

בבית המשפט העליון

בע"מ 377/05

בע"מ 399/05

בפני :

כבוד הנשיא א' ברק
כבוד המישנה לנשיא מ' חשין
כבוד השופטת ד' ביניש
כבוד השופט א' ריבלין
כבוד השופטת א' פרוקצ'יה
כבוד השופט א' א' לוי
כבוד השופט א' גרוניס

המבקשים בבע"מ 377/05 : פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ הקטין
המבקשים בבע"מ 399/05 : 1. היועץ המשפטי לממשלה
2. משרד הרווחה

נ ג ד

המשיבים בבע"מ 377/05 : 1. ההורים הביולוגים
2. עו"ד אהובה יששכר (אפוטרופוס לדין לקטין)
3. היועץ המשפטי לממשלה
המשיבים בבע"מ 399/05 : 1. פלוני ופלונית, ההורים הביולוגים
2. עו"ד אהובה יששכר (אפוטרופוס לדין לקטין)
3. פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ הקטין

בקשות רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי
בתל-אביב מיום 30.12.2004 בתיק ע"מ 4/04 שניתן על ידי
כבוד השופטים : ס' רוטלוי, י' שטופמן, י' שנלר

תאריך הישיבה : י"ג בשבט התשס"ה (23.01.2005)

בשם המבקשים בבע"מ 377/05 : עו"ד שמעון שובר ; עו"ד שמואל מורן ;
והמשיבים מס' 3 בבע"מ 399/05 : עו"ד יואב טל

בשם המבקשים בבע"מ 399/05 : עו"ד מיקי חשין
והמשיב מס' 3 בבע"מ 377/05 :

בשם המשיבים מס' 1 בבע"מ

377/05 והמשיבים מס' 1

בבע"מ 399/05:

עו"ד דיין עדני; עו"ד משה לוי

בשם המשיבה מס' 2 בבע"מ

377/05 והמשיבה מס' 2

בבע"מ 399/05:

בעצמה

פסק-דין

הנשיא א' ברק:

העובדות וההליך בית המשפט לענייני משפחה

1. המשיבה מס' 1 (להלן – האם) ילדה (ביום 12.5.2003) את בנה (להלן – הקטין). כחודש לפני הלידה (ביום 10.4.2003) היא התקשרה לשירות למען הילד ונפגשה עם העובדת הסוציאלית פעמים מספר. היא סיפרה כי רק לאחרונה גילתה שהיא בהריון, וכי אין אפשרות לבצע הפלה. היא ביקשה למסור את התינוק שייוולד לאימוץ. היא סירבה למסור פרטים על האב, מלבד היותו יהודי ולא קרוב משפחה (היא עצמה אינה יהודיה). היא ציינה כי אינה בקשר עימו מאז יולי 2002. היא סיפרה על תוכניתה לנסוע לחופשה ממושכת מחוץ לישראל לאחר הלידה. העובדות הסוציאליות של השירות למען הילד הציעו לה כי תגדל את הילד. היא סירבה לאפשרות זו. האם הביעה עמדה נחושה למסור הקטין לאימוץ. גם לאחר הלידה ניסו עובדות הרווחה להביאה לשקול האפשרות כי תגדל את הקטין, וזאת בהתחשב בנתונה וביחסה החם לקטין. האם עמדה על דעתה. שמונה ימים לאחר הלידה (ביום 20.5.2003) חתמה האם על כתב הסכמה למסירת הקטין לאימוץ.

2. לאחר חתימת האם על הסכמה לאימוץ הועבר הקטין, והוא בן עשרה ימים, לרשות המערערים (בע"מ 377/05). הם קיבלו אותו בכוונה לאמצו (להלן – ההורים המיועדים לאמץ). לאחר מספר ימים הגיש בא כוח היועץ המשפטי לממשלה שתי בקשות לבית המשפט לענייני משפחה. האחת, לקבוע כי התמלאו כלפי אבי הקטין תנאי סעיף 13(1) לחוק אימוץ ילדים, תשמ"א-1981 (להלן – חוק האימוץ). זאת משום שאין אפשרות סבירה לזהותו, למצאו ולברר דעתו בעניין אימוץ בנו. בתסקיר הסעד שצורף לבקשה, תוארו נסיבות חתימתה של האם על הסכמתה לאימוץ, וסירובה למסור

פרטים מזהים לגבי האב. נטען כי טובת הקטין היא כי יוכרו כבר-אימוץ כלפי אביו. השניה, בקשה לאשר את העברת הקטין להורים המיועדים לאמצו (על פי סעיף 12(ג) לחוק האימוץ).

3. בית המשפט לענייני משפחה (השופטת ח' ריש-רוטשילד) פסק (ביום 1.6.2003) כי "בנסיבות הענין נראה כי התמלאו תנאי סעיף 13(1) לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981. לפיכך ניתן פסק דין כמבוקש". כן החליט בית המשפט כי יש מקום לאשר, בנסיבות הענין, את העברת הקטין למשפחה אומנת עם כוונת אימוץ, בהתאם לסעיף 12(ג) לחוק האימוץ.

4. תוך זמן קצר התחרטה האם על מסירת הקטין לאימוץ. לגורמי הרווחה נודע הדבר מאחותה של האם, שהתקשרה (ביום 3.9.2003) וסיפרה כי האם מתחרטת על שוויתרה על התינוק. בחלוף חודש נוסף, הגישה האם (ביום 9.10.2003) לבית המשפט לענייני משפחה בקשה לחזור בה מהסכמתה לאימוץ (ת.א. 87/03). על-פי האמור בבקשה, גילתה האם את ההיריון בחודש השמיני, ולא בחודש השישי, כמצוין ברישומי השירות למען הילד. בבקשה גוללה האם את הנסיבות שהביאו אותה למסור את הקטין לאימוץ, ובראשם ההלם שבגילוי ההיריון בחודש השמיני; היותה מחוסרת עבודה ומחוסרת דירה משל עצמה לעת ההיא, בשל תכנון נסיעה ממושכת לחו"ל; חששה כי גילוי דבר ההיריון יפגע באבי הקטין. בבקשתה חשפה האם לראשונה את זהות אבי הקטין. היא ציינה כי האב צעיר ממנה בשנים מספר; כי מערכת היחסים ביניהם הסתיימה חודשים מספר קודם לכן ו"האב חזר לזרועותיה של מי שהיתה בעבר בת זוגו, לפיכך חששה המבקשת כי ההודעה כי היא מצויה בחודש כה מתקדם להריונה תפגע באב ובמערכת היחסים החדשה שבנה לעצמו" (סעיף 7 לבקשה). האם טענה כי תוכל לספק לקטין בסיס יציב וכי גם משפחתה מוכנה לסייע בגידול הקטין, מבחינה כלכלית ובכל דרך אחרת שתידרש. האם ציינה לבסוף כי הודיעה לאבי הקטין על אודות הילד שמסרה לאימוץ ועל אף ההלם והתדהמה "הוא מבקש כיום ליטול חלק פעיל בחייו של בנו".

5. בסמוך להגשת הבקשה לחזור בה מהסכמתה לאימוץ מסרה לראשונה האם לשירות למען הילד פרטים על האב. עם זאת, היא דחתה את בקשת העובדת הסוציאלית לשוחח ישירות עם האב. בסופו של דבר, נפגש האב עם פקידת הסעד (בנובמבר 2003), במסגרת הכנת תסקיר של השירות למען הילד בהליך המשפטי של בקשת האם לחזור בה מהסכמתה לאימוץ. האב מסר שהוא מעונין לקחת חלק באבהות, אך לא כבן זוגה של האם. הוא ציין כי "עדיין לא בטוח אם הנושא סגור אצלי" ומפיו שמענו כי "עדיין

לא מרגיש שהתחבר לילד". לא ברור לאב היכן הילד יגדל ואין זה משנה בעיניו. באותו שלב בחר שלא לשתף את הוריו ומשפחתו בעניין היוולדו של הקטין.

6. בקשת האם לחזור בה מהסכמתה לאימוץ התבררה בבית המשפט לענייני משפחה בעצלתיים. תגובת היועץ המשפטי לממשלה, שהתבקשה ביום 26.11.2003, התעכבה בשל העברת הטיפול לפקידת סעד אשר לא טיפלה בבקשה להכריז על הקטין בר אימוץ. באת-כוח היועץ המשפטי לממשלה הודיעה (ביום 12.1.2004) על התנגדות לבקשת האם לחזור בה מהסכמתה לאימוץ. נטען כי לא חל שינוי במערכת העובדתית מאז שנמסר הקטין לאימוץ. הטעם היחיד העולה מן הבקשה הוא חרטה של האם על מסירת הקטין. שינוי זה אינו עולה כדי "טעמים מיוחדים", כמשמעותם בסעיף 10 לחוק האימוץ, בגינם יש לאפשר לאם לחזור בה מהסכמתה לאימוץ. נטען כי טובתו של הקטין להישאר בבית המשפחה בה הוא נמצא מגיל עשרה ימים. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה צורף תסקיר של פקידת הסעד א' אייזנברג (מיום 28.12.2003). התסקיר התבסס על שיחות ממושכות עם האם ופגישה עם האב ועל תצפיות של הקטין אצל משפחה המיועדת לאמצו. המלצת פקידת הסעד הייתה להותיר את המצב על כנו ושלא לאשר לאם לחזור בה מהסכמתה לאימוץ. פקידת הסעד סברה כי יש להשאיר את הקטין לגדול במקומו הקבוע, בקרב המשפחה האוהבת אותה הוא מכיר.

7. לאחר דחיות ועיכובים נוספים, ולאחר החלפת הייצוג של האם, התקיים (ביום 10.2.2004) דיון ראשון בבקשה לחזרה מהסכמה לאימוץ. ביום הדיון פתח האב בהליך משפטי נפרד בקשר לקטין. הוא הגיש בקשה לבטל את הכרזת הקטין כבר-אימוץ כלפיו. האב טען בבקשה כי עד חודש אוגוסט 2003 לא ידע על הריונה של האם ועל הולדת בנו. הוא מעולם לא נתן הסכמתו לאימוץ הקטין ולא הביע ספק ברצונו וביכולתו לגדל את בנו. לאור האמור טען האב כי לא התקיימו תנאי סעיף 13(1) לחוק האימוץ ולא התקיימו דרישות החוק בעניין הסכמת ההורים.

8. שני ההליכים אוחדו. לאחר חקירה קצרה של האב בעניין תוכניותיו לגידול הקטין, הפנה בית המשפט את ההורים הביולוגיים ואת הקטין לבדיקת רקמות לביורר זהותו של אבי הקטין. כן נדרש האב להגיש לבית המשפט תוכנית שתפרט הצעתו לגדל את הקטין, המתייחסת הן לאפשרות שיגדל את הקטין יחד עם האם, הן לאפשרות שלא תקבל תביעת האם לחזרתה בה מהסכמתה לאימוץ. היועץ המשפטי לממשלה נדרש להגיב לבקשת האב לבטל את הכרזת הקטין כבר אימוץ. למחרת היום הודיע האב כי הוא מוחה על הדרישה שיגיש תוכנית לגידול הקטין. האב טען כי במקרה שבו האב לא נתן הסכמה לאימוץ, אין צורך בתוכנית לגידול הקטין, כיוון שישנה חשיבות כמעט

בלעדית לזכותו הטבעית של ההורה הביולוגי לגדל את בנו הקטין. עם זאת, מסר האב שתי תוכניות חלופיות לגידול הקטין – האחת ביחד עם האם בדירה משותפת שישכרו והשנייה, בסמיכות להוריו ובסיועה של אמו.

9. בעקבות מסירת תוכניות האב לגידול הקטין הגישה באת-כוח היועץ המשפטי לממשלה (ביום 29.2.2004) תסקיר סעד המתייחס לתוכניות אלה. את עמדתה לגופה של הבקשה לביטול הכרזת הקטין בר אימוץ כלפי האב התחייבה באת-כוח היועץ המשפטי לממשלה להגיש עם קבלת התוצאות של בדיקת הרקמות. פקידת הסעד מסרה לבית המשפט כי לא ניתן לבצע את בדיקת התוכניות לאשורן, מלבד בדיקת הרקע של האב וקבלת תלושי משכורתו. התוכנית לפיה שני ההורים יתגוררו ביחד לא נבדקה כי לא הגיעה לשלב הביצועי. האב עמד על דעתו שיש להתייחס לתוכנית זו כבסיס, בה הוא והאם יגדלו את הקטין יחד. "אולי לא ינשאו, אולם הם יהיו עבורו הורים משותפים בדירה אחת, עם ניהול חשבון בית משותף". לדברי האב, התוכנית לא עלתה לשלב הביצועי (חיפוש דיור משותף) היות והשניים עסוקים בהחזרת הילד. התוכנית החלופית כי האב יגדל את הקטין בעזרת הוריו לא נבדקה כי האב לא סיפר למשפחתו על אודות הקטין. האב לא רצה לשתפם כדי לא לגרום להם עגמת נפש. הוא עמד בסירובו, הגם שנמסר לו כי אי פתיחת הסוד בפני המשפחה המורחבת מעכב את בדיקת התכנית החלופית לפיה הוריו יסייעו בגידול הילד. ביני לביני נשמעה (ביום 2.3.2004) עדותה של האם בבית המשפט לענייני משפחה. בעדותה סיפרה האם כי גילתה את ההריון בחודש השמיני, במרץ 2003. היא העידה על נסיבות פנייתה לשירות למען הילד, על מפגשיה עם פקידות הסעד ועל מסירת הקטין לאימוץ. האם העידה כי לא שיתפה את האב בעניין הקטין כדי "לא להפריע לו בחייו". כשהתגבשה בה ההחלטה לחזור בה מהסכמתה לאימוץ, לאחר לבטים קשים ויסורי נפש, פנתה לסיוע משפטי ואז גם שיתפה לראשונה את האב. האם סיפרה על היחסים המחודשים בין השניים ועל תוכניותיהם ביחס לקטין.

10. משנתקבלו תוצאות חיוביות של בדיקת הרקמות (ביום 10.3.2004), מסרה פקידת הסעד לבית המשפט כי היא מבקשת להמשיך את האבחון שהחל לגבי האב. פקידת הסעד שבה וציינה לפני בית המשפט כי לא ניתן לעת הזו לבדוק את התוכניות שהציג האב לגבי גידול הקטין. התוכנית לגדל את הקטין בדירה משותפת עם האם לא נבדקה משום שההורים לא ראו עצמם גרים בכפיפה אחת אם לא יקבלו את הקטין למשמורתם. באשר לתוכנית החלופית שהציע האב – כי יתגורר בסמוך להוריו ויקבל מהם עזרה ותמיכה – האב לא שיתף פעולה בבדיקת ההצעה באומרו כי אין בדעתו לספר להוריו על קשריו עם האם ועל הולדת הקטין. פקידת הסעד הביעה חששה כי

הפרדת הקטין מהוריו-מגדליו תהפוך אותו לתינוק בעל צרכים מיוחדים מבחינה רגשית. על רקע זה היא הציעה לקבל חוות דעת של מומחה להתפתחות רגשית של תינוקות ובדיקת יכולותיו של האב לגדל קטין בעל צרכים מיוחדים.

11. תוצאות בדיקת הרקמות הגיעו לבית המשפט סמוך למועד בו אמורה הייתה להישמע עדותה של פקידת הסעד. בפתח הדיון (ביום 16.3.2004) דרש בא-כוח האב כי יבוטל לאלתר פסק הדין בדבר היות הקטין בר-אימוץ. באת-כוח היועץ המשפטי מסרה בעל-פה הסכמתה לביטול פסק הדין, אך ביקשה בשלב זה לאשר את המשך שהותו של הקטין במקום הימצאו. היא ציינה כי אמנם אין עילה להגיש בקשת בר אימוץ כלפי האב, אך בנסיבות שנוצרו ביקשה לבדוק את טובת הקטין. בית המשפט לענייני משפחה החליט בו במקום לבטל את פסק הדין אשר הכריז כי הקטין בר אימוץ כלפי האב. העברת הקטין למשמורת האב עוכבה עם זאת, ופקידת הסעד נתבקשה להכין תסקיר בדבר היערכות האב והאם לגידול הקטין. וזו לשון ההחלטה:

"בהסכמת הצדדים ולאור תוצאות בדיקת הרקמות אשר הומצאו לבית המשפט אתמול 15.3.04 ואשר לפיהן [האב] הינו אביו של הקטין [פלוני] הנני מורה כדלקמן:

1. פסק הדין אשר ניתן ביום 1.6.03 ואשר במסגרתו הוכרז הקטין כבר אימוץ כלפי [האב], מבוטל.

2. על אף האמור לעיל, בשלב זה ועד למתן החלטה אחרת, לא יועבר הקטין למשמורתו של [האב].

3. מיד לאחר מתן החלטה זו, תיקבע פקידת הסעד הסדרי ראייה בין [האב] והאם לבין הקטין. ...

4. הצדדים יופנו על ידי בית המשפט בהחלטה נפרדת שתישלח אליהם למומחה לצורך קבלת הדרכה הורית בליווי בתהליך החזרת הקטין למשמורת האב וכן על מנת שתיתנה לבית המשפט המלצות טיפוליות ככל שישנן.

5. פקידת הסעד לחוק האימוץ תגיש לבית המשפט תסקיר ובו התייחסות להיערכות האב והאם במידה שתאושר חזרתה מהסכמה לגידול הקטין והטיפול בו".

12. תסקיר פקידת הסעד בדבר היערכות ההורים לקבלת הקטין הוגש כעבור חודש (ביום 15.4.2004). פקידת הסעד, אשר עקבה אחר המפגשים בין ההורים הביולוגיים לקטין ועמדה בקשר רציף עם ההורים, סברה כי אינה רואה את האב ערוך נכונה לקבלת

הקטין. על-פי התסקיר, האב אינו מוכן לדון בתסריטים כיצד יגודל התינוק ותגובתו היא בקוצר סבלנות, בכעס ובחוסר שיתוף פעולה. גם התנהגותו במפגשים עם הקטין עוררה דאגה אצל פקידת הסעד. למרות שהקטין בכה וצרח מרבית הזמן, האב דחה את הצעת העובדות הסוציאליות לנהוג עימו ביתר סבלנות ולא לכפות עצמו על התינוק. התנהגות האב העלתה אצל פקידת הסעד סימני שאלה המחייבים, לדעתה, מבדקים פסיכודיאגנוסטיים.

13. ההורים המיועדים לאמץ ביקשו אותה עת לראשונה ליטול אף הם חלק בהליכים המשפטיים. הם הגישו (ביום 15.4.2004) בקשה למנות את עורכי דינם כאפוטרופסים לקטין או לשקול את מינויים שלהם כמייצגי הקטין, בהיותם אפוטרופסיו בפועל או "ידיד קרוב" לקטין. בעתירה נפרדת (תיק מ.א. 30/04) הם ביקשו לשקול את צירופם כצד להליך. ההורים הביולוגיים התנגדו לבקשות. גם באת-כוח היועץ המשפטי לממשלה התנגדה לבקשה למינוי אפוטרופוס לדין לקטין, בציינה כי טובתו של הקטין מיוצגת בהליכים על-ידי בא-כוח היועץ המשפטי ופקידי הסעד. באשר לבקשת ההורים המיועדים לאמץ ליתן להם מעמד עצמאי, טענתה הייתה כי עמדתם בשאלת טובת הקטין תובא במסגרת דיון בחזרת הורה מהסכמתו לאימוץ באמצעות פקיד הסעד ובא-כוח היועץ המשפטי. יחד עם זאת, היא הותירה לשיקול דעת בית המשפט אם לזמן לבית המשפט את ההורים המיועדים לאמץ ולשמוע עמדתם במסגרת דיון נפרד וחסוי.

14. במקביל נמשך דיון ההוכחות בבקשת האם, במסגרתו נשמעה (ביום 19.4.2004) עדותה של פקידת הסעד אשר הכינה את תסקירי הסעד בעניין ההורים הביולוגיים. לדיון זה התייצבו גם הוריו של האב, לאחר שנתבשרו על הולדת הקטין. בתום חקירה ממושכת של פקידת הסעד החליט בית המשפט למנות את הפסיכולוגית אמירה אופנהיימר כמומחית מטעם בית המשפט, על מנת שתיפגש עם הצדדים ותחווה דעתה בשאלות הבאות:

"1. רצונם של ההורים הביולוגיים לגדל את הקטין ביחד או לחוד.

2. הזוגיות והקשר בין ההורים הביולוגיים ויכולתם ומסוגלותם לגדלו בין ביחד ובין לחוד לרבות תוך קבלת עזרה מצד בני משפחה או מי מהם. לצורך זה במידת הצורך, יערכו מבחנים פסיכו דיאגנוסטיים וזאת בהתאם לשיקול דעתה של המומחית.

3. בשים לב לגילו של הקטין והעובדה שהקטין נמצא בבית משפחה 'מאמצת', והעובדה שהקטין נמסר לאימוץ על ידי האם הביולוגית ובהסכמתה, תוך סירובה למסור פרטים אודות זהות האב, ובפני בית המשפט תלויה ועומדת גם בקשתה לחזרה מהסכמה, האם טובת הקטין היא להעבירו מהמשפחה המאמצת למשפחה הביולוגית או למי מההורים. ... " (החלטת בית המשפט לענייני משפחה מיום 19.4.2004).

15. מבלי להמתין לחוות דעתה של המומחית, הגיש האב (ביום 25.4.2004) בקשה להעברת הקטין למשמורתו. בבקשת האב נטען כי משלא קיימת עילת אימוץ כלפי האב, יש להשיב את הקטין למשמורתו לאלתר. היועץ המשפטי לממשלה נתבקש להגיב לבקשת האב תוך עשרה ימים. בינתיים נדרש בית המשפט לענייני משפחה לבקשת ההורים המיועדים לאמץ לייצג את הקטין, בעצמם או באמצעות באי כוחם, או להצטרף להליכים בעצמם. בית המשפט החליט (ביום 3.5.2004) לדחות את בקשת ההורים המיועדים לאמץ, על כל ראשיה. עם זאת, הוחלט למנות לקטין אפוטרופא לדין, על מנת להבטיח ייצוג נפרד ועצמאי של הקטין בהליך הנוגע לחזרתה בה של האם מההסכמה לאימוץ ובבקשת האב להעברת הקטין למשמורתו. לתפקיד האפוטרופא לדין לקטין מונתה עו"ד אהובה יששכר, היא המשיבה מס' 2 בשני הערעורים שלפנינו.

16. בדיון שנערך למחרת (ביום 4.5.2004) מסר האב את עדותו בפני בית המשפט. האב סיפר על ההכרות עם האם בינואר 2002; על הקשר הרומנטי שנמשך עד אוגוסט 2002; על המפגש בו שמע מהאם על אודות הקטין; ולבסוף, על התחדשות והתחזקות הקשר בין השניים, המאוחדים במטרה לקבל את הקטין. האב הסביר כי עד לחודש פברואר 2004 לא נקט צעדים בקשר לקטין, מלבד מפגשים אליהם הוזמן בשירות למען הילד, משום שהיה "בידיעה שיש עו"ד רציני שמטפל בתיק". עובר לדיון (בראשית פברואר 2004) נפגש עם עוה"ד וחש כי "העו"ד לא עושה מספיק" ולכן החליף ייצוג משפטי. חרף העובדה שהאפוטרופא לדין קיבלה את המינוי זה עתה וטרם עיינה בחומר, סירב בית המשפט לדחות את מועד החקירה של האב או להשלימה בשלב מאוחר יותר. באשר לבקשת האב להעביר את הקטין למשמורתו, באת-כוח היועץ המשפטי הודיעה (ביום 12.5.2004) על התנגדות לבקשה בשלב זה, בטרם נבחנה טובת הקטין. בדומה, סברה האפוטרופא לדין כי בשלב זה אין להעביר את הקטין, לפני שעלה בידי המומחית לבחון את טובת הקטין.

17. המומחית מסרה חוות דעתה ביום 17.5.2004. היא קבעה כי להורים הביולוגיים מסוגלות הורית והמליצה להעביר את הקטין לאלתר למשמורתם, כאשר תהליך קבלתו וחייו במחיצתם ילווה בפיקוח ובטיפול על ידי מומחים. למומחית אופנהיימר לא היה ספק כי כל אחד מההורים הביולוגיים מאוד רוצה לגדל את הקטין. כל אחד מהם פיתח רגשות אהבה והנאה טבעיים של התפעלות ונכונות לקבלת אחריות על הילד. לדבריה, האפשרות שהילד יעבור למשמורתו של האב בלבד היא לא ריאלית. מדובר בזוג הרואה את השותפות ביניהם בגידול הילד כברורה ומוסכמת. המומחית ניתחה בהרחבה את המסוגלות ההורית של כל אחד מההורים. לגבי האב היא קבעה כי "סביר להניח כי הוא יוכל להיות הורה טוב דיו". לגבי האם, הטרידה את המומחית החלטתה למסור את הילד לאימוץ. וכך היא כותבת:

"עולה השאלה האם יכולה להיות הורה טוב לילד עם צרכים מיוחדים, כפי שיהיה המצב עם הילד, שהוא כיום כבר בן שנה ושינותק ממי שעבורו הם הוריו. ילד כזה עשוי, במצב ההתחלתי, שלא לתגמל בהחזרת אהבה, בהתנהגות נינוחה וכיוצא בזה ביטויים והתנהגויות המזינים את ההורה ומחזקים את קשריו עם הילד... האם לאור הציפיות הגדולות והרגישות הגדולה לתגובת הסביבה אליה, עשויה האם לחוות זאת שוב במצב משברי ולהתנתק רגשית ולהתרחק? קשה להתנבא בבטחון על כך. הסיכוי נראה קטן יותר לאור השינויים שחלו בה ולאור התמיכה הרגשית שמקבלת עכשיו הן מהאב והן ממשפחתה".

הבעיה במקרה הנדון – לדברי המומחית - מורכבת משיקולים של טובת הילד, אשר ניתקו מסביבתו הטבעית הוא "פעולה יזומה של פגיעה". המומחית סברה כי ניתוק הילד יגרום לכאב גדול. הילד יחווה אובדן של הורים. לילד כזה תידרש הורות רגישה וסבלנית מאוד. לשאלה האם לניתוק ולכאב תהיינה בהכרח השלכות על התפתחותו בעתיד, לא נתנה המומחית תשובה חד-משמעית, אך ציינה כי לילד בסיס טוב ותקין שיאפשר לו להתמודד עם הקשיים ביתר קלות. למומחית לא היה ספק כי טובתו המיידית היא שלא לנתקו. אך היא סברה שיש לשקול את טובתו לטווח הארוך, מבחינת ההתפתחות ומימוש הזהות. היא עמדה על מחקרים המעידים על בעיות רגשיות והתנהגותיות רבות יותר אצל ילדים מאומצים. המומחית צפתה קושי נוסף בנסיבות המיוחדות של המקרה הנדון, בו ההורים הביולוגיים רצו ויכלו לגדל את הילד. בהמשך מסרה המומחית, לבקשת בית המשפט, תוכנית להעברת הקטין להורים הביולוגיים.

18. בעקבות חוות דעתה של המומחית הוזמנו ההורים המיועדים לאמץ לדיון נפרד בבית המשפט לענייני משפחה (ביום 31.5.2004). הוברר להם כי הפתרון המסתמן הוא החזרת הקטין להורים הביולוגיים וכי עליהם להיערך לכך. בו ביום קיים בית המשפט ישיבה נפרדת עם כל הצדדים האחרים בתיק, בה נדונה ההיערכות להעברת הקטין. באת-כוח היועץ המשפטי נתנה הסכמתה להעברת הקטין למשמורת האב, אך ביקשה כי בשלב זה ההליך של בקשת האם לחזרתה בה מהסכמתה לאימוץ יוותר פתוח, כדי לבצע מעקב ופיקוח על כך שהמעבר נעשה בצורה הטובה יותר למען הילד. ברוח זו, המליץ בית המשפט לצדדים כי יעוכב מתן פסק דין בתביעת האם לחזרתה בה מהסכמתה; כי הקטין יועבר למשמורת האב אשר יהיה רשאי לגדלו ביחד עם אימו הביולוגית; כי ההורים הביולוגיים יפנו לטיפול והדרכה מקצועית והגורם המטפל ידווח לבית המשפט על מצבו של הקטין. מתווה זה התקבל על דעתם של באת-כוח היועץ המשפטי לממשלה, האפוטרופא לדיון וההורים הביולוגיים. בית המשפט נתן תוקף להסכמות אלה, בפוסקו (ביום 7.6.2004):

"בנסיבות העניין, לאחר ששקלתי את כל החומר שנפרש במסגרת ההליכים המשפטיים, לרבות המלצת המומחית שמונתה על ידי בית המשפט, הגב' אמירה אופנהיימר (להלן – המומחית) ועמדת האפוטרופא לדיון, הנני סבורה כי יש מקום ליתן תוקף של החלטה להסכמות אשר התגבשו במהלך הדיון כדלקמן:

1. [האב] יפנה למשרד הפנים על מנת לרשום את אבהותו לקטין.

2. הקטין יועבר החל ממחר למשמורת אביו הביולוגי... האב הביולוגי יהיה רשאי לגדל את הקטין ביחד עם האם הביולוגית..."

בקשת האם נותרה תלויה ועומדת.

הערעור לבית המשפט המחוזי

19. ההורים המיועדים לאמץ לא קיבלו עליהם את הדיון. לאחר שבבית המשפט לענייני משפחה סורבה בקשתם לעכב את הוצאת הקטין מרשותם, הם פנו בבקשה דומה לבית המשפט המחוזי. בית המשפט המחוזי (השופטת ב' אופיר-תום) נענה (ביום 8.6.2003) לבקשה לעכב את מסירת הקטין, תוך קציבת מועד קצר להגשת ערעור. ואמנם, כבר ביום 9.6.2004 הוגש ערעור מטעם ההורים המיועדים לאמץ על ההחלטה שלא לתת להם מעמד בהליכים בעניין הקטין, כמו גם על ההחלטה להעביר את הקטין למשמורת האב. לאחר שהתברר להורים המיועדים לאמץ (ביום 13.6.2004) כי בוטלה

הכרזת הקטין כבר אימוץ כלפי האב, הגישו ההורים המיועדים לאמץ (ביום 16.6.2004) ערעור גם על החלטה זו. מטעמי זהירות נתבקשה ארכה להגשת הערעור, ככל שיש בכך צורך. ההורים המיועדים לאמץ עתרו לצרפם כצד להליכי הערעור, אם כ"צד מעוניין", אם כ"ידיד קרוב" ואם מכוח הסמכות הטבועה של בית המשפט. באת-כוח היועץ המשפטי התנגדה לכך שההורים המיועדים לאמץ יצורפו להליכים, אך ציינה כי אם נותר ספק כלשהו באשר למיצוי בדיקת טובתו של הקטין, היא מותירה לשיקול דעתו של בית המשפט את אופן השלמת הבדיקה.

20. בית המשפט המחוזי (השופטים ס' רוטלוי, י' שטופמן ו-י' שנלר) הציע לצדדים כי ימונה מומחה חדש לבדיקת טובת הקטין. ההורים הביולוגיים התנגדו לכך. בהיעדר הסכמה נדרש בית המשפט המחוזי לסוגיה המשפטית בדבר מעמדם של ההורים המיועדים לאמץ בערעורים שהגישו. בית המשפט המחוזי קבע (ביום 30.6.2004) בהחלטה מפורטת, כי יש להעניק להורים המיועדים לאמץ מעמד בהליכים שבפניו. עם זאת, נקבע כי רק באי כוחם ולא הם עצמם יוכלו ליטול חלק בדיון. לאחר שהוסרה מן הדרך סוגיית המעמד, הגישו הצדדים עיקרי טיעון בשאלות גופן – ביטול הכרזת הקטין כבר-אימוץ כלפי האב והעברתו למשמורת האב. לאחר שמיעת טיעוני הצדדים החליט בית המשפט המחוזי (ביום 8.7.2004) – חרף התנגדות ההורים הביולוגיים – למנות את הפסיכולוגים ד"ר גבריאלי וייל וד"ר רות סיטון כמומחים מטעם בית המשפט. המומחים נתבקשו לבחון את טובת הילד ומצבו כיום ולבדוק את החלופות השונות, תוך שימת דגש על הנזק שייגרם לקטין בכל אחת מן החלופות.

הערעור (הראשון) לבית המשפט העליון

21. החלטותיו של בית המשפט המחוזי עמדו לביקורתו של בית משפט זה (הנשיא א' ברק והשופטים א' ריבלין ו-א' חיות) בשתי בקשות נפרדות לרשות ערעור. בקשה אחת – מטעם ההורים הביולוגיים – הופנתה כנגד ההכרה במעמד ההורים המיועדים לאמץ (בע"מ 6509/04). בבקשה השניה – מטעם ההורים המיועדים לאמץ – הובעה טרזניה על סדרי הדיון המיוחדים שקבע בית המשפט המחוזי, אשר מצמצמים את מעורבותם בהליך. בפסק דיננו (מיום 26.7.2004; להלן – פרשת פלונית ופלוני) דחינו את שתי בקשות רשות הערעור. בנימוקים שניתנו בנפרד (ביום 22.8.2004) עמדנו על המסגרת הנורמטיבית של תהליך האימוץ בישראל. תהליך זה נחלק לשני שלבים נפרדים: השלב הראשון עניינו ניתוק הזיקה המשפטית בין הקטין לבין הוריו הביולוגיים וסופו בהכרזה על הקטין כבר אימוץ; השלב השני עניינו יצירת הזיקה המשפטית בין הקטין לבין ההורים המאמצים. עמדנו על כך שהשלב הראשון נחלק

לשני שלבי משנה. בשלב המשנה הראשון בוחן בית המשפט האם קיימת עילה להכריז על הקטין כבר אימוץ. כאשר מתקיימת עילה כאמור נבחנת, בשלב המשנה שני, השאלה האם יש מקום לעשות שימוש בשיקול הדעת השיפוטי להכריז על הקטין כבר אימוץ. גם בקשת הורה לחזור בו מהסכמתו לאימוץ מצויה, מבחינה מהותית, בשלב המשנה השני. פסקנו כי בכל אחד מההליכים הנוגעים לענייננו מצוי הדיון בשלב הראשון ובמסגרתו בשלב המשנה השני. השיקולים שיש לקחת בחשבון בשלב זה הם "טובת המאומץ" זכויות ההורים הטבעיים והאינטרס של ההורים המיועדים לאמץ.

22. על רקע זה עמדנו על הפגמים בהתנהלות ההליכים המשפטיים בענייניו של הקטין במקרה הנדון. ציינו כי מערך השיקולים שהיה צריך לעמוד בפניו בית המשפט לענייני משפחה, בהכריעו בשני ההליכים (חזרת האם מהסכמתה וביטול הכרזת הקטין כבר-אימוץ כלפי האב), הוא מערך מורכב שבראשו טובת המאומץ, ולצידו זכויות ההורים הביולוגיים והאינטרסים של ההורים המיועדים לאמץ. מחובתו של בא-כוח היועץ המשפטי היה לפרוש בפני בית המשפט תשתית מקיפה של העובדות והשיקולים הרלוונטיים. היה עליו להציג את כל ההיבטים הקשורים בהורים הביולוגיים, בקטין ובהורים המיועדים לאמץ. הדבר לא נעשה. באת-כוח היועץ המשפטי הסכימה לביטול ההכרזה כי הקטין בר אימוץ כלפי האב ללא כל תשתית עובדתית וללא דיון ענייני בסוגיות הטעונות בירור. בנסיבות חריגות אלה, נוכח השיבוש שחל בהתנהלות הדברים בבית המשפט לענייני משפחה, סברנו כי אין מנוס מלהכיר במעמדם של ההורים המיועדים לאמץ, לצורך הגשת ערעור. ללא ערעור מטעמם, לא ניתן יהא לרפא את הפגמים. יחד עם זאת, הצענו ליועץ המשפטי לשקול אפשרות להצטרף לערעור כמערער, על מנת להשיב את ההליכים לפסים תקינים. שקלנו להחזיר את הדיון לבית המשפט לענייני משפחה, אך מאחר שבית המשפט המחוזי כבר נכנס לעובי הקורה, ובשל הרצון שלא להאריך את הדיון, הותרנו את הדברים על כנם, תוך שהעניין כולו הוחזר לבית המשפט המחוזי.

ההליכים בבית המשפט המחוזי

23. עם חזרת העניין לבית המשפט, הוגשה לו חוות דעתם המשותפת של ד"ר וייל וד"ר סיטון בענייניו של הקטין. חוות הדעת התבססה על תצפית באינטראקציה בין הילד לבין כל אחד מזוגות ההורים, על שיחות עם ההורים הביולוגיים וההורים המיועדים לאמץ, על מבדקי MMPI-2 ומבחן רורשך זוגי להורים הביולוגיים ועל תצפית על הקטין בפעוטון. כן עמדו בפני המומחים תיקי בית המשפט לענייני משפחה ובית המשפט המחוזי, לרבות חוות הדעת של המומחית אופנהיימר. המומחים דנו בהרחבה

בשתי החלופות העומדות על הפרק, מנקודת המבט של טובת הקטין וצרכיו ההתפתחותיים. לגבי האפשרות שהקטין יישאר אצל ההורים המיועדים לאמצו, כתבו המומחים כי "היתרון המשמעותי ביותר לאפשרות זו הוא בשמירת הרציפות של הקשר הראשוני שנוצר בין הפעוט לבין הדמויות המשמשות כהוריו הפסיכולוגיים מאז תחילת חייו (ה-attachment). כל חבלה (disruption) בקשר הראשוני הזה, ניזקו רב ועלול לגרום להיווצרות פסיכופתולוגיה בעלת היבטים שונים בהמשך החיים. ככל שמתארך משך ההתקשרות, כך גובר הסיכון הכרוך בניתוק הקשר". המומחים עמדו גם על ההורות המיטיבה של ההורים המיועדים לאמץ. לצד יתרונות אלה, הם עמדו על הסיכונים שבהותרת הקטין אצל ההורים המיועדים לאמץ. כך, הם ציינו את מצבו הבריאותי של האב שנזקק לדיאליזה ואת ההתמודדות העתידית של הילד עם היותו ילד מאומץ. המומחים הניחו שכמו אצל מרבית הילדים המאומצים, הקשר המיטיב שנוצר בינו לבין הוריו המאמצים יסייע לו ולהם ולהתמודד בצורה נאותה בסוגיה זו. לגבי האפשרות כי הקטין יועבר להורים הביולוגיים, המומחים הדגישו כי הקטין יהפוך מילד רגיל לילד בסיכון. למען התמודדות עם ילד בסיכון בעל צרכים מיוחדים, יהיה צורך באופן מהותי בהורות מיטיבה שהיא מעל לממוצע. המומחים סברו כי היתרון הבולט ביותר בהעברתו של הילד להוריו הביולוגיים הוא מנקודת המבט של זהותו בעתיד לבוא. כאשר יגדל לא יצטרך לחקור על אודות שורשיו, הגם שבנסיבות המקרה, המציאות של שנותיו הראשונות תכביד עליו ככל שיתבגר. אם אכן ייווצר קשר פסיכולוגי בינו לבין הוריו הביולוגיים, סביר להניח שיצליחו להתמודד עם סוגיות מורכבות אלה. המומחים נדרשו גם לשאלת היכולות ההוריות של ההורים הביולוגיים, תוך שקבעו כי אין בה יציבות ובגרות, והיא חסרה הערכה ראויה לצרכי הקטין. לאור מכלול השיקולים, סברו המומחים כי "החלופה הטובה ביותר עבור הקטין... היא השארתו עם ההורים המיועדים לאמצו, שהינם הוריו הפסיכולוגיים".

24. בדיון (ביום 12.9.2004) הודיעה באת-כוח היועץ המשפטי על הצטרפות היועץ המשפטי כמערער פורמלי, מבלי להביע עמדה מהותית בעניין. באותו דיון גם הסבה האפוטרופא לדין את תשומת לבו של בית המשפט למצבו הרפואי של האב המיועד לאמץ וביקשה שתיערך בדיקה רפואית יסודית לצורך גיבוש עמדתה באשר לטובת הקטין. בית המשפט הורה על הגשת תסקיר סעד בעניין ההורים המיועדים לאמץ. כן הופנה האב המיועד לאמץ לבדיקת שתי מומחים רפואיים בתחום מחלות הכליה והכבד. בית המשפט המחוזי החליט (ביום 19.9.2004) למנות את ד"ר דורון שוורץ, על מנת שיבדוק את האב המיועד לאמץ ואת ההשלכות של מצבו הרפואי על מצבו הנפשי, על חלוקת התפקידים בבית ועל עבודתו, וכן את השפעת טיפול הדיאליזה על חיי היום-יום שלו ושל הקטין. פרופ' נדיר ארבר מונה כמומחה נוסף

לעניין מחלת הכבד של האב המיועד לאמץ. חוות הדעת התקבלו בבית המשפט ביום 4.10.2004.

25. ד"ר שוורץ – מומחה לרפואה פנימית ומחלות כליה – חיווה דעתו על השפעותיה של מחלת הכליות ממנה סובל האב המיועד לאמץ. על פי חוות הדעת, האב חולה באי ספיקת כליות כרונית והחל טיפול בהמודיאליזה בשנת 1989. בשנת 1995 עבר השתלת כליה אך ב-1999 נאלץ לחזור לטיפול בדיאליזה עקב חוסר תפקוד ההשתלה. הערכת המומחה לגבי השפעת המחלה על תפקוד האב התייחסה לתוחלת חיים, איכות חיים, והזמן שעליו להשקיע בטיפולים. המומחה עמד על כך שתוחלת החיים בחולי אי ספיקת כליות סופנית המטופלים בדיאליזה מתקצרת באופן משמעותי, בהשוואה לאוכלוסייה הבריאה. לגבי האב המאמץ היא עומדת כיום, על פי נתונים סטטיסטיים, על שבע שנים. באשר לאיכות החיים, המומחה התרשם כי מצב בריאותו של האב המיועד לאמץ טוב מאוד, ללא הגבלה תפקודית כלשהי. בדיקות המעבדה מספטמבר 2004 היו משביעות רצון. ובאשר לזמן הטיפולים, האב המאמץ עובר שלושה טיפולי דיאליזה בשבוע הנמשכים כארבע שעות כל אחד. צפי האשפוזים של חולה בגילו הוא שניים לשנה.

26. פרופ' ארבר – מומחה לרפואה פנימית ולמחלות דרכי עיכול, כבד ולבלב – חיווה דעתו על מחלת הכבד של האב המיועד לאמץ. המדובר בדלקת כבד כרונית על רקע זיהום בהפטיטיס C מאז 1990. המומחה עמד על כך שמחלה זו טומנת בחובה סיכונים מרובים והחשוב שבהם הוא התפתחות שחמת הכבד על כל סיבוכיה, כולל התפתחות של סרטן הכבד. המומחה הניח, עם זאת, שאצל האב המאמץ תפקודי הכבד שמורים והמחלה היא מחלה כרונית יציבה ללא סיבוכים משמעותיים וקיים סיכוי סביר שתפקוד הכבד יישאר שמור תקופת זמן ממושכת. המומחה התרשם שמצב בריאותו איתן, ללא שום מגבלה. אין שום עדות לקיפוח תפקוד הכבד שלו בבדיקה גופנית, בבדיקות ההדמיה ובערכי המעבדה. פעילות הנגיף רדומה ואין עדות להפרעה משמעותית בתפקוד הכבד או התקדמות המחלה. המומחה חיווה דעתו כי מחלת הכבד של האב המאמץ אינה מהווה בעיה מבחינת יכולתו לתפקד כאב. יש סיכוי של כ-20% כי יפתח שחמת הכבד במהלך עשרים השנה הקרובות. זו מחלה לא קלה אך בת-טיפול במרבית המקרים.

27. נוכח המידע על מצבו הרפואי של האב המיועד לאמץ, התבקשו המומחים הפסיכולוגיים וייל וסיטון לבחון מחדש את נימוקיהם והמלצותיהם באשר לחלופות השונות מבחינת טובתו של הקטין. בחוות דעתם המעודכנת של המומחים (מיום

10.10.2004) כתבו השניים כי לאחר מחשבה רבה הגיעו למסקנה שאמנם הפער בין שתי החלופות הצטמצם במידת מה, אך בסופו של דבר הותרת הקטין אצל ההורים המיועדים לאמץ היא עדיפה. לדבריהם:

”התחבטנו מאוד ביחס למשקל שיש לתת לחות דעת זו, במאזן סך כל המרכיבים של כל חלופה: מה עדיף? רצפות הקשר עם זוג הורים פסיכולוגים מיטיבים, שהילד משגשג ומתפתח כראוי ומפנים יחסי אובייקט בריאים, אך מאידך, עלול להתייתם כשיהיה כבן 8, לעומת שבירת הקשרים הפסיכולוגיים שכבר התפתחו עם ההורים המועמדים לאמץ, והעברתו (בעצם אימוצו מחדש) להורים הביולוגיים, שכל אחד מהם מאופיין בקשיים אישיותיים משלו, ועתיד המערכת הזוגית ביניהם איננו בטוח...”

אחרי מחשבה רבה, הגענו למסקנה שאמנם הפער בין שתי החלופות הצטמצם במידת מה לאור חוות-הדעת הרפואית, אך בסופו של דבר החלופה של הישארות אצל ההורים המועמדים לאמץ היא העדיפה...”.

בית המשפט המחוזי נענה לבקשת ההורים הביולוגיים לחקור את המומחים הפסיכולוגיים. עובר למועד חקירת המומחים הודיעו ההורים הביולוגיים (ביום 2.11.2004) כי האם נמצאת בהריון בשבוע השישי וכי האב הוא אביו של העובר. לאחר חקירת המומחים הודיעה באת-כוח היועץ המשפטי על הצטרפות לערעורים על החלטות בית המשפט לענייני משפחה בעניין ביטול הכרזת הקטין כבר-אימוץ ובעניין המשמורת. השינוי בעמדה הוסבר בכך שבעת שניתנה הסכמת היועץ המשפטי לביטול פסק הדין המכריז על הקטין כבר-אימוץ כלפי אב לא ידוע, לא הייתה הלכה פסוקה הקובעת מהו ההליך המשפטי על פיו יש לנהוג ומהם השיקולים שצריכים להנחות את בית המשפט בבואו לשקול ביטול הכרזת בר אימוץ. משפסק בית המשפט העליון (בפרשת פלונית ופלונני) כי יש לגזור גזירה שווה לעניין זה מההלכה הפסוקה בעניין חזרת הורה מהסכמתו לאימוץ, סבורה באת-כוח היועץ המשפטי כי יש לקבל את הערעור על החלטת בית המשפט לענייני משפחה (מיום 16.3.2004) המורה על ביטול פסק הדין המכריז על הקטין בר-אימוץ. בעניין המשמורת עמדת באת-כוח היועץ המשפטי היתה כי בנקודת הזמן הנוכחית, ולאור הראיות החדשות שהוגשו לבית המשפט המחוזי, יש לקבל את הערעור על ההחלטה המורה להעביר את הקטין למשמורת הוריו הביולוגיים. באת-כוח היועץ המשפטי והגורמים המקצועיים היו בדעה כי הסיכון לפגיעה בקטין עקב העברתו להוריו הביולוגיים בשלב זה גדול מאשר השארתו בבית הוריו המיועדים לאמצו. קיימת הסכמה בין כל אנשי המקצוע, כי אם ינותק הקטין כיום מהוריו הפסיכולוגיים, ייגרם לו נזק ודאי לטווח הקצר. לאור סימני

השאלה הרבים שהתעוררו באשר לכל אחת מן החלופות, סברה באת-כוח היועץ המשפטי כי אין מקום להקריב את טובתו של הקטין בטווח הקצר, בעבור אפשרות, אשר הסיכויים להתממשותה אינם ברורים, כי לטווח הארוך ייטב לו בבית הוריו הביולוגיים.

פסק הדין של בית המשפט המחוזי

28. פסק דינו של בית המשפט המחוזי ניתן ביום 30.12.2004. דעות השופטים היו חלוקות. בדעת רוב (השופטים י' שטופמן וי' שנלר) הוחלט לאשר את ביטולה של הכרזת הקטין כבר אימוץ כלפי אביו ואת העברתו למשמורת האב. נקודת המוצא של בית המשפט המחוזי היתה כי ההליך המשפטי – ביטול הכרזת הקטין כבר אימוץ כלפי אביו – מצוי בשלב המשנה השני במסגרת השלב הראשון של הליך האימוץ. ביטול ההכרזה מחייב הפעלת שיקול דעת שיפוטי, תוך בחינת טובת הקטין. בפני בית המשפט המחוזי הונחו ראיות חדשות, שלא היו בפני בית המשפט למשפחה. בעזרת ראיות אלה שקל בית המשפט טובתו של הקטין מזוויות שונות, תוך בחינת החלופות השונות ומידת תועלתן או נזקן לקטין. עם זאת, נחלקו השופטים בשאלה מהי "טובת הקטין" ומה המשקל שיש לתת לכל אחד מהשיקולים המרכיבים את טובתו.

29. השופטת שטופמן פסקה כי משיקולים של "טובת הקטין" גרידא מתחייב גידולו של הקטין על ידי הוריו הביולוגיים. היא דחתה את חוות הדעת של המומחים וייל וסיטון, מכיוון שלא נתנו משקל ראוי למחלתו של האב המיועד לאמץ ולהשפעתה, במובן הרחב ביותר, על טובתו של הקטין. השופטת שטופמן לא חלקה על כך שההורים המיועדים לאמץ העניקו לקטין הורות פסיכולוגית מיטיבה, סיפקו לו את כל צרכיו הנפשיים והפיזיים, וכי נקשרו בינם לבין הקטין קשרים מיטיבים התורמים להתפתחות התקינה. היא לא הטילה ספק בכך שפגיעה ב-attachment, בשלב זה של התפתחות הקטין, וניתוקו מדמויות מטפלות ראשוניות, עלולים לגרום לקטין נזק. עם זאת היא סברה כי שיקולים אחרים מכריעים את הכף לכיוון החזרת הקטין לבית הוריו הביולוגיים. שיקול ראשון במעלה, בעיני השופטת, הוא מחלתו הקשה של האב וקיצור תוחלת חייו. לשיקול מכריע זה מתוספות בעיות הזהות הצפויות לילדים מאומצים וזכותו הטבעית של הילד לגדול בחיק המשפחה הביולוגית. השופטת שטופמן פסקה כי לא יהא זה מעשה אחראי, להשאיר את הקטין בבית ההורים המיועדים לאמצו, נוכח המחלה הקשה של האב. לדבריה, "אין להטיל על הקטין לחיות את שנות ינקותו בצל מחלתו הקשה של האב.... אם יתדרדר, חלילה, מצבו של האב ותגבר עליו מחלתו, ההיגיון וניסיון החיים מראים כי יקשה על הורים המיועדים לאמץ, עד מאוד, להתמודד

עם מחלת האב מצד אחד וגידולו של הקטין מאידך. ... השארת הקטין בבית ההורים המיועדים לאמצו, גוזרת על הקטין... גם, חלילה, יתמות בגיל צעיר". השופטת הוסיפה, כי ילד מאומץ יתלבט תמיד בבעיות זהות, ובמיוחד בעניינינו, משסביר להניח כי הדי הסכסוך יגיעו לאוזניו בשלב כלשהו בחייו. לבסוף, גם ל"קול הדם" או "קול הטבע" יש לתת מעמד בין יתר שיקולי "טובת הילד". יש לתת משקל ראוי לזכותו הטבעית של הקטין לגדול בחיק משפחתו הביולוגית. ההורים הביולוגיים, לשיטתה, הם הורים "טובים דיים", הם צעירים, בריאים בגופם ובנפשם ועומדים להיות הורים לאחיו של הקטין. בנסיבות אלה, "קול הדם" אינו מתיר לשלול מהקטין את משפחתו הביולוגית.

30. השופט שנלר נדרש ביתר הרחבה למסגרת הנורמטיבית של התיק. הוא עמד על אופיה המיוחד של עילת האימוץ שבסעיף 13(1) לחוק, עילה אשר לאו דווקא נובעת ממחדל או מפעולה של ההורה. לנסיבות מכוחן נוצרה עילה שכזו השפעה על השיקולים של בית המשפט בשוקלו אם לבטל הכרזה של בר-אימוץ על-פי עילה זו. לדבריו, ייתכן כי ימצאו מקרים שיהיה בהם אף לאיין את העילה, אם יסתבר, לדוגמא, כי ניתן היה ללא כל קושי למצוא את ההורה ולברר דעתו. המקרה שבו אב לא ידע כלל על אודות הריונה של האם ולידת בנו מציב לפני בית המשפט זכות טבעית של הורה, שלא בידיעתו ניטלה ממנו. הגם שאיבד את זכות הבכורה לפי הוראות הדין, הופעתו יוצרת אותו שינוי נסיבות לו נדרש בית המשפט. על רקע זה, התייחס השופט שנלר באופן ביקורתי לחוות דעתם של המומחים וייל וסיטון, אשר נקודת המוצא שלהם היא כי אם קיימת התקשרות טובה בין הקטין להורים המיועדים לאמץ, שוב אין כל משמעות ולא יהיה מקום כלל לבחון אם יש מקום להעביר את הקטין להורים הביולוגיים. מול השקפה זו העמיד השופט את השקפתה של המומחית אופנהיימר, אשר סברה כי ההורים הביולוגיים הינם בעלי יכולות לתת כלים לקטין להתמודד עם אותו אובדן שכרוך במעבר. השופט שנלר קבע גם כי אין להקל ראש בכלל הקשור בקיצור תוחלת החיים של האב המיועד לאמץ ושיקול זה מכריע, למעשה, את הכף. וכך הוא כותב:

"נראה כי לאור דברי המומחים עצמם, בדבר צמצום הפערים, כי אם אכן היו נותנים את המשקל הראוי לנושא קיצור תוחלת החיים קרוב לוודאי שהפער – ככל שהיה אף נותר – היה פער קל, אם בכלל, לטובת ההורים המיועדים לאמצו. במקרה דנן, אכן מימד הזמן פועל כגורם מרכזי למתן עדיפות להשארת הקטין אצל ההורים המיועדים לאמץ. מנגד, נוכח המצב הרפואי הנתון, סבורני כי הנזק שייגרם לקטין בחינת הטווח הארוך והצדק מחייב תוצאה שונה. מעבר שכזה, לא רק שלא

יפגע בזכותו של הקטין לזהות וכן לגידול בחיק משפחה – אלא הפוך מכך”.

31. השופטת ס' רוטלוי סברה – בדעת מיעוט – כי ההורים המיועדים לאמץ הם שיוכלו להגשים טוב יותר את טובתו של הקטין. לשיטתה, מאחר שלטובת המאומץ משקל מכריע בהליכי אימוץ (לאחר ההכרה בעילת אימוץ) צריכים להתקיים שיקולים כבדי ערך על מנת להטות את הכף משיקולים של “טובת המאומץ”. נוכח העובדה שבשלב זה אין עוד ל”קשר הדם” מעמד בכורה, חרף חשיבותו וחרף ההנחה הבסיסית כי טובתו של קטין לגדול אצל הוריו, הקטין צריך להמשיך ולגדול אצל ההורים המיועדים לאמץ. השופטת רוטלוי לא סברה כי יש לתת למחלת האב המיועד לאמץ משקל מכריע. גם אם אולי לא היה רצוי מלכתחילה לאפשר להורים לקבל ילד מאומץ בשל מחלת האב, בפועל זכה הקטין להורות מיטיבה. השופטת רוטלוי קבעה שלא הונחה כל ראייה שלהורים הביולוגיים מסוגלות להורות מיטיבה שהיא מעל למוצע – הורות הנדרשת לקטין אם ינותק מההורים המיועדים לאמץ. היא עמדה בהרחבה על הנזק שייגרם לקטין כתוצאה מהמעבר. מדובר בקטין בן תשעה-עשר חודשים, שאינו מסוגל, בשלב זה, לקבל הדרכה ולהבין את משמעות ניתוקו מהוריו הפסיכולוגיים. השופטת רוטלוי דחתה את עמדת המומחית אופנהיימר, כי הנזק ניתן לתיקון ולטיפול. קביעת המומחית לא נסמכה על ראיות ספציפיות, המכוונות לקטין שבפנינו, כמו גם להוריו הביולוגיים, אלא על דעה כללית ש”הילד יסתדר”. מנגד שקלה השופטת רוטלוי את הנזקים הצפויים לקטין אם יישאר אצל ההורים המיועדים לאמץ. לגבי מחלת האב היא קבעה – על פי חומר הראיות – כי אין כל דופי בתיפקודו היומיומי. גם תיפקודו כאב לא נפגע ולמרות הטיפולים הוא משמש דמות משמעותית לקטין. מצב בריאותו לא השפיע עד כה על התפתחות הקטין. סביר להניח שאם חו”ח ילך האב לעולמו בשנים הקרובות, ההתקשרות הבטוחה של הקטין עם ההורים המיועדים לאמץ, התפתחות הרגשית התקנית וחוסנו הנפשי יאפשרו לו, בעזרת האם המיועדת לאמץ, לעבד את האובדן. לגבי בעיות הזהות ציינה השופטת, כי גם אם אצל ילדי אימוצים מתעוררות בעיות סביב שאלת הזהות או סביב שאלת נטישתם, משקלו של הנזק העלול להיגרם לקטין שבפנינו פחות מהנזק הוודאי, שייגרם לו אם ינותק מהוריו הפסיכולוגיים.

הטיעונים לפנינו

32. על פסק הדין הוגשו שתי בקשות רשות ערעור, האחת מטעם ההורים המיועדים לאמץ (בע”מ 277/05) והשניה מטעם היועץ המשפטי לממשלה ומשרד הרווחה (בע”מ 399/05). המערערים כולם מבקשים לאמץ את עמדת המיעוט של השופטת ס' רוטלוי ואילו המשיבים – ההורים הביולוגיים והאפוטרופא לדין – מבקשים לקיים את פסק

דינם של שופטי הרוב בבית המשפט המחוזי. החלטנו (ביום 24.1.2005) לתת רשות ערעור בשתי הבקשות. בהסכמת בעלי הדין, החלטנו לדון בבקשות כאילו הוגש ערעור על פי הרשות שניתנה.

33. ההורים המיועדים לאמץ טוענים כי היה על בית המשפט לאמץ את חוות הדעת של המומחים שמינה, אשר חיוו דעה חד משמעית הקובעת כי טובת הקטין להישאר בחיק הוריו המיועדים לאמצו. הם ביקשו להדגיש כי ההורים המיועדים לאמץ הינם בעלי מסוגלות הורית טובה ומיטיבה וכי גידלו את הקטין בצורה טובה עד היום. כן הודגש על-ידם כי ההמשכיות והיציבות בחיי הקטין הם מרכיב קריטי לשלומם ולטובתו, וכי ניתוקו של הקטין מהוריו הפסיכולוגיים יגרום לו נזק קשה ויהפכו לקטין עם צרכים מיוחדים. הם הוסיפו כי קיימים סימני שאלה בדבר איכות המסוגלות ההורית של הורים הביולוגיים ובדבר יציבות הקשר ביניהם, ובעיקר כאשר מדובר בילד שיהפוך לילד עם צרכים מיוחדים. לטענתם, עמדת שופטי הרוב בבית המשפט המחוזי נעוצה בשיפוט ערכי, סובייקטיבי, המנוגד לממצאים ולחוות הדעת של המומחים שמינו, תוך פגיעה אנושה ביציבות חייו של הקטין ופגיעה בשלומם.

34. עמדת היועץ המשפטי לממשלה ומשרד הרווחה היא כי בשקלול הפרמטרים השונים, הכוללים את טובת הקטין, זכויות ההורים הביולוגיים, האינטרס שיש להורים המיועדים לאמץ והאינטרס הציבורי בקיום מוסד האימוץ, גוברת החלופה של השארת הקטין בידי הוריו הפסיכולוגיים. בשאלת המסוגלות ההורית של ההורים הביולוגיים, הם מבקשים להעדיף את הערכת המומחים וייל וסיטון, לפיה אף כי ליווי של גורמי טיפול עשוי להועיל להורים, אין בסיוע וטיפול שכאלה כדי לרפא את הנזקים שייגרמו לקטין בגין הפגיעה בהתקשרות. לטענתם, אין מקום לתת משקל כה מכריע למצבו הרפואי של האב המיועד לאמץ ולתוחלת חייו המשווערת. חוות הדעת באשר לתוחלת חייו הינה נתון סטטיסטי לא-וודאי. לעומת זאת, הנזק שייגרם לקטין עם ניתוק מהוריו הפסיכולוגיים הוא נזק ודאי לטווח הקצר והארוך. שאלת תוחלת חייו של האב הינה ה"שמא". אם ייאלץ הקטין להתמודד חלילה עם אבדן אב, תעמוד לו עזרתה של האם המיועדת לאמץ, נוכח ההתקשרות הטובה עם הדמויות אליהן הוא קשור. לשיטתם, לא יהיה זה צודק שהילד יעבור חוויה כה טראומטית של ניתוק מהוריו הפסיכולוגיים רק משום שאמו ויתרה עליו ולא שיתפה בכך את אביו.

35. מנגד מבקשים ההורים הביולוגיים לקיים את פסק הדין המחוזי. טיעוניהם מופנים כנגד חוות הדעת של המומחים וייל וסיטון. לטענת ההורים הביולוגיים, המומחים מצויים בניגוד עניינים בלתי אפשרי בשל זיקה לשירות למען הילד. המומחים

מואשמים בהיעדר הגינות, בשל הסתרת דעתם המאיינת כל בחינה של חלופה אחרת מלבד הותרת הקטין אצל הזוג המועמד לאמץ. כן נטען לרשלנות בהגשת חוות הדעת, בשל היעדר ביסוס לטענתם באופן חד וברור ובשל בדיקת הנזקים בצורה סלקטיבית. ההורים הביולוגיים סבורים כי לאור כל החומר שנפרס לפני בתי המשפט, מנקודת מבטו של הקטין מתחייבת הקביעה כי יגדל בחיק משפחתו הביולוגית. יש להגן על זכותו לגדול ולהכיר את הוריו, אחיו ושאר בני משפחתו הביולוגית. אין לגזור עליו לחיות כילד מאומץ, יתום מאב, כבן יחיד לאם אלמנה. ההורים הביולוגיים מוסיפים, לבסוף, כי לאור החשיפה התקשורתית בתיק, הצדדים נמצאים כפסע ממפגש ביניהם.

36. האפוטרופא לדין טענה בפנינו כי מבחינת הקטין, מוטב שיועבר להוריו הביולוגיים. האפוטרופא לדין הגיעה למסקנה זו לאחר התלבטות קשה ולאחר ששקלה היתרונות והחסרונות בכל חלופה, הן לטווח הקצר והן לטווח הארוך. לדעתה, טובתו של הקטין היא לחיות בחיק הוריו מולידיו, תוך קבלת הדרכה הורית וליווי מקצועי, אשר יסייע לו להקל ולרפא את פצע הניתוק, פצע אשר ככל הנראה יגליד בסופו של דבר, לאור הבסיס הבריא, האיתן והיציב שהעניקו לו ההורים המיועדים לאמץ ובזכות טיפולם בו, מסירותם לו ואהבתם אליו. האפוטרופא לדין ביקשה להביע, בשמו של הקטין, מחאה על אופן התנהלות ההליכים והתמשכותם ועל כך שהעברת הקטין לא בוצעה לפני זמן רב. בכך היה נחסך מהקטין חלק מהנזק והצער, שהם מנת חלקו היום.

הקשה שבהחלטות

37. בערעור זה עלינו להכריע בשאלה הגורלית, האם ינותק קשר ההורות הטבעי בין אב לבנו. הכרעה זו קשה היא ביותר. עמדתנו על כך באחת הפרשות, בצייני:

“קשים הם מקרי האימוץ. קשים הם, משום שתוצאתם היא 'קיומית', שהרי יש בהם הכרעה בשאלה, אם יקוים או ינותק – לתמיד או לשעה – הקשר הטבעי שבין הורים לילדיהם. קשים הם, משום שהמבחן על-פיו הם נחתכים – 'טובת המאומץ' – סבוך הוא, והנסתר בו מרובה מהגלוי. אכן, ההחלטות בענייני אימוץ החלטות בדיני נפשות הן, ועל השופט להכריע בהן כמיטב הכרתו ומצפוננו” (ע”א 577/83 היועץ המשפטי לממשלה נ’ פלונית, פ”ד לח(1) 461, 464).

ברוח דומה ציין חברי השופט מ' חשין:

"קשים הם דיני ממונות. קשים מהם דיני נפשות. קשים מכולם דיני אימוץ ילדים והם בקודש הקודשים של דיני נפשות: דיני נפשות הם, גם של גדולים גם של קטנים גם של קטני-קטנים שלא ידעו ולא הבינו. ... התחת אלוהים הוא השופט שינתק קשר דם בין אם ואב לבין בן ובת, שייטול בת ובן מאם ומאב וייתנם בידי אם ואב שלא הרו אותם ולא ילדו אותם? הנה זו אם השולחת ידיה לפנים ומבקשת כי יושב בנה אליה. ומי הוא אשר לב לו ולא ייענה לה לאם? ואם לא יוכל להיענות לה, כיצד זה לא יסב פניו אל צדו? 'למד לשונך לומר איני ידוע, שמא תתבדה ותאחז' (ברכות, ד, א). ולואי והותר לו לשופט לומר איני יודע. אלא שמחוקק כפה עלינו הר כגיגית, אסר ידינו בנחושתיים ויצווה עלינו: אמור אשר תאמר, אך אמור" (דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד נ(1) 48, 88; להלן – פרשת פלונית).

השאלה הניצבת לפנינו היא האם, בנסיבות המיוחדות של המקרה הנדון, איבד האב הביולוגי את זכויות ההורות הטבעיות וניתן להכריז כי בנו בר-אימוץ כלפיו. אין עומדת לפנינו השאלה אם האם יכולה לחזור בה מהסכמתה לאימוץ בנה, ועל כן לא נדון בדינים החלים על הסכמה זו ועל האפשרות לחזור ממנה (ראו סעיפים 8 ו-10 לחוק האימוץ).

המסגרת הנורמטיבית

38. הליכי האימוץ על פי חוק האימוץ נחלקים – בהיעדר הסכמת ההורה – לשני שלבים עיקריים (ראו פרשת פלונית ופלוני). השלב הראשון מתמקד ביחסים שבין הקטין לבין אביו ואמו. הוא בוחן אם יש מקום להכריז על הקטין כ"בר-אימוץ". הוכרז הקטין כ"בר-אימוץ", נתונות זכויותיו, חובותיו וסמכויותיו של ההורה כלפי ילדו לפקיד הסעד (סעיף 15(א) לחוק האימוץ). השלב השני מתמקד ביחסים שבין הקטין לבין מי שמבקש לאמצו. הוא בוחן אם יש מקום ליתן "צו אימוץ". עם מתן צו אימוץ נוצרות בין המאמץ לבין המאומץ החובות והזכויות הקיימות בין הורה לבין ילדו (סעיף 16 לחוק האימוץ). הערעור שלפנינו מעוגן כולו בשלב הראשון של הליכי האימוץ. הוא עוסק בשאלה אם הקטין שבפנינו הוא בר-אימוץ כלפי אביו. אין אנו עוסקים בשאלה אם האם – אשר הסכימה למסרו לאימוץ – רשאית לחזור בה מהסכמתה.

39. בשלב הראשון של הליכי האימוץ – ובהיעדר הסכמה של ההורה – בוחן בית המשפט אם יש מקום להכריז על הקטין "בר-אימוץ". שלב זה מתחלק לשני שלבי משנה (ראו פרשת פלונית ופלוני, פסקאות 22 ו-23). בשלב המשנה הראשון בוחן בית המשפט אם קיימת אחת מהעילות המאפשרות לבית המשפט להכריז על הקטין כבר-אימוץ. עילות אלה, שמונה במספר, מרוכזות בסעיף 13 לחוק האימוץ:

"הכרזת ילד כבר-אימוץ"

13. באין הסכמת הורה, רשאי בית משפט, לפי בקשת היועץ המשפטי לממשלה או נציגו, להכריז על ילד כבר-אימוץ, אם נוכח כי נתקיים אחד מאלה:

(1) אין אפשרות סבירה לזהות את ההורה, למצאו או לברר דעתו;

(2) ההורה הוא אבי הילד אך לא היה נשוי לאמו ולא הכיר בילד כילדו, או אם הכיר בו – הילד אינו גר עמו והוא סירב ללא סיבה סבירה לקבלו לבית מגוריו;

(3) ההורה מת או הוכרז פסול דין או שאפוטרופסותו על הילד נשללה ממנו;

(4) ההורה הפקיר את הילד או נמנע, ללא סיבה סבירה, מלקיים במשך ששה חדשים רצופים קשר אישי אתו;

(5) ההורה נמנע, ללא סיבה סבירה, מלקיים במשך ששה חדשים רצופים את חובותיו כלפי הילד, כולם או עיקרם;

(6) הילד היה מוחזק מחוץ לבית הורהו במשך ששה חדשים שתחילתן בטרם מלאו לו שש שנים וההורה סירב, ללא הצדקה, לקבלו לביתו;

(7) ההורה אינו מסוגל לדאוג לילדו כראוי בשל התנהגותו או מצבו, ואין סיכוי שהתנהגותו או מצבו ישתנו בעתיד הנראה לעין על אף עזרה כלכלית וטיפולית סבירה כמקובל ברשויות הסעד לשיקומו;

(8) הסירוב לתת את ההסכמה בא ממניע בלתי מוסרי או למטרה בלתי חוקית."

בחינת הוראותיו של סעיף 13 לחוק האימוץ מלמדת כי טובת הקטין, כשלעצמה, אינה עילה בגדריו של סעיף 13 לחוק האימוץ. עם זאת, טובת הקטין היא הטעם המונח ביסוד כל העילות כולן. אכן, טובתו של הקטין היא שיקול במסגרת העילות הקיימות, אך אין בכוחה ליצור עילה עצמאית להכרזה על קטין כבר-אימוץ. הגיע בית המשפט למסקנה כי בהיעדר הסכמת ההורה לא מתקיימת אחת העילות להכרזה על הקטין כבר-אימוץ, מסתיים הליך האימוץ. הגיע בית המשפט למסקנה כי חרף היעדר הסכמת ההורה מתקיימת בו אחת משמונה העילות להכרזת קטין כבר-אימוץ, יש לעבור לשלב המשנה השני.

40. בשלב המשנה השני בוחן בית המשפט אם יש מקום לעשות שימוש בשיקול דעתו ולהכריז על הקטין כבר-אימוץ. בשלב משנה זה – ולאחר שנקבע כי מתקיימת עילת אימוץ הקבועה בסעיף 13 לחוק האימוץ – על בית המשפט לבחון את טובתו של הקטין, והאם טובתו מובילה להכרזתו כבר-אימוץ (סעיף 1(ב) לחוק האימוץ; פרשת פלונית ופלוני, פסקה 23). עשויים להיות מצבים בהם יגיע בית המשפט למסקנה, כי חרף קיומה של עילת אימוץ הקבועה בסעיף 13 לחוק האימוץ, אין זה לטובת הקטין לנתק את הקשר בינו לבין הוריו הביולוגיים. הגיע בית המשפט למסקנה כי אין להכריז על הקטין כבר-אימוץ, מסתיים הליך האימוץ. הגיע בית המשפט למסקנה כי יש מקום להכריז על הקטין כבר-אימוץ הוא יעשה כן, והליך האימוץ יימשך, תוך שהוא יעבור לשלבו השני (מתן צו אימוץ).

מקומו של המקרה שלפנינו בשלבי האימוץ

41. במקרה שלפנינו קבע בית המשפט לענייני משפחה (ביום 1.6.2003) כי "בנסיבות העניין נראה כי התמלאו תנאי סעיף 13(1) לחוק האימוץ". על בסיס זאת, הוכרז הקטין כבר-אימוץ כלפי אביו. לאחר כעשרה חודשים – ובעקבות המידע שמסרה האם על אבי הקטין – החליט בית המשפט לענייני משפחה (ביום 16.3.2004) כי "פסק הדין אשר ניתן ביום 1.6.2003 ואשר במסגרתו הוכרז הקטין כבר-אימוץ כלפי [האב], מבוטל". מהו מיקומו הראוי של המקרה שלפנינו? לבחינתה של שאלה זו נעבור עתה.

42. ההחלטה כי הקטין בענייננו הוא בר-אימוץ כלפי אביו התקבלה במסגרת השלב הראשון של הליך האימוץ. במסגרתו של זה אוחדו שלב המשנה הראשון עם שלב המשנה השני. בית המשפט קבע (בשלב המשנה הראשון) כי התמלאו התנאים של סעיף 13(1) לחוק האימוץ. באותו מעמד עצמו הוא המשיך וקבע כי הקטין הוא בר-אימוץ

כלפי אביו (בשלב המשנה השני). נראה לנו כי בכך לא נפל כל פגם בהחלטתו של בית המשפט לענייני משפחה. אשר להחלטה הראשונה (התקיימו תנאיו של סעיף 13(1) לחוק האימוץ), היא התבקשה מהנתונים שהונחו בפני בית המשפט (השוו ע"א 27/74 פלוני ופלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כח(2) 169). נשוב ונזכור כי סעיף 13(1) לחוק האימוץ קובע כי בית המשפט רשאי להכריז על ילד כבר-אימוץ, אם נוכח כי:

"(1) אין אפשרות סבירה לזהות את ההורה, למצאו או לברר דעתו".

דרישות אלה התמלאו במקרה שלפנינו. אמו של הקטין מסרה לשרות למען הילד (ביום 10.4.2003) כי היא מבקשת למסור את הקטין לאימוץ, תוך שהיא סירבה למסור פרטים על האב (פרט לדתו, ולהיעדר קירבה משפחתית). האם עמדה בסירובה גם לאחר הלידה, כשנתנה הסכמתה לאימוץ. לא נטען כלל כי ניתן היה, במאמץ סביר, לזהות את האב. מכוחה של מציאות זו התמלאו התנאים הנדרשים בסעיף 13(1) לחוק האימוץ. המקרה שלפנינו נבדל ממצב דברים שבו נחטף קטין מהוריו, וההכרזה על היות הקטין בר-אימוץ זויפה (השוו בג"ץ 243/88 קונטלוס נ' תורג'מן, פ"ד מה(2) 626). הודעתה של האם היתה הודעת אמת, אשר ניתנה על ידה מתוך רצון חופשי ולא נפל בה בעת נתינתה כל פגם. מכאן, שקביעתו של בית המשפט לענייני משפחה כי התמלאו התנאים הקבועים בסעיף 13(1) לחוק האימוץ, בדין יסודה (קיום תנאיו של שלב המשנה הראשון). בית המשפט לענייני משפחה הוסיף וקבע כי "לפיכך ניתן פסק דין כמבוקש". לא מצאתי פגם בהחלטה זו. אמת, ההכרזה על הקטין כבר-אימוץ כלפי אביו אינה נובעת מאליה מקיומה של עילה לאימוץ במסגרת סעיף 13(1) לחוק האימוץ. ה"לפיכך" של בית המשפט אינו מתבקש כלל ועיקר. על בית המשפט לשקול אם חרף קיומה של עילת אימוץ יש להכריז על הקטין כבר-אימוץ. עם זאת, במקרה שלפנינו לא נפל כל פגם בהחלטתו של בית המשפט להכריז על הקטין כבר-אימוץ. זאת משום שההחלטה ניתנה לאחר שנמסר לבית המשפט – על ידי בא כוח היועץ המשפטי לממשלה – כי האם הסכימה למסור את הקטין לאימוץ, וכי טובת הקטין היא כי יוכרז כבר-אימוץ כלפי אביו. בנסיבות העניין – ועל רקע הנתונים שעמדו לנגד עיני בית המשפט אותה עת – היה מקום ליתן את ההכרזה המבוקשת (שלב המשנה השני).

43. שמונה חודשים לאחר שהקטין הוכרז כבר-אימוץ כלפי אביו פנה האב (ביום 10.2.2004) בבקשה לבטל הכרזה זו. בקשתו נתקבלה ובית המשפט ביטל (ביום 16.3.2004) את ההכרזה. ביטול זה נעשה בשלב המשנה השני. אכן, בעת מתן ההכרזה כי הקטין הוא בר-אימוץ (שלב המשנה הראשון) ההכרזה ניתנה כדין. עם זאת, האב

רשאי לבקש את ביטול ההכרזה. בקשה זו אינה חלק משלב המשנה הראשון, שכן ההכרזה עצמה ניתנה כדין, והאב מבקש לבטלה בשל אירועים שיש בהם כדי להצדיק, לטענתו, את ביטולה. עמדתי על כך בפרשת פלונית ופלוני:

“אין חולק כי דיון בביטול ההכרזה או בביטול ההסכמה לאימוץ מצוי בשלב הראשון של הליך האימוץ. מבחינה מהותית, יש להתייחס לדיון זה כדיון במסגרת שלב המשנה השני. המדובר במצב בו בזמן שהוכרז הקטין כבר-אימוץ התקיימה עילת אימוץ כלפי האב (סעיף 13(1) לחוק). ההכרזה ניתנה כדין. כלפי האם שהסכימה לאימוץ מתקיימת עילת אימוץ גם בהעדר הכרזה. בכך נוצרו התנאים למסירת הקטין להורים המיועדים לאמצו. גילוי זהות האב הביולוגי ודרישתו לזכות מחדש באבהות, כמו גם בקשת האם לביטול הסכמתה, אין בהם כדי להפקיע את קיומה של עילת האימוץ. אין בהם כדי לבטל מעיקרון את תוצאות ההכרזה או ההסכמה. עם זאת, הן מחייבות בחינה מחדשת של השאלה האם יש מקום לעשות שימוש בשיקול הדעת השיפוטי להכריז על הקטין כבר-אימוץ (שלב משנה שני). משהוכח בזמנו קיומה של עילה וננקט צעד לקראת אימוץ, אי אפשר להתעלם ממה שקרה בינתיים עם הקטין. הוא אינו סחורה המטולטלת ממחסן למחסן... שינוי הנסיבות שנוצר עם היוודע זהותו של האב, או בעת הדיון בבקשת האם לחזור בה מהסכמתה, נלקח בחשבון במסגרת השיקולים ששוקל בית המשפט בשלב המשנה השני, אך אין בשינוי הנסיבות, כשלעצמו, כדי למחוק תמיד למפרע את עילת האימוץ ואת שנעשה בעקבות ההכרזה וההסכמה” (פסקה 30).

משקבענו את מיקומה של בקשת האב לבטל את הכרזת הקטין כבר-אימוץ כלפיו קמה ומתעוררת השאלה, מהם השיקולים שעל בית המשפט לקחתם בחשבון שעה שהוא דן בבקשת האב? לבחינתה של שאלה זו נעבור עתה.

השיקולים בביטול ההכרזה על בר-אימוץ

44. שאלה זו אינה חדשה עמנו. היא התעוררה בעבר בפסיקה בהקשר של בקשת הורה, שנתן הסכמתו לאימוץ, לחזור בו מהסכמתו. היא התעוררה גם במסגרת הסכסוך שבין הצדדים שלפנינו בפרשת פלונית ופלוני. ציינו באותה פרשה – על רקע פסיקתו של בית המשפט העליון – כי השיקולים שעל בית המשפט לשקלם הם שלושה: ראשית, עליו לשקול את טובתו של המאומץ; שנית, עליו לשקול את זכויותיו של האב; שלישית, עליו להתחשב באינטרסים של ההורים המיועדים לאימוץ. שיקול שלישי זה קיים, כמובן, רק אם לאחר שניתנה ההכרזה על היות הקטין בר-אימוץ הוא נמסר (מכוח

הוראות סעיף 12 לחוק האימוץ) "למי שהסכים לקבלו בביתו בכוונה לאמצו". עמד על כך הנשיא שמגר בציינו מגוון השיקולים שיש להתחשב בהם שעה שהורה שנתן הסכמתו לאימוץ מבקש לחזור מהסכמתו זו:

"כאשר ניתנה הסכמה, והורים מבקשים לחזור בהם ממנה, מציבים טובתו של הילד כשיקול עיקרי וקובעים, בראש ובראשונה, לאורו, מה המסקנה המתחייבת בנסיבות העניין על-פי מטרה זו. אין פירושו של דבר, שבית המשפט יימנע ממתן דעתו לנתונים, המתייחסים להורים הטבעיים או להורים המאמצים, שהרי לא ניתן לנתק ולמדר מערכת עובדתית, בה משולבים כדרך הטבע פרטים רב-גוונים, ומה גם שיש לכל אלה השלכה על עניין טובתו של הקטין. אך הראיה הכוללת מטרתה לדלות מן המכלול המתואר את המסקנה מה מחייבת טובתו של הקטין, ודבר זה נעשה תוך הקניית מעמד דומיננטי לשיקול האמור" (ע"א 623/80 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לה (2) 72, 77).

ברוח דומה כתבתי בפרשה אחרת, שאף בה התעוררה שאלת החזרה מהסכמה:

"בראש ובראשונה יש לשיקול את טובתו של המאומץ. זהו השיקול הראשי, המרכזי והדומיננטי. אך אין זה השיקול היחיד. על בית המשפט לקחת בחשבון, כשיקול משני, את זכותם של ההורים. זכות זו בעינה עומדת, והיא ממשיכה להתקיים. לבסוף, יש מקום להתחשב גם באינטרסים של המבקשים לאמץ את הקטין. אין לאלה זכות להחזיק בקטין, אך אינטרס שיש להתחשב בו יש להם. אף שאינטרס זה אין כוחו כזכותם של ההורים הטבעיים, הרי אף הוא גורם שיש לקחת בחשבון" (ע"א 577/83 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד לח (1) 461, 471).

בפרשת פלונית ופלוני – הדנה בעניינו של הקטין שלפנינו – כתבתי:

"השיקול המרכזי שיש לקחת בחשבון בשלב זה הוא 'טובת המאומץ'. לצד שיקול זה על בית המשפט להביא בחשבון את זכויותיהם של ההורים הטבעיים. כן יש מקום להתחשב באינטרסים של ההורים המיועדים לאמץ, המגדלים את הקטין בביתם הלכה למעשה" (שם, פסקה 34).

נעמוד על כל אחד מהשיקולים הללו.

45. השיקול הראשון שעל בית המשפט לשקול, שעה שהוא דן בבקשת האב לבטל ההכרזה כי הקטין הוא בר-אימוץ כלפיו, הוא השיקול של טובת הקטין. דבר זה נובע מההוראה הכללית הקבועה בחוק האימוץ (סעיף 1(ב)), לפיה:

”צו אימוץ וכל החלטה אחרת לפי חוק זה יינתן אם נוכח בית המשפט שהם לטובת המאומץ”.

החלטתו של בית המשפט בדבר ביטול ההכרזה על היות הקטין בר-אימוץ כלפי אביו בשל קיום התנאים בסעיף 13(1) לחוק האימוץ הינה ”החלטה אחרת לפי חוק זה”. החלטה זו תינתן רק אם נוכח בית המשפט שהיא לטובת המאומץ. העיקרון של ”טובת המאומץ” – או אינטרס המאומץ (ראו פסק דינו של השופט מ' חשין בפרשת פלונית, עמ' 97) – הוא ”עיקרון מורכב בעל היבטים שונים” (ע”א 232/85 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ”ד מ(1) 1, 12). הוא מבטא את מכלול האינטרסים, הזכויות והצרכים של הקטין (ראו דו”ח הוועדה לבחינת עקרונות-יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה (תשס”ד-2005)). הוא נבחן ”על ידי מעגלים רבים של שיקולים אשר במרכזם עומד הקטין. חלקם של השיקולים משקף שיקולים חומריים; חלקם משקף שיקולים רוחניים, חברתיים, אתיים ומוסריים. חלקם משקף שיקולים של טווח קצר; חלקם משקף שיקולים של טווח ארוך” (ע”א 10280/01 ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם, פסקה 14)). כאשר הקטין נמסר להורים המבקשים לאמצו, יש להתחשב – במסגרת טובתו שלו – בקשר שנוצר בינו לבין הוריו המאמצים, ובנזק שייגרם לו אם קשר זה ינותק. ”נפל דבר בחייו של הקטין. הוא נמצא בטיפולה של משפחה המיועדת לאמצו, אליה הגיע לאחר שנוצרה עילת אימוץ כדין והזיקה המשפטית להוריו נותקה. לא ניתן להתעלם מהתפתחויות אלה בחייו של הקטין. ... יש לתת משקל למערכת הנסיבות הנפשית והרגשית שנוצרה בינתיים אצל הקטין” (פרשת פלונית ופלוני, פסקה 33). אכן, הקטין אינו אובייקט השייך להוריו. הוא בן אנוש בעל זכויות וצרכים משלו.

46. השיקול השני אשר בית המשפט צריך לקחתו בחשבון, שעה שהוא ישקול את בקשת האב לבטל את ההכרזה כי הקטין הוא בר-אימוץ כלפיו, הוא השיקול של זכות האב. אכן, זכותם של הורים לגדל את ילדיהם היא זכות טבעית וראשונית (ראו פ' שיפמן, דיני המשפחה בישראל 219 (תשמ”ט-1989)). הקשר בין ילד לבין הוריו-מולידיו הוא מן היסודות עליהם בנויה החברה האנושית. ”זכות זו של ההורים היא זכות קונסטיטוציונית חשובה, שכן היא מהווה ביטוי לקשר הטבעי – קול הדם’

בלשונו של מ"מ הנשיא, השופט חשין ... – שבין הורים לילדיהם" (ע"א 577/83 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד לח(1) 461, 467). חובת ההורים לדאוג לצרכי ילדיהם היא גם זכותם לעשות כן (שם, שם). זכות זו עומדת על רגליה היא. היא אינה נגזרת מהעיקרון של טובת הקטין. המדינה אינה רשאית להוציא ילד מרשות הוריו, רק משום שטובתו של הילד דורשת זאת. "אין מנתקים קשר הדם שבין ההורים (הביולוגיים) שאינם מסכימים לניתוק הקשר בינם לבין ילדם, רק משום שטובת הילד דורשת זאת" (ע"א 2169/98 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נג(1) 241, 259). "מעולם לא גרסנו שהורים 'גרועים' אינם ראויים לגדל את ילדיהם או שהמדינה רשאית לשלול מהם את הזכות הזאת ולמסור את בניהם, 'לטובתם', להורים אחרים טובים מהם" (השופט ויתקון בע"א 680/77 פלונית נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד לב(3) 393, 399).

47. השיקול השלישי אשר יש להתחשב בו הוא האינטרס של ההורים המיועדים לאימוץ. כמובן, יש להתחשב באינטרס זה רק אם הקטין אינו מצוי במעון או במוסד, אלא נמסר להורים המבקשים לאמצו והוא שוהה בביתם והם מגדלים אותו כבנם. אמת, לא ניתן צו-אימוץ (השלב השני). עם זאת, אין להתעלם מהקשר שנוצר בין הקטין לבין המבקשים לאמצו. אכן, ההורים המבקשים לאמץ את הקטין פתחו בפני הקטין את ליבם ואת ביתם. הם משמשים עבורו הורים לכל דבר. הוא בן בית. הם קשורים עימו בעבותות של אהבה ומסירות. יש להתחשב בציפייתם להמשיך ולגדל את הילד, שנמסר להם כחוק לאחר שהוכרו כבר-אימוץ.

48. במקרה שלפנינו ביטל בית המשפט לענייני משפחה את הכרזתו של הקטין כבר-אימוץ כלפי אביו תוך התחשבות בזכותו של האב, ובזכות זו בלבד. הוא לא התחשב בטובת הקטין, שכן לא היו לפניו כל נתונים בעניין זה. פקידת הסעד ציינה בפני בית המשפט כי אין ביכולתה לבחון את תכניותיו של האב לגדל את בנו (ראו פסקאות 9 ו-10 לעיל). באת כוח היועץ המשפטי לממשלה – שהסכימה לביטול ההכרזה של בר-אימוץ כלפי האב – הוסיפה כי מבקשת היא לבדוק את טובת הקטין. חרף כל זאת, בוטלה ההכרזה. טובת הקטין נלקחה בחשבון אך לעניין הקביעה כי "בשלב זה ועד למתן החלטה אחרת, לא יועבר הקטין למשמורתו של [האב]". כמובן שגם האינטרס של ההורים המיועדים לאמץ לא נלקח כלל בחשבון. בכך טעו הן באת כוח היועץ המשפטי לממשלה והן בית המשפט לענייני משפחה. טעות זו תוקנה על ידי בית המשפט המחוזי. בפסק דינו לקח בית המשפט המחוזי בחשבון את שלושת השיקולים הרלבנטיים, תוך שאיזן ביניהם. השאלה הניצבת בפנינו היא אם איזון זה הינו ראוי. אכן, שאלת המפתח בפנינו שוב אינה מהותם של השיקולים שיש להתחשב

בהם. שאלת המפתח בפנינו הינה משקלם של השיקולים הרלבנטיים, והאיזון הראוי ביניהם. לבחינתה של שאלה זו נעבור עתה.

המשקל היחסי של השיקולים השונים בינם לבין עצמם

49. שלושת השיקולים הרלבנטיים – טובת המאומץ, זכות ההורים הביולוגיים ואינטרס המבקשים לאמץ את הקטין – מתנגשים זה בזה. ההכרעה בהתנגשות זו תקבע על פי המשקל היחסי שיינתן לשיקולים השונים. משקל זה משתנה מטבע הדברים מהקשר להקשר. "אין להיתפס להסתכלות צרה וחד-צדדית, אלא להקיף במבט את כל הנוגעים בדבר" (הנשיא שמגר בפרשת פלונית, עמ' 81). השאלה הניצבת בפנינו הינה מהו משקלם היחסי של השיקולים הרלבנטיים במצב דברים כמו זה הניצב לפנינו? המאפיין מצב דברים זה הוא שהקטין הוכרז כבר-אימוץ כלפי אביו מקום שבית המשפט שוכנע כי "אין אפשרות סבירה לזהות את ההורה, למצאו או לברר דעתו" (סעיף 13(1) לחוק האימוץ). הקטין נמסר למבקשים לאמצו, תוך שהוא מצוי אצלם זמן ניכר (בענייננו קרוב לשנתיים). האב שזהותו נודעה מבקש לבטל את ההכרזה. מצב דברים זה מציב דילמה קשה. זכותו של האב היא בעלת עוצמה ניכרת. הוא מעולם לא ויתר על זכותו הטבעית לגדל את בנו. הוא לא הפקיר את בנו ולא התכחש לו. האינטרס של המבקשים לאמצו אף הוא ניכר, שכן הילד שוהה עימם קרוב לשנתיים מיום היוולדו, הם אוהבים אותו ומטפלים בו כהורים לכל דבר ועניין, תוך שהם פיתחו ציפייה סבירה להמשיך ולגדלו כבנם. ואשר לטובת הקטין – האם זו מצויה בהשבתו לאביו המבקש לגדלו או בהשארותו אצל המאמצים הרואים בו את בנם שלהם? לבחינתה העקרונית של שאלה זו נפנה עתה.

50. נקודת המוצא העקרונית הינה, כי לטובת המאומץ יש להעניק משקל דומיננטי. זאת משום שהתקיימה באב עילת אימוץ שהצדיקה הכרזת הקטין כבר-אימוץ כלפיו (סעיף 13(1) לחוק האימוץ) והוא מבקש לבטל הכרזה זו. אין אנו מנתקים הקשר בין הקטין לבין אביו משום שהדבר לטובת הקטין. הקשר נותק משום שלא היתה אפשרות סבירה לזהות את האב, למצאו או לברר דעתו, והקטין הוכרז כבר-אימוץ כלפיו. עתה מבקש האב לבטל הכרזה זו. ביטול זה יכול להיעשות רק אם נוכח בית המשפט שהוא לטובת המאומץ. כמובן אם עבר אך זמן קצר בין ההכרזה כי הקטין הוא בר-אימוץ כלפי אביו לבין בקשת האב לבטל הכרזה זו, יש להניח כי טובת הקטין תהא שהוא יהא אצל אביו מולידו (ראו ע"א 577/83 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד לח(1) 461). טובת המאומץ וזכות ההורה יעלו בקנה אחד. אך חזקה זו ניתנת לסתירה. היא נסתרת במקום שהנתונים האובייקטיביים מראים כי החזרת הקטין לאביו הביולוגי

תגרום לפגיעה קשה בקטין. בוודאי כך מקום שפגיעה זו הינה בלתי הפיכה. במצב דברים זה, בית המשפט – שצריך לתת משקל מרכזי לטובת הקטין – יעדיף את טובת המאומץ ולא יבטל את ההכרזה כי הקטין הוא בר-אימוץ כלפי אביו. אכן, אין ל"העניש" את הקטין, כדי לתקן תקלה בטיב היחסים בין האב לאם. שכן זאת יש לדעת: את שעון הזמן אין להשיב לאחור; את שהתרחש מאז ההכרזה על כך שהבן הוא בר-אימוץ כלפי אביו אין למחוק. בית המשפט – הנותן משקל מכריע לטובת המאומץ – לוקח בחשבון את שהתרחש מאז הוכרז הקטין כבר-אימוץ כלפי אביו ועד למועד הבקשה לבטל הכרזה זו. יפים לענייננו דבריו הבאים של הנשיא שמגר בפרשת פלונית. הדברים נאמרו בהקשר של אם ביולוגית שנקבע כי בנה הוא בר-אימוץ כלפיה שכן אין בה מסוגלות הורית (על פי סעיף 13(7) לחוק האימוץ), ואשר ביקשה מערכאת הערעור לבטל הכרזה זו בשל שינוי הנסיבות שהתרחש בה:

"משהוכח קיומה של עילה מן העילות המפורטות בסעיף 13 וננקט צעד לקראת אימוץ, כביטוי בהכרזת הילד כבר-אימוץ, אי אפשר להתעלם ממה שקרה בינתיים עם הקטין. טובתו – ולא רק השינויים אצל ההורים – צריכים לעמוד לנגד עיניו של בית המשפט. כך עולה מסעיף 1(ב) לחוק האימוץ, וכך גם מתבקש ממהותו וטבעו של העניין. על-כן אין די בבדיקת שינויים אצל ההורים הביולוגיים כדי להחליט על יסודם על אתר על החזרת הקטין אליהם, יהיה המחיר הנפשי מבחינת הקטין אשר יהיה. יש לילד זכויות... הוא אינו קניין הוריו. אם אירעה נסיבה מן הנסיבות המצערות שסעיף 13 לחוק מונה אותן, אין תיקון המצב מחזיר את הגלגל אוטומטית לאחור. אי-אפשר למחוק במחי יד את אשר אירע, וצריך לתת את הדעת, היטב ובתשומת לב, למשמעות הדברים מבחינת הקטין... יש לשקול את נושא ההחזרה מבחינת טובתו של הקטין, לא במובן התנאים הפיזיים והרווחה הכלכלית, אלא במובן זה שבודקים את התוצאות הנפשיות של ניתוקו, עתה, מן הסביבה המאמצת" (שם, עמ' 80; וראו גם ע"א 4798/95 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ(3) 195).

51. עיקרון "טובת המאומץ" מחייב התחשבות במימד הזמן מבחינתו של הקטין. "לוח הזמנים" בו יש להתחשב הוא לוח הזמנים מנקודת מבטו של הקטין, ולא מנקודת מבטו של מבוגר. עמדתי על כך באחת הפרשות בצייני כי "תחושת הזמן אצל קטין שונה מתחושת הזמן אצל מבוגר, ומה שנראה תקופה קצרה אצל מבוגר עשוי להתקבל כנצח אצל הקטין" (ע"א 577/83 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד לח(1) 461, 475). יש לזכור כי תקופת הזמן הראשונה בחייו של הקטין משמעותית ביותר ליצירת קשר עם דמות מטפלת ראשונית. להתקשרות הראשונית, כבר בינקות, בין הילד לבין

הדמויות המטפלות בו (ה-attachment), חשיבות רבה בהתפתחות הרגשית של הקטין בהמשך חייו (ראו, למשל, Y. Gauthier, G. Fortin & G. Jeliu "Clinical Application of Attachment Theory in Permanency Planning for Children in Foster Care: The Importance of Continuity of Care" *Infant Mental Health Journal*, vol.25(4) 379-396(2004); M. Dozier, K.C. Stovall, K.E. Albus & B. Bates "Attachment for Infants in Foster Care: The Role of Caregiver State of Mind" *Child Development*, vol. 72, number 5 (2001) pp. 1467-1477; פסיכיאטריה של הילד והמתבגר (עורך: ש' טיאנו) בעמ' 49-50 ובעמ' 220). בצדק ציינה השופטת ס' רוטלוי בפסק הדין המחוזי בפרשה שלפנינו, כי "לא מדובר, איפוא, בסתם קשר שנוצר בין ילד לבין הדמויות המטפלות בו ואף לא רק בקשר רגשי עמוק (שיכול להיות גם קשר לא בריא), אלא בקשר רגשי המקנה לילד תחושת בטחון המהווה מפתח ליצירת מערכות יחסים בטוחות בהמשך חייו" (עמ' 32 לפסק הדין). ההמשכיות וההתמדה בקשר עם הדמות שטיפלה בו הוא יסוד חשוב בהתפתחותו של הקטין. ניתוק הקשר עלול להסב נזק נפשי ולפגוע בהתפתחותו התקינה של הקטין (ע"א 623/80 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לה(2) 72; ע"א 546/89 פלונים נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מה(1) 185, 197). ככל שהשהות אצל המבקשים לאמץ את הקטין מתארכת, הנזק לקטין גדל והולך. יש אף חוקרים הסבורים כי לאחר שהות של שניים-עשר חודש ברציפות אצל ההורים ה"פסיכולוגיים", יהא זה בלתי סביר לנתק את הקשר (ראו Freud, Solnit, Goldstein, *Beyond the Best Interest of the Child* 46 (1973); ראו גם נ' מימון, דיני אימוץ ילדים 98 (תשנ"ד-1994)).

52. ביטול ההכרזה על היות קטין בר-אימוץ כלפי אביו מחייבת בדיקה יסודית של יכולתו ההורית של האב. יכולת זו צריכה להיבדק על פי מצבו של האב בעת בקשת הביטול ולא בעת מתן ההכרזה. היא צריכה להתחשב במצבו של הקטין ובצרכיו בעת בקשת הביטול ולא בעת מתן ההכרזה. על כן ייתכן והאב היה מסוגל למלא את האינטרס של הקטין בעת מתן ההכרזה, אך הוא אינו מסוגל לכך – בשל השינויים שחלו באינטרס הקטין (מנקודת מבט הקטין) במשך הזמן – בעת הבקשה על ביטול ההכרזה. ייתכן שההורה הינו בעל יכולת מתאימה וסבירה לילד "קל", אך יהיה בעל יכולת הורית שאיננה מספקת כדי לספק את צרכיו של ילד בעל צרכים מיוחדים. אכן, עניין לנו בשילוב מבחנים אובייקטיביים וסובייקטיביים גם יחד. השאלה התעוררה בפרשת פלונית. כאן הוכרז קטין כבר-אימוץ כלפי אמו בשל חוסר מסוגלותה ההורית (סעיף 13(7) לחוק האימוץ). לאחר כשלוש שנים, שעה שערעורה של האם על ההכרזה תלוי ועומד בבית משפט זה, חל שינוי בנסיבותיה של האם, עד כדי מחיקתה של אי המסוגלות. לאור השינוי העמוק ביקשה האם לבטל את החלטת בית המשפט המחוזי

להכריז על הילד בר-אימוץ. בית המשפט העליון (בדיון נוסף) סירב לכך. חברי השופט מ' חשין הדגיש כי אי המסוגלות המקורית שעמדה ביסוד ההכרזה על הקטין כבר-אימוץ כלפי אמו שוב אינה קיימת. עם זאת, תחתיה קמה אי מסוגלות לספק את צרכיו של הקטין המיוחד במצבו, בעת הערעור על ההכרזה על היות הקטין בר-אימוץ כלפי האם. השופט מ' חשין הדגיש כי השאלה הינה "אם מסוגלת המשיבה לדאוג לילדה כראוי במצבו כיום" (שם, עמ' 116). כותב חברי:

"ההלכה קובעת כי שאלת מסוגלותו של הורה לדאוג לילדו כראוי עניינה שילוב של מבחן אובייקטיבי במבחן סובייקטיבי: דאגה לילד 'כראוי' מעלה מבחן אובייקטיבי, ודאגה לילד המיוחד העומד לפני בית המשפט מעלה מבחן סובייקטיבי. לשון אחר: השאלה בנושא של מסוגלות הורית אין לשואלה על דרך הסתם. האם ההורה בו מדובר מסוגל הוא, או אם אין הוא מסוגל, לדאוג כראוי לילד כלשהו. השאלה חייבת להישאל באורח ספציפי: ההורה שמדובר בו, האם מסוגל הוא, או אם אין הוא מסוגל, לדאוג כראוי לילדו, לאמור, לילד היחיד והמיוחד שבו מדובר. המשיבה, אפשר מסוגלת היא לדאוג כראוי לילד שיוולד לה ביום מן הימים ונאחל לה אך טוב. ואולם לילד שלפנינו אין היא מסוגלת לדאוג כראוי, לא היא ולא כל אדם אחר בעולם חוץ מהוריו דהיום, אותם הורים יחידים שידע מעודו" (שם, עמ' 123; ראו גם ע"א 604/89 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מה (1) 156).

53. ל"קול הדם" שבפי האב משקל בלעדי אם אין בנמצא עילת אימוץ (במסגרת סעיף 13 לחוק האימוץ) או אם אין הסכמה של האב לאימוץ (כאמור בסעיף 8 לחוק האימוץ). חוק האימוץ מבהיר היטב כי "לא יתן בית משפט צו אימוץ אלא אם נוכח שהורי המאומץ הסכימו שהילד יאומץ או שהוא הוכרו כבר-אימוץ לפי סעיף 13" (סעיף 8(א)). ל"קול הדם" שבפי האב משקל נכבד בעת הדיון בשאלה אם יש להכריז על הקטין כבר-אימוץ כלפי אביו. לאחר שניתנה הכרזה כדין על היות הקטין בר-אימוץ כלפי אביו, נתונות זכויותיו, חובותיו וסמכויותיו של האב בידי פקיד הסעד (סעיף 15(א) לחוק האימוץ). אין באלה כדי לשלול מהאב את "קול הדם". עם זאת, משקלו של שיקול זה יושפע הן מהשינויים בקטין עצמו והן מהתנהגותו של האב מהרגע שנודע לו על הכרזת בנו כבר-אימוץ כלפיו, ועד להכרעה בבקשתו לבטל ההכרזה. לא הרי דינו של אב שפעל לאלתר, וללא לאות למימוש זכותו ההורית, תוך ביטוי מחויבות מלאה כלפי ילדו, כהרי דינו של אב ששקט על השמרים תקופה ממושכת (ראו Lehr v. Robertson, 463 U.S. 248, 261 (1983)).

54. עם מסירת הקטין למי שמבקשים לאמצו (כאמור בסעיף 12 לחוק האימוץ) נוצרה ציפיה מצידם להמשיך הקשר. ציפיה זו מתחזקת לאחר שהקטין הוכרז כבר-אימוץ או שניתנה הסכמת ההורים. אמת, קיים חשש כי ההורים הביולוגיים יבקשו לחזור בהם מהסכמתם או יבקשו לבטל את ההכרזה של הקטין כבר-אימוץ. עם חשש זה על ההורים המבקשים לאמץ לחיות. עם זאת, חשש זה הולך וקטן עם חלוף הזמן. במקביל לו הולך וגובר האינטרס הלגיטימי של ההורים המאמצים בהמשך המצב הקיים, עד למתן צו האימוץ ולאחריו (השוו סעיף 19 לחוק האימוץ). אכן, ככל שנמשך הזמן בו הקטין שוהה בביתם של ההורים המאמצים, וככל שמתהדק הקשר בינם לבין הקטין, כן גובר משקלו של אינטרס ההורים המאמצים. משקלו של שיקול זה ניזון גם מהשיקול המערכתי של החשיבות החברתית לטפח את רצונם ונכונותם של הורים מאמצים ליטול על עצמם אימוצו של קטין.

מן הכלל אל הפרט

55. השתלשלות העניינים בעניין שלפנינו חרגה ממהלך הדברים הרגיל. עמדנו על כך בפסק דיננו בפרשת פלונית ופלוני. בכל הנוגע לבעיה הניצבת בפנינו – האם יש מקום לבטל את ההכרזה כי הקטין הוא בר-אימוץ כלפי אביו – לא נפרשה תשתית עובדתית מלאה בערכאה הדיונית. עם זאת, החסר הושלם בבית המשפט המחוזי, בעיקר באמצעות חוות דעתם המשותפת של ד"ר וייל וד"ר סיטון, ועדותם בבית המשפט. חוות דעת זו היא מקיפה. היא בוחנת ביסודיות ובעומק את טובת הקטין, תוך שהיא רואה לנגד עיניה את חוות הדעת של הפסיכולוגית אופנהיימר. היא בודקת את יכולתם של ההורים הביולוגיים לגדל את הקטין שיהפוך להיות בעל צרכים מיוחדים. היא מתחשבת בהורים המבקשים לאמץ את הקטין, וזאת הן לפני שנודע דבר מחלת האב והן לאחריה. היא ניתנה על בסיס כל המידע המצוי בתיק בית המשפט לענייני משפחה ובתיק בית המשפט המחוזי. מכיוון שהשאלה המרכזית העומדת בפנינו היא טובת הקטין, ניתן להסתפק בחומר זה. אשר לזכותו של האב הביולוגי, הצטבר חומר רב בבית המשפט לענייני משפחה. די בו כדי לתת תמונה באשר אליו, תוך שנתבסס על הדברים עליהם עמדו ההורים הביולוגיים בבית המשפט. נפנה, איפוא, לשאלה המרכזית הניצבת בפנינו, שעניינה טובת (אינטרס) הקטין ומשקלה לעומת זכות האב ואינטרס ההורים המבקשים לאמץ את הקטין.

56. כל המומחים מסכימים, כי בטווח הקצר, המעבר של הקטין מההורים המיועדים לאמץ להורים הביולוגיים כרוך בנזק לקטין. ד"ר וייל וד"ר סיטון ציינו כי ניתוק הקשר הראשוני בין הקטין להורים המבקשים לאמצו, נזקו רב. הוא עלול לגרום להיווצרות פסיכופתולוגיה בעלת היבטים שונים במשך חייו. הנזק שייגרם לו הוא בלתי הפיך. הוא יהפוך להיות ילד בסיכון. לעומתם סבורה גב' אופנהיימר – המסכימה אף היא כי ייגרם נזק לקטין עם העברתו ממשפחה למשפחה – כי ניתן לשקם נזק זה. כן הדגישה גב' אופנהיימר כי כנגד טובתו המיידית של הקטין שלא לנתקו מהמבקשים לאמצו יש לקחת בחשבון את טובתו לטווח הארוך, בהתחשב בבעיות אצל ילדים מאומצים. שיקול אחרון זה עוסק במוסד האימוץ עצמו. הוא בעל אופי ספקולטיבי. לא הונחה לגביו כל תשתית מחקרית, ואינני סבור שיש מקום לתת לו משקל ניכר. ואשר למחלוקת על מידת הנזק שייגרם לקטין, אין לי ספק כי ידם של ד"ר וייל וד"ר סיטון על העליונה. גישתם באשר לנזק המיידית בטווח הקצר מתבססת על ספרות מקיפה בעניין זה, המקובלת בפסיקתו של בית משפט זה (ראו ע"א 577/83 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד לח(1) 461, 474). הנשיא שמגר ציין בפרשת פלונית כי "אינה מקובלת עלי גישת הפסיכולוגית הנכבדה מטעם המשיבה, ולפיה הילד תמיד מסתדר ומתגבר. יש לשקול את נושא ההחזרה מבחינת טובתו של הקטין, לא במובן התנאים הפיזיים והרווחה הכלכלית, אלא במובן זה שבודקים את התוצאות הנפשיות של ניתוקו, עתה, מן הסביבה המאמצת" (שם, עמ' 80). הוא הדין בענייננו. מחוות דעתם של ד"ר וייל וד"ר סיטון עולה בבירור כי ניתוקו של הקטין מהוריו המאמצים יביא לנזק רב; הוא פוגע "באושיות המבנה הפנימי, בביטחון ובערך העצמי של הפעוט. אלה נמצאו כבעלי השפעה בהמשך החיים בפיתוח אושיות דיכאונית, יאוש מקשירת קשרים חדשים והשפעה על טיב הקשרים בנישואים ובעבודה וכן בפאתולוגיות אחרות" (חוות דעת המומחים, עמ' 13). "חשיבות [ההתקשרות הראשונית שבין פעוט לבין הוריו הפסיכולוגיים] מתבטאת בקביעת הבטחון וההצלחה שהתנסות מוקדמת זו מרעיפה על עיצוב היחסים והקשרים שהאדם מפתח בהמשך החיים עם הסביבה האנושית שאליה הוא נחשף ובתוכה הוא חי ומתפקד. ואילו הפרידה או החבלה בהתקשרות המוקדמת נדונה בספרות המקצועית כבעלת השפעות הרסניות ביותר, בהשפיעה על בטחונו וציבותו הנפשיים של האדם ויכולתו להתמודד עם פרידות ואובדנים במהלך חייו" (שם, עמ' 80). גב' אופנהיימר, לעומת זאת, סבורה כי לקטין בסיס טוב ותקין שיאפשר לו להתמודד עם הקשיים הכרוכים בניתוק. המשקל שיש לייחס לדבריה הוא מוגבל. גב' אופנהיימר מונתה לחוות דעתה לאחר שבוטלה הכרזת הקטין כבר-אימוץ כלפי האב. חוות הדעת נכתבה על רקע נורמטיבי בו הקטין אינו בר-אימוץ. היא נדרשה אך לשאלת

המשמורת. במצב דברים זה, המומחית לא בדקה חלופות אפשריות מבחינת אינטרס הקטין והניחה כי מבחינה חוקית עומדת על הפרק אך משמורת אצל האב.

57. זאת ועוד: גם אם ניתן להתגבר בטווח הבינוני והרחוק על הנזק הנגרם בטווח הקצר בשל הניתוק בין הקטין לבין ההורים המבקשים לאמצו, ברור הוא כי נדרשת לשם כך "הורות מיטיבה שהיא מעל לממוצע" (חוות דעת המומחים, עמ' 11). עמדו על כך ד"ר וייל וד"ר סיטון:

"אם כרגע במדובר בילד רגיל בעל צרכים התפתחותיים רגילים, הרי שאם יועבר להוריו הביולוגיים (או לאחד מהם), הוא יהפוך לילד בסיכון: זו תהיה חבלה (disruption) בקשר עם הוריו הפסיכולוגיים, ויהיה צורך לעזור לו להתחבר עם הורים חדשים שהם אמנם הוריו הביולוגיים... למען התמודדות עם ילד בסיכון בעל צרכים שכאלה, יש צורך באופן מהותי בהורות מיטיבה שהיא מעל לממוצע..." (עמ' 11 לחוות הדעת).

בעניין זה לא הוטל ספק בכך שההורים הביולוגיים מסוגלים, ככלל, לשמש כהורים ראויים. כך, למשל, לא הוטל ספק ביכולתם לדאוג כראוי לילד שעתיד להיוולד להם. אך זו אינה השאלה הניצבת בפנינו. השאלה הינה, האם הם מסוגלים להעניק הורות מיטיבה שהיא מעל לממוצע לילד בעל צרכים מיוחדים? גב' אופנהיימר עמדה על שאלה זו. היא ציינה כי "במצב שנוצר, נכון להיום, יש להתייחס לא להורות רגילה לחלוטין אלא להורות הנדרשת לילד בעל צרכים מיוחדים... [הוא] יזקק להורות טובה ורגישה במיוחד" (חוות דעת המומחית, עמ' 19). בחוות דעתה לא קבעה מומחית זו כי ההורים הביולוגיים ממלאים תנאים אלה. ד"ר וייל וד"ר סיטון היו הרבה יותר נחרצים בעניין זה. מסוגלותו של האב לבדו – ללא זוגיותה של האם – לא עמדה כלל לדיון ואין היא מעשית כלל. אשר לאב ולאם יחד, ציינו ד"ר וייל וד"ר סיטון כי "הרושם שקיבלנו הוא של הורים צעירים יותר, פחות בוגרים, ילדותיים יותר. גם אם נקבל את הטיעון שהאם חתמה על ויתור כשהיתה נתונה במצב משברי, הדבר הזה מעיד בכל זאת על מיעוט כוחותיה, על דימוי עצמי בסיסי נמוך (כדבריה) והראיה שהעובדות הסוציאליות של השרות למען הילד ניסו ולא הצליחו לשכנע אותה באותו שלב ראשוני שלא לחתום על ויתור על בנה" (חוות דעת המומחים, עמ' 11). שני מומחים אלה סברו כי האב והאם אינם מוכנים, ממוקדים ופנויים לצרכי הילד. בחוות דעתם הם כתבו:

”קיימים סימני שאלה גדולים ביחס ליציבות הזוגיות של ההורים הביולוגיים. הם מעולם לא היו זוג במובן המלא של המילה. בשלב בו האם הרתה... היה ביניהם קשר רומנטי ומיני, אך בסגנון לא מחייב... ראוי להדגיש ש[האם] במצוקתה, כאשר נודע לה דבר הריונה, לא פנתה כלל [לאב] כדמות משמעותית שיכלה להסתייע בה... מסוגלותם ההורית (ביחד ולחוד) נראית אכן פחות יציבה, לא לגמרי בוגרת. התיאור של מפגש האינטראקציה ממחיש את הקושי שלהם להיות במגע מכוון (attuned) עם הצרכים של הילד. גם תוכניותיהם לעתיד... מעידות על בוחן מציאות ילדתי ועל חוסר הערכה מתאים לצרכיו של הילד, והיכולת שלהם להיערך נכונה למילויים” (שם, בעמ' 12).

האב שלפנינו – כך עולה ממכלול החומר שלפנינו – אינו מסוגל להעניק לקטין הורות שיש בכוחה להתמודד עם מצבו כילד בסיכון.

58. אשר להורים המבקשים לאמץ את הקטין, אין חולק כי הם הורים מיטיבים וראויים. הם מעניקים לקטין חום ואהבה. הם מספקים את צרכיו ההתפתחותיים. בהקשר זה ציינו ד”ר וייל וד”ר סיטון בחוות דעתם:

”בבדיקת האינטראקציה שערכנו בין [ההורים המיועדים לאמץ] לבין הפעוט מצאנו אותם כהורים בעלי התכונות (attunement) רגישה ומותאמת לצרכיו ורצונותיו של הפעוט. יכולתם להיות קשובים למשאלותיו (גם כשאלה עדיין לא מובעות במילים), לשים לו גבולות מתאימים, עלתה כברור ותוארה בסיכום תצפית האינטראקציה. העדות הטובה ביותר להורות המטיבה שהורים אלה מעניקים לפעוט מוכחת על ידי התפתחותו הבריאה, בתחושת הביטחון שבה הוא מתנהל אף בתנאים שעשויים לעורר חרדות אצל פעוט בגילו, ובהשיגו את אבני הדרך ההתפתחותיים המתאימים לגילו” (חוות דעת המומחים, בעמ' 10).

הבעיה הקיימת מבחינתם שלהם היא מצבו הרפואי של האב המיועד לאמץ. האב סובל משתי מחלות קשות: אי ספיקת כליות וצהבת נגיפית מסוג C. הוא מתפקד היטב ואיכות חייו טובה. מצב בריאותו טוב ואין הוא סובל מהגבלה תיפקודית. עם זאת, אין להתעלם מכך שלמחלת הכליות של האב יכולה להיות השלכה על חיי הקטין. תוחלת החיים של האב עומדת כיום, על פי נתונים סטטיסטיים, על שבע שנים. נוכח מחלת הכליות קיים חשש כי הקטין יתייתם מאביו בגיל צעיר. אלה הם כמובן נתונים שיש להתחשב בהם. הם היוו גורם מכריע בעמדתה של האפוטרופא שמונתה לקטין. הם

השפיעו באופן ניכר על פסק דינה של השופטת י' שטופמן בבית המשפט המחוזי. לדעתי, השפעה זו היא מעבר למידה הראויה. אמת, העתיד באשר ליכולתם של ההורים המבקשים לאמץ את הקטין לגדלו במשותף אינו ברור די צורכו, וקיים כאמור חשש (סטטיסטי) כי תוחלת החיים של האב היא שבע שנים בלבד. הוא עשוי, על כן, להמשיך ולגדול במשפחה חד-הורית. יחד עם זאת, המעבר של הקטין להוריו הביולוגיים אינו מבטיח כי הקטין לא יחווה פרידה מאחד ההורים הביולוגיים ולא יגדל במסגרת משפחתית חד-הורית. אכן, ד"ר וייל וד"ר סיטון העלו סימני שאלה ביחס ליציבות ולתקפות של זוגיות ההורים הביולוגיים. הם הטילו ספק ביציבות הקשר, אשר "התחבר מחדש רק בגלל קיומו של הילד" (תשובה 12 לשאלות הבהרה מטעם באת כוח היועץ המשפטי לממשלה). ההורים הביולוגיים לא היו זוג במובן המלא של המילה. הקשר ביניהם נבנה סביב המאבק לקבלת הקטין. האב העיד בבית המשפט לענייני משפחה כי הוא והאם "מאוד מבולבלים עכשיו לגבי מערכת היחסים שלנו... מערכת היחסים שלנו מבולבלת בשאלה אם אנו רוצים להתחתן אם לאו" (עדות מיום 10.2.2004, עמ' 7). הפרידה האפשרית בין ההורים הביולוגיים תעמיס קשות על נפשו של הילד, העמוסה לעיפה בקשיים מהפרידה מההורים המבקשים לאמצו. אחד ההורים הביולוגיים לא יוכל בכוחות עצמו לגדלו, וזאת בהתחשב בצרכיו המיוחדים (ראו תשובה 8 לשאלות הבהרה מטעם בא כוח ההורים המבקשים לאמץ את הקטין).

59. הנה כי כן, ביטול ההכרזה על היות הקטין בר-אימוץ כלפי אביו, והעברתו להוריו הביולוגיים, תביא בטווח הקצר נזק קשה לקטין. נזק זה יהפוך את הקטין לקטין בסיכון. ההורים הביולוגיים לא יוכלו, בטווח הקצר, להתמודד עם מצב דברים זה. לא כן ההורים המבקשים לאמצו. כל עוד הילד ממשיך את חייו עימם, אין הוא כלל ילד בסיכון וכל שנדרשת הוא הורות ממוצעת ורגילה. זו – ואף מעבר ממנה – נתונה לו אצל ההורים המבקשים לאמצו. אשר לטווח הבינוני, קיים ספק הן מבחינת ההורים הביולוגיים והן מבחינת ההורים המבקשים לאמצו. החשש לפירוד הזוגיות (אצל ההורים הביולוגיים) והחשש למות האב (אצל ההורים המבקשים לאמצו) הוא ניכר. במצב דברים זה, ומתוך מבט כולל המקיף את כל הנוגעים בדבר (כלשונו של הנשיא שמגר בפרשת פלונית, עמ' 81), מסקנתנו הינה כי טובת הילד מחייבת השארתו אצל ההורים המבקשים לאמצו. אכן, ד"ר וייל וד"ר סיטון נתנו דעתם למבט הכולל, תוך שהשוו בין טובת הקטין (כילד בסיכון) אצל הוריו הביולוגיים לבין טובתו (כילד רגיל) אצל המבקשים לאמצו, וציינו בחוות דעתם כי טובת הקטין מצדיקה השארתו אצל ההורים המבקשים לאמצו. ומה באשר לטווח הארוך? בעניין זה לא הונחה כל תשתית עובדתית או מחקרית בפני בית המשפט, ואין מקום להכרעה בו. שופטי הרוב בבית המשפט המחוזי בחרו לסטות מההמלצות המקצועיות של המומחים הפסיכולוגיים,

מבלי לתת הסבר מניח את הדעת לסטיה זו. השופטים נימקו זאת בכך שהמומחים לא נתנו משקל מספיק למחלת האב המייעד לאמץ. לא די בנימוק זה כדי לזנוח את המלצת המומחים, ששקלו בכובד ראש גם נתון זה.

60. מסקנתנו הינה, איפוא, כי הן בטווח הקצר והן בטווח הבינוני, טובת (אינטרס) הקטין היא שהוא יישאר אצל ההורים המבקשים לאמצו. אך מה באשר לזכותו של האב? מה באשר ל"קול הדם" העולה ממנו? קולו צריך, כמובן, להישמע. עם זאת, אין כוחו להתגבר על טובתו של הקטין במקרה שלפנינו. זאת ועוד: משקלו של "קול הדם" במקרה שלפנינו נגרע בשל אופן התנהלותו של האב. כשהקטין היה בן שלושה חודשים (ביולי-אוגוסט 2003) נודע לאב על קיומו. רק בחלוף למעלה ממחצית השנה (פברואר 2004) נקט האב בהליכים משפטיים למימוש הורותו. גם בהמשך הוא התמהמה בקידום תוכניות מעשיות להעברת הילד למשמורתו. התכנית להיעזר בהוריו לא היתה מעשית משום שלא סיפר להם על קיומו של הקטין עד למחצית מרץ 2003. התכנית לגדל את הקטין במדור משותף עם האם לא היתה מעשית עד שהשניים עברו לגור יחד באפריל 2004. נראה כי האב נדרש לפרק זמן ממושך למדי עד שהתגבשה בו מלוא המחויבות כלפי הילד והרצון ליטול אחריות מלאה לגידולו. כך, בפגישותיו עם פקידות הסעד, בשלהי 2003, הוא הביע הססנות בעניין הקטין. הוא הביע עניין בלקיחת חלק בגידול בנו, אך לא כבן זוגה של האם. הוא ציין כי "עדיין לא בטוח אם הנושא סגור אצלי". באותן שיחות לא היה ברור לו היכן הילד יגדל, והדבר אף לא שינה בעיניו. הוא לא שיתף אותה עת את הוריו בעניין הולדת הילד. הוא בחר להמתין עד להחלטה בעניין החזרה מהסכמת האם. באותם שלבים מוקדמים ראתה עצמה האם כמגדלת יחידה, בעזרת משפחתה. היא לא נתנה משקל רב לשותפות האב. היא סיפרה על כוונתה לנסוע למדינת חוץ למספר שנים, ללא האב. יודגש: איננו מפקפקים היום, במסירותו של האב כלפי בנו, ובכנות רצונו לשמש לו כאב. אך התנהגותו בעבר מחלישה את משקל זכותו באיזון הכולל.

61. לא ניתן להתעלם מהאינטרס של ההורים המיועדים לאימוץ. משקלו של שיקול זה קטן הוא במידה רבה ביחס לאינטרס של הקטין או לזכות האב. עם זאת, זהו אינטרס שראוי להתחשב בו. בצדק ציינה השופטת ס' רוטלוי כי "בהקשר זה ראוי לזכור, כי מבחינתם הליך האימוץ התנהל כדין והם היו זכאים לפתח ציפיות, שהקטין אכן יוכרז בבוא העת כילדם לכל דבר ועניין" (פסקה 104 לפסק הדין). אין להתעלם מכך, שלביטול הכרזת הקטין כבר-אימוץ כלפי אביו, תהיה השפעה קשה וכואבת על המשך חייהם.

62. בנסיבות העניין, האיזון בין טובת (אינטרס) הקטין (ואינטרס ההורים המיועדים לאמץ) לבין הזכויות של האב הביולוגי מוביל למסקנה כי לא ניתן לקבל את בקשת האב לביטול ההכרזה על הקטין כבר-אימוץ כלפיו. הוצאת הקטין מרשות "הוריו הפסיכולוגיים" תגרום לו לפגיעה קשה וממשית. היא תהפוך את הקטין לקטין בסיכון. כדי לטפל בו נדרשת הורות מיוחדת. זו אינה קיימת אצל ההורים הביולוגיים. יתר ההיבטים הרלבנטיים לוטים בערפל. אנו נתקלים בקשיי הערכה לגבי תפקודם של ההורים הביולוגיים בהווה. אשר לעתיד, מצבו של האב המבקש לאמץ מעורר דאגה. אין גם ערובה ליציבות הזוגית בין ההורים הביולוגיים. במצב דברים מורכב זה, יש להתחשב בהיבטים הברורים יותר. אלה הם שניים: האחד, הנזק הקשה שייגרם לקטין אם יועבר להוריו הביולוגיים. זהו נזק בלתי הפיך. השני, חוסר יכולתם של ההורים הביולוגיים לספק אותה הורות מיוחדת הנדרשת לילד בסיכון. במצב דברים זה יש להשאיר הקטין במקום בו הוא נמצא; שם תחול המשכיות בחייו; שם הוא ימשיך לקבל את מלוא האהבה, החיבה והטיפול שילד רגיל זקוק לו. לא ראוי הוא לתבוע ממנו לשלם מחיר יקר, כדי לרפא את כאבם של הוריו.

63. משסיימתי את כתיבת פסק דיני עיינתי בחוות דעתם של חבריי. מקובלת עלי עמדתם של המישנה לנשיא מ' חשין, השופט א' ריבלין והשופטת ד' ביניש. אין בידי להסכים לחוות דעתה של חברתי השופטת א' פרוקצ'יה. חברתי סבורה כי עלינו להכריע בעניינם של שני ההורים הביולוגיים. לטעמי, אין אפשרות ולא יהא זה נכון לנקוט עמדה, במסגרת הליך זה, בשאלה האם לאפשר לאם הביולוגית לחזור בה מהסכמתה לאימוץ הקטין. בקשתה של האם לחזור מהסכמה לאימוץ עודה תלויה ועומדת בפני בית המשפט לענייני משפחה. בהסכמת הצדדים, עוכב מתן פסק הדין בתביעת האם. הערעורים לבית המשפט המחוזי נסובו כולם סביב תביעת האב הביולוגי, ופסק הדין של בית המשפט המחוזי מצטמצם לסוגיה זו בלבד. בקשות רשות הערעור מופנות, ממילא, לענין זה בלבד. במצב דברים זה, בהעדר הכרעה של הערכאות דלמטה ובהעדר ערעור, אין אפשרות בידנו – כערכאת ערעור שניה – לדון ולהכריע בתביעת האם לחזור מהסכמה לאימוץ. אין המדובר אך בענין דיוני-פורמלי. גם במישור המהותי, לא יהא זה נכון לנקוט עמדה לגבי תביעת האם, בהעדר תשתית עובדתית רלוונטיות. כפי שציינתי, בבית המשפט לענייני משפחה לא נפרשה תשתית עובדתית מלאה לגבי אף אחת מהתביעות. החסר הושלם בבית המשפט המחוזי, בעיקר בנוגע לטובת הקטין. עניינים רבים אחרים כלל לא נדונו. ללא תשתית עובדתית מלאה, אין מקום כי נביע עמדה שתכריע את גורל תביעתה של האם. כך למשל, בהעדר ממצאים שבעובדה אודות הנסיבות שהביאו את האם למסור את הקטין לאימוץ, לא

יהיה זה נכון להתייחס לשאלה האם קיימים "טעמים מיוחדים" להרשות לה לחזור מהסכמתה לאימוץ.

64. באשר לאב הביולוגי, השיקול של טובת הקטין תומך בדחיית בקשתו לביטול ההכרזה על הקטין כבר-אימוץ. לשיקול של טובת הקטין משקל דומיננטי, נוכח העובדה שהתקיימה באב עילת אימוץ שהצדיקה הכרזת הקטין כבר-אימוץ כלפיו. כל עוד מצויים אנו בשלב בו נבחן קיומה של עילת אימוץ, טובת הקטין, כשלעצמה, אינה יכולה להצדיק פגיעה בזכותם של ההורים הטבעיים. המדינה אינה רשאית להוציא ילד מרשות הוריו רק משום שהדבר הוא לטובת ילדם. בשלב זה מצוים אנו בכיבוד מלא של זכותם הטבעית של ההורים ומניחים אנו כי טובת הילד היא שיגדל במחיצת הוריו. רק בהתקיים אחת העילות הקיימות בחוק להכריז כי הקטין בר-אימוץ ניתן להצדיק התערבות שלטונית בתא המשפחתי. ואולם, כאשר עוסקים אנו בבקשה לבטל הכרזה של קטין כבר-אימוץ, טובתו של הקטין עולה למעמד בכורה. בבחינת טובתו של הקטין, יש להתמקד בענייניו הספציפי של הקטין שעניינו מתברר בבית המשפט. אין לפסוק על פי הנחות כלליות בדבר טובתם של ילדים. אין לדרג מראש את חשיבות ההורות הביולוגית, ומנגד ההורות הפסיכולוגית, על פי השקפות אידיאולוגיות. חשיבות הקשר בין הקטין למבוגרים השונים – הוריו הטבעיים והאמצים – צריכה להיקבע בכל מקרה לגופו, על-פי שיקולים מקצועיים. השאלה האם נגרם לקטין נזק כתוצאה מכך שאינו גדל אצל הוריו הביולוגיים צריכה להבחן עניינית, בהתבסס על המחקרים הקיימים בתחום ועל הנתונים הספציפיים של המקרה. לשם כך נעזר בית המשפט, בין השאר, במומחים הבוחנים את הקטין ואת החלופות האפשריות מבחינתו. על רקע מכלול החומר שבפני בית המשפט הוא משיב לשאלה כיצד ישפיע על הקטין הניתוק מהוריו הפסיכולוגיים ומנגד, כיצד תשפיע עליו שלילת הזיקה אל משפחתו הטבעית. הכרעת בית המשפט צריכה להתבסס על תשתית מחקרית, עובדתית ומקצועית. יש להימנע, עד כמה שניתן, מעמדות ערכיות.

65. קביעתי, כי טובת הקטין היא שלא ינותק מההורים המבקשים לאמצו מבוססת על נתונים וממצאים שהוצגו בחוות דעתם של המומחים וייל וסיטון. אלה מצאו כי ניתוק הקטין מההורים המיועדים לאמצו, המהווים הורים פסיכולוגיים עבור הקטין, יגרום לקטין נזק קשה ובלתי הפיך. חברתי השופטת פרוקצ'יה דוחה את עמדת המומחים וייל וסיטון משום שחשיבות הקשר הביולוגי תופסת מקום משני בראייתם המקצועית את טובת הילד. היא מבכרת את חוות דעתה של המומחית אופנהיימר, בנימוק כי מדובר בעמדה מקצועית הנשענת על שיקול ראויה של השיקולים (הערכיים) המתנגשים. מעבר לקושי שבנקודת המוצא הערכית, מתקשה אני לראות כיצד ניתן

לבסס על חוות דעתה של המומחית אופנהיימר את הקביעה כי טובת הקטין היא שיועבר להוריו הטבעיים. יש לקרוא את דברי המומחים על הרקע בו נכתבו. המומחית מונתה לחוות דעתה לאחר שבוטלה (בהסכמה) הכרזת הקטין כבר-אימוץ כלפי האב. דבריה נכתבו מתוך הנחה כי הקטין אינו בר אימוץ וכי לאב עומדות מלוא הזכויות המשפטיות כלפיו. השאלות עליהן נדרשה המומחית להשיב היו מסוגלות הורית של ההורים הביולוגיים והמשמורת על הקטין. על רקע זה, לאחר שהמומחית מצאה כי ההורים הביולוגיים מסוגלים ורוצים לגדל את הקטין, היא המליצה כי הקטין יועבר למשמורתם. המומחית לא בדקה חלופות אפשריות מבחינת האינטרס של הקטין ולא דירגה ביניהן. דבריה, יותר משיש בהם קביעה מהי "טובת הקטין", עוסקים במורכבות של מונח זה. לבסוף, יש לזכור כי מאז נכתבה חוות דעתה של המומחית אופנהיימר ועד לחוות הדעת של המומחים וייל וסיטון חלפו כחמישה חודשים. פרק זמן זה עשוי להיות מכריע מבחינת טובת הקטין. עשויה להיות לו השפעה קריטית מבחינת ההתקשרות עם הדמויות המטפלות בקטין ומבחינת הנזק הצפוי לקטין כתוצאה מהניתוק.

התוצאה היא כי אנו מקבלים הערעור. אנו מבטלים את פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה, אשר ביטל את הכרזתו של הקטין כבר-אימוץ כלפי אביו. אנו מבטלים את פסק דינו של בית המשפט המחוזי, אשר דחה הערעור על פסק הדין של בית המשפט לענייני משפחה. התוצאה היא כי ההכרזה על היות הקטין בר-אימוץ כלפי אביו בעינה עומדת.

ה נ ש י א

השופט א' גרוניט:

אני מסכים לפסק דינו של חברי, הנשיא א' ברק.

ש ו פ ט

המישנה לנשיא מ' חשין:

אני מסכים לחוות דעתו של חברי, הנשיא ברק, ודבריי שלהלן לא נועדו לגרוע
כהוא-זה מאותה הסכמה.

אימוץ - האינטרסים שבמערכת

2. מעשה של אימוץ משמיענו נטילת ילד מהוריו הביולוגיים ושתילתו במשפחה של הורים מאמצים. במעשה של אימוץ, בכל מעשה של אימוץ, שני כוחות עיקריים הם המתרוצצים במערכת: אינטרס-בכוח או אינטרס-בפועל של ההורים הביולוגיים - או של אחד מהם - להוסיף ולהחזיק בילד המיועד לאימוץ, ובצידו אינטרס הילד, אותו אינטרס הקרוי בלשון אנשי-המשפט "טובת הילד". לעיתים יבוא במערכת אינטרס שלישי - כך, למשל, אינטרס ההורים המיועדים לאמץ את הילד - אלא ששני האינטרסים הראשונים עוצמתם היא כה רבה עד שבולעים הם, ככלל, כל אינטרסים אפשריים אחרים. אשר לאותם שני אינטרסים מכריעים - אינטרס ההורים הביולוגיים ואינטרס הילד - יש שעולים הם בקנה אחד ויש שנוגדים הם זה-את-זה. במקרה זה האחרון, יהא על בית משפט להחליט מהי עוצמתו של אותו ניגוד, וכנדרש מכך - איזה מן האינטרסים ידו תהא על העליונה.

3. אינטרס הילד - באשר הוא - אינו מהווה עילה לאימוץ, ואולם אין עילת אימוץ שאינטרס הילד אינו מהווה מרכיב בצופן הגנטי שלה; ובתוככי הצופן הגנטי, אינטרס הילד יגבר על כל אינטרס אחר. אכן, כל עילות האימוץ כולן, בלידתן, אינן בעיקרן אלא גילויים - מניפסטציות - לאינטרס הילד בעוצמה זו או אחרת.

4. בענייננו-שלנו מתנגחים בעלי-הדין ביניהם בשאלה: אינטרס הילד - מהו? האב הביולוגי טוען כי זכותו על-פי דין, כאב, עומדת לו להחזיק בילדו, ולא זו בלבד אלא שכל הסימנים מורים כי אינטרס הילד הוא שדווקא הוא, אביו הביולוגי, יחזיק בו. מנגד טוענת המדינה - ועימה ההורים המיועדים להיות הורים מאמצים - כי איפכא מסתברא: אינטרס הילד מורה אותנו בבירור כי דווקא ההורים המיועדים להיות הורים מאמצים, הם-הם שראוי כי יחזיקו בילד ויהיו לו לאב ולאם. התנגשות מעין-זו עדיים אנו לה בכל משפט של אימוץ, אלא שזו הפעם, ובנסיבותיו המאוד מיוחדות של המקרה, נתעצמו ונתחדדו הניגודים במאוד.

הבה ניפנה אפוא לענייננו.

אינטרס ההורים הביולוגיים וכל אחד מהם

5. לא נכחד - כיצד נוכל - כי הפרשה שבענייננו מציגה נגד עניינו צירוף אירועים יחיד-ומיוחד. הקטין הוכרז להיותו בר-אימוץ כלפי אביו כנדרש מהוראת סעיף 13 (1) לחוק אימוץ ילדים, תשמ"א-1981 (חוק האימוץ), הוראה שלפיה רשאי בית-משפט להכריז על ילד להיותו בר-אימוץ אם:

אין אפשרות סבירה לזהות את ההורה,
למצאו או לברר דעתו.

אין חולקים כי לעת הדיון (הראשון) לפני בית המשפט לענייני משפחה - דיון שלסופו הוכרז הילד להיותו בר-אימוץ כלפי אביו - נתקיים תנאי זה כנדרש. האם סירבה להסגיר את שמו של אבי הילד, ולא נתקיימה אפשרות סבירה לזהות את האב, למוצאו או לברר את דעתו (קרוב להניח כי לו מדובר היה בעבירה פלילית חמורה, היתה נמצאת דרך "סבירה" להגיע אל אבי הילד. אלא שענייננו אין הוא בגילוייה של עבירה חמורה, ודוחק הזמן אף הוא מגביל את ענייננו מחקירתה של עבירה פלילית). אלא שלא יצאו אלא חודשים ספורים, וכמו מבלי-משים נוצרה אפשרות סבירה לזהות את האב, למוצאו ולברר את דעתו. ומשנמצא ונשאל לדעתו, השיב האב כי אין הוא מסכים להליך האימוץ וכי מבקש הוא שהילד יועבר להחזקתו. על רקע אירועים אלה, הפיתרון לקושייה נדרש, לכאורה, כמו-מעצמו: לבטל את ההכרזה על היותו של הילד בר-אימוץ כלפי אביו, ולהחזיר את המצב לקדמתו, קרא, לעצור את הליכי האימוץ.

6. יתר-על-כן: בהיעדר הסכמת הורה, אין בית-משפט מוסמך להכריז על ילד להיותו בר-אימוץ אלא אם הוכחה להנחת-דעתו אחת מן העילות המנויות בהוראת סעיף 13 לחוק האימוץ. והנה, עיון בתוכנן של אותן עילות ילמדנו כי רובן-ככולן חוט של כיעור משוך עליהן:

כל עילות אלו כולן, כאבנים מכוערות וכאבנים רעות
החרוזות בזו אחר זו כמחרוזת על פתיל, עניינן בהפקרתו
של ילד, בהזנחתו של ילד, באי-מילוי חובותיו של הורה
כלפי ילד - והכל בלא שיש לו להורה סיבה סבירה או
הצדקה למעשיו או למחדליו.

(דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד נ(1) 48, 113; פרשת פלונית).
אשר לעילת אי-המסוגלות ההורית שבהוראת סעיף 13(7), עליה נאמר כי:

רוחן הרעה של עילות אלו חדרה אל הוראת סעיף 13(7)
לחוק האימוץ, ועל דרך זו יצרה את עילת אי
המסוגלות... (שס, 114).

(בהמשך הדברים, שם, שם, נאמר כי "מקור הרעה הוא דווקא בהוראת סעיף 13(7), וכי העילות הפרטיקולריות... אינן אלא בנות להוראת סעיף 13(7)..."; ואולם בין כך ובין כך, רוב עילות האימוץ כולן אחיות רעות הן).

יוצאת מכלל אותה חבורה רעה היא העילה הקבועה בהוראת סעיף 13(1), היא העילה הנסבה על היעדר אפשרות סבירה לזהות את ההורה, למוצאו או לברר את דעתו. ייחודה של העילה הוא זה, שאין היא נדמית בהכרח לאבן מכוערת או לאבן רעה. אפשר אמנם שכך יהיה. למשל, במקום שהאב או האם נעלמים או מסתתרים בכוונה להסיר אחריות מעל שיכמם. ואולם לא בהכרח כך. הנה-כי-כן, אפשר שהאב לא ידע כלל כי אב הוא, ובנסיבות שאין לו שליטה עליהן. במקרה מעין-זה - ובמקרים אחרים דוגמתו - לא ניתן להטיל באב כל אשם, ובכל זאת מורה אותנו החוק כי ניתן להכריז על הילד להיותו בר-אימוץ. טובת הילד, אינטרס הילד, ידם על העליונה, וברירת המחדל היא שהילד יוכרז בר-אימוץ כלפי האב הנעלם. השאלה אינה שאלה של אשם או של היעדר אשם. ילד שאין לו אב, הקהילה דואגת כי יימצא לו אב, ודאגה זו עשויה להביא אותה להכריז על הילד בר-אימוץ כלפי האב הלא-ידוע. עם כל זאת, לא נוותר להתעלם מייחודה של עילת האב הלא-ידוע.

7. הנה-כי-כן, אם מתגלה האב לפני הכרזתו של הילד בר-אימוץ, מתפוגגת מאליה עילת האב הלא-ידוע, והילד לא יוכרז בר-אימוץ כלפי האב - שעתה ידוע מי הוא - אלא אם תוכר עילה אחרת להכרזה (עילה שאין טוענים לה בענייננו). יתר-על-כן: קושי יתייצב על דרכנו גם במקום שהילד מוכרז בר-אימוץ כלפי האב, וזמן קצר ביותר - ימים ספורים - לאחר מכן מגיש האב - שעתה אין הוא עוד בבחינת אב נעלם - בקשה לביטול ההכרזה על היות בנו בר-אימוץ. במקרה זה ניתן להעלות טיעון - ולא במעט עוצמה - כי הכרזת הילד להיותו בר-אימוץ היתה כ-*non est factum*, פירושו: הכרזת בר-אימוץ שהוכרזה - היתה כלא היתה ומשולה היא כחרס הנשבר. שכן

מתחילתה ומעיקרה תלתה ההכרזה עצמה על היעלמותו של האב; והנה עתה, עם ההתגלות, כמו נשמטה מאליה התשתית שעליה נבנתה ההכרזה. ומה החבל ילך אחר הדלי, כך יטען הטוען, תתפוגג מאליה ההכרזה שנבנתה על התשתית. אכן, כדברך של העילות המנויות בסעיף 13 לחוק האימוץ: האב לא הפקיר את בנו; האב לא התרחק מבנו; האב לא נמנע מקיים את חובותיו כלפי בנו; האב לא סירב לקבל את הילד לביתו; האב לא הוכח כמי שאינו מסוגל לדאוג לבנו כראוי; האב מסרב ליתן הסכמה לאימוץ שלא מתוך מניע בלתי-מוסרי או למטרה בלתי-חוקית. אם זה האב וזה בנו, מי אנו שניטול היתר לעצמנו לעקור בן מאביו ולמוסרו למי שלא הרה ולא הוליד אותו.

8. על כל אלה נזכור, כי זכותו של אב להחזיק בבנו אין היא כשאר זכויות שבעולם. נעלה ועמוקה היא משאר זכויות. זכות מן הטבע היא - יש שקוראים אותה "קול הדם" - ומקורה ב"קיומו של אינסטינקט שבאדם, אותו אינסטינקט של הישרדות ושל המשכיות, אינסטינקט שראשיתו בצורך הדוחק להורות, המשכו בשמירת הורים על ילדיהם בעודם חסרי הגנה (והוא האינסטינקט שבחיה), המשך-המשכו בדאגת הורים לילדיהם משבגרו, וסופו ברצונם של הורים להיטיב עם ילדיהם לאחר-מות" (קרון לב"י נ' בינשטוק, ע"א 1212/91, פ"ד מח(3) 705, 723). ראו עוד: ע"א 2061/90 מרצ'לי נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(1) 802, 811ג. וכך אמרנו בפרשת פלונית (שם, 102):

משפט הטבע הוא, שאם ואב מן הטבע יחזיקו בכנס, יגדלו אותו, יאהבו אותו וידאגו למחסורו עד אם גדל והיה לאיש. זה יצר הקיום וההישרדות שבנו - "קול הדם", ערגת-קדומים של אם לילדה - ומשותף הוא לאדם לחיה ולעוף. "גם תנין (תנים - מ' ח') חלצו שד היניקו גוריהם" (איכה ד' ג') ... קשר זה חזק הוא מכל-חזק, והוא מעבר לחברה, לדת ולמדינה ... משפט המדינה לא יצר את זכויות ההורים כלפי ילדיהם וכלפי העולם כולו. משפט המדינה בא אל-המוכן, אומר הוא להגן על אינסטינקט מולד שבנו, והופך הוא "אינטרס" של הורים ל"זכות" על-פי דין, לזכויות של הורים להחזיק בילדיהם.

ראו עוד: בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, משרד הבריאות, פ"ד נז(1) 433, 446. אכן, זכות נעלה היא אותה זכות: הזכות כי יותן לנו להיות הורים לילדינו.

9. עד כאן - אינטרס ההורים הביולוגיים וכל אחד מהם. ומכאן לאינטרס הקטין המיועד לאימוץ.

אינטרס הילד המיועד לאימוץ

10. הכל מסכימים - כתחנת מוצא למסע הבירור והתהייה - שאינטרס נעלה של ילד הוא כי יימצא בהחזקת אביו ואימו. אינטרס ההורים להחזיק בילדם ואינטרס הילד כי יהיה בהחזקת הוריו, שני אינטרסים אלה עולים בקנה אחד, מתיישבים הם זה-עם-זה, לא עוד אלא שמשלימים הם זה-את-זה. וכך קראנו בע"א 6106/92 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מח (2) 833, 836:

משפט הטבע הוא, שילד יגדל בבית אביו ואימו: הם שיאהבו אותו, הם שיאכילו אותו וישקו אותו, הם שיחנכו אותו, והם שיעמידו אותו על רגליו עד אם היה לאיש. זו זכותם של אב ואם וזו זכותו של בנם.

(פרשה זו היא פרשת פלונית). כך נאמר אף בע"א 6106/02 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מח(4) 221, 235-236:

[כל אם - באשר היא אם - זכאית להחזיק בכנה הקטון, לאהוב אותו, ללטף אותו, להאכילו, להשקותו, להחזיקו בזרועותיה ולהלך עימו יד-ביד. ואולם זכויות אלו לא רק אם קנתה אלא בנה הקטון אף הוא, וזכותו של זה הקטן נעלה היא מזכותה של אימו.

(וגם זו היא פרשת פלונית). הנה-כי-כן, אינטרס ההורים ואינטרס הילד היו כשני צידיה של אותה מטבע. והמטבע תהווה הילך חוקי אם מוטבעת היא כהלכה משני צידיה.

11. עד כאן - צידם הפיסיוולוגי של החיים: ובמקום שהחיים זורמים למישרין לא יקום ולא יהיה הליך של אימוץ. ואולם אנו, בתי-המשפט, ענייננו הוא בצידם הפתולוגי של החיים, במקום שהחיים סוטים מן הנורמה, שעה שהחיים יורדים מדרך המלך ומתחילים להלך בשבילים צדדיים, בדרכים עקלקלות, במשעולים צרים. וכך הוא המקרה שלפנינו, אליו ניפנה עתה. לענייננו-שלנו נדבר תחילה בהורים ביולוגיים או באחד מהם שנפל פגם בהתנהגותם כהורים כלפי ילדם. לאחר מכן נידרש לאינטרס הילד, גם כאן בנסיבות הסוטות מן הנורמה.

הורות שנפל בה פגם

12. ראינו כי זכות מן הטבע היא להורים ביולוגיים, להחזיק בילדם, לאהוב אותו, להאכילו, לחנכו ולראות אותו מקרוב גדל והופך לאיש. ואולם יש שייפול פגם בדרכי ההורות, והוא אם יקפחו ההורים את זכויותיו של הילד, אותן זכויות שקנה אף-הוא מן הטבע. וכפי שנאמר בפרשת פלונית, בהמשך לדברים שהבאנו לעיל, בפסקה 10 (פ"ד מח (2) 833, 836):

ואולם הורים יוכלו שיקפחו זכותם זו שנתן להם האלהים, וכך יהיה אם יקפחו את זכותו של הקטן. קטן אינו חפץ הניתן להיטלטל מיד-אל-יד ולו ככלי-יש-חפץ-בו. קטן הוא אדם, הוא בן-אדם, הוא איש - גם אם איש קטן בממדיו. ואיש, גם איש קטן, זכאי בכל זכויותיו של איש גדול.

והורים שיקפחו את זכותו של ילדם, אפשר שיקפחו כך את זכותם-שלהם להחזיק בילד:

אם יכולה שתקפח את זכותה [להחזיק בכנה], והתנהגותה יכולה שתלמדנו כי קול הדם נדם. יש שאת הנעשה והנחדל אין להשיב... (פרשת פלונית, 236, בהמשך לדברים שהבאנו לעיל, בפסקה 10).

13. כשאר זכויות במשפט, גם זכותם של הורים לבנם - ותהא הזכות רבת-עוצמה ככל שתהא - אין היא זכות אבסולוטית. יכול שיעמדו נגדה זכויות אחרות במשפט, ובנסיבות אלו ואחרות אפשר אף שזכויות אחרות תגברנה עליה. ענייננו הוא, כמובן - בראש ובראשונה - בזכויות הילד, באינטרס מוכח של הילד בנסיבות מסויימות, כי לא ההורים או מי מהם יחזיק בו. גם אם לא נגרע ולו כהוא-זה מן הזכות ומן האינטרס של ההורים, בל יישכח מאיתנו הילד, אותו ילד שהאב שלפנינו כה פְּמָה להחזיק בו ולחבקו. והרי הילד, גם לו זכויות משלו, וזכויותיו של הילד, לא זו בלבד שאין הן פחותות מזכויותיו של האב אלא שנעלות הן על זכויותיו של האב.

14. בפרשת פלונית החליט בית המשפט (בדיון נוסף) כי הָאָם קיפחה את זכותה לילדה, כי "קול הדם" - נדם, ובהחליטו כך הורה על ניתוק הילד מאימו ועל אימוצו

בידי המשפחה שהחזיקה בו. אכן, קול הדם קול חזק הוא; קול הוא המתגלגל מקצה הארץ ועד קצה, קול מחריש אוזניים הוא; הוא החזק בקולות. ובאמרנו כי קול הדם - קול מחריש אוזניים הוא, כי החזק בקולות הוא, אין אנו מתכוונים לעוצמת הקול המכה בעור התוף, לעוצמת הדציבלים שמפיק הקול. כוונתנו היא לעוצמתו הפנימית של הקול, לאותה ערגת-קדומים של אם ואב לילדם, למשיכת-הלכות שאין לה תיכלה, זו ערגה וזו משיכה הממלאות ליבו של אדם עד-כלות. שלא כמותו, קול שאינו נשמע, קול מגומגם, קול שנשתתק - כל אלה אין כוחם כקול דם. וכשם שיש וקול הדם נשמע - ונדם, יש שקול הדם לא נשמע כלל מתחילתו. "קול הדם", קרא, אינטרס המבקש לקבל את הגנת המשפט, להיעטף בזכות בת-פועל משפטי.

15. ובכאנו להכריע בשאלה של אימוץ, לא נבחן את זכותו התיאורטית של הורה להחזיק בבנו. נחליט בזכותו על-פי נסיבות העניין. ובמקום שבו נפל מום בדרכי ההורות, נבחן את עוצמתה של זכות ההורות במומה. וכעוצמתה זו במומה נפגיש אותה עם שאר הזכויות שבמערכת.

ומאינטרס ההורים לאינטרס הילד.

אינטרס הילד המיועד לאימוץ

16. אינטרס הילד מדבר בעד עצמו ואין להרחיב דברים בו. אינטרס הילד משקף את צרכיו של הילד, צורכי גוף וצורכי נפש, ומימושו של אינטרס זה תולה עצמו ביחס ההורות הנדרש מן ההורים. כתחנת מוצא, כפי שראינו, הוריו הביולוגיים של הילד יספקו לו - והם הראויים כי יספקו לו - הן את צורכי הגוף הן את צורכי הנפש. אך אם ייפול מום בדרכי ההורות, ישתנה מעצמו האיזון ביחסי ההורים והילד. ההכרעה בשאלת האימוץ תיפול בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה.

אינטרס ההורים, אינטרס הילד ומימד הזמן

17. נורמות במשפט, ככל מעשי אנוש והוויות החי, פניהן פני-עתידי ופני-עתידי בלבד:

את העבר אין ביכולתנו לשנות (כך הוא, למגינת לבם של אחדים ולשמחת לב אחרים). מעשים שהיו - היו, מחדלים שנחדלו - נחדלו, מאורעות אירעו - אירעו, נדרים שננדרו - ננדרו, נדרים שהופרו - הופרו. כל אלה כמו קפאו על מקומם והיו לנציבים, ואת הנעשה אין להשיב. אין בכוחנו אלא לתאר ולתעד דברים שהיו - או

שלא היו – ולשנותם לא נוכל. חופש הבחירה והברירה והמיון עשוי להתקיים אך באשר לעתיד, ואילו באשר לעבר הבחירה כבר נעשתה, והברירה והמיון – כברירה ומיון - אינם עוד.

כך בעולם הגשמי וכך בעולם הנורמות, בעולם שבראנו אנו והוא פרי רוחו של האדם. נורמות שהיו בעבר – ובהן עקרונות משפט וכללי משפט – לא נוכל לשנותן לעבר: מה שהיה היה ומה שלא היה לא היה. עוולה שנעשתה לא נוכל לכחד כי נעשתה, וטקס נישואין שהוכר על-פי דין כיוצר קשר בין בני-זוג יישאר כקשר שהוכר בעבר. עד שנגיע לעשיית צדק עלינו לומר אמת, ואמת שבעבר היא אחת (גם אם קשה לרדת לחיקרה). (ע"פ 4912/91 ירון תלמי נ' מדינת ישראל, פ"ד מח (1) 581, 619)

נורמות משפט נוטעות עצמן במציאות ובהווייה שלעבר ושלמהוה, ואולם פועלן הוא אך לעתיד בלבד. ומתוך שעבר, הווה ועתיד מעורבבים אלה באלה ביישומן של נורמות במשפט, בולט מקומו של הזמן כגורם ממעלה ראשונה בהחלטה של נורמה על מערכת עובדות נתונה. כך הוא, בוודאי, בנורמות המבקשות להחיל עצמן מלמפרע - דהיינו: נורמות שלעת החלתן רואים אותן כבנות תוקף לפני שנעשו ולפני יום פירסומן - ואולם כך הוא אף בגילויים רבים אחרים במשפט. אכן, הזמן לובש במשפט פנים מפנים רבות ושונות. כך בנושאי שיהוי והתיישנות, כך בנושא של מניעות, כך בשאלות של זכויות מוקנות, בסוגיה של שינוי מדיניות, בהצמדות, בפסיקת ריבית, ומה לא. הכל זורם, אין אנו טובלים פעמיים באותו נהר, והמשפט כמערכת נורמות המבקשת להשתלב בחיים ולנתב את דרכם של בני-אנוש, חייב להביא במניין את הזמן כגורם ראשון במעלה. הזמן הוא המימד הרביעי. כך בחיינו וכך במשפט. הדוקטרינה הקרויה (בטעות) דוקטרינת "הבטלות היחסית" (או "התוצאה היחסית") גם בה ישתלב גורם הזמן כיסוד יוצר.

18. כך הוא הזמן במשפט בכלל. כך הוא הזמן בסוגיית האימוץ. הורה שהפקיר את ילדו והקים על עצמו עילת אימוץ, יכול שיפוגג את העילה אם יחזור בו מדרכו הרעה עד שיינתן צו אימוץ. כך הוא בעילת ההפקרה וכך הוא בעילות אימוץ אחרות, שמעבר הזמן יכול שיחולל בהן שינוי או אף יגרום לביטולן. יש שחלוף הזמן, באשר הוא, יחולל שינוי בנורמות במשפט. דוגמה: התיישנות. ויש שחלוף הזמן לא יהיה בו די ויידרש שינוי נסיבות ניכר לעין אף-הוא עד שיתחולל שינוי הנורמות. נושא נושא ועניינו-שלו, נושא נושא ופיתרונו-שלו.

19. הילד הוכרו להיותו בר-אימוץ כלפי אביו, והשאלה הנשאלת כיום היא אם יש ונכון לבטל הכרזה זו (על כל המשתמע מכך). מן העבר האחד ניצב האב הביולוגי ועתירתו היא כי תבוטל ההכרזה על היותו של הילד בר-אימוץ כלפיו, ובהמשך לכך, כי ינותק הילד מן הזוג המיועד לאמצו וכי יועבר להחזקתו-שלו. מן העבר האחר מתייצב הזוג המיועד לאמץ את הילד, ועתירתו היא שההכרזה תיוותר על כנה להיותו של הילד בר-אימוץ כלפי אביו. מתוך שהילד הוכרו כְּבָר להיותו בר-אימוץ כלפי האב הביולוגי, הנטל על שיכמו של האב מוטל הוא לשכנע את בית-המשפט כי נכון וראוי לבטל אותה הכרזת בר-אימוץ. נוסף עם זאת, כי לדעתנו יש לפרש נטל זה המוטל על שיכמו של האב כנטל פורמלי יותר מאשר פנטל מהותי. נזכור כי הָאֵם לא דיווחה לאב על ההריון; כי האב לא ידע על ההריון מכל מקור אחר; וכי הכרזת התינוק להיותו בר-אימוץ כלפי האב נעשתה בעילה של אב בלתי-ידוע. בעוד אשר מרבית עילות האימוץ עניינן במעשים ובמחדלים שיש בהם כדי להטיל אשם באב או באם - כך, למשל, הפקרת התינוק, אי-קיום חובות כלפיו במודע וכו' - בענייננו-שלנו נתקשה למצוא אשם במעשה או במחדל של האב עד שנודע לו על לידת הילד. בה-בעת, האמירה כי הנטל המוטל על האב נטל פורמלי הוא, אין בה כדי להקל מאותו נטל ככל שהמדובר הוא באינטרס הילד או בהתנהלותו של האב לאחר שנודע לו על לידת הילד.

20. נודה: ההכרעה בשאלה אם עלה ואם לא עלה בידי האב להסיר מעל שיכמו את הנטל המוטל עליו, הכרעה קשה היא; קשה-מכל-קשה. כך מבחינתו של האב, כך מבחינתו של הזוג המיועד לאמץ, וכך - בעיקר - מבחינתו של הילד. שהרי הכרעה היום תקבע את גורלו של הילד לכל חייו: באין שינוי; באין חזרה לאחור; באין חרטה. ואולם הכרעה חייבת שתיעשה, וכמקובל עלינו נכריע בתינתנו דעתנו לשני אינטרסים נעלים אלה: אינטרס האב הביולוגי ואינטרס הילד.

21. בחינת הדברים מקרוב תלמדנו כי גורם הזמן יש בו כדי להכריע את הכף, הן מבחינת אינטרס האב הן מבחינת אינטרס הילד. לעניין זה לא אוסיף על הנתונים שהביא חברי הנשיא בחוות-דעתו. נתונים אלה מצביעים בבירור, לדעתי, כי חובה היא המוטלת עלינו שלא להיעתר לאב הביולוגי; כי חייבים אנו להותיר על כנה את הכרזתו של הילד להיותו בר-אימוץ כלפי אביו הביולוגי; כי שומה עלינו להשאירו בהחזקת הזוג המיועד לאמצו.

22. אשר לאינטרס האב: כפי שאמרנו בפרשת פלוניא (שם, 89): "ילד אינו צמח-עציץ המונח באשר הוא מונח ובעליו טורחים להשקותו מעת לעת לבל ייבול ואיננו." וכפי שהוספנו בע"א 2451/97 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא (3) 454, 446: "ילד אינו צמח-עציץ שבאים ומשקים אותו פעם בשבוע. ילד זקוק לאב ולאם: לאב ולאם שיטפלו בו וישגיחו עליו ויאהבו אותו". האב לא עמד בבחינה זו. נוכל להבין לתדהמה שאחזה באב משנסתבר לו כי הפך להיות אב והוא לא ידע. ואולם בחודשים שחלפו לאחר שנודע לו הדבר - חודשים שנוספו על החודשים הלא-מעטים עד שנודע לו על לידת הילד - פסח האב על שתי הסעיפים בהססו מה יעשה. בתחילה חלף זמן ניכר עד שהחל בהליכים בבית-המשפט, וקשה להשתחרר מהתרשמות כי גם לאחר תחילתם של ההליכים לא עשה האב מהלכים של-ממש ולא הכין עצמו באמת-ובתמים לקבלת הילד להחזקתו. וכפי שנאמר בפרשת *In the Matter of the Adoption of a child* : *by P.E.R. and V.A.L. 705, A.2d 1233, 1239 (N.J. Super. A.D. 1998)*

Where, as here, the trial judge determines that a natural father did not know or have reason to know of the natural mother's pregnancy, and did not know or have reason to know of the birth of a child he fathered, his parenting conduct or his failure to act as a parent must be evaluated from the time he gained sufficient knowledge which would warrant that he "perform the regular and expected parental functions of care and support of the child," because it is from that point that he may be deemed to have been "able to do so."

בית המשפט מעסיק עצמו אמנם בפירוש חוק, אך הדוקטרינה לבר-החוק מציגה עצמה בבירור. כך אמר בית המשפט גם בפרשת *Appeal of H.R. (In the Matter of Baby Boy* : *581 A.2d 1141, 1160 (D.C. App. 1990)*, C.) בצטטו מפסק דין קודם:

(t)he significance of the biological connection is that it offers the natural father an opportunity that no other male possesses to develop a relationship with his offspring. If he grasps that opportunity and accepts some measure of responsibility for the child's future, he may enjoy the blessings of the parent-child relationship and make uniquely valuable contributions to the child's development.

ובהמשך (שם, 1161):

Because a noncustodial father may not grasp the opportunity to develop a relationship with his child in a timely, meaningful manner, his eventual assertion of his opportunity interest may be too late and thus not entitled to the constitutional protection available to a custodial father.

ומה סבר האב בינו-לבין-עצמו: מי הוא המטפל בילד באותה תקופת חודשים לא מעטים? אם הוא האב - מיהו זה שחב כלפיו חובה לטפל בילדו-שלו? והרי האב ידע ידוע היטב כי הילד נמצא בהחזקת זוג המבקש לאמצו. נעשה כמיטבנו שלא לפגוע בריגשותיו, ואולם לא נוכל להימלט ממסקנה כי האב התמהמה בדרכו, היסס, לא ידע מה הוא מבקש ומה יעשה. האב לא רץ אל-עבר בנו, להחזיקו על ידיו, לאמצו אל ליבו בעוז, לנשוק לו, להניף אותו אל-על. "קול הדם" לא נשמע ברמה. אינטרס האב לא הציג עצמו לפנינו כאינטרס שאין להתפשר עימו.

23. ואולם עיקר הוא באינטרס הילד. זמן שעובר על יונק, על ילד, אינו כזמן שעובר על אדם מבוגר. חברי הנשיא הצביע על התופעה ולא אוסיף על דבריו. בפרשת פלוניית הכריע הזמן בדין. כך ראוי שיהיה אף בענייננו. הילד נולד ביום 12 במאי 2003 והיום הוא כבן שנתיים חסר חודשיים. ילד בגיל זה, כולנו ידענו, הוא אדם, הוא איש. איש קטן במימדיו, אמנם, אך איש. והמומחים מסבירים לנו מה נזק לא-יתוקן ייגרם לו אם נעבירנו מיד-אל-יד, מהחזקת ההורים המיועדים לאמצו להחזקת אביו. ומיהו שליבו פועם בחזהו יתיר לעצמו לעקור ילד מביתו על-מנת לשותלו במקום אחר, מקום לא ידוע לו, זר לו, מנוכר לו? מנין נאסוף כוחות-נפש כך לשבור את ליבו של הילד? והוא - זה הקטן, הוא בוודאי לא עָוֹל לאיש.

בנסיבות כשלנו, נזק כי ייגרם לילד בטילטולו מהחזקת ההורים המאמצים לאביו הביולוגי, בית המשפט יבכר את אינטרס הילד ולא יעבירנו מיד אל יד. וכפי שנאמר בפרשת *Baby Boy C.* (לעיל, שם, 1173-1174):

... I conclude the Constitution requires us to construe the "best interests" language under the adoption statute ... to mean that, when a natural father who has not abandoned his "opportunity interest" seeks custody of an infant child whom the mother has surrendered for adoption at birth, he shall be entitled - as under the guardianship statute - to custody if he

would be a "fit" parent, unless the adoptive parents persuade the court with clear and convincing evidence that failure to terminate the father's parental rights would be detrimental to the best interests of the child.

כך הוא באב שעשה כל שניתן לעשות כדי לקבל את בנו, לא כל שכן בענייננו-שלנו.

24. אכן, הזמן עשה את שלו. בתחילת המסע הלכו אינטרס האב ואינטרס הילד יד-ביד, בחזקם איש את אחיו. ואולם עם חלוף הזמן החלו שני האינטרסים מתרחקים זה מזה ומישקלם נשתנה והלך. אשר לאינטרס האב - הזמן גרע ממנו; וככל שנקפו השבועות והחודשים, כן הלך ונגרע ממנו עוד ועוד. ואשר לאינטרס הבן - הזמן חיזק וצָבַע בצָבַע עז את הצורך כי הבן יישאר במקומו ולא יועבר למקום אחר. וכך, בעוד אשר בתחילה עלו אינטרס האב ואינטרס הבן בקנה אחד - אף השלימו זה-את-זה - ייצב הזמן אותם שני אינטרסים כאינטרסים הנוגדים איש את רעהו: אינטרס האב להחזיק בילד - אינטרס שמישקלו פחת, כנגד אינטרס הילד - אינטרס שמישקלו הלך ורב כאינטרס הנוגד את אינטרס האב. חלוף הזמן והתנהלות האב הביולוגי מורים אותנו כי אסורים אנו לטלטל את הילד מבית לבית. אינטרס הילד - והוא האינטרס העליון - מכתוב לנו באורח חד-משמעי כי שומה עלינו להורות שהילד יישאר במקומו. אצרך אפוא דעתי לדעתו של חברי הנשיא ואמליץ לחבריי האחרים כי ילכו עימנו בדרכנו.

המישנה לנשיא

השופטת א' פרוקצ'יה:

פתח דבר

1. השאלה העומדת להכרעה בפרשה זו נוגעת בגרעינה העמוק של ההווייה האנושית הקיומית. היא ממקדת בצורה חדה וכואבת את משמעות קשר הדם של הורים עם ילדיהם; היא מעמידה למבחן נוקב את היקפו של ההיתר הנתון לרשות הציבורית להתערב בקשר זה ולהמירו בקשר אחר; היא מעלה את שאלת האיזונים בין טובת הילד וזכויותיו, לבין זכויות ההורים הביולוגיים לילדם, וזכויותיהם וציפיותיהם של ההורים המיועדים לאימוץ. היא מצריכה הגדרה ויישום של תשתית הערכים שיש להחיל ליישוב הדילמה הסבוכה שנוצרה בהליך זה, החודרת לרקמת החיים העמוקה של כל המעורבים בפרשה זו.

2. לצערי, לא אוכל להצטרף לדעתו של חברי, הנשיא ברק, לפיה דין הערעור להתקבל. אני חלוקה על דעתו באשר לתוצאה לפיה יש להותיר את הקטין בחזקתם של ההורים המיועדים לאמץ. אני חלוקה על המסגרת הדיונית שהותוותה בפסק דינו, אשר בודדה לחלוטין את עניינו של האב הביולוגי מעניינה של האם הביולוגית, ועסקה בעניינו של האב בלבד, תוך הותרת עניינה של האם בלא התייחסות ובלא הכרעה כלשהי; אני מתקשה לקבל את האופן בו שוקללו השיקולים השונים הצריכים להכרעה בענין ביטול הכרזת הקטין כבר-אימוץ ביחס לאב, ואת המשקל היחסי שניתן להם בהקשר לכך.

דעתי היא כי בנסיבות ענין זה, במערך השיקולים הכולל, וכפרי מאזן עדין בין המארג הסבוך של הערכים המתמודדים בפרשה זו, ראוי בסופו של יום לבטל את הכרזת הקטין כבר-אימוץ ביחס לאב וכן לבטל את הסכמת האם הביולוגית לאימוץ. יש להחזיר את הקטין לרשות הוריו הביולוגיים, ולאפשר לו לחיות, לגדול ולהתחנך בקרב משפחתו הטבעית, הרוצה בו ומייחלת אליו.

3. חברי הנשיא תיאר בפירוט רב את המרקם העובדתי הנוגע לפרשה זו, וכן את המהלכים המשפטיים והשיפוטיים השונים ואת העמדות והטיעונים שעלו בכל שלב משלבי המשפט. אין צורך, אפוא, לחזור על הדברים אלא במידה שהדבר נדרש לצורך ביסוס הטיעונים וההנמקות שיובאו להלן.

4. חוות דעתי תתמקד בעניינים הבאים:

א. ההיבט הדיוני: היבט זה יעסוק בשאלה מדוע נסיבות מקרה זה מחייבות עיסוק כולל בעניינם של שני ההורים הביולוגיים כאחד – קרי: עניינה של האם הביולוגית בביטול הסכמתה לאימוץ ועניינו של האב הביולוגי בביטול הכרזת הקטין כבר אימוץ לגביו. זאת, אף שהמסגרת הדיונית בפניבית המשפט המחוזי התמקדה בעניינו של האב.

ב) ההיבט המהותי: מהן אמות המידה להכרה בזכותה של האם לחזור בה מהסכמה שנתנה לאימוץ ילדה על פי סעיף 10 לחוק האימוץ, ומהן אמות המידה לביטול הכרזת בר-אימוץ על פי סעיף 13 לחוק שניתנה לגבי האב; כיצד יש להעריך את השיקולים השונים הכרוכים בחזרה מהסכמה ובביטול הכרזת בר-אימוץ כאמור, מה המשקל היחסי שיש לייחס להם, וכיצד ראוי לאזן ביניהם.

(ג) יישום אמות המידה לנסיבות המקרה שלפנינו.

ההיבט הדיוני

5. הנשיא הגדיר בפסק דינו את המסגרת הדיונית שבפנינו כנסבה על השאלה האם, בנסיבות הענין, הכרזת הקטין כבר-אימוץ כלפי האב הינה בת-ביטול, או שמא איבד האב בעטייה של ההכרזה את זכויות ההורות הטבעית הנתונות לו כלפי הקטין. הוא מוסיף ואומר: "אין עומדת לפנינו השאלה האם האם יכולה לחזור בה מהסכמתה לאימוץ בנה, ועל כן לא נדון בדינים החלים על הסכמה זו ועל האפשרות לחזור ממנה" (פסקה 37 לפסק הדין).

מהבחינה הדיונית הפורמלית, אכן ההליך שבפנינו נוגע לאב הביולוגי בלבד. בית המשפט לענייני משפחה הורה ביום 7.6.04 על העברת הקטין למשמורת אביו הביולוגי על מנת שיגדלו ביחד עם האם הביולוגית, ועקב כך הורה על הקפאת ההליכים בבקשת האם לחזור בה מהסכמתה למסירת הקטין לאימוץ. מן הסתם, לאור ההחלטה האופרטיבית שנתקבלה כאמור, לא היה מקום או צורך להכריע בעניינה של האם באותו שלב. מכאן ואילך השתלשלות הדברים הובילה להתמקדות דיונית בגורלה של הכרזת בר-האימוץ שניתנה לגבי האב, ובה בלבד. הערעור לבית המשפט המחוזי וההליך שבפנינו, אכן, נוגעים, לכאורה, לאב הביולוגי בלבד, ואילו בקשת האם לחזור בה מהסכמתה למסירת הקטין לאימוץ הוקפאה; אולם הקפאה זו היתה לכאורית בלבד, נוכח החלטת בית המשפט לענייני משפחה, לפיה האב יוכל לגדל את הקטין ביחד עם האם הביולוגית, בכפוף למעקב רשויות הסעד לצורך בחינת הסתגלותו של הילד למעבר למשפחתו הטבעית. בהחלטה זו נשלל בפועל, הצורך בהכרעה בשאלת ביטול הסכמת האם לאימוץ באותו שלב דיוני שכן עניינה של האם בא על פתרונו המעשי אז גם בלא הכרעה כזו. פתרון זה שהושג בבית המשפט למשפחה היה על דעתם של היועץ המשפטי לממשלה, האפוטרופא לדין של הקטין וההורים הביולוגיים. האם לא ראתה צורך בחידוש הדרישה כי עניינה יוכרע במישור המשפטי. היא האמינה כי בהסדר שהושג בא הענין על יישובו. בינתיים הדברים התגלגלו כך שעניינו של האב בלבד הפך נושא להליכי הערעור בפני בית המשפט המחוזי ובית משפט זה, ושלא בטובתה, עניינה שלה לא הוכרע לגופו, בין בערכאה הדיונית ובין בערכאת הערעור. בינתיים הזמן נקף, ולילד ימלאו בקרוב שנתיים.

דעתי היא כי שומה עלינו לפסוק בגורלו של הקטין תוך התייחסות משולבת לעניינם של האם והאב הביולוגיים בלא הפרדה ביניהם. יש לכך טעמים ענייניים הנעוצים בשורשו של הליך האימוץ; קיימים גם האמצעים הדיוניים המאפשרים לעשות כן. הטעמים הענייניים המחייבים דיון כולל בעניינם של שני ההורים כאחד הם אלה:

ראשית, הכרעה בעניינו של הקטין מחייבת, מעצם טבעה, התייחסות כוללת ובחינה רחבה של כלל הנתונים המשפיעים על גורלו. לא יתכן להפריד מן הבחינה העניינית בין עניינם של שני ההורים הביולוגיים שגורלם וגורל הקטין נעוצים ושלובים זה בזה עד לבלי הפרד. העמדת הליך הבחינה שבפנינו על עניינו של האב בלבד, תוך ניתוקו לחלוטין מעניינה של האם, מציגה תמונה חלקית בלבד של מערכת הנסיבות והתנאים הצריכים לענין. היא מהווה בחינה חד-צדדית, המשקפת מציאות כמבעד לראי עקום, המעקרת מתוכה נדבך מרכזי המחייב התייחסות.

שנית, מימד הזמן בהליך זה הוא בעל משמעות קריטית ממש. ככל שנוקף הזמן, הולכים ופוחתים סיכוייה של האם הביולוגית להחזיר את ילדה אליה, אפילו ימצא כי יש לתת משקל רב לרצונה לחזור בה מן הסכמתה לאימוץ על רקע הנסיבות שהביאו לכך והארועים שהתרחשו לאחר מכן. סיומה של התדיינות זו בהכרעה בעניינו של האב בלבד מותירה את האם בפני הצורך לפתוח לאחר מכן במהלך חדש בעניינה, אשר סופו מי ישורנו? שערן הזמן חולף בינתיים במהירות, ועמו הולך ומתעצם הקושי לנתק את הילד מסביבת משפחתו המיועדת לאמץ. דיון נוסף בעניינה של האם בשלוש ערכאות עד לסיומו עלול להכשיל את סיכוייה ולו בשל מעבר הזמן. קשה, אכן, לחשוב על פגיעה עמוקה יותר בעקרונות צדק טבעי וזכויות דיוניות של בעל דין מהפגיעה העלולה להיגרם כאן, על לא עוול בכפה של האם, ונוכח מעבר הזמן העומד בעוכריה.

מטעמים אלה, אנו נדרשים להכריע כאן ועתה גם בעניינה של האם, אף שהמסגרת הדיונית הפורמלית יוחדה לעניינו של האב בלבד. אנו יכולים לעשות כן מבחינת פרישת הנתונים העובדתיים והמקצועיים המונחת לפנינו; שהרי בפני בית המשפט למשפחה נשמעו עדויות הנוגעים בדבר, ובכללם ההורים הביולוגיים, וכן הובאו חוות דעת מקצועיות והמומחים נחקרו בבית משפט למשפחה ובבית המשפט המחוזי. הטיעונים שהושמעו הן בבית המשפט המחוזי והן בפנינו מצד כל בעלי הדין הנוגעים בדבר, התייחסו באורח טבעי ומובנה לשני ההורים הביולוגיים במשולב; שכן לא ניתן להפריד ביניהם באופן אמיתי. החומר והנתונים שבפנינו נותנים תמונת מצב מלאה ומפורטת אשר על יסודה נוכל לקבל הכרעה מושכלת.

דרישות הצדק הדיוני והמהותי מחייבות אותנו, אפוא, לדון בעניינם של שני ההורים הביולוגיים כאחד. נתונה בידנו סמכות נרחבת לעשות כן בבית משפט לערעורים הדין בענייני משפחה ופוסק בהחלטות שניתנו בערכאות קודמות בענייני משפחה (סעיפים 8 ו-9 לחוק בית המשפט לענייני משפחה התשנ"ה-1995; תקנה 524

לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984; ע"א 4151/99 בריל נ' בריל, פד"י נה(4) 709, 718-717); הערעור בענייני משפחה מאפשר פתיחה דיונית נרחבת בפני ערכאת הערעור שמשמעה "שמיעה מחדש" במובן הרחב ביותר. למעשה, חל כאן הכלל של ה"ערכאה כפולה כמעט במלוא עוצמתו" (כדברי ש. לוי, פרוצדורה אזרחית, סדרי דין מיוחדים בבתי המשפט, 2003, עמ' 92). זהו מקרה שבו עיקרי הצדק הטבעי וחובת ההוגנות והצדק השיפוטי כלפי האם הביולוגית מחייבים הכרעה בעניינה בהליך זה כבר עתה, לבל ייגרמו לה עיוות דין ופגיעה דיונית עמוקה בשלילת יומה בבית המשפט, או, למצער, בשחיקת זכותה זו עד דק בשל מעבר הזמן שלא יותיר בידיה סיכוי של ממש להחזרת הילד לחיקה.

על יסוד מכלול הנתונים העובדתיים, הראיות שהובאו בפני בית המשפט לענייני משפחה, ובית המשפט המחוזי, וחוות הדעת המקצועיות שהוגשו, ובהתחשב בטיעוני בעלי הדין ובקביעות בית המשפט המחוזי, יש לדון בפרשה כולה על מכלול היבטיה, ולהכריע בעיקרו, בשתי השאלות הבאות:

(1) לגבי האם הביולוגית - האם ראוי להתיר לה לחזור בה מהסכמתה לאימוץ במסגרת סעיף 10 לחוק האימוץ;

(2) לגבי האב הביולוגי - האם ראוי לבטל את הכרזת הקטין כבר אימוץ כלפיו שניתנה מכח סעיף 13(1) לחוק האימוץ;

מדובר בשני מסלולי בחינה נפרדים, אף שיש מן ההשקה והרבה מן המשותף ביניהם.

ההיבט המהותי

אימוץ ילדים – נקודת המוצא ורקע פרשני כללי

האוטונומיה של המשפחה

6. אלה מושכלות היסוד: הזכות להורות וזכותו של ילד לגדול בחיק הוריו הטבעיים הן זכויות שלובות זו בזו, היוצרות יחדיו את הזכות לאוטונומיה של המשפחה. זכויות אלה הן מיסודות הקיום האנושי, וקשה לתאר זכויות אנוש שתשווינה להן בחשיבותן ובעוצמתן.

על השילוב האמור בין זכות ההורה הטבעי לילדו, וזכות הילד לגדול בחיק הוריו הביולוגיים עמדנו בפרשה אחרת, שם נאמר:

"המשפט רואה בקשר שבין הורה לילדו זכות טבעית בעלת מימד חוקתי, שלה שני פנים: האחד – זכותו של כל ילד להיות נתון למשמורת הוריו, ולגדול ולהתחנך על ידיהם; השני – זכותו של הורה, מכוח קשר דם, לגדל ולחנך את ילדו במשמורתו, ולקיים כלפיו את חובותיו כהורה. בצד החובה לדאוג לבריאותו ולרווחתו של ילדו, קנויה להורה זכות כי הוא ולא אחר יקיים את החובות הללו... זכויות הילדים לקשר של הורות וזכויות וחובות ההורים כלפי ילדיהם יוצרות מערכת משולבת של זכויות וערכים אשר הביאו להכרה המשפטית באוטונומיה של המשפחה – הכרה השוללת התערבות חיצונית בשלמות התא המשפחתי אלא בעילות מוגדרות המוכחות היטב. הדין מגן על התא המשפחתי הטבעי ממכלול שיקולים, ובהם לטובת הילד ולזכויות ההורים הטבעיים מעמד כבד משקל... עומקו ועוצמתו של קשר ההורות, האוצר בתוכו את זכותם הטבעית של הורה וילדו לקשר חיים ביניהם, הפכו את האוטונומיה המשפחתית לערך בעל מעמד משפטי מן הדרגה הראשונה, אשר הפגיעה בו נסבלת רק במצבים מיוחדים וחריגים ביותר. כל ניתוק ילד מהורה הוא פגיעה בזכות טבעית, ולכן יש לפרש את היוצאים מן הכלל המאפשרים שלילת הזכות, בין לצמיתות ובין לזמן מוגדר, בזהירות יתירה ועל דרך צמצום רב" (רע"א 3009/02 פלונית נ' פלוני, פ"ד נו(4) 872, בעמ' 894-895).

הדין מגן על התא המשפחתי ועל האוטונומיה והפרטיות שלו מתוך מערכת מורכבת של ערכים ושיקולים, ובהם, זכויות ההורים הטבעיים לממש את הורותם וזכותו של הילד לגדול בסביבתו הטבעית בצד הוריו שאליהם הוא קשור דם (ע"א 232/85 פלוני נ' היועץ המשפטי, פד"י מ(1) 1, 8).

רעיון זה של האוטונומיה המשפחתית כזכות יסוד חוקתית זכה להכרה בעולם הגדול. (סעיף 12 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם, 1948). דוגמא יפה לכך מצויה גם בסעיף 8(1) ל – European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms הקובע כי

"Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence".

על פי האמנה האירופית, מוטל איסור על הרשות הציבורית להתערב בזכויות מהותיות אלה על פי חוק, וככל שהדבר מתחייב מאינטרסים חברתיים שונים הפועלים בחברה דמוקרטית, ובהם בטחון, כלכלה, סדר ציבורי, בריאות וערכי מוסר, והגנה על זכויות וחירויות של הזולת.

בית המשפט האירופי לזכויות האדם כותב את הדברים הבאים על ההוראה

האמורה באמנה:

"The Court recalls that the essential object of article 8 is to protect the individual against arbitrary action by the public authorities....

According to the principles set out by the Court in its case-law, where the existence of a family tie with a child has been established, the state must act in a manner calculated to enable that tie to be developed, and legal safeguards must be created that render possible, as from the moment of birth, the child's integration in his family... In this context, reference may be made to the principle laid down in Article 7 of the United Nations Convention on the Rights of the Child of 20 November 1989 that a child has, as far as possible, the right to be cared for by his or her parents. It is, moreover, appropriate to recall that the mutual enjoyment by parent and child of each other's company constitutes a fundamental element of family life even when the relationship between the parents has broken down". (Keegan v Ireland (App. No. 16969/90), European Court of Human Rights (1994) 18 EHRR 342, [1994] ECHR 16969/90, para 50).

הזכות להורות

7. הזכות להורות הינה אחד היסודות המרכזיים בקיום האנושי. "הזכות להורות היא ביסוד-כל היסודות, בתשתית-כל התשתיות; היא קיומו של המין האנושי, היא שאיפתו של האדם..." (בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים ואח', פ"ד נז(1) 419, בעמוד 447). היא נגזרת מההגנה על כבוד האדם, מן הזכות לפרטיות ומן ההגשמה של עקרון האוטונומיה של רצון הפרט המהווה אחד היסודות של כבוד האדם. החלטת אדם בענין הורותו היא ביטוי מובהק למימוש חופש הבחירה הנתון לו, לזכותו לשלוט על גורלו, ולחופש ההחלטה והפעולה הנתונים לו בחייו הפרטיים (ברק, פרשנות במשפט, כרך ג', 421, 426). הזכות להורות מתממשת בתחום הפרט, בתחומו האינטימי של האדם; כל התערבות חיצונית של הרשות הציבורית במימוש הזכות להורות כמוה כהתערבות באוטונומיה של הפרט. כך, בהכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם מ-1948 אין אנו מוצאים את הזכות להורות כזכות העומדת בפני עצמה, אלא כנגזרת מזכותו של אדם כי "לא יהא נתון להתערבות שרירותית בחייו הפרטיים, במשפחתו, במעונו..." (סעיף 12 להכרזה). תפיסה מושרשת

היא כי המשפט אינו מתערב בהחלטתם של אנשים להביא ילד לעולם בהיעדר נימוקים כבדי משקל להתערבות כזו.

"בחברה האנושית, אחד הביטויים החזקים לשאיפה אשר בלא הגשמתה לא יראו עצמם רבים כחופשיים במלוא מובן המילה, היא השאיפה להורות. אין מדובר בצורך טבעי-ביולוגי גרידא. ענין לנו בחירות אשר בחברה האנושית מסמלת את ייחודו של האדם. "כל אדם שאין לו בנים חשוב כמת" אמר רבי יהושע בן לוי (נדרים, סד, ב[יט]). ואכן, כגבר כן אישה, מרבית האנשים רואים בהעמדת צאצאים הכרח קיומי המקנה משמעות לחייהם" (דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661, 719).

הזכות להורות אינה מתמצית בהבאת ילדים לעולם. היא משלבת בתוכה אגד של זכויות. החשובה שבהן היא זכותם של הורים לגדל את ילדיהם בעצמם, ללא התערבות המדינה בקשר הטבעי שביניהם. "אין לך נכס היקר לאדם יותר מן הקשר הנפשי בין הורים וילדם הטבעי, שבו הם רואים את פרי אהבתם, עצמם ובשרם, ואת דור ההמשך הנושא בחובו את מטענם התורשתי" (בן פורת, ע"א 488/77 פלוני ואח' נ' היועמ"ש, פ"ד לב(3) 421, בעמוד 441). מכאן נובע עקרון יסוד במערכת המשפט כי "ההורים הם האפוטרופסים הטבעיים של ילדיהם הקטינים" (סעיף 14 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962). "זכותו המשפטית של ההורה היא כי הוא, ולא אחר, יקיים את החובות כלפי ילדו... זכות זו של ההורים היא זכות קונסטיטוציונית חשובה, שכן היא מהווה ביטוי לקשר הטבעי – 'קול הדם'... שבין הורים לילדיהם..." (הנשיא ברק, ע"א 577/83 היועמ"ש נ' פלונית, פד"י לח(1) 464, בעמ' 467). "לכל אדם זכות יסוד לגדל את ילדו גם אם מבחינה אובייקטיבית ייטב לילד אצל אחרים. זוהי זכות חוקתית טבעית וראשונית, בבחינת ביטוי לקשר הטבעי שבין הורים לילדיהם" (הנשיא שמגר, ע"א 2266/93 פלוני נ' אלמוני, פ"ד מט(1) 221, 235-234).

זכות הילד למשפחתו הטבעית

8. בצד הזכות להורות, ניצבת זכותו של הילד לגדול ולהתחנך במשפחתו הטבעית. זכות זו פירושה חיים והתפתחות לצד הורים אליהם הוא קשור טבעי ומובן מאליו, אליהם הוא חש זיקת השתייכות טבעית שאיננה כפופה לסייגים ואינה מותנית בתנאים מוקדמים. השייכות הטבעית למשפחה הביולוגית היא תוצר לוואי של קשר הטבע, והיא העומדת במרכזה של זכות הילד למשפחתו הטבעית. זיקת השייכות הנגזרת מקול הטבע אינה דומה ואינה שווה לכל זיקה אחרת, ותהא זו הטובה

והמעשירה שבזיקות. עוצמתה של זיקת השייכות הטבעית מקימה חזקה הנגזרת ממושכלות החיים ומציאות החיים, כי טובת הילד היא כי ימצא אצל הוריו הטבעיים (דנ"א 7015/94 היועמה"ש נ' פלונית, פד"י נ(1) 48, 67).

מושג טובת הילד הוא מושג מורכב ורב פנים ששזורים בו יסודות שונים ובהם יסוד חומרי, תרבותי, וחברתי. אולם היסוד הדומיננטי שבו נקשר עם קשר הטבע למשפחה הביולוגית. זהו העורק הראשי המזרים את הדם לנימי חייו של הילד; הוא שנותן לו את רגש השייכות והבטחון הקיומי.

התערבות הרשות הציבורית באוטונומיה המשפחתית

9. ההגנה על מעמדה ועוצמתה של הזכות החוקתית לאוטונומיה המשפחתית, הבנויה מזכות להורות ומזכות הילד להוריו הטבעיים, מותנית בכך שהרשות הציבורית לא תתערב בה אלא כאשר התערבותה היא חיונית ובלתי נמנעת לצורך הגנה על ערכים אחרים. מעמדה של האוטונומיה המשפחתית כזכות-על של האדם, מצדיקה התערבות חיצונית בה רק במצבים מיוחדים וחריגים. אחד המצבים החריגים המצדיק התערבות כאמור משתקף במוסד האימוץ, אשר נועד למצבים קיצוניים בהם מתחייבת התערבות חיצונית בתא המשפחתי מקום שההורים אינם מסוגלים או אינם מעוניינים לגדל את ילדם (ע"א 2266/93 פלוני נ' אלמוני פד"י מט(1) 221, 237). זכותו של הורה לגדל ולחנך את ילדיו, חרף היותה זכות טבעית וראשונה במעלה, אינה זכות מוחלטת. יחסיותה מתבטאת בכך שבצד הזכות להורות עומדים החובה והאחריות של ההורים לפעול לטובת הילד, להתמסר ולדאוג לו כראוי, ולספק לו למצער את צרכיו הבסיסיים, הפיזיים והנפשיים. מי שאינו מסוגל לכך או אינו רוצה בכך, עלול לאבד את זכויותיו כהורה (שיפמן, דיני המשפחה בישראל, חלק שני, תשמ"ט, עמ' 140).

האימוץ

10. מוסד האימוץ נועד להתמודד עם מצבים קיצוניים בהם האוטונומיה של המשפחה והקשר הטבעי בין הורים לילדים אינם יכולים להתממש כראוי. הוא נועד לתת מענה למצבים בהם התא המשפחתי הטבעי אינו מסוגל לענות לאחריות הבסיסית לגידולו התקין של הילד, ומקום שטובתו של הילד מחייבת, באין מוצא אחר, את העברתו למערכת משפחתית אחרת שתספק לו את צרכיו הבסיסיים. נקודת המוצא במוסד האימוץ היא, לעולם, כי מדובר בהליך חריג שנועד למצבים קיצוניים של חוסר אפשרות לממש קשר הורות טבעי, המחייב את התערבותה של הרשות הציבורית מתוך אחריות לגורלו של הילד ודאגה לטובתו ולעתידו. עמד על כך בית המשפט (מפי השופט חשין):

"משפט הטבע הוא, שאם ואב מן הטבע יחזיקו בכנם, יגדלו אותו, יאהבו אותו וידאגו למחסורו עד אם גדל והיה לאיש. זה יצר הקיום וההישרדות שבנו – "קול הדם", ערגת קדומים של אם לילדה – ומשותף הוא לאדם לחיה ולעוף... קשר זה חזק הוא מכל חזק, והוא מעבר לחברה, לדת ולמדינה... משפט המדינה לא יצר את זכויות ההורים כלפי ילדיהם וכלפי העולם כולו... הטבע הוא שיצר אפוטרופסות זו, ואילו משפט המדינה לא בא אלא בעקבות הטבע, וספג אל קרבו את חוק הטבע. כך מצדם של הורים כלפי ילדיהם, וכך מצדם של ילדים כלפי הוריהם: משפט הטבע הוא שילד יוחזק בידי הוריו, בביתם של הוריו יגדל, אותם יאהב, ומחסורו יהיה עליהם. חוק טבע זה אף הוא נספג אל משפט המדינה, וכך הפך "אינטרס" של ילדים ל"זכות" על פי דין. להורים זכות לגדל את ילדיהם, ולילדים זכות כי הוריהם יאהבו אותם ויספקו להם את מחסורם....

יש שהטבע יאמר להסתולל בנו והמישור יהפוך לעקוב. הורים לא יחזיקו בילדם, לא ידאגו לו, לא יספקו לו בית חם, לא יתנו לו מזון ומשקה, יסרבו לגדלו כגדל אם ואב את ילדם. "קול הדם" לא יישמע. במקום שיחול עיוות מעין זה אומר המשפט לנסות להתייצב, ולנסות ולמצוא תקנה לסטייה. על צומת זה ניצב (בין השאר) דין האימוץ. רקע הדברים הוא משבר חמור ביחסים שבין הורים לבין ילדם. הפתרון המוצע בחוק האימוץ הוא ניתוק ובצדו חיבור: ניתוק קשר בין הורים לבין ילדם, ויצירת קשר אחר תחתיו בין הילד לבין הורים אחרים. לא יחלוק איש על כך שהתערבות המשפט במהלך הטבע – בתוך ניסיון "לתקן" עיוותי טבע – היא קשה וחמורה. נזכור, עם זאת, שלא החברה יזמה אותו מהלך, וכי התערבותה לא באה אלא כתגובה לעיוות של הטבע. ואמנם, דין האימוץ נועד למצוא פשרה ואיזון בין אינטרסים וזכויות של הורים לבין אינטרסים וזכויות של ילדיהם... סוף מעשה במחשבה תחילה. מתוך שטופם של הליכים הוא ניתוק קשר בין אם ואב לבין ילדם – שלא כדרך הטבע – לא נסכים להשלים עם ההליכים אלא אם יימצאו לנו שקילות, תואם, פרופורציה, בין מעשה נחרץ זה של ניתוק קשר לבין שיבוש שאירע במערכת היחסים בין הורים לבין ילדם" (דנ"א 7015/94 היועמ"ש נ' פלונית, פ"ד נ(1) 48, בעמ' 103-102) (הדגשה לא במקור).

אחריותה של המדינה לפעול לניתוק הקשר הטבעי בין הורים לילדיהם נסבה על מצבים קיצוניים בהם לא עומדת ברירה אחרת. היא מתחייבת רק מקום שקיים צורך, בבחינת הכרח, למצוא לקטין בית ולספק את צרכיו הראשוניים, אותם הוא אינו יכול לקבל במשפחתו הטבעית. על צורך כזה להיות מובהק וברור על פניו בטרם ייעשה צעד של ניתוק ילד ממסגרתו הטבעית (שיפמן, שם, עמ' 3-52). הצורך בניתוק הקשר הטבעי צריך להיות בעל עוצמה כזו שאינה מותירה ספק בדבר החיוניות שבהגשמתו.

נקודת מוצא זו מאפיינת את תפיסתו הבסיסית של חוק אימוץ ילדים. עקרון היסוד עליו הוא נשען קובע כי אין מנתקים את קשר ההורות הטבעי בין ההורים הביולוגיים לילדם מקום שהם מסוגלים ורוצים לטפל בילד, רק משום שאפשר ובמסגרת משפחתית אחרת היה הילד זוכה לתנאים טובים יותר (ע"א 2169/98 פלוני נ' יונק משפטי לממשלה, פד"י נג"י (1) 241, 259). לפיכך, האימוץ אפשרי רק מקום שההורים הסכימו לאימוץ או שהקטין הוכרז בר-אימוץ. (סעיף 8 לחוק האימוץ). בשלב ראשון של הליך בר-אימוץ לא עומדת טובת הילד כשיקול בפני עצמו (רע"א 669/00 פלוני נ' פלוני, פד"י נד"י (3) 196, 210; בג"צ 243/88 קונסלוס נ' תורג'מן, פד"י מה" (2) 626, 643); רק כאשר מוכח כי ההורים אינם רוצים או אינם מסוגלים לממש את זכותם להורות, יוכרז קטין כבר-אימוץ. עילות בר-אימוץ המנויות בסעיף 13 לחוק טעונות, על כן, פרשנות מצמצמת ביותר:

"המכנה המשותף לכל היוצאים-מן-הכלל הוא קיומם – או אי-קיומם – של תנאים שבהם עולה ועדיפה הדאגה לגורלו ולשלומו של הקטין על הזכות הטבעית של ההורה שתינתן הסכמתו עובר לאימוץ ילדו. אך מאחר ומדובר בשלילת זכות טבעית ויטודית של קשר בין הורה וילדו, מצווים אנו להקפיד ולפרש מהותם ותוכנם של יוצאים מן הכלל אלה, שמאפשרים שלילת זכות מעין זו, בזהירות מרובה ובדרך הפירוש המצמצם" (ע"א 488/77 פלוני נ' היועמ"ש, פ"ד לב" (3) 421, בעמ' 432-431). (הדגשה לא במקור).

לעולם יהא, איפוא, ניתוקו של ילד מהורהו צעד נדיר, חריג וקיצוני העשוי להינקט רק מקום שהדאגה לגורלו של הילד אינה מותרת מוצא אחר שיש בו כדי לשמר את האוטונומיה המשפחתית. ההגנה על משמורת ההורות הטבעית היא לעולם ערך מנחה בפרשנות התכליתית של הסדרי חוק האימוץ, וכוחה של הרשות הציבורית לפגוע באוטונומיה המשפחתית ובמשמורת ההורית הטבעית לעולם מוגבל הוא ושמור למקרים נדירים בהם עולה צורך קיצוני ומיוחד (רע"א 3009/02 פלונית נ' פלוני, פד"י נו" (4) 872, 896) וכפי שנאמר:

"... ניתוק ילד ממשמורת הורהו מהווה פגיעה בזכות טבעית הנתונה לו, ולכן יש לפרש את גדר המצבים המאפשרים שלילת זכות כזו בזהירות יתירה ועל דרך הצמצום (ע"א 488/77 פלוני נ' מ"י, פ"ד לב" (3) 421, 432-431). פגיעה בזכות זו אינה מסתכמת בפגיעה בזכות משפטית. היא משליכה במישרין על טובתו של הילד כמי שזקוק באורח טבעי למשמורת הורית טבעית

הבנויה על קשר הדם, המהווה לעולם נקודת מוצא והתחלה לכל...” (דנ”א 6041/02 פלונית נ’ פלוני, תק- על 2004(3) 99, פסקה 16).

כללים אלה ישימים למצבים של הוצאה זמנית של ילדים מרשות הוריהם כדי להרחיקם לתקופה מסוימת מסביבה הגורמת להם נזק. הם ישימים על אחת כמה וכמה במצבים של אימוץ, שעניינם ניתוק תמידי וסופי של קשר ההורות הטבעי בין הורים לילדיהם. ואכן, בבחינת מסוגלות הורית לצורך הכרזת קטין כבר-אימוץ על פי סעיף 13(7) לחוק האימוץ הקפידו בתי המשפט כחוט השערה בבחינת שאלות המסוגלות ההורית, וסרבו למתן הכרזה גם מקום שהורים נמצאו בעלי יכולת תפקוד גבולית (נ. מימון, דיני אימוץ ילדים, תשנ”ד עמ’ 498-506; דנ”א 6041/02, שם).

נקודת מוצא פרשנית זו מהווה קו מנחה גם בבחינת השאלות המחייבות הכרעה בענייננו. היא מתווה את היסודות הרעיוניים ואת אמות המידה לבירור סוגיית חזרתה של האם הטבעית מהסכמתה לאימוץ. היא מנחה בבחינת שאלת זכותו של האב להביא לביטול הכרזת הקטין כבר-אימוץ שניתנה לגביו. תפיסה רעיונית זו של מוסד האימוץ ומקומו ביחס לערכי האוטונומיה המשפחתית והזכויות להורות טבעית עומדת ביסוד הניתוח הערכי המתחייב גם לענין השאלה מתי ובאלו נסיבות מהלכים שנעשו בדרך להגשמת הליך אימוץ הינם הפיכים, ואימתי יש לראותם כענין מוגמר שאין דרך לחזור ממנו.

חזרת האם מהסכמה

11. הליך אימוץ מותנה בהתקיימות אחד משני תנאים: הסכמת ההורים הטבעיים לאימוץ או התקיימות עילה אובייקטיבית המצדיקה הכרזתו של הקטין בר-אימוץ. סעיף 8 לחוק האימוץ קובע:

”הסכמת ההורים

(א) לא יתן בית משפט צו אימוץ אלא אם נוכח שהורי המאומץ הסכימו שהילד יאומץ או שהוא הוכרז כבר-אימוץ לפי סעיף 13.

הסכמה של הורה לאימוץ בתורת עילה לאימוץ היא אקט בעל משמעות משפטית מרחיקת לכת. על יסודה ניתן לרשות הציבורית היתר לנתק ילד מהוריו ולהעבירו למשפחה מאמצת. בשל משמעות זו, קבע החוק סייגים להסכמת ההורים. זו לשונו של סעיף 10 לחוק:

סייגים להסכמת ההורים

לפי בקשת הורה, רשאי בית משפט לפסול הסכמתו שניתנה לפני לידת המאומץ, או שהושגה באמצעים פסולים, ורשאי הוא, מטעמים מיוחדים שיירשמו, להרשות להורה לחזור בו מהסכמתו כל עוד לא ניתן צו האימוץ.

הסכמה לאימוץ יוצרת מצב משפטי חדש. היא פותחת פתח להליך אימוץ. החזרה ממנה נועדה לבטל הליך שנעשה על פיה. ביטולה מחייב הפעלת שיקול דעת זהיר ומורכב, תוך הערכת מכלול שיקולים וערכים הפועלים במישור זה. הסכמה לאימוץ לא קורצה מעור אחד. מעמדה המשפטי לענין היכולת לחזור ממנה מותנה בנסיבות בהן ניתנה; לא הרי הסכמה שניתנה לפני לידת הילד, או הסכמה שניתנה עקב נקיטה באמצעים פסולים כהסכמה שניתנה מרצון חפשי לאחר לידת הילד. קווי שיקול הדעת השיפוטי הננקטים בביטול הסכמה שניתנה לפני הלידה או שהושגה באמצעים פסולים שונים מאלה המופעלים בביטול הסכמה שניתנה מרצון חפשי לאחר הלידה, המחייבים טעמים מיוחדים. באפשרו להורה שהסכים למסירת ילדו לאימוץ לאחר לידתו לחזור בו מהסכמתו, נקט המחוקק הישראלי בגישת ביניים; מצד אחד, הסכמה לאימוץ לאחר לידת הקטין יכולה להינתן בכל זמן לאחר הלידה, ואין מסגרת זמן מחייבת לענין זה או דרישות מיוחדות לצורך אישורה. מן הצד האחר, הסכמה שניתנה כאמור אינה מהלך חלוט ובלתי הפיך. חזרה מהסכמה אפשרית, באישור בית המשפט, מטעמים מיוחדים בטרם ניתן צו אימוץ. הדרישה לטעמים מיוחדים בהקשר זה הוספה עם חקיקת חוק האימוץ בשנת 1981, ומקומה נפקד בנוסחו הקודם של החוק משנת 1960.

בשיטות משפט אחרות ניתן למצוא הסדרים שונים בנושא זה. כך, למשל, במשפט הגרמני הסכמת הורה לאימוץ יכולה להינתן רק בחלוף 8 שבועות לאחר היוולדו של הקטין, אולם לאחר מכן הוא אינו יכול לחזור בו מהסכמתו. באנגליה, הסכמה יכולה להינתן רק לאחר חלוף 6 שבועות מהלידה, וההורה יכול לחזור בו מהסכמתו כל עוד לא ניתן צו אימוץ. שיטות משפט אחרות יצרו הסדרי ביניים לפיהם עשוי הורה לחזור בו מהסכמתו, בין בהתקיים תנאים מסוימים, כגון בתוך תקופה מוגדרת מראש בלבד (שווייץ, צרפת), בין באישור רשות מינהלית המטפלת באימוץ (דנמרק), ובין באישור בית המשפט (מספר מדינות בארצות הברית) (ראו פ' שיפמן, אימוץ ילדים בישראל, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, תשל"ז; ע"א 577/83, שם, בעמוד 466).

קביעת מסגרת זמן מינימלית לאחר לידת הקטין, שרק לאחריה ניתן להכיר בתקפות הסכמה לאימוץ שניתנה נועדה לחזק את מעמדה המשפטי של ההסכמה כאקט וודאי והחלטי המביא לניתוק קשר ההורות הטבעי. בישראל, מסגרת זמן כזו לא נקבעה. מצד שני, החוק הכיר באפשרות חזרה מהסכמה "מטעמים מיוחדים". העדר הגדרה לתקופה מינימלית למתן הסכמה כאמור, עשוי להקרין על טיבם של "הטעמים המיוחדים" העשויים להצדיק ביטול הסכמה. על טיבם של טעמים אלה ידובר להלן.

"טעמים מיוחדים" לחזרה מהסכמה לאימוץ

12. הסכמה לאימוץ יוצרת עילה לאימוץ ומהווה פתח להליך אימוץ המביא לשינוי פני מציאות החיים. שינוי זה שחל בעקבות ההסכמה במישור המשפטי ובמציאות החיים מביא לתהפוכות במערך השיקולים הערכיים ובדרכי האיזון ביניהם כאשר מתבקש להחזיר את הגלגל אחורנית ולהשיב מצב דברים לקדמותו. הזכות להורות הטבעית השולטת בכיפה בטרם הסכמה לאימוץ, מפנה מקומה לשיקול עליון של טובת הילד, שטובתו נשקלת בין היתר, בשים לב לנסיבות חדשות שבינתיים התרחשו בעקבות ההסכמה לאימוץ. זכותם של ההורים הטבעיים לגדל את ילדם הופכת מישנית לשיקולי טובת הילד, ויכולת החזרה מהסכמה לאימוץ כפופה למידרג זה של שיקולים. מידרג זה נובע מסעיף 1(ב) לחוק האימוץ הקובע כי כל החלטה לפי חוק זה תינתן "אם נוכח בית המשפט שהיא לטובת המאומץ" ומן ההלכה הפסוקה לאורך השנים. לציפייה של ההורים המיועדים לאמץ, אם בינתיים הועבר הילד לחזקתם, ניתן משקל יחסי מסוים אך פחות ביחס לשיקולי טובת הקטין שלהם הבכורה במידרג, ולזכויות ההורים הביולוגיים שעניינם משני במידרג:

"מקרה מיוחד המצדיק התערבות שלטונית באוטונומיה המשפחתית... הוא זה שבו הורה נתן הסכמתו לאימוץ. משעשה כן, הוא פתח במו ידיו את הדלת להכנסתם של שלטונות האימוץ ובתי המשפט, ורק באישור בית המשפט הוא יוכל לחזור בו מהסכמתו. אישור זה יינתן, רק אם הדבר הוא "לטובת המאומץ". הנה כי כן, הסכמת הורה לאימוץ היא עילה כדין, ומשקמה עילה זו, חובה היא לשיקול שיקולים של טובת הילד...

... מקום הבכורה, שיש לה לזכות ההורים, העומדת על רגליה שלה גם אם יש בה משום התנגשות בטובת הקטין עצמו, שוב אינו קיים. שוב אין ההורה יכול לומר "זכותי שלי היא למלא חובתי, גם אם יוכח כי במילוי החובה על ידי אחר ייטב לבני". בשל ההסכמה שניתנה, השתנו סדרי העדיפות. טובתו של הילד היא העומדת במרכז, ואילו זכותם של ההורים הטבעיים, אף שהיא ממשיכה להתקיים, הופכת להיות מישנית...

לא הרי חזרה מהסכמה לאימוץ כהרי אימוץ ללא הסכמה. על כן, אפילו לא היה מקום ליתן צו אימוץ בלא

הסכמת ההורים, עדיין יש מקום, בתנאים מסוימים, למנוע הורים מלחזור בהם מהסכמתם לאימוץ" (ע"א 577/83, שם, עמ' 467-471 (הדגשה לא במקור). ראו גם: דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי נ' פלונית פד"י נ(1) 48, עמ' 119; ודבריו של הנשיא שמגר, בע"א 623/80 פלונית נ' יועמ"ש, פד"י לה(2) 72, 77).

הפסיקה עמדה לא אחת על הצורך בקיום שינוי מהותי בנסיבות כתנאי למתן רשות לחזרה מהסכמה (הנשיא שמגר בע"א 577/83 שם, עמ' 485; השופט ברק, שם, עמ' 479). לצורך חזרה מהסכמה לא נמצא די בכך שאם חפצה בתום לב ובכנות לקבל את ילדה בחזרה. נדרש שינוי מהותי בנסיבות בנוסף לכך, וכל זאת בכפופות לעקרון הדומיננטי של טובת הילד (השופט אריאל בע"א 612/87 פלונית נ' היועמ"ש, פד"י מב(1) 624, 632-3).

המושג "טעמים מיוחדים" לצורך הכרה בביטול הסכמה לאימוץ הינו מושג פתוח שלא הוגדר בחוק. תוכנו נגזר ממערך השיקולים והערכים המונחים ביסוד מוסד האימוץ ותכליותיו, תוך שניתן משקל להסכמה לאימוץ שניתנה, אשר חוללה שינוי במעמד המשפטי של המשפחה הטבעית.

בחינת יכולתו של הורה לחזור בו מהסכמה לאימוץ שניתנה לאחר לידת הקטין תצריך, אפוא, התייחסות לגורמים הבאים: ראשית, תישקל טובתו של הקטין בהחזרתו להורה הטבעי. בהקשר זה יישקלו, בין היתר, נסיבות חייו החדשות; הזמן שחלף מאז ניתנה ההסכמה ועד לבקשה לביטולה; מידת הקשר וטיב הקשר שנוצר בין הילד לבין המשפחה החדשה; בגדרה של טובת הילד ינתן משקל גם לזכותו הטבעית של הילד לגדול במשפחתו הטבעית; שנית, ינתן משקל לזכותו של ההורה הטבעי לגדל את ילדו. אמנם, זכות זו בשלב זה של הליך האימוץ אינה בעלת עוצמה דומה לעוצמה שהיא נושאת בטרם ניתנה ההסכמה, והיא מישנית לשיקולי טובת הילד, אך עדיין יש לייחס לה ערך רב במאזן השיקולים הכולל. בהקשר זה, יש לייחס משקל גם לנסיבות ולמניעים שהביאו את ההורה הטבעי להסכים לאימוץ; נסיבות מתן ההסכמה והחזרה ממנה מקרינים על עוצמת זכותו של ההורה בהקשר זה. ושלישית, ינתן משקל וערך מסוים גם לציפיותם הטבעית של ההורים המיועדים לאמץ להמשיך ולגדל את הילד שהשתלב יפה במשפחתם. במידרג השיקולים, שיקול טובתו של הקטין נושא משקל מרכזי. זכותו של ההורה הטבעי המבקש לחזור בו מן ההסכמה נושאת משקל מישני, ואילו ציפיותם של ההורים המיועדים לאמץ בשלב של טרם מתן צו אימוץ, הוא בעל משקל יחסי קטן ביחס לשני השיקולים האחרים.

טובת הילד

13. ילד המועבר ממשפחתו הטבעית למשפחה מיועדת לאמץ עובר מהפך משמעותי ביותר בחייו. הוא משתלב במסגרת חיים חדשה, מסתגל להורות חדשה של אב ואם הרוצים בו בכל מאודם ומשפיעים עליו רוב טובה. ניתוקו ממסגרת המשפחה המאמצת והחזרתו לחיק המשפחה הטבעית עלולים להיות כרוכים בזעזוע ובקשיי הסתגלות גדולים, ולו בטווח הקצר. עוצמת הזעזוע תלויה במידה לא מעטה במשך הזמן שחלף מאז ניתוקו של הילד ממשפחתו הטבעית, וגורם הזמן עשוי להיות נתון קריטי לענין זה. עם זאת, בגדר "טובת הילד" אין לבחון רק את "היש" הטמון במשפחה החדשה; יש להעריך את משמעותו ועוצמתו של גורם הניתוק של הילד ממשפחתו הטבעית, ולשקול מבחינת טובתו שלו את חשיבות גידולו והתפתחותו לצד הוריו הטבעיים. במושג טובת הילד יש, איפוא, לשקלל ולאזן בין חשיבות גורם ההמשכיות והרציפות בחייו של הילד בקרב המשפחה המאמצת והחשש הנלווה מזעזוע הנגרם בעקירתו ממנה, לבין החשיבות לטווח ארוך שעשויה להיות לחידוש הקשר הטבעי בינו לבין משפחתו הטבעית, קשר שטיבו אינו דומה לכל קשר אחר. שיקלול ערכי זה אינו קל, ולעולם הוא נגזר מנסיבותיו המיוחדות של המקרה; בגדר נסיבות אלה יש לייחס משמעות, בין היתר, לגורם הזמן שחלף מאז תחילת הליך האימוץ. ככל שהילד מצוי זמן רב יותר במשפחה המאמצת כך יקשה לנתקו ממנה; ככל שהוא הולך ומתערה במסגרת המאמצת החדשה, כך יגבר שיקול ההמשכיות והרציפות על פני שיקול החזרתו למשפחה הטבעית, שיסודו במימוש תחושת ההשתייכות של הקטין לסביבתו הטבעית.

זכות ההורים הטבעיים

14. זכות הורה טבעי למימוש הורותו כלפי הקטין מאבדת את בכורותה לאחר מתן הסכמה לאימוץ. ההסכמה משנה את מעמדו המשפטי כלפי הילד, ובינתיים חל בעקבותיה שינוי משפטי ומעשי בחללם של המשפחה הטבעית, של הילד, ושל המשפחה המאמצת. לשינוי זה ישנן תוצאות משפטיות, אולם אין אלה בהכרח תוצאות בלתי הפיכות. גם לאחר מתן הסכמה לאימוץ, עדיין מכיר המחוקק בזכות ההורה הטבעי על ילדו, אף שזכות זו איבדה מעליונותה. זכות זו, אף שירדה מגדולתה, נותרה בעלת עוצמה ששרדה מקשר הדם וקשר הטבע בין הורה לילדו. גם בשלב זה, וחרף השינוי המשפטי שחל במעמד ההורה הטבעי, עדיין יש ערך ומשקל רב לאוטונומיה המשפחתית ולזכות ההורה הטבעי על ילדו, שיש להתערב בהם רק מקום שהאימוץ מבובנו הכולל מיטיב עם הילד באורח ברור שאינו משתמע לשתי פנים. בגידרה של זכות ההורה הטבעי לחזור בו מהסכמה לאימוץ ראוי להתחשב, בין היתר, בנסיבות מתן הסכמת ההורה לאימוץ. נסיבות אלה עשויות להקרין על השאלה האם הויתור על הילד

מעיד על החלטה נחושה ונחרצת להסיר אחריות מדאגה וטיפול בו, או שמא ההסכמה ניתנה כפרי משבר חריף חולף וחולשה אנושית זמנית, אשר אינם מעידים על רצון אמיתי לותר על מימוש ההורות הטבעית.

החלטת הורה למסור את ילדו לאימוץ קשה היא ביותר. לעיתים, היא נובעת מגמירות דעת של הורה שאינו רוצה או חש שאינו יכול לשאת באחריות לגידול הילד, אף שמסוגלותו האובייקטיבית לכך אינה שנויה במחלוקת. פעמים, עשויה החלטה כזו להתקבל בשעת מצוקה זמנית, בין עקב לחץ המופעל על ההורה, בין עקב משבר נפשי זמני לאחר לידה, ובין עקב נסיבות חיים קשות, המפילות עליו אימה שמא לא יוכל לעמוד בנטל גידול הילד. הסכמה לאימוץ הניתנת במצבי משבר חולף בו נתון הורה אין דינה כדין הסכמה הניתנת ביישוב הדעת מתוך החלטה רציונלית, מחושבת ומושכלת. חריצת דינו של הורה שהסכים למסור את ילדו לאימוץ במצב חולשה וחרדה לשלילת מימוש הורותו הטבעית לתמיד הינה קשה עד מאד. היא מתעלמת ממורכבותם של מצבים אנושיים קשים, הדוחקים, לעיתים, אדם לעשות פעולה הרת גורל מבלי שיש בו כח או יכולת להעריך אותה עת את תוצאותיה לטווח ארוך, ומבלי יכולת לצפות את הלכי הנפש המשתנים העשויים להוביל אותו, אף זמן קצר לאחר מכן, להתעשת ולאזור כח להיות נכון וכמה לקבל את ילדו אליו ולגדלו במסירות ואהבה. גם הסכמה הניתנת מרצון חופשי לעיתים אינה הסכמה בלב שלם, ואינה מעידה בהכרח על רצון החלטי, אמיתי ומתמשך של ההורה הטבעי להיפרד מילדו. הפסיקה עמדה על כך לא אחת:

”... גם לגבי האם הבלתי נשואה, המוסרת ילד לאימוץ, לא תמיד היא עושה את זה בשמחה או בלב שלם. לא פעם מתקבל הרושם כי במסתרם תבכה נפשה, אבל לאור מצבה בחיים ובנסיבות בהן נמצאת, הקשיים בחברה והקשיים הכלכליים, היא אינה רואה אפשרות לטפל בילדה, ונאלצת למסור אותו לאימוץ (השופט קיסטר, תיק אימוץ (ת”א) 29/59 א.ב.א. נ’ י”ח, פ”מ כט(3), 15).

בבחינת זכות החזרה של ההורה מהסכמתו, יש, על כן, ערך ומשקל לנסיבות בהן ניתנה ההסכמה, כמו גם לטעמו של הרצון לחזור ממנה. בגדר זכותו של ההורה הטבעי, אין להתעלם מתנאי מצוקה ומשבר שהביאו למתן ההסכמה, ולנסיבות הכרוכות בשינוי שחל בכך, המביא עמו את חידוש הרצון ההורי לקשר הטבעי עם הילד, ואת היכולת הנפשית והפיזית להתמודד עם האחריות הכרוכה בכך.

הסכמה לאימוץ – בלב שלם ובנפש חפצה

15. בגדר הטעמים המיוחדים להכרה באפשרות ביטול הסכמת הורה טבעי לאימוץ יש לתת משקל ראוי לעובדה כי החוק אינו קובע סייגים לתקפותה של ההסכמה לאימוץ, כגון דרישה לפרק זמן מינימלי בין מועד הלידה ועד למתן ההסכמה או מתן תקופה נוספת לשכלולה של ההסכמה כתנאי לתקפותה, וכל זאת על מנת להבטיח כי מדובר בהסכמה החלטית שניתנה בלב שלם ומתוך שיקול דעת מלא, ואינה פרי חולשה זמנית. החוק גם אינו מסדיר מנגנון טיפולי שנועד לסייע להורה במשבר, אשר בידו להבטיח כי בטרם תינתן הסכמה לאימוץ ימוצו אמצעי טיפול שבידם לסייע לו להתגבר על מצוקתו, ולהבין את משמעות המהלך שהוא מבקש לנקוט. ההליך הקיים בדין למתן הסכמה לאימוץ אינו בוחן באופן אמיתי את מידת גמירות הדעת של ההורה הנותן הסכמה, והדרך קלה, קלה מדי, לויתור משפטי של הורה על ילדו. תקנה 272 לתקנות סדר הדין האזרחי, מסדירה את דרכי ההסכמה לאימוץ, ותקנה 273 לתקנות קובעת מהם העניינים שעל מקבל ההצהרה בדבר הסכמה להסביר להורה. אולם אין באלה משום תחליף להחלת אמצעי סיוע ראויים להורה במצוקה, ולהפעלת אמות מידה מינהליות שתבטחנה כי הסכמה לאימוץ ניתנת מתוך שיקול דעת מלא, וכי היא עומדת במבחן הוודאיות וההחלטיות. במיוחד בולט הצורך האמור באם היולדת את ילדה אל תוך תנאי מצוקה כלכלית, נפשית או משפחתית ונותנת את הסכמתה לאימוץ סמוך ממש לאחר הלידה, ובטרם חלף פרק זמן שבמהלכו היא עשויה להתעשת, ולבחון מחדש את יכולותיה ורצונותיה האמיתיים ביחס לגידול ילדה.

עמד על כך השופט קיסטר בע"א 29/74 פלוני נ' היועמ"ש, (פד"י כח(2) 169,

:173)

"כשהאם אינה רואה אפשרות לגדל את ילדה, יש והיא מוצאת כי הדרך הנכונה ביותר היא למסור את ילדה לאימוץ, אף על פי שלפעמים הדבר קשה לה מבחינה נפשית וקורה שאחרי כן היא מתחרטת על החלטה זו. על כן, תפקידם של פקידי אימוץ, ואף של בתי המשפט, הוא לברר אם רצונה למסור את ילדה לאימוץ אינו פרי יאוש ברגעים הראשונים אחרי הלידה, ואם היא עומדת איתנה בהחלטתה".

(ראו גם א. קרשי, מתן רשות להורה לחזור בו מהסכמתו לאימוץ – אימתי?, הפרקליט ל"ב, תשל"ח, 98). ישנה, על כן, חשיבות מיוחדת להבטיח כי יישמר פסק זמן ראוי בין מועד הלידה למועד מתן ההסכמה לאימוץ, ובין מועד מתן ההסכמה לבין מימושו של הליך האימוץ בדרך העברת הילד להורים המיועדים לאימוץ. שמירה על פסקי זמן כאלה תוסיף מימד של בטחון לתודעה בדבר היות ההסכמה שלמה ומלאה, ואינה פרי

חולשה זמנית. במיוחד כך הדבר כאשר מדובר בהסכמה הניתנת על ידי אם בעקבות לידה (מימון, שם, עמ' 128-130).

בית משפט זה התייחס בעבר לתופעה זו של קבלת הסכמה בלתי בשלה מהורה שאינו מוכן נפשית להשלכות הנובעות ממנה, וביקר את שירותי הסעד בהתנהלותם בענין זה, כאשר לחציו של מנגנון האימוץ וציפיית משפחות הממתינות לאימוץ נותנים את אותותיהם בענין זה:

"יש זריז ונשכר ויש זריז ונפסד" (פסחים נ). לדעתי, טוב יעשו שירותי הרווחה אם לא יזדרזו – במקרים דומים – להעביר את הילד מיד למשפחה המאמצת בכוונת אימוץ. מדובר בהסכמת קטינה לוותר על תינוקה סמוך לאחר הלידה, בהיותה נתונה עדיין להלם הלידה ומוצאת עצמה במיצר ללא מוצא, כשאבי התינוק מתעלם ממנה וממנו. נדמה לי שניתן היה לחסוך שברון לב ויסורים מכל הנוגעים בדבר, אילו "כוונת האימוץ" שבמסירת הילד היתה מתעכבת שבועות מספר, עד שתצטלל עליה דעתה של היולדת ויתברר שמא נפתחים לפניה שערים שנראו תחילה נעולים. הן ישנן שיטות משפט שאינן מכירות בויתור על תינוק שנולד אלא אם עברו עליו מספר שבועות... לדעתי, טוב יעשו שירותי הרווחה אם יראו ויתור של אם צעירה שנעשה סמוך לאחר הלידה, כויתור שניתן בתנאי לחץ, וימתינו מספר שבועות עד שיפעלו על פיו" (השופט טל, ע"א 4798/95 פלוני נ' היועמ"ש, פ"ד נ(3) 195, 206-207). (הדגשה לא במקור).

והשופט אור כותב באותו פסק דין (שם, עמ' 205):

"... אני מבקש להצטרף להמלצת חברי, השופטים טל וזמיר, על פיה ראוי, בדרך כלל, כי שירותי הרווחה ימתינו זמן סביר אחרי הלידה עד שיחתימו את האם על הסכמה למסירת הילד לאימוץ. הניסיון מלמד, שבמקרים של יולדת שאינה נשואה ההסכמה בימים הסמוכים שלאחר הלידה ניתנת בשעת מצוקה קשה שלה, ולא אחת זמן קצר לאחר מכן היא מתחרטת על הסכמתה, אך אז מתברר שבינתיים "נעו הגלגלים" ולא ניתן להחזיר את המצב לקדמותו..."

בפרשה אחת, בה נתנה אם בת 17 הסכמה לאימוץ ילדה יומיים לאחר הלידה, הביע בית משפט זה את דעתו כי יש מקרים בהם ראוי כי הגורמים הסוציאליים ימתינו זמן רב יותר לפני קבלת כתב הויתור, וכי הסכמה לאימוץ הניתנת במצב של מצוקה עשויה להיחשב "טעם מיוחד" לצורך ביטולה:

"הסכמת המערערת למסירת בנה לאימוץ היתה, אפוא, גלויה וברורה. אך כלום היתה גם כנה ואמיתית? לאמור, שהובעה וניתנה מתוך גמירת הדעת ובנסיבות שבהן היתה המערערת מסוגלת לשקול כראוי את עמדתה ולגבש החלטה כה גורלית? כשלעצמי, הנני נכון לקבל, שאם בעת הבעת הסכמתו למסירת ילדו לאימוץ מצוי ההורה במצוקה נפשית, ובמשפט מוכח כי מצוקה זו היא שהכתיבה את הסכמתו, עשוי מצבו הנפשי של ההורה להישקל על ידי בית המשפט כ"טעם מיוחד" להצדקת בקשתו לחזור בו מן ההסכמה (ראה, לענין זה, את הערתו של השופט בייסקי בע"א 546/89 הנ"ל, בעמ' 201 ה' ו'). לכן, ומטעם זה, הייתי אף נוטה להמליץ בפני הגורמים המקצועיים הממונים על כך, להשהות במשך זמן מה את החתמת ההורה על כתב ההסכמה למסירת ילדו לאימוץ, באותם מקרים בהם ניתן להניח כי ההורה שרוי במצוקה" (דברי השופט מצא, בע"א 5225/94 פלונית ואח' נ' היועמ"ש, פ"ד מח(5), 820, 830). (הדגשה לא במקור).

והשופט זמיר כותב את הדברים הבאים באותה פרשה:

"... אין להוציא מכלל אפשרות כי הסכמה שניתנה במקרה מסוים בנסיבות של משבר, סמוך ללידה, לא תיחשב הסכמה לפי סעיף 8 לחוק אימוץ ילדים. ואפשר גם כי הסכמה שניתנה בנסיבות כאלה תיחשב, כדברי השופט מצא (בפיסקה 15), כטעם מיוחד לבקשת האם, לפי סעיף 10 לחוק אימוץ ילדים, לחזור בה מן ההסכמה. משום כך, אני מצטרף להמלצה של השופט מצא (שם), להשהות במשך זמן מה את החתמת ההורה על כתב ההסכמה למסירת ילדו לאימוץ, באותם מקרים בהם ניתן להניח כי ההורה שרוי במצוקה, ויש לי ספק אם די בכך. האם, למשל, אין מקום, בנסיבות כאלה לבדיקת האם על ידי פסיכולוג? או אולי יש מקום, בנסיבות כאלה לדרוש חתימה חוזרת על ההסכמה לאימוץ כעבור זמן מסוים?"

(ע"א 5225/94 פלונית נ' היועמ"ש, פד"י מח(5) 820, 832-3) (הדגשה לא במקור).

ההסכמה של הורה לוותר על ילדו היא אכן חריג לרוח, לרצון ולטבע האנושי. יש שהיא מבטאת חוסר יכולת פיזית ונפשית מתמשכת לשאת באחריות הנובעת מכך. אולם יש, והיא פרי משבר חולף המצביע על כך שהיא ניתנה שלא מתוך גמירות דעת שלמה. יש להיזהר מלכידת הורים במתן הסכמה לאימוץ כאשר הם אינם בשלים למתן הסכמה כזו. על רשויות הסעד לעשות כל שניתן על מנת לסייע להורה במצוקה להתמודד עם מורא האחריות שבגידול הילד, ולוודא כי אם הורה מבקש לוותר על ילדו, הסכמתו לכך היא הסכמה בשלה שניתנה בלב שלם (שיפמן, שם, עמ' 3-291). ריכוז הסמכויות אצל אותה רשות סוציאלית המטפלת בקבלת חתימת ההורה על הסכמתו לאימוץ ובמסירתו של הילד לאימוץ לידי המשפחה המיועדת לאמץ יוצר קושי מובנה בענין זה וחשש אמיתי מפני קיום מניע להזדרז בהחתמת הורה על הסכמה לאימוץ, במקום לנסות להניאו מכך. (לתיאור הדברים ראו א. קרשי במאמרה, שם, עמ' 291-3).

102-3); וכן פרוטוקול ישיבת ועדת העבודה, הרווחה והבריאות מיום 14.6.04 בנושא אימוץ ילדים בהסכמת הורים – מועדים ותנאים לחזרה מהסכמה). על רקע זה המליץ השופט זמיר בע"א 5225/94, (שם), להתקין תקנות בענין דרכי מתן הסכמה לאימוץ על ידי אם סמוך לאחר הלידה.

ההליך הקל, המהיר והבלתי מבוקר של ויתור הורה על ילדו בשיטה הנהוגה במקומנו חייב שיקרין על שיקול הדעת השיפוטי המופעל מכח סעיף 10 לחוק האימוץ ביחס לשאלה מהן הנסיבות בהן יותר להורה לחזור בו מהסכמה שנתן לאימוץ ילדו. נסיבות מתן ההסכמה, מידת גמירות הדעת של ההורה, והתנהגות רשויות הסעד בהקשר לכך הם בגדר השיקולים שיש להביאם בחשבון במערך הכולל של הגורמים הצריכים לענין. הם נושאים משקל מיוחד מקום שאין ספק בדבר מסוגלותו של ההורה ורצונו האמיתי לגדל את ילדו, גם אם רצון זה מתגבש זמן מה לאחר הלידה. הם משתלבים בתודעת החשיבות העליונה הניתנת לגורם טובת הילד מבחינת מימוש זכותו לגדול ולהתחנך במשפחתו הטבעית; הם מייחסים משקל גם לזכות ההורה הטבעי לממש את הורותו (שיפמן, שם, עמ' 228).

ציפיות ההורים המיועדים לאמץ

במערך הטעמים המיוחדים לחזרה מהסכמה לאימוץ יש מקום להתחשב בציפיותם של ההורים המיועדים לאמץ שקבלו את הילד לחיקם, והם מבקשים לתת לו בית ולגדלו ולחנכו כילדם לכל דבר. לא ניתן שלא להתחשב ברגשותיהם וברצונותיהם שקבלו ביטוי בהליכי האימוץ שהחלו. ניתוקו של הילד מהם משמעו שברון משאת-נפש אליה נשאו את ליבם שנים ארוכות. לגורם הזמן שחלף מאז קבלו את הילד למשמורתם ישנה חשיבות קרדינלית במערך השיקולים. עם זאת, יש לזכור כי ההורים המאמצים מודעים לכך כי בטרם מתן צו אימוץ, עלול מהלך האימוץ להיקטע, בין בשל חזרה מהסכמה לאימוץ, ובין בשל ביטול הכרזת בר-אימוץ. המצב המשפטי בשלב זה טרם התקבע באופן סופי, והליך שהוחל בו עלול להיקטע.

לסיכום הדברים:

16. טעמים מיוחדים להכרה בחזרה מהסכמת הורה לאימוץ ילדו מחייבים איזון בין שיקולים מורכבים. בראש וראשונה, נשקלת טובתו של הילד, ובתחומו נבחן אופיו של הקשר בינו לבין המשפחה המאמצת; למשך הזמן בו הוא שוהה במשפחה החדשה ישנה משמעות בעלת משקל; בגדר טובתו נשקלת גם זכותו הטבעית לגדול במשפחתו הטבעית ומשמעות הדבר לבניית תחושת השייכות למשפחה וביסוס הבטחון האישי-קיומי. נשקל הנזק העלול להיגרם לילד אם תישלל המשמורת בחיק משפחתו הטבעית,

לעומת התועלת שהוא עשוי להפיק מגידולו במשפחה המאמצת, והנזק העלול להיגרם מעצם העברתו ממשמורת למשמורת. שנית, נשקל עניינו של ההורה הטבעי – מה היו נסיבות מתן הסכמתו והאם היתה זו הסכמה בשלה, פרי גמירות דעת או שמא היא ניתנה בעת משבר ומצוקה אישית; נשקלת זכות ההורות הטבעית שנותרה בעלת עוצמה גם בנסיבות מתן הסכמה לאימוץ; נבחנת מסוגלות ההורה ויכולתו להעניק לילדו תנאי חיים בסיסיים שיספקו את צרכיו הפיזיים והנפשיים; ואחרון, נשקלות ציפיות ההורים המאמצים וניתן משקל יחסי לשברון תקוותם להמשיך לגדל את הילד באם ייקטע הליך האימוץ.

חזרת האם מהסכמה לאימוץ – מן הכלל אל הפרט

17. בענייננו, בחינת בקשתה של האם לחזור בה מהסכמתה לאימוץ הקטין מחייבת איזון שיקולים מורכב. עם זאת, בסופו של יום, ולאחר הערכת מכלול הגורמים הצריכים לענין, נראה לי כי יש להכיר בזכותה לחזור בה מהסכמתה כאמור ומתקיימים טעמים מיוחדים המצדיקים זאת. הדבר נובע משיקולי טובת הילד; הוא מתחזק נוכח מסוגלותה הברורה של האם לעמוד בנטל ובאחריות של גידול ילדה, ונוכח הנסיבות בהן התקבלה הסכמתה. הוא מתבסס לאור נסיבות חיים חדשות שחלו בחייה ובחיי האב הביולוגי מאז החלו הליכי האימוץ. זהו צעד נכון, חרף הקושי שהוא עלול להעמיס על הילד לאור ניתוקו מהמשפחה המאמצת וקשיי הסתגלותו בתקופה הראשונה לאחר העברתו למשפחתו הטבעית, ולמרות הכאב והצער שהדבר יגרום להורים המיועדים לאמץ. נבחן את השיקולים הצריכים לענין, אחד לאחד.

טובת הקטין

18. טובת הקטין היא שיקול בעל מעמד בכורה בבחינת ההכרה ביכולתה של האם לחזור בה מהסכמתה לאימוץ. מושג זה ניזון בראש וראשונה מהקשר הטבעי, קשר הדם, של ילד להוריו הטבעיים. הוא מותנה במסוגלותם של ההורים להעניק לו אהבה, לטפל בו, לגדלו ולחנכו מתוך מודעות לאחריות המוטלת עליהם בכך. הוא קשור ואחוז ביכולתם לספק את צרכיו הפיזיים והנפשיים ברמה הנדרשת, ומעבר לכל אלה – ביכולתם לתת לו תחושת שייכות שהיא חיונית לרגש הבטחון הקיומי ולהתפתחותו התקינה כאדם. הורות טבעית שבידה לתת לילד את התנאים הללו, היא לעולם המענה הטבעי והמתבקש לטובת הילד. האימוץ הוא אמצעי חלופי שיש להחילו מקום שההורות הטבעית אינה יכולה להתממש, בין משום שההורה הטבעי אינו רוצה בה, ובין שאינו מסוגל לממשה. הדילמה של טובת הילד במקרה של חזרה מהסכמה של הורה טבעי בעל מסוגלות לגדל את ילדו היא קשה. מתמודדים בה שני שיקולים נוגדים: האחד – "קשר הדם" ו"קשר הטבע" הקורא לממש את זכותו של הילד לחיות

בחיק משפחתו הטבעית. האחד – חשיבות ההמשכיות בחייו של הקטין מקום שהשתלב בצורה טובה בהליך אימוץ מוצלח, וחי בקרב הורים מיועדים לאמץ שהניתוק מהם עלול לפגוע בו ולזעזעו. בהתמודדות בין שני כוחות אלה השאלה היא האם החזרתו של הילד למשפחתו הטבעית כרוכה בסיכון לפגיעה מתמשכת העלולה להיגרם לו ברמה כזו שאין לקחתו, גם במחיר ויתור על היתרונות המיוחדים שבהחזרתו למשפחתו הטבעית. התשובה לכך מצויה במכלול הנסיבות הפרטניות של העניין ובעריכת איזון מורכב ועדין בין האפשרויות השונות על היתרונות והמגרעות הנלוות לכל אחת מהן. באיזון זה טמון קושי מובנה הנעוץ בעובדה כי אנו עוסקים במידה רבה בהערכות ובהשערות לאשר העתיד צופן בחובו, ואין בפנינו גורמים וודאיים פרט לקומץ נתונים שבעובדה הידועים בהווה. אין אמיתות מוחלטות בהערכות אלה ובהכרעה הרציונלית בין החלופות השונות יש מן הניבוי ומן ההכרעה הערכית (השווה ע"א 577/83, שם, עמ' 473). בשיקולולן של החלופות השונות יש להתחשב בשיקולים לטווח קצר ולטווח ארוך. יש לאמוד את הנזק הצפוי לילד מהחזרתו למשמורת הטבעית, לעומת התועלת העשויה לצמוח לו לטווח ארוך מגידולו במשפחה הטבעית; יש להתייחס התייחסות ערכית לערכי מוסר וצדק קיומי; יש לתת משקל רב למקומו של הקשר הטבעי של הילד להוריו הביולוגיים ולצורך לממש את חוק הטבע על פי דרכו של העולם. יש לתת משקל לחשיבות ההשתייכות הטבעית כיסוד בתודעת הזהות העצמית של האדם (ע"א 549/75 פד"י ל(1) 459, 465; ע"א 577/83, שם, עמ' 474; ע"א 546/89 פלונים נ' היועמ"ש פד"י מה(1) 185, 207-8; שיפמן, דיני משפחה בישראל, עמ' 4-61; ע"א 488/77 פלונים נ' היועמ"ש, פד"י לב(3) 421, 441-2; סעיפים 7, 8 ו-9 לאמנה בדבר זכויות הילד (כתבי אמנה 1038, כרך 31, עמ' 221) וכן הועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה, דו"ח ועדת המישנה בנושא השמה חוץ-ביתית (עמ' 61, 96, 99, 103, 106, 218)).

הראיות בדבר טובת הקטין

19. עניינו של טובת הקטין נבחן בעזרת מומחים לדבר. עמדתם נשקלת על פי מבחנים להערכת עדויות מומחים. לאלה מצטרפים נתונים אובייקטיביים האוצלים על השאלה. יש משמעות גם להערכות של גורמים הקרובים למציאות החיים של הקטין והסובבים אותו; ההכרעה הסופית היא פרי שיקולול של מכלול הנתונים. היא ניזונה גם מתפיסה ערכית-מוסרית.

בענין טובת הקטין בענייננו, עמדו בפני בית המשפט עדויות האב והאם, עדויות מומחים, עמדתם של ההורים המאמצים, ועמדתה של האפוטרופא לדין שמונתה לקטין, עו"ד יששכר. אשר לעדויות מומחים, בפני בית המשפט המחוזי עמדו שתי חוות

דעת: הראשונה של המומחית אמירה אופנהיימר שמונתה בידי בית המשפט לענייני משפחה (להלן: אופנהיימר); השניה, של המומחים ד"ר וייל וד"ר סיטון שמונו בידי בית המשפט המחוזי (להלן: וייל וסיטון). שתי חוות הדעת משקפות תפיסות מקצועיות שונות ושיקלול שונה של ערכים. השוני בתפיסות המקצועיות מוליד גם הערכות שונות של נתוני השטח. אין להתפלא כי המומחים הגיעו למסקנות שונות אלה מאלה. אופנהיימר המליצה על העברת הקטין להוריו הטבעיים, ואילו וייל וסיטון מצאו כי טובת הקטין היא שישאר אצל הוריו המיועדים לאמצו. תפיסתם המקצועית השונה של המומחים מתבטאת בעיקר במשקל שכל אחד מהם נותן, מצד אחד, לחשיבות גידולו של הילד במשפחתו הטבעית, ומן הצד האחר – לנזק העלול להיגרם לו בניתוק הרציפות והמשכיות שבגידולו במשפחתו המאמצת.

בשיקלול שבין ערך קשר ההורות הטבעי לבין הנזק העלול להיגרם לקטין מניתוק המשכיות הקשר עם ההורים הפסיכולוגיים נוקטים וייל וסיטון עמדה חד משמעית המצדדת בהמשכיות הקשר הפסיכולוגי. תפיסתם המקצועית היא כי משנוצר קשר פסיכולוגי בין קטין להורים פסיכולוגיים, נקודת המוצא היא כי אין לנתק קשר זה אלא מנימוקים יוצאים דופן בחשיבותם. בנסיבות אלה, רק במצבים חריגים יש כדי להצדיק את החזרת הילד למשפחתו הביולוגית. על פי עמדתם

"ברגע שיש התקשרות אמיצה, צריך סיבות מאד מאד רציניות בכל מקרה להוציא ילד משפחתו הביולוגית, משפחה אומנת, משפחה המיועדת לאמץ, בכל מקרה. מה שקובע בענייננו זה היציבות של הקשרים הראשונים, ואז צריך באמת סיבות יוצאות דופן" (עדות וייל בבית המשפט המחוזי, פרוטוקול בית המשפט המחוזי (להלן: מחוזי) מיום 7.11.04, בעמוד 170).

ולשאלת השופט שנלר: "אנחנו נמצאים על מצב שבו ברגע שבדקנו שהקשר שם, הם הפכו להיות הורים פסיכולוגיים, בזה נגמרה הבדיקה מבחינתכם" ד"ר וייל: "נכון" (פרוטוקול מחוזי מיום 7.11.04, בעמוד 171).

אשר לענייננו, קובעים וייל וסיטון בחוות דעתם כי ניתוק הילד מהוריו הפסיכולוגיים עתה יגרום לו לנזק וודאי בטווח הקצר, וייתכן גם לנזק בטווח הארוך. הם מציינים כי ניתוקו של הילד ממשפחתו המאמצת עלול להפוך אותו מילד 'רגיל', המפותח בהתאם לגילו, לילד בסיכון, בעל צרכים מיוחדים, שלצורך הטיפול בו יש צורך בהורות טובה מעל הממוצע:

”אם כרגע מדובר בילד רגיל בעל צרכים התפתחותיים רגילים, הרי שאם יועבר להוריו הביולוגיים (או לאחד מהם), הוא יהפוך לילד בסיכון: זו תהיה חבלה (disruption) בקשר עם הוריו הפסיכולוגיים, ויהיה צורך לעזור לו להתחבר עם הורים חדשים... יש גם לציין את אופנות (modality) האינטראקציה המאוד שונה בינו לבין הוריו הפסיכולוגיים לעומת אופנות האינטראקציה עם הוריו הביולוגיים, שבה ההתכווננות (attunement) שונה לחלוטין. יצטרך ללמוד שפה אינטראקציונית חדשה לחלוטין עבורו. בעצם מדובר בנוזקים איאטרוגניים (iatrogenic) אשר ידרשו התגייסות מיוחדת בתהליך של אימוץ, שכן במקרה זה מדובר בתהליך של אימוץ (במובנו הפסיכולוגי) ע”י הוריו הפסיכולוגיים. למען התמודדות עם ילד בסיכון בעל צרכים שכאלה, יש צורך באופן מהותי בהורות מיטיבה שהיא מעל לממוצע...” (עמוד 11 לחוות דעת וייל וסיטון).

לעומתם, אופנהיימר נותנת משקל יחסי שונה לחשיבות קשר ההורות הטבעי בבחינת טובת הילד לעומת הנזק הצפוי מניתוק קשר ההורות הפסיכולוגי הקיים כיום. היא שמה דגש רב על הערך הראשון, תוך הכרה בכך שמימושו כרוך בפגיעה בלתי נמנעת בילד עקב ניתוק הקשר הפסיכולוגי בינו למשפחה המאמצת. באיזון כולל, מסקנתה היא כי טובת הילד מצדיקה החזרתו להוריו הביולוגיים. לדעתה, קשיי הפגיעה מניתוק הקשר עם המשפחה המאמצת הם לטווח קצר. בראייה ארוכת טווח, טובת הילד היא לגדול בסביבתו הטבעית, והדבר יניח בסיס איתן לגיבוש זהותו העצמית ובטחונו העצמי. התקופה הטובה שבה שהה הילד במשפחה המאמצת תתרום, לדעתה של אופנהיימר, לחיזוק יכולתו להתמודד עם השינוי ועם המעבר ביתר קלות.

על קשיי ההתמודדות של הילד בטווח הקצר עם הניתוק מההורים הפסיכולוגיים אומרת אופנהיימר:

”כיום, אין הוא ילד בעל צרכים מיוחדים. הוא גדל ככל הנראה בסביבה תומכת ואוהבת, והשיג אבני דרך התפתחותיים משמעותיים... ניתוק הילד מהסביבה הזו ללא ספק תגרום לכאב גדול. מבחינתו, ועל פי תפיסתו, הוא יחווה אובדן של ההורים, ללא יכולת להיעזר בהסבר מילולי ובהעדר מנגנונים מפותחים יותר להתמודדות. צפויה תקופה שבה הוא עשוי להיות מדוכדך מאוד, קשה להרגעה, וזה עשוי לבוא לידי ביטוי באי שקט, בעיות בשינה, בתפקוד, בהתפתחות, בהיעדר שמחת החיים... לילד כזה דרושה הורות רגישה, סבלנית מאד ויכולת לעמוד בתסכול וחוסר תגמול מידי. אין

ספק שטובתו המיידית היא שלא לנתקו" (עמודים 11-12 לחוות דעת המומחית).

על חשיבות חזרתו של הילד למשפחתו הטבעית בשיקול לטווח ארוך היא

מציינת (עמ' 11-12 לחוות דעתה):

"... יש לשקול את טובתו לטווח הארוך, דהיינו המשמעות לגבי ההתפתחות וגיבוש הזהות של אדם הגדל במשפחה מאמצת לעומת גדילה אצל הורים ביולוגיים. אצל רוב המאומצים מתעוררות שאלות, סקרנות ועניין לגבי ההורים הביולוגיים בשלב זה או אחר בחייהם, בעיקר בגיל ההתבגרות, בשלב שבו מתגבשת הזהות העצמית. חלק מההתמודדות היא הקשר למוצא, למשפחה המורחבת, לתכונות מאפיינים המשכיים העוברים בתורשה.. אצל אחדים מביין המאומצים זה הופך לנושא מרכזי בגיבוש הזהות ומקור למצוקה ואי שקט. אצל אחרים פחות. הממצאים לגבי בעיות המתעוררות אצל ילדים מאומצים אינם חד משמעיים. ... במקרה הנוכחי אני רואה קושי נוסף, אם יישאר במשפחה "המאמצת" בשל הנסיבות המיוחדות של האימוץ, דהיינו קיומם של הורים ביולוגיים שמאד רצו ויכלו לגדלו, אך נמנע מהם. עובדה זו... עלולה לגרום להתנסות טראומטית ומחבלת ברווחתו הנפשית"

וייל וסיטון מצידם אינם מתעלמים מקשיי הזהות של ילד מאומץ עם התבגרותו ועם התמודדותו עם שאלות כגון "מי היו הוריו הביולוגיים" ומדוע הוא נזקק להורים מאמצים, ובמיוחד במקרה זה נוכח הסתברות גבוהה כי יהיה מודע לכך שהוריו הביולוגיים נאבקו על החזרתו אליהם. אולם דעתם היא כי הקשר הטוב שנוצר בינו לביין הוריו המאמצים יסייע לו להתמודד עם קשיים אלה (עמ' 10 לחוות דעתם).

שאלת מסוגלותם ההורית של ההורים הטבעיים מקרינה במישרין על טובת הקטין. השוני בגישתם המקצועית של המומחים מקרין גם על האופן בו הם מעריכים את יכולתם ההורית של ההורים הטבעיים בענייננו. המומחים מסכימים כולם כי להורים מסוגלות הורית. השאלה עליה הם חלוקים היא האם יכולתם ההורית היא ברמה גבוהה מספיק על מנת להתמודד עם גידול ילד בעל צרכים מיוחדים הצפויים להיגרם עקב ניתוקו מהמשפחה המאמצת. אופנהיימר התרשמה בחיוב רב ממסוגלותם של ההורים הביולוגיים. היא מתארת אותם כמלאי התלהבות ואהבה כלפי הילד, ומצביעה על היערכותם באמצעות לימודים והדרכה לקבלו (עמ' 5 לחוות הדעת). "אין ספק שכל אחד מההורים הביולוגיים מאד רוצה לגדל את הקטין. כל אחד מהם פיתח רגשות אהבה והנאה טבעיים של התפעלות ונכונות לקבלת אחריות על הילד" (עמ' 9 לחוות

הדעת). בזהירות ובאחריות מקצועית היא מציינת כי לא ניתן במקרה זה להשען על נסיון הורות קודם של ההורים הטבעיים שכן עקב הנסיבות, הדבר לא עמד מעולם למבחן. היא מנתחת בפתיחות ובשיקול דעת זהיר את נתוניהם של האב והאם בנפרד, ולא נרתעת מלהצביע על הקשיים הנילווים לניתוק קשר ההורות הפסיכולוגי וחינוכי קשר ההורות הביולוגי. לגבי האב היא אומרת:

"יש לו הכשרים בסיסיים מתאימים להיות הורה טוב: יכולות אינטלקטואליות, שיפוט, משאבים נפשיים, יכולות התקשרות טובה בעבר וגם כיום, ויכולות טובות ליצירת קשר עם הזולת... הוא יכול היה להתארגן פיזית ונפשית להפתעה שנחתה עליו עם היודע הולדת הילד, ולהתגייס בנחישות ותוך יכולת לקבל עזרה מהקרובים לו. מהאינטראקציה עם הילד בתנאים מוגבלים וללא התנסות יום יומית בטיפול, שהם הבסיס לקשר הורה-ילד לא ניתן ללמוד הרבה. הרגשתו האוהבת כלפי הילד ניכרת וברורה, והוא קשוב, לומד ועדין ביחסו. על סמך נתונים אלה, סביר להניח כי הוא יוכל להיות הורה טוב דיו... לו ביקש לאמץ ילד והיו נבדקות יכולותיו לשמש כאב לילד, לא היה פגם שיעורר ספק באשר ליכולותיו ההוריות ואף לא אם היה מדובר בילד שקרה לו אסון ואיבד את הוריו" (עמ' 10 לחוות הדעת) (הדגשה לא במקור).

ביחס לאם, מוטרדת אופנהיימר בעיקר ממשמעותה של החלטתה למסור את הקטין לאימוץ והשלכת הדבר על מסוגלותה ההורית. היא אומרת בהקשר זה:

"לאם יש כישורים טובים להיות הורה. היא אינטליגנטית, בעלת שיפוט תקין, יכולת למידה, אחריות והתמדה. גם קשריה עם אחרים סבירים, וישנן עדויות על דמויות הוריות מיטיבות בעברה וחוויית של התקשרות תקינה בילדות המוקדמת. גם האם, כמו האב, לו היה נולד לה ילד כיום וגם לו הייתה מבקשת, במצב היפותטי, לאמץ ילד, לא הייתה עילה לפקפק ביכולותיה. עולה השאלה אם האם יכולה להיות הורה טוב לילד עם צרכים מיוחדים... האם לאור הציפיות הגדולות והרגישות הגדולה לתגובות הסביבה אליה, עשויה האם לחוות זאת שוב מצב משברי ולהתנתק רגשית ולהתרחק? קשה להתנבא בביטחון על כך. הסיכוי נראה קטן יותר לאור השינויים שחלו בה ולאור התמיכה הרגשית שמקבלת עכשיו הן מהאב והן ממשפחתה... בנוסף לכך, גם אם יש בכך משום פגם אפשרי בהורותה, הרי שהספרות מלמדת כי כאשר יש מעקב ורגישות של הסביבה, וכאשר ניתנת עזרה מקצועית מתאימה, יכולים לחול שינויים ממשיים באופני הטיפול וההתקשרות של ההורה... לאור המוטיבציה הגבוהה של האם ללמוד, ויכולתה להפנים וליישם למידה, ולאור השינויים בחייה המקרבים אותה כיום לאחרים, נראה שיכולותיה

להתקשרות טובים יותר, ובליווי מתאים היא תוכל להיות הורה טוב גם לילד עם צרכים מיוחדים" (עמ' 10 לחוות הדעת). (הדגשה לא במקור).

סיטון ווייל התרשמו אחרת ממסוגלותם של ההורים. כך הם כותבים:

"... מסוגלותם ההורית (ביחד ולחוד) נראית אכן פחות יציבה, לא לגמרי בוגרת. התיאור של מפגש האינטראקציה ממחיש את הקושי שלהם להיות במגע מכוונן (attuned) עם הצרכים של הילד. גם תוכניותיהם לעתיד (שניהם מדברים על עבודה בבית, תוך כדי גידול הילד) מעידות על בוחן מציאות ילדתי ועל חוסר הערכה מתאים לצרכיו של הילד, והיכולת שלהם להיערך נכונה למילויים. תכנית כזאת מעלה שאלות של גבולות בקשר שביניהם לבין הילד. לו היו מעלים את התוכנית רק כשלב ראשוני, בו הילד זקוק למפגש אינטנסיבי איתם, על מנת לרכוש מחדש תחושה של קשר בטוח, שעלול להתערער לכשיפרד מההורים הפסיכולוגיים, או אז היה הדבר סביר והגיוני, אך לא כתכנית חיים קבועה. לעומת זאת יש, כנראה, לידם (במיוחד, על פי דבריהם, בצד של האב) מערכת משפחתית מסועפת ותומכת שמוכנה להתגייס ולעזור לבני הזוג, במילוי תפקידי ההורות וקבלת הפעוט לחיקם" (עמוד 12).

בדיון המסכם הם כותבים:

"ההורים הביולוגיים אמנם לא נמצאו כחסרי מסוגלות הורית לחלוטין, אך מסוגלותם הינה נמוכה מזו של ההורים המיועדים לאמץ, לא כל שכן שזה אמנם כך, אם נזכור שאם הפעוט יועבר לחסותם, אין אנו דנים עוד בפעוט בעל צרכים רגילים, אלא בפעוט שעבר disruption, מה שהופך אותו לפעוט בעל צרכים מיוחדים, ולהורות שהוא יזדקק לה, כהורות רגישה וטובה מעל הממוצע" (עמוד 13 לחוות דעת המומחים).

הם מגיעים למסקנה כי השארת הילד אצל ההורים המיועדים לאמץ היא "הברירה הפחות פוגעת" (עמ' 15 לחוות הדעת; עדות וייל, פרוטוקול מחוזי מיום 7.11.04, עמ' 166).

מבין העמדות הנוגדות של המומחים העוסקות בבחינת טובת הילד, נראית בעיני עמדתה של אופנהיימר המצדדת בהחזרת הילד למשפחתו הטבעית כעמדה העדיפה. זאת, מן הטעם כי מדובר בעמדה מקצועית הנשענת מלכתחילה על שיקולו ראוי של השיקולים המתנגשים, ובעשיית האיזונים נעשתה בחינה זהירה ושיקולה של

הסיכויים והסיכונים, של היתרונות והחסרונות, תוך הצגה כנה וישרה של הספקות, הקשיים, והלבטים השלובים באופן טבעי בהכרעה מקצועית כה קשה.

תפיסתה המקצועית של אופנהיימר נשענת על הנחת מוצא כי יש ליתן משקל נכבד לקשר ההורות הטבעי בהגדרת טובתו של הילד. יחד עם זאת, היא איננה מתעלמת מהקשיים ומהסיכונים שבניתוק הקטין מההורות הפסיכולוגית. היא משקללת את היתרונות והמגרעות הנלוות לכל אחת מהחלופות תוך איזון על פי מינונים וערכים התואמים את תפיסת מוסד האימוץ על פי חוק האימוץ ומושכלות יסוד של החיים. לעומתה, תפיסתם המקצועית של וייל וסימון בנויה על הנחה א-פרירורי כי משלב היווצרות קשר פסיכולוגי בין ילד להורים מאמצים, מתקיים נתון-יסוד השולל התערבות בקשר זה אלא בנסיבות יוצאות דופן וחריגות ביותר. חשיבות הקשר הביולוגי תופסת מקום מישני בראייתם המקצועית את טובת הילד. אי לכך, הפגיעה הצפויה מניתוק הקשר הפסיכולוגי עומדת במרכז שיקולם המקצועי. היתרונות לטווח ארוך העשויים לצמוח לילד מהחזרתו לחיק משפחתו הטבעית אינם נושאים משקל רב בניתוח המקצועי המובא על ידם.

שתי התפיסות המקצועיות שהובאו בהליך זה מבקשות את טובת הילד. כל אחת בוחנת את טובת הילד מנקודת מוצא מקצועית וערכית שונה. שוני זה בתפיסה מביא להבדל בניתוח הנתונים האובייקטיביים, ולמסקנות שונות בסופה של הדרך. העמדה לפיה ההורות הטבעית היא נקודת המוצא מבחינת טובתו של הילד היא התואמת את תפיסתו של חוק האימוץ ומוסד האימוץ. למותר לומר, כי נדרשת בחינת האפשרות לממש את הקשר הטבעי על רקע כלל הנתונים ונסיבות הענין. המומחית אופנהיימר בחנה את כל אלה, ותוך עירנות ומודעות לקשיים שבניתוק הקשר הפסיכולוגי והסיכונים הנלווים לכך, הגיעה למסקנה כי טובת הילד בענייננו היא בהחזרתו להוריו הטבעיים. ראוי להעדיף את חוות דעתה במסגרת מימוש "כח המשיכה הטבעי" של ההורות הביולוגית (כלשונו של השופט ברק בע"א 577/83, שם, עמ' 471-2).

טובת הקטין: עמדת האפוטרופא לדין

20. יש ליתן משמעות ומשקל לעמדת האפוטרופא לדין שמונתה לקטין בידי בית המשפט. עו"ד יששכר מונתה לתפקיד זה על מנת לייצג את ענייניו של הקטין בהליך שלפנינו. רצינות גישה, רמת האחריות ושיקול הדעת הזהיר והמקצועי שהפעילה במילוי תפקידה ראויים לציון מיוחד. עו"ד יששכר הגיעה למסקנה כי, חרף הקושי הצפוי לקטין כתוצאה מניתוקו מהוריו הפסיכולוגיים בשלב זה של חייו, ראייה כוללת

וארוכת טווח של טובתו מצדיקה את העברתו להוריו הטבעיים. במסקנה זו היא נשענת על טעמים חשובים הקשורים בגיבוש הזדהותו האישית עם משפחתו הטבעית, הקושי הצפוי לו בהתבגרותו אם ישאר ילד מאומץ, ובשים לב למצב בריאותו הקשה של האב המיועד לאמץ. חשיבות עמדתה של עו"ד יששכר ניזונה, בין היתר, מן העובדה כי היא מכירה מקרוב את המציאות בשטח, והתרשמותה נובעת ממפגש בלתי אמצעי עם הנפשות המעורבות בפרשה זו, ומראיית טובתו של הילד על רקע כל אלה.

לענין טובת הילד, אומר הנשיא בהחלטתו הראשונה בפרשה זו (בע"מ

6390/04, 6509/04 (טרם פורסם), פסקה 32):

"יש להכריע בין החלופות; יש להתחשב במכלול השיקולים העשויים להשפיע על חייו של הקטין. בית המשפט יניח כי טובתו של הקטין היא אצל הוריו הטבעיים. אך כנגד הנחה זו עשויות לבוא הוכחות כי יגרם לקטין נזק אצל הוריו הטבעיים, או כי יגרם נזק בנטילתו מהמבקשים לאמצו, או כי תצמח לו טובה מהישארות אצלם".

בענייננו, כפות המאזניים אינן מעויינות, אלא נוטות, לטעמי, בבירור, לעבר העדפת ההורות הביולוגית של הקטין. הפגיעה הנקודתית בניתוק הילד מהמסגרת הקימת אינה שקולה כנגד החשיבות שבהתחברותו למשפחתו הטבעית – התחברות שפירושה השתייכות טבעית למשפחה שממנה בא ועימה הוא מתמזג התמזגות טבעית (ראו: דנ"א 7015/94 היועמ"ש נ' פלונית, פד"י נ(1) 48, בעמוד 84). שלילת סיכוייו לגדול אצל הוריו הטבעיים עלולה להוות פגיעה עמוקה ומתמשכת לכל חייו, שניתן למנוע עוד בטרם עמד על דעתו.

גורלו של הילד אצל המשפחה המאמצת הוא טוב והקשר הפסיכולוגי בינו לבין הוריו המיועדים לאמץ הוא קשר יפה של אהבה, נתינה ושמחה. יחד עם זאת, בהיות ההורים הביולוגיים בריאים, מסוגלים לטפל בילד ורוצים בכך בכל מאודם, מכריע "קול הטבע". הפגיעה לטווח קצר שתיגרם מהניתוק אינה שקולה ליתרונות שבמענה לקול הטבע, וזו החלופה שראוי לנקוט בה מבחינת טובת הילד בנסיבות ענין זה.

זכויות האם הטבעית לחזור מהסכמה לאימוץ – טעמים מיוחדים

21. נסיבות מתן הסכמת האם לאימוץ ובקשתה לחזור בה מן ההסכמה מעמידות טעמים מיוחדים המצדיקים את עמדתה. נפרטם להלן.

נסיבות מתן הסכמה – התנהלות רשויות הסעד

22. נסיבות מתן הסכמתה של האם לאימוץ וחזרתה ממנה מעוררות קשיים לא מעטים באשר לדרך ההתנהלות ששותפות לה רשויות הסעד, אשר הביאה למהלכים הרי-גורל אלה. בתסקיר השירות למען הילד, שהוגש לבית משפט למשפחה ביום 22.5.03, בתמיכה לבקשה להכריז על הקטין כבר אימוץ, כתבו פקידות הסעד רחל מרום וטלי רון כדלקמן: כחודש לפני הלידה נפגשה האם עם פקידת הסעד ימימה גוטליב, והביעה רצונה למסור את הילד לאימוץ. כשבועיים לפני הלידה הוזמנה לפגישה בשירות למען הילד אך לא הגיעה. ביום 13.5.03 הודיעה עו"ס בית החולים על הלידה. ביום 14.5.03 נפגשה עו"ס טלי רון עם האם בבית החולים והיא הביעה רצונה לחתום על הסכמה לאימוץ באותה פגישה. עו"ס רון הזמינה את האם לשיחה בשירות למען הילד. ביום 18.5.03 נפגשו העובדות הסוציאליות עם האם בשירות למען הילד. לפגישה הגיעה גם אימה של האם ובקשה להאיץ את תהליך מתן ההסכמה לאימוץ, משום שבתה אינה מסוגלת להיות אם בשלב זה של חייה. התסקיר ממשיך ואומר:

"למרות זאת, נפגשנו עם האם בלבד שתי פגישות נוספות, והתרשמנו שהיא נחושה בדעתה למסור את הקטין לאימוץ, כי היא לא מסוגלת להיות לו אם בשלב זה בחייה. לדבריה, היא אינה מסוגלת לקחת אחריות ולהתחייב לגדלו. בכאב רב על אי יכולתה לגדל את הקטין בנסיבות חייה, ביקשה האם למסור את הילד למשפחה מאמצת. ביום 20.5.03 חתמה בפנינו על הסכמת הורה לאימוץ בשירות למען הילד.

האב: מסרבת למסור פרטים על האב פרט להיותו יהודי ולא קרוב משפחה."

מפירוט נתונים זה עולה כי האם חתמה על הסכמה לאימוץ כשבוע ימים בלבד לאחר הלידה.

בתסקיר שהוגש לבית משפט למשפחה על ידי פקידת סעד אורנה איזנברג ביום 28.12.03 מתואר תהליך מסירת הילד לאימוץ. היא מציינת את הפרטים הבאים ביחס לנסיבות מתן ההסכמה לאימוץ: למחרת לידתו של הקטין בקשה האם לחתום על היתור והסבירה זאת בפגישתה עם עו"ס טלי רון. טלי רון הסבירה לה כי עליה לעשות חשיבה נוספת בטרם תחתום על הסכמה בגלל סופיות המעשה. חרף הבקשה הנוספת של האם לחתום על הסכמה ב-18.5.03 בפגישה בשירות למען הילד, מצאו העובדות הסוציאליות להיפגש עם האם לפגישות נוספות. הן התרשמו ממסוגלותה ומטיפוליה המסור בתינוק בבית החולים, אולם האם עמדה על דעתה שאינה מסוגלת לקחת אחריות

על התינוק. ביום 19.5.03 הוזמנה פעם נוספת לפקידת סעד בשירות למען הילד. ב-
20.5.03 חתמה על הסכמה. בתסקירה מציינת גב' אייזנברג:

"פרידתה מהקטין תוארה על ידי עו"ס ביה"ח כסיטואציה קשה שהייתה מלווה בהתכווצויות גופניות. היא נותרה עם העו"ס מספר דקות ולאחריהן גייסה את כוחותיה ופנתה לדרכה. בבדיקה עם עו"ס מבית החולים עלה כי בשתי שיחות שניהלה איתה לאחר הלידה, היא הייתה נחושה בדעתה למסור את הקטין לאימוץ ללא כל הבעה של ספקות או התלבטויות לגבי החלטתה. גם בפניה טענה כי חשוב לה שיגדל במשפחה טובה ואמרה ש"לא מתאים לה לגדלו" (עמוד 6 לתסקיר).

המומחית אופנהיימר מתארת בחוות דעתה את מצבה הנפשי של האם בהקשר להריון ולכל מה שארע לאחר מכן כ- blackout, כניתוק רגשי וכתקופה המתאפיינת בכלבול, בה איבדה את שיקול הדעת שלה. לאחר שחלף זמן מה והיא השתחררה ממצוקתה, היא התייסרה ברגשות ובמחשבות, והתגבשה בה החלטה כי עשתה טעות וחשה צער ואשמה על הפגיעה שגרמה לאנשים רבים (שם, עמ' 7). האם עצמה העידה על מצבה הנפשי הקשה בבית המשפט לענייני משפחה. היא אומרת בעדותה:

"ש. את מציינת כי הגילוי שאת בהריון היכה אותך בתדהמה?
ת. מאוד.

ש. מתי שקעו הדברים? מתי הסתגלת לרעיון?
ת. אי אפשר להסתגל לרעיון תוך חודש אחד. הייתי שרויה במצב נפשי.. בהלם, בכלבול רב. זה נחת עלי כרעם ביום בהיר. גיליתי בעצם בשבוע 34 להריוני וזה מה שהרופא אמר, שאני בחודש שמיני, ומאותו רגע הכל היה הלם ובלבול וחוסר הבנה של כל דבר הכי קטן אפילו.

ש. איך נוצר הקשר שלך עם רשויות הרווחה?
ת. אחרי גילוי ההריון, לאחר מספר ימים, משהו בסביבות השבועיים, שלושה, שבהם הייתי שרויה באותו הלם ובלבול פניתי לעו"ס שביקשתי ממנה את עזרתה שתעזור לי ותנחה אותי מה לעשות. בצער רב היא אמרה לי שהיא לא יכולה לטפל בי ולעזור לי, והפנתה אותי לאשה בשם ימימה גוטליב...

ש. אמרת שפנית אליה כדי לקבל עזרה; איזה סוג של עזרה רצית?

ת. כל סוג של עזרה. עד אותה עו"ס לא פגשתי בעצם אף אדם מקצועי וביקשתי עזרה מסוג כל שהוא.
(פרוטוקול בית המשפט לענייני משפחה (להלן: משפחה) מיום 2.3.04, בעמוד 14).

ת. ימימה הגיעה לקבל פרטים על האב, מוצאו, על מראהו, על מחלות תורשתיות במידה ואני יודעת. על מצב בריאותי שלי ושל האב בכלל. זהו פחות או יותר. הפגישה היתה קצרה של חצי שעה או 40 דקות.

ש. ומה אמרת לה? מה ביקשת ממנה?

ת. סיפרתי לה את כל הסיפור, כשהיא בעצם שמעה כבר את הסיפור מהעו"ס באילת,

ש. מה ביקשת ממנה?

ת. בסופו של דבר אמרתי לה שאני מאוד מפוחדת, מבולבלת, ומתכוונת למסור את הילד לאימוץ. לכן, היא התחילה לקחת פרטים על האב. היא כתבה גם עלי מאיזה מוצא אני ומחלות תורשתיות אצלנו במשפחה. לא ממש הבנתי למה היא שואלת את כל השאלות, לאחר מכן היא אמרה לי שהיא צריכה את זה כדי למסור את זה הלאה.

ש. למה ביקשת למסור את הילד לאימוץ?

ת. (בוכה). חוסר הידיעה והזמן המועט שהיה לי לעכל, הבלבול הרב, העובדה שלא היה לי זמן להתרגל לבטן שלא היתה לי גם אחרי הגילוי, לעובדה שאני הולכת להיות אמא שזה לראשונה בחיי. לא ידעתי מה זה. פשוט לא חשבתי אז שאני מסוגלת, ... שאני יכולה לגדל את התינוק הנפלא הזה.

(פרוטוקול משפחה מיום 2.3.04, בעמוד 16).

ת. מיד לאחר הלידה לקחו את הילד ואותי למחלקת נשים, הייתי מאוד תשושה מיד לאחר הלידה, במחלקת נשים היה ערב, לילה, הלכתי לישון. ולמחרת בבוקר, כשהתעוררתי עשו לי את הבדיקות, במהלך אותו יום הגיעה העובדת הסוציאלית... היא שאלה איך עברה הלידה ואיך אני מרגישה; אם אני רוצה לראות את התינוק. אמרתי לה שכן, ולא ידעתי שמותר לי בשל הידיעה שהוא מועמד לאימוץ. מרגע שהיא נתנה את הסכמתה, עליתי לתינוקיה ושם נשארתי. באותו לילה גם כל מחלקת הנשים חיפשו אותי בכל בית החולים כי חשבו שנעלמתי. ידעו שאני אחרי לידה, עד שהודיעו להם מהתינוקיה שאני שם. לא עזבתי אותו מאז. (בוכה).

(פרוטוקול משפחה מיום 2.3.04, בעמוד 18).

ביהמ"ש: הנקת?

ת. ניסיתי.

(פרוטוקול משפחה מיום 2.3.04, בעמוד 19).

ת. הם ניסו למנוע ממני את המסירה. הם שאלו אותי שאלות של למה אני חושבת שאיני יכולה לגדל את הילד בעצמי, שאלות רבות כגון, איך אני רואה משפחה בעיניים שלי, סוג כזה של שאלות.

ש. בכל הפגישות עמדת בתוקף על דעתך שאת רוצה למסור את הילד לאימוץ?

ת. למה בתוקף? אמרתי שאני עדיין מבלבלת ומפחדת
 ושאיני מפחדת שאני לא אהיה לו טובה מספיק?
 ש. ושאת רוצה למסור אותו לאימוץ?
 ת. זה המעשה שעשיתי. כן.
 (פרוטוקול משפחה מיום 2.3.04, בעמוד 22).

אין ספק כי האם נתנה את הסכמתה לאימוץ מדעת. היא הביעה את רצונה בכך
 הן לפני הלידה והן בסמוך מיד לאחריה. אולם היתה זו הסכמה שניתנה מתוך יאוש,
 במצב של סערת נפש ובלבול יוצרות שלא הניחו לה להפעיל שיקול דעת מתוך הערכה
 מושכלת של משמעות הויתור על הילד. נסיבות לידתו היו קשות מבחינתה. הוא בא
 לעולם מחוץ לנישואין, בלא תכנון מוקדם, כאשר יחסי האם עם האב אותה עת היו
 בלתי יציבים. משבר הפחד וחוסר המוכנות הנפשית לשאת באחריות לגידול הילד
 בנסיבות קשות אלה השתלטו על האם והניעו אותה למעשה הויתור. מבחינת רשויות
 הסעד, נטילת הסכמתה של האם לאימוץ כשבוע ימים בלבד לאחר הלידה היתה
 מוקדמת מדי על פי כל אמת מידה שהיא, וזאת גם בהינתן העובדה כי פקידות הסעד
 ניסו להניא את האם בימים שלאחר הלידה מצעד זה. כדי לעמוד על יסוד הוודאות
 וההחלטיות בהסכמת האם לאימוץ, היה מקום להמתין תקופה סבירה לאחר הלידה
 בטרם תילקח הסכמת האם ובטרם יוחל בהליכי אימוץ על פיה. רק הסכמה שהיתה
 ניתנת כעבור זמן ראוי היתה עשויה לשקף את הוודאות וההחלטיות הנדרשים לצעד
 הרה גורל כזה. אולם לשירות למען הילד אצה הדרך. אף שפקידות הסעד עמדו על
 הפיצול הנורא שנחשף בין רצונה המוצהר של האם למסור את הילד לאימוץ מחד, לבין
 דבקותה הפיסית בתינוק שהביאה אותה להיצמד אליו ולא לעוזבו במשך כל ימי
 הימצאו בבית החולים, הן לא נמנעו מלקבל את הסכמתה לאימוץ אך שבוע לאחר
 הלידה. מיד לאחר מכן הוחל בהליכי האימוץ. על הזריזות הרבה שבה פועלות רשויות
 הסעד בענין זה דברה פקידת הסעד אייזנברג בעדותה בבית המשפט למשפחה:

”ש. כלומר, היא ניתקה אתכם קשר (כשבועיים לפני
 הלידה), היא בביה”ח לא עזבה את התינוק, זה לא
 הדליק אצלכם נורות אדומות?
 ת. אייזנברג: זו הסיבה שלא החתימו אותה בביה”ח ולא
 הסכימו לקבל ממנה חתימה לאחר שהיא הגיעה יום
 לאחר שחרורה, יומיים וגם שבוע. זו הסיבה. בדרך כלל
 כשאינ לנו ספיקות, החתימה נלקחת מיידית כדי לחסוך
 לילד שהות מיותרת שלא במסגרת הורית.

...

ש. מדוע נפגשתם איתה ב – 18, 19, 20 ובין המפגשים
 האלה לא נתתם מרחב זמן לעכל את זה?
 ת. התשובה היא שהאמא שלה שאלה מדוע אנו
 מטרטרים אותה, ושנחתים אותה כבר ושהיא יודעת

שהיא לא מסוגלת להיות אמא והיא עצמה לא מוכנה לעזור לה.

...

היא ילדה ב – 12.5. חתמה כעבור כ – 6 ימים. כאן המתינו, כי היא התנהגה בחום לילד בביה"ח. ש. זאת אומרת 6 ימים "זה המתינו"? ת. המתינו עד ה – 20. המתינו 8 ימים.

...

ש. מה היה כל כך דחוף למסור את הקטין תוך 5 ימים? ת. ה – 27 זה 13 יום לאחר שהוא נולד. לפי תפיסתנו חשוב מאוד כל רגע שהוא יהיה עם הורים ואין שום סיבה להחזיקו בבית חולים. ברגע שקיבלנו אישור ביהמ"ש, העברנו אותו. (פרוטוקול משפחה מיום 19.4.04, עמודים 72, 73, 76).

העמדה המובעת בתסקירה של הגב' איזנברג היא מוקשה. חלוף ימים ספורים מאז הלידה ועד לחתימה על הסכמה לאימוץ היא, לכל הדעות, תקופה קצרה מדי לגיבוש ויתור שיהיה בו מסממן הוודאות וההחלטיות הנדרש בנסיבות הענין. הקושי מתעצם נוכח מודעותם הכללית של הגורמים הטפוליים בדבר מסוגלותה של האם לגדל את ילדה בעצמה, ונוכח התמיהה שתמהו בדבר החלטתה הנחרצת, כביכול, של האם לותר על ילדה, כפי שציינה איזנברג בתסקירה מיום 28.12.03: "לכל אנשי הטיפול שפגשו בה היתה תמוהה החלטתה הנחרצת" (עמ' 15 לתסקיר). נסיבות מתן ההסכמה לאימוץ כאמור מצביעות על פניהן, על חוסר בשלות ההסכמה ועל העדר ביסוס וודאי מספיק לויתור. מצב דברים זה תומך בבקשת האם לחזור בה מן ההסכמה, בבחינת טעם מיוחד, כאמור.

מסוגלות הורית ונסיבות מהותיות חדשות כטעם מיוחד לחזרה מהסכמה

23. לנסיבות הבאות משקל בבחינת טעמים מיוחדים לחזרה מהסכמת האם לאימוץ: מסוגלות האם לטפל בילד לא עמדה בספק מעולם. מהלך הדברים מעיד, על פניו, כי ההסכמה לאימוץ ניתנה במצב משברי. האם הרתה מחוץ לנישואין. מערכת יחסיה עם האב היתה בלתי מוגדרת בעת ההריון והלידה. היא היתה אחוזת פחדים ואימה כי לא תוכל לשאת באחריות לגידול הילד בעצמה ופחד זה הכניע גם את רגשות האמהות האינסטינקטיביים שבקרבה. נדרש זמן ולו זמן קצר, כדי שהאם תחזור לעצמה ותתעשת ותאזור כח לראות את המציאות במבט מפוכח ורציונלי, ולהבין כי לא רק שתוכל לעמוד במשימה, אלא ששוב לא תוכל להסכין עם המחשבה כי ילדה ילקח ממנה. היא הודיעה לרשויות הסעד על רצונה לבטל את הסכמתה כשלושה חודשים ממועד מתן הסכמתה לאימוץ. מאז היא יצרה קשר עם האב; היא חזרה להיות בקשר עמו, והם חיים יחדיו בקשר של זוגיות. היא הרתה פעם נוספת לבן זוגה ובעת הדיון

בפנינו ציפתה ללידת תינוקת נוספת שתהיה אחות לקטין; המשפחות המורחבות של שני ההורים הטבעיים נרתמו למאבק להחזירו אליהם והן נכונות לסייע בגידול הילד. המומחים שבחנו את הענין הטילו בתחילה ספק ביחס לקשר בין האם לאב, אולם כיום נראה כי השניים שותפים לרצון לממש את הורותם לילד והציפייה ללידת תינוק משותף נוסף מעידה אף היא על קיומו של קשר אמיתי ושותפות גורל ביניהם. גם אם בסופו של דבר קשר הזוגיות ביניהם לא יחזיק מעמד, רצונה והחלטתה של האם נחויים לגדל את הילד גם כאם חד-הורית, ומסוגלותה לכך אינה מוטלת בספק. כך מתארת האם בעדותה את התהליך שעברה מאז נתנה את הסכמתה לאימוץ ועד שהודיעה על חזרתה מההסכמה:

"במהלך כל החודשיים וחצי הללו, בעצם התעוררתי והלכתי לישון עם אותו ריק, סיוט, אפשר לקרוא לזה, שאין לי את הילד שלי ושאני לא אוכל ל... ושאני רוצה להיות האמא, וכל מה שאני רוצה זה להיות לו לאמא. ... תחושת החרטה שהביאה אותי להחלטה זה היה אחרי שהבנתי את היכולות שלי לתפקד כאמא ואת כל מה שלא ראיתי אז כשעמדתי באותה סיטואציה של ההלם והבלבול. צלילות הדעת שלי חזרה לעצמה ויכולתי במהלך כל החודשיים וחצי האלו לעכל את המעשה. מה שהביא אותי להחלטה הסופית לפעול לקבל את הילד חזרה..." (פרוטוקול משפחה מיום 2.3.04 בעמ' 29-30).

המומחית אופנהיימר מתייחסת למערכת היחסים הזוגית ולתמיכה לה זוכים ההורים הטבעיים בחוות דעתה:

"בכל המפגשים שלי עם שניהם ניכרה תמיכה הדדית, התחשבות, הקשבה זה לזה ואהדה. הם מתארים קשר תומך מצד המשפחה המורחבת... האם נמצאת בקשר טלפוני יום יומי כיום עם אמו של האב, וקשר קרוב מאוד ויומיומי עם אמא שלה... הם מתארים כמו כן תמיכה וסימפטיה שמקבלים מחברים. שניהם מלאי התלהבות ואהבה כלפי הילד. מתכווננים לקבלת הילד בלימודים והדרכה במכון "תפנית" אצל הפסיכולוג זאב פלג, על התפתחות הילד, הכנה להורות, יעוץ זוגי, וכן קוראים חומר על גידול ילדים בגיל הרך" (שם, עמוד 3).

דברים אלה נכונים ביתר שאת כיום, לאחר שההורים הטבעיים מתגוררים יחדיו ומצפים לילדה נוספת.

גישה אחרת נקטה פקידת הסעד אורנה איזנברג בתסקירה. התסקיר נערך בתגובה לבקשת האם לחזור בה מהסכמתה ובו מביעה איזנברג עמדה שלילית בנוגע לאפשרות זו.

סיכום הדברים:

24. ישנם טעמים מיוחדים במשמעות סעיף 10 לחוק האימוץ להכיר בזכותה של האם לחזור בה מהסכמתה לאימוץ, בהינתן נסיבותיו המיוחדות של הענין. ראשית, ההסכמה ניתנה ונתקבלה על ידי רשויות הסעד מוקדם מכפי שסביר היה לעשות בנתוני המקרה. הויתור נעשה מלכתחילה, בעת משבר, בתנאים קשים של לידה שלא במסגרת נישואין; הסכמת האם נתקבלה על ידי רשויות הסעד סמוך מדי לאחר הלידה, בלא שניתנה שהות מספקת לבחינת החלטיות דעתה של האם. החזרה מההסכמה נעשתה תוך זמן קצר – 3 חודשים מאז ניתנה. במהלך תקופה זו נוצר קשר מחודש בין שני ההורים הטבעיים, וכיום הם מקיימים קשר זוגיות, והאם מצפה ללידת תינוקת נוספת; אין חולק על מסוגלותם של האם והאב לגדל את הילד. לכל הנתונים הללו מצטרף הגורם המכריע בחשיבותו – הוא קשר הדם והזכות הטבעית של הורה לגדל את ילדו.

האב – תנאים לביטול הכרזת הקטין כבר-אימוץ לגביו

25. הקטין בענייננו הוכרז בר-אימוץ ב-1.6.03 כלפי אביו הלא-ידוע. ההכרזה נעשתה על פי סעיף 13(1) לחוק האימוץ הקובע כי בית המשפט רשאי להכריז על קטין כבר-אימוץ מקום "שאינן אפשרות סבירה לזהות את ההורה, למצאו או לברר את דעתו". (להלן – "הורה נעדר"). הוראה זו מופעלת, לא אחת, מקום שהאם אינה יודעת או אינה מוכנה למסור את זהות אבי הקטין כפי שארע כאן. הוראת חוק זו מאפשרת הכרזת קטין כבר-אימוץ כלפי אביו גם ללא ידיעת האב על הלידה ובלא ביורר שאלת הסכמתו.

האפשרות להכריז על ילד כבר-אימוץ כלפי אביו הנעדר כרוכה בקושי מובנה: מן הצד האחד, המשפט ובתי המשפט מכירים בזכותה של האם שלא לגלות את זהות האב אם אינה רוצה בכך ואין כופין אותה לעשות כן. מן הצד האחר, העדרות האב עשויה היא עצמה להוות עילה לפתיחת הליכי אימוץ (ע"א 29/74 פלוני ופלונית נ' היועמ"ש, פד"י כח(2) 169, 173). גישה זו, המשקפת הבנה לזכות האם לפרטיותה, מותירה מן העבר האחר וללא הגנה ראויה, את זכותו הטבעית של הילד כלפי אביו, ואת זכותו של האב הטבעי לממש את הורותו. יש, איפוא, לאזן בין זכותה של האם לפרטיות עם הגנה מינימלית על זכותו של האב הטבעי לממש את הורותו בנסיבות בהן הוכרז ילדו כבר אימוץ מבלי שהוא ידע על הולדתו, ומקום שלא היתה מצידו התנהגות

מחדלית כלשהי אשר בעטייה נתאפשר להתחיל במהלכי האימוץ בלא נוכחותו. בהקשר להכרזת קטין בר-אימוץ בעילה של אב לא נודע יש לזכור כי מדובר בזכות הורות טבעית, הנשללת באקט של המדינה בנסיבות בהן עשוי להיות שאדם כלל אינו יודע על כך, ולא נשאל להסכמתו. על הקלות הבלתי נסבלת שבנקיטת הליכי אימוץ ביחס לאב בלתי נודע ובלא חובת חקירה ודרישה של הרשויות אחר זהותו, ראו שיפמן (שם, עמ' 296-7) איתמר ורהפטיג, אב ובנו (מחקרי משפט טו, תש"ס, עמ' 479).

במסגרת השיקולים לביטול הכרזת קטין כבר-אימוץ כלפי אב נעדר יש להניח כהנחת מוצא שחוק האימוץ מקנה גם לאב הלא נשוי זכויות הורה טבעי, הזכאי להתנגד לאימוץ. אב שאינו נשוי לאם, ונעדר בעת מתן הכרזת בר-אימוץ ולא ידע על לידת בנו ולא הסכים להליך אימוצו עומדת לו עילה לביטול ההכרזה שניתנה כלפיו כאמור, בכפוף להתקיימותם של תנאים מסוימים. בדומה לאמות המידה שיש להפעיל בשיקולי חזרה מהסכמה לאימוץ, כך גם לענין ביטול הכרזת בר-אימוץ, מידרג השיקולים הוא כדלקמן: בראש וראשונה נבחן היבט טובת המאומץ על רקע שינוי הנסיבות שחל בינתיים במערך חייו עקב הכרזתו כבר-אימוץ. בהקשר זה יש לתת משקל רב למערכת הנפשית- הרגשית שנוצרה בינתיים אצל הקטין ביחס לסביבתו החדשה. כחלק משיקולי טובת הילד יש להתחשב בשינוי הנסיבות שנוצר עקב היוודע זהות האב, והבעת רצונו לגדל את הילד. יש לכך השלכה ישירה על טובת המאומץ. יש לכך גם משקל עצמאי ביחס לזכותו של האב לממש את הורותו הטבעית (דברי הנשיא ברק בבע"מ 6930/04; 6509/04 פסקה 33). אולם זכותו העצמאית של האב הופכת עתה להיות מישנית. ניתן משקל גם לציפייה הטבעית של ההורים המאמצים, אשר מגדלים את הילד בביתם, ומשפיעים עליו רוב חום ואהבה.

ניתוח שיקולי טובת הילד וזכויות ההורה הטבעי בהקשר לבקשה לביטול צו בר-אימוץ כלפי אב שזהותו לא נודעה דומה עד מאד לשיקולים בבחינת חזרת האם מהסכמתה לאימוץ. במושג טובת הילד נבלע הצורך בגידולו בחיק ההורה הטבעי. זכויות ההורה הטבעי לגדל את ילדו מוכרות אף הן, והנסיבות בהן הוצא צו בר אימוץ בלא ידיעתו על דבר הלידה מצדיקות מתן משקל נכבד להכרה בזכותו להביא לביטול ההכרזה, אלא אם כן עלול הדבר לגרום נזק ארוך טווח לילד עקב ניתוקו מהמשפחה המיועדת לאימוץ. על החשיבות הגדולה בקשר הטבעי בין האב הביולוגי לילדו עמד בית המשפט בארצות הברית באומרו:

"The significance of the biological connection is that it offers the natural father an opportunity that no other male possesses to develop a relationship

with his offspring. If he grasps that opportunity and accepts some measure of responsibility for the child's future, he may enjoy the blessings of the parent-child relationship and make uniquely contributions to the child's development. If he fails to do so, the Federal Constitution will not automatically compel a State to listen to his opinion of where the child's best interests lie". (Lehr v. Robertson, 463 U.S. 248, 262 (1983)).

בארצות הברית התפתחה דרך מעניינת להגנה על זכויות אבות לילדים הנולדים מחוץ לקשר הנישואין באמצעות הקמתם של מרשמים רשמיים המיועדים לאבות מיועדים מחוץ לנישואין (*Putative Father Registries*). החל בשנות השבעים, בית המשפט העליון בארצות הברית הרחיב את ההכרה בזכויות אבות לא נשואים לילדיהם. בענין אחד פסל בית המשפט העליון חוק של מדינת אילינוי אשר קבע כי ילדים שנולדו מחוץ לנישואין יוכרזו כיתומים ויועברו לטיפול המדינה במקרה של מות האם, ללא עריכת שימוע לאב. בכך הכיר בית המשפט בזכויות הורות של אב לא נשוי כלפי ילדו שנולד מחוץ לנישואין (*Stanley v. Illinois*, 405 U.S. 645 (1972)). בעקבות אותו מקרה הקימו מדינות רבות בארה"ב את אותם מרשמים רשמיים. מרשמים אלה מאפשרים לאבות לא נשואים, המאמינים בהסתברות קרובה כי אפשר שהם הורים לילדים מחוץ לנישואין, להירשם במירשם ובכך לקנות לעצמם זכות מעורבות במהלכים שיפוטיים הנוגעים לילדם.

במקרה אחר, קבע בית המשפט באילינוי כי יש להשיב ילד בן ארבע לאביו הטבעי שלא היה נשוי לאם, חרף רצונה של האם למסור אותו לאימוץ:

"An unwed father who was both fit and willing to take on the responsibility of raising his child had a right superior to all others, except the birth mother to the care, custody and control of his child. Moreover, such a fit and willing father had the absolute right to block the adoption of his child, notwithstanding the birth mother's desire to place the child with an adoptive family" (*In re Kirchner*, 649 NE.2d 324 (Ill. 1995)).

סביר להניח כי מקום שהאם מבקשת אף היא לקטוע את הליך האימוץ, ולהחזיר את הילד אליה, יגבר משקל זכותו של האב לממש את הורותו הטבעית כלפי ילדו.

גם בפסיקת בית הדין האירופי לזכויות אדם ניתן למצוא דוגמאות להכרה בזכויות ההוריות של אב לא נשוי, וזאת בהתבסס על סעיף 8 לאמנה האירופית בדבר זכויות אדם. פסק הדין בענין *Gorgulu v Germany* עוסק בזכותו של אב טבעי לקבל משמורת על בנו שנמסר לאימוץ על ידי האם, מיד לאחר הלידה וללא הסכמתו. בית הדין האירופי קבע כי בכך שנמנע ממנו לראות את בנו נפגעה זכותו על פי סעיף 8 לאמנה, ודבריו ישימים ביותר לענייננו:

"The court concedes that an instant separation from C's foster family might have had negative effects on his physical and mental condition. However, bearing in mind that the applicant is C's biological parent and undisputedly willing and able to care for him, the court is not convinced that the Naumburg Court of Appeal examined all possible solutions to the problem. In particular, that court does not appear to have examined whether it would be viable to unify C and the applicant under circumstances that would minimize the strain out on C. Instead, the Court of Appeal apparently only focused on the imminent effect which a separation from his foster parents would have on the child, but failed to consider the long-term effects which a separation from his natural father might have on C. The solution envisaged by the district court, namely to increase and facilitate contacts between the applicant and C, who would at an initial stage continue to live with his foster family, was seemingly not taken into consideration. The court recalls in this respect that the possibilities of reunification will be progressively diminished and eventually destroyed if the biological father and the child are not allowed to meet each other at all, or only so rarely that no natural bonding between them is likely to occur (*K and T v Finland* [2001] 2 FCR 673 at 707 (para 179))". (*Gorgula v. Germany*, App. no. 74969/01, European Court of Human Rights (Third Section) [2004] 1 FCR 410, para . 46).

עם זאת, גם באותו ענין הובהר כי באיזון השיקולים, לטובת הילד מעמד בכורה גם ביחס לזכויות ההורים הטבעיים:

"Article 8 requires that the domestic authorities should strike a fair balance between the interests of the child and those of the parents, and that, in the balancing process, particular importance should be attached to the best interests of the child which, depending on their nature and

seriousness, may override those of the parents. In particular, a parent cannot be entitled under article 8 of the Convention to have such measures taken as would harm the child's health and development" (שם, para. 43).

זכותו של אב טבעי לבטל הכרזת בר אימוץ של ילדו אשר ניתנה מבלי שידע על הלידה ובלא שנשאל להסכמתו נבחנת על פי מכלול הנסיבות. אי הידיעה על עצם הלידה, התנהגותו תמת הלב של האב לאורך כל התהליך, תגובתו והתנהגותו מעת שנודע לו על לידת בנו, משך הזמן שחלף מאז מתן הכרזת בר-אימוץ ועד לבקשה לבטלה, לכל אלה ינתן משקל. אולם ברקע כל אלה עומדת זכותו הטבעית של האב לממש את הורותו. זכות זו כפופה לשיקולי טובת הקטין, והמהלכים שארעו בעקבות הכרזתו בר-אימוץ. משקל מסוים ינתן גם לציפיות ההורים המיועדים לאמץ.

ביטול הכרזת בר-אימוץ כלפי האב – מן הכלל אל הפרט

26. הקטין הוכרז בר-אימוץ כלפי אביו לאחר שהאם סרבה לגלות את זהות האב. האם הסבירה בבית המשפט כי "לא רצתה להפריע לו בחייו". לשאלה שנשאלה השיבה, "באותו רגע לא חשבתי. דעתי לא היתה צלולה. לאחר הלידה ידעתי שיש לו זכות מלאה לדעת שהוא האבא, ולכן נפגשתי איתו וספרתי לו" (פרוטוקול משפחה מיום 2.3.04, עמ' 24). באותו דיון היא מתייחסת לפגישה בה גלתה לאב על הולדת הילד ועל אימוצו ואומרת:

ש. כאשר נפגשתי עם אבי הקטין וסיפרתי לו על הקטין ועל החתימה שלך למסור אותו לאימוץ, מה היתה תגובתו?
 ת. הלו. הוא היה בהלם. הוא לא ידע שאני הייתי בהריון כלל...
 אחרי ההלם היה כעס, כי החלטתי החלטה קשה ובעלת משמעות רבה והחלטתי אותה עבור שנינו מבלי לתת לו את הזכות להביע את דעתו. אבל כל זה השתנה כשהוא הבין שיש לו ילד ושהוא רוצה אותו.
 ש. מה זאת אומרת רוצה אותו?
 ת. הוא רוצה לגדל אותו בדיוק כמוני (האב בוכה).
 (פרוטוקול משפחה מיום 2.3.04, בעמ' 29-30).

בקשת האב לביטול הכרזת הקטין כבר אימוץ הוגשה ביום 10.2.04 בבקשה נכתב כי נודע לו אודות לידת הקטין ומסירתו לאימוץ מאז חודש אוגוסט 2003 בעקבות שיחתו עם האם. לטענתו, הוא לא ראה לנכון לפתוח בהליכים משפטיים מצידו, שכן האמין כי עורכת הדין מטעם הסיוע המשפטי מטפלת בענין מטעם שני ההורים, והוא שנפגש מספר פעמים עם פקידות הסעד והבין מהן כי הילד יועבר אליו

ואל האם. האב מוזכר גם בבקשת האם לחזרה מהסכמתה לאימוץ שהוגשה ביום 9.10.03, אף שאינו מתואר שם בתורת מבקש. בבקשתה נאמר, בין היתר: "המבקשת הודיעה לאבי הקטין על כי הרתה לו וכי ילדה לו בן אשר נמסר לאימוץ. על אף ההלם והתדהמה שחש האב מן ההודעה, הוא מבקש כיום ליטול חלק פעיל בחייו של בנו" (פסקה 15 לבקשה).

מן החומר עולה כי לאחר שנודע לאב על הולדת הקטין, הוא שיתף פעולה עם האם במאבק להחזרתו, נכח בכל פגישותיה עם פקידות הסעד (פרוטוקול משפחה מיום 2.3.04, בעמוד 34).

היועץ המשפטי לממשלה והשירות למען הילד נקטו מתחילה עמדה שלילית לגבי בקשת האב (פרוטוקול משפחה מיום 10.2.04 עמ' 2). גם בתסקירים שהוגשו מטעם השירות למען הילד, אשר נערכו על ידי גב' אייזנברג, מובעת עמדה שלילית עיקבית לגבי יכולתו ומוכנותו של האב לקבל את הקטין למשמורתו ולטפל בו כראוי. בתסקיר מיום 15.4.04 שהוכן על פי החלטת בית המשפט לצורך הערכת יכולתם של ההורים הטבעיים לגדל את הקטין מתארת אייזנברג התנהגות תוקפנית של האב כלפי המאבטחת בכניסה לבנין השירות. בהמשך, לגבי שיחתה עמו היא כותבת "ניסיונותי החוזרים במהלך הפגישה להעלות תכנית מפורטת, לדבר על כוחות וצרכים וקשיים צפויים, לא העלו דבר חדש. מר ... חזר על משפטי מפתח כמו "הילד יהיה איתי ועם אמא שלו, או איתי ועם אמא שלי". "הוא יגדל וזהו". עשיתי ניסיון נוסף לדבר על קשיים צפויים, מר ... אמר שאפעיל את דמיוני". בסיכום התסקיר כותבת אייזנברג "איני רואה את האב ו/או המערכת ערוכים נכונה לקבלת התינוק כפי שהדברים עומדים היום".

ביום 4.5.04 העיד האב בבית המשפט למשפחה ונשאל, בין היתר, אודות מעשיו מאז נודע לו אודות לידת הקטין. לשאלה מתי נודע לו ענה:

"בסוף יולי. סוף יולי תחילת אוגוסט... בערב שבו היא סיפרה לי. היא הסבירה לי שהיא התחילה את התהליך המשפטי, שיש לנו עו"ד שמייצג את שנינו, וקיבלה ממני באותו ערב שהיא סיפרה לי את כל התמיכה ושיתוף הפעולה. ומאותו ערב שנינו ידענו שאנו ביחד, אין לנו שום דבר אחר לעשות חוץ מלהחזיר את הילד" (פרוטוקול משפחה מיום 4.5.04, בעמוד 98).

ש. מאותו יום שבו סיפרה לך ... על הילד, מה עשית כדי להחזיר את הילד?

ת. מאותו יום אני עושה רק דבר אחד.

...

בית המשפט: מה? מה עשית מרגע שנודע לך? פנית לעו"ד לסיוע משפטי? למשרד הפנים? לביהמ"ש? לעו"ס?

ת. נפגשתי עם העו"ס של השירות.

ש. מתי נפגשת איתם?

ת. כחודשיים אחרי הגילוי

ש. מה עשית במהלך החודשיים?

ת. ... אני ו... היינו בידיעה שיש עו"ד רציני שמטפל בתיק והתחלנו לפעול בהתאם למה שביקשו מאיתנו.

נפגשנו עם העו"ס, היו ביקורים בביתנו,

ש. זה אחרי חודשיים שנפגשתם עם העו"ס. מה עשית

במהלך החודשיים ברגע שנודע לך..

...

ת. אני יכול להוסיף את מה שאמרתי. באמת שבוע לפני הדיון ראינו שהעו"ד לא עושה מספיק. היא לא דיברה איתנו מספיק, לא נפגשה איתנו, והחשש שלנו לחוסר ההכנה והעבודה הזאת, הביא אותנו להיפגש איתה שבוע לפני ולאמת את חששותינו. עד אז, כשלא אמרו לנו להיפגש עם עו"ס, עשינו הרבה בנושא חיזוק הקשר שלנו יום וליילה של עיבוד העניין, עיכול העניין, התחזקות, להתקרבות, התכוננות. התחלנו להתכונן לילד שיחזור וזה מה שעשינו.

(פרוטוקול משפחה מיום 4.5.04, בעמודים 100-99).

(הדגשות לא במקור).

בניגוד לתסקירים השליליים שהוגשו מטעם השירות למען הילד, חוות דעתה של המומחית אופנהיימר לגבי האב הייתה חיובית ביותר: היא מדברת ביכולותיו האינטלקטואליות, ויכולתו הנפשית ליצור קשר עם הזולת. היא התרשמה מאהבתו לילד ומיכולתו ליצור קשר עמו. היא הסיקה כי יש לו יכולות הוריות, וכי כשירותו כהורה טוב לקטין מוכחת מהנתונים שבפניה. מאז מתן ההחלטה המבטלת את הכרזת הקטין כבר אימוץ כלפי האב ביום 16.3.04, ועד שניתנה החלטה על העברת הקטין למשמורתו ביום 7.6.04, עברו כחודשיים וחצי. לאורך תקופה זו, ואף לפני כן, הוגשו מספר תסקירים לגבי האב, וכן הוגשה חוות דעת המומחית אופנהיימר. בית המשפט למשפחה בחן את יכולתו של האב לטפל בקטין, ואת רצינות כוונותיו והשתכנע במסוגלותו ובכנות כוונותיו.

אמנם, נדרש פרק זמן שבגידרו עבר האב תהליך של הפנמת הידיעה על הולדת בנו וגיבוש רצונו לממש את הורותו. הוא התמודד עם עוצמתן של הנסיבות החדשות בחייו וקיבל את החלטתו. הוא נרתם למאבק משותף עם האם, סיפר להוריו, ומימש חיי זוגיות עם האם, כפי שמתארת הגב' אופנהיימר בחוות דעתה:

"האב מתאר את השינוי שחל בעולמו לאחר שהתגלה לו על לידת בנו. ביחד עם הכעס והבלבול, הנושא החל לתפוס את המקום המרכזי בחייו. הוא מספר כי מתמיד היתה לו קירבה לילדים, בשל הדרך והמקום שבהם גדל, והיה לו מיידית רצון להתקשר לילד. "שום דבר אחר כבר לא היה רלבנטי". הקשר עם החברה שעמה גר הסתיים, למרות שנמצאים בקשר חברי גם היום. הוא רואה היום את האם כשותפתו לגורל, ובת זוג" (עמ' 8 לחוות הדעת).

מכלול הנסיבות כפי שתוארו מצביעות על כך שיש לתת משקל משמעותי לבקשת האב לבטל את הכרזת הקטין כבר-אימוץ שניתנה כלפיו. מעבר לכל, עומדת זכותו כהורה טבעי לממש את הורותו לילדו; בצד זכות זו, עומד תום לבו לאורך כל הדרך. ההכרזה ניתנה כאשר לא ידע על ההריון והלידה. כאשר התברר לו הדבר, ובתוך פרק זמן קצר, גיבש את רצונו ההחלטי לקבל לחזקתו את הילד ולגדלו. יתר על כן, הוא חידש את הקשר עם האם בחיי זוגיות, והם אמורים להביא ילדה נוספת לעולם שתהיה אחות לקטין וביחד יהיו למשפחה. הוא לוקח אחריות מלאה לחינוך הילד, ונתמך במשפחה מורחבת הנותנת חיזוק ועזרה. ביחד עם האם, נראה כי יוכל לגייס את המשאבים האנושיים המיוחדים הנדרשים לגידול הילד לאור צרכיו המיוחדים הצפויים עקב ניתוקו מהמשפחה המאמצת. לאור האמור, יש משקל משכנע רב בבקשתו של האב לבטל את הכרזת הקטין כבר אימוץ כלפיו, שניתנה בהעדרו ובלא ידיעתו.

ציפיות ההורים המיועדים לאמץ

27. הקטין נמצא בחזקתם של ההורים המיועדים לאמץ מזה קרוב לשנתיים. הם מטפלים בו במסירות ובאהבה גדולה. במערך השיקולים אם להחזירו להוריו הטבעיים או להשאירו במשפחה המאמצת, יש לתת משקל יחסי גם לציפיות ההורים המיועדים לאמץ שנפשם נקשרה בנפש הילד, ותקוותם הגדולה היא להיות לו הורים לתמיד. אף שאין להם זכות משפטית להחזיק בילד בשלב זה של ההליך, ובטרם ניתן צו אימוץ, יש להם אינטרס שיש להתחשב בו, המצוי שלישי במידרג השיקולים לאחר שיקולי טובת הילד וזכותם המישנית של ההורים הטבעיים למימוש הורותם. (ע"א 577/83 שם, עמ' 471; בע"מ 6930/04, 6509/04 פסקה 34).

בענייננו, ההורים המיועדים לאמץ הם טובים ומיטיבים לילד. הם נותנים לו בית חם ואוהב, ומשקיעים בגידולו את מלוא נשמתם; אין חולק כי הם מספקים לילד הורות פסיכולוגית במשמעותה החיובית ביותר. הילד שמח וטוב-לב בביתם.

רבות דובר בפסק דין הרוב בבית המשפט המחוזי במחלתו של האב המיועד לאימוץ, ובסיכון הבריאותי שבו הוא מצוי, המשפיע גם על תוחלת חייו. אין להקל ראש בקושי האמור; אולם הייתי מהססת מלייחס לגורם זה משקל מכריע בבחירה בין החלופות השונות לענין גורלו של הילד, בין להחזרתו למשפחתו הטבעית ובין להשאתו במשפחה המאמצת. החיים אינם מארג וודאי של יתרונות ונקודות אור בלבד; כל מסגרת חיים מביאה עמה אי וודאות לגבי העתיד, צפויים קשיים, מורדות ועליות, טרגדיות ושמחות. אדם נתון לגורלו בלא שניתן לחזותו מראש. לפיכך, מרכז הכובד של שיקול הדעת בענייננו צריך להתמקד בנתונים הקיימים, ובהם יש להדגיש את גרעינה היסודי החיובי של המשפחה המאמצת, ותרומתה החשובה לגידולו והתפתחותו היפים של הילד. מחלתו של האב אינה מונעת ממנו להשקיע את כל מאודו בטיפול בילד, והיא אינה צריכה, כשהיא לעצמה, להטות את כף המאזניים לכיוון החזרת הילד להוריו הטבעיים. מנגד, בגדר ציפייתם הטבעית של ההורים המאמצים להמשיך ולגדל את הילד כבנם טמונה גם הידיעה בדבר קיומה של הסתברות כלשהי כי בטרם ניתן צו אימוץ עלול הליך האימוץ להיקטע מעילה כזו או אחרת.

כללו של דבר, יש לייחס משקל לציפייתם הטבעית של ההורים המאמצים להמשיך ולגדל את הקטין, אולם במידרג השיקולים והאיזון ביניהם, ובטרם ניתן צו אימוץ, לציפייה זו אין משקל מכריע.

סוף דבר:

28. מורכבות חיי אדם מחייבת לא אחת קבלת הכרעה שיפוטית בשאלות היורדות לשורש ההווה האנושית. הכרעה בענין נטילת ילד ממשפחתו הטבעית ואימוצו בידי משפחה אחרת חורצת גורלו של אדם מעת הסמוכה ללידתו ולאורך חייו. היא מטביעה את דפוסי חייו ומעצבת את תבנית התפתחותו כאדם. היא גוזרת גם את גורלם של האחרים בסביבתו – זה של הוריו הטבעיים וזה של הוריו המיועדים לאמצו. היא בונה תקוות של האחד, ובה בעת הורסת ציפיות של האחר. היא נוגעת בנפשות בני אדם וחותכת ברגשותיהם. כזה הוא המקרה שלפנינו, וההכרעה בו קשה עד מאד.

יש הרבה מן הנעלם ומאי הוודאות בהשלכות ההכרעה הנדרשת מאתנו. קשה לצפות מראש את עתידה של המשפחה הטבעית של הקטין, ואין גם לדעת בבירור כיצד יתפתחו נסיבות חייה של המשפחה המאמצת כעבור זמן. ההכרעה הנדרשת אינה בנויה על תחזית ברורה של העתיד, אלא על מערך שיקולים שיסודם במושכלות חיים ראשונות ובערכי יסוד המונחים בבסיס האוטונומיה של המשפחה הטבעית ומוסד האימוץ. ערכי יסוד אלה מושתתים על ההנחה כי מקומו הטבעי של ילד הוא לגדול

בחיק הוריו הטבעיים. זוהי דרכו של עולם. הליך האימוץ נותן מענה למצבים קיצוניים בהם קשר הטבע אינו ניתן למימוש. נטילת ילד מהוריו והעברתו לאימוץ היא, על כן, צעד השמור אך למקרים שאינם מותרים מוצא אחר, שרק בהתקיימם ניתן לגדוע את קשר הטבע ולהתערב באוטונומיה המשפחתית הטבעית של האדם.

נקיטה בהליך אימוץ יוצרת שינוי בחללו של העולם המשפטי ובמציאות החיים הפיזית והרגשית של הילד ושל הסובבים אותו. החזרת המציאות לקדמותה אינה מובנת מאליה. היא כורכת שינוי מצב קיים הטעון פגיעה ברגשות אנושיים ושינוי במסגרת חיים מתמשכת ורציפה. נדרשת בחינה זהירה של טובת הילד, של זכויות ההורים הטבעיים, וציפיות בני המשפחה המאמצת.

טובת הילד הוא מושג רב פנים ורב מורכבות. הוא תלוי-נסיבות ותלוי-תכלית. יש בו רובד פיסי-חומרי בצד רובד רגשי-נפשי, ופן חברתי-תרבותי. דרכים שונות יש להשקיף על מושג זה הנגזרות משקלול שונה של ריבוי הגורמים המרכיבים אותו. עם זאת, מוסד האימוץ בנוי על תפיסה כי נקודת המוצא לטובת הילד טמונה בשמירת קשר הדם וקשר הטבע למשפחתו הטבעית. האימוץ ננקט כאשר קשר זה לא צלח.

טובת הילד בעניינו מתיישבת עם החזרתו למשפחתו הטבעית. אמנם בתחילת הליכי האימוץ והעברתו למשפחה המאמצת נשתנתה המציאות המשפטית ועמה נשתנו נסיבות חייו הפיזיים והרגשיים של הילד. אולם בנסיבות הענין, גוברת עוצמתו של קשר הטבע ומצדיקה מבחינת טובתו את החזרת הגלגל אחורנית חרף הקושי שבניתוק הילד מסביבתו הטובה אצל הוריו המאמצים.

טובת הילד כשיקול-על בעניינו מחייבת הכרעה בין שתי חלופות – ההורות הפסיכולוגית וההורות הטבעית. שתיהן חלופות שיסבו טוב, אהבה וחום לילד. אולם בין שתי אלה, יש משקל מכריע לגידולו של הילד במשפחתו הביולוגית, מבחינת מימוש הקשר הטבעי למשפחת המוצא, פיתוח תחושת השייכות הבלתי מותנית אל ההורים הטבעיים, השלובה בגיבוש הבטחון הפנימי ופיתוח רגש הזהות והתודעה העצמית. מעשה ההחזרה של הקטין למשפחתו הטבעית אינו צעד קל. לאחר שנתיים להימצאו במשפחה המאמצת מתעצם הקושי שבניתוקו מסביבתו הנוכחית אליה הוא קשור ברגש שייכות מלאה. אולם פרק הזמן שחלף מאז לידתו עדיין מאפשר ומצדיק את מימוש חלופת המשפחה הטבעית תוך מודעות לצורך בהשקעת משאבים מיוחדים מצד ההורים הטבעיים לענות לצרכים המיוחדים של הילד הצפויים עקב הפגיעה מן המעבר. ההורים הטבעיים יתנו לו בית ומשפחה שהוא בשר מבשרה ועצם מעצמיה.

בראייה רחבה של טובת הילד לטווח חייו הרחוק, צמיחתו במשפחתו הטבעית עונה ל"קול הטבע".

בנסיבות הענין ראוי להביא לשינוי המצב המשפטי שארע עם פתיחת הליכי האימוץ. יש לבטל את הסכמת האם לאימוץ, ובצידה יש לבטל גם את הכרזת הקטין כבר-אימוץ ביחס לאב.

הסכמתה של האם לאימוץ ניתנה מספר ימים בלבד לאחר הלידה, במועד מוקדם בהרבה מכפי שראוי לקבל הסכמה שמאפייניה הנדרשים הם נחישות, וודאות, והחלטיות. הסכמת האם ניתנה ונתקבלה על ידי רשויות הסעד כשהיא נתונה במשבר וחולשה פיזית ונפשית קשה. היה ראוי כי הרשויות ימתינו זמן רב יותר עד אשר יתברר אם האם איתנה בהחלטתה להסכים לאימוץ או שמא, עם התאוששותה, היא עשויה להימלך בדעתה. תוך זמן קצר האם חזרה לעצמה ובקשה לבטל את ההסכמה; היא הודיעה לאב על אבהותו, שניהם יחדיו נרתמו למאבק להחזרת הילד, ובינתיים חלו שינויים בחייהם כזוג והם בונים יחדיו חיי משפחה ומסוגלים וערוכים לקבל את הילד לביתם. נסיבות אלה בהצטברותן מהוות "טעמים מיוחדים" לביטול הסכמה לאימוץ שנתנה האם לצורך סעיף 10 לחוק. טעמים אלה עומדים בעינם גם אם בעתיד הבלתי נראה לעין יפקע חלילה הקשר הזוגי בין ההורים הטבעיים והילד ישאר בחזקתו של אחד מהם, במסגרת משפחה חד-הורית.

לאב נודע דבר אבהותו לאחר שמעמדו המשפטי כלפי ילדו נשתנה מכח הכרזת הקטין בר-אימוץ כלפיו, בלא ידיעתו ובלא הסכמתו. לא ניתנה לו הזדמנות להביע לפני מעשה את עמדתו ביחס לשלילת זכותו החוקתית הטבעית לגדל את ילדו. הוא נהג בתום לב לאורך כל ההליכים. מעת שנודע לו על אבהותו, הוא גיבש רצון ברור לגדל את הילד, ומסוגלותו ההורית הפוטנציאלית הוכרה. היא חידש את הקשר עם האם, והם מבקשים לקיים חיי משפחה. נסיבות מתן ההכרזה כאמור, והנתונים השונים המעידים על מסוגלותו ההורית של האב ועל רצונו לגדל את ילדו, והקשר הזוגי שחידש עם האם – כל אלה מצדיקים את ביטולה של ההכרזה.

ואחרון – ההורים המיועדים לאמץ, הינם בעלי ציפייה ראויה להמשיך ולגדל את הילד ולהשפיע עליו רוב טוב ואהבה. הם נתנו לו בית חם ופתחו את ליבם אליו. אלא שבפרשה אנושית כאובה זו, ציפיתם אינה יכולה להוות שיקול מכריע. במארג הכולל של הנסיבות והשיקולים מכריעים הגורמים התומכים בהחזרת הילד לחיק משפחתו הטבעית, אליה הוא קשור בנימים הזורמים מקשר הטבע.

29. אילו נשמעה דעתי, היינו דוחים את הערעור, מקבלים את בקשת האם ומבטלים את הסכמתה לאימוץ הקטין על פי סעיף 10 לחוק האימוץ; כן היינו מבטלים את הכרזת הקטין כבר-אימוץ לגבי האב שניתנה על פי סעיף 13(א)(1) לחוק האימוץ; והיינו מורים על החזרתו של הילד להוריו הטבעיים, כאשר הורה בית המשפט המחוזי בדעת הרוב שניתנה על ידו.

ש ו פ ט ת

השופט א' ריבלין:

1. מסכים אני לפסק-דינו של חברי הנשיא א' ברק, ולכל נימוקיו. כמו-כן מצטרף אני להערותיו של חברי המשנה לנשיא מ' חשין ולהערותיה של חברתי השופטת ד' בייניש.

אכן, השיקול העיקרי – אך בשום פנים לא היחיד – המשפיע על ההכרעה בתיק זה, הוא "טובת הילד". אינטרס זה מושפע מן העבר אך צופה גם פני עתיד. הוא מחייב עריכת איזון בין מגוון של שיקולים. קשה הוא האיזון וקשה התחזית. המדובר, בין היתר, בעניינים שבנפש, ברגש וברוח, ואת אלה לא ניתן לכמת ולא ניתן להציב בנוסחה המנפיקה תוצאה חדה. עוסקים אנו במקרה זה – כמו במקרים רבים אחרים – בילד רך-בשנים, שדרך ההתמודדות שלו עם אירועים שונים, במהלך חייו, וההשפעות של הקורות אותו היום על עתידו, תלויים במידה רבה באופיו, בתכונותיו ובהתפתחויות נוספות, שעליהם ניתן יהיה לעמוד – וגם זאת במידה חלקית בלבד – רק בעוד שנים. אכן, ההליך המשפטי נגמר בפסק-דין, אך החיים ממשיכים, ואת שצופן בחובו העתיד לא נדע. אין תמה שהמומחים, אשר הביעו דעה באשר לגורלו של הקטין כאן, לא היו תמימי דעים באשר לטובתו.

על הקושי הבסיסי הזה, בזיהוי טובתו של הקטין, מתווסף הצורך ליתן משקל לרצונם של ההורים – הן הביולוגיים הן המיועדים לאמץ – ולעמוד על זכויותיהם. קולם של ההורים הביולוגיים הוא "קול הדם" – וכדברי חברי הנשיא, "הקשר בין ילד לבין הוריו-מולידיו הוא מן היסודות עליהם בנויה החברה האנושית". לא ניתן להתעלם מן הקשר הזה ומן הזכות הזו. אולם לא ניתן להתעלם – במיוחד במקרים כגון זה שבפנינו – גם מ"קול הנפש" – קולם של ההורים המיועדים לאימוץ, שקשרו את נפשם

בנפשו של הילד, והוא קשר את נפשו בנפשם. לכל אלה השפעה על טובתו של הילד, אך גם משקל סגולי משל עצמם.

2. הקטין נולד ביום 12.5.2003. אמו חתמה על כתב הסכמה למסירתו לאימוץ והוא הוכרז "בר אימוץ" כלפי אביו מתוקף הוראת סעיף 13(1) לחוק אימוץ ילדים, תשמ"א-1981, משלא היתה "אפשרות סבירה לזהות את ההורה, למצאו או לברר דעתו". כך, בעת שהיה רק בן 10 ימים, הוא עבר לרשות ההורים המיועדים לאמץ. מאז חלפו קרוב לשנתיים. בחלק מן הזמן הזה התנהל ההליך המשפטי. יש משום אנומליה בכך שההליך המשפטי עצמו, וביתר דיוק – התמשכותו, עשוי להשפיע על המסקנה הסופית בדבר טובתו של הקטין, וממילא גם על ההכרעה במשפט כולו. אולם, כדברי חברי הנשיא, "את שעון הזמן אין להשיב אחור". מציאות חיים היא, שהקטין גדל, במהלך כל התקופה, בביתם של ההורים המיועדים לאימוץ, ואלה נהגו בו כהורים לכל דבר, העניקו לו אהבה וסיפקו לו את כל צרכיו. הקטין הכיר את העולם מבעד לעיניהם. לא היו לו הורים מלבדם. מהם למד אהבת הורים מהי. הם משענתו ועל ברכיהם קיבל את השיעורים הראשונים בכישורי חיים. בחוות דעת המומחים ובפסק דינו של חברי הנשיא מודגשת החשיבות הרבה של הזיקה הראשונית בין הקטין לבין הדמויות המטפלות בו, מבחינת התפתחותו הרגשית, ונושא זה חזר ונשנה בפסיקת בית משפט זה. אין ספק, ובמקרה זה אין מחלוקת, כי ניתוק הקשר בין הקטין לבין ההורים המיועדים לאימוץ – קשר שנמשך מזה קרוב לשנתיים, שראשיתו, כמעט, מהרגע שבו יצא הקטין לאוויר העולם – יסב לו, לקטין, נזק משמעותי וודאי. הוא יהפוך לבעל צרכים מיוחדים. הוא יהפוך "ילד בסיכון". השאלה אם ניתן לשקם את הנזק שנויה במחלוקת בין המומחים. גישה אחת סוברת כי הנזק יהא בלתי-הפיך. גישה אחרת גורסת כי הנזק בר-תיקון. אולם ברור כי במאזני "טובת הילד" ישנו שיקול כבד-משקל שלא לחשוף את הקטין לנזק כזה. כמו חברי הנשיא, גם אני סבור כי יש לאמץ את חוות-דעתם של ד"ר וייל וד"ר סיטון, באשר לנזק הרב הכרוך בניתוק הקטין מההורים המיועדים לאימוץ, ובנוגע להשפעות אפשריות של ניתוק זה על המשך חייו.

אכן, הצעד האקטיבי של ניתוק הקטין מההורים המיועדים לאימוץ – ההורים היחידים שידע עד כה – ייצור נזק וודאי. נזק זה ימנע אם יותר הקטין במקומו. על-מנת שנורה על צעד של ניתוק, נדרש, בין היתר, ביטחון במידה מספקת שההורים הביולוגיים יוכלו להתמודד עם צרכיו של הקטין לאחר שיהפוך ילד בסיכון. נדרשת, כדברי המומחים, הורות שהיא "מעל הממוצע". אכן, קשה להעריך "הורות" וליתן בה סימנים. טיבה של הורות אינה ברגיל עניין ללוח שנתות. חוות הדעת שהוגשו לבית המשפט הן כלי חשוב בבחינת המסוגלות ההורית. באלה לא היה כדי ללמד כי ההורים

הביולוגיים יהיו מסוגלים לעמוד במשימה הקשה שתעמוד בפניהם אם יעבור הקטין לרשותם. חברי הנשיא הרחיב בעניין זה ואין להוסיף על כך.

3. בית המשפט המחוזי ייחס שלא כראוי משקל רב למצב בריאותו של האב המיועד לאימוץ. אכן, למרבה הצער, האב סובל ממחלות קשות, שעלולות, סטטיסטית, לקצר את תוחלת חייו. עם זאת, לעת הזו – ומי ייתן וכך גם למשך שנים רבות – האב מתפקד היטב ומצבו הבריאותי טוב. ההורים המיועדים לאמץ מעניקים לקטין, היום, ויש להניח כי כך יהא גם בעתיד, "הורות מיטיבה", ומחלתו של האב אין בה כדי לאיין זאת. אל מול החשש והסיכון בעתיד עומדים המסירות והחסד של ההווה. אל מול הסיכון בעתיד עומדים גם החששות והסיכונים דהיום, אלה הכרוכים במעבר לרשות ההורים הביולוגיים, שמערכת היחסים ביניהם – כלשונו של האב הביולוגי – "מבולבלת", וידעה עליות ומורדות, כמו גם יחסם לקטין. על עניין אחרון זה עמדו חברי, ואף אני סבור כי יש משקל להתנהלות הלא נחרצת של האב הביולוגי סמוך לאחר שנודע לו דבר אבהותו.

חברתי השופטת א' פרוקצ'יה מחוה דעתה כי "ניתוח שיקולי טובת הילד וזכויות ההורה הטבעי בקשר לבקשה לביטול צו בר-אימוץ כלפי אב שזהותו לא נודעה דומה עד מאוד לשיקולים בבחינת חזרת האם מהסכמתה לאימוץ". הדמיון נובע מעצם העובדה שמצויים אנו בשלב שלאחר מתן ההכרזה על היות הקטין בר-אימוץ. בשלב זה טובתו של הקטין עולה, כפי שציין חברי הנשיא, למעמד בכורה. טובתו של הקטין נבחנת, בין היתר, גם בראי אישיותם ומסוגלותם של ההורים. כך למשל, אין דומה עניינו של אב ביולוגי המלווה את האם בכל מהלך הריונה וחווה עמה את השמחות ואת החרדות המתלווים להריון, למי שיחסיו הרגשיים עם האם ועם הילוד שטרם בא לעולם, הסתיימו ביום המפגש הפיסי האקראי שביניהם. אין דומה אב שזהותו לא נודעה ושביקש לא לדעת ולא להיוודע לבין מי שזהותו לא גולתה חרף רצונו. כל מקרה ונסיבותיו.

בשל ההשתלשלות הדיונית המיוחדת בתיק זה עוסק ההליך שבפנינו בעניינו של האב הביולוגי לבדו. זאת מן הבחינה הדיונית. אולם בשל מהותו של הדיון מתקחה התיחום בין עניינו של האב לעניינה של האם. ככל שמדובר בטובת הילד, החלופות שעמדו לבחינה הן ההורים המיועדים לאימוץ, יחדיו, מצד אחד, וההורים הביולוגיים, שניהם, מצד אחר. שאלת טובתו של הקטין נשקלת בראי שתי הברירות האלה. ואכן, חוות הדעת שניתנו בתיק עוסקות, בהיבט הרחב יותר. שהרי, כדברי חברי הנשיא, "מסוגלותו של האב לבדו – ללא זוגיותה של האם – לא עמדה כלל לדיון ואין היא

מעשית כלל". בנסיבות אלה, הכרעה משלימה בבקשתה של האם לחזור בה מהסכמתה לאימוץ אינה יכולה לנתק עצמה לחלוטין מן העניין שבא לפנינו וצריך שתבוא בתכוף לאחר ההכרעה בעניינו של האב הביולוגי.

ש ו פ ט

השופטת ד' ביניש:

משבא לעיוני פסק-דינו של הנשיא ברק, כתבתי כי מסכימה אני עמו ועם נימוקיו ולא ראיתי להוסיף דבר על האמור בו. ביני לביני, כתבו חבריי המישנה לנשיא חשין והשופט ריבלין, והוסיפו דברים משלהם, ואף לדעתם אני מסכימה.

אם בכל זאת רואה גם אני לבטא עמדתי בפרשה שלפנינו, הרי זה משום דעתה של חברתי השופטת פרוקצ'יה שפרשה יריעה רחבה והציגה טעמים מפורטים שהביאו למסקנה כי טובת הילד מתיישבת עם החזרתו למשפחתו הטבעית. לשיטתה של חברתי, גוברת עוצמתו של קשר הטבע על הקשר הפסיכולוגי, ומצדיק הוא מבחינת טובתו של הילד את החזרת הגלגל לאחור, חרף הקושי שבניתוק הילד מסביבתו אצל הוריו המאמצים. בפסק דינה ראתה אף חברתי לערוך איזון בין הרכיבים השונים שעל כפות המאזניים בשאלת האימוץ, אלא שהאיזון המקובל עליה שונה בתוצאתו מזה שנערך על ידי הנשיא ברק.

ההכרעה בסוגיה הנוגעת לאימוצו של קטין היא מההכרעות הקשות העומדות בפני כל שופט, והקושי נעוץ בכובד האחריות המוטל על כתפיו. כאשר אנו מחליטים בגורלו של קטין מועמד לאימוץ, אנו מתערבים לכאורה בתא המשפחתי הבסיסי; אנו נוגעים למעשה, ברקמה הרגישה ביותר בחייו של הפרט; קביעת זהותו המשפחתית של קטין וההכרעה בין זיקתו להוריו הביולוגיים לבין הזיקה להוריו המאמצים, היא מהקשות שבמטלות השיפוטיות.

השקפתה של חברתי השופטת פרוקצ'יה, מבוססת במידה רבה על חשיבות ההגנה על מעמדה של הזכות החוקתית לאוטונומיה משפחתית, אשר ממנה נגזר הכלל שהרשות הציבורית לא תתערב בה אלא כאשר ההתערבות היא חיונית ובלתי נמנעת. התערבות כזו אכן שמורה, כפי שציינה השופטת פרוקצ'יה למצבים מיוחדים וחריגים. להשקפה זו שורשים עמוקים בשיטתנו המשפטית, ובכל שיטה דמוקרטית המכבדת זכויות אדם. ההסדר החברתי המעוגן במוסד האימוץ אינו מתעלם מהערך היסודי של

הקשר בין ילד להוריו הביולוגיים, בין זכותם וחובתם של ההורים לגדל את ילדיהם, ובין זכותו של הילד לגדול במשפחתו ובבית הוריו-מולידיו. רשויות האימוץ אינן רשאיות להוציא ילד מידי הוריו רק משום שטובתו דורשת זאת, או משום שניתן להפקידו בידי הורים טובים יותר מהוריו הביולוגיים. גישה זו עומדת בבסיסו של חוק האימוץ, ובית משפט זה חזר והדגיש את הדברים בשורה ארוכה של פסקי דין; עמד על כך גם הנשיא ברק בפסק-דינו בפרשה שלפנינו. בנסיבות מסויימות וחריגות בלבד, בהתקיים התנאים הקבועים בחוק, מתחייבת התערבות חיצונית של רשויות המדינה להוציא ילד מידי הוריו ולהתערב במהלך הטבעי של יחסי הורים-ילדים, כדי להגן על שלומו ושלמותו הפיזית והנפשית של קטין. תחימת הגבולות המגדירים את הצורך בהתערבות כזו קשה היא והיא מעוררת סוגיות מורכבות לבר-משפטיות מתחומים שונים ובהם ערכי מוסר, ערכים הקשורים לכבוד האדם וצרכיו הפיזיים והפסיכולוגיים. עקרונות בסיסיים אלה מנחים את כולנו; שורש המחלוקת בינינו אינו נעוץ בטיבם של ערכי היסוד, אלא שחלוקים אנו בשאלת המשקל שיש לתת לכל אחד מהערכים, ולפיכך גם נחלקנו ביחס להחלת העקרונות על העניין הקונקרטי שלפנינו.

בנסיבות שנוצרו בפרשה שלפנינו יש להדגיש כי אין מדובר בהתערבות יזומה של רשויות המדינה בתא המשפחתי של ההורים הביולוגיים, על מנת להוציא את הקטין מידי הוריו. ראשיתה של השתלשלות הארועים שהביאה את הפרשה עד הלום היא במסירת הילד הרוך ביוזמת אמו למטרת אימוץ. מסירה זו נעשתה מרצון, בסמוך ללידה ורק לאחר זמן ניכר התפתחו רגשות חרטה בליבה של האם הצעירה. בהסכמה שנתנה האם לא נפל דופי, גם בהתחשב במועד ובנסיבות נתינתה. אין לבוא בטרוניה לאם שמסרה את בנה בשעתה הקשה, טעמיה האישיים היו עמה. גם אין לגנותה על כך שלא חשפה את זהות אביו של הקטין בעוד מועד. אלא שבנסיבות אלה, נוצרה מציאות נורמטיבית ועובדתית שיש בה כדי לשנות את מהלך חייו של הקטין. התפתח תהליך שבמרכזו עומד הפעוט שנקשר באהבה להוריו הפסיכולוגיים. בידינו ההכרעה אם להפסיק תהליך זה ולשנות את מהלך חייו של הילד.

כמו בכל מקרה של אימוץ, יש לבדוק את הנסיבות הפרטניות בזהירות ובקפידה. העובדות המיוחדות של המקרה שלפנינו הן הקובעות את נקודת האיזון הראויה במשולש המורכב של טובת הקטין, זכות ההורים הביולוגיים לגדל את ילד, והאינטרס של ההורים המאמצים. נקודת האיזון בפרשה זו מכריעה את הכף לטובת השארת הקטין בידי הוריו המאמצים. נקודת האיזון בפרשה זו מכריעה את הכף לטובת שקילת הנתונים העובדתיים שעמדו ברקע מסירתו של הקטין לידי הוריו המאמצים. חוות הדעת של המומחים, הסכמתה של האם הביולוגית למסור את ילדה לאימוץ,

המועד בו החליט האב הביולוגי לנקוט בהליכים כדי לממש את זכותו ההורית, מכלול הנתונים, הפרטים והערכות המקצועיות שהובאו בפנינו בחוות דעת הפסיכולוגים-המומחים, כל אלה יחד הם המטים את הכף לכיוון ההכרעה כי יש להשאיר את הקטין בידי הוריו המאמצים.

ערה אני לכך כי ההכרעה שלנו מבוססת על הכרעה צופה פני עתיד, ויש בהכרעה כזו תמיד משום נטילת סיכון. מה צופן העתיד בחובו, איך יתפתח הילד הרך, מה ישפיע על מהלך חייו, ומה טיבה של אותה השפעה; אלו דברים שאין להם שיעור, אך אין מנוס מהכרעה מיידית תוך הערכת המצב לעת הזו. בין חוות הדעת שהיו בפני בתי המשפט שדנו בעניין שלפנינו, היתה חוות הדעת של הפסיכולוגית המומחית הגב' אופנהיימר, שתמכה בהחזרת הקטין להוריו הביולוגיים. קשה שלא להביא בחשבון כי חוות דעתה מבוססת על השקפתה המקצועית הבסיסית ביחס לחשיבות קשר ההורות הטבעית לילד במהלך חייו לשם גיבוש זהותו העצמית. למסקנתה הגיעה גב' אופנהיימר, תוך מודעות לתהליכים של ניתוק הקטין מהוריו המאמצים ולצרכים המיוחדים שנתק זה יגרום. אלא שהשקפתה זו של המומחית משליכה למעשה על מוסד האימוץ באשר הוא, ואם אין היא חותרת תחתיו, הרי היא בודאי מבטאת גישה לפיה יש לצמצמו ככל האפשר ואולי גם תוך נטילת סיכונים. שאלת הזהות עשויה לשוב ולעמוד במרכז חייו העתידיים של כל מאומץ; ואמנם לשאלה זו יש ליתן משקל בין יתר השיקולים, אך אין לראות בה בהכרח שיקול מכריע.

הערכתם של ד"ר וייל וד"ר סיטון יוצאת מנקודת ראות מקצועית שונה ביחס ל"טובת המאומץ"; היא שוקלת את הנזק המידי אל מול האפשרות העתידית לתיקונו, את מידת הסיכון ואת האפשרות שהנזק אינו בר-תיקון בנסיבות העניין.

על האספקלריה של לוח הזמנים המיוחד של הקטין, הרחוב דברים הנשיא ברק בפסקה 51 לפסק דינו; הוא עמד על חשיבות הקשר הרגשי להתפתחותו של הילד, ועל המשמעות של ההמשכיות וההתמדה שיש לקשר שבין הילד לדמות הטיפולית שהוא קשור עמה פרק זמן ניכר ומשמעותי ביותר בגילו, למעשה כל תקופת חייו עד היום.

המומחים כולם מסכימים כי בטווח הקצר צפויה פגיעה בקטין, אם יוצא מידי ההורים המיועדים לאימוץ, ויועבר לידי הוריו הביולוגיים. מדובר בנזק מידי שיעמיד את הילד בסיכון. אשר לעתידו, נראה כי המחלוקת בין המומחים נעוצה בעיקר בהשקפה המקצועית של הגב' אופנהיימר ביחס למוסד האימוץ והאפשרות כי על פי טיבו יגרור הוא משבר זהות. כאמור, גישה זו כרוכה בהתייחסות הכוללת למוסד

האימוץ, ואין בפנינו ביסוס מספיק לגישה כה גורפת. סוגיית הזהות העצמית היא בודאי סוגיה כבדת-משקל בחייו של כל מאומץ. מנגד, נפרשה בפנינו תשתית מקצועית מספקת להערכת הנזק הצפוי לקטין אם יימסר בשלב זה של חייו להוריו הביולוגיים, נזק שעלול בסבירות גבוהה להפוך מנזק מיידי לנזק מתמשך.

על רקע זה מצטרפת אני לדעתם של חבריי הסוברים שאין לגרום לכך שהילד הרך ינותק מסביבתו החמה, מהוריו המאמצים שהכל משבחים את מערכת היחסים שנוצרה בינו לבינם, ויעבור תהליך שיפגע בו פגיעה קשה וממשית. אל מול הנזק הוודאי הצפוי מניתוקו של הקטין מהוריו המאמצים יזקק הקטין, לכל הדעות, להורות מסוג מיוחד, להורות שתובילו להתגברות על מצב הסיכון שהניתוק מהוריו המאמצים יגרום לו. מהטעמים שפורטו בפסק דינו של הנשיא, נוצר ספק רב בלבנו אם הוריו הביולוגיים יוכלו לעמדו במשימה הקשה ויוצאת הדופן של תיקון הנזק הצפוי ממהלך הניתוק. לא ימלאנו לבנו ליטול את הסיכון אשר נגרם עקב הזמן שחלף מאז נמסר הילד לידי המועמדים לאמצו, ועקב מהלכיהם של ההורים הביולוגיים. מאמינים אנו כי כוונותיהם של ההורים הביולוגיים טובות ואיננו מטילים בהם דופי על כך שבחרו לנהוג כפי שנהגו בעניין זה מלכתחילה. אף על-פי כן האחריות לשלומו של הקטין היא המכרעת. הפור נפל לפני כשנתיים, ואין לסובב את הגלגל לאחור בעת הזאת, בשלב ההתפתחותי בו נתון הילד היושב לבטח בחיק הוריו המאמצים.

אשר על כן, מצטרפת אני כאמור לפסק דינו של הנשיא ברק ולדבריהם של חבריי המישנה לנשיא חשין והשופט ריבלין.

ש ו פ ט ת

השופט א' א' לוי:

קשתה עלי ההחלטה בהליכים שבפנינו, קשתה עלי עד למאד. על כף המאזניים מונח גורלו של קטין, שרק בא לעולם וכבר נקלע לסערה משפטית, כאשר ארבעה אוחזים בו – ההורים הביולוגיים, מחד, וההורים המועמדים לאימוץ, מאידך. אלה גם אלה טוענים כי טובתו של הקטין מחייבת את מסירתו לידיהם, ורק קולו של הקטין אינו נשמע, אף שהוא מובא מפיה של אפוטרופה לדין שמונתה לו. והרי גם היא אינה יודעת, באמת ובתמים, מה טוב לקטין, אלא מנסה, כפי שעושים הכל, לחזות את אשר צופן לו העתיד בהסתמך על חוות דעתם של מומחים. דא עקא, ובכל הכבוד הראוי, גם מומחים אלה, כמו כל המעורבים בפרשה, בשר ודם הם, וככאלה יכולתם לחזות את השפעתן

של התמורות שעשויות לחול בחייו של הקטין, אולי טובה משל אחרים, אולם עדיין מוגבלת היא, מוגבלת עד מאד. ונדמה כי אין לך ראייה טובה יותר לכך, מאשר המחלוקת שנתגלעה בין אותם מומחים.

זכותם של ההורים הביולוגיים להחזיק בכנם, זכות נעלה היא, ובכירותה על כל זכות אחרת אינה מוטלת כלל בספק, גם אם לעתים מסוגלותם ההורית מעלה תהיות. אולם המקרה שבפנינו שונה הוא, באשר לפתחם של ההורים הביולוגיים רובץ האשם לאותה סערה אליה נקלע הקטין מיום היוולדו, סערה שנגרמה בעטייה של החלטת האם הביולוגית שלא לגדלו. ובמלים אחרות, הצורך לאתר הורים חלופיים לא נבע מכך שהיתור על הקטין נכפה על האם, אלא משום שזה היה רצונה, והיא היתה גם זו שנמנעה מלנקוב בשמו של האב, שזהותו נותרה מאז ובמשך חודשים לא מעטים עלומה. העולה מכך הוא, כי במו ידיהם הכשירו ההורים הביולוגיים את הקרקע להכרזה על הקטין כבר-אימוץ, ולמעשה הם עצמם פרצו את האפיק האחר, המלאכותי, שבא במקומו של האפיק הטבעי בו היו אמורים לזרום חייו של ילדם. במצב זה, כך אני סבור, איבדה זכותם להחזיק בילד את בכורתה, ואת מקומה תפסה זכותו של הקטין לפתרון המיטיב עמו.

אכן, מאז נתנה האם הביולוגית את הסכמתה לאימוץ, חלו תמורות משני עבריו של המתרס. האב הביולוגי התייצב לצדה של בת-זוגו, והוא תובע כיום את ביטול ההכרזה על האימוץ כלפיו. מנגד, עלו תהיות ביחס למסוגלותם של ההורים המועמדים לאימוץ, ולא משום פגם שנגלה ביחסם לקטין, אלא לנוכח מחלתו של האב והתחזית בשאלת תוחלת חייו.

במצב זה, כאשר רב הנסתר על הנגלה, נדרשתי לצרף את קולי לאחת הדעות שהביעו חברי, וכל שנותר לי לעשות הוא להתפלל לבורא עולם שלא תצא מתחת ידי שגגה, לא בדרך כלל, ולא במקרה כה מיוחד, רגיש ומייסר כמו המקרה המונח בפנינו. שמתי אפוא לנגד עיני את עקרון-העל שאמור להנחות את בית המשפט בתחום זה, וכוונתי לאמור בסעיף 1(ב) לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981, לאמור: "צו אימוץ וכל החלטה אחרת לפי חוק זה יינתנו אם נוכח בית המשפט שהם לטובת המאומץ", והקשיתי, מה מחייבת טובת הקטין במקרה שבפנינו? האפשרות האחת, אם לא לומר הטבעית, היא להשיב את הקטין לידי הוריו הביולוגיים, לאלה שמתקיים בהם קשר הדם, ואשר לפחות אהבתה של האם אליו ורצונה להחזיק בו, אינם מוטלים כלל בספק. אולם גם זאת יש לומר, כי מערכת היחסים בין ההורים הביולוגיים לוטה בערפל, ואפשר גם אפשר שהאם תצטרך לבסוף לגדל את הקטין לבדה. במצב זה שוב אין להורים

הביולוגיים יתרון כלשהו על ההורים המועמדים לאימוץ, והדברים נכונים גם אם אתה שם לנגד עיניך את תוחלת החיים אותה צפו המומחים לאב המועמד לאמץ. ובמלים אחרות, גם אם תתממש, חלילה, תחזית הרופאים ביחס לתוחלת חייו של האב, עובדה אחת ברורה כבר עתה, כי מאז נמסר הקטין להורים המועמדים לאימוץ, הם אלה שהעניקו לו בית חם, הצמידוהו לחיקם מאז היה עולל, הם שליוו אותו בצעדיו הראשונים עלי אדמות, והחשוב מכל – הקטין רואה בהם את הוריו, ובהם הוא שם את בטחונו. מכאן דעתי, שחרף העובדה כי מצבו של האב המועמד לאמץ מעורר קשיים, עדיף בעיני הוודאי על האפשרי, לאמור, מול הספקות העולים ממערכת היחסים שבין ההורים הביולוגיים והשלכותיהם על הקטין, עדיף לו לקטין שיוסיף לשהות במחיצת ההורים המועמדים לאמץ, באשר זהו הפתרון המיטיב עמו בשלב הזה ולשנים הבאות, והעשוי להעניק לו מערכת הורית יציבה אשר תמנע את הזעזוע שיהיה כרוך בניתוקו מהמסגרת אליה הורגל.

ש ו פ ט

הוחלט ברוב דעות כאמור בפסק דינו של הנשיא א' ברק.

ניתן היום, י"ב בניסן התשס"ה (21.4.2005).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המישנה לנשיא

ה נ ש י א

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט