

בתי המשפט
ב ד ל ת י י ס ס ג ו ר ו ת

תמ"ש 10708-02-09
תאריך: 3/05/09

בית משפט לענייני משפחה - חיפה
בפני כב' השופטת אלה מירז

התובע / המבקש ש.א.

נ ג ד

הנתבעת / המשיבה ס.מ.

פסק דין

1. מונחת בפני בקשה למתן צו עשה להורות למשיבה "לערוך הפלה להריון שהיא נמצאת בו" במסגרת תובענה כספית נזיקית. מנגד הגישה המשיבה בקשה לסילוק על הסף של התובענה והבקשה בין היתר בטענות של חוסר סמכות עניינית ובטענות לגופו של עניין.
2. המבקש חייל בשירות חובה בן 21 שנים. המשיבה גרושה אם ל-2 ילדים בת 26 שנים.

תמצית העובדות

3. בין הצדדים הייתה בעבר היכרות שטחית קודמת. בחודש אוקטובר 2008 לערך נפגשו הצדדים בתחנה המרכזית אשר ----- כאשר המבקש היה בדרכו לבסיס והמשיבה עבדה כמוכרת בדוכן ----- בתחנה. לאחר מספר מפגשים קצרים בנתיב נסיעתו של המבקש לבסיס, קבעו הצדדים לראות סרט בבית המשיבה. לאחר קיום יחסי מין לכל הפחות בשתי הזדמנויות הרתה המשיבה. מכאן הבקשה למתן צו להורות למשיבה לבצע הפלה שהוגשה כסעד בתובענה נזיקית.
4. בהחלטה מיום 17.2.09 הוריתי לפק"ס מהלשכה לשירותים חברתיים בעיריית ק. אתא ליתן תסקיר בעניין. ביום 24.2.09 התקבלה עמדת פקידת הסעד לפיה לאחר התייעצות שקיימה עם גורמים במשרד הרווחה אין באפשרותה ובסמכותה ליתן המלצה להפסקת הריון. טרם אדון לגופה של בקשה להלן עמדות הצדדים.

טענות המבקש

5. לטענת המבקש המשיבה השקתה אותו לשוכרה וטרם קיום היחסים טענה כי הינה נוטלת גולות למניעת הריון. הצדדים קיימו יחסים פעם נוספת. לטענת המבקש שוב אמרה לו המשיבה כי הינה נוטלת גולות למניעת הריון.
6. לטענתו לאחר שהמשיבה הודיעה לו כי הינה בהריון פנו לרופאת נשים לבדיקת אולטרא סאונד והתעניינו בביצוע הפלה. עם זאת המשיבה נמנעה מלפנות לוועדה להפסקת הריון ודחתה את המבקש באמתלות שונות. לאחר זמן הודיעה המשיבה כי ברצונה ללדת את העובר. מסכת שכנועים ולחצים שהפעיל, לדבריו, לא הועילה לשכנע את המשיבה לבצע הפלה.
7. לטענת המבקש ההיריון הוא פרי של גניבת זרע, תרמית והונאה. לטענתו יש בהריון כדי לגרום לו נזקים כלכליים, נזקים נפשיים ופגיעה בסיכויו להתחתן. לטענתו הינו רק בן 21

וטרם החל את חייו וכפיית אבהות עליו בשלב זה "תהרוס" את חייו ותמנע ממנו לבצע את תוכניותיו. יתר על כן, הפיכתו לאב, בשלב זה, תגרום לו לפגיעה נפשית קשה. לטענת המבקש מאזן הנוחות נוטה לטובתו שכן אי מתן הצו יגרום לו נזק בלתי הפיך כאשר למשיבה יש ילדים ואין לתת לה להינות מפירות הגניבה שביצעה לטענתו.

טענות המשיבה

9. המשיבה טענה לעניין חוסר סמכותו של בית המשפט לענייני משפחה לדון בתביעה. לטענתה המותב בעל הסמכות הינו בית משפט השלום. לטענתה לא ניתן לכפות עליה לבצע הפלה. לא ניתן לכפות בצורה משפטית חדירה לגופה של אישה שאיננה מעוניינת לבצע הפלה. המשיבה מציינת את עקרון קדושת החיים.

10. המשיבה טענה כי רצונה בילד שיוולד. לאור הזמן שחלף לא ניתן לבצע הפלה אלא בצורה של לידה. המשיבה טענה כי דחתה הצעות כספיות לביצוע הפלה וכי אינה מונעת מבצע כסף.

11. המשיבה מכחישה כי גנבה זרע, לטענתה מדובר בהריון לא מתוכנן ובכל אופן לא יכלה ליטול גלולות למניעת הריון עובדה שהייתה ידועה למבקש. לטענת המשיבה הצדדים קיימו יחסי מין פעמים רבות כולל בשלב בו ידע המבקש כי הינה בהריון.

דין

12. הפן המהותי של הריון ולידה עניינם בין בני הזוג ויסודם בצנעת הפרט. הנושא עשוי להגיע לדיון לבית המשפט כאשר מתעוררת מחלוקת בין בני הזוג, וכמו בעניין שלפנינו בנושא כפיית הפלה. ביום 2.3.09 התקיים דיון בו טענו הצדדים בשורת סוגיות, אם כי ללא ביסוס משפטי רב, כאשר הסיכומים אותם הגישו הצדדים לקו בחסר משפטי. בהסכמת הצדדים ומבלי לפגוע בטענות בעניין סמכות בית המשפט לדון בתובענה העיקרית, הוחלט כי בית המשפט לענייני משפחה ידון בסוגיית צו עשה לביצוע הפלה.

13. הנושאים העומדים להכרעה בפסק דין זה:

א. מתן צו להפלה בניגוד לרצונה של האישה.

ב. סמכות בית המשפט לדון בתובענה העיקרית.

מתן צו הפלה בניגוד לרצונה של האישה.

14. הולדת ילדים נחשבת כזכות יסוד מבחינה זו שהיא נגזרת ממספר זכויות ובהן:

א. הזכות להקים משפחה שהיא תא היסוד של חי החברה.

ראה: סעיף 16 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם של עצרת האומות המאוחדות מיום 10.12.48.

ב. הזכות לפרטיות ולצנעת הפרט, דהיינו החירות של ההחלטה העצמית בעניינים הנוגעים לחיים פרטיים המעוגנת בסעיף 7 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו.

ג. הזכות להוליד כרוכה בנסיבות מסויימות ובעיקר לגבי נשים בזכות היסוד לשלמות גופנית. הזכות לפרטיות במובן של זכות לשלמות גופנית הוכרה בפסיקה עוד קודם לחקיקת חוק יסוד כבוד האדם וחירותו.

ראה: ע"א 548/78 שרון נ' לוי, פ"ד לה(1) 737, ע"פ 480/85 קורטאם נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(3) 673, בג"ץ 355/79 קטלון נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד(3) 294.

ד. הזכות של הפרט להיות חופשי מהתערבות שלטונית בלתי מוצדקת בעניינים המשפיעים באופן כה יסודי על האדם כהחלטה אם להוליד או ללדת ילד. בע"א 413/80 פלונית נ' פלוני, פ"ד לה (3) 57, 81 נכתב:

"התערבות, הריון ולידה הם אירועים אינטימיים, שכל כולם בתחום צנעת הפרט; אין המדינה מתערבת בתחום זה אלא מטעמים כבדי משקל, הנעוצים בצורך להגן על זכות הפרט או על אינטרס ציבורי רציני."

ה. הזכות להיות הורה מוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. מניעת אדם מהולדת ילד עולה כדי פגיעה בכבוד האדם ותעשה רק בהתאם להוראות פסקת ההגבלה שבחוק היסוד. דהיינו, בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל שנועד לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש(ראה: ה"פ (ירושלים) 3419/04 פלונית נ' שר הבריאות, תק-מח 2005(3) 1706).

15. מקובל להבחין בין זכות ההולדה שלילית דהיינו החירות לבחור שלא להוליד ע"י מניעת הריון או הפסקתו לבין זכות הולדה חיובית דהיינו לבחור מתי וכיצד להקים משפחה. במקרה דנן מתנגשת זכות ההולדה השלילית של המבקש עם זכות ההולדה החיובית של האשה.

בתלמוד הבבלי מסכת נידה דף ל' ע"ב כתוב:

"תנו רבנן שלשה שותפין יש באדם הקב"ה ואביו ואמו. אביו מזריע הלבן שממנו עצמות וגידים וצפרנים ומוח שבראשו ולבן שבעין, אמו מזרעת אודם שממנו עור ובשר ושערות ושחור שבעין והקב"ה נותן בו רוח ונשמה וקלסתר פנים וראיית העין ושמיעת האוזן ודבור פה והלוך רגלים ובינה והשכל וכיון שהגיע זמנו להפטר מן העולם הקב"ה נוטל חלקו וחלק אביו ואמו מניח לפנייהם"

נצא לניתוח הסוגיה ממאמר חז"ל לעיל. לכאורה הקב"ה יכול לפרק את השותפות גם בחיי האדם וליטול את חלקו. האם יכול האב לכפות את פרוק השותפות בניגוד לרצון השותפים האחרים כאשר מדובר בעובר, דהיינו לכפות הפלה על האם.

הפן הפלילי ומעמד האב

16. הנחת המוצא בדין הפלילי היא איסור על הפסקת הריון. ראה סעיף 313 לחוק העונשין התשל"ז-1977, הקובע מאסר של 5 שנים למי שיבצע הפלה בניגוד לחוק. קיימת, אמנם, החרגה ובאישור ועדה ניתן לבצע הפלה בהתקיים אחת העילות המנויות בחוק העונשין תשל"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין"). בין העילות מצויה אפשרות להפסיק הריון "שהוא לא מנישואין" (סעיף 316(א)(2) לחוק העונשין). עם זאת בלשון הסעיף קיים תנאי לאישור הוועדה – קבלת הסכמה מודעת בכתב של האישה. החוק אינו מקנה כל מעמד לאבי העובר במתן החלטה להפסיק הריון (ראה ע"א 413/80 פלוני נ' פלוני, פ"ד לה (3) 57). יצויין כי במשפט האנגלי אין לבעל או לאב זכות כי יוועצו בו לפני מתן האישור להפסקת הריון.

ראה מאמרו של יונתן דייוויס, "על הפרייה חוץ גופית, מעמד העובר ונוהל לידה תקין", רפואה ומשפט 12, עמ' 53-50.

בע"א 413/80 פלוני נ' פלונית, פ"ד לה(3) 60, נקבע בדעת רוב כי לאב אין זכות טיעון בפני הועדה המוסמכת לאישור הפלות (וראה דעת המיעוט של השופט אלון לפיה זכאי האב להשמע מכח כללי הצדק הטבעי). ראוי לציין כי גם במדינות (הונגריה לדוג') המצריכות במידת האפשר חתימה של האב על בקשה להפסקת הריון, המדובר בחתימה לצד חתימת האם ולא במקומה.

ראה מאמרו של פרופ' כרמי אמנון, הפריה מלאכותית והפסקת הריון בראי החקיקה הבינלאומית, רפואה ומשפט 10, בעמ' 59-60. המלומד פנחס שיפמן במאמרו "הורה בעל כורחו- מצג שווא לגבי שימוש באמצעי מניעה", משפטים יח 459, כותב בעמ' 469:

"ניתן להבחין כי תכנון המשפחה, הוא אחד מן הנושאים שבהם ניתן לאישה כוח רב יותר משל האיש, לאחר הכניסה להריון. אשה רשאית להחליט אם להפסיק את הריונה, מבלי שניתן לגבר-על פי הפסיקה- מעמד כלשהוא בהחלטה על הפסקת ההריון. כשם שאין הגבר יכול למנוע מן האשה להפסיק את הריונה, כך אין הוא יכול לכופ עליה הפלה. הגבר שגרם להריונה של אשה חשוף אפוא להחלטה של האשה אשר בידה שקול דעת מוחלט אם ברצונה להפסיק את הריונה אם לאו."

כן ראה הערת שוליים 29 למאמר בעניין פסיקה זהה בארה"ב ואנגליה.

17. המלומדת ד"ר כרמל שלו במאמרה "דיני פוריות וזכות הפרט להיות הורה", מעמד האשה בחברה ובמשפט, הוצאת שוקן, תשנ"ה, עמ' 503, מציינת כי למרות שקיימת מידת חירות של הפרט לקבל החלטות בענייני התעברות וההולדה, הרי שקיימים אינטרסים חברתיים שיצדיקו הגבלה של חירות זו. המלומדת כותבת כי העובדה שההריון מתרחש בתוך גוף האשה, מצריכה לפעמים התייחסות נורמטיבית שונה לאבהות ולאמהות וזאת כתוצאה מהשונות המהותית של תפקידיהם הביולוגיים בתהליך ההולדה. כאשר האשה הולכה שולל את הגבר ביחס לאפשרותה להתעבר, הרי שהגבר אינו נפגע באופן גופני. ההריון הבלתי רצוי מבחינתו ישפיע עליו לכל היותר מבחינה רגשית ובמישור הכלכלי לאחר הלידה. מאידך גיסא, הפלה עשויה לגרום לאישה נזק גופני וכתוצאה מכך עשוי קולה במקרה של מחלוקת להישמע יותר כפי שאכן בא הדבר לידי ביטוי בחוק העונשין. וכפי שכותבת המלומדת בעמ' 511 למאמרה לעיל:

"אשר למעמד אבי העובר בהחלטה להפסיק הריון, העובדה שההריון מתרחש בתוך גוף האשה מונעת ממנו לתבוע הפסקה של הריון הבלתי-רצוי לו גם מבחינה מעשית וגם מבחינה נורמטיבית, שכן האשה שולטת בגופה במצב, ואין כל אפשרות מתקבלת על הדעת לכפות עליה לוותר על זכותה לשלמות גופנית."

בע"א 5942/92 פלוני נ' אלמונית, פ"ד מח(3) 837, נקבע:

"זכויותיה על גופה הן בידיה, ואין האב יכול לכפות על האשה הפסקת הריון או הימנעות מהפסקת הריון."

וכפי שנקבע בע"מ 5082/05 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני ואח', תק-על 2005 (4) :387

"מעניין לציין בהקשר זה כי בשלב ההריון מעמדו המשפטי של האב העתידי - בכל הנוגע לעובר - שונה ממעמד האם. אישה זכאית - בתנאים מסויימים - להפסיק את ההריון. האב העתידי, אפילו היה נשוי לאישה, אינו רשאי למנוע מן האישה להפסיק את הריונה, כשם שאינו רשאי לדרוש ממנה להפיל, אם היא מבקשת לשמור על ההריון."

וכן ראה ת"א (ירושלים) 3198/01 פלוני נ' עיריית ירושלים (פורסם בתקדין):

"לאב אין זכות ווטו, ובכל מקרה של מחלוקת בין האם והאב, תכריע דעת האם בלבד."

18. **מכל המקובץ לעיל עולה** כי כאשר קיימים חילוקי דעות בין האב לאם הרי שהגם שקיימת זכות לאב בהריון האם ובמקרה דנן "זכות ההולדה השלילית" הרי שהיא לא תזכה להגנה ולא ניתן יהיה לממשה על ידי צווי בתי משפט וזאת בין השאר בשל היתרון של זכויות האשה בהקשר זה שבעיקר נובע מהיות העובר חלק מגופה ובהיות בריאותה ושלמות גופה אף היא מושפעת מכך.

ראה: מ"א (ת"א) 3582/93 **שיבק נ' שיבק**, תק-מח 93(2) 11.

העובדה כי קבלת אישור לביצוע הפלה נעשית באמצעות הוועדה בלבד, כאשר למבקש אין זכות טיעון וכאשר המשיבה אינה חפצה לילך לוועדה, הרי שבוודאי שלא ניתן ליתן צו המורה למשיבה להפיל את העובר ובכל מקרה לא ניתן היה לאכוף צו כאמור. במקרה דנן מתנגשת זכות ההולדה השלילית של המבקש עם זכות ההולדה החיובית של האשה. השופט טל בדנ"א 2401/95 **נחמני נ' נחמני**, פ"ד נ(4) 661, 701 קובע:

"כנגד אינטרס קיומי זה עומד האינטרס ההפוך, שלא להיות הורה, או ליתר דיוק שלא להיות הורה בעל-כורחו. בבואנו לאזן בין האינטרסים המתנגשים זה בזה, יש לזכור כי... אין האינטרסים האלה שקולים. האינטרס בהורות מהווה ערך בסיסי קיומי הן בעבור הפרט והן בעבור החברה כולה. לעומת זאת אין שום ערך, כשהוא לעצמו, בהיעדר הורות."

השופט דורנר קובעת בפסק הדין לעיל בעמ' 720:

"מה אפוא משקלה של החירות הבאה לביטוי בידיעה של אדם כי אין לו בעולם צאצא שהוא לא חפץ בו? נראה לי, כי לגבי נשים וגברים גם יחד נתפסת חירות זו כמוגבלת, מותנית בתנאים, ובעיקר משנית לעומת הזכות להעמיד צאצאים..

באשר לגברים, משהרתה אישה לגבר, אין בכוחו לכפות עליה הפלה גם כאשר אין הוא מעוניין בילד."

19. לזכות ההולדה החיובית של האשה מצטרפים זכויות נוספות ובהם בריאותה, חירותה של האישה לעשות בגופה כרצונה, זכותה לפרטיות וזאת לצד אינטרסים נוספים ובהם הכרה בעקרון של **קדושת החיים**, האינטרס הציבורי לדאוג להמשך קיום האנושות בהגנה על חיים עתידיים

ראה: ע"א 413/80 פלוני נ' פלונית, פ"ד לה(3)57.

20. מאזן זכויות הצדדים במקרה דנן, נוטה בהכרח לטובת קביעה שיש לדחות הבקשה. אעיר כי הגשת הסעד הזמני למתן צו עשה למשיבה להפיל, עומד בניגוד לסעד המבוקש בתובענה העיקרית כספית-נזיקית בשל "גניבת זרע". ככל שהייתי נעתרת למתן הצו הזמני שוב היה מתייתר הצורך לדון בתובענה העיקרית.
21. בטרם סיום סוגיית מתן צו עשה לביצוע הפלה, אעיר כי המלומדת ד"ר כרמל שלו במאמרה לעיל מציינת לעניין האחריות האישית לתוצאות של פעילות מינית רצונית בעמ' 509:

"הנורמה החברתית המקובלת היא שהאחריות להגנה מפני הריון היא של האשה, הנושאת בדרך-כלל בנטל העיקרי של הריון בלתי-רצוי; והכינוי של הסוגיה האמורה "כגניבת זרע", כביכול, נותן ביטוי להשתמטות של האיש מאחריותו, מקום שראוי שתהיה אחריות משותפת של האיש והאשה, יחד ולחוד, לנקוט אמצעים למניעת הריון."

מהאמור לעיל עולה כי עמדת המלומדת הינה כי על הגבר מוטלת אחריות לנקוט אמצעים למניעת ההיריון, אחריות שאינה פחותה מזו של האשה, במיוחד בקיום יחסים חוזרים ונשנים כפי שצינו הצדדים בפני. וכפי שנכתב בע"א 5942/92 פלוני נ' אלמונית, פ"ד מח(3) 837:

"גבר המקיים יחסי מין צריך להיות ער לכך כי בעשותו כן הוא נוטל על עצמו אחריות לכל התפתחות היכולה לנבוע בדרך הטבע מקיום היחסים. רצונו או אי רצונו בהולדת ילד איננה רלבנטית, כי אין לאדם שליטה אבסלוטית באפשרויות הביולוגיות היכולות לנבוע מקיום יחסי מין."

- עם זאת איני קובעת מסמרות בסוגיית התרמית הנטענת שיתכן ותידון ביום מן הימים.
22. לפיכך מכל האמור לעיל ולאחר ששקלתי הדברים ואת האינטרסים והזכויות המתנגשות ולאור הוראות החוק אין לי אלא לדחות הבקשה על הסף.

מחיקת התביעה

23. לאחר שעיינתי בבקשה, נחה דעתי כי יש למחוק את התובענה על הסף לאור אופן ומועד הגשתה. ראשית - טרם לידת הקטין ובאין בקשה למינוי אפוטרופוס לעובר אין במערכת היחסים שתוארה ע"י הצדדים, כדי להקים סמכות לבית המשפט לענייני משפחה לדון בתובענה. בהתאם לפסיקה, תובענות בעניין "גניבת זרע" בנסיבות המתוארות במקרה דנן דינן להתברר בבית משפט אזרחי.
- ראה: עמ"ש (ת"א) 50/96 בוני נ' גבריאל, תק-מח(1)97 (1581)

שנית - התובענה אותה הגיש המבקש הינה תובענה מוקדמת, באשר הנזק ככל שנגרם למבקש טרם נגרם ובכל אופן טרם התגבש, במיוחד לעניין חיוב מזונות או עצם הולדת הקטין ולפיכך מדובר בתביעה מוקדמת שטרם בא זמנה לעולם ודינה להימחק.

24. בהתאם להוראת תקנה 101(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984 (להלן: "התקנות") ניתן לכאורה היה להעביר את התובענה דן לפתחו של בית המשפט האזרחי בעל הסמכות. עם זאת לאור העובדה כי התובענה כאמור לעיל הינה תובענה מוקדמת וטרם זמנה אורה על מחיקת התובענה בהעדר עילה בהתאם לתקנה 100 (1) לתקנות וזאת חלף דחיית התובענה על הסף בנימוק של העדר סמכות עניינית. אין במחיקת התביעה כדי למנוע מהתובע בבוא הזמן ובהתגבש הנזק מהגשת תביעה מתאימה.

25. מכל המקובץ לעיל הריני מורה כדלקמן:

א. הבקשה למתן צו זמני לביצוע הפלה נדחית.

ב. הנני מורה על מחיקת התביעה.

26. המבקש ישא בהוצאות משפט של המשיבה ושכ"ט בסך של 2,000 ₪ + מע"מ.

27. המזכירות תמציא פסק הדין לצדדים ותסגור את התיק.

ניתן היום, ט' אייר תשס"ט, 03 מאי 2009, בהעדר הצדדים.

אלה מירז, שופטת

הוקלד על ידי א. לנדאו
ע.מ.י.ל.