

השופט צבי אלימלך טל

פסק דין
חזרת בן-זוג מהסכם לנשיאת עוברים

ע"א 5587/93

דניאל נחמני

נגד

1. רותי נחמני

2. אסותא בע"מ בית חולים פרטי

3. היועץ המשפטי לממשלה

תמצית העובדות

– מתוך פס"ד הרוב שנכתב ע"י השופטת ט. שטרסברג-כהן

3. דני ורותי נחמני נישאו במרץ 1984, כעבור שלוש שנים נאלצה רותי נחמני לעבור ניתוח שכתוצאה ממנו איבדה את יכולתה להרות הריון טבעי. בני הזוג החליטו בתחילת שנת 1988 לנסות ולהביא ילדים לעולם על ידי הפריה חוץ-גופית של ביציותיה של רותי נחמני בזרעו של דני נחמני והשתלת הביציות ברחמה של פונדקאית. מאחר ועל פי תקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית) התשמ"ז-1987 (להלן: התקנות) "לא תושתל ביצית מופרית אלא באשה שתהיה אם היילוד", ומאחר ולא ניתן היה לשתול את הביציות בגופה של רותי נחמני, פנו בני הזוג למכון פונדקאות בקליפורניה שבארזה"ב ומשנוכחו לדעת שעלות הטפול גבוהה מיכולתם, החליטו ששלב ההפריה יתבצע בישראל ושלב הפונדקאות בארה"ב.

גם תוכניתם זו נתקלה בקשיים נוכח אותן תקנות, או אז עתרו בני הזוג במשותף לבית משפט זה (בג"צ 1237/91 נחמני נ' שר הבריאות ואח' (לא פורסם)) ועתירתם נסתיימה בהסדר פשרה שקיבל תוקף של פסק דין ב 6.5.91 לפיו הותר ביצועה של ההפריה החוץ-גופית בישראל. מאחר ופונדקאות איננה מותרת בארץ, ערכו בני הזוג הסכם עם מרכז פונדקאות בארה"ב המתייחס רובו ככולו לצד הכספי. הסכם נוסף transfer embryo אמור היה להחתם לאחר שתאוטר האם הפונדקאית אך בסופו של דבר לא נחתם בגלל הסכסוך שהתגלע בין הצדדים. ב-1992 עזב דני נחמני את הבית, עבר לחיות עם אשה אחרת ובאפריל 1993 נולדה לו ממנה בת. מאז 1992 החלו התדיינויות בין בני הזוג נחמני: תביעות מזונות ושלוש בית מצד האשה ותביעות לגירושין מצד הבעל. בית הדין הרבני בחיפה המליץ על שלום בית, אולם שלום הבית לא חזר אל מכוננו. בני הזוג עדיין נשואים. התא המשפחתי התפרק והם חיים בנפרד, דני נחמני הקים תא משפחתי חדש.

משפנתה רותי נחמני לבית החולים אסותא וביקשה לשחרר לידיה את הביציות המופרות לצורך השתלתן בפונדקאית בארה"ב, סרב בית החולים לשחרר את הביציות עקב התנגדות דני נחמני שהביע התנגדותו בכתב הן בפני בית החולים כאן והן בפני המרכז לפונדקאות בארה"ב. בעקבות השתלשלות זאת הוגשה תביעתה של רותי נחמני לבית המשפט המחוזי בחיפה לשם קבלת הביציות לידיה. השופט המלומד של הערכאה הראשונה, ח' אריאל, פסק לטובתה בקובעו כי על בית החולים לאפשר לה שימוש בביציות המופרות לשם המשך תהליך ההשתלה בפונדקאית וכי על דני נחמני להימנע מלהפריע להמשך התהליך.

על כך ערערו של דני נחמני בפנינו. קביעות פסק הדין וטענות הצדדים.

4. השופט המלומד התמקד בהכרעתו בפן ההסכמי והגיע למסקנה כי דני נחמני הסכים מראש לפעולת ההפריה על כל שלביה לרבות השתלת הביציות המופרות ברחם פונדקאית, וכי מרגע שהוחל בתהליך אין עוד חזרה ממנו, ואין נזקקים עוד להסכמתו ועליו להימנע מלהפריע להמשך התהליך. אין הוא יכול להשען על שינוי הנסיבות - פירוד מאישתו והקמת תא משפחתי חדש - כעילה להשתחרר מהסכמתו, שכן, הוא עצמו יצר את הנסיבות שעליהן מבקש הוא להשען. עוד הוסיף השופט קמא וציין כי אם תתקבל עמדתו של הבעל, ינתן בידו 'קלף' להשגת יתרונות בלתי הוגנים ביחסיו עם אישתו לקראת פירודם. השופט המלומד מצא תימוכין לעמדתו גם בתקנות מהן למד הוא כי אין צורך בקבלת הסכמת הבעל לקראת תהליך הפונדקאות כאשר מדובר באשה נשואה.

טענות באי כח כל הצדדים רבות מספור ומקיפות נושאים לרוב תוך התייחסות לדברי מלומדים, לפסיקה, לחקיקה, לאנלוגיה מתחומי משפט אחרים ולמשפט השוואתי המשליכים לדעתם על הסוגיה שבפנינו. הטענות משתרעות על תחום זכויות היסוד, התחום החוזי, התחום הנזיקי, התחום הקנייני, מעמד הביציות המופרות, על נושא תקנת הציבור והמדניניות המשפטית הראויה. אין בכוונתי לחזור על כל הטיעונים שהועלו ואביא עיקרם בתמצית ובהמשך דברי אשתדל להתמקד בחשובים שבהם.

המערער טוען כי החירות להחליט אם להיות הורה, היא זכות יסוד ואין לשלול או להגביל זכות זו. לפיכך אין לכפות עליו הורות בעל כורחו. ככל שהדבר נוגע להסכמתו לתהליך, התבססה הסכמה זו על יסוד הורות משותפות בעתיד ואין לכפותו להמשיך בתהליך בתנאים החדשים שנוצרו. הוא טוען כי גם אם יש לראות בהסכמתו הסכם בינו לבין אישתו אין הוא בר אכיפה, וכי דרושה הסכמתו בכל שלב ושלב, גם כאן וגם בארה"ב ואף התקנות קובעות זאת ואין לכפות עליו מתן הסכמה זו. גם מאז הנוחות

פועל לטובתו. אשר לביציות המופרות, אין להן זכות עצמאית עתידית לחיים, אלא מכח הסכמת שני בני הזוג. בכל מקרה אל לו לבית המשפט להתערב בנושא רגיש זה, הנתון כל כולו לאוטונומיה של הפרט.

היועץ המשפטי מצטרף לעמדתו של דני נחמני ושם את הדגש על זכויות היסוד, על האוטונומיה של המשפחה ושל הפרט, על הצורך לשמור על חירותו של אדם ועל כבודו ככל שהדבר נוגע לפתוח אישיותו, לקביעת גורלו, לתכנון משפחתו ולהולדת ילדיו. עמדתו היא שאין לכפות על דני נחמני הורות וכי כפיה כזו נוגדת את תקנת הציבור, את המדיניות המשפטית הראויה, את עקרון השיוויון בין בני אדם ובין המינים ואת זכויות היסוד של הפרט.

המשיבה נשענת על פסק הדין שנתן בית המשפט המחוזי ועל נימוקיו, מדגישה את הסבל שעבר עליה, את העוול שנגרם לה, את סיכוייה להיות אם הנשללים ממנה, את כמיהתה הלגיטימית לילד הראויה להגנה. לטענתה יצר המערער את התנאים החדשים מהם רוצה הוא להבנות על מנת להשתחרר מהתחייבות שנתן קודם לכן, שעליה סמכה ושבעטייה של הסתמכות זו החלה בכל התהליך ותרמה את חלקה בו, לפיכך אין לאפשר לו לחזור בו ממנה.

5. אקדים מספר הערות לכמה אמירות של בית משפט קמא: השופט המלומד קבע בין השאר כי "משהחל המסע לקראת הלידה אין לאפשר לבעל לטרוף את הקלפים ולהטריף את דעתה של האשה...". "אם יתאפשר לו הדבר תינתן לו שליטה על האשה ובכל רגע שיחפוץ... הוא יוכל לחזור בו בזכות וטו יחודית"; וכי אם תינתן לו האפשרות לחזור בו, יהפוך הדבר את האשה לכלי שרת בידו ולמוקד הכנעתה, השפלתה ואולי אף לסחיטתה. זהו תיאור קשה שאילו שיקף מצב לאשורו, היה הוא נוגד את עקרון השיוויון בין בני האדם ובין המינים ופוגע בכבוד האדם וחירותו שהם יסוד מוסד בשיטתנו המשפטית. אלא שדומה כי תיאורו האמור של השופט קמא, אותו רואה הוא כפועל יוצא ממצב בו תוכר זכותו של הבעל לחזור בו מהסכמתו, אינו עולה בקנה אחד עם העובדות ועם המצב המשפטי לאשורו. מן הבחינה העובדתית, מלבד עצם ההתנגדות להמשך התהליך, התנגדות הגורמת ללא ספק לרועי נחמני סבל, צער, תסכול ואכזבה, אין השופט קמא מצביע על ניצול, השפלה, סחיטה ומעשים כיוצא באלה מצידו של דני נחמני כלפי אישתו וגם לא מצאתי בחומר הראיות בסיס לכך. השופט קמא עצמו אומר, כי "התנגדות הבעל אינה טכסיסית, הוא אכן מביע את עמדתו האמיתית כי אין הוא רוצה עתה ילד מהאשה... עמדתו היא ממשית ועקרונית והיא משולבת בהשקפתו נגד משפחה "חד-הורית". ומן הבחינה המשפטית, יש לבחון את המקרה על בסיס של שיוויונות מלאה בין המינים. במה דברים אמורים? טול את המקרה ההפוך, מצב התחלתי זהה אלא שהאשה היא זו שעזבה את הבעל ויצרה קשר חדש עם חבר לחיים ממנו נולד לה ילד.

בהמשך, הבעל הוא זה שנעשה עקר ומבקש לממש את הורותו ולהיות לאב באמצעות הביציות המופרות ואילו האשה מתנגדת שביציות שלה המופרות בזרעו של הבעל, בהסכמה, תושלנה ברחמה של פונדקאית מאותם טעמים שהבעל מעלה כיום להתנגדותו. מה נאמר אז? דומה שהפתרון הנכון צריך להתאים לשתי הסיטואציות ולשני המינים ולהישקל על בסיס עקרוני שיויוני תוך מתן הדעת לכל הבדל רלוונטי, ומבלי להקל ראש בחלקה הקשה יותר - פיזית ונפשית - של האשה, בתהליך הפריית הביציות.

נושא ההסכמה על כל היבטיה הוא מרכז דיונונו אלא שכפי שיובהר בהמשך, אין הסכם בין הצדדים בדבר גורל התהליך במקרה של פירוד; לפיכך, אדרש בשלב ראשון לנושא ההורות ולזכויותיהם החוקתיות של בני הזוג נחמני באספקלריה של זכויות היסוד של האדם. נושא זה הוא מרכיב דומיננטי בהכרעה בשאלה האם זכאית רותי נחמני להמשיך בתהליך ההפריה למרות התנגדות בעלה.

השופט צבי א. טל – פסק הדין המלא

1. בני הזוג החלו במשותף ובלב אחד בדרך הייסורים של הפריה חוץ גופית. יחד נאבקו ברשויות הבריאות להתיר להם לידה על ידי פונדקאית בחו"ל (בג"צ 1237/91).

לימים עזב הבעל את הבית והקים לו משפחה עם אחרת, שגם ילדה לו. נשארה האשה לבדה, היא ותקוטה היחידה להיבנות מזרעם המשותף שלה ושל בעלה. לפיכך ביקשה מבית החולים "אסותא" למסור לה את הזרועים המופקדים שם בהקפאה, כדי להמשיך לבדה בתהליך שהחלו בו. בית החולים לא נענה עקב התנגדות הבעל. עתרה האשה בבית משפט קמא נגד בית החולים, ונגד הבעל. בית המשפט (כבוד השופט ח' אריאל) קיבל את עתירתה ודחה את התנגדות הבעל. מכאן הערעור שלפנינו.

2. הסיטואציה האנושית שלפנינו, עיקרה ונופה בתחום החברתי-מוסרי ורק מיעוטה בתחום המשפטי. אלא שאין לחברה כלים להכרעה ואכיפה בתחום המוסר והחברה, ועל כן מניחים את הבעיה לפתחו של בית המשפט. קראתי את פסק דינה היפה והבנוי לתלפיות של חברתי השופטת ט' שטרסברג-כהן; בהכרעה המנומקת היטב היא מציעה לקבל את ערעורו של האיש.

אבל הפתרון המשפטי אינו תמיד אחד. יש שפתרונות אפשריים שונים מתחרים זה בזה. כל שכן בבעיה אנושית כאובה כזו שלפנינו.

ובתחרות כזו יש - כך נראה לי - להעדיף פתרון הנראה צודק יותר.

בענייננו, בפירוד שיצר האיש ובהתנגדותו לעתירת האשה הוא מבקש לכבות את שביב תקוותה האחרון להיות לאם, בעוד הוא עצמו בנה לו בית אחר וזכה להיפקד בזרע של קיימא.

אם ישנו פתרון אחר הנותן גם לאשה את מבוקשה, נראה לי שהוא צודק יותר ויש להעדיפו.

3. חוות-דעתה של השופטת שטרסברג-כהן מבוססת - בתמצית שבתמצית - על שניים:

- אין לאכוף על האיש אבהות שלא לרצונו, שכן יש בכך פגיעה בזכויות יסוד.
- אין לאכוף על האיש הסכם "רופף" ובלתי אכיף מטבעו, הסכם שנעשה בזמן ששלום ביניהם ולא הוסכם מה ייעשה בזמן שאין שלום. במצב כזה, "שב ואל תעשה – עדיף".

בדבריי הבאים אנסה לבסס גישה שונה, שתביא לפתרון שונה.

4. זכותו של האיש שלא לאכוף עליו אבהות שלא לרצונו אכן זו זכות מזכויות היסוד, הנוגעת להגנה על חירותו, כבודו וצינעת חייו והאוטונומיה שלו להחליט בתחום המשפחה וההורות. אבל זכות זו אינה מוחלטת. ויש שהיא נדחית מפני חרותם וכבודם וצינעת חייהם של אחרים והאוטונומיה שלהם.

טול, למשל, אדם שפלוגית הרתה לו שלא מדעתו, כמעשה לוט בשעתו, או שהוטעה בתרמית לחשוב שהאשה נקטה אמצעי מניעה אפקטיביים ולא נקטה. אין ספק שיש לאדם כזה סיבה טובה שלא תיכפה עליו אבהות שלא לרצונו. אף על פי כן, האוטונומיה שלו נדחית מפני האוטונומיה שלה על גופה, וכבודו מפני כבודה, וצינעתו מפני צינעתה וגם אם, כאיוב, יקלל "לילה הורה גבר", סופו שיהא אב בעל כורחו, עם כל החיובים המוטלים על אב כלפי ילדו, איש לא נעדר. כל שכן כאן, שהאיש הסכים מדעתו ומרצונו להיות לאב, ורק לאחר זמן חזר בו.

תאמר - אין הנמשל דומה למשל. במשל - כנגד זכות האיש עומדת זכות עדיפה של אי התערבות אקטיבית בגופה של האשה.

על כך יש להשיב, ראשית, שגם בענייננו הרשתה האשה התערבות קשה מאד ומכאיבה בגופה כדי להביא למצב הנוכחי. אם נרשה לאיש לחזור בו בשלב זה נמצאת ההתערבות, למפרע, התערבות שוא בגופה של האשה, וכבודה וצינעתה מחוללים. ועוד, זכותה של האשה וכמהיתה להיות לאם גם היא מזכויות היסוד הנוגעים לחירותה וכבודה, צינעתה והאוטונומיה שלה, ומנין לנו שעליהן להידחות מפני אלה של האיש. מי שקל בפלס הורות, ואמהות במאזניים. אדרבא, יש ויש מקום לחשוב שהוא נדחה מפניה, שכן הוא שחזר בו לאחר פגיעה חמורה בכבודה בצינעתה ובגופה, "וכל המשנה ידו על התחתונה" (בבא מציעא פרק ו' משנה א).

5. המדיניות המשפטית הראויה חברתי השופטת ט' שטרסברג-כהן סבורה ש"לא יהיה זה ראוי שהמערכת המשפטית תתגייס לכפות הורות על מי שאינו רוצה בה".

מבחינת המערער, אין המדובר בכפיית הורות ביולוגית עליו. התהליך לקראת הורות ביולוגית החל מרצון. ואם בית המשפט לא יתערב - כפי שאני אכן מציע - לא יהיה באי-ההתערבות משום כפייה כלשהי.

אדרבא, התערבות בית המשפט המביאה להפסקת התהליך, היא היא הכפייה הביולוגית, הכופה עקרות על האשה. ולכן בפארפרזה על דברי חברתי, "לא יהיה זה ראוי שהמערכת המשפטית תתגייס לכפות עקרות על מי שאינו רוצה בה".

ואולם עיקר נקודת הכובד, היא לא כפיית הורות אלא כפיית חיובים הנובעים מאבהות. לשון אחר, האם מן הראוי לאפשר לתהליך הביולוגי להימשך, כאשר בסופו, אם יצליח, יטיל מעמסה רגשית וחיובים כספיים על המערער, נגד רצונו.

נניח שההסכם (שבכלל ושבהתנהגות) בין בני הזוג, הוא רופף ובלתי אכיף וטעון רצון מתחדש בכל שלב - ונתעלם ממנו לפי שעה, כלא היה. האם קיימת כיום נורמה משפטית שיש בידה להנחותנו כיצד להכריע בשאלת כפיית החיובים האמורה?

נורמה כזו אינה קיימת, ואמירתה של חברתי שאין זה מן הראוי שהמערכת המשפטית תתגייס לכפות הורות לא רצויה, היא עצמה יצירתה של נורמה חדשה.

אנו מצויים איפוא בתחום של "פיתוח המשפט", שעליו כתב פרופ' המשנה לנשיא א' ברק:

"...אצלנו נתפסה פעילות זו [של פיתוח המשפט] כשייכת לרשות השופטת הפועלת על פי מגוון של שיקולים, מהם בעלי אופי אתי, ומהם בעל אופי של מדיניות משפטית".

א' ברק, "היצירה השיפוטית לסוגיה", הפרקליט ל"ט 286.

מה הם השיקולים של אתיקה ושל מדיניות משפטית ליצירת נורמה במצב התנגשות בין רצון האיש ורצון האשה?

מצד אחד נשקול את האוטונומיה של האיש שאינו רוצה עוד בצאצא המתוכנן וכן את אי-הנוחות הרגשית והממונית של האיש, אם ייוולד הצאצא.

מן הצד השני נשקול את האוטונומיה של האשה, הרוצה בצאצא המתוכנן ובזכותה להורות, שהיא זכות מן הבסיסיות ביותר של האדם המעוגנת בשאיפות הקיומיות של הפרט ושל החברה כולה.

מבחינה עקרונית – נראה לי שהשיקולים האתיים והמדיניים – משפטיים מכריעים לצד השני. שהרי אין המדובר כלל בכפיית הורות על אדם נגד רצונו, כמבואר לעיל, אלא בשאלה ההפוכה, האם יש ליצור נורמה משפטית חדשה שתאפשר לבעל לכפות עקרות על האשה.

שומה על בית המשפט להכריע בין שתיים רעות: "הורות כפויה" או יותר נכון, "חיובי הורות כפויים" מצד אחד, ועקרות, כפויה אף היא, מן הצד השני. לא נוכל לפטור את עצמנו במדיניות של "שב ואל תעשה" שכן כל החלטה תחייב אחת משתי הרעות האלה. במקרה שלפנינו, מן הטעמים דלעיל, עדיפה בעיני הנורמה שאינה כופה עקרות. ועוד – עקרות, בכפייה, מהווה שלילה מוחלטת של הזכות הבסיסית והיסודית ביותר של אשה. ואילו הורות "כפויה" מטילה נטלים רגשיים וחיוכים שונים, שאינם לרצון ההורה. "במאזן האימה" הזה מתגמדת בעיני אי הנוחות שבהורות "כפויה" לעומת השלילה המוחלטת של זכות יסודית להורות.

בסיכום – האיש הסכים מלכתחילה להיות לאבי הוולד שייוולד לאשה בהפרייה חוץ גופית. כעת חזר בו, אך כנגד זכותו שלא להמשיך בתהליך שיביא, אולי, לאבהותו, עומדת זכותה העדיפה, בעיניי, של האשה, והרי הוא נדחה מפניה.

6. הפן ההסכמי מן הפן ההסכמי, אכן, ה"הסכם" יש בו כל החולשות שמונה בו חברתי השופטת. הוא "רופף" והוא נעשה בזמן שלום בינו לבניה, לא נקבע ביניהם מה ייעשה אם יחול פירוד, ההסכם הוא "בתפר" שבין הסכם אכיף לשאינו אכיף, וכל שאר הסימנים שחברתי נתנה בו.

אבל מן הבחינה הדיונית, לא נתבקש בבית משפט קמא סעד של אכיפת ההסכם. העתירה, על דרך המרצת פתיחה, כוונה נגד בית החולים לשחרור הזרועים ונגד האיש שלא יתנגד לכך. במצב דברים זה נראית לי טענת האשה שהאיש מושתק מלהתנגד. כאשר משתקים טענה פלונית, יוצאים מן ההנחה שהטענה, לגופה, יכול שתהא טענה נכונה. אבל מפני התנהגותו של בעל הטענה כלפי הצד השני, הסתמכות הצד השני על התנהגות זו ושינוי מצבו של המסתמך עקב כך, אין אנו מניחים לבעל הטענה להשמיע טענתו.

ובענייננו, האשה עברה תהליך פולשני קשה ומכאיב בגופה כדי להפיק את הביציות על סמך הסכמת האיש להפרותן. עם הפרייתן נשללה מן האשה כל אלטרנטיבה, כגון הפרייה בזרעו של "תורם". היא שינתה את מצבה ללא תקנה על סמך התנהגותו. מכאן, שגם אם יש בפיו טענות נכונות בדבר אי אכיפותו של ההסכם ובדבר הצורך בהסכמה מתחדשת בכל שלב ושלב בדרך אל ההורות ושאר כל הטענות, ככל שחברתי השכילה לבארן באר היטב, אין שומעין להן ואין נותנים לאיש פתחון פה להשמיען.

ההשתק המדובר הוא "השתק מכוח הבטחה" Promissory Estoppel שהתפתח באנגליה, ומקובל - בצורה רחבה עוד יותר - במשפט האמריקני. השתק זה מונע, בנסיבות ידועות, התכחשות אדם להבטחה שנתן לזולת כדי שהלה יסתמך עליה ויפעל על פיה, והלה אמנם סמך על כך ושינה את מצבו.

הצד השווה בהשתק זה ובהשתק הקלאסי (השתק מכוח מצג עובדתי) הוא יסוד ההסתמכות. כאן - שינוי מצב בהסתמך על הבטחה, וכאן - שינוי מצב בהסתמך על מצג עובדתי.

"בראיה מודרנית ניתן לומר כי שני סוגי ההשתק מיועדים להגן על אינטרס ההסתמכות. יסוד ההסתמכות המשותף להם מקנה גיבוי מוסרי לכללי ההשתק על סוגיו השונים. ואכן, הן ההשתק על-ידי-מצג והן ההשתק מכוח הבטחה מבוססים על עקרונות של צדק ויושר, היגיון והגינות ובשניהם שזורים יסודות של מוסר ויחסי אנוש תקינים".

ג' שלו, "הבטחה, השתק ותום לב" משפטים ט"ז, תשמ"ו¹ 295,296.

במוסגר ייאמר ש"אינטרס ההסתמכות" המודרני הוכר עוד במשפט התלמודי. ההלכה היא שהנותן עצת-חינם ונמצאה מוטעית - פטור מלשלם.

אבל אם השואל אמר ליועץ: "חזי דעלך קא סמיכנא" (ראה, עליך אני סומך) - חייב היועץ לשלם (בבא קמא ק' עמ' א'). וכן נפסק להלכה בשולחן-ערוך חושן משפט ש"ו ר': "המראה דינר לשולחני ואמר לו יפה הוא ונמצא רע ... חייב לשלם אף על פי שהוא בחינם, והוא שיאמר לשולחני עליך אני סומך, או שהיו הדברים מראים שהוא סומך על ראייתו ולא יראה לאחרים".

ואם בהשתק הקלאסי נדרש גם יסוד של נזק או שינוי לרעה כדי שיחול, יתר עליו ההשתק מכוח הבטחה, שהוא חל, לדעת הלורד דנינג, "גם בהעדר נזק למקבל הבטחה" (שם). ולכלל הדיעות די בכך שייגרם אי-צדק למקבל הבטחה (ג' שלו, שם ה"ש 7).

אין כאן המקום להאריך בסיפור תולדות דוקטרינה זו, ואסתפק בראשי דברים. תחילתה, באנגליה, בפסק דינו של השופט א' דנינג ב-V. High Trees House Ltd Central London Property Trust Ltd. [1947] Kb 130.

מאז התעצמה דוקטרינה זו, והשירה מעליה סייגים והגבלות, עד שהיתה לכלל גדול ופשוט. הלורד דנינג, וזאת הפעם כשומר המגילות, מונה כל מיני הגבלות שכבלו, לפניו, את כללי ההשתק, כגון: אין הוא אלא כלל

1. ראה גם: M.P. Thompson From Representation To Expectation Estoppel As A Cause Of Action: "Equitable Estoppel Is A Rule Of Fairness By Which The Courts Protect The Reliance And Expectations Of Innocent Parties From Defeat By Those Who Have Induced Those Reliances And Expectations." (Cambridge Law Journal 42(2) Nov.1983 257, 277).

של ראיות, אין ההשתק יוצר עילת תביעה, אין ההשתק פוטר מן הצורך בתמורה, ועוד. ההגבלות הללו "ניגזזו" ונשאר הכלל בפשטותו:

"All these can now be seen to merge into one general principle shorn of limitations. When the parties to a transaction proceed on the basis of an underlying assumption - either of fact or of law - whether due to misrepresentation or mistake makes no difference - on which they have conducted the dealings between them - neither of them will be allowed to go back on that assumption when it would be unfair or unjust to allow him to do so. If one of them does seek to go back on it, the courts will give the other such remedy as the equity of the case demands."

(amalgamated property co. V. Texas bank (c.a.) 1 qb 84, 122).

במשפט האמריקני בוטא כלל זה בצורתו הרחבה בריסטייטמנט השני, חוזים, כלל (I)90 והוא נותן ביד מקבל ההבטחה לא רק זכות ההשתקה אלא גם את זכות האכיפה.²

מאהר, המשיב, שם, סבר בטעות, שנוצר הסכם מחייב בינו ובין החברה המערערת ובהסתמך על כך שינה את מצבו (סתר בנין שעל אדמתו לשם הקמת מבנה שיושכר לחברה. (לדעת הרוב פעל כאן השתק-הבטחה לטובת מאהר (לדעת המיעוט פעל כאן ההשתק הקלאסי). בין השאר אומר בית המשפט:

"In all cases where an equity created by estoppel is raised, the party raising the equity has acted or abstained from acting on an assumption or expectation as to the legal relationship between himself and the party who induced him to adopt the assumption or expectation... Though the party raising the estoppel may be under no mistake as to the facts, he assumes that a particular legal relationship exists or expects that a particular legal relationship will exist between himself and the party who induced the assumption or expectation. The assumption or expectation may involve an error of law. Thus a promissory or a proprietary estoppel may arise when a party, not mistaking any

2. גם באוסטרליה פסק בית המשפט הגבוה לטובת מקבל ההבטחה מכוח השתק - הבטחה, ששימש שם כעילת תביעה. (Waltons Stores (Interstate Ltd. V. Maher), 164 C.L.R. 387 (1987-1988) וראה רשימה מאת סימון גארדנר ב-104 Lqr, 362 מיולי 88.

facts, erroneously attributes a binding legal effect to a promise made without consideration."

(הדגשה אינה במקור, שם) (420-1)

ובדומה לענייננו, האשה שינתה מצבה, שינוי שאינו חוזר, בהסתמכה על הסכמת בעלה לפעול במשותף להבאת ילד לעולם בדרך שהחלו בה. ברור שהסתמכות האשה היתה על הסכמת הבעל להבאת ילד לעולם בדרך שהחלו בה, ולא על הסכמתו החלקית לגבי השלב הראשון בלבד עם אפשרות של חרטה. אם שני הצדדים לא חשבו על שינוי נסיבות אפשרי, פירוש הדבר שהם גם לא חשבו על שלבים ותחנות בדרך אלא על המטרה הסופית.

שני הצדדים לא חשבו שההסכם רופף ושינוי ניתן לאכיפה. ובדומה לו, גם אם לא נקשר כל הסכם מחייב, אבל האשה פעלה והסתמכה על מה שחשבה שהוא הסכם "עד הסוף"; והאשה שינתה את מצבה, על סמך ההסכמה לאותה מטרה סופית.

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

המלומדים דניאל פרידמן ונילי כהן סבורים שעקרון זה נקלט גם במשפטנו עוד קודם לחוק החוזים ("חוזים", אבירם הוצאה לאור בע"מ תשנ"א-1991, סימן 12.22). גם "כיום, חרף חקיקתו של חוק החוזים, ממשיכה הפסיקה לעשות שימוש בדוקטרינה של השתק הבטחה, אם באופן עצמאי, אם כחלק מעקרון תום הלב" (שם, סימן 12.22) וראה ההפניות שם לפסקי הדין של בית המשפט העליון.

נראה לי איפוא שהבעל מנוע ומושתק מלטעון כלפי האשה שהוא רשאי לחזור בו מהסכמתו, גם אם אכן מדובר בהסכם "רופף" ו"ספק-אכיף מטבעו. לא אכיפת הסכם יש כאן, אלא השתקת הבעל מלהתנגד להמשך התהליך.

נכון הדבר שהנסיבות נשתנו, עקב הפירוד שנוצר. אך גם בטענה זו מושתק האיש, שכן הוא ששינה את המצב. איני בא לדון אותו מבחינת "האשם". אבל אין המשנה רשאי לטעון, שהוא זכאי ליהנות מן השינוי שהוא עצמו יצר, לרעת הצד השני (השווה סעיף 28 (א) ו (ב) לחוק החוזים (חלק כללי) התשל"ג-1973). אמנם לפי ס"ק (ג) אין הכלל הזה חל כאשר אותו צד היה בן חורין, לפי תנאי החוזה, לנהוג כפי שנהג.

אבל ההנחה שבמקרה דנן היה הבעל בן-חורין לשנות את המצב, היא הנחת המבוקש.

7. ועוד מן הפן ההסכמי. ההסכם שמדובר בו, הוא הסכם שבהתנהגות. בהיעדר הסכם מפורש, אנו מניחים שלא נכללה בו התחייבות להמשיך בתהליך אפילו יחול פירוד בין בני הזוג. הנחה זו אינה, בהכרח, נכונה. באותה מידה יכולנו להניח שהאיש - מתוך שיקולי מוסר - הסכים למלא את תקותה האחת והיחידה של אשתו לאמהות, בכל מקרה ואפילו יחול פירוד. והדבר אינו ספקולציה ריקה. יש לו תימוכין חזקים ב"תנאים הבלתי כתובים" שההלכה מייחסת לסיטואציה כזו. אבאר.

בהלכה נתקבלה השיטה שאין כופין את הבעל לגרש את אשתו אלא בעניינים המנויים במשנה" ואלו שכופין אותו להוציא, מוכה שחין וכו'" (כתובות פרק ז' משנה י'). וכן נפסק בשולחן ערוך אבן העזר סימן קנ"ד סעיף א'. אבל ישנם גם חריגים לכלל זה. אחד מהם - "אשה הבאה בטענה" אשה ששהתה עשר שנים ולא ילדה מבעלה, והרי היא מבקשת להתגרש בטענה שהיא צריכה משענת לעת זקנתה ומי שיטפל בה במותה - כופין את בעלה לגרשה, כדי שתוכל להינשא לאחר, אולי תיבנה ממנו.

כמובא בגמרא מעשה באשה שבאה לפני רבי אמי וביקשה להתגרש. דחה אותה ואמר לה שאין אשה מצווה על פריה ורביה. אמרה לו "בזקנותה מה תהא על אותה אשה". אמר - כגון זה ודאי כופין. וכן מעשה באשה שבאה לפני רב נחמן ולאחר שטענה שהיא צריכה "משענת לידה ומעדר לקבורתה" - פסק רב נחמן שבכגון זה כופין את בעלה להוציאה (יבמות ס"ה ע"ב).

והנה כפיית גט במקום שאין הדין נותן - הרי זה גט "מעושה" ופסול. וכן מובא ברמב"ם הלכות גרושין פרק ב' הלכה כ':

"...לא היה הדין נותן שכופין אותו לגרש וטעו בית דין של ישראל או שהיו הדיוטות ואנסוהו עד שגירש - הרי זה גט פסול".

נשאלת השאלה, "אשה הבאה בטענה". שאינה מנויה במשנה בכלל אלה שכופין את הבעל להוציא, איך אנו כופין להוציאה ואין אנו חוששים לגט מעושה?

כבר דן בשאלה כזו הריב"ש (רבי יצחק בר ששת - מגדולי המשיבים במאה ה-14, ספרד-מרוקו) בתשובה קכ"ז. מבואר שם שכפית בית הדין היא, בעצם, לא על הגירושין אלא על קיום החיוב של הבעל כלפי אשתו.

כגון חיוב עונה. אלא שאם אינו רוצה או אינו יכול לקיים והוא בוחר להנצל מן הכפיה על ידי שיגרשנה, הרי זה גט מרצונו.

“והרי זה כמי שהיו נושין בו ממון, והיה תפוס בבית הסוהר בעד החוב ההוא ואמרו לו קרובי אשתו: אם תגרש אשתך, נפרע אנחנו בעדך החוב ההוא ותצא ממאסרך. והוא נתרצה בזה וגירש מרצונו. היאמר אדם שזה יהיה גט מעושה, מפני שעשה זה כדי לצאת מבית הסוהר?! לא, שהרי לא היה תפוס כדי שיגרש, אלא בעד חובו, והגט אינו מעושה אלא מרובה.” (שם).

אבל במקום שאפשר לכופו לקיים את חיוביו, כגון מזונותיה, והיא אינה רוצה בגירושין, כופין אותו לקיים את חובתו ולזונה.

“האומר איני זן ואיני מפרנס - כופין אותו לזון. ואם אין בית דין יכולים לכופו לזון, כגון שאין לו במה לפרנס ואינו רוצה להשתכר להרויח ולזון, אם תרצה היא כופין אותו להוציא מיד וליתן כתובה. וכן הדין למי שאינו רוצה לשמש” אבן העזר קנ”ד ג.

נמצא שהכפייה “הראשונית” היא על קיום החיוב. והכפייה לגרש היא רק כפייה “משנית”.

מעצם הכפייה המשנית לגרש “אשה הבאה בטענה” משמע שחובה ראשונית מוטלת על הבעל - מעבר לחיובו במצוות פריה ורבייה - להקים זרע לאשתו המבקשת ילד, שתוכל להשען עליו לעת זקנתה ופטירתה, ובמקום שאפשר לכופו כפייה ראשונית על קיום החיוב - כופין עליו.

בסיכום, הכפייה היא על קיום החיוב. ואם ניתן להשיג את קיום החיוב על ידי הכפייה - כגון לזון את אשתו - כופין אותו לקיים את החיוב.

וגם על חיוב שלא ניתן להגשימו בפועל על ידי כפייה (כגון קיום עונה) כופין, אלא שאם הבעל יבחר לגרשה כרצונה, הרי זה גט כשר.

הוא אשר אמרתי לעיל, שבאותו “הסכם שבהתנהגות” שבין בני הזוג, כלולה לא רק הסכמה לנסות ולהביא ולד לעולם בזמן ששלום ביניהם, אלא גם חיוב לתת לה ולד שתשען עליו, ואפילו ייפרדו דרכיהם.

אמנם, כאן המניעה לילד היא ממנה. ואפשר לטעון שבכגון זה אין כופין אותו להוציא, שהרי גם מאיש אחר לא תיבנה. אבל לאחר שהוא הסכים לאפשר לה ולד, בידיעת המצב לאשורו, ובידיעה שהמניעה היא ממנה, שוב הופכת הסכמה זו לחיוב גמור. ניתן להוכיח מן הסוגיא בבבא קמא ק”ח ע”ב שחובה מוסרית שאדם מקבל על עצמו כלפי חברו הופכת לחובה משפטית מחייבת.

בענייננו אין המדובר בכפיית הבעל לגירושין, שכן אין האשה רוצה להתגרש, אלא בכפייתו לקיים את חובתו המוסרית כלפיה. והרי זה דומה למי שכופין אותו לזון. ומה היא הכפייה כאן - השתקתו מלהתנגד להמשך התהליך שהוחל בו בהסכמה.

8. לא נעלמה מעיניי תשובת מו"ר הרב ש' ישראל, הנזכרת בחוות דעת חברתי, שמסקנתה היא שאין לכוף על הבעל המשך התהליך. הרב ירד לענין זה, מדין פירוק שיתוף כאשר "אנן סהדי" שהסכמת הבעל לשיתוף היתה כאשר שלום ביניהם והוולד שיוולד יגדל תחת קורת גג משותפת.

עכשו שחל פירוד, הרי זה כ"אונס" שאירע, ומשנשתנו הנסיבות רשאי האיש לחזור בו.

אין אני כדאי לחלוק על הרב, אבל, גם על פי ההלכה ייתכנו גישות שונות, המביאות לפתרונות שונים. הבעיה היא חדשה ולא נדונה כמות שהיא בשו"ת של ראשונים ואחרונים. תלמידי חכמים בני דורנו נושאים ונותנים בהלכה זו על פי דימוי מילתא למילתא, ומוצאים בה פנים לכאן ולכאן.

אין איפוא, לומר שקיימת עמדה מסוכמת של "המשפט העברי".

9. אסיים במה שפתחתי. יש שכופין על אדם חיובי אבהות אפילו לא הסכים לה מלכתחילה, וזכויות היסוד שלו נדחים מפני ערכים וזכויות יסוד של האשה. כל שכן מקום שהסכים על האבהות מלכתחילה, כמו במקרה שלפנינו.

לאחר שבהתנהגותו ובהסכמתו - בלא קשר לאשם כלשהו - שינתה האשה את מצבה ללא חזור, באופן שנשללה ממנה כל אופציה של הפריית זרעה על ידי תורם זר, משתקין אותו מלהתנגד להמשך התהליך, אפילו יש בפיו טענות נכונות כשהן לעצמן. זהו כל עיקרו של השתק, שהוא משתק טענות נכונות. טענות שאינן נכונות אינן צריכות השתק.

לתוך ההסכם מכללא שנוצר על פי התנהגות הצדדים ניתן לקרוא התחייבות מוסרית של הבעל להיענות לתביעתה "הבה לי בנים ואם אין מתה אנוכי". התחייבות כזו, כשהאשה "באה בטענה" ניתן לכפות על קיומה, על ידי השתקת התנגדותו של הבעל.

מכיוון שפתרון זה נראה לי צודק יותר, כדרך שנראה לכבוד השופט ח' אריאל בבית משפט קמא, הייתי מציע לדחות את ערעור הבעל.

בכל אלה לא ירדתי לסבך הבעיות של וולד כזה, כי יוולד, מבחינת כשרות ייחוסו ההלכתי והמשפטי. הדיעות בזה רבו כמו רבו, כלום יתייחס הוולד אחר היולדת או אחר זרע האם הגנטית, ומה דינו לענין נשואי קרוביה של זו ושל זו וירושתן וירושת אביו (ראה תמצית הדיעות בזה באנציקלופדיה הלכתית רפואית בעריכת ד"ר אברהם שטינברג, כרך ב', ערך הפריה חוץ גופית, עמ' 115 ואילך).

אין צורך להיכנס לכל אלה כי טענת "משענת לעת זקנה" אינה תלויה ביחס האמהות ההלכתי או המשפטי, אלא במציאות של גידול הוולד על ידי האשה. ואם אמנם תזכה לגדל ילד גנטי שלה בביתה, יהא בכך כדי למלא במידת האפשר את כמיהתה וצרכיה של האשה.

לא נתעלמו ממני תקנות בריאות העם (הפרייה חוץ-גופית), התשמ"ז-1987. אבל, אין תקנות אלה מהוות בהכרח מכשול בפני המשך התהליך, באשר אין הן מתייחסות בדיוק למצב כזה שלפנינו (היעדר גירושין).

אכן, הוועדה הציבורית-מקצועית לבחינת הנושא המליצה בשנת 94 כי התהליך כולו ייעשה רק מתוך הסכמה משותפת ונמשכת. ודאי שלכתחילה כך רצוי וטוב שיהיה, כמוסבר בדו"ח הוועדה ובחוות דעתה של חברתי.

ומשיתגבשו המלצות הוועדה בכללים מחייבים ידעו כל הנזקקים להפריה חוץ-גופית את אשר לפנייהם מראש ולכתחילה. אבל לפנינו מעשה מיוחד ובדיעבד. אם צדקתי בגישתי, אין המלצות הוועדה צריכות לעמוד לאשה לרועץ.

הייתי מציע איפוא לדחות את הערעור.

החלטה

הוחלט ברוב דעות לקבל את הערעור כאמור בפסק דינה של השופטת ט' שטרסברג-כהן כנגד דעתו החולקת של השופט צ' טל.

ניתן היום, כח' באדר ב' תשנ"ה (30.3.95)

אפילוג

לבקשת רותי נחמני התקיים דיון חוזר בבית המשפט העליון (דנ"א 2401/95) בו ישבו הנשיא א. ברק, והשופטים: ג. כץ, א. גולדברג, ת. אור, א. מצא, י. קדמי, י. זמיר, ט. שטרסברג-כהן, ד. דורנר, צ. א. טל, י. טירקל.

בדיון החוזר, ברוב דעות נהפכה על פיה החלטת בית המשפט העליון הנ"ל, והדין נפסק כדעתו של השופט צבי א. טל – דעת המיעוט בדיון הראשון שהובא למעלה.