

בתי המשפט

תמש 035180/06

תמש 035181/06

תמש 035182/06

בית משפט לענייני משפחה

מחוז תל אביב

בפני כב' השופט פאול שטרק

תאריך: 2.3.2009

בדלתיים סגורות

בעניין:

1. ת.ש.

2. י.ש.

באמצעות אמן התובעת מס' 3

המבקשים

נ ג ד

3 א.ש.

ע"י ב"כ

ד.ג.

ע"י ב"כ

התובעות

המשיב

נוכחים:

פסק דין

הקדמה:

1. בפני תובענה למזונות ילדים והחזר הוצאות אמם. עולה ממסכת הראיות וניהול ההליכים, כי היה דמיון רב לתביעה רכושית. הצדדים נאבקו על קביעת עושרו של הנתבע (להלן: "האב") וקביעת יכולת השתכרותו, להבדיל מקביעת צרכי הקטינות, אושרן ושלומן.

מערכת יחסי האישות, עובדות:

2. אם התובעות (להלן: "האם") עבדה כמזכירתו של האב. במהלך השנים התפתחה בין הורי הקטינות מערכת יחסים/קשרים אשר כללו בין היתר קיום יחסי מין. לטענת האב היה זה קשר סוער שכלל הרפתקאות ביחסי האישות בינו לבין אם הקטינות ולעיתים אף קיום יחסי מין אשר כללו גם אחרים ואחרות. אי לכך עלו בדעת האב ספקות על היותו אבי הקטינות.
3. בעת שקיים האב מערכת יחסים עם האם, היה נשוי ואב לילדים מאשתו. נראה, כי האב הצליח לקיים מערכת חיים כפולה ללא ידיעתה של אשתו. רק לאחר הגשת התובענה הנוכחית (עקב הטלת עיקולים על נכסיו) נחשפה אשתו לאמת. יוער, כי לא נטען על ידי אם הקטינות שמגמת הקשר עם האב הייתה לגרום לנטישת אשתו לטובתה.
4. בעבר האם ביצעה הפלה ביוזמתה לפני כניסתה להריון הקטינות. עובדת ההפלה הייתה ידועה לאב. האב טען שעצם ההפלה מהווה חיזוק לטענתו, שבין הצדדים הייתה הסכמה שאין בקשר ביניהם כדי להביא ילדים לעולם. האם נמנעה מזה זמן רב להגיש תובענה למזונות הקטינות או החזר הוצאותיהן. האב מבסס טענותיו (אשר יפורטו בהמשך) על כך, ש"השיהוי" בהגשת התובענות מחזקת את טענתו שהאם הסכימה לשאת בנטל הכלכלי בגידול הקטינות.
5. האב העלה טענה, כי בקשר בין הצדדים, הוא הסתמך על האם שתנקוט באמצעי מניעה, טרם ההפלה ולאחריה. לאחר ההפלה הצדדים המשיכו לקיים יחסי מין. לטענת האב, מאחר והאם כבר ביצעה בעבר הפלה פעם אחת, חיזק אצלו את הידיעה, שגם האם איננה מעוניינת להביא ילדים לעולם ולכן המשיך לסמוך על האם שתנקוט בכל האמצעים הדרושים למניעת הריון לא רצוי לכאורה. מנגד, טוענת האם שיידעה את האב על אי יכולתה להמשיך ליטול גלולות למניעת הריון, ובעדותה העידה האם, כי נמנעה משימוש בכל דרך אחרת כאמצעי חלופי למניעת הריון.

מהקשר בין הצדדים נולדו הקטינות:

ת.ש. (ת.ז. *****) ילידת 13.7.2004

י.ש. (ת.ז. *****) ילידת 13.7.2004

6. האם פרנסה את עצמה במשך שנים רבות ולא נזקקה לעזרה בתשלום מזונות מצד האב. לכן עולה, כי הגשת התובענה הנוכחית הינה על רקע קשיים כלכליים אליהם נקלעה האם, כפי שיפורט להלן.

7. האם הפסיקה לעבוד והחליטה לפנות לאב בבקשה, כי ישלם מזונות לקטינות ותבעה החזר הוצאותיה. תגובת האב הייתה סירוב מוחלט. לאב לא היה עניין בהבאת ילדים נוספים לעולם, מלבד אלו שכבר יש לו מאשתו, וטען שהוא לא היה מעוניין בילדים מהאם עצמה. מבחינתו, מערכת היחסים הוגדרה כהרפתקה במישור המיני בלבד.

טענות הצדדים:

8. בדיון בפניי העלה האב מצידו מספר טענות כנגד האם וכנגד הטענה שמחובתו לזון את הקטינות.

א. טענתו המרכזית עליה נסמך האב היא, שהינו "אב בעל כורחו" לתאומות, מאחר ולא רצה בהן ולכן יש לפטור אותו ממזונותיהן. לא היה על האם לסמוך על האב בעניין מזונות הקטינות, כאשר העדיפה ללדת על פני ביצוע הפלה בפעם השנייה.

ב. טענה נוספת היא החשד שקיים אצל האב כלפי האם, שהאם "טמנה פח" לאב ו"גנבה את זרעו", בכך שנמנעה משימוש באמצעי מניעה מבלי להזהירו. כמו כן, אצל האב התעוררו חשדות שההפלה הראשונה בוצעה מאחר והשניים ניהלו חיי מין סוערים ביניהם ובין אנשים נוספים, ולכן הייתה אפשרות שהעובר אשר הופל לא היה פרי זרעו, מכאן החשד שהקטינות אינן שלו. גם בעת הריונה השני היה קיים חשש זה ולכן נערכה בדיקת רקמות אשר קבעה, שהאב הינו אביהן של הקטינות.

ג. האב ממשיך וטוען, שמבחינת האם לא היה עניין להביא לעולם ילד ממישהו אחר. בפעם השנייה, רק לאחר שהאם הייתה בטוחה שנכנסה להריון מזרעו של האב, החליטה להשלים תשעה ירחי לידה. כמו כן, האב טען שכדי לוודא שתיכנס להריון, האם אף השתמשה באמצעים להגברת הפוריות.

9. לאחר השלמת חקירת הצדדים, עפ"י בקשת ב"כ האב, הוגשו מסמכים רפואיים, אשר מטרתם הייתה להוכיח טענת האב, שהאם ניסתה להגביר את פוריותה, כמו כן שביצעה הפלות אחרות כדי לוודא שתוליד רק מזרעו של האב. אולם, במסמכים אין תיעוד מעשי להפלות נוספות או שימוש באמצעי פוריות. אין בכך כדי להוכיח

דבר לכאן או לכאן ואין בכך כדי להוכיח את טענתם של באי הכוח המלומדים של האב: האם הינה ערמומית ובעלת יכולת לכל תחבולה, לרבות קבלת טיפול באופן פרטי מחוץ למסגרת קופת חולים רגילה. לצורך המשך הדיון לא ניתן לקבוע במידה הנדרשת שהאם השתמשה באמצעי להגברת הפוריות כדי להגביר ולהגדיל את סיכוייה להיכנס להריון מהאב בפרט, או להיכנס להריון בכלל.

10. ב"כ האם השקיעה מאמץ רב כדי להוכיח לבית המשפט את יכולתו, ואת איתנו הכלכלי של האב. הובאו בפניי מסמכים רבים שעל פיהם ולטענתה מצביעים על כך שהאב שולט בנכסים רבים המבוססים על הון רב ב-Venture Capital.

השאלות המשפטיות:

11. מניחול הדיון התעוררו שלוש שאלות מעניינות:

א. האם האב חייב לזון את הקטינות שלא חפץ בהן כלל מלכתחילה, כאשר טוען למעשה מרמה מצידה של האם, באותה רמה שזן את ילדיו שחפץ בהם במסגרת נישואיו, זאת חרף העובדה שיש הרבה מקרי "תאונות" בחיי הנישואין?

ב. האם ניתן לקבוע גובה המזונות לפי הצרכים בפועל של הקטינות, או האם יש להוסיף "פרמיה" לאור יכולתו הכלכלית/השתכרותו של האב?

ג. האם רצונה של האם להביא ילדים לעולם כאשר אינה מסתמכת על האב כמקור למזונות הקטינים, מצמצם את חובת האב לזון את ילדיו?

דיון

12. לשיטת ב"כ האב, גם אם יחליט מותב זה כי חובת "אב בעל כורחו" לזון את ילדיו, בטרם קביעת גובה מזונות הקטינות, יש לבחון ולקבוע אחריות האב לתוצאות מעשיו, ובהתאם לחשב את גובה המזונות במידתיות, זאת לאור, הנסיבות שהאב הפך לאב בניגוד לרצונו.

גישת ב"כ האב נוגדת את ההלכה הפסוקה הנסמכת על הדין האישי החל על ההורים ומחייב את האב במזונות הקטינים על פי סעיף 3 (א) לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט - 1959 (להלן: חוק המזונות") לפיו, אדם חייב

במזונות ילדיו הקטינים לפי הוראות הדין האישי החל עליו, קרי על פי המשפט העברי, אב חייב במזונות ילדיו עד גיל 6 מן הדין. בפסיקה נקבע, כי ככל שהקטין בו יש לטפל הינו בגיל צעיר יותר, גובה הפסיקה יהיה גבוה יותר, כאשר דמי הטיפול בעבור קטני קטינים (על גיל 6) יחול רק על האב (ראה: בר"ע (ת"א) 79/96 זרור נ' זרור (לא פורסם)). אין נפקות לילדים הנולדים במסגרת נישואין או מחוצה להם.

13. ב"כ האב, כאמור, מחלק טענותיה של האם בכמה כיוונים שיש לבחנם כטיעונים שלובים. יש צורך בקביעות עובדתיות בכל הקשור למערכת היחסים בין ההורים. לשיטת ב"כ האב קל וחומר שהאם תישא בכל ההוצאות הכספיות הנובעות מלידת הקטינות ואין לה להלין, אלא על עצמה כאשר פעלה בזדון, כאמור לעיל. ומכאן, נטל ההוכחה רובץ על האב להוכיח, כי האישה פעלה בזדון ובמהלך הקשר ביניהם, בכוונה תחילה, הביאה את הקטינות לעולם נגד רצונו. אולם מאחר שהאב חייב חיוב ישיר במזונות הקטינות, כנטען על ידו שהאישה הזיקה לו, קיים להלן הכלל: "המוציא על חברו עליו הראייה" ובספק אין מוציאין מן המוחזק ולכן במקרה הנדון האב טרם הוכיח כי האישה פעלה במזיד. לא זו אף זו, סבורני שבירור הטיעון הינו במסגרת תובענה נפרדת בין האב והאם.

14. מבלי להיכנס לעצם נסיבות כניסת האם להריון, האב טוען שנוכח התנגדותו הידועה לאם בנושא הריונה וחוסר רצונו להוסיף למניין ילדיו בעולם (כאדם נשוי עם משפחה קיימת), החלטת האם להוליד את הקטינות הייתה החלטה עצמאית שלה ולכן עליה לשאת בנטל הכלכלי.

15. נשאלת השאלה, האם עצם החלטתה העצמאית של האם לא לבצע הפלה במקרה דנן, לאחר שעשתה כך בעבר, כנקיטת מניעת הריון לאחר המעשה, פוטרת את האב ממזונות הקטינות? משמעות תשובה חיובית מובילה למסקנה, שניתן לכפות ביצוע הפלה בשלב מקדמי יותר על האם כדי לחסוך לאב מזונות בעבור הקטינות.

האב גורס שזכות הקטינות לפעול בתובענה עצמאית, שוללת יכולתו לחייב את האם לשאת בנטל מזונות הקטינות. ידועה וברורה תקנת הציבור, כי אין אפשרות של כפיית הפלה על אישה. בסופו של יום, כפי שיוער להלן, שאלה זו הינה בין האב והאם, ללא כל קשר לקטינות.

16. לאחר ששקלתי את נסיבות המקרה דנן, יש להגיע למסקנה כי אין לקבל טענת האב, ולפטור אותו ממזונות הקטינות, נוכח טענותיו כמכללא.

כל הפסיקה הידועה והקיימת מזה שנים רבות קובעת, שאין הקטינות כבולות להתנהגות ההורים ו/או הסכמתם בכל הקשור למזונותיהן, לרבות ההחלטה להביא ילדים לעולם. ניתן ללמוד מהפסיקה הקיימת השומרת ומגינה על זכויות קטינים להגיש תובענה נפרדת למזונותיהם.
(ראה: ע"א 411/76 אורית שר נ' מיכאל שר, לב (1) 449).

"א. (1) כאשר ההורים מתדיינים בינם לבין עצמם בענין גירושיהם ומגיעים לידי הסכם המפרט את הפתרון המוסכם לבעיות הכרוכות בגירושין, ובכלל זה מזונות הילדים, אין בענין המזונות כדי לחייב את הילד.

(2) הקטין רשאי לתבוע את מזונותיו בין על-ידי הגשת תביעה אשר תתברר בו-זמנית עם תביעת ההורים או בנפרד, לאחר תום ההליכים המשפטיים שההורים צדדים להם.

(3) אם התבררה תביעת הקטין יחד עם תביעת ההורים, מן הראוי שבית-המשפט יסיים תחילה את הדיון ביתר הסעיפים שעליהם סבה תביעת ההורים, ולאחר תום בירור הנושאים שבמחלוקת, יקיים דיון נפרד בענינו של הקטין, בו יעניק תשומת-לב מיוחדת ובלעדית לטובת הקטין ולאינטרסים שלו.

(4) מאחר והאינטרס של הקטינה דנא לא זכה לדיון, לבחינה ולבדיקה עניינים ויסודיים, בנפרד מענין ההורים, במשפט שבו אושר הסכם הגירושין, רשאית המערערת להעלות עתה דרישתה לדיון."

קל וחומר אין הקטינות כבולות להסכמות גלויות או סמויות עקב התנהגות ההורים בענין מזונותיהן. יודגש, כי אין נפקות לעובדה, שאין הצדדים נשואים בענין דנן.

17. א. זכויות האישה על גופה ושאיפתה לשוויון זכויות, מצא ביטוי בפסיקה במדינת ישראל, אשר מושרשת בתולדותיה (ראה: בג"ץ 1000/92 חוה בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול מח (2), 221) (להלן: "הלכת בבלי"). כמו כן, הטיית המשקל להתייחסות שוויונית כלפי נשים לעומת מעמדם עד המאה ה-19 וה-20 (כנכסי בעליהם ומכונות ליצירת תינוקות), כאשר נאבקו לזכות ההצבעה, הביא בין האחרונות במדינות נאורות את התיקון ה-19 לחוקה בשנת 1918, אשר העניק זכות הצבעה לנשים.

ב. במהלך השפל הגדול בשנות ה-30 ואילוצי שנות ה-40 במלחמת העולם השנייה התקדמו נשים בכל העולם מהמטבח לשוק העבודה. המאבק הגיע לשיאו כשקיבל ביטוי בפס"ד (1973) Roe v. Wade 410 U.S 113 אשר קבע זכותן של נשים לבצע הפלה לפי רצונן.

ג. בראשית ימיה של ארץ ישראל, החלוצים ניסו אף הם להתנתק מהעבר ולא הבחינו בין חברים וחברות בבנין ישובים והגנה על הארץ. תפקיד הנשים בתקופת המאבק לשחרור הארץ בימי המנדט (המחתרות למיניהן) ומלחמת השחרור עצמה, היה בולט ומעמדן היה שוויוני.

ד. **בהלכת בבלי** כב' השופט ברק (בתארו דאז) סקר בהרחבה את החקיקה הקיימת, הקובעת שוויוניות לנשים במדינת ישראל. לכן, שוויוניות בין גבר לאישה הפך לקו מנחה.

18. יחד עם זאת, כיום הפסיקה מייחסת לנשים זכויות וחובות שוות ערך לאלו של הגברים, לרבות בהחלטה עצמאית האם לבצע הפלה אם לאו. משטר השוויוניות בנטל הכלכלי בגידול ילדים מקבל ביטוי בפס"ד ע"מ 5750/03 **אוחנה נ' אוחנה** מיום 8.6.05. בו קבעה כב' השופטת פרוקצ'יה, :

"מסגרת הערכת המזונות שעל האב לשלם לילדיו לקחת בחשבון גם יכולתה הכלכלית של האם, וזו משליכה על היקף צרכיו של הילד ועל היקף המזונות שעל האב לשלם".

ההלכה קבעה, כי יש להתחשב ביכולתה הכלכלית של האם בעת קביעת גובה המזונות. (ראה: בע"מ 2433/04 **צינובוי נ' צינובוי**, תקדין עליון 41(4) 2005) שם נקבע, כי בהערכת המזונות שעל האב לשלם לילדיו מעבר לצרכיהם ההכרחיים, יש ליתן משקל ולאזן לפי הכנסות הצדדים. ברמה הכלכלית, מגמת הפסיקה הינה הבאת האב והאם לשוויון הן בזכויות והן בחובות בדיני משפחה. לכן, בחישוב מזונות הקטינים, יש לנקוט בשיטה המייחסת לאם אחריות במידת מה בעניין.

19. כל האמור מחזק את חובת האישה כאם להשתתף בגידול ילדיה בשותפות עם האב וכל המשתמע ממשטר של שוויוניות. אולם, אין בכך כדי לבטל הלכה פסוקה הקיימת והמחייבת אב לזון את ילדיו, אלא יש לבחון מה גובה החובה במסגרת הנסיבות הקיימות, לרבות יכולתה הכלכלית של האם. הימנעות האב בהבאת ילדים לעולם היא בין הסיבות בקביעה - הכיצד קמה חובת האב כלפי האם?

20. יש להדגיש, שאין בקביעת חובת האב לזון את ילדיו מלמנוע תביעתו כנגד האם בטענת "הסתמכות" על התחייבותה לשאת בעצמה בכלכלת ילדיהם. תובענה כזאת תואמת את הפסיקה בעניין עצמאות תובענת קטין למזונותיו, מהיחסים בין ההורים. עילת התובענה צומחת מעצם הולדת הקטינות כאשר ידועה לאם התנגדות האב לעצם ההיריון עצמו ותוצאותיו.

21. אין זה המקום כדי להכריע בתובענה עתידית בין ההורים. יתכן ובמסגרת דיני החוזים, התנהגות האם מתפרשת בנטילת אחריות בלעדית מצדה בכל הקשור לגידול ומזונות הקטינות. די להעיר שאם אין בזכותו של האב לכפות על האם לבצע הפלה, אזי יתכן והאם צריכה לשאת בתוצאות התנהגותה הכוללות את עצם קיום יחסי המין ובסיכון כניסתה להריון.

22. יתכן ובתובענה במסגרת דיני החוזים יצליח האב לשכנע את ביהמ"ש, שהימנעות האם מהפלת הקטינות כאשר אין ולא הייתה מניעה מבחינת האם, יש לפרשה כהסכמת האם לקבל על עצמה, אם לא את כל הכרוך בגידול הקטינות, אזי לפחות לשאת בחלק הארי בצרכי הקטינות.

"אב בעל כורחו" השפעה על חיוב מזונות קטינים

23. נשאלת השאלה, האם האב באמת "אב בעל כורחו"? בקבלת טענת האב יש להוכיח תשתית מתאימה. במקרה דנן, תשתית זו הינה התנהגות האם כשהציגה בפני האב מצג שווא בעת קיום יחסי מין, ללא כל אמצעי מניעה לכניסת האם להריון.

24. שוב יש לזכור, כאמור, שיתכן שבהתנהגות בין ההורים קיימות עוולות משפטיות, אולם אין בכך להשפיע על חובת האב לזון ילדיו. על פי הדין האישי כאמור, באי כוח האב טוענים כטענה משנית שיש ללכת בדרך שנקבעה על ידי כבוד השופטת פרוקצ'ה והיא, לצמצם את צרכי הקטינות עד לאפס בקביעת חובת האב במזונותיהן, אזי ניתן לעשות אותו צמצום במקרה דנן, כאשר האב הוא "אב בעל כורחו".

25. טענת באי הכוח המלומדים של האב לפטור אותו באופן מוחלט ממזונות הקטינות, נסמכת על הדין האישי (המשפט העברי), ובפרט לסוגיית "האמבטיה", מקרה של אישה הנכנסת להריון לאחר טבילה במקווה ללא בעילה. ישנם גישות רבות על פי המשפט העברי וכפי שצוין, שבכדי לקבוע שילד מתייחס אחר אביו, לא מספיק

המעשה אלא יש להתייחס גם לכוונה, האם הגבר התכוון או לא התכוון במעשה שהביא אישה להיכנס להריון. הפוסקים מסתמכים במסכת 'חגיגה' דף ט"ו עמ' א' באשר לייחוס הולד אחר אביו.

הדיון החשוב לענייננו הוא דיונם של הפוסקים באשר לשאלה, האם ילד שנולד לאב מבלי ו/או בניגוד לכוונתו, עדיין מקיים את מצוות "פרו ורבו". רובם המכריע של הפוסקים סוברים, כי בסיטואציה כזאת לא קיים בעל הזרע את המצווה, כיון שלא התכוון שמזרעו זה יולד ילוד, למרות שאין מחלוקת שהוא בעל הזרע.

26. הסוגיות אשר נידונות בן הפוסקים, קשורות לפליטת זרע (ללא כוונה) במקום שבו אין ציפייה שהאישה תכנס להריון כתוצאה מכניסת זרעו של הגבר ואיחודו עם ביצית האישה. אין כך בנסיבות המקרה בפניי, כאשר מעשה פליטת זרע תוך כדי בעילת האישה הייתה בודעין.

27. בדיון מדוקדק בגמרא בעניין עולה, כי חסרה החוליה הקושרת את הכוונה למעשה אשר תוצאתו הסבירה היא כניסת אישה להריון, דהיינו בעילה של ממש. לכאורה ניתן היה לומר, כי מאחר והוצאת שכבת זרע לבטלה אסורה לגבר, הרי מינוי האישה לבטל ולהשמיד זרעו היא שליחות לדבר עבירה, ואין שליח לדבר עבירה כאמור בגמרא בבא מציעא דף י' ע"ב. "ואין אומרים לאדם חטא כדי שיזכה חברך" (קידושין דף נ"ה ע"ב).

וממלא השליחות פוקעת ולא חלה, לכן אין לאב להליך על האישה על כך שגנבה את זרעו. אומנם נפסק בשו"ע אהע"ז סימן ה' סעיף י"ב, כי "אישה מותרת לשתות כוס עקרוין כדי לסוס העז שלא תלד", ועולה מכך שלאיש אסור להשמיד שכבת זרע, ולאישה מותר. כלומר האיסור הוא בגברא ולא בחפצא דהיינו, כשלעצמו אין עבירה בהשמדת זרע, אלא האיסור על האיש לבטל זרע, ואין איסור על האישה. לכן, יש לאבחן במעשה קיומה של האישה לעומת פעולה על פי בקשת האב, דהיינו השליחות על פי הדין העברי.

במקרה כזה חוזרת התביעה כנגד האישה. אלא שיש לומר, שהיה ממש בטענה זו אילו השימוש באמצעי מניעה לביטול זרע שנוטלת האישה לא היה בה כל סיכון רפואי לעצמה כי אז הייתה חייבת, כפי שנקבע ע"פ הרמב"ם בהלכות שכירות פרק י' הלכה ה' וזה לשונו:

"וכן המראה דינר לשולחני ואמר לו יפה הוא נמצא

רע אם בשכר ראהו חייב לשלם... ואם בחנם ראהו

פטור... ואם אינו בקי חייב לשלם אע"פ שהוא

**בחנם והוא שיאמר לשלוחני עלייך אני סומך או
שהיו הדברים מראין שהוא סומך על ראייתו".**

28. **יוער**, כי למעשה הטענה שישנה כלפי האישה היא, לא רק שמעלה באמון שנתן בה הגבר (במקרה דגן האב), אלא שבעלה בניגוד לשליחות מכללא שקיבלה עליה. משמעות הדבר כי, האב נתן לה את זרעו והייתה הבנה בניהם כי היא תהיה כשליחו להשמיד זרעו והאישה פעלה בניגוד לשליחות זו והפרתה את זרעו והפכה אותו לאובייקט "המחסר בממון", "**לתקוני שדתיך ולא לעוונתי**" (כתבות דף פ"ה ע"א אונן ותמר ספר בראשית פרק ל"ח פסוקים י-ט) ותשא האישה בכל הנזק.
29. לאב הזכות והיכולת ההלכתית לסמוך על האם לבצע את השליחות והוא בעצמו לא דאג ל"אמצעי מניעה", לא ניתן לייחס לבעילה וקליטת זרעו כעילה להפחתת מזונות כתוצאה של המעשה מכוון. לסיכום, אין ממש בטענות האב כדי לצמצם חובתו לזון את הקטינות.
30. מעשה של בעילה הוא ייחודי בהלכה היהודית שאף ניתן לרכוש אישה בקידושין בדרך של ביאה. (מסכת קידושין פרק ראשון ב' (א) משנה ראשונה). "**האישה נקנית בשלוש דרכים... ביאה**".

טענת ה"שיהוי" בהגשת התובענה למזונות והחזר הוצאות

31. בנוסף לתובענה למזונות, הגישה האם תביעה להחזר הוצאות כתובענה נפרדת בתביעת שיפוי בגין הוצאות הקטינים בין ההורים תמ"ש 35182/06. בעניין ה"שיהוי" בהגשת התובענה למזונות יש לבחון את טענת השיהוי לגופה. טענת "שיהוי" המבוססת על כללי היושר, הינה בקשה לבית המשפט להתערב בתקופת ההתיישנות הקבועה בחוק ובמקרה דגן, לקבוע את התיישנות התביעה. אין בית המשפט דוחה תביעה עקב טענת "שיהוי" בקלות, זאת מאחר והדבר עשוי לפגוע בציפיות התובע לתקופת הזמן העומד לרשותו להגשת תובענה ומרתיע ניהול מו"מ וחיפוש פיתרון מחוץ לכותלי בית המשפט. לכן על בית המשפט להפעיל שיקול דעת בהערכתו את נסיבות הבקשה. בטענת "שיהוי" על האב להוכיח את קיומם של שני תנאים עיקריים: האחד, שה"שיהוי" בהגשת התביעה יש בה משום ויתור של התובעת על זכותה לתבוע. והשני, שעקב ה"שיהוי" הורע מצבו. הוכחת קיומם של שני תנאים מצטברים אלה, אינה קלה ולכן מעטים המקרים שתתקבל בהם טענת ה"שיהוי" במשפט הישראלי.

קיים שיקול דעת בהערכת הנסיבות, מתי יחילו ומתי יימנעו מהחלת כללי "שיהוי". הדרך לעשות כך היא איזון בשיקולים בין הצדדים. בע"א 6805/98 תלמוד תורה הכללי והישיבה הגדולה עץ החיים בירושלים נ' הועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ירושלים פ"ד נ"ז(5), 933 נקבע:

"איחור בהגשת תביעה הוא כשלעצמו אינו מעיד על ויתור או מחילתו של התובע על זכות התביעה. השתהות בתחום תקופת התיישנות הינה זכותו המתדיין, והיא עשויה לעתים לשמש אמצעי חשוב בדרך פתרון מחלוקת בחוץ לערכאות... היא הולמת מדיניות המשפטית המבקשת לעודד משא ומתן בין הצדדים להשגת פתרון סיכסוך מחוץ לפתחו של בית המשפט גם אם הדבר יארך זמן רב (ע' 446).

הסיבה העיקרית ל"שיהוי" כאמור מבוססת על רצון התובע להימנע מהגשת תובענה בבית המשפט וניסיון להגיע לפשרה. אי לכך בית המשפט נזהר מלדחות תובענה בשל טענת "שיהוי", כדי לא להרתיע אזרחים מלהגיע לכותלי בית המשפט ולהעדיף פשרה לחילופין הסכם.

במקרה דנן, המקור להימנעות האם מלתבוע את האב בגין החזר הוצאות הייתה יכולתה הכלכלית של האם לעמוד בהוצאות הקטינות בזמן אמת. התובענה היום, היא מעשה בדיעבד, התביעה מבוססת על המצב הכלכלי אשר אליו נקלעה האם כיום, לאחר חלוף זמן רב. דבר זה תומך בגרסת האב בקשר לכוונת האם להחלטה להיות עצמאית מבחינה כלכלית בכל הקשור לצרכי הקטינות, לרבות הוצאותיה עבורן.

במקרה דנן, התובעת לא הגישה תביעה במשך 4 וחצי שנים מפני שכלכלה את עצמה ואת הקטינות ולא נזקקה לאף עזרה. בסופו של יום האם השלימה עם המצב לפני זמן רב ואין לה להלין על האב כיום.

מעשה ה"שיהוי" יבוא לידי ביטוי בקביעת חובת האם כלפי האב במסגרת תביעה כספית בין ההורים. אין בכך כדי לפגוע במזונות הקטינות אשר אינן קשורות לתכניות / התחייבויות הוריהן. כמו כן, השיהוי בהחלט משפיע על תובענת האב להחזר הוצאות.

במקרה זה מדובר באישה שהביאה ילדים לעולם בעצמה ללא שיתוף הגבר בעניין, ניתן להבין שלמעשה היא לא חיפשה את האב לצרכי ההוצאות הללו בזמן אמת. ה"שיהוי" חייב לפעול כנגדה כמעין מחילה, נוכח מהות היחסים בין האב והאם, וזאת מאחר, שמראשית הדרך אין ראייה על כך שהאם הסתמכה על האב שיחזיר לה את ההוצאות שהוציאה לכן, יש לדחות את התובענה להחזר הוצאות.

32. לאחר עיון בכתבי הטענות ומוצגים, שמיעת עדים, ניתן לקבוע צרכי הקטינות השוטפים (בממוצע) כדלקמן:

- א. כלכלה: ₪ 1,600
- ב. מעון: ₪ 1,250
- ג. הוצאות אחזקת דירה: ₪ 825
- ד. טיטולים וטואלטיקה: ₪ 550
- ה. נסיעות: ₪ 500
- ו. ביגוד והנעלה: ₪ 350
- ז. תרבות ופנאי: ₪ 250
- ח. הוצאות רפואיות שוטפות: ₪ 100

סה"כ (לא כולל מדור): ₪ 5,425

33. האם עבדה בעבר כמוזכירתו של האב ולכן ניתן לקבוע שלכל הפחות היא בעלת כושר השתכרות בגובה השכר הממוצע במשק.

34. כאמור, השתכנעתי כי בפעילותו הכלכלית של האב טמונה יכולת השתכרות לא מבוטלת. אולם, בהתאם לנסיבות המקרה, אין בכך כדי להגזים מעבר למידת חובתו לשאת בצרכי הקטינות הקיימת לפי הלכות **אוחנה וצ'נבוי**, ובהתחשב ביכולת ההשתכרות של האם.

35. בקביעת מזונות הקטינות התחשבתי בבנותיו הנוספות של האב וחובתו לזון אותן עפ"י המשפט העברי (אשת האב תובעת למזונות ילדותיהן). לכן, מזונות הקטינות משקפות את הצורך במזונות מדורגים נוכח מספר הקטינים האמורים ליהנות ממזונות אביהם.

מזונות סף עבור הקטינים היום הינו סך של 1250 ₪ (ראה: ע"א 552/87 **ורד נ' ורד**, פ"ד מב (3) 599) נקבע, כי ניתן לאמוד את צרכי הקטינים במזונות הסף ו**באופן**

מדורג עבורם (ראה: בר"ע 1895/02 בן עמי נ' בן עמי [פורסם בנבו]). במקרה דנן, מדובר באב בעל כושר השתכרות לא מבוטל.

בקביעת מזונות סף אין להסתפק בגובה המזונות שנקבעו בפסיקה, נוכח גל העליות במחירי הצרכים החיוניים. מדד המחירים לצרכן אינו מבטא את מלוא עלויות המחירים עקב איזון בפריטים שאינם מצרכים חיוניים יום יומיים.

36. אי לכך הנני קובע את מזונות הקטינות כלהלן:

א. על האב לשלם מזונות בסך של 3,000 ₪ הכולל מדור והוצאות מדור. במקרה דנן, האם לא מקבלת מזונות מהאב ומאידך גיסא מטפלת בקטינות דבר שאינו חייבת בו, ולכן האב מחוייב לתת לה דמי טיפול. שכן הטיפול בילדים אינו בא תחת מזונותיה. לכן הנני קובע דמי טיפול בסך 500 ₪ עד להגיען לגיל 6 או כניסתן למעון ויציאת האם לעבודה.

ב. בנוסף, ישא האב מחצית הוצאות הגן / המעון והוצאות חינוך רגילות וחריגות כנגד הצגת דרישת תשלום (כאשר הוצאות חינוך חריגות יהיו בהמלצת גורמים מקצועיים), כפוף לפניית האם, בבקשת הנחה כאם חד הורית.

ג. על האב לשאת במחצית ההוצאות הרפואיות החריגות אשר אינן כלולות בסל הבריאות, או שאינן מכוסות בכל ביטוח רפואי אחר, כנגד דרישת תשלום וכפוף לבקשת האם להכרה כאם חד הורית. האב ישא בביטוח בריאות משלים בקופת החולים של הקטינות. אם תתעורר מחלוקת בין הצדדים בנושא זה, יחליט הרופא המטפל.

ד. החיוב במזונות הוא מיום הגשת התביעה קרי מיום 13.7.06 התשלומים החודשיים ישולמו בכל 5 לחודש החל מהחודש הקרוב ובחודשים שלאחריו. האב זכאי לקיזוז כנגד התשלומים אשר שולמו על ידו, בהתאם: ע"א 779/76 שוחט נ' שוחט, לב (1) 580. פריסת תשלום הפרשי מזונות העבר ב-12 תשלומים שווים אשר יצורפו לתשלום המזונות השוטף.

37. התובענה להחזר הוצאות בתמ"ש 35182/06 נדחית.

38. מדובר בתיק מזונות אשר התנהל כאילו היה מדובר בתיק רכוש. הוגשו תצהירי עדות עבי כרס אשר היו מלווים במסמכים אודות רכוש ויכולת השתכרות האב. מיותר לציין שהיה ניתן לצמצם היקפים.

בסה"כ היה מדובר בתובענת קטינות למזונותיהן כאשר המשפט העברי מחייב את האב לשאת בצרכי הקטינות, כפי שנפסק בפסיקה. נכון שבסופו של דבר הרכוש ויכולת השתכרותו של האב מגדילות את ההוצאות בגין צרכי הקטינות מעבר לממוצע. לכן היה מקום לפרוס בפני בית המשפט את מלוא כוחו הכלכלי של האב, אולם בנסיבות המקרה ב"כ התובעת הרחיקה לכת.

הנני מחייב את הנתבע בהוצאות משפט בסך 5,000 ₪ בתוספת מע"מ כדין. הסכום ישא הפרשי הצמדה וריבית מהיום ועד התשלום בפועל.

ניתן היום ו' אדר, תשס"ט (2 במרץ 2009) בהעדר הצדדים.

פאול שטרק, שופט

קלדנית: חש