|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו כבית-משפט לערעורים אזרחיים** | | |
|  | | |
| פס"ד בבר"ע על מתן צו לבדיקת רקמות לקטין במסגרת תביעת אבהות | | 9 יונ 2021 21037-04-21 |
|  | | |
| **השופט** | שאול שוחט - סגן נשיא | |
|  | | |
| **מבקשים** | ל.ל.ה ע"י עו"ד ששי אלעמארי ו/או עוה"ד אפרת מן ואח' | |
|  | | |
|  | **- נגד -** |  |
|  | | |
| **משיבים** | 1. J.C.C 2. ב"כ יועץ המשפטי לממשלה  ע"י עו"ד מרווין ניסן כהן (ב"כ משיבה 1) עו"ד מפרקליטות מחוז ת"א (אזרחי) (ב"כ משיב 2) | |

**פסק דין**

|  |
| --- |
|  |

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט לענייני משפחה במחוז תל-אביב (כב' השופטת ענת הלר כריש, בתמ"ש 7410-11-20), מיום 7.3.21, במסגרתה ניתן צו לבדיקת רקמות לקשרי משפחה של קטין, לצורך הוכחת תביעת אבהות, וללא הסכמת אמו המבקשת.

העובדות הצריכות לעניין

ביום 3.11.20 הגיש המשיב 1 , נתין זר הנמצא בישראל משנת 2013 ( להלן: "המשיב"), תביעה לביהמ"ש קמא למתן פסק דין הצהרתי שיקבע את אבהותו הנטענת על קטין שנולד ביום 5.1.20, שהמבקשת היא אמו. על פי כתב התביעה, בחודש דצמבר 2018 או בסמוך לכך הכיר המשיב את המבקשת בת"א. בהמשך הם החליטו למסד את מערכת היחסים ביניהם וביום 16.4.19 שכרו במשותף דירת חדר למגורים ברח' XXX בה התגוררו משך כ-8 חודשים. לאחר תקופת מגורים זו החליטו להיפרד והמבקשת שבה להתגורר בבית הוריה במודיעין. תקופה קצרה לאחר הפירוד יצרה המבקשת עמו קשר ובישרה לו כי היא בהריון והעובר אותו היא נושאת הוא ילדו. לאחר מכן, בסמוך ללידת הקטין, חסמה המבקשת כל דרכי התקשורת עם המשיב ולא הייתה לו כל ידיעה אודות לידת הקטין. בחודש אוקטובר 2020 החליטה המבקשת לחדש קשר עם המשיב ושיתפה אותו כי ילדה בן בשם ר' והוא בן כ-8 חודשים. המבקשת התנגדה כי המשיב יבקר את בנו. המשיב טוען כי חפץ להסדיר את עניין האבהות אולם המבקשת חסמה כל דרכי תקשורת ומשכך הוגשה התביעה.

ביום 16.12.20 הגישה המבקשת את כתב הגנתה ובו הכחשה גורפת של הנסיבות שתוארו בכתב התביעה. בכתב הגנתה טענה המבקשת כדלקמן: המבקשת טענה כי היא טרנסג'נדר ובעל חזות גברית עוד מגיל 16 וכי מעולם לא קיימה יחסי מין בהסכמה עם גבר. הקטין נולד כתוצאה ממקרה אונס. המשיב אינו מוכר לה ונודע לה לראשונה על קיומו ממכתב שהגיע לבית אמה בו נטען כי הוא אבי בנה. הסמוך לאונס או אולי אף במהלכו נלקחו ממנה תעודת זהות וספח וכל מידע המופיע בכתב התביעה אודותיה ככל שהוא נכון מקורו במידע שהיא או אמה פרסמו ברשתות חברתיות. מעולם לא התגוררה ברח' XXX ומעולם לא התגוררה עם המשיב. הסכם השכירות שצורף לכתב התביעה מזויף וכך גם כל התכתובות לכאורה בין הצדדים. המבקשת התנגדה מכל וכל למתן צו לבדיקת רקמות בבנה.

ביום 10.12.20 הגישה המשיבה 2 (להלן: "ב"כ היועמ"ש") את תגובתה וטענה כי הדרך הטובה ביותר לבירור התביעה היא באמצעות בדיקת רקמות, שאפשרית גם ללא הסכמת הנבדק מכוח הוראת סעיף 28ו' לחוק מידע גנטי, תשס"א -2000 (להלן "החוק") וכי ככל שבית המשפט יסבור שנחצה רף ראייתי מינימלי הדרוש בהתאם לסעיף 28ו(א) לחוק יש להורות על ביצוע הבדיקה על אף התנגדות המבקשת.

ביום 7.3.21 התקיים דיון בבית המשפט קמא, במסגרתו השלימו הצדדים את טיעוניהם. לאחר שמיעת טענות הצדדים החליט בית המשפט קמא להורות על מתן צו לבדיקת רקמות לשם בירור תביעת האבהות חרף התנגדות המבקשת, ונימק זאת כדלקמן:

1. "לאחר כל המפורט לעיל ולאחר ששקלתי את הדברים בכובד ראש, מצאתי כי בהתאם לדין יש להורות על ביצוע בדיקה גנטית לשם בירור תביעת האבהות. סעיף 28ו(א) לחוק מידע גנטי תשס"א-2000 מורה כי בית המשפט רשאי לצוות על עריכת בדיקה גם מקום בו אין הסכמה לביצוע אם הוכח כי התקיימו התנאים לעריכתה לפי סעיף 28א, 28ד או 28ה ובלבד שיתקיימו התנאים המצטברים הבאים. בית המשפט שוכנע כי יש סיכוי סביר לנכונות טענות המבקש בדבר קשרי המשפחה הנטענים וניתנה לנתבע הזדמנות להשמיע את התנגדותו למתן הצו. במקרה שלפני שוכנעתי כי התקיימו התנאים. אשר לתנאי השני בדיון נשמע הנתבע באמצעות בא כוחו באריכות וזאת לאחר שאף הוגש כתב הגנה מטעמו. אשר לתנאי הראשון, כפי טענת ב"כ היועמ"ש מדובר ברף נמוך שיש להראות וודאי שאין לדרוש בשלב זה מהתובע להוכיח אבהות כתנאי למתן צו לבדיקת רקמות לשם הוכחת אבהות. עם כל הצער שבדבר וההבנה הכנה ומבלי שיהיה בכך כדי להביע עמדה בשלב זה והשאלה איזה מהגרסאות הקוטביות שהציג כל אחד מהצדדים נכונה הרי אף אם הקטין נולד כתוצאה מאונס, אין בכך כדי למנוע את הבדיקה. אף לדברי הנתבע עצמו הוא מעולם לא קיים יחסי מין בהסכמה עם גבר והקטין נולד כתוצאה מאינוס, וככל שהדבר למרבה הצער נכון, הרי אין בכך כדי לסתור את טענת התובע שהוא אבי הקטין. נהפוך הוא הטענה שמלבד אותו מקרה אונס מעולם לא קיים הנתבע יחסי מין בהסכמה עם גבר בוודאי אינה שוללת את ההנחה שהתובע הוא אביו של הקטין. בדיון הפנה ב"כ הנתבע לפסקי דין במסגרתם נקבע כי יש לברר תביעת אבהות בהתאם למדרג ראייתי שפורט שם אולם, אותם פסקי דין עסקו במקרים בהם היה מתח בין זכותו של הקטין לדעת מי אביו אשר היא חלק מטובתו לבין טובתו של הקטין שלא יוכרז כממזר. במקרה שנדון בבע"מ 2685/11 התנגד ב"כ היועמ"ש לעריכת הבדיקה משיקולים של טובת הקטין מה שלא התקיים במקרה שלפניי.
2. כמובן טובת הקטין היא שיקול שהוא נר לרגלי בית המשפט. כבר נפסק לא אחת כי טובתו של הקטין לדעת מי הוא אביו. זאת גם אם הקטין נולד כתוצאה מאונס ואינו קובעת במסגרת זו כי כך הדבר. ברור ויש לזכור שבמסגרת החלטה זו בית משפט עוסק אך ורק בשאלת האבהות ולא בשאלת הקשר בין התובע לבין הקטין ככל שיתברר כי הוא אביו. שאלה זו ככל שהיא תתעורר תתברר לאחר בחינה מעמיקה של טובת הקטין, נסיבות חיו וכו'. שאלה זו אינה על הפרק כעת אלא אך ורק שאלת עצם האבהות ושאלת זהות אביו של הקטין. נקודת המוצא כי טובתו של הקטין לדעת מי הוריו. רק בנסיבות חריגות ויוצאות דופן ימנע בית המשפט בירור כאמור וזאת כאשר יוכח כי יש בבירור כדי לפגוע בטובת הקטין.
3. כפי שנקבע בהתאם להלכות אליהן הפנתה ב"כ היועמ"ש לפי כלל הראיה הטובה ביותר הדרך לבחון את זהות אביו של הקטין היא באמצעות בדיקה גנטית. משכך, ומששוכנעתי כי קוימו התנאים אני מורה על עריכה בדיקה גנטית. בשלב זה בעלויות הבדיקה יישא התובע לבדו. צו לעריכת הבדיקה ינתן וישלח בנפרד. "

ב"כ המבקשת ביקש מבית משפט קמא במעמד הדיון שהתקיים ביום 7.3.21 עיכוב ביצוע של ההחלטה וביהמ"ש קמא נעתר לבקשתו והורה על עיכוב ביצוע של 30 ימים לעריכת הבדיקה. בהמשך פנה ב"כ המבקשת שנית לביהמ"ש קמא ולאחר קבלת תגובות הורה ביהמ"ש קמא בהחלטה מיום 18.4.21 על עיכוב ביצוע עד להכרעה בבקשת רשות הערעור.

בבקשת רשות הערעור טוענת המבקשת כי החלטת ביהמ"ש קמא שגויה משאינה ממלאת אחרת הוראות חוק מידע גנטי בשני מישורים שונים:

ראשית, לטענת המבקשת ההחלטה אינה עומדת בתנאים הקבועים בסעיף 28ו(ב) לחוק. המבקשת מסבירה כי הוראת חוק זו מחייבת כי בדיקה גנטית שנערכת לנבדק שהוא קטין (כמו גם לאדם שמונה לו אפוטרופוס או לפסול דין), וללא הסכמתו, לא תיעשה אלא אם ביהמ"ש "מינה לו עורך דין או אפוטרופוס לדין אשר ייצגו בהליכים שלפניו, ככל שהקטין, האדם שמונה לו אפוטרופוס או פסול הדין אינו מיוצג על ידי עורך דין מטעמו". ביהמ"ש קמא לא מינה לקטין שעל בדיקתו הורה, אפוטרופוס לדין או ייצוג משפטי ובכך הפר את הוראת החוק ופגע פגיעה אנושה ובלתי הפיכה בזכויותיו של הקטין, עמה לא ניתן להשלים.

שנית, לטענת המבקשת ההחלטה אינה עומדת בתנאים הקבועים בסעיף 28ו(א) לחוק. לטענת המבקשת, לאור הגרסאות הקוטביות שהוצגו, משטענת המשיב היא כי קיים מערכת יחסית זוגית עם אשה וביהמ"ש קמא יכול היה להתרשם מהמבקשת כי היא "גבר לכל דבר ועניין" , היה על בית המשפט קמא לקיים הליך של שמיעת ראיות, ולתת למבקשת את יומה כדי להוכיח כי לא התגוררה בדירה הנטענת, כי אין זו חתימתה על הסכם השכירות, מדובר בזיוף ועוד. לטענת המבקשת, מהחלטת ביהמ"ש קמא משתמע כי בדיקת רקמות היא תוצאה אוטומטית להגשת תביעת האבהות וזאת משום ביהמ"ש קמא לא נימק מהם הנימוקים שהביאו אותו להשתכנע בדבר קשרי המשפחה הנטענים.

לבקשת רשות הערעור התבקשו תשובות. תשובה מטעם המשיב הוגשה ביום 28.5.21 ותשובה מטעם היועמ"ש הוגשה, לאחר שהתבקשה וניתנה ארכה להגשתה, ביום 8.6.21.

דיון והכרעה

מכוח סמכותי לפי הוראת סעיף 149(2)(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018, אני מחליט לדון בבקשה כאילו ניתנה רשות והוגש ערעור לפי הרשות שניתנה, לקבל את הערעור ולהורות על ביטול החלטת ביהמ"ש קמא המורה על עריכת בדיקה גנטית להוכחת קשרי משפחה לקטין, בנה של המבקשת.

מסעיף 28ו לחוק עולה כי הצורך במינוי אפוטרופוס או עורך דין לקטין או לפסול הדין מקום בו מבוקש לערוך לו בדיקה גנטית ללא הסכמתו, נועד, למעשה, כדי לאפשר לו להשמיע את קולו בפני בית המשפט. זאת, מאחר שעל פי סעיף 28ו(א) ניתן להורות על עריכת בדיקה ללא הסכמת הנבדק ובלבד שבית המשפט סבור כי קיים סיכוי סביר לנכונות הטענות בדבר קשרי המשפחה (או העדרם), וניתנה לנבדק הזדמנות להשמיע את התנגדותו למתן הצו. סעיף 28ו(ב) קובע כי כאשר מדובר בקטין או בפסול דין, נדרש ייצוג, בין על ידי עורך דין ובין על ידי אפוטרופוס, על מנת שעמדתו תובא בפני בית המשפט, וזאת בנסיבות בהן "הוא או האחראי עליו לא נתנו את הסכמתם לעריכת הבדיקה", נסיבות שמתקיימות בענייננו.

בפסיקה של בית המשפט המחוזי נקבע כי הוראת חוק זו היא הוראה ברורה ו"מנדטורית" ו"התהליך למתן צו שיפוטי בדבר בדיקה מחייב את הסכמת הקטין הנבדק והאחראי עליו; ובהעדר הסכמה – יש ליתן לקטין, באמצעות עורך דין או אפוטרופוס לדין, הזדמנות להשמיע התנגדות למתן הצו" (ר' דעת הרוב ב עמ"ש 14816-04-10 פלוני ואח' נ' פרקליטות מחוז ירושלים-אזרחי, מיום 6.5.2010.).

בבש"א (כ"ס) 3189/09 פלוני נ' אלמונית (פורסם בנבו, 30.6.2009) נדון מקרה אחר בו יישם בית המשפט לענייני משפחה (כב' השופט יעקב כהן) את הוראת סעיף 28ו(ב) בנסיבות דומות לענייננו , מינה אפוט' לדין לקטין תוך שהוא מבהיר כי "על מנת שניתן יהיה לשקול בבוא העת את האפשרות לצוות על עריכת בדיקה בה יטול חלק הקטין, חובה על ביהמ"ש למנות לקטין אפוטרופוס לדין, אשר יביא בפני ביהמ"ש עמדה עצמאית של הקטין בעניין ביצוע הבדיקה המעבדתית. עמדת האפוטרופוס לדין שימונה לקטין, חייבת לבוא בפני ביהמ"ש כחלק משיקולי ביהמ"ש באשר לנקיטה בדרך של אכיפת בדיקה."

המשיב בתשובתו לבקשת רשות הערעור טען כי משנתנה למבקשת הזדמנות להישמע בבית המשפט קמא בקשר להתנגדותה לצו אז די בכך שכן היא האפוטרופסית הטבעית על הקטין לפי דין. פרשנות המשיב אינה עולה בקנה אחד עם לשון הוראת סעיף 28ו(ב) לחוק ולמעשה מייתרת אותו כליל (לפי גישה פרשנית זו אין כל תוחלת לסעיף זה).

ב"כ היועמ"ש בתשובתה לבקשת רשות הערעור בחרה בדרך אחרת בהתמודדות עם טענות המבקשת בבר"ע בקשר להוראת סעיף 28ו(ב) לחוק – שתיקה רועמת. בכל 10 עמודי התשובה לבר"ע שהוגשו ע"י ב"כ היועמ"ש לא מצאתי כל התייחסות לטענות המבקשת בהקשר זה והם כלל אינם מזכירים את הוראת סעיף 28ו(ב) לחוק. משמדובר בתשובה שניתנה לאחר שהתבקשה ע"י היועמ"ש ארכה להגשתה וזו ניתנה על-ידי (הגם שבאופן חלקי), כשבאותה החלטה אף ביקשתי מפורשות כי התשובה תתמקד בטענות המבקשת בעניין זה – יש להניח כי מדובר בהתעלמות מכוונת. עיון בתיק המתנהל בביהמ"ש קמא מגלה כי עמדת היועמ"ש להליך שהוגשה שם (ביום 10.12.20), עליה הסתמך ביהמ"ש קמא בהחלטתו (בס' 4) מתייחסת לנושאים רבים, חלקם שוליים (כמו לדוגמא מתן הנחיות לנבדקים להגיע לבדיקה עם מסמכים מזהים תקפים והתייחסות להוצאות הבדיקה). למרות מודעות היועמ"ש כי מדובר בבדיקה שמתבקשת מקטין (ר' ס' 13 לתשובה) לא מצאה ב"כ היועמ"ש שם לציין לפני ביהמ"ש קמא את דרישת המחוקק למינוי אפוטרופוס לדין או ייצוג משפטי לקטין וקבלת עמדתו טרם יורה על בדיקה. יש להניח כי עמדת היועמ"ש שהתעלמה מדרישה זו כמו גם העובדה כי ב"כ המבקשת בהליך שהתנהל בביהמ"ש קמא לא התנגד לבדיקה מהטעם של אי התקיימות הוראת סעיף 28ו(ב) לחוק – תרמה תרומה נכבדת לכך שההחלטה ניתנה כפי שנתנה.

לכאורה, במקרה דנן, משמדובר בקטין בן כשנה וחצי, לא יכולה לצמוח כל תועלת ממינוי אפוטרופוס לדין או עורך דין על מנת לייצגם, שכן למעט העלאת שיקולים כלליים בנוגע לטובתם של הקטינים (שיקולים להם נדרש ביהמ"ש קמא במסגרת החלטתו כחלק מבחינתו את טובת הקטין) לא יהיה בידיהם לעשות דבר, וודאי שלא להשמיע קולו של הקטין הקונקרטי. עם זאת, משהחלטת בית המשפט קמא התעלמה מדרישה זו של המחוקק, ללא כל הסבר, לא אוכל להכשירה.

מן המקובץ עולה כי אין מנוס מביטול ההחלטה משניתנה מבלי שמונה אפוטרופוס לדין או ייצוג משפטי לקטין שבדיקתו התבקשה ומבלי שניתנה עמדתו. משמצאתי כי די בטענות המבקשת במישור הראשון (של הוראת סעיף 28ו(ב) לחוק) כדי לקבל את הבר"ע לא מצאתי לנכון לבחון את טענותיה הנוגעות למישור השני (המתמקדות בהוראת סעיף 28ו(א) לחוק). מבלי לקבוע מסמרות, משנגזר על ביהמ"ש קמא ליתן החלטה חדשה ומשיקולי יעילות הדיון ראוי כי החלטה חדשה (תהא אשר תהא) תינתן רק לאחר שתתאפשר חקירה של הצדדים והמצהירים מטעמם.

סוף דבר

לאור כל האמור לעיל, הערעור מתקבל כך שהחלטת ביהמ"ש קמא מיום 7.3.21 המורה על עריכת בדיקה גנטית לקטין מבוטלת וכן כל צו שנחתם בעקבותיה.

משהערעור התקבל בגלל פגם בהליך שהתנהל בביהמ"ש קמא ומטענות המבקשת לגבי פגם זה הועלו לראשונה במסגרת ההליך שלפניי, ולו היו מועלות לפני ביהמ"ש קמא בזמן אמת יכול והיו מייתרות בקשת רשות ערעור זו – אין צו להוצאות וכל צד ישא בהוצאותיו.

העירבון, על פירותיו, יושב למבקש באמצעות בא כוחו.

מתיר פרסום פסק-הדין במתכונת בה נחתם, בהיעדר שמות הצדדים ופרטים מזהים אחרים.

ניתנה היום, כ"ט סיוון תשפ"א, 09 יוני 2021, בהעדר הצדדים.