

בתי המשפט

בית משפט לענייני משפחה
מחוז תל אביב

תמ"ש 04-50330 נ. ואח' נ' פרקליטות
מחוז מרכז

תמ"ש 04-50331 נ. ואח' נ' פרקליטות
מחוז מרכז

תמ"ש 04-50332 נ. ואח' נ' פרקליטות
מחוז מרכז

בפני כב' השופטת טובה סיון, סגנית נשיאה
תאריך: 14 בפברואר 2011

בעניין מ.נ. - ת.ז. - קטינה

התובע

א.ה. - ת.ז. - ...

(תמ"ש 50330/04)

ע"י ב"כ עו"ד איתן ליפסקר

(תמ"ש 50331/04)

נתבע בתמ"ש

(50032/04)

נגד

הנתבעת

1. מ.נ. - ת.ז. - ...

(תמ"ש 50330/04)

ע"י ב"כ עו"ד אדווין פרידמן

(תמ"ש 50331/04)

2. פרקליטות מחוז מרכז

עם (הנתבעת ביחד עם

3. עו"ד איילת גולן - אפוטרופא לדין

ק.מ, דרכון ארה"ב

4. ב"כ היועמ"ש (רווחה)

מס'... בתמ"ש

(50332/04).

פסק דין

שני אבות לילדה קטנה אחת-הייתכן?

זה נושא פסק הדין.

1. רקע

לבית המשפט הוגשה בקשה משותפת על ידי אמה של הקטינה ביחד עם הנתען על ידי האם להיות אביה, להצהרה על אבהותו (תמ"ש 50330/04) (האם תכונה גם "מ.", והטוען כי הוא אביה של הקטינה יכונה: "א." והקטינה תכונה גם "מ.").

וכך מתוך "פתח דבר" בבקשתם המשותפת של מ. וא.:

"עניינה של תביעה זו הינה רצונם המשותף של התובעים, כי הקטינה, נשוא כתב תביעה זה, תוכר כבתם המשותפת של התובעים 2,3 (מ. וא. ט.ס) וזאת למרות שיתכן כי הורתה של הקטינה הייתה, עוד בעת שאמה הייתה נשואה באופן פורמאלי לאחר." (להלן: "התביעה הראשונה").

בעבור שלוש שנים, (בתמ"ש 50332/04) לאחר שנפרדה מא., ועזבה את דירתו עם הקטינה, והתביעה המשותפת תוקנה, כך שא. ביקש את הצהרת אבהותו על הקטינה, ומ. הפכה מתנגדת להצהרה זו, הגישה היא ביחד עם בעלה הראשון ממנו התגרשה כ- שבעה חודשים קודם לידתה של הקטינה, בקשה משותפת להצהיר כי הוא אביה של הקטינה ולא א. (להלן יכונה: "ק. "). (להלן: "התביעה השנייה").

והנה ואכן, האם טוענת בתביעה הראשונה כי א. הוא אבי הקטינה ומאשרת תצהירה המצורף והמאמת את כתב התביעה ונספחיה, כי א. הוא אביה של ביתה, ואילו בתביעה השנייה טוענת ומצהירה, כי ק. הוא אביה של ביתה.

התביעה הראשונה הוגשה קודם התיקון [לחוק מידע גנטי](#) (תיקון מס' 3) תשס"ח 2008, תיקון אשר בוצע במהלך ניהול ההליכים (להלן: "תיקון חוק מידע גנטי").

צדדים נוספים להליכים: ב"כ היועץ המשפטי לממשלה (פמת"א), ב"כ היועץ המשפטי לממשלה (רווחה) לעניין כשרותה וטובתה של הקטינה, והאפוטרופא לדין לקטינה, עוה"ד (כתוארה אז) א. גולן-תבורי.

2. ואלה הן העובדות הצריכות לענייננו:

מ. וא. הכירו עוד בשנת 1994 והתכוונו להינשא זל"ז. מערכת היחסים ביניהם הייתה ממושכת, עד לפרידתם.

בשנת 2002, בעת שהותה של מ. בארה"ב נישאה לד"ר מ.ק., רופא במקצועו, יהודי, בעל קליניקה משלו, אשר מרכז חייו שם.

כשלושה חודשים לאחר נישואיהם כשהיא נושאת ברחמה את בתם המשותפת, עזבה מ. את בעלה, ואת ארה"ב, ושבה לישראל.

בישראל נולדה בתם המשותפת של מ. וק. ד..

בסמוך לשובה של מ. לישראל (ספטמבר 2002) חודש הקשר בינה לבין א., ובין החודשים ספטמבר ואוקטובר 2003 הרתה את הקטינה נשוא פסק דין זה.

בעת הזו, שכנעה מ. את ק. לבצע את גירושיהם בדחיפות וב-... הגיע ק. לישראל, לצורך ביצוע הגירושין.

ביום ... התגרשו מ. וק. בג"פ.

כעולה מנספח ב' אשר צורף לתביעה הראשונה, מפרוטוקול בית הדין הרבני האזורי מיום ..., הופיעו מ. וק. בפני הרב, קודם גירושיהם, וכך כמצוטט:

"הופיעו הצדדים"

נישאו בשנת 2002, נישאו בארה"ב בניו יורק, וברבנות, יש להם בת אחת, (ד. ט.ס.), אנו חיים בנפרד הבעל בארה"ב באוהיו קילבלנד, והאשה בר"ג, כשנה וחצי.

מסכימים להתגרש זמ"ז כדמו"י

קבלו בקניין."

ק. חזר לארה"ב מיד ובסמוך לאחר הגירושין וא. ליווה את מ. בהריגה עם מ., הקטינה נשוא דיונינו.

ביום ... נולדה מ., כשבעה חודשים לאחר שאמה התגרשה מק..

לנוכח עובדה זו, לא נתאפשר למ. ולא. במשרד הפנים לרשום את א. כאביה של מ. ולכן פנו השניים במשותף לבית המשפט, כדי שיוצהר על א. כאביה של מ. וכי כך ירשם במשרד הפנים.

אלא שעם תחילת בירור התביעה הראשונה ולנוכח הבעייתיות כפי שכבר הועלתה אז על ידי ב"כ היועץ המשפטי בתגובתו, התעכב ההליך, ובין לבין גם התערערו יחסייהם של מ. וא., ומ. עזבה עם שתי בנותיה את דירתו של א..

בשלב זה, הפכה מ. לאחר תיקונה של התביעה הראשונה, לנתבעת/משיבה, וא. נותר כתובע/מבקש, להצהרת אבהותו על מ..

א. החל להלחם על זכותו להיות בקשר עם מ., ועל אף שמונתה מומחית מטעם בית המשפט, כדי לבחון את טובתה של מ., בנסיבות אשר נוצרו, סירבה מ. לשתף עמה פעולה ומשחוות דעתה הוגשה מבלי שנפגשה עם מ. לא תהווה זו כראיה-בפסק הדין.

יצוין, כי בכל העת התקיימו סדרי ראיה נרחבים בין א. למ., כולל לינות ועל אף שמ. שינתה טעמיה ולא שיתפה עוד פעולה כמבקשת ביחד עם א. להצהיר על אבהותו למ. ועל אף ניסיונותיה לשבש בקשר בין מ. לא., לא צלחה דרכה וכפי שיפורט בהמשך, הקטינה מכנה את א. "אבא" וסדרי הראיה עימו מורחבים ומיטיבים.

א. הגיש תביעה להסדרי ראייה (תמ"ש 50331/04) וההליכים התנהלו במקביל, כל עת שקם הצורך, גם במסגרת תביעה זו (להלן: "התביעה להסדרי ראייה").

עם הגשת כתב ההגנה על ידי מ., לתביעה הראשונה המתוקנת ובאוגוסט 2007, כאשר הוחלף אף ייצוגה, העלתה היא לראשונה את טענתה המפתיעה, אשר לא נטענה על ידה במהלך שלוש שנות חייה של הקטינה עד אז, ולפיה ק. הוא אביה של מ. - הקטינה נשוא דיונינו.

מיד ובסמוך לאחר מכן הוגשה התביעה השנייה, כאשר מ. ביחד עם ק. עותרים להצהרה כי ק. הוא אביה של מ..

מיד ובסמוך, מ. וק. נישאו זל"ז בשנית.

בעת הזו מונתה לקטינה אפטרופא לדין.

בעת הזו, הגיש א. שתי בקשות האחת ליתן צו מניעה להנפקת דרכון עבור הקטינה, משכבר אז עמד ברקע רצונה של האם לצאת מהארץ עם שתי בנותיה ולהצטרף לק. בעלה בשנית לארה"ב, ובקשה לעכב את יציאתה של הקטינה מישראל.

מאז ובהתאם לתנאים המצטברים אשר נקבעו בהחלטה מיום 27.7.07, הונפק לקטינה דרכון ואולם הצו לעיכוב יציאתה מן הארץ שריר וקיים ועל אף שהאם עתרה פעם אחת במסגרת בר"ע לבית המשפט המחוזי בת"א ולא נעתרה, להסרתו של הצו, ועתה תלויה ועומדת בקשה נוספת למתן רשות ערעור על אי ביטול הצו וכדי לצאת עם הקטינה לחו"ל עם אמה, ואחותה ד..

זה המקום בו יצוין, כי האם הצהירה באמצעות בא כוחה הן באוזני האפטרופא לדין והן במהלך ניהול ההליכים כי יש בדעתה להגיש בקשה להגר עם הקטינה לארה"ב. א. מנגד הצהיר כי בהתאם לתוצאות פסק דין זה, יש בדעתו להגיש תביעה לקביעת משמורתה של מ. אצלו, משזו טובתה.

בדיון אשר התקיים בחודש נובמבר 2007, ועוד קודם לתיקון מס' 3 של חוק המידע הגנטי הציעה ב"כ היועץ המשפטי לממשלה, עוה"ד מנצור, כי תשמענה ראיות, בהתאם למתווה הקבוע בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בת"א (**בר"ע (תא) 1364/04, פורסם בנבו**) ואשר יכונה בהמשך ולענייננו "מדרג הראיות") ועוד הוסיפה והציעה: "**בדרך כלל אנחנו מציעים את עניין האימוץ וחוסכים את העניין של תביעת האבהות**".

ב"כ של א. הסכים עם עמדת ב"כ היועץ המשפטי לממשלה כך שהמסלול יהיה בנסיבות עניינינו "אימוץ" ולא אבהות פורמאלית, ועתר לערוך בדיקת מסוגלות במינוי מומחה מטעם בית המשפט.

ב"כ האם טען, כי השאלה העומדת במרכז העניינים היא האם יש לערוך בדיקת רקמות אם לאו, ובכך, לא התממשה הצעת ב"כ היועץ המשפטי לממשלה.

בחודש אפריל מונה מכון שלם כמומחה מטעם בית המשפט וניתנו הוראות בדבר הגשת חוות דעת כאמור בהחלטה מיום 10.4.08.

ב- 8.4.08 הוגשה עמדת ב"כ היועץ המשפטי לממשלה, לאחר שבחן את המצב אשר נוצר ולעמדתו, התנגד לביצוע בדיקת רקמות, כמו כן לגרסתו אין טעם להפעיל את מדרג הראיות, מאחר וק. היה בעלה של מ. במועד הורתה את מ. ומאחר וק. לא טען שמ. אינה בתו, ומאחר ולפי טענתו של ק. היה בישראל בעת לידתה של מ. ולפי טענתו גם בעת הורתה, הרי שחלה החזקה של דין יקיר ולפיכך יש לקבוע ולהצהיר כי ק. הוא אביה של מ..

האפוטרופא לדין ובעת ההיא לא הביעה את עמדתה הסופית לעניין עריכת בדיקת הרקמות וכטענתה: "לאור ההתנהלות העובדתית של האם".

דו"ח המומחה הוגש, ובפרק נפרד בפסק הדין ייחדו לו דברים.

בין לבין התקבל חוק המידע הגנטי (תיקון מס' 3), אשר נכנס לתוקפו ביום 30.11.08 ובו הוסדרה סוגיית "בדיקה גנטית לקשרי משפחה", וביום 13.7.09 נשלחו כתבי הטענות (התביעה ראשונה המתוקנת וכו. ההגנה) כאשר הפרטים המזוהים באופן הנדרש לאי זיהוי וכתיק חסוי לבית הדין הרבני הגדול לצורך קבלת חוות דעת באם ניתן בנסיבות עניינם של הצדדים להורות על עריכת בדיקת רקמות וכנדרש בסעיף 28 ה' (2) לחוק.

מחוות דעתו של נשיא בית הדין הרבני הגדול, כב' הרב שלמה משה עמאר, מיום 1.9.09 (בתיק 1-64-900032098) ובפרק הדין:

"בתיק הנדון נולדה הקטינה שישה חדשים ותשעה ימים לאחר סידור הגט בין האם ובעלה לשעבר. לטענת האם ובעלה לשעבר הם קיימו יחסי אישות בחודשים שקדמו לסידור הגט, ולכן הקטינה היא בתם בוודאות. התובע טוען שהקטינה היא בתו ותובע לערוך את הבדיקה. לטענתו תוצאות הבדיקה לא יסכנו את כשרותה של הקטינה לנישואין, אולם מנייתוח המקרה וטענות הצדדים אין ממש בטענות התובע לעניין מעמדה ההלכתי של הבת אם תתקבל תביעתו. עריכת בדיקה גנטית לבירור אבהות בנסיבות אלה עלולה לגרום פגיעה ממשית בכשרותה של הקטינה לנישואין לפי דין תורה. בנידון זה לא ניתן לערוך את הבדיקה בכל דרך שהיא.

לאור האמור, דעתי היא, כי בנסיבות העניין, אין לערוך בדיקה גנטית, הואיל והבדיקה מעלה חשש לפגיעה ממשית בכשרות לנישואין של הקטינה.

אין באמור לעיל כדי להביע דעה לגוף שאלת כשרותה של הקטינה להינשא, בין אם תיערך בדיקה גנטית ובין אם לאו. שאלה זו תוכל להתברר רק בבית הדין הרבני במסגרת סמכותו בענייני נישואין" (להלן: "חוות הדעת של הרב הראשי").

בעקבות חוות הדעת של הרב הראשי, הגישה נציגת ב"כ היועץ המשפטי לממשלה (רווחה) עמדתה בכתב, ביום 19.11.09, ועמדתה תובא בפרק ההמשך, יחד עם עמדות הצדדים וכמו גם עמדתה של האפוטרופא לדין.

יאמר כאן כי לעמדת ב"כ היועץ המשפטי לממשלה (רווחה), כי אין להמשיך את בירור התביעות הן על דרך של בדיקת רקמות והן בדרך של מדרג הראיות, או למצער בחלקו של המדרג, הצטרפו מ. וק., בעוד שא. טען כי יש להפריד בין הוראות ס' 28ה' [לחוק מידע גנטי](#), לבין הדרך שמציבה זו שבמדרג הראיות. א. עמד בתוקף על טיעונו כי יש לערוך בנסיבות עניין הפרדה מוחלטת בין הוראות החוק, לבין הקביעה על פי מדרג הראיות, ומבלי להיזקק לבדיקת רקמות.

לפיכך, בחרתי בנסיבות עניינו, לקיים הליך חלקי ומצומצם של שמיעת ראיות בהגשת תצהיריהם של מ. ק. וא., לנסיבות הורתה של מ.. הליך אשר התקיים בחודש יולי 2010.

זמן רב כמו גם דיונים הוקדש במטרה למצוא דרך לעגן את טובתה של הקטינה בהסכם שבין המבקשים את טובתה, אלא שלא נמצאה הדרך. משעל פי דו"ח מכון שלם, המפורט, עלתה מסקנה ברורה וחד משמעית כי יש לקבוע למען טובתה של הקטינה את זהותו של אביה, אין מנוס, ויש להכריע בסוגיה סבוכה ובעייתית זו, כאשר במרכזה ילדה קטנה אחת בת שש שנים, אם, המשנה את עמדותיה באשר לזהות אביה של הקטינה, ושניים הטוענים להיותם אביה של הקטינה.

3. טענות הצדדים:

3.1 טענותיהם של מ. וק.:

לטענתה של האם- מ. בעת ששבה לישראל במהלך נישואיה הראשונים לק., ללידת בתם ד., חידשה את קשריה עם א. ואולם לטענתה כאשר התעברה בשנית, היה זה לאחר תקופה ארוכה בה קיימה יחסים אינטימיים עם ק. אשר בא לעיתים קרובות לביקורים, בעוד שעם א. קיימה יחסים אינטימיים בעת ההיא רק פעם אחת, קודם להתעברותה.

לטענתה, במהלך הריונה, המשיכה וניהלה עם א. מערכת יחסים, והוא הציב לה תנאים, לצורך המשך הקשר ביניהם, כשאחד מהם היה להתגרש מק.. מכאן ולטענתה, התגרשו היא וק. בג"פ ב-...

לטענתה, משקודם להורתה את מ. קיימה יחסים אינטימיים פעמים רבות עם ק. בעת ביקוריו בארץ ופעם אחת בלבד עם א., ומשבעת ההיא הייתה עדיין נשואה לק., יש להחיל את החזקה המשפטית "רוב הבעילות אחר הבעל" חזקה אשר כמעט ואינה ניתנת לסתירה, אלא במקרה חריג וכמובא להלן:

"אלא כאשר ברור ואין כל אפשרות שהיא ובעלה קיימו יחסים ביניהם במשך שנה תמימה לפני לידתו של הילד, שאזי לא יתכן שאמו הרתה מבעלה: ולשם כך קבעו חכמים הנחה מרחיקת לכת נוספת, והיא שיתכן שהעובר שהה במעי אמו עד שנים עשר חודשים.. " (מובא מ: [ע"א 1354/92](#) [היועץ המשפטי נ' פלונית, פ"ד מח\(1\) בעמ' 737](#))

חזקה זו לטענתם של מ. וק. פועלת לטובתם, משהיו נשואים בזמן הורתה את מ. וא., בהליך המצומצם של מדרג הראיות, לא הצליח לסתור חזקה זו.

עוד ולטענתם של מ. וק.: לאור תיקון מס' 3 לחוק מינדע גנטי, ס' 28 ה, הרי שעל פי חוות דעתו של נשיא בית הדין הרבני הגדול עריכת בדיקה גנטית לבירור אבהות בנסיבות אלה, עלולה לגרום לפגיעה ממשית בקטינה, לעת נישואיה על פי דין ולפיכך קבע בחוות דעתו כי אין לערוך בדיקה גנטית.

וזו אף עמדתו של ב"כ היועץ המשפטי לממשלה.

מ. וק. באמצעות בא כוחם מפנים לפסיקתו של בית המשפט העליון בפרשנות אשר ניתנה על ידו לכוונת המחוקק לאחר תיקון מס' 3 (ס' 28 ה, ט.ס), בבע"מ 9638/08 פלונית נ' פלוני ואחר' (פורסם בנבו), וכך מפסקה ז':

"...פרשנות נושא זה צריכה לילך יד ביד עם הגישה הבסיסית של מניעתם ככל האפשר של מקרי ממזור. המחוקק היה ער לכך בחקקו במסגרת התיקון לחוק המידע הגנטי את סעיף 28ה, שכותרתו "צו לעריכת בדיקה בנסיבות של חשש לממזרות לפי דין תורה"..."

באשר לניתוח ההליך המצומצם של מדרג הראיות טוענים מ. וק. כי, על א. היה לשכנע את בית המשפט כי בנקודת הזמן בה התעברה מ. עם הקטינה, לא היה ק. בישראל ולפיכך אין הוא האב. אותו נטל לטענתם, לא הורם על ידו של א. וזאת לאור עדותו של זה אל מול עדותו של האחר.

לגרסתם של מ. וק. היה על א. להגיש ראיות טובות מטעמו לכך שק. לא היה בישראל בחודשים אוגוסט - אוקטובר 2003, וזאת לאור הצהרתו כי בעת ההיא היה מעורב ובקשר הדוק עם מ..

עוד ולטענתה של מ., אין וודאות מוחלטת למועד התעברותה, שהיה בין אוג' לאוק' 2003.

באשר לאי הצגת דרכו של ק. בגין תקופה זו, גרסתו היא כי נמצא אצלו רק הדרכון משנת 2004 ואילך, אשר ממנו ניתן להיווכח כי בשנה זו, כמו גם בשנת 2005, ו-2006 היו כניסותיו לישראל תכופות. מכל מקום, טוענים מ. וק. לעניין מהותי זה, כי העול והנטל להוכיח כי ק. לא היה בתקופה שבין המועדים להתעברותה של מ. בישראל ובכך יכול היה א. להציג את החריג לחזקה, לא הורמו על ידו, כך שאף לפי מדרג זה אין להצהיר על א. כאביה של מ..

את הסתירות העולות לגבי שינויי גרסאותיה של מ., סתירות העולות מניהול ההליכים, כתבי בי-דין תצהירים וטיועונים, מסביר בא כוחה בסיכומים מטעמה כדלקמן:

בתביעה הראשונה נעתרה ללחציו של א. להגשתה, מהטעם שביקשה לברר מי הוא אביה של בתה ומשנאמר לה, כי כל מטרתה של הבקשה היא להפניית הצדדים לבדיקת רקמות ראתה בכך את הדרך המהירה לבירור העובדה. עם תיקון התביעה הראשונה עת הפכה לנתבעת מהיותה תובעת יחד עם א., לא רואה היא כשינוי גרסה, מאחר ועל פי טענתה הנוחלת עד עתה, אינה יודעת בוודאות מי הוא אביה של הקטינה.

עוד מתייחסת האם לטענתו של א. על כי התביעה השנייה הוגשה כפיקציה ומטרתה (אם יוצהר כי ק. אבי הקטינה, ט.ס) לאפשר לה לצאת את הארץ לארה"ב עם הקטינה ובאין לו מעמד למעשה כהורה, ינותק הקשר שלו לתמיד עם הקטינה-לטענתו, ביתו.

האם שוללת טענה זו וטוענת כי רמת חייה כיום, יחד עם בנותיה, ממומנת ברוחב יד ולב על ידי ק., בעוד שא. אינו נושא במזונותיה של הקטינה, מרצונו. האם מוסיפה לעניין זה, כי א. מבקש לו זכויות של אב, ואינו דואג לרווחתה של הקטינה, בעוד שק. הרואה את הקטינה רק כאשר הוא מגיע בחופשותיו לישראל, דואג לרווחתה.

לטענתה של האם חוות הדעת של מכון שלם באשר לטובתה של הקטינה וקשריה עם "שניים הטוענים לאבהותם", אינה רלוונטית לצורך ההכרעה כאן, היא טוענת כי המסקנה העולה בתסקיר כי לקטינה קשר הדוק וטוב עם א. נובעת מסדרי הראיה המורחבים שבין השניים ומכאן הקשר הטוב. עוד היא טוענת, כי לא ניתן לקבוע מי הוא אביה של הקטינה על בסיס טיב היחסים והקשר בין א. לקטינה.

באשר לשאלה אם ק. הוא אכן אביה של הקטינה מדוע היא לא נרשמה מיד לאחר לידתה כביתו במשרד הפנים, משיבה האם כי ק. ניסה להירשם כאביה שלושה חודשים לאחר לידתה וסורב. הציטוט מעדותה של האם (עמ' 41 לפרוט') אינו משכנע, מה עוד שלא הובאה כל ראיה ממשית להסבר זה, אשר אין לו זכר לא בתביעה הראשונה, לא המתקנת ולא השנייה, או בכל מסמך אשר לו היה, היה מצורף על ידה.

לסיכום טענותיהם של מ. וק. והסעדים המבוקשים עותרים הם :

מסכת העובדות, והפרשנויות של א., איננה נכונה.

הכרעת בית המשפט צריכה להיות, בהצהרה מי הוא אביה של הקטינה, ואל לו לעסוק במסוגלות הורית.

א. לא הצליח להוכיח בראיותיו כי הוא אביה של הקטינה. מראיותיו עולה כי דווקא מ. וק. הוכיחו כי במועדים הרלוונטיים להורתה של הקטינה, שהה ק. בארץ, וקיים יחסים אינטימיים עם מ..

א. לא הצליח לסתור את החזקה המשפטית, "רוב הבעילות אחר הבעל", מאחר והאם העידה וטוענת כי יש לה ספק מי הוא אביה של ביתה, היה על א. לסתור חזקה זו, והוא לא הצליח לטענתה לעשות כן.

על בית המשפט לפעול על פי חוות דעתו של נשיא בית הדין הרבני הגדול, ועמדת ב"כ היועץ המשפטי לממשלה, ולהעמיד לנגד עיניו כשיקול מרכזי, את אי הפגיעה בכשרותה של הקטינה.

וכך בסעיף 36 לסיכומי בא כוחם של מ. וק.:

"בהתייחסות לנאמר בסוף הסיכומים של האפוטרופא לדין, יוער כי קביעה לאבהות צריכה להיות חד משמעית. אין זה לטובת הילדים (צ"ל: "הילדה" ט.ט.ס) להשאיר את התובע (א.ט.ט.ס) כגורם משמעותי בחייה כמין אב שני. זה יבלבל ויפגע בקטינה וגם במשפחתה הגרעינית. בנסיבות עניין (צ"ל: "העניין" ט.ט.ס) ניתן לקבוע תהליך ניתוק מהתובע שילווה בייעוץ מקצועי אך להעניק (כנראה שחסרה המילה "לא" ט.ט.ס) לו מעמד בחייה של הקטינה."

3.2 טענותיו של א.

קשריו עם מ. חודשו עם שובה לישראל בספטמבר 2002, כאשר בעת ההיא היא נושאת ברחמה את ביתו של ק..

מיחסיו עם מ., ולטענתו, נולדה הקטינה, מ., ב-... כשבעה חודשים לאחר שהתגרשה מק., כאשר זה האחרון הגיע יום קודם לגירושין, ב-... ולצורך ביצוע הגירושין.

בשל האמור לעיל לא ניתן היה לרשום את דבר אבהותו במשרד הפנים והוא ומ. הגישו בקשה משותפת לקביעת ורישומו של א. כאביה של מ. (התביעה הראשונה, ט.ט.ס).

עקב התערערות יחסייהם, והפרידה ביניהם, תוקנה התביעה הראשונה ומ. הפכה מתובעת יחד עימו, לנתבעת, ובד בבד, לטענתו של א., החלה מ. מטרפדת את הקשר בינו לבין הקטינה.

עוד ולטענתו, עם הגשת כ. הגנתה לתביעה הראשונה ולראשונה, ושלוש שנים לאחר הגשת התביעה הראשונה, העלתה מ. את טענתה כי ק. אביה של ד., הוא גם אביה של מ.-הקטינה בענייננו.

לטענתו, כל ההתנהלות מצידה של מ. וטענותיה הסותרות נובעות מרצונה ליצירת תנאים לניתוקה של הקטינה ממנו-אביה.

לטענתו אין לקשור בין הוראות החוק למידע גנטי ובענייננו לסעיף 28 שבו, לבין מדרג הראיות אשר נקבע בבר"ע (תא) 1364/04, שבו הדגש הושם על ההליכים המקדמיים/חלופיים לבדיקת רקמות, לצורך קביעת אבהות וכמו בענייננו.

לגרסתו ולעניין זה, דרך זו של מדרג הראיות עשויה לשלול את הצורך בעריכת בדיקת רקמות, הן מהטעם שאין הצדקה לבירור שאלת האבהות (שאין זה ענייננו, ט.ט.ס) ובין מאחר ואין צורך בעריכת בדיקת רקמות מאחר ומצויות בפני בית המשפט די ראיות לצורך ההכרעה.

התיקון לחוק מידע גנטי בו אוחזים מ. וק. לצורך אישוש טענותיהם כי יש לקבוע כי ק. הוא אבי הקטינה בא לטענתו של א. כדי להורות את האופן בו תבוצע ואם בכלל בדיקת הרקמות וזאת לאחר שבית המשפט הגיע לכלל מסקנה כי יש להורות על עריכת בדיקת רקמות במקרה שלפניו.

טענתו העיקרית של א. היא, כי בהעדר יכולתו של בית המשפט להצהיר על אבהותו לקטינה על סמך מתווה הראיות, הרי שיש להורות על בדיקת רקמות.

א. מפנה לדו"ח מכון שלם ומצביע על כי הוא דמות משמעותית בחייה של מ. וכי נתק ממנו (לאור כוונתה של האם להגר עימה לארצות הברית, לאחר שיוצהר ק. כאביה) יהווה פגיעה בלתי הפיכה בטובתה.

א. שב ומציין כי עד הגיעה של מ. לגיל שלוש שנים ומשלא נטען כי ק. הוא אביה, על ידי אמה, ומאחר והוא משחרר ינקותה עימה, הרי שהיא הפנימה את דמותו כאב וזו המציאות לתוכה גדלה.

עוד מוסיף א. וטוען, כי חוסר היציבות בקשר שבין ק. למ., התעלמותו של ק. ממ. כבתו, בשלוש שנות חייה הראשונות, אלה הם גורמים שיש ליתן להם משקל בקביעותו של בית המשפט בהתייחס להתפתחותה התקינה של מ..

באשר לשמיעת הראיות במתווה המצומצם, באשר לנסיבות הורתה של מ., מסיק א. וטוען, כי: מ. למרות שתיקנה את תצהירה התומך את תביעתה הראשונה אשר הוגשה יחד עם א. לא הכחישה את המערכת האינטימית שניהלה עם א. ממועד חזרתה לישראל (ספטמבר 2002) וכי זו הייתה המערכת האינטימית היחידה שניהלה עד התעברותה. מ. לא שינתה ולא תיקנה את הצהרתה כי א. הוא אביה של מ. (ס' 10 בימ"ש/5).

לטענתו של א. הוכח כי מ. לא התגרשה מק. ב- ... עקב תנאים שהציב לה כטענתה, אלא מאחר ונישואיה לק. נועדו מלכתחילה לכישלון.

לגרסתו של א., משנודע לק. כי מ. נמצאת בתחילת הריונה מא., היה הוא זה שפעל במהירות לסיומם של הנישואים הפורמאליים.

א. מציין כי מהראיות עולה שהוא ליווה את מ. בעת הריונה, הגעתו לבית הוריה שם שהתה בעת ההיא, שהה עמה בבית החולים בעת לידת מ., ועד לעצם היום הזה שותף לגידולה עם הסדרי ראייה מורחבים כולל לינות.

א. מצביע כי אכן ק. הגיע לארץ, לאחר לידתה של מ. ואולם לטענתו כדי לסייע עם ד., בתו מנישואיו למ..

לו אכן היה ק. אביה של מ. היה וודאי מנצל את שהותו בישראל לאחר לידתה של מ., כדי להירשם במשרד הפנים כאביה וזאת לא עשה. לטענתו של א., מאחר והוא אינו אביה. טענתו זו הועלתה מטעמי סיוע למ., במלאת למ. שלוש שנים, כאשר הוא ומ. היו בסכסוך ומ. נישאה לק. בשנית והאינטרס המשותף של שניהם ליטול עמם את מ., לנתקה ממנו ולעבור ולהתגורר בארה"ב.

באשר לראיות אשר התקבצו לגרסתו, מתוך ההליך המצומצם של שמיעת הראיות, שם א. דגש על כי ק. "כבש ראיותיו" כאשר לא הציג את דרכו משנת 2003, בטענה כי הוא לא מצא אותו וכי החליף דרכונים מאז, בשל נסיעותיו המרובות מארה"ב לישראל. לעומת ק., שלא הציג מסמך ממשרד הפנים למילוי פרטים, שהתקבל בבית החולים שם נולדה מ., הציג א. טופס משרד הפנים שהתקבל בבית החולים עם הולדתה של מ., כאשר לעת ההיא המקום של "האב" נותר ריק. (ראה: בימ/ש 8).

לטענתו של א., מהעדויות ניתן לקבוע כי הוכח במידה הנדרשת במשפט האזרחי כי הוא אביה של הקטינה.

3.3 עמדת האפוטרופא לדין של הקטינה:

כאשר מונתה כאפוטרופא לקטינה מציינת היא, עמדו בפני בית המשפט שתי התביעות מטעם שניים הטוענים להיות אבי הקטינה - מ..

כמו כן עמדו בפני בית המשפט תסקירי פקידת הסעד לסדרי דין באשר לטובתה ומצבה של הקטינה וחוות דעת מקיפה של מכון שלם.

האפוטרופא מדגישה כי באם תתקבל עמדתו של א. וראיותיו כי הוא אביה של הקטינה, עלול הדבר להביא לממזורה. היה ויוצהר כי ק. אביה ולאור הודעתה של האם כי בכוונתה לעזוב את ישראל עמו ועם הבנות, הרי שללא מעמד לא., כאביה, תנותק היא ממנו.

בעת הזו, מציינת האפוטרופא מכירה הקטינה שני אבות, כאשר א. קרוב ומוכר לה יותר, הוא לידה והיא מתראה עימו ברציפות ובסדרי ראייה מורחבים, בעוד שעם ק., שגם בו היא רואה-אב, בשל המרחק הגיאוגרפי, הקשר שונה ואחר.

עוד מציינת היא, כי גם מדרג הראיות המצומצם לא הביא לקביעה וודאית באשר לזהותו של האב ולפיכך בזאת היא מסכמת את עמדתה:

"לאור הצהרותיהם הן של האם והן של ק., כמו גם עמידה על הצהרות אלה בעדותם בעת החקירות בהוכחות, הרי שהאפשרות שק. הוא האב שרירה וקיימת.

הצהרותיו ועדותו כי הגיע לארץ, בצירוף היותו נשוי לאם בזמן הורתה של מ. ובתחילת חודשי ההיריון-כמו גם הצהרותיה של האם ועדותה שקיימה יחסים עם בעלה ק. בתקופה הרלבנטית, בצירוף כל הניתוח המפורט לעיל-מביאות לכך.

עם זאת, חשוב לציין כי- גם אם בית המשפט יכריע לבסוף כי ק. יירשם כאב- גם אז ולטובת הקטינה חשוב מאד לשמור על הקשר של מ. עם ה. (א.ט.ס) קשר חשוב עבורה שמהווה חלק ממציאות חייה".

3.4 עמדת ב"כ היועץ המשפטי לממשלה (פמת"א):

אשר לוותה בחוות דעתו של נשיא בית הדין הרבני הגדול: במענה לחשש הממזרות ולתביעות הסותרות לאבהות, טענה (בנוסף להתנגדות לביצוע הבדיקה) כי ק. למעשה לא טען מעולם שמ. אינה בתו, הוא הגיע לישראל גם במהלך ההיריון עם מ. גם ללידה וגם לאחריה. לטענתה, יש להחיל את החזקה של דין יקיר ומשחזקה זו לא נסתרה הרי יש לקבוע כי ק. הוא אביה של מ..

3.5 עמדת ב"כ היועץ המשפטי לממשלה (רווחה):

אין חולק כי בעת הורתה של מ. הייתה אימה נשואה לק. (בפעם הראשונה, ט.ס). מאחר והאם וק. מצהירים כי מ. בתו של ק. ולאור החזקות המוכרות בדין העברי לרבות זו: "רוב בעילות אחר הבעל", חזקה אשר כמעט ואינה ניתנת לסתירה-ובעיקר לנוכח טענת האם וזו של ק. כי נפגשו במהלך ביקוריו בישראל, הרי שהיא סבורה כי יש להצהיר כי ק. הוא אביה של הקטינה ולהורות כי ירשם ככזה, במשרד הפנים.

4. המתווה:

ההכרעה בפסק דין זה תהיה כפופה לתיקון מס' 3 לחוק מידע גנטי, אשר תהייה לו השפעה על דרכי הבדיקה בנסיבות המורכבות של מקרה זה, כדי לקבוע מי הוא אביה של הקטינה. אולם קודם לבחינת הדין והיישום לענייננו, כמו גם בחינת טובת הקטינה ומשמעות טובתה לעניין ההכרעה, נתעכב על מושגי יסוד המצריכים להבנת המתווה.

אקדים ואומר כי ענייני אבהות אינם כלולים בין ענייני המעמד האישי שיש לדונם לפי הדין הדתי (ראה: ע"א 26/51 קוטיק נ' וולפסון, פ"ד ה', 1341, בעמ' 1345).

4.1 ממזר מיהו?

על פי ההלכה היהודית, ממזר הוא מי שנולד לאיש ואישה יהודים, שחיי- האישות ביניהם הם בבחינת ערווה-מן-התורה, חייבי כריתות או מיתה. מסיבה זו, נישואין שיערכו ביניהם לא יתפסו.

הממזר נולד מתוך עבירה על איסור-הערווה שחל על הוריו: בלשון המשנה: "אין לה עליו קידושין, אבל יש לה על אחרים קידושין" (יבמות, מה, ב.). הכוונה בממזר הראשון באילן-זה שאף אחד מהוריו לא היה ממזר, שכן הממזרות עוברת "בירושה", הן מהאב והן מהאם. הוולד הולך אחר ההורה ה"פגום" וממזרת או ממזר שילדו ליהודי "כשר" - בנם או בתם יהיו גם הם ממזרים, וכך למשך עשרה דורות.

מקור האיסור מצוי בתורה: "לא יבוא ממזר בקהל ה', גם דור עשירי לא יבוא בקהל ה'" (דברים, כג, ג). על פי פירוש רש"י הכוונה היא שלממזר אסור לשאת אישה יהודייה ונישואי ממזר או ממזרת אסורים לבן או לבת ישראל. (קידושין, סט, א). איסור זה חל ונמשך גם לגבי ילדי ממזרים, נכדיהם, בני ונכדי נכדיהם וכן הלאה, כאמור, עד דור עשירי.

ולעניין זה נוסף שני מושגים: שתוקי, ואסופי וההבדל ביניהם לבין הממזר בדין היהודי: התלמוד אומר: "שתוקי" - כל שהוא מכיר את אמו ואינו מכיר את אביו. "אסופי" - כל שנאסף מן השוק ואינו מכיר לא את אביו ולא את אמו.

בעוד שממזר-ודאי רשאי לשאת לאישה רק ממזרת-ודאית או גיורת, הרי שספק ממזר, שתוקי ואסופי, אסור להם לשאת בת-ישראל כשרה ואף לא ממזרת וודאית.

המגמה בהלכה היהודית היא לצמצם ככל האפשר מצבים בהם יוכרז ילד ממזר, וכפי שפסק השופט אלון בע"א 548/78 אלמונית נ' פלוני, פ"ד לה (1) 736 בעמ' 748:

"...משפחה שנתערב בה פסול ואינו ידוע לרבים, כיוון שנטמעה נטמעה. והיודע פיסולה אינו רשאי לגלות אלא יניחנה בחזקת כשרות, שכל המשפחה שנטמעה בישראל כשרים לעתיד לבוא..."

4.2 רוב בעילות אחר בעל:

מבחינה האבהות הרגילים תקפים על פי ההלכה היהודית באשר לילד מהפנויה. הם מוחמרים במקרה שילד נולד לאשת איש כתוצאה מקיום יחסי אישות עם מי שאינו בעלה. באשר לזוג נשוי, נקבע היחס שבין האב לבנו ב"דין רוב", דהיינו על סמך ההנחה ש"רוב בעילות אחר בעל". (חולין, יא, ב), או ב"דין חזקה", על סמך החזקה שהוא אביו (קידושין, ד, ח). החזקה מכשירה את הילד. החזקה הופכת את הבן כבן חוקי של בעל האם, ואזי לא יוכרז כממזר.

חזקה זו ניתנת לסתירה במקרים מסוימים. אם הילד נולד למשל תוך פחות מעשרה חודשים מאז נעדר הבעל, החזקה תופעל, ולא תיפגם כשרות הילד. להבדיל, כאשר הילד נולד למעלה משנים עשר חודשים מאז נעדר הבעל, וכשמדובר בהיעדרות רצופה בהם לא היו הבעל והאישה בקירבה, - תיסתר החזקה.

5. מאחר ותוקן חוק המידע הגנטי לאחר שבפני ניצבו שני האבות, זה טוען: "שלי" זה טוען: "שלי", איני רואה מקום להתייחס למתווה המשפטי וההלכות אשר נהגו קודם לתיקון מס' 3, באשר להיזקקות לעריכת בדיקת רקמות הן לשלילת אבהות והן לקביעתה, בנסיבות מקרה זה ונסיבותיו.

כדי שתובן השלילה בחוות דעתו של נשיא בית הדין הרבני הגדול, לעריכת בדיקת רקמות בנסיבות ענייננו, להלן תובאנה הוראות החוק:

28ד:

"(א) בכפוף להוראות סעיף 28ה, הייתה אמו של חסוי או פסול דין רשומה במרשם האוכלוסין, על פי חוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965, כמי שהיתה נשואה, בתוך 300 ימים שלפני יום לידת הקטין, החסוי או פסול הדין, לאדם שממצאי הבדיקה עלולים לשלול את אבהותו או לקבוע את אבהותו של אדם זולתו או היה אדם רשום במרשם כאמור כאביו של קטין, חסוי או פסול דין 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..

(ב) בבוא בית המשפט להורות על עריכת בדיקה לפי סעיף קטן (א), יביא בחשבון, 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.

28 ה. (א) (1) ראה בית המשפט, בעצמו או לפי טענתו של בעל דין, ולאחר ששמע את עמדת היועץ המשפטי לממשלה או בא כוחו בעניין, כי ממצאי הבדיקה עלולים לפגוע בכשרותו לפי דין תורה לנישואין של קטין, חסוי, לרבות חסוי שהוא עובר, או פסול דין, 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 הבדיקה: הפנייה תיעשה בלא ציון שמות ופרטים מזהים:...

- (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, חסוי, לרבות חסוי שהוא עובר, או פסול דין, כאמור בפסקה (1), 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.

(ב) ראה בית המשפט כי ממצאי הבדיקה עלולים לפגוע בכשרותו לפי דין תורה לנישואין של בגיר, עקב חשש לממזרות לפי דין תורה, וכי אין דרך לערוך את הבדיקה באופן שימנע את הפגיעה, לא יורה על עריכת הבדיקה אלא לאחר שהפנה את בעלי הדין ליחידת הסיוע לשם קבלת הסבר בדבר המשמעות של עריכת הבדיקה, לגביו ולגבי קרוביו: "...".

המחוקק אמר את דברו ואכן בענייננו נערכה פנייה כנדרש בחוק, לנשיא בית הדין הרבני הגדול, כב' הרב עמאר, אשר שלל את האפשרות להפנות את הצדדים (או חלקם, ט.ס) לערוך בדיקת רקמות, מחשש לפגיעה בכשרותה של הקטינה להינשא בבגרותה, על פי דין, לה ולעשרה דורות אחריה, לצאצאיה.

לקביעתו של נשיא בית הדין הרבני הגדול, הצטרף ב"כ היועץ המשפטי, ובהתאם להוראות החוק, משלא ניטען על קיומן של נסיבות מיוחדות כמפורט בס' 28ה. א) (4) ("יש צורך בעריכת הבדיקה לשם מניעת סכנה לחיי אדם או נכות חמורה בלתי הפיכה לאדם") לשם שמירת טובתה של הקטינה, לא ניתן להפנות את הצדדים לעריכת בדיקת רקמות, לצורך קביעת זהות האב הביולוגי של הקטינה.

נכון הוא, כי בתי הדין הרבניים נמנעים בכל דרך אפשרית מלממזר ילדים, גם כאשר מונחת בפניהם תוצאת בדיקה מדעית הקובעת את זהות האב המסוים (או שוללת זאת) וראה למשל פסק דין שניתן בתיק מא/866 (אשדוד) פד"ר י"א עמ' 51, על ידי הרב ש. דיכובסקי, אשר קבע כי לצורך הכרזה שכזו, יש צורך בוודאות של מאה אחוזים, בעוד שתוצאת בדיקה גנטית להורות אף פעם אינה נקבעת על-פי ממצא של 100%, אלא של 99.99% לכל היותר. אולם, לאחר תיקון מס' 3 נסיבות ענייננו אינן מותרות שיקול דעת לבית המשפט.

טובתה וזכותה של הקטינה כי יוצהר מי הוא אביה:

.6

אין לך הליך בעניין קטין שבו כעקרון על, לא תיבחן טובתו. הפסיקה שבה ותררה אחר ההגדרה הממצה של מה היא טובה זו, מה היקפה ומה המשקל שיש ליתן על פי נסיבותיו של כל מקרה ומקרה.

במתווה בו אנו מצויים, אנסה להביא בתמצית את ההלכה הפסוקה ולאחר מכן אפנה לנסיבות המורכבות בענייננו, כאשר הבדיקה באמצעות "הראיה הטובה ביותר" (עריכת בדיקת רקמות, ט.ס) נמנעת, מכוח חוק המידע הגנטי וכמבואר לעיל.

6.1 זכותו הטבעית של כל ילד וילדה, לרבות אלה שנולדו לאם נשואה, היא "שיידעו מי הוא אביהם-מולידם", "את מי יאהב ואת מי ישטום, את מי יחבק ואל מי יפנה גב..." (ע"א 3077/90 פלונית נ' פלוני פ"ד מט(2) עמ' 578).

6.2 "עקרונית מוטב שילד יכיר את זהותו האמיתית של אביו" (ע"א 4427/92 דוד נ' פלוני, פ"ד מט(2) 57, עמ' 59).

6.3. "נימים גנטיים וביולוגיים של אופי, של רגש, של אישיות" הקושרים את הילד להוריו הביולוגיים (דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד נ(1) 48).

6.4. זכותו של הקטין להיות מוחזק בידי הורה, לאהוב ולהיות נאהב על ידי ההורה (ע"א 379/94 פלוני נ' פלונית, פ"ד נ(3) 133).

6.5. דברי הש' (כתוארה אז) בייניש בע"א 7155/96 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא (1) 160 בעמ' 173:

"ההורות היא בעלת תוכן ומשמעות במילוי צרכים מעשיים-פיזיים ונפשיים-של כל המעורבים, בין אם מדובר בהורים ביולוגיים, ובין אם בהורים מאמצים, גם לאחר התבגרותו של הילד".

ובעמ' 175:

"במיוחד נכון הדבר כשמדובר בשאיפתו של אדם להגשים את אישיותו, ולתת ביטוי לרצונותיו בכל הנוגע למוצאו, למשפחתו, לרגשותיו כלפי אלה ולמבוקשו לתת להם ביטוי גלוי. בעידן בו "כבוד האדם" הינו זכות יסוד חוקתית מוגנת יש ליתן תוקף לשאיפתו של אדם להגשים את הווייתו האישית, ומטעם זה יש לכבד את רצונו להשתייך לתא המשפחתי שהוא רואה עצמו חלק ממנו."

וכן מדברי הש' (כתוארה אז) בייניש בע"א 5942/92 פלוני נ' אלמוני ואחר' פ"ד מח(3) 837:

"אף הוריו וילדו של אדם הם חלק מאישיותו, חלק מ"אני" האישי, המשפחתי והחברתי שלו, אולי יותר משמו. אמנם זהות הוריו אינה דבר הניתן לבחירתו וקביעתו של אדם, אולם התייחסותו של אדם לזולתו כאל בנו-בתו, או התייחסות הבן-הבת לאדם כאל הורה, מבטאת את אישיותו, רגשותיו וחובותיו במישור האתי-מוסרי: בנסיבות ממתאימות יהיה זה מוצדק לתת ביטוי ליחס זה גם בהיבט המשפטי. במקרים המיוחדים בהם נסיבות חייו של אדם יצרו בינו לבין זולתו קשר שכמוהו קשר הורי, והוא קשר אמיתי וכן-ראוי כי תישמר ותכובד חירותו למסד קשר כזה כחלק מכבוד האדם לו הוא זכאי. לא יחא זה מוגזם לומר, כי ראוי רצון זה לכיבוד לא פחות ואולי יותר מאשר חירותו המוכרת לכל התקשרות הסכמית ורצונית אחרת, ובלבד שלא יהיה בכך כדי לפגוע באדם אחר, ..."

6.6. הש' ברק (כתוארו אז) בע"א 577/83 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית פ"ד לח (1) 461:

"הקטין יגדל במשפחה חד-הורית. תחסר לו בחייו דמותו של אב, החשובה להתפתחותו של הקטין. הילד עצמו עשוי לשאול מיהו אביו, והתשובה לא תהא פשוטה לגביו."

6.7. הש' (כתוארו אז) ח. פורת בתמ"א (ת"א) 3206/94 סושרד נ' כ"ץ (לא פורסם), בתביעת האבהות של הקטינה:

"הפתרון הביולוגי להגדרת האבהות אחוז בהנחה שיש משמעות פסיכולוגית וחברתית עמוקה לעצם הקרבה הטבעית... אין לפקפק אפוא בזכות, באינטרס ובעניין שיש לתובעת מבחינה משפטית להם ניתן להוסיף את ההיבטים החברתיים ובעיקר הפסיכולוגיים: החשיבות שבחשיפת השורשים, קביעת הזהות העצמית, הזכות להציג בציבור את זהות האב והייחוס המשפחתי, הדימוי העצמי ושאר השלכות, ואפילו מידע על מחלות גנטיות ותורשתיות אשר בכולן אינטרס לגיטימי בתביעת אבהות."

גם האמנה בדבר זכויות הילד שאושרה בישראל בשנת 1991, מכירה בעיקרון של טובת הילד ורואה בו שיקול ראשוני, וכאמור בסעיף 3 שלה:

"בכל הפעולות הנוגעות לילדים, בין אם ננקטו בידי מוסדות רווחה סוציאלית ציבוריים או פרטיים ובין בידי בתי-משפט, רשויות-מנהל או גופים תחיקתיים, תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה..."

ככלל, הפיכתה של "טובת הילד" לעיקרון שהוא ראש וראשון במעלה, מבטאת את התפיסה לפיה הילד איננו בבחינת "חפץ" יש לו מעמד, רצונות, וזכויות.

והיטיב לבטא את הקושי בקביעה "מה היא טובתו של הילד" בצורך של בית המשפט-לפסוק ולהכריע, הש' חיים כהן, בהקדמה לספרו של י. רונן שיתוף הילד בקביעת משמורתו (תשנ"ז):

"שאלת טובתו של ילד שונה מכל שאלה אחרת הבאה לפני המשפט: אין היא שאלה שבעובדה, שהרי "הטובה" הנדונה היא טובת הילד לעתיד-לבוא: ואין היא שאלה שבדין. שהרי שום דין אינו קובע לה מסגרות...למעשה טובת הילד היא עניין לנבואה, ואין השופטים בנביאים. על כן ההכרעות על גורל ילדים קטנים הן הקשות והמעיקות ביותר אשר שופטים נדרשים להן".

וזה אף המצב בענייננו.

בדיקת טובתה של מ. נערכה בכפוף לנסיבות חייה, כאשר בשלוש שנות חייה הראשונות הייתה לה אם אחת, ואב אחד-א..

מתוך תסקיר שירותי הרווחה מחלקת עבר הירקון (27.8.07) ועוד קודם להגשת התביעה השנייה, דהיינו: טענתו של ק. כי הוא אביה של מ., מדווח:

"7. בתוך קונפליקט מורכב זה שני ההורים מצהירים ומסכימים על קשר ממושך שהיה ביניהם, שכלל תקופות מגורים משותפים בין א. לשתי הבנות ד. ומ. התקיים קשר. במסגרת קשר זה טוען א. שהוכר מקומו היחיד והמובחן כאביה של מ. וכך גם תיפקד".

במסגרת תסקיר זה הומלצו סדרי ראיה נרחבים בין הקטינה לא., לרבות לינת אמצע שבוע אצלו.

עם הגשת התביעה השנייה ולאחר ש"הופיע" אב נוסף בחייה של הקטינה, החלו שיבושים מצידה של האם בסדרי הראיה בין הקטינה לא..

ב- 4.1.09, הוגש דו"ח מקיף מטעם מכון שלם.

כמצוין בדו"ח נערכו אבחונים לאם, לק., לא., ולקטינה.

האינטגרציה של הבדיקות השונות, וכתובת חוות הדעת המסכמת נעשו על ידי הפסיכולוג ד"ר מרדכי שרי.

במסגרת פרק זה, בפסק הדין, יובאו הקביעות, וההמלצות הקשורות בטובתה של הקטינה, מצבה, תפישת המציאות שלה, ועל מנת שאלה ישתלבו בהכרעת הדין.

וכך בעמ' 15 לדו"ח:

"מהתכנים שהעלתה מ. ניתן להתרשם שהיא חשה חוסר ביטחון ביחס למצב המשפחתי בו היא מצויה וחווה בלבול ועצב בעקבותיו."

ובהמשך:

"... נראה שהיא חשה מאוימת מהמאבק המתנהל סביבה, מאבק שאינו מובן לה וששייך ל"מבוגרים"... מ. נשארת רק לכאורה מחוץ למאבק, כשלמעשה היא חווה אותו בעוצמה, ונותרת עם תחושות של בדידות, חוסר אוניס וחרדה."

בעמ' 16 לחוות הדעת:

"לאור רמת החרדה שהיא מציגה, חשוב לספק למ. תמיכה ועזרה רגשית בהבנת הסיטואציה המשפחתית המורכבת שבה היא חיה, ובעיבוד הרגשות המורכבים שהיא מעלה."

באשר למערכת היחסים בין הקטינה לק., ומעמ' 47 לחוות הדעת:

"ד"ר ק. מצטייר כאדם בעל סגנון התמודדות שאיננו מגובש דיו. כוחותיו הרגשיים מצומצמים יחסית ויכולתו להתמודד עם מצבי לחץ מתוך תחושה של קומפוטנטיות וביטחון-נמוכה מן המצופה... יכולתו ההורית סבירה, אם כי במצבי לחץ רגשיים נראה ירידה באיכות התמודדותו עם נטייה להימנעות."

ובהמשך:

"באינטראקציה עם הקטינה מ. נראתה נינוחה ובוטוחה בחברתו, יזמה קשר פיזי ומילולי עימו ופנתה אליו בשם "אבא". ד"ר ק. מצדו היה קשוב סבלני וסובלני כלפי מ. וגילה גמישות ונכונות להתאים עצמו אליה. בחלק מסוים באינטראקציה לא זרמה התקשורת בינו ובין מ., ייתכן כי בחלק זה בא לידי ביטוי חוסר הרצף בקשר שבין לבין מ."

באשר למערכת היחסים בין הקטינה לא, בעמ' 35 לחוות הדעת:

"מ. פוגשת את א. במסדרון, לאחר פגישה עם האם. צוהלת ומקפצת-אבא חיכיתי לך!"

ובהמשך בעמ' 39:

"...מ. שמחה למפגש עם א. ויצרה עמו קשר באורח מהיר ונוח. א. היה קשוב לרצונותיה של מ., שיתף פעולה עם המשחק שלה, תוך שמחד, נענה לדרישותיה ומאידך השתדל לשמור על אווירה ידידותית ולרסן את המשחק האגרסיבי שיצרה... לאורך כל האינטראקציה ניכר כי א. מהווה עבור מ. דמות מובחנת ומשמעותית"

בפרק הסיכום, אותו יש להביא כלשונו, עולה הקושי הרגשי הקשה של הקטינה, באי הוודאות, הצורך בקביעת זהות אביה:

"לקטינה קשר מובחן ומשמעותי עם שלושת הדמויות ההוריות בחייה.

הקטינה נמצאת כיום במצב של חוסר אוניס, תחושת בדידות וחרדה. יש לעשות הכל על מנת להכניס גורמי וודאות בחייה.

הטוען לאבהות מר ה. (א, ט, ס) מצטייר כמוכן לקבל אחריות על הקטינה בכל המובנים (הן כהורה משמורן והן כהורה שאינו משמורן).

שינוי העמדות של האם ביחס לבדיקת האבהות אינם מבשרים טובות ביחס ליכולת האם לנהל את עצמה, לא כל שכן את ביתה במצבי אי וודאות ובמצב בו קיים "סוד" בתוך המערך המשפחתי.

הקשר הזוגי בין ד"ר ק. והאם לוקה בכל הקשור להתייחסות לאירועי העבר וביכולת להפיק מהם לקחים. דבר זה עלול לנבא חוסר יציבות בקשר זה בהמשך.

במידה ותידחה תביעתו של מר ה. (א, ט, ס) לעצם קביעת האבהות סביר להניח כי ינותק הקשר בינו ובין הקטינה, דבר העלול להוות פגיעה בלתי הפיכה עבורה. יש לזכור את כוונת האם להגר לארה"ב עם תום ההליך המשפטי. ללא קביעת האבהות לא יעמוד כל מכשול בפניה של האם לניתוק הקטינה ממר ה. הטוען לאבהות.

נושא החשש מממזור תלוי ועומד. עם זאת בהשוואה בין נזק עתידי כתוצאה מממזור... ובין נזק רגשי מיידי הכרוך בפרידה ממר ה. (א, ט, ס) היעלמותו מחייה וחוסר הוודאות שילווה אותה-אין לנו ספק כי יש לקחת בחשבון בראש ובראשונה את הנזק הוודאי בהשארת המצב של חוסר הוודאות.

הדבר המשמעותי ביותר הוא הצורך "לעשות סדר" בעולמה של הקטינה ולהשתית את הסדר הזה על נתונים מציאותיים. האופן בו מתמודד הזוג ק. בטיפול במצבי משבר אינו מבשר טובות ביחס ליכולתם לגדל ולשקם את מצבה הרגשי של ביתם בצל חוסר וודאות".

הנושא המשמעותי העולה מניתוח מצבה של הקטינה, מחוות הדעת, הוא אי הוודאות תוך מעורבותה בהליך המשפטי וכי הצורך הקם בהכרעה מורכב משני יסודות עיקריים: הנזק הנפשי בו מצויה הקטינה, מהעובדה כי שני אבות טוענים לאבהותם. הצהרתה של האם, על כוונתה לנתק את הקטינה מא, באם לא יוצהר כאביה של מ, ולצאת עימה ועם ביתה ד. לארה"ב ובכך תיגרם לקטינה "פגיעה בלתי הפיכה".

7. מדרג הראיות - המצומצם:

כפי שבואר, נערך הליך של מדרג ראיות מצומצם, כאשר האם, א. וק. נחקרו על תצהיריהם, באשר לנסיבות הורתה של הקטינה.

טענתו העיקרית של א. היא כי טענתה של האם בדבר היותו של ק. אביה של הקטינה-אינה נכונה וכי "צצה לה" כאשר הוא והיא היו בעיצומו של סכסוך ורק לאחר שלוש שנים בהן כלל לא עלתה טענה מפתיעה זו.

לגרסתו, מ. הגיעה לישראל בחודשי הריונה הראשונים עם ד. ולאחר מספר חודשים של נישואין לק., כאשר עזבה אותו בארה"ב ללא כוונה לשוב.

הקשר הרומנטי בינו לבין מ., שב והתהווה באותה תקופה ובין החודשים ספטמבר- אוקטובר 2003, הרתה את בתם מ..

לטענתו, ק. לא הגיע לארץ בכל אותם חודשים רבים, קודם הורתה של הקטינה ולראיה מצביע הוא על נספח ב' אשר צורף לתביעה הראשונה אשר הוגשה על ידו ביחד עם מ. ומפרוטוקול בית הדין הרבני, שם צוין כי מ. וק. הצהירו בפני בית הדין כי לא שהו ביחד מזה שנה וחצי (פרוטוקול ה- 30.11.03).

לגרסתו, כאשר התחוויר לו ולמ. שהיא בהריון, מ. פעלה נמרצות להביא לגירושיה הפורמאליים בינה לבין ק. ואכן ב-...הוא הגיע לישראל וב-... מ. וק. התגרשו בג"פ.

לגרסתו של ק., הוא המשיך והגיע לישראל, גם לאחר שמ. חזרה לישראל, ילדה כאן את בתם ד. ועד לידתה של מ. וגם לאחר מכן.

ק. טען, כי בביקוריו בארץ המשיך לקיים יחסי אישות עם מ., וכי ידע על קשריה עם א..

ק. לא הצליח להסביר כיצד טענתו בדבר אבהותו עלתה לראשונה בהיות מ. בת שלוש שנים וזאת בסמוך לנישואיו השניים לאמה. כן לא הציג את דרכונו משנת 2003, או לחילופין מסמך המעיד על כניסתו לישראל במהלך שנת 2003, בסמוך למועדי התעברותה של מ. עם הקטינה.

בנוסף, לא הצליח לאשש את הטענה כי בסמוך לאחר מועד לידתה של מ., התייצב במשרד הפנים לרשום אותה כביתו ולא נענה.

עדותה של מ. הייתה בלתי קוהרנטית, ולא תאמה את התנהלותה "הדיונית", לרבות ובמיוחד התביעה הראשונה אל מול התביעה המתקנת, התצהירים, התביעה השנייה, ולבסוף- החקירה, בחודש יולי 2010.

ממדרג הראיות המצומצם עלתה התמונה המורכבת, העובדתית, הבאה:

מ. הייתה נחושה להיפרד מק. עם הגעתה לישראל בספטמבר 2002, כשהיא בחודשי הריונה ההתחלתיים עם בתם המשותפת.

בקיץ 2003 בסמוך להתעברותה עם מ. הקטינה נשוא ענייננו, לא היה כל קשר בין מ. לק.. לא הייתה כל בעיה לק. להוכיח את טענתו הכל-כך מהותית על ביקוריו התכופים בישראל במהלך שנת 2003 ובעיקר בסמוך לחודשי התעברותה של מ. עם מ.. ויאמר כאן- הנטל להוכיח את טענתם והצהרתם בתביעה השנייה ובתצהירים של מ. וק. לעניין זה, היה מוטל על ק., לאור כי עתירתו להצהיר כי הוא אביה של הקטינה, הגיעה בשיהוי ניכר ולראשונה במלאת לקטינה שלוש שנים, כאשר זו לא נשמעה קודם לכן ורק בעיצומו של הסכסוך בין מ. וא. ועם גיבוש החלטתו והחלטתה של מ. להינשא בשנית.

משלא הרים ק. נטל זה ולאור טענתו אותה קשה לקבל כי לאור חידוש והחלפת דרכונו, מציג הוא את דרכונו החל משנת 2004, ולאחר שהקטינה נולדה, יש לראותו "ככובש ראיותיו", ובענייננו יש לכך משמעות רבה, עד כדי קביעה במסגרת המכלול כי על פי דרישת רמת ההוכחה הנדרשת במשפט האזרחי (51%) הוכח כי למעשה התקיים החרג של "רוב הבעילות אחר הבעל".

יחד עם זאת, לא הוכח במדרג זה, ולא יכול היה להיות מוכח, לצורך קביעה פוזיטיבית, באותה רמת וודאות המתקרבת לתוצאות בדיקה גנטית, מי מבין השניים, הוא אביה הביולוגי של מ..

8. הורה פסיכולוגי-במאובחן מהורה ביולוגי

המקור החוקי היכול להוות בסיס להכרה בהורה פסיכולוגי, אותו הורה המהווה דמות משמעותית לקטין, הדואג, המטפל, המחנך ואליו קשור הקטין, אף כי לא ניתן לקבוע בוודאות כי הוא בנו הביולוגי, הוא סעיף 68(א), בפרק הרביעי, [לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות](#) התשכ"ב 1962 (להלן: "חוק הכשרות המשפטית")

וזה נוסחו:

"68 (א) בית המשפט רשאי, בכל עת, לבקשת היועץ המשפטי לממשלה או בא כוחו או לבקשת צד מעוניין ואף מיוזמתו הוא, לנקוט אמצעים זמניים או קבועים הנראים לו לשמירת ענינו של קטין, של פסול דין ושל חסוי, אם על ידי מינוי אפוטרופוס זמני או אפוטרופוס-לדין, ואם בדרך אחרת..."

בפסיקה, ובעיקר כאשר בית המשפט העליון עמד אל מול ההכרעה בתיקי אימוץ, בהיבט טובתו של הקטין, אשר שהה אצל משפחות המיועדות לאימוצו, נעשה שימוש במושג של "הורים פסיכולוגיים"

וכך לדוגמא:

8.1 [בע"א 577/83 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית פ"ד לח\(1\)](#), 461, אמר בית המשפט העליון:

"ניתוקו של קטין מהוריו הפסיכולוגיים והעברתו להוריו הטבעיים, גורמים לו בנסיבות אלה נזק."

8.2 [בדנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד נ\(1\)](#), 48, כמובא מספרם של המלומדים פרויד וסולניץ on the best interest of the child:

"התקופה שלאחריה אין לנתק ילד מהוריו הפסיכולוגיים ולהחזירו להוריו הטבעיים היא 12 חודשים."

8.3 [בע"א 4798/95 פלונים נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד נ\(3\)](#), 195, אמר בית המשפט העליון:

"הרציו הנחוץ הוא שימשיך לגדול אצל המגדלים אותו, שהם הוריו הפסיכולוגיים לכל דבר."

8.4 [בעמ 377/05 פלונית ופלונת ההורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגיים](#) (פורסם בנבו) בית המשפט העליון משיב לשאלה כיצד ישפיע על הקטין ניתוקו מ"הוריו הפסיכולוגיים".

8.5 [בעמ 9752/08 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה](#) (פורסם בנבו) אומר בית המשפט העליון על המיועדות לאמץ את הקטין: "המבקשת היא ההורה הפסיכולוגי, ה"אמיתי" "אמא בפועל" של הקטין.

8.6. בפרשת: MIDDETON.V.JOHNSON and HOLLINGTON.-4108, אשר נדונה

בדרום קרולינה בשתי ערכאות, כך היה סיפור המעשה:

אדם מסוים פנה לבית משפט לענייני משפחה בדרום קרולינה ארה"ב לאחר שנקשרה נפשו בקטין אשר היו לו יחסי קרבה עם אמו, ועתר להמשך הקשר עם הקטין, לאחר שנפרד מאמו. עתירתו נדחתה.

בית המשפט לערעורים קיבל את ערעורו, בקובעו, כי המערער הינו אביו הפסיכולוגי של הקטין: "parent" psychological, וכך הסביר בית המשפט שם את פסיקתו: במשך עשר שנים, שנותיו הראשונות של הקטין דאג לו האב הפסיכולוגי, הביא אותו לבית הספר, שהה עימו רבות, תמך בו, וזאת למרות שבשלב מוקדם בבדיקת ד.נ.א הוברר כי אינו אביו הביולוגי. ועוד לאחרונה, ביוני 2010, נדונו "זכויות אבהות" של אב פסיכולוגי שאינו אב ביולוגי לאור ובשים לב לטובתו של הקטין המסוים, בבית משפט לערעורים במדינת קולורדו, בארה"ב, בפרשת: A.D.09CA0756(COLO.app.4-1-2010).

שם, האב הביולוגי לא היה צד לעתירה, וחי מחוץ למדינת קולורדו ואף לא הוצהר כאביו של הקטין. העותר חי מספר שנים עם אם הקטין וביקש זכויות ביקור עם הקטין לאחר פרידתם. בית המשפט שם, קבע כי מאחר והאב הביולוגי לא תבע את אבהותו, והעותר עמד בתנאי "הורה פסיכולוגי" כלפי הקטין, יש להעניק לו לצורך המשך זכויות ביקור, מעמד כאב פסיכולוגי.

גם בפרשה זו, הוגדר מי הוא הורה פסיכולוגי: עיקר התנאים, טובתו של הקטין, בכך שבמהלך עשר שנות חייו הראשונות, ראה במערער כאביו, ואף סבל מהפרידה שבינו לבין אמו.

ובענייננו: הקטינה נולדה לתוך מציאות שא. הוא אביה. מיד ובסמוך לאחר שאמה נטלה אותה ואת אחותה (שהיא בתו של ק.) מביתו של א. ועברה להתגורר בבית הוריה, לא ויתר א. על הקשר עימה, ובמשך שש שנים ועל אף שאמה שינתה את גרסתה, כך שבהיותה בת שלוש, הופיע בחייה "אב" חדש, המשיך הוא לראות בה כביתו גידל אותה, חיבק, תמך, חינך ושמע מפיה כל העת את המילה: "אבא".

גם על פי סיכומיה של האפוטרופא לדין וגם על פי חוות הדעת של המומחה, ניתוקה מא. לו היא קוראת "אבא" יגרום לה נזק נפשי רב.

האם מצהירה באזני כל כי בדעתה להוציאה לתמיד מישראל ולנתקה מא..

משאלה הן העובדות, יש להכיר בא., כאביה הפסיכולוגי של מ. וליצוק לתוך הצהרה זו, זכויות הוריות, לרבות מעמד, באי ביטול צו עיכוב היציאה מן הארץ של הקטינה ועד שיוסדר הקשר המתמשך בינה לבין א.-ולמען טובתה.

סיכום .9

טובתה של מ. היא העומדת לבחינה, ועל פי טובתה כפי ששוקפה בתסקירי פקידות הסעד לסדרי דין ומכון שלם, יש לקבוע מי הוא הדמות הגברית המשמעותית בחייה, ובנסיבות ענייננו, לא ניתן להצהיר מי הוא אביה הביולוגי, על פי הטעמים אשר פורטו בפסק הדין.

ניתן להצהיר מי הוא אביה הפסיכולוגי של מ., וגם זאת, על פי הטעמים אשר פורטו בפסק הדין.

לפיכך, אביה הביולוגי של מ., לא יוצהר במסגרת פסק דין זה, מאחר ובנסיבות אשר פורטו, לא ניתן לעשות שימוש בבדיקה הגנטית, הראיה הקונקלוסיבית הצריכה, ולאור הוראותיו של סעיף 28 ה [לחוק מידע גנטי](#).

על פי הראיות האזרחיות, אשר צומצמו לשמיעה, ועל פי התנהלותה והצהרותיה המשתנות של אם הקטינה, לא יהיה זה לטובתה ויתכן כי אף יפגעו בכשרותה להינשא בהגיעה לבגרות, אם יוצהר כאביה, זה אשר הראיות "הצביעו" כי כך יש להצהיר.

יש להצהיר ויהיה זה הכרחי לטובתה של הקטינה, ולהתפתחותה הנפשית התקינה, כי מר א.ה. הינו אביה הפסיכולוגי.

9.1 אין צו להוצאות.

9.2 **המזכירות** תואיל לשלוח עותקים בד.ר עם אישורי מסירה כדין, לב"כ הצדדים, לב"כ היועץ המשפטי לממשלה (רווחה) ו-(פמת"א). **יסגרו תיקי התמ"ש**.

ניתן היום, 14 בפברואר 2011, בהעדר הצדדים. **ניתן לפרסום, ללא כל פרט ושם מזהה.**

טובה סיון 54678313-50330/04

טובה סיון, שופטת

סגנית נשיאה