

בית משפט לענייני משפחה בתל אביב - יפו

07 אוגוסט 2016

תמ"ש 32901-05-14

בפני כב' השופט נפתלי שילה, סגן הנשיא

התובעים

1. פלוני

2. אלמוני

ע"י עו"ד יהודית מייזלס

נגד

הנתבע

היועץ המשפטי לממשלה

ע"י עו"ד עידית מנדלבאום

חקיקה שאוזכרה:

[פקודת הראיות \[נוסח חדש\], תשל"א-1971: סע' 22](#)[חוק בית המשפט לענייני משפחה, תשנ"ה-1995: סע' 8 \(א\)](#)**פסק דין**

האם יש להצהיר על התובעים כאבות של הילד מ' שנולד בהליכי פונדקאות בארה"ב וזאת לאור הראיות שהציגו ומבלי שנערכה בדיקת רקמות לבירור אבהות, לאור סירובם לעבור בדיקה גנטית להוכחת אבהות?

א. רקע עובדתי

1. התובעים הם בני זוג מאותו מין, תושבי ישראל ואזרחיה, אשר מקיימים חיי זוגיות במשך בית משותף למעלה מתריסר שנים, והם אף נשאו בשנת 2007 בנישואין אזרחיים בקנדה.
2. בחודש מאי 2008 התובעים הביאו לעולם ילדה באמצעות הליך פונדקאות בארה"ב.
3. בשנת 2010 פנו התובעים למרפאת פריון בקונטיקט בארה"ב, בבעלות ד"ר גד לביא ובצעו הליך נוסף של פונדקאות.
4. לצורך הליך הפונדקאות, נלקח זרע מהתובע 1 שהופרה בביצית של גב' מ', ששמשה כפונדקאית ותורמת הביצית של בתם. בתחילה היה ניסיון שהגב' מ' תשמש שוב כפונדקאית אולם, ההליך לא צלח והיא נותרה תורמת ביצית בלבד.
5. התובעים חתמו על הסכם עם הגב' ד' שהסכימה לשמש כפונדקאית ועל ההסכם חתם גם בעלה של הגב' ד'. ההליך צלח, וכתוצאה ממנו נולד לטענתם הבן --- (להלן: "הקטין") ביום 15.12.10.
6. התובעים עתרו לבית המשפט בארה"ב למתן צו הורות וניתן לשניהם צו הורות שבו נקבע כי שניהם הם הוריו של הקטין.
7. משהגישו התובעים את צו ההורות שניתן בארה"ב לנציג הנתבע, על מנת שירשום אותם כהורי הקטין, הם סורבו ונאמר להם כי עליהם לערוך בדיקת רקמות, על מנת להוכיח כי יש קשר גנטי בין התובע 1 לקטין.
8. התובעים לא השלימו עם דרישה זו ועתרו לבג"ץ בבקשה שיורה לנתבע לרשום את הקטין כבנם, בהתבסס על צו ההורות שניתן בחו"ל ([בג"ץ 566/11](#)).
9. ביום 28.1.14 דחה בג"ץ את עתירתם והפנה אותם להגשת הליך בבית משפט זה.
10. התובעים מבקשים בתביעתם, שבית המשפט יצהיר על סמך המסמכים שהוגשו על ידם ומבלי שתיערך בדיקת רקמות, כי הם הורי הקטין. הנתבע התנגד לבקשה וטען כי אין כל מניעה שהנתבע 1 שטוען כי הוא האב הגנטי, יערוך בדיקת רקמות ויש לדרוש כי תיערך בדיקה גנטית, שהיא הראייה הטובה ביותר ואין להסתפק בראיות אחרות.
11. לאחר שהתקיים קדם משפט ביום 13.7.14, התאפשר לתובעים לצרף מסמכים נוספים, והם הגישו מסמכים נוספים להוכחת תביעתם ביום 5.8.14.
12. ביום 9.9.14 ניתנה על ידי החלטה שבה קיבלתי עקרונית את עמדת התובעים ואפשרתי להם לזמן עדים מטעמם להוכחת אבהותם ללא עריכת בדיקת רקמות. כמו כן, אפשרתי להם להגיש מסמכים נוספים והם הגישו תצהירי עדות ראשית ואליהם צירפו עוד מסמכים.

13. התובעים זימנו לעדות את ד"ר לביא, הבעלים של המרפאה שבה נערך הליך הפונדקאות בארה"ב וביום 12.2.15 הוא והתובעים נחקרו ע"י ב"כ הנתבע. בפתח דיון ההוכחות, ביקשו התובעים להגיש מסמכים נוספים שלטענתם מצא ד"ר לביא "אתמול בערב" ונערתתי לבקשתם. לאחר שהתקיימו החקירות, ניתן צו להגשת סיכומים בכתב.
14. למחרת, ביום שישי 13.2.15, הגישו התובעים בקשה להוספת ראייה. לטענתם, התברר לד"ר לביא, כי קיימים מסמכים רפואיים נוספים שטרם הוגשו, לרבות גיליון רפואי חדש, אשר יש בהם בכדי להזים את טענת הנתבע, כי ייתכן שהפונדקאית קיימה יחסי אישות עם בעלה בתקופה זו והקטין שנולד, הוא בנו של בעלה ולא של התובע 1. בתצהירו של ד"ר לביא שצורף לבקשה, הוא טען כי: "התפלאתי במהלך החקירה לגלות שהגיליון הרפואי שצורף לתצהירי (כאשר מזכירתי היתה זו ששלחה מסמך זה לעורכת הדין) היה חסר, ולא היה הגיליון המלא שזכרתי שעיינתי בו לקראת ההכנה לחקירת. אשר על כן, מיד עם תום חקירת, יצרתי קשר עם הקליניקה שבבעלותי ובקשתי שיחפשו וישלחו אליי את הגיליון הרפואי המלא וכן שיזמינו מן הארכיב את טפסי תוצאות הבדיקות בתיק הרפואי שהווננו לגיליון הרפואי ושנעשו בסמוך למקום מגוריה של הפונדקאית בתקופה האמורה... קיים נוהג אדמיניסטרטיבי בקליניקה שבבעלותי, לצלם ולתייק הגיליון הרפואי לאחר כל סבב של בדיקות וזו כנראה הסיבה שצורף בטעות של תום לב, גיליון חלקי בלבד לתצהירי". התובעים הציעו כי המומחה אף יתייצב לדיון נוסף, שבו הוא ייחקר על המסמכים הנוספים.
15. המסמכים הנוספים שהתובעים ביקשו לצרף כללו הן גיליון רפואי שונה שבו יש תוספת של נתונים רפואיים והן מסמכים שלטענת ד"ר לביא נערכו במרפאה אחרת ואשר אמורים לספק נתונים חשובים שהיו חסרים בתיעוד הרפואי שהוגש עד אותו מועד.
16. בדיון שהתקיים ביום 15.2.15 אפשרתי לנתבע להגיש תגובה מסודרת לבקשה. משהוגשה התגובה, קבעתי כי ייקבע דיון בבקשה שבמסגרתה ייחקר ד"ר לביא על התצהיר שתמך בבקשה להוספת ראייה וככל שאתיר צירוף המסמכים, ייחקר ד"ר לביא אף על המסמכים החדשים שהתובעים ביקשו להציג (להלן: "**המסמכים הנוספים**"). כמו כן, חייבתי את התובעים בהוצאות לטובת הנתבע, בסך של 15,000 ₪, עקב הנזק שנגרם לו כתוצאה מהבקשה והחקירה הנוספת של ד"ר לביא.
17. ביום 28.5.15 נחקר ד"ר לביא על תצהירו התומך בבקשה לצירוף ראייה. לאחר שהצדדים סיכמו טענותיהם בעל פה, ניתנה על ידי החלטה לפיה למרות שהתובעים הגישו כבר כמה פעמים מסמכים חדשים, היות ונטען כי מדובר בטעות בתום לב, יש לאפשר להם להגיש את המסמכים הנוספים. כמו כן קבעתי, כי למרות שעורכי המסמכים הנוספים שכוללים גם תוצאות בדיקות מעבדה לא התייצבו לעדות, יש להתיר צירופם. זאת, מאחר שמדובר בחומר גלם רפואי הכולל תוצאות בדיקות וכל צד רשאי לטעון ביחס למשקלם של מסמכים אלו, במסגרת סיכומיו.

18. לאחר מתן החלטה זו, נחקר ד"ר לביא על המסמכים הנוספים. בסיום הדיון, הודעת לי לצדדים כי אני סבור שיש צורך שאמנה מומחה רפואי, על מנת שינתח את כל המסמכים הרפואיים שהוגשו ויחווה דעתו בשאלה "האם במקרה דנן, שבו הפונדקאית היתה אישה נשואה שיייתכן כי קיימה בתקופה הרלוונטית יחסי אישות עם בעלה ... מה הסיכוי שהתובע הוא אביו הביולוגי של הקטין". אפשרתי לצדדים להגיש בכתב את עמדתם ביחס למינוי מומחה רפואי מטעם בית המשפט.

19. התובעים הסכימו למינוי והנתבע התנגד. הנתבע טען בין היתר, כי מסד הנתונים שעל המומחה לבדוק הוא "בעייתי וחד צדדי הלוקה בשורה של פגמים וקשיים עובדתיים וראייתיים". לדבריו, מדובר במסמכים חלקיים וקיים ספק רב בדבר אמינותם וכי: "באופן מפתיע, הרישומים החדשים בגיליון הרפואי, מתייחסים לאותן נקודות אשר במהלך החקירה הנגדית נתבררו כנקודות בעייתיות ומעוררות קשיים מבחינת גרסתם של התובעים".

20. הנתבע טען גם, כי חלק מהמסמכים הנוספים הונפקו במעבדה רפואית אחרת ואין להם כל ערך ראייתי, היות ועורכי המסמכים לא העידו עליהם ולא נחקרו עליהם. לטענתו, מומחה רפואי לא יכול להגיע למסקנה אובייקטיבית ומהימנה על יסוד מסמכים "בלתי מהימנים על פניהם ומשתננים חדשות לבקרים".

21. ביום 23.7.15 דחיתי את עמדת הנתבע וקבעתי כי יש צורך במינוי מומחה רפואי. בין היתר קבעתי כי:

"אין בידי בית המשפט ידע והכשרה לניתוח תוצאות הבדיקות והטיפולים שנערכו והמפורטים במסמכים שהוגשו. מומחה רפואי משמש זרוע ארוכה של בית המשפט לצורך בחינה ובדיקה של עניינים שברפואה... בית המשפט הוא הפוסק הסופי והמחליט וחוות דעת המומחה לא מפקיעה את שיקול הדעת מבית המשפט... על מנת לנתח את המסמכים הרפואיים ולבחון האם ניתן ללמוד מהם --- הוא אביו הביולוגי של הקטין, יש צורך בידע נרחב מתחום הפריון. יש להבין את המשמעות של התרופות שניתנו, הטיפולים שנערכו, הערכים שהתקבלו בבדיקות ועוד נושאים רבים הקשורים למדע הרפואה. מדובר בתחום רפואי מובהק שאינו במומחיותו של בית המשפט... המומחה כמובן ייקח בחשבון את העובדה כי כל החומר נמצא בשליטת המבקשים או מי מטעמם ולא ניתן לדעת האם קיימים מסמכים נוספים, אשר ייתכן כי הם "לרעת" המבקשים, ולא ידוע האם נערכו בדיקות או טיפולים נוספים שלא הוצגו".

22. בנוסף, נקבע בהחלטתי כי:

- ... מאחר שכאמור בהליך זה הוגשו מסמכים רפואיים נוספים לאחר תם שלב הראיות ובית המשפט טרם הכריע מה משקלם הראייתי של הגיליון הרפואי החדש ויתר המסמכים שצורפו לבקשה להגשת ראיות נוספות, יגיש המומחה שתי חוות דעת בהתבסס על שני מסדי נתונים שונים. בחוות הדעת הראשונה, המומחה יחוה דעתו ביחס לסיכויי האבהות של ---... בהתבסס רק על המסמכים שהוגשו עד למועד חקירתו של המומחה... (להלן: "המסמכים הראשונים"). לצורך הכנת חוות הדעת בדבר המסמכים הראשונים, יוגשו לו המסמכים הראשונים בלבד. רק לאחר שתתקבל חוות דעתו של המומחה ביחס למסמכים הראשונים, יוגשו למומחה המסמכים הנוספים שהוגשו בבקשה להגשת ראיות נוספות...".
23. קבעתי גם, כי מכלול טענות הצדדים ביחס למשקל וכבילות הראיות, יידונו בסיכומי הצדדים ומונה על ידי פרופ' מרגליות למומחה (להלן: "המומחה").
24. הנתבע הגיש בקשת רשות ערעור על ההחלטה (רמ"ש 23627-09-15) וביום 16.12.15 דחה כב' השופט שוחט את הבקשה.
25. ביום 14.12.15 הגיש המומחה את חוות דעתו הראשונה בהתבסס רק על המסמכים הראשונים שהוגשו. המומחה קבע כי:
- "הסיכוי שהפונדקאית ביצה מזרעו של בעלה הנו נמוך ביותר בהערכה גסה פחות מאחוז אחד. קיים גם סיכון קטן ביותר (1:10000) שבמעבדה בזמן ההפריה השתמשו בטעות בזרע של אדם אחר. קיימת גם האפשרות שהחזירו לרחם הפונדקאית עוברים של זוג אחר (סיכוי 1:10000). מכאן, שהסיכוי ש----- הנו האבא הגנטי של הילוד הנו מעל 99%".
26. ביום 5.1.16 הגיש המומחה את חוות הדעת השנייה שהתבססה גם על המסמכים הנוספים. בחוות דעתו קבע המומחה כי:
- "בכל המסמכים שהובאו אלי לא מצאתי עדות לכך שהפונדקאית אמנם קיבלה זריקה של לופרון. למרות זאת, כנראה שקבלה אותה. ד"ר לביא בסיכום שלו מציין שניתן לופרון והתגובה של השחלות מתאימה - כשבוע לאחר המתן המשוער של לופרון, הופיעו ציסטות בשחלה הימנית שנספגו לאחר שבוע נוסף. לא נראה לי שהיה ביוץ טבעי אצל הפונדקאית. רמת הפרוגסטורון בדמה נשאר נמוך ולא היה נוזל באגן. לדעתי הסיכוי שהילד הנו בנו הגנטי של ----- גבוהה מ- 99%".
27. התקיימו שתי ישיבות שבהן נחקר המומחה. בישיבה הראשונה הוא נחקר על חוות הדעת הראשונה ובישיבה השנייה הוא נחקר על חוות הדעת השנייה. בסיום החקירות, ניתן צו להגשת סיכומים והצדדים הגישו את סיכומי טענותיהם בכתב.

ב. עדותו של ד"ר לביא

1. בתצהיר העדות הראשית מטעמו, טען ד"ר לביא כי "כל תהליך ההפריה וההשתלה נעשה באמצעות נוהל זיהוי מדוקדק וקפדני... כל שלב בהפריה ובהשתלה מתועד בגיליון הרפואי... גב' ד' קבלה טיפול הורמונאלי שכלל דיכוי בעזרת לופרון... אשר מנע ממנה לבייץ בתאריך השתלת העוברים או בסמוך לכך. מעקב מתמיד אחרי רמות הדם שלה מוכיח באופן מוחלט שהיא לא בייצה בתקופה זו. לכן, ההיריון היחיד שהושג יכול היה להיווצר רק כתוצאה מהשתלת העוברים שמטענם הגנטי הוא של ---- ולא יכול היה לנבוע מביצית שלה או מזרע של בעלה או אדם אחר, פרט למר -----". לתצהירו, צירף ד"ר לביא "העתק הגיליון הרפואי" והתברר לאחר מכן לטענתו, כי לא מדובר בגיליון הרפואי המלא, אלא בגיליון חלקי, שחסרים בו נתונים חשובים.
2. בחקירתו, העיד ד"ר לביא כי התהליך שמבוצע במעבדתו לצורך זיהוי נותן הזרע הוא "מאוד מדוקדק... העובד והתורם מוודאים את הזהות ואז התורם צריך להביא מסמך מזהה עם תמונה" (עמ' 4 שורות 18-19).
3. ד"ר לביא אישר שבעבר היו לו קשרים עסקיים עם התובע 1, שיש לו חברה העוסקת במתן שירותי פונדקאות בחו"ל (עמ' 5 שורות 26-27). כמו כן, הוא אישר שבמעבדתו נערכו הפריות לפונדקאיות, גם כאשר להורה המזמין לא היה קשר גנטי לוולד ונערכו בין 30-40 פרוצדורות כאלו, גם עבור לקוחות החברה של התובע 1 (עמ' 6 שורות 15-7 ושורה 30). כמו כן, ד"ר לביא אישר שביצע הליך פונדקאות לאישה ישראלית בשנות ה-60 לחייה, כאשר האם המזמינה היתה חד הורית והפונדקאות בוצעה באמצעות תורם זרע ותורמת ביצית (עמ' 8 שורות 14-20). העובדה שהיו לד"ר לביא קשרים עסקיים עם התובעים, צריכה להילקח בחשבון בבחינת משקל עדותו (סעיף 117 לסיכומי הנתבע) ואולם בניגוד לטענת הנתבע, אין לייחס חשיבות לכך שבמעבדה נערכים טיפולים שאינם חוקיים בישראל, כל עוד הם נערכים על פי חוקי ארה"ב.
4. ד"ר לביא העיד כי הפונדקאית במקרה דנן קיבלה חומר לדיכוי ביוץ ולדעתו הסיכוי שלאחר נטילת חומר זה הפונדקאית תבייץ באופן טבעי עומד על 2 או 3 אחוז בלבד (עמ' 11 שורות 16-18). לדבריו, הפונדקאית קיבלה תרופה מדכאת ביוץ בשם לופרון ו: "זה נותן אפשרות ליצור תנאים אידיאליים להחזרת העוברים... זה מאפשר לנו להיות בטוחים שההיריון הושג ע"י העוברים שהוחזרו ולא ע"י הביצית שלה" (עמ' 12 שורות 16-18).
5. ד"ר לביא טען, כי הפונדקאית קיבלה את הלופרון בזריקות יומיות שהיא הזריקה לעצמה (עמ' 13 שורות 3-6). הוא אישר שאין תיעוד שהפונדקאית הזריקה לעצמה את הלופרון ואף אחד מהמרפאה שלו, לא ראה זאת (שם שורות 6-16). לדבריו, יש תיעוד שהפונדקאית נטלה אסטרוגן בזריקות בביתה, שגם הוא מדכא ביוץ (שם שורות 22-31). ד"ר לביא אישר כי

- התיעוד נרשם על בסיס דברי הפונדקאית ואולם, אף איש צוות לא ראה זאת והפונדקאית לא זומנה להעיד (עמ' 14 שורות 1-16). ד"ר לביא לא ידע להשיב, מדוע לא ציין בתצהירו כי הפונדקאית נטלה גם מדכא הורמונאלי אסטרוגן והוא ציין רק שהיא נטלה לופרון (עמ' 14 שורות 17-20). תשובתו זו, (עמ' 14 שורות 17-20) פוגמת אף היא באמינות עדותו (סעיף 44 לסיכומי הנתבע).
6. העובדה שהתובעים לא זימנו לעדות את האם הפונדקאית, אשר יכולה היתה להעיד על התרופות שנטלה, לרבות הלופרון וכן האם קיימה יחסי אישות עם בעלה באותה עת, פועלת לחובתם (סעיף 42, סעיף 47 וסעיפים 121-122 לסיכומי הנתבע).
7. במסמכים הראשונים שהגיש ד"ר לביא, לא צוין כי נערכה בדיקת דם חשובה ביום 22.3 - 10 ימים לפני החזרת העוברים ואף לא צוינה כי נערכה בדיקת דם יום או יומיים לפני החזרת העוברים במעבדתו, שיכולה להעיד על הדיכוי ההורמונאלי (עמ' 15 שורה 20 עד עמ' 16 שורה 6). לדבריו "אכן לא צירפתי לתצהירי את תוצאות הבדיקה אך הם קיימות" (עמ' 22 שורה 18). כמו כן, במסמכים הראשונים לא צוין כי נערכו בדיקות אולטרסאונד מיום 15.3 ועד להחזרת העוברים. למרות שד"ר לביא העיד כי הוא משוכנע שהן נערכו, הוא לא ידע לומר מדוע הן לא מצוינות בגיליון הרפואי (עמ' 17 שורות 25-30 ועמ' 18 שורות 1-22). בצדק טוען הנתבע, כי העדר התיעוד החשוב הנ"ל, מעוררת תמיהות ופוגם במשקל שיש לתת למסמכים שהומצאו על ידו ולעדויותו (סעיפים 39-41 לסיכומיו).
8. ד"ר לביא אישר כי שיעור ההתכנות כי אישה תבייץ למרות שקיבלה מדכא ביוץ מסוג לופרון הוא 5% (עמ' 19 שורות 15-23).
9. בתצהיר שהגיש ד"ר לביא בתמיכה להגשת המסמכים הנוספים, הוא טען כי לאחר שעיין בגיליון הרפואי המלא, התברר לו כי נערכו לפונדקאית שתי בדיקות דם ואולטרסאונד בימים 22.3.10 ו- 1.4.10, על מנת לוודא "שהתרופה לדיכוי ביוץ היא אפקטיבית ולמנוע אפשרות של היווצרות הריון ספונטני" (סעיף 4 לתצהירו). לדבריו, הבדיקות מוכיחות כי הביוץ של הפונדקאית מדוכא ובדיקות האולטרסאונד מלמדות שאין זקיקים פעילים, דבר שמעיד אף הוא על העדר ביוץ.
10. בחקירתו על המסמכים הנוספים, טען ד"ר לביא כי תוצאות בדיקות הדם שהגיעו מהמעבדה שבה נערכה הבדיקה לפונדקאית, נרשמו על גיליון הטיפול ע"י עובדת המרפאה שלו (עמ' 48 שורות 14-17). לאחר מכן, העיד ד"ר לביא כי הבדיקה מיום 22.3 נערכה במעבדה אחרת ליד מגורי הפונדקאית והבדיקה ביום 1.4 נערכה במעבדה שלו (עמ' 50 שורות 11-13). לדבריו, בתקופה זו הרישומים במעבדה שלו נעשו ידנית ולא במחשב (עמ' 52 שורה 7).

11. לדברי ד"ר לביא, בכל שינוי בגיליון היו מצלמים את הדף מחדש (עמ' 52 שורות 23-26) וכלשונו: **"היינו מצלמים את הגיליון האחרון ומשמידים את הקודם ברוב המקרים. היו מקרים שזה לא יצא כמו המקרה הזה. ברוב הגדול של המקרים, לא היו הרבה גרסאות של אותו גיליון כי הגיליונות הקודמים הושמדו"** ומקרה דנן הוא חריג (עמ' 54 שורות 18-23).
12. לדבריו, המזכירה שלו טעתה כשהעבירה גיליון חלקי בין המסמכים שצורפו לתצהירו (עמ' 54 שורות 24-30) ולכן נשלח הגיליון הלא נכון (עמ' 56 שורה 12). כמו כן, הוא אישר שאיש הצוות שתיעד את תיאור בדיקות האולטרסאונד לא תיעד אותה כפי שצריך היה לתעד (עמ' 55 שורות 26-27). המומחה ציין כי לאור התוצאות של הבדיקות שנערכו לפונדקאית, לא יכול להיות שהיא בייצה (עמ' 57 שורות 17-18) וכי: **"בלתי אפשרי כי במשך שבוע ימים יתפתח הזקיק ויהיה ביוץ והפרוגסטרוגן יהיה ברמה של 10 זה פשוט מצב לא אפשרי"** (עמ' 64 שורות 29-30). לדבריו: **"היתה לי וודאות מוחלטת כי הפונדקאית לא בייצה בעצמה"** (עמ' 65 שורות 11-12).
13. הנתבע טוען בצדק בסיכומיו כי **"באורח פלא"** הרישומים הנוספים בכתב יד שמצוינים בגיליון הרפואי החדש שהגיש ד"ר לביא **"מתייחסים לאותן נקודות אשר במהלך החקירה הנגדית נתבררו כנקודות בעייתיות ומעוררות קשיים מבחינת גרסתם של התובעים"** (סעיף 17 וסעיף 28 לסיכומיהם). עובדה זו מקטינה את המשקל שיש ליתן לעדותו ולמסמכים שהוצגו על ידו.
14. גם העובדה שד"ר לביא צירף מסמכים שכלל לא נערכו במעבדתו ולא זומן ע"י התובעים כל עד מטעם אותה מעבדה, מחלישה את משקלם הראייתי, כפי שטוען הנתבע (סעיף 19 וסעיף 24 לסיכומיו). שהרי, לנתבע לא ניתנה כל אפשרות לחקור את עורך המסמך (סעיף 57 וסעיף 59 לסיכומי הנתבע). טענת התובעים כי ד"ר לביא **"היה אחראי אישית לכל התהליך"** (סעיף 18 לסיכומי התשובה) וכי הבדיקות נעשו **"ביידועו ובפיקוחו"** (סעיף 22 לסיכומי התשובה) ולכן מדובר בחומרי גלם שהיו **"תחת חסותו"** ולא היה צורך לזמן לעדות אף עובד אחר שיציגם, לא מדויקת. זאת, מאחר וד"ר לביא אישר כי חלק מהבדיקות שערכה הפונדקאית התקיימו במעבדה אחרת שלא היתה בפיקוחו. כמו כן, יש גם לקחת בחשבון כי מעבדתו של ד"ר לביא היא מעבדה פרטית שלמדינת ישראל אין כל פיקוח עליה (סעיף 30 לסיכומי הנתבע). יחד עם זאת, מאחר ולא מדובר בחוות דעת, אלא במסמכים ממעבדה, לא חלה הוראת [סעיף 22 לפקודת הראיות](#) (נוסח חדש) תשל"א – 1971.
15. כאמור, עלו תהיות רבות שהתגלו בעקבות עדותו של ד"ר לביא ולאור בחינת המסמכים שהוגשו מטעמו, על גרסאותיהם השונות והחוסרים המהותיים שבהם. עלו גם תהיות משמעותיות באשר לאופן הרישום במעבדה ולהעדר רישומים מסוימים בנושאים חשובים כגון אי אזכור של נטילת הלופרון מידי יום. עלתה תהייה **"רבתי"**, ביחס לעובדה כי למרבה הפלא, במסמכים החדשים שהתובעים הגישו לאחר תם חקירתו הראשונה של ד"ר לביא,

נמצאו בדיוק אותם נתונים שהיו חסרים במסמכים שהוגשו על ידו ושנדונו בחקירה הנגדית המקצועית והמעמיקה שערכה ב"כ הנתבע, עו"ד מנדלבאום. התובעים טוענים כי מדובר בטעות בתם לב "בשל טעות אדמיניסטרטיבית" וכי העובדה שהמסמכים צורפו פחות מיממה לאחר הדיון, "מלמדת על האוטנטיות שבמסמכים אלו" (סעיף 8 לסיכומי התשובה). הסבר זה אינו משכנע. מי אמר שלא ניתן לערוך תיקונים בזמן כה קצר?

ברם, האם הדבר צריך להביא להתעלמות מוחלטת מכלל מסכת הראיות והמסמכים שהובאו ע"י ד"ר לביא והענקת משקל של "אפס" לראיות אלו, כפי שטוען הנתבע (סעיף 59 לסיכומיו)?

16. **סעיף 8 (א) לחוק בית המשפט לענייני משפחה** תשנ"ה – 1995 קובע כי: **"בכל עניין של דיני ראיות וסדרי דין... ינהג בית המשפט בדרך הנראית לו הטובה ביותר לעשיית משפט צדק...".** לפיכך, ולאור העובדה כי ד"ר לביא, הוא בעל מעבדה מוכרת ומפוקחת בארה"ב שיש לה אישורי בקרת איכות שצורפו (סעיפים 26,31 לסיכומי התובעים וסעיף 8 לסיכומי התשובה), יש ליתן משקל מסוים לעדותו ולמסמכים שהוצגו על ידו ולא לדחותם לחלוטין.

ג. חוות דעתו של המומחה פרופ' מרגליות

1. המומחה היה מנהל היחידה להפריה חוץ גופית במרכז הרפואי שערי צדק במשך 23 שנים (עמ' 69 שורות 25-26) ומומחיותו בפיריון אינה מוטלת בספק. המומחה העיד, כי לצורך הכנת חוות דעתו, הוא התייעץ עם מומחים נוספים (עמ' 70 שורות 28-29). טענת הנתבע כי לפרופ' מרגליות "אין כל מומחיות, הכשרה, ידע או נסיון קודם בקביעת אבהות" (סעיף 62 לסיכומיו וסעיף 64), אין לה יסוד. המומחיות של פרופ' מרגליות היא בתחום הפיריון ולכן, הוא יכול לחוות דעתו על בסיס נתוני בדיקות וסוגי תרופות וטיפולים שנטלה האם הפונדקאית, מה הסיכוי שההיריון נוצר מיחסים עם גבר אחר ולא מתהליך השתלת העוברים. אין כל צורך במומחיות בתחום הגנטי אלא במומחיות בדיוק כפי שיש לפרופ' מרגליות. טענת הנתבע כי "אין לו כל הכשרה בקביעת סיכויי אבהות על סמך מסמכים רפואיים" (סעיף 69 לסיכומיו), חסרת שחר שהרי כמומחה לפיריון, הוא בקיא היטב בערכים ובנתונים שנרשמו בגיליון הרפואי וביתר המסמכים ועל פיהם הוא יכול לענות היטב על השאלה שעמדה להכרעה.

2. העובדה שחוות הדעת לא הוגשה בפורמט הנדרש ב**פקודת הראיות**, לרבות הצהרה בדבר החובה לאמר אמת ופרטי ניסיונו, לא צריכה לפסול את חוות דעתו כפי שטוען הנתבע (סעיף 63 לסיכומיו). מירב הפגמים תוקנו במהלך עדותו, עת שהוזהר כחוק ופירט את ניסיונו המקצועי רב השנים. גם הטענה כי המומחה לא בקיא ב"טעויות או שיבושים החלים

בהליכי פירוק בכלל ופונדקאות בפרט" (סעיף 69 וסעיף 78 לסיכומיו), אינה רלוונטית. טעויות במעבדה שבה מתבצע הליך של השתלת עוברים לפונדקאית, יכולות לקרות בדיוק כמו שיכולה להיות טעות במעבדה לסיווג רקמות. המומחה העיד כי הסיכוי לטעות במעבדה הוא קלוש ביותר.

3. המומחה ציין כי הד"ר לביא התקשר אליו ואמר לו כי לדעתו הפונדקאית לא יכלה לבייץ והוא סיפר לו אילו תרופות היא קיבלה לדיכוי ביוץ (עמ' 71 שורות 9-7 ועמ' 73 שורות 15-16). לדבריו, הדברים שאמר לו ד"ר לביא היו ממילא במסמכים שהומצאו לו (עמ' 72 שורות 23-32) והוא לא מסר לו "שום אינפורמציה חדשה" (עמ' 73 שורה 4). לטענתו, הוא לא ידע שאסור לו לשוחח עם ד"ר לביא (עמ' 73 שורות 26-27). כמו כן, הוא שוחח עם ב"כ התובעים רק בנושא טכני ופרוצדורלי (עמ' 74 שורה 17). המומחה הסביר את התנהלותו זו, בעובדה כי הוא מעולם לא הגיש חוות דעת לבית משפט (עמ' 75 שורות 15-10) ולא היה מודע להתנהלות המצופה ממנו. לפיכך, יש להתייחס בסלחנות להתנהלות זו שלא נעשתה בזדון אלא בתם לב. העובדה שד"ר לביא אמר לו מספר דברים, לא פגעה במנגנון הדו שלבי של חוות הדעת, שעה שהמומחה התייחס בחוות דעתו לממצאים שעולים מהמסמכים שהומצאו לו בכל פעם, ומהם בלבד.

4. המומחה אישר כי יש לו שלושה נכדים שנולדו באמצעות פונדקאות בחו"ל (עמ' 74 שורות 21-29). ברם, טענת הנתבע כי עקב כך המומחה אינו אובייקטיבי ויש לפסול את חוות דעתו (סעיף 75 לסיכומיו), דינה להידחות. אין לראות בעובדה זו גורם שעלול להשפיע על חוות דעתו המקצועית, שעה שהמומחה אישר כי אותם נכדים חיים בחו"ל ואין להם או לו, כל קשר עם התובעים.

5. המומחה אישר גם, כי לא קיים תיעוד כי הפונדקאית קיבלה לופרון שהוא מונע ביוץ ואולם לדעתו, מאחר שהפונדקאית קיבלה גם אסטרוגנים ופרוגסטרונים, הסיכוי שהיא בייצה "מאוד קטן סביב אחוז אחד" (עמ' 77 שורות 23-27). לדבריו, הוא אף בירר זאת עם שני מומחים נוספים, ד"ר גל ופרופ' לאופר (עמ' 79 שורות 1-3) ואף בירר את הנושא במרכז הרפואי הדסה ובית החולים ביקור חולים (עמ' 82 שורה 27 עד עמ' 83 שורה 4). משהמומחה עומת עם מאמר שקובע כי הסיכוי של ביוץ למרות נטילת הלופרון הוא 5%, הוא השיב שזה "הרף העליון" (עמ' 79 שורות 18-19) ואולם מכיוון שבמקרה דן הפונדקאית קיבלה זריקה שניתנת פעם בחודש ולא זריקה יומית "המספר הוא פחות מאחוז אחד או סביב אחוז" (עמ' 79 שורות 25-28). יצוין כי ד"ר לביא טען כי הפונדקאית לא קיבלה לופרון באופן יומי אלא פעם אחת ועובדה זו פוגמת באופן מסוים במסקנת המומחה (סעיפים 79-82 לסיכומיו הנתבע).

6. משהמומחה נשאל מה האחוז שהפונדקאית היתה מבייצת אם לא קיבלה לופרון ונטלה רק אסטרוגן, הוא השיב ש – 90% היא לא היתה מבייצת (עמ' 80 שורות 11-19). לדבריו, מאחר

- 85 שהיא קיבלה פרוגסטרוון זו "הוכחה מספקת שהיא לא בייצה" (עמ' 81 שורה 1 ועמ' 85 שורה 22). הוא גם אישר, שאף בארץ היה נוהל של צילום גיליונות הטיפול (עמ' 87 שורה 29 עד עמ' 88 שורה 2).
7. המומחה אישר כי חסר מהחומר הרפואי שהוגש, גיליון האולטרסאונד מיום 31.3.10 ומדובר בממצא חשוב (עמ' 90 שורות 17-20). הוא שב וציין, כי חוות דעתו מבוססת על כך שהפונדקאית קיבלה לופרון. ברם, הוא הוסיף והעיד כי גם אם הפונדקאית לא נטלה לופרון, הסיכוי שבייצה הוא 1% בלבד (עמ' 91 שורות 10-16). לפיכך, טענת הנתבע כי מסקנתו של המומחה היא "אמירה סתמית שאינה מושתתת על נתונים" (סעיף 84 לסכומיו), אין לה כל ממש.
8. המומחה אישר בסיום חקירתו, כי הוא עומד על חוות דעתו והאחוז שהפונדקאית בייצה והתובע אינו אביו של הקטין הוא "לא יותר מאחוז אחד כפי שקבעתי בחוות הדעת" (עמ' 91 שורה 21).
9. למרות שהמומחה לא היה צריך לשוחח עם ד"ר לביא והיה עליו להפסיק את השיחה עמו לאלתר עוד בתחילתה, שוכנעתי כי הדבר נעשה בתום לב ולא גרע מהאובייקטיביות של המומחה. אין בשיחה קצרה זו בכדי להוות עילה לפסילת חוות הדעת כפי שטוען הנתבע (סעיף 98 לסכומיו). גם העובדה שלמומחה שלושה נכדים שנולדו כתוצאה מהליכי פונדקאות בחו"ל, לא גורעת מיכולתו ליתן חוות דעת אובייקטיבית. המומחה השיב על השאלות הרבות שנשאל ועדותו לא נסתרה. כידוע, ככלל, על בית המשפט לאמץ חוות דעת מומחה מטעמו ובמקרה דנן, לא נפל פגם משמעותי בחוות הדעת ויש לקבלה (ראו [בג"ץ 5227/97 דוד נ' בית הדין הרבני הגדול](#)).
- ד. דיון והכרעה**
1. כפי שפורט בהחלטתי מיום 9.9.14, בג"ץ קבע בפסק דינו בעתירתם של התובעים, כי במקרים מיוחדים ניתן לאפשר הוכחת אבהות אף ללא בדיקת רקמות. הלכה זו חזרה ונשנתה [בב"מ 1118/14 פלונית נ' משרד הרווחה](#) (1.4.15) שבה נקבע כי: "ייתכנו אמצעי הוכחה נוספים מלבד בדיקה גנטית" (דברי כב' השופט הנדל בעמ' 20). בית המשפט ציין גם כי: "בעניין ----- נדונו הליכי פונדקאות שנערכו בצורה מסודרת בארצות הברית בהתאם לדין שם... בית המשפט בארצות הברית פיקח על ההליכים ואישרם" (דברי כב' השופט דנציגר בעמ' 36 לפסק הדין).
2. במקרה דנן, המציאו התובעים מסמכים רבים, משפטיים ורפואיים, להוכחת זיקתו הגנטית של התובע 1 לקטין. בין היתר הוגש הסכם הפונדקאות, צו ההורות שניתן ע"י בית המשפט בארה"ב, אישור המכון בו נערך הליך ההפריה, גיליונות רפואיים, תוצאות בדיקות הדם

- ותוצאות בדיקות אולטרסאונד של הפונדקאית (סעיף 8 וסעיף 24 לסיכומי התובעים). על אף הפגמים והתהיות שעלו מהמסמכים ומעדות ד"ר לביא כמפורט לעיל, יש ליתן להם משקל מסויים.
3. השאלה היא, האם התובעים הרימו את הנטל הנדרש מהם להוכיח כי התובע 1 הוא אביו של הקטין?
4. כפי שציין בית המשפט המחוזי בתיק [מעמד אישי 406/92 פלוני נ' אלמוני](#) (ניתן ביום 8.12.92 מפי כב' השופט בזק): "מידת ההוכחה הדרושה במשפטי אבהות היא זו הנהוגה במשפט אזרחי". פסק דין זה אושר ע"י בית המשפט העליון בע"א [5942/92 פלוני נ' אלמוני](#), פ"ד מח (3) 837.
- ראו גם: כב' השופט מרכוס בתמ"ש [19600/06 ל.נ. נ' ג.נ.](#) (8.2.07): "תביעת אבהות הינה הליך אזרחי, שבו מידת ההוכחה הדרושה היא מאזן ההסתברות, היינו, אין על התובע להוכיח תביעתו מעבר לספק סביר".
- וכן: ע"א [275/61 פלוני נ' אלמונית פ"ד טז'](#) 2300, תמ"ש [6381/03 מ.ג. נ' היועמ"ש](#) (6.12.05), תמ"ש [13840/95 פלונית נ' אלמוני](#) (25.6.00), תמ"ש [21206-10-10 א.ל. נ' ר.ל.](#) (2.1.12), תמ"ש [17467-09-10 נ.ב. נ' א.ח.](#) (2.4.12) ותמ"ש [45596-06-11 ר.ח. נ' ר.ב.](#) (19.6.16).
5. אכן, הראייה החזקה והטובה ביותר היא בדיקת רקמות, והיא "מלכת הראיות" לבירור שאלה זו (סעיף 112 לסיכומי הנתבע). ברם, שיטת המשפט בישראל, לא מחיבת את הבאת הראיה הטובה ביותר שניתן להשיג. כפי שנקבע בע"פ [9909/04 נעים נסראלדין נ' מדינת ישראל](#) (ניתן ביום 19.6.06):
- "שיטת המשפט שלנו אינה דורשת את הראיה המכסימלית, אלא את הרמת נטל השכנוע ... הדין הוא שדי בראיה " מספקת " ואין כלל המחייב את התביעה להציג את הראיה " המכסימלית " שניתן להשיג".
6. אף במקרים בהם לא הובאה ראיה משמעותית כגון טביעת אצבע, המהווה ראיה מקסימלית וחותרת בדומה לראיה המבוססת על ד.נ.א. ואפילו שמדובר היה בהליך פלילי, נקבע כי ניתן להרשיע על סמך ראיות אחרות שאינן הכי טובות. הדברים כמובן קל וחומר, בהליך אזרחי כגון הצהרת אבהות. כפי שנפסק בע"פ [4384/93 אילן מליקר נ' מדינת ישראל](#) (ניתן ביום 18.4.94):

" ולא למיותר יהיה להזכיר כי הטענה החוזרת ונשנית בהקשר זה, כי על התביעה להוכיח את המוטל עליה באמצעות ה"ראיה המכסימלית", לאמור: באמצעות הראיה הטובה ביותר שניתן להשיגה, באופן שראיה ב"רמה נמוכה" הימנה לא תספק – הינה נטולת בסיס. על התביעה להוכיח את המוטל עליה ב"ראיה מספקת" ואין נפקא מינה אם היה לאל ידה להשיג "טובה" הימנה".

כפי שנקבע גם בע"פ 804/95 גרינברג נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 200 (1995):

"השאלה איננה אם ניתן היה להשיג ראיה טובה נוספת, אלא אם הראיות שבאו לפני בית המשפט מספיקות לביסוס ההרשעה; שהרי הדין הוא שדי בראיה "מספקת", ואין כלל המחייב את התביעה להציג את הראיה "המקסימלית" שניתן להשיג".

7. טענת הנתבע (סעיף 116 לסיכומיו) כי סירובם של התובעים לערוך בדיקה גנטית לבירור אבהות צריכה להביא למסקנה כי הסירוב נובע מחששם כי בבדיקה יתברר כי אין למי מהם קשר גנטי לקטין ולכן הדבר צריך לשמש כראייה כנגדם, אינה טענה. התובעים הצהירו כי הם מתנגדים לעריכת בדיקה גנטית, מאחר ומדובר בדרישה המופנית רק לזוגות חד מיניים ולטענתם זו אפליה פסולה. לפיכך, לא ניתן לראות בהתנגדות זו שיש לה טעם השקפתי, כראייה הפועלת כנגדם.

8. אכן, כפי שציין הנתבע, אירעו מספר מקרים שבהם התברר כי למרות האמור במסמכים שהוצגו ע"י אנשים שערכו הליכי פונדקאות בחו"ל ואף הציגו תעודות לידה, התברר לאחר בדיקה גנטית, כי לא מדובר בילדים ביולוגיים (סעיפים 131-133 לסיכומיהם). ברם, אין בעובדה זו, בכדי למנוע מכל אדם, לרבות התובעים, לנסות ולהוכיח את תביעתם לאבהות באמצעות מסמכים וראיות אחרות. העובדה כי במספר מקרים התברר שהתעודות כוזבות, לא מלמדת כי כך הדבר ברוב המקרים.

9. יש צדק בדברי הנתבע כי דרישתם כי תערך בדיקה גנטית "נועדה למנוע מתן מעמד של אזרחות ישראלית לילדים שאינם זכאים לכך, לוודא שאין מדובר בעקיפת הוראות חוק האימוץ הנוגעת לאימוץ בין ארצי וכן למנוע תופעות כגון סחר או חטיפת ילדים" (סעיף 136 לסיכומיו). ברם, משבגיץ בעניין הצדדים, קבע שניתן להוכיח את האבהות באמצעות ראיות אחרות ולא רק באמצעות בדיקה גנטית, יש לבחון לגופן את הראיות שעלו והתבררו בהליך דנן.

10. ברור כי הדרך שבה בחרו התובעים לברר את שאלת האבהות אינה דרך המלך והיא "דרך חתחתים, יקרה ופתלתלה" (סעיף 140 לסיכומי הנתבע). התובעים נאלצו לשלם לד"ר לביא שהגיע לישראל פעמיים לצורך חקירתו וכן לשלם למומחה מטעם בית המשפט. בנוסף, ההליך ארך זמן רב כאשר ניתן היה לקיים בדיקה גנטית ולסיים את ההליך בכמה שבועות

- (סעיף 124 לסיכומי הנתבע). על אף האמור, השאלה שיש לבחון בעניינינו היא האם התובעים הרימו את הנטל הנדרש להוכיח כי התובע 1 הוא אביו הביולוגי של הקטין?
11. התשובה לשאלה זו היא חיובית. כפי שציין המומחה, אף אם נתעלם מהמסמכים הנוספים, הסיכוי כי התובע 1 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 מאוזכרת כלל בגיליון הרפואי, הפונדקאית לא נטלה אותה, עדיין האחוז שהיא בייצה, נמוך ביותר.
13. לא נעלמו בעייני התמיהות הרבות שהעלה הנתבע בדבר "מציא" 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 שהתובע 1 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 התובע 1 הוא אביו של הקטין.
16. כמו כן, מאחר שהתובע 2 מגדל אף הוא את הקטין מאז היוולדו, ניתן בזאת צו הורות פסיקתי לפיו גם הוא הורה של הקטין.
17. שעה שמדובר בזוג המגדל קטין יחדיו מעל 10 שנים ושניהם מהווים אבות לקטין (סעיפים 86-89 לסיכומי התובעים), אין כל צורך בקבלת תסקיר לפני מתן הצו. אין מחלוקת כי כבר חמש שנים התובעים מטפלים במסירות בקטין והנתבע לא סתר טענות אלו. לפיכך, אין מקום לבדוק את יכולותיו והורותו של בן זוגו של האב הביולוגי.
- ראו: [תמ"ש 21535-01-12 פלוני נ' היועמ"ש](#) (2.4.13), [תמ"ש 21182-04-13 א.ל. נ' היועמ"ש](#) (11.3.14), [תמ"ש 4355-08-13 מ.א.ד. נ' היועמ"ש](#) (8.5.14), [תמ"ש 50794-01-14 פלוני נ' היועמ"ש](#) (27.5.14), [אמצ 245-01-14 נ' היועמ"ש](#) (4.9.14), [תמ"ש 63355-03-15 פלוני נ' היועמ"ש](#) (24.12.15) ו [תמ"ש 13637-06-15 א.ב. נ' היועמ"ש](#) (15.5.16).
18. התובעים יגישו פסיקתאות לחתימה.

19. בבחינת שאלת ההוצאות בהליך זה, יש לזקוף לחובתם של התובעים את העובדה שהם גרמו להתארכות ההליך בכך שביקשו להגיש מסמכים נוספים לאחר תם שמיעת הראיות וכן את העובדה כי העד מטעמם, ד"ר לביא, שוחח עם המומחה שמונה. כמו כן, אני סבור כי בצדק טוען הנתבע, כי טובת הקטין היתה לברר את שורשיו הגנטיים באופן המדויק ביותר, קרי באמצעות בדיקה גנטית. התעקשות התובעים על הוכחת האבהות באמצעות מסמכים ועדויות שרמת הוודאות שלהם נמוכה יותר, לא עולה עם טובתו (סעיף 127 לסיכומיו). לא היתה גם כל הצדקה מערכתית, כי יושקעו שעות כה רבות של זמן שיפוטי יקר, בניהול הליך, שניתן היה לסיימו ללא כל דיון, באמצעות בדיקה פשוטה וזולה עשרת מונים מההליך שבה נקטו התובעים. הזמן השיפוטי שייך לציבור ובכל הכבוד לתובעים, ניתן היה להגיע לתוצאה שהם רצו בה, ללא "שאיבת" זמן שיפוטי יקר לטובתם, אף אם לשיטתם, מדובר ב"עיקרון" שחשוב להם כי הוא יוכר ויכובד. לפיכך, לא ייפסקו הוצאות לטובת התובעים.

20. פסק הדין מותר לפרסום בכפוף להשמטת פרטים מזהים.

ניתן היום, ג' מנחם אב, ג' אב תשע"ו, 07 אוגוסט 2016, בהעדר הצדדים.

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)

נפתלי שילה 54678313-/
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה