

בירור אבהות על פי חוק מידע גנטי (תיקון מס' 3), התשס"ח-2008 – בא לתקן ונמצא מקלקל*

רות זפרן**

בשנת 2008 התקבל תיקון מס' 3 לחוק מידע גנטי אשר התמקד בהסדרת עשייתן של בדיקות לבירור קשרי משפחה. שני אספקטים מרכזיים של התיקון הסדירו שתי סוגיות אשר היו נתונות עד אז להסדרה פסיקתית בלבד. סוגיה אחת נוגעת לשאלת סמכותם של בתי המשפט לכפות עריכת בדיקה לבירור אבהות על בעל דין סרבן. השנייה נוגעת לשאלת עשייתה של בדיקת אבהות (בלא כל קשר לשאלת קיומה של הסכמה או היעדרה) בנסיבות שבהן קיים חשש כי תוצאותיה יובילו בעתיד למזוזר הצאצא. לצד הסמכת בית המשפט להורות על כפייתה של בדיקה, הכפיף החוק את שיקול דעתו של בית המשפט – אם לאפשר עשייתה גם בנסיבות של הסכמה – לחוות הדעת של נשיא בית הדין הרבני הגדול במקרה שתוצאת הבדיקה כרוכה בחשש ממזרות. הרשימה תציג את השינויים שחלו בהסדרה המשפטית של שני אלה עם התיקון לחוק תוך התייחסות לעידן שקדם לתיקון ותוך התמקדות בקו שבחר המחוקק, על יתרונותיו וחסרונותיו. הרשימה תחשוף את המתח הקיים בדין הישראלי בין זכות הילד לדעת את מוצאו הגנטי לבין מה שנתפס באופן מסורתי כ"טובתו" – שמירת ייחוסו מפני פגם המזרות – ואת ההתנגשות העשויה להתעורר בין "קשר הדם", המכתיב הכרה ביחסי אבהות גנטיים, לבין קשרי הורות פסיכולוגיים המושתתים על פרקטיקה של טיפול ויחסים. הרשימה תבחן את עמדתו של התיקון בשאלות אלה ותטען כי לפחות ככל שמדובר בהסדרה של

* חוק מידע גנטי (תיקון מס' 3), התשס"ח-2008, ס"ח 2173.
** מרצה בכירה, בית ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. ברצוני להודות לשחר פרידמן ולדיסי אנדרמן על עזרתם המסורה במחקר. תודה לעו"ד הרב שמעון יעקבי, היועץ המשפטי לבתי הדין הרבניים, על שיתוף הפעולה באיתור החומרים. תודה לפרופ' אלון קלמנט על שקרא טיוטה קודמת של מאמר זה והעיר הערותיו. תודה לפרופ' אהרן ברק, לד"ר מיכאל ויגודה, לעו"ד איתן ליפסקר ולד"ר אמנון רייכמן על שאפשרו לי להתייעץ עמם בנוגע לנקודות שונות שהתעוררו במאמר. תודה למערכת כתב העת חוקים ובמיוחד לרונית לויין-שנור, עורכת כתב העת, על הערות מצוינות ועל עבודת עריכה מוקפדת.

שאלת האפשרות לברר אבהות בנסיבות של חשש ממזרות, תיקון החוק לא רק שלא היטיב את המצב המשפטי ולא הקל מצוקתם של ילדים, אלא אף הוביל בסופו של דבר להרעתו. לצד הביקורת תנסה הרשימה, לקראת סופה, להציע פתרונות לקושי שיצר תיקון החוק, האחד פרשני והאחר גלום בתיקון ההסדר.

א. מבוא. ב. קביעת אבהות – שתי סוגיות מפתח. ג. שאלת כפייתה של בדיקה לברור אבהות; 1. עמדת הפסיקה עובר לתיקון החוק; 2. הרהורים על אודות עמדת הפסיקה והעמדה הרצויה עובר לתיקון החוק; 3. עמדת חוק מידע גנטי המקורי וההצעות שהוגשו לתיקונו; 4. תיקון מס' 3 לחוק מידע גנטי. ד. ברור אבהות שתוצאתו הכחשת אבהות הבעל וחשש ממזור; 1. עמדת הפסיקה עובר לתיקון החוק; 2. ההצעות לתיקון חוק מידע גנטי; 3. תיקון מס' 3 לחוק מידע גנטי. ה. במקום סיכום: בא לתקן ונמצא מקלקל?

א. מבוא

שאלת הגדרת ההורות המשפטית היא שאלה הנוגעת ללב לבם של יחסי הורים-ילדים. הגדרת ההורות קובעת במידה רבה את קיומו של הקשר ההורי ואת גבולותיו. היא קובעת מי יוכר כהורה (ולא פחות חשוב מכך – מי לא יוכר ככזה) ומשרטטת את גבולות היחסים מבחינה משפטית. להגדרה המשפטית מתלווה צורך זכויות וחובות הקמות בין הילד להורהו, ואף עשויה להיות לה השפעה על התגבשותם של היחסים הרגשיים שביניהם. החקיקה הישראלית מעולם לא התפנתה להגדיר באופן כולל מיהו אב ומיהי אם. רסיסי הגדרות והתייחסות נקודתית אפשר למצוא בכמה דברי חקיקה, ובהם חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981,¹ חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996,² חוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995³ ולאחרונה חוק תרומת ביציות,

1 חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981. ראו במיוחד סעיף 16 לחוק זה.
2 חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996, המסדיר את שאלת קביעת ההורות בנסיבות המיוחדות של הולדה בסיוע אם נושאת. ראו במיוחד סעיפים 11-14 לחוק.
3 סעיף 2(1) לחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995 מגדיר הורה כך: "לרבות הורה מאמץ או אפוטרופוס".

התש"ע-2010.⁴ אולם שאלת היסוד – מי מוגדר כאביו של ילד ומי מוגדרת כאמו בנסיבות של הולדה טבעית (ללא מעורבות טכניקות הולדה מלאכותיות) – לא זכתה להתייחסות חקיקתית שלמה. הפסיקה נדרשה להשלים את החסר ושאלה הראה מגישת ההלכה היהודית,⁵ המפעילה קנה מידה המבקש לשקף את יחסי ההורות ה"טבעיים".⁶ בעל הזרע הוגדר כאב משפטי, והאם המשפטית הוגדרה להיות מי שנשאה את ההיריון – האם היולדת.⁷

מכאן, לפחות ככל שהעניין נוגע ליחסי אבהות, הרי שיש לזיקה הגנטית בין הילד למולידו משמעות רבה. בהיעדר מועמד אחר (כדוגמת בן זוגה מנישואין של האישה) יוגדר כאב מי שהוכח להיות בעל הזרע גם כאשר בינו לבין האם אין קשר נישואין. בהינתן כי האב המשפטי הוא האב הגנטי, הדרך המהירה והיעילה ביותר לבירור אבהות היא בדיקה מדעית, כיום בדיקת DNA, העשויה לספק במרבית המקרים ממצא שוודאותו הסטטיסטית עולה על 90% ולעתים אף מתקרבת ל-100%.⁸ ברי כי ממצא שוודאותו כה גבוהה מגיע לרף הראייתי הנדרש להוכחה ועולה בטיבו על יכולתו של בית המשפט להשתית ממצא עובדתי על יסוד ראיות אחרות.

הצורך בבירור שאלת האבהות עולה בפני בתי המשפט חדשות לבקרים. לגבי אמהות, הנקבעת על פי מבחן הלידה, אין מתעוררת מטבע הדברים מחלוקת במרבית המקרים,⁹ אך

4 חוק תרומת ביציות, התש"ע-2010, קובע כי האם היא הנתרמת, נושאת ההיריון, ולעומת זאת הקשר עם תרומת הביצית ניתק. ראו לעניין זה סעיף 42(א) הקובע כי "יילוד שנולד כתוצאה מתרומת ביצית, יהיה ילדה של הנתרמת לכל דבר ועניין" ואת סעיף 42(ג) המדגיש מלבד זאת את ניתוק הקשר המשפטי בין התורמת לצאצא בקבעו "הזכויות והחובות הקיימות בין הורים ושאר קרוביהם ובין ילדי ההורים לא יהיו קיימות בין התורמת ושאר קרוביה ובין היילוד שנולד כתוצאה מתרומת ביציות, ולא יהיו נתונות לתורמת, ביחס ליילוד, הסמכויות הנתונות להורים ביחס לילדיהם".

5 אף על פי ששאלת הגדרת ההורות היא שאלה אזרחית ולא עניין של מעמד אישי, כפי שנקבע כבר בבג"ץ 283/72 בוארון נ' בית הדין האזורי תל-אביב-יפו, פ"ד כו(2) 727 (1972).

6 Noam J. Zohar, Alternatives in Jewish Bioethics 69-84 (1997); מיכאל קורניאלדי דיני אישים, משפחה וירושה – בין דת למדינה 43 (2004).

7 רות זפרן "אמהות יש גם שתיים – הגדרת אמהות לילד שנולד לבנות זוג מאותו מין" דין ודברים ג 355, 363-364 (2007) וההפניות המובאות שם.

8 דליה צמריון חלק הוכחת אבהות 206-209 (מהדורה חדשה ומורחבת, 2007); אחיקם סטולר ויורם פלוצקי "D.N.A על דוכן העדים" רפואה ומשפט ספר היובל 143 (עמיתיו לוי עורך, 2001).

9 אלא אם כן מדובר בשאלות החורגות מגדר דיני המשפחה והעוסקות בשאלות של מעמד ואזרחות בישראל, או אז עשויה להתעורר מחלוקת משפטית (בין הפרט למדינה) בנוגע לזהות האם או שתידרש הוכחת אמהות.

לעומתה האבהות עשויה לעורר ספק הן אצל האם והן, ובעיקר, אצל האב בין שהשניים קיימו מערכת זוגית יציבה ובין שנטען כי הילד הוא פרי יחסים מזדמנים שהסתיימו זה מכבר. מרבית תביעות המובאות בפני בתי המשפט לבירור "קשרי משפחה" הן אפוא בדבר יחסי אבהות. תביעות אלה מובאות כתביעות להוכחת אבהות או כתביעות להכחשת אבהות, והן הפכו נפוצות יותר בשנים האחרונות עם התרחבות התופעה של הולדה מחוץ (או ללא) למסגרת הנישואין.¹⁰ האמצעים המדעיים לבירור תביעות אלה, ובפרט קיומן של בדיקות DNA הרווחות מאז שנות התשעים, הפכו את בירור הסוגיה נוח ומהיר יותר. עם זאת קיומו של אמצעי טכנולוגי לא ייתר, ולעתים אפילו העצים, דילמות אנושיות ומשפטיות מורכבות. על רקע התפתחותן של הבדיקות הגנטיות והגברת השימוש בהן נחקק חוק מידע גנטי בשנת 2000.¹¹ החוק, כך על פי לשונו, נועד להסדיר בדיקות גנטיות ומתן ייעוץ גנטי ולהגן על זכות הנבדק לפרטיות ולטיפול רפואי מיטבי, ובד בבד ביקש לשמור על אינטרסים ציבוריים, ובהם איכות המחקר והטיפול הרפואי.¹² החוק הסדיר בין היתר את האפשרות לברר קשרי משפחה באמצעות בדיקה גנטית והעניק לשם כך לבית המשפט לענייני משפחה סמכות לאפשר או לאסור קיומה של הבדיקה. אולם החוק הסתפק בהוראה בודדת לעניין זה,¹³ הדורשת כי בדיקה לבירור קשרי משפחה תיעשה על פי צו בית משפט, והותיר את מכלול ההיבטים הנוגעים לשאלה אם, מתי ובאיזה אופן להורות על בדיקה, לשיקולו של בית המשפט. בכך למעשה השאיר המחקק את המצב המשפטי כמעט ללא שינוי.¹⁴ מטעם

10 הערכה זו זוכה לאישוש עקיף מנתונים שנאספו מהאגף לסיוע משפטי והוצגו בדו-השנתון הסטטיסטי המפורסם מטעם מרכז רקמן נשים ומשפחה בישראל – דו-שנתון סטטיסטי 104 (רות הלפרין-קדרי וענבל קארו עורכות, 2009). על פי הנתונים שהובאו שם חל גידול של בין 14% ל-20% במספר הבקשות לייצוג בענייני אבהות שהוגשו לאגף לסיוע משפטי בין שנת 2006 ל-2007, להבדיל מירידה שחלה במספר הפניות בענייני משפחה אחרים, ובהם חלוקת רכוש ומזונות. גם בדיקת נתוני התיקים בבית הדין הרבני כפי שמפרסמת הנהלת בתי הדין הרבניים באינטרנט, מלמדים על עלייה מתמדת במספר התיקים הנוגעים לשאלות של אבהות מ-1,100 תיקים ב-2006 ל-1,300 תיקים ב-2009, ראו: עמ' 2 לדוח סיכום שנת 2006 (פורסם ב-15.1.2007) www.rbc.gov.il/statistics/2006/2006.pdf, וכן עמ' 2 לדוח סיכום שנת 2009 (פורסם ב-26.1.2010) www.rbc.gov.il/statistics/2009/2009.pdf.

11 חוק מידע גנטי, התשס"א-2000, ס"ח 1766 (הנוסח המעודכן ייקרא להלן: חוק מידע גנטי או החוק).

12 סעיף 1 לחוק מידע גנטי הקובע את תכלית החוק.

13 סעיף 3(ד) לחוק מידע גנטי.

14 טרם קבלת חוק מידע גנטי הייתה הסוגיה נתונה להסדרתן של הנחיות משרד הבריאות. הנחיות אלה, שפורסמו בחוזר מס' 38/99, הופצו למרכזים הרפואיים ולמעבדות בארץ והורו על איסור בדיקה לבירור הורות בקטין שנולד לאישה, בת כל הדתות, נשואה או כזו שחיה בקר-הביטציה, אלא בצו מפורש של בית משפט. בהיעדר חוק מנחה היה שיקול הדעת נתון לבית

זה נדרש המחוקק לתקן את חוק מידע גנטי, ולאחר הליך חקיקה ארוך נתקבל תיקון מס' 3 לחוק מידע גנטי העומד במרכזה של רשימה זו.¹⁵

הרשימה תבקש אפוא להתמקד בתיקון שהוכנס בחוק בנובמבר 2008, על שני רכיביו המרכזיים: האחד הסמכת בית המשפט להורות על בדיקה לבירור קשרי משפחה על כורחו של הנבדק; השני הגבלת הסמכות להורות על בדיקה לבירור קשרי משפחה (לרבות על פי רצונם של הצדדים) בנסיבות שקיים בהן חשש ממזרות. הרשימה תציג את השינויים שחלו בהסדרה המשפטית של רכיבים אלה עם התיקון לחוק תוך התייחסות לעידן שקדם לתיקון ותוך התמקדות בקו שבחר המחוקק, על יתרונותיו וחסרונותיו. המאמר יחשוף את המתח הקיים בדין הישראלי בין זכות הילד לדעת את מוצאו הגנטי לבין מה שנתפס באופן מסורתי כ"טובתו" – שמירת ייחוסו מפני פגם הממזרות ואת ההתנגשות העשויה להתעורר בין "קשר הדם", הקובע הכרה ביחסי אבהות גנטיים לבין קשרי הורות פסיכולוגיים המושתתים על פרקטיקה של טיפול ויחסים. הרשימה תבחן את עמדתו של התיקון בשאלות אלה ותטען כי לפחות ככל שמדובר בהסדרתה של שאלת האפשרות לברר אבהות בנסיבות של חשש ממזרות, תיקון החוק לא רק שלא היטיב את המצב המשפטי ולא הקל מצוקתם של ילדים אלא אף הוביל בסופו של דבר להרעתו. לצד הביקורת תנסה הרשימה, לקראת סופה, להציע פתרונות לקושי שיצר התיקון החוק, האחד פרשני והשני גלום בתיקון ההסדר.

ב. קביעת אבהות – שתי סוגיות מפתח

שאלת קביעת האבהות בנסיבות של הולדה טבעית היא המקרה השכיח ביותר שבו מתעורר הצורך לעשות בדיקה לבירור קשרי משפחה. שאלה זו מעוררת בעקיבות שתי סוגיות מפתח: האחת היא השאלה אם בית המשפט יכול לכפות בדיקת אבהות על צד המתנגד לעשייתה וטוען בשם זכותו לשמירת שלמות הגוף והזכות "שלא לדעת"; השנייה, האופיינית למתדיינים יהודים, היא אם יותר לברר אבהות בנסיבות שבהן בירור האבהות עשוי ליצור חשש לממזור הילד עקב הקביעה כי אביו אינו מי שהיה נשוי לאם במועד ההתעברות. תיקון חוק מידע גנטי משנת 2008 התייחס לשתי סוגיות אלה, אשר עד אז היו שנויות במחלוקת ונתונות להסדרה פסיקתית בלבד.

המשפט להכריע בשאלה מתי וכיצד לאפשר או להורות על הבדיקה www.health.gov.il/download/forms/a285_mr38-99.pdf.

15 חוק מידע גנטי (תיקון מס' 3), התשס"ח-2008, ס"ח 2173.

העמדה המובילה בפסיקה באשר לשתי שאלות אלה עוצבה לפני כשלושים שנה בפסק דין שרון נ' לוי.¹⁶ הכרעתו של בית המשפט באותה פרשה צבעה את מרבית הפסיקה שניתנה מאז בשאלות קביעת האבהות בערכאות הדיון השונות. באשר לשאלה הראשונה – שאלת כפייתה של בדיקת האבהות – השיב בית המשפט בשלילה וקבע כי זכותו של אדם (האב הנטען) לשלמות גופו שוללת את סמכותו של בית המשפט להורות על כפייתה של בדיקת סיווג הרקמות,¹⁷ אשר נכנסה באותה תקופה לשימוש שגרתי. קביעתו זו של בית המשפט ניתנה על רקע היעדר הסדרה חוקית של הסוגיה ועל רקע היעדר הסמכה מפורשת לכך. עם זאת פסק דין שרון נ' לוי לא הותיר את התובעים נטולי כל מענה. בית המשפט קבע כי סירוב (וולונטרי) לעבור בדיקה יהיה בעל משמעות ראייתית, קרי: אף על פי שאי אפשר לכפות על אדם לעבור בדיקה לבירור אבהות, סירובו לעבור את הבדיקה עשוי (כאשר מערך הנסיבות הכללי מלמד על אפשרות סבירה כי הוא האב) להוביל להכרזת אבהותו, מכוח ייחוס ראייתי לסירובו.¹⁸ באשר לשאלה השנייה – שאלת האפשרות להורות על בירור אבהות בנסיבות של חשש ממזור – השיב בית המשפט באותה פרשה, באגב אורחא, בשלילה. בית המשפט סבר כי יש להימנע מן הבירור אם הוא עלול לערער על אבהותו של מי שהיה בעלה של האם במועד ההתעברות, שהרי ערעור זה עלול להטיל פגם של יוחסין (ואף פגם חברתי) בצאצא ולפיכך אינו עולה בקנה אחד עם טובתו.¹⁹

אולם עמדות אלה לא שמרו על נחרצותן בשנים שלפני תיקון החוק. שינויים שהתרחשו בשנים האחרונות, ובהם חיזוק המגמה הקוראת להכרה בזכויות הילד, אשר שאבה מאשרור האמנה הבין-לאומית לזכויות הילד ואפשר שאף מחקיקת חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, נתנו את אותותיהם אף בעמדת הפסיקה. שינוי זה בא לידי ביטוי ברוח הפסיקה – בהנמקות וברטוריקה שנקט בית המשפט, אם כי לא תמיד בעיצוב ההלכה ובסעדים אופרטיביים. אעמוד על שתי דילמות אלה ועל ההתפתחויות שחלו בהן כסדרן.

16 ע"א 548/78 שרון נ' לוי, פ"ד לה(1) 736 (1980).

17 שם, בעמ' 755. יצוין כי בדיקת סיווג הרקמות, המבוצעת באמצעות נטילת דגימת דם, הקדימה את בדיקת ה-DNA המקובלת כיום. על בדיקה זו ראו: צמריון חלק, לעיל ה"ש 8, בעמ' 195–203.

18 עניין שרון נ' לוי, לעיל ה"ש 16, בעמ' 756.

19 שם, בעמ' 748–749, אבל השוו לגישתה של השופטת בן עתו, שם בעמ' 761.

ג. שאלת כפייתה של בדיקה לבירור אבהות**1. עמדת הפסיקה עובר לתיקון החוק**

פסק דין שרון נ' לוי עיצב כאמור את ההלכה שלפיה בהיעדר הסמכה מאת המחוקק אי אפשר לכפות על אדם בצו בית משפט להיבדק בבדיקת דם לבירור אבהות, ובדיקה תיעשה רק לרצונו. הלכה זו, אשר יושמה בפסיקה בעקיבות שנים רבות,²⁰ בוטלה עם תיקון חוק מידע גנטי, אשר הקנה סמכות כפייה ואפשר לבית המשפט לחייב בעל דין להיבדק. אולם בטרם אעבור לדון בהסדר הקבוע בחוק, ברצוני לעמוד בקצרה על הלך הרוח שהחל מתגבש בפסיקה בסמוך לפני תיקונו.

נדמה היה כי בשנים שלפני התיקון הפכה עמדת בית המשפט, הנמנעת מכפיית בדיקת אבהות, נחרצת פחות מבעבר וכי בתי המשפט חתרו לבירור ודאי של זהות ההורה הגנטי, ורק בליט בררה הכריזו על אבהות ללא ממצא מדעי.²¹ למגמה זו שני פנים: האחד כרוך בעצם החשיבות שבתי המשפט מייחסים לממצאים מדעיים שוודאותם גבוהה ובנכונות הולכת ופוחתת מצדם להסתפק בחזקות משפטיות או קביעות עובדתיות המבוססות על ראיות חלשות יותר.²² השני כרוך בחשיבה מחודשת בנוגע לעצם בדיקות האבהות שהפכו לא רק מדויקות יותר מדעית אלא גם פשוטות יותר לביצוע.²³ ברי כי שני פנים אלה כרוכים זה בזה והגברת הזמינות והאיכות של ראיות טובות מחלישה את הנכונות להסתפק בפחות מכך.

- 20 ראו למשל ע"א 5942/92 פלוני נ' אלמוני, פ"ד מח(3) 837 (1994) (להלן: ע"א 5942/92); בר"ע (מחוזי ב"ש) 615/02 פלוני נ' פלונית, פ"מ התשס"ב(2) 108, 119–120 (2003) (להלן: בר"ע מחוזי 615/02); ע"מ (מחוזי ב"ש) 121/99 בודהנה נ' פלונית, פסקה 5 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 4.6.2000) (להלן: עניין בודהנה במחוזי).
- 21 המסקנה האמורה בדבר מאמציהם המוגברים של בתי המשפט לבירור ודאי של זהות האב נלמדת מכמה קביעות נוספות המתוארות להלן, טקסט ליד הערות שוליים 24–27.
- 22 דיוק המגיע עד כדי 100% בקירוב ואשר מחדד את האבסורד הכרוך בהתעלמות מראייה כה חזקה. ראו בהקשר זה את דברי בית המשפט בתיק מ"א (מחוזי ת"א) 1455/90 פלונית נ' אלמוני (פורסם בנבו, 8.5.1991).
- 23 שהרי שכלולים טכנולוגיים שהוכנסו בבדיקות הגנטיות עם השנים מאפשרים עשייתן תוך שימוש בתאי אדם הניתקים מגופו באופן טבעי – תאים המצויים ברוק, בשערות או בעור הגוף – ללא צורך הכרחי בבדיקת דם, שהיא פולשנית יותר מטיבה. לגישה האמורה בקרב הפסיקה ראו תמ"ש (משפחה י-ם) 26762/01 כ.א. נ' א.א., פסקה 14(ו) לפסק דינו של השופט מרכוס (פורסם בנבו, 22.1.2006) (להלן: עניין כ.א.).

בטרם אעבור לדון בסוגיה של בירור תביעת אבהות וגלגוליה באחת הפרשות, אציין כי לחיתרתם של בתי המשפט לבירור ודאי של זהות ההורה הביולוגי קיימים גם ביטויים אחרים. מלבד שאלת הכפייה של בדיקת האבהות על בעל דין סרבן, הנדונה כאן בפירוט, היא עולה מקביעתו של בית המשפט להורות על ביצוע בדיקת אבהות בגופת מנוח אשר נטען כי הוא האב לנוכח סירובם של הוריו (מי שנטענים להיות סבו וסבתו של הילד) לעבור את הבדיקה;²⁴ היא באה לידי ביטוי בנכונות לבצע בדיקת סבות גם כאשר האב הנתבע נעדר מישראל;²⁵ היא באה לידי ביטוי בפתח אשר הותר בית המשפט לנתבע אשר סירב לעבור בבדיקת אבהות והוכרז כאב למרות (ולעתים בשל) סירובו לעבור בבדיקה גם לאחר מתן פסק הדין, ובכך לאפשר בירור ודאי של שאלת האבהות גם כממצא עובדתי על אף קיומו של מעשה בית דין;²⁶ היא באה לידי ביטוי בסירובו לבקשת אם ובן זוגה להכיר באבהות בן הזוג הגם שהוא אב פעיל והגם שהילד רואה בו את אביו זה שנים, בנסיבות שבהן הייתה האם פנויה כמועד ההתעברות ובן הזוג לא נרשם בסמוך ללידה, וזאת ללא עריכת בירור גנטי.²⁷

24 תמ"ש (משפחה חדרה) 680/07 י.מ. נ' נ.ש. (פורסם בנבו, 29.8.2008); תמ"ש (משפחה כ"ס) 17340/05 פלוני נ' עזבון פלוני (פורסם בנבו, 26.7.2006); תמ"ש (משפחה כ"ס) 2880/05 א.פ. נ' עזבון המנוח י.א. ז"ל (פורסם בנבו, 30.10.2005).

25 תמ"ש (משפחה כ"ס) 15060/01 פלונית נ' אלמוני (פורסם בנבו, 7.6.2004).

26 עניין כ.א., לעיל ה"ש 23; ובדומה לאפשר בירור התביעה למרות השיהוי בהגשתה, בש"א (משפחה כ"ס) 1975/03 ח.מ.ה.ס. נ' נ.מ. פסקאות 7-10, 13-14 (פורסם בנבו, 9.7.2003) (להלן: עניין נ.מ.). אבל ראו את הסירוב לערוך בדיקה מאוחרת בשל נסיבותיו המיוחדות של המקרה, עמ"ש (מחוזי חיפה) 511/07 ק' א' נ' ח' ק' (פורסם בנבו, 5.3.2009).

27 ראו במיוחד את פסקי הדין של השופט שוחט ושל השופטת פלאוט, שהם שיר הלל לוודאות גנטית, תמ"ש (משפחה ת"א) 72470/98 פלוני נ' פלוני (פורסם בנבו, 15.4.1999); תמ"ש (משפחה ת"א) 5800/98 נ.נ. נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 13.11.2002). כן ראו גם את תמ"ש (משפחה חיפה) 1150/04 ו.א. נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 17.2.2004), המבטא אף הוא תמיכה בחתירה לוודאות גנטית. מגמה זו אף עולה להבנתי מאמירת האגב של בית המשפט המחוזי שהכריז כי "קיים הכרח כי יובאו בפני בית המשפט הדין במקרה ספציפי, מלוא העובדות הנדרשות על מנת שיוכל לומר דברו" – בר"ע (מחוזי ת"א) 1364/04 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פסקה 76 לפסק דינו של השופט שנלר (פורסם בנבו, 5.7.2006) (להלן: בר"ע מחוזי 1364/04). עמדה זו, ככל שהיא עשויה לאיים על יחסי הורות קיימים ומשמעותיים, היא בעייתית. היבט זה יתברר ביתר הרחבה בהמשך, בחלק ד.3.ב).

החתימה לביורור גנטי ודאי והדילמות שעמן התמודד בית המשפט עובר לתיקון לחוק באות לידי ביטוי בפסקי הדין שניתנו בעניין בוהדנה.²⁸ אף על פי שערכם התקדימי מוגבל, אף הם משקפים את השינוי הרעיוני שהתרחש בפסיקה בשנים שלפני תיקון חוק מידע גנטי, מה גם שהם הניעו, בין יתר גורמים, את גלגלי הצעת החוק שהובילה בסופו של דבר לתיקון.²⁹ פסקי הדין עסקו בתביעת אבהות שהגישה האם בשם בתה נגד מי שהיא טענה שהוא האב. במהלך בירור התביעה התברר כי הנתבע הוא אחד משני גברים שעמם קיימה האם, אישה לא נשואה, יחסים אינטימיים במועד הרלוונטי. בבירור התביעה, שהגיעה עד לבית המשפט העליון והוחזרה לבית המשפט לענייני משפחה בבאר שבע לבירור נוסף ומשם טיפסה שוב בין ערכאות הערעור, עמד הנתבע בסירובו לעבור בדיקת אבהות מטעמים שפורשו על ידי בית המשפט כטעמי נקמנות.³⁰ בית המשפט המחוזי (של הסיבוב הראשון) למד מסירובו לרעתו והכריז עליו אב ללא שהומצאה ראיה ישירה לאבהותו ובלי שנשללה אבהות הגבר השני.³¹ האב הנתען ערער ובית המשפט העליון הורה להשיב את התביעה לבירור נוסף בפני בית המשפט לענייני משפחה, הפעם תוך הבטחת ייצוג נפרד לקטינה.³² לגישת בית המשפט העליון, שנאמרה בקצרה רבה, האינטרסים הנפרדים של הקטינה, ובהם האינטרס לבירור זהות האב (המוגדר על ידם כאינטרס בעל "משמעות חוקתית"),³³ לא זכו להישמע כראוי.

בהכרעה שהייתה ראשונה מסוגה קבע שופט בית המשפט לענייני משפחה שאליו הוחזר התיק, השופט אסולין, כי בידיו סמכות להורות על בדיקת אבהות בניגוד לרצונו של האיש, באמצעות נטילת דגימה מתאי הלחי. בקביעתו זו הסתמך בית המשפט על סעיף 8(א) לחוק בית המשפט לענייני משפחה, המסמיך את בית המשפט לפעול בדרך הנראית לו הטובה ביותר לעשיית צדק, ועל סמכותו הטבועה של בית המשפט להורות על הבאת ראיות לצורך

28 תמ"ש (משפחה ב"ש) 18310/97 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 27.4.1999); עניין בוהדנה במחוזי, לעיל ה"ש 20, בעמ' 169.
29 לסקירה ופירוט של תחילת הפרשה בעניין בוהדנה ראו רות זפרן "של מי אתה ילד? על פגמיו של ההסדר הקיים בדין הישראלי בשאלת קביעת האבהות" הפרקליט מו 311, 323-324 (2003) (להלן: זפרן "של מי אתה ילד").
30 עניין בוהדנה במחוזי, לעיל ה"ש 20, בעמ' 169, 173.
31 שם, בפסקה 4 לפסק דינו של השופט טימור.
32 רע"א 4898/00 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 17.1.2001).
33 בהקשר זה מפנה פסק הדין לדברי בית המשפט בפרשה אחרת המעגנת את זכותו של ילד לדעת את מוצאו בזכותו לכבוד האדם וקושר את זכותו של הילד לדעת לזכויותיו "הקניניות, המשפחתיות והאנושיות". ע"א 5942/92, לעיל ה"ש 20, בעמ' 843-844.

בירור התביעה שבפניו.³⁴ השופט אסולין קבע כי זכותה של הקטינה לכבוד, המשמיעה היענות לבקשתה לדעת מיהו אביה, עדיפה מזכויותיו של האיש: הזכות לשלמות הגוף (שהפגיעה הכרוכה בה בהקשרה של בדיקת תאי הלחי מצומצמת מזו הנובעת מבדיקת הדם) והזכות שלא לדעת יותר מכפי שהוא מבכר לדעת. אולם קביעתו נהפכה בערעור שהתקבל על ידי שופט בית המשפט המחוזי (כתוארו אז) השופט הנדל, אשר קבע כי בהיעדר הוראה חוקית מפורשת אין נתונה לבית המשפט סמכות לחייב בעל דין להיבדק בבדיקת אבהות אף לא מסוג דגימת תאי לחי.³⁵

ההכרעה בפרשה זו נמצאה לבסוף בדרך אחרת. בין מועד החלטת בית המשפט המחוזי ועד להתבררותה של בקשת רשות הערעור שהוגשה לעליון בנוגע להכרעת בית המשפט המחוזי בשאלת (אי) כפיית בדיקת האבהות, הסכים הגבר השני לערוך בדיקת אבהות ונמצא שאינו האב. עם התבררות תוצאת הבדיקה קבע בית המשפט העליון כי "משקבע בית המשפט, כממצא שבעובדה, כי קיימים אך שני אבות פוטנציאליים, כאשר ההסתברות שכל אחד מהם האב הוא 50% [כך במקור – ר"ז], אזי, משנבדק האב הפוטנציאלי השני, ונסתבר כי הוא אינו האב, ממילא נותר אך מועמד אחד, ואין עוד ספק לעניין מעמדו של פלוני".³⁶ אף על פי שהיה מקום לשמוח על סיומה של הפרשה, שהתגלגלה שנים רבות בבתי המשפט, גזלה משאבי זמן וכסף ובעיקר פגעה בילדה שנמנעה ממנה האפשרות לדעת את זהות אביה ואולי אף להתחיל לבסס אתו קשר רגשי, היה מקום להצטער על שבית המשפט נמנע מלספק הכרעה עקרונית בשאלת כפיית בדיקת האבהות, ושלא נעשתה ביחס לצדדים הקונקרטיים לתביעה בדיקה שיכלה לספק ממצא פוזיטיבי בנוגע לאבהות הנתבע. ממצא שהתקבל על סמך ראיות עקיפות ועל יסוד חזקות משפטיות אינו ודאי, ואפשר שיתברר בדיעבד כי מי שנקבע כי הוא האב על יסוד החזקה אינו כזה מבחינה גנטית. אף על פי שבית המשפט מכיר למעשה בזכויותיה של הילדה הוא בוחר להימנע מלכפות על האב הנטען בבדיקת אבהות. בכך מבקש בית המשפט להגשים (ולו באופן חלקי) את זכויות שני הצדדים. בכל הנוגע לילדה הרי שהוא מבטיח כי לא תיוותר ללא אב רשום. האיש מוכרו להיות אב משפטי ובכך מובטחת זכות הילדה לתמיכה כלכלית. נראה שבית

34 בש"א (משפחה ב"ש) 2618/01 פלונית נ' אלמונית (פורסם בנבו, 21.4.2002) (להלן: עניין פלונית נ' אלמונית).

35 בר"ע מחוזי 615/02, לעיל ה"ש 20, בעמ' 121.

36 בע"מ 2463/03 פלונית נ' פלונית (פורסם בנבו, 6.7.2003). מבחינה אופרטיבית הערעור על פסק הדין של בית המשפט המחוזי נדחה והדין הוחזר לבית המשפט לענייני משפחה. שאלת האפשרות לכפות בדיקת אבהות נותרת ללא מענה והשופטת דורנר ציינה כי "בעניין זה עולות שאלות נכבדות; עם זאת אין זה המקרה המתאים לבררן".

המשפט חש כי ברמת הוודאות שבה הוכח כי האיש הוא האב (בהתקיים ממצאי הבדיקה שהוכיחו כי המועמד האחר אינו האב) מסופקת אף זכותה זו של הילדה לדעת מיהו מולידה. אף זכותו של האיש לשלמות גופנית מוגנת כמובן בקביעה הנמנעת מלהטיל עליו חיוב לערוך בדיקה. הכרעה הנמנעת מכפייה ישירה לביצוע בדיקה גנטית מכירה בחירות הפרט הן מבחינת המידע שממנו הוא מבקש להימנע והן מבחינת ההגנה על גופו. ואולם, פסק הדין של בית המשפט המחוזי, המתרכז בהגנה על זכויות האיש ובהנמקות חוקתיות, וההחלטה של העליון, שהכריז כי עם הסרת "מועמדותו" של הגבר האחר לאבהות אפשר להכריז על הנתבע כאב – שני פסקי דין אלה מתקשים, כך נדמה, להכיר בפגיעות הייחודית של הילדה, לבטא את רגישותה האנושית-משפחתית של הסוגיה ולשקלל את השלכותיה של ההכרעה על יחסי הצדדים (האב הנטען וילדתו ובני משפחה אחרים) בטווח הקצר והארוך.³⁷

2. הרהורים על אודות עמדת הפסיקה והעמדה הרצויה עובר לתיקון לחוק

מיד אומר: לדידי בנסיבות שבהן מי שמבקש לברר את שאלת האבהות הוא ילד פרי הולדה טבעית אשר אין בחייו אב פסיכולוגי (קרי, איש המתפקד כהורה ומוכר על ידי הילד ככזה), ראוי לשאוף להתאמה בין קביעת האבהות המשפטית לאבהות הגנטית. קרי, לוודא כי מי שמוכרז אב משפטי הוא האב הגנטי, מי שמזרעו נולד הילד. הכרזת בית המשפט על נתבע שעמד בסירובו ונמנע מעריכת בדיקת אבהות בתור אב עלולה ליצור פער בין האבהות המשפטית לגנטית ובכל מקרה לפגוע בזכותו של צאצא לברר עד תום את זהות אביו. אמנם הצאצא אינו נפגע בזכותו למזונות, שכן מי שנקבע בפסק הדין כאביו יחויב לשאת במזונותיו על פי דין, אך בכך אין כמובן כדי למצות את זכויותיו וצרכיו. לנוכח הספקות העלולים להמשיך ולכרסם בצדדים יקשה עליהם לקשור יחסי קרבה. חוסר המידע עלול לפגוע בצאצא רגשית, וחוסר הוודאות עלול לפגום בו בהקשרים ייחודיים. מצב זה עלול להסב לו פגיעה בכבוד, בזכות למימוש עצמי ובאוטונומיה ואף בזכותו להתפתחות,³⁸ ולהוות הפרה של הזכות לזהות ולקשרי משפחה כפי שעוגנו באמנה הבינ-לאומית לזכויות הילד.³⁹

37 על הצורך להתחשב במכלול היחסים הבינ-אישיים והמשפחתיים בעיצובה של ההכרעה האופטימלית, ראו להלן, טקסט ליד ה"ש 46 ואילך.

38 סעיף 6(ב) לאמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 31, 221 (נפתחה לחתימה ב-1989, אושררה ונכנסה לתוקף ב-1991).

39 שם, בסעיף 7, נקבע כי לילד תהיה "ככל האפשר הזכות להכיר את הוריו ולהיות מטופל על ידם"; סעיף 8 קובע את החובה לכבד את זכות הילד לזהות לרבות קשרי משפחה; סעיף 9,

בבסיס הדילמה התנגשות בין זכויות הילד לזכויות האב: לילד זכויות למידע ולזהות,⁴⁰ לשם טוב ולייחוס ואף לקשרי משפחה, שהן כולן חלק מזכותו לכבוד ולאוטונומיה המוגנות באמנה אך גם מוכרות חוקתית ומעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁴¹ גם לאב זכויות המבססות הגנה חוקתית, ובהן הזכות שלא להיפגע בגופו (הזכות לשלמות גופנית ולשליטה בו)⁴² והחירות להימנע ממידע שאינו רצוי לו – הזכות שלא לדעת.⁴³

התנגשות זו בין זכויות דרשה הכרעה, ובתי המשפט סברו שנים כי הפתרון שיצרו, הנמנע מהטלת חיוב ישיר להיבדק אך זוקף את הסירוב לחובת המסרב באופן המצהיר על אבהותו ללא בדיקה ומטיל מכוחה חיובים כלכליים, הוא הכרעת פשרה ראויה. יתרונה של הפשרה בהגנה שהיא מספקת על זכות היסוד של הילד לתמיכה כלכלית ובאפקט העקיף הגלום בה – בתמריץ שהיא מייצרת לסרבן להיבדק, שהרי רק בדיקה שתוכיח כי הוא אינו האב הגנטי תוכל לפטור אותו מחיוביו. אולם מסתבר כי ההסדר האמור לא הוביל להיענות מלאה לבדיקה. עדיין נמצאו נתבעים שהעדיפו, כך מסתבר, לשאת בחיוב המזונות החדושי

הקובע כי ילד לא יופרד מהוריו בניגוד לרצונם, מצהיר בס"ק ג כי לילד המופרד מהוריו קיימת זכות "לשמור על יחסים אישיים ומגע ישיר עם שני הוריו". אף על פי שהסעיפים אינם עוסקים בהכרח בסוגיה הנדונה כאן, הבנתם המצטברת מכתובה הכרה בזכותו העקרונית של ילד לברר את זהות אביו בהקשרן של תביעות אבהות. זכות זו, ככל זכות כמעט, אינה מוחלטת ואינה מכתובה את תחולתה המלאה והבלעדית בכל מצב.

40 בתי המשפט הכירו בזכות הילד לזהות, בין היתר על סמך האמנה בדבר זכויות הילד. בהקשר זה ראו למשל בר"ע מחוזי 1364/04, לעיל ה"ש 27, בפסקה 51 ו-66 לפסק דינו של השופט שנלר; ע"מ (מחוזי ת"א) 1327/06 פלונית נ' אלמוני בעמ' 24 לפסק דינה של השופטת רוטלוי (פורסם בנבו, 20.12.2007), (להלן: ע"מ מחוזי 1327/06); עניין כ.א., לעיל ה"ש 23, בפסקה 10 לפסק דינו של השופט מרכוס.

41 סעיפים 2 ו-4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. למעמד החוקתי שניתן לזכויות אלה בפסיקה העוסקת בבירור אבהות ראו ע"א 5942/92, לעיל ה"ש 20, בעמ' 844; בר"ע (מחוזי ב"ש) 552/03 חסון נ' שפושניק, בפסקה 4 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 26.8.2003); ע"מ (מחוזי ת"א) 1052/03 פלוני נ' פלוני, פסקה 7 (פורסם בנבו, 29.1.2006).

42 על הזכות לשלמות גופנית והימנעות מפני פגיעה הכרוכה בבדיקות כפוינות, ראו ע"פ 184/62 פרץ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יז 2104 (1963); בג"ץ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 10.4.1980); בש"פ 2145/92 מדינת ישראל נ' גואטה, פ"ד מו(5) 704 (1992); ע"א 506/88 שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 87, 115 (1993); ע"פ 1641/04 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(3) 785 (2004); בר"ע מחוזי 615/02, לעיל ה"ש 18.

43 ע"א 5942/92, לעיל ה"ש 20, בעמ' 843.

ונמנעו מן הבדיקה,⁴⁴ תוצאה המאפשרת להם ככל הנראה לשמור על עמימות ומסוככת עליהם מפני הידיעה הוודאית, אם של עצמם ואם של הסובבים אותם.⁴⁵ לנוכח מורכבותה של הדילמה מבחינה אישית ומשפחתית ולנוכח המשמעות הרבה הקיימת למידע בדבר זהות האב על מערך יחסי המשפחה יש לדעתי לגשת אל הדילמה (בדומה לדילמות משפחתיות אחרות) מתוך מחויבות ליצירת היחסים בין בני משפחה, לקידום ולשימורם, ולהיעזר באלמנטים אלה כדי להכריע את ההתנגשות בין הזכויות.⁴⁶ הגשמת מחויבות זו בהקשרנו מטה כך נראה את כפות המאזניים לעבר פתרון אחד: הסמכת בית המשפט בחוק להורות בנסיבות שבהן הורם נטל ראייתי מינימלי הקושר את האב הנטען לתביעה, על קיומה של בדיקת אבהות וקביעת אמצעים להבטחת הפעלתה האפקטיבית של הסמכות.⁴⁷ גם אם היה אפשר לנסות לטעון⁴⁸ כי לבית המשפט סמכות כללית לחייב בעל

44 ראו בהקשר זה ע"א 335/81 פלוני נ' אלמוני, פ"ד לח(2) 530 (1984); רע"א 4898/00, לעיל ה"ש 32; בר"ע מחוזי 1364/04, לעיל ה"ש 27.

45 ההסתרה עשויה להיות משמעותית עבור האב ביחס לסובבים אותו, כלפיהם חשיפת עובדת היותו אב עשויה להיות בעייתית. חשבו בהקשר זה על סיטואציה בה האב הנטען נשוי, והילד נולד כתוצאה מיחסיו האינטימיים עם אישה אחרת, אותם ניהל ללא ידיעת אשתו. העדר ממצא גנטי ודאי מאפשר לו, כביכול, להמשיך ולהכחיש את האבהות ולמעשה גם את עצם קיומם של היחסים האינטימיים ולטעון כי האם "הפילה עליו את התיק" מטעמים שונים. עם זאת קשה לראות בטעם זה טעם מוצדק, שהרי נדמה כי טענתו האמורה של הגבר אינה משכנעת, ואדם בר דעת היה מצפה ממנו לבצע את הבדיקה כדי להוכיח שאכן מדובר "בתיק" ולא בילדו. ראו בהקשר זה מ"א (מחוזי חי') 1389/95 פלונית נ' אלמוני (פורסם בנבו, 25.12.1995). ברי כי גם כאשר אין מדובר בגבר נשוי המבקש להסתיר את "מעלליו", הרי שבירור עובדת היותו אב, בנסיבות בהן האבהות אינה רצויה לו, יוצרת מעמסה רגשית לא קלה. הסירוב לברר את הטענה מאפשר לו לטמון ראשו בחול ולהתכחש לנכונות הטענה, גם אם כאמור בית המשפט הכריז אחרת ואף חייבו במזונות. אפשר שעבור גברים מסוימים הנטל הכלכלי הכרוך בתשלום מזונות לילד כלשהו קל יותר מהנטל הרגשי הכרוך בידיעה ודאית כי ילדם הוא. ראו עוד בהקשר זה להלן טקסט ליד ה"ש 64 ואילך.

46 ראו בהקשר זה רות זפרן "שיח היחסים כתשתית להכרעה בסוגיות מתחום המשפחה – מספר הערות על דאגה וצדק" 'נפלאו ממני' – משפטים על אהבה 605 (חנה נוה ואורנה בן נפתלי עורכות, התשס"ה).

47 לסקירת ההסדרים השונים לכפיית בדיקת אבהות ראו: Rainer Frank, *Compulsory Physical Examinations for Establishing Parentage*, 10 INT'L J.L. POL. & FAM. 205, 214–215 (1996); Crystal M. Pipher, *The Effect of In Re Devon M. On The Illinois Parentage Act and Illinois Public Policy: In Re Devon M.*, 801 N.E.2d 128 (Ill. App. Ct. 2003), 29 S. Ill. U. L.J 531, 544 (2005).

48 כפי שטענתי בעבר – זפרן "של מי אתה ילד", לעיל ה"ש 29, בעמ' 323–324.

דין להיבדק על סמך הוראותיו של חוק בית המשפט לענייני משפחה⁴⁹ וסדרי הדין המקובלים ותוך אבחון של הלכת שרון נ' לוי,⁵⁰ מטעמים חוקתיים היה ראוי לשאוף להסמכה מפורשת מאת המחוקק. בשיטתנו הדין מחייב כי פגיעה בזכות, גם אם היא לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש, צריכה לקבל את הסמכת המחוקק הראשי.⁵¹ לנוכח שינוי חוק מידע גנטי וההסמכה המפורשת שנקבעה בו לעריכת בדיקה לביורר קשרי משפחה על כורחו של הנבדק, אנו פטורים מביורר ממצה של השאלה אם אפשר לוותר על הסמכתו של בית המשפט בהוראת חוק מפורשת.

לענייננו חשוב להדגיש את יתרונו של ביורר אבהות המבוסס על ממצאים מדעיים שרמת ודאותם גבוהה. יתרונה של הבדיקה חורג מעצם גילוי ה"אמת" בדבר זהותו של האב הגנטי. הבדיקה, ובעיקר התוצאות שתציג כאשר יתברר כי הנתבע הוא אכן האב, תבסס תשתית שעליה יוכלו (פוטנציאלית) להיבנות יחסים גם אם מלכתחילה הייתה כרוכה ביצירתם מידה של כפייה. כך או כך, בהיעדר ביורר ודאי של שאלת האבהות תיוותר התשתית חסרה, והסיכוי שפוטנציאל היחסים לא ימומש גדול יותר מאשר עם התבררות הממצא העובדתי הקונקלוסיבי.

הסדר המאפשר כפיית בדיקת אבהות מתחייב גם מן השאיפה לתוצאה שפגיעתה מינימלית ומן המחויבות לרווחת הילד, שהרי הפגיעה הפיזית הכרוכה בעריכת הבדיקה קטנה (בפרט כאשר מדובר בבדיקה המבוצעת בשערה או בתאי רוק), ואילו התועלת מעריכתה, הן לצאצא והן (רעיונית לפחות) לאב הנטען, רבה. סירובו של האחרון יוביל במילא במרבית המקרים להכרזה על אבהותו. אולם הכרזה זו לא תסיר מלבו את הספקות, ואף על פי שתטיל חיובים כספיים לא תהווה, קרוב לוודאי, תשתית לבניית יחסי הורות משמעותיים. מלבד זאת הסדר המאפשר כפייה יש בו אף כדי ליישם סטנדרט של אחריות, אחריותו של איש שיחסיו האינטימיים עם האם יכלו להוביל להולדת ילד, ולשתף פעולה בביורר האפשרות האמורה.⁵²

- 49 סעיף 8(א) לחוק בית המשפט לענייני משפחה.
- 50 לנוכח השוני הקיים בין אופן הבדיקה שאפשר לבצע כיום לצורך ביורר אבהות – על דרך נטילת שערה או תאי לחי – לבין בדיקת הדם, שאולי היא פולשנית יותר מטיבה, אפשר לנסות ולאבחן את ההלכה שנקבעה בעניין שרון נ' לוי, לעיל ה"ש 16, שלפיה אי אפשר לכפות קיומה של בדיקת אבהות.
- 51 ראו בג"ץ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד (3) 337 (1983); בג"ץ 953/87 פורו נ' ראש עיריית תל-אביב יפו, פ"ד מב(2) 309 (1988); ע"א 524/88 פרי העמק נ' שדה יעקב, פ"ד מה(4) 529 (1991); בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הבטחון, פ"ד נב(5) 481 (1998); עניין כ.א., לעיל ה"ש 23.
- 52 והשוו לדבריו של השופט מרכוס בעניין כ.א., לעיל ה"ש 23, בפסקה 16(ח).

עמדה זו מעניקה לזכותו של הילד לקשרי משפחה מעמד גבוה יותר במדרג האינטרסים והיא נובעת מן התפיסה שיש לתת עדיפות להגנת הילד ולשמירה על רווחתו, וזאת בשל האינטרס האישי, המשפחתי והחברתי לשמור על צרכיו.⁵³ התפתחותו של הילד לאינדיבידואל כשיר מוסרית, בוגר ועצמאי תלויה, פשוטה כמשמעה, בטיפול ובדאגה המסופקים לו במסגרת היחסים הבין-אישיים והמשפחתיים בפרט. אולם להגנתו יש כמובן ערך אינטרינזי. כגורם פגיע יש למקמו במרכז העשייה הדאוגה ולהכתיב את החובה להביא בחשבון את צרכיו ולקבוע הסדר שיעלה בקנה אחד עם רווחתו, ובאופן ספציפי עם שימורם וטיפוחם של הקשרים המשפחתיים הסובבים אותו.⁵⁴

השיקול הקורא להתרכז ברווחת הילד משיק לעקרון טובת הילד כפי שמוכר לנו, אולם מובנו והיקף פריסתו שונים. במתכונתו המקובלת העיקרון משמש אלמנט מוגבל המהווה משקל נגד לאינטרס ההורים או לזכויותיהם. במקרים רבים יישומו ההצהרתי איננו מופעל או שהוא נדחק, אף במישור העקרוני, למול אלמנטים נוגדים.⁵⁵ יש להביא להפעלת שיקול רווחת הילד כאוריינטציה כוללת בניתוח הדילמה ולשקף את האינטרס המשותף להורה ולילד מכוח ההנחה שההורה והילד אינם מצויים בקונפליקט. גם מקום שבו נסתרה ההנחה ישמש שיקול זה אלמנט נורמטיבי לכפיית סטנדרט שייטיב עם הילד, ובמקרה של התנגשות בין אינטרסים יעדיף את אלה של הילד. לנוכח מרכזיות המשפחה בחיי הילד ובשל חשיבותם של קשרים בין-אישיים (ובפרט קשרי הורות מטפחים) הבטחת רווחת הילד משמעה בהקשר זה חתירה בשלב הראשון לכינון יחסי משפחה טובים ומיטיבים ולשימורם בשלב השני.

מלבד ההעדפה העקרונית של האינטרסים של הילד, הרי שטענתו של האב הנטען בדבר זכותו להתגונן מפני עשיית הבדיקה על יסוד "הזכות שלא לדעת" אמורה, לדעתי, להידחות

53 על מעמדו המרכזי של הילד במסגרת מודלים רעיוניים קרובים למודל היחסים ראו Mary Ann Mason, Arlene Skolnick & Stephen D. Sugarman, *Introduction, in ALL OUR FAMILIES: NEW POLICIES FOR A NEW CENTURY I* (Mary Ann Mason, Arlene Skolnick & Stephen D. Sugarman eds., 1998); Gilbert A. Holmes, *The Extended Family System in the Black Community: A Child-Centered Model for Adoption Policy*, 68 TEMPLE L. REV. 1649 (1995).

54 Matthew M. Kavanagh, *Rewriting the Legal Family: Beyond Exclusivity to a Care-Based Standard*, 16 YALE J.L. & FEMINISM 83, 124 (2004).

55 ראו בהקשר זה: רות זפרן "זכויות הילד במשפחה כזכויות יחס" זכויות הילד והמשפט הישראלי 129, 146 (תמר מורג עורכת, 2010).

דחייה נקודתית מפני זכויות הילד.⁵⁶ הטענה עלתה בפסיקה, וניתן לומר כי אף התקבלה. כך, אף על פי שבית המשפט היה נכון לקבל עקרונית את טענת האב בדבר זכותו להתגונן מפני עשיית הבדיקה על יסוד "הזכות שלא לדעת", ואף קבע כי:⁵⁷

"... אין 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'.⁵⁸"

בית המשפט דחה לגוף העניין את עדיפותה של הזכות שלא לדעת וזכותו של האיש לכבוד על פני זכויותיו של הקטין. בית המשפט מאזן בין זכויות הצדדים וקובע:

"לצד זכות היסוד של המערער קיימת זכות היסוד של הקטין לכבודו כאדם. הווי אומר במקרה דנן סובבות זכויות האחרים שיש לשוקלן מול זכותו של המערער, סביב טובת הילד וסביב רצונו של הקטין כילוד אנוש לדעת את מוצאו כדי לשמור על זכויותיו הקנייניות, המשפחתיות והאנושיות... הפגיעה היחסית בקטין עקב שלילת זכותו לדעת את מוצאו – חמורה בהרבה מן הפגיעה בזכותו של המערער 'שלא לדעת'.⁵⁹"

כמדומני היה מקום לאמירה נחרצת אפילו עוד יותר. ספק אם היקפה של הזכות בדבר כבוד האדם כולל מלכתחילה את זכותו של אדם "שלא לדעת על עצמו יותר מאשר ברצונו לדעת" כאשר ידיעה זו משליכה על ידיעתו של אדם אחר על אודות עצמו. בקביעת גבולות הזכות יש לשקלל את השלכותיה על האחר. בני האדם אינם חיים בבידוד, ולהקניית הזכות לאחד יש השלכות על האחר. מידת האחריות הכללית, ובוודאי ככל שהיא נוגעת ליחסי

56 הזכות שלא לדעת – the right not to know – הוכרה באופן מוגבל בהקשרים שונים, ובהם ההקשר האישי והגנטי-רפואי. עם זאת העמדה הרווחת סבורה שיש להגביל את תחולתה כאשר המידע בעל רלוונטיות אישית ורפואית לאחר. על הזכות ומגבלותיה ראו במגוון הקשרים, Sivan Tamir, *Direct-To Consumer Genetic Testing: Ethical-Legal Perspectives and Practical Considerations*, 18 MEDICAL L. REV. 213, 222-223 (2010); Lauren Taub, *Major Privacy Concerns When Minor Sues for Paternity*, 26 WASH. U. J.L. & POL'Y 459, 464, 474 (2008); Jane Wilson, *To Know or Not To Know? Genetic Ignorance, Autonomy and Paternalism*, 19 BIOETHICS 492, 496 (2005).

57 ע"א 5942/92, לעיל ה"ש 20, בעמ' 841.

58 שם, בעמ' 843.

59 שם.

הורה-ילד (ואפילו אם הם מתמצים בפן הגנטי),⁶⁰ מחייבת לקבוע כי כאשר סירוב לדעת משמעו מיאון להשתתף בבירור מידע, מיאון שיש בו כדי למנוע בירור המידע לגבי אחר בנסיבות שבהן המידע בעל חשיבות מובהקת, אין לראות בסירוב מוגן תחת הזכות לכבוד. בע"א 5942/92 מציין בית המשפט כי "גבר המקיים יחסי מין צריך להיות ער לכך כי בעשותו כן הוא נוטל על עצמו אחריות לכל התפתחות היכולה לנבוע בדרך הטבע מקיום היחסים".⁶¹ מידת האחריות מעוצבת על פי צפייתנו הנורמטיבית, והיא מופעלת כקנה מידה מחייב גם בנסיבות שבהן פלוני אינו ממלא אחר הצפייה האמורה.

העמדה המדגישה את חשיבותם של הקשרים המשפחתיים יוצקת אל הזכויות המובאות להצדקת עמדת האב ולהצדקת עמדת הילד תוכן שונה מן המקובל, תוכן של יחסים.⁶² בהקשר זה המובן הניתן לעמדת האב ייחודי. האוטונומיה שבשמה האב מבקש להימנע מהבדיקה אינה מתפרשת עוד כאוטונומיה במובנה המתבדל והמתגדר. היא אינה צופה עוד על הפרט כאינדיווידואל נפרד המבקש להתגונן מפני האחר ולשמר את חירותו ונפרדותו ממנו. היא מובנת ככזו המכירה, מעריכה ומבקשת לשמר יחסים. מלבד זאת נדרש האב (או האב הנטען) להגשים את זכויותיו באופן שאוסר על הפגיעה בקשר קיים או על הפגיעה בפוטנציאל לרקמת קשר כזה. במובן זה אם הפעלת זכותו של האיש לאידיעה או לשלמות הגוף פוגעת באחר, במקרה זה מי שנטען כי קיימת סבירות כי הוא צאצאו של האיש, יש למנוע את הגשמתה המלאה, שהרי הגשמת זכותו של האיש שלא לדעת אם הוא אב מכתובה בהכרח את כיסוי עינו של הילד מלדעת. על רקע פרשנות זו של מארג הזכויות והאינטרסים והאיזון המוצע ביניהם יתקשה הנתבע להתחפר בזכותו להימנע מלדעת כי הוא אב, וטענתו בדבר שלמות גופו תזכה לפחות אהדה.

העמדה האמורה מחייבת הבהרה בנוגע למקומם של הקשרים הביולוגיים ואלה הפסיכולוגיים בעיצוב יחסי הורות ומשפחה. ברי כי עשיית הבדיקה ובירור זהות האב הגנטי אינם ערובה ליצירת קשרי הורות משמעותיים. עם זאת אפשר כי ממצא מדעי חד-משמעי

60 Anne Donchin, *Autonomy and Interdependence: Quandaries in Genetic Decision Making*, in *RELATIONAL AUTONOMY: FEMINIST PERSPECTIVE ON AUTONOMY, AGENCY, AND THE SOCIAL SELF* 326 (Catriona Mackenzie & Natalie Stoljar eds., 2000).

61 ע"א 5942/92, לעיל ה"ש 20, בעמ' 844.

62 לפרשנותן של זכויות ברוח מודלים של יחסים ראו באופן כללי, Martha Minow & Mary Lyndon Shanley, *Relational Rights and Responsibilities: Revisioning the Family in Liberal Political Theory and Law*, 11 *HYPATIA* 4, 22 (1996); Jennifer Nedelsky, *Reconceiving Rights as Relationship*, 1 *REV. CONST. STUD.* 1 (1993); Jennifer Nedelsky, *Reconceiving Autonomy: Sources, Thoughts and Possibilities*, 1 *YALE J. L. & FEMINISM* 7, 12 (1989).

יניע עם הזמן תהליך של התקרבות בין האב לילד,⁶³ בייחוד בשל מרכזיותו של "קשר הדם" בתרבות המערב.⁶⁴ הימנעות מבדיקה נעשית לא פעם דווקא בשל הרצון להימנע מידיעה ודאית. איש שנקבע משפטית כי הוא אב ללא שאבהותו הוכחה במבחנים מדעיים המספקים ודאות גבוהה יוכל ביתר קלות להסתתר מאחורי אי-הוודאות, לעמוד בהתחייבויותיו הכלכליות, אך להימנע מן הצורך להתמודד עם הפן הרגשי הגלום באבהות או לפחות בידיעה על זיקת האבהות. גבר כזה יוכל ביתר קלות לספר לעצמו כי התשלום החודשי שבית המשפט הטיל עליו (מזונות הילד) הוא בגדר "קנס" בגין רומן חולף. הא ותו לא. אף על פי שרצונו זה אינו בלתי לגיטימי, הרי שלנוכח אופן הניתוח שהצעת לעיל (פרשנות הזכויות לזהות ולהגשמת האוטונומיה במובן של שמירה על יחסים בין-אישיים ומשפחתיים וטיפוחם) הוא נדחה למול האינטרס של הילד לדעת מיהו אביו.

בהדגשת מקומם של קשרי משפחה בחיי הילד וזכותו לכונן ולטפחם אין הכוונה אך לקשריו עם הוריו, אלא אף עם ובין בני משפחה אחרים. במובן זה קיימת חשיבות למידע גם ככל שמדובר בפוטנציאל לרקמת יחסים בין הילד לבין קרוביו של האב. אפשר שהמידע האמור יניע אצלם את הרצון בקשר, לעתים גם כאשר האב עצמו אינו מממשו או שהוא אינו נמצא בסביבה כלל. בבירור אבהות מדעי יש עקרונית כדי לסלול את הנתיב האמור גם בשביל בני המשפחה המורחבת, מסלול שתרומתו לרווחת הילד עשויה להיות גדולה. בה בעת יש לוודא כי בירור האבהות אינו פוגע בקשרי משפחה מבוססים. מעבר למצב שבו בירור האבהות מתבקש על רקע קיומם של יחסי אבהות "מתחרים", מצב שאדון בו בהמשך,⁶⁵ הרי שתאורטית לפחות עשויה הליכה בנתיב בירור האבהות להוביל לערעור יחסיו של הנתבע עם בני משפחתו האחרים. למשל, אם הגבר שאבהותו נטענת מעלה את החשש כי בירור האבהות יוביל לפירוק משפחתו, לגירושין ולניתוק, חלקי לפחות, מילדיו מנישואין אלה, ראוי לשקלל את הטעם האמור ולעצב פתרון שיוכל לאפשר את יצירתם של יחסי ההורות החדשים בד בבד עם שימורם של אלה הקיימים. הכרעה בסכסוכי משפחה

63 לממצאים מתחום הסוציו-ביולוגיה המלמדים על משמעות הקשר הגנטי שבין הורה לילדו ראו June Carbone & Naomi Cahn, *Which Ties Bind? Redefining the Parent-Child Relationship in an Age of Genetic Certainty*, 11 WILLIAM & MARY BILL OF RIGHTS J. 1011, 1025-1039 (2003).

64 על מקומו של קשר הדם וממשיכו המודרני – הקשר הגנטי – במשפט, בחברה ובתרבות ראו למשל: יחזקאל מרגלית "עלייתו, שחיקתו ועלייתו המחודשת של המודל הגנטי בקביעת הורות משפטית" משפט רפואי וביו-אתיקה 3, 125 (2010).

65 להלן, בחלק ד.3.ג).

צריכה לשקלל גם אינטרסים של צדדים קרובים אחרים שאינם צד ישיר לתביעה מתוך תפיסה כי המערך המשפחתי הוא מארג מורכב של קשרים בין-אישיים בעלי השפעה הדדית. יש להדגיש כי הגישה האמורה כרוכה במשמעות המיוחסת לקשר הביולוגי אך היא לא נועדה להעמיק את משמעותו המהותנית (האסנציאלית) או להעצימו. אופן הניתוח המוצע מושתת על החשיבות המוקנית לקשר הדם בתרבות המערב, אולם הוא אינו משתית את קשר ההורות בהכרח על קשר זה, לעתים אפילו להפך. מקום שבו כבר קיים קשר משפחתי-הורי (או מעין הורי) משמעותי בעל ממדים פסיכולוגיים, לא ראוי, עקרונית, שתתאפשר פגיעה בו בשם הדרישה לזיהוי גנטי, אם בניסיון לערער על הקשר ההורי הקיים על דרך הגשת תביעה להכחשת אבהות על ידי האב המוכר או האם, ואם בתביעה של צד ג להכרה בו כאב, שמשמעה בעקיפין שלילת אבהותו של מי שמגדל את הילד כאב. במוקד הקריאה להבטחת יחסי משפחה, המצופה להתלוות להכרעות בענייני משפחה ובפרט ביחסי הורים-ילדים, ניצבים יחסים בעלי חשיבות – יחסי תמיכה ודאגה המגלמים אחריות. על ההסדר המשפטי לוודא כי הוא מקדם יחסים אלה או לכל הפחות אינו פוגע בהם. בהיעדר יחסים קיימים עם דמות אב ההנחה היא כי חשיפתה של עובדת הזיקה הגנטית בין הילד למולידו תתחיל תהליך ססופי יצירת יחסי משפחה משמעותיים. אולם גם אם יחסים אלה לא יתממשו במישור המשפחתי הקונקרטי ולא יתגלמו במפגש בלתי אמצעי בין הילד לאב, לא יהיה נכון לבטל את משמעותם. יחסים אינם חייבים להתממש במלואם ואינם חייבים להבשיל לידי קשרי משפחה במלוא מובן המילה כדי להיות בעלי משמעות לילד. במקרה זה גם אם לא יהיה בזיהוי האב הגנטי כדי להביא ליצירת יחסי הורות פעילה, הרי שאי אפשר לבטל את "יחסו" של הילד אליו או כלפיו. ידיעה עשויה ליצור זיקה רעיונית, וזו כשלעצמה משתפת בבניית הזהות האישית ובעיצוב נרטיב החיים. במובן זה לאב מוליד עשויה להיות משמעות בחיי הילד גם אם אינו בגדר משפחה במובן הרגשי שאליו אנו שואפים.⁶⁶

3. עמדת חוק מידע גנטי המקורי וההצעות שהוגשו לתיקון

חוק מידע גנטי שנחקק כאמור לראשונה בשנת 2000 קבע הסדר לקוני בשאלת הבדיקות לקביעת קשרי משפחה. ההסדר, שהתמצה בסעיף 3(ד) לחוק, ייחד את הסמכות להורות על הבדיקה לבית המשפט והורה בקצרה כי "לא תיערך בדיקה גנטית להורות אלא לפי צו של בית משפט לענייני משפחה". החוק לא פירט מה גבולות הסמכות, מתי יותר לבצע את

66 השוו מנקודת מבט פסיכולוגית: Alan L. Sroufe, *Relationships, Self, and Individual Adaptation, in RELATIONSHIP AND DISTURBANCES IN EARLY CHILDHOOD: A DEVELOPMENTAL APPROACH* 70 (Arnold J. Sameroff, & Robert N. Emde, eds., 1989)

הבדיקה האמורה ובאילו תנאים. הסדר סתמי זה הותיר ללא מענה את השאלה אם אפשר לכפות עשייתה של הבדיקה על צד סרבן, אך שתיתקו של המחוקק פורשה כהמשך של ההסדר הישן שלא אפשר כפייתה. בהיעדר הוראה מפורשת לא ראו עצמם כאמור בתי המשפט, בחריג של אחת הערכאות בפרשת בוהדנה,⁶⁷ מוסמכים לכפות על צד סרבן את קיום הבדיקה.⁶⁸

מחדלו של המחוקק להסמיך את בית המשפט לחייב עשיית הבדיקה, אשר נמשך כבר עשרות שנים,⁶⁹ התחדד כעת הן על רקע שכלולה המדעי של בדיקת ההורות המושתתת כיום על בדיקות DNA והן על רקע ההסדר החוקי שפירט את המותר והאסור בנוגע לשימושים האחרים באותן בדיקות.

על רקע מחדל זה הוגשו כמה הצעות חוק פרטיות, מרביתן במסגרת הכנסת השש-עשרה והשבע-עשרה, שנועדו לפרוט את גדר סמכות בית המשפט. בין יתר ההצעות, שגובשו תחילה במסגרת הסדרי מסגרת כלליים, הוקנתה מכללא סמכות כפייה לבית המשפט. הצעות החוק הראשוניות שהוגשו על ידי חבר הכנסת איתן כבל בכנסת השש-עשרה⁷⁰ וחבר הכנסת אביגדור יצחקי בכנסת השבע-עשרה⁷¹ קבעו באופן כללי את הסמכות להורות על הבדיקה, אולם דברי ההסבר שנלוו לשתי הצעות אלה⁷² לא הותירו מקום לספק כי כוונת מציעי ההצעה הייתה להעניק לבית המשפט את הסמכות לחייב את הבדיקה ולהסתייע לשם כך

67 עניין פלונית נ' אלמונית, לעיל ה"ש 34.

68 בהצעות החוק שקדמו לקבלת חוק מידע גנטי ובדיוני הוועדה לענייני מחקר ופיתוח מדעי וטכנולוגי של הכנסת שאלת עשיית הבדיקה בכפייה לא נדונה כלל.

69 אם נצרף יחד את השנים הארוכות שחלפו מאז פנה בית המשפט לראשונה למחוקק להסדרה של הסוגיה, הרי שמדובר בכחמישים שנות המתנה. ראו בהקשר זה את דברי השופט אלון בפרשת שרון נ' לוי, לעיל ה"ש 16, בעמ' 758: "בית-משפט זה פנה למחוקק עוד לפני כ-20 שנה בדבר הסדר מכלול השאלות הכרוכות בהוכחת אבהות, ואנו חוזרים ופונים לכנסת להסדיר נושא זה בהקדם. בירור נכון וקרוב לוודאי של קביעת האבהות, כבודם ורווחתם של בעלי-הדין, ובמיוחד של האשה-האם, ומעל לכל זכותו של ילד קטין שלא להיות מושקע כל ימי חייו מלדעת מיהו אביו מולידו, ושלא יקופח במזונותיו ושאר צרכיו ומחסורו. כל אלה מחייבים להסמיך את בתי-המשפט להעמיד את בעלי הדין לעריכת בדיקות רפואיות או מעבדתיות הנחוצות ומועילות לגילוי האמת בעניין האבהות. דומה שאין מקום לספק, כי מן הראוי ומן המצוי שביית-המשפט יהיה רשאי לחייב את בעלי-הדין לעריכת הבדיקות הרפואיות והמעבדתיות".

70 הצעת חוק מידע גנטי (תיקון – הוראת בית משפט על עריכת בדיקות גנטיות להורות), התשס"ג–2003, ה"ח הכנסת 769/16 (להלן: ה"ח הוראת בית המשפט).

71 הצעת חוק מידע גנטי (תיקון – עריכת בדיקה גנטית להורות), התשס"ז–2007, ה"ח הכנסת 2555/17 (להלן: ה"ח עריכת בדיקה גנטית להורות).

72 דברי הסבר לה"ח הוראת בית המשפט, לעיל ה"ש 70.

באמצעי אכיפה, לרבות אלה הקבועים בפקודת בזיון בית משפט.⁷³ את פרטי יישומה של הבדיקה הכפויה, אופן ביצועה, נסיבות ביצועה והעונש על אי-ביצועה השאירו הצעת החוק הראשונית האמורות לשיקול דעתו של בית המשפט לענייני משפחה. הצעת חוק משוכללת יותר הגיש חבר הכנסת ככל בכנסת השבע-עשרה, הצעה שבמידה רבה הניחה את היסוד לתיקון מס' 3 לחוק. לנוכח הדמיון בין פרטי הצעה זו לתיקון שהתקבל בסופו של דבר כחוק אתמקד בדיוני כאן בתיקון כפי שגובש בנוסחו הסופי. יוער רק כי הצעת החוק המפורטת הוגשה לאחר דיונים ארוכים בוועדת החוקה, חוק ומשפט ובוועדת המדע והטכנולוגיה ובעקבות הסכמות שגובשו בדיוניהן במרוצת השנים.⁷⁴

4. תיקון מס' 3 לחוק מידע גנטי

פרק ה'1, שהוסף במסגרת התיקון, הסדיר באופן תשתיתי ומפורט את אופן עשיית הבדיקות הגנטיות, וחלקים נרחבים ממנו עוסקים בשאלת ההסכמה לבדיקה, באופן קבלת ההסכמה ובאפשרות להתגבר על היעדרה. בררת המחדל שקובע החוק היא בדיקה בהסכמת הנבדקים. עם זאת הוא קובע כי הסכמה לא רק שאינה תנאי הכרחי לביצוע הבדיקה היא אף אינה תנאי מספיק לכך. גם כאשר כל הצדדים הסכימו להיבדק אין בכך די ובית המשפט יפעיל את שיקול דעתו אם לאפשרה, בפרט כאשר מושאה הוא קטין שאת זהות הוריו, או מי מהם, מבקשים לברר.⁷⁵

לענייננו מעניינת הקביעה בנוגע לאפשרות להורות על קיומה של הבדיקה בהיעדר הסכמה, אפשרות המוסדרת בסעיף 128 לחוק. הסעיף מסמיך את בית המשפט לצוות על עשיית הבדיקה אם התקיימו, מלבד מגבלות כלליות המנויות בתיקון,⁷⁶ שני תנאים מצטברים: האחד, כי "יש סיכוי סביר לנכונות טענות המבקש בדבר קשרי המשפחה הנטענים".⁷⁷ קרי, שיש אפשרות סבירה כי הילד נולד מיחסים אינטימיים בין האם לגבר שביחס אליו נטענת האבהות.⁷⁸ השני, כי ניתנה לנבדק הזדמנות להשמיע התנגדותו למתן

73 סעיף 6 לפקודת בזיון בית משפט, 1929, חא"י כ"ג 12.

74 חברי הכנסת המרכזיים שפעלו לקידום החקיקה היו יוזמיה, חה"כ איתן כבל, חה"כ אביגדור יצחקי וחה"כ בני אלון ששימש בדיונים יו"ר ועדת המדע והטכנולוגיה.

75 היבט זה יידון בהרחבה בחלקו הבא של המאמר.

76 סעיפים 28א, 28, 28 לחוק.

77 סעיף 128(1) לחוק.

78 או שמא לא נולד דווקא, וזאת בנסיבות שקיימים בהן רישום אבהות ולעתים יחסים דה-פקטו והתביעה היא להכחשת אבהות.

הצו.⁷⁹ אם לאחר התמלאות שני תנאים אלה החליט בית המשפט שיש להורות על קיום הבדיקה, הרי שביצועה ייעשה על דרך בדיקה חיצונית בלבד,⁸⁰ קרי תוך נטילת תאי לחי, רוק או שער ולא באמצעות בדיקת דם, הנתפסת כפולשנית יותר, אלא אם כן נתן בינתיים הנבדק הסכמה לבדיקת דם.⁸¹ ואולם, הבדיקה אינה נעשית בדרך של כפייה ישירה, קרי אם עמד בעל דין בסירובו לאחר מתן הצו, לא תבוצע בו הבדיקה בהפעלת כוח פיזי ישיר, אך יהיה אפשר להטיל עליו סנקציות מכוח פקודת בזיון בית משפט, הכוללות קנס ועונש מאסר ממושך.⁸² ברי כי גם אם אין מדובר בשימוש ישיר בכוח, סנקציות של מאסר מתמשך ולעתים אף קנס יכולות לעלות כדי כפייה של ממש. אם עמד בכל זאת בעל דין בסירובו ולא הוכרע תחת נטל הסנקציות שהופעלו נגדו, הרי שהחוק לא ויתר על האמצעי שנקבע בפסיקה ואפשר לבית המשפט לשקול את הסירוב לחובת המסרב ולהסיק מסירובו להיבדק "כל מסקנה הנראית לו מוצדקת בנסיבות העניין, לרבות בדבר קביעת קשרי המשפחה הנטענים כלפי אותו אדם".⁸³ כחלק מן העמדה הנמנעת מכפייה ישירה ונוהרת מפגיעה קשה מדי בזכויות הפרט בחר החוק גם שלא לנסות להשיג את הממצאים בדרכים עקיפות. קרי, בית המשפט לא הוסמך לבדוק אם דגימת בעל הדין הסרבן מופקדת במאגר DNA קיים ולעשות בה שימוש שיעקוף את הצורך בשיתוף פעולה מצדו. עוד ראוי לשים לב כי כאשר בעל הדין הוא קטין, חסוי או פסול דין, הרי שנוסף על המגבלות האמורות, יהיה בית המשפט מחויב למנות לו, לצורך הדיון בבקשה לחייב בבדיקה, עורך דין. הקניית סמכות הכפייה במסגרת תיקון החוק תואמת לא רק את הרצוי, לשיטתי, מבחינת מערך האינטרסים של הצדדים על רקע יחסי המשפחה ויחסי המשפחה הפוטנציאליים העתידיים להירקם ביניהם ובזיקה ליחסים אלה,⁸⁴ היא אף תואמת את הפצרותיהם של בתי המשפט זה שנים לזכות באמצעי שיאפשר להם לברר בירור יעיל ונוח את שאלת האבהות הגנטית. אמנם שאלת חוקתיות האמצעי לנוכח פגיעתו בזכויות בעל הדין הנכפה המעוגנות

79 סעיף 128(2) לחוק.

80 סעיף 128(ג), על פי החלופות המנויות בסעיפים קטנים (1)–(4).

81 סעיף 128(ד) לחוק. בדיקה המבוצעת בתאים חיצוניים נחשבת אמינה למדי, ועם זאת בדיקת הדם נחשבת אמינה יותר, ולכן אפשר שמי שנכפה עליו ממילא לעשות בדיקה והחליט בסופו של דבר לשתף פעולה עם קיומה, יעדיף לעבור בבדיקת דם. לדעות השונות אשר לאמינות הבדיקות ראו, T. Neuhaus, et al., *Reliability of Non-invasively Acquired Human Genomic DNA as a Substrate for Real-time PCR-assisted Analysis of Genetic Polymorphisms*, 78 ARCH TOXICOL 390 (2004).

82 סעיף 28(א) לחוק המפנה לסעיף 6 לפקודת בזיון בית משפט.

83 סעיף 28(ב) לחוק.

84 לעיל, בחלק ג.2.

בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו טרם התבררה, אולם נדמה כי בכפוף ליישום שקול על ידי בית המשפט יעמוד התיקון במבחני פסקת ההגבלה.⁸⁵ תכליתו – המבטיחה גילוי האמת, עשיית צדק וקידום זכויותיהם היסודיות של ילדים – ראויה.⁸⁶ האמצעי שנבחר תואם, כך נדמה, את ערכי מדינת ישראל, והמידה – לנוכח היות האמצעי אמצעי כפייה עקיף בלבד (גם אם בעל עצמה של ממש) לבדיקה חיצונית⁸⁷ – אינה עולה על הנדרש. בהקשר זה ראוי לציין כי בדיונים על הצעת החוק הועלתה, גם אם לא התבררה עד תום, האפשרות לכפייה ישירה.⁸⁸ אפשרות זו לא התקבלה כאמור.⁸⁹

85 מעניין לציין כי היבט זה, המגלם לכל הפחות דילמה הראויה לעיון, לא הטרד מאוד את מנוחת המחוקקים. הגם שלחוקיקת החוק קדם הליך ארוך מאוד של דיון וליבוך, סוגיית כפיית הבדיקה לא זכתה לדיון נרחב. מי שהעלו את החשש כי כפיית בדיקה בעייתית מבחינת חירויות הפרט היו נציגי לשכת עורכי הדין שנכחו בכמה מדיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט. ראו למשל פרוטוקול ישיבה מס' 633 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16, 4 (6.12.2005).

86 התכלית כשלעצמה מקדמת את זכות הילד לכבוד. בהקשר זה ראו ע"א 3077/90 פלונית נ' פלוני, פ"ד מט(2) 578, 593–594 (1995); עניין נ.מ., לעיל ה"ש 26; תמ"ש (משפחה ת"א) 76760/01 ס.ג. נ' כ.ש.א. (פורסם בנבו, 5.9.2004) (להלן: עניין ס.ג.).

87 אף על פי שנטילת דגימת תאים כדוגמת תאי לחי, רוק או שער אינה במובהק חיצונית ונכון לסווגה כאמצעי ביניים, הרי נראה כי מידת פולשנותה פחותה במידת מה מבדיקת דם. על המדרג הקיים בין בדיקה פנימית, הנתפסת כחמורה יותר, לבין בדיקה חיצונית, הנתפסת פוגענית פחות, ראו גם בהקשרים אחרים: עניין כ.א., לעיל ה"ש 23, בפסקה 14 (ו) לפסק דינו של השופט מרכוס; יהודית קרפ "החוקה הפלילית לאור חוקי היסוד" מחקרי משפט יג 275 (1996); דורון מנשה "על היעדר הסמכות לשימוש בכוח לצורך חיפוש פנימי" משפט וממשל ר 619 (2003).

88 ראו התייחסויות קצרות בדיונים האלה, פרוטוקול ישיבה מס' 633 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16, 9 (6.12.2005); פרוטוקול ישיבה מס' 70 של ועדת המדע והטכנולוגיה, הכנסת ה-17, 8, 10 (1.1.2008); פרוטוקול ישיבה מס' 81 של ועדת המדע והטכנולוגיה, הכנסת ה-17, 36 (26.3.2008).

89 למצב בשיטות אחרות, שמקצתן החליטו להפעיל כפייה ישירה ראו, Frank, *Compulsory Examinations*, לעיל ה"ש 46, בעמ' 214–215, Pipher; לעיל ה"ש 46, Secretary of State; *for Work and Pensions v. Jones* [2003] EWHC 2163 (Fam), [2004] 1 FLR 282. במסגרתו נקבע כי קיימת לבית המשפט סמכות להסיק אבהות מן הסירוב להיבדק; *In re the Paternity of D.A.A.P.: State of Wisconsin, Petitioner-Respondent, v. A.W.O.*, Respondent-Appellant, No. 83-051, 117 Wis. 2d 120 (1996). קביעתה של הערכאה דלמטה וקבע כי האב מואשם בזיון בית המשפט משום שסירב להיענות לצו בית המשפט להיבדק בבדיקת אבהות; (2009) Kan. Stat. Ann. 38-1118(a): "If any party refuses to submit to the tests, the court may resolve the question of paternity".

ד. בירור אבהות שתוצאתו הכחשת אבהות הבעל וחשש ממזור

הדילמה השנייה המתלווה כאמור להכרעות בשאלת בירור האבהות והאופיינית לשיטת המשפט הישראלית נוגעת לבירור אבהות שתוצאתו עלולה להוביל לממזור (או לחשש לממזור) הילד.⁹⁰ היבט ספציפי זה של ממזרות אמנם ייחודי לשיטה הישראלית, אולם הוא חלק מדילמה רחבה יותר, המטרידה גם שיטות משפט אחרות והמתגלמת בחזקה בדבר אבהות הבעל.⁹¹

against the party or enforce its order if the rights of others and the interests of justice so require” ; להסדר דומה ראו גם: Cal. Fam. Code § 7551 (2009).

90 ממזור הוא ילד להורים יהודים שחיי האישות ביניהם הם בבחינת ערוה מן התורה החייבים כריתות או מיתה. ראו בנציון שרשבסקי דיני משפחה 353–354 (מהדורה רביעית מורחבת, 1993). בהקשר שבו עוסקת רשימה זו ממזר הוא מי שנולד לאישה נשואה מגבר יהודי שאינו בעלה. תוצאת ויווג זה היא צאצא האסור לבוא ב”קהל ה’”, אשר נישואיו מותרים רק לממזרת או לגרה, שאינם בגדר קהל ה’. צאצאי ממזר וצאצאי צאצאיהם, עד דור עשירי לדעת חלק מהפוסקים, יוגדרו ממזרים ויאסרו לבא בקהל. עוד בהקשר זה ראו יוסף גרין ‘פרו ורבו’ בעידן המודרני: משפט והלכה 82–83 (2008).

91 המשפט המקובל ובעקבותיו המשפט האמריקני החילו חזקת אבהות המניחה כי ילד שנולד במסגרת הנישואין הוא ילדו של הבעל והקשו מאוד את סתירתה. רק במקרה של חוסר אפשרות לקיום יחסי מין התאפשרה סתירת החזקה, והותרה בדיקה לבירור אבהות. אולם צדדים יהיו מנועים מלעשות בדיקות אלו אם נהג הבעל בילד כבילדו. בעשורים האחרונים נחלש תוקפה של החזקה. שינויי העתים הביאו להיחלשות הסטיגמה הכרוכה בהיעדר הלגיטימיות הנובעת מהתבררות הולדתו של הילד מחוץ לנישואין, ונפקותה המשפטית הלכה ונצטמצמה. עם היחלשות הסטיגמה הושמעו טענות נגד המשך תחולתה של החזקה, היוצרת למעשה בנסיבות מסוימות פיקציה בנוגע לזהות האב. קיומן של בדיקות אבהות, היכולות להכריע ברמת דיוק גבוהה בשאלה, הגבירו את תחושת אי-הנחת מן ההסדר הקיים ומפגיעתו בנוגעים בדבר. בעקבות ביקורת זו כרסמו בתי המשפט בחלק מן המקרים בחזקה ואפשרו להביא ראיות להפרכתה אף מבלי לעמוד בדרישותיה המחמירות. ח’ כהן “דין אמת לאמיתו” גבורות לשמעון אגרנט 35, 61–62 (התשמ”ז); צמריון חלק, לעיל ה”ש 8, בעמ’ 33–44; John Lawrence Hill, *What Does It Mean to Be a “Parent?” The Claims of Biology as the Basis for Parental Rights*, 66 N.Y.U. L. REV. 353, 372 (1991); Heather 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. 963 (1996); Theresa Glennon, *Somebody’s Child: Evaluating the Erosion of the Marital Presumption of Paternity*, 102 W. VA. L. REV. 547 (2000).

1. עמדת הפסיקה עובר לתיקון לחוק

התייחסות בתי המשפט לדילמה זו עברה אף היא שינוי (או לפחות ניסיונות לשינוי) בפסיקה שקדמה לתיקון חוק מידע גנטי: מעמדה נחרצת המטילה מחסום בלתי עביר כמעט מפני בירור אבהות שעלול להוביל לממזרות, שהובעה לראשונה בפרשת שרון נ' לוי,⁹² ועד עיצוב עמדה גמישה יותר, הנכונה לבחון את נסיבות המקרה ולהציע פתרונות המותאמים לכל מקרה ומקרה, בפסיקת בית המשפט המחוזי מן השנים האחרונות.⁹³ אבקש להתעכב על מהלך זה, שכלל עליות ומורדות ואשר נחסם נחרצות לאחר מכן עם חקיקת תיקון מס' 3. עד לשנים האחרונות נטה בית המשפט לקבל את עמדת היועץ המשפטי שלפיה בכל מקרה שבו בירור האבהות אצל צדדים יהודיים עלול לערער על אבהותו של מי שהיה הבעל במועד ההתעברות, אין לאפשר בדיקת אבהות ויש להותיר את הבעל לשעבר כאב משפטי או לפחות להימנע מלהכריז על אבהות אחר בשל חשש הממזור.⁹⁴ עמדה זו רווחה גם בנסיבות שבהן במועד ההתעברות היו האישה ובעלה פרודים, ולכן עם הולדת הילד לא קיבל על עצמו הבעל (שהיה בשלב זה לעתים כבר "הגרוע") תפקיד בחיי הילד ובטיפול בו. עמדה זו אפיינה נסיבות שבהן האיש שממנו הרתה (כנטען) האם היה (ועודנו) בן זוגה המגדל אתה את ילדם הגנטי המשותף וגם כאשר האב (הנטען) סירב להודות במעמדו ולא השתתף כל השתתפות פעילה בחיי הילד. כתם הממזרות הילך אימים על בית המשפט, ואף על פי שקני המידה שעליו להפעיל בהכרעתו בשאלות של אבהות הם אזרחיים ביסודם, פעל בית המשפט בהתחשבות בו ונמנע מלהכיר באבהות האב ה"אמתי". בשנים שלפני התיקון ניכרו סדקים בעמדה האמורה והתגברה נכונותם של בתי המשפט להתיר עריכת בדיקת אבהות (או בירור אבהות בדרך אחרת) גם כאשר ייתכן שיהיה בה כדי ללמד כי האב הגנטי אינו מי שהיה בעלה של האישה במועד ההתעברות.⁹⁵

92 עניין שרון נ' לוי, לעיל ה"ש 16.

93 בר"ע מחוזי 1364/04, לעיל ה"ש 27.

94 על בסיס קו שהותווה בפרשת שרון נ' לוי, לעיל ה"ש 16 ועוגן תוך הגמשה קלה בע"א 1354/92 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד מח(1) 711 (1994).

95 תמ"ש (משפחה ת"א) 87471/00 פלוני (קטיין) נ' פלוני, פ"מ משפחה התשס"א 801 (2004) (להלן: עניין פלוני (קטיין) נ' פלוני); עניין ס.ג., לעיל ה"ש 86; תמ"ש (משפחה חי') 29150/00 ד' א' נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 1.12.2002); תמ"ש (משפחה י-ם) 22322/01 א.ס.א. נ' ס.א. (פורסם בנבו, 24.10.2002); ע"מ מחוזי 1327/06, לעיל ה"ש 40. לפסיקה מוקדמת יותר המצדדת בעמדה דומה ראו תמ"א (מחוזי י-ם) 370/81 פלוני, קטיין נ' פלוני, פ"מ התשמ"ג(2) 322, 324-325 (1981); ה"פ (ת"א) 11/86 (לא פורסם), המובא בספרה של צמריון חלק, לעיל ה"ש 8, בעמ' 90-91.

בהקשר זה ברצוני להתמקד בשני פסקי דין שניתנו על ידי בית המשפט לענייני משפחה⁹⁶ ובפסק הדין שניתן על ידי בית המשפט המחוזי בשבתו כערכאת ערעור על פסקי דין אלה.⁹⁷ הנסיבות העובדתיות בשתי הפרשות שנדונו בבית המשפט לענייני משפחה ואוחדו לערעור במחוזי דומות. ילדה של אישה (יהודייה) אשר הרתה לקראת תום נישואיה וילדה לאחר שהתגרשה הביא בפני בית המשפט תביעה למזונות ולבירור אבהות. בשני המקרים הכחיש הגבר שנטען כי הוא האב (ושלא היה בעלה של האישה בשום שלב) את עובדת האבהות, והיועץ המשפטי לממשלה, שנקרא להתייצב לדיון, התנגד לעשיית הבדיקה מן הטעם שבירור אבהות, שילמד על אבהות מי שלא היה נשוי לאם במועד ההתעברות, עלול להביא לממזור הילד. בית המשפט לענייני משפחה דחה בפסקי הדין שניתנו, האחד על ידי השופט גוטזגן⁹⁸ והשני על ידי השופט גרניט,⁹⁹ את עמדת היועץ המשפטי, ביקש לאפשר לברר את זהות האב ה"אמיתי" והורה לשם כך על ביצוע בדיקת אבהות במי שנטען לגביו שהוא האב הגנטי.

זיקוק עמדתם של בתי המשפט לענייני משפחה בשתי הפרשות מלמד כי קביעה זו נסמכת על שתי רגליים: האחת, שלא יהיה בממצא שילמד על אבהות מי שלא היה הבעל במועד ההתעברות כדי לממזר בהכרח את הילד. השנייה, היחלשות החשש מפני ממזרות ככתם חברתי והפחתת משקלה של הממזרות באיזון למול אינטרסים וזכויות שונים (ובהם קביעת ממצא בנוגע לזהות האב) באופן שמטה את הכף לטובת קיום הבדיקה גם אם יהיה בה כדי להביא בסופו של יום לממזור הילד.¹⁰⁰

בית המשפט מציין כי לנוכח ההפרדה הדיונית והמהותית הקיימת בין ההכרעה בשאלת האבהות (הנתונה לבית המשפט לענייני משפחה) להכרעה בשאלת הממזרות (הנתונה לבית הדין הרבני), ובהסתמך על נטיית בתי הדין שלא לתת אמון בממצאי בדיקות אלה בהקשר של קביעת ממזרות, החשש כי זיהוי האיש האחר כאב יוביל להצהרת ממזרות אינו גבוה.¹⁰¹ עמדה זו עולה בקנה אחד עם גישת ההלכה ועם עמדתו של בית הדין, שאינו ממהר ליתן אמון בראיות מדעיות ומעדיף על פניהן חזקות שבדין, כדוגמת החזקה בדבר "רוב בעילות

96 עניין ס.ג., לעיל ה"ש 86; עניין פלוני (קטין) נ' פלוני, לעיל ה"ש 95.

97 בר"ע מחוזי 1364/04, לעיל ה"ש 27.

98 עניין פלוני (קטין) נ' פלוני, לעיל ה"ש 95.

99 עניין ס.ג., לעיל ה"ש 86.

100 שם, בפסקאות 22, 26, 30, 33 ו-53 לפסק הדין; עניין פלוני (קטין) נ' פלוני, לעיל ה"ש 95, בסעיף י"ב. נתיב רעיוני זה דומה לנתיב ששרטטתי במאמר קודם שעסק בשאלת ההסדר הראוי לבירור שאלת האבהות. ראו זפרן "של מי אתה ילד", לעיל ה"ש 29.

101 פנחס שיפמן דיני המשפחה בישראל כרך ב 45-51 (התשמ"ט); ראו עניין ס.ג., לעיל ה"ש 86, בפסקאות 22 ו-67 לפסק הדין.

אחר הבעל". במסגרת מאמציו שלא למזר ילד¹⁰² מוכן בית הדין אף להפריד, כפי שלימדנו שיפמן, בין קביעת האבהות לבין קביעת המזרות.¹⁰³ שיפמן מדגיש כי אם בית הדין היה נכון להבחין באותו דיון בין התוצאות הממוניות לבין התוצאות האיסוריות, ודאי שפיצול כזה אפשרי בין הליכים שונים המתקיימים בפני ערכאות שונות. במרוצת השנים חזר בית הדין על עמדה זו בכמה הזדמנויות ולא סטה ממנה.¹⁰⁴ אפשר, בזהירות המתחייבת, להעריך כי לפחות כל עוד לא יבססו בדיקות האבהות ממצא של 100% לא יחזור בו בית הדין מעמדה זו.¹⁰⁵

ואולם, גם אם תוביל קביעה המצהירה על אבהות האחר כאב למזרות, הרי שהיתרונות שיצמחו לילד ממנה יעלו על חסרונותיה. באופן כללי אפשר לומר כי בית המשפט לענייני משפחה מבקש להעניק משקל של ממש לזכויותיו של הילד לדעת את מוצאו ואת זהותו, וזאת לצורך הגשמת מכלול של אינטרסים, ובהם אינטרסים בריאותיים, רגשיים

102 לשתי דוגמאות המעידות על מאמץ חריג להימנע מהכרזת מזרות ראו תיק (אזורי פ"ת) תשמ"א/1205 פד"ר יב 163 (התשמ"א); תיק (אזורי נת') 9830-63-1 (21.5.2007) פורסם באתר דעת www.daat.ac.il/daat/psk/psk.asp?id=388 (להלן: תיק אזורי 9830-63-1). עם זאת נראה כי מגמתו של בית הדין הגדול מחמירה יותר. השוו פסק דין של בית הדין הרבני הגדול בערעור (גדול) תשכ"ג/82 פד"ר ה 97 (התשכ"ג); פסק דין של בית הדין הרבני הגדול בערעור (גדול) תשכ"ז/161 פד"ר ז 182 (התשכ"ח). באופן כללי ראו והשוו: שלמה אבינר "קביעת מזרות על פי בדיקת רקמות" אסיא יז 99 (התשס"א); שמואל ואונר "זיהוי הלכתי על פי בדיקת DNA" תחומין כא 121 (התשס"א); מרדכי הלפרין "קביעת מזרות ע"פ בדיקת רקמות – השלמה לדיון" אסיא יז 101 (התשס"א).

103 על סמך תוצאות בדיקת הדם קבע בית הדין לצורך הראשון ספק שהיה בו כדי לפטור את האב מחובת המזונות ולצורך השני, ספק שלא היה בו כדי לפסול את הילד. ראו תיק (אזורי ת"א) 1005/תש"ך פד"ר ה 346 (התשכ"ה).

104 ראו פסק דין של בית הדין בתיק (אזורי ת"א) 226/תשי"ד פד"ר א 145 (התשט"ו); ערעור (גדול) תשי"ז/20 פד"ר ג 97 (התשי"ח); ערעור (גדול) תשט"ז/125 פד"ר ג 194 (התשי"ז); פסק דין שאוזכר אצל שיפמן, לעיל ה"ש 101, בעמ' 47, של בית הדין הרבני תל-אביב-יפו בתיק (אזורי ת"א) 1005/תש"ך פד"ר ה 346 (התשכ"ה); תיק 1245/מ"א (378/מ"ב) שהובא אצל שלמה דיכובסקי "שלילת אבהות באמצעות בדיקת HLA" אסיא ט 16 (התשמ"ג) (פרשה זו ממוספרת בכרכי פסיקת בית הדין מספור שונה ומופיעה כתיק (אזורי אשד"ר) 866/מא פד"ר יג, 51, 60, 65 (התשמ"א) (להלן: (אזורי אשד"ר) 866/מא)). כמו כן ראו מנחם אלון "הדין, האמת, השלום והפשרה – על שלושה וארבעה עמודי המשפט והחברה" מחקרי משפט יד 269, 299 (1998).

105 עמדה זו עשויה להשתנות כאשר ממצאי בדיקת האבהות יבססו ממצא ודאי במאת האחוזים, השוו פסק דין של בית הדין הרבני אשדוד (אזורי אשד"ר) 866/מא, לעיל ה"ש 104. כן ראו להלן, טקסט ליד ה"ש 179.

וכלכליים.¹⁰⁶ בית המשפט מעדיף, כך נראה, את מה שהוא תופס כזכויות הילד על פני מה שנתפס באופן מסורתי כטובתו ואשר שנים רבות יוחס בלעדית בפסיקה לאינטרס אי-הממזר.

על הכרעות אלה של בתי המשפט לענייני משפחה הוגשו ערעורים מטעם היועץ המשפטי לממשלה. ב"כ היועץ המשפטי סבר כי הכרעתם של בתי המשפט בערכאה הראשונה אינה עולה בקנה אחד עם ההלכה כפי שגובשה בפסיקת העליון, ולגופה סותרת את טובת הילד בהעמידה את הילד בחשש ממזר. בפסק דין מנומק ושקול מקבל בית המשפט המחוזי את הערעור ומשיב את התיקים בשתי הפרשות לערכאה דלמטה לצורך שמיעת ראיות והשלמת דיון. בית המשפט מצהיר על "עקרון טובת הילד" כעיקרון המוביל על פי שיטת המשפט הישראלית בהכרעות הנוגעות לילדים, והוא מפרשו, על פי הצעת ועדת רוטלוי,¹⁰⁷ ככזה הכולל את מכלול זכויות הילד והאינטרסים שלו.¹⁰⁸ הוא מדגיש כי לצד זכותו העקרונית של הילד לדעת מיהו אביו ניצבים זכויות ואינטרסים אחרים, ובהם הימנעות מממזרות ושמירתם של קשרי הורות פסיכולוגיים, שיציבותם, שלא לומר עצם קיומם, עלולים להתערער עם היוודע תוצאות הבדיקה.¹⁰⁹ בית המשפט המחוזי מבהיר כי "אין עיקרון גילוי האמת [קרי, זה החותר לבירור זהות האב ה"אמתי" – הגנטי, ר"ז] בגדר חי הנושא את עצמו. משכך, אין לראות בו עיקרון נפרד ואף כעיקרון על... אין לקבוע מסמרות לכאן או לכאן, אלא לכלול את שאלת חשיבות חקר האמת במסגרת מכלול שיקולים, לפיהם תיבחן טובת הילד."¹¹⁰

מהתבוננות בפסקי הדין של בית המשפט לענייני משפחה עולה כי הם מאמצים גישה הרואה בזכות הילד לדעת את זהות אביו, להבדיל מטובתו הכרוכה בשמירת ייחוסו, את הגורם המכריע את הכף. לעומת פסק דינו של בית המשפט המחוזי שביקש להציע גישה הכוללת לצד זכויות הילד, לרבות זכותו לזהות וזכותו להתחקות אחר האב, גם צרכים אחרים, ובהם מניעת ממזר במידת האפשר, אך גם – ולא פחות חשוב – שמירת יחסי משפחה שכבר נוצרו.

לצד הקביעה הרצויה בענייני, שלפיה אין למנוע באופן מוחלט בירור אבהות בכל מקרה שבו עלול להיווצר חשש ממזר, הכרעת בתי המשפט לענייני משפחה סובלת מחד-ממדיות

106 עניין ס.נ., לעיל ה"ש 86, בפסקה 22; עניין פלוני (קטיין) נ' פלוני, לעיל ה"ש 95, בפסקה ח'.
 107 הוועדה הבין-משרדית לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה דין וחשבון 122–132, 137 (התשס"ד) (להלן: ועדת רוטלוי).
 108 בר"ע מחוזי 1364/04, לעיל ה"ש 27, בפסקאות 62–66 לפסק דינו של השופט שנלר.
 109 שם, בפסקאות 69–70 לפסק דינו של השופט שנלר.
 110 שם, בפסקה 71 לפסק דינו של השופט שנלר.

ומגישה המתרכזת בעודף במה שהם תופסים כ"זכויות הילד". הכרעתו של בית המשפט מסתמכת בעיקרה על זכות הילד לדעת מיהו אביו ועל "אמתות" כלליות השאובות בחלקן מן המחקר הפסיכולוגי, אמתות הנוגעות לחשיבות האב בחיי ילדו ואשר מונות את הנזקים העלולים לנבוע כביכול מהיעדרו.¹¹¹ בית המשפט לענייני משפחה לא בדק (אף לא באחד משני המקרים) את נסיבות המקרה הספציפי, לא שמע ראיות ולא קיבל תסקירים. פסקי הדין של בית המשפט לענייני משפחה ביטלו, כך גם על פי הבנתו של בית המשפט המחוזי, באופן גורף את הצורך לשקול את חשש הממזרות והורו לבצע את בדיקת האבהות בכל מקרה ללא תלות בנסיבותיו.¹¹²

בדומה לפסיקה שעסקה בשאלת האפשרות לברר אבהות על רקע חשש ממזור, אשר קבעה כי "טובת הילד" קובעת, באופן קטגורי, שזו לא תתברר,¹¹³ הרי שגם בית המשפט לענייני משפחה נתפס לטעות בסברו כי "זכויות הילד" קובעות בירור כזה תוך התעלמות מחשש הממזור. זכויות הילד וטובת הילד אינן מושגים נפרדים וודאי שאינן עומדות תמיד בניגוד חריף אלה לאלה.¹¹⁴ החשש כי ייחוסו של צאצא ייפגע וכי יוכרז ממזר וההחלטה למנוע תוצאה זו אינם רק חלק מטובתו. שמירת זכויותיו קובעת כי ייחוסו יישמר, שמו הטוב לא ייפגע, וכי התפתחותו ועתידו לא יינזקו. בדומה, טובתו דורשת כי ייעשה מאמץ לברר את זהות אביו הגנטי, כי אבהותו של זה תוכר באופן ודאי כדי שהילד יוכל להיתמך על ידי, אך גם לזכות בהזדמנות לבסס אתו (ועם יתר בני משפחתו) קשר של ממש. זכותו לביסוס קשרי משפחה או למצער זכותו למידע ולזהות גם הם חלק מטובתו. יחסים אלה (אם מיטיבים הם) יביאו לקידום רווחתו, וידיעה (גם אם אינה מלווה בקשר) עשויה להביא להשלמת סיפור חייו ולאפשרות "להתייחס" רעיונית לאביו, אלמנטים העשויים לספק

111 ראו למשל את המחקרים המצוטטים בפסק דינו של השופט גוטזגן, עניין פלוני (קטיין) נ' פלוני, לעיל ה"ש 95, בעמ' 866–872. מידת הרלוונטיות של מחקרים אלה לנסיבות של בירור אבהות מוטלת בספק, שכן לפחות חלקם עוסקים בהיעדרות אב על רקע גירושי ההורים ובהקשרם לא תמיד אפשר לבודד את משתנה היעדרות האב ממשתנים אחרים כגון הניתוק מן האב (בשונה מהיעדרות דמות זו מלכתחילה), עצם הגירושין, אופי הגירושין וכו'.

112 בר"ע מחוזי 1364/04, לעיל הערה 27, בפסקה 61 לפסק הדין של השופט שנלר.
113 ראו בהקשר זה עניין שרון נ' לוי, לעיל ה"ש 16; עניין היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, לעיל ה"ש 94, בעמ' 749; תמ"א (מחוזי ת"א) 1279/83 פלוני נ' אלמונית, פ"מ תשמ"ה(3) 259, 262–263 (1985).

114 על מובנם של שני אלה ועל הזיקה והמתח הקיימים ביניהם ראו באופן כללי ע"א 2266/93 פלוני נ' אלמוני, פ"ד מט(1) 221, 251–254 (1995); יחיאל ש' קפלן "מטובת הילד לזכויות הילד – ייצוג עצמאי של קטינים" משפטים לא 623 (2001); דוח ועדת רוטלוי, לעיל ה"ש 105, בעמ' 128. לשיטתי, אוריינטציה היוצקת לזכויות מובן של יחסים (כפי שהודגם לעיל) בכלל ובהקשר המשפחתי בפרט פותרת במקרים רבים את המתח האמור פתרון מיטבי. בהקשר הרחב ראו זפרן "זכויות הילד במשפחה כזכויות יחס", לעיל ה"ש 55, בעמ' 129–158.

צרכים רגשיים של הצאצא.¹¹⁵ כך או כך, טובתו של הילד כמו גם חתירה להגשמת זכויותיו צריכה להיעשות תוך בחינה מדוקדקת של נסיבות המקרה, של מארג הקשרים בין הצדדים ותוך עמידה על השפעות ההכרעה על הילד ומשפחתו.

חולשת הכרעותיהם של בתי המשפט שלמטה מתבלטת על רקע הכרעת ערכאת הערעור. בית המשפט המחוזי מצהיר על מחויבותו לזכויותיו של הילד להכיר את הוריו ולהיות מטופל על ידיהם, אולם מדגיש את הצורך לשקול את מכלול הזכויות והאינטרסים, ובהם אלה שאפשר שלא יהיה מקום בגינם להגשים זכויות אלה. בניגוד לעמדה שהובעה בפסיקה שנים רבות, בית המשפט אינו מצמצם את דיונו לאינטרס אי-הממזור. הוא אמנם אינו פוסח עליו ומכיר בחשיבותו, אך קובע כי אפשר שיהיה מקום להימנע מבירור זהות האב גם כאשר חשש כזה אינו בנמצא כלל. בית המשפט מדגיש כי מה שצריך לעמוד בפני בית המשפט בהכרעה בתביעה שלפניו הוא "טובת הילד הספציפי", על פי נסיבות המקרה הקונקרטי.¹¹⁶ לפי עמדה זו אין להיתפס לקביעות נוקשות ויש לבחון את צרכיו של הילד ואת מאפייניו הייחודיים של המקרה בטרם תגובש ההכרעה. לשם כך על בית משפט לוודא כי מלוא הנתונים ומכלול המידע יובאו בפניו. אולם גם תהליך הבאת הראיות צריך להיות גזור לפי מידותיה הייחודיות של התביעה, בצורה שתמקסם את טובתו של הילד. בית המשפט מדגיש כי בגדר המידע הרלוונטי יש להציג ראיות נסיבתיות בנוגע ליחסי הילד עם הדמויות ההוריות בחייו (לרבות אלה שנטען כי הן הוריות) ולבחון את יחסיו עם הקהילה ועם התרבות שבה הוא והשחקנים המשפטיים האחרים פועלים. גם בכל הנוגע לסוגיית הממזרות מציע בית המשפט מתווה המשתנה על פי נסיבות כל תביעה. בית המשפט המחוזי אינו מפעיל קו דוגמטי הרואה בחשש ממזרות (קונקרטי או ערטילאי) מחסום מוחלט לבירור אבהות, אך גם אינו מתעלם ממנו. הוא מבטיח בדיקה המותאמת לנסיבות המקרה והמכבדת את מכלול זכויות הילד והאינטרסים שלו.¹¹⁷ על רקע מה שנראה פתרון מדוד ומיטבי לדילמה מורכבת זו התיקון שהוכנס בחוק מידע גנטי, כפי שיוסבר מיד, הוא נסיגה לאחור.

2. ההצעות לתיקון חוק מידע גנטי

כחלק מן ההסדרים שהוצעו לתיקון חוק מידע גנטי בכנסת השש-עשרה והשבע-עשרה נכללה גם הסדרתה של שאלת קיום הבדיקה בנסיבות של חשש ממזרות. אך טבעי הוא כי

115 על חשיבות המידע לרווחת הילד ראו רות זפרן זכות הצאצא להתחקות אחר זהות הוריו הביולוגים 203–211 (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, 2004).

116 בר"ע מחוזי 1364/04, לעיל ה"ש 27, בפסקאות 72–73 לפסק דינו של השופט שנלר.

117 שם, בפסקאות 56, 65, ו-72 לפסק דינו של השופט שנלר, המפנה בין היתר לזפרן "של מי אתה ילד", לעיל ה"ש 29, בעמ' 339.

בעיצוב גבולות סמכותו של בית המשפט להורות על קיום הבדיקה יתייחס המחוקק גם להיבט זה. אולם התיקון כפי שגובש בסופו של דבר מפתיע הן בחומרה שבה הוא מתייחס לאספקט זה והן בהתמקדותו בשיקול זה כשיקול מרכזי בשרטוט גבולות שיקול הדעת של בית המשפט.

הצעות החוק המוקדמות עמדו על חשש הממזרות כשיקול אחד הנשקל במסגרת עקרון טובת הילד, אך לא כשיקול נחרץ או בלעדי. כך, הצעת החוק המקורית שהגיש חבר הכנסת איתן כבל בכנסת השש-עשרה קבעה כי "בית המשפט במסגרת שיקוליו האם להורות על בדיקה, ישקול את טובת הילד לרבות החשש לממזרות, את טיב היחסים בין הילד לבין האב הנטען, את גיל הילד ואת שיעור הנזק אשר עשוי להיגרם אם יוכחו תוצאות הבדיקה כחיוביות".¹¹⁸ גם הצעתו של חבר הכנסת אביגדור יצחקי לא ראתה בממזרות מחסום בלתי עביר, אם כי נדמה כי הנוסח שלה, הקובע כי "בית המשפט לא יתיר עריכת בדיקה גנטית להורות בקטין, בהליך בו עולה החשש כי הקטין נולד מחוץ למסגרת הנישואין, אם שוכנע שהבדיקה אינה לטובתו של הקטין",¹¹⁹ נחרץ מעט יותר מהצעתו של כבל.

גישה נחרצת הרבה יותר הובאה בפני הכנסת במסגרת הצעת החוק המאוחרת של חבר הכנסת כבל,¹²⁰ אשר כבר גילמה את גישת ועדות הכנסת בדיוניהן על החוק. לפי הצעה זו, אם קיים חשש לקביעת הילד כממזר לא יורה בית המשפט על עשיית הבדיקה אלא אם כן "מצא כי יש צורך בעריכת הבדיקה למטרות רפואיות, וכי צורך זה גובר על הפגיעה העלולה להיגרם לקטין כתוצאה מעריכת הבדיקה".¹²¹

3. תיקון מס' 3 לחוק מידע גנטי

(א) כוחו המאיים של פגם הממזרות – הגבלת שיקול הדעת של בית המשפט לאפשר בירור אבהות בנסיבות של חשש ממזרות

הצעות החוק המוקדמות מחווירות לעומת המנגנון שנקבע בסופו של דבר בתיקון לחוק. התיקון, שפרטיו יובאו כאן במלואם, כולל לא רק הגבלה מחמירה על אפשרות עשיית בדיקות לבירור קשרי משפחה בהתקיים חשש ממזר אלא גם מנגנון פרוצדורלי המעניק כוח רב לרשויות הרבניות בישראל. המנגנון מעניק לעמדתן משקל מראש בנוגע להחלטה של בית המשפט אם להתיר את עשיית הבדיקה, ובדיעבד בפתיחת ערוץ מידע בין הערכאות

118 סעיף 13 ב לה"ח הוראת בית המשפט, לעיל ה"ש 70.

119 סעיף 13 א(ב) לה"ח עריכת בדיקה גנטית להורות, לעיל ה"ש 71.

120 ה"ח הוראת בית משפט, לעיל ה"ש 70.

121 סעיף 28 א(ג) להצעת חוק מידע גנטי (תיקון – הוראת בית משפט על עריכת בדיקות גנטיות להורות), התשס"ז-2007.

ובהגבלת היכולת של בעלי הדין לשמור על חשאייות תוצאות הבדיקה. שני היבטים אלה מעוררים, כפי שיוסבר, קושי של ממש. לצד הנחיה כללית הנוגעת לבדיקות בקטינים בני כל הדתות,¹²² שאליה אתייחס לאחר מכן, קובע תיקון החוק הוראה מפורשת המתייחסת לבדיקה העלולה לעלות כדי חשש ממזור. בעניין זה מורה סעיף 28ה לחוק מידע גנטי כדלקמן:

"(1) ראה בית המשפט ... כי ממצאי הבדיקה עלולים לפגוע בכשרותו לפי דין תורה לנישואין של קטין... עקב חשש לממזרות לפי דין תורה, יפנה לנשיא בית הדין הרבני הגדול לקבלת חוות דעתו בעניין החשש האמור ובדבר האפשרות לערוך את הבדיקה באופן שימנע את הפגיעה; הפנייה תיעשה בלא ציון שמות ופרטים מזהים;

(2) נשיא בית הדין הרבני הגדול יעביר את חוות דעתו כאמור בפסקה (1) ליועץ המשפטי לממשלה; היועץ המשפטי לממשלה או בא כוחו יביא לפני בית המשפט את עמדתו בעניין לאחר שקיבל את חוות הדעת האמורה."

בהמשך קובע ס"ק (4):

"נוכח בית המשפט, לאחר שהיועץ המשפטי לממשלה או בא כוחו הביא לפניו את עמדתו לעניין עריכת בדיקה כאמור בפסקה (2), כי ממצאי הבדיקה עלולים לפגוע בכשרותו של קטין... וכי אין דרך לערוך את הבדיקה באופן שימנע את הפגיעה, לא יורה על עריכת הבדיקה, אלא אם כן מצא שיש צורך בעריכת הבדיקה לשם מניעת סכנה לחיי אדם או נכות חמורה בלתי הפיכה לאדם."

יוצא כי כאשר על פי חוות הדעת של נשיא בית הדין הרבני יהיה כרוך בבדיקה חשש לפגיעה בכשרות הצאצא, תקום מניעה כמעט מוחלטת של ביצוע הבדיקה. על פי ההוראה, רק אם הבדיקה נדרשת לשם הצלת חיים או לשם מניעת פגיעה פיזית קשה ובלתי הפיכה, נסיבות שהן נדירות ביותר וספק אם יתקיימו אי פעם,¹²³ יוכל בית המשפט להורות על ביצוע הבדיקה על אף החשש האמור.¹²⁴

122 סעיף 28 לחוק.

123 לנגד עיני המחוקק עמד ככל הנראה מצב שבו בירור האבהות נדרש כביכול לצורך גיוס האב הגנטי (או בני משפחתו של האב) כתורמי מח עצם להצלת ילד החולה במחלה קשה ומסכנת חיים. אולם גם כאשר נסיבות יוצאות דופן אלה יתרחשו, הרי שברור כי אפשר לעשות בדיקה

בפרק הזמן שחלף מאז נכנס התיקון לתוקף נדרש נשיא בית הדין הרבני העליון ליתן חוות דעת בכשלוש-עשרה תביעות לבירור אבהות שהוגשו לבתי המשפט לענייני משפחה ברחבי הארץ.¹²⁵ בכל המקרים כאשר היה מדובר בילד שנהרה, על פי ההערכה, במהלך נישואיה של אישה יהודייה, סבר נשיא בית הדין כי בקיום הבדיקה יהיה כרוך חשש ממזור ולפיכך המליץ שלא לקיימה, ובכך סתם למעשה את הגולל על עריכת בדיקת אבהות מדעית. יוער כי למרות לשונו של החוק, המסמיך את היועץ המשפטי לממשלה לתווך בין נשיא בית הדין הרבני הגדול לבית המשפט ואולי אף לשמש כגורם בעל שיקול דעת עצמאי בנוגע לתוכן ההמלצה, הרי שחוות הדעת של הנשיא הוגשו ככתבן וכלשונו לבית המשפט¹²⁶ או שאומצו במלואן לחוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה.¹²⁷ בית המשפט ראה עצמו מחויב לפעול לפיהן, וכמצוות החוק נמנע ממתן צו לבדיקת אבהות.¹²⁸

- שמטרתה לברר אם קיימת התאמה לתרומה בין הצאצא לבין הגבר האמור, ואין כל צורך לברר ישירות ומפורשות אם אותו איש הוא אביו של הצאצא החולה אם לאו.
- 124 מעניין לציין כי החוק מטיל מגבלה אף על בירור קשרי משפחה כאשר אין מדובר בצאצא קטין כי אם בבעלי דין שכולם בגירים. המגבלה המוטלת בהקשר זה קובעת כי בית המשפט צריך, בטרם יורה על ביצוע הבדיקה, להפנות את בעלי הדין ליחידת הסיוע לשם קבלת הסבר בדבר משמעות עשיית הבדיקה (סעיף 28(ב) לחוק מידע גנטי). עם זאת יש לשים לב כי גם הסכמת צדדים לבדיקה אינה סוף פסוק, ובית המשפט מחזיק בשיקול דעת אם לאפשרה או למנעה. בהקשר זה הועלה חשש במסגרת הדיונים בפני ועדת החוקה, חוק ומשפט שהכניח את החוק לקריאה שנייה ושלישית, כי בירור יחסי הורות גם בקרב בגירים עשוי בעקיפין לפגוע בקטינים בין שמדובר בילדיהם הקטינים של בעלי הדין ובין שמדובר בילדיהם (או ילדי ילדיהם) שיוולדו בעתיד. ראו בהקשר זה פרוטוקול ישיבה מס' 63 של ועדת המדע והטכנולוגיה, הכנסת ה-17, 7, 25 (4.12.2007). כן ראו את עמדת בית המשפט החושש אף הוא לדור הנכדים, תמ"ש (משפחה קריות) 10780/05 ח.ע. נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 13.12.2006).
- 125 מידע זה מעודכן לראשית שנת 2010. על האפשרות לעיין בחוות הדעת האנונימיות אני מודה ליועץ המשפטי של בתי הדין הרבניים, עו"ד שמעון יעקבי.
- 126 כך נמסר לי מפי שני שופטים שקיימתי אתם שיחות בנושא.
- 127 משיחות עם גורמים בפרקליטות ובמשרד המשפטים הובהר לי כי הם אינם רואים עצמם עוד כבעלי שיקול דעת בעניין, וכי חוות הדעת של נשיא בית הדין הרבני מחייבת מבחינתם. מעניין לציין כי במקרים מסוימים אף בחרו נציגי היועץ המשפטי לממשלה לנקוט בקו מחמיר עוד יותר והמליצו לבית המשפט שלא לערוך כל בירור ראייתי ולא הסתפקו בעמדת נשיא בית הדין המבקש להימנע מעריכת בדיקה גנטית. ראו להלן, ה"ש 183.
- 128 מטעמי חיסיון לא היה אפשר לאתר כמעט שום פסק דין המתייחס לחוות הדעת במאגרי הפסיקה לבד מאלה שמאוזכרים ברשימה זו. באשר למידה שבה חוות הדעת מחייבות את בית המשפט אפשר להתרשם מפסק דינו של השופט גרינברגר תמ"ש (משפחה י-ם) 27588/00 פלוני נ' א. קטין, בפסקה 10 (פורסם בנבו, 16.2.2010).

המלצתו החוזרת של נשיא בית הדין הרבני הגדול, המתחייבת לכאורה ממידת הזהירות המצופה מן המערכת הרבנית להימנע ככל האפשר מהטלת כתם הממזרות,¹²⁹ עלולה להוביל ילדים רבים למבוי סתום. אלה ימצאו עצמם לעתים בחוסר ודאות מתמשך, ללא דמות אב (ערטילאית או ממשית), ללא רישום אבהות במסמכים הרשמיים ולעתים אף ללא יכולת ליהנות מתמיכה כלכלית. דברים אלה נכונים ככל שבית המשפט יסבור כי בדיקת האבהות היא המסלול היחיד להוכחת אבהות או בנסיבות שבהן יפרש בית המשפט את האיסור ההדוק על עשיית בדיקה בנסיבות של חשש ממזרות כמשליך על בירור ראייתי שאינו מושתת על בדיקת אבהות.

ואכן, לפחות בשתי החלטות שניתנו לאחר קבלת התיקון לחוק מנע בית המשפט את בירור תביעת האבהות גם בדרכים אחרות בהסתמכו על הוראת חוק מידע גנטי. באחת הפרשות סבר שופט בית המשפט לענייני משפחה (כתוארו אז) השופט גייפמן כי לנוכח רוחו של חוק מידע גנטי, הרציונל בדבר מניעת ממזור שעמד מאחורי הוראת סעיף 28 לחוק מידע גנטי קיים גם בבירור אחר שאינו מדעי-גנטי, ולפיכך הפנה את השאלה אם בירור תביעת האבהות גם בדרך ראייתית אחרת עלול להביא לחשש ממזור, לחוות דעתו של נשיא בית הדין לערעורים.¹³⁰ במקרה אחר הקיש שופט בית המשפט לענייני משפחה בירושלים, השופט כץ, מחוק מידע גנטי לבירור אבהות באופן כללי ולפיכך אסר על בירור אבהות נסיבתי כאשר ניתנה חוות דעת של נשיא בית הדין הרבני הגדול בהקשרו של בירור על דרך בדיקה גנטית.¹³¹

עמדה זו לא רק שאינה מתחייבת מחוק מידע גנטי אלא שהיא גם אינה עולה בקנה אחד עם השכל הישר. מטרתו של חוק מידע גנטי היא להסדיר את השימוש בבדיקות גנטיות לנוכח ייחודן של אלה. גם בהקשר של חשש הממזור דורשת, כך לפי הבנת המחוקק, הסדרת השימוש בבדיקות ה-DNA טיפול מיוחד בשל רמת ודאותן הגבוהה ובשל החשש כי ממצא שיעיד על פלוני שלא היה בעלה של האם במועד ההתעברות, שהוא האב בוודאות של 100% (או בקירוב), יוביל להכרזת ממזרות על ידי בית הדין. אולם זהירות זו, המופעלת בחוק בנוגע לבדיקות גנטיות, גם אם מוצדקת (ולטעמי אין היא מוצדקת כאמור), אינה צריכה להנביע עמדה כה מחמירה בנוגע לבירור ראייתי אחר. לנוכח עמדתו של בית הדין שלא להסתמך על הכרעות שנקבעו בהקשר זה בבית המשפט ולנוכח המאמץ שלו להימנע

129 לרבות מהבאת ראיות שיוכלו לבסס בסבירות נמוכה טענה כזו.

130 תמ"ש (משפחה ת"א) 87471/00 פלוני (קטיין) נ' אלמוני (פורסם בנבו, 24.6.2009).

131 תמ"ש (משפחה י-ם) 13632/08 פלוני נ' אלמונית ואח' (פורסם בנבו, 6.12.2009) (להלן: תמ"ש 13632/08).

מהכרזה על ממזרות ומאימוץ הפתרון המפצל בין שאלת הממזור לשאלות הממון,¹³² אין מקום להפעיל קנה מידה האוסר בירור ראייתי אחר, שהרי זה, בשונה מבדיקות DNA, אינו מבסס ודאות המגיעה כדי 100% ולא יוכל, כך על פי הגיונם של דברים וניסיון העבר, להוביל לממזור הצאצא. עמדתם המתוארת של שני שופטי בית המשפט לענייני משפחה להחמיר את התנאים להוכחת אבהות בנסיבות שבהן הייתה האם היהודייה נשואה במועד ההתעברות אינה נראית מבוססת, והיא בוודאי אינה מתחייבת מלשון החוק, שאינו עוסק אלא בבירור על דרך בדיקה גנטית, או מתכליתו של החוק הכרוך במאפייניה הייחודיים של בדיקת ה-DNA בשונה מבדיקות אחרות.

כך או כך, גם גישתו של נשיא בית הדין הרבני הגדול, כפי שבאה לידי ביטוי בחוות הדעת שכתב מאז כניסת החוק לתוקף, כלפי בדיקות גנטיות מונעת לחלוטין את האפשרות לקיים בדיקת אבהות שהיא לא רק הראיה הטובה ביותר לבירור זהות האב הגנטי, אלא היא לעתים העוגן היחיד לקשירת האב לצאצאו, המהווה בסיס ראשוני ליצירת יחסי משפחה על מובניהם השונים.

אף על פי שמידת הזהירות שנוקט נשיא בית הדין הרבני הגדול בחוות הדעת אינה מפתיעה, חשוב לשים לב כי היא אינה מתחייבת מעמדתו של בית הדין זה שנים באשר לסוגיות שהתבררו לפניו ועוררו את שאלת הממזור. במקרים אלה בתי הדין הביעו לרוב הסתייגות מממצאי בדיקות גנטיות וסברו שאין בהם כדי לבסס ממצא בדבר ממזרותו של אדם.¹³³ אילו היה נשיא בית הדין הרבני הגדול בוחר ללכת בנתיב זה, הייתה מתאפשרת כביכול עמדה גמישה יותר כלפי בדיקות אבהות, ובית המשפט היה יכול להתיר בהנחה כי גם אם יתברר כי אחר הוא האב ולא מי שהיה נשוי לאם במועד ההתעברות, לא יהיה בכך כדי לממזר את הצאצא.¹³⁴ נקיטת עמדה כזו הייתה עשויה להותיר לבית המשפט מידה רבה יותר של גמישות בהכרעה. עם זאת אפשר שגם אם נשיא בית הדין הרבני הגדול היה קובע כי לא יהיה בכיצוע הבדיקה כדי להוביל לממזור או כי אפשר לבצע באופן שימנע תוצאה זו,¹³⁵ עדיין היה בית המשפט האזרחי חושש משינוי שיתרחש בעתיד בקרב המערכת

132 לעיל, טקסט ליד ה"ש 101–104.

133 זפרן "של מי אתה ילד", לעיל ה"ש 29, בעמ' 333.

134 עם זאת ברור כי יש להבחין בין עמדה המושמעת מראש ומעדיפה למנוע הבאת ראיות לעולם שיהיה בהן (ואפילו בסבירות נמוכה) לממזר, לבין מאמץ המתקיים בדיעבד להימנע מממזורו של אדם לנוכח ראיות שכבר הצטברו.

135 למשל, על דרך הורדה מלאכותית של הדיוק הסטטיסטי שעליה תצביע הבדיקה. מעניין לציין כי נשיא בית הדין הרבני הגדול מציין בחלק ניכר מחוות דעתו כי "חוות דעתי זו מתייחסת לבדיקה גנטית הנערכת על פי הנהלים וברמת דיוק כמקובל במעבדות המורשות לערוך בדיקות גנטיות לפי סעיף 4 לחוק מידע גנטי, התשס"א-2000". וכי "אין בפני מידע בדבר

הרבנית אשר יחשוף את הילד של היום לכתם הממזרות בעוד שנים.¹³⁶ בשונה ממצב שבו סבר נשיא בית הדין הרבני הגדול כי הבדיקה עלולה להוביל להכרזת ממזרות – אז מנוע בית המשפט מהפניית הצדדים לבדיקת אבהות גנטית – הרי שכאשר לא חשש הנשיא מממזור כאמור, עדיין אין בכך כדי להוביל בהכרח לעשייתה של הבדיקה, ובית המשפט עשוי להימנע מלהורות עליה ליתר ביטחון – בשל חשש רחוק של ממזור¹³⁷ ואף מטעמים אחרים.¹³⁸

חשוב לציין כי עצם הקניית משקל לעמדתו של נשיא בית הדין הרבני הגדול בעיצוב הכרעת בית המשפט האזרחי ומינויו למעין מומחה שהמלצתו מחייבת למעשה את בית המשפט היא חסרת תקדים. אמנם החוק מנסח את ההפניה ניסוח עמום ומבטיח כי חוות הדעת תועבר באמצעות היועץ המשפטי לממשלה, ונזהר מלנקוט לשון שממנה עולה חיוב מפורש של ציות מצד בית המשפט לחוות הדעת של בית הדין, אולם למעשה כך הוא כאשר עולה מחוות הדעת כי בבדיקה כרוך חשש לממזור הילד. תפקידו המתווך של היועץ המשפטי לממשלה אינו אלא טכני,¹³⁹ ולאחר שנוכח בית המשפט כי "ממצאי הבדיקה עלולים לפגוע בכשרותו של קטין... וכי אין דרך לערוך את הבדיקה באופן שימנע את הפגיעה" מנוע הוא מלהורות על קיומה אלא בנסיבות שהוגדרו בצמצום מרבי, ואשר כאמור ספק אם אי פעם יתקיימו. העמדה האמורה אף עולה נחרצות מעיון במאות עמודי הפרוטוקול של ועדת החוקה, חוק ומשפט ושל ועדת המדע והטכנולוגיה, שדנה אף היא

עריכת בדיקה באופן שימנע את הפגיעה עליה עמדתי בחוות דעתי זו, ולכן אין מנוס מן המסקנה כי לא ניתן לאשר עריכת בדיקה מכל סוג שהוא" (למשל, חוות דעת בתיק 900042190-70-1 מיום 17.22.3009, המצויה בידי המחברת), וכך אולי מרמז לאפשרות של הפחתת מידת הדיוק הגלומה בבדיקה. ראו בהקשר זה להלן, חלק ה.

136 כאשר יבקש הלה להינשא בישראל וימצא עצמו נתון להכרעת רושם הנישואין ובתי הדין הרבניים.

137 למעשה זו העמדה המאפיינת את בתי המשפט זה שנים רבות. אף על פי שבתי הדין הרבנים הסתייגו מבדיקות גנטיות ולא הסתמכו עליהן לצורך ממזור, הרי שבתי המשפט חששו כי עמדה זו תשתנה בעתיד וביקשו לנהוג משנה זהירות ולהימנע בכל מקרה מעשייתה. על היבט זה ראו זפרן "של מי אתה ילד", לעיל ה"ש 29, בעמ' 327–329, 330–331.

138 טעם אחר חשוב שבו ידובר בהמשך כרוך בחשש לפגיעה ביחסי הורות פסיכולוגיים קיימים. ראו להלן חלק ד.3.(ב).

139 כפי שהבנתי משיחות עם שופטים, היועץ המשפטי לממשלה מסתפק באימוץ עמדת נשיא בית הדין הרבני הגדול ובהצגתה ואינו מהרהר אחריה או מערער עליה. משיחה עם נציגי היועץ המשפטי לממשלה נאמר לי כי מרגע שגלגל המחוקק את ההמלצה לנשיא בית הדין, הם פטורים מלחוות את דעתם בנושא.

בחוק.¹⁴⁰ מטרת הניסוח המפותל ויצירת מנגנון התיאורך מטעם היועץ המשפטי לממשלה הייתה, בין היתר, להסוות את הפגיעה בעצמאות שיקול דעתם של בתי המשפט, אולם בפועל גבולות שיקול דעתם צומצמו מהותית, ובית המשפט לענייני משפחה הוכפף בפועל לנשיא בית הדין הרבני הגדול.¹⁴¹ רק בדבר חקיקה אחד נוסף, בחוק שיפוט בענייני התרת נישואין (מקרים מיוחדים וסמכות בין-לאומית), הוסמכו בתי הדין הרבניים ליעץ לערכאת השיפוט האזרחית, אולם שם, בניגוד למקרה שלפנינו, הושאר שיקול הדעת בידי שופט בית המשפט.¹⁴²

לא זו אף זו, ההסדר מגדיל לעשות וקובע כי בית הדין הרבני רשאי לקבל את תוצאות הבדיקה לאחר שבוצעה,¹⁴³ אף בנסיבות שבהן בית המשפט לענייני משפחה קבע כי פרסומן אסור, לרבות לבעלי הדין עצמם.¹⁴⁴ יוצא כי בית הדין הרבני יוכל להתגבר על צו אי-פרסום שהוציא בית המשפט לענייני משפחה ולקבל לידיו מידע שאף הצאצא עצמו (מושא הבדיקה) או הוריו אינם זכאים לקבל.¹⁴⁵ זוהי סמכות מרחיקת לכת ובעייתית והיא דומה במידה מסוימת לכוחו של הממסד הרבני לבצע חקירות ולקבל מידע בנוגע לייחוסו של אדם, אף זאת "מאחורי גבו" של מושא החקירה בהקשר של אימוץ.¹⁴⁶ סמכות זו,

140 פרוטוקול ישיבה מס' 633 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16, 43 (6.12.2005); פרוטוקול ישיבה מס' 636 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16, 13 (13.12.2005); פרוטוקול ישיבה מס' 67 של ועדת המדע והטכנולוגיה, הכנסת ה-17, 12 (18.12.2007); פרוטוקול ישיבה מס' 71 של ועדת המדע והטכנולוגיה, הכנסת ה-17, 33 (9.1.2008); פרוטוקול ישיבה מס' 83 של ועדת המדע והטכנולוגיה, הכנסת ה-17, 12 (1.4.2008); פרוטוקול ישיבה מס' 85 של ועדת המדע והטכנולוגיה, הכנסת ה-17, 71 (27.5.2008).
141 לעיל, ה"ש 123-128 והטקסט הסמוך להן.
142 השוו למנגנון הקבוע בסעיף 3 לחוק שיפוט בענייני התרת נישואין (מקרים מיוחדים וסמכות בין-לאומית), התשכ"ט-1969. לעמדת הפסיקה הקובעת כי תוכן חוות הדעת אינו מחייב את בית המשפט ראו בג"ץ 9476/96 סרגובי נ' בית הדין הרבני האזורי ירושלים, בפסקה 22 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 11.9.2006); בה"נ 1708/98 טיימורוב נ' טחירוב, פ"ד נב(4) 845, 847 (1998).
143 סעיף 28 לחוק.
144 סעיף 28ט לחוק.
145 מעבר המידע פועל לשני הכיוונים, וגם לבית המשפט סמכות לקבל מידע כזה שהוצג בפני בית הדין. ראו בהקשר זה סעיף 28ט לחוק.
146 ראו בהקשר זה סעיף 30 לחוק אימוץ ילדים. סמכות דומה הוענקה לממסד הרבני גם בכל הנוגע להולדה בסיוע תרומות זרע וביצית. בהקשר זה ראו את ההנחיות המצויות על אתר משרד הבריאות ואשר לפי הפרסום שם היו אמורות להיכנס לתוקף ביוני 2008: חוזר מנכ"ל 20/07, כללים בדבר ניהולו של בנק הזרע והנחיות לביצוע הזרעה מלאכותית. ראו במיוחד

המעניקה לגורמים הרבניים גישה בלתי מופרעת למידע אישי, אישי ביותר, מידע שהגישה אליו מצדו של הפרט עצמו מוגבלת לעתים על ידי הרשויות, היא מרחיקת לכת. ואולם, הקושי הטמון בהוראה אינו נובע אך מפגיעתה באיזון הרשויות העדין אלא גם מהשלכותיה המהותיות. יוזכר שהסמכות לברר תביעת אבהות נתונה למערכת האזרחית.¹⁴⁷ אם בעבר היה בית המשפט יכול, במידה מסוימת של ביטחון, לוודא כי ממצאי בדיקת אבהות שהוצגו בפניו במסגרת תביעה להוכחת אבהות או להכחשתה (ואשר לאורם התברר כי האב אינו בעלה של האם אלא גבר יהודי אחר) לא יועברו לבית הדין¹⁴⁸ (שבפניו עשויה

סעיף 29 לחזור www.health.gov.il/download/forms/a3080_mk20_07.pdf; כן ראו: סעיף 36(ג)(2) לחוק תרומת ביציות.

147 בית הדין הרבני עשוי להיות מוסמך לדון בשאלת האבהות כשאלה נגררת, למשל כחלק מברור שאלת מזונות הילד. זו כשלעצמה אינה מצויה בסמכות בית הדין אלא בהסכמה של כל בעלי הדין.

148 בהיעדר הוראה המקנה לכד"ר סמכות לקבל את ממצאי הבדיקה, היה אפשר, ואפשר שהדבר נעשה בעבר, לחסות אותם. שלוש חלופות עשויות לשמש להבטחת החיסיון האמור: האחת מסתמכת על סעיף 70(א) לחוק בתי המשפט, התשמ"ד-1984, האוסר על פרסום דבר שמקורו בדיון שנערך בדלתיים סגורות, אלא באישור בית המשפט. כזכור, ברכת המחדל היא כי דיונים בענייני משפחה נערכים בדלתיים סגורות (סעיף 68ה(1) לחוק). לחלופין, אם ייטען כי הוראה זו אינה חלה על ראייה שהושגה בהליך אחד בנוגע להצגתה בהליך אחר בין אותם בעלי דין, הרי שנראה כי אפשר להשתמש בהקשר זה בסעיף 70(ד) לחוק בתי המשפט, שהוראת איסור הפרסום שלו חזקה יותר, בטענה כי המידע האמור פוגע קשות בפרטיות הילד. חיזוק לפרשנות זו אפשר למצוא בדבריה של פרופ' זלצמן, המציעה בהקשר אחר ליצור "חיסיון שימוש" ולהגן על מידע שנחשף בהליך אחד מפני חשיפה בהליך אחר, ראו: נינה זלצמן "אמת עובדתית" ו"אמת משפטית" – מניעת מידע מבית המשפט לשם הגנה על ערכים חברתיים" עיוני משפט כד 263, 272-273 (2001). לחלופי חלופין אפשר להשתמש בדיני הראיות ולבקש לפתח חיסיון אשר יבקש למנוע את הצגת הראייה מכוח האינטרס של הצאצא והגנתו. ראו את הצעתו של פרופ' שיפמן: שיפמן, לעיל ה"ש 101, בעמ' 47-48. ובאופן כללי: יצחק עמית "קבילות, סודיות, חיסיון ואינטרסים מוגנים בהליכי גילוי במשפט האזרחי – ניסיון להשלטת סדר" ספר אורי קיטאי 247, 258-259, 265 (בוועד סנג'רו עורך, 2007). כחלק מפיתוח חיסיון זה יהיה לוודא כי אין בו כדי ליצור פגיעה בלתי מידתית באינטרסים של בעלי הדין האחרים. למשל, אפשר כי אם יתברר כי הצאצא אינו בנו של בעלה של האם, יבקש הלה להציג את הממצא בפני בית הדין במסגרת תביעתו לגירושין או כטענת הגנה נגד דרישתה של האישה למזונות בשבילה. ראייה זו בדבר אי-אבהותו, המלמדת בהכרח על ניאופה של האישה, עשויה לשמש לביסוס תביעת הגירושין ולפטור ממזונות אישה. מכאן שיש הכרח לוודא כי הפגיעה הגלומה בהטלת החיסיון להגנת הצאצא אינה עולה על הנדרש, או לעצב חיסיון שימנע את הפגיעה האמורה. כך למשל אפשר לחשוב על קונסטרוקציה שתפצל את החלטת בית המשפט לרכיב האבהות ולרכיב הניאופה, הראשון יהיה חסוי בפני בית הדין ואילו השני יהיה גלוי בפניו, לבקשת בעל הדין.

להתברר סוגיית הממזרות במסגרת דיון בשאלות של נישואין וגירושין, המצויות בסמכותו הבלעדית),¹⁴⁹ תוצאה זו אינה אפשרית כעת. בכך מצטמצמת דה פקטו האפשרות כי יתבצע פיצול בין הכרעת כל ערכאה והופכת קשה יותר, שהרי ממצאי בדיקת האבהות כמו "מוטחים" בפניו של בית הדין, שיתקשה אולי יותר מבעבר להתעלם מהם.¹⁵⁰ העמדה שהתאפשרה בעבר – לקבוע אבהות אחת לצרכים אזרחיים ולהפריד ולקבוע אבהות אחרת לצרכים ייחוסים – הופכת עם יצירת נתיב העברת המידע בין הערכאות לנוחה פחות.¹⁵¹

(ב) תביעה להכרה באבהות – היקש מתיקון חוק מידע גנטי והקניית עדיפות גורפת לאינטרס אי-הממזור במחיר פגיעה ביחסי משפחה מהותיים

פסק דין אחר אשר ניתן לאחר תיקון חוק מידע גנטי ודורש את תשומת לבנו עוסק בסיטואציה שמאפייניה העובדתיים (עד כמה שעולים מבין שורות פסק הדין) חריגים בנוף תביעות האבהות.¹⁵² באותה פרשה הרתה אישה יהודייה לקראת סוף נישואיה וילדה שבעה חודשים לאחר גירושיה. כנהוג במקרים אלה, נרשם הילד עם לידתו ברישומי משרד הפנים תחת שמו של בעלה לשעבר של האם. כנטען בכתב התביעה שהגיש מי שטוען כי הוא האב הגנטי והפסיכולוגי, שימש התובע כאבי הילד מלידתו וקיים אתו קשר הורי לכל דבר ועניין במשך ארבע שנים ועד סמוך להגשת התביעה. לטענת התובע, נותק הקשר בינו לבין ילדו בזימת האם בהיות הילד בן ארבע לאחר שהתובע הגיש נגד האם תביעה רכושית. מטרת הרחקת הילד מאביו, כך לטענת התובע, להפוך את הבן ל"קלף מיקוח" במאבק של האם נגד תביעת האב.

149 סוגיית הממזרות עשויה לעלות בעקפיין במסגרת תביעת גירושין בין האישה לבעלה כחלק מטענה בדבר ניאוף האישה הנחוצה להתברר כעילת גירושין. שאלה זו עשויה לעלות שוב בעתיד כאשר הצאצא שנולד לאותה אישה מבקש להינשא וחדש עולה בקשר לשאלת כשרותו להינשא כדת וכדין.

150 להבדיל ממצב שבו בית הדין הרבני עצמו נמנע מלבקש הצגת אותה ראיה, הימנעות שבה דבק במרוצת השנים. ראו בהקשר זה את הדיון שהתנהל במסגרת ישיבת ועדת המדע והטכנולוגיה שעסקה בהצעת חוק מידע גנטי, פרוטוקול ישיבה מס' 83 של ועדת המדע והטכנולוגיה, הכנסת ה-17, 5 (1.4.2008).

151 אם כי לא בלתי אפשרית, שהרי במקרים שצוינו לעיל, ה"ש 103, בית הדין פיצל בין האבהות הייחוסית לאבהות הממונית במסגרת אותו דיון ממש.

152 תמ"ש 13632/08, לעיל ה"ש 131. הדברים בחלק זה מושתתים על האמור בפסק הדין. כבכל ניתוח פסק דין יש לסייג ולומר שאפשר כי מאחורי ההכרעה הכתובה מסתתר מארג עובדתי סבוך הרבה יותר שלא נגלה במסמך הכתוב.

בתביעת האבהות שהגיש מבקש התובע מבית המשפט להכריז על אבהותו על יסוד מגוון של ראיות נסיבתיות (ובהן ראיות על הקשר בינו לבין האם ובינו לבין הילד ועל הווייתם המשותפת כמשפחה) אך הסכים לחלופין להוכיחה גם על דרך ביצוע בדיקה לסיווג רקמות. האם מצדה התנגדה לבירור האבהות בשל חשש הממזור ובשל טובת הקטין אשר לשיטתה מצדיקה מניעת קשר בין התובע לילדה לנוכח "אישיותו" של התובע. לחלופין הציעה האם לפנות, כמצוות סעיף 28 לחוק מידע גנטי, לקבלת חוות דעתו של נשיא בית הדין הרבני הגדול. האם לא טענה כי הילד אינו בנו של התובע (לפחות כפי שעולה מתיאור טענות הצדדים בפסק הדין) או כי לא היו ביניהם יחסי הורה-ילד.

בית המשפט לענייני משפחה בירושלים, מפי השופט איתי כץ, נעתר לבקשתה החלופית של האם, ולאחר שחוות הדעת שהוגשה לו מאת היועץ המשפטי לממשלה סמכה ידיה על המלצת נשיא בית הדין הרבני הגדול והציגה חשש ממזור, דחה את תביעת האב על הסף. בית המשפט קובע כי "יש לנהוג ברוח החוק (חוק מידע גנטי, ר"ז)... גם בעניין של הבאת ראיות נסיבתיות, שכן כל תוצאה אחרת עלולה לסכל את מטרת החוק ולחתור תחת כוונת המחוקק". בית המשפט מקבל את עמדת היועץ המשפטי לממשלה שהצטרף לדיון, ולפיה "כיום, לאחר כניסת התיקון לחוק מידע גנטי לתוקפו, אין המצב המשפטי כמצב ששרר קודם לתיקון. אם בעבר התחבטו בתי המשפט בשאלה איזה אינטרס יש להעדיף, שמירת כשרות הקטין מול זכות הקטין לדעת מיהו אביו מולידו וזכות האב הביולוגי בהכרת אבהותו מהי טובת הקטין באשר הוא ובהמשך – טובתו של הקטין הספציפי, הרי שכעת בא המחוקק, תחם את שיקול דעתו של בית המשפט ואמר את דברו תוך שהעמיד את כשרות הקטין כשיקול מרכזי יחיד העומד לנגד עיניו ואשר אפשר שיהא נסוג רק במקרה קיצוני של סכנת חיים או גרימת נכות בלתי הפיכה (סעיף 28ה(4) הנזכר לעיל)".

קביעה זו של בית המשפט מתמיהה משני טעמים: האחד, שכבר הוזכר לעיל, נוגע להרחבת תחולת החוק גם על בירור אבהות נסיבתי שאינו מושתת על בדיקה גנטית. אין בלשון החוק, ולטעמי אף לא בתכליתו, דבר המצדיק (ובוודאי לא דבר המחייב) את השימוש בפרוצדורה של קבלת חוות דעת רבנית בנסיבות של בירור אבהות שאינו על דרך עשיית בדיקת גנטית. פרוצדורה זו מיוחדת, ולא בכדי, לבדיקת DNA בשל הזהירות המתחייבת בהקשרה לאור מאפייניה; השני, כרוך בנסיבות המיוחדות של המקרה, נסיבות שהופכות את ההרחבה שנוקט בית המשפט לקשה עוד יותר. בשונה ממרבית המקרים שבהם נדרש בית המשפט להכרעה בין היתרונות הגלומים בבירור אבהות לבין החיסרון הכרוך בה לנוכח חשש ממזור עתידי, כאן נפגעת לכאורה (ואולי אפילו נרמסת) מערכת

היחסים בין הילד לאביו.¹⁵³ אמנם בית המשפט אינו סותם את הגולל על קיום הסדרי ראייה ומשמורת ללא הכרה באבהות, אולם אינו נכון ליתן בהחלטתו סעד כזה שמקומו לשיטתו להתברר בתביעה נפרדת. כך או כך, ברי כי שלילה על הסף של הבקשה להיות מוכר כאב היא בעלת השלכות מהותיות גם על האפשרות לממש קשר אבהי של ממש.

(ג) תביעה להכחשת אבהות מכוח התיקון לחוק מידע גנטי – (אי) מניעת בירור אבהות על רקע חשש לפגיעה ביחסי משפחה מהותיים

על רקע הוראתו הנחרצת של החוק בנוגע לבירור קשרי משפחה בנסיבות של חשש ממזרות מעניין להצביע על ההוראה הכללית שמתייחסת למצב שבו האם אמנם הייתה נשואה במועד ההתעברות אך אין גלום בביצוע הבדיקה חשש לפגם יוחסין הכרוך בדין תורה, או כאשר לא הייתה נשואה כלל.¹⁵⁴ הוראה זו מטרידה, כפי שאסביר מיד, בשל המגמה שעליה הצבעתי בראשית המאמר – המגמה המדגישה, לעתים אפילו ביתר, את הקשר הגנטי.¹⁵⁵ אבקש בהקשר זה להתעכב מעט על תביעות להכחשת אבהות – תביעות אשר במהותן נועדו לערער על אבהות רשומה, ולעתים אפילו פעילה, בטענה כי היא אינה משקפת את "האמת הגנטית".

המגמה העולה מבחינת פסיקת בתי המשפט לענייני משפחה שהוזכרה לעיל,¹⁵⁶ החותרת לממצאים גנטיים ודאיים ומסתמכת על ההכרה הגוברת בזכותו של הילד לדעת מיהו אביו כחלק מזכותו לזהות, מגמה אשר לא נבלמה עם חקיקת התיקון לחוק מידע גנטי ואולי אפילו התעצמה בעקבותיו, עלולה להוביל בנסיבות מסוימות לתוצאות קשות. למשל, זוהי הסיטואציה המקדדת בעיניי את עיקר החשש, כאשר יבקש אב (או אם ביחס לאב) שנים אחרי הולדת הילד ולאחר שהוא שימש הורה, טיפל בו והעניק לו מאהבתו, לדרוש לברר ספקות שנבטו בו בנוגע לאבהותו בבדיקה גנטית. מקרים כאלה עשויים להתעורר

153 זאת בהנחה שטענות התובע (האב) בתביעתו נכונות.

154 סעיף 28 לחוק.

155 ראו בהקשר זה לעיל, הדיון בחלק ג.2. לעמדה אחרת ראו את פסק דינו של השופט סילמן בתמ"ש (משפחה קריות) 282/08 פלוני נ' פלוני (פורסם בנבו, 21.1.2009) ואת פסק דינה של השופטת אספרנצה אלון, תמ"ש (משפחה קריות) 13460/06 פלוני נ' אלמונית (פורסם בנבו, 20.5.2008). ברי כי פסק הדין שתואר בתת-הפרק הקודם (תמ"ש 13632/08, לעיל ה"ש 131) מלמד כי במדרג הערכים קודם הערך בדבר שימור כשרות היוחסין על פני הבטחת הקשר הגנטי. עם זאת הקשר הגנטי, כפי שנראה בתת-פרק זה, עלול לעתים לזכות לקדימות על פני הקשר הפסיכולוגי.

156 ראו לעיל חלקים ג.1. ו-ד.1.

עובר לגירושיין או בעקבות קרע שנתגלה ביחסי בני הזוג. אפשר שטענת הכחשת האבהות, הכרוכה בדרישה לעשות בדיקת אבהות מוסדרת או להכיר בתוצאותיה של בדיקת סתר שנערכה ללא אישור בית המשפט ובניגוד לחוק,¹⁵⁷ יושמעו מפי האב (או האם) בשם הילד או מפי מי שמונה לשם ייצוגו הנפרד, וזאת בשם זכותו של הילד לזהות;¹⁵⁸ בשם החיפוש אחר ה"אמת" הגנטית; מכוח הזכות להגשמת האוטונומיה; לקבלת מידע. עם זאת אפשר כי היענות לקריאה זו תוביל לפגיעה ביחסי המשפחה וביחסי ההורות שנקמו בפועל, שכן היא תערער את עולמו הרגשי של הילד ואת מציאות חייו שבה הוא מצוי, לעתים, מאז לידתו. על רקע זה מטריד ההסדר שנקבע בתיקון מס' 3 לחוק מידע גנטי, המאפשר לבצע בדיקת אבהות לא רק לשם ביסוס אבהות פלוני אלא גם לשם הכחשת אבהותו של אלמוני, אף ללא קשר לשאלה אם קיים מועמד אחר ("מחליף") לתפקיד האב ובלי להעניק די תשומת לב להשלכות הבדיקה על מערך יחסי המשפחה.¹⁵⁹ ההוראה הרלוונטית בהקשר זה היא הוראתו הכללית של סעיף 28ד(א). סעיף זה קובע כדלקמן:

"היתה אמו של קטין... רשומה במרשם האוכלוסין... כמי שהיתה נשואה, בתוך 300 ימים שלפני לידת הקטין... לאדם שממצאי הבדיקה עלולים לשלול את אבהותו או לקבוע את אבהותו של אדם זולתו או היה אדם רשום במרשם כאמור כאביו של קטין... וממצאי הבדיקה עלולים לשלול את אבהותו או לקבוע את אבהותו של אדם זולתו, לא יורה בית המשפט על עריכת הבדיקה, אלא אם כן שוכנע שיש בעריכתה צורך ממשי הגובר על פגיעה שעלולה להיגרם כתוצאה מהבדיקה".

157 עקרונית קובע סעיף 28ב לחוק כי אי אפשר להציג ממצאי בדיקה כזו בפני בית המשפט, אולם ברי כי אם בוצעה, השלכותיה בעולם המציאות אינן ניתנות למחיקה.

158 זהות כמובן אינה רק עניין של גנים כי אם בראש ובראשונה עניין של קשרים בין-אישיים וזיקות רגשיות. בהקשר זה ראו את מאמרו של יאיר רונן "זכות הילד לזהות כזכות להשתייכות" עיוני משפט כו 935 (2003).

159 למרות האמור ברי כי לבית המשפט שיקול דעת אם להורות על קיום הבדיקה והוא מחויב לפעול, בהיעדר הוראה אחרת, על פי עקרון טובת הילד שהוא עיקרון מנחה ראשון במעלה בהכרעות הנוגעות לגורלם של ילדים. הוראה מפורשת, החלה בנסיבות שבהן ילד נולד לאישה נשואה (או שהייתה נשואה 300 יום קודם למועד הלידה), קבועה בסעיף 28ד(א) לחוק, המובא להלן בטקסט, ומחייבת שמירה על הילד מפני פגיעה. על בסיס הוראה זו ולנוכח מעמדו הכללי של עקרון טובת הילד נמנע בית המשפט באחד המקרים מלערוך את הבדיקה בדיוק בשל החשש כי קיומה עלול להוביל להשאת הילדה ללא כל אב. תמ"ש (משפחה נצ') 4232/04 ב.א.א. נ' א.ש.א. (פורסם בנבו, 2.6.2010).

ובסמוך לו קובע ס"ק (ב):

"בבוא בית המשפט להורות על עריכת בדיקה לפי סעיף קטן (א), יביא
בחשבונו, בין השאר, שיקולים אלה:

(1) קיומו של חשש לפגיעה בקטין, בחסוי או בפסול הדין, לרבות לפי דין
דתי, כתוצאה מהבדיקה;

(2) אפשרות לערוך את הבדיקה בדרך שתקבע את קשרי המשפחה כך
שהפגיעה בזכויות הקטין, החסוי או פסול הדין, תצומצם או תימנע".

על אף יתרונה של ההוראה המעניקה לבית המשפט שיקול דעת להכריע על פי טובת
הילד וצרכיו ועל אף האפשרות לצקת אל שיקול הדעת האמור קני מידה שונים, לרבות אלו
הנוגעים לשמירת יחסי משפחה, היא מטרידה בשני מובנים: ראשית, תוכנה של המגבלה –
הקובעת מדידת נזק מול תועלת בעריכת הבדיקה – הראוי כשלעצמו, נראה "חלוש" לנוכח
ההוראה הנחרצת והחד-משמעית שקבע המחוקק, כמתואר לעיל, בהקשר של חשש
הממזרות. אלמנט זה מתחדד על רקע הוראת ס"ק (ב), המדגישה שוב את האלמנט הדתי
ואת החשש הכרוך בפסילת יחסין. המחוקק בחר להדגיש בפני בית המשפט (לצד הוראה
כללית המבקשת להימנע מפגיעה בילד) קנה מידה תוכני-מהותי אחד והוא זה הכרוך בדין
הדתי, ולא אזכר כלל את שאלת קיומם של יחסי ילד-הורה. יוצא כי המסר המועבר בתיקון
מדגיש כי קיים איסור נחרץ לבצע בדיקת אבהות שעלולה לממזר קטין, אך פגיעה אחרת
בטובתו, כדוגמת שלילת אבהות של מי ששימש שנים הורה מטפל לילד, עשויה
להתאפשר.¹⁶⁰ שנית, סעיף 28 נסמך כל כולו על שאלת הרישום הפורמלי, אם בשאלת
קיומם של יחסי זוגיות (תוך הסתמכות על רישום נישואין) ואם בשאלת קיומם של יחסי
הורות (תוך הסתמכות על רישום אבהות). גישה זו, השותקת באשר ליחסי משפחה (ובפרט
יחסי הורות) שלא זכו לרישום מטרידה, שכן היא אינה מטילה כל מגבלה מהותית על בירור
אבהות שעלול לפגוע ביחסי משפחה שנרקמו בפועל אך לא זכו להכרה פורמלית במרשם
האוכלוסין.

160 מעניין בהקשר זה לשים לב להצעת חוק שהגיש חבר הכנסת צחי הנגבי, אשר ביקש למחוק
את הסיפה של סעיף 28(א) – החל מן הקטע "או היה אדם רשום" עד המילים "לקבוע את
אבהותו של אדם זולתו". מחיקה זו, אם תקבל, תייחד את שיקול הדעת של בית המשפט
לנסיבות של ממזרות (או הקבלה לנסיבות של ממזרות) ותחליש עוד יותר את משמעותם של
יחסי הורות פעילה אלא אם כן נלוו אלה לנישואין פורמליים לאם. הצעת חוק מידע גנטי
(תיקון – עריכת בדיקות גנטיות לקשרי משפחה), התשס"ט-2009, ה"ח הכנסת 1145/18.

מחויבות לקני מידה המבקשים להבטיח קיומם של יחסי משפחה דואגים ומטפחים¹⁶¹ ולהגן עליהם אמורה לחתור, להבנתי, להימנעות מתוצאה שעלולה לטרוף את הקלפים ולערער את יחסי הילד עם מי שמטפל בו כהורה כל השנים. לא בכל מקרה שמתעוררת בו שאלה בדבר זהות האב אמורה להתאפשר, על פי גישה זו, הבדיקה.¹⁶² יש לבחון כל מקרה לגופו, לעמוד על נסיבותיו הייחודיות¹⁶³ ולהימנע מלהיתפס לקביעות גורפות ודוגמטיות.¹⁶⁴ על בית המשפט להכריע במקרה הנדון על פי הנתונים העומדים בפניו תוך התחשבות במשתנים מגוונים, ובהם יחסי ההורות שנרקמו בפועל;¹⁶⁵ השפעת הבדיקה ותוצאותיה, כמו גם השפעות אי-עשייתה, על יחסי ההורות שנרקמו; אפשרות השיקום של יחסי הצדדים בשל הספק שאולי נבט במילא עם העלאת הטענה בדבר אי-האבהות; רצונם של הצדדים (מי מהם מעוניין בקיומה של הבדיקה ולאיזה צורך); ושיוכם הקהילתי-דתי של הצדדים.¹⁶⁶ על פי משתנים אלה יהיה אפשר להכריע בנסיבות תוך הגשמת טובת הילד הספציפי.¹⁶⁷

- 161 שצוינו גם בהקשר של כפיית בדיקת האבהות, לעיל טקסט ליד ה"ש 46.
- 162 Janet Leach Richards, *Medical Confidentiality and Disclosure of Paternity*, 48 S. D. L. REV. 409 (2003).
- 163 כעוגן לגישה זו אפשר להסתמך בהקשרנו על דברי השופט אור בעניין היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, לעיל ה"ש 94, בעמ' 751 ועל דבריו של השופט שנלר, בבר"ע מחוזי 1364/04, לעיל ה"ש 27, בפסקאות 72–73.
- 164 יהושע גייפמן "שימוש במידע רפואי ובדיקות רפואיות בניני משפחה וירושה וזכויות חוקתיות" הפרקליט מב 508, 498 (1996).
- 165 לערך בדבר "שלום המשפחה" ולשאפה ליחסים הרמוניים יש ודאי משקל שראוי לשקלול בהקשר זה. ראו: Edward J. Eberle, *Human Dignity, Privacy and Personality in German and American Constitutional Law*, 1997 UTAH L. REV. 963, 1027 (1997).
- 166 בפרט בהקשר של פן הממזרות. ראו בהקשר זה רע"א 4427/92 אלמוני נ' פלוני, פר"ד מט(2) 57 (1995), והשוו Rainer Frank, *Federal Republic of Germany: New Problems, New Solutions*, 29 J. FAM. L. 371, 375–376 (1990).
- 167 מהלך ברוח זו ננקט במסגרת רע"א 4427/92, לעיל ה"ש 166. בהיעדר חשש לממזרות בשל שיוכה הדתי של האם ראה עצמו בית המשפט מוסמך, בהכריעו בשאלה אם להורות על בדיקת אבהות, לבחון מגוון שיקולים דומים לאלו שנסקרו כאן. בית המשפט סוקר את שיוכם הדתי של הצדדים, את מידת אמונתם הסובייקטיבית, את יחסי המשפחה, את המניע לבקשה להיבדק ואת השפעת תוצאותיה המשוערות של הבדיקה. לצורך בחינת טובת הקטין מונה עורך דין נפרד והוצגו תסקיר וחוות דעת פסיכולוג. בלי להתייחס לאיזון שבית המשפט עורך ולהכרעתו לגופה אציין כי מהלך ההכרעה ראוי לאימוץ גם בנסיבות שבהן קיים כביכול חשש לממזרות. בנסיבות אלה יהיה לשקלל את חשש הממזרות עם יתר השיקולים.

עלינו להזהיר את עצמנו מפני תפיסה קיצונית שתקדש את ההורות הגנטית ותוביל לרמיסת מקומה של ההורות הפסיכולוגית.¹⁶⁸ יש לוודא כי הגשמת הזכות לזהות ואף הגשמת הזכות להורים, המעוגנות באמנה הבין-לאומית לזכויות הילד,¹⁶⁹ לא תובלנה ליצירת מושג הורות דל. יש להבטיח כי בתהליך גילוי ה"אמת" הגנטית לא נקריב את יחסי ההורות הפסיכולוגית, שהתמשכותם ויציבותם, עד כמה שמובטחות, חשובות לרווחתו של הילד ולרווחת שאר בני המשפחה.¹⁷⁰ למשל, ייתכן שבנסיבות מסוימות בירור זהות האב הגנטי יפגום ביחסי ההורות שנקרמו בפועל, ואז יהיה מקום לדחות את הבירור לשלב מאוחר יותר כאשר יביע הצאצא, עם התבגרותו, את רצונו במידע האמור.¹⁷¹ בשלב זה, אפשר להעריך, לא יהיה במידע כדי לפגום ביחסי ההורות, והוא יוכל לספק צרכים נוספים של הצאצא ולהגשים את זכויותיו האחרות. המחויבות לשגשוג יחסי המשפחה במובנם המהותי-הפסיכולוגי (ולאו דווקא במובנם הגנטי) מובילה לכך שלא בהכרח יהיה הבדל עקרוני בין נסיבות של הולדה למי שהייתה נשואה במועד ההתעברות לבין מי שהייתה פנויה. גם בהקשר של הולדה לאישה לא נשואה נכון יהיה לוודא כי בירור האבהות הגנטית אינו מופעל אוטומטית ולוודא כי השלכתו על קשרי המשפחה נשקלה לגופה ובכובד ראש. בית משפט צריך ויכול להביא שיקולים אלה בחשבון בכל פעם שמופעלת סמכותו העקרונית להורות על קיומה של בדיקה ללא קשר להוראות הספציפיות הנוגעות לנסיבות

168 באופן כללי ראו: Timothy Caulfield, *Canadian Family Law and the Genetic Revolution: A Survey of Cases Involving Paternity Testing*, 26 QUEEN'S L.J. 67 (2000); Mary R. Anderlik & Mark A. Rothstein, *The Genetics Revolution: Conflicts, Challenges and Conundra: DNA-Based Identity Testing and the Future of the Family: A Research* Glennon; *Agenda*, 28 AM. J. L. & MED. 215 (2002). לעיל ה"ש 89. לביקורת אחרת הנוגעת להתרכזות בגנטיקה ראו: Rochelle Cooper Dreyfuss & Dorothy Nelkin, *The Jurisprudence of Genetics*, 45 VAND. L. REV. 313 (1992).

169 סעיפים 7, 8 ו-9 לאמנה בדבר זכויות הילד.
170 כדוגמה לכך ראו את נסיבות הפרשה שהובאה בבש"א (משפחה ת"א) 12932/99 מ.ב. נ' ק.ל.א.ג. (פורסם בנבו, 21.12.2000).

171 מעניין לציין כי ככל שמדובר בבדיקות גנטיות לבירור אבהות שנערכות בארץ, בית המשפט חולש על הממצאים ויכול למנוע, פורמלית לפחות, את גילויים, לרבות לבעלי הדין עצמם. ראו בהקשר זה את ההוראה המצטברת של סעיף 28א, הקובעת ייחוד בדיקה על פי צו בית משפט, ואת הוראת סעיף 28ט, המקנה לבית המשפט שליטה במידע (למעט בכל הנוגע להעברתו לבית הדין כאמור). ברי כי נגד חשיפת ממצאיה של בדיקה לבירור אבהות שנעשתה שלא כדין במעבדה לא מורשית בישראל או בחו"ל, אין יכולת אפקטיבית להתגונן. במובן זה עשוי האיש המכחיש את אבהותו "לקבוע עובדות בשטח" ולהציג את המידע בפני הילד. עם זאת מכיוון שהאיש לא יוכל להציג את הממצא בבית המשפט (ולפיכך עשוי להתקשות להתנער מחובותיו הכספיים), הרי שהמוטיבציה לביצוע הבדיקה ולהצגתה בפני הילד פוחתת.

של נישואין או רישום אבהות הקבועות בחוק. בית המשפט מחויב לעקרון-העל בדבר טובת הילד,¹⁷² ויש לצפות כי לא יורה על קיומה של הבדיקה אם זו תפגע בילד, בין היתר באמצעות ערעור עולמו הרגשי ופגיעה ביחסיו עם מי שמשמש אביו.

ה. במקום סיכום: בא לתקן ונמצא מקלקל?

היזמה לתיקון חוק מידע גנטי נולדה במידה רבה לנוכח התגלגלותה העגומה של פרשת בוהדנה,¹⁷³ והיא נועדה, כפי שחזרו והצהירו המחוקקים בדיוניהם בוועדת המדע והטכנולוגיה ובדיוניהם במליאת הכנסת,¹⁷⁴ להרים את הכפפה שנוזקה להם כמעט שלושים שנה קודם לכן, עם קריאתו למחוקק של שופט בית המשפט העליון, השופט אלון, להעניק לבית המשפט סמכות לחייב עשייתה של בדיקת אבהות.¹⁷⁵ אולם קריאה זו, שנענתה בסופו של דבר בתיקון חוק מידע גנטי, נענתה במחיר כבד, אולי כבד מדי.

לצד סמכות כפייה עקיפה עוסק התיקון, באופן נטול פשרות, בתחמתו ההדוקה של שיקול דעתו של בית המשפט לענייני משפחה להורות על קיומה של בדיקה בנסיבות שבהן התעורר חשש לפגיעה בכשרותו של קטין יהודי הכרוכה בממזרות. גם אם קיומה של הבדיקה הוא בגדר מוצא יחיד להבטיח כי ילד יזכה לדעת בוודאות מיהו אביו, להירשם כבנו, לזכות לתמיכה כלכלית ראויה ולרשת אותו, וגם כאשר היא אך קצה חוט יחיד לבניית

172 על מקומו של עקרון טובת הילד כעקרון-על המנחה את בית המשפט בהכרעות הנוגעות לבירור אבהות ראו בע"מ 2426/07 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 25.4.2007); ע"מ (מחוזי ת"א) 1260/07 ג.ק. נ' י.ע.ת, בפסקה 22 לפסק דינו של השופט ורדי ופסק דינה של השופטת לבהר שרון (פורסם בנבו, 6.10.2008); בע"מ 9638/08 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 21.12.2008). באותה פרשה תבע מי שהוכר כאב וטיפל בילד לאורך כל ילדותו לברר את שאלת אבהותו הגנטית. בפסקי הדין האמורים לא הוכרע האם לאפשר את הבדיקה, ואולם אגב דיון בשאלה העקרונית אם ניתן בכלל לחייב ילד לעבור בדיקה לאור סירובה של אימו להתירה, הכריז בית המשפט על מחויבותו לטובת הילד ומינה לצורך בירור טובתו צוות מומחים.

173 לעיל טקסט ליד ה"ש 28 ואילך. וראו בדברי חבר הכנסת כבל, ישיבה מס' 137 של הכנסת ה-16 (2.6.2004); ובפרוטוקול ישיבה מס' 525 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16, 2 (5.7.2005).

174 ראו בפרוטוקול ישיבה מס' 54 של ועדת המדע והטכנולוגיה, הכנסת ה-17, 21 (8.10.2007); בפרוטוקול ישיבה מס' 85 של ועדת המדע והטכנולוגיה, הכנסת ה-17, 106 (27.5.2008); ובפני המליאה, מפי חבר הכנסת איתן כבל במסגרת הקריאה הראשונה בכנסת, ישיבה מס' 275 של הכנסת ה-16 (26.7.2005).

175 ראו את הדברים המובאים לעיל, בה"ש 69.

יחסים רגשיים עם האב או עם בני משפחתו של האב – לא יוכל ככל הנראה בית המשפט להתיר את הבדיקה, וזאת רק בשל חשש רחוק יחסית כי יום אחד יוכרו הצאצא ממזר ולא יוכל להינשא בארץ כדת משה וישראל.¹⁷⁶ תיקון החוק, המשקף את אי-האמון הבסיסי שרוכש המחוקק לבתי המשפט (ולהורים),¹⁷⁷ מחשק אותם בצורה הרמטית ומכפיף את שיקול דעתם לזה של הגורם הרבני. מלבד זאת מעניק החוק לבתי הדין כוח וסמכות לחלוש על מידע רגיש ואינטימי, מידע האמור להיות נחלתו הבלעדית של הפרט.

עיון בדברי הכנסת ובפרוטוקולים של ועדות הכנסת שדנו בהצעת החוק והכינו אותה לקריאות השונות מלמד כי תיקון החוק והסמכת בית המשפט לכפות קיומה של בדיקה הותנו בהגבלת כוחו של בית המשפט בעצם מתן הצו.¹⁷⁸ מרבית הדיון הוקדש להיבטים הנוגעים לחשש הממזר תוך התמקדות כמעט בלעדית בהשלכותיה של הבדיקה על יהודים. לצד יוזמי התיקון שהשתתפו בדיונים בלטי חברי הכנסת מן המפלגות היהודיות-הדתיות בנוכחותם המסיבית בדיונים ובהשמעת קולם. כן השפיעו במידה רבה על חילופי הדברים וגיבוש העמדות נציגי בית הדין הרבני ואנשי מקצוע אשר השתייכותם האישית והשקפת עולמם התגלתה להיות דתית או מסורתית בעיקרה. לצד נוכחותם של אלה בלטי בהיעדרם נציגי העדות הדתיות האחרות. לבד מבמקצת דיונים לא רק שקולם לא נשמע במישרין, אף האינטרסים של חברי עדתם לא נבדקו בבדיקה ממצה.¹⁷⁹ החוק, שנועד מלכתחילה לקדם את טובת הילדים וזכויותיהם, נצבע באופן דומיננטי באינטרס יהודי-דתי-לאומי. חברי הכנסת מציינים מפורשות כי בהגנתם על הצאצא מפני חשש ממזרות אין הם מגנים בהכרח או רק

176 מדובר בחשש רחוק בלבד, שהרי כפי שהוסבר לעיל בתי הדין עושים מאמץ להימנע מקביעת ממזרות, וספק אם יכירו בתוקפה של בדיקת אבהות כראיה בבירור שאלת הממזרות.

177 פרוטוקול ישיבה מס' 525 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16, 10, 13 (5.7.2005); פרוטוקול ישיבה מס' 548 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16, 7 (20.7.2005); פרוטוקול ישיבה מס' 633 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16, 36, 43 (6.12.2005); פרוטוקול ישיבה מס' 636 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16, 14 (13.12.2005); פרוטוקול ישיבה מס' 63 של ועדת המדע והטכנולוגיה, הכנסת ה-17, 38 (4.12.2007); פרוטוקול ישיבה מס' 85 של ועדת המדע והטכנולוגיה, הכנסת ה-17, 73 (27.5.2008).

178 קביעת החישוק בנושא הממזרות הייתה תנאי של חברי הכנסת מן המפלגות הדתיות להוספת סעיף הכפייה. ראו בהקשר זה את חילופי הדברים בין איתן כבל, מציע הצעת החוק, לבין סגן שר במשרד ראש הממשלה יצחק לוי במסגרת הישיבה ה-137 של הכנסת ה-16 (2.6.2004).

179 ראו במיוחד פרוטוקול ישיבה מס' 614 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16, 11, 23 (15.11.2005); פרוטוקול ישיבה מס' 67 של ועדת המדע והטכנולוגיה, הכנסת ה-17, 22 (18.12.2007).

על הצאצא הקונקרטי אלא על הדורות הבאים יוצאי חלציו ועל העם היהודי כולו, המשמר את היכולת להינשא בין חבריו ללא הפרעה.¹⁸⁰

כחלופה לנתיב שנבחר בתיקון החוק היה אפשר לשקול שתי דרכים אחרות אשר תבטחנה אף הן את שמירת האינטרס האישי (ואולי אפילו את האינטרס הלאומי, עד כמה שיש לו מקום בחוק מעין זה) למניעת ממזרות. הדרך האחת תבטיח כי בדיקות האבהות תיעשינה באופן שלא יוביל ליצירת תשתית לממזור הצאצא. היות שבתי הדין לא הכירו בתוקפה של בדיקה מדעית שוודאותה אינה עולה כדי 100% כבסיס לקביעת ממזרות,¹⁸¹ יהיה אפשר לנסות ולהבטיח גם בעתיד כי תוקפן של בדיקות אלה לא יתקרב לוודאות מלאה. מעשית, אפשר להוריד באופן מלאכותי את מידת הוודאות של ממצאי הבדיקה באמצעות שינוי אופן עשייתה, ובכך להבטיח כי גם אם יהיה בהם כדי לבסס אבהות אזרחית שתשמש למכלול צרכים¹⁸² (שהרי נטל ההוכחה יורם לרוב גם כאשר יש רק 95% סיכוי כי הנתבע הוא האב), לא יהיה בממצאים אלה כדי לבסס ממזרות הלכתית. יתרונו של נתיב זה שהוא מתאפשר במסגרת החוק הקיים כיום, וזאת כחלק מהנחיה כללית של בית המשפט (שתחייב גיבוי מצד נשיא בית הדין הרבני הגדול בחוות דעתו והיועץ המשפטי לממשלה בהמלצתו)¹⁸³ "לערוך את הבדיקה באופן שימנע את הפגיעה".¹⁸⁴

180 פרוטוקול ישיבה מס' 533 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16, 6 (12.7.2005); פרוטוקול ישיבה מס' 85 של ועדת המדע והטכנולוגיה, הכנסת ה-17, 73 (27.5.2008).

181 פוסקי הלכה כמו גם בית הדין הרבני אינם רואים בבדיקה גנטית "ודאי" ונתלים בפרומילים הבודדים לצורך הימנעות מקביעת ממזרות (אזורי אשד') 866/מא, לעיל ה"ש 104; משה קליין "זיהוי הלכתי על פי בדיקת DNA" תחומין ד' 431 (התשס"א); יגאל לרר "בדיקת רקמות כהוכחה בדיני ממונות ויוחסין" שורת הדין: מאמרים ופסקים יג, מד (התשס"ה); שלום משאש ועובדיה יוסף "פסק דין בענין ממזרות ובדיקת רקמות" פסקי דין (ירושלים) ה, קפז (התשנ"ח). עוד על עמדתו האמורה של בית הדין הנמנע מלהסתמך על בדיקות מדעיות לצורך קביעת ממזור ראו זפרן "של מי אתה ילד", לעיל ה"ש 29, בעמ' 331-334; אלימלך וסטריין "רפואה ומדעי הטבע בפסיקת בתי הדין הרבניים" משפטים כו 425-470 (1996). אבל השוו: דוד לבנון "בדיקת רקמות להכרת אבהות" שורת הדין: מאמרים ופסקים ה, ע (התשנ"ט).

182 ובהם רישום ומזונות.

183 עקרונית, בשל האפשרות לקרוא את החוק באופן שיקנה ליועץ המשפטי לממשלה שיקול דעת בעיצוב חוות דעתו (להבדיל מהיותו גורם מתווך, נטול שיקול דעת המעביר את תוכן המלצת נשיא בית הדין לבית המשפט כלשונו), הרי שאם ישתכנע היועץ המשפטי לממשלה כי פתרון זה משביע רצון, יוכל הוא להמליץ עליו גם אם נשיא בית הדין הרבני לא אימץ אותו בחוות דעתו. התממשות אפשרות זו אינה סבירה בעיניי, בין היתר בשל העובדה כי היועץ המשפטי לממשלה מעדיף שלא להשתתף בעיצוב ההמלצה, וודאי לא כזו שתתיר בדיקה בהתקיים בדל חשש לממזור. יותר מכך, הניסיון מלמד כי היועץ מחמיר מעל הנדרש וממליץ לבית המשפט

ראוי לציין כי עמדה זו, אם תתקבל, עשויה להוביל אף לשיפור המצב בהשוואה לנהוג לפני תיקון החוק. אפשר שהמנגנון המקנה לנשיא בית הדין הרבני הגדול כוח הכרעה מוקדם, מעין pre-ruling – אם ינוצל למציאת פתרונות שיאפשרו בירור תביעת האבהות, לרבות על דרך בדיקת DNA – יעניק לבית משפט הבטחה כי הכרעתם (גם בנסיבות שעל פני הדברים מעוררות חשש ממזרות) לא תוביל לפגיעה עתידית בקטין. או אז עשוי בית המשפט לאשר בירור אבהות בנסיבות שבהן חשש בעבר לאפשר את הבירור.

נתיב זה ככל שהוא מושתת על הורדת מידת הדיוק של בדיקת האבהות עשוי לעורר התנגדות בקרב רופאים וגנטיקאים, האחראים לעשיית הבדיקה, שכן יחייב אותם להשתמש באמצעי שאינו אופטימלי מבחינה מדעית, דרישה העשויה להיתפס כמעילה בחובתם המקצועית. גם אנשי המשפט עשויים, מאותה סיבה ממש, להירתע מנתיב זה. עם זאת נתיב זה עשוי כאמור, מחד, לספק ראייה שמידת ודאותה גבוהה, שיש בה – אם תושג – כדי ליצור את אותה תשתית לפיתוחם של יחסי הורות מהותיים (להבדיל מהצהרת הורות על יסוד חזקה שבדין המאפשרת לאב להמשיך להסתתר מאחורי אי הידיעה), ומאידך שלא להעמיד את הילד בחשש ממזור.

הדרך השנייה תדרוש את תיקון החוק. עיקרו של התיקון המוצע בביטול ההוראה המאפשרת העברת ממצאי הבדיקה מבית המשפט לבית הדין¹⁸⁵ ועיגונה של פרקטיקה שתבטיח חיסיון על ממצאיה של בדיקה.¹⁸⁶ תיקון ברוח זו יבטיח שמירת הפרדה חינוכית בין הערכאות והבחנה בין ההכרעה בשאלת האבהות, שהיא אזרחית מטיבה, להכרעה בשאלת המזרות, שהיא דתית. מדובר בשאלות שונות, שאמורות להתברר במועדים שונים ועל פי מערך ראייתי ופרוצדורלי שונה. בהצטרף ההפרדה האמורה לגישה המקובלת על בית הדין

להימנע מכל בירור ראייתי ולא רק מעריכת בדיקה גנטית, ראו למשל, המלצת ב"כ היועץ המשפטי לממשלה בתמ"ש (משפחה ת"א) 50331/04 (העתק בידי המחברת).

184 סעיף 28ה(א)(1) לחוק מידע גנטי.

185 סעיף 28 לחוק. הוראתו של הסעיף נדונה לעיל, טקסט ליד ה"ש 143 ואילך.

186 כזכור, השאלה מועברת לחוות הדעת של נשיא בית הדין הרבני הגדול ללא פרטים מזהים. במובן זה אם הובטח החיסיון גם בשלב שלאחר ביצוע הבדיקה, הרי שבפני בית הדין לא יהיה מידע באשר לשאלת קיום הבדיקות וממצאיהן, ולפיכך לא יהיה לו כל קושי להתעלם מהם. עם זאת ברור כי אם תתברר בפני בית המשפט שאלת האבהות, ובעקבותיה יירשם פלוני (שאינו מי שהיה בעלה של האם במועד ההתעברות) כאב, אזי בד"ר ייחשף לקביעה האמורה במועד העתידי שבו תעלה בפניו שאלת הכשרות לנישואין. נתון זה, אף אם אינו כזה שאפשר להתעלם ממנו (לחשיבות המוקנית לרישום במשרד הפנים ראו פסק דין של בית הדין הרבני: תיק אזורי 1-63-9830, לעיל ה"ש 102), יאפשר לבית הדין לנקוט את העמדה הנהוגה עמו מימים ימימה, זו המאפשרת להפריד בין אבהות לצרכים ממוניים לבין אבהות לצרכים ייחודיים.

שלא להורות על בדיקת אבהות, יובטח אינטרס הצאצא שלא להיות מוכרז ממזר. גם מהלך זה יחייב – כל עוד לא בוטלה ההוראה המקנה את כוח ההכרעה, אם להורות על בדיקה או להימנע ממנה, לנשיא בית הדין הרבני הגדול – שיתוף פעולה מצדו. ואולם, אפשר שאם יובטח כי ממצאי הבדיקה לא יונחו על שולחנו של בית הדין הרבני, לא יסבור הנשיא כי קיים הכרח לאסור על קיומה של הבדיקה, שלא כמו המצב כיום שבו הוא יודע כי ממצאי בדיקה שתיעשה יובאו בפני בית הדין, ממצאים אשר בית הדין יתקשה להתעלם מקיומם. עם זאת ספק אם תיקון כזה יתאפשר בשנים הקרובות, שהרי יצירת המנגנון המעביר מידע מערכאה לערכאה היה פרי יזמת מחוקקים אשר גרסו כי אין ראוי למנוע מבית הדין גישה לראיה שכבר נוצרה.

במבט לאחור נראה כי על אף פגימותו של ההסדר הפסיקתי שקדם לתיקון מס' 3 לחוק מידע גנטי ועל אף הימנעותו של בית המשפט מלהורות על כפיית בדיקת אבהות, תיקון החוק והסמכת בית המשפט לכפות בדיקת הורות, שהושגו במחיר צמצום שיקול דעתו של בית המשפט לענייני משפחה בשאלת עצם בירור האבהות והגברת מעורבותו של בית הדין, גבו לנוכח האופן שבו הם מיושמים כיום על ידי בית המשפט מחיר כבד, מחיר שספק אם היה ראוי לשלמו.

אף אם אינטרס אי-הממזר ראוי להישמע ולהיות מובא בחשבון, נדמה כי האופן שבו בחר המחוקק להגן עליו עלול בסופו של דבר לפגוע בילדים, ילדים המבקשים הזדמנות לבנות לעצמם משפחה שאליה יוכלו להשתייך, לפחות רעיונית, ושבה יוכלו להתמך כלכלית, ואולי אפילו להיאסף אל חיקה במובן המלא והמשמעותי.