



בבית המשפט העליון

בע"ם 856/23

לפני :

כבוד השופטת ד' ברק-ארז
כבוד השופט ע' גרוסקופף
כבוד השופט א' שטיין

המבקשים :

1. אלמונית
2. אלמוני

נ ג ד

המשיבים :

1. פלונית
2. פלוני
3. פלונית
4. פלוני
5. פלונית
6. פלוני
7. פלונית
8. פלונית
9. פלוני
10. פלונית
11. פלוני
12. פלונית
13. פלוני
14. אסותא ראשון בע"מ
15. היועצת המשפטית לממשלה – משרד הרווחה והביטחון החברתי
16. משרד הבריאות הלשכה המשפטית

בעניין :

הקטינה פלונית (באמצעות אפטרופסיות לדין)

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד מיום 29.1.2023 בעמ"ש 31379-01-23 שניתן על-ידי כבוד השופטים צ' ויצמן ו-א' גורמן והשופטת צ' גרדשטיין פפקין

תאריך הישיבה :

י"ח בשבט התשפ"ג (9.2.2023)

בשם המבקשים :

עו"ד איילת בלכר פריגת, עו"ד גלית קרנר,
עו"ד יהונתן קניר, עו"ד רות אדיב

בשם המשיבים 1-7 ו-10-13 :

עו"ד שמואל מורן, עו"ד דורי כספי,
עו"ד שירה פרידן, עו"ד נועה גלרמן-ליאל,
עו"ד יהונתן הרוש

בשם המשיב 14 :

עו"ד ליאל גולני ברנס, עו"ד אפרת שפירא אורן,
עו"ד שחר אדרי, עו"ד אביטל ברוקר-ימין

בשם המשיבים 15-16 :

עו"ד רות גורדין

האפוטרופסיות לדין :

עו"ד עדי רוז, עו"ד נטע ברק, עו"ד מיה שושטרי

פסק-דין

השופטת ד' ברק-ארז:

1. ביום 26.10.2022 נולדה התינוקת ס', שנהרתה בהליך של הפריה חוץ-גופית. במועד לידתה כבר היה ידוע, על רקע בדיקות שנערכו בשלב ההיריון, כי לתינוקת אין קשר גנטי לאם שנשאה את ההיריון ולבן זוגה, בשל טעות שאירעה באחד משלבי הפרוצדורה הרפואית ביחידת ההפריה החוץ-גופית בבית החולים שבו נעשה התהליך. אף מבלי להכביר מילים, ברור כי זהו מצב דברים קשה מנשוא, המעורר סוגיות אנושיות מורכבות. לצדן מתעוררת השאלה המשפטית שהונחה לפתחנו – אם מוצדק לאפשר עריכת בדיקות גנטיות לצורך בירור קיומם של קשרי משפחה בין התינוקת לבין מספר נשים שעברו אף הן טיפולי הפריה באותו בית חולים, ובני זוגן. המבקשים, האם היולדת ובן זוגה, שהם הוריה הרשומים של התינוקת (להלן: הקטינה), התנגדו מכול וכול, ועודם מתנגדים, לעריכת הבדיקות.

2. במישור הנורמטיבי, שאלה זו מתעוררת על רקע סעיף 128 לחוק מידע גנטי, התשס"א-2000 (להלן: חוק מידע גנטי) שעניינו ביצוע בדיקה לקשרי משפחה גם ללא הסכמת הנבדק. סעיף זה מסמיך את בית המשפט ליתן צו לביצוע הבדיקה, חרף אי-הסכמה לכך מצד הנבדק או מי שאחראי עליו, וזאת בהתקיים שני תנאים מצטברים: קיומו של סיכוי סביר לנכונות הטענות שהועלו בדבר קשרי משפחה, ומתן אפשרות לנבדק (ובמקרה של קטין, לאפוטרופוס לדין שלו) להשמיע את התנגדותו לכך.

רקע עובדתי והליכים קודמים

3. כמתואר בפתח הדברים, הבקשה נסבה על פרשה כאובה של טעות בהחזרת עוברית לרחם האם הנושאת את ההיריון. המבקשת הרתה במסגרת טיפולי הפריה חוץ-גופית (IVF) שנערכו לה בבית החולים אסותא ראשון לציון, הוא המשיב 14 (להלן: בית החולים). ההליך הרפואי של החזרת העוברית לרחמה של המבקשת בוצע לפני כשנה, ביום 23.2.2022. בעת שהמבקשת הייתה בשבוע ה-28 להריונה נתגלה מום בליבה של העוברית. בעקבות זאת נערכה בדיקת מי שפיר הכוללת בדיקה גנטית, שבה התברר לראשונה כי אין התאמה גנטית בין העוברית לבין המבקשת ובן זוגה, וכי למעשה

העוברית, שהורתה בזרע וביצית של אב ואם גנטיים אחרים, לא ידועים, הושתלה ברחמה של המבקשת בטעות.

4. באותו שלב, בית החולים, בתיאום עם משרד הבריאות, המשיב 16, הקים צוות בדיקה על מנת לאתר את מקור הטעות. לצורך כך, הצוות הרפואי התחקה אחר זהותן של המטופלות האחרות שעברו אף הן טיפולים ביחידת ההפריה החוץ-גופית בבית החולים באותם מועדים שבהם עברה המבקשת טיפולים דומים, לאורך השלבים השונים של הפרוצדורה הרפואית, לרבות שאיבת הביציות, הפרייתן, הקפאת העוברים והפשרתם, ולבסוף החזרתם לרחם. צוות הבדיקה זיהה את שלב הקפאת העוברים של המבקשים, אשר נעשה ביום השלישי לאחר שאיבת הביציות, כשלב בעל הפוטנציאל הגבוה ביותר להתרחשות הטעות. באותה עת, ממצאי הבדיקה הצביעו על מטופלת מסוימת מבין כלל המטופלות, שלגביה קיימת הסבירות הגבוהה ביותר להימצאות קשר גנטי לקטינה, בשל חפיפה במועד הקפאת העוברים, זהות השלב ההתפתחותי של העוברים המוקפאים (שלושה ימים), זהות במספר העוברים שהוקפאו, אחסנתם במקרר ההקפאה בסמוך לעובריהם של המבקשים, וביצוע פעולות ההקפאה והאחסון של העוברים על-ידי אותו אמבריולוג. בית החולים הגיש אפוא בקשה לבית המשפט לענייני משפחה בראשון לציון שבה עתר לביצוע בדיקת קשרי משפחה על דרך של בדיקת רקמות בין העוברית לבין אותה מטופלת ובן זוגה, שבהמשך הצטרפו אף הם לבקשה (תמ"ש 44718-09-22). בית המשפט לענייני משפחה (השופטת ח' שיריה) נעתר לבקשה, חרף התנגדות המבקשים, וערעור שהוגש על כך לבית המשפט המחוזי מרכז-לוד נדחה (עמ"ש 16877-10-22, השופטים צ' ויצמן ו-א' גורמן והשופטת צ' גרדשטיין פסקין). יצוין כי על החלטה זו לא הוגשה בקשת רשות ערעור לבית משפט זה.

5. בהמשך לכך, נערכה הבדיקה הגנטית ונמצא כי אין קשר גנטי בין בני הזוג שנבדקו לבין העוברית. בסמוך לאחר מכן, ביום 26.10.2022 נולדה הקטינה. בשל מצבה הרפואי המורכב, היא עברה ביום 20.11.2022 ניתוח לב פתוח, שלאחריו הייתה מאושפזת מספר ימים. מאז היא נתונה במעקב רפואי וצפויה לעבור טיפולים נוספים. המבקשים מגדלים את הקטינה מעת לידתה ורשומים במרשם האוכלוסין כהוריה.

6. משנודעו תוצאות הבדיקה הגנטית, הקים בית החולים צוות בדיקה נוסף על מנת לנסות בשנית לאתר את מקור הטעות. כמו כן מינה בית החולים, בתיאום עם משרד הבריאות, את פרופ' רוני גמזו, מנכ"ל המרכז הרפואי תל-אביב איכילוב, כיועץ חיצוני ובלתי תלוי לבחינת האירוע. צוות הבדיקה החדש מצא כי המתודולוגיה שהנחתה את צוות הבדיקה הקודם, כמו גם מסקנותיו, נכונות. אף הוא סבר כי הנתונים הצביעו על

הסתברות גבוהה יחסית שהמטופלת שכבר נבדקה היא האם הגנטית. פרופ' גמזו מצא אף הוא כי המתודולוגיה שהנחתה את צוות הבדיקה הקודם היא נכונה. לצד זאת, הוא סבר כי יש הצדקה להרחבת מעגל הבדיקה כך שייכללו בו מטופלות נוספות שקיימת חפיפה מסוימת בשלבי הטיפול בינן לבין המבקשת, הגם שקיימת סבירות נמוכה יותר שיימצא קשר בינן לבין העוברית. באופן יותר קונקרטי, פרופ' גמזו הצביע על 36 מטופלות נוספות שחלק משלבי הטיפול בהן (מועדי שאיבת הביציות, הפרייתן או הקפאתן) חפף את זה של המבקשת (להלן: קבוצת ה-36), כך שקיימת היתכנות לכך שאחת מהן היא אמה הגנטית של העוברית. מתוך קבוצה זו, לגבי 14 מטופלות נשללה אפשרות סבירה לקשר גנטי מסיבות שונות, ואילו לגבי 22 מטופלות נמצא כי יש "סבירות נמוכה אך קיימת" לקשר גנטי (להלן: קבוצת ה-22). בית החולים פעל לעדכן כל אחת מהמטופלות מקבוצת ה-22 ביחס לנתונים הרלוונטיים.

7. בסמוך לכך הגישו המשיבים 1-7, ארבע מטופלות מקבוצת ה-22 ובני הזוג של שלוש מהן, תביעה לבית המשפט לענייני משפחה. בתביעה זו הם עתרו להורות על עריכת בדיקה גנטית לקשרי משפחה בינם לבין הקטינה (תמ"ש 13173-11-12). בנוסף, אף המשיבים 8-9, אחת הנשים מקבוצת ה-36 ובן זוגה, הגישו מצדם תביעה שבה נתבקש סעד דומה (תמ"ש 45792-11-22). המבקשים שבו והתנגדו לביצוע הבדיקות. לעומת זאת, משרד הבריאות תמך בעריכת בדיקה למשיבים 1-7, אך התנגד לבדיקתם של המשיבים 8-9. בית החולים מצדו הותיר את ההכרעה בעניין לשיקול דעתו של בית המשפט.

8. ביום 7.12.2022 ניתן פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה (השופטת שירח) בשתי התביעות האמורות, שנדונו במאוחד. בית המשפט לענייני משפחה קיבל את תביעתם של המשיבים 1-7 והורה על עריכת הבדיקות הגנטיות בדחיפות האפשרית. בית המשפט לענייני משפחה קבע כי המשיבים 1-7 הם בעלי סיכוי סביר לקשרי משפחה עם הקטינה, וכי ניתנה למבקשים "הזדמנות ראויה ורחבה" להביע את התנגדותם לבדיקה. לפיכך, סבר בית המשפט לענייני משפחה כי נסיבות המקרה דנן עומדות בדרישות סעיף 128 לחוק מידע גנטי. בית המשפט לענייני משפחה ציין כי המשיבים 1-7 נקלעו בעל כורחם למצב הכאוטי שנוצר, וכי אי-הוודאות גורמת להם לסבל אנושי רב. בית המשפט לענייני משפחה הוסיף כי עריכת הבדיקה עולה בקנה אחד גם עם טובתה של הקטינה וזכותה לדעת את מוצאה. בהקשר זה הודגשה חשיבותו של הבירור המידי, בשל כך שממד הזמן הוא בעל חשיבות רבה בחייהם של קטינים. אשר למשיבים 8-9, מצא בית המשפט לענייני משפחה כי מצבם המשפטי שונה, מאחר שלגביהם נשללה אפשרות סבירה של קשר גנטי לקטינה. לפיכך, בית המשפט לענייני משפחה קבע כי

בשלב זה אין לאפשר את ביצוע הבדיקה ביחס אליהם, אך הוסיף כי ככל שלא יימצא קשר גנטי בין הקטינה למי מהמשיבים האחרים, יוכלו גם הם לבצע את הבדיקה, וזאת מתוך התחשבות בנסיבותיהם האישיות, על מנת להתיר את ספקותיהם.

9. המבקשים הגישו ערעור על כך לבית המשפט המחוזי (עמ"ש 18145-12-22). המבקשים הלינו על הכרעתו של בית המשפט לענייני משפחה לגופה, וכן על כך שלא הוצגו להם במסגרת ניהול ההליך מסמכים רפואיים בעניינה של קבוצת ה-22, התומכים בנתונים שהוצגו על-ידי צוות הבדיקה. ביני וביני הוגשו לבית המשפט לענייני משפחה שתי תביעות נוספות על-ידי שתי מטופלות אחרות מתוך קבוצת ה-22, ובני זוגן (הם המשיבים 10-13 בבקשה שבפני) (תמ"ש 2096-12-22 ותמ"ש 30255-12-22), כך שבסך הכול ביקשו לערוך את הבדיקה הגנטית 6 מטופלות מתוך קבוצת ה-22 (מטופלות אלו ובני זוגן יכוננו להלן יחד: המשיבים) ועוד מטופלת אחת מקבוצת ה-36 (המשיבה 8). בהסכמת הצדדים, הורה בית המשפט המחוזי בהחלטתו מיום 18.12.2022 על העברת המסמכים הרפואיים הרלוונטיים לידי המבקשים, תוך השחרה של שמות המטופלות ופרטיהן האישיים. לצד זאת, בית המשפט המחוזי הורה על השבת התיק לבית המשפט לענייני משפחה לצורך מינוי אפוטרופוס לדין לקטינה, בהתאם להוראת סעיף 128(ב) לחוק מידע גנטי. עוד הורה בית המשפט המחוזי על איחוד הדיון בכל התביעות שהוגשו לבית המשפט לענייני משפחה.

10. ביום 19.12.2022 הורה בית המשפט לענייני משפחה על מינוי אפוטרופסיות לדין לקטינה, וביום 2.1.2023 הוגשה עמדתן בכתובים. בעיקרו של דבר, הן סברו כי יש להורות על עריכת הבדיקות הגנטיות, אך זאת בתנאי שתוצאותיהן לא יובילו לכינון יחסי הורות, גם אם יימצאו הוריה הגנטיים של הקטינה. הן הוסיפו, כי ניתן יהיה לשקול בעתיד מפגש והיכרות בין ההורים הגנטיים לקטינה, לאחר התייעצות עם מומחים, "ככל שזו תחפוץ בכך לאחר שתיחשף לסיפור חייה".

11. בפסק דינו מיום 11.1.2023, שניתן לאחר שהתקיים דיון ונשמעו עמדות הצדדים, שב בית המשפט לענייני משפחה על קביעותיו בעניין ההצדקה לעריכת הבדיקה הגנטית, והחילן בשלב זה גם על המשיבים 10-13. בית המשפט לענייני משפחה הדגיש כי הוא אינו מקבל את עמדת האפוטרופסיות לדין שלפיה יש לקבוע כבר עתה כי המבקשים יגדלו את הקטינה כבתם, שכן קביעה זו תורגת מגבולותיהן של התביעות הנוכחיות שבגדרן התבקש סעד של עריכת בדיקה גנטית ובירור קשרי הורות בלבד.

12. המבקשים הגישו גם עתה ערעור לבית המשפט המחוזי, אשר נדחה בעיקרו ביום 29.1.2023 (עמ"ש 31379-01-23, השופטים ויצמן ו-גורמן והשופטת גרדשטיין 99קין). פסק הדין העיקרי נכתב על-ידי השופט ויצמן, שעמו הסכימו שני השופטים הנוספים בהרכב. בית המשפט המחוזי דחה אף הוא את עמדת האפוטרופסיות לדין וקבע כי במקרה זה יש להבחין בין שאלת עריכתה של הבדיקה לבין שאלת ההורות המשפטית, אשר תידון בהמשך, אם ימצאו ההורים הגנטיים (וככל שאלה יחפצו בהגשת תביעה להכרה בהורותם המשפטית). עוד צוין כי על-פי הוראות סעיף 128(א) לחוק מידע גנטי רשאי בית המשפט להורות על ביצוע בדיקה גנטית לקטין גם ללא הסכמת האחראים עליו, אם שוכנע כי יש סיכוי סביר לנכונות הטענות בדבר קיומם של קשרי משפחה, המועלות בידי מי שעותר לביצוע הבדיקה, ובלבד ששמע את עמדת האפוטרופוס לדין. בית המשפט המחוזי הוסיף כי את הדיבור "סיכוי סביר" יש לפרש באופן מרחיב, ואין לצמצמו בהכרח לסיכוי העולה על מאזן ההסתברויות, וכי בהקשר זה יש להביא במניין השיקולים גם שיקולים ערכיים ונורמטיביים, כאשר עיקר תשומת הלב מופנית לטובתו של הקטין. בית המשפט המחוזי הדגיש עוד כי מתוך הוראות חוק מידע גנטי בכללותן, ניתן ללמוד שככלל יש שאיפה להתיר בירור קשר גנטי על מנת להתחקות אחר שורשיו של קטין, למעט מקרים חריגים של חשש למזרות או כאשר עלול להיגרם נזק פיזי או נפשי לקטין כתוצאה מהבירור. בית המשפט המחוזי מצא כי יש ליתן משקל גם לכך שבנסיונות הנדונות אין מדובר ב"סיכוי סביר" אגב הורות טבעית אלא במקרה ייחודי של הליכי הפרייה מלאכותית שהשתבשו.

13. בשים לב לאמור, בית המשפט המחוזי בחן בפירוט את הנתונים שבהם קיימת זהות או חפיפה בין שלבי המעבדה של הליך הפיריון בעניינה של המבקשת לבין אלו של המשיבים. על רקע זה, בית המשפט המחוזי מצא כי הסבירות הגבוהה ביותר לגילוי קשר גנטי לקטינה מתקיימת ביחס למשיבים 12-13, שכן בעניינם מדובר בהחזרה של עוברים באותו גיל (3 ימים), פרוצדורה שבוצעה באותו יום בפער של 5 דקות על-ידי אותו אמבריוולוג. לצד זאת, בית המשפט המחוזי הוסיף כי "סיכוי סביר" מתקיים גם ביחס למשיבים האחרים (זולת המשיבים 8-9), שכן גם לגביהם ישנה חפיפה במועדי החזרתם של העוברים, הפשרתם או הקפאתם, דבר המקים סיכוי לטעות אנוש בעת ביצוע אחת הפעולות. לעומת זאת, ביחס למשיבים 8-9 נמצא כי נסיבותיהם אינן מקימות "סיכוי סביר" – אמנם עובריהם הוקפאו במועד שבו הוקפאו העוברים של המבקשים, אך הדבר נעשה בד בבד עם בדיקה גנטית שקשרה בינם לבין אותם עוברים, ואשר נערכה בשל הצורך לשלול מום גנטי.

14. בית המשפט המחוזי עמד על ארבע קטגוריות שונות של אינטרסים וזכויות במה שהגדיר כ- "מעגל ההורות ומעגל הידיעה" המושכים לכיוונים שונים – של האם היולדת (ובן זוגה); של ההורים הגנטיים; של הקטינה; ושל האינטרס הציבורי. בכל הנוגע ל"מעגל הידיעה", שהוא הנדון בשלב זה (להבדיל מ"מעגל ההורות" העוסק בסוגיית ההורות המשפטית), בית המשפט המחוזי ציין כי האינטרס של המטופלות האחרות ובני זוגן לברר אם קיים קשר גנטי בין מי מהם לקטינה גובר על אינטרס המבקשים שלא לדעת ולברר את זהותה הגנטית של הקטינה. אשר לטובת הקטינה, נקבע, מכוח הסברה, כי מוטב לה לדעת את שורשיה הגנטיים על פני האפשרות שתיחסם דרכה לגלותם, וכי הידיעה על הוריה הגנטיים כשלעצמה אינה יכולה להזיק לה. כמו כן, נקבע כי האינטרס הציבורי תומך אף הוא בעריכת הבירור, כיוון שיהא בכך כדי להקל אף על מטופלות אחרות שיוסר ספק מליבן שמא עוברן הוא זה שהוחלף.

15. בסיכום הדברים, השופט ויצמן קבע כי על אף שהחיפוש אחר מציאת התאמה גנטית לקטינה עשוי להביא מטבע הדברים להתדיינויות עתידיות נוספות, הרי שבשלב זה אין למנוע כליל את יכולתם של המשיבים לברר אם יש קשר גנטי בינם לבין הקטינה, לנוכח קיומו של סיכוי סביר לכך. לעומת זאת, בהיעדר סיכוי סביר למתאם גנטי בין המשיבים 8-9 לבין הקטינה, נקבע כי אין להתיר את עריכת הבדיקה בעניינם, אף לא במתכונת "מותנית" כפי שנקבע על-ידי בית המשפט לענייני משפחה.

16. השופט גרדשטיין פסקין הצטרפה לדברים, והוסיפה כי "בדיקת הסבירות יכולה להיות דינמית", במובן זה שיש להביא בחשבון במסגרתה בדיקות גנטיות קודמות שבוצעו. כך, בנסיבות דנן יש להביא בחשבון את שלילת הקשר הגנטי בין הזוג הקודם שנבדק לבין הקטינה, דבר המגביר באופן סטטיסטי את הסיכוי לקשר גנטי עם הקטינה. עוד היא הדגישה כי אין כל חשש לפגיעה או נזק גופני שייגרם לקטינה כתוצאה מהבדיקה, שהרי המידע הגנטי ביחס אליה כבר מצוי במעבדה. אשר למשיבים 8-9 היא הוסיפה, כי היעדרות לבקשתם לעריכת בדיקה תביא לכך שגם מטופלות אחרות שבעניינן נמצאו סיכויים אפסיים לקשר גנטי לקטינה יבקשו לערוך בדיקה "עד שלא יהיה לדבר סוף". השופט גורמן הסכים אף הוא לאמור, והדגיש כי עריכת הבדיקות תואמת אף את האינטרס הציבורי במובן זה שניתן יהיה ללמוד מתוצאותיהן מהי התקלה שנעשתה ולמנוע את הישנותה. עוד הוא הוסיף כי המטופלות ובני זוגן נקטו בהליכים מיד כשהתאפשר להם, ושיקול זה אף הוא תומך בקבלת תביעותיהם.

17. ביום 30.1.2023 הגישו המבקשים בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי. טענתם המרכזית של המבקשים היא כי בנסיבות דנן מוצדק לקבוע כי האם היולדת היא אמה של הקטינה ולהותיר אותה בחזקתה ובחזקת בן זוגה. ממילא, כך לשיטת המבקשים, אין הצדקה להורות על עריכת הבדיקה כלל. המבקשים טענו בהקשר זה כי הם בחרו להעניק חיים לקטינה, תוך נשיאת הריון בסיכון וביצוע פרוצדורה רפואית סבוכה של צנתור תוך רחמי, ועל כן הגנטיקה לא צריכה לגבור על זכותה של הקטינה לוודאות וליציבות. המבקשים הוסיפו כי טובתה של הקטינה לא קיבלה את המשקל הראוי במסגרת פסק דינו של בית המשפט המחוזי, בניגוד להוראות הדין. בקשר לכך טענו המבקשים כי עריכת הבדיקה תפתח פתח למאבק משפטי שישפיע על זהותה של הקטינה ואשר עלול לפגוע פגיעה קשה בבריאותה. בהקשר זה הודגש מצבה הרפואי המורכב של הקטינה, שנטען כי מטה את הכף לטובת השיקול של היקשרותה להורים המגדלים אותה. המבקשים הדגישו כי ההבחנה שערך בית המשפט המחוזי בין שלב הבדיקה לשלב הדיון בשאלת ההורות המשפטית היא מלאכותית וכי למעשה מדובר במאבק כולל על זהות הוריה של הקטינה.

18. המבקשים טענו עוד כי בנסיבות העניין לא מתקיים "סיכוי סביר" לביסוס קשר גנטי בין מי מהמשיבים לקטינה, אלא "סיכוי נמוך עד אפסי", כך שהתרת הבדיקות כעת תוביל למדרון חלקלק שבו יותרו בדיקות גם למטופלות נוספות המצויות במעגל שלישי ורביעי של שלבי ההפריה. לשיטתם של המבקשים, יש "לעצור את מחול השדים" ולהימנע מביצוע כל בדיקת נוספת. לבסוף, המבקשים טענו כי בקשתם מעוררת שאלה ציבורית החורגת מעניינם של הצדדים לתיק זה, וכי דחייתה תגרום להם לעיוות דין, שכן לאחר הבדיקה לא ניתן יהיה להשיב את המצב לקדמותו.

19. לצדה של בקשת רשות הערעור הגישו המבקשים גם בקשה לעיכוב ביצוע. בו ביום הוריתי, מבלי לנקוט עמדה לגוף הדברים, על מתן צו ארעי שלפיו יעוכב פסק דינו של בית המשפט המחוזי עד למתן החלטה אחרת. לצד זאת הוריתי לכלל הצדדים להגיש את תשובתם לבקשה.

20. המשיבים התנגדו לבקשה. לטענתם, היא אינה מצדיקה מתן רשות ערעור ב"גלגול שלישי", שכן על אף הנסיבות האנושיות המורכבות, אין מדובר בשאלה משפטית חדשה או עקרונית. לגוף הדברים, המשיבים טענו כי פסק דינו של בית המשפט המחוזי מעוגן היטב הן בהלכות המשפטיות הברורות באשר לחובה לאתר את ההורה

הגנטי בהתאם להסדר הקבוע בחוק מידע גנטי, והן בעובדותיו הקונקרטיות של המקרה. המשיבים הדגישו כי לשיטתם ההחלטה לאפשר את עריכת הבדיקות עולה בקנה אחד עם טובת הקטינה. לא זו אף זו: לשיטת המשיבים זכותם לדעת אם הם הורים ראויים אף היא לבוא במניין הזכויות והאינטרסים הרלוונטיים, ולמעשה היא אינה נופלת בחשיבותה מהגנה על העיקרון של טובת הקטינה. המשיבים הדגישו כי איש מהם לא הסכים לתרומת ביצית או זרע, כי הם עברו סבל רב בהליכי ההפריה, וכי תחושות הספק ואי-הוודאות אינן נותנות להם מנוח. בנסיבות שנוצרו, המשיבים הצביעו עוד על כך שממד הזמן הוא קריטי, וכי ביצוע הבדיקות בהקדם האפשרי הוא הכרחי הן למען הקטינה והן למען הסרת ספקותיהם. המשיבים הדגישו כי ככל שיאותרו הוריה הגנטיים של הקטינה, תיווצר אמנם "תחרות משפטית" בין האם הגנטית לאם היולדת, אך לא תיווצר כל "תחרות" דומה ביחס לאב, שהרי מעמדו של האב הגנטי יהא מוחלט. לשיטתם, די בטעם זה לבדו כדי להצדיק את עריכת הבדיקה.

21. בית החולים ציין בתשובתו כי הוא אינו מביע עמדה בשאלת ההצדקה למתן רשות ערעור במקרה זה, וכי אף לגוף הדברים הוא מותיר את ההחלטה לשיקול דעתו של בית המשפט (בהתאם לעמדתו לאורך כל ההליך המשפטי דנן). לצד זאת, בית החולים מצא לנכון להדגיש כי כל המסמכים הרפואיים הרלוונטיים התומכים במסקנת צוות הבדיקה בדבר ההסתברות למציאת קשר גנטי בין מי מהמשיבים לקטינה – עמדו לנגד עיניהן של הערכאות הקודמות, וכאמור לעיל, הועברו בשלב מסוים גם לעיון המבקשים, תוך השחרת פרטיהן האישיים של המטופלות. בית החולים אף הוסיף כי בניגוד לטענת המבקשים, בשלב זה, ולכל הפחות על יסוד הידוע כיום, אין זה סביר כי מעגל ההורים הגנטיים הפוטנציאליים יורחב מעבר לקבוצת ה-22.

22. היועצת המשפטית לממשלה – המייצגת את משרד הרווחה והביטחון החברתי, המשיב 15, ואת משרד הבריאות – סברה כי מוצדק ליתן במקרה זה רשות ערעור, לאור מורכבותה של הפרשה ולנוכח השאלות המשפטיות העקרוניות שהיא מעוררת. עם זאת, היא סברה כי יש לדחות את הערעור לגופו.

23. לשיטת היועצת המשפטית לממשלה, התקיימו במקרה דנן שני התנאים המנויים בסעיף 28(א) לחוק מידע גנטי לצורך הוראה על עריכת בדיקה גם בלא הסכמת הקטין הנבדק: ראשית, ישנו "סיכוי סביר" לנכונות טענותיהם של המשיבים בדבר קיומם של קשרי משפחה בינם לבין הקטינה, לאור החפיפה בשלבי הטיפול השונים בין המטופלות מקבוצת ה-22 לבין המבקשת; שנית, ניתנה למבקשים ולקטינה, באמצעות האפוסטרופסיות לדין, ההזדמנות להשמיע את התנגדותם לבדיקה. היועצת המשפטית

לממשלה הדגישה כי לשיטתה צדק בית המשפט המחוזי בקביעתו לפיה רף ההוכחה הנדרש הוא נמוך ממאזן ההסתברויות, ועליו להביא בחשבון את טובת הקטינה וזכותה לברר את שורשיה הגנטיים, כמו גם את האינטרסים של המשיבים, המעוניינים לכלכל את צעדיהם באשר להמשך הליכי הפוריות שבהם החלו. היועצת המשפטית לממשלה הדגישה אף היא את החשיבות שנודעת לממד הזמן, והטעימה כי עם חלוף הזמן נקודת האיזון ביחס לעריכת בדיקה גנטית עשויה להשתנות. אשר לטענות המבקשים בדבר זהותם כהורים מן הבחינה המשפטית, טענה היועצת המשפטית לממשלה כי אלו מקדימות את זמנן, וכי צדק בית המשפט המחוזי כאשר הפריד בין "מעגל הידיעה", הנדון כעת, ל"מעגל ההורות", שיתכן שיידון בעתיד, ואשר ביחס אליו לא נקבעו מסמרות.

24. האפוטרופסיות לדין סברו כי יש מקום לקבל את הבקשה לרשות ערעור ולקבל את הערעור לגופו. לשיטתן, המשפט הישראלי לא הכיר עד כה באפשרות של הגשת תביעה למתן צו לעריכת בדיקה גנטית למטרת ידיעה בלבד, אלא רק כ"סעד ביניים" במסגרת תביעה לקשרי משפחה. ממילא, לשיטתן, יש לראות בתביעות דנן תביעות שבמהותן עוסקות בכינון קשרי הורות. הן הוסיפו וטענו, כי הפרדה שערך בית המשפט המחוזי בין השלבים הדיוניים השונים היא שגויה, וכי קיים חשש שהדבר יביא בעתיד לפיצול מלאכותי של תביעות, כך שמי שיימצא בעל קשר גנטי לקטין בשלב הראשון יוכל בשלב הבא לבחור שלא לתבוע הורות משפטית. לשיטת האפוטרופסיות לדין, אין לעודד מצב של "השתחררות" מקשר משפטי של הורות, וממילא אין לאפשר הפרדה דיונית בין התביעה לבדיקה גנטית לתביעת ההורות. האפוטרופסיות לדין הוסיפו כי גם מההיבט של טובת הקטינה אין זה נכון וראוי לפצל בין השלבים הדיוניים, שכן בהתחשב במצבה הרפואי המורכב של הקטינה, ייתכן שיתעורר צורך בקבלת החלטות בקשר לטיפול בה, ומי שיימצא כהורה גנטי יבקש להיות מעורב בקבלתן הגם שטרם הוכר כהורה משפטי.

25. במישור האופרטיבי, האפוטרופסיות לדין סברו כי יש לאתר את הוריה הגנטיים של הקטינה, על מנת לאפשר לה להתחקות אחר שורשיה. אולם, לשיטתן, יש לקבוע כבר עתה כי בדיקות אלה ותוצאותיהן "לא יוכלו לשמש לקביעת הורות משפטית ולא יוכלו לשנות מהמצב הנוכחי בו האם היולדת ובן זוגה הם ההורים המגדלים את [הקטינה]". למעשה, כך טענו האפוטרופסיות לדין, בשים לב למצב הרפואי המורכב של הקטינה, וכדי למנוע פגיעה בשלומה וביטחונה, יש לקבוע כעת כי המבקשים הם הוריה של הקטינה מן ההיבט המשפטי. האפוטרופסיות לדין הגישו גם תשובה חסויה, שאליה צורפו מסמכים רפואיים וחוות דעת ביחס למצבה של הקטינה. בהתבסס על מסמכים אלו, ולנוכח מצבה הרפואי המורכב, הביעו האפוטרופסיות לדין חשש מהאפשרות להחלפת הדמויות המטפלות בקטינה. האפוטרופסיות לדין הדגישו, כי ככל שעמדתן בדבר הצורך

להכריע בסוגיית ההורות המשפטית כבר כעת תידחה – אין לאפשר כלל את ביצוע הבדיקה הגנטית.

26. בהיאסף התשובות, הוריתי בהחלטתי מיום 6.2.2023 על העברת הבקשה לדיון בפני הרכב בהקדם האפשרי.

27. להשלמת התמונה, אציין כי ביום 7.2.2023 הוגשה תשובה גם מטעם המשיבים 8-9. אף לשיטתם בית המשפט המחוזי שגה, אך זאת מטעם שונה (מאחר שהפך את החלטתו של בית המשפט לענייני משפחה בעניינם שלהם). עוד פירטה התשובה את נסיבותיהם האישיות המורכבות. המשיבים 8-9 לא התייצבו לדיון, בעצמם או באמצעות בא-כוחם, ואף לא הגישו בקשת רשות ערעור מטעמם על פסק דינו של בית המשפט המחוזי. בנסיבות אלו, איננו נדרשים לשנות מקביעותיו של בית המשפט המחוזי בעניינם.

מהלך הדיון

28. הדיון בבקשה התקיים בפנינו ביום 9.2.2023. טענתם המרכזית של באי-כוח המבקשים בדיון הייתה ש"הסיכוי הסביר" לפי סעיף 128(א) לחוק מידע גנטי מושפע באופן ישיר מהמטרה שלשמה מתבקשת הבדיקה. לשיטתם, ככל שהאינטרס שבשמו מתבקשת הבדיקה חשוב ומשמעותי יותר, כך יש לדרוש רף גבוה יותר. בהמשך לכך, נטען כי במקרה דנן, שבו מי שמבקשים לבצע את הבדיקה מתכוונים להגיש תביעת הורות, עליהם להוכיח את התקיימותו של הסיכוי הסביר על-פי רף של מאזן ההסתברויות או קרוב לכך. עוד נטען, כי קביעתו של רף זה צריכה להיות מושפעת הן מן ההעדפה שצריכה להינתן, כעניין של נקודת מוצא, לאם היולדת על פני האם הגנטית, והן משיקולים שעניינם טובת הקטינה. בעניין אחרון זה נטען כי טובתה של הקטינה היא להישאר אצל הוריה המגדלים אותה כעת, וכי עצם ניהול המאבק המשפטי נוגד את טובתה.

29. באי-כוח המבקשים הוסיפו וטענו כי המידע הגנטי העומד ביסוד הבקשה לעריכת הבדיקה – דהיינו עצם הידיעה על כך שהמבקשים אינם הוריה הגנטיים של הקטינה – מקורו ב"חטא קדמון". זאת, בהתחשב בכך שהוא נחשף על יסוד בדיקת מי השפיר שנערכה למבקשת, מבלי שהיא נתנה את הסכמתה לבדיקת קשרי משפחה בינה לבין העוברית. כן נטען, כי בהתאם להוראות חוק מידע גנטי לא ניתן היה לערוך את הבדיקה ללא צו בית משפט, שלא התבקש באותו מקרה וממילא גם לא ניתן.

30. באי-כוח המשיבים טענו, מנגד, כי דין הבקשה להידחות. בפתח הטיעון, ובמענה לשאלות בית המשפט, הבהירו כי תכליתה של הבדיקה היא לצורך תביעת הורות עתידית שתוגש ככל שיתברר כי מי מהמשיבים הוא בעל קשר גנטי לקטינה. עם זאת, הוטעם כי בשלב זה הדיון צריך להתמקד אך בשאלת הצדקה להורות על עריכת הבדיקה, ורק אם יימצא כי מי מהמשיבים הוא הורה גנטי, יהיה מקום לדון בכובד ראש בשאלה המורכבת של זהות ההורים המשפטיים של הקטינה. באי-כוח המשיבים הוסיפו כי לא ניתן לקבל את טענת המבקשים לפיה יש לבכר תמיד את האם היולדת על-פני האם הגנטית, וביחס לכך הפנו לקביעה השיפוטית שלפיה "הזיקה הגנטית מהווה את הבסיס המרכזי להקניית מעמד של הורות" (בע"מ 1118/14 פלונית נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים, פסקה 8 לפסק דינו של השופט נ' הנדל (1.4.2015) (להלן: בע"מ 1118/14)). באי-כוחם של המשיבים ציינו עוד כי גם אם תתקבל עמדת המבקשים באשר למעמד הבכורה של האם היולדת על-פני האם הגנטית, עדיין קיימת הצדקה לברר את זהותו של אביה של הקטינה, נוכח העובדה שביחס למבקש לא מתקיימת אף הזיקה הפיזיולוגית הנוגעת לנשיאת ההיריון.

31. באשר לשאלת "הסיכוי הסביר", טענו באי-כוחם של המשיבים, כי יש להביא בחשבון את מאפייניו הייחודיים של המקרה. לטענתם, יש להתחשב בכך שעריכת הבדיקה כעת היא האפשרות היחידה לברר את זהות הוריה של הקטינה, כאשר ידוע בוודאות שהאם היולדת ובן זוגה אינם הוריה הגנטיים של הקטינה, וכי הוריה הגנטיים הם מטופלים אחרים בבית החולים. במובן זה, מטרת הבדיקה היא "להעניק" הורים לקטינה, שבשלב זה אין לה הורים גנטיים. עוד הוטעם כי יש חשיבות מכרעת לממד הזמן, וכי במקרה זה המשיבים הגישו את תביעתם מיד כשנודעה להם הטעות שהתרחשה. באי-כוח המשיבים הוסיפו, כי צוות הבדיקה ופרופ' גמזו איתרו מעגל מצומצם וקונקרטי של מטופלות שהטיפול בהן השיק לזה של המבקשת, וביחס למי שמשתייכת אליו מתקיים "סיכוי סביר" להוכחת קשרי משפחה לקטינה.

32. באות-כוחו של בית החולים טענו, בתמצית, כי לא קיימת אפשרות סבירה שההורים הגנטיים יימצאו מחוץ לקבוצת ה-22, וכי מכל מקום לא קיימת אפשרות כזו מחוץ לקבוצת ה-36. עוד הן הבהירו, שלגבי כל אחת מבין 22 המטופלות האמורות (ובהן שש המשיבות שבפנינו) האפשרות למציאת קשר גנטי היא אמנם לא גבוהה, אך גם כזו שלא ניתן להתעלם ממנה. לשיטתן, די בכך כדי לקבוע קיומו של סיכוי סביר להוכחת הטענות בדבר קשרי משפחה לקטינה. אשר להסכמתה של המבקשת לביצוע הבדיקה הגנטית במסגרת בדיקת מי השפיר, נטען כי בית המשפט המחוזי נדרש לכך במפורש

בפסק הדין שניתן בשלב הקודם של ההתדיינות, שבו עתר בית החולים לעריכת הבדיקה ביחס לבני זוג אחרים, והבהיר כי במקרה זה ניתנה הסכמה מדעת. באות-כוחו של בית החולים הוסיפו וטענו כי בנסיבות שבהן המבקשים לא הגישו בקשת רשות ערעור על קביעה זו, הם מושתקים מלהעלות כעת טענות בעניין זה.

33. אף באת-כוח היועצת המשפטית לממשלה סברה שיש לדחות את הערעור לגופו, ככל שתינתן רשות ערעור. לטענתה, אמנם הדין הישראלי מניח שהיולדת היא האם, אך זו חזקה הניתנת לסתירה. לפיכך, לשיטתה, גם ביחס להמשך ההתדיינות הצפויה אין לחסום מראש את דרכם של מי מהמשיבים שיימצאו כבעלי קשר גנטי לקטינה לטעון כי יש להכיר בהם כהוריה. באת-כוח היועצת המשפטית לממשלה הוסיפה כי טובת הקטינה מחייבת בעת הזו את ביצוע הבדיקה, אם כי ככל שיחלוף זמן נוסף ייתכן שתשתנה נקודת האיזון לטובת אי-עריכת הבדיקה.

34. אשר למהותו של "הסיכוי הסביר" המצדיק את עריכת הבדיקה, טענה באת-כוח היועצת המשפטית לממשלה, כי לא ניתן לקבוע רף מספרי כללי ביחס להסתברות המדויקת שעונה על הגדרה זו, וכי יש לבחון כל מקרה לפי נסיבותיו. במקרה דנן, כך נטען, ממצאי הבדיקה העלו שיש לבחון את המטופלות מקבוצת ה-22. בהקשר זה נטען, כי אף שסיכויי הפרטניים של כל אחד מהמשיבים להיות ההורה הגנטי של הקטינה אינם גבוהים, יש סיכוי סביר שזה יימצא בתוך קבוצה זו, ויש בכך כדי להצדיק את עריכת הבדיקה.

35. האפוטרופסיות לדין שבו וטענו גם כעת כי על אף שראוי לערוך את הבדיקה, יש לקבוע באופן חד משמעי, מראש, כי תוצאותיה לא ישפיעו על סוגיית ההורות המשפטית. זאת, כך נטען, מתוך ראיית טובת הקטינה ובפרט לנוכח מצבה הרפואי המורכב המצריך יציבות וביטחון. הן הדגישו עוד, כי כל עמדה אחרת תביא לכך שיוגשו בקשות שונות עד להכרעה בשאלת ההורות המשפטית, לרבות בקשות מצד ההורים הגנטיים לקביעת זמני שהות ובקשות להיות שותפים לקבלת החלטות רפואיות בעניינה של הקטינה.

36. לבקשת המשיבים, ביום 12.2.2023 התרנו לצדדים להגיש השלמת טיעון קצרה. בהשלמת הטיעון מטעמם, גרסו המשיבים כי המונח "סיכוי סביר" אינו מכוון לבדיקה סטטיסטית גרידא, ובכל מקרה אינו משקף מאזן ההסתברויות. לטענתם יש לפרשו כ"הגיוני", "אפשרי", או "מתקבל על הדעת". עוד הם טענו כי "הסיכוי הסביר" מתייחס לתיבה "קשרי משפחה" ולא לתיבה "המבקש". על כן, לשיטתם, במקרה שמדובר

בקבוצה של נבדקים פוטנציאליים מרובים יש לבחון את הסיכוי הסביר ביחס לקבוצה כולה. במקרה דנן, כך נטען, בהתחשב בממצאי הדו"ח של פרופ' גמזו שלפיהם ייתכן שההורה יימצא בקבוצת ה-22, הסיכוי של שש מטופלות מתוכן (בהתייחס למשיבות שבפנינו) לגלות קשרי משפחה לקטינה הוא כמעט 30% (במצטבר). המשיבים מדגישים עוד את זכותם האוטונומית לדעת אם מתקיימים קשרי משפחה עם הקטינה, שלשיתם עומדת בפני עצמה וללא תלות בתביעת ההורות העתידית. בקשר לכך הפנו המשיבים לפסק הדין שניתן בבג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות, פ"ד סו(1) 274 (להלן: בג"ץ 4077/12), שבו התקבלה עמדתו של תורם זרע שביקש, בשלב מסוים, כי לא ייעשה עוד שימוש בזרעו בשל הצער הכרוך באפשרות שיהיו לו ילדים גנטיים שעמם לא יהיה לו קשר. המשיבים טוענים כי פסיקה זו תומכת בעוצמתו של השיקול הגנטי ובזכותם של ההורים הגנטיים לדעת על העמדת צאצאים. עוד הם מציינים את הערך הרב הגלום בהתרת הספקות עבור אותם אלו שלגביהם יימצא כי הם נעדרי קשר גנטי לקטינה.

37. מנגד, בהשלמת הטיעון מטעמם המבקשים ציינו כי ההסתברות למציאת ההורים הגנטיים היא נמוכה, וכי אין חולק על כך שגם עריכת בדיקה לכל קבוצת ה-22 לא תביא בהכרח למציאת ההורים הגנטיים. עוד מדגישים המבקשים כי לא מן הנמנע שהסיכוי למציאת קשר גנטי ביחס ל-16 המטופלות האחרות (מתוך קבוצת ה-22) שלא ביקשו לערוך את הבדיקה, גבוה יותר מזה של המשיבים. המבקשים חזרו והוסיפו כי המידע הראשוני השולל קשר גנטי בין האם היולדת ובן זוגה לקטינה הושג בניגוד להוראות חוק מידע גנטי וכי סוגיה זו לא זכתה להתייחסות ממצה בהתדיינות הקודמת. אשר ל-בג"ץ 4077/12, טוענים המבקשים שניתן ללמוד ממנו גם כי ההורות הגנטית כשלעצמה אינה שיקול מכריע, ולמעשה ההכרעה באותה פרשה הושפעה ממעמדה של הזכות לאוטונומיה.

38. היועצת המשפטית לממשלה הבהירה, בהשלמת הטיעון מטעמה, כי הסיכוי הסביר "אינו נמדד באופן מספרי, אלא משקף שקלול של בית המשפט את הסיטואציה העובדתית שנדונה בפניו, לרבות מכלול האינטרסים הקשורים לענין". היועצת המשפטית לממשלה הוסיפה כי יש קושי ממשי בטענת האפוטרופסיות לדין לפיה טובת הקטינה מחייבת שלא לערוך את הבדיקה אם יתלוו לכך השלכות מעשיות, שכן טענה זו נסמכה על חוות דעת כלליות שנערכו מבלי שעורכיהן פגשו את הקטינה או את האם היולדת ובן זוגה. היועצת המשפטית לממשלה הדגישה עוד כי ברקע הדברים יש לזכור שהתאמה גנטית אינה מובילה בהכרח לקביעת קשרי הורות, ולמעשה אין לה תוצאות משפטיות ישירות מבלי שמוגשת תביעה להכרה בהורות משפטית.

39. האפוטרופסיות לדין טענו גם בשלב זה כי במסגרת ההחלטה על עריכת הבדיקה יש להתחשב בעקרון העל של טובת הילד. בנסיבות המקרה דנן, כך נטען, זכותה של הקטינה לחיים ולבריאות "מכריעה את הכף לטובת הבטחת המעמד המשפטי של המבקשים כהורי הקטינה". לפיכך, לשיטתן, ניתן להורות על עריכת הבדיקה אך ורק לצורך התרת הספקות ומבלי שניתן יהיה "לאתגר את הורותה" של האם היולדת.

דיון והכרעה

40. לאחר שבחנו את הבקשה והתשובות לה על נספחיהן, מצאנו כי קיימת הצדקה ליתן למבקשים רשות ערעור. זאת, בשל השאלה המשפטית העקרונית המתעוררת במקרה דנן, אשר טרם נדונה בפסיקתו של בית משפט זה, ולא פחות מכך – בשל המורכבות האנושית של הפרשה, והיותה של הכרעתנו הרת גורל עבור הצדדים הנוגעים בדבר. בהתאם לכך החלטנו להיעתר לבקשה למתן רשות ערעור, ולדון בה כאילו ניתנה הרשות והוגש הערעור על פיה, מכוח סמכותנו לפי תקנה 149(2)(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018. בהמשך לכך, יכוננו המבקשים מעתה – המערערים.

41. וכעת לגוף הדברים. לאחר שחזרתי והפכתי בדבר, באתי לכלל מסקנה כי יש לדחות את הערעור לגופו, וכך אציע לחבריי לעשות.

42. בפתח הדברים אבקש להדגיש את "גבולות הגזרה" של הדיון: השאלה העומדת בפנינו היא האם התקיימו בנסיבותיו של מקרה זה אמות המידה שנקבעו בחוק מידע גנטי לעריכת בדיקה גנטית לצורך הוכחת קשרי משפחה בין מי שמבקשים לערוך את הבדיקה לבין הקטינה?

43. ראוי להביא את התנאים המצטברים שנקבעו לעניין זה בסעיף 128(א) לחוק מידע גנטי כלשונם. על-פי האמור בסעיף זה, "בית המשפט רשאי" להורות על בדיקה "גם בלא הסכמת הנבדק" בהתקיים תנאים אלה:

"(1) בית המשפט שוכנע כי יש סיכוי סביר לנכונות טענות המבקש בדבר קשרי המשפחה הנטענים;
 (2) ניתנה לנבדק הזדמנות להשמיע את התנגדותו למתן הצו".

בענייננו, אין חולק על כך שהתקיים התנאי השני, דהיינו ניתנה לקטינה הנבדקת ההזדמנות להשמיע את עמדתה באמצעות האפוטרופסיות לדין, וזאת לצד התנגדותם של

המערערים. על כן, השאלה שבה יש להתמקד היא האם התקיים גם התנאי הראשון: קיומו של "סיכוי סביר" לקשרי משפחה בין מי מהמשיבים לבין הקטינה.

44. חשוב להדגיש, כי ההליך שבפנינו אינו עוסק בשאלה הקשה והמורכבת מי צריך להיות מוכר כהורה המשפטי של הקטינה – האם היולדת ובן זוגה או שמא מי שיימצא כבעל קשר גנטי אליה. לא זו בלבד ששאלה אחרונה זו היא תיאורטית בשלב הנוכחי, כאשר לא ידוע אם מי מהמשיבים יימצא כהורה הגנטי, אלא שגם מן ההיבט הדיוני אין מקום להידרש אליה. זאת, בנסיבות שבהן היא לא נדונה לגופה על-ידי הערכאות שקדמו לנו, והצדדים אף לא פרסו את מלוא התשתית הנורמטיבית הרלוונטית ביחס לסוגיה. די בכך כדי להצדיק את הנחת היסוד לפיה אין לדון בה כעת בפעם הראשונה.

45. יתר על כן, בשלב הנוכחי, אני סבורה כי לא ניתן לדון בשאלת ההורות אלא באופן מופשט בלבד, מאחר שאל מול האם היולדת ובן זוגה, שנסיבותיהם האישיות ידועות, ומטבע הדברים מעוררות אהדה וסימפטיה רבה, ניצבים הורים גנטיים חסרי שם ופנים. איננו יודעים מיהם. ייתכן שנסיבות חייהם בכלל ובהקשר של הליך ההפריה בפרט, עשויות להיות רלוונטיות אף הן לדיון. קיימת בעייתיות רבה אף בעובדה כי בשלב זה, מטבע הדברים, לא נמצא בידי המשיבים כלל המידע הרלוונטי, לרבות מידע רפואי, כדי להתמודד עם הטענות שהועלו על-ידי המערערים והאפוסטרופסיות לדין. יש אפוא קושי בדרישה לקיומו של הליך המהווה מעין "פרה-רולינג" של סוגיה כה מורכבת, מבלי שנפרשה בפנינו התמונה השלמה.

46. למען הסר ספק: אינני מתעלמת מן התכלית שעומדת ברקע הדברים, ומכך שיש קשר ממשי בין עריכת הבדיקה הגנטית לבין תביעת הורות פוטנציאלית. כאמור, המשיבים אינם מעוניינים ב"בדיקה לשם בדיקה" ואף לא ב"בדיקה לשם ידיעה" בלבד. הם מעוניינים באופן מובהק בבדיקה לצורך הגשתה של תביעת הורות, ככל שימצא קשר גנטי בינם ובין הקטינה. אין ספק אפוא שהאפשרות של איתור הוריה הגנטיים של הקטינה עלולה להביא להתדיינות משפטית נוספת. אולם, אינני סבורה שעובדה זו מהווה, כשלעצמה, שיקול כנגד עריכת הבדיקה בשלב הנוכחי ובוודאי שהיא אינה שיקול מכריע. הטעמים לכך הם רבים. ראשית, במישור הפורמאלי, אמות המידה המרכזיות שעל-פיהן יש לבחון את ההצדקה לעריכת הבדיקה הוכתבו במפורש על-ידי המחוקק והן ממוקדות בכך שיש "סיכוי סביר" לנכונות טענותיו של מבקש הבדיקה לקיומו של קשר משפחתי, וכן בשמיעת טענותיו של מי שמתנגד לבדיקה. שנית, בניגוד לנטען על-ידי האפוסטרופסיות לדין, חרף הכאב הכרוך בהתדיינות הנוגעת להכרה בהורות משפטית, אין מקום לראות בה סוג של "רעה" מוחלטת שיש למנוע בכל תנאי. לעיתים אין מנוס

מהכרעה, ולמעשה נקודת המוצא לדיון המשפטי היא שכל הכרעה שתתקבל בנושא תיעשה לטובת הקטינה, לאחר שייבחנו מכלול השיקולים הרלוונטיים. שלישית, אין גם מקום להניח כי איתורם של הורים גנטיים יוביל באופן הכרחי להוצאתה של הקטינה מחזקת המערערים. החלטה על עריכת הבדיקה אינה מכריעה מראש כנגד הורתם של המערערים. היא רק מכירה בכך שיש טעם לדון בשאלת ההורות לגופה על בסיס פריסת תמונה עובדתית ונורמטיבית מלאה ככל הניתן. יתר על כן, היא מבטאת עמדה הדוגלת בהכרעה שיפוטית בשאלה רק בנסיבות שזו אינה תיאורטית, לאחר שהובהר כי המצב העובדתי אכן מחייב הכרעה שכזו. אין לשכוח, כי הבדיקות שייערכו עשויות גם להוביל לכך שלא יימצאו ההורים הגנטיים.

47. בהקשר זה אבקש להוסיף כי יש אכן צדק בטענה לפיה ראוי לדעת מראש מהי תכלית עריכתה של הבדיקה. ראשית, כך עולה מחוק מידע גנטי עצמו המורה בסעיף 28א כי "לא יעשה אדם שימוש בדגימת DNA ששימשה לבדיקה, או בתוצאות בדיקה, אלא למטרה שלשמה נערכה הבדיקה". שנית, כך מתחייב נוכח השלכותיה האפשריות של הבדיקה על טובתה של הקטינה. מכל מקום, משהצהירו המשיבים, באמצעות באי-כוחם, שתביעתם להתיר את עריכת הבדיקה נעשית על רקע כוונתם לברר את סוגיית ההורות המשפטית, הרי שברור שביסודה מונח טעם רציני וחשוב, ודי בכך.

נקודת המוצא: ההגדרות השונות להורות

48. עוד קודם שאפנה לבחינת התנאים לעריכת הבדיקה הגנטית על-פי הדין, יש להסיר מן הדרך "טענת סף" של המערערים. לטענתם, אין מקום כלל להורות על עריכת הבדיקה במקרים מן הסוג דנן, מאחר שבין כה וכה לא ניתן אף פעם לערער על מעמדה של האם היולדת. בזהירות הנדרשת לצורך שלב זה של ההתדיינות, וברגישות המתבקשת בשל ההיבט האנושי של המציאות שנוצרה, אין מקום לקבל טענה גורפת וחד משמעית מן הסוג הזה. השאלה מי ייחשב כהורהו של קטין במקרה שבו אין זהות בין ההורה הגנטי להורה הפיזיולוגי, ושניהם מבקשים להיות מוכרים על-פי דין כהורה שמגדל את הקטין, היא שאלה מורכבת וקשה. שאלה זו טרם הוכרעה במישרין בדין הישראלי, וכאמור, היא אינה השאלה הנדרשת להכרעתנו. בשלב זה, די לי בכך שיש עיגון במשפט הישראלי לשתי הטענות הנוגדות – טענת ההורות הפיזיולוגית (מצד האם היולדת) וטענת ההורות הגנטית (מצד ההורים הגנטיים, ככל שיימצאו).

49. אבאר. המשפט הישראלי הכיר בעבר בהורות משפטית על בסיס ארבעה אדנים חלופיים ומשלימים: זיקה גנטית, זיקה פיזיולוגית, אימוץ וזיקה לזיקה (קרי, מתוקף

קשר זוגיות עם בעל או בעלת הזיקה הגנטית) (ראו: בע"מ 1118/14, בפסקה 7 לפסק דינו של השופט הנדל). אם כן, אין בסיס לקביעה, כבר בשלב מקדמי זה, כי מעמדה של ההורות הפיזיולוגית, מכוח לידה, אינו ניתן לאיתגור בשום נסיבות שהן. אדרבה, יש לומר כי האפשרות שתוכח זיקה גנטית בין הקטינה לבין מי מהמשיבים, מצדיקה שלא לנעול בפניהם את השער בטרם ניתנה להם ההזדמנות לטעון את טענותיהם ולהביא את ראיותיהם.

50. המסקנה כי לא ניתן לשלול באופן קטגורי, למצער לא בשלב זה, את האפשרות להכרה במעמדם של ההורים הגנטיים נלמדת אף מעיון בהוראות החוק הרלוונטיות בגדרן מצא המחוקק להתייחס למעמדה של ההורות ולמאפייניה. בעבר הוסבר בפסיקתו של בית משפט זה כך:

"בחקיקה הישראלית קיימים מספר חוקים העוסקים בהורות; בחוקים אלו מיוצגות עמדות שונות ומשלימות לעניין קביעת ההורות... תפיסה המבכרת את היסוד הגנטי ניתן לזהות בסעיף 3(א) לחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951 ובסעיף 14 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962; מה שאין כן בחוק האימוץ, תשמ"א-1981, ובחוק תרומת ביציות, ואף לשיטות מסוימות בחוק הפונדקאות, שם נדחק היסוד הגנטי במידה מסוימת ומתאפשר כינונה של הורות שלא על בסיס יסודות גנטיים במובהק..." (בג"ץ 5771/12 משה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996, פסקה ט"ו לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין (18.9.2014). ראו גם: דנ"א 1297/20 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקאות 10-13 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ע' פוגלמן (25.7.2022) (להלן: דנ"א 1297/20)).

הנה כי כן, לעתים המחוקק העדיף את הקשר הגנטי, ולעתים את הקשר הפיזיולוגי. לא ניתן לומר באופן גורף כי לאחד עדיפות משפטית מוחלטת על פני האחר. באופן קונקרטי ראוי להזכיר בהקשר זה את הוראת סעיף 42(א) לחוק תרומת ביציות, התש"ע-2010 שלפיה "יילוד שנולד כתוצאה מתרומת ביצית, יהיה ילדה של הנתרמת לכל דבר ועניין". יהיה מי שיטען כי הוראת חוק זו היא חריג שמעיד על הכלל: יש בה כדי ללמד על תפיסתו של המחוקק שלפיה נדרשת הוראת חוק מיוחדת ומפורשת על מנת לנתק את הזיקה שבין ההורה הגנטי לבין היילוד, אף כשקיימת אם פיזיולוגית. מכל מקום, וכאמור מבלי לטעת מסמרות בעניין, הנושא מורכב וטרם נדון והוכרע במלואו.

51. עוד ניתן להוסיף, כי המשקל היחסי שניתן לסוגי ההורות השונים שהוכרו במשפט הישראלי אינו אחיד, אלא משתנה בהתאם לנסיבות. יש מקרים שבהם יוחס משקל-על להורות הגנטית, כמו למשל במקרה של חטיפת ילדה מהוריה הביולוגיים והעברתה לידי הורים מאמצים, אף שהדבר נעשה ללא ידיעתם (ראו: בג"ץ 243/88 קונסלוס נ' תורג'מן, פ"ד מה(2) 626 (1991)). יש מקרים אחרים שבהם ההורות הגנטית מקבלת משקל נמוך ביותר, למשל במקרה הרגיל של תרומת זרע או תרומת ביציות (ראו למשל: ד"א 1297/20, בפסקה 13 לפסק דינו של המשנה לנשיאה פוגלמן). ויודגש, נשיאת היריון בגופה של אשה היא בעלת משקל שלא ניתן להפריז בחשיבותו. היריון הוא תהליך שאינו רק פיזיולוגי, אלא גם רגשי. הוא משפיע על מהלך החיים ועל הבריאות. לעתים הוא אף מסכן חיים. אין לו תחליף כדי להביא חיים לעולם. ועדיין, המשפט הישראלי מכיר באפשרות של הליך פונדקאות (ראו ההסדרים הקבועים בחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996), שמשמעותו המשפטית והמעשית היא כי האם היולדת אינה מוכרת בסופו של דבר כהורה המשפטי. ממילא, לפחות בנסיבות מסוימות, המשקל שניתן להיריון וללידה אינו הגורם המכריע, ולמצער הוא אינו הגורם היחיד שמובא בחשבון.

52. אינני מתעלמת מכך שבהקשר של פונדקאות, שלילת המעמד ההורי מן האם הנושאת מבוססת על הסדר חוקי, שאינו בנמצא במקרה שבפנינו, ובמובן זה המקרה שבפנינו הוא מצב מובהק של "לאקונה" משפטית. אולם, אפילו הייתה מתקבלת הטענה באשר למעמדה של האם היולדת, אין כל חקיקה המקנה עדיפות מפורשת לבן זוגה. בקשר לכך יש להדגיש, כי בעוד המשפט הישראלי הכיר בעבר בהורות מכוח "זיקה לזיקה" גנטית, הרי שעד כה לא נדונה במישרין, ומשכך אף לא הוכרה, הורות מכוח "זיקה לזיקה" פיזיולוגית בלבד. ממילא, יש לכאורה טעם בטענת המשיבים שלפיה מוצדק לערוך את הבדיקות הגנטיות ולו כדי לברר את זהותו של האב הגנטי, מבלי לנקוט כל עמדה בשאלת ההורות המשפטית.

53. בשלב זה, אני מבקשת להתבסס על סיכום הביניים הבא: במשפט הישראלי הורות יכולה להישען על אדנים שונים, וקשה להלום את הטענה, ובפרט במסגרת גבולות הדיון הנוכחי, כי לאדן אחד של ההורות יש עדיפות א-פריורית על פני האדנים האחרים. ודאי שאין לקבלה באופן שמונע את האפשרות לערוך בדיקות גנטיות בשלב הנוכחי.

מה ניתן ללמוד מניסיוןן של שיטות משפט אחרות?

54. התפיסה הגורסת כי אין מקום לדחות על הסף את האפשרות של הורים גנטיים לטעון לכך שעל המשפט להכיר בהם כהורים במקרים מסוג זה נתמכת לכאורה גם בניסיוןן של שיטות אחרות. יש לשוב ולהדגיש, כי בשלב הנוכחי, אינני מבקשת להסתמך על ניסיוןן זה כדי לבכר את ההורים הגנטיים על-פני האם היולדת בכל הנוגע לסוגיית ההורות. אבהיר פעם נוספת – זו אינה השאלה שבה נתבקשנו להכריע כעת. אולם, כפי שאסביר, ניסיוןן זה, חרף ההבדלים המובנים בין שיטות משפט שונות, מחזק אף הוא לטעמי את המסקנה כי אין מקום לחסום על הסף ובאופן גורף את האפשרות העקרונית להורות על קיום בדיקות גנטיות, העלולות להוביל לדיון בהורות המשפטית של ההורים הגנטיים.

55. אכן, המקרה שבפנינו הוא הראשון מסוגו בישראל. עם זאת, למרבה הצער, מוכרים מקרים נוספים בעולם, הגם שאינם שכיחים, שבהם נעשתה "החלפה" בין עוברים במסגרת תהליך של הפריות חוץ-גופיות, וניתן ללמוד מהם לענייננו. הכול, בזהירות המתבקשת, ובשים לב לכך שלפחות בחלק מן המקרים לא הושלמה ההתדיינות, אלא הושגו פשרות והסכמות בין הצדדים הנוגעים בדבר. המקרים שבהם מדובר התרחשו בעיקר בארצות הברית, שבה קיימת פעילות ענפה יחסית בתחום של הפריות חוץ-גופיות. אוסיף ואבהיר בהקשר זה כי בשנים שחלפו מאז התפתח הענף של הפריות חוץ-גופיות, הגיע הנושא של עימותים בין הורים גנטיים לאם שנשאה עבורם את ההיריון להתדיינות רבות, בעיקר על רקע קשר מוקדם של פונדקאות מוסכמת. אפשר לזהות דמיון מסוים בין אותם מצבים לבין זה שבפנינו, אך גם נקודות שוני רבות. על כן, אמקד את ההתייחסות ההשוואתית אך למקרים שהם "השתקפות" ממש למקרה שבפנינו – עימות משפטי שנוצר על רקע טעות רפואית של הגורמים המטפלים בהליכי ההפריה.

56. אחת הפרשות הידועות ביותר, שבה התרחשה החלפה טרגית מן הסוג שבפנינו, אירעה לפני יותר מעשרים שנה בארצות הברית, והיא ידועה כעניין *Perry-Rogers v. Fassano*, 715 N.Y.S. 2d 19 (App. Div. 2000) (להלן: פרשת פסנו). במקרה זה, עמדה ברקע הדברים החלפת עוברים שהובילה לכך שבמסגרת טיפולי פוריות הושתלו ברחמה של אשה, דונה פסנו, שני עוברים – אך רק אחד מהם היה קשור אליה מבחינה גנטית. הטעות התגלתה כבר במהלך ההיריון ונמסרה הודעה לשני הזוגות המעורבים בעניין. פסנו בחרה להמשיך את ההיריון וילדה שני תינוקות בריאים. בדיקה גנטית שבוצעה בהמשך אישרה את הקשר הגנטי של אחד התינוקות לאחרים, בני הזוג רוג'רס. באותו מקרה הדברים אף היו גלויים לעין, מאחר שהתינוק הנוסף היה ממוצא אפרו-אמריקאי.

בשלב זה החלו בני הזוג רוג'רס בהליכים משפטיים כנגד בני הזוג פסנו, ועתרו לקבל סעד של הכרה בהורות שלהם, לרבות על דרך תיקון תעודת הלידה של התינוק הקשור אליהם מבחינה גנטית. בני זוג פסנו לא התנגדו וכך הסתיים ההליך בהסכמה. עם זאת, ההתדיינות בין הצדדים לא תמה בכך. מסתבר שברקע ההסכמה האמורה, נעתרו ההורים הגנטיים לבקשת בני הזוג פסנו להעניק להם זכויות מפגש עם הקטין. לאחר שהושלם ההליך המשפטי המקורי שנסב על שאלת ההורות והמשמורת, טענו ההורים הגנטיים כי הסכמתם לזכויות מפגש עם הקטין לא הייתה רצונית, והדבר הוביל להתדיינות נוספת, שהסתיימה בפסק דין, זו הפעם ביחס לזכויות המפגש. בית המשפט של מדינת ניו יורק קיבל את עמדתם של ההורים הגנטיים כי אין מדובר במקרה שמצדיק זכויות מפגש. פסק הדין בעניין הפך לחלוט לאחר שערכאת הערעור של מדינת ניו יורק לא העניקה רשות לערער עליו (להרחבה, ראו: Raizel Liebler, *Are you My Parent – Are You My Child – The Role of Genetics and Race in Defining Relationships After Reproductive Technological Mistakes*, 5 DEPAUL J. HEALTH CARE L. 15, 42-52 (2002)).

57. פרשת 1009 אינה יחידה מסוגה. כפי שכבר צוין, לאורך השנים התגלו טעויות נוספות מסוג זה, גם אם לא כולן הובילו להתדיינות מלאה. כך למשל, ידוע המקרה של בני הזוג מנוקייין (Manukyan) שקיבלו הודעה על כך שאחד מהעוברים שלהם הושלל בטעות ברחמה של אשה אחרת, שנשאה מלבדו עובר נוסף. לאחר הלידה, בני הזוג יזמו הליך משפטי מסוג הביאס קורפוס שכוון לכך שהתינוק יועבר לידיהם, ובית המשפט פסק לטובתם. למעשה, המקרה היה מורכב אף יותר, מאחר שהתברר כי אף התינוק הנוסף שנולד באותו מקרה, לא היה בנה הגנטי של האם הנושאת, אלא של משפחה שלישית. במקרה אחר, זוג הורים נחשף לטעות בהליך ההפריה על רקע השונות הפיזית בין התינוק שנולד להם לבין ילדם הראשון. בשלב זה, הבדיקה שנערכה לימדה כי הילד אינו קשור אליהם מבחינה גנטית (להרחבה, ראו: Delores V. Chichi, *In Vitro Fertilization, Fertility Frustrations and the Lack of Regulation*, 49 HOFSTRA L. REV. 535, (2021) 551-553).

58. לצדם של מקרים שהגיעו לערכאות, אפשר להצביע גם על פרשות שהובילו להסדרים מוסכמים, כמו במקרה של פרשת קרדינייל (Cardinale) שהתרחשה בקליפורניה בשנת 2019. באותו מקרה, בני הזוג הבחינו בכך שהתינוק שנולדה להם אינה דומה להם וערכו בדיקה גנטית, שלימדה על כך שאינם הוריה הגנטיים. הביורור שנעשה במקביל במעבדת הפריון לימד כי התינוקת שנולדה להם קשורה גנטית לזוג אחר שעבר טיפולי הפריה באותה מעבדה, ושלאותו זוג נולדה תינוקת שהיא בתם הגנטית של

בני הזוג קרדינייל. המשפחות החליטו בסופו של דבר על החלפת התינוקות ביניהן, בעת שהיו כבנות ארבעה חודשים. במקרה זה הדרך להסכמה הייתה יותר קלה, בהתחשב בכך שמדובר בתינוקות שנולדו בהפרש של מספר ימים, והטעות התגלתה כשלב מוקדם יחסית. זוהי דוגמה לאחד מאותם מקרים רבים של טעויות של "החלפה" שנעשו בבתים חולים ולא הגיעו להכרעתם של כתי המשפט במסגרת הליך משפטי שהתנהל עד תומו (על פרטי המקרה ניתן ללמוד מההליך המשפטי שניהלו בני הזוג קרדינייל נגד מעבדת הפיריון ועובדיה בבית המשפט של מחוז לוס אנג'לס בקליפורניה, והסתיים בסופו של דבר בפשרה – *Cardinale v. California Center for Reproductive Health*, כמו גם מהדיווחים עליו בכלי התקשורת. ראו למשל: Neil Vigdor, 'We Had Their Baby, and They Had Our Baby': Couple Sues Over Embryo 'Mix Up', NEW YORK TIMES, 10.11.2021). בהמשך לדברים אלה חשוב להטעים כי כידוע אין בהסכמה בלבד כדי להקנות סטטוס של הורות משפטית. על כן, אותם מקרים שבהם הושגה הסכמה על "החלפת" התינוקות מלמדים אף הם כי העדפת ההורות הגנטית היא חלופה שלמצער לא נדחתה כבלתי חוקית, אם לא למעלה מכך.

59. כך או כך, בפועל מספר המקרים המדווחים בכלי התקשורת עולה עשרות מונים על המקרים המתועדים במקורות משפטיים פורמליים (ראו: Melody A. Rasouli, Christopher P. Moutos & John Y. Phelps, *Liability for Embryo Mix-Ups in Fertility Practices in the USA*, 38(5) J. ASSIST. REPROD. GENET. 1101 (2021)). כמו כן, כפי שכבר עולה מהדברים שצינתי, רבים מההליכים המשפטיים הנוספים שעוסקים במקרים של "החלפת עוברים" אינם נסבים על שאלת המשמורת וההורות, אלא על תביעות נזיקין שהוגשו על-ידי מי שנגרמו להם נזקים בשל כך (בעיקר, נזקים רגשיים ונפשיים. ראו למשל: Esther Lim Rui Hsien, *Does the Claim for Loss of Genetic Affinity Have Any Place in United States Jurisprudence?*, 67 DRAKE L. REV. 59 (2019)).

60. להשלמת התמונה יצוין, כי מרחב הדוגמאות הרלוונטיות לדיון, ולו על דרך ההשראה, הוא גדול אף יותר, בהתחשב במקרים של טעויות מסוגים שונים שעלולות להתרחש בהליכי הפריה. כך למשל, בפרשה ידועה אחרת, הופרתה בטעות ביצית של אשה בזרע של גבר אחר במקום בזה של בן זוגה. גם במקרה זה הטעות התגלתה בשל צבע עורם השונה של התאומים שנולדו. בית המשפט באנגליה שבו נדון המקרה הכיר בהורות של ההורה הגנטי של התאומים כהורה שלישי, לצד בני הזוג שהוכרו כהוריהם עם לידתם. ראו: Leeds Teaching Hospitals NHS Trust v. A and others [2003] EWHC 259 (QB).

61. ובחזרה לענייננו. הייחוד במקרה שבפנינו נעוץ בכך שבשונה מן המקרים המוכרים בספרות, ושחלקם תוארו לעיל, הגורם הרפואי שהיה אחראי לטיפול ההפריה לא הצליח לזהות את מקור הטעות ולאחר בוודאות את ההורים הגנטיים. שלב מקדמי זה של "חיפוש" ההורים הגנטיים, שטרם הסתיים, הוא שמעורר את הצורך בהכרעה משפטית בשלב זה, ולא עצם השגיאיה בפרוצדורה הרפואית שהובילה להחלפה. אולם, מן הסקירה שהובאה אפשר ללמוד, בזהירות המתחייבת, כי הגישה של חסימה מלכתחילה של שלב החיפוש מתוך תפיסה שממילא אין לייחס כל משקל להורות הגנטית אינה מקובלת. לאמיתו של דבר, כפי שהראיתי, לפחות בחלק מן המקרים שתוארו ניתן להורות הגנטית משקל רב (מבלי להתעלם מקיומה של ביקורת על כך. ראו למשל: Leslie Bender, *Genes, Parents, and Assisted Reproductive Technologies, ARTs*, *Mistakes, Sex, Race & Law* 12 COLUM. J. GENDER & L. 1 (2003). כך או כך, השאלה שבפנינו אינה למי מהן הבכורה. בשלב הנוכחי, די יהיה בכך שלא ניתן לשלול באופן מוחלט את האפשרות להכרה במעמד הפוטנציאלי של ההורים הגנטיים. ואם אלה הם פני הדברים, הרי שעריכת בדיקה גנטית שתאפשר לדעת אם ניתן לזהות מיהם ההורים הגנטיים נראית כצעד מתבקש, ובלבד שקיים "סיכוי סביר" למצוא אותם. בשלב זה אנו נדרשים אפוא לבחון את התקיימותם של התנאים הקבועים בחוק מידע גנטי לצורך התרת הבדיקה.

סיכוי סביר: מהו?

62. אם כן, כדי להשיב על השאלה שבפנינו יש להעמיד במרכז הדיון את חוק מידע גנטי והסדרים הקבועים בו. באופן יותר קונקרטי, כפי שהוסבר לעיל, אנו נדרשים לבחון את התקיימותו של התנאי שלפיו יש בנמצא "סיכוי סביר" לנכונות הטענות בדבר קשרי משפחה. תנאי זה טרם נדון בפסיקתו של בית משפט זה, ולא כל שכן בהקשרים קרובים למקרה המיוחד שבפנינו, שהוא במידת מה שונה מן הנסיבות הטיפוסיות שבהן ניתן לצפות כי הדבר יתעורר. פרשנותו ויישומו הם העומדים בלב הדיון בתיק זה.

63. לצורך הצגת התמונה השלמה, ראוי לפתוח בהתייחסות לשני הסוגים המקובלים של רף ההוכחה הנדרש בהליכים משפטיים בשיטת המשפט הישראלית. שניהם נדרשים למונחים מתחום הסבירות וההסתברות. במשפט הפלילי, רף ההוכחה הוא של "מעבר לספק סביר". לכן, אם הטילה הסניגוריה ספק סביר באשמתו של הנאשם, גם אם מדובר בספק בהסתברות נמוכה למדי (ואולם כזו שאינה בלתי סבירה), אין להרשיעו בדין. אם כן, בהקשר זה הסבירות מזוהה עם הסתברות נמוכה באופן יחסי. לעומת זאת, במשפט

האזרחי חל העיקרון של "מאזן ההסתברויות", ולפיו על התובע להוכיח את עילת תביעתו בלמעלה מ-50%. דומה כי אין מחלוקת בין הצדדים, שהמונח "סיכוי סביר" אינו מכוון לרף ההוכחה של מאזן ההסתברויות. אמת מידה זו, שנקבעה להכרעה בין גרסאות בתחומי המשפט אזרחי השונים, לרבות דיני החוזים, דיני הקניין ודיני הנזיקין, אינה מתאימה לדיון במצבי חיים סבוכים מן הסוג שעליהם חל חוק מידע גנטי.

64. מן ההיבט הלשוני, המונח "סיכוי סביר", בהתייחס לרף ההוכחה הנדרש, יכול להתפרש באופן שפתוח לכיוונים שונים. כך ניתן להתרשם קודם כול מריבוי המופעים שלו בחקיקה. עריכת חיפוש המתחקה אחר המונח "סיכוי סביר" בחקיקה הישראלית מלמדת כי זה מופיע בדברי חקיקה רבים ושונים (למשל, סעיף 53 לחוק המים, התשי"ט-1959, סעיף 37 לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967, סעיף 205א(ב) לחוק החברות, התשנ"ט-1999, סעיף 76(א)(2)(ב) לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), התשמ"א-1981 וסעיפים 194(א), 239(ג)(1) ו-319(א) לחוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, התשע"ח-2018). בדומה לכך, המונח הקרוב "אפשרות סבירה" מופיע אף הוא בדברי חקיקה רבים נוספים (למשל, סעיף 4 לחוק דם טבורי, התשס"ז-2007 וסעיף 60(ב) לחוק זכויות יוצרים, התשס"ח-2007). ניתן להתרשם מן המכלול כי מדובר במונחים שאינם מכוונים לסיכוי הסתברותי קבוע ואחיד, אלא פתוחים לפרשנות משתנה בהתאם להקשר הדברים. ברוב המקרים שנזכרו כלל אין דרך ממשית לחשב באופן כמותי-מתמטי את הסיכוי ההסתברותי.

65. מבין כל הדוגמאות שהובאו, קרוב לענייננו סעיף 13(א) לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 (להלן: חוק האימוץ) הקובע כי באין הסכמת הורה, רשאי בית משפט להכריז על ילד כבר-אימוץ, אם נוכח, בין יתר האפשרויות שמונה הסעיף, כי "אין אפשרות סבירה לזהות את ההורה, למצאו או לברר דעתו". במקרים שנדונו בפסיקתו של בית משפט זה, בחינת התקיימותה של "האפשרות הסבירה" לא הייתה מבוססת על רף הסתברותי גבוה, והובהר כי היא מבטאת אף הכרעה נורמטיבית (ראו: בע"מ 5082/05 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד (3) 201, 214-215 (2005); בע"מ 9447/16 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה - משרד הרווחה, פסקה 12(3) לפסק דינו של השופט ח' מלצר (28.2.2017), להלן: בע"מ 9447/16).

66. כן ניתן להזכיר מונח רווח אחר בפסיקתו של בית משפט זה, כמו גם בחקיקה – "חשד סביר" או "חשש סביר". זאת, מן הטעם שלאמיתו של דבר, הדרישה לעריכתה של בדיקה גנטית מגיעה על רקעו של חשד (או חשש) לקיומה של קרבה משפחתית.

67. בעניין זה, ראוי לציין כי בתחום המשפט המינהלי, נדונו לאורך השנים שני מבחנים לזיהויים של משוא פנים או ניגוד עניינים: "חשש סביר" או "אפשרות ממשית". חשוב לציין כי המבחן של "חשש סביר" נחשב מחמיר יותר מזה של "אפשרות ממשית" במובן זה, שהוא מאפשר פסילתו של אדם ממילוי תפקיד בשל חשד למשוא פנים הנופל מ"אפשרות ממשית" לכך. אם כן, מדובר ברף שאינו גבוה, באופן יחסי (ראו למשל: בג"ץ 3132/92 מושלב נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, מחוז הצפון, פ"ד מז(3) 741, 748-747 (1993); בג"ץ 2148/94 גלברט נ' נשיא בית המשפט העליון, פ"ד מח(3) 573, 588-587 (1994); רע"ב 10349/08 מדינת ישראל נ' גנאמה, פסקה 16 לפסק דינו של השופט י' דנציגר (20.7.2009). כן ראו: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 542-537 (2010)).

68. המונח "חשד סביר" הוא דומיננטי גם בתחום סדר הדין הפלילי. כך למשל, חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996 מתייחס ל"חשד סביר" ו"יסוד סביר לחשש" כתנאי למעצרו של אדם בנקודות זמן שונות לאורך ההליך הפלילי בעניינו (סעיפים 13, 21, 22, 23 לחוק זה), לכבילתו (סעיף 9 לחוק זה), לעיכובו (סעיפים 66-71 לחוק זה) או לקביעת תנאים מגבילים לשחרורו (סעיף 48(א)(10) ו-48(ה) לחוק זה). למעשה, אמת המידה של "חשד סביר לביצוע העבירה", משמשת כתנאי סף בהקשרים שונים הנוגעים לפעולות שרשויות אכיפת החוק מוסמכות לבצע, חרף הפגיעה הכרוכה בהן בחירותו של אדם או בפרטיותו (מבלי למצות, ראו: סעיפים 24, 29, 32 ו-332 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969; הגדרת "חשוד" בסעיף 1 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), התשנ"ו-1996; סעיף 3 לחוק סמכויות לשם שמירה על ביטחון הציבור, התשס"ה-2005)). החשוב לענייננו הוא שבכל ההקשרים הללו החשד הסביר מציב דרישת סף שאינה נמוכה, אך גם אינה גבוהה במיוחד, והתגבשותו נחשבת תלויה הקשר.

69. המנעד האפשרי של פרשנות המונח "סיכוי סביר" הוא אפוא רחב ותלוי הקשר. נוכח ריבוי האפשרויות העולות מן הלשון, אזכיר – ולו בקיצור – את ההיסטוריה החקיקתית של ההסדר שבפנינו. סעיף 128 הוסף לחוק מידע גנטי במסגרת תיקון משנת 2008 (חוק מידע גנטי (תיקון מס' 3), התשס"ח-2008), כאשר קודם לכן החוק לא התייחס כלל לאפשרות של עריכת בדיקה ללא הסכמת הנבדק. כבר במסגרת שתי הצעות קודמות לתיקון החוק, שהוגשו שתיהן על-ידי חבר הכנסת דאז איתן כבל, הוצע להקנות שיקול דעת לבית המשפט להורות על עריכת בדיקה גם בנסיבות כאלה. כך, במסגרת הצעת חוק מידע גנטי (תיקון – הוראת בית משפט על עריכת בדיקות גנטיות להורות),

התשס"ג-2003, הוצע כי התנאי לכך יהיה ש"קיימת סבירות גבוהה לקיום קשר מיני בין האדם לאם הילד בתקופה הרלוונטית להתעברות". בהמשך, בהצעת חוק מידע גנטי (הוראת בית משפט על עריכת בדיקות גנטיות להורות), התשס"ה-2005 הוצע התנאי לפיו "בית המשפט שוכנע, על בסיס ראיות מהימנות לכאורה, כי קיים סיכוי סביר כי האדם שנטען לגביו כי הוא הורהו של הקטין הוא אכן ההורה". בישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט, שבה נדונה ההצעה האחרונה, הוחלט להוריד את המילים "על בסיס ראיות מהימנות לכאורה" ולהסתפק ב"סיכוי סביר" (פרוטוקול ישיבה 525 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16, 23 (5.7.2005)). בזהירות הנדרשת, ייתכן שניתן ללמוד מהשמטה זו על כוונה להנמיך באופן מסוים את הרף הראייתי שהוצע ולהעמידו על רף של "סיכוי סביר" כפי שנקבע בנוסח החוק (בסעיף 128(א) שהתקבל בסופו של דבר. ראו עוד: הצעת חוק מידע גנטי (תיקון – הוראת בית משפט על עריכת בדיקות גנטיות להורות), התשס"ז-2007).

70. ומן הלשון אל התכלית. לטעמי, הפרשנות הראויה של סעיף 128(א), על רקע מכלול הוראותיו של חוק מידע גנטי, היא כי מדובר בכלל סף דיוני שנועד לתחום את היקף המקרים שבהם ניתן יהיה לערער על מבנהו של התא המשפחתי ועל חלקי הפאזל המרכיבים אותו. כלל זה חל מקום בו שוכנע בית המשפט בקיומו של "סיכוי סביר" לנכונות טענותיו של מי שמבקש לערער על כך, באמצעות עריכת בדיקה גנטית. אמת המידה של הסיכוי הסביר נועדה אם כן לוודא שטענותיו של אותו אדם ייבחנו רק מקום שבו אין מדובר בטענות "מן האוויר", שנועדו להרעיד, ללא כל בסיס או הצדקה מינימלית, את אמות הסיפים של מי שדרישת הבדיקה עשויה להשפיע על מהלך חייו. זאת, כדי לצמצם את המקרים שבהם יהיה ניסיון להטיל ספק בזיקה הגנטית שבין הקטין לבין מי מההורים המגדלים אותו, בהתחשב בהשלכות המובנות הכרוכות בכך. על רקע זה, קל לראות כי החשש הקיים במקרה הטיפוסי – להעלאת דרישות קנטרניות או חסרות כל ממשות שמקורן במערכת היחסים הקודמת בין הצדדים הרלוונטיים – אינו מתקיים במקרה כמו זה שבפנינו. זאת בפרט כאשר נקודת המוצא בענייננו, בשונה מהמקרה הרגיל שלגביו חל החוק, היא ידיעה ודאית על היעדר זיקה גנטית בין הקטינה לבין המערערים.

71. חוזרת אפוא השאלה: מהו הרף שייחשב ל"סיכוי סביר" בהתקשר לסעיף הנדון בפנינו? האם ניתן לכמתו? כשלעצמי, אינני סבורה שניתן לקבוע רף מספרי ברור ואחיד שרק מעבר לו ניתן להורות על עריכת הבדיקה. בעיקרו של דבר, ניתן לומר כי סיכוי ייחשב לסביר אם אינו סיכוי שאפשר לכנותו כ"זניח". באופן יותר ספציפי, את הרף הנדרש יש להגדיר גם בזכרנו את ההסתברות הרגילה למציאת זיקת הורות אקראית בין אדם מבוגר לילד שלא גדל בחזקתו. הסתברות זו היא נמוכה ביותר, ועומדת על רסיסי

אחוז. במובן זה, ניתן להתרשם כי בהקשר הנוכחי, הסתברות של אחוזים בודדים יכולה לבסס קיומו של "סיכוי סביר". יתר על כן, שאלת הסיכוי הסביר נבחנת במקרה כמו זה שבפנינו גם אל מול הידיעה בדבר היעדרה של זיקה גנטית בין הקטינה לבין האם היולדת ובן זוגה. בשל התגלגלות הנסיבות הטרגיות במקרה זה, עובדת הרקע הידועה לכול היא קיומה של הסתברות אפסית, דהיינו ודאות מוחלטת, שהוריה הרשומים נעדרים כל זיקה גנטית אליה. בהשוואה לכך, הסתברות של אחוזים בודדים אצל המועמדים לבדיקה היא בהחלט "סבירה" בנסיבות העניין.

72. כך או כך, "סבירותו" של הסיכוי אינה ניתנת לכימות מדויק, והיא תלויה בנסיבות המקרה, במאפייניו הייחודיים, ובהשוואה להסתברות רגילה בכלל האוכלוסייה. אמת המידה היא גם קונטקסטואלית וגם בעלת היבטים נורמטיביים. אין דומה מקרה של היריון ספונטני למקרה של היריון שנוצר בדרך של הפריה מלאכותית, ואין דומה מקרה שבו אין אינדיקציה לכך שהאם היולדת אינה אמו של היילוד למקרה שבו ידוע בוודאות כי לאם היולדת ולבן זוגה אין קשר גנטי ליילוד. אם כן, ככל שיש בנמצא יותר סממנים לכך שלפחות מבחינה גנטית הנבדק אינו בנה של אמו יולדתו או של בן זוגה, כך גובר הסיכוי הסביר שמבקש הבדיקה, הטוען לקשרי משפחה, ימצא צודק בטענתו. ויודגש, בכך אין כדי לומר שכל אדם אקראי זכאי להיבדק על מנת להוכיח את קשריו הגנטיים לאותו יילוד בנסיבות אלו. הטוען לקשר גנטי נדרש להוכיח כי דווקא בעניינו מתקיים אותו "סיכוי סביר". על מנת להוכיח זאת, הוא ידרש להצביע על נסיבות מסוימות שמבססות קשר אפשרי בינו לבין היילוד, שאינו זניח. לטעמי, בנסיבות של הפריה חוץ-גופית, די בכך שיצביע על אפשרות מתקבלת על הדעת לכך שהחומר הגנטי שלו הוחלף בטעות עם זה של האם היולדת.

73. על דרך ההשוואה אציין כי בקביעת הרף של "הסיכוי הסביר" בהקשר המיוחד שבפנינו, ניתן להיעזר אף בתפיסות מקובלות ביחס לסיכויים המשמשים בסיס להחלטות אחרות בתחומים רפואיים או מדעיים. אלה מלמדים כי אחוזים בודדים של סיכון או סיכוי עשויים להיות עניין בעל משמעות לצורך קבלת החלטות בתחום זה.

74. כך למשל, עיון באתר משרד הבריאות באינטרנט מעלה כי זכאותן של נשים הרות בישראל לבצע בדיקת מי שפיר, אף ללא אינדיקציה נוספת, היא מגיל 34, וזאת בהתחשב בכך שהסיכון ללידת ילד עם תסמונת דאון עומד בגיל זה על כרבע אחוז. סיכוי זה לבדו נחשב כמצדיק את עריכת הבדיקה, כאשר הדבר מוערך אל מול שברירי האחוז של נשיאת עובר עם תסמונת כאמור בקרב יולדות צעירות יחסית.

75. הדברים מקבלים משנה תוקף כאשר מביאים בחשבון את ההסתברויות המקובלות ביחס להצלחה בטיפולי הפריה חוץ-גופית. לא מיותר לציין כי טופס ההסכמה לטיפולי הפריה חוץ גופית שמשמש את בית החולים אסותא עצמו, וזמין לעיון באינטרנט, מבהיר כי "סיכויי ההצלחה להריון במחזור טיפולי אחד נעים" בין 10% ל-25% ו-"לידות החי למחזור טיפולי אחד נעים" בין 8%-18% (סעיף 1 לטופס).

76. לבסוף, אי אפשר שלא להזכיר את ההתייחסות גם לסיכונים שאינם בדרגת הסתברות גבוהה בהקשר של הסכמה מדעת לטיפול רפואי. כידוע, לפי ההלכה הפסוקה, על מנת שהסכמה תיחשב ל"הסכמה מדעת" על הרופא להציג בפני המטופל את הסיכונים הכרוכים בטיפול ושאדם סביר היה מצפה להיחשף אליהם. אין ספק שכאשר מדובר בסיכונים כבדי משקל, ההסתברות להתרחשותם אינה צריכה להיות גבוהה, על מנת שרופא יידרש להתייחס אליהם (באופן כללי, ראו: ע"א 718/06 סתחי נ' מדינת ישראל R. Wheeler, *The Numeric Threshold for the Disclosure of Risk: Outdated and Inapplicable to Surgical Consent*, 94 ANN.R. (2007). להרחבה, ראו גם: COLL, SURG. ENGL. 81 (2012)). ניתן להוסיף ולהזכיר כי טופס ההסכמה הנזכר לעיל כולל גילוי נאות על קיומו של סיכון ל"כשל טכני" בשיעור של עד 1% (סעיף 11 לטופס).

77. לאמיתו של דבר, המקרה שבפנינו מדגים היטב מדוע לא ניתן להעמיד מראש את הקו התחתון של המבחן ההסתברותי על אחוזים קבועים וידועים מראש, המתייחסים לסיכוי של אדם מסוים להיות בעל קשר גנטי לנבדק. טעויות מן הסוג שבפנינו, וייתכן שאלה יהיו גם המקרים הטיפוסיים של "טעויות מעבדה" (הגם שיש לקוות שלא יישנו), הן בעלות מאפיין "דו שכבתי". הכוונה היא למצבים שבהם קיים צבר של פרטים שביחס אליהם, בהסתכלות קבוצתית, קיים סיכוי גבוה ביותר, אף יותר מסיכוי סביר, לכך שהורה הגנטי הוא אחד מחברי הקבוצה, אך בשל ריבוי החברים בקבוצה, ההסתברות לכך שכל אחד מחבריה הוא הורה גנטי אינה גבוהה במיוחד בעומדה לבדה. אני סבורה שכאשר מדובר במבנה דו שכבתי שכזה אי אפשר לבחון את ההסתברות של כל אחד מן המקרים כשלעצמה, בהתעלם מן ההסתברות הגבוהה ביחס לקבוצה כולה. חשוב להדגיש: אכן, הערכת הסיכוי הסביר אמורה להיעשות בראש ובראשונה תוך התייחסות לענייני הפרטני של כל אחד ואחד מתוך חברי הקבוצה. הסיכוי אינו זה של הקבוצה כקבוצה. אולם, הסיכוי של היחיד מושפע מהיותו חלק מקבוצה מובחנת שלה מאפיינים הסתברותיים מסוימים.

78. טלו לדוגמה מקרה דומה לזה שבפנינו, שבו נערכה בדיקה גנטית ליילוד וידוע כי האם היולדת אינה האם הגנטית. ככל הנראה הטעות התרחשה באחד משלבי הפריה

ביחידת ההפריה החוץ-גופית בבית החולים. ממילא, סביר, ודומה כי אף יותר מכך, להניח שהאם הגנטית תימצא בין המטופלות האחרות באותה יחידה, אשר הטיפול בהן השיק לזה של האם היולדת, בשלבים שונים לאורך ההליך. אלא שאם מדובר במטופלות רבות, ההסתברות של כל אחת מהן בפני עצמה להיות האם הגנטית, יכולה להיות נמוכה מאד. לשם הדוגמה (וזה אינו המקרה שבפנינו), אם היו 100 מטופלות שעונות על ההגדרה האמורה, ההסתברות של מטופלת יחידה עומדת על 1% בלבד (בהנחה שאין הבדלים רלוונטיים נוספים ביניהן). לכאורה, ניתן היה לטעון כי זהו אינו סיכוי סביר שמאפשר להורות על עריכת הבדיקה. אולם, אם נניח במסגרת הדוגמה כי ניתן לקבוע שהאם הגנטית נכללת בסבירות גבוהה בקבוצת המטופלות, זוהי תוצאה קשה.

79. לא למותר לשוב ולחדד את השוני המהותי בין המקרה הטיפוסי או הרגיל שאליו מתייחס סעיף 128(א) לחוק מידע גנטי לבין המקרה המיוחד של "טעות מעבדה". במקרה הרגיל, הדרישה לבדיקה גנטית מגיעה על רקע מערכת יחסים אינטימית נטענת בין האם היולדת לבין גבר אחר – בין שהאם מבקשת להוכיח את אבהותו לילד שנולד לה ובין שהוא מבקש להוכיח זאת. במקרים מסוג זה, יש מקום לחשש כי הדרישה לעריכתה של בדיקה גנטית תשמש "כלי נשק" גם לצורך מטרות פסולות של הטרדה, וממילא עשויה לקום הצדקה לעמידה דווקנית יותר ברף של "סיכוי סביר" שימנע מראש את הדברים. לא זה המצב שבפנינו.

80. העולה מן המקובץ הוא אפוא שבחינת התקיימותו של סיכוי סביר היא תלויה הקשר ונסיבות. היא אינה מצומצמת לבחינה הסתברותית בלבד.

שיקול דעת בית המשפט וטובת הקטין

81. בנקודה זו יש לשוב אל סעיף 128(א) לחוק מידע גנטי, ולהזכיר כי על-פיו "רשאי בית המשפט לצוות על עריכת בדיקה". משמע, אף כאשר השתכנע בית המשפט כי התקיימו התנאים הסטטוטוריים המצטברים הקבועים בסעיף (דהיינו – קיומו של סיכוי סביר לנכונות טענותיו של מבקש הבדיקה בדבר קשרי משפחה, וכן הזדמנות להשמיע את התנגדותו של הנבדק), הרי שהחלטה הסופית בעניין כפופה לשיקול דעת בית המשפט, ובכלל זה לשיקולים של טובת הילד – עקרון העל שבצלו חוסה ההסדר הקבוע בחוק מידע גנטי. הדברים הולכים יד ביד אף עם החובה למנות לקטין אפטרופוס לדין, לפי סעיף 128(ב) לחוק מידע גנטי, על מנת שישמיע את קולו – כפי שנעשה גם במקרה זה.

82. חשוב להבהיר כי בחינה זו אינה מתמקדת בשאלה אם טובתו של הקטין היא לגדול אצל הוריו הפיזיולוגיים או אצל הוריו הגנטיים. שאלה זו טומנת בחובה כאמור מורכבות רבה, וממילא קיים קושי ממשי להכריע בה על יסוד תמונת המצב העובדתית החלקית המצויה בפני בית המשפט והצדדים קודם לעריכת הבדיקה הגנטית. חלף זאת הדגש צריך להיות מושם בבחינת ההשלכות של עריכת הבדיקה עצמה על עניינו של הקטין, לרבות הצורך בעצם גילוי של המידע הגנטי.

83. מבלי למצות את כלל ההיבטים הרלוונטיים, אבהיר כי דוגמא מובהקת לשיקולים העשויים לבוא לידי ביטוי בהקשר זה היא חלוף הזמן. כידוע, היבט זה משמעותי במיוחד כאשר עומדת לדיון שאלת ההורות ביחס לקטינים, ובמיוחד כאשר הם רכים בשנים (ראו למשל: בע"מ 377/05 פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגיים, פ"ד ס(1) 124, 159 (2005); בע"מ 9447/16, בפסקה 2 לפסק דינו של השופט הנדל). לפיכך, המועד שבו הוגשה בקשה לעריכת בדיקה גנטית הוא משמעותי במסגרת השיקולים שעל בית המשפט לשקול. ככלל ניתן לומר, מבלי לקבוע מסמרות, שעם חלוף הזמן תנוע נקודת האיזון לטובת אי-היעתרות לבקשה, ובלבד שהאפשרות הממשית לקיום קשר גנטי הייתה ידועה בסמוך ללידתו של קטין, או אף קודם לכן, בהיותו עובר. גם בהקשר זה ניתן ללמוד מ"רוחו" של חוק האימוץ, אשר סעיף 13א לו קוצב פרק זמן של 60 ימים לביטול הכרזה על קטין כבר אימוץ, שלאחריהם, לא ניתן עוד להשיב את הגלגל אחור (להרחבה, ראו: בע"מ 9447/16; בע"מ 8514/16 ההורים המיועדים לאימוץ נ' ההורים הביולוגיים (8.11.2016)).

מן הכלל אל הפרט: האם יש להורות על עריכת הבדיקה הגנטית במקרה שבפנינו?

84. התקיימותו של סיכוי סביר להוכחת טענותיהם של המשיבים – זוהי כאמור נקודת המחלוקת העיקרית בין הצדדים דנן. בהקשר זה, כנקודת מוצא לדיון היישומי במקרה שבפנינו משמש הדו"ח של פרופ' גמזו. התחקיר שנעשה בבית החולים אפיין את קבוצת ה-22 כמי שביחס לחבריה ישנה "סבירות נמוכה אך קיימת" לקשר גנטי לקטינה. אני סבורה שניתן לראות בתחקיר זה בסיס לקביעת גבולות הגזרה של "הסיכוי הסביר" בנסיבות העניין. לטעמי, ובשים לב לצורך בהתחקות אחר נקודות "התקלה" האפשריות, ניתן לומר כי מטופלת שהוכרה כבעלת "חפיפה" משמעותית דיה, על בסיס דו"ח מקצועי, נמצאת בקבוצת הסיכוי הסביר לקיומו של קשר גנטי. הדברים אמורים כמובן גם ביחס לבני הזוג של המטופלות, שאף מהם נלקח חומר גנטי. בהקשר זה חוזקו של הסיכוי של כל אחד מהם אינו יכול להיבחן בהתעלם מהשתייכותו לקבוצה קונקרטי, שלה מאפיין חשוב: היא הוכרה כבעלת סיכוי משמעותי דיו לכלול בתוכה את ההורה הגנטי, בהתאם

לתוצאות הבחינה המקצועית. למעשה, מדובר במצב שיש בו מעין מכפלת סיכוי. בהקשר זה אחזור ואדגיש כי אף שבית החולים ציין שלא ניתן לדעת בוודאות כי האם הגנטית תימצא בקרב קבוצת ה-22, הובהר כי אין זה סביר שההורים הגנטיים יאותרו במעגלים מרחוקים יותר. הדברים אמורים בהתבסס על זיהוים של שלבי הטיפול שבהם הסיכוי להתרחשות התקלה הוא הגדול ביותר.

85. אבאר במה דברים אמורים. כפי שהוסבר לעיל, במקרה דנן, שבו ידוע כי האם היולדת ובן זוגה אינם קשורים לקטינה מבחינה גנטית, הדעת נותנת כי ההורים הגנטיים יימצאו בתוך קבוצת כלל המטופלות האחרות ביחידת ההפריה החוץ-גופית של בית החולים (ובני זוגן, ככל שישנם). קבוצה זו, כך יש להניח, היא רחבה מאוד. הדו"ח בחן את פרטי הטיפול ומועדיו של אותן מטופלות ובודד מתוכן את אלו שעברו שלבי טיפול מקבילים לאלו של המערערת: זהות במועדי שאיבת הביציות, הפרייתן, הקפאתן, הפשרתן או החזרתן לרחמה של המטופלת. עוד בחן הדו"ח נתונים נוספים שהיו יכולים לגרום לטעות, וביניהם זהות האמבריוולוג שביצע את כל אותן פעולות, הקפאת הביציות בשלב התפתחותי זהה ושמירת הביציות במיקום סמוך. ביחס לכל אחת מהמטופלות ובני זוגן שהם משיבים בבקשה שכפנינו התגלו ממצאים מעט שונים, אך המשותף לכולם הוא – כך על-פי מסקנות הדו"ח – כי ישנה אפשרות שהם ההורים הגנטיים נוכח קיומה של חפיפה מסוימת בשלבי הטיפול הרלוונטיים. הגם שאין מדובר בהסתברות גבוהה ביחס לכל אחד מהם, הרי שעצם השתייכותם לקבוצת ה-22 מחייבת שלא לבטל את הסיכוי הסביר כלא היה. זה המקום לחזור ולהזכיר, כי במקרה זה קיימת ידיעה ודאית בדבר היעדר זיקה גנטית לקטינה מצד היולדת ובן זוגה, כך שההיתכנות לזיהוים של קשרי משפחה פוטנציאליים אצל המשיבים, הגם שאינה גבוהה, מקבלת משנה תוקף.

86. בשלב זה יש לשאול, האם העובדה שרק 6 מטופלות מתוך קבוצת ה-22 ביקשו את עריכת הבדיקה מקטינה את קיומו של הסיכוי הסביר? אינני סבורה כך. אכן, העובדה שלא כל המטופלות המשתייכות לקבוצה זו ייבדקו, מקטינה את הסיכוי הכללי למציאת ההורים הגנטיים. אולם, אין בכך כדי לגרוע מהסיכוי הפרטני של כל אחת מחברות הקבוצה שמעוניינת להיבדק. על כך יש להוסיף, כי לא ניתן להפוך את המעוניינות בבדיקה לבנות ערובה של אחרות מתוך הקבוצה, שאינן מעוניינות בה. כך או כך, ממילא מדובר במספר שעולה כדי יותר מרבע מחברות הקבוצה.

87. בשלב זה, משהונח לטעמי הבסיס לעמידה בתנאים הסטטוטוריים הקבועים בסעיף 128 לחוק מידע גנטי, יש לבחון האם עלה בידי המערערים להצביע על טעם מספק

אחר שיש בו למנוע את קיום הבדיקות בשלב זה. לשיטתי, יש להשיב על שאלה זו בשלילה.

88. למעשה, אף האפוטרופסיות לדין סבורות כי יש מקום לעריכת הבדיקה (אם כי מבקשות, לצד זאת, להגביל את השימוש בממצאיה). ואכן, אין להמעיט בחשיבות זכותה של הקטינה לדעת מאין באה והיכן נטועים שורשיה (ראו והשוו: ע"א 5942/92 פלוני נ' אלמוני, פ"ד מח(3) 837, 844 (1994); ע"א 3077/90 פלונית נ' פלוני, פ"ד מט(2) 578, 593 (1995); בע"מ 5082/05 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני, פ"ד ס(3) 201, 219 (2005)).

89. איני מקבלת את הטענה כי מצבה הרפואי של הקטינה, הגם שלמרכה הצער אינו מן המשופרים, משנה את התמונה. ראשית, יש להדגיש כי בשלב זה אין צורך בנטילת דגימה נוספת מהקטינה, אלא רק מן המשיבים, כך ששלוותה לא תופרע. שנית, לא מצאתי לייחס משקל של ממש לטענת האפוטרופסיות לדין באשר לכך שתוצאות הבדיקה עלולות להביא להגשת "בקשות ביניים" שונות, לרבות קבלת החלטות רפואיות וקביעת הסדרי שהות זמניים. מובן כי המערערים הם כיום, להלכה ולמעשה, הוריה של הקטינה, ועצם עריכת הבדיקה אינה מביאה לשינוי במשמורת עליה, כל עוד לא הוכרעה שאלת ההורות המשפטית. חזקה כי כל דרישה לשינוי המצב הקיים תיבחן בהתאם למכלול הנסיבות, ובראש ובראשונה לפי טובת הקטינה. ממילא, גם הטענות בדבר חוסנה הנפשי של הקטינה אינן רלוונטיות לצורך שלב זה של ההתדיינות. לפיכך, אינני נדרשת לטענת היועצת המשפטית לממשלה באשר לכך שחוות הדעת שהוגשו בעניין זה על-ידי האפוטרופסיות לדין ניתנו מבלי שהמומחים פגשו את הקטינה או את הוריה, הגם שיש טעם בטענה זו. אינני ממעיטה ברגשותיהם של המערערים המגדלים את הקטינה. יש להניח כי הם טרודים ואף נסערים מכל התפתחות נוספת בפרשה, שאליה נקלעו בעל כורחם, ואשר עשויה לגרור השלכות קשות והרות גורל מבחינתם. ניתן גם להניח כי תחושותיהם משפיעות על שגרת היום-יום של הקטינה. אין לי אלא לקוות שיימצאו להם כוחות הנפש להוסיף ולהיטיב עמה גם כעת.

90. בצד זאת, אני מוצאת מקום להדגיש כי ממד הזמן הוא בעל חשיבות רבה. זאת, בעיקר בראיית טובתה של הקטינה, אך גם מנקודת מבטם של המערערים, המעוניינים, ככל הניתן, להניח את הפרשה מאחוריהם. בהיבט זה, יש לייחס משקל רב לעובדה שהמשיבים פעלו להגיש את הבקשה לעריכת הבדיקה מיד כשנודע להם על מעורבותם האפשרית בפרשה. בשלב זה של ההתרחשות, בחלוף חודשים בודדים מאז לידתה של

הקטינה, וכאשר המשיבים לא התמהמהו כלל ועיקר, איני סבורה כי נקודת האיזון נעה לעבר דחיית עצם הבקשה לערוך את הבדיקה הגנטית.

91. בנקודה זו אבקש להניח דעתם של המערערים, שהביעו חשש ל"אירוע מתגלגל". עריכת הבדיקות למי שהוכרו כחלק מקבוצת ה-22 ומעוניינים בכיצוען, עשויה להוביל לאחת משתי תוצאות. קיימת אפשרות (כפי שהבהרתי, "סיכוי סביר") שעריכת הבדיקה תוביל לאיתור ההורים הגנטיים. מכאן, צפויה להתגלגל תביעת הורות, שתידון ותוכרע בכוא העת. לצד זאת, וככל שלא יתגלו נתונים מהותיים חדשים, לא צפויות בדיקות נוספות (שהרי גם אם יימצאו הוריה הגנטיים של הקטינה, לא יהיה בסיס לערוך בדיקות לתינוקות אחרים שנולדו בבית החולים ושביחס אליהם לא קיים כל מידע קונקרטי כי אינם קשורים גנטית להוריהם המשפטיים). מנגד, קיימת גם האפשרות שהבדיקה לא תוביל למציאת ההורים הגנטיים. ההסתברות לכך אף גוברת נוכח העובדה שלא כל המשתייכות לקבוצת ה-22 הביעו רצון להשתתף בעריכת הבדיקות. בנסיבות אלה, מתעוררת השאלה מה צריכות להיות ההשלכות של התשובות השליליות שעשויות להתקבל על האפשרות להגשת בקשות עתידיות לעריכת בדיקה גנטית עבור אנשים נוספים (בין מטופלות שנמנות עם קבוצת ה-22 שנמנעו עד כה מנקיטת הליכים ובין אחרים ממעגל רחב יותר). התשובה לשאלה זו חייבת להיות ברורה: ככל שלא יתגלו נסיבות חדשות בעלות אופי מכריע (כגון זיהוי ודאי של מקור התקלה), עמדתי היא כי חלוף הזמן אמור לבסס טעם משמעותי מאוד כנגד עריכת בדיקת נוספות. זאת בגדרי שיקול דעתו של בית המשפט במתן צווים לעריכת בדיקה גנטית. הטעמים לכך קשורים בטובתה של הקטינה, שחיה לא יכולים להיות נתונים בצל מתמיד של תביעות מצד מועמדים להיות הורים גנטיים, והוא הדין ביחס לאם היולדת ובן זוגה. לא למותר לציין כי אף המדינה ובית החולים טענו, לאורך ההליך, כי אם לא יתרחש שינוי נסיבות משמעותי, מעגל הנבדקים הפוטנציאליים לא יתרחב בעתיד.

92. בהתאמה, לשיטתי, קבלת הבקשה לערוך את הבדיקות עבור קבוצת ה-22, וליתר דיוק עבור מי מחברותיה שמעוניינת בכך, חייבת להיות מלווה בכמה החלטות דיוניות נלוות. ראשית, כל מי שנמנים עם קבוצה זו ויימנעו מלממש את זכותם לערוך את הבדיקות יהיו מנועים מלבקש עריכת בדיקה עבורם בעתיד. זאת, בכפוף לחריג המצומצם שהוזכר לעיל. לצורך כך נקבע מועד קצוב (שבועיים לאחר מועד נתינתו של פסק הדין) שעד אליו יוכלו להיערך הבדיקות גם עבור מי שנמנה עם הקבוצה האמורה וטרם הביע את רצונו לעשות כן. שנית, בהיעדר ממצאים חדשים משמעותיים שלא היו לנגד עיניהם של חברי צוות הבדיקה הנוכחי ושל פרופ' גמזו, ושיש בהם כדי להצביע על סיכוי סביר למציאת קשר גנטי בין הקטינה למטופלות אחרות ובני זוגן – שלא היה ידוע על קיומו

קודם לכן – תהיה הצדקה ניכרת לראות במועד שייקבע בפסק דינו זה כמועד האחרון שעד אליו יתבצעו בדיקות נוספות. לאחר מכן ייסתם הגולל על הפרשה, למצער כל עוד לא תגיע הקטינה לגיל בגרות.

93. ישאל השואל: מנין לנו הסמכות לקבוע מועד אחרון לעריכת בדיקות בדרך זו? ראשית, סמכות זו היא חלק משיקול דעתו של בית המשפט שאליו מוגשת בקשה למתן צו להורות על ביצוע הבדיקה, אשר נלמד כאמור מן המילים "רשאי בית המשפט לצוות על עריכת בדיקה". כפי שציינתי, במסגרת הפעלת הסמכות שבשיקול דעת יש להתחשב בכך ששיקולי מדיניות מובהקים מטילים את הכף לכך שהקטינה וההורים המגדלים לא ייגררו למעגל אינסופי של בדיקות. שנית, ההצדקה לכך נובעת לשיטתי מן העיקרון של "מעשה בית דין", במתכונתו המורחבת, החלה גם ביחס למי שלא היו צדדים להליך אך היו במצב של "קירבה" לצדדים אלה. כידוע, יש מצבים שבהם קיימת קירבת עניין ואף זהות באינטרסים ובטענות הרלוונטיות של בעלי דין. במקרים מסוג זה, תוצאות הליך עשויות להשתיק גם מי שלא היו צדדים להליך, אך טענותיהם, במישור המהותי, נשמעו בו (ראו: רע"א 2401/21 ג'אעוני נ' נחלת שמעון בע"מ, פסקאות 76-80 לפסק דיני ((1.3.2022)).

עוללות

94. לבסוף, יש להזכיר טענה נוספת שהועלתה, לפיה המערערת אמנם הסכימה לעריכתה של בדיקת מי השפיר, אך לא נתנה את הסכמתה המפורשת לעריכת בדיקה גנטית לקשרי משפחה בינה לבין העוברית. כן נטען בהקשר זה, כי לא ניתן היה להציג את הבדיקה הגנטית בבית המשפט מבלי שזו אושרה על-ידי בית המשפט. דא עקא, בשלב הנוכחי, לא ניתן היה עוד להעלות טענה זו. סוגיית ההסכמה מדעת לביצוע הבדיקה נדונה והוכרעה בפסק דינו של בית המשפט המחוזי במסגרת ההתדיינות הקודמת, בשלב שבו התבקשה הבדיקה הגנטית הראשונה (עמ"ש 16877-10-22). בית המשפט המחוזי קבע כממצא עובדתי, כי ההסכמה מדעת שנתנו המערערים לביצוע בדיקת מי השפיר חלה גם על הבדיקה הגנטית ביחס לעוברית וכי ממילא עריכת הבדיקה אינה מנוגדת לסעיף 11 לחוק מידע גנטי (העוסק ב"הסכמה מדעת") ולסעיף 13(א) לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996 (העוסק אף הוא ב"הסכמה מדעת לטיפול רפואי"). זאת ועוד, בהתדיינות הקודמת המערערים לא העלו כלל את הטענה שנסבה על משמעות העובדה שהבדיקה הגנטית בשלב ההיריון בוצעה ללא צו שיפוטי. כך או כך, המערערים לא הגישו בקשת רשות ערעור על אותו פסק דין, והוא הפך חלוט. אין מקום אפוא להידרש לדברים כעת, ונדמה כי לא בכדי נמנעו המערערים מלמקד את טענותיהם בכך.

95. כפי שהסברתי בפתח הדברים, את ההחלטה במקרה שבפנינו יש לצמצם להכרעה בשאלת עצם עריכת הבדיקה, להבדיל מאשר בשאלת ההורות המשפטית. תוצאות שליליות בבדיקות ההתאמה הגנטית ישימו קץ באופן טבעי להתדיינות בעניין זה. תוצאות חיוביות יובילו, כך יש להניח, לניהולו של הליך המכוון להכרעה בשאלת ההורות המשפטית. אני מבקשת לשוב ולהדגיש כי מתן היתר לבדיקה אינו משמיע הכרעה בשאלת ההורות. הוא רק מאפשר קיומה של התדיינות בעניין זה בין שני צדדים שלכל אחד מהם טענות טובות הראויות להיבחן. למצער, אין לנעול את השער בפני המשיבים.

96. התוצאה שהגעתי אליה מוצדקת גם מההיבט של התרת הספקות, בהתחשב בכך שיש יותר ממועמד אחד להיות ההורה הגנטי. אי-הידיעה והספק הנלווה לה הם לעתים מכאוב שלא ניתן להירפא ממנו. על דרך ההשוואה יש לציין שמדינת ישראל עושה כיום מאמצים רבים כדי לאפשר למשפחות יוצאות תימן והבלקן לברר מה היה גורלם של תינוקות שהופקדו בידי הרשויות אי שם בשנות החמישים של המאה הקודמת. מאמצים אלה הגיעו אף כדי מתן אפשרות לפתיחת קברים לצורך עריכת בדיקות דנ"א (בע"ם 185/21 היועץ המשפטי לממשלה נ' ברקו (5.10.2021)). ניתן ללמוד מכך, ולו על דרך ההיקש, מהו הכאב הנלווה לאי-ידיעה, ומהו המאמץ שיש לעשות כדי להסיר אותה. שיקול זה רלוונטי במיוחד בנסיבות דנן, שבהן אירעה טעות בהפריה החוץ-גופית, וישנו מעגל של מטופלות נוגעות בדבר. התועלת בביצוע הבדיקה אינה רק באיתורו של ההורה הגנטי, אלא בשלילה של כל יתר הנבדקים, ובכוחה להסיר את הספק המכרסם בלבבותיהם. אל יקל הדבר בעינינו.

97. לקראת סיום, אני מבקשת לחזור לטענה לפיה בהיעדר הסדר חקיקתי מפורש בנושא "תחרות זכויות" בין הורות פיזיולוגית להורות גנטית, לא קיימת כלל אפשרות לקבוע כי האם היולדת, הרשומה במרשם האוכלוסין כאם היילוד, אינה אמו. כפי שהסברתי, אינני מקבלת עמדה זו. נשווה בדעתנו את המצב של שתי נשים שילדו תינוקות בעקבות טיפולי פוריות, בנסיבות שבהן התבצעה החלפת עוברים שניתן לכנותה "הדדית", כלומר כל אחת מהן נשאה בהיריונה את עובריה של האחרת. האם במקרה זה לא תתאפשר, בשום תנאי, השבת התינוקות – באופן הדדי – לחיקה של האם הגנטית? כפי שתואר קודם לכן, ניסיון החיים מלמד אחרת. אין אפוא ספק שיהיו מקרים שיימצאו מתאימים לאיתור הזהות הגנטית של התינוק ולהשבתו לחיק הוריו הגנטיים. השאלה היא

רק מתי יהיה זה נכון וראוי לעשות כן. אינני ממעיטה מהמשמעות מרחיקת הלכת של נטילת תינוק מאם שנשאה אותו לאורך היריון שלם, בחלבה ודמה, בכל המובנים. זהו נתון שצריך לקבל משקל רב, אך כך גם התוצאה של הותרת ילד לגדול שלא בחיקם של הוריו הגנטיים. מכל מקום, עוד חזון למועד, ואין להקדים את המאוחר. כפי שחזרתי והבהרתי – ההכרעה כעת נוגעת אך לשאלה בדבר עצם עריכת הבדיקה. יתר הטענות יוכלו להתברר, אם יהיה צורך בכך, במעלה הדרך.

אחר הדברים האלה

98. בשלב זה, הגיעו לעיוני חוות הדעת של חבריי השופטים א' שטיין ו-ע' גרוסקופף, החולקים על המסקנה שאליה הגעתי. לא אדרש לחוות דעתם בפירוט, כי הבדלי הגישות בינינו עולים מן הכתובים ומדברים בעד עצמם. עם זאת, פטור בלא כלום אי אפשר. אסתפק אפוא רק בחידוד של מספר טענות לצורך הבהרת העמדה שהוצגה על-ידי.

99. שאלת הסיכוי הסביר – המחלוקת העיקרית שהתגלעה ביני לבין חבריי נסבה על קביעת הרף הנדרש לצורך עמידה בתנאי הסטטוטורי של "סיכוי סביר" לנכונות הטענות בדבר קיומם של קשרי משפחה. כפי שהסברתי, בהתחשב במאפייניו המיוחדים של ההקשר הנוכחי, לשיטתי די בקיומה של הסתברות של אחוזים בודדים כדי לבסס קיומו של סיכוי סביר. חבריי חולקים עליי בעניין זה, אך מטעמים שונים.

100. למעשה, דומה שקיימת הסכמה ביני לבין חברי השופט גרוסקופף, כי התשובה לשאלה מהי רמת ההסתברות שתעלה כדי "סיכוי סביר" לצורך סעיף 128 לחוק מידע גנטי עשויה להשתנות בהתאם להקשר שמדובר בו, בהתחשב בעלויות הכרוכות באותה החלטה (ולא רק בכסף) ובאינטרסים הנוגעים בעניין. לעומת זאת, חברי השופט שטיין סבור כי מדובר ברף הסתברותי שניתן לכמתו, וכי מכל מקום רף זה עולה על אחוזים בודדים. לתמיכה בעמדתו, מצביע חברי השופט שטיין, בין היתר, על הדוגמה של הרף הנדרש לצורך מימונה של תובענה ייצוגית. אולם, דוגמה זו ממחישה היטב דווקא מדוע יש לפרש את המונח "סיכוי סביר" בהתאם להקשר המשפטי שבו הוא נטוע: בניהולה של תובענה ייצוגית כרוכות עלויות כבדות. ברי כי אם ההליך היה כמעט נטול עלויות מבחינת השלכתו על משאבי הציבור, התשובה הייתה עשויה להיות שונה. אם כן, בכל הקשר והקשר יש לבחון את פרשנותו של המונח "סיכוי סביר" בהתאם למה שמונח על כף המאזניים.

101. על רקע האמור, ובהקשר לדוגמה שהוזכרה גם על-ידי חברי השופט גרוסקופף, הבה נשווה בדעתנו מצב שבו קיים סיכוי נמוך יחסית לכך שאדם יינצל ממוות אם יקבל תרופה מסוימת. דומה כי די יהיה בסיכוי של 4-5% כדי להצדיק את האישור לנטילת התרופה, בעיקר אם לא מדובר בתרופה שעלותה כבדה מבחינת הקופה הציבורית. והנה, במקרה שבפנינו, העלות הכספית של עריכת הבדיקה היא זניחה למדי, וכפי שהסברתי, היא אינה מזיקה כלל לקטינה מבחינה בריאותית, שכן הדגימה כבר ניטלה ממנה. בהקשר זה יש לשוב ולהדגיש כי האישור לעריכת הבדיקה, כשלעצמו, אינו מחייב את המסקנה העתידית כי הקטינה תועבר מחזקתם של המערערים, על כל ההשלכות כבדות המשקל הכרוכות בכך. בהתאם, אף המשקל שיש לייחס למשמעויות אלה בשלב זה הוא מוגבל. היבטים אלה יצטרכו להיות מובאים בחשבון במלוא עוזם רק ככל שיימצאו ההורים הגנטיים, תוצאה שאינה מובטחת בשלב זה, וממילא הדיון בהם מעורר מורכבות וקשיים משמעותיים. אדגיש כי איני מתעלמת מן ההיבטים האנושיים והרגשיים הכרוכים בהמשך ההתדיינות המשפטית מצד המערערים. אלא שכנגד היבטים אלו, יש לשקול את העלות הכבדה הכפולה הכרוכה באי-עריכת הבדיקה: ראשית, הן הקטינה והן הוריה הגנטיים, ככל שהם מצויים בין המשיבים המבקשים להיבדק, לא ידעו על קשר הדם ביניהם. שנית, אותם אלו מהמשיבים שלאמיתו של דבר אינם בעלי זיקה גנטית לקטינה יהיו נדונים להמשיך בחייהם תחת הצל הכבד של אי-הידיעה והספק שיוסיפו לנקר בהם. בשני המישורים, מדובר במחיר כבד מאוד, אולי אף כבד מנשוא. אף על פי כן, דומה כי עמדותיהם של חבריי לא נותנות לכך משקל רב.

102. המחלוקת ביני לבין חברי השופט גרוסקופף נסבה אם כן על אופן יישומו של מבחן "הסיכוי הסביר" ועל המשקל היחסי של כל אחד ממרכיביו. בהקשר זה אעיר כי מעמדתו של חברי השופט גרוסקופף עולה לכאורה כי לשיטתו יש לתת משקל ניכר בהערכת הסיכוי הסביר ל"הסכמת הנבדק" (פסקה 21 לחוות דעתו). עמדה זו היא מוקשית בעיני מאחר שהנחת המוצא של הדיון המשפטי לפי סעיף 128 לחוק מידע גנטי היא קיומה של חוסר הסכמה באשר לעריכת הבדיקה. זהו תנאי סף לדיון המשפטי מכוח סעיף זה, ולא שיקול. במובן זה, מתן משקל מכריע להיעדרה של הסכמה עלול להוביל לריקון מתוכן של הסעיף. מנגד, אני סבורה שיש לתת משקל רב למאפיין מיוחד אחר שקיים במקרה שבפנינו, ולא בהכרח במקרים אחרים "טיפוסיים יותר" – הוודאות המוחלטת כי ההורים הפיזיולוגיים אינם ההורים הגנטיים. רף הסיכוי הסביר הנדרש מעורכי הבדיקה חייב להביא זאת בחשבון. נתון של 5% עשוי להיראות נמוך, אך הוא גבוה מאד בהשוואה לאפס – קרי, שלילת כל סיכוי לקשר גנטי. נסיבות חריגות אלה, שבהן ידוע בוודאות כי הקטינה נעדרת כל זיקה גנטית להוריה הפיזיולוגיים, ולצד זאת

קיימים ממצאים המושתתים על תחקיר מקצועי שלפיהם קבוצה מוגדרת של נשים ובני הזוג של חלקן עשויים להיות ההורים הגנטיים – עומדות לטעמי במבחן הסיכוי הסביר.

103. בנקודה זו יש שוני ממשי בין המקרה הנדון בפנינו לבין הדוגמאות שהובאו על-ידי חברי השופט גרוסקופף. דוגמאות אלה אינן מייחסות משקל לאותו תחקיר מקצועי שנערך על-ידי פרופ' גמזו וצוות הבדיקה של בית החולים, אשר ערך הבחנה מובהקת בין קבוצת ה-22 לבין 14 הנשים הנוספות שזוהו כמצויות במעגל נוסף של ריחוק (מתוך קבוצת ה-36). לכן, המקרה שבפנינו שונה באופן ניכר ממצב שבו אנשים יודעים שבעיר זרה מתגורר אדם בגילו של בנם האבוד. למעשה, ייתכן שהמקרה דומה יותר, הן מבחינה הסתברותית והן מבחינה מהותית, למצב שבו תינוק נמצא נטוש בתחנת רכבת בעיר מסוימת, לאחר שעברו בה באותו חלון זמן רלוונטי 22 אנשים. לגישה, כל אחד מהם הוא לכאורה בעל "סיכוי סביר" להיות מי שהשאיר את התינוק במקום, וזאת בהשוואה לשאר האנשים המתגוררים באותה עיר, או למי שעברו בתחנת הרכבת במועדים אחרים. מנקודת מבטי, הדוגמה של חברי מתאימה יותר לתביעה, שאיננה בפנינו, לבצע בדיקות עבור כל מי שעבר במועד כלשהו בעבר טיפולי פוריות בבית החולים. לא למותר לציין, כי אף אני סבורה שאין מקום לעריכת בדיקות "עד אין סוף". עריכת הבדיקות הנוספות באופן מדוד ומוגבל – במקרה דנן בהתאם להבחנה המקצועית שנעשה בחוות דעתו של פרופ' גמזו – מהווה לשיטתי איזון ראוי בין מכלול השיקולים בנסיבות העניין.

104. טובתה של הקטינה – שאלת טובתה של הקטינה היא ודאי רלוונטית להחלטתו של בית המשפט להורות על עריכת הבדיקה הגנטית. למעשה דומה כי עמדה זו מוסכמת על כל הצדדים ולאורה פעלו גם הערכאות הקודמות. עם זאת, אני סבורה שאופן הצגת טובתה של הקטינה על-ידי חברי השופט גרוסקופף, והדרך לבחינתה, אינן משכנעות. למעשה, יש להזכיר כי האפוטרופסיות לדין עצמן סברו שעצם עריכת הבדיקה היא לטובת הקטינה, מאחר שהכירו בחשיבות הנודעות לגילוי שורשיה הגנטיים של הקטינה. לצד זאת, הן סברו שיש להציב תנאי שלפיו תוצאות הבדיקה לא ישמשו בסיס לתביעת הורות. כך או כך, אין לראות בעמדתן של האפוטרופסיות לדין נקודת מוצא אוטומטית לדיון, להבדיל מנתון שיש להביא בחשבון. מינוי של אפוטרופוס לדין לקטין נועד להבטיח כי אכן זכויותיו של הקטין ייוצגו באופן עצמאי בפני בית המשפט, ללא תלות בהורים או בקרובים אחרים שאף להם זכויות ואינטרסים משלהם בנושא הנדון, שעשויים להיות אף מנוגדים. אולם, הצגת טובתו של הקטין, במקרה זה הקטינה, על-ידי האפוטרופסות לדין, מחייבת תהליך הערכה מצד בית המשפט ביחס לטענות שהועלו. בשונה מחברי השופט גרוסקופף, אני סבורה שיש קשיים ממשיים בעמדה שהוצגה על-ידי האפוטרופסיות לדין. כך, הן ייחסו משקל רב למצבה הבריאותי המורכב של הקטינה

כגורם שמכריע את שאלת טובתה בכל הנוגע לבירור זהות הוריה הגנטיים. כפי שצינתי, אני סבורה שאימוץ סטנדרט בחינה שונה בהקשר זה לקטינים המתמודדים עם קשיים בריאותיים הוא מוקשה ומעורר תהיות רבות. כמו כן, הטענות שהועלו ביחס להשלכות של עריכת הבדיקה על מצב בריאותה של הקטינה נטענו באופן שלא היה מבוסס דיו מבחינה עובדתית ומבלי שהתאפשר לכלל הצדדים לבחון אותן בצורה מספקת. אין לי אלא לשוב ולהפנות בעניין זה לקשיים שהוזכרו באשר לכך על-ידי באת-כוח היועצת המשפטית לממשלה. אין אפוא להניח כמובן מאליו כי עמדתן של האפוטרופסיות לדין לגבי טובת הקטינה היא זו שמחייבת את בית המשפט, וכי אל לבית המשפט להרהר אחריה. בנסיבות דנן, נתתי משקל לעמדתן של האפוטרופסיות לדין, לרבות סברתן כי עריכת הבדיקה כשלעצמה היא לטובתה של הקטינה. אולם, בסופו של דבר, מצאתי כי אין לקבלה בשלמותה.

105. שאלת התחרות בין ההורות הפיזיולוגית להורות הגנטית – מעבר לדין בשאלת הסיכוי הסביר, חברי השופט שטיין מקדיש את המשך חוות דעתו להעדפה המקדמית שניתנת לשיטתו להורות הפיזיולוגית על פני ההורות הגנטית. אגב כך, הוא מרחיב דברים – חשובים כשלעצמם – בזכות משמעותו של ההיריון ותרומתה של האשה ההרה למתן חיים לעובר שברחמה. אהיה הראשונה להסכים לדברים אלה. אך לא למסקנות שהוא מבקש לגזור מהן. ראשית, חשוב לשוב ולהדגיש, כי השאלה של מתן עדיפות להורות פיזיולוגית או להורות גנטית אינה מונחת לפתחנו בהליך זה. זוהי שאלה מורכבת ותקדימית, שנמצאת ברקעו של ההליך הנוכחי, אך יש להיזהר מלהכריע בה כאשר היא לא נדונה בפני הערכאות שקדמו לנו וממילא לא הוצגה תשתית מספקת ביחס אליה. שנית, ולגוף הדברים, אני סבורה שדבריו של חברי אינם מתיישבים באופן מלא – לא עם המשפט הנוהג, ואף לא עם הפרקטיקה הנוהגת בתחום של טיפולי הפריה ופונדקאות. המשקל המכריע שחברי נותן לנשיאת ההיריון חותר למעשה תחת עצם ההכרה באופציה של פונדקאות. אכן, אפשר לנקוט עמדה ביקורתית ביחס למוסד הפונדקאות, אך לא זו הגישה המנחה את שיטת המשפט שלנו. על כך יש להוסיף, כי כלל הצדדים המעורבים בהליך הנוכחי הם מי שמלכתחילה ייחסו משקל מכריע להגשמת הורות גנטית, שאם לא כן לא היו נכנסים לטיפול פוריות קשים ומורכבים כמו אלה שנטלו בהם חלק. מכל מקום, אין בעמדתו של חברי השופט שטיין תשובה ישירה לאי-ההתייחסות למעמדו של האב הגנטי, שאף עניינו עומד על כף המאזניים. יתרה מכך, דומה כי קבלת עמדתו העקרונית של חברי השופט שטיין עשויה להוביל לכך שלעולם לא ניתן יהיה לאשר בדיקות גנטיות בנסיבות דומות למקרה דנן, אפילו בנסיבות שבהן ניתן להצביע על ההורים הגנטיים בסבירות גבוהה או אף בוודאות כמעט מוחלטת. עמדה זו סוטה במשתמע מהמבחן של "סיכוי סביר", ולפיכך איני סבורה כי היא יכולה לעמוד.

106. האם טובה אי-ידיעה מידיעה? – חברי השופט גרוסקופף פתח את חוות דעתו, ואף סיים אותה, בהצגת עמדה ערכית המציבה סימן שאלה גדול ביחס לערך הטמון בידיעה. הוא אינו מסתיר את עמדתו זו, וטוב שכך. הכנות השיפוטית היא ערך חשוב. אולם, העדפה זו, גם אם אפשר להבין את התועלת הטמונה בה במצבים מסוימים, אינה משקפת ברגיל את עמדתו של המשפט שלנו ולטעמי מתעלמת מהיבטים בעלי משקל של ממש. כך למשל, כפי שהראיתי, המשפט הישראלי הולך כיום ככרת דרך ארוכה לעברם של מי שרוצים לברר מה עלה בגורלם של תינוקות שנעלמו ממשפחתם בשנות החמישים של המאה הקודמת, באמצעות עריכת בדיקות גנטיות. עמדה זו משקפת את החשיבות האנושית, החברתית והתרבותית הגלומה בדבר מנקודת המבט של קרובי המשפחה הגנטיים. בהתאם, אני סבורה שיש משקל לא מבוטל אף לעובדה שבמקרים של טעויות מסוג דומה, שדווחו במדינות אחרות, נעשו ניסיונות לאתר את ההורים הגנטיים ובחלק מהמקרים אף להשיב לחזקתם את התינוק שנולד לאם אחרת. לא למותר להוסיף ולציין בהקשר זה כי אף הנחתו של חברי השופט גרוסקופף לפיה אין מניעה שבעתיד תוכל הקטינה, ככל שתוצה בכך, להתחקות אחר הוריה הגנטיים אינה מובנת מאליה (פסקה 9 לפסק דינו). אפשרות עתידית זו היא ספקולטיבית בלבד בשלב זה ולא ניתן להניח, ולמצער לא במידה גדולה של ודאות, כי הדבר אכן יתאפשר בעתיד. סוגיה זו מטבעה תלויה בגורמים רבים ובכלל זה ברצונותיהם העתידיים של כלל הצדדים המעורבים, אשר ניתן להניח כי יושפעו מחלוף הזמן. אף נקודה זו משליכה על חשיבות ההכרעה דווקא בנקודת הזמן הנוכחית.

107. חברי השופט גרוסקופף מטעים כי במשפט, כמו בחיים, לא תמיד ניתן להתחקות אחר האמת העובדתית. דבריו נכוחים. אולם לא על כך המחלוקת. השאלה שבה נדרשנו להכריע היא האם כבר עתה יש להניח לדברים הבלתי פתורים, או שמא יש עוד מקום להתרת הספקות, כאשר ניתן להצביע על מי שנמצאים במעגל קרוב יחסית להתרחשות הטעות.

108. לבסוף, הגם שזה לא העיקר, מנקודת מבטי גם סיפורו של אדיפוס, שאותו הזכיר חברי השופט גרוסקופף, לא תומך בהכרח במסקנה שאליה הוא הגיע. אדרבה, אפשר לומר כי סיפור זה גם מדגיש עד כמה הכמיהה האנושית לדעת מיהם הוריו הגנטיים של אדם עשויה להיות כמיהה נמשכת, כזו שלא יודעת שובע, עד אשר תקבל מענה. כך, יש בסיפורו של אדיפוס כדי ללמד דווקא עד כמה הדחייה בקבלת התשובה יכולה להיות קשה ולגבות מחירים כבדים בעתיד. ואולי הוא גם מלמד אותנו על הזהירות המתחייבת

ביחס לקבלת החלטות אנושיות המבקשות לשלוט בגורל, ולמנוע מראש התרחשותם של עימותים שסופם להתגלות ולהתגלע.

סוף דבר

109. מכל הטעמים האמורים, סברתי כי יש לקבל את בקשת רשות הערעור אך לדחות את הערעור לגופו, וכל זאת ללא צו להוצאות. לו דעתי הייתה נשמעת, היינו מורים על עריכת ביצוע הבדיקה הגנטית למשיבים 1-7 ו-10-13 בתוך שבועיים ימים מיום מתן פסק דיננו. עוד הייתי מציעה להורות כי בית החולים יודיע באופן מיידי וללא כל דיחוי למטופלות הנוספות מקבוצת ה-22 על תוצאת מתן פסק דיננו זה, וככל שאף אלה יהיו מעוניינות בעריכת הבדיקה, הייתה ניתנת להן האפשרות לבצעה בתוך התקופה האמורה. לאחר מועד זה, ובהיעדרן של נסיבות חדשות, הייתי מורה כי אין לאפשר הגשת תביעות נוספות המכוונות לסעד של צו לעריכת בדיקה גנטית.

ש ו פ ט ת

השופט א' שטיין:

1. קראתי את חוות הדעת המקיפה ומאירת-העיניים שכתבה חברתי, השופטת ד' ברק-ארז, ושקלתי בכובד-ראש. בסופו של יום, מצאתי את עצמי חולק על הנחות היסוד של חברתי; וכפועל יוצא מכך, המסקנה אליה הגעתי שונה ממסקנתה. אני סבור כי הבקשה שלפנינו בדין יסודה, ועל כן טוב נעשה אם נדון בה כבערעור וכן נקבל את הערעור ונאסור על בדיקת המידע הגנטי מושא המחלוקת (להלן: הבדיקה) – זאת, מאחר שאין בנמצא סיכוי סביר לנכונות טענותיהם של דורשי הבדיקה בדבר זיקת ההורות שלהם לתינוקת ס' (להלן: התינוקת); ומאחר שממילא לא מצויה בידם עילה מבוררת שעל בסיסה ניתן לאתגר את מעמדה של המבקשת 1, האישה שנשאה את התינוקת ברחמה ושהולידה אותה (להלן, לפי העניין: האם היולדת או המבקשת 1), כאמה של התינוקת.

עובדות והליכים קודמים

2. עובדות הפרשה פורטו במלואן בחוות דעתה של חברתי, השופטת ברק-ארז, ועל כן אסתפק בהצגת עיקריהן. המבקשת 1 הולידה את התינוקת ביום 26.10.2022 אחרי

הריון אשר נוצר בעזרת הפרייה חוץ-גופית – פרוצדורה שבוצעה בבית החולים אסותא ראשון לציון, המשיב 14 דכאן (להלן: בית החולים). לפי התכנון המוקדם, הריון זה אמור היה להיווצר על ידי השתלת עובר, אשר נוצר מזרעו של המבקש 2 – בן זוגה של המבקשת 1 – ומאחת הביציות של המבקשת 1, ברחמה של המבקשת 1. כתוצאה מטעות של בית החולים, העוברית שהשתלה ברחמה של המבקשת 1 נוצרה מזרע וביצית (להלן: החומרים הגנטיים) אשר נלקחו מזוג מטופלים אחר, שזהותו אינה ידועה. השתלה זו בוצעה ביום 23.2.2022. טעותו של בית החולים בהשתלת החומרים הגנטיים התגלתה כאשר האם היולדת היתה בשבוע ה-28 להריונה. באותה נקודת זמן, התעורר צורך בבדיקה גנטית של מי שפיר אשר נלקחו מגופה של האם היולדת, ובדיקה כאמור הראתה אי-התאמה גנטית בין העוברית, שלימים נולדה כתינוקת ס', לבין המבקשים. בעזרת מומחים, ובעצה אחת עם משרד הבריאות, בית החולים נקט בסדרה של בדיקות כדי לאתר את הזוג האלמוני ממנו נלקחו החומרים הגנטיים. בדיקות אלה לא נשאו פרי. בנקודת הזמן הנוכחית, אותרו 22 מטופלות של בית החולים שלגביהן ולגבי בני זוגן נמצאה "סבירות נמוכה אך קיימת" לקשר גנטי עם התינוקת. חלק ממתופלות אלה ובני זוגן (להלן: דורשי הבדיקה) מבקשים כעת לבדוק את דבר קיומה של התאמה גנטית בינם לבין הנתונים הגנטיים של התינוקת, אשר נמצאים בידי בית החולים. במילים אחרות: דורשי הבדיקה מבקשים לקיימה על-מנת לבדוק שמא אחד הזוגות שנמנה עמם הוא הזוג האלמוני ממנו נלקחו החומרים הגנטיים, אשר הושטלו מחמת שגגה בגופה של המבקשת 1, האם היולדת.

3. במהלך הדיון שהתקיים לפנינו, הבהירו דורשי הבדיקה, ללא כחל ושרק, כי בהתקיים התאמה גנטית בינם לבין התינוקת הם ינקטו בהליכים משפטיים אשר יאתגרו את מעמד ההורות של האם היולדת ושל בן זוגה וידרשו הכרה בהם כהורי התינוקת.

4. הערכאות קמא העניקו לדורשי הבדיקה את מבוקשם, ומכאן בקשת רשות הערעור אשר מונחת לפנינו. ביום 30.1.2023, כדי לשמור על הסטטוס-קוו הקיים, ומבלי לנקוט כל עמדה לגופם של דברים, הוציאה חברתי, השופטת ברק-ארז, צו ארעי המעכב את ביצוע פסק-דינו של בית המשפט המחוזי עד למתן החלטה אחרת.

דיון והכרעה

5. המקרה דנן הוא אחד המקרים הקשים שזכה לשם "רבייה שגויה" – procreation – confounded (ראו: DOV FOX, BIRTH RIGHTS AND WRONGS: HOW MEDICINE AND TECHNOLOGY ARE REMAKING REPRODUCTION AND THE LAW 127-139 (2019)).

הטעות שנפלה בבית החולים העמידה את האם היולדת ואת בן זוגה אל מול זוגות אחרים אשר קיבלו טיפול דומה בבית החולים, ואשר מבקשים כעת לדעת אם החומרים הגנטיים, שנלקחו מהם במסגרת הטיפול, זהים לאלו של התינוקת. לטענתם, זהות כאמור תקבע מי הם הוריה הביולוגיים של התינוקת ויכול שתשנה את מצבן של זכויות ההורות ביחס לתינוקת, אשר מצויות כעת בידי המבקשים.

“מעגל הידיעה” מול “מעגל ההורות”

6. כדי להפחית במידת-מה ממורכבות הסוגיה – אותה אכנה בשם “תחרות ההורים” – בית המשפט המחוזי עשה הבחנה בין “מעגל הידיעה” לבין “מעגל ההורות”. בנקודת הזמן הנוכחית, ההכרעה השיפוטית הנדרשת, לשיטתו, מצויה, כל-כולה, ב”מעגל הידיעה”. זאת, מאחר שדורשי הבדיקה מבקשים כעת דבר אחד בלבד: למצות את זכותם לפי סעיף 128(א) לחוק מידע גנטי, התשס”א-2000 (להלן: חוק מידע גנטי או החוק), שכותרתו “בדיקה ללא הסכמת הנבדק”.

סעיף זה קובע לאמור:

“[...] רשאי בית המשפט לצוות על עריכת בדיקה [...] בלא הסכמת הנבדק [...] ובלבד שהתקיימו כל אלה:

(1) בית המשפט שוכנע כי יש סיכוי סביר לנכונות טענות המבקש בדבר קשרי המשפחה הנטענים;

(2) ניתנה לנבדק הזדמנות להשמיע את התנגדותו למתן הצו” (ההדגשה הוספה – א.ש.).

7. בהינתן הנחת המוצא של בית המשפט המחוזי – ובהתעלם ממה שכיניתי כ”תחרות ההורים”, כפי שמתחייב מאותה הנחה – הבה נשאל את עצמנו את השאלה הבאה: כיצד ולאן נוכל להתקדם בתוך “מעגל הידיעה”, ביודענו כי ההסתברות שאחד הזוגות אשר נמנים עם דורשי הבדיקה הוא הזוג שממנו נלקחו החומרים הגנטיים הזהים לאלו של התינוקת הינה נמוכה ביותר? אילו היתה בידינו וודאות מלאה בכך שאחת מ-22 המטופלות, לגביהן נמצאה “סבירות נמוכה אך קיימת” לקשר גנטי עם התינוקת, היא בעלת הביצית המופרית ממנה נוצרה העוברית, שכאמור הושתלה ברחמה של האם היולדת – ההסתברות שאותה ניתן היה לזקוף לזכותו של כל אחד מהזוגות דורשי הבדיקה היתה מגיעה לכדי 1/22, ותו לא. הווה אומר: מדובר בהסתברות של 0.0454, או קצת למעלה מ-4.5%. דא עקא, אין זה מן הנמנע שכל 22 המטופלות, שכאמור נבחרו

כבעלות "סבירות נמוכה אך קיימת" לקשר גנטי עם התינוקת, כלל אינן קשורות לחומרים הגנטיים שהושתלו ברחם הלא נכון. אשר על כן, הסיכוי לנכונות טענותיו, שכל זוג מדורשי הבדיקה אוחז בידיו, עלול להיות אף מתחת לרף של 4.5%. זאת, גם אם נניח הנחה מיטבית מבחינתו של כל אחד מדורשי הבדיקה, לפיה אין שוני מהותי בינו לבין שאר דורשי הבדיקה – הנחה מלאכותית למדי, אך הכרחית מבחינה מתמטית, אשר זכתה לשם "הנחת האדישות" (the indifference principle) (ראו: Alex Stein, *The Flawed Probabilistic Foundation of Law & Economics*, 105 NORTHWESTERN U. L. REV. (2011) 199, 218-222 (להלן: שטיין)).

8. אם כך הם פני הדברים, כיצד נדע אם הסיכוי של 4.5% הוא "סיכוי סביר" בודענו כי הסיכוי שכנגד, אשר ניצב מולו, ואשר שולל את דבר קיומה של זיקה גנטית לתינוקת אצל כל זוג שנמנה עם דורשי הבדיקה, מגיע לכדי 95.5%?

9. ברי הוא, לטעמי, כי התעלמות מ"מעגל ההורות" וממה שכיניתי בשם "תחרות ההורים" מוליכה אל מסקנה אחת ויחידה: לאיש מדורשי הבדיקה אין סיכוי סביר לבסס את טענתו בדבר קשרי המשפחה הנטענים, כפי שנדרש בסעיף 28(א)(1) לחוק מידע גנטי.

10. כדי להתמודד עם מסקנה זו, חייבים דורשי הבדיקה, על-כורחם, לחבר את "מעגל הידיעה" אל "מעגל ההורות" ובדרך זו להצדיק את סדרת הבדיקות המבוקשת לפחות ביחס לכל אחת ואחת מ-22 המטופלות של בית החולים אשר נבחרו – עד אשר תימצא הזהות הגנטית בין אחת המטופלות ובן זוגה לתינוקת שהולידה המבקשת 1. ההצדקה הנדרשת אינה יכולה לבוא מ"מעגל הידיעה" לבדו: בתוך מעגל זה, הסיכוי של 95.5% להיעדר הקשר הגנטי הנטען מוחק מניה וביה את הסיכוי הקלוש של 4.5% לקשר גנטי, בו אוחז כל אחד מדורשי הבדיקה. הצדקה כאמור יכולה לבוא אך ורק מתוך "מעגל ההורות" – אגד השיקולים המשפטיים, הערכיים והמוסריים אשר עומדים מאחורי הזכות להורות ומאחורי זכותו של אדם לדעת את זהות הוריו. במילים אחרות: עסקינן בתוחלת, ולא בהסתברות (ראו: שטיין, בעמ' 250-252).

11. נוסף על כך, מוצא אני לנכון להוסיף ולהדגיש כי כל הפרדה בין "מעגל הידיעה" לבין "מעגל ההורות" – כפי שנעשתה על ידי בית המשפט המחוזי – היא הפרדה מלאכותית. זאת, לאור הצהרתם הברורה של דורשי הבדיקה לפיה בכוונתם לאתגר את מעמד ההורות של האם היולדת ובן זוגה, ככל שהבדיקות תגלנה שהם – דורשי הבדיקה

– בעלי זיקה גנטית לתינוקת; וכן לאור העובדה שדורשי הבדיקה סירבו להצעותיהם של המבקשים ושל האפוטרופסיות של התינוקת לקיים את סדרת הבדיקות אשר תקננה וודאות לדורשי הבדיקה – ובלבד שתוצאות הבדיקות הללו לא תשמנה שיקול בקביעת ההורות המשפטית ביחס לתינוקת, לא תהוינה הוכחת הורות, ולא תשנה את מצב הדברים הנוכחי.

12. אין תמה אפוא שחוות דעתה של חברתי, השופטת ברק-ארז, מחברת בין שני המעגלים, זה של הידיעה וזה של ההורות. זאת אעשה גם אני, אולם, כאמור, אגיע למסקנה שונה משלה.

הזכות לקבל מידע גנטי

13. חוק מידע גנטי אינו מסתיר את תכליתו בפני מיישמו. כאמור בסעיף 1 לאותו חוק, חוק זה בא "להסדיר עריכת בדיקות גנטיות ומתן ייעוץ גנטי ולהגן על זכות הנבדק לפרטיות לגבי המידע הגנטי המזוהה, והכל בלי לפגוע באיכות הטיפול הרפואי, במחקר הרפואי והגנטי, בקידום הרפואה ובהגנה על שלום הציבור". מכאן ניתן ללמוד שדורשי הבדיקה אשר ניצבים לפנינו אינם נמנים על מוטביו הישירים של החוק, שכאמור מעניק מעמד בכורה ל"זכות הנבדק לפרטיות לגבי המידע הגנטי המזוהה". דורשי הבדיקה אשר ניצבים לפנינו נמנים על מוטביו העקיפים של החוק, שבהתקיים שורה של תנאים ודרישות, הנקובים בסעיף 128 לחוק, יכול שיימצאו זכאים לעריכת בדיקה גנטית ולקבלת תוצאותיה אחרי שבית המשפט המוסמך להורות על עריכת הבדיקה ישתכנע כי קיים סיכוי סביר לנכונות טענותיהם בדבר קשרי המשפחה הנטענים. באומרי "יכול שיימצאו זכאים", הנני מתכוון לכך שבית המשפט יהא רשאי – "רשאי", ולא חייב, כאמור בסעיף 128(א) לחוק – להורות על עריכת הבדיקה המבוקשת אחרי שהוא משתכנע בקיומו של סיכוי סביר לנכונות טענותיו של דורש הבדיקה. מדובר בהחלטה שבשיקול-דעת, ולא בהחלטה שעניינה טענות-זכות של דורשי הבדיקה.

14. מכאן עולה מסקנה פרשנית ברורה עד-כדי מתבקשת מאליה: ההסדר שנקבע בסעיף 128 לחוק מידע גנטי – סעיף שכותרתו "בדיקה בלא הסכמת הנבדק", קרי: בדיקה החורגת ממטרתו המוצהרת של החוק להגן על הנבדק ועל זכותו לפרטיות – הוא הסדר מיוחד וחריג, אשר לא נועד לחול אלא במקרים מיוחדים וחריגים. מכאן עולה מסקנה פרשנית נוספת: בתי המשפט חייבים להפעיל את ההסדר החריג שבו עסקינן במשורה ולהקפיד על כל תנאי ותנאי שקבע המחוקק בגדרי ההסדר.

15. דורשי הבדיקה ניסו בכל מאודם לשכנענו כי הסיכוי להוכחת הזיקה הגנטית הנטענת על ידי כל אחד מהם הינו סביר, למרות שהוא מגיע לכדי 4.5% לכל היותר, אך לא עלה בידם לשכנעני. זאת, מאחר שהסיכוי לכך שהטענה בדבר חפיפה גנטית עם התינוקת – אשר מועלית כאפשרות על ידי כל אחד ואחד מהזוגות דורשי הבדיקה – היא טענה שגויה מגיע לכדי 95.5% לפחות.

16. דורשי הבדיקה טענו לחיבור ההסתברויות שבהן הם אוחזים. לטענתם, הכרעתנו בדרישתם צריכה להתבסס על הסיכוי הגבוה שלאחת מ-22 המטופלות אשר ניצבות לפנינו יש זיקה גנטית לתינוקת. טענה זו, דינה להידחות מאחר שהיא מנוגדת להוראותיו המפורשות של סעיף 128(א)(1) לחוק, אשר דורש הוכחה של סיכוי סביר אצל מבקש יחיד, ולא אצל קבוצה. טענה זו גם לוקה באבסורד: לית מאן דפליג שלמטופלת כלשהי שבית החולים העניק לה טיפול הזהה לזה שניתן לאם היולדת יש זיקה גנטית לתינוקת. זאת, מאחר שהביצית המופרית, שכאמור הושתלה ברחמה של האם היולדת, נוצרה בבית החולים, אחרי שנלקחה מאחת המטופלות לשם הפרייה. ההסתברות האגרטיבית של כלל התרחישים החלופיים, שעניינם זיקה גנטית כאמור, מגיעה אפוא לכדי 100% (ראו: שטיין, בעמ' 209). אם בדרך זו ניתן יהיה להוכיח את קיומו של הסיכוי הסביר הדרוש, סיכוי זה יימצא בכל מקרה ומקרה וזכות הנבדק לפרטיות תידרס תחתיו. המחוקק מן הסתם לא כיוון לתוצאה זו בהגדירו את זכות הנבדק לפרטיות כתכליתו של החוק כולו, ובקבעו בסעיף 128(א)(1) לחוק כי כל דורש בדיקה אינדיבידואלי יוכיח את ה"סיכוי הסביר" הדרוש ביחס לעצמו, ולא ביחס לאחרים.

17. דורשי הבדיקה טענו גם כי הבדיקה הנדרשת באה לקדם את טובת התינוקת. ברם, טענה זו אינה יכולה להישמע מפיהם. דורשי הבדיקה אינם אפוטרופסי התינוקת ואין הם מייצגים אותה ואת האינטרסים שלה. בהליך שלפנינו, התינוקת אינה בגדר "מבקש" לעניינו של סעיף 128(א)(1) לחוק מידע גנטי. לא זו אף זו: האפוטרופסיות של התינוקת שטענו לפנינו סבורות כי אין מקום לשנות את המצב הנוכחי שבו המבקשים הם הוריה המשפטיים של התינוקת.

18. למקובץ עד כה אוסיף נימוק פרשני נוסף. צמד המילים "סיכוי סביר" תפס מקום של כבוד בחקיקה ובפסיקה שעוסקות במגוון של נושאים, ואין בידנו ולו מקרה אחד בודד שבו הסיכוי של 4.5% או סיכוי דומה הועלה לדרגת "סביר". למשל: סעיף 55ג(ב) לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968, קובע כי הרשות לניירות ערך רשאית לממן תובענה

ייצוגית בתחום של ניירות ערך אם "יש סיכוי סביר שבית המשפט יאשר אותה כתובענה ייצוגית". כלום ייתכן שהרשות לניירות ערך תוכל להוציא את כספי הציבור שברשותה על ניהול תובענה ייצוגית שסיכוייה לקבלת אישור בית-המשפט פחותים מ-5% סבורני כי דבר זה אינו בגדר אפשרי (ראו והשוו: ישי לויט "תביעה ייצוגית לפי חוק ניירות ערך" הפרקליט מב 465, 472, 480 (1996)). סעיפים 23, 24, 94 ו-98 לחוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, התשע"ח-2018, מסמיכים את בית המשפט לחדלות פירעון לקבל החלטות שונות ביחס לתאגיד שלשיקומו הכלכלי יש "סיכוי סביר". כלום ייתכן שהחלטות כאמור תתקבלנה כאשר התרחיש שהתאגיד חדל-הפירעון לא ישתקם מגיע להסתברות של 95% ברי הוא, כי לשאלה זו יש להשיב בלאו מוחלט (ראו והשוו: עידו באום, אהוד (אודי) גינדס ודלית גפני "שיקום או פירוק? המאפיינים של הליכי חדלות פירעון תאגידיים בישראל" משפטים נא 545, 547, 553 (2021)). זאת ועוד: הלכת זאדה (ראו: בש"פ 8087/95 זאדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 133, 147-151 (1996)) קובעת, כידוע, כי בית המשפט לא יורה על מעצרו של נאשם עד תום משפטו אלא לאחר שנוכח לדעת כי ראיות התביעה מקימות "סיכוי סביר" להרשעה. היעלה על הדעת שנאשם יעצר עד תום ההליכים כשהסיכוי להרשעתו מגיע ל-4.5% בלבד, וסיכויי הזיכוי עולים על 95% בטוחני כי אפשרות כאמור אינה חלק מהפרוצדורה הפלילית אשר נהוגה במקומותינו. הוא הדין לגבי "חשד סביר" לביצוע פשע במקום בו שוטר מוסמך לערוך חיפוש ללא צו של בית משפט (ראו: סעיף 25(1) לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969 (להלן: פ"ד 9); וכן ראו: רע"פ 10141/09 בן חיים נ' מדינת ישראל, פ"ד סה(3) 305, 331-332 (2012)); וכן לגבי הוצאת צו חיפוש על ידי שופט אשר גיבש "יסוד להניח שנעברה עבירה או שמתכוונים לעבור עבירה נגד אדם" הנמצא במקום לגביו מוצא הצו (ראו: סעיף 23(3) לפסד"פ). גם במקרים אלו בהסתברות נמוכה שנמצאת בסביבת ה-5% בלבד לא סגי (ראו: יעקב קדמי על סדר הדין בפלילים – חלק ראשון – הליכים שלפני משפט 678-680 (2008)).

19. במקרה שלפנינו, אין אנו נדרשים להגדיר במדויק מהו "סיכוי סביר" לעניינו של סעיף 128(א)(1) לחוק מידע גנטי – דבר שלטעמי ממילא אינו אפשרי. הנני מסכים עם חברתי, השופטת ברק-ארז, ועם הערכאות קמא, כי "סיכוי סביר" לא צריך להגיע לכדי הוכחה "במאזן ההסתברויות" אשר נהוגה במשפטים אזרחיים. אולם, בטוחני כי הסתברות נמוכה, הפחותה מ-5%, אינה בגדר "סיכוי סביר" – ובזאת נוכל להסתפק כדי לתת את פסק דיננו בפרשה הנוכחית.

20. חברתי, השופטת ברק-ארז, מבססת את הסתפקותה בהסתברות נמוכה כאמור על שיקול ערכי, שאותו ניתן לתאר ככורח בל-יגונה. כפי שעולה מחוות דעתה, אם לא נכיר

בהסתברות כאמור כ"סיכוי סביר" לנכונות טענותיהם של דורשי הבדיקה, כיצד נוכל לתקן תקלות דוגמת זאת שאירעה בבית החולים?

21. שאלה זו היא שאלה נכבדה. תשובתי הקצרה לשאלה זו היא שהתקלה שאירעה היא, לדאבוני, אחת התקלות שאותן לא נוכל לתקן, ועם זאת אין לנו אלא להשלים. כדי לנמק תשובה זו כיאות, אציג את ההנחה הערכית אשר מונחת בבסיסו של הכורח עליו נסמכת חברתי. חברתי מניחה, כפי שהיא מציינת במפורש, כי החומרים הגנטיים – הזרע והביצית – אשר נלקחו במסגרת טיפולי הפרייה מבני זוג שקיבלו טיפולים אלו, ואשר בעזרתם נוצר העובר שהושתל בשגגה ברחמה של מטופלת אחרת, יוצרים קשר של הורות ביולוגית בין אותם בני הזוג לבין התינוק או התינוקת שהולידה המטופלת. הנחה זו של קשר הורות היא הנחה משפטית-ערכית. זאת אינה הנחה ביולוגית טהורה, שכן התינוקת באה לעולם כאדם חי רק אחרי שהביצית המופרית הושתלה ברחמה של האם היולדת, אשר נשאה את העוברית ברחמה, הזינה אותה באמצעות השליה שלה ולבסוף הולידה אותה לאוויר העולם. מבחינה ביולוגית, האם היולדת היתה בגדר גורם סיבתי הכרחי להולדת התינוקת.

22. ההנחה הערכית שהניחה חברתי באה להוסיף משקל משמעותי לדרישת הבדיקה הגנטית כאשר סיכויי ההתממשות של תרחיש ההתאמה הגנטית לוולד אצל דורש הבדיקה הם נמוכים. בד-בבד, הנחה זו מאפשרת לדורש הבדיקה לעמוד בתנאי של "קשרי המשפחה" שסעיף 128(א)(1) לחוק מידע גנטי מציב כבסיס לתקפות הדרישה לערוך את הבדיקה. קשר ההורות שהנחה זו מכוננת לא תמיד יתרגם את עצמו, בסופו של יום, להורות משפטית, אולם יהא בו כדי להקנות לבני הזוג, שטוענים לקשר כאמור מתוקף היותם המקור לחומרים הגנטיים, מעמד של מתחרה בתחרות ההורים – כאשר מולם ניצבים האם היולדת ובן זוגה. ניצחונם של בני זוג אלה בתחרות ההורים, אשר תוכרע על ידי בית משפט, יהפוך את האם היולדת לפונדקאית בעל-כורחה – תוצאה קשה מנשוא. מבחינתה של חברתי, תוצאה זו היא בגדר אפשרות בת קיימא.

23. מבחינתי-שלי, תוצאה כאמור אינה בגדר אפשרית בנסיבות המקרה שלפנינו. סבורני כי במקרים של תקלה כדוגמת זאת שנדונה לפנינו, האם היולדת זכאית לדבוק בזכות ההורות שלה; ואם כך היא תבחר לעשות, בית המשפט יהא חייב, ככלל, לכבד את רצונה ולא לאפשר את קיומה של תחרות ההורים שתאתגר את זכותה. כפי שאסביר מיד, כלל זה תואם את השקפת המחוקק אשר באה לידי ביטוי במספר דברי חקיקה, ועל-כן נכון יהיה ללכת לפיו ברוב-רובם של המקרים, בכפוף לחריגים מעטים וצרים שלא כאן

המקום להגדירם (המצב ההיפותטי שתואר על ידי חברתי, השופטת ברק-ארז, בפסקה 97 לחוות דעתה יכול שיתאים להחלת החריג כאמור).

מעמד בכורה של האם היולדת

24. עמדתו של המחוקק בנדון דידן מצויה בסעיף 42 לחוק תרומת ביציות, התש"ע-2010, שעניינו מעמד היילוד; וזאת לשונו:

"(א) יילוד שנולד כתוצאה מתרומת ביצית, יהיה ילדה של הנתרמת לכל דבר ועניין.

[...]

(ג) הזכויות והחובות הקיימות בין הורים ושאר קרוביהם ובין ילדי ההורים לא יהיו קיימות בין התורמת ושאר קרוביה ובין היילוד שנולד כתוצאה מתרומת ביציות, ולא יהיו נתונות לתורמת, ביחס ליילוד, הסמכויות הנתונות להורים ביחס לילדיהם."

דברים אלה, ובפרט ניתוקה המוחלט של תורמת ביציות מזכויות ההורות, מדברים בעד עצמם.

25. עמדה כאמור עולה גם מהוראות חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק הפונדקאות). חוק זה קובע הסדר שמאפשר השתלת ביצית מופרית בגופה של אישה אשר תישא את העובר ברחמה לשם מסירת התינוק שייולד להוריו המיועדים – אלו שכרתו הסכם פונדקאות עם אותה אישה. סעיפים 11 ו-12 לחוק הפונדקאות קובעים כי הוריו המיועדים של התינוק צריכים לבקש מבית המשפט צו הורות אשר יהפכם ל"הורים ואפוטרופסים בלעדיים על הילד" ויהפוך את הילד ל"ילדם לכל דבר ועניין". הסדר זה, אף הוא יוצא מנקודת הנחה כי זכויות ההורות נתונות ברגיל לאם היולדת, אשר לא נדרשת לעתור לבית משפט לקבלת צו הורות מיוחד. מימושו של הסכם פונדקאות מהווה חריג לכלל זה.

26. גדולה מזו: האמור בסעיפים 13 ו-14(א) לחוק הפונדקאות פותח פתח לקבלת זכויות ההורות על ידי האם היולדת – הפונדקאית. וזה דברו של המחוקק בסעיפי חוק אלה:

13. (א) ביקשה אם נושאת לחזור בה מהסכם לנשיאת עוברים ולהחזיק בילד, לא יאשר זאת בית המשפט אלא אם כן נוכח לאחר קבלת תסקיר עובד סוציאלי לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים, כי חל שינוי בנסיבות שיש בו כדי להצדיק חזרתה של האם הנושאת מהסכמתה, וכי אין בכך כדי לפגוע בטובת הילד.

(ב) לאחר מתן צו הורות לא יאשר בית המשפט חזרה מהסכם לנשיאת עוברים כאמור.

(ג) אישר בית המשפט חזרת אם נושאת מהסכם לנשיאת עוברים, יקבע בצו את מעמד האם הנושאת כאם ואפוטרופא על הילד, והוא יהיה ילדה לכל דבר וענין; כן רשאי בית המשפט לקבוע בצו הוראות בדבר מעמד הילד ויחסיו עם הוריו המיועדים או עם אחד מהם.

14. (א) לא נתן בית המשפט צו הורות [...] וביקשה אם נושאת את האפוטרופסות על הילד, יתן בית המשפט צו כאמור בסעיף 13(ג), אלא אם כן נוכח, לאחר קבלת תסקיר עובד סוציאלי לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים, כי הדבר נוגד את טובת הילד.

27. הבנה זו של עמדת המחוקק עולה, בין היתר, מדברי השופט נ' הנדל בבע"מ

1118/14 פלונית נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים (1.4.2015):

"החוק הישראלי אינו מגדיר באופן מפורש וסדור מיהו הורה ומהם הקריטריונים על מנת להכיר באדם ככזה. לדעתי, נכון להיום הדין הישראלי מכיר בהורות על בסיס ארבעה אדנים חלופיים ומשלימים – זיקה גנטית, זיקה פיזיולוגית, אימוץ וזיקה לזיקה (קרי, מתוקף קשר זוגיות עם בעל או בעלת הזיקה הגנטית). [...] זיקה גנטית – היא זיקה מתוקף יצירת התינוק מהביצית והזרע של ההורים המיועדים. זהו המודל המוכר כמודל ה'הורות הטבעית' בחוקים השונים. [...] כידוע, ההולדה הטבעית היא עודנה הדרך הנפוצה ביותר להבאת ילדים לעולם. דרך זו לרוב אינה מעלה סוגיות משפטיות סבוכות, היות שלשם מימושה די בשני בני הזוג, ואין צורך בחומר גנטי או בנשיאת ההיריון על ידי גורם שלישי. [...] זיקה פיזיולוגית – מודל ההורות הפיזיולוגית, דהיינו מתוקף נשיאת ההיריון, הוא לרוב מודל מובנה ובלתי ניתן להפרדה מהמודל הגנטי, מקום בו מדובר בהולדה 'טבעית'. האם במצב זה ממלאת שני תפקידים – תורמת הביצית ונושאת ההיריון. באשר לדרכי ההולדה הטכנולוגיות, המנתקות את הקשר שבין שני התפקידים הללו, מודל זה עולה באופן המובהק ביותר בחוק תרומת ביציות. חוק זה קובע כי היילוד שנוגד מתרומת ביצית יהיה ילדה של הנתרמת, דהיינו האישה שנשאה את ההיריון ובינה לבין היילוד יש קשר שהוא בהכרח אינו גנטי (סעיף 42 לחוק תרומת ביציות). כמו כן, הכרה בזיקה הפיזיולוגית קיימת במידה מסוימת גם

בחוק ההסכמים. כך למשל, סעיף 13(א) לחוק ההסכמים מאפשר לאם הנושאת לחזור בה מן ההסכם בתנאים מסוימים, על אף שההסכם אושר על ידי הועדה הממונה ולמרות הקשר הגנטי שיש בין לפחות אחד מן ההורים המיועדים לבין היילוד. כמו כן, סעיף 14(א) לחוק ההסכמים קובע כי אם 'לא נתן בית המשפט צו הורות לפי סעיף 11(ב) וביקשה אם נושאת את האפוטרופסות על הילד, יתן בית המשפט צו כאמור בסעיף 13(ג)'.
כלומר, לאם הנושאת ישנה מעין 'זכות קדימה' בהשוואה לאנשים להם אין זיקה פיזיולוגית ליילוד" (ראו שם, פסקאות 7-8 לפסק דינו של השופט הנדל; ההדגשות הוספו – א.ש.).

28. מעמד בכורה שניתן ליולדת כאם היילוד ניתן לה בזכות, ולא בחד. בנקודת הזמן הנוכחית, חומרים גנטיים – הזרע והביצית – וטכנולוגיית רבייה אינם יוצרים יילוד חי. נשיאת העובר ברחמה של היולדת, הזנתו באמצעות השליה, וההולדה עצמה – כל אלו מהווים גורם סיבתי הכרחי עד-כדי מכריע להבאת אדם חי לעולם (ראו, מני רבים: Leslie Bender, *Genes, Parents and Assisted Reproductive Technologies: Arts, Mistakes, Sex, Race, & Law*, 12 COLUM. J. GENDER & L. 1, 49-50 (2003) (להלן: בנדל)). לצדה של עובדה ידועה זו, ניצבת עובדה חשובה נוספת: תהליך ההריון, כולל צירים ולידה, יוצר ומשכלל קשר ביולוגי ופסיכולוגי בין היולדת ליילוד (ראו: בנדל, בעמ' 50-51 והאסמכתאות שם). כפועל יוצא מקשר זה נוצרת התחברות (bonding) בין היולדת ליילוד (ראו: שם; כמו כן ראו: Madgy S. Mikhail, et al., *The Effect of Fetal Movement Counting on Maternal Attachment to Fetus*, 165 AM. J. OBSTETRICS & GYNECOLOGY 988 (1991)).

השופטת ג'ויס קנארד (Joyce Kennard) מבית המשפט העליון של מדינת קליפורניה, ארה"ב, הטיבה לסכם תובנות אלה בדעת המיעוט שכתבה בפסק הדין *Johnson v. Calvert*, 851 P.2d 776, 797-798 (Cal. 1993), בו הגיעו שופטי הרוב לדעה שונה בהקשרו של הסכם פונדקאות.

ואלה היו דבריה:

"A pregnant woman's commitment to the unborn child she carries is not just physical; it is psychological and emotional as well. [...] This court [...] has acknowledged that a pregnant woman and her unborn child comprise a 'unique physical unit' and that the welfare of each is 'intertwined and inseparable'. [...] Indeed, a fetus

would never develop into a living child absent its nurturing by the pregnant woman. [...] A pregnant woman intending to bring a child into the world is more than a mere container or breeding animal; she is a conscious agent of creation no less than the genetic mother, and her humanity is implicated on a deep level. Her role should not be devalued".

(הפניות פנימיות הוסרו – א.ש.).

29. זאת ועוד: השקפה שמבכרת הורות גנטית על פני זו של האם היולדת מושתתת על העיקרון של "שוויון התשומות" בין גבר לאישה בהולדת היילוד. מאחורי עיקרון זה עומדת ההנחה שתשומת האישה להולדת היילוד מתמצית בהספקת החומר הגנטי שבגופה – הביצית שעוברת הפרייה – בדומה לתשומה בדמותו של זרע, אשר באה מהגבר. הנחה זו אינה אלא פיקציה שמפלה נשים לרעה. הנחה כאמור מאפסת את התשומה הפיזית והמנטלית של הריון, צירים והולדה, אשר מסופקת על ידי נשים בלבד. כפי שכותבת פרופ' לסלי בנדר במאמרה:

"The key to my argument is that a genetics-based analysis of parenthood reinforces and replicates an understanding of reproduction rooted in a male experience. Because a male's only biological contribution to reproduction is his gene-carrying sperm, and because fathers are increasingly being identified by DNA genetic tests, courts may believe that parity requires that mothers be identified in the same way. If something like this reasoning is dictating results in these cases, this false equality between male and female status in reproduction displays a male-biased perspective. Women who are genetic parents benefit from this approach, but they only benefit if they are 'like men' with respect to their biological contributions in these ART cases – if they are genetic contributors to the embryo. Women whose contributions to reproduction include gestation, labor, and birth, are not valued in a genetics-based analysis of parenthood. Genetic-based approaches to parenthood necessarily ignore one of the two ways women may contribute to reproduction. Genetic definitions of parenthood value what only men can contribute to reproduction (gametic contribution) and do not value what only women can contribute (gestational and birth contribution). Therefore, relying on genetics as the definition of parenthood,

particularly of legal motherhood, is fundamentally sex-biased".

(ראו: בנדד, בעמ' 44; הערות שוליים הוסרו – א.ש.).

30. דברים אלו חלים ביתר שאת במקרה שלפנינו – זאת, מאחר שהאם היולדת, המבקשת 1, לא רק נשאה את העוברית, שלימים היתה לתינוקת, ברחמה שלה, ולא רק הולידה אותה. האם היולדת גם העמידה את עצמה לניתוח תוך-רחמי מציל-חיים אשר נעשה לעוברית לפני לידתה. בנסיבות אלו, אם יוחלט להמשיך בבדיקות גנטיות עד אשר יימצאו בני הזוג שחומריהם הגנטיים הושתלו ברחמה של האם היולדת; ואם בני זוג אלה יגברו על האם היולדת בתחרות ההורים, ובית המשפט יכיר בהם כהורי התינוקת – מצבה של האם היולדת לא יהא שונה ממצבה של אישה שנכפתה עליה פונדקאות. מצב זה נדון במאמרה המפורסם של הפילוסופית המנוחה ג'ודית ג'רוויס תומסון, אשר העמיד נימוקים כבדי משקל מעולמה של תורת המוסר לתמיכה בזכות האישה להפסקת הריון Judith Jarvis Thomson, *A Defense of Abortion*, 1 PHILOSOPHY & PUBLIC AFFAIRS 47 (1971).

אוסף ואבהיר, כי באומרי את אשר אמרתי איני מקל ראש בפגיעה בבני הזוג האלמוניים שחומריהם הגנטיים – ביצית המופרית עם זרע – הושתלו ברחמה של האם היולדת, המבקשת 1. ברם, לטעמי פגיעה זו אינה שקולה לפגיעה ולסבל הנפשי האינסופי אשר ייגרמו למבקשים אם התינוקת תילקח מהם בעקבות קביעה שיפוטית שתיטול מידיהם את זכויות ההורות. קביעה כאמור תאמר למבקשת – שכאמור נשאה את התינוקת ברחמה והולידה אותה במאמצים ובכאב המהולים באהבת אֵם – "אם חשבת שאת אמה של התינוקת שנשאת ברחמך ונתת לה חיים, טעות היא בידיך". להשקפתי, אמירה שיפוטית מעין זו נמצאת מחוץ לקשת האפשרויות שהדין מכיר, וגם מטעם זה הגעתי למסקנה כי אין לתת לדורשי הבדיקה את מבוקשם.

סוף דבר

31. מכל הטעמים שמניתי, הנני סבור כי לדורשי הבדיקה – המשיבים 1-13 דכאן – לא עומדת עילה חוקית שעל בסיסה ניתן להורות על עריכת הבדיקה הגנטית אשר נדרשה על ידם בגדרו של סעיף 128(א) לחוק מידע גנטי. הנני מציע אפוא לחברי כי נדון בבקשה שלפנינו כבערעור, נקבל את הערעור, נבטל את פסקי הדין קמא ונאסור על קיום הבדיקה.

אם דעתי תתקבל, אציע גם כי נחייב את המשיב 14, בית החולים אסותא ראשון לציון, האשם העיקרי בהתדיינות, בהוצאות המבקשים בסך כולל של 30,000 ש"ח. משרד הבריאות נטל חלק בהתדיינות זו כגורם ממלכתי והציג לפנינו את עמדת המדינה, כמתחייב בהליכים מסוג זה. אשר על כן, איני רואה סיבה לחייבו בהוצאות. המשיבים 13-1 נקלעו להתדיינות שלא בטובתם מסיבות מובנות, ועל כן גם אותם אין לחייב בהוצאות.

ש ו פ ט

השופט ע' גרוסקופף:

1. המקרה שלפנינו איננו מקרה קל, שכן ישנם טעמים טובים, הן לדרישות המשיבים 13-1, הן לסירוב המערערים. לא בכדי נחלקו חברתי וחברי בעמדותיהם. ואולם, גם במקרים קשים מוטלת עלינו החובה להכריע לכאן או לכאן. מהנימוקים שאפרט להלן, הגעתי למסקנה כי יש מקום לקבל את הערעור, כך שבקשות המשיבים 13-1 כי יבוצעו בדיקות גנטיות לבירור קשרי ההורות בינם לבין הקטינה יידחו. בהתאם, אני מצרף את דעתי לתוצאה אליה הגיע חברי, השופט אלכס שטיין, כמפורט בפסקאות 31 ו-32 לחוות דעתו. להלן טעמי.

2. העולם המודרני מאפשר מציאות שלא הייתה מוכרת בעבר. הפריה חוץ גופית היא דוגמה מובהקת לכך. ואולם, הדילמות שמציאות זו יוצרת אינן בהכרח חדשות. חלקן מלוות את האנושות מזה אלפי שנים. כך, הוא לגבי הדילמה שביסוד ההליך שלפנינו. האם נכון להוסיף ולחקור בדבר זהות הוריו הגנטיים של אדם גם כשהדבר עלול לפעול בניגוד לטובתו? דילמה זו עומדת במרכז אחת היצירות הקנוניות של תרבות המערב, הטרגדיה הנודעת שכתב המחזאי היווני סופוקלס במאה החמישית לפנה"ס – "אדיפוס המלך". אדיפוס, גודל על ידי הורים מטיבים, ואולם בשלב מסוים מתברר לו כי הם אינם הוריו הביולוגיים, והוא מקיים חקירה לבירור מוצאו. חקירה זו מובילה אותו לאמת, אבל זו מתבררת כקשה מנשוא. אביו הביולוגי של אדיפוס, כך מסתבר, היה מלך תבאי, ליוס, ואדיפוס הוא מי שהרגו על אם הדרך, והתחתן עם המלכה יוקסטטה, שהיא אימו הביולוגית של אדיפוס. בכך הוגשמה הנבואה הנוראה, לפיה אדיפוס יהרוג את אביו וישא את אימו לאישה. בלב המחזה עומד איפוא המתח שבין הרצון לדעת מה מוצאו של אדם לבין

המחיר הכבד שידיעה כזו עלולה לגבות (להרחבה בעניין המחזה ראו: נילי כהן משפטים ומילים: החיים בין משפט לספרות 54-56, 164-168 (2022)).

3. עניינה של הקטינה (אותה אכנה להלן: התינוקת ס' או הקטינה) המצוי לפנינו שונה כמובן מסיפורו של אדיפוס המלך, ואולם גם הוא מעורר, בעת הנוכחית, את הדילמה האם נכון להמשיך במסע החיפוש אחר הוריו הגנטיים של אדם גם במחיר ערעור יסודות עולמו. מטבע הדברים, לשאלה זו אין תשובה נכונה, וככל הניתן, מן הראוי שיכריע בה האדם עצמו. אלא שבמקרה שלפנינו, בהיות האדם בו מדובר תינוקת בת מספר חודשים, אין מנוס מכך שאחרים יכריעו בעניין בעבורה. נגזר עלינו להיות אלה שפוסקים בדבר, ואולם בשונה מאדיפוס אין אנו נדרשים, ואף איננו רשאים, לעשות כן על סמך העדפותינו ורצונותינו. חובתנו לפעול על סמך הדין, דהיינו חוק מידע גנטי, התשס"א-2000 (להלן: חוק מידע גנטי או החוק), הקובע את המתווה המשפטי להכרעה.

4. ביסודו של המתווה שקובע החוק בסוגיה שהונחה לפתחנו עומדת הבחנה בין ביצוע בדיקה גנטית לקשרי משפחה (להלן: בדיקה גנטית) בהסכמת הנבדק (להלן: בדיקה גנטית בהסכמה), אשר התנאים לביצועה מוגדרים בסעיף 28 לחוק, לבין ביצוע בדיקה גנטית שלא בהסכמת הנבדק (להלן: בדיקה גנטית כפויה), אשר התנאים לעריכתה מוגדרים בסעיף 128 לחוק. בשני המצבים נדרש אומנם צו שיפוטי לעריכת הבדיקה הגנטית, ואולם בעוד שלא נקבעו הגבלות על סמכות בית המשפט לתת צו לביצוע בדיקה גנטית בהסכמה, בכפוף לסייגים הקבועים בסעיפים 28-ג-28 לחוק, הרי שביחס למתן צו לבדיקה גנטית כפויה קבע המחוקק כי בית משפט רשאי לתיתו רק לאחר שניתנה לנבדק הזדמנות להשמיע את התנגדותו, ורק אם "שוכנע כי יש סיכוי סביר לנכונות טענות המבקש בדבר קשרי המשפחה הנטענים" (סעיף 128(א)(1) לחוק).

5. בענייננו, אין חולק כי הבדיקות הגנטיות אותן מבקשים לבצע המשיבים 1-13, שישה זוגות ואם יחידנית הטוענים לאפשרות כי הם ההורים הגנטיים של התינוקת ס' (להלן: הטוענים להורות גנטית), הן בדיקות גנטיות כפויות. כך, בהינתן התנגדות האם היולדת של התינוקת ס' ובן זוגה (לעיל ולהלן: המערערים או ההורים הפיזיולוגיים), אשר מהווים הגורמים ה"אחראים" על הקטינה, לביצוע בדיקות גנטיות כלשהן לבירור זהות הוריה הגנטיים (ראו סעיף 128(ב) לחוק, וכן פסקה 47 לפסק הדין קמא). כמו כן, לצידה של התנגדות זו ניצבת לפנינו גם עמדת האפוטרופסיות לדין המייצגות את הקטינה בהתאם לסעיף 128(ב) לחוק מידע גנטי, עורכות הדין עדי רז, נטע ברק ומיה שושטרי (להלן: האפוטרופסיות לדין), שלפיה ביצוע בדיקות כאלו למטרה לשמה הן מתבקשות

(דהיינו, לצורך הגשת תביעת הורות) נוגד את טובת הקטינה, שעודה מצויה בטיפולים רפואיים סבוכים, וזאת מאחר שהוא עלול לטלטל את עולמה העדין והשבירי.

6. לשיטתי, בהינתן שעסקינן בביצוע בדיקות גנטיות כפויות, ובהתחשב בהשלכות ביצוען על טובת הקטינה, כפי שעולה מעמדת האפטרופסיות לדין, אין די בסיכוי הנמוך שמציג כל אחד מהטוענים להורות גנטית על מנת להצדיק עריכת בדיקה שכזו בהתאם למבחן שקבע המחוקק. לשון אחרת – בשלב זה, אין בסיס משפטי להמשך מסע החיפוש אחר הוריה הגנטיים של התינוקת ס' בהתחשב במחיר הכבד שעלול להיגזר מכך על התינוקת ס' ועל הוריה הפיזיולוגיים. משכך, סבורני כי דין הערעור שלפנינו להתקבל. זו תמצית הדברים. להלן פירוטם.

הערות מקדימות לתחימת הדיון

7. הטכנולוגיה של הפריה חוץ-גופית (IVF – In Vitro Fertilization), המצויה עמנו כיוכל שנים, הביאה תקווה ואושר לזוגות ויחידים רבים שאינם יכולים להרות בדרך הטבע. עם זאת, כחידושים רבים, היא כרוכה לעיתים בהתמודדויות לא פשוטות עם אתגרים משפטיים שלא ידענו בעבר (לאתגרי המשפט בהתמודדות עם חידושי הטכנולוגיה ראו עופר גרוסקופף "הקדמה – אתגרי המשפט במציאות משתנה" טכנולוגיות מתפרצות: אתגרים בדיון הישראלי 9 (ליאור זמר, דב גרינבאום ואביב גאון עורכים 2022)). ביסודן של התמודדויות אלה עומדת הפרדה שלא הייתה אפשרית בעבר, ואשר יכול שתרחש בהליך של הפריה חוץ-גופית, בין האם הגנטית (האם שממנה ניטלה הביצית, על המטען הגנטי המצוי בה) לבין האם הפיזיולוגית (האם שברחם שלה מתרחש תהליך ההיריון, אשר סופו בלידת התינוק) (ראו בע"מ 1118/14 פלונית נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים, פסקה 8 (1.4.2015) (להלן: עניין פלונית)). לרוב, הפרדה זו, ככל שהיא נוצרת בהליך הפריה חוץ-גופית, היא פרי של הסכמה, בין אם מדובר בתרומת ביצית על ידי האם הגנטית לאם הפיזיולוגית; בין אם בפונדקאות על ידי האם הפיזיולוגית בעבור האם הגנטית; ובין אם בשילוב של פונדקאות ותרומת ביצית על ידי אם פיזיולוגית ואם גנטית הנרתמות שתיהן לסייע לצד שלישי המעוניין בתינוק. הסכמה שכזו עלולה, כמו כל התקשרות חוזית, לעורר מחלוקות והתדיינויות, ובפסיקתנו מתרבות והולכות הדוגמאות לכך (ראו למשל, דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661 (1996); בע"מ 7185/10 פלוני נ' פלונית (7.2.2011); בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות, פ"ד סו(1) 274 (2013)).

8. עניינה של התינוקת ס' הוא ייחודי, ולמיטב ידיעתי ראשוני בפסיקה הישראלית, מאחר שהוא מציג מקרה בו הפרדה בין זהות האם הפיזיולוגית לבין זהות האם הגנטית נעשתה לא בכוונת מכוון של מי מהן, אלא כתוצאה מטעות של צד שלישי (בית החולים בו בוצעה ההפריה החוץ גופית – המשיב 14. להלן: בית החולים אסותא ראשון לציון או בית החולים). הפרדה בלתי מוסכמת זו מעוררת מאליה את השאלה למי תינתן העדיפות בהורות – לאם הפיזיולוגית ולבן זוגה (ההורים הפיזיולוגיים) או לאם הגנטית ולאב הגנטי (ההורים הגנטיים)? שאלה זו, אשר ראשית דיון בה ניתן למצוא במדינות שמעבר לים (ראו פסקאות 56-60 לחוות דעתה של חברתי, השופטת דפנה ברק-ארז, ופסקאות 29-28 לחוות דעתו של חברי, השופט אלכס שטיין), מעוררת לבטים קשים, ואולם אינני סבור שנכון כי נדון בה במסגרת הנוכחית. הטעם לכך הוא כפול: לא רק שלא שמענו טיעון של ממש בעניין זה, אלא שעל מנת ששאלה זו תתעורר נדרש שיעמדו לפנינו שני הצדדים – ההורים הפיזיולוגיים מזה וההורים הגנטיים מזה – ומצב דברים זה טרם נוצר בעניינה של התינוקת ס' (וראו פסקאות 44-45 לחוות דעתה של חברתי השופטת ברק-ארז).

9. השאלה בה עסקינן במקרה זה היא, איפוא, שאלה מקדמית: עד מתי יש להוסיף ולחפש אחר ההורים הגנטיים, בהינתן שידוע כי בעקבות תקלה של צד שלישי אירעה היפרדות מהסוג המתואר, כך שההורים הפיזיולוגיים אינם ההורים הגנטיים? שאלה זו מתעוררת על רקע קיומה של מחלוקת בין שניים – ההורים הפיזיולוגיים מזה, המתנגדים מכל וכל להמשך מסע החיפוש; והטוענים להורות גנטית מזה, המבקשים לבצע בדיקות גנטיות אשר יבהירו האם מי מהם הוא הורה גנטי של התינוקת ס', וככל שכך יבורר, יאפשרו לאותו זוג או יחידה לנהל מאבק הורות מול ההורים הפיזיולוגיים.

10. ויובהר, בניגוד לטענות שונות שהושמעו, נקודת הזמן הנוכחית אינה נקודת הזמן האחרונה בה ניתן יהיה לברר את השאלה מי הם הוריה הגנטיים של התינוקת ס'. בירור כזה (בהסכמת הטוענים להורות גנטית) ניתן יהיה לבצע בסיוע בית החולים גם בעתיד, כשתגדל ותתבגר הקטינה, ותוכל לבחור בעצמה האם היא מעוניינת לדעת מהיכן מגיע המטען הגנטי שהיא נושאת, והאם להיות בקשר עם אלה שהעבירו לה אותה. עם זאת, לא ניתן להקל ראש גם בחשיבות נקודת הזמן הנוכחית. זוהי נקודת הזמן האחרונה (כך לפחות לשיטת חברתי, השופטת ברק-ארז) בה ניתן וראוי לברר שאלה זו לצורך הגשת תביעת הורות על ידי ההורים הגנטיים, על מנת להקנות לקטינה אפשרות לגדול עם הוריה הגנטיים, ולא עם הוריה הפיזיולוגיים. במילים אחרות, זוהי נקודת הזמן האחרונה בה ניתן לערוך בדיקות גנטיות היוצרות פוטנציאל של מאבק הורות בין ההורים הפיזיולוגיים לבין ההורים הגנטיים (ככל שיימצאו) לצורך גידול הקטינה.

11. השאלה בה עלינו להכריע, אם כך, היא האם ראוי לאפשר, לעת הזו, את המשך החיפוש אחר ההורים הגנטיים גם במחיר פוטנציאל של יצירת מאבק הורות ביחס לתינוקת ס'. מי שסבור כי הורות פיזיולוגית לעולם עדיפה, עשוי לתת לשאלה זו תשובה שלילית גורפת. מי שסבור כי הורות גנטית לעולם עדיפה, עשוי לתת לה תשובה חיובית גורפת. לדידי, לשאלה זו אין פתרון חד ופשוט, אלא היא תלויה בניתוח נסיבות המקרה, וזאת בראי המבחן שהציב המחוקק לביצוע בדיקות גנטיות מהסוג המבוקש. הפעלת מבחן זה בענייננו, מביאה אותי למסקנה כי יש לקבל את הערעור, ולהורות שלא לקיים את הבדיקות הגנטיות המבוקשות. משמעות הדברים היא כי אין לאפשר את המשך החיפוש אחר ההורים הגנטיים של התינוקת ס', בהינתן המידע הקיים.

12. המשך חוות דעתי מיועד להבהיר מהם הטעמים העומדים ביסוד מסקנתי האמורה. וזה יהיה סדר הדברים: תחילה, אחדד מהו טיב הבדיקות הגנטיות שביצוען מתבקש, וזאת לאור תכליתן ולאור עמדת האפוטרופסיות לדין בעניינן; בשלב הבא, אנתח את המבחן המשפטי שעלינו להציב בפני המבקשים לערוך – מבחן ה"סיכוי [ה]סביר לנכונות טענות המבקש בדבר קשרי המשפחה הנטענים" (סעיף 28(א)(1) לחוק מידע גנטי); לאור שני אלה, אבחן את העניין שלפנינו – ביצוע בדיקות גנטיות לביורר קשרי ההורות של הטוענים להורות גנטית ביחס לתינוקת ס'.

טיב הבדיקות הגנטיות שביצוען מתבקש – בדיקות גנטיות כפויית למטרת כינון הורות אשר ביצוען עומד בניגוד לטובת הקטינה

13. בדיקה גנטית צריכה להתבצע למטרה מוגדרת. עניין זה עולה מסעיף 28 לחוק, המורה כי "לא יעשה אדם שימוש בדגימת DNA ששימשה לבדיקה, או בתוצאות בדיקה, אלא למטרה שלשמה נערכה הבדיקה". בית המשפט המחוזי מצא לנכון לאשר ביצוען של 6 מהבדיקות שהתבקשו, וזאת לצורכי ידיעה בשלב הנוכחי – דהיינו, תוך הפרדת "מעגל הידיעה" מ"מעגל ההורות", כלשונו. בעיניי, ספק אם הטעם של "ידיעה" בלבד די בו על מנת להצדיק ביצוע בדיקה גנטית כפוייה, בוודאי בנסיבות בהן עסקינן. ואולם, נוכל להשאיר שאלה זו בצריך עיון, שכן בענייננו הבהירו הטוענים להורות גנטית בדיון שהתקיים לפנינו, כי הבקשות שהגישו הן לצו שיאפשר בדיקה כאמור לצורך הגשת תביעת הורות, ולא לצורך ידיעה בלבד. הבהרה זו חשובה משלושה טעמים: ראשית, יש בה כדי להציג תכלית ברורה ומבוררת לדרישה לביצוע הבדיקות, אשר לאורה ניתן לבחון את התקיימות תנאי החוק; שנית, הדבר מספק תשובה (ולו ראשונית) לטענת ההורים הפיזיולוגיים והאפוטרופסיות לדין כי אין לאפשר ביצוע בדיקה גנטית כפוייה היוצרת מצב של "אופציה להורות", דהיינו בדיקה שרק לאחר שיימסרו תוצאותיה יידרש מי

שיתגלה כהורה הגנטי לבחור בין מימוש הורותו לבין זניחתה; שלישית, בהינתן תכלית הבדיקה, ברור עתה כי ביצוע הבדיקות המתבקשות עומד לא רק בניגוד לעמדת ההורים הפיזיולוגיים, אלא גם בניגוד לעמדת האפוטרופסיות לדין. נקודה אחרונה זו מצדיקה הבהרה וחידוד.

14. האפוטרופסיות לדין מסרו כי לגישתן טובת הקטינה מאפשרת את ביצועה של הבדיקה הגנטית, אך ורק ככל שזו לא תיצור סכסוך הורות. בבסיס עמדתן זו, ניצב מצבה הרפואי המורכב והבלתי-יציב של התינוקת ס', כפי שעולה מהחומרים הרפואיים שאספו האפוטרופסיות לדין ואשר הוגשו לנו. לאור הסיכון הממשי הקיים לעת הזו להתדרדרות במצבה הרפואי של הקטינה, כך סבורות האפוטרופסיות לדין, הן עצם קיומו של סכסוך הורות, והן החלפת הגורמים המטפלים אשר עשויה לבוא בעקבותיו, עומדים במתח עם "זכותה לחיים, להישרדות ולהתפתחות תקינה" של התינוקת ס' (פסקה 53 לתשובת האפוטרופסיות לדין). מטעם זה, וכשברקע "זכותה הברורה של הקטינה להתחקות אחר שורשיה הגנטיים" (פסקה 31 לתשובת האפוטרופסיות לדין), הן הודיעו כי יסכימו לביצוע הבדיקות הגנטיות, אם, ורק אם, הטוענים להורות גנטית יודיעו מראש כי אין בכוונתם להגיש תביעת הורות, דהיינו אם ניתן יהיה לבצע את הבדיקות הגנטיות מבלי שהדבר יביא לסכסוך הורות. ומכלל ההן נלמד גם הלאו – ככל שתכלית הבדיקות היא הגשת תביעת הורות, האפוטרופסיות לדין מתנגדות לביצוען.

15. החלוקה בין "מעגל הידיעה" לבין "מעגל ההורות" אשר עמדה בלב הכרעתו של בית המשפט קמא, ורצונו של בית המשפט קמא לנטרל מההכרעה בשלב הנוכחי כל רכיב השייך ל"מעגל ההורות", הובילו אותו לבקר את אחד מאדניה של עמדת האפוטרופסיות לדין – קיומו של חיבור בלתי-ניתן-להפרדה בין תביעה לבדיקה גנטית לבין תביעת הורות – ובמידה רבה להתעלם מעמדתן בעניין טובת הקטינה לצורך החלטתו. ואולם, לגישתי, הראשון אינו מחייב את השני, דהיינו, העובדה שההכרעה בשאלת ההורות המשפטית איננה עומדת לפתחנו לעת הזו, אין משמעותה כי עלינו לעצום בשלב הנוכחי את עינינו לעצם קיומה, ולהשלכותיה האפשריות. בהמשך לכך, אני סבור כי עמדת האפוטרופסיות לדין לפיה ביצוע בדיקות גנטיות שיש לו פוטנציאל לגרור אחריו סכסוך הורות איננו לטובת הקטינה היא לא רק רלוונטית להכרעתנו, אלא גם סבירה ומשכנעת. התינוקת ס' מתמודדת עוד קודם שראתה אור עולם עם בעיה לבבית מורכבת, שטרם נפתרה. הוריה הפיזיולוגיים מלווים אותה בהתמודדותה זו בהתמדה ובמסירות מעוררי הערכה, ונוכחותם ותמיכתם בוודאי נחוצים לקטינה, כפי שהדגישו פסיכולוגים ורופאים עימם נועצו האפוטרופסיות לדין. עירוב הקטינה וההורים הפיזיולוגיים בסכסוך הורות בשלב זה בוודאי תחייב השקעת חלק לא מבוטל מזמנם, מרצם ומשאביהם החומריים

והנפשיים של ההורים הפיזיולוגיים בחזית נוספת זו, ובכך תפגע לא רק בהם, אלא גם בקטינה. במצב דברים זה, הטענה כי חשש להיווצרות סכסוך הורות מצדיק, מנקודת מבטה של הקטינה, שלא לאפשר ביצוע בדיקות גנטיות נוספות, היא עמדה הנראית לי ראויה ומוצדקת (לעניין הצורך בשקילת טובתו של הילד, ראו פרוטוקול ישיבה 262 של הכנסת ה-17, 112-113 (22.7.2008)). בוודאי שלא ראיתי כל הצדקה להתערב בהערכתן המקצועית של האפוטרופסיות לדין, שעשו עבודה ראויה טרם גיבושה, לא כל שכן להתעלם ממשמעויותיה.

16. המסקנה המתבקשת מהאמור לעיל היא שהבקשות לביצוע בדיקות גנטיות בהן עסקינן אינן רק נוגדות את רצון הנבדק או "האחראי עליו" – ההורים הפיזיולוגיים – אלא אף את טובת הקטינה (כפי שהוצגה על ידי האפוטרופסיות לדין). אכן, גם בהינתן מסקנות אלה, לבית המשפט סמכות לשקול התרת ביצוע בדיקות שכאלה, ואולם מאחר שמדובר בבדיקות גנטיות כפויות, נדרש הוא להשתכנע תחילה ביחס לכלל בדיקה ובדיקה, כי "יש סיכוי סביר לנכונות טענות המבקש בדבר קשרי המשפחה הנטענים" (סעיף 128(א)(1) לחוק), ובענייננו, כי קיים סיכוי סביר שמבקש הבדיקה הוא הורה גנטי של התינוקת ס'. לבחינת התקיימותו של מבחן זה נפנה עתה, כשלבחינה הפרטנית נקדים דיון בפרשנות הראויה של דרישת ה"סיכוי הסביר" לביצוע בדיקה גנטית כפויה.

פרשנות דרישת ה"סיכוי הסביר"

17. סעיף 128 לחוק מידע גנטי מאפשר, כאמור, בדיקה ללא הסכמת הנבדק רק אם מתקיים התנאי הקבוע בס"ק (א)(1) – "בית המשפט שוכנע כי יש סיכוי סביר לנכונות טענות המבקש בדבר קשרי המשפחה הנטענים". כמו חברי, השופט שטיין, גם אני סבור כי לשונו של הסעיף מלמדת כי המבחן הוא אינדיווידואלי, באופן המחייב קיומו של "סיכוי סביר" ביחס לקשרי המשפחה הנטענים של מבקש הבדיקה, ולא ביחס לקבוצה אליה הוא משתייך (ראו בפסקה 16 לחוות דעתו). פרשנות זו מתחייבת לטעמי גם מבחינה אנליטית. אם תאמר אחרת, הרי לעולם נוכל להצדיק ביצוע בדיקות גנטיות, באמצעות הגדלת הקבוצה אליה משתייך מבקש הבדיקה הפרטני. כך, למשל, סביר מאד להניח כי הוריה הגנטיים של התינוקת ס' נמנים על כלל מטופלי ההפריה החוץ-גופית בבית החולים אסותא ראשון לציון. ואולם, פשיטא כי לא ניתן לאשר לכל מי שנמנה על קבוצה זו בדיקה גנטית כפויה. ואכן, גם בית המשפט קמא סבר שאין לאפשר ביצוע בדיקה גנטית ביחס למשיבים 8-9 מפני שההסתברות ל"הצלחתה" נמוכה מאד (ראו פסקאות 54-56, 60 לפסק הדין קמא), וזאת למרות שגם הם חלק מקבוצה שהסיכוי כי מקרבה באו ההורים

הגנטיים גבוה ביותר – כלל מטופלי ההפריה החוץ-גופית בבית החולים אסותא ראשון לציון.

18. זאת ועוד, יש גם לדחות גישה מתוחכמת יותר, לפיה את ה"סיכוי הסביר" יש לבחון ביחס לכלל הטוענים להורות גנטית שלפנינו כקבוצה, ולא ביחס לכל זוג או אם יחידנית בנפרד (בענייננו, לפי ההסתברות שמי מהמשיבים 1-7 ו-10-13 יתגלה כהורה גנטי). מעבר לכך שגישה זו תחייב לאפשר בדיקה לכל מי שיצטרף לקבוצת טוענים להורות גנטית העומדת בלעדיו בדרישה (ובכלל זה, בענייננו, למשיבים 8-9), הרי שמשמעותה היא כי אם יתאגדו יחדיו מספר גדול מספיק של מבקשים בעלי סיכויים קלושים, יהיה הכרח לאפשר לכולם להיבדק. שתי התוצאות הללו נראות בעיניי בלתי סבירות, וזאת מעבר לעובדה שכבר צוינה, כי כל פרשנות המובילה לבחינת סיכוייה של קבוצה, ולא סיכוייו של מבקש אינדיווידואלי, אינה מתיישבות עם לשון סעיף 128(א)(1) לחוק.

19. מצאנו, אם כך, שהמונח "סיכוי סביר" צריך להיבחן ביחס לכל טוען להורות גנטית בנפרד, ולא ביחס לכלל הטוענים להורות גנטית כקבוצה. ואולם, מה תוכנו של מבחן זה? מתי יכול בית המשפט להשתכנע כי יש "סיכוי סביר לנכונות טענות המבקש בדבר קשרי המשפחה הנטענים"? על מנת לענות על שאלה זו, חשוב לתת את הדעת לכך שסבירותו של הסיכוי הנדרש תלויה במשקל הנגד שמעמידים מולו. במילים אחרות, סבירות הסיכוי המצדיקה ביצוע בדיקה גנטית כפוייה נמדדת אל מול הטעמים המצדיקים שלא לבצע – ככל שהטעמים שלא לבצע בדיקה כפוייה חזקים יותר, כך גם עוצמת הסיכוי שייחשב לסביר במידה המצדיקה את ביצוע הבדיקה תהיה גדולה יותר, ולהיפך. ארחיב מעט בעניין זה.

20. התניית ביצוע פעולה בקיום "סיכוי סביר" לתוצאה מסוימת הוא מבחן המחייב אותנו לייבא לתוך הבדיקה שיקולים המתייחסים לסיטואציה בה עסקינן, ובעיקר, אינטרסים השוללים את ביצוע אותה פעולה. נמחיש זאת באמצעות דוגמה: נניח כי תנאי להכנסת תרופה לסל הבריאות היה כי היא נותנת למטופל "סיכוי סביר" להחלמה. פרשנות מונח זה צריכה, מטבע הדברים, להביא בחשבון את הצד השני במשוואה, כגון עלותה הכספית של התרופה. כך, למשל, תרופה שעלותה 10 ש"ח למטופל עשויה לעמוד בדרישה, גם אם סיכוי ההחלמה הוא נמוך יחסית (למשל, 5%, בעוד שתרופה שעלותה מיליון ש"ח למטופל תעמוד בדרישה רק אם סיכויי ההחלמה גבוהים משמעותית (למשל, מעל 30%). אמור מעתה, פרשנות המונח "סיכוי סביר" איננה נגזרת רק משיקולים

הסתברותיים, אלא גם מהנסיבות במסגרתן מתעוררת השאלה, ובעיקר משיקולי הנגד המצדיקים להימנע מביצוע הפעולה (והשוו, לעניין זה, פסקה 72 לחוות דעתה של חברתי, השופטת ברק-ארז).

21. פרשנות זו למבחן ה"סיכוי הסביר" – דהיינו, פרשנות תלויות נסיבות למבחן הסתברותי – אינה חדשה. כך, למשל, כשנדרש בית המשפט לפרש את הדרישה המוטלת על תובע במשפט אזרחי לבסס תביעה לפיצוי בגין נזק שגרם לו, נקבע הכלל לפיו די כי "הנפגע-התובע יוכיח את נזקו ואת הפיצוי המגיע לו במידת ודאות סבירה (**reasonable certainty**). כלומר, באותה מידת ודאות, המתבקשת מנסיבות העניין" (ע"א 355/80 אניסימוב נ' מלון טירת בת שבע בע"מ, פ"ד לה(2) 810, 800 (1981) (להלן: עניין אניסימוב)). לעניין טיבה של אותה "ודאות סבירה", הובהר כי הוא משתנה בהתאם לנסיבות: "באותם המקרים, בהם – לאור טבעו ואופיו של הנזק – ניתן להביא נתונים מדויקים, על הנפגע-התובע לעשות כן, ומשנכשל בנטל זה, לא ייפסק לו פיצוי. לעומת זאת, באותם מקרים אשר בהם – לאור טבעו ואופיו של הנזק – קשה להוכיח בדייקנות ובוודאות את מידת הנזק ושיעור הפיצויים, אין בכך כדי להכשיל את תביעתו של הנפגע, ודי לו שיביא אותם נתונים, אשר ניתן באופן סביר להביאם, תוך מתן שיקול-דעת מתאים לבית המשפט לעריכת אומדן להשלמת החסר" (עניין אניסימוב, בעמ' 809. וראו מיני רבים: ע"א 2688/95 פנחס נ' כרם מהנדסים, פ"ד נ(5) 742, 746-747 (1997); ע"א 153/04 רובינוביץ נ' רוזנבוים, פסקה ז' (6.2.2006); ע"א 6853/19 בר-טל נ' דה-פז, פסקה 5 (13.7.2021); ע"א 6277/19 הרמן נ' וייס, פסקה 37 (15.3.2022)).

22. נחזור לענייננו. המחוקק דורש כתנאי לביצוע בדיקה גנטית לצורך גילוי קשרי משפחה בלא הסכמת הנבדק כי בית המשפט ישתכנע בקיומו של "סיכוי סביר" לנכונות טענות המבקש בדבר קיום קשרי המשפחה. מהאמור לעיל עולה כי המבחן ל"סיכוי סביר" הוא מבחן גמיש, העשוי להשתנות על פי הנסיבות, וזאת בהתאם לשיקולי הנגד לעריכת הבדיקה. עם זאת, שיקול נגד מרכזי קיים בעצם הסיטואציה בה אנו מצויים – היעדר הסכמת הנבדק. שיקול זה מחייב כי למונח "סיכוי סביר" תינתן משמעות שלפיה סיכוי נמוך יתר על המידה, דהיינו כזה שאיננו חוצה סף מסוים, אין בו די כדי להצדיק עריכת הבדיקה, אף בהיעדר כל שיקול נגד נוסף. אמחיש עניין זה באמצעות דוגמה נוספת: נניח כי בעיר מסוימת מתגורר אדם שזהות הוריו אינה ידועה. לאותה העיר מגיע זוג שילדו הנעדר צפוי היה להיות בערך בגילו של אותו אדם, ומבקש לבצע בדיקה גנטית שתברר את קשרי המשפחה ביניהם. האדם מתנגד, וטעמיו עמו. פשיטא, בעיניי, כי תנאי מקדמי (הכרחי אך לא מספיק) להפעלת הסמכות לפי סעיף 128 לחוק מידע גנטי הוא שבני הזוג ישכנעו את בית המשפט כי קיים סיכוי הגבוה מסף מסוים שאותו אדם הוא

אכן בנם הנעדר. עצם העובדה שהאדם עשוי להיות, בהסתברות נמוכה כלשהי, בנם של בני הזוג (שכן הם שייכים לקבוצת ההורים הפוטנציאליים שלו, בהינתן גילו), אינה יכולה לגבור על התנגדותו של אותו אדם (התנגדות שבגינה אנו מצויים במסגרת סעיף 128 לחוק ולא במסגרת סעיף 28ב לחוק). עצם הסירוב של הנבדק לעריכת הבדיקה מקימה הצדקה הנעוצה בכיבוד האוטונומיה והפרטיות שלו שלא לבצע את הבדיקה, ולפיכך מהווה שיקול משמעותי שלא להתיר את הבדיקה (והשוו לפסקה 14 לחוות דעתו של חברי, השופט שטיין). דברים אלה נכונים גם אם האדם בו מדובר הוא קטין, ואפילו תינוק, וההתנגדות לבדיקה היא מצד האחראי על אותו אדם כגון הוריו המאמצים או, בענייננו, הוריו הפיזיולוגיים.

23. ודוק, ביצוע בדיקה גנטית נוספת לקטינה אינו כרוך בהטרחתה או בהטרחת הוריה הפיזיולוגיים, שהרי המידע הגנטי לגביה כבר הופק. לפיכך, אילו כנגד ביצוע בניגוד להסכמתם לא היו עומדים שיקולים ערכיים כבדי משקל, הרי שהיה מקום לאפשר ביצוע בדיקה גנטית לכל דורש (ולמצער, לאלה המוכנים לשאת מכיסם בעלות הכספית של הבדיקה), משל היה המידע הגנטי נעלה של סינדרלה, וכל דכפין רשאי לנסות מזלו בבדיקת התאמתה אליו והתאמתו אליה. אין זאת אלא שתפיסת המחוקק הישראלי, כפי שהיא משתקפת בהצבת דרישת "סיכוי סביר", היא שכנגד ביצוע בדיקה גנטית כפויה עומדת עלות משמעותית בשל עצם היותה מנוגדת לרצון הנבדק. לפיכך, נקבע התנאי האמור, שמשמעו כי בית המשפט מוסמך לאשר בדיקה שכזו רק אם נחצה סף הסתברות מסוים לגילוי קשרי משפחה – קו הגנה מקדמי, שרק חצייתו עשויה להצדיק, בהתחשב במכלול הנסיבות, כפיית הבדיקה הגנטית הר כגיגית, על הנבדק.

24. ויודגש: התפיסה לפיה ערך גילוי האמת העובדתית אינו ערך מוחלט בעולם המשפט, הנהנה מעדיפות קונקלוסיבית על פני ערכים ואינטרסים אחרים, איננה בגדר חידוש. רחוק מכך. מצב דברים זה, במסגרתו השאיפה להביא לחשיפת האמת נדרשת לסגת בפני ערכים ואינטרסים מתחרים, מוכר במקרים מתאימים הן על ידי המשפט העברי (ראו למשל: משה הלברטל הולדת הספק: ההתמודדות עם אי-ודאות בספרות התנאים 135-133 והמקורות המובאים שם (2020); יחזקאל מרגלית "אמת ויציב – אמת עדיף? ושוב לדילמת ביצוע בדיקת רקמות לקטינים בישראל" חוקים טז 7, 20-22 (2021) (להלן: מרגלית)), הן על ידי הדין הישראלי (ראו למשל: נינה זלצמן "אמת עובדתית" ו'אמת משפטית' – מניעת מידע מבית המשפט לשם הגנה על ערכים חברתיים" עיוני משפט כד(2) 263 (2000); מרגלית, בעמ' 22-28). למעשה, אף בהקשר בו עסקינן, הגדיר המחוקק, במסגרת סעיפים 28 ו-28ה לחוק, מצבים נוספים בהם ה"יציב" יועדף על פני החתירה אחר ה"אמת הגנטית" (וראו דברי ההסבר בהצעת חוק מידע גנטי (תיקון מס' 3

(עריכת בדיקות גנטיות לקשרי משפחה), התשס"ח-2008, ה"ח הכנסת 203). הסף של "סיכוי סביר", אותו הציב המחוקק בסעיף 128(א)(1) לחוק, כתנאי מקדמי למתן אישור שיפוטי לביצוע בדיקה גנטית כפויה, מהווה, אם כך, מופע נוסף של תפיסה מוכרת ומקובלת.

25. לאור הדיון האמור, אין באפשרותי לקבל את טיעונה של חברתי, השופטת ברק-אדן, לפיו תכלית תנאי ה"סיכוי הסביר" הקבוע בסעיף 128(א)(1) לחוק מידע גנטי מוגבלת לשלילת "טענות מן האוויר", וכי המבחן להפעלתו הוא "אם אינו סיכוי שאפשר לכנותו כ'זניח'" (פסקאות 70-71 לחוות דעתה). עם כל הכבוד, מעבר לקושי הלשוני שבפרשנות זו, שהרי "סיכוי סביר" אינו שקול ל"שיקול שאינו זניח", טיעון זה מתעלם כליל מהעובדה שעסקינן בביצוע בדיקה גנטית כפויה, ומהחשיבות הרבה שיש לייחס לאינטרס הנבדק שלא תבוצע בדיקה בניגוד לרצונו. אם נשוב לדוגמה שהובאה בפסקה 21 לעיל, לפי המבחן שמציגה חברתי, נראה שדי בכך שהזוג יכול לשכנע שיש היתכנות בלתי זניחה שמדובר בבנם הנעדר, על מנת להקנות שיקול דעת לבית משפט לכפות את הבדיקה. האם הדבר מתקבל על הדעת, בהינתן התנגדותו של אותו אדם לבדיקה? האם הדבר מתקבל על הדעת בהינתן התנגדות הוריו המאמצים או האפוטרופוס שמונה לו? סבורני כי המחוקק לא ביקש להקל ראש באינטרס של הנבדק שלא יכפו עליו בדיקה, ולא ביקש להסמיך את בית המשפט להתיר זאת בכל מקרה בו קיים ניצוץ של סיכוי כי ימצאו קשרי משפחה. אכן, את סבירות הסיכוי יש לבחון אל מול הנסיבות, ובמיוחד אל מול הטעמים שלא לבצע את הבדיקה. ואולם, התנגדות הנבדק, כשלעצמה, בין בעצמו ובין באמצעות "האחראי עליו" והאפוטרופוס לדין, היא טעם המחייב כי ידובר, למצער, בסיכוי משמעותי – ולא רק בסיכוי שאינו זניח.

יישום מבחן ה"סיכוי הסביר" על נסיבות המקרה דנן

26. ההליך בו עסקינן משקף מקרה בו, לדידי, אף אחד מהטוענים להורות גנטית אינו צולח את הסף המינימאלי לקיומו של סיכוי סביר, וזאת גם אם אנו מביאים בחשבון את העובדה שהתבררה, לפיה ההורים הפיזיולוגיים אינם ההורים הגנטיים, ואף בהתחשב במידע שהזוג שנחשב כבעל ההסתברות הגבוהה ביותר להורות גנטית נשלל בבדיקה (עובדה המעלה משמעותית את ההסתברות של יתר הטוענים להורות גנטית). כפי שקבעו צוות הבדיקה מטעם בית החולים והבודק שמונה מטעמו (פרופ' רוני גמזו) – על פי הנתונים הקיימים, הסיכוי של כל אחד מ-22 הזוגות (או היחידים) המצויים במעגל השני, לא כל שכן 14 הזוגות (או היחידים) הנוספים המצויים במעגל השלישי, להימצא כהוריה הגנטיים של התינוקת נמוך עד נמוך מאד. עניין זה ברור מעצם העובדה שמבחינה

הסתברותית, אף אם נניח כי לפי הידוע כיום יש הסתברות גבוהה שההורים הגנטיים מצויים במעגל השני, ההסתברות של כל זוג (או יחיד) להימצא כהורים הגנטיים אינה עולה על 1 מתוך 22 (%) 4.545 או הסתברות קרובה לכך (ראו פסקה 60 לפסק הדין קמא, המצביעה על קיומה של הסתברות מעט גבוהה יותר ביחס למשיבים 12-13). נוטה אני לדעה, כי הסתברות זו נמוכה מהסתברות הסף הנדרשת על פי החוק, ואין בה כדי להצדיק התגברות אפילו על התנגדות "האחראים" על הקטינה לעריכת הבדיקה באופן המבוקש (הם ההורים הפיזיולוגיים), קל וחומר כאשר להתנגדות זו נלווית עמדת האפוטרופסיות לדין בעניין טובת הקטינה.

27. יתר על כן, בענייננו, הפרשנות שיש לתת למונח "סיכוי סביר" צריכה להביא בחשבון לא רק את עצם התנגדות הנבדק באמצעות האחראי עליו, ואת השיקול שעניינו טובת הקטינה אותו מבטאות האפוטרופסיות לדין, אלא גם את האינטרס של הוריה הפיזיולוגיים. לטעמי, אינטרס זה, אשר מבחינה אנליטית עומד בנפרד מההתנגדות האמורה, מחייב להעלות את הרף בצורה משמעותית מעל לרף המינימאלי, ובו בוודאי הטוענים להורות גנטית אינם יכולים לעמוד. את משמעותו של נדבך זה ניתן להמחיש באמצעות הדוגמה הבאה: נניח כי היה מתברר שבהסתברות מסוימת (למשל, 25%) בוצעה החלפת עוברים, ועל כן ייתכן כי תינוק שנולד בעקבות הפריה חוץ-גופית אינו ילדם הגנטי של ההורים להם נולד (שבדוגמה זו הם בוודאי ההורים הפיזיולוגיים, וקיימת הסתברות גבוהה, של 75%, שהם גם ההורים הגנטיים). האם נאפשר את כפייתה של בדיקה גנטית לבדיקת קשרי משפחה, לבקשת זוג אחר שעבר טיפולים דומים באותו מוסד? אני נוטה לדעה כי התשובה היא שלילית. כפי שהובהר, התנגדות הנבדק (במקרה זה, היילוד, באמצעות הוריו הפיזיולוגיים), מחייבת כשלעצמה לשכנע בקיומו של סיכוי סף. לפיכך, עצם קיומה של הסתברות נמוכה להחלפת עוברים בוודאי אינה חוצה סף זה. אפס, במקרה זה עמדתי היא שגם חציית הסף האמור לא הייתה מספקת, ועל מנת להוכיח קיומו של "סיכוי סביר" היה נדרש לשכנע בהתגבשות הסתברות גבוהה מכך, המתקרבת למאזן ההסתברויות, אם לא חוצה אותו. הטעם לכך הוא שבנוסף להתנגדות הנבדק, שלה עצמה משקל נכבד, יש להביא בחשבון גם את האינטרס של בני הזוג שילדו אותו כי מעמד ההורות שלהם לא יעורער. אכן, בנסיבות מסוג זה, ועוד בטרם הפעלת שיקול דעת לגופו של עניין, נדרש להנחתה להוכיח "סיכוי סביר" ברמה גבוהה. אין זאת אלא שבדוגמה זו לא רק התנגדות הנבדק עומדת נגד ביצוע הבדיקה, אשר לצידה טובתו כמפורט לעיל, אלא גם האינטרס של ההורים הפיזיולוגיים במעמדם ככאלה, שאף לה יש לייחס משקל נכבד.

28. אין לחדד, המקרה בו עסקינן שונה מהדוגמה שהובאה לעיל, וזאת מהטעם שמבחינה גנטית ערעור מעמדם של ההורים הפיזיולוגיים במקרה שלפנינו היא עובדה מוגמרת, שכן גלוי וידוע כיום כי התינוקת אינה צאצא גנטי שלהם. עובדה זו מצדיקה אומנם הפחתה מסוימת ברמת ההסתברות שתידרש על מנת לעמוד בתנאי של "סיכוי סביר" לעומת הדוגמה שהובאה לעיל, אך לגישתי היא אינה משיבה אותה לעמוד על הסף המינימאלי. לכך שני טעמים מצטברים:

ראשית, הורות גנטית היא רק אחד מסוגי ההורות המוכרים בדין, ובוודאי שאין לומר כי היא ההורות היחידה שערעורה מצדיק התחשבות. עמד על כך השופט ניל הנדל בחוות דעתו בעניין פלונית בזו הלשון:

החוק הישראלי אינו מגדיר באופן מפורש וסדור מיהו הורה ומהם הקריטריונים על מנת להכיר באדם ככזה. לדעתי, נכון להיום הדין הישראלי מכיר בהורות על בסיס ארבעה אדנים חלופיים ומשלימים – זיקה גנטית, זיקה פיזיולוגית, אימוץ וזיקה לזיקה (קרי, מתוקף קשר זוגיות עם בעל או בעלת הזיקה הגנטית). שלושת האדנים הראשונים הוכרו בעבר בחקיקה, בפסיקה ובספרות [...]. האדן הרביעי הינו חדש יחסית, ובתקופה האחרונה הוא אף פותח בפסיקה (שם, בפסקה 7).

אף על חשיבותה של ההורות הפיזיולוגית, והמעמד שהוענק לה בחקיקה הישראלית, עמד השופט הנדל בעניין פלונית, ואף דברים אלה ראויים לאזכור בענייננו:

מודל ההורות הפיזיולוגית, דהיינו מתוקף נשיאת ההיריון, הוא לרוב מודל מובנה ובלתי ניתן להפרדה מהמודל הגנטי, מקום בו מדובר בהולדה 'טבעית'. האם במצב זה ממלאת שני תפקידים – תרומת הביצית ונושאת ההיריון. באשר לדרכי ההולדה הטכנולוגיות, המנתקות את הקשר שבין שני התפקידים הללו, מודל זה עולה באופן המובהק ביותר בחוק תרומת ביציות. חוק זה קובע כי היילוד שנולד מתרומת ביצית יהיה ילדה של הנתרמת, דהיינו האישה שנשאה את ההיריון וכינה לבין היילוד יש קשר שהוא בהכרח אינו גנטי (סעיף 42 לחוק תרומת ביציות). כמו כן, הכרה בזיקה הפיזיולוגית קיימת במידה מסוימת גם בחוק ההסכמים. כך למשל, סעיף 13(א) לחוק ההסכמים מאפשר לאם הנושאת לחזור בה מן ההסכם בתנאים מסוימים, על אף שההסכם אושר על ידי הועדה הממונה ולמרות הקשר הגנטי שיש בין לפחות אחד מן ההורים המיועדים לבין היילוד. כמו כן, סעיף 14(א) לחוק ההסכמים קובע כי אם "לא נתן בית המשפט צו הורות לפי סעיף 11(ב) וביקשה אם נושאת את האפוסטרופסות על הילד, יתן בית המשפט צו כאמור

בסעיף 13(ג)...". כלומר, לאם הנושאת ישנה מעין 'זכות קדימה' בהשוואה לאנשים להם אין זיקה פיזיולוגית ליילוד (שם, בפסקה 8).

בהינתן ההכרה במגוון "אדנים חלופיים ומשלימים" של הורות, ערעור קיומו של כל אחד מהם כרוך בפגיעה שלא ניתן להתעלם ממנה, וממילא ההצדקה לנקיטת יוזמה אשר תוביל לערעור כזה צריכה להתחזק. כך, למשל, במצב בו מתבקשת בדיקה גנטית כפויה של ילד שאומץ על מנת לאפשר ביטול הכרזה על הילד כבר אימוץ לפי סעיף 13א לחוק אימוץ ילדים, תשמ"א-1981. במצב דברים זה, אין ספק כי ההורים המאמצים אינם ההורים הגנטיים, ואולם האם אין זה מתבקש כי ערעור מעמד ההורות שלהם יצריך העלאה של רמת הדרישה לצורך עמידה במבחן של "סיכוי סביר"? ואם כך ביחס להורות משפטית (אימוץ), האין להחמיר בדרישה זו גם ביחס להורות פיזיולוגית, כמו בענייננו? כך, במיוחד, בהתחשב בקשיים ובאתגרים המלווים הליכי לידה והורות ינוקא שגרתיים, לא כל שכן בהינתן התלאות והמעקשים שעברו ההורים הפיזיולוגיים, ובפרט האם היולדת, במהלך ההיריון ומאז לידתה של התינוקת ס'.

שנית, בענייננו חשיפת העובדה כי ההורים הפיזיולוגיים אינם הוריה הגנטיים של התינוקת לא נעשתה אגב הליך תקין ומסודר של בדיקת קשרי משפחה, בהתאם להוראות החוק, אלא אגב בירורים רפואיים שנעשו לשם מתן הטיפול המיטבי לקטינה. במצב דברים זה, ספק אם החשיפה שניתנה למידע זה בהמשך הדברים נעשתה בהתאם להוראות חוק מידע גנטי, ומכל מקום, גם אם נניח כי לעת הזו אין עוד מקום לעסוק בשאלה זו (משנדחו הטענות בעניין זה בהליך הקודם, שהפך חלוט), הרי שאין לראות בהורים הפיזיולוגיים כמי שנתנו במודע הסכמתם לערעור מעמד ההורות שלהם. לפיכך, גם אם אין להתעלם מהמציאות הנתונה, אשר משתקפת בנתונים הגנטיים הידועים, דומני כי סימני השאלה הנטועים בראשית מסע חשיפתה מפחיתים מחובתנו להמשיך בו עד תומו.

29. סיכומו של דבר, בנסיבות המקרה שלפנינו, הסיכוי שמי מהטוענים להורות גנטית, בין אם הם שייכים למעגל השני ובין אם הם שייכים למעגל השלישי, הוא ההורה הגנטי נמוך עד נמוך מאד, ואינו מגיע לכדי "סיכוי סביר" המצדיק ערעור נוסף של מעמד ההורים הפיזיולוגיים – לא בהינתן היעדר ההסכמה לביצוע הבדיקה, לא בהינתן טובת הקטינה, כפי שהוצגה על ידי האפוטרופסיות לדין, ולא בהתחשב באינטרסים הלגיטימיים של ההורים הפיזיולוגיים עצמם, שאף בהם יש להתחשב בהפעלת המבחן של "סיכוי סביר". זה המקום להבהיר כי לשיטתי אף התועלת הפוטנציאלית שעניינה

“תיקון תקלות לעתיד לבוא”, אשר עשויה לצמוח מביצוע הבדיקות, ואליה מתייחסים חברתי וחברי, אינה משנה מהמסקנה האמורה, הגם שאין עוררין על חשיבותה.

במצב דברים זה, אין לאפשר בדיקות גנטיות כפויות נוספות, וזאת עוד בטרם נגיע לשלב הפעלת שיקול הדעת השיפוטי המסור לבית המשפט כאשר מתקיימים התנאים המקדימים הקבועים בסעיפים 128(א)(1) ו-128(א)(2) לחוק. ויובהר, על מנת שלא תהיה עמדתי חסרה, גם במסגרת הפעלת שיקול דעת זה, אילו היינו מגיעים אליו, הייתי סבור שמוטב להימנע מהמשך החיפוש אחר ההורים הגנטיים. עם זאת, לאור מסקנתי האמורה, לא ארחיב בעניין זה.

סוף דבר

30. פתחנו באדיפוס המלך, ונסיים עמו. אדיפוס בחר, כאדם בוגר, לפתוח תיבת פנדורה של מוצאו, והביא על עצמו, ועל יקריו, תוצאות טרגיות. יוקסטה, אשתו שהיא גם אימו, התאבדה; אדיפוס ניקר את שתי עיניו, ויצא לגלות עם שתי בנותיו, איסמנה ואנטיגונה; בניו, אטאוקלס ופולינקס, נותרו בעיר תבאי, ונלחמו זה בזה על מלכות אביהם עד מוות. כל קורא שעניו בראשו יבין שמוטב היה לו שמע אדיפוס לאזהרתה של יוקסטה: “אם נַעֲמֹד לָךְ תַּיִךְ, אֶל תִּדְרֹשׁ!”, ולתפילתה “אֲמַלְלֵךְ לֹא תִדַע לְעוֹלָם מִי אֲתָה!”, ולא המשיך במסע החיפוש לחשיפת מוצאו באומרו: “הִיִּתְכֹן, פִּי לֹא אֶתְקַד לְדַעַת בְּסִימָנִים נָתַן לְמִקְוֹד זֶה מִחֻצְבֵּתִי?” (סופוקלס אדיפוס המלך (תרגום שאול טשרניחובסקי, 1963)).

31. בענייננו, תיבת פנדורה של מוצאה הגנטי של התינוקת ס' חוללה תחילה מחמת כורח רפואי, והתברר כי הוריה הפיזיולוגיים אינם הוריה הגנטיים. בעקבות זאת ניתן בעבר היתר שיפוטי לביצוע הצצה נוספת לאותה תיבה, על מנת לברר את תביעת ההורות הגנטית של בני זוג שחוזק תביעתם הוערך כגבוהה. השאלה הניצבת לפנינו היא האם ראוי להמשיך במלאכה, ולפתוח בשלישית את מכסה התיבה, הפעם לרווחה, כך שגם מי שטענתו להורות גנטית היא בעלת הסתברות נמוכה, יוכל לברר ספקותיו. מהטעמים שפורטו לעיל, סבורני שהדין הישראלי אינו מאפשר לעשות כן. לקראת סיום, לא אסתיר את דעתי, כי גם מבחינה ערכית, טוב שכך. אכן, לעיתים – התרת הספקות רצויה; לעיתים – הותרת הספקות עדיפה.

הוחלט לקבל את הערעור בדעת רוב של השופטים ע' גרוסקופף ו-א' שטיין, כנגד דעתה החולקת של השופטת ד' ברק-ארז.

ניתן היום, י"ג באדר התשפ"ג (6.3.2023).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט

מרכז מידע, טל' 2703333-077, *3852 ; אתר אינטרנט, <https://supreme.court.gov.il> עכ 23008560_A05.docx