

לתקציר פסק הדין

עמ"ש (ירושלים) 14816-04-10

1. פלוני

2. אלמוני

3. פלוני

נגד

מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

[06.05.2010]

כב' חנה השופטת בן עמי

כב' השופטת תמר בזק רפפורט

כב' השופט דוד מינץ

בשם המערערים - עו"ד אירית רוזנבלום

בשם המשיבה - עו"ד גור רוזנבלט

פסק דין

השופטת ח' בן עמי:

1. ערעור וערעור שכנגד על פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה בירושלים (כב' השופט פ' מרכוס) בתמ"ש 28240/09, 29540/09, 30000/09 ו-30001/09, בו נדחו בקשותיהם של המערערים למתן צו לעריכתבדיקת רקמות, ולקביעת אבהותם. זאת, בהתייחס לקטינים שנולדו מתרומת ביציות ובמסגרת הסכמי פונדקאות, בהם נקשרו המערערים בחו"ל.

2. המערערים הם יהודים, רווקים ותושבי ישראל. במהלך שנת 2009 נקשר כל אחד

מהמערערים בהסכם לנשיאת עוברים עם אשה פונדקאית בהודו. ברחמה של כל פונדקאית הושתלה ביצית של תורמת אנונימית, לאחר שהופרתה בזרעו של המערער עמו התקשרה בהסכם. אין חולק, וכך אף עלה מהמסמכים שהוגשו לבית משפט קמא, כי תורמות הביציות ויתרו על כל זכות הורית או משפטית בקשר לילדים שייולדו מהן.

ביום 21.3.10 נולדו שני ילדיו של המערער 1 בהודו. ההריונות, של העוברים שנוצרו מזרעם של המערערים 2 ו-3, מצויים בשלבים מתקדמים (להלן יכונה הקטין והעוברים "הקטינים").

3. על מנת להביא את ילדיהם לישראל, ולגדלם כאזרחים ישראלים, הגישו המערערים לבית משפט קמא בקשות "להפניה לבדיקת רקמות לפי נוהל חו"ל ולקביעת אבהות". נוהל חו"ל, כפי שהוברר, הינו "נוהל העברת דגימות דנ"א מחו"ל לישראל", לפי סעיף 58 לתקנון הקונסולרי. על פי הנוהל, כאשר מתעורר צורך בבדיקת רקמות לצורך הוכחת קשרי משפחה, על פי דרישת משרד הפנים, אך הנבדק מצוי מחוץ לגבולות ישראל, תינטל הדגימה על ידי הנציג הקונסולארי, ותועבר לבית החולים תל השומר בפרוצדורה מסוימת.

בנוסף עתרו המערערים, כי לאחר קביעת האבהות במסגרת בדיקת הרקמות, יינתן פסק דין הצהרתי בדבר אבהותם על הקטינים. עוד התבקש צו המורה למשרד הפנים לרשום הקטינים כילדיהם של המערערים.

4. בתגובת המשיב, בא-כוח היועץ המשפטי לממשלה, לבקשה שהונחה לפתחו של בית משפט קמא כאמור, צוין כי אין התנגדות מטעמו למתן הצו המבוקש, ככל שזו תעשה בהתאם ל"נוהל חו"ל". עוד כפי שצוין, אף כי באם תהליך הפונדקאות היה מבוצע בישראל היה עליו לעמוד בהוראות [חוק הסכמים לנשיאת עוברים \(אישור הסכם ומעמד היילוד\)](#), התשנ"ו-1996 (להלן: "חוק ההסכמים"), הרי שמשדבר נעשה בחו"ל, ואין לגביו הסדר חוקי, "השאלה הנבדקת על ידי המדינה הינה רק השאלה האם הילד הינו ילדו הביולוגי של המבקש" (סעיף 21 לתגובת המדינה, נספח ד' לערעור).

5. למרות עמדתו הברורה של המשיב וההסכמה בין הצדדים, דחה בית משפט קמא בפסק דינו את הבקשה, על רקע העדר סמכות בינלאומית. לשיטת בית משפט קמא, הוא אינו מוסמך להיעתר לבקשה משלא הוכח כי המערערים הם הוריהם של הקטינים שנולדו ועתידיים להיוולד, ומשהאחרונים אינם מצויים בישראל ולפיכך נעדרי זיקה אליה. עוד כפי שנקבע, היעדרות לבקשה משמעה פגיעה בעקרונות ובדרישות שנקבעו בחוק ההסכמים, אשר הרציונאל העומד בבסיסו הוא, בסופו של יום, שמירה על טובת הילד:

"תנאים אלה מצביעים בבירור על כך שהמחוקק הישראלי ראה לנכון לאשר פונדקאות רק בתנאים שיבטיחו את טובת הקטין, והדגש כאן, לענייננו, על כך שתהיה הורות של אב ואם, אשר מסוגלותם לגדל את הילד נבדקה" (סעיף 6.ג. לפסק הדין).

בית משפט קמא הוסיף וקבע, כי התפיסה הטבעית, כפי שמצאה ביטוי גם באמנה בדבר זכויות הילד, היא כי לילד צריכים להיות שני הורים, לא רק מהבחינה הביולוגית אלא גם מבחינה התפתחותית, וכי דבר זה עולה בקנה אחד גם עם עקרון טובת הילד, המעוגן בסעיף 25 [לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות](#),

התשכ"ב-1962.

6. המערערים והיועץ המשפטי לממשלה (להלן גם: "המשיב") ערערו שניהם על פסק הדין.

לטענת המערערים, לבית משפט קמא סמכות להורות על ביצוע הבדיקה מכוח סעיף 28א לחוק מידע גנטי, התשס"א-2000 (להלן: "חוק מידע גנטי" או "החוק") הקובע כי צו כאמור יינתן על ידי בית המשפט לענייני משפחה, כמו גם מכוח סעיפים 1 ו-3 (א) לחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995, שעניינם הסמכות הכללית לדיון בתביעת אבהות.

עוד לטענתם, משאין מחלוקת בין הצדדים לעניין מתן הצו, לא היה מקום כלל להימנע מליתו, מה גם שמותבים אחרים בבית המשפט לענייני משפחה נעתרים לבקשות זהות בנוסבות דומות כדבר שבשגרה.

המערערים הוסיפו וטענו, כי אף בהתייחס לעקרון טובת הילד היה מקום לקבל הבקשה, שעה שדחייתה משמעה הותרת ילדיהם חסרי אזרחות וזהות.

7. בערעורו שכנגד, שהוגש גם כתשובה לערעור, הצטרף היועץ המשפטי לממשלה לעמדתם של המערערים והדגיש כי לשיטתו, "קביעת המעמד האישי של הקטינים שנולדו ואלה העתידים להיוולד צריכה להיקבע אך ורק באמצעות בדיקה גנטית של מעבדה בישראל, ובהתאם להוראות המחוקק בחוק מידע גנטי". עוד כנטען, הצו אינו מופנה כלפי המערערים או הקטינים, המוסרים הדגימה מרצונם החופשי בחו"ל, אלא כנגד המעבדה האמונה על כך בישראל, מה גם, שהרשויות בישראל אינן יכולות להכיר באבהות על סמך בדיקה גנטית שנערכה בחו"ל, כאשר אין מניעה מבחינה מעשית לביצוע הבדיקה בישראל.

המשיב הוסיף וטען, כי אף שהמחוקק אמר דברו לגבי הסכמים לנשיאת עוברים המתבצעים במדינת ישראל, אין הדברים חלים על הסכמים שנכרתו במדינות אחרות, גם אם אחד הצדדים להם הוא אזרח ישראלי. עוד ציין כי הכרה באבהות המערערים על הקטינים אין משמעה התרת כניסתם לישראל, שכן לצורך כך יהיה על המערערים להוכיח גם כי אין כל מניעה משפטית בדיון ההודי באשר להליך הפונדקאות, וכן את הסכמת האמהות הפונדקאיות למתן האזרחות הישראלית לקטינים ואת הגירתם לישראל.

8. בדיון שקויים בערעורים הודיעו שני הצדדים כי מוסכם עליהם כי הערעור יתקבל וכי בית משפט זה יורה על ביצוע הבדיקה הנדרשת. לפיכך הודענו כי פסק דין המורה כאמור יישלח לב"כ הצדדים.

9. על פי סעיף 3(ד) לחוק מידע גנטי, "לא תיערך בדיקה גנטית להורות אלא לפי צו של בית המשפט לענייני משפחה".

מוסיף וקובע סעיף 28א לחוק, כי "לא תיערך בדיקה גנטית לקשרי משפחה (בפרק זה - בדיקה) אלא לפי צו של בית משפט לענייני משפחה (בפרק זה - בית המשפט), ובהתאם להוראות פרק זה".

כפי שעולה מהבקשות נשוא דיונו, על אף שהדגימות לצורך ביצוע הבדיקה ניטלות בחו"ל, הרי שהצווים המבוקשים מופנים כלפי מכון או מעבדה גנטית בישראל, על מנת לבצע את הבדיקה הגנטית לצורך קביעת האבהות. בנוסבות אלה, לא

רק שבית המשפט בישראל מוסמך להורות על עריכת הבדיקה, וזאת מכוח הוראות [חוק המידע הגנטי](#), אלא שמתן הצווים הוא בסמכותו הבלעדית. זאת ועוד, משהצווים מופנים כאמור כלפי מכון או מעבדה גנטית בישראל, וכאשר המבקשים הם ישראלים, לא מתעוררת גם כל שאלה מבחינת כללי הסמכות הבינלאומית.

עניין נוסף הדורש הכרעה הוא, האם בנסיבות הקונקרטיות שבפנינו, יש להורות על עריכת הבדיקה. אף כי בית משפט קמא לא קבע מסמרות בעניין זה, מאחר שדחיית הבקשות על ידו היתה מן הטעם כי הוא נעדר סמכות לדון בהם, הוא הביע דעתו לגופן של הבקשות, הן בשים לב לעקרון טובת הילד, שלדידו אינו עולה בקנה אחד עם מתן הצווים המבוקשים, שבסופו של יום, אם וכאשר יובילו להכרה באבהות המערערים כלפי הקטינים, יסללו הדרך לגידולם במשפחה חד הורית, והן בשים לב ל"עקיפה" לכאורה של הוראות חוק ההסכמים נוכח ההתקשרות בהסכמי פונדקאות בחו"ל. גם בעניינים אלו איננו רואים הדברים עין בעין עם בית משפט קמא.

10. כבכל עניין הבא לפתחו של בית המשפט, אשר כרוך בו עניינו של קטין, השיקול העיקרי - ולעתים היחיד - הוא טובת הילד, ועליו להנחות את בית המשפט בהכרעתו:

"בסכסוך הנסב על מעמדו של קטין, טובתו של הקטין הוא עמוד האש ועמוד הענן שיוליכנו הדרך. טובתו של הקטין היא שיקול-העל, והיא שתכריע. התעלמות מטובתו של הקטין; החלטה בניגוד לטובתו או שלא בטובתו של קטין; הכרעה בעניינו של קטין תוך עירובו של שיקול זר; אי-מתן משקל ראוי לשיקול טובתו של הקטין - כל אלה יעירו ויעוררו את סמכותנו להתערבות בהכרעות-דין הבאות לפנינו, בין שהכרעות של בית-משפט הן בין שהכרעות של בית-דין דתי" ([בג"צ 5227/97](#) דויד נ' בית-הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד נה (1) 460, 453 (1998)).

העיקרון בדבר טובת הילד, מנותק במקרים רבים מהגורמים הנצים סביבו, מזכויותיהם ומהאינטרסים שלהם. כבר מקדמת דנא קבעה ההלכה הפסוקה, כי "הילד אינו "אובייקט" של שמירה והחזקה להנאתו או לטובתו של אחד ההורים, אלא הוא עצמו "סובייקט", הוא גופו "בעל דין"... לא יתכן להתעלם מן האינטרסים שלו בשום צירוף מסיבות שהוא, ולא יתכן כי נדחה אותם מפני "זכות" של מישהו אחר..." ([ע"א 209/54](#) שטיינר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ט(1) 241, 251 (1955)).

על מושג "טובת הילד" אין צורך להכביר מלים. אף כי תוכנו משתנה מעט ממקרה למקרה, בהתאם לאופיו ולנסיבותיו, גרעינו הקשה של המושג כולל את שמירת בריאותו הגופנית והנפשית של הילד, וסיפוק צרכיו הנפשיים, הגופניים והחומריים (שם, בעמ' 462). בהתייחס לסוגייה הספציפית נשוא דיוננו, ההיבט המרכזי של עקרון טובת הילד, עניינו בזכותם של הקטינים לדעת את זהות אביהם. מתן אסמכתא חוקית לקשר הדם בין הקטינים לבין המערערים (בהנחה שקשר כזה קיים אמנם במציאות), כמו גם האפשרות לחיים משותפים יחד, הן יסוד מוסד בחייהם של קטינים, וחלק אינטגרלי מגיבוש זהותם העצמית. אין תחליף לקשר הדם בין הורה לבין בנו. אין תחליף למשמורת הורית הבנויה על קשר הדם.

הקטינים שבענייננו נולדו (או שעתידים להיוולד), לכאורה, למשפחות חד הוריות, ומכאן חששו של בית משפט קמא לטובתם, על רקע הוראות חוק ההסכמים אשר הדרישה העיקרית שבו היא לביצוע הליך פונדקאות בין אם פונדקאית לשני הורים

מיועדים. לעניין זה, לטעמי, התשובה היא בשנים:

ראשית, השלב קא עסקין עניינו אך בביצוע הבדיקה הגנטית. גם במידה ואבהותם של המערערים על הקטינים תוכח בהתאם לחוק, אין בכך כדי להביא, מיניה וביה, לקבלת התביעה להצהרה על אבהותם ולהכנסת הקטינים לישראל. לצורך כך יידרשו המערערים להוכיח תנאים שונים, וביניהם כי אין מניעה משפטית בדין ההודי באשר להליך הפונדקאות, וכן את הסכמת האמהות הפונדקאיות למתן האזרחות הישראלית לקטינים, ולהגירתם לישראל (ראו סעיף 50 לכתב הערעור שכנגד).

שנית, על אף שבחוק ההסכמים נקבעה דרישה לקיומם של זוג הורים מיועדים לצורך היקשרות בהסכם פונדקאות כדין, הרי שעל פי קביעתו של בית המשפט העליון עסקין בדרישה המפלה לרעה אמהות חד הוריות, ועל המחוקק לתקנה (בג"צ [2458/01](#) משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, פד נז(1) 419 (2002)). לא זו אף זו, את הבחינה של טובת הילד יש לעשות ביחס לקטין הספציפי שעניינו מונח בפני בית המשפט, ולא ביחס לקטין ערטילאי כלשהו, מעין "הקטין הסביר", מה גם שיש להיזהר מלערב בעניין שיקולים אידיאולוגיים או דתיים (ע"א [2266/93](#) פלוני, קטין נ' פלוני, פ"ד מט (1) 221, 250 (1995)).

והעיקר - בענייננו אין מדובר בבקשה ליאשור הסכם פונדקאות שיש לבחון אותה על פי אמות המידה הקבועות בחוק ההסכמים. כאן, מדובר בקטינים שכבר נוצרו והצורך אך בבירור הקשר הביולוגי שלהם למערערים. בנסיבות אלה החלופות העומדות בפני בית המשפט הן אך ביצוע הבדיקה או אי ביצועה.

כאשר השאלה העומדת לפתחו של בית המשפט היא האם להורות על עריכת בדיקה גנטית אם לאו, התשובה ברורה. לבד מזכותם של הקטינים לדעת מיהו אביהם, זכות שבהעדר נסיבות יוצאות דופן (כגון חשש לממזרות) יש בה לבדה כדי להכריע את הכף לטובת עריכת הבדיקה, קיימות נסיבות נוספות, קונקרטיות, התומכות בביצועה: כפי שהוברר, כל עוד לא קיימת הכרעה שיפוטית באשר למעמדם של הקטינים, שראשיתה בביצוע הבדיקות הגנטיות, מצבם של הקטינים קשה ביותר. מאחר שהורתם בהסכם פונדקאות, בו האם הפונדקאית וכן תורמת הביציות ויתרו על זכויותיהן המשפטיות וההוריות כלפיהן, הם אינם במעמד של אזרחים הודים, וכל עוד שלא הוכרה אבהותם של המערערים, הם אף אינם במעמד של אזרחים ישראלים, על כל המשתמע מכך. בכלל כך, וכפי שנטען בפנינו, הקטינים נעדרי אפשרות לקבלת טיפול רפואי מתבקש כגון חיסונים, תרופות וכיוצא באלה, החיוניים לכל אדם בכלל ולקטין עול ימים בפרט.

מהמורם לעיל עולה, כי העתרות לבקשות בדבר עריכת בדיקה גנטית לקטינים, עולה בקנה אחד עם טובתם, ומצויה בסמכותו של בית המשפט.

11. שאלה נוספת המתעוררת, היא הצורך במינוי אפוטרופוס לדין או עורך דין שייצג הקטינים בהליך דנן.

יובהר: על פי סעיף 28ב(1) לחוק, "לא יורה בית המשפט על עריכת בדיקה לפי פרק זה, אלא אם כן נתן הנבדק את הסכמתו לכך; היה הנבדק קטין, חסוי או פסול דין, נדרשת הסכמת האחראי עליו לעריכתה, ואם מלאו לקטין 16 שנים - נדרשת גם הסכמתו". בענייננו, למעשה אין כל אחראי לקטינים כמובנו בסעיף 2 לחוק ("הורה, לרבות הורה חורג, מאמץ ואפוטרופוס"), שכן המערערים או האמהות הפונדקאיות

אינם במעמד משפטי של הוריהקטינים. בנסיבות אלה, לכאורה היה מקום למנות אפוטרופוס או עורך דין לקטינים, לצורך שמיעת עמדתם בבית המשפט, וזאת מכוח הוראת סעיף 28(ב) לחוק, הקובע כי בית המשפט לא יורה על ביצוע בדיקה ללא הסכמת הקטין או האחראי עליו, "אלא אם כן מינה לו עורך דין או אפוטרופוס לדין אשר ייצגו בהליכים שלפניו".

סוגיה זו לא נדונה על ידי בית משפט קמא, שכאמור דחה הבקשות על הסף, וממילא גם מי מהצדדים לא התייחס אליה בדיון שקיים בפנינו. לצורך כך הורינו, בהחלטה מיום 4.5.10, על קבלת עמדת באי כוח הצדדים.

12. בתגובת המערערים, נטען כי אף שבענייננו אין למעשה "אחראי" לקטינים, כמובנו בחוק, הרי שלמען חקר האמת, מבוקש להכיר במערערים כ"הורים פוטנציאליים" או "הורים בכוח", שיש בהסכמתם כדי לאפשר את ביצוע הבדיקה. תימוכין לטענותיהם מצאו המערערים בסעיף 28(ב) לחוק, שעניינו בקטין שנטען לגביו כי הוא הורה, והמאפשר להסתפק בהסכמתו גם ללא הסכמת הבגיר האחראי עליו. פרשנות זו, מבקשים המערערים להחיל גם בענייננו, בשינויים המתחייבים.

המשיב שנתן הסכמתו לביצוע הבדיקות ללא סייג הן בבית משפט קמא והן בפנינו, ציין בתגובתו כי אכן החלת לשון החוק במקרה דנן היא בעייתית, וזאת מאחר שבמצב שנוצר אין לקטינים אחראי על פי הדין בישראל, ואחראי כזה לא יוכר כל עוד לא תבוצע הבדיקה המבוקשת. בנסיבות אלו הוא הציע, להסתפק בהסכמת המערערים, ככל שאלו יוכרו כאחראים על הקטינים על פי הדין ההודי.

13. אף שככלל נדרש מינוי כאמור, לטעמי בנסיבותיו המיוחדות של המקרה דנן אין מקום לעשות כן, אף מבלי להיזקק ליצירת פיקציות משפטיות של "הורות פוטנציאלית" או "הורות בכוח", כנטען על ידי המערערים. עיין בסעיף 28 לחוק מעלה, כי הצורך במינוי אפוטרופוס או עורך דין לקטין או לפסול הדין נועד, למעשה, כדי לאפשר לו להשמיע את קולו בפני בית המשפט. זאת, מאחר שעל פי סעיף 28(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. ממילא, כאשר מדובר בקטין או בפסול דין, נדרש ייצוג, בין על ידי עורך דין ובין על ידי אפוטרופוס, על מנת שעמדתו תובא בפני בית המשפט. ואמנם, אין חולק כי ככלל, שמיעת הקטינים קודם למתן החלטה בעניינם היא זכות יסודית העומדת להם (על זכותו של הילד להישמע ראו, לדוגמה, [ע"א 6106/92](#) פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מח(4) 221, 235 (1994) וכן דו"ח הוועדה לבחינת עקרונות היסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה, בראשות השופט סביונה רוטלוי, בעמ' 142).

דא עקא, שבמקרה דנן, בשים לב לגילם של הקטינים - אשר שניים מהם כבני חודש וחצי והיתר טרם נולדו - לכאורה לא יכולה לצמוח כל תועלת ממינוי אפוטרופוס לדין או עורך דין על מנת לייצגם, שכן למעט העלאת שיקולים כלליים בנוגע לטובתם של הקטינים - שיקולים העומדים ממילא בפניו של בית המשפט כחלק מבחינתו את טובת הקטינים, לא יהיה בידיהם לעשות דבר, וודאי שלא להשמיע קולם של הקטינים הקונקרטיים.

זאת ועוד, ובנסיבותיו המיוחדות של המקרה דנן, מינוי אפוטרופוס כאמור אף עשוי להביא לפגיעה מיידית בטובתם של הקטינים, מחמת העובדה כי יש בו לעכב במידה ניכרת ההכרעה השיפוטית בעניינם. אין להתעלם ממצבם של הקטינים

שנולדו זה מכבר למערער 1 והמצויים מזה כחודש וחצי בהודו, משוללי אזרחות ושירותים בסיסיים. בנסיבות אלה, כל יום של עיכוב בהכרעה השיפוטית, הוא בעל משמעות ממשית על מצבם הפיזי, הנפשי וההתפתחותי.

14. מושכלות יסוד הן כי פרשנות החוק היא פרשנות תכליתית. לעניין זה נאמר [בבג"צ 47/83](#) (תור אויר לישראל בע"מ נ' יו"ר המועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים, פ"ד לט(1) 169, 174-175 (1985)), כדלקמן:

"משמעותן של מלות החוק לא באה להן מאליה, אלא הן זקוקות לפירוש. כל אחד מאתנו עוסק כל העת בפירוש. כל טקסט מצריך פרשנות, וכל חוק מצריך פרשנות... עליו (על הפרשן - ד"ל) לבחור באותה אופציה לשונית, המגשימה את תכלית החוק. הוראת חוק אינה חסרת כיוון או מטרה. הנורמה החקוקה היא נורמה תכליתית. "החוק הוא יצירה נורמטיבית, הבאה להגשים תכלית חברתית, והוא ביטוי למדיניות. על הפרשן לחשוף, מבין קשת האפשרויות הלשוניות, אותה משמעות אשר תגשים את מטרת החוק" ([ד"נ 40/80](#), בעמ' 715). "חוק הוא מכשיר לשם ביצועה של מטרה תחקית, ולכן הוא צריך פרשנות לפי המטרה הגלומה בו" ([ע"א 481/73](#), בעמ' 516 - השופט זוסמן). "ראוי לו לשופט, בבואו לפרש את החוק לשאול את עצמו: חוק זה איזו תכלית נורמטיבית, חברתית, הוא מבקש להשיג" (השופט ד' לוין [בע"פ 71/83](#), בעמ' 770). על מטרת החוק ותכליתו ניתן ללמוד ממקורות שונים. החשוב והעיקרי שבהם הוא לשון ההוראה הספציפית הדורשת פירוש, אך הוראה זו אינה קיימת בבדידותה. נקבע לה מקום בחוק, ומיקום זה הוא אמצעי לפירושה. מבנה הכללי של החוק מסייע גם הוא לפירושו, כמו גם מיקומו במערך החקיקה הכללי. כל אלה הם מקורות חשובים ועיקריים, אך לא יחידים. כל שאלה פרשנית נפתחת בחוק, אך אינה מסתיימת בו. המוח האנושי חייב לקלוט כל מידע שהוא רלוואנטי וליתן לו משקל על-פי אמינותו..."

בהתייחס לאלו, אין להניח כי המחוקק צפה או שכוונתו היתה כי משנדרשת בדיקה גנטית לקביעת אבהות המערערים לגבי קטינים שאין להם אם או אב, וממילא אין להם בני משפחה כלשהם, יש צורך בפרוצדורה של מינויאפוטרופוס או עורך דין שיגן על זכויותיהם. מכל מקום, על פניו נראה כי סעיף 28(ב) נועד למקרים בהם קיים ניגוד אינטרסים בין עמדות הצדדים לבין טובתו של הקטין. לא כן בענייננו, זכותו של קטין לדעת את מוצאו היא זכות יסוד - "לקטין גם כן הזכות לכבוד האדם... בין היתר, רשאי הוא, לשם שמירת כבודו האישי והאנושי ולשם הבטחת זכויותיו על פי הדין האישי ועל פי דיני הקניין, שלא לרצות להיחשב לבן בלי אב ידוע, אלא לדרוש לדעת מי אביו" (דברי הנשיא מ' שמגר, [ע"א 5942/92](#) פלוני נ' אלמוני, פ"ד מח(3) 837, 843-844 (1994)).

עוד נאמר בעניין זה, על ידי השופט מ' חשין:

"כבודו של אדם משמיע מעצמו חופש רצון ובחירה... ואדם כי יבקש לדעת מי אביו, מי אימו, מניין בא - "מי אני", יזעק - כבודו יחייב אותנו, את כולנו, להושיט יד לעזרו. אכן, זכות-יסוד כבוד האדם כוללת את "רצונו שלהקטין כילוד אנוש לדעת מוצאו, כדי לשמור על זכויותיו הקנייניות, המשפחתיות והאנושיות"... מצווה הוא אדם שיידע מניין בא - דע מאין באת - וציווי זה משמיע מעצמו זכותו של אדם: זכותו שיידע מניין בא. זה כבודו של האדם באשר הוא אדם: עימו נולד, ובאשר יילך יילך אף הוא... אכן, כבוד האדם באשר הוא - בליבתו - מזכה אדם בהליך המיועד לידעו מי הוא אביו מולידו. נזכור עוד את האמנה הבינלאומית משנת 1989 בדבר זכויות הילד, אמנה שישראל עשתה עצמה צד

לה בשנת 1991 (האמנה נתפרסמה בכתבי אמנה 1038, כרך 31 בעמ' 221). בהתאם לסעיף 7 לאמנה "ו)תהיה לו [לילד] מלידתו הזכות להיקרא בשם, הזכות לקבל אזרחות, וככל האפשר הזכות להכיר את הוריו ולהיות מטופל על ידם...

...

כללם של דברים: למיצער מאז [חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו](#) - וכפי שנראה להלן, גם לפני היותו - זכאי הוא אדם לדעת מי הוא אביו מולידו.

זכותו זו של אדם נגזרת היא מכבודו, וממשפט-הטבע שקומם כבודו של אדם" ([רע"א 3077/90](#) פלונית נ' פלוני, פ"ד מט(2) 578, 592-593 (1995)).

15. בנסיבות אלו, משמלכתחילה עמדתם של המערערים והמשיב היתה זהה, אציע לחברי לקבל את הערעורים, לבטל את פסק דינו של בית משפט קמא ולהורות על עריכת הבדיקה הנדרשת.

השופטת תמר בזק-רפפורט:

אף שתמימת דעים אני עם חברתי כב' השופטת ח' בן-עמי, כי יש לקבל את הערעור ולבטל את קביעתו של בית משפט קמא כי נעדר הוא סמכות לדון בבקשה לאישור ביצוע הבדיקה, אינני סבורה כי בשלב זה ניתן להורות על עריכת הבדיקה המדוברת בפועל.

[חוק מידע גנטי, התשס"א - 2000](#) (להלן - החוק) מורה בלשון שאינה משתמעת לשתי פנים, כי בית המשפט לא יורה על עריכת בדיקה ללא שמיעת קולו של הנבדק. כך קובע סעיף 28 לחוק:

"(א) (1) לא יורה בית המשפט על עריכת בדיקה לפי פרק זה, אלא אם כן נתן הנבדק את הסכמתו לכך; היה הנבדק קטין, חסוי או פסול דין, נדרשת

הסכמת האחראי עליו לעריכתה, ואם מלאו לקטין 16 שנים - נדרשת גם הסכמתו.

(2) לא יורה בית המשפט על בדיקה לקטין, לחסוי או לפסול דין אלא לאחר שמיעת עמדתו, בהתאם לגילו ולמידת בגרותו או ליכולותיו, לפי העניין, אלא אם כן שוכנע, מנימוקים שיירשמו, כי שמיעת עמדתו עלולה לפגוע בטובתו."

ועוד מוסיף החוק וקובע בסעיף 28 לו, שכותרתו "בדיקה בלא הסכמת הנבדק":

"(א) על אף האמור בסעיף 28ב, רשאי בית המשפט לצוות על עריכת בדיקה... גם בלא הסכמת הנבדק.... ובלבד שהתקיימו כל אלה:

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

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

(ב) לא יורה בית המשפט על עריכת בדיקה כאמור בסעיף קטן (א), לקטין, לחסוי או לפסול דין, אם הוא או האחראי עליו לא נתנו את הסכמתם לעריכת הבדיקה, אלא אם כן מינה לו עורך דין או אפוטרופוס לדין אשר ייצגו בהליכים שלפניו, ככל שהקטין, החסוי או פסול הדין אינו מיוצג על ידי עורך דין מטעמו" (ההדגשות אינן במקור - ת.ב.ר.).

הוראותיו של החוק הן ברורות: 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.

תהליך זה לא התקיים בבקשה שהובאה בפני בית משפט קמא: לא הובאה בפניו - אף לא בפנינו - הסכמת הקטין, לא מונה לו לא עורך דין ולא אפוטרופוס לדין, וממילא לא ניתנה לו הזדמנות להשמיע את דברו. במצב זה, לא הושלם ההליך אותו יש לנקוט בטרם תידון בקשה להורות על עריכת בדיקה. על מנת שבית משפט ידון בבקשה לגופה, יש להשלימה על דרך קיום הוראות החוק בעניין. קרי: קבלת עמדת ה"אחראי" בעניין. רק לאחר מכן יוכל בית המשפט לדון בעניין לגופו.

בענייננו, משמדובר בקטינים השוהים בהודו, מטבע הדברים יהא זה אותו אדם או גוף ממלכתי שהוא ה"אחראי" עליהם לפי דיני הודו, ובטרם יאמר זה את דברו, אין לדון בבקשה.

תמימת דעים אני עם חברתי כב' השופטת בן עמי כי לכאורה, ועל פי הנתונים כפי שהוצגו בידי המערערים, ביצוע הבדיקה תואם את טובת הקטינים. אולם, כדי להכריע בדבר לא ניתן להסתפק בנתונים המוצגים בידי מבקש. יש לשמוע את קולו של זה אשר הבדיקה הינה מכרעת וחשובה עבורו - הקטין הנבדק, ולאפשר לו ייצוג נאות. בשלב זה נשמע אך קולם של המערערים, ואין מקום לדון בבקשה בטרם יישמע גם קולם של הקטינים.

אמנם במקרי קיצון, ואם מתברר כי לא קיימת אפשרות מעשית לשמיעת קולו של הקטין, בהחלט מתקבל על הדעת כי לבית המשפט סמכות להורות על צו אף בלא שנשמע קולו של הקטין, לאחר ששוכנע כי מתן הצו תואם את טובתו של הקטין, וזאת מכוח סמכותו הטבועה של בית המשפט. אלא שסמכות זו שמורה לטעמי למקרי קיצון, אשר מקרה זה איננו מביניהם. לא ניטען כי קיימת מניעה לשמיעת קולו של הקטין באמצעות האחראי עליו, ובמצב זה אינני מוצאת הצדקה לנהוג שלא על פי לשונו המפורשת של החוק.

כב' השופטת בן עמי עמדה על החשיבות שבבירור מהיר של מעמדם של הקטינים. אכן, ברור מהיר הינו רצוי, אך מטרה זו ניתן להשיג על דרך שמיעה מהירה של הבקשה, וקבלת תגובת ה"אחראי" בהקדם. בשלב זה, וכל עוד אין כל טיעון כי קבלת תגובת האחראי הינה משימה הדורשת הארכה בלתי סבירה בלוח הזמנים שתפגע בקטינים באופן ממשי, אינני סבורה כי קמה הצדקה שלא לשמוע את קולו של הקטין, בטרם מתן צו, כקבוע בחוק.

אני מציעה איפוא לחבריי לקבל את הערעור, ולבטל את קביעת בית משפט קמא בדבר העדר סמכות, ולהחזיר את הדיון לבית משפט קמא, על מנת שידון בבקשה

השופט ד' מינץ:

תמים דעים אני עם שתי חברותי כי דין הערעור להתקבל וכי בית משפט לענייני משפחה בישראל מוסמך להורות על הבדיקה המבוקשת. בעניין המחלוקת הנטושה בין חברותי בעניין מתן הצו בפועל עוד טרם יישמע קולם של "הקטינים", מסכים אני לדעתה של חברתי כב' השופטת רפפורט-בזק.

לטעמי, הוראת החוק הדורשת את שמיעת עמדתו של הנבדק היא מנדטורית בכל מקרה, ובמקרה זה שמיעת עמדתם של "הקטינים" באמצעות האפוטרופוס או עורך הדין שימונה להם גם עולה בקנה אחד עם תכלית החוק שהיא דאגה לטובת היילוד. אין לדעת וגם לא נטען לפנינו מהי עמדת הדין ההודי, שם נולדו שניים מהקטינים ועתידיהם להיוולד האחרים. אין גם וודאות, למרות שלכאורה נראה כי קביעת אבהותם של המבקשים היא אכן לטובתם של הקטינים, שהבדיקה היא אכן לטובתם. מושכל יסוד הוא כי יש לשמוע את עמדתו של כל בעל דין, גם בעניין פעוט ערך, קל וחומר בעניין כבד משקל ככזה (וראה [ע"א 409/84](#) מדינת ישראל נ' שגב, פ"ד מ(3) 706; [ע"א 6185/00](#) עו"ד מאהר נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 366).

ער אני לכך שעניין זה של מגבלות החוק הועלה מיוזמתו של בית משפט זה והצדדים לא נתנו את דעתם על כך בתחילה. ברם, כיום, משנתבקשו לתת את עמדתה בעניין, המשיבה אינה נותנת עוד את הסכמתה ללא סייג למתן הצו ועומדת היא על כך שהצו יינתן רק בכפוף לכך שהמבקשים או מי מהם יזכרו לפי הדין ההודי כ"האחראי" על הקטינים, באופן הממלא את הוראות הדין בישראל העומד על קבלת עמדת הנבדק.

ובאשר לחוסר הנוחות שהביע בית משפט קמא ממתן הצו מהטעם כי יש בכך כדי לעקוף את הוראות [חוק הסכמים לנשיאת עוברים \(אישור הסכם ומעמד היילוד\)](#), [התשנ"ו-1996](#). גם בעניין זה תמים דעים אני עם עמדת המשיבה כי המחוקק אמר את דברו בצורה ברורה לגבי הסכמים לנשיאת עוברים המתבצעים בישראל. ברם, המחוקק לא החיל, וגם לא התכוון להחיל, את הוראות החוק על הסכמים המתבצעים בחוץ לישראל, גם אם אחד הצדדים להסכם הוא אזרח ישראלי.

אכן, אין שמחה כהתרת הספקות וטוב יהיה אם הבדיקות תעשנה בהקדם. ברם, אינני שותף לבהלה שאחזה את המבקשים וודאי לא לביקורת שהושמעה כלפי בית משפט זה כאילו הוא עיכב את פסק הדין מתחת ידו באופן שאינו עולה עם ציפיות המבקשים. על המבקשים לדאוג לרווחתם ולטובתם של הקטינים שנולדו ושל אלו שטרם נולדו ושיוולדו בשעה טובה, וחובתם זו אינה תלויה במתן הצו או בקביעת אזרחותם של הקטינים. בכל מקרה הליך ההכרה באזרחותם של הקטינים בישראל לא יהיה מידי, ואין משמעות הדבר, כפי שמציירים המבקשים, כי חייהם של הקטינים תלויים כביכול על בלימה עד אשר העניין יוברר עד תום.

לפיכך אנחנו מקבלים את הערעור, וקובעים כי לבית משפט קמא סמכות להורות על הבדיקה המבוקשת. בדעת רוב מורים כי קודם למתן הצו נדרשת קבלת הסכמת האחראי על הקטינים ובהעדרה יש למנות אפוטרופוסלדין או עורך דין לקטינים.

בנסיבות העניין איננו עושים צו להוצאות.

פסק הדין ישלח לבאי כוח הצדדים.

ניתן היום, כ"ב אייר תש"ע, 06 מאי 2010, בהעדר הצדדים.