

של מי אתה ילד? על פגמיו של ההסדר הקיים בדין הישראלי בשאלת קביעת האבהות*

מאת: רות זפרן**

א. מבוא

רשימה זו תיוחד לדיון בשאלת קביעת האבהות בנוגע לילד שנולד כתוצאה מקיום יחסי אישות.¹ על פניה אין השאלה מעוררת קושי מיוחד. בכל הנוגע להגדרת האבהות, מקובלת בשיטתנו התפיסה המכירה באב הגנטי כאב המשפטי. אף הוכחת האבהות אינה אמורה, כביכול, לעורר קושי. מקום בו התעוררה מחלוקת בנוגע לזהות האב,² נתונים בידי הצדדים אמצעים פשוטים להפעלה – בדיקות האבהות לסוגיהן – המאפשרים לברר מיהו האב הגנטי. ואולם, בפועל עקב שילוב גורמים, שמקורם בהתנהגות הצדדים לסכסוך, השפעת הדין האישי וקביעת המשפט האזרחי, לא כל מחלוקת בשאלת האבהות תוכרע בקביעה שתשקף בהכרח את המציאות הגנטית.

רשימה זו תיוחד לבדיקת ההסדר הקיים ביחס להוכחת אבהות, תתחקה אחר מקורותיו של ההסדר ותבחן את השלכותיו. הרשימה תבקש לחשוף את פגמיו של ההסדר הקיים ובמידת האפשר להציע דרכים לריפויים של פגמים אלה. באופן מקדמי נברר מהו הדין החל על הסוגיה ובפני איזו ערכאה היא תוכרע. בשל השוני הקיים בין הוכחת אבהות ביחס לילד שנולד לאם לא נשואה, לבין הוכחת אבהות ביחס לילד שאמו היתה נשואה במועד ההתעברות, תחולק הרשימה לשני חלקים. בחלקה הראשון נעסוק בשאלת הוכחת האבהות לגבי ילד שנולד לפנויה. בשלב ראשון, נברר מהי הגדרת המשפחה בדין הישראלי, נבחן כיצד מוכחת ראייתית שאלת האבהות, נסקור את שינוי המגמה שהתרחש בפסיקה לעניין אופן הוכחת האבהות ונעמוד על המניע לשינוי. לבסוף, נבקש לחשוף את חולשתו של ההסדר הקיים ונקרא לתיקונו. בחלקה השני של הרשימה, נעסוק בשאלת הוכחת האבהות לגבי ילד שנולד לאשה שהיתה נשואה במועד ההתעברות. בשלב ראשון, נעמוד על השפעת הדין האישי על עיצובו של ההסדר הקיים, נבחן את חזקת אבהות הבעל, נשרטט את המדיניות השיפוטית שהובילה לחסיון המונע למעשה ברור זהות האב, ונבחן את הרחבתו בחקיקה החדשה. בשלב שני, נציע ביקורת על ההסדר האמור,

* תודות לפרופ' אשר מעוז ולפרופ' פנחס שיפמן על שנאותו לקרוא את הדברים ולהעיר את הערותיהם המועילות.

** תלמידה לתואר דוקטור, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית, ירושלים.
1. זאת, להבדיל מן השאלה העוסקת בקביעת ההורות ביחס לצאצאים שנולדו כתוצאה משימוש בטכניקות הולדה מלאכותיות המשלבות תרומת תא מין, ביצית או זרע, או כתוצאה מהתקשרות עם אם נושאת לפי חוק הסכמים לנשיאת עובריים (אישור הסכם ומעמד הילוד), תשנ"ו 1996. הרשימה תתמקד בשאלה ככל שהיא נוגעת לבעלי דין יהודים.
2. שהרי להבדיל מזהות האם, שניתנת כביכול לזיהוי וודאי במצבים אלה, הקשר הסיבתי הגלוי בין מעשה האב לבין הולדת הצאצא ניתן למראית עין.

ונבקש לתקוף אותו מכמה היבטים. במקביל לביקורת שנשמיע, תתברר עמדתנו בנוגע להסדר הרצוי, המבקש לתמוך בזכותו של הצאצא לברר את זהות אביו.

ב. קביעת אבהות – דין וסמכות

שאלות הסמכות והדין בכל הנוגע לסוגיית קביעת האבהות אינן זוכות למענה ברור בפסיקה. אי-הבהירות מקורה, בין היתר, בהעדר חוק כולל המסדיר את הסוגיה³ ובהעדר פסיקה עקבית וכוללת בהקשרים השונים בהם היא מתעוררת. סוגיית הסמכות, קרי, איזו ערכאה המוסמכת לדון בשאלת בירור האבהות, הוכרעה פסיקתית בשנת 1972 במסגרת פרשת **בוארון**.⁴ ואולם, אף ההכרעה בפרשת **בוארון** לא מחקה לחלוטין את סימני השאלה.⁵ באשר לשאלת הדין המהותי החל בהקשר

3. העדרו של חוק אזרחי-טריטוריאלי המסדיר את הסוגיה, מחד גיסא, וקביעת בית-המשפט, כי אין היא נמנית על ענייני המעמד האישי המנויים בסימן 51 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל, 1947-1922, ולפיכך אינה כפופה לדין האישי, מאידך גיסא, יוצרת חלל משפטי שיש בו כדי להסביר את חוסר האחידות ואי-הבהירות בפסיקה. ראו פ' שיפמן **דיני המשפחה בישראל** (תשמ"ט, כרך ב) 25.
4. בג"צ 283/72 **בוארון נ' בית הדין האזורי, תל-אביב-יפו**, פ"ד כו(2) 727 (להלן: "עניין **בוארון**"). שאלת הסמכות התבררה לראשונה בפני בית-המשפט העליון באופן ישיר במסגרת פרשה זו. בית-המשפט העליון ביושבו כבית-המשפט הגבוה לצדק, מקבל את העתירה שהוגשה כנגד בית-הדין הרבני בקובעו, כי לבית-הדין הרבני אין סמכות לדון בשאלת האבהות, אף אם קיימת הסכמה של הצדדים להידון בפניו על בסיס סעיף 9 לחוק שיפוט בתי-דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג 1953. שהרי סמכות לדון בהסכמה על-פי סעיף זה אפשרית רק בענייני המעמד האישי. סוגיית האבהות, מצהיר בית-המשפט, אינה מנויה על ענייני המעמד האישי המפורטים בסימן 51 לדבר המלך במועצתו (וראו עוד בהקשר זה בג"צ 56/61 **אבו אנגילה נ' פקיד הרישום**, פ"ד טז 380; בד"מ 1/62 **אבו אנגילה נ' פקיד הרישום**, פ"ד יז 2751). באשר לאפשרות לדון בסוגיה כסוגיה שבגורא, אמנם הדבר אפשרי כשאלה הנגזרת לשאלת מזונותיו של הילד, אך בית-הדין יכול לרכוש סמכות בשאלת מזונות ילד רק בהסכמת הצדדים. באותה פרשה התנגד העותר לסמכות בית-הדין בהודמנות הראשונה, ולפיכך לא רכש בית-הדין סמכות לדון בה. בית-המשפט אינו מתייחס בפסיקתו לשאלה מהו הדין החל, אלא רק לשאלת הסמכות. יוער, כי פרופ' שיפמן חולק על קביעת בית-המשפט לפיה לא ניתן לרכוש, בשאלת האבהות, סמכות בהסכמה. לדידו, סעיף 9 מאפשר לצדדים דיון בהסכמה גם בענייני האבהות וזאת למרות שהוא מקבל את הקביעה, כי סוגיה זו אינה מנויה בסימן 51 ואינה בגדר ענייני המעמד האישי. לגישתו, רשימת העניינים המופיעה בסעיף 9 רחבה יותר מזו המנויה בסימן 51 נוכח ההפניה לפקודת הירושה. ראו פ' שיפמן "שיפוט ומשפט בענייני אבהות" **משפטים** ד (תשל"ג) 664, 668; שיפמן, **לעיל** הערה 3, בע' 28-30. והשוו, י' מירון "קץ ההתמכרות למשפט האנגלי בענייני המעמד האישי: השיפוט בענייני אבהות" **עיוני משפט** ז (תשמ"ז) 729; י' מירון "התחמקות מהכרעה (שיפוט בענייני אבהות והרכב חסר)" **הפרקליט** לח (תשמ"ח) 172; ד' חלק **הוכחת אבהות** (תשמ"ח) 47-54, המבדילה בין סוגיה השונים של תביעת האבהות.
5. ראו את הלשון בה נוקט בית-המשפט בעניין **בוארון**, בע' 731 מול האות א: "לדעתי זה טעם משכנע לגירסה שקביעת אבהות אינה מן העניינים של המעמד האישי שבהם יש לבית-הדין הרבני סמכות בהסכמת הצדדים... על כל פנים, במקרה דנן עניין לנו בבקשה לקביעת אבהות אשר הוגשה עוד בטרם נולד הילד, וזאת בוודאי אינה תביעה בדבר 'כשרות יוחסין של קטינים ואימוצם'". עם זאת, פסיקה מאוחרת יותר בחרה לקבל את הדברים כפשוטם, ואיזכרה את פסק-הדין, כמי שקבע כי "ענייני אבהות אינם מענייני המעמד האישי" (ע"א 201/82 **פרץ נ' אטולין**, פ"ד לז(2) 838, 840). בית-המשפט חזר ואישר הלכה זו במספר מקרים. ראו, למשל,

של קביעת אבהות, לא ניתנה בפסיקה מעולם הכרעה ברורה וישירה. על אף שתחולת הדין האישי מוגבלת עקרונית לענייני המעמד האישי ולמרות קביעתו של בית-המשפט ששאלת האבהות אינה מנויה על ענייני המעמד האישי,⁶ עושה בית-המשפט בהקשרה שימוש תדיר בכללים השאובים מן ההלכה היהודית. השימוש במקורות ההלכה נעשה באורח טבעי, כביכול, ומבלי לנמק זאת, וזאת לפחות בחלק מן ההקשרים בהן מתעוררת הסוגיה.⁷ בפרשות אחרות עושה בית-המשפט שימוש בדין האזרחי.⁸

- ע"א 620/74 מור נ' פלונית, פ"ד ל(1) 218; ע"א 3077/90 פלונית נ' פלוני, פ"ד מט(2) 578, 591. חריג לקו זה הוא פסק-הדין שניתן בבג"צ 539/79 בוזגלו נ' בית-הדין הרבני האזורי באר-שבע (לא פורסם), אוזכר בע"א 201/82 פרץ נ' אסולין, פ"ד לז(2) 838.
6. חובתו של בית-המשפט להיזקק לדין האישי מוגבלת, לפי סימן 47 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל 1947-1922, רק לענייני המעמד האישי כפי שהוגדרו בסימן 51. לגבי אבהות נפסק, כאמור, כי היא אינה מענייני המעמד האישי המנויים בסימן 51.
7. בחלק מפסקי-הדין, הדנים בשאלת האבהות, מפנה בית-המשפט לדיני הראיות של המשפט העברי ומסתמך עליהם לצורך הכרעה בתביעה באופן בלעדי או תוך שילובם עם דיני הראיות האזרחיים. ראו בהקשר זה ע"א 473/75 רון נ' חזן, פ"ד לא(1) 40, 46; ע"א 548/78 שרון נ' לוי, פ"ד לה(1) 736, 748 (להלן: "עניין שרון נ' לוי") (בכל הנוגע לשאלה שנדונה באגב אורחא ועסקה בקביעת אבהות לגבי צאצא שנולד לאשה נשואה); ע"א 287/78 לרר נ' קורבר, פ"ד לד(1) 294; ע"א 1354/92 י"מ נ' פלונית, פ"ד מח(1) 711.
- בעשותו שימוש במבחני ההלכה היהודית, בית-המשפט אינו מסביר מהו הבסיס לכך. את מרבית הפניות של בית-המשפט לדין העברי בפרשות אלה, אם כי לא את כולן (למשל, ע"א 473/75 רון נ' חזן, פ"ד לא(1) 40) ניתן להסביר על רקע ייחודן של התביעות הנוגעות לשאלת אבהותו של ילד שנולד לאשה נשואה, וקירבתו העניינית לסוגיית הממורות. בהקשרים אלה נוהג בית-המשפט מישנה-זהירות ומונע מן הצדדים להביא ראיות שיהיה בהן כדי להוכיח, כי הקטין נולד לאשה מיחסיה עם מי שאינו בעלה (ראו בהקשר זה להלן בחלקה השני של רשימה זו). בית-המשפט נוקט, בבססו גישה זו, במבחנים השאובים מן ההלכה היהודית. בית-המשפט עושה שימוש בחזקה ברבר "רוב בעילות אחר הבעל" כדי לבסס את הקביעה, כי הצאצא הינו בנו של הבעל ולא של אחר, ומונע מן הצדדים להביא ראיה סותרת בדמותה של בדיקת סיווג הרקמות. ואולם ספק אם יש בכך כדי להצדיק את הפנייה למשפט העברי, שהרי גם אם מבקש בית-המשפט להגן על הצאצא מפני מימזור וגם אם לשם כך סבור בית-המשפט כי יש להמנע מעריכת בדיקת סיווג רקמות, קביעה עליה נחלוק בהמשך, אזי אין כל הכרח לעשות לשם כך שימוש דווקא בכללי המשפט העברי.
8. ע"א 447/58 פלוני נ' אלמוני, פ"ד יג 903; ע"א 407/60 פלונית נ' אלמוני, פ"ד טו 212; ע"א 275/61 פלוני נ' אלמונית, פ"ד טו 2300; ע"א 492/61 חורי נ' בוכריס, פ"ד טז 710; ע"א 213/63 צנעני נ' ישראל, פ"ד יז 1961. בפרשות אלו פונה בית-המשפט למקורות הלכתיים, לכל היותר לצורך תיבול הנמקתו. אף בפרשות מאוחרות יותר מחיל בית-המשפט, בהקשרן של תביעות אבהות, כאשר האם פנויה, את הדין האזרחי דרך שגרה. במרבית הפרשות לא מסביר בית-המשפט את היזקקותו למשפט האזרחי ובמקצתן מסביר, כי נוכח הכרעת הפסיקה שאין מדובר בסוגיה של מעמד אישי, ו/או מאחר שהתביעה מעוררת שאלות ראיות, הדין החל הוא ממילא דין הערכאה הדנה. בחלק מפרשות אלה נזקק בית-המשפט לביסוס פסיקתו לאסמכתאות מן המשפט המשווה. ראה לעניין זה: ע"א 279/67 לוי נ' נדב, פ"ד כא(2) 426; ע"א 313/68 פלוני נ' פלוני, פ"ד כב(2) 1020; ע"א 534/69 שושני נ' אלום, פ"ד כד(1) 145; תמ"א (חי') 223/72 אפללו נ' אסיאס, פ"מ תשל"ד(1) 389; המ' (ב"ש) 217/74 אסרף נ' בכר, פ"מ תשל"ה(1) 202; ע"א 620/74 מור נ' פלונית, פ"ד ל(1) 218; ע"א 718/75 עמרם נ' סקורניק, פ"ד לא(1) 29; ע"א 734/76 פלוני נ' אלמונים, פ"ד לב(2) 661; ע"א 417/80 פלוני

המענה לשאלה מהו הדין האמור לחול, הוא כביכול פשוט, שהרי לפחות בחלקה מעוררת הסוגיה שאלות ראיות, כגון כיצד ניתן להוכיח כי פלוני הוא האב, שאלות של מידת ההוכחה ונטליה. שאלות ראיות מסוגות כשאלות של פרוצדורה, ואלו מוכרעות בכל מקרה על-פי דיני הערכאה היושבת בדין.⁹ ואולם גם בשאלות של ראיות נמצא, כי בית-המשפט עושה שימוש בכלליו של הדין האישי, בד בבד לשימוש בכללי המשפט האזרחי.¹⁰ לעיתים שימוש שעושה בית-המשפט בכללים ראיתיים, שמקורם בדין האישי, הינו למעשה שימוש בעקרון מהותי.¹¹ בית-המשפט, בעקבות הדין האישי, מערב בין קביעה מהותית לראייתית, ועושה שימוש בכלל ראיתי לצורך מתן פתרון לשאלה מהותית.¹² השימוש הפסיקתי בעקרונות הדין העברי יכול להיות מוסבר, בדוחק, במצוות חוק יסודות המשפט, תשמ"מ-1980-¹³ המפנה, בהעדר הכרעה בדין, למורשת ישראל.¹⁴ בפועל נראה, כי בית-המשפט מנווט בין שתי מערכות הדינים במטרה לתת פתרון למקרה הנדון בפניו. פתרונות אלה ביחס לשאלת קביעת אבהות אינם מספקים, כפי שיוסבר להלן. כך או כך, ראוי היה כי המחוקק יתכבד ויסדיר בחקיקה כוללת את שאלת קביעת ההורות בכל אחד מן ההקשרים בהן היא מתעוררת.¹⁵ לעת עתה, ניתן לשאוף לפיתוח הדין על-ידי

9. נ' פלונית, פ"ד (3) 15; ע"א 335/81 פלוני נ' אלמוני, פ"ד לח(2) 530; ע"א 2558/91 פלונית נ' פלוני, פ"ד מז(2) 8; ע"א 5942/92 פלוני נ' אלמוני, פ"ד מח(3) 837.
10. ע"א 26/51 קוטיק נ' וולפסון, פ"ד ה 1341, 1344; י' אנגלרד "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי" משפטים ד (תשל"ד) 31, 32; י' אנגלרד "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי", משפטים ו (תשל"ה) 5; פ' שיפמן "שיפוט ומשפט בענייני אבהות" משפטים ד (תשל"ג) 664; פ' שיפמן דיני המשפחה בישראל (מהדורה שנייה, תשנ"ה, כרך א) 27-28; מ' אלון חקיקה דתית – בחוקי מדינת ישראל ובשפיטה של בתי-משפט ובתי-הדין הרבניים (תשכ"ח) 79; נ' שלם ראיות בבית-הדין הרבני (חיבור לשם קבלת תואר מוסמך במשפטים, תשנ"ו); א' רוזן-צבי "פיצול השיפוט ופיצול הדין בענייני משפחה" תקדים (תשמ"ט) 29; א' רוזן-צבי דיני המשפחה בישראל – בין קודש לחול (תש"ן) 69; ע"א 238/53 כהן ובוסליק נ' י"מ, פ"ד ח 4, 19.
11. על השפעתו העקיפה של הדין הדתי, נוכח הזיקה בין שאלת האבהות לשאלת היחסין, ראו R Halperin-Kaddari "Redefining Parenthood" 29 C.W Int. L. J. (1999) 313, 316.
12. ראה לעניין זה את גישת פרופ' שיפמן (לעיל הערה 3, בע' 24), העומד על הקושי הטמון בסיווגו של הכלל "רוב בעילות אחר הבעל", אשר הינו ראיתי לכאורה, אך מבטא מדיניות שיפוטית מהותית למעשה.
13. אפשר שערכוב זה מקורו במשפט העברי, שאינו מבחין, לעיתים, הבחנה ברורה בין הדין המהותי לכללים הפרוצדורליים, בפרט בהקשרן של ראיות בעלות אופי מהותי. ראו בהקשר זה שלם, לעיל הערה 9, בע' 17-18; ר' הלפרין-קדרי "דיני משפחה אזרחיים נוסח ישראל – לקראת השלמה – על הכבוד, הצדק, השוויון והכוונה יושנתו מעתה דיני המשפחה" מחקרי משפט יז (תשמ"ב) 105, 114.
14. ס"ח 163.
15. תמ"א (ת"א) 1554/84 פלוני נ' פלונית, פ"מ תשמ"ז(1) 216.
16. כפי שתלמד רשימה זו, היעדרו של חוק אזרחי כולל יוצר קשיים לא מבוטלים. קשיים אלו מתחדדים בתחומים האחרים בהם מתעוררת שאלת קביעת ההורות, ובפרט במקרים בהם נעשה שימוש בטכניקות הולדה מלאכותיות. מפאת קוצר היריעה, לא נעסוק בתחומים אלו ברשימה זו.

בית-המשפט, במנותק ממקורות המשפט העברי.¹⁶ נראה, כפי שיוסבר, שיש לדבר ניצנים ראשונים.¹⁷ שאלת קביעת האבהות לעניין ילד שנולד כתוצאה מיחסי אישות תידון ביחס לשני המצבים שהוזכרו – ילד שנולד לפנויה וילד שנולד למי שהיתה נשואה במועד ההתעברות. בד בבד לתיאור ההסדרים הקבועים בדין, מגמות הפסיקה, והשפעת הדין האישי היהודי, ישורטטו קווים להכרעה הרצויה.

ג. הוכחת אבהות לגבי ילד שנולד לפנויה כתוצאה מקיום יחסי אישות

1. ההורות כמושג טבעי

ההלכה היהודית משרטטת את ההורות כאלמנט טבעי, המוגדר על בסיס יסודות עובדתיים-אובייקטיביים.¹⁸ תפיסה זו עומדת בניגוד לתפיסה, שמקורה במשפט הרומי, המכירה בהורות כתוצר חוקי, יציר המשפט, המוכתב על-פי מעשיו המלאכותיים של האדם, כגון נישואין או צרוף יורשים בדרך של אימוץ.¹⁹ על בסיס תפיסתה של ההלכה, אביו הביולוגי של הצאצא יהווה אביו לכל דבר ועניין,²⁰ ואף אם לא היו האב והאם נשואים, יתייחס אחריו הצאצא ויזכה ממנו למזונות ולירושה

16. פיתוח עצמאי אין משמעו התעלמות מן הדין האישי. פיתוח הדין באופן מיטבי, מחייב, להבנתנו, התחשבות בהשלכותיו על ענייני המעמד האישי. ואולם התחשבות זו אין משמעה אימוץ הוראות הדין האישי כשלעצמן.
17. ראו להלן הדיון בע"א 3077/90 פלונית נ' פלוני, פ"ד מט(2) 578, טקסט ליד הערת שוליים 54.
18. לסקירה כללית של תפיסת טבעיות המשפחה ולחריגות אפשריות ממנה, ראו: N. J. Zohar, *Alternatives in Jewish Bioethics* (1997) 69-84.
19. תפיסה דומה מאפיינת אף את הדין המוסלמי. ראו בהקשר זה: S. Syed "The Impact of Islamic law on the Implementation of the Convention on the Rights of the Child: the Plight of Non-marital Children under the Shari'a" 6 *The Int. J. of Children's Rights* (1998) 359.
- בעשורים האחרונים השתנתה מגמת שיטות המשפט המערביות, והן נוטות במידה רבה להכיר בהורות גם על בסיס מאפיינים טבעיים (ראו בהקשר זה להלן, בנוגע לצמצום מושג העדר הלגיטימיות והיחלשות חזקת אבהות הבעל). ואולם כפי הנראה מדובר בתנועה דו-כיוונית. בהקשרן של טכניקות ההולדה המלאכותיות ניתן להצביע על תנועה הפוכה, של הגדרת הורות על בסיס מאפיינים חברתיים. בהקשר זה, הנטייה היא להקנות מעמד משפטי (מלא או חלקי) על יסוד מאפיינים חברתיים ולא ביולוגיים. להתפתחויות המדעיות השפעה מכרעת על מגמות אלו:
- T. Caulfield "Canadian Family Law and the Genetic Revolution: A Survey of Cases Involving Paternity Testing" 26 *Queen's L.J.* (2000) 67; T. Glennon "Somebody's Child: Evaluating the Erosion of the Marital Presumption of Paternity" 102 *W. Va. L. Rev.* (2000) 547.
20. לשאלת מעמדו של ההורה הלא נשוי בהשוואה למעמדו של ההורה הנשוי ביחס לצאצאו במשפט הישראלי, ראו שיפמן, לעיל הערה 3, בע' 32; P. Shifman "The Status of the Unmarried Parent in Israel Law" 12 *Isr. L. Rev.* (1977) 194.

כאילו היה בנו מנישואין.²¹ המשפט הישראלי הלך למעשה על-פי גישה זו.²² צאצא שהוכח כי הוא בנו הביולוגי של פלוני, שנולד לו כתוצאה מקיום יחסי אישות עם אמו, נחשב משפטית להיות בנו.²³ על-פי ההלכה, צאצא שנולד לאשה פנויה שלא מנישואין, אינו נושא כל פגם. מושג הלגיטימיות, שנשאב לשיטות המשפט הזרות מן הנצרות, אינו קיים במשפט העברי, ובהתאם גם אינו קיים במשפט הישראלי.²⁴ המושג המקביל, מושג הממזרות, המטביע בצאצא מעין פגם של יוחסין, חל במקרים אחרים, החופפים בחלקם את מושג העדר הלגיטימיות. מושג הממזרות ידון להלן, בהקשר לשאלת האבהות של צאצא שנולד לאשה נשואה.

בקצרה נעיר, כי מושג היעדר הלגיטימיות, הרחב בהגדרתו ממושג הממזרות, התייחס לצאצאים שנולדו להורים שאינם קשורים בקשר נישואין, בין כאלה שנולדו לאשה נשואה שלא מבעלה (תוצאת הניאוף) ובין כאלה שנולדו לאשה לא נשואה. מושג היעדר הלגיטימיות נקלט אל המשפט האנגלי בהשפעת הנצרות והתגלגל מאוחר יותר אל המשפט האמריקני.²⁵ תחת הדין האנגלו-אמריקני, נחשב הילד הלא לגיטימי להיות "ילד של אף אחד", הוא נודה, וזכויותיו לתמיכת מזונות או לירושת

21. וראו בהקשר זה ב' שרשבסקי דיני משפחה (מהדורה רביעית, תשנ"ג) 366; פסק-דין של בית-הדין הרבני תל-אביב-יפו 1924/תשי"ד, פד"ר א 361; פסק-דין של בית-הדין הרבני תל-אביב-יפו בתיק 226/תשי"ד, פד"ר א 145, 154.

עם זאת ראוי להזכיר, כי האבהות הטבעית כפופה, לפי ההלכה, לחריג הנוגע להולדה פרי יחסים מעורבים בין יהודי לבין מי שאינו יהודי. ראו בהקשר זה פ' שיפמן "הורה בעל כורחו – מצג שווא לגבי שימוש באמצעי מניעה" משפטים יח (תשמ"ט) 459, 465, הערה 17; א' י' וולדנברג וד' מאיר "הפריה במבחנה – דיון רפואי והלכתי" אסיא ט (א) (תשמ"ב) 5, 10-11; פסק-דין של בית-הדין הרבני ירושלים 912/תשט"ו, פד"ר א 375; פסק-דין של בית-הדין הרבני חיפה 3811/תשל"ו, פד"ר יא 340; ואולם הורה כזה יחשב, כפי הנראה, על-פי המשפט האזרחי, כהורה טבעי וישא במלוא החיובים והזכויות הנובעים ממעמדו, וראו בהקשר זה פ' שיפמן "שיפוט ומשפט בעניני אבהות" משפטים ד (תשל"ג) 664, 665; שיפמן, לעיל הערה 3, בע' 23.

22. ע"א 664/71 מרחב נ' שרלין, פ"ד כו(1) 701; ע"א 614/76 פלמונית נ' אלמוני, פ"ד לא(3) 85; ע"א 366/77 פלוני נ' פלונית, פ"ד ל(1) 229. כמו כן ראו, שיפמן, לעיל הערה 3, בע' 112, והשוו לסעיף 1 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), תשי"ט 1959-, סעיף 3(ג) לחוק הירושה, תשכ"ה 1965-, וסעיף 3(א) לחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א 1951-, כפי שפורש בע"א 86/63 אל צפדי נ' בנימין, פ"ד יז 1419, 1425. למהלך המבקש להרחיב עמדה זו של אבהות אזרחית גם לגבי מי שאינם יהודים, ראו ע"א 3077/90 פלונית נ' פלוני, לעיל הערה 17.

23. שאלת רצונו של ההורה לשמש הורה אינה מורידה אינה מעלה לעניין הורונו בהקשר זה. במובן זה אף "הורה בעל כורחו" הורה הוא לכל דבר ועניין. וראו בהקשר זה פ' שיפמן "הורה בעל כורחו – מצג שווא לגבי שימוש באמצעי מניעה", לעיל הערה 21. אף הסכם שנקשר בין האם והאב לא יועיל, כפי הנראה, להשתחררות האב מחיוביו כלפי צאצאו או לפחות לעניין הגדרתו כהורה: שיפמן, לעיל הערה 3, בע' 109; ע"א 664/71 מרחב נ' שרלין, פ"ד כו(1) 701; ע"א 625/76 פלמונית נ' אלמוני, פ"ד לא(3) 85; תמ"א (ת"א) 2682/85 פלונית נ' אלמוני, פ"מ תשמ"ז(1) 126. כמו כן ראו כ' שלו "דיני פוריות וזכות הפרט להיות הורה" מעמד האשה בחברה ובמשפט (פ' רדאי, כ' שלו, מ' ליבן-קובי עורכות, תשנ"ה) 503, 506.

24. Shifman, *supra* note 20.

25. H. D. Krause *Illegitimacy: Law and Social Policy* (1971) 9-58. על מוסד הלגיטימיות במשפט הרומי ראו: H. F. Jolowicz *Roman Foundations of Modern Law* (1957) 183-201.

הוריו נשללו.²⁶ עם שינויי העיתים נתפס יחס זה אל הילד בשל "חטא" הוריו, שחומרתו כשלעצמה נתערערה, כבלתי-מוצדק ומפלה.²⁷ בארצות-הברית נפסלה הפליה זו על רקע סתירתה את החוקה, ובאנגליה מוגרה בחקיקה בשל התחייבותיה של אנגליה באמנות בינלאומיות, כך שבמידה רבה (אם כי לא במידה מלאה) אם יצליח כיום צאצא להוכיח אבהותו של פלוני, הוא יוכל להיפדע ממנו למזונותיו, לרשת אותו, ולהיתמך בקצבאות הביטוח הלאומי על-פי המקובל.²⁸

2. הוכחת אבהות – מידה ואמצעים

בראשית ימיה של הפסיקה הישראלית נתבררו תביעות אבהות על יסוד דיני הראיות הרגילים, מבלי להסתמך על בדיקות רפואיות כלשהן.²⁹ על אף שכבר באותו שלב מוכרת היתה האפשרות להסתמך על בדיקת סוג הדם לצורך שלילת האבהות,³⁰ לא נטה בית-המשפט לעשות בה שימוש.³¹ כל צד הביא את גרסתו בפני בית-המשפט וניסה לתמוך את עמדתו בראיות ובעדים. במרבית המקרים היתה זו מילתה של

26. לעניין מעמדו של הילד הבלתי-לגיטימי, עובר לשינוי שהחל להתרחש במעמדו בשנות ה-60, ראו: S.M. Cretney & J. M. Masson *Principles of Family Law* (5th ed., 1990) 476; Krause, *supra* note 25; W. C. Thompson "Successions – Illegitimacy – Equal Protection and the Applicability of Levy v. Louisiana Succession Law" 44 *Tul. L. Rev.* (1970) 640.

27. בנוסף, הרציונל שעמד בבסיסו אינו נתפס עוד כמשכנע. שימור התא המשפחתי והרתעה מפני קיום יחסי מין מחוץ או ללא מסגרת נישואין, באמצעות המושג של היעדר הלגיטימיות, הוכח כבלתי-אפקטיבי. בדיקה מחודשת של הרציונל עשויה ללמד, כי ההסדר עלול אפילו לעודד יחסים אלו, לפחות בכל הנוגע לגבר. שהרי גבר המנהל פרשיית אהבים מחוץ לנישואין שתוצאתה ילד, פטור מכל חובותיו כלפיו. יוצא, כי לא רק שהוא אינו מתומרץ להימנע מכך, אלא הוא אף "זוכה בפרס", שכן אינו נדרש לשאת באחריות לתוצאות מעשיו. שוב תהיה זו האשה, במרבית המקרים, שתישא בלעדית במחיר.

28. להרחבה ראו: S. M. Cretney *Family Law* (3rd. ed, 1997); N. Ahrenholz "Miller v. Albright: Continuing to Discriminate on the Basis of Gender and Illegitimacy" 76 *Denv. U.L. Rev.* (1998) 281; J. T. Phillips "Who is my Daddy? Using DNA to Help Resolve Post-Death Paternity Cases" 8 *Alb. L. J. Sci. & Tech.* (1997) 151; C. N. Le Ray "Implications of DNA Technology on Posthumous Paternity Determination: Deciding the Facts When Daddy Can't Give his Opinion" 35 *B.C.L. Rev.* (1994) 747, 750-759. ואולם, ברי כי מצוקתן של אמהות שילדו מחוץ למסגרת נישואין ומצוקתם של ילדיהן לא נעלמה, הן במישור המשפטי, הכרוך בהוכחת האבהות ובקבלת הזכויות, והן במישור החברתי, בהקשר זה ראו L. Kelly "If Anybody Asks You Who I am: An Outsider's Story of the Duty to Establish Paternity" 3 *Am. U. J. Gender & Law* (1995) 247; Le Ray, *id.*, at pp. 750-754, 758.

29. על הקושי הכרוך בהוכחת אבהות במקרה בו האב הנטען נפטר לא נרחיב במסגרת זו. ראו בהקשר זה תמ"ש (ת"א) 8092/96 פלונית נ' בית חולים וולפסון, דינים משפחה א 74, והשוו, בר"ע (ת"א) 200602/98 עובד המנוח פלוני נ' אלמוני, דינים מחוזי לב(3) 203; Phillips, *id.* ; Le Ray, *id.*

30. ע' קפלן, ח' בראוטבר, ד' נלקן "אבהות כשאלת מדעי הדם" עיוני משפט ז (תשל"ו) 466; חלק, לעיל הערה 4, בע' 111.

31. למרות שמקום בו הובאו על-ידי בעלי הדין עצמם ממצאי בדיקת דם, הכיר בית-המשפט בערכן הראייתי: ד' פרימר "קביעת אבהות על ידי בדיקת סוגי דם (במערכת A,B,O) במשפט הישראלי ובמשפט העברי" אסיא ט(ג) (תשמ"ג) 38, 39-40.

התובעת כנגד מילתו של הנתבע. כאשר בפני בית-המשפט הוצגו שתי גרסאות המכחישות זו את זו, דחה בית-המשפט את תביעת האם, אלא אם כן הצליחה להביא **סיוע** לעדותה.³² עמידה בדרישת הסיוע, החריגה כשלעצמה מבחינה ראיתית, לא היתה דבר של מה בכך.³³ במסגרת דרישה זו הביע בית-המשפט בעקיפין את עמדתו הבלתי-אוהדת כלפי האם ותביעתה.³⁴ בית-המשפט נמנע, בפסיקה המוקדמת, ללמוד דבר מסירובו של האיש לערוך בדיקת דם³⁵ או בדיקות פיסיולוגיות אחרות ולא ראה בסירוב סיוע לעדות האם.³⁶ אף דרישת בית-המשפט לעניין **מידת ההוכחה** משקפת החמרה עם התובעת. תחילה מטיל בית-המשפט על התובעת נטל הוכחה גבוה מזה הנהוג במשפט אזרחי. הוא מייחס לאיש מעין "חזקת חפות" וקורא לנהוג בזהירות כאשר "עניין אבהות הוא עניין שיש בו חשיבות רבה בשביל הנתבע".³⁷ אתמהה, מה באשר לחשיבות התביעה עבור הצאצא? רק מאוחר יותר מפחית בית-המשפט את הנטל לרמה הנהוגה במשפט אזרחי ולפרקים למטה מכך, נוכח הקושי בהוכחת דבר שמטבעו אין לו עדים.

3. שינוי המגמה בפסיקה – הקלה בדרישות להוכחת אבהות

השינוי בעמדת בית-המשפט, הן לעניין הפחתת מידת ההוכחה³⁸ והן לעניין ההקלה בדרישת הסיוע³⁹ מסתמן במהלך שנות השישים, אם כי אף לאחר מועד זה ניתן למצוא פסקי-דין, הנוהגים עם התובעת בחומרה.⁴⁰ בשלהי שנות השבעים, במסגרת פרשת **שרון נ' לוי**,⁴¹ נקבע קו ברור המלווה את בית-המשפט בפסיקתו עד היום. לעניין מידת ההוכחה, נקבע כי היא המידה האזרחית הרגילה. חשוב מכך, כאשר לסירובו של הנתבע לערוך בדיקות פיזיולוגיות, נקבע, בהקשרה של בדיקת סיווג הרקמות, כי סירובו של הנתבע יטה את הכף נגדו, וכי למרות שלא ניתן לכפות עליו

32. ע"א 306/56 א.ב.נ' ג.ד., פ"ד יא 314; ע"א 388/58 חרד נ' מסלאחי, פ"ד יד 313; ע"א 407/60 פלונית נ' אלמוני, פ"ד טו 212. על מגמה דומה של החמרה עם התובעת, ניתן ללמוד מפסיקת בית-הדין. באותם מקרים בהם נדונו בפני בית-הדין תביעות אבהות (מרביתן לפני עניין **בוארון**), של מי שהיתה במועד התעברותה פנויה, מקשה בית-הדין בהוכחת האבהות ואינו נוטה לקבל את גרסת האם. בהקשר זה ראו, למשל, פסק-דין של בית-הדין הרבני הגדול (י-ם) 125/תשט"ז, פד"ר ג 194; פסק-דין של בית-הדין הרבני ירושלים 98/תש"ך, פד"ר ד 60; והשוו: פסק-דין של בית-הדין הרבני רחובות 961/תשל"ב, פד"ר ט 307.
33. ראו לעניין זה, ת"א (י-ם) 151/46 **שמעון נ' ניסן**, פ"מ ד 377; ע"א 407/60 פלונית נ' אלמוני, פ"ד טו 212.
34. לדוגמה מאלפת ליחסו של בית-המשפט לאשה שילדה מחוץ לנישואין בהקשר אחר, ראו ע"א 473/75 **רון נ' חזן**, פ"ד לא(1) 40.
35. בדיקת האבהות באותו שלב לא יכלה ללמד אלא על שלילת אבהות.
36. ע"א 407/60 פלונית נ' אלמוני, פ"ד טו 212.
37. ע"א 534/69 **שושני נ' אלום**, פ"ד כד(1) 145.
38. ע"א 279/67 **לוי נ' נדב**, פ"ד כא(2) 426.
39. ע"א 275/61 פלוני נ' אלמונית, פ"ד טו 2300; ע"א 492/61 **חורי נ' בוכריס**, פ"ד טז 710, פסיקתו של השופט כהן.
40. ע"א 534/69 **שושני נ' אלום**, פ"ד כד(1) 145.
41. עניין **שרון נ' לוי**, לעיל הערה 7, בע' 747.

לערוך את הבדיקה, רשאי בית-המשפט להסיק מסירובו מסקנות לרעתו.⁴² שני שינויים הכשירו את הקרקע לקבלתה של הלכה חשובה זו. האחד, שיפור באמצעים להוכחת האבהות ופיתוחה של בדיקת סיווג הרקמות שיש בה כדי לספק ראייה פוזיטיבית להוכחת אבהות, ברמת וודאות של למעלה מ-90%,⁴³ והיא עולה בבדיקה עד לרמה של 99% ומעלה באשר לשלילת האבהות. השני, הסתמכות גוברת של בית-המשפט על ממצאיהן של בדיקות מעבדה לצורך קביעת או שלילת אבהות.⁴⁴ מגמה זו זכתה לחיזוק נוסף עם פיתוחה של בדיקת ה-D.N.A וכניסתה לשימוש. מהימנותן של בדיקות המעבדה להוכחת או הפרכת טענת אבהות עלתה כתוצאה מן השימוש בבדיקת ה-D.N.A ושכלולן של בדיקות סיווג הרקמות, לעיתים עד לשיעור של 100% בקירוב.⁴⁵

הסתמכות על בדיקת סיווג הרקמות כראיה מכרעת⁴⁶ ואימוץ הגישה לפיה סירוב לערוך בדיקה יפורש לחובת המסרב, מהווים נקודת מפנה בהוכחה של תביעות

42. כפי שיוסבר להלן, פתרון זה שנקבע בפסיקה אינו מושלם ויש לשאוף להסדר חוקי שיסימך את בית-המשפט לכפות על הצדדים לערוך בדיקת אבהות. אומנם, על רקע הלכה הלומדת לחובתו של המסרב, יטו על-פי רוב הצדדים להסכים לקיום הבדיקה, ואולם בנסיבות בהם יעמוד מי מהם בסירובו, לא יישמש הפתרון שנקבע, קרי, הסקת מסקנות לרעת המסרב, ערובה מלאה לגילוי האמת. ראו בהקשר זה ע"א 335/81 פלוני נ' אלמוני, פ"ד לח(2) 530; רע"א 4898/00 פלוני נ' פלונית (לא פורסם), דינים עליון נח 814.

43. מ' הלפרין, ח' בראוטבר, ד' נלקן "קביעת אבהות באמצעות מערכת תאום הרקמות המרכזית תחומין ד (תשמ"ג) 431; ח' בראוטבר, מ' הלפרין, ד' נלקן "קביעת אבהות באמצעים אימונוגנטיים חדישים – בעיה הלכתית ורקע מדעי" אסיא ט(ב) (תשמ"ג) 6; חלק, לעיל הערה 4, מע' 134 ואילך.

44. הסתמכות מוחלטת של בית-המשפט על בדיקת סוג הדם לצורך שלילת אבהות מביע בית-המשפט בע"א 313/68 פלוני נ' פלוני, פ"ד כב(2) 1020. עקב מהימנותה הגבוהה של הבדיקה מבחינה מדעית (בשיעור של למעלה מ-99% וודאות) מסווג אותה בית-המשפט כחלק מ"ידיעת בית-המשפט", ולא כעדות מומחה. ככזו אין בית-המשפט רשאי לדחות אותה מפני עדויות אחרות. למרות שניתן היה עקרונית לבסס אף קביעה פוזיטיבית על ממצאי בדיקת סוג הדם, נמנע בית-המשפט בישראל להכיר בכך. ראה חלק, לעיל הערה 4, בע' 113-114.

45. עוד בהקשר זה ראו S.M. Cretney & J. M. Masson *Principles of Family Law* (5th ed., 1990) 496-498; D. Kaye "DNA Paternity Probabilities" 24 *Family L. Quarterly* (1990) 279; C. L. Blakesley "Scientific Testing of Paternity: Some Controversy and Key Issues for Family Law Counsel" 57 *La. L. Rev.* (1997) 379; Phillips, *supra* note 28; Le Ray, *supra* note 28; H. Faust "Challenging The Paternity of Children Born During Wedlock: An Analysis of Pennsylvania Law Regarding the Effects of the Doctrines of Presumption of Legitimacy and Paternity By Estoppel on the Admissibility of Blood Tests to Determine Paternity" 100 *Dick. L. Rev.* (1996) 963.

46. מימצא של בדיקת סיווג רקמות יהווה ראיה מכרעת, המתגברת על עדויות הצדדים והראיות שהובאו על-ידם, ועל התרשמות בית-המשפט מהן (ע"א 417/80 פלוני נ' פלונית, פ"ד לז(3) 15; ע"א 335/81 פלוני נ' אלמוני, פ"ד לח(2) 530), ובלבד שהבדיקה קוימה כהלכה ואין חשש לטעות (ע"א 2558/91 פלונית נ' פלוני, פ"ד מז(2) 8). על הזהירות המתחייבת בהסתמכות על בדיקות האבהות השונות, ראו חלק, לעיל הערה 4, בע' 149-146; C. L. Blakesley "Scientific Testing of Paternity: Some Controversy and Key Issues for Family Law Counsel" 57 *La. L. Rev.* (1997) 379; D. Kaye "DNA Paternity Probabilities" 24 *Family L. Quarterly* (1990) 279.

אבהות.⁴⁷ יתרונה הבולט של הבדיקה הוא כמובן רמת וודאותה, העולה על השיעור הנדרש להוכחה במשפט אזרחי, והאפשרות להכריע באמצעותה באופן פוזיטיבי בשאלת האבהות. הבדיקה מייצרת, במידה רבה, את הצורך בחקירות הצדדים, בהבאת ראיות ועדים שיש בהם כדי לפלוש לצנעת חייהם של הצדדים, ובפגיעה בכבודם, בייחוד זה של האשה. בית-המשפט חוכך בדעתו האם ניתן לכפות על עריכת הבדיקה ומכריע בשלילה.⁴⁸ בהיעדר הוראה חוקית, המסמיכה את בית-המשפט להורות על עריכת הבדיקה ונוכח הפגיעה הכרוכה בכפייתה,⁴⁹ לא רואה עצמו בית-המשפט מוסמך אלא להציע לצדדים לקיימה. מקום בו הוצע לבעל דין לערוך את הבדיקה והוא סירב, בלא שנתן טעם הגיוני לסירובו, וטיבה של הבדיקה הוא כזה שיש בו כדי להכריע ברמת וודאות גבוהה את הסוגיה שבמחלוקת, "רשאי בית-המשפט להסיק מסירובו של אותו בעל דין משום ראיה, שיש בה כדי להכריע לרעת המסרב בספק המתעורר אצלו בעניין קביעת אבהותו".⁵⁰

4. הכרה בזכויות הקטין – מניע לשינוי המגמה

נראה, כי ההכרה ההולכת וגוברת בזכויותיהם של קטינים ושינוי גישתו של בית-המשפט לעניין מעמדו של הילד בהליך השיפוטי, הובילו אף הם לאימוץ הלכת

47. השופט אלון, מפיו ניתן פסק-הדין בעניין שרון נ' לוי, סבור כי אין מדובר בשינוי ההלכה שנקבעה בע"א 407/60, לעיל הערה 8, אלא בסוגיה שונה. יזכור, כי בפרשה זו קבע בית-המשפט, שלא ניתן להסיק דבר מסירובו של הנתבע להיבדק בבדיקת סוג דם. לגישת אלון, לאור טיב הבדיקה שם – בדיקת סוג דם, שכל שניתן ללמוד ממנה באותו מועד היה שלילת אבהות ולא חיובה, לא יכול היה בית-המשפט ללמוד מן הסירוב דבר לרעת המסרב. לגישתו, נוכח אופייה של בדיקת סיווג הרקמות, שיש בה כאמור לקבוע ממצא פוזיטיבי בנוגע לאבהות, רשאי בית-המשפט להסיק מסקנה מן הסירוב. עם כל הכבוד, אני נוטה שלא להסכים עם השופט אלון. לעניות דעתי, זו סטייה מן ההלכה שנקבעה בע"א 407/60. קיים אמנם שוני בין סוגי הבדיקות, המכתיב התייחסות שונה לעניין משקלו של הסירוב, ואולם הסירוב להיבדק, כשלעצמו, אומר דרשני, שהרי אם סבר הנתבע כי הוא אינו האב לא היה יכול לצאת חסר מן הבדיקה ולכלל היותו להרוויח מקיומה. אם טענתו נכונה, אפשר שהיתה מלמדת, כי הוא אינו האב. אפשר שמשקל הראייה הנלמדת מסירוב להיבדק בבדיקת סוג דם אינה שווה למשקלה בבדיקת סיווג הרקמות, ואולם נראה כי אין מדובר באותה גישה אלא בסטייה מהקן שהותווה שם.

48. עניין שרון נ' לוי, שם, בע' 755. לדיון בהלכת שרון נ' לוי ולהשוואת המשפט המקובל למשפט העברי ראו D.I. Frimer "Medical Examination by Order of the Court and the Right to Privacy: The Common Law and Jewish Law Experiences" 17 *Is. L. Rev.* (1982) 96.

49. כפייתה של בדיקת דם, יש בה משום פגיעה בחירות הפרט, באוטונומיה שלו על גופו ובכבודו. ראו בהקשר זה באופן כללי, בג"צ 355/79 קטלן נ' שרות בתי הסוהר, פ"ד לד(3) 294; ע"א 506/88 שפר נ' מ"י, פ"ד מח(1) 87, 115. מעמדן של חירויות היסוד בשיטת המשפט הישראלית חייב, עוד לפני קבלת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כי פגיעה בהן תעשה על-פי הסמכה בחוק, ראה בג"צ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לז(3) 337. לביקורת על הסדרים המקנים סכמות כפייה, ראו R. Frank "Compulsory Physical Examination for Establishing Parentage" 10 *Int. J. of L. and the Family* (1996) 205, 214-215.

50. עניין שרון נ' לוי, לעיל הערה 7, בע' 756.

שרון נ' לוי⁵¹ בית המשפט מסביר, כי התוצאה לפיה סירובו של נתבע לערוך בדיקת סיווג רקמות תישקל לרעתו, מתחייבת מן ההכרה בזכותו של קטין לדעת מיהו אביו, ולצורך מציאת מי שחייב יחד עם אמו בפרנסתו.⁵² התמורה שהתרחשה בהקשרם של ההליכים לבירור אבהות צאצא שנולד לפנויה, לפחות ברמה ההצהרתית, מתמצה יפה בדבריו הבאים של השופט מצא⁵³:

“קביעת אבהות היא עניין שקשה להפריז בחשיבותו, הן לאיש והן לאישה הנוגעים בדבר והן לילד, המבקש וזכאי לדעת אם איש זה, שאמו טוענת כי הוא אביו, אכן הינו אביו. לפני, בטרם עמדו לרשותם אמצעי הבדיקה המצויים כיום, נטו בתי המשפט להתייחס לתביעת אישה שעניינה אבהות בזהירות ואף בחשדנות, ולפיכך ראו להחמיר עם האישה התובעת... בגישה זו, ובהתחשב באמצעי הבדיקה העומדים עתה לרשותנו, כבר חלה תמורה מסוימת... אכן עיקר הדאגה לפני היתה נתונה לנתבע... ואילו עתה מוטל עלינו, כל אימת שהננו נדרשים להכריע בעניין של אבהות, לראות לנגד עינינו גם את עניינו של הילד שהורתו מהווה סלע המחלוקת. במה דברים אמורים? במידת הגמישות בעניינים שבסדרי דין שבית המשפט רשאי להתיר לעצמו בבירור הליכים כאלה. הכרעה בנושא של אבהות הינה גורלית לילד הנוגע בדבר. בהליך כזה, לרוב, אין הילד נראה וקולו אינו נשמע, אך עניינו צריך שיימצא לנגד עיני השופט” (ההדגשות שלי – ר’ ז).

מגמה זו הגיעה לשיאה בפסק-דינו של השופט חשין, שניתן במסגרת ע”א 3077/90 **פלונית נ' פלוני**⁵⁴. קטינה, שנולדה לאם מוסלמית מיחסים עם גבר מוסלמי ללא נישואין, ביקשה, כי בית-המשפט יצהיר על אבהותו ויחייבו במזונותיה. לפי הדין המוסלמי, בהעדר קשר נישואין לא מיוחס הצאצא אחר אביו. בית-הדין השרעי, לו נתונה ברגיל הסמכות הייחודית לדון בענייני אבהות ומזונות של מוסלמים, דחה את התביעה בהעדר עילה. בית-המשפט המחוזי אליו פנו האם והבת בשלב שני, דחה את תביעתן בשל חוסר סמכות. במהלך מפורט, אליו הצטרפו ששת שופטי ההרכב המורחב, מקבל השופט חשין את ערעורן תוך שהוא מכיר בקיומה של “אבהות אזרחית”, הנקבעת על-פי מבחן הטבע (מבחן ההולדה) והמצויה בסמכותו של בית-המשפט האזרחי. קביעתו של השופט חשין מהווה נדבך נוסף

51. בשנים האחרונות מסתמנת הכרה הולכת וגוברת בזכויות הקטין. על אף שתהליך זה טרם הושלם וגיבושו הסופי טרם נקבע, ניכרות כבר עתה השפעותיו בהכרעות הנוגעות לקטינים. בהקשר זה ראו, בין היתר, בג”צ 5227/97 **דויד נ' בית-הדין הרבני הגדול בירושלים**, דינים עליון נה 153; ע”א 2266/93 **פלוני נ' פלוני**, פ”ד מט(1) 221, 232; דנ”א 7015/94 **י”מ נ' פלונית**, פ”ד נ(1) 48.

52. “ואנו, כבית-דין, שהוא אביהם של קטינים, מצוים אנו על כך כדי לקיים בידו של הקטין זכותו היסודית לדעת מיהו אביו מולידו, ומיהו – בנוסף על אמו – הורו מפרנסו” (עניין **שרון נ' לוי**, לעיל הערה 7, בע’ 757). כמו כן ראו את דברי השופט שמגר בע”א 5942/92 **פלוני נ' אלמוני**, פ”ד מח(3) 837, הקובע, בע’ 844, כי “הקטין רשאי אפוא לפעול לשם שמירה על כבודו למען ברור מוצאו, ובכך כשלעצמו אין כדי לפגוע באחר... באיזון בין הזכויות גוברת זכותו של הקטין, אשר עלול להיות לחלוטין משולל זכות לכבודו ולטובתו ועלול להיפגע חמורות בזכויותיו...”

53. ע”א 2558/91 **פלונית נ' פלוני** מז(2) 8, 18.

54. לעיל הערה 17.

בשינוי יחסו של בית-המשפט לקטינים, מגמה המשפיעה, כך נראה, על עיצובו של הדין בסוגיית קביעת האבהות, וההורות בכלל.⁵⁵ בפסק-דין, הקורא תגר על הדין האישי ועל הדין הפוזיטיבי בכלל, מקים השופט חשין זיקת הורות, שאינה מוכרת על-פי הדין החרות. בכך מסיר השופט מכשול מהותי ומאפשר לקטינה לנהל תביעת אבהות ("אבהות אזרחית") בפני בית-המשפט האזרחי. השופט אמנם אינו מפרט מהם האמצעים שעומדים לרשות הקטינה להוכחת האבהות, אך במשתמע ניתן להניח, כי אלו הם דרכי ההוכחה האזרחיות.⁵⁶ הדגש שנותן השופט חשין לזכויותיה של הקטינה מכוח משפט הטבע ולפרקים מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, מעצב את הכרעתו. השופט חשין מבסס על מקורות אלה את זכותה של הקטינה לברר מיהו אביה. מזכות זו הוא גוזר במישרין את זכאותה של הקטינה לסעד, קרי, אפשרות לנהל תביעה שבמסגרתה תוכלנה להתברר שאלת האבהות ודרישת המזונות. הצהרת כוונות ברוח זו עשויה להשפיע באופן ניכר על עיצובו של הדין בשאלת דרכי הוכחת האבהות,⁵⁷ הסמכות⁵⁸ וכיוצא באלה. תוכנו של דין זה, ניתן לשער, על-פי המגמה שמשרטטת ד"ר הלפרין-קדרי, יהיה אזרחי, באופן שינתק את ככליו מן הדין האישי.⁵⁹

5. חולשתו של ההסדר הקיים

ואולם בכך לא הגענו אל המנוחה ואל הנחלה. הפתרון שהותווה בפרשת שרון נ' לוי, המאפשר, כאמור, ללמוד מסירובו של האב הנתען להיבדק בבדיקת אבהות, אינו נקי מבעיות. בית-המשפט קובע, ובצדק, כי בהעדר חקיקה אין בסמכותו לכפות דה פקטו על הצדדים להיבדק. קרי, בידי בעלי הדין הזכות לסרב להיבדק, כך שהחלטה הסופית נתונה לרצונם. קושי יתעורר כאשר יעמוד בעל דין (ויהיה זה לרוב הנתבע) בסירובו ולא יאות להיבדק, על אף מוראה של חרב האיום הראייתית. אכן, במרבית המקרים ימהר הנתבע להיבדק, שכן מעריכתה יוכל רק להרוויח. שהרי, אם הוא אינו האב, הבדיקה תאשש זאת והוא יופטר מחיוביו. אם יתברר כי הוא האב, יוכרע הדין בדומה להכרעה שהיתה מתקבלת במילא לנוכח סירובו להיבדק. השכל הישר מלמד, כי מבין שתי החלופות, הצהרתו כאב על בסיס ממצא וודאי, או הצהרתו כאב על בסיס הערכה ראייתית מסתברת, יעדיף בעל הדין את הראשונה. אם כן, מטבע הדברים, במרבית המקרים תוכרע מחלוקת בסוגיית האבהות על בסיס בדיקת מעבדה. יוער, כי מקום בו הביעו הצדדים את הסכמתם

55. יש מי שרואה בפסק-הדין נדבך בתהליך רחב וכולל הרבה יותר של יצירת דיני משפחה אזרחיים. בהקשר זה ראו ר' הלפרין-קדרי, לעיל הערה 12.

56. כפי שראינו לעיל, טרם התגבש, בשאלת ההורות, דין אזרחי קוהרנטי וברור, המנותק מן הדין האישי. נראה, כי פסיקתו של השופט חשין עשויה לסמל את יריית הפתיחה בתהליך עיצובו של דין אזרחי (פסוק) עצמאי וכולל.

57. כפי שנעשה בעבר במסגרת עניין שרון נ' לוי, כאשר בית-המשפט קבע, כי ניתן ללמוד לחובתו של מי שמסרב להיבדק בבדיקת תאום רקמות.

58. בדומה להכרעה בע"א 3077/90 פלוגית נ' פלוגי, לעיל הערה 17, להקנות סמכות לבית-המשפט בתביעה בין בעלי דין מוסלמים.

59. הלפרין-קדרי, לעיל הערה 12. וראו גם א' רוזן צבי "חוקי היסוד והשפעתם על דיני המשפחה בישראל" דת ליברליזם משפחה וחברה – אסופת מאמרים (א' פורת עורך, תשס"א) 363.

להיבדק, ובהעדר כל חשש לפגיעה בקטין כתוצאה מההחלטה האמורה, אין מקום להיזקק להתדיינות שיפוטית. על רקע זה מפתיעה הוראת חוק מידע גנטי, תשס"א-2000, לפיה מאז כניסתו של החוק לתוקף בדצמבר 2001, לא ניתן עוד לפנות לעריכת בדיקת אבהות ללא צו של בית-משפט.⁶⁰

ברם, יש והשכל הישר אינו גובר. מקום בו עמד בעל הדין בסירובו להיבדק, אפשר שהוא יוכרז כאב מבלי שיהיה בהכרזה זו כדי לשקף את האמת העובדתית. פרשה המגלמת חשש זה מתגלגלת בבתי-המשפט בימים אלה. בפרשת **בוהדנה**⁶¹ הגישה האם תביעת אבהות בשמה ובשם בתה הקטינה. במהלך בירור התביעה התברר, כי הנתבע הינו אחד משני גברים עימם קיימה האם יחסים במועד הרלוונטי. לאורך בירור התביעה, עמד הנתבע בסירובו לעבור בדיקת אבהות, מטעמים שפורשו על-ידי בית-המשפט כטעמי נקמנות.⁶² בית-המשפט המחוזי למד מסירובו לרעתו והכריז עליו כאב.⁶³ האב הנטען ערער ובית-המשפט העליון הורה להשיב את התביעה לבירור נוסף, בפני בית-המשפט לענייני משפחה, הפעם תוך הבטחת ייצוג נפרד לקטינה.⁶⁴ לגישת בית-המשפט העליון, שנאמרה ברמז בלבד, זכויותיה הנפרדות של הקטינה, ובהן הזכות החוקתית לברר זהותו של אביה, לא זכו להישמע כראוי. בהכרעה ראשונה מסוגה, קבע שופט בית-המשפט לענייני משפחה אליו הוחזר התיק, השופט אסולין, כי בידיו סמכות להורות על בדיקת אבהות בניגוד לרצונו של האיש, וזאת באמצעות נטילת דגימת רירית מחלל הפה.⁶⁵ את מקור הסמכות מזהה בית-המשפט בסעיף 8(א) לחוק בית-המשפט לענייני משפחה, המסמיך את בית-המשפט לפעול בדרך הנראית לו הטובה ביותר לעשיית צדק,

60. חוק מידע גנטי, תשס"א-2000, ס"ח 62, סעיף 3(ד). הוראה מתמיהה ומרחיקת לכת זו פוגעת ללא הצדקה בחירות הפרט ויוצרת הכבדה וסרבול מיותרים על מערכת בתי-המשפט. בהקשר זה ראו עוד להלן. הצעה לתיקון הוראת סעיף 3(ד), שהוגשה על-ידי חברת הכנסת יהודית נאות (הצעת חוק מידע גנטי (תיקון – בדיקה גנטית להורות), תשס"א-2001) הוסרה מעל סדר היום של הכנסת, בתאריך 14/11/01.

61. ע"מ (ב"ש) 121/99 **בוהדנה נ' פלונית**, פ"מ תשנ"ט(2) 169.

62. בהתייחס לסירובו להיבדק, אומר האב הנטען: "כשם שהיא עשתה לי, אז אני רוצה שהיא תחיה בספק אם אני האבא או לא האבא" (**שם**, בע' 173).

63. בניגוד לדעתו החולקת של השופט הנדל. על אף שהנמקתו הראייתית של השופט הנדל נראית משכנעת (ראו **שם**, בע' 175-179), תוצאתה קשה מבחינת טובת הקטינה. לפי עמדתו תיוותר הקטינה בלא שהוכרז על אביה, ממנו תוכל להיפרע למזונותיה. ברי, כי תוצאה לפיה יוכרז פלוני כאב מבלי שהדבר הוכח בוודאות גבוהה קשה היא מבחינת טובת הקטינה, כפי שהוסבר, אך קשה שבעתיים תוצאה לפיה נותרה תביעתה ללא כל מענה. בנוסף, אין להתעלם מהשפעתה העקיפה של פסיקה ברוח זו, שתשמש תמריץ שלילי לעריכת בדיקות אבהות ותחזיר אותנו למצב שקדם להכרעה בפרשת **שרון נ' לוי**, לעיל הערה 7. אין להתעלם במקרה זה מ"אשמתו" של האב הנטען, שיכול היה להביא את התביעה לידי סיומה המהיר והוודאי בפשטות רבה.

64. רע"א 4898/00 **פלוני נ' פלונית**, לעיל הערה 42: "אנו סבורים שכבר מלכתחילה המשיבה השניה [הקטינה] זכאית לייצוג נפרד עקב אינטרסים שאינם זהים בינה לבין אמה; כך, למשל, קיים אינטרס נפרד של הקטינה לדעת מי אביה, אינטרס שיש לו משמעות חוקתית... מטעם זה הצענו לבעלי הדין למנות לקטינה אפוטרופוס אד-ליטם ולהחזיר את העניין לבית-המשפט לענייני משפחה על מנת שיאפשר לאפוטרופוס לטעון טענות ולהביא ראיות כפי שהדבר ייראה מבחינת האינטרס של הקטינה".

65. בש"א (ב"ש) 2618/01 **פלונית נ' אלמונית** (לא פורסם).

ובסמכותו הטבועה של בית-המשפט להורות על הבאת ראיות לצורך ברור התביעה שלפניו. בית-המשפט קובע, כי זכויותיו של האיש אינן מצדיקות הימנעות מהפעלת הסמכות, לנוכח הפגיעה המצומצמת הכרוכה בנטילת דגימה מריירת הפה. בכך מאבחן בית-המשפט מן האיסור הקיים ביחס לכפיית בדיקת דם, שהיא פולשנית יותר במהותה. זכותה של הקטינה לכבוד, המשמיעה היענות לזעקתה לדעת מיהו אביה, קובע בית-המשפט, עדיפה על פני זכותו של האיש שלא לדעת יותר מכפי שהוא מבכר לדעת ועל פני הפגיעה המצומצמת בגופו. הכרעתו של בית-המשפט מהווה פתרון רצוי למצוקה אליה נקלעה הקטינה בנסיבותיה הייחודיות של הפרשה. נראה כי מוצדק לאבחן את ההלכה שקבעה, כי לא ניתן לכפות עריכת בדיקת אבהות, בהקשרה של נטילת דגימת רירית הפה, לנוכח מידת פולשנותה ופגיעתה המוגבלת בשלמות הגוף, אם כי ראוי היה שהסמכות לכך תקבע בחוק. על החלטתו של בית-המשפט הוגשה בקשת רשות ערעור לבית-המשפט המחוזי, ונראה כי אם יעמוד האיש במריו ויסרב לערוך בדיקת אבהות, תתגלגל הפרשה שוב לפתחו של בית-המשפט העליון. לא נותר לנו אלא להמתין למוצא פיו. אם יתקבלו הדברים כהלכה יתכן כי ימצא לנו פתרון נאות לבעיה שנוותרתה כתוצאה מאימוץ הלכת שרון נ' לוי.

ואולם, כל עוד לא אומצו הדברים כהלכה, ראוי להזכיר, כי הכרזה של הנתבע כאבי הצאצא, כאשר הנתבע עמד בסירובו ונמנע מעריכת בדיקת אבהות, עלולה לפגוע בזכותו של צאצא לברר עד תום את זהות אביו הביולוגי. אומנם, הצאצא אינו נפגע בזכותו למזונות, שכן מי שנקבע בפסק הדין כאביו יחויב לשאת במזונותיו, אך בכך אין כמובן כדי למצות את זכויותיו. לנוכח הספקות העלולים להמשיך ולכרסם בצדדים יקשה עליהם לקשור יחסי קרבה. הצאצא עלול לסבול מהעדר אהבת אב ולהיפגע רגשית מחוסר הוודאות. חוסר המידע כשלעצמו, עלול לפגום בו, למשל, בהקשרים רפואיים. אי-הוודאות פוגעת בכבודו, בזכותו למימוש עצמי ובאוטונומיה שלו.

למצב קשה זה קיים פתרון אחד בלבד⁶⁶: הסמכת בית-המשפט^{66א} להורות, במקרים המתאימים לכך⁶⁷, על עריכתה של בדיקת אבהות, וקביעת אמצעים להבטחת הפעלתה האפקטיבית של הסמכות⁶⁸. נוסף אף אנו את קריאתנו לקריאתו

66. שימוש בדוקטרינת הנזק הראייתית כפתרון לנסיבות בהן לא ניתן להוכיח אבהות בשל סירובו של נתבע להיבדק, פתרון עליו מצביע השופט הנדל בפרשת **בוהדנה (לעיל)** הערה 61, מע' 180 ואילך), אינו מספק. אפשר, ואיננו מביעים דעה לגופה של הדוקטרינה, שצאצא שנמנע ממנו להוכיח תביעת אבהות בשל סירובו של הנתבע להיבדק, יוכל להיפרע ממנו כספית באמצעות תביעת רשלנות שיגיש. ואולם דרך זו לא רק שסובלת מסירובו וכרוכה בעלויות מיותרות (שהרי תביעה כזו תוכל להתברר רק לאחר כישלונה של תביעת האבהות), אלא שאינה מובילה לתוצאה המיוחלת – בירור וודאי בשאלת זהות האב.

66א. בין אם על-ידי קביעת מקור סמכות מפורש בחוק, ובין אם על-ידי קביעה שיפוטית לפיה מוסמך בית-המשפט להורות על עריכתה של בדיקת אבהות, תוך נטילת דגימה מריירת הפה.

67. לאחר שהורם נטל ראייתי הקושר את האב הנטען לתביעה.

68. לסקירת ההסדרים השונים לכפיית בדיקת אבהות, ראו R. Frank "Compulsory Physical Examination for Establishing Parentage" 10 *Int. J. Of L. and the Family* (1996) 205, 214-215.

של בית-המשפט,⁶⁹ ונקווה כי המחוקק יישמע לה, בחלוף עשרים וחמש שנים מאז ניתנה הלכת שרון נ' לוי, ובהתברר חדלונה נוכח המציאות.

ד. הוכחת אבהות לגבי ילד שנולד לאשת איש כתוצאה מקיום יחסי אישות

1. עיצוב הדין האזרחי בהשפעת ההלכה

על פניו, הדיון שנפרש לעיל יכול היה להתאים אף במקרה של בירור תביעת אבהות, בנסיבות שבהן נטען, כי צאצא שנולד לאשה נשואה, נולד כתוצאה מקיום יחסי אישות עם מי שאינו בעלה. מושג ההורות הטבעית יכול היה לשמש גם בהקשר זה, שהרי בשני המקרים מדובר בהורות שהיא תוצאת יחסי אישות, האמורה להיקבע על-פי מבחנים ביולוגיים-אובייקטיביים.⁷⁰ ואולם "עגנת הממזרות", שמקורה בהלכה, פועלת לעיצובו העקיף של הדין החל בנסיבות אלה.

כפי שצוין, המשפחה, לפי ההלכה היהודית, הינה יחידה ביולוגית ולא משפטית. קרי, אב הוא מי שהביא להולדתו של הצאצא אף אם אינו נשוי לאם, ואף אם הייתה האם נשואה לאחר.⁷¹ ואולם נוכח קיומו של מושג הממזרות, הפוסל כממזר צאצא שנולד לאישה נשואה שלא מבעלה, ובמטרה למנוע בדיעבד את תוצאתה החמורה של הממזרות,⁷² הוחלו כללי הוכחה שונים מאלה המוחלים בנוגע לאבהות צאצא שנולד לפנויה.

ישאל השואל, מה רלוונטיות יש להכרזת הממזרות על קביעת האבהות? כפי שצוין, סוגיית האבהות מצויה בסמכותו של בית-המשפט האזרחי והיא אמורה להיות מוכרעת על-פי הדין האזרחי. הכרזת ממזרות מצויה בסמכותו הבלעדית של בית-הדין הרבני והיא מוכרעת על-פי הדין האישי. על-אף שמדובר בשתי סוגיות נפרדות, המוכרעות בפני ערכאות שונות ועל-פי מערכות דינים שונות, חושש בית-המשפט האזרחי, כי הזיקה ההדוקה הקיימת בין השאלות תוביל לכך שלהכרעתו בסוגיית האבהות תהא השפעה על הכרעת בית-הדין בשאלת הממזרות. קרי, קביעה כי אבי הצאצא אינו הבעל, המסתמכת על ראיות שמהימנותן אינה ניתנת לערעור,

69. "בית-משפט זה פנה למחוקק עוד לפני כעשרים שנה בדבר הסדר מכלול השאלות הכרוכות בהוכחת אבהות... דומה שאין מקום לספק כי מן הראוי ומן הרצוי שבית-המשפט יהא רשאי לחייב את בעלי הדין לעריכת הבדיקות... במידה ואין בהם חשש של פגיעה בבריאותו של הנבדק" (שרון נ' לוי, לעיל הערה 7, בע' 758).

70. ברי, כי תוצאה זו כשלעצמה אינה מחויבת מלכתחילה, אלא היא תוצאת יישומו של הקן המתווה ברוח המשפט העברי. תוצאה אחרת אפשרית לפי שיטות המשפט הזרות. ראו להלן דיון במושג אי-הלגיטימיות.

71. הוכחת אבהות מי שאינו הבעל, כפי שיוסבר, אינה פשוטה, ואולם עד כמה שאבהות האחר הוכחה, יחשב האחר אב וישא בכל החיובים. הצהרת הקטין כממזר אינה פוגעת כפי הנראה בזיקתו לאביו הביולוגי ובחיוביו של זה כלפיו: שרשבסקי, לעיל הערה 21, בע' 396; מ' שאוה הדין האישי בישראל (מהדורה רביעית, תשס"א, כרך א) 267. עוד בהקשר זה ראו פסק-דין של בית-הדין הרבני תל-אביב-יפו 2226/תשי"ד, פד"ר א 145, הסוקר, בע' 154-157, את העמדות השונות בנוגע לחיוב מזונות ממזר.

72. החמורה שבתוצאות היא הקביעה כי הממזר פסול לבוא בקהל ישראל, קרי, אינו יכול להינשא הלכתית אלא לממזרת או לגיורת. ראו שרשבסקי, לעיל הערה 21, בע' 351-353.

תוביל את בית-הדין הרבני להכריז על ממזרות הצאצא. בהתאם לקו זה, הטמיע בית-המשפט, בעצבו את הדין בשאלת אבהות צאצא אשת איש, את הקונספט ההלכתי.

2. חזקת אבהות הבעל

נוכח החומרה הנובעת מהכרזתו של צאצא כממזר, ונפקותו של הפגם הנובע ממעשה הוריו, הומרו מבחני ההוכחה הרגילים בכללים המקשים על הוכחת אי-אבהותו של הבעל. ההלכה, ובעקבותיה בתי-המשפט האזרחיים, אימצו את החזקה לפיה ילד שנולד לאשה נשואה נולד לה מבעלה, המשתקפת בחזקה בדבר "רוב בעילות אחר הבעל".⁷³ מטרת חזקה זו לייחס את הילד לבעלה של האשה ולהכשיר את מעמדו.⁷⁴ כדי לממש מטרה זו נקבע לחזקה בהלכה ערך ראייתי מוגבר והיא ניתנת לסתירה רק בהבאת ראיה השוללת כל אפשרות של הבעל להיות אבי הילד.⁷⁵ חזקה זו אינה ניתנת לסתירה על-ידי טענה סתמית של האם, כי הילד אינו מבעלה,

73. חלק, לעיל הערה 4, בע' 25-30; עוד בהקשר זה ראו ח' כהן "דין אמת לאמיתו" גבורות לשמעון אגרנט (תשמ"ז) 35, 61.

74. בדיקת הדין בשיטות המשפט האנגלו-אמריקניות תלמד על דמיון מפתיע לעמדת המשפט העברי. ה-common law, ובעקבותיו המשפט האמריקני, החילו חזקת אבהות, המניחה כי ילד שנולד במסגרת הנישואין הינו ילדו של הבעל והיקשו מאד על סתירתה. כך, רק במקרה של חוסר אפשרות לקיום יחסי מין, בשל העדר נגישות או אי-אונות, ניתנת החזקה להיסתר. במקרה זה יוכלו הצדדים לפנות ולערוך בדיקות לברור האבהות. ואולם, צדדים יהיו מנועים מלערוך בדיקות אלו, אם נהג הבעל בילד כבילדו. התנהגות זו יוצרת השתק, מגבשת אבהות ומונעת הבאת ראיות סותרות. בדומה לפיתוח החזקה במשפט העברי, ניתן להעריך כי היא נועדה, בראש ובראשונה, להגן על הילד מפני הגדרתו כבלתי-לגיטימי, על כל הכרוך בכך, אך בה בעת לשמר את היחידה המשפחתית ולהבטיח את חוסנה. לפי רציונל זה חסימת האפשרות לברר טענות על העדר אבהות של הבעל תבטיח את שלמותה של היחידה המשפחתית ובעקיפין אף את אינטרס הקטין, שטובתו, כך נטען, לגדול במשפחה שלמה. על רציונל זה ניתן לחלוק, שהרי ספק אם מניעת הביורור של שאלת האבהות עד תום, שהועלתה כתוצאה מספקות בנוגע לאבהות הבעל, אכן תשמר את היחידה המשפחתית. אפשר, כי התוצאה תהא הפוכה. ספקות שלא ניתן לאששם, אך בה בעת להפריכם, מטבעם להמשיך ולכרסם בלב הצדדים וסופם שיפגמו אף ביסודותיה של המשפחה. ואולם בפועל נחלש ממילא תוקפה של החזקה. שינויי העיתים הביאו, במידה רבה, להחלשות הסטיגמה הכרוכה בהעדר הלגיטימיות ונפקותה הלכה והצטמצמה. עם היחלשות הסטיגמה נשמעות טענות כנגד המשך תחולתה של החזקה, היוצרת, בנסיבות מסוימות, פיקציה בנוגע לזהות האב. קיומן של בדיקות אבהות, היכולות להכריע ברמת דיוק כה גבוהה בשאלה, הגבירו את תחושת חוסר הנוחות מן ההסדר הקיים ומפגיעתו בנוגעים בדבר – הצאצא, האב המוחזק והאב הביולוגי. כתוצאה מביקורת זו כרסמו בתי-המשפט בחזקה, בחלק מן המקרים, ואיפשרו להביא ראיות להפרכתה, אף מבלי לעמוד בדרישותיה המחמירות. וראו בהקשר זה Faust, לעיל הערה 45. עוד בהקשר זה, ראו ח' כהן, לעיל הערה 73, בע' 35, 61-62; חלק, לעיל הערה 4, בע' 34-41.

75. שיממן, לעיל הערה 3, בע' 45; שרשבסקי, לעיל הערה 21, בע' 360-366.

או על-ידי טענת צד ג, הטוען כי הוא האב.⁷⁶ הדין מאפשר לבעל, המוחזק כאב, להתכחש לאבהותו, ואולם אף השימוש באפשרות זו מצומצם.⁷⁷

3. מניעת עריכתה של בדיקת אבהות

א. מדיניות שיפוטית

בדיקת סיווג הרקמות במשולב עם בדיקת ה-D.N.A, שיש בה, כאמור, כדי להוכיח בוודאות של 100% בקירוב קיומה או העדרה של זיקת אבהות, אם תתקבל על-ידי בית-הדין הרבני כקבילה, עלולה, עקרונית, לשמש כהוכחה לסתירת החזקה. לשם כך, ועל מנת למנוע מצב בו יעשה בית-הדין הרבני שימוש בממצאי הבדיקה לצורך קביעת ממזרות, נמנע בית-המשפט מלאפשר עריכת הבדיקה. בית-המשפט חושש, כי בית-הדין הרבני, במסגרת בירור שאלת הממזרות, המצויה בסמכותו הבלעדית, יראה עצמו מחויב להתחשב בממצאי הבדיקה, אשר מהימנותה, כאמור, כה גבוהה.⁷⁸

76. פסק-דין של בית-הדין הרבני תל-אביב-יפו/226תשי"ד, פד"ר א 145; פסק-דין של בית-הדין הרבני חיפה/1529תשי"ד, פד"ר א 230; פסק-דין של בית-הדין הרבני פתח-תקווה/771תשט"ו, פד"ר ב 254; פסק-דין של בית-הדין הרבני חיפה/1755תשט"ז, פד"ר ב 119. ואולם אפשר שהודאתו של צד ג כי הוא האב, תתפוס לעניין ממון ותחייבו מצד ההודאה בירושה. ראו בהקשר זה פסק-דין של בית-הדין הרבני הגדול (י-ם) 20תשי"ז, פד"ר ג 97, 103 ובהרחבה להלן.

77. על "דין יכיר", המסדיר את אפשרות הבעל להתכחש לאבהותו, ראו חלק, לעיל הערה 4, בע' 29-26; אין די בהעלאת ספקות מצד הבעל וראו פסק-דין של בית-הדין הרבני תל-אביב-יפו/2496תשי"ב, פד"ר א 55; כך גם לא תתקבל טענה נחרצת מצד הבעל, כי זה אינו בנו, אם במהלך השנים לא העלה כל ספק, נהג בו כבנו, ואת טענת העדר האבהות העלה לראשונה בשלב ניהול תביעת הגירושין, ראו בהקשר זה שם. כמו כן ראו פסק-דין של בית-הדין הרבני ירושלים/218תשי"ג, פד"ר א 122; פסק-דין של בית-הדין הרבני חיפה/1529תשי"ד, פד"ר א 230; פסק-דין של בית-הדין הרבני פתח-תקווה/771תשט"ו, פד"ר ב 254; פסק-דין של בית-הדין הרבני חיפה/1755תשט"ז, פד"ר ב 119; פסק-דין של בית-הדין הרבני הגדול (י-ם) 20תשי"ז, פד"ר ג 97; פסק-דין של בית-הדין הרבני תל-אביב-יפו/1004תש"ך, פד"ר ה 346; פסק-דין של בית-הדין הרבני חיפה/4831תשכ"ה, פד"ר ז 272; פסק-דין של בית-הדין הרבני הגדול (י-ם) 77תשמ"מ, פד"ר יב 156; פסק-דין של בית-הדין הרבני פתח-תקווה/1205תשמ"א, פד"ר יב 163.

78. מעניין לציין, כי עמדתו של בית-המשפט לא היתה כה נחרצת מלכתחילה. דווקא בפסיקה מוקדמת (ע"א 447/58 פלוני נ' אלמוני, פ"ד יג 903) מוכן היה בית-המשפט, עקרונית, לשקול הבאת ראיות שיוכיחו אי-אבהותו של הבעל. באותה פרשה נדונה בקשתו של צד ג להצהיר כי הוא אבי בנם של המשיבים, שהינם זוג נשוי. בית-המשפט דחה את הערעור ואת הבקשה. הנשיא אולשן קבע, כי נוכח אופי הבקשה לפסק-דין הצהרתי, שהינה בקשה מן היושר, יש לבית-המשפט שיקול דעת המאפשר לו לשקול שיקולים כגון, המוסר הציבורי וטובת הילד. התביעה נידחתה על הסף, לא בשל החשש למימזורו של הקטין, הגם שהוא שיקול שבית-המשפט מבקש לקחת בחשבון (שם, בע' 910), אלא בשל היות הבקשה פגומה מבחינה מוסרית ובשל העדרו, לגישת בית-המשפט, של אינטרס מטעם המערער להצהרה המבוקשת. בית-המשפט אינו שולל לחלוטין את האפשרות ליתן הצהרה כי פלוני, בעלה של האם, אינו האב, כאשר מי שמבקש לברר את שאלת האבהות הוא הבעל ואינו מי ש"פשע" מוסרית, וכאשר יש בידי אינטרס לגיטימי המצדיק את ההצהרה, ואולם מבטיח כי: "אפילו במקרה כזה, כשהתובע אינו מבסס תביעתו על יסוד הפוגע במוסר הציבורי, דרכו לא תהיה סוגה

נמצא, כי על אף שבידי בית-המשפט אמצעי הכרעה חד-משמעי, שרמת וודאותו אינה מוטלת בספק, אוסר בית-המשפט על עריכת בדיקות אבהות,⁷⁹ ומונע מן הצדדים להביא ראיות להפרכת אבהות הבעל.⁸⁰ המצב בפועל הוא, כי באמצעות מדיניות בתי-המשפט במשולב עם החוק והנחיות משרד הבריאות, מוטל מעין **חסיון**, המונע בירור של זהות האב.⁸¹

בשונים, אם תהיה כרוכה הכרזה שהילד הוא ממזר. אף מהנמקות יתר השופטים עולה, כי למרות שבית-המשפט מודע לקושי הטמון בבירור זהות אבי ילד הנולד לאשת איש, אין הוא סבור כי שיקול זה הינו בלעדי, כאשר על המאזניים תלויה תביעה המגלמת אינטרס לגיטימי של התובע.

גישה חד-משמעית באשר לרצונו של בית-המשפט להעניק הגנה לילד, אשר תוצאתו של הליך משפטי המתנהל עלולה להביא למימזורו, הוצגה כעשרים שנים מאוחר יותר בפרשת **שרון נ' לוי**, לעיל הערה 7 (וראו גם ע"א 287/78 **לרר נ' קורבר**, פ"ד לר" (1) 294, שניתן זמן קצר קודם לכן). אגב אורחא, קובע בית המשפט, מפי השופט אלון, כי במקרה של חשש מימזור (כאשר בדיקת האבהות נדרשת ביחס לילד שנולד לאשה נשואה) אין להיוקק לבדיקת סיווג הרקמות ויש למנוע מן הצדדים את עריכתה. בהקשר זה מעדיף השופט אלון (**שם**, בע' 749), בניגוד לעמדה החולקת של השופטת בן עתו (**שם**, בע' 761), לדחות את אינטרס גילוי האמת על פני טובת הקטין. קביעתו אומצה מאוחר יותר כהלכה, ראשית בפסיקת בתי-המשפט המחוזיים, ומאוחר יותר בבית-המשפט העליון. ראו בהקשר זה ע"א 1354/92 **י"מ נ' פלונית**, פ"ד מח(1) 711; רע"א 553/88 **ברקוביץ נ' ברקוביץ** (לא פורסם), דינים עליון לב 63; תמ"א (ת"א) 1554/84 **פלוני נ' פלונית**, פ"מ תשמ"ז(1) 216; תמ"א (ת"א) 1279/83 **פלוני נ' אלמונית**, פ"מ תשמ"ה(3) 259; תמ"א (ת"א) 2489/86 **פלונית נ' אלמוני**, פ"מ תשמ"ט(2) 56; לעמדה אחרת ראו תמ"א (י-ם) 370/81 **פלוני נ' פלוני**, פ"מ תשמ"ג(2) 322. כמו כן ראו מ' אלון "הדין, האמת, השלום והפשרה – על שלושה וארבעה עמודי המשפט והחברה" **מחקרי משפט** יד (תשנ"ח) 269, 297. במסגרת ע"א 1354/92 **י"מ נ' פלונית** מח(1) 711, שאימץ כאמור את הלכת **שרון**, מרכז השופט אלון את קביעתו השוללת עריכתה של הבדיקה. בשולי הדברים ולאור הסתייגותו של השופט אור, **שם**, בע' 751, מותיר השופט אלון פתח עתידי לסטות מהאיסור על בדיקת סיווג הרקמות, וזאת בכפוף לנסיבות המקרה. מנוסח הדברים נראה, כי שימוש בחלופה זו יהיה נדיר. בית-המשפט נמנע, על כל פנים, מלכבול ידיו על-ידי מתן דוגמאות ולמיטב ידיעתנו עד היום לא נעשה שימוש בדברים.

79. כפי שהובהר, בית-המשפט הותיר פתח צר המאפשר חריגים, בהקשרם יתיר עריכת הבדיקה ואולם נמנע מלשרטט את גבולות החריגים, ולהשתמש בהם.

80. לכך יש לצרף את הוראת סעיף 22 לחוק מירשם האוכלוסין, תשכ"ה-1965, הקובעת כי: "לא יירשם אדם כאביו של ילד שנולד לאישה שהיתה נשואה לאדם זולתו בתוך 300 יום שלפני יום הלידה, אלא על פי פסק-דין של בית-משפט או בית-דין מוסמך". איסור הירשום בהסכמה ושלילת האפשרות לברר את טענת האבהות בבית-המשפט, משמשים יחד חומה המשמרת הצגת אבהותו של הבעל.

81. עוד על הרציונלים העומדים מאחורי עמדה זו ועל הפער שהיא יוצרת בין ה"אמת העובדתית" ל"אמת המשפטית" ראו נ' זלצמן "אמת עובדתית" ו"אמת משפטית" – מניעת מידע מבית המשפט לשם הגנה על ערכים חברתיים" **עיוני משפט** כד (תשס"א) 263; אלון, לעיל הערה 78, בע' 297; ח' כהן, לעיל הערה 73, בע' 61; מ' קורין אלדי "לשאלת הפונדקאות בישראל – הערות אחדות בשולי חוק הסכמים לנשיאת עוברים, תשנ"ו-1996" ורו"ח ועדת אלוני" **המשפט** ג (תשנ"ו) 63, 65-66; A. Maoz "Historical Adjudication: Courts of Law, Commissions of Inquiry, and 'Historical Truth'" 18 **Law & Hist. Rev.** (2000) 559, 565-570.

עריכתה של בדיקת אבהות בקטין שנולד להורים נשואים, בני כל הדתות, נאסרה בהנחיות משרד הבריאות.⁸² בחוזר שהוצא והופץ לבתי החולים, למרכזים הרפואיים ולמעבדות בארץ, נקבע איסור מוחלט על עריכת בדיקות לבירור הורות בקטינים שנולדו לאשה נשואה, אלא בהתאם לצו מפורש של בית-המשפט. בהינתן ההנחיה האמורה ובהצטרף למדיניות בית-המשפט, שלא לאפשר בדיקת אבהות בצאצאים שנולדו לאשה נשואה, הוטל דה פקטו חסיון מוחלט על בירור האבהות בנסיבות אלה. על-פי ההנחיות, האיסור חל רק במקרה שמי שלגביו מבקשים לברר את שאלת ההורות עודנו קטין. עם בגרותו ולאחר שהוסבר לו על הבדיקה והשלכותיה האפשריות, יכול היה על-פי רצונו להיבדק.⁸³

ב. הרחבה חקיקתית

ההסדר הקבוע בהנחיות הוחלף לאחרונה בחקיקה של הכנסת. למרבה הפלא, חוק מידע גנטי,⁸⁴ שעיגן לראשונה בחקיקת הכנסת את האיסור לבצע בדיקה לבירור זהות ההורה בהעדר צו בית-משפט, הרחיב את תחולתו של האיסור. בקובעה כי "לא תיערך בדיקה גנטית להורות אלא לפי צו של בית-משפט לענייני משפחה",⁸⁵ הרחיבה הוראת החוק את האיסור האמור בשני מישורים. לאור הוראה זו, האיסור אינו מצומצם למקרים בהם הצאצא נולד לאשה נשואה, ואינו מוגבל לתקופת קטינותו. באשר להרחבה הראשונה, לא ברור מהו המניע העומד ביסודה של הגבלת הבירור של שאלת ההורות בהעדר חשש לממזרות. כפי שצוין לעיל, הוראה זו, שתכליתה אינה ברורה, פוגעת בחירויות היסוד ובאוטונומיה של הפרט. הטורח הכרוך בפניה לבית-המשפט לקבלת צו כאמור, והנטל על מערכת בתי-המשפט, אינם מוצדקים. אף הרחבת תחולת האיסור על צאצאים בגירים אינה נראית מוצדקת. האם מתיימר המחוקק להגן על צאצא שבגר, הנתפס בעיני החוק כמי שמסוגל לדאוג לטובתו ולהכריע ביחס לגורלו, מפני מעשה העלול, כביכול, להוביל לפגימה במעמדו האישי? מבלי להתיימר למצות את הדיון בסוגיה נכבדה זו, נראה בעינינו כי נוסחו הגורף של הסעיף יתקשה לעמוד במבחני חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. במישור יישומה של ההוראה, ניתן להעריך, כי בתי-המשפט לא יימנעו מליתן צו לעריכת בדיקת אבהות, מקום בו אין חשש לפגימה במעמד הצאצא או מקום בו הגיע לבגרות. לפיכך, יצטמצם הדיון להלן לבדיקת ההסדר הנוהג, לפיו

82. ראו למשל חוזר מס' 38/99 (מצוי באתר האינטרנט של משרד הבריאות), המורה לגורמים הרפואיים הרלוונטיים ש"לא לבצע בדיקת הורות לקטין ללא צו מפורש של בית-משפט המורה לעשות כן". ההנחיה חלה, כלשונה על "כל בדיקת הורות לקטינים מכל הדתות ובכל סוגי הנישואים ובני זוג המקיימים אורח חיים משותף".

83. חלופה זו מודגשת אף בפסק דינו של השופט אלון בע"א 1354/92 "מ נ' פלונית, פ"ד מח(1) 711, 743, שם מציין אלון, כי "ההחלטה שלא לאשר את עריכת בדיקת הרקמות, החלטה הפיכה היא. משתגיע הקטינה לגיל בגרות תוכל היא – אם תרצה בכך – לערוך את בדיקת הרקמות לאחר שתערוך ותשקול מה טוב ועדיף מבחינתה היא – הסיכון הכרוך במעמדה האישי והחברתי באם יתגלה כי המשיב אינו אביה, או האפשרות לידעה וודאית כי המשיב הוא אביה".

84. חוק מידע גנטי, תשס"א-2000, ס"ח תשס"א 62.

85. הקבועה בסעיף 3(ד) לחוק.

מונע בית-המשפט, מקום בו מתבררת תביעת אבהות הנוגעת לקטין שנולד לאשה נשואה, הבאת ראיות שיהיה בהן כדי להוכיח אי-אבהות הבעל.

4. ביקורת על עמדת בית-המשפט

שילוב החוק, המונע עריכת בדיקות אבהות בהעדר צו של בית-משפט, עם מדיניות בית-המשפט, המסרבת, עקרונית להעניק צו המתיר עריכת בדיקת אבהות ביחס לילד שנולד לאשה נשואה, יוצר חסיון המונע למעשה בירור של זהות האב הביולוגי. תוצאתו של החיסיון מכתיבה, כי מי שהיה במועד ההתעברות בעלה של האם נחשב האב החוקי, הנושא בחיובים המשפטיים כלפי הצאצא. תוצאת החסיון, כפי שתואר בהמשך, קשה עבור כל הנוגעים בדבר – הצאצא, האב המוחזק, האב הנטען והאם – וספק אם היא מוצדקת.

ביחס למדיניותו האמורה של בית-המשפט ניתן להעלות ביקורת, המתייחסת לשני מישורים. האחד, נוגע למידת ההצדקה לחשש של בית-המשפט, כי להכרעתו האזרחית בשאלת האבהות תהא השפעה על הכרעתו של בית-הדין בשאלת הממזרות. השני, יורד לשורשו של עניין ומבקש לתקוף את הכרעתו של בית-המשפט להעדיף את אינטרס מניעת המימזור על פני בירור זהותו של האב הביולוגי.

(1) *מישור הביקורת הראשון: חשש המימזור אינו מוצדק*
ביקורת המשלבת בין המישורים מצויה בכתיבתו של פרופ' שיפמן.⁸⁶ באשר למישור הראשון, סבור פרופ' שיפמן, כי בית-המשפט האזרחי "פטור מן החשש ל"מימזור"

86. קו טיעון דומה ניתן לאתר בהסתייגותה של השופטת בן עתו, שהובאה אגב אורחא בפרשת **שרון נ' לוי, לעיל** הערה 7, ונדרתה מלהיות הלכה. ביחס לעמדה לפיה יש להימנע מלברר זהות האב במקרה בו נולד הילד לאשה נשואה, בשל חשש שהדבר יוביל למימזור, מבקשת השופטת להבהיר את הדברים הבאים:

"כשלעצמי הייתי בוחרת לא להיזקק לנושא זה כל עוד אין הכרח בדבר, והייתי מעמידה כל בית-משפט בישראל בחזקתו, שבבוא בפניו פרשה כזאת ידון בה בכל הזהירות הראויה וימצא את הדרך להגיע לתוצאה צודקת תוך שמירה על טובת הקטין. אולם לא הייתי קובעת מראש, שבתביעות מסוימות יחולו דיני ראיות שונים מאשר בשאר התביעות, או שבמקרים מסוימים יימנע בית המשפט במתכוון משימוש בראיה, שיש בה כדי לסייע בגילוי האמת" (**שם**, בע' 761).

ובהמשך:

"אגב, קביעת אבהות בבית-משפט אזרחי לא בהכרח תגרום לפסולו של הילד מבחינת הדין האישי, שהרי עניין זה הוא בסמכותם של בתי-הדין הרבניים הפועלים על פי דיני ראיות משלהם" (**שם**, בע' 761).

בדבריה המרומזים של השופטת ניתן לאתר את שני הנדבכים המתוארים. הנדבך הראשון, נוגע להנחה, כי אם תיערך, במצוות בית-המשפט האזרחי בדיקת סיווג הרקמות, ותוצאותיה ילמדו, כי הקטין אינו בנו של בעל האשה אלא בנו של אחר, יסיק בית-הדין הרבני מכך, כי הקטין הינו ממזר. השופטת מערערת על הנחה זו, שכן דיני הראיות של בתי-המשפט האזרחיים אינם דיני הראיות של בתי-הדין הרבניים. בתי-הדין הרבניים אף אינם רואים עצמם מחויבים בהכרעות עובדתיות ומשפטיות אליהם הגיעו בתי-המשפט האזרחיים. הנדבך השני, נוגע לעצם הכרעת ההתנגשות בין האינטרסים. ניתן להסיק, כי השופטת מעדיפה את האינטרס בדבר גילוי האמת, ובכל מקרה מסתייגת ממדיניות של אי-שוויון בתחולת דיני הראיות. השאיפה בכל תביעה, המתבררת בפני בית-המשפט, היא לברר את האמת ולעשות לשם כך שימוש בכל הראיות

הילד",⁸⁷ שכן סוגיית האבהות וסוגיית המזרות הינן סוגיות נפרדות, המצויות בסמכויותיהן הנפרדות של הערכאה האזרחית והערכאה הדתית, אשר כל אחת מהן פועלת בנפרד על-פי דיני ראיות שונים, והאחרונה כלל אינה רואה עצמה כפופה ל"מעשה בית-דין" שנוצר על-ידי הראשונה.⁸⁸ לשם חיזוק עמדתו, לפיה הכרעת בית-המשפט בשאלת האבהות אינה אמורה להשפיע על הכרעת בית-הדין בשאלת המזרות, ולפיכך אינה אמורה להיות מעוצבת בזיקה אליה, מביא פרופ' שיפמן דוגמה מפסיקת בית-הדין, אשר במסגרת דיון שהתברר לפניו פיצל בין קביעת האבהות לבין קביעת המזרות. על בסיס תוצאות בדיקת הדם שלפניו קבע בית-הדין לצורך הראשון ספק, שהיה בו כדי לפטור את האב מחובת המזונות, ולצורך השני – ספק שלא היה בו כדי לפסול את הילד.⁸⁹ פרופ' שיפמן מדגיש, כי אם בית-הדין נכון היה להבחין באותו דיון בין התוצאות הממוניות לבין התוצאות האיסוריות, אזי בוודאי שפיצול כזה אפשרי בין הליכים שונים המתקיימים בפני ערכאות שונות. בנוסף, מציין שיפמן את האפשרות להורות על חסיון הדיון שנערך בפני בית-המשפט, באופן שימנע הבאת תוצאותיו בפני בית-הדין.⁹⁰

עמדתו של שיפמן, כך נראה, זוכה במהלך השנים לגיבוי וחיזוק עקיף בפסיקתם של בתי-הדין הרבניים ופסיקת חכמי ההלכה. לעמדה זו שני ביטויים. האחד, משתקף בעמדתם האמביוולנטית כלפי בדיקות האבהות למיניהן וכלפי ערכן הראייתית. השני, מתבטא במאמץ הרב של בתי-הדין להימנע מהכרזה על פסלות כמזר, מאמץ המתגלם, בין היתר, באימוץ הפתרון המפצל בין שאלת המימזר לשלות הממון. הביטויים בין היתר שלובים זה בזה ויוסברו להלן.

(א) עמדת בית-הדין הרבני ביחס לבדיקות האבהות – אמביוולנטיות וחוסר עקביות

בפסיקת בתי-הדין ניתן לאתר קולות שונים ביחס למהימנותן של הבדיקות ומשקלן. התייחסות ראשונה לסוגיה ניתן לאתר בפסק דין של בית-הדין הרבני בחיפה משנת תשט"ז⁹¹ ויש בה, כך נדמה, כדי לשקף את מגוון הדעות המושמעות גם כיום. בית-הדין דוחה בקשתם של הצדדים: אישה, בעלה לשעבר המוחזק להיות האב, ובן זוגה, הנטען על-ידי השלושה להיות האב, להתבסס על ממצאי בדיקת דם לצורך קביעת אבהות האחר. נימוקי דחייתו של בית-הדין משולבים. ראשית קובע בית-הדין, כי אין בממצאי הבדיקה כדי לקבוע את אבהות האחר, ובאותן נסיבות, אפילו אין בהן כדי לשלול את אבהות מי שמוחזק להיות האב. עמדה זו מסתמכת למעשה על הנתונים המדעיים המקובלים ביחס לבדיקת סוג הדשיענה על הצרכים

המצויות בפניו. נראה בלתי סביר בעינייה, כי בית-משפט ימנע מלעשות שימוש בראיה, שעלולה להביא לתוצאה בלתי רצויה בעיניו.

87. שיפמן, **לעיל** הערה 3, בע' 45-51.

88. **שם**, בע' 45.

89. פסק-דין של בית-הדין הרבני תל-אביב-יפו 1004/תש"ך, פד"ר ה 346.

90. באשר לחסיון שמציע פרופ' שיפמן (**לעיל** הערה 3, בע' 47-48), ניתן להעריך, כי בהיעדר סנקציה, כדוגמת הוראת בזיון חמורה שתאכף בקפדנות, לא יירתע צד אינטרסנטי לפנות לבית-הדין ולחשוף את ההחלטה. שהרי הנסיון מלמדנו, כי במקרים לא מעטים מתרכזים בני הזוג במאבקם ושנאתם זה כלפי זה מעוררת עיניהם מלראות נכוחה את טובת ילדם. וראו בהקשר זה את עמדתו של השופט אלון, בע"א 1354/92 **י"מ נ' פלונית** מח(1) 711, 734.

91. פסק-דין של בית-הדין הרבני חיפה/1755/תשט"ז, פד"ר ב 119.

מהכרעה שתפסול את הצאצא כממזר.⁹⁷ על-פי קו זה נמנעים הפוסקים מלהסתמך על בדיקות האבהות לצורך פסיקת ממזרות.⁹⁸ כפי שמציין הרב אבינר בתשובה שהתפרסמה באסיא,⁹⁹ אף במקום בו מצויות בידי האב בדיקות מדעיות המוכיחות כי בן שנולד לאשתו אינו בנו, אין הילד נחשב ממזר. הוא מאזכר בהקשר זה מפסיקתם של גדולי הפוסקים בדורנו, ומציין כי "עניני הלכה אינם נקבעים על פי קני-מידה מדעיים החומקים מן העין האנושית... התורה ניתנה על דעת בני אדם, על-פי עדויות הלכתיות רגילות".¹⁰⁰ לגישת אבינר, גם לדידו של מי שסבור כי ניתן לסמוך על בדיקת האבהות כבדיקה מהימנה מבחינה הלכתית, ניתן לפצל בהכרעה, ולקבוע כי הבן אינו מיוחס אחר אביו (לעניין חובות האב כלפיו, למשל), אך אינו בגדר ממזר, שכן אפשר שנולד לאם ממי שאינו יהודי.¹⁰¹ ואכן, פתרון הפיצול משתקף בפסיקת בתי-הדין.

פסק-דין מרכזי, שניתן בהקשר זה מפי הדיין דיכובסקי,¹⁰² מלמד על אפשרות הפיצול בין שאלת הממון והממזרות. בית-הדין נכון עקרונית להסתמך על בדיקת סיווג הרקמות, גם במידה שיש בה כדי לעמוד בסתירה לדברי חכמי התלמוד.¹⁰³ בהתאם, קובע בית-הדין כי המימצאים של בדיקת סיווג הרקמות, השוללים את אבהות הבעל, מהווים ראיה שיש בה כדי להתגבר על החזקה בדבר רוב בעילות.¹⁰⁴ ואולם, נכונותו העקרונית של בית-הדין להסתמך על המימצאים האמורים לצורך מתן פטור ממזונות, אינה חלה בכל הנוגע לקביעת הממזרות. בעניין זה קובע בית-הדין: "ומכל מקום לא נטיל בילדה כתם ממזרות, שכן לגבי ממזרות קבעו חז"ל שגם אם ישנה מציאות רחוקה, כגון שילדה עד שנים עשר חודש מאז שהלך בעלה

97. לדוגמה אחת מיני רבות, המעידה על מאמץ חריג להימנע מהכרזת ממזרות, ראו פסק-דין של בית-הדין הרבני פתח-תקווה 1205/תשמ"א, פד"ר יב 163. עם זאת, ראוי לשים לב, כי על אף המגמה הכללית, להתיר בכל מקרה של חשש ממזרות, ניכר פער בין הערכאות. בעוד מפסיקת בתי-הדין האזוריים עולה, כי הם עושים כל מאמץ לבל יפסל ולד שנולד לאשת איש, מגמת ערכאת הערעור מצמצמת יותר. על אף שלרוב נמנע גם בית-הדין הגבוה מלהכריע פוזיטיבית, כי הצאצא ממזר, הוא מקל במתן פטור לאב המוחזק ממזונות, ומותיר את שאלת כשרות הוולד פתוחה – תוצאה העלולה להיות בעייתית שנים מאוחר יותר, כאשר הצאצא יבקש להינשא כדמו"י בישראל. והשוו: פסק-דין של בית-הדין הרבני הגדול (י-8) 82/תשכ"ג, פד"ר ה 97; פסק-דין של בית-הדין הרבני הגדול (י-8) 161/תשכ"ז, פד"ר ז 182.

98. לגישה שונה, המאפשרת הסתמכות על בדיקת סיווג הרקמות לצורך פסילת הילד כממזר, ראו מ' הלפרין "קביעת ממזרות ע"פ בדיקת רקמות – השלמה לדין" **אסיא** יז (תשס"א) 101, וההפניות שם.

99. ש' אבינר "קביעת ממזרות על פי בדיקת רקמות" **אסיא** יז (תשס"א) 99. עוד בהקשר זה ראו ד' פרימר "קביעת אבהות על-ידי בדיקת סוגי דם (במערכת A,B,O) במשפט הישראלי ובמשפט העברי" **אסיא** ט(ג) (תשמ"ג) 38.

100. ש' אבינר "קביעת ממזרות על-פי בדיקת רקמות" **אסיא** יז (תשס"א) 99, 100-99.
101. אולם, לפי עמדה זו על אף שנוכל להיזקק ללא חשש לבדיקת אבהות לצורך שלילת אבהות הבעל, עלול להתעורר קושי לעניין קביעת אבהות פוזיטיבית של האחר. כך או כך, מעלה הרב אבינר ספקות בנוגע למהימנותה ולאפשרות לבסס עליה הכרעה בענייני ממזרות.

102. הובא אצל ש' דיכובסקי "שלילת אבהות באמצעות בדיקת HLA" **אסיא** ט (תשמ"ג) 16. יוער, כי פרשה זו ממוספרת בכרכי פסיקת בתי-הדין הרבני באופן הבא: פסק-דין של בית-הדין הרבני אשדוד 866/תשמ"א פד"ר יג 51.

103. דיכובסקי, שם, בע' 22.

104. בקובעו שם, בע' 24: "רוב של טבע עדיף מרוב של מנהג".

למדינת הים... אין חוששים למזורות".¹⁰⁵ ומאחר שבדיקת סיווג הרקמות סיפקה בנסיבות העניין דיוק ברמה של 99.6% בלבד, ו"ישנם פרומילים בודדים המאפשרים את האבהות, על-כן לא נקבע ממזרות".¹⁰⁶ לגופו, עקב נסיבותיו החריגות של המקרה מבחינה מדעית,¹⁰⁷ והסתייגותו של הרופא שערך את בדיקת סיווג הרקמות, קובע בית-הדין, כי הילדה היא לכל דבר ועניין בתו של האיש, ולא רק לעניין הממזרות.¹⁰⁸

אפשרות הפיצול בין שאלת הממזרות (הכרזת הפסלות) לשאלת הממון אינה חדשה. עוד בשנת תשי"ד עושה בית-הדין מהלך מקביל.¹⁰⁹ בית-הדין הרבני אינו מוכן להכריז על אבהות איש, ממנו הרתה כנטען אישה נשואה, ובהתאם על ממזרותה של הבת, אך הוא מסתפק בהודאתו כי הוא האב, לצורך חיובו במזונות ולצורך זיכוי עקרוני בירושה. בית-הדין תולה בסיכוי רחוק לפיו הרתה האישה לבעלה לצורך הכשרת הבת, זאת למרות שבמהלך אותן שנים כלל לא התגוררה האשה עם בעלה אלא חיה כידועה בציבור עם האחר, ועל אף שהאם והאחר טענו כי הילדה ממנו.¹¹⁰

נימוקיהם של פוסקי ההלכה ושל בתי-הדין אינם אחידים אך מגמתם זהה – מניעת מימזור הצאצא, אף אם נדרשת לשם כך יצירת פיקציות¹¹¹ ופתרונות יצירתיים. נוכח מגמתם האמורה, ניתן להעריך, כי אין ממש בחשש שהניע את בית-המשפט העליון להימנע מלברר אבהות צאצא שנולד לאשת איש.¹¹²

105. שם, בע' 25-26.

106. ואולם בכל הנוגע למזונות, לא ניתן להסתמך על אותו סיכוי נדיר כי האיש הוא האב, ולא ניתן להטיל עליו חובת מזונות.

107. עוד בהקשר זה ראו מ' הלפרין "האפשרויות השונות להסבר הממצא החריג בבדיקת MHC ודרכי הבירור המעשיות" אסיא ט(ג) תשמ"ג 32.

108. ראוי בהקשר זה לשים במיוחד לב להערתו של הדיין אליעזרוב, שהצטרף אומנם לפסיקת הדיין דיכובסקי, אך ביקש להעיר משלו: "אבל למסקנה נראה לומר מכיוון שהבדיקה עדיין אינה ראייה חותכת במאה אחוזים וכן כאן התוצאות היו נדירות אף לפי דעתם וכן הוחזקה כבתו ורוב בעילות אחר הבעל, לא נוכל להוציאה מחזקת בתו" (פסק-דין של בית-הדין הרבני אשדוד 866/תשמ"א, פד"ר יג 51, 65). מכאן, כי אפשר שיהיה מקום להסתייג מפסיקת בית-הדין במקרה עתידי. מקום בו תוצאות הבדיקה לא יהיו חריגות ו/או במקרה בו תוצאותיה יגיעו לדיוק של 100% (תוצאה שאינה אפשרית מבחינה מדעית כיום אך לא מן הנמנע שתאפשר בעתיד), ייאלץ, בית-הדין, כביכול, על-פי רציונל זה, לסמוך עליה לצורך שלילת אבהות וקביעת ממזרות.

109. פסק-דין של בית-הדין הרבני תל-אביב-יפו 226/תשי"ד, פד"ר א 145, וראו בהקשר זה אלון, לעיל הערה 78, בע' 299.

110. מפסיקה מגוונת נוספת ניתן ללמוד, כי בית-הדין מכיר באפשרויות לפצל בין שאלת הממון לשאלת הכשרות וראו בהקשר זה פסק-דין של בית-הדין הרבני הגדול (י-ם) 20/תשי"ז, פד"ר ג 97; פסק-דין של בית-הדין הרבני הגדול (י-ם) 125/תשט"ז, פד"ר ג 194; פסק-דין של בית-הדין הרבני תל-אביב-יפו, 1005/תש"ך, פד"ר ה 346.

111. על יצירת פיקציות במטרה להתאים את הדין למציאות המשתנה, ראו ח' כהן, לעיל הערה 73, בע' 69.

112. להערכתנו, אין מקום לחשש שהביע השופט אלון (ע"א 1354/92 י"מ נ' פלונית, פ"ד מח(1) 711, 740) לפיו קביעתו של בית-הדין בהווה, כי הוא נמנע מלהכריז על ממזרות בנסיבות אלו, אינה יכולה לשמש ערובה לפסיקתו בעתיד, שכן בית-הדין אינו כפוף לתקדימו. חשש זה אינו מוצדק, שכן כפי שהוסבר, מגמתו של בית-הדין להימנע מימזור, ולהיתלות לשם כך כמעט

(2) מישור הביקורת השני: האיזון הראוי בין האינטרס לבירור זהות האב לבין חשש המימזור

מישור הביקורת השני, שיפורט להלן, יורד לשורשו של עניין ומתנגד לעדיפות המוקנית על-ידי בית-המשפט לאינטרס של מניעת המימזור על פני בירור זהות האב הביולוגי. ביקורת זו עומדת על רגליה, אף אם מישור הביקורת הקודם יידחה, קרי, אף אם נאמר, כי להכרעתו של בית-המשפט בעניין האבהות עלולה להיות השפעה על הכרעתו של בית-הדין בשאלת הממזרות.

(א) עוצמתו של אינטרס אי-המימזור

כשאלה מיקדמית ראוי לעמוד על עוצמתו של אינטרס אי-המימזור. שאלה זו מחייבת מענה שהרי עוצמתו של אינטרס אי-המימזור משליכה על תוצאת האיזון בינו לבין הזכות לבירור זהות האב. אף אם ניתן עקרונית להסכים לגישה לפיה עצם ההצהרה על פלוני כממזר, יש בה כדי לפגוע במעמדו, ומכאן כי לא ניתן להתעלם מאינטרס אי-המימזור, לא נראה כי עוצמתו מגיעה כדי העוצמה המיוחסת לו בפסיקה. השופט אלון מבקש לעמוד על המשמעות החברתית של כתם הממזרות.¹¹³ לדידו, הכרעה לפיה הבעל אינו האב, תפגע קשות במעמדו של הצאצא חברתית, אף מבלי להתייחס לממזרות ה"רשמית". ניתן לחלוק ולהעריך, כי בחוגים רחבים של החברה הישראלית בימינו, לא תלווה הכרעה כזו בגינוי או בסנקציה חברתית, ושמור הטוב ומעמדו של הצאצא לא יינזקן משמעותית. עם זאת, פן אחר שלא ניתן להתעלם ממנו, כרוך בעצם המגבלות המוטלות על מי שהוכרז כממזר מלהינשא בישראל.¹¹⁴ מגבלות אלה, על אף שניתנות לפתרון פשוט יחסית, המקובל לפחות בחלק מן החוגים, קרי, נישואין אזרחיים מחוץ לגבולות ישראל או חיים בצוותא כידועים בציבור, אינן כשלעצמן דבר של מה בכך.¹¹⁵ ואולם, אין במגבלות אלה כדי להפוך את אינטרס אי-המימזור ל"אינטרס-על" שידו על העליונה בכל המקרים ובכל הנסיבות.¹¹⁶

לחלופין, אם נקבל את העמדה כי בקביעת אי-האבהות של הבעל כרוכים פגם חברתי, בושה או גינוי, לא ברור כלל שמניעת הבירור של שאלת האבהות וחסימת הצדדים מלערוך בדיקות לבירור האבהות, מונעת פגם זה. השופט אלון חושש מהולכי הרכיל, שיעשו שימוש בתוצאות הבדיקה או בהכרעה השיפוטית, כדי לרנון ולפגוע בצאצא. ואולם, עד כמה שהפגם האמור קיים, הוא לא ייעלם על-ידי מניעת

בכל אמצעי, מושרשת עמוק בגישת ההלכה. קשה להעלות על הדעת סטייה מעמדה מובהקת זו שתחמיר עם הממזרים ה"עשוקים" על לא עוול בכפם ("דמעת העשוקים", קהלת ד, 1, מיוחסת על-פי המדרש לממזרים: חלק, לעיל הערה 4, בע' 29). הסתייגות אחת חייבת לעלות, בכל זאת, והיא נוגעת לנסיבות בהן ממצאה של הבדיקה, הקובעת פוזיטיבית אבהות, יגיעו לוודאות מוחלטת. ראו בהקשר זה לעיל הערה 108.

113. ע"א 1354/92 י"מ נ' פלונית, פ"ד מח(1) 711, 739.

114. המכירה נכון להיום בנישואין דתיים בלבד.

115. גם לגישת אלה שהפתרון מקובל עליהם דתית וחברתית, ברי כי הטרחה הכרוכה בו, ההוצאות הכספיות (בהקשרם של הנישואין האזרחיים), והחריגות מן הכלל, אינם בלתי משמעותיים.

116. הדגש בהקשרם של סכסוכי אבהות, כמו בסכסוכי משפחה בכלל, צריך להיות על בדיקה נסיבתית והתחשבות בפרטי המקרה ומאפייני הצדדים. כך למשל, יתכן שעל בית-המשפט יהיה לקחת בחשבון את הרקע החברתי-קהילתי של הצדדים, שיוכם הדתי וכיוצא באלה.

עריכת הבדיקה. ספקות, אם התעוררו בלב הצדדים בשאלת האבהות, יחלחלו, במישרין או בעקיפין, ללב הצאצא והולכי הרכיל לא יימנעו מרינונים רק בשל היעדרה של הכרעה פסוקה. לעיתים ההיפך הוא הנכון, דווקא באותם מקרים בהם החששות, שהובילו מי מהצדדים לפנות לבית-המשפט, אינם מבוססים כלל ועיקר, תימנע מהצדדים האמת המרפאה, כביכול, אמת שתוכל להתברר באמצעות בדיקת אבהות וההכרעה השיפוטית.

(ב) זכותו של צאצא לברר זהות אביו והאיוון הראוי בינה לבין אינטרס אי-המימזור לאחר שהערכנו את עוצמתו של אינטרס אי-המימזור, נפנה לבדיקת אופן האיוון ולהערכת עוצמתה של הזכות לברר את זהות האב הביולוגי. אופן הצגת הדברים על-ידי בית המשפט, מפי השופט אלון,¹¹⁷ כאילו מן העבר האחד מצוי האינטרס של גילוי האמת ומן העבר השני מצויה טובת הקטין שלא להיפגם כממזר, בעייתית.¹¹⁸ האם אין לומר, כי עצם גילוי האמת הינו נדבך בטובת הקטין?¹¹⁹ האם אין למעשה לפנינו שני אספקטים של טובתו, המחייבים איוון פנימי ביניהם?

הצגת אינטרס אי-המימזור כחלק מטובת הקטין, והעמדתו ככזה בהתנגשות עם גילוי האמת, המוצג כאינטרס בעלמא, מכתיבה את תוצאת ההתנגשות, קרי, העדפת אי-המימזור. טובת הקטין הינה "עקרון-על",¹²⁰ הזוכה למעמד איתן,¹²¹ כך שעצם

117. ובלשונו: "כאשר עומדת בפנינו שאלה, אם להעדיף את הזכות והחובה להגיע לחקר האמת על פי הבדיקה או למנוע חשש של קיפוח ופגיעה במעמדו של הילד בהיוודע דבר פסול, מן הנכון ומן הראוי להעדיף את טובתו של הקטין ולנקוט כל דרך, שחשש של ממזרות ייטמע, ואין לעשות לגילוי ולקביעתו במסמכים מאושרים וידועים" (עניין שרון נ' לוי, הערה 7, בע' 749). וראו עוד בהקשר זה ע"א 1354/92 י"מ נ' פלונית, פ"ד מח(1) 711, 748.
118. עצם השימוש במושג "טובת הקטין" בעייתי והנסיבות מדגימות היטב את הביקורת שנמתחה עליו (י' ש' קפלן "טובת הילד לזכויות הילד – ייצוג עצמאי של קטינים" משפטים לא (תשס"א) 623, 633 וההפניות שם). עקרון "טובת הילד" מעוצב על-פי השקפת עולמו של המעצב (במקרה זה השופט), והיא מושפעת משיקולים ערכיים ורתיים (שיפמן, לעיל הערה 3, בע' 241-253). להבנתנו, ספק אם ראוי לשלב בין עמדותיו של השופט או הערכאה היושבים בדין לבין התכנים שיעצבו את עקרון טובת הילד. אכן, עקרון טובת הילד אינו מכתוב תוכן קבוע והגמישות מתחייבת ממהותו, ואולם גמישות זו אין מקורה בהשקפת העולם של השופט, כי אם במהותם של העומדים לדין. להבנתנו, על השופט, כמו גם הדיין, לבחון את שאלת טובת הילד תוך התחשבות במאפייניו של הילד ושאר הנוגעים בדבר.
119. ניצנים לעמדה זו ניתן למצוא אצל שיפמן (שיפמן, לעיל הערה 3, בע' 49), שם הוא מציין כי "אין זה ודאי שטובת הילד דורשת במפגיע את טשטוש האמת" ומשרטט נסיבות בהם יהיה זה ראוי, דווקא מטעמי טובתו, לאפשר ברור של שאלת האבהות.
120. סעיף 1(3) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד (כתבי אמנה 1038, כרך 31), שאושרה בישראל ב-2/11/91, קובע: "בכל הפעולות הנוגעות לילדים, בין אם ננקטו בידי מוסדות רווחה סוציאליים ציבוריים או פרטיים ובין בידי בתי-המשפט, רשויות מינהל או גופים תחיקתיים, תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה". עוד קודם לאמנה התבסס בישראל העקרון בפסיקה וזכה למעמד מוביל, וראו בהקשר זה ע"א 209/54 שטיינר נ' י"מ, פ"ד טו(1) 241, בו מוגדר (בע' 251) עקרון טובת הילד כ"עקרון שאין למעלה הימנו". עוד בעניין זה ראו י' ש' קפלן "טובת הילד לזכויות הילד – ייצוג עצמאי של קטינים" משפטים לא (תשס"א) 623, 626. ואולם, ברי, כי אין הוא עקרון מוחלט שאין בלתו.
121. או לפחות היה בלתי-מעורער בשלב בו ניתן פסק-הדין. עם התגברות המגמה להכיר בזכויות הילד, לעיתים כעקרון מתחרה לטובת הילד, ניתן לומר כי הדברים אינם כה נחרצים. לא כאן

הצגת האינטרס האחד כחלק ממנו והשני כנוגד לו, מכתובה כמעט מאליה את תוצאת ההתנגשות לטובת הראשון, דהיינו, מניעת המימזור. העמדה מאוזנת יותר, לעניות דעתנו, מחייבת הצגתם זה מול זה במישור אחד, ובדיקת עוצמתם על-פי הנסיבות המשתנות ממקרה למקרה.

אין לשכוח, כי לאינטרס לגילוי האמת, כשלעצמו, חשיבות ניכרת, והוא אינו ניתן להסגה בקלות כה רבה מפני אינטרס אי-המימזור.¹²² כפי שמציין פרופ' ברק, משקלו של הערך בדבר גילוי האמת רב. משקלו הרב של אינטרס גילוי האמת מתבטא, בראש ובראשונה, בנקודת המוצא, והיא כי "הכלל הוא מציאת האמת".¹²³ ההימנעות מכך, בשל פגיעה בערכים אחרים "היא החריג. והחריגים הם מעטים. בית-משפט מתייחס אליהם בחשדנות. הוא ממעט להכיר בהם".¹²⁴ ברק מסכם בציינו, כי "רק במקרים חמורים ומיוחדים יהא זה לא רצוי להכיר את האמת".¹²⁵ נוסף למעמדו של אינטרס גילוי האמת, כאינטרס חשוב בכל שיטת משפט מתוקנת, אינטרס שאינו ניתן לפגיעה בקלות, יש לעמוד על חשיבותו הייחודית,

המקום להרחיב בנוגע למגמות המסתמנות בעשורים האחרונים בהקשרם של עקרון טובת הילד למול זכויות הילד. בנוגע למחלוקת מי מהעקרונות עדיף, ראו עמדותיהם החלוקות של השופטים בע"א 2266/93 פלוני נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221 והשוו, בג"צ 5227/97 דויד נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, דינים עליון נה 153; דנ"א 7015/94 ה"י נ' פלונית, פ"ד נ(1) 48.

נבקש להעיר בהקשר זה שתי הערות קצרות. ראשית, ראוי להדגיש, כי לא ניתן לנתק את הקשר בין ההכרה בזכות הצאצא לברר את זהות אביו, לבין התחזקות מושג זכויות הילד בפסיקה הישראלית ובשיטות המערב בכלל. שנית, כי לגילו של הילד ומידת התפתחותו, במועד ברור תביעת האבהות, עשויה להיות נפקות לעניין זכותו לייצוג והשמעה עצמאית בהליך. העביר ו/או להשכיר את המושכר או כל חלק ממנו לאחר, לא להרשות לאחר ולא לשתף אחר בהחזקת המושכר ו/או בשימוש במושכר ו/או בכל חלק ממנו, ולא להעניק לאחר כל זכות שהיא במושכר. השוכר מתחייב שלא לשעבד או למשכן את זכויותיו על פי חוזה זה"

לשוכר החושש מראש, בעת חתימת הח

122. תכלית המשפט היא עשיית צדק. שיטת משפט, המבקשת לעשות צדק, שואפת לגלות את האמת. שיטה כזו מבקשת לצמצם את הפער הקיים בין "האמת המשפטית" (האמת כפי שנקבעה על-ידי בית-המשפט), לבין "האמת העובדתית" (האמת כפי שהתרחשה במציאות) (נ' זלצמן "אמת עובדתית" ו"אמת משפטית" – מניעת מידע מבית-המשפט לשם הגנה על ערכים חברתיים" עיוני משפט כד (תשס"א) 263; אלון, לעיל הערה 78, בע' 271-283). לשם כך נעשה מאמץ להציג בפני בית-המשפט את מירב הראיות האיותיות, אשר יהיה בהן, במידת האפשר, כדי לשקף את המציאות לאשורה. אכן, האינטרס בדבר גילוי האמת אינו אינטרס מוחלט. אין לאפשר את גילוי האמת "בכל מחיר". בירור האמת העובדתית אינה אלא ערך יחסי. ערך זה עשוי לסגת מפני עקרונות וערכים אחרים (בג"צ 152/82 אלון נ' ממשלת ישראל, פ"ד לו(4) 449, 467). לעיתים מתעורר צורך למנוע הבאתו של מידע רלוונטי לצורך שמירתו או קידומו של אינטרס אחר, שאינו קשור להליך השיפוטי ואשר הגשתו מצדיקה מניעת המידע מבית-המשפט. על האמת במשפט, ראו ד' מנשה כבילת שקול הדעת השיפוטי בשאלות עובדתיות (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב, 2000).

123. א' ברק "על משפט, שיפוט ואמת" משפטים כז (תשנ"ו-תשנ"ז) 11, 15.

124. שם, בע' 15.

125. שם, בע' 16.

בנסיבות, לצאצא.¹²⁶ התחקות אחר זהות האב הינה בגדר זכות יסוד.¹²⁷ על אף שניתן לטעון כי הצאצא אינו יוצא חסר, שהרי מי שהיה בעלה של האם במועד ההתעברות מוכרז כאב המשפטי, אין בכך כדי למצות את מכלול זכויותיו. אכן, תחת ההסדר הנוכחי מובטחות זכויותיו החומריות, ובראש ובראשונה זכותו למזונות, ואולם בכל מישור אחר אין הוא שלם. ניתן להעריך, כי במקרים רבים אין הוא זוכה לאהבת אב, שהרי אותה לא תוכל להקנות פסיקת בית-המשפט. החסיון מפני בירור הזהות של האב הביולוגי, עלול במקרים רבים להותיר ספקות באביו המוחזק או באביו הנטען, ולעיתים בשניהם, ולפגום ביחסיו עם מי שמשמש בפועל כאביו. מקום בו יבקשו ההורים להסתיר את המצב מידיעתו, חשוף הוא לגילוי טראומטי של הסוד. אם לחלופין בחרו ההורים לחשוף בפניו את המצב, יצטרך הוא להתמודד עם חוסר הוודאות. כתוצאה מאלה עלולה נפשו להיפגע באופן חריף. הזכות לברר זהותו של האב הביולוגי נובעת ממספר זכויות חוקתיות וכרוכה בהן. מעמדן של זכויות אלה בשיטת המשפט הישראלית, באמנות בינלאומיות ובמשפט

126. מעניין להזכיר בהקשר זה שני פסקי-דין שיצאו תחת ידיו של בית-המשפט לענייני משפחה, מהם עולה החשיבות המרכזית שמקנים בתי-המשפט ורשויות המדינה לבירור האמת העובדתית ביחס לאבהות (תמ"ש (ת"א) 72470/98 פלוני נ' פלוני (מאגר נבו); תמ"ש (ת"א) 84170/98 פלונית נ' הי"מ (מאגר נבו)). דברים נחרצים אומר בית-המשפט בנוגע לברור אבהות ביחס לצאצא שנולד לפנויה, כאשר רישומו של האב הנטען מתבקש להיעשות בהסכמה, בחלוף מספר שנים מהולדת הצאצא. אומנם, בתי-המשפט מזכירים, כי לא דינו של צאצא שנולד לפנויה כדינו של צאצא שנולד לאשת איש, ואולם לא מיותר יהיה להביא מדבריהם שם, שכן נחרצותם מדברת בעד עצמה.

נסיבות שתי הפרשות דומות. אמו של צאצא והאיש הטוען לאבהות פונים לבית-המשפט בבקשה שיוורה על רישומו של האיש כאב הצאצא. על-פי הנחיות משרד הפנים, לאחר מלאת לצאצא שלוש, לא ניתן לצורך רישום האב להסתפק בהצהרת הצדדים, ועליהם לפנות לבית-המשפט לקבלת פסק-דין. אף בית-המשפט באותן פרשות אינו מסתפק בהצהרת המבקשים, ודורש כי האבהות הנטענת תוכח בבדיקת אבהות או לחילופין בראיות אחרות. במסגרת תמ"ש (ת"א) 84170/98 פלונית נ' י"מ, מנמקת השופטת פלאוט את קביעתה בציינה כי "... להצהרה זו [של ההורים בנוגע לאבהות האיש] השלכה – קריטית – לגבי גורלו של צד ג' – הקטין. ביהמ"ש אביהם של קטינים הוא, חובתו להתערב ולדאוג לכך שהרישום יסקף את המצב העובדתי הנכון והאמיתי" (פיסקה 4). בית-המשפט מרחיק לכת באותן נסיבות, בהביעו דעה, לפיה יש להעדיף את ברור האמת העובדתית אף אם תביא לערעור אבהות האיש, המשמש בפועל אביה החברתי של הקטינה: "שאלה נכבדה היא השאלה ... מהי טובת הקטינה במצב שבו יודעת הקטינה מזה שנים כי האב הנטען הינו אביה, והבדיקה תביא לממצא אחר. אין ספק כי סיטואציה זו תפגע בקטינה. ואולם, לדעתי, עדיין אין בכך בלבד להביא למסקנה כי במקרה כזה די בדיעת הקטינה (כמו בדיעת הוריה) כדי לאשר את הסכמת המבקשים ללא בדיקה נוספת כלשהי. יתכן גם כי עדיף לדעת את האמת המוחלטת בשלב זה, ולא להתבדות עוד שנים, או לחילופין להיוותר בספק". מדבריה האחרונים של השופטת ניתן להסתייג. במסגרת תמ"ש (ת"א) 72470/98 פלוני נ' פלוני קובע השופט שוחט, בדומה, כי: "טובתו של הקטין במקרה עסקינן... דורשת כי הקביעה מיהו אביו תהא אמיתית, נכונה וסופית לא רק מהבחינה המשפטית אלא, ואולי בעיקר מהבחינה העובדתית" (פיסקה 15 לפסק-הדין).

127. סעיף 7 לאמנה הבינלאומית לזכויות הילד. ראו גם סעיפים 8-9 לאמנה; ש' אלמוג זכויות של ילדים (תשנ"ז) 85. אט-אט זוכה הזכות להכרה בפסיקה הישראלית. ראו בהקשר זה, רע"א 4898/00 פלוני נ' פלונית, לעיל הערה 42; ע"א 3077/90 פלוני נ' פלוני, לעיל הערה 17; ע"א 5942/92 פלוני נ' אלמוני, פ"ד מח (3) 837, 844; עניין שרון נ' לוי, לעיל הערה 7, בע' 757.

הזר, איתן. נוסף על הזכות לכבוד, להגשמה עצמית, לאוטונומיה ולרווחה שהן מרכזיות לעניין זה, ניתן למנות, מבלי להרחיב בדבר, את הזכות לדעת, במובן של חופש הביטוי, את הזכות לפרטיות, במובן של ניהול אוטונומי של חיי המשפחה,¹²⁸ ואת עקרון השוויון (ביחס למצב הצאצא בהשוואה לצאצאים אחרים, המחזיקים במידע מלא על מוצאם). בהתאם לנסיבות, עשויות להיות לזכות נפקויות בהקשרן של הזכות לבריאות וזכות הקניין.

דגש על חשיבות גילוי האמת לגורם נוסף במערכת – האב המוחזק – ניתן למצוא בגישת פרופ' שיפמן.¹²⁹ אף בדבריו, ניתן לאתר התנגדות להכרעה המעדיפה קטגורית את אינטרס מניעת המימזור, ואולם הטעם המודגש בדבריו מתרכז באב המוחזק (הוא הבעל).¹³⁰ שיפמן מציין את הפגיעה החברתית העלולה להיגרם לילד אם יוכח, כי בעלה של אמו אינו אביו,¹³¹ ואולם הוא מבקש לשקול פגיעה זו למול הפגיעה שתגרם לבעל אשר תיוחס לו אבהות בניגוד למצב העובדתי. לגישתו, אם תובא בפני בית-המשפט ראייה המוכיחה, כי הבעל אינו האב, או שאינו יכול להיות האב, לא יוכל בית-המשפט האזרחי להתבסס על חזקת האבהות של הבעל.¹³² שיקולים שיש לשקול על מנת להימנע מפסילת הילד כממזר אינם יפים לצורך הטלת חיובים על הבעל. במובן זה, עיקר דאגתו של שיפמן נתונה לאב המיוחס והמניע להנעת גלגלי חובת גילוי האמת הינו הרצון להימנע מלהטיל עליו חיובים שאינם כדין.¹³³ ואם באבות עסקינן, יש להזכיר את הפגיעה העלולה להיגרם לאב הביולוגי. האב הביולוגי, או מי שנטען להיות האב הביולוגי, אפשר שהוא מעוניין שאבהותו תוכר, אך לעולם אינו זוכה להכרה והוא מנוע במובנים מסוימים מלממש את אבהותו. להערכתנו, עצם רצונו של האב הביולוגי להכיר באבהותו הינה "אינטרס לגיטימי" לבירור השאלה. על אף שאינטרס זה אינו מכריע בהכרח את הכף, אין לדרוש מן האב הביולוגי, לצורך ביסוס עמדתו, להוכיח קיומו של אינטרס נוסף "ממשי", כגון אינטרס כלכלי או אחר.¹³⁴

5. גמישות וזהירות בקביעת האיזון הראוי

ראוי לזכור, כי הדברים שפורטו לעיל, המצדדים עקרונית בבירור זהותו של האב הגנטי, אינם בהכרח נכונים בכל מקרה ומקרה. אפשר שנסיבותיה של מחלוקת המובאת בפני בית-המשפט, יכתיבו מניעת עריכת בדיקת אבהות. יש לבחון כל

128. בהקשר זה ניתן להזכיר אף את זכות ההורים לניהול עצמאי של חייהם המשפחתיים ולקבלת החלטות באופן אוטונומי. אפשר שתישמע הטענה, כי מלכתחילה השאלה אם לערוך לנוגעים בדבר בדיקת אבהות אמורה להיות נתונה להכרעת ההורים, בדומה לשקול הדעת המוקנה להם להכריע ביחס לגורל ילדיהם בכל עניין ועניין. על המגמה שלא להתערב בחיי המשפחה אלא במקרים חריגים, ראו נ' מימון **דיני אימוץ ילדים** (תשנ"ד) 233.

129. שיפמן, **לעיל** הערה 3, בע' 46.

130. על אף שגם ממצבו של הצאצא אין הוא מתעלם. ראו **שם**, בע' 50.

131. פגיעה זו עלולה כבר להיגרם מעצם העלאת הטענה ומן הספק המקנן בלב האב שימצא על-פי רוב את דרכו אל הילד.

132. שיפמן, **לעיל** הערה 3, בע' 46.

133. עוד בהקשר זה ראו עמדתו של השופט נתן בתמ"א (י-8) 370/81 **פלוני נ' פלוני**, פ"מ תשמ"ג (2) 322.

134. לגישה אחרת, ראו שיפמן, **לעיל** הערה 3, בע' 48; ע"א 447/58 **פלוני נ' אלמוני**, פ"ד יג 903.

מקרה לגופו, לעמוד על נסיבותיו הייחודיות,¹³⁵ ולהימנע מלהיתפס לקביעות גורפות ודוגמטיות. על בית-המשפט להכריע במקרה הנדון, בהתאם לנתונים העומדים בפניו, תוך התחשבות במשתנים מגוונים, ובהם יחסי ההורות שנרקמו בפועל; השפעת הבדיקה ותוצאותיה, כמו גם השפעות אי-עריכתה, על יחסי ההורות שנרקמו; אפשרות השיקום של יחסי הצדדים; רצונם של הצדדים (מי מהם מעוניין בקיומה של הבדיקה ולאיזה צורך); ואולי אף שיוכם הקהילתי של הצדדים.¹³⁶ שאלת הממזרות היא לכל היותר שיקול אחד מבין רבים, המכריעים בשאלת קביעת ההורות. בהתאם למשתנים אלה ניתן יהיה להכריע בנסיבות תוך הגשמת טובת הילד הספציפי.¹³⁷

עלינו להזהיר את עצמנו מפני תפיסה קיצונית שתקדש את ההורות הגנטית ותוביל לרמיסת מושג ההורות החברתית.¹³⁸ עלינו לוודא, כי ההורות המובטחת בהסדר המוצע אינה הורות גנטית ריקה מתוכן. יש להבטיח, כי בתהליך גילוי ה"אמת" הביולוגית לא נקריב את יחסי ההורות החברתית, שהתמשכותם ויציבותם, עד כמה שמובטחות, חשובות לרווחתו של הילד.¹³⁹ עלינו לשוות לנגד עינינו בראש ובראשונה את זכויות הילד הספציפי המשולכות לעולם עם רווחתו הפיזית והנפשית. יתכן כי בנסיבות מסוימות, בהן בירור זהות האב הגנטי יפגום קשות ביחסי ההורות שנרקמו בפועל, יהיה מקום לדחות את הבירור לשלב מאוחר יותר, כאשר הביע הצאצא, עם בגרותו, את רצונו במידע האמור. בשלב זה, ניתן להעריך, לא יהיה במידע כדי לפגום ביחסי ההורות, והוא יוכל לספק צרכים נוספים של הצאצא ולהגשים את זכויותיו.

135. כעוגן לגישה זו ניתן להסתמך, בהקשרנו, על דברי השופט אור בע"א 1354/92 **י"מ נ' פלונית**, פ"ד מח(1) 711, 751.

136. כפי שהודגם, למשל, בהערה 116 **לעיל**.

137. ראו באופן כללי, שיפמן, **לעיל** הערה 3, בע' 232, 245.

138. T. Caulfield "Canadian Family Law and the Genetic Revolution: A Survey of Cases Involving Paternity Testing" 26 **Queen's L.J.** (2000) 67; T. Glennon "Somebody's Child: Evaluating the Erosion of the Marital Presumption of Paternity" 102 **W. Va. L. Rev.** (2000) 547. לפן ביקורתי אחר הנוגע להתרכוזות בגנטיקה, ולקשר בינה לבין תורת הגזע, ראו R. Frank "Compulsory Physical Examination for Establishing Parentage" 10 **Int. J. Of L. and the Family** (1996) 205, 214-215.

139. נסיבות הפרשה, כפי שתוארו בתמ"ש (ת"א) 60772/97 (בש"א 12932/99) **מ.ב. נ' ק.ל.א.ג.** (מאגר נבו), מהוות דוגמה מובהקת למצב בו יהיה זה בלתי-רצוי לאפשר ברורה של האבהות הגנטית. ילדה שהתייממה מאמה גודלה על-ידי מי שנטען להיות אביה ומשפחתו. הילדה, שנפצעה קשה בגיל צעיר בתאונה שכתוצאה ממנה נותרה משותקת, זכתה לטיפול מסור ואהבת אביה הנטען ומשפחתו. עקב סכסוך כספי עם סבתה מצד אימה, הועלתה דרישה לערוך בדיקת אבהות ביחס לאב הנטען. מקור הספק בנסיבות נעוץ בעובדה שבמועד ההתערבות היתה האם נשואה לאחר. בית-המשפט דחה את תביעת הסבתא בקובעו, כי בנסיבות: "... נראה ששום תועלת לא יכולה לצמוח לה משלילת הקשר המשפחתי עם האב ומשפחתו או מעצם הטלת ספק בקשר זה. בנסיבות אלו עריכת בדיקת אבהות לקטינה עלולה לגרום לנזק חמור ובלתי הפיך, בעוד שהחלטה שלא לאשר את עריכת בדיקת הרקמות הפיכה היא" (פסקה 22 לפסק-הדין). לא יכול להיות ספק בעינינו, כי החלטת בית-המשפט בנסיבות אלה ראויה היא.

ה. אחרית דבר

במסגרת רשימה זו ביקשנו לשרטט את ההסדר המשפטי הקיים בשאלת קביעת האבהות בתחום ההולדה הטבעית, תוצאת קיום יחסי האישות, וביקשנו לעמוד על הפגמים המצויים בו. ביקשנו להציע למחוקק ולבתי-המשפט, שתפקידם בגיבושו של ההסדר מרכזי, לעצב מחדש את הדין בשאלת קביעת האבהות תוך זיקה למספר אלמנטים מרכזיים. האחד, מעמדן המתחזק של זכויות הילד ובראש ובראשונה, בהקשר זה, זכותו של צאצא להתחקות אחר מוצאו הגנטי. השני, עקרון טובת הילד, שפירושו אינו בלתי-תלוי או נוגד את זכויותיו. בהקשר זה הדגשנו, כי טובתו מחייבת בדיקת נסיבותיו הספציפיות של הילד שעניינו מתברר, נתוניו האישיים ויחסיו עם יתר הגורמים הנוגעים לשאלת ההורות – אמו, אביו הנטען ואביו המוחזק, מקום שמצוי כזה. האלמנט השלישי אליו ביקשנו להסב את תשומת הלב נוגע לדין האישי. להערכתנו, ראוי כי פיתוחו של הדין בשאלת האבהות ייעשה באופן עצמאי ונפרד מן הדין האישי. פיתוח עצמאי אין משמעו התעלמות מן הדין האישי. פיתוח הדין באופן מיטבי, מחייב, כך נדמה, עיון בהשלכותיו על ענייני המעמד האישי, בהקשרן של נסיבות המקרה הנדון. ואולם אל לבדיקה להיעשות באופן קטגורי אלא כאלמנט אחד מרבים הנוגעים לקטין שעניינו מתברר בפני בית-המשפט.

נבקש לסיים עם דברים שאמר בהקשר זה השופט חשין:

“ילד וילדה שנולדו לאם אשר לא הייתה נשואה על-פי דין לאביהם, בין שיכנה אותם המכנה ילדים “בלתי חוקיים”, בין שיכנו “ממזרים”, ובין שיכנו בכל כינוי גנאי אחר- ילד וילדה אלה נבראו בצלמו, בצלם אלוהים נבראו, והם כילד וכילדה שנולדו לאם אשר הייתה נשואה כדין לאביהם. זכותם הטבעית היא, כזכותם של כל ילד וילדה, שיידעו מי הוא אביהם מולידם אם אך יבקשו לדעת זאת (שלא מטעמים בלתי ראויים). שתוקי זכאי לגאול עצמו משתיקה ומהשתקה, ואנו לא נעמוד בדרכו; נהפוך הוא.”¹⁴⁰

למען הגשמתה של מגמה זו יש לפעול בכל התוקף.

140. ע"א 3077/90 פלונית נ' פלוני, לעיל הערה 17, בע' 605. לפסק-דינו הצטרפו כל יתר השופטים, פסק-הדין נדון בהרכב מורחב של שבעה שופטים.