

דליה צמריון חלק

הוכחת אבהות

מהדורה חדשה ומורחבת

אוצר המשפט
הוצאה לאור בע"מ



כל הזכויות שמורות

All Rights Reserved

הודפס בישראל, נובמבר, התשס"ח-2007

אין להעתיק או להפיץ ספר זה או קטעים ממנו,
בכל צורה שהיא הן דרך אמצעי אלקטרוני ומכני,
לרבות צילום, הקלטה, הקלדה וכיו"ב
ללא אישור של המו"ל בכתב.

סדר ממוחשב: אלף עד תו, יבנה

אוצר המשפט
הוצאה לאור בע"מ

לנשמת אבי, ד"ר צמח צמריון, מחנך דגול, חוקר שואה ומקרא,
ולחיי אמי, פנינה צמריון, ניצולת השואה, אשת חיל –
אצילי נפש, שלימדוני לאהוב את האמת.
אהיה-נא אני הוכחתם.

תוכן עניינים מקוצר

הקדמה למהדורה הראשונה מאת המשנה לנשיא בית-המשפט העליון (בדימוס)	
השופט מנחם אלון.....	ג'
מבוא.....	3

שער ראשון: קביעת אבהות בשיטות משפט שונות באמצעות	
חזקות וכללים למיניהם.....	19

פרק א': המצב בהלכה היהודית.....	21
פרק ב': המצב בשיטות משפט אחרות.....	33

שער שני: הוכחת אבהות באמצעות הליך משפטי – אלמנטים	
מקדמיים.....	47

פרק א': סמכות השיפוט בישראל.....	49
פרק ב': סוג ההליך – פלילי או אזרחי?.....	69
פרק ג': האם קיימת אפשרות להליך של סעד הצהרתי בלבד?.....	111
פרק ד': דרישת הסיוע.....	125
פרק ה': התיישנות, שיהוי ומעשה בית דין.....	129

**שער שלישי: הדרכים להוכחת האבהות ולסתירתה של חזקת
הלגיטימיות..... 133**

- פרק א': בראיות רגילות 135
- פרק ב': בראיות מומחים בעבר 147
- פרק ג': בדיקת דם 157
- פרק ד': בדיקת סיווג רקמות, איזואנזימים ו-ד.נ.א. 193

**שער רביעי: אינטרסים הנשקלים בהוכחת אבהות והשפעת חוקי
היסוד..... 329**

- פרק א': אינטרס הילד וטובתו 333
- פרק ב': אינטרס הצדדים המעורבים 371
- פרק ג': אינטרסים הלכתיים 377
- פרק ד': אינטרסים נוספים 379
- פרק ה': אופן ההכרעה במקום שיש ניגוד בין האינטרסים השונים 405
- סיום 415
- אפילוג 419

מפתחות.....425

מפתח פסקי דין לפי שנים.....427

מפתח ספרים ומאמרים.....447

מפתח ספרות לועזית.....453

תוכן עניינים מפורט

הקדמה למהדורה הראשונה מאת המשנה לנשיא בית-המשפט העליון (בדימוס)	
השופט מנחם אלון.....	יג
מבוא.....	3

שער ראשון: קביעת אבהות בשיטות משפט שונות באמצעות חזקות וכללים למיניהם.....	19
--	----

פרק א': המצב בהלכה היהודית.....	21
1. ילד הנולד לאשה נשואה.....	21
2. ילד הנולד לארוסה.....	28
3. ילד הנולד לפנויה.....	28
4. יחוס אבהות.....	30

פרק ב': המצב בשיטות משפט אחרות.....	33
1. ילד הנולד לאשה נשואה – חזקת הלגיטימיות.....	33
א. ארצות הברית.....	35
ב. קנדה.....	40
ג. דרום אפריקה.....	41
ד. אנגליה.....	42
ה. סקוטלנד.....	43
ו. אוסטרליה.....	44

2.	ילד הנולד לפנויה	44
----	------------------------	----

שער שני: הוכחת אבהות באמצעות הליך משפטי – אלמנטים מקדמיים.....		
47		

פרק א': סמכות השיפוט בישראל.....		
49		

1.	בית המשפט האזרחי או בית הדין הרבני?	49
2.	בית המשפט האזרחי או בית הדין השרעי?	60

פרק ב': סוג ההליך – פלילי או אזרחי?.....		
69		

1.	כללי	69
----	------------	----

2.	מידת ההוכחה.....	73
----	------------------	----

א.	המידה הדרושה להוכחת אבהות.....	74
----	--------------------------------	----

1.	המידה האזרחית.....	74
----	--------------------	----

2.	המידה הפלילית.....	77
----	--------------------	----

3.	מידת הביניים.....	77
----	-------------------	----

ב.	המידה הדרושה לסתור את חזקת הלגיטימיות.....	79
----	--	----

1.	המידה האזרחית.....	79
----	--------------------	----

2.	המידה הפלילית.....	80
----	--------------------	----

3.	מידת הביניים.....	81
----	-------------------	----

4.	המנעות גמורה מהוכחה – כשקיים חשש לממזור הילד	83
----	--	----

פרק ג': האם קיימת אפשרות להליך של סעד הצהרתי בלבד? 111

פרק ד': דרישת הסיוע 125

פרק ה': התיישנות, שיהוי ומעשה בית דין 129

שער שלישי: הדרכים להוכחת האבהות ולסתירתה של חזקת
הלגיטימיות 133

פרק א': בראיות רגילות 135

1. הודאת הנתבע ועדויות של עדים 135

2. משך ההריון 141

3. העדר קרבה או העדר פוריות 144

פרק ב': בראיות מומחים בעבר 147

1. דמיון פיזיונומי ובדיקות אנתרופולוגיות 147

2. פוליגרף – מבחני גלאי שקר 151

א. מהות המבחן 151

ב. הכרת המשפט במבחן הפוליגרף 152

פרק ג': בדיקת דם 157

1. מהות הבדיקה..... 157
2. הכרת המשפט בעמדה המדעית והמשקל הראייתי הניתן לה 167
 - א. המשפט הישראלי 167
 - ב. משפט זר 169
 - ג. המשפט העברי 176
 1. כללי 176
 2. דיני ממונות 179
 3. דיני איסורין ונפשות 181
 - ד. סיכום..... 183
3. הסמכות לצוות על עריכת הבדיקה והסקת מסקנות מאי-הסכמה לעריכתה .. 184

פרק ד': בדיקת סיווג רקמות, איזואנזימים ו-ד.נ.א. 193

1. כללי 193
2. מהות הבדיקות 195
 - א. בדיקת סיווג הרקמות..... 195
 - ב. בדיקת האיזואנזימים 204
 - ג. הערכה סטטיסטית של הבדיקות 205
 - ד. מגבלות השיטה 209
1. מקרים לא ישימים..... 210

210.....	שגיאות מעבדה	2.
210.....	מוזאיקה אנושית Mosaic (כימרה – Chimera)	3.
211.....	רביית בתולים (parthogenesis) אנושית	4.
212.....	מגבלות של ההווה המדעי	5.
213.....	בדיקת ה-ד.נ.א.	ה.
213.....	גילוי ה-ד.נ.א. והגדרתו	1.
215.....	השוואת ד.נ.א. משני מקורות	2.
217.....	ההליך המעבדתי	3.
219.....	עבוד הנתונים	4.
220.....	הכרת המשפט בעמדה המדעית והמשקל הראייתי הניתן לה	3.
220.....	א. כללי	
227.....	ב. בית המשפט האזרחי	
235.....	ג. בית הדין הרבני	
235.....	1. לעניין קביעת ממזרות ולעניין דיני ממונות	
244.....	2. תובנות והשלכות והחשש ל"ספק-ממזר"	
250.....	ד. בית המשפט האזרחי ובית הדין הרבני – השפעות הגומלין ו"האבהות האזרחית"	
265..	4. הסמכות לצוות על עריכת הבדיקה והסקת מסקנות מאי-הסכמה לעריכתה	
273.....	5. הסמכות לצוות על עריכת הבדיקה כשהנטען לאבהות אינו בין החיים	
279.....	6. על הסרוב לבצע בדיקת רקמות	
279.....	א. מהותו ונפקותו של הסרוב	

285.....	ב. עילות הסרוב להיבדק	285.....
285.....	1. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו	285.....
294.....	2. כעס ונקם כנימוק לסרוב	294.....
296.....	3. חשש שמן ההסכמה תוסק הודאה	296.....
297.....	4. עלות הבדיקה כעילת סרוב	297.....
301.....	ג. מיהות המסרבים לביצוע הבדיקה	301.....
301.....	1. האב המוחזק או האב הנטען	301.....
301.....	2. בית המשפט	301.....
302.....	3. הקטין	302.....
305.....	4. האם	305.....
307.....	5. קרובי משפחה אחרים	307.....
310.....	ד. דוקטרינת הנזק הראייתי בהקשר לסרוב	310.....
316.....	ה. קבלת הסרוב על ידי בתי המשפט	316.....
318.....	7. הסמכות לצוות על עריכת הבדיקה מכוח החקיקה – גישושים ראשוניים	318.....

שער רביעי: אינטרסים הנשקלים בהוכחת אבהות והשפעת חוקי היסוד

333.....	פרק א': אינטרס הילד וטובתו	333.....
333.....	1. כללי – מה בין: טובה, אינטרס, זכות וזהות	333.....
347.....	2. זכות הקטין לזהות – כחלק מזכות היסוד לְכבוד כּאדם	347.....

תוכן עניינים מפורט

356.....	האינטרס הרפואי	3.
357.....	א. מניעה, אבחון מוקדם ומעקב	
358.....	ב. ריפוי והשתלת איברים	
359.....	ג. אילן היוחסין ותכנון המשפחה	
359.....	האינטרס הפסיכולוגי	4.
366.....	האינטרס הכלכלי	5.
367.....	א. מזונות	
368.....	ב. ירושה	
371.....	פרק ב': אינטרס הצדדים המעורבים	
371.....	1. האינטרס להיות הורה	
374.....	2. האינטרס שלא להיות הורה (של האב-המוחזק, בעלה של האם)	
377.....	פרק ג': אינטרסים הלכתיים	
379.....	פרק ד': אינטרסים נוספים	
379.....	1. האינטרס הציבורי לנכונות מסמכים	
394.....	2. האינטרס לשוויון – בין הנולד לפנויה לנולד לנשואה ובין מולידיהם	
394.....	א. האינטרס המוסרי	
395.....	ב. ערך השוויון בפני החוק	
399.....	3. האינטרס לחקר האמת	

פרק ה': אופן ההכרעה במקום שיש ניגוד בין האינטרסים השונים 405

סיום 415

אפילוג 419

מפתחות 425

מפתח פסקי דין לפי שנים 427

מפתח ספרים ומאמרים 447

מפתח ספרות לועזית 453

הקדמה למהדורה הראשונה

מאת המשנה לנשיא בית המשפט העליון (בדימוס)

השופט מנחם אלון

כב' השופט מ' אלון, לאחר שקרא את המהדורה המעודכנת, ביקש שאוסיף לדברי ההקדמה המקוריים שלו, כי הוא רואה חשיבות רבה בעדכון החומר ובריכוזו מחדש, וכי הוא מברך על הדברים החשובים והיפים, ועל האופן בו הם מובאים.

נכוננו דברי המחברת המלומדת, כי הסוגיה של הוכחת אבהות הנה "בעיה אנושית-חברתית חשובה ביותר, בצד היותה בעיה משפטית קשה ביותר". סוגיה זו, על היבטיה השונים, נדונה במערכות משפטיות שונות בפסיקתם של יושבים על מדין ובמחקריהם של יושבים בקתדרה. ואף במערכת משפטנו מצויה בה פסיקה נרחבת ונכתבו בענינה מאמרים שונים הדנים בבחינה זו או אחרת של הסוגיה. אך טרם נכתב בה חיבור שיקיף את הנושא על כל צדדיו, וחסר זה בא למלא החיבור שבפנינו. המחברת עשתה מלאכתה אמונה, ומכאן ואילך יש אלא לנושא האבהות.

בכמה מעלות טובות משתבח חיבורה של עו"ד דליה חלק. בנוסף לדיונה בכל הפסיקה של בית המשפט העליון, בתי המשפט המחוזיים ובתי הדין הרבניים שנתפרסמה בקבצי פסקי הדין לסוגיהם, מובאים בו פסקי דין רבים שניתנו בערכאות אלה בסוגיתנו ושטרם ראו אור הדפוס. מצויה בו סקירה של עיקרי דברים בגישתם של שיטות משפטיות שונות. וכן דנה המחברת בצורה נאה בעמדתו של המשפט העברי בנושא סוגיתנו, דבר הראוי לשבח. דיונה של המחברת מצטיין בבהירותו ובניתוח עניני של הנושאים השונים העולים בספר, ואין היא מסתפקת בהבאתם של דברים ובכינוסם בלבד. אין היא מונעת עצמה מהשמעת דברי בקורת על דעה זו או אחרת, בטוב טעם ודעת, וגם על כך תבוא על הברכה.

מאז פסק הדין שרון נ' לוי חל שינוי משמעותי בדרכי הוכחת האבהות. בדיקת סיווג הרקמות יש בה כדי להוכיח ולקבוע את האבהות, בדרגת הסתברות העולה על תשעים אחוזים, הן על דרך השלילה והן על דרך החיוב. אמנם כן, בעל דין שאינו מסכים לעריכת הבדיקה האמורה, אין בידינו לכפות את ביצועה שלא לרצונו – כל עוד לא מצויה על כך

הוראת חוק מפורשת – שהרי הזכות שלא להיפגע בגופו היא אחת מזכויות היסוד של אדם בישראל. הוראת חוק מפורשת המתירה לצוות על עריכת בדיקה כזו מצויה ברוב המערכות המשפטיות, אך המחוקק הישראלי טרם אמר דברו בקשר לכך. בפסק הדין האמור נקבע כי אמנם בית המשפט אינו רשאי לצוות על עריכת בדיקה שלא לרצון בעל הדין, אך רשאי הוא להסיק מסרובו של בעל דין לעריכת הבדיקה משום ראייה שיש בה כדי להכריע לרעת המסרב בספק המתעורר אצל בית המשפט בעניין קביעת האבהות. פסיקה זו הפחיתה במידה משמעותית מאד את ההיזקקות לדרכי ההוכחה במשפטי אבהות המבוססים על עדויות בעלי הדין. בכך יש משום טובה מרובה, שהרי לא זו בלבד שדרכי הוכחה אלה קשים ויגעים הם אלא אף יש בהם לעתים קרובות משום השפלת כבודם וצנעת הפרט של שני בעלי הדין, ובראש וראשונה של האשה הטוענת ותובעת להכיר באבהותו של הנתבע. וזאת אף זאת. כפי שעולה מספרה של המחברת, הוראה זו הפחיתה במדה ניכרת את מספר סכסוכי האבהות המגיעים לבתי המשפט; בעלי הדין נזקקים לעריכת הבדיקה המדעית של סוג הרקמות, אם מיזמתם הם ואם על פי עצת בית המשפט בשלב מקדמי מאד של הדיון.

מתוך כך תוהה המחברת המלומדת על גורלם של יגיעה וחשיבה משפטיים באשר לדרכי הוכחת האבהות, שהלכו "לטמיון" והפכו למיותרים בעטייה של תגלית מדעית, שמכוחה ועל פיה יוצאת האמת האבהית לאור. אכן דוגמה נאה היא סוגיתנו למשפט ומדע הנושקים זה לזה ואף באו זה בתחומו של זה. אך תהליך זה שני פנים לו. מצד אחד – דרכי המדע עשו למיותרים, ככל הנראה, חלק נכבד מדרכי ההוכחה שהיו מקובלים בסוגית האבהות "הקונבנציונלית"; מצד שני – חכמת המדע יצרה, והולכת ויוצרת, בעיות ותהיות משפטיות והלכתיות, מרובות וסבוכות, בסוגית האבהות והאמהות "הבלתי קונבנציונלית", כגון כאשר ילד נולד כתוצאה מהזרעה מלאכותית של זרע מתורם זר ברחם האם, או במקרה של אם פונדקאית הנושאת עובר לא לה, ובדומה לאלה וכיוצא באלה. נמצא שתורת המשפט לא תחסר, ועוד נכונו לנו פסקי דין וספרי מלומדים כהנה וכהנה. ברכתי למחברת שתוסיף ותהנה אותנו מהגיגי רוחה ומפרי עטה גם בסוגיות נכבדות אלה, בבוא שעתן וזמנן. כה לחי.

מנחם אלון

**"It's a wise father, that knows his own child ...
Truth will come to light;
murder cannot be hid long,
a man's son may;
but in the end, truth will out"**

**(שייקספיר, "הסוחר מוונציה",
מערכה שניה, תמונה שניה באמצע)**

מבוא

מבוא

הסוגיה של הוכחת אבהות, דהיינו יחוס אבהות לפלוני על אלמוני, היא עתיקת יומין, ומצויה כבר בשיטות משפט קדומות, וזאת לאור היותה בעיה אנושית-חברתית חשובה ביותר, בצד היותה בעיה משפטית קשה ביותר.

מאז אדם הראשון קיימים בעולם אבות ואמהות לילדים, וכמעט מני אז קיים, בצורה זו או אחרת, מוסד המשפחה – אחד המוסדות היחידים ואולי היחיד, הקיים מקדמת דנא ללא שינויים משמעותיים בדפוסו; וזאת מבלי להתעלם מתמורות הזמן, ומחידושים מסוימים שבכל זאת חלו בו לאחרונה.

המשפחה היא מסגרת מוכרת על ידי החוק של הורים או ממלאי מקומם, האחראים להולדתם, לגידולם ולחינוכם הראשוני של ילדים.¹

הכרת החוק במוסד המשפחה ניכרת למשל בזכויות מיוחדות המוענקות לבני המשפחה, כגון קצבאות; וכן בהתייחסות מיוחדת ושונה של חוקים מסוימים אליהם, כגון: דיני הראיות, חוק העונשין, דיני הקניין ודיני הירושה.

לפני כעשר שנים הוקמו בארץ בתי משפט לענייני משפחה,² האמורים לדון בענייני משפחה, ובבני המשפחה, אולם אין בחוק הגדרה או התייחסות ספציפית יותר למונח "משפחה". ניתן לראות זהירות זו של המחוקק באי הגדרת מוסד המשפחה, כרצון לענייניות, לרלבנטיות ולנסיון להמנע מפגיעה אפשרית בשוויון – על ידי הכללת אלה ולא אחרים במוסד המשפחה; וזאת לאור מחלוקות אידיאולוגיות הקיימות בתחום זה, לרבות, למשל, לגבי הידועים בציבור כזוג, לגבי בני-זוג מאותו מין, לגבי אחים למחצה

¹ **האנציקלופדיה העברית**, כרך כד, ערך "משפחה", עמ' 649.

² לפי חוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995, ידון בית המשפט לענייני משפחה בתובענות בענייני המעמד האישי, וכן בתובענות אזרחיות שהגיש אדם נגד בן משפחתו, או נגד עזבוננו של בן משפחתו, שעילתן סכסוך בתוך המשפחה, יהא נושא או שוויה של התובענה אשר יהא. ערעורים על פסקי דין של בתי משפט לענייני משפחה יוגשו לבית המשפט המחוזי, וידונו דרך כלל לפני שופט אחד; למעט ערעורים על פסקי דין **בענייני אבהות, אמהות**, אימוץ, זכויות משמורת והחזרת קטין חטוף – שידונו לפני שלושה שופטים.

וכו'.

ישנם שני דפוסים עיקריים של קבוצות משפחה: א. בתי-אב ב. משפחה "גרעינית".

במישור אחר קיים שוני במספר בני-הזוג כדלקמן:

א. פוליגמיה – דפוס משפחה, הכולל יותר משני בני-זוג, והמתפצל ל:

1. פוליגיניה – משפחה הכוללת יותר מאשה אחת לבן-זוג.

2. פוליאנדריה – משפחה הכוללת יותר מגבר אחד לבת-זוג.

ב. מונוגמיה – דפוס משפחה הכולל גבר אחד ואשה אחת.

הדפוס המונוגמי הוא הרווח ביותר, ביחוד בעולם המודרני; ואילו הדפוס הנדיר ביותר הוא הפוליגמיה מסוג הפוליאנדריה. נדירות הפוליאנדריה נובעת, לבד מסיבות של התייחסות חברתית מועדפת לגבר בתקופות שונות, גם מסיבות "מעשיות" של קושי רב ביחוס האבהות על ילד מסוים לאחד מבין אלה, הידועים כבני-זוג של האשה; ונראה כי נודעת חשיבות רבה הן לבן והן לאב לידע על מי הם מתייחסים, ולמי יהא בהם המשך.

ואולם דרכי החיים מלמדות אותנו, כי לא רק בדפוס הפוליאנדריה מתעוררת בעיה של הוכחת אבהות, והסיבה לכך – פשוטה: אין קשר הכרחי בין קיום התא המשפחתי לבין הולדת ילדים. ישנם ילדים, הנולדים לאשה נשואה מאדם זר לתא המשפחתי שלה, אדם שלעתים הוא נשוי ולעתים פנוי; וישנם ילדים, הנולדים לאשה פנויה, מאדם זר לה מבחינה משפחתית, שלעתים הוא נשוי לאשה אחרת ולעתים הוא פנוי.

בכל המקרים האלה, ובהנחה שיש מקום לסבור, כי האם קיימה יחסי אישות עם יותר מאדם אחד בזמן הרלבנטי להתעברותה – מתעוררת בעיה של הוכחת אבהות.

עם התפתחות המדע והכרת המשפט במנגנוני ההפריה החוץ גופית, באפשרות לתרומות זרע לכל דורשת (פנויה), ובאפשרות לפונדקאות – עולה שאלת זהות האב הביולוגי גם באלה, אך לא נרחיב בכך.

נקדים ונאמר, כי באמרנו אבהות – הרי כוונתנו להורות, ואין להוציא מכלל זה אמהות, אלא שמטבע הדברים אין קושי רב להוכיח אמהות, שהרי האם היא זו שברחמה מתפתח העובר, ומגופה נולד לאויר העולם. אולם במקרה של קיום יחסי-אישות עם יותר מגבר

אחד, בזמן הרלבנטי להתעברות, אין לדעת מי הוא האב, בהיות הפריית הביצית ברחמה של האם ארוע הנעלם מעין כל, וזה הוא מותר האמהות על האבהות: שאמהות היא עניין של עובדה, ואבהות – עניין של דעה, של יחוס, כמאמר הכלל הרומי:³

Mater semper certa est,

Pater est quem nuptiae demonstrant

עם זאת קיימת בעייתיות גם בשאלה של הוכחת אמהות, כגון במקרה שישנה טענה של החלפת תינוקות בבית החולים, או בכל מקרה אחר, בו קיים ספק, האם ילד מסוים נולד מאשה זו או אחרת.

עם התפתחות המדע נוצרו דילמות נוספות בקביעת האמהות: במקרה של תרומת ביצית, נמצא כי שתי נשים אחראיות להיוולדו של הילד – האחת במתן המטען הגנטי, והשנייה, הנושאת אותו ברחמה במהלך ההריון, והיולדת אותו לאוויר העולם. מי היא האם במקרה כזה? ומי האם במקרה של פונדקאות? גם בנושאים אלה לא נרחיב בחיבור זה.

יורשה לנו לצטט את "עובדותיו" של אחד המשפטים הראשונים בהסטוריה, המשפט של החכם מכל אדם – משפט שלמה:⁴

"אז תבאנה שתיים נשים זונות אל המלך ותעמדנה לפניו. ותאמר האשה האחת: בי אדני אני והאשה הזאת יושבות בבית אחד, ואלד עמה בבית. ויהי ביום השלישי ללדתי ותלד גם האשה הזאת ואנחנו יחדיו אין זר אתנו בבית זולתי שתיים אנחנו בבית. וימת בן האשה הזאת לילה אשר שכבה עליו, ותקם בתוך הלילה ותקח את בני מאצלי ואמתך ישנה, ותשכיבהו בחיקה, ואת בנה המת השכיבה בחיקי. ואקם בבוקר להיניק את בני והנה מת, ואתבונן אליו בבוקר והנה לא-היה בני אשר ילדתי. ותאמר האשה האחרת לא, כי בני החי ובנך המת, וזאת אומרת לא כי בנך המת ובני החי, ותדברנה לפני המלך."

³ Paulus, *Digesta*, 2; 4; 5.

⁴ מלכים א, ג, 16-22.

ופסק הדין של המלך שלמה – ידוע, והרי לנו משפט בעניין של הוכחת אמהות,⁵ ואולי לא לשוא מובאים פרטיו באריכות יחסית במקרא; ואולי לא לשוא מודגשת חכמתו של שלמה המלך דווקא בבעיה כה קשה – למען דעת, כי הסוגיה נוגעת לאשיות החברה, כי היא בעיה אנושית חברתית חשובה ביותר, וכי פתרונה כרוך בקושי כה רב, שרק החכם מכל אדם יכול לו.⁶

מדוע נחוצה כל כך הידיעה מי הוא אביו של ילד פלוני, ומי הם המעוניינים בתשובה?

א. הילד מעוניין לדעת מי הוא אביו מולידו וזאת למן הבחינה הנפשית-רגשית; דרך רצונו לדעת על מי הוא מתייחס – מהי שושלת היוחסין שלו, מהו מעמדו האישי ומי אמור לחנכו; וכן חשיבות הדבר לגבי מצב בריאותו, וטיב הגנים אותם ירש; ועד לשאלה מי אמור לתמוך בו מבחינה כלכלית, ולהוריש לו מנכסיו לאחר מותו.

מאז יצאה מהדורה ראשונה של ספר זה לאור נחקקו במדינת ישראל חוקי היסוד, לרבות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ובמקביל לכך צרפה מדינת ישראל את מחויבותה לאמנה לזכויות הילד.⁷ התפתחויות אלה העניקו רבדים נוספים לאינטרסים של הקטין, ונקודות מבט נוספות למהותו של עקרון טובת הילד.

ב. האם מעוניינת לדעת מי הוא אבי-בנה, שחובה עליו לעזור לה בחינוכו ובמילוי צרכיו.

ג. המשפחה והקהילה מעוניינות לדעת שושלת יוחסיו של הילד ומעמדו האישי; ובנופלו לנטל כלכלי על הציבור – זכותו של האחרון לדעת מי אמור לזון ולכלכל ילד זה.

⁵ ב-תמ"ש (ת"א-יפו) 76760/01 ס"נ (קטינה) ע"י אמה ואפוטרופסוטה הטבעית, י"ס נ' כ' (ש') א., תק-מש 2004(3) 353, סוף פס' 84 (2004), מעיר כב' השופט י' גרניט כי: "אני סבור כי משפט שלמה היה מתנהל באותו אופן גם אם שני אבות היו הניצים".

⁶ וזאת בכל הכבוד ובלי לזלזל, חלילה, בשופטים מאוחרים יותר, ובכללם שופטים בני דורנו; ואולם, כפי שנדגים בהמשך, פסקי דין שגויים לא-מעטים יצאו תחת קולמוסם של השופטים בסוגיה קשה זו של הוכחת אבהות.

⁷ האמנה לזכויות הילד נכרתה ביום 20.11.89, אושרה ע"י ישראל ביום 4.8.91 ונכנסה לתוקף בישראל, ביום 2.11.91, כתבי אמנה 1038, כרך 31, 221.

ד. **"האב"** – דהיינו גבר פלוני עשוי להיות מעוניין להוכיח, כי ילד מסוים שלו הוא, ולא של אחר כפי שנהגו לסבור עד אז; או להוכיח, כי ילד מסוים שנחשב כבנו – אינו אלא בנו של אדם אחר. קרי, מול האינטרס של האב האמיתי להיות הורה, קיים האינטרס של האב-הנטען שלא להיות הורה.

ה. **האינטרס הציבורי** – מוקנית חשיבות לרישום פרטים אמיתיים בתעודות ובמסמכים הרשמיים של הקטין; זאת הן עקב החשש לפגיעה באיסור העריות, והן מנקודת המבט הגנטית-ביולוגית. רישום פרטים הנוגעים לקטין, באופן שמתעלם מראיות מדעיות – יש בו כדי פגיעה באינטרס הציבורי למנהל תקין.

ו. ולבסוף, מעל כל אלה, ובצידם, ניצב האינטרס הבסיסי של **חקר האמת**, אינטרס מוסרי, שמטרתו היא לקדם או למצער להתקרב לעשיית הצדק.

ברקע הדברים חשוב מאוד להדגיש, כי דתו של הילד, מעמדו החוקי והסטאטוס שלו תלויים, בכל מדינות העולם, במידה זו או אחרת, במעמדם של הוריו ובסטאטוס שלהם. במדינות רבות בעולם הנאור מוכר הסטאטוס של ילד בלתי-לגיטימי (Illegitimate child) דהיינו: ילד שנולד מחוץ למסגרת הנישואין, בין אם נולד לפנויה ובין אם נולד לאשה נשואה שלא-מבעלה, ומעמדו נחות ויוצא דופן מזה של ילד לגיטימי. במדינות ה-Common Law, באין חוק ספציפי בעניין אבהות – חל על ילד כזה הכלל העתיק הידוע בשם *filius nullius*⁸ – "בנו של אף אחד", המונע מהילד זכויות כלפי אביו, ובמידה מסוימת, בעיקר בענייני ירושה, גם כלפי אמו ושאר בני המשפחה, והילד הופך להיות לנטל על הציבור.⁹

⁸ פנחס שיפמן, **דיני המשפחה בישראל**, המכון למחקרי חקיקה, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, התשמ"ד-1984, 112.

S.M. Cretney, **Principles of Family Law**, 4th ed., Sweet & Maxwell, 1984, p. 593.

⁹ עיין בהרחבה על שלושת ראשי ההפליה החלים על ילד בלתי-לגיטימי, Cretney, *ibid*, pp. 604-605, ועיין עמ' 33 להלן.

גם המשפט הרומי שלל את הקשר המשפטי בין הילד שנולד מחוץ לנישואין לבין אביו.¹⁰

בהלכה היהודית לא קיים מעמד של ילד בלתי-לגיטימי, וליד הנולד לאשה מחוץ למסגרת הנישואין יש מלוא הזכויות כלפי אביו, לרבות הזכות למזונות ולירושה; והדבר אמור הן בילד שנולד לפנויה והן בילד שנולד לאשה נשואה שלא מבעלה. ואולם האחרון, למרות שאינו חסר דבר מבחינת חיובי אביו אליו, הריהו "ממזר", שנולד לאשה נשואה שלא מבעלה, שחיי אישות ביניהם הם בבחינת ערוה מן התורה, והם חייבי כריתות או מיתה על פי דין תורה. ילד כזה אסור לבוא בקהל השם למשך עשרה דורות, ונישואיו מותרים רק לממזר או לנכרי שהתגייר, שגם הוא אינו בבחינת קהל השם, ואין לו יחוס, כאמור.¹¹

מי הוא ממזר? שתי הגדרות נותנת המשנה למושג זה: במסכת **יבמות**¹² מחלוקת: "איזהו ממזר: כל שאר-בשר שהוא בלא-יבוא, דברי רבי עקיבא. שמעון התמני אומר: כל שחייבין עליו בידי שמיים והלכה כדבריו. ור' יהושע אומר כל שחייבין עליו מיתה בית דין ...". במסכת **קדושין**¹³ נקבע: "כל מי שאין לה עליו קדושין, אבל יש לה על אחרים קדושין – הולד ממזר".

הגדרה אחרונה זו קבעה את ההלכה שלא כרבי עקיבא. ממזר הוא אפוא¹⁴ בן או בת להורים יהודיים, שנולד מתוך עבירה על איסור ערוה שחל על הוריו מן התורה, ואשר העונש על העבירה הוא כרת או מיתה בית דין (חוץ מן הבא על הנידה). וכיוון שלא די בכך שאין לה קדושין על הבועל אלא צריך גם שיהיו לה קדושין על אחרים – הרי ילד הבא בנסיבות כאלה מן הנכרי או מן הנכריה – אינו ממזר, משום שלנכרי אין קדושין על אחת

¹⁰ F. Jolowicz, **Roman Foundations of Modern Law**, At the Clarendon Press, Oxford, 1957, pp. 183-210.

¹¹ לגבי אדם שהתגייר, או ילד הנולד לאשה יהודיה אך לאב שאינו יהודי, נקבע כי בנם "אין לו יחוס", קרי, אין לו קרבה משפחתית מהצד שאינו יהודי מלידה. על פי תפיסת היהדות, המגויר מושווה למי שנולד מחדש עם גיורו, ובכך הוא בנו של אברהם אבינו ומבחינה הלכתית באפשרותו לשאת את אמו מולידתו, מבלי שהמעשה יחשב לגילוי עריות (משנה תורה, ספר קדושה, הלכות איסור ביאה, פרק יד הלכה יא-יב).

¹² יבמות, דף מ"ט, ע"א.

¹³ קידושין, דף ס"ו, ע"ב.

¹⁴ כפי שמצאנו בספרו של הרב יצחק בר-דע, **משפט והלכה**, הוצאת המחבר, רמת-גן (תש"ד).

מישראל; וכאמור, ילד הבא מן הפנויה – אף הוא אינו ממזר, בהנחה שאילו רצו בני-הזוג להינשא, יכלו לעשות זאת בהיתר. ממזר הוא גם מי שנולד להורים ממזרים או שאחד מהם ממזר,¹⁵ שכן בישראל הולך הולד אחר הפגום.¹⁶

הפסול ימשך עשרה דורות, כמאמר הפסוק:

”לא יבוא ממזר בקהל ה’, גם דור עשירי לא יבוא בקהל ה’.”¹⁷

משמעות האיסור היא, כי אסור לבן או לבת ישראל לשאת ממזרת או ממזר,¹⁸ וכך גם לגבי ילדי ממזרים, נכדיהם, בני ונכדי נכדיהם, וכך הלאה – עד דור עשירי.

הנימוק לכך נעוץ ברצון להרתיע ולמנוע תופעה של ”גילוי עריות”, אחד האיסורים החמורים בעולמה של היהדות, ובין שלושת הדברים עליהם נאמר ”ייהרג ובל יעבור”,¹⁹ וכן, על מנת לשמור על קדושת המשפחה ותא הנישואין. מעבר לאיסור הנישואין האמור, אין הממזר נבדל בזכויותיו מכל יהודי, ש”ממזר – תלמיד חכם, וכהן גדול – עם הארץ, ממזר תלמיד חכם קודם לכהן גדול עם הארץ.”²⁰

¹⁵ רמב”ם, איסורי ביאה, פרק טו, הלכה ז’; קידושין, דף ס”ז, ע”א.

¹⁶ ”הלך אחרי פסולו” – קידושין, דף ס”ט, ע”א.

¹⁷ דברים, כג, 3.

¹⁸ קידושין, דף ס”ט, ע”א; ב”צ שרשבסקי, **דיני משפחה** (מהדורה רביעית, 1993) 354.

¹⁹ סנהדרין, דף ד’, ע”א.

²⁰ מסכת הוריות דף ג’, ח’; טור יורה-דעה, סעיף רמו.

כשרותו הכללית של הממזר, בפן האזרחי שלה – בוטאה ב-תמ”ש (ת”א-יפו) 76760/01 **ס”נ (קטינה) ע”י אמה ואפוטרופסוטה הטבעית, י”ס נ’ כ’ (ש’) א.**, תק-מש 2004 (3) 353 (פס’ 81 לפסק הדין), על ידי כב’ השופט י’ גרניט (2004) כך:

”סעיף 1 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ”ב-1962 קובע: ”1. כל אדם כשר לזכויות ולחובות מגמר לידתו ועד מותו”. לפיכך, גם אדם, שבית-הדין הרבני קבע כי הוא ממזר, הינו אדם כשר לכל הזכויות ולכל החובות, כמו כל אדם שלא מומזר. לכן, השימוש במונח ”כשרות” או ”פגם בכשרות”... אינו במקומו. אין לערבב את הכשרות לפי דין התורה עם הכשרות האזרחית על-פי המשפט החל במדינת ישראל.”

שאר הבנים כשרים – כשידוע מי ההורים. כשההורים אינה ידועה – הרי הילד הוא אסופי; וכשהאב אינו ידוע – הילד הוא שתוקי.

בלשון המשנה:²¹

”שתוקי – כל שהוא מכיר את אמו ואינו מכיר את אביו, אסופי – כל שנאסף מן השוק ואינו מכיר לא את אביו ולא את אמו. אבא שאול היה קורא לשתוקי בדוקי.”

ופירש ר”ע מברטנורא:

”שתוקי, כל שהוא מכיר את אמו: שקורא ‘אבא’ ואמו משתיקתו ויש אומרים: על שום מה קרוי הוא שתוקי, על שום שאנוס הוא לשתוק כל אימת שנשאל הוא אודות אביו שהרי אינו יודע מי הוא.”

גם הרמב”ם²² מגדיר את השתוקי באופן דומה:

”וזה הוא הנקרא שתוקי, שמכיר את אמו ואינו מכיר את אביו ודאי.”

יצויין כי להלכה, כאשר ידוע שהאם כשרה, קיימות שתי דרכים להתיר אדם מהגדרת ”שתוקי”:²³

א. כשהאם אומרת כי אבי הילד כשר לבוא בקהל (לעניין זה יש מחלוקת האם ניתן להאמין לאם כשהיא עצמה חשודה על הפסולים).

ב. כשהאם התעברה במקום שיש ”תרי רובי”²⁴ כשרים אצלה, קרי כשהיתה עם גבר קבוע, או שהתעברה מאדם שבנו או בתו כשרים לקהל או לכהונה.

²¹ קידושין, דף ס”ט, ע”א.

²² רמב”ם, ספר קדושה, הלכות איסורי ביאה, פרק ט”ו, הלכה י”ב.

²³ הרב נחום גורטל, ”שתוקי ואסופי בזמן הזה” שורת הדין, מאמרים ופסקים כרך ה מכון ”שער המשפט” (ירושלים התשנ”ט), לה.

עיינן עוד בעניין שתוקי בכלל, ובהקשר להזרעה מלאכותית בפרט: מ’ ויגודה, ”אשה כי תזריע – מעמד מי שנולד מבנק זרע”, פרשת השבוע, תזריע-מצורע, תשס”ז, גיליון מס’ 282, משרד המשפטים – מכללת ”שערי משפט”.

²⁴ הכלל ההלכתי של ”תרי רובי” – רוב כפול, שהוא בר שכונוע במקרה הצורך.

אם יש ספק שמא אחד ההורים ממזר – יהיה הילד ספק ממזר; ובמקרים שהאם אומרת כי נבעלה לכשר – יטוהר הולד מפסול הממזרות.

בעוד ממזר-ודאי רשאי לשאת לאשה רק ממזרת-ודאית או גיורת, הרי שמצבם של הספק-ממזר, השתוקי והאסופי גרוע יותר, אסור להם לשאת בת-ישראל כשרה; גם ממזרת-ודאית אסורה להם, כי היא מותרת רק לממזר-ודאי; ושתוקית או ספק ממזרת אסורה להם – שמא היא כשרה.²⁵

לשון אחר: המושג הרווח בעולם והקרוי "ילד בלתי-לגיטימי" אינו מצוי בהלכה היהודית ככזה, וילד הנולד מחוץ לנישואין הוא ילד כשר לחלוטין, הן מבחינת הסטאטוס שלו והן מבחינת חיובי הוריו כלפיו. ה"ממזר" הוא מושג מצומצם מאוד, כפי שראינו, והנפקות של הכרזת ילד כממזר אין לה ולא כלום עם חיובים בין-אישיים בינו לבין הוריו, אלא לעניין מעמדו בחברה היהודית בלבד.

ואולם, כפי שנראה להלן, מעמדו של הילד הבלתי-לגיטימי בעולם שפר עד מאוד במרוצת השנים, וזאת הן עקב שינוי יחס החברה אליו וירידת הסטיגמה החברתית השלילית, והן עקב שינויי חקיקה, המיטיבים עמו במישור זכויותיו הכלכליות. עם זאת בדיני ישראל נשאר היחס ל"ממזר" ללא שינוי; ואולי יש מקום לשוני בהתייחסות המשפטית שבהוכחת האבהות לגבי שני אלה.

בהלכה היהודית ישנה נפקות נוספת למיהות האב לעניין יחוס על גזע כהן, לוי או ישראל. בעניין היחוס הולכים הבנים אחר האב, שנאמר: "למשפחתם לבית אבתם".²⁶ לפיכך כהן שנשא לוויה או ישראלית – הבנים כהנים. היו הקדושין בעבירה, הולך הולד אחרי הפגום. ממילא אם האם היתה פסולה לכהונה ונישאה לכהן – פסול אף הולד לכהונה (ונקרא חלל); ואם האם או האב ממזרים ובן הזוג השני ישראל – הולד ממזר, שנאמר: "לא-יבא ממזר בקהל ה', גם דור עשירי לא-יבא לו..."²⁷ לעניין היות הילד בן של גר אין נפקות

²⁵ רמב"ם, איסורי-ביאה, פרק ט"ו, הלכה י"ב. ראה גם פנחס שיפמן, **ספק קידושין במשפט הישראלי**, המכון למחקרי חקיקה ומשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, 95.

²⁶ במדבר, א, 2. ועיין עוד לעניין יחוס אבהות – עמ' 30 להלן.

²⁷ דברים, כג, 3.

מעשית, כי לגבי ילד שרק אחד מהוריו יהודי, קובעת ההלכה, כי "הוולד כמותה", דהיינו לפי יחוס האם. מכאן, שאם האם יהודיה – הולד יהודי, ואם היא נכריה – הולד נכרי; ובשני המקרים אין למוליד, על פי ההלכה, כל מעמד משפטי כלפי הילד.²⁸ היחוס המשפחתי הוא אפוא על פי האב, והמעמד ה"לאומי" – על פי האם.

מבחינת סיווג משפטי הנושא של הוכחת אבהות הוא מתחום דיני הראיות. אולם, כפי שכבר רמזנו, וכפי שנראה בהרחבה להלן, בדיני הראיות הרגילים אין די בדרך כלל, עקב היות הקשר שבעטיו נוצרה האבהות עניין שבצנעת הפרט; ולא זו בלבד אלא שבניגוד לשאלה אם קוימו יחסי-אישות או לא, שאותה יודעים לפחות שני הצדדים הנוגעים בדבר, הרי כאן, במקרים בהם קיימה האם יחסי-אישות עם אדם נוסף, אזי אף היא והנטען-להיות-אב עצמם אינם משוכנעים מי הוא האב האמיתי.

עקב בעייתיות זו ולאור חשיבותה הרבה של הוכחת האבהות וחשיבות קיום התא המשפחתי, קבעו שיטות משפט שונות בעבר חזקות וכללים למקרים בהם לא ניתן להוכיח את האבהות באופן אחר, כשההגיון העומד מאחורי קביעות אלה הוא אותו כלל רומי שציטטנו לעיל,²⁹ דהיינו: אמהות היא עניין של עובדה, ואילו אבהות שאלה של יחוס, ויש בה מקום לחזקות – כשהחזקה שנולדה מכלל זה היא: "בעל-האם הוא אבי-הילד", ותקרא להלן: "חזקת הלגיטימיות".

כלל רומי זה מופיע כבר בהלכה היהודית. **במסכת נזיר**³⁰ נמצא כתוב:

"... דאי כתב אביו הוה אמינא היינו טעמא דלא מיטמא ליה משום דחזקה בעלמא היא, אבל אמו ודאי ילדתיה..."

והחזקה שנולדה מכלל זה הריהי: "רוב בעילות אחר הבעל",³¹ והיא המקבילה שלנו ל"חזקת הלגיטימיות" בעולם המערבי, כשהדבר אמור באשה נשואה.

²⁸ ב"צ שרשבסקי, **דיני משפחה** (מהד' שלישית, הוצאת ראובן מס, ירושלים, התשמ"ד-1993), 465.

²⁹ Paulus, *Digesta*, 2; 4; 5.

³⁰ נזיר, דף מ"ט, ע"א.

³¹ חולין, דף י"א, ע"ב.

יש להדגיש, כי מרגע שדיני הראיות, הפרוצסואליים, נעזרים בחזקה משפטית כדי להוכיח דבר-מה, הרי מוחלים הם מייחודם לטובת הדין המהותי במידה זו או אחרת, כשהדבר תלוי באופי החזקה (אם היא חזקה שבעובדה, חזקה משפטית הניתנת לסתירה או חזקה משפטית חלוטה – שאינה ניתנת לסתירה), ובגישתה של שיטת המשפט לסוגיה זו. ומכל מקום, אף אם נאמר, כי נשארים אנו במסגרת דיני הראיות – אין ספק, כי במקום שקיימת חזקה, כזאת הניתנת לסתירה, הרי היא הופכת את נטל ההוכחה על הנתבע, המעוניין לסתרה. לשון אחר: בהוכחת אבהות הנטל מצוי על מי שרוצה להוכיח, כי פלוני – אביו של אלמוני הוא; ואולם במקום שחלה חזקת הלגיטימיות, הקובעת כי בעל-האם הוא אבי-הילד, אזי אם חזקה זאת חלוטה – הרי היא בבחינת דין מהותי שיש להכריע על פיו; ואם חזקה זאת ניתנת לסתירה – הרי היא הופכת את נטל ההוכחה, והנתבע, דהיינו בעל-האם, הוא זה שצריך להוכיח, כי אין הוא האב, ובכך לסתור את החזקה.

חזקות אלה חלות רק כאשר מדובר באשה נשואה, ואילו במקרים של ילד שנולד לפנויה, אם כי גם כאן קיימים כללי-עזר, כגון ש"כשם שזינתה עם זה זינתה עם אחרים",³² או בלשון שיטות המשפט המערביות Exceptio plurium, הרי אין בנדון זה חזקות ההופכות את נטל הראיה, שנשאר – ואולי אף ביתר שאת – על הילד או על האם, הטוענים כי אדם מסוים הוא האב.

שוני זה בין האופן, בו ניתן להוכיח אבהות כאשר מדובר בבן מן הפנויה, לבין האופן בו יש לעשות זאת לגבי בן מן הנשואה, שאז חלה חזקת הלגיטימיות, מצוי בבסיסו של כל דיון בסוגיה של הוכחת אבהות. שוני, שפסקי דין, מאמרים ומחקרים לא מעטים, בעבר, לא היו ערים לו ולחשיבותו; וכפי שנראה בהמשך, כמעט בכל תת-נושא בחיבורנו זה תהא נפקות להבדל בין שני המצבים בקשר להוכחת האבהות.

לאחר שנסקור את שיטות המשפט ויחסן לקביעת אבהות באמצעות חזקות וכללים, נראה כיצד מתמודדות שיטות המשפט עם נושא הוכחת האבהות, כשנמצא מגוון רחב ביותר של גישות (אפילו בתוך כל שיטה משפטית) בנוגע לאופי ההליך – פלילי או אזרחי; בנוגע למידת ההוכחה; בנוגע לדרישת הסיוע; בנוגע לאפשרות לקבל פסק דין הצהרתי, הקובע אבהות ללא נפקות מעשית כלשהי וכיו"ב. כמו כן נראה הבדלים בתוך שיטות משפט

³² רמב"ם, יבום וחליצה, פרק ג', הלכה ד'.

מסוימות לגבי מידת ההוכחה כאשר זו נחוצה לצורך עניין רכושי לעומת ענייני מעמד אישי, יחסין או איסור והיתר. המצב המשפטי בסוגיה של הוכחת אבהות מורכב ביותר, וחוסר האחידות בולט, כשמחד גיסא, נראה הגמשה בידי הראיות הרגילים, ומאידך גיסא, החמרה קיצונית בהם; והכל אמור לגבי אלמנטים צדדיים לדרכי-ההוכחה עצמם – קרי: אופי-ההלך, מידת ההוכחה, הצורך בסיוע, סמכות השיפוט, התיישנות וכו'.

לגבי עצם דרכי ההוכחה נראה דרכים שונות ומגוונות, הבאות להוסיף ולסייע לעדויות הצדדים: הודאות הנתבע; משך ההריון; הוכחות בדבר העדר קרבה או חוסר פוריות; ראיות בדבר דמיון פיזיונומי, ובאופן מדעי יותר – השוואות מתחום האנתרופולוגיה; בדיקות פוליגרף ובדיקות דם למיניהן, לרבות: בדיקת רקמות, איזואנזימים ו-ד.נ.א.

דרכי הוכחה אלה והשתכללותן ההדרגתית של הבדיקות המדעיות במשך הזמן, גרמו להקהיית חודה של חזקת הלגיטימיות, שמלכתחילה לא היתה חזקה חלוטה, וחזר הדין להיות ראייתי – אולם בהבדל גדול אחד: ההוכחה, שהיתה בעבר קשה עד למאוד, ושבגין כך נאלץ הדין לגייס חזקות שתהיינה לעזר לו – הופכת להיות קלה, חד-משמעית ומהירה, ומעל לכל – נכונה בדרגה של קרוב מאוד לודאי. עד שלכאורה אין לנו צורך עוד בחזקות! אולם ראוי לזכור, שהחזקות נוצרו לא רק עקב הקושי שבהוכחת האבהות, אלא גם – ויש אומרים בעיקר – על מנת לשמור על התא המשפחתי ולהבטיח לילד לגיטימציה, תמיכה כלכלית, חינוך וביטחון נפשי.

אם כך, עולה השאלה בחינת: "אמת ויציב – מה עדיף?" בהנחה שקיים פתרון מדעי אמין לשאלה של הוכחת האבהות – האם יהא עדיין ערך כלשהו לחזקת הלגיטימיות? האם נעדיף את האמת, אף אם מרה תהא ותגרום להפיכת הילד לבלתי-לגיטימי, ובדיננו – לממזר, או שנעדיף את אי-גילויה של האמת, וזאת למען יציבות המשפחה וטובת הילד? והאם תמיד טובת הילד היא היותו לגיטימי? ואולי טוב לו יותר לדעת מי הוא אביו מולידו? ואולי שונה הדבר בין מדינות המערב, בהן פחתה הסטיגמה שרבעה על הילד הבלתי-לגיטימי, לבין מדינתנו, בה לא חל שינוי במעמדו של הממזר? ואולי בשנים האחרונות חל שנוי-מה במעמדו של הממזר ובהתייחסות החברה אליו? והאמנם נכון הדבר וראוי? גם לשאלות אלה נתייחס בהמשך, ונוסיף מבט רחב על האינטרסים השונים, שיש לשקול טרם החלטה בנושאים גורליים אלה.

כפי שנראה, תחום זה, שהיה בעבר תחום משפטי טהור, אשר כלל חזקות, הערכה של מהימנות עדים, דרישות לסיוע והבאת ראיות כדין – הפך אט אט לשאלה מדעית; והרי לנו תחום בו המשפט והמדע, שנשקו אהדדי כמעגלים משיקים, הפכו במשך הזמן להיות חופפים בחלקים מסוימים שלהם; והשאלה היא אם לעתיד לבא יהיו חופפים לחלוטין או לעולם תשאר למשפט דריסת רגל זו או אחרת בסוגיה החשובה של הוכחת האבהות.

מן הראוי לציין, כי מאז יצאה מהדורה ראשונה של ספר זה לאור, לפני שני עשורים, ניתן להצביע על מגמה גוברת והולכת, המכירה בזכותו של הילד לדעת את האמת אודות זהות אביו על אף החשש לממזורו. בזמנו הבענו דעה זו, שהיתה אז חריגה וראשונית, ולשמחתנו כי רבה, חילחלה היא במשך השנים בספרות ובפסיקה – תוך מציאת פתרונות לבעיות העוללות להיווצר, הכל כפי שנרחיב ונוסיף ונפרט במהדורה זו.

במהדורה זו הרחבנו עֶסוֹק ועדכנו את כל הנושאים שנדונו בקודמת, וכן הוספנו נושאים ופרקים חדשים, לרבות: בדיקת ה-ד.נ.א., הסמכות לצוות על עריכת הבדיקה המדעית כשהנטען לאבהות אינו בין החיים, הסרוב לבצע בדיקת רקמות, האינטרסים הנשקלים בהוכחת האבהות, השפעת חוקי היסוד, וניצני חקיקה.

שער ראשון:

**קביעת אבהות בשיטות
משפט שונות באמצעות
חזקות וכללים למיניהם**

פרק א': המצב בהלכה היהודית

1. ילד הנולד לאשה נשואה

ילד הנולד לאשה נשואה – חזקה עליו, שהוא של בעל אמו, כי הכלל הוא "רוב בעילות אחר הבעל".¹ יש הרואים עקרון זה כנובע מכח "רוב"; ויש הרואים אותו כמלמד על כוחה של "חזקה", כפי שמצאנו בדיון לגבי המקור לעובדה, שבמקרים מסוימים הולכים בתחום דיני הנפשות אחר הרוב **בתלמוד בבלי**:²

"רבי מרי אמר: אתיא ממכה אביו ואמו דאמר רחמנא קטליה וליחוש דלמא לאו אביו הוא אלא לאו משום דאמרין זיל בתר רובא **ורוב בעילות אחר הבעל**".

האמוראים **בתלמוד ירושלמי** מצאו באותו מקור את ההוכחה, כי בתחום דיני הנפשות הולכים לעתים אחר החזקה:³

"ומנין שהורגין על החזקות? ר' שמואל בריה דרבי יוסי בי ר' בון אמר: כתוב **'ומכה אביו ואמו מות יומת'**. וכי דבר ברי הוא שזה הוא אביו? והלא **חזקה היא שהוא אביו** ואת אמר הורגין."

בין כך ובין כך, חזקה היא, כי "רוב בעילות אחר הבעל". הכלל חל גם במקרים שיצא לאשה שם רע ומרננים שזנתה תחת בעלה, כפי שנמצא:⁴

¹ חולין, דף י"א, ע"ב.

² שם.

³ ירושלמי, קידושין, פרק ד', הלכה ח'.

⁴ תוספתא, יבמות, פרק יב; סוטה, דף כ"ז, ע"א; רמב"ם, איסורי ביאה, פרק טו, הלכה כ'; הטור אבן העזר, סימן ד'; שו"ע, אבן העזר, סימן ד', סעיף טו; בר"ע 13/66 **פלונית נ' פלוני**, פ"ד (2) 512, 516 (1966).

”אשה מזנה בניה כשרין רוב בעילות אחר הבעל.”

אולם לגבי אשה שהיתה ידועה כפרוצה ביותר – קיים ספק, אם הולד הוא של הבעל, שמא רוב בעילותיה מאחרים, והדבר נשאר ב”תיקו” בגמרא,⁵ ושנוי במחלוקת בין הפוסקים;⁶ אם כי נמצא פוסקים רבים, הסוברים כי גם במקרה כזה חלה החזקה.⁷

בראותנו חזקה כגון זו של ”רוב בעילות אחר הבעל”, הבנויה על אדני ההגיון, הנסיון והמציאות החברתיים – נשאלת השאלה, אם היא תעמוד לנצח, אם היא בבחינת חזקה חלוטה או שמא ניתן לסתור אותה בנסיבות מסוימות. והתשובה היא, כי החזקה ניתנת לסתירה על פי נסיבות העניין, כפי שנפרט להלן:⁸

חזקת הכשרות עומדת לילד, אם נולד תוך תקופה של פחות מעשרה חדשים מאז העדרו של הבעל; אם נולד לאחר תקופה רצופה של מעל שנים-עשר חודש מאז נעדר הבעל – הרי נסתרת החזקה והילד ממזר, כי נולד לאשה נשואה שלא מבעלה; אם נולד הילד בתקופת הביניים שבין עשרה לשנים-עשר חודש מאז נעדר הבעל – אזי ההנחה היא, כי הוא השתהה במעי אמו תקופה ארוכה מן הרגיל, ויש להכשירו על ידי החלת החזקה הנ”ל,⁹ אם כי יש הסוברים, שאין הולד משתהה במעי אמו מעל 271 יום, והדבר יוכרע על פי הנסיבות, דהיינו: אם העובדות מצביעות, כי מאז העדרותו של בעלה היה בהתנהגות האשה משום כיעור, וכי יש רגליים לחשש, שזנתה תחתיו – הרי אין עוד הכרח להסתמך על החזקה, המיוסדת גם על חזקת כשרות האשה וצדקתה.¹⁰

מכל מקום, אפילו חכמי ישראל, הסוברים כי יש שהולד שוהה במעי אמו עד י”ב חודש, משתמשים בחשש רחוק זה רק כדי להכשיר את הולד מפסול ממזרות, אך אינם עושים אותו יסוד לטענת אבהות במקרה של פנוי הבא על הפנויה.¹¹

⁵ סוטה, שם, שם.

⁶ **אנציקלופדיה תלמודית**, כרך א, ערך ”אב”, עמ’ ד’ והמקורות המובאים שם. ב”צ שרשבסקי, **דיני משפחה** (מהד’ שלישית, הוצאת ראובן מס, ירושלים, התשמ”ד), 457.

⁷ ב”צ שרשבסקי, **דיני משפחה**, שם, בעמ’ 458, והערה 4 שם.

⁸ ב”צ שרשבסקי, **דיני משפחה**, שם, בעמ’ 458 - 459, ועיין המקורות המובאים שם.

⁹ יבמות, דף פ’, ע”ב; רמ”א אבן העזר, סימן ד’, סעיף יד; ועיין תיק התשט”ו/771, פד”ר ב 254.

¹⁰ רמ”א שם, שם.

¹¹ כפי שמדגיש השופט מ’ זילברג ב-ע”א 407/60 **פלונית נ’ אלמוני**, פ”ד טו(1) 212, 219 (1960).

כנגד חזקה זו של "רוב בעילות אחר הבעל", קיימת נאמנות הבעל לכפור באבהותו על בן-אשתו, וזאת בתנאי שלא הוכח על ידי הודאתו או באמצעות עדים, כי קיים עמה יחסי-אישות בתקופה הרלבנטית לעיבורה. נאמנות זו נלמדת מן הפסוק: "כי את בן השנואה יכיר לתת לו פי שניים"¹², וידוע כדין "יכיר".

הפסוק הנ"ל עניינו בזכויות היתר, המגיעות לבן הבכור בירושת אביו, ובקביעה שאין לאב הרשות להפלות לרעה בן בכור, שנולד לו מאשה שנואה. "יכיר" – דהיינו יכירנו ביחס לבניו האחרים, והבן שהאב יכיר בו כבכור – הוא הבכור. ועל ידי כך נאמן האב לאמר על בנו הקטן שהוא הבכור,¹³ למרות שבזה הוא פוסל את הבן הגדול והופכו ממזר.¹⁴

תוקפו של פסוק זה מספר דברים רחב בצורה מרחיקת לכת, כשנאמנות האב לפסול את בנו קיימת בכל עת, בין ביחס לעובר ובין ביחס לבן מבוגר, וזאת בעיקר בענייני יחוס וירושה. לכאורה מרוקן דין "יכיר" את החזקה של "רוב בעילות אחר הבעל" מתכנה, שהרי הוא חל במקרים בהם לא נעדר הבעל מן הבית; ואם יכול הוא בכל מקרה לכפור באבהותו, הרי נמצאת החזקה – חלשה ביותר, אם בכלל קיימת.

אולם למעשה פורש דין "יכיר" עקב היותו חידוש, באופן מצומצם ביותר, ונקבעו לו **חריגים** רבים, שלהלן נמנה בקיצור נמרץ אחדים מהם:

1. אין לאב נאמנות לכפור באבהותו אם לבן יש כבר בנים, כי בכך הופך גם אותם לממזרים, ולכך לא האמינתו התורה.¹⁵

¹² דברים, כא, 17.

¹³ זו דעת ר' יהודה, שהלכה כמותו, במחלוקת התנאים, המובאת ב-בבא בתרא, קכ"ז, ע"ב. רמב"ם, נחלות, פרק ב', הלכה י"ד.

¹⁴ דעת ר' יהודה, שהלכה כמותו, במשנה, קידושין, דף ע"ח, ע"ב.

¹⁵ יבמות, דף מ"ז, ע"א; תיק השכ"ח/561, פד"ר ח 371, 383; תיק התשל"ו/3811ק, פד"ר יא 340, 348.

2. הכחשת האב צריכה להיות במפורש ולבא מתוך שכנוע עצמי ומתוך הכרה ודאית, כי הבן אינו שלו, ולא די בהטלת ספק באבהותו;¹⁶ ואם מסתבר, כי קיים יחסי-אישות עם אשתו, אז אין נפקא מינה אם היא קיימה גם עם אחרים, כי בכל אופן קיים ספק,¹⁷ שמא הבן שלו, ולא תעמוד לו טענת "יכיר". אף אם הבעל מסתמך בטענת "יכיר" על דברי אשתו ועל דברי אדם זר, ששניהם מודים, כי הבן – בנם המשותף הוא, לא תתקבל טענתו, כי היסוד לדברי האם והזר הוא השערות ואומדנות;¹⁸ אם כי קיימות דעות נחרצות פחות.¹⁹
3. אין הבעל נאמן אלא בדיבורו הראשון לגבי הילד; אך אם הוא הכיר בו בעבר כבנו, בין במפורש ובין על ידי התנהגות – נוצרה בזה בעיני הכל חזקת כשרות לטובת הילד מפי האב, ונטל ההוכחה יעבור לאב להוכיח את טענתו בעדים או לתת הסבר מתקבל על הדעת להכחשת אבהותו.²⁰
4. לא תתקבל הכחשת האבהות מפי הבעל, כשנטענה לראשונה כהגנה בפני תביעת מזונות כלפיו. שתיקתו הקודמת תעמוד נגדו כהודאה באבהותו, אלא אם יוכיח את הכחשתו. הדבר אמור גם לגבי עובר במעי אמו, דהיינו אף אם שתק לפני הולדתו – איננו נאמן.²¹

¹⁶ ב"צ שרשבסקי, **דיני משפחה** (מהד' שלישית, הוצאת ראובן מס, ירושלים, התשמ"ד), 456, ועיין המקורות המובאים שם; תיק התשי"ב/2419, התשי"ג/2567, פד"ר א 55, 62; תיק התשי"ד/1529, פד"ר א 230, 233; תיק התשט"ז/1755; 1198, פד"ר ב 119, 122; ערעור התשי"ז/20, פד"ר ג 97, 106; תיק התשכ"ח/561, פד"ר ח 371, עמ' 373; בר"ע 13/66 **פלונית נ' פלוני**, פ"ד כ(2) 512, 516 (1966).

¹⁷ מן הראוי לציין, כי במקרה כזה אי-אפשר לחייב את הבעל במזונות, כי אין להוציא ממון מפני הספק.

¹⁸ תיק התשט"ז/1755, 1198, פד"ר ב 119, 122.

¹⁹ ערעור התשי"ז/20, פד"ר ג 97, 106.

²⁰ תיק התשכ"ח/561, פד"ר ח 371, ע"ע 375-376 והמקורות המובאים שם; תיק התשל"ו/3811, פד"ר י"א 340 עמ' 347; ב"צ שרשבסקי, **דיני משפחה** (מהד' שלישית, הוצאת ראובן מס, ירושלים, התשמ"ד), 460-461 והערות 15-18 שם.

²¹ ב"צ שרשבסקי, **דיני משפחה**, שם, 461; תיק התשי"ג/218, פד"ר א 122, 124; מערעור התשי"ז/20, פד"ר ג 97, 100-103 עולה, כי קיימת מחלוקת פוסקים בשאלה זאת, ובית הדין שם פסק, שגם אם טענת "יכיר" נטענת לראשונה כהגנה בפני תביעה למזונות – יתכן שאין לדחותה מבחינה עקרונית.

אלה הן בקליפת אגוז הקטגוריות העיקריות, המצמצמות את דין "יכיר". וישנן דעות מיעוט לגבי קטגוריות אפשריות נוספות, הקובעות, למשל, כי:

5. כאשר האב הוא נוגע בדבר – לא יחול דין "יכיר", ועל כך קיימת מחלוקת פוסקים.²²
6. האב נאמן רק כשאומר: בני הוא וממזר הוא, כגון אם אמר שבא על אחת מהעריות, אך אינו נאמן כשאומר: אינו בני וממזר הוא, דהיינו באמרו שאשתו זנתה תחתיו עם אחר, והבן – של אותו אחר הוא.²³
7. דין "יכיר" חל רק כאשר אין האם מכחישה את דברי האב.²⁴

אנו רואים, אם כן, כי ההלכה היהודית חרדה מאוד לגורל הילד, בן האשה הנשואה, וחוששת מפני הטלת תוית-של-פסול בו, וכי החריגים לדין "יכיר" מרוקנים אותו למעשה מתוכנו,²⁵ ומחזירים אותנו לחזקת "רוב בעילות אחר הבעל",²⁶ בכפוף לאמור לעיל לגבי משך תקופת העיבור ביחס להעדרות הבעל, ובכפוף לדרכי הוכחה מאוחרות יותר, באמצעותן ניתן אולי לסתור את החזקה, כפי שנפרט בהמשך.

כפי שהדגשנו במבוא, אין בפסילת הילד כממזר משום פגיעה איזושהי במערכת זכויותיו וחובותיו כלפי הוריו הטבעיים, אלא יש בה כדי לשלול את זכותו "לבוא בקהל השם", כלומר לבוא בברית הנישואין, למעט עם ממזר כמותו או עם נכרי שהתגייר. בעניין זה יש קושי מוסרי, שאדם נושא בחטאם של הוריו, והמדרש מייחס את דברי קהלת:²⁷ "ושבתי

²² ועיין על כך בהרחבה תיק התשי"ג/218, שם; תיק התשי"ד/1529, פד"ר א 230; ערעור התשכ"ז/161, פד"ר ז 182.

²³ עיין המחלוקת והמקורות **אנציקלופדיה תלמודית**, כרך א, ערך "אב", עמ' ה והערות 67-68 שם; תיק התשכ"ח/561, פד"ר ח 371, 373.

²⁴ **אנציקלופדיה תלמודית**, כרך א, ערך "אב", עמ' ה, והערה 69 שם.

²⁵ מן הראוי לציין, כי דין "יכיר" מודגש ונדון בהרחבה בפסקי דין רבניים לא-מעטים. אולם לא מצאנו בהם, ולו אחד, שישם אותו הלכה למעשה, אלא תמיד נמצא חל חריג זה או אחר.

²⁶ יודגש שוב, כי דין "יכיר" ניתן רק למוחזק כאב, ומכך נובע:
א. יש ערך ומקום לדין זה רק כאשר קיימת חזקת "רוב בעילות אחר הבעל", מה שאין כך בפנוי ובפנויה.

ב. אדם זר אינו נאמן לאמר על ילד שהוא בנו ובכך לממזרו, אלא נאמן לצורך חיובו במזונות בלבד, וזאת גם אם-הילד מאשרת את דברי הזר.

²⁷ קהלת, ד, 1.

אני ואראה את כל העשוקים אשר נעשים תחת השמש, והנה דמעת העשוקים ואין להם מנחם... – כחלים על הממזרים, תוך ציפייה לתיקון המצב:²⁸

”ושבתי אני ואראה את כל העשוקים. דניאל חייטא פתר קרייה בממזרים והנה דמעת העשוקים – אבותם של אלו עוברי עבירות ואילן עלוביא מה אכפת להון? כך אביו של זה בא על הערווה זה מה חטא ומה אכפת לו... אמר הקב”ה עלי לנחמן לפי שבעולם הזה יש בהן פסולת אבל לעולם הבא... כולו דהב נקי.”

בעל המדרש רואה את הממזרים כעשוקים ועלובים, שלא חטאו ולא פשעו, הנענשים על חטאם של אחרים, של הוריהם – מולידיהם. גורל זה נקבע להם מכוחו של הדין, האוסר עליהם לבוא בקהל ישראל, אבל אין להם בכך משום נחמה. הקדוש ברוך הוא ינחם אותם – לעתיד לבוא הם ייטהרו, לא יהא בהם כל פסול, והם יהיו נקיים ויקרים כזהב טהור. אך נחמה זו אין בה כדי לתקן את מצבם עתה, ואולי אין היא אפילו בבחינת נחמה פורתא. בינתיים מתנגש הדין קשות עם תחושת העוול, עם אי הצדק שנגרם לילדים אלה; ומתוך כך, כנהוג בעולמה של הלכה, פיתחו חכמים שורה של כללים, הנחות, חזקות ופיקציות כדי לפתור את בעייתם של הילדים הממזרים, ולהחזירם לחיק אומתם. קשה למצוא דוגמה נוספת בעולמה של ההלכה למאמצים הבלתי נדלים, בהם נקטו חכמים, על מנת למנוע ממזור ילדים, ואפילו נתגלה בדיעבד פסול של ממזרות במשפחה לא הרחיקה מתוך סמכו על הכלל ש”משפחה שנטמעה – נטמעה”.²⁹

דרכים נוספות לפתור את בעיית הממזרות הן: **פסילת עדים מחללי שבת**,³⁰ **והפקעת נישואין**. **כב’ השופט מ’ זילברג**, שהרבה לכתוב בנושא בעיית הממזרות,³¹ הציע, בין השאר, תרופה משפטית לבעיה; לפיה, בעל שנודע לו שאשתו זנתה תחתיו והביאה לעולם ממזרים, ישלח לה גט על ידי שליח, ויבטל את הגט שלא בפני השליח. כך יופעל

²⁸ ויקרא רבה, פרק לב, פסוק ח (ועיין מתנות כהונה, שם) ובשינויי נוסח מסוימים: קהלת רבתי, ד’ ג.

²⁹ קידושין, דף ע”א, ורש”י שם; רמ”א, אבן העזר, סימן ב’, סעיף ה’. ע”א 548/78 **שרון ואח’ נ’ לוי**, פ”ד לה (1) 736, 748-749 (1980), והמקורות המובאים שם מפי כב’ השופט מ’ אלון.

³⁰ ר’ א’ רוזן-צבי, **דיני המשפחה בישראל בין קודש לחול** (הוצאת פפירוס 1996), 296.

³¹ משה זילברג, ”באין כאחד, אסופת דברים שבהגות, בהלכה ובמשפט”, **כתבי משה זילברג** (תשנ”ח), 235-276.

כלל משפטי תלמודי-הלכתי, הקובע שבעל שמינה שליח למסירת גט, ואחר כך ביטל את הגט, שלא בפניו, חכמים, בדלית בריה, מפקיעים את הקידושין של אותו בעל על מי שהיתה כביכול אשתו, ומבטלים בדיעבד את הקידושין ואת הנישואין. עם ההפקעה האשה נעשית "פנויה למפרע", והילדים שנולדו ממזרים – הופכים כשרים.

יצויין כי ככלל קיים חשש גדול מאוד של דייני בית הדין בכל הקשור להפקעת נישואים, שמא הנישואים תקפים באופן מסוים, וילדי האשה יהפכו ממזרים, על כן השימוש באפשרות זו נשמר רק למקרים בהם ממילא מדובר בממזרות, ונדחה על ידי בית הדין הרבני במקרים אחרים, כגון מסורבות גט וכו'.

וכאן נשאלת במלוא עצמתה השאלה החשובה: כפי שראינו, היו מאז ומעולם אפשרויות ודרכים לסתור את חזקת "רוב בעילות אחר הבעל", ומעולם לא היתה חזקה זו חלוטה; ואם כך – מה צריכה להיות המדיניות בנושא זה? האם ננסה להגן על הילד בכל דרך אפשרית כדי לא להוציא לאור את האמת, שמא מרה-היא-לו ותגרור בגילוייה את ממזורו? או שנאמר כפי שאמר **כב' השופט מ' זילברג**:³²

"... ודאי! צרתו של הילד המסכן נוגעת עד הלב. הוא ודאי עשוק, אבל מניעת עושק זה אינה צריכה להוליד עושק אחר, והוא ייחוס האבהות החוקית למי שאיננו אביו..."

כלומר ראיית בעל-האם, שכן זר נכפה עליו, כעשוק וכסובל מאי הוצאת האמת לאור; ומכל מקום נראה, כי בדרך כלל גם לילד עדיף לדעת מי הוא אביו באמת מכל הבחינות האפשריות.

הצגנו כאן את הבעיה כיוון שקשורה היא לְבְנָה של האשה הנשואה על פי המשפט העברי ולחזקה של רוב בעילות אחר הבעל. דיון מורחב לגביה ונסיון להגיע לפתרון – יתקיימו בהמשך.

³² ע"א 407/60 פלוגית נ' אלמוני, פ"ד טו 212, 220 (1961). ועיין עמ' 87, 1-374 להלן.

2. ילד הנולד לארוסה

לגבי ארוסה לא חלה החזקה של "רוב בעילות אחר הבעל", ועם זאת הרי היא אסורה לכל העולם כאשר איש, וההלכה לגביה היא: ארוסה שנתעברה בבית אביה – אם היא אומרת בפירוש, כי הילד הוא מארוסה, והוא אינו מכחיש – הרי הוא בחזקת אבי הילד;³³ אולם אם הארוס מכחיש כי הוא אבי הילד – הרי הילד הוא ממזר ודאי.³⁴ אם אין אפשרות לשאול את הארוסה, או שאינה יודעת מי הוא האב – אזי הילד הוא ספק ממזר.³⁵ במקרה בו ידוע, כי חיתה חיי אישות עם הארוס ולא יצא עליה קול שזינתה עם אחרים – הרי חזקה, שהילד בנו של הארוס, אפילו ללא אמירתה.³⁶ במקרה שיצא עליה קול שזינתה עם אחרים, קיימת מחלוקת, אם הילד ספק ממזר או שהוא "שתוקי", השואל את אמו מי אביו, וזו משתיקתו – ואז נאמנת האשה לאמר, כי הוא מן הארוס. אם הארוסה אומרת על בנה כי הוא ממזר והארוס אומר כי בנו הוא – נאמן הארוס.³⁷

3. ילד הנולד לפנויה

לגבי ילד הנולד לפנויה אין חזקה בדומה ל"רוב בעילות אחר הבעל", באין למי לייחס חזקה כזו, ונהפוך הוא: כנגד הפנויה עומדת חזקה, ש"כשם שזינתה עם זה כך זינתה עם אחרים",³⁸ ועל כן מי שנטען על ידה להיות אבי הילד (Putative-father ולהלן: האב-הנטען) – אינו חייב להכחיש במפורש את אבהותו. ויש אומרים, שאפילו אומרת היא שהולד מפלוני, ואותו פלוני מודה – אין הילד בחזקת בנו ודאי, אלא ספק בנו בלבד, שחוששים שזינתה,³⁹ וזאת אפילו כשאין עליה ריגון מאחרים; ויש אומרים, שאם אין

³³ כתובות, דף י"ג, ע"ב; דף י"ד, ע"א; רמב"ם, איסורי ביאה, פרק טו, הלכה ז'. המדובר בארוסה אחרי קידושין, על פי ההלכה.

³⁴ רמב"ם, שם, שם.

³⁵ שו"ע, אבן העזר, סימן ד', סעיף כ"ז.

³⁶ עיין בהרחבה **אנציקלופדיה תלמודית**, כרך א, ערך "אב", עמ' ד והמקורות המובאים שם.

³⁷ שם, שם, שם. עיין מחלוקת פוסקים בעניין זכות הילד לרשת את הארוס, ערעור התשט"ז/125, פד"ר ג 194.

³⁸ עיין רמב"ם יבום וחליצה, פרק ג', הלכה ד', וכן: ע"א 268/72 **פלוני נ' אלמונית בתור אפוטרופא טבעית של בנה ועשכ"נ**, פ"ד כז(1) 541, דברי כב' השופט י' קיסטר (1973).

³⁹ רמב"ם, יבום וחליצה, פרק ג', הלכה ד' שו"ע, אבן העזר, סימן ד', סעיף כ"ו.

עליה רינון וידוע שקיימה יחסי אישות רק עם אדם אחד – הרי הוא בחזקת אביו ודאי.⁴⁰

במלים אחרות: ישנה כאן חזקה מסוימת נגד הפנויה ויקשה עליה להוכיח מי האב. כפי שנראה, תלוי הדבר בנפקות ההוכחה: איסור והיתר, ענייני יחסין וענייני ממונות, כשבתחום דיני הממונות עצמו נמצא כללים שונים כאשר מדובר במזונות או בירושה. מזה נובע, כי קיימת אפשרות להכיר באדם כאב לעניין מסוים, ולעניין אחר – לא להכיר באבותו.⁴¹

לא נרחיב את הדיבור בעניין זה כאן. נעיר רק בקיצור נמרץ, כי כשהנפקות היא של **איסור והיתר** – דרושה הוכחה ודאית של אבהות, שכן אין להוציא איסור מפני הספק,⁴² ולשם כך לא די בהודאת האב, לא כל שכן בדברי האם, אלא יש להוכיח ממש, כי לא יתכן שהאם נתעברה מאדם אחר.

לעניין **מזונות** די בהודאת האב-הנטען כדי לחייבו במזונות,⁴³ משום שבענייני ממונות "הודאת בעל דין כמאה עדים דמי", ומצאנו במקורות שלעיתים קובעים אבהות לעניין מזונות אף אם קיים החשש ש"כשם שזינתה עם זה כך זינתה עם אחרים", ובעיקר כאשר קיימת התנהגות מסוימת מצד האב-הנטען, המצביעה על כך שהוא אביו של הילד, או אומדנות חזקות אחרות.⁴⁴

⁴⁰ **אנציקלופדיה תלמודית**, כרך א, ערך "אב", עמ' ד, והמקורות המובאים שם בסמוך להערה 56.

⁴¹ עיין ניתוח מעמיק של סוגיה זאת, וההבדלים הקיימים באופן הוכחת האבהות לצורך הנפקויות השונות ב-ת"א (ת"א) 3136/61 **א'א' נ' ע'ל'**, פ"מ לג 169, 185-200.

⁴² רמב"ם, יבום וחליצה, פק' ג', הלכה ד'; ע"א 265/72, ע"א 268/72 **פלוני נ' אלמונית בתור אפוטרופא טבעית של בנה שי ועשכ"נ**, פ"ד כז(1) 541 (1973), דברי השופט י' קיסטר.

⁴³ שו"ע, אבן העזר, סימן ע"א, סעיף ד'; ע"א 265/72, שם.

⁴⁴ ע"א 265/72, שם. ת"א (ת"א) 3136/61, ת"א (ת"א) 3136/61 **א'א' נ' ע'ל'**, פ"מ לג 169, ע"ע 188-193; 200-198; תיק התשי"ד/1924, פד"ר א' 361; א' ח' פריימן, "מזונות של ילד שנולד שלא מנישואין על פי דיני ישראל" **הפרקליט ב'** (תש"ה-1945), 163 (הודפס שנית **בהפרקליט** כה (תשכ"ט-1968-1969), 163).

כשנדרשת הוכחת אבהות לצורך **ירושה**, ישנה חשיבות להודאת האב-הנטען, כפי שמצאנו במשנה:⁴⁵ "האומר זה בני – נאמן". והגמרא שם: "והוא להעניק לו זכות ירושה כבנו".⁴⁶ אולם אין די בהודאת האב-הנטען, כיוון שתביעה כזאת אינה בגדר תביעת in personam, אלא תביעה לפסק דין חפצי, שתוצאותיה נוגעות גם ליורשים האחרים, והאב-הנטען אינו בעל דין לעניין העזבון. לכן נזקקה ההלכה לחזקת אבהות, המבוססת על הכלל של "מיגו"⁴⁷ וסברא, כדי להעניק לילד זכויות ירושה.⁴⁸

4. יחוס אבהות

עד כאן ראינו קביעות וחזקות לגבי **קביעת אבהות**, שאף כי הן שייכות במידה מסוימת לדין המהותי, הרי ניתן לסתורן בעזרת דיני הראיות. אולם ישנם מקרים, בהם הדין העברי אינו נזקק כלל לדיני הראיות, אלא פשוט **אינו מכיר** ביחס מסוים של אבהות אף אם בפועל ניתן להוכיחו. המקרה הקלאסי הוא: ילד שנולד להורים שרק אחד מהם יהודי, שכן:

"בנך הבא מישראלית קרוי בנך, אין בנך הבא מן הנכריה קרוי בנך אלא בנה".⁴⁹

כלומר: אם האב יהודי והאם נכריה – הבן נכרי, והדין העברי אינו מכיר במקרה כזה ביחס אבהות בין המוליד לבן; אם האב נכרי והאם יהודיה – אזי גם אם האם היא אשת-איש – הולד אינו ממזר, שכן לגבי מוליד נכרי, אין הדין העברי מכיר ביחס של אבהות. כנ"ל גם לגבי הבא על השפחה – הבנים אינם שלו, אלא שלה, דבר שנלמד בין היתר מן הפסוק:

⁴⁵ בבא בתרא, דף קל"ד, ע"א.

⁴⁶ כן ראה הרמב"ם, נחלות, פרק ד, הלכות א ו-ב.

⁴⁷ "מיגו" = מתוך (ארמית). המדובר בטענה תלמודית בבסיסה עומדת אקסיומה, כי אדם לא ישתמש בטענה פחותת ערך, אם באפשרותו להשתמש בשקר טוב ומשכנע יותר. מתוך שיכול היה לטעון טענה חזקה – יש לקבל את טענתו החלשה. למשל: אשת איש מספרת שהתייחדה עם גבר מרצונה ולאחר מכן נאנסה על ידו – נאמנת, למרות שעצם התייחדותה עמו מעוררת פקפוק, שהרי יכולה היתה לטעון, שגם ההתייחדות היתה מאונס, ואז לא היתה סיבה שלא להאמין לה. טענת מיגו אינה מועילה אם יש עדים וראיות.

⁴⁸ **אנציקלופדיה תלמודית**, כרך א, ערך "אב", עמ' ה.

⁴⁹ קידושין, דף ס"ח, ע"א; יבמות, י"ז ע"א, בהסתמך על שמות, כא, 4; דברים, ז, 3-4; ויקרא, יח, 11; **אנציקלופדיה תלמודית**, כרך א, ערך "אב", עמ' ג. וכן עיין לעניין יחוס אבהות - עמ' 13 לעיל.

"האשה וילדיה תהיה לאדניה"⁵⁰ אך יש אומרים שהולד נחשב לבנו, כיון שחזקה ששחרר את שפחתו שלא תהא בעילתו בעילת זנות.⁵¹

קביעה נוספת לגבי אבהות במוכן המשפטי במובחן מן השאלה הראייתית מי הוא אביו הביולוגי הגנטי של הילד, היא למשל השאלה מי הוא אביו של ילד, שנולד כתוצאה מהזרעה מלאכותית של זרע מתורם-זר ברחם האם. האם אביו הביולוגי, דהיינו תורם-הזרע, או אביו ה"משפחתי", דהיינו בעל-אמו – מי מהם יחשב כאביו? ומה לגבי החשש להיותו שתוקי? לא נרחיב את הדיון בשאלות מעניינות אלה, שאינן מענייננו כאן, ואשר ניתנו להן תשובות שונות גם בהלכה העברית.⁵²

כללים נוספים של יחוס אבהות נמצא בתלמוד לגבי יחוס ילד למי שגידלו, כילכלו או לימדו תורה, אף כי אחר ילדו. למשל, על הפסוק "ויקח המלך... את חמשת בני מיכל"⁵³ נאמר:⁵⁴

"וכי מיכל ילדה? והלא מירב ילדה! מירב ילדה, ומיכל גידלה. לפיכך נקרא על שמה – ללמדך, שכל המגדל יתום בתוך ביתו מעלה עליו הכתוב כאילו

⁵⁰ שמות, שם, שם.

וכן: משנה תורה, ספר הקדושה, הלכות איסור ביאה, ג'-ה': "...וגוי ועבד הבאים על הממזרת, הוולד ממזר. וממזר הבא על הגויה, הוולד גוי; נתגייר, הרי הוא כשר כשאר גרים. ואם בא על השפחה, הוולד עבד; שיחררו, הוולד כשר כשאר עבדים משוחררין, ומותר בבת ישראל... זה הכלל: בן הבא מן העבד, או מן הגוי, או מן השפחה, או מן הגויה – הרי הוא כאימו, ואין משגיחין על האב..."

⁵¹ אנציקלופדיה תלמודית, כרך א, ערך "אב", עמ' ג. מן הראוי לציין, כי מן העובדה שאין כל קשר משפטי מוכר בין המוליד לבנו נובעת העובדה, כי אין ביניהם זכויות וחובות; ואולם חובת המזונות, למשל, קבועה בחוק חרות, ואין ספק שבית משפט בארץ יחייב "אב" כזה במזונות.

⁵² עיין לעניין זה פנחס שיפמן, "קביעת אבהות בילד שנולד מהזרעה מלאכותית", משפטים י', (תש"מ-1980), 63; א' שטינברג, "הזרעה מלאכותית", פרשת השבוע, תזריע-מצורע, התשס"ד, גיליון 162, משרד המשפטים - מכללת "שערי משפט"; מ' ויגודה, "אשה כי תזריע - מעמד מי שנולד מבנק זרע", פרשת השבוע, תזריע-מצורע, תשס"ז, גיליון מס' 282, משרד המשפטים - מכללת "שערי משפט"; אנציקלופדיה הלכתית רפואית (תשס"ז), חלק ב', ערך "הזרעה מלאכותית", עמ' 545-594. י' גרין, "אברהם הוליד את יצחק" - יחוסו של הילוד למולידו, פרשת השבוע, תולדות, התשס"ג, גיליון 98, משרד המשפטים - מכללת "שערי משפט".

ראה גם: תמ"ש (ת"א) 87471/00 פלוני (קטין) ואח' נ' פלוני ואח', תק-מש 2004 (1) 49 (2004); תמ"ש (ת"א-יפו) 3521/98 פלוני (קטין) נ' אלמוני, תק-מש 2001 (2) 482 (2001).

⁵³ שמואל ב, כא, 8.

⁵⁴ סנהדרין, דף י"ט, ע"ב.

ילדו".⁵⁵

ובהמשך נאמר שם⁵⁶ על "יולד בן לנעמי":⁵⁷

"וכי נעמי ילדה? והלא רות ילדה! אלא רות ילדה ונעמי גידלה. לפיכך נקרא
על שמה... אמר רבי שמואל בר נחמני אמר רבי יונתן: 'כל המלמד בן חבירו
תורה מעלה עליו הכתוב כאילו ילדו'."

⁵⁵ כן עיין מגילה, דף י"ג, ע"א.

⁵⁶ סנהדרין, דף י"ט, ע"ב.

⁵⁷ רות, ד, 17.

פרק ב': המצב בשיטות משפט אחרות

1. ילד הנולד לאשה נשואה – חזקת הלגיטימיות

ברוב שיטות המשפט בעולם קיים מושג הילד הבלתי-חוקי, הבלתי-לגיטימי והוא בהגדרה בוטה: מי שנולד מחוץ למסגרת הנישואין, בין לאם נשואה מאדם זר ובין לאם בלתי נשואה. במבוא עמדנו על ההבדל בין ילד כזה לבין הממזר בדיני ישראל ועל הנפקות השונה ביניהם, לאמור: הממזר אסור לבא בקהל ה' – אבל אין שום הגבלה בזכויותיו כלפי הוריו הטבעיים, והוא זכאי לקבל מהם מזונות, ירושה וכיוצא באלה; ואילו הילד הבלתי-לגיטימי היה משולל זכויות לחלוטין כלפי אביו ובאופן יחסי גם כלפי אמו ושאר בני המשפחה, והיה ידוע כ- *filius nullius* – "בנו של אף אחד".¹

על הילד הבלתי-לגיטימי רבצה סטיגמה חברתית כבדה. היתה לו בעיה כלכלית קשה, שהפכה אותו לנטל על החברה; ועצם קיומו הכביד על שלמות המשפחה בין אם נולד לאשה נשואה שלא מבעלה, ובין אם נולד מחוץ למסגרת הנישואין – דבר שכשלעצמו פגע קשות במוסד הנישואין.²

עקב כל הסיבות הללו וכן עקב הקושי הראייתי להוכיח אבהות, אימצו שיטות המשפט בעולם המערבי עוד מקדמת דנא את חזקת הלגיטימיות, השאובה מן הכלל הרומי *Pater est quem nuptiae demonstrant*, שפירושו בתרגום מילולי: האב הוא זה שעליו מצביעים הנישואין, וכוונתו: בעל-האם הוא אבי-בנה.³

¹ H.D. Krause, *Illegitimacy: Law and Social Policy*, The bobbs-Merrill Comp. inc. Indianapolis, Kansas city, New York, 1971, p. 3.

וראה לעניין זה: י' בן-מאיר, "הורות משפטית והורות גנטית בהלכה", **אסיא**, מאמרים, תמציות וסקירות בענייני הלכה ורפואה, כרך יב (תשמ"ז-תשמ"ח, 1989), 80.

² עיין בהרחבה על מעמדו של הילד הבלתי-לגיטימי במשך הדורות בשיטות משפט שונות: Krause, *ibid*, pp. 10-21, 75, ועיין עמ' 9 לעיל.

³ יש לשים לב לכך, כי לכאורה כשהאם אינה נשואה לא תחול החזקה; ואולם, כפי שנראה בהמשך, הרי אם האם נישאת מאוחר יותר יכולה לקום החזקה, והדבר שונה בשיטות המשפט השונות.

מן הראוי להבהיר, כי **בדין המוסלמי** חזקת הלגיטימיות היא **חזקה חלוטה שאיננה ניתנת לסתירה**, ועל כן הדין המוסלמי אינו מכיר כלל באפשרות לסתירתה. הוכחת אבהות בדין השרעי נעשית באמצעות הנישואין, הא ותו לא. רק נישואין מולידים אבהות, ובאין נישואין אין אבהות. ילד שנולד שלא מקשרי נישואין – הינו בנו של אף אחד, ואין לו זכויות כלפי אביו הביולוגי.⁴ מכאן שאין בדין המוסלמי דרכים להוכחת אבהות, ואין הדין מכיר בערכן של הבדיקות המדעיות לצורך כך.

כמו בדין העברי, נועדה החזקה להקשות, ככל האפשר, על הכרזת ילד כבלתי-לגיטימי, ולשמר את שלמות המשפחה הגרעינית ואת יציבותה. היום, ככל שהולכת ומתפוגגת בעולם הרחב הסטיגמה השלילית כלפי הילד הבלתי-לגיטימי – מתגברים הקולות הקוראים לאי-תחולת החזקה.⁵

להלן נסקור את פרטי החזקה בשיטות המשפט של המדינות ארה"ב, קנדה, דרום אפריקה, אנגליה, סקוטלנד ואוסטרליה. כפי שנראה, שונים האלמנטים המקימים את החזקה ממדינה למדינה, כשבמשך הזמן ניכרת מדיניות לתת נפקות פחותת ערך לחזקה ולחזוקה, כפועל יוצא מהשינוי בהתייחסות החברתית כלפי הילד הבלתי-לגיטימי ומשינויי חקיקה, שהקלו על ילד כזה מבחינה כלכלית. המגמה במשך השנים היא להקל עם ילד כזה, ולהכיר בו כבילד רגיל שאינו משולל זכויות.

בפרק זה נסקור בקצרה רק את **מהותה** של חזקת הלגיטימיות כמות שהיא, כשבפרקים הבאים נדגיש את הנסיגה מעצמתה, על ידי שינויים במידת ההוכחה, וכתוצאה משכלולים בדרכי ההוכחה הדרושות לסתירתה.

⁴ עיין למשל: ע"א 3077/90 **פלונית(ח') נ' פלוני(י')**, פ"ד מט(2) 578, 585 (1995), בו מביא כב' השופט מ' חשין את החלטת בית הדין השרעי בעניין מושא דיונו, וכן שם בעמ' 585-590 – פסיקה וספרות בעניין זה. וכן עיין בעמ' 258 להלן.

⁵ H. Faust "Challenging The Paternity of Children Born During Wedlock: An Analysis of Pennsylvania Law Regarding the Effects of the Doctrines of Presumption of Legitimacy and Paternity by Estoppel on the Admissibility of Blood Tests to Determine Paternity" 100 *Dick. L. Rev.* (1996) 963, כפי שהובא ב-תמ"ש (ת"א) 87471/00 **פלוני (קטין) ואח' נ' פלוני ואח'**, תק-מש 2004 (1) 49 (2004), בפס' ג לפסק הדין.

א. ארצות הברית

בארצות-הברית עוגנה **בעבר** חזקת הלגיטימיות בסעיף 4 ל- Uniform Parentage Act, שקבע לאמור:

"(a) A man is presumed to be the natural father of a child if:

- (1) he and the child's natural mother are or have been married to each other and the child is born during the marriage, or within 300 days after the marriage is terminated by death, annulment, declaration of invalidity, or divorce, or after a decree of separation is entered by a court;*
- (2) before the child's birth, he and the child's natural mother have attempted to marry each other by a marriage solemnized in apparent compliance with law, although the attempted marriage is or could be declared invalid, and,*
 - (i) if the attempted marriage could be declared invalid only by a court, the child is born during the attempted marriage, or within 300 days after its termination by death, annulment, declaration of invalidity, or divorce; or*
 - (ii) if attempted marriage is invalid without a court order, the child is born within 300 days after the termination of cohabitation;*
- (3) after the child's birth, he and the child's natural mother have married, or attempted to marry, each*

other by a marriage solemnized in apparent compliance with law, although the attempted marriage is or could be declared invalid, and

(i) he has acknowledged his paternity of the child in writing filed with the (appropriate court or Vital Statistics Bureau);

(ii) with his consent, he is named as the child's father on the child's birth certificate, or

(iii) he is obligated to support the child under a written voluntary promise or by court order;

(4) while the child is under the age of majority, he receives the child into his home and openly holds out the child as his natural child; or

(5) he acknowledges his paternity of the child in a writing filed with the (appropriate court or Vital Statistics Bureau), which shall promptly inform the mother of the filing of the acknowledgment, and she does not dispute the acknowledgment within a reasonable time after being informed thereof, in a writing filed with the (appropriate court or Vital Statistics Bureau). If another man is presumed under this section to be the child's father, acknowledgment may be effected only with the written consent of the presumed father or after the presumption has been rebutted.

*(b) A presumption under this section may be rebutted in an appropriate action only **by clear and convincing** evidence. If **two or more presumptions** arise which*

conflict with each other, the presumption which on the facts is founded on the weightier considerations of policy and logic controls. The presumption is rebutted by a court decree establishing paternity of the child by another man."

הווה אומר: אדם מוחזק להיות אביו של ילד בהתמלא אחד מהתנאים שלהלן:

1. הוא ואם הילד נשואים או היו נשואים, והילד נולד במהלך הנישואין או 300 יום לאחר פקיעתם עקב מוות, גירושין, הצהרה בדבר העדר-תוקף, או לאחר תקופת פירוד, שנקבעה על-ידי בית המשפט.
 2. לפני לידת הילד הוא ואם הילד התיימרו להינשא בנישואין שאינם תקפים, והילד נולד במהלך אותם נישואין או במשך 300 יום לאחר תומם.
 3. לאחר לידת הילד הוא ואם הילד נישאו בנישואין תקפים או לא-תקפים, והאדם עשה אחת מאלה:
 - א. הכיר באבהותו בכתב, שהוגש לבית המשפט המתאים או ללשכה לסטטיסטיקה.
 - ב. רשם עצמו כאבי-הילד בתעודת הלידה שלו.
 - ג. התחייב לתמוך בילד בתצהיר בכתב או לפי צו של בית משפט.
 4. בהיות הילד קטין הוא קיבלו לביתו ונהג בו כבבנו לכל דבר.
 5. הוא הכיר באבהותו בכתב, שהוגש לבית המשפט המתאים או ללשכה למרשם התושבים, והאם, שדווח לה על הדבר באופן מיידי, לא התנגדה לכך בזמן סביר.
- אם איש אחר מוחזק על פי אחד הסעיפים דלעיל להיות אבי-הילד, הרי הכרת האדם בילד על פי סעיף זה תהא תקפה רק בהסכמתו בכתב של האיש האחר, או לאחר סתירת החזקה. הסעיף מוסיף וקובע כיצד ניתן לסתור את החזקה, דבר שנרחיב עליו את הדיבור בהמשך. כן נאמר בו, כי במקום ששתי חזקות סותרות מתקיימות – תגבר זו, המבוססת יותר על אדני המדיניות וההגיון.
- אנו רואים כאן חזקת לגיטימיות רחבה מאוד, התקפה בנסיבות מגוונות, אף כשאין כלל נישואין בין האם לאב-הנטען. סיוע ותמיכה מצד אדם בילד מקימה חזקת-אבהות, אף כי

אפשר שבפועל אין הוא מכיר בו כבנו.⁶

בעניין **R.D.S. v. S.L.S.**⁷ נקבע, כי חזקת הלגיטימיות חלה על מקרה בו הילד נולד שלושה שבועות בלבד לאחר נישואי ההורים.

בעניין **State v. Kiper**⁸ נקבע, כי ילד שנולד לאחר תקופה של פחות מ-300 יום מאז הגרושין – חזקת הלגיטימיות חלה עליו.⁹

ובעניין **John M. v. Paula T**¹⁰ הודגש, כי:

"[I]t should remain clear that a child born to a married couple will be presumed to be the issue of the husband."

ההגדרה של חזקת הלגיטימיות שונתה באופן לא מהותי ב- Uniform Parentage Act, 2000, כפי שתוקן בשנת 2002, ב- Article 2, sec.204, וזה נוסח הסעיף החדש:

"(a) A man is presumed to be the father of a child if:

(1) he and the mother of the child are married to each other and the child is born during the marriage;

(2) he and the mother of the child were married to each other and the child is born within 300 days after the marriage is terminated by death, annulment, declaration of invalidity, or divorce [or after a decree of separation];

⁶ ראה גם: S.H. Fritschner, "The Nature of Paternity Actions" (1980-81), 19 **Journal of Family Law**, 475, 486.

⁷ **R.D.S. v. S.L.S.** 402 N.E. 2d 30 (Ind. 1980).

⁸ **State v. Kiper**, 408 So. 2d 1312 (La. 1982).

⁹ וראה ישומים נוספים של סעיף 4 ל- Uniform Parentage Act בפסקי-הדין:

In Re Marriage of Schneckloth, 320 N.W. 2d 535 (Iowa 1982);

Roods v. Roods, 645 P2D 640 (Utah 1982).

¹⁰ **John M. v. Paula T** 524 Pa. 306, 571 A.2d 1380 (1990).

- (3) before the birth of the child, he and the mother of the child married each other in apparent compliance with law, even if the attempted marriage is or could be declared invalid, and the child is born during the invalid marriage or within 300 days after its termination by death, annulment, declaration of invalidity, or divorce [or after a decree of separation];*
 - (4) after the birth of the child, he and the mother of the child married each other in apparent compliance with law, whether or not the marriage is or could be declared invalid, and he voluntarily asserted his paternity of the child, and:*
 - (A) the assertion is in a record filed with [state agency maintaining birth records];*
 - (B) he agreed to be and is named as the child's father on the child's birth certificate; or*
 - (C) he promised in a record to support the child as his own; or*
 - (5) for the first two years of the child's life he resided in the same household with the child and openly held out the child as his own.*
- (b) A presumption of paternity established under this section may be rebutted only by an adjudication under [Article] 6."*

האופן בו ניתן לסתור את חזקת הלגיטימיות שונה עד מאוד, ובהמשך נדון בסעיף 204(b) העוסק במידת ההוכחה הדרושה לסתירת החזקה, ובסעיף 4(b) לחוק הקודם, שהובא לעיל.¹¹

ב. קנדה

גם בקנדה נמצא הרחבה של מושג הלגיטימיות, והחלתה גם על ילדים שנולדו מנישואין הניתנים לביטול (Voidable), ואף ממספר סוגים של נישואין בטלים (void). כל שיטות המשפט בקנדה קיבלו חקיקה, המבוססת על ה-Uniform legitimation Act, שאומץ לראשונה ב-1920, ועל התיקון, שנעשה בו ב-1959.¹²

סעיף 1 ל- Legitimacy Act 1961-62 של מדינת אונטאריו,¹³ קובע לאמור:

"(1) Where before or after the coming into force of this Act and after the birth of a person his parents have intermarried or intermarry, he is legitimate from birth for all purposes of the law of Ontario.

(2) Nothing in subsection 1 affects an interest in property that has vested in a person before the intermarriage of the parents or before the 1st day of July 1921."

הווה אומר:

1. לגיטימיות רטרואקטיבית של הילד מן הלידה, למרות שההורים נישאו לאחריה.
2. הגנה על אינטרסים רכושיים של צדדים שלישיים רק כשאלה נוצרו וקיבלו תוקף לפני הנישואין או לפני הכנס החוק לתוקף.

¹¹ לעיל בעמ' 36-37. הדיון יתקיים להלן בעמ' 81-83.

¹² Mendes da Costa, Q.C. *Studies in Canadian Family Law*, Vol. 1 Butterworths, Toronto, 1972, p. 48.

¹³ כפי שמצאנו שם, שם, שם, הערה 10.

פרק ב': המצב בשיטות משפט אחרות

זהו למעשה המצב בקנדה, כמו גם ברוב שיטות המשפט של ה-Common Law, כשחריג אחד לכך נמצא בשיטת המשפט של Newfoundland¹⁴ שם קובע החוק, כי הילד הוא לגיטימי רק מיום הנישואין של הוריו, וכי אין כלל לגיטימציה, כשהילד נולד מיחסי ניאוף.

סעיף 2 לחוק הנ"ל של אונטאריו מיישם את חזקת הלגיטימיות גם על נישואין שהם ניתנים-לביטול (Voidable), לאמור: ילד שנולד לפני הנישואין-הניתנים-לביטול של הוריו – לגיטימי.

וסעיף 4 לאותו חוק מחיל את חזקת הלגיטימיות גם על נישואין בטלים (void), ובלבד שהם נרשמו על פי חוק המקום ושההורים האמינו בתקפותם.¹⁵

ג. דרום אפריקה

ילד לגיטימי הוא:¹⁶

1. מי שהורה ונולד בתקופת הנישואין של הוריו.
2. מי שהורה בתקופת הנישואין, אך נולד לאחר מות אחד ההורים או גירושיהם, וזאת בכפוף לכך שנולד תוך תקופה של 10-11 חודש מפקיעת הנישואין באחד מן האופנים הנ"ל בהתאם לנסיבות.
3. מי שהורה לפני הנישואין, אך נולד בתקופת הנישואין של האם; אין הכרח שההתעברות וההריון היו במשך תקופת הנישואין, וכן אין זה הכרחי שהילד הורה-למעשה מבעל-האם, אולם חייבים להיות נישואין תקפים ולא בטלים (void).

¹⁴ אי בקרבת החוף הצפוני-מזרחי של אמריקה הצפונית, המהווה מחוז של קנדה.

¹⁵ ועיין עוד: Mendes da Costa, Q.C. *Studies in Canadian Family Law*, Vol. 1. Butterworths, Toronto, 1972, p. 48. pp. 42-45.

¹⁶ E. Spiro, *Law of Parent and Child*, 3rd ed. Juta Co. Limited, Johannesburg, pp. 14-15; 406.

ד. אנגליה

המשפט המקובל הכיר כלגיטימי רק בילד, שלידתו אירעה לאחר שהוריו נישאו נישואין תקפים.

המשפט האנגלי רואה את המועד הקובע כזמן הלידה, וקובע, כי חזקה על בני-זוג נישואים – שהבעל הוא אבי הילד.¹⁷ חזקה זאת חלה לא רק על ילד שנולד במהלך הנישואין, אלא גם על ילד שהורה במהלך הנישואין;¹⁸ ואף כאשר בני-הזוג חדלו להתגורר ביחד, והאשה השיגה צו למזונות, אלא אם כן צו זה הכיל סעיף בדבר העדר קרבה או איסור על חיים ביחד.¹⁹

החזקה תפסיק לחול כאשר הצדדים חיים בנפרד על פי צו בית משפט, כגון פסק דין הקובע גירושין, אולם היא תחול כל עוד תלויה ועומדת בבית המשפט התביעה לגירושין.²⁰

החזקה תחול גם כשמדובר בנישואין בטלים, ובלבד שבני-הזוג האמינו בתקפותם, כפי שמורה סעיף 1(1) ל-Legitimacy Act 1976 (בתיקונים שנערכו בו על ידי ה-Family Law reform Act, 1987):

"The child of a void marriage, whenever born, shall, subject to subsection (2) below and Schedule to this Act, be treated as the legitimate child of his parents if at the time of [the insemination resulting in the birth, or, where there was no such insemination, the child's conception] (or at the time of the celebration of the marriage if later) both or either of the parties reasonably believed that the

¹⁷ עיין פסק-דין מנחה בעניין זה: *Gardner v. Gardner* (1876-77) 2 App. Cas. 723.

¹⁸ עיין למשל, דברי כב' השופט Wrangham בעניין *Knowles v. Knowles* (1962) 1 All E.R. 659.

¹⁹ *Bowen v. Norman* (1938) 2 All E.R. 776; *Ettenfield v. Ettenfield* (1940) 1 All E.R. 293.

²⁰ כפי שנקבע בעניין *Knowles v. Knowles* (1962) 1 All E.R. 659.

marriage was valid."

החוק ממשיך וקובע בסעיף 2, כי החזקה תחול גם כאשר הילד הורה בתקופה בה ההורים לא היו נשואים, אלא נישאו אחר כך:

"Subject to the following provisions of this Act, where the parents of an illegitimate person marry one another, the marriage shall, if the father of the illegitimate person is at date of marriage domiciled in England and Wales, render that person, if living, legitimate from the date of the marriage."

וכאן הלגיטימציה היא מיום הנישואין ולא מיום הלידה, כפי שמצאנו בארה"ב ובקנדה.

ה. סקוטלנד

בסקוטלנד נקבע,²¹ כי ילד שהורה על ידי אשה נשואה במהלך נישואיה – חזקה שהוא של בעלה; וכנראה תחול החזקה גם במקרה של נישואין בטלים או לא-חוקיים. אדם מוחזק אפוא כאביו של ילד, אם הוא היה נשוי לאמו בזמן הרלבנטי לעיבורה או בזמן הלידה או בכל זמן שבין השניים.

אין בסקוטלנד חזקה, לפיה אדם שנשא אשה – אם לילד בלתי-לגיטימי – הוא אבי הילד; אולם כשילד כזה נחשב זמן רב ללגיטימי – הרי ישנה חזקה, שהנישואין המאוחרים של הוריו הפכוהו ללגיטימי.

כמו כן אין חזקה, לפיה אדם, שנרשם במרשם הלידות (Register of Birth) כאביו של ילד בלתי-לגיטימי, הוא אביו; וגם הודאתו באבהות בזמן הרישום אינה יוצרת חזקת לגיטימיות, אם כי היא רלבנטית לעניין הוכחת האבהות.

²¹ כפי שלמדנו מ- Scottish Law Commission (No. 82) המופיע ב- *Family Law, report on illegitimacy*, Edinburgh, 1983, pp. 34-37.

גם כאן נקבע, כי במקום שיש חזקות סותרות – כגון: אשה הנשואה לפלוני בזמן עיבורה, ולאמוני – בזמן הלידה; או אשה הנשואה לפלמוני בנישואין תקפים ולשלמוני בנישואין בטלים – תוכרע שאלת האבהות על פי הראיות והנסיבות הספציפיות.

1. אוסטרליה

גם באוסטרליה מצאנו²² את חזקת הלגיטימיות במתכונת הדומה מאוד לזו המצויה באנגליה ובסקוטלנד, כשאפשרית קביעתה של לגיטימיות על ידי נישואין מאוחרים לאב האמיתי, למרות שהילד נולד לפני הנישואין; וכן כשהילד הורה במהלך הנישואין, אך נולד לאחר תקפם בנסיבות שפרטנו לעיל.

2. ילד הנולד לפנויה

נשאלת השאלה מה יהא גורלו של ילד, שנולד לפנויה, אשר היתה פנויה בעת עיבורה וכן בעת הלידה, ואשר לא נישאה כלל אחר-כך? שהרי גם ילד כזה, כפי שצינינו לעיל, אינו לגיטימי, כיוון שנולד מחוץ למסגרת של נישואין, אלא שלגביו לא ניתן ליצור חזקת לגיטימיות באין אדם שיוחזק כאביו! והנה מצאנו בשיטות משפט אלה כלל, המזכיר במידה מרובה את הכלל במשפט העברי לגבי הפנויה: "כשם שזינתה עם זה כך זינתה עם אחרים",²³ והקרוי Exceptio plurium concumbentium – "היתה לרבים", העומד כטענת הגנה טובה לנתבע. דהיינו: לא זו בלבד שאין במקרה כזה כל חזקה לגבי אבהות האב-הנטען, באשר אין הוא ולא היה מעולם בעלה של האם, אלא נהפוך הוא: קיימת כעין חזקה על פריצות האם, דבר הגורם להכבדת נטל ההוכחה עליה במקרים כאלה.²⁴

עד כה סקרנו את המצב המשפטי בשיטות משפט שונות לרבות במשפט העברי, לגבי חזקות וכללים, הקובעים אבהות ללא צורך וללא שימוש בדרכי הוכחה אילו שהם.

²² D. Hambly and J.N. Turner, **Cases and materials on Australian Family Law**, The law book Company limited, Australia, 1971, p. 487.

²³ עיין עמ' 28 לעיל.

²⁴ H.D. Krause, **Illegitimacy: Law and Social Policy**, The bobbs-Merrill Comp. inc. Indianapolis, Kansas city, New York, 1971, p. 121.

חזקות וכללים אלה תקפים במידה מסוימת עד עצם היום הזה, ומבצבצים מדי פעם בין השיטין של דרכי הוכחת האבהות באופנים הראייתים המקובלים יותר היום. כוחם נעוץ בכבלי המסורת השמרנית, בהגיון הרב העומד ביסודם, ובהיותם, במקרים מסוימים, חלק מן הדין האישי של המתדיינים.

להלן נבחן את הדרכים **להוכחת** אבהות באמצעות הליך משפטי (במובחן **מקביעתה** באמצעות חזקות וכללים), כשראשית נבחן אלמנטים מקדמיים שונים על ייחודם בסוגיה זאת; ולאחר מכן נדון בדרכים עצמן וביחסן של שיטות המשפט השונות אליהן.

שער שני:

**הוכחת אבהות באמצעות
הליך משפטי – אלמנטים
מקדמיים**

פרק א': סמכות השיפוט בישראל

עקב בעייתיות מסוימת, הקיימת בסוגיה של סמכות השיפוט בענייני הוכחת אבהות בישראל, רואים אנו צורך לדון בה ובהתפתחות ההלכה לגביה, למען השלמות.

נקדים ונאמר, כי כיום אין חולק, כי סמכות השיפוט בנושא האבהות, בכל הנוגע לענייני היהודים, נתונה לבית המשפט האזרחי בלבד:¹ בעבר היתה מסורה סמכות השיפוט לבית המשפט המחוזי, מכח סמכותו השיורית; ובעשור האחרון, מאז נחקק חוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995 – נתונה הסמכות לבית המשפט לענייני משפחה.² אך לא כך היו הדברים מעולם, כפי שנבהיר להלן.

1. בית המשפט האזרחי או בית הדין הרבני?

בעבר העלתה השאלה למי נתונה סמכות השיפוט בענייני אבהות, האם לבתי הדין הדתיים או לבתי המשפט האזרחיים? השאלה נדונה בפסיקה ובספרות, ובמשך זמן רב נשארה בצריך עיון.³ למותר לציין, כי כל שייאמר להלן לא היה מקובל על בתי הדין הרבניים, שלא סברו – ואולי עדיין כך – כי נטולי-סמכות הם.

סעיף 9 לחוק שיפוט בתי-דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953 (להלן: **חוק שיפוט בתי דין רבניים**) קובע לאמור:

¹ ע"א 201/82 פרץ נ' אסולין, פ"ד לז(1) 840, 838 (1983).

² בתמ"ש (חי') 29150/00 ד' א' נ' היועץ המשפטי לממשלה, תק-של 2002(4) 566 (2002), קבעה כב' השופטת צ' קינן, כי נושא האבהות אינו מענייני המעמד האישי ובית הדין הרבני לא קנה בו סמכות שיפוט, לא סמכות שיפוט ייחודית ולא סמכות שיפוט מקבילה.

³ ע"א 26/51 קוטיק נ' וולפסון, פ"ד ה(2) 1341; ע"א 421/54 עטיה נ' ברדה ואח', פ"ד ט(2) 1205; ע"א 164/60 פלונית נ' אלמוני, פ"ד טו(1) 447; בג"צ 56/61 אבו אנג'לה נ' פקיד רישום של לשכת מרשם התושבים בת"א-יפו, פ"ד טז(1) 380 (1961).

"שיפוט על-פי הסכמה

בעניני המעמד האישי של יהודים כמפורט בסעיף 51 ל"דבר המלך במועצתו על ארץ-ישראל 1922-1947" או בפקודת הירושה, אשר בהם אין לבית דין רבני שיפוט יחודי לפי חוק זה, יהא לבית דין רבני שיפוט לאחר שכל הצדדים הנוגעים בדבר הביעו הסכמתם לכך." (להלן: סעיף 9 לחוק שיפוט בתי דין רבניים)

יש להבהיר, כי סעיף זה מאפשר גם כיום הסכמת כל הצדדים הנוגעים בדבר, לסמכות בית הדין הרבני; ויתכן על כן, כי הדיון שלהלן בכל זאת אקטואלי במידה מסוימת גם היום, למרות קיומו של בית המשפט לענייני משפחה.

גדר הספקות ניתן למיצוי בכך, שסימן 51 לדבר המלך במועצתו על ארץ-ישראל 1922-1947 (להלן: **דבר המלך**) קובע כאילו "נומרוס קלאוזוס" לענייני המעמד האישי, ואינו מונה ביניהם במפורש את עניין האבהות. עם זאת מונה הוא "אימוץ ולגיטימציה של קטינים", והשופט **המלומד מ' זילברג** תמה:

"מה טעם יש להפלות, למשל, בין האבהות 'המשפטית' של המאמץ מזה, והאבהות הטבעית של המוליד מזה?"⁴

ובלשון חיבורנו זה: מדוע נבחין בין המקרים, בהם ניישם **קביעת** אבהות כמפורט לעיל, לבין המקרים בהם **נוכיה** באופן ראייתי אבהות ביולוגית כמפורט להלן? לעניות דעתנו, אין השאלה רטורית כל-כך, כפי שמציגה השופט המלומד; ולדעתנו, יש בהחלט מקום להתייחסות שונה בין המקרים, בהם אנו יוצרים מעין חזקה משפטית, כי פלוני הוא אביו של אלמוני – אם על ידי לגיטימציה פיקטיבית, כגון: "רוב בעילות אחר הבעל", או על ידי "אימוץ" משפטי – לבין המקרים בהם אנו משתמשים בדיני הראיות, כדי לרדת לחקר האמת הביולוגית ביחסים בין האב לבן. ואולי יש מקום להחיל דין אחר על כל אחת מן הסוגיות, לרבות מבחינת סמכות השיפוט.

⁴ ע"א 26/51, שם, עמ' 1343. כן ראה: מ' זילברג, **המעמד האישי בישראל** (מהד' רביעית, הוצאת אקדמון, ירושלים, התשכ"ה-1965) 3.

תחילה נבדוק את השתלשלות הדברים בעניין זה. כאמור, שאלת הסמכות בענייני אבהות נדונה בפסיקה פעמים רבות ונשארה זמן רב בצריך עיון. לראשונה הוכרעה השאלה ב-**בג"צ 283/72 (להלן: "בג"צ בוארון")**:⁵ בזמנו הסכים העותר לשיפוטו של בית-הדין הרבני, והודה בפניו באבהותו על הילד שיוולד למשיבה, ובית-הדין חייבו בתשלום מזונות למשיבה. בית המשפט הגבוה לצדק קיבל את עתירתו בקבעו, כי לבית הדין הרבני לא היתה סמכות לדון בעניין, כיוון שנושא האבהות אינו מן העניינים של המעמד האישי, המנויים בסימן 51 לדבר המלך, ולכן סעיף 9 לחוק שיפוט בתי דין רבניים אינו חל. בית המשפט הוסיף, כי מכל מקום בעניין ההוא הבקשה לקביעת אבהות הוגשה עוד בטרם נולד הילד, וזאת ודאי אינה תביעה בדבר "כשרות יוחסין של קטינים ואימוצם", כאמור בסימן 51 לדבר המלך.

בהמשך חוזקה הלכה זאת,⁶ ונקבע, כי הלכה פסוקה היא, שנושא האבהות אינו נמנה על ענייני המעמד האישי מבחינת סמכותו של בית הדין הרבני. כלומר, שאף הסכמת הצדדים, כאמור בסעיף 9 לחוק שיפוט בתי דין רבניים, אינה מועילה להקנות לו סמכות; ומכאן נובע, כי בית משפט אזרחי הדן בענייני אבהות, אינו צריך להחיל את הדין האישי של הצדדים, אלא לדון על פי הדין המקובל עליו, בין אם הדבר אמור בדין מהותי או בדיני ראיות. חובת בית המשפט האזרחי לדון על פי הדין האישי של המתדיינים נקבעה בסימן 47 לדבר המלך, והוגבלה שם לאותם ענייני המעמד האישי, כפי שהוגדרו בסימן 51 לדבר המלך.

יש הסוברים, כי אף אם היה עניין הוכחת האבהות מסור לסמכות דיון של בית הדין הרבני על פי הסכמת הצדדים, כאמור בסעיף 9 לחוק שיפוט בתי דין רבניים – הרי בית המשפט האזרחי בדונו בעניין לא צריך היה לדון על פי הדין האישי, כיוון שבהוכחת אבהות – בדיני ראיות עסקינן; ובדיני ראיות של הדין הדתי אין בית המשפט האזרחי קשור.⁷

⁵ בג"צ 283/72 **הרצל בוארון נ' בית-הדין הרבני האזורי, ת"א-יפו**, פ"ד כו(2) 727, 729-730 (1972).

⁶ ע"א 620/74 **מור נ' פלונית**, פ"ד ל(1) 218 (1975); ע"א 718/75 **עמרם נ' סקורניק**, פ"ד לא(1) 29, 34 (1976).

⁷ ע"א 26/51 **קוטיק נ' וולפסון**, פ"ד ה(2) 1341, 1344 ואילך; ע"א 164/60 **פלונית נ' אלמוני**, פ"ד טו(1) 347, 349 (1961); ע"א 275/61 **פלוני נ' אלמונית, קטינה באמצעות אמה**, פ"ד טו 2300 (1961); ע"א 213/63 **צנעני נ' ישראל**, פ"ד יז 1961 (1963); כן עיין: מ' אלון, **חקיקה דתית** (הוצאת הקיבוץ הדתי, ת"א, התשכ"ח), 76-77, 79-85; ועיין ביקורת על המצב: י' אנגלרד, "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי" (חלק שלישי), **משפטים** ו' (תשל"ה-1975), 5; מ' שאוה, **הדין האישי בישראל** (מהד' שניה, הוצאת מסדה, ת"א, התשמ"ד-1983), 134-140.

בעבר לא היתה מחלוקת, כי כאשר שאלת האבהות כרוכה בתביעה לגירושין, יש סמכות לבית הדין הרבני לדון בהוכחת האבהות.⁸ הוא הדין כאשר שאלת האבהות עלתה באופן אינצידנטלי, נגרר לעניין שבסמכותו של בית הדין הרבני.⁹ לגבי מקרים אלה, נקבע בעבר, כי בית הדין ידון לפי המשפט העברי,¹⁰ כי "הדין הולך אחר הדיין".¹¹

כיום קביעה זו כבר אינה מוחלטת, זאת בשל **בג"צ לב**¹² ו-**בג"צ בבלי**,¹³ המורים לבית הדין הרבני לפסוק על פי דיני הראיות האזרחיים, ועל פי חוקי היסוד.

השאלה בה קא עסקינן היא, אם תביעת אבהות יכולה להיות מובאת לפני בית הדין הרבני כתביעה עצמאית ועיקרית, וזה כאמור תלוי בתשובה לשאלה, אם תביעה כזאת כלולה בהגדרה הפורמלית של ענייני המעמד האישי כמפורט לעיל. יש להעיר, כי כיוון שאין לבית דין רבני סמכות שיפוט בתביעה להוכחת אבהות – הרי אף החלטתו האינצידנטלית בשאלה זאת לא תשמש כמעשה בית דין, המחייב את בית המשפט האזרחי בהליכים אחרים.¹⁴

בתגובה ל-**בג"צ בוארון פרסם פרוץ פנחס שיפמן** מאמר ביקורת,¹⁵ בו הוא מגיע למסקנה, כי ניתן לבסס את הסמכות שבהסכמה של בית הדין הרבני בענייני אבהות על המלים "או בפקודת הירושה", המופיעות בסעיף 9 לחוק שיפוט בתי דין רבניים, ומהן להגיע לסעיף 3 לפקודת הירושה, ממנו עולה, כי כשרותו (legitimacy) של ילד, דהיינו היותו-חוקי, היא

⁸ ע"א 620/61 **עובדיה ויחזקאל נ' יחזקאל**, פ"ד טז (2) 1177, 1181-1182 (1962).

⁹ ע"א 421/54 **עטיה נ' ברדה ואח'**, פ"ד ט (2) 1205, 1209-1210; בג"צ 168/56 **חל"פ נ' הרב רביץ ואח'**, פ"ד יא 75; פנחס שיפמן, "שיפוט ומשפט בענייני אבהות", **משפטים** ד' (תשל"ג-1973) 664, 668 והערה 27 שם.

¹⁰ ע"א 238/53 **כהן ובוסליק נ' חיוה"מ**, פ"ד ח 4, 36 (1954); בג"צ 143/62 **שלזינגר נ' שר הפנים**, פ"ד יז 225, 250 (1963).

¹¹ בג"צ 143/62 **שלזינגר נ' שר הפנים**, פ"ד יז 225, 250 (1963); בג"צ 450/70 **רוגוזינסקי נ' מדינת ישראל**, פ"ד כו (1) 129, 134 (1971); מ' זילברג, **המעמד האישי בישראל** (מהד' רביעית, הוצאת אקדמון, ירושלים, התשכ"ה-1965), 6, 363.

¹² בג"צ 3914/92 **לאה לב נ' בית הדין הרבני האיזורי בת"א-יפו**, תק-על 94 (1) 1139 (1994).

¹³ בג"צ 1000/92 **חנה בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול – ירושלים**, פ"ד מח (2) 221, 241-242 (1994).

¹⁴ פנחס שיפמן, "שיפוט ומשפט בענייני אבהות", **משפטים** ד' (תשל"ג-1973) 664, 667.

¹⁵ ע"א 421/54 **עטיה נ' ברדה ואח'**, פ"ד ט (2) 1205, 1209-1210. וכן עיין פנחס שיפמן, **דיני המשפחה בישראל** (המכון למחקרי חקיקה, הפקולטה העברית בירושלים, התשמ"ד-1984) 24.

עניין המעמד האישי הנחתך על פי הדין האישי. המחבר המלומד ער לעובדה, כי פקודת הירושה בוטלה, אבל טענתו היא, כי ההפניה אליה לצורך הגדרת המושג לא בוטלה.

כאמור, סימן 51 לדבר המלך נוקט במונח Legitimation ואילו סעיף 23 לפקודת הירושה נוקט במונח Legitimacy. **פרופ' פנחס שיפמן** סבור, כי רב ההבדל בין השניים, וכי המונח הנקוט בפקודת הירושה, ובתרגומו של המחבר – "כשרות יוחסין" – רחב הרבה יותר וכמוהו כהוכחת אבהות; ובעזרתו ניתן לקבוע, כי הוכחת אבהות, כאמור בפקודת הירושה, אליה מפנה סעיף 9 לחוק שיפוט בתי-דין רבניים – מצויה בסמכות השיפוט של בתי הדין הרבניים.

אין דעתנו כדעת המחבר המלומד. אמת, נכון הדבר, כי המונח Legitimation מקורו בשיטות משפט, המבחינות בין ילד לגיטימי – שנולד מנישואין, לבין ילד שאינו לגיטימי – שנולד מחוץ לנישואין.¹⁶ נכון גם, כפי שקובע המחבר, כי בלגיטימציה נוצר יחס של אבהות חוקית על ידי אקט משפטי קונסטיטוטיבי;¹⁷ ואולם אין אנו סבורים, כי המונח Legitimacy רחב הרבה יותר ומגיע עד כדי **הוכחת** אבהות ביולוגית באמצעות דיני הראיות¹⁸ (במובחן **מקביעת** אבהות לצורך לגיטימציה), שהרי עדיין מדובר בכשרות היוחסין, ואין הדבר אמור, כפי שנראה להלן, בהוכחת אבהות לגבי בן מן הפנויה.

לגיטימיות הילד במדינות המשתמשות בביטוי זה משמעה, כפי שפרטנו לעיל, היותו נולד מנישואין, על הואריאציות השונות, הקיימות בנושא. אכן, מושג הילד הבלתי-לגיטימי כמות- שהוא באופן רחב אינו קיים במשפטנו; ואולם כפי שהראינו, קרוב הוא במשמעותו למושג הילד-הממזר במשפטנו, שהוא היחיד הנחשב במידה מסוימת כ"בלתי-חוקי", למרות שאינו מוגדר ככזה, וזה הוא המושג שהדין העברי מכיל בקרבו "בתמצית ובקירוב"¹⁹ למושג הילד

¹⁶ פ' שיפמן, **דיני המשפחה בישראל** (המכון למחקרי חקיקה, הפקולטה העברית בירושלים, התשמ"ד-1984), 23.

¹⁷ פנחס שיפמן, "שיפוט ומשפט בענייני אבהות", **משפטים** ד (תשל"ג-1973) 664.

¹⁸ גם ד"ר יעקב מירון, "קץ ההתמכרות למשפט האנגלי בענייני המעמד האישי: השיפוט בענייני אבהות", **עיוני משפט** ז (תש"ם-1980) 729, 732, סבור, כי שני המושגים הללו אינם רחוקים זה מזה; זו גם דעתו של כב' השופט י' קיסטר ב-ת"א (ת"א) 3136/61 **א"א' נ' ע"ל**, פ"מ לג 169, 184.

¹⁹ כפי שנדרש בפסיקה לגבי מקרים, שבהם קיים חוסר התאמה בין מושגי המעמד האישי הלקוחים מן הדין האנגלי לבין הדין האישי עצמו: בד"מ 1/49 **רוזנבאום נ' רוזנבאום**, פ"ד ז 1037, 1045, 1062 ואילך; בד"מ 1/50 **סידס נ' סידס**, פ"ד ח 1020, 1029; Vitta, "The Conflict of Personal Laws", 5 Is.L.R. (1970) 170, 179.

הבלתי-לגיטימי. וקביעת אבהות לגבי בן מהאשה הנשואה, בין היתר באמצעות חזקת רוב בעילות אחר הבעל, הריהי ה- Legitimation או ה- Legitimacy בשיטות המשפט הנוקטות מונחים אלה.

לכן אין ה"לגיטימיות" מקבילה ל**הוכחת** האבהות הביולוגית באמצעות דיני הראיות, אלא קרובה יותר ל**קביעת** האבהות במשפטנו לגבי בן הנולד לאשה נשואה. ובדין העברי, בו מושג אי-הלגיטימיות מצומצם עד מאוד – יש עוד מקום רחב לדיני הוכחת אבהות ללא כל קשר ללגיטימיות, וקשה מאוד ואולי בלתי אפשרי לאמר, כי לגיטימיות כמוה כהוכחת אבהות. לדעתנו, אין פקודת הירושה מוסיפה בעניין זה על דבר המלך, כיוון שגם המושג Legitimacy אינו רחב עד כדי כך, שיכלול בתוכו את הסוגיות של הוכחת אבהות.

עם זאת היתה, לעניות דעתנו, לבית הדין הרבני – גם מהאמור בסימן 51 לדבר המלך, וללא צורך להזקק לפקודת הירושה – סמכות לדון בענייני אבהות, הקשורים בבן שנולד לאשה נשואה, לגבי קיים חשש שיוכרז כממזר. ובכך מצוי, לדעתנו, הפתרון לסוגיה כולה; וזאת היא, בכל הכבוד, גם התשובה לשאלת השופט **המלומד מ' זילברג**, שהוזכרה לעיל בנוסח: מדוע להפלות בין האבהות "המשפטית" של המאמץ מזה לבין האבהות "הטבעית" של המוליד מזה? או כפי שהצגנו: מה בין **קביעת** אבהות על ידי חזקות משפטיות, כנדון לעיל, לבין **הוכחת** אבהות, כפי שיפורט להלן?

לדעתנו, ההבדל ביניהן עצום ורב, והוא מצוי בלבו של כל דיון בתחום האבהות: שכן מלבד היות המונח Legitimation מצוי בסימן 51 לדבר המלך, ו"בזכותו" נקנית סמכות לבית הדין הרבני בכל עניין של קביעת אבהות על ידי חזקה, כשיש מקום לקבוע "חוקיותו" של בן מן הנשואה – הרי **קביעת** אבהות באמצעות חזקה או באמצעות כלל אחר, כגון אימוץ, היא גם עניין של קביעת סטאטוס;²⁰ ואילו **הוכחת** אבהות אינה אלא דין ראייתי, ומקובלנו כי דין אישי מהותי הוא בסמכות בית דין דתי, ואף בית משפט אזרחי הדן בסוגיה צריך לדון על פיו, ואילו דין ראייתי לא רק שאינו בסמכות בית דין דתי, אלא גם בית משפט אזרחי אינו כבול בו, אלא דן תמיד על פי דיני הראיות שלו. ואכן, גם בסימן 51 לדבר המלך מופיעים ה"אימוץ" וה"לגיטימציה" זה בצד זה, והדבר רק מחזק את דעתנו, שדומים הם

²⁰ עיין בעניין זה ע"א 384/61 **מדינת ישראל נ' פסלר**, פ"ד טז 102 (1962), שם נקבע, כי היות אשה יהודיה בישראל נשואה, שהוא – במובחן מהיותה ידועה בציבור – עניין של סטאטוס, מוטל עליה על פי דין תורה, שהוא הדין האישי שלה.

מבחינה זאת, ששניהם עוסקים בקביעת אבהות בעזרת חזקות וכללים, ובשניהם אין מקום לדיני ראיות לשם גילוי האמת הביולוגית לעניין מיהות האב.

סימן 51 לדבר המלך במנותו את עניין הלגיטימציה של קטינים, התכוון אפוא לכלול את מושג הלגיטימציה של הילד הבלתי-לגיטימי בדין העברי – קרי: הממזר, שנולד לאשה הנשואה. מכאן, שגם סעיף 9 לחוק שיפוט בתי דין רבניים וגם סימן 47 לדבר המלך – המפנים לסימן 51 לדבר המלך – עוסקים בנושא של קביעת אבהות לגבי ילד, שנולד לאשה נשואה, וששאלת כשרותו שנויה במחלוקת. ומכאן, שלבית הדין הרבני סמכות – לאחר הסכמת הצדדים – לדון בנושא; ובית משפט אזרחי, הדין במקרה כזה, חייב לדון על פי הדין האישי, הכולל בעיקר את החזקה של "רוב בעילות אחר הבעל", דין "יכיר" על חריגיו, וכל כיוצא באלה, כפי שהשתדלנו להבהיר לעיל.

כל ענייני הוכחת אבהות ביולוגית אינם עניין לכאן, כיוון שאינם מנויים בסימן 51; ואף אם היו מנויים בו – הרי הם בגדר דין פרוצדוראלי; וכפי שראינו לעיל אין בית המשפט האזרחי קשור בדיני הראיות של הדין הדתי.²¹

כאמור, גם לאחר פסק הדין ב-**בג"צ בוארון**,²² ואף לאחר ביקורתו הנ"ל של **פרופ' פ' שיפמן**, חזר בית המשפט העליון על עמדתו, לפיה אין לבית הדין הרבני סמכות לדון בענייני אבהות, וכי אין הם נמנים על ענייני המעמד האישי מבחינת סמכותו של בית הדין הרבני.

לאחר מספר שנים חל מפנה מהפכני בסוגיה זאת, כשב-**בג"צ 539/79**²³ נקבע, כי אבהות היא אחד מענייני המעמד האישי, כשאין בפסק הדין הקצר שום נימוק מפורש להבהרת הסיבות לתפנית החדה ולנטישת ההלכה הפסוקה, שהיתה קיימת עד אז.

בתגובה להחלטה זאת פרסם **ד"ר י' מירון** מאמר,²⁴ המצדד במסקנה אליה הגיע בית המשפט הגבוה לצדק, וזאת בעזרת מבט לשרשי ההגדרות בסימן 51 לדבר המלך

²¹ עמ' 51 לעיל.

²² בג"צ 283/72 **הרצל בוארון נ' בית-הדין הרבני האזורי, ת"א-יפו**, פ"ד כו(2) 727 (1972).

²³ בג"צ 539/79 **בוזגלו נ' ביה"ד הרבני האזורי באר-שבע ואח'** (לא פורסם).

²⁴ ד"ר י' מירון, "קץ ההתמכרות למשפט האנגלי בענייני המעמד האישי: השיפוט בענייני אבהות", **עיוני משפט ז'** (תש"ם-1980) 732, 729.

ולמקורותיהם האנגליים והעות'מאניים; והוכחה, כי המונח "לגיטימציה ואימוץ של קטינים" בסימן 51 לדבר המלך – מקורו במונח "נסב", המצוי בחוק העות'מאני, ושתרגומו הוא "קרבת משפחה", הכוללת גם קביעת אבהות והוכחתה.

המחבר המלומד מגיע לאותה מסקנה גם מעקרון ההמשכיות בין התקופה העות'מאנית לבין התקופה האנגלית, וגם מניסוחו של סימן 47 לדבר המלך, המתייחס ל"ענייני המעמד האישי", המוגדרים בסימן 51, ואינו מזכיר במפורש את סימן 52 – ומכל אלה מגיע למסקנה, כי אבהות היא אחד מענייני המעמד האישי, וכי בניגוד לקביעת פסק הדין ב-**בג"צ בוארון**²⁵ – אין אפשרות לגלות אבהות רק בסימן 52 לדבר המלך בלי לגלותה גם בסימן 51 לו.

למרות דעה מעניינת זאת, שיתכן שבניתוח טרמינולוגי-היסטורי יש לה בסיס איתן – הרי עומדים אנו בדעתנו, כי ענייני אבהות בכללותם לא היו בסמכות בית הדין הרבני, אלא רק אלה הקשורים לקביעת אבהות בבן מן האשה הנשואה, שהדיון בהם עלול להביא לידי קביעת ממזרות ולשינוי סטאטוס; וזאת הן בגלל המלה Legitimation, כפי שפורשה, והן משום שהוכחת אבהות לגבי בן מן הפנויה אינה אלא דין ראייתי.

חיזוק לעמדתנו מצאנו במספר מקורות נוספים:

ב-**ע"א 291/61**²⁶ מניח בית המשפט העליון כדבר המובן מאליו, שהכלל של "רוב בעילות אחר הבעל" חל על בני-זוג, שהדין האישי שלהם הוא הדין היהודי, וב-**תמ"א (ת"א) 1279/83**²⁷ אומץ בפועל דין "יכיר" על חריגיו על ידי בית המשפט המחוזי.

ב-**ת"מ (חי) 9/73**²⁸ מודע **כב' השופט שאל** לספק שקיים, אם אבהות היא עניין של המעמד האישי במובן של סימן 51 לדבר המלך, והוא מוסיף:

"אולם הספק קיים כנראה רק כאשר מתבקשת הכרה באבהות של ילד שנולד מחוץ לנישואין, ויתכן כי השאלה אם ילד שילדה אשה נשואה הוא

²⁵ בג"צ 283/72 **הרצל בוארון נ' בית-הדין הרבני האזורי, ת"א-יפו**, פ"ד כו(2) 727 (1972).

²⁶ ע"א 291/61 **צ'יזס נ' גרשל ואח'**, פ"ד טו 2087, 2094 (1961).

²⁷ תמ"א (ת"א) 1279/83 **פלוני נ' אלמונית, אלמוני והיוה"מ (משרד הרווחה)**, פ"מ התשמ"ה(ג) 259.

²⁸ ת"מ (חי) 9/73 **אלסטר נ' אלסטר**, פ"מ התשל"ד(ג) 90, 92.

ילדו של בעלה היא עניין של "לגיטימציה" ומשום כך כלול בקטלוג של ענייני המעמד האישי לפי סימן 51 הנ"ל..."

ובהמשך:

"כאשר מתעוררת שאלת אבהות בתביעת מזונות שילדה יהודיה מגישה נגד איש יהודי בטענה שהוא אביה, יש להכריע בשאלה אינצידנטלית זו לפי הדין העברי, אף אם אין רואים בעניין האבהות עניין של המעמד האישי במובן של סימן 51".²⁹

ב-תמ"א (ת"א) 3382/78, המ' (ת"א) 1853/80³⁰ קובע **כב' השופט שיינבוים**, כי שאלת האבהות, הנוגעת לילדים מן הפנויה, אינה עניין מענייני המעמד האישי. לעומת זאת שאלת האבהות, הנוגעת לילדים מן הנשואה, נמנית על ענייני המעמד האישי ויש להכריע בה על פי הדין העברי, דהיינו על פי החזקה, ש"רוב בעילות אחר הבעל", ועל הבעל נטל הראיה לסתרה.

וב-תמ"א (ת"א) 114/85³¹ משכלל **כב' השופט שיינבוים** את דעתו זאת באומרו:

"עתה, לאחר קבלת חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, ניתן לקבוע, כי אם אין לראות בסימן 51 ככולל את ענייני האבהות מן הנשואה, יש לאקונה בדין הישראלי: אין למצוא תשובה לשאלה (בהנחה שאינו עניין מהמעמד האישי), מה דינו הלכאורי של ילד שנולד לנשואה, לא בדבר חקיקה, בהלכה הפסוקה, או בדרך של היקש. מכיוון שכך, יש לפנות לעקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל."

ועוד דבר: פסילתו של ילד כ"ממזר" אינה עניין לבית המשפט האזרחי. "דיני הממזרות" כלולים, כנראה, בגדר המושג "ענייני נישואין" בהיותם קובעים את כשירותו של האיש

²⁹ שם, שם.

³⁰ תמ"א (ת"א) 3382/78, המ' (ת"א) 1853/80 **פלונית ואח' נ' פלוני**, פ"מ התשמ"א (א) 510; עיין גם תמ"א (ת"א) 58/71 **מלמד נ' מלמד**, פ"מ התשל"ד (1) 251, 256.

³¹ תמ"א (ת"א) 114/85 (לא פורסם). כן עיין אימוץ דעה זאת ב-תמ"א (ת"א) 1554/84 **פלונני נ' פלונית ואח'**, פ"מ התשמ"ז (א) 216.

להינשא, ומצויים בסמכות בלעדית של בית הדין הדתי.³² יש מקום לשקול האם ניתן לפצל את הדיון לגבי ילד, שנולד מהורים נשואים, בין תחולת הדין האישי בשאלת הממזרות לבין תחולתו בשאלת האבהות, כשזו נדרשת לצרכים אחרים.³³

ימצאו מי שיאמרו, כי דווקא זה הוא היתרון שבמצב, לאמור: ניתן לקבוע בבית משפט אזרחי אבהות אדם-זר לצורך מזונות בלבד, בלי ל"ממזר" את הילד. וכנ"ל לגבי ירושה או לגבי דין פלילי.³⁴

ואולם בדיוק לאותו פתרון ניתן להגיע גם אם בית הדין הרבני ידון בעניין, כיוון, שכפי שראינו, הדין העברי דורש מידות הוכחה שונות כשנפקות ההכרזה היא מזונות, ירושה, איסור והיתר וכו'; וניתן גם ניתן לקבוע בבית הדין הרבני אבהות לצורך ממוני ולא לקבוע דבר בענייני ממזרות.³⁵

אכן, לקביעת אבהות נפקויות שונות ורבות, ועקב המצב הקיים כיום³⁶ ניתן מדי פעם לפתוח מחדש הליכים להוכחת אבהות, כל פעם לצורך אחר, והדבר מסתרבל שבעתיים, כשבית דין דתי רשאי לדון רק כשהנפקות היא של ממזרות ואינו רשאי לדון בשאר ההיבטים; ובית המשפט האזרחי אמור לדון רק בשאר ההיבטים.

ב-ע"א 431/80 קובע בית המשפט העליון, כי כוחו של פסק דין הקובע אבהות יפה כלפי כל העולם; וכב' השופט מ' בייסקי שם מוסיף, כי הסדר הציבורי דורש, שעניין האבהות לא יהא נתון לתקיפה מתמדת ולפתיחת הליכים מחודשים בנושא, שהוכרע בפסק דין סופי.

³² פנחס שיפמן, "קביעת אבהות לילד שנולד מהזרעה מלאכותית" משפטים י', (תש"מ-1980) 82; ת"א (ת"א) 3136/61 א' א' נ' ע' ל', פ"מ לג, 169, 185-200.

³³ פנחס שיפמן, "שיפוט ומשפט בענייני אבהות", משפטים ד (תשל"ג-1973) 664, 666 והערה 17 שם.
³⁴ נקדים ונאמר, כי ב-ע"א 3077/90 פלונית (ח') ואח' נ' פלוני (י'), פ"ד מט(2) 578 (1995) נטבע המונח "אבהות אזרחית", בהקשר למוסלמים, ועל כך בהרחבה בעמ' 250-255 להלן. וכן עיין תמ"ש (ת"א) 076760/01, 076762/01 פלונית ואח' נ' אלמוני ואח' (טרם פורסם), שניתן על-ידי כב' השופט י' גייפמן ב- 19 באוגוסט 2007, בו אומץ, לאחרונה, המושג גם לגבי יהודים. ועל כך להלן בעמ' 259, 107, 88.

³⁵ ועיין כדוגמא: תיק התשמ"ב/378 בית הדין הרבני אשדוד (לא פורסם) כפי שמצאנו באסיא מאמרים, תמציות וסקירות בענייני הלכה ורפואה (הוצאת מכון שלזינגר, שבט התשמ"ג, פברואר 1983) כרך ט, חוברת ג.

³⁶ ראה להלן בפרק ה' הדן בהתיישנות ומעשה בית דין, עמ' 129 ואילך.

³⁷ ע"א 431/80 רויזנברג נ' חזן, פ"ד לה(2) 742 (1981).

אמנם, לדעתנו, לגבי המצב דאז, כפי שנרחיב בהמשך,³⁸ אין הדברים מדויקים לגמרי; ואולם אין ספק, כי יש לשאוף לפישוט ההליכים, ומבחינת ההגיון היה ראוי, לדעתנו, לתת סמכות שיפוט, לפחות שבהסכמה, לבית הדין הרבני בענייני הוכחת אבהות.

ולפן השני של דעתנו: לגבי בן מן הפנויה – לא ראינו מקום להקנות בכגון דא סמכות – ולו שבהסכמה – לבית הדין הרבני, כיוון שמדובר בדין ראייתי בלבד, בדיני ראיות שבאמצעותם מוכיחים מי האב של אותו בן. אין כאן כל נפקות של ממזור או של קביעת מעמד אישי, אלא הדבר נחוץ, בדרך כלל, לצרכים ממוניים בלבד.

למסקנה זו ניתן להגיע גם מעצם העובדה, שלו יכלנו להעניק סמכות שבהסכמה לבית דין רבני בעניין זה – הרי משמע, שבית משפט אזרחי, בדונו בכך, חייב להחיל את הדין האישי מכח סימן 47 לדבר המלך. אולם דבר זה לא יתכן, כיוון שבית משפט אזרחי בהחילו את הדין הדתי, אין הוא מחיל אלא את חלקו המהותי בלבד, בעוד שבעניינים פרוצדורליים הוא נעזר בהוראות הדין החילוני הכללי.

מכל הסיבות הללו היה, לדעתנו, מקום לקבוע, כי סימן 51 לדבר המלך, בנוקטו במונח Legitimation, התכוון להקנות באמצעות סעיף 9 לחוק שיפוט בתי דין רבניים סמכות שיפוט שבהסכמה לבית הדין הרבני; ובאמצעות סימן 47 לדבר המלך – החלת הדין האישי בבתי המשפט האזרחיים – הכל כשהדבר אמור בקביעת אבהות לגבי בן מן האשה הנשואה.

מכל מקום, כאמור לעיל, סמכות השיפוט האזרחית בענייני אבהות היתה מסורה בעבר לבית המשפט המחוזי מכח סמכותו השיורית, וכיום, מאז נחקק חוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995 – נתונה הסמכות לבית המשפט לענייני משפחה.

³⁸ בעמ' 116 להלן.

2. בית המשפט האזרחי או בית הדין השרעי?

לגבי בית הדין המוסלמי נראה, כי לא צריך היה להיווצר קושי דומה, משום שהוא פועל על פי הגדרה מיוחדת של ענייני המעמד האישי, הכוללת בקרבה בפירוש את "ענייני היוחסין";³⁹ ואכן לאחר שב-בג"צ 56/61⁴⁰ לא הכריע בית המשפט הגבוה לצדק בשאלה זו, החליט בה ב-בד"מ 1/62⁴¹ (להלן: **הלכת אבו אנג'לה**), שם נקבע, כי ענייני אבהות מסורים לסמכות בית הדין המוסלמי, וזאת על ידי פירוש סימן 52 לדבר המלך מתוכו, ולאור הסמכויות שהיו בידי בית הדין עד לימי המנדט.

סמכותו של בית-הדין השרעי נקבעה בסימן 52 לדבר המלך, הקובע בתרגומו לעברית:

"52. לבתי-הדין המוסלמיים הדתיים מוסלמים יהא שיפוט-יחיד בענייני המצב האישי של מוסלמים שהם נתינים ישראלים, או נכרים שהינם כפופים בעניינים כאלה, לפי חוק נתינותם, לשיפוטם של בתי-הדין המוסלמיים הדתיים, בהתאם לחוק הפרוצידורה של בתי-הדין המוסלמיים הדתיים מיום 25 באוקטובר, 1333, הג'רייה, כפי שתוקן ע"י כל פקודה או תקנות..."

סימן 51 לדבר המלך קובע מה הם "ענייני המעמד האישי", וכלשונו בתרגום לעברית:

"51... לצורך הוראות אלה, ענייני מצב אישי פירושם תביעות שיפוט בענייני נישואין או גטין, מזונות, אפטרופסות, כשרות-יוחסין של קטינים, איסור השימוש ברכושם של אנשים שהחוק פסל אותם, והנהלת נכסי אנשים נעדרים."

³⁹ סימן 52 לדבר המלך במועצתו על ארץ ישראל 1942-1922; וראה: י' מירון, "גדרי הדין והשיפוט המוסלמים בחוקי הירושה בישראל", **הפרקליט** כז (תשל"א-1971) 12.

⁴⁰ בג"צ 56/61 **אבו אנג'לה נ' פקיד רישום של לשכת מרשם התושבים בת"א-יפו**, פ"ד טז(1) 380 (1962).

⁴¹ בד"מ 1/62 **ע' א' ק' אבו אנג'לה נ' פקיד הרישום של לשכת מירשם התושבים, ת"א-יפו**, פ"ד יז(4) 2751.

בתי הדין השרעיים קנו סמכות ייחודית לדון ב"ענייני המעמד האישי של מוסלמים" – זו לשון סימן 52 לדבר המלך – והשאלה היא מה הם אותם "ענייני המעמד האישי", והאם מפנה סימן 52, מכללא, אל אותם "עניינים" המפורטים בסימן 51 לדבר המלך.

שאלה זו באשר למסגרת סמכותם של בתי הדין המוסלמיים עלתה לדיון בפרשת אבו אנג'לה, ובית הדין המיוחד בהרכב כב' השופטים י' זוסמן, מ' לנדוי וכב' הקאדי שיך חוסני זועבי – דן בה במלוא היקפה.

השאלה הספציפית שעלתה לדיון נסבה על "שאלת הסמכות בדבר קביעת אבהותו של איש מושלמי", ולבירור שאלה זו נדרש בית הדין המיוחד לכל דברי החוק שלעניין. לאחר ניתוח נרחב של דברי החוק, הגיע בית הדין המיוחד לכלל מסקנה, כי לעניין סמכותם של בתי הדין המוסלמיים אין לשעות אל הגדרת "ענייני המעמד האישי" הבאה בסימן 51 לדבר המלך, אלא אל חוק הפרוצדורה של בתי הדין המוסלמיים הדתיים העת'מאני, אותו חוק שסימן 52 מפנה אליו.

מסתבר כי ענייני המעמד האישי המנויים באותו חוק פרוצדורה הינם רבים מענייני המעמד האישי המנויים בסימן 51 לדבר המלך, וכי נכלל בהם (בסעיף 7(ז) לחוק) אף נושא ה"נסב", שהוראתו היא "יחוס ילדים וגידולם".⁴²

כב' השופט י' זוסמן העדיף לתרגם את הביטוי ל"קרבת משפחה", אך ניתן להסכים, כי כולל הוא תביעת אבהות.

נושא זה של "קרבת משפחה" (או "יחוס ילדים") לא בא זיכרו בסימן 51 לדבר המלך, אך משהוחלט כי לא הוראת סימן 51 לדבר המלך תקבע, אלא הוראת החוק העתמאני, נדרשה מאליה המסקנה, כי בתי הדין המוסלמיים קנו סמכות ייחודית לדון בענייני אבהות של מוסלמים. כך, אמנם, קבע בית הדין בהלכת אבו אנג'לה,⁴³ וקביעה זו הלכה עמנו מאז נפסקה בשנת 1963.⁴⁴

⁴² כתרגומו לעברית בספרם של גויטיין ובן שמש על המשפט המוסלמי במדינת ישראל (ירושלים, התשי"ח-1957) 276.

⁴³ בד"מ 1/62 ע' א' ק' אבו אנג'לה נ' פקיד הרישום, של לשכת מירשם התושבים, ת"א-יפו, פ"ד יז(4) 2751.

⁴⁴ ע"א 119/87 מרהג' נ' רמדאן, פ"ד מד(4) 377 (1990).

הלכה זו סויגה בקביעתו של הרכב מורחב של שבעה שופטי בית המשפט העליון, בפסק דין שניתן על ידי **כב' השופט מ' חשין** ב-ע"א 3077/90 **פלונית (ח') ואח' נ' פלוני (י')**⁴⁵ (להלן: **עניין ח' נ' י')**. בפרשה זו התגלגל עניינה של קטינה מוסלמית בערכאות שונות, וכל אחת מהן סרבה להכיר בסמכותה לדון.

בחודש אפריל 1987 הגישה **ח'** לבית הדין השרעי בחיפה תביעה נגד **י'** ל"הוכחת קיום נישואין, הוכחת אבהות ומזונות". לטענת **ח'**, הבטיח לה **י'** כי ישאנה לאשה; עקב הבטחה זו הסכימה לחיות עִמו חיי אישות, וכך נולדה **א'**. **י'** כפר בכל הטענות שנטענו נגדו, ואף התנגד לבקשתה של **ח'**, כי בית הדין יורה לערוך בדיקת רקמות להוכחת אבהות.

בית הדין השרעי בערכאה הראשונה קבע, כי הואיל והילדה נולדה לזוג שלא מנישואין, והואיל ולא נטענה אבהות על ידי האב, אין אפשרות לבית הדין לקבוע אבהות לילדה, כיוון שהדין המוסלמי אינו מכיר באבהות על ילד שבא מן הפנויה, ועל כן נשללה האבהות הנטענת.

כלומר – רק נישואין 'מולידים' "אבהות", ובאין נישואין אין "אבהות".

התובעת והקטינה פנו לבית המשפט המחוזי, שקבע גם כן, כי נעדר סמכות הוא, כיוון שהנושא הוא "אבהות", הנמצא בסמכות ייחודית של בית הדין השרעי, ודחה את התביעה על הסף, בהתאם ל**הלכת אבו אנג'לה**.⁴⁶

האם פנתה לבית המשפט העליון, שנכנס לעבי הקורה, לאחר שהבהיר, כי התוצאה שהתקבלה, על פיה הילדה נותרה שתוקית, משום ששיטת המשפט בישראל חסמה את דרכה להוכיח מי הוא אביה, ועל כן נמנעת ממנה הזכות למזונות – אינה הולמת את כללי הצדק הטבעי, ונוגדת את סעיפים 2 ו-4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, בשללה מילד או אם דרך לקיום הליך משפטי בדבר הצהרה על אבהות, ובהותירה את המערערות במבוי סתום, ללא פתרון משפטי.

⁴⁵ ע"א 3077/90 **פלונית (ח') ואח' נ' פלוני (י')**, פ"ד מט(2) 578 (1995).

⁴⁶ בד"מ 1/62 ע' **א' ק' אבו אנג'לה נ' פקיד הרישום, של לשכת מירשם התושבים, ת"א-יפו**, פ"ד יז(4) 2751.

כב' השופט מ' חשין סבר, כי **הלכת אבו אנג'לה** "ראויה לעיון חוזר", וכי ניתן לטעון כי התקבלה בחוסר סמכות,⁴⁷ אך השאיר הערה זו בצריך עיון; וקבע, כי לגבי המקרה הנדון אין צורך להפוך את ההלכה, אלא לצמצמה, ולפרשה כהלכה המחייבת בתחומיה הלגיטימיים, אך לא מעבר להם.

בית המשפט העליון, בהרכב מורחב, קבע, כי אמנם לבית הדין השרעי סמכות ייחודית בקביעת אבהות, אולם במקום בו בית הדין השרעי אינו מכיר באבהות, כגון במקרה של ילד שנולד מפנויה, הרי שבית המשפט המחוזי – ונראה כי היום היה אומר: בית המשפט לענייני משפחה – יקנה סמכות שיפוט ליתן פסק הצהרתי להצהרת "אבהות אזרחית" שעיקרה הוא, ש"תחום שיפוט" של הצהרה זו יהיה במשפט האזרחי בלבד, במובחן מן המשפט הדתי.

ובכך הקים **כב' השופט מ' חשין** ויצר את מעמד "האבהות האזרחית", עליו עוד נרחיב בהמשך.⁴⁸

וכך מתייחס **כב' השופט מ' חשין להלכת אבו אנג'לה**, שכאמור קבעה, כי לבית הדין השרעי סמכות ייחודית בענייני אבהות:⁴⁹

"על כך נאמר, כי לעניין סמכותו הייחודית של בית-הדין השרעי בנושא של "אבהות" – והיא הילכת אבו-אנג'לה – ניתן להעמיד שני מיבנים-של-פירוש: המיבנה האחד יעמיד עצמו ברחבת דבר-המלך והמיבנה האחר יועמד בשדה החקיקה האזרחית. אשר לפירושו של דבר-המלך, כך נאמר: אכן, מחוקק דבר-המלך ביקש להעניק לבית-הדין השרעי סמכות ייחודית בתביעות של "אבהות", הכל כהלכת אבו-אנג'לה; במה דברים אמורים, במקום שבית-הדין יכול ונכון – מעיקרו של הדין שעל-פיו הוא דן – להידרש לתביעות ולהכריע בהן, בין לחיוב בין לשלילה. ואילו במקום

⁴⁷ בית-הדין המיוחד לא הוסמך, על פי הוראות סימן 55 לדבר-המלך, להכריע מה הם ענייני המעמד האישי ומה תחום התפרשותם. סמכותו היא להכריע בשאלה אם נושא מסוים – אשר לכל הדעות הוא מענייני המעמד האישי – מצוי, או אינו מצוי, בסמכותו הייחודית של בית-דין דתי. ע"א 3077/90 פלונית (ח') ואח' נ' פלוני (י'), פ"ד מט(2) 578, פס' 18 לפסק הדין (1995).

⁴⁸ ראה להלן עמ' 252, 257.

⁴⁹ ע"א 3077/90 פלונית (ח') ואח' נ' פלוני (י'), פ"ד מט(2) 578, פס' 29 לפסק הדין (1995).

שבית-הדין אינו יכול ואינו נכון להפעיל את סמכותו, ועל דרך זו שולל הוא – ולו בעקיפין – זכויות שמוסלמי קנה על-פי משפט הארץ, קרי: על-פי המשפט האזרחי, ממילא אין לפרש את דבר-המלך כמו ביקש להעניק סמכות בלעדית לבית-הדין, תוך שלילת סמכותם של בתי המשפט האזרחיים. או אחרת: חזקה על המחוקק – והיא חזקה-שבהלכה – כי "ידע" מראש שבית-הדין השרעי לא יידרש לתביעות "אבהות" אותן יגישו ילדים שנולדו מחוץ-לנישואין; ומתוך שידע כך מראש, חזקה עליו שלא אמר להעניק לבית-הדין השרעי סמכות ייחודית לדון בנושא שלדיעתו (של המחוקק) לא יידרש בית-הדין לדון בו (ועל דרך המנעותו מדון באותו נושא ישלול ממוסלמים זכויות מהותיות שהמשפט האזרחי העניק להם). כך בפירוש דבר-המלך מתוכו-ובו.

כך נקבע כי סמכותו הייחודית של בית הדין השרעי תימשך ותלך בתחומי הדין השרעי, ואילו בתחומי המשפט האזרחי ידון בית המשפט האזרחי מכוח סמכותו השיורית האמורה בסעיף 40(2) לחוק בתי המשפט, ויוכל להחליט על היותו של נתבע-מוסלמי אב טבעי לבנו.

"תחום חלוקתה של הצהרת אבהות – אם תינתן – יהיה, כמובן, בתחום המשפט האזרחי בלבד, ואילו בשדה המשפט השרעי יפוג כוחה וההצהרה תהיה כמו לא היתה. 'אבהות שרעית' ו'אבהות אזרחית' נידמו לשתי ממלכות השוכנות זו בצד זו, ואין האחת מסגת את גבול חברתה. בממלכה האחת שליט הדין השרעי ושלוחו בית-הדין השרעי, ובממלכה האחרת שליט המשפט האזרחי (לבר-הדין-השרעי) ושלוחו בית-המשפט המחוזי. זה יעשה בשלו, זה יעשה בשלו, ומלכות ברעותה לא תיגע".⁵⁰

קביעתו זו של **כב' השופט מ' חשין**, זכתה אף היא לפירושים שונים, חלקם מצמצמים וחלקם מרחיבים; וכתוצאה מכל אלה, ההלכה, כי לבית הדין השרעי סמכות ייחודית לפסוק בענייני אבהות, כבר אינה ברורה מאליה.

⁵⁰ ע"א 3077/90 **פלונית (ח') ואח' נ' פלוני (י')**, פ"ד מט(2) 578, פס' 31 לפסק הדין (1995).

בין המצמצמים, נמצאת **כב' השופטת א' זיסקינד**, כפי שעולה מ-**תמ"ש (י-ם) 25170/97**.⁵¹ במקרה הנדון דובר בבני-זוג מוסלמים. האב ביקש מבית המשפט לענייני משפחה בירושלים להורות על ביצוע בדיקת רקמות כדי לוודא או לשלול את אבהותו על קטינה שילדה אשתו. לטענתו, הוא עקר ולכן לא הכיר מעולם בבת כשלו, ולידתה הובילה לגירושיו מאשתו עקב יחסיה עם גבר זר.

האם ונציג היועץ המשפטי לממשלה ביקשו לדחות את התביעה על הסף, בטענה כי הסמכות לקביעת אבהות על פי הדין המוסלמי נמצאת בסמכותו הייחודית של בית הדין השרעי, במיוחד כשהמדובר בבני-זוג נשואים.

כב' השופטת א' זיסקינד מגדירה בהחלטתה את צמצומה של **הלכת אבו אנג'לה**, כפי שהציגה **כב' השופט מ' חשין**, ומחילה את עקרונות פסיקתו על העניין שלפניה:⁵²

"מפסק דינו המאלף של כבוד השופט חשין בע"א 3077/90 הנ"ל, עולה כי הכוונה אינה להפוך את ההלכות הקיימות לעניין סמכותו הייחודית של בית הדין השרעי לדון בתביעות בענייני אבהות באופן גורף, אלא הכוונה היתה ליתן מענה למצב מיוחד שבו נדחתה תביעת האשה הן בבית הדין השרעי והן בבית המשפט המחוזי, כשהמטרה היתה ליתן סעד של מזונות לקטינה, במקום שבו אין ערכאה המוסמכת לדון בתביעה... נאמר שוב ושוב כי אין בפסק דין זה להפוך את הלכת אבו אנג'לה, אלא בדרך של צמצומה בלבד.

...

פסק דין פלוני צמצם את הלכת אבו אנג'לה במובן הזה שבענייני אבהות במקום שבו בית הדין המוסלמי לא יכול ולא נכון ליתן סעד והוא משיב את פני התובעים ריקם, הרי שבית המשפט האזרחי קונה סמכות לדון בתביעה. ואולם, הלכת אבו אנג'לה נותרה בעינה כל עוד בית הדין השרעי יכול ונכון ליתן סעד על פי הדת המוסלמית. במקום שבית הדין השרעי יכול ונכון ליתן סעד לבעל דין בעניין אבהות הרי שלא מתעוררת כל בעיה והסמכות

⁵¹ תמ"ש (י-ם) 25170/97 **היועץ המשפטי נ' פלוני**, תק-מש 2000 (2) 302 (2000).

⁵² שם, פס' 16-19 לפסק הדין.

הייחודית לדון בתביעה נותרת אצל בית הדין השרעי.

במקרה הנ"ל קובעת השופטת המלומדת, שהואיל ושני בעלי הדין הינם מוסלמים והקטינה נולדה לאשה בהיותה נשואה, אין מניעה שבית הדין השרעי יחיל את סמכותו וידון בתובענה, ואין סיבה ששייב את פניה ריקם במובן זה של דחיית התביעה על הסף מחוסר עילה. הסמכות תינתן לבית המשפט האזרחי במקום לבית הדין השרעי רק כשהאחרון אינו יכול ואינו נכון לדון בתובענה וליתן בה סעד. רק אם ולאחר שבית הדין יקבע, כי קיימת מניעה מטעמו לדון בתביעת האבהות, יש מקום לשקול על פי הנסיבות הגשת תביעה מעין זו לבית משפט לענייני משפחה. כל עוד לא זה המצב – תימחק התביעה על הסף.

לעומת זאת גורסת הגישה המרחיבה את קביעתו של **כב' השופט מ' חשין**, כי בכל עניין שבו ההצהרה על האבהות נועדה לצורך אזרחי, הרי שלבית המשפט האזרחי הסמכות לדון ולקבוע מהי האבהות הטבעית או האזרחית, אף בניגוד לקביעה המשפטית של בית הדין השרעי.

כך נקבע ב-**הפ' (ב"ש) 4059/01**⁵³ על ידי **כב' השופט י' טימור**. בבקשה זו ביקש המבקש להצהיר על היותו בנו של אלתראבין עלי, וכתוצאה על היותו זכאי להרשם במרשם האוכלוסין ולקבל מספר זיהוי. לבקשה צורף פסק דין של בית הדין השרעי, בו נקבע, כי אכן המבקש הוא בנו של מר אלתראבין עלי הנ"ל שהינו אזרח ישראלי, אולם משרד הפנים התנגד לרישום. כיוון שהצעה לבדיקת הרקמות נדחתה, הובאו ראיות לאבהות של המבקש.

על פי קביעתו של **כב' השופט מ' חשין בעניין ח' נ' י'**, קבע **כב' השופט י' טימור**, כי האבהות על פי הדין האישי היא הרלבנטית בהקשר של בעלי הדין המעוניינים בדבר ולצרכים מוגדרים, ואילו "האבהות הטבעית" או "האבהות האזרחית" היא בגדר סטאטוס הפועל כלפי כולי עלמא.

לעניין הרישום והאזרחות מחייבת האבהות האזרחית, כלומר, כאשר המדובר בבקשה לקביעת אבהות לצורך אזרחי, כגון הרישום במרשם האוכלוסין – לבית המשפט האזרחי

⁵³ הפ' (ב"ש) 4059/01 **אלתראבין ע'אנם נ' משרד הפנים**, תק-מח 2002 (3) 65548 (2002).

הסמכות לדון בעניין האבהות, ואין די בקביעתו של בית הדין השרעי, שהיא קביעה משפטית.

בית המשפט קבע, כי המבקש לא עמד בעול ההוכחה להראות, כי הוא בנו הטבעי של עלי אלתראבין, שהינו אזרח ישראלי, ומכאן שלא קמה לו הזכות להרשם במרשם האוכלוסין, ולפיכך הורה על דחיית הבקשה.

ב-**תמ"ש (י-ם) 20950/97**⁵⁴ נתבקש בית המשפט להצהיר, כי התובעים 1 ו-2 הם הוריו הביולוגיים של הקטין התובע 3, וכפועל יוצא לחייב את הנתבע – משרד הפנים, לרשום אותו כבנם. התובעים הם מוסלמים, והקטין נולד, כנטען, מיחסי אישות שקיימו ביניהם מחוץ למסגרת הנישואין, עת האם היתה נשואה לאחר. בית המשפט, מפי **כב' השופטת ח' בן עמי**, היה ער לספק בנושא הסמכות, אך קבע, כי לאור כך שהתובע מכיר באבהות, הרי אין סכסוך והלא הילד נולד מחוץ למסגרת הנישואין, ואין הדין השרעי חל עליו, וממילא כאשר המדובר בסעד הצהרתי לצורך מימוש זכות הנתונה לפי המשפט האזרחי (רישום בתעודת זהות), הרי שעל פי הפרשנות שנתן **כב' השופט מ' חשין** – אין לבית הדין השרעי סמכות ייחודית. לכן הורה בית המשפט לבצע בדיקת רקמות על מנת לקדם את נושא הרישום במשרד הפנים.

בהמשך ההליכים החליטה **כב' השופטת ח' בן עמי**, לקבל את בקשת התביעה, וקבעה ב-**תמ"ש (י-ם) 20950/97**⁵⁵, כי:

”על פי הצהרתם של שני המבקשים המבקש 1 – הינו אביו מולידו של הבן הגדל בביתם של המבקשים 1 ו-2 כבן לכל דבר.

בתסקיר הראשון שהוגש ע”י פקיד הסעד (מיום 14/02/99) צויין כי המבקש 1 מעיד כי ... הוא בנו, הוא מתפקד כהורה חיובי ולטובתו של הקטין מבקש למנוע ממנו בדיקת רקמות.

בהסתמך על כך כי בין המבקשים יש קשר קרוב ותומך ועל הצהרת כל אחד מהם כי המבקש 1 הינו אביו של הקטין ומאחר שלבעלה לשעבר של

⁵⁴ תמ”ש (י-ם) 20950/97 **פלונים נ’ משרד הפנים**, תק-מש 98 (2) 30 (1998).

⁵⁵ תמ”ש (י-ם) 20950/97 **פלונים נ’ היועץ המשפטי לממשלה** תק-מש 99 (2) 1 (1998).

מבקשת 2 – אין כתובת קבועה ולא ניתן לזמנו לדיון, מה גם שכפי שעולה מהתסקירים שהוגשו הוא נטש את משפחתו וילדיו ואיננו מגלה בהם ענין כלשהו והוא אף לא הביע התנגדות בדרך כלשהי להכרזה כי הקטין הינו בנו של המבקש 1, ולאחר ששקלתי את טובתו של הקטין מוצהר בזה כי הקטין, ת"ז ..., שנולד לאימו, ת"ז ... הינו בנו של המבקש 1, ת"ז ... יודע למשרד הפנים על מתן פסק הדין.

פרק ב': סוג ההליך – פלילי או אזרחי?

1. כללי

בישראל מצוי הנושא של הוכחת אבהות במישור של ההליך האזרחי כדבר שבשיגרה. מובן, כי יתכן שהוכחת אבהות תדרש כאלמנט במשפט פלילי, כגון במקרה של אינוס; ואולם כשמדובר על הוכחת אבהות ככזו – אין בינה לבין המשפט הפלילי דבר.

כפי שנוכחנו, אין זה המצב בכל שיטות המשפט. מדינות רבות בעולם ראו את ההליך של הוכחת אבהות כפלילי, ומדינות מסוימות עדיין מתייחסות אליו כאל כזה, וזאת עקב התוצאות החמורות העלולות לנבוע ממנו, ומורשת מן הזמנים בהם הסטיגמה על הבן הבלתי-חוקי היתה חריפה; וכן בשים לב לאפשרות הרבה לטעות – בזמנים בהם ההוכחה נעשתה על פי ראיות שאינן מדעיות – שבעטיה היה צורך להגן על הנתבע באמצעים הראייתיים הפליליים.

מדינות אלה רואות ב"אב" הנתבע מעין-נאשם, ומצדדות במתן הגנות רחבות ביותר לו מתחום המשפט הפלילי, כגון: הזכות לסנגור ממונה; הזכות למידת הוכחה שמעבר לכל ספק סביר; עניין הסיכון הכפול – זכותו לטעון "כבר הורשעתי, כבר זוכיתי", ובמדינות ארצות הברית – הזכות להידון בפני חבר מושבעים. לאחרונה קמה במדינות מסוימות הזכות לנתבע לקיים בדיקות מדעיות על חשבון המדינה.

באופן בלתי-שגרתי להליכים אחרים, נמצא בתחום זה של הוכחת אבהות מגוון רחב מאוד של שיטות, כשבחלק מן המדינות נמצא הליך מעורב – הליך אזרחי באופן רשמי המשובץ באלמנטים של הגנות פליליות. חלק ממדינות ארצות הברית, הרואות את ההליך כאזרחי, קובעות, כי הוא ייערך בכל-זאת בפני חבר מושבעים, חלקן מעניקות בנוסף לכך זכות למינוי סנגור ו/או זכות למימון בדיקות דם על חשבון המדינה.

ההשלכה העיקרית של השוני בראיית ההליך כפלילי או כאזרחי באה לידי ביטוי בעניין של מידת ההוכחה הדרושה, ולהלן נפרט מגוון רחב ביותר – וללא כל תקדים – של

אפשרויות הקיימות בשיטות המשפט השונות בנושא זה.

המצדדים בראיית ההליך כאזרחי טוענים, כי קביעת היחסים אב-ילד היא בהחלט עניין פרטי in-personam, וממילא אין לה דריסת רגל בין העבירות הפליליות. לעומתם טוענים האחרים, כי רוב הליכי האבהות אינם מעמידים בסכנה את האב-הנטען: בחלקם זה כבר נפטר, באחרים מדובר בהליך להבטחת אינטרסים רכושיים של בני המשפחה, ומכל מקום רבים נוספים מעוניינים בתוצאות, ויש להליך נופך רחב יותר, יותר in-rem, והמדינה היא זו שצריכה להיות אחראית על הליכים כאלה. גם האב-הנטען עצמו זקוק להגנות רחבות ביותר מתחום המשפט הפלילי, וזאת עקב ההשלכות החמורות שיש לקביעת האבהות לגביו, וכן עקב הקושי שבהוכחת העניין, שמקורו ביחסים אינטימיים בין בני-זוג, שבעבר היה מאוד קשה להכריע בו.

הבה נראה, בקליפת אגוז, כיצד מתייחסות מדינות שונות בארצות הברית מבחינה זאת להליך של הוכחת האבהות, כשנחזור ונדגיש, כי כל הסוגיה של מידת ההוכחה תידון בהמשך.

בארצות הברית הופך ההליך במשך הזמן לאזרחי,¹ אם כי מדינות רבות נוקטות הליך מעורב באופן זה או אחר,² וחלקן עדיין רואות בו הליך פלילי צרוף.³ בית המשפט העליון של ארצות הברית הזהיר, כי בראיית ההליך כאזרחי אין לשכוח, שיש להגן על הערבויות (guarantees) הקונסטитуציונליות של הנתבע.⁴ בתי המשפט חוזרים ומדגישים, כי יש לראות את ההליך הזה במסגרת של זכויותיו הקונסטитуציונליות של הנתבע (שלעתים מכונה שם "הנאשם"), כלומר: שמבחן ההגיון והצדק ידריך את בית המשפט. במדינת **אילינוי**, למשל, מצדדים במינוי סנגור בהליכי אבהות.⁵

¹ H.D. Krause, **Illegitimacy: Law and Social Policy**, The bobbs-Merrill Comp. inc. Indianapolis, Kansas city, New York, 1971, p. 190, note 17.

² H.D. Krause, *ibid.*, p. 109, note 24.

³ S.H. Fritschner, "The Nature of Paternity Actions" (1980-81), 19 **Journal of Family Law**, p. 478.

⁴ **Kent v. U.S.** 383 U.S. 541 (1966) **NAACP v. Button** 371 U.S. 415 (1963).

⁵ H.D. Krause, **Illegitimacy: Law and Social Policy**, The bobbs-Merrill Comp. inc. Indianapolis, Kansas city, New York, 1971, p. 110, note 27.

זכות זו קיבלה אישור ב- Uniform Parentage Act. בעבר סעיף 19 לחוק חייב מינוי סנגור לעניים, וסעיף 16 לאותו חוק עסק במימון בדיקות מעבדתיות על ידי המדינה.

מעניין לציין, כי בחוק החדש משנת 2000, כפי שתוקן ב- 2002 אין התייחסות למינוי סנגור עבור עניים כלל, ומימון בדיקות מעבדתיות על ידי המדינה יהיה רק במקרים מסוימים.⁶

כפי שנראה, חשיבותן של הבדיקות המדעיות רבה מאוד, וכיום עולה היא לאין ערוך, עם כל הכבוד, על חשיבות הסנגור, כיוון שבנקל יכולות הן לשלול ואף לקבוע אבהות, בשעה שאין כל ודאות, כי סנגור יצליח בכך.

סעיפי החוק הקודם, לעניין מינוי סנגור ומימון הבדיקות, אומצו על ידי חלק ממדינות ארצות הברית; ואחרות שינו את תקפם ממחייבים (מנדטוריים) למותרים (דיספוזיטיביים) בלבד.⁷

בעניין **Kennedy v. Wood**⁸ נקבע, כי בהליך אבהות אזרחי יש זכות למינוי סנגור ולמימון בדיקות דם. נאמר שם, כי האינטרס הפיננסי הישיר של האב-הנטען, והאחריות האפשרית לבריאות הילד ולתמיכה בו, גוברים על האינטרסים הכלכליים של המדינה, וכן גוברים הם על החזקה, לפיה אין זכות למינוי סנגור כשאין אפשרות פוטנציאלית לאיבוד החרות במובן הפיזי של המלה.

לגבי הזכות לחבר מושבעים, שהיא בדרך כלל מיוחדת להליכים פליליים, אימצה מספר מדינות ל"דרישת הנתבע",⁹ ואחרות – כדבר שבשגרה. עם זאת ישנן מדינות, המסרבות לתת זכות זו לנתבע בהליך האבהות, כשבמדינת **קונטיקט**, למשל, נפסק, כי סרוב לאפשר משפט בפני חבר מושבעים אינו פגיעה בהליך הוגן.¹⁰ בעניין אחר¹¹ נפסק, כי הזכות

⁶ Uniform Parentage Act, 2000, Article 6, Section 636.

⁷ S.H. Fritschner, "The Nature of Paternity Actions" (1980-81), 19 **Journal of Family Law**, p. 482.

⁸ **Kennedy v. Wood** 51 U.S.L.W. 2215 (Ind. 1982).

⁹ S.H. Fritschner, "The Nature of Paternity Actions" (1980-81), 19 **Journal of Family Law**, p. 483.

¹⁰ **Robertson v. Apuzzo** 365 A. 2d, 824 (Conn 1976).

¹¹ **People ex rel Cizek v. Azzarello** 401 N.E. 2d 1177 (1980).

להידון על ידי חבר מושבעים מיוחדת להליך הפלילי ואינה קיימת בהליך האבהות, שהוא אזרחי; ובנוסף מצאנו קביעה, כי למרות שהזכות לחבר מושבעים אינה מעוגנת באופן חוקתי, הרי שהיא מותרת על פי החוק.¹²

למרות שהחוק של **קונטיקט** מאפיין את הליכי האבהות כהליכים אזרחיים, נקבע כי יש להם מאפיינים או השלכות מעין-פליליות "quasi-criminal overtones", ואם נפסק כי האב-הנטען הוא אכן האב, הרי שבית המשפט:

"Shall order him to stand charged with the support and maintenance of such child, and his subsequent failure to comply with the court's support order is punishable by imprisonment".¹³

כלומר: סנקציות פליליות לאי כיבוד פסק דין הקובע אבהות.

בקרולאינה הצפונית נמצא דבר קיצוני ביותר: החוק שם מאפשר ליוזם ההליך זכות בחירה בין הליך אזרחי להליך פלילי! וזאת על כל המשתמע מכך.¹⁴

מצאנו **בארצות הברית** מלומדים שונים, הגורסים כי יש להפוך את ההליך לאזרחי לחלוטין או לפלילי לחלוטין; ואולם הדעה השלטת היא, כי יש למצוא את שביל הזהב. אכן קיימת שחיתות פרועה בהליך הוכחת האבהות, הכוללת השפלות, חדירה לחיי הפרט ואף אימים ואילוצים – ואולי מצדיקים אלה מתן הגנות רחבות לאב-הנטען, לבל יעלילו עליו עלילת-שוא בדבר אבהותו; ואולם חלילה לנו לשכוח את הילד המעוניין לדעת מי הוא אביו **באמת**, וכל פתרון קיצוני – בין אם מבוסס על חזקת הלגיטימיות באופן קיצוני (נגד האב), או על הגנות חזקות מדי מן המשפט הפלילי (לטובת האב) – לא יעזור להוציא אמת זו לאור.

נציין כבר כאן, כי כיום עקב שיטות משוכללות של בדיקות לסיווג רקמת הדם ו-ד.נ.א.,

¹² People ex rel. Diane Lockwood v. Daryon Mcdaniel, 536 N.E. 2d 80 (1989).

Michael H. v. Gerald D, 491 U.S. 110 (1989).

¹³ Robertson v. Apuzzo, Little v. Streater 452 U.S. 1 (1981), at 10 365 A. 2d, 824 (Conn 1976).

¹⁴ N.C. Gen Stat. S. 49-2; 49-7 (Supp 1976) (Criminal); S. 49-14 (Supp 1976) (Civil) כפי שמצאנו ב- Journal of Family Law, p. 478, note 13 S.H. Fritschner, "The Nature of Paternity Actions" (1980-81), 19

ניתן להגיע לחקר האמת במידה של קרוב לודאי, והדבר פותר בעיות רבות בתחום של הוכחת האבהות בכלל, בתחום של דרכי ההוכחה, בהן נדון בפרקים הבאים, ובשאלה של אופי ההליך ומידת ההוכחה הנדונים כאן. הבדיקות המדעיות מגמדות את החשיבות של הדיון בסוגיית סוג ההליך ומידת ההוכחה. למרות זאת הנושא חשוב הן בראיה הסטורית של התפתחות המשפט, והן כיוון שבת-המשפט ממשיכים להזקק לנושאים אלה, מידי פעם, מסיבה זו או אחרת, וכך נעשה גם אנו בחיבורנו זה. כל שייאמר להלן בפרק זה – נאמר בכפוף ובהתייחס גם לכך.

2. מידת ההוכחה

כפי שראינו לעיל, ניתנת הסוגיה של הוכחת אבהות לחלוקה ברורה של שני מצבים אפשריים:

1. הוכחת אבהות כשלא חלה חזקה נוגדת, והדבר אמור בעיקר כשאין האם והאב-הנטען נשואים זה לזה, שאז נטל ההוכחה על התובע, הטוען, כי פלוני הוא האב (בדרך כלל האם ו/או הבן).

2. הוכחת אבהות כשחלה, מסיבה זו או אחרת, חזקת הלגיטימיות, שאז נטל ההוכחה הוא על המוחזק-להיות-אב, לסתור את החזקה הקובעת את אבהותו.

להלן נראה, כי בסוגיה של מידת ההוכחה קיים מגוון רחב ביותר של אפשרויות ו"כמויות", כשבכל אחד משני המצבים דלעיל נעה מידת ההוכחה במדינות השונות בין "המידה האזרחית", דהיינו הטיית כפות המאזניים לצד ההסתברות המתקבלת על הדעת, מה שמכונה בלשון מספרית 51%, ובקיצור – הטיית "מאזן ההסתברויות"; דרך "מידת הביניים" – דבר שאינו מוכר כמעט בסוגיות משפטיות אחרות ועד ל"מידה הפלילית", הדורשת הוכחה של "מעבר לכל ספק סביר" ובלשון מספרית כ-90%-95%. כשבמדינה אחת – והיא שלנו – נמצא אף מצב קיצוני ביותר של הצעה **להמנעות גמורה מלנסות להוכיח אבהות** במצב מסוים, המיוחד לדין האישי שלנו, והוא – חשש ל"ממזור" הילד.

א. המידה הדרושה להוכחת אבהות

1. המידה האזרחית

בטרם נגיע למידה האזרחית ולשיטות המשפט הנוקטות בה, נציין, כי יש משופטי ישראל, שגם ביניהם נמצא מגוון של דעות בנושא זה, הקוראים דווקא להקל במידת ההוכחה ודורשים מידה הפחותה אף מן המידה הנקוטה במשפטים אזרחיים רגילים. **כב' השופט מ' זילברג**¹⁵ אמר, כי:

”מותר לשופט אפילו להפחית את מידת ההוכחה הדרושה מזו הקיימת לגבי משפטים אזרחיים רגילים. כי עניינים שכאלה הם דברים שבצנעא שאין להם כרגיל עדי ראיה.”

ו-**כב' השופט ח' כהן** התבטא:¹⁶

”כשלעצמי מוכן אני ללכת עד קצה גבול האפשרויות אשר דיני הראיות, בהם אנחנו קשורים, פותחים לפנינו; וכדי להביא ילד כזה ואם כזאת על תיקונם, אף אעשה נקב מחט שבדין לפתחו של היכל להעניק בו סעד.”

מגמה דומה של ליברליות נמצא לעתים בהלכה העברית, כפי שמביא **כב' השופט מ' זילברג**:¹⁷

”אך החשוב מבחינה מעשית, והמעניין ומפתיע כאחד הוא, כי דווקא כאן, בעניין קביעת האבהות ולגבי החיוב במזונות הילד וחיובי ממון דומים, סוטים רב הפוסקים ורובם המכריע מדרך הפורמליזם המסורתי של דיני הראיות, ומרשים להסיק את המסקנה מתוך כל מסיבות העניין.”¹⁸

¹⁵ ע”א 279/67 **לוי נ’ נדב**, פ”ד כא(2) 428, 426 (1967).

¹⁶ ע”א 407/60 **פלוגית נ’ אלמוני**, פ”ד טו 212, 215 (1961).

¹⁷ ע”א 26/51 **קוטיק נ’ וולפסון**, פ”ד ה(2) 1341, 1348.

¹⁸ כן עיין: א’ ח’ פריימן, ”מזונות של ילד שנולד שלא מנישואין על פי דיני ישראל”, **הפרקליט ב** (תש”ה-1945) 163 (הודפס שנית ב**הפרקליט** כה (תשכ”ט-1968-1969) 163).

דעה זו לא נתקבלה, שהרי ההחלטה בדבר קביעת אבהות גורלית היא גם מבחינת האב-הנטען, ויש בה הרבה מעבר לחיובים הממוניים. הנימוק, לפיו דברים שבצנעה קשה להוכיחם, ולכן יש להפחית את מידת ההוכחה הנדרשת – אינו עומד במבחן הביקורת, כיוון שאולי **דווקא משום** הצנעה והקושי להוכיח, תִּטְפֹּל אשמת שווא על גבי הנתבע, שגם לו קשה ההוכחה כי הצדק עמו. והדברים ידועים מן המשפט הפלילי, שם בדרך כלל נדרשים סיועים למיניהם לעדויות על עבירות מין, הנעשות בדרך כלל בצנעה.

כפי שנראה להלן, קיימת גם בפסיקה שלנו גישה, הדורשת להחמיר במידת ההוכחה ולהעמידה על מידה שמעל 51%, ובמקומות מסוימים בעולם קיימת דרישה להעמידה על המידה הפלילית.

בישראל הדעה שהתקבלה היא, כי מידת ההוכחה הנכונה בהליכי אבהות היא זו הנהוגה במשפט האזרחי.¹⁹

וכדברי **כב' השופט מ' זילברג**:²⁰

”אין בידינו להבין את מסקנתו של השופט המלומד בלתי אם נניח שהוא סבר כי לשם הוכחת אבהות יש צורך במידת הוודאות הדרושה במשפט פלילי, או משהו בדומה לכך. ולא היא! כבר נאמר על-ידי בית-משפט זה ..., כי את אבהותו של הנתבע יש להוכיח על-פי הוראות המשפט האזרחי. הא ותו לא!”

כך מבהיר **כב' השופט י' יעקבי-שווילי** ב-**מ"א (חי') 1389/95**²¹ בסכמו את דרישת ההוכחה בתביעת אבהות ומזונות:

”נמצאים אנו בתחום שאיננו תחום המשפט הפלילי, הדורש הוכחת האשמה מעבר לכל ספק סביר. התביעה שלפנינו יש לה אספקט ממוני, היינו חיוב במזונות עבור הילד, ויש בה אספקט של דיני משפחה, היינו

¹⁹ ע"א 534/69, המ' 92/70 **שושני נ' אלום ואח'**, פ"ד כד (1) 145, 147 (1970); ע"א 548/78 **שרון ואח' נ' לוי**, פ"ד לה (1) 637 (1980), וכן ראה תמ"ש (ת"א) 13840/95 **פלוגית נ' אלמוני**, תק-מש 2000 (2) 68 (2000), החוזר ומיישם קביעה זו.

²⁰ ע"א 279/67 **אורלי לוי, קטינה נ' ציון נדב**, פ"ד כא (2) 426 (1967).

²¹ מ"א (חי') 1389/95 **פלוגית ואח' נ' אלמוני**, תק-מח 95 (3) 1351, 1353 (1995).

קביעת זיקה של אבהות. באשר לאספקט הממוני, ודאי שאין ראוי להכביד הכבדה יתרה על תובע. זו מדיניות ראויה שנקבעה גם בפסיקתו של ביהמ"ש העליון לא אחת, וגם מצאה ביטוי בדברי חז"ל. במשפט העברי הביטוי להמנעות מהכבדה יתרה נעשה ע"י, שבעניני ממונות אין לעשות "דרישה וחקירה" מעמיקים, והעניין מכונה בניב: "כדי שלא לנעול דלת בפני לוויים" (ראה גולאק, **יסודי המשפט העברי**, חלק א', עמ' 26, וכן ראה אלון, **המשפט העברי**, מהד' א', עמ' 497 ואילך). גם באספקט השני ראוי שלא להכביד הכבדה יתרה על התובע.

בארצות הברית רוב המדינות דורשות את מידת ההוכחה האזרחית (balance of probabilities).²²

בעניין **Roods v. Roods**²³ למשל, נקבע, כי הליכי האבהות הם אזרחיים, וכי די במידת ההוכחה של מאזן ההסתברויות לשם הוכחת האבהות.

גם **באנגליה** נדרשת מידת ההוכחה האזרחית, וזאת בדרך כלל בהליכי מזונות, שהם מרבית ההליכים, בהם נדרשת הוכחת אבהות (בהעדר חזקה נוגדת). הדבר נקבע בסעיף 12 ל-Civil Evidence Act 1968, אם כי, כפי שנראה להלן, לעניין הסיוע, הרי ס' 4(2) ל-Affiliation Proceedings Act 1957 דורש, שכל ראיה הניתנת על ידי האם תהא מחוזקת ב- "Some material particular", והוא הדין גם **באוסטרליה**.²⁴

²² S.H. Fritschner, "The Nature of Paternity Actions" (1980-81), 19 **Journal of Family Law**, p. 485.

²³ וראה ישומים נוספים של סעיף 4 ל-Uniform Parentage Act בפסקי-הדין: **In Re Marriage of Schneckloth**, 320 N.W. 2d 535 (Iowa 1982); **Roods v. Roods**, 645 P2D 640 (Utah 1982).

²⁴ כפי שמצאנו במקור D. Hambly and J.N. Turner, **Cases and materials on Australian Family Law**, The law book Company limited, Australia, 1971, p. 485. ועיי' עמ' 126 להלן.

2. המידה הפלילית

המדינות המוסיפות ליישם את ההליך הפלילי בנושא של הוכחת אבהות, עושות זאת עקב האפשרות הסבירה לטעות, שבעטייה יש להגן באמצעים הראייתיים הפליליים על האדם הזר, הנטען להיות אב, והנחשב במשפט פלילי כזה כנאשם. מדינות אלה דורשות מידת הוכחה של מעבר לכל ספק סביר כנגד האב-הנטען.

במדינת **אילינוי** שבארצות הברית הוצע להכניס את מידת ההוכחה הפלילית לתוך ההליך האזרחי.²⁵

בקרולאינה הצפונית, בה כפי שראינו מאפשר החוק ליוזם ההליך בחירה בין הליך אזרחי לפלילי, מידת ההוכחה הנדרשת בכל אחד מסוגי ההליך היא המידה הפלילית של מעבר לכל ספק סביר.

בוירג'יניה המערבית, המובילה במתן זכויות של נאשם לנתבע בהליך אבהות, נקבע, כי כל אלמנט במשפט צריך להיות מוכח מעבר לכל ספק סביר.²⁶ כך נקבע, למשל, בעניין *In re winship*²⁷ שנתקבל בהתנגדות חריפה; ואולם המצדדים בהחלטה שנתקבלה בו טוענים, כי לבד מהיותה ישום של התיקון ה-14 של חוקת ארצות הברית בדבר הליך הוגן (due process), הרי היא גם מאוד הגיונית.²⁸

3. מידת הביניים

בישראל, בניגוד לדעה המקלה, שמצאנו לעיל מפי **כב' השופטים מ' זילברג וח' כהן**, ולמרות שנקבע, כי המידה האזרחית היא מידת ההוכחה הנכונה במשפטי אבהות – נשמעות מדי פעם אמירות, הדורשות דווקא להחמיר ממידה זאת. כך, למשל, נפסק, כי:

²⁵ H.D. Krause, *Illegitimacy: Law and Social Policy*, The bobbs-Merrill Comp. inc. Indianapolis, Kansas city, New York, 1971, p. 111.

²⁶ S.H. Fritschner, "The Nature of Paternity Actions" (1980-81), 19 *Journal of Family Law*, p. 485.

²⁷ *In re winship* 397 U.S. 358 (1970).

²⁸ S.H. Fritschner, "The Nature of Paternity Actions" (1980-81), 19 *Journal of Family Law*, p. 486.

"עניין אבהות הוא עניין שיש בו חשיבות רבה בשביל הנתבע ובית המשפט צריך להתייחס בזהירות לראיות בתביעה מעין זו."²⁹

באורח דומה נפסק ב-**ע"א 306/56**,³⁰ כי:

"שעה שבית משפט נדרש להחליט בעניין אבהות של ילד שנולד לפנויה, וביחוד כשהנטען אינו עוד בין החיים, עליו לנהוג זהירות יתירה..."

במדינות **ארצות הברית**, המיישמות הליכים מעורבים בין פלילי לאזרחי, מקובל לדרוש, כי ההוכחה תהא, "Clear and Convincing"³¹ או: "To the entire Satisfaction of the court". כך הדבר, למשל, במדינת ויסקונסין, כשהסבר הוא שמדובר על מידת ביניים – מעל 51%, אך פחות מ-90% – ממעבר לכל ספק סביר.³²

מדינת **ניו-יורק** דורשת הוכחה על-ידי "Clear, convincing and Satisfactory evidence"³³.

הבעיה המעשית היא לגבי ישום הסטנדרטים הללו, אולם עצם קביעתן של מידות ביניים כגון אלה ממחישה עד כמה בעייתי ושנוי במחלוקת הוא כל הנושא של הוכחת אבהות במסגרת המשפטית הקיימת.

²⁹ ע"א 534/69, המ' 92/70 **שושני נ' אלזם ואח'**, פ"ד כד(1) 145, 147 (1970).

³⁰ ע"א 306/56 **א.ב. נ' ג.ד. ואח'**, פ"ד יא(1) 320, 314.

³¹ **Comm'r of Welfare v. Wendtland**, 268 N.Y.S. 2d 547 (1966).

³² H.D. Krause, **Illegitimacy: Law and Social Policy**, The bobbs-Merrill Comp. inc. Indianapolis, Kansas city, New York, 1971, p. 110, note 26.

³³ **Comm'r of Pub. Welfare v. Ryan**, 265 N.Y.S. 286 (1933).

ב. המידה הדרושה לסתור את חזקת הלגיטימיות

1. המידה האזרחית

גם בעניין סתירתה של חזקת הלגיטימיות, ובישראל – חזקת "רוב בעילות אחר הבעל", נמצא מגוון רחב של דעות וגישות לגבי מידת ההוכחה, המוטלת על הבעל-המוחזק-להיות-אב לשם סתירת החזקה. הדבר השתנה במשך הזמן יחד עם השינוי ביחס אל הילד הבלתי-לגיטימי, וכיום נראה שיטות משפט, המסתפקות אף במידת ההוכחה האזרחית של 51% לשם סתירת החזקה, שפעם היתה חזקה מאוד.

המשפט המקובל קבע, כי יש לסתור את חזקת הלגיטימיות בהוכחות שהן מעבר לכל ספק סביר. בהמשך הורה סעיף 26 ל- Family law Reform Act 1969 **באנגליה**, כי החזקה תוכל להסתיר על ידי מאזן ההסתברויות. חזקת הלגיטימיות שרירה וקיימת, אולם משמעותה המעשית כיום אינה אלא בהפיכת נטל הראיה על מי שטוען לאי-לגיטימיות, נטל שכשלעצמו אינו כבד ביותר, כפי שאמר **הלורד רייד**:

"Even weak evidence against legitimacy must prevail if there is no other evidence to counterbalance it..."³⁴

גם **בדרום אפריקה**³⁵ די במידת ההוכחה האזרחית לשם סתירת החזקה.

ובארצות הברית רוב המדינות הנוקטות הליך אזרחי מסתפקות גם במידת ההוכחה האזרחית לשם סתירתה של חזקת הלגיטימיות.³⁶

³⁴ T(H) v. T(E) 1971 1 All E.R. 41; S. v. S; W. v. Official Solicitor 1972 A.C. 24, 41. על פסק הדין הראשון ראה גם להלן בעמ': 187, 170, 86.

³⁵ E. Spiro, *Law of Parent and Child*, 3rd ed. Juta Co. Limited, Johannesburg, pp. 14-15, 406.

³⁶ S.H. Fritschner, "The Nature of Paternity Actions" (1980-81), 19 *Journal of Family Law*, p. 486.

2. המידה הפלילית

בעבר היתה המידה הפלילית בלבד יכולה לסתור את חזקת הלגיטימיות. שרידים למצב זה ניתן למצוא אף היום במספר מדינות בארצות הברית – באלה הנוקטות בהליך פלילי, ואף בכאלה הנוקטות בהליך אזרחי או מעורב.³⁷

בעניין *Prochnow v. Prochnow*,³⁸ שניתן במדינת ויסקונסין ב-1957, נקבע, כי לצורך סתירתה של חזקת הלגיטימיות צריך הבעל להוכיח מעבר לכל ספק סביר, כי אין הוא האב. באותו עניין שללו ממצאי בדיקות הדם את אבהות הבעל, ועם זאת קבעו שופטי הרוב, כי הבעל לא הצליח לסתור את חזקת הלגיטימיות, כיוון שבאותה מדינה החוק הציע את בדיקות הדם כאפשרות, וקבע שיש לשקול את תוצאותיהן במסגרת הראיות הקיימות, אך לא קבע, כי יהא להן משקל חד-משמעי, קונקלוסיבי. וכיוון שעדות האם היתה מהימנה, קבעו השופטים, כי אסור להם לתת לתוצאות המדעיות משקל רב יותר, ולכן לא הצליח הבעל לסתור את החזקה מעבר לכל ספק סביר.³⁹

ראינו, כי באנגליה שונתה גישת העבר, ועד לאחרונה גם בסקוטלנד⁴⁰ ובאוסטרליה⁴¹ נדרשה מידת הוכחה של מעבר לכל ספק סביר לסתירת החזקה. כפי שראינו לעיל לגבי אוסטרליה, הרי לשם הוכחת אבהות כשלא חלה חזקת הלגיטימיות, יש צורך בהוכחה של 51%. אלה הם, בדרך-כלל, מה שקרוי Affiliation proceedings – "הליכי מזונות", כשהנפקות היחידה היא ממונית וללא שום יצירת סטאטוס או נפקויות רחבות אחרות; ואילו באותה מדינה לצורך סתירתה של חזקת הלגיטימיות, דהיינו בהליכי אישות – Divorce and nullity proceedings – על האב-המוחזק להפריך את החזקה בכ- 90%-95%. בעבר היה האב צריך, למשל, להוכיח, כי היה "beyond the four seas" בכל התקופה הרלבנטית לעיבור, והנפקות המעשית מכך היתה, חוסר-אפשרות-כמעט לסתור את החזקה. במשך הזמן נשתנה הדבר, אם כי עדיין היה קשה

³⁷ והאמור לעיל לעניין מדינות אילינוי, קרולאינה הצפונית ווירג'יניה המערבית נכון גם כשנגד האב עומדת חזקת הלגיטימיות.

³⁸ *Prochnow v. Prochnow* 80 N.W. 2d 278, 283-284 (Wis 1957).

³⁹ ניתוח פסק הדין והשינויים בחוק, שנעשו מאז במדינת ויסקונסין – להלן בדיון על הבדיקות המדעיות, עמ' 173-175, 268.

⁴⁰ *Family Law, report on illegitimacy*, Edinburgh, 1983, p.35, note 5.

⁴¹ D. Hambly and J.N. Turner, *Cases and materials on Australian Family Law*, The law book Company limited, Australia, 1971, p. 487.

להפריך את החזקה, וזאת בעיקר עקב הכלל שנתקבל בעולם המשפט המקובל לפיו אין אדם רשאי להעיד בדבר אי-קיום יחסי-אישות עם בן-זוג,⁴² כלל שבוטל בהמשך על ידי ה - Law Reform (Miscellaneous Provision) Act 1949. אף על פי כן חייב הבעל להוכיח, כי אין הוא האב, ולא די, למשל, אם יוכיח, כי אשתו נאפה עם מספר רב של אנשים, כיוון שאין זה מוציא מכלל אפשרות, כי הילד הוא ילדו.

בניו זילנד, למשל, נולד לזוג הורים לבנים ילד מונגולואידי צבעוני. למרות שהוכח, כי לאם היו יחסים עם אדם ממוצא סיני, לא הצליח הבעל להוכיח מעבר לכל ספק סביר, כי אין הוא האב, באשר לא הוכיח העדר-יחסים עמו.⁴³

3. מידת הביניים

אנו רואים כי קיים קושי ואי-הצדק בולט, לעתים, בישום מידת ההוכחה הפלילית. מנגד לא קל גם ליישם את המידה האזרחית: אם הוכח, למשל, שבתקופה הרלבנטית לעיבורה קיימה האם יחסי אישות עם בעלה פעם אחת ועם אדם אחר שלוש פעמים – האם בהעדר ראיות אחרות נאמר, כי סביר יותר שהבעל אינו האב?

מדינות רבות, המתקשות לקבל אפילו אחת מן האפשרויות דלעיל, ביחוד נוכח הרצון לשמור על יציבות המשפחה, אף אם אין כבר סטיגמה חזקה על הילד הבלתי-לגיטימי, בחרו גם כן בדרך הבינונית והדבר בולט **בארצות הברית**, שם קבע בעבר סעיף 4(b) ל- Uniform Parentage Act:

*"(b) A presumption under this section may be rebutted in an appropriate action only **by clear and convincing** evidence. If two or more presumptions arise which conflict with each other, the presumption which on the facts is founded on the weightier considerations of policy*

⁴² Russel v. Russel (1924), A.C. 687.

ראה גם Michael H. v. Gerald D, 491 U.S. 110 (1989).

⁴³ D. Hambly and J.N. Turner, Cases - כפי שמוכח ב- Ahchuck v. Neodham (1931) N.Z.L.R. and materials on Australian Family Law, The law book Company limited, Australia, 1971, p. 487.

and logic controls. The presumption is rebutted by a court decree establishing paternity of the child by another man."

(ההדגשות אינן במקור).

כלומר: סתירת החזקה בראיות חזקות וברורות.

בעניין *In re Marriage of Schneckloth*⁴⁴ יושם סעיף זה ונקבע, כי ילד שנולד במהלך נישואין – חזקה שהוא לגיטימי, אלא אם הופרך הדבר בראיות חזקות וברורות. עדות האב על העדר-קרבה לאם היא ראיה קבילה בנושא אבהות. עדות זו, בנוסף לתוצאה של בדיקת דם, די בה כדי להפריך את חזקת האבהות.

בעניין *R.D.S. v. S.L.S.*⁴⁵ נישאו בני-הזוג שלושה שבועות לפני לידת הילד. בית המשפט, לאחר שאימץ את המבחן של סעיף 4(b) הנ"ל, קובע כי:

"... Uncontroverted evidence of nonaccess by husband at time of conception will meet this high standard."

כלומר: הוכחה בלתי שנויה במחלוקת בדבר העדר-קרבה בזמן הרלבנטי, עומדת בדרישת הסעיף לסתירת החזקה בראיות ברורות וחזקות.⁴⁶

בעניין *Lisa A. Brinkley v. Richard E. King*⁴⁷ חזר בית המשפט העליון של פנסילבניה והבהיר:

"One of the strongest presumptions in Pennsylvania law is that a child conceived or born in a marriage is a child of the marriage.

⁴⁴ וראה ישומים נוספים של סעיף 4 ל-Uniform Parentage Act בפסקי-הדין:

In Re Marriage of Schneckloth, 320 N.W. 2d 535 (Iowa 1982);

Roods v. Roods, 645 P2D 640 (Utah 1982).

⁴⁵ *R.D.S. v. S.L.S.*, 402 N.E. 2d 30 (Ind. 1980).

⁴⁶ *Byers v. Byers*, 618 p. 2d 930 (Okla 1980).

⁴⁷ *Lisa A. Brinkley v. Richard E. King* 701 A.2d 176 (1997) כפי שהובא ב-בר"ע (ת"א) 1364/04 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית**, תק-מח 2006 (3) 454, פס' 66 לפסק דינו של כב' השופט י' שנלר (2006).

In order to rebut the presumption it must be proven by clear and convincing evidence that at the time of conception, the husband either was not physically capable of procreation or had no access to the wife".

חשוב להדגיש כי ב- Uniform Parentage Act, 2000, כפי שתוקן בשנת 2002, ב- Article 2, sec.204(b), שצוטט לעיל בתוך סעיף הלגיטימיות כולו,⁴⁸ הושמטו הדרישות ל- clear and convincing evidence... ול- two or more presumptions... וזאת תוך התחשבות בהתפתחות של הבדיקות המדעיות. יחד עם זאת ישנן מדינות שהשאירו את הנוסח הקודם על כנו, כך למשל בחקיקה של מדינת אריזונה; ולכן שיח זה עדיין רלבנטי לעתים במישור המדינתי.

4. המנעות גמורה מהוכחה – כשקיים חשש לממזור הילד

בעבר במשך שנים רבות לא נערך בישראל דיון יסודי בשאלה זו של מידת ההוכחה כשמדובר בזוג נשוי, שאלה שיש לה היבטים רבים ושונים על כשרות הילד, מלאחות במדינות העולם. במשך השנים נראה התייחסות גוברת לנושא, וביתר שאת לאחרונה בשני תיקים בבתי המשפט לענייני משפחה, שנבחנו בערעור מאוחד בבית המשפט המחוזי בתל אביב.⁴⁹

ראשית, יש לזכור את הדיון בשאלת סמכות השיפוט, והאם בכלל יש מקום להתייחס בבתי המשפט האזרחיים במדינה לחזקה של "רוב בעילות אחר הבעל", שהיא מתחום הדין האישי של המתדיינים.

⁴⁸ לעיל בעמ' 39.

⁴⁹ תמ"ש (ת"א-יפו) 87471/00 פלוני (קטין) ואח' נ' פלוני ואח', תק-מז 2004 (1) 49, מפי כב' השופט ג' גוטזגן (2004), תמ"ש 76760/01 (ת"א-יפו) ס"נ (קטינה) ע"י אמה ואפוטרופסוטה הטבעית נ' כ' (ש' א., תק-מז 2004 (3) 353, מפי כב' השופט י' גרניט (2004). שניהם נבחנו בפסק דין עקרוני בבית המשפט המחוזי בת"א-יפו בבר"ע (ת"א-יפו) 1364/04 חיועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית ואח', תק-מז 2006 (3) 454 (2006). פסק הדין נכתב על ידי כב' השופט י' שנלר, בהרכב כב' השופטים ס' רוטלוי ו-י' שטופמן, ועיקריו מובאים בפירוט יחסי בהמשך תת-פרק זה.

כאמור, על פי ההלכה הידועה כיום – וזאת בהתעלם מההלכה שנפסקה ב-**בג"צ 539/79**,⁵⁰ שלא התקבלה בפסיקה כדעה הרווחת – אין נושא האבהות מנוי בסימן 51 לדבר המלך, וממילא אין בתי המשפט האזרחיים מצווים להחיל במשפטי אבהות את הדין האישי של הצדדים כאמור בסימן 47 לדבר המלך. ואולם כפי שהראינו מזכירים בתי המשפט לא אחת חזקה זו ואף דינים אחרים, כגון דין "יכיר".

בהנחה, שבית משפט אזרחי או בית דין דתי דנים בנושא של הוכחת אבהות לגבי בן שנולד לאשה נשואה, ונזקקים לחזקת רוב בעילות אחר הבעל, ונטל הראיה לסתור עובר לבעל – איזו מידה של הוכחה נדרוש ממנו כדי לסתור את החזקה?

ראינו, כי לפי הדין העברי עצמו יש אפשרות לסתור את החזקה בעזרת הוכחה של העדר-קרבה משך זמן של מעל שנים-עשר חודש או מעל 271 יום, עובר ללידת הילד, וזאת בכפוף להתנהגות האשה; או כשידוע, כי האשה היתה פרוצה ביותר, אף אם אין הוכחה על העדר קרבה כלל, וזאת רק לדעת חלק מן הפוסקים. גם דין "יכיר", אם כי ראינו שהחריגים לו רבים מאוד, הוא למעשה אפשרות לסתור את חזקת האבהות – כלומר אין זו חזקה חלוטה, ואין הדין הדתי חושש באופן עקרוני לנסות לסתרה, אם כי בהחלט אינו שש לעשות כן.⁵¹

נראה לנו שאם זהו המצב לפי הדין הדתי – הרי שגם המשפט האזרחי בהחילו דין זה, וכיום – באין עליו חובה להחילו – בהתחשבו בו, אינו צריך לראות את החזקה כחלוטה וכבלתי ניתנת לסתירה.

למרות זאת, ב-ע"א 548/78 **שרון ואח' נ' לוי**⁵² (להלן: **שרון נ' לוי**) מעיר **כב' השופט מ' אלון**, באמרת אגב, כי במקרה שקיימת אפשרות ל"ממזור" הילד – אפשר שלא יהא במידת ההוכחה שבבדיקת סיווג הרקמות לקבוע לאלמוני, שאינו בעל-האם, מעמד של אבהות, וממשיך השופט המלומד:

⁵⁰ בג"צ 539/79 **בוגלו נ' ביה"ד הרבני האזורי באר-שבע ואח'** (לא פורסם).

⁵¹ בכל הנוגע לבדיקת הרקמות מסרב בית הדין הדתי להכיר בתוצאות הבדיקה כמכרעת, ועוד נפרט על כך בהרחבה בהמשך, אך נקדים ונאמר, כי מגמתו המובהקת של בית הדין היא המנעות כמעט מוחלטת מממזור יהודי.

⁵² ע"א 548/78 **שרון ואח' נ' לוי**, פ"ד לה (1) 637 (1980).

”... נראה לי שבמקרה כגון זה מן הראוי אף שלא להזקק לעריכת בדיקה זו כל עיקר, שהרי מקובלנו, כי משפחה שנתערב בה פסול ואינו ידוע לרבים, כיוון שנטמעה נטמעה, והיודע פיסולה אינו רשאי לגלות אלא יניחנה בחזקת כשרות, שכל המשפחות שנטמעו בישראל כשרים לעתיד לבוא... כאשר עומדת בפנינו שאלה, אם להעדיף את הזכות והחובה להגיע לחקר האמת על-פי הבדיקה או למנוע חשש של קיפוח ופגיעה במעמדו של הילד בהיודע דבר פסול, מן הנכון ומן הראוי להעדיף את טובתו של הקטין ולנקוט כל דרך, שחשש של ממזרות ייטמע, ואין לעשות לגילוי ולקביעתו במסמכים מאושרים וידועים.”

המדובר באמרת אגב, כיוון שבאותו עניין היתה האם רווקה, ולא היה חשש כלל לממזור הילדה. טרם עמדנו על ערכן של הבדיקות המדעיות, ואולם נקדים ונאמר, כי יש באפשרות לקבוע באופן **ודאי מבחינה מדעית**, אבהות חיובית של אדם פלוני על ילד אלמוני. וכיוון שאין במדע ודאות של 100% – הרי עומדת הוודאות של הבדיקות על דרגת הסתברות שעוברת את ה-90% ויכולה להגיע עד 99.9%. אין ספק שוודאות זו גבוהה בהרבה מכל ודאות הנקבעת בפסק דין אזרחי, המבוסס על ראיות משפטיות רגילות, ואף גבוהה היא או לפחות זהה ל”מידה הפלילית”, שהרי זו האחרונה דורשת הוכחה שמעבר לכל ספק סביר, ולא הוכחה שמעבר לכל ספק שהוא.⁵³

ראינו אפוא, כי גם בדין הדתי יש אפשרות לסתור את החזקה, לא כל שכן על פי מידות ההוכחה של הדין האזרחי, אף אם נקבל את החזקה שמן הדין האישי לתוכו, וגם אם נאמר שיש לסתרה בדרגה הפלילית – הרי זו דורשת, לכל היותר, סתירה בדרגה של מעבר לכל ספק סביר, כפי שקיים בעבירות הפליליות החמורות ביותר, בגין שולחים אדם אף למאסר עולם.

⁵³ א' הרנון, **דיני ראיות**, חלק ראשון (המכון למחקרי חקיקה, האוניברסיטה העברית בירושלים, התשל"ט-1979) 213.

יתירה מזו: בשום שיטת משפט⁵⁴ לא מצאנו המנעות גמורה מלנסות להוכיח אבהות; וכפי שאומרת באותו עניין **כב' השופטת ה' בן-עתו**:⁵⁵

”קביעה מראש לפיה בית המשפט יימנע משמוש בראיה כשרה פלונית, משום שהוא עלול להגיע לתוצאה שאינה טובה בעיניו, יש בה משום הפליה.”

ולדעתה, אין לקבוע מראש, כי בתביעות מסוימות יחולו דיני ראיות שונים מאשר בשאר התביעות, או שבמקרים מסוימים יימנע בית המשפט במתכוון משימוש בראיה, שיש בה כדי לסייע בגילוי האמת.

כב' השופט מ' אלון מסתמך בדבריו על **ע"א 313/68**,⁵⁶ המאזכר את פסק הדין בעניין **Prochnow**,⁵⁷ שניתן במדינת ויסקונסין בשנת 1957. אולם פסק דין זה, בו דנו לעיל ובו נדון גם להלן,⁵⁸ יוצא מתוך הנחה, **שניתן** לסתור את חזקת הלגיטימיות בראיות חזקות – מעבר לכל ספק סביר – אלא שעקב נסיבות חקיקה, שהיו אותה עת בוויסקונסין, ושלא הכירו באופן מוחלט בכוחן של בדיקות הדם לשלול אבהות – נקבע על ידי שופטי הרוב, כי הבעל לא הצליח להרים את נטל ההוכחה. נציין כבר כאן, כי עקב שינוי החוק במדינה זאת אין ספק, כי כיום היה בית המשפט קובע בעניין כזה, כי הילד אינו לגיטימי.

אף בעניין **S. v. S. and W. v. official Solicitor**,⁵⁹ ממנו למד בית המשפט הישראלי על הסמכות להסיק מסקנות מן הסרוב לעריכת בדיקת הרקמות – דובר בילד להורים נשואים; ובית המשפט שם סבור, כי טובת הילד היא שאלה סובייקטיבית, שאין לדעת את התשובה לה מראש. יתרה מזאת: אין כלל ודאות כיום, שאינטרס הילד הוא להיות לגיטימי; ולדעת בית המשפט, עדיפה לילד ידיעת האמת לאמיתה על פני הפיקציה של היות לגיטימי, והשהייה האינסופית בספק לגבי מיהות אביו. שופט אחר בעניין זה קובע,

⁵⁴ לבד מן המשפט המוסלמי, לגבי ילד שנולד לאשה נשואה, כפי שנרחיב בעמ' 258 להלן.

⁵⁵ ע"א 548/78 **שרון ואח' נ' לוי**, פ"ד לה (1) 761, 637.

⁵⁶ ע"א 313/68 **פלוני, קטין באמצעות אמו נ' פלוני ועשכ"נ**, פ"ד כב (2) 1020, 1026 (1968).

⁵⁷ **Prochnow v. Prochnow**, (1957) 80 N.W. 2d 278, 283-284 (Wis 1957).

⁵⁸ בעמ' 80, 173-175, 268.

⁵⁹ **S. v. S; W. v. Official Solicitor**, 1972 A.C. 24, ועיין על פסק דין זה גם בעמ' 79, 170, 187-188.

כי אין הצדקה להפוך את זכויות הילד לעליונות על זכויות הבעל, שאולי כלל אינו אביו, ועל זכויות יורשי הבעל, שיאולצו לשתף ילד-זר בעזבונו; והוא מגיע למסקנה, כי האינטרסים של הצדק משורשים באופן הטוב ביותר על ידי האמת. בפסק דין זה **מצווה** בית המשפט האנגלי עריכת בדיקות דם, בידיעה שהן עלולות להפוך את הילד לבלתי-לגיטימי.

אולם כל האמור לעיל לעניין אי מציאת גישה כזאת במדינות אחרות אולי אינו רלבנטי למצב בישראל, שהרי כאן נשארה הנפקות של ממזור הילד חמורה וקשה, בעוד שבמדינות העולם פחתה עד מאוד הסטיגמה של היות בלתי-לגיטימי. אך נשארים השואלים מדוע על הבעל להיות מקופח בהגנתו. מדוע לא נאפשר לו כלל להגיע לערכאות ולהוכיח, כי אשתו נאפה בו, וכי אדם אחר הוא אבי-”בנו”. ואמר על כך **כב' השופט מ' זילברג**, כפי שכבר צטטנו לעיל:

”... ודאי! צרתו של הילד המסכן נוגעת עד הלב. הוא ודאי עשוק, אבל מניעת עושק זה אינה צריכה להוליד עושק אחר, והוא ייחוס האבהות החוקית למי שאיננו אביו...”⁶⁰

בעיה זאת, שנתעוררה בארץ היא קשה ביותר, ויש להתייחס אליה בתשומת-לב מירבית, כיוון שאין הדבר נדיר כל-כך בבתי המשפט, שנדרשת הוכחת אבהות לגבי ילד לגיטימי, כשהטענה היא שבעל-אמו אינו אביו האמיתי. האם פקיד בית המשפט לא ירשום כלל את התביעה עקב החשש מתוצאת פסק הדין? האם ידון בית המשפט בתביעה על פי הראיות המשפטיות הקיימות בלא להזקק לראיות המדעיות הטובות ביותר עקב אותו חשש? או שמא ינסה בית המשפט **באמת** למצוא את **האמת**, בידעו כי אין בכוחו של פסק דינו לממזר ילד, אלא לכל היותר לקבוע “אי-חוקיותו” כעובדה לצורך פסק המזונות או הירושה, בו הוא דן, ולא לשום צורך אחר – ודרך אחרונה זו היא, לדעתנו, הנכונה, בה הצענו – עוד במהדורה הקודמת – לצעור, והיו מאז – שופטים ומלומדים – שאימצו ופסקו וקבעו כך.

חזרנו והטעמנו, וניסינו להטמיע דעתנו, כי אולי אין לחשוש מדיון בנושא האבהות בערכאות האזרחיות אף כשמדובר בכך מן האשה הנשואה, כיוון שבית משפט אזרחי אינו יכול לקבוע ממזרות, דבר הנמצא בסמכות ייחודית של בית הדין הדתי. הוספנו, כי אין גם

⁶⁰ ע”א 407/60 **פלונית נ’ אלמוני**, פ”ד טו 212, 220 (1961) ועיין עמ’ 27 לעיל ו-עמ’ 374 להלן.

ספק, כי בקביעת בית משפט אזרחי בעניין אבהות לצורך מזונות או ירושה אין משום ממצא שיחייב בעתיד את בית הדין הרבני. והבאנו כבר אז את קביעת כב' השופט י' קיסטר, ב-ת"א 3136/61⁶¹ כי אף אם בית משפט אזרחי נותן פסק דין הצהרתי, שכוחו יפה כלפי כל העולם, והוא כללי בהיקפו – הרי אין הוא חל על עניינים שבסמכות ייחודית של בית הדין הרבני.

נציין כבר כאן, כי בעניין ח' נ' י'⁶² בו התעוררה שאלה דומה לגבי מוסלמים, הטביע כב' השופט מ' חשין, בהסכמת הרכב מורחב של שבעה שופטים, את המושג "אבהות אזרחית", ועל פי החלטתו קביעת בית המשפט לעניין חיובים אזרחיים של אב נטען אינה משפיעה על מעמדו של הילד. מעמד זה יקבע על פי אמות מידה שונות מאמות המידה הנדרשות בקביעת החיובים האזרחיים.

ובתמ"ש (ת"א) 076760/01, 076762/01⁶³ החליט, לאחרונה, כב' השופט י' גייפמן, במקרה בו היה קיים חשש לממזור – למחוק תביעה לאבהות, ולהשאיר לשיקול-דעת הקטינה לעת ימלאו לה 18 שנים, ולדון רק בתביעת המזונות של אותה קטינה. השופט המלומד מבהיר, כי תביעת מזונות היא תביעה כספית בה מכריע בית המשפט על פי מאזן ההסתברויות, והמדובר בנטל הוכחה של 51%, שאין בו די כדי להטיל פגם של ממזרות בקטינה. השופט המלומד קובע, כי יש צורך בפיתוח משפטי יציר הפסיקה – על ידי מתן אפשרות להכריע בנושא האבהות בגררא במסגרת תביעה למזונות הקטינה, דבר שיאפשר פסיקת מזונות בלבד; ומבהיר, כי אבהות לצורך מזונות סמוכה ל"אבהות אזרחית", השוכנת בצד "האבהות הדתית".

ניתן לאמר, כי אם בעבר סמכות השיפוט וחלות הדין האישי לוטים היו בערפל, הרי שכיום נסמכים בתי המשפט האזרחיים, בבואם להכריע בשאלת האבהות, גם על עקרונות מן הדין האישי, אך יותר ויותר על עקרונות מן הדין האזרחי, לרבות כבוד האדם וטובת הילד.

⁶¹ ת"א (ת"א) 3136/61 א"א' נ' ע"ל, פ"מ לג 185, 169-200.

⁶² ע"א 3077/90 פלונית (ח') ואח' נ' פלוני (י'), פ"ד מט(2) 578 (1995). לעיל עמ' 62-64, ולהלן עמ' 252-257.

⁶³ תמ"ש (ת"א) 076760/01, 076762/01 פלונית ואח' נ' אלמוני ואח' (טרם פורסם) ניתן ב-19 באוגוסט 2007.

להלן נבחן את השתלשלות הדברים בפסיקה, ונראה האמנם הוכרעה הדעה בכך, שסוגיית האבהות מצויה בסמכותו של בית המשפט האזרחי, ואמורה להיות מוכרעת על פי הדין האזרחי; ואילו הכרזת ממזרות מצויה בסמכותו הבלעדית של בית הדין הרבני, ותוכרע על פי הדין האישי; או שמא נותרו עדיין שרידים מן הדעה האוסרת נסיון להוכחת אבהות במקרה של חשש לממזור, ועד כמה חזקה תנועת המטוטלת הזאת, והאמנם אינסופית היא?⁶⁴

בעניין **תמ"א (י-ם) 370/81**⁶⁵ דובר על בעל המכחיש אבהותו על בנה של אשתו. הבעל ביקש להוכיח זאת באמצעות בדיקת סיווג רקמות. בא כוחו של הבן התנגד בהסתמך על דבריו הנ"ל של **כב' השופט מ' אלון**. **כב' השופט ע' נתן**, באמצע את דברי **כב' השופטת ה' בן-עתי** באותו עניין, קובע, שיש להביא לידי איזון:

"לאמור, לא לשלול מהנתבע להביא ראיה היכולה לסייע לגילוי האמת במקרה דנא, כאשר לשלילת זכותו של הנתבע להביא את הראיה אין כל אסמכתא בחוק, ומאידך, לנהוג זהירות מירבית כדי למנוע פגיעה במעמדו של התובע-הקטין."

והשופט ממשיך:

"יש להבחין בין תובענה שנועדה לקבוע את מעמדו של הקטין לבין תובענה כמו זו שלפני, שהיא תביעה במישור הממוני כאשר נושא האבהות מתעורר רק כשאלה שבגררה שההכרעה בה דרושה לקביעת עצם חבותו של הנתבע במזונות התובע.

הייתי סבור, כי במקרה שלפני... אין סיבה סבירה לשלול מהנתבע את זכותו להוכיח באמצעות בדיקת רקמות כי אין הוא חייב במזונותיו של התובע... ואף להוכיח טענותיו בעניין בדרכים אחרות.

⁶⁴ ראה גם מאמרה של ד"ר זפרן רות, "של מי אתה ילד?" על פגמיו של ההסדר הקיים בדין הישראלי בשאלת קביעת האבהות **המרקליט** מו(ב) (התשס"ב-2002) 311.

וראה דיון נרחב בדיאלוג ובקשר בין בית המשפט האזרחי לבית הדין הרבני בהקשר של החשש לממזור להלן בעמ' 244-265.

⁶⁵ תמ"א (י-ם) 370/81 **פלונני, קטין נ' פלונני**, פ"מ התשמ"ג(ב) 322, 324-325. עיין להלן בעמ' 94.

אם תתעורר שאלת מעמדו של התובע בבית-הדין הרבני, הרי הממצא שיקבע בדיון שלפני לא יגרום בהכרח לפסולו של התובע מבחינת דינו האישי...

וכאשר בא הנושא בפני בית הדין הרבני בגדר סמכותו הייחודית, לא יהיה מממצא שייקבע בבית משפט זה בעניין מעמדו של התובע, מעמד של מעשה בית דין (לא מבחינת השתק עילה ולא מבחינת השתק פלוגתה)...

אינני רואה שום יסוד... להפלות לרעה את הנתבע ולשלול ממנו את זכותו הטבעית להביא ראיותיו להוכחת טענותיו...

ובאשר לחשש שהביע כב' השופט אלון בפסק דינו הנ"ל לנזק החמור העלול להגרם לקטין בהיודע דבר פסולו, הרי שבכוחו של בית המשפט למנוע או לפחות להקל על הפגיעה העלולה להגרם לקטין על-ידי הוראה כי ההליך יהיה חסוי ושמות הצדדים לא יפורסמו.

כפי שנראה בהמשך, החלטה יפה זו של **כב' השופט ע' נתן** נותרה בבדידות יחסית משך שנים רבות, כשרוב ההחלטות האחרות אימצו דווקא את אמרת האגב של **כב' השופט מ' אלון, בעניין שרון נ' לוי**, שבהמשך נקבעה כהלכה פסוקה. כפי שנמשיך ונראה החלטה יפה זו – היתה לה עדנה מסוימת, בכל זאת, בפסקי דין מאוחרים יותר.

בשני פסקי דין אחרים, שניתנו בעבר בבית המשפט המחוזי בתל-אביב,⁶⁶ נקבע ברוח דברי **כב' השופט מ' אלון**, כי הורה אינו מוסמך ואינו רשאי להסכים לבדיקת סיווג רקמות, העלולה ל"ממזר" את הקטין, ונדחתה דרישת הבעל לעריכת הבדיקה; וכן מצאנו אימוץ גישה זו במספר פסקי דין נוספים של בתי המשפט המחוזיים, שבמסגרתם ניתן צו איסור פרסום.

ב-**ה"פ (ת"א) 11/86**,⁶⁷ שנדונה בבית המשפט המחוזי בתל אביב קבע **כב' השופט ש' אלוני** ברוח דברי **כב' השופטת ה' בן עתו ו-כב' השופט ע' נתן**, כי בנסיבות המקרה, למרות

⁶⁶ תמ"א (ת"א) 1279/83 **אלמונית נ' אלמוני וחיוה"מ (משרד הרווחה)**, פ"מ התשמ"ה(ג) 259; תמ"א (ת"א) 1554/84 **פלוני נ' פלונית ואח'**, פ"מ התשמ"ז(א) 216.

⁶⁷ ה"פ (ת"א) 11/86 (לא פורסם). כפי שאזכר גם ב-תמ"ש (ת"א) 87471/00 **פלוני (קטין) ואח' נ' פלוני ואח'**, תק-מש 2004 (1) 49 (2004).

שמדובר באשה נשואה שבעלה טוען שאין הוא אבי-”בנו” הרי אין להמנע מעריכת בדיקת סיווג רקמות ואי אפשר להתעלם מן האמת, וזאת תוך כדי הדגשת העובדה שבהצהרה של בית משפט מחוזי לפיה הבן אינו בנו של בעל האם – לא יפגע מעמדו של הילד, כיוון שלא הוא הפורום לקביעת ממזרות.

ב-**תמ”ש (ירושלים) 22322/01**⁶⁸ עתר אדם להצהרה, כי הוא איננו אביה של קטינה שנולדה לאשתו. **כב’ השופט פ’ מרכוס** קבע, כי אין מקום להעביר את הילדה בדיקת סיווג רקמות, כיוון שהבדיקה עלולה להביא לתוצאה שתערע עם הקטינה, ותגרום לממזורה, אם ייקבע באופן מוחלט וברור, שהתובע איננו אביה.

לאחר שתוקן כתב התביעה והוכנס בו סעיף, על פיו טען האדם שלא קיים עם אשתו מעולם יחסים מלאים, קבע **כב’ השופט פ’ מרכוס**, טרם הבאת הראיות, כי:

”הגעתי למסקנה שיש להבחין בין בדיקת סיווג רקמות לבין הבאת ראיות בנושא האבהות בדרך האזרחית הרגילה. בית המשפט בתיק האזרחי מכריע במאזן ההסתברויות. נקבע על ידי בתי הדין הרבניים ובתי המשפט הכללים כי קביעה במאזן ההסתברויות, שאדם שאינו אביו של קטין, אגב דחיית תביעתו למזונות, אין בה בהכרח משום פגיעה בכשרותו של הקטין. ולא יתכן למנוע מאדם נשוי לטעון כי אינו אביו של מי שתובע אותו בתור אביו למזונות.”

ב-**ע”א 1354/92**⁶⁹ (להלן גם: **עניין פלונית**) הופך **כב’ השופט מ’ אלון** את אמרת האגב שלו **בעניין שרון נ’ לוי** לקביעה מוחלטת, דהיינו: **יש להמנע מלערוך בדיקת רקמות לבן מן הנשואה!**

המדובר בערעור של היועץ המשפטי לממשלה על פסק דינו של **כב’ השופט ג’ גלעדי** מבית המשפט המחוזי בב”ש⁷⁰, שהורה על עריכת בדיקת רקמות לקטינה לצורך קביעה האם בעלה של האם, שהיה נשוי לה בעת הלידה, הוא אכן אביה של הקטינה. שני ההורים הסכימו לעריכת הבדיקה, אך היועץ המשפטי לממשלה התנגד לה, **והשופט ג’ גלעדי**,

⁶⁸ תמ”ש (י-ם) 22322/01 **א. ס. א. נ’ ס. א.**, תק-מש 2002 (3) 348 (2002).

⁶⁹ ע”א 1354/92 **היוה”מ נ’ פלונית ואח’**, פ”ד מח(1) 711 (1994).

⁷⁰ מ”א 292/90 **פלוניס נ’ היוה”מ**, תק-מש 92 (1) 940 (1992).

כאמור, הורה על עריכתה.

כב' השופט ג' גלעדי מעלה את העקרון של **גילוי האמת** למדרגת חשיבות עליונה, הוא העקרון החשוב ביותר במשפט, והוא גובר, בדרך כלל, על כל העקרונות האחרים. מעבר לכך, מוסיף השופט, כי גם העקרון של **טובת הקטינה** מחייב, שתדע מי הוא אביה.

כב' השופט מ' אלון במסגרת הדיון בערעור מעדיף את טובת הקטינה, שהיא, לדיו – השארתה בחזקת כשרות, על פני חקר האמת, שעלול לחשוף את היותה ממזרת. עדיפה האמת המשפטית על פני האמת העובדתית בסוגיה זו, ואין ההורים רשאים לתת הסכמתם לבדיקת הקטינה. אם תרצה הבת לדעת בסופו של דבר אם היא בתו של המשיב ואם לאו, תוכל היא, כשתבגר, לבקש עריכת בדיקת הרקמות.

כב' השופט מ' אלון סוקר את הפסיקה הרלבנטית, שניתנה בסוגיה זו בבתי המשפט המחוזיים לאחר פסק הדין **בעניין שרון נ' לוי**, פסיקה שברובה יישמה את תפישתו שהובעה שם באמרת אגב, כלומר: אין לבצע בדיקת רקמות בילד שאמו נתעברה בעת היותה נשואה, בשל החשש שכתוצאה מבדיקה זו יודבק תו קלון במצחו של הקטין; ולשם מניעת חשש זה גובר עקרון טובת הילד על עקרון בירור האמת, וזאת גם כאשר שני ההורים הסכימו לעריכת הבדיקה. נביא סקירה זו, **כפי שמביא כב' השופט מ' אלון**, בקצירת האומר:

א. ב-**תמ"א (ת"א) 1554/84**⁷¹ הובאה בפני **כב' השופט א' מצא** (בשבתו בבית המשפט המחוזי) תביעה למתן פסק דין הצהרתי, לפיו הבת שנולדה למי שהיתה אשתו של התובע בעודה נשואה לו, איננה בתו. לביסוס טענתו ביקש התובע לחייב את כל הנוגעים בדבר להבדק בבדיקת רקמות. האשה הודתה שהבת אינה בתו של התובע, נציגת היועץ המשפטי לממשלה התנגדה לביצוע הרקמות, ודעתה התקבלה.

ב. בתיק **מ"א (י-ם) 128/83**⁷² אסר **כב' השופט י' בזק**, על מוסד רפואי שערך בדיקת רקמות בקטינה, למסור את תוצאות הבדיקה להוריה או לכל אדם אחר, וזאת בעקבות התערבות היועץ המשפטי לממשלה, שהתנגדותו לבדיקה ניתנה רק לאחר ביצועה.

⁷¹ תמ"א (ת"א) 1554/84 **פלוני נ' פלונית ואח'**, פ"מ התשמ"ז (א) 216.

⁷² מ"א (י-ם) 128/83 **היועץ המשפטי לממשלה נ' מוסד רפואי פלוני** (לא פורסם).

- ג. ב-תמ"א (ת"א) 1279/83⁷³ נדונה תביעתו של אדם שטען שאין הוא אביו של הקטין שנולד לאשתו. הבעל ביקש שתערוך לקטין בדיקת רקמות, והאם – שעמדה על כך שבעלה הוא אבי הילד – הסכימה לעריכת הבדיקה. כאן התערב היועץ המשפטי לממשלה, כבר בשלב זה, וביקש לדחות את בקשת התובע לעריכת הבדיקה. **כב' השופט ע' זמיר** קיבל את בקשת היועץ המשפטי לממשלה, ודחה את תביעת האב להורות על ביצוע הבדיקה.
- ד. ב-**בקשה (י-ם) 662/85**⁷⁴ סרב **כב' השופט צ' טל** להעתר לבקשתו של אדם לערוך בדיקת רקמות בקטין שנולד לאשתו, כיוון שכיום הוא מוחזק כילד כשר, ועצם מתן צו לעריכת בדיקה, עלול להוות פגיעה בילד, שכן משמעו של מתן צו כזה הוא שיש יסוד סביר לחשד שמא ממזר הוא.
- ה. ב-תמ"א (י-ם) 668,557/85⁷⁵ העלה הבעל ספק באבהותו על קטינה שילדה אשתו, במסגרת תביעת מזונות שתבעה הקטינה. בני-הזוג הגיעו להסכמה בדבר עריכת בדיקת רקמות, שתוצאותיה יהיו חסויות. **כב' השופט י' וייס**, לאחר שהזמין לדיון את נציג היועץ המשפטי לממשלה, החליט כי אין מקום להתיר לצדדים לערוך בדיקת רקמות.
- ו. גם בתיק מ"א (י-ם) 835/89⁷⁶ דובר בבעל ואשה שהסכימו שתערוך בבתם בדיקת רקמות בשל חשדו של הבעל שהבת אינה בתו. **כב' השופט ש' ברנר**, לאחר שביקש וקיבל את תגובת היועץ המשפטי לממשלה, החליט לדחות את הבקשה לבדיקת רקמות. בית המשפט מבהיר, כי במקרה בו קיים ניגוד אינטרסים בין הקטינה להוריה, נשללת סמכותם של ההורים להסכים בשמו של ילדם הקטין לפעולה העשויה או אפילו עלולה לגרום לו נזק. את מקומם של ההורים אמור למלא במקרה כזה בית המשפט, ההופך להיות אביהם של קטינים וללא הסכמתו – בשמה של הקטינה – לא תיתכן הבדיקה המבוקשת.

⁷³ תמ"א (ת"א) 1279/83 **פלוני נ' אלמונית ואח'**, פ"מ התשמ"ה(ג) 259.

⁷⁴ בש"א (י-ם) 662/85, מ"א 130/85 **פלוני נ' פלונית** (לא פורסם).

⁷⁵ מ"א (י-ם) 557,668/85 **פלונית ואח' נ' פלוני** (לא פורסם).

⁷⁶ מ"א (י-ם) 835/89 **פלונית ואח' נ' אלמוני** (לא פורסם).

ז. ברוח זו החליט גם **כב' השופט א' מישר המנוח ב-תמ"א (ת"א) 2489/86**.⁷⁷ גם כאן הוחלט, שבדיקת הרקמות לא תערך, למרות הסכמת ההורים, עקב החשש מתוצאותיה, כלומר: עקב החשש לממזור.

ח. כך נפסק גם על ידי **כב' השופט י' בן שלמה ב-תמ"א (ת"א) 2890/88**.⁷⁸ במקרה זה תבעו האשה, ובאמצעותה גם הקטין התינוק, מזונות מאת הנתבע, שהיה בעלה. הנתבע כפר באבהותו על הקטין, וטען, בין היתר, כי גילה התכתבות בין אשתו לבין גבר אחר, וביקש מתן צו לבדיקת רקמות של הקטין כדי לאמת או להכחיש את חשדותיו. בית המשפט המחוזי דחה את דרישתו, בקובעו כי אין לחייב קטין להשתתף בבדיקה כזאת, שאיננה לטובתו.

למען שלמות התמונה הוסיף וציין **כב' השופט מ' אלון**, כי מצא פסק דין מחוזי אחד בלבד בו נתקבלה דעה שונה. המדובר בפסק הדין ב-**תמ"א (י-ם) 370/81**,⁷⁹ אותו הזכרנו לעיל. כאמור בעניין זה אישר **כב' השופט ע' נתן** עריכת בדיקת רקמות בקטין שנולד להורים נשואים.

לאחר סקירת הפסיקה, וניתוח מצב הדברים, דוחה **כב' השופט מ' אלון** את הסכמת האם לבדיקת רקמות, בשל שני נימוקים:

הראשון, ששכנוע פנימי של האם בדבר אבהותו של האב הנטען, אין די בו, וכבר היו מקרים מעולם.

על פי הנימוק השני, קשה להניח כי הסכמתה של האם לבדיקת הרקמות ניתנה מתוך רצון חופשי ואמיתי. האם אינה יכולה להרשות לעצמה לסרב לבדיקת הרקמות, כי הסרוב עלול להתפרש כהודאה שהקטינה אינה בתו של האב הנטען, ואז תהא היא לבדה חייבת במזונותיה, וכן לא נוחה לה ההודאה כי הרתה מחוץ לנישואין. ועוד זאת:

"גם אם נאמין למשיבה שבפנינו, כי הסכמתה לבדיקת הרקמות ניתנה מרצונה החופשי, קיים החשש כי פסיקתנו בעניין זה תיצור תקדים לא רצוי.

⁷⁷ תמ"א (ת"א) 2489/86 **פלונית ואח' נ' אלמוני**, פ"מ התשמ"ט(ב) 56.

⁷⁸ תמ"א (ת"א) 2890/88 **פלוני ופלונית נ' אלמוני** (לא פורסם).

⁷⁹ תמ"א (י-ם) 370/81 **פלוני, קטין נ' פלוני**, פ"מ התשמ"ג(ג) 322. נדון לעיל בעמ' 89-90.

מה ימנע בעתיד מבעל, שירצה להתחמק מתשלום מזונות לילדיו, לדרוש כי תערך בהם בדיקת רקמות? הלוא אם הבדיקה תאשר את אבהותו, הוא יימצא באותו מצב בו היה נמצא ללא הבדיקה; ואם הבדיקה תשלול את אבהותו – מה טוב! יצא הוא פטור ממזונות. מצבה של האשה הפוך: אם הבדיקה תאשר את אבהותו של הבעל, היא תימצא באותו מצב בו היתה נמצאת ללא הבדיקה; ואם הבדיקה תשלול את האבהות – נמצאים היא וילדה ניזוקים נזק שאין לו תקנה. בדיקת הרקמות עשויה, איפוא, להפוך לאמצעי לחץ נוסף שישמש את הבעל – כעניין שבשגרה – בסכסוך עם אשתו. והעובדות שבתמ"א (ת"א) 2489/86, ...יוכחו. שם קבע, כזכור, השופט מיישר המנוח כי 'האם במקרה דנן נתנה הסכמתה לקיום בדיקת הרקמות של הקטינים בלהיטותה לקבלם לחזקתה ולמשמורתה'. מצב דברים זה מן הראוי שיימנע.

כפי שראינו, דברים שנאמרו **בעניין שרון נ' לוי** – אגב אורחא – על דעת הרוב, הפכו להלכה פסוקה על פיה נהגו ונוהגים בתי המשפט המחוזיים ברוב המכריע של פסקי הדין.

פסק הדין של **כב' השופט ע' נתן** – היחיד, מבין תשעה, שמצא **כב' השופט מ' אלון** בסקירתו במסגרת **עניין פלונית**, המצדד בעריכה של בדיקת הרקמות – קובע אף הוא שבדיקה כזו יש בה משום חשש לנזק חמור שיכול ויגרם לקטין בהיוודע דבר פסולו, אך:

"ניתן למנוע או לפחות להקל על הפגיעה העלולה להגרם לקטין על ידי הוראה כי ההליך יהיה חסוי ושמות הצדדים לא יפורסמו."

הצעה זו זכתה להתייחסות בפסקי הדין שסקרנו לעיל, אך נדחתה על ידי השופטים; ולדעת **כב' השופט מ' אלון** – בדין נדחתה.

הסיבה לכך היא, כי יתכן שמשיקולים אישיים או רכשיים ינסה צד זה או אחר, בבוא הצורך והשעה, להשתמש בסוד "חסוי" זה לטובתו. וגדול הוא חשש זה במיוחד בסוג זה של דין ודברים בין בני-זוג לשעבר, שהקנאה והשנאה מצויה ביניהם, ומתוך כך מתעלמים הם מעניינו של הקטין, מכבודו, משמו ומשלומו, ולכן קובע **כב' השופט מ' אלון** כי:⁸⁰

⁸⁰ ע"א 1354/92 **חיועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית**, פ"ד מח(1) 711, 735-736 (1994).

”נושא כגון זה, מעצם טבעו ומהותו, אינו נתון לחסיון. די ברמיזה קלה, שקשה לו לאחד מן הצדדים להימנע הימנה – אף מבלי משים וללא כוונה רעה – ועוף השמים יוליך את הקול ואת השמועה. זהו נושא מובהק להולכי רכיל ומוציאי שם רע, להנאתם ושלא להנאתם, שיפרסמוהו מפה לאוזן, והנזק החמור שייגרם לקטין יהא בלתי הפיך. על כגון דא אמר החכם מכל אדם (משלי יח, כא): ”מות וחיים ביד לשון”; שום חסיון אין בו כדי להבטיח מניעתו של חשש חמור ובלתי הפיך זה.”

כב' השופט מ' אלון ממשיך ומביא שני נימוקים מדוע יש להמנע מלערוך בדיקת רקמות לקטינה, למרות הטענה, כי בית הדין הרבני לא יקבל תוצאות של בדיקת רקמות שיש בהן כדי לממזר את הקטינה, ובלשונו:⁸¹

”כפי שעמדנו על כך, טענה נוספת שבפי המשיבות היא, כי הקטינה לא תנזק אם יסתבר, כתוצאה מבדיקת הרקמות, כי המשיב אינו אביה, שהרי הסמכות היחודית לקביעת ממזרות, נתונה לבית הדין הרבני, שאינו כבול לקביעה בנדון שנעשית בבית המשפט האזרחי. וכאמור לעיל, כך ממשיכים וטוענים המשיבים, בית הדין הרבני אינו נוטה לקבל בדיקת רקמות כראיה לקביעת ממזרות, ואין אפוא, מקום לחשש כי הקטינה תיפסל לנישואין. טענה זו אינה מקובלת עלינו, ושני נימוקים לכך.

א. הנימוק האחד הוא, שגם אילו נכון הדבר, וגם אילו בטוחים היינו, כי על אף קיומה של בדיקת רקמות שתוצאתה היא שהבעל אינו אביה של הקטינה, יפסוק בית הדין הרבני, על פי דרכו, שהקטינה אינה פגועה בפגם של ממזרות ורשאית היא לבוא בקהל, יש בעצם קיומה של תוצאה מעבדתית זו, שמקובלת היא כנכונה וכבדוקה בלמעלה מ- 99%, כדי להדביק על מצחה של הקטינה תו של ממזרות מבחינה חברתית, פגיעה קשה וחמורה, ובלתי הפיכה, מבחינת החברה והסביבה שהקטינה חיה בהן. כבר עמדנו על כך לעיל, מתוך דברים שנאמרו **בעניין שרון נ' לוי**, ומתוך פסיקה ארוכה ומנומקת של בתי המשפט המחוזיים, כי קביעה רפואית-

⁸¹ שם, פס' 19 לפסק הדין.

מעבדתית זו תמצא את דרכה ללשוניותיהם ולרכילותם של הבריות; שום חסיון לא יעמוד בפני כך, ובני-הזוג עצמם, בריבם ובהתדיינותיהם, יעשו בה שימוש, במודע או שלא במודע. תוצאתה של הבדיקה מקבלת הרי גם גושפנקא של בית המשפט בפסיקתו. זו תהא אפוא, כאמור בדברינו **בעניין שרון נ' לוי**, קביעה "במסמכים מאושרים וידועים", על כל המסקנות החברתיות הקשות והחמורות שנובעות מכך לשלומה ולטובתה של הקטינה. זאת ועוד. עצם ההחלטה בדבר הצורך בקיומה של בדיקת הרקמות והצורך במתן הצו, גם אם ייקבע בתוצאה כי המשיב הוא אביה של הקטינה, הם מקור לא אכזב לרינונים והטלת דופי בקטינה. החברה תדע על הרינונים והספקות שעלו באשר למעמדה של הקטינה, ספקות שהביאו לכך שבית המשפט נתן צו לעריכת הבדיקה, ולא כל מי ששמע על כך, יעדכן עצמו גם בתוצאותיה של הבדיקה, מה שעלול לפגוע קשות בעתידה של הקטינה ובסיכוייה להיקלט באופן תקין בחברה שמסביבה.

...

ב. הנימוק השני הוא, שאין מי שלידינו יתקע שאכן – אם תיערך הבדיקה וייקבע בה שבעלה של האם אינו אביה של הקטינה – גם בית דין רבני לא יתחשב בתוצאותיה ולא יפסוק על פיה. כפי שראינו, ההלכה מסתמכת על חזקות ופיקציות למיניהן כדי להימנע מהדבקת תו של ממזרות על ילד בשל כך שאמו הנשואה הרתה לגבר שאינו בעלה. אך כפי שעמדנו על כך, גם לפי ההלכה, כאשר ברור שהקטין לא יכול היה להיוולד מבעלה של אמו, כגון שהוכח שבמשך 12 חודשים לא היו כל יחסים בין הבעל לאשתו, לא יהיה מנוס מקביעת ממזרותו של הקטין. אכן, במספר פסקי דין שניתנו על ידי בתי הדין הרבניים נקבע שאין להסתמך על בדיקת רקמות להוכחת אבהות. כך הוא, דרך משל, בתיק טז/1198, 1755, (פד"ר, כרך ב, עמ' 119, בו נאמר, בין היתר בעמ' 124:

'אולם דעתנו היא שמטעם אחר אין לסמוך על בדיקות מדעיות של הדם בנוגע לקביעת אבהותו של הילד. המדע הולך ומתפתח מיום ליום. יתכן שמה שהמדע קובע כעת אינה קביעות סופית והחלטית, ואולי

בהתפתחות המדע ימצאו דברים משותפים בין ב' סוגי הדם, ואין לקבוע באופן משפטי אבהותו של ילד על יסודות דרכי המדע המשתנה מתקופה לתקופה.

בפסק דין זה מדובר היה בבדיקת דם שקביעתה שלילית, היינו שאין הנבדק אביו של הקטין, ולא בבדיקת רקמות כפי שהתפתחה לאחר מכן שקובעת ממצא חיובי בעניין אבהות.

לעומת זאת, בפסק דין אחר, שאף הוא ענינו בבדיקת דם שקביעתה שלילית, הטיל בית הדין הרבני ספק אם יש להתחשב בתוצאות הבדיקה, והחליט שאין הוא קובע עמדה בקשר לכך. וכך נאמר בתיק תשך/1004 א' נ' ב' (פד"ר, כרך ה, עמ' 347, בעמ' 352):

'ולפי זה יצא, דאף אם נאמר דבנידוננו אין לאב נאמנות מדין 'יכיר' לפסול את הולד, ברם בכל זאת על בדיקת הדם – קבע שסוגי הדם אינם זהים – התהווה ספק באבהות הילדה... ברם מאחר וענין בדיקת דם הוא דבר חדש שעדיין לא התברר ולא נמצא בפוסקים, אין בית דיננו נוקט לעת עתה כל עמדה סופית בנוגע לכשרות הילדה, ועוד חזון למועד בזה.'

וראה עוד דעות וספקות שעלו בתיק מא/866 א' נ' ב', פד"ר יג 51, 59, ובפסקי דין של בתי הדין הרבניים, באיזורי ובגדול (שלא פורסמו), בספרה של דליה חלק, **הוכחת אבהות** (תמר, התשמ"ח) 155, 159.

עינינו הרואות. אכן, הנטייה של בית הדין הרבני היא, כדרכה של הלכה, שלא להכיר בבדיקה כהוכחה ודאית, שיהא בה משום הטלת פגם של ממזרות בקטינה. אך נשמעים ספקות ודעות, שכאשר בדיקה כזו נערכה, יתכן שיהא בה כדי לפגוע בחזקה של רוב בעילות הלך אחר הבעל וכיוצא בה. כידוע, בית הדין הרבני אינו קשור בתקדימיו, ואין מי שיתקע לכפנו שאם תיערך בדיקה כאמור, לא יהא בה כדי לפגוע בקטין בפגם החמור והבלתי הפיך של ממזרות, אף בפסיקתו של בית הדין הרבני."

מן הראוי לציין, כי **כב' השופט ת' אור**, שהסכים לדעתו של **כב' השופט מ' אלון**, סייג את הדברים, באומרו, כי:

"הייתי נמנע מלקבוע ככלל מחייב, שבכל מקרה, ובכל נסיבות, טובתם של קטין או של קטינה תהיה שלא תקום בהם בדיקת רקמות כשמתעוררת שאלת אבהות, אף כששאלת האבהות מתעוררת במקרה של אם נשואה... אני יכול לתאר לעצמי מצבים שבית המשפט יסבור שבדיקה כזו תהיה לטובת הקטין או הקטינה ויאשר את קיומה. לפיכך, הייתי משאיר את ההכרעה בכל מקרה על פי נסיבותיו, כאשר במסגרת שיקוליו של בית המשפט יתפסו מקום גם השיקולים כבדי המשקל שהועלו בפסק דינו של חברי הנכבד, המשנה לנשיא".⁸²

כב' השופט א' מצא הצטרף להערה זו, ואף **כב' השופט מ' אלון** עצמו הוסיף:

"מסכים אני... שיתכנו מקרים חריגים שבהם יהא בעריכת בדיקת הרקמות משום טובת הקטין או הקטינה, ובלבד שההחלטה לקיומה של בדיקה זו תתקבל לאחר שיקול דעת וזהירות מרובים, כמתחייב מחומרת העניין מבחינת טובתם של הקטין או הקטינה".⁸³

ב-**תמ"ש (משפחה ת"א) 76760/01** (להלן: **עניין ס"נ**)⁸⁴ מבקר **כב' השופט י' גרניט** את החלטתו של **כב' השופט מ' אלון בעניין פלונית**, לפיה, כאמור, הכלל הוא, כי בית המשפט לא יורה על עריכת בדיקת רקמות במקרה בו קיים חשש לממזור.

במקרה הנדון טענה האפוטרופסית של הקטינה, תוך הסתמכות על **עניין פלונית** כי נוכח האפשרות לפגיעה בכשרותה של הקטינה, אין להתיר קיום בדיקת רקמות, וזאת עקב החשש, שבית-הדין הרבני יקבע, על-סמך תוצאות הבדיקה, כי הקטינה היא ממזרת. האפוטרופסית הבהירה, כי אין היא מתעלמת מזכותה של הקטינה לדעת מי הוא אביה, אולם באיזון שבין חשש הממזור לבין זכות זו של הקטינה, גובר החשש לממזור. כן הוסיפה, כי הזכות לדעת מיהו אביה, אינה נשללת מן הקטינה שהרי בהגיעה לגיל 18 תוכל זו, לאחר ששקלה את החלטתה, לבחור בעצמה האם ברצונה לנקוט בהליך משפטי

⁸² ע"א 1354/92 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית**, פ"ד מח(1) 711, 751 (1994).

⁸³ שם, בעמ' 750.

⁸⁴ תמ"ש (משפחה ת"א) 76760/01 **ס"נ (קטינה) ע"י אמה ואפוטרופסוטה הטבעית, י"ס נ' כ' (ש') א.**, תק-מש 353 (3) 2004 (2004).

שיקבע את זהותו של אביה, על כל המשתמע מהליך שכזה, אם לאו.

כב' השופט י' גרניט אינו מקבל עמדה זו, ומתיר את בדיקת האבהות. השופט מבהיר את נפקותו המשפטית של הממזור לגבי הקטינה, וממשיך כך:⁸⁵

“הערת האגב בפרשת **שרון נ' לוי**, הפכה לבסיס לפסיקה בע”א 1354/92 (ר’ סעיף 10 לפסק-הדין) והוא החשש למימזורה של הקטינה. **המשנה לנשיא מ. אלון**, מבסס את מסקנתו כי אין לבצע את הבדיקה, למרות שהוא מודה כי במשפט העברי אין עושים זאת מתוך חשש שהבדיקה תביא למימזור הקטין ...

פ’ שיפמן כותב כי גישתו של **השופט מ’ אלון** סוטה מגישתו של בית-הדין הרבני, ואלה דבריו:

“יש להעיר לגבי גישתו של השופט מ’ אלון כי היא סוטה אפילו מזו שננקטה בבית הדין הרבני שנתקל בבעיה של בדיקה מדעית הסותרת את חזקת האבהות של הבעל, היה מוכן לפצל בין קביעת אבהות לבין קביעת ממזרות. משהתברר כי בדיקת דם שוללת את אבהותו של הבעל, קבע בית הדין הרבני כי בדיקה זו איננה יוצרת ודאות שהבעל איננו האב אלא ספק בלבד. התוצאה מספק זה היא שאין לערער בהכרח אחר כשרותו של הילד, אך מאידך יש בו כדי לשמש הגנה בפני תביעת מזונות המוגשת נגד הבעל”. (מפנה לתיק 1005/ התש”ך, פד”ר ה’ 346) “אם בית דין רבני נכון להבחין באותו דיון גופו בין התוצאות הממוניות לבין התוצאות האיסוריות של השימוש בבדיקת דם, על אחת כמה וכמה שפיצול כזה אפשרי בין שני הליכים שונים המתקיימים בערכאות שונות.” (פ’ שיפמן, **דיני משפחה בישראל**, כרך ב’, עמ’ 47).

האם המשפט האזרחי צריך לקבוע את קני-המידה לפסיקותיו על-פי דין-תורה, בעוד בית דין רבני אינו עושה זאת וכאשר יש לכך תשובה בחקיקה,

⁸⁵ שם, פס’ 64.

בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ואף בהלכה הפסוקה של שבעת שופטי בית-המשפט העליון (ביניהם הנשיאים שמגר וברק) שנקבעה בע"א 3077/90, לפיו זכויות הקטינה וטובתה מחייבים לעשות כל מאמץ שלא להשאירה בחזקת "שתוקית"? והתשובה היא בשלילה. על עליונות טובת הקטין והאינטרס שלו לגדול כשאביו קיים בעולמו, לעומת השקפות חברתיות ודתיות עמד השופט מ' חשין... (ב) ע"א 7015/94..."

כב' השופט י' גרניט חוזר על שתי הסיבות הנ"ל – שהעלה **כב' השופט מ' אלון בעניין פלונית**⁸⁶ מדוע לא לערוך בדיקת אבהות, למרות שבית הדין הרבני אינו מוכן להסתמך על בדיקות מדעיות לשם ממזור יהודים – ותמה, האמנם באיזון שבין זכויותיה של הקטינה וטובתה שלא להיות "שתוקית" על כל המשתמע מכך, עדיפה טובתה שלא ירננו אחריה שהיא ממזרה (למרות ששום ערכאה לא ממזרה אותה), ורק מתוך החשש שאולי בית הדין יסטה מתקדימיו? **כב' השופט י' גרניט** סבור עוד, שיש להבדיל בין קטינים השייכים לעדה החרדית לבין קטינים השייכים למשפחה חילונית, או אתיאסטי, לגבי האחרונים קבע **כב' השופט ג' כך**,⁸⁷ כי שאלת הממזרות אינה עשויה להשפיע משום היבט, ואין חשש לאי גילוי המצב לאשורו.

כב' השופט י' גרניט ממשיך ומתייחס לנימוק השני הנ"ל של **כב' השופט מ' אלון בעניין פלונית**,⁸⁸ בקובעו כי הוא מעלה חשש בלתי-מבוסס לחלוטין בחברה החילונית של ימינו, בה גדלה הקטינה; ומבהיר, כי לא הובא כל מקרה של פרסום תוצאות הבדיקה ולא של אי-קליטת קטין בעקבות פרסום תוצאות בדיקת רקמות, והדבר מדבר בעד עצמו.

השופט מוסיף, כי הנימוק השני בכלל אינו מובן, לנוכח סרובם של דייני בתי-הדין הרבניים לשנות את פסיקותיהם בנושאים בהם פסיקותיהם גורמות באופן ישיר לעוול משווע, כדוגמת עיגון הנשים היהודיות, עקב הסרוב של אישם לתת להן גט.

⁸⁶ ע"א 1354/92 **חיוה"מ נ' פלונית ואח'**, פ"ד מח(1) 711 (1994).

⁸⁶ רע"א 4427/92 **דוד נ' פלוני – קטין, ע"י אמו ואח'**, פ"ד מט(2) 58, 57 (1994).

⁸⁸ ע"א 1354/92 **חיוה"מ נ' פלונית ואח'**, פ"ד מח(1) 711 (1994).

גם ב-תמ"ש (ת"א) 87471/00⁸⁸ (להלן: עניין פלוני), נדון אינטרס אי-הממזור למול אינטרסים נוספים של הקטין, וקובע שם כב' השופט ג' גוטזגן:⁹⁰

"לעניין זה, די אם נאמר, כי משהגיעו הדברים עד לאן שהגיעו והם עומדים בפני הכרעה בבית-המשפט, החשש עליו מדבר השופט אלון ממילא קם ועומד, אפילו לא יינתן הצו, ובדיקת-הרקמות לא תעשה. משהובערה האש, ספק אם ניתן יהיה לכבותה ולגרום לבערה שלא תגאה.

...

לעתים ההפך הוא הנכון, דווקא באותם מקרים בהם החששות, שהובילו מי מהצדדים לפנות לבית-המשפט, אינם מבוססים כלל ועיקר, תימנע מהצדדים האמת המרפאה, כביכול, אמת שתוכל להתברר באמצעות בדיקת אבהות וההכרעה השיפוטית."

ושואל הוא, ועונה:⁹¹

"האם נכון ורצוי לתת עדיפות לאינטרס אי-הממזור של הקטין, על-פני בירור הזהות הגנטית של אביו במקרה כזה? זאת, אחרי שראינו את הנחיצות בידיעת זהות ההורה הביולוגי מצד הקטין.

...

לא ברור, האם אינטרס אי-הממזור – הפגם שיוטל בכשרות-היוחסין של הקטין – הוא בבחינת "אינטרס-על", במובן זה שעצמתו עולה וגוברת על כל האינטרסים האחרים. נסיבות המקרה הפרטי בכל עניין ועניין, עולמו הדתי, החברתי והערכי של הקטין שבא לפני בית-המשפט, בצד התמונה, כפי שהיא עולה בהקשר הכללי והלאומי של ערכי מדינת-ישראל והשקפותיה – כל אלה חייבים בדיקה בטרם נגיע לכלל הכרעה."

⁸⁸ תמ"ש (משפחה ת"א) 87471/00 פלוני (קטין) נ' פלוני, תק-מש 2004 (1) 49 (2004).

⁸⁹ שם, פס' יב לפסק הדין.

⁹¹ שם, שם.

ובהמשך חוזר **כב' השופט ג' גוטזגן** על שאלתו של **כב' השופט מ' אלון** בעניין פלונית:⁹²

”חקר-האמת וטובת הקטין, כששני עקרונות אלה מתנגשים – נשאלת השאלה: איזה מהם עדיף?...”

לאחר ניתוח יסודי ומעמיק עד מאוד של המצב היום בחברה הישראלית, של השינוי שחל בתפיסות החברתיות אצלנו, וגם במדינות אחרות בשאלת הילד הבלתי לגיטימי, ושל האינטרסים השונים והנוגדים, עליהם נרחיב גם אנו בהמשך – מגיע **כב' השופט ג' גוטזגן** למסקנה הפוכה מזו של **כב' השופט מ' אלון**. דהיינו: למרות שהמדובר באשה שהיתה נשואה עת הרתה, יש לבצע את בדיקת הרקמות לבירור זהות האב הביולוגי של הבן, ואינטרס אי הממזור אינו גובר במקרה זה על הצורך בידיעת האמת.

אמרנו ”במקרה זה”, כיוון שהשופט מבהיר, כי:⁹³

”אלא שהדברים, כפי שפורטו, אינם נכונים בהכרח בכל מקרה ומקרה. כל פרשה תבחן לגופה. לא בהכרח טובתו של הילד ה”פוטנציאלי”, כטובת הילד ה”ספציפי” הניצב בשערי בית-המשפט. מדובר במושג סובייקטיבי, הנשקל בכל מקרה ומקרה על-פי נסיבותיו המיוחדות...”

שני פסקי דין אלה, של **כב' השופטים י' גרניט וג' גוטזגן**, הקובעים, כי אין לחשוש מביצוע בדיקות מדעיות להוכחת אבהות, גם כשהמדובר בילדים לאשה נשואה (בשני המקרים דובר באם, שהרתה טרם גירושה, וילדה לאחריהם); וכי ידיעת האמת בדבר האבהות הגנטית חשובה מן החשש הדחוק לממזור; והמורים על עריכת הבדיקה – נדונו בערעור מאוחד בבית המשפט המחוזי בתל אביב – **בר”ע (ת”א-יפו) 1364/04 היועץ המשפטי לממשלה נ’ פלונית ואח**,⁹⁴ (להלן: **הערעור המאוחד**) בו נמצא נסיגת-מה מפסיקתם, כפי שנפרט להלן, בהרחבה יחסית, עקב חשיבות הדברים:

⁹² שם, הציטוט מ-ע”א 1354/92 **היוה”מ נ’ פלונית ואח**, פ”ד מח(1) 711, 715 (1994).

⁹³ שם, פס’ יט לפסק הדין.

⁹⁴ בר”ע (ת”א-יפו) 1364/04 **היועץ המשפטי לממשלה נ’ פלונית ואח**, תק-מח 2006 (3) 454 (2006). ועיין על פסק הדין גם להלן בעמ’ 412-413.

בית המשפט הנכבד שלערעור ישב בהרכב **כב' השופטים ס' רוטלוי, י' שטופמן וי' שנלר**, ואת דעת ההרכב כתב **כב' השופט י' שנלר**.

בית המשפט הנכבד סוקר את טענות הצדדים ואת פסיקת הערכאות דלמטה בשני המקרים, ולאחר מכן סוקר את הפסיקה בנושא.

כב' השופט י' שנלר מדגיש את הפער הקיים לעתים בסוגיה של הוכחת אבהות בין האמת המשפטית לאמת העובדתית, וזאת למרות שהמשפט, ככלל, חותר לגילוי האמת העובדתית, אלא שלעתים מכיר הוא באינטרסים מוגנים אחרים, אשר אפשר שידחקו את האינטרס של גילוי האמת העובדתית. ובניגוד למצב המקובל, על פיו מגוייס חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לטובת גילוי האמת העובדתית ועריכת בדיקת הרקמות, ייתכן, אולי, לטעון, כי דווקא מחמת עקרונותיו של חוק-היסוד – יש מקום לעתים להמנע מחקר האמת, ולא להורות על עריכת בדיקת הרקמות.

בהמשך מנסה השופט לעמת בין שתי הגישות הקיצוניות, בהן עליו להכריע: הגישה הקודמת, לפיה לא יורה בית המשפט על עריכת בדיקת רקמות עת קיים חשש לממזור; והגישה המובאת בהחלטות מושא הערעור, לפיה אין בחשש לממזור כל מניעה לעריכת הבדיקה.

לצורך כך בוחן בית המשפט את הסוגיה של "טובת הילד" מול הסוגיה של "זכויות הילד"⁹⁵, ומבהיר, כי זכויות ואינטרסים של הילד הינם חלק מן המרכיבים והשיקולים בהם יש להתחשב עת בוחנים את טובת הילד; וחשוב להדגיש, כי הבחינה תערך תמיד בהתייחס לילד הספציפי שעניינו נדון בפני בית המשפט. אין מדובר בטובת ילד בפן הכללי או זכויות הילד בפן הכללי, אלא ביישום המבחנים השונים בהתאם ובהתחשב בכלל הנסיבות שאותן אנו מבקשים לבחון.

כב' השופט י' שנלר מסכים, כי עקרונית לכל ילד הזכות לדעת מי הוא אביו מולידו, וזאת על פי פסיקה שהובאה, על פי האמנה בדבר זכויות הילד, שישראל צד לה, ועל פי המתחייב מן האמור בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; אולם, מול אותה זכות, קיימים אינטרסים נוספים, שייתכן שבגינם לא יהיה מקום ליישם זכות זו.

⁹⁵ ראה דיון במושגים אלה להלן בעמ' 333-347.

בית המשפט בוחן את השאלה, האם אין עוד מקום להתחשב בחשש לממזור, או למצער: האמנם חל פיהות בעצמתו של החשש; וקובע כי החשש במקומו עומד, ואולי דווקא ככל שהבדיקות המדעיות משתכללות – יש אפשרות שבית הדין הרבני לא יוכל להמשיך ולהתעלם מהן, ואף אם לא יקבע על פיהן ממזרות, יתכן שיקבע כי בפניו ספק ממזר, על כל התוצאות החמורות שיש בקביעה כזו.⁹⁶

בית המשפט מצטט את החלטת בית הדין הרבני הגדול:⁹⁷

”...וזאת, למרות הסתייגויותינו מקיום בדיקת רקמות, כאמור לעיל. בדיקת רקמות, היא כלי מדעי חשוב ביותר, ולא נכון לשלול מבית הדין הרבני, שימוש בכלי זה, כאשר יראה בית הדין צורך לכך.”

כב' השופט י' שנלר מבהיר, כי ייתכנו מקרים, אשר בהם אף ללא חשש ממזרות, יתכן שלא יהיה מקום להורות על עריכת הבדיקה; לדוגמא מקרה בו ילד גדל בידיעה מסוימת בדבר זהות אביו, החי עם אמו, וגבר זר טוען לאבהות. ייתכנו גם מקרים, בהם בית המשפט ישתכנע, כי גם אם תערך הבדיקה ותיקבע זהות האב – לא יוצר כל קשר בין האב לילד וכד'.

כב' השופט מבקר את העמדה המועלית לעתים בפסיקה, ובהחלטות מושא הערעור, המציבה את השאלה של גילוי האמת מול עקרון טובת הילד. לדידו של בית המשפט הנכבד עקרון טובת הילד הוא עקרון העל, והוא מורכב ממכלול איזונים של זכויות ואינטרסים, שאחד מהם הוא גילוי האמת.

בהמשך מבהיר **כב' השופט י' שנלר**, כי המבחן הוא: מבחן הילד הספציפי. השופט קובע, כי רק לאחר בחינת מלוא השיקולים והאיזונים הנדרשים, על סמך נתונים ועובדות שיהיו בפני בית המשפט, ניתן יהיה להכריע במכלול הזכויות והאינטרסים של הילד הספציפי, ולבחון את ההכרעה על עתידו. “טובת הילד” ו”האינטרס של הילד” הם מושגים כלליים, ויש לשוקלם לגופם בכל עניין ועניין. אין מדובר בשיקול תיאורטי, כללי, התלוש מן המציאות.

⁹⁶ להרחבה בעניין החשש לספק ממזרות ראה להלן עמ' 107, 244-250.

⁹⁷ תיק 1-31-900026676, החלטה מיום 2 במאי, 2002.

לאחר שבית המשפט יגיע למסקנה בעניין טובת הילד, יהא עליו לבחון את הזכויות והאינטרסים של מעורבים אחרים: האם, הבעל לשעבר והאב הטוען לאבהות.

כב' השופט מסכם, כי אין לנקוט אף לא באחת מן הגישות הקיצוניות הנ"ל, דהיינו: המנעות גמורה מלהוכיח אבהות עקב חשש לממזור, או הוכחת אבהות בכל מקרה; אלא יש להביא ראיות ספציפיות לכל מקרה, על מנת לבחון את טובת הילד. על מנת לא לפגוע בטובת הילד, יש להציב מדרג ראיות, אותו מציע בית המשפט, כשבכל שלב יש לבחון את טובת הילד. מן הראוי שעקרון טובת הילד ישפיע גם על ההליך הדיוני בעניינו של קטין:

א. הבאת ראיות בדבר מצבו של הילד מכל בחינה שהיא, לרבות נתונים וחוות דעת מקצועיות. לעתים לאחר שלב זה יגיע בית המשפט למסקנה, כי אין מקום לאפשר הבאת ראיות נוספות, ודי לו במה שהובא על מנת להכריע בתביעה.

ב. בהמשך, אם יהא צורך, הבאת ראיות רגילות בדבר נסיבות הורתו של הילד, ראיות שאין בהן כדי להוכיח בדרגת וודאות של בדיקת הרקמות.

ג. מתן הוראה לעריכת בדיקת רקמות.

מכל האמור לעיל מחליט בית המשפט הנכבד לקבל את הערעורים, לבטל את הקביעה הגורפת, לפיה יש להתעלם כליל מחשש ממזרות, ולהורות לבתי המשפט קמא לערוך חקירות ולקבל את מלוא הנתונים הנדרשים, בהתאם למדרגים השונים מבחינת הבאת הראיות, כמפורט לעיל.

בית המשפט מסכם ומבהיר, כי כאשר המדובר בתביעת אבהות לגבי בן מן הנשואה, בכל מקרה אין לדחות את התביעה על הסף, כשם שאין להורות באופן מיידי על עריכת בדיקת הורות. על בית המשפט להדרש למקרה הספציפי, תוך זהירות ראויה ובחינה מדוקדקת של הנסיבות שבפניו, ותוך יישום ההליך הדיוני בהתאם למדרג הראיות הדרוש במקרה הספציפי.

כב' השופטת ס' רוטלוי מוסיפה שם, כי קביעת טובת הילד היא בפועל קביעת אמת משפטית המבוססת על עובדות הקשורות בזכויותיו, בצרכיו ובאינטרסים המסוימים של הילד המסוים שבעניינו יש להחליט – עובדות אותן יש להוכיח.

אחד מן התיקים האלה הוכרע לאחרונה על-ידי **כב' השופט י' גייפמן, בתמ"ש (ת"א) 076760/01, 076762/01**.⁹⁸ השופט המלומד, לאחר ששמע ראיות בדבר מצבה של הקטינה, החליט למחוק את תביעת האבהות, ולהשאיר לשיקול דעת הקטינה לעת ימלאו לה 18 שנים; ולדון רק בתביעת המזונות שהוגשה. השופט המלומד מבהיר, כי תביעת מזונות היא תביעה כספית בה מכריע בית המשפט על פי מאזן ההסתברויות, והמדובר בנטל הוכחה של 51%, שאין בו די כדי להטיל פגם של ממזרות בקטינה. השופט המלומד קובע, כי יש צורך בפיתוח משפטי יציר הפסיקה – על ידי מתן אפשרות להכריע בנושא האבהות בגררא במסגרת תביעה למזונות הקטינה, דבר שיאפשר פסיקת מזונות בלבד; ומבהיר, כי אבהות לצורך מזונות סמוכה ל"אבהות אזרחית", השוכנת בצד "האבהות הדתית".

שאלה מעניינת התעוררה ב-**ע"מ (ת"א-יפו) 1052/03**,⁹⁹ ונדונה בפני הרכב תלתא בבית המשפט המחוזי בתל אביב בראשות **כב' השופט י' שנלר** (פסק הדין ניתן בסוף ינואר 2006). המדובר בערעור על פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה בתל אביב (**כב' השופט ט' קופלמן-פרדו**), בו התעוררה השאלה, האם לאפשר למי שנטען כי הוא אבי הקטין, שנולד לכאורה מאשה פנויה, להביא ראיות על מנת להוכיח כי הקטין לא נולד מן הפנויה, אלא ממי שיש ספק אם היתה פנויה או נשואה? כלומר שלקביעת האבהות עלולה להיות השלכה של ממזור, או ספק ממזור, שהוא גרוע יותר, ואולי על כן אין מקום לחייב את האב-הנטען בבדיקת רקמות להוכחת אבהותו, כשם שאין להסיק דבר מסרובו להבדק.

השאלה היא האם יש לאפשר לאדם זר לחיי הנישואין לטעון ולהוכיח, כי בני-זוג נחשבים כנשואים ולו מספק.

האב הנטען טען כי האם, גם אם היתה גרושה עת הרתה, עדיין התגוררה תחת קורת גג אחת עם בעלה לשעבר, ולכן יש חשש לממזור הקטין, והאם חבה בגט לחומרא ובטענת

⁹⁸ תמ"ש (ת"א) 076760/01, 076762/01 **פלוגית ואח' נ' אלמוני ואח'** (טרם פורסם) ניתן ב-19 באוגוסט 2007. התיק, שנדון במקור בפני **כב' השופט י' גרניט**, הועבר לאחר פרישתו, לדיון בפני **כב' השופט י' גייפמן**.

⁹⁹ ע"מ (ת"א-יפו) 1052/03 **פלוגי נ' פלוגי ואח'**, תק-מח 2006 (1) 2368 (2006).

מחזיר גרושתו, ולכן אין לבדוק כלל אבהות של אדם אחר, עקב החשש לממזור הקטין.
בית המשפט מזכיר, כי על פי **הלכת פלונית**,¹⁰⁰ עקרון העל הנו עקרון טובת הילד, וכי הוא גובר על חקר האמת, וזאת אף אם שני ההורים מסכימים לבדיקת הרקמות.

בית המשפט אינו מבין כיצד מתעלם האב הנטען מטובת הקטין, ומנסה לממזר אותו, ואף גרוע מכך, להביאו חלילה לידי מצב של ספק ממזר, מעמד שהוא אף חמור יותר מממזר ודאי.¹⁰¹

בית המשפט קובע, כי בית המשפט קמא רשאי היה להורות על עריכת בדיקת הרקמות, ולהסיק מן הסרוב מסקנות כפי שעשה, כיוון שגם אם חלילה היה מוכח כי הקטין ממזר – לא היה בית הדין הרבני משתמש בכך.

מכל מקום נקבע, כי האם היתה פנויה, וכי יש די ראיות לאבהותו של האב הנטען, כגון רצון לסייע לאם לעבור הפלה וכו'.

ב-**תמ"ש (קריית) 10780/05**¹⁰² הוגשה בקשה מוסכמת על ידי הורים בשנות השבעים לחייהם, הנשואים זה לזו 47 שנים, לבצע בדיקת רקמות בהם ובארבעת ילדיהם הבגירים, כאשר אלה האחרונים, יחד עם בני/בנות-זוגם, נתנו הסכמתם לבדיקה. הסכמה רחבה וגורפת כשמולה התנגדות של היועץ המשפטי לממשלה, הטוען כי יש חשש לממזור הילדים והנכדים. הרקע לבקשה הוא ספק המקנן בליבו של האב, שנים רבות, שמא אשתו בגדה בו בעבר, וחלק מילדיו אינם שלו. האם והילדים מעוניינים לסייע לאב להפיג את חששו ומוכנים לבדיקה. בית המשפט, מפי **כב' השופטת א' אלון**, סרב להורות על ביצוע הבדיקה עקב החשש לממזור הילדים והנכדים.

ניסינו כאן להתעמק בשאלה, האם נכון להמנע מהוכחת אבהות, דהיינו מירידה לחקר האמת, כאשר קיים חשש לממזור הילד; והאם טובת הילד במצבים כאלה היא בהכרח אי-

¹⁰⁰ ע"א 1354/92 **היוה"מ נ' פלונית ואח'**, פד מח(1) 711 (1994).

¹⁰¹ כיוון שספק ממזר, אפילו עם ממזרת אינו יכול להנשא. ראה **פרסום המרכז ליישומי משפט עברי**, המכללה האקדמית נתניה ע"ר, הרב יוסף שרעבי, הרב יוסף בארי וד"ר יובל סיני מיום 7.7.05. וכן ראה פסקות 69-70 בתמ"ש (ת"א-יפו) 76760/01 **ס"נ (קטינה) ע"י אמה ואפוטרופסוטה הטבעית, י"ס נ' כ' (ש') א.**, תק-מש 2004 (3) 353 (2004), וראה להלן עמ' 244-250.

¹⁰² תמ"ש (קריית) 10780/05 **ח.ע. ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה**, תק-מש 2006 (4) 535 (2006).

ירידה לחקר האמת; ומה הנפקויות העשויות או העלולות להיות לקביעה כזו או אחרת. ראינו גישות קטביות וקיצוניות, הבאות והולכות וחוזרות, כאותה מטוטלת אינסופית, ונוכחנו אולי לראות, כי עצמת טלטולה פוחתת עם השנים.

מן הראוי לחזור ולהבהיר, כי דילמה זו יחודית היא לילדי-ישראל עקב בעיית הממזור, דבר שאינו קיים בשום שיטה משפטית אחרת.

שאלה קרובה, אם כי שונה במהות, היא, האם על בתי המשפט להעתר לאדם המבקש **פסק דין המצהיר**, כי ילד מסוים בנו-הוא, ולא של אחר. וביתר הרחבה: האם נתיר למאן דהוא, גבר, אשה או קטין, לקבל הצהרה מבית המשפט, בדבר קביעת סטאטוס של אבהות, כאשר אין להצהרה ערך או מטרה נוספים, והמדובר בהצהרה הן לגבי ילד שנולד לאשה נשואה, שאז קיים חשש לממזור, והן לגבי ילד שנולד מן הפנויה.

פרק ג': האם קיימת אפשרות להליך של סעד הצהרתי בלבד?

עקב הנפקויות הרבות של קביעת האבהות נפתח ההליך של הוכחת האבהות מסיבות שונות ומגוונות. האם יתכן לתת להליך זה חיות כשהסעד הנדרש הוא הצהרתי בלבד? האם נתיר לאם פנויה לקבל הצהרה בעלמא, כי אדם פלוני הוא אבי-בנה, כשאין בצידה תביעה ספציפית למזונות או לירושה וכו'? והחמור יותר: האם נרשה לאדם, התובע להכיר בו כאביו של ילד פלוני, שגדל במשפחה וידוע כי הוא בנה הלגיטימי – להוכיח, כי אותו ילד בנו הוא, ואין הוא לגיטימי כלל, כיוון שנולד לאמו הנשואה שלא מבעלה? ומה לגבי קטין, המבקש הצהרה לגבי זהותו, כלומר זהות אביו?

בארץ קובע סעיף 75 לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984,¹ כי לבית המשפט יש הכח לתת פסק דין הצהרתי; ולפי תקנה 14 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984² רשאי התובע לבקש כל סעד שמוסמך בית המשפט לתת, לרבות צו הצהרתי. ואולם מתן פסק דין כזה שונה בכך, שבדרך כלל אין בית המשפט חייב להענות לתובע המבקש הצהרה, אפילו הוכיח את צדקתו, שכן מתן הסעד מסור לשיקול דעתו של בית המשפט.³

הבה נראה כיצד השתמשו בתי המשפט בארץ בשיקול הדעת שניתן להם, והאם מצאו לנכון להבחין בין מצבים בהם בהצהרה על האבהות יהיה משום חשש לממזור לבין מקרים בהם האם היתה פנויה?

¹ סעיף 75 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 קובע סמכות כללית לתת סעד על פיו: "כל בית משפט הודן בעניין אזרחי מוסמך לתת פסק דין הצהרתי, צו עשה, צו לא-תעשה, צו ביצוע בעין וכל סעד אחר, ככל שיראה לנכון בנסיבות שלפניו".

² תקנה 14 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 קובעת בסעיף-קטן (א) כי: "בכתב התביעה רשאי התובע לבקש כל סעד שמוסמך בית המשפט לתיתו, לדבות צו לתשלום סכום כסף, צו אכיפה, צו לא תעשה וצו הצהרתי".

³ ע"א 620/74 מור נ' פלונית, פ"ד (1) 218 (1975).

מקרים בהם מתבקש פסק דין הצהרתי, שבצידו חשש לממזור הקטין:

ב-ע"א 447/58⁴ ביקש המערער פסק דין, שיצהיר כי הוא אביו של בן המשיבים, שהיו נשואים זה לזה. בבית המשפט קמא נמחקה תביעתו לפסק דין הצהרתי כזה. בית המשפט העליון בהרכב של חמישה שופטים דחה פה אחד את בקשתו:

כב' הנשיא אולשן קובע, כי בדין נמחקה התביעה, ומנמק: כשמדובר בתרופה דסקרציונית, שבשיקול דעת, מותר לבית המשפט לתת דעתו על התנהגותו של התובע אפילו מבחינה מוסרית ולהציג את השאלה, אם מבחינת היושר ראוי התובע לסעד, אשר בית המשפט רשאי להעניק לו. התובע במקרה זה בא באי-נקיון כפיים, מבקש לממזר ילד בן חמש שנים ואינו טורח אפילו לאמר לבית המשפט לשם מה דרושה לו הכרזה זו. בתי המשפט נוהגים זהירות יתירה כשהסעד הנדרש מהם עלול לפגוע במעמדו של ילד ולהצמיד לו מעמד של ממזר.

כב' השופט מ' לנדוי מגיע לאותה מסקנה ואולם זאת מהנימוק, ש"מעילה בת עוולה – לא תצמח זכות תביעה", כיוון שאם טענות התובע נכונות – הרי שעשה מעשה הנוגד את המוסר הציבורי, ובית המשפט לא יעזור לו. זהו שימוש לרעה בהליכי בית המשפט, שאין למעלה ממנו.

כב' השופט א' ויתקון קובע, כי תביעה למתן סעד הצהרתי, שאינה משמשת תכלית ממשית, יש בה משום שימוש לרעה ברשות השיפוטית ואין להזקק לה.

וכב' השופטים צ' ברנזון ו-י' זוסמן קובעים, כי לא יאפשרו להעמיד בסימן שאלה את מעמדו החוקי והחברתי של הילד ללא צורך של ממש. לו היה התובע אומר לשם מה נחוצה לו ההכרזה – היו השופטים שוקלים זאת לעומת הנזק, שעלול להגרם לילד. אולם כאמור, לא אווה המערער לגלות סיבותיו ושמרן עמו. ראוי להדגיש, כי אין השופטים הללו פוסלים לחלוטין אפשרות של מתן פסק דין הצהרתי בנסיבות בהן יש חשש לממזור הילד, כשיש לאב סיבות טובות לתביעה.

⁴ ע"א 447/58 פלוני נ' אלמוני ואלמונית, פ"ד יג 903 (1959).

פרק ג': האם קיימת אפשרות להליך של סעד הצהרתי בלבד?

זהו הדיון הראשון בארץ בסוגיה זו, כשהצהרה עלולה לממזר ילד. נזכיר כאן, כי על פי המשפט העברי אין לאדם זר נאמנות לאמר על ולד של אשה נשואה, כי שלו-הוא, ולא של בעלה. זכות זו הידועה כדין "יכיר" נתונה רק לבעל-האם, וגם זאת בחריגים רבים, כפי שפרטנו לעיל.⁵

בהמשך ניתנו פסקי דין נוספים הקובעים את העקרון הנ"ל, ביניהם:

תמ"ש (י-ם) 22322/01,⁶ בו העיר **כב' השופט פ' מרכוס**, כי בקשה לקביעת אבהות בנפרד ממזונות, קרי בקשה לסעד הצהרתי גרידא, נוגדת את תקנת הציבור.

בהליך זה עתר אדם לקביעה, כי הוא איננו אביה של קטינה שנולדה לאשתו, קביעה שלו תתקבל – תהפוך את הילדה לממזרה. באותו עניין קבע השופט, כי אם היתה הבקשה בצרוף למזונות, לא יתכן למנוע מאדם נשוי לטעון, כי אינו אביו של מי שתובע אותו בתור אביו למזונות. עם זאת, לא תצמח לו, לאותו אדם כל תועלת נוספת בהכרעה נפרדת שאינו אביה של התובעת, בתיק נפרד מתביעת המזונות, "ויתכן שעצם קיום התביעה הנפרדת נוגדת את תקנת הציבור, מאותו טעם".

ב-**בש"א (ת"א-יפו) 5876/02**⁷ נקבע כי על זר המבקש להצהיר על אבהותו, הצהרה שעלולה לממזר את הקטינים, להראות ולהצביע על האינטרס הלגיטימי שיש לו בקבלת הצהרה שכזו, אינטרס שיש בו לגבור על החשש מהפגיעה בילד.

כב' השופטת ט' סיון, קובעת שם, כי כאשר משמעות הבקשה היא ממזור הילדים, ובפרט כאשר הנסיבות מראות על אינטרס שאינו לגיטימי בקביעת האבהות, יש לדחות את התביעה על הסף, ואין לאפשר את ביצוע בדיקת הרקמות. במקרה זה ביקש התובע כסעד עיקרי פסק דין המצהיר, כי הוא אביהם של הקטינים (בני 13 ו-14), שאמם היתה נשואה לאחר בעת הורתם; ולחלופין ביקש הוא לאפשר לו לערוך בדיקת רקמות, תוך השוואת ממצאיה עם ממצאי בדיקת הרקמות אשר נערכה בעבר לקטינים, לצורך בדיקת התאמה לשם תרומת מח עצם לאמם המנוחה, טרם פטירתה ממחלת הסרטן – הכל במקביל

⁵ עיין לעיל עמ' 23-25, וכן **אנציקלופדיה תלמודית** כרך א, ערך "אב" עמ' ד והמקורות המובאים שם; תיק התשי"ד/226, פד"ר א' 149.

⁶ תמ"ש (י-ם) 22322/01 **א. ס. א. נ' ס. א.**, תק-מש 2002 (3) 348 (2002).

⁷ בש"א (ת"א-יפו) 5876/02 **א. ר. נ' ש. ר. ואח'**, תק-מש 2004 (1) 271 (2004).

להגשת התנגדות לקיום צוואה.

העיתוי, הזמן והמניעים – כפי שניתן להבין, מלמדים, כי אין מדובר בתביעת אבהות קלאסית, המוכרת לבתי-משפט לענייני משפחה. לדברי התובע, בשנת 1987 הכיר את אמם המנוחה של הקטינים עת עבד כדייל, בטיסת אל-על ללונדון, מהכרות זו צמחה לטענתו מערכת אינטימית, אשר הביאה ללידת הקטינים, וזאת בזמן שהיתה המנוחה נשואה ל'אבי הקטינים'. לטענתו, האם סיפרה לו כי ההריון ממנו, זאת כיוון ש'אביהם של הקטינים' נעדר מסוגלות להוליד ילדים.

במקרה זה קבע בית המשפט, כי אף שרק במקרים חריגים ידחה בית המשפט על הסף תביעה, הרי שבמקרה זה יעשה שימוש בסמכותו זו, ובלשונה של **כב' השופטת ט' סיון**:

”הסעד העיקרי אותו מבקש התובע, הוא ההצהרת, ועל המבקש להראות ולהצביע על אינטרס לגיטימי לקבלתו...כאשר אדם זר, וכמו בענייננו, מבקש שבית המשפט יכריז שהוא אביו של הילד שנולד לאם הנשואה לאדם אחר, במועד הורתה, על הזר להצביע על האינטרס הלגיטימי שיש לו בקבלת הצהרה שכזו, אינטרס שיש בו לגבור על החשש מהפגיעה בילד...

התובע בענייננו, הוא זר, מעברה הרחוק של אמם המנוחה של הקטינים, אשר הגיח ובא לחייהם, כאשר עיזבון אמם הרב, עומד להיות מועבר לזכותם...

גם אם באופן רעיוני יוכיח התובע את כל טענותיו אחת לאחת (ודרכי ההוכחה בענייננו – כשהאם אינה בחיים, בעייתיים ביותר), הרי תהיה התוצאה ממזור הקטינים לדורותיהם, כאשר מנגד אין לו לאותו זר כל סיבה לגיטימית, כי בית-המשפט יאפשר לו לנהל את תביעתו. לפיכך, דינה של התביעה להידחות.”

הווה אומר: כאשר תוצאת ההצהרה על אבהות היא ממזור-אפשרי של הקטין, וחשש לפגיעה במעמדו, הרי שמקובל לא להתירה, והדברים הם מקל וחומר, שהרי כפי שראינו לעיל גם כשלכאורה קיים אינטרס לגיטימי לבקשה להוכחת אבהות לגבי בן מן הנשואה – יתקשו בתי המשפט עד מאוד להעתר לה.

פרק ג': האם קיימת אפשרות להליך של סעד הצהרתי בלבד?

לכן מעניין ואולי חריג הוא פסק דינה של כב' השופטת צ' קינן ב-תמ"ש (שלוש חי') 29150/00,⁸ בו תבע אדם, כי בית המשפט יצהיר כי הוא אביה הביולוגי של קטינה, שאמה היתה נשואה לאחר בעת הורתה, וזאת לצורך תיקון המרשם במשרד הפנים.

לצורך כך הביא התובע תצהיר מן האם, המאשר כי הוא אכן אבי הקטינה. האם והתובע ניהלו אורח חיים חילוני, נסיבות לידתה של הילדה היו ידועות לסביבתה, ממילא היא לא הוחזקה ככשרה, ולא היה בהצהרה כדי לשנות את המצב הקיים, וכמו כן לא היה ניגוד אינטרסים בין הקטינה לתובע, בהקשר זה.

לאור כל זאת ולאחר שקלול מכלול הנימוקים, לרבות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, קבעה השופטת, כי נכון יהיה להצהיר על התובע כאבי הקטינה, וזאת אף ללא עריכת בדיקת רקמות, שכלל לא נתבקשה במסגרת ההליך.

ומה במקרים בהם מתבקש פסק דין הצהרתי, שאין בצידו חשש לממזור הקטין?

ב-ע"א 291/61⁹ תבעה המשיבה הראשונה – אמה של ילדה, מן המשיב השני – משרד הפנים, לשנות את שם בתה לשם משפחתו של המערער שלא היתה נשואה לו. כב' השופט כהן קבע, כי כל עניין מעמדה של הילדה דנן, לרבות הזכויות והחובות של המערער כלפיה, אינו ראוי לדיון מקוצר במסגרת בקשה בדרך המרצה לתיקון תעודת הלידה. בדיון זה תלויות תוצאות חמורות ומורכבות לכל הצדדים, ומוטב לנהל במסגרת תובענה רגילה, אשר יתדיינו בה לא רק המערער והמשיבה, אלא גם הילדה עצמה, שתיוצג לשם כך על ידי אפוטרופוס מיוחד.

כב' השופט י' זוסמן מצטרף לדעה זאת לאחר שדן בשאלה, אם כוחה של הצהרת אבהות יפה כלפי כל העולם או שהוא מצומצם ליחסים שבין המערער למשיבה. נהוג להבחין בין פסקי-דין היוצרים את מעמד הילד – קונסטיטוטביים – היוצרים מעמד כלפי כולי עלמא, לבין פסקי דין הבאים רק להצהיר על מעמד קיים, שאינם אלא בגדר פסק-גברא, ואינם משתיקים אדם זולת מי שהיו בעלי דין במשפט. השופט המלומד אינו מכריע בסוגיה חשובה זו, באמרו שאף אם נניח שתוקף פסק דין כזה הוא רק בין הצדדים, הרי כאן אין

⁸ תמ"ש (חי') 29150/00 ד' א' נ' היוה"מ, תק-של 2002 (4) 566 (2002). ועיין על פסק הדין, להלן: עמ' 393, 341-394.

⁹ ע"א 291/61 צ'יזס נ' גרשל ואח', פ"ד טו(3) 2087, 2094 (1961).

הצדדים הנכונים עומדים לדיון כיוון שהילדה איננה צד כלל.

ב-ע"א 431/80¹⁰ דן כב' השופט מ' שמגר בדבריו אלה של כב' השופט י' זוסמן, וקובע כי פסק דין הצהרתי, הקובע אבהות הוא פסק חפצא לפי אופיו. באותו ערעור נדון פסק דינו של בית המשפט קמא, שקבע אבהותו של בנם של המערערים על בנה של האם המשיבה. והשאלה היתה, האם פסק דין הצהרתי הקובע אבהות מחייב את הורי האדם, שנקבע כאב. בית המשפט קבע, שפסק דין הקובע אבהות – **בין אם הצהרתי הוא או אחר** – כוחו כלפי כל העולם. וכב' השופט מ' בייסקי מוסיף, כי כיוון שלקביעת אבהות נפקויות שונות ורבות, ובעיקר כשמדובר בעניין של סטאטוס – דורש הסדר הציבורי, כי עניין זה לא יהא נתון לתקיפה מתמדת, ולפתיחת הליכים מחודשים בנושא, שהוכרע בפסק דין סופי, ונקבע בו מעמד.

בעקבות פסק דין זה נקבע ב-ע"א 49/82¹¹ כי הכרה באבהות אינה יכולה להנתן לשיעורין, ואין אדם יכול להיות אביו של פלוני לעניין אחד ולא להיות אביו לעניין אחר.

יורשה לנו להעיר, בכל הכבוד לפסיקה זו, כי אין הדברים מדויקים. שכן יוצא מכך כי תביעת מזונות, בה נקבעת אבהות, כוחה יפה לכל דבר ועניין ואף למזר ילד! והדברים אינם כך, כפי שראינו וכפי שעוד נראה, הרי לכל נפקות של הוכחה נדרשים אלמנטים ראייתיים אחרים, סמכויות שיפוט אחרות וכו'. אם כי בדיון על סמכות השיפוט הצענו גם אנו – עקב הסרבול הרב הנוצר מעצם העובדה, שלעולם אין הדיון בשאלה זו סופי – לקבוע ערכאות ופרוצדורות מסוימות למצבים השונים הקיימים, ובכך לתת סופיות ואופי חפצי לפסקי הדין, הקובעים אבהות וזאת מאותה סיבה שהזכיר כב' השופט מ' בייסקי, כאמור לעיל.

ברוח דברים אלה נאמר ב-ת"א (ת"א) 363/58¹², כי אם אין לראות עניין של אבהות כאחד מענייני המעמד האישי – הרי אין כל מקום להוציא פסק דין הצהרתי. ולפי המשפט העברי יש לפרש בפסק הדין לאיזה עניין יוחזק האדם כאב: לעניין מזונות, לעניין ירושה, לעניין

¹⁰ ע"א 431/80 ריזנברג נ' חזן, פ"ד לה (2) 742 (1981).

¹¹ ע"א 49/82 מהגר נ' גואלי ואח', פ"ד לח (1) 555 (1984); עיין גם: תמ"א (ת"א) 58/71 מלמד נ' מלמד, פ"מ התשל"ד (א) 256, 257.

¹² ת"א (ת"א) 363/58 ת.נ. נ' י.פ., פ"מ לג 229.

פרק ג': האם קיימת אפשרות להליך של סעד הצהרתי בלבד?

יוחסין, לעניין איסורין או לכולם גם יחד.

ב-ת"א (ת"א) 3136/61¹³ הוגשה בקשה למתן פסק דין הצהרתי, כי המבקשת הקטינה היא בתו של המשיב, וכי שם משפחתה הוא כשם משפחתו. צורף לבקשה פסק דין קודם, המחייבו במזונותיה, משום שלדעת בית המשפט הוא אביה.

בית המשפט דחה את הבקשה לפסק דין הצהרתי בעניין האבהות, בלי לפגוע בזכויות המבקשת לפנות מחדש לבית המשפט כדי להשמיע את טענותיה ואת עדיה, לשם הוכחה, כי המבקש הוא אביה. בית המשפט – מפי **כב' השופט י' קיסטר** – קבע, כי כיוון שאין כל קשר משפטי בין ילד שנולד מחוץ לנישואין לבין מולידו, הרי שאין כל זכויות וחובות ביניהם חוץ מחובת המזונות, הקבועה בחוק חרות, ולכן אין מקום לפסק דין הצהרתי בדבר אבהות של ילד הנולד מן הפנויה כסעד בפני עצמו ללא קשר לאיזו זכות, שהחוק החרות מעניק לילד כלפי מולידו. ומכל מקום:

"פסק דין למזונות איננו מספיק והעובדות הקבועות שם אינן יכולות להיות קונקלוסיביות ואולי אף לא מספיקות לפסק דין חפצי על אבהות, ואם ב"כ הנתבע אמר כי רוצה להביא הוכחות חדשות, אזי יש מקום לשמוע והייתי עוד דורש כי התובענה לפסק דין לאבהות תשמע לא בצורת בקשה בדרך המרצה, אלא בדרך רגילה של הגשת תביעה, ככה שלנתבע תהיה אפשרות לברר תחילה טענותיו בדרך כתב הגנה וכי בית המשפט – **אם בכלל יש איזה מקום להוציא פסק דין חפצי על אבהות** – יוכל על-פי ברור העובדות להוציא פסק דין אשר מטבעו פוגע לא רק בנתבע עצמו. הייתי גם בדעה שעל תביעה כזאת יש להודיע גם לב"כ היועץ המשפטי."¹⁴ (ההדגשות אינן במקור).

והשופט המלומד מוסיף,¹⁵ כי בכל מקרה פסק דין, היוצא מתחת קולמוסו, מסויג בכך, שלא יחול על עניינים הניתנים לסמכות ייחודית של בית הדין הרבני.

וזו היא דעה מעניינת, ולעניות דעתנו מדויקת ביותר לאמור: פסק דין הקובע אבהות

¹³ ת"א (ת"א) 3136/61 **א"א' נ' ע"ל**, פ"מ לג 169, 185-200.

¹⁴ שם, עמ' 201.

¹⁵ שם, שם שם.

לצורך מזונות אין די בו לצורך מתן פסק דין רחב יותר, כגון פסק דין הצהרתי. ואולם אף פסק דין הצהרתי – שכפי שראינו כוחו יפה, כנראה, כלפי כל העולם – אין בו כדי לקבוע, למשל, כי ילד הוא ממזר, שהרי דבר זה מצוי בסמכות ייחודית של בית הדין הרבני!¹⁶

והנה אותו שופט נותן באותה שנה ללא שום קושי פסק דין הצהרתי בעניין אבהות ונימוקיו הנכונים עמו:

ב-ת"א (ת"א) 2329/61¹⁷ הוגשה בקשה למתן פסק דין הצהרתי הקובע, כי הנתבע מס' 1 הוא אביו של התובע מס' 2, ולמתן צו על תיקון פרטי הרישום של התובע מס' 2 במרשם התושבים. כב' השופט י' קיסטר קובע, כי כיוון שהבקשה נתמכת לא רק בעדות האם, אלא בעיקר, בכך שהנתבע (האב-הנטען) הודה בפה מלא, כי הוא אביו של התובע מס' 2 – הרי יש לראות את התובע כבנו של הנתבע לגבי כל הזכויות והחובות שבין אבות לבנים, למעט ענייני יבום ואישות, שהם בסמכות שיפוט של בתי הדין הרבניים, ובית המשפט מצהיר כך.

ב-ע"א 620/74¹⁸ קבע בית המשפט העליון, מפי כב' השופט י' זוסמן, כי עקרונית אין מניעה למתן סעד הצהרתי בענייני אבהות, אם כי מפאת חשיבות ההצהרה ותוצאותיה על בית המשפט לשקול בקפדנות את הצורך במתן ההצהרה ואת הראיות.

ב-תמ"א (ת"א) 2682/85¹⁹ עתרה קטינה לבית המשפט למתן פסק דין הצהרתי, בו יוכרז, כי הנתבע הוא אביה מולידה. באותו עניין נדונה רק טענתו המקדמית של הנתבע, לפיה הקטינה מנועה מלהגיש תביעה כזאת לנוכח העובדה שאמה (בשמה ובשם הקטינה)

¹⁶ ועיין לעיל עמ' 57-58; 88-90; 101-103.

יש לזכור, כפי שהרחבנו לעיל, כי הסטאטוס של ה"אבהות האזרחית" הוכר בפסיקה לגבי מוסלמים, בנסיבות מסוימות, לאחר פרסום המהדורה הראשונה של ספרנו זה, על ידי כב' השופט מ' חשין ב-ע"א 3077/99 פלונית (ח') ואח' נ' פלוני (י'), פ"ד מט(2) 578 (1995). והוכר שוב, לגבי יהודים, בנסיבות אחרות, לאחרונה בתמ"ש (ת"א) 076760/01, 076762/01 פלונית ואח' נ' אלמוני ואח' (טרם פורסם), ניתן על-ידי כב' השופט י' גייפמן ב-19 באוגוסט 2007, ועיין עליו לעיל בעמ' 88 ו-107 ולהלן בעמ' 259.

גם המלומד Borchard בספרו: Declaratory Judgments, 2nd ed., Cleveland, Banks-Baldwin Law, New-York 1944, p. 486, מבחין בין הליך הצהרתי לקביעת אי-חוקיותו של ילד לבין הליך לצורך מזונות, שאין בו הכרעה שיפוטית בדבר אי-החוקיות.

¹⁷ ת"א 2329/61 מ'לי ואח' נ' מ'א' ואח', פ"מ לג 225.

¹⁸ ע"א 620/74 מור נ' פלונית, פ"ד ל(1) 218 (1975); ע"א 718/75 עמרם נ' סקורניק, פ"ד לא(1) 29, 34 (1976).

¹⁹ תמ"א (ת"א) 2682/85 פלונית נ' אלמוני, פ"מ התשמ"ז(א) 126.

פרק ג': האם קיימת אפשרות להליך של סעד הצהרתי בלבד?

והנתבע חתמו על הסכם, שקיבל תוקף של פסק דין, הקובע כי הנתבע כופר באבהותו, אך מוכן לשלם סכומי-כסף מסוימים לקטינה; וכי לאם ולקטינה לא תהיינה כל תביעות או דרישות מכל מין וסוג שהוא כנגד הנתבע.

בית המשפט קבע מפי **כב' השופט א' מצא**,²⁰ כי ההתחייבות וההצהרה שנכללו בהסכם, ככל שהתיימרו למנוע מן הקטינה להגיש תובענה ולבקש סעד בדבר אבהותו של הנתבע לגביה היו חסרות תוקף ובטלות מעיקרן, ולאחר שהוא דן בסוגיות מדיניות החוזים, האפוסטרופסות ודיני מעשה בית דין, קובע השופט המלומד, כי התובעת איננה מנועה מלהעמיד את התובענה שהגישה לבירור.

בדיון מקדמי זה לא העלתה הטענה בדבר הקושי העקרוני בקיום הליך של סעד הצהרתי בעניין של הוכחת אבהות, ונפתחה לתובעת הדרך להגיש את תביעתה.

ב-מ"א 3206/94²¹ קבע **כב' השופט ח' פורת** כי מבחינת בית המשפט:

"הסעד ההצהרתי איננו ניתן כדבר שבשיגרה, בעיקר כאשר קיים סעד מהותי שיכול התובע לתבוע. סעד הצהרתי יינתן בכל מקרה בו הוכיח התובע ראשית, כי בידו הזכות, או כי קיים המצב עליו מבקש הוא להצהיר, ושנית: כי מן הראוי לשריין את הזכות הזו או את המצב הזה ע"י פס"ד שישתיק כפירה והכחשה בעתיד עקב מעשה בית דין שיווצר ע"י פסה"ד, וזאת בהנחה שביהמ"ש איננו רואה נסיבות שלא להעתר לתובע. לפי סעיף 75 לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984, הסמכות למתן סעד הצהרתי ע"י ביהמ"ש היא ככל שיראה לנכון בנסיבות שלפניו...

כך הוא מן הדין בנושא זכויות כלפי כולי עלמא, כגון בנושא סטאטוס, ואבהות היא סטאטוס. לפיכך, התביעה לפס"ד הצהרתי לאבהות ערטילאית, נכנסת בגדר התביעות שביהמ"ש דן בהן ויש לו שיקול דעת רחב לקבלה."

²⁰ שם, בעמ' 130.

²¹ תמ"א 3206/94 **מלוני נ' אלמוני** (לא פורסם) כפי שהובא ב-תמ"ש (ת"א) 84170/98 **פלוגית ואח' נ' היועמ"ש**, תק-מש 39 (1)99, בפס' 5 לפסק הדין (1999).

פרופ' פנחס שיפמן²² מסביר:

"בית-המשפט איננו מקבל את הרעיון שיש לשבש את האמת העובדתית כדי להגן על ילד, תוך העמדת-פנים משפטית כי אדם שאיננו אביו הוא אביו. בית-המשפט רק גורס שאין ליזום חקירה עובדתית, בהעדר הצדקה לעריכתה; והצדקה כזאת קיימת במקרה שבו שאלת האבהות על ילד היא שאלה חשובה ומכרעת בבירור תביעה אשר הוגשה למטרה לגיטימית, כגון מזונות, או ירושה."

מקרה מעניין נדון ב-**תיק אזרחי 98/93**,²³ בו היה "האב" התובע אבהות שיין לדת המוסלמית, ואילו האם והקטין שייכים היו לדת היהודית, והקטין אף גדל וחונך כיהודי במשך 10 שנים.

במקרה זה נקבע כי קביעת אבהותו של התובע עלולה ליצור אצל הקטין משבר זהות דתית ולאומית (ראוי להזכיר, שעל פי הדין היהודי נחשב הילד כיהודי, גם אם נולד מהתובע המוסלמי; אך לפי הדת המוסלמית, נחשב הוא כמוסלמי). בנסיבות אלה נדחתה התביעה על הסף.

ומנתח כב' השופט **י' יעקבי-שווילי**:²⁴

"ייתכן שבינתיים... חל אצל חלק מאוכלוסיית ישראל, שינוי מה בתפיסה החברתית-המוסרית לגבי ביאה אל אשת-איש ותולדותיה, אך על כל פנים, עדיין מקובלנו שנגרמת אי-נוחות לילד, אם נודע שהוא נולד לאשה מביאה של גבר זר, כשהאם עדיין היתה אשת-איש..."

בית המשפט העליון הדגיש בהזדמנויות שונות, שכאשר מתבקשת הצהרה על אבהות או על אי-אבהות... צריך התובע להראות "עניין קונקרטי", "עניין לגיטימי מן הראוי להגנה משפטית"..." היינו, שכל עוד לא עמד הבעל,

²² פנחס שיפמן, **דיני המשפחה בישראל**, כרך ב', (המכון למחקרי משפט – אונ. י-ם (התשמ"ט-1989)), 49, וראה גם תמ"ש (ת"א) 87471/00 **פלוגי (קטין) ואח' נ' פלוגי ואח'**, תק-מש 2004 (1) 49, פס' ה לפסק הדין (2004).

²³ ת"א 98/93, המ' 1859/93 **פלוגי נ' אלמונית**, פ"מ נד (1) 471.

²⁴ שם, בעמ' 475-477.

פרק ג': האם קיימת אפשרות להליך של סעד הצהרתי בלבד?

הטוען שאינו האב, בסיכון של תביעת מזונות קונקרטית מצד הילד, אין מקום למתן פסק-דין הצהרתי בדבר אי-אבהות...

עצם הזכות לבדה, להיות מוכר כאבי הילד וקיום הקשר עמו כאב, או עצם הרצון לבדו שלא להיות נחזה כאביו של ילד, כשאין הילד בנו, לא נראה בעיני בית המשפט העליון כמספיק...

כאשר עלול ילד להיפגע קשות מקביעה שהוא בנו של גבר זר, או שאינו בנו של בעלה של אם הילד, מומלץ שבית המשפט יימנע מלסייע בהבאת הראיות האפשריות להוכחת התביעה... הדברים נאמרו אמנם בהקשר של פגם של ממזרות, אך כאמור ממזרות לאו-דווקא, אלא כשם שבממזרות הטעם הוא שלא לפגום פגימה חמורה בילד, הוא הדין שראוי שיחול גם כשמדובר בפגימה חמורה מסוג אחר, כגון דו-לאומיות ודת. ממדיניות זו של שימת מחסום בעניין הראיות, ניתן להקיש גם לענייננו, לגבי מתן פסק-דין הצהרתי, הנתון לשיקול דעת בית המשפט אם לתיתו אם לאו."

ניתן לראות ולאמר, כי גם במקרים בהם לא קיים חשש לממזור הקטין, נוטים בתי המשפט לדרוש קיום אינטרס לגיטימי להצהרת האבהות, ובהעדרו – לא תתאפשר הוכחת האבהות האמיתית; אם כי לעתים יינתן פסק דין הצהרתי לגבי אבהות, וזאת כאשר אין חשש לממזור בצדו.²⁵

ב-**תמ"ש (י-ם) 26762/01**²⁶ דובר בתביעה של קטינה, באמצעות אמה הרווקה, לקבל פסק דין המצהיר, כי הנתבע הוא אביה. **כב' השופט פ' מרכוס** – לאחר שמנתח את הזכות לזהות של הקטינה, ואת כל המרכיבים של טובת הילדה והאינטרסים שלה – עורך מאזן בין זכויות הילדה לזכויות האב הנטען, ומגיע למסקנה כי זכויות הילדה גוברות, וכי חובה על הנתבע לאפשר בדיקת סיווג רקמות ו-ד.נ.א. (באמצעות בדיקת רוק, או דגימת שיער או עור, שאינן פולשניות ופגיעות בגופו ו/או בצנעתו של הנבדק כמעט ואינה קיימת). לאחר סרובו של האב הנטען לאפשר את הבדיקה – מצהיר בית המשפט על אבהותו, לאור

²⁵ לדיון נוסף בנושא פסקי דין הצהרתיים ראה להלן עמ' 379 ואילך, תחת הכותרת "האינטרס הציבורי לנכונות מסמכים".

²⁶ תמ"ש (י-ם) 26762/01 **כ.א. נ' א.א.**, תק-מש 2006 (1) 133 (2006).

ההלכה הפסוקה, המאפשרת הסקת מסקנה לחובת המסרב.

גם ב-תמ"ש (ת"א-יפו) 14651/04²⁷ ניתן פסק דין הצהרתי על פי ראיות רגילות, וללא בדיקת רקמות, בנסיבות בהן לא היה חשש לממזור. במקרה זה הגישה אמם של שני קטינים תביעה בה מבקשת היא להצהיר, כי הנתבע 1 הוא אביהם. הנתבע הסכים לתביעה והציג ראיות שמאז לידתם של הקטינים טיפל בהם, תמך בהם, נתן הצהרה שהם ילדיו ואף סידר להם דרכון אמריקני מכוח זכויותיו. האב סרב לעריכת בדיקת רקמות. בנסיבות אלה, קבע כב' השופט י' גייפמן, כי אין מנוס אלא להכריע בדרך שהיתה נהוגה קודם שבתי המשפט הכירו בבדיקת רקמות ו-ד.נ.א. כבדיקה שניתן על פיה להכריע את הדין בתביעת אבהות.

בית המשפט שוכנע כי די בראיות שהוצגו בפניו כדי להעתר לתביעה ולהצהיר על אבהות הנתבע על הקטינים:

"עפ"י כלל הראיות הנהוג במשפטים אזרחיים ועפ"י נטל ההוכחה המוטל – הרימה התובעת את המוטל עליה והוכיחה את תביעתה. אין לזקוף לחובת הקטינים את התנגדות האב לעריכת בדיקת הרקמות. האב מסכים לתביעה להצהיר שהינו אביהם של הקטינים אולם התנגדותו להשתתף בבדיקה הקשתה על דרך בירור התביעה. אשר על כן מוצהר בזה שהנתבע ... הינו אביהם של הקטינים."

באנגליה סרבו בתי המשפט לתת פסקי דין הצהרתיים הנוגעים ללגיטימציה של קטינים,²⁸ והנימוק הרשמי לכך היה, שלגבי העניינים האמורים נקבע באנגליה סדר דין מיוחד ולא מן הראוי להשתמש בשיקול הדעת הכללי הנתון בידי בתי המשפט לתת פסקי דין הצהרתיים. יש לזכור, כי בן מן הפנויה, שנולד מחוץ למסגרת הנישואין, אינו נחשב כילד לגיטימי, ואין המשפט המקובל מכיר בחובה המשפטית של אב לזון את בנו שלא מן הנישואין, וחוקים זרים המכירים בחובה כזאת נראו באנגליה ככאלה המנוגדים ל-public policy, אולם כיום, כפי שאמרנו, הוסרה הסתייגמה שהיתה, וחוקקו חוקי-סעד כלפי ילד כזה.

²⁷ תמ"ש (ת"א-יפו) 14651/04 **חודקובסקי אלונה נ' מוסלי שלמה ואח'**, תק-מש 2006 (4) 425 (2006).

²⁸ Knowles v. Attorney General (1950) 2 All E.R. 6;

Aldrich v. Attorney General (1968) 1 All E.R. 345.

פרק ג': האם קיימת אפשרות להליך של סעד הצהרתי בלבד?

בעבר ניתן באנגליה פסק דין בעניין זה²⁹ ונפרט ממצאיו להלן:

בספטמבר 1975 נולד ילד בלתי-לגיטימי. התובע ביקש פסק דין הצהרתי, כי שלו הוא. נלקחו דגימות דם מן התובע, מן האם ומן הילד, אך לא מן הידוע בציבור של האם – שסרב. מתוצאות הבדיקות לא נשללה במפורש אבהותו של התובע.

שופטת בית המשפט קמא סברה, כי יש לה שיקול דעת לקבל את ההצהרה המבוקשת, אך בנסיבות המקרה דחתה אותה על הסף. התובע ערער ובית המשפט לערעורים מפי **כב' השופט L.J. Ormrod** מנתח את הסוגיה, ומגיע למסקנה, כי אין כח סטטוטורי, המאפשר לבית המשפט לתת הכרזה כזאת בדבר אבהות:

אמנם, בסעיף 45 ל- Matrimonial Causes Act 1973³⁰ ניתנים לבתי המשפט כוחות מסוימים, אך אין שם אפשרות לתת הצהרה בדבר לגיטימיות, לגיטימציה או תוקף של נישואין על ידי פסק דין. החוסר בפרוצדורה דומה לקביעת אבהות על ילד לא לגיטימי יכול להפחית במידה רבה את היעילות הפרקטית של המדיניות להמעט ככל האפשר בהבדלים בין הזכויות של ילד לגיטימי לבלתי-לגיטימי, כפי שהובעה על ידי הפרלמנט בחלק השני של ה- Family Law Reform Act 1969, וזאת ביחוד נוכח העובדה, שלזכות הילד הבלתי-לגיטימי אינה עומדת חזקת הלגיטימיות, ונטל ההוכחה הרובץ עליו קשה לפעמים.

גם על פי הליכי האפוסטרופסות – ממשיך השופט וקובע – אין כח לתת הצהרה כזאת, והאפשרות היחידה למתן סעד הצהרתי היא אולי על פי הסמכות הטבועה של בתי המשפט, אך בית המשפט אינו דן בה, כיוון שלא נטענה על ידי התובע.

התקדים, שעמד בפני בית המשפט, הוא פסק הדין בעניין **Aldrich v. Attorney General**³¹, שם נקבע על ידי אותו שופט עצמו, שישב אז בערכאה ראשונה, שאין סמכות כזאת לבתי המשפט. אמנם, באותו מקרה ניסה האב לקבל הצהרה, שאשה מסוימת, שכבר נפטרה, היתה בתו הלגיטימית, אך למעשה הוא ביקש הצהרת אבהות, וניתן ללמוד מפסק הדין שהוא גם לענייננו.

²⁹ Re J.S. (A minor) (1980) 1 All E.R. 1061.

³⁰ מן הראוי לציין, כי סעיף זה הושמט בשנת 1986 ע"י ה- Family Law Act 1986.

³¹ Aldrich v. Attorney General (1968) 1 All E.R. 345.

בית המשפט – בהגיעו למסקנה סופית, כי אין סמכות לתת פסק דין הצהרתי, הקובע אבהות – מוסיף, כי גם אם היתה סמכות כזאת, הרי להצהרה היה כח רק *in personam*, כמו קביעת עובדה על ידי בית המשפט, ולכל היותר היתה ההצהרה יכולה ליצור מניעות.

זה המצב באנגליה. **בסקוטלנד**, לעומת זאת, יש אפשרות לקבל פסק דין הצהרתי גם בנושא אבהות, כיוון שזוהי תרופה כללית, המקובלת בחוק הסקוטי.³²

בארצות הברית מתאפשר לעתים הליך למתן פסק דין הצהרתי בעניין אבהות מכח חוק כללי, המאפשר מתן הצהרות כאלה. זה המצב, למשל, **בפנסילבניה**, שם קבע בית המשפט העליון,³³ כי לאב לא-נשוי יש זכות עמידה לבקש פסק דין הצהרתי, הקובע האם הוא אב לילד שנולד מבני-זוג נשואים, וזאת במטרה לקבוע את זכויותיו החוקיות ביחס לילד.

במדינת **קליפורניה** קיים דבר נדיר ומעניין: חוק ספציפי, המאפשר הצהרה לגבי יחסים משפחתיים,³⁴ ומרשה לתביעה:

"To be brought for the purpose of having declared the existence or non-existence between the parties of the relation of parent and child, by birth or adoption."

ראינו, אם כן, דעות שונות בעניין זה של אפשרות למתן סעד הצהרתי, כשבעקרון הדבר אפשרי, אם כי בפועל יקשה מאוד, ברוב המקרים, ובצדק, להשיג פסק דין כזה.

³² **Family Law**, Report on Illegitimacy, Edinburgh, 1983, p. 43, notes 3, 4.

³³ **In re Mengel** 429 A. 2d 1162 (Pa 1980).

ועיין סקירה אודותיו: 701 **Duq. L. Rev.** (Sum 82), M.V. Mayercheck.

³⁴ H.D. Krause, **Illegitimacy: Law** - כפי שמוכח ב-S. 231 Cal. Civ. Code, West Supp. 1968 **and Social Policy**, The bobbs-Merrill Comp. inc. Indianapolis, Kansas city, New York, 1971, p.16, note 23; ועיין עוד בעניין פסקי דין הצהרתיים Krause, *ibid*, p. 149.

פרק ד': דרישת הסיוע

אף כשמדובר בהליך פלילי אין זה מקובל לדרוש סיוע אלא במקרים חריגים, לא כל שכן בהליך אזרחי. ואולם הדרישה לסיוע לראיות התביעה בהליכי הוכחת אבהות היא כלל-עולמית וללא עוררין, גם במקום שרואים את ההליך כאזרחי. ושוב עדים אנו להיות הליך האבהות חריג באפיון נוסף להליכים המשפטיים האחרים.

לפי סעיף 54 לפקודת הראיות (נוסח חדש), התשל"א-1971, בהליך אזרחי די בעדות יחידה לשם הוכחת התביעה, וזאת אף אם העדות היחידה היא של בעל הדין עצמו. אין צורך בסיוע לעדות בעל הדין, אלא רק בציון הסיבות, שהביאו את בית המשפט לסמוך את פסק דינו על עדות יחידה מסוג זה.

נראה, כי החשיבות שבקביעת האבהות, המשמעות המשפטית המוקנית לה והנפקויות העולות ממנה – גורמות לכך, כי אף אם בית המשפט מוכן לעתים לסטות מפורמליזם מיותר – אין הוא מוכן בנקל להשתית פסיקתו על עדות בעל הדין כשאין סיוע בצידה.¹

על מהות הסיוע וטיבו נרחיב את הדיבור בפרק העוסק בדרכים להוכחת אבהות, הבאות נוסף על עדויות הצדדים, שהן למעשה האלמנטים השונים של הסיוע;² כאן נציין רק את המבחן שנקבע בפסיקה, לפיו:

”הסיוע הדרוש בכגון דא אינו חייב להיות ראייה על הודאה מפורשת וחד-

¹ ראה למשל: ע”א 164/60 פלוגית נ’ אלמוני, פ”ד טו(1) 347 (1961); ע”א 275/61 פלוגי נ’ אלמונית, קטינה באמצעות אימה, פ”ד טו 2300 (1961); ע”א 492/61 חורי נ’ בוכריס, פ”ד טז(1) 710 (1992); ע”א 363/63 פלקוביץ נ’ בר-טוב, פ”ד יח(1) 473 (1964); ע”א 314/63 עמר נ’ בן יעקב, פ”ד יח(1) 449 (1964); ע”א 534/69 המ’ 92/70 שושני נ’ אלזם ואח’, פ”ד כד(1) 145, 147 (1970); ע”א 734/76 פלוגי נ’ אלמונים, פ”ד לב(2) 661 (1978).

² ב-ע”א 417/80 פלוגי נ’ פלוגי, פ”ד לז(3) 15 (1983). באותו עניין קבע בית המשפט המחוזי על פי הראיות, שהובאו לפניו, כי המערער הוא האב. במסגרת ערעורו של האב הסכימו הצדדים לעבור בדיקת סיווג רקמות, ששללה את אבהותו. בא כח המשיבה טען, שתוצאת הבדיקה היא בבחינת סיוע בלבד ואין לתת לה משקל של ראייה מכרעת. בית המשפט העליון מפי כב’ השופט אלון דחה טענה זאת. אכן, מבחינה טכנית ראייה זאת היא סיוע לעדויות הצדדים, אך מבחינה מהותית, כפי שנראה להלן, אין ספק, שיש לה כח עצום ומשקל של ראייה מכרעת.

משמעית של הנתבע באבהותו. די בהוכחת התנהגות או דיבור של הנתבע

אשר אינם מתיישבים עם הכחותיו".³

באנגליה קובע סעיף 4(1) ל- Affiliation Proceedings Act 1957, כי כל עדות, הניתנת על ידי האם בהליך של הוכחת אבהות לצורך מזונות, תהא מחוזקת על ידי "Some material particular",⁴ והוא הדין גם **באוסטרליה**.⁵

על האם להביא ראיה בלתי תלויה נגד הנתבע. ראיה זו יכול שתהא ישירה או נסיבתית, אולם עליה להיות כזאת שתראה יותר מאפשרות שהנתבע הוא אכן האב.

למשל במקרה בו הוכח, כי התובעת והנתבע בילו ביחד, ולא הוכח, כי היא היתה גם עם מישהו אחר – מצא בית המשפט בכך את החיזוק הדרוש.⁶

בעניין אחר⁷ נקבע באמרת אגב, כי שתיקת הנתבע יכולה להיות סיוע נוסף נגדו, אך זאת רק כשיש כבר ראית סיוע אחת. במשך הזמן נתנו שופטים רשימת דברים כדוגמאות לסיועים אפשריים.⁸

בדו"ח של ה- Law Commission משנת 1968 באנגליה, בעניין Blood Tests and the Proof of Paternity Civil Proceedings⁹, הצביעה הוועדה על הדו"ח של ה- Law Commission בסקוטלנד, הקובע כי יש לשמור על הדרישה לסיוע פרי הפסיקה ולא לבטלה:

"For by the very nature of the case, caution has to be exercised in accepting the evidence of a woman raising an action of

³ ע"א 492/61 חורי נ' בוכריס, פ"ד טז(1) 710 (1962).

⁴ עיין עמ' 76-77 לעיל.

⁵ D. Hambly and J.N. Turner, *Cases and materials on Australian Family Law*, The law book Company limited, Australia, 1971, p. 485.

⁶ *Moore v. Hewitt* (1947) 2 All E.R. 270.

⁷ *Cracknell v. Smith* (1960) 3 All E.R. 569.

⁸ עיין למשל, *Mash v. Darley* (1914) 3 K.B. 1226; *Simpson v. Collinson* (1964) 1 All E.R. 262.

⁹ כפי שמצאנו ב- *Hoggett & Pearl, The Family Law and Society, Cases and Materials*, Butterworths, London, 1983, pp. 304-305.

affiliation..."

וזאת תוך כדי ציון, שעקב הסכנה בתביעת-סרק בסוג כזה של מקרים אין למנוע מן הנתבע את הזכות להשיג בדיקות דם.

עם זאת, בחוות דעת מאוחרת יותר של ה- Law Commission בנושא ¹⁰Illegitimacy קובעת הועדה שלוש סיבות לאי-קביעת דרישה רשמית לסיוע בחקיקה בהווה:

1. דרישה כזו תביא לבזבוז זמן וכסף, כי אם האם תכשל עקב העדר סיוע בערכאה ראשונה, הרי תוכל היא תמיד לשוב עם ראייה טובה יותר ולא יהא בתוקף הכלל של סופיות הדיון ומעשה בית דין.

2. דרישה רשמית אינה הכרחית כדי להמנע מאי-צדק. בתי המשפט מודעים לבעייתיות של הנושא, ואנו מצפים מהם, שאבהות תיקבע רק לאחר שכנוע.

3. בעבר – כשהיה קושי על הנתבע להביא ראיות לסתור, במקרה של עדות מול עדות – היה מקום לדרישה רשמית לסיוע; אולם כיום שינו בדיקות הדם את המצב.

לכן, קובעת הועדה, הסיוע צריך להיות גורם רלבנטי בשקילת הראיות, אליהן הוא מתייחס, אך לא דרישה פורמלית.

ואכן, הסיוע מוסיף להיות דרישה קבועה בפסיקה בהליכי האבהות.

¹⁰ כפי שמצאנו שם, שם.

פרק ה': התיישנות, שיהוי ומעשה בית דין

גם בתחום של דיני ההתיישנות נמצא מגוון רחב של התייחסויות בשיטות המשפט השונות. בשיטות משפט מסוימות לא מצאנו כלל התייחסות לסוגיה, ונראה כי היא פשוט נעלמה מעיני העוסקים בה.

בישראל נהוג היה להגיש תביעות בענייני אבהות בשלבים רבים ושונים של חיי האם והילד, בלא שים לב לאפשרות של חלוף תקופת ההתיישנות, ונראה כי כך הדבר גם **באנגליה**.

בפברואר 1986 ניתן בבית המשפט המחוזי בתל אביב פסק דין,¹ בו דחה בית המשפט תביעתו של "אב" לקבוע, כי בתו בת השבע-עשרה אינה בתו באמת. התביעה נדחתה בעיקר מהסיבה, שאין הורים רשאים להטיל ממזרות בילדיהם; אבל ברקע הדברים נראה, שגם חלוף הזמן של שבע-עשרה שנה מאז לידת הילדה, גרם במידה מסוימת לדחיית התביעה.

ב-ת"א 98/93² קבע **כב' השופט י' יעקבי-שווילי**, כי לטענת התיישנות בתיקי אבהות אין יסוד.

באותו מקרה טענה הנתבעת, שכיוון שהילד נולד לפני יותר משבע שנים מהגשת התביעה, נתיישנה התביעה, ועל כן יש לדחות את תביעת התובע על הסף.

השופט המלומד קובע:

"בשלב זה עלינו להניח, לצורך דיון בטענת ההתיישנות, ש... (שם הקטין – הערת המחברת) הוא יוצא חלציו של התובע. והנה, אם אמת נכון הדבר, ש... הוא בנו של התובע, נמצא שהתובע הוא אפוטרופסו הטבעי של ועל פי סעיף 12 לחוק ההתיישנות, אין מונים, בחישוב תקופת ההתיישנות, את

¹ תמ"א (ת"א) 1554/84 **פלוני נ' פלונית ואח'**, פ"מ התשמ"ז (א) 216.

² ת"א 98/93, המ' 1859/93 **פלוני נ' אלמונית**, פ"מ נד (1) 471, 474.

‘הזמן שבו היה התובע אפוטרופוס של הנתבע או נתון לאפוטרופסותו.’

כך שאם תתקבל תביעת התובע, לא חלה תקופת ההתיישנות, ומשכך לא ניתן לדחות על הסף תביעת אבהות בטענת ההתיישנות.

היתרון בגישה עקרונית זו הוא האפשרות לנסות ולהגיע לחקר האמת בכל עת, והחסרון בה הוא חוסר הוודאות והאפשרות לפגיעה ביציבות המשפחתית, בבחינת: “אמת מיציב – עדיף”. קיימות גם גישות אחרות, וזאת במדינות בהן האפשרות להוכחת אבהות הוגבלת בזמן.

בדין הצרפתי בעל המעוניין לסתור את חזקת הלגיטימיות יכול לעשות זאת תוך שישה חודשים בלבד מיום לידת הילד.³

ביפן יכול הבעל לסתור את החזקה רק תוך שנה מיום שנודע לו על לידת הילד.⁴

בארצות הברית ישנן מדינות רבות, הקובעות חוקי התיישנות ספציפיים להליכי האבהות, ונראה כי במשך השנים ארך הזמן הנקבע לצורך כך, למשל:⁵ במדינת **אלאבמה** – שנתיים בעבר, וכיום – עד הגיע הילד לגיל 19; במדינת **קונטיקט** – שלוש שנים בעבר, וכיום – עד הגיע הילד לגיל 18; במדינת **מישיגן** – שש שנים בעבר, וכיום – לפני יום הולדתו ה- 18 של הילד; ובמדינת **ניו-יורק** – עשר שנים בעבר, וכיום – עד גיל 21. ישנן מדינות, המבחינות בתקופת ההתיישנות, בין מקרה בו חלה חזקת הלגיטימיות – שאז התקופה ארוכה יותר, לבין מקרה בו אינה חלה החזקה – שאז התקופה קצרה יותר.

³ פנחס שיפמן, “קביעת אבהות בילד שנולד מהזרעה מלאכותית”, **משפטים** י (תש”מ-1980) 63, 81.

⁴ שם, שם, שם.

⁵ החומר לגבי העבר נלקח מ- 19 (1980-81), S.H. Fritschner, “The Nature of Paternity Actions” **Journal of Family Law**, pp. 487-488.

H.D. Krause, **Illegitimacy: Law and Social Policy**, The bobbs-Merrill Comp. inc. Indianapolis, Kansas city, New York, 1971, pp. 117-118.

החומר המעודכן נלקח מן האתר: <http://www.child-support-collections.com/statute-of-limitations.html> בו נמצאים גם חוקי כל המדינות לעניין זה.

במדינות בהן אין חוקי התיישנות ספציפיים, חלה בדרך כלל תקופת ההתיישנות המקובלת בהליכים האזרחיים האחרים, ובמיעוט המקרים – חלה תקופת ההתיישנות המקובלת בהליכים הפליליים. **באריזונה**, למשל, בעבר לא היה כלל חוק התיישנות בסוגיה זו, אך כיום שונה המצב והחוק קובע כי ניתן להגיש תביעה עד מלאת לילד 18 שנים.

מדינות מסוימות קובעות את תקופת ההתיישנות – לשנים בהן הילד הוא בבחינת קטין; ומיעוטן אף מאפשר הגשת התביעה במשך ההריון, אם כי בדרך כלל ניתן להגיש את התביעה רק לאחר לידת הילד.

כן נמצא במדינות השונות הסדרים ספציפיים כאשר האם עצמה היא קטינה, כאשר האב-התובע נפטר וכשהילד אומץ על ידי אחרים.

החוק הפדרלי בארצות הברית – Uniform Parentage Act, 2000, כפי שתוקן בשנת 2002, קובע ב-Article 6, sec.606, כי אין תקופת התיישנות לתביעתו של ילד שאין לו אב-מוחזק, וזאת אף אם הילד התבגר בינתיים. לגבי ילד שיש לו אב-מוחזק, כלומר שלגביו חלה חזקת הלגיטימיות, תהיה תקופת ההתיישנות עד מלאת לילד שנתיים, אלא אם כן יקבע בית משפט, כי לא התקיימו יחסי קרבה בין האב-המוחזק בתקופה הרלבנטית להתעברות, או כי האב-המוחזק מעולם לא הכיר בילד כבנו.

בהקשר לסוגיית ההתיישנות, ועם התפתחות המדע ושינויי החקיקה, יש מקום לשאול האם ניתן יהיה לפתוח תיקי אבהות ישנים וסגורים בשל התפתחות המדע, ולאור הוודאות של הבדיקות המדעיות? והאם ניתן יהיה להמשיך ולתבוע אבהות, למרות קביעה משפטית קודמת, וזאת לאור השינוי וההתפתחות בחוקי היסוד במדינת ישראל?

בעניין פלוני⁶ מצביע **כב' השופט ג' גוטזון** על מגמה הולכת וגוברת 'לפתוח' מחדש הכרעות שניתנו כבר בנושאי הורות; וזאת, במצבים בהם נמצאה ראייה מדעית אודות האמת הגנטית הנוגעת להורוהו הביולוגי של צאצא.⁷

האפשרות להגיע לחקר האמת הגנטית עשויה לפתוח לדיון מחודש את שאלת האבהות,

⁶ תמ"ש (ת"א) 87471/00 **פלוני (קטין) ואח' נ' פלוני ואח'**, תק-מש 2004 (1) 49, פס' ח לפסק הדין (2004).

⁷ וזאת, בין היתר, בהסתמך על: L. J. Tesser "Dad or Duped Post appeal challenges to paternity judgments", *Family Advocate*, p.29.

גם אם זו הוכרעה כבר בעבר. הנכונות לחדש הליכים שתמו ונשלמו, לכאורה, ולפגוע בעקרון סופיות הדיון – היא דבר נוסף המייחד את נושא הוכחת האבהות, דבר המלמד על החשיבות הגדולה שרואה מערכת המשפט בכל נסיון להגיע לחקר האמת בדבר שורשיו הגנטיים של אדם.

ב-**בר"ע (חי') 935/00**⁸ ביקש אדם בן 31 לחזור ולנסות להוכיח מי הוא אביו, למרות שכבר כשהיה בן שנתיים נתבעה אבהות בשמו, והוסכם אז על פיצוי כספי ושלילת האבהות.

כב' השופט מ' נאמן בהתייחסו לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שחוקק מאז, קובע כי:

"העובדה שהזכות לדעת "מי הוא אבי" הועלתה לדרגת זכות הראויה להגנה חוקתית לאחר שניתן פסק הדין הקודם, הינה שיקול חשוב בעת שביהמ"ש צריך להשיב על השאלה האם מוצדק או לא מוצדק במקרה שלפניו להשתיק את מי שתובע לממש את זכותו בטענת מעשה בית דין."

מן הראוי להזכיר גם את החלטת **כב' השופטת ט' סיון** ב-**בש"א (ת"א-יפו) 5876/02**⁹ במקרה בו עתר התובע לאבהות על שני ילדים, שאמם נפטרה, ועשה זאת רק בעיתוי בו נערכו דיונים אודות צוואתה, ולאור היותו של העיזבון עתיר כספים ונכסים, וכשהקטינים היו כבר בני 14 ו-13 שנים.

טענתו של התובע היתה, כי הוא אביהם הביולוגי של הילדים, וזאת למרות שנולדו לאשה שהיתה נשואה אותה תקופה לאחר, שנחשב והיה ידוע כאביהם. האם התגרשה מבעלה בשלב מסוים, אך דבר זה לא גרם לתובע לבקש הצהרת אבהות על הילדים, וגם הארוע של מותה – לא גרם לו לכך. תביעתו להצהרת אבהות הגיעה כאמור רק עת החלו דיונים משפטיים בהקשר לצוואת האם.

כב' השופטת ט' סיון, בדחותה את תביעת התובע, מסיבות שונות, הוסיפה גם, כי המדובר בטענות שהתיישנו, וכי חלים בעניין זה דיני השיהוי וההשתק.

⁸ בר"ע (חי') 935/00 **אבנר רונן נ' עמנואל סספורטס**, תק-מח 10906 (1)2001, פס' 14 לפסק הדין (2001).

⁹ בש"א (ת"א-יפו) 5876/02 **א.ר. נ' ש.ר. ואח'**, תק-מש 271 (1)2004 (2004).

שער שלישי

**הדרכים להוכחת האבהות
ולסתירתה של חזקת
הלגיטימיות**

פרק א': בראיות רגילות

1. הודאת הנתבע ועדויות של עדים

הראיה הטובה ביותר שהיתה בעבר לקביעת אבהות, היא הודאת הנתבע, שהרי בתחום האזרחי ההלכה היא, כי "הודאת בעל דין כמאה עדים דמי", כלל שאומץ בערכאות בארץ בדרך כלל ובענייני אבהות בפרט. אולם ברור, שמצב כזה, בו קיימת הודאה מפורשת של הנתבע, הוא נדיר במקרים בהם מגיעים הצדדים להתדיינות בערכאות.

במשפט העברי קיימת מחלוקת לגבי בן מן הפנויה, שלגביו הקושי בהוכחה אקוטי יותר עקב העדר החזקה של "רוב בעילות אחר הבעל": לדעת הריב"ש,¹ הדרך היחידה להוכחת אבהות היא הודאת האב-הנטען; ולעומתו קובע הרשב"ץ, כי עקב חשיבות הסוגיה והצורך בהוכחת האבהות על השלכותיה הציבוריות והחברתיות, מותר להעזר בעדויות של עדים, ולהטיל על האב-הנטען חרמות ושבועות לשם הוכחת האבהות.² השו"ע³ פסק, אמנם, על פי הריב"ש, אולם נראה, כי לא זו בלבד שהמחלוקת לא הוכרעה עדיין,⁴ אלא שהמנהג המקובל הוא לפסוק דווקא על פי הרשב"ץ.⁵

ההודאה אינה חייבת להיות במפורש כפי שמביא כב' השופט מ' זילברג:⁶

¹ שו"ת הריב"ש, סי' מ"א, מ"ב.

² תשב"ץ ה"ב סי' י"ח.

³ שו"ע אבן העזר, סי' ע"א, סע' ד'.

⁴ ראה סקירה רחבה על דעת הפוסקים בתיק התשל"ב/961, פד"ר ט' 307; וכן עיין ע"א 473/75 רון נ' חזן ועשכ"נ, פ"ד לא(1) 40 (1976); ע"א 275/61 פלוני נ' אלמונית, קטינה באמצעות אימה, פ"ד טו 2300 (1961), דברי כב' השופט מ' זילברג; ע"א 306/56 א.ב. נ' ג.ד. ואח', פ"ד יא(1) 314, 320, דברי כב' השופט א' ויתקון.

⁵ א' ח' פריימן, "מזונות של ילד שנולד שלא מנישואין על פי דיני ישראל" הפרקליט ב (תש"ה-1945), 163, 170-171; וכן ראה: ע"א 366/77 פלוני נ' פלונית ועשכ"נ, פ"ד לד(1) 229 (1979), דברי כב' השופט מ' אלון.

⁶ ע"א 26/51 קוטיק נ' וולפסון, פ"ד ה(2) 1341, 1347-1348.

"... המלה 'מודה' באבן העזר סימן ע"א סעיף ד' אין פרושה: מודה בבית דין, ולא אחר הלידה דווקא... כן גם האב שהעידו בו כי הודה שהולד ממנו, ואפילו הודה בימי הריונה, ייצא חייב בדין לשלם את מזונות ילדו. אם יש צורך בראיה לכך, הרי היא לפנינו בדברי הרמב"ם, פ"ג מהלכות יבום וחליצה, הלכה ד':

'מי שזנה עם אשה, בין פנויה בין אשת איש ונתעברה, ואמר: זה העובר ממני הוא, ואפילו היא מודה לו, אף על פי שהוא בנו לעניין ירושה הרי זה ספק לעניין יבום וכו' '

ומזונות בחיי האב, דינם כירושה לאחר מותו... ואין טעם להבדיל ביניהם. קיצורו של דבר: ההודאה... היא כאן אמצעי הוכחה רגיל, כשר ומקובל... וההודאה איננה דרך ההוכחה היחידה לקביעת האבהות. באופן תיאורטי אפשר להוכיח את הדבר אפילו בעדות ישירה: 'כגון שהיו אביו ואמו חבושים בבית האסורים' (ראה חולין, דף י"א ע"ב)... הודאת הנטען, ואפילו שלא בבית דין, ואפילו לא אמר: אתם עדיי, מועילה לחייב אותו בתשלום מזונות הילד. יצוין כי בכמה מן המקרים, בהם הוסקה מסקנה מחייבת מתוך התנהגותו של הנטען, הטעם היה, כי ראו בהתנהגותו זו מעין הודאה ביחסי האבהות. עיין ודייק, למשל בתשובות הרא"ש, כלל פ"ב, סי' א', בו נאמר: 'הוכחה לדבר שהיה חושבו לבן, שהרי העלה את שמו כשם קרוביו' משמע כי עובדה זו, כשלעצמה, דייה לשמש הוכחה לקיום האבהות... ואם הודאה סמלית כך, הודאה מפורשת על אחת כמה וכמה!" (כל ההדגשות במקור).

גם בערכאות האזרחיות בארץ הלכה פסוקה היא, כי ניתן לבסס הוכחת אבהות על סמך דרכי התנהגות שונות של האב-הנטען,⁷ וזאת בדרך כלל כסיוע לעדות האם. ההתנהגויות הללו נתפסו כהודאות מכללל, ואין נפקא מינה אם נעשו לפני הלידה או אחריה, בתוך בית המשפט או מחוצה לו, כפי שנפרט להלן:

⁷ ע"א 366/77 פלוני נ' פלונית ועכ"נ, פ"ד לד (1) 229 (1979).

ב-ע"א 306/56⁸ נקבע, כי מאחר שהאב-הנטען הבטיח לשלם ושילם בפועל מזונות לבן של התובעת – הרי הודה בכך באבהות, וזאת למרות שבית המשפט מדריך את עצמו לנהוג זהירות יתירה בעניין הוכחת אבהות, ביחוד במקרה הספציפי, בו האב-הנטען אינו עוד בין החיים.⁹

כפי שהבאנו לעיל,¹⁰ נקבע בפסיקה, כי הסיוע הדרוש במקרים בהם עסקינן אינו חייב להיות ראיה על הודאה מפורשת וחד-משמעית של הנתבע באבהותו, וכי די בהתנהגות או בדיבור שלו, שאינם מתיישבים עם הכחשותיו. התנהגות כזו, במחדל, מצא בית המשפט העליון בהמנעות האב-הנטען להביא עדויות לסתור את דבר ביקוריה של האם אצלו, ובכך שהציע לה לערוך הפלה.¹¹

בעניין אחר¹² לא הסכים האב-הנטען להביא עדות של רופא, שיכחיש עדות האם לגבי צלקת הקיימת לדבריה על אבר מינו. בית המשפט המחוזי פירש את סרובו כנסיון להסתיר את האמת, וראה בכך סיוע לעדות האם. בית המשפט העליון קבע, שאמנם המנעות בעל דין מהבאת ראיה העומדת לרשותו מוסיפה משקל לראיותיו של בעל הדין היריב, ויכולה להקטין את מידת הסיוע הדרוש; אבל המנעות זו כשלעצמה אינה בחזקת ראיה, ולכן אינה יכולה להוות סיוע. בעניין זה מצא בית המשפט ראיות סיוע אחרות: בכך, שהאב-הנטען הציע לאם לערוך הפלה, נתן לה מספר טלפון של רופא וכן ביקר בביתה ועזר לה לאחר הלידה.

גם ב-ע"א 473/75¹³ נקבע, כי מאמצים להשיג הפלה כמוהם כהודאה מצד האב-הנטען שהאם הרתה לו. כב' השופט שרשבסקי מוסיף,¹⁴ כי אפילו לפי דיני ישראל יש יסוד אולי לקבוע אבהות במקרה הנדון עקב הנסיבות, שבנוסף למאמצי האב-הנטען להשיג את הפלת העובר, כללו את העובדה, שלא הוכח, כי בכל התקופה בה היה קשר בין השניים

⁸ ע"א 306/56 א.ב. נ' ג.ד. ואח', פ"ד יא (1) 314.

⁹ ועיין עמ' 78 לעיל.

¹⁰ עמ' 125-126 לעיל.

¹¹ ע"א 534/69, המ' 92/70 שושני נ' אלזם ואח' פ"ד כד (1) 145 (1970).

¹² ע"א 620/74 מור נ' פלונית, פ"ד ל (1) 218 (1975).

¹³ ע"א 473/75 רון נ' חזן ועשכ"נ, פ"ד לא (1) 40 (1976).

¹⁴ בהסתמכו על משפטי עוזיאל, פרק טו, סעיף ד'.

זינתה האם עם אחרים, וכן שהוכח כי האב-הנטען קיים עמה יחסי אישות בזמן הרלבנטי.

ב-**ע"א 734/76**¹⁵ מצאו חיזוק לעדויות האם בכך, שהאב-הנטען לא כפר מיד באבהותו, כשנערכה פגישה בינו לבין התובעת ונציגה.

ב-**ע"א 366/77**¹⁶ מצא בית המשפט סיוע לעדות האם בהודאתו של האב-הנטען בדבר אבהותו בפני אחד העדים, במאמציו הרבים להביא את האם לבצע הפלה, בהלוואות שלקח לשם כך, ובהסכמתו בשלבים מסוימים לשאתה לאשה.¹⁷

במקרים אחרים שימשו כראיות מסייעות עדויות על ביקורו של האב-הנטען אצל האם בתקופה הרלבנטית; ועדויות, שסתרו את טענת האב-הנטען, לגבי העדר יחסי קרבה בינו לבין האם.¹⁸

ב-**תמ"א (ת"א) 542/76**¹⁹ ראו הודאה מכללא באבהות בכך, שהנתבע התייחס לילדה כאל בתו ורשם אותה בתעודת הזהות שלו ככזו.

בעניין **תמ"א (ת"א) 1279/83**²⁰, כשדובר בבן מן הנשואה, אומץ דין "יכיר" על הורג המתאים לו ונקבע, כי הבעל אינו נאמן לפסול את בנו אלא אם עשה זאת בהזדמנות הראשונה, ואילו במקרה זה – הכיר בו בתחילה. בית המשפט ממשיך וקובע, כי במקום

¹⁵ ע"א 734/76 **פלוגי נ' אלמוני**, פ"ד לב (2) 661 (1978). ראה למשל: ע"א 164/60 **פלוגי נ' אלמוני**, פ"ד טו (1) 347 (1961); ע"א 275/61 **פלוגי נ' אלמוני**, קטינה באמצעות אימה, פ"ד טו 2300 (1962); ע"א 492/61 **חורי נ' בוכריס**, פ"ד טז (1) 710 (1964); ע"א 363/63 **פלקוביץ נ' בר-טוב**, פ"ד יח (1) 473 (1964); ע"א 314/63 **עמר נ' בן יעקב**, פ"ד יח (1) 449 (1964); ע"א 534/69 **המ' 92/70 שושני נ' אלזם ואח'**, פ"ד כד (1) 145, 147 (1970); ע"א 734/76 **פלוגי נ' אלמוני**, פ"ד לב (2) 661 (1978).

¹⁶ ע"א 366/77 **פלוגי נ' פלוגי ועשכ"נ**, פ"ד לד (1) 229 (1979).

¹⁷ עיין עוד פסיקה ברוח דומה: ע"א 407/60 **פלוגי נ' אלמוני**, פ"ד טו 212, 219 (1961); ע"א 363/63 **פלקוביץ נ' בר-טוב**, פ"ד יח (1) 473 (1964); ע"א 314/63 **עמר נ' בן יעקב**, פ"ד יח (1) 449 (1964); תמ"ש (י-ם) 620/97 **פלוגי נ' אלמוני**, תק-מש 109 (1) 98 (1998).

¹⁸ ע"א 275/61 **פלוגי נ' אלמוני**, קטינה באמצעות אימה, פ"ד טו 2300 (1961); תמ"ש (כ"ס) 15060/01 **פלוגי ואח' נ' אלמוני ואח'**, תק-מש 337 (2) 2004 (2004); ת"א 677/92 **מישל פל נ' עזבון המנוח עייש אפוטה ז"ל**, פ"מ נה (2) 168.

¹⁹ תמ"א (ת"א) 542/76 **פלוגי נ' פלוגי**, פ"מ התשל"ח (2) 470, 474. וכן ראה: תמ"ש (ת"א) 102340/97 **ח.א ואח' נ' ס.ו ואח'**, תק-מש 599 (3) 2000 (2000).

²⁰ תמ"א (ת"א) 1279/83 **פלוגי נ' אלמוני**, **אלמוני והיוה"מ (משרד הרווחה)**, פ"מ התשמ"ה (ג) 259.

שהבעל אומר "אינו בני", משום שרוצה להתנער מן החובה לזוננו, או להשיג לעצמו טובת הנאה חמרית אחרת – אינו נאמן.

ב-תמ"ש (ת"א) 13840/95²¹ נקבע כי סיוע הוא גם עדות עדים חיצוניים – במקרה זה עדות חברה של האם וסבתה על הקשר הזוגי, העובדה שהאב הנטען היה החבר היחיד וההריון.

ראינו דוגמאות רבות ומגוונות ל"הודאות" ולהתנהגויות כאלה ואחרות שנתקבלו בפסיקה בישראל כראיה לאבהות כשדובר בכך מן הפנויה, ומקרה אחד בו דובר על בן מן הנשואה – כשהראיה שנתקבלה בו לשם סיכול הנסיון של האב לסתור את חזקת הלגיטימיות היא אחד החריגים לדין "יכיר" – דין מן המשפט העברי, הדין האישי החל על הצדדים.

באנגליה נראה, כי לגבי הראיות הנלקחות בחשבון להוכחת אבהות כשמדובר בבן מן הפנויה המצב קיצוני עוד יותר: כשנאמר לנתבע פלוני, למשל, כי הילד הוא ילדו, ומוטב כי יקחנו אליו – והוא ענה: 'לא אקחנו אלי ואפילו עלי לברוח לאמריקה' – ראו בכך ראיית סיוע מספקת לאבהותו.²²

ויתירה אף מזו: במקרה בו טען הנתבע בהזדמנות קודמת, שהתובעת היא פרוצה ולכן הרתה לזנונים, ובשעת מתן עדותו בבית המשפט חזר בו מדברים אלה – ראו בהתנהגותו זו כשלעצמה כעין הודאה מכללא, וראיית סיוע מספיקה לעדות התובעת;²³ אם כי דעת המיעוט מפי כב' השופט קנדי העלתה ספק, אם התנהגות כזאת של הנתבע ראויה להוות את הסיוע הדרוש, ולדעה זו הצטרפו בארץ כב' השופטים ברנזון ולנדוי, שהסתייגו מהלכת פסק הדין הזה.²⁴

ומה המצב בארצות הברית?

בעניין **Moore v. Hewitt**²⁵ חוזקה עדות האם בראיות על כך, שלא קיימה יחסי אישות עם מישהו אחר, ובעדויות על חיזור וקשר בינה לבין הנתבע.

²¹ תמ"ש (ת"א) 13840/95 פלונית נ' אלמוני, תק-מש 2000 (2) 68 (2000).

²² The Queen v. Percy (1852) 17 Q.B. 902.

²³ Mash v. Darley (1914) 3 K.B. 1226.

²⁴ ע"א 492/61 חורי נ' בוכריס פ"ד טז (1) 710 (1962).

²⁵ Moore v. Hewitt (1947) 2 All E.R. 270.

אולם בעניין *Cracknell v. Smith*²⁶ נקבע, כי כל עוד עדות האם אינה מחוזקת דיה – אין שתיקת הנתבע יכולה להוות את הסיוע הדרוש. אם יש נגד הנתבע ראיה מסייעת מסוימת בנוסף לעדות מהימנה של התובעת, יכול בית המשפט להביא בחשבון את העובדה, שהנתבע לא נתן כל גרסה מצדו – כסיוע נוסף נגדו. גם בעובדה, שהנתבע העלה את אחיו כעד מטעמו, והאחרון העיד עדות שקר – אין כדי להגיע לסיוע הדרוש לעדות האם, אף אם זו היתה מהימנה.

גם לגבי האפשרות לסתירתה של חזקת הלגיטימיות בראיות "ישירות, ברורות ומשכנעות"²⁷ נעזרו בתי המשפט בארצות הברית בהודאה מסוימת של האב באבהותו, ובכך לא אפשרו את סתירת החזקה: בעניין *R.D.S. v. S.L.S.*²⁸ נישאו בני-הזוג שלושה שבועות לפני לידת הילד. במקרה זה חלה חזקת הלגיטימיות, כיוון שהילד נולד להורים נשואים, ועל פי חוקי המדינה יכולה החזקה להסתר על ידי ראיות ישירות, ברורות ומשכנעות, כגון: על ידי ראיה בלתי-שנויה במחלוקת על העדר קרבה בזמן הרלבנטי. אך במקרה הזה: טרם כפירתו – הכיר האדם בילד כבנו הלגיטימי ותמך בו מבחינה כלכלית, ובשל כך לא הצליח לסתור את חזקת הלגיטימיות.²⁹

אנו רואים כי כל עניין ונסיבותיו, כל עניין ושופטיו – והדעות רבות, מגוונות ולא אחידות בשאלה מה יגיע לכדי הודאת הנתבע ומה יהווה את הסיוע הנדרש לחיזוק עדותה של האם.

מן הראוי לציין כבר כאן, כי אף על ראיה כה חזקה כמו הודאה מפורשת של הנתבע, אל לנו לסמוך בלב שלם, למרות שלכאורה אין טוב ממנה. כיום, כשקיימים ממצאים מדעיים בעלי אמינות גבוהה ביותר בפתרון השאלה של הוכחת אבהות, מצביע מחקר, שנערך בארצות-הברית,³⁰ והמבוסס על תוצאות של בדיקות דם, כי בקבוצה של 1000 מקרים בהם הוכחה האבהות – 39.6% מהאבות-הנטענים – לא היו למעשה האבות, והמדהים

²⁶ *Cracknell v. Smith* (1960) 3 AII E.R.569.

²⁷ ראה לעיל עמ' 78. תנאי ששונה בינתיים בחקיקה הפדראלית בארצות הברית.

²⁸ *R.D.S v. S.L.S. N.E. 2d 30 (Ind. 1980) 402.*

²⁹ ראה גם *Byers v. Byers* 618 p. 2d 930 (Okla 1980).

³⁰ כפי שמביא H.D. Krause, *Illegitimacy: Law and Social Policy*, The bobbs-Merrill Comp. inc. Indianapolis, Kansas city, New York, 1971, pp. 107-108.

יותר: כי 18% מהאבות שהכירו באבהותם במפורש – לא היו למעשה האבות! הדבר נובע הן מלחצים אנושיים, בהם נתונים הנתבעים במשפטים כאלה, כגון: הפחד מהתדיינויות ארוכות ומתישות, החשש מן החדירה לעולם הפרט והפגיעה באינטימיות, שהן נחלת כל מתדיין בסוג זה של הליכים; והן מעצם העובדה, שלא תמיד הנתבע אכן יודע אם הוא האב, ויתכן שסבור הוא שכן – בעוד שלמעשה טעות בידיו.

ואכן, בתי המשפט לא הסתפקו בראיות מסוג זה, מה גם שהן נדירות למדי, ולהלן נבחן ראיות מסוגים אחרים.

2. משך ההריון

כפי שראינו בדיון על חזקת הלגיטימיות, מבוססת זו על נתונים מסוימים של נישואין ושל משך זמן ההריון. אמרנו, למשל, כי **בארצות הברית** תחול חזקת הלגיטימיות כאשר האב-הנטען והאם של הילד נשואים, והילד נולד במהלך הנישואין או במשך 300 יום לאחר שאלה נפסקו עקב מוות, גירושין וכיו"ב. ראינו **במשפט העברי** ציונים לגבי תקופות של עשרה חודשים, שנים-עשר חודש ותקופות שבין שתי אלה, וכן מצאנו דעה, לפיה אין הולד משתהה במעי אמו מעל 271 יום.

חזקת הלגיטימיות, הן בעולם והן במתכונת שניתנה לה במשפט העברי, ניתנת לסתירה; ובין יתר הנסיבות נמצא דיונים בסוגיה של משך ההריון, ואם יכול היה הריון מסוים להיות תוצאה של יחסים אלה או אחרים. הדבר אמור גם בהוכחת אבהות לגבי בן מן הפנויה, כשכל צד מעוניין להראות, בדרכו שלו, מתי קוימו יחסי אישות בין הצדדים, מתי נולד הילד ואם יתכן כי ילד מסוים, שנולד בזמן מסוים, הוא תולדה של היחסים המסוימים שקוימו בין הצדדים, כפי שהוכח במשפט, לאור הנתון של משך ההריון.

במשפט העברי³¹ עומדת חזקת הכשרות לילד, שנולד תוך תקופה של פחות מעשרה חודשים מאז העדרו של הבעל. אם נולד לאחר תקופה רצופה של מעל שנים-עשר חודש מאז נעדר הבעל – הרי נסתרת החזקה; ואם נולד בתקופת הביניים – שבין עשרה לשנים-עשר חודש – ההנחה היא, כי הוא השתהה במעי אמו תקופה ארוכה מן הרגיל. מדובר אפוא על פרק זמן שבין 300 ל-365 יום לערך, שהם הגבול העליון של משך ההריון.

³¹ כפי שראינו בעמ' 22-23 לעיל.

גרמניה קבעה כי הריון יכול להמשך בין 181 ל-302 יום, וצרפת קבעה את משך ההריון כ-

180-300 יום.³²

דווקא בעבר הרחוק נמצא מתירנות רבה בשאלה זו, כשבזמנו של אדוארד השני נשאה ברחמה אלמנתו של הדוכס Gloucester את "ילדו" שנה ושבעה חודשים (!) לאחר מותו – והילד הוכרז לגיטימי... בתקופתו של הנרי הששי הביע הברון Rolfe במלוא הרצינות את הדעה, לפיה אלמנה יכולה ללדת ילד שבע שנים (!) לאחר מות בעלה בלא שהדבר יזיק לשמה הטוב.³³

בתי המשפט בדורנו שמרנים יותר, אם כי עדיין ההגיון המשפטי אינו מתיישב כל כך עם הנסיון המדעי: בשנת 1955 קבע בית משפט בפנסילבניה אבהות על בסיס הריון שנמשך לכאורה 320 יום, למרות שהסיכוי המדעי לכך הוא 1 למליון.³⁴

מדינות ארצות הברית, בניגוד למה שראינו לעיל בצרפת ובגרמניה, למשל, לא קבעו משך הריון מסוים כאפשרי ואחר כבלתי-אפשרי, ובתי המשפט שם אמורים לשקול את מכלול הראיות והנסיבות. אכן, קיימים מספר פסקי דין³⁵ הקובעים תקופה לא מקובלת של הריון (ארוכה או קצרה מדי), וזאת בשים לב לנתוני משקלו והתפתחותו של הרך הנולד.

ב-ע"א 245/71³⁶ מצא בית המשפט חיזוק למהימנות האם בעדויות מומחים, לפיהן קיימת הסתברות גבוהה לכך שהילדה, שנולדה במשקל המתאים לתחילת חודש שמיני להריון, בנוסף לנתונים אחרים של משך ההריון ובשלות העובר, היא בתו של האב-הנטען.

למעשה, תקופת הריון מסוימת יכולה להיות מוסכמת במדע כבלתי אפשרית, או שדרגת ההסתברות לקיומה יכולה לשאוף לאפס, וזאת ביחוד בהתחשב בנתונים על משקל הילד, אורכו וממצאים אחרים, המצביעים על משך ההריון כנורמלי, קצר או ארוך.

H.D. Krause, *Illegitimacy: Law and Social Policy*, The bobbs-Merrill Comp. inc. Indianapolis, Kansas city, New York, 1971, p. 140, note 51. ³²

H.D. Krause, *ibid*, *ibid*. ³³

Commonwealth v. Watta 116 A2d 844 (Pa 1955). ³⁴

State v. Mullally 112 N.W. 2d 701 (Wis 1961); ³⁵

Beaman v. Hwndrick 255 N.E. 2d 828 (Ind. 1970). ³⁶

ע"א 245/71 רונן נ' קאופמן (לא פורסם).

פרק א': בראיות רגילות

הדעה הרפואית קובעת, כי משך ההריון תקין הוא כ-38 שבועות מיום המשגל-הפורה ובימים מדובר על 266-270 יום. ממחקרים עולה, כי התקופה המינימלית האפשרית ללדת ולד בשל תאריך כ- 230-240 יום והמקסימלית – 300-310 יום. מחקר שנערך בארצות הברית³⁷ הראה, כי משך ההריון הממוצע הוא 267.94 יום, שעוגל לצורך הדיון ל-268 יום, ולגבי תקופות ההריון ארוכות צוינו בו הנתונים הבאים:

משך ההריון המכסימלי בימים	אחוז ההסתברות לקיומו
284	מקרה 1 ל-42 לידות
293	מקרה 1 ל-740 לידות
301	מקרה 1 ל-31,000 לידות
310	מקרה 1 ל-3,400,000 לידות

לכאורה נראה, כי המשפטן במצב דברים זה עומד בפני אי-ודאות, כיוון שאין הסכמה מוחלטת של המדע לגבי משך ההריון; ואולם למעשה ניתן למצוא הסכמה מדעית כזו בהתחשב בגודל הילוד ובנתוני-עזר נוספים, המתגלים בעת לידתו, כגון: מצב העור שלו – מתוח או מקומט, יבש או עוטה רובד שומני, אורך ציפורניו וכו'. כל עניין בהתאם לנסיבותיו ולמוסכמות המדעיות הקיימות בשאלת משך ההריון, יכול להחתך לכאן או לכאן על ידי בית המשפט.

ברור, כי הכל אמור כשאין מחלוקת בין הצדדים, או ליתר דיוק כשאין ספק בעיני בית המשפט בדבר עצם קיום יחסי האישות ובדבר העיתוי בו נערכו, כלומר: בהנחה שבתאריך או בתאריכים מסוימים קוימו יחסי אישות בין הצדדים – הרי יש מקום לבדוק על פי משך ההריון ומידת בשלותו של העובר את השאלה, אם עובר זה – פרי אותם יחסים הוא.

³⁷ H.D. Krause, *Illegitimacy: Law and Social Policy*, The bobbs-Merrill Comp. inc. Indianapolis, Kansas city, New York, 1971, p. 143, note 63.

3. העדר קרבה או העדר פוריות

שני אמצעים להפריך טענה של אבהות – בין לצורך סתירה של חזקת הלגיטימיות ובין כשמדובר בבן מן הפנויה – הם הוכחה, כי הצדדים לא קיימו יחסי אישות בכלל או בזמן הרלבנטי להתעברות, וכן הוכחה בדבר עקרות זו או אחרת של הגבר.

עד שנת 1949 היה מקובל באנגליה ובמדינות, שינקו מן המשפט המקובל, הכלל, לפיו הוריו של קטין אינם רשאים להעיד לגבי אי-קיום יחסי קרבה ביניהם, אם עדות כזאת עלולה להפוך את הילד לבלתי-חוקי,³⁸ אם כי מותר היה להביא עדות כזאת לגבי התקופה שלפני הנישואין.³⁹ ההלכה, האוסרת העדת בני-זוג כאמור (הידועה כהלכת ראסל), בוטלה באנגליה על ידי ה-Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1949, ובארצות הברית בוטלה על ידי פסיקה.⁴⁰

בעניין *In re Marriage of Schneckloth*⁴¹ נקבע, כי ילד שנולד מנישואין, חזקה שהוא לגיטימי אלא אם הופרך הדבר בראיות חזקות וברורות. באותו מקרה נתקבלה עדות האב על העדר קרבה לאשה כראיה קבילה, ועדות זאת בנוסף לבדיקות דם (ששללו את אבהותו) – הפריכו את החזקה של הלגיטימיות.

בישראל, כפי שראינו לעיל,⁴² שימשו כסיוע לעדות האם עדויות, שסתרו את טענת הנתבע לגבי העדר יחסי קרבה בינו לבין האם. הדברים ניתנים להוכחה לעתים, אם כי בדרך כלל אין עדויות חיצוניות על עצם קיום היחסים, לא כל שכן נדיר, שתהיינה עדויות חיצוניות על תאריכים מסוימים, בהם התקיימו, אם בכלל.

קושי אחר קיים בנושא של הוכחת העדר פוריות הגבר, כיוון שהעדר כח גברא, או עקרות, המאופיינת בזרע בעל אחוז פוריות נמוך, אינם קבועים בכל הזמנים, אלא נתונים לשינוי, ומובן שיש להוכיח את טענת העקרות לגבי הזמן הרלבנטי לעיבור האשה ולא בעת

³⁸ Russel v. Russel (1924) A.C. 687.

³⁹ The Puulett Peerage (1903) A.C. 395.

⁴⁰ עיין לשאלת תחולתו של הכלל בישראל: תמ"א (י-ם) 370/81 פלוני, קטין נ' פלוני, פ"מ התשמ"ג(ב) 322, 324-325.

⁴¹ In Re Marriage of Schneckloth, 320 N.W. 2d 535 (Iowa 1982).

⁴² ראה עמ' 138 לעיל.

המשפט. ברור, שבמקרים מסוימים יכולות ראיות בדבר עקרות להיות בנות תוקף, אם כי בדרך כלל, אף אם תהא הוכחה בדבר עקרות הגבר – הן עובר למועד העיבור והן בעת המשפט – אין בכך ראיה חותכת לשלילת האבהות אלא אם תובא חוות דעת רפואית חד-משמעית בנושא.

ב-**תיק התשל"ה/1974**⁴³ נקבע, כי אין סומכים על רופאים בעניין כח גברא, כי אין בדיקה מוסמכת היכולה לקבוע זאת. ובית המשפט העליון⁴⁴ הכיר באדם כאביו של ילד שנולד לפנויה, ולא פסל את עדותה המהימנה של האשה לפיה קיימה עמו יחסי אישות, למרות שהתברר כי זרעו הוא בעל אחוז פוריות נמוך ביותר.

גם ב-**ת"א (חי') 1179/95**⁴⁵ נדחתה תביעה לשלילת אבהות על רקע עקרות האב, וזאת למרות שלא דובר שם ביהודים, כלומר שלא היה כל חשש לממזרות בעקבות קביעה השוללת אבהות.

⁴³ תיק התשל"ה/1974, פד"ר י 104.

⁴⁴ ע"א 449/76 **מלוני נ' מלונית**, תקציר פסקי-דין יב 200.

⁴⁵ ת"א (חי') 1179/95 **ס. ב. נ' ס. ב.**, תק-מח 99(2) 4310 (1999).

פרק ב': בראיות מומחים בעבר

1. דמיון פיזיונומי ובדיקות אנתרופולוגיות

האם דמיון פיזיונומי בין האב-הנטען לבין הילד יכול לספק את הסיוע הדרוש לעדותה המהימנה של האם?

באנגליה נקבע, כי ראיה כזאת קבילה, אך בדרך כלל ניתן לה משקל מועט.¹

גם **בארצות הברית** קיימת אפשרות לראיה בדבר דמיון פיזיונומי וזאת בתנאי שהילד מבוגר מספיק מבחינה זאת שתווי פניו מעוצבים וברורים.²

בישראל נדונה בעבר סוגיה זאת בבית המשפט העליון,³ אם כי היה זה בגדר אמרת-אגב, כיוון שעדות האם לא היתה מהימנה, ולכן לא היה צורך לבחון, אם קיים בצידה הסיוע הדרוש. מכיוון שהשופטים דנו בנושא באריכות-מה, ומכיוון שזה הוא לנו הדיון היחיד המעמיק בסוגיה – מצאנו לנכון לפרט את חילוקי הדעות, שנתעוררו לגביו.

כב' השופט מ' זילברג⁴ קובע, כי לו עדותה של האם היתה מהימנה, היה מחזיר את הדיון לבית המשפט המחוזי כדי שהשופט שם יבדוק ויחליט על אודות הדמיון הקיים, לטענת האם, בין הילד לאב-הנטען; ואם ימצא השופט, כי אכן קיים דמיון רב ביניהם – הרי יש לראות בכך סיוע לעדות האם. השופט מביא דברי אגדה מן התלמוד בסוגיה זו ונביאם כאן מפיו:

¹ C. v. C. and C. (1972) 1 W.L.R. 1335.

² J.H. Wigmore, *On Evidence*, 3rd ed. Vol 1, Boston 1940, pp. 623-628 (S. 166);

Thomas v. United States 121 F. 2d 905 (1941);

Judway v. Kovacs 239 A2d 556 (1968).

³ ע"א 407/60 **פלוגית נ' אלמוני**, פ"ד טו 212, 219 (1961).

⁴ שם, שם, עמ' 219-221.

”אותו היום שגמל אברהם את יצחק בנו, עשה סעודה גדולה. היו כל אומות העולם מרננים ואומרים: ראיתם זקן וזקנה שהביאו אסופי מן השוק ואומרים: בננו הוא, ולא עוד אלא שעושים משה גדול להעמיד דבריהם! מה עשה אברהם אבינו? הלך וזימן כל גדולי הדור, ושרה אמנו זימנה את נשותיהם, וכל אחת ואחת הביאה בנה עמה, ומיניקתו לא הביאה, ונעשה נס בשרה אמנו... והיניקה את כולן. ועדיין היו מרננים ואומרים: אם שרה הבת תשעים תלד?! אברהם בן מאה שנה יוליד?! מיד נהפך קלסתר פנים של יצחק ונדמה לאברהם, פתחו כולם ואמרו: אברהם הוליד את יצחק...”⁵ “ואלה תולדות יצחק... לפי שהיו ליצני הדור אומרים: מאבימלך נתעברה שרה, שהרי כמה שנים עם אברהם ולא נתעברה הימנו; מה עשה הקב”ה? צר קלסתר פניו של יצחק דומה לאברהם, והעידו הכל: אברהם הוליד את יצחק.”⁶

השופט המלומד אינו מתעלם מכך, כי הדברים הללו דברי אגדה הם; אולם, לדבריו, בכל אגדה יש גרעין של מציאות ושל נסיון חיים, ובאגדה הנ”ל טמון הגרעין המציאותי, לפיו אפשר להסיק קרבת אבהות מדמיון תווי הפנים. השופט זילברג סבור, כי דמיון כזה יכול בהחלט לשמש ראיה מסייעת, והוא מחזק דבריו בדוגמאות מן הפסיקה האנגלית, הקנדית והאמריקנית; שכפי שאמרנו לעיל, מאפשרות לעתים לראות בדמיון בין האב-הנטען לבין הילד משום ראית סיוע.

לעומת דעה זו קובע **כב’ השופט ח’ כהן**,⁷ כי טביעת-עיניו של השופט בקשר לדמיון כזה אינה יכולה להיות ראית סיוע. השופט מבחין בין זיהויים ודאיים לבין זיהויים, שעשויים להיות בהם פנים לכאן ולכאן:

”... אין הדבר דומה לסימני היכר שכל אדם מזהה אותם מיד בטביעות עינו, ללא סיכון סביר של ספק או טעות: כגון אם אדם הוא ילד או מבוגר, זכר או נקבה, לבן או שחור, וכיוצא באלה דברים שלהבחנתם אינך זקוק – בדרך

⁵ בבא מציעא, פז, ע”א, כפי שמביא כב’ השופט מ’ זילברג, שם.

⁶ רש”י על התורה, ריש פרשת תולדות, כפי שמביא השופט מ’ זילברג, שם.

⁷ ע”א 407/60 פלוגית נ’ אלמוני, פ”ד טו 212, 216 (1961).

כלל – לעדות מומחים, אלא דייך בטביעות-עיניו של השופט. מה שאין כן לגבי דברים שעשויים להיות בהם פנים לכאן ולכאן: דברים אלה טעונים הוכחה בראיות, ואם יש צורך בטביעות-עין, כי אז טעונים הם טביעות עינים של מומחים שימסרו חוות-דעת כעדות במשפט.

השופט המלומד מודע למצב בארצות הברית ובבתי דינין בישראל, שקבעו מחלות נפש "לפי מה שיראה הדיין, שאי אפשר לכוון הדעת בכתב";⁸ אולם, לדעתו, כל אלה הם נחלת העבר, וכיום – כיוון שיש מומחים מוסמכים בכל שטח ותחום – אל לו לשופט לקחת על עצמו את ההכרעה בשאלות שבמדע ובידיעה מומחית על פי טביעות עיניו שלו בלבד. השופט השלישי שישב בדין לא הביע דעתו בסוגיה זו, שכאמור נדונה כאמרת אגב בלבד.

ב-ת"א (ת"א) 363/58,⁹ שניתן לאחר פסק דין זה של בית המשפט העליון, קבע כב' השופט י' קיסטר, כי אמנם קיים דמיון מסוים בקוי הפנים בין האב-הנטען לבין הילד, אבל מבחינה משפטית אין לתת לכך משקל רב, ומוסיף השופט:

"בספרות שו"ת מצאתי מקרה שהאב טען שבנו מן הנישואין אינו בנו בגלל ספקות שונים והעלה טענה, כי הבן דומה לאדם שישנו ריגון שאשתו זינתה אתו, ועל כך השיבו רבינו שלום מרדכי שוואדרון מברזן בתשובות מהרש"ם חלק ג' סימן קס"א ה' 'לדינא אין לזה הכרעה ואין לפסול את הילד בגלל זה'. המהרש"ם מסתמך על מדרשים אחרים שילדים לפעמים דומים לצורות שאמנם רואה בביתה."¹⁰

ראינו לעיל דברי אגדה המצדדים בדמיון כראיה להוכחת אבהות. ואף כי אין למדין הלכה מדברי אגדה, מן הראוי אולי להביא כאן את דברי המדרש רבה.¹¹ מהם עולה, כי אין לקבוע אבהות על סמך מראה פנים:

⁸ הרמב"ם, הלכות עדות, ט, י', כפי שמביא כב' השופט ח' כהן, שם.

⁹ ת"א (ת"א) 363/58 ת.נ. נ' י.פ., פ"מ לג 229.

¹⁰ ועיין על כך גם תיק התשט"ז/1198, פד"ר ב 123, 119.

¹¹ סדר נשא, פרשה ט, א'.

"הקב"ה שהוא יושב סתר ישים פנים של נואף באותו העובר... ולא תאמר בזמן שהיא מתעברת מן הנואף אותה שעה דומה צורת הולד לצורת הנואף, אלא אפילו היא מעוברת מבעלה ובא עליה הנואף, הקב"ה מהפך צורת הולד לצורת הנואף..." ו"העץ יוסף" שם מפרש: "שהנואפת מרוב אהבתה להנואף, ורוב חשקה בו ומחשבתה אדוקה בו, יצטייר בקרב הולד שבה ג"כ ציור דמותו."

לפי גישה זאת של האגדה, אין כלל אפשרות לנסות לבחון דמיון, כיוון שהקב"ה משנה פני הולד; ואולם דעת **כב' השופט ח' כהן**, כפי שהבאנוה לעיל, הגורסת, כי אל לו לשופט לבחון דמיון, אינה שוללת אפשרות זו לחלוטין, אלא מכוונת היא לתחום האנתרופולוגיה ומצדדת בו.

תחום **האנתרופולוגיה** כולל מערכת של כ-70 אלמנטים להשוואה, לרבות מבנה גולגולת, מבנה גוף, צורת עיניים, צורת כפות ידיים, תכונות של טביעות אצבע, מדידות של אברים שונים וגורמים נוספים אחרים.¹² תחום זה מוכר הן בארצות אירופה והן בארצות הברית כאמצעי אמין להוכחת אבהות, ומדענים רבים בעבר העדיפו הוכחה כזאת על פני הוכחה באמצעות בדיקות דם. האמינות המדעית של המבחנים האנתרופולוגיים נעה בין 70% ל-99%, ומכל מקום מקיימת היא את מידת ההוכחה האזרחית – זו הדרושה ברוב המדינות לשם הוכחת האבהות או סתירתה של חזקת הלגיטימיות. מחקר בארצות הברית מגיע למסקנה, כי נתוני ההשוואה הקיימים כוללים מידע מספיק לקבוע ב-19 מ-20 מקרים (95%), אם אדם מסוים הוא אביו של ילד שבמחלוקת,¹³ ואולם בפועל, למרות שמדענים ומלומדים דוגלים בשיטה זו, אין המערכת המשפטית עושה בה שימוש הולם, ומומחים אנתרופולוגיים במשפטי אבהות הם נדירים גם בארצות אלה.¹⁴

¹² H.D. Krause, *Illegitimacy: Law and Social Policy*, The bobbs-Merrill Comp. inc. Indianapolis, Kansas city, New York, 1971, pp. 138-139.

¹³ *ibid*, *ibid*, note 43, H.D. Krause.

¹⁴ ב-ת"א (חי') 532/66 **א. נ' ב.**, פ"מ ע"ח 216 הוצא על ידי התובעת, כי הצדדים יעברו בדיקות ציטוגניות, בהן נבדקות הצורות של אצבעות הידיים והרגליים. האב הנטען התנגד, וכב' השופט יהודאי קבע, כי אינו יודע מה כוחן ומה ערכן של הבדיקות, ומכל מקום לא מצא עצמו רשאי לכפות על הנתבע.

2. פוליגרף – מבחני גלאי שקר

א. מהות המבחן¹⁵

כאשר אדם משקר מתלוות לאמירת השקר מספר תופעות פסיכולוגיות ופסיכולוגיות, כגון:

1. האיש בולע את הרוק, ופיו נשאר יבש;
2. לחץ הדם של האיש עולה;
3. האיש נמנע מלהסתכל בעיני השואל, ונע באי-נוחות על מקומו;
4. האיש נושם לרווחה לאחר שהשלים את אמירת השקר;
5. האיש מזיע;
6. פני האיש מסמיקות.

הפוליגרף מורכב ממספר מכשירים, הבודקים כל אחד תגובה פסיכולוגית אחרת:

1. מכשיר הבודק את שינויי לחץ הדם של הנבדק;
 2. מכשיר הבודק את תדירות הנשימה של הנבדק;
 3. מכשיר הבודק את מידת ההזעה של הנבדק על ידי בדיקת המוליכות החשמלית של העור.
- כל מכשיר מחובר למחט, שבקצה דיו, הנעה על פני נייר נע, ומשרטטת על הנייר סימנים בהתאם לתגובות הנבדק.

השאלות הנשאלות על ידי הבודק מחולקות לשלושה סוגים:

1. שאלות חמות – הקשורות במישורין לעניין (למשל, האם בתאריך רלבנטי קיימת יחסי אישות עם אם הילד?).

¹⁵ כפי שמצאנו במאמרו של א' איש-שלום, "הבדיקה בפוליגרף כראיה בבית המשפט", משפטים ג' (תשל"ב-1972), 540; א' הרנון, **דיני ראיות**, חלק שני (המכון למחקרי חקיקה, האוניברסיטה העברית בירושלים, התשל"ט-1979) 332-333.

2. שאלות בקורת – הנוגעות באופן כללי לעניין (למשל, האם אתה מכיר את אם הילד?).

3. שאלות קרות – שאין להן כל קשר לעניין (למשל, האם שמך ישראל?).

הבודק שואל, הנבדק משיב ("כן" או "לא") והמחטים רושמות את התגובות.

מבחן נוסף הוא מבחן הקלפים: לנבדק מוצגים מספר קלפים ממוספרים, ועליו לבחור קלף בעל מספר מסוים ולא לגלותו. לאחר מכן מוצגים לנבדק הקלפים, ועליו לענות בשלילה לגבי כל מספר עליו ישאל, לרבות זה שבחר. כך יש לבודק אפשרות לראות, אם מכשיר הפוליגרף קולט את שקרו של הנאשם באחד המקרים. אם הבודק הצליח לזהות על פי ממצאי הפוליגרף איזהו המספר שבחר הנבדק, שואל הוא שוב שאלות הנוגעות למקרה עליו נבחן הנבדק. כן ישנם מבחנים שונים נוספים.

ב. הכרת המשפט במבחן הפוליגרף

בישראל לא הוכרה בדיקת הפוליגרף כראיה קבילה בבית המשפט,¹⁶ או ליתר דיוק נקבע, כי אין לייחס משמעות לסרוב נאשם לעבור בדיקת פוליגרף, כאשר אין עליו כל חובה בחוק להבדק בה.¹⁷

עם זאת אין ספק, כי במישור האזרחי נוהג העקרון, לפיו רשאים הצדדים "להסכים" על ראיות, שאחרת לא היו קבילות, ולהכשירן כבסיס לפסק דין.¹⁸ ובעניין פוליגרף – אפילו בפלילים מתחשבים בתי המשפט בממצאיו לצורך הארכת מעצר, והמדינה מביאה ממצאים אלה בחשבון שיקוליה לגבי העמדה לדין או לגבי שינוי של כיוון חקירה.¹⁹

¹⁶ ע"פ 36/70 כחנ' נ' מדינת ישראל פ"ד כה (1) 339 (1970).

¹⁷ כפי שמבהיר א' איש-שלום, "הבדיקה בפוליגרף כראיה בבית המשפט" **משפטים** ג' (תשל"ב-1972) 540; כן עיין על פסק הדין א' הרנון, **דיני ראיות**, חלק שני (המכון למחקרי חקיקה, האוניברסיטה העברית בירושלים, התשל"ט-1979) 336-338.

¹⁸ א' הרנון, **דיני ראיות**, חלק ראשון (המכון למחקרי חקיקה, האוניברסיטה העברית בירושלים, התשל"ט-1979) 37; ת"א (י-ם) 1114/85 **מזרחי ואח' נ' כלל חברה לביטוח בע"מ**, פ"מ התשמ"ז (ב) 221.

¹⁹ Harnon, "Evidence Obtained by Polygraph: An Israeli Perspective" (1982) **Cr.L.R.** 340, 347.

על מנת שבית המשפט יקבל את בדיקת הפוליוגרף כראיה, חייבת להיות הסכמה מפורשת של שני הצדדים לביצוע הבדיקה, ועל תוצאות הבדיקה להיות ברורות וחד-משמעיות. **בישראל** התקבלו מבחני הפוליוגרף כראיה קבילה לאחר הסכמת הצדדים בעניינים שונים ואף בענייני אבהות:

ב-ת"א (ת"א) 3679/59²⁰ הוגשה תביעה לקביעת אבהותו של הנתבע על התובע בעיקר לצורך תשלום מזונות. האם והאב-הנטען נבדקו בפוליוגרף וכב' **השופט שילה** – לאחר ניתוח הראיות, וקביעה, כי מאמין הוא ללא היסוס לאם, וכי הכחשות הנתבע הן שקר – מוסיף:

"בעלי הדין מרצונם הטוב נבדקו בבדיקת פוליוגרף, ושמח אני לראות כי תוצאות הפוליוגרף מאשרות את המסקנה, אליה הגעתי באופן חשיבה בלתי תלוי מהבדיקה."

ב-ת"א (ת"א) 829/60²¹ הוגשה תביעה לקביעת אבהותו של הנתבע על התובעת לצורך תשלום מזונות. הנתבע כפר באבהותו. בתם פרשת הראיות שאל כב' **השופט י' שילה** את הצדדים, אם מוכנים הם להבדק על ידי פוליוגרף, והללו הסכימו. ושוב אושרו מסקנותיו של השופט, וניתן לקרוא מבין השורות של פסק דינו קריאה להעזר בממצאי הפוליוגרף בענייני אבהות:

"אילו היו תוצאות בדיקת הפוליוגרף נוגדות את המסקנות שהסקתי על יסוד חומר הראיות האחר והטענות, לא הייתי מהסס לבטל את תוצאות הפוליוגרף. בדיעבד הרגשתי סיפוק כי בדרך משלו, שהיא בחינת קפיצת הדרך, הגיע הפוליוגרף לאותה נקודה שהגעתי אליה אני בדרך הארוכה המסורתית... ישנם מקרים בהם השאלה היא שאלה של מהימנות בלבד ולבתי המשפט אין נקודת אחיזה להכריע לצד זה או לאחר וחייב הוא לדחות את התביעה."

²⁰ ת"א (ת"א) 3679/59 **ישראל נ' צנעני** (לא פורסם).

²¹ ת"א (ת"א) 829/60 **אלפסי נ' ליבנטל** (לא פורסם).

בארצות-הברית לא היו ממצאי הפוליגרף בעבר קבילים, משום שהמכשיר לא זכה להכרת אנשי המדע. במשך הזמן הוכשרה הראיה, כאשר הצדדים הסכימו מראש לקבילותה, וזאת אף במקרה בו אחד הצדדים שהסכים, חזר בו אחר כך והתנגד לקבילותה.²² משנת 1972 מסתמנת מדיניות שונה ובתי המשפט מקבלים כראיה את ממצאי הפוליגרף,²³ אם כי אין הדבר חד-משמעי ונשמעות ביקורות מסוימות על אמצעי זה ועל אמינותו.²⁴ נראה כי הפסיקה בארה"ב משאירה את ההחלטה לעניין השימוש בפוליגרף בסוגיה זו להחלטת המותב שידון בתביעה.²⁵

מכל מקום רוב המדינות מקבלות תוצאות פוליגרף כראיה אם הסכימו על כך הצדדים, והדבר אמור גם בענייני הוכחת אבהות.

במדינת **אילינוי**, למשל, אין הפוליגרף קביל – לא בהליכים האזרחיים ולא בהליכים הפליליים. למרות זאת הודגש שם, כי הקבילות תלויה בהתפתחות המדעית של הבדיקה.²⁶

בקליפורניה, לעומת זאת, מקובל להעזר במבחני הפוליגרף לצורך הוכחת אבהות.²⁷

ממחקרים, שנערכו בארצות הברית בנושא זה, עולים ממצאים מדהימים:²⁸ הובר, כי לנתבעים רבים כלל לא היו יחסי אישות עם האם התובעת, וכי מעל 80% מהאנשים שהעידו בבית המשפט (תובעות, אבות-נטענים ועדים) הודו בפני הפוליגרף, כי מסרו שם עדות שקר. מעל 40% מהאמהות שנבחנו הודו שקיימו יחסי אישות עם גברים אחרים בזמן הרלבנטי וכו'.

²² State v. Valdez 371 p. 2d 894 (Ari 1962).

²³ Note. The Emergence of the Polygraph at Trial, (1973) 73 Colum. L. Rev. 1120.

²⁴ א' הרנון, **דיני ראיות**, חלק שני (המכון למחקרי חקיקה, האוניברסיטה העברית בירושלים, התשל"ט-1979) 334-336;

H.D. Krause, **Illegitimacy: Law and Social Policy**, The bobbs-Merrill Comp. inc. Indianapolis, Kansas city, New York, 1971, pp.144-148.

²⁵ United States v. Sheffer, 523 U.S. 303 (1998).

²⁶ People v. Baynes, Ill.2d. 225 (Ill. 1981).

²⁷ H.D. Krause, **Illegitimacy: Law and Social Policy**, The bobbs-Merrill Comp. inc. Indianapolis, Kansas city, New York, 1971, p. 145.

²⁸ H.D. Krause, *ibid*, *ibid*, pp. 144-145.

ממחקרים אלה עולה, כי מבחני הפוליגרף חשובים ביותר; והמסקנה היא, כי אם עורכים את המבחן נכון – ניתן להגיע לדיוק של 95% עם 4% שוליים של ממצאים לא-מוגדרים ו-1% של טעויות. יש להעיר שהכל אמור לגבי מקרים בהם הבדק מיומן, מנוסה ורגיש; כיוון שהפוליגרף אינו רק מכשיר אוטומטי-טכני, אלא מכשיר המופעל על ידי אנשים ומיומנותם חשובה ביותר.

עם זאת, יש לזכור בעיה הקיימת בשאלת האבהות, והיא, כפי שהדגשנו לעיל, שלעיתים אף הצדדים עצמם אינם יודעים מי הוא אבי הילד, וכשאינן ידיעה – ודאי שאין לדבר על אמינות-הפוליגרף; כי אדם שאינו יודע, אינו יכול להיות דובר אמת או דובר שקר בתשובותיו, ואף אם חושב הוא שיודע – לא תמיד ודאי הדבר.

בעיה חשובה נוספת היא ההתערבות בחירות האדם ובצנעת הפרט,²⁹ שיש הסוברים, כי חמורה היא אף יותר מההתערבות הפיזית הקיימת בבדיקות הדם, והבאה לידי ביטוי בבדיקות הפוליגרף על ידי חדירה לשאלות אינטימיות ביותר. **הרב נחום לאם**, בדונו בשימוש בפוליגרף לאור **ההלכה**, מתנגד למתן סמכות לבתי המשפט להורות בדיקה במכונה זאת, כשהבדיקה היא בניגוד לרצון הנתבע, וזאת כיוון שלדעתו מהווה השימוש במכשיר פגיעה בצנעת הפרט.³⁰ אולם על כך ניתן לענות, כי אדם המצוי בהליכים משפטיים של הוכחת אבהות, נתון ממילא לחשיפה רבה של פרטיותו; ואם ניתן לגלות את האמת באמצעות אמצעי מדעי אמין – הרי זה עדיף.

לסיכום נאמר, כי הדעה השלטת היא, שאין להכניס את מכשיר הפוליגרף כדבר שבשגרה בהליכי אבהות ללא הסכמת הצדדים, וודאי שאין להכניסו כל עוד אין דבר חקיקה בנושא; ומכל מקום, גם כשנעשה שימוש במכשיר – יש להפעיל ביקורת רבה על האנשים

²⁹ R.J. Phannenstill, "Usefulness of Polygraph results in Paternity Investigations when used in Conjunction with Exclusionary Blood Tests and 60-day Conception Period" (1982-83) 21 *Journal of Family Law*, 69.

³⁰ ד' פרימר, "קביעת אבהות", **שנתון המשפט העברי**, כרך ה (התשל"ח) 219, 239 (מאמר זה פורסם במהדורה שניה בחוברת **אסיא**, מאמרים, תמציות וסקירות בענייני הלכה ורפואה, (הוצאת מכון שלזינגר (שבט התשמ"ג, פברואר 1983) כרך ט, חוברת ג, 38). עיין דעה אחרת – בעמ' 192 להלן.

המפעילים אותו ועל מיומנותם המקצועית לשם השגת תוצאות הקרובות ביותר לאמת. יצויין כי בישראל לא קיים חוק רישוי לבודקי פוליגרף וכל אדם יכול להכריז על עצמו כ"מומחה פוליגרף" ולערוך בדיקות. הדרך היחידה לוודא כישורי הבדוק היא על פי השתייכותו לאיגוד בודקי הפוליגרף בישראל (אפ"י), שחבריו בעלי השכלה מתאימה, בעלי נסיון בעריכת הבדיקות, ללא עבר פלילי, שעברו מבחני קבלה ושקבלו על עצמם את כללי האתיקה המקצועיים.³¹

³¹ פורסם באתר ויקפדיה www.he.wikipedia.org.

פרק ג': בדיקת דם

1. מהות הבדיקה¹

דורות רבים ידוע במדע, כי תכונות-דם האדם עוברות בתורשה, ובמשך הזמן נתגלו מרכיבים רבים ושונים כמדדים להשוואה. באמרנו "דם" כוונתנו לסוגי דם המצויים על הכדוריות האדומות, כשהמערכת הידועה ביותר היא ABO, עליה מדבר, למשל, **כב' השופט מ' זילברג ב-ע"א 407/60**², שבאמצעותה, כפי שנבהיר להלן, ניתן רק לשלול אבהות, אך לא לקבוע ממצא פוזיטיבי בדבר אבהות של אדם מסוים על ילד מסוים.

במשך הזמן התפתחה בעולם המדע התורה של בדיקת סוגי הדם המצויים על הכדוריות הלבנות (בדיקת סיווג רקמות – HLA) וכן בדיקות איזואנזימים ו-ד.נ.א., שבאמצעותן ניתן לקבוע בדרגת סבירות גבוהה ביותר אבהות באופן פוזיטיבי. כיוון ששיטות המשפט מתייחסות באופן שונה לבדיקות הדם ולבדיקות הנוספות, נייחד להן פרקי דיון נפרדים.

העברת האינפורמציה הגנטית בין הדורות מבוססת על קיום שני סטים שלמים של מידע גנטי בכל אדם, כל סט עובר בתורשה מהורה אחד. שני הסטים משתתפים בקביעת התכונות של האדם.

האינפורמציה הגנטית מצויה ביחידות הקרויות גנים. מספר גנים יוצרים מבנה הקרוי כרומוזום. לכל אדם 46 כרומוזומים המסודרים ב-23 זוגות של כרומוזומים זהים, הנקראים אוטוזומים. בכל זוג אוטוזומים – כרומוזום אחד מקורו באם, והשני – באב. גנים, הקרובים

¹ בפרק זה נעזרנו בעיקר במקורות:

Reisner & Bolk, "A layman's Guide to the Use of Blood Group Analysis in Paternity Testing" (1981-82) 20 *Journal of Family Law*, 657;

Harrison's *Principles of Internal Medicine*, 9th ed., Kosaido printing Co. Ltd. Tokyo, Japan, 1980, 1569, S. 319;

Chang Ling Lee, "Current Status of Paternity Testing" (1975) 9 *Family Law Quarterly*, p. 615, 630-633.

² ע"א 407/60 **פלונית נ' אלמוני**, פ"ד טו 212 (1961).

זה לזה על פני הכרומוזום, מורשים יחד, וקרויים גנים קשורים (linked genes), או גנים בעלי זיקה משותפת.

שני הכרומוזומים בכל זוג דומים זה לזה בכך, שכל הגנים המצויים על פני האחד מצויים אף על השני, ואולם הגנים בכל כרומוזום יכולים להיות אחראים לסוג שונה של אותה תכונה. למשל, גן אחד יכול להיות אחראי על יצירת סוג דם מסוים, בעוד שבן-זוגו יהא אחראי על יצירת ורסיה שונה של אותו סוג הדם. הזוג של צורות אלטרנטיביות של גנים קרוי גנים אללים (alleles).

בתוך תא הזרע והביצית יש הפרדה של כל הכרומוזומים לשני סטים. כל זוג כרומוזומים נפרד, וכך יש בכל תא זרע ובכל תא ביצית 23 כרומוזומים. בעת הפריית הביצית על ידי תא הזרע נוצר איחוד של המידע הגנטי, ונוצר פרט מיוחד חדש עם 46 כרומוזומים.

על קיום הגן אנו יודעים בדדוקציה מקיום התוצרים שלו. במקרה של סוגי דם, התוצר הוא החומר-האנטיגן, המצוי בדם. במערכת סוג הדם שני האללים של זוג הגנים באים לידי ביטוי בעת ובעונה אחת. אללים כאלה נקראים קו-דומיננטים. היוצא מהכלל לכך הם גנים שקטים, היוצרים תוצר שאינו מתגלה.

התפקיד של בדיקת סוג הדם לקביעת אבהות הוא לקבוע מה הם האנטיגנים של סוג הדם, המצויים בדם האם, בדם הילד ובדם האב-הנטען, ולהשתמש במידע זה כדי לקבוע תבנית תורשה אפשרית.

ידועות מערכות רבות של תאי דם אדומים. לצורך הוכחת אבהות משתמשים בעיקר במערכות הבאות: ABO ; RH ; KIDD ; KELL ; DuFFY ; MNSs. המערכת הפשוטה ביותר היא KIDD, בה יש שני אללים קו-דומיננטים, הקרויים JK^a ו- JK^b . תוצרי הגנים הללו באים לידי ביטוי, אם הם קיימים, כך שייתכנו שלושה סוגי דם:

אנטיגן (מתגלה בדם)	גנים (בדדוקציה)
JK^a	$JK^a JK^a$
$JK^a JK^b$	$JK^a JK^b$
JK^b	$JK^b JK^b$

פרק ג': בדיקת דם

המערכות MNSs ו-KELL דומות ל-KIDD בכך, שגם להן יש אללים קודומיננטיים, אך בעוד שבמערכת KIDD יש זוג אחד של גנים – הרי ל-MNSs יש שני זוגות של גנים, ול-KELL – שלושה זוגות של גנים. אי לכך ייתכנו בהן יותר משלושה סוגים של דם.

במערכת MNSs (כל אות מבטאת גן):

אנטיגן	גנים
MS	MMSS
MNS	MNSS
MNSs	MNSs
NSs	NNSs
Ns	NNss
Ms	MMss
MNs	MNss
MSs	MMSs
Ns	NNss

במערכת זאת גן מקבוצת MN קשור (linked) על הכרומוזום לגן מקבוצת ה-Ss. שני הגנים, המצויים בזיקה זה לזה, מורשים כיחידה אחת:

שער שלישי: הדרכים להוכחת האבהות ולסתירתה של חזקת הלגיטימיות

גנים	תא זרע או ביצית אפשריים
MMSS	MS
MNSS	MS, NS
MMSs	MS, Ms
*MNSs	MS, Ns או Ms, NS
NNSs	NS, Ns
NNSS	NS
NNss	Ns
MMss	Ms
MNss	Ms, Ns

רק כאשר מתגלים כל האנטיגנים *MNSs (המייצגים את הגנים הקיימים), קיים אי-בטחון בקשר לזוגות האנטיגנים שעברו לדור הבא. יש לעשות בדיקה משפחתית כדי להיווכח אם על אותו כרומוזום מופיע MS או Ms.

מערכת KELL דומה ל-MNSs, אך לה שלושה זוגות של גנים:

K ו-R

JS^a ו- JS^b

Kp^a ו- Kp^b

כיאגנטים³ לגילוי Js^a ו- JS^b נדירים ביותר, אך כשקיימים – עוזרים לקביעת אבהות באנשים שחורים. כיאגנטים לגילוי Kp^a ו- Kp^b גם כן נדירים, אך כשקיימים – הם עוזרים לקביעת אבהות בלבנים.

מערכת RH מנותחת כמו מערכת MNSs, אך קיום חמישה אנטיגנים עיקריים עושה אותה מסובכת ביותר. חמשת האנטיגנים של מערכת RH הם: e, c, E, C, D.

קיום או העדר D קובע, אם האדם הוא RH חיובי (D קיים) או RH שלילי (D חסר). קיום ארבעת האנטיגנים האחרים גורם לקיום צרופים שונים ורבים של אנטיגנים.

אנטיגנים

עם D		בלי D	
DCEce	DEc	CEce	Ec
DcEe	Dec	cEe	ce
DCEe	DCe	CEe	Ce
DCE	DCce	CE	Cce
DEce	DCEc	Eee	CEc

תיאוריה גנטית אחת מציינת, שהאנטיגנים של מערכת RH מבוקרים על ידי גנים בעלי אותם שמות עם הסמן d כגן אלטרנטיבי ל-D. התוצר (האנטיגן) של גן d לא נתגלה מעולם. כך יש שלושה זוגות גנים: D ו-d; C ו-c; E ו-e. התאוריה אומרת גם, שנציגי כל זוג קשורים יחד ומורשים כיחידה. לדוגמא אדם עם אנטיגנים DCE אפשרי שגנים D-C-E קשורים יחד על שני הכרומוזומים שלו. אך אפשר גם שיהיה לו DCE בכרומוזום אחד ו-dCE בשני. האנליזה נעשית מאוד מסובכת, משום שלדוגמא אדם עם אנטיגנים DCEce יכול להכיל אחד מהצדופים הבאים של גנים:

³ **כיאגנט** הוא כל חומר, בו משתמשים לגילוי או למדידה של חומר אחר.

DCE/Dce

DCE/dce

Dce/dCE

DCe/DcE

DCe/dcE

DcE/dCe

כל האפשרויות הללו צריכות לבוא בחשבון בניתוח התורשה במערכת RH. הטרמינולוגיה של מערכת זו מסתבכת עוד יותר עקב קיום מערכת שמות נוספת לצרופי האנטיגנים, בה משתמשים בסימן R(Rh) עבור D וב- r(rh) עבור העדר D. ובפועל נעשה שימוש בשתי שיטות המינוח.

הגן "d" יכול להיקרא גן "שקט" או "רצסיבי", כיוון שלא נתגלה לו כל תוצר (אנטיגן). גנים שקטים כאלה מצויים גם במערכות ABO, DuFFY, KIDD ו-MNSs. דוגמא לגנים שקטים תנתן מתוך מערכת ABO, שלה שלושה גנים אלטרנטיביים, המצויים בזוגות בכל פרט:

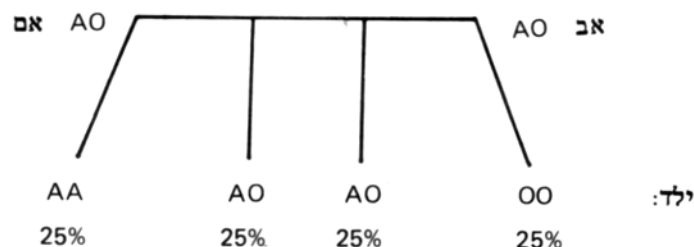
האנטיגן	זוג הגנים	
A	AA	התוצר של הגן O לא מתגלה ולכן גם AA וגם AO נותנים רק A
A	AO	
A ו-B	AB	
B	BB	
B	BO	
לא B ולא A	OO	

פרק ג': בדיקת דם

כעת נכניס מינוח נוסף לדיון: "גנוטיפ" הוא המבנה הפנימי של הגן, ו"פנוטיפ" הוא האופן בו מתבטא הגן כלפי חוץ (לעיל: האנטיגן). מקובל לאמר, כי ישנן ארבע קבוצות דם (במערכת ABO): A, B, AB, O. אולם אין זה מדויק. ישנם ארבעה פנוטיפים כנ"ל, אבל כיוון שלכל גנוטיפ ישנו גן דומיננטי וגן רצסיבי, הרי שקיימים ששה גנוטיפים (לעיל: זוג הגנים).

כיוון שהגנוטיפים AA ו-AO וכן BB ו-BO אינם נבדלים זה מזה – מכירים לגביהם רק שני פנוטיפים: A ו-B. משום כך מכירים בסך הכל רק ארבעה פנוטיפים A, B, AB ו-O, למרות שקיימים שישה גנוטיפים, כאמור.⁴ החשיבות בהכרת הגנוטיפים רבה במיוחד ברפואה המשפטית, **והשופט המלומד מ' זילברג**,⁵ בתארו את תורת קבוצות הדם ואת האופן בו הן מורשות – דיבר רק על ארבע קבוצות הדם, דהיינו: הפנוטיפים, ומכאן נובעים אי-דיוקים שלו לגבי אופן התורשה.

השופט המלומד קובע, למשל,⁶ כי "אם ההורים משתייכים שניהם לקבוצה A, יהיה סוג דמו של ילדם A. אם האחד מהם הוא A והשני B – יהא סוג דמו של הילד AB". ועם כל הכבוד אין הדברים מדויקים: במקרה בו לשני ההורים פנוטיפ A אין להסיק שהגנוטיפ של שניהם הוא AA; יכול הגנוטיפ של כל אחד מהם להיות AA או AO, ובמקרה בו לשני ההורים גנוטיפ AO, הרי לילד יכול להיות סיכוי של 25% להיות בעל פנוטיפ O (וגנוטיפ OO) ולא A, כפי שקבע השופט המלומד.



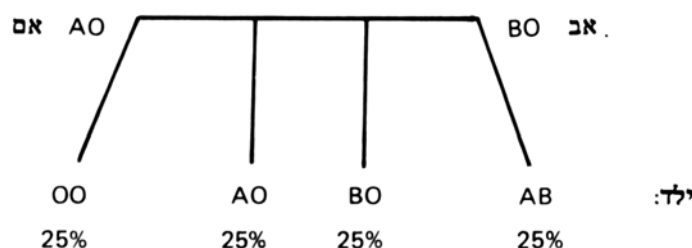
⁴ נלקן, גורן, בראוטבר, **פרקים באימונולוגיה**, (הוצאת אקדמון, ירושלים, התש"ם) 40.

⁵ ע"א 407/60 **פלונית נ' אלמוני**, פ"ד טו 212 (1961).

⁶ שם, עמ' 221.

שער שלישי: הדרכים להוכחת האבהות ולסתירתה של חזקת הלגיטימיות

ובמקרה בו להורה אחד יש פנוטיפ A ולשני B – אין להסיק שסוג דמו של ילדם יהא בהכרח AB, כי בהנחה שהגנוטיפים של ההורים הם AO ו-BO – אזי ההסתברות, שסוג דמו של ילדם יהיה AB היא רק 25%:



כשם שניתן על פי סוגי הדם של ההורים לשער מה יכולים להיות סוגי הדם של ילדיהם – כך גם כשידועים סוגי הדם של האם ושל בנה – ניתן לשער מה האפשרויות הבאות בחשבון לגבי סוג דמו של האב, וזו היא השאלה הנשאלת בסוגיה בה עסקינן.

מניתוח זה עולה, כי על סמך מערכת אחת, כגון ABO, לא ניתן לקבוע בוודאות פוזיטיבית, כי אדם פלוני הוא אביו של ילד אלמוני, כיוון שאף אם סוג דמו של האב בנסיבות העניין נקבע **בוודאות** כ-AB, למשל – הרי ישנם בעולם אנשים רבים מאוד בעלי סוג דם כזה, ואין בכך כדי לזהות באופן ספציפי אדם מסוים.⁷ חשיבותה של בדיקת הדם, כשמדובר בבדיקת מערכת אחת, או מספר מערכות היא בכך, שבנסיבות מסוימות ניתן **לשלול** בוודאות אבהות של אדם מסוים על ילד פלוני. למשל, לילד סוג דם AB ולאם סוג דם AB ולאב-הנטען סוג דם OO – אזי אין ספק, כי דינה של התביעה להדחות, כיוון שלא יתכן שהבן לא ירש מאביו שום גן.

על כן מקובל לאמר, כי הוכחת אבהות באמצעות מבחני דם היא בעלת משמעות נגטיבית בלבד, כשגם המסקנה הנגטיבית ודאית רק בחלק מן המקרים. ואולם יש להדגיש, כי מצרופ של הנתונים והבדיקות במספר רב של מערכות מאלה שתוארו לעיל, ניתן להגיע לתוצאות משביעות רצון ביותר, ואחת החוקרות⁸ מגיעה למסקנה, כי ניתן להגיע ל-93%

⁷ בעיה שאינה קיימת, כפי שנראה להלן, לגבי בדיקת סיווג הרקמות וה-D.N.A., שתוצאותיהן ייחודיות לכל אדם.

⁸ Barbara E. Dodd, "When Blood is their Argument" (1980) 20 *Med Sci Law*, 231.

פרק ג': בדיקת דם

סיכוי לשלילת אבהות, וזה אומר, לדבריה, כי אנו מתקרבים לנקודה, שכל אדם שבטעות ננקב שמו כאב – תוכח לגביו האמת. וממצאים כאלה קרובים מאוד להוכחת אבהות פוזיטיבית כיוון שמטבע הדברים לא מדובר בכלל הגברים, אלא במספר גברים פוטנציאליים שבמחלוקת; ואם ניתן מבין אלה לשלול את הללו שאינם האבות – ניתן להגיע לאב האמיתי.

יתירה מזו: על ידי האיפיונים השונים של המערכות השונות, כפי שנרמז כבר לעיל, ניתן לקבוע, למשל, כי סביר יותר, שהאב הוא שחור, או אירופאי או שיש לו תכונות מסוימות כאלה או אחרות – ממצאים שבהמשך נראה כיצד הם מיושמים על ידי שיטות המשפט השונות.

להלן טבלה המדגימה הבדלים בשכיחות אנטיגנים ממערכת RH לגבי לבנים ושחורים:

מערכת RH

שכיחות האנטיגן באחוזים

שחורים	לבנים	אנטיגן
93	85	D
34	70	C
97	80	c
20	30	E
> 99	97	e

טבלאות דומות קיימות לגבי כל מערכות סוגי הדם, שתארנו לעיל. למשל, במערכת DuFFY האנטיגן Fy נדיר ביותר בלבנים ושכיח ביותר בשחורים.

מכאן, שלילת האבהות היא משתי דרגות:

שער שלישי: הדרכים להוכחת האבהות ולסתירתה של חזקת הלגיטימיות

דרגת שלילה ראשונית: לילד יש אנטיגן (פנוטיפ) ולכן גם גן (גנוטיפ), אשר אינו קיים באם וכן לא באב-הנטען, לדוגמא:

	D	C	E	c	e
אם	+	+	—	+	+
ילד	+	+	+	+	+
אב-נטען	+	+	—	+	+

במקרה זה לילד יש אנטיגן E ולכן חייב היה לרשת גן E מאחד ההורים. כיוון שלאם אין אנטיגן זה — הרי שהילד ירש אותו מאביו; ומכאן שהאב-הנטען אינו אביו, כיוון שאין לו אנטיגן כזה. זו היא אפוא שלילה ודאית של האבהות.

דרגת שלילה משנית: לילד אין גן, שאותו חייב היה לרשת מהאב, לדוגמא:

	תוצאות המבחן		מסקנה אפשרית I	מסקנה אפשרית II
	אנטיגנים		שלילה מדרגה משנית	העדר שלילה
	M	N	גנים	גנים
אם	—	+	NN	NN
ילד	—	+	NN	M ² N
אב-נטען	+	—	MM	M ² M

(M² הוא גן נדיר שאינו מתגלה על ידי כיאגנט המגדיר M או N).

בדוגמא זאת האב-הנטען הוא M חיובי ו-N שלילי, ולכן יש לו שני גנים M, וכל ילד שלו חייב לרשת ממנו גן M. הילד שבדוגמא לא ירש גן M, ולכן גבר זה איננו אביו.

שלילה מדרגה משנית היא הוכחה טובה לאי-אבהות, אך עקב קיום גנים נדירים בכל מערכת סוגי דם אין זו שלילה מושלמת. אם לאב-הנטען יש אחד מגנים נדירים אלה (כמו M^2 בדוגמא), והילד ירש אותו – אזי יכול להתקיים המצב המתואר בדוגמא, ואין שלילה של האבהות. ניתן לבדוק זאת על ידי בדיקה עם **כימאנט ספציפי** לאנטיגן הנדיר, או על ידי מציאת דרגות שלילה (ראשונית או משנית) במערכות דם אחרות של האנשים שבמחלוקת.

בנוסף לשתי דרגות השלילה ראינו, כי עימות נתונים רבים ככל האפשר מן המערכות השונות של סוגי הדם שעל הכדוריות האדומות יכול להביא תוצאות טובות ביותר לשלילת אבהות, שכשנפקותם המעשית גבוהה מאוד – כמוה כקביעה פוזיטיבית, כאשר ישנו מספר נתון של אבות פוטנציאליים במחלוקת.

2. הכרת המשפט בעמדה המדעית והמשקל הראייתי הניתן לה

א. המשפט הישראלי

המשפט הישראלי הכיר כבר בראשית שנות הששים בחשיבותן של בדיקות הדם, אם כי היה מודע לכך, שניתן להעזר בהן רק לצורך קביעה נגטיבית.

ב-ע"א 407/60⁹ אומר **כב' השופט כהן**:

"... הכל מודים, כי בדיקות אלו יכולות להוכיח על דרך השלילה, כי המשיב אינו אבי הילד..."

ב-ע"א 313/68¹⁰ חוזר בית המשפט העליון – והפעם מפי **כב' השופט מ' זילברג** – וביתר תוקף על הקביעה, כי תורת קבוצות הדם היא תורה מדעית, שנתפרסמה ברחבי תבל כתורת אמת, והוא מביא אותה לדרגה גבוהה באמרו, כי "הינה היא גופה חלק של ידיעת בית המשפט", ולכן מעדיף אותה על פני עדותה המהימנה של האם, באמרו:¹¹

⁹ ע"א 407/60 **פלונית נ' אלמוני**, פ"ד טו 212, 215 (1961).

¹⁰ ע"א 313/68 **פלוני, קטין באמצעות אימו נ' פלוני ועשכ"נ**, פ"ד כב (2) 1020 (1968).

¹¹ שם, שם, בעמ' 1026.

”אכן הוודאות של חוקי הטבע אינה לעולם ודאות מוחלטת אלא רק ודאות סטטיסטית או מעשית, וכזו היא הוודאות הביולוגית של תורת סוגי הדם. ואם הרופא הצבאי בצה”ל עורך על פיה עירוי דם לחייל שנפצע בשדה הקרב חייב גם בית המשפט ‘להתנהג’ כך ולהכריע על פיה בשאלת האבהות.”

המשפט הישראלי מכיר ללא הסתייגות בתוצאות של בדיקת דם כמכשיר אפשרי לשלילת אבהות, והדבר אמור בהכרעה גם כראיה בלעדית, בניגוד להתרשמות בית המשפט מן העדים, ולא רק כראיית סיוע לעדות מהימנה. הדבר נובע מהכרת המשפט בדרגה הגבוהה של וודאות, שיש בבדיקות הדם לשם שלילת אבהותו של אדם פלוני על ילד אלמוני. סביר להניח, שלו הוודאות היתה כה גבוהה, כשמדובר בקביעה פוזיטיבית של אבהות – הרי גם אז היה מוכן בית המשפט לקבל ראיה זו כמכרעת.¹²

ואולם, למרות שניתן לחשב את אחוזי ההסתברות לגבי היות אדם פלוני אביו של ילד אלמוני מממצאי בדיקות הדם – הרי כל עוד בתורת קבוצות הדם מדובר, הורה בית המשפט הישראלי, שאין לבדיקות משמעות כהוכחה פוזיטיבית לאבהות,¹³ אם כי ב-**המ’ (ב”ש) 217/74**¹⁴ נאמר לגבי תורת קבוצות הדם, כי:

”ניתן להכריע בה על דרך השלילה ורק בסבירות נמוכה למדי על דרך החיוב.”

ואולי ניתן לראות באמירה זו הכרה מסוימת בחשיבות התורה גם לקביעה אפשרית של אבהות באופן פוזיטיבי.

¹² וזה אכן המצב כיום, לאחר שהמשפט הכיר בערכן המדעי של בדיקות סיווג הרקמות וה-ד.נ.א. .

¹³ ע”א 407/60 **פלונית נ’ אלמוני**, פ”ד טו 212 (1961).

¹⁴ המ’ (ב”ש) 217/74 **אסרף נ’ בכר**, פ”מ התשל”ה(א) 202, 203.

ב. משפט זר

גם בפסיקה האנגלית¹⁵ אין ספק, משך שנים רבות, כי ניתן על ידי בדיקות דם לשלול בוודאות את אבהותו של האב-הנטען, אבל כאן ישנה הכרה מפורשת בערך הבדיקות גם לצורך קביעה פוזיטיבית של אבהות במקרים מסוימים, וזאת עקב מידת ההוכחה הנדרשת שם – זו של מאזן ההסתברויות.

מאוחר יותר הכיר ה-Family Law Reform Act 1969 באופן רשמי בערכן המדעי של בדיקות הדם ביחוד לשלילה (סעיף 20(1)) ולעתים אף לחיוב (סעיף 20(2)), כפי שמצוטט להלן:¹⁶

"20. Power of the court to require use of blood tests.

- (1) *In any civil proceedings in which the paternity of any person fails to be determined by the court hearing the proceedings, the court may, on an application by any party to the proceeding, give a direction for the use of blood tests to ascertain whether such tests show that a party to the proceedings is or is not thereby excluded from being the father of that person and for the taking, within a period to be specified in the direction, of blood samples from that person, the mother of that person and any party alleged to be the father of that person or from any, or any two, of these persons...*

¹⁵ Bromley, **Family Law**, 5th ed., London, 1976 pp. 286-287.

¹⁶ כפי שתוקן בשנת 2001 על ידי ה-Family Law Reform Act, 1987.

(2) *The individual responsible for carrying out scientific tests taken in pursuance of a direction under this subsection (1) above shall make to the court a report in which he shall state –*

(a) *the results of the tests;*

(b) *whether the party... is or is not excluded by the results from being the father of the person whose paternity is to be determined; and*

(c) *in relation to any party who is not so excluded, the value, if any, of the results in determining whether that party is the father or mother of that person."*

באילו מקרים יכול המשפט להכיר בממצאי בדיקות דם לחיוב?

יתכן מקרה, בו התברר על פי הראיות, שנשמעו בבית המשפט, כי האם קיימה יחסי אישות רק עם בעלה ועם פלוני. אם בדיקות הדם מוציאות את בעלה מכלל אפשרות ואינן מוציאות את פלוני – יקבע בית המשפט, כי פלוני הוא האב.¹⁷

במקרה אחר¹⁸ היתה לפני בית המשפט חוות דעת מדעית, לפיה אם ייבדקו סוגי הדם של האם, הבעל והילדה – יש אפשרות להוכיח בדרגה של 70%, כי הבעל אינו האב – אם אכן כך הדבר; ועל פי מידת ההוכחה הנדרשת לסתור את חזקת הלגיטימיות – שהיא המידה האזרחית – די בכך. הווה אומר: לא שלילה מוחלטת על פי בדיקות דם השוללות אבהות,

¹⁷ Family Law Report on Illegitimacy, Scottish Law Commission (No. 118), המופיע ב: Edinburgh, 1983, pp. 34-37.

¹⁸ S. v. S; W. v. Official Solicitor, 1972 A.C. 24 (ניתן ביולי 1970). ועיין עליו גם בעמ' 79, 86 לעיל ו- 187-189 להלן.

אלא שימוש בממצאי בדיקות הדם גם כאשר אין הם שוללים אבהות: שלילה אפשרית בדרגה גבוהה מ- 51% – די בה.

באותו עניין¹⁹ קבע בית המשפט, כי אם אחד מממצאי בדיקת הדם גורס, כי אפיונים גנטיים שיש לילד חייבים היו לעבור אליו מאדם מקבוצת אוכלוסיה מסוימת, וכי הם כה נדירים, שאם לא באו מהבעל יכלו לבוא רק מאדם אחד מאלף – הרי יש כאן למעשה הוכחת אבהות פוזיטיבית (במובן של הסתברות): כיוון שנדירה מאוד האפשרות שהאב-הנטען הוא דווקא אותו אחד מאלף, ולא בעלה של האם; ואם המקרה הוא, שאדם אחד למאה או אחד לעשרה יכול להיות האב – בהנחה שהבעל אינו האב – הרי גם אז קיימת הסתברות גבוהה, שהבעל הוא האב, וכך יש לקבוע באופן פוזיטיבי.

ישום העקרון מתואר יפה בעניין אחר,²⁰ בו הכחיש הבעל, כי הוא האב לכן שנולד לאשתו. זמן העיבור נפל במסגרת תקופה, בה לא התראו הצדדים אלא לשלוש שעות, בהן לטענת האשה (אשר הוכחשה על ידי הבעל) קיימו יחסי אישות, ובגינם נולד הילד. בדיקות הדם לא שללו את אבהותו, והצביעו על כך, שאחד מתשעה או מעשרה גברים אירופאים יכול להיות האב. בכך נכשל הבעל להרים את נטל ההוכחה המוטל עליו לסתור את חזקת הלגיטימיות,²¹ ובית המשפט קבע, כי מסקנה סטטיסטית כזאת מוכיחה אבהות פוזיטיבית מסתברת בנסיבות העניין, ותביעת האבהות נתקבלה. הוכחת האבהות באנגליה קיבלה אפוא משמעות של: "סביר יותר שכן מאשר שלא", ואין הדין האנגלי הולך לקראת ודאות מוחלטת, אלא די לו בדרגה מספקת של הסתברות.

במשך הזמן השתכללו הממצאים, שניתן להשיג באמצעות תורת קבוצות הדם; וכפי שראינו לעיל, הגיעה החוקרת Dodd למסקנה, לפיה ניתן על ידי שימוש בקומבינציה של תורת קבוצות הדם להגיע למצב, בו כל אדם, שבטעות ננקב שמו כאב – תוכח לגביו האמת על ידי בדיקות דם.

¹⁹ שם, עמ' 24 מפי ה- Lord Reid.

²⁰ T(H) v. T(E), 1971 1 All E.R. 590.

²¹ כזכור על פי ס' 26 ל- Family Law Reform Act 1969, תהדף חזקת הלגיטימיות על פי המידה האזרחית.

מן הראוי להדגיש כבר כאן, כי סעיף 25 ל-Family Law Reform Act 1969, שעניינו פרשנות, אינו מותיר ספק באשר ליכולת בית המשפט לאמץ לעצמו התפתחויות שבמדעי הדם, והמדובר הן לגבי שכלול בממצאים על פי תורת קבוצות הדם, כפי שראינו כעת, והן לגבי התפתחויות אחרות בהן נדון להלן.

בסקוטלנד²² ובאוסטרליה²³ ניתנה הכרה מלאה לערכן של בדיקות הדם לשלילת אבהות. ולא, בעבר לא היה הדבר מעוגן בחקיקה במדינות אלה, אך בהמשך אימצה סקוטלנד את החקיקה של אנגליה בעניין זה בחקיקה מקומית; וכפי שנראה להלן, למדות שיטות המשפט שלהן ויונקות מאנגליה בכל התחום הזה, וביחוד בעניין היכולת לצוות ו/או לכפות עריכת הבדיקות, והסקת מסקנות מאי ציות לכך.

דווקא **בארצות-הברית** היתה הכרת העמדה המדעית על ידי המשפט איטית יותר. במשך זמן רב נשמעו בפסיקה האמריקנית דעות, לפיהן עדות מומחה אינה חזות כל משפט. במשפט האבהות נגד צ'רלי צ'פלין²⁴ נקבעה אבהותו, וזאת בניגוד לתוצאות בדיקות הדם ששללו אבהותו באופן ודאי.

ובעניין אחר, שתוצאותיו דומות,²⁵ קבע בית המשפט של קליפורניה: "Parentage is not exclusively a subject for expert evidence"; אם כי בארצות-הברית שונה הדבר ממדינה למדינה, ואין ספק, כי גם שם מקובלת תורת קבוצות הדם כמכשיר לשלילת אבהות מזה שנים רבות.

²² כפי שלמדנו מ- Scottish Law Commission (No. 82) המופיע ב- **Family Law Report on Illegitimacy**, Edinburgh, 1983, pp. 34-37.

²³ D. Hambly and J.N. Turner, **Cases and materials on Australian Family Law**, The law book Company limited, Australia, 1971, p. 487.

²⁴ **Berry v. Chaplin** 169 p. 2d 442 (Cal 1946).

²⁵ **Arais v. Kalensnikoff** 74 p. 2d 1043, 1047 (Cal 1937).

בשנת 1955 נתכוננו בארצות הברית החוקים האחידים, שבמשך השנים שונו ועודכנו:

Uniform Act on Blood Tests to Determine Paternity²⁶ ("Blood Act")

Uniform Act of Paternity²⁷ ("Paternity Act")

Uniform Parentage Act²⁸ ("Parentage Act")

סעיף 10 ל-Paternity Act קבע כי:

א. אם התוצאה מראה, כי האב-הנטען אינו האב האמיתי – תוכרע המחלוקת בהתאם לכך (וזאת במקביל לסעיף 1 ל-Blood Act).

ב. אם אין הסכמה בין המומחים – תוגש הראיה כמות שהיא.

ג. אם מחליטים המומחים, כי בדיקות הדם מראות על אפשרות אבהותו של האב-הנטען, יהא הדבר בשיקול דעת בית המשפט, על פי מידת ההסתברות ואי-שכיחותו של סוג הדם.

סעיף 12 ל-Uniform Parentage Act הקודם קבע, בעבר, כי עדות הנוגעת לאבהות יכולה לכלול בדיקות אנתרופולוגיות, ממצאים לגבי משך ההריון ובין היתר: מבחני דם אשר ישקלו בהתאם לעדות, אם ניתן להשיגה, על ההסתברות הסטטיסטית שבאבהות האב-הנטען. כלומר גם בארצות הברית היתה קיימת הכרה בבדיקות הדם לא רק לשלילה, אלא במקרים מסוימים ניתן היה לקבוע אבהות פוזיטיבית כעולה מנסיבות העניין. יש לציין כי סעיף זה הושמט לגמרי בחוק החדש משנת 2000, כפי שתוקן ב-2002.

מצאנו לנכון להביא ביתר פירוט פסק דין אמריקני בעניין זה, המראה את התלבטות המשפט בקבלת העמדה המדעית, פסק דין שהזכרנו לעיל גם בהקשר אחר **Prochnow v. Prochnow**²⁹. במסגרת משפט גירושין בין בני-זוג, הוכרז הבעל כאבי הילד, ונדרש

²⁶ 9U.L.A. (St. Paul Supp. 1974-1976) 382.

²⁷ 9U.L.A. (St. Paul 1976) 796.

²⁸ 9U.L.A. (St. Paul Supp. 1974-1976) 369.

²⁹ **Prochnow v. Prochnow**, 80 N.W. 2d 278, 283-284 (Wis 1957), ועוד על פסק דין זה: בעמ' 80 ו-86 לעיל, ובעמוד 268 להלן.

לשלם מזונות. הבעל טוען, כי אין הוא האב. העובדות הדרושות לעניין הן אלה: בפברואר 1953 התגייס הבעל לצבא ושהה במדינה אחרת. מאז לא קוימו יחסי אישות בין בני-הזוג אלא פעם אחת בלבד ב- 12.3.54. הוכח, שמשך כל אותו זמן בילתה האשה עם גבר אחר, אם כי לא הוכח מה היה טיב היחסים ביניהם. האם הכחישה קיום יחסי אישות עם אותו גבר. ב- 8.4.54 הגישה האשה תביעה לגירושין, וב- 16.9.54 הוסיפה תביעה להכרת הבעל באבהות על העובר שברחמה. הילד נולד ב- 21.11.54. במכתביו אליה הכיר הבעל באבהותו, ולראשונה הכחישה ב- 13.2.55 בכתב ההגנה שהגיש, עת השתחרר מן הצבא.

בדיקות הדם (שבוצעו לשם הבטחון פעמיים על ידי מעבדות שונות) שללו בוודאות את אבהותו של הבעל על הילד.³⁰

בית המשפט קמא קבע, כי הבעל הוא אבי-הילד!

בית המשפט לערעורים של מדינת ויסקונסין אישר בדעת רוב את פסק הדין הזה. ונביא להלן בקיצור את נימוקיהם של שופטי הרוב, ואת נימוקיו של שופט המיעוט, שהעדיף את הבדיקות המדעיות על פני כל יתר הגורמים, שיש להביאם בחשבון.

שופטי הרוב מודעים ל- Blood Act, שנתן תוקף מחייב לתוצאות שליליות של בדיקת דם, ואולם חוק זה לא אומץ אותה עת במדינת ויסקונסין,³¹ שם החוק מציע את הבדיקה כאפשרות, אך אינו קובע כי לתוצאותיה יהיה משקל חד-משמעי, אלא קובע, כי יש לשקול את התוצאות במסגרת כלל הראיות. כיוון שמדובר במקרה בו הילד עלול להקבע כבלתי-חוקי, ובעניין כזה באותה מדינה יש להוכיח העדר אבהות של הבעל מעל לכל ספק סביר – הרי כיוון שעדות האשה היתה מהימנה על בית המשפט, אין ללכת מעבר לכך, ולו היו השופטים מעדיפים את בדיקות הדם – היו נותנים להן אפקט גדול מזה שהמחוקק התכוון שיתנו להן.

אין ספק, למקרא דעת הרוב, כי לו החוק באותה מדינה היה קובע, כי תוצאות בדיקות הדם השוללות אבהות הן חד-משמעיות – היה פסק הדין שונה. אולם מעניינת ויפה היא דעת שופט המיעוט (Wingert), שכבר אז, גם בהעדר חוק מפורש המכיר בעמדה המדעית,

³⁰ התוצאות מבדיקת מערכת ABO היו כדלקמן: AB – האב, OO – האם, OO – הילד.

³¹ מאז שונה החוק – ראה להלן בעמוד 268-269.

אימץ הוא אותה כאחת ואין בלתי. השופט קבע שבמקרה זה האב:

"Can no more be the father of such a child than a dog can be the father of a cat..."³²

כלומר: פשוט אי-אפשר לקבוע אבהות במקרה כזה! כיוון שמומחים רבים העידו וכתבו בספרות, שלא יתכן שילד בעל סוג דם O יהיה בנו של אדם בעל סוג דם AB; וכיוון שאין חריג לכלל זה – יצא הבעל מכלל אפשרות של אבהות. לדעת השופט, עניין זה הוא בידיעה כללית וחלק מידיעת בית המשפט, ועל כן אינו חייב להיות מעוגן בחוק מפורש, והשופט מצטט מן הספרות הרפואית כדלקמן:³³

"Judicial disregard of blood test exclusions is no doubt due to a misconception of the true nature of the exclusion, which is a demonstrable and scientific fact of life. It is neither controversial nor in the field of expert testimony. The pathologist whose report excludes paternity is not giving 'opinion' evidence. He is testifying to the reaction of the red blood cells – testifying to a fact of life and nature."

בפסק דין זה ובעימות הקיים בו, אנו עדים למצב ביניים, לפיו גם כשיש חוות דעת מדעית חד-משמעית השוללת אבהות, הרי בית המשפט קובע אבהות הבעל מסיבות "משפטיות", כגון העדר חקיקה הנותנת תוקף מחייב לממצאים כאלה, וזאת ביחוד בשים לב למידת ההוכחה הגבוהה הדרושה במקרה כזה, בו עלולות להיות נפקויות קשות של שינוי סטאטוס בלתי-רצוי לילד.

כיום לא נראה לנו, שפסק דין כזה היה ניתן, ואף לא במדינת ויסקונסין, כיוון שהחוק בה שונה ומכיר בערכן של בדיקות הדם ללא כל עוררין ומכיר אף בסמכות בית המשפט לחייב את הצדדים להבדק בן.

³² Prochnow v. Prochnow, 80 N.W. 2d 278, 283 (Wis 1957).

³³ שם, עמ' 284.

ג. המשפט העברי

1. כללי

להלן נבחן מה עמדת המשפט העברי בסוגיה זו, ובאיזה אופן מכיר הוא בעמדה המדעית.³⁴

אומר התלמוד הבבלי:³⁵

”תנו רבנן: שלושה שותפין יש באדם – הקב”ה ואביו ואמו. אביו מזריע
הלובן שממנו עצמות וגידים וצפרניים ומוח שבראשו ולובן שבעין. אמו
מזרעת אודם שממנו עור ובשר ודם ושערות ושחור שבעין והקב”ה נותן בו
רוח ונשמה וקלסתר פנים וראיית העין ושמיעת האוזן ודבור פה והלוח
רגליים בינה והשכל.”

חכמינו סברו אפוא, כי הדם נובע רק מן האם, דבר העומד בניגוד מוחלט לקביעת המדע
המודרני, לפיה הדם בא משני ההורים גם יחד ללא יוצא מן הכלל.

על סמך ברייתא זו פוסק **כב' הרב אלכסנדר זוסלין הכהן** בעל “ספר האגודה” הלכה:³⁶

”נשאלתי על איש שמתו לו שני בנים מחמת מילה ומתה אשתו ונשא
אחרת וילדה. ואמרתי למולו... דמן האשה נולד הדם וכן עשה ומל וחיה.”

וזה בהקשר להלכה הקובעת, שבמקרה שמתו שני בנים מאשה אחת מחמת מילה, אין
למול את הבן השלישי עד שיגדל;³⁷ ואין זה משנה אם הבן השלישי הוא מאותו בעל או
מבעל אחר, וכאן קובע בעל ‘ספר האגודה’, שאם הבן השלישי הוא מאשה אחרת – יש
למולו.

³⁴ את הדברים שלהלן בסוגיה זו למדנו בעיקר ממאמרו של ד' פרימר, “קביעת אבהות”, **שנתון המשפט העברי**, כרך ה (תשל”ח) 219, 239 (מאמר זה פורסם במהדורה שניה בחוברת **אסיא**, מאמרים, תמציות וסקירות בענייני הלכה ורפואה, הוצאת מכון שלזינגר (שבט התשמ”ג, פברואר 1983) כרך ט, חוברת ג, 38), ומפסקי דין רבניים שיאזכרו להלן.

³⁵ נדה, דף ל”א, ע”א.

³⁶ ד' פרימר, “קביעת אבהות”, **שנתון המשפט העברי**, כרך ה (תשל”ח) 219, 226 (מאמר זה פורסם במהדורה שניה בחוברת **אסיא**, מאמרים, תמציות וסקירות בענייני הלכה ורפואה, הוצאת מכון שלזינגר (שבט התשמ”ג, פברואר 1983) כרך ט, חוברת ג, 38).

³⁷ שבת, דף קלד ע”א, טור ושו”ע יורה דעה, הלכות מלה, סי’ רסג, סע’ ב’.

בעקבות פסק זה הולך הרמ"א להלכה³⁸ ו-הב"ח אף למעשה.³⁹ בשלב זה יש לשאול את השאלה: כיצד מתייחסת ההלכה למקרים בהם קיימת סתירה בין קביעות חז"ל לקביעות המדע?

בהכללה נאמר, כי קיימות שתי אסכולות בעניין זה. האחת, שהרמב"ם מייצגת,⁴⁰ סוברת כי במקרה כזה אין אנו כבולים ומחוייבים לקבל את ההכרעות המדעיות של חז"ל, שגדולתם היא בתחום ההלכה, אבל בתחום המדע אין הם מעורכנים. השניה סוברת, שעלינו תמיד להחזיק בדברי חז"ל, כי "סוד ה' ליראיו", ואין להאמין לדברי המדע, כשאלה סותרים את קביעות חז"ל.⁴¹ רבים מהרבנים בזמנים השונים ועד היום דוגלים בדעה אחרונה זו, לפיה אמירות חז"ל בנושאים מדעיים, הן בגדר "קביעות הלכתיות", והשוללת תיאוריות מדעיות נוגדות.

מעניינים דברי הדיינים ב-תיק התשט"ז/1755; 1198,⁴² שלאחר שקיבלו את דעת חז"ל בדבר הקביעה, כי הדם בא מן האם, הם מוסיפים:

"ברם אחרי ברור בזה, קובע ביה"ד כי י"ל שאין סתירה מהא דמוכח במסכת

³⁸ רמ"א על שו"ע יורה דעה, שם.

³⁹ ב"ח על טור יורה דעה, שם.

⁴⁰ מורה נבוכים, חלק ג, י"ד, ש"ד-ש"ה (תרגום ר' יוסף קאפח, מוסד הרב קוק, ירושלים, התשל"ב). לעניין זה: ד' פרימר "קביעת אבהות על-ידי בדיקת-דם במשפט הישראלי ובמשפט העברי" שנתון המשפט העברי ה (תשל"ח), 219; א' וסטריין "רפואה ומדע-הטבע בפסיקת בתי-הדין הרבניים" משפטים כו (תשנ"ו) 425.

תחילה קבע הרמב"ם את העקרון, לפיו ניתן להסתמך על מקורות מדעיים גם לצורכי המערכת ההלכתית, אפילו מקורם בעמים אחרים, בתנאי שאלה בוססו כראוי ואומתו בראיות טובות. (הרמב"ם, משנה-תורה, קדוש-החדש, יז, כד). בהמשך התמיד הרמב"ם והרחיק-לכת יותר, בפוסקו (הרמב"ם, מורה-נבוכים, ג, יד וראו, לעניין זה, גם דבריו של הדיין הרב ש' דיכובסקי בתיק 866/מא בבית-הדין הרבני האזורי באשדוד, פד"ר יג 51): "אלא כל מה שאפשר לבאר דברי האדם כדי שיהא תואם את המציאות שהוכחה מציאותה, הוא יותר עדיף ונכון..."

לדידו של הרמב"ם, עובדות מדעיות שמובאות אצל חז"ל מבוססות על חכמת-המדע כפי שהיתה באותה עת, וניתן לסתור אותן בעזרת חכמת-מדע עדכנית יותר. מותר לנו לקבוע הלכות חדשות המתחדשות בימינו על-יסוד ממצאי חכמי-הטבע והמדענים של ימינו, למרות שהדברים נוגדים, לכאורה, את הבנת הטבע של חז"ל.

⁴¹ עיין המקורות ד' פרימר, "קביעת אבהות", שנתון המשפט העברי, כרך ה (תשל"ח) 219, 227-228, והערה 44 שם (מאמר זה פורסם במהדורה שניה בחוברת אסיא, מאמרים, תמציות וסקירות בענייני הלכה ורפואה, הוצאת מכון שלזינגר (שבט התשמ"ג, פברואר 1983) כרך ט, חוברת ג, 38).

⁴² תיק התשט"ז/1755; 1198, פד"ר ב 119.

נדה הנ"ל דם בא מן האם לקביעת המדע שאפשר לקבוע אבהות הילד על סמך בדיקות דמו של האב ושל הילד, כי הבדיקה מתייחסת לא רק לגוף הדם אלא לתאי ורקמות הדם, וזה בא מכח האב גם כן, ולכן לעניין אחים שמתו מחמת מילה היות וזה קשור בגוף הדם לפי שיטה ראשונה שבשו"ע יו"ד הנז', תלוי זה רק באם, אבל בדיקת הדם שאינה מגוף הדם, אלא קובעים זה על סמך תאי ורקמות הדם שבגוף הדם, זה יכול להיות תלוי גם באב.

ולמרות שעדיין אין בדברים אלה דיוק, שיתקבל על דעת אנשי המדע, הרי יש לברך על צעד ליברלי זה של הדיינים, שגם באמצע את דעת חז"ל מנסים הם למצוא איבחון לצורך מקרים אחרים.

ישנם פוסקים, המוכנים מראש לקבל את דעת האסכולה המיוצגת על ידי הרמב"ם, ולקבל את קביעת המדענים כמות שהיא; כשחלקם מעמידים זאת על קיום מחלוקת פנימית בקרב חז"ל בסוגיית מקור הדם, ואם קיימת מחלוקת כזאת – הרי יש להכריע בה על פי קביעות המדע; והחלק האחר מקבל את קביעת המדע כחד-משמעית, ללא קשר למחלוקת בקרב חז"ל, אלא כקביעה נכונה יותר בדבר אמת מדעית, הידועה בכל העולם כולו.⁴³ להלן נמצא פסקי דין רבניים המוכנים להסתמך על בדיקות דם לצורך בירור שאלת האבהות.

ב-**תיק התשמ"ב/378**,⁴⁴ שניתן בבית הדין הרבני אשדוד על ידי **כב' הרב שלמה דיכובסקי**, ושעליו נרחיב הדיבור בהמשך לגבי בדיקת הרקמות, מציין אב בית הדין דברי שניים ממחברי זמננו, שיצאו בתוקף בזכות בדיקת הדם להוכחת אבהות:

"בחיבורו הגדול המקיף של ה"ר אברהם אהרן פרייס 'משנת אברהם' על 'ספר חסידים' (ת"א סימן רצ"א) הקשה איך סמך רב סעדיה גאון על בדיקתו, הרי ע"פ שנים עדים יקום דבר? וכתב: 'לאחר העיון נראה דהא

⁴³ ראה פירוט הדעות, ד' פרימר, "קביעת אבהות", **שנתון המשפט העברי**, כרך ה' (תשל"ח) 219, ע"ע 228-230 (מאמר זה פורסם במהדורה שניה בחוברת **אסיא**, מאמרים, תמציות וסקירות בענייני הלכה ורפואה, הוצאת מכון שלזינגר (שבט התשמ"ג, פברואר 1983) כרך ט, חוברת ג, 38) 47-50, בהם מובאת דעתו המעניינת של **הרב יצחק איזיק הלוי הרצוג**, המכיר באופן מוחלט בערכה של בדיקת הדם לשלילת אבהות.

⁴⁴ תיק התשמ"ב/378 בית הדין הרבני אשדוד (לא פורסם) כפי שמצאנו ב**אסיא** מאמרים, תמציות וסקירות בענייני הלכה ורפואה (הוצאת מכון שלזינגר, שבט התשמ"ג, פברואר 1983) כרך ט, חוברת ג.

דהצריכה תורה שני עדים לעניין ממון הוא מטעם בירור... אבל במקום שיש בירור גמור אז אין הדבר צריך לעדים. לכן אם מתברר בבירור גמור שלא ע"י עדים, ג"כ אנו יכולים לחייב ממון. והבחינה הלזו של רבנו סעדיה היא בירור גמור, כי מה שמתברר ע"י חכמת הטבע אמת היא. ובספר 'משמרת החיים' (ה"ר חיים דוד רגנשברג סימן ל"ז) כתב: 'בדיקות הדם יוצאים מגדר אומדנא או השערה, ההנחה המדעית שהדם הנוזל בעורק הוולד הוא מאותו סוג של מולידיו, הוא חוק טבעי שאין בו יוצא מן הכלל, ולפיכך הוכחות כאלו הן ודאות חלוטית, שאפילו אם יהיו עדויות נגדו נכריע את הכף כמותן והעדים יהיו בעינינו כשקרנים...'".

השאלה המורכבת יותר, שכפי שראינו גם במשפט הכללי יש לה תשובות והתייחסויות שונות, היא **מה המשקל הראייתי**, אם בכלל, שהמשפט העברי מוכן לתת להכרתו-לעתים בעמדה המדעית?

ולצורך הדיון בשאלה יש להפריד בין דיני ממונות לדיני איסורין ונפשות.

2. דיני ממונות

מצאנו בספר חסידים:⁴⁵

"הנה מעשה ברב סעדיה בן יוסף החכם באחד שהלך למדינת הים עם עבדו והוליך עמו ממון גדול ואשתו היתה מעוברת. לימים מת האדון והניח כל הממון והלך העבד והחזיק בנכסיו ויאמר העבד אני בנו. כשגדל הבן שהולידה שמע שמת אביו הלך לתבוע נכסיו שהחזיק בהם העבד ונתחתן בגדולי הדור והיה ירא הבן לפתוח פיו פן יהרגוהו ונתאכסן בבית רב סעדיה והניח לפניו לאכול ולא אכל עד ששם לפניו אלו הדברים. נתן לו עצה לדבר אל המלך וכן עשה. שלח המלך אחר רב סעדיה לדון דין זה וצוה רב סעדיה להקזיז דם זה בספל אחד ודם זה בספל אחר ולקח עצם של אבי הבן והניח בספל העבד ולא נבלע הדם ולקח העצם ושם אותו בספל הבן ונבלע הדם בעצם כי הוא גוף אחד ולקח רב סעדיה הממון ונתנו לבנו..."

⁴⁵ **ספר חסידים** (מוסד הרב קוק, ירושלים, התשכ"ד) סימן רלב, עמ' ר"ז.

מסיפור זה, שאליו התייחס **כב' הרב ש' דיכובסקי** בציטוט האחרון שהבאנו, אנו למדים, שניתן על יסוד בדיקה מדעית הקשורה לדם להכריע בדיני ממונות הקשורים לענייני אבהות. **וכב' הרב וינברגר**,⁴⁶ למשל, מגיע, בין היתר על פי סיפור זה, למסקנה, כי בענייני ממונות כגון חיוב מזונות וזכות ירושה, ידיעה ברורה כגון האמיתות שבתוצאות בדיקת הדם נחשבת כהודאה של האב, "כהודאה עצמית".

ב-**תיק התש"ך/1005**⁴⁷ דן בית הדין הרבני האזורי ת"א-יפו בסוגיה המעניינת: מה קורה כאשר יש סתירה בין החזקה, לפיה "רוב בעילות אחר הבעל", לבין הידיעה המדעית, לפיה "רוב ילדים דמם זהה להוריהם". הרי ברור, כי קביעה מדעית היא קביעה של "רוב", ואף אם עדיין לא נמצא לה יוצא מן הכלל אין היא קביעה של 100%. ואם כן, איזה מן הכללים יחול? והאם במקרה שתישלל אבהותו של הבעל על הילד באמצעות בדיקות הדם נקבל אותן או שנעדיף את חזקת רוב בעילות אחר הבעל? יש להדגיש, כי הדיון היה בעניין מזונות בלבד.

בית הדין קבע, כי הרופאים נאמנים לקבוע, כי סוג דמו של ילד אינו זהה לסוג דמם של ההורים, וממילא יצא ילד זה מן הכלל, שרוב ילדים דמם זהה לזה של הוריהם. כתוצאה מהספק נוצר מצב של תיקו; ועל כן נפסק, שהבעל הנתבע פטור מלשלם מזונות עבור הילד.

וברור מקל וחומר, שכשאינן כלל חזקת רוב בעילות אחר הבעל – כלומר: כשבבן מן הפנויה עסקינן – אין ספק, כי בית הדין יכריע בשאלת האבהות בענייני ממון על פי הממצאים, כפי שיתגלו בבדיקות המדעיות.

אולם, כפי שכבר רמזנו לעיל מספר פעמים, לא הרי קביעת **מזונות** כהרי קביעת **ירושה**, שיש לה היבט יותר in-rem, המשפיע על מספר רב יותר של נפשות. אם בדיקת הדם תשלול אבהותו של האדם על הילד – יהא הילד רק ספק-יורש על כל המשתמע מכך; ואולם כל עוד בדיקת הדם לא תקבע באופן פוזיטיבי חד-משמעי, כי הילד הוא בנו – הרי לא יוכל לרשת, כיוון שלא די בהערכה או אף בהסתברות גבוהה לצורך קביעת מעמד של

⁴⁶ **יד אפרים**, כפי שמביא, ד' פרימר, "קביעת אבהות", **שנתון המשפט העברי**, כרך ה (תשל"ח) 219, (מאמר זה פורסם במהדורה שניה בחוברת **אסיא**, מאמרים, תמציות וסקירות בענייני הלכה ורפואה, הוצאת מכון שלזינגר (שבט התשמ"ג, פברואר 1983) כרך ט, חוברת ג, 38).

⁴⁷ **תיק התש"ך/1005**, פד"ר ה 346.

יורש. ויש מן הפוסקים, המכירים בערכה של בדיקת הדם, אשר מוסיפים, כי כל עוד היא אינה "עניין ברור מאה אחוז בהחלט" – הרי היא אומדנא, שאין לסמוך עליה,⁴⁸ ונראה כי לדידם אמור הדבר הן בזכות לירושה והן בזכות למזונות, כיוון שאין להוציא ממון מספק. מכל מקום לעניין הזכות לירושה – לעולם לא תשלל זכותו של ילד התובע זכות ירושה לחלוטין ולעולם לא תקבע פוזיטיבית לחלוטין, כיוון שבכל מקרה קיים ספק כל שהוא והילד יהיה ספק-יורש.⁴⁹

3. דיני איסורין ונפשות

מה תהא הנפקות של בדיקת דם השוללת אבהותו של הבעל על בן-האשה, ושיש בקבלתה כדי קביעה כי הילד הוא ממזר?

אומר **כב' הרב רגנשברג**:⁵⁰

"אמנם אם בדקו דמו של הילד ונמצא שאיננו מאותו סוג דם של המוחזק לאביו, אין דינו של הילד ודין האם שווים. כי ביחס להאם בדיקה זו דיה לאוסרה על בעלה, שהרי ברור הדבר שזנתה. אבל ביחס לילד אין הוא פסול מן התורה כל זמן שלא נודע לנו מי הוא אביו. כי אפילו אם זנתה אמו אין הולד ממזר אם הבעל היה נכרי, יבמות מד, ב, ואם האם אומרת שמעכו"ם נתעברה נאמנת להכשיר גם את הילד אפילו מדרבנן כמו שכתב הרמב"ם פט"ו מאיסורי ביאה הי"ט... ואם האם שותקת ואינה מגלה לנו ממי נבעלה הרי הילד שתוקי."

⁴⁸ ד' פרימר, "קביעת אבהות", **שנתון המשפט העברי**, כרך ה (תשל"ח) 219, (מאמר זה פורסם במהדורה שניה בחוברת **אסיא**, מאמרים, תמציות וסקירות בענייני הלכה ורפואה, הוצאת מכון שלזינגר (שבט התשמ"ג, פברואר 1983) כרך ט, חוברת ג, 38).

⁴⁹ בעוד שעל פי המשפט הישראלי, אם יקבע בית המשפט כי הנתבע אינו האב – זו היא קביעה חד-משמעית והילד לא יהיה יורש. אולם המשפט העברי מכיר בערך הבדיקות בכפוף לכך, שאין ודאותן מגיעה ל-100%, ולכן תמיד יהא ספק.

⁵⁰ **ספר משמרת החיים** עמ' קמב, כפי שמביא ד' פרימר, "קביעת אבהות", **שנתון המשפט העברי**, כרך ה (תשל"ח) 219, 234 והערה 77 שם (מאמר זה פורסם במהדורה שניה בחוברת **אסיא**, מאמרים, תמציות וסקירות בענייני הלכה ורפואה, הוצאת מכון שלזינגר (שבט התשמ"ג, פברואר 1983) כרך ט, חוברת ג, 38).

קיימת מחלוקת פוסקים בשאלה, אם ניתן לפסול ילד כממזר על סמך בדיקת דם.⁵¹
ב-תיק התש"ך/1005⁵² נטה בית הדין לפסול ילד כזה ולהכריזו כספק ממזר, אך הסתייג מקביעה סופית באמרו:

"ברם מאחר ועניין בדיקת דם הוא דבר חדש, עדיין לא התברר ולא נמצא בפוסקים אין בית דיננו נוקט לע"ע כל עמדה סופית בנוגע לכשרות הילדה ועוד חזון למועד כזה."

ומה בעניין דיני נפשות?

נאמר "מכה אביו ואמו מות יומת".⁵³ האם בהנחה שהוכח כנדרש, כי הבן הכה את אביו מחויב הלה מיתה? האם יכיר המשפט העברי בתוצאות בדיקת דם כדי להוכיח או לשלול את זהות המוכה כאביו של המכה? לעניות דעתנו, מיותר הדיון בעניין זה כמות שמצאנוהו⁵⁴ כל עוד נוגע הוא לבדיקת הדם על פי תורת קבוצות הדם; שכן בדיקות אלה, כאמור, מאפשרות לכל היותר **לשלול** אבהות, ואם כך – לעולם לא נוכל להגיע למצב בו נִזְקֵק לכלל של "ספק נפשות להקל" בעניין זה. כיוון שאם בדיקת הדם תשלול את האבהות – יצא הנאשם זכאי, ובכגון דא אין נפקא מינה, שתוצאות בדיקת הדם לשלילה אינן ודאיות ב- 100%, אלא רק ב- 99%. ליותר מכך אין לנו לצפות מסוג זה של בדיקה; ואין ספק, שלא נוכל על פיה לקבוע אבהות פוזיטיבית במשפט פלילי.

נוסיף, כי אין כאן מקום להבחין, כפי שמצאנו במאמר הנ"ל של **המלומד ד' פרימר**, בין מקרה בו אלמנט האבהות נדרש לצורך הוכחת מעשה העבירה עצמו או עושהו, לבין מקרה בו אלמנט האבהות נדרש לצורך הוכחת יסוד אחר, המרכיב את העבירה, כגון הסטאטוס של הנאשם או הקרבן, שאז די בהוכחה בדרגה של 51%. כיוון שהן במקרה הראשון, למשל: אדם הנאשם באיננו ויש צורך להוכיח את אשמתו באמצעות בדיקת דם שלו ושל הבן שנולד לנאנסת; והן במקרה השני, למשל: בדיקת דם של המכה והמוכה לצורך הוכחת

⁵¹ פרימר, שם, 234-235.

⁵² תיק התש"ך/1005, פד"ר ה' 346.

⁵³ שמות, כ"א, 15; רמב"ם, הלכות ממרים, פרק ה, הלכה ה.

⁵⁴ ד' פרימר, "קביעת אבהות", **שנתון המשפט העברי**, כרך ה' (תשל"ח) 219, 236-238 (מאמר זה פורסם במהדורה שניה בחוברת **אסיא**, מאמרים, תמציות וסקירות בענייני הלכה ורפואה, הוצאת מכון שלזינגר (שבט התשמ"ג, פברואר 1983) כרך ט' חוברת ג', 38).

אלמנט "האבהות" – לא נוכל לעולם לקבוע אבהות פוזיטיבית; אלא, לכל היותר, רק לשלול את האבהות לצורך זיכוי הנאשם.

עם זאת יש לציין, כי כשבבדיקת סיווג הרקמות וה-D.N.A. מדובר – יפים הדברים ונכונים! לאמור: לא יפריע לנו, שאין בבדיקה ודאות של 100% כי אף "רוב" של 51% די בו לצורך הוכחת יסודות העבירה (במובחן מביצוע העבירה עצמו); ואין ספק, שבדיקות אלה עונות לקריטריון זה ומתאימות לדיון הנ"ל.

ד. סיכום

לסיכום תת-פרק זה של הכרת המשפט בעמדה המדעית נציין, כי כל שיטות המשפט – כשזו גם דעת רוב הפוסקים במשפט העברי – מוכנות לקבל את קביעת המדע, לפיה יש בכוחן של בדיקות דם לשלול אבהות. בכל השיטות שלילת אבהות פוטרת את האב-הנטען מן החובה לתשלום מזונות, ופוטרת את עזבונו מן החובה לתשלום ירושה. לפי המשפט העברי, שלילת האבהות תסווג את הילד כ"ספק יורש".

שיטות המשפט באנגליה ובארצות הברית נוטות במקרים מסוימים לקבוע אבהות **פוזיטיבית** על סמך בדיקות דם, וראינו רמז לכך, אם כי אין לייחס לו חשיבות רבה מדי, גם בפסק דין בישראל. המשפט העברי וכן גם הדין בישראל על פי רוב, ובמדינות רבות אחרות – רואים בתורת קבוצות הדם מקור אפשרי לשלילת אבהות בלבד ולא לקביעה פוזיטיבית שלה.

בשיטות המשפט באנגליה ובארצות הברית, בהתקיים תנאים מסוימים, יש אפשרות לקבוע ילד כבלתי-לגיטימי על סמך תוצאות של בדיקת דם. לא ברור מה הדין על פי המשפט העברי ועל פי המשפט הישראלי. נדגיש, כי לאחר קבלתה של תורת קבוצות הדם כחלק מידיעת בית המשפט בישראל, יתקשו בתי המשפט ובתי הדין להתעלם מתוצאות שליליות של בדיקות דם, ותהא נפקותן אשר תהא, ואף לעניין ממזור.⁵⁵

⁵⁵ הדבר יכול להפתר, או בהמנעות גמורה מלהוכיח אבהות במקרים שמדובר בן מן האשה הנשואה, או במציאת פתרונות אחרים כשהדבר אפשרי, כגון: העדת האם שנבעלה לנכרי או העדתה שאינה יודעת מי אבי-הילד והכרזתו כשתוקי, למרות שכלל לא ברור שעדיף היות שתוקי, שהוא ספק ממזר, על היות ממזר ממש. ועיין על כך עמ' 13 לעיל ועמ' 245-250 להלן.

לעניין המשפט הפלילי אין נפקות מיוחדת לבדיקה זאת, לצורך הרשעת הנאשם אלא רק לצורך זיכוי, כשבדיקת הדם שוללת אבהות. אם תמצא בדיקה מדעית הקובעת פוזיטיבית אבהות – וכפי שנראה להלן, זו אכן נמצאה – יהא לה ערך רב בתחום זה של המשפט הפלילי אף לצורך מציאת הנאשם והרשעתו.

3. הסמכות לצוות על עריכת הבדיקה והסקת מסקנות מאי-הסכמה לעריכתה

עד כאן ראינו מה עמדת המשפט לגבי תוצאות של בדיקת דם, המובאות בפניו על ידי הצדדים. אולם במקרה שהצדדים או אחד מהם אינם מוכנים להבדק בבדיקה זו, ולנוכח חשיבותה במקרים מסוימים בעיני הערכאה השיפוטית, האם רשאי בית המשפט לצוות על עריכתה? ואם אכן רשאי הוא ועושה כן ואחד הצדדים אינו נענה לצו – האם מותר לבית המשפט לכפות את הצו? ואם כן – באיזה אופן? ובמקרה שאין סמכויות כאלה של ציווי ו/או כפייה – האם מותר לרשות השופטת להסיק מסקנה איזו שהיא מאי-הסכמתו של צד לערוך את הבדיקה?

גם לשאלות אלה נמצא תשובות מגוונות בשיטות המשפט השונות, כשההגיון העומד מאחוריהן הוא, שככל שההכרה בערכו של הממצא המדעי רבה יותר – כן גדלה השאיפה לקבלו ולסכל את נסיונות הצדדים להכשיל עשיית הצדק. אולם הכל תוך כדי נסיון זה או אחר לשמירה על חירות האדם, על כבודו העצמי ועל שלמות גופו.

לפי **המשפט המקובל**, אין לבית המשפט הסמכות להורות לאדם מבוגר להבדק בבדיקת דם, כיוון שהוראה כזאת פוגעת בחירות הפרט ובזכותו על שלמות גופו.⁵⁶ האמנם הזכות של אדם על שלמות גופו נפגעת על ידי דקירת המחט הגורמת לדמו לנטוף? ואף אם כזהו

⁵⁶ Cross, *On Evidence*, 4th ed. Butterworths, London 1974, p. 64; א' הרנון, **דיני ראיות**, חלק שני (המכון למחקרי חקיקה, האוניברסיטה העברית בירושלים, התשל"ט-1979) 328. נעיר כאן, כי במשפט הפלילי הנוהג בישראל אסור לבצע בחשוד בניגוד לרצונו כל בדיקה, הכרוכה בחדירה לגופו, כגון בדיקת חוקן ובדיקת דם, וזאת במובחן מבדיקה של טבילת אצבעות, למשל, שאינה כרוכה בחדירה לגופו. סעיף 1 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף החשוד), התשנ"ו-1996, קובע כ"חיפוש חיצוני", בין היתר: "לקיחת טביעה של כל חלק מהגוף..." ועיין על כך גם: בג"צ 355/79, 370, 373, 391 **קטלן ואח' נ' שירות בתי הסוהר ואח'**, פ"ד (לד) 294 (1980); ע"פ 184/62 **פרץ נ' היוה"מ**, פ"ד יז 2104 (1963).

המצב במשפט הפלילי עקב סיבות של הפללה עצמית – האמנם כך צריך הוא להיות גם בתחום של דיני הוכחת אבהות, שכפי שראינו רוב שיטות המשפט רואות בו הליך אזרחי?

ספקות כאלה ואחרים, וחשיבות הנושא של הוכחת האבהות הביאו את רוב מדינות אירופה וארצות הברית לצוות, ולעתים אף לכפות את ביצוע בדיקת הדם, ומכל מקום – להסיק מסקנה מסרוב לעריכתה.

מדינות אירופה הן המחמירות ביותר, ובדרך כלל אין הן מסתפקות בצווים, אלא כופות את הצד המסרב להשמע לצו – לערוך בדיקת דם.

הדין הגרמני מבחין בהליכים שונים, אשר במסגרתם יכול בית המשפט להורות על ביצוע מבחני דם. הכלל השליט הוא, כי הצדדים חייבים לתת דגימת דם לצורך הכרעה בשאלת האבהות, ובית המשפט רשאי לכפותם לכך.⁵⁷

על-פי **הדין הצרפתי** חייב השופט לצוות על עריכת בדיקות דם לשלילת אבהותו של אדם, אם נתבקש לכך במסגרת ההליך על ידי האב-הנטען באופן הקבוע בחוק. למרות שהחובה לצוות על מבחני דם קיימת רק כאשר האב-הנטען דורשה להזמה – קבעה הפסיקה בצרפת, כי מאחר שאין הוראה האוסרת על בית המשפט לצוות על בדיקה – הרי רשאי הוא לעשות כן, בין מיוזמתו ובין מיוזמת האם או הילד בכל עת.⁵⁸

בדנמרק בדיקת הדם היא חובה מתוך כפיה, ואין רואים בכך פגיעה בזכויות קונסטיטוציונאליות של האזרח.⁵⁹

החוק השוויצרי מחייב את בעלי הדין "לשתף פעולה" באופן אישי בנוגע לעריכת בדיקות הדם, והוא כאשר אין חשש לסכנה בריאותית לנבדק כתוצאה מעריכת הבדיקה, וכאשר הדבר דרוש לצרכי הוכחת אבהות. במקרה של סרוב מפורטים בחוק האמצעים בהם מותר ורצוי לנקוט כסנקציה על בזיון בית המשפט, ומכל מקום יסיק בית המשפט מהסרוב את

⁵⁷ ע"א 548/78 **שרון ואח' נ' לוי**, פ"ד לה(1) 637, דברי כב' השופט מ' אלון בעמ' 750, ועיין המקורות המובאים שם; ע' קפלן, ח' בראוטבר, ד' נלקן, "אבהות כשאלת מדעי הדם", **עיוני משפט** ז' (תשל"ט-1979), 46, 67-68 והערה 85 שם.

⁵⁸ ע' קפלן, ח' בראוטבר, ד' נלקן, **שם**, עמ' 68.

⁵⁹ H.D. Krause, **Illegitimacy: Law and Social Policy**, The bobbs-Merrill Comp. inc. Indianapolis, Kansas city, New York, 1971, p. 136, note 38.

המסקנה הנראית בעיניו.⁶⁰

גם **בארצות-הברית** אומצה במדינות רבות הגישה המאפשרת לבתי המשפט לצוות על עריכת בדיקות דם. על פי החוקים האחידים, שהזכרנו לעיל, ושומצו במספר מדינות, יכול בית המשפט להסיק מסקנה נגד הצד המסרב, ובפועל לעתים אף לכפותו לכך. ס' 7 ל-Paternity Act קובע:

"The Court may resolve the question against such party or enforce its order if the right of others and the interests of justice so require."

העקרון הוא, כי בית המשפט יכול לפתור את שאלת האבהות נגד צד סרבן או לכפות את הצד, אם זכויות הצד השני ואינטרס הצדק דורשים זאת.

גם בחלק ניכר מאותן מדינות בארצות הברית, שלא אימצו את הוראות החוקים האחידים, פסקו בתי המשפט הלכה, לפיה ניתן לכפות עריכת בדיקות דם, ואלה תתקבלנה כראיה בבית המשפט.⁶¹

הפסיקה האמריקנית אינה רואה בכפיית הבדיקות משום פגיעה בחופש הפרט, העומדת בסתירה לחוקה; ומעדיפה את האינטרס שבשירות המשפט לטובת הכלל אף במחיר הפיכת הילד לבלתי-לגיטימי.⁶²

המשפט האנגלי קיצוני פחות, ובדרך כלל אינו מאפשר כפיית הצד המסרב לעריכת בדיקת דם, אלא מסתפק בצווים, שהעדר מימושם מאפשר לו להסיק מסקנה נגד הצד הסרבן. מצב זה קיבל גושפנקא ב-Family Law Reform Act 1969, שהפרק השלישי שלו נותן תוקף לבדיקות הדם:

סעיף 20(1) לחוק מקנה לבית המשפט סמכות לצוות עריכת הבדיקה על האם, על הילד, על האב-הנטען ועל כל צד אחר הקשור לשאלת האבהות.

⁶⁰ כפי שמצאנו ב- ע"א 548/78 **שרון ואח' נ' לוי**, פ"ד לה(1) 637 (1980), דברי כב' השופט מ' אלון בעמ' 750, ועיין המקורות המובאים שם.

⁶¹ שם, שם.

⁶² ע' קפלן, ח' בראוטבר ו-ד' נלקן, "אבהות כשאלת מדעי הדם" **עיוני משפט ז'** (תשל"ט-1979) 46, 67.

סעיף 21(1) לחוק קובע, כי בכפוף לסעיפים-קטנים (3) ו- (4) דלהלן לא תלקח דגימת דם מאדם בניגוד להסכמתו.

וסעיפים-קטנים (3) ו- (4) לאותו סעיף 21 קובעים, כי בקטין מתחת לגיל 16 וכן בחולה נפש ניתן לערוך בדיקת דם גם ללא הסכמתם, אם ניתנה לכך הסכמת אפוטרופסם, ובמקרה של חולה נפש – גם הסכמת הרופא המטפל.

סעיף 23 (1) לחוק קובע, כי במקרה של סרוב צד להבדק, יסיק מכך בית המשפט את המסקנות המתחייבות בנסיבות העניין:

"Where a court gives a direction under Section 20 of this Act and any person fails to take any step required of him for the purpose of giving effect to the direction, the court may draw such inferences, if any, from that fact as appear proper in the circumstances."

הקושי בישום שיקול הדעת המוקנה לבית המשפט התעורר כאשר היה חשש שטובת הילד תפגע אם ינתן צו לעריכת הבדיקה – דהיינו יוטל עליו פסול של ילד בלתי-לגיטימי.

סמוך לחקיקת חוק זה ניתנו באנגליה שני פסקי דין סותרים בנקודה זו, שהובאו אחר כך במאוחד לערעור בפני בית הלורדים.⁶³ בעניין זה נפסק, כי כששאלת האבהות שנויה במחלוקת לגבי ילד שנולד מנישואין, הרי הראיה של מבחני הדם היא הטובה ביותר הן למען האמת והן לטובת הילד. בית הלורדים מסביר, כי הכפייה לערוך בדיקת דם אסורה, כיוון שיש בה משום פגיעה בחופש האדם, אולם רשאי בית המשפט להורות על עריכת הבדיקה, ובמקרה של סרוב – רשאי הוא להסיק מסקנות מתחייבות מכך. סמכות זאת קיימת מכח הסמכות הנלווית, הטבועה בסמכויות בית המשפט (להלן: סמכות טבועה), ואין היא זקוקה לאישור ולעיגון בהוראה חקיקתית מיוחדת.

פסק דין זה ניתן לאחר חקיקת החוק מ-1969, אולם החוק אינו חל עליו, ובית המשפט מנמק את פסק דינו ללא כל קשר לקיומו, אם כי בסוף מביע הוא את דעתו לגבי האופן, בו יופעל שיקול הדעת, הניתן לבית המשפט בחוק.

⁶³ S. v. S; W. v. Official Solicitor, 1972 A.C. 24, ועיין עליו גם בעמ' 79, 86, 170 לעיל.

נרחיב מעט את הדיבור בפסק דין זה, הטומן בחובו נקודות דיון רבות, החשובות לענייננו: בעניין *S. v. McC(S) and M(S)*,⁶⁴ שהוא אחד ממושאי הערעור הנ"ל נדון מקרה בו קיימה אשה נשואה, יחסי אישות עם אדם צבעוני. בעלה טען, כי מי שנחשבת לבתו אינה שלו, אלא של אותו צבעוני, וביקש שיערכו לכל הנוגעים בדבר בדיקות דם.

בית המשפט ציווה עריכת בדיקות בכפוף להסכמתו של הצבעוני. הלה סרב. אזי ציווה בית המשפט עריכת בדיקות לאם, לבעל ולילדה. בערעור טען ה- Official Solicitor, בנסותו להגן על הילדה, כי יש להורות ביצוע בדיקות דם רק כשהאינטרס היחיד בבדיקות הוא לטובת הילד.

ערעור זה נדחה, ובית הלורדים קבע, כי היה גם היה מקום לצוות לקיחת דגימות דם מן הילדה: טובת הילד היא שאלה סובייקטיבית, וודאי שאין לדעת מראש את התשובה לה, כיוון שצד אחד יכול לחשוב שהילד לגיטימי ולבקש בדיקה כזאת; ואילו הצד השני יכול לחשוש, שאין הוא לגיטימי, ועל כן להתנגד לבדיקה. יתירה מזו: אין כלל ודאות כיום, שאינטרס הילד הוא להיות לגיטימי, ובית המשפט סבור, כי עדיפה לילד ידיעת האמת לאמיתה על פני הפיקציה של 'היות לגיטימי', והשהייה האינסופית בספק לגבי אבהותו של "אביו", וזאת ביחוד לאור הפחתת הסטיגמה החברתית והורדת ההפלות הפיננסיות, שהיו נחלת ילד כזה בעבר.

מסעיף 26 לחוק מ-1969 (שאמנם אינו חל על המקרה), הקובע כי חזקת הלגיטימיות תהנה במידת ההוכחה האזרחית של 51%, למד הלורד Reid את יחס המחוקק לחזקת הלגיטימיות ולחזקה ואומר, כי ה-public policy אינה דורשת עוד, שהחוק יגן באופן מיוחד על מעמד הלגיטימיות.

הלורד Hodson, שגם הוא מגיע למסקנה, כי יש לצוות עריכת בדיקות דם, קובע, כי אכן הילד זקוק להגנה, אך אין בכך הצדקה להפוך את זכויותיו לעליונות על זכויותיהם של אחרים, כגון הבעל, שאולי כלל אינו אביו, ולמרות זאת – עליו להחשב כאביו לכל דבר ועניין; וכגון יורשי הבעל, שיהיה עליהם לשתף ילד זר בעזבונו. הלורד Hodson סבור, כי האינטרסים של הצדק משורשים באופן הטוב ביותר על ידי האמת; וכיוון שאמינותם של

⁶⁴ S. v. McC(S) and M(S) 1970 1 All E.R. 1162.

מבדקי הדם כה גבוהה לשלילה ובנסיבות מסוימות אף לחיוב – שואל הוא מדוע יקח בית המשפט על עצמו סיכון ויתן החלטה משפטית, שתהא קרובה לאמת פחות מן הקביעה המדעית?

בית המשפט מחליט, כי מן הראוי לצוות על עריכת בדיקות הדם. פסק הדין מרחיב את הדיבור גם על הסוגיה של בגיר לעומת קטין, בהתייחסו לחוק מ-1969, שאינו מרשה עריכת בדיקת דם בבגיר בניגוד לרצונו. הכפייה אסורה, אליבא דבית המשפט, לא משום שאין האדם חייב להדרש להמציא ראיה העלולה להפלילו, אלא שהמשפט האנגלי מגן מאוד על האדם הבגיר ובעל ה-capacity מפני התערבות בחירותו האישית. אולם שונה המצב לגבי קטין, ועל בית המשפט לנהוג כהורה הסביר. וכשם שהורה, המסכים לעריכת בדיקת דם אינו אשם בתקיפה – כך גם בית המשפט. הסיכון כאן אינו רפואי, אלא חשש של הפיכת הילד לבלתי-לגיטימי, והשאלה שעל בית המשפט לשאול את עצמו היא, אם קיימת סתירה בין טובת הילד לבין דרישת הצדק.

מסקנת פסק הדין היא, שהאמת עדיפה כמעט תמיד, ולכן ציווה עריכת בדיקות הדם, כדי לקבל את הראיה הטובה ביותר, את התשובה ה**נכונה** לגבי השאלה השנויה במחלוקת.

מאז הפכה הסמכות הדיסקרציונית הזאת להליך רגיל ומקובל, ובית המשפט מצווה על הצדדים כדבר שבשגרה לעבור בדיקות דם.⁶⁵ אולם, בניגוד למצב במדינות אירופה הקונטיננטלית ובארצות הברית, לא יכול היה בית המשפט באנגליה לעשות מעבר לכך, כלומר: לא יכול היה לכפות את הצו ולחייב את הצד הסרבן לערוך בדיקת דם בניגוד לרצונו.

בסקוטלנד אין הסדר חקיקתי לעניין מבחני הדם, ולכן הוא פחות בשימוש. בעקרון מאומץ שם ההסדר האנגלי, אם כי יש חילוקי דעות לגבי סמכות בית המשפט, כשהנושא נוגע לקטין; והמצב הרצוי, לדעתם, הוא, שבית המשפט יתערב רק כשאין אדם שתחת השגחתו נמצא הקטין, או שמסיבות מסוימות לא ניתן לקבל את הסכמת האפוטרופוס.⁶⁶

גם **באוסטרליה** אין חקיקה מיוחדת בעניין זה של עריכת בדיקות דם, ואולם **בדרום**

⁶⁵ S.M. Cretney, *Principle of Family Law*, 4th ed. Sweet & Maxwell, 1979 p. 571.

⁶⁶ כפי שלמדנו מ- Scottish Law Commission (No. 82) המופיע ב- *Family Law, report on illegitimacy*, Edinburgh, 1983, pp. 34-37.

אוסטרליה⁶⁷ ישנם כללים מיוחדים מתי מותר להסיק מסרובו של צד לערוך בדיקות, ומתי לא.⁶⁸ למעשה נמצא שם גישה מתקדמת אף יותר מזו של החוק האנגלי: הנתבע בהליכי מזונות יכול לדרוש מבית המשפט לצוות על האם, על הילד ועליו לערוך בדיקות דם, וההוצאות ישולמו על ידי המדינה. אם האם או הילד אינם עומדים בצו – הרי אם התביעה הוגשה על ידי אחד מהם (וכזהו המצב בדרך כלל) – היא נדחית, אלא אם כן סרובם מבוסס על נימוקים סבירים, אחרת – היא נשמעת. אם הנתבע אינו נענה לצו – המשפט ישמע, ואין להסיק מסרובו דבר. אולם אם לבסוף הוכחה התביעה נגד הנתבע – ישלם הוא את הוצאות הבדיקות.

בישראל, כפי שראינו, קבע בית המשפט ב-**ע"א 313/68**,⁶⁹ כי תוצאות בדיקת הדם הן ראיה מכרעת, הגוברת על כל ראיה אחרת, כגון התרשמות טובה מהתובעת ואמון בלתי מסויג בעדותה. אולם בדרך כלל הגישה המקובלת היא, כי אין לבדיקת הדם עדיפות ראייתית, ולכן אין לבית המשפט סמכות להורות על עריכתה, ותוצאות בדיקה כזאת תובאנה רק ביזמת הצדדים עצמם.⁷⁰ יתירה מזו: בית המשפט גם לא יסיק מאום מסרובו של צד להסכים לעריכת בדיקת דם, וזאת משתי סיבות:⁷¹

ראשית:

”אין להסיק מסקנה לרעת המשיב מסרובו להבדק בדיקה שבין כה וכה לא היה בה כדי להוכיח את אבהותו. והרי הדברים קל וחומר: אם מתוצאות הבדיקה אין לדלות ראיה נגדו, מסרובו להבדק לא כל שכן.”

⁶⁷ D. Hambly and J.N. Turner, **Cases and materials on Australian Family Law**, The law book Company limited, Australia, 1971, p. 498.

⁶⁸ South Australian Family And Community Services Act 1972 – Sec. 112 Consolidated.

⁶⁹ ע"א 313/68 **פלוני, קטין באמצעות אמן נ' פלוני ועשכ"נ**, פ"ד כב(2) 1020 (1968), ועיין עמ' 167-168 לעיל.

⁷⁰ ע"א 407/60 **פלונית נ' אלמוני**, פ"ד טו 212, 219 (1961); ע"א 164/60 **פלונית נ' אלמוני**, פ"ד טו(1) 347 (1961); ת"מ (חי') 223/72 **אפללו נ' אסיאס**, פ"מ התשל"ד(א) 389, 393; המ' (ב"ש) 217/74 **אסרף נ' בכר**, פ"מ התשל"ה(א) 202, 205; ת"א (חי') 532/66 **א. נ' ב.**, פ"מ עח 216, 217-218 – שם דובר על בדיקה ציטוגנית.

⁷¹ ע"א 407/60 שם, עמ' 215.

שנית:

"אינו דומה המסרב לעשות דבר שאפשר לחייב על פי דין לעשותו, למסרב לעשות דבר שאי אפשר לחייבו לעשותו. בהעדר סמכות חוקית לצוות על בעל-דין להבדק, יכול הוא לישיב בחיבוק ידיים: סרובו אינו סרוב אלא חוסר התנדבות."

ב-המ' (ב"ש) 217/74⁷² ניסה המבקש ללמוד על סמכות בית המשפט לצוות עריכת בדיקות דם מתקנה 123 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 לעניין עריכת חקירות או חשבונות. בדחתו טענה זו, קבע בית המשפט, כי פגיעה בזכות מטריאלית הקנויה לאדם זכותו הראשונית, שלא לכוף עצמו לבדיקות רפואיות, לא תשתנה אלא אם החוק הורה על כך מפורשות.

אנו רואים, אם כן, כי העדר הסמכות בחוק לצוות על בדיקת דם היא-היא אבן הנגף, המונעת לעתים עשיית דין צדק; כיוון שבתי המשפט, כאמור, מכירים ללא סייג בערכה של בדיקת הדם כאמצעי לשלילת אבהות במקרים מסוימים; ואולם בהעדר הסכמה של כל הנוגעים בדבר להבדק – יוכרע הסכסוך על סמך עדויות פחות ודאיות וחד-משמעיות, וזאת עקב חוסר האפשרות של בתי המשפט לאכוף את גילוי הראיה הטובה ביותר.

ואכן, כבר בראשית שנות הששים פנה בית המשפט העליון⁷³ למחוקק בקריאה לתת דעתו ולבו למכלול השאלות הכרוכות בהוכחת אבהות, להסמיק את בתי המשפט "להעמיד בעלי דין לכל אותן בדיקות רפואיות ומעבדתיות שיראון נחוצות או מועילות לגילוי האמת. וכן יכשיר סרוב להבדק כראיית סיוע... זכותו היסודית של אדם שלא יגזעו בגופו בעל כרחו, אינה שקולה כנגד זכותו של ילד קטין למזונותיו". אולם נראה, כי עד עצם היום הזה לא נאות המחוקק לקריאה רמה זו, שחזרה ונשנתה מפי בית המשפט העליון.

עם זאת מפליא להיווכח, כי דווקא **ההלכה היהודית** מכירה בכח לצוות על עריכת בדיקת דם. כזכור, רב סעדיה "צוה להקיצו דם זה בספל אחד... וגו'".⁷⁴ לכאורה, אין ללמוד מכך הרבה, משום שסמכותו של רב סעדיה לדון דין זה נבעה מן המלך, ויתכן שהוראה זו באה

⁷² המ' (ב"ש) 217/74 **אסרף נ' בכר**, פ"מ התשל"ה(א) 202, 204.

⁷³ ע"א 407/60 **פלוגית נ' אלמוני**, פ"ד טו 212, 217 (1961).

⁷⁴ עיין בעמ' 179 לעיל.

מהסמכות, שקיבל מן המלך ולא דווקא מדין התורה.⁷⁵ אולם כיוון שהאחרונים רואים בהתנהגותו מעשה התואם את ההלכה, ניתן אולי למצוא גם בהוראה זו תקדים במסגרת ההלכה.⁷⁶

מלימוד בדרך אנלוגיה מיחס ההלכה לשימוש בפולגורף ובבדיקת זרע⁷⁷ ניתן להגיע למסקנה, שלבית הדין ישנה סמכות טבועה להורות על עריכת בדיקה מדעית, בניגוד לרצון הנבדק, למרות שכרוכה בכך פגיעה בצנעת הפרט. וסביר להניח, שכך ינהג בית הדין בקשר לבדיקת דם, שכפי שציינו לעיל, כוחה לשלול אבהות הוכר גם על ידי ההלכה. ומכאן אותה סמכות טבועה רשאי בית הדין להסיק את המסקנות המתחייבות נגד המסורב לקיים הוראה של בית הדין.⁷⁸

⁷⁵ ד' פרימר, "קביעת אבהות", **שנתון המשפט העברי**, כרך ה' (תשל"ח) 219, 239 (מאמר זה פורסם במהדורה שניה בחוברת **אסיא**, מאמרים, תמציות וסקירות בענייני הלכה ורפואה, הוצאת מכון שלזינגר (שבט התשמ"ג, פברואר 1983) כרך ט, חוברת ג, 38).

⁷⁶ שם, שם, שם.

⁷⁷ כפי שלמד א' ח' פרימר, **שם**, שם וכן עיין מסקנת בית המשפט ב-ע"א 548/78 **שרון ואח' נ' לוי**, פ"ד לה(1) 637, מפי כב' השופט מ' אלון (1980).

⁷⁸ פרימר, שם, שם, 240-241, והמקורות המובאים שם.

פרק ד': בדיקת סיווג רקמות, איזואנזימים ו-ד.נ.א.¹

1. כללי

השימוש בבדיקת סיווג הרקמות החל בישראל בסוף שנות ה-70 של המאה הקודמת.² פיתוחן של בדיקת סיווג הרקמות, בדיקת האיזואנזימים ולאחרונה בדיקת ה-ד.נ.א. שיפרו באופן משמעותי את דרכי הוכחת האבהות ואת רמת הדיוק של ההוכחה; והובילו עם השנים את בתי המשפט להסתמך, יותר ויותר, על ממצאי הבדיקות לצורך קביעת אבהות או שלילתה.

כיום מורכבת הבדיקה לקביעת אבהות, אמהות והורות, מן הבדיקות הבאות, או מחלקן:

- בדיקת סוג הדם באמצעות הכדוריות האדומות;
- בדיקת סיווג רקמות (HLA), המתייחסת לבדיקה של הכדוריות הלבנות והאנטיגנים;
- בדיקת איזואנזימים, המתייחסת למערכת של חלבונים ואנזימים על הכדוריות האדומות;
- בדיקת חומצת הגרעין – ד.נ.א. (להלן: ד.נ.א.), שהוא החומר התורשתי בתא הגרעין שבכדוריות הדם הלבנות.

מכל אחד משלושת הנוגעים בדבר (הדם, הילד והאב הנטען) נטלת כמות מסוימת של דם, המחולקת למספר מבחנות. מבחנות אלה, עליהן מציינים את שמו של הנבדק, מועברות

¹ תודה גדולה לפרופ' חיים בראוטבר שסייע, העיר והאיר – כאז כן עתה.

² ח' בראוטבר, מ' הלפרין ו-ד' נלקן "קביעת אבהות באמצעים אימונוגנטיים חדישים – בעיה הלכתית ורקע מדעי", **אסיא** ט (תשמ"ב-תשמ"ג) 6.

לגורמים המופקדים על ביצוע הבדיקות השונות.³

בדיקת סיווג הרקמות מסתמכת על זיהוי גנטי של הרקמות. ה-ד.נ.א. הוא הצופן הגנטי של כל יצור חי, כאשר לכל אדם צופן גנטי משלו, המבדיל אותו מן האחרים. נביא בהקשר לכך את דבריו של **כב' השופט מ' חשין ב-ע"פ 9724/02**:⁴

"פרצופו של אדם, וכמותו תכונותיו הפיסיות, אינם אלא גילויים חיצוניים לדנ"א, לצופן הגנטי העושה אותנו למה שאנו. חשיפת הצופן הגנטי דומה לצילום; אלא בעוד שצילום רגיל חושף אך גילוי חיצוני של האדם, הצופן הגנטי – המדמה עצמו לצילומו של מעשה בראשית, לראשית היות החי, כמעט אמרתי: לגילוי סוד הבריאה ונוסחת הבריאה של החי – חושף את תכונות האדם וצילום רגיל רואים אנו כולנו בעינינו בעוד שלראיית צילום הדנ"א נדרשים אנו למומחה שיתרגם לנו את שאין אנו מבינים מעצמנו."

בדיקות אלה קובעות אבהות גנטית, להבדיל מן המושג של אבהות חברתית (פסיכולוגית), המתייחס למי שנוטל על עצמו תפקידיו של אב-בפועל, ביחס לילד.⁵

הבדיקה הגנטית הפכה לחלק מן הידיעה השיפוטית, עד כי אין היא טעונה עוד טיעון והוכחה.⁶ "בדיקת-רקמות", כמבחן גנטי, היא ראייה עצמאית ואובייקטיבית לבירור אבהות, מקום שזו שנויה במחלוקת,⁷ ויש בכוחה להכריע את הכף אף בניגוד למתחייב מכלל הראיות האחרות.⁸

³ ע"א 2558/91 **פלונית ואח' נ' פלוני**, פ"ד מז(2) 8 (1992).

⁴ ע"פ 9724/02 **אבו-חמאד נ' מ"י**, תק-על 2003(3) 2182, פס' 23 לפסק הדין (2003).

⁵ תמ"ש (ת"א) 87471/00 **פלוני (קטין) ואח' נ' פלוני ואח'**, תק-מש 2004(1) 49 פס' ד' לפסק הדין (2004).

⁶ ע"א 417/80 **פלוני נ' פלונית**, פ"ד לז(3) 15 (1983); ע"א 335/81 **פלוני נ' אלמוני**, פ"ד לח(2) 530 (1984).

⁷ ע"א 2558/91 **פלונית נ' פלוני**, פ"ד מז(2) 8 (1992).

⁸ תמ"ש (ת"א) 72470/98 **פלוני נ' פלוני**, תק-מש 1999(2) 167 (1999).

להלן נבחן את מהותן של הבדיקות, את מידת וודאותן, את הבעיות העלולות להתעורר בהקשר להן, ואת הכרת המשפט בהן.⁹

2. מהות הבדיקות

א. בדיקת סיווג הרקמות

מערכת HLA – עוסקת בסוגי דם על הכדוריות הלבנות. זה מאות שנים ידוע, שאצל אדם החולה במחלות מסוימות מתפתח חיסון כנגדן והמחלה אינה חוזרת, או שהיא חוזרת בצורה קלה בלבד. חיסון זה נובע מיכולת הפרט "להכיר" חמרים זרים, כגון חיידקים וגורמי מחלות אחרים; ועם ה"היכרות" מתעורר מנגנון ההגנה החיסוני כנגד החומרים הזרים, כדי לבטל את פעילותם המזיקה. הגוף הזר, המעורר את מערכת החיסון נקרא אנטיגן. אנטיגנים זרים אינם חייבים להיות דווקא חיידקים. גם וירוסים, פטריות, פרודות חלבוניות ותאים שמקורם ברקמה של אדם זר, או כדוריות דם זרות – מהווים אנטיגנים, הגורמים ליצירת נוגדנים ספציפיים כנגדם. חלבוני הפלסמה, המתהווים בגוף כתגובה לגרוי האנטיגן, קרויים נוגדנים (antibodies). נוגדנים אלה מצטיינים בכך, שהם סגוליים – כלומר, כל נוגדן יכול להצמד לאנטיגן מסוים בלבד כדוגמת ההתאמה בין מפתח ומנעול. הקישור – ההצמדה לאנטיגן הפולש – הוא שלב ראשוני בתהליך המביא בסופו של דבר לפגיעה באנטיגן הפולש ולביטול פעולתו המזיקה.

⁹ בתת-פרק זה, מלבד נושא ה-ד.נ.א., שהמקורות לו יאוזכרו להלן, נעזרנו בעיקר במקורות: הרב מ' הלפרין, ח' בראוטבר, ד' נלקן, "בסיס לדיון הלכתי בשאלת קביעת אבהות באמצעות מערכת תאום הרקמות המרכזית (MHC)", **תורה ומדע** (בהוצאת משרד החינוך והתרבות המחלקה לתרבות תורנית), כרך י' (סיון תשד"מ), 6; פורסם במקביל גם **בתחומין**, תורה חברה ומדינה, כרך ד' (הוצאת "צמת", אלון שבות, גוש עציון, התשמ"ד); ע' קפלן, ח' בראוטבר, ד' נלקן, "אבהות כשאלת מדעי החיים" **עיוני משפט ז'** (תשל"ט-1979) 46.

Reisner & bolk, "A layman's Guide to the Use of Blood Group Analysis in Paternity Testing" (1981-82) 20 **Journal of Family Law** 657, note 295;

Terasaki, "Resolution by HLA Testing of 1000 Paternity Cases Not Excluded by ABO Testing", (1977-78) 16 **Journal of Family Law**, 543;

Jaffe, "Comment on the Judicial Use of HLA Paternity Test Results and other Statistical Evidence: A Response to Terasaki (1978-79) 17 **Journal of Family Law**, 457.

ועיין סמפוזיון בנושא האבהות – כל כרך 19 של ה-**Journal of Family Law** (1980-81).

בדור האחרון הוברר, שלמעשה כל תאי הגוף המכילים גרעין תוך-תאי (כולל כדוריות הדם **הלבנות**) הם בעלי מערכת אנטיגנים מיוחדת מסוג HLA, הקובעת למעשה את אפשרויות ההשתלה של אברים ורקמות מאדם לאדם. למשל, אם נשתיל כליה מאדם אחד לשני, אזי אם תהיה זהות בין האנטיגנים מסוג HLA של התורם ושל הנתרם (מצב נדיר פרט למקרים של תאומים זהים) – השתל ייקלט בדרך כלל ללא קשיים, שכן האנטיגנים מסוג HLA, שעל פני תאי השתל, לא יוכרו על ידי מערכת החיסון כאנטיגנים זרים. לעומת זאת, אם האנטיגנים מסוג HLA של התורם יהיו שונים מאלה של הנתרם, אזי תוך מספר ימים יתחיל מקבל השתל ליצור נוגדנים ספציפיים נגד האנטיגנים מסוג HLA של רקמת התורם, ובסיוע של מנגנוני הגנה נוספים של המערכת החיסונית יידחה השתל וייהרס.

עם התקדמות המדע התבררה עובדה חשובה נוספת: מערכת האנטיגנים מסוג HLA היא מערכת תורשתית! כלומר: חלק מהאנטיגנים מסוג HLA מקורם באב, והחלק השני מקורם באם. זו היא מערכת גנטית האחראית להמצאותם של אנטיגנים ספציפיים של תאום רקמות על פני מעטפת התא בכל רקמות הגוף.

באדם אין הכדורית ה**אדומה** הבשלה מכילה גרעין, ואין היא נושאת על פניה אנטיגנים HLA. לכן ניתן לבצע עירוי של דם בהתאמת סוג הדם (ABO) ללא צורך בהתאמה הנדירה של אנטיגנים מסוג HLA. אנטיגנים אלה נקראים אנטיגנים של תאום רקמות histocompatibility antigens. האנטיגנים, האחראים לעירוי תגובה חיסונית חזקה ועקב כך לדחיה מהירה של השתל, נקראים major histocompatibility antigens; ובהתאם נקראת המערכת הגנטית האחראית לאנטיגנים אלה – מערכת תאום הרקמות המרכזית – MHC – major histocompatibility complex. האנטיגנים של מערכת תאום הרקמות המרכזית של האדם נתגלו לראשונה על פני הכדוריות הלבנות של הדם, ומכאן נגזר שמה של מערכת זו Human Leukocyte Antigens, או בקצרה: מערכת ה-HLA.

הנושא של תאום רקמות עניינו בשני תחומים: תורת החיסון (אימונולוגיה) מחד גיסא והתורשה (גנטיקה) מאידך גיסא, ולכן שייך נושא זה לתחום האימונוגנטיקה.

כל תא מגורען בגופנו נושא על פניו, לפי הידוע כיום, פסיפס של תריסר אנטיגנים שונים של HLA, שישה אנטיגנים מורשים מן האם ושישה – מן האב.

כזכור, דיברנו בפרק ה' בתורת קבוצות הדם על אופן תורשת הכרומוזומים. החומר התורשתי מאורגן לאורך הכרומוזומים ביחידות מידע זעירות הנקראות גנים, כאשר כל גן אחראי להופעתה של תכונה מורשת אחת בלבד. למשל, הופעת אנטיגן HLA על פני מעטפת התא. מיקומו הגאוגרפי של גן בכרומוזום נקרא אתר (Locus). הואיל ובכל תא של האדם ישנם תריסר אנטיגנים HLA, יהיו בהתאם תריסר גנים האחראים להופעתם. גנים אלה ממוקמים בשנים עשר אתרים: שישה בכרומוזום המורש מן האם, ושישה – בזה המורש מן האב. לאתרים אלה ניתן הסימון הבא: A, B, C, DR, DQ, DP.

במשך השנים זוהו כאלפיים אנטיגנים שונים של סיווג רקמות. זו היא, אם כן, מערכת המצטיינת ברבגוניות רבה ומתפקדת כ"טביעת אצבעות" גנטית, כיוון שיש מגוון אפשרויות צרוף רב ביותר, כמספר בני האדם כמעט.

כדי לפשט את המינוח, נהוג לסמן כל גן HLA, ובהתאם לכך אנטיגן HLA במספר סידורי וכן באות המסמלת את האתר בו הוא ממוקם. לדוגמא: HLA-A1 פירושו אנטיגן מס' 1, אשר הגן האחראי להופעתו ממוקם אתר A. או: HLA-B5 פירושו אנטיגן מספר 5, אשר הגן האחראי להופעתו ממוקם באתר B. לעתים יופיעו מספרים זהים לאנטיגנים HLA, אך האתר בו הם ממוקמים שונה. לכל אדם שני אנטיגנים מכל סדרה: שניים מסדרה A, שניים מסדרה B וכו'.

כעת נראה כיצד ניתן להוכיח אבהות באמצעות מערכת זו: בדיקת HLA מבוצעת בדגימת דם, אשר מתוכה מפרידים את התאים הלבנים ובודקים בהם את אנטיגנים HLA, A, B, C, DR ו- DQ באמצעות בדיקה סרולוגית מסוימת, שלא נדון כאן בפרטי ביצועה (זיהוי האנטיגנים מן הסדרה DP נעשה בדרך שונה, המבוססת על מנגנון השייך לזרוע אחרת של המערכת החיסונית).

באמצעות בדיקת ה-HLA של פרט מסוים מתקבל הפנוטיפ שלו, כלומר: פסיפס האנטיגנים מסוג HLA על פני מעטפת התאים של אותו פרט. ידיעת הפנוטיפ אינה עוזרת לנו בקביעה: איזה חלק של הפנוטיפ מקורו באם ואיזה – מקורו באב. אולם אם נבחן את הפנוטיפ של האם ושל האב, קיימים מירב הסיכויים, כי נוכל לקבוע אלו אנטיגנים HLA מקורם באם ואלו – מקורם באב.

כזכור המידע הגנטי מורש באמצעות ששה אתרים על כל כרומוזום מכל אחד מן ההורים.

שער שלישי: הדרכים להוכחת האבהות ולסתירתה של חזקת הלגיטימיות

לצורך הדגמה כאן נסתפק בשני אתרי HLA בלבד A ו-B.

לפנינו אם, אשר לה האנטיגנים HLA (באתרים A ו-B בלבד) הבאים:

A25, A28, B14, B18

לאב – האנטיגנים HLA הבאים: A1, A26, B27, B38

לבן – האנטיגנים HLA הבאים: A1, A28, B14, B27

לכאורה, יכול היה הבן לרשת מן האם:

A25, B14 או: A28, B18 או: A25, B18 או: A28, B14

מן האב יכול היה הבן לרשת:

A1, B38 או: A26, B27 או: A1, B27 או: A1, B38

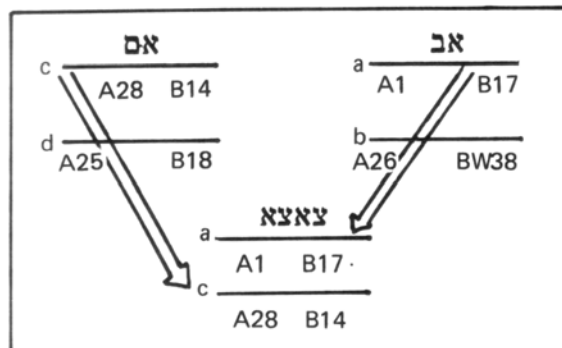
מבדיקת הבן עולה, כי ירש מאמו A28, B14 ומאביו A1, B27. מכאן עולה כי המבנה הגנוטיפי של מערכת ההורים והבן הוא כדלקמן:

האם: A28, B14 / A25, B18

האב: A1, B27 / A26, B38

הצאצא: A1, B27 / A28, B14

רצף האנטיגנים HLA, הנמצא על פני כרומוזום אחד, נקרא הפלוטיפ (Haplotype). את הפלוטיפ של האב נהוג לסמן באותיות a, b ושל האם c, d ועל-פי התרשים שלהלן, הגנוטיפ של הצאצא במקרה זה הוא a/c.



בסיכום: כשמדובר בשני אתרי HLA בלבד, קיימות ארבע צורות של הורשת הפלוטיפים של מערכת ה-HLA לצאצאים: a/c, a/d, b/c, b/d.

כעת נבדוק מקרה שבו זהויות האם והילד ידועות (וכזהו המצב בדרך כלל), ויש לקבוע את זהות האב מבין שני אבות-נטענים:

בבדיקת HLA של האם נמצא הפנוטיפ: A25, A28, B14, B18

בבדיקת HLA של הבן נמצא הפנוטיפ: A9, A25, B15, B18

אין ספק, כי הבן ירש מאמו את ההפלוטיפ A25, B18

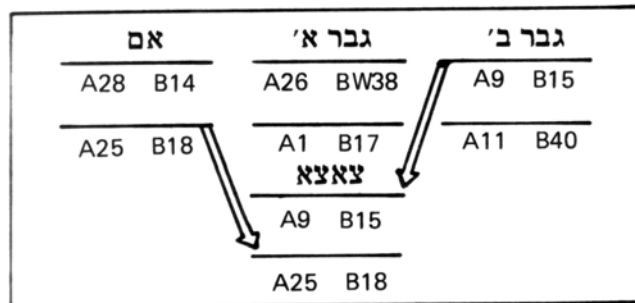
וכעת יש לבדוק ממי ירש הוא את ההפלוטיפ השני, כלומר – את ההפלוטיפ A9B15.

בבדיקת HLA של האב-הנטען א' נמצא הפנוטיפ: A1, A26, B17, B38

בבדיקת HLA של האב-הנטען ב' נמצא הפנוטיפ: A9, A11, B15, B40

ומכאן, שהגבר ב' הוא אביו האמיתי של הבן, כמובהר בתרשים הבא:

שער שלישי: הדרכים להוכחת האבהות ולסתירתה של חזקת הלגיטימיות



ודוגמא נוספת:

הפנוטיפ של האם: A1, A28, B8, B13

הפנוטיפ של הבן: A2, A28, B13, B14

כלומר: הבן ירש מאמו את ההפלוטיפ: A28,B13

לאב הנטען יש פנוטיפ: A1, A28, B12, B13

במקרה זה יש גם לאב-הנטען וגם לאם הפלוטיפ A28,B13; אבל כיוון שבמקרה הנתון, כפי שהמצב בדרך כלל, אין ספק מי האם – הרי שהבן ירש ממנה הפלוטיפ זה ואילו מאביו ירש את ההפלוטיפ A2,B14; ומכאן שהאב-הנטען אינו יכול להיות אביו.

בדרך כלל נמצא שני אנטיגנים HLA מכל סדרה A, B, C, DR, DQ, DP. אולם לעתים נמצא אנטיגן אחד בלבד מסדרה מסוימת, ולכך יש שתי סיבות אפשריות:

א. ייתכן שהנבדק הוא הומוזיגוט באתר מסוים, כלומר: ירש מאביו ומאמו גן זהה באתר המסוים (למשל A1 מן האב ו-A1 מן האם).

ב. ייתכן שהנבדק נושא באתר מסוים גן אשר טרם זוהה ועל כן לא ניתן לזהות את האנטיגן המתאים. נהוג לסמן אנטיגן בלתי מזוהה באמצעות האות X, לדוגמא HLA-BX אם כי יש לציין שאחוז האנטיגנים הבלתי מזוהים באתרים A ו-B הוא נמוך ביותר.

לאנטיגנים השונים של מערכת ה-HLA שכיחות שונה באוכלוסיית האדם, והעניין נבדק גם בעדות השונות בישראל. לא רק האנטיגנים, אלא אף צרופי הפלוטיפ מסוימים אופייניים לאוכלוסיות שונות. למשל, הצרופים A3,B7; A2,B12; A1,B8 אופייניים לאוכלוסיה הלבנה הלא יהודית של צפון אירופה, בעוד שההפלוטיפים A26,B38; A30,B13; A1,B17; אופייניים ליהודים. ברור ששכיחות הופעת הפלוטיפים כאלה ביהודים היא יחסית בלבד, והדבר משתנה בין העדות. למשל, ההפלוטיפ A26,B38 האופייני ביותר ליהודים מיוצאי עדות שונות, שכיחותו נעה מ- 1% ביהודי תימן ועד לכל היותר 5% ביהודים יוצאי גרמניה.

מערכת תאום הרקמות המרכזית של האדם מצטיינת אפוא ברב-גוניות מובהקת. בהתייחסנו לשש הסדרות הידועות, ניווכח, כי ניתן לקבל לפחות 1,000,000,000 גנוטיפים שונים. מספרים אלה מדגימים את היכולת העצומה, הטמונה במערכת ה-HLA לבדיקת הורות, והדבר אמור גם לקביעה פוזיטיבית של הורות בדרגת סבירות גבוהה מאוד.

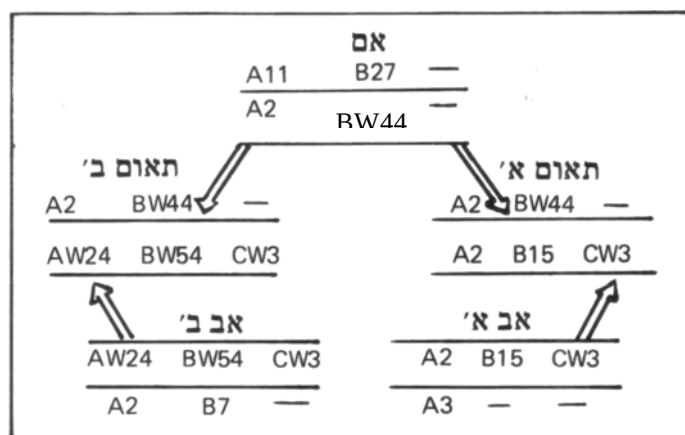
להלן נתאר שני מקרים¹⁰ יוצאי דופן בנדירותם, שידגימו את יכולת מבחני ה-HLA לשלילת אבהות ולהוכחתה הפוזיטיבית.

בשנת 1978 נולדו בארצות הברית תאומים בלתי זהים לאם ידועה. נלקחו דגימות דם מן האם, משני הילדים וכן מן האב-הנטען. הבדיקה העלתה שלילת אבהות ודאית לגבי תאום א' והוכחת אבהות בהסתברות של 98% לגבי תאום ב'. העובדה, כי האם קיימה מגע מיני עם גבר נוסף תכוף למגעה המיני עם אבי תאום ב' הביאה לבדיקת דמו של גבר זה. בדיקות ה-HLA הצביעו על תוצאה מדהימה: נשללה בוודאות אבהות הגבר השני לגבי תאום ב', והוכחה כדי הסתברות בסיכוי של 99.9% אבהותו לגבי תאום א'.

¹⁰ דיון במקרים מיוחדים נוספים – להלן בעמ' 229 ואילך.

שער שלישי: הדרכים להוכחת האבהות ולסתירתה של חזקת הלגיטימיות

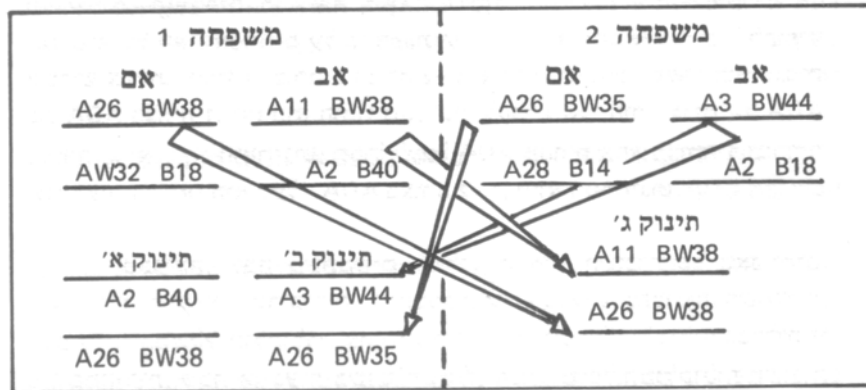
נדגים זאת בתרשים שלהלן:



באותה שנת 1978 היה בארץ חשד, כי בבית חולים מסוים הוחלפו תינוקות בטעות: לזוג מספר 1 נולדו תאומים. לזוג מספר 2 נולד תינוק אחד.

עקב השתלשלות של מאורעות היה מקום לחשד, כי: א) אחד מן התאומים של זוג מספר 1 הוחלף בתינוק של זוג מספר 2. ב) יתכן שהיתה החלפת תינוקות נוספת, וממילא התעורר הצורך לשלול את האפשרות, שתינוק של זוג הורים שלישי מעורב בהחלפה.

תוצאות הבדיקות מפורטות בתרשים הבא, ובו אנו רואים, כי באמצעות בדיקות ה-HLA נשללה בוודאות הורות משפחה מס' 1 לגבי תינוק ב', ונשללה בוודאות הורות משפחה מס' 2 לגבי תינוק ג' (שהיה ברשותה). במקביל התאים תינוק ב' בשני ההפלוטיפים שלו למשפחה מס' 2, ותינוק ג' התאים בשני ההפלוטיפים שלו למשפחה מס' 1.



ההסתברות למצוא תינוקות בעלי מבנה גנטי זהה באוכלוסיה שלנו היא כדלהלן:

מבנה גנטי ראשון: A26BW35 / A3BW44 – ההסתברות היא:

$$(8 \times 10^{-4}) \quad 8/10,000$$

מבנה גנטי שני: A26BW38 / A11BW38 – ההסתברות היא:

$$(2 \times 10^{-4}) \quad 2/10,000$$

יתירה מזו: ההסתברות, כי ימצאו באקראי בעת ובעונה אחת שני תינוקות בעלי ההפלוטיפים הנ"ל היא מכפלת ההסתברויות, דהיינו – אחד לששה מליון. סיכוי נמוך זה, שולל ללא ספק את האפשרות, שמקור התינוקות המוחלפים היה ממשפחות זרות אחרות.

אנו רואים, כי בעזרת שיטת ה-HLA הצליח המדע להגיע לדרגת הסתברות שבחיוב גבוהה ביותר לקביעת אבהות. שיטה זו – על ריבוי מרכיביה, השוני בגילוייה באוכלוסיה, יכולת איתורה למן תקופת העוברות, היותה בלתי מושפעת משינויים סביבתיים, מעירוי דם, מסמים, ממחלות וממוות – עושים את אפשרות השימוש בה כבטיעת אצבעות, כתעודת זהות גנטית ללא מתחרה.

ב. בדיקת האיזואנזימים¹¹

בדיקת האיזואנזימים מתייחסת למערכת של חלבונים ואנזימים על הכדוריות האדומות.

מלבד האנטיגנים של הכדוריות האדומות והאנטיגנים של סיווג הרקמות, מכיל הדם מולקולות אחרות, המייצגות שוני הקשור בגנים העוברים בתורשה. אנזימים הם מולקולות חלבוניות, המזרזות פעולות בחילוף החומרים, והקיימות אצל כל בני האדם. האיזואנזימים הם תת-חלוקה של האנזימים, העוברים בתורשה בצורה דומיננטית. לכן אפשר לקבוע את הגנוטיפ של האיזואנזימים על פי הפנוטיפ. למשל, האנזים ADA יכול להופיע בשלוש צורות: צורה 1, צורה 2 וצורה 1-2. אדם יכול לקבל משני הוריו גנים של ADA בצורה 1, ואז הוא הומוזיגוט; יכול לקבל משני הוריו גנים של ADA בצורה 2, ואז הוא הומוזיגוט; ויכול לקבל ADA מהורה אחד בצורה 1 ומהורה שני בצורה 2, ואז הוא בעל ADA בצורה 1-2, והוא הטרוזיגוט.

הטכניקה, שבה משתמשים לגילוי הצורות השונות של האנזימים, היא בדרך כלל אלקטרופורזה, ומתבססת על הבדלים בתכונות חשמליות, במסיסות ובמשקל מולקולרי. צורות מורשות שונות של מולקולות נבדלות זו מזו במהירות, שבה הן נעות בשדה חשמלי. המיקום של המולקולות השונות נקבע על ג'ל בשיטת צביעה ספציפית.

במסגרת בדיקת האיזואנזימים נבדקות מספר קבוצות של אנזימים:

Acid phosphatase (AP)

Phosphoglucomutase-1 (PGM-1)

Adenosine Deaminase (ADA)

Adenylate Kinase (AK)

¹¹ בדיקת האיזואנזימים היתה בשימוש רב בעבר, לפני שהתפתחה בדיקת ה-DNA. וזאת כאמצעי בקרה נוסף, לאישור התוצאות שנתקבלו בבדיקת הרקמות, על ידי מערכת נוספת. כיום, לאור ההתפתחות והיעילות של בדיקות ה-DNA, בדיקת האיזואנזימים אינה הכרחית עוד, אם כי עדיין נעשה בה שימוש במעבדות מסוימות ובמקרים מסוימים.

Glyoxalase (GLO)

כמו כן נבדקים חלבונים מסוג

Haptoglobin (Hp)

מערכת נוספת GM היא סמן המתגלה בפלסמה בדם, באמצעות מבחן אימונולוגי, הדומה לזה הבודק את האנטיגנים של הכדוריות האדומות.

מבחנים אלה נחוצים במקרה, שבו לא די בבדיקת סיווג הרקמות, או כאשר רוצים סידרה מוחלטת וכוללנית של בדיקות לשם הגדלת הסיכוי שבהסתברות של קביעת האבהות.

ג. הערכה סטטיסטית של הבדיקות

להלן נבהיר בעזרת דוגמאות ובאמצעות מונחים שונים כיצד קובעים אחוז הסתברות של אבהות במקרים שונים.

באחד מן התיקים, שבדקנו בבתי המשפט המחוזיים, מצאנו חוות דעת של המומחה **פרופ' חיים בראוטבר** מבית החולים האוניברסיטאי הדסה בעין-כרם, ירושלים, שניתנה לגבי השאלה, אם גבר מסוים הוא אביה של ילדה, שנולדה לאם פנויה.

בחוות דעתו, ולפני הגיעו למקרה הספציפי, מתאר המומחה את עשר הבדיקות שנערכו:

1. **סוגי הדם** ABO, MNSs, RH – שלוש בדיקות לברור של כארבע עשרה תכונות, המתבצעות בבנק הדם.
2. **מערכת סיווג רקמות** – בדיקה אחת לברור של חמישים תכונות, המתבצעת ביחידה לסיווג ותאום רקמות.
3. **איזואנזימים** – שש בדיקות לברור של שלוש עשרה תכונות, המתבצעות במעבדה הנמצאת במרפאה ליעוץ גנטי.

בנוגע **לכל** בדיקה ניתן לחשב אינדקס של אבהות, המראה מה היא ההסתברות לכך, שגבר מסוים הוא האב לעומת גבר אקראי באוכלוסיה (כלומר – פי כמה הוא הסיכוי שגבר זה הוא האב בהשוואה לגבר אחר באוכלוסיה). באמצעות מכפלת ההסתברויות של כל הבדיקות מקבלים את מידת הסבירות, שגבר מסוים הוא האב.

שער שלישי: הדרכים להוכחת האבהות ולסתירתה של חזקת הלגיטימיות

בחוות הדעת ניתנת הדוגמא הבאה:

ההסתברות שגבר מסוים

גבר	אם	ילד	הוא האב	איננו האב	
			0.25	0.11	סוגי הדם
			0.5	0.08	איזואנזימים
			0.5	0.012	HLA

0.062 0.00011

אינדקס האבהות: 1:564 וסבירות האבהות: 99.8% = 565:564

במקרה הספציפי שנתבקש לבדוק, התוצאה היתה של שלילת אבהות האב על הילדה לאחר עריכת הבדיקות בכל המישורים ולהלן התוצאות:

בת	אם	אב-נסען	סיווג הרקמות
A26,AW31	A26,AW24	A1,A29	HLA
BW38	B18,BW38	B14,B18	
			סוגי דם
A	A	AB	ABO
CcDEe	CcDee	CcDEe	RH
MN	M	MN	MN

איזואנזימים	אב-נטען	אם	בת
ADA	1	1	1
AP	BA	B	B
PGM1	1	1	1
AK	1	1	1
Hp	1	2	2
GLO	2-1	2	2

אנו רואים אפוא כי הן במערכת סיווג הרקמות והן במערכת האיזואנזימים ישנה אי התאמה בתוצאות בין הבת לאב-הנטען.

במערכת סיווג הרקמות יש לבת האנטיגן HLA-AW31, אשר אינו נמצא לא אצל אמה ולא אצל האב-הנטען. מאמה ירשה היא את ההפלוטיפ A26BW38, ומן האב-הנטען "לא ירשה" דבר – ולכן אין ספק, שאין הוא אביה, ואביה יהא מי שיימצא אצלו האנטיגן HLA-AW31.

מבחינת סוגי הדם אין שלילת אבהות! כלומר לו היו המעורבים נבדקים רק בבדיקות דם, כפי שהיה המצב עד לפני זמן לא רב – לא היתה נשללת האבהות של אדם, שאין ספק כיום כי אין הוא אבי הילדה.

במערכת האיזואנזימים נמצא כי הילדה הומוזיגוטית ל- Hp2, שאינו קיים אצל האב-הנטען.

תוצאות אלה במערכות סיווג הרקמות והאיזואנזימים שוללות את אבהותו של האב-הנטען על הילדה.

חוות הדעת מוסיפה, כי ניתן להגיע לשלילת אבהות במידת ודאות של 98%, ומהימנותה של שלילה בדרגה כזאת שואפת ל- 100%, ועוד מוסיפה חוות הדעת: מהימנות הקביעה

החוביבית של אבהות היא ברוב המקרים מעל 95%.

באופן מופשט ניתן לבחון את השיקולים הסטטיסטיים במישורים מוקדמים יותר ונפרטם כאן תוך הבחנה בין מספר מונחים:

1. **Prior probability of exclusion (PPE) – סיכוי מוקדם לשלילת אבהות.** זהו מדד לכוחם של מבחני הדם לשלול אבהות. המספר מציין סיכוי-לשלילה לאדם הממוצע באוכלוסיה שאינו האב **לפני** שהמבחן מבוצע. המספר מחושב לפי קביעת כל הצרופים האפשריים לשלילה של גבר-אשה-ילד לפי סוגי דם, וחישוב השכיחות בה צרופים אלה יכולים להתקיים.

הסיכוי המוקדם לשלילה בכל מערכת ומערכת תלוי במספר האללים השונים במערכת ובמידת שכיחותם. במערכת ה-HLA בגלל המספר הרב של האנטיגנים הרי הסיכוי לשלילה בשלב כזה הוא 90% בלבנים ו-88% בשחורים. הסיכוי לשלילה בסוגי הדם הוא 62% בלבנים ו-57% בשחורים. שימוש במערכות אחרות בנוסף לשימוש ב-HLA מעלה את הסיכוי לשלילה ל-98%.

2. **Percent Males excluded for a given child-mother combination – אחוז הגברים לגביהם נשללה אבהות בצרוף נתון של אם-ילד.**

מספר זה מציין את האחוז באוכלוסיית הגברים, שאינם מכילים את כל המידע הגנטי, אשר הילד המסוים חייב היה לקבל מאביו. לצורך ממצא זה יש לבדוק הן את האם והן את הילד. התוצאה מבוטאת באחוזים. לדוגמא, 93% מאוכלוסיית הלבנים אינם יכולים להיות אב לילד זה.

3. **Likelihood of paternity (Paternity index) – האפשרות לאבהות (אינדקס האבהות).**

המונח מציין את האפשרות של אב משוער מסוים ליצור תא זרע, המכיל את כל האינפורמציה הגנטית, שילד מסוים מקבל מאביו. סיכוי זה של אב משוער מסוים מושווה לסיכוי של גבר כלשהו אחר באוכלוסיה הכללית מאותו גזע, והמספר מבוטא באחוז אפשרות לאבהות או באינדקס האבהות, שהוא התוצאה של חלוקת הסיכוי של האב המשוער בסיכוי של כל אדם אחר.

שלושת המונחים הללו נעשים יותר ויותר ספציפיים למקרה.

4. Prior Probability of Paternity (PPP) – סיכוי מוקדם לאבהות.

מבחינה סטטיסטית, כדי להפוך את אינדקס האבהות לסיכוי, יש להשתמש במידע נוסף הנקרא סיכוי מוקדם לאבהות. המידע הנוסף יכול לבוא ממספר מקורות. הוא יכול לייצג את יכולת המעבדה או את ההוכחות הלא-טכניות במקרה נתון. אם הגבר הוא האב – הסיכוי המוקדם לאבהותו – 100%. אם אינו האב – הסיכוי המוקדם לאבהותו – 0%. המעבדות משתמשות באופן מסורתי בחישוביהן בסיכוי מוקדם לאבהות של 50%, כלומר – סיכוי מוקדם של גבר מסוים להיות האב שווה לסיכוי לא להיות האב. במצב כזה האפשרות/אינדקס האבהות זהה מתמאטית לסיכוי לאבהות, כלומר – בהנחה שהסיכוי המוקדם לאבהות הוא 50% – ניתן להתעלם מה-PPP.

לסיכום: ראינו מספר קריטריונים סטטיסטיים, שבאמצעותם ניתן לשפוט את אמינות התוצאות המעבדתיות המוגשות לבית המשפט ואת חוזקן, כשסך כל הנתונים הסטטיסטיים – ככל שגבוהים יותר לשלילה או לחיוב – מראים מתי יש להזקק למבחנים נוספים, ועד כמה קרובה תוצאת הבדיקות לאמת; כשחשוב להדגיש שהאמת המדעית, גם אם ודאית היא – לעולם לא תוגדר כ-100%.

ד. מגבלות השיטה

ככלל, המגבלות בשיטה של שלילת האבהות מועטות יותר מאשר מגבלות הקביעה החיובית של האבהות. הסיבה לכך נעוצה בעובדה, שעצם קביעת האבהות באופן חיובי היא קביעה הסתברותית המבוססת על הנדירות של שוויון באנטיגנים HLA אצל אנשים זרים; בעוד ששלילת האבהות, מבחינה **עקרונית**, הינה שלילה מוחלטת עקב המצאות הפלוטיפים אצל הצאצא אשר אינם נמצאים אצל האב הנשלל. למרות זאת קיימות מספר מגבלות גם בשיטה של שלילת האבהות, ובמגבלות אלה בהקשר לבדיקת הרקמות והאיזואנזימים נדון אחת לאחת.

1. מקרים לא ישימים

ברור שכאשר מטרת המבחנים להכריע בין מועמדים לאבהות שהם בעלי הפלוטיפים HLA משותפים (תופעה נדירה כשלעצמה פרט לקרובי משפחה), עלולה שיטת השלילה באמצעות האנטיגנים הללו להיות בלתי אפשרית.

2. שגיאות מעבדה

כמו בכל בדיקה אנושית עלולות להתקבל תוצאות מוטעות עקב שגיאה בבדיקה המעבדתית. מקובל כיום כי אחוז טעויות המעבדה בזיהוי אנטיגנים HLA הינו פחות מ- 0.35% (1:300). באופן מעשי נהוג לצמצם את סיכויי הטעות על ידי בדיקה חוזרת בעזרת מבחר של נסיונים השונים מאלה בהם נערכה הבדיקה הראשונה. כל בדיקה כזאת מקטינה את סיכויי הטעות בשני סדרי גודל; לפיכך בדיקות סיווג רקמות המבוצעות במעבדה מיומנת המשתמשת במספר נסיונים ממקורות שונים לצורכי זיהוי **כל אחד** מהאנטיגנים הנבדקים, הן אמינות ביותר עם סיכויי שגיאה זניחים.

3. מוזאיקה אנושית Mosaic (כימרה – Chimera)

קיימים מקרים נדירים, בהם מורכב גופו של אדם משתי מערכות תאים השונים זה מזה במוצאם ובתכונותיהם הגנטיות. כדוגמא פשוטה, אם כי נדירה ביותר, נתבונן באותו מקרה בו תאומים לא זהים התאחו והפכו לעובר יחיד בשלב המוקדם של ההריון (morula). במקרים כאלה יכול להתפתח עובר יחיד חי אשר חלק מתאי גופו מקורו בתאים הראשוניים של תאום מס' 1, והחלק האחר – מקורו בתאום מס' 2. אם החלוקה של המוזאיקה היא כזאת, שתאי המין מקורם שונה ממקורם של תאי הדם הלבנים, המשמשים לבדיקת אנטיגנים HLA, אזי נקבל שלילת אבהות כוזבת בבדיקת כל הצאצאים האמיתיים של איש המוזאיקה. שכן בבדיקה שגרתית לא נגלה את האנטיגנים HLA המצויים בתאי המין שלו, כאשר דווקא תאים אלה הם המעבירים את התכונות הגנטיות לבנו הביולוגי. ניתן לשלול אבחנה זו על ידי בדיקות מערכת HLA של הורי איש המוזאיקה, כאשר רק אם נמצא את ההפלוטיפ האבהי של הצאצא – זה החסר בדם האב – אצל אחד מהורי האב הנבדק, אזי התוצאה תצביע על אפשרות של מוזאיקה אנושית, ויהיה מקום לבדיקות אימות נוספות. לעומת זאת אם ההפלוטיפ האבהי של הצאצא נשלל הן אצל האב-הנטען והן אצל הורי האב-הנטען – אזי ברור שתופעת המוזאיקה

איננה הסבר להעדר ההפלוטיפ הזה, והאבהות תישלל.

4. רביית בתולים (parthenogenesis) אנושית

פרתנוגנזה (רביית בתולים) מוגדרת כהתחלקות והתפתחות של ביצית אמהית ללא תרומה גנטית אבהית.

אצל היונקים בכלל ואצל האדם בפרט כל עובר מתחיל להתפתח רק אחרי איחוי של זרעון אבהי עם הביצית האמהית. לאחר איחוי כזה מתחילה הביצה החד תאית להתחלק ובכך הופכת לדו-תאית. התחלקות נוספת יוצרת 4 תאים, אחר-כך 8, וכן הלאה עד להתמיינות ולהווצרות עובר שלם. אולם קיימים בעולם החי מקרים רבים של התפתחות צאצאים ללא תרומה גנטית אבהית. כך הדבר בעולם הדבורים, שם הדבורים הנקבות נוצרות מהתפתחות ביצים מופרות על ידי זכרי הדבורים, בעוד שהזכרים נוצרים מביצים לא מופרות המתחילות להתחלק ללא תרומה גנטית של אב זכר. נדגיש כי אצל בני אדם, אם נצליח למצוא עובר חי שמקורו בתהליך פרתנוגנטי, אזי מינו יהיה חייב להיות נקבה דווקא, שכן ללא תרומה אבהית לא יקבל העובר כרומוזום Y, המצוי רק אצל זכרים, ואשר הוא תנאי הכרחי ליצירת זכר נורמלי, והעדרו קובע באופן מוחלט את מין העובר לנקבה.

יש לציין שקיימים סוגים שונים של פרתנוגנזה, הן כאלה בהם הצאצא הוא בעל מחצית מכרומוזומי האם (פרתנוגנזה האפלוטיפית), והן כאלה בהם הצאצא הפרתנוגנטי מכיל את כל כרומוזומי האם (פרתנוגנזה דיפלוטיפית).

גם באדם אנו יודעים כיום על קיומם של תהליכים פרתנוגנטיים הכוללים התחלקות ספונטנית של ביצית האם ללא תרומה גנטית אבהית. הוברר שטרטומה (Teratoma) – סוג מסוים של גידול שחלתי, הוא למעשה "עובר פרתנוגנטי", אשר התפתח בצורה לא נורמלית, ולכן מוצאים אנו לעיתים קרובות טרטומות המכילות את כל הרקמות העובריות, כגון עור, שיניים, בלוטות, עצם, סחוס, שרירים, שערות ועוד. יש לציין כי טרם אותר בבירור **אדם חי** שמקורו פרתנוגנטי.

אם אכן קיימת פרתנוגנזה אנושית, חיה, אזי נקבל בבדיקתה שלילת אבהות ברורה מחד גיסא, וזהות אנטיגנית בין הבת לאמה מאידך גיסא. תיתכן גם זהות חלקית בין הבת לאם כאשר לבת יש מחצית מאנטיגני האם ללא כל תרומה אבהית שהיא. גם אפשרות כזאת ניתן לשלול על ידי בדיקת מערכות גנטיות נוספות, כגון איזואנזימים וסוגי דם, אשר מועברות

בתורשה על ידי כרומוזומים אחרים שאינם שייכים לצמד האוטוזומים מס' 6, נושאי המידע הקובע הופעת אנטיגנים HLA. חוסר התאמה במערכות נוספות אלה ישלול כמובן את אפשרות הפרתנוגנזה.

5. מגבלות של ההווה המדעי

בניגוד למצב ה"מדעי" ששרר בימי הביניים, הגיע המדע המודרני לרמה גבוהה של התפתחות עד כדי הכרה באפשרות של חוסר ידיעה עכשווי העשוי להשתנות עם התקדמות המחקר. לכן בהחלט יתכנו תגליות חדשות אשר ישללו בעתיד חלק מן התאוריות המדעיות של היום. מצד שני נסיון הדורות האחרונים נותן מקום להניח שמקרים אלה יהיו חריגים ונדירים, במיוחד בתחומים בהם מצויה אינפורמציה נסיונית רבה. לכן חשיבותו המעשית של ה"חשש" מתגליות חדשות, אמורה לבוא לידי ביטוי רק במקרים חריגים.

לפני כשני עשורים התקדם המדע צעד נוסף בסוגיה של הוכחת אבהות וזאת עם התפתחות מדע **הגנטיקה המולקולרית**, באמצעותו ניתן לבצע בדיקות להוכחה פוזיטיבית של אבהות או לשלילתה גם במקרים מסובכים במיוחד, כגון: הוכחת אבהות טרום-לידתית; או מקרים בהם אחד או יותר מן הנבדקים אינו עוד בין החיים. בשיטות אלה בודקים את ה- **ד.נ.א.**, שהוא החומר התורשתי המצוי בכרומוזומים, באמצעות שיטות של ביולוגיה מולקולרית. כמות החומר הנדרשת לבדיקה מסוג זה היא מזערית, ולכן ניתן להעזר בבדיקות אלה גם לגבי עובר במעי אמו, וגם לגבי אדם, שאינו עוד בין החיים.

הגנטיקה המולקולרית מאפשרת גם להסתפק בדגימת ד.נ.א. המתקבלת מרקמה של אחד מאברי הגוף ולא דווקא מתאי-הדם, ועל כן ערך רב לבדיקה כאשר יש צורך לקבוע אבהות, אך לא ניתן להשיג דם טרי לצורך הבדיקה, ויש להסתפק בדגימה קטנה של רקמה. כמו כן ניתן לבדוק את מי השפיר של האם על מנת להוכיח אבהות לגבי העובר.

לא נכנס כאן לדיונים בנושא של קביעת אמהות לגבי פונדקאית, הנושאת עובר לא-לה, ובסוגיה של הפריה מלאכותית, שבוצעה על ידי הפריית ביצית של תורמת; אולם נדגיש רק, כי בכל אחד מן המקרים ניתן באמצעות הבדיקות שתוארו, לדעת בוודאות מי היא

האם הביולוגית שהביצית שלה הופרתה.¹²

ה. בדיקת ה-ד.נ.א.¹³

1. גילוי ה-ד.נ.א. והגדרתו

משנת 1869 ועד שנת 1944 היה ה-ד.נ.א. ידוע כרכיב הראשי של הכרומוזום, ויוחס לו תפקיד אפשרי כחומר גנטי, אך הוא לא זכה להתעניינות מיוחדת בין החוקרים. ב-1944 סיפק החוקר אוסוולד אוורי (Oswald Avery) לראשונה ראיה מכרעת לכך שה-ד.נ.א. הוא חומר גנטי. בשנת 1953 הציעו החוקרים ג'יימס ווטסון (James Watson) ופראנסיס קריק (Francis Crick), בהשראת עבודתו של אוורי ומחקרים נוספים אחרים, את מודל ה-ד.נ.א., אשר התקבל מיידית והוכתר כ"ארוץ הגדול ביותר בתחום הביולוגיה מאז דארווין".¹⁴

בשנת 1985 גילה פרופ' אלק ג'פריס, מאוניברסיטת לסטר באנגליה אתרים ייחודיים ב-ד.נ.א. האנושי, המתאפיינים בשונות גבוהה במיוחד. פרופ' ג'פריס טען שבעזרת אתרים אלה, ניתן לאפיין באופן חד-ערכי כל פרט (למעט תאומים זהים). לאור מסקנה זו טבע פרופ' ג'פריס לראשונה את המונח **טביעת אצבעות של ד.נ.א.**¹⁵

ד.נ.א. הוא מולקולת ענק הבנויה משלד קבוע של סוכר וזרחן, שאליו מחוברים ארבע אבני יסוד – בסיסים – הנקראים: אדנין (A), גואנין (G), ציטוזין (C) וטימין (T), והמסומנים בקיצור A G C T. ה-ד.נ.א. של האדם, או הגנום האנושי, הוא בגודל של כ-3 מיליארד

¹² לדיון במעמד אשה שהופרתה מביצית של אשה אחרת, כאם, ראה תמ"ש (ת"א-יפו) 3521/98 **פלוני (קטין) נ' אלמוני**, תק-מש 2001 (2) 482 (2001).

¹³ בכתובת תת-פרק זה נעזרנו במאמרם של אחיקם סטולר, יורם פלוצקי, "D.N.A. על דוכן העדים", **רפואה ומשפט – ספר היובל** (נובמבר 2001) 143, וחלק מן המקורות שיאזכרו נלקחו ממנו.

¹⁴ מתוך "A Short History of DNA" באתר של The Royal Society of New Zealand ב- Sarah L. Bunce, 'United States v. Kincade – Justifying the Seizure of One's Identity', 6 **Minn. J. L. Sci. & Tech.** 747.

¹⁵ **Convicted by Juries, Exonerated by Science: Case Studies in the Use of DNA Evidence to Establish Innocence After Trial** by e. Connors, T. Lundregan, N. Miller, T. McEwen, June 196, p.4.

אחיקם סטולר, יורם פלוצקי, "D.N.A. על דוכן העדים", **רפואה ומשפט – ספר היובל** (נובמבר 2001) 143.

זוגות בסיסים.¹⁶

מולקולת ה-ד.נ.א. נמצאת במרבית תאי הגוף. היא זהה בכל התאים למעט בתאי המין (תאי זרע וביציות). ה-ד.נ.א. האנושי ארוז ב- 46 כרומוזומים, הכוללים 22 זוגות, ואת שני כרומוזומי המין XX בנקבות, ו-XY בזכרים.

גנים – על גבי הכרומוזומים קיימים אתרים המקודדים לתוצרים חלבוניים ונקראים **גנים**. התוצרים החלבוניים אחראים להתבטאות תכונות שונות של האדם. כל שני כרומוזומים זהים בצורתם, בסוג ובמיקום הגנים והאתרים הנמצאים עליהם, מהווים זוג, ונקראים כרומוזומים הומולוגים, היכולים להיות זהים או שונים בתוכן הגנים. כרומוזום הומולוג אחד מתקבל מהאב ומשנהו מהאם.

אללים – האזורים המקבילים בין שני הכרומוזומים ההומולוגים נקראים **אללים**. רק חלק קטן מ- 3 מיליארד הבסיסים המהווים את הגנום האנושי מקודדים לתוצרים חלבוניים. באופן עקרוני, ההקבלה בין שני כרומוזומים הומולוגים היא לגבי כל האתרים על פני הכרומוזום לא רק לגנים. כלומר לכל האתרים על הכרומוזום האחד יש בהתאמה אתרים מקבילים על הכרומוזום השני, ההומולוג.

לכל פרט בכל אתר (פרט לאתרים הנמצאים על הכרומוזומים X ו-Y בזכרים), יש שני אללים – אחד על כל כרומוזום בזוג הכרומוזומים ההומולוגים. מקור אלל אחד מהאם, ומקור האלל השני מהאב.

ה-ד.נ.א. הוא אפוא הצופן הגנטי של האדם (ושל כל חי), ולכל אדם צופן גנטי המאפיין אותו בלבד, והמבדיל אותו מן האחרים.

¹⁶ Virna M. Manuel, "Legislative Reform Note: State DNA Data Base and Data Bank Expansion Laws: Is It Time For California to Expand its DNA Data Base Law to Include All Convicted Felons", 31 W. St. U.L.Rev. 339, 342.

2. השוואת ד.ג.א. משני מקורות

אחת הדרכים להציג את פרויקט הגנום האנושי היא להשוותו לאנציקלופדיה בת 3 מיליארד אותיות, הכתובות בעזרת ארבע אותיות שונות (A, G, C, T). פענוח רצף הגנום האנושי הוא קביעת הסדר של ארבע האותיות בשרשרת בת כ-3 מיליארד אותיות. (AGGCTAAGCGTTA...). הגנום של כל פרט הוא בעצם שתי גרסאות (הכרומוזומים ההומולוגים) של אותה אנציקלופדיה. הנחת המוצא האקסיומטית היא, כי אין כל אפשרות שיהיה רצף ד.ג.א. זהה לשני פרטים שונים (מלבד תאומים זהים). הנחת מוצא זו מקובלת על הכל ולא נכנס לשיקולים העומדים בבסיסה.

באופן עקרוני, השוואת ד.ג.א. משני מקורות, משמעותה השוואת רצף האותיות בשתי גרסות האנציקלופדיה, בנות 3 מיליארד האותיות, ממקור אחד לרצף האותיות בשתי גרסות האנציקלופדיה של המקור השני. הטענה כי יש זהות ב-ד.ג.א. משני המקורות – משמעותה זהות מלאה ברצפים.

במסגרת פרויקט הגנום האנושי נקבע רצף האותיות של גרסה אחת של האנציקלופדיה. העבודה נמשכה שנים, ונטלו בה חלק מאות מעבדות ברחבי העולם. כאשר רוצים לערוך בדיקה להשוואת ד.ג.א. משני מקורות, אין זה מעשי לקבוע רצף של ארבע גרסות של האנציקלופדיה כדי לקבוע זהות או שוני בין ד.ג.א. משני מקורות.

הפתרון לקושי זה הוא השוואה בין מדגם קטן מתוך הגנום משני המקורות, במקום השוואת הגנום כולו. ההנחה העומדת בבסיס גישה זו היא, שאם יש זהות בין המדגמים הרי שיש סבירות גבוהה שיש זהות ברצף כולו. לעומת זאת אם אין זהות בין המדגמים אזי יש שוני בין הרצפים. האפשרות השניה אינה מעוררת קשיים, שהרי מובן מאליו שאם יש שוני בחלק מהרצף לא תיתכן זהות בכל הרצף. התשובה היא מוחלטת, חד-משמעית ואינה מוגדרת במונחים הסתברותיים. לעומת זאת, ההנחה כי זהות בין האזורים הנדגמים מהרצף מצביעה על הסתברות גבוהה לזהות בכל הרצף, מעלה את הצורך בהגדרה כמותית של המונח "הסתברות גבוהה". ניתן לנסח זאת בעזרת השאלה ההפוכה: מה הסיכוי שבאופן אקראי תהיה זהות בין האזורים הנדגמים משני מקורות ד.ג.א., ולא תהיה זהות ברצף ה-ד.ג.א. כולו? המדובר ב-ד.ג.א. מפרטים שונים. זוהי שאלת המפתח אשר בעזרתה ניתן להגדיר את המשקל הראייתי של בדיקת ה-ד.ג.א. בהליך המשפטי.

לצורך הדיון בשאלה זו נקדים סקירה קצרה של סוגים שונים של רצפי ד.נ.א. כולל אלה המשמשים לבדיקה.

אם ננסה לסווג את סדר הבסיסים במקטעי ד.נ.א. של אנשים שונים, נוכל לאמר באופן פשטני, שקיימים שלושה סוגי מקטעים:

א. רצפים שמורים – מקטעי ד.נ.א., הבהים בכל בני האדם, או במרביתם.
ב. רצפים עם שונות נמוכה – יש מספר מוגבל של מופעים ברצפים אלה, ולכן כל אחד מהם משותף לאנשים רבים.

ג. רצפים עם שונות גבוהה – יש מספר רב של מופעים ברצפים אלה, ולכן כל מופע, או לפחות חלקם, משותף לאנשים מעטים יחסית.

המקטעים מן הסוג השלישי, קרי רצפים עם שונות גבוהה, אלה האזורים ב-ד.נ.א. הנבדקים לצורך קביעת זהות או שוני בין דגימות ביולוגיות ממקורות שונים.

האזורים המועדים לשונות – הסמנים הגנטיים – אלה הם מקטעים ייחודיים מן הסוג השלישי הנקראים STR (Simple Tandem Repeats) – אזורים הבנויים מרצף פשוט של ארבע אותיות החוזר על עצמו כמה פעמים.¹⁷

השונות בין פרטים שונים, במקטעים מסוג זה, מתבטאת במספר החזרות של הרצף הנשנה.

סמני ד.נ.א. המשמשים לקביעת פרופיל גנטי, אלה אתרים מוגדרים בגנום, אשר נבחרו בזכות השונות הגבוהה (ריבוי מופעים) שלהם באוכלוסיה. לסמנים השונים יש שמות המגדירים אותם באופן בלעדי (דוגמה לשמות של סמנים: CSF, TPOX, THO1). סמנים אלה מוכרים ומקובלים על הקהילה המדעית והמשפטית. כל סמן בא לידי ביטוי במספר מוגדר של מופעים מוכרים באוכלוסיה.

המופעים השונים באותו סמן, הנקראים **אללים**, מוגדרים על ידי מספרים אשר מציינים את מספר החזרות על הרצף הפשוט.

¹⁷ Sarah L. Bunce, "United States v. Kincade – Justifying the Seizure of One's Identity", 6 Minn. J. L. Sci. & Tech. 747, 749.

השוואה בין הפרופיל הגנטי של שני פרטים, פירושה השוואת הגדלים של מקטעי הסמנים הגנטיים בהתאמה. מן הראוי לציין שכל פרט הוא שתי גרסות שונות (זוגות הכרומוזומים), וההשוואה היא בעצם בין שתי הגרסות של פרט אחד לבין שתי הגרסות של הפרט האחר. כלומר, הבדיקה בפועל היא השוואה ברמת הגודל של כמה מקטעים בני כמה מאות בסיסים, והמסקנות הנגזרות מתייחסות לרמת הרצף של כמה מיליארדי בסיסים.

מדובר בממצא מאוד קטן, המוביל למסקנה מאוד גדולה. ממצא קטן זה אכן יכול לשאת על כתפיו את המסקנה הגדולה, כל עוד אנו נמצאים בטווח התנאים והנחות היסוד. סטייה מטווח התנאים והנחות היסוד – תטיל ספק בתקפות המסקנה.

3. ההליך המעבדתי

מטרת ההליך המעבדתי היא הפקת פרופילים גנטיים, שימששו כתשתית ראייתית לצרכים משפטיים – בתחום האזרחי והפלילי. היישומים העיקריים הם קביעת זיהוי אישי ומשפחתי במשפט האזרחי; וקביעת קשר בין ממצאים ביולוגיים מזירת העבירה לחשודים בביצוע העבירה, במישור הפלילי.

ההליך המעבדתי נעשה במספר שלבים:

א. איסוף ממצאים מהם ניתן להפיק פרופיל גנטי. פעולה זאת נעשית על ידי אנשי המעבדה לזיהוי פלילי ו/או הצוותים הרפואיים. ממצאים אלה כוללים כתמי דם, זרע, עור, רוק, שיער, בגדים או חפצים אשר נותרו עליהם תאים. איסוף דגימות ביולוגיות מהנפשות הפועלות (בדרך כלל דגימות דם) למטרות השוואה עם הממצאים מהזירה.

ב. הפקת ד.נ.א. מהממצאים והדגימות שנאספו.

ג. שכפול מקטעי ד.נ.א. אשר בעזרתם נקבע הפרופיל הגנטי, קרי הסמנים הגנטיים, למספר רב של עותקים, בתהליך הנקרא Polymerase Chain Reaction – PCR. השיטה מנצלת את יכולתו של ה-ד.נ.א. לשכפל את עצמו. מדובר בשכפול סלקטיבי של האתר הספציפי.

תוצר ה-PCR הוא מספר רב של עותקים של מקטע ד.נ.א. של הסמן.

קביעת פרופיל ד.נ.א. לא נעשית על מקטעי ה-ד.נ.א. המקוריים (שהופקו מהמוצגים מהזירה ומהנפשות הפועלות), אלא על תוצרי ה-PCR – המקטעים המשוכפלים הזהים להם בהתאמה.

היתרון הגדול של השימוש בריאקציה ה-PCR לצרכי אנליזה גנטית, טמון באפשרות לקבל תוצאות של פרופיל גנטי מאיכות גבוהה, גם מממצאים המכילים כמויות זעירות של ד.נ.א., וגם מממצאים המאופיינים באיכות ירודה (מצב שכיח בדגימות הנאספות מזירת העבירה – שערות בודדות, שרידים של כתמי דם, רוק על בדל סיגריה וכד').

החסרון בשימוש בשיטת ה-PCR נובע מרגישותה הרבה לזיהום, העלולה להניב תוצאות מוטעות. דהיינו, אם הדוגמה תזוהם במולקולה אחת של ד.נ.א. זר, הרי שגם מולקולה זרה זו תשוכפל בשיטת ה-PCR.

הפעלה נכונה של תהליך ה-PCR על פי כל הכללים, תוך שימוש בכל הביקורות הנדרשות, תביא לידי ביטוי את יתרונות התהליך ותמזער את חסרונותיו.¹⁸

ד. השלב הבא הוא קבלת הפרופיל הגנטי של הסמן. כלומר קביעת האללים של הסמנים השונים על פי גודלם – דהיינו מספר הבסיסים שבהם.

קביעת מספר החזרות או אורך מקטע ה-ד.נ.א. נעשה על ידי ניצול תכונה פסיקלית של ה-ד.נ.א. – העובדה שהוא טעון במטען חשמלי שלילי.

כאשר מחדירים את מקטעי ה-ד.נ.א. לחומר צפוף, הנקרא ג'ל, ומפעילים שדה חשמלי על הג'ל, מקטע ה-ד.נ.א. יתקדם בתוך הג'ל לכוון הקוטב החיובי. המקטעים הקצרים יתקדמו, בזמן נתון, מרחק גדול יותר מהמקטעים הארוכים, ומקטעים בגודל זהה יתקדמו לאותו מרחק. ביחד עם מקטעי ה-ד.נ.א. הנבדקים, מחדירים לתוך הג'ל מקטעים נוספים, המיוצרים באופן מסחרי, זהים בגודלם לאללים השונים של הסמנים. לכל סמן יש סולם אללים שלו אשר מבטא את מרבית האללים של אותו הסמן באוכלוסייה.

¹⁸ Tracey Maclin, "Is Obtaining an Arrestee's DNA a Valid Special Needs Search Under The Fourth Amendment? What Should (and Will) the Supreme Court Do?", 33 J. L. Med. & Ethics 102, 103.

ה. לאחר הרצת מקטעי ה-ד.נ.א. יש לקבוע את זהות האללים בכל סמן בדגימות הנבדקות. הקביעה נעשית על ידי השוואת המקטעים לסולם המסחרי של האללים ומציאת האלל הזהה לו בגודלו, קרי האלל שהגיע למרחק זהה על הג'ל. בשלב זה מגדיר איש המעבדה את הפרופיל הגנטי של הדגימות הספציפיות שבדק, במונחים של אללים מוגדרים אשר זהותם מוכרת ומקובלת על ידי הקהילה המדעית והמשפטית. לכאורה, שלב הגדרת האללים אמור להיות פשוט וחד-משמעי, אולם בפועל מקטעי ד.נ.א. אינם מתקדמים תמיד באופן הרצוי על הג'ל. לעתים יש בג'ל עיוותים שונים. לפעמים רואים על הג'ל, בנוסף לפסים המייצגים אללים, גם פסים נוספים, דמויי אללים, אשר מקורם בגורמים טכניים שונים הנובעים מן התהליך. לעתים ההבחנה בין פסים המייצגים אללים אמיתיים לבין פסים דמויי אללים קשה, וקביעת הפרופיל הגנטי אינה בהכרח חד-משמעית.

ו. תוצאות הניתוח של איש המעבדה מרוכזות בטבלה מסכמת, המפרטת את האללים של כל סמן בכל אחת מן הדוגמאות הנבדקות.¹⁹

4. עבוד הנתונים

בתחום המשפט האזרחי שלילת קשר משפחתי היא מוחלטת בעוד שקביעת קשר משפחתי מבוטאת במונחים הסתברותיים.

בדיקת אבהות נעשית בדרך כלל בתנאים בהם ידוע מי האם, ונשאלת השאלה מי האב. הפרופיל הגנטי של הילד מכיל שני אללים בכל סמן. אלל אחד מקורו מן האם, ומשנהו מן האב. לכן כל האללים בכל הסמנים אשר קיימים בפרופיל של הילד ואינם מופיעים בפרופיל של האם – חייבים להמצא בפרופיל של האב. כאשר הבדיקה מראה בפרופיל הגנטי של הילד אלל/ים שאינם נמצאים באב הפוטנציאלי שנבדק, מתבקשת המסקנה, כי הילד קיבל את האלל/ים הללו מאדם אחר, שהוא אביו האמיתי, ולכן המועמד שנבדק איננו אבי-הילד.

בכל מקרה יש לשלול את האפשרות שלשני אנשים שונים יהיה פרופיל גנטי זהה בכל האתרים שנבדקו. השלילה נעשית על סמך נתונים וחישובים סטטיסטיים. את המידע

¹⁹ אחיקם סטולר, יורם פלוצקי, "D.N.A. על דוכן העדים", **רפואה ומשפט – ספר חיובל** (נובמבר 2001) 149, 143.

האובייקטיבי שואב הסטטיסטיקאי מידע ומנתונים על שכיחויות של האללים השונים באוכלוסיות מוגדרות. אם המידע החיצוני – קרי, הטבלאות הסטטיסטיות או הנתונים המעבדתיים בהם נעזר הסטטיסטיקאי – שגוי, אזי המסקנות אליהן יגיע הסטטיסטיקאי תהיינה בהכרח שגויות.

באשר לאוכלוסיה בישראל, יש טבלאות סטטיסטיות של שכיחויות האללים באוכלוסיה היהודית וטבלאות של שכיחויות אללים באוכלוסיה הערבית. יש אוכלוסיות ייחודיות נוספות בישראל – בדואים, דרוזים, יהודים אתיופיים ועוד – אשר עבורן עדיין לא הוכנו טבלאות סטטיסטיות של שכיחויות אללים. השימוש בטבלאות לא מתאימות עלול להטות את התוצאות בחישוב הסיכוי לנשיאת פרופיל גנטי מסוים באופן אקראי.

3. הכרת המשפט בעמדה המדעית והמשקל הראייתי הניתן לה

א. כללי

לאורך השנים התפתחו בפסיקה מבחנים וסטנדרטים, בהם על ראייה מדעית לעמוד, כדי שניתן יהיה להסתמך עליה בבית המשפט.

כך התייחס **כב' השופט מ' חשין ב-ע"פ 9724/02**²⁰ לראייה מדעית:

"ראייה "מדעית" חייבת לעבור "מבחני אש" מסוימים עד שבתי המשפט יכירו בה כראייה "מדעית" מקובלת, ועל דרך הכלל המדובר הוא במבחן בן שלבים אחדים:

על בית המשפט להשתכנע כי התיאוריה המדעית או הנחות היסוד שעל-פיהן נערכות הבדיקות מבוססות ומקובלות בעולם המדעי שלעניין;

עד מומחה יעיד כי הליכי הבדיקה שנערכה מקובלים על המקצוע המדעי שלעניין;

עד מומחה יעיד כי ערך הבדיקה וכי הבדיקה בוצעה כראוי; תובהר האפשרות שנעשתה טעות בבדיקה ובתוצאותיה. ... נוסף ונעיר, כי במקום

²⁰ ע"פ 9724/02 אבו-חמאד נ' מדינת ישראל, תק-על 2003 (3) 2182, פס' 17 לפסק הדין (2003). ראה עוד: בג"צ 27/86 רב"ט רן לוברטובסקי נ' בית הדין הצבאי לערעורים, פ"ד מ(3) 757, 759 (1986).

שהמדובר הוא בשיטה מדעית חדשה שטרם קיבלה את חותמה של הקהילה המדעית, עשויה ראייה להתקבל כראיה ראויה והחידוש יאצול אך על משקלה של הראיה.

ובדחותו את העתירה לדיון נוסף בעניין זה ציין **כב' השופט א' מצא, כי:**

"השאלות הקשות...אינן אלה הנוגעות להכרה העקרונית בכוחה של הראיה הגנטית, כי אם לאופן השגתה והשימוש בה הלכה למעשה".²¹

בארה"ב שלט בכיפה מאז שנת 1923 פסק הדין **Frye**, הקובע כי תפקידו של בית המשפט בבדיקת ראיות מדעיות הוא לבדוק האם הגישה המדעית שהוצגה בפניו היא זו המקובלת, באורח כללי, על ידי הקהילה המדעית הרלבנטית. על פי עמדה זו מצטמצמת הבדיקה לשאלה האם הראיה מקובלת על הקהילה המדעית.

גם **בישראל** היתה השפעה רבה לפסק דין **Frye**, עליו נהגו בתי המשפט להסתמך.²²

לאחר כשבעים שנה בהן עמד פסק הדין איתן וכמעט ללא עוררין, נאלץ הוא לוותר על מעמדו לטובת פסק דינו של בית המשפט העליון בארה"ב בעניין **Daubert**.²³

על פי פסק הדין בעניין **Daubert** המבחן הוא כפול: בית המשפט מקבל ראיה רק בתנאי שהתקבלה על ידי הקהילה המדעית, אך לא די לו בכך, אלא עליו לבדוק את הראיה בצורה מקיפה, ממצה ויסודית יותר. על בית המשפט לבדוק את דרכי החשיבה ובעיקר את דרכי ההוכחה של המדען.

הסתמכות המדען על תיאוריה המקובלת על חבריו אין די בה. בבואו לבית המשפט חייב המדען לשכנע את השופט, כי התיאוריה הכללית עליה הוא מסתמך ניתנת לבדיקה בדרך המקובלת על בית המשפט, והינה שיטה שביכולתה לצפות מראש.²⁴

²¹ דנ"פ 9903/03 **אבו חמאד נ' מדינת ישראל**, תק-על 2811 (4)2004, פס' 7 לפסק הדין (2004).

²² ע"א 61/84 **יוסף ביאזי ואח' נ' אברהם לוי**, פ"ד מב(1) 446 (1988); ע"פ 993/93 **אבוטבול נ' מדינת ישראל**, פ"ד מח(1) 485 (1993); ע"פ 517/86 **ברוקס נ' מדינת ישראל**, פ"ד מג(3) 441 (1989); ע"פ 36/70 **כהן נ' מדינת ישראל**, פ"ד כה(1) 339 (1971).

²³ **Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc**, 113 S Ct 2786 (1993).

²⁴ סקירה מקיפה מפי כב' השופט נ' הנדל ב-ת"פ (ב"ש) 76/93 **מדינת ישראל נ' אל עביד**, תק-מח 96 (1) 1 (1996). לדבריו קיימות דרגות שונות של תוצאות בדיקת D.N.A. ועל בית המשפט לקבל החלטות שונות

בקבלת תוצאה מדעית ישנן לפחות שלוש אפשרויות לטעות בתוצאה:

ראשית, ישנה אפשרות שלשני אנשים יש אותו פרופיל ד.נ.א. (למרות שאינם תאומים זהים).

שנית, ייתכן שתוצאות בדיקת ה-ד.נ.א. פורשו בצורה שגויה. למרות שטכנולוגיות חדשניות של בדיקות ד.נ.א. הפחיתו אפשרות של התרחשות תוצאה כזו, אך באופן עקרוני זה בהחלט אפשרי, כאשר המדובר בפרשנות ובניתוח נתונים אנושי.

שלישית, טעות אנושית בהליך מעבדתי של בדיקת ד.נ.א. גם כן יכולה להוביל לדיווח התאמה שגוי.²⁵ יצויין כי על מנת למנוע מצב שבו אחד מן הצדדים הנבדקים ישלח אדם אחר במקומו לביצוע הבדיקה, נעשות הבדיקות לאחר זיהוי קפדני ובנוכחות כל הצדדים – האב הנטען, האם והילד.

במאמר מונים **א' סטולר ו-י' פלוצקי**²⁶ גורמים העלולים להביא לקבלת תוצאות שגויות מבדיקה גנטית, ביניהם:

א. שימוש במספר מועט של סמנים. רצוי וצריך להשתמש בתשעה סמנים לפחות. במקרים רבים בדיקות נעשות באמצעות ששה סמנים בלבד.

על פי טיב התוצאה: "אכן, לא הרי חוות דעת בעניין טביעת אצבע ו-D.N.A, כהרי חוות דעת בעניין סיבים; לא הרי 5 בדיקות למציאת השוואה בין סיבים, ל-6 בדיקות. אך גם באלה שבוצעו, יש פרוש שניתן למושג "התאמה" כפשוטו, כנושא וחובק בחובו גם את המושג "אפשרי בהחלט" שהוא בהחלט, עפ"י הגדרתו, רף גבוה יותר מזה של "בהחלט אפשרי", ושניהם בוודאי גבוהים מזה המוגדר כ"אפשרי", לא כל שכן, מאלה המוגדרים כ"פחות אפשרי", "בסבירות נמוכה", ובוודאי מזה המוגדר "בהחלט לא אפשרי"..."

25 Jason Schklar, *DNA Evidence in the Courtroom: A Social-Psychological Perspective Science in Court*, Edited by Michael Freeman, Helen Reece, Ashgate (1998), 109, 111.

26 ד"ר אחיקם סטולר וד"ר יורם פלוצקי, "D.N.A. על דוכן העדים" רפואה ומשפט – **ספר היובל** (2001) 157-156, 143.

ב. עירוב ד.נ.א בין הממצאים במהלך האיסוף, האחסון והמשלוח למעבדה. היות והתהליך כולל שלב של שיכפול מקטעי הסמנים הגנטיים די שתעבור כמות מזערית של רקמה ביולוגית, מממצא אחד למשנהו, כדי שהדבר יגרום לתוצאות מוטות של הבדיקה.

ג. זיהום הדגימות במהלך עבודת המעבדה.

ד. ג'ל מאיכות ירודה הגורם לאינטרפרטציה שגויה בקביעת האללים של הסמנים השונים. הבעייה העיקרית, היא ההבחנה בין אללים אמיתיים לבין פסים דמויי אללים, שאינם מייצגים אללים.

ה. ביצוע ניתוחים סטטיסטיים בעזרת טבלאות שאינן מתאימות למקרה הנבדק. כאשר חישוב ההסתברות הסטטיסטית נעשה על סמך טבלאות שכיחויות אללים של אוכלוסיה גדולה פתוחה, עבור חשוד הנמנה על אוכלוסיה סגורה, אזי החישוב עלול להניב תוצאה שגויה. מצב דומה קיים לגבי ההסתברות לִנְהוּת בפרופיל הגנטי בין קרובי משפחה מכל אוכלוסיה שהיא. יתכן שקביעת הפרופיל הגנטי במקרים אלה על סמך מספר רב של סמנים, יכולה לפתור באופן חלקי קושי זה.

אם כן, ולאור האמור לעיל, בחינת הראיה המדעית על ידי בית המשפט ראוי לה שתעשה בשני מישורים:

1. במישור הטכנולוגי מקצועי.

2. במישור עיבוד הנתונים והסקת המסקנה המדעית-משפטית.

המישור הטכנולוגי מקצועי מעלה שלוש שאלות עיקריות:

1. האם הבדיקה נעשתה בשיטה מדעית מהימנה – האם יש הכרה בינלאומית בשיטה.²⁷
2. האם השיטה המדעית שנבחרה – יש בה כדי לתת תשובה לבעיה שבטעון, באופן שלא תתקבל תשובה מוטעית.

²⁷ כיום מבוצעות בדיקות אבהות המוכרות כראיה קבילה בבתי המשפט, בבתי החולים ע"ש שיבא (תל השומר), בלינסון (פ"ת), והדסה (י-ם). כך פורסם בפורום דיני משפחה בישראל – <http://www.family-law.co.il>.

3. האם הבדיקה הספציפית בוצעה כהלכה – המישור הטכני של ביצוע הבדיקה – האם המכשור הופעל כהלכה, האם הבודק מנוסה דיו, שמא היו זיהומים, האם איסוף החומר נעשה כהלכה, האם היה תיעוד מלא של מהלך הבדיקה והתוצאה וכד'.

או במלותיו של **כב' השופט מ' חשין ב-ע"פ 9724/02**:²⁸

"מכל אלה נדע, כי שומה על בית-המשפט לבחון יסודות מספר ולהשיב על שאלות אחדות עד שיתיר לראיה מדעית להיותה ראיה קבילה וראויה בהליכי משפט. אם מקובלת התיאוריה בקרב הקהילייה המדעית שלעניין, ועד כמה מקובלת היא? מהו שיעור הטעויות הידוע או הפוטנציאלי? האם הבדיקה שנערכה במקרה הספציפי היתה בדיקה אמינה וראויה? שלא כבעבר, אין נדרש כיום כי התיאוריה תהא מקובלת על הקהילייה המדעית כולה, ואולם חילוקי דעות ישפיעו על משקלה של הראיה. דבר אחרון, והוא מן העיקרים: תקפות התיאוריה המדעית שלעניין תולה עצמה – לעולם – באפשרות הפרכתה על-ידי ראיות אמפיריות סותרות ובהיותה נתונה לביקורתם של מומחים (הרי זה נייר הלקמוס של כל תיאוריה מדעית)."

יפים לעניין זה דבריו של **כב' השופט א' מצא לעניין בדיקת אבהות ב-ע"א 2558/91**:²⁹

"ואולם שטר זה, של הסתמכות כמעט מוחלטת על תוצאותיה של בדיקת אבהות, שוברו בצדו: האפשרות להסתמך על תוצאות הבדיקה כאמינות ללא סייג, תוך הנחה כי תוצאות אלה משקפות אמת מוצקת וודאית, מותנית בקיומן של ערובות ממשיות לתקינותם המוחלטת של מהלכי הבדיקה על כל שלביה. אכן, אם קוימה הבדיקה כהלכה, חזקה שתוצאותיה תהוונה – וראויות הן להוות – אמת מדעית מוכחת, שכמעט ואין דרך לחלוק עליה. אך הליכי הבדיקה אינם מחוסנים מפני טעויות. פועל-יוצא מכך הוא, שהקפדה על תקינות הליכי הביצוע של הבדיקה, כתנאי לקבילות תוצאותיה, הנה ערובה הכרחית וחיונית בהליך משפטי, שדינו אמור להיות

²⁸ ע"פ 9724/02 **אבו-חמאד נ' מדינת ישראל**, תק-על 2003 (3) 2182, פס' 23 לפסק הדין (2003).

²⁹ ע"א 2558/91 **פלונית ואח' נ' פלוני**, פ"ד מז(2) 8, 13-14 (1992).

מוכרע אך ורק (או בעיקר) על יסוד תוצאותיה של הבדיקה.

לעניין זה די בחשש או בסיכוי נראה-לעין לטעות בהליכי הבדיקה, כדי להפוך את תוצאותיה לבלתי-קבילות. ... כמה אמצעי זהירות בהם חובה לנקוט, בעת ביצוע הבדיקה, לשם מניעת טעויות. בכלל אלה: זיהוי ברור של נבדקים, הן באופן הדדי על ידי המעורבים והן באמצעים אובייקטיביים (מסמכים מזהים, חתימות, טביעות אצבע וכו'); כן זיהוי של דגימות הדם במעבדה, בעזרת מספור שיטתי של המבחנות המקוריות והמשניות, עריכת בדיקות כפולות על ידי טכנאים עצמאיים והשוואת תוצאותיהן על ידי בוחן שלישי. שיבוש תוצאות הבדיקה יכול לנבוע מבלבול, מוטעה או זדוני, של דגימות הדם המועדות לבדיקה, ולפיכך נודעת חשיבות לווידוא זהות הנבדק ושייכות הדגימה בכל שלב ושלב של הבדיקה ...

אכן, ככל שגוברת ומשתרשת הנטייה – שהיא, כשלעצמה, מבורכת ורצויה – לקבל תוצאותיה של בדיקת אבהות כראיה מכרעת לחיוב או לשלילת האבהות השנויה במחלוקת, גובר גם הצורך להתנות את קבילותן של התוצאות בקיום ערובה מספקת לתקינות הליכי הבדיקה. הדרישה שהבדיקה נוהלה כראוי ("properly conducted") מקובלת בפסיקת ארצות הברית כתנאי לקבילות התוצאות. כך, למשל, מוטל על בית המשפט להיווכח, כי דגימות הדם שנבדקו הן הדגימות שניטלו לצורך זה מן הנוגעים בדבר ... שההליכים הממשיים שננקטו בבדיקה היו ראויים ושלא התקיימו גורמים העלולים להשפיע על תוצאותיה ... עוד נקבע, כי אין לקבל את תוצאותיה של בדיקה כראיה אם המומחה המעיד עליה סומך על נתונים שסופקו על ידי אחרים ולו עצמו אין ידיעה כיצד בוצעה הבדיקה בפועל."

מישור עיבוד הנתונים והסקת המסקנה המדעית-משפטית: לאחר שהראיה עברה את משוכת המישור הטכנולוגי, יש לשאול מה המשמעות העובדתית שממנה נגזרת המשמעות המשפטית של התוצאה, והאם ניתן להסיק רק מסקנה אחת ואין בלתה מן הנתונים שהתקבלו.

ב-ת"פ (ב"ש) 76/93³⁰ מתמודד **כב' השופט נ' הנדל** מבית המשפט המחוזי בבאר שבע בסוגיית תפקיד בית המשפט בישום ראיות מדעיות:

"בפני בית המשפט הוצג קושי בבואו לשקול ראיות מדעיות בשל חובתו של בית המשפט שאינו מומחה להכריע בין מומחים שונים. לכן, תוך ניסיונותיי לעשות סדר מחשבתי בנדון, הייתי מציע להיעזר במבחנים אחידים בבואנו לבדוק ראיות מדעיות. כל זאת ככלי עזר ובתקווה שמבחנים אלה הנם פשוטים, יעילים, בעלי ישום ובעלי יכולת עמידה בדרישות המדע והמשפט כאחד."

בהמשך מציע **כב' השופט נ' הנדל** להעזר בשני מבחנים – חיצוני ופנימי:

"המבחן הפנימי כשמו כן הוא. יש לבדוק חוות דעת על פי תוכנה.

יש לבדוק האם המומחה הוכיח את אשר הוא מסיק על פי שיטתו.

בהנחה שהוכיח את אשר שאף להוכיח, מהי משמעות לכך באשר לנאשם העומד לדין בתיק קונקרטי? במובן זה, יש לחלק את המבחן הפנימי לשניים: יעד המומחה והשלכות ההוכחה.

בין היתר לשאול את השאלות הבאות: מה אומר המומחה? מה הוא מנסה להוכיח? מה דרכי הוכחתו? מהן ההשלכות של חוות דעתו בתנאי שבית המשפט יקבלה?...דהיינו, מה נושא ההוכחה? ומהי מידת השכנוע?

במבחן החיצוני יש לצאת מתוך מסגרת חוות הדעת ולבדוק את הדברים על פי גישת הקהילייה המדעית וכללי הפסיקה. אף את המבחן החיצוני הייתי מחלק לשתי תתי-קבוצות: גישה מדעית וביקורת שיפוטית. יש לשאול:

האם תוכן חוות הדעת של המומחה נתמך על ידי עולם המדע? מהי עמדת בתי המשפט בנדון? אלה שתי שאלות נפרדות."

השאלה של בחינת הראיות מבחינה סטטיסטית עלתה בהרחבה לאחרונה מפי **כב' השופט**

³⁰ ת"פ (ב"ש) 76/93 **מדינת ישראל נ' סלימאן אל עביד** (הכרעת הדין – חלק שלישי) תק-מח 96 (1) 1, פס' 10 לפסק הדין (1996).

א' ריבלין ב-ע"פ 141/04³¹ שם הוחלט להחזיר את הדין בתיק פלילי, הון בעבירות האיננוס, לבית המשפט המחוזי על מנת שישמע עדויות לגבי "יחס הנראות להסתברות האבהות" – Probability of Paternity; וכן מצאנו התייחסות לנושא זה ב-**ת"פ (ב"ש) 73/95**³² וב-**תפ"ח (מחוזי י-ם) 606/03**³³.

להלן נעסוק בהתייחסות של בית המשפט האזרחי ובית הדין הרבני לבדיקת סיווג הרקמות, האיזואנזימים וה-ד.ג.א. (כולן יכוננו להלן לעתים גם: **בדיקת הרקמות, הבדיקה המדעית, או בדיקת האבהות**).

ב. בית המשפט האזרחי

כפי שראינו לעיל, חוקקו מדינות רבות באירופה ובארצות הברית חקיקה מפורשת בסוגיה של עריכת בדיקות דם לצורך הוכחת אבהות, שבמקור יושמה לעניין הבדיקה של תורת קבוצות הדם, כפי שהיתה ידועה בעת החקיקה.

במשך הזמן, ולאחר שהשתכללו לאין ערוך תגליות המדע בתחום זה, כפי שראינו לעניין בדיקת סיווג הרקמות, האיזואנזימים וה-ד.ג.א. (להלן: **בדיקת הרקמות**), אומצו לתוך החקיקה התפתחותיות אלה בשמחה ומכח קל וחומר – דהיינו: אם המשפט קיבל עמדה מדעית מסוימת, שהיא פחות "משוכללת" בתוצאותיה, אין ספק, שייאות לקבל ממצאים ודאיים יותר.

באנגליה, למשל, קבע סעיף 25 ל- Family Law Reform Act 1969, שעניינו פרשנות, כי החוק יחול גם לגבי כל התפתחות במדע הדם. יתירה מזו: כבר אז אין החוק מדבר רק על אפשרות לשלילת אבהות, אלא בסעיף 20(2) שלו הוא מכיר, כמפורט לעיל, באפשרות להשתמש בבדיקות הדם גם לקביעת אבהות באופן פוזיטיבי.

³¹ ע"פ 141/04 **פלוגי נ' מ.י.**, תק-על 3725 (1)2006.

³² ת"פ (ב"ש) 73/95 **מדינת ישראל נ' מאיר בן מכלוף כהן**, תק-מח 98(2) 157 פס' 3-5 לפסק הדין (1998).

³³ תפ"ח (מחוזי י-ם) 606/03 **מדינת ישראל נ' פלוגי**, תק-מח 2004(2) 1154, פס' 24 לפסק הדין (2004).

כל המדינות שהכירו בצורה זו או אחרת בכוחן של בדיקות הדם על פי תורת קבוצות הדם לשלול אבהות, אימצו את התפתחויות המדע, כפי שתארנו לעיל, והכירו ללא צל של ספק בעמדה המדעית וביכולת המדע באמצעות בדיקת הרקמות וה-D.N.A. לקבוע אבהות באופן פוזיטיבי בדרגה גבוהה מאוד של הסתברות. כפי שהזכרנו לעיל, אפשר יהיה באמצעות בדיקה זאת לקבוע פוזיטיבית אלמנטים מפלילים, כשהמדובר בהוכחת אבהות בעניין פלילי, ואף לצורך זיהוי הנאשם – כיוון שאמינות הבדיקה עונה על הקריטריון של "מעבר לכל ספק סביר".

החשיבות הרבה, שניתנת לתוצאות של הבדיקות מחד גיסא, ועלותן הרבה מאידך גיסא, הביאו מדינות מסוימות בארצות הברית לחוקק חקיקה מיוחדת בדבר אופן התשלום עבורן, ולעתים גם מימוןן האפשרי על חשבון המדינה. הזכות לקבל את תוצאות הבדיקות נקבעה כחשובה אף יותר מן הזכות לסנגור, שבחלק ניכר ממדינות ארצות הברית ממומן על ידי המדינה בהליכי האבהות; וזאת כיוון שבדיקות אלה יכולות בנקל לשלול אבהות או לקבוע אותה, מה שסנגור כלל לא בטוח שיצליח לעשות. בדיקה זאת היא הנשק החזק ביותר על האב-הנטען במקרה שהוא אכן האב, ובמקרה שאין הוא האב – הרי היא חשובה לו עד למאוד.

בעניין *Rachelle "L" v. Bruce "M"*³⁴ תבעה האשה להוכיח אבהות, והתחייבה לשלם עבור הבדיקות. החוק של מדינת ניו-יורק מחייב תשלום על ידי המדינה רק כשהבדיקה נדרשת על ידי אב חסר אמצעים, אך לא כשהאם היא חסרת אמצעים. בית המשפט פסק, כי הפליה כזאת אינה הוגנת, וכי כל מי שאינו מסוגל לשלם – אם או אב – רשאי לקבל השתתפות בהוצאות מן המדינה. הבדיקה חשובה וחיונית ביותר, ואין זה הוגן שביצועה יהא נחלת העשירים בלבד.

גם בישראל הכירו בתי המשפט בתוצאות של בדיקות סיווג הרקמות, שהובאו לפנייהם על ידי הצדדים. ב-*ע"א 104/78*³⁵ תבעה פלונית מאת אלמוני מזונות עבור בנה, שנולד מחוץ לנישואין. האב-הנטען הכחיש את אבהותו, ובדיקת דם מסוג ABO לא שללה את אבהותו. בית המשפט המחוזי פסק על סמך יתר הראיות שהיו בפניו, כי התביעה לא

³⁴ *Rachelle "L" v. Bruce "M"*, 453 N.Y.S. 2d 936 (1982).

³⁵ ע"א 104/78 (לא פורסם).

הוכחה. במסגרת הערעור הסכימו בעלי הדין להבדק בבדיקת סיווג רקמות, שתוצאתה היתה שלילת אבהות האב-הנטען על הילד מעבר לכל ספק סביר.

ב-**תמ"א 197/75**,³⁶ שהדיון בו התקיים בבית המשפט המחוזי בירושלים משך **מספר שנים**, טענה פלונית, כי אלמוני הוא אבי בתה, שנולדה מחוץ לנישואין. אלמוני הכחיש אבהותו, ואולם זו לא נשללה בבדיקת דם מסוג ABO. בית המשפט לאחר שמיעת כל הראיות, האמין לגרסת התובעת וקיבל את תביעתה.

במסגרת הערעור³⁷ הסכימו בעלי הדין להבדק בבדיקת סיווג הרקמות, שתוצאתה היתה כי האב-הנטען **אינו אביה** של הילדה, דבר שגרם לביטולו של פסק הדין המחוזי מיניה וביה!

ב-**תמ"א (ת"א) 3217/80**³⁸ נתעורר הצורך לקבוע אבהות של אחד משני אחים, שקיימו יחסי אישות עם אשה פלונית – על בנה. הצדדים הסכימו לערוך בדיקת סיווג רקמות. נתקבלה תשובה לפיה הפנוטיפ HLA של שני האחים זהה לחלוטין (דבר שהסיכוי לו הוא 25% בין אחים). כאן באה לעזרת המעבדה בדיקת האיזואנזימים, ששללה אבהותו של אח אחד, וקבעה בוודאות אבהותו של האח השני.

ממצאי הבדיקות אומצו על ידי בית המשפט וקיבלו תוקף של פסק דין.

ב-**תמ"א (חי') 624/83**³⁹ הסכימו הצדדים לערוך בדיקת רקמות, אולם כיוון שזו לא נערכה באופן מושלם, נתקבלה תשובה כאילו האב-הנטען הוא אבי הילד. הצדדים פנו לבדיקות נוספות שנערכו ביחידה לסיווג ותאום רקמות בבית החולים הדסה בירושלים, שם נקבע כי הן בבדיקת הרקמות והן בבדיקת האיזואנזימים אין האב-הנטען מתאים להיות אביו של הילד.

³⁶ ע"א 197/75 (לא פורסם).

³⁷ ע"א 169/78 (לא פורסם).

³⁸ ת"א 3217/80 (לא פורסם).

³⁹ תמ"א (חי') 624/83 (לא פורסם).

שער שלישי: הדרכים להוכחת האבהות ולסתירתה של חזקת הלגיטימיות

ממצאי הבדיקות אומצו על ידי בית המשפט וקיבלו תוקף של פסק דין.

בספטמבר 1986 נוצר צורך לבדוק אבהותו של אדם שנפטר ביוני 1986 על בניה של אשה שהיתה ידועה בציבור כאשתו, וזאת בגין תביעת ירושה שהוגשה נגד עזבוננו. מכיוון שהאב-הנטען לא היה בין החיים זה מספר חודשים, הוחלט לנסות לערוך בדיקות דם, סיווג רקמות ואיזואנזימים לרעייתו החוקית, לשני בנים, שנולדו לו ממנה וכן לידועה בציבור כאשתו ולילדיה. דא עקא שבניו מאשתו החוקית והיא עצמה – הלכו לעולמם באורח טראגי בסוף אוקטובר 1986. בו ביום הוציא בית המשפט צו שאיפשר לקבל דגימות דם מן הנפטרים, במקביל נלקחו דגימות דם מהנותרים – שיבל"א – ובעזרת הבדיקה המשולשת בכל הנבדקים (מלבד האב-הנטען), נקבע בדרגת סבירות של 99.9%, כי האב-הנטען הוא אביהם של ילדיה של הידועה בציבור כאשתו.

ממצאי הבדיקות קיבלו תוקף של פסק דין ב-תע"ז (חי') 1329/86.⁴⁰

נביא כאן – בעילום השמות – את תוצאות הבדיקות כפי שנתקבלו בבית החולים האוניברסיטאי הדסה בירושלים.



⁴⁰ תע"ז (חי') 1329/86 (לא פורסם).

להלן התוצאות:

1.

סיווג הרקמות

A2,A24;B18,B35	הידועה בציבור
A2,A26;B18,B38	בן – ?
A2,A32;B18,B44	בן – ?
A24,A32;B35,B44	בן ידוע
A24,A26;B35,B38	בן ידוע

2.

ADA	AP	PGM	AK	HP	GLO	איזואנזימים
1	B	1-2	1	1-2	1-2	הידועה בציבור
1-2	B	1	1	1	2	בן – ?
1	BA	1-2	1	1	2	בן – ?
1	B	2	1	2	1-2	האשה החוקית
1	B	1-2	1	1-2	1-2	בן ידוע
1	BA	1-2	1	1-2	2	בן ידוע

3.

קבוצות דם

k	MNs	CDe	A	הידועה בציבור
k	MNSs	cDEe	A	בן – ?
k	MNs	CDe	A	בן – ?
k	MS	cCDe	A	האשה החוקית
k	MNSs	CDe	A	בן ידוע
k	MNSs	cDEe	A	בן ידוע

ניתן לומר, כי וודאות התוצאות של בדיקת הרקמות אינה שנויה במחלוקת, אלא אם כן מוטל ספק בתקינות הבדיקה על ידי מי מן הצדדים.

הכרה זו של מערכת המשפט בוודאות הבדיקות המדעיות הביאה במשך השנים למסקנה, כי תוצאות הבדיקות לבד הן שתכרענה את זהות האב, אף אם קיימת סתירה בינן לבין המסכת העובדתית. כמו כן הובן, כי הסבירות שאשה תטפול טענת שווא של אבהות על מי שאינו האב האמיתי, נמוכה מבעבר. כיום האפשרות להוכיח את זהות האב באופן חיובי, מהווה גורם מדרבן כנגד תביעות שווא.⁴¹

ב-ע"א 2558/91⁴² נקבע, על ידי כב' השופט א' מצא, כי מסקנתה של בדיקת אבהות עשויה להתקבל כראיה שבכוחה להכריע את הדין אף בניגוד למתחייב מכלל הראיות האחרות. כן מצוין שם, כי הנדבך של בדיקת חומצות הגרעין – ד.נ.א., שהוסף לאחרונה לבדיקות האבהות במתכונתן המקובלת, מקנה משנה תוקף לקביעה שלעיל, תוך הקניית

⁴¹ מ"א (חי') 1389/95 פלונית ואח' נ' אלמוני, תק-מח 95(3) 1947, 1948, פס' 3 לפסק הדין (1996).

⁴² ע"א 2558/91 פלונית ואח' נ' פלוני, פ"ד מז(2) 8, 13 (1992).

מימד נוסף של ודאות ואמינות לבדיקת האבהות. יחד עם זאת הוחזר הדיון לבית המשפט קמא על מנת שישוב ויורה על בדיקה נוספת, עקב החשש לטעות שנותר בלב השופטים, בדבר אופן עריכת הבדיקה.

מן הראוי לציין, כי **כב' השופט א' מצא**, סבר שאין הכרח לשוב ולבצע את הבדיקה, וכי אפשר שלאחר שבית המשפט קמא:

”ישמע את טיעוני הפרקליטים ימצא השופט המלומד טעם להורות על הבאת ראיות נוספות ביחס להליכי הביצוע של הבדיקה, לה נזקקו הצדדים, ולחזור ולבחון אם הליכי הבדיקה עמדו במבחני הקבילות הראויים.”

ואולם **כב' השופטים ד' לוי ו' ברק** סברו, כי יש הכרח, בנסיבות המקרה ועקב החשש, שמא נפל פגם בהליך הבדיקה, לערוך את הבדיקות מחדש, וכי אין להסתפק בהבאת ראיות נוספות ביחס להליכי הביצוע של הבדיקה הקודמת.

ב-**מ"א (ת"א-יפו) 1455/90**,⁴³ קובע **כב' השופט ח' פורת**, כי אין כל מקום, ואף לא ראוי, להזקק לדרכי ההוכחה שקדמו **להלכת שרון נ' לוי**.

ב-**דנ"פ 9903/03**⁴⁴ קובע **כב' השופט א' מצא**, כי ההכרה בכוחה הפוטנציאלי הרב של הראיה הגנטית – בהנחה שהיא עומדת בכל הכללים המקצועיים הרלבנטיים – מקובלת במדינות רבות בעולם. המדובר במדע הנחשב מדויק ואמין, ותפיסה זו היא כה רווחת עד שאפשר וניתן לראותה **כמצויה בגדר ידיעתו השיפוטית של בית המשפט** – הכל בכפוף לכך שבהליכי ביצוע הבדיקות לא נפל פגם, וכי ממצאיהן נכונים.

כב' השופט ח' פורת מבהיר ב-**מ"א (ת"א-יפו) 1455/90**,⁴⁵ כי:

”אין בהסכמת הצדדים להבדק משום ויתור על טענת פגם או פסול בהליכי הבדיקה.”

⁴³ מ"א (ת"א-יפו) 1455/90 **פלוגית ואח' נ' אלמוני ואח'**, תק-מח 3166 (3)97, פס' ו לפסק הדין (1997).

⁴⁴ דנ"פ 9903/03 **אבו חמאד נ' מדינת ישראל**, תק-על 2811 (4)2004, פס' 7 לפסק הדין (2004).

⁴⁵ מ"א (ת"א-יפו) 1455/90 **פלוגית ואח' נ' אלמוני ואח'**, תק-מח 3166 (3)97, פס' ה לפסק הדין (1997).

אין להתעלם מן העובדה, כי הבדיקה מתבצעת על ידי בן אנוש, ומפאת ההשלכות החשובות של תוצאותיה יש לשים לב לטעויות אנוש העלולות לקרות, ולהשתדל למנוע אותן.

ב-תמ"ש (ת"א-יפו) 63150/03⁴⁶ התבקשה מבית המשפט הצהרת אמהות. בבדיקת רקמות שנעשתה במרכז רפואי אחד נשללה האמהות ונקבע, כי האם אינה אמו של הקטין; ואילו בבדיקה נוספת, שנערכה לבקשת בית המשפט במרכז רפואי אחר, נקבע כי אכן המדובר הוא באם הקטין. מברור נוסף עלה, כי בבדיקה הראשונה אירעה תקלה, שהביאה לקביעה מוטעית בחוות הדעת. שני המרכזים הסכימו לבסוף, כי המדובר באמו של הקטין.

לכך מתייחסת שם כב' השופטת ט' סיון:

"ביהמ"ש, בעיקר בתי המשפט לענייני משפחה, נעזרים רבות בתביעות שעניינן הצהרת אבהות ואמהות בנושאים שונים הנידונים בבימ"ש לענייני משפחה, במחלקות לבדיקת רקמות, ולפיכך, יש להפנות לכך כי טעויות מכגון אלה אשר נעשו במקרה דנן, אסור להם שתקרינה, ... נראה כי מהלך חייו של המבקש בענייננו היה שונה מזה שיהיה כיום, כפי שציינתי מעלה, יש לנקוט במשנה זהירות... ודי באמור ואין צורך להוסיף... יצוין למעלה מן הדרוש כי היה ולפני בימ"ש זה לא היתה עומדת תביעה לאמהות בלבד, היה מקום בנסיבות העניין לפסוק לטובת האם ובנה הוצאות נזקיות בגין עוגמת נפש."

ניתן לאמר, כי מאז פרשת שרון נ' לוי,⁴⁷ בה נקבע כי ראוי שבתי המשפט יאמצו את בדיקת הרקמות להוכחת אבהות, לאור מהימנותה המדעית הגבוהה, ולאור יתרונותיה הבולטים – נתחזקה עד מאוד ההכרה של מערכת המשפט האזרחי בתוקפן של הבדיקות המדעיות, וזאת בד-בבד ובזכות התפתחות המדע בתחום זה, לרבות השימוש בבדיקות ה-ד.נ.א.

⁴⁶ תמ"ש (ת"א-יפו) 16350/03 ש.נ.ט ואח' נ' פרקליטות מחוז מרכז, תק-של 12275 (1)2005, פס' 9 לפסק הדין (2005).

⁴⁷ ע"א 548/78 שרון ואח' נ' לוי, פ"ד לה (1) 637 (1980).

ג. בית הדין הרבני

1. לעניין קביעת ממזרות ולעניין דיני ממונות

לכאורה, בית הדין הרבני אינו מנוע להכיר בבדיקת הרקמות כאינדיקציה לאבהות, משהוברר כי בניגוד לבדיקת הדם, לגביה היתה מחלוקת – בדיקת הרקמות אינה סותרת את הסוגיה במסכת נידה אודות כך שמקור הדם מן האם. הבהרנו כבר לעיל, כי כל שאמרנו במסגרת הדיון בבדיקות הדם באשר ל"אודם" הבא לכאורה מן האם אינו רלבנטי בבדיקת סיווג הרקמות, כיוון שהאנטיגנים HLA נבדקים על התאים הלבנים ומצויים גם על פני כל תאי רקמות הגוף, ואין כאן עניין לדם "אדום".

כך פסקו כב' הדיינים הרבנים רוזנטל, רקובר והדאיה:⁴⁸

"כי הבדיקה מתייחסת לא רק לגוף הדם אלא לתאי ורקמות הדם, וזה בא מכוח האב גם כן, ולכן לעניין אחים שמתו מחמת מילה היות וזה קשור בגוף הדם, לפי שיטה ראשונה שבשו"ע יו"ד שזה תלוי רק באם, אבל בדיקת הדם שאינה מגוף הדם, אלא קובעים זה על סמך תאי ורקמות שבגוף הדם, זה יכול להיות תלוי גם באב."

ואכן, ככל שגדלים הסיכויים לקבל תוצאה מדעית מהימנה בבדיקת הרקמות, כן גובר האמון שרוחשים פוסקי ההלכה לממצאים המדעיים שמביאים הרופאים, כיוון שמשקלו של שיקול הדעת המופעל על ידי הרופאים – פוחת.⁴⁹

עם עליית ההסתברות של נכונות התוצאה – גובר **הרוב שבתורשה** ("רוב שבטבע") על **רוב שבמנהג** (ההנחה ש"רוב בעילות אחר הבעל"). אולם אפילו בהקשר של בדיקת רקמות, ולא רק בהקשר של בדיקות דם, מקפידים דייני בית הדין הרבני להותיר בידיהם מידה של שיקול דעת בשאלות ההלכתיות, בכל הנוגע לענייני ממזרות וסטאטוס.

⁴⁸ בד"ר (חי') 1755/תשט"ז, פד"ר כרך ב, 119, 124, וכפי שהובא גם במאמרו של הרב דוד רוזנטל, "בדיקת רקמות להכרת אבהות", הוצאת אורחות התשנ"ו.

⁴⁹ תמ"ש (ת"א) 87471/00 פלוני (קטין) ואח' נ' פלוני ואח', תק-מש 2004 (1) 49, פס' יח לפסק הדין (2004).

עוד בראשית שנות השמונים הכיר בית הדין הרבני בעמדה המדעית שבתוצאות בדיקת הרקמות, כפי שנפרט להן:

ב-**תיק התשמ"ב/378**⁵⁰ יוצא **כב' הרב ש' דיכובסקי** לדרכו מכך שהמשפט העברי מכיר בנאמנות המדע לקבוע, כי סוג דמו של ילד מסוים אינו זהה לזה של ההורים, וקובע במקרה כזה, כי ילד זה יצא מכלל רוב.⁵¹

דברים אלה יש להחיל, לדברי **כב' הרב ש' דיכובסקי**, ביתר תוקף, לגבי בדיקת סיווג רקמות, שהדיוק שלה מבחינה סטטיסטית גבוה בהרבה:

"אם נבוא לשקול בפלס את הרוב בבדיקת רקמות לעומת רוב בעילות אחר הבעל, הרי הרוב בבדיקת רקמות הוא בוודאי רוב של טבע שאינו תלוי במנהג בני-אדם, והוא רוב מוחלט שלא חוששים בו למיעוט. אולם רוב בעילות אחר הבעל נוטה יותר לרוב של מנהג, כי הדבר תלוי בהתנהגות בני אדם, כשבדרך כלל ההתנהגות היא כזאת, ותמיד ישנה אפשרות שפרט זה או אחר ינהג אחרת. ולאמור: רוב של טבע עדיף מרוב של מנהג... י"ל שברור גמור של חוק טבע עדיף מרוב של מנהג".⁵²

מסקנה נוספת של פסק הדין היא, כי בדיקת סיווג רקמות שקבעה, כי ילדה מסוימת אינה בתו של "אביה" (בעל-אמה) משמיטה את הקרקע מן העובדה שהוא הכיר בה בעבר כבתו, ואין כאן תחולה לדין "יכיר", כיוון שדין "יכיר" מתבסס על רוב בעילות אחר הבעל; ומקום שרוב בעילות אחר הבעל ייסתר על ידי הרוב הטבעי של בדיקת רקמות – אזי ממילא יפול גם ה"יכיר", ויחזור המצב להיות כבפנוי ופנויה, שלגביהם אין דין "יכיר", וספק של מי הולד. בית הדין מדגיש, **שכל האמור הוא לעניין חיוב מזונות, ואולם לא יקבעו כי הילדה ממזרת** בנסיבות כגון אלה, משום שלגבי ממזרות קבעו חז"ל, כי גם אם ישנה מציאות רחוקה, כגון שילדה עד שנים-עשר חודש מאז שהלך בעלה למדינת הים – אין חוששים

⁵⁰ תיק התשמ"ב/378 בית הדין הרבני אשדוד (לא פורסם) כפי שמצאנו **באסיא** מאמרים, תמציות וסקירות בענייני הלכה ורפואה (הוצאת מכון שלזינגר, שבט התשמ"ג, פברואר 1983) כרך ט, חוברת ג.

⁵¹ ב-בד"ר (ת"א-יפו) 1004/תש"ך, פד"ר ה' 346, קבע בית הדין הרבני, כי האב פטור ממזונות על סמך תוצאות בדיקת הדם, אלא שבבדיקת הדם קיים ספק ולכן לא נשללה האבהות.

⁵² תיק התשמ"ב/378, בית הדין הרבני אשדוד (לא פורסם), סעיף ח לפסק הדין.

לממזרות, וגם לאחר י"ב חודש נחשב הולד לספק ממזר בלבד; וכיוון שאין בדיקת הרקמות אמיתית ב-100%, אלא במעט פחות מכך – לא יקבע בית הדין ממזרות. אך לגבי מזונות לא יוכל בית הדין להוציא ממון מן המבקש על סמך פרומילים בודדים אלה.

העובדה, שהילדה הוחזקה כבתו של "אביה", היא בעייתית לעניין זה ונמצא בפסק הדין דיון מאלף בסוגיה, אם בדיקת סיווג הרקמות יכולה לסתור מוחזקות זו. בית הדין מגיע לבסוף למסקנה, לפיה:

"היות והמוחזקות של אב כלפי בנו היא אותו סוג של 'הוחזקה נדה'... על כן, כשם שניתן לסתור את המוחזקות של נדה על ידי אמתלא מוכחת, ה"ה ניתן לסתור את המוחזקות של אב על ידי אמתלא מתאימה, ... אם יאמר האב טעיתי והחזקתי את הילדה כבתי משום שסברתי שהיא בתי, אולם עתה הוברר לי, שאינה בתי, תועיל האמתלא ותבטל המוחזקות".⁵³

באותו עניין היתה התוצאה של בדיקת סיווג הרקמות מיוחדת במינה:

לאם היו ההפלוטיפים: A11BW35 / A2BW21

לאב היו ההפלוטיפים: A26BWx / A9BW41

לבת היו ההפלוטיפים: A11BW35 / A2BW21

הזהים **בדיוק** לשני ההפלוטיפים של האם.

הדבר תמוה ביותר, כיוון שעל פי המידע המצוי והמקובל בעולם כולו בעניין זה, אמורה הבת לרשת את מחצית תכונותיה מן האם ואת המחצית השניה מן האב, ואילו כאן ירשה את כל תכונותיה מן האם, ולכאורה לא ירשה מאום מן האב; והדבר לא ברור אף למדענים שערכו את הבדיקות, וההשערה היא שאולי אבי הילדה הוא בעל אותו מבנה רקמות כשל האם. מכל מקום על פי ממצא זה שללו המדענים בכל תוקף את אפשרות אבהותו של ה"אב", דהיינו – בעל האם על הילדה הזאת, כי לא יתכן שהילדה לא ירשה מאביה דבר מן הגנים של סיווג הרקמות.

⁵³ לשאלה, אם מי שהוחזק כאב יכול לחזור בו על ידי אמתלא, עיין מחלוקת פוסקים בתיק התשכ"ח/561, פד"ר ח 371, 383.

בית הדין, לאחר שהכיר עקרונית באופן מוחלט בתוקפה של בדיקת סיווג הרקמות לצורך הוכחת אבהות – אם כי, כאמור, לא לצורך קביעת ממזרות – קבע, שמקרה נדיר כזה, בו:

”יצאה הילדה מכלל הרוב המוחלט שיש בבדיקת רקמות, והיא שייכת או למיעוט של האפשרות הנדירה, אותה הציע ד”ר גזית, או למיעוט שבאפשרויות הנדירות האחרות... לא נוכל להשתמש ברוב הטבעי של בדיקת רקמות בכדי לסתור את רוב בעילות אחר הבעל, ואת ה’יכיר’ וה’מוחזקות’ שבעקבותיו, מאחר ומדובר במקרה נדיר ביותר שבו שייכת הילדה, בהכרח, למיעוט נדיר, זה שבאפשרות הראשונה או זה שבאפשרות השנייה. על כן יבוא רוב בעילות אחר הבעל’ ויכריע בין שתי האפשרויות הללו, לטובת אפשרות ב’, וכך יקבע שהמבקש הוא אבי הילדה לכל דבר.”

אולם גם כאשר לא היו נסיבות ייחודיות וחריגות, קבע בית הדין, בראשותו של **כב’ הרב ש’ דיכובסקי**,⁵⁴ שיש לפצל בין **שאלת הממון לשאלת הממזרות. כב’ הרב ש’ דיכובסקי** מכיר, עקרונית, באופן מוחלט בתוקפה של בדיקת הרקמות ונותן לה תוקף של “ודאי” לצורך הוכחת אבהות, אם כי בשום אופן לא לצורך קביעת ממזרות. כי לצורך הכרזה על ממזר, יש צורך בוודאות של 100%, בעוד שתוצאת בדיקה גנטית להורות נקבעת לכל היותר על פי ממצא של 99.99%.

ומדייק ומסביר **כב’ הרב ש’ אבינר**:⁵⁵

”הרי אין לנו כאן ראיה ממש שראינו במו עינינו, אלא רק ידיעה בלא ראיה. ידיעה כזו מועילה בדיני ממונות, אך לגבי ממזרות קיימת מחלוקת ראשונים אם היא מועילה... לכן יש לנו כאן עוד ספק שמצטרף.”

⁵⁴ בית הדין הרבני אשדוד 866/ התשמ”א, פד”ר יג 51, פורסם גם במאמרו של ש’ דיכובסקי “שלילת אבהות באמצעות בדיקת HLA” **אסיא** ט’ (תשמ”ג) 16.

⁵⁵ ש’ אבינר, “קביעת ממזרות על-פי בדיקת-רקמות”, **אסיא** יז (תשנ”ט-תשס”א) 100.

א' וינרוט, בספרו, מנתח את הדברים ואומר:⁵⁶

”דווקא מידת הוודאות של תוצאות הבדיקה המדעית – ובמיוחד בנושא בדיקת-הרקמות – היא היוצרת קונפליקט ברור בין הרצון לשמור על מרחב של שיקול-דעת לבין התוצאות האוטומטיות מהן מנסים להימנע... מכיוון שבית-הדין אינו מזדרז כלל להכריז על ולד כממזר, נעזרת ההלכה באותה זהירות המאפיינת דווקא את לשון הדיווח המדעי, ושיעור הספק – ולו הקלוש ביותר – מסייע לבית-הדין להימנע מלקבל תוצאות לא רצויות בעניין כזה שהוא עניין סטאטוס מובהק, ולהותירו פתוח לשיקול הדעת השיפוטי...”

על אף שהסבירות לטעות בבדיקת-הרקמות היא אפסית... נאחז בית-הדין גם בפרומילים ספורים של ספק.”

לעומת גישה זו, קיימת בבית הדין הרבני גם הגישה האחרת, הטוענת כי **לא ניתן להכיר במעמדה של בדיקת הרקמות כלל**, כך למשל ב-**תיק התשמ"ו/8734**,⁵⁷ שניתן בביה"ד הרבני האזורי בחיפה הכיר בית הדין בכוחה הראייתי של בדיקת הרקמות, ואולם בערעור על החלטה זו, שנשמע במסגרת **ערעור התשמ"ז/86**⁵⁸ בבית הדין הרבני הגדול, קבעו הדיינים כי "בדיקה זו לא הוכחה כלל, והפקפוק שעליה מבחינה הלכתית הוא עצום ורב"; וזאת לאחר שב-**ערעור התשמ"ה/241**⁵⁹ קבע בית הדין הרבני הגדול, כי בדיקת הרקמות לא די בה כדי לקבוע אבהות בוודאות, אלא רק בצירוף סיוע נוסף.

במאמרו "ביטול מזונות למי שהוחזק כבנו",⁶⁰ מנתח **כב' הרב ד' לבנון** פסק דין של בית הדין הרבני שקבע, כי אין מוציאים ממון מאב למזונות בנו, כשכל ההוכחה לכך שהוא בנו היא על פי בדיקת רקמות, כגון בפנוי ופנויה, כיוון שאין הולכין בממון על פי הרוב, ואף

⁵⁶ א' וינרוט, **שיקול-דעת ביחסי הלכה ומדע** (הוצאת מחשבות, 1992), עמ' 3.

⁵⁷ תיק התשמ"ו/8734 (לא פורסם).

⁵⁸ ערעור התשמ"ז/86 (לא פורסם).

⁵⁹ ערעור התשמ"ה/241 (לא פורסם).

⁶⁰ הרב דוד לבנון, "ביטול מזונות למי שהוחזק כבנו", **שורת הדין, מאמרים ופסקים**, כרך ה, אבן העזר, (מכון "שער המשפט" ירושלים' התשנ"ט) נח.

על פי שהוא כסימן מובהק.

האב תבע לבצע בדיקת רקמות, משום שלטענתו הילד אינו בנו ויש לפטרו מתשולם מזונותיו. האם סרבה לבדיקת הרקמות בשל חששה לפגיעה בילד מעצם הערעור על מעמדו כבנו של האב הנטען.

בית הדין קבע שאין להאמין לאב, כיוון שהכיר בבנו מרגע לידתו, ורשם אותו בתעודת הזהות שלו. והוסיף כי אין לבצע בדיקת רקמות, שהרי זו לא תסיר את הספק לגמרי, ותשאיר ספק של "רוב בעילות אחר הבעל", ומכל מקום כיוון שעומדת החזקה הנ"ל, שעל פיה ניתן להשית דין סקילה ושריפה – אין צורך לברר על פי ראיות קיימות, אפילו להוציא ממון.

נראה שבמהלך השנים, וככל שמוכחת ודאות הבדיקה המדעית, נשמעים קולות אלה פחות ופחות, והשאלה אינה האם להכיר בתוצאותיה אלא לצורך מה להכיר בהן.

בפסק הלכה שניתן בשנת התשס"א⁶¹ בוחן הר"ש ואזנר, את דרך הטיפול של פוסקים בדור האחרון בחידוש המדעי של בדיקת ד.נ.א. דבריו נכתבו בעקבות פנייה אליו של רבנות משטרת ישראל והמחלקה לזיהוי פלילי. לפי תפיסתו של **כב' הרב ואזנר**:

"בדיקת ד.נ.א. – אף שלפי הסטטיסטיקה הנה בירור גמור, מ"מ מבחינה הלכתית אין לדון בו ממש כודאי, אלא יש לדון האם הוא רוב גמור או רוב סתם, או בגדר סימן מובהק או סימן בינוני או גרוע."

בעניין מסוים התבקש **כב' הרב ש' אבינר** להשיב תשובה לאדם שהתגרש מאשתו, אם ילדיו, ולאחר זמן, כאשר התעורר בליבו ספק, שמא הילד שנולד לאשתו טרם הגירושין – אינו בנו, ערך מיוזמתו בדיקת רקמות וגילה שצדק: הילד איננו שלו, אלא הוא ממזר. **כב' הרב ש' אבינר** דן במעמדו וקובע:⁶²

"הרבה מגדולי הפוסקים של דורנו קבעו שבדיקת-דם ורקמות ביחס לקביעת אבהות אינה תקפה מבחינה הלכתית... מבחינה הלכתית הילד אינו נחשב ממזר על-פי חֻקֵּל רבתינו גדולי דורנו אשר מפיהם אנו חיים.

⁶¹ הר"ש ואזנר "זיהוי הלכתי על-פי בדיקת ד.נ.א." **תחומין** כא (תשס"א) 121.

⁶² ש' אבינר "קביעת ממזרות על-פי בדיקת-רקמות", **אסיא** יז (תשנ"ט-תשס"א) 99.

ולכאורה יש לתמוה, הלא מבחינה מדעית הוא אינו בנו, כיוון שהבדיקות האלה מדויקות בהסתברות גבוהה ביותר! אלא שענייני הלכה אינם נקבעים על-פי קני-מידה מדעיים החומקים מן העין האנושית, ולא ניתנה תורה לא למלאכי השרת ולא לבעלי מיקרוסקופ ולא לבעלי טלסקופ; לא יתכן שלפני מאה שנה הילד הזה לא היה ממזר, ועתה הוא נהפך לממזר עקב תגלית מדעית. כל התורה ניתנה על-פי ראיית בני אדם. כך למשל אות בספר תורה שהיא שלמה למראית העין הנה כשרה גם אם במיקרוסקופ אפשר לגלות בה סדק. וכן הילד שלנו הנו כשר, והוא בנו של אביו, כי התורה ניתנה על דעת בני אדם, על-פי עדויות הלכתיות רגילות..."

כב' הרב ד' לבנון, במאמרו,⁶³ טוען כי על אף מהימנות בדיקת הרקמות:

"עדים נאמנים יותר מבדיקת רקמות, שהיא הוכחה על דרך הרוב. ולכן אם הבדיקה תוכיח שזה בנו, ועדים יאמרו שאינו בנו, מפני שהיה הבעל עימם במדינת הים כל משך הזמן הראוי להריגה, נאמין לעדים שאינו בנו. ובדוגמא ההפוכה, כשהבדיקה תוכיח שאינו בנו, והעדים יאמרו שזה בנו, מפני שראינו שניהם חבושים בבית האסורים, נאמין לבדיקה, מפני שעדים אינם יכולים לדעת בודאות אם נבעלה לאחר, שאין אפוטרופוס לעריות, ושמא זינתה עם אחר."

לגבי התייחסות המשפט העברי לבדיקת ד.נ.א. מן הראוי לפנות לדבריו של **כב' השופט י' טירקל ב-ע"פ 9724/02**:⁶⁴

"מאלף לציין כי במקורות המשפט העברי בני זמננו נדונה בדיקת דנ"א כאמצעי זיהוי. לא מכבר התפרסם פסק הלכה של הרב משה קליין (מבית הוראה בראשות הר"ש ואזנר, על פי דעתו של הרב ואזנר ובאישורו של הרב קרליץ), הסוקר את פסיקתם של פוסקי הדור האחרון שענינה חידוש מדעי זה (בית הוראה בראשות הר"ש ואזנר, "זיהוי הלכתי על פי בדיקת דנ"א"

⁶³ הרב דוד לבנון, "בדיקת רקמות להכרת אבהות", **שורת הדין, מאמרים ופסקים**. כרך ה, אבן העזר (מכון "שער המשפט" ירושלים, התשנ"ט), פד.

⁶⁴ ע"פ 9724/02 **מוראד אבו-חמאד נ' מ.י.**, תק-על 2003 (3) 2182 פס' 3 לפסק הדין (2003).

תחומין כא (תשס"א) 121 (להלן – "הרב קליין"). וראו גם א' וולף ור' גפני "ועד אין בה והיא לא נתפשה" – ראיות מדעיות בהליך השיפוטי" דף פרשת השבוע – פרשת נשא, התשס"ב, גליון מס' 75, הוצאת משרד המשפטים – המחלקה למשפט עברי). לפי דעתו של הרב קליין "בדיקת דנ"א – אף שלפי הסטטיסטיקה הינה בירור גמור, מכל מקום מבחינה הלכתית אין לדון בו ממש כודאי, אלא יש לדון האם הוא – - - בגדר סימן מובהק או סימן בינוני או גרוע". פירוש: שלוש דרגות של סימנים הן: מובהקים, בינוניים וגרועים – וניתן לזהות אדם בוודאות רק לפי סימן מובהק. הדיון ההלכתי בבדיקת דנ"א נעשה בגדר אחת מן דרגות הסימנים האמורות, ומכל מקום, לא נכנס לגדר "ודאי ממש".

בגדר דרגות הסימנים האמורות נבחן משקלה של בדיקת דנ"א מן הבחינה ההלכתית לצורך הכרעה בסוגיות שונות (הרב קליין, בעמ' 123): קישור בין חלקי גופה כדי לקברם בקבר אחד; זיהוי גופה לצורך מנהג דין אבילות; קביעת ממזרות (ראו גם הרב ש' אבינר "קביעת ממזרות על פי בדיקת רקמות" אסיא יז (תשס"א) 99); קביעת יורש; היתר עגונה (ראו גם נ' הנדל "עגונות מגדלי התאומים" דף פרשת השבוע – פרשת כי תצא, התשס"ג, גליון מס' 136, הוצאת משרד המשפטים – המחלקה למשפט עברי) והרשעת אדם במשפט. לגבי הסוגיה האחרונה פסק הרב קליין כי "אין להוכיח הרשעת אדם על סמך הוכחות, אפילו החותכות ביותר, אלא על פי שני עדים יקום דבר". דהיינו, לפי דעתו, אין להשתית הרשעה בדין על בדיקת דנ"א – כמו שאין להשתית הרשעה על כל ראיה נסיבתית אחרת – כיוון שלעניין זה מקרא מפורש הוא ש"על פי שני עדים – - - יקום דבר" (דברים יט, טו).

נראה, כי ניתן למצוא בקרב בתי הדין הרבניים יחס דו משמעי או ספקני בנוגע להכרה ולאיומן של הבדיקות המדעיות להוכחת האבהות, ובנוגע למידת מהימנותן. מכיוון שמדובר בנושא חשוב וכבד משקל, בעל השלכות לענייני סטאטוס וממזרות, מקפיד בית הדין הרבני להשאיר לעצמו גדר של ספק ושיקול דעת, ונמנע מלהפוך את השאלות לכאלה שתוכרענה מן הבחינה המדעית בלבד.

כאמור, לפי ההלכה נדרשת ודאות מוחלטת כדי להכריע על סמך בדיקה מדעית שילד מסוים הוא ממזר. מכיוון שהמדע אינו מספק תוצאות שהן בגדר ודאויות מוחלטות, ניתן לאמר, כי מבחינת פוסקי ההלכה לעולם לא תהפוך שאלת האבהות לשאלה שהיא יותר מדעית מאשר משפטית.⁶⁵

בהקשר זה טוענים **א' וולף ו-י' גפני**,⁶⁶ כי גם במקרים לגביהם אין חשש ממזרות, יהיו פוסקים שלא יסתמכו על בדיקת האבהות:

”בין-השאר על-פי הסברה שלא ייתכן שקביעה מדעית שנתחדשה לנו זה עתה תשנה מעמדו של אדם זה ושל הבאים אחריו, כיוון שאילו היה חי לפני שנתחדשה בדיקה זו, היה דינו אחר...”

א' וינרוט בספרו טוען לעניין זה, כי:⁶⁷

”...אין המדובר בגישה שלילית לחכמי המדע אלא בזהירות ובספקנות המולידים סרוב לבטל את שיקול הדעת השיפוטי מפני ממצאים שהם פרי כלים טכניים נתונים ומפנים מסקנות אנושיות שהן פרי חשיבה מסוימת, העלולים להתברר ביום מן הימים כבלתי נכונים או כבלתי מדויקים.”

הגישה הרווחת בבית הדין הרבני היא, שאין להסתמך על בדיקת הרקמות להוכחת אבהות, אף כשזו נעשית. נטיית בתי הדין היא, שלא להכיר בבדיקה כהוכחה ודאית שיהא בה משום הטלת פגם של ממזרות בצאצא, וזאת בנימוק של אפשרות מזערית לטעות בבדיקה.⁶⁸

עם כל זאת יש מקום להניח, כי ההלכה תיטה להכיר בתוקפה המוחלט של בדיקת

⁶⁵ א' וינרוט, **שיקול-דעת ביחסי הלכה ומדע** (הוצאת מחשבות, 1992), 5.

⁶⁶ א' וולף, ר' גפני, ”ועד אין בה והיא לא נתפשה” – ראיות מדעיות בהליך השיפוטי” **דף פרשת-השבוע – פרשת נשא**, התשס”ב, גליון מס’ 75, הוצאת משרד המשפטים – המחלקה למשפט עברי.

⁶⁷ א' וינרוט, **שיקול-דעת ביחסי הלכה ומדע** (הוצאת מחשבות, 1992), 5, 7.

⁶⁸ ד”ר פנחס שיפמן, ”קביעת האבהות בדין הישראלי”, **הפרקליט** מו, חוברת ב, 311, 331. פ’ שיפמן, **דיני המשפחה בישראל** (המכון למחקרי חקיקה ומשפט השוואתי ע”ש הרי סאקר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים) כרך שני 25, 45; ד”ר פנחס שיפמן ”קביעת אבהות בילד שנולד מהזרעה מלאכותית”, **משפטים** י’ (תש”מ-1980) 63, 82; פנחס שיפמן, ”שיפוט ומשפט בעניני אבהות”, **משפטים** ד (תשל”ג-1973) 664, 665.

הרקמות כאשר מדובר בפנוי ובפנויה: במקרה שבדיקת הרקמות הוכחה שהילד אינו בנו של האב הנטען, קובעת ההלכה, כי אפילו אם האב הנטען מודה שהולד ממנו, ולמרות שאין סתירה של רוב נגדי, מצד "רוב בעילות אחר הבעל" – הרי שהוא בודאי לא יחשב בנו.⁶⁹

2. תובנות והשלכות והחשש ל"ספק-ממזר"

המגמה העולה מפסקי הדין השונים שיצאו מבתי הדין הרבניים במהלך השנים, היא המנעות, היינו אומרים כמעט מוחלטת, מהכרזה על קטין כממזר,⁷⁰ ומכל מקום לא הובא לערכאות האזרחיות, ולו מקרה אחד, בו מְמַזְר בית הדין הרבני קטין.

מכאן מתחזקות תמיהתנו וביקורתנו, שהועלו כבר במהדורה הראשונה של ספר זה, על הנטייה הראשונית של בתי המשפט האזרחיים, שלא להורות על בדיקת רקמות כשהמדובר בחשש לממזר הקטין.

גם **ד"ר ר' זפרן**⁷¹ שותפה לעמדתנו זו, והיא מפרטת את הספקות בכל הנוגע למידת ההשפעה של תוצאות בדיקת הרקמות שהובאו לבית המשפט האזרחי, על בית הדין הרבני; ומבהירה, שחלוקת הסמכויות בין שתי הערכאות, הפיצול שעושה בית הדין הרבני בין שאלת הממזרות לשאלת הממון, והמאמץ ההלכתי שנעשה בבתי הדין הרבניים שלא להטיל פסול בקטין מטילים ספק במציאותו, בפועל, של חשש לממזר הקטין, כתוצאה עקיפה של בדיקת הרקמות.⁷²

⁶⁹ הרב דוד לבנון, "בדיקת רקמות להכרת אבהות", **שורת הדין, מאמרים ופסקים**, כרך ה, אבן העזר (מכון "שער המשפט" ירושלים, התשנ"ט), פז.

⁷⁰ יש אומרים, כי יש הרכבים בבתי הדין הרבניים, הקובעים ממזרות, או חשש ממזרות, ואם אכן נכון הדבר – פוחת המשקל של טענתנו שלהלן.

⁷¹ ר' זפרן, "של מי אתה ילד? על פגמיו של ההסדר הקיים בדין הישראלי בשאלת קביעת האבהות", **הפרקליט** 311, (תשס"ג), 311.

⁷² וראו לעניין זה: תמ"ש (ת"א) 87471/00 **פלוני (קטין) ואח' נ' פלוני ואח'**, תק-מש 2004 (1) 49, פס' ה' לפסק הדין (2004).

לדעתה של ד"ר ר' זפרן גם החשש שהביע **כב' השופט מ' אלון**,⁷³ ולפיו קביעת בית הדין בהווה – כי אי הכרזתו על צאצא ממזר אינה יכולה לשמש ערובה לפסיקתו בעתיד, שכן בית הדין אינו כפוף לתקדימיו – אינו ממש, וזאת לאור המגמה של בית הדין הרבני שלא לממזר ילד, גם כאשר מדובר בבדיקת הרקמות.

"חשש זה אינו מוצדק, שכן... מגמתו של בית-הדין להמנע מממזור ולהתלות לשם כך כמעט בכל אמצעי, מושרשת עמוק בגישת ההלכה. קשה להעלות על הדעת סטייה מעמדה מובהקת זו שתחמיר עם הממזרים העושים' על לא עוול בכפם..."⁷⁴

בעניין ס"נ,⁷⁵ שניתן בתאריך 5.9.04, קבע **כב' השופט י' גרניט**, כי לחשש זה אין כל בסיס מאחר שלא הובאה בפני בית המשפט:

"ולו דוגמה אחת לכך שבית-הדין הרבני מימזר ולו קטין אחד או קטינה אחת, על-סמך תוצאות בדיקה גנטית להורות או בדיקה לסיווג רקמות, מאז תחילת פעולתם של בתי-הדין הרבניים בארץ-ישראל ועד היום."

יצויין כי **בערעור המאוחד**, שהתייחס גם לעניין זה, הסתייג **כב' השופט י' שנלר** מעמדה זו, באמרו:⁷⁶

"אם נחזור לשאלת החשש מממזרות, עלינו להידרש לשאלה זו בשני היבטים.

ההיבט הראשון, עניינו האם אכן, עם שינוי העיתים, אין מקום לחשש זה כלל ועיקר, דהיינו, שאין כלל להביאו בחשבון במסגרת כלל הזכויות והאינטרסים של הילד.

⁷³ ע"א 1354/92 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית ואח'**, פ"ד מח(1) 711 (1994).

⁷⁴ ר' זפרן, "של מי אתה ילד? על פגמיו של ההסדר הקיים בדין הישראלי בשאלת קביעת האבהות", **הפרקליט** מו (תשס"ג) 311, 333-334, הערה 112.

⁷⁵ תמ"ש (ת"א-יפו) 76760/01 **ס"נ (קטינה) ע"י אמה ואפוטרופסוטה הטבעית, י"ס נ' כ' (ש') א.**, תק-מש 2004 (3) 353. (2004).

⁷⁶ בר"ע (ת"א) 1364/04 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית**, תק-מח 2006 (3) 454, פס' 67-68 לפסק דינו של **כב' השופט י' שנלר** (2006).

ההיבט השני, אם אכן קיים חשש שכזה בנסיבות אלו או אחרות, האם שיקול זה איבד מכוחו מול השיקולים האחרים.

לא מקובלת עלי הגישה לפיה, כיום, אין מקום להתחשב כלל בשאלת הממזרות. לשיטתי, דווקא ההתפתחות המדעית בנושא בדיקות ה-DNA מחייבת את המסקנה כי יש גם יש להתחשב בחשש זה.

לא נרחיב במסגרת הדיון דנן בשאלה זו, אולם די אם נציין כי אחד הגורמים לגישה לפיה בית הדין הרבני לא יושפע מתוצאת בדיקה שכזו, היות מהימנות תוצאתה בשיעור של 99% בלבד. אולם, לאור ההסתמכות על בדיקה שכזו בענפים המשפטיים השונים, יכול ובית הדין מעת שתוצב בפניו תוצאת בדיקה שכזו, לא יוכל להתעלם ממנה.

אכן ייתכן ובית הדין הרבני לא ימצא מקום לקביעה על-פי תוצאת בדיקה זו בלבד, כי יש לקבוע כי הילד ממזר, אולם, יכול גם יכול כי על סמך בדיקה שכזו יקבע כי בפניו ספק ממזר על כל התוצאות החמורות שיכול וינבעו מכך.

לא למותר להזכיר את אשר נקבע בתיק 1-31-900026676 בית הדין הרבני הגדול, החלטה מיום 2.5.02:

‘... וזאת, למרות הסתייגויותינו מקיום בדיקת רקמות, כאמור לעיל. בדיקת רקמות, היא כלי מדעי חשוב ביותר, ולא נכון לשלול מבית הדין הרבני, שימוש בכלי זה, כאשר יראה בית הדין צורך לכך.’

דהיינו, מפי בית הדין הרבני הגדול למדנו כי בית הדין יכול ויעשה שימוש, ויתכן ואף מיוזמתו, במקרים אלו או אחרים, בבדיקת הרקמות.

אין בכך, שבמקרים אלו או אחרים מצא לנכון בית הדין הרבני ליתן נפקות לתוצאת בדיקת הרקמות לשאלות הממוניות שהתעוררו בפניו, בלבד, ומבלי ליתן משמעות לתוצאה לעניין ממזרות.

כל מקרה לנסיבותיו, ועל כן, יכול ובמקרים אלו או אחרים לא יהיה מנוס מבית הדין, אלא לייחס משמעות לבדיקה זו אף לגבי שאלת הממזרות,

ולמצער, ספק ממזר.

במיוחד יהיו יפים הדברים, במקום ובו יובאו בפני בית הדין הרבני הנסיבות שבגינן נקבע הצורך בבדיקה זו.

אכן, וגם על כך אין מחלוקת, ייתכנו מקרים בהם לאחר שבית המשפט יבחן את כלל הנסיבות וכלל העובדות הנצרכות, יגיע למסקנה כי יש להעדיף זכויות ואינטרסים אחרים על פני השיקול של חשש ממזרות, אך אין בכך משום קביעה גורפת כי אין להתחשב כלל בשיקולים של חשש ממזרות.

מעט שהסמכות לעניין קביעת ממזרות מצויה בסמכותו של בית הדין הרבני, ומעת שלפי ההלכה ממזר אסור לבוא בקהל, שומה עלינו לבחון שיקול עתידו של הילד, גם מהיבט זה.

במרביתם של המקרים אשר עניינם נדון בבית המשפט, מדובר בילדים בגילאים קטנים אשר אין אפשרות לחזות, אשר צופן העתיד ביחס אליהם.

מי יתקע לידינו, כי בבוא היום לא יבוא הילד חשכון עם מי ששקלו, בזמנו, את טובתו וקבעו כי אין מקום כלל להתחשב באותו חשש שאכן יכול ובמקרה הספציפי, יבוא לידי ביטוי, בבוא הילד עם בגרותו, להינשא."

מן הראוי לציין, כי אין להקל ראש בטיעון זה, הקורא לזהירות ולשיקול דעת, ובמיוחד ככל שהוא מתייחס לספק ממזרות, שיש הסבורים, כי הוא מעמד חמור אף מן הממזרות, כיוון שמי שהוא **ספק ממזר** אינו יכול להנשא לישראלית, לא לממזרת ואף לא לספק-ממזרת, שמא אחד מהם אינו ממזר והשני ממזר-ודאי.⁷⁷

⁷⁷ רמב"ם, איסורי ביאה, טו, יב. ראה גם פנחס שיפמן, **ספק קידושין במשפט הישראלי** (המכון למחקרי חקיקה ומשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים), 95, ועיין עמ' 13 לעיל.

בעניין ס"נ מתייחס כב' השופט י' גרניט לספק ממזר מנקודת מבט הפוכה, בקובעו:⁷⁸

"בנסיבות שלפנינו, אי ביצוע הבדיקה הגנטית להורות משאירה את הקטינה בבחינת "ספק-ממזר" ואילו ביצוע הבדיקה, גם במידה וכל החששות יתגשמו ובית-הדין הרבני יסטה מתקדימיו ומהנחיות הרב הראשי לישראל והיועץ המשפטי לממשלה "לעשות כל מאמץ" שלא לממזר קטינים – הרי הנזק לקטינה יהיה קטן יותר, על-פי דין-התורה אם הקטינה תמומזר."

לעניות דעתנו לא דק כב' השופט פורתא בעניין זה, כיוון שלא יתכן כי ספק עובדתי, שנותר בלב המתדיינים או בלבו של השופט ישפיע על הסטאטוס של הקטין. ספק זה שנותר בחללו של אולם הדיונים, או למקרא פסק דין, אין בו הכרזה או קביעה, כי הילד הוא ספק ממזר מבחינה משפטית, דבר שיכול להיקבע בקביעה ספציפית ומפורשת רק על ידי בית הדין הרבני, שהוא בעל הסמכות הייחודית לקביעה כזאת.

מי שנשאר לגביו ספק עובדתי באולמם של שופטי בית המשפט לענייני משפחה – אינו ספק ממזר, אלא הוא כשר לנישואין, עד שלא יוכרז, חלילה, על ידי בית הדין הרבני כממזר או כספק ממזר.

מאידך גיסא, ולמרות דברי ההזהרה החשובים של כב' השופט י' שנלר, נשוב לתפיסתנו ונשאל: מדוע שבית הדין הרבני, שרק לו הסמכות ורק על פיו יכול דבר בנושאי ממזרות יהין להכריז על מאן דהוא, כי ממזר, או כי ספק ממזר הוא? וכיוון שטרם עשה כן עד היום – מדוע נחשוש לכך פתאום?

ביום 4.1.04 שלח הרב עו"ד שמעון יעקובי, היועץ המשפטי לשיפוט רבני, הנחיות לכל דייני בתי-הדין הרבניים בישראל (להלן: ההנחיות), שהן פרי ישיבה בה השתתפו נשיא בית הדין הרבני הגדול הרב הראשי לישראל שלמה עמאר; דייני בית הדין הרבני הגדול – הרב שלמה דיכובסקי, הרב אברהם שרמן והרב חגי איזרר; היועץ המשפטי לממשלה אליקים רובינשטיין, מנהל בתי-הדין הרבניים הרב אליהו בן-דהן ויועצים משפטיים של

⁷⁸ תמ"ש (ת"א-יפו) 76760/01 ס"נ (קטינה) ע"י אמה ואפוטרופסוטה הטבעית, י"ס נ' כ' (ש') א., תק-מש 2004 (3) 353, בפס' 69 להחלטה (2004).

משרד הרווחה ובתי-הדין הרבניים.⁷⁹

בסעיף 10 להנחיות נאמר:

”ניתן לעשות את מירב המאמצים להביא לפסיקה המתירה לו לבוא בקהל, כאשר המידע העובדתי הינו טרי ונגיש. נסיון החיים מוכיח כי ברוב המקרים הצליחו בתי הדין לפתור לקולא שאלות כשרות יוחסין של קטינים. כאשר המידע העובדתי יהיה עמוס ויותר ספק, עלולה טובת הקטין להיפגע עוד יותר, מאחר שעל פי דין-תורה, מצבו של ספק-ממזר קשה ממצבו של ממזר-וודאי. טובתו של קטין מחייבת לעשות כל מאמץ, על מנת להסיר כל עננה בעניינו, ולהכשירו לבוא לקהל בלא כל פגיעה בדיני הנישואין והגירושין.”

על פי ההנחיות, בכל הליך בו יש חשש לממזר מעורב ב”כ היועץ המשפטי לממשלה. מעורבותו מאפשרת לו לקבל מידע על כל המשפטים מסוג זה, המתנהלים בבתי הדין הרבניים, ועם כל זאת – מזכיר **כב' השופט י' גרניט בעניין ס"נ** – לא הביא בא כוחו של היועץ המשפטי לממשלה ולו מקרה אחד, בו ממזר בית דין רבני, ולו קטין אחד, על סמך תוצאות של בדיקה מדעית. ומסקנת השופט לפיכך היא, כי אין מקום לחשש כי בתי הדין יחלו לפתע לקבל כראיה את תוצאות הבדיקה המדעית, באופן שיממזר קטין.

מן הראוי לציין עוד, כי על פי סעיף 4 להנחיות, כל משפטי הממזרות מתנהלים אך ורק בפני הרכבים מיוחדים של בתי הדין האזוריים, הנקבעים על ידי נשיא בית הדין הרבני הגדול, דבר המצמצם עוד יותר את האפשרות שבית הדין הרבני יתעלם מתקדימיו, ובמיוחד לנוכח ההנחיה שבסעיף 10 דלעיל.

אנו רואים, אם כן, שלמרות ההתפתחות במידת ההפנמה של בתי הדין הרבניים את הבדיקות המדעיות בכל הנוגע לקביעת אבהות, הרי שבהקשר לענייני ממזרות וסטאטוס – מקפידים הדיינים להשאיר בידיהם מידה של שיקול דעת, בין השאר בנימוק של מגבלות ההווה המדעי, או בנימוק שגם המדע עלול לטעות, ואפילו המדובר בחשש לטעות של פרומילים בודדים בלבד. לכך יש להוסיף את מגבלות השיטה המדעית, ואת

⁷⁹ כפי שהובא ב-תמ”ש (ת”א-יפו) 76760/01 ס”נ (קטינה) ע”י אמה ואפוטרופסוטה הטבעית, י”ס נ’ כ’ (ש’ א., תק-מש 2004 (3) 353, 384, סעיף 71 לפסק הדין (2004).

החשש לטעויות אנוש, העלולות להיות במסגרת הבדיקה, כפי שהובאו לעיל. כל אלה עשויים לשמש לבית הדין הרבני פתח ומוצא גם במקרים בהם המדע יילך ויתפתח; נראה כי ככל שבית הדין ימשיך ויבחן תוצאות וממצאים מדעיים, גם אם אלה ילכו וישתכללו – תמיד ידבק הוא בעמדתו וישאף, שלא להדביק כתם של ממזרות בקטינים.

”נימוק זה של 'חומרת-התוצאה', על מנת לחמוק מהכרזה על צאצא ממזר, חיוני ומעניין, במיוחד במידה שבעתיד תגענה תוצאות בדיקות האבהות (לקביעה חיובית) לשיעור של מאה אחוזים, אבל עוד-חזון-למועד”⁸⁰.

ד. בית המשפט האזרחי ובית הדין הרבני – השפעות הגומלין ו”האבהות האזרחית”

מן הראוי להתייחס לנפקות האפשרית ולהשפעה ההדדית של קביעות בית המשפט האזרחי ובית הדין הרבני בסוגיית האבהות – אלה על אלה.

נבקש לבחון את המצב משני עברי המתנס:

העבר האחד – יחסם של בתי המשפט האזרחיים לסוגיית האבהות, ולפסיקת בית הדין הרבני, תוך התחשבות בהשפעה האפשרית של פסיקתם על פסיקת הערכאה הדתית, דהיינו: החשש לממזור אפשרי בעתיד;

והעבר האחר – יחסם של בתי הדין הרבניים לקביעות של בתי המשפט האזרחיים, בהסתמך על הבדיקות המדעיות, במטרה לצמצם, ככל הניתן, את המקרים בהם יוכרז קטין ממזר, ושוב – השפעת מצב זה על הפסיקה האזרחית, וחוזר חלילה.

מבחינה משפטית קביעת אבהות הוא תחום, לגביו הערכאה האזרחית מכריעה על פי הדין האזרחי, כפי שהובהר לעיל,⁸¹ וכפי שנקבע רבות בפסיקה, ולמשל **בעניין פלוני מפי כב' השופט ג' גוטזגן**:⁸²

⁸⁰ תמ”ש (ת”א) 87471/00 **פלוני (קטין) ואח' נ' פלוני ואח'**, תק-מש 2004 (1) 49, פס' יח לפסק הדין (2004).

⁸¹ שער שני, פרק ב: סוג ההליך פלילי או אזרחי?, עמ' 69 לעיל.

⁸² תמ”ש (ת”א) 87471/00 **פלוני (קטין) ואח' נ' פלוני ואח'**, תק-מש 2004 (1) 49, סעיף ה' וסעיף י”ז לפסק הדין, בהתאמה (2004).

"עניין לנו כאן בסוגייה אזרחית טהורה, בסמכות בית-המשפט האזרחי. לבית-הדין הרבני אין עמה דבר וחצי-דבר והיא מנותקת מהכרעותיו. רק העובדה שהדין היהודי, שנושאי אבהות וממזרות בו שלובים, מפעפע אל הדין האזרחי, היא שמעוררת את הקושי ויוצרת את הפולמוס.

...

עלינו הוטל המשא, ואל לנו להעבירו לאחר. לא מדובר בסוגייה שבאה בשערי בית-הדין הרבני. בשערנו היא."

לעומת קביעת האבהות, פסילתו של קטין כממזר, איננה עניין לבית המשפט האזרחי, אלא נמצאת היא בסמכותו הבלעדית של בית הדין הרבני, והיא מוכרעת מכוח הדין האישי.

בית המשפט האזרחי פוסק על פי הדין האזרחי, ואינו זקוק להחלטת דיני הראיות של הדין העברי, כך שאם לפני בית המשפט קיימת האפשרות לבדיקת רקמות שאין מהימנה ממנה כיום, הרי שעליו להיעזר בה, כאמור **בעניין פלוני**:⁸³

"בהתחשב בכך שלא מסמכותנו להכריז על צאצאים ממזרים, בכללם הקטין, לא נוכל להדוף את השימוש בראיה המדעית המקובלת של סיווג-רקמות, רק על-מנת להעדיף על-פניה את הכלל של "רוב בעילות אחר הבעל" מן הדין היהודי, כלל שהוא בבחינת חזקה הניתנת לסתירה."

על אף האמור, אין להתעלם מכך, כי הזיקה הקיימת בין ההחלטה אם לתת צו לעריכת בדיקת הרקמות ונפקות מתן הצו, בכל הנוגע לקביעת האבהות ולשאלת הממזרות – מחייבות את בית המשפט האזרחי להיות ערני ולבדוק, האין קביעותיו בסוגיית האבהות עלולות להשפיע על הכרעת בית הדין הרבני בשאלת הממזרות.

⁸³ תמ"ש (ת"א) 87471/00 **פלוני (קטין) ואח' נ' פלוני ואח'**, תק-מש 2004 (1) 49, סעיף ה' וסעיף י"ז לפסק הדין, בהתאמה (2004).

פרופ' פ' שיפמן טוען בהקשר זה:⁸⁴

"...אם בית-משפט אזרחי יקבע שילד מאשה נשואה אינו בנו של בעלה, לא יוכל לפסול בזה את הילד כממזר. קביעה כזאת נתונה לסמכותו הייחודית של בית-הדין הרבני, הפועל לפי דיני ראיות מיוחדים לו. בית-הדין הרבני כלל אינו כפוף ל'מעשה בית-דין' שנוצר בבית-משפט אזרחי ומה גם ששאלת הממזרות היא מחוץ לסמכותו של בית-המשפט. יש מקום איפוא לומר שבית-המשפט הפטור מן החשש ל'ממזר' הילד ירשה חופש הוכחה מלא לסתירת ההנחה המייחסת את הילד לבעלה של האם... לכן מתקבל על הדעת שאם מובאת ראיה ברורה לפני בית-המשפט, המוכיחה שאין זה מסתבר שהבעל הוא אבי הילד, לא יוכל בית-המשפט האזרחי לייחס ערך מכריע לחזקת האבהות של הבעל."

כאמור, גם אם בית משפט אזרחי יקבע כממצא שילד שנולד לאשה נשואה, איננו בנו של בעלה של אותה אשה, עדיין אין בכך קביעה שהוא ממזר.⁸⁵ על כן אומר פרופ' פ' שיפמן בספרו:⁸⁶

"יש מקום איפוא לומר, שבית המשפט פטור מן החשש ל'ממזר' הילד, ירשה חופש הוכחה מלא לסתירת ההנחה המייחסת את הילד לבעלה של האם."

הבנה זו, אותה ניסינו להעלות כבר במהדורה הראשונה של ספר זה, חלחלה והעמיקה, עד שבעניין ח' נ' י,⁸⁷ שעסק אמנם במגזר המוסלמי, אימץ בית המשפט העליון, בדעת שבעה שופטים, שהובעה על ידי כב' השופט מ' חשין, את המושג "אבהות אזרחית" וקבע, כי בסמכותו לקבוע את זהות האב הביולוגי, ללא שתהיינה לכך תוצאות הלכתיות דתיות. בית המשפט העליון "קורא לילד בשמו", דהיינו מגדיר את הבעייתיות, מגנה את המצב, ונותן שם לפתרון – הלא הוא: "האבהות האזרחית" – הכל תוך כדי מסע שכנוע מרתק,

⁸⁴ פנחס שיפמן, דיני המשפחה בישראל (הוצאת המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הארי סאקר, הפקולטה למשפטים, ירושלים, התשמ"ט-1989) כרך שני, 45.

⁸⁵ מ"א (ב"ש) 292/90 פלונים נ' היוהמ"ש, תק-מח 92(1) 940 (1992).

⁸⁶ פנחס שיפמן, דיני המשפחה בישראל (הוצאת המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הארי סאקר, הפקולטה למשפטים, ירושלים, התשמ"ט-1989), כרך שני, 45.

⁸⁷ ע"א 3077/90 פלונית (ח') ואח' נ' פלוני (י'), פ"ד מט(2) 578 (1995).

שקשה לעמוד בפניו.

"האבהות האזרחית" – האמנם?

למרות שהמדובר בעניין שאינו קשור לכאורה לבית הדין הרבני, מצאנו לנכון להרחיב דווקא כאן בעניין זה, עקב ההקשר הקרוב, ועל מנת לבקש ללמוד ולהקיש ממנו, ואולי לתמוה ולנסות להבין את השתיקה שהיתה אחריו בעניין זה.

כב' השופט מ' חשין מסיק את מעמדה של האבהות האזרחית מסקירת החוק והפסיקה הישראלים, המעניקים משמעות משפטית להורות הביולוגית, בלא קשר למציאות אחרת שבה נתון הקטין.

סקירת החקיקה מעידה, כי האבהות ה"אזרחית" – דהיינו האבהות הטבעית, הביולוגית, היא בעלת משמעות בחוקים רבים, בלי שום קשר ל"אבהות הדתית". וכי בצד "אבהות" שהיא מענייני המעמד האישי, ושחל עליה הדין הדתי, שוכנת לה "אבהות" טבעית זו, שהדין האישי הדתי אינו רלבנטי לגביה, היא האבהות ה"אזרחית".

מן הסקירה לא ברור האם השופט המלומד מתכוון להגביל את מסקנתו להקשרים של המגזר המוסלמי בלבד, וחשוב לציין שהוא מביא דוגמאות ותימוכין הקשורים גם ביהודים, וגם ביהודים-בלבד, כגון: חוק השבות.

בשל חשיבות הדברים, נביא את עיקר הדברים, בהרחבה יחסית, בלשוננו:

על פי סעיף 10(2) **לחוק הירושה, התשכ"ה-1965**, יורשיו של אדם על פי דין הם, לאחר בן הזוג:

"ילדי המוריש וצאצאיהם, הוריו וצאצאיהם, הורי-הוריו וצאצאיהם (בחוק זה קרובי המוריש)."

סעיף 3(ג) **לחוק הירושה** מוסיף כי:

"לעניין זכויות הירושה של ילד אין נפקא מינה אם בשעת לידתו היו הוריו נשואים זה לזה, ואם לא."

הדעה המקובלת היא, כי "ילד" פירושו ילד טבעי, בנו ה"ביולוגי" של המוריש.⁸⁸ הווה אומר: חוק הירושה מורה שיש להעניק זכויות ירושה גם לילד ביולוגי, אף אם אינו ילד "חוקי" על פי משפטו האישי של המוריש.

דוגמה נוספת מביא **כב' השופט מ' חשין** מנושא המזונות: על פי סעיף 3(א) **לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט-1959**, חייב אדם במזונות "הילדים הקטינים שלו והילדים הקטינים של בן-זוגו" (סעיף 2(4) עוסק ב"ילדיו הבגירים").

על פי הגדרת סעיף 1 לחוק, "ילד" הוא "בין שנולד מנישואין ובין שלא מנישואין לרבות מאומץ", כלומר המדובר בילד הטבעי, הביולוגי.

כך קובעת גם הוראת סעיף 14 **לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962**:

"ההורים הם האפוטרופסים הטבעיים על ילדיהם הקטינים."

כך גם עולה **מחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951**, הקובע, בסעיף 3(א), כי:

"האם והאב כאחד הם האפוטרופסים הטבעיים על ילדיהם."

סעיף זה, שעמד לדיון ב-**ע"א 86/63**⁸⁹ פורש על ידי **כב' השופט ח' כהן** באופן דומה:

"...אין החוק הישראלי, להבדילו מן החוק האנגלי, מכיר במעמד של אב חוקי להבדילו מן האב הטבעי; ואין לפרש את המונחים שבחוק של הכנסת כמשמעותם האפשרית בדיניה של עדה דתית זו או אחרת."

כב' השופט מ' חשין מביא דוגמאות נוספות:

פקודת העדה הדתית (המרה), הקובעת בסעיף 1(3), כי:

"מי שהמיר את עדתו ולא מלאו לו שמונה-עשרה שנה אין תוקף להמרתו אלא אם כן נתקבלה הסכמתו של אחד מהורי האדם..."

⁸⁸ ש' שילה, **פירוש לחוק הירושה, התשכ"ה-1965** (נבו, התשנ"ב-1992), 52-53. ראו עוד: שם, 119-121; פנחס שיפמן, **דיני המשפחה בישראל** (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, התשמ"ט-1989), כרך שני, 23-24. א' לבונטין, **על נישואין וגירושין הנערכים מחוץ למדינה** (פרסומי הפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית, התשי"ז-1957), 21.

⁸⁹ ע"א 86/63 **אל צפדי נ' בנימין**, פ"ד יז 1410 (1963).

הדעת נותנת כי פירוש הדיבור "הסכמתו של אחד מהורי האדם" ... (במקור: "CONSENT OF THE PARENT") הוא: הורה טבעי (אלא אם נעשה אקט של אימוץ).

חוק השבות, התש"י-1950, קובע בסעיף 4(א) ב, כי הזכויות של יהודי לפי אותו חוק, הזכויות של עולה לפי **חוק האזרחות, התשי"ב-1952**, והזכויות של עולה לפי כל חיקוק אחר:

"מוקנות גם לילד ולנכד של יהודי... ולבן-זוג של ילד ושל נכד של יהודי",

וברי שהכוונה לילד טבעי.

סעיף 4(א)(1) **לחוק האזרחות, התשי"ב-1952** קובע, כי אדם יכול לקנות אזרחות מכוח לידה, וסעיף 8(א) לאותו חוק מורה, כי:

"התאזרחות של אדם מקנה אזרחות גם לילדו הקטין."

חוק השמות, התשט"ז-1956, שזור אף הוא בהוראות הנוגעות לאב, אם וילד – טבעיים.

סעיף 2(א) **לחוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965**, עוסק ברישום פרטים אלה ואחרים הנוגעים לתושב, וביניהם "שמות הילדים, תאריכי לידתם ומינם". ילדים הם, כמובן, יוצאי-ירך.

נראה מכל החוקים הללו, ומחוקים רבים נוספים,⁹⁰ כי המדובר בילד טבעי, ביולוגי, וכי המדובר בהורות טבעית, ובלשונו של **כב' השופט מ' חשין**:⁹¹

"בן ו'ילד' הם בן וילד מן-הטבע, ואם מן הטבע הם – אף "חוקיים" הם.
"דוגמה" מצטרפת ל"דוגמה", אל השתיים מצטרפת "דוגמה" שלישית והנה נקבצות ובאות מכל עבר דוגמאות מדוגמאות שונות – ובתחומים מתחומים

⁹⁰ כיוצא באלה "ילד" בחוק המזונות (הבטחת תשלום), התשל"ב-1972; בחוק הגנת הדייר [נוסח משולב], התשל"ב-1972, בפקודת הנזיקין [נוסח חדש] ובפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971, (לפיה) "במשפט פלילי אין הורה וילד רשאים להעיד האחד לחיובת משנהו" – בסעיפים 4 ו-5). הוא הדין בדיני מס הכנסה (פקודת מס הכנסה [נוסח חדש] – למשל, סעיף 9(22), 40, 58); חוק מס שבח מקרקעין, התשכ"ג-1963 (למשל: סעיף 49(ב), 49(א); חוק שירות בטחון, [נוסח משולב], התשמ"ו-1986 (סעיף 14(א)) ועוד.

⁹¹ ע"א 3077/90 **פלונית (ח') ואח' נ' פלוני (י')**, פ"ד מט(2) 578, 599-601 (1995).

שונים – עד שהוקפנו בעם-רב של "דוגמאות", חלקן בענייני ממון חלקן בענייני "סטטוס" או "מעין-סטטוס". בראותנו כל אלה נדע כי הדוגמאות הפקיעו עצמן מהיותן "דוגמאות", ועל כרחך תאמר כי כל אלו – ואחרות זולתן – אינן אלא גילויים לעקרון-יסוד המקרין גילויים עוד ועוד. על דרך המשל נאמר, כי צירוף ה"דוגמאות" אלו אל אלו, וקיבוצן יחדיו אל בקעה אחת, יצרו מעין מסה קריטית אשר הולידה "אבהות-אזרחית", והיא "אבהות" העומדת לעצמה. לא עוד הוראות חוק הניצבות זו בצד זו; לא עוד הסדרים פרטיקולריים בהקשר זה או אחר; אלא דוקטרינה וכלל-יסוד, קרי: סטטוס – או מעין-סטטוס – של "אבהות אזרחית"...

"הורות" ו"אבהות" לילדים נודעת להן משמעות הרבה אל-מעבר לעובדה הפיסית ולאמת הביולוגית של "הורות" ו"אבהות", ודומה בעינינו כי עובדת היותם של פלוני ופלונית "ילד" ו"ילדה" לאביהם הטבעי, סטטוס היא – או מעין-סטטוס – במשפט ישראל.

ומכאן קצרה דרכו של **כב' השופט מ' חשין** לקבוע, כי הצהרה על אבהות אזרחית היא הצהרה על סטטוס, או מעין סטטוס, ופועלה יהיה כלפי כולי עלמא;⁹² שהרי אין אבהות לשיעורין, ולא ניתן להגביל את התוצאות המשפטיות-האזרחיות של ההכרה באבהות,⁹³ וזאת במובחן מן האבהות הדתית:⁹⁴

"...תחום חלותה של הצהרת אבהות – אם תנתן – יהיה, כמובן, בתחום המשפט האזרחי בלבד, ואילו בשדה המשפט השרעי יפוג כוחה וההצהרה תהיה כמו לא היתה. 'אבהות שרעית' ו'אבהות אזרחית' נידמו לשתי ממלכות השוכנות זו בצד זו, ואין האחת מסגת את גבול חברתה... ומלכות ברעותה לא תיגע."

⁹² ע"א 431/80 ריזנברג נ' חזן, פ"ד לה (2) 742 (1981).

⁹³ ע"א 49/82 מהגר נ' גואלי, פ"ד לח (1) 555, 557 (1984).

⁹⁴ ע"א 3077/90 פלונית (ח') ואח' נ' פלוני (י'), פ"ד מט (2) 578, 604-605 (1995).

ועל כך אמר **כב' השופט י' גרניט בעניין ס"נ**, שעסק ביהודים, בנסיבות של חשש לממזור:⁹⁵

"השופט מ. חשין, אליו הצטרפו ששה שופטי בית-המשפט העליון, קבע את ההבחנה בין 'אבהות דתית' לבין 'אבהות אזרחית'."

למרות זאת נראה שאין להתעלם מכך שפסק דין זה ניתן בהקשר לבני-זוג מוסלמים, ולא יהודים, וספק רב בעינינו אם היה אכן ניתן בהקשר בו עלול היה להיות חשש לממזור.

מן הראוי לציין, והדבר כמעט זועק, כי פסק הדין **בעניין פלונית**,⁹⁶ שנכתב על ידי **כב' השופט מ' אלון** לאחר פסק הדין **בפרשת ח' נ' יי**,⁹⁷ וודאי לאחר חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – התעלם מחוק היסוד וגם מפסק הדין החשוב הזה, שניתן מפי שבעה שופטים, וקבע, כאמור לעיל, כי אין להתיר בדיקת רקמות במקום בו קיים חשש לממזור הקטין. ונשאלת השאלה: מדוע?

האם ניתן להחיל את "האבהות האזרחית" על יהודים?

ראשית חשוב לזכור כי בית המשפט האזרחי "רכש" סמכות שיפוט על עניין זה, בלית ברירה, לאחר שבית הדין השרעי סירב לדון בעניין, עקב העדר סמכות, הואיל ובני-הזוג המוסלמים לא היו נשואים; ולאחר שבית המשפט המחוזי סבר כי הוא מנוע מלדון בעניין, לאור **הלכת אבו אנג'לה**.⁹⁸ במצב דברים זה מצא בית המשפט העליון את הדרך לקחת סמכות לעצמו לדון ב"אבהות האזרחית", אותה קבע לבסוף.

יחד עם זאת יש לשים לב, שמרגע שרכש בית המשפט סמכות לעצמו כאמור לעיל, הרי שהטרמינולוגיה שלו עוסקת במשפט הישראלי, בזכויות הקטינה ובהפרדה שיש לעשות בין האבהות האזרחית לזו הדתית, ולא ברור לגמרי האם מיוחד הוא דבריו להיות המתדיינים מוסלמים דווקא.

⁹⁵ תמ"ש (משפחה ת"א) 76760/01 ס"נ (קטינה) ע"י אמה ואפוטרופסוטה הטבעית, י"ס נ' כ' (ש') א. תק-מש 2004 (3) 387, 353 (2004).

⁹⁶ ע"א 1354/92 **היוה"מ נ' פלונית ואח'**, פ"ד מח(1) 711 (1994).

⁹⁷ ע"א 3077/90 **פלונית (ח') ואח' נ' פלוני (י')**, פ"ד מט(2) 578 (1995).

⁹⁸ בד"מ 1/62 ע' א' ק' אבו אנג'לה נ' פקיד הרישום של לשכת מירשם התושבים, ת"א-יפו, פ"ד יז(4) 2751.

עוד יש לזכור, כי גם בתי הדין הרבניים הפרידו לעתים בין קביעת אבהות לעניין ממונות לקביעת אבהות לעניין סטאטוס, והכירו בבדיקה המדעית לצורך זה, אך לא לצורך האחר. קל וחומר שעשו זאת מדי פעם, כפי שראינו, גם בתי המשפט האזרחיים, בערכאות השונות, לגבי יהודים.

מאידך גיסא ודווקא מאותו נימוק יש להזהר ולזכור ולהבין את ההבדל בהקשר זה בין מוסלמים ליהודים:

ראשית, יש להבהיר, כי לגבי המוסלמים יש לבתי הדין השרעים סמכות מלאה בכל הקשור לענייני אבהות, וזאת במובחן מהמצב לגבי יהודים, שענייני אבהות נדונים בבתי המשפט האזרחיים לענייני משפחה.

שנית, יש להדגיש, כי מבחינת הדין המוסלמי ילד שנולד לאשה נשואה הוא בנו של בעלה, וזאת ללא כל חריג! כל קביעה אחרת אינה קיימת, ואם קיימת – הרי שהפתרון היחיד הוא, כנראה, נקמת דם, דהיינו הריגת אותה אשה נואפת. דינה של אשה נשואה שיוכח כי הרתה לאחר – מוות! חזקת הלגיטימיות באסלאם היא חזקה חלוטה שאינה ניתנת לסתירה.⁹⁹

הדין הדתי המוסלמי, כנראה מסיבה זו, אינו מכיר בתוקפן של הבדיקות המדעיות בשום אופן. מכיוון שכך עלולה להיווצר בעיה לילד, שאביו-המוחזק אינו מעוניין בו ואינו תומך בו מבחינה כלכלית. מצב זה בא פסק הדין **בעניין ח' נ' י'** לפתור, בכך שהוא קובע מי אבי הילד מבחינה אזרחית, שעליו לזון אותו ולכלכלו. העובדה שהאסלאם אינו מכיר באפשרות שאדם זר לתא המשפחתי יהיה האב הביולוגי, עלולה לגרום לשלילת זכויותיהם של ילדים, וזאת בא פסק הדין למנוע. בית המשפט **בעניין ח' נ' י'** מכבד את הדין השרעי, שאינו מכיר באב הביולוגי כאבי הילד, אך הוא קובע, כי על פי המשפט האזרחי – האב הביולוגי הוא האב, ומחייבו במזונות הקטין.

לעומת זאת, כפי שראינו, מכיר הדין העברי בתוקפה של הבדיקה המדעית לצורכי ממונות, ואולי אין צורך לצד הסטאטוס היהודי לקבוע סטאטוס אזרחי – הלא גם בית הדין הרבני בנסיבות כאלה עשוי לחייב את האב הביולוגי במזונות הקטין!

⁹⁹ ועיין עמ' 34 לעיל.

ולא רק שאין צורך, אלא שהדבר גורם לבעיה, והיא: יצירת הראיה 'המפלילה'. הבעיה בקביעת האבהות האזרחית במגזר היהודי היא יצירת הראיה – הראיה המדעית הטובה והמקובלת גם על דעת בית הדין הרבני (במובחן מבית הדין השרעי) – שעלולה לגרום לממזור הילד.

בכך ניתן אולי להסביר את שתיקתם של שופטי בית המשפט העליון **בעניין פלונית**, ובעניינים נוספים לאחר מכן, ואת התעלמותם לכאורה מן "האבהות האזרחית", שנקבעה **בעניין ח' נ' י'.**

למרות זאת מחלחל הרעיון של "האבהות האזרחית" מעבר למגזר המוסלמי, ושופטים מזכירים אותו מפעם לפעם. ואולי יש לדווק פורתא בהקשר ובמינוח ובניסוח, על מנת להעמיד דברים על דיוקם.

לאחרונה החליט כב' השופט י' גייפמן **בתמ"ש (ת"א) 076760/01, 076762/01**¹⁰⁰ למחוק את התביעה לאבהות, ולהשאירה לשיקול דעת הקטינה לעת ימלאו לה 18 שנים; ולדון רק בתביעת המזונות שהוגשה ביחד איתה. באותו עניין דובר ביהודים, והיה חשש לממזור. השופט המלומד מבהיר, כי תביעת מזונות היא תביעה כספית בה מכריע בית המשפט על פי מאזן ההסתברויות, והמדובר בנטל הוכחה של 51%, שאין בו די כדי להטיל פגם של ממזרות בקטינה. השופט המלומד קובע, כי יש צורך בפיתוח משפטי יציר הפסיקה – על ידי מתן אפשרות להכריע בנושא האבהות בגרורא במסגרת תביעה למזונות הקטינה, דבר שיאפשר פסיקת מזונות בלבד; ומבהיר, כי אבהות לצורך מזונות סמוכה ל"אבהות אזרחית", השוכנת בצד "האבהות הדתית".

ראינו כי בתי הדין הרבניים עושים כל שלא ידם על מנת למנוע הגדרתו של ילד כממזר, ולו כדי לאפשר לו את היכולת לשאת כל אשה כרצונו, על פי הדת היהודית. מגמה זו, במקביל לשינויים חברתיים המייחסים חומרה מופחתת לפגם הממזרות, השפיעה בשנים האחרונות על קביעותיהם של בתי המשפט האזרחיים במקרים בהם דנו בקביעת אבהות.

¹⁰⁰ תמ"ש (ת"א) 076760/01, 076762/01 **פלונית ואח' נ' אלמוני ואח'** (טרם פורסם) ניתן ב-19 באוגוסט 2007. התיק, שנדון בגלגולו הראשון בפני כב' השופט י' גרניט (תמ"ש 7676/01 **ס"נ (קטינה) ע"י אמה ואפוטרופסוטה הטבעית, י"ס נ' כ' (ש') א.**, תק-מש 2004 (3) 353 (2004)) – הועבר לאחר פרישתו, לדין בפני כב' השופט י' גייפמן, לאור ההחלטה שניתנה בערעור המאוחד: בר"ע (ת"א-יפו 1364/04 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית ואח'**, תק-מח 2006 (3) 454 (2006)).

נבקש לבחון האם חל במשך השנים שינוי בעוצמת הגינוי לממזר, דבר שכשלעצמו עשוי לגרום לתפנית בעמדת השופטים והדיינים.

השלכות אפשריות של ממזור – מבחינה דתית (בתחום הנישואין) ומבחינה חברתית ("כתם הממזרים"):

כאמור, הזכות היחידה הנשללת במדינת ישראל מיהודי ומיהודיה, שבית הדין הרבני הכריז כי הם ממזרים, היא שלא יוכלו לשאת יהודיה או יהודי בנישואין שיקבלו את אישורו של בית הדין הרבני מראש – "מראש" הואיל ולא מעט יהודים, המוגדרים על ידי בתי הדין הרבניים כ"פסולי חיתון", נישאים זה לזו כדת משה וישראל אצל רב "פרטי".¹⁰¹

ודוק: ממזר שנשא בת ישראל או ישראל שנשא ממזרת, הנישואין אסורים אבל תופסים וכופין לגירושין.

כל יתר הזכויות, הקיימות לכל אזרחי ישראל, עומדות גם למי שמומזר על ידי בית הדין הרבני, ואין כל פגם בכשרותו המשפטית, לרבות זכות למזונות ולירושה.

על אף הפגיעה בזכות היסודית של הכשרות להינשא על פי דיני ישראל, הרי מכיוון שחוק בתי דין רבניים חוקק לפני חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – מוגן דין התורה, לפיו בית הדין הרבני מוסמך לממזר יהודים בישראל על ידי סעיף 10 לחוק היסוד הנ"ל.

אולם יש בחוק היסוד, גם אם מאוחר הוא, כדי להשפיע על פרשנות הדין הדתי, כפי שמבהיר **כב' השופט א' ריבלין**:¹⁰²

"הוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אין בכוחן להביא לבטלותם של חוקים שנחקקו טרם נכנס חוק היסוד לתוקף, כפי שמורה אותנו הוראת סעיף 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. יחד עם זאת, יש בהוראות חוק היסוד כדי להשפיע על דרך פרשנותם של חוקים שכאלה (בש"פ 537/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(3) 358). כאשר בית המשפט נדרש לפרש

¹⁰¹ בג"צ 51/69 **רודניצקי נ' ביה"ד הרבני הגדול**, פ"ד כד(1) 704 (1970); תמ"ש (ת"א-יפו) 76760/01 **ס"נ (קטינה) ע"י אמה ואפוטרופסוטה הטבעית, י"ס נ' כ' (ש') א.**, תק-מש 2004 (3) 353, כב' השופט י' גרניט פס' 20 לפסק הדין (2004).

¹⁰² ע"א 10608/02 **שריף הזימה נ' אגף המכס ומע"מ**, פ"ד נח(3) 663 (2004).

חוק מוקדם לחוק היסוד, ובפניו ניצבת הבחירה בין שתי דרכי פרשנות שונות, יבכר בית המשפט את הדרך אשר מכבדת את זכויות האדם.¹⁰³

העובדה שמדינת ישראל מכירה כיום בנישואין דתיים בלבד, גורמת לכך שבתי המשפט האזרחיים אינם יכולים להתעלם מן המגבלות האפשריות הנוגעות לנישואין שיוטלו על מי שיוכרוז על ידם כממזר, ועליהם להתייחס ולדון בהשלכות האפשריות של פסיקתם בנושא הממזרות.

שלילת הזכות לשאת או להינשא עומדת בניגוד להוראת סעיף 1 לחוק הכשרות המשפטית, הקובע כי "כל אדם כשר לזכויות ולחובות מגמר לידתו ועד מותו"; ולחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שנועד להגן על כבוד האדם ועל זכויותיו היסודיות. וכפי שקבע **כב' השופט י' גרניט**:¹⁰³

"כיצד יממש הממזר את זכותו האזרחית היסודית והבסיסית, שהיא זכות על-חוקית, לשאת או להינשא במדינת ישראל? לכך אין בחוק הישראלי כל פתרון (גם הצעת חוק 'ברית הזוגיות' נתקלת, כידוע, בקשיים לעבור את הליכי החקיקה).

דא עקא, שכאמור, המחוקק לא מצא עד היום לנכון לאפשר לממזר לממש את זכותו לשאת או להינשא ועל הממזר למצוא לעצמו פתרונות אחרים, המוכרים במשפט, בין על-ידי נישואים בחו"ל ובין חיים עם בן-זוג כידועים בציבור ובין בנישואים פרטיים."

חלק מן המגזרים באוכלוסיה יכולים לבחור בנישואין אזרחיים, או לחיות בארץ במסגרת של ידועים בציבור, ואף נתונה להם האפשרות להינשא בנישואים פרטיים, שאמנם אינם מוכרים על ידי הרבנות, אך יש להם תוקף מדין תורה, ובית המשפט נתן גושפנקא לקיומם.¹⁰⁴

¹⁰³ תמ"ש (ת"א-יפו) 76760/01 ס"נ (קטינה) ע"י אמה ואפוטרופסוטה הטבעית, י"ס נ' כ' (ש') א., תק-מש 2004 (3) 353, פס' 46-47 לפסק הדין (2004).

¹⁰⁴ בג"צ 51/69 אלקנה רודניצקי נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים, ואח', פ"ד כד (1) 704 (1970).

מי שאפשרויות אלה מהוות להם פתרון – אין בקביעת הממזר השלכה משמעותית לגביהם; וזאת בלי להפחית מעצם העובדה, שבקביעת ממזרות נשללת אחת מזכויות האזרח היסודיות והחשובות ביותר של כל אזרח בכל מדינה דמוקרטית, והיא שהמשפט והחוק יאפשרו לו לשאת או להינשא לבן-זוגו ולהקים משפחה באופן המוכר על ידי החוק.

שיקול נוסף הוא, כי החשש מפני הממזרות החברתית, מעצם טיבו וטבעו, תלוי בסביבה החברתית בה חי האדם, וברבות השנים נמוג אט אט חשש זה בחברות רבות.

כב' השופט ג' בך סבר, כי כאשר מדובר בהורים אתיאסטים "שאלת ה'ממזרות' עשויה כנראה שלא להשפיע מהיבט דתי כלשהו. חשש זה אינו מהווה אפוא גורם לאי-גילוי המצב לאשורו".¹⁰⁵

כך גם קבע **כב' השופט י' גרניט**:¹⁰⁶

"איסור נישואין של מי שמומזר על-ידי בית-הדין הרבני, מהווה כפיה מצפונית על היהודי החילוני ואפליית בינו לבין מי שלא מומזר. כך במידה והקטינה תמומזר, היא תוכל להינשא בקידושין פרטיים ובית-המשפט ייתן לכך גושפנקא חוקית. לפיכך, גם אם בית-הדין יממזר את הקטינה ... הנזק שלא להינשא ליהודי, בנישואין המוכרים על-ידי בית-הדין הרבני, אך תקפים על-פי דין-התורה... אינו שקול כלל כנגד הנזק הוודאי שיגרם לקטינה במידה והיא תגדל כ'שתוקית'."

בעניין החשש מהמשמעות החברתית של כתם הממזרות, כותבת **ד"ר ר' זפרן**, במאמרה:¹⁰⁷

"ניתן לחלוק ולהעריך, כי בחוגים רחבים של החברה הישראלית בימינו, לא תלווה הכרעה כזו בגינוי או בסנקציה חברתית, ושמו הטוב ומעמדו של

¹⁰⁵ ע"א 4427/92 דוד נ' פלוני, פ"ד מט(2) 57, 58 (1994).

¹⁰⁶ תמ"ש (ת"א-יפו) 76760/01 ס"נ (קטינה) ע"י אמה ואפוטרופסוטה הטבעית, י"ס נ' כ' (ש') א., תק-מש 2004(3) 353, פס' 70 לפסק הדין (2004).

¹⁰⁷ ר' זפרן, "קביעת אבהות בדין הישראלי", הפרקליט מו, חוברת ב', 311, 335.

הצאצא לא יינזקו משמעותית.

הבעיה הגדולה מצויה בקרב מי שאלטרנטיבות אלה לנישואין אינן קיימות לגביהם, וקיים אצלם חשש מפני הממזרות מבחינה דתית וחברתית.

כמענה לאותם מקרים, מעלה **כב' השופט י' גרניט**¹⁰⁸ פתרון חלקי, הנובע מהוראות הסודיות שבחוק **מידע גנטי, התש"ס-2000**. שם נמצאים, בין היתר, הסעיפים הבאים:

18" (א) אדם שהגיע אליו מידע גנטי הנוגע לנבדק, תוך מילוי תפקידו או במהלך עבודתו, ישמרו בסוד ולא יעשה בו כל שימוש, אלא אם כן קיבל את הסכמת הנבדק לכך, ולפיה.

22. (א) לא יראו ויתור על סודיות רפואית לגבי רשומה רפואית או מידע רפואי כהסכמה למסירת מידע גנטי מזוהה.

(ב) הסכמה למסירת מידע גנטי תיעשה במפורש ובכתב.

38. (א) העושה אחת מאלה, דינו – מאסר חמש שנים או קנס פי חמישה מהקנס הקבוע בסעיף 61(א)(3) לחוק העונשין:

(1) מגלה או מוסר מידע או עושה בו שימוש בניגוד להוראות סעיף 18(א) או בניגוד להוראות סעיפים 19, 20, 21, 22 או 23.

תוצאות הבדיקה הגנטית להורות הן סודיות ויכולות להימסר לבית הדין הרבני רק בהסכמתם של שני הורי הקטין, ובהעדר הסכמה של שניהם – רק באישורו של בית-המשפט לענייני משפחה, כאמור בסעיף 79 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962, או באישורו של בית הדין הרבני.

¹⁰⁸ תמ"ש (ת"א-יפו) 76760/01 ס"נ (קטינה) ע"י אמה ואפוטרופסוטה הטבעית, י"ס נ' כ' (ש') א., תק-מש 2004 (3) 353, פס' 70 לפסק הדין (2004).

הואיל ובית הדין הרבני נמנע מלממזר, ואינו רואה בתוצאות הבדיקה הגנטית להורות ראיה כשרה ומחייבת, קובע **כב' השופט י' גרניט בעניין ס"נ**,¹⁰⁹ כי אין ספק שבית הדין הרבני ימנע מלהורות להורים או למעבדה הרפואית שבצעה את הבדיקה הגנטית, למסור לבית הדין את תוצאות הבדיקה, וכך ינהג בודאי גם בית המשפט לענייני משפחה.

כמו כן מן הראוי להזכיר את העובדה, שהדיונים, לרבות ההחלטות ופסקי הדין, מתנהלים בבית המשפט לענייני משפחה בדלתיים סגורות, כאמור בסעיף 68(ה) לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984, ולכן חלה עליהם הוראת סעיף 70 לחוק בתי המשפט הנ"ל, האוסרת פרסום של הדיונים, לרבות שמות הצדדים.

כאמור, הדגש בהקשרם של סכסוכי אבהות, כמו בסכסוכי משפחה בכלל, צריך שיהא תוך התחשבות בנסיבות המקרה ובמאפייני הצדדים, תוך בדיקת הרקע החברתי-קהילתי של הצדדים, שיוכם הדתי וכו', כפי שקבע **כב' השופט ג' גוטזגן בעניין פלוני**:¹¹⁰

"נושא הממזרות החברתית קשור, לפיכך, לא רק בסביבה החברתית של הקטין הבא בפנינו כעת, אלא הוא גם תלוי בתמורות שחלו בחברה הישראלית בכללה. לא הרי החברה הישראלית של לפני כעשור... כהרי החברה הישראלית היום. היחס אל מה שאינו רצוי ואינו מבורך מלכתחילה, משאירע והוא בבחינת מציאות קיימת – שונה מבעבר. סיכויי הקטין בענייננו "להקלט באופן תקין בחברה שסביבו" – כפי שהעניין הוצג בפסק-דינו של השופט אלון (ע"א 1354/92)... אפילו יוכרז ממזר, שונים היום לאין-שיעור מבעבר. החברה הישראלית היום, גם על שוליה השמרניים, הנה פלורליסטית הרבה יותר מבעבר; מגוונים בה התאים המשפחתיים והולכים ורבים בה החריגים. אל לנו לשכוח את כל אלה, בבואנו לכלל הכרעה."

¹⁰⁹ תמ"ש (ת"א-יפו) 76760/01 ס"נ (קטינה) ע"י אמה ואפוטרופסוטה הטבעית, י"ס נ' כ' (ש') א., תק-מש 2004 (3) 353 (2004).

¹¹⁰ תמ"ש (ת"א) 87471/00 פלוני (קטין) ואח' נ' פלוני ואח', תק-מש 2004 (1) 49 פס' יב לפסק הדין (2004).

בשנת 1971 כתב המלומד **כב' השופט מ' זילברג** סדרת מאמרים בהקשר לבעיית הממזרות. בלשונו היפהפיה, בעושר ידיעותיו, בחזונו ובנימת ביקורת בלתי מבוטלת על המצב הקיים, סבר הוא כבר אז, כי יש להיטיב את מפגשה של ההלכה עם עובדות החיים, וכי יש לשנות את התייחסות הרבנות הראשית לבעיית הממזרות והעגונות, וזאת על רקע המציאות החברתית והשינויים החברתיים המתרחשים; וכי יש לבחון את בעיית הממזרות בהקשר החברתי המסוים בו היא מתעוררת, ולמצוא לה פתרונות.¹¹¹

למרות עמדות קיצוניות, להן אנו שותפים, שתפסו מקומן בספרות ובפסיקה, ולפיהן אין לבית המשפט האזרחי סיבה לחשוש שמא פסיקותיו ישפיעו על קביעות ממוזר בבית הדין הרבני, היינו מסכמים תת פרק זה בצורה מסויגת-יחסית, ואומרים כך:

בית הדין הרבני משתדל שלא לממזר את ילדי ישראל. בית המשפט האזרחי מודע לכך שאין ביכולתו של החלטותיו לממזר ילד, כיוון שאין הדבר בסמכותו; יחד עם זאת נזהר הוא בקביעותיו, ונמצא תמיד – מעל או מתחת לקרקע פסיקותיו – החשש שמא עלולות החלטותיו להשפיע באיזה אופן שהוא על קביעות, שתתקבלנה בעתיד, לגבי אותו ילד, בבית הדין הרבני.

4. הסמכות לצוות על עריכת הבדיקה והסקת מסקנות מאי-הסכמה לעריכתה

הבעיה חוזרת במקרים שבהם אין הצדדים, או מי מהם, מסכימים לעריכת הבדיקה. האם מכשול כזה ישים את הצדק לאל? וככל שהבדיקה מהימנה יותר – כן גדול המכשול, וכן זועק עיוות הדין העלול להגרם!

ראינו את ההסדר החקיקתי הקיים במדינות השונות לגבי הסרוב לערוך בדיקת דם, סמכות בתי המשפט להורות ולעתים אף לכפות, ומכל מקום להסיק מסקנה מן הסרוב להבדק – כל אלה בעינם עומדים, ואף ביתר שאת, מאז נתקבלה בעולם המשפט ההכרה בבדיקת סיווג הרקמות וה-ד.נ.א., והדברים ברורים.

¹¹¹ מ' זילבר, **כתבי משה זילברג – באין כאחד, אסופת דברים שבהגות, בהלכה ובמשפט**, הוצאת מאגנס, (ירושלים, תשנ"ח), 235-280.

יתירה מזו: הכרת המשפט בעמדה המדעית החדשה – בבדיקת הרקמות על כל שכלוליה – גרמה אף לשינויי חקיקה במדינות מסוימות, ולהתייחסות כבדת משקל יותר לנושא, כפי שנרחיב להלן:

ראינו לעיל,¹¹² כי בתי המשפט באנגליה לא יכלו לכפות את הצד המסרב לערוך בדיקת דם בניגוד לרצונו, ואף לא יכלו להסיק מסקנות מן הסרוב. מאז פותחו בדיקת הרקמות ובדיקת ה-D.N.A., והוכרו כחד-משמעיות, שונתה הגישה, ונקבע, כי בית המשפט מוסמך על פי דין להחליט לעניין משקל הסרוב בין יתר השיקולים. היום, בשל שכלול הבדיקה המדעית, הסקת המסקנה הינה בתחום הרפואה המשפטית. לכן תוסק המסקנה כנגד אדם המהווה מכשול לחשיפת האמת על ידי סרובו לבדיקה.¹¹³ יש להדגיש, כי באותו מקרה דובר בתביעה שהגישה אמה של קטינה למתן פסק דין, שיצהיר שהנתבע אינו האב, על אף קביעה קודמת נוגדת של בית משפט.

גם בספרד הכירו בתי המשפט בחשיבותה של הראיה המדעית בתביעת האבהות. בית משפט אינו רשאי לחייב נתבע בבדיקה; ואולם, בית המשפט לחוקה של ספרד קבע, כי קיימת השלכה לסרוב לא-מוצדק של צד לעבור בבדיקה. בית המשפט התייחס לסעיף 118 של החוקה הספרדית, לפיו קיימת חובה חוקתית לסייע לבית משפט במהלך דיוניו; ומכאן נובע, כי ניתן לתת משקל לסרוב לבדיקה. יחד עם זאת, הסרוב לבדיקה אינו שווה ערך להודאה, ולכן הסרוב כשלעצמו אין די בו בכדי להכריע את גורל התביעה. הסרוב מהווה אינדיקציה חשובה אשר ביחד עם ראיות נוספות תאפשר את קביעת האבהות.¹¹⁴

גם בניו זילנד יישקל הסרוב לעריכת הבדיקה כנגד המסרב.¹¹⁵ ובשוודיה¹¹⁶ יהא המסרב חשוף לעיכוב משטרתו ולחייב על ידי בית המשפט לשלם קנס בגין סרובו.

בארצות הברית, כידוע, מורכבת השיטה המשפטית מ- 50 שיטות משפטיות שאינן זהות. בנושא הורות נחקק בשנת 1973 החוק הפדרלי ה-Uniform Parentage Act. מדינות

¹¹² עמ' 184 לעיל.

¹¹³ RE G 1997 1 FLR 360, כפי שהובא ב-בר"ע (מחוזי-ב"ש) 615/02 פלוני נ' פלונית, פ"מ התשס"ב(ב) 127, 108.

¹¹⁴ כפי שהובא שם, שם, בעמ' 126.

¹¹⁵ כפי שהובא שם, שם, בעמ' 126-127.

¹¹⁶ כפי שהובא שם, שם, בעמ' 127.

רבות אִמצו אותו, ומדינות אחרות אִמצו חלקים ממנו. בשנת 2000 תוקן החוק ושמו Uniform Parentage Act 2000, ותיקון גדול נעשה בו גם בשנת 2002. המחוקק האמריקני העניק לבתי המשפט סמכות להורות על ביצועה של בדיקת אבהות, גם ללא הסכמת הצדדים. סעיף 11 לחוק הקודם, ובשינויי נוסח – Article 5, sec. 502(a) לחוק החדש קובעים במפורש, כי בית המשפט רשאי לחייב קטין, אם, או נתבע בתביעת אבהות, לעבור בדיקת דם, אשר תבוצע על פרטיה תחת פיקוחו. הסעיף ממשיך וקובע בהמשך סמכויות נוספות, הוראות לגבי עובר בבטן אמו, והתייחסות למצב בו ישנם שני אבות-נטענים:

"SECTION 502. ORDER FOR TESTING.

- (a) Except as otherwise provided in this [article] and [Article] 6, the court shall order the child and other designated individuals to submit to genetic testing if the request for testing is supported by the sworn statement of a party to the proceeding:*
- (1) alleging paternity and stating facts establishing a reasonable probability of the requisite sexual contact between the individuals; or*
 - (2) denying paternity and stating facts establishing a possibility that sexual contact between the individuals, if any, did not result in the conception of the child.*
- (b) A support-enforcement agency may order genetic testing only if there is no presumed, acknowledged, or adjudicated father.*
- (c) If a request for genetic testing of a child is made before birth, the court or support-enforcement agency*

may not order in-utero testing.

(d) If two or more men are subject to court-ordered genetic testing, the testing may be ordered concurrently or sequentially."

ראינו לעיל, כי במדינת ויסקונסין ניתן פסק דין בעניין Prochnow,¹¹⁷ שעקב מגבלות החקיקה, שהיו באותה עת במדינה, לא קיבל כחד-משמעית תוצאה של בדיקת דם, ששללה אבהות. והנה בדקנו ומצאנו, כי בשנת 1970 ניתן באותה מדינה פסק דין,¹¹⁸ הקובע, שסרוב האם התובעת לחשוף את עצמה לבדיקות דם מונע מן הנתבע את זכותו להליך הוגן, ודי בה לשם דחיית התביעה. זאת עדיין בעניין בדיקות הדם; ובשנת 1981 אימצה ויסקונסין, וזאת כבר לאחר הידיעה וההכרה בבדיקת סיווג הרקמות, חקיקה חדשה, שלא רק מכירה בבדיקות המדעיות, אלא קובעת באופן קיצוני, שלדרישת אחד הצדדים יחייב בית המשפט את הצדדים להבדק.¹¹⁹

החוק במדינת פנסילוניה קובע, כי בתביעת אבהות הנתמכת בתצהיר, יחייב בית משפט את הקטין ואת הצדדים לעבור בדיקות גנטיות.¹²⁰

במדינת ניו-יורק מוסמך בית משפט לחייב קטין, אם או נתבע בתביעת אבהות לעבור בדיקת ד.נ.א. ואולם, הצו האמור לא יינתן אם ייקבע כי בדיקה כזו אינה לטובתו של הקטין.¹²¹

¹¹⁷ Prochnow v. Prochnow, 80 N.W. 2d 278, 283-284 (Wis 1957) וכן עיין עמ' 80, 86, 173-175 לעיל.

¹¹⁸ Lyons v. Devalk 177 N.W. 2d 106 (Wis 1970).

¹¹⁹ R.J. Phannenstill, "Usefulness of כפי שמצאנו ב- Wis stat Ann. S. 885.23 (West 1981) Polygraph results in Paternity Investigations when used in Conjunction with Exclusionary Blood Tests and 60-day Conception Period" (1982-83) 21 **Journal of Family Law**, 80.

¹²⁰ Title 23, sec. 4343(c) (1) Purdon's Pennsylvania Consolidated Statutes, כפי שהובא ב- בר"ע (מחוזי ב"ש) 615/02 פלוני נ' פלונית, פ"מ התשס"ב(ב) 108, 127.

¹²¹ McKinney's Family Court Act. § 532(a), כפי שהובא שם, שם, בעמ' 127-128.

קביעת המחוקק, כי ניתן להורות בצו בית המשפט על ביצוע בדיקת דם בתביעת אבהות, פתחה את הדלת בפני אפשרות ליתן צו המחייב בבדיקות מעבדתיות אחרות.¹²² גם במדינת **הוואי** נקבע, כי בדיקה גנטית הינה חובה בהתאם לבקשת צד, על פי גירסת מדינה זו של ה-Uniform Parentage Act.¹²³

ומה ההשלכות של סרוב לבדיקה בארצות הברית? נראה, כי הגישות לעניין זה אינן אחידות:

במדינת **צפון-דקוטה** נפסק, כי על נתבע בתביעת אבהות לערוך בדיקה גנטית. סרוב לעשות כך יוביל להליכי ביזיון בית משפט, לרבות דחיית כתב ההגנה של הנתבע ופסיקה כנגדו במעמד צד אחד, כאילו לא התייצב כלל למשפט.¹²⁴

במדינת **ניו-ג'רסי** נפסק, כי החלטת המחוקק להסמיך את בית המשפט לחייב נתבע להבדק בדיקה גנטית במסגרת תביעת אבהות, מעניקה לו סמכות אינהרנטית להורות על מאסרו של מי שיסרב לבדיקה.¹²⁵

כלומר: מעבר להסקת מסקנה נגד המסרב לבדיקה, ישנן מדינות הנוקטות נגדו גם סנקציות משפטיות.

וכך מסכם **כב' השופט נ' הנדל**¹²⁶ את המשפט ההשוואתי בנקודה זו:

"...שיטות המשפט השונות אינן תמימות דעים בסוגייה הנדונה. יש המסרבים לחייב. יש המחייבים את המסרב. יש הנכונים להסיק מסקנות בגין סירוב. גם בין אלו קיימת המחלוקת בדבר המשקל שיש לתת לסירוב האמור. יש אשר ממעטים במשקל אשר ניתן לסירוב. כמו כן, קיימים איי-מחלוקת באשר לכוחו של בית המשפט להתמודד עם הסרבן. יש הדוגלים

¹²² ובפסק דין הקרוב יותר לענייננו, נקבע ב- Cable v. Anthou. 548 Pa. 551, 699, A.2d 722 (1997) כי הוא המצב לגבי בדיקת "Bucal swab", לקבלת דגימות ד.נ.א., כפי שהובא שם, שם, בעמ' 128.

¹²³ כפי שהובא בבר"ע (מחוזי ב"ש) 615/02 **פלוני נ' פלונית**, פ"מ התשס"ב(ב) 108, 128.

¹²⁴ כפי שהובא שם, שם, בעמ' 128.

¹²⁵ כפי שהובא שם, שם, בעמ' 128.

¹²⁶ שם, שם, בעמ' 128.

בכפייה (למשל המשפט הגרמני והמשפט הדני, ראה: ספרה האמור של עו"ד חלק..). יש המסתפקים בהסקת מסקנה כנגד הסרבן ויש המתירים הליכי ביזיון בית משפט, עד למאסר... האמנם רצוי כי שופט יחליט, במסגרת המקרה הבודד, מה ראוי שיהא הדין בנדון?...”

כאמור, **בישראל** אין עיגון חקיקתי, שיאפשר לבתי המשפט ליישם את הכרתם בחשיבות הבדיקה המדעית. המחוקק לא הסמיך את בתי המשפט להורות על עריכת בדיקה גנטית, וכל שנותר להם, פרי הפסיקה, הוא להסיק מסקנות מן הסרוב. האם נמשיך לעצום עינינו להתפתחויות המדע ונאמר, כי סרוב אחד הצדדים להבדק יוציא מתחום סמכותו של בית המשפט את האפשרות להעזר בראיה שאין טובה הימנה?

המקרה, שהבאנו לעיל – ב-**תמ"א 197/75**,¹²⁷ בו קבע בית המשפט המחוזי בירושלים, כי פלוני הוא אביה של אלמונית, בעוד שלדברים לא היה כל שחר – זועק לפתרון! כי אם האם התובעת באותו מקרה לא היתה מסכימה מרצונה לעריכת בדיקה של סיווג רקמות, היה האב-הנטען עד עצם היום הזה מוכר כאביה של ילדה לא-לו, על כל הכרוך בכך מבחינת כל הצדדים. ולשם מה כל שנות ההתדיינות שהיו בין הצדדים, עגמת הנפש שהיתה כרוכה בכך, בזבוז זמנם וכספם וזמנה של המערכת המשפטית שיקר הוא?! הלא על ידי פעולה אחת מהירה של לקיחת דם ועריכת הבדיקות, שתארנו לעיל, ניתן היה למנוע כל זאת ולהגיע לתשובה הנכונה היחידה!

בשנות השבעים גבר הדיון בבדיקת סיווג הרקמות ביתר שאת, כשבעניין **שרון נ' לוי**¹²⁸ קבע בית המשפט העליון מפי **כב' השופט מ' אלון** בפסק דין מנחה בסוגיה זו של בדיקת רקמות, כי לבית המשפט בארץ **אין סמכות להורות על עריכת הבדיקה אף אם לא תהא כפיה בצדה**, כיוון שבאין חקיקה מפורשת בנדון יהיה בכך משום פגיעה בזכות יסוד של האדם; ואולם – מוסיף השופט המלומד:¹²⁹

”אין בזכותו זו של בעל הדין לסרב לעריכת בדיקת דם משום שלילת סמכותו הטבעית של בית המשפט להסיק מסרוב זה, בנסיבות מסוימות,

¹²⁷ תמ"א 197/75 (לא פורסם), לעיל בעמ' 229.

¹²⁸ ע"א 548/78 **שרון ואח' נ' לוי**, פ"ד לה (1) 736 (1980).

¹²⁹ שם, עמ' 756.

מסקנות ראייתיות המשתמעות ממנו".¹³⁰

השופט המלומד מוסיף, כי לא כפי שנקבע לגבי בדיקת הדם מסוג ABO, שממילא אין היא יכולה לשמש הוכחה חיובית לאבהות, ולכן לא ניתן להסיק מאום מסרוב לעריכתה – הרי בעניין בדיקת סיווג הרקמות, שיש בכוחה להכריע בגופה של השאלה השנויה במחלוקת, ניתן לראות בסרוב להבדק משום "כבישת ראייה המסכלת את עצם עשיית הדין ואפשרות הוצאתו לאור",¹³¹ וזאת ביחוד כשמדובר בבית דין, שהוא אביהם של קטינים, המצווה לקיים בידי הקטין את זכותו היסודית לדעת מיהו אביו מולידו.

עינינו הרואות, כי למרות שהמחוקק לא שעה לקריאות החוזרות ונשנות מפי בתי המשפט להסדיר את הנושא בחקיקה – הצליחה המערכת המשפטית במסגרת האמצעים הנתונים לה להשיג, לפחות, מחצית הדרך, ופסק דינו זה של בית המשפט העליון היווה מורה דרך לבתי המשפט המחוזיים ואף לבית המשפט העליון עצמו, ונמצא מאז מספר פסקי דין שהלכו לאורו.¹³²

בעניין **תמ"א (ת"א) 77/84**¹³³ ביקש התובע להסדיר את זכותו לראות את ילדיו עקב העובדה, כי הנתבעת מערימה קשיים על מפגשיו עם הילדים. הנתבעת טענה, כי הילדים אינם ילדי התובע. במסגרת זו נערכה בדיקת סיווג רקמות, וממנה עלה, כי סבירות

¹³⁰ הכל בכפוף להסתייגותו, שנדונה לעיל, במקרים בהם קיים חשש לממזור על נפקויותיה השונות – כמפורט לעיל בעמ' 84 ואילך.

¹³¹ ע"א 548/78 **שרון ואח' נ' לוי**, פ"ד לה (1) 736, 757 (1980).

¹³² אמרנו "מספר", ולא בכדי: נראה שכמותם של סכסוכי האבהות המגיעים לערכאות פחתה מאז ניתנה הנפקות האמורה לבדיקת הרקמות. בעלי הדין "הבינו את הרמז" של הפסיקה, ופונים לעריכת הבדיקה המדעית או מיזמתם, או על פי עצת בית המשפט בשלב מקדמי ביותר של הדיון. עקב מצב זה ניתן לאמר, שהמערכת המשפטית השיגה הרבה מעבר ל"מחצית הדרך", משום שבאופן מעשי מהווה פסיקתה אימוץ מוחלט של בדיקת סיווג הרקמות, והסקת המסקנה מן הסרוב כמוה כמעט ככפייה לביצועה, שהרי ממילא אין לצד המסרב מה "להפסיד".

דוגמאות נוספות לקבלת עמדה זו ניתן למצוא ב-תמ"א (ת"א) 1554/84 **פלוגי נ' פלוגי ואח'**, פ"מ התשמ"ז (א) 216; מ"א (י-ם) 128/83 **היועץ המשפטי לממשלה נ' מוסד רפואי פלוגי** (לא פורסם); תמ"א (ת"א) 1279/83 **פלוגי נ' אלמונית ואח'**, פ"מ התשמ"ה (ג) 259; בש"א (י-ם) 662/85, מ"א 130/85 **פלוגי נ' פלוגי** (לא פורסם); מ"א (י-ם) 835/89 **פלוגי ואח' נ' אלמוני** (לא פורסם); תמ"א (ת"א) 2489/86 **פלוגי ואח' נ' אלמוני**, פ"מ התשמ"ט (ב) 56; תמ"א (ת"א) 2890/88 **פלוגי ופלוגי נ' אלמוני** (לא פורסם).

¹³³ תמ"א (ת"א) 77/84 **פלוגי נ' פלוגי**, פ"מ התשמ"ה (א) 342.

האבהות היא 97.9% לגבי הילד ו-94.6% לגבי הילדה. **כב' השופט י' ינון** מקבל קביעה זו ומכריע על פיה, וזאת בנוסף להודאת הנתבעת בהסכם הגירושין, לפיה הילדים נולדו לה ולתובע.

בעניין **ע"א 417/80**¹³⁴ נקבע על ידי **כב' השופט מ' אלון**, שלבדיקת סיווג הרקמות יש לייחס משקל של ראייה מכרעת בשאלת האבהות ולא משקל של ראיית סיוע בלבד. אף אם בית המשפט קמא האמין לאם, ועדותה היתה מהימנה – הרי משהסכימו הצדדים אחר כך לערוך בדיקת סיווג רקמות, ונקבע על פיה כי הבעל אינו האב – משמע, שאין הוא האב, וזו היא הראיה המכרעת.

ב-**ע"א 335/81**¹³⁵ נדון מקרה בו בית המשפט המחוזי הכריז על המערער כאביו של המשיב, לאחר שסרובו של המערער לעבור בדיקת סיווג רקמות שימש ראייה נוספת לאבהות. במסגרת הערעור ביקש המערער לאפשר לו לעבור את הבדיקה בשלב זה. על כך עונה בית המשפט העליון מפי **כב' השופט מ' אלון**, כי אין להעלות על הדעת, שבעל דין יוכל לסרב לקיים בדיקה בערכאה ראשונה, ומשראה שיצא חייב בדינו יציע לקיימה בשלב הערעור. לגופו של עניין הסכים בא-כח המשיבה במהלך הערעור לערוך את הבדיקות בשלב זה, ובדיקת סיווג הרקמות הראתה, כי אכן אין המערער האב הנכון, ומסיבה זו בלבד התקבל לבסוף הערעור.

וב-**תיק התשמ"ו/8734**¹³⁶ קבע בית הדין הרבני האזורי בחיפה, כי על הצדדים לעבור בדיקת סיווג רקמות, וכי אם הנתבעת תסרב לבדיקה זו הרי זו ראייה מוצדקת שהילד הינו בנו וביה"ד יחליט בהתאם. אולם ביה"ד הרבני הגדול ב-**ערעור התשמ"ז/86**¹³⁷ מבטל החלטה זאת ותמה ביותר על "האיום שבפס"ד הנ"ל שאם לא תאבה האשה לעשות בדיקה זו הרי זו ראייה מוצדקת נגדה, והיכן מצא בית הדין יסוד לכך בנ"ד?"

לסיכום ניתן לאמר, כי למרות שפסק הדין **בעניין שרון נ' לוי** הביא לפריצת דרך בכל התחום של הוכחת אבהות בארץ, ומאז נתינתו פחת מספר סכסוכי האבהות המגיעים

¹³⁴ ע"א 417/80 **פלויני נ' פלויני** פ"ד לז(3) 15 (1983).

¹³⁵ ע"א 335/81 **פלויני נ' אלמוני**, פ"ד לח(2) 530 (1984).

¹³⁶ תיק התשמ"ו/8734 (לא פורסם).

¹³⁷ ערעור התשמ"ז/86 (לא פורסם).

לערכאות, וגם ברוב אלה המגיעים נערכת לבסוף בדיקת סיווג הרקמות בהסכמה, כיוון שהצדדים יודעים שאחרת תוסק המסקנה נגד הצד המסרב – הרי אין די במצב הקיים; ויש צורך בחוק שיסדיר את הנושא, שהרי אף הצדדים עצמם אינם יודעים תמיד מי האב, וסרוב לערוך את הבדיקה נובע לעתים מייעוץ משפטי מוטעה או מסיבות כלכליות של עלות הבדיקה (העומדת כיום במרכזי הבדיקה השונים בארץ על סכום שבין 3000 ₪ ל- 5000 ₪) או מסיבות אחרות שעם המסרב. אולם אין אפשרות להסיק מן הסרוב את הראיה **האמיתית** לאבהות! באחד המקרים שהראינו¹³⁸ נוצר מצב, בו הוסקה בבית המשפט המחוזי מסקנה **לא נכונה** מן הסרוב לערוך את הבדיקה, ופסק הדין המחוזי כמעט אושר – אלא שבמקרה הסכים הצד שכנגד בשלב הערעור לעריכת הבדיקות, ויצאה האמת לאור.

5. הסמכות לצוות על עריכת הבדיקה כשהנטען לאבהות אינו בין החיים

מה עושה המשפט כאשר אדם נפטר מן העולם, ויש מי שטוען כלפיו אבהות?

כפי שראינו לעיל¹³⁹ היו כבר מקרים בהם קבע בית המשפט אבהות של מי שנפטר מן העולם, וזאת על פי ממצאים ראייניים ומדעיים.

מן הבחינה המדעית ניתן לעשות שני דברים:

א. לערוך בדיקת רקמות ו-ד.נ.א. באדם המת, וזאת על ידי הוצאתו מקברו ולקחת דגימה מדמו אם פטירתו היתה זה לא מכבר, או דגימה מעצמותיו.

¹³⁸ ע"א 335/81 **פלוני נ' אלמוני**, פ"ד לח(2) 530 (1984). כן עיין דברי ביקורת מפי הפסיקה על החשש שמן הסרוב לא תוסק המסקנה הנכונה, ועל הצורך בחשיפת האמת, שהיא חלק מטובת הילד בפסקי הדין הבאים: רע"א 4898/00 **פלוני נ' פלונית ואח'**, תק-על 2001(1) 59 (2001); ע"מ 121/99 פלוני **נ' פלונית**, תק-מח 2000(2) 8592 (2000); תמ"ש (ת"א) 72470/98 **פלוני נ' פלוני**, תק-מש 99(2) 167 (1999); תמ"ש (ת"א) 84170/98 **פלונית נ' היועמ"ש**, תק-מש 99(1) 39 (1999); ע"א 7155/96 **פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד נא(1) 160 (1997); ע"א 165/01 **פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה** (דינים). וכן עיין להלן על האינטרס לחקר האמת בעמ' 399-404 להלן, והאפילו בעמ' 419 לעיל.

¹³⁹ לעיל בעמ' 230 ואילך: עניין תע"ז (חי') 1329/86 (לא פורסם); ע"א 306/56 **א.ב. נ' ג.ד. ואח'**, פ"ד יא(1) 320, 314.

ב. לערוך בדיקות רקמות ו-ד.ג.א. בבני משפחתו, למשל: בהוריו, באחיו או בילדיו; ומבדיקות אלה ללמוד על מבנה הרקמות וה-ד.ג.א. שלו, ומכאן להסיק האמנם הוא אבי הילד.

אכן היו מקרים, בהם בני משפחה של נפטר נבדקו בהסכמה בבדיקת רקמות, במקרים של נסיון להוכחת אבהותו של המת על ילדים מסוימים.¹⁴⁰

מה קורה במקרים בהם אין די ראיות רגילות, ובני משפחתו של האב-הנטען שנפטר אינם מסכימים להבדק בבדיקת רקמות. האם ישמש הסרוב כנגד הנפטר ותקבע אבהותו, או שמא ניתן לכפות הוצאתו מקברו ובדיקתו, והאם תמיד אפשרי הדבר?

ב-**תמ"ש (כ"ס) 2880/05**¹⁴¹ דובר בתביעה של קטינה ואמה נגד עזבון המנוח הנתבע, בה עתרו להצהיר, כי המנוח הוא אבי הקטינה. המנוח השאיר אחריו אשה וילדים, והאם התובעת טענה, כי במקביל להיותו בעל משפחה – ניהל הוא איתה רומן ארוך שנים, ממנו נולדה הקטינה, בה הוא טיפל, עזר בגידולה, והיווה לה דמות אב. משפחתו המקורית של המנוח לא היתה בסוד העניין, וכפרה בטענה.

לשם פתרון הבעיה נוצר צורך לערוך בדיקת ד.ג.א., ונשאלה השאלה האם לקחת דגימה מן המנוח, שכבר נח על משכבו בשלום, או מהוריו שהיו בחיים, וסרבו, אותה עת, לשתף פעולה מבחינה זו.

כב' השופט י' כהן בוחן את מכלול הזכויות הניצבות ועומדות בפרשה זו, וקובע, כי כבוד האדם הוא ערך החל על אדם גם לאחר שהלך לעולמו, והוא כולל גם את כבודו של הנפטר עצמו וגם את כבוד בני משפחתו המבקשים לכבד את זכרו ולהתאבל על אבדנו,¹⁴² וכי לא בנקל יאפשר בית המשפט נטילת דגימה מגופו של נפטר לשם ביצוע בדיקת הורות.

אולם, ממשיך השופט ומבהיר, כי כאשר בני משפחה אחרים, כגון הורי המנוח, מהם ניתן לקחת דגימת ד.ג.א., אינם מוכנים לכך, לא תהא ברירה אלא לפגוע בכבוד המנוח, כיוון שבבחינת מאזן הזכויות בין המנוח לקטינה, גובר הצורך לשמור על זכויות הקטינה:

¹⁴⁰ למשל, כפי שהבאנו לעיל באריכות: בתע"ז (חי') 1329/86 (לא פורסם).

¹⁴¹ תמ"ש (כ"ס) 2880/05 **נ.פ. ואח' נ' עזבון המנוח י.א. ז"ל ואח'** (לא פורסם).

¹⁴² ע"א 294/91 **חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום**, פ"ד מו(2) 464 (1992).

"מאחר וההחלטה בדבר קיום בדיקה גנטית להורות נמסרה לסמכותו של בית המשפט לענייני משפחה, מסורים לשיקול דעתו אף האמצעים הנחוצים להשגת דגימת DNA ... כאשר מסתבר כי בני המשפחה שבדיקתם נחוצה לשם קביעת האבהות אינם מוכנים לאפשר מרצונם קיומה של בדיקה לסיווג רקמות, ניצב מצד אחד הרצון והצורך להימנע מפגיעה בכבוד המת, ומן הצד האחר ניצבים כבודה, טובתה וזכויותיה של הקטינה... ההחלטה בה הוריתי על נטילת דגימה מגופת המנוח נבעה מכך שבמאזן בין שמירה על כבוד המת לבין ההגנה על כבודה וזכויותיה של הקטינה, גובר לדעתי הצורך לשמור על זכויות הקטינה, על פני השאיפה לשמור על כבוד המת..."

במקרה זה התרצו לבסוף הורי המנוח, נלקחו מהם דגימות, ונקבע, כי הקטינה היא נכדתה של הסבתא, ומכאן, כי היא בתו של המנוח. בית המשפט נתן פסק דין הצהרתי הקובע כך.

ב-תמ"ש (כ"ס) 17340/05¹⁴³ הגיש התובע הקטין, באמצעות אמו, תביעת אבהות נגד עזבון מנוח, ובה עתר כי יוצהר שהמנוח הוא אביו. הנתבעים, הורי המנוח, התנגדו למבוקש והכחישו את האבהות הנטענת.

לטענת אם הקטין היא ניהלה מערכת יחסים אינטימית עם המנוח והרתה לו. בתקופת ההריון הם גרו ביחד, וכעבור זמן עברו להתגורר יחד בבית הורי המנוח, וזאת בשל הדרדרות במצבו הנפשי של המנוח. בהמשך נולד הקטין. שבוע לאחר הלידה התאבד המנוח בקפיצה מחלון הקומה הששית של בית הוריו.

הקטין עתר ליתן צו המורה על בדיקת רקמות להורי המנוח לצורך הוכחת האבהות; ולחלופין, באם יסרבו, ביקש הוא ליתן צו המורה על פתיחת קברו של המנוח ולקחת דגימת ד.נ.א. מגופתו.

¹⁴³ תמ"ש (כ"ס) 17340/05 פלוני – קטין נ' עזבון פלוני ז"ל, תק-מש 2006 (3) 90 (2006) פס' 9 לפסק הדין (2006).

הורי המנוח כפרו באבהותו של בנם על הקטין, וסרבו לביצוע בדיקת הרקמות בהם. **כב' השופט צ' ויצמן** בוחן, באופן מעמיק וברגישות רבה, את ההשלכות של האפשרויות השונות, הן מבחינת זכויות המת וכבודו מול טובת הקטין וזכותו לדעת את מוצאו, והן מבחינת הבדיקה המדעית והאופן שבו יהא צורך לפגוע בכבוד המת, לעומת הבדיקה שיכולה להערך בהוריו – הן מבחינת כבוד המת והן מבחינת איכותה המדעית הירודה של הבדיקה, לאחר שהמנוח שוכב בקברו כבר כשנתיים וחצי.¹⁴⁴

”אך מה באשר למת אשר אין לו פה לענות בו מהו רצונו – למה יסכים ולמה יסרב? האם רשאי בית המשפט ללמוד על רצונו של המת מתוך נסיבות חייו, הליכותיו, נוהגו והשקפת עולמו? האם רשאים אנו להניח קיומו של רצון מכללא לפיו חפץ הנפטר לידע האם הקטין הינו בנו? האם רשאי בית המשפט ל”נצל” שתירתו של המת ולעשות בה שימוש נוכח קיומו של האינטרס הנכבד של טובת הקטין ליידע מיהו אביו? האם הוראה לביצוע בדיקה גנטית מרקמות גופת המת יש בה משום ביזוי המת ופגיעה בכבודו באופן השולל מלכתחילה מתן הוראה שכזו? ומהו האינטרס הגובר – האם ”כבוד המת” או שמא ”זכותו של הקטין לדעת” ? האומנם דוחה צער את הצער – הידחה צערו של הקטין התוהה מיהו אביו את צערם של הורי המנוח נוכח פתיחת קברו? האם ראוי לעורר את המת לטובת החי או שמא אחר שנסתם הגולל אין מוציאין את המת מקברו?”

השופט המלומד נכנס לעבי הקורה ובודק אלה מול אלה את זכותו של המת לכבוד, את עמדת המשפט העברי לכל עניין בזיון המת או ניוול המת, על האיסורים וההיתרים שנדונו בו, וכן בודק הוא האמנם לקיחת דגימת רקמות מן המת היא אכן ניוול?

כב' השופט צ' ויצמן מגיע למסקנה, כי:

”ניתן למצוא פנים בהלכה היהודית להתיר בדיקת אבהות בנפטר מבלי שהדבר יהווה ניוול המת – בין אם זה בשל הסיבה שמדובר ”בצורך גדול” וכאשר יש צורך בניוול אין הדבר נחשב לניוול כלל, ובין אם בשל ההנחה שהנפטר היה מסכים לבדיקה שמטרתה גילוי בנו האמיתי או כיוון שמדובר

¹⁴⁴ שם, פס' 9 לפסק הדין.

בצורך משמעותי של החי, דוגמת צרכיה של עגונה להתרעה, הגובר על הצורך לכבד את המת.

מכאן ממשיך השופט המלומד ומחפש הוראת חוק מפורשת המאפשרת פתיחת קברו של נפטר לצורך בדיקה גנטית להורות.

על פי סעיף 11 לחוק מידע גנטי, התשס"א-2000 יש צורך בהסכמה מדעת של הנבדק, דבר שלא ניתן להשיגו במקרה של בדיקה למת. השופט מכיר את פסיקתו של **כב' השופט י' כהן בעניין תמ"ש (כ"ס) 2880/05**,¹⁴⁵ אותו סקרנו לעיל, ובו סבר השופט, כי בסמכות בית המשפט להורות על בדיקת רקמות למת ופתיחת קברו לצורך כך, וזאת מכוח סמכותו על פי חוק מידע גנטי, למתן צו לבדיקה להורות, תוך העדפת כבודה וזכויותיה של הקטינה.

כב' השופט צ' ויצמן חושב שאין די בסמכות זו, וכאילו מנסה הוא להרף עין להסיק מסקנה נגד הנפטר מסרובם של הוריו לבצע את הבדיקה, ונראה כי דבר אפשרי לדעתו, אך מבהיר הוא מיד, כי הסקת מסקנה זו לא תקרב את עשיית האמת.

וחוזר השופט ומחפש ומוצא את "הסמכות הטבועה" של בית המשפט ליתן צווים, לצורך קיומה של תוצאה צודקת וראויה, גם כאשר הדבר עלול לפגוע בזכות יסוד של כבוד המת. ומוצא הוא גם את הוראת סעיף 68(א) לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962:

"בית המשפט רשאי .. לבקשת צד מעוניין ואף מיזמתו הוא, לנקוט אמצעים זמניים או קבועים הנראים לו לשמירת עניניו של קטין..אם על ידי מינוי אפוטרופוס זמני... ואם בדרך אחרת..." (ההדגשות אינן במקור)

ומסכם השופט, כי:

"סמכותו של בית המשפט להורות על בדיקה גנטית להורות למת נשענת על "סמכותו הטבועה" ועל סמכותו המפורשת **בדין** לדאוג לעניניו של קטין."

¹⁴⁵ תמ"ש (כ"ס) 2880/05 נ.פ. ואח' נ' עזבון המנוח י.א. ז"ל ואח' (לא פורסם).

וממשיך ושואל השופט המלומד מנין סמכותו של בית המשפט לכפות ביצוע הבדיקה, כשההלכה היא כי לא ניתן לכפות את הבדיקה, ובידיעה כי סעיף 11(א) לחוק מידע גנטי דורש הסכמה מדעת של הנבדק. והוא מחליט – בהמשך לשתי הסמכויות הנ"ל, ותוך מתן עדיפות לאינטרס של הקטין לידע מי הוא אביו, ונוכח סירובם של הורי המנוח לבצע בהם בדיקת רקמות – כי יש בידי סמכות ליתן צו המורה על פתיחת הקבר לצורך נטילת דגימת ד.נ.א. לבדיקת אבהות, וכך הוא עושה.

השופט המלומד מוסיף, כי:

”בשולי הדברים יש להוסיף ולומר – ראוי כי המחקק ייתן דעתו לסוגית סמכותו של בית המשפט להורות על בדיקה גנטית להורות למת ויתקן את חוק מידע גנטי באופן בו תקבע הוראה מסמיכה מפורשת, המפרטת אף את התנאים הנדרשים לביצוע הבדיקה.”

וקריאה זו למחקק היא בבחינת קריאת הילד התם או האמיץ או החכם – הרואה נכוחה: ”המלך הוא עירום!”, פסק דין זה מעורר מחשבות עמוקות ונוגות בדבר המצב המשפטי הקיים, ושתיקת המחקק בנושא.¹⁴⁶ דרך מחשבתו של **כב' השופט צ' ויצמן** מזכירה את זו של עמיתו **כב' השופט פ' אסולין** ב-**בש"א (ב"ש) 2618/01**,¹⁴⁷ בו נדון להלן, במובן של חוסר האונים המביא להחלטות צודקות-אולי, אך כאלה שאינן עומדות לחלוטין בדרישות החוק, שרב בו החסר על הקיים.¹⁴⁸

¹⁴⁶ ועיין על כך בפרקי הסיום והאפילוג.

¹⁴⁷ בש"א (ב"ש) 2618/01 **פלונית נ' אלמונית**, תק-מש 2002(2) 153 (2002).

¹⁴⁸ וראה על כך בהרחבה להלן, בעמ' 287-289, 317, 321 וכן את ביקורתו של כב' השופט נ' הנדל על פסק דינו של כב' השופט פ' אסולין ב-בר"ע 615/02 **פלוני נ' פלונית ו-2 אח'**, תק-מח 2003(1) 858 (2003), שקרא למחקק לאמר דברו בעניין זה.

6. על הסרוב לבצע בדיקת רקמות

א. מהותו ונפקותו של הסרוב

כאמור בישראל עדיין לא ניתן לחייב אדם לבצע בדיקת רקמות בעל כרחו,¹⁴⁹ ולכן שרירה וקיימת ההלכה שנפסקה **בעניין שרון נ' לוי**, ולפיה סרוב הנתבע לביצוע בדיקת רקמות יזקף כנגדו:¹⁵⁰

”אין בזכותו זו של בעל הדין לסרב לעריכת בדיקת דם משום שלילת סמכותו הטבעית של בית המשפט להסיק מסרוב זה, בנסיבות מסוימות, מסקנות ראייתיות המשתמעות ממנו...”

במקרה של סרוב יכול שישמש הדבר כראיה נגד המסרב, הכל לפי ראות עיני בית המשפט...

רשאי בית המשפט להסיק מסרוב זה ככל שייראה בעיניו נכון בנסיבות העניין. בכבישת ראיה כגון זו יכול ויהא בסירוב הבאתה משום משקל מכריע כנגד מי שכובשה.”

נרחיב בתת פרק זה על מהותו של הסרוב, על נפקותו, על עילות הסרוב, על מיהות המסרבים ועוד כהנה וכהנה מחשבות והקשרים בסוגיית הסרוב.

”נתבעים לאבהות שונים הם בתגובתם זה מזה לגבי השאלה המוצגת לפניהם, אם מוכנים הם שתיעשה בדיקת רקמות. יש הנכונים בנפש חפצה, משום שרוצים הם שהאמת תצא לאור, ואם הילד אכן יוצא חלציהם, רוצים הם להכיר בו כבנם לכל דבר. יש בהם שאמנם אינם רוצים באבהות, אבל מוכנים הם לפתור את הספק ע”י הבדיקה, בין משום ההגינות כלפי הילד, ובין משום החשש לתוצאות המשפטיות של הסרוב. ויש אשר עומדים בתוקף בסרובם לבדיקה, מתוך תקוה שסרובם יתקבל מטעם זה או אחר,

¹⁴⁹ כפי שראינו לעיל, בעמ' 263-267, במקום בו קיימת סמכות בחוק לבתי המשפט להורות על עריכת בדיקת רקמות – יש גם אפשרות לסנקציה על המסרב, כגון: הליכי בזיון בית משפט, דחיית כתב ההגנה של הנתבע ופסיקה נגדו כאילו לא התייצב כלל למשפט; פקודת מאסר על המסרב וכו'.

¹⁵⁰ ע”א 548/78 **שרון ואח' נ' לוי**, פ”ד לה(1) 736, 757, סעיף 20 לפסק הדין (1980).

כפי הנסיון שלפנינו, או משום שאין הם רוצים שתיקבע האמת ע"י בדיקה אובייקטיבית, ומעדיפים הם שהספק ישאר מרחף בחללו של עולם, והם יוכלו תמיד לטעון כלפי עלמא (ובכלל זה כלפי בני משפחתם) שע"י תביעת שקר זכתה האם. כאמור, נתבע נתבע ועמדתו, ואולם אנו, כמי שצריכים לשפוט בין הניצים, ראוי שנבחר בדרך הראויה, וכאמור הדרך הראויה היא השימוש בכלי החשוב שניתן לנו לאחרונה. עוד ראוי לזכור שבמקרים רבים, עלול סרוב בלתי מוצדק לבדיקה, אם נסכים לו, לסרוב, להביא לידי כך, שישאר לפנינו ילד בלי אב.¹⁵¹

לסרובו של מי מהצדדים לערוך בדיקת רקמות, יש משמעות מן הפן הראייתי ומן הפן העובדתי, כפי שקבעה כב' השופטת ו' פלאוט ב-תמ"ש (ת"א-יפו) 5800/98.¹⁵²

"מהפן הראייתי – המדובר בתובע שלא הביא את הראיה הטובה ביותר, על אף שראיה זו מצויה בידיו, ועל אף שאין כל קושי אובייקטיבי להביאה, שכן ראיה זו כרוכה באי נעימות קלה ביותר – אם בכלל.

מהפן העובדתי – משום שכל ראיה אחרת, כגון עדויות, או ראיות נסיבתיות אחרות, איננה יכולה ללמד בוודאות סבירה כי העובדות הן כאלה להן טוענים התובעים."

לכן כאשר מוצע לבעל הדין הנטען-להיות-אב לערוך בדיקת רקמות, והוא מסרב לעריכת הבדיקה ללא הסבר סביר; וכאשר תוצאות הבדיקה הן כאלה אשר יש בהן וודאות קרובה להצביע על אבהותו או אי-אבהותו – רשאי בית המשפט להסיק מסרובו מסקנה לחובתו.¹⁵³

הסקת מסקנה לחובת המסרב, על אף ולמרות חוקי היסוד, ועל אף שבבית המשפט עצמו קיימות גישות שונות לבדיקת הרקמות ולנחיצותה – מעוררת שאלות כבדות משקל, ועלולה לחטוא לאמת:

¹⁵¹ כב' השופט י' יעקובי-שווילי ב-מ"א (חי') 1389/95 פלוגית ואח' נ' אלמוני, תק-מח 95 (3) 1351, 1354 (1995).

¹⁵² תמ"ש (ת"א-יפו) 5800/98 ו.נ. נ' היועץ המשפטי לממשלה, תק-מח 2002 (3) 245, 247 (2002).

¹⁵³ ע"א 1354/92 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוגית ואח', פ"ד מח (1) 711 (1994).

קיימים מקרים בהם למרות שהנתבע לא הודה באבהותו, וסרב לבצע את בדיקת הרקמות – קובע בית המשפט אבהות על סמך הראיות והעדויות שהובאו בפניו, תוך שהוא מדגיש את חשיבותה ועליונותה של בדיקת הרקמות, שביכולתה לקבוע בוודאות הקרובה ביותר את האמת ואמינותה אינה מוטלת בספק, כשלתוצאותיה משקל של ראייה מכרעת ולא משקל של סיוע בלבד;¹⁵⁴ ומשבוצעה הבדיקה המדעית בהמשך – הוברר כי הנתבע אינו האב האמיתי,¹⁵⁵ וכי המסקנה שהוסקה כנגדו רק בשל סרובו היתה שגויה.

מנגד, מוצאים בתי המשפט לנכון, במקרים מסוימים, אף אם הצדדים הסכימו לבדיקת רקמות, לבטל או שלא להרשות את קיומה, וזאת בשל חשש לממזור הקטין התובע אבהות,¹⁵⁶ או בשל שיקולים אחרים הנשקלים, לכאורה, למען טובת הילד.¹⁵⁷ כלומר לבית המשפט האפשרות לקבוע, כי לא תתבצע בדיקת הרקמות, למרות שהיא הראיה הטובה ביותר.

נראה שעם חלוף השנים, הגדרת המציאות והפסיקה למושג "נגד המסרב" קיבלה משמעויות שונות ולעיתים אף מנוגדות, כפי שהגדיר זאת מבעוד מועד **כב' השופט מ' אלון**:¹⁵⁸ "הכל לפי ראות בית המשפט".

ב-תמ"ש 92401/98¹⁵⁹ עלתה השאלה, האם סרוב הוא ראייה עצמאית או מצטרפת למשקל כלל הראיות.

במקרה הנדון טען הנתבע, כי לא קיים עם התובעת יחסים אינטימיים כלל, וכפר באפשרות העובדתית, שהמדובר בילד שנולד מזרעו. לטענתו, כיוון שבכל המקרים המתוארים בפסיקה בעניין הסרוב הודו הנתבעים, כי הם אכן קיימו יחסי מין עם התובעות

¹⁵³ תמ"ש (ת"א) 13840/95 **פלוגית נ' אלמוני**, תק-מש 2000 (2) 68 (2000).

¹⁵⁵ ראה, למשל, ע"א 313/68 **פלוגי, קטין נ' פלוגי**, פ"ד כב(2) 1020 (1968); ע"א 417/80 **פלוגי נ' פלוגית**, פ"ד לז(3) 15 (1983); ע"א 335/81 **פלוגי נ' אלמוני**, פ"ד לח(2) 530 (1984).

¹⁵⁶ ע"א 1354/92 **חיועץ המשפטי לממשלה נ' פלוגית ופלוגי**, פ"ד מח(1) 711 (1994).

¹⁵⁷ תמ"ש (י-ם) 12980/97 **פלוגי נ' אלמוני**, תק-מש 98 (3) 821 (1998), שם דחתה כב' השופטת נ' מימון בקשה לבדיקת רקמות של אב שהיה בקשר עם אם הקטין בזמן שהרתה ואח"כ נישא לה, זאת כיוון שמטרת בקשת הבדיקה התבררה כנסיון המנעות מתשלום מזונות ששולמו עד אז.

¹⁵⁸ ע"א 548/78 **שרון נ' לוי**, פ"ד לה(1) 758, 736 (1980).

¹⁵⁹ תמ"ש (ת"א-יפו) 92401/98 **ר.יש. נ' א.כ.**, תק-מש 2002 (2) 23, סעיף 31 לפסק הדין (2002).

בתקופה הרלבנטית, ובמקרה זה הוא מכחיש טענה זו מכל וכל – הסרוב לבצע בדיקה אינו בלתי-סביר.

בנוסף, טען הנתבע כי, הסרוב עצמו אינו "יצור העומד על רגליו", אלא יכול רק להצטרף לראיות נסיבתיות נוספות המובילות למסקנה בדבר האבהות.

בית המשפט קבע עובדתית, כי גרסת הנתבע, שלא קיים כלל יחסים עם התובעת אינה נכונה, ולכן נפלה טענתו, וכב' השופטת ט' סיון העירה:

"מה גם, שנימוקו של הנתבע לסרובו להבדק, אשר מושתת על טענתו כי מעולם לא קיים יחסי מין עם אם הקטין, הינו תמוה ביותר, שכן, במידה וגירסתו אמיתית, הרי שאין לו שום סיבה לסרב."

במקרה נוסף¹⁶⁰ הכחיש הנתבע כל קשר לתובעת, ותלה בכך את הצדקת סרובו.

האם, אשה פנויה, הגיעה לטיפולו של הנתבע, שהוא גינקולוג מומחה ואדם נשוי, בגלל טיפולים גינקולוגיים להם נזקקה. האם טוענת שבאחד הביקורים לצורך טיפול במרפאתו של הנתבע, בא אליה הנתבע תוך כדי הטיפול, וכתוצאה מכך הרתה וילדה את הילד התובע.

הנתבע מאשר שהאם היתה בטיפולו, ואולם כופר הוא מכל וכל שחרג מתחום הטיפול הרפואי, ושעשה בה מעשה, ושממנו הרתה וילדה.

הנתבע הודיע על סרוב מוחלט לבדיקת רקמות. לטעמו, עניינו יוצא מן הכלל, שכן הוא כופר בכל ואומר שלא היה קשר, מיני או חברתי, בינו לבין התובעת, בעוד שבכל העניינים האחרים היו רגלים לדבר שאפשר שהיה מגע מיני, כגון הודאת הנתבע, או ראיות בלתי-מוכחות על זיקה וקשר אישי או חברתי בין המתדיינים. במקרה זה המדובר לטענתו רק בקשר של רופא ומטופלת, ואין די בטענות המטופלת על מנת לאלצו להבדק, אלא נחוץ שתהיינה ראיות לכאורה על זיקה וקשר בין האם לבין הנתבע, בטרם יתחייב הנתבע להסכים לבדיקה.

¹⁶⁰ מ"א (חי') 1389/95 פלונית ואח' נ' אלמוני, תק-מח 95(3) 1351, 1354 (1995).

כב' השופט י' יעקבי-שוילי קבע, כי גם אם קרה "הנס", שבכל המקרים שנתפרסמו אכן היו ראיות לקשר בין האם לבין הנתבע לאבהות, עדיין אין לאמר, שבמקרים אחרים ראוי לאפשר לנתבע לסרב לבדיקה. כך גם אם יוכח כי לא היה קשר רומנטי בין השניים, הרי עדיין עומדים לתובעת שני טעמים לביצוע הבדיקה, והם:

1. אין מחלוקת שהיתה זיקה בין האם לבין הנתבע, ושהאם היתה נתונה לטיפולו ולבדיקותיו בגופה, וכן:

"בהתחשב באופי זה של הבדיקה, מה לי אם יש רגלים לקשר מוכח ראשוני בין האם לבין הנתבע, או שאין רגלים כאלה, ממילא בכוחה של הבדיקה לגלות לנו את האמת, לטובת הנתבע או לחובתו."

2. בדיקת הרקמות המביאה לתוצאה כמעט וודאית הפחיתה את נסיונות השווא לטפול אבהות.

במקרה הנדון, נתן בית המשפט שהות לנתבע על מנת שישקול שנית את עמדתו, שמא יחזור בו ויסכים לבדיקה כשהחיוב הסופי בדמי הבדיקה ייקבע בפסק הדין. הנתבע החליט, כי הוא עומד על סרובו לבדיקה ולכן נקבע, כי הנתבע הוליד את התובע.

לסיכום ניתן לומר, כי בטרמינולוגיה של דיני הראיות, לבדיקת הרקמות אין משקל של סיוע בלבד בשאלת האבהות, אלא משקל של ראיה מכרעת,¹⁶¹ וכי סרוב של נתבע להשתתף בבדיקת הרקמות מהווה תוספת משקל לראיות התביעה.¹⁶²

ב-ע"מ 121/99¹⁶³ הבהיר **כב' השופט נ' הנדל**, כי הסרוב נדון לאור דיני הראיות:

"המשקל אשר יש לתת לסרוב הבדיקה נקבע על פי כלים של דיני הראיות ולא על פי גישה עונשית לפיה המסרב ישא תמיד במלוא האחריות לתביעה בשל סרובו."

¹⁶¹ ע"א 417/80 **פלוני נ' פלונית**, פ"ד לז(3) 15 (1983).

¹⁶¹ ע"א 620/74 **מור נ' פלונית**, פ"ד ל(1) 218, 223 (1975).

¹⁶³ ע"מ 121/99 **פלוני נ' פלונית ואח'**, תק-מח 2000(2) 8592, פס' 4 לפסק הדין (2000).

בשורה ארוכה של פסקי דין נקבע, כי במקרה בו מסרב בעל דין לבצע את בדיקת הרקמות יבחן בית המשפט את התביעה על פי הראיות שיוצגו בפניו, תחילה במנותק מן השאלה בדבר המשקל שיש ליתן לסרוב; ולאחר מכן, במסגרת שקילת הראיות ועריכת מאזן ההסתברויות, יהיה רשאי בית המשפט ליתן משקל לסרוב הנתבע בבואו להכריע בעובדות שלפניו.¹⁶⁴

הסרוב הוא ראיה במסגרת התביעה, ולא בהכרח הראיה הבלעדית – שאלה זו תידון בברור התביעה גופה.¹⁶⁵

יחד עם זאת, גלוי וידוע, כי המשקל הניתן לסרוב שאינו סביר – כבד הוא, ולעיתים על פיו יוכרע הדין; ואף זכות היסוד: כבוד האדם, איננה שוללת מערכאה שיפוטית להסיק מסקנה סבירה והגיונית מנסיבות הסרוב.¹⁶⁶

דיוק נוסף עולה מקביעתה של כב' השופטת ו' פלאוט,¹⁶⁷ במקרה שבו ביקש אב להרשם כאביה של הקטינה אך סרב לבצע בדיקת רקמות, בטענה כי ממילא סרובו לבדיקה יחיל את החזקה לפיה הוא אביה של הקטינה. במקרה זה נקבע, כי מי שינסה להיבנות מן הסרוב, טועה, כיוון שנקבע, כי הסרוב להבדק יפעל כנגד המסרב, לאו דווקא בקביעת אבהותו אלא גם להיפך, הכל לפי הנסיבות.

ויפים לענייננו דבריו של כב' השופט נ' הנדל:¹⁶⁸

”אכן למערער זכות לסרב להבדק. אך יש להבין מהותה של זכות זו. בעניין שרון נ' לוי, מסביר כב' השופט אלון כי לגבר הנתבע בתביעת האבהות, 'הזכות שלא להפגע בגופו היא אחת מזכויות היסוד של אדם בישראל, ומהווה היא חלק של זכות האדם לחירותו האישית' (עמ' 755). היסוד בזכות הוא כי לא תכפה על אדם בדיקה פיזית. אין הזכות מגינה עליו מפני

¹⁶⁴ ע"א 548/78 שרון ואח' נ' לוי, פ"ד לה (1) 637 (1980); תמ"א 1554/84 פלוני נ' פלונית, פ"מ התשמ"ז (א) 216; ע"מ 121/99 א. ב. נ' פלונית ואח', תק-מח 2000 (2) 8592 (2000).

¹⁶⁵ מ"א (חי') 1389/95 פלונית ואח' נ' אלמוני, תק-מח 95 (3) 1351, 1353 (1995).

¹⁶⁶ תמ"ש 109620/00 פלוני נ' פרקליטות מחוז ת"א אזרחי ואח', תק-מש 2004 (1) 465.

¹⁶⁷ תמ"ש (ת"א) 84170/98 פלונית ואח' נ' היועמ"ש, תק-מש 99 (1) 39 (1999).

¹⁶⁸ ע"מ (ב"ש) 121/99 פלוני נ' פלונית ואח', תק-מח 2000 (2) 8592, פס' 12 לפסק הדין (2000).

ההשלכות של סרובו.

ב-**תמ"ש (חד') 2170/05**¹⁶⁹ דובר בילד שנולד מן הפנויה. בתחילה נתן האב הנטען את הסכמתו לכך שהקטין יירשם כבנו במרשם האוכלוסין, אך בהמשך כפר באבהותו, התחמק מביצוע בדיקת רקמות בתואנות שונות, ובעיקר העלות הכלכלית של הבדיקות, וגם לא הופיע לדיונים רבים. מכל אלה הסיקה **כב' השופטת ש' גליק**, כי הוא האב:

"דווקא התחמקותו של הנתבע מן הבדיקה מוכיחה בעיני כאלף עדים שבלב הנתבע מקננת הידיעה שהוא הוא אביו מולידו של התובע, ואין לו את כוחות הנפש הנדרשים להתמודד עם התוצאות."

כב' השופטת מבקשת להדגיש, כי:

"גם לולא נתן הנתבע את הצהרתו בתעודת הלידה של הקטין, כי הוא אביו של הקטין, הרי הפסיקה קבעה כי יש בסרוב להיבדק בבדיקת סיווג רקמות משום 'כבישת ראייה', והסרוב במקרה כזה יכול לשמש ראייה שיש בה כדי להכריע לרעת המסרב להיבדק."

ב. עילות הסרוב להיבדק

1. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו

נקדים ונאמר, כי הזכות של קטין או בגיר לברר את זהותו של אביהם הביולוגי נובעת כיום ממספר זכויות חוקתיות, וביניהן הזכות לכבוד, המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. זכות זו היתה מעולם, ולא היתה מותנית בחקיקת חוק היסוד, אך משזה נחקק, הוסיף הוא דרכים להגנה עליה.¹⁷⁰

אך כאן נבקש לבחון את האידך גיסא, דהיינו את השאלה האם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מהווה נימוק סביר לסרוב לבדיקת רקמות ו-ד.נ.א.?

חוקי היסוד נמצאים בראש פירמידת החקיקה, ומתווים את אופיה ואת אופן פירושה.

¹⁶⁸ תמ"ש (משפחה חד') 2170/05 **א. ק. א. ג' ק. ל.**, תק-מש 2006 (4) 327 (2006).

¹⁷⁰ תמ"ש (ת"א) 84170/98 **פלונית ואח' נ' היועמ"ש**, תק-מש 99 (1) 39 (1999); ע"א 3077/90 **פלונית (ח') ואח' נ' פלוני (י')**, פ"ד מט(2) 578, 592 (1995); ע"א 5942/92 **פלוני נ' אלמוני**, פ"ד מח(3) 837, 841 (1994) ועיין להלן עמ' 345 ואילך.

במקרה של תביעת אבהות, קיימים מספר שותפים, שאת זכויותיהם יש לשקול בהתייחס לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו:

1. זכות הקטין או הקטינה.
2. זכותו של אדם זר לתא המשפחתי (האב-נטען) שלא להכיר באבהותו מחד גיסא, וזכותו לדרוש להוכיח את אבהותו מאידך גיסא.
3. זכותו של האב המוחזק, בעלה של האם, שלא להכיר באבהותו.
4. זכות האם.¹⁷¹

קביעת האבהות היא עניין חשוב ביותר, לכל הנוגעים בדבר,¹⁷² אולם לא ניתן לכפותה על איש, וזאת מאז ומתמיד, וביתר שאת מאז חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ולאור פרשנותו.¹⁷³

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע בסעיפים 2 ו-4:

"2. אין פוגעים בחייו, בגופו או בכבודו של אדם באשר הוא אדם.

4. כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו."

¹⁷¹ ב-ע"א 1354/92 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית**, פ"ד מח(1) 711, 716-717 (1994), אומר כב' השופט מ' אלון:

"גם אם נאמין למשיבה שבפנינו, כי הסכמתה לבדיקת הרקמות ניתנה מרצונה החופשי, קיים החשש כי פסיקתנו בעניין זה תיצור תקדים לא רצוי. מה ימנע בעתיד מבעל, שירצה להתחמק מתשלום מזונות לילדיו, לדרוש כי תערך בהם בדיקת רקמות? הלוא אם הבדיקה תאשר את אבהותו, הוא יימצא באותו מצב בו היה נמצא ללא הבדיקה; ואם הבדיקה תשלול את אבהותו – מה טוב! יצא הוא פטור ממזונות. מצבה של האשה הפוך: אם הבדיקה תאשר את אבהותו של הבעל, היא תימצא באותו מצב בו היתה נמצאת ללא הבדיקה; ואם הבדיקה תשלול את האבהות – נמצאים היא וילדה ניזוקים נזק שאין לו תקנה. בדיקת הרקמות עשויה, איפוא, להפוך לאמצעי לחץ נוסף שישמש את הבעל – כעניין שבשגרה – בסכסוך עם אשתו. והעובדות שב-תמ"א (ת"א) 2489/86, ... יוכיחו. שם קבע, כזכור, השופט מישר המנוח כי 'האם במקרה דנן נתנה הסכמתה לקיום בדיקת הרקמות של הקטינים בלהיטותה לקבלם לחזקתה ולמשמורתה'. מצב דברים זה מן הראוי שיימנע."

¹⁷² ע"א 2558/91 **פלונית ואח' נ' פלוני**, פ"ד מז(2) 6 (1992).

¹⁷³ תמ"ש (ב"ש) 10101/98 (לא פורסם); תמ"ש (י-ם) 620/97 **פלונית נ' אלמוני**, תק-מש 109 (1)98 (1997).

וסעיף 7(א) לחוק קובע:

"כל אדם זכאי לפרטיות ולצינעת חייו."

כבר נאמר כי לכל אדם הזכות לסרב לטיפול רפואי וכי:

"הפרת זכותו של אדם שלא ייפגע גופו שלא בהסכמתו מהווה עוולה נזיקית ועבירה פלילית... זכותו של אדם שלא ייפגע גופו שלא בהסכמתו משמעה, בין היתר, כי אדם זכאי לכך שלא יבוצע בו טיפול רפואי – שיש בו, מטבעם של דברים, פגיעה בגופו של האדם – שלא בהסכמתו".¹⁷⁴

וכן:

"מן המוסכמות היא כי קיימת זכות לאדם שלא להיפגע בגופו בכלל, ולעניינו שלא תיכפה עליו בדיקת דם, היא אחת מזכויות היסוד של אדם בישראל ויש להישמר משמר רב מלפגוע בה (בג"צ 355/79 **קטלן נ' שירות בתי הסוהר**, פ"ד לד(3) 294), למול זכות זו העומדת לנתבע, עומדת זכותו של הקטין לדעת מיהו אביו מולידו".¹⁷⁵

הבדיקה כרוכה בפגיעה פיזית בגופו של המבקש, בכבודו, בפרטיותו ובצנעת חייו, כך נפסק ב**פרשת שרון נ' לוי** עוד טרם חקיקת חוקי היסוד, ובוודאי שכך הוא המצב אחרי חקיקתם, כפי שקבע **כב' השופט מ' שמגר ב-ע"א 5942/92**.¹⁷⁶

יחד עם כל אלה, ולמרות חשיבותם ומעמדם של חוקי היסוד, עולה מן הפסיקה, כי נתבע שיסרב לבדיקת רקמות בשל זכותו החוקית שלא להיבדק, לא יספק נימוק סביר לסרובו.

פסק הדין ב-**ע"א 5942/92 הנ"ל** ניתן כשנתיים לאחר חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. באותו עניין נתן בית המשפט משקל לסרובו של הנתבע בתביעת האבהות להיבדק בבדיקת רקמות. **כב' השופט מ' שמגר** קבע, כי התגבשות הזכות לא היתה מותנית

¹⁷³ ע"א 506/88 **יעל שפר, קטינה, באמצעות אמה ואפוטרופסיתה הטבעית, טלילה שפר נ' מדינת ישראל**, פ"ד מח(1) 87, 189-190 (1993).

¹⁷⁵ כב' השופטת ע' מילר בתמ"ש (ת"א-יפו) 109620/00 **פלוני נ' פרקליטות מחוז ת"א אזרחי ואח'**, תק-מש 2004(1) 465 (2004).

¹⁷⁶ ע"א 5942/92 **פלוני נ' אלמוני** פ"ד מח(3) 837 (1994).

בחקיקת חוק היסוד, חוק היסוד רק מגדיר את הזכות וקובע הסדרים המגנים עליה. לכן זכותו של המערער שלא לבצע בדיקת רקמות שרירה וקיימת. אין חוק הכופה עליו בדיקה שאינו רוצה בה, אך יחד עם זאת אין סיבה לשנות את האפשרות להסיק מן הסרוב את אותן המסקנות שהוסקו ממנו טרם חוקי היסוד:

”זכות היסוד אינה שוללת מערכאה שיפוטית את היכולת להסיק מסקנה סבירה מן האופן שבה מתבקש השימוש בה.”¹⁷⁷

כך התייחסה גם **כב' השופטת ו' פלאוט ב-תמ"ש (ת"א) 84170/98**,¹⁷⁸ לטענת המסרב לבדיקת הרקמות בטענה כי הדבר יפגע בצנעת הפרט שלו, באומרה:

”הסרוב מעורר תמיהה, לנוכח ה”תחליף” שהוא שמיעת ראיות, אשר פוגע – לעניות דעתי – לאין ערוך בפרטיותו של המבקש ובצינעת הפרט שלו.”¹⁷⁹

ב-תמ"ש (י-ם) 620/97¹⁸⁰ קבעה **כב' השופטת נ' מימון** כי:

”במאזן האינטרסים האלה, אף אם נקבל כי קיימת זכות יסוד לאדם שלא לדעת מה שאינו רוצה כי ייגלה לו על עברו, כאשר מול זכות יסוד זו עומדת זכות יסוד הילד לדעת מי אביו מולידו, תיטה הכף בבירור לזכותו של הילד באשר אי מילוי זכותו תפגע בכל אורחות חייו, בכל שטחי חייו, ברגשותיו, זהותו, קנייניו ורושתו, בריאותו ושלומו הנפשי ועלולה לשלול ממנו את היכולת להתפתח בצורה תקינה ונורמלית כחבר שווה בחברה האנושית. על כן במקום בו יש מידע בהישג יד אם הנטען להיות אב הוא האב, לא תשמע טענתו כי זכותו היסודית היא שלא לגלות מידע זה ולשומרו חסוי.”

עמדה זו נקבעה גם ב-**תמ"ש (ת"א-יפו) 92401/98**¹⁸¹ על ידי **כב' השופטת ט' סיון**, בהשענה על **פרשת שרון נ' לוי** – שם כאמור, סרב הנתבע לבדיקת דם לאור זכויותיו –

¹⁷⁶ ע"א 5942/92 **פלוני נ' אלמוני**, פ"ד מח(3) 837, 843-844 (1994).

¹⁷⁸ תמ"ש (ת"א) 84170/98 **פלונית ואח' נ' היועמ"ש**, תק-מש 99(1) 39 (1999).

¹⁷⁸ שם, שם, בעמ' 44.

¹⁸⁰ תמ"ש (י-ם) 620/97 **פלונית נ' אלמוני**, תק-מש 98(1) 109 (1997).

¹⁸¹ תמ"ש (ת"א-יפו) 92401/98 **ר.יש. נ' א.כ.**, תק-מש 2002(2) 23 (2002).

בקובעה, כי נימוק זה אינו עומד בדרישת הסבירות.

אמנם בסוף דבריה ציינה כב' השופטת ט' סיון את מקור זכותו החוקתי של הנתבע לסרוב לפגיעה בגופו בכלל¹⁸² למול זכות הילד; אך קביעתה העקרונית נלמדה דווקא מפרשת שרון נ' לוי שם נאמר:¹⁸³

”אך אין בזכותו זו של בעל הדין לסרב לעריכת בדיקת דם, משום שלילת סמכותו הטבעית של בית המשפט להסיק מסרוב זה, בנסיבות מסוימות, מסקנות ראיות המשתמעות ממנו. כאשר בית המשפט מציע לבעלי הדין לערוך את הבדיקה, ואחד מבעלי הדין מסרב לעשותה ללא מתן הסבר סביר לסרובו, פרט לכך שרואה הוא בכך פגיעה בזכותו לא להבדק, וטיבה של הבדיקה הוא כזה שיש בה כדי להכריע – במידה שהיא קרובה לודאי – בשאלה השנויה במחלוקת, הן לחיוב והן לשלילה, רשאי בית המשפט להסיק מסרובו של אותו בעל דין משום ראיה שיש בה כדי להכריע לרעת המסרב בספק המתעורר אצלו בעניין קביעת אבהותו.”

לעניות דעתנו אין ספק, כי לאחר חקיקת חוק היסוד השתנה המצב בכהוא זה לפחות, ועל בית המשפט הנכבד היה להתמודד עם החיזוק שניתן בחוק היסוד להכרה בזכות לסרוב מתן בדיקה, ואולי גם ביתר זכויות הפרט, העולות לדיון.¹⁸⁴

אם בכל זאת מסקנת בית המשפט היתה, כי סרוב בשם זכויות הפרט למול זכות הילד לדעת מיהו אביו אינו סביר, הרי שניתן היה להגיע לתוצאה דומה על ידי מלאכת האיזון ופסקת ההגבלה, תוך שמירה נכונה וראויה על הזכויות האמורות.

כיום ניתן לבצע בדיקת רקמות ו-ד.נ.א. גם באמצעות רוק, ולא דווקא באמצעות דם.¹⁸⁵

¹⁸² בג"צ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד (3) 294 (1980).

¹⁸³ ע"א 548/78 שרון ואח' נ' לוי, פ"ד לה (1) 637 (1980).

¹⁸⁴ חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לא הכירה בזכויות חדשות הגלומות בחוק אלא רק עיגנה את מעמדן מעל לחוק הרגיל. הזכות לכבוד והזכויות הנובעות ממנה היו קיימות גם טרם חקיקת חוק היסוד, אך הוא העניק להן מעמד מועדף. זו גם הסיבה שבחוקי היסוד אין ציון של שנת חקיקתם – הזכויות המוכרות בו היו קיימות אף קודם לכן.

¹⁸⁵ מן הראוי לציין, כי אין תמימות דעים לגבי מידת נכונותה המדעית של בדיקה הרוק, ומכל מקום נראה כי מבדיקת דם ניתן להפיק מידע אמין ומדויק יותר.

בדיקת הרוק אינה חודרנית, לא פולשנית ואינה כואבת, והיא מתבצעת באמצעות הכנסת מטוש לפיו של האדם ולקיחת דגימת רוק מאזור פנים הלחי. **כב' השופט פ' אסולין** מבית המשפט לענייני משפחה בבאר שבע סבר,¹⁸⁶ כי חיוב למתן בדיקה כזאת אינו סותר את חוק היסוד, וכי יש לבית המשפט סמכות להורות על ביצועה. פסק דינו נהפך ב-**בר"ע 615/02**,¹⁸⁷ על ידי **כב' השופט נ' הנדל**, שקרא למחוקק לאמור דברו בעניין זה.

כב' השופט פ' אסולין בא אל דיונו מנקודת מוצא, שבדיקת רוק היא בדיקה חיצונית ולא בדיקה חודרנית, ומוצא את סמכות בית המשפט להורות על עריכתה בהוראת סעיף 8(א) לחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995, המסמיך את בית המשפט לנהוג בדרך הנראית לו הטובה ביותר לעשיית משפט צדק בכל עניין של דיני ראיות. בהמשך מגיע השופט המלומד למסקנה, כי חיוב האב-הנטען, לאפשר לקיחת דגימת רירית מפיו בנסיבות המיוחדות של המקרה הנדון, באה במסגרת המגמה לעשיית משפט צדק; זאת כיוון שיש שני אבות פוטנציאליים, ובית המשפט ללא עריכת הבדיקה אינו יכול להכריע במחלוקת.

השופט המלומד מחליט, כי אין בהוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כדי להקנות למשיב זכות שלא ליתן דגימת רירית, ומכל מקום, כי:

"... מול כבודו של המשיב עומד כבודה של הקטינה... בנסיבותיו המיוחדות של העניין שלפני... במאזן שבין כבודו של המשיב ובין כבודה של הקטינה, אין להעדיף עניינו של המשיב על פני זעקתה של הקטינה.

לדידי, בנסיבות מיוחדות בהן מעורב יותר מגבר אחד הפוטנציאלי להיות האב ובמקום בו נעדר בית המשפט כלים אחרים להכרעה, לרבות האפשרות להסיק מסקנה מהעדר הסכמה לעריכת בדיקה, יש מקום לחייב אף בעריכת בדיקת רקמות ובוודאי במתן דגימה של רירית, כפי העתירה במקרה דנן, לבירור שאלת האבהות ביחס לקטינה. כלום יש מקום להשוואה בין אי נוחות חולפת שיכול שתגרם למשיב בנטילת דגימת רירית מפיו מול כאבה של הקטינה, אשר יהא בן לוויה עמה לכל ימי חייה, במקום בו תחסם דרכה

¹⁸⁶ בש"א (משפחה ב"ש) 2618/01 **פלונית נ' אלמונית**, תק-מש 2002 (2) 153 (2002).

¹⁸⁷ בר"ע (באר-שבע) 615/02 **פלונית נ' פלונית ו-2 אח'**, תק-מח 2003 (1) 858.

מלברר מי הוא אביה?¹⁸⁸

וגם אם נשמעים הדברים נכונים וצודקים, בא **כב' השופט נ' הנדל** במסגרת הערעור על החלטה זו, וקובע כי אין אפשרות לעשות כן ללא החלטת המחוקק.

את משמעותו של חוק-היסוד בהקשר זה היטיב להבהיר **כב' השופט נ' הנדל**:¹⁸⁹

"הנה כי כן, ההתפתחות המדעית לכשעצמה אינה פוגעת בעיקרון לפיו חיוב אדם לערוך בדיקה בגופו, פגיעה היא, אפילו והבדיקה פשוטה. אף וכל אשר על המבקש לעשות הינו לנגב את הדופן הפנימית של לחיו באמצעות מטוש, עדיין ומדובר בבדיקה בגופו. מכאן שמתן צו מבית משפט לחייב אדם לעבור בדיקה זו, בניגוד לרצונו, הינה פגיעה בזכות יסוד – היא שמירה על גופו.

יש לזכור, כי המדע אינו בתחרות עם המשפט. במיטבו, הראשון בא לשרת את השני. במצב הרגיל, המשפט הוא אשר מפקח על המדע כמקובל בכל תחומי החיים.

התפתחות מדעית לכשעצמה אינה מכתיבה תוצאה משפטית. הדברים נאמרים ביתר שאת כאשר מדובר בזכות יסוד. גם אם שינוי מדעי זה או אחר עשוי לשנות את מארג השיקולים והאיזונים, ההחלטה בענייננו צריך שתיעשה על ידי המחוקק."

לאחרונה נדונה לעומק באופן יחסי זכותו של המת לכבוד, והשאלה האם יש סיבה וזכות להפריעו בקברו לצורך לקיחת בדיקת רקמות ו-ד.נ.א. באופן אבסורדי הועלתה הסוגיה בעקבות סרוב של קרובי משפחה אחרים, שבין החיים הם, לערוך בדיקה; ולאור סרובם עלתה השאלה של "סרוב" המת או אולי: סרוב בשם המת, מפאת כבודו, לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

האם למת זכות לסרב לעריכת הבדיקה בגופו, האם ניתן לסרב בשמו, האם ניתן להסיק

¹⁸⁸ בש"א (משפחה ב"ש) 2618/01 **פלונית נ' אלמונית**, תק-מש 2002 (2) 153 (2002), פס' 6 לפסק הדין.

¹⁸⁹ בר"ע (ב"ש) 615/02 **פלוני נ' פלונית ו-2 אח'**, תק-מח 2003 (1) 858, 861 (2003).

אבהותו מסרוב שניתן בשמו והאם זכותו לכבוד גוברת על זכותו של הקטין לידע מי הוא אביו.

סקרנו לעיל את שני פסקי הדין באופן מעמיק יחסית, ונפנה את הקורא לשם.¹⁹⁰

נביא לסיכום את דבריו היפים של **כב' השופט מ' שמגר** הסבור שלא תמיד יגן חוק-יסוד: כבוד אדם וחירותו בפני הדרישה לקיים בדיקת רקמות, וכי זכותו של הילד לכבוד גוברת, כפי שהובאו ב-**ע"א 5942/92**:¹⁹¹

”אין פוגעים בכבודו של אדם. זכותו של אדם היא, כי כבודו כאדם יוגן. ההגנה על כבוד האדם היא זכות יסוד. הזכות קיימת כחלק מהותי מתפיסות היסוד האנושיות והחברתיות שלנו, ועל כן נקבע לה מקום בהוראות החוקתיות של משפטנו, כביטוי לערכי מדינתנו וחברתנו...”

הזכות היא חלק מן המשפט הפוזיטיבי שלנו. התגבשותה לא היתה מותנית בחקיקתו של חוק-יסוד, המבטיח הגנתה ושמירת קיומה. חוק היסוד אינו יוצר את זכות היסוד מעיקרה, אלא מגבש אותה בהוראה סטטוטורית, מגדיר אותה וקובע הסדרים שנועדו להגן עליה...”

זכותו של המערער שלא לבצע בדיקת רקמות שרירה וקיימת. אין חוק הכופה עליו בדיקה שאינו רוצה בה ואין כופים על אדם לחקור ביוזמתו במופלא או בנעלם בעברו. אדם אינו חייב לחקור בעברו ובהיעדר חובה שבדין גם אינו חייב לגלות ברבים מה פעל ועשה ובמה נמנע מכך.

יש דעה כי זכות היסוד של כבוד האדם מעניקה לו את הזכות “שלא לדעת על עצמו יותר מאשר ברצונו לדעת” ... אולם, כל זאת בתנאי שאין המדובר על העלמת מידע שיש בה משום פגיעה באדם אחר ואשר לא נועדה אלא כדי למנוע הקניית זכות לאחר. רשאי אדם, למשל, שלא לרצות לדעת מהן תוצאות בדיקת הדם שלו, אולם זאת בתנאי שאין הוא מבקש אותה שעה

¹⁹⁰ עמ 271-276 לעיל. תמ”ש (כ”ס) 2880/05 **נ.פ. ואח’ נ’ עזבון המנוח י.א. ז”ל ואח’** (לא פורסם); תמ”ש (כ”ס) 17340/05 **פלוגי – קטין נ’ עזבון פלוגי ז”ל**, תק-מש 2006 (3) 90 (2006). ומן הראוי לקרוא דברים אלה שוב בהמשך בתת-הפרק העוסק בזכות הקטין לזהות – עמ’ 345 ואילך.

¹⁹¹ ע”א 5942/92 **פלוגי נ’ אלמוני**, פ”ד מח(3) 837, 841-842 (1994).

רשיון לעסוק במלאכה מסוכנת אשר בה יש לתוצאות של הבדיקה הרפואית האמורה השלכה ישירה על יכולתו לתפקד מבלי לסכן חיי אחרים ובראותם.

כבוד האדם, ככל זכות, חייב להיבחן תוך הקפדה על ההתחשבות בזכויותיהם של אחרים. כאשר הזכויות של פרטים מתנגשות זו בזו, על בית המשפט לנסות ולערוך איזון ביניהן ולשקול, זו לעומת זו, את מידת הפגיעה של הפעלת כל אחת מן הזכויות בזכויותיהם של אחרים: לפי האמרה הידועה, זכותו של פלוני להניף ידו לצדדים מסתיימת במקום בו מתחיל אפו של אדם אחר.

לצד זכות היסוד של המערער קיימת זכות היסוד של הקטין לכבודו כאדם. הווי אומר, במקרה דנן סובבות זכויות האחרים, שיש לשקלם מול זכותו של המערער, סביב טובת הילד וסביב רצונו של הקטין כילוד אנוש לדעת מוצאו, כדי לשמור על זכויותיו הקנייניות, המשפחתיות והאנושיות; ומה גם כאשר ההסתמכות של המערער אינה מעוגנת אלא ברצון, ספק תם הלב, להסתיר את התוצאות של מגע מיני שלא הוכחש, כדי לא להתחייב במזונות כלפי הקטין שרצונו הפוך. הפגיעה היחסית בקטין – עקב שלילת זכותו לדעת מוצאו – חמורה בהרבה מן הפגיעה בזכותו של המערער "שלא לדעת".

לבית המשפט קנויה היתה הסמכות להסיק מן הסירוב האמור את המסקנה ההגיונית היחידה, המתבקשת בנסיבות העניין. זכות היסוד אינה שוללת מערכאה שיפוטית את היכולת להסיק מסקנה סבירה מן האופן בה מתבקש השימוש בה. עצם הישענותו של המערער על זכות היסוד בדבר כבוד האדם, אין די בה כדי להציג תיזה סבירה, הדוחה כל מסקנה משפטית. הזכות לכבוד האדם באה להגן על פגיעה במעמדו האישי והאנושי של האדם; היא אינה באה להפוך את הבלתי סביר לסביר ולגרוע מיכולתה של ערכאה שיפוטית לנסות להסיק וללמוד ממערכת נסיבות עובדתית פלונית את מה שעולה בדרך ההגיון מתוך הנסיבות. ...

סיכומם של דברים, נתעלם מן המערער כי לקטין שמורה גם כן הזכות לכבוד האדם, וכי, בין היתר, רשאי הוא, לשם שמירת כבודו האישי והאנושי, ולשם הבטחת זכויותיו על פי הדין האישי ועל פי דיני הקניין, שלא לרצות להחשב לבן בלי-אב-ידוע אלא לדרוש לדעת מי אביו (ראה מ. שמגר, "סוגיות בנושאי הפריה ולידה", **הפרקליט** לט, 21, 39). זאת ועוד, השמירה הראויה על טובת הילד היא אחד מביטוייו של קיום כבוד האדם ... ההתנגדות של קטין לאלמוניות מוצאו היא סבירה ומקובלת. הרי, יש אף הטוענים כי מותר האדם מן הבהמה בין היתר, בידיעת האדם על מוצאו. קרי, הזכות לדעת את המוצא הישיר היא חלק מן הדרך להבטחת כבוד האדם...

הקטין רשאי, איפוא, לפעול לשם שמירה על כבודו למען בירור מוצאו, ואין בכך, כשלעצמו, כדי לפגוע באחר.

באיזון בין הזכויות גוברת זכותו של הקטין, אשר עלול להיוותר לחלוטין משולל זכות לכבודו ולטובתו ולהיפגע חמורות בזכויותיו האנושיות-האישיות והקנייניות אם זכותו של אדם אחר "שלא לרצות לדעת", תמנע או אף תאסור הסקת מסקנה סבירה על ידי ערכאה שיפוטית המופקדת על האיזון בין טובת המערער לבין טובת הקטין."

2. כעס ונקם כנימוק לסרוב

נימוק נוסף לסרוב, לגביו נקבע כי אינו סביר, הוא כעס – כך קבעה **כב' השופטת נ' מימון ב-תמ"ש (י-ם) 620/97**.¹⁹² במקרה זה טענה אם התובעת, כי קיימה יחסים אינטימיים עם הנתבע במשך כ- 4 חודשים, וכתוצאה מקשר זה נולדה התינוקת. הנתבע כפר בטענות, ולהגנתו טען, כי בתקופה הרלבנטית קיימה אם התובעת יחסים אינטימיים עם מספר גברים נוספים על פניו.

בפתח ההליכים הוצע לנתבע לערוך בדיקת רקמות על מנת לבדוק את טענות הצדדים, אך הנתבע סרב לעריכת הבדיקה, על אף שנקבע, כי לא יהא עליו לשלם עבור ביצועה.

¹⁹² תמ"ש (י-ם) 620/97 **פלונית נ' אלמוני**, תק-מש 198 (1) 109 (1997).

הסברו של הנתבע לסרוב, כפי שעולה מעדותו הוא: "לא אתן שום טיפת דם בשביל לעשות בדיקת רקמות לתובעת", הסבר שנקבע, כי הוא חסר סבירות וטעם, שלא ניתן לראות בו:

"סיבה סבירה לאי ביצוע הבדיקה המהווה ראיה מכרעת בקביעת אבהות, ראיה חיובית להבדיל מבדיקה שוללת אבהות – בדיקת הדם."

מהראיות שהובאו הוברר, כי הנתבע היה שותף להריון וללידה, ואף בירר עם האם אפשרות של הפלה. ועל כן נקבע, כי התובעת עמדה בנטל ההוכחה ובהטיית מאזן ההסתברויות להוכחת תביעתה.

ב-**ע"מ 121/99**¹⁹³ נדונה השאלה כיצד להתייחס לסרוב של אחד משני אבות נטענים לערוך בדיקת רקמות, והאם יש בסרובו כדי לקבוע כי הוא האב. סיבת הסרוב במקרה זה היתה נקם של האב-הנטען באם, ולדבריו: "כשם שהיא עשתה לי, אז אני רוצה שהיא תחיה בספק אם אני האבא או לא האבא". מקרה מיוחד זה עבר גלגולי-משפט שונים, ולא היתה התייחסות ספציפית של בית המשפט לעניין זה של סיבת הסרוב.¹⁹⁴

ב-**בר"ע (חי') 1129/05**¹⁹⁵ הסיקה **כב' השופטת י' וילנר** מסקנה כי התובע-המערער הוא האב, וזאת מתוך סרובה של האם לערוך בדיקת רקמות. השופטת התרשמה כי סרובה של האם לעריכת הבדיקה אינו נובע מרצון כן ואמיתי להגן על טובת הקטין, וכי:

"נראה כי סירובה של המשיבה לבצע בדיקת רקמות והימנעותה מבירור האמת באשר לזהות אביו של הקטין, נובעים מתסכול ורצון להעניש את המערער על התנהגותו בעבר – בעיקר בשל היעדר תמיכה כלכלית בה ובילדיה לרבות בקטין."

¹⁹³ ע"א 121/99 **פלוני נ' פלונית**, תק-מח 2000 (2) 8592 (2000).

¹⁹⁴ עיין על גלגולו של תיק זה להלן באפילווג בעמ' 419 להלן.

¹⁹⁵ בר"ע (חי') 1129/05 **אלמוני נ' פלמונית**, תק-מח 2005 (4) 8325, וראה הרחבה לגביו בהמשך בעמ' 305 ואילך.

3. חשש שמן ההסכמה תוסק הודאה

סרוב מטעם נוסף, שלא התקבל, היה סרוב של האב הנטען עקב חששו שאשתו, שאינה אמו של הקטין התובע, תראה בהסכמתו לבדיקת הרקמות, כראשית הודאה לכך שהוא אכן האב הביולוגי. **כב' השופט י' יעקבי-שוילי** סרב להתרשם מטיעון זה, באומרו:¹⁹⁶

”אם באמת ובתמים אמרה האשה מה שאמרה, ראוי לומר לה בקיצור, דברים שאפשר שיפיסו את דעתה. הסכמה של הנתבע לבדיקה אין בה כלל וכלל משום הודאה, שהיו יחסי אישות בינו לבין האם (כדברים מבצבצים ועולים מאליהם מתוך הנמוקים שנאמרו לעיל). יתר על כן, אם נכונה גרסת הנתבע, הרי תצא אשתו מכלל הספקות שאולי מנקרים במוחה דווקא ע”י הבדיקה.”

באותו מקרה היה מדובר בגינקולוג שנתבע לאבהות ע”י אחת ממטופלותיו, ובקביעתו הסופית מציין **כב' השופט י' יעקבי-שוילי**, ברגישות רבה, כי יתכן שהסרוב נבע ממניעים מקצועיים:

”היינו החשש של הנתבע שמא הבדיקה תוכיח את אבהותו, והדבר יפגע בעבודתו כגינקולוג. כל עוד מכחיש הנתבע את דברי האם, ואין בדיקה אוביקטיבית המוכיחה את טענתה, יכול הנתבע להיתלות (בפני מעבידו ובפני מוסדות הרפואה למיניהם) בטענה שהאם בדתה מלבה את טענותיה וששקר ענתה בנתבע. ואולם אם הבדיקה תוכיח שאמת דברה, אפשר שהנתבע יודח מעבודתו וממעמדו כרופא.”

כיוון שטענה זו לא נטענה לפני בית המשפט, לא קבע בית המשפט האם ראוי לראות בה טעם סביר, אולם אין כל ספק, כי כאשר אדם מנסה להתחמק מתוצאות מעשיו הלא לגיטימיים, יהיו חמורים אשר יהיו, אין המדובר בטעם סביר בכלל, ובפרט כאשר ההשלכות לכך הן כה עדינות ומורכבות כמו במקרים אלה של תביעות אבהות.

¹⁹⁶ מ”א (חי) 1389/95 **פלונית ואח’ נ’ אלמוני**, תק-מח 95(3) 1351, 1354 (1995).

4. עלות הבדיקה כעילת סרוב

הזכרנו לעיל¹⁹⁷ את תמ"ש (חד') 2170/05¹⁹⁸ בו האב הנטען לילד שנולד מן הפנויה נתן בתחילה את הסכמתו לכך שהקטין יירשם כבנו במרשם האוכלוסין, אך בהמשך כפר באבהותו, התחמק מביצוע בדיקת רקמות בתואנות שונות, ובעיקר העלות הכלכלית של הבדיקות, וכן לא הופיע לדיונים רבים. מכל אלה הסיקה כב' השופטת ש' גליק, כי הוא האב.

ב-תמ"ש (ת"א-יפו) 109620/00¹⁹⁹ טען האב-הנתבע בוודאות כי הוא אביו של הקטין-הנתובע, והסכים לרישום אבהותו, אולם לא נענה לדרישה לביצוע בדיקת רקמות, וטען כי אין ביכולתו לממן את עלותה.

גם במקרה זה תבע הקטין את זכותו לרישום במשרד הפנים כבנו של האב הנטען. כב' השופטת ע' מילר קבעה, כי הואיל והתביעה הוגשה כאשר הקטין היה כבן 5, לא ניתן להסתפק בהצהרת ההורים, ויש להוכיח את אבהות האב. בדיקת אבהות מדויקת כאמור הנה בדיקת רקמות. כב' השופטת דחתה את התביעה, בסייג שהחלטתה לא תהווה מעשה בית דין אם יתרצה האב לבדיקת הרקמות.

ב-תמ"ש (י-ם) 10240/04²⁰⁰ התבקש כב' השופט פ' מרכוס להצהיר על הורות של אזרח ישראלי ורעייתו, תיירת שאינה יהודיה, לה נישא בנישואים אזרחיים.

בנם של המבקשים נרשם בתעודת הלידה של מדינת הולדת האם כילדם של המבקשים, אולם משרד הפנים סרב לרשום את האבהות ללא צו בית משפט.

האב המבקש סרב לעבור בדיקת רקמות בשל עלותה היקרה של הבדיקה, אולם טען כי אם לא יהיה מנוס – יסכים להבדק.

¹⁹⁷ עמ' 285 לעיל.

¹⁹⁸ תמ"ש (משפחה חד') 2170/05 א.ק.א. נ' ק.ל., תק-מש 2006 (4) 327 (2006).

¹⁹⁹ תמ"ש (ת"א-יפו) 109620/00 פלוני נ' פרקליטות מחוז ת"א – אזרחי ואח', תק-מש 2004 (1) 465 (2004).

²⁰⁰ תמ"ש (י-ם) 10240/04 ע.י. ואח' נ' פרקליטות מחוז ירושלים, תק-מש 2004 (4) 146 (2004).

נקבע כי במקרה דנן, המבקש אינו "חושש" מן הבדיקה (ומדחיית תביעתו בגינה), ואף יסכים לה אם ידרש, אולם מבקש הוא להמנע מן ההוצאה היקרה, אשר לדירי מיותרת והוראה על ביצוע הבדיקה תפגע בוודאות בכיסו של התובע.

על פי סעיף 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו "אין פוגעים בקניינו של אדם". לפיכך, אין להורות על ביצוע בדיקת הרקמות, אשר פוגעת בממונו של האדם, "כלאחר יד". לו הובאו די הוכחות בדבר האבהות, רשאי היה בית המשפט לפסוק על פיהן מבלי להזקק לבדיקת הרקמות.

במקרה דנן שוכנע בית המשפט, כי המבקש הינו אביו של הקטין, עם הצגת תעודת הנישואין של המבקש ושל המבקשת, ותעודת הלידה המולדבית של הקטין, שם נולד, ובה מצוין המבקש כאביו.

ב-תמ"ש (ת"א) 102340/97²⁰¹ קיבלה כב' השופטת ח' ריש-רוטשילד טענתו של מי שסרב לבצע בדיקת רקמות בטענה שמדובר בבדיקה יקרה שהיא מעבר ליכולתו הכלכלית.

יש לציין כי בשני המקרים האחרונים דובר בבקשה להכרה באבהות של מי שטען שהוא אבי התובע, ומטרת התביעה היתה רישום הקטין במרשם האוכלוסין. במקרה הראשון הכיר האב-הטוען באבהותו, ועזר ותמך באם ובקטין לכל אורך הדרך; ובמקרה השני האב היה נשוי לאם בנישואין אזרחיים. כמו כן בשני המקרים האם לא היתה יהודיה, ולא היה חשש לממזור הילד.

נראה, לכן, לאור קיום כל הנסיבות הללו, כי לא ניתן לקבוע עדיין מה היא עמדת בתי המשפט באשר לקבלת הטעם הכלכלי לסרוב.

עלות הבדיקה כיום היא בין 3000 ₪ ל- 5000 ₪, ונראה כי ראוי לבחון בכל מקרה לנסיבותיו, על פי מצבם הכלכלי של המסרבים, האם סכום זה אכן מהווה שיקול לסרוב או לא.

בית המשפט רשאי להטיל את תשלום הוצאות הבדיקה על שני ההורים, ובמידה שהבדיקה תאשר כי האב-הנטען הוא אכן האב הביולוגי, אזי יחייבו בית המשפט לשאת

²⁰¹ תמ"ש (ת"א) 102340/97 ת.א ואח' נ' ס.ו ואח', תק-מש 2000 (3) 599 (2000).

במלוא עלות הבדיקה.

אולם, מה הדין כאשר שני ההורים אינם מסרבים לעריכת בדיקת הרקמות, אלא טוענים כי אינם יכולים לשאת בעלות הבדיקה, ומי שדורש את קיום הבדיקה הוא היועץ המשפטי לממשלה – מי יישא בעלות הבדיקה במקרים כאלה?

ב-**תמ"ש (י-ם) 19600/06**²⁰² דובר בתביעה להכרה באבהות, תביעה שהוגשה כנגד היועץ המשפטי לממשלה. במקרה הנדון, התובעת הרתה מאדם טרם נישואיהם, וכאשר ביקשו ההורים לרשום את אותו אדם כאבי הקטין במשרד הפנים – נתקלו בסירוב, ונדרשו להציג פסק דין הצהרתי בעניין אבהותו.

היועץ המשפטי התנגד להצהרת האבהות, משום שמלבד הצהרת ההורים לא הובאה כל ראיה לאבהות האב הנטען, לפיכך, ובהעדר ראיה מספקת, טען כי יש להורות על עריכת בדיקת רקמות, המהווה כלי מדעי חותך ונחרץ לקביעת אבהות. לדברי התובעים, אין להם כל התנגדות עקרונית לביצוע בדיקת הרקמות, אולם אין ביכולתם לשאת במימון העלויות הגבוהות הכרוכות בביצועה. לפיכך, אם הנתבע עומד על ביצועה – הרי שיש להטיל עליו לממן את עלותה.

כב' השופט פ' מרכוס הסכים לטענת התובעים, בציינו כי המקרה שונה מנסיבות **פסק דין שרון נ' לוי**, באשר התובע אינו מנסה להתנער מאבהותו על הקטין, ויחד עם התובעת, אף פעל להבאת ראיות המוכיחות שאכן הינו האב. יתרה מכך, התובע הביע נכונותו העקרונית לביצוע בדיקת הרקמות, אולם טען כי אין ביכולתו לשאת במימונה, וכי על הנתבע, העומד על קיומה, לשאת במימון עלותה לאור התעלמותו מהראיות על כן קבע כי:²⁰³

"ראשית, תביעת אבהות הינה הליך אזרחי, שבו מידת ההוכחה הדרושה היא מאזן ההסתברויות, היינו: אין על התובע להוכיח תביעתו מעבר לספק סביר;

²⁰² תמ"ש (י-ם) 19600/06 **ל' נ' ה' היועץ המשפטי לממשלה**, תק-מש 2007 (1) 457 (2007).

²⁰³ והשווה לקביעותיו של כב' השופט פ' מרכוס ב-תמ"ש (י-ם) 10240/04 **ע. י. נ' פרקליטות מחוז ירושלים**, תק-מש 2004 (4) 146 (2004); תמ"ש (י-ם) 6381/03 **מ.ג. נ' היועץ המשפטי לממשלה**, תק-מש 2005 (4) 347 (2005).

שנית, אומנם בדיקת סיווג רקמות מאפשרת מידת וודאות גבוהה מאוד באשר לקביעת האבהות; עם זאת, קיומה של דרך מדעית זו אינה גורעת מיכולת בית המשפט להסיק מסקנות מראיות אחרות המובאות בפניו, ולקבוע אבהות, על כל השלכותיה של קביעה זו, על בסיס ראיות אלו, אם הצליח התובע להרים את נטל ההוכחה באמצעותן;

שלישית, כאשר מבקש הנתבע ביצוע בדיקת רקמות עוד טרם בחן את הראיות והמסמכים שסיפק התובע, ומבלי שטען שהם אינם מספקים, ואף לא העלה ספק לגבי אמינותם, כי אז, מן הראוי היה שהוא ישא במימון עלות הבדיקה. עם זאת, אין אפשרות להטיל את עלויות הבדיקה על הנתבע, היות והנטל לשאת בעלות הבדיקות הדרושות להוכחת תביעתו רובץ על התובע, מבקש הסעד (ור' בעניין זה בע"מ 564/04 מדינת ישראל נגד ב.ש.ש. (לא פורסם)). לפיכך, כך קבעתי, אם המדינה אינה חוקרת בכל דרך שהיא את מהימנות הצהרות המבקשים, כי אז יש לראות את התביעה כמוכחת, לא רק במאזן הסתברויות אלא גם מעבר לספק סביר, ולפיכך, ניתן להצהיר על האבהות של התובע מבלי להורות על ביצוע בדיקת האבהות.

בנדון, הציגו התובעים שורה של ראיות ומסמכים ציבוריים, שיש בהם כדי לאשש טענתם בדבר אבהותו של התובע על הקטין. תוכנם של מסמכים אלו לא נסתר ע"י הנתבע; הנתבע לא ביקש לחקור את התובעים על תצהירם, ולא העלה בשום שלב טענה כי הוא מפקפק באבהותו של התובע, או כי אדם אחר טען שהוא האב, או כי קיימות ראיות הסותרות את טענות התובעים. לאור נסיבות וראיות אלו, ומששוכנעתי כי התובע הינו אבי הקטין, איני רואה לנכון להורות לתובע לבצע את בדיקת הרקמות, ומקבל את בקשתו בדבר הצהרת האבהות אף ללא בדיקה כזו.

ג. מיהות המסרבים לביצוע הבדיקה

1. האב המוחזק או האב הנטען

בדרך כלל המסרבים לביצוע הבדיקה הם **האב המוחזק או האב הנטען**, אודותם ואודות סרוביהם הרחבנו לעיל, ובהם נעסוק גם בהמשך. אך יש לדייק ולראות, כי לא רק הם נוטלים לעצמם את זכות הסרוב, אלא עושים זאת גם בתי המשפט, הקטין עצמו וקרובי משפחה אחרים, כפי שנביא להלן.

2. בית המשפט

ראינו כי לעתים בית המשפט עצמו הוא שנמנע מלהורות על בדיקת רקמות מטעמים שונים, ויש המבקשים להסיק מן הסרוב-לכאורה של בית המשפט מסקנות לטובת הנתבע ולחובת הקטין התובע.

כזה הוא המקרה שנדון **בעניין פלונית**²⁰⁴ בו טען הנתבע, כי אם לא יצווה בית המשפט על בדיקת רקמות הרי שיש לפרש סרוב זה כסרובה של הקטינה, ולפוטרו מתשלום המזונות.

כב' השופט מ' אלון קבע, כי דין טענה זו להידחות:

"סרובו של קטין – מכוח הוראת בית המשפט – לבצע בדיקת רקמות, לאו 'סרוב' ייקרא, ואין להסיק מכך כל מסקנה לרעת הקטין ... לקטין קיים 'הסבר סביר' לסרובו לביצוע הבדיקה, והנסיבות המסוימות' הן כאלו שאין בית המשפט רשאי להסיק מ'סרובו של הקטין ולא כלום."

כב' השופט מ' אלון מזכיר שם²⁰⁵ מקרה דומה בו סירב בית המשפט לערוך בדיקת רקמות בקטינה.

"בתיק מ"א (י-ם) 835/89 **פלונית ואח' נ' אלמוני** (לא פורסם) מדובר בבעל ואשה שהסכימו שתערוך בבתם בדיקת רקמות בשל חשדו של הבעל שהבת אינה בתו. כב' השופט ש' ברנר, לאחר שביקש את תגובת היועץ המשפטי

²⁰⁴ ע"א 1354/92 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית ואח'**, פ"ד מח(1) 711, 749-750, פס' 28 לפסק הדין (1994).

²⁰⁵ שם, בעמ' 730-731, פס' 11 לפסק הדין.

לממשלה, החליט לדחות את הבקשה לבדיקת רקמות, ואלה היו נימוקיו:

‘למעשה קיים כעת ניגוד אינטרסים בין הקטינה והוריה בשאלה הנדונה וכי במצב שכזה... נשללת סמכותם של ההורים להסכים בשמו של ילדם הקטין לפעולה העשויה או אפילו עלולה לגרום לו נזק. את מקומם של ההורים אמור למלא במקרה כזה בית המשפט, ההופך להיות ‘אביהם של קטינים’ וללא הסכמתו – בשמה של הקטינה – לא תיתכן הבדיקה המבוקשת.”

3. הקטין

בתמ"ש (י-ם) 12980/97²⁰⁶ קבעה כב' השופטת נ' מימון כי:

“סוכת ההגנה החוקתית פרושה על זכויותיו של הקטין אף כי היקף זכויותיו יכול שיהיה צר מאלו של המבוגרים בהיותו לא תמיד בעל רצון בשל ובוגר ויכולת מספקת להחליט בעניין זכויותיו ויש שיזדקק לעזרת הוריו או אפוטרופסיו או המדינה, באשר להחלטות ולמיצוי זכויות.

כשם שהמבוגר רשאי לאמר שאין הוא מסכים לעריכת בדיקת סיווג רקמות שכן הבדיקה בדיקה פולשנית ומחייבת לקיחת דם ממנו, וללא הסמכה מפורשת בחוק המתירה לכפות בדיקה כזו והעומדת בפיסקת ההגבלה לאמור, תכליתה ראויה ומידתה אינה עולה על הנדרש, רשאי המבוגר לסרב לה – כך גם הקטין.

זכותו של המבוגר לסרב לביצוע הבדיקה כך זכותו של הקטין לסרב לה. זכות הסרוב של הקטין אינה נופלת מזו של המבוגר. ואף כי ביחס למבוגר מסרובו לעריכת בדיקת סיווג רקמות לבדיקת אבהות ניתן להסיק מסקנה לרעתו ועצם סרובו לעריכת בדיקת סיווג רקמות לקביעת אבהות עשוי לשמש כראיה נגדו, אין לעשות כן ביחס לקטין. אין להסיק מסקנה מסרובו זה שהרי הוא ודאי אינו בעל ידיעה בכל הנוגע לנסיבות הורתו.”

²⁰⁶ תמ"ש (י-ם) 12980/97 פלוני נ' אלמוני, תק-מש 98(3) 821 (1998).

גם **בעניין פלונית**²⁰⁷ קבע **כב' השופט מ' אלון**, כי לכל אדם בישראל – וקטינים, כמובן, בכלל זה – נתונה הזכות לסרב לטיפול רפואי. בדיקת הרקמות, מחייבת פגיעה בגוף ועל כן זכותה של הקטינה במקרה הנדון לסרב לבדיקת הרקמות.

כב' השופט מ' אלון קבע, כי המדובר בזכות של הקטינה ולא של הוריה, ודן בשאלה האם הסכמתם של הורי הקטינה לבדיקה יכול שתבוא במקום הסכמתה שלה.

בנסיון להגיע לתשובה סקר השופט המלומד את חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962 (להלן: **חוק הכשרות**) כמקור להסכמת ההורים בשם הקטין, ולהלן תמצית סקירתו:

בסעיף 14 לחוק הכשרות נקבע, כי ההורים הם האפוטרופסים הטבעיים של ילדיהם הקטינים. אפוטרופסותם כוללת את החובה ואת הזכות לדאוג לצרכי הקטין, וצמודה לה הסמכות לייצגו (סעיף 15 לחוק הכשרות). צרכי הקטין כוללים גם את צרכי רפואתו ובריאותו.²⁰⁸ לפיכך, במקרה רגיל, הסכמתם של ההורים לביצוע בדיקה רפואית בקטין כמוה כהסכמת הקטין עצמו, ובלבד שההורים קיימו את חובתם כאפוטרופסים "**לנהוג לטובת הקטין כדרך שהורים מסורים היו נוהגים בנסיבות העניין**" (סעיף 17 לחוק הכשרות).

כאשר מדובר בנקיטת אמצעים רפואיים בקטין, הרי שאלה אמורים להיות "**דרושים לשמירת שלומו הגופני או הנפשי של הקטין**", **על פי סעיף 68(ב) לחוק הכשרות**.

במקרה הנדון טענה התובעת, היא אם הקטינה, כי בדיקת הרקמות נועדה לשמירת שלומה הנפשי של הילדה. כדי לבחון את הטענה השווה **כב' השופט מ' אלון** את מידת התועלת למידת הנזק שיגרמו לקטינה אם יסתבר שהמשיב הוא אביה.

מידת התועלת או הנזק נקבעת על ידי בית המשפט – שהוא אביהם של קטינים – לפי טובתה של הקטינה, ולפי טובה זו בלבד. בית המשפט הנכבד קבע לבסוף, כי טובת הקטינה היא שלא תערך בה בדיקת רקמות, עקב החשש לממזורה.

²⁰⁷ ע"א 1354/92 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית ואח'**, פ"ד מח(1) 711 (1994).

²⁰⁸ ע"א 506/88 **יעל שפר, קטינה, באמצעות אמה ואפוטרופסיתה הטבעית, טלילה שפר נ' מדינת ישראל**, פ"ד מח(1) 87, 97-98 (1993).

כב' השופט ת' אור, שישב בהרכב הנ"ל הסכים למסקנתו של **כב' השופט מ' אלון**, אך זאת תוך הסתמכות על **סעיף 68(א) לחוק הכשרות**:²⁰⁹

"ספק בעיני אם השאלה בה עלינו להכריע בתיק זה נשלטת עלי ידי סעיף 68(ב) לחוק הכשרות... סעיף זה דן בבקשה להורות על ביצוע ניתוח או נקיטת אמצעים רפואיים אחרים, אשר כתנאי לאישורם על בית המשפט להיות משוכנע על פי חוות דעת רפואית כי האמצעים האמורים דרושים לשמירת שלומו הגופני או הנפשי של הקטין, פסול הדין או החסוי. מעצם הצורך בשכנוע כאמור על פי חוות דעת רפואית, ניתן להסיק שהסעיף דן בשאלה אם הטיפול הרפואי, כטיפול רפואי, ראוי הוא או שמא הוא מסוכן או שאינו נחוץ לטובתו של אחד הנזכרים בסעיף.

לעומת זאת, בענייננו מדובר בבדיקה שאין עימה כל סיכון, והדבר ברור אף ללא צורך בחוות דעת רפואית. אין, על כן, תימה שבענייננו לא הוגשה ולא נתבקשה כל חוות דעת רפואית. השאלה בענייננו היא, אם קיומה של הבדיקה היא לטובת הקטינה לא בשל ההשלכה הרפואית של הבדיקה, אלא בשל ההשלכה האפשרית של תוצאותיה על השאלה אם הקטינה הינה בתו של המשיב השני, על כל הכרוך בכך מבחינתה של הקטינה. לעניין זה, זכותה של הקטינה על גופה היא כזכותו של כל אדם, והיא זכאית לכך שלא תכפה עליה בדיקה אם אינה חפצה בכך, כל עוד אין הוראה חוקית המחייבת את הבדיקה."

כב' השופט ת' אור מסתמך בקביעתו על סעיף 68(א) לחוק הכשרות, על פיו רשאי בית המשפט לנקוט אמצעים בדרך שתראה לו – בין זמניים ובין קבועים – לשמירת ענייניו של קטין; וקובע כי ממנו נובעת סמכותו של בית המשפט להורות על איסור בדיקת הרקמות לקטינה.

²⁰⁹ ע"א 1354/92 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית ואח'**, פ"ד מח(1) 711, 750-751 (1994).

4. האם

ב-ת"א 98/93²¹⁰ פסק כב' השופט י' יעקבי-שוילי לעניין סרוב האם לבדיקת רקמות כאשר היא אינה התובעת, כי: "העובדה שהנתבעת מסרבת לבדיקת רקמות אינה אומרת בהכרח שהתובע הוא האב", והבהיר, כי ייתכן שיש עם האם סיבות לסרובה, וכי אין להסיק מכך מאום.

לעומת זאת ב-בר"ע (חי') 1129/05²¹¹ השתמשה כב' השופטת י' וילנר בהלכת שרון נ' לוי לצורך הסקת מסקנה נגד האם, שסרבה להשתתף בבדיקת רקמות. הערעור היה של האב הטוען לאבהותו. המערער הגיש את כתב התביעה לאבהות לבית המשפט לענייני משפחה, ובו עתר להכרה באבהותו על הקטין, לאחר שתביעתו להסדרי ראייה עם הקטין נדחתה (היה ספק באבהותו כיוון שהמערער והאם ניהלו מערכת יחסים ללא נישואין, וכל אחד מהם ניהל מערכות יחסים מקבילות עם אחרים).

במסגרת תביעתו לאבהות ביקש המערער כי בית המשפט יורה על עריכת בדיקת סיווג רקמות לקטין, וכי אם האם תתמיד בסירובה לעריכת הבדיקה – יוכרז כי הוא אביו של הקטין, וייקבעו הסדרי ראייה בינו לבין הקטין.

לדברי האם, אמנם נחתם "הסכם הורות" בינה לבין התובע, על פיו התחייב התובע להכיר באבהותו ולתת לו את שמו, והאם ויתרה על מזונות הילד שיוולד, אולם חרף ניהול מערכת היחסים האינטימית עם המערער, הרי שכאשר רצתה להורות פנתה להליך של הפריה חוץ – גופית מתורם זר. לטענתה, כך עשתה לגבי כל שלושת ילדיה.

עמדת היועץ המשפטי לממשלה הייתה, כי טובת הילד, בדרך כלל, היא לדעת מי אביו, יחד עם זאת, סבר כי בנסיבות המיוחדות של המקרה, לא יהיה זה לטובתו של הקטין לכפות עליו בדיקת רקמות.

בית משפט קמא דן באריכות בשאלה אם יהיה זה לטובתו של הקטין לחייבו לבצע בדיקת רקמות, חרף סירובה של האם לביצוע הבדיקה. בית המשפט אימץ את המלצות תסקיר פקידת הסעד והחליט שלא להורות על ביצוע הבדיקה. בנוסף, סבר בית המשפט כי אין

²¹⁰ המ' 1859/93 פלוני נ' אלמונית, פ"מ נד(1) 471, 476.

²¹¹ בר"ע (חי') 1129/05 אלמוני נ' פלמונית, תק-מח 2005(4) 8325 (2005).

להסיק דבר מעצם סירובה של האם לביצוע בדיקת הרקמות ותביעת האבהות נדחתה. בערעור קיבל בית המשפט המחוזי את עמדת האב וקבע את אבהותו, על אף שהמשיבה כפרה באבהותו של המערער על הקטין, ועמדה בסרובה לבצע בדיקת רקמות לה ולקטין.

כב' השופטת י' וילנר קבעה כי:

"המשיבה טוענת כי לא יהיה זה לטובתו של הקטין לברר ולגלות את זהות אביו. לטענתה, במשך שנות הקשר בינה לבין המערער, המערער לא היווה עבור הקטין דמות אב בשום צורה, לא כלכלית ולא רגשית וגם פנייתו כעת נעשית ממניעים אנוכיים ולא משיקולים הקשורים לטובת הקטין.

עוד טוענת המשיבה כי היא ושלושת ילדיה אינם יודעים מי הוא אבי הילדים, וכי היא מגדלת אותם כמשפחה חד הורית מתוך גישה ערכית אידיאולוגית. לפיכך, בירור אבהות לגבי אחד מהילדים בלבד ייצור הפרדה בין האחים, הפרדה אשר תפגע בקשר ביניהם ובמרקם המשפחתי,

...

שוכנעתי כי טובת הקטין הינה לגלות את זהות אביו. נראה כי סירובה של המשיבה לבצע בדיקת רקמות והימנעותה מבירור האמת באשר לזהות אביו של הקטין, נובעים מתסכול ורצון להעניש את המערער על התנהגותו בעבר – בעיקר בשל היעדר תמיכה כלכלית בה ובילדיה לרבות בקטין.

נדמה כי סירוב המשיבה לברר את זהות האב מקורו במניעים לא ענייניים, ואינו נובע מרצון כן ואמיתי להגן על טובת הקטין. לפיכך, הסירוב אינו יכול לשמש נימוק למניעת חשיפת זהות האב מהקטין.

כך, אף הטענה כי גישה ערכית אידיאולוגית המבכרת גידול ילדים במסגרת חד הורית, ללא ידיעת זהות אביהם, כעדיפה על בירור זהות האב, אינה סבירה בעיני ואינה מתיישבת עם טובת הקטין. ככלל, טובת הילד הינה לגדול תוך מודעות לזהות האב. גידולו של הילד במסגרת חד הורית ללא ידיעת זהות האב, הינו, מטבע הדברים, חריג לכלל.

לפיכך, אין מקום לקבוע כי זכויות היסוד של הקטין לכבודו כאדם, לדעת מוצאו ושל המערער לדעת מיהו יוצא חלציו – נסוגות מפני האדיאל של המשיבה לגדלו במנותק משורשיו. אדגיש כי על פניו לא תגרם כל פגיעה לילדיה האחרים של המשיבה, במידה ותובהר זהות אביו מולידו של הקטין.

...

בנסיבות אלה – אין כל מניעה להכרזת המערער כאביו של הקטין ולפיכך, יש לבחון את הראיות בעניין זה לגופן. ...

משמעות הסירוב של המשיבה כאמור, על אף שלא ניתן לחייב את המשיבה לבצע בדיקת רקמות, ניתן להסיק מהסירוב ראייה לחובתה. ראה בע"א 548/78 נועה שרון הנ"ל בעמ' 756...

לטעמי, כשם שנקבע כי סירובו של אב לבצע בדיקת רקמות לקביעת אבהות, משמש כראייה לחובתו, כך יש לקבוע כי סירובה של האם לעבור בדיקת רקמות, משמש אף הוא כראייה לחובתה. לפיכך, גם את סירובה של המשיבה לבצע בדיקת רקמות יש לבחון על פי אותן אמות מידה בהן נבחן בפסיקה סירובו של אב הנתבע בתביעת מזונות. במידה וימצא על פי אמות מידה אלה, כי סירובה של המשיבה אינו סביר, ניתן יהיה להסיק מסירובה ראייה נוספת לכך שהמערער הוא אכן אביו של הקטין. ...

אשר על כן; סירובה של המשיבה אינו סביר ויש לראות בסירוב כראייה נוספת להוכחת אבהותו של המערער על הקטין.

5. קרובי משפחה אחרים

נסיבותיו של מקרה טראגי זה יוצאות דופן: בת עותרת להצהיר על מי שרצח את אמה כעל אביה, וזאת על מנת שיספק את צרכיה הכלכליים.²¹²

האם המנוחה הכירה את האב, עת היה לקוח במקום עבודתה, וכתוצאה מקשר אינטימי ביניהם, הרתה האם ונולדה הקטינה. האב מעולם לא השתתף בגידול הקטינה, והאם אף

²¹² תמ"ש (י-ם) 19491/97 פלונית, קטינה נ' אלמוני, תק-מש 2001 (4) 60 (2001).

לא עירבה אותו בכך. בהמשך, לאחר שביקרה האם בבית הוריה שבארה"ב, היא יצרה קשר עם האב, וביקשה ממנו שיכיר באבהותו, בקשה זו הובילה להשתלשלות דברים, שבסופה ירה האב הנטען בראשה של האם, ובהמשך הוא הורשע ברציחתה.

לאחר שעברה הקטינה להתגורר עם דודתה בארה"ב תבעה את מזונותיה מהאב הנטען, שכפר באבהותו. כיוון שהאם לא היתה בין החיים, לא ניתן היה לקחת דגימת דם ממנה, ולבית המשפט הוגשה חוות דעת, ולפיה גם דגימת דם מן הסבתא תספיק, הגם שתתן תוצאה מדויקת פחות.

הסבתא סרבה להבדק, עקב מצוקתה הנפשית הקשה מן הארועים, ועקב רצונה להתרחק ככל האפשר מן המקרה. הנתבע טען כי יש להסיק מסקנות לחובת המסרב.

כב' השופטת ח' בן עמי קבעה, כי כיוון שהסבתא לא נראתה ולא נשמעה בבית המשפט, הרי שבית המשפט אינו יכול לחוות דעתו בעניין סרובה.

מעבר לכך, נקבע עקרונית, שהסבתא אינה צד להליך, ואינה מעורבת בהליך בכל אופן שהוא, ועל כן מסרובה – שהוא סרוב של צד ג', ובמיוחד שנעשה באופן עקיף ולא לפני בית המשפט – לא ניתן להשליך בשום אופן לעניין; מה גם שהפסיקה מדגישה, כי כלל הראיה הטובה אינו מופעל באופן אוטומטי, אלא רק כאשר לאי הבאת אותה הראיה אין נימוק סביר ומשכנע.

כב' השופטת ח' בן עמי מוסיפה, שטענתו של האב הנטען מקוממת במיוחד בהיותה מושמעת מפי צד, שמעשהו הנפשע גרם להעדר אפשרות לבצע בדיקת רקמות גם לאם, בדיקה שהיה בה כדי לקבוע ממצא מהימן.

במקרה זה נקבעה אבהותו של האב הנטען על פי הראיות הנסיבתיות שהונחו לפני בית המשפט.

במקרה אחר נקבע, כי סרוב הסב והסבתא לבדיקת רקמות יכולים לשמש כראיה לחובתם בפני בית המשפט:

ב-תמ"ש (כ"ס) 15060/01²¹³ התבקש בית המשפט להורות על בדיקת רקמות לסב

²¹³ תמ"ש (כ"ס) 15060/01 פלוגית ואח' נ' אלמוני ואח', תק-מש 2004 (2) 337 (2004).

ולסבתא של הקטינה, שאביה ברח מהארץ והתחמק מתשלום מזונות.

במקרה זה, הובהר לסבים כי בית המשפט אינו מוצא כל הבדל בין סרובו של צד לקיים בדיקת רקמות כאשר נטען כי הוא אביו של קטינה לבין סרובם של נתבעים אשר נטען כי הינם סב או סבתא של קטינה, ובשני המקרים יפעל הסרוב להבדק מבחינה ראייתית כנגד המסרב:

”החלת הפרזומפציה הראייתית, תוך ”דילוג” על חוליית האבהות, הינה פועל יוצא מתבקש מהאפשרות המדעית לקיום בדיקת ”סבאות”, ברמת וודאות זהה לבדיקת האבהות”.²¹⁴

בסופו של דבר נעתרו הסב והסבתא לבדיקת הרקמות וחוות הדעת של המעבדה לסיווג רקמות קבעה, כי הם אינם מתאימים להיות סבה וסבתה של הקטינה.

ב-תמ”ש (כ”ס) 2880/05²¹⁵ דובר בתביעה של קטינה ואמה נגד עזבון המנוח הנתבע, בה עתרו להצהיר, כי המנוח הוא אבי הקטינה. המנוח, השאיר אחריו אשה וילדים, והתובעת טענה, כי במקביל להיותו בעל משפחה – ניהל הוא איתה רומן ארוך שנים, ממנו נולדה הקטינה, בה הוא טיפל, עזר בגידולה, והיווה לה דמות אב. משפחתו המקורית של המנוח לא היתה בסוד העניין, וכפרה בטענה.

לשם פתרון הבעיה נוצר צורך לערוך בדיקת ד.ג.א., ונשאלה השאלה האם לקחת דגימה מן המנוח, שכבר נח על משכבו בשלום, או מהוריו שהיו בחיים, וסרבו, אותה עת, לשתף פעולה מבחינה זו.

לאחר **שכב’ השופט י’ כהן** בוחן את מכלול הזכויות והשיקולים, מבהיר הוא, כי כאשר בני משפחה אחרים, כגון הורי המנוח, מהם ניתן לקחת דגימת ד.ג.א., אינם מוכנים לכך, לא תהא ברירה אלא לפגוע בכבוד המנוח, כיוון שבבחינת מאזן הזכויות בין המנוח לקטינה, גובר הצורך לשמור על זכויות הקטינה.

²¹³ שם, בעמ’ 340.

²¹⁵ תמ”ש (כ”ס) 2880/05 נ.פ. ואח’ נ’ עזבון המנוח י.א. ז”ל ואח’ (לא פורסם).

במקרה זה התרצו לבסוף הורי המנוח, נלקחו מהם דגימות, ונקבע, כי הקטינה היא נכדתה של הסבתא, ומכאן, כי היא בתו של המנוח. בית המשפט נתן פסק דין הצהרתי הקובע כך.

ב-תמ"ש (כ"ס) 17340/05²¹⁶ הגיש התובע הקטין, באמצעות אמו, תביעת אבהות נגד עזבון מנוח, ובה עתר כי יוצהר שהמנוח הוא אביו. הנתבעים, הורי המנוח, התנגדו למבוקש והכחישו את האבהות הנטענת.

לטענת אם הקטין היא ניהלה מערכת יחסים אינטימית עם המנוח והרתה לו. בתקופת ההריון הם גרו ביחד, וכעבור זמן עברו להתגורר יחד בבית הורי המנוח, וזאת בשל הדרדרות במצבו הנפשי של המנוח. בהמשך נולד הקטין. שבוע לאחר הלידה התאבד המנוח בקפיצה מחלון הקומה הששית של בית הוריו.

הקטין עתר ליתן צו המורה על בדיקת רקמות להורי המנוח לצורך הוכחת האבהות, ולחלופין, באם יסרבו, ביקש הוא ליתן צו המורה על פתיחת קברו של המנוח ולקחת דגימת ד.נ.א. מגופתו. הורי המנוח עמדו בסרובם.

לאחר בחינת כל נסיבות העניין וכל השיקולים הרלבנטיים, מחליט **כב' השופט צ' ויצמן** להורות על פתיחת קברו של המנוח לצורך ביצוע הבדיקה, וזאת על מנת שיוכל לתת פסק דין הצהרתי באם המנוח הוא אביו של הקטין, וזאת בשם טובת הקטין.

ד. דוקטרינת הנזק הראייתי בהקשר לסרוב

בעניין **תמ"ש (ת"א) 13840/95**²¹⁷ פעל הנתבע בכל דרך אפשרית כדי להמנע מבדיקת רקמות, וזאת כדי למנוע חיובו במזונות הקטינה. יתירה מזאת, לאחר הגשת התביעה הוא העביר את הזכויות בדירתו על שם אשתו, החיה בנפרד ממנו, כדי למנוע ירידה לרכושו, באם יחויב במזונות הקטינה, על אף שהמשיך להתגורר בדירה, ואף להשכירה בשכירות משנה.

בית המשפט נתן צו לעריכת בדיקת רקמות, אך הנתבע הצהיר שהוא מסרב להשתתף בבדיקת הרקמות.

²¹⁵ תמ"ש (משפחה כ"ס) 17340/05 **פלוני – קטין נ' עזבון פלוני ז"ל**, תק-מש 2006 (3) 90 (2006).

²¹⁷ תמ"ש (ת"א) 13840/95 **פלונית נ' אלמוני**, תק-מש 2000 (2) 68, פס' 11 לפסק הדין (2000).

כב' השופט י' גייפמן ציין, כי לא ניתן לכפות אדם להבדק כנגד רצונו, והציע כפתרון לסבך – עד שיאמר המחוקק את דברו בעניין – את דוקטרינת הנזק הראייתית, ובלשונו:

”במקרים בהם תדחה תביעת קטינה לאבהות, עקב סרוב הנתבע להשתתף בבדיקת רקמות, יכול ותעמוד לתובעת עילת תביעה מכח דוקטרינת ”הנזק הראייתית”, שמושתתת על עוולת הרשלנות. עפ”י דוקטרינה זו מוטלת אחריות על הנתבע כלפי התובעת, אם התנהגותו העוולתית של הנתבע שללה מהתובעת את היכולת להוכיח את תביעתה. אשמו של הנתבע בגרימת ”הנזק הראייתית” מתמקד ביצירת אי הוודאות העובדתית, השוללת מהתובעת את היכולת לדעת מי גרם לנזק. אי וודאות פוגעת באוטונומיה של התובעת, ומזכה אותה בפיצוי המשקף את הערך הכלכלי של הפגיעה בזכות לדעת, ושיעורו עשוי לעלות כדי מלוא ערך הנזק בגין העוולה המקורית. ישום דוקטרינה זו במשפטי אבהות מחייבת את בית המשפט לקבוע חובת זהירות מושגית בעוולות הרשלנות כלפי גבר, כדי לסייע לקטינה ע”י השתתפותו בבדיקת רקמות, לברר אם הוא אביה – מולידה. הרשלנות יכולה לכלול גם מחדל, והמבחן לקיומה הוא אי הסבירות של ההתנהגות, והצפיות הנורמטיבית של הנזק ‘כל אימת שאדם סביר צריך היה באותן נסיבות לראות מראש’.”

גם **כב' השופט נ' הנדל** הציג את דוקטרינת הנזק הראייתית כפתרון אפשרי למקרה, בו נקבע עובדתית, כי שני גברים בלבד הם האבות הפוטנציאליים של קטינה²¹⁸ מקרה שהזכרנו לעיל, ושעוד נעסוק בו בהמשך.²¹⁹ השופט המלומד מרחיב שם אודות דוקטרינת הנזק הראייתית, ודבריו בקצירת האומר, בלשונו:

²¹⁸ ע”מ (ב”ש) 121/99 **פלוני נ’ פלונית ואח’**, תק-מח 2000 (2) 8592 (2000); וכן חוזר על הצעתו בגלגול נוסף של המקרה, שבא לדיונו: ב-בר”ע 615/02 (מחוזי ב”ש) **פלוני נ’ פלונית**, תק-מח 2003 (1) 858, בפס’ 14 לפסק הדין (2003).
²¹⁹ עיין באפילוג, בעמ’ 419 ואילך לעיל.

הדוקטרינה הוצגה על ידי הפרופ' אריאל פורת ואלכס שטיין,²²⁰ המדגישים את החידוש והיתרון שיש בה, ביצירת כלל רחב, באמצעותו ניתן להתייחס למקרים רבים ומגוונים. לגישתם קיים צידוק עקרוני ומעשי להטלת האחריות בגין יצירת מצב של אי ודאות. ראייה אינה רק חפצית, אלא היא גם פרי תהליך של הסקת מסקנה. נתבע הגורם לאי-ודאות ראייתית, עלול לשאת באחריות בשל כך.

דוקטרינה זו מבקשת לפתור בעיות של אי-ודאות בזיהוי הגורם העובדתי לנזק נתון, על ידי הפיכת אי-הוודאות עצמה לנזק בר-פיצוי בעוולת הרשלנות.²²¹

בעניין יהונתן כהן,²²² הבהירה כב' השופטת ט' שטרסברג-כהן:

"לפי דוקטרינה זו מתבטא הנזק הראייתי בכך שעקב התנהגותו העוולתית של המזיק, אין הניזוק יכול לדעת כיצד אירעו נזקיו הפיזיים ואין הוא יכול לתבוע פיצוי בגינם."

כמו לגבי כל עוולה נזיקית יש לבחון גם כאן, האם התקיימו העוולה, הנזק, והקשר הסיבתי בין העוולה לנזק.

במקרה הנדון סרב האב-הנטען שנתבע (רק אב נטען אחד מתוך השניים הפוטנציאליים נתבע) להבדק בבדיקת הרקמות וה-ד.נ.א. בית משפט קמא הסיק מסרובו כי הוא האב, וכך פסק. על כך הוגש הערעור, בו מנתח השופט המלומד את המצב לאור סוגיית הנזק הראייתי, וקובע, כי הסרוב מונע מן הקטינה לדעת אם הנתבע הוא אביה, ויוצר עבודה מצב של אי-ודאות – נזק ראייתי. הבדיקה המדעית מהווה מעין מפתח לפתרון השאלה מי הוא אבי הקטינה.

²²⁰ A. Porat And A. Stein "Liability For Uncertainty: Making Evidential Damage Actionable" 18 *Cardozo L. Rev.* (1997) 1891 Friedman "Dealing With Evidentiary Deficiency" 18 *Cardozo L. Rev.* 1961 (1997).

א' פורת וא' שטיין, "דוקטרינת הנזק הראייתי: הצדקות לאימוצה וישומה במצבים טיפוסיים של אי ודאות בגרימת נזקים", **עיוני משפט** כא (תשנ"ח) 191; ישראל גלעד, "דוקטרינת הנזק הראייתי: האם הורם נטל השכנוע?", **משפטים** ל (תש"ס) 317; א' פורת וא' שטיין, "דוקטרינת הנזק הראייתי: תגובה לביקורת", **משפטים** ל (תש"ס) 349.

²²¹ ע"א 2781/93 **מיאסה עלי דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה**, תק-על 99(3) 574, 613 (1999).

²²² ע"א 6643/95 **יהונתן כהן נ' קופת חולים של ההסתדרות**, תק-על 99(2) 241, 227 (1999).

השופט ממשיך ומבהיר, כי הסרוב להבדק, הוא על מנת לא לדעת; ולכן יש מקום לקבוע, כי המערער (הנתבע), ביודעין, מנציח את אי-הוודאות של הקטינה.

לגבי הנזק – כתוצאה מהתנהגות המערער, אין הקטינה יודעת מי אביה, ועל כן יש מקום לחייבו בגין הנזק הראייתי אשר הוא גורם לה. המדובר בנזק לכבודה ולאוטונומיה שלה, נזק לבחירת שמה, להגדרתה העצמית, לדעת פרטים מעברה, להכיר את זהות הוריה,²²³ וגם נזק כלכלי מאי-יכולתה לקבל מזונות מאביה.

בכך הוכח הנזק עצמו. כמו כן מתקיים גם רכיב הקשר הסיבתי, זאת משום שניתן לאמר, כי עקב התנהגות המערער, נוצר בין האב-הנטען שנתבע, לבין הקטינה שאינה יודעת את זהות אביה, קשר של יחסים מיוחדים במישור של אי-הוודאות השורר אצלה.

יש לציין, כי על אף שדוקטרינת הנזק הראייתי הועלתה בהקשר של הוכחת האבהות מספר פעמים בפסיקה – אין תמימות דעים לגביה.

כב' השופט י' פלפל, שישב באותו הרכב עם **כב' השופט נ' הנדל**, מסתייג משימוש בדוקטרינה, וזאת ממספר טעמים, משכנעים, לעניות דעתנו:

א. משנקבע שזכותו של אדם, שלא להסכים לבדיקה, הרי שלכאורה אין לראות את סרובו כהתנהגות עוולתית. זאת למרות שניתן, כאמור, להסיק מסקנות מהתנהגותו.

ב. הדוקטרינה של הנזק הראייתי מתייחסת, בראש ובראשונה, לתחום דיני הנזיקין. פקודת הנזיקין מכילה רשימה סגורה של עוולות (אם כי ישנן עוולות נוספות שהוכרו על ידי חוקים אחרים כמו "לשון הרע"), אך "העוולות" שגרם המערער למשיבה, אם גרם, אינן נכללות בין העוולות הללו.

ג. הקטינה מעוניינת לדעת מיהו אביה. הפתרון המוצע יכול, לכל היותר (לאחר התדיינויות ארוכות) לזכות אותה בפצויים, אך פיצוי, גבוה ככל שיהיה, אינו יכול לספק את התשובה לגבי האבהות, ואינו יכול לשמש במקום אבא.²²⁴

²²³ בג"צ 693/91 ד"ר מיכל אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין, פ"ד מז(1) 749, 768-771 (1993).

²²⁴ ראו להלן ואת דברי כב' השופט מ' נאמן ב-בר"ע (חי') 935/00 אבנר ריון נ' עמנואל סספורטס, תק-מח 2001(1) 10906 (2001).

גם ד"ר רות זפרן במאמרה²²⁵ סבורה, כי פתרון על פי דוקטרינת הנזק הראייתי אינו מספק:

"דרך זו לא רק שסובלת מסירבול וכרוכה בעלויות מיותרות (שהרי תביעה כזו תוכל להתברר רק לאחר כשלונה של תביעת האבהות) אלא שאינה מובילה לתוצאה המיוחלת – בירור וודאי בשאלת זהות האב."

טיעון מקורי עולה בהקשר ליישומה של דוקטרינת הנזק הראייתי **בערעור המאחד**²²⁶ במקרה זה מערער היועץ המשפטי על החלטת בית המשפט לחייב בביצוע בדיקת רקמות את בעלה לשעבר של האם וגבר זר איתו היתה האם ביחסים. האם בתשובה לערעור טוענת, כי:

"ללא בדיקה, הילד יסבול מחוסר ועוני, וככל שהמדינה מתנגדת לבירור השאלה הנדרשת, אזי יש להורות כי עליה לממן את מזונותיו של הבן. במיוחד יפים הדברים מעת שהגבר הזר הינו עשיר ובעל נכסים."

על פי טיעון זה ניתן להחיל את דוקטרינת הנזק הראייתי גם כלפי המדינה. קרי, אם המדינה (בית המשפט או נציג היועץ המשפטי לממשלה) היא הגורם המתנגד לביצוע בדיקת הרקמות, כפי שקרה במקרה הנדון – הרי שניתן לחייבה בגרימת נזק ראייתי בכך שמנעה את האפשרות להוכיח את זהות האב הביולוגי, ועל כן לחייבה בתשלום מזונותיו של הילד.

זה הוא טיעון מעניין, שעשוי לגרום להפחתת המקרים בהם יתנגדו נציגי היועץ המשפטי לממשלה לביצוע בדיקת הרקמות, ואולי גם להפעלת לחץ מטעם המדינה לשינוי מצב החקיקה בנושא.

²²⁵ ד"ר רות זפרן "של מי אתה ילד? על פגמיו של ההסדר הקיים בדין הישראלי בשאלת קביעת האבהות", **הפרקליט** מו(ב) 311, 339, בהערת שוליים 66.

²²⁶ בר"ע (ת"א-יפו) 1364/04 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית ואח'**, תק-מח 2006 (3) 454 (2006).

לטענה זו הגיב **כב' השופט י' שנלר** כך:²²⁷

”עורכי הדין טענו כי אם המדינה היא זו המתנגדת לעריכת בדיקת הרקמות, תתכבד המדינה ותשלם כעין מזונות זמניים, עד להכרעה סופית של בית המשפט. אכן, עמדת היועץ המשפטי כפי שבאה לידי ביטוי גם במקרים שלפנינו, מעוררת קושי. אולם גם עמדה זו נובעת מאותה גישה של עיקרון טובת הילד. הגם שאין אנו מקבלים את הגישה הגורפת של היועץ המשפטי, אין לבוא עימו חשבון בשעה שנדרש לו לשמור על טובת הילד, לשיטתו.

ייתכן ואכן יש מקום להסדר חקיקתי בשאלת המזונות במקרים שכאלו, ולמצער, כי בתי המשפט לאחר שיבחנו את מדרג הראיות הראשון, יגיעו למסקנה לכאורית זו או אחרת, לפיה יש להורות על תשלום מזונות זמניים. דוגמא לכך תמצא באותם מקרים בהם ניצבים בפנינו שני אבות פוטנציאליים אשר יכול ויחויבו במזונות הילד, תוך קביעה ראשונית בדבר תשלום מזונות על-ידי מי מהם, וכשבסופו של יום, אם ייקבע כי מי שחויב בתשלום אינו האב, אזי יחויב האחר בשיפוי.

ב-בר"ע (חי') 935/00²²⁸ יוצא **כב' השופט מ' נאמן** אל דיונו מתוך ההנחה, כי דוקטרינת הנזק הראייתי חלה בתביעות אבהות, אך הוא מדייק בקובעו, כי כאשר הסרוב לעריכת הבדיקה המדעית אינו מהווה נזק ראייתי לקביעת המזונות – לא ניתן לגזור מהסרוב ראייה לחובת המסרב.

”התוצאה של סרוב להסכים לבדיקת רקמות כאשר התביעה היא תביעת אבהות ומזונות היא חיוב במזונות. ההיגיון בכך הוא כי הנתבע המסרב לבדיקת רקמות גורם נזק ראייתי לתובע בשיעור דמי המזונות. כאשר אין תביעת מזונות, ספק בעיני אם מותר לו לביהמ”ש להסיק מעצם הסרוב כי

²²⁷ בר"ע (ת"א-יפו) 1364/04 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית ואח'**, תק-מח 2006 (3) 454, פס' 84 לפסק הדין (2006).

²²⁸ בר"ע (חי') 935/00 **אבנר רונן נ' עמנואל סספורטס**, תק-מח 2001 (1) 10906 (2001).

המסרב הוא האב".²²⁹

דברים אלה מתייחסים לצומת הדרכים בה נפגשים הסעד ההצהרתי וסעד המזונות, ומדגישים את הסרוב כאלמנט שעלול לגרום לנזק ראייתי, אך זאת רק במקרה של דרישה לחיוב במזונות.

ה. קבלת הסרוב על ידי בתי המשפט

בתי המשפט קיבלו לעתים את הסרוב, וכיבדוהו.

כב' השופט מ' שמגר כבר קבע,²³⁰ כי לנתבע בתביעת אבהות, עומדת הזכות: "שלא לדעת על עצמו יותר מאשר ברצונו לדעת". בהמשך דבריו הבהיר, אמנם, כי בהתנגשות בין זכות זו לטובת הקטין, גוברת טובת הקטין; אך יש בקביעתו מעין מורה דרך לשמירה ככל האפשר על זכויותיהם של שני הצדדים.

לא כל סרוב יביא למסקנה, שהאב הנטען המסרב הוא אכן האב הביולוגי.

יפים לעניין זה דבריו של **כב' השופט א' מצא** ב-**תמ"א (ת"א) 1554/84**:²³¹

"על פי ההלכה שנפסקה ב-ע"א 548/78 **שרון נ' לוי** אין בית המשפט מוסמך לכפות על בעל דין השתתפות בבדיקות כאלה. יש, אמנם, מקרים, בהם ניתן להסיק מסרובו של בעל דין לקחת חלק בביצוע בדיקות כאלה מסקנות לחובתו; ויש מקרים (וכזה הוא המקרה שלפניי), בהם אין להסיק מן הסרוב להבדק מסקנות כלשהן."

כך נקבע, כי כאשר הסרוב אינו מהווה נזק ראייתי לקביעת המזונות, לא ניתן לגזור מהסרוב ראייה לחובת המסרב.²³²

²²⁹ שם, פס' 16 לפסק הדין ועיין על כך להלן בטקסט הסמוך להערה 232.

²³⁰ ע"א 5942/92 **פלוגי נ' אלמוני ואח'**, פ"ד מח(3) 837, פס' 7 (ב) לפסק הדין (1994).

²³¹ תמ"א (ת"א) 1554/84 **פלוגי נ' פלוגית ואח'**, פ"מ התשמ"ז(א) 216, 218-219.

²³² בר"ע (חי') 935/00 **אבנר רונן נ' עמנואל סספורטס**, תק-מח 2001(1) 10906 (2001). ועיין על כך לעיל, לעניין הנזק הראייתי, בטקסט הסמוך להערה 229.

המדובר בתובע יליד שנת 68, שאת תביעתו לאבהות הגיש רק ב-27.6.99, כאשר כבר היה בן 31. לטענתו, הנתבע בעל את אמו, כשהיתה בת 20, פנויה ולוקה בנפשה ומבעילה זו הוא נולד.

הנתבע מצידו, הגיש בקשה לדחייה על הסף, כיוון שכשהיה התובע בן שנתיים הוגשה תביעה דומה על ידי היועץ המשפטי של שר הסעד שייצגו בתוקף סמכויותיו על פי חוק הסעד (סדרי דין בענייני קטינים, חולי נפש ונעדרים, התשט"ו-1955), ובתביעה זו הגיעו הצדדים להסכם, אשר אושר כפסק דין, לפיו שילם הנתבע לתובע סכום חד פעמי לסילוק כל תביעותיו בעבר בהווה ובעתיד, תוך הכחשת האבהות.

בית המשפט דחה את בקשת הדחייה של הנתבע, ועל כך הוגש ערעור, שאף הוא נדחה.

בנמוקיו לדחיית בקשת הדחייה, ציין בית המשפט את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כבסיס לזכותו של אדם לדעת את זהותו; את תקנת הציבור, המחייבת שכל פרט יידע מי אביו; ואת שינוי הנסיבות, כאמור, לאור האפשרות לבדיקת רקמות המוכיחה באופן כמעט וודאי את זהותו הנכונה של האב.

על נימוקים אלה הוסיפה ערכאת הערעור את הטענות, כי אי-דחיית התביעה על הסף, אין פירושה כי בית המשפט יורה על עריכת בדיקת רקמות בניגוד להסכמת המבקש. בעניין זה ספק קבע ספק העיר **כב' השופט מ' נאמן** כי:

"התוצאה של סרוב להסכים לבדיקת רקמות כאשר התביעה היא תביעת אבהות ומזונות היא חיוב במזונות. ההיגיון בכך הוא כי הנתבע המסרב לבדיקת רקמות גורם נזק ראייתי לתובע בשיעור דמי המזונות. כאשר אין תביעת מזונות, ספק בעיני אם מותר לו לביהמ"ש להסיק מעצם הסרוב כי המסרב הוא האב. ספק זה גובר נוכח ההנמקה שהוזכרה לעיל כי תקנת הציבור ולא רק תקנתו של התובע היא כי יקבע שפלוני הוא בנו של פלוני. תקנתו של הציבור יכולה לבוא על סיפוקה רק מקביעה פוזיטיבית על יסוד ראיה חיובית ולא כתוצאה ממסקנה המוסקת מסרובו של "האב" הנטען

לבצע בדיקת רקמות".²³³

באמרת אגב מעיר **כב' השופט י' יעקבי-שוילי** ב-ת"א 98/93²³⁴ כי:

"אגב ... נאמר בקצירת האומר, שהעובדה שהנתבעת מסרבת לבדיקת רקמות, אינה אומרת בהכרח שהתובע הוא האב. ייתכנו בעניין זה מצבים שונים: שהנתבעת יודעת שאכן התובע הוא האב; היו בין התובע לבין הנתבעת יחסי אישות, במקביל ליחסי אישות עם נ', ויש ספק בלב הנתבעת מי האב, והיא מעדיפה שלא להתיר את הספק; הנתבעת יודעת שאין התובע אביו של ח', והיא מסרבת לבדיקה מטעמים שונים, כגון, חשש טבעי מפני בדיקה מעין זה או אי-רצון להיכנס מכל וכל למשפט ולברור, למרות היותה בטוחה שנ' הוא האב. על כל פנים, עניין זה אינו מענייננו, כי, כאמור, דיוננו עד כה מתקיים מתוך הנחה שהתובע יוכל להוכיח את אבהותו, אם נאפשר לו זאת."

מדברים אלה עולה, כי יש מקום לקבלת סרובה של האם להבדק, כשהיא אינה התובעת. יצויין כי בנסיבות המקרה לא היה חשש לממזור הקטין,²³⁵ ולאור כך קביעתו זו של השופט המלומד מעניינת עוד יותר.

7. הסמכות לצוות על עריכת הבדיקה מכוח החקיקה – גישושים ראשוניים

ב-בר"ע (ב"ש) 615/02²³⁶ נעשה נסיון של אחד הצדדים לדיון להצביע על קיומם של מקורות בדין לחיוב המשיב בבדיקת רקמות ו-ד.נ.א. **כב' השופט נ' הנדל**, על אף שהעיר, כי המדובר ב"נסיונות יצירתיים", סרב לראות בדברי החקיקה שהועלו לפניו מקור לחיוב

²³³ בר"ע (חי') 935/00 **אבנר רונן נ' עמנואל סספורטס**, תק-מח 2001 (1) 10906, 10910 (2001). ועיין דברי **כב' השופט י' פלפל** ב-ע"מ (ב"ש) 121/99 **פלוני נ' פלונית**, תק-מח 2000 (2) 8592 (2000), שהובאו לעיל בעמ' 313 סעיף ג' לנימוקיו.

²³⁴ ת"א 98/93, המ' 1859/93 **פלוני נ' אלמונית**, פ"מ נד (1) 471, 477.

²³⁵ אמנם האם היתה נשואה כשהתעברה לתובע שאינו בעלה, אך התובע שייך היה לדת המוסלמית ועל פי ההלכה, אין יחוס לנולד מן הגוי.

²³⁶ בר"ע (ב"ש) 615/02 **פלוני נ' פלונית ו-2 אח'**, תק-מח 2003 (1) 858 (2003).

הבדיקה. להלן סקירת המקורות, והסיבות לדחייתם על ידי בית המשפט הנכבד:

א. סעיף 75 לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984:

"כל בית משפט הדן בעניין אזרחי מוסמך לתת פסק דין הצהרתי, צו עשה, צו לא-תעשה, צו ביצוע בעין וכל סעד אחר, ככל שיראה לנכון בנסיבות שלפניו." (ההדגשות אינן במקור)

כב' השופט נ' הנדל מבהיר, כי אמנם רשימת הסעדים בסעיף זה אינה סגורה,²³⁷ אך כוונת המחוקק היא לאפשר מתן צו אחר דוגמת "סעד הצהרתי זמני", ולא סוגים שונים של "סעד אחר" מבחינת תוכן הצו, קרי צו שאינו הצהרתי.

סעיף 75 לחוק בתי המשפט היה כבר קיים עת ניתן פסק הדין **בעניין שרון נ' לוי**, אולם בית המשפט העליון לא ראה בו מקור לסמכותו לצוות על עריכת בדיקת רקמות, על כן נראה שאין לראות בדיני היושר, העולים מסעיף 75 הנ"ל, מסלול עוקף למגבלות הדין.

ב. סעיף 8(א) לחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995:

"בכל עניין של דיני ראיות וסדרי דין, שאין עליו הוראה אחרת, לפי חוק זה, ינהג בית המשפט בדרך הנראית לו הטובה ביותר לעשיית משפט צדק, אין בהוראה זו כדי לגרוע מכללי חסיונות עדים או כללי ראיות חסיונות."

הדיון בערעור זה היה על ההחלטה ב-**בש"א (ב"ש) 2618/01**,²³⁸ שם קבע **כב' השופט פ' אסולין** מכח סעיף 8 לחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995, כי על האב הנטען לספק משטח רירית, על מנת לדחות את הקביעה הראשונית בדבר אבהותו. בשנים האחרונות הגיע המדע לשכלול נוסף בכך שניתן להפיק ד.ג.א. מבדיקת רוק, ואין הכרח בבדיקת דם.²³⁹ **כב' השופט פ' אסולין** סבר, כי יש הבדל מהותי בין בדיקת הדם לבין בדיקת הרוק, מבחינת הפגיעה בגופו של אדם ובכבודו, וסבר שבית המשפט רשאי ויכול לכפות על האב הנטען לערוך בדיקת רוק, שאינה פולשנית, והכרוכה אך בהעברת מטוש על

²³⁷ זוסמן י', **סדר הדין האזרחי** (מהדורה שביעית, בעריכת ד"ר ש' לוי, תל אביב, 1995), 620.

²³⁸ בש"א (משפחה ב"ש) 2618/01 **פלונית נ' אלמונית**, תק-מש 2002(2) 153 (2002).

²³⁹ נעיר כי מבחינת התוצאה המדעית בדיקת הדם מהימנה ונכונה יותר, ויש להיזהר מהסתמכות בלעדית על בדיקת הרוק במקרים מסוימים.

חלקה הפנימי של לחיו של אדם, וזאת במיוחד לאור הנסיבות העובדתיות המיוחדות שהיו באותו עניין.

כב' השופט נ' הנדל בהתייחסו לכך במסגרת הערעור מבהיר, כי עניינו של סעיף 8 הנ"ל הוא דיני ראיות וסדרי דין, והוא מאפשר לבית המשפט לענייני משפחה לסטות מן המקובל בסדר הדין האזרחי, בכל הקשור לכללי הראיות בסדרי הדין. אך אין בכך כדי להתיר לבית המשפט לענייני משפחה לדרוש כל דרישה מבעלי הדין.

ג. תקנה 124 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984:

"בית המשפט או הרשם רשאי... לצוות על בעל דין להרשות לבעל דין שכנגד... לבדוק כל נכס או חפץ שנתעוררה לגביהם שאלה כתובענה."

כב' השופט נ' הנדל מבהיר, כי גופו של אדם אינו נכס או חפץ ולא ניתן להורות על בדיקה בכפייה במסגרת "צו כניסה לחצרים".

ד. סעיף 1 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), התשנ"ו-1996 :

"1. הגדרות –

"חיפוש חיצוני – ...

(10) מתן דגימת רוק ...

(12) לקיחת תאים מחלקה הפנימי של הלחי."

דגימת רוק ולקיחת תאים מחלקה הפנימי של הלחי סווגו על פי סעיף ההגדרות, כ"חיפוש חיצוני", ולא כ"חיפוש פנימי", כדוגמת בדיקת דם.

גם מקור זה נדחה על ידי בית המשפט הנכבד, מפי **כב' השופט נ' הנדל**, וזאת ממספר נימוקים:

הנימוק הראשון – נסמך על סעיף 3 לחוק, הקובע שאיש משטרה אינו מוסמך להשתמש בכח בכדי לקבל מתן דגימת רוק (פס' 10), או לבצע לקיחת תאים מחלקה הפנימי של הלחי (פס' 12).

הנימוק השני – נלמד מדברי ההסבר להצעת החוק²⁴⁰ סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), התשנ"ו-1996, במבוא לה כתוב:

"לאור פסיקתו של בית המשפט העליון ובעקבות קבלת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, נדרשת חקיקה מפורטת ומצמצמת בכל הנוגע לחיפוש בגוף האדם או על גופו, וזאת בשל הפגיעה בחירותו בשלמות גופו ובפרטיותו כתוצאה מעריכת חיפוש מסוג זה בגופו."

המחוקק הביע עמדה עקרונית, כי נדרשת חקיקה מפורשת בכל הנוגע לחיפוש בגוף האדם. תפקיד המחוקק הוא, ולא של שום גוף אחר, גם לא של בתי המשפט. חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף החשוד), התשנ"ו-1996, מדגים את הצורך בהוראת חוק מפורשת טרם תותר בדיקה מעבדתית בכפייה.

הנימוק השלישי – החוק מתייחס לחשוד – דהיינו "מי שיש לגביו חשד סביר שעבר עבירה" (סעיף 1 לחוק האמור). פשיטא שאין הוא חל על נתבע בתביעת אבהות, שאינו עבריין, אלא צד בהליך אזרחי.

ה. סעיף 68(א) לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות, התשכ"ב-1962 קובע:

"בית המשפט רשאי, בכל עת, לבקשת היועץ המשפטי לממשלה או בא-כוחו או לבקשת צד מעוניין ואף מיזמתו הוא, לנקוט אמצעים זמניים או קבועים הנראים לו לשמירת עניניו של קטין, של פסול-דין ושל חסוי, אם על ידי מינוי אפוטרופוס זמני או אפוטרופוס-לדין, ואם בדרך אחרת; וכן רשאי בית המשפט לעשות, אם הקטין, פסול-הדין או החסוי פנה אליו בעצמו."

אמנם, הסעיף אינו כולל רשימה סגורה של אמצעים, אך **כב' השופט נ' הנדל** קובע כי: "מכאן ועד הוראה: לערוך בדיקה בגופו של נתבע בתביעת אבהות רב המרחק."

גם **בפרשת שרון נ' לוי**, כעשרים שנה לאחר חקיקתו של חוק הכשרות המשפטית

²⁴⁰ הצעת חוק התשנ"ה, 2343, עמ' 210.

והאפוטרופסות, קבע בית המשפט העליון, כי אין הוראה מפורשת בדין המסמיכה את בית המשפט להורות על בדיקת רקמות, ולא חשב למצוא בסעיף האמור פתח לכפיית בדיקת רקמות.

בעניין פלונית²⁴¹ סבר **כב' השופט מ' אלון**, כי להסכמה או לסרוב של קטין לבדיקת רקמות, יש תחליף בצורת הסכמה או סרוב של ההורים, וזאת מתוקף סעיף 68(ב) לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962, הקובע:

"היתה הבקשה להורות על ביצוע ניתוח או על נקיטת אמצעים רפואיים אחרים, לא יורה על כך בית המשפט אלא אם שוכנע, על פי חוות דעת רפואית, כי האמצעים האמורים דרושים לשמירת שלומו הגופני או הנפשי של הקטין, פסול הדין או החסוי."

כב' השופט מ' אלון ראה בבדיקת הרקמות טיפול רפואי, וקבע שכאשר מדובר בנקיטת אמצעים רפואיים בקטין, האמצעים האמורים צריכים להיות "דרושים לשמירת שלומו הגופני או הנפשי של הקטין" – על פי סעיף 68(ב) לחוק הכשרות – שאותה יקבע בית המשפט, הוא אביהם של קטינים.

כב' השופט א' מצא התנגד שם לקביעה, כי בדיקת רקמות היא בבחינת טיפול רפואי, והכריע במקרה זה על פי סעיף 68(א) לחוק הכשרות, על פיו רשאי בית המשפט לנקוט אמצעים בדרך שתראה לו – בין זמניים ובין קבועים – לשמירת ענייניו של קטין. בסעיף זה מצא השופט את סמכותו של בית המשפט להורות על איסור בדיקת הרקמות לקטינה.

ו. חוק מידע גנטי, התשס"א-2000²⁴²

סעיף 3(ד) לחוק קובע לאמור:

"...לא תערך בדיקה גנטית להורות אלא לפי צו של בית משפט לענייני משפחה."

סעיף 11 לחוק קובע לאמור:

²⁴¹ ע"א 1354/92 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית ואח'**, פ"ד מח(1) 711 (1994).

²⁴² ס"ח התשס"א 62.

"לא תלקח דגימת DNA ולא תערך בדיקה גנטית בלא קבלת הסכמה מדעת של הנבדק, והוראות פרק ד' לחוק זכויות החולה, יחולו בשינויים המחויבים."

מאלה עולה, כי תנאי מוקדם לבדיקה הוא מתן צו על ידי בית המשפט; אך אין קביעה לפיה רשאי בית המשפט להורות על הבדיקה בכל מצב. להיפך: עדיין נדרשת הסכמת הנבדק, ולא ניתן לכפות עליו את הבדיקה.

הפרשנות שהתקבלה בפסיקה, ואופני היישום של החוק הם, כי לגבי בן מן האשה הנשואה לא יתן בית המשפט צו לבדיקת רקמות, ואילו לגבי בן מן הפנויה, כאשר ישנה הסכמת הצדדים – יינתן הצו.

כב' השופט נ' הנדל מבהיר מתוך דברי הצעת החוק²⁴³ את רגישות המחקק לשאלת הסכמתו של הנבדק בבדיקת ד.נ.א., ואת הרצון למתן פיקוח מסוים לבית המשפט – במידת הצורך, אך לא מעבר לכך:

"האמת תיאמר כי מטרת חוק המידע הגנטי אינה לפתור סכסוכי אבהות. כפי שעולה מהצעת החוק, הוא נולד כתוצאה מכך ש'התפתחויות של השנים האחרונות בתחום המחקר הגנטי הביאו לכך שביכולת החוקרים לזהות את הגורם הגנטי למחלות שונות שבהן לוקים או עלולים ללקות בני אדם... החשש ההולך וגובר בעולם הוא שבני אדם לא יתקבלו למקום עבודה על בסיס המידע הגנטי שלהם או שתימנע מהם האפשרות לבטח עצמם... מטרת הצעת חוק זו, להבטיח כי הכללים החלים על מידע רפואי, הסודיות החלה על מידע כזה, והיחסים המיוחדים שבין מטפל למטופל יחולו גם על מידע גנטי. הצעת החוק באה להסדיר את הדרכים לעריכת בדיקות גנטיות, מסירת המידע הנובע מהן ושמירתן (הצעת החוק התשנ"ט, 2786, עמ' 290)."

²⁴³ הצעת חוק התשנ"ט, 2786, עמ' 290.

לאחר סקירת המקורות האפשריים לחיוב הבדיקה ודחייתם, מגיע **כב' השופט נ' הנדל** למסקנה, כי אין הוראת חוק המאפשרת לחייב נתבע בתביעת אבהות לעבור בדיקת רקמות בניגוד לרצונו; וכי על מנת להסדיר עניין שכזה על המחוקק לאמר את דברו, ואין זה תפקידו של בית המשפט.

השפעתו של חוק מידע גנטי על נושא בדיקת הרקמות

חוק מידע גנטי מהווה ציון דרך מסוים בנושא ההכרה בחשיבותה של בדיקת הרקמות לצרכים שונים, אם כי באופן מפתיע נראה, כי הוא מרחיב את תחולתו של האיסור, שהיה קיים עד אז, ומבחינה זו צועד הוא דווקא אחורנית. החוק נכנס לתוקף בדצמבר 2001.

עד לחקיקתו של חוק מידע גנטי, נאסרה עריכת בדיקת אבהות **בקטין שנולד להורים נשואים**, מכל הדתות, ללא צו מפורש של בית משפט המורה לעשות כן, וזאת על פי הנחיות משרד הבריאות.²⁴⁴

הסדר זה הוחלף על ידי הוראות חוק מידע גנטי, שהרחיב את האיסור בכך שהכליל בהוראותיו איסור על ביצוע בדיקת רקמות ללא צו בית המשפט גם לגבי **זוגות שאינם נשואים**, וגם לגבי **בגירים**, שלכאורה מסוגלים להחליט לגבי זהותם באופן עצמאי. מבחינה זו צמצם החוק את אפשרות ביצוע הבדיקה גם כאשר אין כלל חשש לממזרות, וגם לגבי בגירים.

כאמור סעיף 3(ד) לחוק קובע: **"לא תערך בדיקה גנטית להורות אלא לפי צו של בית משפט לענייני משפחה"**, ואין די בהסכמת הצדדים בשום מקרה.

עד לחקיקתו של חוק מידע גנטי, יכול היה כל אדם שחפץ בכך, לאחר שהיו ברשותו תוצאות בדיקת הרקמות לעשות בהן שימוש ללא ביקורת וללא התחשבות באפשרות לקיום אינטרסים נוגדים של הצדדים האחרים הנוגעים בדבר.

כך הגיע לפתחו של בית המשפט **תמ"ש (ת"א) 38120/98**,²⁴⁵ בו תבע אדם זר לתא

²⁴⁴ חוזר 38/99 של משרד הבריאות, כפי שהופיע במאמרה של ד"ר רות זפרן, במאמרה "של מי אתה ילד? על פגמיו של ההסדר הקיים בדין הישראלי בשאלת קביעת האבהות", **הפרקליט** מו, חלק ב' 329, 311.

²⁴⁵ תמ"ש (ת"א) 38120/98 **ד"ר מ. ס. נ' פ. א. ג'**, תק-מש 98(4) 12 (1998).

המשפחתי להצהיר על אבהותו על קטין שחי עם אמו ואביו, ושאמו נעלמה בשלב מסוים. התובע ביצע בדיקת אבהות שהוכיחה כי הוא האב הביולוגי של הקטין, ולבית המשפט לא נותר אלא לקבוע את אבהותו, ולשלול את אפוטרופסות האב איתו חי עד אז הקטין.

כב' השופטת צ' צפת התרעמה על יכולתו של התובע לפנות מיוזמתו לביצוע בדיקת רקמות ללא כל פיקוח באומרה:

”נסיבות עריכת בדיקה זו חמורות במיוחד שכן, היא בוצעה בקטין, שנולד בתקופת נישואי הזוג, כדי לבדוק אבהותו של אחר (בן הזוג), מבלי ליידע את הבעל, הרשום כאב, מבלי לקבל הסכמתו, מבלי לקבל אישור בימ”ש ותוך התעלמות מההשלכות שעלולות להיות לתוצאות הבדיקה על הקטין.

ב”כ היועמ”ש הודיעה בעת הדיון כי פנתה בעניין זה למנכ”ל משרד הבריאות ומוטב אכן כי תצא הוראה חד-משמעית, לכל המעבדות העוסקות במתן חוו”ד בנושא אבהות, האוסרת עליהם ביצוע בדיקות שכאלו ומתן חוו”ד ללא אישור ביהמ”ש.”

מכיוון שפסק הדין ניתן לאחר חקיקת חוק מידע גנטי, מתייחסת השופטת אל החוק, ומבהירה, כי אף שאינו מסדיר את כל ענייני קביעת האבהות, הרי שנותן הוא מענה חלקי לבעייתיות הכרוכה בנושא; אם כי עדיין אין בו כדי לחייב את המסרב לביצוע בדיקת אבהות.

עם חקיקת החוק הובהר והוסבר **בעניין ס”נ**²⁴⁶ על ידי **כב' השופט י' גרניט**, כי בדיקת אבהות גנטית אינה טיפול רפואי כמשמעותו בחוק הכשרות והאפוטרופסות – וזאת בהתאם לעמדתו של **כב' השופט ת' אור** לעיל,²⁴⁷ ובניגוד לעמדתו של **כב' השופט מ' אלון**, לדבריו:

”חוק מידע גנטי (שלא היה קיים עת ניתן פסק הדין בע”א 1354/92), מבחין בין בדיקה גנטית להורות (סעיף 3(ד) לחוק), לבין בדיקה גנטית בקטין

²⁴⁶ תמ”ש (ת”א-יפו) 76760/01 ס.נ. (קטינה) ע”י אמה ואפוטרופסות הטבעית, י.ס. נ’ כ. (ש. א.), תק-מש 2004 (3) 353 (2004).

²⁴⁷ עיין עמ’ 303-304 לעיל,

לצורך טיפול רפואי (סעיף 24 לחוק).

סעיף 68(ב) לחוק הכשרות המשפטית מדבר אך ורק "על ביצוע ניתוח או על נקיטת אמצעים רפואיים אחרים" בקטין, ולא בלקיחת דגימת ד.נ.א., הואיל ולקיחת דגימה כזאת אינה בבחינת אמצעי לטיפול רפואי, דהיינו, אמצעי שנועד לריפוי הקטין, ובוודאי אינה כרוכה בניתוח, כאשר מדובר בלקיחת דגימת ד.נ.א. לצורך קביעת אבהות. יש לציין כי ניתן לקחת דגימת ד.נ.א. גם מהרוק של הקטין ואף ממי השפיר של האם בעת ההריון, דהיינו, עוד לפני הלידה, כפי שהבהיר כב' השופט נ' נחמני ביום 29.7.04 בתמ"ש 25920/04. לפיכך, אין כיום בלקיחת דגימת ד.נ.א. מקטין, משום טיפול רפואי.²⁴⁸

פתח מזערי שלא נבחן עד סופו, לחיוב בדיקת רקמות – באופן בו הורה כב' השופט פ' אסולין ב-בש"א 2618/01, שלא אושר כאמור – ניתן למצוא בדברי כב' השופט י' גרניט בעניין ס"נ.²⁴⁹

"החלטה זאת אינה עוסקת בחיוב הנתבע לבצע את הבדיקה הגנטית להורות, אלא באישור בית המשפט לקחת דגימת DNA מהקטינה לצורך הבדיקה הגנטית להורות. השאלה אם ניתן לחייב את הנתבע לבצע את הבדיקה, תידון רק במידה והנתבע יסרב כי תילקח ממנו דגימת DNA לשם קיום הבדיקה הגנטית להורות... במידה והנתבע יסרב ... יתקיימו הוכחות בתביעת האבהות, במועד שיקבע, אלא אם אקבע כי למרות הוראת סעיף 11 (א) לחוק מידע גנטי, לפיה לא ניתן, לקחת דגימת DNA מהנתבע ללא הסכמתו – כיוון שמדובר בטובתה של הקטינה ובבדיקה גנטית להורות – ניתן לחייבו לתת דגימת DNA."

חוק מידע גנטי מחייב אישורו של בית המשפט עובר לכל בדיקת אבהות, בלי קשר למטרת הבדיקה או לאופן השימוש המיועד בתוצאותיה, וגם הסכמת כל הצדדים לבדיקה – אין די

²⁴⁸ תמ"ש (ת"א-יפו) 76760/01 ס"נ (קטינה) ע"י אמה ואפוטרופסוטה הטבעית, י"ס נ' כ' (ש') א., תק-מש 2004 (3) 353, פס' 83 לפסק הדין (2004).

²⁴⁹ תמ"ש (ת"א-יפו) 76760/01, שם, פס' 87-89 לפסק הדין.

בשנת 2005 הונחה על שולחן הכנסת **הצעת חוק מידע גנטי (תיקון מס' 3)**,²⁵¹ ולפיה לאחר סעיף 28 לחוק העיקרי יבוא סעיף 28א, שכותרתו: "עריכת בדיקה גנטית להורות לשם קביעת הורו של קטין".

על פי סעיף 28א(א) להצעת החוק יהיה רשאי בית המשפט להורות על עריכת בדיקה גנטית להורות, בדיקה חיצונית (לקיחת תאים מחלקה הפנימי של הלחי, דגימת רוק, דגימת שיער וכו'), בתנאי שיווכח כי עריכת הבדיקה לא תפגע בטובת הילד, לרבות ביחסו לפי כל דין. הוזה אומר: לבית המשפט תוקנה סמכות לחייב ביצוע בדיקה מדעית, שאינה חודרנית, לצורך הוכחת אבהות לגבי בן מן הפנויה, לגביו אין חשש לממזר.

על פי סעיף 28א(ב) להצעת החוק במקרה שקיים חשש שכתוצאה מעריכת הבדיקה ייקבע מעמד הקטין כממזר, או כגרסה אחרת: "תפגע כשירותו של הקטין לנישואין לפי כל דין" – לא יורה בית המשפט על עריכת הבדיקה עד לקבלת חוות דעת בכתב מטעם היועץ המשפטי לממשלה בעניין קיומו של חשש כאמור, ועל פי גרסה אחרת: "לא יורה בית המשפט על עריכת הבדיקה".

סעיף 28א(ג) להצעת החוק מוסיף, כי על אף האמור בס"ק (ב), רשאי בית המשפט להורות על עריכת הבדיקה למרות החשש האמור, אם מצא כי יש צורך בעריכת הבדיקה למטרות רפואיות, וכי צורך זה גובר על הפגיעה העלולה להגרם לקטין כתוצאה מעריכת הבדיקה.

הצעת החוק ממשיכה ועוסקת בניואנסים שונים של הנושא, שלא נכנס אליהם כאן, בשבעה תתי סעיפים, וזאת יש לאמר, בגרסאות רבות וחלופיות.

²⁵⁰ כב' השופט י' עמית ת"א (חי') 1492/00 **או' ואח' נ' עזבון המנוח ש'**, תק-מח 2003 (2) 11093, 11094 (2003).

על הוראה גורפת זו נמתחה ביקורת – רות זפרן "של מי אתה ילד? על פגמיו של ההסדר הקיים בדין הישראלי בשאלת קביעת האבהות", **הפרקליט** 311 (תשס"ג-2002) 323.

²⁵¹ הצעת חוק מידע גנטי (תיקון מס' 3) (הוראת בית משפט על עריכת בדיקות גנטיות לקביעת הורות), התשס"ו-2005 (ה"ח הכנסת 92).

התייחסות מסוימת להצעת החוק נמצא ב-בר"ע 1364/04 **היועץ"מ לממשלה נ' פלונית ואח'**, תק-מח 2006 (3) 454, פס' 58 לפסק הדין (2006).

הסנקציה במקרה של סירוב, על פי הצעת החוק, תהיה הפעלת סעיף 6 לפקודת בזיון בית המשפט,²⁵² ולאורו – אפשרות למתן קנס או מאסר על המסרב.

מקריאת הפרוטוקולים משיבות ועדת החוקה חוק ומשפט בעניין הצעת חוק זו, ומבדיקה שערכנו עולה, כי רבות המגמות והדעות, ורבים החששות בדיונים לקראת קבלת הצעת החוק, ועדיין אין התקדמות ממשית בעניין הפיכתה לחוק במדינת ישראל.

הצעת החוק עומדת על אותם עקרונות שהנחו את **כב' השופט פ' אסולין ב-בש"א (ב"ש) 2618/01**,²⁵³ על פיהם קבע, כי יש לחייב את האב הנטען באותו מקרה, בו לא היה חשש לממזור, לתת דגימת רוק על מנת לבדוק את אבהותו על הילדה. בית המשפט שם קבע, כי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו מהווה מכשול לכפיית בדיקת הרוק על האב הנטען, וכי כבודה של הקטינה והצורך שלה לדעת מי הוא אביה גובר על כבודו של האב הנטען.

פסק דין זה נהפך, כאמור, בפסק דינו הממצה של **כב' השופט נ' הנדל ב-בר"ע 615/02**,²⁵⁴ הקובע כי לא ניתן להחליט החלטה כגון זו על ידי הרשות השופטת, וכי עדיין עלינו להמתין, כפי שעושים אנו כבר מעל ארבעים שנה.. לדבר המחוקק בעניין זה.

²⁵² חוקי ארץ ישראל, כרך א, 332.

²⁵³ בש"א (משפחה ב"ש) 2618/01 **פלונית נ' אלמונית**, תק-מש 2002 (2) 153 (2002).

²⁵⁴ בר"ע 615/02 **פלוני נ' פלונית**, פ"מ התשס"ב (ב) 108.

שער רביעי

**אינטרסים הנשקלים בהוכחת
אבהות והשפעת חוקי היסוד**

הזכרנו לעיל, מפעם לפעם, אינטרסים שונים, אותם שוקלים בתי המשפט טרם החלטה האם לצוות על עריכת בדיקת רקמות. נראה כי כל מקרה חייב להבדק לגופו ולאור נסיבותיו, כיוון שבמקרים שונים יובילו אותם השיקולים לתוצאות שונות. בפרק זה ננסה לבחון את האינטרסים השונים, ולהרחיב ולפרט את העקרונות שינחו את בתי המשפט בבואם להכריע האם לפעול להוכחת האבהות.

”ונאמר, כי ממילא לא מדובר ברשימת האינטרסים השלמה והמלאה. אפילו נשתוקק מאד לברר ולהביא אל הדף את כל האינטרסים החוברים ומהווים את טובת הקטין בידיעת זהותו של אביו, ספק אם נצליח לגבש רשימה כזו. מדובר במלאכה קשה, שידיעת הנסתר והנבואה שלובים בה. לא זה ואף לא האחר – נתונים בידי בית-המשפט. נסיבותיו של הילד המיוחד הבא בפני בית-המשפט בכל מקרה ומקרה – רק מקשים על המשימה והופכים אותה בלתי-אפשרית כמעט”.¹

בעבר האינטרס העיקרי שנשקל היה החשש לממזור הילד. בעקבות התפתחויות חברתיות; התייחסויות שונות של שופטים ושל דיינים; חקיקת חוקי היסוד; האמנה לזכויות הילד, עליה חתמה ואותה אישרה מדינת ישראל; והערות של מלומדים – ובכל הצניעות, גם גישתנו, החדשנית-לזמנה, בספר זה במהדורה הראשונה – שונתה מפת האינטרסים, לכיוון החשיבות שיש בחקר האמת הגנטית, כפי שנשתדל לפרט להלן.²

¹ כב' השופט ג' גוטזגן ב-תמ"ש (ת"א) 87471/00 פלוני (קטין) ואח' נ' פלוני ואח', תק-מש 2004 (1) 49 פס' יא לפסק הדין (2004).

² עיין גם המאמר שנכתב לאחר התיקון האחרון שהוכנס בארצות הברית עם חקיקת ה- Uniform Parentage Act, 2002.

Roberts, Paula, "Truth and Consequences: Part II. Questioning the Paternity of Marital Children", 37 FAM. L. Q. 55 (2003).

פרק א': אינטרס הילד וטובתו

1. כללי – מה בין: טובה, אינטרס, זכות וזהות

"טובת הילד" הוא מושג המעגן בתוכו יסודות פטרנליסטיים, ומשמעותו העיקרית היא תבונתו וסמכותו של בית המשפט להחליט מה הדרך העדיפה והנכונה להגשמת טובתו של הילד, לדעת הוריו, בעיני רשויות הרווחה ובהתחשב בגורמים רלבנטיים נוספים – ללא קשר ישיר לזכויותיו, ולעתים במובחן מן **האינטרסים שלו**.

כך בלשונו של **כב' השופט מ' חשין**:¹

"מושג האינטרס – להבדילו ממושג הטובה – מדגיש את זכותו של הקטן כלפי הוריו וכלפי העולם, ובה-בעת יש בו כדי להחליש את יסוד הפאטרנליזם הטבוע במושג ה"טובה". בעוד אשר מושג ה"טובה" יש בו כדי לעשות את הקטן, ולו מבלי-משים ובלא-כוונה, לאובייקט ולמטרה שמשפיעים עליהם "טובה", הנה בדברנו ב"אינטרס" הקטן יחסנו אליו הוא יחס אל אדם, אל נושא במשפט. יתר-על-כן: בעיצוב האינטרס של הקטן מעמידים אנו עצמנו במקומו, ומגופו הקטן משקיפים אנו על העולם ועושים ליצירת האינטרסים שלו. במערכת זו ישמשו הוריו של הקטן – הם, ודרכם לקביעת טובתו – גורם חשוב ביותר לגיבוש האינטרס, אך בשום פנים ואופן לא יהיו הם הגורם היחיד. שוב יודגש מעמדו העצמאי של הקטן כנושא זכויות ואינטרסים במשפט."

¹ דנ"א 7015/94 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית**, תק-על 1995(3) 2156, פס' 18 לפסק הדין, מפי כב' השופט מ' חשין (1995).

כב' השופט ח' כהן² מתאר את הקושי בהכרעה בסוגיה של טובת הילד:

"שאלת טובתו של ילד שונה מכל שאלה אחרת הבאה לפני המשפט: אין היא שאלה שבעובדה, שהרי 'הטובה' הנדונה היא טובת הילד לעתיד-לבוא; ואין היא שאלה שבדין, שהרי שום דין אינו קובע לה מסגרות... למעשה טובת הילד היא עניין לנבואה, ואין השופטים בנביאים. על-כן ההכרעות על גורל ילדים קטנים הן הקשות והמעיקות ביותר אשר שופטים נדרשים להן."

האמנה לזכויות הילד,³ שאושרה בישראל בשנת 1991, מכירה בעקרון של טובת הילד ("best interests"), ורואה בו שיקול ראשוני ("primary consideration"):

"בכל הפעולות הנוגעות לילדים, בין אם ננקטו בידי מוסדות רווחה סוציאלית ציבוריים או פרטיים ובין בידי בתי-משפט, רשויות-מנהל או גופים תחיקתיים, תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה..."

הפיכתה של "טובת הילד" לעקרון ראשון במעלה, מבטאת את התפיסה, לפיה, הילד איננו עוד בבחינת "חפץ"⁴ השייך להוריו, כשם שאולי היו מי שסברו בעבר, אלא אדם בעל זכויות וצרכים משלו. ההכרעה מהי טובת הילד בכל דבר ועניין, מתייחסת למקרה הפרטני שבא בפני בית המשפט, ולא ניתן להסתפק בהכללה, שאינה מתחשבת בילד המסוים, בתפיסות הערכיות של החברה בה הוא חי, ובנסיבות המקרה העומד לדיון.⁵

בשנים האחרונות נראה לעתים מעבר בטרמינולוגיה מן המושג "טובת הילד" למושג "זכויות הילד". אולי מדובר בשינוי-מה בתפיסה, אם כי אין מדובר בשינוי מהותי. המושג "זכויות הילד" מדגיש את החשיבות בשמירת האינטרסים והזכויות של הילד, בכל החלטה שתיתן לגבי עתידו. הילד אינו עוד מושא של זכויות, אלא הוא נושא הזכויות בעצמו.

² דברי כב' השופט ח' כהן בהקדמה לספרו של י' רונן **שיתוף הילד בקביעת משמורתו**, (בורסי, ת"א, 1997), 16.

³ **כתבי אמנה** 1038, כרך 31 בעמ' 221, סעיף 3 לאמנה.

⁴ כהגדרת כב' השופט מ' שמגר ב-ע"א 2266/93 **פלונים נ' אלמוני**, פ"ד מט(1) 221 (1995).

⁵ תמ"ש (ת"א) 87471/00 **פלוני (קטין) ואח' נ' פלוני ואח'**, תק-מש 2004 (1) 49 (2004); בר"ע (ת"א-יפו) 1364/04 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית ואח'**, תק-מח 2006 (3) 454 (2006).

ההכרה בזכויות הילד איננה מצמצמת את המושג הרחב של טובת הילד ואין היא באה במקומו; להיפך: המושג "זכויות הילד" הוא רחב, וכולל בחובו גם את טובת הילד.⁶ כפי שמבהיר **כב' השופט מ' שמגר ב-ע"א 2266/93**:⁷

"השלכותיו המלאות של מושג זכויות הילד טרם גובשו, וגדרי הזכויות טרם שורטטו. התפיסה עדיין לא התגבשה לכלל תורת משפט כללית ושיטתית, והשאלות שנוותרו פתוחות אינן מעטות. אנו נמצאים אך בתחילת הדרך. עם-זאת, הספרות המשפטית הרבה בתחום זה בעשורים האחרונים מונעת התעלמות מעצם הצעידה לכלל הכרה בזכויות הילד ומפיתוחו המשפטי של הנושא...

יש בין הכותבים העומדים על ההתפתחות ההסטורית של זכויות הילד, יש כותבים הקוראים לשחרורו המוחלט של הילד ויש כותבים המוכנים להכיר אך בחלק מצרור זכויותיו. מכנה אחד משותף לכל: ההכרה בכך שהילד הפך מ'חפץ' ברשות הוריו ליצור אוטונומי הזכאי להגנת ערכי היסוד החוקתיים, הן מפני המדינה והן מפני הוריו. הגיע שעתו של בית-המשפט הישראלי לתת דעתו אף הוא לנושא זה ולהכיר בזכויות הילד... מושג 'זכויות הילד' הוא בגדר פריסת סוכת ההגנה החוקתית על הילד. ביטוייה בהכרה בזכויותיו ובכך שמכלול הזכויות הוא גם ערובה להבטחת טובתו... 'זכויות הילד' אינן המרה של מושג 'טובת הילד'. היפוכו של דבר, הן מושג רחב יותר ממושג 'טובת הילד', והן כוללות אותו בתוכן. הרבותא שבפניה אל זכויות הילד היא כי 'טובת הילד' היא מושג רגשי סובייקטיבי שנשען על שיקול הדעת וההערכה העובדתית של בית-המשפט במקרה ספציפי, בו בזמן ש'זכויות הילד' הן מושג חוקתי נורמטיבי, הנשען על מערכת זכויות מוכרת וקיימת, אך המודרך כמובן גם כן על ידי השאיפה להכיר בטובת הילד... קשה לשער כי יכולה להיות הכרה בזכויות הילד ובחובה לכבדן שאינה לטובת הילד, או כי טובת הילד תהיה מותנית בהתעלמות מזכויותיו החוקתיות והמשפטיות האחרות."

⁶ תמ"ש (ת"א) 87471/00 **פלוני (קטין) ואח' נ' פלוני ואח'**, תק-מש 2004 (1) 49 (2004).

⁷ ע"א 2266/93 **פלוני נ' אלמוני**, פ"ד מט (1) 221 פס' 22 לפסק הדין (1995).

פסק דין זה דן אמנם בשאלת המשמורת, אך נמצא בו דיון מעמיק בשאלה מה המבחן הראוי, ומי יגבר במקרה בו תהא סתירה בין טובת הילד לזכויותיו?

וכך מתייחס לדברים **כב' השופט י' זמיר**:⁸

”אך מה הדין אם, בכל זאת, המבחנים יובילו במקרה מסויים לתוצאות שונות? לדעתי, אם המבחן של זכויות הילד יוביל לתוצאה הפוגעת בשלום הילד, בהתפתחותו או באושרו, הרשות נתונה לבית המשפט, ובעצם החובה מוטלת עליו, להכריע לפי טובת הילד.

לכאורה, בשאלה זאת נטושה מחלוקת בין הנשיא שמגר לבין השופט שטרסברג-כהן. הנשיא שמגר סבור כי המושג של זכויות הילד רחב יותר, והוא כולל את טובת הילד; ואילו השופט שטרסברג-כהן סבורה כי המושג של טובת הילד רחב יותר, והוא כולל את המושג של זכויות הילד. ואני, דומה בעיני כי גם בשאלה זאת אין מחלוקת בין הנשיא שמגר לבין השופט שטרסברג-כהן לגבי העיקר, הלא היא המהות להבדיל מן המינוח. העיקר הוא, לדעת שניהם, כי יש לנהוג לפי המושג הרחב יותר, משום שהוא מיטיב לשרת את הילד. אם כך לא נותרה כאן אלא מחלוקת המצוייה בעיקר בתחום העיון ולא בתחום המעשה.

אם יש צורך לבחור צד במחלוקת זאת, שלדעתי אין לייחס לה חשיבות מרובה, אני נוטה לצדד, כמו השופט שטרסברג-כהן, במבחן של טובת הילד כמבחן הכולל בקרבו גם את זכויות הילד.

למבחן זה יש, לדעתי, יתרונות אחדים. ראשית, זהו מבחן מוכר ומקובל על הקהילה המשפטית, ואף על הציבור הרחב, שעמד בנסיון לאורך הזמן. שנית, מבחן זה מתיישב עם התפיסה המקובלת בתורת המשפט לגבי זכויות ואינטרסים. יש אינטרסים רבים שקיבלו הכרה כזכויות. קיים תהליך מתמיד של התגבשות אינטרסים נוספים עד שהם מגיעים למעמד של זכויות. אך יש אינטרסים שהמשפט אינו מכיר בהם כזכויות. התחום של אינטרסים

⁸ שם, פס' 3 לפסק דינו של כב' השופט י' זמיר, בעמ' 276-277.

רחב יותר מן התחום של זכויות. מכאן, שאם המשפט מבקש להעניק הגנה מירבית לילד, אין הוא צריך להסתפק בהגנה על זכויות, אלא עליו להתחשב גם באינטרסים, וזו המשמעות של טובת הילד.

ובהקשר אחר – התייחסותו לסוגיה של **כב' השופט מ' חשין**:⁹

”אין חולקים על היותו של עקרון טובת הילד – לחלופין: זכות הילד – עקרון על, השאלה אינה אלא מה היא אותה טובה, **מה תוכנה של אותה זכות**. שהרי מושג טובת הילד, זכות הילד, הוא מושג טעון – בערכים, ברגשות, בהשקפות עולם – ועשויים להתגלע חילוקי-דיעות באשר לתוכנו בין על דרך הכלל בין במקרה פלוני נתון.”

דעה זו קיבלה ביטוי גם בדו"ח הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה, בראשות **כב' השופטת סביונה רוטלוי** (חלק הכללי):¹⁰

”בעת קביעת טובתו של ילד מסוים יישקלו זכויותיו, צרכיו והאינטרסים שלו.”

בהתאם לדו"ח הוועדה יישקלו, בין היתר, עשרת הגורמים המפורטים שם.¹¹

⁹ בג"ץ 5227/97 **מיכל דויד נ' בית-הדין הרבני הגדול**, תק-על 98(3) 443, פס' 11 לפסק הדין (1998).

¹⁰ דו"ח הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה בראשות השופטת סביונה רוט-לוי, חלק כללי, הוצאת משרד המשפטים (דצמבר 2003), 137.

¹¹ הגורמים הם:

- א. רצון הילד, תחושותיו, דעותיו ועמדתו לגבי העניין הנדון;
- ב. שלומו הגופני והנפשי של הילד;
- ג. גילו של הילד וכשריו המתפתחים;
- ד. מימד הזמן בחיי הילד;
- ה. מינו של הילד מאפייניו ותכונותיו הרלוונטים לעניין הנדון;
- ו. ההשפעה על חיי הילד בהווה ובעתיד כתוצאה מן ההחלטה או מן הפעולה;
- ז. קשרים ויחסים של הילד עם הוריו ועם אנשים משמעותיים אחרים בחייו;
- ח. עמדת הורי הילד ואנשים משמעותיים אחרים של הילד על העניין הנדון;
- ט. הידע המקצועי הרלוונטי לעניין הנדון;

כב' השופט י' שנלר,¹² **בערעור המאוחד**, לאחר נסיון להבין את המושגים "טובת הילד" ו"זכויות הילד" ובהדגישו, כי חקר האמת הוא אחד השיקולים שיש לשקול את באים ליישם את עקרון העל – טובת הילד, מבהיר, כי בכל מקרה יש לבחון מושגים אלה, על מכלול השיקולים שפורטו, תוך הדגשה כי הבחינה תערך בהתייחס לילד הספציפי שעניינו נדון בפני בית המשפט. אין המדובר בטובת ילד בפן הכללי או זכויות הילד בפן הכללי, אלא ביישום המבחנים השונים בהתאם ובהתחשב בכלל הנסיבות שאותן אנו מבקשים לבחון.

את עמדתו של **כב' השופט י' שנלר** חיזקה **כב' השופטת ע' ארבל** ב-**בע"מ 2426/07**,¹³ בדחותה את הערעור שהוגש לבית המשפט העליון על ההחלטה **בערעור המאוחד**, כיוון שהחלטתו של **כב' השופט י' שנלר** להחזיר את הדיון לבית המשפט לענייני משפחה משרת את טובת הילד, זאת משום שלדבריה:

"בחינת טובתו של ילד אינה עניין תיאורטי, אינה עניין אך להנחות ותורות – גם אם לאלה משקל בקביעתה – אלא היא בראש ובראשונה פרי בחינת עניינו של אותו ילד שעניינו צריך את הכרעת בית המשפט (וראו דברי הנשיא שמגר, ע"א 2266/93 **פלונים נ' אלמוני**, פ"ד מט(1) 221, 247 (1995)). אכן, בילד בשר ודם מדובר, שיש לו הווה ויש לו עתיד, שביטחונו החומרי והרגשי מוטל על הכף. את כל אלה שומה על בית המשפט לשקול בזירות, בקפדנות, וברגישות. בחינת טובתו של הילד ראוי לה שתיעשה אם כן "באופן הוליסטי", המביא בחשבון את מכלול הנסיבות והשיקולים בנוגע לאותו קטין ... בית המשפט המחוזי קבע בפסק דינו כי בית המשפט לענייני משפחה ... הכריע בהסתמך על עקרונות כלליים "...ולמעשה תוך קביעה גורפת כי בעידן דנן, יש להתעלם כליל מחשש ממזרות", דברי בית המשפט המחוזי. לעומת זאת, הכרעתו של בית המשפט לענייני משפחה, כך נקבע, לא נתנה את הדעת לנסיבות המקרה הקונקרטי שבפנינו ולטובתו של אותו ילד מסוים, בנה של המבקשת. לפיכך הוחלט על החזרת העניין לבית

י. כל גורם אחר שנקבע בחיקוק כקשור לטובת הילד ביחס להחלטה או לפעולה בעניין הנדון או שיימצא כקשור לה על ידי הגורם המחליט.

¹² בר"ע (ת"א-יפו) 1364/04 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית ואח'**, תק-מח 2006 (3) 454 (2006).

¹³ בע"מ 2426/07 **פלונית נ' פלוני ואח'**, תק-על 2007 (2) 1662 (2007).

המשפט לענייני משפחה על מנת שיבחן את טובתו של הקטין באופן פרטני ותוך בחינת רכיבי טובת הילד באופן ספציפי לקטין זה. ... איני רואה הצדקה, לא כל שכן עקרונית, שלא לבחון את טובתו של הילד המסוים שעניינו נידון. לא יכול להיות ספק שבחינת טובת הילד חיונית היא.

כיצד ישמו בתי המשפט את עקרון "טובת הילד"?

נקבע למשל, כי לקטין זכות לסרב לבדיקת סיווג הרקמות, מבחינת מיצוי זכויותיו, אך גם לאחר הסרוב על בית המשפט לבחון על פי הנסיבות, האם טובתו של הקטין דורשת עריכת בדיקת רקמות, או שגם משיקולי טובתו יש לשלול את הבדיקה.¹⁴

במקרה אחר, בו שני ההורים הסכימו והודו בהורותם (האם גרושה והאב נשוי עם אחרת, דהיינו שאין חשש לממזרות) – הורה בית המשפט על בדיקת רקמות בשם טובת הילד, שהיא הידיעה המדויקת מי הוא אביו הביולוגי.¹⁵

טובת הילד "היא שמהווה מצפן ומנחה בענייננו, אותה נדרוש ועל-פיה נלך".¹⁶

כב' השופט מ' זילברג¹⁷ היה מראשוני הקובעים, כי מבחן טובת הילד הוא שיקול המשמש גורם החלטתי ומכריע, שאינו ניתן לחלוקה או לפשרה. המדובר במושג רגשי-סובייקטיבי, שנשקל בכל מקרה ומקרה על-פי נסיבותיו המיוחדות.¹⁸

מלבד נסיבותיו של כל מקרה ומקרה המשפיעות על התשובה לשאלה: מהי טובת הילד – מושפע המושג של טובת הילד גם מן הפורום המשפטי בו דנים: לא הרי בית המשפט האזרחי כהרי בית הדין הרבני; וכן מושפע הוא ממחקרים ומידע מקצועי הנרכש בתחום

¹⁴ תמ"ש (י-ם) 12980/97 פלוני נ' אלמוני, תק-מש 821 (3) 98 (1998). במקרה הנדון נקבע שטובתו של הקטין דורשת שלא לערוך בדיקת רקמות.

¹⁵ תמ"ש (ת"א) 72470/98 פלוני נ' פלוני, תק-מש 167 (2) 99 (1999).

¹⁶ תמ"ש (ת"א) 87471/00 פלוני (קטין) ואח' נ' פלוני ואח', תק-מש 49 (1) 2004 (1) פס' יא לפסק הדין (2004).

¹⁷ ע"א 209/54 שטיינר נ' היועמ"ש, פ"ד ט 251, 241. וראו גם: בג"צ 7/83 ביארס נ' בית-הדין הרבני האזורי בחיפה, פ"ד לח (1) 673 (1984); בג"צ 446/85 צלוק נ' צלוק, פ"ד מ (1) 516 (1986).

¹⁸ ע"א 2266/93 פלוני נ' פלוני, פ"ד מט (1) 221 (1995).

מדעי ההתנהגות.¹⁹

החשיבות בבחינת טובת הילד, מתעוררת ביתר שאת, במקרים בהם הורי הקטין, או אפוסטרופסיו, מעדיפים את טובתם שלהם, על פני האינטרסים של הקטין. דוגמא למקרה זה היא תביעת אם את אבהותו של נהג אוטובוס שלטענתה קיימה עימו יחסי אישות כשהיתה נשואה.²⁰ בירור העובדות בבית המשפט העלה, כי האם והאב חברו יחדיו לתבוע את אבהותו של אותו נהג, על מנת להיטיב את מצבם הכלכלי, מבלי לייחס חשיבות למשברי הזהות של הקטין. על כן תביעתם נדחתה.

במקרה אחר ביקשה סבתה של הקטינה, אָם אָמה, לערוך בדיקת רקמות להוכחת זהות האב, זאת על אף מציאות חייה הקשה של הקטינה – שהיתה יתומה מאם, ומשותקת בארבע גפיה, ונסעדת על ידי דודתה, אחות האב, עֶמה היה לה קשר חם ואוהב.

גם במקרה זה נגלה לבית המשפט כי יש חשיבות עליונה בבירור טובתה של הקטינה, וכי תביעת הסבתא נבעה מהפחד שתאלץ לעזוב את דירתה, שעם מות אם הקטינה הועברה לאביה על פי דיני הירושה; זאת על אף שלא היה כלל בכוונתה של הסבתא, או ביכולתה, לסעוד את הקטינה בעצמה, במידה שיתברר כי האב אינו אביה הביולוגי. התביעה נדחתה, כפי שקבעה **כב' השופטת צ' צפת**.²¹

“לא רק שלא מצאתי כי בדיקת אבהות חוזרת דרושה לשמירת שלומה של הקטינה, אלא דווקא ההיפך מכך. התרשמתי כי המניע לבקשת הסבתא הוא “טובת הסבתא”, ולא “טובת הקטינה” – ברי כי המחלוקת הרכושית עומדת בראש מעייניה של הסבתא ואילולא זאת לא היתה מוגשת בקשה זו.”

טובת הילד הביאה להחלטה חריגה של **כב' השופט י' כהן ב-תמ"ש (כ"ס) 2600/01**,²² לתת אורכה להגשת בקשה לביטול פסק דין, וזאת לאחר מעל שנה (!) מנתינתו, תוך הדגשת החשיבות, כי הילד ידע את מוצאו וזהותו.

¹⁹ ע"מ (ת"א) 90/97 מורן נ' פלדמן-מורן (לא פורסם). כפי שאוזכר בתמ"ש (ת"א) 87471/00 פלוני (קטין) ואח' נ' פלוני ואח', תק-מש 2004 (1) 49 (2004).

²⁰ תמ"ש (חי') 42891/97 צ.ב. ואח' נ' י.ג., תק-מש 2000 (3) 191 (2000).

²¹ בש"א (ת"א) 8564/00 מ.ב. נ' ק.ל.א.ג. – קטינה, תק-מש 2000 (4) 1 (2000).

²² תמ"ש (כ"ס) 2600/01 פלוני נ' פלונית ואח', תק-מש 2003 (2) 277 (2003).

דובר באם יהודיה, ובנה הקטין, ובאב-נטען מוסלמי. האם תבעה את האב הנטען לאבהות על בנה, ובמסגרת הדיונים בתיק הוסכם בין הצדדים כי תערוך בדיקת רקמות. הנתבע לא הופיע במועד הבדיקה, וכן לא הופיע למספר דיונים בבית המשפט. בית המשפט הנכבד ראה התנהגות זו כסרוב, קבע כי הנתבע הוא האב, וחייבו במזונות הקטין.

הנתבע הגיש בקשה לביטול פסק דין ארבעה עשר חדשים לאחר הִנָּתנו (החוק מאפשר להגיש בקשה כזאת תוך 30 יום), וביקש לערוך בדיקת רקמות. למרות השיהוי הרב בהגשת הבקשה קיבל **כב' השופט י' כהן** את הבקשה, וביטל את פסק הדין, וזאת בשם טובת הקטין, על מנת שידע מי הוא אביו באמת, ובלשונו:

”הטעם העיקרי להיעתרות החריגה, חרף התנהגותו של המבקש וחרף האיחור של למעלה משנה בהגשת הבקשה, נעוץ ונובע מהגישה לפיה יש ליתן את הדעת לענייניו של הקטין ולפגיעה בו ובכבודו במקום בו לא יתאפשר בירור חותך החלטי ומדעי בעניין קביעת האבהות. לו נתקבלה עמדת המשיבה בדבר דחיית בקשת המשיב, היתה נשללת זכותו של הקטין לדעת בוודאות מי הוא אביו.”²³

לעתים גובר העקרון של טובת הילד על שיקולי עמדת המדינה, הנובעים בעיקר ממגבלות ההלכה ומן החשש לממזור. כך ב-**תמ”ש (חי) 29150/00**²⁴ נרשמה קטינה בשם אביה הביולוגי המוצהר, על אף שרישום זה העיד רשמית על ממזרותה.

עניין זה נדון על ידי **כב' השופטת צ' קינן**, שקיבלה בקשת הורים יהודים לשינוי המרשם, בכך שהקטינה תרשם כבתו של אדם אחר, על אף שהרישום עלול להכתימה כממזרה. חוסר התייחסותם של בני-הזוג להשלכות הממזרות, עקב אורח חייהם, והאפשרות של הקטינה, כשתגיע לפרקה, להקים יחסי זוגיות באפיקים אחרים מהאפיק המסורתי, הביאו את בית המשפט למסקנה, שטובת הקטינה דורשת כי היא תרשם על שם אביה הביולוגי.

²³ שם, פס' 13 להחלטה.

²⁴ תמ”ש (חי) 29150/00 ד' א' נ' **היועץ המשפטי לממשלה**, תק-של 2002(4) 566 (2002). עיין על פסק הדין בעמ' 115 לעיל, וכן להלן בעמ' 393-394.

וכך מבהירה כב' השופטת צ' קינן:²⁵

"לא בכל מקרה בו מתעוררת שאלת אבהות לגבי ילד שנולד לאם הנשואה לאחר, תדחה התביעה על פניה, ובאופן אוטומטי מחמת הנימוק שברור וקביעת ממצאים בשאלת האבהות עלול לגרום לפיסולו של קטין מההיבט ההלכתי וכל מקרה ידון על פי נסיבותיו המיוחדות ושקול העל שינחה את ביהמ"ש הוא טובתו של הקטין שענייננו מתברר בפניו...בענייננו, אבהותו של התובע, הוכרזה בריש גלי. כלפי הקטינה וכלפי כולי עלמא, בדבור ובמעשה ואין בהכרזה המבוקשת שינוי מצב... החשש להטלת כתם הממזרות בקטינה אינו נובע מעצם ההצהרה המבוקשת והוא קיים ממילא בשל נסיבות לידתה...תכליתו של הסעד המבוקש הוא לשרת את טובתה של הקטינה, שזכאית היא שהמציאות בה היא גדלה ולה היא מודעת, תהא תואמת את המציאות המשפטית – המרשם באופן שלא יוצבו מכשולים בפני הוריה בבואם לפעול במסגרת חובותיהם כלפיה, ובפני הקטינה עצמה, שבבוא היום עשויה למצוא עצמה מעומתת ברישום הסותר את המציאות הידועה והמוכרת לה. בענייננו, המכשולים היומיומיים והמיידיים הצפויים כתוצאה מהעדר הרשום הינם בגדר ודאות, בעוד הטלת הספק בכשרותה, הינו עניין לעתיד לבוא אם וכאשר תבחר להנשא כדמו"י, ואם וכאשר לא ימצא ביה"ד בתבונתו, דרך לסייע לה להסיר את כתם הממזרות באמצעות הכללים שפותחו כדי למנוע פסילתו של קטין כממזר."

האינטרסים של הילד אינם מקשה אחת, וניתן לסווגם לקבוצות משנה, ביניהם **האינטרס הפסיכולוגי** רגשי של הילד לדעת את זהות אביו, **האינטרס הרפואי**, שאף הוא מושפע מתחומים רבים, **האינטרס הכלכלי** ממוני, **והאינטרסים החברתיים** ביניהם האינטרס הדתי והזכות למשפחה. מעל כולם, כאמור, מצוי **עקרון טובת הילד**, המנחה את בית המשפט בבואו להכריע לכאן או לכאן, אם להורות על ביצוע הבדיקה, אם לאו, אם להזקק לראיה מדעית שתדרר לחקר האמת הביולוגית, או להסתמך על חזקות משפטיות נוסח "רוב

²⁵ שם, פס' 16-17 לפסק הדין.

בעילות אחר הבעל".

כב' השופט מ' חשין מדגיש את חשיבות ההכרה בטובת הילד, דווקא מן ההיבט של הידיעה על זהות האב הביולוגי האמיתי:²⁶

"ילד וילדה שנולדו לאם אשר לא היתה נשואה על-פי דין לאביהם – בין אם יכנה אותם המכנה ילדים "בלתי חוקיים", בין אם יכוננו "ממזרים", ובין אם יכוננו בכל כינוי גנאי אחר – ילד וילדה אלה נבראו בצלמו, בצלם אלהים נבראו, והם כילד וכילדה שנולדו לאם אשר היתה נשואה כדין לאביהם. זכותם הטבעית היא, כזכותם של כל ילד וילדה, שיידעו מי הוא אביהם-מולידם אם אך יבקשו לדעת זאת (שלא מטעמים בלתי-ראויים). לא עשב-למירמס הוא האדם. לכל אדם אם ואב, וזכות של-ראשית קנויה לו, זכות מן הטבע, שיידע מנין בא – והיא כבודו. יוצא לכלל הוא האימוץ, אך לא בו נדון. שתוקי זכאי לגאול עצמו משתיקה ומהשתקה, ואנו לא נעמוד בדרכו; נהפוך הוא. זכותו של שתוקי היא שיידע את מי יאהב ואת מי ישטום, את מי יחבק ואל מי יפנה גב."

ובעניין אחר²⁷ מוסיף **כב' השופט מ' חשין**:

"אכן, בסכסוך הנסוב על מעמדו של קטין, טובתו של הקטין היא עמוד-האש ועמוד-הענן שיוליכוננו הדרך. טובתו של הקטין הוא שיקול-על, והיא שתכריע. התעלמות מטובתו של הקטין; החלטה בניגוד לטובתו או שלא בטובתו של קטין; הכרעה בעניינו של קטין תוך עירובו של שיקול זר; אי-מתן משקל ראוי לשיקול טובתו של הקטין – כל אלה יעירו ויעוררו את סמכותנו להתערבות בהכרעות-דין הבאות לפנינו..."

²⁶ ע"א 3077/90 **פלוגית (ח') ואח' נ' פלוני (י')**, פ"ד מט(2) 578, פס' 32 לפסק הדין (1995).

²⁷ בג"צ 5227/97 **דויד נ' בית-הדין הרבני הגדול בירושלים**, פ"ד נה(1) 453 (1998).

שופטים רבים הולכים בדרכו של **כב' השופט מ' חשין**,²⁸ וסקירה ממצה²⁹ תוכיח, כי קיימת ההכרה בחשיבות האב בחיי ילדיו, ובכך שטובת הקטין היא לדעת מי אביו. הטרמינולוגיה עוברת מ'טובת הקטין' ל'אינטרס הקטין':

כב' השופט ג' בך³⁰ קובע, כי: "עקרונית מוטב שילד יכיר את זהותו האמיתית של אביו".

וכב' **השופט ד' דורנר**³¹ קובעת, כי: "זכותו של הילד כי הוריו הטבעיים ידאגו לצרכיו הנפשיים והחומריים... לזכות הילד מעמד בכורה".

כב' השופט נ' הנדל³² עומד על כך, שלא תוסק מסקנה מסרובו של האב הנטען לעריכת בדיקת רקמות, בְּמָקוֹם שהנסיבות נותנות שמא אדם אחר הוא האב, ושמסקנה זו לא תשקף את האמת פְּאֻמַּת, וקובע כך:

"...השאיפה גם של בית המשפט להכריע בעניין לגופו אינה יכולה להצדיק פתרון מאולץ או לא מבוסס. תוצאה אחרת, לדעתי, לא רק שאינה נכונה מבחינה משפטית, יש בה להחטיא את המטרה מבחינת צורכי הקטינה..קביעת אבהות אינה עוד קביעה בדין האזרחי. יש בה הגדרת סטטוס, אולי ראשון במעלה, לצאצא. כבוד האדם וחירותו כולל את זכותו לדעת את עברו ובוודאי מי הביאו לעולם.. קביעה בנושא זה, אשר אינה מבוססת, משמעותה היא הכרעה לטובת הקטינה אשר בסופו של דבר אינה לטובתה...יש לזכור כי השאיפה של המשפט היא להגיע לחקר האמת."

²⁸ וראה גם ע"א 3798/94 **פלוגי נ' פלוגית**, פ"ד נ(3) 133, בסעיף 14 לפסק הדין (1996).

²⁹ תמ"ש (ת"א-יפו) 76760/01 **ס"נ (קטינה) ע"י אמה ואפוטרופסוטה הטבעית, י"ס נ' ב' (ש') א.**, תק-מש 2004 (3) 353 (2004); תמ"ש (ת"א) 72470/98 **פלוגי נ' פלוגי**, תק-מש 99 (2) 167 (1999); תמ"ש (ת"א) 84170/98 **פלוגית נ' היועמ"ש**, תק-מש 99 (1) 39 (1999); ע"א 7155/96 **פלוגי נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד נא(1) 160 (1997); בע"א 165/01 **פלוגית נ' היועץ המשפטי לממשלה** (דינים).

³⁰ ע"א 4427/92 **דוד נ' פלוגי**, פ"ד מט(2) 57, 59 (1994).

³¹ ע"א 3798/94 **פלוגי נ' פלוגית**, פ"ד נ(3) 133, סעיף 8 לפסק הדין (1996).

³² ע"מ (ב"ש) 121/99 **פלוגי נ' פלוגית**, תק-מח 2000 (2) 8592, יש לאמר, כי השופט המלומד נותר בדעת מיעוט, ודעת הרוב הותירה על כנה את הסקת המסקנה בדבר אבהותו של הנתבע שסרב לעריכת הבדיקה. בהמשך היתה התפתחות והשתלשלות נוספת לפסק דין זה, כמובא באפילוג בעמ' 419 לעיל.

בפרשת סושרד³³ נדונה תביעת אבהות על קטינה, וקובע שם **כב' השופט ח' פורת**:

"הפתרון הביולוגי להגדרת האבהות אחוז בהנחה שיש משמעות פסיכולוגית וחברתית עמוקה לעצם הקירבה הטבעית... אין לפקפק איפוא בזכות, באינטרס ובעניין שיש לתובעת מבחינה משפטית להם ניתן להוסיף את ההיבטים החברתיים ובעיקר הפסיכולוגיים: החשיבות שבחשיפת השורשים, קביעת הזהות העצמית, הזכות להציג בציבור את זהות האב והייחוס המשפחתי, הדימוי העצמי ושאר השלכות, ואפילו מידע על מחלות גנטיות ותורשתיות אשר כולן אינטרס לגיטימי בתביעת אבהות."

וכב' השופטת א' אלון לאופר:³⁴

"בית המשפט מביע דעתו בדבר עדיפות זכות הקטין לדעת את מוצאו, אשר הינה גם אינטרס הציבור כולו... בדיקת רקמות נחוצה לשם קביעת אבהות ביולוגית ולא די בקביעת 'אבהות משפטית' (וזאת מתוך התחשבות במהימנותה הבלתי מעורערת של בדיקת האבהות ובטיבה הפשוט והבלתי חודרני)."

וכב' השופט ש' שוחט:³⁵

"טובתו של קטין... דורשת כי הקביעה מיהו אביו תהא אמיתית נכונה וסופית, לא רק מהבחינה המשפטית אלא, ואולי בעיקר, מהבחינה העובדתית."

³³ תמ"א (ת"א) 3206/94 **סושרד נ' כ"ץ** (לא פורסם).

³⁴ תמ"ש 10101/98 **פלוני נ' פלוני** (לא פורסם) כפי שהובא - בתמ"ש (כ"ס) 17340/05 **פלוני – קטין נ' עזבון פלוני ז"ל ואח'**, תק-מש 2006 (3) 90 (2006).

³⁵ תמ"ש (ת"א) 72470/98 **פלוני נ' פלוני**, תק-מש 1999 (2) 167, פס' 15 לפסק הדין (1997).

ומפי **כב' השופט י' כהן**:³⁶

"קביעה של "אבהות מדעית" מעבר לקביעת "אבהות משפטית" הינה מיטב האינטרס של הקטין."

וכב' השופט צ' ויצמן:³⁷

"ומהו אינטרס הקטין בענין דנן? נראה כי אין ספק שאינטרס הקטין הינו לידע מיהו אביו בוודאות המכסימלית, אך ורק בדיקה גנטית נותנת מענה לצורך זה של וודאות."

הזכות לזהות:

ד"ר רות זפרן,³⁸ מדגישה במיוחד את הזכות לזהות, ומרחיבה בצורך של צאצא להתחקות אחר זהות הוריו.

גם ב-**תמ"ש (י-ם) 26762/01**³⁹ מתמקד **כב' השופט פ' מרכוס** בזכות הקטינה לזהות: דובר בתביעה של קטינה, באמצעות אמה הרווקה, לקבל פסק דין המצהיר, כי הנתבע הוא אביה.

"זכותו של אדם לזהות הנה זכות מוכרת כיום ואף באה לידי ביטוי במקורות שונים..."

לדברי **כב' השופט חשין** בע"א 3077/90 **פלונית נ' פלוני**, פ"ד מט(2) 578, 605: 'לא עשב למרמס הוא האדם. לכל אדם אב ואם, וזכות של ראשית קנויה לו, זכות מן הטבע שיידע מניין בא – והיא כבודו'.

³⁶ תמ"ש (כ"ס) 15060/01 **פלונית ואח' נ' אלמוני ואח'**, תק-מש 2004(2) 337, פס' 7(ב) לפסק הדין (2004). וכן ראה תמ"ש (ת"א) 84170/98 **פלונית נ' היועה"מש**, תק-מש 1999(1) 39 (1999).

³⁷ תמ"ש (כ"ס) 17340/05 **פלוני – קטין נ' עזבון פלוני ז"ל ואח'**, תק-מש 2006(3) 90, פס' 25 לפסק הדין (2006).

³⁸ בעבודת הדוקטורט "זכותו של צאצא להתחקות אחר זהות הוריו הביולוגיים" (האוניברסיטה העברית התשס"ד), פרק רביעי, חלקים 4-5.

³⁹ תמ"ש (י-ם) 26762/01 **כ.א. נ' א.א.**, תק-מש 2006(1) 133, פס' 10 לפסק הדין (2006).

הזכות לזהות היא חלק מכבוד האדם, מחופש הביטוי (במובן של הזכות לקבל מידע), חלק מהזכות לחירות (היכולת לקבל החלטות). בהקשר זה עולים גם נושאים הקשורים לייחוס הלכתי ולחשש מנישואי קרובים...

הזכות לזהות קשורה גם קשר בלתי נפרד גם לזכות להגשמה ורווחה אישית. מחקרים פסיכולוגיים בתחום מצאו שילדים שלא היה להם מידע לגבי הוריהם הביולוגיים דווחו על מצוקות נפשיות וקושי ביכולתם להרגיש שלמות רגשית. ילדים אלה דווחו על תחושות של "הקלה" ו"השלמה" כאשר קבלו את המידע לגבי זהות הוריהם.

בהמשך מציין השופט אינטרסים נוספים של הקטינה.

וב-רע"א 4898/00 קובע **כב' השופט ש' לוין**:⁴⁰

"קיים אינטרס נפרד של הקטינה לדעת מי אביה, אינטרס שיש לו משמעות חוקתית."

אינטרס אינו מלמד בהכרח על זכות, ובוודאי שלא על זכות יסוד. האם העובדה שלקטין קיים אינטרס לדעת את זהותו של אביו הביולוגי, מצביעה על קיומה של זכות העומדת לו בעניין זה?

2. זכות הקטין לזהות – כחלק מזכות היסוד לְכָבוֹד כָּאָדָם

ציינו לעיל,⁴¹ כי הזכות של קטין או בגיר לברר את זהותו של אביהם הביולוגי נובעת כיום ממספר זכויות חוקתיות, וביניהן הזכות לכבוד, המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. זכות זו היתה מעולם, ולא היתה מותנית בחקיקת חוק היסוד, אך משזה נחקק, הוסיף הוא, דרכים להגנה על הזכות האמורה.⁴² נרחיב בעניין זה כאן:

⁴⁰ רע"א 4898/00 פלוני נ' פלונית, תק-על 2001 (1) 59 (2001).

⁴¹ בעמ' 285.

⁴² תמ"ש (ת"א) 84170/98 פלונית ואח' נ' היועמ"ש, תק-מש 39 (1) 99 (1999); ע"א 3077/90 פלונית (ח') ואח' נ' פלוני (י'), פ"ד מט(2) 578 (1995); ע"א 5942/92 פלוני נ' אלמוני, פ"ד מח(3) 837 (1994).

עוד טרם נחקק חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הכיר בית המשפט, **בפרשת שרון נ' לוי** בזכותו של ילד לדעת את זהות אביו הביולוגי, בבחינת: מנין בא? כזכות יסוד, כפי שקבע **כב' השופט מ' אלון**:⁴³

”קיימת גם קיימת זכות-יסוד של כל אדם באשר הוא, שידע מי הוא אביו מולידו, שלא יהא שתוקי שמכיר את אמו ואינו מכיר את אביו (משנה, קידושין, ד, ב) ואשר אמו משתיקתו כשהוא שואל על אביו (קידושין, ע, א)... אנו, כבית-דין, שהוא אביהם של קטינים, מצווים אנו על כך כדי לקיים בידו של הקטין זכותו היסודית לדעת מיהו אביו מולידו, ומיהו – בנוסף על אמו – הורו מפרנסו.”

וכב' השופטת ח' בן עמי – לאחר חקיקת חוק היסוד:

”הנה כי כן, גם מכוח כבודה של הקטינה על בית המשפט לעשות כל שביכולתו על מנת שתדע מנין באה ומי הוא אביה, וכבודה זה – זכותה היא.”⁴⁴

בפרשת סושרד⁴⁵ הבהיר **כב' השופט ח' פורת**, כי זכותו של אדם לברר את זהות אביו קיימת כזכות יסוד, כפי שהוגדרה **בפרשת שרון נ' לוי**, גם לבגירים, ולא רק לקטינים:

”השימוש בלשון כה ברורה בקביעה זו מלמד אותנו כי זכות-יסודית זו קיימת לכל אדם, ללא תלות בגיל או במצב משפחתי.”

ב-**בר"ע (ב"ש) 552/03**⁴⁶ חזר וקבע **כב' השופט נ' הנדל**, כי זכותו של אדם לדעת מי אביו היא בחזקת זכות יסוד. המבקשים, בני-זוג נשואים, עתרו על מנת להרשות להם לערער על החלטת בית המשפט לענייני משפחה לפיה תערך בדיקת רקמות; זאת, כדי לבחון אם המשיב הוא אבי הקטינה. באותו מקרה, האם לא היתה יהודיה, ולכן שאלת הממזרות לא עלתה. בדחותו את הבקשה, קבע השופט המלומד:

⁴³ ע"א 548/78 **שרון נ' לוי**, פ"ד לה(1) 736.

⁴⁴ תמ"ש (י-ם) 19491/97 **פלוגית, קטינה נ' אלמוני**, תק-מש 2001(4) 60, סעיף 8 לפסק הדין (2001).

⁴⁵ תמ"א (ת"א) 3206/94 **סושרד נ' כ"ץ** (לא פורסם).

⁴⁶ בר"ע (ב"ש) 552/03 **חסון נ' שפושניק**, תק-מח 2003(3) 1271 (2003).

"אם המבקשים רוצים להיאחז בכללים הרי שבדרך כלל טובת הילד מצדיקה שידע מיהם הוריו. זוהי זכות-יסוד."

ב-ע"א 5942/92 קבע כב' השופט מ' שמגר:⁴⁷

"לקטין שמורה גם כן הזכות לכבוד האדם, וכי, בין היתר, רשאי הוא, לשם שמירת כבודו האישי והאנושי ולשם הבטחת זכויותיו על-פי הדין האישי... שלא לרצות להיחשב לבן בלי-אב-ידוע אלא לדרוש לדעת מי אביו."

בעניין זה נקבע, כי זכות הקטין לדעת את מוצאו גוברת על זכותו של אדם אחר "שלא לרצות לדעת" אם הקטין הוא בנו.

ב-תמ"א 138/95,⁴⁸ שהתברר בפני כב' השופט א' משאלי, דובר בתביעה להצהרת אבהות. בית המשפט התייחס שם לחקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, וכשהוא מתבסס על פסק הדין של כב' השופט מ' שמגר ב-ע"א 5942/92 דלעיל, קבע:

"כבוד-האדם זכה כיום בישראל למעלה של זכות-על היונקת חיותה מערכיה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. אדם כי יבקש לדעת מי אביו, מי אמו, מנין בא 'מי אני' זוהי זכות-יסוד של כבוד-האדם שכן רצונו כילוד אנוש לדעת את מוצאו... כדבריו של הנשיא שמגר בע"א 5942/92. מצווה הוא אדם שידע מניין בא – דע מנין באת – וציווי זה משמיע מעצמו זכותו של אדם: זכות שידע מניין בא. זה כבודו של האדם באשר הוא אדם: עמו נולד באשר ילך ילך אף הוא..."

ב-ה"פ 5222/06 הרחיב כב' השופט י' שפירא,⁴⁹ בהקשר של וולד הנולד מהפריה מלאכותית מתורם זרע, על זכותו של הקטין שלא להיות שתוקי, ועל זכותו של הקטין לדעת את זהות אביו – שתיהן כחלק מטובתו, מן האינטרס שלו ומכבודו כאדם.

⁴⁷ ע"א 5942/92 פלוגי נ' אלמוני פ"ד מח(3) 857, 844 (1994), ועיין ציטוט מורחב של הדברים לעיל, בעמ' 292 ואילך.

⁴⁸ תמ"א (נצ') 138/95 דיין נ' לוגסי (לא פורסם); ע"פ תמ"ש (ת"א) 87471/00 פלוגי (קטין) ואח' נ' פלוגי ואח', תק-מש 2004 (1) 49 פס' יח לפסק הדין (2004).

⁴⁹ ה"פ (מחוזי י-ם) 5222/06 פלוגית נ' שר הבריאות ואח', תק-מח 2006 (3) 2712, פס' 13 לפסק הדין (1998).

השופט ממשיך וקובע, כי מבחינת אינטרס הקטין וטובתו, עולה חשיבות קיומו של האב בעולמו הן מן הבחינה הנפשית פסיכולוגית, והן מן הבחינה הפיסית, ועלולים להגרם לו נזקים כתוצאה מהיותו "שתוקי", שזהות אביו אינה ידועה:

"עקרונית, מוטב שילד יכיר את זהותו האמיתית של אביו. לקטין, ככל אדם אחר, קיימת הזכות לכבוד המוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואשר ממנה ניתן לגזור את זכותו של הקטין כבן אדם לדעת מהו מוצאו, בין היתר, כדי לשמור על זכויותיו הקנייניות, המשפחתיות והאנושיות (ע"א 5942/92 פלוני נ' אלמוני ואח', פ"ד מח(3), 837, עמ' 843-844). היטיב להגדיר זאת כב' הנשיא שמגר, בציינו:

'...לקטין שמורה גם כן הזכות לכבוד האדם, וכי, בין היתר, רשאי הוא, לשם שמירת כבודו האישי והאנושי, ולשם הבטחת זכויותיו על פי הדין האישי ועל פי דיני הקניין, שלא לרצות להיחשב לבן בלי-אב-ידוע אלא לדרוש לדעת מי אביו...' (שם, שם)

אמנם, דברי הנשיא שמגר נאמרו לאחר הולדתו של הקטין, אך דעתנו היא שזכות זאת קיימת לכל קטין, אף טרם בא לעולם.

ב-תמ"ש (משפחה ת"א) 76760/01⁵⁰ דן כב' השופט י' גרינט ביישומה של פסקת ההגבלה לעניין בדיקת אבהות. לדבריו:

"כפי שחוק של הכנסת, שחוקק לאחר חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כפוף לביקורת שיפוטית, על-פי סעיף 8 לחוק-היסוד, כך גם פסק-דין של בית המשפט העליון, שאינו מתייחס לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ולעקרונותיו החוקתיים, כפוף לביקורת שיפוטית; וכפי שכל שופט מוסמך, על-פי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לבדוק אם חוק עומד במגבלות המידתיות – כך אף לגבי פסק-דין של כל בית-משפט, לרבות של בית-המשפט העליון. זכותו ואף חובתו של כל שופט לבחון ולפרש גם כל פסק-

⁵⁰ תמ"ש (משפחה ת"א) 76760/01 ס"נ (קטינה) ע"י אמה ואמוטרופסוטה הטבעית, י"ס נ' כ' (ש') א., תק-מש 2004 (3) 353, 375 (2004).

דין ישן באמת-המידה של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ואף פסק-דין שניתן לאחר חוק היסוד, שאינו מתייחס כלל למבחני המידתיות על-פי סעיף 8 לחוק היסוד: כבוד האדם וחירותו.

ודוק: פסק-דין של בית-המשפט העליון שבחן נושא מסוים במשקפיים חוקתיים, ברוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – מהווה תקדים מחייב. גם פסק-הדין ב-ע"א 1354/92, עליו משתית ב"כ היועץ המשפטי לממשלה את כל יהבו כנגד ביצוע הבדיקה הגנטית להורות, צריך להיבחן באמת-המידה של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כפי שבית-המשפט העליון עשה בעשרות פסקי-דין (שרק את מיעוטם הבאתי לעיל) ולנוכח הפסיקה העקבית של בית-המשפט העליון להחדרת ערך השוויון לכל מערכות החיים הציבוריים ולמניעת הפלייה. ...

כאמור, בפסק-הדין שניתן בע"א 1354/92 לא נערך כל דיון האם הפגיעה בקטינה והנזק שיגרם לה כתוצאה מכך שהיא תהיה "שתוקית" ושאינה לא יהיה קיים בעולמה והנזקים הנפשיים והרפואיים שעלולים להגרם לה כתוצאה מכך שלא תתאפשר בדיקה גנטית להורות – היא במידה שאינה עולה על הנדרש, כאשר ברור גם לבית-המשפט העליון וגם לב"כ היועץ המשפטי לממשלה, כי בית-הדין הרבני לא יממזר אותה על-סמך תוצאות הבדיקה.

פיסקת ההגבלה מחייבת כל בית-משפט לבחון האם החשש שבית-הדין הרבני יסטה מתקדימיו ויסתמך על הבדיקה המדעית ויממזר את הקטינה, עולה על הנזק שיגרם לקטינה עקב היותה "שתוקית", שאינה לא יהיה קיים בעולמה, שהיא לא תזכה לגדול עם אהבת אב, שהיא לא תוכל להתמך כספית על-ידו ושהיא לא תוכל לדעת את המטען הגנטי של אביה ומשפחתו, במידה והיא תזדקק לכך, עקב האיסור על ביצוע הבדיקה."

אין ספק כיום, כי הזכות לברור זהותו של אב ביולוגי נובעת ממספר זכויות חוקתיות,⁵¹ וכרוכה ביניהן הזכות לכבוד המעוגנת כיום במדינת ישראל במסגרת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁵²

קיומה של זכות האדם ובכלל זה זכות הקטין לדעת מי הוא אביו, היתה קיימת תמיד, ולא היתה מותנית בחקיקת חוקי היסוד האמורים, כפי שהבהיר, ביפי לשונו, **כב' השופט מ' חשין**.⁵³

"אם כך בעבר, לא כל שכן כיום, שזכינו וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו עמנו. כבוד האדם זכה כיום למעלה של זכות-על, שורשיו בדין עד הסלע, ויונק הוא חיותו מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. תהיינה אשר תהיינה חירויות שחוק וחוקה יעניקו לאדם – נדיק ונאמר: חירויות בנות משפט הטבע שחוק וחוקה יכירו בהן כבנות-תוקף במשפט הנוהג – כבוד האדם הוא בשורשיהן. אדם וכבודו יבקעו יחדיו מרחם אם, והשניים היו לאחדים: האדם הוא כבודו וכבודו של אדם הוא האדם. כבודו של אדם זכאי הוא לשמירה ולהגנה, הכל כדבר הוראות הסעיפים 2 ו-4 לחוק היסוד...

כבודו של אדם משמיע מעצמו חופש רצון ובחירה (לחופש הבחירה והרצון ראו: ע"א 1212/91 **קרן לב"י נ' בינשטוק ואח' וערעור שכנגד** [5]). ואדם כי יבקש לדעת מי אביו, מי אימו, מניין בא – "מי אני", יזעק – כבודו יחייב אותנו, את כולנו, להושיט יד לעזרו. אכן, זכות-יסוד כבוד האדם כוללת את "רצונו של הקטין כילוד אנוש לדעת מוצאו, כדי לשמור על זכויותו הקנייניות, המשפחתיות והאנושיות" (הנשיא שמגר בע"א 5942/92 **פלוני**

⁵¹ ד"ר רות זפרן במאמרה, "של מי אתה ילד? על פגמיו של ההסדר הקיים בדין הישראלי בשאלת קביעת האבהות", **הפרקליט** 311, 338-339, מונה בנוסף לזכות לכבוד, הגשמה עצמית, אוטונומיה ורווחה גם את ה"זכות לדעת במובן של חופש הביטוי, את הזכות לפרטיות, במובן של ניהול אוטונומי של חיי משפחה ואת עקרון השוויון (ביחס למצב הצאצא בהשוואה לצאצאים אחרים, המחזיקים במידע על מוצאם), בהתאם לנסיבות, עשויות להיות נפקויות בהקשרן של הזכות לבראות וזכות הקניין".

⁵² ע"א 5942/92 **פלוני נ' אלמוני**, פ"ד מח(3) 837 (1994).

⁵³ ע"א 3077/90 **פלונית (ח') ואח' נ' פלוני (י')**, פ"ד מט(2) 578, 592-594 (1995).

נ' אלמוני ואח', בעמ' 843). מצווה הוא אדם שיידע מניין בא – דע מאין באת – וציווי זה משמיע מעצמו זכותו של אדם: זכותו שיידע מניין בא. זה כבודו של האדם באשר הוא אדם: עימו נולד, ובאשר יילך יילך אף הוא. לו אמרנו לנעול שערי בית-משפט בפניה של הילדה – ולהותירה שתוקית כל ימי חייה – כי אז הורינו הלכה הנוגדת את חוש ההגינות וההוגנות הטבוע בנו. קשה – קשה מאוד – להשלים עם הלכה מעין-זו. ולא בכדי דיברנו במשפט הטבע אשר יצק עצמו אל תוך כבוד האדם שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

שלילת זכויות מן הקטנים (כדבר הנשיא בהחלטתו שמיום 11 באפריל 1994; ראה לעיל, פסקה 7), נוגדת את "עקרונותיהם של סעיפים 2 ו-4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, בשוללה מילד או אם דרך לקיום הליך משפטי בדבר הצהרת אבהות, ומותירה את המערערות במבוי סתום, ללא פתרון משפטי". אכן, כבוד האדם באשר הוא – בליבתו – מזכה אדם בהליך המיועד לידעו מי הוא אביו מולידו. נזכור עוד את האמנה הבינלאומית משנת 1989, אמנה בדבר זכויות הילד, שישראל עשתה עצמה צד לה בשנת 1991. בהתאם לסעיף 7 לאמנה "(ו)תהיה לו [לילד] מלידתו הזכות להיקרא בשם, הזכות לקבל אזרחות, וככל האפשר הזכות להכיר את הוריו ולהיות מטופל על ידם...". אני אוסיף ואומר, כי צירוף הכרעותיהם של בית-הדין השרעי ושל בית-המשפט המחוזי, נוגד את עיקריו של משפט-הטבע. משפט-הטבע היה עימנו עוד לפני היות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ומלווה הוא אותנו באשר נלך.

משידענו כי כבוד האדם, כזכות חוקתית במשפטנו, מזכה כל אחד מאיתנו לדעת מאין בא: מי היא אימו יולדתו ומי הוא אביו מולידו (ובלא שננסה לגעת בנושא האימוץ), נוסף ונדע כי בצידה של זכות זו קמה ומתייצבת חובתה של המדינה להיות לעזר לאדם לבוא אל שלו. הזכות השוכנת בחוק היסוד קורנת אל פנינו: מקרינה היא מעצמה סעד לבעל הכבוד, ומטילה היא מעצמה חובה על זולתו. כך ככלל, ולא-כל-שכן שחוק היסוד מורנו מפורשות – בסעיף 4 בו – כי כל אדם זכאי להגנה על כבודו. ומה החבל

יילך אחר הדלי והטפל יילך אחר העיקר, כן יילך הסעד אחר הזכות: ubi jus
...ibi remedium

ולענייננו שלנו נאמר: זכותו המהותית של אדם לכבוד יולדת זכות-בת
לקבלת סעד בבית-משפט כל אימת שאותו כבוד נפגע...

כללם של דברים: למצער מאז חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – וכפי
שנראה להלן, גם לפני היותו – זכאי הוא אדם לדעת מי הוא אביו מולידו.
זכותו זו של אדם נגזרת היא מכבודו, וממשפט-הטבע שקומם כבודו של
אדם. זכות-בראשית זו – זכות-נפילים במשפט הנוהג.

וכב' השופטת ד' בייניש:⁵⁴

"ההורות היא בעלת תוכן ומשמעות במילוי צרכים מעשיים – פיזיים
ונפשיים – של כל המעורבים... גם לאחר התבגרותו של הילד...

במיוחד נכון הדבר כשמדובר בשאיפתו של אדם להגשים את אישיותו,
ולתת ביטוי לרצונותיו בכל הנוגע למוצאו, למשפחתו, לרגשותיו כלפי אלה
ולמבוקשו לתת להם ביטוי גלוי. בעידן בו "כבוד האדם" הינו זכות יסוד
חוקתית מוגנת יש ליתן תוקף לשאיפתו של אדם להגשים את הווייתו
האישית, ומטעם זה יש לכבד את רצונו להשתייך לתא המשפחתי שהוא
רואה עצמו חלק ממנו."

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו יצר, אולי, דרכים להגנה על הזכות האמורה, אך לא גרם
לשינוי מהותי בהגנה וברצון לסייע לכל בן אנוש לדעת מי הוא אביו, עקרונות שהיו
קיימים גם קודם לחקיקתו. חשיבות החוק בולטת במיוחד במקרים בהם עסקינן, הן בגלל
ההגנה הפורמלית שהוא יוצר, והן מכיוון שהוא מבהיר שזו מוענקת גם לקטינים.

רבים מפסקי הדין שעסקו בזכות היסוד של אדם לדעת מיהו אביו, היו כאלה שבהם מי
שביקשו להסתמך על חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו היו דווקא האבות ה"נטענים"; זאת
על מנת שישמש להם מגן מפני הדרישה לקיים בדיקת רקמות.⁵⁵ בתי המשפט, בבחנם את

⁵⁴ ע"א 7155/96 פלוני נ' היוח"מ, פ"ד נא(1) 160, 173-175 (1997).

⁵⁵ ראה לעיל עמ' 285-294.

זכותם של האבות הנטענים, מעלים מנגד את זכות היסוד של הקטין לכבוד כאדם, וכן את הזכות שלו לדעת, בהקשר זה, את מוצאו ואת זהות אביו הביולוגי.

כך קבע כב' השופט ש' שוחט ב-תמ"ש (ת"א) 72470/98:⁵⁶

"עקרונות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אינם מאפשרים כפיה של בדיקת רקמות, אולם על פי אותם עקרונות בדיוק, כאשר אין חשש לפגיעה בטובתו של הקטין, יש מקום לביצוע הבדיקה שכן הזכות הבסיסית של כל בן תמותה שידע להצביע מיהו אביו וזאת ברמת הוודאות הגבוהה ביותר."

לשמירה על כבודו של הילד פנים וביטויים רבים, לרבות: בירור מוצאו של הקטין כדי לשמור על זכויותיו הקנייניות, המשפחתיות והאנושיות;⁵⁷ השמירה הראויה על טובת הילד, כמו גם התנגדותו של קטין לאלמוניות מוצאו; זכותו של אדם לדעת מי הוריו, מי ילדוהו; זכותו לדעת את זהותו, את מורשתו, את מטענו הגנטי ואת זהותו של מי שאמור למלא חובותיו כלפיו בהיותו מולידו.

כבודו של אדם כולל גם את זכותו לחופש הרצון ולחופש הבחירה.⁵⁸

שמירה על כבודו של הילד מוצאת את ביטוייה גם באמנה הבינלאומית לזכויות הילד משנת 1989 בדבר זכויות הילד⁵⁹ – אמנה שמאז שנת 1991 מדינת ישראל היא צד לה.

לפי סעיף 5 לאמנה הבינלאומית לשלום הילד:

"המדינות החברות יכבדו את אחריותם זכויותיהם וחובותיהם של הורים".

ובסעיף 7(1):

"הילד ירשם תיכף לאחר לידתו ותהיה לו מלידתו הזכות להיקרא בשם,

⁵⁶ תמ"ש (ת"א) 72470/98 פלוני נ' פלוני, תק-מש 167 (2) 99, פס' 16 לפסק הדין (1999). במקרה הנדון לא נטענה טענה מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אולם כב' השופט ש' שוחט העלה את הטענה ועסק בה. וראה גם תמ"ש (י-ם) 620/97 פלונית נ' אלמוני, תק-מש 109 (1) 98 (1997).

⁵⁷ כב' השופט מ' שמגר ב-ע"א 5942/92 פלוני נ' אלמוני ואח', פ"ד מח(3) 843 (1994).

⁵⁸ א' ברק, "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא(ג) התשנ"ג-1993, 227-229.

⁵⁹ כתבי אמנה 1038, כרך 31, בעמ' 221.

הזכות לקבל אזרחות וככל האפשר הזכות להכיר את הוריו ולהיות מטופל
על ידם."

אם בעבר נסב הדיון אודות זכות האב הנטען לסרב לבדיקת אבהות מכוח עקרונות היסוד, הרי שכיום, נוטים בתי המשפט לשוות לנגד עיניהם את **טובתו של הקטין, תחילה**; ובעיקר על רקע העובדה שקולו אינו נשמע בהיכל המשפט בבירור סוגיות אבהות.⁶⁰

להלן נבחן את האינטרסים השונים בהם מתחשבים השופטים בבואם ליישם את עקרון טובת הילד וזכותו לכבוד, בנסיבות המקרה הפרטי,⁶¹ כשברור, כי כל מקרה עומד בפני עצמו, וכבודו וטובתו של כל ילד – נבחנים על פי נסיבות העניין, ועשויים להוביל למסקנות שונות.

3. האינטרס הרפואי

"אין שום מחלה, חוץ ממקרים מסוימים של טראומה, שאין בה גורמים תורשתיים. לא ידוע לי ולו על דוגמה אחת."

בדברים אלה של פרנסיס קולינס, ממנהלי פרויקט גנום האדם, מעצים **כב' השופט ג' גוטזגן** את החשיבות של חקר האמת הביולוגית, וזיהוי אביו הגנטי של אדם, וממשיך:⁶²

⁶⁰ תמ"ש (ת"א-יפו) 92401/98 ר.י.ש. נ' א.כ., תק-מש 2002 (2) 23 (2002).

⁶¹ מן הראוי לציין, כי רוב האינטרסים המובאים להלן נסקרו בהרחבה רבה בפסק דינו המעמיק והיסודי של כב' השופט ג' גוטזגן: תמ"ש (ת"א) 87471/00 פלוני (קטין) נ' פלוני ואח' תק-מש 2004 (1) 49 (2004), ואנו מפנים את הקורא לעיין שם במקום שנדרשים השלמה ופירוט נוספים. כמו כן מן הראוי להפנות ולציין את פסק דינו הממצה והמעניין של כב' השופט י' גרניט, ב-תמ"ש (ת"א-יפו) 76760/01 ס"נ (קטינה) ע"י אמה ואפוטרופסוטה הטבעית, י"ס נ' כ' (ש') א., תק-מש 2004 (3) 353 (2004) גם הוא עוסק בהרחבה באינטרסים השונים, וגם בו נעזרנו. כמו כן עיין על האינטרסים השונים, והחלוקה ביניהם:

K. O'Donovan, "A Right to Know One's Parentage?" *Int. J. of Law and the Family* (1998), 27 "Who is the Parent? – Parentage in the 21st Century", *Family Advocate*, fall 2002.

⁶² כב' השופט ג' גוטזגן, ב-תמ"ש (ת"א) 87471/00 פלוני (קטין) ואח' נ' פלוני ואח', תק-מש 2004 (1) 49, 86 (2004).

"תשובה שתינתן לשאלת האבהות ותשקף את המציאות הגנטית, לאשורה, תשרת את האינטרס הבריאותי-רפואי של הקטין עצמו, אבל גם את זה של ילדיו שיבואו לעולם בעתיד. מדובר באינטרס, אשר קשה לחלוק על מעשיותו בחיי-הקטין ועל חשיבותו בהקשר של טובת הילד: טובת הילד העומד בפני בית-המשפט כיום, טובת ילדיו שטרם באו וטובת הילדים הפוטנציאליים שעוד יגיעו בשערי היכל-המשפט. המדובר, כפשוטה, בזכות לבריאות."

חשיבות מעשית נודעת לידיעת זהותו של האב הביולוגי, בהקשר של תורשת מחלות וההסטוריה הרפואית של אדם. הדברים באים לידי ביטוי במספר מישורים: מניעה, אבחון מוקדם ומעקב; ריפוי מחלות והשתלת איברים; אילן היוחסין ותכנון המשפחה, הכל כפי שיפורט להלן:

א. מניעה, אבחון מוקדם ומעקב

הכרת ההורה הגנטי של אדם, ובעקבותיה התחקות אחר ההסטוריה הרפואית שלו ושל בני משפחתו, יכולים ללמד על מחלות תורשתיות, על נטייה משפחתית למחלות מסוימות ועל גורמי סיכון, שעלולים להיות אצל הצאצא. לגילוי יש חשיבות קריטית במניעת התפתחות המחלה התורשתית אצל הצאצא, ולעתים יש לה השפעה גם על תכנון משפחתו לעתיד:⁶³

"העוסקים במקצוע הרפואה מתעניינים בהיסטוריה הרפואית-משפחתית של אדם והמידע על מוצאו הגנטי של חולה – חיוני לדיאגנוזה הרפואית, לברור מצבו של החולה; ולעתים, גם לטיפול בו. תסמינים שמציין הפציינט מצטרפים להיסטוריה המשפחתית שלו; ויחד, עשויים הדברים לכון את הרופא-המטפל לאבחון המחלה בה הוא חולה. תשובה לשאלה "מי אביך?" ו"מאילו מחלות סובלים במשפחה?", המסתמכת על אמת פיקטיבית, עלולה לפגוע במהירות האבחנה של הבעיה ממנה סובל אדם, לעכב את הטיפול בו ולעתים אף למנוע גילוי מוקדם של מחלות, עד כדי הצלת-חיים

⁶³ כב' השופט ג' גוטזגן ב-תמ"ש (ת"א) 87471/00 פלוני (קטין) ואח' נ' פלוני ואח', תק-מש 2004 (1) 49, פס' ט' לפסק הדין (2004).

במקרים מסוימים...

אי-מתן צו לבדיקת-רקמות; ובעקבותיה, אי-ירידה לחקר-האמת הביולוגית, תמנע מהקטין את המידע החיוני בדבר מוצאו ושורשיו הגנטיים, ובדבר ההיסטוריה הרפואית והמחלות התורשתיות-גנטיות של משפחת אביו. שימוש בחזקה עלול לגרום ל"הטעיה" של הקטין ולנזק לבריאותו בעתיד. אנו נמנע מן הקטין מידע, שבמקרים מסוימים עשוי אפילו להיות קריטי להצלת חייו."

אי-ידיעת האמת העובדתית בדבר הזהות האמיתית של אביו הביולוגי של צאצא משמעה, בהכרח, גם אי ידיעת זהותם של אחיו הגנטיים, ועלולה לפגוע באינטרס של הקטין ובזכותו לבריאות ולחיים.

ידיעה על קשר ביולוגי עשויה גם להרחיב את מעגל התורמים איבר או מח עצם לקטין בעת מחלה או קיום של בעיה רפואית; ולהגדיל את הסיכוי להצלת חייו. לכן ידיעת זהותו הביולוגית של האב מקדמת את המטרה של שמירה על הזכות לחיים, המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

ב. ריפוי והשתלת איברים

בנושא של השתלת אברים עשויה להיות השפעה משמעותית לידיעת זהותו של ההורה הגנטי. הסיכוי להתאמה בין איבריו של אב ביולוגי לזה של בנו – גדולה בהרבה מאשר הסיכוי להתאמה בין אבריו של אותו קטין לאלה של אדם זר. איתור האב הגנטי עשוי, במקרים רבים, להביא לריפוי ולהצלת חיים ממש.

סעיף 24 לחוק מידע גנטי, התשס"א-2000 (להלן: **חוק מידע גנטי**), קובע תנאים ללקיחת דגימה גנטית מקטין, ובין היתר:

"(1) התגלו אצל הקטין, החסוי או פסול הדין ממצאים המעידים על מחלה או מוגבלות שלצורך אבחונה נדרשת בדיקה גנטית;

(2) הבדיקה דרושה לשם בירור בדבר קיומו של גן נשאות של מחלה או מוגבלות שעל פי הערכה רפואית סבירה אפשר למנעה, לדחות את התפרצותה או לשפר או לקדם את מצבו של הקטין, החסוי או פסול

הדין:

עינינו הרואות, כי גם המחוקק מכיר בחשיבות הבדיקות הגנטיות לצורך טיפול וריפוי, ואין צורך להרחיב בכך.

ג. אילן היוחסין ותכנון המשפחה

האינטרס הבריאותי רפואי של הקטין בידיעת זהותו הגנטית של אביו, רלבנטי לא רק לעצמו, אלא גם לצאצאיו לדורותיהם. מדובר באינטרס של הקטין, הנוגע גם לתכנון משפחתו בעתיד. זהות האב הביולוגי ומוצאו האתני הם בעלי השפעה לא רק על הקטין המסוים שאת אביו מחפשים, אלא גם על ילדיו שייוולדו לו ועל המחלות התורשתיות שלהם.

כיום מוצע לזוגות בירור גנטי לפני ההריון, על מנת לנסות ולגלות שמא הם נמצאים בסיכון גבוה ללידת ילד שישא מחלה תורשתית חמורה. במקביל ובהמשך ניתן ייעוץ גנטי הולם. במהלך הייעוץ הגנטי ובבחירת הבדיקות המתאימות לבני-הזוג, יש משמעות להסטוריה הרפואית של בני-הזוג ולמוצא העדתי אתני שלהם.⁶⁴ הדיווח של בני-זוג הבאים לבירור הגנטי לפני ההריון על מוצאם, עשוי להשפיע על המחלות הגנטיות האפשריות שייבדקו אצלם. בני-הזוג יוכלו לתכנן את הקמת משפחתם בהתאם להסטוריה הרפואית, לבירור הגנטי ולתוצאותיו. קביעת אבהות מכוח חזקה בלבד ובלי קשר למציאות הגנטית, עלולה לגרום להחמצת התועלת העצומה שניתן להפיק כיום מן הבדיקות הגנטיות. החמצה כזו תגרור הבאה לעולם של צאצאים, שחלילה יהיו חולים במחלות קשות.⁶⁵

4. האינטרס הפסיכולוגי

כב' השופטים ג' גוטזגן וי' גרניט עורכים סקירה מרשימה של ספרות מקצועית בנושא

⁶⁴ יש מחלות שהשכיחות שלהן היא בקרב יהודים אשכנזים דווקא (למשל, Fanconi anemia). מחלות אחרות שכיחות הן בקרב יהודים ממוצא אשכנזי והן כאלה ממוצא מרוקאי (למשל, Tay Sachs). חלק מיוצאי טוניס ומרוקו סובלים ממחלות הייחודיות להם (למשל, Thalassemia major). מתוך: "מצבי בריאות, הרגלי חיים ובדיקות במהלך ההריון", בעריכת י' זלוטוגורה ואח', כפי שמובא בסעיף ט' ל-תמ"ש 87471/00 פלוני (קטין) ואח' נ' פלוני ואח', תק-מש 2004 (1) 49 (2004).

⁶⁵ תמ"ש (ת"א) 87471/00 פלוני (קטין) ואח' נ' פלוני ואח', תק-מש 2004 (1) 49, 90 (2004).

הנזקים העלולים להגרם לקטין שאינו יודע מי אביו.⁶⁶ נביא להלן בקצירת האומר תמצית הדברים, וכן דברים נוספים, ונפנה את הקורא להרחיב דעתו בכך, בפסקי הדין ובמקורות המובאים שם, שאת חלקם הבאנו גם כאן.

מחקרים הוכיחו, שמוצאו של אדם ויחוסו הטבעי עשויים להיות מרכיב בעל ערך ומשקל בכל הנוגע לתודעתו הפסיכולוגית וזהותו העצמית. הצורך של צאצא לדעת את המקור הביולוגי שלו, מהווה חלק בלתי נפרד מזהותו של בן אנוש. הצורך של הילד לדעת מי הוא אביו קשור גם לסיכוי שבבוא העת יקבל ממנו תמיכה נפשית ורגשית.⁶⁷ מדובר באינטרס המגלם בתוכו, בין השאר, את הזכות לדעת, כחלק מחופש הביטוי, את הזכות לכבוד, להגשמה עצמית, לאוטונומיה ולרווחה.⁶⁸

גם לעצם ההתחקות אחרי האלמנט הגנטי ישנה חשיבות רבה. הצאצא סקורן לדעת איך נראה ההורה הביולוגי שלו, לברר תחילה האם הוא דומה לו מן הבחינה הפיזיונומית, ובהמשך גם מעבר לכך. הידיעה על זהות ההורה הגנטי, כפי שבאה לידי ביטוי ממחקרים שבחנו את מצבם הנפשי של ילדים שנמסרו לאימוץ, היא חלק מן השלמות הנפשית של אדם.

”איש אינו רוצה להתנתק משורשיו וממקורותיו. בירור הזהות הגנטית של אבי-הקטין, מהווה נדבך חיוני בהתחקות אחר שורשיו של אדם. המדובר בצורך היולי-אוניברסאלי. הכמיהה לקבל תשובה לשאלה ‘מי אני?’ ובאותה נשימה גם ‘מי אבי?’ אופיינית לילדים, באשר הם. ידיעת זהותו של ההורה הגנטי אינה מתקיימת במנותק ממעגל חיי-הקטין. לעתים קרובות, עשויה להיות לה משמעות קריטית ביחס לבניית הזהות העצמית

⁶⁶ תמ”ש 87471/00 פלוני (קטין) ואח’ נ’ פלוני ואח’, תק-מש 2004 (1) 49, פרקים ז’ – ט’; תמ”ש 76760/01 ס”נ (קטינה) ע”י אמה ואמוטרופסוטה הטבעית, י”ס נ’ כ’ (ש’) א., תק-מש 2004 (3) 353, פס’ 23-33 לפסק הדין (2004).

⁶⁷ ה”פ (מחוזי י-ם) 5222/06 פלונית נ’ שר הבריאות, תק-מח 2006 (3) 2712 (2006), מפי כב’ השופט י’ שפירא.

⁶⁸ תמ”ש (משפחה ת”א) 87471/00 פלוני (קטין) נ’ פלוני, תק-מש 2004 (1) 49, 60 (2004). המביא את מאמרה של רות זפרן, “של מי אתה ילד? על פגמיו של ההסדר הקיים בדין הישראלי בשאלת קביעת האבהות”, הפרקליט (תשס”ג) 311, 338-339.

וה'אני' של הילד וכן לבריאותו הנפשית ולצמיחתו כאדם 'שלם'.⁶⁹

בפרשת סושרד,⁷⁰ נדונה תביעת התובעת להכרת הנתבע כאביה. **כב' השופט ח' פורת** פסק:

"הפתרון הביולוגי להגדרת האבהות אחוז בהנחה שיש משמעות פסיכולוגית וחברתית עמוקה לעצם הקירבה הטבעית... אין לפקפק איפוא בזכות, באינטרס ובעניין שיש לתובעת מבחינה משפטית להם ניתן להוסיף את ההיבטים החברתיים ובעיקר הפסיכולוגיים: החשיבות שבחשיפת השורשים, קביעת הזהות העצמית, הזכות להציג בציבור את זהות האב והיחס המשפחתי, הדימוי העצמי ושאר השלכות, ואפילו מידע על מחלות גנטיות ותורשתיות אשר בכולן אינטרס לגיטימי בתביעת אבהות."

לעניין האינטרס של ילד לדעת מיהו אביו מן ההיבט של **חקר האמת** נדון בהמשך; אך נקדים ונציין גם בהקשר הפסיכולוגי, כי קיימת הכרה בחשיבות הידיעה בדבר הזהות האמיתית של האב, גם ללא קשר לאינטרסים ממשיים אחרים.

"ילדים זקוקים לדעת פרטים אודות מוצאם הגנטי, על מנת למתוח את חוט חייהם מראשיתו, אל ההווה ולקראת העתיד. 'קשר-דם' אינו ביטוי בעלמא. לא ניתן להתירו באחת. איתור מוצאו הטבעי של אדם ופרטים אודות מוצאו הגנטי מהווים מרכיבים חיוניים בהתפתחותו. חיסורם עלול לגרום נזק ופגם."⁷¹

⁶⁹ תמ"ש (משפחה ת"א) 87471/00 **פלוני (קטין) נ' פלוני**, תק-מש 2004 (1) 49, 67 (2004).

⁷⁰ תמ"א (ת"א) 3206/94 **סושרד נ' כ"ץ** (לא פורסם) כפי שהובא ב-תמ"ש (ת"א-יפו) 76760/01 **ס"נ (קטינה) ע"י אמה ואפוטרופסוטה הטבעית, י"ס נ' כ' (ש') א.**, תק-מש 2004 (3) 353, סעיף 23 לפסק הדין (2004).

⁷¹ תמ"ש (ת"א-יפו) 87471/00 **פלוני (קטין) ואח' נ' פלוני ואח'**, תק-מש 2004 (1) 49, סעיף ח לפסק דינו של כב' השופט ג' גוטזגן (2004).

אפשרי, אמנם, שזהות אביו הגנטי של צאצא לא תתברר באמצעות בדיקת רקמות, אלא תיקבע בעזרת חזקות משפטיות, כגון חזקת "רוב בעילות אחר הבעל"; אלא שאין ביכולתה של האמת הנחזית להעלים את הספקות, שימשיכו לנקר בלב הצאצא.

האמת עלולה להתגלות לצאצא ביום מן הימים, לעתים אף במקרה, ומעבר לנזקים מעשיים, שעלולים להגרם לצאצא, כתוצאה מכך שיסתמך על הנחזה להיות אביו כאביו הגנטי, עלול גילוי האמת לגרור תוהו ובוהו בחייו, ולהשפיע גם על יחסיו עם אמו.⁷²

החסיין על זהות האב הביולוגי, שבמקורו בא להגן על הצאצא, עלול לפגוע גם ביחסי הצאצא עם מי שבפועל ישמש אביו. אם יידע הצאצא על חוסר הוודאות בדבר זהות אביו הגנטי – דבר שעלול להוודע לו בעקבות הליך משפטי לברור האבהות – סביר להניח שיגרום לו הדבר לסערת נפש מיותרת.⁷³

לא רק לירידה לחקר האמת עצמה יש משמעות, מבחינת הצאצא, בכל הנוגע לברור הזהות של אביו הגנטי; גם לעיתוי – יש משמעות. **בעניין פלוני**⁷⁴ הציעה האפוטרופוס לדין לרחות את ההכרעה בבדיקת הרקמות עד לבגרותו של הקטין, בטענה שכך יוכל בית המשפט לשאול את דעתו של הקטין. לעניין זה העלה בית המשפט טיעונים שכנגד, ממסקנות שהוסקו לגבי ילדים מאומצים בשאלה: מתי מומלץ לגלות לילד שהוריו הפסיכולוגיים, אלה שמגדלים אותו (לעתים מגיל ינקות), אינם הוריו הטבעיים, ומתי כדאי לחשוף בפניו את זהות הוריו הביולוגיים?

מן המחקרים עולה, כי טובת הילד היא, כי יידע את האמת בדבר הזהות הגנטית של הוריו, מוקדם ככל האפשר. החריגים הם מקרים בהם יוכח שטובת הקטין דורשת אחרת. וכך קובע בית המשפט **בעניין פלוני** הנ"ל:⁷⁵

⁷² Re H & A [2002] 1 F.L.R. 1145.

⁷³ לעניין זה ראה גם [In re R (a minor) [1993] 2 F.L.R. 76 וכן: A v L [1998] 1 F.L.R. 361] שם הציע בית המשפט למנות פסיכיאטר ילדים כאפוטרופוס אד-ליטם לקטינה, על מנת שהוא יספר לה את זהותו של אביה, מאחר שהאם טענה שאינה מסוגלת נפשית לעמוד בבירור זה.

⁷⁴ תמ"ש (משפחה ת"א) 87471/00 **פלוני (קטין) נ' פלוני**, תק-מש 2004 (1) 49 (2004).

⁷⁵ תמ"ש (משפחה ת"א) 87471/00 **פלוני (קטין) נ' פלוני**, תק-מש 2004 (1) 49, 71 (2004).

"דחיית ההחלטה בדבר מתן צו לביצוע בדיקת-רקמות לבגרות הקטין, לא תהווה פתרון ראוי. כלום מה יהא גורל הקטין, אשר ייאמר לו כי בעלה-לשעבר של אמו הוא אביו, מכוח חזקה, ובבגרותו יחליט להיעזר בבדיקת-רקמות לברר דברים לאשורם, או לפחות לתת להם את נפקות השפה המדעית, שאז יתברר לו כי בדיה היא?!..."

היכן יימצא אותו האחד שלידינו יתקע, כי הקטין לא יערוך בעתיד בדיקת-דם אקראית, לצרכים אחרים, וכך יתחוויר לו על היעדר כל קשר גנטי עם זה הנחזה להיות אביו?!"

עריכת הבדיקה והתחקות אחר האמת הגנטית תאפשר לקטין לחיות, מגיל צעיר, בסביבה של אמת אבסולוטית וודאות בכל הנוגע לזהות אביו הביולוגי ותחסוך ממנו נזק נפשי בעתיד.

מחקרים נוספים מתארים נזקים נפשיים, שנמצאו אצל צאצאים שזהות ההורה הביולוגי לא היתה ידועה להם.

ילדים מאומצים, אשר התוודעו לאמת בדבר מוצאם הגנטי כבר בגילאי ארבע עד שמונה שנים, קיבלו את הדברים והתמודדו אתם בצורה קלה הרבה יותר מאלה שרק בגיל הבגרות נאמר להם שהם מאומצים, או מכאלה שנודע להם דבר היותם מאומצים בדרך מקרה.

החסך הנובע מאי-ידיעת זהותו של ההורה הגנטי מוביל לפגיעות ולחוסר שלמות של הזהות העצמית, שיכול לבוא לידי ביטוי גם מאוחר יותר בעתיד חייו של האדם, אפילו בבגרותו ובהיותו הוא עצמו הורה.⁷⁶

מעבר לצורך בדיעת זהות האב, הרי שהתבססות על חזקות משפטיות, בקביעת זהות אביו של הקטין, עלולה לגרום לקטין תחושה כי החמיץ עולם תרבותי שלם, שיכול היה להשפיע על כל מהלך חייו; ועלולה לגרום לו משבר, על רקע תחושתו, כי הוא שייך דווקא

⁷⁶ D. Sorosky & oth., *The Adoption Triangle the Effects of the Sealed Record on Adoptees Birth Parents and Adoptive Parents* (New-York 1978). גם אם סורוסקי וחבריו מתייחסים במחקרם לילדים מאומצים, הרי הדגש הוא על כך שמדובר בצאצאים שזהות ההורה הגנטי שלהם – עלומה.

לרקע עדתי-תרבותי-דמוגרפי כזה ולא אחר. ובלשונו של בית המשפט:

”קווים דקים של הבדל בין קהל-ישראל, אשר עין-המתבונן-מן-החוץ אולי לא תכירם – כי קהילה אחת הם – ואפילו משאלת-לבנו היא לטשטשם – עלולים לגדול בעיני הקטין ולהיות בבחינת גבולות גורלו; כך, ולא אחרת, האחד ולא השני, כהן או לוי, ממזרח או ממערב, דתי או חילוני, בן גלות זו מתוך קיבוץ-הגלויות ולא האחרת.”⁷⁷

בהקשר זה ראוי לציין את אינטרס הקטין למשפחה ולאחים ביולוגיים, מן הבחינה הנפשית:

”פעמים רבות משמעות הידיעה מיהו אביו הגנטי של אדם, פירושה, הלכה למעשה, גם קשר עם צאצאים נוספים של אותו אב, קשר-דם עם אחים אשר אין דומה לו. אפילו במקרה שבו האב הנטען יסרב לקיים עם הקטין קשר, הרי ברבות הימים בניו, אחיו של התובע, יהיו עצמאיים לבחור. בהכרענו כבר עתה על-פי חזקות משפטיות, הרינו לוקחים מן הקטין גם את האפשרות שאולי, בעתיד, יזכה באחים גנטיים, שקשריו עמם קשר דם ועבותות.”⁷⁸

הפסיכיאטרית **ד"ר אביגיל גולומב** מתייחסת לשאלות אלה בהרצאתה:⁷⁹ ”בין אי-ידיעה לידיעה – הרגשת ה'אין'". ההתייחסות היא לילדים ניצולי השואה, לילדים שנולדו מתרומת זרע ולילדים מאומצים.

הדוגמאות הכואבות והקיצוניות הם ילדים ניצולי השואה, שאינם יודעים את שמם המקורי, את שם הוריהם, את תאריך לידתם, ולעתים אף לא את מקום לידתם. בהמשך ילדים שנולדו כתוצאה מהזרעה מלאכותית, כלומר שהאם ידועה, אך האב אינו ידוע.

⁷⁷ תמ"ש (ת"א) 87471/00 פלוני (קטין) ואח' נ' פלוני ואח', תק-מש 2004 (1) 49 פס' ח' לפסק הדין (2004).

⁷⁸ תמ"ש (ת"א) 87471/00 פלוני (קטין) ואח' נ' פלוני ואח', תק-מש 2004 (1) 49, סעיף יא לפסק הדין (2004).

⁷⁹ ב-תמ"ש (ת"א-יפו) 76760/01 ס"נ (קטינה) ע"י אמה ואפוטרופסוטה הטבעית, י"ס נ' כ' (ש') א., תק-מש 2004 (3) 353, 361, סעיף 24 לפסק הדין (2004).

ולבסוף – האימוץ הפתוח. לדבריה:

”הנחת היסוד... היא שאי-ידע יוצר ריק פנימי. ניתן למלא את הריק על ידי צפייה לידע (למשל פתיחת התיק), על ידי פנטזיות, בחיפוש אחר הידע; ניתן גם להתעלם מהריק ולשלול את קיומו; אולם הוא קיים, וגם התעלמות דורשת אנרגיה נפשית.”

אי-ידיעת זהות האב אצל ילדו מותיר ואקום רגשי והתפתחותי בעל השלכות משמעותיות ביותר בנפשו המתפתחת של הילד, ומסכן את התפתחותו הרגשית התקינה. תוארו מקרים של ילדות שנולדו בהפריה מלאכותית אשר פיתחו תסמונת פסיכיאטרית של כפייתיות (O.C.D.), עיסוק מרובה עם דמות אב, הקיים ברמה כלשהי אך ”שאינו נראה” invisible father. כמו כן, תוארו מקרים של דכאון אצל ילדים שגדלו ללא אב, והעובדה כי קיימת סכנה לפסיכופתולוגיה פסיכיאטרית בשל העדרו.

אי-ידיעת זהות האב חושף את הילד לשאלות ולתמיהות לגבי הסיבה להסתרת שמו, ולחוסר אמון בסיסי. גם אם ימסרו לו הסיבות, הרי שידוע כי הדמיון והפנטזיות של ילדים אינם מסתמכים על עובדות יבשות. לפיכך, קיימת סכנה של תחושת דחייה ראשונית ומסיבית שתגרור בעקבותיה פגיעה, העלולה להוביל לפגיעות ולרגישות לגבי כל סיטואציה של אי-קבלת תשומת לב, התעלמות ו/או ביטוי בדמיון ו/או במציאות של אי-קבלה חברתית מצד בני מינו בכלל ומצד בני המין השני בפרט.

במקביל עלול הילד להיות עסוק באופן אובססיבי ”בלגלות” את שם האב וזהותו. לדוגמא, ילדים מאומצים מבקשים לגלות אצל עוברים ושבים אלמוניים תכונות פיזיות דומות להם כדי ”לאתר” את הוריהם האמיתיים. עיסוק זה עלול לגרוע אנרגיה, לפגום בתפקוד ואף לסכן את הילד בפנייה לזרים. בגיל הנעורים יש סכנה של פניות לגברים זרים לשם קבלת חום, תמיכה והכרה – תופעה שעלולה לגבות מחיר כבד בהתפתחותו ובשלמותו הפיזית והרגשית של הנער.

אי-הידיעה של זהות האב עלול לקבע באופן לא רצוי את הקשר של הילד עם האם. זאת הן בשל אי מילוי תפקידים של האב בתחום הנבחנויות-נפרדות (separation-individualation) המותיר את הילד בקשר הדוק ו/או סימביוטי עם אמו, והן בשל החשש לאבד את ההורה היחיד ”והלא דמיוני”. מצב זה יגרום לכשלים בתפקודים אוטונומיים,

לביטויי תלות ולקשיי פרידה.

קשיים נוספים עלולים לבוא לידי ביטוי בתחומים הבאים:

קושי ביצירת קשר חברתי: מתוך הקרבה היתרה לאם, מתוך החשש להיפגע על ידי בוז ולעג על ידי בני גילו של הקטין עקב המצב המשפחתי, ומתוך חוסר בטחון וערך עצמי ירודים.

העדרות האב בכלל ואי-ידיעה בפרט, עלולים לפגום ולשבש תהליך נורמטיבי של הקשר הבין-אישי והבין-זוגי בהמשך.

כמו כן עלולה אי-ידיעת זהות האב לפגום בתהליכים של רכישת נורמות וכללים, קבלת סמכות וחוקים חברתיים מקובלים; וכן קיימת סכנה אפשרית להדרדרות מוסרית חברתית (עבריינות, סמים, נשירה מביה"ס וכד') ובעיות התנהגות מסוימות, עד להתפתחות של הפרעות פסיכיאטריות, לרבות: הפרעות אישיות, חרדה, דכאון, אובססיה ופסיכוזה.

5. האינטרס הכלכלי

האינטרסים הכלכליים של הקטין מהווים ומייצגים את הסיבה המעשית להתחקות אחרי שורשיו, ומציאת הזהות הגנטית של אביו. מדובר בכל הכרוך ברווחתו החומרית של הקטין, ובאינטרס שתהיה לו תמיכה כלכלית, לרבות מזונות ורכוש – אינטרס שעשוי להיות מושפע מקביעה כזו או אחרת ביחס לזהות האב הגנטי.

כב' השופט ח' פורת מצביע בפרשת סושרד⁸⁰ על גבולות ההחלטה בעניין אבהותו של האב הנטען, כתוצאה ממכלול השיקולים, שיש להביא בחשבון בקביעת אבהותו של הקטין:

”בהכרת אבהות כרוכים עניינים נוספים, הנגזרים מעצם ההכרה כי פלוני הוא אביו של פלמוני ובין היתר עניני ירושה, אפוטרופסות, אימוץ, רישום במרשם האוכלוסין וכשרות יוחסין (והרי ידועה הסוגיה של 'שתוקי' – מי שאביו אינו ידוע – ופסלותו, הגבלתו לנישואין). לעניין יש השלכות אף על

⁸⁰ תמ”א (ת”א) 3206/94 **סושרד נ’ כ”ץ** (לא פורסם) כפי שהובא ב-תמ”ש (ת”א-יפו) 43690/03 **א. א. ה., נ’ מ. מ. א. (קטינה)**, תק-מש 2006 (4) 75 (2006).

צאצאי התובעת שכן לאלה זכויות כלפי אבי התובעת הן בירושה, במזונות ואפילו במידה מסוימת בענייני אפטרופסות (לגבי זכויות-חובות נכדים/סבים) ואף להם עניין שאמם לא תהיה בגדר 'שתוקי' שכן 'פגם' זה הוא רב-דורי.⁸¹

אין ספק כי אבהות לא תיקבע בהתאם למצבו הכלכלי של האב הנטען, יחד עם זאת יש להקפיד שלא לחטוא עם קטין שיש סיכוי לשפר את מצבו הכלכלי הקשה על ידי ירידה לחקר האמת, וגילוי נכון של זהות אביו.

להלן ננסה לדייק במספר היבטים קניינים, הקשורים בסוגיית קביעת האבהות, ואשר עשויה להיות להם השפעה מיידית על חיי היומיום של הקטין.

א. מזונות

חובת המזונות קמה עם האבהות. מרבית הפוסקים גורסים, שאין כל קשר בין חובת הבעל למזונות אשתו לבין חובתו של האב למזונות ילדיו. חובתו של האב לזון את ילדיו היא חובה אבהית עצמאית, שאינה תלויה במזונות האם.⁸¹ לפיכך, יהיה חייב האב במזונות ילדו, ואפילו הילד ממזר.⁸²

בעניין פלוני⁸³ דובר באם השרויה במצב כלכלי קשה, שאינו מבטיח לקטין חיי-רווחה, וספק אם יוכל לקבל את צרכיו הבסיסיים. בית המשפט העלה נתון זה כשיקול לחיוב בדיקת רקמות, זאת כיוון שאם יקבע כי הנתבע הוא אבי-הקטין – יש להניח, כי מצבו הכלכלי של הקטין ישתפר. אינטרס הקטין למזונות הוגדר כאינטרס לגיטימי במתן צו לבדיקת רקמות:

”אי-מתן צו לבדיקת-רקמות והשארת המצב הנתון, כפי שהוא היום – פירושה גזירת חיי-עוני ומצוקה על הקטין. כך, היינו באים לברך ונמצאנו מקללים; נושאים את דגל האינטרס של אי-ממזורו של הקטין, שנפקותו

⁸¹ שו"ת הריב"ש מא; שו"ת הרא"ש, יז, ז.

⁸² מ' שאוה, **הדין האישי בישראל** כרך ראשון (מהדורה רביעית, 2001) 267; ב"צ שרשרבסקי, **דיני משפחה** (מהד' שלישית, הוצאת ראובן מס, ירושלים, התשמ"ד) 475; תיק 226/ התשי"ד, פד"ר א 145, 154-157.

⁸³ תמ"ש (ת"א) 87471/00 **פלוני (קטין) ואח' נ' פלוני ואח'**, תק-מש 2004 (1) 49 (2004).

המעשית העיקרית רק בעתיד הרחוק, לכשירצה הקטין להינשא. למה ידמה הדבר? משל היינו לוקחים את הקטין בן-ערובה בשם אינטרס אי-הממזור, אבל עד הפיכתה של סכנת הממזור ממשית, אם בכלל, מספקים לו רק לחם צר ומים לחץ, כל שנות ילדותו ובסיס חייו. שנים קריטיות להתפתחותו של הקטין תופרענה מאינטרס, שכיום הינו רחוק ובלתי-מוחשי.”

ב-תמ”ש (י-ם) 22060/98⁸⁴ נדון מקרה שבו אם רווקה, תבעה אבהות מאדם איתו היתה בקשר. לאחר בדיקת רקמות שהוכיחה בהסתברות כמעט וודאית, כי האדם הוא אביהם של הקטינים – ניתן פסק דין המצהיר על האבהות.

בחובו במזונות הקטינים, טען הנתבע כי המדובר ב”גניבת זרע”, ובית המשפט מפי כב’ השופטת ח’ בן עמי קבע, כי די בזיקה הביולוגית שבין האב לילדו על מנת להטיל על האב אחריות משפטית.

הקשר המשפטי של ההורות הוא ביטוי הכרחי של ההורות הביולוגית, ויכול להיווצר אף בלא שהאב קיבל על עצמו מראש להיות הורה.⁸⁵ יתר על כן, אפילו ביקש האב להפסיק את ההריון והאשה סרבה, הדבר אינו מעניק לו זכות להמנע מתמיכה בילד.

פסקי דין רבים עד מאוד עוסקים בחובה ובזכות למזונות, ובחשיבות שיש לידיעה בדבר זהות האב לצורך כך, ובחרנו שלא להרחיב מדי בעניין זה כאן.

ב. ירושה

במובחן מנושא המזונות, אב אינו חייב להוריש את רכושו לילדיו. אדם יכול להתנות על הירושה על פי דין, על ידי עריכת צוואה. בהעדר צוואה בת תוקף יעבור רכושו של אדם לאחר מותו, בין השאר לילדו, שהינו יורש על פי דין.

סעיף 16 לחוק הירושה, התשכ”ה-1965 קובע, כי ילד מאומץ נהנה מזכות ירושה חד-צדדית מקרוביו הטבעיים. הוא יורש אותם, אך הם אינם יורשים אותו. היינו, גם לאחר הליך של אימוץ, זהותו הגנטית של אדם קריטית לעניין ירושה.

⁸⁴ תמ”ש (י-ם) 22060/98 פלוני (קטין) ואח’ נ’ אלמוני, תק-מש 2001(2) 229 (2001).

⁸⁵ פנחס שיפמן, דיני המשפחה בישראל, כרך ב’, (המכון למחקרי משפט – אונ’ י-ם, התשמ”ט-1989, 186-187).

גם סוגיית הירושה מהווה סיבה והצדק טובים על מנת לחקור ולבדוק ולהגיע לחקר האמת העובדתית בשאלת האבהות. אי-מתן צו והותרת החוטים המחברים בין הקטין לאביו הביולוגי פרומים – עלולים לגרום להשפעה כבדת-משקל על המצב הכלכלי של הקטין גם בעתיד, כאשר לא יוכל לרשת את אביו מולידו, וכך יצא נפסד ומקופח. ובלשונו של **כב' השופט ג' גוטזגן**:⁸⁶

”כבר אמרנו שלא כל הכיסים שווים וייתכן ונמצאנו בעניינים אלה נותנים לקטין פחות ממה שהיה מקבל מאביו הגנטי, או שבעלה-לשעבר של האם, שמצהיר כי אין לו ספק שהקטין אינו בנו, יערוך צוואה, בה ינשל את הקטין מן הירושה. על דרך ההקצנה ניתן לומר, שבן-מלך אשר לא ידע מיהו אביו הגנטי, עלול לאבד ירושתו – המלוכה. כל ילד ו”מלוכתו” הוא. נכון, אמנם, שלא מובטח לקטין חלק בירושת אביו הגנטי והדבר נתון להכרעת אותו אב. עם-זאת, אל לנו להתערב ולהקדים את ההחלטה, חוזים את העתיד עוד טרם הגיע. אי-מתן צו לבדיקת-רקמות – משמעו אי-ירידה לחקר-האמת העובדתית בסוגיית האבהות; ובפועל, נישול הקטין מירושת אביו הביולוגי, בחסות בית-המשפט. בית-המשפט יוציא את שיקול-הדעת מידי האב הגנטי, ויעביר אותו לידי הווא. כל אלה עוד בטרם דנו בעוול שהדבר עלול לגרום לילדיו של האב-הנחזה, מכוח חזקה בלבד, שייאלצו לחלוק את ירושת אביהם עם בן זר; נוכחותו נכפתה עליהם מכוח חזקה והם אינם רוצים בו.”

המלומד פ' שיפמן כורך את הצורך של הקטין בידיעת זהותו הגנטית של אביו, גם עם הטעם המעשי של האפשרות לרשת את משפחתו הגנטית, ובלשונו:⁸⁷

⁸⁶ תמ”ש (ת”א) 87471/00 **פלוני (קטין) ואח' נ' פלוני ואח'**, תק-מש 2004 (1) 49, פס' י' לפסק הדין (2004).

⁸⁷ פנחס שיפמן, **דיני המשפחה בישראל** (כרך שני, המכון למחקרי משפט, אוני' ירושלים, תשמ”ט, 1989) 62.

”זכותו היסודית של אדם היא שאחרים לא יסתירו ממנו מידע אינטימי הקשור בו. מחקרים הוכיחו כי מוצאו של אדם וייחוסו הטבעי עשויים להיות מרכיב רב-ערך בתודעתו הפסיכולוגית ובזהותו העצמית. לזכות עקרונית זו מתלווים גם טעמים מעשיים, מהם מיוחדים לשיטה שלנו, כגון האפשרות לרשת את המשפחה הטבעית...”

גם במקרה בו נפטר האב, והיה קושי עובדתי להוכיח את זהותו, גם בעזרת בדיקת רקמות, התחשב בית המשפט בזכותו של אדם לרשת את אביו הביולוגי והצהיר על אבהות המנוח. המדובר הוא ב-ת”א 677/92⁸⁸ בו התובע, שהוא ילד שנולד מאשה פנויה, עתר לבית המשפט כנגד עזבון המנוח למתן פסק דין המצהיר כי המנוח היה אביו. יורשי המנוח הכחישו בכל תוקף שלמנוח היו יחסי אישות עם אם התובע, וכי התובע הוא בנו של המנוח. אילו היה המנוח בחיים, לא היתה כל מניעה לבצע בדיקת רקמות כדי לקבוע אם הוא אביו של התובע. אולם המנוח נפטר ולא היתה בנמצא רקמה שלו, ממנה ניתן היה ליטול דגימה כדי לבצע בדיקת רקמות.

לכאורה, היה מקום לקבוע שאי-הסכמת אלמנת המנוח ויתר ילדיו להבדק היא המנעות מהבאת ראיה העומדת לרשותם, וכי המסקנה מסרובם יכולה לשמש ראיה לכך שהמנוח הוא אביו של התובע. אולם מאחר שגם אם כל צאצאיו של המנוח היו מסכימים לבדיקת רקמות, הבדיקה לא היתה מהימנה במידה מספקת, כיוון שאחי המנוח לא נבדקו ולא ניתן לכפות עליהם בדיקה כזו – לא נפסק כך מיידית.

במקרה זה נקבעה אבהותו של המנוח על סמך עדותה הישירה של האשה, שלדבריה נבעלה למנוח, הרתה ממנו וילדה את התובע; על סמך הודאה מפורשת, והודאה מכללא של המנוח; על סמך ראיות נסיבתיות ועל סמך סתירות ושקרים של אחת מעדות ההגנה.

צירוף כל הראיות הביא למסקנה, שהמנוח הוא אביו של התובע, וכך נקבע.

האינטרסים הכלכליים – מזונות בחיי האב, וירושה לאחר מותו – הם אינטרסים מידיים וחשובים, השוכנים בצד האינטרס הרפואי והאינטרס הפסיכולוגי, והמגלמים ביחד איתם את החשיבות הרבה הגלומה בידיעת זהותו האמיתית של אבי הקטין.

⁸⁸ ת”א 677/92 מישל פל נ’ עזבון המנוח עייש אפוסה ז”ל, פ”מ נה(2) 168.

פרק ב': אינטרס הצדדים המעורבים

עד כה הרחבנו באינטרס של הילד בהוכחת האבהות עליו. גם לאם, לאב הנטען ולאב הביולוגי יש אינטרס – כזה או אחר – בהוכחת האבהות. הזכות להיות הורה, כמו הזכות שלא להיות הורה, הן זכויות חשובות, המוקנות לכל אדם. לעתים יעלה כרלבנטי גם האינטרס של מי ששימש כאב-בפועל למרות שאינו האב הביולוגי; ונראה, כי קיימים מקרים בהם בני משפחה אחרים טוענים לאינטרס כזה או אחר, המצדיק מבחינתם את הוכחת האבהות.

1. האינטרס להיות הורה

נראה, כי האינטרס והזכות להיות הורה הם דבר הברור מאליו, וקשה להגזים בחשיבותו. די אם נזכיר את חוויות העקרות של שרה ושל רחל – אימותינו, של חנה אשת אלקנה ושל אשת מנוח, שנראה כי "עקרה" גם היה שמה. את מלחמותיהן על עצם הזכות להרות, ואת החשיבות הגדולה שהיתה בעיניהן ובעיני אבותינו – להורות, נושא מורכב ומרתק, בעל השלכות מרחיקות לכת, בו עוסקים רבים מסיפורי התורה.

ההורות היא תכלית הבריאה, שאין כלל דרך לתאר את חשיבותה ואת הצורך של בני האדם לחוות אותה. יעידו טיפולי הפוריות הקשים שעוברים זוגות רבים, יעידו הליכי האימוץ המפרכים שעוברים זוגות אחרים, ויעידו כל אותם הורים – על הזכות הבלתי-תתואר שנפלה בחלקם, הזכות להיות הורים.

וכך ד' ברק-ארז:¹

"...הזכות להיות הורה היא זכות עצמאית, ולא רק ביטוי לאוטונומיה של הרצון הפרטי. מימושה של אופציית ההורות אינו (כך במקור – הערת המחברת) רק דרך חיים אפשרית, אלא מושרש בקיום האנושי. יהיה מי

¹ ד' ברק-ארז, "על סימטריה וניטרליות: בעקבות פרשת נחמני" עיוני-משפט כ (תשנ"ו-תשנ"ז) 197, 198-200.

שימצא בה מזור לבדידות; אחר יתמודד באמצעותה עם תודעת המוות... אולם הבחירה בהורות אינה רק בחירה לגבי דרך חיים; יש לה משקל מעבר לכך בקיום האנושי. היא מבטאת צורך קיומי בסיסי. נוסף על כך, בהחלטה להפוך להורה יש גם מיסוד ההגשמה העצמאית, בעיקר בחברה המודרנית, שמדגישה את ההגשמה העצמית כערך. אולם הזכות להורות אינה שואבת רק מן ההגשמה העצמית. הזכות לחיים היא זכות-יסוד עצמאית, ולא נגזרת של אוטונומיית הרצון, וכמותה גם הזכות להורות..."

ואומר **כב' השופט א' גולדברג**:²

"לממד הביולוגי של ההורות, היינו העברת המטען הגנטי מדור לדור, חשיבות רבה מבחינה רגשית... משאלת הפרט להגשמת הורות ביולוגית צומחת משורש ההווה האנושית. חוויית ההורות נתפסת כסם החיים..."

בעניין Skinner V. Oklahoma³ דן בית-המשפט העליון של ארצות-הברית בשאלה, אם הזכות להורות היא זכות חוקתית מוגנת. הוא מסיק, כי הזכות להורות היא:

"One of the basic civil rights of man."

המדובר בזכות יסוד, הנגזרת מכבוד האדם ומן הזכות שלו לפרטיות "בצד הפחד מן הנסתר והנעלם שלאחר-המוות, מהווה ההורות מענה לצורך הטבעי שלנו להעמיד צאצאים ולהבטיח את המשכיות הקיום אחרינו. מצוות פרו ורבו – מן התורה היא..."⁴

התעלמות מן הראיות המדעיות שבידי בית המשפט, והכרעה על פי החזקה המשפטית, מותירה את האב המוחזק כאב הגנטי, ואילו את האב הנטען – אף אם הוא מודה בהורותו ומעוניין להתחייב לה – מותירה היא ללא סעד משפטי ראוי, ומובילה לכך כי יאבד את ילדו.

² דנ"א 2401/95 **נחמני נ' נחמני**, פ"ד נ(4) 731, 661 (1996).

³ Skinner V. Oklahoma 316 U.S. 535 (1942) 541.

⁴ תמ"ש (ת"א-יפו) 87471/00 **פלוני (קטין) ואח' נ' פלוני ואח'**, תק-מש 2004 (1) 49, פס' יג לפסק הדין (2004).

כב' השופט ג' גוטזגן מתאר אובדן זה כך:⁵

"לא מדובר באובדן של מה-בכך, אלא באובדן שאינו בר-שיקום ואינו הפיך. גם הולדת ילדים אחרים לא תרפא עבור אדם כזה את הפצע; שכן, ילד אחד לעולם אינו תחליף לאחר. כך, בחסות החשש מממזורם של קטינים, נפגע בזכות-היסוד של מי שמועמד להיות אב גנטי לילדו, נגזול ממנו את חוויית ההורות עם הקטין המסוים שיעמוד אותה עת בשערי בית-המשפט ונטול ממנו גם את מה ש'שייך' לו (שייך – ולא במושגי הקניין והבעלות)."

ובהקשר שונה מעט, התייחס לנושא **כב' השופט י' שפירא** מבית המשפט המחוזי בירושלים.⁶ דובר שם בתביעה של אשה פנויה, שביקשה לקבל טיפולי פוריות מזרע של תורם נשוי, שזהותו ידועה, ושאינו פרוד מאשתו. האשה והגבר חתמו על חוזה הורות. **כב' השופט י' שפירא** התייחס ארוכות לזכות להורות, והדגיש את חשיבותה המרכזית של ההורות בחיי הפרט והחברה,⁷ ואת הפנים השונות שיש לה, בהקשר שנדון שם. באמרת אגב הוסיף השופט, כי לדעתו המדובר בזכות המוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, וכי המניעה מאדם להיות הורה ולהוליד ילדים, עולה כדי פגיעה בכבוד האדם. בסופו של דיון, ולאחר התייחסות למאזן בין שיקולים ואינטרסים נוספים, החליט השופט לאפשר לתובעת לממש את זכותה להורות, כמבוקש.⁸

⁵ שם, שם.

⁶ ה"פ (מחוזי י-ם) 5222/06 **פלוגית נ' שר הבריאות**, תק-מח 2006 (3) 2712 (2006).

⁷ גרין י', **הפריה חוץ גופית בראי ההסכמה** (1995), 9; דנ"א 2401/95 **נחמני נ' נחמני ואח'**, פ"ד נ(4) 661, 681 (1996); ע"א 451/88 **פלונים נ' מדינת ישראל**, פ"ד מד(1) 330, 337-338 (1989).

⁸ פסק דין זה בוטל בהסכמה ב-ע"א 7763/06 **מ.י. נ' פלוגית והסתדרות מדיצינית הדסה** (לא פורסם), שניתן במרץ 2007 בבית המשפט העליון, וזאת לאחר התערבות המדינה, עקב העדר המוסריות לכאורה שיש בהליך כזה, שנעשה בלא שיתוף ויידוע בת הזוג הרשמית של הגבר תורם הזרע.

2. האינטרס שלא להיות הורה (של האב-המוחזק, בעלה של האם)

”...ודאי! צרתו של הילד המסכן נוגעת עד הלב, הוא ודאי עשוק, אבל מניעת עושק זה אינה צריכה להוליד עושק אחר, והוא ייחוס האבהות החוקית למי שאיננו אביו...”⁹

ואומרת כב' השופטת ט' שטרסברג-כהן:¹⁰

”...גם הזכות לאי הורות היא חירות. זוהי זכותו של הפרט לשלוט בחייו ולתכננם... הערך המוגן באי-הורות הוא החירות, הפרטיות, הבחירה החופשית, ההגשמה העצמית והזכות לקבל הכרעות אינטימיות ללא התערבות. אלה הם ערכי יסוד מוגנים בעלי חשיבות עליונה, שנגזרת מהן החירות שלא להיות הורה בכפייה... התוצאה הנגזרת מתפיסת הבחירה החופשית כחירות היא, שכל אדם חופשי לבחור ולהחליט אם להיות הורה אם לאו ושאדם הרוצה להיות הורה אינו יכול לכפות על אחר להופכו לכזה ולהפוך עצמו להורה, ושאין המדינה זכאית לכפות על אדם הורות, לא באופן ישיר ולא באמצעות בתי המשפט. לפיכך, אין מקובלת עלי עמדתם של אלה המתייחסים לזכות שלא להיות הורה כאל זכות פחותת ערך אל מול הזכות להיות הורה.”

כב' השופט י' קדמי¹¹ גרס שמדובר בזכות, אשר יונקת חיותה מערכי היסוד של חירות וכבוד האדם, בקובעו:

”זכות-יסוד היא לאדם – גבר או אשה – לבחור אם להיות הורה אם לאו.”

⁹ ע”א 407/60 פלוגית נ’ אלמוני, פ”ד טו 212, 220 (1961). כן עיין עמ’ 27 ו-87 לעיל.

¹⁰ דנ”א 2401/95 נחמני נ’ נחמני, פ”ד נ(4) 661, פס’ 7 לפסק הדין (1996).

¹¹ דנ”א 2401/95 רות נחמני נ’ דניאל נחמני ואח’, פ”ד נ(4) 661 (1996).

את מי שהיה בעלה של האם בעת שהרתה, ועליו מבקשים להחיל את החזקה המשפטית של "רוב בעילות אחר הבעל" (להלן: האב המוחזק), מתאר **כב' השופט ג' גוטזגן**:¹²

"לעתים, ניצב בהצגה אשר לא הוא המחזיז מילותיה ולא הוא ביים אותה, לא יודע שעוד-מעט-קט יקבל בה תפקיד ראשי. לעתים קרובות, מדובר יהיה ב"תפקיד חייו". החזקה של "רוב בעילות אחר הבעל", עלולה לכפות בן זר על בעלה של האם, והוא יהיה זה שיסבול מאי-הוצאתה של האמת לאור".

לא ניתן לכפות על האב-המוחזק לאהוב את ילדו מכוח הכרעה משפטית. אך בכל זאת חלות עליו חובות שבדין, שהפרתן כרוכה במעבר על החוק. ניתן למשל להטיל עליו סנקציות פליליות אם יטוש את ילדו, כך גם ניתן לחייבו בחובת המזונות המוטלת על האב, שהיא חובה כלכלית כבדת משקל, לטווח הארוך, הנמשכת לעתים, גם לאחר שקטין הפך לבגיר.

כב' השופט ג' גוטזגן קובע,¹³ כי לו חייבנו אב-מוחזק בחובות האבהות, רק בשל החזקה המשפטית של "רוב בעילות אחר הבעל", הרי ש:

"היינו חוטאים למשמעות העמוקה שהמושג "הורה" מגלם בתוכו, ופוגמים במה שצויינו עליו "צדק צדק תרדף" [דברים, טז, כ]."

קשריו העתידיים של האב-המוחזק, רצונו ואפילו יכולתו הכלכלית להקים בית בישראל בעתיד וללדת ילדים חדשים – כל אלה יושפעו מן ההכרעה בעניין אבהותו.

על בית המשפט להיות ער לכך, שהחשש מגרימת עוול לקטין ומכך ש'שמא ואולי' יוכרז ממזר בערכאה אחרת – אפילו מדובר בחשש רחוק – עלול לגרום להכרעה שתפגע בזכויותיו של האב-המוחזק, ולהכפיפו לאחריות משפטית חמורה, מכוח חזקה בלבד.

¹² תמ"ש (ת"א-יפו) 87471/00 **פלוני (קטין) ואח' נ' פלוני ואח'**, תק-מש 2004 (1) 49, סעיף יג לפסק הדין (2004).

¹³ שם, שם.

ואומר פרופ' פנחס שיפמן:¹⁴

"מקובל לומר שחייביו המשפטיים של אדם בתור הורה הם חיובים מטעם החוק, ex leg, המופיעים בקטגוריה נפרדת, בנוסף על הקטגוריה החוזית והנזיקית. אך יש לשאול מה הוא, בכל זאת, הבסיס הרעיוני להטלת אחריות משפטית כלפי ילד... כל נשכח שאחריות זו היא יוצאת דופן מבחינות רבות. היא ארוכת טווח, בהיותה משתרעת על פני כל תקופת קטינותו של הילד, ולעתים אף מעבר לכך. והתכנים הקונקרטיים של אחריות זו אינם ניתנים לצפייה ולהגדרה מדויקת מראש... חובה זו איננה רק חומרית ביסודה, דהיינו, לדאוג לצורכי המחיה של הילד, אלא גם, ואולי במיוחד, רגשית וחינוכית, ובדרך כלל לא ניתן להשתחרר ממנה אפילו בהסכמת כל הצדדים המעורבים בעניין. החשיבות המשפטית המיוחדת לחובות אלו היא כה חזקה עד שהן מוגנות לא רק בסנקציות אזרחיות אלא גם בסנקציות פליליות..."

ההשקפה המודרנית, החברתית והמשפטית, מכירה באוטונומיית הרצון של הפרט, השוללת כפייה של הורות, ובאה לביטוי גם בפסיקה האמריקנית,¹⁵ כפי שאמר בית-המשפט לערעורים של מדינת טנסי:

"The decision whether to bear or beget a child is a constitutionally protected choice."

אין ספק, כי יחוס האבהות לאב המוחזק מכוח החזקה המשפטית, בניגוד לעמדתו, רק בגלל הרצון שלא "לממזר" את הצאצא – יש בו כדי לפגוע בזכותו.

¹⁴ פנחס שיפמן, **דיני המשפחה בישראל**, כרך ב (המכון למחקרי משפט, אונ' י-ם, התשמ"ט-1989) 174.

¹⁵ *Davis v. Davis* S.W. 2nd 588 (1992).

פרק ג': אינטרסים הלכתיים

מלבד החשש לממזור ילד שנולד כתוצאה מיחסי אשה נשואה עם מי שאינו בעלה, וההשלכה שיכולה להיות להוכחת האבהות על כשרות היוחסין – עליהם הרחבנו לעיל, הרי שלהוכחת האבהות יש נפקא מינה הלכתית גם לעניין גילוי עריות, ירושה וייבום.

נושא ה"עריות" מופיע לראשונה בתורה.¹ המדובר באיסור חמור ביותר מן התורה לקיום יחסי מין בין בני המשפחה. אדם שאינו יודע מי אביו הגנטי, עלול לקיים יחסי ערווה שלא בידיעתו עם אחותו, עם אשת אביו וכד'. **כב' השופט ג' גוטזגן** מציין, כי יחסים של גילוי עריות זוכים לגינוי חברתי חריף גם בימינו אנו, ולא רק בקרב בני הדת היהודית. מכאן, קובע הוא, כי המדובר, בעקיפין, באינטרסים דתיים וחברתיים של הצאצא.²

סיכוי של חשש לנישואי אח ואחות להתממש – עולה כנראה על החשש שבית-הדין הרבני יסטה מתקדימיו ויממזר קטין על-סמך תוצאות הבדיקה המדעית.

¹ ויקרא, יח, 7-19.

² תמ"ש (ת"א) 87471/00 פלוני (קטין) ואח' נ' פלוני ואח', תק-מש 2004 (1) 49, פס' ג ו-ז לפסק הדין (2004).

פרק ד': אינטרסים נוספים

בראש האינטרסים מקבוצה זו נמצאת החשיבות בחקר האמת, לצידה ניצב האינטרס הציבורי לנכונות הרישום במרשם האוכלוסין לצרכים שונים, ועליהם מתווסף האינטרס של השמירה על השוויון, בנטל המוטל בהוכחת האבהות. נרחיב להלן באלה, בסדר שונה.

1. האינטרס הציבורי לנכונות מסמכים

חשיבות רבה מוקנית לרישום פרטים אמיתיים בתעודות ובמסמכים הרשמיים של הקטין,¹ זאת בייחוד עקב החשש לפגיעה באיסור העריות, ומפאת ההיבט הגנטי ביולוגי. רישום פרטים הנוגעים לקטין במסמכים רשמיים פורמאליים, שאינם מתבססים על ראיות מדעיות העומדות בפני בית המשפט, ראיות שבית המשפט בוחר להתעלם מהן ולא לעשות בהן שימוש – יש בו כדי פגיעה באינטרס הציבורי למנהל תקין. המדובר באינטרס אוניברסאלי, מוכר וידוע בכל המדינות, המקפידות על מנהל תקין וחוששות מאנרכיה.² קיימות דוגמאות רבות לחשיבות ולצורך בשמירה על נכונות פרטי המרשם, ונביא מעט מהן להלן:

המסגרת הדינית היא הוראות חוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965, העוסקות בפרק ג' שבו, בסמכויותיו של פקיד הרישום. ככל שהמדובר ברישום שם אביו של ילד, התייחס המחוקק לשני מצבים אפשריים:

¹ בין-היתר, נלמד על כך מקימו של "פנקס-האימוצים" ומחוקק האימוץ, התשמ"א-1981, אשר קובע, שאין בהליך האימוץ כדי לפגוע בכל הנוגע לדיני האיסור וההיתר הנוגעים לנישואין ולגירושין. פנחס שיפמן, **דיני המשפחה בישראל**, כרך ב (המכון למחקרי משפט, אוני' י-ם, התשמ"ט-1989), 58, מתייחס ליעילותו המעשית של פנקס-האימוצים בארץ וגורס, שזו מותנית במידע המלא המתקבל לגבי משפחתו הטבעית של הילד, ובמיוחד לגבי אביו:

"מדובר ב'אינטרס הציבורי בידיעת יחוסו האמיתי של הילד... יש הטוענים שהאינטרס הציבורי בידיעת יחוסו האמיתי של הילד, עדיף על פני הזכות העקרונית של האב לקיים את זיקתו לילדו..."

² תמ"ש (ת"א) 87471/00 **פלוני (קטין) ואח' נ' פלוני ואח'**, תק-מש 2004 (1) 49, פס' ח ו-טו לפסק הדין (2004).

סעיף 21 דן במצב בו האשה פנויה, וקובע:

**"שם אביו של ילד שנולד לאשה פנויה יירשם על-פי הודעת האב והאם
כאחד, או על-פי פסק-דין של בית-משפט או בית-דין מוסמך."**

סעיף 22 דן במצב בו האשה נשואה, וקובע:

**"לא יירשם אדם כאביו של ילד שנולד לאשה שהיתה נשואה לאדם זולתו
בתוך 300 יום שלפני יום הלידה, אלא על-פי פסק-דין של בית-משפט או
בית-דין מוסמך."**

בהוראותיו של סעיף 22 ניתן ביטוי לחזקות ולמוסכמות משפטיות, אשר התפתחו
בשיטות משפט למיניהן לרבות המשפט העברי, שתמציתן היא, כי ילד שנולד לאשה
נשואה מוחזק כבנו של בעלה.³

לעניין סעיף 21 – על פי הנחיית משרד הפנים מיום 30.10.1989 במסגרת חוזר מספר
91/89, ירשום פקיד הרישום את דבר האבהות באם הודעת ההורים נמסרה עד מלאת
לקטין 3 שנים. לאחר מכן נדרשים ההורים להמציא פסק דין של בית המשפט המוסמך.⁴

³ ביום 1.8.2005 הוצא נוהל חדש, המגביל את התקופה בה ניתן לרשום אבהות לגבי בן לאשה פנויה – לשנה בלבד. המדובר בנוהל מספר: 2.2.002: "נוהל רישום לידה והכרה באבהות בארץ לאשה פנויה" הקובע כי הכרה באבהות, במקרה של אם פנויה, יכול ותיעשה על סמך הצהרה בלבד. אם ניתנה בתוך שנה מיום הלידה. נתייחס להלן בהרחבה לנוהל הקודם, כיוון שהפסיקה הקיימת עוסקת בו. ראה לעיל הדיון בנושא זה בעמ' 21 ואילך, וכן: פנחס שיפמן, **דיני המשפחה בישראל**, כרך ב (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הארי סאקר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, התשמ"ט-1989) 44.

⁴ הנחיית משרד הפנים אל מנהלי לשכות אזרחיות למינהל אוכלוסין מיום 30.10.89. לעניין מעמדה של הנחיית משרד הפנים מבחינה משפטית ראה: תמ"ש (ת"א) 13772/02 **פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה**, תק-מש 2002(4) 136 (2002), בו נקבע על ידי כב' השופט ג' גוטזגן כי:

"הנחיית משרד-הפנים הינה הנחייה פנימית-מנהלית. להנחיות שכאלה יש מעמד משפטי מיוחד. מצד אחד, דומות הן למעשה-חקיקה, בכך שהן קובעות מראש אמות-מידה להפעלת סמכות; ומצד שני, אין הן במעמד של חקיקת-משנה ואין הן נחשבות לתקנות-בנות-פועל-תחיקתי. אולם, אין באמור, כדי לשלול מסקנה, כי יש לפעול בהתאם לאותן הנחיות-פנימיות, מתוך מהות הנושא המובא לדיון, ושמירה על עקרון שלטון-החוק. ההנחיות-הפנימיות צריכות, איפוא, להנחות את הרשות בהפעלת שיקול-דעתה, באופן קיבוצי ומראש; ומאחר שמעמדן אינו כמו של תקנות, כמובהר – הרי שביישומן על המקרה הפרטני, אין הרשות פטורה מלשקול את המקרה לגופו ולקבל החלטה, תוך מתן משקל ראוי גם לנתונים המייחדים את המקרה המובא בפניה. התוצאה מן האמור היא, שכלל – בהעדר סטייה על בסיס שיקולים ענייניים

ביום 1.8.2005 הוצא נוהל חדש, המגביל את התקופה בה ניתן לרשום אבהות לגבי בן לאשה פנויה – לשנה בלבד. המדובר בנוהל מספר 2.2.002: "נוהל רישום לידה והכרה באבהות בארץ לאשה פנויה", הקובע כי ההכרה באבהות, במקרה של אם פנויה, יכול ותיעשה על סמך הצהרה בלבד, אם ניתנה בתוך שנה מיום הלידה. נתייחס להלן בהרחבה לנוהל הקודם, כיוון שהפסיקה הקיימת עוסקת בו.

מחמת חשיבותה של ההנחיה לדיון שבפנינו, נביאה, במלואה וכלשונה:

"אל: מנהלי הלשכות האזוריות למינהל אוכלוסין.

הנדון: הצהרת הכרה באבהות

סעיף 21 לחוק מרשם האוכלוסין קובע כי שם אביו של ילד שנולד לאשה פנויה יירשם על פי הודעת האב והאם כאחד או על פי פסק דין של בית משפט או בית דין מוסמך.

ומאחר ובחוק זה לא נקבע דבר בנוגע לתקופת מסירת ההודעה קבענו בחוזרנו מס' 29/83 מיום 10/4/83 כי ניתן לרשום את שמו ואת פרטיו של האב במרשם גם אם ההודעה ניתנה באחור זמן ללא הגבלת זמן.

בשנים האחרונות הובאו לידיעתנו מקרים רבים של מסירת הודעות הכרה באבהות שנים רבות לאחר הלידה – לעיתים גם כשהילוד כבר התבגר – לכן בקשנו לבדוק מחדש את הנושא. על פי חוות דעת שקיבלנו מלשכת היועץ המשפטי במשרד הפנים אין הנוהל לפיו נהגנו עד כה תואם את רוח החוק.

לאור הנ"ל נבקשכם לרשום לפניכם את השינוי הבא בהוראות:

א. הודעת הכרה באבהות הנמסרת תוך שלש שנים מיום הלידה, על ידי אשה פנויה וגבר הטוען לאבהות על הילד, תימסר על פי טופס הצהרת הכרה באבהות לפי הנוסח הרצ"ב. ההצהרה תתקבל כאשר

שיצדיקו לעשות כן, וכל עוד לא שונו או בוטלו – ההנחיות שרירות וקיימות, וצריכות הן לשמש, לצד הוראות אחרות, את השלד הנורמטיבי, לאורו מתנהלת הפעילות המנהלית ... רשות מנהלית רשאית, בדרך-כלל, לשנות ממדיניותה, אך כלל הוא שהשינוי יחול מכאן ולהבא, ולא למפרע."

שני ההורים יהיו נוכחים ביחד בלשכה ויחתמו עליה בפני עובד בכיר של הלשכה האזורית. מולאו תנאים אלה, יירשמו על סמך הצהרה זו פרטי האב בהודעת הלידה.

ב. עברו שלש שנים מיום הלידה, ומבקש אדם למסור הודעות הכרה באבהות על ילד שנולד לאשה פנויה יש להפנות את האם והגבר הטוען לאבהות להמציא פסק דין של בית משפט או בית דין מוסמך, הקובע את אבהותו. רק על פי פסק דין כזה ייוספו פרטי האב להודעת הלידה.

השאלה האם הנחיות משרד הפנים מתיישבות עם נוסח סעיף 21 לחוק מרשם האוכלוסין, נדונה ב-**תמ"ש (ת"א) 84170/98**⁵ על ידי **כב' השופטת ו' פלאוט**.

מעיון בנוסח הסעיף 21 הנ"ל עולה, כי הוא מעניק לפקיד הרישום אפשרות פעולה באחת משתי חלופות: על פי החלופה הראשונה יערך הרישום ללא צורך בהתערבות בית המשפט. על פי החלופה השנייה – נדרש שיקול דעת של בית המשפט.

הנחיות משרד הפנים מטרתן להנחות את פקיד הרישום אימתי עליו לנהוג על פי כל אחת מן החלופות הנ"ל. הרציונל העומד בבסיס ההנחיות הנ"ל הוא, כי מעל גיל מסוים של הקטין, לא מסתפקים עוד בהצהרת האם והאב הנטען, בפני פקיד הרישום, ונדרשת התערבות בית המשפט.

המרשם מהווה מקור לפעולות משפטיות, לזכויות ולחובות, החלים על כל אזרחי המדינה. מכאן החשיבות הרבה להיותו נכון ומדויק. לפיכך, עמדת המדינה בדרך כלל היא, כי רישום אבהות על סמך הצהרה בלבד פוגע בנכונות המרשם. עמדה זו היא המקובלת בבתי המשפט, ונביא מספר דוגמאות לכך:

ב-**תמ"ש 5800/98**⁶ התובעים – קטינה, אמה הרווקה ואדם נוסף – ביקשו מבית המשפט ליתן פסק דין המצהיר, כי אותו אדם – התובע, הוא אביה של הקטינה, שהיתה מעל גיל שלוש שנים.

⁵ תמ"ש (ת"א) 84170/98 **פלונית ואח' נ' היועמ"ש**, תק-מש 39 (1)99 (1999).

⁶ תמ"ש (ת"א-יפו) 5800/98 ו.נ. **נ' היועץ המשפטי לממשלה**, תק-מש 245 (3)2002 (2002).

הפרקליטות הודיעה, כי לנוכח גילה של הקטינה, תידרש בדיקה לסיווג רקמות. התובע סרב בכל תוקף לעריכת הבדיקה, אף שאין מחלוקת כי תוצאות בדיקה זו הן הראיה הטובה ביותר בתביעה לאבהות.

הפרקליטות טענה, כי עצם סרובו של התובע לערוך בדיקת רקמות מהווה טעם לדחיית התובענה; ועוד הוסיפה, שדבר אבהותו של התובע לא הוכח במידה הראויה.

בני-הזוג הכירו כ-5 שנים לפני לידתה של הקטינה, והם חיו כבני-זוג לכל דבר בדירות שונות אליהן עברו מעת לעת. יש לציין כי לפני הורתה של הקטינה נסעה האם לחו"ל.

שני התובעים המכירים בהורותם על הקטינה טענו, כי הקטינה מכירה את התובע כאביה, והוא מתייחס אל הקטינה כבתו לכל דבר ועניין גם לאחר שכבר נפרד מהאם.

כב' השופטת ו' פלאוט דחתה את התביעה, בקובעה כי:⁷

"אין צורך להכביר במילים בנושא חשיבות רישום שם האב, ונכונות רישום זה. הרישום כוחו יפה כלפי כולי עלמא, ולא רק כלפי התא המשפחתי המצומצם. הנזק בקיומו של רישום שגוי עולה כמה מונים על התועלת שבעצם הרישום, אף שאין מחלוקת כי טובתו של קטין שלא יהיה שתוקי. כך למשל, לנכונות הרישום חשיבות מכרעת לעניין נישואיו העתידיים של הקטין, ומניעה, חלילה, של נישואי קרובים... לנוכח חשיבות הסוגיה הנדונה, ולנוכח העובדה כי לתוצאות פסה"ד השלכה כלפי הציבור כולו, מוטל על התובעים נטל כבד במיוחד להוכיח את תביעתם. אין מחלוקת, כי הראייה הטובה ביותר בעניין שבפנינו הינה תוצאת בדיקה לסווג רקמות. ר' ע"א 548/78 שרון נ' לוי, פ"ד לה (1) 736, 748 ...

אין די באמונתם של התובעים כי התובע הינו אביה של הקטינה, תהא אמונתם עמוקה ככל שתהא, וכבר היו דברים מעולם...

אין מחלוקת, כי התובע מגדל את הקטינה כבתו לכל דבר, וכי הוא מאמין שהוא האב הביולוגי, וכי טובתה של הקטינה היא כי מציאות זו תעוגן

⁷ שם, פס' 12-26 לפסק הדין.

ברישום פורמלי ואולם, כפי שנאמר לעיל, חשיבות נכונות הרישום גוברת על הצורך בעצם הרישום.

גם בפני **כב' השופט ו' זיילר**⁸ הגיע עניין דומה. במקרה זה הסכימה הפרקליטות לרישום האבהות, על סמך הצהרת המבקשים בלבד, בלא צורך בעריכת בדיקת רקמות, גם בשל העובדה שלמבקשים היתה ילדה נוספת, שהמבקש נרשם כאביה. **כב' השופט ו' זיילר** מתח ביקורת על הסכמת הפרקליטות ואמר:

"שקלתי אם חרף ההרמוניה ההסכמתית, לא היה זה מן הראוי לדרוש ראיה, אולי בדרך של בדיקת רקמות, שאכן מדובר באבי הילדה. להכרזת אבהות 'השלכות חפציות' כלפי עולם ומלואו, הדבר חשוב למניעת נישואי אחים, לירושה, ולעניינים רבים אחרים. בכגון דא וכשמדובר בזוג שאינו נשוי, ובבקשה שהוגשה שנים לאחר הולדת התינוקת, ראוי לשקול אם די בהצהרת 'המעוניינים' כדי להכריז על אבהות... כיוון שמדובר בהצהרה כלפי כולי עלמא, וכיוון שמדובר באקט שיש לו השלכות במישורים שונים שקלתי אם אין זה ראוי שביהמ"ש יבקש הבאת ראיות מלאות בטרם יחליט מה שיחליט."

כב' השופט ו' זיילר מבהיר, כי בהיעדר ראיות אחרות על הסובב את 'בקשת האבהות' אי אפשר לשלול קיומם של אינטרסים זרים שיניעו את הצדדים או מי מהם לפעול בכיוון האמור, ולכן פונה הוא לרשויות לשקול את הנושא מחדש, ולערוך בדיקות משלהן לכל מקרה ומקרה טרם החלטה והבעת עמדה לפיה אין צורך בבדיקה.

דברים ברוח דומה נאמרו על ידי **כב' השופט ש' שוחט ב-תמ"ש (ת"א) 72470/98**:⁹

"לטעמי, מן הראוי לבחון מחדש את החלוקה השרירותית שנקבעה בהנחיות משרד-הפנים של מתחת לגיל שלש ומעל לגיל שלש. לעניות דעתי יש לשקול אם אין זה מן הראוי לדרוש בכל מקרה של בקשה לרישום

⁸ תמ"א (י-ם) 779/96 **פלונים נ' היועמ"ש** (לא פורסם) כפי שהובא ב-תמ"ש (ת"א) 72470/98 **פלוני נ' פלוני**, תק-מש 299 (2) 167. פס' ה לפסק הדין (1998).

⁹ תמ"ש (ת"א) 72470/98 **פלוני (קטין) נ' פלוני**, תק-מש 299 (2) 167, פס' 19 לפסק הדין (1998).

אבהות, על ילד שנולד מהפנויה, פס"ד של בימ"ש או בי"ד מוסמך. או אז...
ידרוש ביהמ"ש את הוכחת האבהות על-מנת להגיע בעניין כה חשוב לזהות
בין האמת העובדתית לאמת המשפטית. כל זאת, למעט אולי רישום שנערך
ממש ובסמוך ללידה."

בעניין זה דובר בתובענה לאבהות אותה הגיש הקטין כנגד הנתבע, כשהקטין היה בן 3 שנים ו-45 ימים. הנתבע עצמו נשוי ואב לשני ילדים, אולם מוכן הוא להכיר באבהותו, ואילו האם גרושה.

בהתאם להנחיות משרד הפנים הנ"ל, מאחר שהקטין מעל גיל 3 שנים, נדרשים האם והנתבע לפסק דין מבית המשפט.

למרות שעל פי תעודת הגירושין של האם, לא היה כל חשש לממזור הקטין, דרשה הפרקליטות ביצוע בדיקת רקמות כתנאי לרישום אבהותו של הנתבע על התובע במרשם האוכלוסין, זאת בשל העובדה שהקטין מעל גיל 3 והנתבע נשוי. התובעים והנתבע סרבו.

בעניין זה קבע **כב' השופט ש' שוחט**, כי ראוי להדגיש שאין בהנחיות משרד הפנים כל דרישה לבדיקת רקמות כתנאי לרישום אבהות, בין אם מדובר בקטין מתחת לגיל 3 שנים ובין אם מדובר בקטין מעל גיל 3 שנים; וכן כי אין בהנחיות כל אבחנה בין גבר פנוי לגבר נשוי. משכך, קובע השופט, אין בהנחיות משרד הפנים כדי להוות את הבסיס החוקי או המשפטי לצורך בבדיקת רקמות, טרם מתן פסק דין על ידי בית משפט או בית דין דתי מוסמך, כנדרש בסעיף 21 לחוק מרשם אוכלוסין, התשכ"ה-1965. למרות זאת דחה בית המשפט את התביעה, וזאת מן הנימוק שכאשר באים בפני בית המשפט בבקשה לסעד הצהרתי על אבהות, שהוא סעד כלפי כולא עלמא, הרי שאין להסתפק בהצהרת הצדדים, ויש לבחון את כל הראיות האפשריות.

ב-**תמ"ש 109620/00**¹⁰ ביקש התובע מבית המשפט ליתן פסק דין המצהיר, כי הנתבע הינו אביו, ולהורות למשרד הפנים לרשום את האבהות במרשם האוכלוסין.

התובע, הקטין, נולד לאמו מחוץ למסגרת הנישואין בהיותה רווקה, ובעת שקיימה קשרי חברות עם הנתבע שהיה גרוש עם ילדים. בעת הלידה לא נרשמה אבהותו של הנתבע ורק

¹⁰ תמ"ש 109620/00 פלוני נ' פרקליטות מחוז ת"א אזרחי ואח', תק-מש 2004 (1) 465 (2004).

לאחר 5 שנים, הופיע הנתבע וביקש לרשום את אבהותו. לצורך הרישום ולהוכחת האבהות הופנו הצדדים לבית המשפט ולביצוע בדיקת רקמות. הנתבע טען בוודאות כי הוא אביו של התובע, והסכים לרישום אבהותו, אולם לא נענה לדרישה לביצוע בדיקת רקמות, וטען כי אין ביכולתו לממן את עלותה. לאור זאת התנגד היועץ המשפטי לרישום.

כב' השופטת ע' מילר קובעת, כי במקרה זה, הואיל והתביעה הוגשה כאשר הקטין היה כבן 5, לא ניתן להסתפק בהצהרת ההורים, ויש להוכיח את האבהות. בדיקת אבהות מדויקת היא בדיקת רקמות, אך במידה שלא תתבצע יש להוכיח בראיות פוזיטיביות את אבהות הנתבע.

גם במקרה זה מעדיפה השופטת את נכונות הרישום. לדידה, רבים התחומים המוכרעים מהכרזה זו, ובראשם עניין נישואיו העתידיים של הקטין, והעניינים הנובעים מעצם הכרזת אבהות כגון ירושה, מזונות אפוטרופסות וכו'. עקב החשיבות הרבה שיש לקביעת האבהות, ולנוכח העובדה כי לתוצאות פסק הדין השלכה כלפי הציבור כולו, מוטל על התובע נטל כבד ביותר להוכיח את תביעתו.

כאשר בעבר היו הבדיקות המדעיות להוכחת אבהות מפותחות פחות ונתנו תשובות בסבירות נמוכות יחסית – נטו בתי המשפט להחמיר עם התובע המבקש פסק דין לאבהות, והוטל על התובע נטל ראיתי כבד לשם הוכחת התביעה. אך כיום, אין חולק שבדיקת הרקמות מהווה את האמצעי המדעי, כמו גם המשפטי, הטוב והיעיל ביותר על מנת לקבוע אבהות. לכן דוחה **כב' השופטת ע' מילר** את התביעה, בקובעה כי:¹¹

”זכות הקטין לדעת מיהו אביו הינה בעלת חשיבות רבה הנגזרת מחוק-יסוד כבוד האדם וחירותו. במאזן בין זכותו של הקטין לדעת מיהו אביו מולידו, לבין השמירה על מצוות תקנות סדר הדין האזרחי, גובר אינטרס הקטין ואף האינטרס הציבורי בקביעה מדעית (להבדיל ממשפטית) של האבהות הביולוגית... אמונתם של הצדדים כי הנתבע הוא אביו של הקטין אינה מספקת, שכן ידועים לא מעט מקרים בהם האמונה היתה עמוקה אך בסופו של דבר התוצאה היתה שונה משציפו והאמינו.”

¹¹ שם, פס' 11 לפסק הדין.

רק במקרים יוצאי דופן נאותו בתי המשפט לסמוך על הצהרת ההורים בלבד לצורך הוראה על רישום אבהות במרשם האוכלוסין.

כך היה ב-**תמ"ש 13772/02**.¹² במקרה זה התובע-האב היה נוצרי-פרבוסלאבי ואילו התובעת-האם היתה יהודיה. בעת ההיכרות ביניהם, היתה התובעת רווקה ובהמשך נישאו הצדדים בטקס אזרחי במולדובה, אך נישואיהם לא נרשמו בישראל. מסיבה זו סרב משרד הפנים לרשום את אבהותו של התובע, וביקש הסכמת בית המשפט. עמדת הפרקליטות בעניין היתה שיש לערוך בדיקת רקמות, אך התובע סרב לכך, ורצה לעזוב את הארץ.

יש לציין, כי אין במקרה הנדון כל חשש לממזורו של הקטין, מאחר שהאם יהודיה ואילו האב הנטען (שניהם התובעים) – נוכרי, וגם לו היתה האם אשת איש, ובוודאי כאשר היא פנויה – הולד אינו ממזר; שכן, לגבי מוליד נוכרי, אין הדין העברי מכיר ביחס של אבהות.¹³

לכן די היה בהצהרתם של התובעים, כי הקטין הוא בנם המשותף, על מנת שפקיד הרישום ירשום כך ברישומיו.

כב' השופט ג' גוטזגן קובע, כי הנחיית משרד הפנים אינה מהווה את הבסיס המשפטי לצורך בעריכת בדיקת רקמות. ההנחיה באה לקבוע כללים לישום הוראת סעיף 21 לחוק מרשם האוכלוסין. סעיף 21 מדבר על "האב והאם", וגם בו לא נמצאו דרישות הנוגעות לאזרחות, תושבות, דת וכיו"ב. כמו כן, הנחיית משרד הפנים מדברת על "גבר הטוען לאבהות על הילד", ולא נמצאה בה כל אבחנה בין גבר פנוי לגבר נשוי. משרד הפנים לא היה צריך כלל לבדוק את מצבו המשפחתי של התובע, כשם שאין הוא בודק, האם גבר יהודי, הבא להצהיר כי הוא אביו של קטין שנולד מאשה יהודיה פנויה, הינו גבר פנוי או שמא נשוי.

אולם שלא כמו קודמו – **כב' השופט ש' שוחט** – מסקנתו של **כב' השופט ג' גוטזגן** מקביעה זו שונה, והוא מקבל את הצהרת ההורים כמספיקה על מנת לשנות את הרישום במרשם האוכלוסין.

¹² תמ"ש (ת"א) 13772/02 **פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה**, תק-מש 2002 (4) 136 (2002).

¹³ עמ' 30 לעיל. ת"א (ת"א) 1234/54 **א.ב. נ' ג.ד.**, פ"מ יא 321, 327; ב"צ שרשבסקי, **דיני משפחה** (ראובן מס, מהדורה רביעית, 1993) 366.

בין נימוקיו מופיע השיקול של טובת הילד. לדידו, מקום שמדובר בקביעת אבהות – הנפשות הפועלות הן: האם, הקטין והאב-הנטען. מאליו מובן, קובע השופט המלומד, שהצלע המרכזית היא הקטין. בנסיבות מקרה זה, הקטין הינו בעל אזרחות ישראלית ותושב ישראל, כמו אמו; ורק האב-הנטען אינו אזרח או תושב ישראלי.

חיזוק לפרשנות זו מוצא **כב' השופט ג' גוטזגן** גם בלשון חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962, הדין, בפרק ב' שבו, בהורים ובילדיהם הקטינים. גם שם אין המחוקק מגלה עניין בשאלות של אזרחות, תושבות או דת, אלא מתרכז בעקרון "טובת הקטין". טובתו של קטין – שלא יופיע כמחוסר אב.

שיקול "טובת הקטין" הביא את בית המשפט להעדיף הצהרה מצד גבר ואשה בדבר אבהותו של הגבר כלפי קטינה, על פני עריכת בדיקת רקמות, ובנסיבות קשות מ-**תמ"ש 13772/02** הנ"ל, כיוון שבו תוצאת בדיקת רקמות עלולה היתה להביא את הקטינה להיות "שתוקית", שלא תכיר את אביה ותגבל, בדרך כלשהי, לצרכי נישואין.¹⁴

מקרה אחר בו התקבלה בקשת האם לרישום אבהותו של האב הנטען הוא **תמ"ש (ת"א) 102340/97**,¹⁵ בו דובר באם, שאינה יהודיה, שבעת הורתו של הקטין היתה נשואה, ובאב-הנתבע, שאף הוא נשוי ואינו יהודי, אך אשתו עזבה את הארץ זה מכבר. עוד בבית החולים הכיר הנתבע באבהותו על הקטין, שאף נרשם על שמו.

זמן קצר לאחר הלידה, נשלח לתובעת מכתב ממשרד הפנים ובו הודעה, כי רישום הנתבע כאבי הקטין מוטעה, נוכח העובדה שהתובעת נשואה, ולאור הוראת סעיף 22 לחוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965. לפיכך, הוגשה תביעת האם לה צורך תצהיר הנתבע, שבו אישר כי הוא אבי הקטין. כמו כן הוגש לבית המשפט תצהיר מטעם בעלה של התובעת, בו הוא מאשר כי אינו אבי הקטין, וכי אין לו התנגדות שיינתן פסק דין כמבוקש.

הפרקליטות מצידה ביקשה בדיקת רקמות, אך הנתבע סרב לערוך בדיקה כאמור.

¹⁴ תמ"א (ת"א) 4816/92 **לוי נ' היועמ"ש** (לא פורסם); פסק-הדין אושר בבית-המשפט העליון ב-ע"א 1161/93 **היועמ"ש נ' לוי**, תק-על 94(1) 327 (1994), כפי שהובא על ידי כב' השופט ג' גוטזגן ב-תמ"ש (ת"א) 13772/02 **פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה**, תק-מש 2002(4) 136, פס' 15 לפסק הדין (2002).

¹⁵ תמ"ש (ת"א) 102340/97 **ח.א ואח' נ' ס.ו ואח'**, תק-מש 2000(3) 599 (2000).

אין חולק, כי בעת הורתו של הקטין ובעת הולדתו, היתה התובעת נשואה לאחר זולת הנתבע; ולפיכך סרב משרד הפנים לרשום את הנתבע כאבי הקטין, אף שזה הצהיר על אבהותו עם היוולדו. משרד הפנים דרש מן התובעת כתנאי לרישום – להמציא פסק דין, המצהיר, כי הנתבע הינו אבי הקטין.

השאלה שהתעוררה במהלך הדיונים היתה, האם די בהסכמת הנתבע, כי יינתן לגביו פסק דין, המצהיר על אבהותו, על מנת שבית המשפט ייתן פסק דין כאמור; או שמא רשאי היה נציג הפרקליטות לדרוש הוכחת הדבר.

אין ספק, כי במקום בו מתבקש פסק דין המצהיר על אבהותו של פלוני, והצדדים מסוגלים לספק לבית המשפט את הראיה הטובה ביותר הניתנת להשגה כיום להוכחת אבהותו, מן הראוי כי יעשו כן. אולם, בשורה ארוכה של פסקי דין נקבע, כי לבעל דין זכות יסוד לסרב לעריכת הבדיקה, ובהעדר הוראה מפורשת בחוק, אין לבית המשפט סמכות לכפות את עריכת הבדיקה על בעל הדין.

לאור זאת ניתן פסק דין ולפיו הנתבע הוא אבי הקטין, וזאת על סמך תצהירי הצדדים והבעל, ועל סמך התנהגות הנתבע המהווה סיוע לעדות האם, ובהתאם להתרשמותה של השופטת מן הנתבע.

מקרים אלה מובנים על רקע נסיבותיהם, דהיינו שאין המדובר בקיום חשש לממזרות, ושאינן לקביעה וודאית של זהות האב השלכות הלכתיות כלשהן.

דברים אלה וכל נושא נכונות הרישום במסמכי המדינה, מזכירים את הדיון שנערך לעיל בשאלה האם קיימת אפשרות, בעניין קביעת האבהות, להליך של סעד הצהרתי בלבד.¹⁶ נזכיר ונבהיר, כי בתי המשפט לא יתנו פסק דין הצהרתי, ממנו עולה כי הילד עלול להיות ממזר.

אך נראה, כי גם כשאין חשש לממזר, מדברים בתי המשפט בשני קולות בכל הקשור לבקשות להצהרת אבהות:

ככל הנוגע לרישום במרשם האוכלוסין, קיימת נטייה לחשדנות ולקפדנות לנכונות המרשם, ונדרשת הוכחה ודאית כדוגמת בדיקת רקמות.

¹⁶ עמ' 111-124 לעיל.

ככל הנוגע לתביעות שנפקותן ממונית, בהן תובעים הילדים, בין בגירים ובין קטינים, הכרה באבהות באמצעות אמם – נוטים בתי המשפט להיבנות מקביעת בית המשפט העליון בפרשת שרון נ' לוי, על פיה סרובו של הנטען להבדק יהווה ראיה לחובתו. הנפקות היא, כי יוצהר על הנתבע כאב, וממילא יוכרו חובותיו הממוניות כלפי צאצאיו.

את הקושי והקפדנות ככל שהדברים קשורים בנכונות מרשם האוכלוסין יש לייחס מחד גיסא לחשש של הדין הדתי המבקש למנוע ממזרות הלכתית; ומאידך גיסא, אולי, לחשש של הדין האזרחי, המבקש לאזנה ולהכניס למרשם האוכלוסין את האוכלוסיה היהודית בלבד, ממניעים דמוגרפיים שונים, ובשל כך מקשה על רישומם של אלה, שאינם נכנסים בבירור בקטגוריה זו.

מקרה המחזק מסקנה זו הוא תמ"ש (כ"ס) 6713/02,¹⁷ בו התובעים הם בני-זוג, האם אזרחית ישראלית והאב נושא דרכון תאילנדי, ובעל מעמד של תושב ארעי במדינת ישראל במסגרת הליך מדורג לקבלת אזרחות ישראלית.

בשנת 2000 פנו הצדדים לבית המשפט ב"תביעה לשינוי שם", בה הצהירו, כי הם חיים חיי שיתוף כבעל ואשה החל מחודש מאי 1998, ומתגוררים יחד בדירת התובעת בנתניה.

באותה תביעה הודיעו הצדדים, כי מהקשר הזוגי ביניהם הרתה התובעת לתובע וביום 1.8.99 ילדה את בנם המשותף. בבית החולים פנו התובעים ובקשו לרשום את התובע כאביו של הקטין, אך שם נאמר להם, לטענתם, כי מכיוון שהתובע אינו אזרחי לא ניתן לרשום אותו כאביו של הקטין, ויש צורך בבדיקת רקמות כדי לברר זאת.

נוכח עמדה זו של משרד הפנים, הסכימו התובעים לביצוע בדיקת סיווג רקמות ופנו לבית המשפט לשם קבלת הפניה לביצוע הבדיקה (שהרי הבדיקה ניתנת להיערך בישראל אך ורק עפ"י צו של ביהמ"ש לענייני משפחה מכח חוק מידע גנטי, התשס"א-2000). תוצאות בדיקת הרקמות היוו ראיה מובהקת לכך שהתובע הוא אכן אביו של הקטין, וניתן פסק דין שהצהיר על אבהותו של התובע על הקטין והתיר את שינוי שם משפחתו של הקטין בהתאם.

¹⁷ תמ"ש (כ"ס) 6713/02 מ' א' נ' פרקליטות מחוז המרכז, תק-מש 2004 (3) 499 (2004).

שנה לאחר מכן ילדה האם בשנית, אך גם הפעם, בבואם לרשום את הילדה במשרד הפנים, נתקלו ההורים בסרוב, כיוון שלא היו נשואים בעת לידת הקטינה (זאת משום שרשויות המדינה אינן מאפשרות אפיק נישואין לצדדים שהינם תושבי ישראל ואינם שייכים שניהם לאחת העדות הדתיות המוכרות בדבר המלך במועצתו, 1922).

בלית ברירה נסעו התובעים לתאילנד, ארץ הולדתו של התובע ושם נישאו בנישואין אזרחיים.

במקרה זה נקבע, כי על פני הדברים, ברור שהתובע אינו מונע במשאלתו לרשום את הקטינה על שמו ממניעים זרים, משום שממילא יש לו רישיון לישיבת ארעי בישראל המקנה לו גם את הזכות לעבוד בה, ומשום שהוא ממילא אב לקטין הראשון אשר נולד בארץ, שהינו אזרח ישראלי.

חרף כל אלה בחר משרד הפנים שלא לרשום את הקטינה על שם אביה, באופן שרירותי, בהתבססו על סעיף 21 לחוק מרשם אוכלוסין, בטענה שהוא חל על אזרחי המדינה בלבד. עמדה זו נדחתה על ידי בית המשפט מפי **כב' השופט י' כהן**, שקבע:¹⁸

”בסעיף זה אין כל אבחנה בין מי שהינו אזרח ישראלי ובין מי שאינו אזרח ישראלי...”

בדיקה מדעית של אבהות אינה שונה ואינה מניבה תוצאות שונות כשמדובר במי שהינם אזרחים ובמי שאינם אזרחים.

הבדיקה המדעית אינה מבחינה בין גזעים ובין צבעים של בני האדם ועל שום מה תוטלנה על התובעים דרישות אשר משרד הפנים אינו מעמידם בפני בני-זוג אחרים?...

בעמדת הנתבעת הדורשת מבני-הזוג הנשואים זה לזו והורים משותפים כיום לשני ילדים, להביא ראיות שונות להוכחת חייהם המשותפים יש, לדעתי, משום התנשאות ויותר מאבק של אפליה חסרת רגישות ובלתי מוצדקת מבחינה עניינית ומשפטית.

¹⁸ תמ”ש (כ”ס) 6713/02 מ’ א’ נ’ פרקליטות מחוז המרכז, תק-מש 2004 (3) 499, פס’ 10-14 לפסק הדין (2004).

במשלוח התובעים בשנית לקיום בדיקת רקמות, עשויה להגרם לתובעים הוצאה כספית בלתי מבוטלת אשר לתובעים קשה לעמוד בה לטענתם, נוכח מצבם הכלכלי.

לכפית בדיקה שכזו, כאשר הצדדים חיים יחדיו, מזה למעלה מ- 6 שנים חיי משפחה במשק בית משותף, וכאשר הנם הורים משותפים מוכחים לילד קודם, אין כל הצדקה של ממש, ויש משום הכבדה מיותרת ובלתי הוגנת.

בדיקה מדעית של אבהות אינה שונה ואינה מניבה תוצאות שונות כשמדובר במי שהינם אזרחים ובמי שאינם אזרחים. הבדיקה המדעית אינה מבחינה בין גזעים ובין צבעים של בני האדם ועל שום מה תוטלנה על התובעים דרישות אשר משרד הפנים אינו מעמידם בפני בני-זוג אחרים?

נוכח כל האמור לעיל, הנני מקבל את תביעת התובעים.

ואכן, בית המשפט נתן הצהרת אבהות ללא דרישה לבדיקת רקמות נוספת.

יש לציין, כי לאור הפנמת עקרון טובת הילד במערכת המשפט, ניתן לראות לאחרונה מגמה שונה, המעדיפה את טובת הילד:

ב-**תמ"ש (י-ם) 20950/97**¹⁹ הצהירה **כב' השופטת ח' בן עמי** על אבהותו של המבקש לקטין, ובכך קיבלה את בקשתם של ההורים על סמך הצהרתם, תוך הכרה בנסיבות המיוחדות של המקרה ומטעמי טובת הילד. השופטת התייחסה לתפקודו החיובי של המבקש כהורה, ולכך שבעלה לשעבר של האם המבקשת נטש את משפחתו ואת ילדיו, אינו מגלה בהם עניין, ולא הביע כל התנגדות להכרזה כי הקטין הינו בנו של המבקש. יש לציין, כי ההורים שניהם בני הדת המוסלמית, ולכן החשש לממזור לא היה קיים ולא היווה אבן נגף להחלטה. יצויין כי לאחר שנשלחו ההורים לביצוע בדיקת רקמות ונקבע מועד לדיון נוסף, נימקה **כב' השופטת ח' בן עמי** את החלטתה²⁰ מבלי להתייחס כלל לתוצאות הבדיקה, ונראה כי קיימת אפשרות שהבדיקה כלל לא נערכה.

¹⁹ תמ"ש (י-ם) 20950/97 ר. ו-2 אח' נ' משרד הפנים, תק-מש 98 (2) 30 (1998).

²⁰ תמ"ש (י-ם) 20950/97 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, תק-מש 99 (2) 1 (1999).

מקרה יוצא דופן במסקנותיו הינו **תמ"ש (חי') 29150/00**,²¹ שנדון על ידי **כב' השופטת צ' קינן**, ובו נענתה בקשת הורים יהודים לשינוי המרשם, בכך שהקטינה תרשם כבתו של אדם אחר, על אף שהרישום עלול להכתימה כממזרה. במקרה זה המדובר היה בהורים יהודים שלא קיימו אורח חיים דתי, והצהירו בגלוי על זהות האב הביולוגי. חוסר התייחסותם של בני-הזוג להשלכות הממזרות, עקב אורח חייהם, והאפשרות של הקטינה, כשתגיע לפרקה, להקים יחסי זוגיות באפיקים אחרים מהאפיק המסורתי, הביאו למסקנה, שטובת הקטינה דורשת שהיא תרשם על שם אביה הביולוגי.

וכך מבהירה **כב' השופטת צ' קינן**:²²

"לא בכל מקרה בו מתעוררת שאלת אבהות לגבי ילד שנולד לאם הנשואה לאחר, תדחה התביעה על פניה, ובאופן אוטומטי מחמת הנימוק שברור וקביעת ממצאים בשאלת האבהות עלול לגרום לפיסולו של קטין מההיבט ההלכתי וכל מקרה ידון על פי נסיבותיו המיוחדות ושקול העל שינחה את ביהמ"ש הוא טובתו של הקטין שענייננו מתברר בפניו... בענייננו, אבהותו של התובע, הוכרזה בריש גלי. כלפי הקטינה וכלפי כולי עלמא, בדבור ובמעשה ואין בהכרזה המבוקשת שינוי מצב... החשש להטלת כתם הממזרות בקטינה אינו נובע מעצם ההצהרה המבוקשת והוא קיים ממילא בשל נסיבות לידתה... תכליתו של הסעד המבוקש הוא לשרת את טובתה של הקטינה, שזכאית היא שהמציאות בה היא גדלה ולה היא מודעת, תהא תואמת את המציאות המשפטית – המרשם באופן שלא יוצבו מכשולים בפני הוריה בבואם לפעול במסגרת חובותיהם כלפיה, ובפני הקטינה עצמה, שבבוא היום עשויה למצוא עצמה מעומתת ברישום הסותר את המציאות הידועה והמוכרת לה. בענייננו, המכשולים היומיומיים והמיידים הצפויים כתוצאה מהעדר הרישום הינם בגדר ודאות, בעוד הטלת הספק בכשרותה, הינו עניין לעתיד לבוא אם וכאשר תבחר להנשא כדמו"י, ואם וכאשר לא ימצא ביה"ד בתבונתו, דרך לסייע לה להסיר את כתם הממזרות באמצעות

²¹ תמ"ש (חי') 29150/00 ד' א' נ' היועץ המשפטי לממשלה, תק-של 2002 (4) 566 (2000). ועיין על פסק הדין לעיל, עמ' 341, 115.

²² שם, פס' 16-17 לפסק הדין.

הכללים שפותחו כדי למנוע פסילתו של קטין כממזר.

2. האינטרס לשוויון – בין הנולד לפנויה לנולד לנשואה ובין מולידיהם

א. האינטרס המוסרי

הגישה לפיה כל אימת שידון מקרה בו הוכחת האבהות כרוכה בחשש לממזור – לא תערך בדיקת רקמות, ותחתיה תיקבע האבהות על פי החזקה של "רוב בעילות אחר הבעל", תגרום להפלייה בין "המולידים" השונים, ולכך שמי שיקיים יחסי אישות עם הנשואה לא יישא בכל אחריות לגורל בנו הביולוגי.

"הנה הוא מנער מכתפיו כל אבק אחריות, מתפרק ממנה ומעביר את המשא ממנו והלאה, אל החברה בה הוא חי, או במקרים אחרים – אל בעלה של האם, שאיננו האב הגנטי. "תעודת-ביטוח" קמה לו, למי שמבקש לקיים יחסי אישות עם הנשואה – בדמות אינטרס אי-הממזור".²³

כך כב' השופט ג' גוטזגן, ועוד כך:

"יקשה עלינו, מוסרית, לסבול את העובדה, שבין ערכינו החברתיים ישתררב כזה, שעושה איפה ואיפה בין מידת-האחריות שיצטרך לשאת בה מי שקיים יחסים עם הפנויה, ומי שחמד את אשת-חברו וקיים עמה יחסי-אישות".²⁴

ואומר פרופ' פנחס שיפמן:²⁵

"אם לא תתקבל הגישה המרשה לבעל לסתור את חזקת האבהות, לא זו בלבד שיגרם עוול לבעל הצריך לשאת באחריות לפרי מעלליה של אשתו שאיננו יוצא חלציו, אלא תיגרם גם תוצאה שלילית נוספת: המקיים יחסים

²³ תמ"ש (משפחה ת"א) 87471/00 פלוני (קטין) נ' פלוני, תק-מש 2004 (1) 49, 106 (2004).

²⁴ תמ"ש (ת"א) 87471/00 פלוני (קטין) ואח' נ' פלוני ואח', תק-מש 2004 (1) 49, 114, פס' טו לפסק הדין (2004).

²⁵ פנחס שיפמן, דיני המשפחה בישראל כרך ב (המכון למחקרי משפט, אוני' ירושלים, התשמ"ט-1989) 46.

עם הפנויה, נושא באחריות לסיכון שהיא תהרה ממנו, אך המקיים יחסים אם אשת-איש נהנה מן ה'ביטוח', שהאחריות תוטל על אדם אחר, קרי בעלה של אותה אשה.

ב. ערך השוויון בפני החוק

בהמשך לאינטרס המוסרי יש לציין את ערך השוויון בפני החוק, המחייב מתן יחס שווה לנבדקים בבדיקות הרקמות באשר הם, כמו גם לעצם ההזדמנות והאפשרות להיבדק. ההכרזה על הקמת מדינת ישראל משנת 1948, קובעת כי המדינה "תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין...". רשימה רחבה יותר של איסורי הפליה מופיעה בהצהרה האוניברסאלית בדבר זכויות האדם, ובאמנה בדבר זכויות הילד.²⁶ בין היתר קובעים סעיפי האמנה בדבר זכויות הילד:

"(1) המדינות החברות יכבדו ויבטיחו את הזכויות המפורטות באמנה זו לכל ילד שבתחום שיפוטן, ללא הפליה משום סוג שהוא, ללא קשר עם גזע, צבע, מין, שפה, דת, השקפה פוליטית או אחרת, מוצא לאומי, אתני או חברתי, רכוש, נכות, לידה או מעמד אחר, בין אם של הילד, ובין אם של הוריו או אפוטרופסו החוקי.

"(2) המדינות החברות ינקטו בכל האמצעים המתאימים להבטיח כי הילד מוגן מפני כל צורה של הפליה או ענישה על יסוד מעמד, פעילויותיהם, השקפותיהם או אמונותיהם של הוריו הילד, אפוטרופסיו החוקיים או בני משפחתו."

האמנה מפרטת שורה של עילות להפליה. האמנה עצמה אינה מגדירה, אמנם, "הפליה" מה היא, אולם ועדת האו"ם לזכויות האדם קבעה, שהמונח "הפליה", צריך שיפורש כמתייחס לכל הבחנה, הוצאה, הגבלה או העדפה, המיוסדות על כל בסיס, לרבות על בסיס גזע, צבע, מין, שפה, דת, דעה פוליטית או דעה אחרת, מוצא לאומי או סוציאלי, רכוש,

²⁶ כתבי אמנה 1038, כרך 31, בעמ' 221.

מעמד מלידה או מעמד אחר, שמטרתו או תוצאתו הזכויות והחירויות.²⁷

הייחוד של עיגון עקרון השוויון באמנה הוא, בין היתר, בהתייחסות שמופיעה בו לאיסור הפליית ילדים מחמת מאפייניהם של הוריהם. לא די בהגנה על הילדים מהפליה מחמת מאפיינים שלהם עצמם, אלא חל איסור על הפלייתם גם בהקשר למאפיינים הקשורים להוריהם.²⁸

אין ספק, כי החלטה של בית המשפט להתעלם מראיה של בדיקת רקמות, לגבי מי שלטענת אמו הרתה לאחר כנשואה, במובחן מן המקרה של מי שנולד לפנויה, או מי שנולד מאב נכרי – היא על רקע דתם של הורי הקטין, אמו והנטען להיות אביו, ונוגדת את השוויון אותו מעגנת האמנה לזכויות הילד.

עד היום לא עוגנה בחקיקה הישראלית הוראה מפורשת בדבר הזכות לשוויון. ואולם, מאז חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מקובל לראות את הזכות לשוויון כמעוגנת בתוכו, כחלק מכבוד האדם.²⁹

”ערך השוויון בפני החוק, מחייב את אי הפלייתו של הקטינה מכל ילד

²⁷ להרחבה ראה: ”יישום האמנה הבנלאומית בדבר זכויות כלכליות חברתיות” (עורך מיכאל אטלן בסיוע שחר גולדמן, תרגום מאנגלית א’ נ’ דמביץ, משרד החוץ, 1997, ירושלים) 8.

²⁸ תמ”ש (ת”א-יפו) 87471/00 פלוני (קטין) ואח’ נ’ פלוני ואח’, תק-מש 2004 (1) 49, פס’ יג לפסק הדין (2004).

²⁹ בג”ץ 6845/00 איתנה ניב נ’ בית הדין הארצי לעבודה, תק-על 2002 (3) 1867, 1875 (2002). שבו קובע כב’ השופט מ’ חשין כי: ”ערך השוויון – ובשמו האחר: איסור ההפליה – הוא מערכי-היסוד של שיטת המשפט בישראל. וכלשונו של כב’ השופט לנדוי ב-בג”ץ 98/69 ברגמן נ’ שר האוצר, פ”ד כג (1) 698, 693 (1969): ”רעיון זה [עקרון השוויון] הוא מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו”. עקרון השוויון הוא: ”עיקרון מן הראשונים במלכות – משיכמו ומעלה גבוה מכל שאר עקרונות ... עקרון השוויון עולה ומחלחל בכל צמח מצמחי המשפט, מהווה הוא חלק בלתי-נפרד מן המערך הגנטי של כל כללי המשפט כולם”: בג”ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ’ שר העבודה והרווחה, פ”ד נב (3) 630, 650-651 (1998) (שדולת הנשים השני) על חשיבותו של עקרון השוויון עמד בית-המשפט לא אחת, בקובעו את מקומו במרכז המפה המשפטית ובשורשיהם של כללי המשפט כולם. ראו: בג”ץ 1/88, 953/87 פורז נ’ ראש עיריית תל-אביב יפו, פ”ד מב (2) 309, 332 (1988); פרשת מרכז השלטון המקומי, לעיל, 503; בג”ץ 1703/92 ק.א.ל קווי אויר למטען בע”מ נ’ ראש הממשלה, פ”ד נב (4) 193, 204 (1992); בג”ץ 104/87 נבו נ’ בית הדין הארצי לעבודה, פ”ד מד (4) 749, 760 (1990); בג”ץ 4541/94 אליס מילר נ’ שר הביטחון ואח’, פ”ד מט (4) 94, 132 (1995); בג”ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע”מ נ’ דנילוביץ ואח’, פ”ד מח (5) 749, 763 (1994); בג”ץ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ’ ממשלת ישראל, פ”ד נה (5) 15 (2001); י. זמיר ו-מ’ סובל ”השוויון בפני החוק”, משפט וממשל כרך ה (תש”ס-1999) 220.

יהודי, בין שהוא נולד מיחסים שבין הורים הנשואים זל"ז, ובין שהוא נולד כתוצאה מיחסים שבין אימו לגבר אחר, בעת שהיא היתה נשואה לאחר בעת הורותו.³⁰

החלטה, לפיה לא ייעשה שימוש בראיה של בדיקת הרקמות, כיוון שמדובר בילד שנולד לאשה הנשואה, להבדיל מן הפנויה – פירושה עשיית דין אחד לילד מן הנשואה ודין אחר לזה מן הפנויה. התעלמות מראיה שעשויה להוביל לחקר האמת ואי עשיית שימוש בה באותם מקרים בהם הקטין נולד לאשה הנשואה, תהווה הפליה של קטין אחד מקטין אחר, דבר המנוגד לעקרונות יסוד בשיטתנו המשפטית.

פגיעה נוספת בעקרון השוויון תהיה בגלל הפער בין מצבו של ילד זה למצבם של ילדים אחרים, להם מידע מלא ואמין על מצבם. בהקשר זה אמרה **כב' השופטת ה' בן-ענתו בפרשת שרון נ' לוי:**³¹

”...לא הייתי קובעת מראש, שבתביעות מסוימות יחולו דיני ראיות שונים מאשר בשאר התביעות... כל מתדיין, שמביא עניינו בפני בית-המשפט, זכאי לכך שלא יופלה משאר המתדיינים. קביעה מראש, שבית-המשפט יימנע משימוש בראיה כשרה פלונית, משום שהוא עלול להגיע לתוצאה שאינה טובה בעיניו, יש בה משום הפליה.”

בעניין זה קבע **כב' השופט י' גרניט**,³² כי גם פסק הדין **בעניין פלונית**,³³ המורה שלא לבצע בדיקת רקמות עקב חשש לממזור, וזאת ללא התייחסות כלל לחוקי היסוד, למרות שכבר נחקקו; צריך להיבחן באמת המידה של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, זאת "לנוכח הפסיקה העקבית של בית-המשפט העליון להחדרת ערך השוויון לכל מערכות החיים הציבוריים ולמניעת הפליה”.

³⁰ תמ"ש (ת"א-יפו) 76760/01 ס"נ (קטינה) ע"י אמה ואפוטרופסוטה הטבעית, י"ס נ' כ' (ש') א., תק-מש 2004 (3) 353, פס' 49 לפסק הדין (2004).

³¹ ע"א 548/78 שרון נ' לוי, פ"ד לה (1) 763, 736, פס' 5 לדברי כב' השופטת ה' בן-ענתו (1980).

³² תמ"ש (ת"א-יפו) 76760/01 ס"נ (קטינה) ע"י אמה ואפוטרופסוטה הטבעית, י"ס נ' כ' (ש') א., תק-מש 2004 (3) 353 (2004).

³³ ע"א 1354/92 חיועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית ואח', פ"ד מח (1) 711 (1994).

בבוחנו את **עניין פלונית** הנ"ל מגיע **כב' השופט י' גרניט** למסקנה, כי אין הוא עומד בדרישות פסקת ההגבלה שבחוק היסוד: כבוד האדם וחירותו:³⁴

"כאמור, בפסק-הדין שניתן ב-ע"א 1354/92 לא נערך כל דיון האם הפגיעה בקטינה והנזק שיגרם לה כתוצאה מכך שהיא תהיה "שתוקית" ושאינה לא יהיה קיים בעולמה והנזקים הנפשיים והרפואיים שעלולים להיגרם לה כתוצאה מכך שלא תתאפשר בדיקה גנטית להורות – היא במידה שאינה עולה על הנדרש, כאשר ברור גם לבית-המשפט העליון וגם לב"כ היועץ המשפטי לממשלה, כי בית-הדין הרבני לא יממזר אותה על-סמך תוצאות הבדיקה.

פיסקת ההגבלה מחייבת כל בית-משפט לבחון האם החשש שבית-הדין הרבני יסטה מתקדימיו ויסתמך על הבדיקה המדעית ויממזר את הקטינה, עולה על הנזק שיגרם לקטינה עקב היותה "שתוקית", שאינה לא יהיה קיים בעולמה, שהיא לא תזכה לגדול עם אהבת אב, שהיא לא תוכל להתמך כספית על-ידו ושהיא לא תוכל לדעת את המטען הגנטי של אביה ומשפחתו, במידה והיא תזדקק לכך, עקב האיסור על ביצוע הבדיקה...

לפיכך ניתן לקבוע כי האיסור על ביצוע הבדיקה הגנטית להורות, אינה לתכלית ראויה והפגיעה בזכויות קטינה המוגנות על-ידי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אינה נדרשת כלל, הואיל וערכיה של מדינת ישראל מחייבים לפעול לטובת הקטינה ושוללים קביעה שתביא להיותה "שתוקית". לא ניתן למצוא בספר הערכים של מדינת ישראל ערך של הפיכת קטינה – שיכולה לוודא מי הוא אביה – ל"שתוקית", על כל הנובע מכך.

סעיף 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה" – וכידוע אף בית המשפט הוא רשות מרשויות השלטון ולכן אף בית-המשפט חייב לכבד את

³⁴ תמ"ש (ת"א-יפו) 76760/01 ס"נ (קטינה) ע"י אמה ואפוטרופסוטה הטבעית, י"ס נ' כ' (ש') א., תק-מש 2004 (3) 353, פס' 55-56 לפסק הדין (2004).

זכויותיה החוקתיות של הקטינה שלא להיות 'שתוקית'."

מול טענות אלה ניתן לטעון, וגם זאת בשם עקרון השוויון, כי הגדרתו ומהותו של השוויון הוא יחס שווה לשווים; ואילו יחס שונה לשונים אינו נופל בגדר הפליה או אי-שוויון.

לכן שונה מצבו של ילד, שנולד למי שהרתה לאחר כשהיתה נשואה, עקב החשש לממזור, ממצבו של מי שנולד לפנויה; ואולי הבדל זה מצדיק את השינוי ביחס ואת חוסר השוויון בהתייחס לקיום בדיקה גנטית לצורך בירור זהות האב האמיתי, ולכן אין המדובר בפגיעה בשוויון.

טענה מסוג זה טרם הועלתה, אך נראה, כי בבוא המקרה בו טובת הילד תדרוש שלא לברר את זהותו ואת זהות אביו, ותועלה הטענה של חוסר שוויון – תשמע אולי גם היא.

3. האינטרס לחקר האמת

האינטרס של גילוי האמת הוא אינטרס חשוב בכל שיטת משפט מתוקנת, והוא למעשה מטרת המשפט.

"ככלל, המשפט חותר לגילוי האמת העובדתית שהרי "המשפט עומד על האמת. ביסוד ההליך השיפוטי עומדת חשיפת האמת..." – רע"א 4999/95 Alberici International נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(1) 39. עם זאת, המשפט מכיר באינטרסים מוגנים אחרים, אשר יכול וידחקו את האינטרס של גילוי האמת העובדתית, וראה, לדוגמה, החסיונות על מיניהם וסוגיהם השונים".³⁵

כדברי **כב' השופט א' ברק**:³⁶

"מטרת המשפט הוא הצדק. האמצעי של המשפט להשגת הצדק הוא חיפוש אחר האמת. המשפט עומד על האמת. ההליך השיפוטי מבוסס על מציאת האמת. בלא אמת אין צדק. בלא אמת אין משפט. האמת – אותה שואף ההליך השיפוטי לחשוף – היא המציאות כמות שהיא... החריגים הם

³⁵ בר"ע (מחוזי חי') 1129/05 **אלמוני נ' פלמונית**, תק-מח 2005(4) 8325, 8336, מפי כב' השופט י' עמית (2005).

³⁶ א' ברק, "על משפט, שיפוט ואמת", **משפטים** כז (תשנ"ו-1996) 11, 15-16.

מעטים. בית-המשפט מתייחס אליהם בחשדנות. הוא ממעט להכיר בהם... רק במקרים חמורים ומיוחדים יהא זה לא רצוי להכיר את האמת."

אך גם החלשת ערך האמת בדבריו של **כב' השופט א' ברק**, על ידי הדגשת החרוג:³⁷

"ערך של הפרט כיצד? לעתים גילוי האמת יפגע כה קשה בפרט – בכבודו, בחירותו, בשלמותו הגופנית והנפשית, בפרטיותו ובשמו הטוב – עד כי המשפט מוכן לוותר על גילוי האמת. טול מקרהו של קטין, אשר מבקשים להביא ראיה אשר תאפשר לבית-המשפט לקבוע ממצא כי הוא ממזר. ממצא זה פוגע קשות במעמד הקטין בישראל. בית-המשפט מתחשב בטובת הקטין. על כן, אין הוא מצווה על עריכת בדיקת רקמות, אשר עשויה לבסס ממצא של ממזרות. גילוי האמת נמנע כדי לקיים את הערך בדבר טובת הקטין..."

במצבים אלה ואחרים, מוכן המשפט להתחשב בערכים או באינטרסים נוספים, מחוץ לאמת עצמה. כבוד האדם, חופש הביטוי, פרטיות, שלום הציבור ובטחונו – כל אלה ערכים ואינטרסים אשר המשפט מוכן להתחשב בהם."

משקלו הרב של אינטרס גילוי האמת מתבטא בנקודת המוצא, הגורסת שהכלל הוא חיפוש האמת ומציאתה. ההמנעות מכך – בשל חשש לפגיעה בערכים אחרים – מהווה את החרוג.

כב' השופט ג' גוטזון³⁸ סבור, כי מלאכתו של בית המשפט בהליך השיפוטי היא להגיע לגילוי האמת:

"עלינו, היושבים על כס-המשפט, לעשות כל שביכולתנו על-מנת לצמצם ולהצר את הפער בין האמת המשפטית לזו העובדתית, תוך שאנו מתאמצים להגיע לגילוי-האמת, מודעים לחשיבותו של ערך זה...כל הסדר אחר, שלא

³⁷ שם, שם, 11, 14.

³⁸ תמ"ש (ת"א) 87471/00 **פלוני (קטין) ואח' נ' פלוני ואח'**, תק-מש 2004 (1) 49, פס' יג לפסק הדין (2004).

יורד לחקר-האמת – אפילו יענה על הצרכים החומריים של הקטין – יהיה בלתי-שלם ויותר את הקטין חסר ופגוע. זה, לצד האינטרס שיש לאב-המוחזק בגילוי-האמת; שאם-לא-כן, יוטלו עליו חיובים רבים.”

דעה קיצונית, המעדיפה את חקר האמת על אף הפגיעה הלכאורית בטובת הילד נשמעה מפי **כב' השופט ג' גלעדי ב-מ"א (ב"ש) 292/90**.³⁹ במקרה זה נבחנה השאלה, האם, במקום שיש חשש לממזור, יכולים הורים לדרוש, שקטינה תעבור בדיקת רקמות, על מנת לקבוע בוודאות את זהות האב?

כב' השופט ג' גלעדי מעלה את העקרון של **גילוי האמת** למדרגת חשיבות עליונה, הוא העקרון החשוב ביותר במשפט, והוא גובר, בדרך כלל, על כל העקרונות האחרים. מעבר לכך, מוסיף השופט, כי גם העקרון של **טובת הקטינה** מחייב, שתדע מי הוא אביה.

במקרה זה נקבע בהסכם הגירושין בין ההורים, כי כיוון שלא מוסכם על האב שהבת היא שלו, הרי שבדיקת רקמות תוודא זאת, ותשפיע על חיוב האב במזונותיה של הקטינה. היועץ המשפטי התנגד לכך בהעלותו את החשש לממזור הקטינה.

כב' השופט ג' גלעדי הורה על ביצוע בדיקת הרקמות. הוא העלה שיקולים מהותיים לטובת הקטינה אם יתברר כי אכן המדובר באביה, כגון הוודאות שבידיעה והענקת יחס, חם, מעבר למזונות, על ידי האב. אולם גם אם יתברר, כי האב הנטען אינו אביה הביולוגי של הקטינה, עדיין רואה **כב' השופט ג' גלעדי** את העדיפות שבחקר האמת. לדבריו, תפקידו של בית המשפט להגיע לחקר האמת, כאשר יש מחלוקת אמיתית בין שני הצדדים, ובלשונו:

“כאשר קטין תובע מזונות בטענה שהנתבע הוא אביו והנתבע כופר בעובדה שהוא אביו של התובע, מן הראוי לאפשר לנתבע להוכיח את טענתו, גם אם הוכחה זו, עלולה לפגוע בקטין...”

גילוי האמת, הוא חובתו הראשונית והחשובה ביותר, בכל הליך משפטי. יצירת בתי המשפט, כמוסד, וחקיקת החוקים הקובעים את סדרי הדין

³⁹ מ"א (ב"ש) 292/90 **פלונים נ' היוהמ"ש**, תק-מח 92(1) 940 (1992). פסק דין זה נהפך בהמשך, ב-ע"א 1354/92 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית ואח'**, פ"ד מח(1) 711 (1994). פסק דינו של בית המשפט המחוזי התבטל, ונאסרה עריכת בדיקת רקמות בקטינה.

והגשת הראיות לבית המשפט, לא נוצרו, אלא כדי להגשים את המטרה העיקרית והיא שבכל מחלוקת אמיתית שהובאה לבית המשפט, יכריע בית המשפט על ידי כך שיקבע את האמת.

אין צורך להרבות על כך במילים.

אכן, גילוי האמת, גורם לעיתים לתוצאה קשה לאחד הצדדים, או אפילו לאדם שלישי שלא היה צד לדיון, כגון עד שבית משפט קבע ששיקר, או מסקנות עובדתיות העלולות להשפיע על זכויות צד שלישי. אף על פי כן, כעקרון, אין להמנע מגילוי האמת, כאשר האמת חשובה לצורך ההכרעה במחלוקת שבין הצדדים. אדרבא, יש לראות את חקר האמת, כעקרון החשוב ביותר במשפט והוא גובר, בדרך כלל, על כל העקרונות האחרים... כאשר קטין תובע מזונות – בעילה שהנתבע הוא אביו, והנתבע טוען "אינני אביו". האם ימנע בית המשפט מהנתבע להוכיח את טענתו, מהנימוק שהוכחת אותה הגנה, עלולה לפגוע בקטין? הרי התובע הוא שפנה לבית המשפט וביקש לחייב את הנתבע בתשלום כסף. האם אין לאפשר לנתבע להתגונן בפני תביעה כזו, ולהוכיח שאין עילה לחיובו בתשלום כסף? נראה לי, שבית המשפט יחטא ליעודו אם ימנע במקרה כזה, מהנתבע כל אפשרות להוכיח שאיננו האב, אף אם הוכחה כזו תפגע בתובעת...

בודאי שבית המשפט אינו שש להרבות ממזרים בעם ישראל. אולם, כאשר יש מחלוקת אמיתית המובאת להכרעת בית המשפט ויש בידיו כלים, כדי להגיע לחקר האמת, באותה מחלוקת והצדדים מסכימים להשתמש באותם כלים, דעתי שבית המשפט אינו צריך להרתע מלהשתמש באותם כלים.

וכב' השופט נ' הנדל גם הוא מבית המשפט המחוזי בבאר שבע מחרה מחזיק אחריו **בדבקות באמת**, בסוגיה של קביעת אבהות. באותו מקרה אמנם לא היה חשש לממזור, אך היה חשש, כי המסקנה שהוסקה מסרוב הנתבע, ולפיה הוא האב – היא מסקנה שגויה, כיוון שיש שני אבות נטענים, שאחד מהם כלל לא נתבע. ואומר השופט המלומד, בדעת מיעוט אמנם, דברים יפים אלה:⁴⁰

⁴⁰ ע"מ (ב"ש) 121/99 **פלוני נ' פלונית**, תק-מח 2000 (2) 8592 (2000).

"... אין בסירובו להיבדק כדי לבסס מסקנה משפטית אשר תכריע את הכף לטובת קביעה כי דווקא הוא האב... החלטתו לסרב לבדיקה הינה זכותו, ובתור שכזו אין להסיק מסקנה ראייתית מכך מעבר לאשר ראוי בנסיבות המקרה... השאיפה... להכריע בעניין לגופו אינה יכולה להצדיק פתרון מאולץ או לא מבוסס... אם לא הוכח כי המערער הוא האב מן הבחינה המשפטית, ייגרם עוול לבת אם בית המשפט יקבע אחרת רק כדי למנוע מצב של אי-ודאות... גם היא תבין ביום מן הימים כי התוצאה לפיה המערער הינו אביה אינה אלא מקריות התלויה בזוהרתו של הנתבע... קביעה בנושא זה, אשר אינה מבוססת, משמעותה היא הכרעה לטובת הקטינה אשר בסופו של דבר אינה לטובתה... יש לזכור כי השאיפה של המשפט היא להגיע לחקר האמת... העניין – קביעת אבהות – הינו חשוב מכדי לבסס קביעה אשר לא הוכחה דיה."

גם ב-ע"א 220/80⁴¹ לא התעורר חשש לפסילת הילד כממזר, כיוון שהאם לא היתה יהודיה, אבל עמדתו העקרונית של בית-המשפט שם, שנקבעה על ידי **כב' השופט י' כהן**, קבעה:

"...מבלי לפגוע בעקרון שבית-המשפט צריך להגן על אינטרסים לגיטימיים של קטינים, קיים גם אינטרס ציבורי בכך, שבמקרה של מחלוקת הנראית לכאורה רצינית בדבר אבהות, יוסר הספק בדבר האבהות על-ידי הכרעת בית-המשפט ולא תחסם הדרך להגיע לחקר-האמת."

במהדורה הראשונה של ספרנו זה שאלנו: "אמת ויציב – מה עדיף?" והעדפנו את האמת! טענו, כי האמת עדיפה, ברוב המקרים, על חזקת הלגיטימיות, ושהיא היא – טובת הילד. עמדתנו היתה חריגה לזמנה, ונראה, כי חלק מן הדוגלים כיום בעמדה זו, כפי שהבאנו לעיל, הסתמכו, בין היתר, על עמדתנו זו, המחלחלת בפסיקה ובספרות המשפטית.

הדבר מתאפשר גם הודות לתמורות הרבות שחלו במשך השנים הן במעמדו של הממזר; הן בתפיסות חברתיות ליברליות המאפשרות ראייה רחבה יותר של מושג "המשפחה" –

⁴¹ ע"א 220/80 דוד נ' קדוס (לא פורסם) כפי שאוזכר בתמ"ש (ת"א) 87471/00 פלוני (קטין) ואח' נ' פלוני ואח', תק-מש 2004 (1) 49, פס' יג לפסק הדין (2004).

הכולל אף בני-זוג שאינם נשואים, חד-הוריים ואף הורים מאותו מין; והן בכך שבית הדין הרבני ממשיך שלא לקבוע ממזרות על פי ממצאים מדעיים המתבררים בערכאות האזרחיות.

יש להכיר בכך, כי האינטרס והטובה והזכות – הנכונים והאמיתיים, של כל הצדדים – היא האמת; וכי יש להמשיך ולהדגיש ולהעלות את חשיבותו של חקר האמת, ולהחזיר לו את מלוא משקלו, כשיקול מרכזי ועיקרי, בו יש להתחשב בבואנו לקבוע אבהות.

יפים לעניין זה דבריו של **כב' השופט י' יעקבי-שווילי ב-מ"א (מחוזי חי') 1389/95:**⁴²

”ואומר רק, בהעברה מהמאמר השגור בפי העם (שיש ק"ן טעמים נגד שתיית יין וטעם היין מכריע את כלם), שק"ן הטעמים שניסו הנתבע ובאי כוחו להשמיע נגד הבדיקה, מוכרעים ע"י כוחה היפה של הבדיקה להוציא את האמת לאור.”

⁴² מ"א (מחוזי חי') 1389/95 **פלונית נ' אלמוני**, תק-מח 96(3) 1947, 1948, פס' 4 לפסק הדין (1996).

פרק ה': אופן ההכרעה במקום שיש ניגוד בין האינטרסים השונים

לאחר סקירת האינטרסים הרבים והשונים העומדים לפתחו של בית המשפט, בכואו להכריע בשאלה של אבהות, חשנו כי מן הראוי להביט שוב, על מסלול הליכתה של אותה "אמת", המתנגשת בהם בדרכה מפעם לפעם, מתנגשת ומתעקשת לעתים, להרחיק-עין, להוכיח את עדיפותה.

ה"אמת" עושה זאת בעיקר בשני מופעים עיקריים:

1. במקרים בהם קיים חשש לממזור הילד, אם חלילה היא תתגלה, יש הדורשים ממנה להחבא.
2. במקרים בהם לא קיים חשש לממזור הילד, אולם האב הנטען מסרב לסייע בחשיפתה – נאלצת היא לכופף ראשה, ולהסכים למסקנה, כי המסרב הוא אבי-הילד, גם אם אין זה נכון.

האמנם נמשיך ונבקש מן האמת כך לעשות? נמשיך להביט בה בהחבאה ובכופפה את ראשה, או שמא נחזק אותה ונבהיר לכל, כי היא החשובה באמת?

סקרנו בהרחבה דעות שונות, וראינו כיצד בעבר נטו בתי המשפט לוותר על חקר האמת ולהעדיף את טובת הילד, שמבחינתם היתה אי ממזור. ראינו כיצד במשך השנים חילחלה הדעה, אותה הבענו במהדורה הקודמת של ספר זה, כדעה ראשונית ומקורית, ולפיה טובת הילד היא ידיעת האמת. הדבר התאפשר הודות להתפתחויות חברתיות, הודות לחוקי יסוד שחוקקו, ובהתחשב בכך שבתי הדין הרבניים המשיכו להקפיד עד מאוד שלא לממזר ילדים.

שינוי העיתים הביא לכך, שמושג טובת הילד שינה את משמעותו ותוכנו: מטובתו שלא להיות ממזר, לטובת גילוי זהות אביו האמיתי על אף החשש לממזר.¹ או במקרה אחר, לטובת גילוי זהות האב האמיתי, על אף שהמשמעות עלולה להיות איבוד האב שהיה לקטינה במשך שנים רבות.² כמו כן מנסים בתי המשפט להלחם במצב בו תוסק מסקנת אבהות לחובת המסרב לבדיקה, כיוון שאין במסקנה זו ערובה לאמת. עד כדי כך עושים הם, שכופים על בדיקות רוק,³ שכופים על הוצאת המת מקברו,⁴ ושקוראים הם למחוקק בקול גדול לחדול משתיקתו הארוכה, ולהורות על חיוב האב-הנטען בבדיקות מדעיות בכל מקרה שאין בו חשש לממזר.

ד"ר רות זפרן⁵ מציינת בהקשר זה, כי כל השיקולים שיש להביא בחשבון ישקלו לאור נסיבותיו הספציפיות של כל מקרה ומקרה:

"...יש לבחון כל מקרה לגופו, לעמוד על נסיבותיו הייחודיות, ולהימנע מלהיתפס לקביעות גורפות ודוגמאטיות.

על בית המשפט להכריע במקרה הנדון, בהתאם לנתונים העומדים בפניו, תוך התחשבות במשתנים מגוונים, ובהם יחסי ההורות שנרקמו בפועל; השפעת הבדיקה ותוצאותיה, כמו גם השפעות אי-עריכתה, על יחסי הורות שנרקמו; אפשרות השיקום של יחסי הצדדים; רצונם של הצדדים (מי מהם מעוניין בקיומה של הבדיקה ולא יזוה צורך); ואולי אף שיוכם הקהילתי של הצדדים. שאלת הממזרות היא לכל היותר שיקול אחד מבין רבים, המכריעים בשאלת קביעת ההורות. בהתאם למשתנים אלה ניתן יהיה להכריע בנסיבות תוך הגשמת טובת הילד הספציפי."

¹ תמ"ש (ת"א) 87471/00 פלוני (קטין) ואח' נ' פלוני ואח', תק-מש 2004 (1) 49 (2004).

² תמ"ש (ת"א) 84170/98 פלונית נ' היועמ"ש, תק-מש 1999 (1) 39 (1999), במקרה זה האשה היתה רווקה ולא היה כל חשש לממזר הילדה.

³ בש"א (ב"ש) 2618/01 פלונית נ' אלמונית ו-2 אח', תק-מש 2002 (2) 153 (2002), שנהפך ב-בר"ע 615/02, בר"ע (ב"ש) 615/02 פלוני נ' פלונית ו-2 אח', תק-מח 2003 (1) 858 (2003).

⁴ תמ"ש (כ"ס) 17340/05 פלוני – קטין נ' עזבון פלוני ז"ל ואח', תק-מש 2006 (3) 90 (2006).

⁵ ד"ר רות זפרן, "של מי אתה ילד? על פגמיו של ההסדר הקיים בדין הישראלי בשאלת קביעת האבהות", הפרקליט מו(ב) 311, 339.

וכך כב' השופט י' גרניט:⁶

"מי ימלא לקטינה שלפנינו את הריק ואת החור השחור שיווצר אם תתקבל עמדתו של ב"כ היועץ המשפטי לממשלה? מי יפצה אותה על הנזקים הנפשיים שיגרמו לה?... האם כל הנזקים... לנפשה של הקטינה עומדים באיזה שהוא יחס לנזק שעלול להיגרם לה במידה ויתגשם החשש שבית-הדין יסטה מתקדימיו, יסכים לקבל את תוצאות הבדיקה כראייה ויממזר את הקטינה – דבר שימנע ממנה להינשא ליהודי בטקס רשמי במדינת ישראל? בית המשפט לענייני משפחה, בהרכבו זה, אינו מוכן לסייע בגרימת הנזקים הנפשיים לנפשה של הקטינה..."

כב' השופט ג' גוטזגן היטיב להגדיר את "מערך הכוחות המתחדש" של האינטרסים הנשקלים, אליו הביא שינוי העיתים:⁷

"החשיבות והמשקל שנותנת כיום מגמת בתי-המשפט לידיעת האמת העובדתית, כחלק בלתי-נפרד מטובת הקטין, ... ראוי שישפיעו גם על נכונות בתי-המשפט להעניק צו לעריכת בדיקת-רקמות, אפילו המדובר במקרים שבהם מדובר בצאצא שנולד לאשה הנשואה, כתוצאה מקיום יחסי-אישות עם מי שאינו בעלה, ובמצבים בהם "עננת" הממזרות מרחפת לה ממעל..."

החשש מפני ממזרות חברתית, על רקע השינויים החברתיים שחלו, כמו-גם החשש מפני תופעות אחרות הנוגעות לסוגיות של סטאטוס ולענייני מעמד אישי (כגון: ידועים-בציבור, אמהות חד-הוריות, הומוסקסואלים וקבוצות-מגדר נוספות) – הולך וקהה. מנגד, הצוהר המצומצם שהותיר בית-המשפט, כשהוא דורש את טובת הקטין גם בהקשרה של השאלה הטרומית

⁶ תמ"ש (ת"א-יפו) 76760/01 ס"נ (קטינה) ע"י אמה ואפוטרופסוטה הטבעית, י"ס נ' כ' (ש') א., תק-מש 2004 (3) 353, פס' 26 לפסק הדין (2004).

⁷ תמ"ש (ת"א) 87471/00 פלוני (קטין) ואח' נ' פלוני ואח', תק-מש 2004 (1) 49, פס' ה לפסק הדין (2004).

שלפנינו, רחב וגדל, ואשנבי התריס המוגף, הולכים ונפערים.

אם בעבר מילא אינטרס אי-הממזור לבדו תוכן את עקרון טובת הילד במקרים אשר כאלה, אחד ואין-בלתו, ניצב לו בבדידות מזהרת – הרי שהיום מוכרים ועומדים, בעקבות ההתפתחות החברתית, התפתחות המחקר והמדע, העמקה בנושאי פסיכולוגיה ורפואה ובנושאים מקבילים של אימוץ-ילדים והזרעה-מלאכותית, אינטרסים רבים אחרים, שמשרתים – גם הם – את טובת הקטין, לא פחות ממנו.

על השאלה, אם לערוך בענייננו בדיקת-רקמות, צריך, אם-כן, להשיב באספקלריה של המציאות החברתית בישראל היום ועל רקע נסיבות המקרה שלפנינו, תוך שיקול-דעת וזהירות מרובים ובחינה מחודשת של עקרון טובת הקטין, על כל צפונותיו, נוסף לאינטרסים האחרים המעורבים בסוגיה.

וכך מציג את הדברים **פרופ' פ' שיפמן**:⁸

”... טענת הפגיעה החברתית בילד איננה נקייה מספיקות... אין זה ודאי שטובת הילד דורשת במפגיע את טשטוש האמת, וקשה לקבוע מה מחייבים האינטרסים האמיתיים של הילד. יתכן מאוד שבדיקה מדעית תגלה שהבעל הוא אבי הילד. קביעה על-פי בדיקה כזאת יכול שתהדק את קשריו של הבעל-האב עם הילד, ובלעדיה יתכן שהבעל לא יהיה מוכן לראות את הילד כבנו. אף אם מכוח חזקה משפטית יוטל עליו עול התמיכה בילד, ואף אם לא יתנער הבעל רגשית מן הילד, האם רצוי הדבר להניח לספק לכרסם בלבנו. ספק שלא ייתן לו מנוח שמא הילד איננו שלו? גם מלבנו של הילד יש להסיר פקפוקים מיותרים. ואם בעל אמו איננו אביו, יש מקום לומר שהאינטרס האמיתי של הילד הוא לדעת את האמת לאמיתה, אף אם היא מרה ומכאיבה...”

⁸ פנחס שיפמן, **דיני המשפחה בישראל** (המכון למחקרי חקיקה, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, התשמ”ד-1984) 49-50.

המלומדת נ' זלצמן⁹ עוסקת במקרים בהם נוצר פער בין המציאות העובדתית לאמת המשפטית, עקב מניעת מידע רלבנטי מבית המשפט, גם במקרים בהם בית המשפט הוא שמונע את כניסת המידע. החלטה שלא לתת צו לעריכת בדיקת רקמות נופלת בגדר המקרים הללו. לדבריה בהחלטה מעין זו הטעם שניתן למניעת המידע:

”אינו קשור כלל לחקר האמת. הוא נובע מן הצורך להתחשב בקיומם של ערכים או אינטרסים נוספים, שאינם קשורים להליך השיפוטי, ואשר הגשמתם מצדיקה חסימת מידע מבית-המשפט. טעם זה מבוסס על הרעיון שגילוי האמת במשפט הוא ערך מרכזי, אך אינו בלעדי. לצדו קיימים ערכים אחרים שהחברה מעוניינת בקיומם או בטיפוחם. על המשפט להתחשב בערכים אלה בעת שהוא קובע את הכללים להוכחתן של עובדות. ה'התחשבות' היא על-ידי עיצוב כלל החוסם את כניסתו של מידע לבית-המשפט... יש למעט ככל האפשר ביצירת כללים המונעים את גילוי האמת. לשם כך יהיה על יוצר הכלל לשקול אם יש הצדקה לגרוע מערך האמת כדי להגן על הערך החברתי האחר; אם תפקידו של ההליך השיפוטי הוא להגשים ערך חברתי אחר שאינו קשור כלל לחקר-האמת; אם מניעת מידע מבית-המשפט היא אמנם אמצעי הגנה הולם לערך האחר; ואם קיימים אמצעים משפטיים אחרים להשגת תכלית זו.”

נ' זלצמן מונה את השיקולים שישפיעו על מלאכת האיזון העקרוני בין חקר האמת לבין ערך חברתי אחר, בעניינינו אינטרס אי הממזור:

”שיקול ראשון: האם גילוי המידע בהליך השיפוטי הרלבנטי אכן יפגע בהגשמת הערך החברתי האחר?

שיקול שני: האם ההחלטה שיש לגלות את המידע תהא אפקטיבית, והאמנם תשיג את גילוי האמת במשפט? ואכן, אין ספק, שמתן החלטה שתאפשר עריכת הבדיקה – תוביל לגילוי האמת במשפט, על פי הידע

⁹ נ' זלצמן, ”אמת עובדתית ו'אמת משפטית' – מניעת מידע מבית-המשפט לשם הגנה על ערכים חברתיים”, **עיוני משפט** כד (תשס"ט-תשס"א) 263. דברים שהובאו ב-תמ"ש (משפחה ת"א) 87471/00 **פלוני (קטין) נ' פלוני**, תק-מש 2004 (1) 49, 106 (2004).

המדעי החד-משמעי הקיים בנושא.

שיקול שלישי: באיזו מידה ייפגע הערך האחר (כאן, אינטרס אי-הממזור), אם יינתן לבית המשפט שיקול דעת לדחות את הכלל המונע בנסיבות הקונקרטיות? במידה שהפגיעה הצפויה משמעותית, אזי יש לקבוע כלל מונע שכוחו מוחלט.

שיקול רביעי צופה התרחשותה של התנגשות בין הערכים. הוא מתייחס לאפשרות להגן על מלאכת האיוון, ואולי אפילו למנוע את הצורך להכריע במקרה של התנגשות, על ידי מתן אמצעי הגנה חלופי לערך המוגן מכוח הכלל המונע.

איוון בין הערכים המתנגשים הוא פתרון כללי. שימוש באמצעי הגנה חלופי הוא פתרון ספציפי. הפעלתו תלויה אמנם באופיו המסוים של הכלל המונע, אולם חשיבותו לחקר-האמת טמונה בכוחו להקטין את הפגיעה בערך האחר, ואולי אף למנוע את התרחשותה, ובכך לאפשר זרימת מידע חיוני לבית-המשפט.¹⁰

בישום שיקולים אלה לעניין אי-הממזור למול חקר האמת, ניתן לומר כי אמצעי ההגנה החלופי במקרה של חשש הממזור התהווה ונוצר במשך השנים דווקא ביוזמת בית הדין הדתי שסרב לראות בתוצאות בדיקת הרקמות ראיה חלוטה וודאית למקור הולדתו של הילד, ועל ידי כך, נמנע לממזר גם את מי שהוכח שנולד לאב מאשה שהיתה נשואה לאחר.

בית המשפט, בצוותו על בדיקת רקמות, גם במקרים בהם יש חשש שהתוצאות יובילו לממזור הקטין, מסתמך מכללא על קביעות אלה של בית הדין הרבני, ויוצא מתוך הנחה, כי קביעת הקטין כממזר, אם חי הוא בעולם החילוני, תהווה מבחינתו רק מחסום טכני להינשא כדת ישראל, אך לא מעבר לכך, כפי שעולה מדברי **כב' השופט י' גרניט**:¹⁰

”והעיקר – האם כל הנזקים לנפש הקטין, שפורטו לעיל, עומדים באיזה שהוא יחס לנזק שעלול להיגרם לו במידה ויתגשם החשש שבית-הדין

¹⁰ תמ”ש (ת”א-יפו) 76760/01 ס”נ (קטינה) ע”י אמה ואפוטרופסוטה הטבעית, י”ס נ’ כ’ (ש’) א., תק-מש 2004 (3) 353, פס’ 26-38 לפסק הדין (2004).

יסטה מתקדימיו, יסכים לקבל את תוצאות הבדיקה כראיה ויממזר את הקטינה – דבר שימנע ממנה להינשא ליהודי בטקס רשמי במדינת ישראל?...

אם היתה מתקבלת עמדת ב"כ היועץ המשפטי לממשלה, הקטינה היתה גדלה מבלי לדעת את שמו של אביה ואת מראה פניו. איש לא יוכל לספק לה מידע כלשהו עליו והיא תחיה בעולם שאין בו אב כלל. וכל זאת בשעה שאביה חי וקיים וניתן לוודא את זהותו, ליצור עמו קשר, לקבל ממנו תמיכה כספית ואולי אף חום ואהבה. את כל אלה לא תשלול ממנה המציאות (כמו מות האב), אלא המשפט, בשל חשש השווא שבית-הדין הרבני המיוחד, יסטה מתקדימיו ויממזר את הקטינה על-סמך תוצאות הבדיקה.

ודוק, הרי מדובר אך ורק בביצוע הבדיקה הגנטית להורות (הואיל ופסק-הדין של בית-המשפט לענייני משפחה בעניין האבהות, אינו מחייב כלל את בית-הדין הרבני והכללים של השתק עילה ופלוגתא אינם קיימים שם); שהרי שום דבר אינו מונע מבית-הדין הרבני לדון ולממזר את הקטינה, שלא על-סמך תוצאות הבדיקה, אלא על-פי ראיות המקובלות בבית-הדין. אני סבור כי במדרג הנזקים העלולים להיגרם לקטין הגדל ללא אב – העדר כל ידיעה על זהותו של האב, הוא הנזק שעלול לגרום לפגיעה החמורה ביותר לבריאותו הנפשית של הקטין...

כיצד תממש הקטינה שלפנינו את זכותה ואת טובתה, שאביה יהיה קיים בעולמה, לדעת מי הוא אביה, להכיר אותו, לקבל ממנו תמיכה, חום ואהבה, כאשר ב"כ היועץ המשפטי לממשלה, שהיה מצופה ממנו לתמוך במימוש זכויותיה, למען טובתה, טוען לשלילת הזכויות האלה ממנה, דבר, שגם לפי דעתו פוגע בטובתה ויגרום לה נזק נפשי. לא יכול להיות ספק כי הקטינה שתגדל כאשר אביה נמצא בעולמה, עם הידיעה מיהו אביה, שתוכל לממש את זכותה לקבל ממנו תמיכה כספית ואת הסיכוי שיהיה לה גם לקבל ממנו אהבה, חום ואכפתיות, – היא תתפתח מבחינה נפשית באופן בריא יותר מאשר במידה ותישלל ממנה האפשרויות והזכויות האלה."

כב' השופט גוטזגן דייק וסייג את הכרעתו כך:¹¹

"אלא שהדברים, כפי שפורטו, אינם נכונים בהכרח בכל מקרה ומקרה. כל פרשה תבחן לגופה. לא בהכרח טובתו של הילד ה"פוטנציאלי", כטובת הילד ה"ספציפי" הניצב בשערי בית-המשפט. מדובר במושג סובייקטיבי, הנשקל בכל מקרה ומקרה על-פי נסיבותיו המיוחדות..."

כאמור במשך השנים קטן הפער והצטמצם המרחק בין המושגים 'טובת הילד' ל'חקר האמת'. אין אלה עוד שני אינטרסים נפרדים. לא תמיד 'טובת הילד' היא היותו חוקי, אף אם הדבר עומד בניגוד לאמת. **לעתים האמת היא טובת הילד, ואולי, אף בדרך כלל כך!**

בעניין ס"נ¹² כורך **כב' השופט י' גרניט** את "חקר האמת" עם טובת הקטינה וזכויותיה, ובלשונו:¹³

"בית-המשפט מחוייב לפעול לטובת הקטינה, ... לכן, חקר האמת הוא נדבך בטובת הקטינה... דהיינו, גילוי האמת אינו שיקול היכול לעמוד כשלעצמו מול טובת הקטינה ובנפרד מטובתה."

וכב' השופט י' שנלר, בערעור המאוחד, מציב את חקר האמת כאחד השיקולים שיש לשקול עת באים ליישם את עקרון העל – טובת הילד:¹⁴

"עיקרון העל הינו עיקרון טובת הילד והוא העיקרון לפיו אנו דנים בענייננו. כאמור, עקרון זה מורכב ממכלול איזונים של זכויות ואינטרסים. כך, גילוי האמת אשר במקרה דנן עניינו הזכות לזהות, הינו אחד מהם ועליו להיכלל במסגרת השיקולים הנדונים ולא כעיקרון זר ומחוץ למעגל בחינת טובת

¹² תמ"ש (ת"א-יפו) 87471/00 **פלוני (קטין) ואח' נ' פלוני ואח'**, תק-מש 2004 (1) 49, פס' יט לפסק הדין (2004).

¹² תמ"ש (ת"א-יפו) 76760/01 **ס"נ (קטינה) ע"י אמה ואפוטרופסוטה הטבעית, י"ס נ' כ' (ש') א.**, תק-מש 2004 (3) 353 (2004).

¹³ תמ"ש (ת"א-יפו) 76760/01 **ס"נ (קטינה) ע"י אמה ואפוטרופסוטה הטבעית, י"ס נ' כ' (ש') א.**, תק-מש 2004 (3) 353, פס' 84 לפסק הדין (2004).

¹⁴ בר"ע (ת"א-יפו) 1364/04 **חיועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית ואח'**, תק-מח 2006 (3) 454, פס' 71 לפסק הדין (2006). עיין סקירה יסודית של פסק-הדין בעמ' 103-106 לעיל.

הילד.

במקרים כגון המקרים דנן, אין עיקרון גילוי האמת בגדר חי הנושא את עצמו. משכך, אין לדאות בו עיקרון נפרד ואף כעיקרון על.

ודוק, מחד גיסא השופט אלון השיב לשאלה שהוצבה, ולדעתו עקרון טובת הילד גובר. מאידך גיסא, השופטים קמא, השיבו כי עיקרון גילוי האמת גובר.

אך כאמור, לדעתי, אין לקבוע מסמרות לכאן ולכאן, אלא לכלול את שאלת חשיבות חקר האמת במסגרת מכלול השיקולים, לפיהם תיבחן טובת הילד.

והשופט המלומד קובע מדרג של שלושה שלבים בכל הקשור להבאת הראיות, על פיו תיבחן השאלה באיזו דרך יש להוכיח את אבהותו של האב הנטען. יש להביא ראיות ספציפיות לכל מקרה, לצורך בחינת טובתו של הילד הספציפי.

א. הבאת ראיות בדבר מצבו של הילד מכל בחינה שהיא, לרבות נתונים וחווות דעת מקצועיות. לעתים לאחר שלב זה יגיע בית המשפט למסקנה, כי אין מקום לאפשר הבאת ראיות נוספות, ודי לו במה שהובא על מנת להכריע בתביעה.

ב. בהמשך, אם יהא צורך, הבאת ראיות רגילות בדבר נסיבות הורתו של הילד, ראיות שאין בהן כדי להוכיח בדרגת וודאות של בדיקת הרקמות.

ג. מתן הוראה לעריכת בדיקת רקמות.

נראה לעניות דעתנו, כי מדרג זה מתמודד עם הבעייתיות הקיימת במלחמת האינטרסים, תוך שאיפה למצות את טובת הקטין, באופן מאוזן ונכון.

סיום

המהדורה הראשונה של ספר זה יצאה לאור לפני כעשרים שנה. בפרק הסיום קראנו בו למחוקק לאמר את דברו, לעניין ביצוע בדיקות מדעיות להוכחת אבהות, לאחר שהופנו כבר בעבר קריאות רמות אליו בעניין זה, והנה זמן רב חלף עבר, ועדיין אין כמעט שינוי. נביא את פרק הסיום המקורי, כמות שהוא, ונוסיף עליו אפילו:

הסוגיה של הוכחת אבהות מורכבת ביותר, וכוללת בתוכה אלמנטים מתחומי משפט שונים. המורכבות קיימת הן כשמביטים על חתך הבעיות והמרכיבים מעולם המשפט המעורבים בה: חזקות משפטיות, דיני ראיות, סמכויות שיפוט, דיני התיישנות, אופי ההליך, מידות ההוכחה ואמצעי ההוכחה; והן כשסוקרים את התפתחותה במימד הזמן, ומבחינים כיצד בעיה חברתית-סוציאלית הפכה לשאלה משפטית, שבמשך הזמן רבו בה האלמנטים של פתרונות מדעיים – ואולי בעתיד יבואו הם תחת כל הבנין המשפטי, שנבנה במשך הזמן בסוגיה מעניינת זאת.

אין ספק בעינינו, כי במקום שמדובר בשאלה משפטית של הוכחת אבהות, כשהמטרה היא להגיע לחקר האמת, שומה עלינו להעזר בהתפתחויות המדע, ואף לצוות על הצדדים, המעוניינים בפתרון המשפטי, והפונים לשם כך לערכאות – להבדק בבדיקות היכולות לתת את התשובה האמיתית היחידה: "אב" או "לא אב"; ואם "לא אב" – אזי: "מי האב". תשובה, שכאשר ניתנת על סמך עדויות-אנוש בלבד, אין ערובה לאמיתותה, כפי שפרטנו בהרחבה.

אולם בנסיבות כאלה עומדים המשפט והעוסקים בו בתסכולם: דורות שלמים נבנה הבית, הוקמה החזקה המשפטית, נקבעו אפשרויות ומידות לסתירתה, נקבעו אמצעי הוכחה, מידות הוכחה, דרישות לסיוע וכל כיוצא באלה דברים במטרה להגיע, ככל האפשר, לפתרון השאלה הקשה ולהוכחת האבהות – והנה: במחי-בדיקה-אחת יורד הכל לטמיון ונותר המשפט לכאורה ככלי-אין-חפץ בו! והבדיקות המדעיות טובות כל כך ומדויקות ויכולות אף לקבוע אבהות באופן פוזיטיבי, וכל הבעיה של הוכחת האבהות הופכת למאד

טכנית!

ואף על פי כן! הלא שאיפת המשפט היא להגיע לחקר האמת, ואם נמצאה לו הדרך בעזרת המדע, חלילה לו להתעלם הימנה מן הסיבה, שבכך ייפגם ייחודו בסוגיה זאת. המשפט אמור לעודד את חדירת שכלולי המדע לשורותיו, שכן הדבר חוסך מזמן היקר של ערכאות השיפוט ומזמנם של בעלי הדין, שביחוד במקרים בהם עסקינן הפכו הדיונים, העדויות, חשיפת הפרטיות והנבירה בפרטים אינטימיים למאוד בלתי-נעימים, וזאת בלשון המעטה. ומעל לכל ראוי לזכור, כי המטרה היא: גילוי האמת! ואם מצאנו דרך קצרה לכך – הבה נשתמש בה.

עם זאת אין ספק, כי בכל מקרה מעגלים אלה של משפט ומדע – שתחילה היו רק משיקים זה לזה בסוגיה של הוכחת אבהות, ובמשך הזמן הפכו לחופפים בחלקים רבים – לא יהיו לעולם חופפים לחלוטין, ולנצח תהא למשפט דריסת רגל בשאלה: מי הוא אביו של ילד פלוני? תמיד נידרש לאלמנט האנושי ולמעמד, בו יוברר לשופט על פי עדויות מי הם האבות-הנטענים, עם מי קיימה האם יחסי אישות בתקופה הרלבנטית לעיבורה, האם האם נשואה, ומה הנפקויות, העלולות להיות לפסק הדין, אם יוברר כי הילד אינו לגיטימי, או במשפטנו – ממזר; ותמיד ייוותר שיקול הדעת אם להעזר במדע, ואם כן מי מהצדדים יבדק בבדיקות המדעיות – בידי השופט.

כפי שראינו, אף כיום אין השופט והמדען – המעורבים היחידים בסוגיה זאת, וכך הגענו לעקב אכילס שבהוכחת האבהות בישראל: **המחוקק!** רוב מחוקקי העולם הנאור מצאו דרך זו או אחרת לשלב את התפתחויות המדע בשיטות המשפט, על ידי מתן סמכויות לבתי-המשפט לצוות על המתדיינים לעבור את הבדיקות, או אף לכפותם לכך. והנה במדינתנו, עקב שתיקתו המוזרה של המחוקק, שרועמת היא! ביחוד לנוכח קריאות חוזרות ונשנות מצד בתי המשפט במשך חצי-יובל שנים, אין באפשרות המשפט להעזר באמצעי האמין והמדויק ביותר להוכחת אבהות ללא הסכמת הצדדים; וכל שיכול השופט לעשות, וגם לכך הגענו לאחר "נפתולי-משפט" זה לא כבר, הוא להסיק דבר מסרובו של צד לחשוף אה עצמו לבדיקת סיווג הרקמות; וכפי שהערנו, מסקנה כזאת כשלעצמה אינה בהכרח האמת.

יחד עם זאת יש לברך את בית המשפט העליון על הצעד החשוב מאוד שעשה בקבעו, כי רשאי הוא להסיק מסקנה מסרוב להבדק, כיוון שבעצם החלטתו זאת גרם לכך, שמרבית סכסוכי האבהות נפתרים כיום בעזרת המדע, ורוב התביעות המוגשות בנושא זה מגיעות במהרה לגמירא, ואין עוד אותם סחבת, עגמת נפש ובזבוז זמנם של כל הנוגעים בדבר, והעיקר: הצדדים משוכנעים, כי התוצאה הסופית היא האמת לאמיתה!

ויורשה גם לנו להוסיף קריאה למחוקק, כי יאות לטפל בסוגיה חשובה זאת, ויאפשר לבתי המשפט להגיע לחקר האמת, על ידי אפשרות לצוות על עריכת הבדיקות המדעיות, ואולי אף לכפותן על הצד המסרב; לאחר שיסדיר את נושא הוכחת האבהות כולו בחוק, שיכלול גם התייחסות לסמכות השיפוט, לתקופת ההתיישנות, למידות ההוכחה, לאפשרות לממזור ילד על ידי הערכאות, וכן לצד הטכני של אופן מימון הבדיקות המדעיות – ויידע הבן מי הוא אביו מולידו, ויידעו האבות-הנטענים מי מהם הוא אבי הבן, כי סופה של אמת – לצאת לאור!

אפילוג

כדוגמה הזועקת לפתרון כולל על ידי המחוקק, גם במקרים בהם אין חשש לממזור, נבקש להביא את סיפורה של משפחה – אִם רווקה ובתה – שבמשך שנים נתארך עד מאוד ההליך המשפטי בעניינה, וגם בהגיעו לסיום – אין לדעת אם סוף-טוב לסיפור.

סיפורה של ילדה אחת קטנה, ילידת שנת 1991, שבמשך שש שנים, מהיותה בת שש עד היותה בת מצווה, התנהלו שבעה הליכים משפטיים עיקריים (בנוסף להליכי משנה) בשלוש ערכאות שיפוטיות בעניינה, וכל אותו זמן לא ידעה היא ולא ידעה אמה – אביה מי הוא. ולבסוף כשנפתרה התעלומה (האמנם?) לא היה זה בזכות המשפט, שבמצבו הנוכחי אין הוא מסוגל לתת פתרון, והיה מותרת בתסכולן עד עצם היום הזה, אלא בזכות יוזמה ומחווה, או אולי כניעה, של אחד הצדדים.

1. ראשית הסיפור הוא בתביעת אבהות שהוגשה בשנת 1997 לבית המשפט לענייני משפחה בבאר שבע – ב- **תמ"ש (ב"ש) 18310/97**¹. נסיבות המקרה יוצאות דופן בכך, שקיימים שני אבות פוטנציאליים היכולים על פי הנסיבות העובדתיות להיות אביה של הילדה הנדונה – פלוני ואלמוני, איתם, לטענת האם, קיימה היא יחסי קירבה בעת הרלבנטית לעיבורה. האם בחרה לתבוע רק אחד משני הגברים הללו, את פלוני, ועקב סרובו להבדק בבדיקת רקמות החליט **בית המשפט לענייני משפחה בבאר שבע**, מפי **כב' השופט פ' אסולין** לקבוע, כי הוא האב. **ההחלטה ניתנה ביום 27.4.99**.

2. על החלטה זו הגיש פלוני ערעור **לבית המשפט המחוזי בבאר שבע**, ע"מ (ב"ש) 121/99.² הערעור נדחה ברוב קולות **כב' השופטים י' פלפל וי' טימור** כנגד דעתו החולקת של **כב' השופט נ' הנדל**, שסבר כי מכיוון שיש שני אבות פוטנציאליים, הרי שלא ניתן להסיק אבהותו של פלוני מעצם סרובו, כי שמא אלמוני הוא האב האמיתי. מכל מקום דעת הרוב סברה, כי יש להסיק את האבהות מן הסרוב, והחלטת

¹ תמ"ש 18310/97 **פלוני נ' פלוני**, תק-מש 99 (2) 76 (1999).

² ע"מ (מחוזי ב"ש) 121/99 **פלוני נ' פלוני**, תק-מח 2000 (2), 8592 (2000).

בית משפט קמא הושבה על כנה. ההחלטה ניתנה ביום 4.6.2000.

3. על החלטה זו הגיש פלוני בקשה לרשות ערעור **לבית המשפט העליון** - רע"א 4898/00.³ בית המשפט העליון נתן רשות ערעור ודן בבקשה כבערעור עצמו. בית המשפט העליון קיבל את הערעור של פלוני על קביעת אבהות, הורה להחזיר את הדיון לבית המשפט לענייני משפחה, שימנה לילדה אפוטרופוס, שיטען לאינטרסים שלה, ושיוכל להביא ראיות נוספות ולטעון טענות נוספות. **ההחלטה ניתנה ביום 17.1.01.**
4. **בבית המשפט לענייני משפחה**, ב-בש"א (ב"ש) 2618/01⁴ ביקשה האפוטרופסית שמונתה לילדה, כי בית המשפט יורה לפלוני לבצע בדיקה מדעית. לבקשה זו הצטרף נציג היועץ המשפטי לממשלה, **וכב' השופט פ' אסולין** נאות והורה לפלוני להציג ראיה לסוג דמו, וכן לספק משטח רירית על מנת לדחות את הקביעה הראשונית בדבר אבהותו. **ההחלטה ניתנה ביום 21.4.02.**
5. על קביעה זו הגיש פלוני בקשה לרשות ערעור **לבית המשפט המחוזי בבאר שבע** - בר"ע (ב"ש) 615/02⁵ **כב' השופט נ' הנדל** נתן רשות ערעור, ודן בבקשה כבערעור. בית המשפט ביטל את החיוב לעריכת בדיקת הרקמות, לאחר שקבע כי ללא דבר המוחקק בית המשפט אינו רשאי להורות ולכפות על אדם לבצע בדיקת רקמות שלא מרצונו. **ההחלטה ניתנה ביום 5.2.03.**
6. בינתיים ה"אב הנטען" השני - אלמוני - שלא היה צד להתדיינויות עד כה, התרצה, מסיבות כאלה או אחרות, והחליט לערוך בדיקת רקמות, שתוצאותיה שללו את אבהותו.
7. או אז התקיימו **שני דיונים** בעניין זה: בע"מ 2463/03⁶ **בבית המשפט העליון ביום 6.7.03** ו-תמ"ש 18310/97⁷ **בבית המשפט לענייני משפחה ביום 29.7.03** - בשניהם

³ רע"א 4898/00 **פלוני נ' פלונית**, תק-על 2001 (1) 59 (2001).

⁴ בש"א (משפחה ב"ש) 2618/01 **פלונית נ' אלמונית**, תק-מש 2002 (2) 153 (2002).

⁵ בר"ע (מחוזי ב"ש) 615/02 **פלוני נ' פלונית ואח'**, תק-מח 2003 (1) 858 (2003).

⁶ בע"מ 2463/03 **פלונית ואח' נ' פלונית ואח'**, תק-על 2003 (2) 3477 (2003).

⁷ תמ"ש (ב"ש) 18310/97 **פלונית נ' פלוני ואח'**, תק-מש 99 (2) 76 (1999).

החליטו **כב' השופטים ד' דורנר ופ' אסולין**, בהתאמה, כי כיוון שנשללה אבהותו של אלמוני, ומכיוון שקיימים רק שני אבות פוטנציאליים, כאשר ההסתברות שכל אחד מהם הוא האב היא 50%, אזי משנבדק האב הפוטנציאלי השני, ונסתבר כי הוא אינו האב, ממילא נותר אך מועמד אחד, ואין עוד ספק לעניין מעמדו של פלוני, ויש לקבוע כי הוא אבי הילדה.

האמנם אין עוד ספק? הלא מדובר בקביעה פוזיטיבית, שנעשתה, בלית ברירה, על דרך האלימינציה. פסק הדין קובע כי פלוני הוא האב, אך באופן אבסורדי, פלוני הוא היחיד מכל המעורבים, שלא נבדק בבדיקה המדעית. המסקנה שהוסקה לגבי אבהותו נגזרת מנתונים שונים, שיתכן שאינם נכונים. אולי היו יותר משני אבות פוטנציאליים? אולי הבדיקה שנערכה לגבי אלמוני נגועה היתה בפגם כזה או אחר? ו"אולי" היא מלה של ספק. כל עוד לא נבדק פלוני ונקבע בוודאות לגביו כי הוא האב – אמור להיות ספק.

ולכן, כפי שהבאנו את השתלשלות סיפור המעשה של אותה משפחה, נבקש להביא, במקביל, סיפור ארוך יותר, שנמשך כחמישים שנה – סיפור שתיקתו של המחוקק הישראלי בנושא הוכחת האבהות. נביאו בהבזקי זיכרון קצרים, ולא נוסיף:

א. בשנת 1961 כתב **כב' השופט ח' כהן**:⁸

"השופט המלומד (י' קיסטר – הערת המחברת) הקדים לפסק-דינו בו דחה תביעת המערערת, את דברי קהלת: 'ושבתי אני ואראה את כל העשוקים הנעשים תחת השמש; והנה דמעת העשוקים, ואין להם מנחם' (קהלת ד, 1-2, הערת המחברת). שופט בישראל הרואה עשוקים ואין לאל ידו להושיע – אין זאת כי אם החוק הוא בעוכריו. ייטיב המחוקק עשות אם יתן דעתו ולבו למכלול השאלות הכרוכות בהוכחת האבהות, ויסמך את בתי-המשפט להעמיד בעלי-דין לכל אותן בדיקות רפואיות ומעבדתיות שיראון נחוצות או מועילות לגילוי האמת...זכותו היסודית של האדם שלא יגזעו בגופו בעל-כרחו, אינה שקולה כנגד זכותו של ילד קטין למזונותיו."

⁸ ע"א 407/60 פלוגית נ' אלמוני, פ"ד טו(1), 212, 217.

ב. בשנת 1980 כתב כב' השופט מ' אלון:⁹

"בית-משפט זה פנה למחוקק עוד לפני כעשרים שנה בדבר הסדר מכלול השאלות הכרוכות בהוכחת אבהות...., ואנו חוזרים ופונים לכנסת להסדיר נושא זה בהקדם....

..זהו עניין למחוקק לענות בו ולהחליט בשאלה עקרונית זו לאור בדיקת כל הנתונים העובדתיים והמשפטיים שבמערכות המשפטיות השונות."

ג. בשנת 1980 כתבה כב' השופטת ה' בן עתו:¹⁰

"עלינו להפציר במחוקק, שייתן דעתו בהקדם למכלול הבעיות הכרוכות בנושא כולו...עניין למחוקק הוא לבחון את הבעיה על כל היבטיה, ויפה שעה אחת קודם."

ד. בשנת 1987 כתב כב' השופט מ' אלון בהקדמה למהדורה הראשונה של ספרנו זה, כפי שמביא **כב' השופט נ' הנדל** ב-בר"ע 615/02:¹¹

"המעניין הוא כי שבע שנים לאחר מתן פסק הדין בעניין **שרון נ' לוי** התייחס **כב' המשנה לנשיא אלון** להתפתחות המדעית בשנים שחלפו. כדבריו:

'מאז פסק הדין **שרון נ' לוי** חל שינוי משמעותי בדרכי הוכחת האבהות... אמנם כן, בעל דין שאינו מסכים לעריכת הבדיקה האמורה, אין בידינו לכפות את ביצועה שלא לרצונו - כל עוד לא מצויה על כך הוראת חוק מפורשת - שהרי הזכות שלא להיפגע בגופו היא אחת מזכויות היסוד של אדם בישראל. (הוראת חוק מפורשת המתירה לצוות על עריכת בדיקה כזו מצויה ברוב המערכות המשפטיות, אך המחוקק הישראלי טרם

⁹ ע"א 548/78 **שרון נ' לוי**, פ"ד לה(1), 763, 758.

¹⁰ שם, שם, 760-759.

¹¹ בר"ע (מחוזי ב"ש) 615/02 **פלוני נ' פלונית ואח'**, תק-מח 2003(1), 858 (2003), פסקה 8 לפסק הדין.

אמר דברו בקשר לכך...)

(ראה: הספר "הוכחת אבהות" מאת עו"ד דליה חלק, הקדמה

מאת **כב' השופט מ' אלון**, עמ' 7, וכן עמ' 159)

ונוסיף ונזכיר בענווה גם את **דברינו שלנו** למחוקק בפרק הסיום של הספר, כפי שהובאו
שוב גם במהדורה זו.¹²

ה. **בשנת 2003 כתב כב' השופט נ' הנדל:**¹³

"ישנם יתרונות רבים בבחינת העניין על ידי הכנסת, על פני בחינתו על ידי
בית משפט... עבודתה של הכנסת הינה עבודת צוות. ניתן יהיה להקים ועדה
אשר תורכב מאנשי משפט, דת, פסיכולוגיה וכיוצא בזה. ועדה כזו תהיה
רשאית לאסוף חומר על מנת לבחון את הדין המשווה על נסיונו. ניתן יהיה
לשמוע דיעות שונות, לקבוע כללים ותקנות. רק במידה ויחקק חוק, ייכנס
בית המשפט בכדי לבחון אותו, לפרשו, לעצבו וליישמו. רשות ורשות
בתחומה...

לועדה או לכנסת יהיה מקום לשקול אפשרויות בנדון אשר טרם נדונו .
ייתכן כי המחוקק הישראלי יתרום תרומתו בעיצוב חוק חדש אשר בנוי, בין
היתר, על נסיונו של האחר...

צר לי לציין כי כבר לפני 20 שנה בפסק הדין בעניין **שרון נ' לוי**, קרא כב'
השופט מ' אילון לכנסת לתקן את המצב המשפטי, זאת תוך התייחסות
לפסק דין אחר הכולל קריאה דומה, 20 שנה לפניו...

...ודוק, אינני ממליץ על תוצאה חקיקתית זו או אחרת. כאמור, האיזונים
רגישים ועדינים לאורך כל הגזרה. המלצתי אינה אלא שהעניין יישקל
וייבדק על ידי הרשות המחוקקת."

¹² עמ' 415 לעיל.

¹³ בר"ע (מחוזי ב"ש) 615/02 **פלוני נ' פלונית ואח'**, תק-מח 2003(1), 858 (2003), פס' 14 ואילך
לפסק הדין.

מפתחות

מפתח פסקי דין לפי שנים

1949			
53	פ"ד ז 1037	רוזנבאום נ' רוזנבאום	בר"מ 1/49
1950			
53	פ"ד ח 1020	סידס נ' סידס	בר"מ 1/50
1951			
74, 51, 49, 135	פ"ד ה(2) 1341	קוטיק נ' וולפסון	ע"א 26/51
1953			
52	פ"ד ח 4	כהן ובוסליק נ' היוה"מ	ע"א 238/53
1954			
339	פ"ד ט 241	שטיינר נ' היועמ"ש	ע"א 209/54
52, 49	פ"ד ט(2) 1205	עטיה נ' ברדה ואח'	ע"א 421/54
387	פ"מ יא 321	א.ב. נ' ג.ד.	ת"א (ת"א) 1234/54
1956			
52	פ"ד יא 75	חרל"פ נ' הרב רביץ ואח'	בג"צ 168/56

מפתחות

ע"א 306/56	א.ב. נ' ג.ד. ואח'	פ"ד יא (1) 314	,135 ,78 273 ,137
------------	-------------------	----------------	----------------------

1958

ע"א 447/58	פלוני נ' אלמוני ואלמונית	פ"ד יג 903	112
ת"א (ת"א) 363/58	ת.נ. נ' י.פ.	פ"מ לג 229	149 ,116

1959

ת"א (ת"א) 3679/59	ישראל נ' צנעני	לא פורסם	153
-------------------	----------------	----------	-----

1960

ע"א 164/60	פלונית נ' אלמוני	פ"ד טו (1) 447	,51 ,49 ,138 ,125 190
ע"א 407/60	פלונית נ' אלמוני	פ"ד טו (1) 212	,74 ,27 ,22 ,138 ,87 ,148 ,147 ,163 ,157 ,168 ,167 ,191 ,190 374
ת"א (ת"א) 829/60	אלפסי נ' ליבנטל	לא פורסם	153

1961			
60,49	פ"ד טז(1) 380	אבו אנג'לה נ' פקיד רישום של לשכת מרשם התושבים בת"א-יפו	בג"צ 56/61
,125,51 138,135	פ"ד טו 2300	פלוני נ' אלמונית, קטינה באמצעות אמה	ע"א 275/61
115,56	פ"ד טו 2087	צ'יזס נ' גרשל ואח'	ע"א 291/61
54	פ"ד טז 102	מדינת ישראל נ' פסלר	ע"א 384/61
,126,125 139,138	פ"ד טז(1) 710	חורי נ' בוכריס	ע"א 492/61
52	פ"ד טז(2) 1177	עובדיה ויחזקאל נ' יחזקאל	ע"א 620/61
118	פ"מ לג 225	מ'ל' ואח' נ' מ'א' ואח'	ת"א 2329/61
,58,53,29 117,88	פ"מ לג 169	א'א' נ' ע'ל'	ת"א (ת"א) 3136/61
1962			
,62,61,60 257	פ"ד יז(4) 2751	ע'א' ק' אבו אנג'לה נ' פקיד הרישום של לשכת מירשם התושבים, ת"א- יפו	בד"מ 1/62
52	פ"ד יז 225	שלזינגר נ' שר הפנים	בג"צ 143/62
184	פ"ד יז 2104	פרץ נ' היוה"מ	ע"פ 184/62
1963			
254	פ"ד יז 1410	אל צפדי נ' בנימין	ע"א 86/63
51	פ"ד יז 1961	צנעני נ' ישראל	ע"א 213/63

מפתחות

138,125	פ"ד יח(1) 449	עמר נ' בן יעקב	ע"א 314/63
138,125	פ"ד יח(1) 473	פלקוביץ נ' בר-טוב	ע"א 363/63
1966			
24,21	פ"ד כ(2) 512	פלונית נ' פלוני	בר"ע 13/66
190,150	פ"מ עח 216	א. נ' ב	ת"א (חי") 532/66
1967			
75,74	פ"ד כא(2) 426	לוי נ' נדב	ע"א 279/67
1968			
,167,86 281,190	פ"ד כב(2) 1020	פלוני, קטין באמצעות אמו נ' פלוני ועשכ"נ	ע"א 313/68
1969			
261,260	פ"ד כד(1) 704	רודניצקי נ' ביה"ד הרבני הגדול	בג"צ 51/69
396	פ"ד כג(1) 698	ברגמן נ' שר האוצר	בג"ץ 98/69
,78,75 ,137,125 138	פ"ד כד(1) 145	שושני נ' אלזם ואח'	ע"א 534/69, המ' 92/70
1970			
221,152	פ"ד כה(1) 339	כהן נ' מדינת ישראל	ע"פ 36/70

52	פ"ד כו(1) 129	רוגוזינסקי נ' מדינת ישראל	בג"צ 450/70
1971			
116, 57	פ"מ התשל"ד(1) 251	מלמד נ' מלמד	תמ"א (ת"א) 58/71
142	לא פורסם	רונן נ' קאופמן	ע"א 245/71
1972			
29, 28	פ"ד כז(1) 541	פלוני נ' אלמונית בתור אפוטרופא טבעית של בנה שי ועשכ"נ	ע"א 265/72, ע"א 268/72
56, 55, 51	פ"ד כו(2) 727	הרצל בוארון נ' בית-הדין הרבני האזורי, ת"א-יפו	בג"צ 283/72
190	פ"מ התשל"ד(א) 389	אפללו נ' אסיאס	ת"מ (חי') 223/72
1973			
56	פ"מ התשל"ד(ג) 90	אלסטר נ' אלסטר	ת"מ (חי') 9/73
1974			
,111, 51 ,137, 118 283	פ"ד ל(1) 218	מור נ' פלונית	ע"א 620/74
,190, 168 191	פ"מ התשל"ה(א) 202	אסרף נ' בכר	המ' (ב"ש) 217/74

1975

137,135	פ"ד לא(1) 40	רון נ' חזן ועשכ"נ	ע"א 473/75
118,51	פ"ד לא(1) 29	עמרם נ' סקורניק	ע"א 718/75

1976

138,125	פ"ד לב(2) 661	פלוני נ' אלמונים	ע"א 734/76
138	פ"מ התשל"ח(2) 470	פלונית נ' פלוני	תמ"א (ת"א) 542/76
145	תקציר פסקי-דין יב 200	פלוני נ' פלונית	ע"א 449/76

1977

,136,135 138	פ"ד לד(1) 229	פלוני נ' פלונית ועשכ"נ	ע"א 366/77
-----------------	---------------	------------------------	------------

1978

,84,75,26 ,185,86 ,234,192 ,279,270 ,284,281 ,348,289 397	פ"ד לה(1) 736	שרון ואח' נ' לוי	ע"א 548/78
57	פ"מ התשמ"א(א) 510	פלונית ואח' נ' פלוני	תמ"א (ת"א) 3382/78 המ' 1853/80 (ת"א)

1979			
289,184	פ"ד לד(3) 294	קטלן ואח' נ' שירות בתי הסוהר ואח'	בג"צ 370,355/79, 391,373
84,55	לא פורסם	בוזגלו נ' ביה"ד הרבני האזורי באר-שבע ואח'	בג"צ 539/79
1980			
,194,125 ,281,272 283	פ"ד לז(3) 15	פלוני נ' פלוני	ע"א 417/80
,116,58 256	פ"ד לה(2) 742	רוזנברג נ' חזן	ע"א 431/80
403	לא פורסם	דוד נ' קדוס	ע"א 220/80
1981			
,272,194 281,273	פ"ד לח(2) 530	פלוני נ' אלמוני	ע"א 335/81
,94,89 144	פ"מ התשמ"ג(ב) 322	פלוני, קטין נ' פלוני	תמ"א (י-ם) 370/81
1982			
256,116	פ"ד לח(1) 555	מהגר נ' גואלי ואח'	ע"א 49/82
49	פ"ד לז(1) 838	פרץ נ' אסולין	ע"א 201/82

1983			
339	פ"ד לח (1) 673	ביארוס נ' בית-הדין הרבני האזורי בחיפה	בג"צ 7/83
271, 138	פ"מ התשמ"ה (ג) 259	פלוני נ' אלמונית, אלמוני והיוה"מ (משרד הרווחה)	תמ"א (ת"א) 1279/83
271, 92	לא פורסם	היועץ המשפטי לממשלה נ' מוסד רפואי פלוני	מ"א (י-ם) 128/83
1984			
221	פ"ד מב (1) 446	יוסף ביאזי ואח' נ' אברהם לוי	ע"א 61/84
271	פ"מ התשמ"ה (א) 342	פלוני נ' פלונית	תמ"א (ת"א) 77/84
271, 129, 316	פ"מ התשמ"ז (א) 216	פלוני נ' פלונית ואח'	תמ"א (ת"א) 1554/84
1985			
339	פ"ד מ (1) 516	צלוק נ' צלוק	בג"צ 446/85
152	פ"מ התשמ"ז (ב) 221	מזרחי ואח' נ' כלל חברה לביטוח בע"מ	ת"א (י-ם) 1114/85
118	פ"מ התשמ"ז (א) 126	פלונית נ' אלמוני	תמ"א (ת"א) 2682/85
271, 93	לא פורסם	פלוני נ' פלונית	בש"א (י-ם) 662/85, מ"א 130/85
271, 93	לא פורסם	פלונית ואח' נ' פלוני	מ"א (י-ם) 557, 668/85

מפתחות

271	לא פורסם	פלונית ואח' נ' אלמוני	מ"א (י-ם) 835/89
1986			
220	פ"ד מ(3) 757	רב"ט רן לוברטובסקי נ' בית הדין הצבאי לערעורים	בג"צ 27/86
221	פ"ד מג(3) 441	ברוקס נ' מדינת ישראל	ע"פ 517/86
271, 94	פ"מ התשמ"ט(ב) 56	פלונית ואח' נ' אלמוני	תמ"א (ת"א) 2489/86
1987			
396	פ"ד מד(4) 749	נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה	בג"צ 104/87
61	פ"ד מד(4) 377	מרהג' נ' רמדאן	ע"א 119/87
396	פ"ד מב(2) 309	פורז נ' ראש עיריית תל - אביב יפו	בג"ץ 953/87, 1/88
1988			
373	פ"ד מד(1) 330	פלונים נ' מדינת ישראל	ע"א 451/88
303, 287	פ"ד מח(1) 87	יעל שפר, קטינה, באמצעות אמה ואפוטרופסיתה הטבעית, טלילה שפר נ' מדינת ישראל	ע"א 506/88
271, 94	לא פורסם	פלוני ופלונית נ' אלמוני	תמ"א (ת"א) 2890/88

1989			
מ"א (י-ם) 835/89	פלונית ואח' נ' אלמוני	לא פורסם	93
1990			
ע"א 3077/90	פלונית(ח') נ' פלוני(י')	פ"ד מט(2) 578	,62 ,58 ,34 ,88 ,64 ,63 ,255 ,252 ,257 ,256 ,343 ,285 ,352 ,347
מ"א 292/90	פלונים נ' היוהמ"ש	תק-מח 92(1) 940	,252 ,91 401
מ"א (ת"א-יפו) 1455/90	פלונית ואח' נ' אלמוני ואח'	תק-מח 97(3) 3166	233
1991			
ע"א 294/91	חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום	פ"ד מז(2) 464	274
בג"צ 693/91	ד"ר מיכל אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין	פ"ד מז(1) 749	313
ע"א 2558/91	פלונית ואח' נ' פלוני	פ"ד מז(2) 8	,224 ,194 286
1992			
בג"צ 1000/92	חוה בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול – ירושלים	פ"ד מח(2) 221	52

מפתחות

1354/92 ע"א	היוה"מ נ' פלונית ואח'	פ"ד מח(1) 711	91, 95, 99, 101, 103, 108, 245, 280, 257, 301, 286, 322, 304, 401, 397
בג"ץ 1703/92	ק.א.ל קווי אויר למטען בע"מ נ' ראש הממשלה	פ"ד נב(4) 193	396
רע"א 4427/92	דוד נ' פלוני – קטין, ע"י אמו ואח'	פ"ד מט(2) 57	101, 262, 344
ע"א 5942/92	פלוני נ' אלמוני	פ"ד מח(3) 837	285, 288, 292, 316, 347, 349, 352, 355
בג"צ 3914/92	לאה לב נ' בית הדין הרבני האיזורי בת"א-יפו	תק-על 94(1) 1139	52
ת"א 677/92	מישל פל נ' עזבון המנוח עייש אפוטה ז"ל	פ"מ נה(2) 168	138, 370
תמ"א (ת"א) 4816/92	לוי נ' היועמ"ש	לא פורסם	388
1993			
ע"פ 993/93	אבוטבול נ' מדינת ישראל	פ"ד מח(1) 485	221
ע"א 2266/93	פלוני נ' אלמוני	פ"ד מט(1) 221	334, 335, 339
ע"א 1161/93	היועמ"ש נ' לוי	תק-על 94(1) 327	388
ע"א 2781/93	מיאסה עלי דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה	תק-על 99(3) 574	312

מפתחות

ת"א 98/93, המ'	פלוני נ' אלמונית	פ"מ נד (1) 471	129,120 318,305
1859/93			
ת"פ (ב"ש) 76/93	מדינת ישראל נ' אל עביד	תק-מח 96 (1) 1	226,221
1994			
בג"צ 721/94	אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ ואח'	פ"ד מח (5) 749	396
ע"א 3798/94	פלוני נ' פלונית	פ"ד נ (3) 133	344
בג"צ 4541/94	אליס מילר נ' שר הביטחון ואח'	פ"ד מט (4) 94	396
דנ"א 7015/94	היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית	תק-על 1995 (3) 2156	333
תמ"א 3206/94	פלוני נ' אלמוני	לא פורסם	119
תמ"א (ת"א) 3206/94	סושרד נ' כ"ץ	לא פורסם	348,345 366,361
1995			
דנ"א 2401/95	נחמני נ' נחמני	פ"ד נ (4) 661	373,372 374
ע"א 6643/95	יהונתן כהן נ' קופת חולים של ההסתדרות	תק-על 99 (2) 227	312
ת"פ (ב"ש) 73/95	מדינת ישראל נ' מאיר בן מכלוף כהן	תק-מח 98 (2) 157	227
ת"א (חי') 1179/95	ס. ב. נ' ס. ב	תק-מח 99 (2) 4310	145
מ"א (חי') 1389/95	פלונית ואח' נ' אלמוני	תק-מח 95 (3) 1351	232,75 282,280 296,284 404

מפתחות

תמ"ש (ת"א)	פלונית נ' אלמוני	תק-מש	139,75
13840/95		2000 (2) 68	310,281
תמ"א (נצ')	דיין נ' לוגסי	לא פורסם	349
138/95			
1996			
ע"א 7155/96	פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה	פ"ד נא (1) 160	344,273
			354
תמ"א (י-ם)	פלונים נ' היועמ"ש	לא פורסם	384
779/96			
1997			
בג"ץ 5227/97	מיכל דויד נ' בית-הדין הרבני הגדול	תק-על 98 (3)	343,337
		443	
תמ"ש (י-ם)	פלונית נ' אלמוני	תק-מש 98 (1)	286,138
620/97		109	294,288
			355
תמ"ש (י-ם)	פלוני נ' אלמוני	תק-מש 98 (3)	302,281
12980/97		821	339
תמ"ש (י-ם)	פלונית, קטינה נ' אלמוני	תק-מש 2001 (4)	348,307
19491/97		60	
תמ"ש (י-ם)	ר. ו-2 אח' נ' משרד הפנים	תק-מש 98 (2)	392,67
20950/97		30	
תמ"ש (י-ם)	פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה	תק-מש 99 (2) 1	392
20950/97			
תמ"ש (חי')	צ.ב. ואח' נ' י.ג.	תק-מש 2000 (3)	340
42891/97		191	
תמ"ש (ת"א)	ח.א ואח' נ' ס.ו ואח'	תק-מש 2000 (3)	298,138
102340/97		599	388

מפתחות

340	לא פורסם	מורן נ' פלדמן-מורן	עע"מ (ת"א) 90/97
1998			
396	פ"ד נב(3) 630	שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה	בג"ץ 2671/98
396	פ"ד נה(5) 15	האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל	בג"צ 6924/98
213, 31	תק-מש 482 (2)2001	פלוני (קטין) נ' אלמוני	תמ"ש (ת"א-יפו) 3521/98
382, 280	תק-מש 245 (3)2002	ו.ג. נ' היועץ המשפטי לממשלה	תמ"ש (ת"א-יפו) 5800/98
368	תק-מש 229 (2)2001	פלוני (קטין) ואח' נ' אלמוני	תמ"ש (י-ם) 22060/98
65	תק-מש 302 (2)2000	היועץ המשפטי נ' פלוני	תמ"ש (י-ם) 25170/97
324	תק-מש 12 (4)98	ד"ר מ. ס. נ' פ. א. ג'.	תמ"ש (ת"א) 38120/98
,273, 194 ,344, 339 ,355, 345 384	תק-מש 167 (2)99	פלוני נ' פלוני	תמ"ש (ת"א) 72470/98
,273, 119 ,285, 284 ,344, 288 ,382, 347 406	תק-מש 39 (1)99	פלונית ואח' נ' היועמ"ש	תמ"ש (ת"א) 84170/98
,288, 281 356	תק-מש 23 (2)2002	ר.יש. נ' א.ב.	תמ"ש (ת"א-יפו) 92401/98
345	לא פורסם	פלוני נ' פלוני	תמ"ש 10101/98

1999			
118	פ"ד מט(2) 578	פלונית (ח') ואח' נ' פלוני (י')	ע"א 3077/99
,283 ,273 ,295 ,284 ,318 ,311 402 ,344	תק-מח 2000(2) 8592	פלוני נ' פלונית	ע"מ 121/99
2000			
347 ,273	תק-על 2001(1) 59	פלוני נ' פלונית ואח'	רע"א 4898/00
396	תק-על 2002(3) 1867	איתנה ניב נ' בית הדין הארצי לעבודה	בג"ץ 6845/00
,313 ,132 ,316 ,315 318	תק-מח 2001(1) 10906	אבנר רונן נ' עמנואל סספורטס	בר"ע (חי') 935/00
327	תק-מח 2003(2) 11093	או' ואח' נ' עזבון המנוח ש'	ת"א (חי') 1492/00
,115 ,49 393 ,341	תק-של 2002(4) 566	ד' א' נ' היועץ המשפטי לממשלה	תמ"ש (חי') 29150/00
340	תק-מש 2000(4) 1	מ. ב. נ' ק. ל. א. ג. – קטינה	בש"א (ת"א) 8564/00

מפתחות

תמ"ש (ת"א)	פלוני (קטין) ואח' נ' פלוני ואח'	תק-מש 2004 (1) 49	83,34,31 ,102,90 ,131,120 ,235,194 ,250,244 ,264,251 ,334,331 ,340,339 ,356,349 ,359,357 ,361,360 ,364,362 ,367,364 ,372,369 ,377,375 ,394,379 ,400,396 ,406,403 409,407	87471/00
תמ"ש 109620/00	פלוני נ' פרקליטות מחוז ת"א אזרחי ואח'	תק-מש 2004 (1) 465	287,284 385,297	

2001

ה"פ (ב"ש)	אלתראבין ע'אנם נ' משרד הפנים	תק-מח 2002 (3) 65548	66	4059/01
תמ"ש (כ"ס)	פלוני נ' פלונית ואח'	תק-מש 2003 (2) 277	340	2600/01
בש"א (ב"ש)	פלונית נ' אלמונית	תק-מש 2002 (2) 153	290,278 ,319,291 406,328	2618/01
תמ"ש (כ"ס)	פלונית ואח' נ' אלמוני ואח'	תק-מש 2004 (2) 337	308,138 346	15060/01

מפתחות

113,91	תק-מש 2002(3)	ס.א.נ' ס.א.	תמ"ש (י-ם)
348			22322/01
346,121	תק-מש 2006(1)	כ.א.נ' א.א.	תמ"ש (י-ם)
133			26762/01
,83,11,8	תק-מש 2004(3)	ס"נ (קטינה) ע"י אמה	תמ"ש (ת"א-יפו)
,108,99	353	ואפוטרופסוטה הטבעית,	76760/01
,248,245		י"ס נ' כ' (ש') א.	
,259,257			
,261,260			
,325,264			
,344,326			
,356,350			
,361,359			
,397,364			
407,398			
,88,58	טרם פורסם	פלונית ואח' נ' אלמוני ואח'	תמ"ש (ת"א)
,118,107			,076760/01
259			076762/01

2002

260	פ"ד נח(3) 663	שריף הזימה נ' אגף המכס	ע"א 10608/02
		ומע"מ	
,220,194	תק-על 2003(3)	אבו-חמאד נ' מ"י	ע"פ 9724/02
241,224	2182		
,269,266	פ"מ התשס"ב(ב)	פלוני נ' פלונית	בר"ע (מחוזי-)
,290,278	108		ב"ש (ש) 615/02
,318,311			
406,328			
132,113	תק-מש	א.ר.נ' ש.ר. ואח'	בש"א (ת"א-יפו)
	271 (1)2004		5876/02

מפתחות

391	תק-מש 2004(3)	מ' א' נ' פרקליטות מחוז המרכז	תמ"ש (כ"ס) 6713/02
499			
,387 ,380	תק-מש 2002(4)	פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה	תמ"ש (ת"א) 13772/02
388	136		

2003

233 ,221	תק-על 2004(4)	אבו חמאד נ' מדינת ישראל	דנ"פ 9903/03
2811			
348	תק-מח 2003(3)	חסון נ' שפושניק	בר"ע (ב"ש) 552/03
1271			
227	תק-מח 2004(2)	מדינת ישראל נ' פלוני	תפ"ח (מחוזי י-ם) 606/03
1154			
107	תק-מח 2006(1)	פלוני נ' פלוני ואח'	ע"מ (ת"א-יפו) 1052/03
2368			
234	תק-של 2005(1)	ש.נ.ט ואח' נ' פרקליטות מחוז מרכז	תמ"ש (ת"א-יפו) 16350/03
12275			
299	תק-מש 2005(4)	מ.ג. נ' היועץ המשפטי לממשלה	תמ"ש (י-ם) 6381/03
347			
366	תק-מש 2006(4)	א.ה., נ' מ.מ. א. (קטינה)	תמ"ש (ת"א-יפו) 43690/03
75			

2004

227	תק-על 2006(1)	פלוני נ' מ.י.	ע"פ 141/04
3725			

מפתחות

בר"ע (ת"א) 1364/04	היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית	תק-מח 2006(3) 454	82, 83, 103, 245, 259, 315, 327, 334, 338, שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת.
תמ"ש (ת"א-יפו) 14651/04	חודקובסקי אלונה נ' מוסלי שלמה ואח'	תק-מש 2006(4) 425	122
תמ"ש (י-ם) 10240/04	ע.י. ואח' נ' פרקליטות מחוז ירושלים	תק-מש 2004(4) 146	297, 299
2005			
בר"ע (חי') 1129/05	אלמוני נ' פלמונית	תק-מח 2005(4) 8325	295, 305, 399
תמ"ש (משפחה חד') 2170/05	א.ק.א. נ' ק.ל.	תק-מש 2006(4) 327	285, 297
תמ"ש (קריות) 10780/05	ח.ע. ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה	תק-מש 2006(4) 535	108
תמ"ש (כ"ס) 17340/05	פלוני – קטין נ' עזבון פלוני ז"ל	תק-מש 2006(3) 90	275, 292, 310, 345, 346, 406
תמ"ש (כ"ס) 2880/05	נ.פ. ואח' נ' עזבון המנוח י.א. ז"ל ואח'	לא פורסם	274, 277, 292, 309
2006			
ה"פ (מחוזי י-ם) 5222/06	פלונית נ' שר הבריאות ואח'	תק-מח 2006(3) 2712	349, 360, 373

מפתחות

299	תק-מש 2007(1) 457	ל' נ' נ' היועץ המשפטי לממשלה	תמ"ש (י-ם) 19600/06
373	לא פורסם	מ.י. נ' פלונית והסתדרות מדיצינית הדסה	ע"א 7763/06
2007			
338	תק-על 2007(2) 1662	פלונית נ' פלוני ואח'	בע"מ 2426/07

מפתח ספרים ומאמרים

דו"ח הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט
ויישומם בחקיקה בראשות השופטת סביונה רוט-לוי, חלק כללי,
הוצאת משרד המשפטים (דצמבר 2003)

האנציקלופדיה העברית, כרך כ"ד, ערך "משפחה"

"יישום האמנה הבנלאומית בדבר זכויות כלכליות חברתיות"
(עורך מיכאל אטלן בסיוע שחר גולדמן, תרגם מאנגלית א' נ'
דמביץ, משרד החוץ, 1997, ירושלים)

"הבדיקה בפוליגרף כראיה בבית המשפט", **משפטים** ג' (תשל"ב-
1972), 540

"קביעת ממזרות על-פי בדיקת-רקמות", **אסיא** יז (תשנ"ט-
תשס"א) 100

חקיקה דתית (הוצאת הקיבוץ הדתי, ת"א, התשכ"ח)

"מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי", חלק שלישי,
משפטים ו' (תשל"ה-1975)

"הורות משפטית והורות גנטית בהלכה", **אסיא**, מאמרים,
תמציות וסקירות בענייני הלכה ורפואה, כרך יב (תשמ"ז-
תשמ"ח, 1989)

משפט והלכה, הוצ' המחבר, רמת-גן (חש"ד)

"כבוד האדם כזכות חוקתית", **הפרקליט** מא(ג) התשנ"ג-1993,
227

"על משפט, שיפוט ואמת", **משפטים** כז (תשנ"ו-1996) 11

איש-שלום א'

אבינר ש'

אלון מ'

אנגלרד י'

בן-מאיר י'

בר-דע יצחק

ברק א'

ברק א'

- ברק-ארז ד',** "על סימטריה וניטרליות: בעקבות פרשת נחמני", **עיוני-משפט כ** (תשנ"ו-תשנ"ז) 197
- גויטיין ובן שמש,** **על המשפט המוסלמי במדינת ישראל** (ירושלים, התשי"ח-1957)
- גורטל נחום,** "שתוקי ואסופי בזמן הזה", **שורת הדין**, מאמרים ופסקים כרך ה' מכון "שער המשפט" ירושלים התשנ"ט עמ' ל"ה
- גלעד י',** "דוקטרינת הנזק הראייתי: האם הורם נטל השכנוע?", **משפטים** ל (תש"ס) 317
- גרין י',** "אברהם הוליד את יצחק" - יחוסו של הילוד למולידו, **פרשת השבוע**, תולדות, התשס"ג, גיליון 98, משרד המשפטים - מכללת "שערי משפט"
- גרין י',** **הפריה חוץ גופית בראי ההסכמה** (1995)
- דכובסקי ש',** "שלילת אבהות באמצעות בדיקת HLA", **אסיא ט'** (תשמ"ג) 16
- הלפרין מ', בראוטבר** "בסיס לדיון הלכתי בשאלת קביעת אבהות באמצעות מערכת תאום הרקמות המרכזית (MHC)", **תורה ומדע** (בהוצאת משרד החינוך והתרבות המחלקה לתרבות תורנית), כרך י' (סיון תשד"מ), 6; פורסם במקביל גם **בתחומין**, תורה חברה ומדינה, כרך ד' (הוצאת "צמת", אלון שבות, גוש עציון, התשמ"ד)
- הרנון א',** **דיני ראיות**, חלק ראשון (המכון למחקרי חקיקה, האוניברסיטה העברית בירושלים, התשל"ט-1979)
- ואזנר הר"ש,** ואזנר "זיהוי הלכתי על-פי בדיקת ד.נ.א.", **תחומין** כא (תשס"א) 121
- וולף א', גפני ר',** "ועד אין בה והיא לא נתפשה" - ראיות מדעיות בהליך השיפוט "דף פרשת-השבוע - פרשת נשא", התשס"ב, גליון מס' 75, הוצאת משרד המשפטים - המחלקה למשפט עברי

- ויגודה מ', "אשה כי תזריע - מעמד מי שנולד מבנק זרע", פרשת השבוע, תזריע-מצורע, תשס"ז, גיליון מס' 282, **משרד המשפטים - מכללת "שערי משפט"**
- וינרוט א', **שיקול-דעת ביחסי הלכה ומדע** (הוצאת מחשבות, 1992)
- זוסמן י', **סדר הדין האזרחי** (מהדורה שביעית, בעריכת ד"ר ש' לוי, תל אביב, 1995)
- זילברג מ', "באין כאחד, אסופת דברים שבהגות, בהלכה ובמשפט", **כתבי משה זילברג** (תשנ"ח)
- זילברג מ', **המעמד האישי בישראל** (מהד' רביעית, הוצאת אקדמון, ירושלים, התשכ"ה-1965)
- זילברג מ', **כתבי משה זילברג - באין כאחד, אסופת דברים שבהגות, בהלכה ובמשפט** (הוצאת מאגנס, ירושלים, תשנ"ח)
- זמיר י', **סובל מ', "השוויון בפני החוק", משפט וממשל** כרך ה (תש"ס-1999)
- זפרן ר', "של מי אתה ילד? על פגמיו של ההסדר הקיים בדין הישראלי בשאלת קביעת האבהות", **הפרקליט** מו(ב) (התשס"ב-2002) 311
- זפרן ר', "קביעת אבהות בדין הישראלי", **הפרקליט** מו, חוברת ב', 311
- זפרן ר', עבודת הדוקטורט "זכותו של צאצא להתחקות אחר זהות הוריו הביולוגיים" (האוניברסיטה העברית התשס"ד)
- לבונטין א', **על נישואין וגירושין הנערכים מחוץ למדינה** (פרסומי הפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית, התשי"ז-1957)
- לבנון ד', "בדיקת רקמות להכרת אבהות", **שורת הדין, מאמרים ופסקים**, כרך ה, אבן העזר (מכון "שער המשפט" ירושלים, התשנ"ט), פד

לכנון ד',	"ביטול מזונות למי שהוחזק כבנו", שורת הדין, מאמרים ופסקים , כרך ה, אבן העזר, (מכון "שער המשפט" ירושלים' התשנ"ט), נח
מירון י',	"גדרי הדין והשיפוט המוסלמים בחוקי הירושה בישראל", הפרקליט כז (תשל"א-1971) 12
מירון י',	"קץ ההתמכרות למשפט האנגלי בענייני המעמד האישי: השיפוט בענייני אבהות", עיוני משפט ז (תש"ם-1980) 729
נלקן, גורן, בראוטבר,	פרקים באימונולוגיה (הוצאת אקדמון, ירושלים, התש"ם)
סטולר אחיקם,	"D.N.A על דוכן העדים", רפואה ומשפט – ספר היוכל (נובמבר 143 (2001
פלוצקי יורם,	
פורת א' ושטיין א',	"דוקטרינת הנזק הראייתית: הצדקות לאימוצה וישומה במצבים טיפוסיים של אי ודאות בגרימת נזקים", עיוני משפט כא (תשנ"ח) 191
פורת א' ושטיין א',	"דוקטרינת הנזק הראייתית: תגובה לביקורת", משפטים ל (תש"ס) 349
פריימן ח',	"מזונות של ילד שנולד שלא מנישואין על פי דיני ישראל", הפרקליט ב' (תש"ה-1945), 163 (הודפס שנית בהפרקליט כה (תשכ"ט-1968-1969)
פרימר ד',	"קביעת אבהות", שנתון המשפט העברי , כרך ה (התשל"ח) 219, 239 (מאמר זה פורסם במהדורה שניה בחוברת אסיא , מאמרים, תמציות וסקירות בענייני הלכה ורפואה, (הוצאת מכון שלזינגר (שבט התשמ"ג, פברואר 1983) כרך ט, חוברת ג, 38)
קפלן ע', בראוטבר ח',	"אבהות כשאלת מדעי הדם", עיוני משפט ז' (תשל"ט-1979), 46
נלקן ד',	
רוזן-צבי א',	דיני המשפחה בישראל בין קודש לחול (הוצאת פפירוס 1996)
רוזנטל ד',	בדיקת רקמות להכרת אבהות הוצאת אורחות (התשנ"ו)

רונן י',	שיתוף הילד בקביעת משמורתו (בורסי, ת"א, 1997)
שאוה מ',	הדין האישי בישראל (מהד' שניה, הוצאת מסדה, ת"א, התשמ"ד-1983)
שטינברג א',	"הזרעה מלאכותית", פרשת השבוע, תזריע-מצורע, התשס"ד, גיליון 162, משרד המשפטים - מכללת "שערי משפט"
שילה ש',	פירוש לחוק הירושה, התשכ"ה-1965 (נבו, התשנ"ב-1992)
שיפמן פנחס,	דיני המשפחה בישראל, המכון למחקרי חקיקה, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, התשמ"ד-1984
שיפמן פנחס,	ספק קידושין במשפט הישראלי, המכון למחקרי חקיקה ומשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים
שיפמן פנחס,	"קביעת אבהות בילד שנולד מהזרעה מלאכותית", משפטים י', (תש"מ-1980)
שיפמן פנחס,	"שיפוט ומשפט בענייני אבהות", משפטים ד' (תשל"ג-1973) 664
שיפמן פנחס,	דיני המשפחה בישראל (המכון למחקרי חקיקה, הפקולטה העברית בירושלים, התשמ"ד-1984)
שרשבסקי ב"צ,	דיני משפחה (מהד' שלישית, הוצ' ראובן מס, ירושלים, התשמ"ד-1993)

מפתח ספרות לועזית

- Barbara E. Dodd, "When Blood is their Argument" (1980) 20 **Med Sci Law**, 231
- Borchard **Declaratory Judgments**, 2nd ed., Cleveland, Banks-Baldwin Law, New-York 1944
- Bromley, **Family Law**, 5th ed., London, 1976
- Chang Ling Lee, "Current Status of Paternity Testing" (1975) 9 **Family Law Quarterly**,
- Cretney S.M **Principles of Family Law**, 4th ed., Sweet & Maxwell,
- Cross, **On Evidence**, 4th ed. Butterworths, London 1974
- Faust H. "Challenging The Paternity of Children Born During Wedlock: An Analysis of Pennsylvania Law Regarding the Effects of the Doctrines of Presumption of Legitimacy and Paternity by Estoppel on the Admissibility of Blood Tests to Determine Paternity" 100 **Dick. L. Rev.** (1996) 963
- Fritschner, S.H. "The Nature of Paternity Actions" (1980-81), 19 **Journal of Family Law**, 475
- Hambly D. and J.N. **Cases and materials on Australian Family Law**, The law book Company limited, Australia, 1971
- Turner
- Harnon, "Evidence Obtained by Polygraph: An Israeli Perspective" (1982) **Cr.L.R.** 340
- Harrison's **Principles of Internal Medicine**, 9th ed., Kosaido printing Co. Ltd. Tokyo, Japan, 1980, 1569, S. 319;
- Hoggett & Pearl, **The Family Law and Society, Cases and Materials**, Butterworths,

- London, 1983
- Jaffe, "Comment on the Judicial Use of HLA Paternity Test Results and other Statistical Evidence: A Response to Terasaki (1978-79) 17 **Journal of Family Law**, 457
- Jason Schklar, **DNA Evidence in the Courtroom: A Social-Psychological Perspective Science in Court**, Edited by Michael Freeman, Helen Reece, *Ashgate* (1998), 109
- Jolowicz F. **Roman Foundations of Modern Law**, At the Clarendon Press, Oxford, 1957
- Krause H.D. **Illegitimacy: Law and Social Policy**, The bobbs-Merrill Comp. inc. Indianapolis, Kansas city, New York, 1971
- Mendes da Costa, Q.C. **Studies in Canadian Family Law, Vol. 1** Butterworths, Toronto, 1972
- O'Donovan, K. "A Right to Know One's Parentage?" *Int. J. of Law and the Family* (1998), 27 "Who is the Parent? – Parentage in the 21st Century", *Family Advocate*, fall 2002
- Phannenstill, R.J. "Usefulness of Polygraph results in Paternity Investigations when used in Conjunction with Excludionary Blood Tests and 60-day Conception Period" (1982-83) 21 **Journal of Family Law**, 69
- Porat A. And A. Stein "Liability For Uncertainty: Making Evidential Damage Actionable" 18 **Cardozo L. Rev** (1997) 1891 Friedman "Dealing With Evidentiary Deficiency" 18 **Cardozo L. Rev..R.D** 1961 (1997)
- Reisner & Bolk, "A layman's Guide to the Use of Blood Group Analysis in Paternity Testing" (1981-82) 20 **Journal of Family Law** 657
- Roberts, Paula, "Truth and Consequences: Part II. Questioning the Paternity of Marital Children", 37 **FAM. L. Q.** 55 (2003)

- Sarah L. Bunce, "United States v. Kincade – Justifying the Seizure of One's Identity", 6 *Minn. J. L. Sci. & Tech.* 747
- Sorosky D. & oth., **The Adoption Triangle the Effects of the Sealed Record on Adoptees Birth Parents and Adoptive Parents** (New-York 1978)
- Spiro, E. **Law of Parent and Child**, 3rd ed. Juta Co. Limited, Johannesburg
- Terasaki, "Resolution by HLA Testing of 1000 Paternity Cases Not Excluded by ABO Testing", (1977-78) 16 **Journal of Family Law**, 543.
- Tesser L. J. "Dad or Duped Post appeal challenges to paternity judgments", **Family Advocat**, p.29
- Tracey Maclin, "Is Obtaining an Arrestee's DNA a Valid Special Needs Search Under The Fourth Amendment? What Should (and Will) the Supreme Court Do?", 33 J. L. **Med. & Ethics** 102
- Virna M. Manuel, "Legislative Reform Note: State DNA Data Base and Data Bank Expansion Laws: Is It Time For California to Expand its DNA Data Base Law to Include All Convicted Felons", 31 **W. St. U.L.Rev.** 339
- Vitta, "The Conflict of Personal Laws", 5 **Is.L.R.** (1970) 170
- Wigmore, J.H. **On Evidence**, 3rd ed. Vol 1, Boston 1940

