

בית המשפט העליון

בע"מ 1943/17

פלוגי נ. מדינת ישראל

תאריך הגשה: 01/03/17

בבית המשפט העליון
בירושלים

ת.ז. 069157303

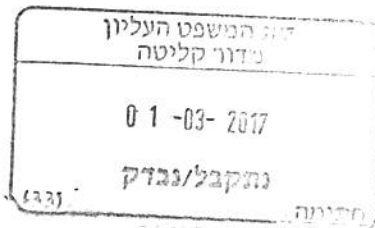
ת.ז. 058437534

אשר שחר,
אירית שחר,

1. המבקשים:
2.



ע"י עוה"ד ד"ר יאיר שיבר ואו אבידן גלובינסקי
ו/או דורון שיבר
רחוב דרך מנחם בגין 7, רמת-גן 52681
בית גיבור ספורט, קומה 28
דואר אלקטרוני: yair@shiber.co.il
טל: 03-7173939 פקס: 03-7173940



- נ ג ד -

מדינת ישראל

המשיבה:

ע"י עוה"ד קרן יוסט (דון-יחיא) ואח'
פרקליטות מחוז תל אביב - אזרחי
מדרך מנחם בגין 154, תל אביב
טל: 073-3736213 פקס: 02-6462803

בקשת רשות ערעור

המבקשים מגישים בזה בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד מיום 29.01.2017, שניתן בתיק עמ"ש 45930-11-16, ובו נתקבל ערעורה של המדינה על פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה בפתח תקווה (תמ"ש 16699-06-13 שניתן ביום 27.09.2016).

המבקשים שוטחים בקשתם בפני בית המשפט העליון כי יקבל את הבקשה, ידון בבקשה כערעור, יקבל את הערעור וישיב על מכונו את פסק דינו של בית המשפט קמא.

ואלה נימוקי הבקשה:

1. תיק זה תחילתו באירוע טראגי אשר ארע בחודש יוני שנת 2012, עת נפל בנם הבכור של המבקשים (להלן: "עמר"י) במהלך שירותו הצבאי. מדובר היה בקצין איכותי, שנבחר כקצין מצטיין של מפקד חיל הים ושל הרמטכ"ל, אשר מצא את מותו בתאונת דרכים בדרך למקום שירותו הצבאי.

2. המבקשים תקווה כי סופו של תיק זה יהא בהתחלה חדשה ובהקמת שם לבנם וכן בהענקת חיים שלמים, מלאים ומאושרים ליציר חלציו של בנם

**בבית המשפט העליון
בירושלים**

בע"מ 17/

המבקשים: 1. אשר שחר, ת.ז. 069157303
2. אירית שחר, ת.ז. 058437534

ע"י עוה"ד ד"ר יאיר שיבר ואו אבידן גלובינסקי
ו/או דורון שיבר
רחוב דרך מנחם בגין 7, רמת-גן 52681
בית גיבור ספורט, קומה 28
דואר אלקטרוני: yair@shiber.co.il
טל: 03-7173939 פקס: 03-7173940

- נ ג ד -

המשיבה: מדינת ישראל

ע"י עו"ד קרן יוסט (דון-יחייא) ואח'
פרקליטות מחוז תל אביב - אזרחי
מדרך מנחם בגין 154, תל אביב
טל: 073-3736213 פקס: 02-6462803

בקשת רשות ערעור

המבקשים מגישים בזה בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד מיום 29.01.2017, שניתן בתיק עמ"ש 45930-11-16, ובו נתקבל ערעורה של המדינה על פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה בפתח תקווה (תמ"ש 16699-06-13 שניתן ביום 27.09.2016).

המבקשים שוטחים בקשתם בפני בית המשפט העליון כי יקבל את הבקשה, ידון בבקשה כערעור, יקבל את הערעור וישיב על מכונו את פסק דינו של בית המשפט קמא.

ואלה נימוקי הבקשה:

1. תיק זה תחילתו באירוע טראגי אשר ארע בחודש יוני שנת 2012, עת נפל בנם הבכור של המבקשים (להלן: "עמר") במהלך שירותו הצבאי. מדובר היה בקצין איכותי, שנבחר כקצין מצטיין של מפקד חיל הים ושל הרמטכ"ל, אשר מצא את מותו בתאונת דרכים בדרך למקום שירותו הצבאי.

2. המבקשים תקווה כי סופו של תיק זה יהא בהתחלה חדשה ובהקמת שם לבנם וכן בהענקת חיים שלמים, מלאים ומאושרים ליציר חלציו של בנם

האהוב (בן, בת או תאומים). ילד שהבאתו לעולם תוסיף אושר למשפחה ותתיישב באופן מלא עם רצון התובעים להעניק לקטין ככל יכולתם (מהפן הרגשי והכלכלי) ותתיישב עם טובתו של הקטין לחיים מאושרים ומלאים – והכל בבחינת זה נהנה וזה אינו חסר.

3. לעניות דעתם של המבקשים, אין מקום להתנגד לבקשתם, אשר לשיטתם, רק תוסיף לאושר המצרפי (שלהם ושל הקטין). הבדל מהותי בין תיק זה לבין ההליך בבע"מ 7141/15 **פלונית נ' פלונית ואח'** (מיום 22.12.2016), הוא שבענייננו לא רק שבת הזוג אינה מתנגדת לבקשת המבקשים אלא שהיא התייצבה בבית המשפט לענייני משפחה והצהירה לפרוטוקול הדיון שהתקיים ביום 10.02.2015, כי היא תומכת בבקשת המבקשים ודברים אלה נרשמו מפיה (עמ' 9 לפרוטוקול):

הייתי בת זוג של עמרי משך 3.5 (שנים) עמדנו להתחתן. הקשר שלי עם הוריו מצויין חם ואוהב, מאז ומעולם. עמרי לא יהיה אתנו כאן לומר את רצונותיו האמיתיים. עמרי מאז שהכרתיו הוא רצה (ילדים) והיה מלא תקווה להיות אב, אני בטוחה שאם הכל היה מסתדר הייתי כיום אשתו והיה לנו ילד. עמרי רצה להיות אבא...

ובאותו הדיון:

לשאלת ביהמ"ש, האם יש לי עמדה בבקשה, ולמה אני פה, אני משיבה, בעיקר לתמיכה.

4. פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה הוא פסק דין מקיף וענייני הנושא 35 עמודים. בית המשפט לענייני משפחה הפך כל אבן ובחן את כל הסוגיות העולות מהתיק דן באמצעות מינוי מומחים מהשורה הראשונה.

בית המשפט המחוזי הנכבד כלל לא בחן את פסק הדין וקיבל את הערעור של המשיבים לנוכח פסק דינו של בית המשפט העליון בבע"מ 7141/15, שניתן שלושה חודשים לאחר פסק דינו של בית משפט קמא, ו-13 ימים לפני מועד הדיון בערעור, דין תובענתם של המבקשים להידחות.

קרי: לשיטת בית המשפט המחוזי, פסק דינו של בית המשפט העליון – סגר את הגולל על מקרים בהם לא בת הזוג מבקשת להביא ילד לעולם מזרע הנפטר.

5. ראשית, טעה בית המשפט המחוזי כאשר לא איבחן את העניין הזה מההלכה שנפסקה בבית המשפט העליון בבע"מ 7141/15, שם היה הסכסוך בין אלמנת המנוח לבין הוריו, ואילו המדינה היתה "שחקן

שלישי". בענייננו היה המנוח רווק, וחברתו נתנה הסכמתה ותמיכתה לבקשת הוריו.

כל שנכתב בסעיף 39 לפסק דינו של בית המשפט המחוזי – לא היה לו מקום בנסיבות המיוחדות של מקרה זה.

בית המשפט המחוזי תאר ודחה בסעיף 41 לפסק הדין את הפתח שדרכו יכול היה (ולעניות דעתנו צריך היה) להיכנס, דרך שהותוותה ע"י שלושה שופטים מן המותב שם: שופט המיעוט ח' מלצר ושופטי הרוב א' חיות וי' עמית. ובמה דברים אמורים:

פסק הדין של בית המשפט העליון בבע"מ 7141/15 מיום 22.12.2016

6. פסק הדין של בית המשפט המחוזי מרכז ב-עמ"ש 7457-05-15, שהוזכר בפסק הדין נשוא הערעור, נהפך לאחרונה בבית המשפט העליון בהרכב מורחב של 5 שופטים – 4 בדעת רוב ודעת מיעוט אחת.

7. למיטב הידיעה הוגשה בקשה לקיום דיון נוסף - דנ"א 217/17, כך שייתכן שאף פסק דין זה עדיין אינו חלוט.

8. דא עקא, פסק דינו של בית המשפט העליון מותיר במפורש סיטואציה כגון המקרה שלנו בצריך עיון.

9. ודוק, ענייננו, חורג ובר אבחון, מפסק דינו של בית המשפט העליון. בענייננו, בת הזוג אינה מתנגדת לבקשה. להיפך. היא תומכת בבקשת המבקשים. בעניינו, רצון המנוח להביא לעולם ילד בנסיבות הקיימות אשר יגדל בבית המבקשים, הינה קביעה עובדתית של בית המשפט קמא אשר בחן את מכלול הראיות שהונחו בפניו.

10. כב' השופטת חיות (דעת הרוב-פסק הדין העיקרי) פסקה בפסק דינה כך:

ודוקו - היעדר מעמד להורים על פי העקרונות שפורטו לעיל, מתייחס בעיקרו למצב דברים שבו הייתה לנפטר בת זוג ואין להוציא מכלל אפשרות כי בכל הנוגע לזכותם של הורי הנפטר לסבות מקום שבו לא הייתה לנפטר בת זוג בעת מותו והוא לא הותיר אחריו צאצאים, יש מקום להרהר בפיתוח זכות זו אשר בשנים האחרונות זוכה להכרה מסוימת כזכות ראויה... (עמ' 19).

נראה כי המקרים החריגים העשויים להתעורר בהקשר זה מן הראוי כי ייבחנו ויישקלו לגופם בעתיד על פי הנסיבות הקונקרטיות של כל מקרה ומקרה ועל כן אני סבורה כי לצד ההסדר הנורמטיבי שיאומץ בסוגיה זו, יש מקום ליצור מודל

מתאים שיאפשר את בחינתם של מקרים חריגים כאמור. פתח כזה למקרים חריגים הותיר היועץ המשפטי עצמו בהנחיה משנת 2003 בהתייחסו לכך כי נסיבות החיים עשויות לזמן לנו מקרים מורכבים שלא נצפו ובצינו כי באלה יצטרך בית המשפט להכריע (פסקה 24(ד) להנחיה).

11. כב' השופט עמית הצטרף לעמדתה של כבוד השופטת חיות וכך סיכם את פסק דינו:

במישור העקרוני, אני מצטרף אפוא לעמדתה של השופטת חיות, לפיה יש לאמץ את הגישה בהנחיות היועץ המשפטי. לכן, ככלל, במקרה שבת הזוג מתנגדת לעשיית שימוש בזרע, אין מעמד להורי הנפטר להוכיח כי רצונו המשותף של הנפטר היה כי ייעשה שימוש בזרעו להפריית אישה אחרת, שאינה בת הזוג (ונותיר בצריך עיון את המצב בו אין בת זוג, או שבת הזוג אינה מבקשת לעשות בעצמה שימוש בזרעו של המנוח). (עמ' 75 לפסק הדין) (ההדגשה אינה במקור).

12. כבוד השופט מלצר שהיה בדעת מיעוט, פסק בעד קבלת בקשת המבקשים חרף עמדת בת הזוג המתנגדת. ומשכך ברי, כי פסק דינו, אינו שולל את בקשת הורי המנוח.

13. משכך, ברי, כי פסק דינו של בית המשפט העליון דן בסיטואציה שבה בת הזוג מתנגדת לבקשה. שם, שלא כמו בענייננו, רצון המנוח (שהיה במחלוקת), נלמד מעמדת בת הזוג. בענייננו, אין (למעט ב"כ המשיבה) מי שמתנגד לבקשה. כל סביבתו הקרובה של עומרי ולרבות בת זוגו, תומכים בבקשה ומצהירים כי היא מתיישבת עם רצון המנוח. המקרה דנן, הושאר בצריך עיון.

למעשה, בניגוד לקביעת בית המשפט המחוזי, המקרה דנן – לא הוכרע בבית המשפט העליון, אלא, הושאר בצריך עיון על פי רוב השופטים.

הראיות/ חוות דעת מומחים שעמדו בפני בית משפט קמא

14. שנית, טעה בית המשפט המחוזי, עת התעלם מחוות דעת המומחים שנתנו את חוות דעתם לבית המשפט, כאילו לא היו רלוונטיים כלל, לנוכח פסק דינו של בית המשפט העליון.

15. המבקשים הגישו לבית משפט קמא חוות דעת מטעם פרופ' אסא כשר בתחום האתיקה, אשר הסיק כי מנקודת המבט האתית יש להיענות לתובענה, לקיים את התהליך המבוקש ולאפשר למשיבים לגדל את הילד הצפוי במסגרת המשפחתית שלהם באחריותם המלאה.

ב"כ המשיבה בחרה שלא לחקור את פרופ' כשר על חוות דעתו ולקבל את חוות הדעת כפי שהיא.

כמו כן, המבקשים צירפו חוות דעת מטעם ד"ר יובל רווה, מומחה בפסיכיאטריה של הילד, אשר שקל את טובת הילד הצפוי להיוולד מכל היבט פסיכולוגי אפשרי והגיע למסקנה כי הוא ממליץ להיעתר לתביעת המבקשים. ד"ר רווה נחקר ע"י ב"כ המשיבה ומסקנותיו לא נסתרו.

16. מטעם בית המשפט מונה פרופ' אביעד הכהן, אשר המליץ בחוות דעתו:

בנסיבותיו הספציפיות של המקרה דנן, ומכל הטעמים שנמנו לעיל, לרבות רצונו המשותף של עמרי ז"ל, כפי שנמסר בידי חברתו... דעתי היא שיש לאפשר את הפרית זרעו של עמרי ז"ל, על מנת להציב לו יד ושם בעולם [ההדגשה אינה במקור].

17. כמו כן, מונתה מטעם בית משפט קמא הנכבד - ד"ר רות זפרן, אשר הגישה חוות דעת אשר המליצה שלא לקבל את בקשת המבקשים מהפן המשפטי. ד"ר רות זפרן נחקרה על חוות דעתה והצהירה כי אף לשיטתה הרי שלגבי הילד "טוב שייולד משלא ייוולד" (ראה עמ' 20 לפרוטוקול הדיון מיום 20.12.2015 שורה 7).

ד"ר זפרן הודתה כי המדובר בלקונה; ראה עמ' 28 שורה 1. ד"ר זפרן הודתה כי ערכי היסוד של החברה תומכים בילודה ובטיפול פוריות; ראה עמ' 29 שורה 2. וכן לערך שבהעמדת שם והמשך לאדם; ראה עמ' 30 שורה 12. ד"ר זפרן העידה כי גם אילו הייתה נדרשת לחוות דעת לגבי זכות חד מיניים להבאת צאצא, היתה מגישה חוות דעת שלילית; ראה עמ' 42 שורה 14. ד"ר זפרן העידה כי לדעתה הסיטואציה של המקרה שלנו (שבו המבקשים מבקשים לגדל את הילד) היא טובה יותר מסיטואציה שבה סבים מבקשים להביא ילד באמצעות אם מיועדת (ראה עמ' 84 שורה 1).

18. בנוסף מינה בית המשפט את פרופ' שמשון רובין, פסיכולוג קליני מומחה לחקר אובדן שכול וחוסן נפשי, שאף הוא בדק את המבקשים והמליץ על קבלת התובענה. לבקשת בית המשפט למשפחה, פרופ' רובין אף הגיש חוות דעת משלימה המדגישה את טובת הילד העתיד להיוולד בנסיבות המקרה הספציפי וחוות דעתו לא נסתרה בחקירתו הנגדית.

19. ב"כ המשיבה בחרה שלא להגיש חוות דעת כלשהי מטעמה ולהסתמך על חוות דעת פקידות הסעד אשר הגישו תסקיר שנסתר בחקירתן הנגדית וכמפורט בפסק הדין של בית המשפט קמא.
20. **דהיינו, למעט תסקיר פקידות הסעד וחוות דעתה המשפטית של ד"ר זפרן, כל המומחים ולרבות המומחים בתחום הנפש, השכול, האתיקה הפסיכולוגיה ופסיכולוגיית ילדים – המליצו פה אחד כי טובת הילד מחייבת קבלת התביעה.**
21. טעה בית המשפט המחוזי בסעיף 16 לפסק דינו, כאשר ביצע השוואה והקבלה בין חוות דעתו של המומחה מטעם בית המשפט, פרופ' שמשון רובין לבין תסקיר פקידות הסעד שגרסתן התמוטטה בחקירה הנגדית ושאינו חוות דעת כלל וכלל.
22. טעה בית המשפט המחוזי בסעיף 34 לפסק דינו כאשר לא החיל גזרה שווה בין המקרים שהזכיר, בהם ניתנה להורים הזכות להשתמש בזרע בנם (ועל כך לא הוגשו ערעורים) לבין ענייננו.
23. לא ברור איזו סיבה יש להתנגד לבקשה בתיק דנן, שכן כל הפרמטרים מורים כי טובת כולם (הילד, המבקשים ובת הזוג) תומכת בהבאת הקטין לעולם.

רצון הנפטר

24. שלישית, טעה בית המשפט המחוזי, עת קבע כי רצונו המשוער של עמרי - לא הוכח.
25. אין חולק כי בסוגיה דנן קיימת לקונה. בפסק דינו של בית משפט נכבד זה בעמ"ש 7457-05-15 (מחוזי מרכז) א' נ' מ' (פסק הדין נשוא הערעור בבע"מ 7141/15), צוטטה עמדת נציגת משרד המשפטים, עו"ד גלי בר אור, כי טרם הגיעה העת לחקיקה ראשית וכי יש להותיר את המלאכה לבית המשפט:

אנחנו לא חושבים שנכון להיחפז ולחוקק דברים מהסוג הזה... כשאנחנו כותבים חוק זה דבר מאוד כבד. לשנות אותו עם נסיבות החיים זה לא תהליך פשוט... אנחנו מנסים לגבש את הכללים על ידי למידה של כל מקרה לנסיבותיו. כמו שכתבנו בהנחיה שאנחנו רוצים שבית המשפט יבחן כל מקרה לנסיבותיו... אני חושבת שבית המשפט הוא כתובת נכונה וראויה כמו בהרבה מקרים אחרים.

26. הפסיקה ייחסה מקום חשוב לרצון הנפטר לצורך קבלת בקשה כגון דא. במקרים בהם בעל הזרע נותן הסכמה מפורשת להשתמש בזרעו לצורכי הפריה, נקבע כי על בית המשפט להיעתר לבקשה. כך, למשל, בתמ"ש (חדרה) 7930-11-09 פלוני נ. היועמ"ש ואח', תק-מש 2011(2) 43, אישר בית המשפט המחוזי בחיפה, ונתן תוקף של פסק דין להסכמה שהייתה בין בעל הזרע ומשפחתו לחברתו, לפיה היא תהא רשאית לעשות שימוש בזרע לצורכי הפריה במידה שהוא ימות במהלך טיפולים שעבר בעקבות מחלת הסרטן.

27. בענייננו, רצון המנוח להבאת ילד בנסיבות המקרה נקבע ע"י בית המשפט קמא, כממצא שבעובדה. ראה לעניין זה סעיף 103 לפסק הדין:

לפיכך, משניטל כל ספק בעניין זה מליבי, אני קובעת כי הובאו בפני ראיות מספקות שמהן עולה בבירור כי לו נכח עמרי באולמי ונשאל למוצא פיו, היה מביע את רצונו החד משמעי כי בהינתן המצב העובדתי כפי שהוא, יפרו הוריו את זרעו באמצעות תרומת ביצית ויגדלו את הילד או הילדה או הילדים העתידיים להיוולד, בעצמם, בביתם.

ודוק, ב"כ המשיבה בחר שלא לחקור את המבקשים על תצהירם בעניין זה.

28. טעה בית המשפט המחוזי בסעיפים 42-44 לפסק הדין ובמקומות נוספים כאשר קבע כי המבקשים לא הצליחו להוכיח את רצונו המשוער של בנם עמרי ז"ל להביא ילדים, גם כאלה שיגדלו בבית הוריו. כל הראיות שהיו בפני בית משפט קמא הראו זאת, ולא היו ראיות מטעם המשיבה (וגם לא חקירות נגדיות). מאזן ההסתברויות פעל וצריך לפעול לטובת המבקשים.

29. טעה בית המשפט המחוזי בסעיף 44 לפסק הדין כאשר קבע כי על המבקשים היה להביא ראיות כי רצונו המשוער של עמרי ז"ל היה כי הילד אשר ייוולד מזרעו יהא מאישה שלא הכיר כלל. לא ניתן לעניות דעתנו לביא ראיות כאלה בכל תיק שהוא, ואם באה דרישה שכזאת מטרתה לדחות את התביעה וזו שגיאה משפטית.

30. למעשה, על פי פסק דינו של בית משפט קמא, רצונו של עמרי הוכח. וכל טענות המשיבים בעניין זה היו תאורטיות בלבד, שכן המשיבה בחרה שלא לחקור את בת זוגו של הנפטר או את הוריו. זאת חרף הדברים הברורים שהצהירו לבית המשפט. למעשה מדובר בקביעה עובדתית חלוטה, שלא היה מקום לפתוח אותה שוב לדיון בכלל ולקבוע הפוך מקביעה זו בפרט. ערעור המשיבה בעניין זה הינו ערעור תאורטי בלבד.

טובת הקטין שייוולד

31. חמישית, טעה בית המשפט המחוזי, עת קבע כי העובדה שהילד ייוולד שהוא יתום מאב ואם – אינה לטובתו. טענה זו, לא רק שאין לה על מה לסמוך, היא בניגוד לכל חוות דעת המומחים שנתנו חוות דעת בתיק.
32. גם מסוגלותם ההורית של המבקשים לא הוטלה בספק. כל המומחים, בלא יוצא מן הכלל, ציינו כי מסוגלותם ההורית של המבקשים אינה מוטלת בספק.
33. לעניין בחינת טובת הילד מהפן הפסיכולוגי הגישו המבקשים חוות דעת מטעם ד"ר יובל רווה המומחה בפסיכיאטריה של הנער והמתבגר ואשר קורות חייו המרשימים בעניין זה פורטו על ידו בחוות דעתו.
34. ד"ר רווה נשאל בחקירתו הנגדית מדוע בחוות דעתו (על אף היותו פסיכיאטר המומחה בנערים ומתבגרים) בחר המומחה להתמקד בשאלת המסוגלות ההורית של המבקשים. המומחה הבהיר כי לא ניתן להפריד בין הדברים. טובתו של ילד היא שמגדליו יהיו מסוגלים לראות אותו כישות עצמאית. לכל ילד צרכים משתנים והיכולת של המגדלים ליתן לילד מענה ופתרונות ההולמים את צרכיו הייחודיים, הם המעידים כי ילד זה יגדל בסביבה המתיישבת עם טובתו; ראה עמ' 2 לפרוטוקול הדיון מיום 10.12.2015:

ש. אבל גם פסיכיאטר לילד ולמתבגר כפי שראיתי, אתה גם אומר שצריך לבחון את האינטרסים של הילד. ובכל זאת התמקדת במסוגלות ההורית, ובמסוגלות ההורית, לפחות ממה שראיתי, בלבד ובעיקר.

ת. במה עוד?

ש. מה לגבי הקטין? מה לגבי ההתפתחות התקינה שלו? מה לגבי הצרכים שלו?

ת. זה נכנס במסוגלות ההורית. הורים שהמסוגלות ההורית שלהם גבוהה הילד יקבל מהם מה שהוא צריך לגבי הילד עצמו. שעושים הערכות יצוג זה, בדרך כלל חוץ ממקרים כאלה שדומים לעניין הזה, יש ילד שאפשר לבדוק אותו, לראות את הצרכים שלו, פה שאני בא להעריך דבר כזה, אני מתייחס בראש לכל מיני סוגים של צרכים, החל מהילד הנורמטיבי הרגיל שיוולד, איזה צרכים הוא צריך, דרך ילד עם בעיות, האם המשפחה הזאת תוכל לתת לילד מענה.

...

ת. אני חושב שתשעה קריטריונים שמדוברים כאן מכסים את כל הדברים האלה. אין ילד גנרי, אין ילד שהצרכים שלו א', ב' ג' נקודה. אני התייחסתי גם לדברים האלה. בנסיבות האלה, עדיין מה שהילד הזה יצטרך, בין כל שאר הדברים, שיראו אותו. שהוא ישות בפני עצמה, ישות נפרדת."

35. לאחר קבלת חוות דעתו של פרופ' רובין פנה אליו בית המשפט הנכבד בבקשה/הוראה להשלים את חוות דעתו בהתייחס למספר שאלות בתחום "טובת הילד" ובנקודות נוספות. המומחה מסר חוות דעת משלימה מיום 21.02.2016 וגם עליה נחקר בבית המשפט. וכך כתב:

למיטב הבנתי, טובת הילד מחייבת 'הורות' מתאימה הכוללת את כל הנקודות המפורטות לאורך חוות הדעת וההשלמה לחוות הדעת. טובתו של ילד אינה דורשת בהכרח קשר להורה ביולוגי.

וקודם לכן:

טובת הילד דורשת נוכחות של דמויות הולמות ומטפחות. במקרה של הריון לאחר המוות, מדובר בדמויות שימלאו את המקום של ההורה/ים הביולוגי/ים ביכולות הבאות: אפשרות לספק לילד שיוולד סביבה מטפחת ולטפל בצרכיו הפיזיים, הרגשיים, הקוגניטיביים וההתפתחותיים. במידה ותתקבל ההערכה לפיה אירית ואשר שחר יכולים לספק תנאים אלו, אזי ניתן להניח שאופן ההגעה לעולם של הילד לא תהיה סוגיה שיש להתייחס אליה כפוגעת בשמירה על טובתו.

36. וכך קבע בית המשפט קמא בסעיף 125 לפסק הדין:

לפיכך, מצאתי כי התובעים, הוריו של עומרי, הם בעלי מסוגלות הורית מצויינת, השתכנעתי כי יש בידיהם 'ארגז כלים' מאובזר היטב ומלא כל טוב, שיסייע להם לגדל את ילדו או ילדיו של עומרי באופן המיטבי ביותר, בסביבה בריאה מכל הבחינות והילד יגדל להיות ילד אהוב ורצוי, כך שטובתו של הילד בטוחה, עוד טרם לידתו.

37. ד"ר רווה התייחס אף לקשר הביולוגי שיש להורה עם בנו, ראה עמ' 17 לחקירתו.

ת. את אומרת הורה ממש וביולוגי, אני אומר זה חשוב, יש לזה משמעות. אבל הרעיון איך מגדלים את הילד. איך נותנים לו את הכלים שיגדל איתם, ולזה שהילד בא מרחם מסויים ומזרע מסויים יש חשיבות, אבל היא משנית בהקשר הזה.

38. על אף שהמומחים לא מצאו תועלת מהותית בין שאלת טובת הילד לבין שאלת הקשר הגנטי אליו, הרי שאין מחלוקת אמיתית כי בענייננו, למשיבים אף יהא קשר גנטי לילד.

39. ד"ר רווה נשאל על המשמעות לכך שהילד יגיע למציאות שבו הסבא והסבתא מגדלים אותו ועל ההשלכה שיש לכך לעניין טובת הילד, וכך השיב בעמ' 5 לפרוטוקול מיום 10.12.2015:

ת. כמובן זה שאלה מורכבת. אני חושב שאנחנו באים להסתכל על זה, יש לנו כל מיני כותרות בראש כמו- סבא וסבתא ושכול וילד יתום. הילד הזה ייוולד למציאות הזאת. זה לא משהו שהוא ירכוש עם הזמן. המורכבות הזאת, הוא ייוולד לתוכה. מהניסיון שלי, ועבדתי עם משפחות אומנה ששם גם כן, זה כל מיני אומנות קרובים, זה כל מיני משפחות שונות מהדברים הנורמטיביים, גם סבים סבתות, לפעמים דודים דודות, והכותרות האלה פחות משמעותיות, כאילו יש פתרונות טכניים ובסופו של דבר הם גם עושים את העבודה. הילד יכול לקרוא למישהו אבא מיקי, וכדי להבדיל את הדברים הוא יכול לקרוא לאנשים שמגדלים אותו סבא וסבתא. אין פה משהו עקרוני. הבלבול הזה זה משהו שאני חושב שהוא יותר אצלנו. הילד הזה באמת יישא על הכתפיים שלו משקל שאין לילדים אחרים שנולדים בנסיבות אחרות, אבל זה מאוד תלוי בחלק שהתייחסתי אליו, במסוגלות ההורית, במי שיגדל אותו יהיה מסוגל לטווח לו את הדברים האלה, ויהיה מסוגל להסביר לו. זה באמת מצב שהוא מורכב ומסובך, אבל יש מצבים שמסובכים לא פחות, שקיים יום יום, לא נורמה, אבל שהילדים יוצאים בסדר גמור. זה הרבה יותר תלוי במי מגדל אותו מאשר בכותרות האלה.

40. כך גם נחקר ד"ר רווה על סיטואציה שבה ילדים מחפשים לאחר מכן את הוריהם הביולוגיים (כדוגמת ילדים מאומצים). המומחה השיב על השונות בין הדוגמות שניתנו למקרה שלנו. שם הילד נדחה על ידי ההורה הביולוגי והילד מחפש תשובות מדוע. בענייננו, הילד לא נדחה. בענייננו המדובר בילד רצוי. התובעים רצו בו ונלחמו על הבאתו לעולם; ראה עמ' 12 לחקירתו של המומחה.

41. כמו כן, ד"ר רווה התייחס לסיטואציה שבה יש אם מיועדת וציין כי דווקא סיטואציה שכזו יכולה להיות הרבה יותר מורכבת להתפתחות הילד מאשר סיטואציה כמו בענייננו. די בכך שהסבים והאם המיועדת (אשר הכירו רק לצורך ההפריה) לא יסתדרו; ראה לעניין זה עמ' 24 לחקירתו של המומחה.

42. כפי שניתן להיווכח, בית המשפט לענייני משפחה ביצע עבודת תחקיר רחבת היקף ובחן כל היבט אפשרי לעניין טובת הקטין ומכל פן אפשרי – פסיכולוגי, מציאותי, חברתי ומשפטי, ולאחר שהמבקשים ומשפחתם נבחנו אף הם על ידי המומחים השונים – קבע בית המשפט קמא בסעיף 131 לפסק דינו:

בנסיבות אלה, מסופקני אם ניתן לטעון כי הילד העתיד להיוולד מזרעו של עומרי, לתוך העולם של המאה ה-21, יהיה חריג. ומשהשתכנעתי כי הוא יהיה עטוף בסביבה תומכת, מכילה ומחבקת, בטוחני כי הוא יגודל בתנאים מיטביים עבורו.

43. טעה בית המשפט המחוזי בסעיף 48 לפסק דינו כאשר קבע בניגוד לחוות דעתו של המומחה מטעם בית משפט קמא, כי המבקשים, "המבקשים השכולים מבקשים להכניס את רצונם שלהם, את כאבם ומחסורם, תחת רצון המנוח, רצון שנותר עלום בהעדר ראייה ברורה וחד משמעית לרצונו בילד שיגדל במנותק להורים ביולוגיים". דברים אלה נכתבו בעלמא ואינם מבוססים על הראיות ועל חוות דעת המומחים שהיו בפני בית משפט קמא.

44. טעה בית המשפט המחוזי בסעיף 58 לפסק הדין, כאשר קבע כי יש לדחות את תביעת המבקשים אף מתוך בחינת האינטרס הציבורי. בית המשפט קמא התעמק בכך, אימץ את חוות דעתו של פרופ' אסא כשר – שכאמור לא נקרא להיחקר ע"י ב"כ המשיבה – וקבע במפורש וללא טעות משפטית כי האינטרס הציבורי במקרה זה פועל לטובת המבקשים.

45. טעה בית המשפט המחוזי בסעיף 63 לפסק הדין כאשר תאר את שאירע באולם בית המשפט וקבע כי דברי המבקשים נאמרו מתוך סערת רגשות ולא אחר חשיבה מושכלת. המבקשים עומדים מאחורי הדברים וחוזרים וטוענים כי אם המדינה לא תאפשר להם לבצע את ההפריה בישראל, יעשו זאת בחו"ל וישהו בחו"ל כל זמן שהמדינה לא תאפשר להם להביא את הילד ארצה.

46. טעה בית המשפט המחוזי בסעיף 73 לפסק הדין. בית משפט בערכאת ערעור אינו צריך להתעמת עם חוות דעתם של מומחים, אלא רק לבחון אם בית המשפט קמא עשה את מלאכו כראוי. המבקשים טוענים כי המומחה פרופ' רובין הגן על שתי חוות הדעת שנתן ובדין אימץ בית משפט קמא את מסקנותיו.

החלה רטרואקטיבית

47. שישית, למרות שלעניות דעת המבקשים פסק דינו של בית המשפט העליון, איננו חל על המקרה דנן, הרי שגם אם אכן הוא חל, אין מקום להחילו רטרואקטיבית.

48. בית המשפט המחוזי הנכבד, במותב תלתא, טעה כאשר יישם את ההלכה החדשה שיצאה מבית המשפט העליון בתחולה רטרואקטיבית, דהיינו יצא מנקודת הנחה שבית המשפט קמא היה צריך לצפות בפסק דינו מ-27.09.2016 כי בית המשפט העליון יהפוך את פסק דינו של בית משפט המחוזי מרכז-לוד ועקב כך לדחות את תביעת המבקשים אף שהוכחה כדבעי.

49. והרי ידוע כי כאשר משתנה החקיקה (ובכלל זה גם חקיקה שיפוטית), הרי השינוי חל מכאן ואילך ולא באופן רטרואקטיבי. כלל יסודי בפרשנות חוקים הוא כי חזקה על הוראת חוק שהיא מכוונת לעתיד לבוא ואינה חלה בדיעבד. גישה זו מקובלת בכל שיטות המשפט המודרניות.

חקיקה רטרואקטיבית או רטרוספקטיבית נוגדת את עקרונות היסוד של השיטה ופוגעת באינטרס ההסתמכות. חוק פלילי רטרוספקטיבי הופך לפלילית התנהגות שבעת התרחשותה לא היתה פלילית. כך יוצא שלעולם אי אפשר יהיה לדעת איזה מעשה או מחדל עלול להפוך בעתיד לעבירה ע"י חקיקה רטרוספקטיבית. כך גם לגבי חוק אזרחי, כמו חוק העוסק בחוזים, היכול לאיין חוזה שבעת כריתתו היה כשר ותקף.

חוק רטרוספקטיבי נועד לשנות את הקריטריונים לפיהם תישפט פעולה שנעשתה בעבר.

למשל: נתאר לעצמנו כי החוק משתנה וכל רוצח בכוונה תחילה דינו מיתה במקום מאסר עולם. האם יעלה על דעתו של מישהו כי כל הרוצחים שכבר נשפטו ונידונו למאסר עולם יוצאו כעת להורג? או למצער כל הרוצחים שעניינם אינו חלוט ועדיין בהליכי ערעור יוצאו להורג?

דוגמה שניה: "הלכת השנים האבודות".

לאחר שנפסקה ההלכה בבית המשפט העליון בהלכת "השנים האבודות" (ע"א 140/00, עזבון המנוח מיכאל אטינגר ז"ל נגד החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי, פ"ד נח(4), 486), נשאלה השאלה האם יש ליישמה לגבי תביעות אחרות מאותו יום ואילך או שמא גם לגבי תביעות תלויות ועומדות.

ב-רע"א 8925/04 סולל בונה ואח' נ' עזבון עבד אלחמיד ואח', תק-על 2609 (1)2006 ניתן פסק דין בהרכב של 7 שופטים והמסקנה היתה שניתן להחיל את ההלכה החדשה גם על תביעות תלויות ועומדות.

המחלוקת באותה פרשה היתה מהו הכלל ומהו החריג? האם הכלל הוא החלה רטרואקטיבית והחריג הוא אי החלה שכזאת או להיפך.

דומה, כי בכל מקרה ולדעת כל הפוסקים לא היתה הכוונה להחיל את ההלכה הפסוקה החדשה על תובענות שהגיעו לשלב פסק דין ונמצאות בהליכים של ערעור, אלא רק על תובענות שנמצאות בעיצומו של הליך כמו גם עניינים שטרם הוגשה בהם התביעה.

50. בספרו **שיקול דעת שיפוטי – הלכה למעשה**, דן פרופ' אהרן ברק בנושא זה של תקופת התחולה של דין חדש ועושה אנלוגיה בין חוק לבין הלכה חדשה המשנה תקדים קיים.

במצבים בהם קיימת סטייה מתקדים קודם ניתן לתת להלכה החדשה תוקף פרוספקטיבי, כלומר מכאן ולהבא, וזאת במטרה למנוע פגיעה באינטרס ההסתמכות. לדברי המחבר אין כל דבר שהוא אינהרנטי להלכה הפסוקה המחייב את תחולתה הרטרואקטיבית, והשופטים מוסמכים לתת להחלטותיהם תוקף פרוספקטיבי. (פרק תשיעי עמ' 417 – 423).

המחבר מנתח את מהות הסטייה הפרוספקטיבית תוך פירוט האלטרנטיבות השונות על מעלותיהן ומגרעותיהן.

אחת הטכניקות, המכונה בספר "פרוספקטיבית-רטרואקטיבית", מחילה את ההלכה החדשה באופן פרוספקטיבי למעט המתדיינים עצמם, אשר לגביהם מוחלטת ההלכה החדשה למפרע. חסרונה של טכניקה זו היא באפליה בין המתדיינים השונים, ומעלותיה הינן באי הפגיעה באינטרס ההסתמכות ובאי רלוונטיות טענת ה"אוביטר", הנטענת כלפי טכניקה אחרת של הסטייה הפרוספקטיבית המכונה "פרוספקטיבית-טהורה".

על פי טכניקה זו בית המשפט סוטה מהתקדים ששונה רק כלפי העתיד, ואין ההלכה החדשה חלה על הצדדים לתיק. הביקורת על טכניקה זו גורסת, שכל קביעה בפסק דין שאינה חלה על המתדיינים בתיק עצמו הינה "אמרת אגב".

כך גם בענייננו, שבית משפט קמא פסק בו לפי הדין שהיה קיים ביום פסק הדין, וכאשר העניין היה בשלב של ערעור השתנתה ההלכה הפסוקה. זו אינה יכולה להיות סיבה לקבלת הערעור ולשינוי התוצאה מן הקצה אל הקצה.

51. המבקשים מדגישים כי לא נפלה כל טעות משפטית בפסק דינו של בית משפט קמא מיום 27.09.2016. המשיבה לא הראתה זאת לא בהודעת הערעור ולא בעיקרי הטיעון שהוגשו לבית המשפט המחוזי. כל שנטען הוא שבית המשפט קמא לא קיבל את טענות ב"כ המשיבה ולא הלך עקב בצד אגודל לפי הנחיות היועץ המשפטי וממשלה והמלצות דעת הרוב של ועדת מור-יוסף וזוהי הסיבה שיש לקבל את הערעור.

כאמור, על פי ההנחיות- רק בת זוגו של הנפטר רשאית לעשות שימוש בזרעו לצרכי הפרייה.

52. טעה אפוא בית המשפט המחוזי כאשר קבע בסעיף 3 רישא לפסק דינו:

לכאורה יש בקביעות פסק הדין בעניין בע"מ 7141/15 לסתום את הגולל על בקשת המבקשים שלפנינו לעשות שימוש בזרע בנם המנוח, ולהביא לקבלת הערעור.

נימוק שכוזה יכול להתאים לדיון בערכאה ראשונה שדנה בבקשה חדשה של הורים להוציא זרע מגופת בנם שזה עתה נפטר או נהרג, ואז יכול בית המשפט לסרב לבקשה שכזאת בנימוק שההלכה הפסוקה השתנתה. לא כך במקרה שלנו בו הוצא הזרע לפני 4 שנים ו-8 חודשים ופסק הדין בבית משפט קמא קיבל את התובענה לפני 4 חודשים וחצי.

53. אחרון כראשון

ובאשר לשאלה האם מבחן פרשת "חניון חיפה" חל כאן, הרי מדובר בעניין עקרוני שיש לו חשיבות ציבורית ראשונה במעלה, כפי שתואר לעיל, ואין מדובר רק בערעור שני בתיק אזרחי רגיל.

לא זו אף זו, הערעור לבית המשפט המחוזי היה ערעורה של המשיבה, לאחר שבית המשפט לענייני משפחה פסק בדין לטובת המבקשים.

54. אשר על כן מתבקש בית המשפט העליון הנכבד לקבל את הבקשה, לדון בה כבערעור, לקבל את הערעור ולהשיב על כנו את פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה, תוך חיוב המשיבה בתשלום הוצאות המשפט ושכ"ט עו"ד.

ק / ל כ י פ
אבידן גלובינסקי, עו"ד

ד"ר יאיר שיבול, עו"ד

באי כוח המבקשים