



## בית משפט לענייני משפחה באילת

תמ"ש 55339-12-19 ש. נ' פ.

**לפני כב' סגן הנשיא, השופט מרדכי (מוטי) לוי**

**תובע**

**א. ש.**

באמצעות ב"כ עו"ד דמיטרי פולין

**נגד**

**נתבעת**

**י. פ.**

באמצעות ב"כ עו"ד רדיאן נגר

### פסק דין

לפני תביעה אשר הוגשה על פי חוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים) התשנ"א -1991 (להלן- **החוק**) בה נקט התובע בעניינו של הקטין א. מ. פ. (להלן-**הקטין**).

### עיקר טענות התובע:

1. הצדדים ניהלו מערכת זוגית משנת 2012 אשר במהלכה נכנסה המשיבה להריון. או אז עברו הצדדים להתגורר יחדיו תחילה בדירה שכורה ואחר כך בבית הוריו של התובע.

ביום 12.03.2014 נולד הקטין מושא התובענה. הואיל והצדדים לא היו רשומים כנשואים נרשם הקטין במרשם התושבים **"לפי הצהרת האם: 'א.מ.פ.'; דהיינו שמו של התובע, שם נוסף ושם משפחתה של האם."** (סעיף 3 לכתב התביעה).

**"פרט גורלי"** זה של אופן הרישום לא היה ידוע לתובע והוא נחשף לו רק ביום 01.06.19. (שם).

על פי כתב התביעה, התובע הוא זה שגידל בפועל את הקטין, הוא הפסיק לעבוד וישב בבית ו**"הקדיש את חייו לגידול הבן ודאגה לצרכיו"** (סעיף 6 לכתב התביעה). כך, בשנת 2018 נעדרה האם 4 חודשים והתובע טיפל בקטין.

התובע **"התחנן"** לפני האם להגביר מעורבותה בחיי הקטין והצדדים פתחו **"פרק ב'".** הם התחתנו ביום 10.03.18, אך המשיכו להתגורר בנפרד, הקטין נותר אצל התובע והאם הגבירה מעורבותה (סעיפים 10, 11 לכתב התביעה).

בחודש 01/2019 שכרו התובע והאם דירה ועברו להתגורר יחדיו. תקופה זו הייתה תקופת הסתגלות קשה עבור הקטין. עד אז שהה עמו הקטין 24 שעות ביממה ועתה הוא יצא לעבודה



## בית משפט לענייני משפחה באילת

תמ"ש 55339-12-19 ש. נ' פ.

והקטין "...לא היה רגיל לאמו, התקשה לקבל את סמכותה – וזו מצדה לא ידעה לטפל בילד ולדאוג לצרכיו הבסיסיים, הן גופניים והן נפשיים" (סעיף 12 לכתב התביעה) ..

הקטין "חש נבגד" על ידי האב שיצא לעבוד. כך, הקטין שיתף את התובע שחוזה אלימות פיסית מצד האם "...הוא מספר לאביו מכות בטוסיק ובידיים, דחיפות, צעקות, השפלות" (סעיף 15 לכתב התביעה).

חלה התדרדרות במצבו של הקטין עד שהתובע הציע לאם שכר על מנת שתטפל בקטין. זו הסכימה, אך בפועל לא שינתה מהתנהלותה.

ביום 23.04.19 עזבה האם עם הקטין ועברה להתגורר בבית אמה וסירבה להיות עמו בקשר.

ביום 01.06.19 נאותה האם לאפשר מפגש בין הקטין לתובע אשר בסיומו סירב הקטין להתנתק מעל התובע, האם הזמינה משטרה "בטענה שחטפו לה את הילד" על ידי אדם זר אולם הקטין זיהה לפני השוטרים את התובע כ – "אבא שלי". האם הציגה לשוטרים את תעודת הלידה, או אז גילה התובע את אותו "פרט גורלי" של אופן רישום הקטין (סעיף 18 לכתב התביעה).

התובע פנה לשירותי הרווחה ובעקבות בדיקת רשויות הרווחה ולאחר שיחת אזהרה "האם הועמדה לדין בגין אי מילוי חובותיה כלפי הקטין" (סעיף 21 לכתב התביעה).

התובע פנה לבית המשפט בבקשה לקיים הסדרי שהייה "...אך נדחה מאחר ולא רשום כאב בתעודת הלידה... לשם הוכחת אבהותו מופנים הצדדים [ל]בדיקת DNA" (סעיף 22 לכתב התביעה).

האם לא התייצבה לדיונים והתובע החל לחפש את האם והקטין "והנה לתדהמתו למד כי הם עזבו את אוקראינה ועברו לחו"ל" בסיוע חוקר פרטי גילו שעברו לישראל (סעיף 23 לכתב התביעה).

לאחר התיאור האמור עתר האב, מכוח החוק להורות על השבתו לאוקראינה "בדחיפות מירבית" (סעיף 33 לכתב התביעה).

### עיקר טענות האם:

2. האם דחתה את זכותו של התובע להגיש התובענה על פי החוק שכן אין לו "כל מעמד להגיש בקשה מסוג זה וכי כתוצאה מכך צריך בית המשפט הנכבד לדחות התביעה" (פרק מבוא). האם דחתה את כל התיאור בכתב התביעה שהקטין התגורר אצל התובע והוא דאג לכל



## בית משפט לענייני משפחה באילת

תמ"ש 55339-12-19 ש. נ' פ.

מחסורו. האם טענה שמשך 3 שנים, תקופת חופשת לידה באוקראינה, היא זו שגידלה את הקטין. האם דחתה את טענות התובע שהציע שכר לאם שהרי לעת ההיא כלל לא עבד.

האם טענה שהתובע לא עבד לא בשל צורך בגידול הקטין, שהיה עמה כל הזמן מאז לידתו אלא משום שמשפחתו של התובע דאגה לממן אותו והעניקה לו דמי מחיה.

כך, הדגישה האם שמאז שהקטין נולד הוא גר עמה לבד מתקופה קצרה בתחילת שנת 2019 ועד אפריל 2019 שהצדדים התגוררו תחת קורת גג אחת בניסיון לא מוצלח לבנות את חייהם מחדש. **"ניסיון זה הסתיים בחודש אפריל 2019 כשהתובע זרק את הנתבעת מבית המשפחה השכור היכן שהצדדים היו יחדיו עם הקטין"** (פרק מבוא).

רישומו של הקטין באופן בו נרשם היה ידוע לתובע. כך, על פי הקודקס האוקראיני, ילד שנולד כשהוריו לא נשואים יכול להירשם על שם אביו **"לפי הצהרה משוטפת"** (כך במקור, מ.ל.) של ההורים של הילד או בהתאם לפסק דין של בית המשפט. הצהרה חד צדדית של האם בעניין שמו של האב לא יוצרת אבהות כלפי הילד. **"הטענה של התובע כי הוא האב של הקטין לא מבוססת על הוראה חוקית או החלטה שיפוטית"** (פרק מבוא).

הלכה למעשה, האם היא זו שעבדה **"והחזיקה את המשפחה כספית, התובע לא מצא לנכון לעבוד חוץ מתקופה מאוד קצרה"** (פרק מבוא).

האם התייחסה לטענת האלימות שהעלה התובע ושללה אותה. האם טענה שלו היה ממש בטענותיו היה קורא למשטרה ולעובדים סוציאליים, אלא שהתלונה שהוגשה לעניין אלימות, לכאורה, שתרגומה לא צורף על ידי התובע, לא בכדי כך, שכן שהאם **"...לא נמצאה אשמה בביצוע עבירה מנהלית כלשהי"** (האם צירפה תרגום לעברית של ההחלטה) (סעיף 21 לכתב התשובה).

לגבי הטענה שהקטין לא רצה לחזור לאמו בחודש יוני 2016 טענה האם שהתובע ביקש לקחת בכוח את הקטין לביתו, בניגוד לרצון האם והקטין, או אז קראה למשטרה.

האם לא הייתה מודעת כלל לקיום תובענה לבדיקת אבהות **"... אם קיימת בכלל"**. **"במסמכים שהוגשו על ידי התובע בעניין לא מופיע כל הוראה לביצוע בדיקת רקמות (DNA) ושוב תטען הנתבעת כי היא חוששת מאמיתיות של המסמכים הללו"** (סעיף 22 לכתב התשובה).

כאמור, התובע היה מודע לכוונתה של האם לעבור להתגורר בישראל והיא **"... עברה למדינה אחרת יחד עם בנה כדי לחפש מקום טוב יותר לבנה ולעצמה"** (סעיף 23 לכתב התשובה).



## בית משפט לענייני משפחה באילת

תמ"ש 55339-12-19 ש. נ' פ.

משכך היא לא חטפה את הילד, ועזבה את אוקראינה כאם חד הורית. נציגי ישראל באוקראינה לא ביקשו את הסכמת הנתבע משעה שאינו רשום כלל כאביו (סעיף 24 לכתב התשובה).

".... בכל תקופת ההיכרות והקשר שלהם הצדדים לא הקימו בית אמיתי ולא היו תחת קורת גג אחת למעט תקופה קצרה של ארבעה חודשים מתחילת שנת 2019 ועד חודש אפריל 2019, המועד בו הנתבעת נזרקה מבית המשפחה" (סעיף 30 לכתב התשובה).

התביעה אינה עומדת בתנאי סעיף 3 לתוספת לחוק. על פי חוות דעת של עו"ד אוקראיני שצורפה לכתב ההגנה "לא קיים קשר לאבהות בין התובע לבין הקטין וכתוצאה מכך לא קיימת משמורת של כל סוג שהוא של התובע כלפי הקטין. לא קיימת כל זכות או חובה של הורה התובע כלפי הקטין". לא יכולה להיות חטיפה "... מבן אדם שאין לא (כך במקור – מ.ל.) כל זכות של הורה וכל זכות משמורת על הילד. לתובע בתיק זה אין כל מעמד בתובענה לפי האמנה והחוק: התהליך הנוכחי אינו יכול להיות תהליך של תביעת אבהות או משמורת או כל תביעה אחרת שבא להצהיר על אבהות או זכות הורה או זכות משמורת".

"עקב סיבה זו אנחנו מתנגדים למתן צו לבדיקת רקמות – בזמנים הרלוונטיים לעזיבתה של הנתבעת ושל הקטין מדינה אוקראינה לתובע לא היה כל זכות הורה או משמורת על הילד כך שעזיבתם של הנתבעת והילד הוא דבר לגמרה (כך במקור מ.ל., צ"ל לגמרי) לגיטימי וכתוצאה על כך אין חטיפה, אין מקום לתובענה להחזר של ילד חטוף" (סעיפים 33-36 לכתב התשובה).

זה המקום להדגיש שלכתב התשובה צרפה האם חוות דעת של לשכת עורכי הדין של מחוז חרקיבסקה- לשכת יעוץ משפטי מספר 2 של אזור נשימליאנסקי עיר חרקיב (תורגמה לעברית ונחתמה נוטריונית ע"י בא כוחה של האם) לפיה

"בהתאם לחוקים הקיימים של אוקראינה, הכרת אבהות אפשרית בהתאם להצהרה המשותפת של ההורים. קביעת מקורו של הילד מהאב לפי הצהרה של האישה והבעל שאינם נשואים זה לזה. הכרה באבהות לפי פסק דין של בית המשפט. קביעת אבהות בהתאם לפסק דין של בית משפט. ... רישום מידע לגבי ההורים בתעודת לידה בסעיף "אב" אינו עולה בקנה אחד עם שמו של התובע ש.א.מ., והוא מעיד על כך שברישום מצב האוכלוסין הממשלתי נרשם בן אדם אחר. אין די בהתאמה של שם פרטי ושם האב בסעיף "האב" כדי לקבוע את מקור הילד. ... בהעדר אבהות שנקבע, לא ניתן לממש זכויות כאלה רק על ידי רצון חד צדדי. לפיכך בהיעדר מקורו של הילד ממר ש.א.מ. שאושר על ידי רשות רישום מצב



## בית משפט לענייני משפחה באילת

תמ"ש 55339-12-19 ש. נ' פ.

**האוכלוסין הממשלתי באופן שנקבע בחוק שלפיו הן מופיעות, אין לו שום זכויות וחובות"**  
(נספח לכתב התשובה של האם לתביעה).

### השאלות בפסק הדין:

3. התביעה שלפני היא על פי החוק. אקדים ואומר שבהחלטתי מיום 12/3/20 הצפתי בעיה מהותית בתיק זה והיא מעמדו המשפטי של התובע בתיק. באותה החלטה, שעניינה היה בשאלת קיומם של הסדרי שהייה בין התובע לקטין, (משעה שהאם התנגדה לכך) קבעתי:

"13. אומר בזהירות שאיני יודע את פשר התנהלותו של המבקש, מקל וחמר לאור הסירוב של משרד הפנים להאריך שהייתו בארץ מלכתחילה אך בוודאי שמשעה שאין לפני כל ראייה שהילד הוא בנו של המבקש ומשעה שהאם אינה מוכנה לאשר את המפגש והתנגדה לכך איני יכול לאשרו.

14. מבלי להקדים המאוחר ברי שהתביעה שהוגשה בנסיבות העניין תוך שימוש באמנת האג להורות על חטיפה הילד מתבררת כתביעה לא נכונה בנסיבות המקרה אך איני נדרש לכך בהחלטה זו. " על החלטתי זו הוגשה לבית המשפט המחוזי בקשת רשות ערעור (רמ"ש-19846-03-20).

בהחלטתה מיום 24/4/20, כבוד השופטת לוין (להלן- **ההחלטה במחוזי**) סברה כבוד השופטת לוין אחרת וראתה בתובע "...לכל הפחות אב פסיכולוגי". עוד קבעה ש"יש להניח כי נתק ממושך בין הקטין לבין מי שהוא רואה בו זמנות פוגע פגיעה רגשית קשה בקטין. המשיבה לא הציגה טיעונים ממשיים לסתור הנחה זו."

ברם, לצד קביעתה האופרטיבית קבעה כבוד השופטת לוין קביעות חשובות לעניין מעמדו המשפטי של התובע ובזו הלשון:

"20. אשר למעמדו המשפטי של המבקש, מדובר בסוגיה מורכבת, שאין מקום לקבוע בה מסמרות בשלב זה של החלטת ביניים. אסתפק בכך שעמדת המשיבה - לפיה בהעדר רישום המבקש ברישומים הפורמליים באוקראינה הוא נעדר מעמד של אב ואינו רשאי לנקוט בהליך לפי אמנת האג - אינה נקייה מספקות. כאמור לעיל, המשיב נקט בהליך משפטי באוקראינה כדי להסדיר את מעמדו. המשיבה, מצידה, לקחה את הקטין מאוקראינה לישראל. על פניו, המשיבה אינה משתפת פעולה עם ההליך המשפטי שנועד לקבלת פסק דין בדבר אבהות. בה בעת היא טוענת כי על פי הדין באוקראינה, הדרך "ליצור אבהות" היא



## בית משפט לענייני משפחה באילת

תמ"ש 55339-12-19 ש. נ' פ.

על פי פסק דין של בית משפט. כך גם לפי חוות דעת המומחה מטעמה ולפי המסמך של הרשות המוסמכת אותו הגישה לאחרונה.

ספק אם במצב דברים זה, בו המשיבה מסכלת לכאורה את יכולתו של המבקש לקבל פסק דין כמתחייב בדין האוקראיני, היא יכולה להישמע בטענה שלא ניתן פסק דין. הוא הדין לגבי טענתה כי אין למבקש זכויות משמורת (כמשמעותן באמנת האג) שעה שהמבקש הגיש תביעת משמורת באוקראינה והמשיבה מסכלת את בירורה. ספק אם עמדת המשיבה מתיישבת עם עקרון תום הלב ועם העקרונות של אמנת האג, שנועדה להתמודד עם תופעה של הבאת ילדים בידי אחד מהוריהם למדינה אחרת תוך פגיעה בזכויות המשמורת של ההורה השני. תכלית האמנה היא כי סכסוך המשמורת יתברר במקום מגוריו הקבוע של הקטין ולא במדינה אליה הובא חד צדדית על ידי אחד מהוריו. תכלית נוספת היא שלא ליתן תמריץ להרחקת הקטין ממקום מגוריו הקבוע, בבחינת "לא יצא חוטף נשכר" (ראו והשוו בע"מ 2270/13 פלונית נ' פלוני (ניתן ביום 30.5.2013) שם נפסק כי יש לתת משקל לחלקה של האם ביצירת המצב שהקשה על מימוש אמנת האג).

21. מדובר, כאמור, בשאלה מורכבת ולמיטב ידיעתי תקדימית. היא ראויה לעיון ובירור יסודי ותוכרע במסגרת ההליך העיקרי. ... [ההחלטה במחוזי מיום 24/4/20 במסגרת (רמ"ש 19846-03-20)].

4. הנה כי כן שאלה מרכזית ומהותית היא שאלת מעמדו המשפטי של התובע. הכרעה בשאלה זו מטבע הדברים תניח את היסודות לבחינת שאלות העולות מכוח החוק וביניהן האם הופרו זכויותיו של התובע כאב, לשון אחר: האם לפנינו מעשה חטיפה העומד בקריטריונים של האמנה.

### ההליך:

### פללי:

5. על אתר יאמר שבדיון שהתקיים לפניי ביום 13/1/2020, בשים לב למיוחדותו של התיק בה מוגשת תביעה על פי החוק כשהתובע נחזה להיות "אב קונסטרוקטיבי" (או "אב פסיכולוגי"), ולצורך בחינת מעמדו של התובע על פי אופן הרישום במרשם האוכלוסין באוקראינה



## בית משפט לענייני משפחה באילת

תמ"ש 55339-12-19 ש. נ' פ.

וההשלכה על מעמדו של התובע כאביו של הקטין, הסכימו הצדדים על הארכת מועדים במתן פסק הדין (פרוטוקול עמ' 6 ש' 12-13).

עוד יש להדגיש טרם דיון מספר נושאים:

התובע עזב את ישראל על פי הנחיות רשות ההגירה ביום 03.01.20 ושב אליה רק בפרק הזמן שבין 5/3/20 ל-12/3/20.

התובע שם יהבו על הסדרי השהייה ולמעשה התמקד בניהול הליכים ארוכים בשאלת הסדרי השהייה ולא ניהל "תיק חטיפה" (ראו בקשות התובע בעניין זה וכן למשל פרוטוקול מיום 24/2/20 עמ' 5, 7).

התובע לא הגיש בקשה לאכיפת פסק חוץ על פסק הדין, שהורה לטענתו על ביצוע בדיקת DNA וצורך כנספח ו' לכתב התביעה (פרוטוקול מיום 30/12/2019 עמ' 2).

האם סירבה לביצוע בדיקת רקמות, הן בכתב הגנתה והן במענה ישיר להצעת בית המשפט.

### חוות הדעת של המומחים:

6. בדיון שהתקיים לפני ביום 13/1/20 הסכימו הצדדים (לאור חילוקי הדעות ביניהם) ש"יהיו שני עורכי דין כמומחים ביחד למתן חוות הדעת של הדין האוקראיני" ועל כן בהסכמה מיניתי את עוה"ד ליפשיץ וגלידר "להגיש את חוות הדעת לעניין הדין הזר בשאלות העולות מתיק זה."

7. במסגרת ההחלטה במחוזי הביאה כבוד השופטת לוין את עיקרי הדברים העולים מחוות הדעת ועל כן מצאתי להביא הדברים כפי שהובאו בהחלטתה:

"6. להשלמת התמונה יצוין כי במסגרת ההליך הוגשו לבית משפט קמא שתי חוות דעת מומחה לדין הזר.

בחוות הדעת מטעם המשיבה - שערך עו"ד משה ליפשיץ - נכתב כי סעיף 135 לקודקס האוקראיני קובע ביחס לילד שנולד לאם שאינה נשואה, כאשר אין הצהרה משותפת של שני ההורים, הצהרה מטעם האב (בעת הרישום) או פסק דין של בית משפט לגבי אבהות, רישום פרטי הילד נקבע על פי שם המשפחה ואזרחות האם, ופרטי האב נרשמים על פי הוראות האם. במקרה דנן בעת רישום הקטין (ביום 22.3.2014) פרטי האב נרשמו לפי



## בית משפט לענייני משפחה באילת

תמ"ש 55339-12-19 ש. נ' פ.

הצהרת האם. לפי חוות הדעת, "הרישום ... אינו יכול ליצור קשר אבהות בין האדם ששמו רשום בתעודת הלידה לבין הקטין". לפי חוות הדעת, על מנת לשנות את אופן הרישום, יש צורך בפסק דין מטעם בית משפט באוקראינה אשר משנה את פעולת רישום האבהות שבוצעה בעבר.

7. בחוות דעת מטעם המבקש – שערך עו"ד איגור גלידר – נכתב כי בהתאם לקודקס האוקראיני, "ההורות נובעת מעצם עובדת לידת הקטין מאת הוריו, כאשר עובדת השייכות צריכה למצוא את ביטוייה ברישום 'ספר הלידות'". המומחה מאשר כי במקרה דנן הרישום אודות הקטין בוצע בהתאם להצהרת האם, הוא כולל את שמו הפרטי של האב ואת שם אביו (מ.) אך שם המשפחה הוא שמה של האם, ובטעות יסודו. לפי המומחה, כיוון שהרישום כולל את שמו הפרטי של התובע ושם אביו "בהחלט ניתן לומר כי התובע גם רשום כאבי הקטין". המומחה מוסיף כי אין להתעלם מכך שהרישום אינו מדויק או אינו מלא ולכן המבקש הגיש תביעת אבהות במסגרתה הורה בית המשפט האזורי בעיר חארקוב לבצע בדיקת רקמות (החלטה מיום 1.11.2019 בתיק 643/10378/19). על פי חוות הדעת, ככל שהמשיבה לא שיתפה פעולה בביצוע הבדיקה, סעיף 109 לקודקס האוקראיני מאפשר לקובע (כך במקור-מ.ל.) אבהות על יסוד חוסר שיתוף הפעולה מצידה. במקרה דנן קובע המומחה כי "לנוכח האמור בכתבי בי דין על אודות נסיבות היוולדות וגידולו של הקטין, כמו גם לנוכח הרישום שבוצע על ידי האם, וכן לנוכח קביעותיו של בית המשפט אודות ביצוע בדיקת הרקמות ואי שיתוף הפעולה של האשה לקיום הבדיקה, נראה שבהתאם לדין האוקראיני ניתן לקובע כי: א. התובע הוא אבי הקטין". בחוות הדעת עמד המומחה על הזכויות של האב לפי הקודקס האוקראיני, לרבות הזכות לקשר עם הקטין והשתתפות בקביעת מקום מגוריו. מכאן קביעתו כי המשיבה לא היתה רשאית לשנות את מקום המגורים הקבוע של הקטין ללא הסכמת האב, ללא קשר לאופן הרישום במרשם האוכלוסין."

**הדיון מיום 24/5/2020:**

8. בדיון האמור זומנו לחקירה שני המומחים מטעם הצדדים. המומחים לא שינו מעמדתם בדיון ולמעשה נותרה המחלוקת המהותית בעינה.

להלן מתוך עדותו של המומחה מטעם התובע:





## בית משפט לענייני משפחה באילת

תמ"ש 55339-12-19 ש. נ' פ.

"שם משפחה פ. הוא לפי מה שהבנתי שם משפחה של האישה, והאישה לפי מה שהבנתי, נכון למועד לידת הקטין האישה הייתה רווקה. ואישה בשם משפחה פ. אומרת שגם שם משפחה של האב של הילד הוא פ., שזה שם משפחה זהה. מאחר ואני בטוח שלא מדובר בתערובת של קרובי משפחה חלילה וחס, אזי אני מניח שאין כל סיכוי סביר שבמקרה לגמרי האמא והאבא שלא נשואים ולא עשו מאמץ על מנת להביא לזהות בין שמות המשפחה שלהם במקרה יוצא ושיש להם שם משפחה זהה, ולכן אני מסיק, כנראה שההצהרה הזו הייתה בלתי אפשרית.

...אני די מופתע מהשאלה שלך. אני מפנה אותך לסעיף 6 לחוות הדעת, יש פה תרגום מדויק של סעיף 135, מה קורה בעת הצהרת האם, ואם אתה תקרא בעברית את מה שכתוב אתה תמצא שם, הרישום אודות האב בספר רישום הלידות יתבצע בהתאם לשם משפחה ואזרחות האם, ואילו השם ושם האב הילוד יירשמו בהתאם להוראות של האם. ז"א באה אישה והחוק מעניק לה את הזכות לקבוע שם משפחה של הילד שלה ולמסור פרטים לגבי האב. עכשיו הפרטים היא מוסרת איך שבא לה, כתוב בחוק לפי הוראות האישה אז היא מוסרת מי היא חושבת או מה היא רוצה או איך זה ייראה. ...

הקריטריונים שנמצאו ברישום זה זהות של שמו הפרטי ושם האב שלו. עכשיו, אנחנו יודעים שהגיעה האם וביוזמתה, בהתאם לחוק, באופן כשר לגמרי, מסרה את הפרטים על האבא. מדוע היא לא מסרה את שם המשפחה שלו האמיתי אינני יודע ולא מנסה אפילו לדעת, זה בסדר, היא מסרה את שם המשפחה שלה, ולגבי השם הפרטי רשמה א., לגבי שם האב כתבה מ., הכל כפי שמפורט בסעיף 8 לחוות הדעת, ואני גם אוסיף לך כיליד עיר חרקוב, זו אותה עיר משם באה המשפחה וגם שני המומחים למדו שם, אוכלוסיה ארמנית במזרח אוקראינה זה לא דבר מאוד נפוץ. השם ושם האב של התובע הם נדירים למדי באוקראינה, ומאחר והפרטים האלה נמסרו על ידי האם אז מבחינת הרישום מכך אני מסיק את הקשר לתובע. ...

אני מצטער על זה שחברי מתעקש שלא לקרוא את סעיף 9, אני חושב שהוא מוסבר. התייחסות לסעיף 125 נמצאת בסעיף 4 לחוו"ד, סעיף 125 מדבר על מצב בו אומנם ההורים לא נשואים אבל בהחלט משתפים בניהם פעולה ואז במצב זה הם יכולים להגיע ובצורה משותפת להצהיר על הילד כל מיני דברים. אבל סיטואציה שאנו מדברים עליה היא סיטואציה שונה, היא סיטואציה שמוגדרת בסעיף 128 כפי שמופיע 5 לחוות הדעת, כתוב מפורשות "בהעדר פנייה משותפת של אב לבית המשפט יש לפנות לסעיף 128 שבתת סעיף



## בית משפט לענייני משפחה באילת

תמ"ש 55339-12-19 ש. נ' פ.

2 ו-4 קובע .... "מצטט מסעיף 5 ו-6 לחו"ד. מה שמביא אותנו לאותו סעיף 135. אני רוצה להסביר לך שוב, בחזרה לסעיף 9 לחוות הדעת שם מוסבר מדוע מכילים את סעיף 135, שם הוסבר מהם החלקים של הכרזתם אחראית האישה, הם פרי אמירתה, הצהרתה, זו אמירה של האישה, יש לה ילד, מי אבא של הילד אנו לא יודעים, ומותר לה על פי החוק להגיד מי הוא האב. כבר דיברנו על זה ששם משפחה של האב היא נתנה בוודאות מאוד מאוד גבוהה לא נכון, כי היא ציינה את שם המשפחה שלה והם לא היו נשואים. יחד עם זאת השם ושם משפחה של התובע היא ציינה בצורה מדויקת. אם תקרא את סעיף 10 שהוא בא מיד אחרי סעיף 9 אז כתוב שם, אני לא מתעלם מהבעיה של העדר זהות בין שם משפחה של אבי הקטין כמופיע בספר הלידות לבין שם משפחה של התובע, אני לא מתעלם מזה אז אני כותב בסעיף 10 לחוות דעת. יחד עם זאת אין להתעלם מהעובדה כי הרישום לא מדויק.. מצטט. אתה שואל אותי איך אז אני מנסה לדייק, שלא תכניס לי מילים בפה. אז התובע פנה כאחת החלופות, פנה לבית המשפט בתביעת אבהות. במסגרת אותה תביעה מתקבלות כל מיני הוכחות אפשריות ואין עדיפות להוכחה ניצחת, ניתן צו לקיום בדיקת רקמות..."

עדותו זו כמו חוות דעתו הגם שהיא שונה מחוות הדעת של לשכת עורכי הדין דומני שאף היא אינה החלטית מכוחה יכול התובע לטעון שעל אף הרישום הוא אביו של הקטין והוא בעל מעמד משפטי בתיק זה כאב שזכויותיו נפגעו והוא רשאי לפעול בתיק מכוח החוק. מבלי להקדים המאוחר יודגש שלתיק לא הוגשה חוות דעת לדין הזר הדנה באופן מובהק בשאלה של מהות ההפרה הנטענת על פי הדין האוקראיני.

מנגד נמנע בא כוחו של התובע בדיון לשאול שאלות מהותיות את המומחה מטעם המשיבה. יודגש שבחקירתו הקצרה של המומחה מטעם האם הוא לא היה מודע להחלטה /פסק דין לעניין בדיקת הרקמות, מסמך שצורף כנספח ו' לכתב התביעה, אולם הסביר זאת בכך שאינו מתייחס "...לדבר שלא קיים ואין לפניי פסק דין חלוט" (פרוטוקול עמ' 22 ש' 1-2) וכן "אני לא חושב שנכון להתייחס להליך שלא הסתיים" (שם עמ' 21 ש' 26). באשר לחוות דעתו, עליה כמעט ולא נשאל דבר חזר שזו דנה בשאלה המהותית בלבד והיא שאלת הרישום במרשם האוקראיני ומשמעותו. כן העיד "חוות דעתי מושלמת... חוות דעתי מתבססת על עובדות בלבד. ...אני הגשתי את חוות דעתי על פי עובדות..." (שם עמ' 22 ש' 10-1).

9. כזכור, הוויכוח בין הצדדים לגבי אבהותו של התובע על הקטין נסב בעיקרו על אופן הרישום. אותו "פרט גורלי" של דרך הרישום שלא היה ידוע לתובע, לטענתו. על כן עסקו חוות הדעת בעיקרן בשאלה הקשורה במעמדו של התובע כאב מכוח החסר ברישום או בשל אופן הרישום



## בית משפט לענייני משפחה באילת

תמ"ש 55339-12-19 ש. נ' פ.

ולא בשאלה האם הייתה חטיפה או פגיעה בזכויות ההוריות של התובע. כך, אין בחוות הדעת התייחסות כלשהי לדין הזר בשאלת הגדרתו של הורה בדין האוקראיני. בשאלת אופן הרישום וההקרנה שלה על מעמדו ההורי של התובע נותרה המחלוקת בעינה וחוות הדעת הסותרות לא הניבו את התוצאה המקווה. מצאתי לציין שחלק מקביעותיו של המומחה מטעם התובע קביעות שאין לי הכלים והידע לדחותן או לקבלן ובכל מקרה אינן בתחום מומחיותו של המומחה כמו למשל הטענה בדבר נדירות שם המשפחה של האם והאב 'פ.'. אשר על כן אין בחוות הדעת ממש לעניין זה.

10. דומה שאין מחלוקת בין הצדדים שבאופן פורמאלי, או ליתר דיוק באופן פוזיטיבי, אין כל קביעה בדרך כלשהי שהתובע הוא אביו של הקטין. לא אטעה אם אקבע שהתובע מודע היטב לכך לפחות מיום שהתגלה לו ה"פרט הגורלי". ביטוי לידיעתו הברורה שכך הוא עולה מנספח ו' לכתב התביעה. נספח ו' הוא, כזכור, החלטה/פסק דין בתביעתו של התובע באוקראינה (נספח ד' לכתב התביעה) בה עתר להכיר בו כאביו של הקטין.

די בכך כדי לאיין את חוות הדעת מטעם המומחה מטעמו. לו היה ממש באותם הסברים וניתן היה להגיש הסברים אלו לבית המשפט באוקראינה היה עושה כן ועותר לקבל פסק דין מכוח האמור. מקל וחומר נכונים הדברים משעה שתביעתו הוגשה לאחר שיצאה האם עם הקטין את אוקראינה ועקרה לישראל. ללמדך, בכל הכבוד הראוי לחוות הדעת של המומחה מטעם התובע, שלא ניתן לקבלה מכוח התנהלותו של התובע עצמו מול בית המשפט באוקראינה.

קביעה זו היא נדבך מהותי לדחיית טענותיו של התובע באשר לקיומה של הורותו על הקטין חרף אופן הרישום המוטעה לגישתו.

11. בדיון העידו גם התובע והנתבעת. לצורך ההכרעה ולאור סרבנותה של הנתבעת לאפשר את בדיקת הרקמות, על כך בהמשך, ראוי ונכון לבחון את עדותה בבית המשפט.

ש" מי את חושבת שיכול להיות האב של הילד?

ת. לא יודעת.

ש. מי זה א.ג.?

ת. בעלי.

ש. ומי היה א.ג. שרשמת שהוא אבא של הילד?

ת. הוא לא היה בעלי.

ש. אז מי זה היה האיש שרשמת אותו כאבא של הילד?

ת. אני פשוט רשמתי א. בלי כוונה של אף אחד.



## בית משפט לענייני משפחה באילת

תמ"ש 55339-12-19 ש. נ' פ.

- ש. מההצהרה שלך שעל פיה נרשם האב של הילד היא א.מ., מי זה שנרשם כאב של הילד?
- ת. אין שום משמעות למה שכתוב בסעיף אבא...
- ש. לא שאלתי אותך על החוק האוקראיני.
- ת. אני יכולה להמשיך? אין שום משמעות לזה שאני רושמת בסעיף אבא אם הרישום מתבצע לפי סעיף 135. כשאני אם חד הורית.
- ש. למה רשמת את השם א.ג.? אם זה לא משנה למה רשמת את השם הזה?
- ת. ככה רציתי.
- ש. נכון שאמרת לשירותי הרווחה שזה אבא של הילד?
- ת. לא. נכון להיום אני קיבלתי את המסמכים, אחרי שכבר הגעתי לישראל קיבלתי מסמכים, אני יודעת שבאוקראינה מתבצע והליך משפטי לתביעת אבהות כאילו שהוא אב של הילד.
- ש. מי היה איתך בבית החולים איפה שהילד נולד?
- ת. אמו של התובע.
- ש. מה היא עשתה שם?
- ת. היא הגיעה איתי.
- ש. למה?
- ת. לא יודעת.
- ש. בית המשפט: היא הייתה איתך בחדר הלידה?
- ת. כן. עברתי ניתוח קיסרי אבל כשהייתי בחדר המתנה אמא שלו הייתה איתי. אחר כך אני לא יודעת כי עברתי ניתוח, לא יודעת מי היה.
- ש. לאן לקחתם את הילד אחרי שהוא נולד?
- ת. הייתי יחד עם הילד בבית החולים.
- ש. כמה זמן?
- ת. שלושה שבועות.
- ש. ואחר כך לאן הלכתם?
- ת. למקום מגוריו של התובע.
- ש. כמה זמן גרתם יחד עם התובע?
- ת. לאחר הלידה התגוררתי יחד עם התובע במשך שלושה חודשים.
- ש. ואחר כך?
- ת. הוא הרביץ לי ואני עזבתי לאמא שלי. ...



## בית משפט לענייני משפחה באילת

תמ"ש 55339-12-19 ש. נ' פ.

- ש. עם מי חגג הילד את ימי ההולדת שלו?  
ת. לא תמיד איתי, לא יכולה להגיד בדיוק אך לא כל יום הולדת היה איתי.  
ש. יום הולדת שלוש עם מי חגג?  
ת. עם התובע.  
ש. כשהיה בן ארבע עם מי חגג יום הולדת?  
ת. בן שלוש וארבע הוא חגג עם התובע. זה נכון שיום הולדת שלוש וארבע הוא חגג איתו.  
ש. בית המשפט: בן כמה היה הילד, את התחתנת עם התובע נכון?  
ת. כן, לפני שנתיים.  
ש. בית המשפט: בן כמה הילד כשהתחתנת איתו?  
ת. בן ארבע.  
ש. יש לך תמונות עם הילד?  
ת. כן.  
ש. את יכולה להראות לי תמונות מחגיגות של חגים יחד? תראי לי איזה חגים חגגתם יחד.  
ת. שלוש שנים ראשונות ישבתי עם הילד והייתי איתו כל השלוש שנים הראשונות, לא עבדתי וקיבלתי את התשלומים כאם חד הורית והייתי עם הילד. הייתי מוגבלת בכסף ולא הייתה לי אפשרות לעשות לו חגיגות כי אני לא עבדתי. ...  
ש. יום הולדת ארבע לילד, יום הולדת חמש לילד, נובי גוד של השנים האלה יש לך תמונות? אחרי גיל שלוש.  
ת. אני יכולה לראות בטלפון (מעיינת בטלפון).  
ש. את יום הולדת חמש איך חגג הילד?  
ת. כשהיה בן חמש נסענו לפיקניק אני עם התובע.  
ש. וכשהוא היה בן ארבע?  
ת. עם התובע, אני עבדתי והוא לא עבד אז הוא לקח אותו.  
ש. איזה נובי גוד חגגת עם הילד?  
ת. לא זוכרת.  
ש. ילד שלך אושפז בחורף 2019 למשך שבוע. כמה ימים בילית עם הילד בבית החולים?  
ת. 2018. 2017 – 2018 הוא אושפז, לא 2019. אני עבדתי והוא לקח את הילד לבית החולים.  
ש. כמה פעמים ביקרת את הילד בבית החולים?



## בית משפט לענייני משפחה באילת

תמ"ש 55339-12-19 ש. נ' פ.

- ת. הייתי כשאשפזו אותו ואחר כך עוד פעם אחת כשהיה לי יום חופשי.
- ש. והתובע היה איתו כל הזמן בבית החולים, נכון?
- ת. כן. הוא היה איתו כל הזמן.
- ש. תסבירי לי, האם הייתה תקופה שבה נאלצת לעבוד והתובע גר יחד עם הילד?
- ת. כשהסתיימה התקופה שקיבלתי כסף מביטוח לאומי אז נאלצתי ללכת לעבוד, לא היה לי כסף ונאלצתי להמשיך לעבוד, כי חוץ ממני אף אחד לא רצה לצאת לעבוד.
- ש. אז איפה הילד הילד כשעבדת?
- ת. בבוקר הייתי לוקחת את הילד אליו ואחרי העבודה בערב הייתי אוספת אותו ממנו.
- ש. בית המשפט: מי חי מהכסף שלך?
- ת. את הילד. הייתי מפרנסת את עצמי, את הילד וגם התובע היה מבקש ממני כסף כי הוא לא עבד. אחותי הייתה מגיעה, היינו מביאים לו כסף.
- ש. למה נתת לו כסף?
- ת. מהסיבה שהוא לא רצה לעבוד ולכן הוא ישב עם הילד והילד לא היה יכול ללכת לגן ילדים כי הוא היה חולה.
- ש. אבל בתשובה שלך לבית המשפט כתבת שרק 4 חודשים הוא גר עם הילד.
- ת. לא היו ארבעה חודשים שהילד לא התגורר איתי והתגורר איתו.
- ש. בכתב התשובה שלך כתבת שהייתה תקופה של אב. אז כמה זמן התובע היה לוקח את הילד כשעבדת?
- ת. מתי?
- ש. לפני שהתחלתם לגור יחד, לפני, את הולכת לעבודה...
- ת. זה היה מגיל שלוש עד חמש, הייתי לוקחת את הילד אליו ואוספת אותו. מהבוקר עד הערב הוא היה איתו. ...
- ש. אבל בכתב התשובה שלך...
- ת. זה שלושה חודשים שהתגוררנו יחד אני הוא והילד, אלה שלושת החודשים שהילד התגורר איתו. ...
- ש. האם זה נכון שאת אומרת לילד בנוכחות שירותי הרווחה ואנשים אחרים שזה לא אבא שלו?
- ת. מהסיבה שילד עצמו אומר אני לא רוצה אבא כזה ואל תקראי לו אבא.
- ש. בית המשפט באוקראינה הוציא צו לבדיקת רקמות. את הצו הזה צירפתי לכתב תביעה שנמסר לך לפני חצי שנה. למה עד היום לא ביצעת את הצו?
- ת. מהסיבה שהתגוררתי בישראל.



## בית משפט לענייני משפחה באילת

תמ"ש 55339-12-19 ש. נ' פ.

- ש. בית המשפט בישראל הציע לך לעשות בדיקת רקמות. אנחנו ביקשנו גם כן, למה סירבת?
- ת. כי אני לא רואה את זה שצריך.
- ש. התובע אומר שהוא אבא של הילד, את יכולה להגיד שזה לא נכון?
- ת. איני יכולה בוודאות, אני לא יודעת, באותה תקופה לא היינו נשואים, לא התגוררנו כבני זוג ולכן אני לא בטוחה ולא יכולה להגיד כן או לא.
- ש. לא הייתם נשואים, לא התגוררתם כבני זוג.
- ת. לא. כשהייתי בהריון לא התגוררנו יחד.
- ש. מתי כן התגוררתם יחד ומתי לא?
- ת. התגוררנו יחד כשהייתי בחודש שישי ועד שלושה חודשים אחרי הלידה. ז"א תקופה של 6 חודשים.
- ש. כשהלכת לעבודה והיית מביאה את הילד לבן אדם שבמקרה גם שם שלו מופיע בתעודת הלידה, למי אמרת לילד שאת מביאה אותו? עם מי השארת את הילד אם זה לא אבא שלו ולא בן זוג שלך?
- ת. לא.
- ש. ומי זה א. לאותו ילד?
- ת. שאלתי אותו, את הילד, אם הוא רוצה שהוא יהיה אבא שלו ואם הוא לא ירצה הוא לא יהיה אבא שלו. ... " (פרוטוקול עמ' 29-35).

הארכתני לא בכדי בהבאתה כלשונה של עדותה האם, שכן יש בעדותה זו להוות אבן דרך חשובה בהגעה אל תוצאות פסק דין זה.

התובע אינו זר לקטין לשון המעטה. כעולה מעדותה מערכת הקשרים בין האם לתובע היו גם עובר לנישואיהם יותר עמוקים ומשמעותיים מהתמונה שביקשה האם לצייר ביחס לאופן הרישום שהוא לטעמה, לכאורה, חסר משמעות. לידה הוא הליך אינטימי, מרגש ומיוחד ליולדת (לא פחות לאב שנמצא עמה) והדעת אינה יכולה לקבל שאמו של התובע תלווה את האם ללידה סתם כך אם לא הייתה האם יודעת אל נכון שהוא אבי הקטין. מעדותה עולים פרטים נוספים שאין מקום להרחיב עליהם המאירים באור נגוהות את האפשרות שהתובע הוא אבי הקטין. מקל וחומר שהאם נישאה לתובע שהיה הקטין בן שנתיים - בבחינת סגירת מעגל.



## בית משפט לענייני משפחה באילת

תמ"ש 55339-12-19 ש. נ' פ.

האם והתובע נשואים לעת הזו. אולם לצורך פסק הדין ראוי ונכון לבחון, במידת האפשר, את מעמדו של האב כלפי הקטין. אם התובע הוא אכן 'אב פסיכולוגי', דמות חשובה בחיי הקטין הרי שלצורך הבחינה המהותית של שאלת האבהות די בכך כדי להורות על השבתו של הקטין לאוקראינה אולם ספק בעיני אם היות התובע אב פסיכולוגי או דמות משמעותית בחייו מספקת על מנת להקנות לו מעמד כתובע מכוח החוק. הגם שנראה שהדברים עומדים בסתירה אחד לשני לא כך היא והם יובהרו בהמשך.

יהא צורך לבחון האם יש ביכולתו להגיש תביעה על פי החוק מקל וחומר כאשר הוא עצמו החל בהליך ברור מעמדו כאב בבית המשפט באוקראינה ובעצם הגשת התביעה שלפני מאיין, למעשה, את תביעתו שלו ומדלג ומבטל את ההחלטה/פסק הדין של השופט באוקראינה שהורה על בדיקת D.N.A.

11. בתום הדיון ביקש בא כוחו של התובע לזמן לעדות 'הזמה' את העו"ס "...מר גרי זפוג'ניקוב, עובד משרד הרווחה אשר כל התקשורת בין הנתבעת לשירותי הרווחה עברה דרכו, וזאת על מנת להזים את טענותיה של הנתבעת לפיהן כביכול שירותי הרווחה משקרים ו/או טועים. הוא יבוא תוך מספר דקות אם צריך. אני רוצה גם לחקור את עובדות הרווחה. אני מבקש לקבוע את הדיון הבא ליום – יומיים הקרובים."

הדיון נקבע למחרת היום.

12. אלא שבאותו יום, 24/5/20, הוגשה לתיק הודעתו של ב"כ האם בזו הלשון: "לאחר סיום הדיון שהתקיים בתאריך 24/5/20 עו"ד נגר הותקף וקיבל אגרוף בתוך העולם בית משפט מעו"ד גמבריאן אלכסנדר. כתוצאה על כך נגרמה לו חבלה מתחת העין. לאחר האירוע הוגשה במשטרת אילת תלונה נגד התוקפן עו"ד גמבריאן אלכסנדר. עו"ד נגר חש ברע ולדקות האלו הוא פונה לקבלת עזרה רפואית. עו"ד גמבריאן הורחק לתקופה של 30 יום. מתבקש כבוד בית המשפט לדחות את הדיון ללא קביעת תאריך מדויק..."

בא כוחו של התובע התייחס לאירוע "...כאירוע מצער של תקיפה הדדית, בעקבותיו הוגשו תלונות במשטרה, וגם הח"מ נחבל מאגרופיו של עו"ד רדיאן נגר, אשר מתחילת ניהול התיק מנסה להקניט את הח"מ באופן אישי" המשיך וטען "...והח"מ מאמין ומקווה שהמקרה המצער לא יפגע בטובתו של הקטין". כך, סבר הפרקליט המייצג שיש לקבוע מועד לשמיעת עובדי הרווחה והביע נכונות שלא להתייצב לדיון.





## בית משפט לענייני משפחה באילת

תמ"ש 55339-12-19 ש. נ' פ.

בשים לב ל'אירועים' דחיתי את הדיון וסברתי שאין מקום להמשיך הדיונים והוריתי לצדדים לנהוג על פי החלטתי מיום 24/5/20 המורה על עריכת סיכומים.

13. ביום 31/5/20 הגיש התובע בקשה למתן צו לבדיקת רקמות. בבקשתו הפנה והסתמך על החלטת כבוד השופטת גאולה לוין שמדובר בשאלה מורכבת ואף תקדימית "או אז נתגלה [לתובע – מ.ל.] כי לבית המשפט מסורה הסמכות להורות על ביצוע עריכת בדיקת רקמות בטרם הכרעה בשאלת החטיפה... נושא המחלוקת הוא – האם התובע הוא האב ולפיכך – בעל זכויות על הקטין ואם לאו".

את מקור הסמכות ביסס בא כוח התובע על תקנה 295ה' לתקנות סדר הדין האזרחי התשמ"ד-1984 (להלן- **תקסד"א**). כך, לטעמו, סעיף 6 לחוק מסמך בתי משפט למשפחה לדון בתביעות אלו. עוד סבר שהסמכות מוקנית מכוח סעיף 14 לחוק.

בתום ביסוס בקשתו, כמובא לעיל, קבע בא כוח התובע:

**"מהאמור לעיל בידי בית המשפט הנכבד סמכות ליתן צו לבדיקת רקמות – לפחות משני טעמים:**

- א. לכבד את הצו שניתן על ידי הערכאה שיפוטית באוקראינה, ו-
- ב. לשמור על ענייניו וזכויותיו של קטין בבוא בית המשפט נכבד זה להכריע בעניין החטיפה".

14. הנתבעת התנגדה לביצוע הבדיקה ובמענה שהוגש לתיק נכתב:

1. "הבקשה הוגשה בחוסר תום לב. לפי החלטתו של כבוד בית המשפט מיום 24 לחמישי, התובע היה אמור להגיש סיכומיו בתום שבעה ימים קרי עד לתאריך 31/5/20.
2. מספר פעמים טענו כי אין מקום למתן החלטה לביצוע בדיקת רקמות בתיק לפי אמנת האג וחוק אמנת האג.
3. בתיק התובע חייב להגיע עם לגיטימציה ברורה ולהוכיח הפרה לזכות המשמורת או לזכותו לביקור. "...

15. בהחלטתי מיום 8/6/20 קבעתי ששאלת ביצוע בדיקת הרקמות תוכרע במסגרת פסק הדין.



## בית משפט לענייני משפחה באילת

תמ"ש 55339-12-19 ש. נ' פ.

16. טרם השלמת פסק הדין הוגש לתיק מסמך מטעם בא כוח התובע שכותרתו **"בקשה על צירוף פסק דין מאוקראינה בעניין אבהות"** פסק הדין כלל שתי גרסאות: האחת מקוצרת מיום 3/6/20 והשנייה ארוכה. למועד הגשת בקשה זו לא צורפה אף לא אחת מהגרסאות עם תרגום לשפה העברית ואימות נוטריוני. בבקשה נטען שביום 9/6/20 ניתן באוקראינה פסק דין בעניין אבהות התובע על הקטין ועתר לקבוע ש"**...הנתבעת חטפה את הקטין מאביו (קרר, התובע) כי על הקטין לחזור לאוקראינה, ולחייב את הנתבעת בהוצאות שגרמה לתובע"** (להלן- **פסק הדין הראשון**).

בא כוח הנתבעת שהתבקש להגיב לבקשה זו שלל את הבקשה: הוא שב אל סעיפי הקודקס האוקראיני וביקש ללמוד מהם שרק מי שרשום בספרי מנהל האוכלוסין כאביו של פלוני יכול היה להיחשב כאב. עוד טען שלא בכדי לא תורגם פסק הדין והוא אינו נושא אפוסטיל שלקבלתו נדרשות דקות ספורות. אולם מעבר לכול טען ש **"לבצע רישום בספרי מנהל האוכלוסין, זה עניין של דקות ספורות אם ברשותו של אדם פסק דין אוטנטי ובר תוקף"** עוד קבל בא כוח הנתבעת על גרירת הזמן של התובע. לטעמו באותו מסמך הנחזה להיות פסק דין פגמים מהותיים וצירף עותק לשפה העברית.

בא כוח הנתבעת קבל על התמשכות ההליכים, על פעולות שנעשו בתיק וסבר ש"**הדברים יצאו מכלל פרופורציה. דבר היחיד שמבקשים-לקבל פסק דין. מספר פעמים אמרנו כי אם יחליט בית המשפט שהילד יחזור לאוקראינה כך יהיה. עם דבר אחד לא יכולים להסכים עם הדחיות בלתי סופיות והשיטות בשימוש"**. הוא ביקש להזכיר שהתובע לא הוכיח מה משמורתו החוקית, לפי איזו הוראה הייתה לו זכות משמורת בחודש בו עזבה הנתבעת עם הקטין ובאה לישראל ומשום כך שבה וטען שהנתבעת לא הפרה את זכות המשמורת של האב.

תרגום הגרסה המקוצרת לעברית של פסק הדין מאוקראינה על ידי בא כוחה של הנתבעת אשר נחתם נוטריונית על ידו, צורף לתיק כנספח לתגובתו. בחלק הרלבנטי לעניין שלפני נקבע:

**"קבע:**

לאחר שלקח בחשבון מורכבות במתן תוכן מלא של פסק דין הקשורה לצורך להצדיק את טענות הצדדים, דבר שיכול לקחת זמן רב, בית המשפט רואה לנכון להכריז את חלקיו המקדימים והחלטתיים. מונחה על ידי סעיפים 258, 259, 263-268 חוקי ההליכים המשפטיים של אוקראינה בית המשפט



## בית משפט לענייני משפחה באילת

תמ"ש 55339-12-19 ש. נ' פ.

### פסק:

להכיר את ש.א.מ., תאריך לידה 31 באוגוסט 1978, אזרח אוקראינה, כאביו של ילד פ.ג.  
א., תאריך לידה 12 במרץ 2014. ...

17. טרם יבשה הדיו על פסק הדין הראשון מאוקראינה הוגש לתיק, הפעם על ידי האם, פסק דין נוסף מבית המשפט באוקראינה (להלן-**פסק הדין השני**).

18. זה המקום להדגיש שבין לבין הוחלף ייצוגו של התובע ולתיק הוגשה בקשה לשינוי מייצג. עורך הדין ה'חדש' של התובע הגיש ביום 9/8/20 בסמוך למינויו "בקשה דחופה ביותר למתן צו לביצוע בדיקה לקשרי משפחה בהתאם לסעיף 28 ו (א) לחוק למידע גנטי תשס"א-2000" (להלן- **חוק מידע גנטי**). גם בבקשה זו הסתמך התובע על דבריה של כבוד השופטת גאולה לויין במסגרת החלטה ב-רמ"ש 19846-03-20. תוך ציטוט דבריה של כבוד השופטת לויין סבור התובע שאלו עולים בקנה אחד עם האמור בסעיף 28 ו(א)(1) לחוק מידע גנטי תשס"א-2000. בבקשה חוזרת זו (כזכור הוגשה בקשה דומה, קודמת על ידי בא כוחו הקודם לגביה הוחלט שזו תענה במסגרת פסק הדין) מבקש התובע, מכוח חוק מידע גנטי, לכפות על האם לבצע הבדיקה חרף התנגדותה. להבנתו הבסיס האפשרי להחלטה נסמך על כך **"שיש סיכוי סביר לנכונות טענות המבקש בדבר קשרי המשפחה הנטענים"** (סעיף 128 (א) (1)). אגב בקשתו ומתוך הבנה שאין לבקשה כל התכנות לאור סעיף 128(ב) לחוק מידע גנטי עתר התובע, אגב אורחא למינוי אפוטרופוס לדין.

מבלי להקדים המאוחר אין בבקשה כל הסבר הכיצד יש מקום לבקשה שכזו במסגרת ההליך שלפני מכוח החוק.

נקודה זו הועלתה על ידי הנתבעת. בתגובתה טענה הנתבעת שהבקשה אינה יכולה להיות מוגשת במסגרת תביעה על פי החוק וכל רצונו של התובע הוא למנוע את פסק הדין. הנתבעת הודיעה בתגובתה שהיא מקיימת את החלטת בית המשפט המחוזי לעניין הסדרי שהייה בין התובע לקטין. עוד טענה הנתבעת שלתובע אין כל זיקה לישראל על מנת להגיש בקשה למתן צו לביצוע הבדיקה. סיימה הנתבעת תגובתה באמירה ש **"לבקשות הדחופות או הדחופות ביותר לעימותים הפיזיים ולהטרדות בלתי פוסקות צריך לשים סוף והדרך היא ברורה – מתן פסק דין בתיק."**



## בית משפט לענייני משפחה באילת

תמ"ש 55339-12-19 ש. נ' פ.

התובע השיב לתגובת האם הפנה לסעיפי האמנה השונים מהם ביקש לגזור שבדיקת הרקמות היא חלק מטובת הקטין שעל בית משפט לשקול "...המחייבת קביעת זהותו של אביו של הקטין, אבן יסוד בקביעת זהותו של הקטין" (סעיף 9 לתשובת התובע לתגובת האם) וכן "חזקה על בית המשפט הנכבד, שלא ייתן ידו לנסיונות החוזרים ונשנים של המשיבה לשלול מן הקטין קביעה פוזיטיבית מהימנה של מרכיב חשוב ומהותי בזהותו (של הקטין) קרי: מי הוא אביו מולידו של הקטין" (ס' 11 לתשובה). משכך לדעתו "...באיזון שבין גחמות המשיבה, המסרבת ללא שום הצדק שבעובדה או בדין לבצע את הבדיקה לקשרי משפחה; לבין זכותו של הקטין לשמירה על זהותו המגלמת בתוכה את קשר המשפחה שבינו ובין אביו-המבקש כאן, יד זכויותיו של הבן הקטין, על העליונה" (סעיף 12 לתשובה).

19. נשוב לפסק הדין השני שניתן באוקראינה. תרגומו לעברית על ידי בא כוחה של האם צורף לתיק. בקציר האומר פסק דין זה, השני, דן בבקשת האם "לדון מחדש בפסק הדין שניתן בהעדר הצדדים על ידי בית המשפט..." ביום 03.06.20 (בתרגום כתוב 03.06.2002). פסק הדין השני ביטל את פסק הדין הראשון.

בשל החשיבות יובאו עיקרי הדברים מהתרגום לעברית של פסק הדין השני שניתן על ידי כבוד השופט בוקרייבה:

"קבע:

"לאחר שבית המשפט בדק את מסמכי התיק, הוא הגיע למסקנה כדלקמן.  
בית המשפט באזור מוסקובסקי של עיר חרקוב בתאריך 03.06.2002 (כך במקור-מ.ל) פסק לקבל את תביעתו של ש. א.מ. על ידי פסק דין שניתן בהעדר הצדדי (דפים 141-136).  
עקב הצדקת הדרישות לדון מחדש, מגיש הבקשה סיפק עילות מספיקות ולכן בית המשפט חושב שחייבים לדון בבקשה, לבטל את פסק הדין שניתן בהעדר הצדדים ולקבוע דיון בתיק לפי סדר כללי. בית המשפט קיבל החלטה לגבי הרכב המשתתפים בתיק, נקבעו עובדות שצריכים להיבדק על מנת לקבל פסק דין.  
מונחה על ידי פסקה 287 קודקס ההליכים המשפטיים של אוקראינה

פסק:

לקבל את הבקשה.

לבטל את פסק הדין שפסק בית המשפט באזור מוסקובסקי של עיר חרקוב בתאריך 03.06.2020 בתביעתו של ש.א.מ. המיוצג...לגבי קביעת אבהות.  
לפתוח מחדש את ההליכים בתיק.



## בית משפט לענייני משפחה באילת

תמ"ש 55339-12-19 ש. נ' פ.

לדון בתיק לפי סדר הליכי התביעה הכללי ולקבוע דיון ההכנה של בית המשפט לתאריך

20.08.2020 לשעה 11:00.

להזמין את הצדדים בתיק לדיון בית משפט. "...

בהמשכו של הפסק ניתנו לצדדים הוראות אופרטיביות להעלאת טיעוניהם.

### דיון והכרעה:

20. ייחודה של התביעה שלפני הוא בכך שהתובע אשר הגיש תביעתו מכוח החוק אינו הורה רשום או הורה מוכר של הקטין שאל חטיפתו הוא מכוון בתביעתו. במילים אחרות לעת הגשת התביעה, גם לגישת התובע הוא אינו אביו של הקטין באופן רשמי ואבהותו נשללת על ידי האם. בפסיקה נמצאו הגדרות של 'אב פסיכולוגי' [תמ"ש (ת"א) 50330/04 א.ה. נ' מ.נ. (14/2/2011)], אני ראיתי בתובע 'אב קונסטרוקטיבי', אך בכל אלו אין להקהות את העובדה שלעת הגשת התביעה ואף לעת הזו התובע אינו אביו של הקטין על פי ראייה פוזיטיבית.

עובדה זו שהתובע אינו אביו של הקטין באופן רשום, מוגדר ופוזיטיבי עולה כבר מנספחי כתב התביעה (נספחים ד' ו- ו'); אותה תביעה לאבהות אותה הגיש התובע באוקראינה והחלטה/פסק הדין שניתן במסגרתה המורה על ביצוע בדיקת רקמות-DNA.

ביטוי מחזק לכך עולה גם מדברי בא כוחו בדיון מיום 24/5/20 שם במענה לשאלתי השיב הפרקליט "להערת בית המשפט אני משיב שההליך שם עדיין מתקיים. אין פסק דין, יש החלטה לביצוע בדיקת רקמות שבעיצומו של ההליך..." (פרוטוקול עמ' 21 ש' 22-23).

הדברים מדברים בעד עצמם.

כך, ברי שהגשת הבקשות החוזרות של התובע לערוך בדיקת רקמות בישראל מעידה על כך שאין ביסוס מוכח לטענותיו שהוא אביו של הקטין באופן מוצהר-שהרי לא ברור אפריורי מה תהא התוצאה של הבדיקה. יהא זה נכון לקבוע שגם בחוות הדעת של המומחה מטעמו אין ביסוס מוכח לטענותיו של התובע שהוא אביו של הקטין באופן מוצהר-ועמדתי על כך לעיל.



## בית משפט לענייני משפחה באילת

תמ"ש 55339-12-19 ש. נ' פ.

עובדה זו מציבה שאלות באשר לדרך ההתמודדות של פסק הדין עם התביעה של התובע מכוח החוק. הדרך הקלה ואולי דרך המלך הייתה פשיטא לדחות את התביעה ולו מטעם זה – היות התובע חסר מעמד רשמי כאב.

אלא שהנסיבות של המקרה שלפני לאור המובא והמקובץ לעיל יצרו מעטפת שאינה מאפשרת התעלמות ממספר נושאים מהותיים לצורך ההכרעה במקרה זה. על כך בהמשך.

21. כחוט השני בוחן החוק את הפגיעה בזכות של הורה (כמובן בשים לב לטובת הילד וזכויותיו), אולם באופן מובהק דן החוק במעמדו הנפגע של 'הורה'.

סעיף 3 לחוק הוא הברית התיכון לבחינת מעמדו המשפטי של התובע שכן הוא מגדיר מתי ילד הורחק שלא כדין מהמקום אשר נקבע כי עליו להימצא בו. בשל חשיבותו של הסעיף, יובא כלשונו:

**"הרחקתו או אי החזרתו של ילד תיחשב לא כדין כאשר –**

(א) יש בהן הפרת זכויות המשמורת המוענקות לאדם, למוסד או לכל גוף אחר, בין במאוחד ובין בנפרד, על פי דין המדינה שבה היה מקום מגוריו הרגיל של הקטין סמוך לפני הרחקתו או אי החזרתו, וכן

(ב) בעת ההרחקה או אי ההחזרה הופעלו אותן זכויות בפועל, בין במאוחד ובין בנפרד, או שהיו מופעלות כך אלמלא ההרחקה או אי ההחזרה.

זכויות המשמורת הנזכרות בסעיף קטן (א) יכול שינבעו במיוחד מכוח דין, החלטה שיפוטית או מינהלית או הסכם בעל תוקף משפטי על פי דין אותה מדינה".

22. זכויות המשמורת הוגדרו בסעיף 5 לאמנה "לרבות זכויות המתייחסות לגוף הילד ובפרט הזכות לקבוע את מקום מגוריו של הילד".

"האמנה, אפוא רואה בהוצאת ילד ממקום מגוריו הרגיל כ"הרחקה שלא כדין" גם אם היה בה משום הפרה של זכויות מי מבין ההורים (או של גוף אחר) לקבוע את מקום מגוריו של



## בית משפט לענייני משפחה באילת

תמ"ש 55339-12-19 ש. נ' פ.

הקטין. כיוון שבדרך כלל ההורה המשמורן הוא זה שמוסמך לקבוע, בלעדית, את מקום המגורים של הקטין, הוצאתו של הקטין ממקום זה על ידי ההורה האחר תחשב כהפרה של זכויות המשמורת וכהרחקה שלא כדין... האמנה הבחינה בין "זכויות משמורת" שרק הפרתן תזכה בהחזרה... לבין "זכויות ביקור..." (ראו: עמ"ש (ת"א) 1006/12 ח.ס.ב.נ' א.א.ק (24/12/14) ס' 15 ו 16 לפסק הדין).

23. לטענת האם התביעה אינה יכולה להיחשב כתביעה על פי אמנת האג שכן היא אינה עומדת בתנאי הסף של האמנה. לדידה לא אירעה הרחקה שלא כדין שכן אין כל ראיה פוזיטיבית להיות התובע אביו של הקטין. הוא אינו רשום כאביו ועל כן ממילא לא נפגעה זכות כלשהי שלו.

24. לאור האמור מצטייר שלתובע אין מעמד כאביו של הקטין וממילא, לכאורה, אין לו זכות תביעה מכוח החוק על פגיעה בזכות כלשהי שלו.

אין מחלוקת שבעניינם של הצדדים שלפני אין פסק דין או החלטה הקובעת משמורת לתובע, אין ביניהם הסכם אשר קיבל תוקף של פסק דין מחייב ואין כל החלטה שיפוטית או מנהלית בעניינם. נהפוך הוא עמדותיהם קוטביות זו לזו.

25. קביעת זכויות משמורת בהיעדר פסק דין או הסכם נעשית על פי דין מקום מגוריו הקבוע של הילד "דין זה ניתן להוכחה על ידי הגשת חוות דעת מטעם הרשות המרכזית במדינה המבקשת או על פי חוות דעת של מומחה לדין הנ"ל, כמשמעותה על פי פקודת הראיות בישראל" [שמואל מורן, אלון עמירן, והדרה בר, הגירה וחטיפות ילדים (2003) עמ' 65 והפסיקה המובאת שם; עמ"ש (ת"א) 1006/12 ח.ס.ב.נ' א.א.ק (24/12/2014)].

הפסיקה קבעה כי הגדרת ופירוש זכויות המשמורת באמנה ובתקנות הינה רחבה: "מדובר בהגדרה רחבה של זכויות משמורת. ודוק, די שנדרשת הסכמת ההורה על פי הדין הזר להוצאת הקטינים או אי החזרתם מארץ אחרת, והוא לא הסכים, כדי ללמד שקיימת זכות למשמורת אשר הופרה" (ע"א 5271/92 פוקסמן נ' פוקסמן (לא פורסם) (1992)).

"לפיכך, ללא שתונחנה לפני בית המשפט הדן בבקשה להחזרת הקטין, לפי האמנה, הוכחות בדבר קיומה של אחת מהתניות הנ"ל – הסכם בין הורים המעניק להורה הלא משמורן ... הסמכות לקבוע את מקום מגוריו של הילד או האיסור על העברתו ללא הסכמתו; צו מפורש או חוק או פסיקה שמעניקים להורה זכויות כנ"ל הרי שאין לו "זכויות משמורת" לצורך האמנה ולא יינתן צו החזרה" (עמ"ש (ת"א) 1006/12 הנ"ל ס' 17 לפסק הדין).



## בית משפט לענייני משפחה באילת

תמ"ש 55339-12-19 ש. נ' פ.

הנטל להוכיח קיומה של איזו מהחלופות מוטל על כתפי מי שמבקש להחזיר את הקטין. עליו להוכיח שבוצעה הרחקה שלא כדין (עמ"ש (ת"א) 1006/12). או אז, הפרת זכויות משמורת על הגדרתן הרחבה תזכה בהחזרה על פי האמנה. התובע לא הרים את הנטל הנדרש על מנת להוכיח שזכויות המשמורת שלו, ככל שאלו קיימות לו על פי הדין הזר, אכן הופרו. גם בטעם זה בסיס לדחות התביעה.

הלכה היא "חוק זר הוא עובדה שככל עובדה אחרת יש להוכיחו..." ועל כן "אין צריך לומר שדין זר הוא בבחינת עובדה הצריך טענה והוכחה ככל עובדה אחרת המובאת בפני בית המשפט" (מנשה שאווה הדין האישי בישראל (2001) עמ' 429). המשכה של ההלכה הוא ש"צד המבקש להסתמך על דין זר חייב להביא עד מומחה אשר יעיד על תוכנו ופירושו של אותו דין זר" (שם, עמ' 433).

עיון בחוות דעתו של עו"ד גלידר איגור, המומחה מטעם התובע מלמד שחוות הדעת עוסקת בשאלה "האם מר א.ש. הנו אביו של הקטין נשוא הדיון בהתאם לחוק אוקראיני וזאת לשם היענות לבקשתו של מר ש. להחזרתו של הקטין בהתאם להוראות אמנת האג".

למעלה מן הצורך יאמר שהחסר המידי העולה מחוות הדעת הוא התייחסות לדין הזר במובן של הפגיעה בזכויות המשמורת של התובע על פי אמנת האג. בסעיף 14 לחוות הדעת קובע המומחה שעל פי הדין האוקראיני "זכויות שוות ביחס לילד, ללא קשר האם ההורים נמצאים במסגרת הנישואין אם לאו". בהמשך, בסעיף 15 לחוות הדעת נכתב "סעיף 160 לקודקס קובע מפורשות כי מקום מגורי הקטין שטרם מלאו לו 10 שנים נקבע בהסכמת ההורים" אלא שהתובע לא אב באופן רשמי. הדבר עולה מסעיף 10 לחוות הדעת.

אמנם הבאתי הדברים לעיל, אולם בשל חשיבותם אביאם שוב. המומחה מטעם התובע קבע בחוות דעתו ש "לנוכח האמור בכתבי בי דין על אודות נסיבות היוולדות וגידולו של הקטין, כמו גם לנוכח הרישום שבוצע על ידי האם, וכן לנוכח קביעותיו של בית המשפט אודות בדיקת הרקמות ואי שיתוף פעולה של האישה לקיום הבדיקה, נראה שבהתאם לדין אוקראיני ניתן לקבוע כי: א. התובע הוא אבי הקטין. ב. עובדת היותו של התובע אבי הקטין ידועה לנתבעת" (סעיף 13 לחוות הדעת).

הגם שדבריו של המומחה סויגו "נראה ש..." ולאחר עדותו בבית המשפט אין לי אלא לדחות את גזירת המסקנה החד משמעית שלו על בסיס הסבריו לאופן הרישום במרשם והשלכותיו שהתובע הוא אביו של הקטין – קביעה שאין לה תימוכין ממשי. הדברים נכונים מקל וחומר בשני היבטים: לו היה ממש בטענות הללו אלו היו מובאות לפני בית המשפט באוקראינה ולא





## בית משפט לענייני משפחה באילת

תמ"ש 55339-12-19 ש. נ' פ.

הייתה מוגשת שם תביעה לאבהות על ידי התובע, מקל וחומר שהתביעה לאבהות הוגשה על ידי התובע לבית המשפט באוקראינה לאחר עזיבת האם את אוקראינה. כך, כאמור, גם הגשת הבקשות לבדיקת רקמות בישראל שוללת מיני וביה את חוות הדעת. בבקשה של התובע להורות על צו לבדיקת רקמות (מיום 31/5/20 לאחר תום חקירת המומחים בדיון מיום 24/5/20) נכתב בפתחה "לא ניתן למנוע עיוות דין מבלי להידרש לשאלת האבהות בטרם הכרעה בשאלת החטיפה, היות ושאלת החטיפה נגזרת משאלת האבהות הביולוגית" ובהמשך "נושא המחלוקת – האם התובע הוא האב, ולפיכך-בעל זכויות בקטין..." (סעיף 2 לבקשה ליתן צו לבדיקת רקמות) הנה כי כן גם התובע מבין שלעת הזו אין לו כל מעמד בתביעה שלפני מכוח החוק.

תמונה דומה עולה מכותרת בקשה נוספת, המבוא לבקשה, וסעיף 9 לבקשה החוזרת אשר הוגשה ביום 9/8/20 "בקשה דחופה ביותר למתן צו לביצוע בדיקה לקשרי משפחה בהתאם לסעיף 28 ו(א) לחוק מידע גנטי תשס"א-2000".

26. הדין הישראלי מכיר בדרכים המוצעות על ידי התובע לקביעת אבהות במקרים דומים [בצ"מ 1118/14 פלונית נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים (1/4/2015)] אולם אין זה מתפקידו של בית משפט זה בהליך זה להחליף את בית משפט באוקראינה ולקבוע בשאלת הורותו של התובע מבחינה ביולוגית על הקטין. החוק ומטרתו נהירים וממילא אין בחוק את האפשרות לדון בשאלת אבהות ביולוגית שבהעדרה ממילא אין התובע בא בגדרו של החוק (סעיף 1 לאמנה הקובע את יעדיה של האמנה). יש בספרי החוקים הליכים אותם יכול היה התובע לנקוט מלכתחילה אולם סבר הוא בטעות שעל ידי העמקת הקשר והביקורים בינו לבין הקטין יחליף את מהות התביעה ולא היא.

27. בשים לב לאמור התביעה להשבתו של הקטין לאוקראינה רק מכוח החוק אינה יכולה להתקבל.

28. אלא, שכאמור לעיל, נוצר מצב בלתי אפשרי שהתובע הטוען לאבהותו אינו יכול לממש את זכותו להוכיח אותה לאור התנגדות האם לביצוע בדיקת רקמות לא באוקראינה ולא בישראל.

29. כאמור, הגיש התובע שתי בקשות לביצוע בדיקת רקמות בישראל. התובע לא הראה את המקור החוקי אשר מעניק סמכות לבית משפט זה במסגרת תביעה זו לחייב את האם בניגוד לרצונה בנסיבותיו של תיק זה לבצע בארץ את בדיקת הרקמות. לא אחטא לאמת אם אדגיש ש'החטא הקדמון' בתיק זה היה בבחירת ההליך המשפטי בו נקט התובע. עמדתי על כך



## בית משפט לענייני משפחה באילת

תמ"ש 55339-12-19 ש. נ' פ.

בהחלטתי מיום 12/3/20 (סעיפים 13-14 להחלטה) ושבתי על כך בהחלטתי מיום 22/4/20 (סעיף 13 להחלטה).

עדותה המורחבת של האם מניחה יותר מאדן אחד לקביעה אפשרית שהתובע הוא האב.

מעדותה עולה תמונה נסיבתית המעידה על היותו של התובע אביו של הקטין. הליך של לידה הוא הליך אינטימי מרגש וייחודי לבני הזוג, ההורים. נכון שלא מעט גברים אינם מסוגלים להשתתף בהליך הלידה (וחבל שכך) אך אין בעיני כל ספק שהתלוותה של אמו של התובע להליך הלידה עם האם מעידה על היותו של התובע יותר מסתם מישהו אקראי בחייו של הקטין כבר טרם היוולדו. הוסף לכך את עדותה של האם בדיון האמור בדבר זמני שהייה של התובע עם הקטין בזמן מחלה ומדי יום משך תקופה ארוכה, חגיגת ימי הולדת ועוד כעולה מעדותה, תיעוד הדברים, על מנת להניח יסודות נסיבתיים מוצקים לסברה שהתובע הוא אביו של הקטין. נדמה לי שלצורך ההליך שלפני די בקביעה זו שאינה משוללת יסוד כדי לראות בתובע כאבי הקטין.

לעניין ראיות נסיבתיות נקבע ש"הראיה הנסיבתית נבדלת מן הראיה הישירה בכך שהיא אינה מוכיחה במישרין עובדה מן העובדות הטעונה הוכחה, אלא מוכיחה קיומה של נסיבה שממנה, על דרך היסק הגיוני, ניתן להסיק קיומה של העובדה הטעונה הוכחה. שתי צורות ההוכחה, הישירה והנסיבתית, הינן דרכים קבילות להוכחת עובדות" (ע"פ 6392/13 מדינת ישראל נ' מאיר קריאף (21/01/2015) (סעיף 96 עמ' 33 המצטט מע"פ 6167/99)).

"חובתו הבסיסית של השופט היא להפעיל את שיקול דעתו במקרים הקשים בסבירות. ... אך לעתים קיימת יותר מאופציה סבירה אחת. השופט ניצב בפני מספר אופציות סבירות, נוצר "מתחם של סבירות" בתוך המיתחם פנימה כל אופציה סבירה. ... על השופט להפעיל את שיקול דעתו כשופט סביר". (אהרון ברק, שיקול דעת שיפוטי (1993) עמ' 178); וכן, יובל אזני, תורת הסבירות במשפט, (2012) בעמ' 776, פסקה 20.2).

הבחירה באופציה הסבירה בתוך מתחם הסבירות מקפלת בתוכה את הצדק. השופט "אינו עוד בן חורין לבחור את תפיסת הצדק העולם העדיפה בעיניו הוא חייב לשמור את הכלל הקבוע ועומד. ... בתחום המשפט, הבעיה היחידה שיש לעיין בה היא הבעיה כיצד משתלבות העובדות הנדונות בשיטה המשפטית המסוימת, וכיצד יש לתאר את טיבן". (חיים פרלמן, על הצדק-מסות על המוסר ועל המשפט (1981) עמ' 19).



## בית משפט לענייני משפחה באילת

תמ"ש 55339-12-19 ש. נ' פ.

דומני שהתנהלות האם משולה לקרחון השט לו בנחת מתחת לפני המים ורק קצהו בולט מעל לפני המים. עם השתנות התנאים האקלימיים, הפיסיים, ירידת מפלס המים קרי, הדיון בבית המשפט באוקראינה יתגלה אותו קרחון במלוא היקפו.

ביטוי נוסף המחזק את הקביעה הנסיבתית להיות התובע אביו של הקטין, ולו לצורך ההליך שלפני, עולה מהתסקירים שהוגשו לתיק על ידי האגף לשירותים חברתיים בעיריית אילת. אביא מהדברים העולים בהם:

"המפגש שנערך בין האב לבנו במסגרת מרכז הקשר היה מרגש מאוד. כשהלכנו להביא את הילד למרכז אחיותיה של האם החזיקו את הילד וסירבו לאפשר לו להתלוות אלינו ללא נוכחותן אך לאחר שהרגענו את הילד הוא הצטרף אלינו ואף החזיק את ידינו. ... מיד כשנכנסנו התחבא הבן מאחורי הכיסא של אימו, בכה, כאשר האב מרגיע אותו, לא מתקרב אליו, בהנחייתנו, והילד מציץ באביו. ... ניכר שהילד מכיר אותו כאביו וכך כינה אותו. נראה היה שהילד שמח לראותו ולשחק עמו יחד עם זאת כל הזמן הסתכל על אמו. ... האב היה מדהים ורגיש מאוד בתגובותיו לילד, לא התרשמו שהילד חרד או פוחד ממנו. כן התרשמו שהמפגש בהחלט היה יכול להימשך עוד באופן שהולם את צרכי הילד ורצונו. ... בסיום המפגש חיבק הילד את האב. ילד מקסים שופע אהבה שכפי הנראה הגיע לכאן קצת עצור ונפתח בסיועו של האב ותמיכתו" (תסקיר מיום 28/1/2020).

"הקטין המשיך להתריס כנגד א., באותם מפגשים, כי אינו אביו וצחק כאילו זה משחק. ... שאל את אמו אם הוא "יכול לקרוא לאבא אבא"? ו "אני יכול לבקש מאבא שיקנה לי אוטו"? ... האם לא מנעה מהילד להתנהג באופן לא מכבד" (תסקיר מיום 28/6/2020).

"האם העלתה טיעון נוסף וסיפרה שנכנסה להריון, האב הנטען הכריח אותה להפיל- האם בכתה. האב הנטען טען שלא הכריח אותה להפיל, אך היא בשלה צרחה ובכתה" (תסקיר מיום 11/8/2020). (השוו לתסקיר מיום 27/12/19 הראשון בתסקירים בו טענה שהיא "...נכנסה להריון ממישהו אחר שכמעט ואינו נמצא בקשר עם הילד...").

אמור מעתה שלפחות נסיבתית, ולצורך הליך זה, התובע הוא אביו של הקטין. אך מה לי לקבוע מסמרות בשאלה זו שהרי פוזיטיבית יוכרע ההליך בבית המשפט המוסמך באוקראינה.

מצאתי להביא עוד מדברי התובעת עצמה באמצעות בא כוחה שיש בו להעיד על הצורך בשיבתה עם הקטין לאוקראינה וכך נכתב במסמך מטעמה מיום 29/6/2020 (תגובה ובקשה למתן פסק דין – תגובה לבקשה לבדיקת רקמות שהוגשה על ידי התובע) "מספר פעמים



## בית משפט לענייני משפחה באילת

תמ"ש 55339-12-19 ש. נ' פ.

**אמרנו כי אם יחליט בית המשפט שהילד יחזור לאוקראינה, כך יהיה. עם דבר אחד לא יכולים להסכים עם הדחיות בלתי סופיות והשיטות בשימוש" (עמ' 3 לתגובה).**

30. אמנם נכונה הטענה העולה מעמדת האם שאין זו הדרך הנכונה להעביר ההתדיינות שאמורה להתנהל באוקראינה לבית משפט זה, אולם בהתנהלותה של האם יש משום עשיית שימוש בחוסר תום לב. איני מקבל את הפרשנות של התובע שמדובר בשיבוש הליכי משפט קביעה שדינה להידחות.

האם חוסה תחת החוק ותוך הסתמכות עליו טוענת לאי התכנות הבדיקה בישראל. נכון שכן. אלא מאי? האם פנתה לבית המשפט באוקראינה על מנת לבטל את פסק הדין הראשון. משעה שפנתה האם לסיועו של בית המשפט באוקראינה אין היא יכולה לבור מתוך החלטתו את שנוח לה. לקבל את ביטול פסק הדין הראשון, אולם לא למלא אחר הנחייה לביצוע בדיקת הרקמות שעמדה בבסיסו של פסק הדין השני. למעשה, פנייתה של האם לבית המשפט מהווה מעין בקשת מתן גושפנקא להגירתה לישראל אולם לא זו תוצאת פסק הדין השני.

במסגרת פסק הדין השני ניתנו הוראות אופרטיביות לביצוע. בית משפט זה אינו יכול להישאר אדיש לכך שהאם בחסות החוק תסכל גם את פסק הדין השני ולעבור לסדר היום על אי עמידה בהנחיות בית משפט באוקראינה שניתנו במסגרת תביעה שלה. ממה נפשך או שפסק הדין הראשון בתוקפו או אז הופרו זכויות המשמורת של התובע ועל האם לשוב עם הקטין לאוקראינה או שעל האם למלא אחר הנחיית בית המשפט במסגרת פסק הדין השני אשר קבע:

**"להזמין את הצדדים בתיק לדיון בית משפט.**

**לדון בתיק לפי סדר הליכי התביעה הכללי ולקבוע דיון הכנה של בית המשפט לתאריך 20.08.20 לשעה 11:00"**

31. בית המשפט באוקראינה קבע במסגרת פסק הדין השני שניתן לבקשת האם את שקבע. משכך על האם להתייצב לדיונים. יובהר שחידוש ההליכים, כפי שנקבע בפסק הדין השני, משמעו הדיון בתביעת האבהות שהוגשה על ידי התובע בחודש 12/19 עובר להגשת התביעה שלפני.

32. משעה שבית המשפט באוקראינה קבע שיש לנהל את ההליכים לפניו, בשים לב שכל החומר היה מונח לפניו מתבקשת המסקנה שאף הוא סבור שיש להכריע בפסק דין בדבר זכויות התובע על פי בדיקת הרקמות.



## בית משפט לענייני משפחה באילת

תמ"ש 55339-12-19 ש. נ' פ.

33. אין לפני החלטה שיפוטית על מועד נדחה של הדיון שנקבע ליום 20/8/20, אך יש לאפשר לבית המשפט באוקראינה לקיים הדיון.

### אחרית דבר:

34. בשים לב לאמור לעיל, בשים לב למעמדו של התובע בחיי הקטין, אבהותו הנסיבתית, עדותה של האם מחד גיסא וסרבנותה לאפשר את בדיקת הרקמות מאידך גיסא, ומעל לכל אלו קיומו של הליך משפטי באוקראינה בשאלת האבהות של התובע על הקטין על השלכותיו השונות, לרבות הגירה, הליך שראשיתו בתביעת התובע אך המשכו בבקשת האם אני מורה על השבתו של הקטין למקום מגוריו טרם הגעתו ארצה באוקראינה.

35. ביצוע פסק דיני זה מעוכב ב- 21 ימים על מנת לאפשר לאם לערור עליו לבית המשפט המחוזי.

36. חרף התוצאה אליה הגעתי, קבלת התביעה, לא מצאתי לחייב האם בהוצאות בשל הכשלים בנייהול ההליך על ידי התובע והתנהלותו.

37. מתיר פרסום פסק הדין בהסתרת הפרטים המזהים.

38. תואיל המזכירות לשלוח פסק הדין לצדדים ולסגור התיק שבכותרת והתיק הקשור.

ניתן היום, ט"ז אלול תש"פ, 05 ספטמבר 2020, בהעדר הצדדים.

מרדכי (מוטי) לוי, שופט, סגן הנשיא