



בבית המשפט העליון

דנ"א 2140/23

לפני: כבוד הנשיאה א' חיות

המבקשים:

1. פלונית
2. פלוני
3. פלונית
4. פלוני
5. פלונית
6. פלוני
7. פלונית
8. פלונית
9. פלוני
10. פלונית
11. פלוני

נגד

המשיבים:

1. אלמונית
2. אלמוני
3. אסותא ראשון בע"מ
4. היועצת המשפטית לממשלה - משרד הרווחה והביטחון החברתי
5. משרד הבריאות

בעניין: הקטינה פלונית (באמצעות אפוטרופסיות לדין)

בקשה לקיים דיון נוסף בפסק דינו של בית המשפט העליון
בע"מ 856/23 מיום 6.3.2023 שניתן על ידי השופטים ד'
ברק-ארז, ע' גרוסקופף ו-א' שטיין;
בקשת המבקשים מיום 23.3.2023 לצירוף נספח לבקשה;
תגובה מטעם האפוטרופסיות לדין מיום 30.3.2023;
תגובה מטעם המשיב 3 מיום 3.4.2023;
תגובה מטעם המשיבים 1-2 מיום 3.4.2023;
תגובה מטעם המשיבים 4-5 מיום 3.4.2023

בשם המבקשים: עו"ד דורי כספי; עו"ד שירה פרידן; עו"ד שמואל מורן; עו"ד נועה גלרמן-ליאל

בשם המשיבים 1-2: עו"ד גלית קרנר; עו"ד איילת בלכר פריגת; עו"ד יהונתן קניר

בשם המשיב 3: עו"ד ברק טל; עו"ד ליאל גולני ברנס; עו"ד אפרת שפירא אורן; עו"ד שחר אדרי

בשם המשיבים 4-5 :

עו"ד רות גורדין

האפוטרופסיות לדין :

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

החלטה

זוהי בקשה לקיים דיון נוסף בפסק דינו של בית משפט זה (השופטים ד' ברק-ארז, ע' גרוסקופף וא' שטיין) מיום 6.3.2023 בבע"מ 856/23 (להלן: פסק הדין), אשר קיבל את בקשת רשות הערעור של המשיבים 1-2 (להלן: המשיבים), דן בה כבערעור, וקיבל אותו בדעת רוב בקובעו כי אין לערוך בדיקה גנטית לקשרי משפחה בין המבקשים ובין בתם הרשומה של המשיבים (להלן: הקטינה), שנהרתה בהליך של הפריה חוץ-גופית ונמצאה נעדרת קשר גנטי לאם היולדת ולבן זוגה.

רקע הדברים

1. עובדות המקרה הצריכות לעניין פורטו בהרחבה בפסק הדין נושא הבקשה דנן. בתמצית ייאמר כי פסק הדין עוסק בעניינה של הקטינה, שנהרתה בהליך של הפריה חוץ-גופית בבית החולים אסותא ראשון לציון, הוא המשיב 3 בהליך שלפנינו (להלן: בית החולים). בעקבות בדיקות שנערכו בשלב ההיריון, נודע עוד טרם לידתה של הקטינה כי אין התאמה גנטית בינה ובין המשיבים – האם היולדת ובן זוגה – וזאת כתוצאה מטעות שהובילה להשתלת עוברית מזרע וביצית של אב ואם גנטיים אחרים, ברחמה של האם היולדת. בעקבות כך, הקים בית החולים, בתיאום עם המשיב 5, משרד הבריאות, צוות בדיקה על מנת לאתר את מקור הטעות. בדיקה גנטית שנערכה למטופלת אחרת בבית החולים ולבן זוגה, שנמצאו כבעלי הסיכוי הגבוה ביותר להיות הוריה הגנטיים של הקטינה, שללה קשרי משפחה לקטינה. בהמשך לכך, הוחלט להקים צוות בדיקה נוסף ולהרחיב את מעגל הבדיקה כך שייכללו בו מטופלות נוספות שקיימת חפיפה מסוימת בשלבי הטיפול בינן ובין האם היולדת. בעקבות תחקיר מקצועי נוסף שנערך בבית החולים, אותרו 22 מטופלות שעברו טיפולי הפריה באותו בית חולים אשר נמצאו כבעלות "סבירות נמוכה אך קיימת" לקשר גנטי עם הקטינה (להלן: קבוצת ה-22).

2. המבקשים בבקשה שלפניי, שש מטופלות מתוך קבוצת ה-22 ובני הזוג של חמש מהן, פנו לבית המשפט לענייני משפחה בראשון לציון בבקשה להורות על עריכת בדיקה גנטית לבחינת קשרי משפחה בינם ובין הקטינה. המשיבים, שבינתיים נרשמו כהוריה של הקטינה במשרד הפנים, התנגדו לעריכת הבדיקה. לעומת זאת, האפוטרופסיות לדין שמונו לקטינה במסגרת ההליך המשפטי מכוח סעיף 28(ב) לחוק מידע גנטי, התשס"א-

2000 (להלן: חוק מידע גנטי או החוק), סברו כי יש לאפשר את עריכת הבדיקה הגנטית, אך זאת בתנאי שלא יהיה בתוצאותיה כדי להשליך על מעמדם של המשיבים כהורי הקטינה. משרד הבריאות ומשרד הרווחה תמכו גם הם בעריכת הבדיקה הגנטית, שכן לשיטתם התקיימו התנאים המנויים בחוק מידע גנטי.

3. ביום 11.1.2023 הורה בית המשפט לענייני משפחה בראשון לציון (השופט ח' שירד) על עריכת בדיקה גנטית בעניינם של המבקשים. ערעור שהגישו על כך המשיבים לבית המשפט המחוזי מרכז-לוד נדחה ביום 29.1.2023 (עמ"ש 31379-01-23; השופטים צ' ויצמן, א' גורמן ו-צ' גרדשטיין 99קין). בית המשפט המחוזי עמד על ההסדר הקבוע בסעיף 128(א) לחוק מידע גנטי, שעניינו ביצוע בדיקה גנטית לקשרי משפחה ללא הסכמת הנבדק, וזו לשונו:

128. (א) על אף האמור בסעיף 28ב, רשאי בית המשפט לצוות על עריכת בדיקה, למעט בדיקה לפי סעיף 28ד, גם בלא הסכמת הנבדק, אם נוכח כי התקיימו התנאים לעריכתה לפי סעיף 28א, 28ד או 28ה, 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.

בית המשפט ציין כי הסעיף מונה שני תנאים מצטברים – קיומו של סיכוי סביר לנכונות הטענות שהועלו בדבר קשרי משפחה; ומתן אפשרות לנבדק או לאחראי עליו להשמיע את התנגדותו לכך – אשר בהתקיימם מוסמך בית המשפט ליתן צו לביצוע הבדיקה, חרף אי-הסכמה לכך מצד הנבדק או מי שאחראי עליו. בית המשפט המחוזי קבע כי את המונח "סיכוי סביר" בסעיף 128(א)(1) לחוק יש לפרש באופן מרחיב, ואין לצמצמו בהכרח לסיכוי העולה על מאזן הסתברויות, וכי בהקשר זה יש להביא במניין השיקולים גם שיקולים ערכיים ונורמטיביים, ובפרט את טובתו של הקטין. כן הוטעם כי בבחינת קיומו של "סיכוי סביר" בנסיבות העניין יש להתחשב בכך שמדובר במקרה ייחודי של הליכי הפריה מלאכותית שהשתבשו.

4. בשים לב לאמור, בית המשפט המחוזי בחן את הנתונים שהוצגו בפניו ומצא כי הסבירות הגבוהה ביותר לגילוי קשר גנטי לקטינה מתקיימת ביחס למבקשים 10-11 (המשיבים 12-13 בהליך שם), שכן בעניינם מדובר בהחזרה של עוברים באותו גיל ובפרוצדורה שבוצעה באותו יום בפער של מספר דקות על-ידי אותו המטפל. לצד זאת, נקבע כי "סיכוי סביר" מתקיים גם ביחס לשאר המבקשים בהליך דנן, שכן גם לגביהם

נמצאה חפיפה במועדי החזרתם של העוברים, הפשרתם או הקפאתם, דבר המקים סיכוי לטעות אנוש בעת ביצוע אחת הפעולות. לפיכך, נקבע כי בנסיבות העניין התקיימו התנאים לצורך עריכת בדיקה גנטית לפי סעיף 128 לחוק, שכן ישנו "סיכוי סביר" לנכונות טענותיהם של המבקשים בדבר קיומם של קשרי משפחה בינם ובין הקטינה; וכן ניתנה למשיבים ולקטינה, באמצעות האפוטרופסיות לדין, ההזדמנות להשמיע את התנגדותם לבדיקה.

5. בית המשפט המחוזי הוסיף ועמד על שורה של אינטרסים וזכויות המתעוררים בענייננו אשר תומכים אף הם בעריכת הבדיקה. במסגרת זו, נקבע כי בשלב הנוכחי יש להעדיף את האינטרס של המטופלות האחרות ובני זוגן לברר אם קיים קשר גנטי בין מי מהם לקטינה על פני אינטרס המשיבים שלא לברר את זהותה הגנטית של הקטינה, וזאת במובחן משאלת ההורות המשפטית אשר תידון בהמשך, ככל שיאותרו ההורים הגנטיים. נקבע כי שיקולי טובת הקטינה והאינטרס הציבורי תומכים אף הם במסקנה זו, שכן מוטב לקטינה לדעת את שורשיה הגנטיים על פני האפשרות שתיחסם דרכה לגלותם; ומציאת ההורה הגנטי תסיר ספק מליבן של יתר המטופלות שמא עוברן הוא זה שהוחלף. לנוכח השיקולים שפורטו, נקבע כי יש להתיר את עריכת הבדיקה הגנטית בעניינם של המבקשים.

המשיבים לא השלימו עם פסק דינו של בית המשפט המחוזי והגישו בקשת רשות ערעור לבית משפט זה, אשר נעתר לה ודן בה כבערעור.

פסק הדין נושא הבקשה

6. ביום 6.3.2023 קיבל בית המשפט בדעת רוב (השופטים גרוסקופף ושטיין, כנגד דעתה החולקת של השופטת ברק-ארז) את הערעור. במוקד הדיון ניצבה שאלת פרשנותו של סעיף 128 לחוק מידע גנטי, שעניינו ביצוע בדיקה לקשרי משפחה ללא הסכמת הנבדק.

7. השופטת ברק-ארז, אשר כתבה את חוות הדעת העיקרית בתיק אך נותרה לבסוף בדעת מיעוט, סברה כי יש לדחות את הערעור ולהורות על עריכת הבדיקה הגנטית למבקשים. בפתח הדברים הבהירה השופטת ברק-ארז כי ההחלטה במקרה דנן מצומצמת להכרעה בשאלת עצם עריכת הבדיקה הגנטית, וזאת להבדיל משאלת ההורות המשפטית. בכל הנוגע לפרשנות המונח "סיכוי סביר" כמובנו בסעיף 128(א)(1) לחוק מידע גנטי, קבעה השופטת ברק-ארז כי בחינת חוק מידע גנטי ופרשנותו של המונח "סיכוי סביר"

בדברי חקיקה שונים, מעלה כי המנעד האפשרי של פרשנות מונח זה הוא רחב ותלוי הקשר וכי לא ניתן לקבוע רף מספרי ברור ואחיד שרק מעבר לו ניתן להורות על עריכת הבדיקה. לגישה, אמת המידה של "סיכוי סביר" בחוק מידע גנטי נועדה לוודא כי טענותיו של 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", וכי "סיכוי ייחשב לסביר אם אינו סיכוי שאפשר לכנותו כ'זניח'" (פסקאות 70-71 לחוות דעתה). "סבירותו" של הסיכוי, כך השופטת ברק-ארז, תלויה בנסיבות המקרה, במאפייניו הייחודיים, ובהשוואה להסתברות רגילה בכלל האוכלוסייה.

על רקע דברים אלה, פנתה השופטת ברק-ארז לבחון מהו הרף שייחשב ל"סיכוי סביר" בנסיבות העניין. במסגרת זו, עמדה השופטת ברק-ארז על השוני המהותי בין המקרה הטיפוסי שאליו מתייחס סעיף 128 לחוק מידע גנטי, לבין המקרה המיוחד של "טעות מעבדה" המתעורר בענייננו. בהקשר זה צוין כי הגם שהסיכוי הסביר אמור להיבחן תוך התייחסות לענייניו הפרטני של המבקש, במצבים שבהם קיים צבר של פרטים שביחס אליהם, בהסתכלות קבוצתית, קיים סיכוי גבוה ביותר לכך שההורה הגנטי הוא אחד מחברי הקבוצה, לא ניתן להתעלם מההסתברות של הקבוצה כולה. השופטת ברק-ארז הוסיפה וציינה כי בקביעת רף ההוכחה הנדרש יש ליתן משקל רב למאפיין מיוחד, שלא מתקיים בהכרח במקרים אחרים "טיפוסיים יותר", והוא הוודאות המוחלטת כי האם הפיזיולוגית ובן זוגה (להלן: ההורים הפיזיולוגיים) אינם ההורים הגנטיים של הקטינה. בהתחשב במאפייניו המיוחדים של ההקשר הנוכחי, סברה השופטת ברק-ארז כי די בקיומה של הסתברות של אחוזים בודדים כדי לבסס קיומו של "סיכוי סביר".

בשים לב לאמור, פנתה השופטת ברק-ארז לבחון האם קיימת הצדקה לעריכת בדיקה גנטית במקרה דנן. לגישה, הגם שלא קיימת הסתברות גבוהה ביחס לכל אחד מהמבקשים, עצם השתייכותם לקבוצת ה-22 – אשר נמצאה כבעלת סיכוי גבוה יחסית לכלול את הוריה הגנטיים של הקטינה – לצד הידיעה הוודאית כי הקטינה נעדרת כל זיקה גנטית למשיבים, מבססות קיומו של "סיכוי סביר" בנסיבות העניין. עם זאת, השופטת ברק-ארז ציינה כי אף כאשר השתכנע בית המשפט שהתקיימו התנאים הסטטוטוריים הקבועים בסעיף 128 לחוק, הרי שהחלטה הסופית בעניין כפופה לשיקול דעת בית המשפט, ובכלל זה לשיקולים של טובת הילד וחלופה הזמן. השופטת ברק-ארז סברה כי לא עלה בידי המשיבים להצביע על טעם מספק שיש בו למנוע את קיום הבדיקות בשלב זה, וכי עקרון טובת הקטינה, מועד הגשת הבקשה לעריכת הבדיקה ושיקולי הסרת

הספקות מהמטופלים שאינם הוריה הגנטיים של הקטינה – מטים את הכף לעבר התרת עריכת הבדיקה.

8. השופט שטיין סבר כי יש לקבל את הערעור ולאסור על עריכת בדיקת גנטית, שכן לא הוכח בנסיבות העניין סיכוי סביר לקיומם של קשרי משפחה בין המבקשים לקטינה, כנדרש בסעיף 128 לחוק מידע גנטי. לעמדתו, ההסדר הקבוע בסעיף 128 לחוק מידע גנטי הוא הסדר מיוחד אשר נועד לחול אך במקרים חריגים, ולפיו על כל מבקש בדיקה אינדיבידואלי להוכיח את "הסיכוי הסביר" הדרוש ביחס לעצמו, ואין לבחון סיכוי סביר בקרב קבוצה מסוימת. במקרה דנן, השופט שטיין קבע כי הסיכוי להוכחת הזיקה הגנטית הנטענת על ידי כל אחד מהמבקשים מגיע לכדי $1/22$ (4.5%) לכל היותר. לעמדת השופט שטיין, מבלי להגדיר במדויק מהו "סיכוי סביר" לעניינו של סעיף 128(א)(1) לחוק מידע גנטי – דבר שלטעמו ממילא אינו אפשרי, הסתברות נמוכה הפחותה מ-5%, אינה עולה כדי "סיכוי סביר".

השופט שטיין הוסיף כי טעם נוסף למסקנה שאליה הגיע נעוץ במעמד הבכורה שמעניקה שיטת המשפט הישראלית להורות הפיזיולוגית על פני ההורות הגנטית. בנסיבות אלה, קבע השופט שטיין כי יש לבטל את פסקי הדין קמא ולאסור על קיום הבדיקות הגנטיות.

9. השופט גרוסקופף הצטרף לתוצאה שאליה הגיע השופט שטיין, אך מטעמים שונים. השופט גרוסקופף הסכים עם השופט שטיין, כי יש לבחון את המונח "סיכוי סביר" שבסעיף 128 לחוק מידע גנטי באופן אינדיבידואלי ביחס לכל מבקש בנפרד, ולא ביחס לכלל הטוענים להורות גנטית כקבוצה. עם זאת, השופט גרוסקופף סבר כי פרשנות המונח "סיכוי סביר" איננה נגזרת רק משיקולים הסתברותיים, וכי מדובר במבחן גמיש העשוי להשתנות בהתאם לנסיבות המקרה ובהתחשב בשיקולי הנגר לביצוע הבדיקה. שיקול נגד מרכזי שיש להביא בקביעת רף ההוכחה הנדרש, לפי השופט גרוסקופף, הוא היעדר הסכמת הנבדק, המחייב 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" (פסקה 22 לחוות דעתו). השופט גרוסקופף הוסיף וקבע כי בנסיבותיו הקונקרטיות של המקרה, 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 האפוסטרופסיות לדין, אלא גם את האינטרס של ההורים הפיזיולוגיים, המחייב להעלות את רף ההוכחה בצורה משמעותית.

יישום מבחן "הסיכוי הסביר" על נסיבות המקרה דנן הוליך את השופט גרוסקופף לכלל מסקנה כי לא מתקיים התנאי הקבוע בסעיף 128 לחוק לצורך עריכת בדיקה גנטית. לגישת השופט גרוסקופף, בהתאם לנתונים שהוצגו, הסיכוי של כל אחד מהמבקשים להימצא כהוריה הגנטיים של הקטינה נמוך עד נמוך מאוד, ועומד על כ-4.5% או הסתברות קרובה לכך. הסתברות זו, כך צוין, נמוכה מהסתברות הסף הנדרשת לפי סעיף 128 לחוק, ואין בה כדי להצדיק ערעור נוסף על מעמד ההורים הפיזיולוגיים – בהינתן היעדר ההסכמה לביצוע הבדיקה, בהינתן טובת הקטינה כפי שהוצגה על ידי האפוטרופסיות לדין, ובהתחשב באינטרסים הלגיטימיים של ההורים הפיזיולוגיים עצמם. במצב דברים זה, קבע השופט גרוסקופף כי אין לאפשר בדיקות גנטיות כפופות נוספות, וזאת עוד בטרם הגיע לשלב הפעלת שיקול הדעת השיפוטי המסור לבית המשפט כאשר מתקיימים התנאים הסטטוטוריים הקבועים בסעיף 128 לחוק. בשולי הדברים, הוסיף השופט גרוסקופף כי אף מבחינה ערכית מוטב להימנע מהמשך החיפושים אחר ההורים הגנטיים, שכן "לעיתים – התרת הספקות רצויה; לעיתים – הותרת הספקות עדיפה" (פסקה 31 לחוות דעתו).

הבקשה דנן

10. מכאן הבקשה שלפניי, שבה טוענים המבקשים כי בפסק הדין נקבעו מספר הלכות חדשות וקשות המצדיקות קיום דיון נוסף. המבקשים סבורים כי בפסק הדין נקבעה הלכה חדשה בנוגע לפרשנות סעיף 128 לחוק מידע גנטי, ובפרט באשר לבחינת התנאי בדבר קיומו של "סיכוי סביר" לנכונות קשרי משפחה. המבקשים חולקים על קביעת שופטי הרוב לפיה מבחן "הסיכוי הסביר" הוא מבחן אינדיבידואלי הנבחן ביחס לכל נבדק בנפרד. לגישתם, בנסיבות הייחודיות של המקרה, בהן קיימת קבוצה של מספר נבדקים פוטנציאליים, יש לבחון את הסיכוי הסביר ביחס לקבוצה כולה. עוד טוענים המבקשים כי מלשון סעיף 128 לחוק מידע גנטי ותכליתו עולה כי מטרת עריכת הבדיקה הגנטית היא לבחון האם קיימים במקרה נתון קשרי משפחה, ולפיכך גם בעובדה כי קיים סיכוי גבוה שקשרים אלה יישללו באמצעות הבדיקה, יש כדי להצדיק את עריכתה. המבקשים מוסיפים עוד כי הנימוקים שעמדו בבסיס חוות דעת שופטי הרוב שונים, ולפיכך בחילוקי הדעות ביניהם יש כדי להצדיק קיומו של דיון נוסף.

המבקשים מוסיפים וטוענים כי הכרעת בית המשפט – המונעת את קיום הבדיקה הגנטית – היא בעלת השלכות קשות והרות-גורל על המבקשים וטומנת בחובה פגיעה קשה בזכויותיהם החוקתיות, ובכלל זה בזכות להורות ולקשרי משפחה, ב"זכות הידיעה" (זכותו של אדם לדעת אם הוא הורה) ובזכות הגישה לערכאות. בהקשר זה טוענים

המבקשים כי קביעתו של השופט גרוסקופף לפיה הותרת הספקות עדיפה על פני בירור קשרי המשפחה עולה אף היא כדי הלכה חדשה העומדת בסתירה לפסיקתו של בית משפט זה, אשר הכיר בזכות להתחקות אחר קשרי משפחה, וזאת ללא תלות בתביעת הורות עתידית. עוד נטען כי אי-ביצוע הבדיקות הגנטיות שולל למעשה הכרעה שיפוטית בשאלת ההורות המשפטית. בהקשר זה מציינים המבקשים כי לנוכח ההנמקה שפורטה על ידי השופט גרוסקופף, עולה סוגיה עקרונית והיא – האם האפשרות כי יתקיים בעתיד סכסוך הורות יכולה להצדיק אי-התרת עריכת בדיקה גנטית. לבסוף, טוענים המבקשים כי פסק הדין מעורר לראשונה סוגיות שטרם נדונו וטרם הוכרעו בפסיקתו של בית משפט זה, אשר טעונות ליבון נוסף, ובכלל זה סוגיית מעמדה של הורות פיזיולוגית אל מול הורות גנטית וההתנגשות שבין תרומת ביציות כפויה לפונדקאות כפויה.

למען שלמות התמונה יצוין עוד כי ביום 23.3.2023 הגישו המבקשים בקשה לצרף כנספח לבקשה לדיון נוסף את "דו"ח ועדת הבדיקה בדבר הנסיבות שגרמו לטעות במהלך הפריה חוץ גופית במטופלת בבית החולים אסותא ראשון לציון" מיום 21.3.2023 (להלן: "דו"ח ועדת הבדיקה"). לטענת המבקשים, ממצאי הדו"ח, אשר פורסם לאחר מתן פסק הדין, מצביעים על כך ששני זוגות הם בעלי "סיכוי גבוה" להיות ההורים הגנטיים של הקטינה, ובהם המבקשים 10-11 בבקשה דנן. המבקשים סבורים כי הדו"ח האמור מהווה טעם נוסף לקיומו של דיון נוסף, וזאת מבלי שיהיה בכך כדי לגרוע מזכויות יתר המבקשים לביצוע הבדיקות הגנטיות בעניינם.

11. המשיבים, מצדם, סבורים כי דין הבקשה להידחות. לטענתם, בפסק הדין לא נקבעה כל הלכה חדשה, ומשכך לא מתקיים תנאי הסף הבסיסי לקיומו של דיון נוסף. היעדרה של הלכה כללית ומחייבת נלמדת, כך נטען, מעצם השוני הקיים בהנמקות שופטי ההרכב. מכל מקום, סבורים המבקשים כי אף אם קיים חידוש משפטי מסוים בפסק הדין, קביעותיו של בית המשפט נטועות כולן בנסיבות המקרה הייחודיות ויוצאות הדופן. המשיבים מוסיפים וטוענים כי חרף הנופך שהמבקשים מנסים לשוות לבקשתם, המבקשים למעשה שבים על טענות שנדונו ונדחו בפסק הדין נושא הבקשה דנן, ועל כן מדובר בטענות ערעוריות מובהקות שאינן מצדיקות קיום דיון נוסף. כמו כן, המשיבים מתנגדים לצירוף דו"ח ועדת הבדיקה בשלב זה של ההליך וטוענים כי הדו"ח אינו קובע ממצאים חדשים.

12. האפוטרופסיות לדיון סבורות אף הן כי יש להורות על דחיית הבקשה, היות שהיא אינה עומדת בתנאים לקיום דיון נוסף. בהקשר זה נטען כי בפסק הדין לא נקבעה כל הלכה קשה או הלכה הסותרת הלכה קודמת, וכי פסק הדין אך התמקד ביישום מבחן

"הסיכוי הסביר" על נסיבותיו הייחודיות של המקרה. כן נטען כי הנמקותיהם השונות של שופטי הרוב מצביעה, בניגוד לעמדת המבקשים, על כך שלמעשה לא נפסקה כל הלכה מחייבת בפסק הדין. האפוטרופוסיות לדין מוסיפות כי יתר הטענות שהעלו המבקשים הן טענות ערעוריות, שאינן מצדיקות קיום דיון נוסף וכי אין בהן ממש אף לגופם של דברים. עוד הן עומדות על חשיבות סופיות הדיון ועל טובת הקטינה, ומציינות כי טעמים אלה תומכים לראייתן בסיום ההתדיינות המשפטית בעניינה, נוכח מצבה הרפואי המורכב. כמו כן, האפוטרופוסיות לדין סבורות כי אין מקום להידרש לדו"ח ועדת הבדיקה במסגרת ההליך דנן. לשיטתן, הדו"ח אינו קובע באופן מוחלט את גודל הסיכוי לקשר גנטי בין מי מהמבקשים לקטינה אלא אך מציין כי למבקשים 10-11 סיכוי גבוה יותר להימצא כהוריה הגנטיים של הקטינה בהשוואה לשאר הזוגות. ממילא, כך נטען, אין מדובר במידע עובדתי חדש, שכן בית המשפט המחוזי התייחס לנתון זה בפסק דינו.

13. המשיבים 4-5 – משרד הרווחה והביטחון החברתי ומשרד הבריאות – המיוצגים על-ידי היועצת המשפטית לממשלה, אינם מתנגדים לקיום דיון נוסף בשאלת פרשנות המונח "סיכוי סביר" הקבוע בסעיף 128 לחוק מידע גנטי, ובקריטריונים שלפיהם יש להכריע באשר לביצוע בדיקה גנטית ללא הסכמת הנבדק. זאת, נוכח חשיבות ההלכה שנפסקה וחידושה ולנוכח ההתפתחויות שחלו בעקבות פרסום דו"ח ועדת הבדיקה. בהקשר זה נטען כי בפסק הדין נדרש בית משפט זה לראשונה לפרשנות סעיף 128 לחוק מידע גנטי, ולשאלת "היחס שבין מתן צו לבדיקה גנטית לבין הליך אפשרי עתידי לקביעת הורות". לשיטת המשיבים 4-5, שופטי הרוב בפסק הדין ביססו את הכרעתם בדבר היעדרו של "סיכוי סביר" על חישוב מתמטי של הסיכוי לקשר גנטי בין כל אחד מהמבקשים לקטינה, מתוך הנחה שכל אחד מהמבקשים הוא בעל סיכוי הסתברותי שווה לקיום קשרי משפחה עם הקטינה, וזאת מבלי לתת משקל הולם "לייחודיותו של המקרה ולכלל נסיבותיו". הנחה זו, כך נטען, נסתרה על ידי ממצאי דו"ח ועדת הבדיקה, המציב את המבקשים 10-11 כבעלי סיכוי גבוה יותר להימצא כהוריה הגנטיים של הקטינה בהשוואה לשאר המבקשים. בנסיבות אלו, נטען כי "קיים סיכוי לא מבוטל ששופטי הרוב עצמם אשר נתנו משקל משמעותי לרמת ההסתברות לקיומו של קשר גנטי עם כל אחד מהמבקשים, ישנו מסקנתם המשפטית, אם יובאו בפניהן המלצות הוועדה". כמו כן, נטען כי העובדה שבפסק הדין נחלקו דעות השופטים היא "בעלת משקל מסוים", ותומכת בקיומו של דיון נוסף.

דיון והכרעה

14. לפנינו פרשה קשה ומורכבת אשר יש לייחל ולקוות כי היא נדירה ביותר ולא תישנה. הלב יוצא אל המבקשים, אל המשיבים – האם היולדת ובן זוגה – וכמובן אל

הקטינה, אשר נקלעו בעל כורחם לסיטואציה המצערת שבפניה אנו ניצבים. עם זאת, ולאחר התלבטות לא פשוטה, הגעתי למסקנה כי יש לדחות את הבקשה לדיון נוסף.

15. כפי שנקבע לא אחת בעבר, תנאי לקיומו של דיון נוסף הוא שנפסקה הלכה העומדת בסתירה להלכה קודמת של בית המשפט העליון, או שמפאת חשיבותה, קשיותה או חידושה ראוי לקיים בה דיון נוסף (סעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984). בהקשר זה נפסק כי "לא כל חידוש הילכתי די בו כדי להצדיק סטייה מן הכלל הרגיל שלפיו פוסק בית-המשפט העליון בשלושה ופסיקתו היא סוף פסוק" (דנ"א 3455/05 עטיה נ' שחר, פסקה 6 (11.10.2005) (להלן: עניין עטיה); וראו דנג"ץ 5701/21 מכבי שירותי בריאות נ' בית הדין הארצי לעבודה, פסקה 20 (27.4.2022)). עוד הובהר בפסיקה כי היקף ההשפעה של ההלכה שנפסקה הוא שיקול רלוונטי בשאלה אם מוצדק לקיים לגביה דיון נוסף (ראו למשל: דנג"ץ 7802/04 מילוא נ' שר הביטחון, פסקה 10 והאסמכתאות שם (7.11.2004); וכן ראו יגאל מרזל "סעיף 18 לחוק-יסוד: השפיטה – 'דיון נוסף' בדיון הנוסף" ספר דורית ביניש 181, 252 (קרן אזולאי, איתי בר-סימן-טוב, אהרן ברק ושחר ליפשיץ עורכים, 2018)).

16. בענייננו, בפסק הדין נושא הבקשה אכן נדרש בית המשפט לראשונה לדיון מעמיק בפרשנות תנאי סעיף 128 לחוק מידע גנטי, שעניינו עריכת בדיקה גנטית בלא הסכמת הנבדק. בהקשר זה נקבע, בדעת רוב, כי מבחן "הסיכוי הסביר" הקבוע בסעיף 128(א)(1) לחוק הוא מבחן אינדיבידואלי "המחייב קיומו של 'סיכוי סביר' ביחס לקשרי המשפחה הנטענים של מבקש הבדיקה, ולא ביחס לקבוצה אליה הוא משתייך" (בפסקה 16 לחוות דעתו של השופט שטיין; וכן ראו פסקה 17 לחוות דעתו של השופט גרוסקופף). קביעה זו יש בה ודאי משום חידוש הלכתי ביחס לסוגיה שטרם הוכרעה בפסיקתו של בית משפט זה. עם זאת, ככלל חידושה או קשיותה של הלכה שנפסקה אינם מובילים בהכרח למסקנה כי יש לקיים לגביה דיון נוסף, ו"יש להשתכנע כי החידוש, החשיבות או הקשיות בהלכה שיצאה לפני בית-משפט זה, הם מהותיים ומשמעותיים באופן המצדיק דיון מחודש" (דנג"ץ 7469/04 מימון-כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 4 (28.9.2004) (ההדגשה הוספה); וראו גם דנ"פ 4090/21 פלונית נ' מדינת ישראל (13.1.2022)).

17. איני סבורה כי ההלכה המתוחמת שלפנינו, הגם שהיא תקדימית, עולה כדי "הלכה מיוחדת וחריגה שיש בה כדי לשנות באורח מהותי נורמות ששררו עובר להלכות שנדונו והוכרעו בפסק הדין", עד כי היא מצדיקה סטייה מן הכלל הרגיל שלפיו בית המשפט העליון פוסק בשלושה (עניין עטיה, בפסקה 6; ראו גם: דנ"א 4897/22 בן שלוש

ייבוא וייצוא בע"מ נ' יפאורה-תבורי בע"מ, פסקה 13 (1.1.2023); דנ"א 5154/22 אופיר נ' פסגות קופת גמל ופנסיה בע"מ, פסקה 19 (13.11.2022). מדובר במקרה ובנסיבות ייחודיות ביותר שבהן לא רק שאירעה טעות מצערת במהלך הפריה חוץ-גופית, אלא שגם הגורם הרפואי שניהל את הטיפולים לא הצליח להצביע על ההורים הגנטיים ובשל כך, קיימת קבוצה שלמה של מטופלים הנוגעים בדבר. בהקשר זה ציין השופט גרוסקופף כי "עניינה של התינוקת ס' הוא ייחודי, ולמיטב ידיעתי ראשוני בפסיקה הישראלית, מאחר שהוא מציג מקרה בו ההפרדה בין זהות האם הפיזיולוגית לבין זהות האם הגנטית נעשתה לא בכוונת מכוון של מי מהן, אלא כתוצאה מטעות של צד שלישי" (פסקה 8 לחוות דעתו). אף השופטת ברק-ארז התייחסה לכך בציינה כי:

"הייחוד במקרה שבפנינו נעוץ בכך שבשונה מן המקרים המוכרים בספרות [...], הגורם הרפואי שהיה אחראי לטיפולי 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 [...] התנאי שלפיו יש בנמצא 'סיכוי סביר' לנכונות הטענות בדבר קשרי משפחה [...] 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" (פסקאות 61-62 לחוות דעתה; ההדגשה הוספה).

מן האמור עולה כי הקביעות בפסק הדין נטועות באופן ברור ומובהק בנסיבותיו הקונקרטיות של המקרה. לפיכך, ונוכח ייחודיותו הרבה של המקרה שלפנינו, ההלכה שנקבעה בפסק הדין מוגבלת מאוד בהשלכותיה, ובשל כך אינני סבורה כי מקרה זה מקים עילה לדיון נוסף (ראו והשוו: דנג"ץ 1403/13 פלונית נ' משרד הבריאות, פסקה 4 (9.6.2013); דנ"פ 2757/04 יוסף נ' מדינת ישראל, פסקה 8 (19.5.2004); דנג"ץ 3998/22 בן ארי נ' השר לביטחון פנים, פסקה 18 (30.8.2022) (להלן: עניין בן ארי)). בכך אין כדי לשלול את האפשרות כי ההלכה שנקבעה בפסק הדין תשוב ותלבן בעתיד, אם כי ניתן לצפות כי רשויות הבריאות והגורמים המטפלים ינקטו בכל האמצעים הדרושים על מנת שמקרה כזה לא ישנה (ראו והשוו: דנ"פ 4067/21 מדינת ישראל נ' דורון, פסקה 13 (12.9.2021); דנ"פ 1237/15 מדינת ישראל נ' וחנון, פסקה 18 (5.7.2015)).

18. באשר ליתר השאלות הפרשניות הנוגעות לסעיף 128 לחוק, דומה כי אכן קיים קושי לחלץ הלכה ברורה ומפורשת מפסק הדין. המבקשים עצמם עומדים על כך שאף שקיימת זהות בתוצאה שאליה הגיעו שופטי הרוב, נימוקיהם לקבלת הערעור שונים. לגישתם של המבקשים, עובדה זו מצדיקה קיומו של דיון נוסף. ואולם, לא אחת כבר

נפסק כי מקום שבו מובעות דעות שונות בפסק הדין ואף אם קיימת הסכמה ביחס לתוצאה, לא בהכרח מדובר "בהלכה" לצורכי דיון נוסף (דנ"א 6396/00 נסאר נ' נסאר (9.11.2000); דנ"א 5261/19 עזבון המנוח אסמעיל מוחמד אסמעיל אחמד נ' רשות מקרקעי ישראל, פסקה 10 (25.2.2020); דנ"א 8100/19 ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ, פסקה 15 (19.4.2020)).

19. בפסק הדין נושא הבקשה נתגלעה מחלוקת בין שופטי ההרכב באשר לרף הנדרש להוכחת קיומו של "סיכוי סביר" לצורך סעיף 128 לחוק מידע גנטי. השופטים ברק-ארוז וגרוסקופף הסכימו אומנם כי קיומו של "סיכוי סביר" יש לבחון בהתאם להקשר ולנסיבות העניין, אך הם נחלקו ביחס למשקל שיש ליתן לכל אחד מהשיקולים הצריכים לעניין בהערכת סבירות הסיכוי; השופט שטיין, מצדו, סבר כי לא ניתן להגדיר במדויק מהו "סיכוי סביר" לעניין סעיף 128 לחוק, אולם בסופו של דבר קבע כי הסתברות הפחותה מ-5% אינה בגדר "סיכוי סביר". בנסיבות אלו, קשה להסיק מפסק הדין הלכה עקרונית ומחייבת ביחס לפרשנות המונח "סיכוי סביר" בסעיף 128 לחוק מידע גנטי, בוודאי לא בכל קשת המקרים האפשרית שבה עשוי להתעורר הצורך להחיל את הוראתו של סעיף זה. משאלו הם פני הדברים, איני סבורה כי יש בקביעות שפורטו משום הלכה המצדיקה קיום דיון נוסף בפסק הדין. מסקנה זו תקפה ביתר שאת בשים לב להשלכות הרוחב המצומצמות של העדר הלכה ברורה בהקשר זה, לנוכח העובדה שמדובר במקרה נדיר וייחודי אשר ספק אם יישנה.

20. כמו כן, אין בידי לקבל את טענת המבקשים לפיה בפסק הדין נקבעה הלכה באשר ל"זכות הידיעה" (זכותו של אדם לדעת אם הוא הורה) ול"זכותו של קטין לדעת את מוצאו". המבקשים מפנים בהקשר זה לאמירתו של השופט גרוסקופף לפיה "התרת הספקות רצויה; לעיתים – הותרת הספקות עדיפה" (פסקה 31 לחוות דעתו). לשיטתם, קביעה זו עולה כדי הלכה חדשה המבכרת את הותרת הספקות על פני ערך הידיעה של ההורים הגנטיים והיא עומדת בסתירה לפסיקתו של בית משפט זה. כפי שהובהר בפסק הדין, מדובר בעמדה ערכית אשר לא נדרשה להכרעה ולפיכך, קביעה זו אשר נוספה למעלה מן הצורך, אינה עולה כדי הלכה חדשה ואין מקום להידרש אליה בגדרי ההליך דנן (דנ"א 3367/20 רשות מקרקעי ישראל נ' סלע חברה למוצרי בטון בע"מ, פסקה 8 (30.7.2020); דנ"א 5406/15 פריניר (הדס 1987) בע"מ נ' ברזילי, פסקה 13 (25.8.2015)).

21. יתר טענות המבקשים באשר לסוגיות אשר "לא לובנו" בפסק הדין, אף הן דינן להידחות. כפי שנפסק לא אחת, הדיון הנוסף לא נועד לברר לראשונה סוגיות שלא נדונו בפסק הדין (דנ"א 1292/20 פלונית נ' פלוני, פסקה 9 (19.7.2020); דנ"א 6115/22 אס.

א.ר. אקורד בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקה 20 (15.2.2023)). לפיכך, טענות המבקשים לפיהן יש לקיים עתה דיון בסוגיות מהותיות שלא נדונו בפסק הדין או בפסיקה קודמת של בית המשפט העליון – ובהן שאלת התחרות שבין ההורות הפיזיולוגית להורות הגנטית – אין להן מקום. רוב שופטי ההרכב הבהירו כי שאלת היחס שבין הורות פיזיולוגית להורות גנטית היא סוגיה תקדימית ומורכבת המעוררת לבטים קשים, וכי על אף שהיא מצויה ברקע ההליך הנוכחי, היא אינה עומדת לפתחם (ראו: פסקה 44 ו-105 לחוות דעתה של השופטת ברק-ארז; פסקה 8 לחוות דעתו של השופט גרוסקופף). על כן, ההחלטה במקרה שלפנינו מצומצמת להכרעה בשאלת עצם הבדיקה, להבדיל משאלת ההורות המשפטית, והטענות שהועלו בהקשר זה אינן מצדיקות דיון נוסף מן הטעמים שפורטו לעיל.

22. לכך יש להוסיף כי רבות מההשגות של המבקשים על פסק הדין הן "ערעוריות" באופיין. כך למשל, הטענות בדבר המשקל שיש לייחס בנסיבות העניין לשיקולי מדיניות, ובעיקר לטובת הקטינה. טענות ערעוריות מסוג זה אינן מצדיקות קיומו של דיון נוסף (ראו, מני רבים: עניין בן ארי, פסקה 19; דנ"א 6103/21 פרומר נ' תורג'מן, פסקה 5 (13.12.2021); דנ"א 898/21 עיריית כרמיאל נ' המשביר 365 החזקות בע"מ, פסקה 8 (19.5.2021)).

23. לבסוף, אוסיף כי לא מצאתי להידרש לממצאי דו"ח ועדת הבדיקה שצירפו המבקשים לבקשתם. הדו"ח הנזכר לא עמד בפני בית משפט זה טרם מתן פסק הדין נושא הבקשה שלפניי ועל כן אין מקום להידרש אליו לראשונה במסגרת הבקשה לדיון נוסף (ראו והשוו: דנ"א 8020/22 פלונית נ' פלוני, פסקה 13 (29.1.2023); דנ"א 4783/22 פלוני נ' המוסד לביטוח לאומי, פסקה 5 (24.8.2022)). עם זאת, ומבלי להביע עמדה לגופם של דברים, ככל שמי מהצדדים סבור כי לאחר מתן פסק הדין נתגלו ראיות חדשות אשר לא ניתן היה להשיגן קודם למועד מתן פסק הדין ואשר בכוחן לשנות את ההכרעה השיפוטית מיסודה – הוא רשאי להעלות את טענותיו בדרכים שהותוו לכך בדין (ראו והשוו: ע"א 4682/92 עזבון המנוח סלים עזרא שעיה ז"ל נ' בית טלטש בע"מ ואח', פ"ד נז(3) 366, 372-373 (2003) והאסמכתאות שם).

24. ויודגש – אין חולק כי מנקודת ראותם של המבקשים, תוצאת פסק הדין קשה היא. חסימת דרכם של המבקשים מלבצע בדיקה גנטית לצורך בירור קיומם של קשרי משפחה עם הקטינה, מונעת את התרת הספק המכרסם בלבבותיהם. עם זאת, כפי שנפסק לא אחת, דיון נוסף נועד לבירור קשיותה של הלכה שנפסקה, ואילו קשיותה של תוצאה קונקרטיית הנובעת מפסק הדין – אף שאכן קשה היא במקרה דנן – אין די בה בהקשר זה (דנ"א 2382/17 פלוני נ' פלוני, פסקה 25 (3.4.2017); דנ"א 1075/15 בלום נ' אנגלו סכסון

– סוכנות לנכסים (ישראל – 1992) בע"מ, פסקה 18 (8.3.2015); דנ"א 4165/19 משרד הביטחון – מדינת ישראל נ' קוזלי, פסקה 12 (12.11.2019).

25. מכל הטעמים שפורטו לעיל, הבקשה נדחית. לנוכח הנסיבות הייחודיות של המקרה דנן, לא יעשה צו להוצאות.

ניתנה היום, י"ז באייר התשפ"ג (8.5.2023).

ה נ ש י א ה