

בית המשפט לענייני משפחה בבאר שבע

29/8/99

תמ"ש 010101/98

השופטת: אסנת אלון לאופר

הצדדים: קטין (עו"ד מליץ) נ' הנתבע (עו"ד שלו)

נושא: תביעת אבהות.

פסק דין בעניין תביעת אבהות.

בית המשפט עונה על השאלות:

1. האם לביהמ"ש סמכות לכפות בדיקת רקמות לשם קביעת אבהות?
2. האם ניתן להסיק מסקנה ראייתית מסירוב לבדיקת רקמות כנגד הסרבן?

סיפור המעשה:

1. תביעת קטין (באמצעות אמו) לקביעת אבהות הנתבע ביחס אליו.
2. האם טוענת כי הקטין נולד בעקבות קשר אינטימי בן שנתיים בין הנתבע לבינה.
3. הנתבע טוען כי בינו לבין אם הקטין היה קשר מזדמן שלאחריו הפך הטרדה מינית מטעם אם הקטין, וכי באותה העת קיימה האם מערכות יחסים אינטימיות עם גברים אחרים וגם אם לידת הקטין הינה כתוצאה מקשר אמו והנתבע הרי שמדובר בגניבת זרע ותרמית.
4. הנתבע מסרב לבצע בדיקת רקמות לבדיקת אבהותו בטענה כי במצבו הנפשי הוא מעדיף להיוותר עם חוסר הוודאות מאשר לחיות עם התחושה כי הקטין הוא ילדו וכן בכדי להימנע מפגיעה במשפחתו (אשר מעורבת בפרשה).
5. השאלות המשפטיות:

- א. האם לביהמ"ש סמכות לכפות בדיקת רקמות לשם קביעת אבהות?
- ב. האם ניתן להסיק מסקנה ראייתית מסירוב לבדיקת רקמות כנגד הסרבן?

תמצית החלטת השופטת:

1. הלכה פסוקה היא כי אין ביהמ"ש רשאי לכוף בעל דין לבצע בדיקת רקמות, לצורך קביעת אבהות, בעל כורחו, אך רשאי ביהמ"ש להסיק מסירוב זה משום משקל מכריע נגד הסרבן, כאשר אין בפיו נימוק סביר לסירובו.
2. זכות הקטין לדעת את מוצאו וזכות הנתבע שלא להפגע בגופו ו-"שלא לדעת על עצמו יותר מאשר ברצונו לדעת" הן זכויות יסוד מעוגנות בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, התשנ"ב – 1992, אשר עומדות בסתירה ויש לאזן במקרנו.
- ביהמ"ש מביע דעתו בדבר עדיפות זכות הקטין- לדעת את מוצאו – אשר הנה גם אינטרס הציבור כולו, על זכות הנתבע באיזון הנ"ל ולפיכך רצוי לאפשר כפיית בדיקת רקמות לשם קביעת אבהות

- ביולוגית ולא די בקביעת "אבהות משפטית" (וזאת תוך התחשבות במהימנותה הבלתי מעורערת של בדיקת האבהות ובטיבה הפשוט והבלתי חודרני).
3. ברוב ארצות אירופה ומדינות ארה"ב מצויה חקיקה מפורשת לפיה רשאי ביהמ"ש לצוות על עריכת בדיקות דם לצורך קביעת אבהות. באותן ארצות שלא אומצה הוראה כגון זו בחוק הרי שאומצה היא בדרך פסיקת בתי המשפט.
4. משחלפו 40 שנה בהן בתי המשפט פונים חזור ופנה אל המחוקק, לשם הסדרת נושא זה בחוק, ללא הועיל, נראה כי הגיעה העת לקבוע הלכה בדרך פסיקת בתי המשפט.
5. ביהמ"ש מוסמך גם מוסמך להורות על עריכת בדיקה לקביעת אבהות בחוקים כגון : חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, התשנ"ב - 1992, האמנה בדבר זכויות הילד (סעיפים 7(1), 7(2) ועוד), חוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופסות, תשכ"ב - 1962 (סעיפים: 14, 15, 68(א)). (בתובענה דגן לא התבקש טעם זה).
- הרצוי והראוי הוא לעשות שימוש בסמכות, שיש לביהמ"ש, ולצוות על עריכת בדיקות ואף כפייה על המסרב, כפי שניתן, עפ"י הדין הקיים ואין צורך להמתין עד בוש למחוקק.
6. אפשר (בצריך עיון) כי בפסק הדין שניתן בתביעה הנ"ל, שהוגשה בשם הקטין ע"י אמו, אין כדי לחסום את הקטין עצמו מלהגיש תובענה להורות על עריכת בדיקה כאמור וכפיית עריכתה.
7. מסירוב הנתבע לבצע את בדיקת הרקמות, מבלי שיהא בכך טעם סביר, הוסקה המסקנה הראייתית המשתמעת ממנו וביהמ"ש קבע כי הנתבע הנו אב הקטין.

בפני כבוד השופטת אסנת אלון - לאופר

בעניין:

קטין יליד 4.1.98
 ע"י ב"כ עוה"ד מליץ הקטין

נגד

ע"י ב"כ עוה"ד שלו הנתבע

פסק דין

סעיפים

- א. כללי 1-2
 ב. הנטען בתביעה 1-4
 ג. הנטען בכתב ההגנה 1-10
 ד. בירור התובענה 1-6
 ה. תצהירים משלימים, חקירות ועדים. 1-6
 ו. סיכומים 1-2
 הכרעה
 ז. הדין על פי הפסיקה עד עתה 1-2
 ח. הדין הרצוי, שינוי 1-10
 ט. מן הכלל אל הפרט, יישום 1-2
 י. סיכום של דבר

א. כללי:

1. בפני תביעה לקביעת אבהות הנתבע ביחס לתובע, קטין, (להלן: "הקטין") שהוגשה באמצעות אמו (להלן: "אם הקטין" או "האם"), בתמ"ש 10101/98 בתאריך 25.6.98.
 2. בנוסף לתביעה זו הוגשו שתי תביעות נוספות: תביעה למזונות הקטין בתמ"ש 10102/98, שהוגשה אף היא באמצעות האם, נגד הנתבע וכן תביעה למשמורת הקטין, אצל אמו שהוגשה בתמ"ש 10100/98.

ב. בתביעה נטען:

1. הקטין הינו בנו של הנתבע. הוריו של הקטין לא נשואים. אם הקטין גרושה ולה בן בגיר. הנתבע נשוי אב לשלושה, שניים בגירים.

2. אם הקטין הכירה את הנתבע במקום עבודתם המשותף, עירית באר-שבע, כשהנתבע נשוי ואב לשלושה ילדים.

3. בין הנתבע לבין אם הקטין נרקם קשר רומנטי שכלל קיום יחסים אינטימיים במשך כשנתיים. כתוצאה מקיום היחסים הרתה האם ובתאריך 4.1.98 נולד הקטין.

4. מאז הולדת הקטין, ניתק הנתבע כל קשר עם הקטין ואמו ואף סירב להכיר בו, אשר על כן הצורך במתן פסק דין הצהרתי לגבי אבהות.

ג. בכתב ההגנה, נטען:

1. הקטין אינו בנו של הנתבע.

2. בין הנתבע לבין אם הקטין היה קשר מזדמן, שנמשך חודשים ספורים ונותק לפני זמן רב.

3. התביעה והנטען בה הם בבחינת מרמה, ניצול והכשלת הנתבע. אם הקטין חיזרה אחרי הנתבע. הנתבע דחה את חיזוריה החוזרים ונישנים של אם הקטין אולם היא הצליחה לפתות אותו ולהובילו לקיום יחסי מין, בעקבותם התפתחה מערכת יחסים המושתת על קיום יחסי מין בכפיה ובאימים מצד אם הקטין. בהגנה פרוט לפרטי פרטים של הדברים.

4. לאחר תקופה של חודשים ספורים, בהם ניהלו אם הקטין והנתבע יחסי מין מספר פעמים, ניתק הנתבע את הקשר ביניהם. ניתוק הקשר הוביל להטרדות טלפוניות ואימים מצד אם הקטין כלפי הנתבע ומשפחתו (אישתו וילדיו). הנתבע פנה בכתב אל אם הקטין שתחדל שאם לא כן יפנה בתלונה למשטרה.

5. בהיותה בחודש הרביעי להריונה פנתה אם הקטין לנתבע לבשר לו על הריונה. הנתבע לא האמין והזכיר לאם כי לפי דבריה אינה יכולה להרות ועברה טיפולי הפריה מלאכותית בעבר, שלא צלחו. אם הקטין טענה שהנתבע הוא האב.

6. אם הקטין ציפתה מהנתבע שילווה אותה בהריונה עד הלידה. הנתבע סירב. האם שלחה מכתב לנתבע, בו דרשה כי יגיע עימה להסדר כספי.

7. ההריון, אם הוא מהנתבע, היווה תרמית וגניבת זרע כך טען הנתבע עוד בעת ההריון.

8. האם הודיע לנתבע שהיא הולכת ללדת ואח"כ על דבר הלידה.

9. הפרשה כולה פגעה קשות בנתבע, ברעיתו ובילדיו, הנתבע נכנס לדיכאון ואף חשב לעזוב את בית המשפחה, בשל הצער והבושה שנגרמה למשפחתו.

10. אין זו הפעם הראשונה שאם הקטין ניהלה יחסים עם גברים נשואים ובמהלכם היתה מעורבת בשערוריות. האם היתה נשואה זמן קצר והתגרשה, מנהלת אורח חיים בלתי יציב ובלתי מסודר, מתנהגת בצורה מוזרה ובלתי מקובלת.

ד. ברור התובענה:

1. בקדם משפט ביום 4.11.98 הודיעה ב"כ הנתבע, שהנתבע לא מוכן לבצע בדיקת סיווג רקמות היות "שלאור הנסיבות שהובילו למצב הנוכחי ולתובענה. הוא נמצא במצב נפשי ורגשי שהוא לא יכול לחיות עם התחושה שהילד שלו, ולא יכול לפגוע בו ובמשפחתו. כל משפחת הנתבע מעורבת בפרשה. הוא מעדיף לחיות בתחושת חוסר ודאות".

2. ביהמ"ש, בהחלטה מאותו מועד, הזכיר לנתבע ולב"כ את ההלכה שנקבעה בפסק דין שרון נ' לוי, הבהיר משקל סרוב להבדק, במשפט אזרחי מסוג זה. צויינה במפורש אפשרות חיוב בהוצאות אם תתקבל התביעה.

3. עפ"י החלטת ביהמ"ש הוגשו תצהירי עדות ראשית של אם הקטין ב - 07.12.98, של הנתבע ב-10.01.99.

לעניין בדיקת סיווג רקמות ציינה אם הקטין בתצהירה, בסעיף 5 סייפא : "סרובו של הנתבע לבצע בדיקת סיווג רקמות אינה הגיונית מה עוד שגם אני הצעתי לו לפני נקיטת ההליכים לבצע בדיקה זו כדי להסיר מליבו כל ספק אלא שכנראה הוא חושד שהתוצאה תהיה כפי שאני טוענת כי הוא אביו של בני".

אין בתצהיר הנתבע התייחסות לאמור בתצהיר אם הקטין לעניין עריכת בדיקה לסיווג רקמות או אחרת להוכחת האבהות.

4. בישיבת ההוכחות 29.04.99 (עמוד 7 שורה 17 לפרוטוקול) אמרה אם הקטין : "אני חוזרת ומבקשת שביהמ"ש יורה לנתבע לבצע בדיקת רקמות".

הנתבע נשאל בחקירה נגדית מדוע הוא מסרב לבצע בדיקה (בדיקת סיווג רקמות - א.א.ל.) שהיא בדיקה פשוטה, הוא ענה : "כי כל מה שקרה עד לעצם הדין הזה מבחינת התובעת היה מהלך מתוכנן לסחיטה עם כל המונחים של גניבת זרע והמטרה העיקרית של סחיטה כספית. בשלב יותר מאוחר זה פירוק המשפחה שלי. אין לי מילים לתאר. היות וקיימתי יחסי מין עם התובעת תחת סחיטה אפילו שקיים סיכוי של אחד למיליארד שהילד אכן שלי, אני לא מרגיש שום רגש כלפי התובעת אלא כעס ושינאה אדירים עם כל התוכנית של הסחיטה והמירמה. לכן לא היום ולא בעתיד לא יהיו שום רגשות. לכן אני לא רוצה לעשות את הבדיקה". (עמוד 11 שורות 10-15 לפרוטוקול).

5. אם הקטין הזמינה לישיבת ההוכחות, להעיד מטעם התביעה שני עדים : אחד שהיה חבר מועצת העיר בשנים 1996-1997, ועד נוסף שביצע בביתה עבודות אלומניום בתחילת שנת 1997.

האם, הנתבע ושני העדים העידו ונחקרו.

6. ב-22.06.99 הוגשו סיכומי התובע. ב-22.07.99 הוגשו סיכומי הנתבע.

ה. תצהירים משלימים, חקירות ועדים.

1. תצהיר משלים מטעם אם הקטין, התובע:

בתצהיר חזרה על הנטען בתביעה בנוסף נטען:

אם הקטין גרושה משנת 1979 בנה מנישואיה כבן 20 שנים. האם עובדת בעיריית ב"ש מ - 8/91.

בשנת 1995 עת עבדה אם הקטין במחלקה לפניות הציבור, בעיריית באר שבע, הכירה את הנתבע, שעבד שם תחילה כמתנדב ואח"כ כעובד מהמניין. הנתבע חיזר אחרי האם בידועו שהיא פנויה. הנתבע הבטיח חברות ומערכת יחסים אמינה, ארוכת טווח ובלעדית, זאת על אף שהנתבע היה נשוי וכך היה משך שנתיים. הנתבע שהה פעמים רבות וזמן רב בבית האם.

הקשר היה חזק ומבוסס על רגשות הדדיים, כלל בתחילה קיום יחסי מין בתדירות של אחת לחודשיים והמשיך אח"כ לתדירות של כמעט כל יום.

על הקשר היה ידוע למספר עובדים במחלקה בעירייה, ששמותיהם מנויים בתצהיר, לחברות של אם הקטין ולפלוני שהתקין תריסים בדירת האם. שתי חברות של אם הקטין, עובדת מהעירייה ועדים נוספים, לא היו מוכנים לתת תצהיר אך אמרו שאם יקבלו הזמנה מביהמ"ש יגיעו לדיון. בתצהיר פרטי פרטים לגבי טיב ידיעת העדים על הקשר ומעורבותם.

אם הקטין גילתה כי הינה הרה רק בהיותה בחודש הרביעי. זאת לאחר שנתקפה בתופעות לוואי כגון : בחילות, סחרחורות והתעלפויות, פנתה לרופא המטפל והתברר לה כי הינה בהריון מתקדם.

תופעות הלוואי גרמו לאם הקטין פגיעה תפקודית בעבודה, מנהל העבודה קרא לה לשיחה. היא סיפרה לו על דבר ההריון מהנתבע. מנהל העבודה הציע לאם לעבור הפלה וכשסרבה הזמין את הנתבע יחד איתה לשיחה. בשיחה הנתבע עודד את האם ואף הבטיח כי יעזור לה במהלך ההריון ולאחריו.

כעבור מספר שבועות הפציר הנתבע באם שתפטור מההריון, משסירבה ניתק עימה כל קשר. האם פנתה למספר מכרים של הנתבע שישוחחו עימו (בתצהיר שמותיהם) על מנת שישתף פעולה וכדי שיעזור לה, כל הניסיונות נחלו כישלון. הנתבע התבקש לבוא לברית המילה של הקטין וסירב.

2. תצהיר מטעם הנתבע:

בתצהיר חזרה על הנטען בכתב ההגנה ובנוסף:

הנתבע נשוי מזה 22 שנים באושר. בינו לבין אשתו מעולם לא היו פרידות או דיונים משפטיים. חיי הנישואין של הנתבע טובים, תקינים ולא מעורערים. במשך שנות חיי הנישואין לא ניהל הנתבע מערכת יחסים אישיים או אינטימיים עם אישה אחרת.

הנתבע בעברו היה 22 שנים איש צבא קבע השתחרר בדרגת רס"ן. אח"כ למד, סיים תואר ראשון במינהל לבריאות הציבור באוניברסיטה. שנתיים עבד הנתבע כרכז מחוזי בהתאחדות עולי ברית המועצות ומשנת 1997 הוא עובד בעיריית ב"ש. במסגרת עיסוקו, האחרון לפני עבודתו בעירייה, הכיר הנתבע את האם. מהרגע שהכיר הנתבע את האם נדהם מהתנהגותה וחיזוריה הוולגריים אחריו. דחה אותה בכל פעם (בתצהיר פירוט). בסופו של דבר התקיימו בין האם לנתבע יחסי מין. בתצהיר תיאור מפורט, ארוך.

לאחר המקרה הנ"ל דחה הנתבע ניסיונות נוספים של האם שהחלה לאיים עליו ולהטרידו. בשל ההטרדות והאיומים נאלץ הנתבע לקיים יחסים עם האם פעמים ספורות נוספות, חלקן במשרד, בעבודה, חלקן בדירתה. היחסים היו למשך חודשים ספורים בלבד ולא שנתיים.

הנתבע מעולם לא הבטיח לאם מערכת יחסים לטווח ארוך או מערכת יחסים בכלל.

הנתבע לא השתמש באמצעי מניעה היות והאם הדגישה בפניו כי אינה יכולה להרות, בשל בעיה רפואית, וכי ביצעה בעבר טיפולי הפריה שלא צלחו.

מוכחש הנטען ביחס לחברות האם ואחרים, לעניין הקשר בין הנתבע לאם ולקשר שלהם.

האם נוהגת לספר סיפורי מעשיות ושקרים לסובבים אותה.

עת נודע לנתבע כי האם בהריון הופתע והביע אי אמון בדבריה ואף טען כי אם הקטין ביצעה כלפיו "תרמית וגניבת זרע" ואמר לה שלדעתו, במצבה, עליה לעשות הפלה.

הנתבע ניתק הקשר עם האם עוד טרם נודע לו כי היא בהריון. שלח לה מכתב ודרש הפסקת הטרדות ואיומים אחרת יפנה למשטרה. האם המשיכה להטריד את אשת הנתבע.

האם גררה את הנתבע בעל כוחו, במרמה, הטעיה, באיומים ובסחיטה לקיים עמה יחסים, נכנסה להריון וממשיכה לנסות לסחוט את הנתבע לפגוע בו ובמשפחתו. הנתבע אינו הקורבן הראשון וספק אם האחרון.

אשת הנתבע וילדיו הבוגרים מודעים לפרשיה בין הנתבע לבין אם הקטין.

האם פנתה לנתבע סמוך ללידה והוא סירב לבוא איתה ללידה. הנתבע לא הוזמן לברית המילה.

הנתבע לא הסכים לחיות עם אם הקטין, ולא לקיים עימה כל מערכת יחסים, מרצון ובחירה.

אין הנתבע סבור כי הוא אביו של הקטין, ואין הוא מכיר באבהותו על הקטין.

3. אם הקטין בחקירה נגדית הוסיפה, על הנטען בכתב התביעה ובתצהיר המשלים:

האם ידעה שהנתבע נשוי ויש לו ילדים. לא ידעה שהוא נשוי באושר. ידעה שהוא חי עם אשתו והילדים. גם הוא ידע שהוא נשוי.

הנתבע פיתה את האם ולא להיפך. נכון שהיו יחסי מין במשרד, מרצון. האם לא אמרה לנתבע שאינה יכולה להרות ושלא עברה טיפולי הפריה "לא עשיתי טיפולי הפריה ולא זכור לי שאמרתי לו דבר זה".

האם לא כפתה יחסי מין על הנתבע ולא איימה על הנתבע. האם לא הטרידה את הנתבע בטלפון. הם שוחחו בהסכמה. אכן האם קיבלה מכתב מהנתבע שתחדל להטרידו.

האם דיברה עם אשת הנתבע. האם לא הזמינה עדות שמוזכרות בתצהירה כי עו"ד שלה אמרה לה לא להכריח אותן להעיד אם הן לא רוצות.

אם הקטין לא קיימה יחסים עם אחרים במקביל "אני כאן מצהירה בשבועה שלא רק במשך 9 חודשים שהייתי בהריון אלא בכל התקופה שהייתי עם הנתבע לא הייתי עם אף גבר אחר".

אם הקטין לא ידעה כי הינה הרה, היות ולא חלו אצלה שינויים הורמונליים "המחזור הפסיק לי לגמרי בחודש רביעי", אז הודיעה לנתבע, בסוף חודש רביעי.

הנתבע התנער מאחריותו להריון, לא רצה להתלוות ללידה ולבוא לברית. האם לא רימתה את הנתבע, לא תיכננה את העניין ולא שכבה עם גברים אחרים.

לא הותרו ע"י ביהמ"ש שאלות ביחס לקשרים של האם עם גברים בעבר בתקופה שלא היתה בקשר עם הנתבע ועל גירושיה שהיו ב - 1981.

4. עד מספר 1 מטעם התביעה העיד:

בשנים 1996-1997 היה העד חבר מועצת העיר ב"ש, ממונה על הלשכה לפניית הציבור בעירית באר שבע וגם על הקליטה, הכיר גם את הנתבע וגם את האם.

האם סיפרה לעד על ההריון, שהיא בחודש רביעי, חמישי, אי אפשר לבצע הפלה והאב הוא הנתבע. העד אמר לה שעליה לשוחח עם הנתבע. לשאלת העד מדוע עלה רק אז העניין אמרה האם שהיא לא ידעה שהיא בהריון, זה נודע לה מאוחר.

העד דיבר עם הנתבע בטלפון, ביקש ממנו שיטול יוזמה וישב עם האם. הנתבע אמר שיעשה זאת. יותר לא שוחח עם הנתבע. העד לא שוחח עם הנתבע על עניין האבהות.

5. עד מספר 2 מטעם התביעה העיד:

העד ביצע מספר עבודות אלומיניום בביתה של אם הקטין בשנת 1997.

העד ראה מספר פעמים את הנתבע במכונית, לא דיבר איתו, ואין הוא מכיר את הנתבע באופן אישי. ראה את הנתבע פעמיים עם האם במכונית בשעת הצהריים. לא ראה מה עשו במכונית. לא ראה את הנתבע בבית האם.

6. הנתבע בחקירה נגדית ובחוזרת, בנוסף על הנטען בכתב ההגנה ובתצהיר המשלים:

הנתבע בן 47 שנים. בשנת 1997 היו לנתבע יחסי מין עם האם מספר פעמים בעבודה ומספר פעמים בדירתה בתדירות של אחת לחודשיים. הנתבע לא יכל להפסיק את המשך קיום יחסי המין.

הנתבע הוטרד מינית. הנתבע המשיך לנהל יחסים עם האם מחמת איומיה וחששו שהדבר יודע לאשתו "התחילו רצף של איומים לאחר פעם אחת שהוברר לה שאני לא מוכן להמשיך...שנכנעתי להם מחשש שיוודע לאשה ולמשפחה. היא אמרה שאם לא יהיה המשך ליחסי המין היא תודיע למשפחה".

הנתבע סיפר על האמור לאשתו לפני שידע שהאם בהריון.

נכון שהנתבע הציע לאם לעבור הפלה. היא אמרה שלא תבצע הפלה כי זה מסוכן בחודש כזה בגלל טיפולי הפריה שעברה. הנתבע לא הציע לשלם עבור ההפלה או שיפנה לרופא. הנתבע הבהיר לאם שהוא לא הכתובת לפניה שלה בעניין ההריון.

אחרי שהעד 1 פנה לנתבע שוחח הנתבע עם האם. הנתבע לא ידע באזה עניין ביקש ממנו העד לשוחח עם האם. "מבחינתי הילד לא שלי ולא יהיה שלי".

ידוע לנתבע מאנשים, שלאם היו יחסים עם גברים אחרים באותה תקופה שהיתה איתו והם לא הסכימו לבוא לביהמ"ש.

ביהמ"ש לא התיר לשאול מדוע לא פנה הנתבע בתלונה למשטרה.

1. סיכומים:

1. בסיכומי התובע, הקטין - הפניה לרלוונטי, לדעת ב"כ התובע, בטענות התביעה, בתצהירים ובחקירות ולע"א 548/78 שרון נ' לוי לח (1) 736, להלכה שנקבעה בו כשהמסקנה היא שמהאמור יש לקבל התביעה.

2. בסיכומי הנתבע גם כן הפנייה לטענות, הרלוונטיות, לדעת ב"כ הנתבע, לעניין. לראיות שהובררו.

בסיכומים הפנייה לדין העברי כפי שמופיע בספרו של המלומד שרשבסקי " דיני משפחה " מהדורה רביעית עמוד 356. ב"כ הנתבע מדגיש את ההבדל בין החזקה החלה על בעל, נשוי, ביחס לילד שנולד לו מאשתו, (רוב בעילות אחר הבעל) לבין מצב הדברים לגבי אנשים לא נשואים, עליהם לא חלה החזקה. עפ"י ב"כ הנתבע חזקה על פנוייה שהרתה שנבעלה גם עם אחרים ועליה לסתור חזקה זו. לא עמדה בנטל לא תוכר האבהות של הנתבע.

הראיות, כך נטען, מלמדות שגרסת האם לא אמינה ולא הרימה הנטל הראיתי המוטל עליה, לסתור החזקה שבדין, לפיה נבעלה גם לאחרים.

עפ"י ב"כ הנתבע בהלכת שרון נ' לוי הסיכום לבצע הבדיקה ראוי לשמש כראיה לחובת המסרב רק כאשר אין טעם סביר לסיור. כאן לנתבע טעם כן וסביר - הכרה באבהות תפגע במשפחתו פגיעה שאין לה תקנה ותרע מצב ילדיו ואישתו עד כדי פירוק המשפחה. כמו כן לא מסוגל הנתבע נפשית להכיר בעובדה שיש לו בן, התובע. הנתבע גם לא מסוגל להיבדק בשל מעשה התרמית והעוול שנגרמו לו, הפיכתו לאב בעל כורחו, הטלת מחוייבות חברתית וכלכלית עליו, כבדה, למשך שנים.

עוד עפ"י ב"כ הנתבע עפ"י פסק הדין הנ"ל לא בכל מקרה יסיק ביהמ"ש מסרוב להבדק. רשאי ביהמ"ש להסיק - עניין של שיקול דעת. נסיבות העניין דן שונות מהנסיבות באותו פסק דין ולכן יש להכריע אחרת.

המסקנה - יש לדחות התביעה.

הכרעה:

2. הדין עפ"י הפסיקה עד עתה

1. בע"א 548/78 שרון נ' לוי לה (1) 736, בפסק דין מקיף, וממצה נקבעה ההלכה לגבי דרכי הוכחה במשפטי אבהות, מידת ההוכחה, לאחר שביהמ"ש סקר את הדין שנהג בארצות העולם, אצלנו, לרבות במשפט העברי. פסק הדין ניתן ע"י כבוד השופט אלון אליו הצטרפו השופטים הנכבדים בן עיתו ובכור.

(א). "מן המופרסמות שאינן צריכות ראייה כי דרכי ההוכחה במשפטי אבהות כאשר מבוססים הם על עדויות בעלי הדין, קשים ויגעים הם. לא זו אף זו; לעיתים קרובות יש בהם משום השפלת כבודם וצינעת הפרט של שני בעל הדין, ובראש ובראשונה של האשה הטוענת ותובעת להכיר באבהות של הנתבע. עלובה זו עומדת בדרישה בחקירה נמרצות ומוחצות, ורגשותיה וחוויותיה האינטימיים ביותר משמשים לו אחת מטרה לחיצי חקירה נוקבת ומשפילה. גם ביהמ"ש קשה עליו ההכרעה בין שתי הגירסאות המכחישות זו את זו, ומוצא הוא מפלט לביסוס מסקנתו בשברי ראיות וניתוחים פסיכולוגיים למיניהם". (עמוד 747)

(ב). "הדעה המקובלת היא כי מידת ההוכחה הדרושה היא זו הנהוגה במשפט אזרחי" (שם).

(ג). "... הקשיים, חוסר הנוחות ואי הנחת שבדרכי ההוכחה המקובלות בהוכחת אבהות יש בהם כדי להביאנו לכלל מסקנה כי מן הראוי שביהמ"ש יזקק - לאחר שנתבררו לו, לכאורה, נסיבות העניין - בכל דיון בדבר קביעת אבהות, בראש ובראשונה, לבדיקת סיווג הרקמות, ויעשה כל מאמץ כדי לקבל לשם כך הסכמתם של שני בעלי הדין". (עמ' 748)

(ד). "... ברור ואין הדבר צריך לפנינו כי בדיקת דם לא תערך על כורחו של הנבדק, ואין ביהמ"ש מוסמך לצוות על כפיית בדיקה זו ללא הוראת חוק ברורה ומפורשת של הכנסת. הזכות שלא להיפגע בגופו היא אחת מזכויות היסוד של אדם בישראל, ומהווה היא חלק של זכות האדם לחרותו האישית..." (עמ' 755).

"... בהעדר חוק מפורש אין זו מסמכותו של ביהמ"ש להורות על עריכת בדיקת דם, אף אם לא תהא כפייה בצידה. אומנם כן, סמכותו הטבעית הנלווית של ביהמ"ש היא להוציא צווים והחלטות שונות כדי להביא לבידור וצדק ועיל, אך אין לכלול בסמכות נלווית זו צווים אשר מעצם מהותם יש בהם משום פגיעה בזכות יסוד של אדם, גם אם פגיעה זו לא תבוצע ע"י כפייה". (עמ' 756)

(ה). "... אך אין בזכותו זו של בעל דין לסרב לעריכת בדיקת דם, משום שלילת סמכותו הטבעית של ביהמ"ש להסיק מסרוב זו, בנסיבות מסויימות, מסקנות ראיות המשתמעות ממנו. כאשר ביהמ"ש מציע לבעלי הדין לערוך את הבדיקה, ואחד מבעלי הדין מסרב לעשותה, ללא מתן הסבר סביר לסיורבו פרט לכך שרואה הוא בכך פגיעה בזכותו שלא להיבדק, וטיבה של הבדיקה הוא כזה שיש בה כדי להכריע - במידה והיא כרוכה למדי בשאלה השנויה במחלוקת, הן לחיוב והן לשלילה, רשאי ביהמ"ש להסיק מסרובו של אותו בעל דין משום ראייה שיש בה כדי להכריע לרעת המסרב בספק המתגורר אצלו בעניין קביעת אבהותו". (עמ' 756)

(ו). "... אומנם כן, זכות יסוד היא עם הנטען לאבהות שלא תיערך בדיקת סווג רקמות - על אף שבדיקה רגילה היא ככל בדיקת דם אחרת מסוגה ואין בה חשש סכנה כלשהיא לבריאותו - שלא בהסכמתו, ושלא ייפגע גופו שלא לרצונו, אף כחודה של מחט הבדיקה. אך קיימת גם קיימת זכות יסוד של כל אדם באשר הוא שידע מי הוא אביו מולידו, שלא יהא שתוקי שמכיר את אמו ואינו מכיר את אביו (קידושין פרק ד', משנה ב) ואשר אמו משתיקתו כשהוא שואל על אביו (קידושין, דף ע, עמ' א). כאשר שתי זכויות יסוד אלה מתנגשות זו בזו סוברים אנו - כל עוד לא נאמר אחרת בחקיקה של הכנסת - כי עדיפה זכותו האמורה של האב הנטען על פני זכותה האמורה של הקטינה. אך משלא באים אנו לפגוע בזכותו של האב הנטען שלא ייפגע גופו, ואין אנו כופים עליו להיבדק ואף לא מחייבים אותו, אין להעלות על הדעת כי לא נסיק את המסקנה ההגיונית המתחייבת מכבישת הראיה מהכרעת המסורה בידו - ובידו בלבד - להוכיח במדה הקרובה לודאי אם הוא אביה של הקטינה אם לאו. הסקנת מסקנה מסיורבו להבדק בדיקת דם מחויבת ההגיון והמציאות היא ומקובלת היא, כאמור, ברוב המערכות המשפטיות, ואנו, כבית דין שהוא אביהם של קטינים מצווים אנו על כך כדי לקיים בידו של הקטין זכותו היסודית לדעת מיהו אביו מולידו, ומיהו - בנוסף על אמו - הורו מפרנסו. כלל של דבר, במשפט אבהות, משנראה לבית המשפט, לאור גירסת בעלי הדין ונסיבות הענין, כי יש מקום לבידור הענין על ידי בדיקת סווג רקמות, מן הראוי הוא להציע לשני בעלי הדין לערוך את בדיקת הדם האמורה שתוצאותיה יש בהן כדי להוכיח, במדה הקרובה לודאי, הן על דרך החיוב והן על דרך השלילה, את אבהותו של הנטען לכך. ומשמסרב אחד מבעל הדין ואין בפיו נימוק סביר לסיורבו, אין בית המשפט רשאי לכופו לקיים בדיקה זו ואף אינו יכול לחייבו בה, אך רשאי בית המשפט להסיק מסיורבו זה ככל שייראה בעיניו לנכון בנסיבות הענין. בכבישת ראייה כגון זו, יכול ויהא בסיורבו הבאתה משום משקל מכריע כנגד מי שכובשה". (עמ' 757-758)

2. בע"א 5942/92 פלוני נ' אלמוני מח (3) 837 חזר ביהמ"ש העליון על ההלכה שנקבעה בשרון נ' לוי בפסק דין בו ניתנה במיוחד ובמודגש הדעת לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, תשנ"ב 1992, שנחקק לאחר פסק דין שרון נ' לוי, משמעותו ביחס להלכה שנקבעה וזאת ע"י כבוד הנשיא שמגר.

(א) "זכותו של המערער שלא לבצע בדיקת רקמות שרירה וקיימת. אין חוק הכופה עליו בדיקה שאינו רוצה בה ואין כופים על אדם לחקור ביוזמתו במופלא או בנעלם בעברו. אדם אינו חייב לחקור בעברו, ובהעדר חובה שבדין גם אינו חייב לגלות ברבים מה פעל ועשה ובמה נמנע מכך. יש דעה כי זכות היסוד של כבוד האדם מעניקה לו את הזכות 'שלא לדעת על עצמו יותר מאשר ברצונו לדעת' ... אולם כל זאת בתנאי שאין המדובר על העלמת מידע שיש בה משום פגיעה באדם אחר ואשר לא נועדה אלא כדי למנוע הקנית זכות לאחר... כבוד האדם, ככל זכות, חייב להיבחן תוך הקפדה על ההתחשבות בזכויותיהם של אחרים. כאשר הזכויות של פרטים מתנגשות זו בזו, על בית המשפט לנסות ולערוך איזון ביניהן ולשקול, זו לעומת זו, את מידת הפגיעה של הפעלת כל אחת מן הזכויות בזכויותיהם של אחרים..." (עמ' 843).

(ב) " לצד זכות היסוד של המערער קיימת זכות היסוד של הקטין לכבודו כאדם . הווי אומר , במקרה דנן סובבות זכויות האחרים שיש לשוקלן מול זכותו של המערער , סביב טובת הילד וסביב רצונו של הקטין כילוד אנוש לדעת את מוצאו כדי לשמור על זכויותיו הקניניות, המשפחתיות והאנושיות ; ומה גם כאשר ההסתמכות של המערער אינה מעוגנת אלא ברצון, ספק תום הלב , להזכיר את התוצאות של מגע מיני, שלא הוכחש, כדי לא להתחייב במזונות כלפי הקטין שרצונו הפוך . הפגיעה היחסית בקטין - עקב שלילת זכותו לדעת את מוצאו - חמורה בהרבה מן הפגיעה בזכותו של המערער ' שלא לדעת ' . (שם).

(ג) " לבית המשפט היתה קנויה הסמכות להסיק מן הסרוב האמור את המסקנה ההגיונית היחידה המתבקשת בנסיבות העניין . זכות היסוד אינה שוללת מערכאה שיפוטית את היכולת להסיק מסקנה סבירה מן האופן שבו מתבקש השימוש בה. עצם השענותו של המערער על זכות היסוד בדבר כבוד האדם, אין בה כדי להציג תיזה סבירה הדוחה כל מסקנה משפטית ... "

(ד) " סיכומם של דברים, נתעלם מן המערער כי לקטין שמורה גם כן הזכות לכבוד האדם, וכי, 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 (ראה מ' שמגר, "סוגיות בנושאי הפריה ולידה" הפרקליט לט (תש"ן) 21, 39) זאת ועוד, השמירה הראויה על טובת הילד היא אחד מביוייו של קיום כבוד האדם (ראה גם ...) ההתנגדות של קטין לאלמוניות מוצאו היא סבירה ומקובלת. הרי יש אף הטוענים כי מותר האדם מן הבהמה, בין היתר, בידיעת האדם על מוצאו. קרי, הזכות לדעת את המוצא הישיר היא חלק מן הדרך להבטחת כבוד האדם (המאמר הנ"ל, בעמ' 39).

הקטין רשאי אפוא לפעול לשם שמירה על כבודו למען בירור מוצאו, ובכך כשלעצמו אין כדי לפגוע באחר.

באיזון בין הזכויות גוברת זכותו של הקטין, אשר עלול להיוותר לחלוטין משולל זכות לכבודו ולטובתו ועלול להיפגע חמורות בזכויותיו האנושיות-האישיות והקניניות, אם זכותו של אדם אחר 'שלא לרצות לדעת' תמנע או אף תאסור הסקת מסקנה סבירה על-ידי ערכאה שיפוטית המופקדת על האיזון בין טובת המערער לבין טובת הקטין". (עמ' 844) .

ח. הדין הרצוי , שינוי

1. בע"א שרון נ' לוי הנ"ל, שניתן בשנת 1980, ציין כב' השופט אלון שברוב ארצות אירופה ומדינות ארה"ב מצויה חקיקה מפורשת שלפיה רשאי בית המשפט לצוות על עריכת בדיקות דם לצורך קביעת אבהות ואף לכפות על בעלי הדין את ביצועם . (שם בעמ' 749 וראה בעמודים אחר כך סקירה ארוכה).

באותן ארצות שלא אימצו את ההוראה בחוק נפסקה הלכה בדרך פסיקת בתי המשפט, כי ניתן לכפות על עריכת בדיקות הדם ותוצאות הבדיקה מתקבלות כראיה בבית המשפט (עמ' 750) .

הדעה המקובלת בבתי הדין הרבניים היא להורות על עריכה בידקה זו, כאשר אין בה חשש לפגיעה בבריאות הנבדק . לפי המשפט העיברי הסמכות של בית הדין להורות על בדיקה זו יסודה בסמכויות הטבועות בבית המשפט להורות ולצוות על כל מה שנראה בעיניו דרוש לצורך ברור הוגן וזודק. (עמ' 754).

2. על פי כב' השופט אלון בית המשפט פנה למחוקק 20 שנה קודם לפסק דין שרון נ' לוי בדבר הסדר מכלול השאלות הכרוכות בשאלת אבהות . "ואנו חוזרים ופונים לכנסת להסדיר נושא זה בהקדם.

בירור נכון וקרוב לוודאי של קביעת האבהות, כבודם ורווחתם של בעלי הדין ... ומעל לכל- זכותו של ילד קטין שלא להיות מושתק כל ימי חיו מלדעת מי הוא אביו ומולידו... - כל אלה מחייבים להסמיך את בתי המשפט להעמיד את בעלי הדין לעריכת בדיקות רופאיות או מעבדתיות הנחוצות ומועילות לגילוי האמת בעניין האבהות. דומה שאין מקום לספק כי מן הראוי ומן הרצוי שבית המשפט יהא רשאי לחייב את בעלי הדין לעריכת הבדיקות הרפואיות והמעבדתיות כאמור, במידה ואין בהם חשש של פגיעה בבריאותו של הנתבע... נראה לי כי מן הראוי לשקול ולעיין אם אומנם מקום יש לאפשר גם כפיית בעל הדין לעריכת הבדיקה ... " (עמ' 758).

כבוד השופטת בן עיתו, באותו פסק דין, הביעה דעתה: "... עלינו להפציר במחוקק שיתן דעתו בהקדם למכלול הבעיות הכרוכות בנושא כולו... עניין למחוקק הוא לבחון את הבעיה על כל היבטיה ויפה שעה אחת קודם".

3. חלפו עברו 14 שנים עד לפסק הדין בעניין פלוני נ' אלמוני, של כבוד הנשיא שמגר. לא נעשה דבר ע"י המחוקק בהסדרת בירור תובענות לאבהות. למרות האמור, למרות חקיקת חוק יסוד כבוד האדם וחירותו ומתן הדעת לחוק זה, הגם שביהמ"ש צעד כיברת דרך בהדגישו את זכויות הקטין ואיזון האינטרסים הנדרש, נשארה ההלכה על כנה - לא ציווי על עריכת הבדיקה גם לא כפייה על בעלי הדין לבצעה ואך הסקת מסקנה מסירוב להיבדק. התוצאה היא העדפת אינטרס הנתבע, המסרב, על אינטרס התובע, הקטין או בעל דין שמבקש לברר זהותו (קטין שבגר ותובע).

4. נכון למועד מתן פסק דין זה חלפו עברו להם כמעט עוד 6 שנים מאז ניתן פסק הדין של הנשיא שמגר והמחוקק טרם נידרש לעניין.

5. משחלפו כ 40 שנים בהם פונה ביהמ"ש חזור ופנה אל המחוקק נראה שהגיעה העת לקבוע הלכה בדרך פסיקת בתי המשפט. הטעם אינו נעוץ אך בחלוף הזמן אלא בטעמים שלגופו של עניין כפי שיובהר להלן.

6. אין היום מחלוקת בקהילה המדעית בדבר מהימנות ותקפות הבדיקות הנערכות לקביעת אבהות, לא רק בדיקות דם אלא גם בדיקות ד.נ.א. ("טביעת האצבע" הגנטית), אלא במקרים מיוחדים שלא בהם עסקינן כאן (תאומים זהים למשל). אין גם מחלוקת שמדובר בבדיקה פשוטה, לא חודרנית ולא מכאיבה שאין בה כדי להזיק לבריאות הנבדק, אלא במקרים יוצאי דופן שאף בהם אין אנו עוסקים כאן.

7.

(א) עפ"י סעיף 2 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, התשנ"ב-1992:

"אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם".

עפ"י סעיף 4: כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו".

(ב) הוראת סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו תשנ"ב-1992:

"אין פוגעים בזכויות שלפי חוק - יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל.

שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח ההסמכה מפורשת בו".

(ג) בענינו, כפי שמצאנו בפסקי הדין, שהוזכרו לעיל, זכויותיהם, הן של הנתבע והן של התובע, שתי זכויות יסוד שנפגשות, שיש לאזן ביניהן, וככל שעלולה אחת הזכויות להיפגע, יש לדאוג שהפגיעה לא תהיה אלא עפ"י חוק ובמידה שנועדה להגשמת התכלית הראויה.

דעתי כדעת כבוד הנשיא שמגר, שבאיזון בין הזכויות, גוברת זכותו של הקטין לדעת מי אביו (כמו גם לדעת מי אימו, מקום שיש ספק). נוכח דיעה זו מתבקש היה לצעוד צעד נוסף ולהורות על עריכת בדיקה ואף כפייתה דבר שלא נעשה.

זכותו זו של הקטין לדעת אינה ניתנת להשגה, למימוש, בדרך של הסקת מסקנה ע"י ביהמ"ש. לא די בתוצאה משפטית בלבד, בפסק דין הקובע אבהות. משפט, במקרה כזה, של הסקת מסקנה מסירוב, אינו בהכרח אמת. בנושא אבהות לא די במשפט ויש מקום לבירור האמת, עד תם, להסרת חוסר הוודאות והספק.

(ד) מוסכם על הכל שלקטין אינטרס לדעת מיהו אביו, מולידו יש לכך חשיבות עצומה עבורו לא רק מבחינה כלכלית, להבטחת זכויותיו ועפ"י דיני הקניין, לקבל מזונותיו לסיפוק צרכיו

הפיזיים, אלא ובעיקר, להשקפת עולמי, לצורך גיבוש זהותו, מהותו, להבטחת סיפוק צרכיו הנפשיים, פסיכולגיים.

בדיון באינטרס, זכות הקטין, ובנתבע, בזכויותיו, יש לזכור שלא מדובר ביריבים בני מעמד שווה. הנתבע, התובע, הקטין, אינם באותו מצב. הקטין נולד שלא מרצונו ושלא על דעתו, הוא לא נשאל בענין. להולדת הקטין אחראי הנתבע, אחריות מלאה, ללא סייגים (אחריות משותפת לו ולהורה האחר של הקטין). לסיטואציה בה נמצא הנתבע, המצריכה בירור אבהותו, אין לקטין כל אחריות וחלק. מי שעליו אחריות צריך איפוא לשאת בה במלואה, על כל היבטיה, אף לעשות הנדרש לקיומה. אחריות זו כוללת גם גילוי ומתן מידע, עשייה לבירור מידע נחוץ, מקום שמידע זה דרוש לרווחתו של מושא האחריות.

(ה). לא זו אף זו - לא רק באינטרס של הקטין עסקינן, אינטרס לדעת מיהו אביו, מולידו ממש, אלא באינטרס של הציבור כולו. בעידן בו אנו מצויים, שנת 2000, כבר נלמדה חשיבות המידע אודות המטען הגנטי שנושא כל אדם, הן מטעמי בריאותו וריפוי שלו, והן במניעת פגמים גנטיים מולדים של ילדיו והדורות הבאים. בבריאות הציבור כולו עסקינן וזהו אך פן אחד של ההיבט הציבורי. לציבור שבישראל אינטרס לדעת זהות האב גם לצורך קשרי חיתון משום הוראות ההלכה בענין, על פיה, אצל מרבית הציבור, עדין, נוהגים בני זוג בבואם ברית הנישואין. ניתן להוסיף ולמנות היבטים של האינטרס הציבורי (דיני הורשה, למשל ועוד).

לפנינו איפוא, לא רק זכויות של הנתבע והתובע אלא ריבוי זכויות- של הנתבע, של התובע ושל הציבור כולו. אין אפשרות לאזן באופן בו ניתן משקל שווה לכל הזכויות. בעת התנגשות ועריכת איזון נוטה הכף בבירור לטובת זכות, אינטרס, הקטין והאינטרס הציבורי.

מתן עדיפות אפשר אך ורק ע"י בירור ובדיקה שיש בהם וודאות ולא די בהסקת מסקנה משפטית.

(ו). להמחשת ההבדל בין קביעה בפסק דין לקביעה עפ"י בדיקה, משפט ואמת, שאינם היינו הך; להלן יתואר המקרה שהתברר בתמ"ש 11050/96 בבימ"ש זה.

באותו מקרה הגיש תובע (קטין שבגר) תובענה לקביעת אבהות הנתבע ביחס אליו. הנתבע סרב להבדק בבדיקת רקמות. בימ"ש זה חייב את הנתבע לעבור בבדיקת רקמות. הוגשה ע"י הנתבע בר"ע. ביהמ"ש המחוזי (בר"ע 1598/97) קבל את הבר"ע, בעקבות ההלכות ביהמ"ש העליון. בוטל חיוב הנתבע לעבור בבדיקה תוך ציון אפשרות מתן משקל לסירוב והסקת מסקנה מהסירוב.

לאחר החלטת ביהמ"ש המחוזי, בבימ"ש זה, הגיעו הצדדים להסכמה על עריכת הבדיקה.

הנתבע הסכים לעבור בבדיקה. התובע והנתבע נבדקו. נערכה בדיקה. תוצאת הבדיקה היתה שהנתבע, אינו אבי הקטין.

אילו הסתיים ההליך, בעקבות החלטת ביהמ"ש המחוזי, עפ"י ההלכות שגובשו בביהמ"ש העליון, היתה נקבעת אבהות הנתבע ביחס לתובע משום סירובו להיבדק. הנתבע היה "אביו המשפטי" של התובע. הנתבע לא היה אביו הביולוגי של התובע. לעולם לא היו התובע והנתבע יודעים האמור, הם לא היו יכולים לברר זאת. מלבד חוסר הוודאות והספק שהיו נותרים ומלווים אותם, ואת צאצאי התובע, לעולם, האמת לא היתה אף פעם תואמת את התוצאה המשפטית.

כל האמור על ההשלכות הביולוגיות, גנטיות, חברתיות מתווסף להשלכות האישיות, נפשיות, פסיכולוגיות, כלכליות של הצדדים.

8. משקבענו שאין דרך למתן ביטוי הולם לאינטרס הקטין ולאינטרס הציבור בבירור אבהות שלא בדרך עריכת בדיקות, ציווי על עריכתן ואכיפתן, אם לא די בכך, היכן חוק במסגרתו ניתן להורות כאמור, מלבד בעצם חוק היסוד בו מגובשת זכותו של הקטין וזכויות הציבור! מקור כזה ניתן למצוא בהוראות מספר חוקים.

(א). באמנה בדבר זכויות הילד "CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD" (כתבי אמנה 1038 כרך 31) שנעשתה ב- 20.11.89, אושרה ע"י ישראל ב- 4.8.91 ונכנסה לתוקף לגבי ישראל ב- 2.11.99.

בסעיף 7(1) נקבע: "הילד ירשם חניכף לאחר לידתו, ותהיה לו מלידתו הזכות להקרא בשם, הזכות לקבל אזרחות וככל האפשר הזכות להכיר את הוריו ולהיות מטופל על ידם".

ביעף (2) נאמר: "המדינות החברות יבטיחו את מימוש זכויות אלו בהתאם לדיניהם הלאומיים...".
ראה גם סעיפים נוספים באמנה.

(ב). חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות, תשכ"ב- 1962 יעף 68(א) שזו לשונו: "ביהמ"ש רשאי, בכל עת, לבקשת היועמ"ש או ב"כ או לבקשת צד מעונין ואף מיזמתו הוא, לנקוט אמצעים זמניים או קבועים הנראים לו לשמירת עניניו של הקטין, של פסול דין ושל חסוי, אם ע"י מינוי אפוטרופוס זמני או אפוטרופוס לדין, ואם בדרך אחרת, וכן רשאי ביהמ"ש לעשות, אם הקטין, פסול הדין או החסוי פנה אליו בעצמו".

ואם בכך לא סגי ניתן להוסיף את הוראות סעיפים 14, 15 לחוק:
"ההורים הס האפוטרופסים הטבעיים של ילדיהם הקטינים".

"אפוטרופוסות ההורים כוללת את החובה והזכות לדאוג לצרכי הקטין, לרבות חינוכו, לימודיו, הכשרתו לעבודה ולמשלוח יד ועבודתו, וכן שמירת נכסיו, ניהולם ופיתוחם; וצמודה לה הרשות להחזיק בקטין ולקבוע את מקום מגוריו, והסמכות לייצגו".

במסגרת חובות הורה - קטין, לסיפוק הדרוש לו, עליהם לעשות לבירור זהותו האמיתית של הקטין סירוב להיבדק הוא מחדל במילוי חובתו של הורה כלפי ילדיו. מדובר בסיפוק צורך בסיסי, מינימלי, שהוכר אוניברסלית.

סירוב להבדק הוא מחדל במילוי חובתו של הורה כלפי ילדו.

(ג). במאמץ נוסף יתכן וניתן למצוא הוראות, שענינן בריאות הציבור ועוד, שיפות גם לתובע שאינו קטין, לא ארחיב היריעה כדי לא להכביר ובכך לסטות וחלילה להחמיץ הענין.

9. ביהמ"ש מוסמך גם מוסמך ובחוק, להורות על עריכת בדיקה ולעשות לאכיפתה. נמצא איפוא מקור בהוראות חוק, כדרישת סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לפגיעה המינורית, אם בכלל בפגיעה עסקינן, בזכות יסוד של הנתבע שלא להפגע בגופו, בכבודו, וזאת להבטחת ומימוש זכויות יסוד של אחר, התובע, בפרט, וזכויותיו של הציבור בכלל.

10.

(א). הרצוי והראוי הוא איפוא לעשות שימוש בסמכות, שיש לביהמ"ש, ולצוות על עריכת בדיקות ואף כפייה על המסרב, כפי שניתן, עפ"י הדין הקיים. אין צורך להמתין, עד בוש, למחוקק.

בתובענה שהוגשה ומונחת לפני, לא התבקש הסעד, של הוראה על בדיקה וכפייתה במקרה של סירוב, אלא אך הכרת אבהות (ראה הכותרת סעיף 6 והסייפא של סעיף 7 לתביעה).

(ב). אילו היה מבוקש בתביעה הסעד האמור או היתה מוגשת בקשה ספציפית בענין, שאם התובע, הקטין, היתה עומדת עליה, לא הייתי מסלקת אותה על הסף, הייתי מבררת ענין זה, נותנת הזדמנות לנתבע להביע עמדתו ולאחר דיון, אא"כ היתה סיבה טובה, יתכן ולא הייתי נמנעת מלהורות כמבוקש.

אם הקטין אמנם התייחסה לאפשרות ביצוע בדיקה, נכונתה לערוך בדיקה, וציינה סירוב הנתבע בתצהירה המשלים (סעיף 6 לתצהיר) ואף בקשה שבימ"ש יורה על ביצוע בדיקה בתום עדותה בישיבת ההוכחות, אלא שלא עמדה על הבקשה ומתן הכרעה בענין, הוגשו סיכומים

ומהם עולה שמבוקש מביהמ"ש ללכת בדרך בה הלכה הפסיקה עד עתה ולהסיק מסירוב הנתבע. בכך הסתפקה אם הקטין.

(ג). אפשר (בצריך עיון) שאין בפסק הדין, שניתן אמנם בתובענה שהוגשה בשם הקטין ע"י אימו, כדי לחסום את הקטין עצמו מלהגיש תובענה כאמור בסעיף 3(ד) לחוק בימ"ש לעניני משפחה, התשנ"ה-1995, להורות על עריכת בדיקה כאמור וכפיית עריכתה. יתכן שאפשר שתובענה כאמור תוגש ע"י הקטין בהיותו קטין או אח"כ לכשיתבגר.

נראה שמצבו של הקטין בענין שונה ממצבו של הנתבע, שסרב, לאור כללי המניעות וההשתק, ההלכות החלות לגבי מעשה בית דין והשתק פלוגתא, הלכות תם הלב ועוד. אף ענין זה יושאר לעת עתה בצריך עיון.

ט. מן הכלל אל הפרט, יישום:

1. עפ"י ההלכה הפסוקה דין התובענה להתקבל.

(א) לא מצאתי טעם ראוי בסירוב הנתבע להבדק.

הטענה לפגיעה אפשרית במשפחת הנתבע, באשתו ובילדיה, אינה שקולה כנגד הפגיעה בקטין. בפרט לאו טעם לפנינו כאשר הנתבע העיד שאשתו וילדיה יודעים, והובאו בסוד הענין, עוד טרם לידת הקטין. משפחת הנתבע מלווה אותו לאורך כל הזמן. אשת הנתבע הגיעה לביהמ"ש ללוות את הנתבע. היחסים הטובים והמאושרים, האמיצים והתקינים של הנתבע עם אשתו, הכל אליבא דגרסתו המפורטת, לא נפגעו.

אין בנטען בסיכומים, לענין הפגיעה במשפחה רבונתא. בין אם יבדק הנתבע ובין אם לאו, לאור ההלכה כפי שהובהרה לו, יוכרז כאב. לא הבדיקה היא שתשנה את מצב הדברים. דווקא אם היה הנתבע מסכים להיבדק, משום הסיכוי שאינו האב, היה ממצה את שביכולתו כדי להקטין הפגיעה במשפחתו. לא נטען, לסירוב מטעם אובייקטיבי שבבראות למשל.

הוברר שסירוב הנתבע נעוץ בכעס ובשנאתו (אלו מלותיו ממש), לאם הקטין והרצון שלו להנציח את תחושת אי הוודאות (עמדת הנתבע כפי שנמסרה ע"י באת כוחו).

לא נלקח כנראה די בחשבון שהנתבע ברצונו לגרום לאם הקטין נזק גורם גם לעצמו ולמשפחתו נזק. אי הוודאות היא חרב פיפיות שתהיה נעוצה גם בגופו של הנתבע, לעד. הוא,

גם הוא, יחיה בתחושת אי וודאות. ספק אם בכך שלא בוצעה בדיקה תהיה לנתבע הגנה ממחשבות שינקרו בו, מרגשות, יתאפשר לו להתנכר לקטין.

במידה רבה לא יוכל הנתבע להלין אלא על עצמו בגין פגיעה נפשית לה נטען בסיכומים ועל הנטל והמחוייבות הכלכלית.

(ע) מסירובו של הנתבע להיבדק אני מסיקה איפוא את המסקנה הראייתית המשתמעת ממנו וקובעת שהנתבע הוא אבי הקטין. לא מצאתי שום טעם להפעיל שיקול דעתי באורח אחר.

(ע) לא מצאתי בגרסת אם הקטין תמיהות וסתירות מרובות ומהותיות, שיש בהן כדי להפריך גרסתה, לא בענין שהוא נושא התובענה, לב ליבה. אי דיוקים פה ושם, בענינים שוליים, שכלל לא ראוי שיעלו (כגון חברות של האם שיודעות או לא יודעות, ששוחחו עם הנתבע או בנגע לשיחה עם הממונה, העד מס' 1 או בכל הקשור לעד מס' 2), אין בהם כדי להעלות או להוריד.

אני דוחה הנטען בסיכומים שגירסת האם לא אמינה ושלא הרימה הנטל הראייתי המוטל עליה. האם באופן כללי עשתה רושם מהימן, מסרה גרסה מפורטת ביותר בענינים שונים ונחקרה על גרסתה. גירסת האם עמדה בחקירה נגדית, שבענינים שונים היתה מיותרת.

הנתבע אישר גרסת האם - שהתקיימו לאורך תקופה, מספר לא מבוטל של פעמים, יחסי מין מלאים בין האם לבינו, שלא נעשה שימוש באמצעי מניעה, שיחסי המין היו בזמן הרלוונטי למועד בו הרתה אם הקטין, שיחסי המין התקיימו, כגרסת האם, הן במקום העבודה של הצדדים והן בדירתה.

האם העידה חד משמעית שלא קיימה עם אחרים יחסי מין בתקופה הרלוונטית ועדותה לא נסתרה.

הן האם והן הנתבע נמנעו מלהגיש תצהירים של עדים, שהיו ואשר יכלו, לטענתם, לאשש או להפריך טענות, נמנעו מלהזמין להעיד, מאותם טעמים יש להניח (אי נעימות וחשיפת ענינים שבצינעת הפרט) וטוב שכך.

אין לזקוף לחובת או לזכות מי מהצדדים היעדרות העדים שנטען שקיימים.

2. אם חפץ הנתבע לברר טענותיו בענין תרמית, "גניבת זרע", סחיטה, כפייה ואיומים, נזק כספי, כלכלי, הוא יכול להגיש תובענה בענין, שתברר. טענות אלו אינן לענין בתובענה שלפני. לתביעה בעילת תרמית, בעוולה נזיקית, בין בעל ואישה ראה פסק דין שניתן לאחרונה ע"י כב' השופט יעקב שוילי, דברים רלוונטיים על אחת כמה וכמה, כאשר מדובר בין בני זוג לא נשואים. בר"ע (חי') 353/99 (טרם פורסם).

י. סיכום של דבר :

1. נקבע בזאת ש"הנתבע" נושא ת.ז. : הוא אביו של הקטין, שנולד ב- 4.1.98 לאימו
2. האמור ירשם במשרד הפנים ובכל רשומה רשמית אחרת המתנהלת עפ"י חוק.
3. קדם משפט בתובענה למזונות תמ"ש 10100/98 ולמשמורת תמ"ש 10102/98 ביום 22.11.99 שעה 30 :10
4. הנתבע ישלם לאם הקטין הוצאות משפט ושכר טירחת עו"ד סך 7,500 ש"ח ולכך יתווסף מע"מ כחוק. הסכום צמוד ונושא ריבית מהיום ועד התשלום המלא בפועל. לשלוח לעו"ד מליץ ושלו.

ניתן היום י"ז באלול תשנ"ט, 29 באוגוסט 1999 בהעדר הצדדים.

זכות ערעור תוך 45 יום לביה"מ המחוזי.

אסנת אלון - לאופר - שופטת