המשיב לצורך ההפריה. כפי שצוין, עם השלמת השאיבה התברר כי נשאבו מגופה שלוש ביציות תקינות בלבד. בשל מיעוט הביציות ובהתאם להמלצה הרפואית העדכנית שהוצגה להם, בני הזוג החליטו להפרות את שלוש הביציות בזרעו של המשיב, דהיינו להקפיא את העוברים שנוצרו כתוצאה מהפריית החומר הגנטי של שניהם, מבלי להותיר ביציות בלתי מופרות כלל.

9. ראוי להבהיר כי בנקודת הזמן ההיא הצדדים לא ידעו בוודאות שיהיו אלה שלוש הביציות האחרונות שניתן יהיה לשאוב מגופה של המבקשת. לצד זאת, הם גם לא ידעו אם מחזורי השאיבה הנוספים שתוכננו יישאו פרי. מכל מקום, הם פעלו בהתאם להמלצה הרפואית העדכנית, שצידדה בהפריית הביציות כולן. עוד חשוב לציין כבר עתה כי לימים העיד המשיב שבאותה עת – ולמעשה אף מעט קודם לכן בעת שהשתתף בתהליך על דרך הפקת הזרע ומסירתו – התערערו יחסיו עם המבקשת ועלו אצלו לבטים ביחס לתהליך. אולם, הוא נמנע מלשתף בהם את המבקשת.

10. אם כן, בהתאם להחלטה שקיבלו המבקשת והמשיב על סמך ההמלצה העדכנית, הפרייתן של שלוש הביציות בוצעה ביום 23.11.2015, ובחלוף 48 שעות, ביום 25.11.2015, הוקפאו העוברים שהתפתחו מההפריה. בו ביום, בני הזוג קיבלו מסמך מהמרכז הרפואי סורוקה, שבו צוין כי העוברים יוקפאו לתקופה שלא תעלה על חמש שנים, אלא אם תתקבל בקשה בכתב מטעם המבקשת והמשיב להאריך את תקופת ההקפאה.

11. בסמוך למועד של הקפאת העוברים, התברר כי מחלתה של המבקשת חזרה עם גרורות ברחם ובכבד. עקב כך, הרופאים האונקולוגיים הורו על הפסקה מידית של הטיפולים לשימור הפוריות ובחודש דצמבר 2015 המבקשת החלה בטיפולים כימותרפיים.

12. לאחר שהמבקשת עברה ששה סבבים של טיפולי כימותרפיה, נערכה לה סדרת בדיקות שבה התגלו בגופה ממצאים חריגים. על כן, ביום 3.5.2016 הרופאים המטפלים המליצו לה לעבור ניתוח לכריתת רחם וכן להסרת חלק מהכבד שהיה נגוע בגידול. בהמשך לכך, ביום 20.7.2016 עברה המבקשת ניתוח לכריתת הרחם. בשלב זה אפסו הסיכויים לשאוב ביציות נוספות מהמבקשת, וכן ירדה לחלוטין מהפרק האפשרות שהיא תישא עובר ברחמה.

13. במהלך חודש אוגוסט 2016 ולאחר בדיקות מקיפות, המבקשת התבשרה כי היא "נקייה" מגידולים סרטניים. בסמוך לאחר מכן, הודיע המשיב למבקשת כי הוא מעוניין לסיים את מערכת היחסים הזוגית ביניהם, והשניים נפרדו.

14. מספר ימים לאחר הפרידה פנתה המבקשת אל המשיב וביקשה שיחתום על מסמך הסכמה לשימוש בעוברים המוקפאים. המשיב סירב לבקשה זו. בחלוף כארבע שנים נוספות, ביום 11.10.2020, פנתה המבקשת למשיב בשנית ושיתפה אותו ברצונה לעשות שימוש בעוברים המוקפאים לצורך הליך פונדקאות באמצעות אם נושאת. המבקשת הטעימה כי זוהי האפשרות היחידה הפתוחה בפניה להביא לעולם ילד בעל זיקה גנטית אליה ושהיא תותיר לשיקול דעתו של המשיב את הבחירה האם להיות בקשר עם היילוד. המשיב מצדו ציין כי להחלטה צפויות להיות השלכות ניכרות על חייו, והסביר את התנגדותו העקרונית להבאת ילדים שלא יהיה לו חלק בגידולם. לבסוף, המשיב אמר למבקשת כי הוא ישוחח עם אשתו בעניין ויעדכן אותה. לאחר מספר ימים שלח המשיב למבקשת מסרון קצר שבו נכתב: "מצטער".

המסגרת הנורמטיבית

15. לצורך דיון במקרה שבפנינו יש להקדים ולהציג את "אבני הבניין" הנורמטיביות, דהיינו את החוקים הרלוונטיים והתקדימים המשפטיים שעסקו בסוגיה. כפי שנראה, חרף ההתדיינות הממושכת בפרשת נחמני הידועה, הנושא נותר פרוץ, לפחות באופן חלקי. השאלות שמעורר המקרה דנן אינן מקבלות מענה בחקיקה ראשית, והסדרתו החלקית מאוד של הנושא מתמצה בחקיקת משנה, בנהלים ובפסיקה בלבד.

16. כפי שכבר צוין, לפרשת נחמני שנדונה בשנות ה-90 של המאה הקודמת יש רלוונטיות מיוחדת בנסיבותיו של המקרה דנן. על כן, יש מקום לחזור ולהציג את עובדותיו היסודיות. אותו מקרה נסב על סיפורם של בני הזוג נחמני, רותי ודני, שנישאו בשנת 1984. לאחר שרותי איבדה את היכולת לשאת היריון טבעי בעקבות ניתוח של הסרת רחם – אך כאשר גופה עדיין הכיל ביציות שניתן להפרות – בני הזוג ביקשו להביא ילד לעולם באמצעות הפריה חוץ-גופית. הם ניהלו מאבק ממושך להגשמת מטרותם, לרבות בערכאות, עד שלבסוף נמצא המתווה המשפטי שיאפשר זאת, באמצעות הפריה חוץ-גופית שתושלם בהליך של פונדקאות בחו"ל (מאחר שבאותה עת החוק לא הכיר עדיין באפשרות של פונדקאות בישראל). בהמשך לכך נשאבו ביציות מרותי והן הופרו

בזרעו של דני, כאשר לאחר מכן הוקפאו העוברים של בני הזוג. בשלב שבו ניסו השניים לאתר אם נושאת בארצות הברית דני נפרד מרותי, הקים משפחה חדשה והפך בעצמו לאב. לעומתו רותי נותרה חשוכת ילדים, ו"שביב תקוותה האחרון להיות לאם" היה באמצעות שימוש בעוברים המוקפאים בעזרת הליכי פונדקאות (כדברי השופט צ' א' טל בעניין נחמני הראשון). אולם – וזה הפרט החשוב לענייננו – דני לא נתן את הסכמתו לכך.

17. רותי הגישה תביעה לבית המשפט המחוזי בחיפה בעניין, וזה נעתר לבקשתה והתיר לה להשתמש בעוברים המוקפאים (עניין נחמני מחוזי, השופט ח' אריאל). ערעורו של דני לבית המשפט העליון נדון בפני חמישה שופטים והתקבל ברוב דעות (עניין נחמני הראשון, המשנה לנשיא א' ברק, השופטים ד' לוין ו-י' זמיר והשופטת ט' שטרסברג-כהן, כנגד דעתו החולקת של השופט טל).

18. בהמשך לכך הגישה רותי בקשה לקיום דיון נוסף, וזו התקבלה. הדיון הנוסף התקיים בפני הרכב מורחב של 11 שופטים, והוחלט בו לקבל את עתירתה של רותי (השופטים ג' בך, א' גולדברג, א' מצא, י' קדמי, ד' דורנר, טל, ו-י' טירקל, כנגד דעת המיעוט של הנשיא ברק והשופטים ת' אור, זמיר ו-שטרסברג-כהן). ההנמקות של השופטים – הן של שופטי הרוב והן של שופטי המיעוט – נבדלו זו מזו בטעמיהן ובדגשים שהציעו, ואין צורך להציג בהרחבה את כלל חוות הדעת. המחלוקת השתרעו, בין השאר, על שאלות חוקתיות הנוגעות לאיזון בין הזכויות המתנגשות, על שאלות מתחום המשפט הפרטי שהתמקדו בפן החוזי, ואף על שאלות שעניינן במהות היחסים שבין "דין" לבין "צדק". השופטים נדרשו באריכות לבחינת טיב ההסכמה שנוצרה בין רותי ודני נחמני, להיקפה ולהשלכותיה, כמו גם לאפשרות לחזור ממנה בשלב כה מאוחר של התהליך.

19. מכל מקום, דומה כי ניתן לסכם שלשיטת רוב השופטים בפרשת נחמני, בשלב שלאחר הפריית הביציות יש להעדיף את הזכות להורות על פני הזכות לאי-הורות, בנסיבות שבהן העוברים המוקפאים הם "ההזדמנות האחרונה" להביא ילד לעולם. כאמור, הניתוח המשפטי השתנה בין השופטים, אולם זהו הבסיס המשותף לכל שופטי הרוב. לצד זאת, יש להודות כי איזון הזכויות האמור לא נקבע באופן קטגורי או מופשט, אלא התמקד בזכויותיהם של הצדדים המסוימים על רקע עובדותיו הייחודיות של אותו מקרה (ראו למשל: שם, בעמ' 704 (בחוות דעתו של השופט טל), בעמ' 719 (בחוות דעתה של השופטת דורנר), בעמ' 744 (בחוות דעתו של השופט בך), בעמ' 759-760 (בחוות דעתו של השופט מצא)).

20. ההלכה שנקבעה בפרשת נחמני שימשה נקודת התייחסות חשובה בפסק דין מאוחר יותר שנסב על רצונה של אשה, שילדה בת לאחר שקיבלה תרומת זרע אנונימית, להשתמש במנות זרע נוספות של אותו תורם, לאחר שזה התחרט וביקש להפסיק את השימוש בתרומות שנתן במקרים עתידיים (בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות, פ"ד סו(1) 274 (2013) (להלן: עניין תרומת הזרע)). באותו מקרה נקבע כי אין לאפשר לאשה לעשות כן ויש לקבל את עמדתו של התורם. בפסק הדין עמד השופט א' רובינשטיין על ההבחנות בין אותו מקרה לבין פרשת נחמני, בהסבירו כך –

“פרשת נחמני לא הכירה בזכות עקרונית להבאת ילדים לעולם מאדם מסוים. היא הכירה בכך שבהיעדר אפשרות אחרת להבאת ילד לעולם ובנסיבות חריגות (בין היתר, לאחר שנוצרה הפריה חוץ גופית), הזכות להורות עשויה לגבור על זכותו של אחר שלא להיות הורה ועל זכותו לאוטונומיה. אין זה המצב בענייננו. זכותה של העותרת להורות ויכולתה להורות אינן תלויות בתורם הזרע... בנסיבות אלה גוברת זכות התורם לאוטונומיה” (שם, בעמ' 332 (ההדגשה במקור). ראו גם: שם, בעמ' 319).

בחוות דעתי באותו עניין הדגשתי אף אני את הדברים הבאים:

“בעבר, נדרש בית משפט זה להתמודד עם השאלה של איזון בין הזכות להורות לבין הזכות שלא להיות הורה בפרשת נחמני. לאחר חילוקי דעות מרובים, צידדה דעת הרוב בדיון הנוסף בזכותה של האם באותו מקרה לממש את זכותה להורות. כלומר, באיזון בין הזכות להורות לבין הזכות לאי הורות גברה באותו מקרה הזכות להורות... בפרשת נחמני נדרש בית המשפט להכריע בשאלת גורלן של ביציות מופרות בזרעו של האב בתנאים שבהם סיכוייה של האישה להפרות ביציות אחרות שלה היו נמוכים ביותר, ואולי אף בלתי קיימים. כלומר, העדפתה של האישה הייתה מבוססת על הגנת זכותה להורות ביולוגית כלשהי – להבדיל מהגנה על אופן מימושה של הזכות להורות ביולוגית, כמו במקרה שלפנינו” (שם, בעמ' 336).

21. אם כן, המאפיין הבסיסי שעמד ביסוד ההכרעה בפרשת נחמני – ואשר לא התקיים בעניין תרומת הזרע – היה העובדה שמבחינתה של רותי, הייתה זו “ההזדמנות האחרונה” ואף היחידה להפוך לאם (גנטית). כל זאת, כאשר התעוררו ספקות באשר לתוכן ההסכמה של הצדדים ביחס לאפשרות השימוש בעוברים המוקפאים במקרה של פרידה. מאפיין היסוד של אותה פרשה מתקיימים גם אצלנו. הצדדים חלוקים ביחס

לתוכן ההסכמה שלהם, ואף כאן מבחינת האשה, היא המבקשת, זוהי ההזדמנות האחרונה והיחידה להורות גנטית.

22. במהלך ההתדיינות בפרשת נחמני נפל לכאורה דבר – בשנת 1996 נחקק חוק הפונדקאות (הגם שפסק הדין בדיון הנוסף ניתן לאחר החקיקה, ובהתאמה חלק מהשופטים התייחסו לחוק – הוראותיו לא חלו במישרין על עניינם של בני הזוג נחמני). אולם, בניגוד למה שניתן היה לצפות, עיון בחוק הפונדקאות מלמד כי הוא מסדיר את מערכת היחסים בין ההורים המיועדים לבין האם הנושאת (הפונדקאית) בלבד, בפיקוח המדינה. אין בו כל התייחסות ישירה לשאלת ההסכמה ולזכויות ההדדיות בין ההורים המיועדים לבין עצמם. ניתן אף להצטער על כך שההסדרה של תחום חשוב ורגיש זה נותרה פרוצה במערכת ה"אופקית" שבין ההורים המיועדים. תחושת ההחמצה גוברת בהתחשב בכך שהמקרה הנוכחי הוא מבחינות רבות "שידור חוזר" של פרשת נחמני ושל המחלוקות שנדונו במסגרתה.

23. עוד ראוי לציין כי בשנת 2018 נחקק חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון מס' 2), התשע"ח-2018 (להלן: תיקון מס' 2 לחוק הפונדקאות). תיקון חקיקה זה הרחיב את ההגדרה של "הורים מיועדים" והתווה לראשונה מסלול פונדקאות גם עבור "אם מיועדת יחידה", דהיינו: אשה ללא בן זוג המבקשת להתקשר בהסכם עם אם נושאת לשם הולדת ילד. במאמר מוסגר, גם אם למעלה מן הצורך בהקשר הנוכחי, יוער עוד כי במסגרת בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (פסק דין חלקי מיום 27.2.2020 ; פסק דין משלים מיום 11.7.2021), נקבע כי הגדרה זו של "הורים מיועדים" אינה חוקתית, והיא פורשה כחלה אף על גברים יחידיניים ועל זוגות גברים חד-מיניים.

24. במישור חקיקת המשנה, הסוגיה של הפריה חוץ-גופית מוסדרת בתקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית), התשמ"ז-1987 (להלן: תקנות הפריה חוץ-גופית). בכל הנוגע להסדרת ההסכמות בין הצדדים, תקנה 14 מורה כך:

"(א) כל פעולה הכרוכה בהפריה חוץ-גופית כאמור בתקנה 2 תיעשה רק לאחר שהרופא האחראי הסביר לכל אחד מהנוגעים בדבר את משמעותה ואת התוצאות העשויות לנבוע ממנה, וקיבל הסכמה מודעת של כל אחד מהם בנפרד.

- (ב) כל פעולה הכרוכה בהפריה חוץ-גופית של אשה
נשואה תיעשה רק לאחר קבלת הסכמתו של בעלה.
(ג) הסכמה לפי תקנות אלה –
(1) לא תינתן לאדם מסויים או לענין מסויים;
(2) תינתן בכתב ובנוכחות רופא ובלבד שהסכמת
בני זוג נשואים תינתן על גבי מסמך אחד".

למען שלמות התמונה יצוין כי תקנה 2 מגדירה את הפעולות שעליהן חלות
התקנות ככוללות נטילת ביצית מאשה, הפריית ביצית, וכן הקפאה והשתלת ביצית
מופריית בגופה של אשה.

25. תקנות הפריה חוץ-גופית הותקנו מכוח סעיף 33 לפקודת בריאות העם, 1940
(להלן: פקודת בריאות העם). סעיף זה מקנה למחוקק המשנה סמכות כללית להתקין
תקנות בעיקר בהיבטים ארגוניים או סניטריים הנוגעים לשירותי רפואה (ראו: בג"ץ
256/88 מדיאנווסט מרכז רפואי הרצליה בע"מ נ' מנכ"ל משרד הבריאות, פ"ד מד(1) 19,
32-31 (1989)). מדובר בחקיקה מנדטורית מיושנת, אשר חרף הקשיים העולים
מהסתמכות עליה לצורך הסדרת תחומים שטרם באו לעולם בשעת חקיקתה, נקבע כי אין
להורות על בטלותם של ההסדרים שנקבעו מכוחה בנושאים של פיריון וילודה. באחד
מפסקי הדין, שבו נדונה בקשה לאפשר תרומת זרע מתורם ידוע, הוסבר בהקשר זה כי
חריגה מן ההסדרים הקבועים בפקודת בריאות העם בעת הנוכחית "משמעותה יצירת
תוהו ובוהו בנושא רגיש מאין כמוהו" (בג"ץ 4645/18 פלונית נ' שר הבריאות, פסקה 8
לפסק דינו של השופט נ' הנדל (13.2.2019) (להלן: עניין התורם הידוע)).

26. בשנת 2001 שלחה היועצת המשפטית למשרד הבריאות מכתב למנהלים של
יחידות הפוריות בבתי החולים ושל בנקי הזרע, שעניינו "טיפול הפריה מזרעו של אדם
שאיננו אנונימי" (17.1.2001). בהנחיה זו הובהר כי ככלל, ניתן לבצע פעולות פוריות
באשה לפי בקשתה, גם מזרעו של אדם המוכר לה שאיננו בעלה או בן זוג החי עמה
(ובלבד שהשניים אינם נשואים לאחרים). בהנחיה זו הודגש כי תנאי לביצוע הפעולה
הוא הצגתו של הסכם בין הצדדים, הכולל התייחסות למספר היבטים חשובים שפורטו
בה, ואלו הם:

- (1) הגבר מצהיר כי הוא מעוניין כי האשה המסוימת
תופרה בזרעו וכי הוא מודע לכך כי חובותיו כלפי הילוד
אינן תלויות בתקפו של ההסכם שבינו לבין המטופלת
ותחולנה עליו בכל מקרה, כהורה ביולוגי.

- (2) יש להתייחס לשאלה, האם ניתנת לגבר האפשרות לחזור בו, ואם כן – באיזה שלב (ובלבד שאין המדובר בשלב המאוחר להחזרת העוברים).
- (3) יש להתייחס לשאלה מה ייעשה בחומר הגנטי המשותף, במקרה של חזרת אחד הצדדים מן ההסכם, או מות אחד הצדדים להסכם. תוקפו של כל הסדר שייקבע יהיה כפוף לכל דין.
- (4) על האם להצהיר כי אין היא 'אם נושאת' במשמע חוק ההסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), תשנ"ז-1996.
- (5) על שני הצדדים להצהיר כי ההסכם לא נעשה כנגד תמורה כספית או אחרת, לגבר או לאשה, וכי הם נכנסים אליו מרצונם החופשי.
- (6) שני הצדדים מצהירים כי אין הם נשואים לבני זוג אחרים."

המכתב לא כלל הצעת נוסח מסוימת, אלא רק נדרש להיבטים הטעונים הסדרה במסגרת ההסכם בין הצדדים. אלה הם אף ההיבטים שנזכרו בעיקרם בנוסחו של התצהיר שעליו חתמו הצדדים שבפנינו.

27. עוד יש לציין כי בשנת 2007 פורסם חוזר מנכ"ל משרד הבריאות מס' 20/07 "כללים בדבר ניהולו של בנק זרע והנחיות לביצוע הזרעה מלאכותית" (8.11.2007) (להלן: חוזר מנכ"ל 20/07). סעיף 31 לחוזר זה, שכותרתו "טיפול בזוגות שאין ביניהם קשר זוגי לצורך הבאת צאצא משותף", עוסק בהורות משותפת וקובע כך:

"ביצוע פעולות פוריות באישה מזרעו של גבר, שאינו בן-זוגה, המבקשים להביא ילד בהורות משותפת, ללא קשר זוגי, מותנה בקיומו של הסכם בין הצדדים".

בהמשך לכך הסעיף מונה פרטים שההסכם צריך לכלול, הדומים במהותם לאלו שהוזכרו במכתב משנת 2001. בכלל זה נדרשת "התייחסות לשאלת האפשרות של הצדדים להסכם לחזור בהם והשימוש שיעשה בחומר הגנטי במקרה זה".

28. לפי הנטען, סעיף 31 האמור הוביל לכך שהמרכז הרפואי סורוקה הציג לצדדים שבפנינו את התצהיר לחתימה, דרישה שהופנתה אליהם מאחר שלא היו נשואים. התצהיר עצמו, כך למדנו, נוסח על-ידי המרכז הרפואי סורוקה בהתאם להוראותיו של סעיף 31, ואינו משקף בהכרח נוסח אחיד שנהג או נוהג במרכזים רפואיים שונים. יצוין כי לדברי באת-כוח המרכז הרפואי סורוקה, בינתיים שונה נוסחו של התצהיר וחתימה עליו (או על גרסה אחרת שלו) נדרשת כיום אף מזוגות נשואים.

29. יושם אל לב כי ההנחיה משנת 2001, כמו גם סעיף 31 לחוזר מנכ"ל 20/07 – מסדירים את הסוגיה של הורות משותפת עבור מי שאינם בני זוג. אכן, המודל של הורות משותפת מיועד ככלל למי שאינם מקיימים ביניהם קשרי זוגיות אך מעוניינים להביא ילד משותף לעולם. זוהי סיטואציה שונה מאשר מצבם של בני זוג אשר פונים להליכי הפריה חוץ-גופית בשל קשיים בהעמדת צאצאים ב"דרך הטבע". על רקע זה, נקל להבין כי המתכונת המכונה "הורות משותפת" אינה מותאמת באופן מלא לבני זוג לא נשואים המתמודדים עם בעיות פוריות, כפי שהיו המבקשת והמשיב בתקופה הרלוונטית. אולם, בפועל, דומה שמשרד הבריאות ובהתאם לכך גם מרכזים רפואיים שפעלו בפיקוחו כדוגמת סורוקה לא הבחינו בין שני המצבים.

30. זה המקום לציין כי גם לאחר האירועים שהולידו את ההליך הנוכחי חלו התפתחויות מסוימות בנהלים המסדירים את הסוגיה. אלה אינם חלים במישרין בענייננו, אך רצוי להציגם בקצרה כדי להיטיב להבין את הסוגיה בכללותה. ביום 14.12.2017 פורסמה הנחיה נוספת מטעמה של היועצת המשפטית למשרד הבריאות בנושא "הזרעה או הפריית ביציות מזרע גבר ידוע שאינו בן זוג המטופלת". בהנחיה זו הודגש כי הדין בישראל מכיר בשתי אפשרויות בלבד להזרעה או הפריית ביציות: שימוש בזרע של אדם ידוע שעתיד להיות אב ליילוד, ושימוש בתרומת זרע אנונימית מבנק זרע. הנחיה זו חזרה על עיקרי המכתב משנת 2001, בצינה כי הגבר והאשה נדרשים להציג ליחידות ההפריה החוץ-גופית תצהיר ובו התייחסות לנקודות שהוזכרו לעיל. יוער כי הנוסח בהנחיה המאוחרת היה מעט שונה. בעוד שבשנת 2001 זו התייחסה לחתימה על "הסכם" בשנת 2017 צוינה חתימה על "תצהיר". מכל מקום, ההנחיה המאוחרת הוסיפה והבהירה כי "יש לשים לב כי בני הזוג מתייחסים בתצהיר לנקודות הנ"ל ולא רק 'מעתיקים ומדביקים' את הנוסח... הדבר חשוב כדי למנוע חוסר הבנות וסכסוכים עתידיים לגבי גורל החומר הגנטי ומעמד הילד שייוולד".

31. הגם שהדבר חורג ממסגרת הזמנים הרלוונטית לאירועים שבפנינו, ראוי להוסיף ולציין כי בשנת 2024 פורסמו שני חוזרים נוספים מטעם משרד הבריאות שהסדירו מכיוונים שונים את הנושא של הפריה חוץ-גופית. חוזר חטיבת הרפואה במשרד הבריאות מס' 11/2024 "אמות מידה ליחידות להפרייה חוץ גופית (הח"ג, IVF)" מורה בסעיף 7.1.1. לו כי "יש להמליץ למטופלים שאינם גבר ואישה הרשומים כנשואים זה לזה, להכין הסכם הורות משותפת, שיתייחס בין השאר לשאלה מה יעשה בחומר הגנטי במקרה של חזרת אחד מהצדדים מן ההסכם". החוזר אף כולל בנספח 5 שלו נוסח של

"תצהיר כוונה משותפת להורות". אולם, הנוסח אינו כולל כל התייחסות מפורשת לסוגיות של הסכמה או למצבים של פרידה. נוסף על כך, חוזר חטיבת הרפואה במשרד הבריאות מס' 12/2024 "הנחיות ליחידות הפריה חוץ גופית (IVF) אודות טיפול בביציות מופרות" עוסק בטיפול בביציות מופרות בסיומה של תקופת שמירתן בהקפאה, ודורש הסכמה של הצדדים שתינתן מראש באשר לכך. לעניין זה אין השלכה ישירה על המחלוקת במקרה דנן.

32. התוצאה היא, שבהתאם למצב המשפטי הנוהג כיום בני זוג המתחילים יחד בהליך של הפריה חוץ גופית אינם מקבלים כל הנחיה מצד גורמים מוסדיים להגיע להסכמה פורמאלית ביניהם ביחס למצבים כמו זה שאליו נקלעו הצדדים שבפנינו. בהתחשב בניסיון המצטבר מהעשורים האחרונים, ראוי לתת על כך את הדעת. מכל מקום, במקרה שבפנינו יש להכריע על-פי היש, ולא על-פי האין. בתמצית, כפי שראינו, הדין החל על הליך של הפריה חוץ גופית עבור זוגות מבוסס על הסכמה בין הצדדים, שאמורה לכלול גם התייחסות לאפשרות שבגדרה אחד מהם יהיה מעוניין לחזור בו בהמשך הדרך. אולם, אין בדין הסדרה חד-משמעית ביחס למקרה שבו הם לא עשו כן.

ההתדיינות המשפטית עד כה

33. כפי שיפורט בהמשך, ההתדיינות בין הצדדים נמשכת כבר כחמש שנים, לאחר שהחלה בתביעה שהוגשה לבית המשפט לענייני משפחה. עמדות הצדדים הן חדות והופכיות: המבקשת סבורה כי יש לאפשר לה לעשות שימוש בביציות המופרות, ואילו המשיב מתנגד לכך בתוקף. בשלב זה, אפנה להצגת ההתדיינות בערכאות הקודמות לפרטיה.

בית המשפט לענייני משפחה

34. מקורה של ההתדיינות בתביעה שהגישה המבקשת ביום 22.11.2020 לבית המשפט לענייני משפחה בבאר שבע (תמ"ש 52163-11-20). הסעד המבוקש בתביעה היה להורות למרכז הרפואי סורוקה לאפשר לה לעשות שימוש בעובריים המוקפאים, לצורך היריון שיושג באמצעות הליך פונדקאות. לצדה של התביעה הוגשה בקשה לצו מניעה זמני המורה למרכז הרפואי סורוקה שלא להשמיד את העובריים המוקפאים, בהתחשב בכך שתקופת ההקפאה צפויה הייתה להסתיים ביום 25.11.2020. בתביעתה טענה המבקשת כי בשל מצבה הרפואי, העובריים המוקפאים המשותפים לה ולמשיב הם

הסיכוי היחיד שנותר לה לממש את שאיפתה להורות גנטית. המבקשת הוסיפה והדגישה את מעמדה הרם של הזכות להורות בהפנותה לפסיקתו של בית משפט זה, ובפרט לפרשת נחמני ולעניין תרומת הזרע. במישור העובדתי טענה המבקשת כי היא והמשיב ניהלו חיי זוגיות במטרה להקים משפחה, כי הוא ליווה אותה בהתמודדות עם מצבה הרפואי, וכי הוא אף נטל חלק בטיפולי הפוריות. עוד טענה המבקשת כי כאשר בישרה למשיב על כך שתצטרך לעבור הליך של כריתת רחם, הוא אמר לה שהם יוכלו לעשות שימוש בעוברים המוקפאים שלהם באמצעות הליך פונדקאות. המבקשת הטעימה כי היא הסתמכה על הסכמתו ועל תמיכתו של המשיב בתכניתם המשותפת, ובכלל זה על האפשרות לעשות שימוש בהליך פונדקאות לצורך כך, כפי שדובר ביניהם באותה שיחה. לבסוף, המבקשת ציינה את הסבל הרב שהיה כרוך בהליך שימור הפוריות שננקט ואת העובדה שסיכנה את חייה עבורו.

35. בו ביום, בית המשפט לענייני משפחה נתן צו מניעה זמני לפיו העוברים לא יושמדו עד למתן החלטה אחרת, והורה למשיבים להגיב לבקשה זאת (השופטת הבכירה ר' אטדגי-פריאנטה). ביום 25.11.2020 הודיע המרכז הרפואי סורוקה כי כל עוד לא תינתן החלטה אחרת, הוא ימשיך להחזיק בעוברים המוקפאים. למחרת, המדינה הודיעה כי היא אינה מתנגדת למתן צו שיאסור על המרכז הרפואי סורוקה להשמיד את הביציות המופרות של המבקשת המוחזקות על-ידו.

36. ביום 6.12.2020 המשיב הגיש בקשה לדחיית התביעה על הסף וכן לביטול צו המניעה הזמני. בעיקרו של דבר, המשיב עמד על התנגדותו לכך שיעשה שימוש בעוברים המוקפאים באמצעות פונדקאות. הוא טען כי בתצהיר צוין במפורש שהעוברים המוקפאים מיועדים להחדרה לרחמה של המבקשת ולא לאם נושאת (פונדקאית) אחרת. הוא הוסיף כי חוק הפונדקאות דורש הסכמה מדעת בכל שלבי ההליך וההתקשרות עם האם הנושאת, וכי אף חוזר מנכ"ל 20/07 מצריך הסכמה מצד המעורבים – בהטעימו כי הסכמות כאמור אינן בנמצא. המשיב הוסיף והדגיש כי ההסכמה, ככל שניתנה, הוגבלה אך להחדרת העוברים לרחמה של המבקשת ולא להחדרתם לאם נושאת. המשיב טען עוד כי עניינם של הצדדים כאן שונה מהנסיבות שנדונו בפרשת נחמני, בין השאר בהתחשב בעובדה שהם לא היו נשואים, כמו גם בכך שחוק הפונדקאות כלל לא היה בתוקף במועדים הרלוונטיים לפרשת נחמני. כן נטען כי תיקון מס' 2 לחוק הפונדקאות, שמאפשר לאשה להיות אם מיועדת יחידה באמצעות אם נושאת, נחקק לאחר שנחתם התצהיר, ועל כן אין להחילו באופן רטרואקטיבי. בין כה ובין כה טוען המשיב, כי סעיף 31 לחוזר מנכ"ל 20/07 מאפשר טיפולי הפריה למי שאינם מקיימים קשר זוגי בכפוף להסכם הורות

משותפת ביניהם, להתחייבויות הדדיות כלפי הילדים, ולהבטחה שאיש מבניהם אינו נשוי לאחר – מה שלא מתקיים במקרה דנן.

37. הן המבקשת (בתגובה מיום 30.12.2020) והן המדינה (בתגובה מיום 7.2.2021) התנגדו לדחייתה של התביעה על הסף. בתגובתה הבהירה המדינה כי המחלוקות העובדתיות בין הצדדים הן מהותיות ומחייבות כירור יסודי ומעמיק בטרם תגובש עמדת המדינה. בהמשך לכך, ביום 14.2.2021 קיים בית המשפט לענייני משפחה דיון בהליך, ובסיומו הורה על קביעתו של התיק לשמיעת ראיות.

38. ביני לביני, כתב ההגנה מטעם המשיב הוגש ביום 1.2.2021, ובגדרו הוא חזר על עיקרי טענותיו. המשיב עמד על כך שהסכמתו ניתנה ביחס להפריית הביציות בלבד, והדגיש כי בשים לב לנוסחו של התצהיר – האפשרות להחדיר את העוברים המוקפאים לפונדקאית נשללה במפורש. כמו כן, המבקש טען כי התצהיר מאפשר לכל אחד מהצדדים לחזור בו מהליכי הפוריות עד לשלב של החזרת העוברים לרחם. המשיב אף הכחיש חלק מטענותיה העובדתיות של המבקשת, ובכלל זה הטעים כי מעולם לא נתן הסכמה להליך פונדקאות ולא הבטיח דבר בהקשר זה. עוד הדגיש המשיב כי הסכמתו להפריית הביציות ניתנה בתנאים של לחץ, מבוכה ובלבול, ללא מחשבה מעמיקה מצדו. המשיב הוסיף כי בפועל, לאורך תקופת הטיפולים הרפואיים הוא הרחיק עצמו מהמבקשת וחיפש אחר העיתוי המתאים להיפרד ממנה.

39. ביום 9.5.2021 הוגש תצהיר עדות ראשית מטעם המבקשת, וביום 5.7.2021 הוגש תצהיר עדות ראשית מטעם המשיב. בחודש ינואר 2022 התקיימו דיונים במהלכם העידו המבקשת והמשיב, ובהמשך לכך הוגשו סיכומים מטעמם. בטרם הוגשו סיכומים מטעם המדינה, ביום 6.7.2023 הוגשה הצעה מטעמה לקיים ישיבת גישור אצל המשנה לנשיאה (בדימוס) רובינשטיין, וזו נענתה בחיוב. אולם, ביום 24.8.2023 עדכנה המדינה כי הגישור לא צלח.

40. לבסוף הוגשו סיכומי המדינה ביום 19.11.2023, ובמסגרתם הציגה היועצת המשפטית לממשלה מתווה משפטי ביחס למקרה דנן. היועצת המשפטית לממשלה הבהירה בעמדתה כי היא לא תחוה דעה ביחס לעובדות המקרה. לצד זאת, היא הוסיפה כי אם יינתן פסק דין לטובת המבקשת הרי שניתן להציע מתווה שיאפשר לה לנקוט בהליך פונדקאות כאם יחידנית, תוך ניתוק זיקת ההורות של המשיב. על פי המתווה שהוצע, המבקשת תחתום על הסכם פונדקאות כ"אם מיועדת יחידה", ולאחר הלידה יינתן צו

הורות שבעקבותיו תנותק זיקתם של האם הנושאת ושל המשיב מהתינוק שייוולד. בהמשך לכך, תיקבע הורותה הבלעדית של המבקשת. בשל המורכבות המאפיינת את עובדות המקרה, היועצת המשפטית לממשלה הציעה לחלק את הליך הפונדקאות לשלושה שלבים, שביחס לכל אחד מהם בנפרד תיבחן התקיימות התנאים של חוק הפונדקאות. שלב ההפריה – בשלב זה המבקשת והמשיב היו בני זוג שסיפקו את החומר הגנטי שלהם במטרה להיות הורים משותפים. בהקשר לכך צוין כי על בית המשפט לענייני משפחה לקבוע אם בעת הפריית הביציות המשיב הסכים לתת את זרעו מתוך כוונה לשמש כהורה לילד שייוולד (שאם לא כן מדובר בתרומת זרע מתורם ידוע תוך ניתוק זיקת האבהות, פרוצדורה שאינה מוכרת בישראל). בנוסף, יש לקבוע כי בשלב זה המשיב לא התנגד, או לכל הפחות היה אדיש לאפשרות שההליך יכול להתבצע גם באמצעות פונדקאות. שלב החתימה על הסכם פונדקאות – בשלב זה המבקשת והמשיב כבר אינם בני זוג והמשיב אינו מעוניין לשמש כהורה לילד שייוולד. לפיכך, מוצע לראות בשלב זה את המבקשת כ"אם מיועדת יחידה" המעוניינת להשתמש בביציות המופרות שלה באמצעות אם נושאת, כך שהמשיב לא יידרש לחתום על הסכם הפונדקאות. עם זאת, מקור הזרע יובא לידיעתן של הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים ושל האם הנושאת. השלב שלאחר הלידה – מאחר שהמשיב לא יהיה חתום על הסכם הפונדקאות כ"הורה מיועד", מוצע כי צו ההורות יינתן רק למבקשת ויקבע את בלעדיות ההורות שלה. כך ינותק הקשר ההורי הן ביחס לאם הנושאת והן ביחס למשיב.

41. ביום 6.3.2024 בית המשפט לענייני משפחה קיבל את התביעה והתיר למבקשת להשתמש בעוברים המוקפאים באמצעות הליך פונדקאות (סגנית הנשיא ר' קולדר ע"אש). בית המשפט לענייני משפחה עמד על ההתנגשות בין זכותה של המבקשת להיות הורה לילד גנטי לבין זכותו של המשיב שלא להיות הורה לילדים שייוולדו מהעוברים שיצר עם המבקשת, וקבע כי מדובר בהתנגשות בין זכויות שאינן שוות משקל. באופן יותר ספציפי נקבע כי בענייננו ניצבות מצד אחד ליבת הזכות של המבקשת – עצם היכולת לממש הורות גנטית – ומצד שני הפריפריה של זכות המשיב, אשר אינו מתנגד באופן עקרוני להורות. בית המשפט לענייני משפחה הוסיף וקבע כי המשיב נתן את הסכמתו לכך שהמבקשת תהפוך לאם באמצעות העוברים המשותפים, כך שהמחלוקת מתמקדת רק באופן בו ייעשה בהם שימוש, דהיינו בשאלת הפונדקאות.

42. על רקע זה בית המשפט לענייני משפחה פנה לבחון את הסכמות הצדדים, כפי שאלה באו לידי ביטוי בתצהיר (שכונה בפסק הדין "ההסכם המיוחד"). בתוך כך נקבע כי קיים פער בין סעיף 3 לתצהיר, המורה כי העוברים שייווצרו מיועדים להחדרה לרחמה

של המבקשת ולא לפונדקאית, לבין סעיף 6, שבגדרו הסכים המשיב שהמבקשת תעשה שימוש בעוברים גם לבדה. בית המשפט לענייני משפחה אף מצא חוסר הלימה בין סעיף 3 האמור לבין סעיף 7, המקנה באופן הדדי לכל אחד מהצדדים את הרשות לבחור בדרך הטיפול בחומר הגנטי במקרה של היעלמות או פטירת האחר. בית המשפט לענייני משפחה הסביר כי במקרה של היעלמות או פטירה של המבקשת, האפשרות היחידה של המשיב לעשות שימוש בעוברים היא באמצעות פונדקאית. מאחר שלשיטתו של המשיב המבקשת עצמה אינה יכולה להשתמש בעוברים בהליך פונדקאות, נקבע כי הלכה למעשה עמדתו מובילה לפרשנות לפיה יש לו זכות עודפת על-פניה, וכי פרשנות זו איננה סבירה. כן הובהר כי האמור בסעיף 3 כלל אינו רלוונטי עוד לנוכח העובדה שלמבקשת אין עוד רחם בגופה.

43. בית המשפט לענייני משפחה הוסיף וקבע כי על יסוד הסכמתו של המשיב להפרות את ביציותיה של המבקשת בזרעו "נכרך גורלה בגורלו והיא שינתה מצבה בצורה קיצונית לרעה" (פסקה 35). בהקשר זה צוין – וכבר עתה יוער כי בית המשפט המחוזי העמיד את הדברים על דיוקם במסגרת פסק הדין בערעור – כי במועד שבו ניתנה ההסכמה להפריה ואף במועד שזו בוצעה היה ברור למשיב שהאפשרות היחידה של המבקשת לממש את זכותה להורות תהיה באמצעות העוברים המוקפאים. קביעה זו, כפי שיוסבר בהמשך, אינה מדויקת באופן מלא. עם זאת, יש חשיבות לדברים הבאים שקבע בית המשפט לענייני משפחה ולא הופרכו:

"מצאתי כי [המשיב] לא נהג בשקיפות במהלך תהליך ההפריה שביצעו הצדדים ואני מקבלת את גירסתה של [המבקשת] כי [המשיב] פעל במעשיו ובדבריו אל [המבקשת] באותה עת, ליצירת מצג של שותף מלא התומך בהליך שימור הפוריות שעברה ומהווה חלק ממנו... לא ניתן לראות את הדברים, אלא כפעולה ש[המבקשת] ביצעה מתוך הסתמכות על מצג שתוכל להיות אם לעוברים אלה, ש[המשיב] יוצר יחד עימה" (שס).

על רקע זה נקבע כי התנהלותו של המשיב יוצרת כנגדו "השתק הבטחה". בית המשפט לענייני משפחה הסביר כי אילו נהג המשיב בתום לב ובגילוי נאות כלפי המבקשת, הוא היה מותיר בידיה את האפשרות לבחור לממש את ההורות שלה בדרכים אחרות. אולם, כך נקבע, שיתוף הפעולה מצדו גרם למבקשת להסתמך על הסכמתו ולהימנע מלנקוט באפיקי פעולה אלטרנטיביים. בהתייחס לכך הבהיר בית המשפט לענייני משפחה כי הייתה זו הסתמכות סבירה בנסיבות העניין.

44. בית המשפט לענייני משפחה סבר שהמשיב נתן את הסכמתו לכך שהמבקשת תהפוך לאם באמצעות העוברים גם אם לא יקיימו מערכת יחסים זוגית. בהקשר זה נקבע כי המשיב נאחז בסוגיה ה"טכנית" של אופן השימוש בעוברים – באמצעות רחמה של המבקשת או באמצעות פונדקאית – סוגיה אשר גם בזמן אמת לא נתפסה על-ידו כמהותית. בית המשפט לענייני משפחה הוסיף וקבע כי גם אם תתקבל גרסתו העובדתית של המשיב ביחס להשתלשלות האירועים, הרי שהוא הולך שולל את המבקשת ופעל בחוסר תום לב כלפיה. בנסיבות אלה, כך נקבע, הבטחותיו מחייבות אותו ואין לאפשר לו לחזור מהן.

45. בית המשפט לענייני משפחה שלל את גרסתו של המשיב באשר לטיב היחסים ולמהלך האירועים, וקיבל את עדותה של המבקשת לפיה כאשר עלה הצורך לכרות את רחמה, המשיב ניחם אותה בכך שעדיין ניתן יהיה לעשות שימוש בעוברים המוקפאים. כמו כן, בית המשפט לענייני משפחה הדגיש כי בעת שהמשיב נתן את הסכמתו לשימוש בזרעו לצורך הפריית הביציות, כבר גמלה בלבו ההחלטה להיפרד מהמבקשת. בהקשר זה הוטעם כי באותו שלב דבר לא מנע ממנו לעצור, לסרב להמשיך התהליך או להבהיר את כוונותיו ואת גדר הסכמתו. עוד הודגש כי המשיב ביצע פעולות משפטיות, פיזיות ורגשיות – שנועדו כולן ליצירת העוברים, כאשר לשיטתו בזמן אמת הוא כבר לא ראה עתיד משותף לצדדים ולפיכך ידע שהילדים לא ייוולדו במסגרת הזוגיות ביניהם. כן נקבע כי אין זה סביר שאילו ידעה המבקשת שהמשיב מחזיק בידיו זכות וטו ביחס להחזרת העוברים וכי כוונתו להיפרד ממנה תוך חודשים ספורים – היא הייתה בוחרת להפרות את הביציות דווקא מזרעו. אלא, כך הוסבר, סביר יותר להניח שאילו היה נוהג מולה בשקיפות והביע את הספקות שהתעוררו בו ביחס לעתידם המשותף – המבקשת הייתה פועלת לבירור החלופות הנוספות העומדות בפניה (כדוגמת תרומת זרע).

46. בסיכומו של דבר נקבע אפוא כי יש לאפשר למבקשת לעשות שימוש בעוברים המוקפאים בהליך פונדקאות. עוד נקבע כי ככל שהמבקשת תעשה כן – יש לפעול בהתאם למתווה שהציעה היועצת המשפטית לממשלה, דהיינו: לראות בה אם מיועדת יחידה בהתאם לחוק הפונדקאות, כך שהמשיב יהיה משוחרר מההורות ומהחובות הכרוכים בה ותנותק כל זיקה בינו לבין היילוד.

47. בסמוך לאחר מתן פסק דינו, ביום 11.3.2024 בית המשפט לענייני משפחה נענה לבקשתו של המשיב ועיכב את פסק הדין למשך שלושים ימים.

בית המשפט המחוזי

48. ביום 10.4.2024 המשיב הגיש ערעור לבית המשפט המחוזי בבאר שבע, ובצדו בקשה לעיכוב ביצועו של פסק הדין (עמ"ש 24918-04-24). בעיקרו של דבר, המשיב חזר על טענותיו לגוף הדברים ועמד על השגיאות שנפלו לשיטתו בפסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה. בכלל זה המשיב טען כי בניגוד לקביעתו של בית המשפט לענייני משפחה, בעת שהוא הסכים להפריית הביציות בזרעו, הצדדים טרם ידעו שלא יישאבו עוד ביציות מגופה של המבקשת בעתיד. כמו כן, המשיב טען כי בשונה מהאמור בפסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה, הוא לא נתן הבטחה כלשהי למבקשת ביחס להליכי פונדקאות. המשיב הוסיף וטען כי בהתאם לסעיף 4 לתצהיר, הסכמתם של הצדדים היא סופית ובלתי חוזרת רק מעת החדרת העובריים לרחמה של המבקשת, ולא לפני כן.

49. ביום 8.5.2024 נעתר בית המשפט המחוזי, בהסכמת המבקשת, לבקשתו של המשיב והורה על עיכוב ביצועו של פסק הדין של בית המשפט לענייני משפחה עד להכרעה בערעור או עד למתן החלטה אחרת.

50. כתב התשובה מטעם המבקשת הוגש ביום 13.6.2024. המבקשת סמכה את ידה על פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה, וצידדה בכל ממצאיו העובדתיים, המבוססים לשיטתה על מכלול הראיות ועל קביעות מהימנות. המבקשת הבהירה כי במועד שבו הביציות שלה הופרו בזרעו של המשיב, הוא צפה או לכל הפחות היה עליו לצפות את האפשרות שלא ניתן יהיה להפיק ביציות נוספות או שלא ניתן יהיה להחדיר את העובריים לרחמה. המבקשת הוסיפה וטענה כי ההסכם שעליו חתמו היה פורמלי וכי הצדדים לא נתנו את הדעת על תוכנו.

51. ביום 14.7.2024 הגישה היועצת המשפטית לממשלה את תשובתה, ובה טענה כי הערעור עוסק רובו ככולו בקביעות עובדתיות שאין לה עמדה לגביהן. לצד זאת היועצת המשפטית לממשלה חזרה על המתווה שהוצג על-ידיה.

52. ביום 17.7.2024 התקיים דיון בערעור ובסיומו הורה בית המשפט המחוזי, בהתאם לסמכותו מכוח סעיף 9 לחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995 ובהסכמת הצדדים, על זימונו של הרופא למתן עדות. כבר עתה יוער כי הדבר נעשה

באופן חריג ביחס לנהוג בשלב הערעור, וכי בית המשפט המחוזי הבהיר בפסק דינו שכך נעשה מטעמי יעילות, כדי לזרז את ההליכים. ביום 30.10.2024 נערך דיון המשך בבית המשפט המחוזי, שבו נשמעה עדותו של הרופא והוא נחקר על-ידי באי-כוחם של הצדדים. יצוין כי נקודת המוצא לעדותו של הרופא הייתה שהוא אינו זוכר את עניינם הפרטני של הצדדים. בהתאמה, הוא העיד באופן כללי על הליכי שימור פוריות והשיב לשאלות אגב עיון בתיק הרפואי של המבקשת.

53. ביום 26.11.2024 בית המשפט המחוזי קיבל את הערעור בדעת רוב (השופטות ג' לוין ו-פ' גילת כהן, כנגד דעת המיעוט של השופט י' דנינו). דעת הרוב, שנכתבה על-ידי השופטת לוין, התערבה בממצאים העובדתיים הנוגעים ל"ציר הזמן" שבגדרו פעלו הצדדים. כך, בניגוד לקביעתה של הערכאה הדיונית, דעת הרוב הבהירה כי במועד שבו חתמו הצדדים על התצהיר (17.11.2015), במועד שבו נשאבו שלוש הביציות ונמסר זרעו של המשיב לצורך הפרייתן (23.11.2015) וכן במועד הקפאת העוברים (25.11.2015) – טרם נודע כי יהיו אלו הביציות האחרונות שיישאבו מגופה של המבקשת. על כן, נקבע שבמועד הרלוונטי לא היה ברור למבקשת ולמשיב כי האפשרות היחידה שתעמוד לה לממש הורות היא באמצעות העוברים המוקפאים שייווצרו מהחומר הגנטי של השניים. רק לאחר מכן, כך הוסבר, הטיפולים לקראת סבב השאיבות השני הופסקו.

54. דעת הרוב הוסיפה וקבעה כי לאורך הדרך שני הצדדים סברו שנדרשת הסכמה של כל אחד מהם לכל שלב בתהליך עד להחזרתם של העוברים לרחם, וכי עמדה זו עולה בקנה אחד עם האמור בתצהיר. בהקשר זה הודגש כי בשיחה מיום 11.10.2020 שבה המבקשת פנתה לקבל את הסכמתו של המשיב לשימוש בעוברים המוקפאים, היא ציינה בפניו כי הם חתמו על מסמך וכי דרוש האישור של שניהם לתהליך. לנוכח האמור נקבע כי המשיב לא הסכים לכך שהמבקשת תוכל להשתמש בעוברים המוקפאים מבלי לקבל את הסכמתו.

55. כמו כן, דעת הרוב מצאה כי התנהגותו של המשיב אינה עולה כדי "השתק הבטחה" שעשוי להחליף הסכמה פוזיטיבית מצדו לעשות שימוש בעוברים המוקפאים. בהקשר זה הוסבר כי יסוד ההסכמה בכל הנוגע לשימוש בעוברים הוא יסוד מהותי וכבד משקל, אשר הוסדר במסגרת תצהיר, הוסבר לצדדים בפגישת הייעוץ, היה ברור לשניהם, ועולה גם מההסדרים הנורמטיביים החלים בעניין. על רקע זה קבעה דעת הרוב כי בענייננו קיימת הסדרה ברורה ומפורשת של יסוד ההסכמה, בשונה – כך נקבע – מהמצב שנדון בפרשת נחמני. עוד צוין כי מדובר במי שהיו בזוגיות במשך כשנתיים, אך לא מיסדו

את הקשר ביניהם ולא תכננו עד אז להביא ילדים משותפים לעולם. דעת הרוב הוסיפה והסבירה כי השניים "נקלעו" להליך של שימור פוריות חירומי ומהיר, שבמהלכו הם נדרשו לקבל החלטות אישיות הוות גורל שהם לא נערכו אליהן. בנסיבות אלה ציינה דעת הרוב כי גם אם ראוי היה שהמשיב ינהג ביתר פתיחות עם המבקשת וישתף אותה בהיסוסיו – הדבר אינו מצדיק את התוצאה מרחיקת הלכת של ויתור על דרישת ההסכמה וכפיית הורות. כן הוטעם כי העובדה שהצדדים לא ידעו שהמבקשת תאלץ להפסיק את הטיפולים ולעבור כריתת רחם, משליכה על עצמת המצג מזה ועל עצמת ההסתמכות מזה. דעת הרוב סברה כי המבקשת, שנדרשה לקבל החלטה קשה, קיבלה על עצמה ביודעין הסדר משפטי המחייב הסכמה עתידית של המשיב לשימוש בעוברים, מתוך רצון להגדיל את סיכויי השרידות של המטען הגנטי שהופק מגופה, כשהיא יוצאת מנקודת הנחה שתוכל לבצע סבב שאיבות נוסף. לצד זאת, צוין כי שאלת הפונדקאות היא "משנית בחשיבותה" לעומת השאלה אם ניתן לעשות שימוש בעוברים המוקפאים ללא הסכמת המשיב.

56. השופטת גילת כהן הצטרפה לעמדה זו, וביקשה לעמוד על ההבדלים המהותיים הקיימים לשיטתה בין המקרה הנוכחי לבין פרשת נחמני. ברובד הנורמטיבי צוינו חקיקתו של חוק הפונדקאות וכן החתימה על התצהיר בהתאם לדרישות הרגולטוריות הרלוונטיות. במישור העובדתי צוין כי במקרה הנוכחי מצאו עצמם הצדדים בהליך שימור פוריות בהול שנעשה בתנאי חירום, לעומת פרשת נחמני שבה נדון עניינם של בני זוג נשואים שפעלו במשותף זמן רב כדי להביא ילד לעולם. לנוכח האמור נקבע כי ההיקש מפרשת נחמני לענייננו בכל הנוגע להסתמכותה של המבקשת על מצגי המשיב ועל תחולתה של דוקטרינת השתק הבטחה – מעורר קושי.

57. מנגד, השופט דנינו בדעת המיעוט סבר כי אין להתערב בתוצאה שאליה הגיע בית המשפט לענייני משפחה, הגם שלא צידד בכל נימוקיו. דעת המיעוט התמקדה באיזון בין הזכות להורות של המבקשת אל מול זכותו של המשיב שלא להיות הורה בעל כורחו. האיזון ביניהן, כך נקבע, מלמד כי אין מדובר בזכויות שוות משקל. דעת המיעוט עיגנה את המסקנה האמורה בחוות דעתם של שופטי הרוב בעניין דיון נוסף נחמני. בתוך כך, הוסבר כי הזכות להימנע מהורות נובעת בעיקרה מהעובדה שהורות כרוכה בהגבלה מובנית של חופש הבחירה העתידי של האדם, המתבטאת לא רק בנטל כלכלי אלא בכל מישורי החיים. לצד זאת, בהתחשב במתווה שהציעה היועצת המשפטית לממשלה, דעת המיעוט סברה כי ניתן להקחות במידה רבה את ההגבלה האמורה. דעת המיעוט הבהירה כי מבלי להקל ראש בקושי מבחינתו של המשיב ש"יוצא חלציו יסתובב לאורכה ולרוחבה

של הארץ" (פסקה 16 לחוות הדעת), משנמצא המתווה המשפטי לניתוק זיקתו מהיילוד, תחושתו הסובייקטיבית – כבודת המשקל – אינה מכריעה את הכף כאשר מנגד נמצאת האפשרות היחידה של המבקשת לממש את זכותה להורות. חירותו של המשיב בנסיבות אלה, כך הוסבר, היא מוגבלת ומשנית לעומת זכותה של המבקשת. בהקשר זה הוטעם כי המשיב הפך בינתיים לאב לשניים, כך שעמדתו אינה מבטאת התנגדות עקרונית להבאת ילדים לעולם בכלל, אלא ממוקדת בעוברים המשותפים לו ולמבקשת.

58. דעת המיעוט המשיכה וקבעה כי בעת החתימה על התצהיר איש לא ידע שרחמה של המבקשת ייכרת בסופו של דבר. על כן, כך הוסבר, סעיף 3 לתצהיר אך שיקף את העובדה שהצדדים סברו כי העוברים המוקפאים צפויים להיות מוחזרים אליה, ואין ללמוד ממנו כי מי מהצדדים היה מתנגד עקרונית לפונדקאות אילו ידע שרחמה של המבקשת עתיד להיכרת. כמו כן, נוכח עדותו של המשיב לפיה הוא ממילא היה מתנגד לכל שימוש בעוברים המוקפאים גם על דרך החדרתם לרחמה של המבקשת, ונוכח עדותה של המבקשת כי המשיב ניחם אותה באמרו שניתן יהיה לעשות שימוש בעוברים המוקפאים באמצעות פונדקאות – נקבע כי המשיב היה שווה נפש ביחס לשאלה אם העוברים המוקפאים יוחדרו לרחמה של המבקשת או לאם נושאת.

59. כמו כן, דעת המיעוט הזכירה את דבריו של הרופא בעדותו לפיהם שימור הפוריות נבע מהחשש שלנוכח מצבה הרפואי של המבקשת, לא ניתן יהיה לעשות זאת בעתיד. עוד צוין כי הרופא העיד שהצדדים ידעו על הצורך בביצוע הטיפול בדחיפות. לנוכח האמור קבעה דעת המיעוט כי אין לקבל את טענתו של המשיב לפיה היה ברור לצדדים בזמן אמת שיישאבו מהמבקשת ביציות נוספות, כך שהיא לא תהיה תלויה רק בו. אדרבה, דעת המיעוט הגיעה למסקנה כי בשום לב למצבה של המבקשת, לא ניתן היה להניח שבסופו של דבר יישאבו ביציות נוספות.

60. דעת המיעוט קבעה עוד כי אילו הייתה המבקשת ערה להלך רוחו האמיתי של המשיב באותו זמן, מובן מאליו כי היה בכוחה לשקול אם להפרות את ביציותיה, כולן או חלקן, בזרעו. אולם, כך הוסבר, מאחר שהמשיב הסתיר זאת ממנה – הוא פגם ביכולתה לקבל החלטה מושכלת הנשענת על מסד עובדתי מלא, ובפרט לגבי מערך הזוגיות ביניהם שלטענת המשיב השתנה באחת עם הוצאת הזרע מגופו. כן צוין כי הדעת נותנת שהמבקשת לא הייתה בוחרת להפרות את ביציותיה בזרעו של המשיב, ודאי שלא את כולן, אילו ידעה שכבר ברגע הוצאת הזרע מגופו הוא הרגיש שיחסייהם התערערו. בנסיבות אלה, כך נקבע, יש לבכר את הגילוי החיצוני של ההסכמה, כפי שבא לידי ביטוי

בהתנהלותו של המשיב, על פני הכוונה הסובייקטיבית הנעלמה שלו. במצב דברים זה, דעת המיעוט סברה כי הכף נוטה במובהק לעבר זכותה של המבקשת, בהטעימה כי העמידה על קבלת הסכמתו מתנגשת בכך שהוא עצמו פגע באפשרות של הצד השני לקבל הסכמה מדעת. על כן, חל במקרה זה העיקרון של "השתק הבטחה", כאשר הבסיס לחיוב אינו מתמצה בהיצגים מצדו של המשיב ובתצהיר שעליו חתמו הצדדים – אלא בהסתמכותה הסבירה של המבקשת על התנהגותו. דעת המיעוט הדגישה כי בכך ענייננו נבדל אף מפרשת נחמני, שבמסגרתה לא עלתה כל טענה לפיה דני הסתיר בשלב כלשהו מרותי את תחושותיו לגבי טיב הקשר ביניהם. לבסוף ציינה דעת המיעוט כי גם אם המבקשת נטלה את הסיכון ביחס לתרחיש האפשרי של פרידה מהמשיב וסירוב עתידי שלו לשימוש בעוברים המוקפאים – היא לא נטלה סיכון דומה ביחס לתחושותיו של המשיב עוד בטרם מעשה ההפריה, לפיהן התערערו יחסי הזוגיות. לשיטת דעת המיעוט, חזקה שאילו ידעה את האמת הייתה שוקלת לקבל החלטה אחרת – אפשרות שנמנעה ממנה.

ההליך בפנינו

61. בקשת רשות הערעור שהמבקשת הגישה לבית משפט זה ביום 22.12.2024 מכוונת כלפי פסק דינו של בית המשפט המחוזי. בעיקרו של דבר, המבקשת שבה על טענותיה בדבר הסתמכותה על מצג השווא שהציג בפניה המשיב כשנתן את הסכמתו להפריית ביציותיה, באופן שמנע ממנה להבטיח לעצמה את האפשרות למימוש הורות גנטית בדרך אחרת. המבקשת מוסיפה ומצביעה על השגיאות שנפלו לשיטתה בדעת הרוב בבית המשפט המחוזי, בין השאר בהתערבותה החריגה בממצאים העובדתיים שנקבעו על-ידי בית המשפט לענייני משפחה – על-פי הנטען, ללא הצדקה. עוד סבורה המבקשת כי דעת הרוב שגתה בהתעלמה מעדותו של הרופא ומעובדות חשובות נוספות, וכן בכך שקבעה כי בנסיבות העניין היסודות של השתק הבטחה אינם מתקיימים. במישור המעשי המבקשת מדגישה כי לעמדתה יש לאמץ את המתווה שהוצע על-ידי היועצת המשפטית לממשלה ולהכיר בה כאם מיועדת יחידה, תוך ניתוק זיקתו של המשיב ליילוד. המבקשת טוענת כי מתווה זה יוצר איזון ראוי בין זכותה למימוש הורות ביולוגית לבין זכותו של המשיב שלא להפוך לאב בעל כורחו. היא אף טוענת כי בנסיבות העניין יש הצדקה למתן רשות ערעור.

62. ביום 29.1.2025 הוגשה תשובתו של המשיב, אשר חוזר אף הוא על עיקרי טענותיו. המשיב סומך את ידו על דעת הרוב בבית המשפט המחוזי, ולשיטתו,

התערבותה בפסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה לא נגעה למהימנות העדים, כי אם למסקנות שאליהן הגיע בית המשפט לענייני משפחה. עוד מציין המשיב כי לשונו של התצהיר ברורה וכי אין מקום להרהר אחר הוראותיו לעניין הסכמת הצדדים ושלילתה של אופציית הפונדקאות. הוא מוסיף וטוען כי נסיבות המקרה דנן שונות מאלו של פרשת נחמני, בין השאר בהתחשב בכך ששם בני הזוג היו נשואים וביקשו מלכתחילה להביא ילד לעולם באמצעות פונדקאות. כמו כן, באשר למתווה המוצע על-ידי היועצת המשפטית לממשלה, המשיב טוען כי חוק הפונדקאות אינו מאפשר כפיית הורות, וכי ממילא המתווה הוכפף להכרעות עובדתיות שחלקן התהפכו בבית המשפט המחוזי. כן נטען כי בניגוד לאמור במתווה, הדין אינו מאפשר לנתק את זיקת ההורות של המשיב מהיילוד.

63. ביום 4.3.2025 הגישה גם המדינה את עמדתה, כפי שזו הוצגה בפני הערכאות הקודמות. בעמדה זו מודגש כי ענינם של הצדדים הוא ייחודי וכי ככל שבית משפט זה יקבל את קביעותיו העובדתיות של בית המשפט לענייני משפחה (שהיו מקובלות גם על דעת המיעוט בבית המשפט המחוזי) – תשוב היועצת המשפטית לממשלה על עמדתה לפיה, בענינם החריג של המבקשת ושל המשיב, יש לקבל את המתווה המשפטי שהוצע על-ידה.

64. ביום 20.4.2025 ניתנה החלטה שהורתה על העברת הבקשה לדיון בפני הרכב, וזה התקיים בפנינו ביום 27.10.2025.

65. בא-כוחה של המבקשת הדגיש בטענותיו את האופי הבלתי הפיך של ההחלטה להפרות את הביציות היחידות שהופקו מגופה של המבקשת בזרעו של המשיב. עוד הוטעם כי החלטה זו של המבקשת התקבלה על יסוד הסתמכותה הסבירה על מצגיו של המשיב, אשר הותיר את תחושותיו האמיתיות בסתר לבו.

66. מנגד, באת-כוחו של המשיב עמדה על זכותו שלא להפוך להורה בעל כורחו, תוך התמקדות בנוסח התצהיר שעליו חתמו הצדדים. היא הוסיפה כי גם אם במישור האישי או המוסרי היה ניתן לצפות מהמשיב לנהוג אחרת – במישור המשפטי אין מקום לכבול אותו, בשלב שלאחר הפרידה, להסכמתו הראשונית לתהליך שימור הפוריות. כמו כן, באת-כוחו של המשיב הסבירה כי לשיטתה המתווה מטעם היועצת המשפטית לממשלה מעורר קשיים לא מבוטלים, וכי ממילא התנגדותו של המשיב לשימוש בעוברים היא גורפת.

67. באת-כוח היועצת המשפטית לממשלה הציגה את עיקרי המתווה המוצע, ועמדה על השינויים שחלו בנהלים הרלוונטיים בעקבות הפרשה הנוכחית. באת-כוחו של המרכז הרפואי סורוקה מצדה הוסיפה הבהרות אחדות ביחס לפרוצדורה הנוגעת לתצהיר.

68. בתום הדיון העלינו בפני הצדדים את האפשרות של פשרה, במקרה מורכב זה, אך הדבר לא צלח. נדרשת אפוא הכרעה שיפוטית, ולכך נפנה כעת.

דיון והכרעה

69. תחילה אציין כי לנוכח השילוב בין ההיבטים העקרוניים הכרוכים בדיון לבין היבטים של צדק פרטיקולרי סברנו שיש הצדקה ליתן במקרה זה רשות ערעור, ולדון בערעור לגופו. בהתאמה, המבקשת תכונה מעתה המערערת. בהמשך לכך, אקדים אחרית לראשית ואציין כי הגעתי לכלל מסקנה שדין הערעור להתקבל, במובן זה שהמערערת תהיה רשאית לעשות שימוש בעובדים המוקפאים לצורך הבאת ילד לעולם באמצעות פונדקאות, כמפורט בהמשך.

70. בטרם אגש לגוף העניין, אבהיר כי לאמיתו של דבר בפנינו ניצבות שתי שאלות נפרדות. השאלה הראשונה – ולטעמי היא העיקרית – נסבה על האפשרות שהמערערת תשתמש בעובדים המוקפאים חרף התנגדותו של המשיב. השאלה השנייה עוסקת באופן השימוש בעובדים אלה, דהיינו: האם המערערת רשאית להסתייע בפונדקאות. מנקודת מבטי זוהי השאלה המשנית בחשיבותה. אף מהיבטם של הצדדים, המחלוקת העיקרית של "להיות או לחדול" נגעה לעצם ההורות באמצעות העובדים המוקפאים, להבדיל מאשר לסוגיית הפונדקאות.

71. נקודת המוצא להכרעה במצבים של יציאה לדרך משותפת של הפריה חוץ-גופית היא הסכמת הצדדים. הקושי הוא שבמקרה זה, כמו ברבים אחרים, הצדדים המבקשים להתחיל בתהליך לא נערכו להסדרה פורמאלית של הנושא מלכתחילה. לעתים ההסכמות הן פרי התנהגות או צבר של הסכמות חלקיות, ובדיעבד קשה להתחקות אחר הדברים. כך, גדרו ההסכמה של בני הזוג נחמני נותרו שנויים במחלוקת ביניהם ונדונו בערכאות לאורך שנים, וכך אירע הלכה למעשה גם בענייננו. אפנה אפוא לבחון את הנתונים הרלוונטיים בהקשר זה.

72. ההסדרים החולשים על הסוגיה – בחקיקה, בתקנות ובנוהל – פורטו לעיל, אך בבואנו ליישם בנסיבות העניין נמצאנו עומדים לפני שוקת שבורה. ניתנת האמת להיאמר: הוראות החקיקה שעניינן בהפריה חוץ-גופית הן חלקיות למדי, ובהליך זה – כמו גם בעבר – התגלו בהן חוסרים משמעותיים. מפתיע ככל שהדבר עשוי להיראות, התחום של הפריה חוץ-גופית בישראל אינו מוסדר כלל בחקיקה ראשית של הכנסת. בעניין תרומת הזרע הזדמן לי לכתוב בהתייחס לכך –

“המצב שנגלה לעינינו בכל הנוגע להסדרתן של תרומות זרע הוא רחוק מלהשביע רצון. עניין כה מהותי, בעל השפעות על מימושה של הזכות להורות, כמו גם על דיני המשפחה בכלל, נעדר הסדרה חקיקתית נאותה. הפעלתו של בנק זרע מוסדרת הסדרה רופפת בלבד בחקיקה, ואף זאת רק במתכונת של חקיקת משנה... הסדרה מפורטת יותר קיימת רק במתכונת של חוזר מנכ”ל של משרד הבריאות, כמפורט לעיל, ואף זה נעדר התייחסות לסוגיות מהותיות, כמו זו שלפנינו. המצב הקיים לוקה אפוא בשניים: ראשית, ההסדרה הקיימת אינה נדרשת לשאלות חשובות ומהותיות; שנית, ומכל מקום, ההסדרה אינה בדבר חקיקה ראשי הכולל הסדרים ראשוניים, כמתחייב על פי פסיקתו של בית המשפט... מצב דברים זה אינו תקין ברמה העקרונית, והוא אף תורם בעקיפין למצבים שבהם נוצרות ציפיות בלב הנוגעים בדבר בשל היעדרה של הסדרה ברורה. הדברים נאמרים במשנה תוקף, מאחר שהסוגיה של תרומות הזרע אינה מוסדרת בחקיקה ראשית כלל, להבדיל ממצבים שבהם קיימת הסדרה בחקיקה ראשית, אך זו אינה מפורטת דיה” (שם, בעמ’ 351).

הדברים כאילו נכתבו למקרה דנן. כוחם יפה אף ביתר שאת בהקשר הנדון בהליך הנוכחי, בהתחשב בהיסטוריה המשפטית הענפה של פרשת נחמני. יש להטעים כי אמירות ברוח זו נזכרו לא אחת גם בפסקי דין נוספים שניתנו בבית משפט זה (ראו למשל: בג”ץ 566/11 ממש-מגד נ’ משרד הפנים, פ”ד סו(3) 493, 563 (2014); עניין התורם הידוע, פסקאות 8 ו-12 לפסק דינו של השופט הנדל, פסקה 2 לפסק דינו של השופט מ’ מזוז, וכן פסק דינה של השופטת ע’ ברוך; דנ”א 1297/20 פלוני נ’ היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 88 לפסק דינה של הנשיאה א’ חיות (25.7.2022)). אולם, נכון לעת הזו הדברים נותרו בגדר “קול קורא במדבר”. חרף צעדים שננקטו, כדוגמת פרסום המלצותיה של “הוועדה הציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפיריון וההולדה בישראל” (שנודעה בשמה ועדת מור יוסף) בשנת 2012 וניסיונות לגבש הצעות חוק בנושא – אלה לא הבשילו לכדי הסדר חקיקתי של ממש. יש לקוות כי גורמי היעוץ המשפטי לממשלה מזה וכנסת ישראל

מזה ישנסו מותניים וייתנו דעתם על הנעשה בזירה זו, הטעונה הסדרה חוקית ברורה ומפורטת, ויפה שעה אחת קודם. מדובר בדיני נפשות ממש.

73. אם כן, בעת הזו הסוגיה מוסדרת בחקיקת משנה בלבד, במסגרת תקנות הפריה חוץ-גופית, באופן מוגבל וחלקי. תקנה 14(א) לתקנות אלה קובעת כי "כל פעולה הכרוכה בהפריה חוץ-גופית... תיעשה רק לאחר שהרופא האחראי הסביר לכל אחד מהנוגעים בדבר את משמעותה ואת התוצאות העשויות לנבוע ממנה, וקיבל הסכמה מודעת של כל אחד מהם בנפרד". אולם, תקנה זו מסדירה את היחסים שבין המוסד הרפואי לבין בני הזוג, ולא את היחסים שבינם לבין עצמם. ואכן, בעניין נחמני הראשון הוסבר כי "מדובר בחקיקת משנה של שר הבריאות שאיננה מתימרת להסדיר תחומים בין-אישיים בין בני-זוג. ההסדר שבתקנות נועד לגופים המטפלים בהפריה חוץ-גופית ולאופן שבו עליהם לטפל בנושא רגיש זה... לא נראה שמחוקק המשנה הוא מקור השראה רעיוני לפתרון סוגיות אלה במקרה של סכסוך בין בני הזוג" (כדברי השופטת שטרסברג-כהן, שם, בעמ' 505). זו תהיה נקודת המוצא לדיון גם כאן.

74. כזכור, מעבר לתקנות, הנושא מוסדר באופן חלקי גם במישור הנהלים וההנחיות. ההוראה החשובה ביותר לענייננו מעוגנת בסעיף 31 לחוזר מנכ"ל 20/07, שהוליד את התצהיר בנוסח שעליו חתמו הצדדים. למשמעותו של תצהיר זה אתייחס כעת.

מהותו של התצהיר

75. במקרה שבפנינו הצדדים חתומים על מסמך משותף הנושא את הכותרת "תצהיר". השאלה בדבר מעמדו המשפטי של מסמך זה אינה פשוטה כלל ועיקר. לא בכדי הצדדים נחלקו באופן יסודי על תוקפן של ההוראות הכלולות בו. המערערת רואה בתצהיר טופס פורמאלי אשר ניתן להתגבר על הוראותיו, בין השאר בהתחשב באיזון הזכויות בין הצדדים ובהתנהלותו של המשיב המאוחרת לחתימה עליו. לעומת זאת המשיב רואה בתצהיר חוזה המחייב את הצדדים גם עתה.

76. על מנת להשיב לשאלה זו יש לעמוד תחילה על מאפייניו של המסמך. כותרתו, כאמור – "תצהיר", להבדיל מאשר "חוזה" או "הסכם". בראשו של הדף מתנוססים סמליהם של המרכז הרפואי סורוקה ושל קופת חולים כללית. הלכה למעשה, המסמך הוצג לצדדים על-ידי גורם שלישי – הרופא – כ"טופס" שהם נדרשים להחזירו חתום. כך הסבירה באת-כוח המרכז הרפואי סורוקה בעדותה בבית המשפט המחוזי:

"הטופס לא טופס ייחודי למרכז הרפואי סורוקה, אלא טופס שנכתב על ידי ההסתדרות הרפואית ובהמלצה, ומפורסם בכל בתי החולים. יש בתי חולים שעשו התאמות ויש שהשאירו את ההנחיות כמו שהם... הטופס נערך על ידי עורך דין חיצוני. לכל עורך דין מביאים את אמות המידה והוא עורך את הטופס... בעקבות הדיון בבית המשפט ביקשנו שהטופס יהיה של הרגולטור לכל המוסדות הרפואיים. בדקתי עם יועצים משפטיים אחרים, והבנתי שכל אחד הוסיף סעיף או הוריד סעיף, יש בכל מוסד משהו דומה אבל לא אחיד. בכל מקרה הם חייבים לחתום על תצהיר. סורוקה נותנת את הנוסח המוצע שהוא הנוסח של ההסתדרות הרפואית" (פרוטוקול מיום 30.10.2024, בעמ' 6-7).

וכך תיאר זאת הרופא בעדותו:

"הוא מסמך שאנחנו מגישים לכל מי שרוצה זוגיות משותפת ולא נשוי כחוק. אין לנו שום נגיעה לניסוח פה. אנחנו כן מבקשים שזה יוחתם על ידי עורך דין בכדי שההסבר יבוא מתוך איש מקצוע, איש משפט שיתייחס לכל הסעיפים וייתן עליהם הסבר... הטופס הזה מהווה רק תנאי כדי להיכנס לחדרי ולשוחח איתו" (שם, בעמ' 7).

בהמשך עדותו הרופא הוסיף:

"אני לא מתייחס לטופס הזה, הוא מבחינתי חלק מהניירת, כמו חובה לעשות בדיקות דם כאלה ואחרות, זה חלק מההליך. אם מישהו יגיד שלא הבין סעיף כזה או אחר, אני מוכן לשבת ולקרוא איתם ביחד. לשאלת בית המשפט, מאוד נדיר שביקשו ממני להתייחס לסעיף בטופס" (שם, בעמ' 11).

77. אם כן, המסמך לא נוסח על-ידי הצדדים עצמם, ולא הייתה להם כל השפעה על תוכנו. חרף העובדה שבפנינו נטען כי מדובר בנוסח "מוצע" בלבד – הלכה למעשה התצהיר הוכתב לצדדים על-ידי היחידה להפריה חוץ-גופית במרכז הרפואי סורוקה, כנוסח אחיד ששימש באותה עת את כלל המטופלים הלא נשואים ביחידות הפוריות השונות שמפעילה קופת חולים כללית. בהתאמה, המערערת והמשיב נדרשו לחתום על התצהיר בנוסח זה כתנאי סף לתחילת התהליך של שימור הפוריות, כחלק מה"ניירת" הנחוצה.

78. על רקע זה, דומה כי יותר מאשר לעגן את כלל ההסכמות בין הצדדים, התצהיר נועד להגן על האינטרס של המרכז הרפואי סורוקה – לצמצם את הסיכון שהוא נוטל על עצמו כמי שמנהל את התהליך ולמנוע העלאת טענות כלפיו בעתיד. לפיכך, פועלו העיקרי של התצהיר לשיטתי הוא במישור היחסים שבין המרכז הרפואי סורוקה לבין שני בני הזוג. במערכת יחסים זו אף יש לתצהיר מאפיינים בסיסיים של חוזה אחיד, בהתאם להגדרה הקבועה בסעיף 2 לחוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982 (חרף העובדה שהמרכז הרפואי סורוקה אינו צד פורמאלי לתצהיר). הגם שאין לכך השלכה ישירה על ההתדיינות בין הצדדים כאן, יש לזכור זאת כאשר מנסים, בדיעבד, להתחקות אחר כוונתם של הצדדים. בהתייחס לחוזים מסוג זה נאמר כבר בפסיקתו של בית משפט זה:

"תכליתו של החוזה האחיד היא בעיקרה תכלית אובייקטיבית. אף שיש לחוזה האחיד גם תכלית סובייקטיבית... זו לרוב קשה להוכחה. רק במקרים מועטים ניתן לחשוף את כוונתם המשותפת של הצדדים. במרכז תכליתו של החוזה האחיד עומדת התכלית האובייקטיבית... תכליתו (האובייקטיבית) של החוזה האחיד היא המטרות שצדדים סבירים, נבונים והוגנים היו מציבים לנגד עיניהם כמונחות ביסוד החוזה האחיד" (רע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עיזבון המנוחה מילגרם הינדה ז"ל נ' מרכז משען, פ"ד נב(4) 145, 158-159 (1998)).

79. לא למותר להוסיף ולציין כי לאמיתו של דבר, התצהיר שניתן לצדדים במקרה זה סוטה בהיבטים מסוימים מהדרישות הרגולטוריות שהוגדרו בסעיף 31 לחזור מנכ"ל 20/07. כך, בעוד שסעיף 31 דורש מהצדדים לערוך ביניהם "הסכם", המסמך שהוצג לצדדים הוגדר "תצהיר" ובהתאמה החתימה עליו נדרשה להיעשות בנוכחות עורך דין (כאמור בסעיף 15 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971). עוד יש להטעים כי סעיף 31 הנזכר דורש שההסכם בין הצדדים יכלול "התייחסות לשאלת האפשרות של הצדדים לחזור בהם והשימוש שייעשה בחומר הגנטי במקרה זה". במלים אחרות, חוזר מנכ"ל 20/07 מותיר לצדדים מרחב לגבש ביניהם הסכמות בהתאם לרצונם החופשי (ובכפוף לכל דין). בשונה מכך, סעיף 4 לתצהיר כלל לכאורה "הכרעה" בסוגיה הרת גורל זו במקום להשאירה לצדדים עצמם. יש להצר על כך שהכרעה מהותית זו – שטוב היה לו ניתנו למערערת ולמשיב שהות מספקת והזדמנות לתת עליה את דעתם – נעשתה בסופו של דבר על-ידי המרכז הרפואי עצמו.

80. מעבר לכך, כפי שהתברר, תוכנו של התצהיר נותר "פרוץ" בהיבטים רבים, יש בו אינדיקציות מנוגדות לכוונת הצדדים והוא מותיר פתח רחב למדי לאי-הבנות. לא

בכדי, דומה כי הצדדים כולם אינם חלוקים על כך שהתצהיר נוסח באופן לקוי, לשון המעטה. ראוי לשוב ולהזכיר אפוא את האמור בהנחיה של היועצת המשפטית למשרד הבריאות משנת 2017, לפיה "יש לשים לב כי בני הזוג מתייחסים בתצהיר לנקודות הנ"ל ולא רק 'מעתיקים ומדביקים' את הנוסח... הדבר חשוב כדי למנוע חוסר הבנות וסכסוכים עתידיים". הנחיה זו היא מאוחרת לאירועים מושא ההליך דנן, אך נקל לראות שאם עקרונות אלה – שאמורים להיות מובנים מאליהם – היו מיושמים על-ידי המרכז הרפואי סורוקה, ניתן היה למנוע את מפח הנפש של הצדדים מבעוד מועד.

81. אם כן, במצב הדברים המתואר, מנקודת מבטי קיים ספק של ממש באיזו מידה התצהיר משקף באופן אותנטי ונאמן את אומד דעתם של הצדדים במעמד החתימה עליו. לצד זאת, אני סבורה כי לא ניתן לשלול את מעמדו כחוזה ביניהם. במלים אחרות, הגם שכאמור, לשיטתי יש קושי לא מבוטל להתייחס לאמור בתצהיר כאל ביטוי מדויק של הסכמות הצדדים במועד חתימתו – אני נכונה להניח כי אמנם כך. אולם, וזה עיקר: גם כאשר נקודת המוצא היא התייחסות לתצהיר כאל חוזה מחייב – הוא בוודאי איננו חוזה ממצה ושלם שמסדיר את מכלול הסכמותיהם של הצדדים במסגרת התהליך.

82. באופן יותר ממוקד, המחלוקת המרכזית בין הצדדים נסבה על סעיף 4 לתצהיר, שזו לשונו:

"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 מאתנו, על כל החובות ההדדיות והחוקיות הנובעות ממנו".

הפרשנות הפשוטה של סעיף זה, המנוסח על דרך השלילה, היא שעד לשלב של החדרת העוברים המוקפאים כל אחד מהצדדים רשאי לבטל את ההסכם באורח חד צדדי. כלומר, לכאורה בעת החתימה על התצהיר הוסכם שגם לאחר הפריית הביציות ובטרם יוחדרו העוברים לרחמה של המעוררת – כל אחד מהצדדים יהיה רשאי לחזור בו מהסכמתו לתהליך ההפריה החוץ-גופית. מכל מקום, כפי שאראה, לא ניתן להתעלם מן ההתפתחויות שחלו במערכת היחסים שבין הצדדים לאחר החתימה על התצהיר.

הסכמה מאוחרת לתצהיר

83. מערך ההסכמות בין המערערת לבין המשיב לא הסתכם בחתימה על התצהיר. אכן, החתימה על התצהיר הייתה שלב חשוב בדרך – אולם לא היה זה סופה. ניתוח התנהגותם של הצדדים מלמד כי טיב ההסכמות ביניהם השתנה עם ההתפתחויות העובדתיות שחלו לאחר החתימה על התצהיר ועובר להפריית הביציות. בהתאמה, שומה עלינו לבחון את מערך ההסכמות בין הצדדים בכללותו. לא למותר לציין, אף מבלי לערוך סקירה משווה מלאה, כי גם בארצות הברית, לצד ההסכמות שלהן היו שותפים הצדדים מול המוסד הרפואי שבו קיבלו טיפול, במקרים המתאימים נבחנו גם הסכמות נוספות שאליהן הגיעו בעל-פה במערכת היחסים ביניהם (ראו למשל: *Jocelyn P. v. Joshua* (P., 302 A.3d 1111 (Md. App. Ct. 2023)).

84. בנקודה זו יש לשוב ולמקם את האירועים על ציר הזמן. ביום 12.11.2015 המערערת והמשיב נפגשו עם הרופא, שהמליץ להם לחלק את הביציות כך שחצי מהן יוקפאו ללא הפריה וחצי מהן לאחר הפריה, וכן מסר להם את נוסח התצהיר. חמישה ימים לאחר מכן, ביום 17.11.2015, חתמו הצדדים על התצהיר. בחלוף ימים אחדים, ביום 23.11.2015 התבצעה שאיבת הביציות מגופה של המערערת ובמקביל מסר המשיב את זרעו לצורך ההפריה. בו ביום הופרו כל שלוש הביציות של המערערת (בניגוד להסכמה המקורית) על-פי ההמלצה הרפואית העדכנית שהצדדים קיבלו, וכעבור יומיים, ביום 25.11.2015, הוקפאו העוברים שהתפתחו כתוצאה מן ההפריה.

85. הצדדים חרגו אפוא מן ההסכמה המוקדמת ביניהם בהתאם להמלצה הרפואית העדכנית (ראו: סעיפים 9 ו-12 לכתב התביעה מטעם המערערת ובהתאמה סעיפים 11 ו-14 לתצהיר עדות ראשית מטעמה; סעיפים 28 ו-30 לכתב ההגנה מטעם המשיב, שבהם הוא מודה בעיקרו של דבר בעובדות אלו). כפי שהבהיר הרופא בעדותו, בשלב זה מעל האפשרות לבצע בהצלחה סבב נוסף של שאיבת ביציות מהמערערת רבצה עננה כבדה. כך, כאשר נשאל הרופא אם שני הצדדים ידעו שאם טיפולי הפוריות לא יבוצעו באופן מידי יש סיכוי שלא ניתן יהיה לעשות כן בהמשך, הוא השיב בחיוב: "נכון. כולם ידעו שזה מצב דחוף" (פרוטוקול הדיון מיום 30.10.2024, בעמ' 16). בהמשך, כאשר הרופא נשאל אם במועד שבו הוחלט להפרות את שלוש הביציות היה ידוע לצדדים כי לנוכח מצבה הרפואי של המערערת "יש סיכוי שבזאת תם ונשלם". על כך הוא השיב: "נכון. זה מלכתחילה היה ברור שאנחנו על זמן שאול" (שם, בעמ' 17).

86. אם כן, חוסר הוודאות ביחס לעתידה הרפואי של המערערת היה ברור לצדדים היטב, באופן שהוביל לסטייה מההמלצה הרפואית המקורית ומהסכמתם הראשונית של

הצדדים (הפריית מחצית הביציות בלבד). אף על פי כן, שיתוף הפעולה מצדו של המשיב נותר מלא. הוא נקרא למסור את זרעו לצורך הפרייתן של שלוש הביציות ועשה כן ללא דיחוי. אף לאחר מכן – בעת שכבר התעוררו אצל המשיב, לדבריו, תחושות קשות – הוא לא עצר את התהליך הגם שהיה ביכולתו לעשות זאת.

87. יתר על כן, גם בחלוף זמן רב שבו לפי הנטען נשא המשיב בלבו לבטים משמעותיים, הוא עמד לצדה של המערערת וחיזק את ידיה. בכלל זה נקבע – כממצא עובדתי של הערכאה הדיונית שבית המשפט המחוזי לא התערב בו בערעור – כי לאחר שהתבשרה המערערת על הצורך בכריתת רחמה, המשיב ביקש לעודד אותה בהזכירו את האפשרות להשתמש בעוברים המוקפאים בהליכי פונדקאות. חשוב להדגיש עוד כי המשיב לא התנה את הסכמתו לתהליך בהמשך קיומם של יחסי זוגיות בין הצדדים. אדרבה, ההפך הוא הנכון: המשיב בחר להתמיד בתהליך גם לאחר שלשיטתו התערערה המערכת הזוגית בינו לבין המערערת. עובדה זו מלמדת כאלף עדים על נכונותו של המשיב להשתתף בתהליכי שימור הפוריות במנותק משאלת הקשר הזוגי שלו עם המערערת.

88. אם כן, התנהגותו של המשיב בשלבים מאוחרים לחתימה על התצהיר מעידים על שינוי מערך ההסכמות בינו לבין המערערת, בהתאם להתפתחויות ולשינויי הנסיבות שהמציאות זימנה לצדדים. ממילא אין בתצהיר כל סעיף המגביל את יכולתם של הצדדים לשנות את ההסכמות ביניהם (ולו גם בעל-פה או בהתנהגות). כשם שיש מקום לתת תוקף להסכמות שבאו לידי ביטוי בנוסח התצהיר עצמו, כך לדעתי יש לראות גם בהסכמות שהתגבשו מאוחר יותר – בהתנהגותם של הצדדים ובאמירותיהם – כמחייבות. בעת הזו, ומשהעוברים המוקפאים הם הנתיב היחיד שעשוי לאפשר למערערת להפוך לאם גנטית – אין המשיב יכול לסגת מהסכמות אלו.

מצג השווא מצדו של המשיב והסתמכות המערערת עליו

89. בהמשך לאמור לעיל, גם אם יימצא מי שיטען כי ההסכמות המאוחרות לחתימה על התצהיר אינן ברורות דיין, בנסיבות העניין אין לעמדת המשיב תוחלת אף מטעם נוסף. זאת מאחר שלשיטתי המשיב מושתק מלחזור בו מההסכמה שנתן לשימוש בביציות, בהתחשב בהתנהלותו עובר להפרייתן. בהתייחס לכך ראוי לצטט את האופן שבו תיאר המשיב בתצהיר העדות הראשית מטעמו את מסירת הזרע לצורך ההפריה:

"בהחלט ניתן לומר שרגע שאיבת הזרע שלי על ידי [המערערת] היה הרגע בו התערערו יחסי הזוגיות בינינו. אני חשתי מובך, מושפל ומנוצל. בעיני רוחי ראיתי את עצמי אסוציאטיבית באותם הרגעים הלא נעימים כפרה שחולבים אותה ביד גסה. איך יוצאים מזה עכשיו? שאלתי את עצמי. בתחושותי הקשות שיתפתי עוד באותו היום את אמי. היא הרגיעה אותי ואותה בכך שללא הסכמתי ממילא לא תוכל [המערערת] לעשות שימוש בביציות המופרות בזרעי, כך שיש לי עדיין אפשרות להתחרט על הסכמתי הנמהרת להפרות ביציות של [המערערת] בזרעי" (שם, בסעיף 16).

90. הנה כי כן, עם מסירת הזרע חל שינוי נסיבות משמעותי מבחינתו של המשיב. מנקודת מבטו התערערו יחסיו עם המערערת. אולם, רחשי לבו של המשיב, תחושותיו הקשות, הלבטים שתקפו אותו – כל אלה הוסתרו מהמערערת, ולא נודע כי באו אל קרבו. הוא הזדרז לשתף את אמו בהרהורי הכפירה שלו, אך הותיר את המערערת תחת הרושם שהוא מוסיף לעמוד מאחורי הסכמתו לשתף פעולה עם תהליך ההפריה החוץ-גופית, הגם שבאותו שלב לא היה זה מצב הדברים כהווייתו. במלים אחרות, נוצר פער בין עמדתו הסובייקטיבית של המשיב ביחס למערכת היחסים בין הצדדים ולהליכי הפוריות, לבין הביטוי החיצוני שהוא נתן לה. להשקפתי, התנהלותו זו של המשיב עולה כדי מצג שווא ביחס לטיב כוונותיו. בהתחשב במהות הסוגיה שעמדה על הפרק ובהשלכותיה הדרמטיות על עתידה של המערערת, ובפרט על זכותה להורות – אני סבורה כי בנסיבות אלו חלה על המשיב חובת גילוי כלפי המערערת. היה עליו לספר לה בזמן אמת כי נהפך לבבו.

91. לאי-הגילוי היו בנסיבות העניין תוצאות דרמטיות וחסרות תקנה. מצגו של המשיב הוביל את המערערת לשנות את מצבה לרעה באופן דרמטי. הפריית ביציות היא עניין בלתי הפיך. מרגע שנעשה, אין להשיב את הגלגל לאחור. תקוותם של הצדדים כי יישאבו מגופה של המערערת ביציות נוספות – הייתה קלושה למדי באותה עת, ולבסוף אכן נכזבה. ייתכן שיש בכך משום "חכמת הבדיעבד". אך מהעדויות שנשמעו בהליך היה ברור כי מעל האפשרות ששאיבה נוספת אכן תצלח ריחף סימן שאלה גדול. לא בכדי כאשר התברר שנשאבו שלוש ביציות בלבד שונתה ההמלצה הרפואית מהפריית מחציתן להפריית כולן. שינוי זה כשלעצמו מלמד על חוסר הוודאות שהתעורר באשר לסיכויי ההצלחה בהמשך הדרך.

92. לפני שאוסיף ואדרש לתוצאות שהיו למצגים בעניין זה ראוי להטעים את ייחודו של המקרה שבפנינו. מבלי לגרוע מן החשיבות הנודעת לכנות ויושרה במערכות יחסים

קרובות, וממילא גם במערכות יחסים משפחתיות – בית משפט זה נזהר באופן מסורתי מהטלת אחריות בגין מצג שווא בין בני זוג בהקשרים כדוגמת גילוי נטייה מינית או נאמנות בנישואין (ראו למשל: ע"א 1581/92 ולנטין נ' ולנטין, פ"ד מט(3) 441 (1995); ע"א 8489/12 פלוני נ' פלוני (29.10.2013); בע"מ 5827/19 פלוני נ' פלוני (16.8.2021)). זאת, במידה רבה, מתוך חשש מפני "משפוט" של מערכות יחסים רגשיות ובין-אישיות. אולם, כאשר בפנינו הסכמה זוגית שלה יש גם היבטים פורמאליים, בכל הנוגע להפריה חוץ-גופית, הפך המשפטי נוכח ממילא, והוא בלתי נמנע.

93. מצגיו של המשיב הובילו את המערערת להסתמך עליו – הסתמכות שהייתה בהחלט סבירה בשעתה, לא כל שכן בהינתן מצבה הרגיש באותה עת. במצב הדברים האמור חל על המשיב השתק הנובע ממצגיו, אשר מונע ממנו להתכחש להם ולפעול בניגוד אליהם. עקרון ההשתק נקלט במשפט הישראלי משחר ימיו, הוכר כחלק מחובת תום הלב ויושם בהקשרים משפטיים שונים (ראו למשל: ע"א 23/49 חברת י. צגלה ושות' בע"מ נ' אהרון חיות בע"מ, פ"ד ד 475, 484-485 (1950); ע"א 1662/99 חיים נ' חיים, פ"ד נו(6) 295, 341 (2002); בג"ץ 8948/22 שיינפלד נ' הכנסת, פסקה 20 לפסק דיני (18.1.2023). כן ראו: גבריאלה שלו "הבטחה, השתק ותום לב" משפטים טז 295, 315-310 (1986)). בהקשר הרלוונטי לענייננו, דוקטרינת ההשתק נבחנה גם כחלק מההתדיינות בפרשת נחמני. בעוד ששופטי המיעוט שטרסברג-כהן ו-זמיר סברו כי זו אינה חלה בהיעדר מצג או הבטחה מצדו של דני שרותי הייתה יכולה להסתמך עליו (ראו: עניין דיון נוסף נחמני, בעמ' 688-689 ובעמ' 784-785. כן ראו: עניין נחמני הראשון, בעמ' 518-517), שופטי הרוב הגיעו למסקנה שונה. כך, השופט טל הסביר מדוע הדוקטרינה חלה במלואה (ראו: עניין דיון נוסף נחמני, בעמ' 704. כן ראו: עניין נחמני הראשון, בעמ' 528-525) והשופטת דורנר עמדה על כך שגם אם ההכרעה בין זכויותיהם של הצדדים אינה מבוססת על ההשתק כשלעצמו, הרי שיש לייחס לכך משקל במסגרת איזון האינטרסים (עניין דיון נוסף נחמני, בעמ' 721-722).

94. ראוי להטעים כי בענייננו המצג מצדו של המשיב היה מובהק הרבה יותר מאשר בפרשת נחמני. באותו מקרה לא עלתה כל טענה שדני הטעה את רותי, שיקר לה או הסתיר את כוונותיו האמיתיות. לעומת זאת, במקרה דנן – המשיב נכשל במצג שווא של ממש, המקרין אף על סבירות ההסתמכות של המערערת עליו. התנהלותו של המשיב כאן היא אפוא חמורה יותר ובמובן זה מציבה אותו בעמדה משפטית קשה אף יותר מזו של דני נחמני. אפשר אולי להבין את תחושת בין המצרים שאליה נקלע המשיב, שחשש לחשוף

את הרהורי לבו בפני המערערת בזמן מחלתה. אולם, אין בכך כדי לפטור אותו מן האחריות לתוצאות מעשיו.

95. עוד יצוין במישור ההסתמכות של המערערת כי אין מקום לצפות שתוכיח באותות ובמופתים כיצד הייתה נוהגת לו חשף בפניה המשיב את צפונות לבבו. די לי בכך שהתנהלותו של המשיב סגרה בפני המערערת את הדלת המאפשרת לבחון חלופות סבירות אחרות, כדוגמת הקפאת הביציות ללא הפריה חרף הפחתת סיכויי השרידות של החומר הגנטי בהמשך. אין לדעת אם פתרון זה או אחר היו מעשיים באותה עת, ואם היו עולים יפה בסופו של דבר. מכל מקום, שלילת אפשרות הבחירה מן המבקשת באופן זה עולה לשיטתי כדי שינוי מצב לרעה ברמה הדרושה לענייננו.

האמנם התצהיר מבחין את המקרה מפרשת נחמני?

96. יש מקום להוסיף כי בנסיבותיו של המקרה דנן, קיומו של התצהיר הוצג על-ידי המשיב, ואף בדעת הרוב בבית המשפט המחוזי, כפרט המקים הבדל מהותי בין ענייננו לבין פרשת נחמני. אולם, עיון מעמיק בפסקי הדין שניתנו שם מלמד שלא כי. לאמיתו של דבר, גם בפרשת נחמני הוזכרו הסכמים של בני הזוג – הן עם בית החולים "אסותא" שבו בוצעה ההפריה החוץ-גופית והן עם מכון הפונדקאות בארצות הברית. בפסק הדין בעניין דיון נוסף נחמני צוין כי הסכמים אלה, על-פי לשונם, דרשו הסכמה של שני בני הזוג בכל שלב. בכל הנוגע להסכם עם בית החולים צוין כך:

"בית החולים קיבל את הביציות מרותי ואת הזרע מדני לפי הסכם בין רותי ודני מזה לבין בית החולים מזה. לפי הסכם זה אין בית החולים רשאי למסור את הביציות לאחד נגד רצון האחר. נניח, לדוגמה, כי דני היה מקדים את רותי ופונה ראשון לבית החולים כדי לקבל את הביציות לצורך כלשהו: אם כדי להעביר אותן להשתלה על דעתו בלבד, אם כדי להשמיד אותן ואם לצורך אחר. ברור, לדעתי, כי בית החולים לא היה רשאי, ולו רק בגלל ההסכם המשולש שבין רותי, דני ובית החולים, למסור אותן לדני בניגוד לרצונה של רותי" (כאמור בפסק דינו של השופט זמיר, שם, בעמ' 780).

כידוע, עובדה זו לא הכריעה שם את הכף.

97. אשר להסכמים עם מכון הפונדקאות, בפסק הדין בעניין דיון נוסף נחמני הוסבר כי בני הזוג התקשרו בהסכם ראשוני המסדיר בעיקרו של דבר את ההיבטים הפיננסיים

של התהליך. בתוך כך, במסגרת המבוא להסכם צוין כי המכון עוסק בהסכמי פונדקאות עבור זוגות שאינם יכולים לשאת את ילדיהם בעצמם (לנוסח הסעיף המדויק ראו: שם, בעמ' 767). עוד הוסבר כי בהתאם להסכם שני ההורים המיועדים אמורים לבחור יחדיו את האם הפונדקאית. נוסף על כך, מכון הפונדקאות הציג לבני הזוג נחמני טיוטת הסכם (שלא נחתמה לבסוף) עם האם הפונדקאית. בהקשר לכך ציין השופט אור כי "הסכם זה מלמד בבירור על הצורך בהסכמת כל אחד מבני הזוג לביצוע ההשתלה: גם רותי וגם דני הם צד לו, ולכל חיוביו. הוא מלמד על הדרישה היסודית לקיומה של זוגיות אמיתית בעת ההסכמה על ההשתלה" (שם, בעמ' 768). בית המשפט המחוזי שבו החלה ההתדיינות בין בני הזוג נחמני אף הוא התייחס לכך, בציינו כי "דרישת המכון בארה"ב, כי ההשתלה תיעשה בפנייה משותפת של שני בני הזוג, היא תנאי בין המכון לבין בני הזוג, אך לא תנאי בין בני הזוג עצמם" (עניין נחמני מחוזי, בעמ' 168).

98. ניתנת האמת להיאמר: ההתייחסות להסכמים הנ"ל מופיעה בחוות דעתם של שופטי המיעוט בלבד (ההפניות לעיל הן לחוות דעתם של השופטים אור ו-זמיר). שופטי הרוב לא התייחסו לכך במפורש, אך ניתן להניח כי מדובר בהיבטים עובדתיים שלא היו שנויים במחלוקת (להבדיל מאשר השלכותיהם במישור המשפטי). החשוב לענייננו הוא שבסיכומו של דבר, פסק הדין בעניין דיון נוסף נחמני – שחתם את הפרשה – אפשר לרותי נחמני לעשות שימוש בעובדים המוקפאים חרף התנגדותו של דני, וזאת כאשר בנסיבות העניין היו גם הסכמים חתומים על-ידי בני הזוג שהצריכו את הסכמתו של כל אחד מהם להחדרת העוברים. לנוכח האמור לעיל, אינני סבורה כי התצהיר שעומד במוקד הטענות בהליך דנן מבסס הבחנה משמעותית בין ענייננו לבין תקדימי העבר, באופן שמצדיק הכרעה שונה. ההפך הוא הנכון: דומה כי פוסעים אנו בתלם חרוש היטב.

99. הבדל נוסף שעליו השליך המשיב את יהבו נעוץ בעובדה שבני הזוג נחמני היו נשואים זה לזה, וחתרו מתחילת הדרך לביצוע הליך פונדקאות. אולם, לאמיתו של דבר, אין בכך כדי לייצר שוני של ממש בין עניינם לבין המקרה הנוכחי. המערערת והמשיב אמנם לא נישאו זה לזה, אך הם החלו בתהליך ההפריה החוץ-גופית כבני זוג, ובמובן זה אין הבחנה מהותית בינם לבין בני הזוג נחמני. כמו כן, לא מצאתי לייחס משקל של ממש לעובדה שבני הזוג נחמני כיוונו להליך פונדקאות מלכתחילה. עובדה זו נבעה ממצבה הפיזיולוגי של רותי נחמני, שכבר בתחילת הדרך הייתה ללא רחם. נסיבותיה של המערערת היו שונות, כפי שהוסבר, ורק במעלה הדרך נכרת רחמה. אין בשוני נסיבתי זה להשליך על ההכרעה בעניינם של הצדדים.

100. בסיכומי של דבר אני סבורה כי בהשוואה בין פרשת נחמני לבין המקרה דנן רב הדומה על השונה. בשני המקרים היו מסמכים כתובים שעיגנו באופן חלקי את ההסכמות, ואשר במסגרתם צוין כי נדרשת הסכמה מצד כל אחד מהצדדים לאורך שלבי התהליך. לצד זאת, בשני המקרים הייתה הסתמכות משמעותית של האשה על ההסכמות שהתגבשו בין הצדדים (בין אם בכתב ובין אם בהתנהגות) באופן שמשליך על "ההזדמנות האחרונה" לממש הורות גנטית. בשני המקרים לא הייתה חקיקה המסדירה את יחסיהם של בני הזוג (שהרי חוק הפונדקאות לא חל על בני הזוג נחמני, וממילא חוק זה אינו מתייחס למערכת היחסים שבין ההורים המיועדים). על כל אלה יש להוסיף כי בשונה מפרשת נחמני, כאן הייתה גם הסתמכות על מצג שווא ברור מצדו של המשיב – באופן שמחזק את ההכרעה לטובתה של המערערת בהשוואה לתקדימי העבר.

101. מסקנתי היא אפוא חד-משמעית: יש לאפשר למערערת לעשות שימוש בעובדים המוקפאים.

אופן השימוש בעובדים המוקפאים: סוגיית הפונדקאות

102. בהמשך למסקנתי האמורה, מתבקש להבהיר כי השאלה שעניינה בפונדקאות היא שולית למדי, בהתחשב בכך שאף מבחינת המשיב אין מדובר בטעם המרכזי להתנגדותו להמשך התהליך. ראוי להביא בעניין זה דברים בשם אומרם:

"עו"ד דורי שוורץ: בוא נניח ש[המערערת] לא הייתה עוברת כריתת רחם, חשוב לי לדעת מה הייתה עמדתך. נניח ש[המערערת] הייתה יושבת פה ללא כריתת רחם, אבל מסיבות רפואיות, כאלה ואחרות, גופה לא יכול להפיק ביציות נוספות וכולי, למרות שיש לה רחם, וכן אפשר להחדיר את העוברים לרחמה, האם אז היית מסכים? עזוב כרגע מבחינה משפטית, האם אתה היית מסכים לזה?
[המשיב]: לא.

עו"ד דורי שוורץ: לא. זאת אומרת, השאלה של איך יבואו הילדים, או הילד, לעולם, בפונדקאות, באמצעות היריון בגופה של [המערערת], לא משנה את העובדה שאתה בכל מקרה לא היית מסכים. אתה לא מסכים, נקודה, נכון?
[המשיב]: אני אמרתי לך את דעתי, כן" (פרוטוקול מיום 31.1.2022, בעמ' 29-30).

אם כן, לאורך הדרך לא הייתה זו סוגיית הפונדקאות שעוררה אצל המשיב התנגדות לכך שהמערערת תביא ילדים לעולם באמצעות העוברים המוקפאים. מקובלת

עלי בהקשר זה עמדתה של דעת המיעוט בבית המשפט המחוזי, לפיה המשיב מבקש להיתלות בסוגיה זו מבלי שהוא רואה בה חשיבות של ממש. התנגדותו של המשיב בעניין זה היא טכנית בלבד, ואינה נובעת אפוא מעמדה מהותית וכנה.

103. ראוי להוסיף ולהתייחס, ולו בקצרה, לאמירות קשות של המשיב ושל באת-כוחו שנסבו על כריתת רחמה של המערערת. המשיב ציין בתצהיר העדות הראשית מטעמו כי "אני אומר את הדברים האלה בכאב, אך זוהי עובדה. כריתת רחמה של [המערערת] שם קץ ללבטי הקשים. הגורל המר שלה אכן היטיב עמי" (שם, בפסקה 9). אף באת-כוחו של המשיב הטיחה במערערת: "אני רוצה להגיד לך שכמה שזה עצוב, דווקא כריתת רחם שלך, היתה תעודת הביטוח של [המשיב]... תעודת הביטוח שלו היתה שכרתו לך את הרחם, עכשיו אני נקי מההתחייבויות שלי כלפיה" (פרוטוקול מיום 30.1.2022, בעמ' 30). דברים כואבים אלו גרמו למערערת סערת נפש של ממש, כמתועד בפרוטוקול הדיון. על רקע זה, אקדים ואציין במישור האנושי כי יש להצטער על אמירות פוגעניות אלו, שמהן עולה לכאורה כי "יום אסונה" של המערערת הוא "יום ששוננו" של המשיב. טענות מסוג זה, ככל שהמשיב ביקש להעלותן, ראוי היה לנסח בצורה משפטית וניטרלית יותר.

104. במישור המשפטי אבהיר כי סעיף 3 לתצהיר אינו משקף שלילה גורפת של הליכי פונדקאות, אלא אך את העובדה שבאותה עת עמדה על הפרק התכנית להחדיר את העוברים לרחמה של המערערת בלבד. כידוע, ממילא הפרוצדורה הנוגעת לפונדקאות היא שונה מהיסוד. מכל מקום, עמדתו של המשיב בהקשר זה סותרת באופן חזיתי את ממצאי העובדה של בית המשפט לענייני משפחה, אשר ערכאת הערעור לא התערבה בהם ואף בגלגול הנוכחי לא הוצגה כל עילה להתערבות בהם. בהתאם לקביעות אלה, לאחר שהתקבלה הבשורה המרה על הצורך בכריתת רחמה של המערערת, המשיב ביקש לנחם אותה ולחזק את רוחה באמרו שאין לה מה לדאוג כי עדיין ניתן לעשות שימוש בעוברים המוקפאים באמצעות פונדקאות. זוהי אפוא הסכמה מפורשת המאוחרת לחתימת התצהיר, ומחליפה את האמור בסעיף 3 לו.

105. למעלה מן הצורך אוסיף כי אף גרסתו של המשיב למהלך האירועים אינה מסייעת לו. לטענתו, הוא הצטער לשמוע על כריתת הרחם אך לא הביטח למערערת דבר בעניין הפונדקאות. בעדותו בבית המשפט לענייני משפחה הוא ציין כי "אמרתי לה שזה יהיה בסדר וזהו" (פרוטוקול מיום 31.1.2022, בעמ' 31). אולם, דבריו אלו אינם מתיישבים עם האמור בתצהירו לפיו כריתת הרחם שמה קץ ללבטיו. לא ברור, אם כן, מה משמעות אמירתו לפיה "יהיה בסדר" – וזאת כחצי שנה לאחר שאיבת הביציות

והפרייתן, דהיינו: כחצי שנה לאחר התערעורת היחסים. לגרסתו של המשיב עצמו – בשלב זה לא הייתה לו אפוא כל כוונה לאפשר למערערת להביא ילדים לעולם באמצעות העוברים המוקפאים. התנהלותו זו היא בבחינת המשך ישיר להולכתה של המערערת שולל בשלבים הקודמים, ואין להישמע לטענותיו של המשיב בהקשר זה.

מהלכה למעשה: הצעת המתווה של היועצת המשפטית לממשלה

106. כזכור, היועצת המשפטית לממשלה הציעה מתווה שלפיו – בכפוף לקביעות עובדתיות מסוימות – תוכל המערערת להתקשר בהסכם לנשיאת עוברים, בהתאם לחוק הפונדקאות, כאם מיועדת יחידה. בנסיבות העניין, מתווה זה עשוי להוות פתרון מאוזן וישים, אשר ימתן את הפגיעה בזכויותיו של המשיב. ראוי לזכור כי בפרשת נחמני הדגישו שופטי המיעוט את השלכותיה של ההורות על האדם – מבחינה משפטית, אנושית, כלכלית, חברתית, ועוד (ראו: עניין דיון נוסף נחמני, בעמ' 683-684). לכאורה, המתווה המוצע נותן מענה חלקי לקשיים שעלו בפרשת נחמני – שבה פונדקאות יחידנית כלל לא הייתה בגדר האפשר. אדגיש בהקשר זה כי לעובדה שטיפול הפוריות במקרה דנן בוצעו טרם חקיקתו של תיקון מס' 2 לחוק הפונדקאות – אין כל השלכה בענייננו. אכן, תיקון חקיקה זה משנת 2018 – שאפשר לראשונה לאשה להתחיל לבדה בהליך פונדקאות כאם מיועדת יחידה – הוא מאוחר לטיפול הפוריות שקיימו הצדדים בשנת 2015. אולם, הדבר אינו מעלה ואינו מוריד בנסיבות העניין. זאת, מאחר שההסכם לנשיאת עוברים (כלומר, ההסכם הפונדקאות) טרם נחתם בעת טיפולי הפוריות. כיום תיקון מס' 2 לחוק הפונדקאות כבר עומד בתוקפו, ואם ייחתם ההסכם מכוחו – לא ניתן יהיה למנוע מהמערערת לפעול בהתאם להוראות החוק הרלוונטיות.

107. בדיון שהתקיים בפנינו ציינה באת-כוחו של המשיב כי הוא מתנגד לכל שימוש בעוברים המוקפאים, אף בגדרו של המתווה, שבו הוא רואה קשיים. לצד האמור, המשיב נמנע מלהבהיר – ולו כטענה חלופית – אם בתרחיש שבו הערעור יתקבל, הוא יעדיף לאמץ את המתווה. כמו כן, בתגובתו מיום 29.10.2025 להצעת בית המשפט שניתנה בתום הדיון, המשיב ציין כי "אין הוא מקבל את ההצעה לאמץ בפשרה את המלצות היועמ"ש בעוד הוא מתנגד עקרונית ומהותית לשימוש בעוברים לשם הפריה בהליך של פונדקאות". בנסיבות אלה ראוי לאפשר למשיב בשלב הנוכחי להבהיר את עמדתו ביחס למתווה היועצת המשפטית לממשלה, ככל שתידחה התנגדותו הגורפת לשימוש בעוברים המוקפאים ויותר למערערת להמשיך לעבר הליך פונדקאות. על המשיב לעשות כן בתוך 14 יום, ולאחר מכן תינתן החלטה משלימה.

108. טרם סיום אדגיש, כי יש לקוות כי הפקת הלקחים הדרושה – הן במשרד הבריאות והן במוסדות הרפואיים – תתבצע באופן מלא ובהקדם. הרחבת ההסדרה בחקיקה של מערך הזכויות בין בני זוג המתחילים בהליכי הפריה חוץ גופית הייתה יכולה להעלות תרומה מכרעת. לצד זאת, ועוד קודם לקידומה של חקיקה בנושא, ניתן לחתור לכך שהמסמכים שיוצגו לחתימתם של בני הזוג הנכנסים ביחד להליך של הפריה חוץ גופית ינוסחו באופן שיעודד אותם למחשבה מבעוד מועד על שאלות קריטיות מבחינתם, כמו סוגיית השימוש בעוברים המוקפאים אף ללא הסכמה. דרך טובה לעשות כן היא באמצעות מסמך שיכלול יותר מחלופה אחת (למשל: בחירה בין "ניתן לעשות שימוש בעוברים אף ללא הסכמה משותפת" לבין "לא ניתן לעשות שימוש בעוברים ללא הסכמה משותפת") – באופן שיחייב את בני הזוג לבחור בחלופה המתאימה להם לאחר שהגיעו להבנה והסכמה. הגדרה ברורה של הכללים החלים על מצבים כאלה תוכל למנוע מראש היווצרותה של פרשה כואבת נוספת מעין זו שנדונה בפנינו.

109. סוף דבר: לו תישמע דעתי, אציע לחבריי לקבל את הערעור ללא חיוב בהוצאות, במובן זה שפסק דינו של בית המשפט המחוזי יבוטל. המערערת תוכל לעשות שימוש בעוברים המוקפאים, אך ההוראות האופרטיביות בעניין זה יינתנו לאחר הגשת עמדת המשיב כמפורט לעיל.



דפנה ברק-ארו
שופטת

השופטת גילה כנפי-שטייניץ:

קראתי את חוות דעתה המקיפה של חברתי השופטת ד' ברק-ארו, ולא אוכל להצטרף למסקנתה. לו תישמע דעתי, כפי שתפורט להלן, נדחה את הערעור.

1. כבכל מקרה שבו מוטלת על הכף משאלת הורות של מי מבעלי הדין, גם הפרשה שלפנינו פורטת על נימי הרגש. דומה כי הדברים נכונים ביתר שאת בענייננו, לנוכח הנסיבות הרפואיות הקשות שהובילו להיעדר יכולתה של המערערת לממש הורות

ביולוגית; היותן של הביציות המופרות "ההזדמנות האחרונה" העומדת לה להורות גנטית; והשאלות העולות באשר להתנהלותם הראויה של הצדדים – כולן נסיבות המעצימות את המטען האמוציונלי של הפרשה. מטבע הדברים לא ניתן, ואף אין זה ראוי, להתעלם מן ההיבט הרגשי-אנושי של הפרשה ומהתחושות שהוא מעורר. עם זאת, בבואנו להכריע בסכסוך – הכלי היחיד העומד לרשותנו הוא הדין: לא הרגש ולא נטיית הלב. זאת יש לזכור ולהזכיר כבר בפתח הדברים.

2. אלה, בתמצית, עובדות המקרה, שפורטו בהרחבה בחוות דעתה של חברתי: המערערת והמשיב 1 (להלן: המשיב; וביחד: בני הזוג) ניהלו קשר זוגי במשך כשנתיים, מבלי שנישאו. במהלך הקשר התגלה בגופה של המערערת גידול ממאיר, אשר חייב ניתוח להסרת שחלה ותחילתם של טיפולים כימותרפיים שעלולים היו לפגוע בפוריותה. בעקבות זאת, ולפני תחילת הטיפול הרפואי, הומלץ למערערת לבצע הליך "חירום" לשימור פוריות, אותו עברה בליווי המשיב ובהשתתפותו כבן זוגה. ההמלצה הרפואית שניתנה לבני הזוג הייתה להפרות מחצית מן הביציות שיישאבו בזרעו של המשיב, ואת המחצית האחרת להקפיא מבלי להפרות. אין חולק, למעשה, כי לצורך פתיחה בהליך, חתמו בני הזוג בפני עורך-דין על "תצהיר" שנוסחו נמסר להם בבית החולים. בתצהיר נקבע, בין היתר, כי כל אחד מבני הזוג רשאי לסגת באופן חד-צדדי מהסכמתו להמשך הליך ההפריה עד לשלב החזרת הביציות המופרות לרחם האישה. במסגרת סבב השאיבה הראשון נשאבו שלוש ביציות תקינות בלבד, ובשל כך – בהמלצת הרופאים ובהסכמת בני הזוג – הופרו כולן בזרעו של המשיב. זמן קצר לאחר מכן הידרדר מצבה הרפואי של המערערת, דבר שהוביל להפסקת סבב שאיבת ביציות נוסף בו החלה, ובהמשך, לכריתת רחמה ושחלתה הנותרת. כשמונה חודשים לאחר תום הליך שימור הפוריות, הודיע המשיב למערערת על החלטתו לסיים את מערכת היחסים הזוגית ביניהם. מאז נישא לאישה אחרת והביא עמה ילדים, בעוד שהמערערת לא נישאה ואין לה ילדים משלה. בחלוף שנים מן ההתרחשות המתוארת עתרה המערערת לאפשר לה לממש את ההזדמנות היחידה העומדת לה להורות גנטית – באמצעות החזרת הביציות המופרות בזרעו של המשיב לרחמה של פונדקאית. בית החולים אינו מאפשר זאת בהיעדר הסכמה מטעם המשיב; אשר מסרב לכך. מכאן הצורך בהכרעתנו.

3. דרך הילוכי תהא כדלקמן: אפתח בהערה מקדימה בדבר הדמיון והשוני שבין פרשת נחמני למקרה שלפנינו, והשלכת ההכרעה שם, אם בכלל, על המקרה שלפנינו; לאחר מכן אבחן את מעמדו של ה"תצהיר" עליו חתמו בני הזוג כחוזה מחייב; משם אפנה לדון בעמדת חברתי שלפיה יש בהתנהגותו של המשיב לאחר החתימה כדי לשנות

את מערך ההסכמות בין הצדדים; אמשיך לטענה כי המשיב הציג מצג שווא עליו הסתמכה המערערת, ה"משיק" אותו מלסרב ליתן הסכמה לשימוש בביציות המופרות; ואסיים במספר הערות מסכמות.

בין פרשת נחמני לענייננו

4. כפי שציננה חברתי, הפעם האחרונה שבה נדרש בית משפט זה להכרעה בנסיבות דומות – אף כי שונות במובנים חשובים, כפי שיובהר – הייתה לפני כשלושה עשורים, בפרשת נחמני הידועה (דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661 (1996) (להלן: עניין נחמני)); קדם להכרעה בדיון הנוסף, פסק הדין בערעור: ע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני, פ"ד מט(1) 485 (1995) (להלן: עניין נחמני הראשון)). באותו מקרה דובר בבני זוג נשואים, אשר לרקע אובדן יכולתה של האישה להרות לאחר ניתוח שעברה, יצרו יחדיו – במסגרת הליך הפריה חוץ-גופית – ביציות מופרות, אותן תכננו להחזיר לרחמה של פונדקאית. לצורך מימוש תכניתם, אשר נתקלה בקשיים משפטיים שונים, ניהלו השניים מאבק משפטי ממושך. אלא שבסופו של תהליך זה, ובטרם התקשרו עם פונדקאית, נפרדו בני הזוג. האישה ביקשה לעשות שימוש בביציות המופרות, כדרך האחרונה מבחינתה למימוש הורות גנטית. הגבר, אשר מאז הביא ילדים מאישה אחרת, סירב לכך.

חרף קווי הדמיון הבולטים, איני סבורה שיש בעניין נחמני כדי לסייע להכרעתנו. כפי שיובהר להלן, עיון בחוות דעתם של שופטי הרוב מלמד, כי נקודת מוצא משותפת לדיון שם הייתה היעדרה של הסכמה מפורשת של בני הזוג בנוגע לגורלן של הביציות המופרות במקרה של פרידת בני הזוג.

5. בדיון הנוסף שנערך באותה פרשה, נשתברו קולמוסיהם של אחד-עשר שופטים, אשר הכריעו לבסוף לטובת האישה ברוב של שבעה נגד ארבעה. כמעט כל אחד מן השופטים צעד בנתיב שונה להכרעתו, כאשר חלק משופטי הרוב סללו לעצמם דרכי הכרעה שבמוצהר לא התבססו על הדין, אלא על תפיסות של צדק במקרה הפרטני (ראו למשל את חוות דעתם של השופט גולדברג, בעמ' 728-729; של השופט טירקל, בעמ' 735; ושל השופט בך, בעמ' 742-744; כן ראו דוד הד "משפט צדק וצדק מוסרי – עיון נוסף בפרשת נחמני" משפטים כט 507, 525 (1998) (להלן: הד, משפט צדק)). הקביעה המרכזית שעליה יוסדה דעת הרוב היא, כי במקרה מעין זה שבו לאישה אין כל אפשרות אחרת למימוש הורות גנטית, ואילו הגבר כבר מימש את הורותו – על כפות המאזניים עומדות זכותה של האישה להורות, אל מול זכותו של הגבר שלא להיות הורה לילדים

שייולדו מן הביציות המופרות; כאשר הזכות הראשונה, בהיותה בעלת משקל נכבד יותר, גוברת (ראו למשל עניין נחמני, בעמ' 702-703, 719-720, 737, 759-760; יצוין, כי במקרים דומים שנדונו בפסיקה מאז, ובהם לתובעים היו כבר ילדים משלהם או שהיה ביכולתם להביא ילדים בדרך שאינה כרוכה בשימוש בביציות המופרות – הוכרעה הכף נגדם, וראו: בע"מ 7185/10 פלוני נ' פלונית (7.2.2011); תמ"ש (משפחה חי') 25008-11-16 מ' ד' ש' נ' ש' ש' (25.12.2017)). איזון זכויות זה הוא שעמד אפוא בלב ההכרעה.

6. אעיר, כי דעתי שלי שונה. הגם שלאישה אין דרך אחרת לממש את הורותה הגנטית אלא באמצעות הביציות המופרות, אין תביעתה לזכות עקרונית להורות, אלא לזכות להורות מסוימת לאותם הצאצאים שייולדו מביציותיה ומזרעו של הגבר – הורות הכרוכה, בנסיבות העניין, בהשלכות על זכויותיו של הגבר (וראו גם דעתו של הנשיא ברק בעניין נחמני, שם בעמ' 790). מטעם זה, לא ניתן לקבוע אפריורית כי זכותה של האישה להורות בדרך זו גוברת על זכותו של הגבר שלא להיות הורה, והאיזון בין הזכויות חייב להיערך על-פי נסיבותיו הקונקרטיות של כל מקרה (ראו: חיים גנז "העובדים המוקפאים של הזוג נחמני: תגובה לאנדרי מרמור" עיוני משפט יט(2) 453, 462 (תשנ"ה)).

לצד ההכרה בפגיעה באישה שאינה יכולה לממש את הורותה, אין להמעיט בחומרת הפגיעה בגבר הנכפה להורות בעל-כורחו. ההורות היא מן החוויות המכוננות בחייו של אדם, וכפייתה על אדם בניגוד לרצונו – גם אם ננטרל את השלכותיה המשפטיות – נושאת עמה משקל מוסרי ורגשי כבד שילווה אותו כל ימי חייו (ראו בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות, פ"ד סו(1) 274, 314-318 (2013) (להלן: עניין תורם הזרע); בע"מ 4181/22 פלוני נ' פלונית, פסקה 5 לחוות דעתי (19.5.2024) (להלן: עניין הונאת אבהות)). בשני המקרים, על הכף מונחת אוטונומיית הרצון של הפרט הנגזרת מן הזכות לכבוד – היא החירות המסורה לכל אדם לשלוט בגורלו באמצעות בחירותיו, ולהיות "המחבר של סיפור חייו" (עניין הונאת אבהות, בפסקה 5 לחוות דעתי; עניין תורם הזרע, בעמ' 314-320); והבחינו מן הדעה שהובעה במאמרה של דפנה ברק-ארוז "על סימטריה וניטרליות: בעקבות פרשת נחמני" עיוני משפט כ(1) 197 (1996) (להלן: ברק-ארוז, על סימטריה)).

7. ואולם, אף אם היינו מניחים כי זכותה של האישה להורות חשובה יותר מזכותו של הגבר שלא להיות הורה – אין בקביעה זו לבדה כדי להקים לה עילה משפטית לשימוש בביציות מופרות מזרעו של גבר מסוים, ואף לא חובה משפטית של אותו הגבר לאפשר

זאת. לשם כך נדרש מקור נורמטיבי ברור – בדין או בהסכם – המעגן חובה משפטית כאמור (במובן זה, דעתי דומה לזו שהביעו שופטי המיעוט בעניין נחמני, וראו שם בעמ' 697, 771, 781; וראו גם חיים גנז "העוברים המוקפאים של הזוג נחמני" עיוני משפט יח(1) 83, 99-101 (1993)).

8. מכל מקום, איני רואה צורך להאריך בניתוח זה, משהדבר אינו דרוש בענייננו. בפרשת נחמני נזקקו שופטי הרוב לאיזון זכויות, על רקע מה שנתפס בעיניהם כ"חלל נורמטיבי", היינו, חוסר בנורמה משפטית רלוונטית היכולה לשמש בסיס להכרעה (ראו למשל עניין נחמני, בעמ' 723, 760-761. כן ראו הד, משפט צדק, בעמ' 511). בפרט, הצביעו השופטים על היעדרה של חקיקה המסדירה את אפשרות חזרתו של אחד מבני הזוג מהסכמתו לשימוש בביציות המופרות במקרה של פירוד או שינוי נסיבות אחר, וחשוב מכך לענייננו – היעדרו של חוזה או הסכמה מפורשת של הצדדים בעניין זה.

9. חברתי השופטת ברק-ארז סבורה, כי אין הבדל ממשי בין ענייננו ובין עניין נחמני, שעה שגם שם "היו גם היו הסכמים חתומים על-ידי בני הזוג שהצריכו את הסכמתו של כל אחד מהם להחדרת העוברים". לשיטתה, הדבר לא היה שנוי במחלוקת, גם לא בקרב שופטי הרוב – אשר חרף כך פסקו כפי שפסקו. קביעה זו, בכל הכבוד, מוקשית בעיניי. במישור העובדתי, ההסכם שאליו מתייחסת חברתי – שנחתם בין בני הזוג נחמני לבין מכון הפונדקאות – לא התייחס כלל לסוגיית הסכמתם של הזוג להחזרת העוברים. למעשה, הסכם אחר עם מכון הפונדקאות שנועד להסדיר סוגיה זו, "[א]מור היה להיחתם שם על-ידי בני הזוג נחמני ולא נחתם" (עניין נחמני, בעמ' 691. ההדגשה הוספה; וראו גם שם, בעמ' 768). מעבר לכך נסמכת חברתי על אמרה יחידה של השופט י' זמיר בחוות דעתו, ולפיה בהסכם שנחתם בין בני הזוג נחמני לבין בית החולים, נקבע כי "אין בית החולים רשאי למסור את הביציות לאחד נגד רצון האחר" (שם, בעמ' 780). אלא שקביעה זו, לא רק שאינה משתקפת ביתר חוות הדעת, אלא עומדת בניגוד חזיתי לאמור בהן. נקודת המוצא העובדתית בעניין נחמני, המרחפת מעל עמודיו הרבים של פסק הדין הייתה, כי לא נערך הסכם המסדיר את נושא השימוש בביציות המופרות (ראו למשל, ומבלי למצות, חוות דעתה של השופטת ט' שטרסברג-כהן, בעמ' 691, וכן חוות דעתה בעניין נחמני הראשון, בעמ' 497; חוות דעתו של השופט צ' א' טל, בעמ' 706; חוות דעתו של השופט ת' אור, בעמ' 763-764; חוות דעתה של השופטת ד' דורנר, בעמ' 717).

לנקודת המוצא האמורה ניתן ביטוי גם בספרות המשפטית, אשר התייחסה להיעדר הסכמה מפורשת של בני הזוג בעניין נחמני בנוגע לגורלן של הביציות המופרות

במקרה של פירוד, כמובנת מאליה (וראו מיני רבים: יחזקאל מרגלית קביעת הורות משפטית בהסכמה בישראל 137 (2023) (להלן: מרגלית); נילי כהן "הסכמה וחווה הכרוכים בהולדה" ספר גבריאלה שלו - עיונים בתורת החוזה 331, 339-340 (יהודה אדר, אהרן ברק, אפי צמח עורכים, 2021)). למעשה, אף חברתי, במאמר אקדמי שכתבה בעקבות פסק הדין בעניין נחמני הראשון, ציינה כי: "אחת השאלות שבית המשפט התלבט בהן היתה: האם הסכימו בני הזוג נחמני על גורל הביציות המופרות במקרה של פירוד ביניהם? אין חולק כי הם לא הסכימו במפורש שתהליך הפונדקאות ימשך בכל מקרה, גם אם ייפרדו. אין חולק גם שלא היתה הסכמה מפורשת הפוכה" (ברק-אדז, על סימטריה, בעמ' 212-213).

אוסף כי במישור המשפטי, אותה אמרה בודדת של השופט זמיר, שימשה חיזוק למסקנתו ולפיה יש לכבד הסכם זה, ולפסוק לטובת הגבר. כלומר, לכל היותר תומך הדבר בדעת המיעוט בעניין נחמני בה אחז גם השופט זמיר. אשר לשופטי הרוב, אלה לא בחרו להתעלם בדרך למסקנתם מהסכם המחייב הסכמה נמשכת, אלא סברו – בצדק או שלא בצדק – כי הסכם כזה אינו בנמצא.

10. בנקודה זו – שהיא נקודה מרכזית – נעוץ ההבדל המכריע בין ענייננו לעניין נחמני. בניגוד למצב שם, קיימת בענייננו הסכמה מפורשת של בני הזוג המאפשרת לכל אחד מהם לחזור בו מהסכמתו לתהליך ההפריה החוץ-גופית עד לשלב החדרת הביציות המופרות לרחמה של המערערת. הסכמה זו עוגנה בכתב ב"תצהיר" עליו חתמו לפני עורך-דין עובר לביצוע הליך ההפריה. על הסכמה זו לא היה עוררין בהליך שהתנהל בערכאות קמא והיא העומדת גם במוקד ההליך שלפנינו.

11. בטרם נפנה מבטינו ל"תצהיר", הוא העיקר, ראוי להזכיר היבט חשוב נוסף המבדיל את ענייננו מעניין נחמני – הנוגע לנסיבות שבהן ננקט הליך ההפריה. בעוד שבעניין נחמני החליטו בני הזוג בהחלטה מודעת להביא ילד לעולם בהפריה חוץ-גופית, ואף עמלו בנחישות ובגמירות דעת מלאה לאורך שנים לקידום מטרתם זו, עד לפרידתם – בני הזוג שבענייננו לא החליטו מעולם על הבאת ילד משותף. הליך ההפריה נכפה, למעשה, על בני הזוג בהליך חירום בשל מצבה הרפואי המיוחד של המערערת, ובוצע תוך ימים ספורים על מנת לנסות "להציל את הפוריות שלה" (ראו: חקירת הרופא בעמ' 13 לפרוטוקול הדיון בבית המשפט המחוזי מיום 30.10.2024 (להלן: חקירת הרופא)); כאשר בצוק העיתים לא נערך ביניהם כל דיון באשר למצבים השונים שעשויה ההפריה לזמן להם בעתיד. לאמיתו של דבר, לשיטתו של המשיב, אותו הסכם, אשר הוראותיו

הותירו לו פתח נסיגה, הוא אשר אפשר לו ליטול חלק בהליך ההפריה. לסוגיה זו עוד אשוב בהמשך.

12. לסיכום פרק זה: משעה שקיימת בענייננו הסכמה כתובה ומפורשת של הצדדים, אין עוד בסיס משותף המצדיק לאמץ את אופן איזון הזכויות כפי שנערך בפרשת נחמני. נקודת הכובד של ההכרעה עוברת אפוא לבחינת התצהיר. נשוב, אם כן, לענייננו ונמקד מבטנו במעמדו ותוקפו של התצהיר.

על התצהיר

13. ה"תצהיר" עליו חתמו בני הזוג אינו פרט טכני הנלווה להליך ההפריה, אלא המסמך המכוון שעליו נשען ההליך כולו. כפי שתואר, במעמד פגישת הייעוץ עם הרופא המטפל, עובר לפתיחת הליך ההפריה, מסר הרופא לבני הזוג מסמך שכותרתו "תצהיר", אשר נוסח על-ידי בית החולים. בני הזוג נדרשו לחתום על מסמך זה לפני עורך-דין, וזאת כתנאי לפתיחה בהליך ההפריה. בתצהיר הצהירו, בין היתר, כי ידוע להם שלאחר החדרת הביציות המופרות לרחם האישה, לא ניתן יהיה לסגת מן ההסכם באורח חד-צדדי (סעיף 4 לתצהיר) – ומכלל לאו נשמע ההן: עד למועד זה, רשאי כל אחד מהם לחזור בו מהסכמתו הראשונית לשימוש בביציות המופרות; ולאחר מכן – אפשרות זו אינה קיימת עוד (הסדר זה ולפיו נדרשת הסכמתם הנמשכת של בני הזוג לצורך שימוש בביציות המופרות יכולה להלן: הסדר של הסכמה נמשכת).

14. התצהיר הוא מסמך משפטי מחייב ביחסים שבין בני הזוג. כותרתו אינה מתייבה את מהותו, ומשמעותו המשפטית נלמדת מעמידתו בדרישות חוק החוזים ליצירת חוזה, ומכוונת הצדדים כפי שהיא משתקפת מן המסמך. השאלה המרכזית היא "אם הצדדים גמרו בדעתם ליצור חיובים משפטיים, המעניקים זכויות ומטילים חובות בתחום המשפט" (ע"א 3833/93 לוי' נ' לוי, פ"ד מח(2) 862, 869 (1994)). בעוד שחברתי, השופטת ברק-ארא, אינה חולקת למעשה על מעמדו של התצהיר כחוזה משפטי מחייב בין הצדדים (פסקה 81 לחוות דעתה), לשיטתה "השאלה בדבר מעמדו המשפטי של מסמך זה אינה פשוטה כלל ועיקר" (פסקה 75 לחוות דעתה). להשקפתי, אין קושי בקביעה כי מדובר בחוזה מחייב. עיון בתצהיר – על כל שבעת סעיפיו – מלמד כי כל עניינו בהסדרת ההיבטים המשפטיים של הליך ההפריה. מטרתו הברורה הייתה להסדיר מראש את יחסי הצדדים כתנאי שהציב בית החולים לפתיחה בהליך; מכאן שפועלו הוא גם במישור היחסים שבין בני הזוג עצמם, ולא רק במישור היחסים שבינם לבין בית החולים. יתרה

מכך, עצם חתימתם של בני הזוג על התצהיר היא שאפשרה את פתיחת ההליך, והיא שיצרה מנגד את הזכויות והחובות של בני הזוג הכרוכות בכך.

15. אכן, יש להודות כי התצהיר אינו מנוסח באופן מיטבי. ייתכן שנוכח כובד משקלן של ההכרעות הכרוכות בהפריה חוץ-גופית היה מקום לנסחו, ובפרט את סעיף 4 העוסק בחזרה מהסכמה, בלשון חיובית וברורה יותר. עם זאת, לא באה כל טענה כי מי מן הצדדים לא הבין את תוכנו, ואופן התנהלותם במישור העובדתי מלמדת כי הבינוהו היטב.

16. בהקשר זה יש להדגיש כי אין מדובר ב"טופס הסכמה" רפואי שגרתי, שנחתם כלאחר-יד במסדרונות בית החולים. בהתאם לדרישה שהועמדה להם, נטלו בני הזוג את התצהיר עמם, חתמו עליו בפני עורך-דין, ורק לאחר מכן השיבוהו לבית החולים. לא זו אף זו. מעדותו של המשיב ומעדות הרופא על אופן התנהלותו בפגישות מסוג זה נלמד, כי תוכן ההסכם הוסבר לבני הזוג, ובפרט הוסבר להם כי הסכמת שניהם נדרשת בכל שלב משלבי ההליך עד לשלב ההחזרה (ראו חקירת המשיב, בעמ' 13-14 לפרוטוקול הדיון בבית משפט לענייני משפחה מיום 31.1.2022 (להלן: חקירת המשיב); וכן חקירת הרופא בעמ' 13-14). בניגוד לעמדת חברתי, איני סבורה כי העובדה שנוסח התצהיר סופק לבני הזוג על-ידי בית החולים, או שהוא נושא את סמלי בית החולים או קופת חולים, יש בה כדי לגרוע ממעמדו כחוזה מחייב ביחסים שבין בני הזוג לבין עצמם (ראו והשוו: בנימין שמואלי ויחזקאל מרגלית "הזכות להורות בראי המשפט הפרטי: בין חוק זכויות החולה לדיני הרשלנות והחוזים – פיצוי בגין חזרה מהסכמה לטיפול פוריות והפריה" משפט וממשל כז 1, 61 (תשפ"ג)).

17. ולבסוף, אומד דעתם המשותף של הצדדים נלמד היטב גם במישור הסובייקטיבי, שעה שממהלך העניינים שתואר ברור, שהן המשיב הן המערערת נכנסו להליך ההפריה ביודעם כי ההסדר המשפטי החל על הביציות המופרות הוא הסדר של הסכמה נמשכת. איש מהם לא העלה טענה של ממש כי הסכמתו להסדר זה ניתנה שלא מדעת, או כי נפל בה פגם ברצון או פגם אחר המשליך על תוקפה. יתר על כן, המערערת עצמה העמידה את המשיב על כך שההסדר עליו חתמו הוא הסדר של הסכמה נמשכת, שעה שבשיחה בין השניים אמרה למשיב "אתה יודע יפה מאוד, חתמנו גם על מסמך, זה משהו שצריך את האישור של שנינו" (שיחה מיום 11.10.2020). ואמנם, בסמוך לאחר פרידת בני הזוג, ופעם נוספת עובר להגשת תביעתה, פנתה המערערת אל המשיב וביקשה את הסכמתו לשימוש בביציות המופרות – מתוך הבנה שזו נחוצה לה לשם השימוש בהן.

18. אעיר בבחינת למעלה מן הצורך, כי גם אם אניח שהתצהיר נועד בראש ובראשונה להסדיר את היחסים שבין בני הזוג לבין המוסד הרפואי, וגם אם יהיה מי שיאמר שאין ליתן לו את מלוא הנפקות כחווה משפטי מחייב – עדיין יש לזכור שאותו תצהיר הוא המגלם את ציפיותיהם הלגיטימיות של בני הזוג, ורשאים היו להסתמך עליו. לולא נחתם, מי לידינו יתקע שהמשיב היה מוכן להירתם להליך ההפריה כפי שאכן עשה?

19. אציין, כי ההסדר ההסכמי המונח ביסוד הליך ההפריה בענייננו – אינו 'תלוש' מן הדין הכללי, אלא משתלב בתפיסה נורמטיבית רחבה יותר, המעוגנת הן בדין הישראלי, הן בדין המשווה. כך, התצהיר עליו חתמו בני הזוג משקף במידה רבה את ההסדר המשפטי שנבחר בתקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית), התשמ"ז-1987, במישור היחסים שבין בני הזוג והמוסד הרפואי – המעגן את הצורך בהסכמה מודעת של כל אחד מבני הזוג לכל אחד משלבי ההליך (ראו תקנה 14 ותקנה 8(3) לתקנות אלה; ואת האמור בעניין נחמני, בעמ' 777-778). לנוכח חשיבותן של ההכרעות הכרוכות בהפריה חוץ-גופית, כמו גם האפשרות להשתמש בביציות המופרות שנים רבות לאחר הליך ההפריה, ההסדר המחייב הסכמה נמשכת ולא הסכמה חד פעמית ובלתי חוזרת – הוא הסדר מתבקש וראוי, למצער כברירת המחדל. מדובר בהליך זוגי ומתמשך, שמטרתו הבאת ילד לעולם ששני בני הזוג הם הוריו, ומכאן הצורך בהסכמה מחודשת ומודעת בכל שלב משלביו של הליך ההפריה.

עמדה זו זכתה לתמיכה גם בדו"ח ועדת אלוני, ועדה ציבורית שמונתה בשנת 1991 לבדיקת נושא ההפריה החוץ-הגופית. הוועדה המליצה פה אחד כי "בהעדר הסכמה משותפת ונמשכת [של בני הזוג], לא ייעשה כל שימוש בביציות מופרות שהוקפאו", תוך שצוין כי הדברים נכונים גם כאשר לאחד מבני הזוג אין דרך אחרת למימוש הורות גנטית, שכן "אין לכפות על איש או אשה אבהות או אמהות בניגוד לרצונם, גם אם נתנו הסכמתם הראשונית לעניין" (משרד המשפטים דין וחשבון הוועדה הציבורית-מקצועית לבחינת הנושא של הפריה חוץ-גופית 36 (1994)).

20. בהקשר זה מן הראוי לציין, כי העמדה הדורשת הסכמה נמשכת להליך הפריה חוץ-גופית אומצה במשפט האנגלי בחקיקה ראשית: Human Fertilisation and Embryology Act, 1990, c. 37, §3, 4 & 8, sch. 3 (U.K.), ואף יושמה על-ידי הערכאות המשפטיות בפרשת Evans – עניין לו קווי דמיון מובהקים למקרה שלפנינו. בפסקי הדין שניתנו בפרשה, לרבות על-ידי בית הדין האירופי לזכויות אדם, הודגש כי הסדר של

הסכמה נמשכת נועד להגן על זכויות היסוד של הצדדים לכבוד, לאוטונומיה ולחופש בחירה; להבטיח כי הליך ההולדה יושבת על רצון חופשי ומתמשך; ולמנוע כפיית קשר הורי על אדם בניגוד לצו מצפוני ורצוני הנוכחי (Evans v. Amicus Healthcare Ltd [2004] EWCA Civ 727; [2003] EWHC 2161 (Fam), 962 Civ 727, בפרט בפסקה 110; Eur. Ct. H.R., 6339/05, 27 (2007); ולסקירה של ההסדרים הנוהגים במדינות שונות ראו שם, בעמ' 14). הסדר ההסכמה הנמשכת, המהווה אפוא נורמה ראויה, לא נותר בענייננו כעקרון מופשט בלבד; הוא עוגן במפורש בתצהיר עליו חתמו בני הזוג ובכך הפך לחיוב חוזי בר-תוקף.

21. ההשקפה שיש ליתן תוקף מחייב להסכמותיהם המפורשות של בני הזוג – ככל שאלה אינן סותרות את תקנת הציבור – מוצאת תימוכין במשפט האמריקאי. כך, בשורה של פסקי דין שניתנו בנסיבות דומות, אימצו בתי משפט מדינתיים בארצות הברית גישה שכונתה 'הגישה החוזית' (The Contractual Approach). לפי גישה זו, מקום שבני הזוג התקשרו ביניהם בהסכמים המסדירים את גורלן של ביציות מופרות שיצרו, וככל שתוכנם של הסכמים אלה אינו נוגד את תקנת הציבור – יש ליתן להם תוקף ולאוכפם (ראו למשל: In re Marriage (Kass v. Kass, 696 N.E.2d 174, 180 (N.Y. 1998); (להלן: עניין Kass); Roman v. Roman, 193 S.W.3d 834, 840 (Or. Ct. App. 2008); of Dahl, 194 P.3d 834, 840 (Tex. App. 2006) (40, 50)). בבסיס גישה זו ניצבת התפיסה כי ראוי לעודד בני זוג להסדיר מראש, בהסכמה מדעת, תרחישים אפשריים בטרם ייכנסו להליך משותף של הפריה חוץ-גופית – באופן הממקסם את האוטונומיה שלהם ומצמצם מחלוקות עתידיות; וכי יש להעניק משקל מכריע לרצונם המפורש של הצדדים בבחירות כה עמוקות ומשנות-חיים מן הסוג שעל הפרק (עניין Kass, בעמ' 180. ולגישה שונה ראו מנגד: In re Marriage of Witten, 672 N.W.2d 768 (Iowa 2003). להרחבה על הגישות השונות לצד תמיכה בגישה החוזית, ראו למשל מן העת האחרונה: Benjamin C. Carpenter, *Sperm is Still Cheap: Reconsidering the Law's Male-Centric Approach to Embryo Disputes after Thirty Years of Jurisprudence*, 34 YALE J.L. & FEMINISM 1, 13-29 (2023).

במאמר מוסגר אעיר, כי יש הסבורים כי דווקא עמדה המאפשרת מתן הסכמה בלתי-הדירה לכל שלבי הליך ההפריה – היא עמדה העומדת בניגוד לתקנת הציבור. כך, למשל, בעניין נחמני ציין הנשיא ברק כי להשקפתו "אילו אחד הצדדים היה מוותר מראש על הצורך בהסכמתו שלו בכל שלבי התהליך, היה בויתור זה משום פגיעה בתקנת הציבור. תקנת הציבור דורשת כי תהליך ההפריה – שהוא תהליך ייחודי ואינטימי, ואשר פריו הסופי הוא ילדם המשותף של הצדדים – יולד רק מתוך הסכמה משותפת 'לאורך כל הדרך'" (עמ' 13).

790 לפסק הדין). כך גם בעניין Evans הדגישה שופטת בית המשפט לערעורים, השופטת Arden כי "In my judgment, it would be contrary to public policy for courts to enforce agreements to allow use of genetic material" (וראו גם פסק דין שניתן על-ידי בית המשפט העליון במסצ'וסטס, בגדרו נקבע כי הסכם אשר כופה על אחד מן הצדדים להיות הורה בניגוד לרצונו נוגד את תקנת הציבור ודינו בטלות: A.Z. v. B.Z., (725 N.E.2d 1051 (Mass. (2000)).

22. בניגוד לעולה מטענותיה של המערערת, אין במשקלה הנכבד של הזכות להורות כדי להתגבר על הסכמות הצדדים. קבלת עמדה זו משמעה ריקון הסכמות בני הזוג מתוכנן, וסתימת הגולל על יכולתם של בני זוג להסדיר מראש את העדפותיהם באשר לשימוש בביציות מופרות במקרה של פירוד או שינוי נסיבות אחר. התערבות שיפוטית מסוג זה, תפגע פגיעה קשה באוטונומיה של הצדדים לעצב את חייהם, ובפרט בתחומים רגישים ואינטימיים של הולדה והורות (ראו גם: מרגלית, בעמ' 113-114). מעבר לכיבוד האוטונומיה של בני הזוג, הרי שהתערבות בהסכמותיהם החוזיות תפגע באופן חריף גם בוודאות וביציבות המשפטית, ביכולת להסתמך על הסכמות הצדדים, ואף עלולה לשמש גורם מרתיע מפני פנייה להליכי הפריה חוץ-גופית. כך יקרה, למשל, אם ידעו בני זוג כי לנוכח אובדן כושר פריון אפשרי של מי מהם, לא תכובד הסכמתם המפורשת מראש להסדר של הסכמה נמשכת – כך שניתן יהיה לכפות עליהם הורות אף בחלוף שנים ממועד הפירוד.

23. ולפני חתימת פרק זה אוסיף, כי לטעמי גם בהיעדר ה"תצהיר", ולנוכח נסיבות ביצוע הליך שימור הפוריות של המערערת, לא ניתן לראות במשיב כמי שהסכים מראש לכל שלביו של תהליך ההפריה עד להבאת ילד לעולם. כפי שתואר, אף שפוריותה של המערערת היא שעמדה ברקע הדברים, בני הזוג לא הסכימו מעולם לבצע הליך של הפריה חוץ-גופית במטרה להביא ילד לעולם. עובר להליך ההפריה, בני הזוג לא נתנו דעתם להקמת משפחה, להבאת ילד לעולם או לתכנון התא המשפחתי. ממילא לא נתנו דעתם לגורלן של הביציות המופרות בקרות אירועים שונים שהחיים עלולים לזמן להם, כמו פירוק הזוגיות. גם המשיב לא הביע מעולם הסכמה או רצון להיות הורה, ולדבריו "בחיים לא דיברתי על ילדים איתה" (חקירת המשיב, בעמ' 21). כל שהסכים, הוא להפריית הביציות בזרעו "במטרה שיהיה לנו האופציה, אם וכאשר הזוגיות שלנו תמשיך ותתקיים" (שם, בעמ' 33). כך העיד גם הרופא: "לא דובר על היריון בכלל [...] בפגישה דיברנו איך מנסים להציל את הפוריות שלה. זה כל מה שדיברנו. גדול עלינו לדבר על היריון או לידה. זה מצב שבו אנו מנסים לקחת את מה שעוד אפשר לקחת, כדי שאולי בעתיד יצא לה מזה

תועלת" (חקירת הרופא, בעמ' 13). בני הזוג אשר התמקדו בהחלמתה של המערערת, לא ידעו מה יילד יום ולא העלו זאת לדיון. המשיב שיתף פעולה עם הליך שימור הפוריות תוך הותרת שאלות אלה לעתיד לבוא, מתוך הסתמכות על ההסכם שהקנה לו זכות לחזור בו מן ההליך בכל שלב (חקירת המשיב, בעמ' 13-14). במצב דברים זה, קשה להלום כי נכפה על המשיב להשלים את הליך ההפריה עד גמר. לכך לא נתן את הסכמתו.

24. הנה כי כן, נקודת המוצא לדיון המשפטי היא, שהצדדים פנו להליך ההפריה ביודעם כי ההסדר המשפטי החל לגבי הביציות המופרות הוא הסדר של הסכמה נמשכת, וכי בכל שלב שעד להחזרת הביציות המופרות לרחם, יוכלו לסגת בהם מהסכמתם. הסדרה הסכמית זו היא אפוא הבסיס לדיונונו, ונדרשים טעמים כבדי משקל כדי לסטות ממנה.

שינוי מערך ההסכמות

25. לשיטת חברתי, מערך ההסכמות בין בני הזוג לא מוצה בחתימתם על התצהיר. לעמדתה, "התנהגותו של המשיב בשלבים מאוחרים לחתימה על התצהיר מעידים על שינוי מערך ההסכמות בינו לבין המערערת". שינוי זה, כך על פי הטענה, משתקף הן בהחלטתם לקבל את ההמלצה הרפואית העדכנית להפריית שלוש הביציות של המערערת, תוך סטייה מזו המקורית להפריית מחצית מן הביציות בלבד; הן בעידודו של המשיב את המערערת, לאחר שנתבשרה על הצורך בכריתת רחמה, עת הזכיר בפניה כי עדיין עומדת להם האפשרות לעשות שימוש בביציות המופרות באמצעות אם נושאת. מכאן מסיקה חברתי כי המשיב אינו יכול עוד לחזור בו מן ההסכמה שנתן לשימוש בביציות המופרות.

26. אדגיש תחילה, כי בפי המערערת עצמה אין כל טענה מפורשת לשינוי מאוחר של הסכמות הצדדים. טענתה המרכזית היא שונה: לשיטתה, התנהלותו של המשיב – אשר ידע כבר בעת ההפריה כי אין בדעתו ליתן את הסכמתו לשימוש בביציות המופרות אך הסתיר זאת מפניה – משתיקה אותו מלסרב לשימוש בהן. טענה זו נשענת למעשה על ההבנה, שבבסיס הליך ההפריה עמד הסדר של הסכמה נמשכת ולא הסדר של הסכמה מראש לכל שלבי ההליך; ושנדרש טעם של ממש לסטייה מהסדר זה. לטענה זו אדרש להלן.

27. אכן, הדין מכיר באפשרות לשינוי הסכם בדרך של התנהגות מאוחרת לכריתתו, אך זאת רק מקום שבו השינוי הנטען נתמך בראיות מספקות המלמדות כי הצדדים קיבלו

על עצמם, במודע ובמשותף, את השינוי האמור (ע"א 4059/21 גדליה נ' רשות מקרקעי ישראל, פסקה 26 (29.8.2023)). פסיקה מושרשת בדיוני החוזים קובעת כי "לא בנקל יוסק מהתנהגותם של הצדדים הרצון בשינוי של החוזה ביניהם", וכי "כאשר מדובר בשינוי חוזה כתוב על דרך של התנהגות הצדדים המאוחרת לכריתתו, מן הדין שהתנהגות הצדדים לחוזה תשקף את גמירת הדעת לסטות מהוראות החוזה", היינו "רצון מגובש, כוונה רצינית להתקשר בחוזה והחלטיות". זאת, באופן המאפשר לבסס מסקנה, כי הצדדים התכוונו שלא לקיים את החוזה כפי שהוסכם מלכתחילה (ע"א 4956/90 פזגז חברה לשיווק בע"מ נ' גזית הדרום בע"מ, פ"ד מו(4) 35, 41 (1992); גבריאלה שלו דיני חוזים – החלק הכללי 221 (תשס"ה) (להלן: שלו, דיני חוזים)). בין המבחנים המשמשים לזיהוי שינוי בהתנהגות שערכו הצדדים בחוזה שכרתו, ניתן למנות את מודעות הצדדים לאותו שינוי; משך ההתנהגות והאם מדובר בדפוס התנהגות מתמשך; מהותיות השינוי ורמת סטייתו מן החוזה הכתוב; מידת ההשקעה בעריכת החוזה המקורי, ועוד (ראו שחר ליפשיץ ואלעד פינקלשטיין "חוזה ויחסים – המקרה של שינוי חוזה בהתנהגות" ספר גבריאלה שלו – עיונים בתורת החוזה 567, 574-589 (יהודה אדר, אהרן ברק ואפי צמח עורכים, 2021)).

28. לא מצאתי תשתית ראייתית ממשית לטענה כי התנהגותו של המשיב בשלב שלאחר חתימת התצהיר, מלמדת על הסכמתו לכך שהמערערת תהיה רשאית לעשות שימוש בביציות המופרות גם ללא הסכמתו; אף לא על גמירות דעת לסטות מהוראות התצהיר. הסכמה זו, המיוחסת לו בדיעבד על בסיס התנהגותו, מהווה שינוי מהותי מהסכמתו המקורית, ולמעשה, שומטת את הקרקע מתחת לתצהיר עצמו. פשיטא כי הנטל להוכיח שינוי כה מהותי רובץ על כתפי הטוען לו; נטל בו לא עמדה המערערת אף לא בקירוב. הסכמה מפורשת ומודעת – ודאי אין בענייננו; אף לא הסכמה משתמעת, בהיעדר כל ראיה ישירה או עקיפה לכך שוויתר המשיב על התניה המפורשת הדורשת הסכמה נמשכת לשימוש בביציות המופרות.

29. לא ראיתי בהפריית שלוש הביציות בזרעו של המשיב משום סטייה מההסכמה המוקדמת בין בני הזוג, לא כל שכן מן ההסכמה הכתובה (שכלל לא נדרשה לאופן ביצוע ההפריה). לכתחילה, פעלו הצדדים בכל הקשור להפריה בהתאם להמלצות הרפואיות. כך פעלו עת הומלץ על הפריית מחצית הביציות; כך פעלו עת הומלץ על הפריית כל הביציות. עוד יש לזכור כי בשלב הפריית הביציות ידעו הצדדים שצפוי סבב שאיבה נוסף, שבו יוקפאו ביציות שאינן מופרות. כך העיד המשיב: "אני מבחינתי, ידעתי שיהיו גם ביציות. בשלב אחרי ההפרייה של העוברים האלה היא התחילה כבר בטיפול נוסף והמטרה הייתה שיהיו לה ביציות משל עצמה, אני הופתעתי לשמוע [...] שעוצרים אותה

מהטיפולים האלה והיא צריכה להיכנס דחוף לניתוח" (חקירת המשיב, בעמ' 19). עדותו נתמכה בעדות הרופא המטפל אשר ציין כי תוכננה שאיבה נוספת לחודש דצמבר 2015, אולם לאחר 10 ימי טיפול בזריקות, הטיפול הופסק לפי הוראת רופאה (חקירת הרופא, בעמ' 11). מכאן שהבחירה להפרות את הביציות בסבב הראשון, לא רק שלא שינתה את מערך ההסכמות החוזי שבין הצדדים (ויוצר כי המערערת עצמה ציינה שההמלצה הראשונית הוכפפה לכמות הזקיקים שתתקבל, וראו בסעיף 9 לכתב התביעה), אלא גם לא שינתה מן האופן בו ראו הצדדים את הליך ההפריה בכללותו. ממילא, בחירה זו לא השמיעה כל הסכמה של המשיב לוותר על זכותו לסגת מן ההסכם עד לשלב ההחזרה.

30. אשר לעידודו של המשיב את המערערת, לאחר שנתבשרה על הצורך בכריתת רחמה, עת הזכיר בפניה כי עדיין עומדת להם האפשרות לעשות שימוש בביציות המופרות באמצעות אם נושאת – לכל היותר עשוי הדבר להשליך על הסכמות הצדדים בכל הנוגע לשאלת היכולת להיעזר באם נושאת, אך לא ראיתי כיצד יש בדברים האמורים כדי לשנות מהסכמת הצדדים לעניין הצורך בהסכמתם הנמשכת של שני בני הזוג לשימוש בביציות המופרות.

31. נמצאנו למדים, כי התנהגות מאוחרת של המשיב המעידה על שינוי מהסכמתו הכתובה, ועל ויתורו על הסדר ההסכמה הנמשכת – אין בענייננו. אפנה אפוא להתייחס לטענתה העיקרית של המערערת, היא טענת ההשתק. טענה זו היא שעמדה בבסיס דעת המיעוט בבית המשפט המחוזי, ואף חברתי נסמכת עליה בהכרעתה. כפי שאפרט, גם טענה זו אין בידי לקבל.

השתק מחמת שתיקה – רקע נורמטיבי

32. טענתה המרכזית של המערערת, העומדת בלב הערעור, היא כי אופן התנהלותו של המשיב עובר להפריית שלוש הביציות בזרעו – עת לא גילה למערערת את לבטיו באשר לעתיד הקשר הזוגי – מקים נגדו השתק המונע ממנו לסרב לשימוש בהן. וביתר פירוט: נטען כי מעדותו של המשיב עולה, כי החל מן המועד שבו הוציא זרע מגופו לצורך הליך ההפריה, החלו מתעוררים בקרבו לבטים לגבי עתיד הקשר הזוגי; לבטים אותם הסתיר מן המערערת תוך שהוא יוצר 'מצג שווא' לגבי מצבו הרגשי. ואולם בנסיבות העניין, כך על-פי הטענה, חלה על המשיב חובה משפטית לגלותם למערערת בטרם הופרו שלוש ביציותיה בזרעו. כן נטען כי ככל שהיה מגלה את אוזנה בלבטיו, הייתה המערערת בוחרת חלופות אחרות לשימור פוריותה, לרבות הקפאת ביציותיה מבלי

להפרותן בזרעו – ובאופן זה משמרת לעצמה אפשרות להורות גנטית ללא תלות בהסכמתו. לשיטת המערער, חובת הגילוי המוטלת על המשיב בהקשר זה נגזרת מחשיבות ההחלטה שעל הפרק, ובפרט בראי האפשרות ששלוש הביציות שהופרו תהיינה "ההזדמנות האחרונה" שלה להורות גנטית.

33. לדעתי, בדומה לדעתן של שופטות הרוב בבית המשפט המחוזי, יש לדחות את טענת ההשתק. כך הם פני הדברים, כפי שיפורט להלן, הן במישור המשפטי הן במישור העובדתי.

34. ההשתק הנוגע לענייננו הוא 'השתק מחמת מצג' (Estoppel in Pais), על-פיו "אדם המציג כלפי זולתו מצג עובדתי, יושתק (או יהיה מנוע) מהכחשת הנכונות של המצג שנעשה, אם נעשה המצג בכוונה כי האדם שכלפיו נעשה יפעל על-פיו, ואדם זה אמנם פעל בהסתמך על המצג ושינה את מצבו לרעה" (גבריאלה שלו "הבטחה, השתק ותום-לב" משפטים טז 295 (תשמ"ו-תשמ"ז) (להלן: שלו, הבטחה, השתק ותום לב)). השתק זה מושתת על שני יסודות מרכזיים: היסוד הראשון, הוא קיומו של 'מצג' (שלו, הבטחה, השתק ותום לב, בעמ' 296; דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א, 92 (מהדורה שנייה, 2018) (להלן: פרידמן וכהן, חוזים)). היסוד השני הוא קיומה של הסתמכות מצד מי שכלפיו הופנה המצג. ככל יתר ההשתקים, נטוע השתק זה ב'דיני ההסתמכות' – אשר נועדו להגן על אינטרס ההסתמכות מטעמי צדק, יושר והגינות (ראו: פרידמן וכהן, חוזים, בעמ' 90; שלו, הבטחה, השתק ותום לב, בעמ' 296).

ככלל, יסוד המצג מתגבש באמצעות התנהגות או התבטאות פוזיטיבית. ואולם, בצד המופע השגור, מוכר בדין גם מופע נוסף – ודומה כי הוא הנוטען בענייננו – של "השתק מחמת שתיקה" (או השתק במחדל), שבו מצטרף יסוד שלילי: קיומה של חובת גילוי. השתק מסוג זה עשוי לקום כאשר צד אחד פועל על יסוד הנחה מוטעית, בעוד שעל הצד השני מוטלת חובת גילוי אשר נועדה להבהיר את העובדות לאשורן, אך הוא, בשתיקתו, מפר חובה זו. בהתקיים תנאים אלה, ובהינתן שהצד הראשון הסתמך על ההנחה המוטעית ושינה מצבו לרעה, עשויה לקום מניעת המשתקה את ה"שותק" מלהתכחש לה (פרידמן וכהן, חוזים, בעמ' 92; דניאל פרידמן ואלרן שפירא בר-אור דיני עשיית עושר ולא במשפט כרך א 245 (מהדורה שלישית, 2015)).

35. אעיר, כי טענת 'השתק מחמת מצג' היא טענת 'מגן', שנועדה לחסום טענות של הצד שכנגד, וככלל, אין היא משמשת כ'חרב' המגבשת עילת תביעה עצמאית (שלו,

הבטחה, השתק ותום לב בעמ' 296; שלו, דיני חוזים, בעמ' 120; ע"א 314/07 רון נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פסקה 20 (8.4.2010); והשוו להערוותיהם של השופטים טל, בעמ' 706-705; שטרסברג-כהן, בעמ' 687-689; ו-זמיר, בעמ' 784 בעניין נחמני בקשר לשימוש בהשתק זה כעילת תביעה). מעניין לציין כי גם בפסקי הדין בעניין Evans בהם נדחתה טענת האישה להשתק הבטחה בהקשר דומה, צוין כי השתק זה פועל כמגן ולא כחרב, ועל כן אין בו כדי להקים עילת תביעה עצמאית שתחייב את המרפאה או את בן הזוג להמשיך בטיפול (ולהרחבה ראו: Mollie Cornell & Teresa Baron, *The law and ethics of a property rights approach to frozen embryo disputes*, LEGAL STUDIES 44, 343-344 (2024)).

36. הנה כי כן, על שלושה יסודות ההשתק עומד – על המצג ועל ההסתמכות ועל חובת הגילוי. אפנה עתה להבהיר מדוע לעמדתי לא מתקיים בענייננו אף לא אחד משלושת היסודות הללו.

חובת גילוי והפרתה בשתיקה

37. ביסוד טענת ההשתק, עומדת ההשקפה כי חלה על המשיב חובה משפטית לגלות למערערת, עובר למועד הפריית הביציות, את לבטיו באשר לעתיד הקשר הזוגי. כפי שהזכירה גם חברתי, בפסיקה עקבית נמנע בית משפט זה מהטלת חובות משפטיות – ובפרט חובות גילוי – במסגרת היחסים האינטימיים והרגשיים שבין בני זוג, וזאת במנותק מקיומן האפשרי של חובות כאלה במישור המוסרי או החברתי. כך נקבע, בין היתר, כי אין להטיל חובה משפטית לגלות מידע הנוגע לנטייה המינית או למידת המחויבות הדתית (בע"מ 5827/19 פלוני נ' פלונית (16.8.2021) (להלן: בע"מ 5827/19)); כי אין להכיר בחובה משפטית המחייבת אישה לגלות לבן זוגה כי הילד שנולד לה אינו ילדו הביולוגי (עניין הונאת אבהות); וכי אין לחייב בני זוג לגלות זה לזה על קשרים זוגיים שניהלו בעבר (בע"מ 7939/17 פלוני נ' פלונית (9.11.2017); וראו גם: ע"א 1581/92 ולנטין נ' ולנטין, פ"ד מט(3) 455, 441 (1995) (להלן: עניין ולנטין)).

בליבת פסיקות אלה עמדו טעמים שבמדיניות משפטית, אשר רובם ככולם רלוונטיים גם לענייננו. כך למשל, ומבלי למצות, הובהר כי הטלת חובת גילוי מסוג זה – הכרוכה בכניסת המשפט ברגל גסה לעולמם האישי והאינטימי ביותר של בני הזוג – עלולה לפגוע קשות בפרטיותם ובזכותם לאוטונומיה (בע"מ 5827/19, בפסקאות 53-54 לחוות דעתה של השופטת י' וילנר; וראו גם ע"א 8489/12 פלוני נ' פלוני, פסקה 8 לחוות

דעתו של השופט י' עמית (29.10.2013); כי קיים קושי אינהרנטי באיתור נקודת הזמן שבה מתחילה מסכת של הסתרה ואי-גילוי ובקביעת "האשם" בה; קושי המחייב לרוב "פירוק לגורמים", דקדקני ומלאכותי, של מערכת היחסים הזוגית, תוך חדירה לנבכי נפשם של בני הזוג (עניין הונאת אבהות, בפסקה 24 לחוות דעתה של השופטת וילנר; עניין ולנטין, בעמ' 457); וכי הכלים המשפטיים אינם מותאמים לטיפול בעניינים הנטועים עמוק במרחב המשפחתי והרגשי (עניין הונאת אבהות, בפסקה 12 לחוות דעתי; ע"א 5258/98 פלונית נ' פלוני, פ"ד נח(6) 209, 228-229 (דעת מיעוט של השופט ריבלין) (2004)).

38. מטעמים דומים, אני סבורה כי ככלל אין להטיל על אדם חובה משפטית לגלות לבן זוגו כי מקננים בו לבטים באשר לעתיד הקשר הזוגי, אף לא לעת ביצוע הליך הפריה חוץ-גופית. קושי מרכזי בהטלת חובה כזו נעוץ בעצם האפשרות להוכיח כדבעי את קיומם של לבטים פנימיים – דבר המחייב התחקות אחר רגשותיו הכמוסים של אדם, אשר מטבע הדברים אינם ניתנים לבחינה ומדידה. אף אם יוכח כי במועד מסוים ניקרו בו ספקות ותהיות, הרי שמדובר ברגשות אשר מטבעם הם משתנים ודינמיים; ולא מן הנמנע שיחול היפוך לבבות זמן קצר לאחר מכן. ממילא מתעוררות שאלות: מהי רמת הלבטים הנדרשת לשם הטלת חובת גילוי – האם נדרש כי הנתבע יחוש "על סף" פרידה ממש או שמא די בכך שמחשבת פרידה חלפה בראשו? ומי יבטיחנו שהרהור זה שבליבו אינו תולדה של התנהגותו או ספקותיו של בן הזוג האחר? ברי אפוא כי אלו מן הדברים 'שאינן להם שיעור'. לכך מצטרף שיקול נוסף: הימנעותו של אדם משיתוף בן זוגו בלבטיו עשויה לנבוע מחשש שמא גילוי הדברים יהפוך לנבואה המגשימה עצמה – ויביא דווקא לקריסת הקשר, שלא לרצונם ולא לטובתם של בני הזוג. הטלת חובת גילוי בנסיבות אלו עלולה לגבות מחיר מהתא המשפחתי עוד בטרם הפך הספק לוודאי (השוו: עניין הונאת אבהות, בפסקה 10 לחוות דעתי).

39. מעל כל אלה מרחף החשש שהכרה בחובת גילוי משפטית במצבים שבהם מיוחס לבן הזוג האחר "שינוי מצב לרעה" עלולה לגרור השלכות רוחב בעייתיות. אם ייקבע כי אי-גילוי של ספקות רגשיים או הסתייגויות בלתי-מגובשות עשוי להקים אחריות משפטית, לא מן הנמנע כי טענות דומות יועלו בהתייחס לשורה ארוכה של החלטות חיים מרכזיות – נישואין, הבאת ילד לעולם, רכישת נכס משמעותי או שינוי מסלול חיים – שבכולן עשוי אחד מבני הזוג לטעון בדיעבד כי שינה מצבו לרעה על יסוד תפיסה שגויה בדבר עומק המחויבות והיציבות של הקשר הזוגי. תוצאה זו תרחיב את גבולות המשפט אל תחום שבו הוא מתקשה לפעול בכלים נורמטיביים מדויקים, ובעיקר, עלולה להכניס

לתוך מערכת היחסים הרגשית-זוגית שיקולים זרים, לשם מניעת חיובים משפטיים. בכך יחדור המשפט לקודש הקודשים של מערכות יחסים זוגיות, וייקלע לפיקוח בדיעבד על כנותן של מערכות יחסים אלה, על כל מורכבותן הרגשית והאנושית.

40. חברתי השופטת ברק-ארז מודעת לחשש זה מפני "משפוט" של מערכות יחסים רגשיות ובין-אישיות, אך לשיטתה "כאשר בפנינו הסכמה זוגית שלה יש גם היבטים פורמאליים", "הפן המשפטי נוכח ממילא, והוא בלתי נמנע" (פסקה 92 לחוות דעתה). כשלעצמי, מתקשה אני לראות כיצד נימוק זה מפיג את החשש האמור. והרי, גם מקרים אחרים שנדונו בפסיקה – לרבות כאלה שנשאו השלכות משפטיות מובהקות – לא הביאו את בית המשפט להכיר בחובות גילוי מן הסוג האמור (ראו למשל עניין הונאת אבהות). לטעמי, הכרה בחובת גילוי שעניינה בלבטים וספקות פנימיים שבלב מערכת יחסים זוגית – משמעותה חדירה של המשפט לתחומים שבמובהק לא-לו; ואינה רצויה.

41. מעבר לטעמים אלה שבמדיניות, אני סבורה כי אף נסיבות המקרה הקונקרטי אינן מצדיקות הטלת חובת גילוי. לא ניתן להתעלם מן הנסיבות החריגות אליהן נקלעו בני הזוג. במועד הרלוונטי, הייתה המערערת מצויה במאבק רפואי קשה על בריאותה ומצופה היה מן המשיב, כבן זוגה, לשהות לצידה ולתמוך בה. בנסיבות אלה, ספק אם בן-זוג סביר היה רואה באותם רגעי מצוקה וקושי, משום מועד מתאים לשתף את בת זוגו החולה בלבטיו, ללא חשש כי שיתופה בעיתוי כזה אך עלול להכביד עליה ולהחריף את מצבה. נסיבות מיוחדות אלה מדגימות היטב את הקושי הטמון בהטלת חובת גילוי משפטית: האם חובה זו צריכה לגבור על הברור מאליו – הצורך לתמוך ולעודד את בת הזוג הנאבקת על שלומה ובריאותה?

42. באותו הקשר, לא למותר להדגיש גם את מסגרת הזמנים הדוחקת שבה התרחשו האירועים. מרגע פגישתם של בני הזוג עם הרופא המטפל ועד להוצאת הזרע והפריית הביציות חלפו 11 ימים בלבד; ומרגע החתימה על התצהיר ועד להפריית הביציות – שישה ימים בלבד. והעיקר, בין מועד הוצאת הזרע – אז החלו לעלות במשיב אותם לבטים – לבין ההחלטה להפרות את הביציות, חלף פרק זמן של יום אחד בלבד או אפילו שעות ספורות. בני הזוג התבקשו להגיע עם זרע טרי ביום השאיבה, והביציות הופרו מיד לאחריה. בנסיבות אלה, גם בלי להביא בחשבון את ההקשר הרפואי הרגיש אשר ברי כי הקשה על הצפת הדברים באותה עת – כלל לא ברור האם הייתה למשיב אפשרות מעשית לשתף את המערערת באשר על ליבו עובר למועד ההפריה, לא כל שכן שהות מספקת לעבד את מחשבותיו ולשקול את הדברים לעומקם. ממילא, על מנת לזקוף לחובתו את

שתיקתו, אין די בקביעה עקרונית בדבר חובת גילוי; נדרש להוסיף ולקבוע כי חלה עליו חובת גילוי מיד עם התעוררות הלבטים – קביעה מוקשית כשלעצמה.

43. אפשר שבשל הקושי הנעוץ במסגרת הזמנים האמורה ניסה בא-כוחה של המערערת לטעון כי גם גילוי מאוחר יותר – לאחר ביצוע ההפריה ולפני הניתוח להסרת הרחם והשחלה – היה עשוי לסייע למערערת, שכן אז יכולה הייתה להתעקש על ביצוע סבב שאיבת ביציות נוסף חרף ההמלצות הרפואיות שניתנו שלפיהן יש בדבר כדי לסכן את בריאותה. אלא שטענה זו לא הוכחה מבחינה עובדתית, ואין לה על מה לסמוך. למעשה, ההיפך הוא הנכון: כאשר נשאל הרופא המטפל בחקירתו האם ניתן להתיר למערערת להמשיך בטיפול של שאיבת ביציות חרף המלצה רפואית נוגדת שכזו, הוא השיב ברחל בתך הקטנה: "אנחנו לא יכולים, המוטו הוא לא לסכן את חיי האישה. זה לפני הכול. גם כשהיא מבקשת משהו שמסכן אותה באמת ורופא מומחה אומר לנו שזה מסוכן בשבילה ולא לעשות את זה, זהו. לא נעשה" (חקירת הרופא, בעמ' 11).

44. טענת המערערת ולפיה קמה חובת גילוי שהופרה בשתיקת המשיב עוגנה בחשיבות ההחלטה להפרות את שלוש ביציותיה בזרעו של המשיב, לנוכח האפשרות שאלה תהיינה "ההזדמנות האחרונה" שלה להורות גנטית. נטען כי בידועו על חשיבות ההחלטה, שומה היה על המשיב להעמיד את המערערת על לבטיו, באופן שיאפשר לה לבחון חלופות נוספות חלף הפריית הביציות. כפי שיובהר להלן, בחינת חומר הראיות מלמדת כי במועד בו הופרו הביציות, לא הייתה למשיב, אף לא למערערת, ידיעה על החשיבות הדרמטית שתיוחס למהלך בדיעבד, ובפרט לא היה ידוע כי מדובר ב"הזדמנות האחרונה" להורות גנטית.

45. כפי שכבר צוין, ההמלצה הראשונית שניתנה לבני הזוג בפגישתם עם הרופא הייתה להפרות מחצית מן הביציות, ולהקפיא את מחציתן מבלי להפרותן. משהתבררו תוצאות סבב השאיבה הראשון – שלוש ביציות תקינות בלבד – הוחלט, בהמלצת הצוות הרפואי, להפרות את כולן. עם זאת, נכון לאותה עת הייתה המערערת עתידה לעבור סבב שאיבת ביציות נוסף; ובהתאם להמלצה הראשונית, ההנחה הייתה כי במסגרתו יוקפאו ביציות נוספות מבלי להפרותן. כך, חזר והדגיש המשיב בעדותו כי "היה ברור שאחרי ההפריה של העוברים האלה השלב הבא זה לעשות ביציות, זה מה שידעתי וזה מה ש[המערערת] ידעה" (חקירת המשיב, בעמ' 34; וראו גם שם, בעמ' 39).

ואכן, המערערת החלה בסבב שאיבה נוסף, ואף הגיעה לשלב מתקדם בטיפול ההורמונלי הנדרש לשם כך. אלא שבסמוך למועד השאיבה חלה הידרדרות במצבה הרפואי, אשר מנעה את השלמת ההליך. התפתחות זו – הגם שבהתאם למצבה הרפואי של המערערת הייתה אפשרית – לא הייתה צפויה מראש, לא על-ידי הצוות הרפואי ולא על-ידי הצדדים. בניגוד לקביעת חברתי שלפיה "תקוותם של הצדדים כי יישאבו מגופה של המערערת ביציות נוספות – הייתה קלושה למדי באותה עת"; רופא הפוריות העיד כי הסבב השני התקדם יפה ואף הוסיף "היינו ממש קרובים וזה רשום ומתועד" (חקירת הרופא, בעמ' 11). גם בני הזוג עצמם לא התבטאו בחקירותיהם באופן המלמד כי צפו אפשרות של סיכול סבב השאיבה השני או את ההידרדרות הרפואית שאירעה (וראו הפתעתו של המשיב מכך, בעמ' 19 לחקירתו). אמנם, הרופא המטפל העיד כי בשל הנסיבות הרפואיות היה קיים סיכוי שלא יצליחו לשאוב ביציות נוספות לאחר סבב השאיבה הראשון. עם זאת, לא הוכח כי הדברים נמסרו לבני הזוג או כי המשיב יכול היה לחזות את ההתפתחות הרפואית שאירעה לבסוף. ניסיון לטעון אחרת – הוא במידה רבה בגדר "חכמה בדיעבד".

46. לאמיתו של דבר, אף אחד מן הצדדים – לא המשיב ולא המערערת – לא ראה בזמן אמת את ההחלטה להפרות את שלוש הביציות כהחלטה גורלית. כפי שהמשיב לא ראה לנכון לדון באותה עת בלבטיו; כך גם המערערת לא עצרה לדון עמו, עובר להחלטה, בגורל הקשר הזוגי. ניסיון החיים מלמד שגם קשר זוגי חזק ומיטיב עשוי להיפרם. הטלת מלוא ה"אחריות" לאי עריכת דיון בעתיד היחסים הזוגי באותו שלב – ככל שהיה כה גורלי – חוטאת למשיב, כמו גם למהלך הדברים כפי שעלה מן העדויות.

47. עוד יש להדגיש בהקשר זה, כי בשונה מן המשתמע מטענות המערערת, למשיב לא הייתה בעת הרלוונטית ידיעה ודאית כי לא ימשיך לשתף פעולה עם הליך ההפריה. המשיב אמנם ציין בתצהירו ובחקירותיו כי החל ממועד הוצאת הזרע חש שהקשר הזוגי בינו ובין המערערת "מתערער", וכן עלו בו רגשות של בלבול, מבוכה, כמו גם פקפוק בתבונת החלטתו להשתתף בהליך ההפריה (ראו חקירת המשיב, עמ' 40). עם זאת, לא נאמר על-ידו – ואף לא עולה מחומר הראיות – כי כבר באותה עת ידע, לבטח לא ידע בוודאות, כי בכוונתו להיפרד מהמערערת; קל וחומר שאין כל אינדיקציה לכך שכבר בשלב זה גמלה בליבו החלטה לסרב לאפשר לה שימוש בביציות המופרות. ההיפך הוא הנכון: המשיב, שנשאל על כך שוב ושוב בחקירותיו, הדגיש כי "בזמן הזה אני לא ידעתי שאני לא רוצה להמשיך לחיות איתה, אנחנו היינו עדיין זוג וניסינו להבין" (חקירת המשיב, בעמ' 33). עוד ציין, כי השתתף בהליך ההפריה "במטרה שיהיה לנו את האופציה [להביא

ילדים לעולם], אם וכאשר הזוגיות שלנו תמשיך ותתקיים" (שם; וראו גם בעמ' 13); ושלל את הטענה כי כבר אז התכוון לסרב לשימוש בביציות המופרות, בציינו כי ראה אפשרות שיסכים לכך "אם הזוגיות שלנו הייתה ממשיכה והכל היה טוב ויפה, והיינו רוצים לחיות ביחד" (שם, בעמ' 39). אמירות אלה משקפות בבירור כי באותה עת ראה המשיב אופק אפשרי לקשר הזוגי, וסבר כי ייתכן שהשניים יתמידו בזוגיות ויביאו ילדים באמצעות הביציות המופרות.

48. ההחלטה על פירוק הקשר הזוגי הבשילה אצל המשיב רק בשלב מאוחר יותר – בחלוף למעלה משמונה חודשים ממועד הוצאת הזרע. גם לאחר הפרידה, עת ביקשה המערערת מן המשיב לחתום על "מסמך הסכמה לשימוש בביציות המופרות", הוא לא דחה את בקשתה על אתר, אלא השיבה כי יהא עליו להתייעץ בנושא, בבוא העת, עם בת זוגו העתידית. ואכן כך נהג: בחלוף מספר שנים, כאשר פנתה אליו המערערת בבקשה חוזרת, הוא התייעץ עם אשתו – ורק לאחר מכן השיב לה בשלילה. הווה אומר, לא זו בלבד שהמשיב לא ידע בוודאות במועד הוצאת הזרע כי פניו לפרידה; אלא שהוא אף לא ידע – וזה העיקר – כי בכוונתו לסרב לאפשר למערערת שימוש עתידי בביציות המופרות.

49. ניסיון להסיק אחרת – כאילו כבר במועד הפרייה הביציות ידע המשיב על חשיבות ההחלטה, ועוד ידע כי ברצונו לסיים את הקשר הזוגי ולסרב לשימוש בביציות – אינו מתיישב עם סדרם הכרונולוגי של האירועים ועם אופיים הדוחק, ומתיימר לפענח בדיעבד צפונות לב שספק אם היו נהירות במלואן אף למשיב עצמו (השוו: בע"מ 5827/19, בפסקה 54). בנסיבות אלה, אין לראות בהתנהלותו משום יצירת 'מצג' שווא.

הסתמכות

50. הראיות כפי שתוארו לעיל שוללות גם את קיומו של יסוד ההסתמכות. כפי שכבר תואר, מהתנהלותה של המערערת עולה בבירור, כי בזמן אמת לא סברה שההחלטה על הפרייה הביציות היא החלטה משנת מציאות, בפרט לרקע סבב השאיבה הנוסף הצפוי. בחירתה להפרות את הביציות לא הושתתה אפוא על הסתמכותה על מצג שווא כלשהו שהציג המשיב, אלא על מערך הסיכויים והסיכונים המונחים ביסוד הליך שימור הפוריות. כך, הקפאת ביציות מופרות כרוכה בסיכון שבן הזוג לא ייתן בעתיד הסכמתו לשימוש בהן – בין אם בשל פרידה ובין מטעם אחר. מנגד, אף הקפאת ביציות שאינן מופרות אינה נטולת סיכון, בשל סיכוייהן הפחותים של הביציות לשרוד (לפי חקירת

הרופא סיכויי הישרדותן של ביציות מופרות הם בין 30% ל-40%, ואילו סיכויי הישרדותן של ביציות שאינן מופרות נמוך מכך; חקירת הרופא, בעמ' 13).

על פי עדותם של כלל המעורבים בענייננו, הרופא המטפל שם דגש רב על דילמה זו. המערערת נדרשה, אם כן, לנהל את סיכוייה וסיכוניה, ובחירתה להפרות את הביציות לא נבעה מתוך ההנחה ש"לעולם חוסן" ושהסכמת המשיב מובטחת לה לעד, אלא מתוך רצון להגדיל את סיכוייה להורות. הגיונה של בחירה זו מובן. דא עקא, משהתממש הסיכון, והמשיב סירב לאחר פרידתם להתיר שימוש בביציות המופרות בזרעו – אין בכך, עם כל הצער שבדבר, כדי להקים למערערת עילה משפטית לכפות עליו הורות בניגוד לרצונו.

סוף דבר

51. בני הזוג חתמו על הסכם, בכתב ובפני עורך-דין, עליו מיוסד הליך ההפריה כולו. בתוך כך הסדירו את הדרישה להסכמה נמשכת, וקבעו שעד לשלב של החדרת הביציות המופרות, רשאי כל אחד מהצדדים לחזור בו מהסכמתו באורח חד-צדדי. כך עולה מלשון ההסכם, כך הוסבר להם על-ידי הרופא המטפל וכך הבינו בני הזוג את הדברים. הסכמה זו לא שונתה על-ידם בשלב מאוחר יותר – לא בעל-פה, לא בהתנהגות, ודאי לא בכתב. בד בבד, החלטתו של המשיב – שלא לשתף בזמן אמת את המערערת בלבטיו – אינה עולה כדי מצג שווא; המערערת לא הסתמכה על מצגיו; ומטעמים של מדיניות משפטית ראויה – אין זה ראוי לקבוע חובת גילוי כאמור. משכך, להשקפתי, הסכמות הצדדים עומדות על תילן, והמשיב רשאי לסרב לשימוש בביציות המופרות.

52. משהגעתי למסקנה כי ההסכמות החוזיות המפורשות שעיגנו הצדדים עומדות בעינן, מתייחר הצורך להידרש לשאלות הנוספות שהתעוררו בהליך. בכלל זה איני נדרשת להכריע בשאלה האם ניתן לאפשר את החזרת הביציות המופרות לרחמה של אם נושאת בנסיבות העניין. עוד איני נדרשת למתווה שהוצע על-ידי היועצת המשפטית לממשלה, המעורר טעמי סוגיות משפטיות שאינן פשוטות אשר טרם לובנו. לצד זאת, ככל שיוחלט כי המערערת רשאית לעשות שימוש בביציות המופרות, ברי כי יש ליתן למשיב הזדמנות להבהיר האם רצונו בניתוק זיקת ההורות כמוצע במתווה האמור, או שמא מעדיף הוא להיות אב – על כל המשתמע מכך.

53. טרם חתימה אוסיף: משאלת ההורות של המערערת מובנת, נכנסת אל הלב ומעוררת אהדה. כך במיוחד לנוכח הרעות שהיו מנת חלקה זה לא כבר: הגידול הממאיר שנמצא בגופה והמאבק הרפואי הקשה שניהלה. תחושת ההחמצה, לנוכח קיומן של שלוש ביציות מופרות שהן בבחינת "הזדמנות אחרונה" להורות גנטית ואשר לא ניתן להשתמש בהן – קשה. עם זאת, יש לסיים כפי שפתחנו, המערערת אינה מבקשת הורות לעצמה בלבד. משאלתה זו כרוכה, בנסיבות העניין, בהפיכתו של המשיב להורה בעל כורחו. אף אם ימצא מתווה לשחרור המשיב מחובותיו המשפטיות כלפי הילד שייוולד – הפגיעה הקשה במשיב כמי שאינו רוצה, ולדבריו גם אינו יכול, לגדל את ילדו – קשה אף היא (ראו והשוו: עניין תורם הזרע, בעמ' 314-316). כך, מתאר המשיב בתצהירו כי "הילד הזה שלא אוכל להיות לו לאב אוהב, יגדל ברחם של אישה שאינני יודע מי היא, יגדל על ידי ידיים זרות לי. הוא ישאל, לבטח ישאל, בבוא היום מי הוא אביו ולמה סירבתי אני להיות לו לאב. אני לא מוכן לאפשר את הולדתו של ילד [כזה...]" גם את סירובו זה של המשיב, ניתן להבין.

54. בהקשר אחרון זה אציין, כי אני מוצאת קושי ביחס הא-סימטרי שמבקשת המערערת לייחס למרכיב הגנטי שבזכות להורות. ביסוד ההליך כולו ניצבת ההנחה כי הורות גנטית היא בעלת חשיבות של ממש; וכי זיקתה הגנטית של המערערת לביציות המופרות היא המעניקה לתביעתה משקל מכריע. ואולם, מקום בו טוען המשיב כי אינו חפץ להיות אב לילדו הגנטי שלא יוכל לגדל, נטען כלפיו כי ניתן לנתק את זיקותיו המשפטיות לילד שייוולד, באופן שיאייץ את הפגיעה בו. גישה זו אוצרת בתוכה סתירה פנימית: אם הזיקה הגנטית היא יסוד בעל משקל, לא ניתן לרומם את משקל הורותה הגנטית של המערערת לצורך הכרה בזכותה להורות; ובד בבד, להפחית ממשמעותה של הורותו הגנטית של המשיב עת מדובר בזכותו שלא להיות הורה. אם הגנטיקה היא אבן יסוד בזהות ההורית – הרי שהיא כזו לשני הצדדים גם יחד.

55. אשוב ואדגיש, הכרעתי אינה מתעלמת מן המצוקה האנושית אליה נקלעה המערערת, ומן הצער הכבד הכרוך בהחמצת האפשרות להורות גנטית. אולם בסופו של יום, הכרעתי מתבססת על ההסדרים שקיבלו על עצמם הצדדים מתוך רצון חופשי. משלא נמצא טעם המצדיק סטייה מהם, אין מקום לכפות על הצדדים בדיעבד הכרעה שונה מכוח תחושת צדק אינטואיטיבית שאינה נטועה בדין.



גילה כנפי-שטייניץ
שופטת

השופט יחיאל כשר:

1. כפי שציינו חברותיי, הסוגיה העיקרית העומדת על הפרק – זכותה של המערערת לעשות שימוש בביציות המופרות, שהינן בבחינת הזדמנותה האחרונה להורות גנטית – מעוררת שאלות רגישות וכבדות משקל.

בין חברותיי, השופטת ד' ברק-ארז והשופטת ג' כנפי-שטייניץ, נפלה מחלוקת באשר לפתרונה של סוגיה זו, ומכאן באשר לגורלו של הערעור דנן. אקדים ואומר כי בחלק ניכר של הדרך, מצאתי עצמי מסכים עם עמדתה של חברתי, השופטת ג' כנפי-שטייניץ.

כך, בדומה לחברתי, אף אני סבור כי אין בהלכה שנפסקה בפסק הדין בדיון הנוסף בעניין נחמני (דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661 (1996) (לעיל ולהלן): הדיון הנוסף בעניין נחמני), כדי להכריע את גורל הערעור דנן. זאת, משדעת שופטי הרוב באותה פרשה יצאה מנקודת הנחה שלפיה לא התקיימה בין בני הזוג הסכמה מפורשת באשר לגורלן של הביציות המופרות במקרה של פרידה.

בדומה לחברתי, השופטת ג' כנפי-שטייניץ, סבורני כי יש לראות בתצהיר שעליו חתמו בני הזוג כהסכם מחייב, המעגן את מערך הזכויות והחובות ביניהם ביחס להליך שאיבת הביציות, הפרייתן והשימוש בהן. לפיכך, אף לדידי, נקודת המוצא לדיון בערעור דנן הינה ההסדר הקבוע בסעיף 4 לתצהיר, שלפיו הן למערערת והן למשיב נתונה הזכות לחזור בהם מהסכמתם לעשיית שימוש בביציות, עד לנקודה שבה יוחדרו הביציות לרחמה של המערערת.

עוד שותף אני לעמדתה של חברתי, השופטת ג' כנפי-שטייניץ, כי אין בהתנהלותם של הצדדים לאחר החתימה על התצהיר כדי ללמד על שינוי בהסכמה של מערך הזכויות והחובות שביניהם, כפי שנקבע בתצהיר.

יחד עם זאת, בשונה מחברתי, השופטת ג' כנפי-שטייניץ, סבורני כי בנסיבות הייחודיות והחריגות של המקרה דנן מתקיימים תנאיו של השתק מכוח מצג, המונע מן

המשיב לממש את זכותו ההסכמית להתנגד לשימוש שמבקשת המערערת לעשות בביציות המופרות. על כן, "בשורה התחתונה", דעתי כדעת חברתי, השופטת ד' ברק-ארז, כי דין הערעור להתקבל. להלן אפרט את נימוקיי.

2. אף שחברותיי שטחו בחוות דעתן את עיקר הרקע העובדתי הנדרש לערעור דנן, סבורני כי לצורך העמדת טענת המערערת, שלפיה בנסיבות העניין דנן מושק המשיב מלהתנגד לרצונה לעשות שימוש בביציות המופרות, בהקשר הנכון, מוצדק כי אעמוד על העובדות הרלוונטיות לעניין זה, ביתר הרחבה:

המערערת והמשיב קיימו מערכת יחסים זוגית. באפריל 2015, בחלוף כשנתיים מתחילת הקשר הזוגי בין הצדדים, החלה המערערת לסבול מכאבים בבטנה. בירור רפואי שערכה העלה חשש לגידול ממאיר בשחלה, ובעקבות כך, ביום 4.11.2015, עברה המערערת ניתוח לכריתת השחלה השמאלית. לאחר הניתוח הומלץ למערערת לעבור טיפולים כימותרפיים אגרסיביים. נוכח העובדה שהטיפולים הכימותרפיים עלולים היו, בסבירות גבוהה, לפגוע בפוריותה של המערערת, הומלץ לה לבצע הליך של שימור פוריות, באמצעות שאיבת ביציות.

ביום 12.11.2015 הגיעו המערערת והמשיב יחדיו ליחידת הפוריות בבית החולים "סורוקה". בבית החולים ערך מנהל יחידת הפוריות (להלן: הרופא) שיחה עם המערערת והמשיב, שבמהלכה הסביר להם על הליך שימור הפוריות. אין מחלוקת כי בשיחה זו הסביר הרופא לצדדים כי במסגרת ההליך ניתן להקפיא את הביציות שתשאבנה מן המערערת כמות שהן, או להפרות אותן בזרעו של המשיב ולהקפיא את הביציות המופרות. כמו כן, הוסבר לצדדים כי מבחינה רפואית קיים יתרון בהקפאת ביציות מופרות, שכן יכולתה של ביצית מופרית לשרוד הקפאה והפשרה גבוהה מן הסיכוי שביצית שאינה מופרית תשרוד תהליך כאמור. מכאן, שסיכויי ההצלחה של הליך שימור הפוריות כולו גבוהים משמעותית אם חלק מן הביציות שתשאבנה מן המערערת תופרינה עובר להקפאתן. על רקע זה המליץ הרופא לצדדים להקפיא מחצית מן הביציות שתשאבנה מן המערערת כמות שהן, ואת המחצית השנייה להקפיא לאחר הפרייתן.

בתום השיחה מסר הרופא לבני הזוג את התצהיר הנזכר בחוות דעתן של חברותיי, והורה להם לחתום עליו בפני עורך דין. לאחר שהצדדים חתמו על התצהיר, החלה המערערת בטיפול הורמונלי לצורך שאיבת ביציות, והמשיב מסר זרע לבית החולים. בהמשך לכך, ביום 23.11.2015, בוצע סבב שאיבת ביציות מגופה של המערערת. להפתעת כולם, בתום הסבב הסתבר כי מגופה של המערערת נשאבו שלוש

ביציות תקינות בלבד. על כן, בהמלצת הצוות הרפואי ובהסכמת הצדדים, ביום 25.11.2015 הופרו שלוש הביציות שנשאבו מן המערערת, בזרעו של המשיב.

כבר עתה יצוין כי בין הצדדים ניטשה מחלוקת באשר לשאלה האם, עובר להפריית שלוש הביציות שנשאבו מן המערערת, הבינו הצדדים כי קיים סיכון ממשי שלא ניתן יהיה לשאוב מן המערערת ביציות נוספות, כך שהפרייתן בזרעו של המשיב קושרת ומתלה, באופן מוחלט, את הורותה הגנטית של המערערת בהסכמתו של המשיב כי יעשה שימוש בביציות שהופרו. למחלוקת זו אשוב בהמשך הדברים.

עם זאת, אין, ולהשקפתי אף לא יכולה להיות, מחלוקת כי כבר במועד זה, קרי – עובר להפריית שלוש הביציות שנשאבו מן המערערת – התבססה בדעתו של המשיב התובנה כי אם יבוא היום שבו יתבקש ליתן את הסכמתו לשימוש בביציות המופרות קיים, למצער סיכוי סביר, כי יסרב לכך. ודוק, מסקנה זו אינה נלמדת מקביעה שיפוטית שהיא תוצאה של חקירת המשיב וחיטוט בנבכי נפשו, אלא מפיו של המשיב עצמו. כך, בתצהיר העדות הראשית שהגיש לבית המשפט לענייני משפחה, הצהיר המשיב כי:

”בהחלט ניתן לומר שרגע שאיבת הזרע שלי [...] היה הרגע בו התערערו יחסי הזוגיות בינינו. אני חשתי מובך, מושפל ומנוצל. בעיני רוחי ראיתי את עצמי אסוציאטיבית באותם הרגעים הלא נעימים כפרה שחולבים אותה ביד גסה. איך יוצאים מזה עכשיו? שאלתי את עצמי. בתחושותי הקשות שיתפתי עוד באותו היום את אמי. היא הרגיעה אותי ואותה בכך שללא הסכמתי ממילא לא תוכל [המערערת] לעשות שימוש בביציות המופרות בזרעי, כך שיש לי עדיין אפשרות להתחרט על הסכמתי הנמהרת להפרות ביציות של [המערערת] בזרעי” (שם, בסעיף 16; ההדגשות הוספו – י”כ).

מהאמור לעיל עולה כי המשיב מעיד על עצמו כי עובר למסירת זרעו לבית החולים לצורך הפריית הביציות של המערערת, הוא חש שיחסי הזוגיות עם המערערת “התערערו”. יתר על כן, באותו מעמד הוא כבר חפץ למצוא נתיב מילוט מהסיטואציה, שבה הוא תורם את זרעו להפריית ביציות המערערת (“...איך יוצאים מזה עכשיו”). נוכח תחושותיו האמורות (המתוארות על-ידו כ-“קשות”), המשיב התייעץ עם אמו, אשר הצליחה “להרגיע” אותו בציינה שללא הסכמתו לא תוכל המערערת לעשות שימוש בביציות המופרות; והמשיב אכן “נרגע” בהבינו כי “...יש לי עדיין אפשרות להתחרט על הסכמתי הנמהרת להפרות ביציות של [המערערת] בזרעי” (ההדגשה הוספה – י”כ).

העובדות הינן אפוא ברורות: מפיו של המשיב, לא בפליטת פה מעל דוכן העדים אלא בתצהיר ערוך כדין, אנו למדים כי במועד הקריטי של מסירת זרעו להפריית

ביציותיה של המערערת, ראה המשיב את יחסיו עם המערערת כיחסים המצויים בהתערערת. חשוב מכך, אנו למדים כי במועד זה חפץ המשיב שלא להשתתף כלל בהליך תרומת הזרע וההפריה ("איך יוצאים מזה"), ונאחז בזכות המוקנית לו לא לאפשר, בעתיד, שימוש בביציות המופרות, כתרופה מראש להשלכות "הסכמתו הנמהרת" להשתתף בהליך ההפריה.

לחשיבותה של הצהרתו האמורה של המשיב, חשוב גם כן בהמשך הדברים.

בצד ההתעכבות על הלך מחשבתו של המשיב באותה עת קריטית, סבורני כי ראוי להתעכב קמעה גם על מצבה של המערערת באותו מועד: לאחר שאך לאחרונה הוכתה המערערת בידיעה כי היא חולה במחלה קשה אשר בשל הטיפול האגרסיבי שעליה לעבור כדי לטפל בה, מומלץ לה לבצע הליך לשימור פוריות, גילתה המערערת שבשאיבת הביציות שנשאבו מגופה שלוש ביציות תקינות בלבד, מספר נמוך באופן חריג בשים לב לגילה (עמ' 15, שורות 13-21, לפרוטוקול הדיון בבית המשפט המחוזי מיום 30.10.2024). בעצת רופאיה, מחליטה המערערת להפרות את הביציות בזרעו של המשיב על מנת להעלות את הסיכוי שניתן יהיה לעשות בהן שימוש בעתיד – כל זאת בהסכמתו של המערער ומבלי שהוא חושף בפניה את הלך רוחו ואת העובדה כי קיים סיכון ממשי שבהסתמכותה עליו, נשענת המערערת על משענת קנה רצוף.

לאחר הפריית שלוש הביציות שנשאבו מן המערערת בזרעו של המשיב, התכוונה המערערת לעבור סבב שאיבה נוסף. ואולם, עקב התדרדרות במצבה הרפואי הופסק הליך שימור הפוריות של המערערת. בחלוף מספר חודשים, שבמהלכם עברה המערערת שישה סבבים של טיפולים כימותרפיים, התבשרה המערערת כי יהיה עליה לעבור הליך של כריתת רחם. לטענתה, במועד זה ניהם אותה המשיב באומרו כי אין לה ממה לחשוש, שכן תמיד תוכל לעשות שימוש בביציות המופרות שהוקפאו. ביום 20.7.2016 עברה המערערת הליך של כריתת רחם, וחודש לאחר מכן הודיע לה המשיב כי הוא מעוניין לסיים את מערכת היחסים הזוגית ביניהם.

לימים, לאחר שהמשיב נישא ונולדו לו ילדים, פנתה המערערת למשיב וביקשה את הסכמתו כי תעשה שימוש בביציות המופרות. המשיב סירב ובעקבות כך הגישה המערערת את התביעה העומדת במוקד ההליך דנן.

3. טענת המערערת להשתק, נסמכת על כך שבפרק הזמן שבין הוצאת זרעו של המשיב לבין הפריית שלוש הביציות שנשאבו ממנה, כבר קיננו בלבו של המשיב "ספקות מהותיים" (כך הגדירה המערערת את הלך רוחו של המשיב באותה עת ועל כן אשתמש

גם אני במונח זה בהתייחס לטענותיה) באשר לנכונותו להסכים לשימוש בביציות לאחר הפרייתן. לטענת המערערת, בשלב זה היו שני בני הזוג מודעים לכך שקיים סיכון ממשי כי שלוש הביציות שנשאבו בסבב השאיבה הראשון הן הביציות היחידות שניתן יהיה להפיק מגופה. בנסיבות אלו, כך נטען, היה על המשיב לחשוף בפני המערערת את ספקותיו האמורים, שכן לו היו הדברים מובאים לידיעתה במועד, הייתה המערערת נמנעת מהפריית הביציות בזרעו של המשיב, ובוחרת להימנע מהפרייתן בשלב זה או להפרותן בזרע מתורם. לשיטתה של המערערת, הימנעותו של המשיב מחשיפת ספקותיו עובר להפריית הביציות בזרעו בשלב זה, הקנתה לו מעין "זכות וטו" על יכולתה לממש הורות גנטית. בכך, כך נטען, סתם המשיב את הגולל על סיכוייה של המערערת להיות אם לילדים הנושאים את מטענה הגנטי בדרך אחרת, ומתקיימים, לשיטתה, יסודותיה של דוקטרינת ההשתק מחמת שתיקה.

4. אכן, כפי שצוין בחוות דעתן של חברותיי, שיטתנו המשפטית מכירה בדוקטרינת השתק מכוח מצג, שלפיה אדם היוצר כלפי זולתו מצג עובדתי, לא יורשה לחזור בו מהמצג ולהכחיש את נכונותו מקום שבו נעשה המצג מתוך כוונה כי הזולת יפעל על-פיו, והזולת אכן פעל בהסתמך עליו ושינה את מצבו לרעה (ע"א 314/07 דון נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פסקה 20 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (8.4.2010) (להלן: עניין דון); רע"א 7831/99 צוריאנו נ' צוריאנו, פ"ד נז(1) 673, 685 (2002) (להלן: עניין צוריאנו); רע"א 4928/92 עזרא נ' המועצה המקומית תל-מונד, פ"ד מז(5) 94, 100 (1993) (להלן: עניין עזרא)).

מופע ספציפי של השתק מכוח מצג, הינו השתק מחמת שתיקה. המדובר במצב שבו צד אחד פועל מתוך הנחה מוטעית, שעה שבנסיבות העניין היה על הצד האחר להבהיר לו את העובדות כהווייתן. משנמנע האחרון מלעשות כן, והצד הראשון הסתמך על ההנחה המוטעית ושינה את מצבו לרעה, יושתק הצד האחר מלטעון כנגד אותן עובדות (ראו: ע"א 2483/14 שלומוביץ נ' בית חנניה מושב עובדים להתיישבות, פסקה 32 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז (14.7.2016) (להלן: עניין שלומוביץ); ע"א 9542/04 רותם חברה לביטוח בע"מ (בניהול מורשה) נ' נחום, פסקה 8 לפסק דינו של השופט א' ריבלין (2.1.2006); עניין צוריאנו, בעמ' 685-687; וראו גם: דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א 92 (מהדורה שנייה 2018) (להלן: פרידמן וכהן חוזים א)).

כלומר, על צד הטוען כי הצד האחר מושתק מהעלאת טענה פלונית מחמת קיומו של השתק מחמת שתיקה, מוטל הנטל להוכיח התקיימותם של שלושה יסודות: קיומו של מצג, המשתמע משתיקתו של הצד הנטען להיות מושתק; הסתמכותו של הצד האחר

על מצג זה, אשר בעקבותיה שינה את מצבו לרעה; וקיומן של נסיבות שבגינן הייתה מוטלת על יוצר המצג בשתיקה חובת גילוי של המידע, אשר ההימנעות ממסירתו היא שיצרה את הסתמכותו של הצד האחר (עניין שלומוביץ, פסקה 32 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז; ע"א 8453/09 קרן נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ, פסקה 28 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן (2.1.2012); פרידמן וכהן חוזים א, בעמ' 92).

5. בחוות דעתה, מצביעה חברתי, השופטת ג' כנפי-שטייניץ, על שני קשיים מרכזיים בטענתה האמורה של המערערת: הראשון, עניינו בכך שטענת השתק משמשת, על-פי רוב, כטענת הגנה בלבד, קרי – כטענת "מגן" ולא כטענת "חרב". השני, עניינו בקושי להכיר בקיומה של חובת גילוי שהייתה מוטלת על המשיב לחשוף בפני המערערת את הלך רוחו האמור לגבי הליך ההפרה וכוונותיו באשר להסכמתו לעתיד לעשות שימוש בביציות המופרות. זאת, הן במישור העקרוני והן במישור הקונקרטי, בשים לב לנסיבותיו של המקרה דנן.

6. אשר לקושי הראשון עליו מצביעה חברתי השופטת ג' כנפי-שטייניץ – אכן, בפסיקתו של בית משפט זה צוין כי, ביסודה, דוקטרינת ההשתק מכוח מצג, שהשתק מחמת שתיקה אינו אלא מופע מסוים שלה, משמשת כטענת "מגן" ולא כטענת "חרב" (עניין 170, פסקה 20 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה). קביעה זו נסמכה על שורשיה של הדוקטרינה במשפט האנגלי, שממנו שאבה שיטתנו המשפטית את הדוקטרינה האמורה, ואשר ראה בה דוקטרינה הנטועה בדין הפרוצדורלי, באופן שהשימוש בה עשוי למנוע דיון בטענה מסוימת, אך לא להצמיח עילת תביעה עצמאית (ראו: גבריאלה שלו ואפי צמח דיני חוזים 95-96 (מהדורה רביעית 2019) (להלן: שלו וצמח); פרידמן וכהן חוזים א, בעמ' 626).

ואולם, בכתיבה האקדמית צוין כי: "ההבחנה בין השתק כעילת הגנה לבין השתק כעילת תביעה מעוררת קשיים" (שם, בעמ' 628). כך, צוין כי קביעת קו הגבול בין מקרים שבהם טענת השתק משמשת כעילה שעליה נסמכת תביעתו של התובע, לבין מקרים שבהם היא משמשת כטענה דיונית שנועדה לחסום טענת הגנה של הנתבע, היא מלאכה שקשה לבצעה (שם). בהקשר זה, לא למותר לציין כי בפסיקה נקבע כי העלאת טענת הגנה על-ידי התובע אין בה, כשלעצמה, כדי לחתוך את סיווגה כטענת "חרב" (ראו, למשל: רע"א 187/05 נסייר נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד סד(1) 215, 257 (2010); עע"מ 8832/12 עיריית חיפה נ' יצחק סלומון בע"מ (15.4.2015); ע"א 5831/24 דור נ' מגדל הזוהר לבניין בע"מ, פסקאות 9-11 (11.2.2025)).

כמו כן, צוין בספרות כי כיום, ומאז חקיקתו של חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים), נס במידה רבה ליחה של ההבחנה האמורה. זאת, מאחר שהתפיסה, לאחר חקיקת חוק החוזים, היא כי יש לראות בדיני ההשתק כחלק בלתי נפרד מחובת תום הלב המעוגנת בסעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים (ראו, למשל: עניין צוריאנו, עמ' 685; עניין עזרא, בעמ' 101; פרידמן וכהן חוזים א, עמ' 628); והרי, ברי כי הפרת חובת תום הלב עשויה לשמש מקור עצמאי לביסוס עילת תביעה (ראו: שלו וצמח, בעמ' 91).

ואמנם, כפי שציננה חברתי השופטת ד' ברק-ארז, בפסק הדין בדיון הנוסף בעניין נחמני ציין השופט צ' א' טל, אשר נמנה עם שופטי הרוב, כי: "מושתק האיש מלחזור בו, מכוח עקרון ההסתמכות הסבירה, כאשר האשה שינתה את מצבה לרעה, שינוי שאינו חוזר. [...] השתק מכוח הסתמכות שוב אינו טענת הגנה בלבד, אלא גם מהווה עילת תביעה ואכיפה" (שם, עמ' 699; ההדגשה הוספה – י' כ'; וראו גם בחוות דעתה של השופטת ד' דורנר, בעמ' 721-722, אשר אמנם לא עשתה שימוש בדוקטרינת ההשתק כבסיס להכרעתה, אך הכירה בתחולתה האפשרית בנסיבות העניין).

הנה כי כן, מן האמור לעיל עולה כי אף שדוקטרינת ההשתק מחמת שתיקה נועדה, ככלל, לשמש טענת הגנה, אין מניעה עקרונית לעשות בה, בנסיבות המתאימות, שימוש התקפי. לפיכך, סבורני כי בקושי הראשון עליו עמדה חברתי השופטת ג' כנפי-שטייניץ אין כדי להצדיק את דחיית הערעור דנן, ולמעשה דומה כי אף חברתי אינה סבורה אחרת.

7. אם כן, דומה כי הקושי השני עליו מצביעה חברתי השופטת ג' כנפי-שטייניץ בחוות דעתה – הקושי להכיר בקיומה של חובת גילוי שהייתה מוטלת על המשיב לחשוף בפני המערערת את הלך רוחו בעת תרומת הזרע והפריית הביציות – הוא הקושי המרכזי הניצב בפני המערערת בעניינו.

בטרם שאדרש לקושי זה אציין כי לעמדתי, ניתן לתהות האם אכן יש להשקיף על טענת המערערת לתחולתו של השתק בעניינו כטענה להשתק מחמת שתיקה, ולא כטענה להשתק מחמת מצג "רגיל". זאת, שכן כעולה מתיאור הדברים דלעיל, התנהלותו של המשיב לא התמצתה באי-גילוי הלך רוחו למערערת, אלא גם בפעולה אקטיבית שהינה נטילת הזרע מגופו, מסירתו לבית החולים ומתן הסכמה לשימוש בו. כל אלו, הינן פעולות אקטיביות המקימות מצג של הסכמה להליך כולו. ברם, משעה שהערכאות קמא ובעקבותיהן אף חברותיי ניתחו את המקרה דנן בראי השתק מחמת שתיקה, אפסע גם אני בנתיב זה.

8. כפי שציינתי לעיל, על צד הטוען לתחולתו של השתק מחמת שתיקה להצביע על קיומה של חובת גילוי שהייתה מוטלת על הצד האחר והופרה על-ידו (פרידמן וכהן חוזים א, בעמ' 92).

השאלה האם, ככלל, יש להכיר בחובות גילוי משפטיות ביחסים שבין בני זוג היא שאלה מורכבת אשר עטים רבים נשתברו בניסיון ליתן לה מענה (ראו: ע"א 643/83 דומב נ' דומב, פ"ד מ(3) 792 (1986) (להלן: עניין דומב); ע"א 1581/92 ולנטין נ' ולנטין, פ"ד מט(3) 441 (1995) (להלן: עניין ולנטין); בע"מ 7939/17 פלוני נ' פלונית (9.11.2017) (להלן: בע"מ 7939/17); בע"מ 5827/19 פלוני נ' פלונית (16.8.2021); בע"מ 4181/22 פלוני נ' פלונית (19.5.2024) (להלן: בע"מ 4181/22); יעל וילנר וליאור משאלי שלומאי "גילוי והסתרה במשפט: חובת הגילוי המשפטית ואינטרסים נוגדים" ספר ריבלין 1021, 1033-1036 (אהרן ברק, יצחק עמית, אריאל פורת, שרון צנציפר-הלפמן וגיא שני עורכים) (2025) (להלן: וילנר ומשאלי שלומאי); בנימין שמואלי "בין דיני נזיקין לדיני משפחה דתיים ואזרחיים: המעגלים השונים של תביעות נזיקין במשפחה" ספר ריבלין 771, 781-795 (אהרן ברק, יצחק עמית, אריאל פורת, שרון צנציפר-הלפמן וגיא שני עורכים) (2025); שחר ליפשיץ "הסדרת החוזה הזוגי במשפט הישראלי: מתווה ראשוני" קרית המשפט ד 271, 336-337 (2004) (להלן: ליפשיץ); Michelle Oberman, (2005) 871 ARIZ. L. REV. 47, *Sex, Lies, and the Duty to Disclose*).

כידוע, הכרה בקיומה של חובת גילוי בין צדדים נגזרת מטיב מערכת היחסים שביניהם ומנסיבותיו הקונקרטיות של המקרה (ראו, למשל: ע"א 2274/21 מור נ' אלעד ישראל מגורים בע"מ, פסקה 80 לפסק דינו של השופט א' שטיין (1.1.2023); דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ב 204 (מהדורה שנייה 2020) (להלן: פרידמן וכהן חוזים ב)). אחד המקרים המובהקים שבהם נטתה הפסיקה להכיר בקיומה של חובת גילוי הוא מקום שבו שוררים בין הצדדים יחסי אמון (ע"א 5893/91 טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' צבאח, פ"ד מח(2) 573, 597 (1994); פרידמן וכהן חוזים א, בעמ' 686; פרידמן וכהן חוזים ב, בעמ' 204). ואמנם, בפסיקתו של בית משפט זה הודגש כי מערכת היחסים בין בני זוג מושתת על יחסי אמון מיוחדים, המקימים ציפייה לגיטימית להגינות, שקיפות ויושר (ראו: עניין ולנטין, בעמ' 454; בע"מ 5827/19, פסקה 2 לחוות דעתו של השופט נ' סולברג). לפיכך, הדעת נותנת כי דווקא יחסי האמון השוררים בין בני זוג, יצדיקו הכרה בחובת אמון מוגברת ביניהם.

ואכן, כאשר עמדה על הפרק סוגיה הקשורה ביחסים הכלכליים בין בני הזוג, הכירה הפסיקה בקיומה של חובת גילוי ביניהם (ראו, למשל: עניין דומב, בעמ' 796-795; בע"מ 5827/19, פסקאות 46-47 לפסק דינה של השופטת י' וילנר; בע"מ 4507/22 פלונית נ' פלוני, פסקה 22 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז, בדעת מיעוט אך לא לעניין זה (14.12.2022); וראו גם: ליפשיץ, בעמ' 336-338).

9. מנגד, במקרים שבהם נטען כי היה מוטל על אחד מבני הזוג לגלות עובדה הנוגעת למערכת היחסים האינטימית או הרגשית שבין בני הזוג – סירבה הפסיקה להכיר בקיומה של חובת גילוי. כך, בפסק הדין ב-בע"מ 5827/19 קבע בית משפט זה כי אין להכיר בחובת גילוי משפטית בין בני זוג בטרם הנישואין לגבי נטייה מינית או אמונה דתית. בדומה, בפסק הדין ב-בע"מ 4181/22 נקבע כי אין להכיר בזכותו של תובע לפיצוי כספי, על יסוד טענתו כי רעייתו הציגה לו מצג שווא לפיו הוא אביו הביולוגי של הקטין שנולד במהלך נישואיהם.

בנמקו מדוע אין להכיר בחובת גילוי ביחס למערכת היחסים האינטימית או הרגשית שבין בני הזוג, הטעים בית משפט זה כי אין מקום ל-"משפוט" מערכת היחסים שבין בני זוג, על-ידי יצירת חובה משפטית (להבדיל מחובה ערכית או מוסרית) לגילוי עניינים שבלב (ראו: בע"מ 4181/22, פסקה 24 לפסק דינה של השופטת י' וילנר; עניין ולנטין, בעמ' 454-455). כך, בפסק הדין ב-בע"מ 5827/19, ציינה השופטת י' וילנר כי:

"המשפט והכלים המשפטיים אינם המסגרת המתאימה לריפוי כאבי לב כתוצאה ממערכות יחסים בין בני זוג שבאו אל קיצן או 'לסגירת חשבונות' בשל אכזבות רגשיות. טענות כלפי בן זוג שהסתיר את רגשותיו הכנים כלפי בן זוגו האחר; את מניעיו האמיתיים למיסוד הקשר בניהם; את עוצמת משיכתו המינית לבן זוגו ולאחרים או לאחרות; את מושאי תשוקתו; את הרהוריו וצפונות לבו – כל אלה אינן טענות שראוי להן להתברר ולהתלבן בבית המשפט. בני זוג יכולים להתקשר במערכות יחסים רומנטיות ובקשרי נישואין מסיבות שונות, והם יכולים לחוש משיכה ואהבה לבני זוגם בעוצמה משתנה. ההחלטה להינשא לפלונית יכולה להתקבל אצל אלמוני, על אף שלבו נמשך דווקא אחר אחרת, או אחר, ועל אף שיש בעובדה זו – ככל שתתגלה לפלונית – כדי לגרום לה צער ודאבון לב. ואולם, המשפט אינו הזירה המתאימה שתביא מזור לכאב זה, והוא אינו נועד למשטר את נטיות הלב, המשיכה, והמחשבה של בני זוג במהלך מערכות היחסים הזוגיות שהם מנהלים" (שם, פסקה 48).

נוסף לאמור, צוין כי הכרה בחובת גילוי ביחס למערכת היחסים האינטימית או הרגשית שבין בני הזוג, עלולה לגרום לפגיעה עמוקה בפרטיות ובאוטונומיה של הצדדים להליך, הכרוכה בבירורן של תביעות מסוג זה (ראו: בע"מ 4181/22, פסקה 25 לפסק דינה של השופטת י' וילנר; וילנר ומשאל שילומאי, בעמ' 1033-1035). גם על טעם זה עמדה השופטת י' וילנר, בפסק דינה ב- בע"מ 5827/19, בציינה כי:

"הכרה בחובתו המשפטית (וכאמור, להבדיל מהמוסרית) של אדם לשתף את בן זוגו האחר בכל אלה, דקדוק משפטי וחקירה ליטיגטורית בהם, עלולים לפגוע קשות בפרטיות של האדם ביחס להיבטים האישיים והאינטימיים ביותר הקשורים למרחבו הפרטי ולעולמו שלו. קביעת חובת גילוי בהיבטים האמורים גם אינה רצויה מבחינת ההשלכות שעלולות להתלוות לה – הגבלת האוטונומיה של האדם והגבלת חירותו לעצב את סיפור חייו במהלך הנישואין, שהרי היבטים אלה, בכל הנוגע להכרה העצמית בהם, יכולים להשתנות על ציר הזמן, בהתאם לתפיסותיו של האדם את עצמו בתקופות שונות בחייו, לגיבוש זהותו הפנימית, למפגשים הבינאישיים אותם חווה, ובהתאם לחברה ולתרבות בה הוא חי" (שם, פסקה 53).

10. שותף אני לעמדה שלפיה, ככלל, הטלת חובת גילוי משפטית בהקשרים אינטימיים ורגשיים בין בני זוג היא בלתי רצויה. אף אני סבור כי הכרה בחובה משפטית לחשיפת צפונות הלב, לבטים פנימיים ורגשות שמטבעם יכולים להיות דינמיים ומשתנים, במסגרת מערכת יחסים זוגית, עשויה לעורר קשיים ניכרים הן מנקודת מבט של מדיניות משפטית רצויה, הן נוכח החשש לפגיעה בפרטיותם ובאוטונומיה של בני הזוג.

יחד עם זאת, מהטעמים שאפרט להלן, סבורני שבנסיבות העניין דנן, הקשיים חלים במידה פחותה והטעם להתגבר עליהם – חזק במיוחד, כך שיש לראות בו חריג לכלל שלפיו אין להכיר בחובת גילוי משפטית בהקשרים אינטימיים ורגשיים בין בני זוג. אפרט.

11. אשר לקשיים הנובעים מ-"משפוט" מערכת היחסים הזוגית – סבורני כי החששות שעליהם עמדה הפסיקה בהקשר זה מוצדקים בעיקר במצבים שבהם עצם ההליך המשפטי הוא שמכניס את המשפט, לראשונה, אל תוך מערכת היחסים, ובמסגרתו מבקש אחד מבני הזוג "למשפט" בדיעבד את יחסיהם. ואמנם, לא למותר לציין כי בפסקי הדין שבהם שללה הפסיקה את ההכרה בחובת גילוי משפטית בהקשרים אינטימיים ורגשיים בין בני זוג, לא דובר במצבים שבהם נכרת בין הצדדים הסכם מוקדם המסדיר

את מערך הזכויות והחובות ביניהם ביחס לסוגיה מושא המחלוקת ובית המשפט נדרש ליישמו, אלא בעיקר כתביעות נזיקיות שבמסגרתן ביקש אחד מבני הזוג להחיל כדיעבד חובה משפטית חיצונית על מערכת היחסים הזוגית.

לא כך הם פני הדברים בענייננו. כאן, מערך הזכויות והחובות בין הצדדים, בכל הנוגע להליך שימור הפוריות של המערכת, הוסדר מלכתחילה בהסכם פורמלי ומחייב, שעל יסודו נשענת אף טענתו של המשיב לקיומה של זכות "וטו" ביחס לשימוש בביציות המופרות. במצב דברים זה, המשפט כבר מצוי בתוך החדר, וההתדיינות שבין הצדדים אינה מבקשת להחיל כדיעבד נורמות משפטיות חיצוניות על מערכת היחסים, אלא לעמוד על היקפן ותוכנן של הזכויות והחובות הנובעות מההסכם שנכרת ביניהם. משכך, אין המדובר בניסיון להרחיב את גבולות המשפט אל מחוזות שמוטב שיוותרו מחוץ לתחומו, אלא בהחלתם של דיני החוזים על מערכת יחסים שהצדדים עצמם בחרו להסדיר היבט מסוים שלהם, בחוזה פורמלי.

יתר על כן, למעשה, בנסיבות העניין דנן, אין בנמצא עמדה ניטרלית של הימנעות מ-"משפוט" היחסים שבין הצדדים: משעה שהמשיב עצמו מבקש להישען על זכות חוזית מכוח ההסכם, עצם ההכרעה – בין אם בהכרה בחובת גילוי ובין אם בדחייתה – מהווה קביעה נורמטיבית באשר להיקף הזכויות והחובות החוזיות שבין הצדדים לנוכח מערכת הנסיבות העובדתית. במצב דברים זה, החלטה שלא להכיר בחובת גילוי אינה משמיעה הימנעות מהתערבות משפטית, אלא בוחרת את הצד שהתערבות המשפטית תעשה לטובתו.

אזכיר כי בפסיקתו של בית משפט זה נקבע כי מכוח חובת תום הלב בקיום חוזה, הקבועה בסעיף 39 לחוק החוזים, מוטלת על צד לחוזה חובת גילוי אקטיבית בדבר שינוי נסיבות מהותי המעמיד את הסתמכותו של הצד השני בסיכון, ובפרט מקום שבו אי-הגילוי יוצר מצג שווא באשר לאפשרות מימושו של החוזה (ראו: ע"א 8422/17 מדינת ישראל – משרד התחבורה נ' המועצה הלאומית למניעת תאונות דרכים, פסקה 28 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות (8.2.2021); ע"א 144/87 מדינת ישראל נ' אינג' פבר, חברה לבנין, פ"ד מד(3) 769, 777-778 (1990); שלו וצמח, בעמ' 81-82). על רקע האמור, בנסיבות העניין דנן, ניסיונו של המשיב להיאחז בזכות החוזית לחזור בו מהסכמתו, תוך דחיית יכולתה של המערכת לממש את זכויותיה נוכח כלל נסיבות העניין, משקף החלה סלקטיבית של דיני החוזים – רצון ליהנות מדובשם של דינים אלו, מבלי לשאת בעוקצם.

למעלה מן הצורך, אציין כי כך היה אף אילו הצורך בהסכמה מתמשכת של המשיב לשימוש בביציות המופרות היה נגזר ממקור אחר בדין (כפי שגורסת חברתי, השופטת ג' כנפי-שטייניץ), ולא היה נחתם בין הצדדים הסכם פורמלי המעגן את מערך זכויותיהם וחובותיהם בהקשר האמור. גם בנסיבות מסוג זה, האפשרות להימנע מ-"משפוט" אינה קיימת כלל: בית המשפט נדרש להכריע האם לאפשר את השימוש בביציות המופרות או אם למנוע זאת, ואגב כך לקבוע האם רשאי המשיב לסרב לשימוש האמור. להשקפתי, כשזוהי ההכרעה הנדרשת, לא ניתן להתעלם מהעובדות הרלוונטיות, ובפרט שעיקרן נמסר מפיו של המשיב עצמו, בתצהירו.

12. אשר להתחשבות בפגיעה בזכויות הפרט של בן הזוג שעליו תוטל חובת הגילוי – אכן, הטלת חובה משפטית שעניינה חיוב בחשיפת ספקות (ושמא אף מעבר לכך) בדבר הרצון בהורות טומנת בחובה פגיעה ממשית בזכות לפרטיות ולאוטונומיה של בן הזוג שעליו תוטל החובה האמורה. עם זאת, החשש מחקירה וחיטוט בנבכי נפשו של בן זוג מוקהה במידה ניכרת בנסיבות ענייננו. זאת, שכן כפי שהערתי לעיל, הקביעה בעניין הלך רוחו של המשיב באשר לנכונותו לאשר בעתיד את השימוש בביציות לאחר הפריית בזרעו, עוד לפני שהביציות הופרו בזרעו, אינה מבוססת על חקירתו על דוכן העדים, או על קביעות במישור המהימנות, אלא על הגרסה שמסר מרצונו בתצהיר העדות הראשית שהגיש.

יתר על כן, ואף חשוב מכך, סבורני כי בנסיבות העניין דנן, בצד ההתחשבות בזכויות המשיב, אין להתעלם מן הפגיעה שנגרמה למערערת כתוצאה משתיקתו של המשיב, ואף מן הפגיעה העלולה להיגרם לה אם ייקבע כי לא הוטלה על המשיב חובת גילוי בהקשר האמור. הימנעות המשיב מלחשוף בפני המערערת את הלך רוחו לגבי מערכת היחסים ביניהם, ובעיקר את חוסר רצונו להשתתף בהליך ואת היאחזותו, מראש, בזכותו שלא לאפשר שימוש בביציות המופרות כפתרון להחלטתו "הנמהרת" לתרום את זרעו – שללה ממנה את יכולת הבחירה לפסוע בנתיב אחר בכל הנוגע לשימוש בביציותיה. הימנעות מהכרה בחובת גילוי שהייתה מוטלת על המשיב בהקשר זה – והופרה על-ידו – משמעותה, הלכה למעשה, שלילת הסיכוי האחרון של המערערת לממש הורות גנטית. המדובר בפגיעה מוחשית, קונקרטית וחריפה במיוחד.

בהקשר זה, לא למותר לציין כי בפסיקה האמריקאית, אשר חלקה נזכר גם בחוות דעתה של חברתי השופטת ג' כנפי-שטייניץ, עורך בית המשפט, במקרים רבים, איזון בין זכויות הצדדים לשם הכרעה בשאלה זכותו של מי תגבר – זכותו של בן הזוג המבקש להימנע משימוש בביציות המופרות, או זכותו של בן הזוג המבקש לעשות בהן שימוש

(ראו: Helene S. Shapo, *Frozen Pre-Embryos and the Right to Change One's Mind*, 12 Benjamin C. Carpenter, ; (להלן: 1984) DUKE J. COMP. & INT'L L. 75, 89-94 (2002) *Sperm is Still Cheap: Reconsidering the Law's Male-Centric Approach to Embryo Disputes* after *Thirty Years of Jurisprudence*, 34 YALE J.L. & FEMINISM 1, 24-27). במסגרת איזון זה ניתן משקל, בין היתר, לשאלה האם לכל אחד מהצדדים יש ילדים גנטיים משל עצמם, או האם עומדת בפניהם אפשרות ממשית להביא לעולם ילדים גנטיים גם בלא שימוש בביציות המופרות. כך, בחלק מן המקרים שבהם הועדפה זכותו של בן הזוג המבקש לעשות שימוש בביציות המופרות, ציין בית המשפט במפורש כי מסקנתו נשענה, בין היתר, על כך שלבן הזוג האחר היו ילדים גנטיים משלו, או כי באפשרותו להביא ילדים גנטיים לעולם גם בדרכים אחרות (ראו: שאפו, בעמ' 89-94).

13. הנה כי כן, בשים לב לכך שבענייננו מערך הזכויות והחובות בין הצדדים הוסדר מלכתחילה בהסכם מחייב; לכך שחובת הגילוי הנטענת נגזרת מהשימוש בזכויות הצדדים לפי אותו ההסכם ואינה מבקשת להחיל בדיעבד נורמות משפטיות חיצוניות על מערכת היחסים; ולכך שהימנעות מגילוי המידע במועד הנטען הביאה לשלילת אפשרותו של אחד הצדדים לממש הורות גנטית באופן מוחלט – סבורני כי הקשיים שבעטיים סירבה הפסיקה, במקרים רבים, להכיר בחובת גילוי בהקשרים אינטימיים ורגשיים, קיימים בענייננו במידה פחותה.

14. כעולה מתיאור הדברים דלעיל, גרסתה של המערערת נשענת על שתי טענות עובדתיות מרכזיות: הראשונה, כי עובר להפריית הביציות כבר קיננו בליבו של המשיב ספקות משמעותיים באשר לשאלה אם יהיה נכון, בעתיד, לתת את הסכמתו לשימוש בביציות לאחר הפרייתן בזרעו; השנייה, כי עובר להפריית הביציות הבינו הצדדים כי קיים סיכון ממשי שלוש הביציות שנשאבו מהמערערת הן הביציות היחידות שניתן יהיה לשאוב ממנה. ויודגש: נראה כי לצורך קביעה כי חלה על המשיב חובת גילוי בנסיבות ענייננו, נדרשת קביעה כי שתי הטענות העובדתיות האמורות נכונות.

15. על השאלה הראשונה ניתנה לעיל תשובה ברורה, המבססת באופן מובהק את טענת המערערת. אשר לשאלה השנייה – מה ידעו הצדדים על ההיתכנות להצלחת סבבי שאיבה נוספים עובר להפריית הביציות – בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, קבעו שופטי הרוב כי: "...בשלב שבו הופרו שלוש הביציות לא היה ידוע לבני הזוג ולרופאים כי התהליך ייגדע ולא ניתן יהיה לשאוב ביציות נוספות" (פסקה 39 לפסק דינה של השופטת ג' לוין), וכי: "...באותה עת [הכוונה למועד שבו הסתיים סבב השאיבה הראשון – י' כ'] לא היה ברור, לא למערער ולא למשיבה, כי האפשרות היחידה שתעמוד למשיבה לממש

הורות היא באמצעות העוברים שנוצרו מזרעו של המערער" (פסקה 40 לפסק דינה של השופטת ג' לוין).

ויוער: קביעה זו לא התבססה על עדותו של המשיב (אף שכפי שהדגישה חברתי, השופטת ג' כנפי-שטייניץ, במסגרת חקירתו בבית המשפט לענייני משפחה, בהסבירו מדוע הסכים להפריית הביציות בזרעו, ציין המשיב: "...ידעתי שאחרי זה יהיו לה ביציות, אין דבר כזה, לא ידעתי שהיא תהיה תלויה רק בי" (עמ' 39, שורות 12-14, לפרוטוקול הדיון בבית המשפט לענייני משפחה מיום 31.1.2022)), אלא על עצם העובדה שבאותה עת היה בכוונת המערער לבצע סבב שאיבה נוסף.

ספק בעיני אם על בסיס עובדה זו בלבד, ניתן לקבוע כי לא היה "ידוע" או "ברור" לצדדים כי קיים סיכון של ממש שהאפשרות היחידה שתעמוד למערער להורות גנטית, היא שימוש בביציות שנשאבו בסבב השאיבה הראשון.

אבהיר את דבריי: אף אם אניח כי לאחר שנשאבו מגופה של המערער שלוש הביציות לא היה "ידוע" או "ברור" לבני הזוג כי לא ניתן יהיה לשאוב מהמערער ביציות נוספות, כך שהפריית שלוש הביציות שנשאבו ממנה בשלב זה, בזרעו של המשיב, תסתום את הגולל על יכולתה להיות אם גנטית שלא באמצעות שימוש בביציות הנ"ל, אינני סבור כי יש בכך כדי לשנות מהותית את התשתית העובדתית הרלוונטית. זאת, שכן להשקפתי, לצורך הקמת חובתו של המשיב לחשוף בפני המערער את הלך רוחו, די בכך שיוכח כי היה ידוע לו כי קיים סיכון ממשי שאלו הביציות האחרונות שניתן יהיה לשאוב מהמערער, ואין הכרח כי יוכח שהייתה לו ידיעה שכך הוא בוודאות.

ואמנם, כפי שקבע השופט י' דנינו בדעת המיעוט, אף אני סבור כי מעדותו של הרופא עולה כי המשיב ידע, לכל הפחות, כי קיים סיכון ממשי שלא ניתן יהיה לבצע סבב שאיבה נוסף, כך ששלוש הביציות הנ"ל מגלמת למעשה את ההזדמנות היחידה והאחרונה של המערער להורות גנטית.

כך, במסגרת חקירתו בבית המשפט המחוזי, נשאל הרופא: "האם יהיה זה נכון לומר שבמועד שבו הוחלט על שימור פוריות, הדחיפות של העניין נבעה מהעובדה שאם זה לא יתבצע עכשיו, יכול מאוד להיות שלא ניתן יהיה עוד לשמר פוריות בעתיד?" (עמ' 15, שורות 9-11, לפרוטוקול הדיון בבית המשפט המחוזי מיום 30.10.2024). על שאלה זו, השיב הרופא: "נכון, וזה גם מה שקרה בסוף" (שם, בשורה 12).

בהמשך, נשאל הרופא: "שני הצדדים ידעו שאם לא יתבצע כאן ועכשיו, יש סיכוי שלא ניתן לבצע את זה?" (שם, בעמ' 16, שורה 16). על כך השיב הרופא: "נכון. כולם ידעו שזה מצב דחוף" (שם, שורה 27).

לבסוף, בסיום חקירתו נשאל הרופא: "זאת אומרת, שבמועד שבו הוחלט על הפריית שלוש הביציות, בהסכמת הצדדים, היה ידוע לשני הצדדים שיש סיכוי שנוכח מצבה הרפואי הייחודי של האישה, יש סיכוי שבזאת תם ונשלם? או כמו שאדוני אומר take it or leave it" (שם, בעמ' 17, שורות 4-6). לכך השיב הרופא: "נכון. זה מלכתחילה היה ברור שאנחנו על זמן שאול" (שם, בשורה 7).

על רקע הדברים האמורים, קבע השופט י' דנינו בחוות דעתו כי: "מעדותו של [הרופא] עולה בבירור כי הצדדים היו מודעים למצבה הרפואי של המשיבה, ולכך שנוכח המחלה האונקולוגית יש סיכוי שבזאת תם ונשלם" (שם, בפסקה 65 לחוות דעתו). דברים אלו מקובלים עליי במלואם.

16. הנה כי כן, מן התשתית הראייתית שנפרשה לעיל עולה כי שתי הטענות העובדתיות שעליהן נשענת גרסתה של המערערת הוכחו במידה הנדרשת: עובר להפריית הביציות היה ידוע למשיב כי קיים סיכון ממשי ששלוש הביציות שנשאבו מן המערערת הן ההזדמנות האחרונה שלה להורות גנטית; ובאותה עת כבר קיננו בליבו ספקות (ואולי אף מעבר לכך) ממשיים באשר לנכונותו להסכים לשימוש בביציות לאחר הפרייתן בזרעו.

כפי שצינתי לעיל, חובת תום הלב בקיום חוזה, הקבועה בסעיף 39 לחוק החוזים, מטילה על צד לחוזה חובת גילוי אקטיבית בדבר שינוי נסיבות מהותי המעמיד את הסתמכותו של הצד השני בסיכון, ובפרט מקום שבו אי-הגילוי יוצר מצג שווא באשר לאפשרות מימושו של החוזה. על יסוד חובה זו, עובר להפריית הביציות בזרעו, היה על המשיב לחשוף בפני המערערת כי הסתמכותה עליו ועל מתן הסכמתו, בעתיד, לשימוש בביציות כרוכה בסיכון, שסבירותו גבוהה, שלא תינתן הסכמתו לשימוש בביציות המופרות. זאת, בטרם התקבלה החלטה שתוצאתה היא התליית הורותה הגנטית של המערערת ברצונו של המשיב.

אדגיש כי לא נעלמה מעיני הערתה של חברתי, השופטת ג' כנפי-שטייניץ, שלפיה בין המועד שבו ניטל זרעו של המשיב לבין מועד הפריית שלוש הביציות חלף פרק זמן קצר של פחות מ-24 שעות. עם זאת, סבורני כי לא ניתן להתחשב בעובדה כי למשיב עמד פרק זמן שאינו ממושך לשתף את המערערת בהלך רוחו, כדי לפטור אותו מחובת הגילוי. זאת, שכן בנסיבות העניין דנן, זה פרק הזמן שעמד לצדדים כדי לקבל את ההחלטה האם

ליטול זרע מהמשיב ולעשות בו שימוש לצורך הפריית ביציותיה של המערערת – החלטה אשר היה ברור לכל כי תוצאותיה יכול והינן גורליות עבור המערערת. יתרה מכך, אף שמדובר בפרק זמן שאינו ארוך, גם אין המדובר בדקות בודדות שבהן לא הייתה בידי המשיב האפשרות לאסוף את מחשבותיו, ולהחליט לשתף את המערערת בהלך רוחו. ואמנם, כפי שתואר לעיל, הזמן שעמד למשיב הספיק עבורו כדי לשתף את אימו במחשבותיו ולהיוועץ עמה.

על רקע האמור לעיל, סבורני כי מתקיימים בנסיבות העניין דנן שלושת יסודותיה של דוקטרינת ההשתק מחמת שתיקה: שתיקתו של המשיב יצרה בפני המערערת מצג שלפיו היא אינה נוטלת סיכון בהפריית הביציות שנשאבו ממנה בסבב השאיבה הראשון בזרעו, מעבר לסיכון "הרגיל", שבין ההפריה לבין המועד בו תתבקש הסכמתו של המשיב, יתרחש שינוי נסיבות שבעקבותיו ימאן המשיב ליתן את הסכמתו. המערערת הסתמכה על מצג זה וביקשה כי ביציותיה תופרינה בזרעו של המשיב; ובעשותה כן שינתה את מצבה לרעה, בכך שהחליטה להפרות את ביציותיה בזרעו של המשיב, תוך שהיא מודעת לכך שתידרש הסכמתו של המשיב לשימוש בביציות המופרות, כשקיים סיכון ממשי שאלו הביציות היחידות שבהן תוכל לעשות שימוש.

ודוק, הפגיעה שנגרמה למערערת אינה מתמצה בפגיעה בציפייה או באכזבה רגשית, אלא בשלילת יכולתה לממש הורות גנטית בכל דרך אחרת. משעה שהביציות הופרו בזרעו של המשיב, הועמדו סיכוייה של המערערת להורות גנטית, באופן מוחלט, על הסכמתו של המשיב.

אשר על כן, תמים דעים אני עם חברתי, השופטת ד' ברק-אדל, כי בנסיבות העניין דנן, המשיב מושתק מלעשות שימוש בזכותו מכוח סעיף 4 לתצהיר, ולהתנגד לעשיית שימוש בביציות.

17. אשר למישור האופרטיבי, כפי שציננה חברתי, השופטת ד' ברק-אדל, לאורך ההליך כולו, הציג המשיב קו טיעון חד-ממדי, במסגרתו התנגד התנגדות נחרצת לעשיית שימוש בביציות המופרות. לפיכך, סבורני כי בטרם שנחליט על אופן השימוש בביציות, מוטב כי ניתן למשיב הזדמנות לתת את דעתו לשאלת מקומו, זכויותיו וחובותיו באשר לגורל הילד שייוולד (אם וכאשר) משימוש בביציות המופרות, ולהביא את עמדתו בנושא זה בפנינו, ככל שהוא מעוניין בכך.

לפיכך, אף ביחס לתוצאה האופרטיבית, אבקש לצרף דעתי לדעתה של חברתי,
השופטת ד' ברק-ארז.



יחיאל כשר
שופט

הוחלט לקבל את הערעור כאמור בפסקה 109 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז,
בהסכמת השופט כשר, כנגד דעתה החולקת של השופטת כנפי-שטייניץ.

ניתן היום, י"א שבט תשפ"ו (29 ינואר 2026).



יחיאל כשר
שופט



גילה כנפי-שטייניץ
שופטת



דפנה ברק-ארז
שופטת