



בבית המשפט העליון

בע"מ 2685/11

לפני: כבוד השופט נ' הנדל

המבקש: פלוני

נגד

המשיבים: 1. פלונית
2. אלמוני
3. היועץ המשפטי לממשלה
4. הקטינה

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה בעמ"ש 44902-10-10 (כבוד השופטות ש' שטמר, י' וילנר וצ' קינן) מיום 1.3.2011

בשם המבקש: עו"ד ענבל הראל

בשם המשיבים 1-2: עו"ד זאב הבר

בשם משיב 3: עו"ד רות גורדין

בשם משיבה 4: האפוטרופוס לדין שמונה לקטינה עו"ד עמוס צדיקה

החלטה

1. מונחת לפניי בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית-המשפט המחוזי בחיפה (כבוד השופטות ש' שטמר, י' וילנר וצ' קינן) בעמ"ש 44902-10-10, אשר דחה את ערעור המבקש על פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה בחיפה (כב' השופט ב' צ' ברגר) על פיו נדחתה תביעתו של המבקש להכיר בו כאבי הקטינה, ילידת חודש אוקטובר 2006, אשר נולדה לטענתו מיחסיו עם משיבה 1 (להלן: המשיבה) עת הייתה

נשואה למשיב 2 (להלן: המשיב). כמו כן, נדחתה תביעתו להחזקתה ולקיום הסדרי ראייה עימה.

2. המשיבה והמשיב התגרשו זו מזה בחודש מרס 2006. בחודש ינואר 2006, בעודה נשואה, הרתה המשיבה את הקטינה. על פי טענת המבקש, מיום לידת הקטינה ועד לשבועות ספורים קודם להגשת התביעה נהג הוא כאביה לכל דבר ועניין. הוא קיים עם המשיבה קשר זוגי משנת 2004 ועד לחודש פברואר 2007. או אז, סירבה המשיבה לאפשר לו לראות את הקטינה שלא בנוכחותה וכן סירבה לקיום הסדרי ראייה קבועים. עם זאת, אפשרה לו לראות את הקטינה 3 פעמים בשבוע, כאשר באחת מהן היה לוקח את הקטינה לטיול לבדו. בסמוך לחודש יולי 2007, הודיעה המשיבה למבקש כי היא חוזרת לחיים משותפים עם בעלה לשעבר, המשיב. אכן, השניים נישאו בשנית בשנת 2008.

בשנת 2007, עת הקטינה הייתה כבת שנה, הגיש המבקש לבית המשפט לענייני משפחה תביעה להחזקתה (תמ"ש 31980/07) ובהמשך תביעה להכרה באבהות (תמ"ש 31981/07). קו ההגנה העיקרי בו נקטה המשיבה הוא כי המבקש איננו אבי הקטינה, "אינו ראוי להיות בקרבת הקטינה" ואף לא תפקד מעולם כאביה. היא הדגישה כי המשיב רשום כאבי הקטינה ומשמש כאביה לכל דבר ועניין וכי אין מקום להטיל ספק באבהותו. לנוכח מצבו הנפשי של המבקש, אשר עושה שימוש בסמים קלים, כדורים נוגדי חרדה ודיכאון, היא לא רצתה לגרום נתק מוחלט בין המשפחות. על כן, נהגה להזמין את המבקש לימי ההולדת של כל ילדיה, לארוחות ערב משפחתיות ואף להיפגש עם הוריו ובתו של המבקש מנישואים קודמים. המשיב הצהיר כי כאשר נולדה הקטינה לא היה ברור לו אם היא בתו. עם זאת, הוא תמיד ראה בה כבת. הוא מגדל אותה כבתו "לכל דבר ועניין" ואוהב אותה "אהבת נפש". עוד ציין, כי הוא מקדיש את מירב זמנו הפנוי לקטינה, מפגין כלפיה אחריות הורית מלאה, "הן בהיבט הפיזי – כלכלי והן בהיבט הפסיכולוגי".

היועץ המשפטי לממשלה ביקש לדחות את תביעת המבקש להכרה באבהות ולעריכת בדיקת רקמות מפאת חשש לממזרות הקטינה. אל מול זאת, סבר האפוטרופוס לדין שמונה לקטינה כי אין לדחות את התביעה על הסף. אלא, יש לבחון את טובת הקטינה לגופה במקרה הקונקרטי, בהתאם ל"מבחן המדרגים" שנקבע בבר"ע (ת"א) 1364/04 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית ואח' (5.7.2006) (להלן: "עניין פלונית"), כפי שיובהר. בהקשר זה נטען כי עמדת היועץ המשפטי לממשלה "אינה בוחנת את

טובת הקטינה לגופה ויש לבחון את טובתה בהתאם למדרג הראיות" שנקבע בעניין פלוני. בהמשך, טען האפוטרופוס לגופו של עניין:

"הקטינה היום בת 3. אין חולק כי התובע [המבקש] לא פגש אותה מאז היותה בת שנה. הקטינה איננה מודעת לקיומו שאינו תופס כל מקום בחייה. קיים ספק כבד בדבר תוצאות חידוש הקשר בין הקטינה לתובע [המבקש] ומידת הפגיעה שיסב הדבר לקטינה. אין ספק בדבר מסוגלותו ההורית של הנתבע [המשיב], היותו האב הפסיכולוגי של הקטינה ויכולתו להעניק לה הורות ראויה בכל המישורים. הקטינה גדלה מזה תקופה ארוכה במסגרת משפחתית נורמלית ונראה כי ייצוב מסגרת זו ואי הכנסת זעזועים בחייה מתיישבים עם טובתה. המשך הבירור ועריכת בדיקת רקמות יטילו על הקטינה כתם ממזרות שלא יימחה לדורות. מאידך, אין כל צורך ממשי לקטינה (להבדיל מזכויות ואינטרסים) שהתובע [המבקש] יוכר כאביה, נהפוך הוא".

בשל הסאגה הרגישה והמורכבת מצאתי לנכון להרחיב בממצאיהן של הערכאות שדנו בתיק לגופו של עניין.

הכרעות ערכאות קמא – הערה כללית

3. כדי להבין את ההכרעות שיידונו עוד להלן, יש להתייחס קודם לכן לשתי התפתחויות: אחת בפסיקה, אחת בדין. בעניין פלוני שהוזכר, נדרש בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו מפי השופט י' שנלר, ובהסכמת השופטות ס' רוטלוי וי' שטופמן לתביעת אבהות ביחס לאלמוני, שקבלתה עלולה ליצור חשש לממזרות, בהיות האם נשואה לפלוני בעת ההריון. בית המשפט התייחס להליך בדיקת הרקמות, וקבע שיש להתחשב בטובת הקטין, ולא רק בחקר האמת. בהקשר זה נקבע כי בבוא בית המשפט להכריע בתביעת אבהות, יש ליישם את ההליך הדיוני בהתאם למדרג הראיות הנצרך במקרה הספציפי. בפסק הדין האמור הותוו שלושה "מדרגי ראיות".

במדרג הראשון, תובאנה ראיות בדבר מצבו של הילד, לרבות קשריו עם מי מהמעורבים בעניינו. בחינה זו מתייחסת למצב הילד ולנסיבותיו בעת הדיון, ובשלב זה אין להביא ראיות בדבר הורתו של הילד. ייתכן ובנקודה זו בית המשפט יידרש לחוות דעת מומחים כולל תסקיר פקיד הסעד. יודגש, כי מדרג זה מתמקד בבחינת טובתו של הילד. ייתכן ובמקרה הקונקרטי, סבור יהיה בית המשפט כי בהתחשב בחומר שהובא

בפניו, אין מקום להביא ראיות נוספות וניתן להסתפק בראיות אשר הובאו בפניו, על מנת להכריע בתביעה.

המדרג השני - אם לאחר בחינת מדרג הראיות הראשון סבור בית המשפט כי אין הוא יכול להסתפק בראיות שהוגשו כדי להכריע בתביעה, או אז יורה על הרחבת המסגרת הראייתית. לאמור: בשלב זה יתיר בית המשפט הבאת ראיות כלליות ביחס לנסיבות הורתו של הקטין. עם זאת, לא תותר הבאת ראיות "חפציות" או "מדעיות" העלולות לפגוע בילד.

במדרג השלישי - יחליט בית המשפט אם להורות על עריכת בדיקת רקמות. דהיינו, בית המשפט יבחן את הראיות שהובאו במדרגים הראשון והשני ויחליט אם להורות על בדיקה כזו במקרה הספציפי, תוך הענקת משקל להשפעת עריכת הבדיקה על הקטין "בטווח המידי ובטווח העתידי".

ההתפתחות החקיקתית התרחשה ביום 30.11.2008, אז נכנס לתוקפו חוק מידע גנטי (תיקון מס' 3), תשס"ח-2008 (להלן: תיקון החוק או התיקון) שעניינו עריכת בדיקה גנטית לקביעת קשרי משפחה, במסגרתו נקבעו כללים ברורים לעריכת בדיקה בהתקיים חשש לממזרות. למשל: במישור הדיוני – פנייה ליועץ המשפטי לממשלה ולנשיא בית הדין הרבני הגדול לצורך קבלת חוות דעתם לעניין; במישור המהותי – הכלל הוא שאין לערוך בדיקת רקמות לקטין במצב המתואר "אלא אם כן מצא [בית המשפט] כי יש צורך בעריכת הבדיקה לשם מניעת סכנה לחיי אדם, או נכות חמורה בלתי הפיכה לאדם" (ראו סעיפים 28 ד (ב) (1) ו-28 (א) (4) לחוק). חריג זה אינו חל בענייננו.

החלטת בית המשפט לענייני משפחה מיום 23.11.2009 בתביעת האבהות שהגיש המבקש

4. עם התפתחויות אלו ברקע, מינה בית המשפט לענייני משפחה את מכון "שלם" כמומחה מטעם בית המשפט לבחינת מצבה של הקטינה. בחודש ינואר 2009 הוגשה חוות הדעת אשר בעקבותיה מונה לצדדים מגשר בהסכמתם. ברם, "לא הובהר מה עלה בגורלה של הפניה זו" (ראו עמ' 1 להחלטת בית המשפט לענייני משפחה (כב' סגנית הנשיא ר' ברגמן) מיום 23.11.2009). התיק נקבע לשמיעת ראיות אשר תצבענה על מצב הקטינה, לרבות קשריה עם מי מהמעורבים בפרשה. בשלב זה, לא נדרש בית המשפט

לראיות בסוגיית אבהותה של הקטינה. המבקש עתר לקביעת מועד להוכחת "המדרג השני" – הרחבת המסגרת הראייתית ביחס לנסיבות הורותה של הקטינה, כאמור.

בית המשפט לענייני משפחה (כב' סגנית הנשיא ר' ברגמן) הדגיש כי לצד זכותו של הקטין לדעת את מוצאו ומיהו אביו מולידו, קיימים אינטרסים וזכויות מפניהם עשויה זכותו לסגת. בשאלת בירור אבהות תפקידו של בית המשפט לאזן בין הזכויות והאינטרסים של המעורבים בפרשה, תוך שמירה על טובתו של הקטין, היא בבחינת עקרון העל. בית המשפט לענייני משפחה הבהיר כי הוא שמע ראיות "תחום המדרג הראשון", המתמקדות כאמור במצב הקטינה, במטרה לבחון את טובתה הספציפית. לצורך כך נדרש בית המשפט לחוות דעתו של מכון "שלם" ולתסקיר פקידת הסעד. נפסק, כי שמיעת הראיות מובילה למסקנה כי "טובת הקטינה מחייבת את המשך שמיעתה של התביעה ושומה על ביהמ"ש לעבור ולבחון את המדרג השני". בית המשפט הטעים כי הונחה לפניו תשתית מקצועית המלמדת על מצבה של הקטינה נכון לאותו מועד. לאחר שנחקרו עורכי חוות הדעת בבית המשפט, נקבע כי לא עלה בידי הצדדים לסתור את חוות הדעת וגם לא לערער על ממצאיה. לנוכח הבעייתיות שהוצפה על ידי כל הגורמים המקצועיים, הומלץ על ידי פקידת הסעד, מכון "שלם" ואף האפוטרופוס לדין, כי הצדדים יופנו להליך אלטרנטיבי לבית המשפט, היינו גישור.

בהכרעתו, הביע בית המשפט לענייני משפחה את מורת רוחו וקבע כי "קיומם של האבות האפשריים צץ ועולה מכל עבר. שני האבות היו מעורבים בגידולה של הקטינה, האחד בראשית חייה והאחר מאז ועד היום". בית המשפט קיבל את גרסתו של המבקש לפיה הוא אכן היה מעורב בראשית חיי הקטינה, טיפל בה ודאג לצרכיה וזאת עד שהמשיבה שינתה את דעתה ולא אפשרה יותר קיומו של קשר בינו לבין הקטינה. הודגש כי אין חולק שהקטינה מתגוררת עם המשיבה והמשיב במסגרת משפחתית חמה ואוהבת. הבודקים במכון "שלם" התרשמו כי היא "ילדה בעלת שמחת חיים המהווה "מרכז" בחיי המשפחה וכי אין ספק כי הקטינה רואה באמה [המשיבה] ואביה [המשיב] את הוריה". הבודקים במכון "שלם" התייחסו לסיכונים שעלולים לפקוד את הקטינה היה והסוד לגבי המחלוקת בדבר זהות אביה יתגלה. עם זאת, צוין כי "קיים אצל [הקטינה] מידע טרום מילולי אודות סימני שאלה קיימים לגבי האב", במיוחד כאשר הסכסוך המשפטי ידוע לקרובי משפחה שונים.

בית המשפט לענייני משפחה הכריע כי לא ניתן להתעלם ממעורבות המבקש בחיי הקטינה וכי לעובדה זו יש משקל. בשלב זה נראה כי למורכבות הנסיבות יש משמעות פסיכולוגית אצל הקטינה. סטייה מהמלצות המומחים, קובע בית המשפט,

ייתכן ואינה מתיישבת עם טובתה. על כן, הורה בית המשפט על הרחבת מסגרת הבחינה הראייתית ("המדרג השני") והמשך בירורה של התביעה. על החלטה זו הוגשה בקשת רשות ערעור לבית המשפט המחוזי, אשר נדונה לגופה.

פסק דינו של בית המשפט המחוזי מיום 14.4.2010

5. בית המשפט המחוזי בחיפה (כב' השופטת צ' קינן) קיבל את הערעור. זאת בשל הטעם שבית המשפט לענייני משפחה התעלם הלכה למעשה מהשלכות תיקון החוק – ההתפתחות שבדין שהובאה לעיל. שיטת המדרגים שהותוותה בעניין פלוני, יצאה מנקודת הנחה שהייתה מקובלת אותה עת, שבית המשפט רשאי ומוסמך להורות על עריכת בדיקת רקמות על פי שיקול דעתו אם הגיע לכלל דעה כי טובת הקטין הספציפי מחייבת את הבדיקה. ברם, התיקון בחוק שהגיש לעולם לאחר מתן פסק דין זה שולל מיניה וביה את שיקול דעתו של בית המשפט להורות על בדיקת רקמות, אפילו היה משוכנע שהבדיקה מתיישבת עם טובת הקטין. נפסק כי החלטת בית המשפט לענייני משפחה בדבר המשך שמיעת ראיות אינה עולה בקנה אחד עם רוח תיקון החוק ואף עשויה לסכל את מטרתו. על כן, נקבע, כי החלטתו של בית המשפט לענייני משפחה בטלה והתיק הוחזר להמשך דיון שם.

החלטתו של בית המשפט לענייני משפחה מושא הדיון

6. טרם נבחנה שאלת השלכותיו של התיקון האמור על המשך בירור תביעת האבהות, הציב בית המשפט לענייני משפחה (כב' השופט ב' צ' ברגר) הנחת מוצא, לפיה המקרה הנדון אכן מקים חשש לממזור הקטינה על סמך נסיבות המקרה, אף שבאופן מעשי טרם הורה על פנייה לבית הדין הרבני הגדול לקבלת חוות דעתו בסוגיה. בית המשפט לענייני משפחה הדגיש כי התיקון ביטל את שיקול דעתו של בית המשפט להורות על בדיקת רקמות במקרה של חשש לממזור אלא אם יש צורך בעריכת בדיקה לשם מניעת סכנה לחיי אדם. עם זאת, ציין, כי תביעת אבהות אינה תמיד חזות הכל. לעיתים ההכרעה בתביעת אבהות היא אינצדנטלית בהליך של תביעת משמורת או הסדרי ראייה. במקרים כאלו, על אף העובדה שבמקרה של חשש ממזרות אין בית המשפט יכול להידרש לבדיקת רקמות, אין הוא סבור ששיקול דעתו של בית המשפט צומצם או בוטל בכל הליך שבו מתבררת תביעת האבהות במקרה של חשש ממזור, למעט ב"מדרג השלישי". בחינת טובת הקטין במקרה הפרטני מחייבת הותרת שיקול דעת להמשך בירור תביעת האבהות. כל שכן, כאשר הסעד העיקרי איננו בהכרח הצהרה על אבהות אלא תביעה לסעד של הסדרי ראייה ומזונות. אז, ניתן להסתפק במאזן

ההסתברויות הקבוע במשפט האזרחי של 51% וברי, כי אין בקביעה זו לעמוד באמות המידה הנדרשות של קביעת אבהות. על כן, קבע בית המשפט לענייני משפחה, כי אין מקום לדחיית התביעה לאבהות או לקיום הסדרי הראייה רק מחמת קיומו של חשש לממזרות. על בית המשפט לבחון את טובת הקטין על פי מכלול הנסיבות לרבות השיקול בעניין החשש לממזרות. בית המשפט לענייני משפחה צעד בנתיב זה והצטייד בחוות דעתו המפורטת של מכון "שלם" ותסקיר פקידת הסעד. אולם, לנוכח התוצאה המצטברת המתקבלת מהסגסוגת הראייתית בהתייחס לשיקול המהותי של חשש הממזרות והעדר האפשרות להפניית הצדדים לבדיקת רקמות, מצא בית המשפט לנכון לדחות את התובענה. זאת, כיוון ש"נוכח גילה של הקטינה, חייה בתא משפחתי כשהיא עטופה במסגרת משפחתית חמה ואוהבת ע"פ ממצאי מכון שלם הרי שקשר נוסף עם התובע [המבקש] יביא מלבד התועלת שבו לבידולה מיתר אחיה ומבני משפחה נוספים. פועל יוצא של שמירת הקשר תביא לחידוד החשש לממזרות ביתר שאת, לא רק בעת שהקטינה תגדל אלא לכל אורך גדלותה". אשר על כן, דחה בית המשפט לענייני משפחה את התביעות. על החלטה זו הוגש ערעור לבית המשפט המחוזי.

פסק דינו של בית המשפט המחוזי מושא הדין

7. בית המשפט המחוזי (כב' השופטות ש' שטמיר, י' וילנר וצ' קינן) דחה את הערעור בנימוק שבירור האבהות אינו מתיישב עם טובתה של הקטינה. בית המשפט בחן לעומקו של דבר את פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה וקבע כי לא נפל בו כל פגם והתוצאה אליה הגיע ראויה בנסיבות העניין. בית המשפט המחוזי נדרש לחוות הדעת של מכון "שלם" והתרשם באופן חד משמעי כי "טובתה של הקטינה מחייבת הימנעות מכל בירור שיש בו לערער את יציבות חייה של הקטינה וזאת בטרם מתן הדעת לחשש מפגיעה במעמד הקטינה, בהיבט ההלכתי". בניגוד לחוות דעתו של מכון "שלם", קבע בית המשפט המחוזי כי על בסיס עיון בחומר שהונח לפניו לא נמצא בסיס לפיו ניתן להסיק "כי נושא אי הבהירות לגבי הורתה של הקטינה ושאלת האבהות מעסיקה את הקטינה". הנחותיהם של המומחים באשר לטובתם של הקטינים עת מצויים הם במצבים בהם קיימים "סודות ושקרים מתחת לפני השטח" הן כלליות ותיאורטיות ואינן נוגעות לקטינה הספציפית מושא הדין. על כן, קבע, צדק בית המשפט לענייני משפחה בקביעתו כי אין מקום להמשיך בבירור זהות האב נוכח החשש שהוא יערער את עולמה של הקטינה. זו מעורה בתא משפחתי יציב ומכיל; גדלה במחיצת המשיב הרואה בה אחת מילדיו – אותו היא מכירה כאביה ומהווה על פי דעת המומחים האב הפסיכולוגי היחידי שלה. אל מול זאת, נכון לאותה עת, לא מתקיים כל קשר בינה לבין המבקש לאורך תקופה, עד כי המומחים סברו ש"בנסיבות הנוכחיות נזקה עלול היה

להיות רב מתועלתה" אם תיפגש עם המבקש. זכויותיו של המבקש חשובות ככל שתהיינה, נסוגות מפני זכותה של הקטינה שלא להיפגע.

טענות הצדדים

8. המבקש מסתייג מפסק דינו של בית המשפט המחוזי אשר לטענתו פסק "בניגוד מפורש" לכל הראיות שהובאו ולחוות דעת המומחה שמבוססת על בדיקה שנערכה על ידי חמישה פסיכולוגים. לטענתו, קביעותיו העובדתיות של בית המשפט המחוזי אינן מדויקות המה ואלה נווטו באופן שהתיישב עם מסקנתו הסופית. הוא יוצא חוצץ נגד כך שבית המשפט המחוזי זקף לחובתו את העדר הקשר בינו לבין הקטינה. זאת, הואיל והוא עתר לבית המשפט לענייני משפחה מיד לאחר שהופסק הקשר בינו לבין הקטינה ביוזמתה של המשיבה. ברם, בגין ההליכים שנמשכו זמן כה רב, לרוב באשמת המשיבים, נוצרה המציאות העובדתית העגומה על לא עוול בכפו. על כן, מן הראוי שבית המשפט לענייני משפחה היה נעתר מלכתחילה לבקשתו לקיום הסדרי ראייה זמניים בינו לבין הקטינה. מן ההיבט המשפטי, טוען המבקש כי פסיקת בתי משפט קמא עומדת בסתירה לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. אלה לא בחנו את כלל האינטרסים והזכויות הכרוכים בידיעת זהותו של אבי הקטינה. תוצאה לפיה האם תחליט באופן חד צדדי להפסיק כל קשר בין האב הביולוגי לקטינה לאחר שטיפל בה עד גיל שנה, שילם מזונות ועמד בהסדרי הראייה, אינה יכולה "להתקבל על הדעת".

בבע"מ 9638/08 שניתן על ידי בית משפט זה לאחר התיקון לחוק, נקבע כי אמנם יש לבחון את רכיב בדיקת הרקמות בהתאם לחוק החדש, אך לא נאסר בתיקון לחוק איסוף חומר רלוונטי המתייחס לנסיבות הורותו של קטין. כך או אחרת, מדגיש המבקש כי בית הדין הרבני מעולם לא הכריז על ילד כממזר על סמך תוצאות בדיקת רקמות וקל וחומר כאשר מדובר בראיות נסיבתיות. לגישתו, יש לאמץ את ההלכה שנקבעה על ידי בית משפט זה בע"א 3077/90 באשר להבחנה בין "אבהות אזרחית" ל"אבהות דתית", גם כאשר קיים חשש לממזרות או למצער לדחות את תביעת האבהות ולקבל את עתירתו לפני בית המשפט המחוזי למינויו כאפוטרופוס נוסף.

האפוטרופוס לדין שמונה לקטינה סבור כי ככלל, גישה לפיה התיקון מביא למצב שכל תביעת אבהות אשר יש בה חשש ממזר דינה להידחות על הסף, איננה יכולה לעמוד ויש לבחון כל מקרה לגופו. עם זאת, הואיל וקיים סיכון ממשי לממזר הקטינה ולנוכח התשתית הראייתית המלמדת כי טובתה להישאר בחיק המשפחה בה היא מצויה, יש לדחות את הבקשה. הובהר, כי משנדחתה תביעת האבהות של המבקש, הרי שהאחרון נעדר כל מעמד בבואו לבקש הסדרי ראייה שאינם אלא נגזרת של אחריות

הורית. באת כוח היועץ המשפטי לממשלה סבורה כי עם קיומו של חשש לממזרות, כנדרש על פי חוק, אין להמשיך בהליך מכל סוג שהוא ויש לדחות את התביעה על הסף. לגישתה, טובת הקטינה מהווה עקרון הזוכה למעמד בכורה, ודורשת כי סוגיית האבהות בעניינה לא תתברר. "כל יתר הזכויות, האינטרסים והערכים, ובכלל זה זכויותיו הנטענות של המבקש, נסוגים בפני זכות זו של הקטינה". זכות זו הוגדרה כ"שמירה והגנה על טובתה". המשיבים 1 ו-2 סבורים כי אין אף להתיר את המשך הברור על דרך הבאת ראיות וסומכים ידם על פסק דינם של ערכאות קמא.

דיון

9. לאחר שעיינתי בבקשה ובפסקי הדין של הערכאות הקודמות, הגעתי לכלל מסקנה, כי דין הבקשה להדחות. המקרה שלפניי מורכב הוא מבחינה עובדתית ורגשית. תמהיל הראיות שהונח לפניי אכן מצביע על מעורבותו של המבקש בחייה הראשונים של הקטינה ועל רצונו הכן והאמיתי להמשיך ליטול חלק בגידולה. עולה כי חשוב היה לו לשמור על קשר עם הקטינה. הוגשה על ידו תביעה לבית המשפט לענייני משפחה על מנת להסדיר את הביקורים בינו לבין הקטינה במקביל להכרה באבהותו והוא גם לא השלים עם אף החלטה שדחתה בקשתו זו. ברם, נתונים אלו לא נעלמו מעיניו של בית המשפט לענייני משפחה ובית המשפט המחוזי טרם נתנו את החלטותיהם ב"גלגול השני". עיניהם לא טחו מראות. תביעתו של המבקש לא נדחתה על הסף אלא נידונה לגופו של עניין. דחיית התובענה לא נשענה רק על שיקול גורף ויחיד של חשש לממזור הקטינה. שיקול זה אומנם היווה שיקול בעל משקל אולם זה לא עמד לבדו. משטובת הקטינה היא ספינת הדגל בתיק דנא, בחן בית המשפט לענייני משפחה ובעקבותיו בית המשפט המחוזי את טובתה לדעת מיהו אביה מולידה על סמך הראיות שהונחו בפניו, לרבות חוות דעתם של גורמים מקצועיים וגורמים אובייקטיביים כגון האפוטרופוס לדין שמונה עבור הקטינה, מכון "שלם" ותסקיר פקידת הסעד – תחילה במנותק משאלת הממזרות. רק לאחר שהכף החלה נוטה לכיוון המשיבים, נדרש בית המשפט לשיקול החשש לממזרות כשיקול שהכריע כי טובת הקטינה שלא תתברר הורתה. אמור מעתה: טובתה של הקטינה מושא הבקשה היא זו שהביאה לדחיית התביעה. המובאות אותן מצטט המבקש מחוות הדעת של מכון "שלם" מבטאות את החשש הטמון בגילוי "הסוד" בדבר הספק שבזהות האב לקטינה. לא עלתה בחוות הדעת המסקנה כי יש להורות על הסדרי ראייה בין הקטינה לבין המבקש. ההפך הוא הנכון. נטען כי מפגש כזה עלול להסב נזק לקטינה. הזיכרון של הקטינה מהמבקש הוא רק מהשנה הראשונה בחייה. התמונה המצטיירת מחוות הדעת היא שהמשיב הוא הזיכרון המשמעותי עבורה, היא רואה בו כאב יחידי המשמעותי בחייה והוא משמש כ"אביה הפסיכולוגי".

בתי משפט קמא הגיעו למסקנה כי די בחומר האמור על מנת להכריע בתובענה באופן שיתיישב עם טובתה של הקטינה ואין צורך להרחיב את המסגרת הראייתית בדבר נסיבות הורתה. אכן, סבורני כי נסיבות אלו אינן רלוונטיות שעה שאין בכוחן להיטיב עם מצבה של הקטינה אלא רק לשפוך אור על מעמדו של המבקש כלפיה. הקטינה, רכה בשנים, חשופה לנוכחותם הפיסית של המשיבה והמשיב באופן תכוף ורצוף המשפיע על זהותה. אין המדובר חלילה בדמות הורית שאיננה מוכנה להכיר בה אלא באב המוכן לקבל אותה כבתו לכל דבר, גם אם קיים ספק בדבר אבהותו כלפיה. לעומת זאת, המבקש אינו אלא דמות "הזרה" לקטינה. הוא לא התראה עימה במשך תקופה ארוכה עד להכרעה של בתי משפט קמא. הסיבה לכך, תהא אשר תהא, אין בכוחה למזער את הנזק הפסיכולוגי שעלול להיגרם לקטינה כעולה מחוות דעת המומחים. עם כל המורכבות שבתיק, שתי ערכאות בחנו את עניינה של הקטינה ביסודיות וקבעו כי טובתה בלבד היא אשר הכריעה את גורל ההליך. על כן, אין לומר שנפלה טעות בהכרעה הפרטנית אליה הגיעו בית המשפט לענייני משפחה ובית המשפט המחוזי. נגזר מכך כי אין מקום להעניק רשות ערעור. ודוק; השיקול איננו כי מדובר במקרה פרטני, אלא שהמקרה הפרטני הוכרע מבלי שנפל פגם בהכרעה.

10. הסוגיות המשפטיות העשויות להתעורר בבקשה זו רבות הן. הזהירות נדרשת אך לא באופן שיפגע בזכויות המבקש. נדמה כי ההנחות המשפטיות על פיהן פעלו בתי משפט קמא לא היה בהן כדי להרע עם המבקש. התביעה נדחתה לא בשל חשש הממזרות, אלא עניין זה נשקל יחד עם בדיקת טובת הקטינה דנא באופן כללי. המבקש מסתייג מהממצאים שנקבעו על ידי ערכאות קמא ביחס לחוות הדעת בתיק, אך בעניין זה מילאו הן את תפקידן. המסקנה בדבר הנזק שעלול להיגרם לקטינה עולה מן החומר הכולל שהיה מונח לפני בתי המשפט שדנו בעניין. אכן, יש מקום להעניק משקל רב עד מכריע לשיקול טובת הקטינה במקרה זה. אין בכך לסלול דרך חדשה. הטעם פשוט הוא. אין לערוך דין שווה בין תביעת בעלות במקרקעין לבין תביעת אבהות. בראשונה, על בית המשפט להכריע כלפי חפץ אשר אין לו מעמד בפני עצמו. לא כן המצב לגבי הקטינה. קיומו של הליך מעין זה משפיע עליה ועל כן יש לשמוע את קולה ולהגן על זכויותיה, דרך השופר של עקרון טובת הילד.

כמובן, אף המבקש אינו חולק על העקרון דלעיל. הוא הוכיח במעשיו את מסירותו לילדה וגם רגישות כלפיה. הוא הסכים, למשל, לוותר בפועל על רישום האבהות ולהסתפק בהסדרי ראייה. על פי קו זה, נושא האבהות יידון כשאלה אגבית.

דא עקא, הקושי נותר בעינו. הסעד המשפטי אינו יכול תמיד למחוק את המציאות הנגזרת מכך. מחוות דעת המומחים והכרעות בתי המשפט עולה כי טובת הקטינה תיפגע. ניתן להבין את הסתייגותיו של המבקש מההכרעות שניתנו. לצערי, אין בתיק דנא נוסחת קסם שבכוחה לשלב בין רצונו העז של המבקש לפגוש בקטינה דרך קבע לבין טובתה להימנע מזעזועים בחייה, כמו שנאמר: "אמרתי חכמה והיא רחוקה ממני" (קהלת, ז, כג). לעיתים, על בית המשפט לנקוט עמדה ולבכר צד, והדין והעובדות אינם מאפשרים פיתרון ביניים. בהתנגשות המתוארת, גוברים צרכי הקטינה לעת הזאת, כפי שעולה מבדיקה פרטנית של המקרה.

משכך, ותוך בדיקת המקרה על נסיבותיו, אין מקום להעניק רשות ערעור. הסוגיות העקרוניות בנמצא, אך כאמור ניתן להכריע בעניינו של המבקש מבלי להידרש להן. בראייה זו, דיון בהן יהפוך לתיאורטי בכל הקשור לעניינו של המבקש.

11. אשר על כן, בקשת רשות הערעור נדחית. בנסיבות העניין, אין צו להוצאות.

ניתנה היום, י"ט באדר תשע"ב (13.3.2012).

ש ו פ ט