

## בית משפט לענייני משפחה במחוז ת"א

תמ"ש 7049-02-14 פלוני ואח' נ' אלמוני ואח'

### מספר בקשה: 1

בפני כב' הרשמת נלי רוסמן- גליס

מבקש פלוני

נגד

משיבים

- קטין אלמוני, 1. משרד הרווחה והשירותים החברתיים- תל אביב

### החלטה

1. בפניי בקשה למחיקת תובענה שהגיש קטין, שטרם מלאו לו שנתיים, ליתן סעד הצהרתי כי המבקש/הנתבע הינו אביו, במישור האזרחי או לחילופין- להכרה באבהות פסיכולוגית.
2. טענתו של המבקש, בתמצית, הינה שהקטין נולד כאשר אמו היתה נשואה לאחר ובנסיבות אלה, לנוכח החזקה הראייתית בדבר "רוב בעילות אחר הבעל" ולנוכח החשש לממזר את הקטין, אין מקום לדון בתובענה ודינה מחיקה על הסף. המבקש מוסיף וטוען כי יש לקטין "אב", הלוא הוא בעלה של האם (ממנו- לטענתה- נפרדה בינתיים).
3. בתגובתה לבקשה, מפנה המשיבה לפסק דינו של כב' השופט ש. שמגר בע"א 3077/09, פלוני, אלמונית נ' פלוני, בו נקבע כי ראוי שנושא האבהות האזרחית יוכרע במסגרת פסק דין הצהרתי, כאשר תחום השיפוט של הצהרה זו יהיה במשפט האזרחי בלבד, להבדיל ממשפט דתי. לשיטתה של המשיבה יש בידי ביהמ"ש החובה והיכולת לערוך חקירה באמצעות הכלים האזרחיים המצויים בידיה וכי די במישור הוכחה של 51% (להבדיל מבדיקת רקמות) כדי להכיר באבהותו של המבקש על הקטין, הן על מנת להטיל עליו חובות אזרחי והן על מנת להגשים את זכותו של הקטין לידע מיהו אביו מולידו.
4. בתשובתו של המשיב 2, הביע היועץ המשפטי לממשלה עמדה ולפיה אין מקום לסלק את התובענה על הסף.
5. דין הבקשה להידחות.

6. ההלכה המנחה בעניין זה קובעת: "כי גישה לפיה בכל עת שקיים חשש לממזרות, בית המשפט יימנע משמיעת ראיות כלשהן, ולמעשה ידחה תביעה שכזו על הסף, אינה יכולה לעמוד נוכח אשר פורט לעיל. גישה זו לא רק שמתעלמת מעקרון טובת הילד, אלא בוחרת למעשה, שלא להתמודד עם בחינת מכלול הזכויות, הצרכים והאינטרסים של הילד הספציפי. כפי שעללנו קביעה גורפת, לפיה ניתן להתעלם כליל משאלת חשש ממזרות, כך שוללים אנו את הקביעה הגורפת הנגדית. יהיה המקרה אשר יהיה, שומה על בית המשפט לבחון את נסיבותיו על מנת להגיע למסקנות בהתחשב בשאלת טובת הילד שעניינו נדון בפניו, לרבות בחינת זכויות ואינטרסים של המעורבים במקרה הנדון." (בר"ע (תא) 1364/04 – פורסם בנבו).
7. הלכה זו נפסקה גם בכל הנוגע לעריכת בדיקת רקמות העשויה להוות ראייה חותכת לעניין אבהות (וממילא גדל החשש כי בשל כך יידבק פסול בקטין) והיא חלה מקל וחומר בנדוננו, עת אין מבקשים לערוך בדיקת רקמות אלא להכריע בתובענה על יסוד ראיות אחרות במידת ההוכחה הדרושה ברגיל במשפט אזרחי.
8. להשלמת התמונה יוער, כי גם סעיף 28 לחוק מידע גנטי, תשס"א-2000, איננו שולל קטגורית את האפשרות לעריכת בדיקת רקמות בנסיבות כגון דא ולכן גם לו דובר בעריכת בדיקה מעין זו, לא היה מקום למחיקת התביעה על הסף.
9. החזקה לפיה "רוב בעילות אחר הבעל" הינה חזקה מתחום דיני הראיות. הנטל לסתירת החזקה איננו קל, אך ברי כי אין המדובר בחזקה חלוטה שאין אחריה ולא כלום. ממילא מקומה של טענה זו הינו במשפט גופו ואין בכוחה למחוק תביעה על הסף. אם לא תאמר כן, יוכל כל נתבע לטעון כי "רוב בעילות אחר הבעל" ולהביא בהבל פיו למחיקת כל תביעת אבהות כגון דא על הסף, תוצאה המנוגדת לשורת ההיגיון, להלכה המנחה דלעיל ולעיקרון העל בדבר טובת הילד.
10. הדברים אמורים מקל וחומר לנוכח שתי זכויות יסוד חוקתיות מן המעלה הראשונה המחייבות לאפשר לקטין דגן לברר את תביעתו: הזכות האחת הינה זכות הגישה לערכאות, שהוכרה כזכות חוקתית שהינה נעלה אף על יתר הזכויות החוקתיות ומנביעה אותן, וכפי שנפסק להלכה- "זכות הגישה לבית- המשפט אין היא זכות-יסוד במובנו הרגיל של המושג זכות-יסוד. שייכת היא למסדר נורמות אחר בשיטת המשפט. ניתן לומר – וכך אומר אני – כי נעלה היא על זכות-יסוד. לא עוד, אלא שקיומה הינו תנאי הכרחי וחיוני לקיומן של שאר זכויות-היסוד. זכות הגישה לבית-המשפט הינה צינור החיים של בית-המשפט. התשתית לקיומם של הרשות השופטת ושל שלטון החוק"

– ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ. קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא (3) 577, 628.

הזכות השניה היא זכותו של קטין לדעת מי הוא אביו מולידו. אף זכות זו זכתה להכרה ע"י ביהמ"ש העליון, לאמור- "ואדם כי יבקש לדעת מי אביו, מי אימו, מניין בא - "מי אני", יזעק - כבודו יחייב אותנו, את כולנו, להושיט יד לעזרו. אכן, זכות-יסוד כבוד האדם כוללת את "רצונו של הקטין כילוד אנוש לדעת מוצאו, כדי לשמור על זכויותיו הקנייניות, המשפחתיות והאנושיות" (הנשיא שמגר בע"א 5942/92 פלוני נ' אלמוני; [פורסם בנבו]). מצווה הוא אדם שיידע מניין בא - דע מאין באת - וציווי זה משמיע מעצמו זכותו של אדם: זכותו שיידע מניין בא. זה כבודו של האדם באשר הוא אדם: עימו נולד, ובאשר יילך יילך אף הוא. לו אמרנו לנועל שערי בית-משפט בפניה של פלונית הקמנה - ולהותירה שתוקית כל ימי חייה - כי אז הורינו הלכה הנוגדת את חוש ההגינות וההוגנות הטבוע בנו" - ע"א 3077/90 פלונית נ' פלוני פ"ד מט(2) 578, עמ' 597-596.

11. מבלי לקבוע מסמרות כלשהם, יש לדעתי טעם לפגם בניסיונו של המבקש לחסום את דרכו של הקטין מלברר את תביעתו. המבקש איננו מכחיש כי קיים יחסי אישות עם אם הקטין בזמנים הרלוונטיים (כאז כן עתה המבקש נשוי) וממילא אינו יכול לשלול קטגורית את האפשרות כי הקטין הינו בנו הביולוגי. לשון אחר: המבקש אשר קיים ביודעין יחסי אישות עם אם הקטין והמודע לאפשרות כי הקטין הינו בנו, עצמו ובשרו, מנסה להרחיק את הקטין ממנו באצטלה כי הוא עושה כן "לטובתו של הקטין". באותה נשימה וללא היסוס "מנכס" המבקש את הקטין לבעלה של האם, אשר ייתכן כי כלל איננו אביו, תוך שהוא מלקה אותו הן בכך שהוא מייחס לו אבהות שייתכן כי איננה קיימת והן בכך שהוא מנסה להטיל עליו את החובות הנובעות מאותה אבהות מיוחסת (ואולי פיקטיבית).

12. אמת, בטרם ישמע בית המשפט את הראיות כולן ויפסוק את פסוקו, אין לדעת אם המבקש הינו אכן אבי הקטין אם לאו. ברם, עמדתו הנ"ל של המבקש הנה חסרת תום לב, עת היא נועדה להשיל מהמבקש כל אחריות למעשיו ולו במובן זה שיתאפשר לקטין לברר את תביעתו כדבעי. ברי בעיניי כי לא טובת הקטין לנגד עיניי המבקש אלא רצונו להמשיך בחייו באין מפריע, תוך סילוק תביעת הקטין הנטען להיות בנו, מבלי ליתן לו את יומו בביהמ"ש ואת יומו לידע את זהות אביו.

13. הלכה פסוקה היא כי עיקרון תום הלב הוחל על כל בעל דין באשר הוא, ועליו לנקוט בהליכים משפטיים בהתאם לדרך הראויה שבה עליו לנקוט בנסיבות הנתונות. עקרון תום הלב הינו דינמי והוא משתנה לאור הצרכים המשתנים וכן לאור ההקשר המשפטי הנדון (ראו: [בג"צ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר-שבע בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד לה \(1\) 828 \(1980\) \(להלן: פרשת שירותי תחבורה\); רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה\(1\) 199 \(1999\)\). בבואנו להחיל את עקרון תום הלב שמקורו בדיני](#)

החוזים, יש ליתן את הדעת כי החלתו על דינים אחרים מצריכה את ניתוח מסגרת היחסים המשפטיים בין הצדדים הנידונים - במקרה דן בעלי דין.

14. על ההבחנה לגבי יישומו של עקרון תום הלב על ענפי משפט שונים עמדה כב' השופטת (בדימוס) מ' בן פורת בע"א 391/80 לסרסון ואח' נ' שכון עובדים בע"מ, פ"ד לח(2) 237 (1984) :

"סעיף 39 לחוק החוזים (וכן סעיף 6 לחוק המכר, בו מדובר בענייננו) מייחד את החובה לנהוג בדרך מקובלת ובתום-לב לעניין קיום חיוב הנובע מחוזה ולעניין שימוש בזכות הנובעת מחוזה. עיקרון זה, שיסודו בעקרון על של "ועשית הישר והטוב" (דברים, ו, יח; ראה ע"א 148/77, בעמ' 635), חל הוא - מכוח סעיף 61(ב) לחוק החוזים - "ככל שהדבר מתאים לענין ובשינויים המחוייבים" - לאו דווקא לעניין חיובים וזכויות חוזיים אלא כעקרון התנהגות לעניין פעולות משפטיות וחיובים שבכלל המערכת המשפטית... אכן, מבחינת עצם יישומו של עיקרון זה והחלתו מן הראוי ומן הנכון להרחיב את היריעה ואת התחומים שבהם הוא מופעל, וכשם שהמערכת המשפטית דורשת מצד לחוזה שלא יהא "נבל ברשות החוזה", כך דורשת ומחייבת היא, שלא יהא "נבל" ברשות החוק, ברשות העשייה הציבורית ובכל תחום משפטי שהוא [ע"א 148/77 הנ"ל, בעמ' 635-638; בג"צ 376/81, בעמ' 466]."

15. בנסיבות בהן על ביהמ"ש לבחון את טובת הקטין כעיקרון על במסגרת ההליך הנדון בפניו, לא יכול צד להליך, אשר האינטרס האישי שלו מנוגד לאינטרסים של הקטין להשמיע טענה המבוססת לכאורה על "טובת הקטין" ולעניינינו- טענה "החוששת" לממזורו של הקטין. לטעמי, השמעת טענות כגון דא ובפרט כשהן מועלות במסגרת בקשה למחיקת ההליך שהוגש ע"י הקטין מהווה חוסר תום לב ועולה כדי היותו של המבקש "נבל ברשות החוק". תמהני אם אדם אשר כופר באבהותו ומסרב לבחון מהותית את אבהותו לקטין, יכול בכלל להשמיע טענה כלשהי הנוגעת לטובתו של אותו קטין.

משכך, אני קובעת, כי הבקשה למחיקה על הסף לא רק שהוגשה בניגוד לדין אלא שהוגשה בחוסר תום לב מובהק, וכי אף משום כך- דינה להידחות.

16. כאן המקום לציין, כי על מנת להבטיח את טובתו של הקטין בהקשר החשש למימזורו, פונה ביהמ"ש במקרים כגון אלו לקבלת תגובתו של היועץ המשפטי לממשלה, שהנו חף מאינטרסים לגבי טובתו של הקטין.

17. אף בתיק זה נעשתה פני ליועץ המשפטי לממשלה, אשר הביע עמדה נחרצת ולפיה "שעה שמדובר בדיני נפשות, על פניו, נראה כי ראוי יהיה לקיים הליך משפטי מסודר וכי אין מקום לסילוק על הסף". ברור כי משבא היועמ"ש, ומביע עמדה מעין זו באשר לסילוקה של התביעה על הסף, יהיו טעמיו אשר יהיו, די בכך- על מנת שהשאלה בדבר טובתו של

הקטין תיבחן במסגרת התיק העיקרי, ומצופה היה כי למצער- לאחר קבלת תגובת היועמ"ש, יחזור בו המבקש מבקשתו. אולם כאמור- המבקש לא עשה כן.

18. אחריתו של דבר, אך ראש וראשון לחשיבותו- בבואי לבחון את הבקשה דנן היה עלי להתחשב בעקרון העל בדבר טובת הילד – מושג אשר אין להותירו "ערטיאלי" אלא יש לקרום בו עור וגידים בהתאם לנסיבות הנדונות בפני ביהמ"ש. כלשעצמי, אני סבורה ומבלי לקבוע מסמרות לענין זה, כי בהליך הנדון בפני מהותה של "טובת הילד" כוללת גם את הצורך הבסיסי כמעט- לדעת מיהם הוריו, כפי שהיטיב לבטא המחזאי חנוך לוין ז"ל, לאמור:

**"אדם רוצה לדעת מי הוא,**

**מי אביו ומי אמו,**

**ואת פני מי לשוות בדמיונו- כשכואב לו"**

(**"הקיסר"**, מחזות 8 בעמ' 123).

19. לנוכח כל האמור לעיל- אני דוחה את הבקשה ומחייבת את המבקש בהוצאות המשיבה 1 בסך של 7,500 ₪ ובהוצאות לטובת אוצר המדינה בסך של 1,500 ש"ח.

20. תואיל המזכירות להניח את התיק בפני המותב הנכבד היושב בדיון, על מנת שיקבע את המשך הדיון בתובענה.

**החלטתי זו ניתנת לפרסום בהשמטת שמות הצדדים.**

ניתן היום, ט' ניסן תשע"ד, 09 אפריל 2014, בהעדר הצדדים.



נלי רוסמן גליס, רשמת