



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

עמ"ש 16877-10-22 פלוני ואח' נ' אסותא ראשון בע"מ ואח'

בפני כבוד השופט צ. ויצמן, אב"ד

כבוד השופט א. גורמן

כבוד השופטת צ. גרדשטיין פפקין

המערערים -
1. פלונית
2. פלונית

נגד

המשיבים -
1. אסותא ראשון בע"מ
2. פלונית
3. פלוני
4. היועץ המשפטי לממשלה במשרד הרווחה והבטחון
החברתי
5. משרד הבריאות

פסק דין

זהו קובץ לפרסום בהסתרת הפרטים החסויים, נוסח פסק הדין הקובע הוא נוסח פסק הדין המקורי והחסוי.

השופט צבי ויצמן, אב"ד

טעות נוראית שארעה במהלך טיפולי ההפריה החוץ גופית (IVF) שנעשו לבני הזוג המערערים אצל המשיב 1, בית החולים אסותא בראשון לציון (להלן – אסותא) הביאה לכך שלרחמה של המערערת הוחזר עובר¹ שאין לו כל קשר גנטי לה או לבן זוגה,

1. [...] [...]



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

עמ"ש 16877-10-22 פלוני ואח' נ' אסותא ראשון בע"מ ואח'

המערער, רוצה לומר הורתו מביצית שאינה ביצית של המערערת ומזרע שאינו זרעו של המערער.

אחר שנודע הדבר, ועל פרטי הדברים נעמוד בהמשך, הגישה אסותא בקשה בהולה לעריכת בדיקה גנטית לקשרי משפחה בין העובר למשיבים 2-3 (יכוננו להלן – המשיבים) וזאת אחר שמבדיקה שערך צוות בודק מטעמה עלה כי קיימת סבירות רבה לקיומו של קשר גנטי בניהם.

ביום 12.10.22 ניתן פסק דינו של בית משפט לענייני משפחה בראשון לציון (כב' הש' ח. שירה) אשר נעתר למבוקש והורה על ביצוע הבדיקה לקשרי משפחה בין העובר למשיבים לאלתר. בית המשפט הורה כי הבדיקה תתקיים במעבדה בבית החולים שיבא בתל השומר (להלן- שיבא) שכן המשיבים כבר הקדימו ומסרו שם את דגימות הדם שלהם (תמ"ש 44718-09-22).

המערערים סבורים כי שגה בית משפט קמא בכך שהורה על קיום בדיקה גנטית לקשרי משפחה בשלב זה ועוד קודם ללידת העובר, ומכאן ערעורים.

נקל להבין את סערת הנפש העוברת על הצדדים – המערערים והמשיבים כאחד, נוכח הטעות האיומה שטלטלה את עולמם. המערערים גילו לחרדתם כי העובר שהוחזר לרחמה של המערערת אינו נושא את מטענם הגנטי ואילו למשיבים הסתבר, לדאבון הלב, כי אפשר גם אפשר, שהעוברים שהוקפאו אינם כלל עובריהם שלהם וכי עוברם הוחזר דווקא לרחמה של אחרת. סוגיה רגישה זו מחייבת אותנו, מחד, לנהוג ביישוב הדעת ולהפוך היטב בטענות ובנימוקי כל אחד מהצדדים, ומאידך, להגיע לכדי הכרעה מהירה על מנת להתיר ספקות. התרת ספקות היא המעט שנוכל לעשות לטובת הצדדים כולם בשלב זה.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

עמ"ש 16877-10-22 פלוני ואח' נ' אסותא ראשון בע"מ ואח'

הנדרש לנדון

1. המערערים הם בני זוג, [...] המערערים עברו יחדיו את הליכי ההפריה החוץ גופית אצל אסותא. המערערת התקבלה ליחידת IVF באסותא ביום 7.1.21 ועברה מספר מחזורי טיפול ללא השגת היריון. והנה במסגרת מחזור הטיפול האחרון שבוצע ביום 23.2.22, הוחזרו 3 עוברים מופשרים לרחמה של המערערת ונקלט היריון העובר נושא המחלוקת.

2. אלא ששמחת ההיריון התערבה לה, כעבור זמן, בחרדה נוראה שבאה תוך כדי הליך מעקב ההיריון שעברה המערערת בבית החולים שיבא. במסגרת הליך מעקב ההיריון אובחן [...] מצב זה הצריך טיפול רחמי בעובר, שאם לא כן עלול היה הדבר לגרום לפגיעה משמעותית במצבו הרפואי. על פי הנטען בתביעתה של אסותא, הוסבר למערערים, בין השאר, כי באפשרותם לפנות לוועדה להפסקת היריון נוכח מצבו של העובר, ואולם המערערים דחו אפשרות זו (על מצבו הרפואי של העובר, [...] ניתן ללמוד מתוך בקשת המערערים שלא להתייצב לדיון שנקבע לפני בית משפט קמא וכן מתוך דברי בא כוחם בפר' הדיון בבית משפט קמא עמ' 15 ש' 8, וכן מתוך הדיווח של פר' אייל סיוון מבית החולים שיבא מיום 14.9.22 אשר הוגש במסגרת הליך הערעור וסומן מש/5 אך נחסה בהחלטת בית המשפט בשל פרטים אישיים הקשורים במערערים). אלא שאז, במהלך הטיפול הרפואי בעובר, התגלה הנורא מכול.

החלפת העובר

3. ביום 5.9.22, בשבוע 6+30 להיריון, בוצע [...] שעבר בהצלחה. במסגרת הליך [...] נלקחו שתי דגימות לבדיקת מי שפיר, מהן עלה, באופן מפתיע ומצער, כי אין התאמה גנטית בין המערערים לעובר. בית החולים שיבא דיווח על כך לאסותא, שמצידה מיהרה ודיווחה למשרד הבריאות וכן הקימה צוות מומחים לבדיקת האירוע, אשר בחן את כל שלבי התהליך שעברה המערערת וכן מקרים נוספו שטופלו ביחידת IVF (להלן- הצוות הבודק). בין כלל הבדיקות שערך צוות הבדיקה נעשה זיהוי של



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

עמ"ש 16877-10-22 פלוני ואח' נ' אסותא ראשון בע"מ ואח'

המטופלות שעברו שאיבת ביציות באותו יום בו עברה זאת המערערת ([...]), זיהוי של המטופלות שעברו הקפאת עוברים באותם הימים שעברה זאת המערערת ([...]) וזיהוי של המטופלות שעובריהן עברו הפשרה בימים [...].

4. לטענת אסותא, אחר בדיקות מעמיקות של כלל הפעולות הנזכרות, זוהתה מטופלת אחת, המשיבה 2 לגביה סבור הצוות הבודק כי קיימת הסבירות הגבוהה ביותר כי העובר קשור גנטית לה ולבן זוגה, המשיב 3.

[...]

מסקנות הצוות הבודק, עליהן העיד בתצהיר ד"ר יוסף חסון, מנהל יחידת ה IVF, באסותא, שאף נחקר על תצהירו, הן בבית משפט קמא והן לפנינו במסגרת הליך הערעור, הורתן בסברת הבודקים כי הליך הקפאת שלושת עוברי המערערת הוא ההליך בעל הסבירות הגבוהה ביותר לטעות במהלכו. ובציפורן הזרת –

שלב הקפאת העוברים מצריך הנפקה של מדבקות חדשות הנושאות את פרטי האם לצורך הדבקתן על הקשיות בהן יוקפאו העוברים ועל הצלוחית המשמשת להקפאה – כך שקיים חשש שבשלב זה נעשתה באופן כלשהו הצלבה שגויה של מדבקות הזיהוי בין שתי המטופלות. למערערת ולמשיבה הוקפאו באותו יום מספר זהה של עוברים (שלושה) בשלב התפתחותי זהה (יום שלישי לאחר שאיבה), כאשר לא היו באותו יום מטופלות נוספות שלהן הוקפאו 3 עוברים במצב התפתחותי דומה (כלומר, ביום השלישי לאחר שאיבה), אותו אמבריוולוג ביצע את פעולת ההקפאה לעוברי המערערת והמשיבה, כמו כן עוברי המערערת והמשיבה אוחסנו בסמיכות במקרה ההקפאה, מה שעשוי להעיד אף על סמיכות זמנים בטיפול.

אין ספק כי הבדיקה מעלה השערה שאינה וודאית – וודאות תתקבל אך ורק לאחר ביצוע בדיקה גנטית לקשרי הורות.

המשיבים נתנו הסכמתם לביצוע הבדיקה.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

עמ"ש 16877-10-22 פלוני ואח' נ' אסותא ראשון בע"מ ואח'

5. מעת שעסקינן בהשערה וסברה בלבד, אשר על טיבה ומשמעותה נעמוד בהמשך הדברים, הוסיפה אסותא ואיתרה את כלל עוברי המטופלות אשר טופלו אצלה במועדים הרלבנטיים בהתייחס לטיפול המערערת ואשר נותרו בהקפאה אצלה והיא עצרה את המשך כל טיפול בעוברים אלו מחשש לקשר גנטי לעובר שנושאת ברחמה המערערת. ממילא אותן מטופלות שעל שמן רשומים עוברים אלה אינן יכולות לבצע החזרה של העוברים ומנועות מהמשך הליכי הפוריות בהם החלו. בעדותו לפני ערכאת הערעור, הוסיף ד"ר חסון והבהיר כי עסקינן בעוד 7 מטופלות אשר קיימת סבירות לקשר גנטי בינן לעובר "במעגל השני" של הסבירות, רוצה לומר ככל ויישאל קשר גנטי בין המשיבים לעובר. ומכאן שאותה טעות לא זו בלבד שהפכה את עולמם של המערערים והמשיבים, השלכותיה רחבות הרבה יותר והיא משפיעה על גורלם של מטופלות נוספות ובני זוגן, אשר הליך הפיריון בעניינם הופסק לעת עתה, זוגות אשר אינם יודעים את נפשם וכמהים לביורם של דברים בהקדם האפשרי. נוסף ונציין כי על פי עדותו של ד"ר חסון התקשרו לאסותא לא פחות מ 500 זוגות נוספים מתוך החשש שמא אירוע ההחלפה יכול להשפיע אף עליהם, וזאת לצורך המחשת השלכת הטעות על הלך נפשם של רבים (ראו עדות ד"ר חסון (ראו דברי ב"כ אסותא עמ' 3 ש' 24-27 לפר' הדיון מיום 18.10.22 וכן עדות ד"ר חסון עמ' 4 ש' 20 ואילך).

6. מתוך ובשל הנסיבות הנזכרות הגישה אסותא את תביעתה לביצוע בדיקת גנטית לקשרי משפחה בין המשיבים לעובר. על פי הנטען, מכיוון שחומר הגנטי הקשור לעובר מצוי בדגימת מי השפיר שנלקחה כבר מהמערערת, לא נדרשת כל פעולה אקטיבית נוספת של הוצאת חומר גנטי אצל המערערת ויש צורך אך ורק להשוות בין דגימות הדם של המשיבים, שכאמור מסרו הסכמתם לעניין זה, לחומר המצוי בדגימת מי השפיר שכבר נלקחה כאמור. אסותא הוסיפה והדגישה בתביעתה כי בדיקה גנטית חלופית שעניינה בבדיקת עוברים המוקפאים של המשיבים אינה מעשית שכן היא מצריכה את הבאת העוברים המוקפאים [...], הפשרתם והקפאתם מחדש, הליך העלול לפגוע משמעותית בהתכנות התפתחות ההיריון בעוברים אלו, ויותר מכך – גם אם ימצא כי העוברים אינם קשורים גנטית למשיבים הרי אין בכך



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

עמ"ש 16877-10-22 פלוני ואח' נ' אסותא ראשון בע"מ ואח'

ללמד בהכרח כי המשיבים קשורים גנטית לעובר הנדון ולעניין זה תידרש בדיקה נוספת.

7. אסותא נימקה את הצורך בבדיקה כבר בשלב זה, עוד קודם ללידה, בנימוקים הבאים –

1. זכות ההורים הביולוגיים לדעת האם העובר המצוי ברחמה של המערערת הוא שלהם.

2. זכות העובר לדעת מי הם הוריו הביולוגיים, ורישום פרטי הורתו מיד לאחר לידתו.

3. אינטרס הציבור לדעת את זהות ההורים הביולוגיים לטובת הציבור בכללותו – הן לצורך מניעת נישואי קרובים, בירור מחלות גנטיות, ובעיקר עניינן של המטופלות הרבות שהליך הפוריות בעניינן מעוכב עד לבירור השאלה שלפנינו באשר לקשר הגנטי בין העובר למשיבים. ככל שימצא קשר שכזה ניתן יהא, לכאורה, להמשיך בהליכי הפוריות של אותן מטופלות רבות. בנוסף, בירור זהות ההורים הגנטיים של העובר יאפשר את איתור נקודת הכשל בה נפלה השגיאה החמורה, וכתוצאה מכך מניעת שגיאות מסוג זה בעתיד.

8. המערערים התנגדו למבוקש. לטענתם אין שום וודאות ואף לא סבירות מוכחת שהמשיבים הם בעלי הקשר הגנטי לעובר. הליך הבדיקה שערכה המבקשת לא היה תקין, לא נערכו בדיקות מדוקדקות כנדרש, לא הועמדה תשתית ראייתית ראויה ולא נמסרו למערערים כל מסמכי הבדיקות שערכה אסותא לכלל המטופלות הרלבנטיות. המערערים עתרו לקבל, תחילה, את מלוא המידע והתיעוד באשר להליכי המיון שערכה אסותא והצוות הבודק, ורק לאחר מכן להביע עמדתה הסופית. עוד לטענת המערערים יש מקום להמתין למיצוי כל הליכי הבדיקה של משרד הבריאות לאירוע החלפת העוברים. המערערים טענו כי המערערת סיכנה את חייה ונשאה ברחמה את העובר בכל מהלך ההיריון, וככזו יש להניח כי יקבע בסופו של יום כי היא ההורה. יתר על כן, לטענת המערערים החומר (מי השפיר) שנלקחו מהמערערת



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

עמ"ש 16877-10-22 פלוני ואח' נ' אסותא ראשון בע"מ ואח'

לא נלקחו לצורך בדיקה גנטית לקשרי משפחה ולפיכך אף לא ניתנה כל הסכמה מדעת לעניין זה ולא ניתן לעשות שימוש בחומר האמור לצרכי הבדיקה המתבקשת.

9. המשיבים צידדו בבקשת אסותא ועתרו לקיום הבדיקה בהקדם האפשרי, עוד קודם ללידת העובר. הצורך בבדיקה מוקדמת מבחינתם עולה ומתחזק נוכח מצבו הבריאותי של העובר, אשר בשלב זה המשיבים מנועים מכל מידע בעניינו. לטענת המשיבים, הזיקה הגנטית היא הזיקה העיקרית בכל הקשור ליצירת וקביעת ההורות, ממילא עולה חשיבות ביצוע הבדיקה עוד קודם להולדת העובר על מנת שניתן יהא לקבוע את זהות הוריו מייד עם היוולדו. לדברי המשיבים, כל עיכוב בבדיקה יגרום לסבל מיותר ורב מזה שנגרם בלאו הכי עד כה, והוא אף עומד בניגוד לטובת העובר.

10. ב"כ היועהמ"ש, מטעם המשיבים 4-5, צידד אף הוא בבקשת אסותא ובביצוע הבדיקה הגנטית לאלתר. ב"כ היועהמ"ש אינו מתעלם מעצם החריגות בהגשת הבקשה על ידי אסותא ולא ע"י מי מההורים הנטענים, ואולם לסברתו מעת שהמשיבים הצטרפו למבוקש, הרי שסוגיית מעמדה של אסותא אינה רלבנטית עוד. לבד מכך לסברת ב"כ היועהמ"ש האינטרס הציבורי מצדיק העתרות לבקשה מהנימוקים שפורטו ע"י אסותא בתביעתה.

בפן המשפטי מוסיף ב"כ היועהמ"ש וטוען כי על אף הוראת סעי' 28 ג לחוק מידע גנטי תשס"א – 2000 (להלן – חוק מידע גנטי) הדורשת, לכאורה, את הסכמתה מדעת של האישה הנושאת, הרי שהוראה זו תכליתה מניעת מעשה פולשני בגוף האישה נושאת העובר, דבר שאינו רלבנטי בעניין הנדון, שכן בנדון אין צורך בכל פעולה פולשנית נוספת לצורך מימושה של הבדיקה הגנטית – לא בעובר ולא במעוברת, שכן החומר הגנטי הנדרש לבדיקה כבר מצוי לפנינו. יתר על כן, בנדון ביצוע הבדיקה לאלתר או בהקדם האפשרי, מבלי להמתין ללידה, תואם את אינטרס הציבור ועניינן של המטופלות הנוספות ובני זוגן, אשר הליכי הפיריון שלהם מעוכבים לעת עתה.

ולבסוף - גם ב"כ היועהמ"ש, כעמדת אסותא, סבור כי אין מקום להעדיף את בדיקת עובריהם המוקפאים של המשיבים על הבדיקה הגנטית בהשוואה לעובר, שכן מדובר



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

עמ"ש 16877-10-22 פלוני ואח' נ' אסותא ראשון בע"מ ואח'

בבדיקה סבוכה ביותר אשר עלולה לסכן את העובר הנבדק ולפגוע בסיכויי קליטתו להיריון, וכי ראוי לבצע את הבדיקה הגנטית המבוקשת לאלתר ולא לעכבה בשל אפשרות להליך אחר סבוך ומורכב שאפשר שיצריך לאחריו בדיקות נוספות, שהרי גם אם ימצא כי העוברים המוקפאים של המשיבים אינם שלהם לא יהווה הדבר בהכרח ראיה כי העובר הנדון קשור אליהם גנטית.

ואם כן, לסברת ב"כ היועהמ"ש, משקיים צורך בביצוע הבדיקה בשלב ההיריון ומשביצוע הבדיקה אינו מסכן את המערערת או העובר, יש להיעתר למבוקש ובלבד שיובהר כי אין בבדיקה זו כדי לקבוע את קשרי ההורות וכי בשלב זה היא תשמש לצורך הבירור העובדתי למקור הגנטי של העובר בלבד.

11. על מנת להשלים את התמונה הדיונית נציין כי ביום 30.9.22 נעתר בית משפט קמא לבקשת המשיבים 2,3 להפקיד דגימות דם שלהם בבית החולים שיבא. בקשת המערערים לביטול ההחלטה נדחתה בהחלטת בית משפט קמא מיום 2.10.22.

פסק דינו של בית משפט קמא

12. נוכח נסיבותיו של ההליך והצורך בהכרעה דחופה בסוגיית הבדיקה הגנטית לבחינת קשרי משפחה ניתן פסק דינו של בית משפט קמא כבר למחרת הדיון שהתקיים בע"פ, מטיבם של דברים פסק הדין שניתן - קצר ותמציתי. בית משפט קמא מצא כי יש מקום להיעתר לבקשה לביצוע בדיקה גנטית לקשרי משפחה לאלתר ועוד קודם ללידת העובר.

החלטתו של בית המשפט התבססה על העובדות והנימוקים הבאים :

אין חולק כי המערערת נושאת עובר שאין לו קשר גנטי לה או לבן זוגה המערער. עוד בטרם נודע למערערים על העדר הקשר הגנטי לעובר נלקחו החלטות גורליות הנוגעות



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

עמ"ש 16877-10-22 פלוני ואח' נ' אסותא ראשון בע"מ ואח'

לו לרבות [...] המשיבים, שהשאירו עוברים מוקפאים וביקשו לעשות בהם שימוש, גילו שיש סבירות שארעה טעות ועובריהם שלהם הוחזרו לרחמה של המערערת.

בית המשפט סבר כי טובת העובר מורה על כך שיש לבצע את הבדיקה הגנטית קודם להיוולדו, זאת, בין השאר, נוכח מצבו הרפואי והמום הרפואי שאובחן במהלך ההיריון ואשר אפשר שידרוש טיפול והתערבות רפואית אף בעתיד. עצם העובדה שנערך לעובר בדיקה גנטית הביאה את בית המשפט להנחה סבירה כי להיבט הגנטי יש חשיבות והשלכה למום שהתגלה בעובר ולאופן הטיפול בו. טובת העובר היא לדעת מיד עם היוולדו את שיוכו הגנטי – "קשר הדם" הניצב בעצם הורתו.

בית המשפט הוסיף לעניין זה את תמיהתו מדוע המערערים החרדים לשלומם ובריאותו של העובר, מתנגדים לעצם הבדיקה הגנטית, אשר לגבי חשיבותה לעובר לא יכול שתהא מחלוקת.

בית המשפט הוסיף ודחה את טענות המערערים כי הליך הבדיקה שבוצע על ידי אסותא אינו מספק ולא העלה בסבירות נדרשת את הקשר בין המשיבים לעובר. בית המשפט ציין כי ב"כ משרד הבריאות הבהיר שתחקיר הצוות הבודק הוצג למשרד הבריאות, אשר מצא כי התחקיר ומסקנותיו הגיוניות ומקובלות והצורך לברר את קשרי המשפחה של המשיבים לעובר הוא ראוי ונדרש בנסיבות העניין. זכותם של המשיבים אינה נופלת מזכותם של המערערים "לקבוע מי יהיו הנבדקים מולם". מכל מקום, בנדון הונחה תשתית ראייתית מספקת לעריכת הבדיקה מול המשיבים, זאת בהתייחס, בין השאר, לפסיקה הקובעת כי עמידה ברף של "סיכוי סביר" הנדרש בחוק מידע גנטי אינה דורשת עמידה ברף של הטיית מאזן ההסתברות וכי ניתן להסתפק ברף נמוך מכך.

בית המשפט הוסיף ודחה את טענת המערערים להעדר הסכמה של המערערת לעריכת הבדיקה בהתאם לסעיף 28 ג לחוק מידע גנטי הדורש לכאורה את הסכמת האישה הנושאת לביצוע בדיקה גנטית לעובר שברחמה, וזאת נוכח קיומה של הדגימה שכבר נלקחה מהעובר, בהסכמתה של המערערת, והעובדה שאין עוד כל סכנה בעריכתה



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

עמ"ש 16877-10-22 פלוני ואח' נ' אסותא ראשון בע"מ ואח'

למערערת או לעובר. יתר על כן, הסכמה לבירור גנטי ניתנה כבר במסגרת הבדיקות שנערכו בבית החולים שיבא, לרבות הבירור הגנטי למערער, בדיקה שנעשתה לא לצורך הפגם שהתגלה בעובר אלא לצורך בירור קשרי משפחה בין המערער לעובר. לעניין זה הוסיף בית המשפט והביא מן הפסיקה לפיה נוכח הערך הראייתי של בדיקה גנטית אזי גם אם יאמר כי הראיה התקבלה באופן פסול, הרי שדוקטרינת פירות העץ המורעל לא התקבלה במלואה בשיטת המשפט הנהוגה בארץ.

בית משפט קמא הוסיף והתייחס לאינטרס הציבורי בביצוע הבדיקה לאלתר נוכח העובדה שממצאי הבדיקה יש בהם להשליך על עניינם של זוגות מטופלים אחרים שביצעו אותם תהליכים ונמצאים היום במצב של אי וודאות והטיפול בהם מעוכב. זאת לבד מעצם זכותם של המשיבים לברר את הקשר הגנטי בינם לבין העובר נוכח הטעות שהתגלתה והסבירות העולה מבדיקת הצוות הבודק כי קיים קשר גנטי בינם לבין העובר. זכות המערערים לפרטיות אינה גוברת על זכות המשיבים לברר את קיומו של הקשר הגנטי המשוער.

בית המשפט הורה, אפוא, על עריכת הבדיקה לבירור הקשר הגנטי בין המשיבים לעובר לאלתר, וכי הבדיקה תערך על ידי בית החולים שיבא אצלו הפקידו המשיבים דגימות דם שלהם על פי החלטת בית משפט קמא מיום 30.9.22.

מכאן הערעור.

תמצית טענות המערערים

13. עיקר טענות המערערים נוגע לשני עניינים – האחד, העדר ראיות מספקות לקיומו של קשר גנטי בין המשיבים לעובר, והשני – העדר הסכמה מדעת מצד המערערים לביצוע בדיקה גנטית לקשרי משפחה.

ובהרחבה – לטענת המערערים, אסותא ו/או מי מהמשיבים האחרים לא הציגו כל תחקיר מלא, תיעוד רפואי או ראיות ממשיות אחרות המלמדים על סבירות ממשית



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

עמ"ש 16877-10-22 פלוני ואח' נ' אסותא ראשון בע"מ ואח'

לקיומו של קשר גנטי בין המשיבים לעובר. שומה היה על אסותא להציג את כלל המסמכים המוכיחים את טענתה לקשר גנטי ולצרפם לבקשתה ובכלל זה את דו"ח הצוות הבודק עצמו, גם אם יושחרו בו שמות מטופלות או פרטים מזהים אחרים, דבר זה לא נעשה והתיעוד לא הוצג עד היום.

יתר על כן, בית משפט קמא שגה בקביעותיו העובדתיות עת ציין (סע' 34 לפסק דינו) כי קיים חשד למומים לבביים נוספים אצל העובר וכי יהא צורך אחר הלידה לבצע פרוצדורות לבביות נוספות – שעה שלא הוצג כל תיעוד רפואי לעניין זה. כך לא הובא לפני בית משפט קמא איש צוות רפואי או גורם מעורב הבקי באופן אישי בהליך ואשר יכול להעיד מידיעה אישית על השתלשלות האירועים שהביאו להחלפת העוברים.

תהליך האלימינציה בו נקט הצוות הבודק מטעם אסותא אינו מספק, לא ניתן לקבוע קביעות על בסיס טיעון בעל פה בלבד מבלי להציג את המסמכים עליהם נסמכים אסותא ושאר המשיבים. מכל מקום, לא הוכח "סיכוי סביר" לקביעת קשרי משפחה בין העובר למשיבים כדרישת סע' 28 (א)(1) לחוק מידע גנטי .

עוד נטען על ידי המערערים כי בית המשפט לא איזן ולא שקל במידה הדרושה את הזכויות של המערערים להגן על המידע הרפואי שלהם ושל העובר והיותן של הבדיקות הגנטיות שייכות להם.

כמו כן, טענו המערערים כי שגה בית משפט קמא בכך שהתעלם מהעדרה של הסכמה מדעת מצד המערערת בהתאם לדרישת סע' 11 א ו 14 א לחוק מידע גנטי והוראת סע' 13 ב לחוק זכויות החולה. המערערים מעולם לא נתנו הסכמתם מדעת לביצוע בירור גנטי.

עוד טענו המערערים בערעורם כי טובת העובר שלא לבצע את הבדיקה. המערערת אשר נשאה את העובר ברחמה בכל שלבי ההיריון תוך ביצוע בדיקות וטיפולים חלקם



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

עמ"ש 16877-10-22 פלוני ואח' נ' אסותא ראשון בע"מ ואח'

מסכני חיים, מתעתדת לגדל את הילד שייולד עם המערער ואין מקום לביצוע הבדיקה קודם להכרעה בסוגית ההורות.

עוד נטען כי בית המשפט שגה בהתעלמו מהעובדה שניתן לערוך בדיקה גנטית באופן אחר שפגיעתו פחותה. כך, כדוגמה, ניתן לבצע בדיקה בעוברי המשיבים שכן ניתן לבדוקם ולבצע החזרה לרחם המשיבה ללא צורך בהקפאה חוזרת של העוברים. קביעתו של בית משפט קמא כי הליך בדיקת העוברים הוא סבוך בנסיבות העניין מושתתת על טענות המשיבים מבלי שהונחה לפתחו כל חוות דעת מומחה בעניין.

תמצית טענות אסותא, המשיבים 2-3, והמשיבים 4-5

14. כאמור כלל המשיבים סבורים כי יש לבצע את הבדיקה הגנטית לבחינת קשרי משפחה לאלתר. לסברתם, אין כל מקום לטענות המערערים להעדר המצאת תשתית מספקת לקיומה של סבירות לקשר גנטי בין המשיבים לעובר. הצוות הבודק בחן היטב את הדברים והגיש דו"ח למשרד הבריאות אשר בחן אותו ואישר את סבירותו. ד"ר חסון בעדותו עמד על הנסיבות הקושרות לכאורה את מעורבות עוברי המשיבים בטעות ההחלפה, שכן מדובר בהקפאת מספר זהה של עוברים (3), בני אותו גיל (יום שלישי להפריה), באותו מועד על ידי אותו אמבריולוג וכאשר הקשיות אליהן הוחזרו העוברים הועמדו בסמיכות במקרה ההקפאה.

המשיבים ניאותו לחשוף לפני המערערים תיעוד רפואי המצוי ברשותם ואולם המערערים העלו דרישות שונות באשר להיקף הגילוי והכשילו את עצם קבלת התיעוד ולו זה הנוגע למועדי השאיבה, ההקפאה והפשרה של עוברי כל אחד מהצדדים, ולעניין זה אין להם להלין אלא על עצמם.

אין מקום לטענות להעדר הסכמה מצד המערערים ללקיחת דגימה גנטית כאשר הליך הדגימה של מי השפיר נעשה בבית חולים שיבא על פי הסכמת המערערים ואחר שהובהר להם הצורך בבדיקה. סמכותו של בית המשפט לבדיקה גנטית לקשרי משפחה כוללת אף סמכות להורות על ביצוע הבדיקה ללא הסכמת הצד שכנגד, ויותר



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

עמ"ש 16877-10-22 פלוני ואח' נ' אסותא ראשון בע"מ ואח'

מכך גם אם ימצא כי החומר הגנטי שנלקח - נלקח ללא הסכמה מדעת, הרי שאין מניעה לעשות בו שימוש לצרכי הבדיקה הגנטית נוכח חשיבותה בהתייחס לטובת העובר הנסיבות הנדונות, שכן החוק הישראלי לא החיל את דוקטרינת "פירות העץ המורעל".

קיים אינטרס ברור של כלל הצדדים לביצוע בדיקה גנטית מהירה, ובעיקר אינטרס העובר על מנת שנדע מיד עם היוולדו את שייכותו הגנטית. זאת ועוד בנדון עומד אף אינטרס הציבור וזאת בהתייחס בין השאר למטופלות האחרות שעניינן עוכב, ולחשיבות ידיעת הרקע הגנטי של כל ילוד, הן למניעת נישואי קרובים והן בפן הרפואי למניעת מומים גנטיים אפשריים.

בכל הקשור למשיבים הרי שעל אף הסבירות לקשר גנטי בינם לבין העובר, הם מנועים עד כה מכל מידע רפואי הנוגע לו, על אף שידוע כי הוא נדרש להתערבות כירורגית וכי עלו אי אלו קשיים רפואיים הקשורים במצבו אשר אפשר ותהא להם השלכה עתידית על מצבו הרפואי אחר היוולדו.

15. ביום 18.10.22 שמענו את הצדדים ארוכות ואפשרנו לכל אחד מבעלי הדין לפרוש את מלוא טענותיו. יתר על כן, נוכח הטענות שהועלו על ידי המערערים הורינו הן על גילוי לאלתר של מסמכים רפואיים הנוגעים להליך השאיבה וההקפאה של הביציות/עוברים אצל המערערים והמשיבים כאחד, וכן על גילוי מלא של הדו"ח שנערך על ידי שיבא בכל הקשור להליך גילוי העדר ההתאמה הגנטי במסגרת מעקב ההיריון והפרוצדורה הרפואית שנערכה אצלו ביחס לעובר. בהמשך לגילוי הנזכר אפשרנו לצדדים להוסיף ולחקור את ד"ר יוסף חסון ע"פ העולה ממסמכים אלו, וזאת מכוח סמכותנו ע"פ סע' 9 לחוק בית המשפט לענייני משפחה התשנ"ה-1995.

דיון והכרעה



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

עמ"ש 16877-10-22 פלוני ואח' נ' אסותא ראשון בע"מ ואח'

16. בצד התקדמות המדע בתחום הפיריון, הישג אנושי מדהים שהביא תקווה לרבים שלא יכלו להביא פרי בטן בדרך הטבע, איננו יכולים להימנע מעוקצו של פרי מתוק זה, שכן מעשה בן אנוש חשוף מטיבם של דברים למגבלותיו וחסרונותיו של אדם - טעויותיו שגיאותיו ורשלנותו. וכך התרופה שהביא האדם למכת השמים, שמנעה מבני זוג להביא צאצא בדרך הטבע, הביאה בנדון למכה בידי אדם, עת בשל טעות אנוש נוראה, שלא כאן המקום לעמוד על טיבה ומהותה, הוחלף עוברם של בני זוג בעוברם של אחרים. וכך הסתחרר עליהם עולמם של המערערים עת הסתבר שלרחמה של המערערת הוחזר עובר ללא קשר גנטי אליה ואל בן זוגה. לתוך המערבולת נסחפו המשיבים, אחר שעלתה הסברה כי העובר נושא את מטענם הגנטי וכי אפשר שעוברים שהם סברו כי הם שלהם, אינם שלהם כלל ועיקר. ואותה מכה שהונחתה על ראשם של הצדדים לפנינו – המערערים והמשיבים, נגררת ונופלת אף על ראשם של זוגות נוספים שכעת אינם יודעים האם עובריהם אכן עובריהם או שמא הורתם באחר.

הנסיבות המציאו, אפוא, זוגות רבים שאינם יודעים את נפשם, וראוי שבבחינת עניינם יעשה אף המשפט על מנת להקל מסבלם זה כמידת יכולתו, ככלות הכל המשפט נועד לשרת החיים. במצב דברים זה, כאמור, התרת הספקות באשר לשייכות הגנטית של העובר הוא הסעד המיטבי והמרבי אותו אנו יכולים להושיט להם בשלב זה, ובכך נרחיב להלן.

17. כאמור, מחמת אותו מעשה בישא שהתגלה במהלכו של הליך ההפריה החוץ גופית אצל המערערים, הגישה אסותא את תביעתה לביצוע בדיקה גנטית בין המשיבים לעובר וזאת על מנת לנסות ולהקטין ככל הניתן את הנזק – לעובר, למשיבים, לכלל המטופלות הרלבנטיות ולמעשה אף למערערים, שכן גם אם יקבע בסופו של יום, בהליך אשר איננו נדרשים לו בשעה זו, כי המערערים הם הוריו של הקטין שייולד, עדיין קיימת חשיבות בידיעת מוצאו הגנטי, הכול כפי שיפורט בהרחבה להלן.

אך תחילה נפתח בעניין דיוני גרידא.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

עמ"ש 16877-10-22 פלוני ואח' נ' אסותא ראשון בע"מ ואח'

מעמדה של אסותא בהגשת הבקשה

18. אף שעניין זה לא עלה באופן מפורש במסגרת טענות הערעור המונח לפנינו, יש להקדים ולבחון מהיכן נוטלת אסותא את זכות העמידה והסמכות להגיש בקשה לבחינת קשרי משפחה של העובר, הרי לאסותא עצמה בוודאי אין כל זכות הורית נטענת באשר לעובר זה. אלא ששאלה נכבדה זו מתעממת למעשה מעת שהמשיבים עצמם הבהירו כי הם מצטרפים לתביעה ועומדים עליה כאילו באה מהם ומכוחם, היינו מעת שהסתבר להם כי קיים סיכוי סביר כי העובר נושא את מטענם הגנטי הם מבקשים לבדוק קיומה של זיקה גנטית זו לאלתר. מעצם הטענה לזיקה גנטית בין המשיבים לעובר עולה זכותם של אלה לבירורה של זיקה זו וממילא עסקינן בבעלי דין ראויים ונכונים אשר עומדים על הבקשה.

מעבר לנדרש נוסף כי לסברתנו, במקרה החריג המונח לפנינו קיימת ועומדת אף לאסותא עילה ומעמד בהגשת התביעה לה נדרש בית משפט קמא. כאמור בשל הכשל שאירע במחלקת ההפריה החוץ גופית לאסותא, הוקפאו ונעצרו כל הליכי הפריה של המטופלות באסותא. מדובר למצער בשבעה זוגות נוספים אשר סיפור חייהם קיבל תפנית חדה ואכזרית באמצעו של הליך מהרגישים שעובר האדם, הליך בו המטופלות ובני זוגם משקיעים את אונם, הונם, רוחם ותקוותם. אינטרס ציבורי רחב עולה ועומד, אפוא, בנדון ואשר עיקרו הצורך בבחינה מהירה ככל הניתן של קשריו הגנטיים של העובר. ככל שימצא כי אכן הקשר הגנטי הוא למשיבים, יהא בדבר לקדם את המשכת הליכי הפריה אצל המטופלות האחרות ובכך תיחסך עוגמת נפש לרבים. לבד מכך אינטרס ציבורי הוא לבדיקת קשריו הגנטיים של עובר אשר מסתבר כי אינו קשור גנטית לנושאת אותו, בין אם בשל מניעת נישואי קרובים ובין אם לצרכי בירור מחלות גנטיות (וראו לעניין זה, כדוגמה בסע' 33-34 לפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין בע"מ 5082/05 -היועץ המשפטי לממשלה נ' המשיבים (2005)). זאת ועוד, הובהר בדיון שהתקיים לפנינו, מפי ב"כ היועץ המשפטי כי הבדיקה הגנטית היא זו שלמעשה נדרשת לצורך המשך התחקיר של התקלה החמורה שאירעה, וכי ללא בדיקה זו לא ניתן יהיה



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

עמ"ש 16877-10-22 פלוני ואח' נ' אסותא ראשון בע"מ ואח'

ללמוד את העובדות שאירעו לאשורן. ישנו, אפוא, אינטרס ציבורי ברור, עכשווי ועתיד, בבירור זה.

ואם כן דומה כי בכך חצינו את הרף הראשון העומד בדרכינו והוא עצם ההידרשות לתביעה במתכונתה.

האם הוכחה הסכמה מדעת לצורך בדיקה גנטית לקשרי משפחה לעובר ?

19. עריכת בדיקה גנטית לקביעת קשרי משפחה מוסדרת בהוראות חוק מידע גנטי הקובע כי לא ניתן לבצע בדיקה גנטית אלא על פי חוק זה (סעי' 3 (א) לחוק). החוק מורה כי בדיקה גנטית לקביעת קשרי משפחה תעשה בהתאם למפורט בפרק ה' 1 לחוק. בנדון מבוקש כי הבדיקה תעשה במהלך ההיריון. לעניין זה מורה סעי' 28 ג לחוק, שכותרתו "בדיקת עובר", כי –

"בלי לגרוע מהוראות פרק זה, לא יורה בית משפט על עריכת בדיקה בעובר אלא לאחר ששקל את הצורך בעריכת הבדיקה עוד בתקופת ההיריון, והאישה הנושאת את העובר נתנה הסכמה מדעת לעריכת הבדיקה, לאחר שהוסברו לה הסיכונים שבעריכת הבדיקה, לה ולעובר; לא נתנה אישה כאמור את הסכמתה להיבדק, לא יחולו הוראות סעיף 28(ב)"

סעי' 28 ח (ב) לחוק מורה כי בית המשפט רשאי להסיק מסקנות מסירובו של אדם לבצע בדיקת רקמות, אלא שכאמור סעי' 28 ג לחוק מחריג ומבהיר כי סעי' זה לא יחול עת עסקינן בסירובה של אישה הנושאת עובר לביצוע בדיקה גנטית. לכאורה יש בהוראת סעי' זה למנוע בדיקה גנטית בעובר עת האישה הנושאת מסרבת לביצועה, אלא שבחינת תכליתו ומהותו של הסעיף הנזכר מלמדת כי עיקרה במניעת מעשה פולשני בגוף האישה ההרה במהלך הריונה. לא כן כבמקרה דנן, בו כבר קיימת דגימה באמצעותה ניתן לבצע בדיקה גנטית מבלי לסכן את האישה הנושאת או את העובר. בנדון דנן, למעשה המערערת כלל אינה צריכה להיבדק ובוודאי לא לעבור הליך פולשני בגופה, וספק רב אם אכן בנדון עסקינן ב"בדיקת עובר" כמשמעה בחוק



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

עמ"ש 16877-10-22 פלוני ואח' נ' אסותא ראשון בע"מ ואח'

שכן החומר הגנטי כבר מצוי ונלקח מהעובר ואנו נדרשים אך ורק לשאלה האם לבצע את הבדיקה עם החומרים הקיימים כבר בלאו הכי.

הפרשנות התכליתית אותה אנו מציעים לסע' 28 ג' לחוק מידע גנטי, פרשנות שאף נטענה על ידי ב"כ היועמ"ש במסגרת השלמת טיעונו בבית משפט קמא, עולה אף מתוך דברי ההסבר, המפתיעים זאת יש לומר, המופיעים בהצעת תיקון 6 לחוק (תיקון שאושר בוועדת המדע של הכנסת לקריאה שניה ושלישית ואולם חקיקתו טרם הושלמה עד כה). דברי ההסבר מתייחסים למעשה לתיקון טעות סופר (!) שנפלה, לכאורה, בסע' 28 ו (א) לחוק. סע' זה המתייחס לביצוע בדיקה ללא הסכמת הנבדק, קובע את התנאים לכך ובצד זה מחריג את סע' 28 ד לחוק מהאפשרות לצוות על בדיקה ללא הסכמה. זמן מה אחר חקיקת החוק הסתבר כי כוונת הסע' הייתה להחריג דווקא את סע' 28 ג' ולא את סע' 28 ד! וכלשון דברי ההסבר –

"מבדיקה של היסטוריית התיקון עלה כי הכוונה הייתה להפנות לסע' 28 ג, שעניינו בדיקה בעובר, בעודו ברחם אמו, כלומר שלא ניתן יהיה לחייב אשה הרה לבצע בדיקה פולשנית (דיקור מי שפיר), המסכנת את ההיריון, כדי לבצע בדיקה גנטית בעובר, בניגוד לרצונה. דבר זה מתיישב עם הרציונל המשתקף גם בהוראת סע' 28 ו (ג) המתיר ביצוע בדיקה בניגוד לרצונו של אדם רק בדרך של בדיקה חיצונית שאינה פולשנית" (ה.ש)

אכן אין גבול לטעויותיו של בן אנוש – גם אם הוא מחוקק. מכל מקום, דברי ההסבר להצעת התיקון לחוק נותנים תימוכין לסברה כי המחוקק סבר שהסכמת האישה הנושאת נדרשת אך ורק מקום בו ביצוע הבדיקה הוא פולשני ועלול להוות סיכון לה או לעובר וממילא לגרום לפגיעה משמעותית באוטונומיה שלה ובזכותה על גופה.

20. בנדון כאן, לקיחת מי השפיר ודגימתם הגנטית נעשתה על ידי בית החולים שיבא במסגרת הליך רפואי לו נדרש העובר, ולא נטען בשום שלב כי מי השפיר נלקחו שלא בהסכמה מדעת של המערערת וכי למעשה "הותקפה" בנטילתן. השאלה לה אנו נדרשים היא אך ורק האם במצב העכשווי בו מצוי החומר הנדרש לבדיקה



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

עמ"ש 16877-10-22 פלוני ואח' נ' אסותא ראשון בע"מ ואח'

לפנינו, ללא צורך בפעולה פולשנית נוספת, ניתן לעשות בו שימוש. על פניו ועל פי הפרשנות התכליתי שהבאנו מעלה, אין בהוראת סע' 28 ג' לחוק מידע גנטי למנוע זו.

בצד האמור יש לתת על הדעת כי הוראות חוק נוספות דורשות "הסכמה מדעת" של המטופל ויש לבחון הוראות אלו על מנת לבחון עד כמה רחבה אותה הסכמה נדרשת.

כך הוראת סע' 11 (א) לחוק מורה –

11. הסכמה מדעת
(א) לא תילקח דגימת DNA ולא תיערך בדיקה גנטית בלא קבלת הסכמה מדעת של הנבדק, והוראות פרק ד' לחוק זכויות החולה, יחולו בשינויים המחויבים.

בדומה פרק ד' בחוק זכויות החולה התשנ"ו – 1996 שכותרתו "הסכמה מדעת לטיפול רפואי" מדגיש בסע' 13 (א) כי –

"לא יינתן טיפול רפואי למטופל אלא אם כן נתן לכך המטופל הסכמה מדעת לפי הוראות פרק זה"

הוראת חוק זכויות החולה היא כללית והוראות חוק מידע גנטי הן ספציפיות ומתייחסות להליך של נטילת דגימת דנ"א. על פי הוראת סע' 11 (א) לחוק מידע גנטי הצורך בהסכמה מדעת חל הן על לקיחת הדגימה והן על עצם עריכת הבדיקה. לגבי לקיחת הדגימה, כבר ציינו מעלה כי אין כל ספק שזו נלקחה בהסכמה שכן אין כל טענה מצד המערערים כי דגימת מי השפיר עם החומר הגנטי נלקחה מהם על ידי בית החולים שיבא שלא בהסכמתם ונגד רצונם וכי רופאי שיבא "תקפו" את המערערת ללא הסכמתה להוצאת החומר, ברי כי הדבר נעשה בהסכמה ומתוך הבנה כי בדיקת מי השפיר נחוצה בשל [...] עניין זה עולה אף מתוך דו"ח מנהל מחלקת נשים וילדות בשיבא, פר' אייל סיוון מיום 14.9.22 (ראו מוצג מש/ 5). כפי שצוין מעלה, המערערת ביצעה את הליך מעקב ההיריון [...]

מעת שכך עלו שתי אפשרויות: או טעות בדגימת מי השפיר או טעות בהליך ה- IVF – וכאן מציין דו"ח שיבא כי –



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

עמ"ש 16877-10-22 פלוני ואח' נ' אסותא ראשון בע"מ ואח'

[...]

העולה מן האמור הוא אחד – ניתנה הסכמה מדעת לנטילת מי שפיר חוזרת לצורך ביצוע בדיקה גנטית חוזרת למערערים, על מנת לבחון אפשרות לקשר גנטי בינם לעובר. לפיכך אין כל מקום לטענת המערערים כי נטילת מי השפיר לצרכים גנטיים נעשתה שלא על דעתם ושלא בהסכמתם כנדרש בדין.

יתר על כן, הנסיבות העובדתיות המתוארות בדו"ח מש/5 עולה בקנה אחד עם הוראות חוזר מנהל הרפואה (חוזר 38/2010) מיום 1.12.10 העוסק בבדיקת עובר, ומכאן תימוכין לנסיבות ההליך המתואר בדו"ח ולקיומה של הסכמה כאמור, וזו לשון החוזר –

10.1" ההמלצה הרפואית היא שאין הצדקה לבצע בדיקה פולשנית בהיריון, כגון בדיקת מי שפיר או סיסי שליה, רק לצורך ביצוע בדיקה גנטית לקשרי משפחה(כלומר מטעמים שאינם רפואיים).

10.2 עם זאת, החוק מתיר לבית המשפט לאשר ביצוע בדיקה לעובר בעודו ברחם, אם שוכנע כי יש הצדקה לכך. (במקום להמתין להולדת התינוק), ואם שוכנע כי האישה ההרה הסכימה מדעת לעריכת הבדיקה הפולשנית במהלך ההיריון, לאחר שהוסברו לה הסיכונים, לעצמה ולעובר, מן הבדיקה(בנוסף לכל הסבר אחר שיש לתת לאישה בעניין בדיקה גנטית בכלל, ולקשרי משפחה בפרט).

...

10.4 חובת הרופא המצבע את דיקור מי השפיר או בדיקת סיסי השליה (או כל בדיקה נחוצה אחרת), לקבל את הסכמתה מדעת של האישה לביצוע הפעולה הרפואית האמורה, מראש וכמקובל, וזאת בנוסף להסכמתה לביצוע הבדיקה הגנטית- הן ביחס לעובר והן לגבי עצמה.

10.5 לפי חוק זה לא ניתן לחייב אישה הרה להיבדק בניגוד לרצונה (לצורך בדיקת העובר) לפי סעי' 28 ו לחוק, ואם ניתן צו כזה- הוא ניתן בחוסר סמכות ואין לו כל תוקף. על מתן צו כזה יש להודיע מיידית ליועץ המשפטי של בית החולים/ משרד הבריאות"



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

עמ"ש 16877-10-22 פלוני ואח' נ' אסותא ראשון בע"מ ואח'

הדו"ח הנזכר מתאר, אפוא, הליך הזהה לנדרש בדין ובהנחיות לרופא המטפל בחוזר מינהל הרפואה וכל עוד לא הובאו ראיות לסתור הדברים, יש להניח כי כך הם אכן התנהלו.

21. נותר לנו, אפוא, לבחון האם אותה הסכמה מדעת מספקת אף לצורך הבדיקה הנדרשת כעת. לסברתנו יש לענות על כך בחיוב. מעת שהבדיקה הגנטית בוצעה בהסכמה והתקבלו הנתונים הקשורים לצד המערערים ומעת שניתנה הסכמה מצד המשיבים לבצע את הבדיקה מצידם הרי שקיימת הסכמה כוללת לביצוע בדיקה גנטית ביחס לעובר. יתר על כן, הובהר בפסיקה כי חומר גנטי שנלקח בהסכמה לעניין מסוים ניתן יהא להשתמש בו אף לבדיקה גנטית לקשרי משפחה (כך, כדוגמה, הורה כב' הש' ש. שוחט בעניינו של מת אשר דגימה מרקמותיו נלקחה לצרכים רפואיים ולא גנטיים וראו רמ"ש (ת"א) 56956-01-20 ת.פ.נ. ד.נ.פ (2020)).

כך גם, יפים לנדון אף הקביעות שנקבעו בעניין עמ"ש (מחוזי חיפה) 13994-04-17 ד' נ' א' (2019) לפיו בנסיבות העניין אין להתעלם מראיה המצויה לפנינו גם אם התקבלה באופן פסול, וכאמור איננו סבורים שזהו המקרה בנדון -

"נוכח התוצאות המדויקות של הבדיקה הגנטית הרי שכוחה הראייתי מכריע, ואין עוד נפקא מינה לבסיס הראייתי שהונח ביסוד צו בית המשפט המתיר ביצוע וקבלת תוצאות אותה בדיקה. אוסיף בקצרה כי גם אם היינו מתייחסים לתוצאות הבדיקה הגנטית שבוצעה כראיה שנתקבלה באופן פסול, ולא כך הוא הדבר, הרי שדוקטרינת פירות העץ המורעל שנדונה בהקשר המשפט הפלילי ועוסקת בקבלת ראיה שהושגה שלא כדין ופסילת כל ההליכים שנערכו בעקבותיה, לא נתקבלה בשיטת משפטנו."

זאת ועוד, גם אם נקבל כי לעניין השימוש בחומר הגנטי המצוי בדגימות מי השפיר אין כל הסכמה מצד המערערים לביצוע הבדיקה, הרי שלעניין זה עומדת לפנינו ראשית דבר, הוראת סע' 28 ו לחוק מידע גנטי המאפשרת לבית המשפט להורות על בדיקה גנטית גם לנבדק המסרב לעשות זאת בתנאים מסוימים עליהם נעמוד להלן.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

עמ"ש 16877-10-22 פלוני ואח' נ' אסותא ראשון בע"מ ואח'

ואם כן מעת שהסכמת המשיבים לבדיקה ניתנה וככל שיש לראות בסירוב המערערים העדר הסכמה הנדרשת בחוק, הרי שבית המשפט רשאי כאמור להורות על הבדיקה אף ללא הסכמתם בתנאים המפורטים בסעי' 28 ו לחוק.

22. סעי' 28 ו לחוק מידע גנטי שכותרתו "בדיקה בלא הסכמת הנבדק" מורה -

- (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.

התנאים הנדרשים לביצוע בדיקה ללא הסכמת הנבדק בענייננו (ולענייננו הנבדק הוא או המערערת שמי השפיר נלקחו מגופה או העובר) הם, אפוא – א. סיכוי סביר כי המשיבים בעלי קשר גנטי לעובר ב. ניתנה לנבדק האפשרות להשמיע את התנגדותו.

בכל הקשור לתנאי השני הרי שניתנה למערערת ההזדמנות להשמיע את התנגדותה ובית המשפט אף קיים דיון פרונטלי ארוך בשמיעת טיעוניה באמצעות באי כוחה. ברי כי את העובר עצמו לא ניתן לשמוע וכי הטיעונים בענייננו הושמעו הן על ידי המערערת הנושאת אותו והן על ידי הטוענים לקשר גנטי אליו, ועל ידי ב"כ היועמה"ש האמון על הצגת נקודת המבט הציבורית אף בהקשר זה, וזאת בהינתן שבית משפט קמא, ככל הנראה בשל סברתו לדחיפות העניין ובהעדר בקשה שכזו מצד מי מהצדדים, טרם מינה לעובר אפוטרופוס למרות סמכותו לעשות כן מכוח סעי' 33 (א)(6) לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות. יתר על כן, על עמדתו של זה אשר מנוע מלהביעה אנו יכולים ללמוד מכללא מתוך בחינה חיצונית של טובתו הנחזית או רצונו המשוער (וראה לעניין זה בסוגיית בדיקת רקמות למת המנוע מטיבם של דברים לומר דעתו בפסק דיני בעניין תמש (כפר-סבא) 17340/05 - פלוני - קטין נ' עזבון פלוני זל ואח', (2006) וכן פסק הדין בעניין רמ"ש 56956-01-20 הנ"ל).



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

עמ"ש 16877-10-22 פלוני ואח' נ' אסותא ראשון בע"מ ואח'

23. באשר לתנאי הנוסף שעניינו בקיומו של סיכוי סביר לקיומו של קשר גנטי בין המשיבים לעובר הרי שלסברתנו גם ברף זה עמדו אסותא והמשיבים, ונבהיר הדברים -

בעניין בע"מ 5082/05 היועהמ"ש נ. פלוני (2005) התייחס בית המשפט לאומדנה והערכתה של ה"סבירות", מהו "סביר" הנדרש בחוק, ובלשונו -

"מושג הסבירות אינו נותן תשובה מתוכו הוא. הוא נזקק לערכים המתנגשים החיצוניים לו ולאזון ביניהם. איזון זה מחייב, מטבע הדברים, להתחשב בנסיבות העניין. סבירות אינה נבחנת בחלל ריק. היא תמיד פונקציה של הנסיבות (ע"א 5604/94 חמד ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 498, 507). השימוש בעקרון הסבירות מבטיח גמישות. האיזון בין השיקולים הרלוונטיים נעשה על פי המשקל של הערכים המתנגשים בנסיבות העניין. משקל זה נקבע על פי תפיסת החברה את חשיבותם היחסית של הערכים. "מיקומם של הערכים והאינטרסים ב'סקלה הלאומית' של הערכים והעקרונות משקפת את תפישותיה הבסיסיות של שיטת המשפט, ואת הקונצנזוס החברתי בחברה בזמן נתון" (בג"ץ 3901/96 הנ"ל, בעמ' 938). סבירות היא תהליך הערכת. היא איננה תהליך תיאורי. היא אינה נתחמת רק על-ידי היגיון דוקטיבי (בג"ץ 6163/92, בעמ' 264) " (הדגשה שלנו).

ובהקשר ישיר לדרישת "הסיכוי הסביר" בסע' 28 ו לחוק, מצאנו את דברי בית המשפט בעניין רמ"ש 15133-03-22 פלוני נ' אלמוני ואח' - (2022)

"בכל הנוגע לפן המשפטי, באשר לתנאי הוראת סעיף 128(א)(1) לחוק אשר דורשת שביהמ"ש ישוכנע כי יש "סיכוי סביר" לנכונות הטענות בדבר קשרי משפחה – מקובלת עליי עמדת ביהמ"ש קמא לפיה עמידה ברף זה אינה דורשת עמידה ברף של הטיית מאזן ההסתברויות וכי ניתן להסתפק ברמת הוכחה נמוכה מכך (ס' 18 להחלטה)" (ועוד ראו לעניין זה - תמ"ש (טבריה) 17467-09-10 נ'ב' נ' א'ח' ואח', (2012); רמ"ש (ת"א) 56956-01-20 ת'פ' נ' ר'נ'פ', (2020) ורבים אחרים).

בנדון צירוף הנסיבות העובדתיות ובכללן - העובדה שהעובר אינו נושא מטען גנטי של מי מהמעוררים, העובדה שלמעוררת ולמשיבה הוקפאו באותו יום מספר זהה



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

עמ"ש 16877-10-22 פלוני ואח' נ' אסותא ראשון בע"מ ואח'

של עוברים (שלושה) בשלב התפתחותי זהה (יום שלישי לאחר שאיבה), כאשר לא היו באותו יום מטופלות נוספות שלהן הוקפאו 3 עוברים בשלב התפתחותי זה, העובדה שאותו אמבריולוג ביצע את פעולת ההקפאה לעוברי המערערת והמשיבה 2, והעובדה שעוברי המערערת והמשיבה 2 אוחסנו בסמיכות במקרה ההקפאה מה שעשוי להעיד על סמיכות זמנים בטיפול - צבר נסיבות אלו מצטרף ויוצר את אותו "סיכוי סביר" לסברה כי קיים קשר גנטי בין המשיבים לעובר שהורתו באותה טעות קטסטרופלית שהביאה לבלבול בין העוברים. מעת שכך, קם ועולה הצורך בבדיקה הגנטית עליה הורה בית משפט קמא, וכפי שהראיתי, מתקיימים התנאים אף להורות על כך מכוח סעיף 128 לחוק מידע גנטי.

ודוק, העובדות הנזכרות מעלה אוששו בדיון שלפנינו אחר שהוספנו וחייבנו הצדדים בגילוי מספר מסמכים הנוגעים להליך שאיבת והקפאת העוברים (מוצגים עמ/4-1 וכן מש/4-1). ממוצגים אלו עולים באופן ברור העובדות המפורטות מעלה. ב"כ המערערים ניסתה לטעון כי הפעולות השונות לא בוצעו על אותו אמבריולוג ואולם מהתיעוד הנזכר עולה מפורשות כי הקפאת העוברים בוצעה באותו יום ([...]) ע"י האמבריולוג [...] שחתימתו מופיעה לצד מועד ההקפאה אצל שני הצדדים. (ראו מש/4 ומע/4). גם טענת ב"כ המערערים כי קיים שוני בין הקפאת 3 עוברי המערערים אשר נעשתה, או אמורה הייתה להיעשות בקשית אחת לבין הקפאת 3 עוברי המשיבים שנעשתה ב- 3 קשיות שונות אין בה להפריך את הסברה כי ההחלפה שנעשתה הם בין עוברי שני זוגות אלו כאשר האמבריולוג שגה והכניס את של המערערים ב- 3 קשיות ואת של המשיבים בקשית אחת. עוד אוסיף כי ד"ר חסון העיד לפנינו כי ישנו פער משמעותי מאוד בין מספר התאים הקיימים בהתאם לגיל העובר (ולדבריו ביום השלישי יש כ- 8 תאים ואילו ביום החמישי כ-100 תאים), ולכן הסבירות כי הטעות נעשתה ע"י האמבריולוג ביחס לעוברים בני אותו גיל, כפי שהיה אצל המערערת ואצל המשיבה, גבוה מהסבירות להחלפה אחרת.

24. במאמר מוסגר נאמר, אכן ראוי היה שמלוא התיעוד הרלבנטי של בדיקות הצוות הבודק יעמוד לפני הצדדים ולפני בית המשפט קמא, ולא שנבוא לידי מצב דברים בו אנו נדרשים למתן צווים לגילוי התיעוד ולו החלקי במהלך הדיון שלפנינו,



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

עמ"ש 16877-10-22 פלוני ואח' נ' אסותא ראשון בע"מ ואח'

ואולם כאשר השעה דוחקת והזמן אף הוא עושה את שלו. בנסיבות אלה, איננו מוצאים מקום לדקדק ולעכב ההליך עד שמלוא הראיות יוצגו בכתב. לצורכו של הליך זה די לנו בעדותו של ד"ר יוסף חסון, אשר כאמור אף נחקר על תצהירו גם לפנינו, והעולה מתוך המוצגים שהוצגו לפנינו ולצדדים, ומתוך שכך למדנו על הנסיבות האמורות, אשר, כאמור, לסברתנו עולות כדי העלאת "סיכוי סביר" לקיומו של קשר גנטי בין העובר למשיבים.

כעת אחר שעברנו את רף "ההסכמה מדעת" הנדרשת להליך הבדיקה הגנטית, יש להוסיף ולשאול האם ראוי לקיימה כעת, טרם הלידה ובשעה שעובר לפנינו, ולא להמתין לאחר הלידה.

קודם שנבוא ונעמוד על כלל הטעמים והאינטרסים התומכים בעצם ביצוע הבדיקה כעת, ראוי שנוסיף דברים בעניין זכותו ומעמדו של עובר.

העומד להיוולד כְּיָלֵד דְּמִי? למעמדו המשפטי של עובר

25. נשתברו קולמוסין ונשחקו מקלדות בסוגיית מעמדו המשפטי של העובר, אלא מעת שהזמן דוחק נביא רק עיקרם של דברים בגדר כפית מן החבית וגרגר מן ההר.

בסעיף 1 לחוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופוסות, התשכ"ב-1962 נקבע כי -

"כל אדם כשר לזכויות ולחובות מגמר-לידתו ועד מותו."

ומכאן אתה למד, לכאורה, כי אין לו למי שטרם נולד זכויות משפטיות כלכל אדם וכי אינו בעל כשרות משפטית, או אם תרצה לומר אין הוא "אישיות משפטית". בצד האמור, נקבע בסעיף 33 (א) (6) לחוק הכשרות המשפטית כי בית המשפט רשאי למנות אפוסטרופוס לעובר ומכאן שמוסמך בית המשפט לדאוג לְאִינְטֵרֶסֶשׁ של עובר אף קודם ללידתו, וממילא המחוקק רואה חשיבות בשמירת על זכויותיו העתידיות של העובר,



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

עמ"ש 16877-10-22 פלוני ואח' נ' אסותא ראשון בע"מ ואח'

זה שלכאורה חסר זכויות לעת עתה. החוק אינו מפרט את הנסיבות והשיקולים למינוי אפוטרופוס לעובר והדברים התפתחו בפסיקה גופה.

מכל מקום, כב' השופט שמגר בע"א 413/80 פלונית נ' פלוני, (1981), כבר העיר לעניין

זה –

"לפי סעיף 1 סיפא לחוק הכשרות אין לעובר כשרות לזכויות ולחובות, היינו, זכויותיו וחובותיו מתגבשות רק עם לידתו, אולם רק סביר הוא כי הצורך להגן על אינטרס, שיתגבש במועד כלשהו בעתיד, יכול שיתעורר עוד לפני כן. . ." (הדגשה שלנו; וראו עוד לעניין זה - ד"ר פנינה ליפשיץ אבירם, איזון עדין - מבט שני על זכויות עובר בר-חיות בדין הישראלי: בין זכויות האשה לזכויות העובר, שער שלישי פרק ה': זכויות העובר בחקיקה הישראלית, עמ' 84 ואילך; כמו כן ראו מאמרה של טובה שטרסברג כהן, מעמדו של העובר בדין הישראלי, רפואה ומשפט, גליון 28, 2003).

ברוח דברים אלו מצאנו את דבריו של כב' הש' ריבלין ע"א 754/05 לבנה לוי נ. מרכז

רפואי שנערי צדק (2007) בצטטו מתוך דבריו של המלומד י' אנגלרד את הדברים הבאים –

'פגיעות בעובר עצמו מעוררות את שאלת קיום האחריות הנזיקית לגביו. באשר לאדם שנולד – אמנם חי, אך ניזוק כתוצאה מפגיעה בו בהיותו עובר – השאלה המשפטית מושגית היא אם נתקיימו לגביו יסודות עוולת הרשלנות (קיום חובת הזהירות והפרתה). הדעה המקובלת היא, שגם בהנחה שאין לעובר אישיות משפטית אפשר להכיר בקיום היסודות הנזכרים ולהטיל אחריות על המזיק כלפי הנפגע לאחר לידתו של זה, דהיינו: עם רכישתו את הכשרות המשפטית. לעומת זאת, כאשר הפגיעה גורמת למותו של העובר לפני לידתו, אין להכיר באחריות כלפיו בנזיקין. סעיף 1 לחוק הכשרות המשפטית קובע במפורש, כי אין לעובר אישיות משפטית לפני גמר לידתו; ואילו במקרים המיוחדים שבהם מוכרות לעובר זכויות, התנאי הוא כי יולד חי [...]"(הדגשה במקור)

אכן בית המשפט העליון בעניין רע"א 1081/21 פלונית נ' שרותי בריאות כללית (2022)

הבהיר כי לא ניתן לתבוע בגין פגיעה באוטונומיה של עובר, עניין המשתלב בקביעת



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

עמ"ש 16877-10-22 פלוני ואח' נ' אסותא ראשון בע"מ ואח'

הדין כי לעובר אין זכויות משפטיות, ואולם אין בדבר לקבוע כי אין זה ראוי להגן על זכויות עתידיות שלו, כפי שהובהר בדברי כב' הש' שמגר וכב' הש' ריבלין דלעיל.

כדוגמה קטנה אך ממצה לכך שהמחוקק עצמו ראה לדאוג לאינטרס העובר אף שהוא חסר זכויות, נוכל להפנות להוראת חוק האנטומיה והפתולוגיה התשי"ג- 1953 המורה כי אין לנתח גוויה אלא בתנאים הקבועים בחוק ומכאן, לכאורה, שאם חלילה הלכה אישה הנושאת עובר לעולמה אינך רשאי לנתחה לצורך הוצאת העובר החי, אלא שכאן תיקן המחוקק את תיקונו בסע' 6ג' (תיקון משנת 1991) המורה –

”הוצאת יילוד מגופה של נפטרת כדי לאפשר לו חיים, לא יראו
בה ניתוח לעניין חוק זה”

והרי לנו שגם המחוקק עצמו מכיר בעקיפין בזכות החיים של עובר, על אף שאינו בגדר אישיות משפטית בעלת זכויות.

מעט מן הדין העברי

26. גישה המלמדת על כך שהעובר אומנם אינו נכנס לגדר "אדם" אך ראוי לשמירה ולהגנה על חייו ועל אינטרס עתידי הצפוי לו אנו מוצאים בדין העברי. סקירת המקורות השונים העוסקים במעמדו של העובר במשפט העברי מלמדת על קשת מורכבת של הכרעות, ועל תפיסות שונות ודין שונה המוחלים בנסיבות שונות, כמו גם על מחלוקות רבות בסוגיות בפסיקה לאורך הדורות, ואולם דומני כי קו מאחד בין כלל הדעות הוא כי גם אם העובר אינו בגדר "אדם" ועדיין אינו זכאי לזכויות משפטיות, בכל זאת הוא "דבר מה" "יצור חי" אשר ראוי להגן על אינטרס שלו, למצער זכות החיים, זכות זו אומנם תדחה מפני זכות החיים של אדם (כגון אמו הנושאת אותו, שאם הוא מסכנה יש להורגו – רמב"ם הלכות רוצח, א, ט). בשל דוחק הזמן לא נביא וננתח את עמדות הפוסקים השונים ונסתפק בהבאת סיכומיהם של מלומדים אחדים את הדין העברי, דומה כי סיכומים אלו דוברים בקול אחד – לא באדם בעל זכויות עסקינות אך בגוף חי שראוי ואף חובה להגן על אינטרסים כאלה ואחרים - כך מצאנו את סיכומו של ד"ר מרדכי הלפרין רפואה ומשפט, גליון מס' 27, נובמבר 2002, בפרק "המשפט העברי":



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

עמ"ש 16877-10-22 פלוני ואח' נ' אסותא ראשון בע"מ ואח'

"המשפט העברי מקבל את העובדה הביולוגית שעובר הוא יצור חי. לבו של העובר פועם כבר בתחילת השבוע הרביעי מההפריה. האורגנוגנזיס (שלב יצירת האברים) מסתיים, מבחינה חיצונית, בסוף השבוע השישי אחרי ההפרייה [...] משיקולים ביולוגיים לא ניתן למצוא קו ברור המפריד בין עובר שיוגדר כחי לבין כזה שלא יוגדר כחי. הקו המוחלט היחיד הוא רגע ההפריה. אחרי רגע זה – העובר הינו גוף חי מבחינת מדעי החיים."

ובסיכומו של המלומד אליקים גציל אלינסון "העובר בהלכה" סיני סו (1970) המדגים היבטים שונים של מעמד העובר -

"הוולד טרם יולד אין לו סטאטוס של בן-אדם בנוגע לרוב משפטי התורה. כבר הניחו חכמי המשנה, כל מקום שנאמר בתורה "אדם" אין העובר בכלל, כל שכן שאין העובר נכלל במונח "איש". בפרק הבא נבאר שגם במונח "נפש" - לדיני נפשות - אין העובר בכלל. כללו של דבר, ההלכה אינה מכירה בוולד במעי אמו בתור אישיות [...] מ"מ סטאטוס מסויים כבר קיים לעובר, ואסור לאבד אותו" (שם, א, א; והשוו לעניין האם עובר נחשב נפש אדם: צבי א' טל "אין דוחין נפש מפני נפש בהלכה היהודית" עלי משפט ב 21, 22 (תשס"ב)).

אף כב' הש' י. בזק במאמרו "מעמדו המשפטי של העובר בהלכה היהודית ובמשפט הישראלי" (סיני קטו, תשנה; אתר דעת), מגיע למסקנה דומה בכל הקשור להלכה העברית –

"המסקנה המתבקשת מכל האמור לעיל היא כי העובר הוא יצור ביניים. הוא איננו "חתיכת בשר" גרידא, אך גם איננו "אדם". התשובה לשאלה האם העובר הוא בחינת "אדם" או לא, תלויה אפוא בנסיבות המקרה. כך, למשל, כאשר העובר במעי אמו המשקה ללדת ומסכן את חייה, הרי ביחס אליה הוא אינו נחשב "אדם", ומותר וחובה לחותכו ... כדי להציל את נפש אמו. ואולם אם מתה האם, מותר לחתוך את כרסה כדי להציל את העובר (אם מגלה הוא סימני חיים), ואפילו בשבת, שכן "פיקוח נפש דוחה שבת" העובר בנסיבות אלה, כבר נחשב "נפש" ומצווה וחובה להצילו ואפילו כאשר הדבר כרוך בחילול שבת "



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

עמ"ש 16877-10-22 פלוני ואח' נ' אסותא ראשון בע"מ ואח'

והנה גם הדין העברי סבור כי בתנאים מסוימים זכאי אף העובר לשמירה על זכויות עתידיות יגיעו לו מעת שייוולד ואינך יכול, ולו מן הפן האתי מוסרי, להשתיק את הטוען לדאגה לאינטרס אותו עובר שטרם יצא לעולם. אם נרצה לקבל את ההיבט הפילוסופי של הדברים, הרי שיפה לעניין זה תהייתו של פר' ישעיהו ליבוביץ -

"מה נשתנה עובר מיילוד? האם בגלל תזוזת גולגלתו עשרה עד 15 סנטימטר קדימה דרך צוואר-הרחם, הפך מה שהיה אובייקט ביולוגי גרידא לאישיות במובנם של החוק והמוסר?"

וכן -

"לעובר חסרה תודעת הקיום העצמי - אבל היא חסרה גם ליילוד ולתינוק. האם משום כך נשלים גם עם המתת יילוד או תינוק לא-רצוי, כאשר עשו זאת כמה מעמי-התרבות העתיקים?" (ישעיהו ליבוביץ, הרפואה וערכי החיים) www.leibowitz.co.il

מעת שמצאנו את הדבר המתבקש והמתיישב על הלב כי אינטרס העובר, גם אם הוא עדיין ככזה חסר זכויות, ראוי ומחויב להגנה, נבחן האם בחינת האינטרסים של כלל הצדדים בנדון דנן יש בה להצדיק בדיקה גנטית לבחינת קשרי משפחה בין המשיבים לעובר כבר עתה.

האם יש להורות על בדיקה גנטית לקשרי משפחה כבר בעת ההיריון קודם הלידה?

27. לסברתנו יש להשיב על שאלה זו בחיוב. מעת שקבענו כי קיים סיכוי סביר לקשר גנטי בין המשיבים לעובר, עולה מאליה זכותם לבירורו של קשר זה. יתר על כן, זכותם לעמוד על בירורו של קשר זה לאלתר, וככל שימצא קשר גנטי שכזה אפשר שתעמוד להם זכות אף לקבל מידע רפואי בעניינו, דבר הנמנע מהם בשלב זה. לעניין זה חשיבות רבה בנדון עת עסקינן בעובר הסובל או למצער סבל מבעיות רפואיות, עניין זה עולה בבירור מתוך דו"ח שיבא הנ"ל (מוצג מש/5). כאמור, ע"פ המתואר בדו"ח נמצא והובהר למערערים על ידי הצוות בבית החולים כי -

[...]



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

עמ"ש 16877-10-22 פלוני ואח' נ' אסותא ראשון בע"מ ואח'

במילים אחרות, אפשר גם אפשר כי בשל מצבו הרפואי של העובר הוא ידרש לטיפול רפואי נוסף מיד עם היוולדו דבר שידרוש קבלת החלטות מהגורם המוסמך שיקבע, ואפשר אף שלמידע הגנטי תהא חשיבות לצורך קבלתן של החלטות אלו (וכך אף העיד לפנינו ד"ר חסון).

ראוי, כי בשלב זה טרם שבאה הכרעה משפטית באשר לזהות הוריו של העובר, כי זה שיש לו קשר גנטי אליו ידע למצער מה הוא מצבו הרפואי לאשורו. הסוגיה הרפואית אפשר ותמשיך להעסיק את הצדדים בעתיד קודם ללידתו ואף אחר לידתו, ומכאן שאינטרס המשיבים בבירור הקשר הגנטי בין העובר אליהם באופן מיידי, ברור אפוא.

28. גם אינטרס העובר ברור. בהמשך לפרק הנורמטיבי בעניין מעמדו של העובר אותו פרטנו לעיל, הרי שברי כי כל יציר אנוש זכאי לדעת מניין בא, וכפי שכונה הדבר על ידי כב' הש' חשין - זכאי הוא להתוודע "לקול הדם" הנזעק מעצם ישותו (דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי נ' פלונית (1995); בע"מ 377/05 פלוני נ. פלוני (2005); ע"א 3077/90 פלונית נ' פלוני, (1995)), וכפי דבריו של כב' הש' עמית בעניין בע"מ 4486/13 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה - (2013)

"השיקול של 'קול הדם' או 'קול הטבע' או 'הקשר היחסי' (גנאולוגי) הוא שיקול נכבד משל עצמו בין שיקולי טובת הקטין במובן הרחב, בהיותו "העורק הראשי המזרים את הדם לנימי חייו של הילד, הוא שנותן לו את רגש השייכות והביטחון הקיומי"

כאמור, אפשר כי ימצא ויקבע בסופו של יום כי המערערת, נושאת העובר ובע"ה יולדתו בבריאות טובה לה ולעובר, היא ההורה לעובר, ואולם גם ככל שכך יקבע עדיין עומדת זכותו של העובר והאינטרס הברור שלו לדעת את מקורותיו הגנטיים, הן מטעמים גשמיים – בריאות ורפואה, הן מטעמים דתיים ואתיים – מניעת נישואי קרובים, והן מטעמים שבנפש וברוח – עצם הידיעה מנין בא, וכלשונו של כב' הש' חשין בעניין בעמ 5082-05 - היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני - (2005)



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

עמ"ש 16877-10-22 פלוני ואח' נ' אסותא ראשון בע"מ ואח'

"לא עשב-למירמס הוא האדם. לכל אדם אם ואב, וזכות של-ראשית קנויה לו, זכות מן הטבע, שיידע מנין בא - והיא כבודו".

ושוב – גם אם ואב לו לאדם עליהם יורה המשפט היורדי, עדיין עומדת זכותו לדעת מניין בא מצד משפט הטבע, שאם לא כן דומה כי תמיד יהלך בתהייה.

ומדוע כבר עתה, מדוע שלא נמתין אחר היוולדו של העובר? בנדון כמה טעמים לכך - האחד, זכותו של העובר כי כבר מעת צאתו לעולם ידע מי הוריו או למצער למי שייך "קול הדם" הקורא לו. ידיעת מוצאו הגנטי של העובר כבר עתה תסייע במיסוד ההורות לכאן או לכאן בהקדם ומיד בסמוך לאחר הלידה. לחשיבותו של עניין זה נביא מדבריהן של המלומדות רות זפרן, נוי נעמן ואיילת בלכר פליגר במאמרן הוריות מושתת זוגיות – בין מהות למיסוד, עיוני משפט מו' 2, עמ' 20 –

"כאשר מדובר בלידה של ילד, תיזמון המיסוד הוא קריטי מבחינת המשפט, לידה של ילד צריכה להנביע גם לידה מיידית של הורה, האדם שאחראי כלפי הילד וחייב כלפיו בכל החובות ההוריות. מיסוד ההורות בסמוך ללידה הוא הכרחי בראש ובראשונה לשם הגנה על האינטרסים של הילדים. אולם גם הגנה על האינטרסים של ההורים ועל מערכת היחסים המשפחתית מחייבות את מיסוד ההורות בסמוך ללידה"

אומנם טרם באנו לשלב מיסוד ההורות ואולם ראוי שיהיו לפנינו כל הכלים בהקדם על מנת שנוכל למסדה בבוא העת מוקדם ככל האפשר.

כך גם, וכפי שרמזנו לעיל, לא ניתן להתעלם בנדון ממצבו הרפואי של העובר, מצב זה אפשר שידרוש מידע גנטי הקשור בו ובהוריו הגנטיים. כפי שהראנו אפשר כי התערבות רפואית בעניינו של העובר תידרש אף אחר היוולדו, ואפשר כי לפן הגנטי תהא השלכה על התערבות זו. טובתו של העובר שעניינו הרפואי יבחן כדבעי תוך קבלת מידע גנטי שלם עליו ועל הוריו הגנטיים וזאת בהקדם האפשרי.

29. לאינטרס המשיבים ואינטרס העובר מצטרף בעניין החריג והנדיר שלפנינו אף אינטרס הציבור. עיניהן של זוגות נוספים נשואות לתוצאות הבדיקה הגנטית, זוגות



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

עמ"ש 16877-10-22 פלוני ואח' נ' אסותא ראשון בע"מ ואח'

שהחלו בטיפול הפריה חוץ גופית אצל אסותא אך אלו נעצרו בשל האירוע הנדון. יש להניח כי אלו אינם יודעים את נפשם בשל מעשה ההחלפה. לא זו בלבד שחלומם לפרי בטן מתעכב לתקופה בלתי ידועה, הרי שחוששים הם שמא אף אותה טעות נוגעת לעובריהם שלהם. האינטרס הציבורי הוא להתיר במהירות האפשרית את ספקותיהם של אלו והדרך לכך היא ביצוע בדיקה גנטית לקשרי משפחה לאלתר.

סוף דבר

30. מכלל האמור, לו תשמע דעתי הערעור ידחה, ותבוצע בדיקה גנטית לבדיקת קשרי משפחה לאלתר בדרך בה הורה בית משפט קמא.

בנסיבותיו של העניין לא יעשה צו להוצאות.

השופט אבי גורמן:

1. אני מסכים לאמור בחוות דעתו המקיפה של חברי כבוד השופט צ' ויצמן. בתמצית אומר כי הוכח שיש לכל הפחות סיכוי סביר כי המשיבים 2 ו-3 הם הוריו הביולוגיים של העובר. למערערת ניתן יומה בבית המשפט להשמיע את טענותיה ואת התנגדותה לבדיקה. בנסיבות אלה ובעיקר לנוכח ההצדקות עליהן אעמוד בקצרה בהמשך, מתקיימים התנאים הקבועים בסעיף 128 לחוק מידע גנטי ובית המשפט קמא היה מוסמך להורות על ביצוע הבדיקה, אשר בנסיבות דנן אינה כרוכה בפעולה רפואית פולשנית נוספת כלפי המערערת.

2. אני סבור כי הוצגו הצדקות כבדות משקל המצדיקות ביצוע הבדיקה מוקדם ומהר ככל הניתן: טובת העובר בגילוי הוריו הגנטיים מוקדם ככל הניתן - הן מטעמים רפואיים גופניים והן מטעמים הכרוכים בנימי נפשו של אדם החפץ בהכרת שורשיו



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

עמ"ש 16877-10-22 פלוני ואח' נ' אסותא ראשון בע"מ ואח'

הטבעיים; האינטרסים הלגיטימיים של המשיבים 2 ו-3 - לברר האם אמנם כטענת אסותא ומשרד הבריאות, הם הוריו הגנטיים של העובר, ואם כן - לבחור כיצד לפעול ולעשות כן בהקדם; והן האינטרס הציבורי - לפתור את מצוקתם של הזוגות שטיפולי הפוריות שלהם מעוכבים, ואף האינטרס של הציבור הרחב יותר - למצות את הליך הבדיקה כדי להגיע למסקנות הנדרשות ולוודא כי טעויות חמורות מהסוג שאירע אינן נשנות.

מדובר בהצדקות כבדות משקל, התומכות בהותרת פסק דינו של בית משפט קמא על כנו.

3. אל מול טענות כבדות משקל אלה ומבלי חלילה להקל ראש במצוקה הקשה ומדאיבת הלב אליה נקלעו, לא עלה בידי המערערים להציג נימוקים כבדי משקל די הצורך, מדוע יש להמתין עם עריכת הבדיקה הגנטית עד לאחר הלידה, מועד בו ציינו בדיון לפנינו כי לא יתנגדו לעריכת הבדיקות (עמ' 21 לפרוטוקול ש' 2 - 4). אכן, נראה כי טוב היה אם מסמכים שהורנו להציג במהלך הדיון בערעור היו מוצגים קודם לכן (והצדדים חלוקים בשל מי לא נעשה כן כבר בבית משפט קמא), אולם משהוצגו מסמכים אלה ונשמעו הסבריו של ד"ר חסון, הוכח די הצורך קיומו של סיכוי סביר לקשר גנטי בין משיבים 2 ו-3 לעובר. לפיכך ומהטעמים שהוצגו לעיל, יש מקום להורות על ביצוע הבדיקה בהקדם – כפי שקבע בית משפט קמא.

מטעמים אלה ואחרים וכפי שפורטו בהרחבה ובהעמקה בחוות דעתו של כבוד השופט צ' ויצמן, אני סבור כי דין הערעור להידחות.

השופטת צבייה גרדשטיין 99 פקין

1. אני מסכימה ומצטרפת לניתוח המשפטי המפורט של חברי השופט צבי ויצמן.
2. מסגרת הדיון, נכון להיום, מצומצמת היא. האם יש להורות על ביצוע בדיקה היכולה לאמת זהותם הגנטית של הורי העובר.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

עמ"ש 16877-10-22 פלוני ואח' נ' אסותא ראשון בע"מ ואח'

3. ברי כי העובר בבטנה של המערערת אינו קשור אליה גנטית. העובר הוחזר לבטנה במסגרת הפריה חוץ גופית שבוצעה על-ידי אסותא. הונחו לפנינו ראיות: תצהיר ועדות של ד"ר חסון כמו גם מסמכים נוספים שהוגשו במסגרת ההליך כאן, לפיהם קיים סיכוי סביר שבמסגרת שלב ההקפאה שבוצע על ידי האמבריוולוג יבגני ביום 21.7.21 ארעה הטעות.

ד"ר חסון הסביר כי במיפוי שנערך על-ידי צוות שכלל גם מומחים רפואיים, גם גורמים ממשרד הבריאות וגם אישים נוספים נבחנו האפשרויות שהובילו לטעות. בשלב הנוכחי, באותו מועד רק הבדיקות של המערערת המשיבה 2 היו בני אותו גיל התפתחות:

"נקודת הכשל כמו שאנחנו מצאנו במיפוי היא ביום ההקפאה 21/7/21. הסיבה היא שבאותו יום רק שתי המטופלות הללו עברו הקפאה של שלושה עוברים שגילם ההתפתחותי הוא יום שלוש על ידי אותו אמבריוולוג ששמו [...] שחתום גם במע/4 של המערערים וגם במ/4 של המשיבים" (עמ' 22 לפרוטוקול שורות 33-31)

וכן העיד ד"ר חסון בחקירתו -

"ש. אתם סוברים שהטעות נעשתה בעת ההחזרה לקשית? ת. בעת הטעינה של הקשית דבר שנעשה באותו יום על ידי אותו אמבריוולוג. אותו אמבריוולוג עשה באותו יום עוד הקפאות בודדות אחת או שתיים אבל לעוברים בדרגות שונות. לכן הסיכוי שהוא יכתוב עובר יום שלוש שבמיקרוסקופ הוא רואה עוברים בגודל שונה, הוא נמוך יותר. החשד של הצוות גבוהה כי אלה שתי הנשים היחידות שבאותו יום הקפואו 3 עוברים ביום 3. אם זה יהיה יום חמש לדוגמא זה יהיה מופע מורפולוגי שונה של כמאה תאים לעומת 6-8 תאים ביום שלוש. הסבירות שאדם יקפא ביום 5 היא בלתי אפשרית. לכן המיפוי שלנו הוא שזו טעות סבירה יחסית" (עמ' 23 לפרוטוקול שורות 19-12).

. נוכח כלל האמור, הרי שמתמלאים התנאים הנדרשים לביצוע בדיקה ללא הסכמת המערערת – לאחר שנשמעו טענותיה, ובהרחבה. כמו גם שוכנענו כי יש



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

עמ"ש 16877-10-22 פלוני ואח' נ' אסותא ראשון בע"מ ואח'

סיכוי סביר, בהתאם לרף הנדרש בפסיקה, לנכונות טענת אסותא כמו גם טענת המשיבים לקשר גנטי בין המשיבים לבין העובר.

4. מעבר למסכת העובדתית הלכאורית המלמדת על הצורך בבדיקה, ובמהירות, הרי שגם מבחינת האינטרסים הרלבנטיים נלמד הצורך לבצע הבדיקה. הן האינטרס הציבורי – זוגות שתהליך ההפריה ועמה גם הזכות שלהם להורות 'הוקפאה'; החשש הקיים לזוגות שעברו תהליך של הפריה חוץ גופית בכלל ובמרכז אסותא בפרט; האינטרס של המשיבים – לוודא כי העובר בבטנה של המערערת – יש לו קשר גנטי אליהם; ובעיקר טובת העובר – זכות היסוד של העובר לדעת "מי אביו, מי אמו, מניין בא.." (ע"א 3077/90 פלונית נ' פלוני, פ"ד מט (2) 378); "קשר הדם" או "קשר המשפחה" כמו גם עקרון חקר האמת, שזוהה לטובת העובר ומצטרף אליו.

5. ודוקו: חסימת האפשרות לבצע בדיקה ולקבוע קשרי משפחה ביולוגיים בין המשיבים לבין העובר, כמוה כחסימת דרכם העתידית לטעון להורות על העובר. בוודאי שלא ניתן לאפשר מצב בו עוד בטרם החל הבירור העובדתי והמשפטי הנוגע להורות. הרי לא נחסום דרכו של מי שבסופו של יום יקבע כי יש לו קשר גנטי לעובר מלטעון להורות כבר בשלב זה, כאשר סוגיה נכבדה זו טרם הוכרעה בפסיקה.

6. עוד יש לציין כי אין כל חשש מפגיעה פיסית כזו או אחרת במערערת - שהרי הבדיקה הפולשנית, דגימת מי שפיר, כבר נערכה, בעבר, פעמיים. כיום נותר להשוות תוצאות בדיקת מי השפיר אל מול בדיקה של המשיבים, למצוא תאימות גנטית. עוד חשוב לציין כי אין כל חשש כזה או אחר למזרות, ועל כן אין מניעה הנוגעת לטובת העובר לביצוע הבדיקה הגנטית.

הוחלט כאמור בפסק דינו של כב' הש' צ. ויצמן.

פסק הדין ניתן לפרסום ללא שמות הצדדים וללא פרטים נוספים הנוגעים לזהותם של הצדדים ולענייניו הרפואיים של העובר אותם מצאנו לחסות.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

עמ"ש 16877-10-22 פלוני ואח' נ' אסותא ראשון בע"מ ואח'

ניתן היום, כ"ד תשרי תשפ"ג, 19 אוקטובר 2022, בהעדר הצדדים.

שופטת צבייה גרדשטיין פפקין

שופט:

צבייה גרדשטיין פפקין, שופטת

אבי גורמן, שופט

צבי ויצמן, אב"ד