|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **בית משפט לעניני משפחה בחיפה** | | |
|  | | |
| האם ניתן להכשיר בדיקת רקמות מחו"ל? | | 4 אוג 2015 45596-06-11 |
|  | | |
| **השופטת** | אלה מירז | |
|  | | |
| **תובעת** | א.ח. ע"י עו"ד מחול | |
|  | | |
|  | **- נגד -** |  |
|  | | |
| **נתבעים** | 1. מדינת ישראל- משרד הפנים 2. מ.ה. 3. נ.ה. 4. ו.ה. 5. א.ה.  ע"י עו"ד היועמ"ש עו"ד דיאן קשקוש עו"ד וופא זועבי-פאהום | |

**החלטה**

|  |
| --- |
|  |

1. התובעת הגישה תביעה להצהרת אבהות הנתבע 2 מ.ה., (להלן: "הנתבע"), על הקטין, שכיום הינו כבן 8 שנים. במסגרת התביעה הגישה התובעת שני מסמכים:

א. תוצאות בדיקה גנטית שנערכה בגרמניה לפיה הנתבע הינו אביו של הקטין מיום 26.4.07 (להלן:הבדיקה).

ב. פס"ד מגרמניה הקובע כי מי שהיה רשום כבעלה של התובעת, מר כ., שכיום הינו גרושה, אינו אביו של הקטין (להלן: "הגרוש").

1. היועמ"ש מסרב לקבל את תוצאות הבדיקה ופסה"ד כראיות, בהסתמך על סעיף 28 ז לחוק מידע גנטי התשס"א-2000, (להלן: "החוק"), הקובע כי בדיקות מחו"ל אינן קבילות בארץ ויש לערכן בהתאם לחוק. הנתבע מתגורר בחו"ל ובהעדר אפשרות להביאו לדיון ו/או לקבל הסכמתו לבדיקה נוספת, הועלתה הצעה ע"י היועמ"ש וע"י התובעת, שתיערך בדיקה של קשרי משפחה עם הוריו ואחיו. לפיכך, התובעת תיקנה את כתב התביעה וצירפה את בני המשפחה, ההורים והאח כנתבעים 3-5 (להלן: "הנתבעים"). הנתבעים מסרבים לבצע את הבדיקה ומבקשים למחוק הבקשה על הסף, בקשה שנדחתה בהחלטה מיום 5.3.15.
2. לאחר דיון שהתקיים ביום 1.4.15 ונוכח הנסיבות, הוחלט כי בשלב זה יסכמו הצדדים בקצרה בעניין השאלה

האם ניתן להכיר בבדיקה ובפס"ד שניתנו בחו"ל, הקובעים את אבהותו של הנתבע וחיובו במזונות, בעת מגורי הצדדים בחו"ל , נוכח חוק מידע גנטי, ומבלי להידרש לבדיקה נוספת.

הצדדים הגישו סיכומים קצרים ומכאן ההחלטה.

טענות התובעת

1. מבקשת לאמץ את מבחן התושבות בכל הקשור לענייני מעמד אישי - התובעת קשרה את גורלה עם הנתבע. ניתקה עצמה ממקום עבודה בארץ ועברה להתגורר בגרמניה, כאשר המעבר לביתו של הנתבע הינו לב היחסים הזוגיים. קיבלה תעודת תושבות בגרמניה ולמדה את השפה הגרמנית. התגוררה בגרמניה בזוגיות יחד עם הנתבע. ההיריון והלידה בגרמניה והניסיון לקבל ביטוח רפואי, מעידים כי גרמניה היתה מקום מושבם ומרכז חייהם. בדיקת הרקמות נעשתה בגרמניה בהסכמת הנתבע בזמנו, בשנת 2007, על רקע הרצון להוכיח לשלטונות, כי הנתבע אביו של הקטין, על מנת להבטיח את המשך התושבות. הלידה היתה בתקופה בה היו הצדדים תושבי גרמניה שהיתה מרכז חייהם. התובעת מבקשת פסק דין לאבהות, בשל עמדת הנתבעים 3-5 והראיות שהציגה והמפורטות בסעיף 2 לסיכומים.
2. קבלת תוצאות הבדיקה שבוצעה בגרמניה בשנת 2007 טרם כניסת החוק לתוקף ביום 30.11.08. הבדיקה לא עמדה בניגוד לדין והיוותה ראיה מספקת להוכחת אבהות. פסק הדין יצר סטטוס של אבהות. יש למנוע פיצול סטטוס. הוראת סעיף 28 ז (ב) אינה רלוונטית לתיק זה ולא היתה בתוקף. ההגבלה הינה על הפניה למעבדה לחו"ל, אך לא מונעת קבלת תוצאות בדיקה, שהצדדים ערכו בחו"ל מרצונם הטוב והחופשי, בעת שהתגוררו בחו"ל. ברי כי הקטין אינו בנו של הגרוש. אין משמעות לממזרות בדין הנוצרי ולמסקנה על ממזרות ניתן להגיע גם עם פסק הדין הגרמני והבדיקה שבוצעה. הרישום בגרמניה נמנע, מאחר והתובעת היתה עדיין נשואה לגרוש באותו מועד. על המרשם הישראלי להשלים את הרישום עתה משהתגרשה מבעלה.

טענות מדינת ישראל

1. יש להוציא צו הבאה לנתבע 3. לחילופין, להורות על עריכה בדיקה גנטית לקרובי משפחתו של הנתבע 3 ו/או להטיל סנקציות מכח סעיף 6 לפק' בזיון בית המשפט. אין בבדיקה הגנטית שהוצגה ולא בפסק הדין, כדי להוות ראיה לקביעת אבהות. פסק הדין אינו מצהיר על אבהות הנתבע 3 אלא שולל אבהות הגרוש, שהיה בזמנו רשום כבעלה. אין בתיק פסק דין המצהיר על אבהות.

צרוף הבדיקה הגנטית לתיק, אינו קביל, בהתאם להוראת סעיף 28 יב' לחוק מידע גנטי. נוכח דחיית תביעת הגרוש וחוסר הוודאות האופף את שאלת אבהות הקטין, יש לקבוע אבהות על בסיס תוצאות בדיקת גנטית עם נתבע, או לחילופין עם בני משפחתו הנתבעים. לא הוכחו ולא נטענו טעמים המצדיקים עריכת בדיקה גנטית שלא בישראל. מטרת החוק להסדיר ענין הבדיקות הגנטיות באופן כולל, ככל שיש בו להוות ראיה בבית המשפט. לא ניתן לערוך בדיקה גנטית או להכיר בה שלא על פי החוק.

האב הנטען יכול לערוך את הבדיקה בנציגות דיפלומטית או קונסוליה של ישראל ע"י מתן דגימת רוק.

מכיוון שהאב הנטען, אינו משתף פעולה, יש להורות על עריכת הבדיקה עם קרובי משפחתו וגם אם לא נתנו הסכמתם, בהתאם לסעיף 28 ו לחוק, תוך ביצוע בדיקה חיצונית. זכות אדם ובמיוחד קטין, לדעת מי הוריו, גוברת על סירובו של הורה פוטנציאלי לבדוק אם פלוני הוא ילדו. לא ניתן לחייב את ההורה הנטען ,שאינו בארץ וחיוב הוריו יתיישב עם טובת הקטין והחוק. הבדיקה הינה הראיה הטובה ביותר להוכחת אבהות וביצועה פשוטה וכמעט אינה פולשנית.

1. לעניין הטענה כי הבדיקה בוצעה טרם כניסת החוק לתוקף, טוען ב"כ היועמ"ש שהמועד להחלת הוראות החוק הינו מועד הגשת התביעה. רק אז עולה שאלת הפניית בעלי הדין לבדיקה גנטית. אם המחוקק קבע הוראות מעבר מטרת ההוראה לקבוע, כי הדין החל לאחר צאת החוק, ביחס להתרחשויות שאירעו לפני כניסתו לתוקף. חוק מידע גנטי חל על כלל האוכלוסייה, ללא קשר להשתייכותם הדתית. התובעת והאב לא היו נשואים ולכן אין מקום להחיל את דין המושב. הרישום המתבקש הינו במרשם האוכלוסין בישראל. חיוב הנתבע במזונות אין משמעו אבהותו על הקטין. אין די בראיות שהוגשו כדי לקבוע אבהות ללא בדיקה גנטית. קיימת חשיבות לנכונות המרשם וההסתמכות עליו. בקבלת התביעה, ללא ביצוע בדיקת רקמות ובהעדר ראיות אובייקטיביות לקיום קשר טרם הוריית הקטין, יווצר נזק בקיומו של רישום שגוי וייפתח פתח לרישום אבהות שלא הוכחה. עריכת הבדיקה עולה עם טובת הקטין ואינה פוגעת בו בכל דרך.

טענות הנתבעים 4-6

1. לדחות התביעה נגדם על הסף. אין לחייבם בבדיקה גנטית, כאשר הנתבע אינו כופר באבהותו וקיימת בדיקה מגרמניה, ארץ מולדת הקטין, שהינו אזרח גרמני וכן פסק דין בעניין. הנתבע עבר בדיקה ביוזמתו וקיבל פסק דין מערכאה שיפוטית רלוונטית ובעת הרלוונטית במקום הרלוונטי להולדת הקטין, מגוריו ואזרחותו. ניכור הורי שנהגה התובעת בנתבעים וטענתה כלפיהם כי אינו נכדם יש בו לפוטרם מהבדיקה, לצד השיהוי הממושך להעלאת הטענה ולצירופם להליך המשפטי. המדינה מתחפרת בעמדתה ללא הצדקה, תוך הפרת זכויות הצדדים, פגיעה בפרטיותם וההגנות המוקנות להם על גופם לפי חוקי יסוד. חוק רגיל יפורש בהתאם לחוק יסוד ולא בניגוד לו. מודים כי לא נתנו תשובה לשאלה שנשאלו ע"י בית משפט לביצוע בדיקה הקובעת לעניין המרשם הישראלי בישראל. לטענתם רישום הקטין בגרמניה הוא הקובע לעניין זה. מציינים אי התייחסות להיקש של רישום נישואין אזרחיים האסור בישראל ונרשם במרשם. התובעת לא הוכיחה היזקקות לחוק ביומטרי וחוזרת בה בסיכומיה מצרוף הנתבעים. הנתבעת 2 לא הראתה שום נימוק כי יש להכריח במקרה דנן את הנתבעים לבצע את הבדיקה .

דיון

1. לתובעת 2 טיעונים עיקריים המבססים לטענתה את האפשרות למתן פסק דין לאבהות:

א. אימוץ מבחן התושבות בכל הקשור לענייני מעמד אישי.

ב. קבלת תוצאות הבדיקה שבוצעה בגרמניה בשנת 2007 טרם כניסת החוק לתוקף ביום 30.11.08.

נבחן את טענות התובעת, תחילה בשאלת מבחן התושבות בדיני המעמד האישי.

מבחן התושבות בכל הקשור לענייני מעמד אישי.

1. לטענת התובעת, יש לאמץ את מבחן התושבות בהתאם למקובל בדין האישי. התובעת לא פיתחה את הטענה ולא בכדי, שכן הטיעון המשפטי אינו נתמך על ידי הטיעון העובדתי כפי שנראה בהמשך.

פרופ' קורינאלדי בספרו "דיני אישים, משפחה וירושה- בין דת למדינה", נבו הוצאה לאור, כותב (בעמ' 24): טוען כי "סטטוס שנוצר על ידי חוקי מדינה פלונית מוכר, או צריך להיות מוכר, בכל מקום בעולם."

הרעיון העומד בבסיס הטענה, הימנעות ממצב בו קיים "פיצול סטטוס".

כפי שציין פרופ' קורינאלדי בספרו לעיל בהמשך הדברים-

"אדם שנישא במדינה אחת מן הראוי שיוכר כנשוי בכל מדינה אחרת בעולם, ואין מקום לפיצול סטטוס בין מדינות שונות. לפיכך מרשם האוכלוסין, כרשות מינהלית, חייב מטבע הדברים, להכיר בסטטוס של אדם שנולד במדינת הבסיס שלו, כגון לעניין רישום נישואין אזרחיים או צו זר בדבר אימוץ ילדים. ...האוניברסליות של הסטטוס מכתיבה את הכלל במשפט הבין לאומי הפרטי, שפסק דין בענייני סטטוס יכול להינתן רק על ידי בית משפט של מדינת הבסיס שלו (מקום מושבו הקבוע של האדם או לפחות מקום אזרחותו)."

אלא מאי, גם אם נצא מנקודת הנחה כי מקום המושב של התובעת ובנה בגרמניה, הרי שבבית המשפט בגרמניה ניתן פסק דין השולל את אבהות הנתבע 1 אולם לא נקבע פוזיטיבית כי הנתבע 3 הינו האב.

יתרה מזאת, בעוד התובעת והנתבעים מלינים על הנהלים בישראל, מודה התובעת כי הגרמנים נמנעו מלרשום את הנתבע כאביו של הקטין, שכן התובעת היתה נשואה לאחר.

ככל שבגרמניה נמנעו מהכרה באבהות, ממילא כל סוגיית קביעת אבהות בהתאם לדין המושב, אינו מתחיל והראיה שבגרמניה לא ניתן פסק דין לאבהות ולא בוצע רישום וממילא לא נוצר סטטוס. תתכבד התובעת תשלים הרישום בגרמניה, או אז יהיה מקום לדון בטיעון זה. בהעדר פסק דין הקובע אבהות ובהעדר רישום במדינת גרמניה, נבחן האם ניתן להציג את תוצאות הבדיקה כראיה בישראל.

קבלת תוצאות הבדיקה שבוצעה בגרמניה בשנת 2007 טרם כניסת החוק לתוקף ביום 30.11.08.

תוצאות הבדיקה – חוות דעת

1. על מנת לתחום את הדיון בטיעון זה, יש לחזור על מספר מושכלות יסוד. ראשית, תוצאות בדיקת רקמות משמעותה הגשת חוות דעת. תקנה 10(ב) ל תקנות מידע גנטי (עריכת בדיקה גנטית לקשרי משפחה, תיעוד ושמירת תוצאותיה), תש"ע-2010 קובעת:

"ממצאי הבדיקה ייערכו כחוות דעתו של מומחה, כמשמעותה בפקודת הראיות, התשל"א-1971 (להלן – חוות הדעת), שתכלול את הפרטים האלה: שמות הנבדקים שלגביהם נתבקשה קביעת קשרי המשפחה, מספרי התעודות המזהות שלהם, תאריך נטילת הדגימה, השיטה שלפיה נבדקה הדגימה, ממצאי הבדיקה ביחס לקשרי המשפחה בין הנבדקים, וכל מידע אחר שהתבקש על פי צו בית המשפט."

אכן, מדובר בחוות דעת שבהתאם לפרקטיקה הנוהגת, בדיקה לסיווג רקמות, היא הראיה הטובה ביותר לשם הוכחת אבהות. בע"א 2558/91 פלונית נ' פלוני, פד"י מז(2) 9) נקבע:

"האפשרות להסתמך על תוצאות הבדיקה כאמינות ללא סייג, תוך הנחה כי תוצאות אלה משקפות אמת מוצקה וודאית, מותנית בקיומן של ערובות ממשיות לתקינותם המוחלטת של מהלכי הבדיקה על כל שלביה..

אך הליכי הבדיקה אינם מחוסנים מפני טעויות. פועל יוצא מכך הוא, שהקפדה על תקינות הליכי הביצוע של הבדיקה, כתנאי לקבילות תוצאותיה, הינה ערובה הכרחית וחיונית בהליך משפטי, שדינו אמור להיות מוכרע אך ורק (או בעיקר) על יסוד תוצאותיה של הבדיקה. לעניין זה די בחשש או בסיכוי נראה לעין לטעות בהליכי הבדיקה, כדי להפוך את תוצאותיה לבלתי קבילות."

עם זאת, למרות המעלות הרבות שיש לבדיקה ותוצאותיה, עדיין כאמור מדובר בחוות דעת שאמורה לעמוד בדיני הראיות. ויודגש אין מדובר בתעודה ציבורית או ברשומה מוסדית המוסדרים בפקודת הראיות כמושגים שונים מחוות דעת. כך למשל, תעודה ציבורית מוגדרת בסעיף 29 (2) לפקודת הראיות -

" תעודה של אחד הגופים המנויים להלן שהיא מעשה חקיקה, שיפוט או ביצוע, או רשומה של מעשה כאמור, או שהיא חלק מן הרשומות הרשמיות של אחד הגופים המנויים להלן, ובכלל זה תעודה המוחזקת כרשומה, בין שנעשתה בדרך רשמית ובין בדרך אחרת; ואלה הגופים:

....

(2) לגבי שטח ארץ שמחוץ לישראל - כל מדפיס שהוכח כי הוא המדפיס בשביל הממשלה או הרשות הריבונית של אותו שטח ארץ או מורשה כאמור בפסקה (1)."

וכפי שנקבע בבג"ץ 566/11 דורון ממט מגד נ' משרד הפנים:

"לאחר שמתקבלות תוצאות הבדיקה הגנטית, מצהיר בית המשפט לענייני משפחה על ההורות הביולוגית שהוכחה בפניו, ופסק דינו מהווה "תעודה ציבורית" המונחת בפני פקיד המרשם בבואו לרשום את הילד והורהו, ולהקנות לילד אזרחות ישראלית".

דהיינו פסק הדין לכשיינתן, יהווה תעודה ציבורית. אולם אין לומר כי תוצאות הבדיקה מהווה "תעודה ציבורית". הדבר עולה בקנה אחד עם הוראות חוק מרשם האוכלוסין.

1. כאמור תוצאות בדיקת רקמות ערוכות בהתאם לתקנות מידע גנטי (עריכת בדיקה גנטית לקשרי משפחה, תיעוד ושמירת תוצאותיה), תש"ע-2010 כחוות דעת מומחה.

הסוגיה מוסדרת בסעיף 39 א לפקודת הראיות:

"היה הפלט חיווי דיעה בענין שבמדע, שבמחקר, שבאמנות, שבידיעה מקצועית או בענין שברפואה, לא יהיה הפלט קביל כראיה, אלא אם כן הוגש בהתאם להוראות הדין החל על הגשת עדות בענינים אלה."

במקרה דנן, הוראות החוק הרלבנטי הינו חוק מידע גנטי וליתר דיוק פרק ה1 לחוק ,העוסק בעריכת בדיקה גנטית לקשרי משפחה. והקובע לעניין קבלת תוצאות בדיקה:

"תוצאות בדיקה שנערכה בלא צו

28יב. תוצאות בדיקה שנערכה בלא צו שנתן בית משפט או בית דין דתי לפי פרק זה או שנערכה בניגוד להוראות סעיף 28ז(ב) או (ג), לא יובאו לפני בית משפט, בית דין דתי או כל ערכאה שיפוטית אחרת, ולא יהיו קבילות כראיה."

דהיינו הסעיף מונע את הבאת הראיה כמו את קבילותה

האם חוק מידע גנטי תקף גם לגבי חוות דעת שקדמו לכניסת החוק לתוקף בהליך המתקיים לאחר כניסתו לתוקף?

1. חוות הדעת לגבי תוצאות הבדיקה הגנטית בענייננו הינה מיום 26.4.07. התיקון בחוק מידע גנטי הכולל את פרק ה1 הינו מיום 30.7.08 וכניסתו לתוקף ביום 30.11.08. האם חוק מידע גנטי תקף גם לגבי חוות דעת שקדמו לכניסת החוק לתוקף?

המדובר לכאורה בשינוי בכללי הראיות, שחלו על הגשת חוות דעת עד מועד התיקון. האם שינוי בדיני הראיות חל באופן רטרואקטיבי, באופן המונע הגשת חוות דעת שנערכה קודם לכניסת החוק לתוקף?.

בדנ"א 25/80 פנחס קטאשווילי נ' מדינת שיראל, פ"ד לה (2) 457 נקבע:

"אין לאדם זכות קנויה, שבמשפט יידון עניינו לפי דיני הראיות, שהיו קיימים בעת קרות האירוע מושא המשפט, לא במשפט אזרחי ואף לא במשפט פלילי."

וכן

" לעניין זה קובע הדין חזקה הפוכה, שלדיני הדיון יש תחולה רטרואקטיבית, ודיני הדיון כוללים לעניין זה, בדרך כלל, גם את דיני הראיות".

דברים דומים נקבעו ע"י כב' השופט זוסמן בע"א 350/74 חברת מ.ל.ט. בע"מ נ' מסעוד ו-יחיאל ממן:

"ב-ע"א 238/53, [2] (בע' 16) ביאר השופט זילברג "כללים ראשונים השולטים בפרשת פירושי החוקים", ואמר, כלפי חוק המשנה את דרכי הדיון של בית-המשפט, כי "ההנחה היא כי הוא פועל למפרע, זאת אומרת: מחייב את בתי-המשפט לנהוג על-פיו גם כלפי ענינים שכבר הוחל בהם לפני צאת החוק החדש".

וכן

"למעשה אין לנו כאן ענין בו הוחל חוק חדש על עיסקה שנעשתה לפני צאת החוק. "חוק דיוני כוחו למפרע" אינו משמיע אלא זאת, שחוק כזה חל על כל ענין הבא בפני השופט אחר שהוחק החוק, ואחת היא אם ההליך נפתח לפני צאת החוק האמור או אחריו, ואף אין נפקא מינא בכך שהעילה נושא אותו הליך תמה והושלמה כולה בעבר."

ולכן "שינוי דיני הראיות, לעניננו, כמוהו כשינוי בסדרי הדין".

דיני הראיות הרלבנטיים הינם הנוהגים כעת ולפיכך לא ניתן להציג את תוצאות הבדיקה וחוות הדעת אינה קבילה בהליך דנן.

מחסום עריכת בדיקה בחו"ל

1. מהמקובץ עולה, כי לא ניתן להיעתר לתביעת התובעת, לא בהקשר של אימוץ מקום המושב, בהעדר קביעת סטטוס ע"י בימ"ש בגרמניה ולא ניתן להציג את תוצאות הבדיקה בהליך דנן בהעדר קבילות בהתאם לחוק. לפיכך יש לבחון כיצד ניתן לקדם את ההליך דנן.

תהיתי האם לא ניתן להתגבר על העובדה שהבדיקה לא בוצעה בהתאם לחוק, על ידי בחינת האפשרות לביצוע בדיקה כיום בחו"ל או עריכת "בקרת איכות" לבדיקה שנערכה בגרמניה מבחינת תהליך עריכת הבדיקה, זיהוי הצדדים וטיב המומחיות בעריכת חוות הדעת.

סעיף 28 ז (ג) לחוק קובע, כי ניתן להורות על עריכת בדיקה במעבדה בחו"ל מטעמים מיוחדים שיירשמו בהתקיים התנאים המצטברים הבאים:

(1) אין מכון גנטי או מעבדה לבדיקות גנטיות בישראל שהוכרו לפי סעיף קטן (ב) שניתן לערוך בהם הבדיקה;

(2) אותה מעבדה מקיימת, בקירוב המרבי, את התנאים לפי חוק זה לרישוי מעבדה לבדיקות גנטיות ולהכרה לצורך ביצוע בדיקות לפי פרק זה;

(3) יש אפשרות, במידת הצורך, לחקור את עורך הבדיקה על אופן עריכתה, ולהבטיח את שמירת הראיות על אופן עריכתה ועל ממצאיה.

כבר בתנאי הראשון, נראה שלא ניתן יהיה להורות גם כיום על ביצוע בדיקה בחו"ל, שכן קיימים מכונים ומעבדות בישראל, בהן ניתן לבצע את הבדיקה וכי בתנאי זה נחסמו רוב אם לא כל האפשרויות לביצוע הבדיקה במעבדה בחו"ל. בהקשר זה, ייתכן ויש מקום לשינוי בחקיקה, שיאפשר במקרים מתאימים להסתמך על תוצאות מעבדות ומכונים בעלי שם בחו"ל. עם זאת, המחוקק גילה דעתו, כי בהתקיים מעבדה בישראל לביצוע הבדיקה, טיבה של חוות הדעת ואופן ביצוע הבדיקה, עריכתה וממצאיה איבדו ממשמעותם ולפיכך עריכת "ביקורת" ו-"חקירה" לעורך הבדיקה וממצאיה, נחסמה ע"י המחוקק עם קיום האפשרות לערוך בדיקה בישראל.

בבג"ץ 566/11 דורון ממט מגד נ' משרד הפנים ,בית המשפט העליון מתח ביקורת על החסימה המוחלטת של האפשרות לבצע בדיקה במעבדה בחו"ל וציין:

"הדעת נותנת כי גם מרפאות מסוימות בחו"ל, למצער בארצות הברית בה ערכו העותרים את הליכי הפונדקאות, מסוגלות לבצע בדיקה פשוטה זו באיכות שתניח את דעת המשיבים. בשל עלותה הגבוהה ממילא של הבדיקה וכל הכרוך בה, מן הראוי כי המשיבים יבחנו אם החסימה הגורפת של האפשרות לערוך בדיקה גנטית בחו"ל איננה מהווה הטלת מעמסה מוגזמת על המעוניינים בכך, ואיננה הופכת את ההליך הפשוט של בדיקה גנטית להליך שעריכתו בפועל מסובכת ויקרה".

עם זאת, הסוגיה צריכה להיפטר ברמת תיקון החוק ולפיכך לא מצאתי לאפשר ביקורת על חוות הדעת הבלתי קבילה על מנת לאמוד על "איכותה".

הוכחת אבהות "בשיטת המדרגים"- הורות ביולוגית

1. כזכור, הוכחת אבהות, בהתאם ל"שיטת המדרגים" ,מאפשרת קביעת אבהות שלא על דרך בדיקת רקמות. בפסק דיני בתמ"ש (חי') 31880/07 תמ"ש (חי') א.ג.ז. נ' א.ז (מיום 5.11.13) קבעתי:

"שיטת המדרגים" נקבעה בבר"ע 1364/04 [פורסם בנבו] ע"י כב' השופט שנלר , טרם התיקון ל[חוק מידע גנטי](http://www.nevo.co.il/law/72394) שנכנס לתוקפו ביום 30.11.08. מטרתה מניעת הבאת ראיות, היכולות לפגוע בעקרון טובת הילד, בנסיבות בהם מתעורר חשש לפגיעה במעמדו האישי, ומורכבת מכמה שלבים:

שלב א- הבאת ראיות בדבר מצבו של הקטין וקשריו עם המעורבים. מצב הקטין ונסיבותיו בעת הדיון, ללא הבאת ראיות בדבר הורתו. בשלב זה ניתן להיעזר בחוות דעת מומחים כולל תסקירי עו"ס לס"ד. בתום השלב, ניתן להגיע למסקנה, כי מבחינת טובת הקטין, אין לשמוע ראיות נוספות ולא ראיות בדבר הורותו של הקטין, לאחר בחינת טובת הקטין ועניינו של הגבר הזר.

שלב ב- ככל שבית המשפט מחליט, שאין די בראיות הנסיבתיות לצורך הכרעה בסוגיה העומדת לפניו, ניתן להורות על הרחבת המסגרת הראייתית, באופן שימזער ככל הניתן פגיעה באינטרס או זכות של הקטין. ייתכן ובית המשפט יאפשר הבאת ראיות, לרבות בדבר נסיבות הורתו של הקטין, אולם לא יתיר להביא ראיות חפציות או מדעיות, שתוצאתן תפגע בילד.

שלב ג- ביצוע בדיקת רקמות, ככל שבית המשפט מגיע למסקנה, כי טובת הקטין מחייבת בדיקה לאחר שיביא בחשבון את ההשפעה על הקטין ,בטווח המיידי ובטווח העתידי."

הדברים נאמרו אומנם לעניין חשש ממזרות, אולם יש בהם כדי ללמוד על אפשרות לקביעת אבהות בדרכים נוספות מלבד בדיקת רקמות. כאשר טיב הראיות במקרה דנן ראוי לו שיהיה בקשר להוריית הקטין.

בבג"צ 566/11 דורון ממט מגד נ' משרד הפנים נקבע בין השאר:

"ככל שיציגו הפונים לבית המשפט לענייני משפחה ראיות אובייקטיביות שיניחו את דעתו של בית המשפט כי קיים קשר ביולוגי בין ההורה והילד, גם בלא בדיקה גנטית, רשאי בית המשפט לקבוע כי לפניו קשר של הורות ביולוגית. כך, למשל, ייתכן כי דיון ענייני בתצהיר הרופא המטפל שצורף לעתירה (כאחד הנספחים של התביעה שהוגשה בארצות הברית לצורך קבלת הצו השיפוטי), תוך בירור של איכות המרפאה המטפלת ושל המונחים הרפואיים הנזכרים בתצהיר, ולרבות חקירה נגדית של המומחה אם המדינה הייתה מבקשת זאת, היה מניח את דעתו של בית המשפט לענייני משפחה כי קיים קשר ביולוגי בין אחד העותרים לבין הילד."

כאמור, ניתן לאפשר לתובעת להגיש ראיות בדבר הוריית הקטין וראיות נוספות על מנת לקבוע אבהות. ברי כי מימוש אפשרות כזאת עדיפה על מתן צו הורות פסיקתי, שכן הטיעון הינו לקיום קשר ביולוגי בין האב הנטען לקטין.

חיוב הנתבעים למרות סירובם?

1. דרך נוספת שיש בה לפתור לכאורה את כל המכשלות והתהיות הינה חיוב הנתבעים 3-5 בעריכת בדיקת רקמות. המדובר בבדיקה פשוטה שפגיעתה מינימאלית, בוודאי אם נעשית על דרך "בדיקה חיצונית" בהתאם להגדרת החוק. אלא שהנתבעים 3-5 מסרבים לבצע את הבדיקה. נבחן האם הסירוב יכול לעמוד להם או ניתן להביאם לביצוע בדיקה בניגוד לרצונם?.

המסגרת הנורמטיבית

סעיף 28 ו לחוק, דן בעריכת בדיקה ללא הסכמת הנבדק. בית המשפט רשאי לצוות על עריכת בדיקה גם בלא הסכמת הנבדק, אם נוכח כי התקיימו התנאים לעריכתה המצוינים בסעיף וכן התנאים הבאים:

(1) בית המשפט שוכנע כי יש סיכוי סביר לנכונות טענות המבקש בדבר קשרי המשפחה הנטענים;

(2) ניתנה לנבדק הזדמנות להשמיע את התנגדותו למתן הצו.

הבדיקה במקרה של סירוב הינה חיצונית, אלא אם הנבדק נתן הסכמתו לבדיקה רגילה.

לעניין עמידה ב-2 התנאים בסעיף ראה :

רמ"ש (י-ם) 40361-03-10 פלוני נ' פלונית (13.6.10).

וכפי שנקבע גם בעמ"ש (חי') 40943-06-14 מ' מ' נ' ר' ע' א' (10.3.15):

"סמכותו של בית המשפט להורות על בדיקה גנטית על אף התנגדותם של מי מהצדדים המעורבים, מצויה בתיקון מס 3 לחוק מידע גנטי ובהתאם להוראות סעיף 28ו בהתקיים אחד התנאים המפורטים בסעיף: דהיינו שבית המשפט שוכנע כי יש סיכויי סביר לנכונותם של דבריו של המבקש לערוך את הבדיקה, ושניתנה לנבדק הזדמנות להשמיע את טענותיו"

למרות שעמדת הנתבעים 3-5 ידועה, יש לאפשר להם את יומם בבית המשפט, בדבר הבעת התנגדותם ושאלת עמידה בתנאי הסעיף.

לסיכום

1. הטענה בדבר הכרה בסטטוס של הקטין בגרמניה-נדחית, בהעדר קביעה אופרטיבית לאבהות הנתבע 2 על הקטין בפסק דין. בימ"ש בגרמניה נמנע ממתן החלטה לרישום האבהות.

חוות הדעת הכוללת את תוצאות בדיקת הרקמות אינה קבילה כראיה בישראל בהתאם לחוק.

המשך ניהול התיק

1. על מנת לאפשר לתובעת לשקול את האפשרות להגשת ראיות בדבר הוריית הקטין, או להתמיד בהפניית הנתבעים 3-5 לבדיקת רקמות, כמו גם ליתן לנתבעים 3-5 את יומם בבית המשפט, טרם הפנייתם לבדיקת רקמות, ככל שיתמידו בהתנגדותם, יינתנו להלן הוראות אופרטיביות בדבר הגשת תצהירים ומועדים.

אחרית דבר

מכל המקובץ נקבע כדלקמן:

1. ניתן צו הבאה כנגד הנתבע 2 מ.ה נושא ת.ז ישראלית xxxxxx. יש להביאו בפני בית משפט זה בכל עת, בה יגיע לישראל לצורך קבלת עמדתו והפנייתו לביצוע בדיקת רקמות. משטרת ישראל תדאג לביצוע הצו בכל עת ללא הגבלת זמן. שחרורו בהפקדת סך של 10,000 ₪ והפקדת הדרכון.
2. התיק נקבע להוכחות הצדדים.

עדויות ראשיות של הצדדים ושל עדיהם יוגשו בתצהירים. התובעת תגיש תצהירי עדות ראשית מטעמה או השלמת תצהירים לענין ראיות בדבר הוריית הקטין, לא יאוחר מ-60 יום טרם מועד ההוכחות והנתבעים לא יאוחר מ-30 יום טרם מועד ההוכחות.

הצדדים יצרפו לתצהיריהם כל מסמך אשר בדעתם להסתמך עליו. מסמך שלא יצורף לא תותר הגשתו אלא ברשות בימ"ש.

עדים שיוזמנו הם רק עדים שהוגש תצהיר מטעמם. עדים שלא הוגש תצהיר מטעמם תוגש בקשה נפרדת בציון הנימוק לאי הגשת התצהיר וכל זה עד 21 יום טרם מועד ההוכחות.

למועד שנקבע להוכחות ידאגו הצדדים להתייצבות כל עד מטעמם.

1. נקבע להוכחות התובעת ליום 2.2.16 בשעה 09:00-11:00.

ולהוכחות הנתבעים ליום 29.2.16 בשעה 09:00-11:00.

1. המזכירות תמציא ההחלטה לצדדים ולמשטרת הגבולות ותקבע לת.פ מנ"ת לקבלת תצהירי הצדדים ליום 28.1.16.

ניתן לפרסום בהשמטת פרטים מזהים.

ניתן היום, י"ט אב תשע"ה, 04 אוגוסט 2015, בהעדר הצדדים.