



בבית המשפט העליון

בע"מ 778/09

בש"א 370/09

בפני:

כבוד הנשיאה ד' ביניש
כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין
כבוד השופטת ע' ארבל
כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופט ס' גיבוראן
כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט ח' מלצר

המבקש בבע"מ 778/09: היועץ המשפטי לממשלה

המבקשים בבש"א 370/09:
1. פלוני
2. אלמונית

נגד

המשיבים בבע"מ 778/09:
1. פלוני
2. עו"ד ירון הוד (אפוטרופוס לדין לקטין)

המשיבים בבש"א 370/09:
1. פלוני
2. היועץ המשפטי לממשלה
3. עו"ד ירון הוד (אפוטרופוס לדין לקטין)

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי
בבאר שבע מיום 25.12.08 באמצע 1/08 שניתן על ידי כבוד
סגן הנשיא נ' הנדל והשופטות צ' צפת ומ' ברנט

תאריך הישיבה: י"ג בתמוז תשס"ט (5.7.09)

בשם המבקש בבע"מ 778/09
והמשיב 2 בבש"א 370/009: עו"ד מ' חשין

בשם המבקשים
בבש"א 370/09: עו"ד נ' שילה

בשם המשיב 1 בבע"מ 778/09
ובבש"א 370/09: עו"ד יי מסטבאום כץ, עו"ד רוטשילד

פסק-דין

השופטת ע' ארבל:

1. בפנינו מונחת בקשת אב לביטול ההכרזה על בנו הקטין כבר אימוץ, בטענה כי בעת ההכרזה לא היה האב שותף להליכים הנוגעים בדבר ולא ידע עליהם. השאלה העומדת במוקד הדיון הינה האם היה מקום לבטל את ההכרזה על הקטין כבר אימוץ, כפי שקבע בית המשפט המחוזי.

בית משפט זה עמד פעם אחר פעם על הלבטים והקשיים העומדים בפני השופט עת ניצב הוא בפני הכרעה בענייני אימוץ, שהינם, לטעמי, מהעניינים הקשים ביותר המובאים לפתחו של בית משפט זה ואולי אף הקשה שבהם. זהו קושי שנכרכות בו שאלות קיום הנוגעות לשורש ההוויה האנושית; לקשר הדם שבין הורים לילדיהם ולאיוונים בין טובת הילד וזכויותיו לבין זכויות ההורים הביולוגיים לגידול ילדם, כמו גם ציפיותיהם של ההורים המיועדים לאמץ. יישוב הדילמה מחייב, כפי שהיטיבה לבטא זאת השופטת פרוקצ'יה, חדירה לרקמת החיים העמוקה של כל המעורבים בפרשה (בע"מ 377/05 פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאמץ הקטין נ' ההורים הביולוגיים, פסקה 1 לחוות דעתה, פ"ד ס(1) 124 (2005)). ההחלטה בשאלות אלה, עניינה בדיני נפשות, ובלשונו של המשנה לנשיא מ' חשין "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. קודש קודשים של דיני הנפש" (דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פסקה 2 לחוות דעתו (לא פורסם, 15.8.95)). בהתאם לאופי המאטריה, הדרך להחלטה רצופה חיבוטי נפש ולעתים ייסורי נפש במטרה להכריע באופן הנכון והראוי מבחינה ערכית ומצפונית.

הרקע העובדתי

2. הקטין הינו יליד 14.12.01. המשיב 1 (להלן: המשיב) הינו אביו הביולוגי של הקטין אשר התגורר בעת הולדתו אצל אמו של הקטין כדייר משנה. המשיב הינו עובד זר ממולדובה אשר נמצא בישראל משנת 1997. החל משנת 2001 הוא שוהה בארץ באופן בלתי חוקי. אימו של הקטין היתה נשואה בעת שנולד לאחר (להלן: הבעל), והקטין נרשם כבנו של הבעל. האם, הבעל, הקטין ובן נוסף של האם מטופלים על-ידי שירותי הרווחה החל משנת 2002. בסוף שנת 2003 עזב המשיב את בית האם אך

המשיך להיפגש עם הקטין בסופי שבוע. בחלוף תקופה מסוימת, נותק הקשר בין הקטין לבין המשיב, לטענתו, מאחר שהאם מנעה ממנו להוסיף ולבקר את הקטין.

ביום 9.3.05 הוצא הקטין בצו חירום ממשמורתם של אימו ובעלה והועבר למשפחת קלט. בהמשך הועבר הקטין לבית המעבר בבאר שבע. החל מיום 18.1.07 נמצא הקטין אצל משפחה אומנת אשר מבקשת לאמצו.

3. בחודש יוני 2006 הוגשה בקשה לבית המשפט לענייני משפחה על-ידי בא-כוח היועץ המשפטי לממשלה, להכריז על הקטין ובן נוסף של האם כבני אימוץ. כמשיבים לבקשה צוינו האם, הבעל, "אב לא ידוע" של הקטין, ו"אב לא ידוע" של הבן הנוסף. למרות ניסיונות חוזרים ונשנים לזמנם לבית המשפט, לא התייצבו האם והבעל לדיונים בבקשה. לפיכך, ביום 10.9.06 הכריז בית המשפט לענייני משפחה על שני הקטינים כברי אימוץ כלפי האם, הבעל והאבות הלא ידועים. המשיב לא ידע על ההליך ולא השתתף בו בפועל.

כחמישה חודשים לאחר מכן, בחודש פברואר 2007, לאחר שנודע למשיב לראשונה מפי האם על כך שהקטין הוכרז כבר אימוץ, הגיש הוא תביעת אבהות לבית המשפט לענייני משפחה בבאר-שבע בעניינו של הקטין. במסגרת הדיון נערכה בדיקת רקמות שממנה עלה כי המשיב הוא אכן אביו הביולוגי של הקטין. ביום 26.6.07 הגיש המשיב בקשה לביטול הכרזתו של הקטין כבר אימוץ כלפיו, ולחלופין להורות על אימוץ פתוח.

פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה

4. בית המשפט לענייני משפחה (כב' השופטת ו' בן שחר) קבע כי יש לבחון את הבקשה לביטול ההכרזה על הקטין כבר אימוץ בהתאם לקביעה מהי טובתו של הקטין כיום ולא מה היתה טובתו של הקטין אילו התגלתה זהותו של האב במועד שבו הוכרז הקטין כבר אימוץ. בית המשפט הדגיש כי במועד הרלוונטי זהותו של המשיב לא היתה ידועה והוא אף נעדר מחייו של הילד, בין אם מרצונו ובין אם כתוצאה מהנסיבות שנוצרו. בית המשפט קבע כי משהתקיימה בעבר עילה מכוח החוק להכרזה על הקטין כבר אימוץ, הרי שגם אם כעת התגלתה זהותו של האב הביולוגי, מוסיפה העילה לעמוד בתוקפה. עם זאת, הוסיף בית המשפט כי מלוא כובד משקלה של ההחלטה בנידון מופנה בשלב זה לטובתו של הקטין נכון לעת הזאת.

5. בית המשפט בחן את מערכת היחסים בין המשיב לבין הקטין. במסגרת זו עמד בית המשפט על כך שלאחר לידתו של הקטין, קיבל המשיב ללא עוררין את עובדת היותו של הקטין בנו. המשיב עבד באותה עת עד השעות המאוחרות של הלילה וסייע לכלכלת המשפחה. לעיתים סייע המשיב בטיפול בקטין כאשר דודתו ובנותיה, אשר מתגוררות בארץ, עזרו אף הן בכך. ברם, כשמלאו לקטין שנתיים, החליט המשיב לעזוב את בית אמו של הקטין שם התגורר, על רקע סירובה של האם להיענות לבקשתו לעזוב את בעלה ולמסד את הקשר ביניהם. בית המשפט קיבל את גרסת האם כי משלב זה היה הקשר בין המשיב לבין הקטין ספוראדי בלבד, והתקיים בעיקר בסופי שבוע. החל מהגיעו של הקטין לגיל 3 או 3.5, נותק הקשר בינו לבין המשיב באופן מוחלט. בית המשפט הוסיף וקבע כי המשיב ידע על מצבו הקשה של הקטין בדירת אימו, שהרבתה בשתייה, וכמוה גם בעלה. עם זאת, בית המשפט האמין למשיב כי ניסה לבדוק אפשרות שתקבע אבהותו כלפי הקטין אך פסק כי המשיב התחיל לפעול ביתר שאת ולקדם הנושא רק כשעלה חשש כי יגורש מישראל. בית המשפט לא קיבל את הסבריו של המשיב שלפיהם ניסה לפנות לעורך-דין בעניין בנו וכן לשופט בית הדין למשמורת וכי אלו ריפו את ידיו. עוד קבע בית המשפט כי למשיב משפחה מבוססת בארץ אשר היה בידה לסייע לו, הן מבחינה כלכלית והן מבחינת הפנייתו לגורמים המתאימים. על רקע כל האמור, הסיק בית המשפט, כי צרכי הקטין וטובתו לא קיבלו אצל המשיב מעמד של בכורה.

6. לשם בחינת מסוגלותו ההורית של המשיב, מינה בית המשפט כמומחה מטעמו את ד"ר גוטליב אשר מסר חוות דעת ונחקר עליה על-ידי הצדדים. ד"ר גוטליב קבע כי המשיב הינו אדם נורמטיבי וכי בקשתו לגדל את בנו כנה. כן העריך הוא, כי ייתכן שבזמן הוצאתו של הקטין ממשמורתה של האם, ניתן היה להעבירו לחזקתו של המשיב, אך במצב הדברים כפי שהוא כיום, טובת הילד היא כי ימשכו הליכי האימוץ. המומחה ציין כי המשיב לא נטל בעבר אחריות ולא נקט בצעדים משמעותיים במטרה לקבל את בנו ולסייע לו במצוקה הקשה שהיתה מנת חלקו בבית אימו. באשר למשפחה המיועדת לאמץ, קבע ד"ר גוטליב כי הקטין זוכה בחיקה לאהבה ולהשקעה מרובים, כי הוא השתלב בביתה בצורה חיובית וכי הוא חש חלק ממנה לכל דבר ועניין. לדבריו, הקטין נמצא כיום במצב של שיקום מהמציאות שבה היה נתון, ואין מקום לערער מצב זה, במיוחד כאשר הקטין לא עומד לעבור למסגרת סטנדרטית של משפחה ובה אב ואם. גם פקידת הסעד סברה כי טובתו של הקטין הינה כי יישאר אצל משפחתו האומנת. ממצב הדברים הסיק בית המשפט, כי המשיב לא יוכל להתמודד עם גידולו של הקטין, וכי גם דודתו של המשיב אינה מסוגלת למלא את המשימה, כשם שעולה

מעדותה. אשר על-כן, נקבע כי טובתו של הקטין להמשיך ולגדול אצל המשפחה אשר מבקשת לאמצו.

7. בשאלת סוג האימוץ ציין בית המשפט קמא כי ככלל יש לבכר אימוץ סגור וכי לא מתקיימים במקרה זה התנאים שנקבעו בפסיקה המאפשרים אימוץ פתוח. כך, לא התקיים קשר משמעותי בין המשיב לקטין מאז היה בן 3 כאשר כיום הוא כבר בן 6.5; המשפחה המבקשת לאמץ מתנגדת להגבלת תוצאות האימוץ; הקטין רק לאחרונה החל להשתקם ויש חשש כי אימוץ פתוח יזיק לתהליך זה; והשוני הרב בין המשפחות, זו המיועדת לאמץ וזאת של המשיב, עשוי לגרום לבלבול אצל הקטין וליצור קשיים עבורו. על יסוד טעמים אלה, הורה בית המשפט על אימוץ סגור.

8. לסיום פסק הדין מצא בית המשפט קמא לנכון להעיר כי נראה שהיה ניתן לאתר את המשיב בשלב מוקדם של הטיפול בקטין שכן התברר בדיעבד כי בשנת 2002 רשמה אחת מפקידות הסעד המטפלות במשפחה את שמו המלא של המשיב בתיקה של המשפחה מפי אימו של הקטין. פרטים אלו נעלמו מעיני גורמי הרווחה בשלב הליכי האימוץ. בית המשפט ציין כי יש להצטער על כי לא נעשה די על מנת לאתר את המשיב, אך הוסיף כי הדבר לא נבע אלא מטעות אנוש, שעשויה לקרות.

פסק דינו של בית המשפט המחוזי

9. המשיב הגיש ערעור על פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה לבית המשפט המחוזי בבאר שבע. בית המשפט המחוזי (כב' השופטים נ' הנדל, צ' צפת, מ' ברנט) קיבל את הערעור. בפסק דינו ציין בית המשפט, כי לצורך ביטול הכרזה על קטין כבר אימוץ שנעשתה כדין יש לבחון שלושה שיקולים: טובת הקטין, זכות האב הביולוגי והאינטרס של ההורים המיועדים לאמץ. עם זאת קבע בית המשפט, כי ההכרזה במקרה דנן נעשתה שלא כדין. כך, בהליך המשפטי שהתנהל בשאלת האימוץ לא התקיים כל דיון לגבי המשיב ולא נעשתה כל בדיקה בדבר המאמצים לאיתורו על אף, שכאמור, שמו של המשיב וכן מקום מגוריו ועובדת היותו עובד זר, מצויים היו בשירותי הרווחה, ולפיכך היתה אפשרות סבירה לזהותו. משכך, הסיק בית המשפט כי לא התקיימו התנאים לאימוץ הקבועים בסעיף 13(א)(1) לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 (להלן: חוק אימוץ ילדים או החוק). באשר להתנהגותו של המשיב, סבר בית המשפט המחוזי כי יש להעניק משקל לדברי המשיב שלפיהם הוא שאל את השופט בבית הדין למשמורת מה עליו לעשות בעניין ילדו ונאמר לו כי קשה להילחם נגד אימו של ילד קטן. עוד מצא בית המשפט ליתן משקל גם לפנייתו של המשיב לעורך-דין אשר

ריפה את ידיו ולא סייע לו לזכות בזכויותיו בקשר לקטין. בית המשפט עמד על כך שהמשיב לא היה מודע להליך האימוץ שמתנהל, ובקשתו הוגשה מספר חודשים לאחר ההכרזה על הקטין כבר אימוץ, ושלושה שבועות בלבד לאחר העברתו של הקטין למשפחת אומנה. כמו-כן נקבע, כי אין לשפוט את התנהלותו של המשיב כאדם מן היישוב, שעה שמדובר בעובד זר השוהה בארץ באופן בלתי חוקי וחושש כי יגורש, על כל ההשלכות שעשויות להיות לדבר על יכולתו לשמר את הקשר עם בנו. כך או כך, ציין בית המשפט, כי העילה הקבועה בסעיף 13(א)(1) לחוק אינה בוחנת את מאמציו של האב הביולוגי אלא את מאמציהן של רשויות הרווחה.

10. מסקנתו של בית המשפט המחוזי מדברים אלו היתה כי יש לבטל את ההכרזה על הקטין כבר אימוץ. עם זאת קבע בית המשפט, כי אין להתעלם מהדיון שהתנהל בבית המשפט לענייני משפחה בדבר טובתו של הקטין. לפיכך הורה בית המשפט המחוזי על החזרת הדיון לבית המשפט לענייני משפחה על מנת שיבדוק את מסוגלותו ההורית של המשיב ויבחן האם מתקיימת לגביו העילה להכרזתו כבר אימוץ על-פי סעיף 13(א)(7) לחוק. במסגרת זו אפשר בית המשפט מינוי מומחה נוסף.

על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע הוגשה בקשת רשות ערעור לבית משפט זה על-ידי היועץ המשפטי לממשלה.

ההליכים בתיק

11. ביום 2.2.09 התקיים בבית משפט זה דיון בתיק בהרכב תלתא. בעקבות דיון זה הוחלט על הרחבת ההרכב בתיק. כמו כן הורינו על קבלת חוות דעת מעודכנת מד"ר גוטליב אשר תכלול התייחסות גם לסוגיית האימוץ הפתוח. בעקבות קבלת חוות הדעת המעודכנת הוגשו לבית המשפט השלמות טיעון מטעם הצדדים. יצוין כי ביום 26.4.09 הורה בית משפט זה (כב' הנשיאה ד' ביניש) על עיכוב ביצוע פסק דינו של בית המשפט המחוזי עד למתן החלטה אחרת. ביום 5.7.09 קיימנו דיון בהרכב מורחב של שבעה שופטים שבו נשמעו עמדותיהם של כל הנוגעים בדבר, לרבות המומחה, ד"ר גוטליב. אפשרנו אף לבא כוחם של ההורים המיועדים לאמץ להשמיע את טענותיו, הגם שעובר לכך הורינו שהם עצמם לא יתייצבו לדיון. עוד נשמעה עמדתו של האפוטרופוס לדין שמינה בית המשפט לקטין.

12. לטענת המבקש, הוא היועץ המשפטי לממשלה, לצורך ההכרזה על הקטין כבר אימוץ התקיימה העילה הקבועה בסעיף 13(א)(1) לחוק. לטענתו, לפי הנתונים שהיו ידועים לשירותי הרווחה באותה העת, לא ניתן היה לאתר את המשיב. כך, האם סירבה באופן עקבי למסור את שמו של המשיב; עובדות שירותי הרווחה מעולם לא פגשו אותו קודם לכן; ומסירת שמו המלא של המשיב לשירותי הרווחה לא ניתנה במסגרת תיק האימוץ אלא בשלב התחלתי של הטיפול השוטף במשפחה. מכל מקום, סבור המבקש כי אפשרות איתורו של המשיב, שהינו עובד זר בלתי חוקי, היתה נמוכה וחסרת סיכוי, ויש להניח כי לא בטעות זו של שירותי הרווחה היה להכריע את הכף. המבקש מוסיף וטוען כי כלפי המשיב התקיימו עילות אימוץ נוספות מכוח סעיפים 13(א)(4) ו-13(א)(5) לחוק. לדידו, המשיב ידע על עובדת קיומו של הקטין ואף על המצב הקשה שבו היה נתון בבית אימו ובעלה. חרף כך, ראה המשיב לזנוח את בנו למרות מצבו הקשה, ונמנע מלעשות דבר בעניין. לדברי המבקש, על אף היותו של המשיב עובד זר, הוא בעל משפחה בארץ שבה יכול היה להיעזר ובאמצעותה לסייע לבנו.

13. המבקש ממשיך במסכת טענותיו וגורס כי כדי לקבוע שהכרזה על הקטין כבר אימוץ היתה שלא כדין, צריכות להתקיים נסיבות קיצוניות ביותר, שבהן ההכרזה נעשתה בעקבות מעשה בעל יסוד פלילי. לדבריו, גם בהתקיים נסיבות מעין אלה לא תבוטל ההכרזה באופן אוטומטי ותקדם לכך בחינה של טובת הילד. בהתייחסו לעובדות המקרה הנוכחי, טוען המבקש כי קיומה של טעות מצד שירותי הרווחה אינה יכולה לבסס לבדה קביעה כי הכרזה על הקטין כבר אימוץ כלפי אביו נעשתה שלא כדין. לדבריו, ביסוד ביטולה של הכרזה על קטין כבר אימוץ צריכים לעמוד טובת הקטין, זכויותיו של האב הביולוגי והאינטרסים של ההורים המיועדים לאמץ. לטענת המבקש, שיקולים אלה כולם מובילים למסקנה כי אין לבטל את ההכרזה שהקטין במקרה דנן הינו בר אימוץ: ראשית, המומחה וכמוהו גם פקידת הסעד, סברו כי טובת הקטין מורה שאין להעבירו לידי המשיב, וכי ניתוקו מהמשפחה שאצלה הוא שוהה כעת עלולה לגרום לו לנזק בלתי הפיך לטווח ארוך. שנית, יש להתחשב גם במימד הזמן של הקטין, שכן גם התארכות ההליכים בעניין עלולה להשפיע עליו לשלילה. שלישית, יש לתת את הדעת לכך שלמשיב אין מסוגלות לגדל ילד שיש לו צרכים מיוחדים כשם שנלמד מהתנהגותו בעבר, עת ידע על קיומו של הקטין ועל מצבו הקשה ולא עשה דבר לתיקון המצב. לבסוף, יש להתחשב באינטרס של ההורים המיועדים לאמץ אשר מגדלים את הקטין מזה כשנתיים, כמו גם ליתן את הדעת לחשש הקיים מפני פגיעה במוסד האימוץ.

14. באשר לאפשרות של אימוץ פתוח, טוען המבקש כי המומחה, ד"ר גוטליב, שולל את אימוצה של אפשרות זו במקרה דנן וטוען כי היא אינה מתיישבת עם טובתו של הקטין אלא עם האינטרס של המשיב בלבד. לדבריו, אין מדובר במקרה זה על שימור של קשר קיים של קטין עם הורה, שאז אימוץ פתוח עשוי להוות פתרון ראוי, שכן מזה כארבע שנים אין כל קשר בין הקטין למשיב ומשמעות קביעתו של אימוץ פתוח בעת הנוכחית כמורה כהחלטה על התחלת הקשר מבראשית. כמו כן, מציין המבקש כי המשפחה המיועדת לאמץ מתנגדת לקשר של הקטין עם אביו וכי יש ליתן לכך משקל משמעותי. גם באשר לאפשרות שעלתה ולפיה ידווחו שירותי הרווחה למשיב אודות קורותיו של הקטין באופן חד צדדי, נשמעה התנגדות של באת-כוח המבקש, אשר סברה כי הדבר עלול לעורר קשיים בהמשך הדרך, וכי הוא נועד, לטעמה, לספק מענה לצרכים של האב ולא לאלה של הקטין.

טענות המשיב

15. המשיב טוען כי המבקש התרשל במילוי תפקידו שכן היה ניתן לאתרו במהלך הליכי האימוץ מאחר ששמו היה רשום בתיקי רשויות הרווחה. לדבריו, האם עצמה טוענת כי לא נשאלה על זהות האב הביולוגי ומשנשאלה, היא מסרה פרטים מלאים אודותיו. עוד מוסיף הוא כי אין כל רלוונטיות למודעה שפורסמה בעיתון בעניין הקטין, מאחר שזו נועדה לאתר את בעלה של האם והופנתה אל שמו ולא אל המשיב, שזהותו לא היתה ידועה לשירותי הרווחה באותה העת. כמו כן, טוען המשיב כי המבקש התרשל כאשר לא עצר מיידית את הליכי האימוץ ברגע שהוגשה על-ידו תביעת אבהות, זאת על אף שחלפו באותה עת שלושה שבועות בלבד מאז שהקטין נמסר למשפחה המיועדת לאמצו. לדידו, גם במהלך הליכי התביעה התנהל המבקש בעצלתיים ובחוסר תום-לב.

16. המשיב מוסיף וטוען כי ההכרזה על הקטין כבר אימוץ ניתנה שלא כדין לאחר שרשויות הרווחה התרשלו התרשלות רבתי בכל הקשור להליך. לטענתו, קביעה כי הכרזה הינה שלא כדין אינה תלויה בביצוע מעשה פלילי, כשם שטען המבקש, אלא באי התקיימות תנאיהן של עילות האימוץ. לדברי המשיב, במקרה הנוכחי מדובר באב שזהותו היתה ידועה למבקש כבר בעת ההכרזה על הקטין כבר אימוץ, ורק רשלנות העוסקים בכך היא שגרמה לאי מציאתו בזמן הרלוונטי. לפיכך, סבור המשיב כי צדק בית המשפט המחוזי כשראה להלך בנתיב שהתווה בפסק דינו.

17. לצד הדברים האלה, טוען המשיב כי יש לדחות את טענות המבקש שלפיהן חלות במקרה דנן עילות אימוץ נוספות לפי סעיף 13(א) וסעיף 13(א)(5) לחוק. לטענתו, בתקופה שבה חי בצוותא עם האם הוא היה עד ליחסי הורות סבירים בינה לבין הקטין, ואמנם לאורך תקופה זו מעולם לא הועלתה אפשרות כי הקטין יוצא מהבית. בהמשך, שהתמונה התבהרה לו, פנה המשיב לגורמים מקצועיים לשם קבלת סיוע, אך אלו ריפו את ידיו באשר לסיכוייו להוציא את הקטין מרשות אימו, במיוחד בהתחשב בהיותו שוהה שלא כחוק בארץ. לטענת המשיב, לא הוכח, כדרישת החוק, כי הקשר בינו לבין הקטין נותק לתקופה של שישה חודשים רצופים. יתרה מכך, לדברי המשיב הוא ניסה לאתר את הקטין באופן פוזיטיבי הן בזמן שהיה עם האם, והן כשניסה להתחזות לאביו הרשום על מנת לבקרו בזמן ששהה בבית המעבר.

חוות דעתו העדכנית של המומחה וטענות הצדדים

18. כאמור, בעקבות הדיון שהתנהל ביום 2.2.09 בהרכב תלתא הורינו למומחה, ד"ר גוטליב, להכין חוות דעת עדכנית באשר לנסיבות ואופן היקלטותו של הקטין בבית המשפחה המיועדת לאמץ. חוות הדעת מיום 16.3.09 קובעת כי הקטין השתרש במשפחה שבה הוא נמצא וקשר את נפשו בנפשה. הוא רואה עצמו חלק בלתי נפרד מהמשפחה אשר מצידה עושה מאמצים רבים לסייע בהשתלבותו בקרבה. עם זאת, הקטין עדיין מתקשה ליתן אמון בזרים ולהתמודד עם עברו. באשר למשיב נקבע כי מדובר באדם המציג תמונת חיים נורמטיבית וייתכן כי לו נכח בזמן שהקטין הוצא מבית אמו, היה מקום לשקול את העברת הקטין אליו. המומחה מפרט את היתרונות והחסרונות שבהעברת הקטין אל המשיב לעומת אלו הקיימים בהותרתו בבית המשפחה המיועדת לאמץ, וקובע כי בהתאם למצב כפי שהוא נראה כיום, יש להעדיף את האימוץ על פני העברתו של הקטין לידי המשיב. לדברי המומחה, מדובר בקטין שהספיק לחוות בחייו מעברים ואובדן, ומתחייב עתה כי הוא יזכה ביחס המיטיב ביותר, דבר שאין המשיב יכול לספק לו. באשר לסוגיית האימוץ הפתוח, סבור המומחה כי אין מקום לכך בשל העובדה שהמשיב לא היה בקשר עם הקטין מזה זמן רב ולפיכך אין ביניהם קשר אשר חשוב לשמרו. לדבריו, אימוץ פתוח יענה על צרכיו של האב ולא על צרכיו של הקטין.

19. בעקבות חוות דעתו של ד"ר גוטליב הגישו הצדדים השלמות טיעון מטעמם. המבקש טוען כי יש לאמץ את חוות דעתו של המומחה במלואה. לטענתו, ברור מחוות הדעת כי טובתו של הקטין הינה כי יישאר אצל המשפחה המיועדת לאמץ ויש ליתן לשיקול זה משקל מכריע. כן סבור המבקש שיש לאמץ את המלצת המומחה בדבר

אימוץ סגור. המשיב טוען מנגד כי המומחה נפגש עם הקטין פעם אחת בלבד וכי נפגש רק עם חלק מבני המשפחה המיועדת לאמץ, ומכאן שלא ניתן להתבסס על חוות דעתו. כן טוען המשיב, כי לא התבצעו במקרה דנן המבחנים הפסיכולוגיים המוכרים בתחום בטרם ניתנה ההחלטה וכי חוות הדעת בנוגע לאימוץ הפתוח הינה כללית ואינה מתמודדת עם גישות אחרות בתחום זה. לדבריו, לא ברור איזה נזק ייגרם לקטין מיישומו של אימוץ פתוח. עוד גורס הוא כי נקודת המוצא של חוות הדעת הינה שהמשיב הזניח את הקטין, דבר אשר אינו נכון. לטעמו, יש חשיבות בשיתוף הקטין בהחלטה זו ולשם כך עליו להכיר את אביו הביולוגי. כן סבור המשיב, כי קיים צורך במינוי מומחה נוסף שיבחן את טובתו של הקטין.

עמדת האפוטרופוס לדין

20. האפוטרופוס שמונה לקטין, עו"ד הוד, טען בפנינו במסגרת הדיון בהרכב המורחב. לדבריו, הוא התרשם כי המשיב הינו אדם נורמטיבי המעוניין באופן כן בקשר עם בנו. לטעמו, הקטין התגלה כילד חזק המסוגל לעמוד בטלטלות ולספוג את השינויים, ולכן יש להעבירו למשמורתו של המשיב במיוחד על רקע חשיבות הקשר הביולוגי שבין אב ובנו.

עמדת ההורים המיועדים לאמץ

21. בא-כוחם של ההורים המיועדים לאמץ טען אף הוא בפנינו ללא נוכחות ההורים עצמם. לטענתו, ההורים המיועדים לאמץ מרגישים כי להתקיימותם של ההליכים קיימת השפעה שלילית על הקטין, אשר מרגיש את הספקות באשר לעתידו, ולפיכך חשוב לסיימם בהקדם האפשרי. עוד ביקש בא-כוחם של ההורים המיועדים לאמץ להעביר מסר מטעמם בדבר התנגדותם הנחרצת לאימוץ פתוח מחשש שהדבר יגרום לפגיעה בקטין אשר הולך ומשתלב בבית דתי, וכן מחשש לפגיעה בילדם המאומץ השני של בני הזוג אשר האימוץ בעניינו הינו סגור.

דין

22. השאלות המרכזיות העומדות לדין בתיק שלפנינו הינן האם מלכתחילה התקיימה עילת אימוץ בעת ההכרזה על הקטין כבר אימוץ; ובמקרה שהתשובה על כך שלילית, מתי ובהתאם לאילו שיקולים יש לבטל הכרזה על קטין כבר אימוץ.

סדר הדיון יהיה כדלהלן: החלק הראשון יסקור את השלבים השונים המרכיבים את הליכי האימוץ תוך התייחסות לעילות האימוץ הרלוונטיות למקרה דנן. לאחר מכן, בחלקו הארי של הדיון, תידון השאלה המרכזית העומדת להכרעה שעניינה ביטול ההכרזה כי הקטין הינו בר אימוץ. במסגרת זו תיבחן התייחסותה של הפסיקה לשאלה זו, ומתוך כך תיגזר התשובה לגבי הסוגיה הספציפית שעניינה ביטול הכרזת קטין כבר אימוץ במקרה שבו מלכתחילה לא התקיימה עילת אימוץ כלפי אחד מההורים הביולוגיים. מכאן יעבור הדיון לבחינת נסיבות העניין הנידון וליישום הכללים שנסקרו בחלק הנורמטיבי על המקרה הפרטני. במסגרת סוגיה זו תיבחן גם שאלת האימוץ הפתוח או לחלופין אפשרות הדיווח החד-צדדי של רשויות הרווחה לאב הביולוגי, וכן גם שאלת דתו של הקטין אל מול דת הוריו המיועדים לאמץ. לבסוף אתייחס לבקשת ההצטרפות של ההורים המיועדים לאמץ ולמעמדם בהליך זה.

הליכי אימוץ – המסגרת הנורמטיבית

23. בית משפט זה נדרש לא אחת למסגרת החוקית ולשלבים הנדרשים בתהליך האימוץ, בציינו כי חוק אימוץ ילדים הינו המסגרת החקיקתית המסדירה את הליכי אימוץ ילדים בישראל. בהתאם לחוק זה, ועל פי הפסיקה שפירשה אותו, מחולקים הליכי האימוץ לשני שלבים נפרדים: השלב הראשון עניינו בשאלה האם הקטין הינו בר אימוץ, ומשמעותו הינה ניתוק הזיקה המשפטית בין ההורים הביולוגיים לקטין. השלב השני עניינו במתן צו אימוץ. שלב זה מיועד ליצירת זיקה משפטית בין הקטין לבין ההורים המאמצים, אשר יחליפו את ההורים הביולוגיים כבעלי הזכויות והחובות כלפי הקטין (ראו למשל ע"א 2169/98 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נג(1) 241, 258-260 (1999) וההפניות שם).

24. השלב הראשון להכרזת קטין כבר אימוץ מתקיים רק באין הסכמה של ההורים הביולוגיים לאימוץ הקטין. בהימצא הסכמה כאמור, אין צורך בהכרזה על הקטין כבר אימוץ ודי בהסכמת ההורים כדי ליצור עילת אימוץ. שלב זה מחולק אף הוא לשני שלבי משנה. בשלב המשנה הראשון בוחן בית המשפט האם מתקיימת אחת מעילות האימוץ הקבועות בסעיף 13 לחוק, שזוהי לשונו:

13. הכרזת ילד כבר-אימוץ

(א) 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 שתחילתם 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.

ללא התקיימותה של אחת מעילות הסעיף בית המשפט אינו קונה סמכות להכריז על הקטין כבר אימוץ. יש לשים לב כי טובת הילד אינה מנויה כאחת מעילות הסעיף, ואולם טובת הילד היא הטעם לקיומן של עילות אלו, ובמובן זה היא מצויה ברקע הדברים בכל עת (דנ"א 7015/94 הנ"ל, בעמ' 107).

אם התקיימה אחת מעילות האימוץ שבסעיף - נרכשה הסמכות, ויש לעבור לשלב המשנה השני. בשלב זה מפעיל בית המשפט את שיקול דעתו וקובע האם אימוצו של הקטין הוא אכן לטובתו (בע"מ 6930/04 פלונית ופלוני המיועדים לאמץ הקטין נ' האב הביולוגי, פ"ד נט(1) 596, 611-612 (2004)). בית המשפט עשוי להגיע למסקנה כי למרות שמתקיימת עילת אימוץ הרי שטובתו של הקטין מחייבת כי הזיקה המשפטית בינו לבין הוריו הביולוגיים לא תנותק (בע"מ 377/05 הנ"ל, פסקה 40 לחוות דעתו של הנשיא ברק). מנגד, אם סבר בית המשפט כי טובתו של הקטין מובילה למסקנה שלפיה יש להכריז עליו כבר אימוץ, הרי שלאחר ההכרזה עובר הליך האימוץ לשלב השני שהוא מתן צו אימוץ.

25. השלב השני של האימוץ הינו הליך נפרד מהשלב הראשון. בשלב זה, המתקיים לאחר שנותקה זיקתו המשפטית של הקטין מהוריו הביולוגיים, תיבחן השאלה האם נכון ליצור זיקה משפטית בין הקטין לבין ההורים המבקשים לאמצו. לפיכך, שלב זה מתנהל לאחר תקופת מבחן בת שישה חודשים לפחות שבה שוהה הקטין אצל המשפחה המתעתדת לאמצו (סעיף 6 לחוק). השיקול המרכזי הנבחן במסגרת שלב זה הינו טובת הקטין. במסגרת זו יבחן בית המשפט את טיב קשריו של הקטין עם ההורים המיועדים לאמצו; את מידת השתלבותו בביתם ואת השאלה האם טובתו של הקטין דורשת כי יאומץ על ידם (נילי מימון דיני אימוץ ילדים 201, 223 (1994); בע"מ 6930/04 הנ"ל, בעמ' 613-614).

מאחר שבמסגרת המקרה שלפנינו הוזכרו מספר עילות אימוץ ראוי להרחיב מעט את הדיבור על העילות הרלבנטיות: עילה שעניינה בהורה שזהותו בלתי ידועה (סעיף 13(א)(1) לחוק), ועילות הפקרת הילד ואי קיום חובות כלפיו (סעיפים 13(א)(4) ו-13(א)(5) לחוק).

עילת אימוץ- הורה שזהותו בלתי ידועה

26. עילת האימוץ המרכזית הרלוונטית למקרה דנן היא זו הקבועה בסעיף 13(א)(1) לחוק ולפיה "אין אפשרות סבירה לזהות את ההורה, למצאו או לברר דעתו". עילה זו שונה במהותה מיתר העילות שכן אין עניינה בהכרח בהורה אשר מעל בתפקידו, אלא ייתכן כי מדובר בהורה תם לב אשר הנסיבות הם אשר הביאו, שלא בטובתו, להתקיימותה של העילה. על ייחודיותה של עילה זו עמד המשנה לנשיא מ' חשין:

"כל עילות אלו כולן, כאבנים מכווערות 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..."

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 מכווערת 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 נותר להתעלם מייחודה של עילת האב הלא-ידוע" (בע"מ 377/05 הנ"ל, פסקה 6 לחוות דעתו של המשנה לנשיא חשין).

27. השימוש בהוראה זו נעשה בדרך כלל כלפי האב, במקרים שבהם האם אינה יודעת מי הוא או אינה מוכנה למסור את פרטיו. משמעות התיבה "אפשרות סבירה" אשר מוזכרת בסעיף נידונה בפני בית משפט זה בהרכב מורחב (בע"מ 5082/05 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני (לא פורסם, 26.10.05)). נפסק כי כדי לעמוד בסטנדרט שלפיו "אין אפשרות סבירה לזהות את ההורה, למצאו או לברר דעתו" לא מוטלת חובה לעשות את כל שניתן מבחינה מעשית לאיתור האב, שכן לא כל שניתן לעשות מבחינה מעשית, ראוי הוא מבחינה ערכית. "אפשרות לזהות את ההורה היא סבירה אם היא מושגת באופן הנותן משקל ראוי לערכים השונים שיש לקחתם בחשבון ומאזן ביניהם על-פי משקלם" (בע"מ 5082/05 הנ"ל, בפסקה 21 לפסק דינו של הנשיא ברק). ומהם אותם ערכים? בפסיקה נסקרו שיקולים שונים שאותם יש לבחון בכל מקרה שבו זהותו של האב בלתי ידועה. שיקול אחד שכזה הינו זכותו הטבעית של האב לגדל את ילדו. במסגרת שיקול זה נבחנת עוצמת הזיקה בין האב לקטין; מידת המעורבות והאחריות שהפגין האב בעניינו של הקטין במהלך ההיריון ולאחריו; ואופייה של הזוגיות בין הוריו של הקטין. שיקול נוסף הוא טובתו של הקטין. בגדר שיקול זה יש לבחון מה הסיכוי שהאב, אם וכאשר יאותר, יכיר בילד, יקבל אחריות עליו וירצה לגדלו. עוד ייבדק היקף המידע המצוי בידי הרשות, כיצד הגיע לידיה ולאילו מטרות נועד. השיקול הרלוונטי הבא הינו האינטרס של האם. במסגרת זו יש לעשות מאמץ לבחון את מניעיה של האם להסתיר את זהות האב במגמה לשכנע אותה למסור את פרטיו. עם זאת, יש להעניק לרגשות האם החוששת למעמדה החברתי ולעתידה, ולעיתים אף לבריאותה הפיסית והנפשית, משקל ממשי. שיקולים נוספים הינם משך הזמן הנדרש לאיתור האב מבחינת היבט הזמן בחייו של הקטין; פגיעה אפשרית בצדדים שלישיים בשל פלישה לפרטיותם; והמחיר החברתי הכרוך בבילוש והתחקות אחר אזרחים תמימים (בע"מ 5082/05 הנ"ל, בפסקאות 40-36 לפסק דינו של הנשיא ברק).

עילות אימוץ - הפקרת הילד ואי קיום חובות כלפי הילד

28. סעיף 13(א)(4) לחוק קובע עילת אימוץ שעניינה בהורה שהפקיר את ילדו או נמנע, ללא סיבה סבירה, לקיים עימו קשר אישי במשך שישה חודשים רצופים. סעיף 13(א)(5) לחוק קובע עילה דומה העוסקת בהורה שנמנע, ללא סיבה סבירה, מלקיים במשך שישה חודשים רצופים את חובותיו כלפי הילד. שתי עילות אלו דומות מאוד במהותן, וכלשונו של המשנה לנשיא מ' חשין, מדובר בעילות תאומות (דנ"א 7015/94 הנ"ל, בעמ' 114).

29. על-פי עילות אלו נדרש ההורה למלא חובותיו כלפי ילדו על-פי יכולתו. יכולת זו נבחנת במבחן אובייקטיבי המבוסס על צרכיו הנפשיים והחומריים של הילד, שהספקתם חיונית ומניעתם תסב לו נזק. חשוב להדגיש כי הנסיבות שהובילו את ההורה שלא לקיים את חובותיו אינן מעלות או מורידות שכן נקודת ההסתכלות היא בהתאם לצרכיו של הילד. אכן, כפי שציינה השופטת דורנר "הורה שאינו מקיים את חובותיו כלפי הילד על-אף סיוע רשויות הסעד, מקפח את זכותו ההורית, גם אם מחדלו הוא פרי נסיבות אובייקטיביות. שכן, מטרת האימוץ אינה "ענישת" ההורה. האימוץ נועד לממש את זכותו העדיפה של הילד" (דנ"א 7015/94 הנ"ל, בעמ' 67; כן ראו דבריה של השופטת נתניהו בע"א 166/81 פלוניס נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לו(4) 321 (1982)). המושג "סיבה סבירה" המופיע בשתי העילות מאפשר להפעיל מבחן ערכי לבחינת נסיבותיו של כל מקרה ומקרה (דנ"א 7015/94 הנ"ל, בעמ' 114).

לשם הדגמה, באחת הפרשות שנידונו בבית משפט זה, נקבע כי מתקיימות באם הביולוגית שתי עילות האימוץ הנזכרות. קביעה זו התבססה על כך שהאם הסכימה כי המשמורת על הקטינה תישאר בידי האב תוך ידיעה שהסכמה זו תסב לקטינה נזק, הן מאחר שלא היה בידי האב להעניק לקטינה תנאים חומריים או פסיכולוגיים הדרושים לגידולה התקין, הן לאור הנזקים שגרם האב לקטינה והיה עלול להמשיך ולגרום. בהחלטתו כי מתקיימות עילות האימוץ, עמד בית המשפט על כך שהאם באותו מקרה נמנעה כליל מלהותיר לעצמה זכויות ראייה עם הקטינה או כל אמצעי אחר לשימור הקשר ביניהן, ומאז שנפרדה ממנה לא עשתה כל ניסיון של ממש לאתר את הקטינה כדי לדעת מה עלה בגורלה (ע"א 5656/94 פלונית נ' היועץ המשפטי (לא פורסם, 22.1.95)).

30. קיימים מצבים שבהם מתבקש בית המשפט לבטל הכרזה על קטין כבר אימוץ, לאחר שהכרזה כזו כבר ניתנה. כך למשל, כאשר חוזר בו הורה מהסכמתו לאמץ או כאשר מופיע הורה ביולוגי אשר זהותו לא היתה ידועה בזמן ההכרזה ולפיכך ההכרזה על הקטין כבר אימוץ נעשתה בהיעדרו. ודוק, ההנחה בשלב זה היא כי ההכרזה על הקטין כבר אימוץ נעשתה כדין וכי בעת ההכרזה התקיימה עילה אשר הקימה לה סמכות. הופעתו של הורה שזהותו היתה בלתי ידועה או רצונו של הורה לחזור בו מהסכמתו לאמץ אינם מפקיעים את קיומה של עילת האימוץ ואינם מבטלים מעיקרן את תוצאות ההכרזה או ההסכמה. מטעם זה, הדיון בבקשות מעין אלו יתנהל במסגרת שלב המשנה השני של השלב הראשון לבחינת האימוץ, וכך ביאר זאת הנשיא ברק:

”משהוכח בזמנו קיומה של עילה, וננקט צעד לקראת אימוץ, אי אפשר להתעלם ממה שקרה בינתיים עם הקטין. ”הוא אינו סחורה המטולטלת ממחסן למחסן” (הנשיא שמגר בדנ”א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ’ פלונית, בעמ’ 81. השוו דברי השופט מ’ חשין, שם, בעמ’ 115). שינוי הנסיבות שנוצר עם היוודע זהותו של האב, או בעת הדיון בבקשת האם לחזור בה מהסכמתה, הובא 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 (השוו ע”א 680/77 פלונית נ’ עירית תל-אביב-יפו, בעמ’ 399) ” (בע”מ 6930/04 הנ”ל, בעמ’ 615-616).

31. לפיכך, בבחינת בקשה לביטול ההכרזה על הקטין כבר אימוץ תיערך בחינה מחודשת של השאלה האם יש מקום לעשות שימוש בשיקול הדעת השיפוטי להכריז על הקטין כבר אימוץ. במסגרת זו, כשם שנקבע על-ידי בית משפט זה, יבחן בית המשפט שלושה שיקולים: טובת הקטין, זכויותיו של ההורה הביולוגי והאינטרסים של ההורים המיועדים לאמץ, אם שוהה כבר הקטין אצלם (בע”מ 377/05 הנ”ל, פסקה 44 לחוות דעתו של הנשיא ברק). אעמוד בקצרה על מהותם של שלושת השיקולים ועל משקלם היחסי במסגרת ההחלטה הכוללת.

32. שיקול טובת הילד הוא השיקול העיקרי העומד ביסוד הבחינה האמורה. מדובר בשיקול מורכב המבטא את מכלול האינטרסים, הזכויות והצרכים של הקטין (דו”ח הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה (2005)). הוא משקף מגוון של שיקולים - חומריים, רוחניים, חברתיים, אתיים ומוסריים; שיקולים

לטווח קצר ושיקולים לטווח ארוך. בהקשר של הסוגיה שבפנינו מורה השיקול בדבר טובת הילד להתחשב בקשר שנוצר בין הקטין לבין הוריו המבקשים לאמצו, ולבחון את הנזק שייגרם לקטין אם ינותק מהם. במסגרת זו, יש להתייחס למחקרים המראים כי ניתוקו של ילד מהאנשים שבהם הוא רואה את הוריו והעברתו להוריו הטבעיים, שלגביו הם אנשים זרים, גורמת לילד נזק אשר מחמיר ככל ששהותו אצל הוריו הפסיכולוגיים ארוכה יותר (דנ"א 7015/94 הנ"ל, בעמ' 68). מנגד יש כמובן לשוות את הטובה שתצמח לקטין מכך שיגדל אצל הוריו הביולוגיים. במסגרת זו, יש לבחון באופן יסודי את מסוגלותם של ההורים הביולוגיים לגדל את ילדם. מסוגלות זו תיבחן לפי מצבם של ההורים בעת בקשת הביטול ולא בעת מתן ההכרזה. היא תיבחן אף בהתאם למצבו של הקטין באותה עת, ובהתאם לצרכיו של הקטין, שפעמים רבות מתמודד בשלב זה עם קשיים נפשיים לאחר שעבר בין מספר מסגרות (בע"מ 377/05 הנ"ל, פסקה 52 לחוות דעתו של הנשיא ברק; דנ"א 7015/94 הנ"ל, בעמ' 111-112). בעת בחינת טובת הילד יש גם ליתן משקל להנחה, אשר מבוססת על ניסיון החיים, כי ככלל, ייטב לילד שיחיה עם הוריו הביולוגיים. עם זאת, "יש לתת את הדעת לכך שניסיון החיים מלמד גם כי קשר ההורות, אינו מבוסס רק על קשר דם. הקשר נבנה גם על-ידי טיפול, גידול וחינוך" (דנ"א 7015/94 הנ"ל, בעמ' 68). ויודגש: טובת הילד מתמקדת בקטין בלבד, ולא באינטרסים אחרים של מי מהצדדים או של תפיסה חברתית כזו או אחרת. כפי שניסח זאת הנשיא ברק "הקטין אינו אובייקט השייך להוריו. הוא בן אנוש בעל זכויות וצרכים משלו" (בע"מ 377/05 הנ"ל, פסקה 45 לחוות דעתו של הנשיא ברק; כן ראו דבריו של הנשיא שמגר בדנ"א 7015/94 הנ"ל, בעמ' 81-80).

אוסף עוד כי בחינה זו של טובת הקטין שומה עליה להתבצע באמצעות חוות דעת המומחים לתחום. כבר נאמר כי "אבחון מצבו הנפשי והגופני של אדם - לרבות השפעת סביבתו הקרובה על מצבו הנפשי והגופני - הינו עניין לאנשי המקצוע לענות בו; ואני מתקשה לראות כיצד יוכל בית-משפט להכריע בשאלת הטובה והאינטרס של קטין בלא שייעזר בחוות דעתם של מומחים לדבר" (בג"ץ 5227/97 דויד נ' בית-הדין הרבני הגדול, פ"ד נה(1) 453, 463 (1998) (להלן: עניין דויד)). מובן כי ההכרעה בסופו של יום הינה של בית המשפט היושב בדין ואין הוא מחויב להמלצות חוות הדעת שהוגשו בפניו. עם זאת, על בית המשפט לקבל החלטה מושכלת ורציונאלית וזאת באמצעות היעזרות במומחים לסוגיה שאינה בתחום התמחותו (עניין דויד, בעמ' 463).

33. השיקול השני הינו זכותו של ההורה הביולוגי. זכות זו נובעת מהזכות הטבעית של הורים ביולוגיים לגדל את ילדם. קשר זה בין הורה לילדו זכה לכינוי "קול הדם"

(בלשונו של מ"מ הנשיא חשין בע"א 50/55 הרשקוביץ נ' גרינברגר, פ"ד ט(2) 791, 799 (1955)). קול הדם הוא "קול הטבע" והוא קולה של המשפחה הביולוגית ועדיפותה על פני כל משפחה אחרת. "משפט הטבע הוא, שילד יגדל בבית אביו ואמו: הם שיאהבו אותו, הם שיאכילו וישקו אותו, הם שיחנכו אותו, והם שיעמידו אותו על רגליו עד אם היה לאיש. זו זכותם של אב ואם וזו זכותו של הקטן" (בלשונו של המשנה לנשיא מ' חשין בע"א 6106/92 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מח(4) 221, 235 (1994)). הדברים יפים ומדברים בעד עצמם.

יש לשים לב כי הרעיון של "קול הדם" מבטא שתי הנחות- ההנחה הראשונה היא מנקודת מבטה של טובת הילד ולפיה טובתו של הקטין שיהיה אצל הוריו הטבעיים (ע"א 577/83 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד נג(1) 461, 474 (1984)). ההנחה השנייה מושתתת על נקודת מבטו של ההורה הביולוגי ולפיה זכותו הטבעית של הורה ביולוגי הינה לגדל את ילדו ולהיות איתו בקשר. בדרך הטבע, שתי הנחות אלו מתיישבות האחת עם השנייה. עם זאת, הסוגיות שבהן עסקינן שייכות למקרים החריגים שבהם אין בהכרח מתאם בין שתי הנחות יסוד אלו (ראו דבריו של המשנה לנשיא חשין בע"מ 377/05 הנ"ל, פסקאות 10-11 לחוות דעתו). לפיכך, ההנחה הראשונה נשקלת במסגרת השיקול הראשון שעניינו טובת הילד. במסגרת השיקול השני נשקלת ההנחה השנייה שעניינה בזכותו של ההורה הביולוגי לגדל את ילדו. זכות זו "אין היא כשאר זכויות שבעולם. נעלה ועמוקה היא משאר זכויות" (בע"מ 377/05 הנ"ל, פסקה 8 לחוות דעתו של המשנה לנשיא מ' חשין). במסגרת דיון בשיקול זה ראוי להתחשב בהתנהגות ההורה בעבר ביחס לילד שאותו הוא מבקש לקבל בחזרה לחיקו. ברי כי אין דומה זכותו של אב אשר כלל לא ידע כי נולד לו ילד לזכותו של אב אשר נטש את ילדו ושב לאחר זמן מה לקחתו. "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" (בע"מ 377/05 הנ"ל, פסקה 53 לחוות דעתו של הנשיא ברק; כן ראו ע"א 680/77 פלונית נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד לב(3) 399, 393 (1978)). וכדברי המשנה לנשיא חשין:

"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 בבנה], והתנהגותה יכולה שתלמדנו כי קול הדם נדם. יש שאת הנעשה והנחדל אין להשיב... (פרשת פלונית, 236, בהמשך לדברים שהבאנו לעיל, בפסקה 10) " (בע"מ 377/05 הנ"ל, פסקה 12 לחוות דעתו של המשנה לנשיא מ' חשין).

34. השיקול השלישי הינו האינטרס של ההורים המיועדים לאמץ. בשיקול זה יש להתחשב, כמובן, רק אם נמסר הקטין לחזקתם. אכן, אף בטרם ניתן צו אימוץ, ובטרם עוגנו משפטית הקשרים שבין הקטין להורים המבקשים לאמצו, לא ניתן להתעלם מקשרי אהבה, מסירות ואחריות שעשויים להירקם בזמן שהותו של הקטין בבית ההורים המיועדים. לא ניתן להתעלם גם מציפייתם של הורים אלו להמשיך ולגדל את הילד שנמסר להם. עם זאת, יש להבחין בין דיון המצוי בשלב של טרום מתן צו אימוץ, שאז יש לתת משקל יחסי קטן יותר לציפייתם של ההורים המיועדים לאמץ, לבין דיון הנערך לאחר מתן הצו, שאז משקלה היחסי של ציפיית ההורים המאמצים עולה. במסגרת שיקול זה יש להתחשב אף בשיקול המערכתי שעניינו בחשיבות החברתית לעודד זוגות ליטול עליהם אימוץ של קטינים הזקוקים לכך (בע"מ 377/05 הנ"ל, פסקאות 47, 54 לחוות דעתו של הנשיא ברק).

35. כאמור, מבין שלושת השיקולים שנסקרו עומד השיקול בדבר טובת הילד כשיקול הראשון במעלה שלו ניתנת עדיפות. אם מגיע בית המשפט למסקנה כי החזרת הקטין להורה הביולוגי תגרום לפגיעה קשה בקטין, אין מקום להורות על ביטול הכרזת הקטין כבר אימוץ (בע"מ 377/05 הנ"ל, פסקה 50 לחוות דעתו של הנשיא ברק). זכות ההורים הביולוגיים, על אף שעודנה קיימת ונשקלת, מאבדת את מעמד הבכורה שלה לאחר ההכרזה על הקטין כבר אימוץ (בע"מ 377/05 הנ"ל, פסקה 14 לחוות דעתה של השופטת פרוקצ'יה; דנ"א 7015/94 הנ"ל, בעמ' 71). הקטין אינו צריך לספוג את הנזקים של התקלה שקרתה, בין אם היא באשמתו של אותו הורה ביולוגי ובין אם הוא תם לב לחלוטין. מובן כי גורם הזמן הוא משמעותי בקביעה זו. ככל שחלף זמן מועט יותר בין העברתו של הקטין למשפחה המיועדת לאמץ לבין בקשת הביטול, כך ההנחה היא שטובתו של הקטין לגדול אצל הוריו הביולוגיים חזקה יותר, וההיפך (ראו בהקשר

זה את הצעתה המעניינת של רונה שוז במאמרה "זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים: לקחים מפרשת "תינוק המריבה" משפחה במשפט א 163, 208-204 (להלן: שוז) המתבססת על מספר הצעות חוק). זמן זה יימדד במונחים של ילד ולא במונחים של מבוגר, ובהתאם למחקרים בתחום. כך למשל יש שסוברים כי לאחר שהות של שנים עשר חודשים ברציפות אצל ההורים "הפסיכולוגיים" יהא זה בלתי סביר לנתק את הקשר של הקטין איתם (בע"מ 377/05 הנ"ל, פסקה 51 לחוות דעתו של הנשיא ברק). וכפי שסיכם זאת הנשיא שמגר:

"לעתים יש שאת הנעשה אין להשיב - זאת, למשל, במקרה שהילד נקלט היטב במשפחה מאמצת ומצא לו קן ובית חם, בו בזמן שניתוקו ממסגרת זו עלול לגרום לו חוויות טראומטיות קשות. שיקולי ההורות הטבעית אינם זוכים במקרה כגון זה לעדיפות אוטומטית ומובנת מאליה. שמירת נפשו ורווחתו של הקטין עומדים אז במרכז. סופיותו של הליך האימוץ צריכה להיקבע, ככלל מנחה, באותם מקרים שבהם טובתו של הקטין הינה שיניחו לו לנפשו לבנות את חייו במקום החדש שבו הוא נמצא, הרחק מן התנאים שליווהו כאשר נוצרו הנסיבות שסעיף 13 לחוק דן בהן" (דנ"א 7015/94 הנ"ל, בעמ' 81).

36. בחינת השיקולים האמורים והאיזון ביניהם נכונים גם כאשר מדובר בהורה שחזר בו מהסכמתו לאימוץ ילדו. סעיף 10 לחוק מאפשר לבית המשפט להרשות להורה לחזור בו מהסכמתו כל עוד לא ניתן צו האימוץ וזאת מטעמים מיוחדים שיירשמו. בית המשפט יצק תוכן למונח "טעמים מיוחדים" שבחוק אשר זהה לשיקולים שמנינו לעיל:

"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 ציפייתם של ההורים המיועדים לאמץ בשלב של טרם מתן צו אימוץ, הוא בעל משקל יחסי קטן ביחס לשני השיקולים האחרים" (בע"מ 377/05 הנ"ל, פסקה 12 לחוות דעתה של השופטת פרוקצ'יה).

(כן ראו ע"א 577/83 הנ"ל; ע"א 622/87 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מב(1) 624 (1988)).

37. מעניין לראות שגם על-פי המשפט העברי נשקלים שיקולים דומים בסוגיה זו, למרות שהתייחסות המשפט העברי לסוגיה בכללותה שונה במובנים מסוימים מהתייחסותו של המשפט הישראלי (כך למשל, הקשר המשפטי בין ילד להוריו הביולוגיים לא ניתן עם האימוץ בהקשרים מסוימים, כגון חובתו של הילד, בדרך כלל, בכבוד הוריו הביולוגיים. המאומץ אף יורש את הוריו הביולוגיים, הסדר שאומץ אף לתוך המשפט הישראלי בסעיף 16 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965). בדיון בסוגיה של הורה המעוניין לחזור בו מהסכמתו לאימוץ הובעה הדעה כי על-פי המשפט העברי האם הטבעית יכולה לחזור בה מהסכמתה למסור את ילדה לאימוץ רק בתנאי שהדבר לא יפגע פגיעה קשה בטובת הילד. עוד נאמר כי יש להביא בחשבון את הצורך לייצב את מוסד האימוץ ולא ליצור מצב שבו משפחות תחושנה לאמץ שמא יחזרו בהם ההורים הביולוגיים מהסכמתם לאימוץ. קשריהם של ההורים המאמצים עם הילד המאומץ מובאים אף הם כשיקול בעניין וכמוהם גם הזמן מהווה גורם משמעותי על-פי עמדת המשפט העברי (הרב יעקב אריאל "ביטול אימוץ" תחומין כז 304 (תשס"ז)).

סיכום ביניים

38. כאשר באים ההורים הביולוגיים, הם שניהם או אחד מהם, בפני בית המשפט ומבקשים כי ילדם יוחזר אליהם לאחר ההכרזה על הקטין כבר אימוץ, נדרש בית המשפט בשלב ראשון לבחון האם התקיימה בשעת ההכרזה עילת אימוץ. אם אכן כך הוא הדבר הרי שלצורך ביטול ההכרזה חלים הכללים בהם דיברנו לעיל, קרי ההכרזה עומדת בעינה כל עוד לא החליט בית המשפט אחרת. בית המשפט רשאי לבטל את ההכרזה תוך איזון ובחינה של שלושה שיקולים: השיקול המרכזי והדומיננטי של טובת הקטין ושיקולים של זכות ההורה הביולוגי והאינטרסים של ההורים המיועדים לאמץ. גם אם מגיע בית המשפט למסקנה כי לא התקיימה עילת האימוץ אשר עליה התבסס לכאורה בית המשפט בשעתו לצורך הכרזה על הקטין כבר אימוץ, בית המשפט הדן

בבקשת הביטול יבחן האם התקיימה באותה שעה עילה אחרת. אכן, מדובר בבחינה בדיעבד ולפיכך יש לבצע בזהירות רבה, אך אין להימנע ממנה. כך למשל, אם בשעתו הוכרו קטין כבר אימוץ בשל זהות אב ביולוגי לא ידועה (סעיף 13(א)(1) לחוק) והאב הופיע בשלב מאוחר יותר וביקש את ביטול האימוץ יהיה מקום לבדוק האם התקיימה לגבי האב עילת אימוץ אחרת באותו זמן, כגון עילת הפקרת הקטין או אי מילוי חובות כלפיו (סעיפים 13(א)(4) ו-13(א)(5) לחוק). אם התשובה לכך חיובית, הרי שחזרנו לנקודת ההתחלה שבה יש לבדוק את בקשת הביטול בהתאם לשיקולים האמורים לעיל).

הסוגיה שאליה נפנה כעת, עניינה במצב שבו מתברר בדיעבד כי בעת ההכרזה על הקטין כבר אימוץ לא התקיימה עילה מעילות החוק לצורך ההכרזה. כיצד ינהג בית המשפט במצב דברים מעין זה?

מעמדה של ההכרזה כאשר לא התקיימה בעיתה עילת אימוץ

39. מקרה שבו דן בית משפט זה בהיעדרה של עילת אימוץ מלכתחילה הינו עניין קונסלוס הידוע (בג"ץ 243/88 קונסלוס נ' תורג'מן, פ"ד מה(2) 626 (1991) (להלן: עניין קונסלוס)). באותו עניין דובר בחטיפה של ילדה מידי הוריה הביולוגיים בברזיל והעברתה לידי הורים מאמצים בישראל, ללא ידיעתם של האחרונים על החטיפה. עם זאת, יש לציין כי במקרה זה לא ניתן צו אימוץ כדין, שכן מסמכי האימוץ זויפו והעניין נידון במסגרת בקשה למתן צו הביאס קורפוס מבית המשפט הגבוה לצדק.

40. למרות המסגרת הדיונית השונה, הקיש בית משפט זה (מפי המשנה לנשיא מ' אלון) מדיני האימוץ לצורך הכרעה בעניין שבפניו בין ההורים המאמצים לבין ההורים הביולוגיים. בתמצית הדברים קבע בית המשפט כי-

"בבואנו לדון במקרה כגון זה שלפנינו, שבו נחטפה הקטינה שלא כדין ושבו מעולם לא אומצה כדין, בשאלה אם להשאירה בחזקת המשיבים, שאין בידם עילה וזכות שבדין, ועל-ידי כך נמצאנו מוציאים את הקטינה מהמשמורת של אפוטרופסיה הטבעיים - של אמה, היא העותרת, ושל לואיז, הוא אביה הטבעי - בכגון דא ודאי הוא שהמשמורת הטבעית של העותרת ולואיז קודמת לחזקת המשיבים בקטינה. כפי שנראה להלן, גם במקרה כגון זה שלפנינו ובמסגרת הדין דנן, מקום יש לתת את הדעת, לעתים נדירות ובמקרים חריגים, ראש לכול, על עקרון טובת הילד; אך כאשר

עולה הטענה, כי טובת הקטינה מחייבת להשאירה בחזקת מי שאין בידו אפוטרופסות על פי-דין ולא להחזירה למשמורת הוריה הטבעיים, יש לדון בטענה זו בזהירות מירבית, לבל ייפגמו שיקולי ההוראה" (עניין קונסלוט, בעמ' 640).

דהיינו, ההנחה היא כי במקרה שבו נחטף ילד לצרכי אימוץ (גם אם בלא ידיעתם של ההורים המאמצים) יוחזר הילד להוריו הטבעיים, למעט מקרים חריגים ביותר אשר בהם שיקול טובתו של הילד יגבר. ללמדנו, כי גם במקרה הקיצוני ביותר, שבו חזקה זכותם של ההורים הביולוגיים וברורה היא, אין להתעלם לחלוטין משיקול טובת הילד. אמת המידה שקבע בית המשפט לאיזון בין השיקולים במקרה של חטיפה הינה קיומה של פגיעה מיוחדת וממשית בטובת הילד המצדיקה שלילת אפוטרופסותו הטבעית של ההורה, וכדברי המשנה לנשיא אלון:

"בנסיבות המקרה שלפנינו, שבו מלכתחילה נחטפה הקטינה, במעשה פלילי, ממשמורת שני הוריה הטבעיים, שיקול טובת הילד לא יעלה ולא יבוא, אלא כאשר הפגיעה בקטינה - הפיסית או הנפשית - תהא קשה וחמורה ביותר, בלתי הפיכה ולא ניתנת לתיקון" (עניין קונסלוט, בעמ' 645).

השופט אריאל הצטרף לדברים אלו וקבע כי-

"אילו התגלתה, לכאורה, בעיה של פגיעה נפשית או פיסית, בלתי הפיכה, בהחזרת הילדה לאמה, היה עלינו להחליט להעביר את הדיון לבית המשפט המחוזי המוסמך, כדי שזה ידון כאפוטרופסם של קטינים במכלול השאלות הקשורות בהחזרת הקטינה, במסגרת "טובת הקטינה", במובן הרחב ביותר, לרבות שאלת החטיפה, "האימוץ" וההחזקה" (עניין קונסלוט, בעמ' 655).

יצוין כי במסגרת בחינת טובת הילד במקרה זה נעשתה גם בחינה של מסוגלותם ההורית של ההורים הטבעיים להתמודד עם גידול קטינה אשר הוצאה מחיק הוריה המגדלים אותה מאז היותה תינוקת ועד להגיעה לגיל שנתיים (ראו פסקה 32לעיל).

לצד שיקולים אלו הוזכר גם האינטרס שיש להורים המאמצים אשר גידלו את הקטינה במשך כשנתיים ימים כפתם לכל דבר ועניין. אמנם פסק הדין מתייחס בעיקר לכאבם של ההורים המגדלים, אשר אין לו נפקות משפטית, אך עולה בבירור כי בית המשפט לא התעלם מהאינטרס שלהם, וכך קובע המשנה לנשיא אלון:

"כאשר מצד אחד מצויים הורים טבעיים, שילדתם נחטפה מהם, שלא שקטו ולא נחו עד אשר מצאוה ושלא היה כל פגם בהתנהגותם כלפי הקטינה במשך כל אותה תקופה קצרה ששהתה עמם, ושהתנהגותם הצפויה כאשר תוחזר הקטינה לביתם היא כמתואר לעיל, ומצד אחר קיימים בני-זוג שהקטינה מצויה בחזקתם, אשר לא ידעו דבר על החטיפה ודימו בנפשם כי בידם צו-אימוץ חוקי על הקטינה, וכל עת שהותה אצלם גידלוה וטיפחוה על הצד היותר טוב - נוטה הייתי לומר, שמן הראוי ומן הדין להחזיר את הקטינה להוריה הטבעיים" (עניין קונסלוט, בעמ' 647).

41. לכאורה נראה כי רב המפריד על המאחד בין הכללים שנקבעו בעניין קונסלוט, העוסק בחטיפת קטין כך שבוודאי לא התקיימה הכרזת בר אימוץ כדין, לאלו שנקבעו בבע"מ 377/05 הנ"ל, העוסק במקרה שבו בעת ההכרזה על האימוץ התקיימה עילת אימוץ. עם זאת, במבט מעמיק נראה כי ניתן להכניס את הכללים שנקבעו בשתי הפרשות לאותה תבנית של שיקולים. למעשה, בשתי הפרשות נבחנו שלושה שיקולים: השיקול של טובת הילד; זכותם של ההורים הביולוגיים לגדל את ילדם; והאינטרסים של ההורים המחזיקים בילד בעת בקשת הביטול (ההורים המיועדים לאמץ או ההורים המאמצים בפועל). ההבדל בין המקרים הוא במשקל שניתן לכל אחד מהשיקולים: בעוד שבמקרה של חטיפת קטין, המצוי בקצה האחד, מקבל השיקול בדבר זכויות ההורים הטבעיים מעמד על והוא גם השיקול המכריע, השיקול של טובת הילד מקבל משקל שני במעלה והאינטרס של ההורים המחזיקים בילד נמצא ברף התחתון של השיקולים עד כי המשקל שינתן לו כמעט אפסי; כך במקרה המצוי בקצה האחר, שבו התקיימה עילת אימוץ כדין, מקבל שיקול טובת הילד משקל מרכזי ודומיננטי, בעוד ששני השיקולים האחרים מקבלים מעמד משני. לטעמי, דרך זו, הבוחנת את כל השיקולים במסגרת הבקשה לביטול אימוץ, אך מקנה משקל שונה בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה, מגבירה את הסיכוי להגעה לתוצאה נכונה ומאוזנת, ועל-כן ראויה היא.

42. בית המשפט המחוזי סבר כי במקרה דנן, שבו לא התקיימה עילת אימוץ מלכתחילה, יש לקבוע כי הכרזת האימוץ נעשתה שלא כדין והיא בטלה. בשלב שני, כך סבר בית המשפט, יש לבחון את מסוגלותו ההורית של האב לגדל את הקטין בנסיבות שנוצרו. בדיון שבפנינו הועלתה הטענה כי דרך זו שבה נקט בית המשפט המחוזי נושאת עימה חשיבות יתרה, שכן יש בה כדי לעודד את רשויות הרווחה לעשות מלאכתן נאמנה. לטעמי, אין זו הדרך שבה יש לילך. ראשית, כפי שלמדנו מעניין

קונטולוס, גם במקרה הקיצוני והחמור ביותר של חטיפת קטין ומסירתו לאימוץ, אין להתעלם באופן מוחלט משיקול טובתו של הילד ומהנזק שעלול להיגרם לו כתוצאה מהמעבר חזרה להוריו הביולוגיים. לפיכך, אין להורות על ביטול ההכרזה בטרם שקילת השיקולים הרלוונטיים כולם. שנית, גם אם נאמר שניתן לכלול את שיקול טובת הילד באמצעות בחינת עילת המסוגלות ההורית של ההורה הביולוגי כלפי הקטין הספציפי שאמור לעבור לרשותו, הרי שאיני סבורה כי זוהי הדרך הנכונה לעשות כן. בחינת המסוגלות ההורית, הנעשית באמצעות מומחים ומחייבת בירור ודיונים, עשויה היתה קרוב לוודאי להביא לאותה תוצאה אך תוך מחיר של סרבול הדיון ועיכוב ההליכים וכתוצאה מכך פגיעה בקטין אשר זקוק להחלטה מהירה ככל הניתן (ראו בע"מ 6930/04 הנ"ל, בעמ' 620; דנ"א 9201/08 פלוני נ' פלונית, פסקה 22 לחוות דעתו של השופט גרוניס (לא פורסם, 5.4.09)). שלישית, ובאשר לרשויות הרווחה, ההנחה הינה כי הן עושות את מלאכתן נאמנה, גם אם לעיתים נופלות טעויות בדרכן. הנחה נוספת היא כי הרשויות תעשינה ממילא כל מאמץ לשפר התנהלותן בעקבות ביקורתו של בית המשפט. מכל מקום, לא יהיה זה נכון להעמיס את הנטל על הקטין לשאת את כובדו של שיקול זה בגין מחדל של רשויות הרווחה.

43. אעיר עוד בקצרה כי המסקנה שלפיה אין לבטל את ההכרזה מעיקרה מתיישבת עם תורת הבטלות היחסית שפותחה במישור המנהלי ומטרתה לבחון את מכלול השיקולים ולעשות צדק יחסי כלפי אלו שעשויים להיות מושפעים מהחלטה. תורה זו משמעה כי יש להפריד בין עצם הקביעה בדבר קיומם של פגמים בהחלטת הרשות או במעשיה, ואפילו יהיו פגמים אלו חמורים, לבין התוצאה והסעד שאותו יש לקבוע על יסוד פגמים אלו (בג"ץ 2758/01 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' עיריית ירושלים, פ"ד נח(4) 289, 308 (2004) (להלן: בג"ץ התנועה למען איכות השלטון); ראו גם בג"ץ 10455/02 אמיר נ' לשכת עורכי הדין (לא פורסם, 27.2.03)). תכליתה של תורת הבטלות היחסית הוסברה על-ידי המשנה לנשיא אור באחת הפרשות:

"הרעיון שמאחורי תיאורית הבטלות היחסית הוא, אפוא, הרצון לעשות צדק יחסי עם כל הגורמים העלולים להיות מושפעים מההכרעה, בצד מתן משקל הולם למהות אי החוקיות או הפגיעה שבמעשה הרשות המינהלית, אשר גרר את בטלות ההחלטה. על בית המשפט מוטלת החובה והאחריות לפעול מתוך זווית ראייה רחבה ככול הניתן, המתחשבת בטובתם וברווחתם של כלל הגורמים העשויים להיות מושפעים מהכרעתו" (בג"ץ התנועה למען איכות השלטון, בעמ' 309).

44. המסקנה הנובעת היא כי גם במקרה שבו לא התקיימה עילת אימוץ מלכתחילה תישקל הבקשה לביטול הכרזת האימוץ באמצעות שלושת השיקולים הרלוונטיים: טובת הקטין, זכות ההורה הביולוגי והאינטרס של ההורים המיועדים לאמץ. אלא שהמשקל של זכות ההורה הביולוגי במקרה זה הוא גדול יותר בעוד שהמשקל של טובת הקטין יפחת בהשוואה למקרה שבו התקיימה עילת אימוץ מלכתחילה.

45. מהי אמת המידה לאיזון בין השיקולים? כאשר מדובר במקרה קיצוני של חטיפה נקבע, כאמור, כי נדרשת פגיעה מיוחדת וממשית בטובת הילד המצדיקה שלילת אפטרופוסותו הטבעית של ההורה. לעומת זאת, במקרה שבו התקיימה עילת אימוץ כדין עובר להכרזה, נקבע כי שיקול טובת הילד הינו השיקול הדומיננטי. בסוג המקרים שבהם לא התקיימה עילת אימוץ עובר להכרזה צריך להחיל אמת מידה אמצעית. אף כי קשה לקבוע מסמרות בעניין, ניתן לומר באופן כללי כי למרות שבתיקים מעין אלו מקובל לומר כי ברי ושמא- ברי עדיף, הרי שניתן יהיה לקחת במקרים אלו יותר "סיכונים" מחושבים באשר לסיכוייו של הקטין להשתקם מהמעבר להורה הביולוגי. לטעמי, ניתן לשקול במקרים מתאימים לקחת סיכון מעין זה דווקא במסגרת בחינת סוגיית האימוץ הפתוח, כך שתיבחן האפשרות שלפיה גם אם פתרון האימוץ הפתוח אינו הפתרון הטוב ביותר לילד, שלא היה מומלץ במקרה הרגיל של אימוץ, הרי שבנסיבות האמורות ניתן לנקוט באמצעי זה כל עוד אין הוא פוגע בפגיעה ממשית בקטין.

46. אעיר עם זאת כי לטעמי יש לסייג את המסקנה האמורה במקרים שבהם חלף זמן קצר בלבד בין מסירת הילד למשפחה המיועדת לאמץ לבין הבקשה לביטול הכרזת האימוץ, וזאת בין אם התקיימה מלכתחילה עילת אימוץ ובין אם לאו. הטעם לכך הינו שבזמן קצר זה ההנחה היא כי טרם הספיק הקטין להיקשר למשפחה המיועדת לאמץ וכי ניתן להשיב את הגלגל לאחור מבלי לפגוע בטובתו. במצב דברים זה זכותו של הקטין לגדול אצל הוריו הביולוגיים וזכויותיו של ההורה הביולוגי לגדל את ילדו גוברות, בכפוף, כמובן, להעדר עילות אימוץ אחרות. כמו כן, במצב דברים זה התחלת התדיינות ארוכות בערכאות השונות של בתי המשפט תיצור מצב שבו עצם ההתדיינות תקבע את התוצאה שכן חלוף הזמן הרב מאז מסירת הקטין למשפחה המיועדת לאמץ עלול לסכל את החזרתו להוריו הביולוגיים בשל החשש לפגיעה בטובתו. מהו פרק הזמן שבו טרם נקשר הקטין למשפחתו החדשה? קשה לקבוע, אך הוא נע ככל הנראה בין 45 ימים לארבעה חודשים (ראו מאמרה של שוז, בעמ' 204-208 ; 210-212 ; וכן המלצתה של הוועדה לבדיקת חוק אימוץ ילדים, התשמ"ה-1981,

והליכי אימוץ ילדים בישראל – דו"ח ביניים, המדברת על שלושה חודשים). ייתכן כי סייג זה יש לממש באמצעות מתן סעד זמני בהליכי הבקשה לביטול הכרזת הקטין כבר אימוץ בהתאם לשיקול דעתו של בית המשפט ועל פי חוות דעת ביניים מזורזת במידת האפשר. על כל פנים, מאחר ששאלה זו אינה נדרשת לענייננו כאן לא ארחיב בה עוד, ואסתפק באמירה כי בכל מקרה, בין אם ניתן סעד זמני כאמור ובין אם לאו, יש לעשות כל מאמץ אפשרי על מנת לזרז הליכים בעניינים מסוג זה, הן על מנת שלא לפגוע בטובתו של הקטין שזקוק להחלטה מהירה, הן על מנת שהזמן החולף לא יקבע הוא את התוצאה או ישפיע עליה באופן משמעותי.

47. לסיום חלק זה, ולמען הסר כל ספק, אדגיש כי הניתוח האמור נכון הוא למצבים בהם נבחן עניין האימוץ בדיעבד. דהיינו, לאחר שהקטין כבר נמסר למשפחה מיועדת לאימוץ ונבחנת האפשרות לביטול הכרזת הקטין כבר אימוץ כאשר לא התקיימה עילת אימוץ מלכתחילה. מצבים אלו אינם נידונים בחוק, מלבד סעיף 19 לחוק העוסק בביטול צו אימוץ אך מכוון, כך נראה, למצבים בהם מתגלות נסיבות שלא היו ידועות או קיימות בשעת מתן הצו בנוגע למשפחה המאמצת. עם זאת, גם מסעיף זה ניתן ללמוד שהשיקול העיקרי הינו טובת המאומץ. לפיכך, ברי כי כאשר מדובר בבחינת הכרזת קטין כבר אימוץ מלכתחילה חייב בית המשפט לוודא כי מתקיימת עילת אימוץ על-פי סעיף 13 לחוק, שאם לא כן לא קמה הסמכות למסירתו לאימוץ, ובוודאי אין טובת הקטין משמשת כעילה עצמאית למסירת קטין לאימוץ. כמו כן, אדגיש כי ניתוח זה אין בו כדי לשנות דבר מההלכה שנקבעה בבע"מ 377/05 הנ"ל, אם כי רק להחיל את עקרונותיו על סיטואציה שלא נידונה בו כלל. דברים אלו הם בבחינת הברור מאליו, אך מצאתי לנכון להדגישם על מנת שלא ייווצר כל ספק.

מן הכלל אל הפרט

האם התקיימה במשיב עילת אימוץ כלפי הקטין?

48. עילת האימוץ שבגינה הוכרז הקטין כבר אימוץ כלפי המשיב הינה עילה של היעדר אפשרות סבירה לזהות את ההורה לפי סעיף 13(א)(1) לחוק. האם אכן התקיימה עילה זו בעת ההכרזה? לטעמי התשובה היא בשלילה.

ראשית, אציין כי פסק הדין של בית המשפט לענייני משפחה המכריז על הקטין כבר אימוץ (אמ"צ (ב"ש) 27/06 מיום 10.9.06) כלל אינו מדבר במשיב, למעט ציון העובדה כי זהותו לא ידועה. פסק הדין אינו עוסק בשאלה האם אין אפשרות סבירה

לזהותו, האם נעשו מאמצים לאיתורו והאם נעשו מאמצים לשכנע את האם למסור את פרטיו. בית המשפט גם נמנע מלערוך איזון אינטרסים לבחינת השאלה האם אין אפשרות סבירה לזיהוי או איתור אביו הביולוגי של הקטין (בע"מ 5082/05 הנ"ל; וראו פסקה 27 לעיל). לטעמי, דיון זה - ראוי היה שייערך, ובהתגלגלות העניינים עד למצב הדברים הנוכחי יש כדי להדגיש זאת.

49. שנית, עיון בחומר הנוגע לתיק מעלה כי רשויות הרווחה ידעו, מפיה של האם, כי בעלה אינו אביו של הקטין. האם מסרה להן אף את שמו הפרטי של האב הביולוגי, כי היה חברה לחיים של חברתה וכי הוא תושב באר-שבע. אפשר שבפרטים אלה בלבד לא היה די לאיתור המשיב, אלא שבדיעבד התברר כי בתיקי לשכת הרווחה נמצא רישום מיום 25.4.02 שנערך על-ידי עובדת סוציאלית אשר טיפלה במשפחה ומציינת את שמו המלא של המשיב ואת העובדה כי הוא אביו של הקטין. ברישום נוסף הוזכר כי המשיב מתגורר עם המשפחה כדייר משנה וכי הוא מתקיים מקצבאות נכות. רישום זה, אשר אין חולק שלא היה ידוע לגורמים אשר הגישו את הבקשה להכרזת הקטין כבר אימוץ, מבסס, לטעמי, אפשרות סבירה לאיתורו של המשיב. אין ספק כי רשויות הרווחה המעורבות בהגשת בקשה להכרזת קטין כבר אימוץ צריכות לעבור על תיקי הרווחה הרלבנטיים לאותו קטין, הן על מנת לבסס את הבקשה והן, במקרה כגון זה, לנסות לאתר פרטים שיובילו לאב הביולוגי של הקטין שיתכן שהוא מעוניין לגדל את בנו. הנימוק שהובא בפנינו שלפיו מדובר בשני גורמים שונים המטפלים בעניין: האחד שירותי הרווחה שטיפלו במשפחה ובמצוקותיה, והשני השירות למען הילד המטפל באימוץ, אינו מקובל עלי. ברי כי בעת הגשת בקשת האימוץ יש לעיין בעין בוחנת ובדקדקנות בתיקי לשכת הרווחה שטיפלה בקטין ובמשפחתו, ומקל וחומר הדברים אמורים כאשר ידוע שלקטין יש אב ביולוגי שזהותו אינה ידועה. המסקנה המתבקשת הינה כי לא התקיימה במובהק עילת האימוץ לפי סעיף 13(א)(1) לחוק. מן הראוי כי שירותי הרווחה והאחראים עליהם יתנו דעתם למחדל זה שמקורו בחוסר בחינה מעמיקה ובהתעלמות מחומר רלבנטי, המבטאים התנהלות לא ראויה אשר אינה צריכה לקרות ככלל, ובמיוחד כאשר מדובר בדיני נפשות.

50. האם התקיימה אחת מעילות האימוץ הקבועות בסעיפים 13(א)(4) או 13(א)(5) לחוק? בשאלה זו ההתלבטות קשה יותר, אך מאחר שהבחינה הינה בדיעבד ולא נעשתה בחינה מעמיקה של הסוגיה במסגרת גלגוליו השונים של המקרה, נטייתי היא לענות גם על שאלה זו בשלילה.

מקביעותיהן העובדתיות של הערכאות דלמטה עולה כי המשיב התגורר עם האם, בעלה והקטין עד לסוף שנת 2003. בתקופה זו סייע המשיב לאם בטיפול בקטין ובכלכלת הבית. לאחר עזיבתו את הבית, התקשה המשיב לפגוש בקטין בשל סירובה של האם והסתרת מקום מגוריה. למרות זאת המשיך המשיב לראות את בנו, באופן ספוראדי אמנם, עד להיותו כבן שלוש שנים וחצי, עת הוצא הקטין מהבית במרץ 2005. בית המשפט לענייני משפחה קבע כי המשיב ניסה לבקר את הקטין בבית המעבר שבו שהה לאחר הוצאתו מהבית, אך הגורמים המטפלים סירבו לכך. המשיב טוען כי פעם אחת הצליח להתחזות לבעלה של האם וכך להיפגש עם הקטין בסביבות חודש אפריל 2005 (עמ' 10 לפרוטוקול מיום 3.3.08). כן נקבע כי המשיב העלה את סוגיית בנו הן בפני בית הדין למשמורת והן בפני עורך-דין שאיתו התייעץ, אשר ריפה את ידיו, בין היתר בטענה שייחקל בקשיים בשל היותו שוהה בלתי חוקי. המשיב אף הסביר שחש כי הוא נמצא במלכוד שכן אם ילחם על זכויותיו לראות את ילדו, הוא עלול להיות מגורש מהארץ בשל היותו שוהה בלתי חוקי, ובמצב דברים זה, לא יוכל לראות כלל את בנו. דברים אלה מקבלים משנה תוקף על רקע העובדה שהמשיב לא היה רשום כאביו הרשמי של הקטין, ומטעם זה סבר הוא שהסיכוי שהרשויות יסייעו בידיו במקרה זה היה, וייתכן שבצדק, קלוש הוא (ראו דבריו בעמ' 9 לפרוטוקול מיום 3.3.08). יוזכר בהקשר זה כי המשיב לא היה מודע לכך שמתנהלים הליכי אימוץ בעניינו של הקטין, ולכן אפשר שלא הבין את ההשלכות האפשריות של התנהגותו. עוד יצוין, כי באמצע שנת 2006 פנה המשיב לעורך דין על מנת שיגיש בשמו תביעת אבהות.

מדברים אלו עולה כי ניתן להניח לטובתו של המשיב שהנתק המוחלט בינו לבין הקטין החל רק באפריל 2005, כאשר כשנה וחצי לאחר מכן הגיש את תביעת האבהות. אף בתקופה זו אין לומר כי המשיב קפא לחלוטין על שמריו אלא עשה מעת לעת ניסיונות על מנת לקבל זכויותיו ביחס לקטין. כמו-כן, יש לזכור כי המשיב יכול היה לסבור שהקטין מטופל ושיש מי שדואג לרווחתו, בין אם מדובר באימו ובין אם מדובר בגורמים בבית המעבר.

51. אמנם, כפי שציינתי לעיל, בחינת עילות ההפקרה נעשית באופן אובייקטיבי, שכן מוקדן הוא צרכי הילד, ולא נסיבותיו של ההורה "המפקיר". עם זאת, במקרה דנן שבו בקשת האבהות הוגשה שבועות ספורים בלבד לאחר מסירתו של הקטין למשפחה המיועדת לאמץ, ניתן להשליך את נתוני ההווה על התגבשות העילה לעתיד. דהיינו, כאשר הורה מפקיר את ילדו ולאחר מכן מתחרט על כך, אין בכך כדי למחוק את העבר

אך יש בכך כדי לבטל את תוצאות התקיימותה של העילה לעתיד. וכפי שניסח זאת המשנה לנשיא חשין:

"ראינו כי עילות ההזנחה שבסעיף 13 לחוק האימוץ (למעט סעיף 13(7)) צופות הן כולן פני עבר. מסקנה שהסקנו הייתה, שאין אותן עילות נמחקות כמו מעצמן אך באשר הורים של ילד משנים ממנהגם הרע ומתחילים הם לעשות לקיום חובותיהם כהורים. נניח עתה כי נתקיימה בהורים פלונים עילת הזנחה זו או אחרת מאלו המנויות בסעיף 13 לחוק; למשל: הורים נמנעו, ללא סיבה סבירה, מלקיים במשך שישה חודשים רצופים את חובותיהם כלפי ילדם. נוסף עתה ונניח, כי לאחר עבור אותם שישה חודשים ניחמים ההורים על מחדליהם הרעים, מתחילים הם לקיים את חובותיהם כלפי הילד כסדרן וכהילכתן, וכיום אין עוד עילת ההזנחה מתקיימת. לרקע דברים אלה, היעלה על הדעת כי עתה תוגש בקשה להכרזת הילד כבר-אימוץ? הנקבל כי עתה יוכל בית-משפט להכריז על הילד להיותו בר-אימוץ? בוודאי שהתשובה היא בשלילה. אכן, מעשה ההזנחה - ועמו עילת ההזנחה - לא נמחקו ונעלמו, אך האירועים שאירעו לאחר היווצרותה של העילה היה בהם כדי לבטל את כוחה של העילה לעתיד, בבחינת נחש ששיני ארס שבפיו נעקרו" (דנ"א 7015/94 הנ"ל, בעמ' 118).

מכל האמור, סבורה אני כי קשה לקבוע בדיעבד שהתקיימה אחת מעילות האימוץ שבסעיפים 13(א) או 13(א)5 בנוגע למשיב. אכן, לא ניתן להתעלם מהנתונים שידועים לנו כעת, המלמדים שהמשיב ניסה בדרכים שונות לברר את זכויותיו בנוגע לקטין אל מול מציאות קשה שבה היה נתון, ולבסוף אף פעל והגיש תביעת אבהות עוד בטרם ידע כי מתנהלים הליכי אימוץ כלשהם, וחשוב מכך, שעה שהקטין שהה בבית המשפחה האומנת תקופה קצרה בלבד בת מספר שבועות.

52. איני מקבלת אף את טענת המבקש שלפיה הפקיר המשיב את בנו בבית אימו ובעלה כאשר ידע שהמצב שם בכי רע. מעדותו של המשיב עולה כי התרשם שההידרדרות במצב הטיפול בקטין החלה רק בשנת 2005. טענה זו נתמכת בעובדה שרשויות הרווחה ראו לנכון להוציא את הקטין מביתו רק בתקופה זו. המשיב גם טוען כי ניסה לרתום את דודתו לסייע לקטין במצוקתו (עמ' 8 לפרוטוקול מיום 3.3.08). אין לכחד, ייתכן שהורה אידיאלי היה מתערב במצוקתו של הקטין עוד לפני כן. ברם, היותו של ההורה אידיאלי אינו תנאי סף לצורך זכאותו למימוש הורותו, וההנחה היא שילד יגדל אצל הוריו הטבעיים גם כאשר אין מדובר בהורים אידיאליים. בענייננו, לא ניתן להתעלם מנסיבות חייו וממעמדו הבעייתי בארץ של האב, וכן מהקשיים שבהם נתקל

עת ניסה לעקוב אחר מקום הימצאו של בנו וליצור קשר עימו. קשיים אלה אינם מאפשרים לגזור גזירה שווה בין המשיב לבין הורה המשולל דאגות מעין אלה ונהנה מכלים טובים יותר להתמודד עם הסיטואציה. לצד הדברים האלה יש להעמיד כל העת לנגד העיניים את ההנחה כי רק במקרים חריגים וקיצוניים ביותר יתקיימו עילות אימוץ אשר יאפשרו את ניתוק הקשר בין הורה לילדו.

המסקנה הינה, איפוא, כי לא ניתן לומר שהוכחו דיין עילות האימוץ הקבועות בסעיפים 13(א)(4) ו-13(א)(5) לחוק. מכאן, יש לקבוע כי בעת ההכרזה על הקטין כבר אימוץ לא התקיימה עילת אימוץ כנדרש לפי סעיף 13(א) לחוק. במצב דברים זה עלינו לעבור עתה לבחינת שלושת השיקולים הרלבנטיים לבקשה לביטול הכרזת קטין כבר אימוץ: טובת הקטין, זכותו של המשיב והאינטרסים של המשפחה המיועדת לאמץ.

השיקולים הרלבנטיים

53. ראשון השיקולים הינו טובת הקטין. לצורך הערכת טובתו של הקטין בעניין זה ניתן להסתמך על חוות דעתו של ד"ר גוטליב והשלמת חוות דעתו כפי שהתבקשה על - דינו. מחוות דעת זו ניתן להסיק כי טובתו של הקטין מטה את המשקולת לעבר המשך הליכי האימוץ, וזאת משני טעמים מרכזיים: השתלבותו של הקטין בבית המשפחה המיועדת לאמץ והתקשרותו אליה; והיעדר מסוגלות הורית מספקת של המשיב להתמודדות עם מעבר הקטין אליו.

54. הקטין שוהה בבית המשפחה המיועדת לאמץ מזה כשנתיים וחצי. אין ספק כי מדובר בפרק זמן משמעותי ביותר. מחוות דעתו של ד"ר גוטליב עולה כי הקטין היכה שורש בבית המשפחה וקשר את נפשו בנפשה. הקטין רואה עצמו כחלק בלתי נפרד מהמשפחה. מהתרשמותו של ד"ר גוטליב עולה כי מדובר במשפחה מיוחדת אשר משקיעה לילות כימים על מנת להעניק לקטין תמיכה, אהבה וסיוע. בשיחה עם הקטין התרשם ד"ר גוטליב כי הוא מנסה להסתיר את עברו ולהדגיש את זהותו החדשה הקשורה קשר הדוק ומוחלט למשפחה שאיתה הוא מתגורר כיום. הוא רואה בהורי המשפחה את הוריו ובילדי המשפחה את אחיו ואחיותיו.

ד"ר גוטליב, אשר פרש בחוות דעתו את מכלול השיקולים, היתרונות והחסרונות בהתייחס לכל אופציה, הגיע למסקנה כי טובתו של הקטין מחייבת את המשך הליכי האימוץ. הוא ציין כי מדובר בילד אשר ידע טלטלות רבות ומעברים בחייו הקצרים ואשר רק לאחרונה מראה סימני רגיעה ויציבות במשפחתו החדשה. ד"ר

גוטליב סבור כי יש חשש ממשי כי מעבר נוסף שייכפה על הקטין יפגע בהתקדמותו ויפגע ביכולתו לתת אמון בסובבים אותו. ניתוקו מהמשפחה שעמה הוא שוהה, לדעת ד"ר גוטליב, יגרום לתחושת אובדן קשה לקטין ולתהליך אבל משמעותי.

על החשש לפגיעה קשה ובלתי הפיכה בקטין בהוצאתו מבית המשפחה אצלה הוא שוהה מזה שנתיים וחצי ניתן ללמוד מתגובותיו של הקטין בהליכים אלו. כך, מתסקיר מעודכן של פקידת הסעד מיום 30.6.09 עולה כי מאז פגישתו של הקטין עם ד"ר גוטליב מבטא הקטין חרדות רבות שמא יילקח מהמשפחה שעמה הוא חי כיום, למרות שדבר לא נאמר לו על כך. הקטין אף חזר להרטיב, תופעה שנפסקה מספר חודשים לאחר שהגיע לבית המשפחה. לצד זה, מתקשה הקטין להירדם וסובל מסיוטים בלילות. בנוסף, מפחד הוא לשהות לבד ומבקש את קרבתה של אם המשפחה מעבר לרגיל. דוגמא לקושי לנתק קטין ממשפחה אומנת לאחר תקופת זמן משמעותית שבה הוא שהה אצלה כבן בית ניתן לראות גם במקרה המתואר בדנ"א 7015/94 הנ"ל, הגם שמובן שכל מקרה הוא שונה וייחודי לנסיבותיו. באותו עניין הורה בית המשפט העליון, ברוב דעות, על השבתו של קטין כבן שלוש לאימו הביולוגית לאחר ששהה מעל לשנה וחצי אצל משפחה אומנת המיועדת לאמצו. בקשה לדיון נוסף בעניין נדחתה ורשויות הרווחה מינו פסיכולוגית חיצונית שתסייע בביצוע המעבר. לאחר מספר פגישות שערכה הפסיכולוגית עם הקטין ויתר המעורבים בדבר, הגיעה הפסיכולוגית למסקנה כי ניתוק הילד מהמשפחה המאמצת יגרום לו נזק חמור ביותר ועל כן אין היא מוכנה לסייע בהעברתו. פסיכיאטרית נוספת שמונתה חיוותה את דעתה כי מחיר ההעברה יהיה שברון ליבו של הקטין ודיכוי. בעקבות דברים אלו הוגשה בקשה שניה לדיון נוסף, אשר התקבלה, ובעקבותיה הוחלט ברוב דעות על הותרתו של הקטין בבית המשפחה המיועדת לאמצו.

55. לצד שיקולים אלו בבחינת טובתו של הקטין יש לבחון גם את מסוגלותו של האב לקבל את הקטין ולגדלו. בחינה זו, לטעמי, אינה חופפת בהכרח במהותה את בחינת המסוגלות ההורית הנערכת במסגרת בחינת התקיימותה של עילת האימוץ לפי סעיף 13(א)(7) לחוק. לפיכך, איני סבורה כי מתחייב כי נראה קושי באי ביצוע מבדקים פסיכולוגיים למשיב על-ידי ד"ר גוטליב. באשר למסוגלותו של המשיב, מחוות דעתו של ד"ר גוטליב עולה כי המשיב הינו אדם נורמטיבי וייתכן שהיה מקום לשקול את העברת הקטין אליו לו נבדק העניין בנקודת זמן אחרת. עם זאת, במצב הדברים כיום סבור ד"ר גוטליב כי אין המשיב מסוגל לגדל את בנו באופן שיעלה בקנה אחד עם טובתו. לדבריו, למשיב אין כל ניסיון בגידול ילדים ואף אין לו כל תוכנית ברורה

באשר לגידול בנו הקטין או תובנה לגבי הקשיים שאיתם יתמודד הקטין במעבר מסוג זה. הקטין שחווה חוויות קשות בעברו ומעברים רבים זקוק כיום לטיפול מיטבי מעבר לממוצע וד"ר גוטליב סבור כי המשיב לא יוכל להעניק לו זאת. בנוסף לדברים אלו, יש לעמוד על כך שהמשיב ישמש אב חד הורי לקטין ללא מסגרת משפחתית. עוד יש ליתן את הדעת לכך שהמשיב הינו תושב מולדביה ללא מעמד חוקי בארץ ואינו יהודי, ואילו הקטין גדל מזה שנתיים וחצי אצל משפחה יהודית דתית ישראלית. לבסוף יש לזכור, כי מבחינת הקטין, המשיב הינו אדם זר שאין הוא מכיר כלל.

56. אין חולק כי היתרון המרכזי בהעברתו של הקטין למשיב הינה אפשרות גידולו של הקטין אצל אביו הביולוגי, שיקול שכפי שהובהר אין להמעיט בערכו. אכן, ישנו חשש לא מבוטל כי בעתיד יתעוררו אצל הקטין שאלות בנוגע לזהותו, שורשיו והוריו מולידיו. ואמנם, קשיים אלו המאפיינים ילדים מאומצים, הם ממשיים ועליהם לקבל משקל במסגרת ההחלטה. עם זאת, במצב הדברים הנוכחי נראה כי קשיים אלו פחותים הם מהקושי הנפשי שאיתו יצטרך להתמודד הקטין בניתוקו מהמשפחה שאותה הוא רואה כיום כמשפחתו ואצלה הוא מצא, ככל הנראה לראשונה בחייו, חום, מסירות ותחושת שייכות.

מהצטרפותם של טעמים אלו עולה כי טובתו של הקטין הינה באופן ברור להישאר בבית המשפחה המיועדת לאמצו.

57. השיקול הבא הינו זכותו של המשיב כאב ביולוגי. כאמור לעיל, מדברים אנו במקרה שבו לא התקיימה עילת אימוץ מלכתחילה. מכך נובע הצורך ליתן משקל רב יותר לזכויות ההורה הביולוגי שילדו נמסר לאימוץ מבלי שהתקיימה עילה מכוח החוק בזמן ההכרזה על האימוץ. עם זאת, יש ליתן את הדעת מנגד גם להתנהגותו של המשיב במהלך שנות חייו של הקטין והמחויבות אותה ביטא במעשיו כלפי הקטין, רווחתו וטובתו. בעניין זה, למרות שקבענו כי לא הוכחה עילת הפקרה, ניתן לומר כי התנהגותו של המשיב היתה על גבול התקיימותה של עילה זו. כאן יש לעצור ולהדגיש כי אין הדברים מכוונים לשיפוט התנהגותו של המשיב ולטרוניה כלפיו. מנקודת מבטו של המשיב ניתן להבין את המצוקה והקשיים שאיתם מתמודד עובד זר בלתי חוקי שבנו הביולוגי אף לא רשום על שמו. עם זאת, לא ניתן להתעלם מהתנהגותו של האב כמשפיעה על עוצמת זכויותיו. מנקודת מבט זו, לא היה המשיב מקור תמיכה וסיוע לקטין ברוב שנותיו. אכן, גם כאשר חי המשיב עם הקטין - טיפולו בו היה מינימאלי, כפי שהוא עצמו מעיד, ולו בגלל עבודתו; לאחר שעזב את הבית, פגש המשיב את

הקטין אך באופן ספוראדי, וזמן מה לאחר מעברו של הקטין לבית המעבר, פסק הקשר כליל; המשיב לא עמד מיידית על זכויותיו לפגוש בקטין, לשמור עימו על קשר ולדאוג לשלומו ולצרכיו; המשיב ידע על הקשיים המלווים את הקטין בבית אימו אך לא עשה בעניין זה דבר מה ממשי. מנקודת מבטו של הקטין, צרכיו לא מולאו, איפוא, על-ידי המשיב, דבר אשר מפחית במידה מסוימת מזכותו של המשיב לבוא עתה, כאשר הקטין בן 7.5 שנים, ולדרוש כי יועבר לחזקתו. לכך יש להוסיף כי אין מדובר במקרה שבו נודע לאב באופן פתאומי ומפתיע על בן שנולד לו ונמסר לאימוץ, כי אם על אדם שידע היטב על בנו, ואף ידע על העברתו לבית מעבר בשל הקשיים בבית אימו. גם עובדה זו יש בה כדי להפחית מעוצמת זכותו של המשיב לקבל את בנו לחיקו.

58. שיקול שלישי ואחרון הינו, כאמור, האינטרסים של ההורים המיועדים לאמץ את הקטין. לא ניתן להתעלם מתקופת הזמן המשמעותית שבמהלכה גידלה המשפחה האומנת את הקטין, התמודדה עם קשייו, עטפה אותו בחום ואהבה והפכה אותו לחלק בלתי נפרד ממנה. יש להניח כי התקשרותו החזקה של הקטין למשפחה מלווה באפקט נגדי של התקשרות המשפחה האומנת לקטין. אין ספק כי ציפייתם של ההורים המבקשים לאמץ, בייחוד לאחר תקופה כה משמעותית, הינה להמשיך גידולו של הקטין ואימוצו הסופי. מדובר במשפחה בעלת ילדים ביולוגיים משלה, אשר זו הפעם השנייה שמאמצת ילד, ככל הנראה מתוך גדלות נפש. משפחות כאלה יש לעודד על מנת שילדים הזקוקים למשפחה מאמצת חמה וטובה יזכו לה מבלי לעורר חשש בקרב המשפחה כי האימוץ יבוטל לאחר תקופה מסוימת.

איזון השיקולים

59. מאיזון ושקלול השיקולים האמורים מתבקשת התוצאה שלפיה יימשכו הליכי האימוץ והקטין ייוותר בחזקת המשפחה המיועדת לאמצו. כאמור, שיקול טובת הקטין נוטה בבירור לכיוון זה, ומאחר שמשקל זכותו של המשיב במקרה זה פוחת, כמוסבר, הרי ששיקול טובת הילד, ובהצטרף אליו האינטרס של המשפחה האומנת, מובילים למסקנה כי יש לקבל את ערעור המבקש ולהורות כי לא תבוטל ההכרזה על הקטין כבר אימוץ.

60. הסוגיה הנוספת שעלתה במהלך הדיון בפנינו התמקדה בשאלה האם יש מקום לאפשר במקרה זה אימוץ פתוח, או לחלופין לאפשר דיווח חד צדדי שיימסר למשיב באשר לקטין.

אימוץ "מלא" או "סגור" הינו אימוץ המנתק באופן מלא את הזכויות והחובות שבין ההורים הביולוגיים לילדם ומעביר את אותן זכויות וחובות לקשר שבין ההורים המאמצים לקטין. ניתוק זה הינו כמעט מוחלט מלבד בשני עניינים: דיני איסור והיתר לענייני נישואין וגירושים, וענייני ירושה (ע"א 2169/98 הנ"ל, בעמ' 261). רק בהגיעו של המאומץ לגיל 18, רשאי הוא לבקש מפקיד סעד לעיין ברישום המתייחס אליו בפנקס האימוצים וכך ללמוד על הוריו מולידיו (ס' 30 לחוק). באימוץ המכונה "פתוח" נותרת זיקה מסוימת בין הקטין החי אצל הוריו המאמצים לבין ההורים הביולוגיים. הבסיס המשפטי ליצירת זיקה זו מצוי בשתי נקודות אפשריות: האחת, בעת שלב האימוץ הראשון, כאשר נקבע כי מתקיימת עילת אימוץ, רשאי בית המשפט לקבוע כי ההכרזה על הקטין כבר אימוץ הינה לטובתו רק אם יתקיים קשר כלשהו בינו לבין הוריו הביולוגיים. השניה, במסגרת השלב השני של הליכי האימוץ, שאז רשאי בית המשפט, על-פי סעיף 16 לחוק, לצמצם את תוצאות האימוץ כך שיתאפשר קשר כלשהו בין הקטין לבין הוריו הביולוגיים (ע"א 2169/98 הנ"ל, בעמ' 262).

אימוץ פתוח יכול להיעשות בתבניות שונות וברמות שונות בהתאם לכל מקרה ולנסיבותיו. כך יכול לנוע האימוץ הפתוח מחובת דיווח חד צדדית של ההורים המאמצים להורים הביולוגיים ועד לקשר קבוע בין הקטין להוריו הביולוגיים (בע"מ 1845/07 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם, 16.4.08)).

61. בית משפט זה עמד בעבר על יתרונותיו ועל חסרונותיו של האימוץ הפתוח לעומת האימוץ הסגור. כך, בין היתרונות נמנו העובדה כי האימוץ הפתוח מספק לקטין מידע על מוצאו ועל זהותם של הוריו הביולוגיים; כי האימוץ הפתוח מפחית מרגשות האשם והתסכול שבמסירת ילד לאימוץ ומאפשר להורים הביולוגיים תחושת מעורבות בחיי הילד; וכי ההורים המאמצים מספקים באמצעות האימוץ הפתוח מידע לילד על הוריו הביולוגיים דבר שעשוי להפחית מתחים ולחזק את הקשר ביניהם לבין בנם המאומץ. מנגד, נמנו חסרונותיו של האימוץ הפתוח, וביניהם, החשש לפגיעה באפשרות ליצור קשר מלא והדוק בין ההורים הביולוגיים והמאמצים; חשש להעמדת הקטין במשבר נאמנויות לאור יחסיו עם שני זוגות ההורים; סכנה לתחרות בין ההורים

אשר עלולה לפגוע בקשרי ההורים המאמצים עם הקטין; חשש מפני ניגודים תרבותיים וחברתיים שיקשו על יצירת קשר והידברות בין כל המעורבים; וחשש במקרים מסוימים מהיחשפות הקטין לנסיבות לידתו ומסירתו לאימוץ (ע"א 2169/98 הנ"ל, בעמ' 263; ע"א 653/95 פלונים נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מט(2) 383, 391-392 (1995); בע"מ 1845/07 הנ"ל).

62. השיקולים לבחינת השאלה האם יש להורות על אימוץ פתוח - ניתן לחלקם לשלושה מעגלים: מעגל השיקולים הקשורים לקטין; מעגל השיקולים הקשורים להורים הביולוגיים; ומעגל השיקולים הקשורים להורים המאמצים (בע"מ 1845/07 הנ"ל, פסקה 22 לחוות דעתה של השופטת פרוקצ'יה). העמדה אשר אומצה על-ידי בית משפט זה הינה כי האימוץ הסגור הינו הכלל בעוד שהאימוץ הפתוח הינו החרגי. נקבע כי כל עוד לא הונחה תשתית מחקרית מספקת באשר ליתרונותיו וחסרונותיו של האימוץ הפתוח יש לדבוק בעמדה זו (ע"א 2169/98 הנ"ל, בעמ' 265). את הנימוקים לעמדה זו סיכמה השופטת פרוקצ'יה:

"כזה הוא העקרון המנחה במוסד האימוץ בישראל, הבנוי על תפיסה עקרונית לפיה טובתו של הילד באימוץ משתקפת, דרך כלל, בהתמזגותו המלאה עם משפחתו החדשה, וניתוקו המוחלט ממשפחתו הטבעית. הניתוק החד ממשפחת המוצא נועד להקל על הילד בהשתלבותו בסביבתו החדשה, כלפיה הוא אמור לפתח תחושות שייכות והזדהות מלאים. ניתוק מוחלט זה נועד להשיג יציבות, וודאות, ושקט נפשי בילד שעבר טלטלות חיים קשות עד להשלמתו של הליך האימוץ; הוא נועד לאפשר פיתוח זהות יציבה, אמון, ותחושת שייכות של הילד כלפי גורם משפחתי אחד, החיוניים לבניית בטחונו הפנימי ויציבותו הנפשית. ניתוקו המוחלט של הילד ממשפחתו הביולוגית נועד, בה-בעת, גם לאפשר להורים המאמצים להתמודד בהצלחה עם אורח החיים החדש שנוצר בעקבות האימוץ, ולהשקיע את מיטב כוחם בבניית מערכת משפחתית אמינה, הרמונית וטובה, בלא הפרעה, ובלא חשש מפני הפרעה או ערעור של מרקם החיים המשפחתי החדש שנוצר. תפיסתו הבסיסית של חוק האימוץ, הניזונה מתפיסה פסיכולוגית-חברתית, היא, איפוא, כי, בדרך כלל, ראוי שלא לחשוף את הילד המאומץ לריבוי זיקות משפחתיות, העלול לפגוע ולערער את יציבותו, ולפגוע גם ביכולתם של ההורים המאמצים לבנות מערכת משפחתית הנשענת על יחסי אמון מלאים, ותחושות שייכות מלאה של כל בני המשפחה זה לזה" (בע"מ 1845/07 הנ"ל, פסקה 18 לחוות דעתה של השופטת פרוקצ'יה).

גם בכל הנוגע לסוגית האימוץ הפתוח, נעזר בית המשפט בחוות דעת של מומחים בתחום. אמנם, כידוע, בית המשפט הינו הפוסק האחרון, אך רק במקרים חריגים יסטה בית המשפט מהמלצת המומחים גם בנושא זה (בע"מ 4259/06 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם, 13.7.06)).

63. יצוין עם זאת, כי בשנים האחרונות נשמעים קולות הנוטים לעבר בחינה מחודשת של הליך האימוץ הפתוח, הן מנקודת מבט של טובת הילד והן מנקודת מבט של זכויות ההורים הביולוגיים (בע"מ 4259/06 הנ"ל; בע"מ 3646/06 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם, 21.6.06); בע"מ 6593/06 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם, 22.3.07); שוז, בעמ' 213; מילי מאסס ועדי אופיר "דאגה, השגחה והפקרה: על אימוץ כפוי וסגור" עיוני משפט כט(2) 257 (2006); יאיר רונן "זכות הילד לזהות כזכות להשתייכות" עיוני משפט כו 935, 979-981 (2003)).

בהקשר העניין שבפנינו, כפי שרמזתי לעיל, אני סבורה כי יש מקום אף לשקול ביתר אהדה את האפשרות לאימוץ פתוח כאשר הנסיבות והתנאים מתאימים לכך. אכן, כפי שציין ד"ר גוטליב בפנינו, אימוץ פתוח אינו פשרה בין טובת הילד לזכויות הוריו, אך במקרים כגון אלו שבהם לא התקיימה עילת אימוץ מלכתחילה, הרי שיכול להיות בפתרון זה איזון ראוי בין הזכויות והשיקולים העומדים על הפרק. מובן כי אם ייקבע שאימוץ פתוח עשוי לגרום נזק לקטין, לא יהיה מקום לנקוט בדרך זו, אך אם ייקבע כי האימוץ הפתוח הינו אפשרי, גם אם משרת יותר את זכות ההורה מאשר את טובת הילד, ייתכן וניתן יהיה במקרים המתאימים לאפשר נתיב זה כאיזון נכון בין השיקולים השונים.

64. בנסיבות המקרה דנן אודה כי התלבטתי בסוגיה. כאמור, במקרה כגון המקרה שבפנינו, שבו נקבע כי לא התקיימה עילת אימוץ בעת ההכרזה על הקטין כבר אימוץ, יש ליתן משקל רב יותר לזכויות ההורה הביולוגי. עם זאת, לא ניתן להתעלם מנסיבותיו הייחודיות של מקרה זה ומטובתו של הקטין. בסופו של יום, לאחר שהפכתי בדבר, הגעתי למסקנה כי אין מנוס במקרה זה מאימוץ סגור. ראשית, אומר כי למרות שמצאתי כי לא התקיימה עילת אימוץ במקרה זה, הרי שזכויותיו של המשיב, כפי שכבר ציינתי לעיל, אינן חזקות במיוחד לאור הנסיבות ובכלל זה הזמן המשמעותי שהוא מנותק מילדו. בנוסף על כך, ד"ר גוטליב, המומחה מטעם בית המשפט, סבור כי אימוץ פתוח במקרה זה אינו לטובתו של הקטין. מסקנה זו נתמכת בתסקיר פקידת הסעד המלמד על החרדות שאותן פיתח הקטין בעקבות הרגשתו כי מעמדו במשפחה

האומנת אינו יציב ואינו בטוח. במצב דברים זה, קיים חשש כי אימוץ פתוח לא יאפשר לחרדות אלו לשכוך ויעמיד את הקטין במצב תמידי של אי וודאות. לכך יש להוסיף את התנגדותה של המשפחה האומנת, שאין להמעיט בערכה ומשקלה. אמנם, סבורה אני כי ככלל, יש לשקול חלופה של אימוץ פתוח גם במקרה שבו קיימת התנגדות מצד ההורים המיועדים לאמץ, תוך ניסיון לשכנעם ולרתום אותם לשתף פעולה עם המהלך. ברם, התנגדותם של ההורים המיועדים לאמץ במקרה דנן, מבוססת היא על טעמים ראויים. אכן, המשפחה שבה מדובר הינה משפחה יהודית דתית החוששת כי הקשר עם המשיב יפגע במעמדו החברתי של הקטין ובקשריו עם סביבתו היהודית. המשיב, זאת יש לזכור, בא מעולם אחר שהינו זר כיום לקטין הגדל בסביבה שונה. משימת הגישור בין שני העולמות במקרה של אימוץ פתוח, עלולה להטיל מעמסה כבדה על קטין בגילו של זה שבעניינו ולעורר קשיים רבים. נוסף על כך, למשפחה המיועדת לאמץ את הקטין ילד מאומץ נוסף שאומץ ב"אימוץ סגור", וקיים חשש כי ההבדלים בין השניים ייצרו קשיים בתוך המשפחה ובין שני האחים. חשוב מאלה, לקטין לא היה כל קשר עם המשיב מזה תקופה משמעותית וארוכה אשר גם לפניו היה הקשר ספוראדי. לפיכך, שימור הקשר במקרה זה נושא משמעות פחותה בהשוואה למקרים אחרים שבהם קיים עוד קודם לכן קשר הדוק. יצירת קשר מחודש במקרה זה לא תהיה פשוטה אף מבחינה מעשית, שכן המשיב הינו שוהה בלתי חוקי בישראל, ולפיכך יש להניח כי יגורש בזמן כלשהו מישראל למולדתו. שמירת הקשר בתנאים אלו תהיה קשה ביותר וספק אם תועיל למי מהצדדים. מצירוף נסיבות אלו כולן, בשלושת המעגלים הרלוונטיים, סבורני כי אין מקום לאימוץ פתוח במקרה זה. עם זאת, אתיחס גם לאפשרות שהועלתה במהלך הדיון למתן דיווח חד צדדי למשיב בעניינו של הקטין.

65. כאמור, צמצום תוצאות האימוץ יכול להתבטא במגוון אופנים, אשר אחד מהם הינו דיווח חד צדדי של ההורים המאמצים להורים הביולוגיים אודות הקטין. גם סוגיה זו יש לבחון לאורם של השיקולים שהוזכרו: טובת הקטין; שיקולים הקשורים להורים הביולוגיים; ושיקולים הקשורים להורים המאמצים. בהקשר זה נפסק כי ככל האמור בצמצום צו האימוץ בדרך של העברת מידע להורים הביולוגיים, יש להעמיד את טובת הילד במרכז השיקולים (בע"מ 1845/07 הנ"ל, פסקה 30 לחוות דעתה של השופטת פרוקצ'יה).

הנושא הועלה לראשונה במהלך הדיון ונתקל בהתנגדות באת-כוח המדינה ושירותי הרווחה, כמו גם ההורים המיועדים לאמץ. אני סבורה שהדין עימם וכי אין לאפשר במקרה דנן אף דיווח מצומצם זה. ראשית, מבחינתו של המשיב לא התבקש

דיווח כזה, ונראה כי גם להצעת בית המשפט בעניין זה בדיון שהתנהל לא היתה היענות חיובית במיוחד. שנית, ההורים המיועדים לאמץ מתנגדים, כאמור, לאימוץ פתוח. שלישית, החשש ליצירת מסכת שקרים בתוך המשפחה, על מנת להסתיר מהקטין את עובדת הדיווח, הוא ממשי ומשמעותי. רביעית, ומבחינת הקטין עצמו, נראה כי אין כל תרומה לרווחתו ולטובתו בדיווח מעין זה, ואף יש חשש כי חשיפתו לקשר זה "עלולה ליצור מבוכה, להעלות שאלות זהות, ולהביא לשיבוש בשגרת חייו" (בע"מ 1845/07 הנ"ל, פסקה 30 לחוות דעתה של השופטת פרוקצ'יה). כאמור, לקטין לא היה כל קשר משמעותי עם המשיב למצער החל מהיותו כבן שנתיים, ולפיכך אין מבחינתו בשלב זה משמעות רבה לשמירת הקשר עם המשיב. חמישית, גם מבחינת המשיב, מזה מספר שנים לא התקיים קשר כלשהו בינו לבין בנו, ודיווח חד צדדי עשוי להכביד עליו ולהוסיף על כאבו. מכל מקום, כפי שצוין, דיווח מסוג זה לא התבקש על ידו, גם לא לחלופין.

דתו של מאומץ

66. סוגיה נוספת שהועלתה בפנינו במהלך הדיון הינה דתה של המשפחה המיועדת לאמץ אל מול דתו של הקטין. איני סבורה כי יש בסוגיה זו כדי להשפיע על תוצאת פסק הדין. אכן, סעיף 5 לחוק קובע כי "אין מאמץ אלא בן דתו של המאומץ". עם זאת, במקרה זה האם היתה רשומה כחסרת דת במרשם האוכלוסין ואף הקטין רשום כחסר דת בתעודת הלידה שלו. הקטין הוכרז כבר אימוץ עוד בטרם היתה ידועה זהותו של המשיב, בין אם בשל טעות ובין אם מרשלנות. מכל מקום, מכתבי טענות שהגיש המשיב לבית המשפט לענייני משפחה עולה כי המשיב רואה עצמו אף הוא כחסר דת. במצב דברים זה, מקבלת אני את עמדת המדינה כי אין פגם בהעברתו של הקטין, הרשום כחסר דת, למשפחה יהודית. יתרה מכך, גם אם נעשתה טעות בעניין זה, הרי שבשלב זה אין מקום לתקנה ביצירת עוול אחר של העברתו של הקטין מהמשפחה שאליה הוא שייך כעת ואשר קבענו כי טובתו לגדול אצלה. לבסוף, אציין בעניין זה כי סעיף 13א(ג) לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962 מאפשר המרת דתו של קטין לדתם של הורים המיועדים לאמצו שאצלם שהה הוא שישה חודשים לפחות.

מעמדם של ההורים המיועדים לאמץ בהליך

67. לפני סיום ראיתי לנכון להוסיף מספר מילים בעניין מעמדם של הורים מיועדים לאמץ בהליך בקשה לביטול הכרזה על קטין כבר אימוץ. סוגיה זו נידונה בבע"מ

6930/04 הנ"ל. נקבע כי אין ההורים המיועדים לאמץ מקבלים מעמד פורמאלי בהליך הדיון בבקשה. הנשיא ברק מנה חמישה טעמים לכך: ראשית, מתן מעמד להורים המיועדים לאמץ חותר נגד רעיון ההפרדה בין שני השלבים של הליך האימוץ. אנו מצויים בשלב הראשון, טרם מתן צו אימוץ, ובשלב זה חשוב כי יינתן משקל הולם לזכות הטבעית של ההורים הביולוגיים ללא החלשתה בדמות צירוף ההורים המיועדים לאמץ כצד להליך. שנית, ישנו אינטרס למנוע יריבות ישירה בין ההורים הביולוגיים להורים המיועדים לאמץ, דבר שעלול ליצור קושי אנושי רב והיגררות להתכתשות משפטית לא ראויה. שלישי, צירופם של ההורים המיועדים לאמץ עלול לפגוע בשמירת הפרטיות והסודיות של הצדדים המעורבים ולאייץ את מטרת המחוקק להפריד בין שני שלבי האימוץ גם מבחינת המידע שנמסר לכל אחד מהצדדים בכל שלב. רביעית, היועץ המשפטי הינו צד לכל הליכי האימוץ ופקיד הסעד אף הוא מעורב בכל ההליכים. ביכולתו של היועץ המשפטי להביא את התמונה העובדתית המלאה בפני בית המשפט ולהציג את האינטרסים של כלל הצדדים הנוגעים בדבר. לפיכך, ניתן ללבן את השיקולים השונים ולדון באינטרסים של ההורים המיועדים לאמץ ללא השתתפותם באמצעות בא-כוח היועץ המשפטי, פקיד הסעד, תסקירים וחוות דעת מומחים. חמישית, שיקולים מעשיים שעניינם בריבוי בעלי דין והכבדה על ההליך שאמור להיות מהיר ככל הניתן כאשר מדובר בהכרעה גורלית על חייו של קטין מורים אף הם שלא להעניק מעמד פורמאלי להורים המיועדים לאמץ. לסיכום קובע הנשיא ברק:

"אין חולק כי להורים המיועדים לאמץ עניין אישי בתוצאות ההליך, ותהיה לו השפעה של ממש על חייהם. עם זאת אין מקום להחיל בהליכי אימוץ את ההלכות בעניין הרחבת זכות העמידה וזכות הערעור (ראו בש"פ 658/88 חסן נ' מדינת ישראל). דיני האימוץ והתכליות המונחות בבסיסם מחייבים התייחסות ייחודית לסוגיה. באופן עקרוני, אין מקום לתת להורים המיועדים לאמץ מעמד בהליכים המתנהלים במסגרת השלב הראשון, הן לעניין שלב המשנה הראשון הן לעניין שלב המשנה השני. אין מדובר בפורמאליזם עקר אלא בעיקרה של מהות. גישה זו מגשימה את תכלית החקיקה שבחוק האימוץ ומאזנת באופן ראוי בין השיקולים הנוגדים. נשמר עקרון ההפרדה, הפרטיות והסודיות. נשמרת הדאגה לטובת המאומץ. נשמר גם האינטרס של ההורים המיועדים לאימוץ, שעל ייצוג עניינם מופקד היועץ המשפטי" (בע"מ 6930/04 הנ"ל, בעמ' 620-621).

יוער כי באותו עניין, בשל נסיבותיו החריגות, הוחלט ליתן מעמד להורים המיועדים לאמץ ולאפשר להם לערער על פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה אשר ביטל את פסק הדין המכריז על הקטין כבר אימוץ. ההנמקה שעמדה בבסיס

ההחלטה ליתן להורים המיועדים מעמד היתה מחדלה של באת-כוח היועץ המשפטי לממשלה לפרוש בפני בית המשפט את מכלול השיקולים כולל טובתו של הקטין. מחדל זה שהוביל לביטול ההכרזה מבלי לבדוק כלל את טובת הקטין ואת מסוגלות האב, הצדיק באותו עניין מתן מעמד פורמאלי להורים המיועדים לאמץ.

68. הנסיבות בענייננו אינן חריגות כפי שהתקיימו בבע"מ 6930/04 הנ"ל. באת-כוח היועץ המשפטי ייצגה באופן עקבי, מאוזן ומלא את עמדת כל הצדדים לדבר, כולל את האינטרסים של הקטין ושל ההורים המיועדים לאמץ. לפיכך אין מקום במקרה זה להעניק מעמד פורמאלי לזוג שלו נמסר הקטין. משכך, החלטנו ביום 3.2.09 כי ההורים המיועדים לאמץ יוכלו לחוות את עמדתם באמצעות באת-כוח המדינה בלבד. עם זאת, בדיון שנערך בפנינו בהרכב מורחב אפשרנו לבא-כוחם של ההורים המיועדים לאמץ להתייצב ולשטוח את טענותיו בנושאים המערבים באופן מיוחד את ההורים המיועדים לאמץ, בעיקר בסוגית מצבו של הקטין כיום, תחושותיהם של ההורים המיועדים לאמץ ועמדתם באשר לאפשרות של אימוץ פתוח. אני סבורה כי דרך זו, שבה מתייצב רק בא-כוחם של ההורים המיועדים לאמץ בדיון ומעלה סוגיות הקשורות ישירות להורים המיועדים לאמץ, מאזנת נכונה בין הקשיים שעליהם עמד הנשיא ברק בבע"מ 6930/04 הנ"ל לבין הצורך לתת פתחון פה כלשהו, ולו צר ביותר, להורים המיועדים לאמץ.

סיום

69. לאור הדברים האמורים, אם תישמע דעתי, יש לקבל את ערעור המבקש ולהורות על הותרתו של הקטין בידי המשפחה האומנת שאצלה הוא שוהה ועל סיום תהליכי האימוץ. כן יש להורות על אימוץ סגור ללא צמצום כלשהו של תוצאות האימוץ ואף ללא דיווח חד-צדדי. בנסיבות העניין לא ייעשה צו להוצאות.

לאחר סיום

70. לאחר סיום כתיבת חוות דעתי הגיעה לידי חוות דעתו של חברי, השופט ח' מלצר. דרכינו אכן משתלבות בתחילת הדרך, ושותפה אני לדעתו כי לא הוכח שהתקיימו עילות אימוץ כלפי המבקש במועד ההכרזה המקורית, ובכלל זה עילות האימוץ הקבועות בסעיף 13(א)(1) לחוק או בסעיפים 13(א)(4), (5) לחוק. גם אני סברתי שנפלו פגמים באיתור שמו ובזימונו של האב הביולוגי כפי שפירטתי בהרחבה בחוות דעתי. ואולם, מכאן התפצלה דרכינו. השופט מלצר סבור כי אין מנוס אלא להשיב את הדיון לראשיתו לבית המשפט לענייני משפחה ולבחון מחדש האם מתקיימת

עילה כלשהי להכרזת הילד כבר אימוץ לפי סעיף 13 לחוק כלפי האב הביולוגי, וזאת, כלשונו, "על מנת להבטיח כי בהליך רגיש כגון הליך ניתוקו של קטין מאביו הביולוגי, לא ייפלו עוד פגמים כה רבים, כפי שהתרחשו כאן, וכי לא תהיה השלמה עם מצב דברים כמו שנוצר פה בשל הטעות שקרתה". אמנם, אני מסכימה כי מדובר בהליך רגיש וכואב של ניתוק קטין מאביו הביולוגי. עם זאת, איני רואה מנוס מלמקד את המבט בקטין ובטובתו, ובמסגרת זו בנסיבות שנוצרו, ובמיוחד בפרק הזמן שעבר, שבמהלכו שהה הקטין בבית משפחה המבקשת לאמצו מזה כמעט שלוש שנים.

החזרת הדיון לבית המשפט לענייני משפחה לבחינה מקיפה של קיומן של עילות אימוץ תיצור, בפעם השניה, סדרת הליכים משפטיים לאורך תקופת זמן לא מבוטלת, כאשר על החלטת בית המשפט לענייני משפחה ניתן, כמובן, להגיש ערעור לבית המשפט המחוזי, ובקשת רשות ערעור נוספת לבית משפט זה. במהלך תקופה זו מציע חברי כי הקטין יישאר בידי המשפחה המבקשת לאמצו. מובן כי תקופה זו, בנוסף לתקופה שכבר עברה, לא תוכל לחלוף מבלי להותיר חותם על הקטין. במהלך תקופה זו ימשיך הקטין ויתקשר עוד יותר למשפחה שבה הוא גדל, כך שהוצאתו ממנה, אם כך יוחלט בסופם של הליכים שאותם מציע חברי, עלולה להוות עבורו משבר שספק אם יוכל להתאושש ממנו. מכל מקום, לפי חוות דעתו של ד"ר גוטליב, המומחה שמונה על ידי בית המשפט ושאת עמדתו הנחרצת שמענו גם אנו, וודאי שמצב זה אינו מתיישב עם טובתו של הקטין בנקודת הזמן הנוכחית, קל וחומר בנקודת זמן מרוחקת במספר שנים נוספות. עמדתו של חברי מניחה לכאורה מצב אופטימאלי שבו ניתן להחזיר את הגלגל לאחור ולבחון מחדש האם יש מקום למסור את הקטין לאימוץ. לצערי, המצב בפועל שונה והוא מכתוב, כפי שאף הבהיר המומחה, את עיקר המהלך.

שנית, גישתו של חברי שמה במרכז את ההורה הביולוגי. מוסכם על כולם כי מסירתו של קטין לאימוץ לא נעשית על בסיס טובתו של הילד בלבד, ואין כמובן להתעלם מהאב הביולוגי אשר לו הזכות הטבעית למימוש הורותו. עם זאת, הבסיס לעילות האימוץ כולן הוא למעשה טובתו של הילד, ועל כך אין חולק. בשלב זה, שבו הטעות כבר נעשתה, כמו בענייננו, והילד גדל במשך שנים בבית ההורים המיועדים לאימוץ, יש לבחון בראש ובראשונה מהי טובתו של הילד עצמו, ורק לאחר מכן מהי זכותו של הורה הביולוגי, על בסיס האיזונים כפי שפורטו בהרחבה בחוות דעתי.

והערה לסיום. בנוגע להחלת תורת הבטלות היחסית, גם אני מסכימה כי המטריה שלפנינו נושאת עימה עניין רגיש ועדין שתורת הבטלות היחסית זרה ומנוכרת

לו. ואולם כשם שכבר הובהר, טובת הילד רגישה וחשובה עוד יותר, והיא עשויה במקרה חריג ביותר להצדיק שימוש בתורה זו. המשמעות של אי החלת תורת הבטלות היחסית על מקרה חריג כגון זה שבפנינו משמעותה התעלמות מוחלטת משיקול טובת הילד. אין הכוונה, כסברתו של חברי, "לרפא" פגמים שנפלו בהליך, אלא "לרפא" מצב שבו הילד נמצא מזה זמן רב בבית ההורים המיועדים לאמץ, כשלכל הדעות מצב זה הוא הטוב ביותר מבחינת הילד. ככל שניתן לסייע ולאפשר לילד את המצב האופטימאלי מבחינתו, מן הראוי לעשות כן בכל כלי אפשרי.

71. לבסוף אציין כי איני רואה מניעה שהאב ישאיר מכתב עבור בנו בתיק האימוץ אם יחפוץ בכך, כהצעתו של השופט רובינשטיין. אני מאמינה שהדבר מתאפשר בכל מקרה על ידי רשויות הרווחה מבלי שנדרשת לשם כך החלטה שיפוטית.

ש ו פ ו ת

המשנה לנשיאה א' ריבלין:

מצטרף אני לפסק-דינה של חברתי, השופטת ע' ארבל. אבקש להוסיף את הדגשתי להדגשתה, ולהבהיר כי אין בפסק-דיננו זה כדי לטשטש, מלכתחילה, את הגבולות שבין השלבים השונים של הליך האימוץ, ובייחוד את הגבול שבין השלב בו נקבע כי מתקיימת אחת מעילות האימוץ המנויות בסעיף 13 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 (להלן: החוק) לבין השלב שלאחריו, בו מכריע בית המשפט בשאלה אם מסירת הקטין לאימוץ היא לא רק אפשרית, אלא גם תפעל לטובתו. אף שטובת הקטין היא העיקרון העומד בבסיס עילות האימוץ המנויות בסעיף 13 לחוק, אין היא עצמה מהווה עילה להכריז על קטין כבר אימוץ. אולם, מסכים אני עם העמדה כי משהוכרז קטין כבר אימוץ על-פי אחת מן העילות המנויות בסעיף 13 לחוק, ובדיעבד מתגלה כי נפלה טעות בהחלטתו של בית המשפט וכי למעשה ייתכן שלא נתקיימה עילת האימוץ, יש לשקול, במסגרת ההליכים לביטול ההכרזה על הקטין כבר אימוץ, גם את טובתו של הקטין כשיקול עצמאי, הגם שמשקלו תלוי בנסיבות המקרה, וביניהן הזמן שחלף, כמפורט בפסק-דינה של השופטת ע' ארבל.

עוד אני רואה לציין כי התקלות שחלו בטיפול בעניינו של הקטין בפרשה זו אינן מצטמצמות לכשל באיתור שמו של אביו הביולוגי של הקטין. התמשכות ההליכים בעניין זה השפיעה אף היא את השפעתה על התוצאה אליה הגענו, וניסיונותיו של האב

הביולוגי לקשור עצמו משפטית עם ילדו לא טופלו בדחיפות הראויה. ראוי גם כי בתי המשפט, בקבעם כי מתקיימת עילת אימוץ לפי סעיף 13(1) לחוק, יעשו כן רק משהוכח כי אכן אין אפשרות סבירה לאתר את ההורה שזהותו אינה ידועה וכי נעשו בעניין זה כל המאמצים הסבירים. מן הרשויות מצופה כי יפיקו ויישמו את הלקחים של פרשה זו מתוך הכרה בהשלכות הקשות שעשויות להיות לתקלות בהליכי אימוץ על תקינות ההליך ועל תוצאתו, וזאת מבלי שנידרש להטיל את עול התקלות הנוכחיות על כתפיו הצרות של הקטין, אשר נשא, כבר בגילו הצעיר, בעול כבד דיו.

המשנה לנשיאה

השופט ס' ג'ובראן:

אני מסכים.

ט פ ו ט

השופט א' רובינשטיין:

על התוצאה

א. אפתח ואומר את מסקנתי, לאחר עיון במכלול התיק ובחוות דעתה המקיפה של חברתי השופטת ארבל. עיקרה כי מצטרף אני להכרעתה של חברתי בכל הנוגע לקבלת הערעור להותרת הקטין במשפחה האומנת ולסיום תהליכי האימוץ, אך אציע לחברותי ולחבריי, אם דעתי תישמע, להותיר בידי המשיב אופציה לקבלת דיווח עיתי מפקידות הסעד על קורות הקטין, בגדר זעום של צמצום תוצאות האימוץ. סבורני כי אם ירצה בכך המשיב, יש לאפשר לו זאת בגדרי צדק, מבלי שהדבר יפגע בטובת הקטין פגיעה של ממש. אדרש בהמשך בקצרה גם לדרך שבה פעלו וצריכות לפעול פקידות הסעד בכגון דא.

הכרעה לכיוון האימוץ - על שום מה?

ב. שוב לפנינו תיק קורע לב, כמו תיקי אימוץ על פי רוב, הקשים ככלל מכל התיקים הבאים בשערי משפט. במקרה דנא מתעצם הקושי בכך שהאב הביולוגי, כפי שציינה חברתי, הוא ביסודו אדם מן היישוב, עילות אימוץ כמסתבר לא נתקיימו כנדרש, ואילולא התגלגלו דברים כדרך שהתגלגלו, מקצתם באשמתו ומקצתם לא כן,

אולי היה זוכה בכנו. אלא שהמים נשפכו, הזמן פעל את פעולתו, וכיום חוששני שאין אפשרות להחזיר את הגלגל לאחור; הקטין בן שמונה, הוא מצוי שנתיים וחצי במשפחה המיועדת לאימוץ, ועד מתי ייגבה ממנו מחיר הטלטלות; אין בכוחנו כבני אנוש לשוב ולטלטל אותו. הדבר קשה עד מאוד מבחינת האב, אך דומה שהשעה הזאת הוחמצה, הרכבת מחוץ לתחנה והקטין חש כי הגיע לחוף מבטחים. במישור המשפטי זו ליבת "טובת המאומץ" שבסעיף 1 לחוק אימוץ ילדים, תשמ"א-1981, הנזכרת במקומות נוספים בחוק. על כן איני רואה מנוס מהצטרפות לחברתי, ככל שהמדובר בקבלת הערעור ביסודו.

ג. נזכור - ויש לאחוז את השור בקרניו: הסיבה להכרעתנו היא כאמור טובת הקטין, שכן אילולא היא היתה זכות המשיב מתייצבת לנגד עינינו באופן בולט, וחוששני - בלא פגיעה - כי היתה גוברת, למשל, על זכות המבקשים לאמץ, עם כל שברון הלב הכרוך בפרידה לגביהם. אלא שהרכבת איחרה, ולגבי טובת הקטין השתכנענו כי היא בהישארותו במקומו הנוכחי.

ד. הדברים חוזרים איפוא לכוונתו הפשוטה והברורה של המחוקק, המוצאת ביטויה בסעיף 1 לחוק אימוץ ילדים, כי שיקול-העל בכל הליך והחלטה הוא טובת המאומץ. זו, במצב המשפטי הקיים, הראשית והאחרית. עקרון טובת המאומץ חולש על מרכיבי הליך האימוץ בכללם. זו לשונו של סעיף 1(ב) לחוק: "צו אימוץ וכל החלטה אחרת לפי חוק זה יינתנו אם נוכח בית המשפט שהוא לטובת המאומץ". המחוקק ביקש להתחשב במרכיב זה של טובת המאומץ בכל שלב של הליך האימוץ, כולל השלב בו מוכרז הקטין כבר אימוץ. עיקרון זה הובא במפורש גם בדברי ההסבר לסעיף (ה"ח התשמ"א 336), שם נאמר "כי טובת הילד תעמוד לעיני בית המשפט לא רק לענין מתן צו אימוץ בלבד אלא גם לצורך כל החלטה אחרת לפי חוק זה (הכרזת בר אימוץ, מסירה...)". (ראו גם דברי הנשיא ברק בבע"מ 9229/04 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית (לא פורסם), פסקה 15 לפסק הדין); העילות שבסעיף 13 אמנם אינן מזכירות את טובת המאומץ, אולם "נחבא בין קפליהן עקרון טובתו של הקטין" (המשנה לנשיא חשין בדנ"א 7957/05 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם)). בירור השאלה האם הילד הוא בר אימוץ נעשה בבחינה דו שלבית; השלב הראשון - יישומן של אחת מהחלופות שבסעיף 13 לחוק, והשני - בחינת השאלה האם טובת הילד מצדיקה הכרזתו כבר אימוץ (ע"א 2169/98 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נג(1) 241; רע"א 669/00 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נד(3) 196, 209). ברי כי אף שטובת הילד אינה אחת מן העילות המנויות בסעיף 13, סעיף 1(ב) לחוק

מנשא אותה מעלה, וראוי כי עיקרון זה, מבלי לפגוע בשאר שיקולים שכבודם במקומם, יהא חקוק על ליבו של שופט הדן באימוץ בכל עת ובכל שעה (ראו גם מימון, בעמ' 249-250).

ה. במקרה דנא נודע לחלוף הזמן ולקורות הקטין משקל גדול. טובת הקטין נקבעת לא על ידי המומחה, אף שלדעתו משקל גדול, אלא על פי שיקול דעתו של בית המשפט, המבוסס על הדין, ניסיון החיים והשכל הישר. שקלול הדברים, חרף מסוגלותו ההורית - ככל הנראה - של המשיב, מטה את הכף לטובת הישארותו של הקטין במשפחה שבה הוא שוהה כיום. לעניין טובת הקטין במשפט העברי ראו יובל סיני, יישום המשפט העברי בבתי המשפט בישראל, א' (תשס"ט - 2009), 305-306.

מדוע צוהר של דיווח

ו. אכן, מדי פעם נתקלים אנו בזווית חדשה של נושאי האימוץ הכאובים. הפעם זו הזווית המפתיעה והעגומה של איון עילת האימוץ שעל פיה הוכרז הקטין בר אימוץ כלפי המשיב, לפי סעיף 13(א)(1) לחוק אימוץ ילדים, כיון שהיתה אפשרות לאתר את המשיב. מסכים אני גם לניתוחה של חברתי באשר לעילות האחרות, כמו הפקרה (סעיף 13(א)(4)) והימנעות ממילוי חובות (סעיף 13(א)(5)), ואף כי אינני סבור כי ניתן לפטור את המשיב מכל אחריות, רחוק מכך - לא הגיעו מחדליו לעוצמה המגבשת את העילות הללו.

ז. נוכח זאת סבורני כי יש למערכת שעסקה באימוץ, לאחר שבמידע שהיה ברשותה באשר לזהות המשיב, כפי שפירטה חברתי, לא נעשה שימוש, מעין חובה מוסרית כלפי המשיב. מילויה של זו לא יפגע לדעתי בקטין ובטובתו, שאחרת לא הייתי מעלה אותה על דל עטי - אך יפתח לו, אם ירצה בכך, צוהר לגורל בנו כביטוי מה ל"קשר הדם". לדעתי במקרה דנא צמצום תוצאות האימוץ, בהתאם לסעיף 16(1) לחוק אימוץ ילדים מתבקש ולוא אך במובן זה, שהמשיב יוכל לקבל - אם יבחר בכך - דיווח עיתי, כאמור, למשל אחת למחצית שנה או לשנה, מפקידות הסעד, בדבר קורות בנו והתקדמותו. אין זה תחליף לגידול הבן; אך אם יבחר הבן בהגיעו לבגרות על פי זכותו בדין לפי סעיף 30(ב) לחוק האימוץ, לפגוש באביו - לא יהא זה, מבחינת האב, מצב של אפלה מוחלטת לגבי קורות בנו. דומני שיש בכך עידוד פורתא, ואמירה כי המשיב לא נטש את בנו. ער אני לדברי חברתי בפסקה 64 לחוות דעתה; אכן המשיב לא ביקש זאת, ואף אנכי מציע זאת רק למקרה שיבקש. אך באשר לעמדתם המתנגדת של ההורים המיועדים לאמץ והחשש לגבי הקטין, איני סבור כי המדובר במכשול בלתי עביר אם

ייעשה ברגישות הראויה ובשכל טוב, ואין בכך משום יצירת קשר בין המשיב לקטין, העלול להכביד. מציע אני לחברותיי ולחבריי לשקול זאת, בנסיבות המיוחדות של התיק. לדעתי אין בכך משום פגיעה בטובת הקטין.

ח. אינם, במקרה קודם, בע"מ 1845/07 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם), שבו הוצעה העברת מידע להורים הביולוגיים, נדחה הדבר בין השאר (בהרכב בו השתתפתי) בשל רקע קשה של ההורים הביולוגיים, למרבה הצער בלתי יציבים וחסרי מסוגלות הורית, שהיה חשש פן עלולים הם לפגוע בטובת הקטין, וכן בשל חשש פקידי האימוץ כי הדבר "יגרום לבלבול ולעיסוק בשאלות שייכות וזהות טרם הזמן" אם ייגלה האימוץ לקטין שלא בגיל המתאים. ואולם, סבורני כי שונה הדבר בענייננו, נוכח הרקע המיוחד, הטעות שנפלה ומסוגלותו של האב המשיב.

על ההורים הביולוגיים וזכותם

ט. כחברתי, עיינתי במאמרה המקיף של ד"ר רונה שוז, "זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים: לקחים מפרשת 'תינוק המריבה'", משפחה במשפט א' תשס"ז-2007, 163. המסר שבמאמר הוא האדרת זכות ההורים הביולוגיים, מעבר למגמה עד שנהגה, כנאמר, עד הנה. במאמר נזכרת (עמ' 183) עמדתה של "ועדת רוטלוי" (בראשות השופטת בדימוס סביונה רוטלוי), משרד המשפטים, 2004, הבוחנת את טובת הילד בהתאם ל"זכויותיו, צרכיו והאינטרסים שלו". ד"ר שוז סבורה כי בהכרעה בכגון דא "יש לייחס משקל כבד לזכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים" (עמ' 184), תוך אימוץ הגישה של "זכויות הילד", המתווספת לעקרון "טובת הילד"; לשיטת המחברת (עמ' 189) "זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים ראויה להיות העיקרון המנחה בעיצוב הליך האימוץ מלכתחילה, ולהוות את נקודת המוצא בכל סכסוך שבו עולה בדיעבד השאלה אם יגדל הילד במשפחתו הביולוגית או במשפחה מאמצת"; על כן נודעת חשיבות רבה לתהליך ההסכמה לאימוץ ולקביעת המועדים לגביו. המחברת מטעימה, כי במקרה שבו מתבקשת ביטול הכרזה כבר-אימוץ על בסיס העילה כי זהות האב אינה ידועה, כיון שמדובר במצב של היעדר אשם של האב הביולוגי, "אין לתת למבחן הבעייתי של טובת הילד לגבור על הזכות הטבעית של האב לגדל את ילדו" (עמ' 200). במאמר מובעת גם תמיכה באימוץ פתוח. ועוד, המחברת נדרשת להצעות לשיפור המצב הקיים בחקיקה, לרבות בנושא ביטולה של הכרזת בר אימוץ כשאב מופיע, תוך קביעת לוח זמנים מקום שזהות האב לא היתה ידועה והיא נתגלתה (הצעתה - ארבעה חודשים). דברים נכוחים, ובית משפט זה, כפי שגם ציינה חברתי אל נכון, נדרש לא אחת ל"קשר הדם" כרכיב מהותי. אלא שעל הכל חופה על פי הדין טובת

הקטין. במקרה דנא, כאמור, יתכן שהיה מצב שונה אילו היה מדובר בלוח זמנים אחר, אך לוח הזמנים הוא "גורלי", כדברי השופט בייסקי ב- ע"א 546/89 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, מה(1) 185, 205, ועל כן גם הודגשה בפסיקתנו בעבר חשיבותו של עניין זה (ראו בע"מ 10261/05 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, (לא פורסם); בע"מ 402/07 פלוני נ' פלוני (לא פורסם); שוז, עמ' 211-212).

י. ד"ר שוז נדרשת גם לאימוץ פתוח, ותומכת במקרים המתאימים בהכרת ההורים הביולוגיים לשם שמירת קשר עמם. עם זאת מציינת היא, כי "אף על פי כן יש לזכור, שזכות הילד להכיר את הוריו ולזכותו לשמור על קשר עמם, כמו זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים, אינן זכויות מוחלטות... אם מוכח כי המשך הקשר אצל ההורים הביולוגיים יפגע ביציבות חייו של הילד אצל המשפחה המאמצת, ובכך יפגע למעשה בזכותו להתפתחות תקינה, אין להורות על אימוץ פתוח". חוששני כי כך גם בנידון דידן. ואולם, הצעתי, כאמור, אינה כל עיקר אימוץ פתוח על המשתמע אלא אפשרות לדיווח, ללא שמירת קשר. לעניין צמצום תוצאות האימוץ במשפט העברי ראו גם סיני שם, 307.

מכתב מאבא

י"א. ואולם, אחד הדברים שניתן להוסיף בכל מקרה הוא הצעה שאינה קשורה בצמצום תוצאות האימוץ, והיא כי המשיב יכתוב מכתב מפורט לבנו, ואשר יימצא בתיק האימוץ, ובו יתאר את קורות טיפולו והתיחסותו לפי רצונו; וכך אם בבוא העת ירצה הקטין דהיום, בבגרותו, לפתוח את תיק האימוץ כזכותו על פי סעיף 30(ב) לחוק, יוכל לעיין גם במכתב האב. דבר זה יקהה במידה מסוימת תחושות כבודות בשני הצדדים. אציע כי המשיב ישקול זאת. בדברים אלה תומכת גם גישתה של ד"ר רות זפרן, במאמרה "זכות המאומץ להתחקות אחר זהות הוריו הביולוגיים", משפחה ומשפט א (תשס"ז-2007) 235; הוצע בין היתר, כי יאפשר למאומץ לקבל מידע מלא בהגיעו לבגרות, ובין היתר חומר אישי לגבי ההורים, תוך אפשרות להותיר (עמ' 253) "מזכרת או מסר אישי, דוגמת מכתבים או תמונות" (הדברים במאמר ממוקדים באם - כמקרה האופייני - אך במידת האפשר חלים להבנתי גם על האב). ד"ר זפרן מצטטת בסיפת המאמר (עמ' 257) דבריה של מאומצת שבחרה לפתוח את תיק האימוץ "אתה חי מבלי להבין את עצמך, מבלי לדעת מי אתה, מבלי לדעת מה אתה ומבלי לדעת מהם זהותך - חיים שאינם חיים" (ליהי קנדר, פרח ושמו טיגל 43 (2000)). במקרה דנא הבעתי דעתי כי דיווח למשיב באופן מתון, אם ירצה בו, הוא אפשרי וראוי. בלא קשר לכך, מכתב מן

האב לבנו עשוי לרכך, בכוא היום, תחושות קשות אצל הבן, שיידע כי אביו אינו מגדלו לא כיון שויתר על בנו, אלא כי הנסיבות הובילו לכיוון אחר.

הטענה בעניין דתו של המשיב

י"ב. כחברתי, איני רואה מקום להלום את הטענה בנושא דתו של המשיב, המועלית נוכח הוראת סעיף 5 לחוק שלפיה "אין מאמץ אלא בן דתו של המאומץ". הטעם המרכזי הוא, בעיני, הצהרתו של המשיב בכתבי טענות בבית המשפט לענייני משפחה, כי הוא חסר דת. חל עליו לטעמי השתק שיפוטי (רע"א 4224/04 בית ששון נ' שיכון עובדים, פ"ד נט(6) 625) והוא נתפס על הצהרתו (ס' 15 לחוק הכשרות). בתי המשפט אינם "תכנית כבקשתך", שאדם מצהיר בהם עובדות שונות לפי נוחותו.

מקצת על אימוץ במשפט העברי

י"ג. לשלמות התמונה אוסיף, כי הרב יעקב אריאל במאמרו, "ביטול אימוץ", תחומין כ"ז (תשס"ז) 311 מציין כי גם לפי המשפט העברי רק במקרים קיצוניים ביותר יינתן צו בדבר ניתוק הילד מהוריו (עמ' 314). עם זאת מציין הוא כי ניתן לגייר בן שנמסר לאימוץ על-ידי אמו הנכריה, ואם נמסר למשפחה שומרת מצוות, "מסתבר שההורים יכולים לגייר את הקטין גם ללא דעתו המפורשת של אמו... שמן הסתם נוח לו לקטן להזדהות עם האוירה השוררת בבית הוריו מאמציו..." (עמ' 318). נאמר, על פי כסף משנה להלכות מלכים לרמב"ם, ח' ח' (עמ' 322), כי "יתכן שמאחר ויש קשר מסוים בין הילד לאביו הביולוגי, יש לאב מעמד כלשהו, ובסמכותו להסכים לאימוץ או להתנגד לו. מכל מקום נראה שאם הוא העניש את ילדו ואינו חש מחויבות כלפיו, גם הילד לא רואה את עצמו קשור לאביו, ואין לאב זכות להתערב בשאלה מי יגדל את הילד" (עמ' 322); לא בכך עסקינן, מכל מקום, בענייננו. ראו לגישת המשפט העברי למוסד האימוץ גם נילי מימון, דיני אימוץ ילדים (תשנ"ד-1994, 510 ואילך); סיני שם, 303 ואילך.

טעות פקידי הסעד

י"ד. אוסיף דבר לעניין פקידי הסעד. איני חשוד כמי שאינו מכבד את מלאכת הקודש של פקידות הסעד ופקידי הסעד, אך דומני כי מקרים מעין אלה - שבהם לא נעשה די לאיתור המשיב, הגם ששמו המלא היה רשום כפי שצוין בית המשפט קמא וציינה חברתי, והפרטים שהיו זמינים לא הגיעו לידיעת המטפלים בהליך השיפוטי - צריך שלא יקרו. הרי במקרה דנא נודע מקום, לא בלתי משמעותי, לכך שלא נעשה שימוש

במידע שהיה בידי הרשויות. טעות אנוש עלולה לקרות תדיר, והיא לעולם חוזרת - אך ב"דיני נפשות" ככל משפטם עסקינן, וצריכה איפוא להיות - ככל שאיננה - "רשימת מטלות" קבועה של הבדיקות הצריכות להיעשות בשבע עיניים בטרם הגשתה של בקשה להכרזת בר אימוץ, כדי שלא יוחמץ דבר. במקרה דנא, אילולא הטעות, יתכן מאוד - כאמור - כי התוצאה כולה היתה משתנה, וצר עד מאוד על כך.

טו פ דבר

ט"ו. אסיים באשר פתחתי, ובהצעה לחברי לשוב ולשקול את הדיווח למשיב, אם ירצה בכך. בכל מקרה אביע את התקוה, כי המשיב - בשקלו את טובת בנו - יבין, עם כל הצער שבדבר, את התוצאה שאליה הגענו כנובעת ממצב הקטין ותואמת את טובתו כיום.

ולאחר טו פ דבר

ט"ז. לאחר שעיינתי בחוות דעתו של חברי השופט מלצר, אוסיף כי חוששני בנסיבות - אף לשיטתו שלו בדבריו רבי העניין - שעם כל העצב שבדבר למשיב, בסופו של יום, נוכח הזמן שחלף ויחלוף ומצב הקטין, לא תהא התוצאה המעשית שונה מאשר זו שאליה מגיעה מסקנת הרוב. טובת הקטין, שכבר כיום ניכרת בנסיבות, ככל הנראה תכריע את הכף לכיוון זה. לכן מצטרף אני להערות חברתי השופטת ארבל "לאחר סיום".

ט פ ט

הנשיאה ד' ביניש:

אני מסכימה לתוצאה אליה הגיעה חברתי השופטת ע' ארבל. כמו שציינו פעמים רבות שופטי בית משפט זה ועמדה על כך חברתי השופטת ארבל, הכרעה בענייני אימוץ היא תמיד הכרעה קשה - מן הקשות הבאות לפנינו - באשר היא נוגעת בנימים הרגישים ביותר של הקשר המשפחתי ושל יחסי ההורות בין ההורים הביולוגיים לילדיהם. בנסיבות אלה מקובל עליי העיקרון עליו עמדה חברתי, בהסתמך על פסיקתו הקודמת של בית משפט זה, לפיו השיקול המרכזי בעת בחינת בקשה לביטול הכרזה על קטין כבר-אימוץ הוא השיקול של טובת הילד. מטעם זה מקובלת עליי גם מסקנתה של חברתי כי נוכח חלוף הזמן הפגיעה שתיגרם לקטין אם יוצא מבית המשפחה המיועדת לאמצו, שבה הוא שוהה מזה כשנתיים וחצי, היא קשה ביותר, ולפיכך אין מקום

להעבירו לאביו הביולוגי. כמו כן שותפה אני לנימוקיה של חברתי כנגד האפשרות ל"אימוץ פתוח" או להטלת חובת דיווח אודות הקטין על ההורים המאמצים. יחד עם זאת, מתקשה אני לקבל את עמדתה של חברתי לפיה במקרה שלפנינו לא התקיימה עילת אימוץ מלכתחילה בעת ההכרזה על הקטין כבר אימוץ.

עילת האימוץ המרכזית שנדונה בעניין שלפנינו היא זו הקבועה בסעיף 13(א)(1) לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 (להלן: חוק אימוץ ילדים), שעניינה הוא בנסיבות בהן "אין אפשרות סבירה לזהות את ההורה, למצאו או לברר דעתו". כפי שציינה חברתי השופטת ארבל, השימוש בהוראה זו נעשה בדרך כלל כלפי האב, כאשר האם אינה יודעת את זהותו או מסרבת מטעמים כאלה או אחרים למסור אותה. על מנת שתתגבש העילה הקבועה בסעיף 13(א)(1) הנ"ל חובה על רשויות הרווחה לפעול בשקידה סבירה לאיתור ההורה שזהותו אינה ידועה. עם זאת, אין מוטלת על רשויות הרווחה חובה מוחלטת לעשות את כל שניתן כדי לגלות את זהותו של אותו הורה. חובתן היא לפעול בסבירות. יפים לעניין זה דבריו של הנשיא א' ברק:

"הדיון בשאלה זו סב סביב התיבה 'אפשרות סבירה'. השאלה אינה אם קיימת דרך מעשית לברר את זהות האב, אלא אם קיימת דרך סבירה לעשות כן. המחוקק הסתפק בדרישה של היעדר אפשרות סבירה לזהות את ההורה ולא בהיעדר אפשרות מוחלטת" (ראו בע"מ 5082/05 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני, פ"ד ס(3) 201, 214 (2005)).

בהקשר זה יש לזכור כי במקרה הרגיל, כאשר האב הוא ההורה שזהותו אינה ידועה, תלויות רשויות הרווחה במידה רבה במידע הניתן להן על ידי האם ובנכונותה לחשוף את זהות האב הביולוגי, גם אם הזהות ידועה לאם. עוד יצוין, כי בית משפט זה הכיר בכך שבעת בחינת קיומה של "אפשרות סבירה" לזיהוי האב, יש להתחשב, בין היתר, גם באינטרס של האם, שכן חקירה בדבר זהות האב בניגוד לרצון האם פוגעת פגיעה קשה בזכותה לפרטיות (ראו בע"מ 5082/05 הנ"ל, בעמ' 220). מכל מקום, חשוב להדגיש כי לא כל מחדל או טעות של רשויות הרווחה בניסיון לאתר את זהות האב הביולוגי יביאו לאיון ההכרזה על הקטין כבר-אימוץ, כאשר נבחנת בקשתו של האב הביולוגי לביטול ההכרזה האמורה. אכן, בפרשה שלפנינו יש להצר על כך ששמו המלא של המשיב, שהיה מצוי בידי שירותי הרווחה של העירייה שטיפלו במשפחה לא אותר על ידי הגורמים שטיפלו בהליך האימוץ, ונראה כי בבחינה והשקעה נוספות ניתן היה למצוא אותו. אין ספק שככלל מתחייבת השקעת מאמצים סבירה לאיתורו של אב "לא ידוע". אך יש גם להביא בחשבון כי לעיתים הוצאת הקטין מחזקת אימו נעשית

בתנאי לחץ ודחיפות, והשאלה אם מחדל בעניין איתור האב יביא לביטול עילת האימוץ המקורית מחייבת שיקול זהיר וקפדני לעצמה. בנסיבות העניין שלפנינו אני סבורה כי בעצם התרחשותו של המחדל המתואר אין די כדי להביא לקביעה כי לא התקיימה העילה הקבועה בסעיף 13(א)(1) לחוק אימוץ ילדים, וכי קביעה כי בעת ההכרזה על הקטין כבר-אימוץ ניתנה ההכרזה שלא כדין היא מרחיקת לכת. משכך, עמדתי היא כי את בקשתו של המשיב לביטול הכרזתו של הקטין כבר-אימוץ יש לבחון מתוך הנחה כי התקיימה עילת אימוץ מלכתחילה. אכן, הניתוק הראשוני של הקשר בין הקטין לבין אביו באמצעות הכרזת הקטין כבר-אימוץ נעשה מלכתחילה משום שלא הייתה אפשרות סבירה לזהות את האב, ואין חולק כי טובת הקטין כשלעצמה לא הייתה בגדר עילה עצמאית להכרזתו כבר-אימוץ. כשלעצמי אני סבורה כי בהעדר עילה להכרזה על קטין כבר-אימוץ, לא ניתן לקיים את הליך האימוץ. אולם, משעה שהוכרז הקטין כבר-אימוץ טובת הקטין היא השיקול המרכזי בעת בחינת בקשתו של האב לביטול ההכרזה, ובהקשר זה אין להתעלם ממה שאירע מאז ההכרזה (ראו בע"מ 377/05 פלוני ופלונית נ' ההורים הביולוגיים, פ"ד ס(1) 124, 157-158 (2005)).

למעלה מן הנדרש אוסיף כי בנסיבות העניין של פרשה כאובה זו אני אף סבורה כי בנוסף לעילת ההכרזה המקורית התקיימו אף העילות הקבועות בסעיפים 13(א)(4) ו-13(א)(5) לחוק אימוץ ילדים, כפי שטענה בפנינו באת-כוח המדינה. עניינן של עילות אלה הוא, בין היתר, באי-קיום קשר אישי בין ההורה לקטין ובאי-קיום חובות ההורה כלפי הקטין למשך תקופה של שישה חודשים ברציפות. במקרה שלפנינו היה המשיב מודע ברמה זו או אחרת למצבו הקשה של בנו בבית אימו ואף-על-פי-כן נמנע מלנקוט כל פעולה משמעותית בעניין. ניתן להבין את קשייו של המשיב, אדם נורמטיבי שנקלע למצוקות חיים קשות עקב היותו עובד זר השוהה בארץ שלא כחוק. עם זאת, איני סבורה כי יש בנסיבות אלה כדי לשלול את העילות הקבועות בסעיפים 13(א)(4) ו-13(א)(5) לחוק אימוץ ילדים; שכן במסגרת עילות אלה ניתנת עדיפות לטובת הילד על פני זכותו של ההורה הביולוגי לגדל את ילדו (ראו דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד נ(1) 48, 67 (1995)).

ה נ ש י א ה

השופטת א' חיות:

1. אני מסכימה לתוצאה אליה הגיעה חברתי השופטת ע' ארבל אך דרכי אל התוצאה שונה. תמימת דעים אני עם חברתי השופטת ארבל כי לא התקיימה במקרה דנן

עילת אימוץ על-פי סעיף 13(א)(1) לחוק אימוץ ילדים, תשמ"א-1981 (להלן: חוק אימוץ ילדים או החוק). עילה זו, לפיה רשאי בית המשפט להכריז על ילד כבר-אימוץ אם "אין אפשרות סבירה לזהות את ההורה, למצאו או לברר דעתו", עמדה כזכור בבסיס בקשתו של היועץ המשפטי לממשלה מיום 20.6.2006 להכריז על הקטין כבר-אימוץ כלפי אביו הביולוגי, המשיב 1, וזאת לאחר שהאם (אשר כלפיה הוכרו הקטין כבר-אימוץ על-פי סעיף 13(א)(7) לחוק אימוץ ילדים), סירבה באותו שלב למסור פרטים מזהים לגביו. בדיעבד, התברר עם זאת כי שמו הפרטי ושם משפחתו של המשיב 1 וכן פרטים מזהים נוספים לגביו מצויים בתיקי שירות הרווחה אשר טיפל במשפחה מאז היוולדו של הקטין, אך אלה לא הובאו בפני פקידת הסעד אשר טיפלה מטעם השירות למען הילד בהכנת התסקיר התומך בבקשה להכרזת הקטין כבר-אימוץ, והם נתגלו לה רק לאחר שהקטין כבר הוכרו כבר-אימוץ ובעת שהמשיב 1 נקט בהליכים לקביעת אבהותו (בפברואר 2007) ולביטול אותה הכרזה (ביוני 2007). פקידת הסעד העידה על כך באומרה:

משעה ש[המשיב 1] פנה ואמר שזה הילד שלו ואני הלכתי לעשות בירור אחורה לראות מה קרה שם... בלשכת הרווחה בב"ש היו 4 תיקים של משפחת [...]. כשאני הכנתי את התסקיר לבר אימוץ לא היו בפני כל התיקים. אני קיבלתי דברים והחומר הזה היה חסר. זה היה רשום בדפי טיפול משנת 2002. זה היה רשום פעם אחת בכתב יד. אני מודה שלא ראיתי את זה, אני בן אדם. משעה שנודע לי השם (לאחר פניית האב בדיעבד – א.ח.), פתחתי את כל התיקים ועברתי דף דף. במהלך הזמן הזה מצאתי פעם אחת בכתב יד את השם שלו (עמ' 3-4 לפרוטוקול הדיון בבית המשפט לענייני משפחה בבאר שבע מיום 21.2.2008).

2. בית המשפט לענייני משפחה קבע בהקשר זה כי שירותי הרווחה לא עשו די לאיתורו של המשיב 1 טרם הדיון בבקשת ההכרזה, אך סבר כי מדובר בטעות אנוש ולא ראה מקום להורות על ביטול ההכרזה בשל טעות זו, בייחוד בהינתן המסקנה אותה פירט בפתח פסק-הדין – ועליה נעמוד להלן – לפיה קיימת במקרה דנן עילת אימוץ מטעמים נוספים. בית המשפט המחוזי אשר דן בערעור של המשיב 1 לא קיבל מצידו את הגישה לפיה פטורים גורמי הרווחה מאחריות לאי-איתורו של המשיב 1 גם אם הדבר לא אירע בשל פעולה מכוונת מצידם אלא בשל טעות אנוש והוא הדגיש בהקשר זה כי עילת האימוץ הקבועה בסעיף 13(א)(1) לחוק אימוץ ילדים אינה בוחנת את מאמצי ההורה הביולוגי אלא את מאמצי רשויות הרווחה, בציננו כי למעשה "לא התקיים כל דיון לגבי האב הלא ידוע של הקטין בהליך ההכרזה ולא נעשתה כל בדיקה

בדבר המאמצים, המידע, והבירורים שנערכו לגילוי זהותו". בית המשפט המחוזי הוסיף וקבע כי במקרה דנן הייתה אפשרות סבירה לזהות את המשיב 1 ולמוצאו, אך גורמי הרווחה לא מיצו אפשרות זו ועל כן סבר כי יש לבטל את הכרזת הקטין כבר-אימוץ כלפי המשיב 1 ככל שהיא נשענת על עילת האימוץ הקבועה בסעיף 13(א)(1) לחוק אימוץ ילדים. יחד עם זאת הורה בית המשפט המחוזי על החזרת הדיון לבית המשפט לענייני משפחה על מנת שזה יבחן את התקיימותה של עילת האימוץ שבסעיף 13(א)(7) לחוק אימוץ ילדים כלפי המשיב 1 וכן הורה כי ימונה לשם כך מומחה נוסף. על פסק-דין זה הוגשה בקשת רשות הערעור שבפנינו.

3. כבית המשפט המחוזי סבורה כאמור גם חברתי השופטת ארבל כי אין מתקיימת במקרה דנן עילת אימוץ לפי סעיף 13(א)(1) לחוק אימוץ ילדים בשל מחדל של שירותי הרווחה באיתור האב-המשיב 1 "שמקורו בחוסר בחינה מעמיקה ובהתעלמות מחומר רלוונטי, המבטאים התנהלות לא ראויה". חברתי הנשיאה אינה שותפה למסקנה זו ומדגישה כי אין מוטלת על רשויות הרווחה חובה מוחלטת לעשות כל שניתן כדי לגלות את זהותו של ההורה אשר כלפיו מתבקשת הכרזתו של קטין כבר-אימוץ.

אכן, סעיף 13(א)(1) לחוק אימוץ ילדים מדבר במצב שבו "אין אפשרות סבירה" לאתר את ההורה ולא במצב של חוסר אפשרות מוחלט לאתרו. מכאן שרשויות הרווחה הפועלות במאמץ לאיתורו של ההורה כאמור, אינן נדרשות לחרוג מגדר המאמצים הסבירים בעשותן כן. אלא שסבירותם של המאמצים שהושקעו נגזרת מנסיבותיו של כל מקרה ומקרה ובענייננו ניתן היה לצפות כי השירות למען הילד אשר טיפל בהכנת התסקיר התומך בבקשה להכרזת הקטין כבר-אימוץ, יבצע עיון מדוקדק בכל תיקי הרווחה שתיעדו את הטיפול בקטין ובמשפחתו, בהיותה מוכרת לשירותי הרווחה מאז היוולדו ועוד קודם לכן. זאת, בין היתר, על מנת לנסות ולאתר באותם התיקים פרטים מזהים לגבי אביו הביולוגי של הקטין. הדרישה לקיים עיון מדוקדק כאמור אינה חורגת בעיני מגדר הסביר. העובדה כי עיון מדוקדק כזה בוצע על-ידי פקידת הסעד רק בדיעבד ורק לאחר שהמשיב 1 העלה טענה בדבר אבהותו ועתר לביטול הכרזתו של הקטין כבר-אימוץ, מובילה אל המסקנה כי במקרה דנן הייתה בידי שירותי הרווחה אפשרות סבירה, שלא מוצתה, לאתר את המשיב 1. כחברתי השופטת ארבל אף אני סבורה שאי-מיצוי אפשרות סבירה זו מהווה מחדל של שירותי הרווחה המצדיק את הקביעה כי במועד הרלוונטי, דהיינו במועד הכרזתו של הקטין כבר-אימוץ

כלפי המשיב 1, לא נתקיימה עילת אימוץ לפי סעיף 13(א)(1) לחוק אימוץ ילדים. אלא שבצומת זה נפרדת דרכי מדרכה של חברתי השופטת ארבל.

4. לגישתה של השופטת ארבל מן הראוי במקרה דנן להותיר על כנה את הכרזת הקטין כבר-אימוץ שכבר ניתנה, נוכח שיקולים של טובת הקטין, אף שהתברר בדיעבד כי במועד הרלוונטי, דהיינו במועד ההכרזה, לא התקיימה עילת אימוץ בעניינו. כפי שצוין לעיל התוצאה לפיה יש להותיר על כנה את הכרזתו של הקטין כבר-אימוץ מקובלת עליי, אך זאת מטעם אחר הנעוץ בכך שבמועד הרלוונטי להכרזת האימוץ התקיימה בעניינו של הקטין וכלפי המשיב 1 עילת האימוץ המנויה בסעיף 13(א)(5) לחוק אימוץ ילדים, שעניינה בהורה אשר "נמנע, ללא סיבה סבירה, מלקיים במשך ששה חדשים רצופים את חובותיו כלפי הילד, כולם או עיקרם". מסקנה זו עולה כפי שיפורט להלן מן הראיות ומן הממצאים העובדתיים שקבע בית המשפט לענייני משפחה בפסק-הדין שניתן על-ידו בבקשת המשיב 1 לביטול ההכרזה. אכן, הבקשה להכריז על הקטין כבר-אימוץ כלפי המשיב 1 נסמכה לכתחילה על עילת אימוץ אחרת, היא העילה שבסעיף 13(א)(1) לחוק אימוץ ילדים ובקשתו של המשיב 1 לבטל הכרזה זו התייחסה אף היא מטבע הדברים לאי-התקיימותם של היסודות המגבשים עילה זו. משכך, הישענות בדיעבד על עילת אימוץ אחרת לצורך הותרת ההכרזה על כנה מחייבת זהירות מופלגת שמא יקופח ההורה המבקש את ביטול ההכרזה ולא יתאפשר לו להעלות טענות אשר יכול היה להעלותן בקשר עם אותה עילה אחרת. יחד עם זאת, מקום שבו עולה מן הדיון שהתקיים בבקשת הביטול כי נפרשה בפני הערכאה המבררת מלוא התמונה העובדתית הצריכה לעניין ונשמעו כל העדים הרלוונטיים, אינני סבורה כי יש מניעה עקרונית להגיע בדיעבד ועל בסיס חומר הראיות שהוצג כאמור, למסקנה בדבר התקיימותה של עילת אימוץ אחרת אשר בגינה ניתן להותיר על כנה את הכרזתו של הקטין כבר-אימוץ. לגישה זו שותפה ברמה העקרונית גם חברתי השופטת ארבל אלא שלדעתה לא התקיימה במקרה דנן עילת אימוץ אחרת. דעתי בעניין זה שונה ולטעמי קביעותיו וממצאיו העובדתיים של בית המשפט לענייני משפחה, שראה את העדים ושמע את הראיות, מבססים את המסקנה כי במועד הרלוונטי, דהיינו במועד ההכרזה על הקטין כבר-אימוץ (ביום 10.9.2006), התקיימה כלפי המשיב 1 עילת האימוץ הקבועה בסעיף 13(א)(5) לחוק אימוץ ילדים, משום שבאותו המועד וחודשים ארוכים קודם לכן לא קיים המשיב 1 את חובותיו כלפי הקטין, כולם או עיקרם, ללא סיבה סבירה. למעשה, כך סבר גם בית המשפט לענייני משפחה אף שלא "קרא לילד בשמו" ולא התייחס באופן מפורש לעילת האימוץ שבסעיף 13(א)(5) לחוק אימוץ ילדים. הדברים עולים מן האמור בפסק-הדין, בו מציין בית המשפט לענייני משפחה:

אין ספק, שהנסיבות שהביאו את בית המשפט להכריע בקשר לקיומה של העילה להכרזת הקטין כבר אימוץ לא השתנו, שכן אין חולק שהקטין עבר מסכת של התעללות והזנחה בבית אמו ומי שהיה רשום כאביו (הכוונה לבעלה של האם שאיננו אביו הביולוגי של הקטין – א.ח.) ואילו המבקש, גם אם בשנותיו הראשונות של הקטין סייע במידה מסוימת בטיפול בו וגם אם שמר איתו על קשר חלקי עד היותו כבן שלוש וחצי שנים, גם הוא חדל מלהושיע לקטין ולהציל אותו מאותן חוויות קשות של התעללות והזנחה, ומכאן שעילת האימוץ עומדת על מכוונה (ההדגשה הוספה).

עוד ציין בית המשפט לענייני משפחה לאחר סקירה מפורטת של העדויות שבאו בפניו כי הקשר בין הקטין למשיב 1 לאחר שנפרד מאמו היה ספוראדי בלבד, כי המשיב 1 ידע והבין שהקטין נתון במצוקה קשה אך למרות זאת לא פעל באותו שלב לקביעת אבהותו בשל החשש כי יגורש מן הארץ בהיותו נטול אשרה חוקית לשהות בה ועוד קבע בית המשפט "נראה בעליל, שהמבקש יכול היה להשקיע מאמצים גדולים יותר כדי לסייע לקטין, בשלב שהקטין כל כך נזקק לאותו סיוע. אך הוא החליט לפעול רק כאשר חרב הגירוש מונחת על צווארו. אני מתקשה לקבוע שצרכי הקטין וטובתו בלבד עמדו לנגד עיניו ומכל מקום לא ודאי שהם [לא] קיבלו אצלו מעמד בכורה" (ההדגשה הוספה). ממצאים ומסקנות אלה מבססים בעיני כאמור את קיומה של עילת האימוץ הקבועה בסעיף 13(א)(5) לחוק אימוץ ילדים, גם אם בית המשפט לענייני משפחה לא התייחס אליה מפורשות. תמיכה נוספת לאותה מסקנה עצמה ניתן למצוא בשאלות הנוקבות אותן מפנה בית המשפט לענייני משפחה בפסק-דינו אל המשיב 1, תוך ניתוח חומר הראיות שבא בפניו, באומרו:

מדוע לא חיפש [המשיב 1] דרך להעביר את הקטין לחזקתו כשהחליט לנתק את הקשר עם אמו? הרי כבר באותו מועד הוא מעיד על כך שהאם החלה לשתות לשוכרה, שקיים "בלגן" בבית. הוא ידע על מצבו של הקטין, מדוע לא דאג לשלומה? אמנם, [המשיב 1] מנסה לצייר בפני בית המשפט תמונה, לפיה בהיותו עובד זר, לכאורה, לא ידע את זכויותיו וגם לא הייתה לו דרך לברר אותן, אך הדברים הללו עומדים בניגוד גמור לדברי הדודה, שעל פי גרסתה, [למשיב 1] משפחה גדולה ומבוססת בארץ, שיכולה הייתה לסייע גם מהבחינה הכלכלית וכודאי להפנות אותו לגורמים המתאימים...

במלים אחרות, בית המשפט לענייני משפחה סבור ובעניין זה אני רואה עין בעין עמו, כי המשיב 1 נמנע מלקיים את חובותיו כהורה כלפי הקטין וכי לא הייתה סיבה סבירה להימנעותו זו.

5. בדנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד נ(1) 48 (1995) (להלן: עניין פלונית) ציין בית משפט זה כי אמות המידה לפיהן בוחנים את קיום חובותיו של ההורה כלפי ילדו הינן אמות מידה אובייקטיביות, המבוססות על צרכיו הנפשיים והחומריים של הילד, וכדברי השופטת דורנר:

הורה שאינו מקיים את חובותיו כלפי הילד על-אף סיוע רשויות הסעד, מקפח את זכותו ההורית, גם אם מחדלו הוא פרי נסיבות אובייקטיביות. שכן, מטרת האימוץ אינה "ענישת" ההורה. האימוץ נועד לממש את זכותו העדיפה של הילד (שס, 67).

בעניין פלונית עמד השופט חשין על ההשפעה ההדדית הקיימת בין העילות השונות שבסעיף 13(א) לחוק אימוץ ילדים, אשר יונקות כולן כלשונו "ממעין האינטרסים של הילד המועמד לאימוץ" (שס, 113). עוד ציין השופט חשין כי קיים דמיון בין העילה שבסעיף 13(א)(4) לחוק אימוץ ילדים שעניינה הפקרת ילד או הימנעות ללא סיבה סבירה מקיום קשר אישי איתו במשך שישה חודשים, לבין העילה שבסעיף 13(א)(5) לחוק שעניינה, כאמור, בהימנעות ללא סיבה סבירה מקיום חובותיו של הורה כלפי ילדו במשך שישה חודשים. גם אם נכונה אני להניח לטובתו של המשיב 1 כי ההסברים שמסר בעדותו ובהם: הקשיים שהערימה האם בדרכו למפגש עם הקטין, והיותו עובד זר השהה בארץ באופן לא חוקי ונאבק את מאבק הקיום, יש בהם כדי לחלצו מעילת ההפקרה שבסעיף 13(א)(4) לחוק אימוץ ילדים, נראה לי כי אין בהסברים אלה כדי להציג "סיבה סבירה" לאי-קיום חובותיו כלפי הקטין במשך תקופה ארוכה העולה על שישה חודשים, שקדמה להכרזתו של הקטין כבר-אימוץ כלפי המשיב 1 (עילת האימוץ על-פי סעיף 13(א)(5) לחוק). מסקנה זו מתחייבת לדעתי בהינתן גילו הרך של הקטין, שהיה כבן שנתיים בלבד עת עזב המשיב 1 מיוזמתו את דירת המגורים המשותפת לו ולאם (בה התגורר גם בעלה של האם), ביודעו כבר אז כי הקטין שרוי במצוקה בשל "חובתם" המסוכנת של האם ובעלה לטיפה המרה, וחשוף להזנחה ולחסך חומרי ורגשי עקב התנאים שבהם חי. מאז פגש המשיב 1 את הקטין לכל היותר פעם בשבוע בסוף השבוע והביא עמו מעט ממתקים עבורו, אך בכך הסתכמה דאגתו לצורכי הקטין ומדו"חות שירותי הרווחה אנו למדים כי במהלך אותה התקופה ועד שהוכרז

כבר-אימוץ, הלך מצב הדברים בבית האם והידרדר, הקטין הוכה על-ידי בעלה של האם (וכך גם האם עצמה) עד שלא היה מנוס מהוצאת הקטין מן הבית אל משפחת קלט במארס 2005 בצו חירום, בשל הסיכון הגבוה וההזנחה הקשה שבהם היה נתון והוא כבן שלוש שנים ושלושה חודשים בלבד.

סמוך לאחר מכן הועבר הקטין לבית מעבר ותוך כדי כך הוחל בהליך להכרזתו כבר-אימוץ כלפי האם ובעלה (אותו רשמה האם כאבי הילד) בעילה של חוסר מסוגלות הורית (סעיף 13(א)(7) לחוק אימוץ ילדים) ובעילה של אב ביולוגי לא ידוע (סעיף 13(א)(1) לחוק). באפריל 2005 נעצר המשיב 1 בשל שהות בלתי חוקית בארץ ועם שחרורו עשה ניסיון שלא צלח לפגוש את הקטין בבית המעבר בו שהה, לאחר שנודע לו מפי האם על דבר הוצאתו מן הבית כאמור. ביום 10.9.2006 הושלם הליך הכרזתו של הקטין כבר-אימוץ ובעדותו הסביר המשיב 1 כי לא ידע על ההליך שננקט להכרזת הקטין כבר-אימוץ וכי בפרק הזמן שחלף מאז הוצאת הקטין מן הבית ועד שהוכרז כבר-אימוץ (כשנה וחצי) התייעץ עם עורך-דין שריפה את ידיו באשר לאפשרויות העומדות בפניו בהקשר זה בשל היותו שוהה בלתי חוקי בארץ ובשל כך שאינו רשום כאביו של הקטין. באותה תקופה עצמה המשיך המשיב 1 להתגורר בבית דודתו (שכנתה לשעבר של האם) בתנאים נוחים יחסית והתפרנס למחייתו. על הצרימה שבין מצוקתו הקשה של הקטין ובין הימנעותו של המשיב 1 למלא אחר חובותיו כאב ולעשות לחילוץ של הקטין מאותה מצוקה, עמדה בעדותה פקידת הסעד אשר ביקרה בבית הדודה לאחר הגשת בקשת המשיב 1 לביטול ההכרזה, באומרה:

כשאני באתי הפעם לעשות ביקור בית אצל [המשיב 1] היה לי מאוד קשה עם מה שמצאתי כי מצאתי משפחה מתפקדת, [המשיב 1] חי בבית כמו כל אחד מאיתנו. ראיתי כשהגעתי היתה שם דודה שטיפלה בנכדה שלה נורא יפה, כמו שצריך. אני זוכרת שאמרתי לעצמי, איך כשיש משהו שהוא נרקומן כשאינן לו כלום שהוא לא יכול אני מבינה שמוציאים. אבל פה, [כשהמשיב 1] חי עם הדודה שלו והיא מטפלת בנכדה כמו שצריך והוא חי כמו שצריך, למה [לקטין] לא הגיע הדבר הזה? למה הוא לא קיבל את זה? ועם זה היה לי נורא קשה. ועל רקע זה כתבתי את מה שכתבתי בסוף התסקיר. גם אם [המשיב 1] לא רשום בתור האבא וגם אם הוא עובד זר, כשהוא נמצא במצב כזה וכשזה בן אדם נורמלי ומתפקד למה הוא לא מתפקד בתור אבא של הילד הזה. כי קודם כל ילד צריך להיות מטופל על ידי הוריו ולא עי"י [כך במקור] רשויות הרווחה (עמ' 8 לפרוטוקול הדיון בבית המשפט לענייני משפחה בבאר שבע מיום 21.2.2008).

צרימה זו מקבלת משנה תוקף נוכח עדותו של המשיב 1 כי סמוך לפני הוצאת הקטין מן הבית על-ידי שירותי הרווחה במאוס 2005 נוכח גם הוא לדעת עד כמה קשה מצבו של הקטין בבית האם, וכדבריו:

בזמן האחרון בשנת 2005 המצב שלו היה קשה, מה שאני ראיתי שמה עיצבן אותי הבהיל אותי, היה חוסר בהרבה דברים... מה שראיתי היה רע מאד. זה היה בשנת 2005... ראיתי הרבה אנשים זרים, הכוונה מי שלא שיך למשפחה... היו הרבה אנשים, היו שותים... היו שם כמה ילדים, גם הילד שלי היה שם וזה מה שעיצבן אותך [כך במקור]... [ש]ראיתי אנשים שיכורים וכל הברדאק הזה שהיה שם. בפעם האחרונה שראיתי אותו זה היה ברדאק (עמ' 8-9 לפרוטוקול הדיון בבית המשפט לענייני משפחה בבאר שבע מיום 3.3.2008).

6. הנה כי כן, הסבריו של המשיב 1 מדוע לא מילא את חובותיו כלפי הקטין מאז שחדל להתגורר עמו ועם האם אינם יכולים להיחשב כ"סיבה סבירה" להימנעותו מקיום חובותיו כלפי הקטין והם מחווירים כולם נוכח גילו הרך של הקטין ונוכח המצוקה הקשה, ההזנחה והסיכון הרב בהם היה הקטין נתון. לא למותר לציין כי פרק הזמן הנקוב בסעיף 13(א)(5) לחוק אימוץ ילדים לעניין אי-קיום חובותיו של הורה כלפי ילדו, אינו עולה על שישה חודשים ונראה כי הוא מותאם למושגיו של ילד שתחושת הזמן שלו שונה מאד מזו של אדם מבוגר ובעיניו עשויה תקופה זו להידמות כנצח (ראו: ע"א 577/83 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד לח(1) 461, 475 (1984); בע"מ 377/05 פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגיים, פ"ד ס(1) 124, 158-159 (2005)). עוד ראוי לציין כי גם אם בינתיים התעשת המשיב 1 ופעל לביטול האימוץ ולנטילת אחריות על הקטין, אין בכך כדי למחוק את דבר קיומה של עילת האימוץ על-פי סעיף 13(א)(5) לחוק אימוץ ילדים במועד הכרזתו כבר-אימוץ (10.9.2006). עמד על כך השופט חשין בעניין פלונית, באומרו:

היש במחיקתה של העילה כיום – אותה עילה שהוכחה – כדי להחזיר את הגלגל לאחור ולדמות את המערכת כיום כמו בא הגילוי בעת שההליכים היו תלויים ועומדים בבית המשפט המחוזי? לדעתי התשובה היא בשלילה נמרצת. את העבר אין בכוחנו למחוק, והגילוי שבא היום אין בכוחו להעלים את קיומה של אי המסוגלות (ובענייננו הימנעות המשיב 1 מקיום חובותיו כלפי הקטין 1 – א.ח.) בעבר (ההדגשה במקור) (שם), (115).

7. מטעמים אלה אני סבורה כי אף שהתברר בדיעבד שבמועד הרלוונטי, דהיינו בעת הכרזתו של הקטין כבר-אימוץ כלפי המשיב 1, לא נתקיימה עילת האימוץ שבסעיף 13(א)(1) לחוק אימוץ ילדים, מדובר בהכרזה שנתקבלה כדין הואיל ובאותה עת התקיימה עילת אימוץ אחרת, היא העילה שבסעיף 13(א)(5) לחוק אימוץ ילדים. זאת בשל הימנעותו של המשיב 1 מלקיים כלפי הקטין את חובותיו כאב, ללא סיבה סבירה במשך שישה חודשים ויותר. עוד אני סבורה כי בהינתן העובדה שההכרזה נעשתה כדין, מן הראוי הוא שהקטין יישאר בחיק המשפחה המיועדת לאמצו, בה השתלב היטב מאז ינואר 2007, ולא יועבר עתה לרשות המשיב 1. מסקנה זו נתמכת בחוות דעתו המקצועית של המומחה ד"ר גוטליב, הקובע בבירור כי שיקולים של טובת הקטין מחייבים תוצאה זו. אשר לאפשרות הנוספת שהועלתה בדבר מתכונת של אימוץ פתוח – דעתי בעניין זה כדעתה של חברתי השופטת ארבל ומנימוקה.

ש ו פ ט ת

השופט ח' מלצר:

1. לאחר שעיינתי בחוות הדעת של חבריי, בטיעוני הצדדים ובמכלול החומר בתיק שלפנינו, המערור שאלות לא פשוטות הן מן הפן המשפטי ובעיקר מן הפן האנושי – אינני יכול, לצערי, להצטרף לחבריי במסקנתם (הגם שהנמקותיהם שונות זו מזו) כי יש לקבל את הערעור. עמדתי היא כי דין הערעור להידחות. הנני רואה שתי סיבות עיקריות המצדיקות את החזרת המכלול לבית המשפט הנכבד לענייני משפחה, כפי שהורה בית המשפט המחוזי הנכבד בבאר-שבע בפסק דינו (מפי סגן הנשיא (כתוארו אז) השופט נ' הנדל (אב"ד)). אל חוות דעתו הצטרפו השופטות: צ' צפת ומ' ברנט). אפרט הדברים להלן.

הסיבה הראשונה המצדיקה את החזרת העניין לבית המשפט לענייני משפחה: אי התקיימותה של עילת האימוץ שנטענה בבקשה המקורית להכרזת המשיב 2 כבר אימוץ

2. כידוע הדיונים בהליכי אימוץ, בהיעדר הסכמת הורה, נחלקים על פי חוק אימוץ ילדים, התשמ"א – 1981 (להלן: חוק אימוץ ילדים) לשני שלבים עיקריים. אלה פורטו בהרחבה ב- בע"מ 377/05 פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגיים, פ"ד ס(1) 124, 141-159 (מפי הנשיא א' ברק) (להלן: עניין ההורים המיועדים לאימוץ הקטין) וכאן נביא רק את תקצירם:

(א) בשלב הראשון בוחן בית המשפט אם יש מקום להכריז על הקטין "בר-אימוץ". גם במהלך זה ניתן לזהות שתי מדרגות-משנה:

(1) מדרג בגדרו בית המשפט בוחן אם התקיימה אחת מהעילות המאפשרות לבית המשפט להכריז על הקטין בר אימוץ. עילות אלה מפורטות בסעיף 13 לחוק אימוץ ילדים.

(2) אם מצא בית המשפט שלמרות היעדר הסכמת ההורה מתקיימת אחת מהעילות להכרזת הקטין כבר אימוץ – העניין עובר למדרגת-המשנה השניה, במסגרתה דן בית המשפט בשאלה האם יש מקום להשתמש בשיקול דעתו ולהכריז על הקטין בר-אימוץ. בשלב-משנה זה על בית המשפט לבחון את טובת הילד, ואם טובתו מובילה להכרזתו כבר-אימוץ. כך, למשל, ייתכנו מצבים שבהם בית המשפט יסבור כי ניתוק הקשר בין הקטין לבין הוריו, על אף קיומה של עילת אימוץ, סותר את טובת הקטין ולכן לא יכריז עליו כעל בר-אימוץ. אם בית המשפט מגיע למסקנה כי יש מקום להכריז על הקטין בר-אימוץ – הליך האימוץ נמשך והוא מגיע לשלב השני (כאשר בתום השלב הראשון, אם הוכרז הקטין בר-אימוץ ולא נתמנה לילד אפוטרופוס – זכויותיו, חובותיו וסמכויותיו של ההורה כלפי ילדו עוברות לפקיד הסעד. ראו: סעיף 15(א) לחוק אימוץ ילדים).

(ב) בשלב השני בית המשפט בוחן אם יש מקום ליתן "צו אימוץ". במסגרת זו נבדקת, בין השאר, התאמתם של ההורים המיועדים – לאימוץ. אם ניתן "צו אימוץ", נוצרות בין המאמץ לבין המאומץ כל החובות והזכויות הקיימות בין הורה לבין ילדו ומופסקות החובות והזכויות שבין המאומץ לבין הוריו ושאר קרוביו, למעט בנושאים ספציפיים מסוימים, או אם בית המשפט רואה לצמצם את תוצאות צו האימוץ (ראו: סעיף 16 לחוק אימוץ ילדים).

3. לתפיסתי, הליך כגון זה שעורר האב הביולוגי במקרה שלפנינו (בקשה לביטול הכרזה על הקטין כבר-אימוץ) מחזיר אותנו, בנסיבות שנוצרו כאן – למדרגה הראשונה של השלב הראשון. כלומר, על בית המשפט הנכבד לענייני משפחה לשוב ולבחון מחדש בדיון de novo האם מתקיימת עילה כלשהי להכרזת הילד כבר-אימוץ לפי סעיף 13 לחוק אימוץ ילדים, ואין בית המשפט המקורי, או זה שלערער, רשאים "לדלג" על תת-שלב זה ולבחון אך ורק את טובת הילד (המדרגה השניה בשלב הראשון). הטעם לכך נעוץ, לשיטתי, בעובדה שלאחר הגשת בקשתו הנ"ל של האב הביולוגי היה על בית המשפט הנכבד לענייני משפחה לבחון האם ההכרזה על הקטין כבר-אימוץ היתה כדין

מלכתחילה (ולא להניח שהיתה כדין, ולבחון את טובת הילד בלבד). הנה כי כן, על בית המשפט הנכבד לענייני משפחה היתה מוטלת חובה לבחון האם התקיימה במועד ההכרזה המקורית עילת אימוץ בהתאם למה שנטען בפניו מכוח סעיף 13 לחוק אימוץ ילדים, אם לאו. בעקבות ההשגות שנכללו בבקשתו של האב הביולוגי לביטול הכרזת הקטין כבר-אימוץ – הודו נציגי המדינה בהגינותם כי שמו המלא של האב הביולוגי היה בידי רשויות הרווחה וכי האם הביולוגית מסרה לשירות למען הילד את שמו הפרטי של האב הביולוגי ואת מקום מגוריו. מנתונים אלה, שבית המשפט הנכבד לענייני משפחה (כב' השופטת ד"ר ורדה בן שחר), בהיותו הערכאה הדיונית, קבע אותם כממצאי עובדה בסוף פסק דינו – ניתן ללמוד כי במועד ההכרזה המקורית על הקטין כבר-אימוץ לא התקיימה העילה הקבועה בסעיף 13(א)(1) לחוק אימוץ ילדים, עליה התבססה הבקשה המקורית ביחס לאב הלא ידוע (המשיב 1 בפנינו) ולפיה: "אין אפשרות סבירה לזהות את ההורה, למצאו או לברר דעתו". עמדה זו מקובלת גם על רוב חברי ההרכב, ואני מבקש להוסיף מעט להנמקה המצדיקה אותה.

4. מהי אפשרות סבירה לזהות את ההורה? עניין זה נדון בהרכב מורחב של בית משפט זה ב-בע"מ 5082/05 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני ועו"ד סולומון, פ"ד ס(3) 201 (2006) (להלן: עניין סולומון) שם נקבע, בדעת רוב, מפי הנשיא א' ברק כך:

..."
 התשובה מצויה במישור הנורמטיבי ולא במישור הפיזי. לא כל שניתן מבחינה מעשית ראוי מבחינה ערכית. אפשרות לזהות את ההורה היא סבירה אם היא מושגת באופן הנותן משקל ראוי לערכים השונים שיש לקחתם בחשבון ומאזן ביניהם על פי משקלם. האפשרות היא סבירה אם התועלת שתצמח מכך לערכים ולעקרונות שדיני האימוץ באים להגן עליהם עולה על הנזק שייגרם להם. אם האפשרות לזהות את ההורה כרוכה בפגיעה קשה בערכים, מבלי שמולה עומדת תועלת הולמת, היא אינה אפשרות סבירה...
 האינטרסים והערכים שיש להביא בחשבון הם האינטרסים והערכים של ההורים, הקטין והחברה: ראשית, יש לשקול את זכויותיו של האב הביולוגי; שנית, יש לשקול את טובתו של המאומץ; שלישית, יש להתחשב באינטרסים של האם; רביעית, יש לקחת בחשבון את האינטרס הציבורי הכללי"
 (פיסקה 21 לפסק דינו של הנשיא א' ברק; ההדגשה שלי – ח"מ).

שופטת המיעוט בפרשה זו, א' פרוקצ'יה, ביטאה דעה שונה ביחס לסוגיית "האפשרות הסבירה", ואלה היו דבריה:

"... הזכות הטבעית של אב לממש את הורותו, וזכותו של הקטין לגדול בחיק הורהו הטבעי, עומדות ברקע כל שלב משלבי הליך האימוץ הנערך על פי החוק. זכויות אלה מקרינות בין היתר גם על אופי החובה המוטלת על הרשות הציבורית לזהות אב נעדר, לאתרו ולברר את דעתו ביחס לאימוץ ילדו. חובה זו מושתתת על קיומה של אפשרות סבירה לזהות ולאחר את האב הנעדר. סבירותה של אפשרות זו בנויה על מערכת שיקולים ערכית ומעשית, שבמסגרתה ניתן מעמד של בכורה לזכויות האב והילד לממש את קרבתם זה לזה. לשיקולים האחרים ניתן משקל משני, אף שאין להתעלם מהם, ויש לאזנם כראוי, על פי הנסיבות המיוחדות של המקרה. החובה לזהות ולאחר את האב הנעדר אינה מותנית ברצונה הטוב של האם לחשוף את פרטי זהותו. היא ניזונה מזכותם העצמאית של האב והקטין לחיות זה בקרבתו של זה. מלאכת הזיהוי והאיתור של האב הנעדר עלולה להיות כרוכה בפגיעה בפרטיות ובצנעת חייה של האם, ופעמים גם בזכויות פרטיות של צדדים שלישיים. לשיקול זה יש ליתן משקל יחסי בלבד. באיזון הנדרש בין הסיכוי לממש את זכות האבהות הטבעית על ידי האב הנעדר לבין הפגיעה הצפויה בזכות האם ואחרים לפרטיות, גובר הערך הראשון; עם זאת, בתהליך האיזון הנדרש, יש לנקוט גישה מידתית, אשר תחתור להשגת תכלית החוק, המבקשת למצות אפשרות סבירה לאיתור ההורה הנעדר, תוך פגיעה פחותה במידת הניתן בזכות האם וצדדים אחרים לפרטיותם".

(פיסקה 16 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה; ההדגשה שלי – ח"מ)

במקרה שלפנינו כמעט שלא מתעוררת שאלה של התנגשות בין הערכים השונים בכל הנוגע לעצם איתור האב, שכן כאמור שמו של האב הביולוגי היה מצוי בידי רשויות הרווחה עוד משנת 2002, והאם הביולוגית אף מסרה לשירות למען הילד את שמו הפרטי ואת מקום מגוריו. לא נדרשו איפוא פעולות חקירה סבוכות, או כאלה שחייבו חדירה לפרטיות של צדדים שלישיים, אלא רק עיון מדוקדק בתיקים הרלבנטיים. נראה לפיכך כי העובדה שהמשיב 1 לא זוהה ולא אותר – מקורה ברשלנות, או בטעות אנוש. דבר זה הוביל לתקלה קשה ביותר (האב הביולוגי לא היה צד להליכי הכרזת בנו כבר-אימוץ), ממנה לא ניתן להתעלם. בשים לב לחשיבות השמירה של הקשר הביולוגי "הטבעי", עלינו לייחס לתקלה האמורה את מלוא המשמעות, ולכן לשיטתי, אף על פי דעת הרוב בעניין סולומון (שלא לדבר על טעמי דעת המיעוט שם) מתחייב כי תבוטל במקרה שלפנינו הקביעה כי לא ניתן היה לאתר את האב באמצעים סבירים והבקשה להכריז על הילד כבר-אימוץ תיבחן מחדש (על כל העילות האפשריות והרלבנטיות לעניין מכוח סעיף 13 לחוק אימוץ ילדים).

5. אל מסקנתי זו, כי למעשה היתה כאן אפשרות סבירה לזהות את ההורה הביולוגי ולברר את דעתו ביחס לאימוץ, הנני מגיע גם תוך לימוד מהמשפט המשווה הרלבנטי.

בית המשפט העליון של ארצות הברית ביטא גישה המעדיפה את אוטונומיית המשפחה הביולוגית על פני שיקולים אחרים, בפרשת STANLEY V. ILLINOIS (1972) (405 U.S. 645), שם דובר באימוץ של קטינים שאינם הביולוגית מתה, ואביהם הביולוגי (שלא היה נשוי לאימם) תמך בהם. באותה עת, החוק במדינת אילינוי קבע כי אב לא נשוי איננו נכנס להגדרה החוקית של "הורה" ולכן איננו זכאי לשימוע לגבי מסוגלותו ההורית בטרם הכרזה על הקטינים כבני-אימוץ. בית המשפט העליון של ארצות הברית קיבל בפסק דין זה את הערעור שהגיש האב הביולוגי על פסק דינו של בית המשפט העליון של מדינת אילינוי, בקבעו כי תהליך האימוץ הנזכר לעיל איננו חוקתי, שכן הוא מפר את זכות האב הביולוגי, הבלתי נשוי לאם הביולוגית – להליך הוגן. ראו גם: LEHR V. ROBERTSON 463 U.S. 248 (1983).

בפרשת "התינוק ריצ'ארד" (IN RE KIRCHNER 649 N.E. 2d 324 (Ill. 1995)) קבע בית המשפט במדינת אילינוי כי ילד בן ארבע שנמסר כבר לאימוץ, יוחזר לאביו הביולוגי, שלא היה נשוי לאם, תוך שהוא קובע כי לאב ביולוגי, שהוא בעל המסוגלות ההורית הנדרשת והרצון לגדל את ילדו, יש זכות הגוברת על זכותם של אחרים לטיפול בקטין ולמשמורת עליו. עוד נקבע כי לאב הביולוגי יש זכות למנוע את הליך האימוץ של ילדו, במנותק מרצונה של האם למסור את הקטין למשפחה מאמצת. פסק דין זה ותוצאותיו עוררו ביקורת ציבורית רבה במדינת אילינוי ובארצות הברית כולה ובעקבותיו תוקן חוק האימוץ במדינה זו, כך שנקבע שעם ביטול אימוץ של קטין, יתקיים מיד שימוע שבו יוחלט למי תעבור ההחזקה בקטין, כשהעיקרון הדומיננטי בשימוע זה יהיה עיקרון טובת הילד (כמוצע למעשה על ידי חלק מחברי כאן). אוסיף עוד כי החוק המתוקן הנ"ל במדינת אילינוי אמור היה להיות גם בעל תחולה מיידית, אולם בית המשפט העליון של מדינת אילינוי קבע כי לא ניתן להחיל את התיקון לחוק על התינוק ריצ'ארד, והוא הושב לפיכך לבסוף (לאחר כמה עיכובים) לחזקת אביו הביולוגי.

פרשה דומה נוספת היתה פרשת "התינוקת ג'סיקה" (IN RE CLAUSEN 502 (N.W.2d 649 (Mich.1993)). במקרה זה נקבע כי יש להשיב את התינוקת ג'סיקה לחזקת אביה הביולוגי, הגם שכבר נמסרה לזוג הורים מאמצים, וזאת לאחר שהאמא

הביולוגית של התינוק מסרה כי פלוני מסוים הוא אביה של אותה תינוקת. האם הביולוגית שינתה לאחר מכן את דעתה ביחס לאימוץ ובתצהיר שהגישה מסרה כי פלוני איננו אביה האמיתי של התינוקת, אלא אדם אחר, ומסרה את שמו ואת פרטיו. אותו אב ביולוגי הגיש בקשה להצטרף כצד להליך האימוץ. התקיימו הליכים רבים בעניין זה בבתי משפט שונים הן במדינת איווה והן במדינת מישיגן ולבסוף נפסק על ידי בית המשפט העליון של מדינת מישיגן כי יש להשיב את התינוקת לאב הביולוגי. בית המשפט העליון של מדינת מישיגן ציטט בסוף פסק דינו את בית המשפט העליון של מדינת איווה, שדן גם הוא בפרשה כאובה זו, ואמר כך:

“[T]he Court is under no illusion that this tragic case is other than an unbelievably traumatic event. . . . While cognizant of the heartache which this decision will ultimately cause, this Court is presented with no other option than that dictated by the law in this state. **Purely equitable principles cannot be substituted for well established principles of law**”.

(שם, בעמ' 693, ההדגשה שלי – ח"מ)

בפסק דין עדכני יותר, משנת 2000, קבע בית המשפט העליון של מדינת לואיזיאנה שבארצות הברית כי האינטרס של הורה בקיום יחסים עם ילדו הוא בגדר חירות המוגנת על ידי התיקון ה-14 לחוקה האמריקנית. עוד נקבע כי אין לייחס משמעות לכך שהאב הביולוגי ידע על עצם לידת בנו ולא פעל מיוזמתו להבטחת זכויותיו, שכן החוק במדינה מחייב מתן הודעה לאב במסגרת הליך אימוץ מטעם הרשויות, וזאת נוכח החשיבות שמיוחסת לשמירת הקשר הביולוגי. יוער, כי אף במקרה זה העביר בית המשפט בסופו של דבר את המשמורת בקטין לידי האב הביולוגי (ראו:

.IN RE A.J.F APPLYING FOR PRIVATE ADOPTION, 764 So. 2d 47 (La.2000)

זה המקום להבהיר כי חלק מתוצאות פסקי הדין האמריקאיים הנ"ל הביאו בארצות הברית, בעקבות ביקורת ציבורית שנמתחה, לתיקוני חקיקה משמעותיים, אשר אין זה המקום לסקרם כאן בפרוטרוט, מה גם שחלקם נזכרו בחוות דעתה של השופטת א' פרוקצ'יה בעניין ההורים המיועדים לאימוץ הקטין (שם, בעמ' 220). אסתפק רק בציון העובדה שבבסיס אותם תיקונים חקיקתיים בארצות הברית עומד הסדר של הקמת מרשמים רשמיים המיועדים לאבות שמחוץ לנישואים, הטוענים לאבהות (Putative Father Registries). מרשמים אלה מאפשרים לאבות לא-נישואים, המאמינים בהסתברות קרובה כי אפשר שהם הורים לילדים מחוץ לנישואין, להירשם במרשם וכך לקנות לעצמם זכות להיות מעורבים במהלכים משפטיים הנוגעים למי שהם טוענים שהוא ילדם. עיינו עוד: Paige Kerchner Kaplan, *Putting the Child First in Custody Battle*

between Biological Fathers and Adoptive Parents, 35 SANTA CLARA L. REV. 907 (1994-1995); David D. Meyer, *Family Ties: Solving the Constitutional Dilemma of the Faultless Father*, 41 ARIZ. L. REV. 753 (1999); Laura Oren, *Thwarted Fathers or Pop-Up Pops: How to Determine When Putative Fathers Can Block the Adoption of Their Newborn Children* 40 FAM. L.Q. 153 (2006-2007).

לבסוף נעיר כי גם בית המשפט האירופאי לזכויות אדם עמד על חשיבות הקשר בין הורה ביולוגי לילדו, בפרשת *B v. UK* [1988] 10 EHRR 87, שם נאמר, בין היתר, כי: "The mutual enjoyment by parent and child of each other's company constitutes a fundamental element of family life. Furthermore, the natural family relationship is not terminated by reason of the fact that the child is taken into public care" (שם, בפסקה 60). עיינו: BLACKSTONE'S GUIDE TO THE HUMAN RIGHTS ACT 1998, 214-215, 216-217, 265-266 (15th ed., 2009).

6. משקבענו כי לא התקיימה כאן עילת האימוץ שבסעיף 13(א)(1) לחוק אימוץ ילדים, המסקנה המתבקשת מכך היא שההכרזה על הקטין כבר אימוץ היתה שלא כדין. עם זאת, כפי שבית המשפט המחוזי הנכבד ציין בצדק בפסק דינו – במהלך ההליכים שנוהלו עד כה במכלול התעוררו מספר שאלות שנמצא כי בית המשפט לענייני משפחה, בדיונו הראשוני, לא נדרש להם, בין משום שהאב הביולוגי לא היה צד להליך המקורי, בין מאחר שלא נטענו שם, ובין משום שלא התקיים למעשה דיון לגופה של הבקשה להכריז על הקטין כבר-אימוץ (שכן האם הביולוגית ובן זוגה, שזוהו כמשיבים, כלל לא התייצבו לדיון). יתרה מכך, בשלבים מאוחרים יותר של ההליך (כאשר המשיב 1 ביקש לבטל את ההכרזה על הקטין כבר-אימוץ) התעוררה קושיה בדבר מסוגלותו ההורית של האב הביולוגי לטפל בילדו, ולכאורה, חוסר כושר שכזה, אם יוכח, יכול להגיע כדי התקיימותה של עילת אימוץ עצמאית, בהתאם לסעיף 13(א)(7) לחוק אימוץ ילדים. עילה זו מתייחסת, כידוע, למצב שבו: "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".

עילה זו (ועילות אפשריות אחרות) לא נבדקו במקור לפרטיהן על ידי בית המשפט לענייני משפחה (ולא ראוי כי ערכאות הערעור תבואנה במקומו לעניין זה, אף אם קיימות להן סמכויות מעין אלה). לכן לגישתי צדק בית המשפט הנכבד קמא עת הורה לבית המשפט הנכבד לענייני משפחה בבאר שבע לבחון התקיימותה של עילה לפי סעיף 13(א)(7) לחוק אימוץ ילדים. זאת ועוד – הנני סבור כי יש מקום שבית

המשפט הנכבד לענייני משפחה יבדוק גם התקיימותה של עילה נוספת, שיכולה לבוא בחשבון ואשר הועלתה בדיונים שבפנינו, והיא העילה הקבועה בסעיף 13(א)(5), הקוראת כך: "ההורה נמנע, ללא סיבה סבירה, מלקיים במשך שישה חודשים רצופים את חובותיו כלפי הילד, כולם או עיקרם". הנשיאה, השופטת ד' ביניש וחברתי השופטת א' חיות, סבורות כי עילה זו התקיימה במשיב 1 והשופטת א' חיות מוסיפה כי מסקנה זו עולה מן הראיות ומן הממצאים העובדתיים שקבע בית המשפט הנכבד לענייני משפחה בפסק הדין שניתן על ידו בבקשת המשיב 1 לביטול ההכרזה. כנגד זאת חבריי, השופטים ע' ארבל וא' רובינשטיין מחזיקים בדעה שעילה זו לא הוכחה. חילוקי דעות אלה כשלעצמם מלמדים, לשיטתי, שראוי שהנושא ייבדק כסדר בידי הערכאה הדיונית, "ללא קפיצות דרך", כאשר לאב הביולוגי תינתן הזדמנות ראויה להיות משיב ולהתגונן. בנושא זה יש להחיל את הכלל הידוע:

"פסק דין אשר ניתן שלא כהלכה – דרך משל: מבלי שהנתבע הוזמן כחוק – רשאי הנתבע לדרוש את ביטולו מתוך חובת הצדק (ex debito justitiae). פסק דין כזה פגום הנהו, ומשום כך אין לקיימו, תהא אשר תהא הגנת הנתבע לגופו של עניין, שכן בידי כל אדם קנויה הזכות שלא יינתן נגדו פסק דין, אפילו פסק-דין נכון וצודק, אלא בדרך משפטית תקינה"
 (ע"א 64/53 כהן נ' יצחקי, פ"ד ח 395, 397 (1956);
 ההדגשה שלי – ח"מ).

עיינו גם: ד"ר שלמה לויין תורת הפרוצדורה האזרחית, 87-88, 240-241 (מהדורה שניה – 2008), ואולם ראו תוצאה אחרת, בנסיבות שונות ומיוחדות: בר"ע 40/81 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לה(4) 144 (1981); עיינו עוד: פנחס שיפמן דיני המשפחה בישראל כרך ב' 84-85 (1989).

בהקשר זה לא למותר לציין כי על פי תקנה 277 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 כל הורה (למעט הורה שנפטר, או הורה שאין אפשרות סבירה לזהותו, או למצאו) יהיה משיב לבקשה להכרזת ילד כבר-אימוץ.

כאן המקום לצייר את התמונה הלכאורית עימה יצטרך המשיב 1 להתמודד – אם תתקבל עמדתי:

האב הביולוגי הגיש תביעת אבהות רק בתאריך 7.2.2007, כשנתיים לאחר שהוצא הקטין – בצו חירום – ממשמורתם של אמו הביולוגית ובן זוגה (שהקטין רשום

במרשם כילדו). מערכת היחסים בין האב הביולוגי לבין הקטין, כך נראה, לא היתה הדוקה ביותר גם בשנות חייו הראשונות של הקטין ובית המשפט הנכבד לענייני משפחה התרשם כי הקשר בין המבקש לקטין היה ספורדי, שכן האב הביולוגי (אף שגר יחד עם אם הילד ובן זוגה בדירתם – כדייר משנה) עבד בכל שעות היום והלילה ובקטין טיפלו במשך היום דמויות שונות ומשתנות. בכל מקרה הקשר האמור התקיים רק עד שמלאו לקטין כשנתיים ימים, שכן האב הביולוגי עזב במועד זה לערך את הדירה שבה התגוררו האם הביולוגית, בן זוגה והקטין. מאז אותו מועד ביקר האב הביולוגי את הקטין רק לעתים בסופי שבוע (לפרקים ביחד עם דודתו) וככל שהדבר התאפשר, ומאז שמלאו לקטין כשלוש שנים – נותק, לכאורה, כמעט כליל הקשר בין האב הביולוגי לבנו. עם זאת, האב הביולוגי הודה בבית המשפט הנכבד לענייני משפחה כי ידע שמצבו של הקטין בבית משפחת אימו הביולוגית איננו תקין ולטענתו ניסה להתייעץ עם אנשים שונים לגבי דרכי פעולה אפשריות על מנת להושיע, אך לבסוף לא עשה דבר, בעיקר בגלל חששו כי האם הביולוגית תודיע לשלטונות בארץ על כך שהוא שוהה בלתי חוקי בישראל. בית המשפט הנכבד לענייני משפחה נתן אמון בדברי האב הביולוגי כי הוא אמנם ניסה לבדוק אפשרות של ייזום הליך לקביעת אבהותו לקטין, אך מצא כי פעילותו המאומצת בהקשר זה החלה בפועל רק כאשר הבין כי הוא עומד בפני גירוש מן הארץ – ולא במועד שבו נודע לו שבנו הקטין נמצא במצוקה קשה בבית אימו. לתפיסתי, החשש של המשיב 1 כי יתפס על ידי השלטונות אם יפנה לרשויות הרווחה וידווח על מצבו של בנו הקטין, או שינקוט בהליכים משפטיים אחרים כלשהם – איננו יכול לבוא לכאורה בגדר "סיבה סבירה" להימנעות זו מקיום חובותיו כלפי בנו הקטין, בפרט כאשר ידע, או למצער חשש, כי תנאי חייו של הקטין קשים מאוד במקום מגוריו בבית אימו ובן זוגה.

עם זאת, למען שלמות התמונה יש להדגיש כי המשיב 1 טוען שיש לו תשובות עובדתיות ומשפטיות מניחות את הדעת כנגד הנתונים העובדתיים הלכאוריים הנ"ל (למשל כי שהה במשמורת בחלק מתקופת ההזנחה הנטענת ולכן הימנעותו מלפעול היתה סבירה). דבר זה מוכיח שטרם שייקבעו ממצאים סופיים בשאלות אלו – יש לקיים בירור מקיף בערכאה הדיונית. לפסיקה משווה בארצות הברית ולמשקל הראייתי הנדרש – ראו: *SANTOKSY V. KRAMER* 455 U.S 745 (1982) (להלן: פרשת סנטוקסי).

7. זאת ועוד – אחרת. במסגרת הבדיקה המחודשת להכרזת הילד כבר-אימוץ, המתחייבת לגישתי, כאמור, יתכן ויש מקום לבחון גם את קיומה של עילה אפשרית נוספת המפורטת בסעיף 13(א)(2) לחוק אימוץ ילדים (ובמיוחד הרישא שבה) –

הקוראת כך: "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" (ההדגשה שלי – ח"מ). לעניין זה השאלה היא האם ההכרה הנדרשת של האב בילדו היא משפטית (שהרי המשיב 1 הגיש תביעה לאבהות, כאמור, רק בתאריך 7.2.2007, אף שידע כי הילד היה רשום עד אז במרשם כבנו של בן-זוגה של אמו הביולוגית של הילד), או עובדתית, או די בהתקיימות אחת מחלופות ההכרה הנ"ל. קושיה נפרדת היא מהי הנפקות של הכרה משפטית מאוחרת לקיומה של עילה זו. למכלול זה, על היבטיו השונים, ראו: נילי מימון דיני אימוץ ילדים 274-275 (1994) (להלן: נילי מימון, דיני אימוץ). יש לציין כי לנושא ההכרה המשפטית באבהות (אגב בדיקת רקמות) עלולים להתלוות אספקטים נוספים ומורכבים, שאין זה המקום לקבוע בהם מסמרות. עיינו: ע"א 548/78 שרון נ' לוי, פ"ד לה (1) 736 (1980); ע"א 1354/92 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד מח (1) 711 (1994); ע"א 5942/92 פלוני נ' אלמוני, פ"ד מח (3) 837 (1994); רע"א 4427/92 אלמוני נ' פלוני, פ"ד מט (2) 57 (1995); תמ"ש (ת"א) 87471/00 פלוני (קטין) נ' פלוני ואלמונית (לא פורסם, 8.1.2004); רונה שוז "זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים: לקחים מפרשת 'תינוק המריבה'" משפחה במשפט א' 163, 197 (תשס"ז) (להלן: שח).

הסיבה השניה המצדיקה את החזרת העניין לבית המשפט לענייני משפחה:
הפגמים הנוספים שנפלו בהליך

8. טעם עקרוני נוסף לדחיית הערעור שלפנינו הוא הפגמים המצטברים שנפלו בהליך, המצדיקים, לטעמי, את קיומו מחדש. באומרי פגמים, כוונתי, ראשית לכל, לתקלה שנפלה כאמור באיתור שמו ובזימונו של האב הביולוגי (אשר שמו ופרטיו הופיעו, כנזכר לעיל, בתיקי רשויות הרווחה). תקלה זו גרמה כאמור לכך שהמשיב 1 לא זוהה כמשיב בבקשה המקורית שהוגשה לבית המשפט הנכבד לענייני משפחה; אולם במכלול שבפנינו אין מדובר רק בפגם הנ"ל, אלא גם בהתנהלות בעייתית כוללת של המדינה בערכאות דלמטה. כוונתי היא, בין היתר, אף לכך שלאחר שהוגשה תביעת האבהות מטעם האב הביולוגי, המדינה לא הזדרזה להגיש את תגובתה ולבקש לקשר את כל הדבקים בהליכים המקבילים.

יתר על כן במכלול זה עולות גם שאלות נוספות שטרם זכו לליבון בערכאות דלמטה שנדרשו למקרה, וזאת ביחס לאפשרות וביחס לדרכי האימוץ של הקטין בו מדובר – על ידי הורים יהודים, אף על פי שהוא, על פי הצהרת הוריו הביולוגיים, נוצרי פרבוסלאבי (הגם שידוע כי הקטין, אמו הביולוגית ואביו הביולוגי רשומים במרשם

כחטרי דת). להשלכותיה של סוגיה זו – ראו: סעיף 5 לחוק אימוץ ילדים וסעיף 13א לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב – 1962. נדגיש כי בנקודה זו יש להפגין, כמובן, את מלוא הזהירות המתבקשת והיא נושא שיש להידרש לו וניתן למצוא לו פתרונות, אך, לגישתי, ראוי ליתן עליו את הדעת ולהשלימו רק לפני הוצאת צו אימוץ (ומשום כך לא אפתח אותו עוד כאן).

9. הפגמים המצטברים הללו מחזקים את המסקנה כי עם כל הצער שבדבר, ועל אף הפגיעה המובנית והמובנת הכרוכה בכך לגבי כל הנוגעים בדבר בשלב זה – אין מנוס מבחינה מחודשת של עילות האימוץ הרלבנטיות בפני הערכאה הדיונית, וזאת על מנת להבטיח כי בהליך רגיש כגון הליך ניתוקו של קטין מאביו הביולוגי, לא ייפלו עוד פגמים כה רבים, כפי שהתרחשו כאן, וכי לא תהיה השלמה עם מצב דברים כמו שנוצר פה בשל הטעות שקרתה.

10. עמדת היועץ המשפטי לממשלה, נוכח המציאות שנוצרה, גורסת כי למעשה ניתן "לרפא" במובן מסוים את התקלות שנפלו בהליך ההכרזה על הקטין כבר-אימוץ – זאת על ידי קביעה שראוי להניח כי בפועל לא היתה אפשרות סבירה לאתר את האב, הגם שפרטיו היו בידי רשויות הרווחה (מפני שהמשיב 1 הוא עובד זר בלתי חוקי בישראל ולכן יש לסבור כי לא ניתן היה לאתרו, גם אילו היו מנסים). מעבר לכך יש להתחשב, לגישתה, בהווייה שהקטין מצוי כבר מזה זמן רב יחסית אצל ההורים המיועדים לאמצו. טענה זו מנסה איפוא להחיל פה על ענייננו למעשה מעין מופע מסוים של תורת "הבטלות היחסית", המוכרת לנו מתחומי משפט רבים אחרים (ראו למשל: ע"פ 10189/02 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(2) 559 (2005); בג"צ 10934/02 קיבוץ כפר עזה להתיישבות חקלאית שיתופית נ' מינהל מקרקעי ישראל, פד"י נח(3) 854 (2004); בג"צ 4885/03 ארגון מגדלי העופות אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פד"י נט(2) 14, 42-43 (2005); עע"מ 7926/06 אדרי-אל ישראל בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה גליל עליון (לא פורסם, 24.6.2009); עיינו גם: דפנה ברק-ארו "הבטלות היחסית במשפט המינהלי: על מחירן של זכויות" ספר יצחק זמיר על משפט ממשל וחברה 283, 284 ה"ש 6 (2005)).

כנגד גישה זו – אני מחזיק בדעה שאף שתורת "הבטלות היחסית" אכן זכתה להתרחבות בשנים האחרונות – אין להחילה, ואין ליישמה, ללא אבחנה, בכל תחומי המשפט, ובפרט לא בתחום כה עדין כמו דיני האימוץ, למצער טרם שהוצא צו האימוץ. בהקשר זה יפים דבריו של השופט (כתוארו אז) מ' חשין, שאמר, כידוע, ביחס לדיני

אימוץ ילדים כך: "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..." (ראו: דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד נ(1) 48, 88 (1995)). במילים אחרות, לגישתי אין לקבל מצב שבו פגם (של אי זימון האב הביולוגי) בהליך של הכרזת ילדו כבר-אימוץ, דבר שמנע את שמיעת עמדתו – "יתרפא", לאחר מעשה, מכוח תורה מחסנת של "תוצאה יחסית".

לחילופין גורסים ב"כ היועץ המשפטי לממשלה כי ניתן "להכשיר" את ההכרזה של הילד כבר-אימוץ באמצעות בחינה עדכנית "בדיעבדית" של התקיימותן של עילות אימוץ אחרות, מלבד העילה שנטענה במקור, ובפרט – הם מכוונים לעילה המופיעה בסעיף 13(א)(5) לחוק אימוץ ילדים – "עילת ההזנחה". עילה זו לא הופיעה בבקשה המקורית שעמדה בפני הערכאה הדיונית ולתפיסתי אין לפסוק בה בדיעבד במסגרת בקשה לביטול הכרזה על קטין כבר-אימוץ, או בגדרו של ערעור, שהרי באימוץ נפגעת אחת הזכויות הבסיסיות ביותר שיש לו לאדם (שמירת הקשר הטבעי שבין הורה ביולוגי לילדו הביולוגי), ולכן אין לעשות כן ללא הליך ראוי מלכתחילה. השוו: פרשת סנטוסקי.

הערות נוספות

11. דומה שבמכלול זה לא ניתנה עד הנה תשומת הלב הראויה לעמדתו של האפוטרופוס לדין של הקטין, שצידד בהחזרת הדיון לבית המשפט הנכבד לענייני משפחה. התחשבות בגישתו היא טעם נוסף לעמדה שהבעתי כאן. השוו: נילי מימון, דיני אימוץ, 431-433.

12. אגב ההתדיינות בפנינו עלתה אף הסוגיה של "אימוץ פתוח" ורוב חברי נטו שלא להמליץ עליה פה (בניגוד לעמדתו של חברי, השופט א' רובינשטיין, שצידד ב"אימוץ פתוח" חלקי ומצומצם ביותר). אני בוחר שלא להביע דעה בעניין זה, שיש לו פנים לכאן ולכאן ובמיוחד במקרה כמו זה שלפנינו, שהרי, לגישתי, ראוי לקיים דיון de novo בהכרזת הילד כבר-אימוץ ובמסגרת זו יהיה מקום אף לברר סוגיה זו (ראו: ע"א 2169/98 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נג(1) 241 (1999); תקנה 280א לתקנות טדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984).

13. למען הסר ספק רואה אני להבהיר לבסוף כי אין לפרש דבריי עד כה כבאים להביע עמדה נחרצת כלשהי לגופן של עילות, מכוח סעיף 13 לחוק אימוץ ילדים, או בהכרעה שתידרש, לשיטתי, בין זכויות האב הביולוגי, זכויות הקטין ועמדת ההורים המיועדים לאמץ ושאר הצדדים שיש להזמין לדיון כאמור. בדיון חוזר כאמור, יש להביא בחשבון את כלל הגישות הקיימות בתחום זה ואשר באו לידי ביטוי הן בפסיקה והן בספרות המשפטית (ראו: שזו, שם; מילי מאסס "תינוק על פרשת-דרכים – המחלוקת לגבי משמעות האימוץ" עיוני משפט ל"א(1) 219 (תשס"ח)), ולהתאים מביניהן את הראויה ביותר לנסיבות המיוחדות של הענין.

14. במקרה שלפנינו הקטין נמצא אצל ההורים המבקשים לאמצו כבר מזה זמן, (בסטטוסים שונים) וההתרשמות מהם, כפי שעולה מהחומר הרב שהומצא לנו, היא שמדובר באנשי חסד של ממש. בתקופה זו הקטין נקלט במשפחה המיועדת לאימוץ בצורה טובה, השתלב במערכת החינוך ביישוב שבו מתגוררת המשפחה וזכה מכולם ליחס חם, אוהב ומטפח. זאת ועוד, כפי שהדבר עולה מן הנספחים שצירפה המשפחה המבקשת לאמץ להודעת היועץ המשפטי לממשלה – קליטתו של הקטין במשפחה היתה מצוינת, וגם בני המשפחה האחרים נקשרו אליו עד מאוד. עבור הקטין – כך נטען – ההורים המבקשים לאמץ הם הוריו, והוא בן בית בביתם. בכל אלה יהיה בוודאי מקום להתחשב, היה וייקבע שהקטין הוא אכן בר-אימוץ.

סוף דבר

15. לסיכום – אם תישמע דעתי ונוכח כל האמור לעיל – הנני מציע לחברותיי ולחבריי להרכיב מורחב זה לדחות את הערעור על פסק-דינו של בית המשפט המחוזי הנכבד בבאר-שבע. עוד אציע כי עד לתום ההליך המחודש המוצע, יישאר הקטין אצל המשפחה המבקשת לאמצו. גישה זו מאזנת את כל הזכויות, האינטרסים והערכים הרלבנטיים, ומביאה בחשבון אף את ההשלכות התקדימיות לגבי ההתנהלות המתחייבת והראויה של רשויות המדינה בתיקים רגישים מסוג זה.

לסיום אוסיף כי יתכן ובסופו של יום התוצאה תהיה שהקטין אכן יוכרז כבר-אימוץ והוא יימסר לאימוץ למשפחה המטפלת בו כעת בצורה כה מסורה. אולם אם יקרה כאמור – נדע שכולם נשמעו, העילות כולן הוצגו מראש ונדונו בהליך ראוי, ולכל מעוניין היה יומו בבית המשפט. להבנתי, לא יתכן שהליך כה משמעותי וקורע גוף ולב – לא יתנהל כראוי מלכתחילה. לתפיסתי, אישרור בדיעבד של תקלות מעין אלה

שהתרחשו פה עלול לגרור אותנו למדרון חלקלק ולהביא להישנות הפגמים גם במקרים אחרים, והרי מדובר כאן, כאמור, בהכרעות הקשות מסוגן.

שׁוֹפֵט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת ע' ארבל.

ניתן היום, י"ב בכסלו תש"ע (29.11.09).

שׁוֹפֵט

שׁוֹפֵט

המשנה לנשיאה

הנשיאה

שׁוֹפֵט

שׁוֹפֵט

שׁוֹפֵט