



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

עמ"ש 41530-10-16 מדינת ישראל נ' מ' מ' ואח'

תיק חיצוני:

לפני **כבוד השופטים שבח יהודית, סג"נ, שאול שוחט, חנה פלינר**

מערערים
1. מדינת ישראל – משרד הפנים
2. היועץ המשפטי לממשלה
ע"י ב"כ עוה"ד מנדלבאום, גורדין וגולדשטיין

נגד

משיבים
1. ד' מ'
2. ד' ג'-מ'
3. מ' מ'
ע"י ב"כ עוה"ד יהודית מייזלס ומיכל לוי

פסק דין

- 1
- 2 **השופט ש. שוחט**
- 3 1. בפסק דין מיום 7.8.2016 קיבל בית משפט קמא את תביעתם של המשיבים, בני זוג בני אותו
- 4 מין, והצהיר כי המשיב 1 הינו אביו הביולוגי של הקטין מ' (להלן: 'הקטין').
- 5
- 6 2. את פסק דינו לא השתית בית המשפט קמא על בדיקת רקמות (נוכח סירובו של המשיב 1
- 7 לעשותה), אלא על מסכת ראייתית שנפרשה לפניו, שהיה בה, לטעמו, כדי להרים את הנטל הנדרש
- 8 להוכיח, כי המשיב 1 הינו אביו הביולוגי של הקטין (סעיף 10 לפסק דינו).
- 9 בין הראיות שהונחו לפניו – חוות דעת של מומחה מטעמו, פרופ' מרגליות. חוות דעת זו הוגשה בשני
- 10 חלקים – חוות דעת ראשונה וחוות דעת שניה. הטעם לכך, בתום שלב הראיות הגישו המשיבים בקשה
- 11 להוספת ראייה (מסמכים רפואיים נוספים שטרם הוגשו לרבות גיליון רפואי חדש) לה נעתר בית משפט
- 12 קמא. משמינוי המומחה נעשה לאחר התרת ההגשה של הראיות הנוספות, קבע בית משפט קמא, כי :



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

עמ"ש 41530-10-16 מדינת ישראל נ' מ' מ' ואח'

תיק חיצוני:

1 "מאחר שכאמור בהליך זה הוגשו מסמכים רפואיים נוספים לאחר תם שלב הראיות ובית המשפט
2 טרם הכריע מה משקלם הראייתי של הגיליון הרפואי החדש ויתר המסמכים שצורפו לבקשה להגשת
3 ראיות נוספות, יגיש המומחה שתי חוות דעת בהתבסס על שני מסדי נתונים שונים. בחוות הדעת
4 הראשונה, המומחה יחוה דעתו ביחס לסיכויי האבהות של מ'... בהתבסס רק על המסמכים שהוגשו
5 עד למועד חקירתו של המומחה... (להלן: 'המסמכים הראשונים'). לצורך הכנת חוות הדעת בדבר
6 המסמכים הראשונים, יוגשו לו המסמכים הראשונים בלבד. רק לאחר שתתקבל חוות דעתו של
7 המומחה ביחס למסמכים הראשונים, יוגשו למומחה המסמכים הנוספים שהוגשו בבקשה להגשת
8 ראיות נוספות..."

9

10 3. בהמשך לקביעה זו, ומהטעם שהמשיב 2 מגדל אף הוא את הקטין מיום היוולדו, נתן בית משפט
11 קמא צו הורות פסיקתי לפיו גם המשיב 2, הינו הורה של הקטין.

12

13 4. האפשרות להוכחת אבהות על דרך של הבאת ראיות, הוכרה בפסק דין בהליך אחר שניתן בין
14 בני הזוג – בג"צ 566/11, ד' מ' מ' ואח' נ' משרד הפנים:

15 "דרך המלך להוכחת הורות גנטית היא באמצעות בדיקה גנטית. יחד עם זאת, אין מקום לחסום את
16 הדרך בפני המעוניינים להוכיח בראיות אחרות הורות ביולוגית לצרכי קבלת מעמד... המבקשים
17 לעשות כן בדרך שונה מבדיקה גנטית רשאים לפנות לבית המשפט לענייני משפחה. ככל שיציגו
18 בפניו ראיות אובייקטיביות שיניחו את דעתו של בית המשפט כי קיים קשר ביולוגי בין ההורה והילד,
19 גם בלא בדיקה גנטית, רשאי בית המשפט לקבוע כי לפניו קשר של הורות ביולוגית" (להלן: בג"צ
20 566/11).

21 בערעור שלפנינו לא חולקים המערערים על דרך הילוכו של בית משפט קמא, שהרי זו הוכרה כאמור.
22 חולקים הם על התוצאה.

23



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

עמ"ש 41530-10-16 מדינת ישראל נ' מ' מ' ואח'

תיק חיצוני:

5. לטענת המערערים שגה בית משפט קמא משקבע את אבהותו הגנטית של המשיב 1 על הקטין וקיבל את תביעתו בהסתמך על שורה של ראיות פחותות משקל, מוקשות, שהעלו תהיות, תהיות משמעותיות ותהיות רבתי, כפי שקבע בית המשפט קמא עצמו בפסק דינו; עת לא נתן לקשיים הראייתיים ולתהיות הרבות שנתגלו בראיות המשיבים את המשקל הראוי וחרף זאת, קבע אבהות, בעקבות הליך פונדקאות בחו"ל, על כל המשתמע מכך, על סמך מסמכים מוקשים אלו; משהסתמך על "חוות דעת מומחה" שנסמכה כשלעצמה על מסד נתונים לקוי – תיעוד רפואי שנוי במחלוקת שהעלה תהיות משמעותיות ובעיות מהימנות ומבלי שניתנה כל אפשרות לביהמ"ש או למדינה לבדוק את "התיק הרפואי", אשר כנטען על ידי המשיבים, נוהל במרפאה פרטית הפועלת בחו"ל כשלמסמך המרכזי (הגיליון הרפואי) – כפי שנתברר בבקשה להוספת ראיה ובחקירות הנגדיות שנערכו אחריה – יש גרסאות שונות הנבדלות בנקודות קריטיות; משהסתמך בקביעת האבהות על "חוות דעת מומחה" אף שמעדותו של אותו מומחה – שהינו רופא נשים – הובהר כי אין הוא מהווה מומחה ביחס לסוגיה עליה נתבקש לחוות דעתו ואף שאותו מומחה העיד בעצמו כי אין לו מומחיות או ניסיון כלשהוא או אפילו נתונים ביחס לשאלה של קביעת קשרי אבהות בכלל ולאחר הליכי פונדקאות בחו"ל בפרט; משהתעלם מעדותו המפורשת של המומחה שמינה, פרופ' מרגליות, לפיה אין לו שום ניסיון בבירור אבהות ומדבריו הברורים כי מעולם לא נתבקש לחוות דעתו בעניין בירור אבהות או קיום קשר משפחתי גנטי עד להליך זה (עמ' 75 לפרו', ש' 10-17); משהתעלם מכך שהמומחה עצמו העיד שאין בידו נתונים ביחס למקרים בהם נתברר כי ילד שנולד בהליך פונדקאות איננו קשור גנטית להורים המיועדים; משהסתמך בקביעת האבהות על "חוות דעת מומחה" שהינה מסמך שכתב רופא נשים, אשר לא נערך כלל כחוות דעת מומחה על פי פקודת הראיות – התשל"א 1971 ולא הכיל את הרכיבים הנדרשים מחוות דעת מומחה; משהתעלם מכך שמדובר בחסר מהותי שכן המומחה עצמו העיד בבית המשפט כי כשכתב את המסמך לבית המשפט לא סבר שהוא כותב חוות דעת פורמלית ומחייבת אלא את "**דעתו האישית**"; משלא פסל את המומחה שמינה ודחה את טענות המערערים בעניין זה אף שנתברר שהמומחה שוחח עם רופא מטעם המשיבים בדיוק בנושאים שבלב המחלוקת, וזאת בנקודת זמן קריטית לאחר שמונה על ידי בית המשפט וטרם נתן את "**חוות הדעת הראשונה**" ואף שהעיד בעצמו כי יש לו עניין אישי בפונדקאות חו"ל ולכן לקח על עצמו את הכנת חוות הדעת; משלא ייחס משקל ראוי לעובדה שהמשיבים בחרו שלא להגיש תצהיר מטעם האם הפונדקאית לרבות ביחס לשאלה מיהו אביו של המשיב 3, אשר אותו ילדה, ולהליך הרפואי שאותו עברה, על פי



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

עמ"ש 41530-10-16 מדינת ישראל נ' מ' מ' ואח'

תיק חיצוני:

1 הנטען; משלא נתן משקל להוראות חוק מידע גנטי התשס"א-2000 (להלן: "חוק מידע גנטי"), ובפרט
2 הוראות סעיף 28' לחוק, לפיהן רשאי בית המשפט לצוות על עריכת בדיקה לקשרי משפחה גם ללא
3 הסכמת הנבדק, וכן הוראות סעיף 28ח(ב) לחוק, לפיו סירובם של המשיבים להיבדק, יכול לשמש כטענה
4 נגדם, בגדר כבישת הראיה הטובה ביותר וכי בית משפט יכול להסיק מסירוב כל מסקנה הנראית לו
5 מוצדקת בנסיבות העניין לרבות בדבר קשרי המשפחה הנטענים כלפי אותו אדם; עת קבע בפסק דינו נטל
6 הוכחה נמוך לעניין הוכחת אבהות גנטית בעקבות הליך של פונדקאות חו"ל וזאת בהתעלם מדו"ח הועדה
7 הציבורית לבחינה והסדרה חקיקתית של נושא הפריון בישראל, וועדת המומחים בראשות פרופ' מור יוסף,
8 וכן בהתעלם מהצעת חוק ההסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון מס' 2) התשע"ד
9 2014 [הצעות חוק הממשלה – 886, כ"ה בתמוז, 23.7.2014]; משהתעלם בפסק דינו מהמלצות וועדת
10 מור יוסף ומהצעת החוק ומכך שבמסגרתן קיימת חובה לביצוע בדיקה גנטית במעבדה מוכרת בישראל
11 לצורך הוכחת קשר גנטי בין היילוד לבין אחד מההורים המיועדים לשם קביעת קשרי משפחה (ראה סעיף
12 17 כד, עמ' 938 להצ"ח) וזאת גם לגבי מי שיפעל ב"מסלול מוכר" ויערוך הליך נשיאת עוברים מחוץ
13 לישראל במסגרת חברת תיווך מוכרת ובמרפאה מוכרת שתקבל אישור הוועדה המייעצת על פי הצעת
14 החוק.

15

16 6. בתשובתם לערעור תומכים המשיבים במהלכיו הדיוניים של בית משפט קמא, במסקנות שהסיק
17 מהממצאים שהעלו מהלכים אלה ובתוצאה הסופית של פסק הדין.

18 לטענתם, בית משפט קמא פעל בהתאם למתווה שנקבע בבית המשפט העליון בבג"צ 566/11 ומסקנתו
19 כי הם הרימו את נטל ההוכחה המוטל עליהם (אף מעבר למידת ההוכחה הנדרשת, לטענתם) והוכיחו
20 באמצעות ראיות רפואיות ועדויות שהמשיב 1 הוא ההורה הביולוגי-הגנטי של הקטין.

21

22

דיון והכרעה



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

עמ"ש 41530-10-16 מדינת ישראל נ' מ' מ' ואח'

תיק חיצוני:

- 1 7. בבג"צ 566/11 הנ"ל קובעת המשנה לנשיאה (כתוארה אז) הש' נאור, בסעיפים 16, 18 לפסק
2 הדין כי:
3 **"16.... איני סבורה כי יש מקום לחסום את הדרך בפני המעוניינים להוכיח בראיות אחרות הורות**
4 **ביולוגית לצרכי קבלת מעמד... המבקשים לעשות כן בדרך שונה מבדיקה גנטית רשאים לפנות לבית**
5 **המשפט לענייני משפחה, שהוא המוסמך בעניינים אלו... ככל שיציגו הפונים לבית המשפט לענייני**
6 **משפחה ראיות אובייקטיביות שיניחו את דעתו של בית המשפט כי קיים קשר ביולוגי בין ההורה**
7 **והילד, גם בלא בדיקה גנטית, רשאי בית המשפט לקבוע כי לפניו קשר של הורות ביולוגית.**
8 כך למשל, ייתכן כי דיון ענייני בתצהיר הרופא המטפל שצורף לעתירה (כאחד הנספחים של התביעה
9 שהוגשה בארצות הברית לצורך קבלת הצו השיפוטי), תוך בירור איכות המרפאה המטפלת ושל
10 המונחים הרפואיים הנזכרים בתצהיר, ולרבות חקירה נגדית של המומחה אם המדינה הייתה מבקשת
11 זאת, היה מניח את דעתו של בית המשפט לענייני משפחה שקיים קשר ביולוגי בין אחד העותרים
12 לבין הילד.
13 ... 18. יובהר שוב: להשקפתי על המשיבים לאפשר גם דרכי הוכחה אחרות, ככל שתכליתן היא
14 הוכחת זיקה ביולוגית.... אין לחסום אפשרויות הוכחה אלו באופן גורף, ויש להותיר למעוניינים בהם
15 לממשן.
16 לקביעה זו, מצטרפת גם כב' השופטת חיות (כתוארה אז), באומרה, בפסקה 1 לפסק דינה:
17 **"מקובלת עליי גישתה של חברתי, כי לשם קבלת אזרחות על פי אותו סעיף קיים צורך בהוכחת קשר**
18 **ביולוגי-גנטי בין ההורה הביולוגי הישראלי לילד שנולד מחוץ לישראל. כמו כן, דעתי כדעתה כי אין**
19 **כל הכרח שהקשר ההורי הביולוגי האמור יוכח דווקא באמצעות בדיקה גנטית המבוצעת בישראל –**
20 **כדרישת המשיבים – וכי יש לאפשר את הוכחתו של נתון זה בפני בית המשפט לענייני משפחה גם**
21 **בדרכים מהימנות אחרות..."**
22



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

עמ"ש 41530-10-16 מדינת ישראל נ' מ' מ' ואח'

תיק חיצוני:

8. בניגוד לטענת המשיבים, אינני סבור שהמערערים מבקשים לאיין קביעות אלה של בית המשפט העליון, להתעלם מהם ולחזור ולטעון, כי הדרך היחידה שאין בילתה, לקביעת אבהות גנטית, היא בדיקת רקמות.
המערערים אכן מדגישים, כפי שגם בית המשפט העליון הדגיש, את עליונותה של בדיקת הרקמות על פני כל דרך אחרת. ברם מסכימים הם, כי נפתחה הדרך בפני הטוען לאבהות גנטית, גם בהליך פונדקאות, להוכיחה באמצעים אחרים ו"בלבד שהאמצעים יניחו את דעתו של בית המשפט" (ס' 13 לעיקרי הטיעון מטעם המערערים) כפי שנקבע בס' 19 לפסק הדין בבג"צ 566/11. כל שטוענים המערערים בהקשר זה הוא שהנטל שבו על הטוען לאבהות הגנטית לעמוד בו, עת בוחר הוא להוכיח אבהותו שלא על דרך בדיקת רקמות, הינו נטל כבד יותר מנטל אזרחי רגיל של מאזן ההסתברויות, בוודאי בנסיבות המורכבות של המקרה הנדון (סעיף 38 לעיקרי הטיעון מטעם המערערים) וכי בנטל זה לא עמדו המשיבים.

11

12

13

בית המשפט קמא ושאלת הנטל

9. בית משפט קמא קבע בפסק דינו, כי מידת ההוכחה הדרושה למשיבים לצורך הוכחת תביעתם לאבהות היא זו הנהוגה במשפט אזרחי – הטיית מאזן ההסתברות, תוך הפנייה לפסיקה מקיפה (ס' ד. 4 לפסה"ד). משהתפנה בית המשפט קמא לבחון את השאלה האם עמדו המשיבים בנטל האמור, השיב לשאלה זו בחיוב, בהסתמכו על מסקנות חוות דעתו הראשונה של המומחה מטעמו:

11.ד"ד. התשובה לשאלה זו היא חיובית. כפי שציין המומחה, אף אם נתעלם מהמסמכים הנוספים, הסיכוי כי ד' אינו אבי הקטין הוא בערך אחוז אחד. אף אם מדובר היה רק ב- 60%, הדבר מספיק לצורך הליך אזרחי.

12. המומחה אישר כי אף אם הפונדקאית לא קיבלה זריקות לופרון כפי שטען ד"ר לביא ואף אם נקבע כי מאחר והזריקה היומית של לופרון לא מאזכרת כלל בגיליון הרפואי, הפונדקאית לא נטלה אותה, עדיין האחוז שהיא בייצה, נמוך ביותר.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

עמ"ש 41530-10-16 מדינת ישראל נ' מ' מ' ואח'

תיק חיצוני:

13. לא נעלמו מעייני התמיהות הרבות שהעלה הנתבע בדבר 'מציאת' המסמכים 'החדשים' מיד
לאחר הדיון, שעה שהתובעים הוסיפו מסמכים נוספים, שלוש פעמים לפני תחילת חקירתו
של ד"ר לביא. יחד עם זאת, מאחר שהמומחה ציין כבר בחוות הדעת הראשונה (ללא
המסמכים הנוספים), כי מדובר על סיכוי של 1% בלבד שד' אינו אביו הגנטי של הקטין,
ברור כי התובעים הוכיחו את תביעתם מעל לכל ספק סביר.
14. יודגש כי מסקנתי נשענת על חוות דעתו הראשונה של המומחה, אשר התבססה על
המסמכים הראשונים בלבד תוך התעלמות מהמסמכים הנוספים שהוגשו, אשר מהימנותם
מוטלת בספק לאור מועד הגשתם והנתונים החדשים שהוזכרו בהם.
15. לפיכך, יש להיעתר לתובענה ולהצהיר כי ד' הוא אביו של הקטין...."
- 10
- 11 אם לא די בכך שהנמקת בית המשפט קמא לקביעתו לפיה המשיבים עמדו בנטל הנדרש מהם להוכחת
12 תביעתם נסמכה רק על מסקנות המומחה בחוות דעתו הראשונה, ניכר שבית המשפט קמא ראה במסקנת
13 המומחה הרפואי כמשליכה באופן ישיר וסיסטמטי על המסקנה המשפטית המתבקשת בשאלת העמידה
14 של המשיבים בנטל ההוכחה בו נדרשים הם לעמוד. כך, היות שהמומחה העריך בחוות דעתו הראשונה
15 את הסיכוי שהמשיב 1 אינו אביו הגנטי של הקטין כ-1% בלבד, השתית בית המשפט קמא על נתון זה
16 את המסקנה, כי "ברור כי התובעים הוכיחו את תביעתם מעל לכל ספק סביר" (ס' ד. 13 לפסה"ד).
17 ככלל, קביעה כי צד להליך עמד במידת ההוכחה הנדרשת ממנו להוכחת תביעתו, ברמה של הטיית מאזן
18 ההסתברות, נעשית לאחר שבית המשפט בוחן את מהימנותן של כל הראיות אשר הובאו בפניו, את דיונת
19 ואת המשקל שיש להעניק להן, ומגיע למסקנה כי גרסה אחת סבירה יותר ומתקבלת יותר על הדעת מן
20 הגרסה שכנגד (ראו לדוגמא ד"ר נ. קנת ועו"ד ח. קנת, נטל ההוכחה והחזקות במשפט האזרחי ובמשפט
21 הפלילי, הוצאת בורסי, התשס"ב, – 2002, עמ' 49). בענייננו, לאור הנמקת ביהמ"ש קמא שצוטטה לעיל,
22 לא ניתן להתנתק מהרושם שבמקרה דנן ייחס בית משפט קמא לחוות דעת המומחה מטעמו, שהיא ראייה
23 ככל הראיות, מעמד מכריע, בבחינת הייתה היא ראייה עצמאית ואובייקטיבית, הנשענת על קביעה מדעית,



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

עמ"ש 41530-10-16 מדינת ישראל נ' מ' מ' ואח'

תיק חיצוני:

1 ולא על מסד נתונים שסופק ע"י המשיבים שביהמ"ש קמא עצמו מצא בו ליקויים רבים (שאת חלקם פירט
2 אף בעצמו בפסק דינו).
3
4 10. לא מצאתי ממש בטענות המערערים לגבי אובייקטיביות המומחה (ס' 9 לעיקרי הטיעון מטעמם)
5 גם לא סיבה ממשית להתערב בהתרשמות בית המשפט קמא בקשר למהימנותו. אני משוכנע שהמומחה
6 באמת ובתמים מאמין במסקנות אותן פירט בחוות דעתו וכי המשיב 1 הוא אביו הביולוגי של הקטין. ברם,
7 כשמדובר בעדים מומחים "לא 'אותות האמת' המתגלים מהתנהגות העדים הם העיקר, אלא הניתוח
8 ההגייוני של חוות הדעת המקצועית ויישומה לעובדות שהוכחו" (הרנון, דיני ראיות, 1977, חלק שני עמ'
9 306). אני סבור, כי בענייננו יישומה של חוות דעת המומחה על העובדות שהוכחו לפני בית המשפט קמא
10 אינה מצדיקה את המשקל הרב שייחס בית המשפט לחוות הדעת ככזו שמטה את הכף לקבלת התביעה.
11 מקובלת עליי קביעת בית המשפט קמא, כי די בהטיית מאזן ההסתברות לצורך קבלת התביעה - אך
12 קביעת בית המשפט קמא, הנשענת על מסקנות חו"ד המומחה, ולפיה המשיבים עמדו בנטל זה, ואף
13 הרבה מעבר לכך (ראו לעניין זה בס' 34 לעיקרי הטיעון מטעם המערערים שמציינים, על סמך הציטוט
14 שהובא לעיל, כי "לאור פסק דינו של בית המשפט קמא, עולה כי המשיבים הוכיחו את תביעתם בשיעור
15 של 99%, הרבה מעבר למאזן ההסתברות ממילא") אינה מקובלת עליי כלל ועיקר. לו תישמע דעתי,
16 התקיימו במקרה דנן שורה של נסיבות מיוחדות, שיש בהצטברותן כדי להביא למסקנה כי אין די בראיות
17 שהביאו המשיבים להוכחת תביעתם במידה הנדרשת (של הטיית מאזן ההסתברות). אפנה עתה לפרט
18 נסיבות אלו בהרחבה:
19
20 א. משמעות הסירוב לביצוע בדיקה גנטית להוכחת קשרי משפחה – אין מחלוקת כי הראייה החזקה
21 והטובה ביותר להוכחת קשר ההורות היא בדיקת רקמות. בדיקה זו הינה "מלכת הראיות" לביורור שאלה
22 זו (ראו סעיף ד.5 לפסק דינו של ביהמ"ש קמא). ראייה זו בחר המשיב 1 לכבוש. בהלכה הפסוקה נקבע
23 הכלל כי מסירוב שכזה רשאי בית המשפט להסיק כל מסקנה הנראית לו בנסיבות העניין. זאת, משום
24 שבסירוב להיבדק יש משום כבישת ראייה, המסכלת את עצם עשיית הדין ואת אפשרות הוצאתו לאור,
25 והסירוב יכול במקרה כזה לשמש ראייה שיש בה כדי להכריע לרעת המסרב, בספק המתעורר בעניין קשרי
26 המשפחה שלו (למשל ע"א 548/78 שרון נ' הלוי פ"ד לה(1) 736). כלל פסיקתי זה קיבל גם ביטוי



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

עמ"ש 41530-10-16 מדינת ישראל נ' מ' מ' ואח'

תיק חיצוני:

1 חקיקתי בהוראת סעיף 28ח(ב) לחוק מידע גנטי, התשס"א-2000 אשר קובעת, כי "בית המשפט רשאי
2 להסיק מסירובו של אדם להיבדק כל מסקנה הנראית לו מוצדקת בנסיבות העניין, לרבות בדבר
3 קביעת קשרי המשפחה הנטענים כלפי אותו אדם".
4
5 באמירה כי יש לאפשר למשיבים (העותרים שם) גם דרכי הוכחה אחרות, התייחס בית המשפט העליון
6 (כב' השופטת נאור – דעת הרוב בבג"ץ 566/11) לטענות העותרים בדבר הפגיעה הכלכלית הכרוכה
7 בדרישה לערוך בדיקה גנטית, כמו גם להימשכות ההליכים כתוצאה מעריכת הבדיקה, וציין כי אין לחסום
8 דרכים אחרות באופן גורף, על אף עליונותה הברורה של הבדיקה הגנטית, שהינה בבחינת דרך המלך
9 (ס' 17-18 לפסה"ד). עוד נקבע שם, כי סירוב לעשות בדיקה גנטית – יש בו כדי לעורר פליאה (שם, בס'
10 16 לפסה"ד של השופטת נאור).
11
12 במקרה דנן סבר ביהמ"ש קמא, כי אין לראות בסירוב המשיבים לערוך בדיקה גנטית ראייה בעלת משקל
13 לחובתם. ביהמ"ש קמא נימק זאת בכך ש"התובעים הצהירו כי הם מתנגדים לעריכת בדיקה גנטית,
14 מאחר ומדובר בדרישה המופנית רק לזוגות חד מיניים ולטענתם זו אפליה פסולה. לפיכך, לא ניתן
15 לראות בהתנגדות זו שיש לה טעם השקפתי כראייה הפועלת נגדם" (ס' ד. 7 לפסה"ד). דא עקא, טענה
16 זו של המשיבים מנוגדת למציאות. שכן, גם זוגות הטרוסקסואלים נאלצים לערוך בדיקה גנטית לצורך
17 קביעת הורות במקרה בו הם מבצעים הליך פונדקאות בחו"ל ואין על כך מחלוקת (ראו ס' 18 לעיקרי
18 הטיעון מטעם המערערים וס' 9 לעיקרי הטיעון מטעם המשיבים).
19
20 בעיקרי הטיעון מטעם מסבירים המשיבים כי לבני זוג הטרוסקסואליים קיימת אפשרות לערוך פונדקאות
21 בישראל (ללא בדיקת רקמות) ואפשרות זו אינה עומדת לזוגות חד – מיניים. אכן, פונדקאות בישראל,
22 המוסדרת בחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996, אינה אפשרית
23 לזוגות חד-מיניים, כמו גם על יחידנים (ראו בבג"ץ 781/15 איתי ארד-פנקס נ' הועדה לאישור הסכמים,
24 3.8.2017). ברם, סירובם של המשיבים לעריכת בדיקה גנטית אינו תורם לשינוי מציאות זו ואין סיבה
25 שיקנה להם עדיפות על פני זוג הטרוסקסואלי שמחליט לבצע הליך פונדקאות בחו"ל ונדרש להוכיח הורות
26 באמצעות בדיקת רקמות (או לשאת בהשלכות הראייתיות של הסירוב לעשות כן). כבר כשניתן פסה"ד



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

עמ"ש 41530-10-16 מדינת ישראל נ' מ' מ' ואח'

תיק חיצוני:

- 1 בבג"ץ 566/11 סבר ביהמ"ש העליון, כי סירובם של המשיבים לערוך בדיקת רקמות "מעורר פליאה",
2 וחלוף הזמן מאז שניתן פסה"ד (לפני יותר מ-4 שנים) כשבמהלכו השקיעו המשיבים סכומי עתק בהליכים
3 משפטיים והוצאות כרוכות (לרבות זימון ד"ר לביא מארה"ב פעמיים לצורך מתן עדות) במטרה להימנע
4 מאותה בדיקה, כשטעמיהם לסירוב ביצועה לא היו עקביים – רק מחזק את אותה פליאה שהתעוררה זה
5 מכבר. יש לכך משמעות ראייתית, כבדה, לחובת המשיבים שעל כתפיהם מוטל הנטל להטות את מאזן
6 ההסתברות לטובת הוכחת גרסתם.
- 7
- 8 ב. תחום המומחיות של המומחה שמונה – פרופ' מרגליות היה מנהל היחידה להפריה חוץ גופית במרכז
9 הרפואי שערי צדק במשך 23 שנים (עמ' 69 שורות 25-26 לפרוט') ומומחיותו בפריון אינה מוטלת בספק.
10 המומחה העיד בביהמ"ש קמא, כי לצורך הכנת חוות דעתו, הוא התייעץ עם מומחים נוספים (עמ' 70
11 שורות 28-29). ביהמ"ש קמא סבר כי המומחה מוסמך לחוות את דעתו "על בסיס נתוני בדיקות וסוגי
12 תרופות וטיפולים שנטלה האם הפונדקאית, מה הסיכוי שההיריון נוצר מיחסים עם גבר אחר ולא
13 מתהליך השתלת העוברים. אין כל צורך במומחיות בתחום הגנטי אלא במומחיות בדיוק כפי שיש
14 לפרופ' מרגליות" וכי "כמומחה לפריון, הוא בקיא היטב בערכים ובנתונים שנרשמו בגיליון הרפואי
15 וביתר המסמכים ועל פיהם הוא יכול לענות היטב על השאלה שעמדה להכרעה" (סעיף ג.1 לפסה"ד).
16
- 17 השאלה אותה העמיד ביהמ"ש קמא לבחינת המומחה היא קביעת סיכויי האבהות של המשיב 1 על הקטין
18 בהתאם לחומר הרפואי שהובא לפני המומחה (שהובא בשתי פעימות ולכן גם ניתנו שתי חוות דעת).
19
- 20 ביום 14.12.15 הגיש המומחה את חוות דעתו הראשונה בהתבסס רק על המסמכים הראשונים שהוגשו.
21 המומחה קבע, כי:
- 22 "הסיכוי שהפונדקאית בייצה מזרעו של בעלה הנו נמוך ביותר בהערכה גסה פחות מאחוז אחד. קיים
23 גם סיכון קטן ביותר (1:10000) שבמעבדה בזמן ההפריה השתמשו בטעות בזרע של אדם אחר.
24 קיימת גם האפשרות שהחזירו לרחם הפונדקאית עוברים של זוג אחר (סיכוי 1:10000). מכאן,
25 שהסיכוי ד'מ' הנו האבא הגנטי של הילוד הנו מעל 99%".



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

עמ"ש 41530-10-16 מדינת ישראל נ' מ' מ' ואח'

תיק חיצוני:

1 ביום 5.1.16 הגיש המומחה את חוות הדעת השנייה שהתבססה גם על המסמכים הנוספים. בחוות דעתו
2 קבע המומחה, כי:
3 "בכל המסמכים שהובאו אלי לא מצאתי עדות לכך שהפונדקאית אמנם קיבלה זריקה של לופרון.
4 למרות זאת, כנראה שקבלה אותה. ד"ר לביא בסיכום שלו מציין שניתן לופרון והתגובה של השחלות
5 מתאימה - כשבוע לאחר המתן המשוער של לופרון, הופיעו ציסטות בשחלה הימנית שנספגו לאחר
6 שבוע נוסף. לא נראה לי שהיה ביוץ טבעי אצל הפונדקאית. רמת הפרוגסטורון בדמה נשאר נמוך ולא
7 היה נוזל באגן. לדעתי הסיכוי שהילד הנו בנו הגנטי של ד'מ' גבוהה מ - 99%".
8
9 מקובלת עליי קביעת בית המשפט קמא, כי למומחה ניסיון מקצועי רב לנתח את הערכים והנתונים שנרשמו
10 בגליון הרפואי ובחומרי גלם רפואיים שהובאו בפניו ועל בסיסם **לחוות דעה** בדבר האפשרות כי הקטין
11 שנולד לאם הפונדקאית מקורו בעובר שלמשיב קשר גנטי אליו או לא. לדעה זו בהחלט יש מקום ליתן
12 משקל. עם זה, אני סבור כי יכולתו של המומחה שמונה (או כל מומחה אחר לפיריון) ליתן הערכה
13 **הסתברותית**, תוך שימוש בנתון **מספרי** בדבר סיכויי אבהות, כפי שעשה, מוטלת בספק. המומחה העיד
14 כי לא חשב שהתבקש ליתן "**חוות דעת פורמאלית**" אלא "**חשבתי שמה שאני נותן זו דעתי האישית.**
15 **אני חושב כמו כל מסמך שמגישים לבית המשפט הוא אמור להיות אמיתי**" (עמ' 70 ש' 26-25 לפרוט').
16 עם כל הכבוד, יש הבדל רב בין דעה אישית אותה הביע המומחה בחוות דעת (שמשוכנע אני כי הביעה
17 מתוך אמונה כי היא אמיתית) לבין חוות דעת מומחה מוסמכת המתיימרת לנקוב בנתונים מספריים
18 מדויקים. המומחה העיד כי אין לו מומחיות בגנטיקה (עמ' 70 ש' 13-6 לפרוט'), גם לא בקביעת אבהות,
19 וכי מעולם לא נתן חוות דעת בנושא קביעת אבהות או בקביעת קשר משפחתי גנטי (עמ' 75 ש' 17-10
20 לפרוט'). המומחה העריך כי טיפל עד היום בכ-10,000 ילדים בטיפול בהפריה חוץ גופית אך אין לו נתונים
21 בעניין קשר משפחתי גנטי של הילדים שנולדו משום שהבדיקות הגנטיות שהוא נחשף אליהן הן רק
22 בהקשר של מחלות גנטיות תורשתיות ואין לו נתונים על בדיקות של קשרי משפחה גנטיים שכן אלו
23 בדיקות, שלדבריו "**לא עושים ברוטינה**" (עמ' 75 ש' 28 לפרוט'). כשנשאל על מקרים שאירעו בהליכי
24 פונדקאות חו"ל בהם נתברר כי הילד שנולד לפונדקאית איננו שייך גנטית להורים המיועדים, הודה,
25 בהגינותו, שאין לו שום ידע, נתונים או ניסיון בעניין זה וכי הוא לא יודע דבר לגבי פונדקאות חו"ל (עמ' 83



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

עמ"ש 41530-10-16 מדינת ישראל נ' מ' מ' ואח'

תיק חיצוני:

1 ש' 18-26 לפרוט'). משנשאל כיצד ידע לנקוב בנתון מספרי של סיכוי של 1:10,000 שחלה שגגה
2 במעבדה ובזמן ההפריה השתמשו בטעות בזרע של אדם אחר או החזירו לרחם הפונדקאית עוברים של
3 זוג אחר, הסביר כי ביסס זאת על סמך הנחה שבסביבת עבודתו שלו (בישראל) היה מעורב בכ-10,000
4 מחזורי הפרייה ו"הלכתי לשאול במעבדה אם זוכרים מקרים ושאלתי ביחידה אחרת אם זוכרים מקרים
5 שהתבלבלו בזרע וסה"כ כולם יחד חשבו שאולי היה מקרה אחד" (עמ' 82 ש' 29-30 לפרוט'). דא
6 עקא, משנשאל אם לכל אותם 10,000 בוצעה בדיקה גנטית השיב את התשובה השלילית המתבקשת
7 והודה כי יכול להיות שהיו הרבה יותר טעויות שלא יודעים עליהם (עמ' 83 ש' 9 לפרוט'). בהמשך אישר
8 המומחה כי אין לו כל נתונים בעניין המרפאה של ד"ר לביא בארה"ב בה בוצע ההליך:
9 "ש. אתה יודע מה אחוז הטעויות אצלו במעבדה?
10 ת. לא אני חושב שאף אחד לא יודע מה אחוז הטעויות אצלו במעבדה.
11 ש.איך כתבת בחוות הדעת שלך שיש סיכוי של 1:10,000 כאשר אף אחד לא יכול לדעת?
12 ת. מצד שני, תחשבי על כך שמה שאת מספרת זה לאו דווקא טעות להליך פונדקאות. בכל ההליכים
13 האלו יש סיכוי שמישהו שם משהו במקום לא נכון. רק עם השנים נדע אם יש אחוז גבוה או שונה ממה
14 שאנו חושבים בטעויות" (עמ' 84 ש' 12-17 לפרוט').
15
16 מן המקובץ עולה כי לפחות בעניין זה הנתון המספרי בו נקב המומחה בחוות-דעתו נקבע באופן סתמי על
17 סמך אמונתו ולא נשען על ידע וניסיון מקצועי כמומחה רפואי.
18
19 זה המקום לציין, כי המערערת הביאה לפני ביהמ"ש קמא ראיות מהן עולה כי למרבה הצער אירעו כבר
20 בעבר מספר מקרים בהם בדיקה גנטית שבוצעה בישראל העלתה כי המסמכים שהובאו במסגרת הליך
21 פונדקאות בחו"ל אינם תואמים את תוצאות הבדיקה ואת העובדות לאשורן – ידועים לפחות חמישה
22 מקרים שונים בהם ילדים שנולדו בהליכי פונדקאות חו"ל, בבדיקה גנטית שנערכה בישראל לאחר לידתם
23 התגלה כי הם אינם ילדיהם ביולוגיים של ההורים הנטענים (וזאת בניגוד לתעודות הלידה והמסמכים
24 שהונפקו בחו"ל). ביהמ"ש קמא לא ייחס לנתונים אלו משקל רב בציינו, כי "העובדה כי במספר מקרים
25 התברר שהתעודות כוזבות, לא מלמדת כי כך הדבר ברוב המקרים" (ס' ד. 8 לפסה"ד). קביעה זו של
26 ביהמ"ש קמא מוצדקת בעיניי (גם המערערת לא טענה כי ברוב המקרים של פונדקאות חו"ל התעודות



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

עמ"ש 41530-10-16 מדינת ישראל נ' מ' מ' ואח'

תיק חיצוני:

1 כוזבות) עם זאת יש בנתונים שהביאה המערערת בעניין זה כדי ללמד ששכיחות התופעה המצערת,
2 במקרים של פונדקאות חו"ל, רחבה הרבה יותר מהנתון המספרי בו נקב המומחה.
3
4 ג. התיעוד הרפואי ממרפאת ד"ר לביא בה בוצעה ההפריה – המרפאה בה בוצעה ההפריה בארה"ב היא
5 מרפאה פרטית. המרפאה אמנם מפוקחת ע"י גורמים מסוימים בארה"ב (כפי שעולה מאישורים שצורפו
6 כמוצג כ"ח למוצגי המשיבים) אבל מעצם היותה מרפאה פרטית הפועלת מחוץ לגבולות המדינה – אין
7 למדינת ישראל יכולת פיקוח ובקרה על הסטנדרטים שבה נערך התיעוד הרפואי. בהחלטתו מיום
8 23.7.2015 עמד ביהמ"ש קמא על הקושי הטמון בכך, היות ו"במקרה דנן, בניגוד למקרים רבים שבהם
9 מועבר חומר רפואי למומחה לצורך בדיקה, כל החומר נמצא בשליטת המבקשת או מי מטעמם ולא
10 ניתן לדעת האם קיימים מסמכים נוספים, אשר ייתכן כי הם "לרעת" המבקשים". (ס' 7 לאותה
11 החלטה). הקושי האמור מתעצם לאור העובדה שד"ר לביא, שערך את הליך ההפריה והעיד מטעם
12 התובעים, לא רק עובד במרפאה אלא מדובר במרפאה **בבעלותו** שהוא גם מנהלה (עמ' 5 ש' 2-5 לפרוט')
13 ומשהסתבר כי המשיב 1 (שבבעלותו סוכנות תיווך לפונדקאות) בקשרים עסקיים עם המרפאה (סיפק לה
14 לקוחות בעבר ויתכן ומספק גם כיום – עמ' 5 ש' 26 – עמ' 6 ש' 6 לפרוט'). קושי זה חייב ומחייב בחינת
15 עדותו של ד"ר לביא, שאינו גורם אובייקטיבי, בזהירות יתרה.
16
17 במועד בו בוצעה ההפריה (בשנת 2010) התיעוד הרפואי במרפאת ד"ר לביא בוצע עדיין בכתב יד. ד"ר
18 לביא העיד, כי רק בשנת 2012 הפך התיעוד במרפאתו להיות ממוחשב (עמ' 50 ש' 22-30 לפרוט').
19 כפועל יוצא מכך, גם הגיליון הרפואי של המטופלת, הפונדקאית, בו אמורים להיות מרוכזים כל הנתונים
20 הרלוונטיים לטיפול (מינוני תרופות שמקבלת, בדיקות דם, תוצאות בדיקת אולטרסאונד וכו') – נערך בכתב
21 יד.
22
23 בעדותו הסביר ד"ר לביא את נהל הטיפול בגיליונות הרפואיים במרפאתו – לכל מטופל היה מנוהל גיליון
24 רפואי. בכל פעם שהיה נעשה שינוי בגיליון (המקורי) היה נעשה צילום חדש וכאשר היו עושים את ההעתק
25 האחרון של הגיליון היו משמידים את הגיליון הקודם (עמ' 52 ש' 19-32 לפרוט'). כך נעשה ברוב המקרים.
26 במקרה דנן נאלץ ד"ר לביא להודות כי חלה התרחשות **חריגה** – כשנמצאו במרפאתו שתי גרסאות של



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

עמ"ש 41530-10-16 מדינת ישראל נ' מ' מ' ואח'

תיק חיצוני:

1 אותו גיליון רפואי של הפונדקאית (עמ' 54 ש' 26 לפרוט'). אין מחלוקת כי בענייננו הכשל המדובר לא
2 התגלה בזמן אמת אלא רק לאחר תום שלב הראיות. רק לאחר שבמהלך חקירתו של ד"ר לביא ביום
3 12.2.15 התברר כי בגיליון הרפואי שהוגש לביהמ"ש קמא וצורף לתצהירו של ד"ר לביא חסר תיעוד
4 רפואי משמעותי ועלו תמיהות ביחס לתיעוד הרפואי, רק לאחר שמשיבים הכריזו "אלו עדי" וניתן צו
5 להגשת סיכומים – פנו המשיבים לביהמ"ש קמא בבקשה להוספת ראיות בתיק במסגרתה נטען, כי הגיליון
6 הרפואי שהוגש לא היה הגיליון הסופי אלא רק גרסה קודמת וכן התבקשה הגשת תדפיסים של תוצאות
7 בדיקות מעבדה שבוצעו לפונדקאית במעבדה אחרת. בהחלטתנו מיום 23.7.15 קבע ביהמ"ש קמא, כי
8 עצם הגשת הגיליון הרפואי ה"חדש", לאחר תום שלב ההוכחות, מעלה ספק ביחס לאותנטיות שלו (ס' 8
9 להחלטה). עם זאת, בניסיון להתגבר על כשל זה הורה ביהמ"ש קמא בהחלטתו למומחה לחוות את דעתו
10 ב"שתי פעימות" בהתבסס על שני מסדי נתונים שונים: המסמכים שהוגשו עד לאחר שתם שלב הראיות
11 (לרבות הגיליון הרפואי המקורי) והמסמכים שהוגשו לאחר שתם שלב הראיות (לרבות הגיליון הרפואי
12 החדש).
13

14 ביהמ"ש קמא סבר, כי ההתנהלות סביב הגשת הגיליון הרפואי החדש והמסמכים החדשים מעלה "תהייה
15 רבתי" וכי "למרבה הפלא, במסמכים החדשים שהתובעים הגישו לאחר תם חקירתו הראשונה של
16 ד"ר לביא, נמצאו בדיוק אותם נתונים שהיו חסרים במסמכים שהוגשו על ידו ושנדונו בחקירה הנגדית
17 המקצועית והמעמיקה שערכה ב"כ הנתבע, עו"ד מנדלבאום. התובעים טוענים כי מדובר בטעות
18 בתם לב "בשל טעות אדמיניסטרטיבית" וכי העובדה שהמסמכים צורפו פחות מיממה לאחר הדיון,
19 "מלמדת על האוטנטיות שבמסמכים אלו" (סעיף 8 לסיכומי התשובה). הסבר זה אינו משכנע. מי
20 אמר שלא ניתן לערוך תיקונים בזמן כה קצר? " (ס' ב.15 לפסה"ד).
21

22 במסגרת פסה"ד התמודד ביהמ"ש קמא עם התחבטות זו בכך שבחר להשעין את מסקנתו "על חוות
23 דעתו הראשונה של המומחה, אשר התבססה על המסמכים הראשונים בלבד תוך התעלמות
24 מהמסמכים הנוספים שהוגשו, אשר מהימנותם מוטלת בספק לאור מועד הגשתם והנתונים החדשים
25 שהוזכרו בהם." (ס' ד.14 לפסה"ד).
26



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

עמ"ש 41530-10-16 מדינת ישראל נ' מ' מ' ואח'

תיק חיצוני:

1 דרך הילוכו זו של ביהמ"ש קמא מוקשית בעיניי. אם לביהמ"ש קמא קיים ספק באותנטיות של אותם
2 מסמכים שצורפו לאחר תום שלב ההוכחות והגיליון הרפואי החדש (שעל בסיסם נערכה חוות דעת
3 המומחה השנייה) ומטעם זה בחר שלא להשעין את מסקנותיו עליה – מי יתקע לידינו שגם מסד הנתונים
4 ששימש למתן חוות דעת המומחה הראשונה אינו נגוע באותן פגמים ומהימנותו לא מוטלת בספק? הרי
5 גם הוא סופק כולו ע"י אותם גורמים ממש (המשיבים וד"ר לביא).
6
7 ד. "חומר הגלם הרפואי" בו נעשה שימוש לצורך עריכת הגיליון הרפואי של הפונדקאית במרפאת ד"ר
8 לביא – מסד הנתונים ששימש את המומחה מטעם בית המשפט לצורך הכנת חוות דעתו כלל, מלבד
9 תיעוד רפואי שמקורו במרפאתו של ד"ר לביא, גם תיעוד רפואי של בדיקות אולטרסאונד ובדיקות דם,
10 שמקורו במוסדות רפואיים אחרים חיצוניים בהם טופלה הפונדקאית. מדובר במסמכים רפואיים שהועברו
11 לתיקה הרפואי של הפונדקאית – במרפאת ד"ר לביא אבל נערכו במוסדות אחרים הסמוכים למקום
12 מגוריה של הפונדקאית, במדינה אחרת בארה"ב. הגיליון הרפואי של הפונדקאית (על שתי גרסאותיו),
13 המהווה את מסד הנתונים המרכזי על בסיסו השתית המומחה את חוות דעתו – אינו מבחין בין הנתונים
14 שהוזנו אליו (בכתב יד) שמקורם בבדיקות שנערכו במרפאת ד"ר לביא לבין הנתונים שמקורם בבדיקות
15 שביצעה הפונדקאית במרפאות אחרות ואותם העבירה למרפאת ד"ר לביא. מעדותו של ד"ר לביא נלמד
16 כי גם הוא לא הבחין בין אלו לאלו. כך, בסעיף 2 לתצהירו המשלים (מוצג ז' למוצגי המשיבים) העיד ד"ר
17 לביא, כי הבדיקות האחרונות שנערכו לפונדקאית ביום 1.4.2010 "נערכו במרפאה שלי והתוצאות שלהן
18 הוזנו ישירות לגיליון הרפואי". בחקירתו בביהמ"ש הודה, כי הבדיקות המתייחסות למועד האמור נערכו
19 ככל הנראה במוסד רפואי אחר אליו פנתה הפונדקאית (במדינת פנסילבניה) וכי איש צוות במרפאתו הזין
20 אותם בכתב יד לגיליונה הרפואי (עמ' 49 ש' 9 – 50 ש' 13 לפרוט').
21
22 על הבעייתיות בהסתמכות על מסמכים רפואיים שמקורם לא במרפאת ד"ר לביא, תעיד החלטת ביהמ"ש
23 קמא מיום 10.3.15 שבה הורה, כי על המשיבים לזמן את עורכי אותם מסמכים לעדות ככל שהם מבקשים
24 להסתמך על התעודות הרפואיות שסיפקו. במסגרת החלטה מאוחרת יותר (מיום 28.5.2015) קבע
25 ביהמ"ש קמא, כי משמדובר במסמכים שצורפו לגיליון הרפואי שנערך במרפאת ד"ר לביא ניתן לראות
26 בהם כ"חומר גולמי המהווה בסיס לגיליון הרפואי" ובמסגרת פסה"ד קבע ביהמ"ש קמא, כי אינו מקבל



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

עמ"ש 41530-10-16 מדינת ישראל נ' מ' מ' ואח'

תיק חיצוני:

1 את עמדת המערערת לפיה יש להתעלם מכל אותם מסמכים ולהעניק להם משקל ראייתי של "אפס"
2 והסתמך לצורך כך על הוראת סעיף 8(א) לחוק בית המשפט לענייני משפחה (ס' ב. 16-17 לפסה"ד). מוכן
3 אני להסכים לעמדה זו של בית המשפט. עם זאת, אני סבור כי המשקל הראייתי שיש לתת לאותם מסמכים
4 (כמו גם הנתונים שעל בסיסם הוזן הגיליון הרפואי של הפונדקאית שמקורם בבדיקות שלא נערכו במרפאת
5 ד"ר לביא) חייב להיות נמוך יותר מאשר המשקל שיש לתת למסמכים שמקורם במרפאת ד"ר לביא
6 ובדיקות שנערכו במרפאה שבבעלותו. שכן, מן המערערת נמנעה האפשרות לחקור את מי שערך את
7 אותם מסמכים (שלא הובא לעדות מטעם המשיבים) והתברר כי ההליך בו הועתקו הנתונים מתוך אותם
8 "חומרי גלם רפואיים" (שמקורם במרפאות אחרות) לגיליון הרפואי של הפונדקאית שנוהל במרפאת ד"ר
9 לביא, בכתב יד ע"י איש צוות ממרפאת ד"ר לביא – לא היה חף מטעויות. כך לדוגמא העיד ד"ר לביא כי
10 בבדיקת האולטרסאונד של הפונדקאית מיום 16.3.2010 (שנערכה במרפאה חיצונית) נמצאו זקיקים
11 בגודל של 20-22 מ"מ שאינם קטנים וכי איש הצוות במרפאתו הזין את הנתונים באופן לקוי לגיליון הרפואי
12 משהגדיר את אותם זקיקים בגודל SMALL (עמ' 55 ש' 14-27 לפרוט').

13 ה. דלות הראיות לשלילת האפשרות של הריון ספונטני של הפונדקאית – הפונדקאית בענייננו הינה אשה
14 נשואה. במסגרת הסכם הפונדקאות שנערך בינה לבין המשיבים (מוצג ל"ב למוצגי המשיבים) הוכנס סעיף
15 לפיו היא מתחייבת שלא לקיים יחסים לתקופה של שבועיים ימים לפני החזרת העוברים ולתקופה מסוימת
16 אחרי כל ניסיון בהשתלת עובר וכי היא ובעלה מתחייבים שלא לנקוט שום פעולה אחרת שתגרום להריונה
17 בדרך כלשהיא, למעט השתלת העובר לפי ההסכם. אין לדעת אם הפונדקאית מילאה אחר הנחייה זו היות
18 והמשיבים נמנעו מהבאתה לעדות. גם ד"ר לביא העיד כי אינו יודע בוודאות אם קיימה יחסים עם בעלה
19 בתקופה הרלוונטית אם לאו (עמ' 18 ש' 10-14 לפרוט') והסביר כי מנגנון ההגנה למניעת הריון בלתי רצוי
20 שכזה הוא באמצעות טיפול הורמונלי שניתן לפונדקאית. במסגרת תצהירו העיד ד"ר לביא, כי הטיפול
21 ההורמונאלי שקיבלה הפונדקאית "כלל דיכוי בעזרת לופרון (Lupron) של פעילות בלוטת יותרת המח,
22 אשר מנע ממנה לבייץ בתאריך השתלת העוברים או בסמוך לכך. מעקב מתמיד אחרי רמות הדם
23 שלה מוכיח באופן מוחלט שהיא לא בייצה בתקופה זו" (ס' 12 לתצהיר. כך גם בעדותו בביהמ"ש
24 התייחס ד"ר לביא לתרופת הלופרון כאל התרופה שמדכאת-מונעת את הבייץ – עמ' 12 ש' 12-13
25 לפרוט'). הצהרת ד"ר לביא כי הפונדקאית קיבלה טיפול מדכא בייץ של תרופת הלופרון היוותה הנחת



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

עמ"ש 41530-10-16 מדינת ישראל נ' מ' מ' ואח'

תיק חיצוני:

1 המוצא עליה השתית המומחה מטעם ביהמ"ש, פרופ' מרגליות, הן את חוות דעתו הראשונה הן את
2 השנייה. בחוות דעתו הראשונה ציין המומחה כי "לקראת החזרת העוברים לרחם טופלה הפונדקאית
3 ב- LUPRON אגוניסט של GNRH אשר דיכא את ההיפופיזה ומנע ביוץ בזמן החזרת העוברים
4 לרחם" (מוצג י' למוצגי המשיבים).

5 דא עקא, שבכל החומר הרפואי שסופק למומחה ממרפאת ד"ר לביא ובכלל אין כל תיעוד רפואי
6 לנטילת הלופרון ע"י הפונדקאית (ר' בעניין זה עדות ד"ר לביא בעמ' 13 ש' 8 לפרוט' וחוות דעתו השנייה
7 של המומחה מטעם ביהמ"ש – מוצג י"א למוצגי המשיבים). ד"ר לביא העיד בחקירתו, כי את תרופת
8 הלופרון הייתה צריכה הפונדקאית להזריק לעצמה באופן עצמאי ויומיומי בביתה (עמ' 13 ש' 3-16
9 לפרוט') ואישר, בהגנותו, כי אינו יכול לאשר כי הפונדקאית אכן עשתה כן (עמ' 13 ש' 20 לפרוט'). זה
10 המקום לציין כי המומחה מטעם ביהמ"ש, פרופ' מרגליות, סבר כי הפונדקאית קיבלה את הטיפול בתרופת
11 הלופרון בזריקה אחת, פעם בחודש, שהיא לסברתו יותר יעילה, וציין כי הסיק זאת בין השאר לאור היעדר
12 התייעוד בעניין שכן "אם הייתה מקבלת כל יום היה בטוח תיעוד" (עמ' 79 ש' 30 לפרוט'). כאמור, לאור
13 עדות ד"ר לביא, הרופא שטיפל בפונדקאית, הרי שמסקנת המומחה בעניין זה הייתה לא מבוססת. מענה
14 לקושייה האם הפונדקאית קיבלה בכלל טיפול בתרופת הלופרון, באיזה מינון, והאם אכן נטלה את הטיפול
15 בפועל (שניתן בזריקות אותן הייתה צריכה להזריק לעצמה) היה יכול להימצא לו הייתה הפונדקאית
16 מובאת לעדות – אך המשיבים, כאמור, בחרו להימנע מכך.

17

18 במסגרת חקירתו הנגדית הפחית ד"ר לביא בחשיבות העובדה לפיה אין תיעוד ללקיחת תרופת הלופרון
19 ע"י הפונדקאית, בציינו כי הפונדקאית טופלה גם ע"י תרופת אסטרוגן בזריקות. תרופת האסטרוגן, הסביר,
20 נועדה לעבות את רירית הרחם (לקראת השתלת העוברים) אך היא גם מונעת ביוץ (עמ' 12 ש' 13-26
21 ש' 2 לפרוט') ו"יש תיעוד כי לקחה את האסטרוגן ויש תיעוד שלא בייצה" (עמ' 13 ש' 20-21 לפרוט').
22 ד"ר לביא לא ידע להשיב מדוע לא ציין בתצהירו את תרופת האסטרוגן כמדכאת ביוץ (אלא את תרופת
23 הלופרון בלבד) וביהמ"ש קמא התרשם מתשובתו זו כי היא "פוגמת אף היא באמינות עדותו" (ס' ב.5
24 לפסה"ד). אציין כי גם מתצהיר ד"ר לביא שהוגש בתמיכה לעתירת המשיבים במסגרת ההליך שהתנהל



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

עמ"ש 41530-10-16 מדינת ישראל נ' מ' מ' ואח'

תיק חיצוני:

1 בארה"ב להכרה בהם כהורי הקטין (צורף כחלק מנספח ל"ג למוצגי המשיבים) נוכחתי לדעת כי ד"ר לביא
2 ציין שם את תרופת הלופרון **בלבד** כמדכא הביוץ אותו קיבלה הפונדקאית.

3 בניסיון לתקן את הרושם שנוצר הסביר ד"ר לביא בעדותו, כי קל לזהות אם הפונדקאית מבייצת באופן
4 ספונטני או לא באמצעות בדיקת דם (עמ' 11 ש' 18 ועמ' 12 ש' 25 לפרוט'). לתצהיר עדותו הראשית של
5 ד"ר לביא בו העיד, כי הפונדקאית הייתה תחת "**מעקב מתמיד אחרי רמות הדם שלה שמוכיח שהיא**
6 **לא בייצה בתקופה זו**" (ס' 12 לתצהיר) צורף הגיליון הרפואי הראשון (מוצג כ"ד למוצגי המשיבים)
7 שבדיקת הדם האחרונה בו של הפונדקאית היא מיום 15.3.2010, למעלה משבועיים ימים טרם מועד
8 ההחזרה. ד"ר לביא העיד, כי עת התכונן לעדותו היה לפניו רק אותו גיליון רפואי חסר (עמ' 47 ש' 25-27
9 לפרוט'). משהקשתה עליו באת כוח המערערת וביקשה ממנו להסביר מדוע משנוכח אז כי בדיקות
10 חשובות חסרות באותו גיליון לא פנה לבאת כוח המשיבים והעמידה על הטעות, טען, לפתע, כי גם בדיקת
11 הדם שנערכה לפונדקאית ביום 22.3.2010, הסמוכה יותר למועד ההחזרה, "**לא הייתה חשובה**", שכן
12 "**לדעתי הגיליון ללא בדיקת דם זו הספיקה לי להגיד בוודאות שהפונדקאית הרתה מהטיפול ולא**
13 **מבעלה**" (עמ' 48 ש' 1-3 לפרוט'). בתצהירו המשלים ציין ד"ר לביא כי אותה בדיקת דם שנערכה
14 לפונדקאית ביום 22.3.2010 כמו גם בדיקת הדם שנערכה לאחריה, ביום 1.4.2010 (יום טרם מועד
15 ההחזרה) נועדו לוודא, בין השאר "**שהתרופה לדיכוי ביוץ היא אפקטיבית ולמנוע אפשרות של היווצרות**
16 **הריון ספונטני**" (ס' 4 לתצהיר המשלים. מוצג ז' למוצגי המשיבים).

17 המומחה מטעם ביהמ"ש, שגם קיבל לידיו את תוצאות בדיקת הדם שנערכו לפונדקאית לאחר יום
18 15.3.2010 (הבדיקות מיום 22.3.2010 וה-1.4.2010), ציין במסגרת אותה חוות דעת (השנייה), כי "**לא**
19 **נראה לי שהיה ביוץ טבעי אצל הפונדקאית. רמת הפרוגסטרון בדמה נשאר נמוך ולא היה נוזל באגן**".
20 בעדותו בביהמ"ש הסביר המומחה, כי את מסקנתו זו ביסס על תוצאות בדיקת הדם האחרונה של
21 הפונדקאית, מיום 1.4.2010, יום טרם החזרת העוברים. משהקשתה עליו ב"כ המערערת בעניין זה
22 וביקשה הסבר כיצד ניתן להגדיר את רמת הפרוגסטרון ביום 1.4.2010 כרמה "נמוכה" שעה שהיא הייתה
23 הרמה הגבוהה ביותר מכל המדידות שנרשמו בגיליון עד אותה העת ולמעשה עלתה פי 10 מזו מיום
24 22.3.2010 (אז עמדה על רמה 1 בלבד) הסביר כי "**אולי זה לא נכון לומר כי זה רמה נמוכה. אבל, זה**
25 **בהחלט לא מחייב שזה כתוצאה מביוץ**" (עמ' 88 ש' 27 לפרוט') המומחה הדגיש, כי זו עדיין נחשבת



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

עמ"ש 41530-10-16 מדינת ישראל נ' מ' מ' ואח'

תיק חיצוני:

- 1 רמה נמוכה היות והפונדקאית טופלה בהידרומטרים (עמ' 88 ש' 29-28,20 לפרוט') באמצעות נרות
2 לנרתיק, וזאת מיום 28 או 29 למרץ וכי יש לכך תיעוד בגיליון הרפואי (עמ' 86 ש' 20-13 לפרוט'). בשלב
3 זה הקשתה אף יותר ב"כ המערערת על המומחה והציגה בפניו נתונים מכתב עת שמפורסם בארה"ב
4 בקשר לערכים הצפויים בעליית הפרוגסטרום בדם לאחר קבלת אותה תרופה באמצעות נרות לנרתיק (עמ'
5 87 ש' 12-1 לפרוט'). לאחר עיון באותו כתב עת, שהמומחה העיד כי מדובר בכתב עת רציני, ובטבלאות
6 שהובאו בו, השיב המומחה כי שאלת ב"כ המערערת אם הערכים שנצפו בדמה של המערערת יכולים
7 לשקף מצב של ביוץ היא שאלה חשובה ושאלך זה יכול לשקף מצב של ביוץ אך "אם קיבלה זריקת
8 לופרון קרוב לוודאי שלא היה ביוץ. אני חושב שגם הרופאים המטפלים היו חושבים שהערכים קשורים
9 לביוץ לא היו ממשיכים בטיפול" (עמ' 87 ש' 16-15 לפרוט').
- 10 מן המקובץ עולה כי בשורה התחתונה, התשובה לשאלת השאלות שהופנתה למומחה מטעם ביהמ"ש
11 קמא בעניין זה נסמכת על אמון של המומחה כי הפונדקאית טופלה בתרופת הלופרון (הנחה שנעדרת כל
12 תיעוד); אמון כי הפונדקאית נטלה בפועל את אותן זריקות לופרון (הנחה שנעדרת כל עדות) ואמון בד"ר
13 לביא ומקצועיותו (כשהמומחה בהגינותו העיד כי הייתה לו היכרות קודמת, שטחית, עם ד"ר לביא
14 מהתקופה בה היה ד"ר לביא סטודנט לרפואה וכנראה לימד אותו בבית ספר לרפואה וכי "רבים מעריכים
15 אותו" – עמ' 71 ש' 2-1 לפרוט' ועמ' 83 ש' 23 לפרוט').
- 16
- 17 11. אין חולק על קביעת בית המשפט קמא כי המשיבים המציאו מסמכים רבים, משפטיים ורפואיים
18 להוכחת זיקתו הגנטית של המשיב 1 לקטין ואין חולק גם על קביעת ביהמ"ש קמא כי "על אף הפגמים
19 והתהיות שעלו מהמסמכים ומעדות ד"ר לביא כמפורט לעיל, יש ליתן להם משקל מסוים" (ס' ד. 2.
20 לפסה"ד). המחלוקת היא בשאלה אם מטילים על כף אחת של המאזניים את כל אותם מסמכים ועדויות,
21 לרבות את חוו"ד המומחה מטעם ביהמ"ש שניתנה על בסיסם, ומטילים על הכף האחרת את המשמעות
22 שיש ליתן לסירובם של המשיבים לביצוע בדיקה גנטית כמו גם להימנעותם מהבאת הפונדקאית לעדות
23 (עניין שגם ביהמ"ש קמא סבר שיש לזקוף לחובתם – ר' סעיף ב. 6 לפסה"ד) ובשלב זה בוחנים לעומק
24 את טיבן של הראיות שהביאו המשיבים; את מהימנות העדויות שהשמיעו ואת המשקל שיש ליתן לחוות
25 הדעת שנערכה על בסיס אלו – ידה של איזו כף על העליונה?



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

עמ"ש 41530-10-16 מדינת ישראל נ' מ' מ' ואח'

תיק חיצוני:

1
2 בסופו של דבר, בחינה מדוקדקת של המסד הראייתי שהציגו המשיבים לתמיכה בטענתם מגלה, כי הוא
3 מורכב בעיקר מראיות פחותות משקל, שהעלו "תהיות משמעותיות" ו"תהיות רבות" (כקביעת ביהמ"ש
4 קמא בס' ב.15 לפסה"ד); כשרק חלק מאותן ראיות הובאו באמצעות מי שערך אותן, ד"ר לביא, שגם הוא
5 כאמור אינו גורם אובייקטיבי בהליך ולביהמ"ש קמא היו ספקות בקשר לאמינות עדותו (ר' בסעיף ב.5
6 לפסה"ד); תיעוד רפואי מסוים לא היה כלל בנמצא (לעניין נטילת הלופרון) ותיעוד אחר הומצא בשלב
7 מאוחר של ההליך, לאחר תום הליך ההוכחות, באופן שהביא את ביהמ"ש קמא לקבוע כי הדבר בעל
8 השלכה על המשקל שיש לתת לעדות ד"ר לביא ולמסמכים שהוצגו על ידו (ס' ב.13 לפסה"ד) ולהטיל ספק
9 באותנטיות של אותם מסמכים (ס' ב.15 לפסה"ד). חוות דעת של מומחה, אובייקטיבי ומקצועי ככל שיהא,
10 אינה יכולה לשפר את איכות הראיות שהיוו את המסד העובדתי על בסיסה ניתנה ואת דיוטן. המשקל
11 שיש להעניק לחוות דעת המומחה נגזר כמובן מטיבו של אותו מסד עובדתי, וכפוף לשיקולים של מהימנות
12 אישית ומהימנות מקצועית. כאמור, אני סבור כי יכולתו של המומחה שמונה (או כל מומחה אחר לפיריון)
13 ליתן הערכה **הסתברותית**, תוך שימוש בנתון **מספרי** בדבר סיכויי אבהות, כפי שעשה, מוטלת בספק.
14 לאור כל האמור לעיל, אני יכול לאמץ את קביעת ביהמ"ש קמא לפיה "**התובעים הוכיחו את תביעתם**
15 **מעל לכל ספק סביר**" (ס' ד.13 לפסה"ד) ולמרבה הצער ליבי אינו שלם גם עם קביעה, כי המשיבים עמדו
16 בנטל הנדרש בהם והוכיחו את תביעתם ברף הנדרש של הטיית מאזן ההסתברות.
17
18 בנסיבות אלו אציע לחברי לקבל את הערעור ולבטל את פסק-דינו של בית המשפט קמא. כמובן שאין
19 בתוצאה זו כדי למנוע מהמשיבים להגיש תביעה חדשה שתוכרע על בסיס בדיקה גנטית להוכחת קשרי
20 משפחה. יצוין כי גם לגישת בית המשפט קמא עצמו אין בתוצאה זו לפגוע בטובת הקטין בענייננו, שכן גם
21 ביהמ"ש קמא אימץ את עמדת המערערת לפיה "**התעקשות התובעים על הוכחת האבהות באמצעות**
22 **מסמכים ועדויות שרמת הוודאות שלהם נמוכה יותר, לא עולה עם טובתו**" (ס' ד.19 לפסה"ד). זה גם
23 המקום לציין שבמסגרת הדיון בערעור הבהירה באת כוח המערערת שבמקרה דנן, יהיו אשר יהיו תוצאות
24 הבדיקה הגנטית, לא יהיה בה כדי לטלטל את חייו של הקטין (שהוא כבר בן למעלה משבע שנים) והורותו
25 המשיבים כלפיו תוסדר על דרך של אימוץ גם במקרה שיתברר חלילה כי המשיב 1 נעדר קשר גנטי אליו
26 (עמ' 2 ש' 1-6 לפרוט').



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

עמ"ש 41530-10-16 מדינת ישראל נ' מ' מ' ואח'

תיק חיצוני:

1

2

3
4
5
6
7



שאוֹל שוּחַט, שופֵט

8

השופטת י. שבח

9 אני מצטרפת למסקנתו של השופט שוחט לפיה יש לקבל את הערעור ולבטל את פסק דינו של בית משפט
10 קמא. אבקש להוסיף שתי הערות:

11

בדיקת רקמות

12 בבג"ץ 566/11 אכן נקבע העיקרון לפיו אין "מקום לחסום את הדרך בפני המעוניינים להוכיח בראיות
13 אחרות הורות ביולוגית לצרכי קבלת מעמד" ולפיו "אין לשלול לחלוטין דרכים אחרות" (פסקה 16 לפסק
14 הדין). זוהי הלכה שאין להרהר אחריה. עם זאת, ולעניות דעתי, יש לפרש צוהר זה, שנפתח ע"י בית
15 המשפט העליון, על דרך הצמצום, כשמעליו מרחפת הקביעה העקרונית לפיה הבדיקה הגנטית היא
16 "מתכונת פשוטה לביצוע ודומני כי ראוי שתהיה בבחינת 'דרך המלך' בענייננו" (פסקה 15 לפסק הדין).

17 להבנתי, אין מדובר בשתי אפשרויות שוות הנתונות לשיקול דעתו הבלעדי של המבקש להירשם כאביו
18 הביולוגי של הילד שנולד בהליך פונדקאות בחו"ל, באופן שברצותו יבחר באחת, וברצותו יבחר באחרת,
19 שכן בחירת מסלול ההוכחה הסבוך יותר, הארוך יותר, היקר יותר, המחייב השקעת משאבים כספיים
20 ניכרים; המצריך זמן שיפוטי נרחב יותר, ואשר וודאותו פחותה לאין ערוך מבדיקת רקמות - תאושר רק
21 עת. מטעמים חריגים, דרך המלך אינה פתוחה בפני המבקש (ניתן להעלות על הדעת מקרה בו קיימת
22 מניעה רפואית כלשהי, אף טכנית, לביצוע בדיקת רקמות, או מניעה נושא סעיף 28 לחוק מידע גנטי,
23 התשס"א-2000, מבקש הרישום-האב המיועד הלך לעולמו קודם לעריכת הבדיקה, הבדיקה גורמת לקושי
24 בלתי סביר, וכן הלאה).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

עמ"ש 41530-10-16 מדינת ישראל נ' מ' מ' ואח'

תיק חיצוני:

- 1 מקום בו ראיית הזהב הינה בהישג יד, רק "הושט היד וגע בה" – יש להימנע, להשקפתי, מדרך עוקפת
2 הננקטת, אולי, מטעמים זרים, המצריכה זמן שיפוטי ניכר וודאותה פחותה.
- 3 בבג"ץ 566/11 נימקו המשיבים את בקשתם להירשם במרשם האוכלוסין כהוריו של הקטין על יסוד תעודת
4 הלידה ופסק הדין של בית המשפט האמריקאי תוך ביטול הדרישה לביצוע בדיקה גנטית, בין היתר, בעלות
5 הבדיקה ("אלפי שקלים"), בתוצאת הבדיקה אשר תחשוף בפני הקטין וסביבתו מי מהשניים הוא ההורה
6 הביולוגי, בעיקרון השוויון, וכו'.
- 7 אל שנימוק עלות הבדיקה לאו נימוק הוא, שהרי הדעת נותנת כי עלות הטסת ד"ר לביא מארצות הברית
8 לישראל בשתי פעמים לצורך מתן עדות, לרבות שכר עדות- עולה על עלות בדיקת רקמות הנעשית כיום
9 כמעט על דרך השגרה.
- 10 גם הנימוק שעניינו ברצון שלא לחשוף בפני הקטין וסביבתו מי משני המשיבים הוא האב הגנטי התגלה
11 כבעייתי, לאור הימנעות המשיבים מיישום הפתרון שהוצע ע"י כבוד הנשיאה דאז השופטת מרים נאור,
12 בדבר "בדיקה עיוורת", אף לאור קביעתה החד משמעית לפיה "**העותרים עצמם יודעים מיהו העותר**
13 **שנתן את דגימת הזרע**" (פסקה 21 לפסק הדין).
- 14 מוקשית בעיני אף טענת האפליה הננקטת, כפי הנטען, כלפי זוגות חד מיניים, משאין מחלוקת כי גם זוגות
15 הטרוסקסואליים המביאים לעולם ילד בהליך פונדקאות בחו"ל נדרשים לבצע בדיקת רקמות, ורק ילד
16 הנולד בחו"ל לזוג הטרוסקסואלי בדרך הרגילה מופטר מבדיקה שכזו.
- 17 הדעת נותנת שסירובם של המשיבים לבצע בדיקת רקמות אינו נעוץ בחשש שמא תשלול תוצאת הבדיקה
18 את הקשר הגנטי בין הילד לבין מי מהם והילד יוחזר לארץ מוצאו, שהרי המערערים הפריכו חשש זה
19 והצהירו כי המעמד יוסדר בהליך אימוץ. משנקבע כאמור כי המשיבים "**עצמם יודעים מיהו העותר שנתן**
20 **את דגימת הזרע**" יש מקום לסברה כי ההליך השיפוטי מנוהל על ידם שלא בתום לב, לאו דווקא לטובת
21 הקטין (שמעמדו לא מוסדר מזה שנים לאור הסירוב לבצע בדיקת רקמות) אלא על מנת להשיג קביעה
22 עקרונית שתשרת את האינטרסים של המשיב 1 שהינו הבעלים של סוכנות תיווך לפונדקאות בחו"ל,
23 בהינתן קשריו העסקיים עם מרפאתו של ד"ר לביא וההוכחה שסיפק לה לקוחות בעבר, ויתכן שעושה
24 זאת אף כיום.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

עמ"ש 41530-10-16 מדינת ישראל נ' מ' מ' ואח'

תיק חיצוני:

- 1 לטעמי, בנסיבות הקיימות, אין לפתוח בפני המשיבים את צוהר המתווה האלטרנטיבי, כך שסירובם לבצע
2 בדיקת רקמות, יגרור עמו את תוצאת הלוואי המתבקשת- דחיית תביעתם.
- 3 נטל ההוכחה-
- 4 חברי השופט שוחט סבור, כפי בית משפט קמא, כי ככלל, די בהטיית מאזן ההסתברות לצורך קבלת
5 התביעה.
- 6 אני מסופקת אם ההלכה הכללית שנקבעה לפני כמה עשורים באשר לנטל ההוכחה הנדרש בהקשר של
7 משפטי אבהות "רגילים", ולפיה די בהטיית מאזן ההסתברות, ישימה בתביעות שעניינן ברישומן של ילד
8 שנולד לבני זוג חד מיניים בהליך פונדקאות בחו"ל- במרשם האוכלוסין כבנם הביולוגי וכאזרחי ישראל.
- 9 בחינת שורת פסקי הדין אליהם הפנה בית משפט קמא, בהם נקבע כי די בהטיית מאזן ההסתברות לצורך
10 קבלת תביעת אבהות, מעלה כי בכולם הוגשה תביעת האבהות ביחס לילד שנולד מהולדה "בדרך הטבע",
11 קרי: מפגש של תאי רבייה, זרע וביצית, ברחם היולדת, כתוצאה מקיום יחסי אישות. חלק הארי של פסקי
12 הדין עניינו בסכסוך פרטני בין היולדת לבין הגבר שנטען שהוא אבי היילוד, ומיעוטו, כגון בתמ"ש
13 6381/03, במחלוקת עם היועמ"ש, אף שגם במקרה זה הגיש האב תצהיר בו הצהיר שהוא אבי היילוד.
14 מטבע הדברים, מספר השחקנים בזירה משפטית מעין זו הוא מצומצם: האישה היולדת (שאין מחלוקת
15 כי המדובר בביצית שלה ובילד שנישא ברחמה שלה) והגבר שלגביו נטען שמזרעו הרתה עקב קיום יחסי
16 אישות. ברקע יכול ויהא קיים גבר אחר לגביו ייטען כי הוא הוא אבי היילוד.
- 17 לעומת זאת, עת עסקינן ביצירת היריון שלא מכוח יחסי אישות, כי אם בעזרת טכנולוגיית ההפריה החוץ
18 גופית, המפגישה במעבדה בין הזרע לבין תרומת ביצית של תורמת שאינה הפונדקאית, ומשתילה את
19 הביצית המופרית ברחם של פונדקאית הנמצאת בחו"ל, הכל תמורת תשלום- נכנסים למשוואה גורמים
20 נוספים להם יש ליתן את הדעת והמחייבים זהירות יתרה, מה גם שהליך הפונדקאות בחו"ל, להבדיל
21 מהליך פונדקאות בארץ המעוגן בחוק הפונדקאות [חוק הסכמים לנשיאת עוברים(אישור הסכם ומעמד
22 היילוד), התשנ"ו-1966], אינו מוסדר עדיין בחקיקה או באמנה כלשהי. הזהירות היתרה אך מתחייבת.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

עמ"ש 41530-10-16 מדינת ישראל נ' מ' מ' ואח'

תיק חיצוני:

1 בתהליך הפונדקאות, באמצעותו הביאו המשיבים לעולם את מי שהם מבקשם להחשיב כבנם, שותפים,
2 בניגוד לדרך ההולדה שהייתה מקובלת עד לפני כמה עשורים, ובניגוד להלכה ["שלושה שותפים יש
3 באדם, הקדוש ברוך הוא אביו אמו..."] - מסכת קידושין] גורמים לא מעטים, ואלו הם: מי מהמשיבים
4 שתרים את זרעו; תורמת הביצית - אלמונית מחו"ל, הפונדקאית- תושבת חו"ל נשואה, המעבדה בחו"ל
5 בה בוצעה ההפריה החוץ גופית ובה הושתלה הביצית המופרית ברחם הפונדקאית; מעבדות עלומות בהן
6 ביצעה הפונדקאית בדיקות דם; מוסדות רפואיים אחרים בהם טופלה הפונדקאית; וכן בעלה של
7 הפונדקאית שלא ידוע לגביו אם קיים יחסי מין עם הפונדקאית בתקופת הביוץ, אם לאו.
8 בגורמים לעיל יש להתחשב עת נותנים את הדעת לאותם האינטרסים המוגנים עליהם נדרשת המדינה
9 להגן בבואה להכיר בהליך פונדקאות שלא נעשה בתחומה כי אם בארצות שמעבר לים, לבד מהאינטרס
10 הכללי שלא להעניק מעמד של אזרח למי שאינו זכאי לכך, וביניהם: הסרת חשש מחטיפת ילדים; הסרת
11 חשש מסחר בילדים; אף הסרת חשש מתקלת נישואי אחים בהינתן פונדקאית "מקצועית" נשואה לאותו
12 הבעל העוברת את התהליך עם ישראלים נוספים תמורת תשלום.
13 רק הוכחת קשר ביולוגי גנטי בין האזרח הישראלי לבין הילד שנולד בחו"ל תפריך את החששות לעיל.
14 בהינתן שהליך הפונדקאות נעשה בדרך כלל במעבדות פרטיות בחו"ל אשר אינן מפוקחות ע"י מדינת
15 ישראל; בהינתן שאין למדינה ולבית המשפט הישראלי יכולת מעקב אחרי הפונדקאית, האם קיימה יחסי
16 מין עם בעלה או גבר אחר, אם לאו, האם נטלה את התרופה המונעת ביוץ אם לאו, האם תוצאות בדיקות
17 הדם שעשתה במעבדות עלומות הינם אמינות אם לאו, ובהינתן שהפונדקאית אינה מעידה בהליך
18 המשפטי המתנהל בארץ ונותרת אי שם מעבר לים - אין לנהוג ביד קלה על דרך יישום המבחן המקל של
19 הטיית מאזן ההסתברות. רוצה לומר, יש לדרוש עמידה בנטל הוכחה מחמיר יותר הקרוב יותר לנטל
20 הנדרש להרשעה בהליך פלילי, מה גם שכאמור המדובר במעמד משפטי יציר הפסיקה שטרם זכה לעיגון
21 בחוק, שראוי לו שלפחות יוכח בדרגת הוכחה גבוהה יותר מן הדרגה המינימלית הנקוטה במשפט אזרחי
22 ובמשפטי אבהות "רגילים".
23 עמדה דומה באשר למידת ההוכחה הנדרשת הובעה בעמ"ש 43811-11-12 היועמ"ש נ' פלונית (הרכב
24 השופטים שנלר, ורדי לבהר שרון) עת צויין כי במקרים כגון אלו "יש מקום לדרישה מהדרגה הגבוהה
25 ביותר...".



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

עמ"ש 41530-10-16 מדינת ישראל נ' מ' מ' ואח'

תיק חיצוני:

1 עם זאת, מאחר שבענייננו הראיות שהוגשו לבית משפט קמא אין בהן ממילא, כפי שנימק בהרחבה חברי
2 השופט שוחט, כדי להטות את מאזן ההסתברות [הסירוב לבצע בדיקה גנטית; היות הפונדקאית אישה
3 נשואה; העדר מידע אם הפונדקאית קיימה יחסי מין עם בעלה בתקופה הקובעת; היעדר אסמכתא רפואית
4 בדבר מתן תרופת הלפרון המונעת ביוץ; ההסתמכות על הערכת פרופ' מרגליות שהייתה לטעמי "משענת
5 קנה רצוף"; הגרסאות השונות של התיעוד הרפואי ממרפאת ד"ר לביא; נוהל השמדת רשומות רפואיות
6 המקובל במרפאת ד"ר לביא; ההסתמכות על בדיקות דם שנעשו לכאורה במרפאות עלומות בחו"ל; ועוד]
7 - שאלת מידת ההוכחה הנדרשת לצורך הכרה באבהות הביולוגית על ילד שנולד לזוג חד מיני בהליך
8 פונדקאות חו"ל, אינה צריכה הכרעה במסגרת זו.

יהודית שבח, שופטת, סג"נ

12

13

השופטת ח. פלינר

14 אני מצטרפת למסקנתו של השופט שוחט לפיה יש לקבל את הערעור ולבטל את פסק דינו של בית משפט
15 קמא. כמו כן הנני מצטרפת להערותיה של השופטת שבח, ומבקשת להוסיף כדלקמן.

16 בכל הנוגע לאפשרות הוכחת הורות ביולוגית שלא באמצעות בדיקת רקמות, אין חולק כי דרך זו נקבעה
17 במפורש בבג"ץ 566/11. עם זאת, אף אני סבורה כי מדובר ב"צוהר" שנפתח, דרך צדדית לדרך המלך,
18 דרך שמטבעה הינה דרך חתחתים, בה יש לפסוע רק כאשר יש סיבה אובייקטיבית, בתום לב, שאינה
19 מאפשרת את בדיקת הרקמות. אציין כי במקרה הנדון לא מצאתי כל סיבה המניחה את הדעת להימנעות
20 המשיבים מביצוע בדיקה זו, ולפיכך יש לייחס להימנעות זו משקל ראייתי בהתאם, כפי שקבע השופט
21 שוחט.

22 אותה השוואה, בין דרך המלך לדרך החתחתים, משליכה לטעמי גם על נטל ההוכחה הנדרש עת בוחרים
23 לפסוע בדרך הצדדית. כפי שנקבע בבג"ץ 566/11, יש להניח ראיות אובייקטיביות "שיניחו את דעתו של
24 בית המשפט". יניחו את דעתו במידה כזו ששתי הדרכים מובילות לאותה תוצאה; ראיות מוצקות, דבר



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

עמ"ש 41530-10-16 מדינת ישראל נ' מ' מ' ואח'

תיק חיצוני:

1 דבור על אופניו. איני יכולה לומר זאת על מארג הראיות שהונח בפני בית משפט קמא וחסרון של אלו
2 שלא הובאו בולט וניכר לעין.

3 משכך – מצטרפת אני לדעת חברי וסבורה שדין הערעור להתקבל.

4

חנה פלינר, שופטת

7

8

9

התוצאה

10 על דעת כלל חברי המותב – הערעור מתקבל, פסק דינו של בית משפט קמא מתבטל, ותביעת המשיבים
11 נדחית.

12 המשיבים ישלמו למערערים את הוצאות ההליך בשתי הערכאות בסך כולל של 20,000 ₪.

13

14

ניתן לפרסום ללא פרטים מזהים.

15

16

ניתן היום, י"ח ניסן תשע"ח, 03 אפריל 2018, בהעדר הצדדים.


חנה פלינר, שופטת


שאל שוחט, שופט


יהודית שבח, שופטת, אב"ד

17

18