

בית המשפט העליון

דנ"א 2382/17

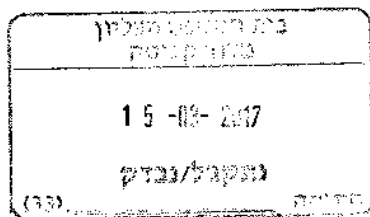
פלוגי נ. פלוגי

תאריך הגשה: 15/03/17

בית המשפט העליון

בירושלים

**- דלתיים סגורות - איסור פרסום -**



**המבקש:**

הקטין יליד 16.01.2016

באמצעות האפוטרופא לדין, עו"ד חונגר מאיה

מרח' העצמאות 85, משרד 23, ת.ד.: 14272, אשדוד, 77041

טל': 077-3229977 ; פקס': 077-3229955

(עפ"י מינוי לפי חוק הסיוע המשפטי, התשל"ב-1972)

ו/או ע"י עו"ד לידיה רבינוביץ'

ממונה ארצית על ייצוג קטינים

הסיוע המשפטי, משרד המשפטים

רח' הסורג 1, ירושלים

טל': 02-6211349 ; פקס': 02-6467945

**- נ ג ד -**

**המשיבים:**

1. עדי דרחי - האב הביולוגי

ע"י עו"ד מתן חודורוב ואח'

רח' ז'בוטינסקי 5, בית אבגד, קומה 12, רמת גן

טל': 03-5750504 ; פקס': 03-5750604

וע"י עו"ד שמואל מורן ואח'

מרח' ויצמן 2, תל אביב 64239

טל': 03-6932013 ; פקס': 03-6932012

2. היועץ המשפטי לממשלה

ע"י פרקליטות המדינה

רח' קרית המדע 5, הר החוצבים- ירושלים

טל': 02-6363002 ; פקס': 02-6362050

**עתירה לקיום דיון נוסף אזרחי**

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת לקיים דיון נוסף אזרחי (דנ"א) לפי סעיף 18 לחוק יסוד: השפיטה וסעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, על פסק הדין שניתן ביום 28.2.17 בבעי"מ 9447/16 פלוגי נ' היועץ המשפטי ואח' בדעת רוב (כב' השופטים ח. מלצר, י. דנציגר, נ. הנדל וא. חיות, מול דעתו החולקת של כב' המשנה לנשיאה, א. רובינשטיין).

מצ"ב פסה"ד בבעי"מ 9447/16 פלוגי נ' היועץ המשפטי, מסומן בנספח א' (להלן: "פסק הדין נשוא העתירה").

הדנ"א מתבקש בשל חשיבותה, קשיותה וחידושה של ההלכה שנפסקה בפסק הדין נשוא העתירה, בדעת רוב, ובעיקר בשל טעמים מרכזיים אלו:

1. פסק הדין הכריע בגורלו של הקטין מבלי שטובתו נדונה ונבחנה לגופו של עניין;
  2. ההלכה שנפסקה עומדת בסתירה לפסיקות קודמות של בית משפט נכבד זה בהליכים דומים, ולהוראות חוק אימוץ ילדים, התשמ"א – 1981 (להלן: "חוק האימוץ").
- כפי שיפורט להלן, פסק הדין נשוא העתירה קובע **הלכה חדשה** בכל הנוגע למסגרת המשפטית שיש להחיל בהליכי אימוץ, עת דנים בהליך לביטול בר-אימוץ, ומשנה מן היסוד את פסיקתו העקבית של בית משפט נכבד זה בנושא.
- מדובר **בפסיקה הראשונה** שיצאה תחת ידיו של בית משפט נכבד זה המפרשת את הוראות אשר תוקנו במסגרת תיקון מס' 8 לחוק האימוץ משנת 2010 (להלן: "תיקון מס' 8"). חידושה של ההלכה טמון הן בהיותה פסיקה ראשונה כאמור, והן בכך שפרשנות החוק המוצעת על-ידי דעת הרוב מתנגשת עם לשון החוק ועם כוונת המחוקק.
- בנוסף, ההלכה שנקבעה מעוררת **קושי יישומי** לא מבוטל, הן עבור הערכאות השיפוטיות והן עבור הרשות המבצעת (רשויות הרווחה).

### "ואולם עיקר הוא באינטרס הילד"

(דברי השופט חשין בבע"מ 377/05 **פלוגית ופלוגי הורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגיים** פ"ד ס(1) 124 (להלן: "תינוק המריבה"), עמ' 179).

**הציר המרכזי סביבו נסבה העתירה הינו הפגם החמור וחסר התקדים, שנפל בפסק הדין נשוא העתירה – דהיינו העובדה כי בית המשפט הנכבד (בהכרעת הרוב) לא נדרש לדיון בטובתו של הקטין נשוא ההליך, על בסיס חוות דעת מומחים.** עניינו של עידן לא נבחן לעומק ולגופו של עניין, לא לאור המסגרת המשפטית הקיימת, לא לאור גוף הידע המקצועי הקיים בתחום התפתחות הילד ולא לאור נסיבות חייו הספציפיות של עידן.

**לפתחו של בית המשפט הנכבד מעמידה עתירה זו, במהותה, שאלה אחת, ואחת בלבד – האם יכולה להתקבל החלטה הרת גורל בעניינו של פעוט בן שנה וחודשיים, אדם נושא זכויות, הזכאי ליומו בבית המשפט, מבלי שנערכה כל בדיקה מקצועית לגופו של עניין בדבר ההשפעה של החלטה גורלית זו על הפעוט, נושא הדיון?**

## **1. פתח דבר**

1. לא נכחד, כי בקשה זו מוגשת לאחר התחבטות קשה וייסורי נפש רבים.
2. הח"מ מונו על ידי בית המשפט לענייני משפחה לייצג נאמנה, באופן עצמאי, אובייקטיבי ונלהב את טובת הקטין ולהשמיע את קולו המובחן בהליכים בעניינו. את עמדתו ביחס לטובת הקטין, לאורך כל ההליכים בתיק זה, גיבשו הח"מ מתוך ראיית טובת הקטין בטווח הקצר, הבינוני והארוך, ולאור שני עקרונות מנחים מרכזיים:
- א. הוראות חוק האימוץ, ובראשן, סעיף 1 לחוק והוראות תיקון מס' 8 והלכות בית המשפט הנכבד בתיקים דומים בעבר;
- ב. הידע המחקרי והמקצועי הקיים בתחום התפתחות הילד וילדים בסיכון, בדגש על תיאוריית "ההתקשרות" ומקומה המרכזי במדעי ההתנהגות, תוך יישומה על העובדות הידועות לצדדים במקרה דנן.
3. בהתאם לקווים המנחים הנ"ל סברו הח"מ כי לאור הראיות שעמדו בפני בית המשפט לענייני משפחה במועד מתן פסק הדין המכריז על הקטין כבר אימוץ, התמלאו תנאי סעיף 13(א)(1) לחוק האימוץ, והקטין הוכרז כבר אימוץ כדין. עוד טענו הח"מ, כי גם אם ימצא כי לא

- התקיימה עילת אימוץ, הוראות סעיף 13א לחוק ופסיקת בית משפט נכבד זה מחייבים להותיר את הכרזת הקטין כבר אימוץ על כנה, או למצער – לערוך בחינה מהותית ביחס לטובת הילד, תוך איזון בינה לבין יתר האינטרסים של הצדדים להליך.
4. פרשנותן של הח"מ ביחס להוראות סעיף 13א(1) ויישומן בנסיבות המקרה דנן נדחתה בדעת הרוב, והעתירה דנן אינה עוסקת בסוגיה זו.
5. אך גם לאחר קבלת הפרשנות שאומצה בדעת הרוב ביחס להוראות סעיף 13א(1), והבנת הפגמים שנותרו בהליך המקורי במקרה דנן להכרזת הקטין כבר אימוץ, שאלת טובתו של הקטין עידן, נותרה ללא מענה מספק, וללא דיון לגופו של עניין, בהכרעת בית המשפט במקרה דנן.
6. לאור זאת, ולאחר התלבטות קשה (בייחוד לנוכח התמשכות ההליכים הבלתי נמנעת הכרוכה בהגשת העתירה לדיון נוסף), מצאו עצמן הח"מ, מתוך מחויבות לשלומם הנפשי והגופני של עידן, אנוסות להתדפק בשנית על דלתותיו של בית משפט נכבד זה, ולבקשו לקיים דיון נוסף בפרשיה גורלית זו, בהרכב שישקף את רוב רובו של בית המשפט, במסגרתו יכריע בית המשפט, הפעם לגופו של עניין, בטובתו של הקטין.

## II. הקטין עידן

7. במועד הגשת העתירה, מלאו לעידן שנה וחודשיים, פחות יום.
8. הח"מ, עו"ד חונגר, פגשה את עידן לראשונה, עת היה בן 5 חודשים. מאז נפגשה עימו, בבית הוריו המיועדים לאמץ 4 פעמים נוספות (לאחד המפגשים הצטרפה גם הח"מ, עו"ד רבינוביץ'). במהלך המפגשים התרשמה הח"מ ממצבו ההתפתחותי של הקטין, ממצבו הרגשי ומקשריו עם ההורים המיועדים לאמצו. לאורך כל תקופת ניהול ההליכים ניתן היה להבחין בהתפתחות המהירה של עידן ובקשר האמץ בינו לבין ההורים המיועדים לאמצו – כיצד למד להיעמד, לצעוד, לדבר, לדרוש את מבוקשו וכיצד החל, סביב גיל שנה, להיצמד להוריו, כל אימת שדמות זרה עברו מבקשת להחזיקו.
9. לפני מספר ימים שוב נפגשה הח"מ, עו"ד חונגר עם עידן בביתו, ונכחה לגלות שהפעוט גדל והתפתח משמעותית במהלך החודשיים האחרונים. עידן הוא ילד פעיל, שמח וקשור קשר עז לאנשים אותם הוא מכיר כהוריו. בניגוד לפעמים הקודמות בהן התמסר ברצון לידיה (ולו למספר רגעים), הפעם עידן בכה בכי היסטרי עת ניסתה הח"מ להרימו לידיה ומצא נחמה בזרועותיה האב ולאחר מכן האם המיועדת לאמצו, תוך שהוא מסתיר של הח"מ את פניו, מחזיק בכוח את ידיו הזעירות סביב צווארה.
10. לאחר שנרגע, החל לרוץ ברחבי הבית, ולהציג בפני הח"מ בגאווה בכל פעם צעצוע אחר, נעליים חדשות, ספר קריאה בו דפדף והצביע על תמונות, או שר ורוקד לצלילי הצעצועים שלו, תוך שהוא שומר על קשר עין עם האנשים היחידים אותם הוא מכיר כהוריו ומזמין אותם למחות לו כפיים.
11. הח"מ התבוננה בילד, אשר שיתק להנאתו ברחבי הבית, אשר כל כולו מגרש משחקים אחד שלם שלו, אך בזווית עין מידי פעם "בודק" האם אימו ואביו עדיין בסביבה, האם תשומת ליבם מופנה רק אליו וההורים המיועדים לאימוץ, אשר מנסים לא להראות לקטין את דמעותיהם, חייכו לעברו. באותם רגעים אינטימיים בין הקטין לבין האנשים אשר גידלו אותו מאז היותו תינוק בן יומו וניסתה הח"מ לדמיון את תחושות הקטין את הזעזוע אותו הוא עתיד לעבור ללא עוול בכפו.
12. בפסק הדין נשוא העתירה, לא זו בלבד שטובתו של עידן לא נבדקה, אלא שאף לא הונחה על כפות המאזניים וכבי שופטי הרוב לא איזנו בין האינטרסים השונים אשר התנגשו בפרשה דנן – זכות האב מחד (זכות אשר זכתה בהכרה ופרשנות נרחבת במסגרת פסה"ד), טובתו של הילד, והאינטרסים של ההורים המיועדים לאמצו.
13. זאת ועוד, עמדת הח"מ אשר ביקשו לקיים דיון לגופו של עניין בסוגייה הרת גורל זו עבור לקוחם הקטן – לא זכתה כלל להתייחסות בפסק הדין נשוא העתירה.

14. לו היה מדובר בילד העומד על דעתו, היינו מבקשים כי יתייצב בפני בית המשפט הנכבד, יספר את סיפור חייו מנקודת מבטו וישמיע את עמדתו ביחס להליכים שעתידיים לחרוץ גורלו. אך עיינו הרואות, אף שעידן אינו יכול לדבר ולהנחות את הח"מ המייצגות אותו, הוא יכול להשמיע את קולו בדרכים אחרות, אליהן מחוייב בית המשפט להטות את אוזנו ולתת דעתו.
15. בבואו להכריע בשאלת קיומו של דיון נוסף, מתבקש בית המשפט לשוות אל מול עיני את דמותו של עידן, אותה ננסה להציג – על מכלול זכויותיו, צרכיו והאינטרסים שלו בבקשה דנן.

### **III. רקע והליכים קודמים**

16. הרקע העובדתי וההליכים המשפטיים בתיק זה מפורטים בהרחבה בפסק דינו של כב' המשנה לנשיא, השופט רובינשטיין, בפסק הדין נשוא העתירה (עמ' 15-2) ועל כן יובאו כאן בתמצית האפשרית.
17. הוריו הביולוגיים של הקטין קיימו מערכת יחסים במשך תקופה קצרה במהלך שנת 2015, כאשר כ"א מהם התגורר דרך קבע בדירת מגורי הוריו בערים שונות. דרכיהם של ההורים הביולוגיים נפרדו ולטענתם - הם הפסיקו להיות בקשר כלשהו, אף שהמשיכו לעמוד בקשר עם חברים משותפים ולחלוק מידע ברשתות חברתיות.
18. כתוצאה מקיום מערכת היחסים הנ"ל נכנסה האם הביולוגית להריון, כאשר עפ"י דבריה לא ידעה שהרתה עד לשבוע 33 להריונה. האם הביולוגית לא שיתפה את המשיב בדבר ההיריון. יחד עם זאת, שיתפה את אימה ושני ידידים קרובים.
19. בחודש נובמבר 2015 פנתה האם הביולוגית לוועדה להפסקת הריון בבית חולים "קפלן", אך לנוכח העובדה שהייתה בשלב מתקדם להריונה, בקשתה לבצע הפלה נדחתה.
20. לאחר שבקשת האם הביולוגית לביצוע הפלה נדחתה, ביום 09.12.15 פנתה היא לשרות למען הילד, נפגשה ושוחחה עם עו"ס הגב' גילה חוגי (ז"ל) וביקשה לסייע לה למסור את הילד שעתידי להיוולד לה לאימוץ למשפחה טובה.
21. האם הביולוגית סירבה נחרצות לגלות את זהות האב או כל פרט מזהה אודותיו או לערב אותו בעניין הקטין שעתידי היה להיוולד. האם הביולוגית קיבלה הסבר אודות הליכי אימוץ, לרבות אודות העובדה שתידרש לחתום על טופס הסכמתה למסור את הילד לאימוץ כשבועיים לאחר הלידה. זאת ועוד, לאור סירובה הנחרץ של האם הביולוגית למסור פרטים מזהים של אבי הילד, הוסבר לה שהיא יכולה לרשום את פרטי האב ולשמור אותו במעטפה סגורה.
- בעניין זה אין מחלוקת בין הצדדים ואף האם הביולוגית עצמה עמדה על כך במהלך חקירתה.
22. ביום 29.12.15 התקיימה פגישה בבית חולים "קפלן" בנוכחות האם הביולוגית, אימה, העו"ס לחוק האימוץ, עו"ס בית החולים ורופא ממחלקת יולדות וזאת לאור בקשת האם הביולוגית לבצע לידה מוקדמת. גם במועד זה עמדה האם הביולוגית בסירובה לערב את האב הביולוגי בתהליך. במהלך אותה פגישה הוסבר לאם הביולוגית שלא ניתן לבצע לידה מוקדמת מפני שהדבר עלול לסכן אותה, את בריאות היילוד ואת סיכוייה ללדת בעתיד.
23. ביום 16.01.2016 ילדה האם הביולוגית את הקטין בלידה רגילה.
24. ביום 17.01.2016 הגיעה עו"ס לחוק האימוץ לבית החולים ופגשה את האם הביולוגית יחד עם עו"ס בית החולים. חרף העובדה שבמהלך אותה פגישה ציינה האם הביולוגית שאוהבת את התינוק, היא לא חזרה בה מהחלטתה למסור לאימוץ. באותו היום, ביקשה האם הביולוגית להשתחרר מבית החולים, בניגוד לעצת הרופאים, ע"מ להגיע לאזכרה של אביה.
25. ביום 18.01.16 הגיעה האם הביולוגית לבית החולים בליווי ידיד שלה – איש סודות כפי שהיא כינתה אותו, ע"מ לבקר את הקטין.
26. ביום 24.01.16, בהיותו בן 8 ימים, הועבר הקטין למעון "פעמונים".
27. ביום 28.01.16, יום לאחר לידת הקטין, נערכה פגישה בין האם הביולוגית לבין עו"ס לחוק האימוץ בלשכת הרווחה באשקלון ע"מ לחתום על טופס הסכמת הורה לאימוץ. במהלך אותה

פגישה שוב הוסבר לאם הביולוגית ארוכות אודות הליך האימוץ, הסכמתה והשלכות הסכמתה, הוקרא בפניה טופס ההסכמה וזאת בנוכחות עו"ס שירה גורדון – מהאפוטרופוס הכללי במשרד המשפטים. האם הביולוגית חתמה על הסכמת הורה לאימוץ.

28. מאחר ובטופס ההסכמה נפלה טעות סופר, ביום 03.02.16, שבועיים וחצי לאחר לידת הקטין, שוב נפגשה העו"ס עם האם הביולוגית, הסבירה לה את הצורך בחתימה נוספת לצד התיקון וכך נעשה. גם באותה הפגישה חזרה האם הביולוגית וטענה שלמרבה הצער אינה מסוגלת לגדל את הילד.

העתק מפרוטוקול החתמה על טופס הסכמה הורה לאימוץ נושא תאריך 28.01.16 והסכמת האם הביולוגית מצ"ב ומסומן כנספח ב'.

29. ביום 08.02.16 פנתה ב"כ היועמ"ש לביהמ"ש לענייני משפחה בבקשה להכריז על הקטין בר אימוץ כלפי אב לא ידוע, לפי סעיף 13(א)(1) לחוק האימוץ (תיק אימוץ מס' 6/16) ובד בבד הוגשה בקשה לפי סעיף 12(ג) חוק.

העתק מהבקשה להכריז על הקטין בר אימוץ מצ"ב ומסומן כנספח ג'.

העתק מתסקיר הסעד אשר צורף לבקשה, נושא תאריך 03.02.16 מצ"ב ומסומן כנספח ד'.

30. עוד באותו היום (08.02.16) ניתנה החלטת ביהמ"ש קמא לפיה נעתר ביהמ"ש קמא לבקשת המשיב 3 לפי סעיף 12 (ג) לחוק והורה על העברתו המיידית של הקטין למשפ' שהסכימה לקבלו בכוונה לאמצו.

31. ביום 09.02.16 התקיים ביקור של האם הביולוגית עם הקטין במשרדי השרות למען הילד. האם הביולוגית הגיעה בליווי גבר בשם פיני וסיפרה שהוא ידיד שלה ואינו אבי הקטין. בעת הפרידה האם הביולוגית בכתה בשקט ונפרדה מהקטין. לאחר המפגש הנ"ל עו"ס לחוק האימוץ שוב שוחחה עם האם הביולוגית והסבירה לה שבשלב זה היא עדיין יכולה לחזור בה מהחלטתה אך היא הייתה נחושה בדעתה לא לעשות כן.

32. ביום 10.02.16 ניתן פס"ד ע"י ביהמ"ש קמא לפיו הוכרז הקטין כבר אימוץ לפי סעיף 13 (א) (1) לחוק.

העתק מפסה"ד מצ"ב ומסומן כנספח ה'.

33. ביום 18.02.16, לאחר מתן פסה"ד, ולאחר שהילד הוכרז כבר אימוץ, הוא הועבר למשפחה שהסכימה לאמצו.

**במועד זה, בהיותו בן חודש ויומיים בלבד, עבר עידן 3 תחנות: מבית חולים שם שהה החל מלידתו – 16.01.16 ועד ליום 08.02.16 עת הועבר לבית תינוקות ; מבית תינוקות שם שהה במהלך 10 ימים לזוג הורים אשר הביעו הסכמתם לאמצו.**

34. ביום 06.06.2016, 110 ימים לאחר שהועבר הקטין למשפחה אשר הסכימה לקבלו בכוונה לאמצו, פנו ההורים הביולוגיים לביהמ"ש קמא בבקשה לבטל את פסק הדין המכריז על הקטין בר אימוץ לפי סעיף 13 (א) (1) לחוק, בטענה כי האב הביולוגי לא ידע דבר אודות לידת הקטין וכי מסירתו לאימוץ נעשתה שלא בהסכמתו וללא ידיעתו. כן התבקש לאפשר לאם הביולוגית לחזור בה מהסכמתה למסור את הקטין לאימוץ בהתאם לסעיף 10 לחוק האימוץ.

העתק מבקשת ההורים הביולוגיים מצ"ב ומסומן כנספח ו'.

בנוסף הגיש המשיב בקשה לביצוע בדיקת סיווג הרקמות.

35. ביום 23.06.16 הורה בית המשפט קמא על מינוי אפוטרופוס לדין לקטין וביום 27.06.16 מונתה הח"מ, עו"ד מאיה חונגר, על ידי הסיוע המשפטי – מחלקת ייצוג קטינים, לייצג את הקטין בחליכים בתיק זה.

ביום 27.06.16 הוגש תסקיר נוסף מטעם העו"ס גילה חוגי, המצ"ב ומסומן כנספח ז'.

36. ביום 03.07.16 התקיים דיון בפני ביהמ"ש לענייני משפחה בבקשת המשיב 3 וביום 10.07.16 נשמעו סיכומים בעל פה.

העתק מפרוט' הדיון מיום 03.07.16 מצ"ב ומסומן כנספח ח'.

37. הח"מ ביקרה את הקטין במשפחה אשר הסכימה לאמצו (ביום 01.07.16), ביקרה את ההורים הביולוגיים (ביום 04.07.16), ובעקבות רשמיה מביקוריה אלה, ובהסתמך על הוראות חוק האימוץ, ראתה לנכון לתמוך בבקשת ב"כ היועמ"ש לדחיית בקשת ההורים הביולוגיים על הסף.

העתק מפרוטוקול הדיון מיום 10.07.16 מצ"ב ומסומן כנספח ט'.

38. ביום 07.07.16 הוגש תסקיר משלים נוסף וזאת לאחר שהעו"ס נפגשה עם המשיב ואחותו. בתסקיר הנ"ל בין היתר נרשם כך:

"...עדי דרחי לא ידע להסביר איך הוא הכיר את עדן, אימו של הקטין. אמר שהם מכירים שנה וחצי – שנתיים אך לא זכר איך הכיר אותה. כאשר נשאל האם הכיר אותה בעיר מגוריה אשקלון אמר שלא וכי אשקלון זה "מקום משעמם" ... שאלתי את עדי איך הוא מבין שאכן לא שתפה אותו בענין התינוק. היה לו קשה לענות על שאלה, אמר שאולי בגלל חנתק ביניהם ... הוא סיפר שהם היו יחד מספר חודשים ולאחר מכן לא ראה אותה יותר ... כשאלתי אותו אם הילד יחזור לרשותם מי יגדל אותו, אחותו ענתה בשמו ואמרה "כולנו, זה ילד שלנו" ... עדי דיבר בפחות להט מאחותו והיה הרבה יותר פאסיבי. לירו לקחה חלק פעיל בשיחה ... היא הייתה נחרצת בדעתה כי התינוק עוד קטן ולא ייגרם לו שום נזק אם בגיל הרך ייפרד מהמשפחה שעכשיו מגדלת אותו ויעבור למשפחתו ה"טבעית".

העתק מתסקיר הסעד מיום 07.07.16 מצ"ב ומסומן כנספח י'.

39. ביום 11.07.16 ניתנה החלטת ביהמ"ש לענייני משפחה, המורה על דחיית בקשת ב"כ היועמ"ש לדחייה על הסף.

העתק מהחלטת בית המשפט לענייני משפחה מיום 11.07.16 מצ"ב ומסומן כנספח י"א'.

40. בהחלטה הראשונה קבע ביהמ"ש קמא שלא נעשו די מאמצים מטעם המשיב 3 על מנת לאתר את המשיב בטרם הוכרז הקטין כבר-אימוץ כלפיו, זאת מפני שלא בוצעה בדיקה יסודית במרשם האוכלוסין האם ניתן היה לברר את זהות האב עפ"י נתונים אותם מסרה האם הביולוגית. מאחר ולא נעשה די ע"מ לאתר את המשיב, פס"ד שניתן ביום 10.02.16 - פגום, שכן לא בוצעה המצאה כדין למשיב. לפיכך ניתן לבטל את פסק הדין משיקולי צדק ודי בקביעה שלא נעשו די ניסיונות לאתר את המשיב, בכדי לדחות את הבקשה לדחייה על הסף של בקשת ההורים הביולוגיים לביטול ההכרזה על הקטין כבר אימוץ.

41. ב"כ היועמ"ש, כמו גם הח"מ הגישו בקשות רשות ערעור על החלטת בית המשפט לענייני משפחה לבית המשפט המחוזי (ערעור אימוץ 1/16), אשר נדחו במסגרת החלטת בית המשפט המחוזי מיום 28.07.16.

העתק החלטת ביהמ"ש המחוזי בבאר שבע מיום 28.07.16 מצ"ב ומסומן כנספח י"ב'.

על החלטת ביהמ"ש המחוזי הוגשה בקשת רשות ערעור לבית המשפט הנכבד.

42. ביום 18.08.16 ניתנה החלטת ביהמ"ש הנכבד (כ"ב המשנה לנשיאה, השופט רובינשטיין), הדוחה את בקשת רשות הערעור ומחזיר את הדיון לבית המשפט לענייני משפחה על מנת לברר ולהכריע: "... האם אכן הייתה "אפשרות סבירה" לאתר את האב, בהתאם לחוקה שקבועה בחוק על סמך הנתונים שעמדו בזמן אמת בפני העובדת הסוציאלית..."

החלטת בית המשפט הנכבד מיום 18.8.16, מצ"ב כנספת י"ג.

43. כמצוות בית המשפט הנכבד, קיים בית המשפט קמא דיון בשאלה האם אכן היתה "אפשרות סבירה" לאתר את האב, הוגשו תצהירים מטעם הצדדים והתקיימו דיוני הוכחות, בסוגיה זו, ובסוגיה זו בלבד.

פרוטוקול דיון ההוכחות מיום 11.09.16 מצ"ב ומסומן כנספת י"ד.

תצהירי הצדדים מצ"ב ומסומנים כנספת ט"ו.

44. ביום 15.09.16 התקיים דיון הוכחות נוסף, בו נחקר חברם המשותף של ההורים הביולוגיים בשם מיכאל, לבקשת הח"מ.

פרוטוקול הדיון מיום 15.09.16 מצ"ב ומסומן כנספת ט"ז.

45. ביום 09.10.16, לאחר הגשת סיכומי הצדדים, ניתנה החלטת בית המשפט לענייני משפחה, המורה על ביטול פסק דינו מיום 10.02.16, המכריז על הקטין כבר אימוץ ועל העברת הקטין תוך 30 יום לחזקת ההורים הביולוגיים. ההחלטה אינה עוסקת כלל בטובתו של הקטין (זכויותיו, צרכיו והאינטרסים השונים שלו) ועניינו נזכר אגב אורחא, רק באחרית פסק הדין, כחלק מההנחיות האופרטיביות לביצוע פסק הדין.

החלטת ביהמ"ש לענייני משפחה מיום 09.10.16 מצ"ב ומסומן כנספת י"ז.

46. ביום 25.10.16 הוגש ערעור מטעם הקטין על החלטת בית המשפט לענייני משפחה לבית המשפט המחוזי בבאר שבע. במוקד הערעור עמדה טענת הח"מ, לפיה שגה בית המשפט לענייני משפחה עת התעלם לחלוטין ואף לא נדרש לגופו של עניין, לבחינת טובתו של הקטין – נשוא ההליך.

העתק מכתב ערעור מצ"ב ומסומן כנספת י"ח.

ערעור על פסק הדין של ביהמ"ש לענייני משפחה הוגש גם מטעם ב"כ היועמה"ש.

47. ביום 09.11.16 התקיים דיון בפני בית המשפט המחוזי במסגרתו נשמעו טיעוני הצדדים באריכות. העתק מפרוטוקול הדיון מיום 09.11.16 מצ"ב ומסומן כנספת י"ט.

ביום 21.11.16 ניתן פסק דינו של בית המשפט המחוזי, המקבל את הערעור (פה אחד) ומורה על הותרת פסק הדין המכריז על הקטין כבר אימוץ על כנו (בדעת רוב).

העתק מפסק הדין של ביהמ"ש המחוזי מיום 21.11.16 מצ"ב ומסומן כנספת כ'.

48. האב הביולוגי ביקש לערער על פסק הדין של בית המשפט המחוזי.

העתק מבקשת רשות ערעור מטעם האב הביולוגי מצ"ב ומסומן כנספת כ"א.

הבקשה הוגשה בשם האב הביולוגי בלבד, ואילו אימו הביולוגית של הקטין לא הצטרפה כצד להליך, עמדתה לא נזכרה בבקשת רשות הערעור והיא ואף לא התייצבה לדיון שהתקיים בפני ביהמ"ש הנכבד, אף שנתבקשה לעשות כן.

מאמצעי התקשורת למדו הצדדים (ואף בית המשפט הנכבד) כי ההורים הביולוגיים נפרדו וכי האם הביולוגית אינה מבקשת עוד לחזור בה מהסכמתה לאימוץ הקטין.

זאת, בניגוד גמור להצהרות המשיב והאם הביולוגית גם יחד למן היום הראשון בו פנו לביהמ"ש לענייני משפחה באשדוד בבקשה לביטול הכרזת הקטין כבר אימוץ ולאפשר לאם הביולוגית לחזור בה מהסכמתה, עובר לראיונותיהם באמצעי התקשורת, ועד למועד הגשת הבר"ע.

תגובה מטעם הח"מ לבקשת רשות הערעור מצ"ב ומסומנת כנספח כ"ב.

49. ביום 27.12.16 התקיים דיון בפני ביהמ"ש הנכבד וביום 28.02.17 ניתן פסה"ד נשוא העתירה.

#### **IV. נימוקי העתירה לקיום דיון נוסף בהרכב מורחב**

##### **א. המסגרת המשפטית**

50. המסגרת המשפטית לקיומו של דיון נוסף מעוגנת בסעיף 18 חוק יסוד: השפיטה ובסעיף 30 לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד – 1984, הקובע:

"(א) ענין שפסק בו בית המשפט העליון בשלושה, רשאי הוא להחליט, עם מתן פסק דינו, שבית המשפט העליון ידון בו דיון נוסף בחמישה או יותר.

(ב) לא החליט בית המשפט העליון כאמור בסעיף קטן (א), רשאי כל בעל דין לבקש דיון נוסף כאמור; נשיא בית המשפט העליון או שופט אחר או שופטים שיקבע לכך, רשאים להיענות לבקשה אם ההלכה שנפסקה בבית המשפט העליון עומדת בסתירה להלכה קודמת של בית המשפט העליון, או שמפאת חשיבותה, קשיותה או חידושה של הלכה שנפסקה בענין, יש, לדעתם, מקום לדיון נוסף.

(ג) בהחלטה שניתנה לפי סעיף קטן (א) או (ב) רשאי בית המשפט או השופט לקבוע את הבעיה שתעמוד לדיון נוסף, ומשעשה כן, לא יקויים הדיון הנוסף אלא באותה בעיה.

51. במסגרת בש"א 1481/96 רות נחמני נגד דניאל נחמני פ"ד מט(5) 598 (1995) (להלן: "הלכת נחמני") קבע בית משפט נכבד זה לראשונה, כי במקרים "חריגים שבחריגים", ניתן לקיים דיון נוסף גם בעניין בו פסק בית המשפט העליון במותב העולה על שלושה שופטים (באותו עניין, כמו גם בעניינינו – מותב של חמישה שופטים).

52. הפרשנות שנתנה לסעיף 30 לחוק בתי המשפט במסגרת הלכת נחמני, התבססה על הרציונל שהוביל לחקיקת סעיף 30 – לאפשר, באמצעות הדיון הנוסף, לרוב מורחב של שופטי בית המשפט העליון, לחזור ולהידרש מחדש להלכה מיוחדת שנפסקה בהרכב מצומצם יחסית, באופן שיאפשר לשקף בפסיקה שהינה חדשנית, חשובה או קשה את דעת רוב רובם של שופטי הבית.

על הצורך בהגדלת המותב ה"מקסימלי" אותו ניתן להרכיב במסגרת דיון נוסף משלושה שופטים לחמישה שופטים (או יותר), עמד כבי' הנשיא (כתוארו אז) ברק:

"כאשר נחקקה ההוראה בדבר הדיון הנוסף - והיה זה ב-1957 - היה מספר שופטי בית המשפט העליון תשעה. מאז חלפו כארבעים שנה. מספר חברי בית המשפט העליון כיום הוא ארבעה-עשר. ההרכב הראשוני והבסיסי (מותב של שלושה שופטים), אשר היווה שליש מבית המשפט העליון בעבר, מהווה כחמישית ממנו כיום. הצורך הענייני שהתקיים בעבר לקיומו של דיון נוסף בפסק-דין שניתן על-ידי מותב של שלושה, קיים ועומד היום כאשר בית המשפט העליון נותן פסק-דין לא רק במותב של שלושה, אלא גם במותב של חמישה. כמובן, ההגדלה של ההרכב משלושה לחמישה עשויה לצמצם את מספר המקרים שבהם תינתן רשות לקיומו של דיון נוסף בפסק-דין שבית המשפט העליון פסק בו בחמישה. אם דיון נוסף בפסק-דין שניתן במותב של שלושה ניתן אך במקרים חריגים, הרי דיון נוסף בפסק-דין שניתן במותב של חמישה יינתן אך במקרים חריגים שבחריגים. אך הצורך לאפשר מתן רשות לדיון נוסף קיים ועומד גם במקרים אלה." (שם, בעמ' 607, הדגשה שלי, ל.ר.)

53. להשלמת המסגרת המשפטית יש להוסיף את פסיקתו העקבית של בית משפט נכבד זה, המכירה בייחודם וחשיבותם של הליכי אימוץ ונוהגת מדיניות מקלה בבואה לשקול מתן זכות ערעור בגלגול שלישי ואף בדיון נוסף.

כב' ביהמ"ש מופנה בעניין זה לדברי המשנה לנשיאה, כב' השופט רובינשטיין בדנ"א 6211/13 **היועהמ"ש נ' פלונית** (נבו, 23.12.13) (להלן: **"דנ"א 6211/13"**):

**"בשל עוצמתו האנושית של הנושא ניתן לא אחת דיון בבית משפט זה בגלגול שלישי – בגדרי בקשת רשות ערעור. הגם שאין מדובר בנושא ציבורי או משפטי כללי, מאלה שלגביהם תישקל ככלל רשות ערעור. יתר על כן, כמו בענייננו, לעתים אף יינתן דיון נוסף, הליך נדיר, במקרים כאלה; זאת – גם אם יש גבולות רבה, לשון המעטה, בטענה כי מדובר ב"חשיבותה, קשיותה או חידושה של הלכה שנפסקה בעניין", כלשון סעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), תשמ"ד-1984. קושי אנושי עצום יש ויש, אך קשה לומר כי מדובר ב"הלכה". בגלל עומקו האנושי של הנושא נכון אפוא בית המשפט במקרים קשים במיוחד להגמיש את הכללים, ולדעתי – בכל הכבוד – כך ראוי."**

(שם, פסקה ד לפסק דינו של כב' השופט רובינשטיין).

דברים דומים נאמרו על ידי כב' הנשיאה (כתוארה אז) בינייש, במסגרת דנ"א 6113/09 **פלונית נ' היועהמ"ש** (נבו, 12.10.09):

**"בנושאים כל-כך רגישים לצדדים המעורבים – ההורים הביולוגיים, ובמיוחד לקטין המיועד לאימוץ – איננו מקפידים בהכרח על סדרי הדין והכללים הפרוצדוראליים. גם ביחס למתן דיון נוסף, איננו מקפידים בעניינים אלו על הכללים הרגילים ועל התקיימות העילות המשפטיות המצומצמות המצדיקות דיון נוסף. לעיתים, נוטים אנו, מטעמים אנושיים, שלא לחסום את האפשרות הנוספת לבחינת ההכרעה הנוגעת לגורלו של קטין."**

שם, פסקה 7 לפסק דינה של כב' השופטת בינייש. כן מופנה כב' ביהמ"ש לדברים שנאמרו על ידי כב' השופטת בינייש במסגרת דנ"א 1892/11 **היועהמ"ש נ' פלונית**, ס"ד(3) 356, עמ' 419.

54. די לעיין בחוות הדעת של כל אחד משופטי ההרכב בפסק הדין נשוא העתירה, כדי ללמוד על המורכבות האנושית, על קושיה וחריגותה של הפרשיה הנדונה בתיק זה. כל אחד משופטי המותב, בדרכו, ציין כי מדובר באחד המקרים הקשים להכרעה שהונחו לפתחו של בית משפט נכבד זה. ולו מן הטעם הזה, יש מקום להיעתר לעתירה ולקיים דיון נוסף, והפעם תוך הכרעה לגופו של עניין בטובתו וגורלו של הקטין.

55. אך לא רק סוגיה אנושית הרת גורל מונחת כאן על הכף, כי אם גם סוגיה משפטית עקרונית חדשנית ובעלת השלכות רוחב על כלל הליכי האימוץ בישראל. בנוסף, פסק הדין נשוא העתירה מעורר קשיים יישומיים, וסותר פסיקה קודמת של בית משפט נכבד זה בפרשיות דומות בעבר, ואף מטעם זה מחייב דיון בהרכב מורחב.

כאמור, הטעם המרכזי העומד בבסיס העתירה והמצדיק קיומו של דיון נוסף בהרכב נרחב, הינה העובדה כי באופן חסר תקדים, לא התקיים דיון במסגרת הכרעה הרוב בטובת הקטין, לגופה, ובית המשפט לא נדרש, בעניין זה לחוות דעת מומחים או ראיות נוספות.

להלן יפורטו כלל הטעמים הממלאים, לטענת העותרות, את התנאים הקבועים בסעיף 30 לחוק בתי המשפט ובהלכת נחמני, והמצדיקים קיומו של דיון נוסף בתיק דנן.

## ב. ההלכה עומדת בסתירה להלכה קודמת של בית המשפט העליון

**פסק הדין נשוא העתירה משנה מן היסוד את המסגרת המשפטית לדיון בבקשה לביטול הכרזת קטין כבר-אימוץ, כפי שנקבעה בפסיקת בית המשפט העליון**

56. בהתאם לחוק אימוץ ילדים, ועל פי פסיקה בת ארבעה עשורים שפירשה אותו, מתחלקים הליכי האימוץ לשני שלבים נפרדים: השלב הראשון עניינו בניתוק הזיקה המשפטית בין הקטין לבין הוריו הביולוגיים, אשר יכול להתרחש בשתי דרכים בלבד: מתן הסכמת הורה לאימוץ; או הכרזת קטין כבר אימוץ (באין הסכמת הורה לאימוצו), בהתקיים אחת העילות הקבועות בסעיף 13(א) לחוק. השלב השני - עניינו במתן צו אימוץ ויצירת זיקה משפטית בין הקטין לבין ההורים המאמצים.

השלב הראשון מחולק לשני שלבי משנה. בשלב המשנה הראשון בוחן בית המשפט האם מתקיימת אחת מעילות האימוץ הקבועות בסעיף 13 לחוק. ללא התקיימותה של אחת מעילות הסעיף, בית המשפט אינו קונה סמכות להכריז על הקטין כבר אימוץ. רק אם התקיימה אחת מעילות האימוץ נרכשת הסמכות ויש לעבור לשלב המשנה השני, בו מפעיל בית המשפט את שיקול דעתו וקובע האם אימצו של הקטין אכן לטובתו. (כב' ביהמ"ש מופנה בעניין זה לע"א 232/85 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד (1) 1).

57. בית המשפט העליון נדרש לראשונה לשאלת יישום המסגרת המשפטית הנ"ל ביחס לבקשת הורה לבטל הכרזת ילדו כבר אימוץ במסגרת בע"מ 6509/04 ההורים הביולוגיים נ' פלונית ופלונים המיועדים לאימוץ הקטין, פ"ד נט(1) 596 (להלן: "תינוק המריבה - החלטה ראשונה") ובפרשיית תינוק המריבה.

באותו עניין נקבעה ההלכה, כי הדיון בבקשות מעין אלו יתנהל במסגרת שלב המשנה השני של השלב הראשון של הליכי האימוץ. בית המשפט הנכבד גזר בעניין זה גזרה שווה מההלכה העוסקת בהליך חזרת הורה מהסכמתו לאימוץ ילדו (דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית) פ"ד נ(1) 48:

"...מה הדין כאשר בית-המשפט מתבקש לבטל הסכמה של הורה לאימוץ או פסק-דין המכריז על קטין כבר-אימוץ? ... כיצד משתבץ דיון זה בשלבים של הליך האימוץ, ועל-פי איזו מערכת שיקולים יוכרע הדין?

...אין חולק כי דיון בביטול ההכרזה או בביטול ההסכמה לאימוץ מצוי בשלב הראשון של הליך האימוץ. מבחינה מהותית, יש להתייחס לדיון זה כדיון במסגרת שלב המשנה השני. מדובר במצב שבו בזמן שהוכרז הקטין כבר-אימוץ התקיימה עילת אימוץ כלפי האב (סעיף 13(1) לחוק).... בכך נוצרו התנאים למסירת הקטין להורים המיועדים לאמצו. גילוי זהות האב הביולוגי ודרישתו לזכות מחדש באבהות, כמו גם בקשת האם לביטול הסכמתה, אין בהם כדי להפקיע את קיומה של עילת האימוץ. אין בהם כדי לבטל מעיקרן את תוצאות ההכרזה או ההסכמה. עם זאת הן מחייבות בחינה מחודשת של השאלה אם יש מקום לעשות שימוש בשיקול-הדעת השיפוטי להכריז על הקטין כבר-אימוץ (שלב משנה שני). משחוכח בזמנו קיומה של עילה, וננקט צעד לקראת אימוץ, אי אפשר להתעלם ממה שקרה בינתיים עם הקטין."

דברי כב' הנשיא ברק (כתוארו אז), פסקאות 29-33 בתינוק המריבה – החלטה ראשונה.

58. אילו שיקולים על בית המשפט לשקול במסגרת שלב המשנה השני של השלב הראשון?

בפרשיית תינוק המריבה (החלטה ראשונה) נקבע, כי בעוד שבשלב המשנה הראשון, זכות ההורות הביולוגית והאוטונומיה המשפחתית עומדים במרכז הדיון, ואילו טובת הילד עומדת "ברקע" להליך, במצב שבו לכתחילה קבע בית המשפט כי התקיימה עילת אימוץ לפי סעיף 13 לחוק או שנתנה הסכמת הורה לאימוץ, ובעקבות זאת – "נפל דבר בחייו של הקטין", הדיון עובר לשלב המשנה השני. בשלב זה, זכות ההורים הביולוגיים כלפי הילד מאבדת את מקום

הבכורה שלה ועל בית המשפט לשקול **שלושה שיקולים** (כב' ביהמ"ש מופנה בעניין זה גם לדברי הנשיא ברק בפרשיית תינוק המריבה, בעמ' 154-157):

א. טובת הקטין כשיקול המרכזי – ובתוך כך, מכלול האינטרסים, הצרכים והזכויות של הקטין, בטווח הקצר, הבינוני והארוך.

ב. זכות ההורה הביולוגי – ובתוך כך, זכותו הטבעית של ההורה הביולוגי לגדל את ילדו – "קול הדם", כאשר התנהלותו של האב הביולוגי ביחס לקטין משפיעה על עוצמת "קשר הדם" (תינוק המריבה, עמ' 160)

ג. האינטרסים של ההורים המיועדים לאימוץ הקטין – ציפיותם של ההורים המיועדים לאמץ לגדל את הקטין, אותה יש לשקול גם בהתאם למצב המשפטי בו נמסר הקטין לידיהם (תינוק המריבה, פסקאות 47, 54).

59. אם כן, נקודת המוצא העקרונית בהליך לביטול הכרזת קטין כבר אימוץ הינה כי לטובת המאומץ יש להעניק **משקל דומיננטי** ומקום בכורה במסגרת השיקולים אותם שוקל בית המשפט: **"בית המשפט נדרש לבחון את החלופות ולאזן בין האפשרויות השונות תוך העברתן בכור ההיתוך של טובת הקטין"** (שם, פסקה 32).

60. ומה הדין כאשר בית המשפט קובע כי הכרזת הקטין כבר אימוץ כלפי ההורה הביולוגי לא נעשתה, **לכתחילה, כדין?**

לכאורה, ניתן לאבחן את הפרשיה שבפנינו מפרשיית תינוק המריבה, שכן מוצא הדיון באותה פרשיה הייתה קביעתו של בית המשפט העליון כי, לכתחילה, התקיימה עילת אימוץ כלפי האב ופסק הדין המכריז על הקטין כבר אימוץ כלפיו נקבע כדין. לעומת זאת, בענייננו, ארבעת שופטי הרוב בפסק הדין נשוא העתירה קבעו (כל אחד מנימוקיו), כי פסק הדין המכריז על הקטין כבר אימוץ כלפי אביו לא ניתן כדין, בשל כשלים שנפלו בהליך המשפטי.

אומנם דעת הרוב נחלקה ביחס לפרשנות הוראות סעיף 13(א)(1) ויישומן בנסיבות המקרה דנן, אולם ארבעת השופטים היו מאוחדים בדעתם, כי ההליך המשפטי שהתקיים בפני בית המשפט לענייני משפחה במסגרתו הוכרז הקטין כבר אימוץ היה פגום מיסודו. זאת, בין היתר, משום שלא התקיים דיון בבקשה (בניגוד להוראות תקנה 279(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד – 1984); פסק הדין ניתן תוך יומיים בלבד ובית המשפט לענייני משפחה לא מילא את תפקידו המבקר של בית המשפט בהליכי אימוץ.

על כן דעת הרוב בפסק הדין נשוא העתירה הינה כי זכויותיו המהותיות והדיוניות של האב הביולוגי קופחו במסגרת ההליך להכרזת הקטין כבר אימוץ, ועל כן – לא התקיימה לכתחילה עילה להכרזת הקטין כבר אימוץ בהתאם לסעיף 13(א)(1) ופסק הדין ניתן שלא כדין.

אך האם די בכך כדי לסטות מההלכה שנקבעה בפרשת תינוק המריבה, המחייבת לערוך איזון בין שלוש מערכות שיקולים שונות, בטרם יוחלט האם להותיר את הכרזת האימוץ על כנה אם לא?

61. זוהי לא הפעם הראשונה שבה בית המשפט העליון נדרש להכריע בבקשה לביטול פסק דין בר-אימוץ בעילת "אב לא ידוע", אשר ניתן שלא כדין. מקרה דומה הגיע לפתחו של משפט נכבד זה במסגרת בע"מ 778/09 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני פ"ד ס"ג(3) 111 (להלן: "עניין פלוני")**.

גם בעניין פלוני קבע בית משפט נכבד זה בדעת רוב, (כב' השופטים ארבל, ריבלין, ג'ובראן, רובינשטיין, מלצר ובייניש), כי לכתחילה לא התקיימה עילת אימוץ כלפי האב באותו מקרה. עם זאת, הוחלט בדעת רוב כי יש להותיר את פסק הדין המכריז על הקטין כבר אימוץ על כנו, תוך התאמת ההלכה שנקבעה בפרשיית תינוק המריבה למקרה שבו פסק הדין המקורי ניתן שלא כדין.

מה שוני ההלכה בין מקרה בו בית המשפט קובע כי התקיימה עילת אימוץ כדין, לעומת מקרה שבו נקבע כי לא התקיימה, לכתחילה, עילת אימוץ או כי בהליך נפלו פגמים מהותיים?

בעניין פלוני הבהיר בית המשפט הנכבד, כי בשני המקרים על בית המשפט לשקול את שלושת השיקולים הנזכרים לעיל (טובת הקטין, זכויות ההורה הביולוגי והאינטרסים של ההורים המאמצים). ההבדל בין המקרים נעוץ במשקל שיינתן 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 שיינתן 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."

כב' ביהמ"ש מופנה לפסקה 41 לפסק דינה של כב' השופט ארבל בעניין פלוני. ארבל 778/09 ובהמשך לפסקה 44.

62. בעניין פלוני נקט כב' השופט מלצר בעמדת מיעוט (הדומה ברציונליים שבבסיסה לעמדה שנקט בפסק הדין נשוא העתירה), ולפיה מקום בו לכתחילה לא התקיימה עילה להכרזת הקטין כבר אימוץ, יש מקום לבטל את פסק הדין המכריז על הקטין כבר אימוץ ולהחזיר את הדין לבית המשפט לענייני משפחה, אשר יבחן האם מתקיימת עילת אימוץ חלופית כלפי האב (שם, עמ' 201). עמדה זו נדחתה על ידי רוב חברי ההרכב:

"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..."

פסקה 70 לפסק הדין של השופטת ארבל בפרשת פלוני (הדגשה שלי, ל.ר.).

63. הנה כי כן, פסק הדין נשוא העתירה משנה מיסודה את ההלכה שיצאה מפי בית משפט נכבד זה בפסקי דין קודמים, שקבעה כי בחליף לביטול הכרזת קטין כבר אימוץ יש לערוך איזון בין שלוש מערכות שיקולים נפרדות (טובת הקטין, זכות ההורה הביולוגי והאינטרסים של ההורים המאמצים), וכי המשקל שיינתן לכל אחד מהשיקולים ישתנה, בהתאם לנסיבות העניין ובהתאם לקביעת בית המשפט, האם מלכתחילה התקיימה עילה להכרזתו על הקטין כבר אימוץ כלפי ההורה.

בניגוד להלכה, בפסק הדין נשוא העתירה דעת הרוב מתעלמת כמעט לחלוטין משניים מהשיקולים – טובת הקטין והאינטרסים של ההורים המאמצים ומעמידה תחתיהם שיקול אחד בלבד ואין בלתי – זכויותיו של ההורה ביולוגי (לרבות זכותו לחליף הוגן).

עמדה זו מתנגשת חזיתית עם קביעותיו הערכיות של בית משפט נכבד זה בעבר, לפיהן, גם במקרה הקיצון שבו הוכח כי הקטין נחטף מהוריו הביולוגיים, לא יהא זה נכון להשית, באופן אוטומטי, את מחיר התקלה שקרתה, על כתפיו של הקטין, מבלי שתערך בחינה לגופו של עניין באשר לטובתו:

"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 משיקול טובת הילד."

כב' ביהמ"ש מופנה לפסקה 40 לפסק דינה של כב' השופט ארבל בפרשת פלוני.

ובהמשך...

"לא יהיה זה נכון להעמיס את הנטל על הקטין לשאת את כובדו של שיקול זה בגין מחדל של רשויות הרווחה" (שם, פסקה 42).

וכן ר' בעניין זה אמירותיו (אגב אורחא) של כב' השופט הנדל בפסק הדין בדנ"א 6211/13, בעמ' 119.

64. יצוין כי בפסק הדין אין נימוק המיישב את הדעת באשר לסתירה העולה מההלכה החדשה שנקבעה בפסק דין זה לבין הפסיקה הקודמת של בית משפט נכבד זה כאמור לעיל. עניין זה מובילנו לפגם המהותי והחריג שנפל בהכרעת הרוב – העדר דיון לגופו של עניין בטובת הילד.

### ג. קשיותה של ההלכה

**(1) הכרעת הרוב המובילה לשינוי בלתי הפיך בעולמו של הקטין התקבלה מבלי שנערכה בחינה לגופו של עניין בנוגע לטובתו – מכלול זכויותיו, צרכיו והאינטרסים שלו**

"במקרה שלפנינו ביטל בית המשפט לענייני משפחה את הכרזתו של הקטין כבר אימוץ כלפי אביו תוך התחשבות בזכותו של האב בזכות זו בלבד. הוא לא התחשב בטובת הקטין, שכן לא היו לפניו כל נתונים בעניין זה... באת כוח היועץ המשפטי לממשלה – שהסכימה לביטול ההכרזה של בר אימוץ כלפי האב – הוסיפה כי מבקשת היא לבדוק את טובת הקטין. חרף כל זאת בוטלה ההכרזה. טובת הקטין הובאה בחשבון אך לעניין הקביעה כי "בשלב זה ועד למתן החלטה אחרת, לא יועבר הקטין למשמורתו של [האב]". מובן שגם האינטרס של ההורים המיועדים לאמץ לא הובא כלל בחשבון... טעות זו תוקנה על ידי בית המשפט המחוזי. בפסק דינו הביא בית המשפט המחוזי בחשבון את שלושת השיקולים הרלוונטיים תוך שאיזון ביניהם. השאלה הניצבת בפנינו היא אם איזון זה ראוי. אכן, שאלת המפתח בפנינו שוב אינה מהותם של השיקולים שיש להתחשב בהם. שאלת המפתח בפנינו היא משקלם של השיקולים הרלוונטיים והאיזון הראוי ביניהם. לבחינתה של שאלה זו נעבור עתה."

65. דברים אלו שנכתבו על ידי הנשיא ברק (כתוארו אז) לפני למעלה מעשור במסגרת פרשת תינוק המריבה (שם, בעמ' 156), דומה כי נכתבו ביחס להשתלשלות העניינים אשר הובילה להכרעה נשוא העתירה.

66. 63 עמודי פסק הדין שיצאו תחת ידי רוב שופטי ההרכב, המכריעים באופן בלתי הפיך את גורלו של הקטין ואת מסלול חייו, עוסקים רבות בזכויותיו של אביו הביולוגי, בתקינות ההליך המשפטי שהתקיים בעניינו בפני בית המשפט לענייני משפחה עובר להכרזתו כבר אימוץ, ובפרשנות חוראות סעיף 13 לחוק האימוץ, אולם דמותו של הקטין עצמו מפציעה בו רק באחרית פסק הדין –

"ככל שהיועץ המשפטי לממשלה לא יגיש בקשה להכרזה של הקטין כבר אימוץ בחתבסס על עילה אחרת בתוך 30 ימים ממועד מתן פסק-דין זה, יוחזר התיק לבית המשפט המחוזי כדי שיתאם את ההעברה של הקטין לרשותו של אביו בעזרת אנשי מקצוע, בניסיון למזער, ככל הניתן, את הנזק לקטין מהמעבר (ההדגשה במקור, ל.ר.)."

הנה כי כן, מבלי לדון לעומק ולגופו של עניין בטובת הילד נשוא ההליך, הגיעו רוב שופטי ההרכב למסקנה כי ביצוע החלטתם **תגרום לקטין נזק וודאי**, ואף על פי כן, לא מצאו לנכון לשקלל נזק זה במסגרת השיקולים הצריכים להחלטה גורלית זו.

67. העותרות תטענה כי בכך חטא בית המשפט הנכבד לקטין, לחוק האימוץ, לפסיקה ולהוראות האמנה בדבר זכויות הילד – המושלים בכיפת הסדרי האימוץ בישראל.

68. אכן היסוד בהליכי האימוץ הינה טובתו של הקטין, ואף ש"טובתו של הקטין" אינה מהווה עילת אימוץ בפני עצמה (עמ' 80 לחוות דעתו של השופט מלצר בפסק הדין נשוא העתירה), הוראת סעיף 1 ו-1ב לחוק האימוץ, הנתיית בית משפט נכבד זה והוראות האמנה בדבר זכויות הילד (שישראל אשררה ומחויבת להוראותיה), מחייבים את הערכאה השיפוטית הדנה בהליך אימוץ **לשקול** את טובת הקטין בכל החלטה **ולנמק** את הכרעתה בסוגיה זו.

לא את טובת הילד "הכללי" נדרש בית המשפט לשקול בהליכי האימוץ, אלא את מכלול זכויותיו וצרכיו של הקטין הספציפי שבעניינו הוא דן. ודוק. טובת הקטין אין משמעה מונח ערטילאי, או שיקול פריפריאלי לדיון המהותי, ואין היא בבחינת סעד, המוענק לקטין בטוב ליבו של היושב בדין.

69. טובת הקטין הינה זכות עצמאית, העומדת על רגליה שלה, והכוללת בחובה את מכלול הזכויות המהותיות של הקטין, כבן אדם, כסובייקט עצמאי, נושא זכויות ייחודיות ונפרדות. טובת הקטין מגלמת בתוכה גם את זכותו של הקטין להליך הוגן, את זכותו כי קולו וטובתו יישמעו ובפני הערכאה השיפוטית וכי תהיה לו השפעה מהותית על ההחלטה שתתקבל בעניינו.

משכך, כאשר ב"עניינו" של קטין עוסק ההליך המשפטי, אין לבית המשפט שיקול דעת או חופש בחירה, האם לדון לגופו של עניין בטובת הקטין, אלא הוא מחויב לעשות כן, כל אימת שהקטין הינו צד להליך או שהחלטה הינה הרת גורל עבורו.

70. האמנה בדבר זכויות הילד קובעת את עיקרון "טובת הילד" כעיקרון-על, בסעיף 3 ואת מחויבתו של המדינות החברות לשקול את טובתו של הקטין, כל אימת שמתקבלת הכרעה מהותית בעניינו.

עיקרון טובת הילד מגלם בתוכו את מכלול זכויות הילד נועד להגשים את יישומן המלא והאפקטיבי ואת ההכרה בילד כאדם בזכות עצמו, נושא זכויות.

71. בהנחייתה הפרשנית לסעיף 3 לאמנה קובעת וועדת האו"ם בדבר זכויות הילד, כי לעיקרון טובת הילד שלושה היבטים יישומיים שונים:

- א. **זכות מהותית** – זכותו של הילד כי טובתו תילקח בחשבון כשיקול מרכזי בתהליך קבלת ההחלטות. הוועדה מדגישה כי מדובר בזכות עצמאית המקימה לקטין זכות לתבוע מהמדינה ומוסדותיה את יישומה.
- ב. **כלל פרוצדורלי** – המחייב כי תהליך קבלת ההחלטות בעניינו של קטין יכלול הערכת טובתו של הילד הנדון, הכרעה בסוגיית טובת הילד והנמקה של ההכרעה, המדגימה כיצד שיקול זה נלקח בחשבון בתהליך קבלת ההחלטה. זאת, תוך התייחסות מפורשת לשאלות הבאות: מהי טובת הילד במקרה הספציפי? על בסיס אילו קריטריונים התקבלה ההכרעה בעניין זה? מה המשקל שניתן לטובת הילד אל מול יתר האינטרסים והזכויות של צדדים אחרים להליך?

" (f) Legal reasoning

97. In order to demonstrate that the right of the child to have his or her best interests assessed and taken as a primary consideration has been respected, any decision concerning the child or children must be

*motivated, justified and explained. The motivation should state explicitly all the factual circumstances regarding the child, what elements have been found relevant in the best-interests assessment, the content of the elements in the individual case, and how they have been weighted to determine the child's best interests. If the decision differs from the views of the child, the reason for that should be clearly stated. If, exceptionally, the solution chosen is not in the best interests of the child, the grounds for this must be set out in order to show that the child's best interests were a primary consideration despite the result. It is not sufficient to state in general terms that other considerations override the best interests of the child; all considerations must be explicitly specified in relation to the case at hand, and the reason why they carry greater weight in the particular case must be explained. The reasoning must also demonstrate, in a credible way, why the best interests of the child were not strong enough to be outweigh the other considerations. Account must be taken of those circumstances in which the best interests of the child must be the paramount consideration (see paragraph 38 above)."*

ג. **עיקרון פרשני משפטי** – הוראת חוק אשר ניתן לפרשה במספר דרכים, יש לאמץ את הפרשנות אשר עולה בקנה אחד עם טובת הילד.

כב' ביהמ"ש מופנה לסעיף 6 להערה כללית מספר 14 של וועדת האו"ם בדבר זכויות הילד בנוגע ל"זכותו של הילד כי טובתו תהווה שיקול מרכזי", המצורפת ומסומנת **נספח כ"ג** -

General Comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration, Committee on the Rights of the Children, 29.05.2013, CRC/C/GC/14

72. זאת ועוד, ביחס להליכי אימוץ קובעת האמנה, כי עיקרון טובת הילד לא יהיה רק שיקול מרכזי, אלא שיקול עליון ומכריע – paramount (and not primary) consideration (שם), בסעיף 4).

73. יצוין בהקשר זה, כי עוד בטרם פרסומה של ההנחייה המחייבת של וועדת האו"ם בדבר זכויות הילד, המליצה וועדת רוטלוי כבר בשנת 2003 על תיקון חקיקתי, הדומה במהותו להנחיה הנ"ל.

הוועדה הציעה מודל תחיקתי מפורט, שנועד להבטיח יישום אחיד של זכות הילד כי טובתו תהווה שיקול מרכזי בהכרעות בעניינו, להתוות את הליך קבלת ההחלטות בעניין טובתו של הקטין, להגביר את השקיפות ביחס לשיקולים שעומדים בבסיס ההכרעות בעניין קטינים ולהגן על המשקל המרכזי שיש ליתן לטובתם של ילדים בהחלטות המתקבלות בעניינם.

כב' ביהמ"ש מופנה בעניין זה לוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה, בראשות השופטת סביונה רוטלוי (חלק כללי), דצמבר 2003, עמ' 136-148.

74. אף שהוראות האמנה והנחיות וועדת האו"ם וועדת רוטלוי לא אומצו כלשונן בחקיקה נפרדת בישראל, הן **הוטמעו זה מכבר** בחקיקה ראשית, במסגרת תיקון מס' 8, בדמות סעיף 1ב לחוק וכן, לאחרונה, במסגרת חוק אומנה לילדים, התשע"ו-2016.

כך, סעיף 1(ב) לחוק האימוץ קובע, כי "צו אימוץ וכל החלטה אחרת בהליכי אימוץ יינתנו אם נוכח בית-המשפט שהם לטובת המאומץ."

סעיף 1ב לחוק מכתוב את השיקולים, אותם בית המשפט נדרש לשקול בבואו להכריע בטובתו של הקטין:

"בעת בחינת טובת המאומץ בהחלטות בהליכי אימוץ יובאו בחשבון זכויות הילד, צרכיו והאינטרסים שלו, לרבות זכותו ליציבות ובכלל זה צמצום העברתו ככל הניתן בין מסגרות או בין משפחות; ככל שהמאומץ מסוגל להבין בדבר, יובאו בחשבון גם רצונו ודעתו לגבי אותו עניין, בלי לגרוע מהוראות סעיף 7."

סעיף 1ב (שנכנס לחוק בתיקון מס' 8) נועד ליישם את מחויבותה של ישראל בהתאם לאמנה וליישם את המלצות וועדת רוטלוי. סעיף זה מחזק את מרכזיות עיקרון טובת הילד בהליכי אימוץ ואת חובתם של גורמי קבלת החלטות בהליכי אימוץ לשקול את טובתו של הקטין בכל הליכי האימוץ. מטרתו המוצהרת של התיקון היתה להבנות את שיקול הדעת השיפוטי על מנת להבטיח כי טובת הילד תלקח בחשבון, על כל מרכיביה בכל ההחלטות בהליכי אימוץ.

כב' ביהמ"ש מופנה בעניין זה לפרוטוקול מס' 208 משיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת ה-18, מיום 8 ליוני 2010, עמ' 1-25.

75. חוק אומנה לילדים, התשע"ו – 2016 (הרלוונטי באופן עקיף לעניינו, לנוכח היותם של ההורים המיועדים לאימוץ הוריו האומנים של הקטין), מעגן לראשונה בחקיקה ראשית את הרכיבים אותם יש לשקול במסגרת הכרעה בדבר טובת הילד וקובע כללים פרוצדורליים על מנת להבטיח כי עיקרון זה ילקח בחשבון בהחלטות בעניינו של קטין.

#### "טובת הילד"

4. (א) בכל פעולה המתבצעת לגבי ילד לפי חוק זה או החלטה המתקבלת בעניינו תהיה טובת הילד שיקול מכריע; בהתנגשות בין טובתו של ילד מסוים שעניינו נדון ובין טובתם של ילדים אחרים יינתן משקל ראוי לטובתו של הילד שעניינו נדון.

(ב) בקביעת טובת הילד לפי חוק זה יישקלו מכלול האינטרסים, הצרכים והזכויות של הילד, ובין השאר השיקולים המפורטים להלן:

- (1) שלומו הגופני והנפשי;
- (2) גילו וכשריו המתפתחים;
- (3) רצונו, רגשותיו, דעותיו ועמדתו בעניין הנדון;
- (4) ממד הזמן בחיי הילד;
- (5) מין הילד, מאפייניו ותכונותיו וכן הרקע האתני, הדתי, התרבותי והלשוני שלו;
- (6) ההשפעה הצפויה של החלטה או פעולה לפי חוק זה על חייו בטווח הקצר ובטווח הארוך;
- (7) קשריו ויחסיו עם הוריו ועם אנשים משמעותיים אחרים בחייו, ושמירה על רציפות קשרים אלה;
- (8) עמדת הוריו או אפוטרופסו ואנשים משמעותיים אחרים בחייו בעניין הנדון;
- (9) יכולת הוריו וכל אדם או מסגרת אחרים הנוגעים לעניין לספק את צרכי הילד;
- (10) הידע המקצועי הנוגע לעניין הנדון;
- (11) כל שיקול אחר הנוגע לקביעת טובת הילד.

(ג) בלי לגרוע מהוראות סעיף קטן (א), החלטה של גורם מוסמך בעניינו של ילד לפי חוק זה, תהיה מנומקת ובכתב, ותתייחס ליישום עקרון טובת הילד לאור השיקולים המפורטים בסעיף קטן (ב)."

76. עוד בטרם תוקן חוק האימוץ ובטרם נחתמה האמנה בדבר זכויות הילד עמד בית משפט נכבד זה על עיקרון טובת הילד כ"עמוד התווך" המנחה הכרעות בהליכי אימוץ. פסיקת בית משפט נכבד זה הדגישה לא אחת, כי אין מדובר בעיקרון הצהרתי בעלמא, כי אם בכלי יישומי בידו בית המשפט שנועד להבטיח את מכלול זכויותיו של הקטין כבן אנוש, נושא זכויות, לרבות זכותו להליך הוגן, להישרדות ולהתפתחות, לקשר עם דמויות משמעותיות בחייו, לזהות, ולמשפחה.

כב' ביהמ"ש מופנה בעניין זה, למקצת מפסקי הדין הממחישים את עמדתו העקבית של בית משפט נכבד זה בנושא מרכזיות עיקרון "טובת הילד" בהליכי אימוץ ילדים: בע"מ 5024/10 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (22.08.10, נבו), פסקה ט לפסק דינו של כב' השופט רובינשטיין; בע"מ 7559/16 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (18.12.16, נבו), פסקה 2 לפסק דינו של כב' השופט הנדל; בע"מ 2205/09 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (22.04.09, נבו), פסקה 6 לפסק דינו של השופט גרוניס, פסקה 4 לפסק דינו של השופט דנציגר. וכן לפסקי הדין המפרטים את הזכויות והאינטרסים השונים המרכיבים את עיקרון טובת הילד בהליכי אימוץ – דברי כב' השופטת פרוקצ'יה בפרשת תינוק המריבה, בעמ' 195-195, 202-203; דברי כב' השופטת ארבל (פסקה 32) וכב' השופט רובינשטיין (פסקה ד') בעניין פלוני; דברי כב' הנשיאה נאור והשופטים עמית וארבל במסגרת דני"א 6211/13.

עמד על כך השופט רובינשטיין גם בחוות דעתו בפסק הדין נשוא העתירה:

".... עקרון טובת הילד בפרשנותו הרחבה, הנוגעת למכלול הזכויות והאינטרסים של הקטין, עומד איפוא, בבסיסם של הליכי האימוץ כולם וחולש על פניהם. היש מי שיחלוק על כך? והלא באנוש חי עסקינן, אף שקטן הוא ואין ביכולתו להשמיע את קולו; עלינו להיות לו לפה."

(שם, פסקה מ"ה לפסק דינו של השופט רובינשטיין).

77. אם כן החקיקה, הפסיקה והוראות האמנה בדבר זכויות הילד מדברים קול אחד ומצווים, כי בהליכים אימוץ, בכל הליכי האימוץ, מחוייב בית המשפט לשקול את טובת הילד, על מרכיביה השונים, כשיקול ראשון במעלה בתהליך קבלת ההכרעה, ומחוייב הוא לנמק את הערכתו בדבר טובת הילד במקרה הנדון, וכיצד היא משתקפת בהכרעה הסופית. בתוך כך, על בית המשפט להתחשב בזכויות ובאינטרסים הבאים:

- 1) זכותו של הקטין ליציבות ובכלל זה צמצום העברתו ככל הניתן בין מסגרות או בין משפחות (סעיף 1ב לחוק האימוץ) – הזכות לרציפות וליציבות;
- 2) הנזק שייגרם לקטין מניתוקו מהוריו המיועדים לאמצו;
- 3) זכותו של הקטין לגדול בחיק הוריו הביולוגיים;
- 4) הזכות לזהות;
- 5) שלומו הגופני והנפשי;
- 6) קשרים עם הוריו ודמויות משמעותיות בחייו;
- 7) הידע המקצועי הרלוונטי לעניין הנדון;
- 8) עמדת הוריו ואנשים משמעותיים בחייו;
- 9) גילו וכשריו המתפתחים;
- 10) הקשיים עמם מתמודדים ילדים מאומצים;
- 11) הזכות לחיים, להישרדות ולהתפתחות;
- 12) מסוגלותו של ההורה הביולוגי, בדגש על מסוגלותו להתמודד עם הקשיים שיתעוררו סביב טיפול בקטין עם צרכים מיוחדים שאינו מכיר את ההורה;
- 13) עמדת האפוטרופוס לדין המייצג את טובת הקטין בהליכים (ר' בעניין זה דברי כב' השופטת פרוקצ'יה בפרשת "תינוק המריבה", בעמ' 210; דברי כב' השופט הנדל בבע"מ 4486/13, פסקה 6).

את הפרמטרים השונים יש לבחון מנקודת מבטו של הילד, אשר תחושת הזמן עבורו שונה משל מבוגרים וכן ביחס לטווח הקצר, הבינוני והארוך.

בענייננו, סוגיות אלו לא נשקלו, ובכך נפל פגם מהותי, היורד לשורשה של ההכרעה, מקעקע את תוקפה ומחייב דיון מחדש בפרשה.

הצורך להכריע, לגופו של עניין, בטובתו של הקטין נשוא ההליך (שיקול שלא נלקח בחשבון כלל במסגרת פסק הדין נשוא העתירה), מהווה, כשלעצמו, עילה מספקת לקיומו של דיון נוסף.

## **(2) פסק הדין נשוא העתירה ניתן מבלי שעמדה בפני בית המשפט חוות דעת מומחה, בניגוד להלכה הנוהגת בתיקי אימוץ**

78. גם בהקשר זה בולט פסק הדין בחריגותו. נדיר, אם בכלל, למצוא פסקי דין בתיקי אימוץ אשר יצאו תחת ידי הבית הזה, ואשר לא הונחה בפני בית המשפט לפחות חוות דעת אחת של מומחה מתחום בריאות הנפש או מדעי ההתנהגות, בטרם הכריע בית המשפט בגורלו של קטין. כך למשל, מאז שנת 2005, כל פסקי הדין שנתנו בהליכי אימוץ בבית משפט נכבד זה הושתתו, בין היתר, על חוות דעת מומחים וראיות מקצועיות נוספות שהונחו בפני ביהמ"ש. (כב' ביהמ"ש מופנה בעניין זה לדברי השופט ארבל בדנ"א 6211/13 (פסקה 35) וכן לדברי כב' השופט הנדל, באותו בעניין (פסקה 5 לפסק דינו)).

עמדתו העקבית של בית משפט נכבד זה בהליכים הנוגעים ליחסי הורים וילדים בכלל, ובהליכי אימוץ בפרט, הינה כי לצורך הכרעה בהליכים אלו יידרש בית המשפט לחוות דעת מקצועיות של מומחים בתחום מדעי ההתנהגות, בדגש על תחום הפסיכולוגיה ההתפתחותית.

כב' ביהמ"ש מופנה בעניין זה לדברי כב' השופט ארבל בפרשת פלוני (פסקה 32):

"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 שיעזר 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)."

79. בית המשפט הדגיש במספר הזדמנויות כי גם בידי השופט המנוסה ביותר אין את הכלים להכריע בסוגיות של טובת הקטין, מסוגלות הורית, משמורת וכדומה, שכן סוגיות מסוג זה אינן בגדר "ידיעה שיפוטית", ומחייבות שילוב בין ידע מקצועי טיפולי לבין הכרות בלתי אמצעית עם הנפשות הפועלות, מפגש עם הצדדים והערכתם המקצועית (ר' בע"מ 6593/06 פלוני נ' היועץ המ"ש (22.03.07, נבו), פסקה 2 לפסק הדין של כב' השופט גיבוראן; דברי השופט אנגלרד ברע"א 669/00 פלוני נ' פלוני, פ"ד נד(3) 196, 225; ולדברי השופט דנציגר בבע"מ 10060/07 פלוני נ' פלוני (02.10.08, נבו); דברי השופטת פרוקצ'ה בפרשת תינוק המריבה, פסקה 19 ודברי הנשיא ברק, בעמ' 168, שם).

80. בית המשפט הנכבד אף העיר בעבר במספר הזדמנויות, כי חוות דעת מומחים מסייעת לבית המשפט לבסס הכרעתו על תשתית מחקרית, עובדתית ומקצועית, על מנת להימנע ככל שניתן מעמדות ערכיות. (כב' ביהמ"ש מופנה בעניין זה לפסקה 11 לפסק דינה של כב' השופטת ארבל בבע"מ 6593/06 פלוני נ' היועץ המ"ש, וכן לדברי כב' הנשיאה נאור בדנ"א 6211/13 (פסקה 43):

"אדגיש: כל אחד מאיתנו, השופטים, מביא עימו לתיקי האימוץ המורכבים את המטען שצבר בחייו. את הדברים שחווה או ראה בבית המשפט או מחוצה לו. מה ששופט אחד סבור כי "מן המפורסמות" הוא, לא בהכרח יראה כך גם בעיני חברו. מכאן נודעת לדעתי החשיבות הרבה לחוות דעת של מומחים דוגמת מומחי מכון שלם. אין אנו כבולים להמלצות המומחים, אך יש להן משקל."

81. לא זו אף זו, אלא שלאחרונה חידד בית המשפט הנכבד את חשיבות הצגתה של חוות דעת עדכנית חדשה אף במסגרת הליכי ערעור, וביוזמת בית המשפט, בנוסף על חוות הדעת שהוצגו בפני הערכאה הדיונית, נוכח חשיבותם של עמדות מומחים בסוגיות אלו והשינויים שעשויים לחול במצבו של הקטין וההורה הביולוגי לאורך זמן.

כב' ביהמ"ש מופנה בעניין זה לדנ"א 1892/11 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית פ"ד ס"ד(3) 356.

82. במקרה דנן התבסס בית המשפט הנכבד בהכרעת הרוב על פרשנות משפטית, על כללי הצדק הטבעי ועל משפט משווה, מבלי שהונחה בפניו תשתית ראייתית, ובראשה – חוות דעת מומחה, בנוגע לנסיבות הספציפיות של המקרה וביחס לטובתו של הקטין נשוא ההליך.

טעם זה מצטרף אף הוא לעילות המקימות הצדקה לקיומו של דיון נוסף, ממצה ומעמיק בסוגיית טובת הקטין.

### **(3) ההלכה מתעלמת ממחקר מבוסס של ארבעה עשורים בתחום התפתחות הילד**

83. משמעות פסק הדין נשוא העתירה עבור עידן הינה ניתוקו מההורים היחידים אותם מכיר, עמם גדל מגיל חודש וחצי ועד היום (בהיותו בן שנה וחודשיים) והעברתו לאב ביולוגי אותו אינו מכיר כלל ואשר מסוגלותו ההורית לא נבחנה. כאמור, הכרעה גורלית זו התקבלה מבלי שטובתו של הקטין נשקלה כלל ומבלי שעמדו בפני בית המשפט חוות דעת מומחים, אשר בחנו את הסיכונים והסיכויים הכרוכים בהחלטה עבורו.

זאת ועוד. הכרעת הרוב מתעלמת מארבעה עשורים של מחקר מקיף ומתוקף, המעיד על כך שהשנתיים הראשונות של החיים הם תקופה רגישה של בניית מסד רגשי חשוב ושל גיבוש ביטחון בסיסי ביצירת קשרים קרובים ובין-חברתיים.

84. על פי תיאוריית ההתקשרות קיימת נטייה מולדת ואוניברסאלית להתקשר אל מי שמכונן קשרים עם הילד: "לומר על ילד שהוא קשור אל מישהו, או שיש לו התקשרות אל מישהו, משמעותו שהוא נוטה לחפש קרבה או מגע עם דמות ספציפית זו, והוא עושה זאת בסיטואציות מסוימות, במיוחד כאשר הוא מפחד, עייף או חולה".

Bowlby, J. (1984). *Attachment and loss – Attachment* (vol. I) (2nd Ed.). London: Hogarth.

מדובר בקשר רגשי נמשך בין הילד והמטפל; קשר רגשי זה מתפתח במשך שנת החיים הראשונה, וממשיך להתפתח ולהתגבש במשך תקופת הפעוטות, הילדות ואף מעבר לזה. התערבות שמביאה לפירוק מערכות התקשרות אלה, מבלי לשקול היטב את השלכותיה, עשויה לגרום לנזקים ארוכי טווח לילד, עד כדי ריסוק תשתית זאת ויצירת שברים שקשה לתקנם.

Gauthier, Y. Fortin, G. & Jeliu, G. (2004). Clinical applications of attachment theory in permanency planning for children in foster care: The importance of continuity of care. *Infant Mental Health Journal*, 25, 379-396.

"התערבות מקצועית המרשה לעצמה פירוק מערכות התקשרות אלה, מבלי לשקול היטב את העניין, עשויה לגרום לנזקים ולסיכונים אמיתיים לילד..."

...תיאוריית ההתקשרות חייבת להנחות את הדיון הנוכחי, ויש לשאוב ממנה וממצאיה את הסיכונים ואת הסיכונים ביחס לעתידו ולרווחתו של התינוק. תיאוריה זאת ונתונה מאפשרים לנו להיכנס לעולמו הפנימי ולזווית הראייה של התינוק באופן התקף ביותר – הכל בהנחה שכי אנו ממקדים את טובת הילד במרכז הדיון וההתלבטות, תוך כדי שמיעת קולו ו"עמדתו"...

פרופ' אבי שגיא-שוורץ, "טעויות שיפוטיות בנושא אימוץ – טובת הילד נפגעת כשחוות דעת פסיכולוגיות אינן נתמכות בבסיס ידע ראוי", **פסיכו-אקטואליה** (אוקטובר 2004) 30, בעמ' 32 ו-37.

85. תיאוריית ההתקשרות עומדת כיום במרכז גוף הידע של מדעי ההתנהגות, זכתה לביסוס ותיקוף אמפירי ולאור זאת זכתה גם להכרה נרחבת בפסיקת בית משפט נכבד זה בהליכים שבליבם יחסי הורים-ילדים (ר' פסק דינה של השופטת ארבל בפרשת פלוני, פסקה 46; עמ' 159 לפסק דינו של הנשיא ברק בפרשת תינוק המריבה).

כב' ביהמ"ש מופנה בעניין זה לדברי כב' הנשיאה נאור בדנ"א 6211/13 (פסקה 33):

"מסקנותיהם המקצועיות של מומחי מכון שלם נסמכו על תיאורית ההתקשרות (ה-attachment), המעוגנת היטב במחקרים. תיאוריה זו מבוססת על כך שלהתקשרות הראשונית של אדם מינקות לבין הדמויות המגדלות אותו חשיבות רבה במהלך החיים, וכי ההמשכיות וההתמדה בקשר הראשוני שנוצר הינן יסוד מרכזי בהתפתחותו התקינה של כל אדם (ראו פסקה 51 לפסק דינו של הנשיא א' ברק בפרשת תינוק המריבה, והאסמכתאות הרבות שם; ע"א 577/87; כן ראו ע"א 3236/90 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מה(3) 460 (1991) (להלן – עניין פלוני)). אף הוזכר בפסיקה כי קיימים מחקרים לפיהם אם קיימת שהות של שנים-עשר חודש ברציפות אצל הורים מגדלים (הורים "פסיכולוגיים"), יהיה זה בדרך כלל בלתי סביר לנתק את הקשר בין הקטין להוריו המגדלים, לשם העברתו למשפחתו הביולוגית (ע"א 577/87, עמוד 490). תיאורית ההתקשרות התקבלה גם בפסיקתו של בית משפט זה, אשר מקנה משקל מהותי, במסגרת בחינת טובת הילד, לנוק שעלול להיגרם לילד אם ינותק מהדמויות המגדלות, ונוכח החשש כי ייגרם לו עקב כך משבר נפשי חמור (ראו גם: מימון, עמוד 97)."

כן מופנה כב' בית המשפט לדברי כב' השופט הנדל, באותו בעניין (פסקה 5 לפסק דינו).

86. הנזקים (לעיתים חמורים ובלתי הפיכים) שעלולים להיגרם לילדים שנותקו מדמויות התקשרות משמעותיות בתקופות קריטיות מתועדים אף הם בספרות המקצועית:

*"It is still a common misconception that (especially younger) infants are 'resilient' and can manage moves from one foster carer to another when they haven't spent much time with them.. or that the infant can manage moves between home and foster care. However, the disruption of attachment ties with foster parents is likely to constitute a severe trauma that reinforces feelings of abandonment with short-term reactions such as anxiety sleeping disorders, angry outbursts, destructive behaviors and denial of affect.."*

Brigid Jordan and Robyn Sketchley, "A stitch in time saves nine – Preventing and responding to the abuse and neglect of infants", (2009) 30 Child Abuse Prevention Issues, , p. 5, 20-21.

פרידה מדמויות ההתקשרות בנקודה קריטית בה הקטין פיתח דפוסי התקשרות, עלולה לקטוע באיבו את מהלך ההתפתחות התקין של הילד בביסוס מודלים פנימיים של עצמו ושל האחרים. נמצא, כי פרידה מדמויות ההתקשרות עלולה לחבל במישורי תפקוד שונים של הילד: קושי באמון, העלול ללוות את הילד במהלך ההתפתחות ולפגוע בכינונם של יחסים בין-אישיים בעתיד; יחסי חברות, יחסים זוגיים והורות; חרדה, בעיקר חרדת נטישה ודיכאון; תוקפנות ואלימות; ביטוי רגשי לא מובחן, לרבות חיפוש אהבה ודאגה בכל מקום ובכל אדם ללא עומק רגשי; ופגיעה בביטחון העצמי.

87. הספרות המקצועית מלמדת, כי ניתוקו של עידן מהדמויות ההוריות היחידות אותן מכיר, תהפוך אותו בסבירות גבוהה לילד בסיכון רב עם צרכים מיוחדים, הזקוק להורות מיטיבה באופן מיוחד. מקריאת הכרעת הרוב, נדמה כי מסקנה זו מקובלת, באופן עקרוני גם על שופטי ההרכב. עמדת גורמי המקצוע הינה כי החלטה הרת גורל כזו צריכה להתבסס רק לאחר בחינה יסודית של הסוגיות הבאות: משמעות חייו של הפעוט עם ההורים האומנים, המהווים עבורו הורים מזה למעלה משנה וברצף, ומשמעות ניתוק הקשר מההורים האומנים והעברת הילד אל ההורה הביולוגי אותו הפעוט איננו מכיר; בחינת המסוגלות ההורית של ההורה הביולוגי להכיל פעוט שינותק מדמויות ההתקשרות שלו (ההורים האומנים).

להרחבה אודות המסד התיאורטי והאמפירי של תיאוריית ההתקשרות והערכת הסיכונים הכרוכים בניתוק קטין מדמויות התקשרות מצ"ב סקירה מאת פרופ' אבי שגיא-שורץ, ראש המרכז לחקר התפתחות הילד באוניברסיטת חיפה מיום 14.3.17, המסומנת נספח כד.

כאמור, בחינה כזו לא נעשתה בעניינו כלל – לא באופן תיאורטי ולא ספציפית ביחס לקטין.

#### (4) החלכה המוצעת בדעת הרוב סותרת את הוראות חוק האימוץ (תיקון מס' 8)

88. בבסיס ההכרעה נשוא העתירה עומדת פרשנות סעיף 13(א)(1) לחוק האימוץ, הקובע את התנאים אשר בהתקיימם מוסמך בית המשפט לענייני משפחה להכריז על קטין כבר אימוץ כלפי "אב לא ידוע" ולקבוע כי לא התקיימה "אפשרות סבירה" לאתר את ההורה ולברר דעתו בהליך האימוץ.

כאמור, עניינה של העתירה איננו נסוב סביב הפרשנות שנתנה לסעיף 13(א)(1) (אם כי יש לציין כי גם בעניין זה נחלקו שופטי הרוב ביניהם).

89. הקושי המרכזי, לדידנו, מצוי בשלב הנוסף בהכרעת הרוב בנוגע למסגרת המשפטית שיש להחיל ביחס לפסק דין המכריז על קטין כבר אימוץ על פי סעיף 13(א)(1) (להלן: "פסק הדין המקורי"), ואשר נקבע כי ניתן שלא כדין.

שלב זה מעוגן בחקיקה בסעיף 13א, הקובע:

"13א (א) הוכרו ילד כבר-אימוץ לפי סעיף 13(א)(1) וביקש הורה לבטל את ההכרזה לגביו, יורה בית המשפט על ביטול ההכרזה ועל מסירת הילד להורה, אם שוכנע כי ההורה מעוניין לגדל את הילד, אלא אם כן ראה כי מתקיימת לכאורה עילה להגיש בקשת הכרזה או שהיועץ המשפטי לממשלה הודיע על כוונתו להגיש בקשת הכרזה; בית המשפט יעבב את ההחלטה על מסירת הילד לתקופה שלא תעלה על 30 ימים כדי לאפשר להגיש בקשת הכרזה.

(ג) בקשה לביטול הכרזה לפי סעיף קטן (א) ניתן להגיש בתוך 60 ימים מיום מסירת הילד למי שהסכים לקבלו לביתו בכוונה לאמצו או מיום ההכרזה על הילד כבר-אימוץ לפי סעיף 13(א)(1), לפי המאוחר, ובלבד שטרם ניתן צו אימוץ; חלפה התקופה האמורה בסעיף קטן זה והילד נשאר אצל מי שקיבלו לביתו בכוונה לאמצו או שניתן צו אימוץ, לא יהיה בית המשפט רשאי עוד לבטל את ההכרזה על הילד כבר-אימוץ."

90. 60 יום – זה המועד אותו הקציב המחוקק ל"הורה לא ידוע" המבקש לבטל הכרזת קטין כבר אימוץ לפי סעיף 13 (א) (1) לחוק. כוונת המחוקק הייתה למנוע המשכיות הליכי אימוץ ולדאוג לסופיות ההליך. זו הסיבה לקביעה חד משמעית "...לא היה בית המשפט רשאי עוד..." בסעיף 13 (א) לחוק האימוץ.

קביעת המועד, כמו גם הגבלת שיקול הדעת השיפוטי בחלוף המועד, לא נעשו כלאחר יד.

91. 11 ישיבות ממושכות הקדישה ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת ה-17 וה-18 לדיונים סביב תיקון מספר 8 לחוק האימוץ, ארבע מתוכן עסקו כמעט באופן בלעדי בסוגיה העומדת לדיון בבקשה דנן - הכרזת קטין כבר-אימוץ כלפי אב לא ידוע והליכים לביטול הכרזה כאמור.

כב' ביהמ"ש מופנה בעניין זה לפרוטוקולים של דיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט שעסקו בהליך הכרזת קטין כבר אימוץ כלפי "אב לא ידוע" והליכי ביטול הכרזת בר-אימוץ כאמור: פרוטוקול מס' 620 מישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט, 22.07.08; פרוטוקול מס' 676 מישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט, 03.11.08; פרוטוקול מס' 251 מישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט, 19.10.10; פרוטוקול מס' 278 מישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט, 20.11.10.

92. ברקע לדיוני המחוקק עמדו שתי החלטות בימ"ש נכבד זה בפרשת תינוק המריבה וכן החלטות כב' בית המשפט הנכבד בע"א 29/74 פלוני ופלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, כח(2) 169; בע"מ 5082/05 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני, ס(3) 201 ובפרשת פלוני.

כן הונחו בפני ועדת חוקה, חוק ומשפט המלצות הוועדה ציבורית לבדיקת חוק אימוץ ילדים, התשמ"א - 1981 והליכי אימוץ ילדים בישראל בראשות השופט (בדימוס) שלום ברנר – דו"ח ביניים (אפריל 2006) והמלצות ביניים של ועדת ההמשך לוועדת ברנר (ועדת גרוס) בסוגיות אלו.

כב' ביהמ"ש מופנה בעניין זה למסמך רקע לדיוני ועדת חוקה, חוק ומשפט בכנסת ה-18 - "סיכום השיקולים שעלו בדיונים בהכנה לקריאה ראשונה בעניין סעיפים 13, 13א ו-23א מטעם היעוץ המשפטי של הוועדה", לקראת הדיון בוועדה ביום 19.10.10. <http://main.knesset.gov.il/Activity/committees/huka/Pages/CommitteeMaterial.aspx?ItemID=387120>

עבודת הוועדה ניוונה גם מהמחקר האמפירי הקיים בישראל ובעולם בתחום האימוץ ומהכתיבה האקדמית הביקורתית בנושא בישראל.

כב' ביהמ"ש מופנה בעניין זה למאמרים הבאים: רונה שוז "זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים: לקחים מפרשת 'תינוק המריבה', משפחה במשפט א 163 (2007); מילי מאסס, "תינוק על פרשת דרכים – המחלוקת לגבי משמעות האימוץ" עיוני משפט ל"א 219 (תשס"ח); רות זפרן ונעם פלג "שם האב – בעקבות בע"מ 5082/05 היועץ המשפטי לממשלה נגד פלוני" הארת דין ג(2) 196 (2006); לידיה רבינוביץ, "האב שאינו יודע לשאול: מעמדו של אב ביולוגי לא נשוי בחליכי אימוץ בהסכמה בישראל", לד(2-3) עיוני משפט, 565 (2011).

93. על רקע כל אלו, בחר המחוקק לערוך איזון בין זכותו של האב הביולוגי לדעת על הולדת ילדו ולקבל את ההזדמנות למלא את חובותיו ההוריות כלפיו, לבין זכותה של האם המבקשת למסור את הילד לאימוץ ומסרבת לגלות את זהות האב (לפרטיות, אוטונומיה ולעיתים – שלמות הגוף), לבין זכותו של הקטין מחד לגדול בחיק אחד מהוריו הביולוגיים מחד וזכותו להגיע בהקדם האפשרי לבית מיטיב וקבוע.

כב' ביהמ"ש מופנה בעניין זה לפרוטוקול מס' 620 משיבת ועדת החוק, חוק ומשפט מיום 22 ביולי 2008 ולפרוטוקול מס' 676 משיבת ועדת החוק חוק ומשפט של הכנסת מיום 3 בנובמבר 2008.

כוונת המחוקק הייתה למנוע המשכיות הליכי אימוץ ולדאוג לסופיות ההליך. זו הסיבה לקביעה החד משמעית "**לא היה בית המשפט רשאי עוד...**" (סעיף 13א(ג) הנ"ל. כפי שנראה בהמשך, קביעה דומה מופיעה בסעיף 10(ג) לחוק האימוץ העוסק בחזרת הורה מהסכמתו לאימוץ ילדו.

בכך נתן המחוקק עדיפות ברורה, בחלוף פרק זמן של 60 יום, לזכותו של הקטין לבית מיטיב וקבוע ודמות הורית ודאית ויציבה, תוך שמירה על ההתקשרות של הקטין עם המשפחה המיועדת לאימוץ, וזאת על פני זכותו לקשר ביולוגי ועל פני זכותם של הוריו הביולוגיים לשוב ולדון בעניינו.

94. כאמור, בית המשפט מבכר להתעלם מהפסיקה הקודמת בעניין זה, ומפתח, תחתיה, פרשנות מרחיבה להוראות סעיף 13א(א) ו-1(ג) לחוק האימוץ. לדעת הרוב, משנקבע כי פסק הדין המקורי ניתן שלא כדין, שוב אין האב כבול בסד הזמנים להגשת בקשה לביטול פסק הדין, הקבוע בסעיף 13א(ג) (60 יום), והוא רשאי להגיש **בכל עת**, ובלבד שטרם חלפו 60 יום מיום שנודע לו על הולדת בנו, וטרם ניתן צו אימוץ (אליבא דשופטים דנציגר וחיות) או אף לאחר מכן (אליבא דשופטים מלצר והנדל), **וללא כל מגבלת זמן**.

95. את לשון החוק "לא יהיה בית המשפט רשאי עוד לבטל את ההכרזה על הילד כבר-אימוץ", בסיפא של סעיף 13א(ג) מפרש בית המשפט פרשנות מרחיבה, מתוך התחשבות בזכויותיו החוריות והדיוניות של האב הביולוגי.

לעומת זאת, את סעיף 13א(א), הכובל את שיקול דעתו של בית המשפט מרגע שהוגשה בקשה הורה לבטל את פסק הדין המקורי שניתן שלא כדין, מפרשת דעת הרוב באופן מצומצם ודווקני ללשון החוק, ורואה עצמה כבולה להוראות סעיף 13א(א) רישא, הקובע: "**הוכרז ילד כבר-אימוץ לפי סעיף 13א(1) וביקש הורה לבטל את ההכרזה לגביו, יוכה בית המשפט על ביטול ההכרזה ועל מסירת הילד להורה...**".

במסגרת הפרשנות השיפוטית להוראות סעיף 13א נלקחים בחשבון בפסק הדין נשוא העתירה רק זכויותיו של האב הביולוגי, ללא כל התייחסות לשיקולים הנוספים של טובת הקטין והאינטרסים של ההורים המיועדים לאמצו.

זאת, תוך התעלמות מלשון החוק ותכליתו המפורשת ומההלכות הקודמות של בית משפט נכבד זה אשר הובילו לתיקונו, ומהחובה להתחשב ב"טובת הקטין" גם ככלי פרשני – לאור סעיף 1ב לחוק האימוץ והוראות סעיפים 21 ו-3 לאמנה בדבר זכויות הילד.

96. ודוק. את הוראות סעיף 13א לחוק יש לקרוא כמקשה אחת, של מלאכת איזונים עדינה אותה ערך המחוקק בין שלוש מערכות האינטרסים השולטות בכיפה בהליכים מסוג זה, כפי שנקבעו על ידי פסיקת בית משפט נכבד זה. פרשנות הרוב בפסק הדין נשוא העתירה מפרה את האיזון העדין בין זכויות ההורים הביולוגיים לבין זכויותיו של הקטין והאינטרסים של ההורים המיועדים לאמץ, ומנחה את בתי המשפט לבחון במקרים אלו אך ורק את תקינות ההליך להכרזת הקטין כבר אימוץ (בבחינת "חכמה שבדיעבד"), תוך הותרת זכויותיו של האב הביולוגי כשיקול בודד במערכת השיקולים.

97. אף שהמשמעות האופרטיבית של פסק הדין הינה ביטול הוראות סעיף 13א(ג) ביחס לאב שלא התקיימה כלפיו עילת אימוץ (או שנפל פגם בהליך שהתקיים נגדו), בית המשפט אינו משיב על כנו את המצב המשפטי שהיה קיים בטרם חקיקת תיקון מס' 8, ואינו נדרש כלל לפסיקה המנחה והמחייבת הרלוונטית, הנזכרת לעיל, על מנת למלא את הריק הנורמטיבי שנוצר.

98. הנה כי כן, דעת הרוב בפסק הדין משנה את הוראות החוק המפורשות ואת ההלכה הקיימת בהליכי ביטול בר אימוץ באופן שמותיר את הקטין נשוא הדיון חשוף וללא הגנה על זכויותיו המהותיות והדיוניות, וללא כל בסיס משפטי לטעון בפני בית המשפט להגנה על מכלול זכויותיו, צרכיו והאינטרסים שלו, בנסיבות שנוצרו, שלא באשמתו.

פרשנות זו מוחלת באופן רטרואקטיבי ביחס לאב הביולוגי, על מנת לרפא פגם שנפל בהליך המקורי כלפיו, תוך התעלמות מהשלכות הורות הגורל של התחולה הרטרואקטיבית על הקטין אשר "הסתמך" על הוראת החוק המפורשת וחיו השתנו זה מכבר ללא הכר.

99. זאת ועוד, הפרשנות שאומצה בדעת הרוב ביחס לסעיף 13א(ג) מעוררת קושי נוסף, כאשר משווים בין הוראות סעיף 10 (העוסק בהליך חזרת הורה מהסכמתו לאימוץ ילדו) לבין הוראות סעיף 13א, העוסקות בביטול בר אימוץ ביחס לאב לא ידוע.

סעיף 10(א) קובע:

" לבקשת הורה, רשאי בית המשפט לבטל את הסכמתו של ההורה למסירת ילדו לאימוץ אם מצא שהתקבלה באמצעים פסולים, או להרשות להורה לחזור בו מהסכמתו למסירת ילדו לאימוץ מטעמים מיוחדים שיירשמו, ובלבד שבמועד הגשת הבקשה טרם חלפו 60 ימים מיום מסירת הילד למי שהסכים לקבלו לביתו בכוונה לאמצו או מיום חתימת ההורה על כתב ההסכמה, לפי המאוחר, וטרם ניתן צו אימוץ; הבקשה תוגש לבית המשפט בטופס בקשה כפי שייקבע בתקנות."

רשאי, קובע הסעיף, ומותר לשיקול דעת בית המשפט האם לבטל הסכמת הורה, שנתקבלה שלא כדין, באמצעות פסולים, תוך קביעת חסם זמנים קשיח של 60 יום מיום שנמסר הקטין למשפחה למטרת אימוץ.

לעומת זאת, בהתאם להלכה החדשה המוצעת בפסק הדין, שיקול הדעת המסור לבית המשפט בבואו לבחון אפשרות לביטול הסכמת הורה שנתנה לא כדין נשללת מבית המשפט בבואו להכריע בביטול פסק דין שניתן שלא כדין כנגד "אב לא ידוע", אף אם בקשה זו מוגשת חודשים ואולי אף שנים לאחר העברת הקטין למשפחה למטרת אימוץ.

מהי ההצדקה לאפליה בתוצאה אליה מובילה פרשנות הלכת הרוב בין הורה שהוחתם באמצעים פסולים ביחס לי הורה שקטין הוכרו כבר אימוץ נגדו בהליך פגום? אין לכך התייחסות בפסק הדין נשוא העתירה.

לעניות דעת הח"מ פרשנות זו מייצרת קשיים מהותיים ויישומיים לא מבוטלים, המחייבים קיומו של דיון נוסף, בהרכב מורחב, על מנת שתינתן החזדמנות לרוב שופטי בית המשפט העליון להביע עמדתם בסוגיה עקרונית זו.

#### ד. חידושה וחשיבותה של ההלכה

**(1) הלכת הרוב מפרשת לראשונה את תיקון מס' 8 לחוק האימוץ, ולה השלכות מרחיקות לכת על כלל הליכי האימוץ בישראל.**

100. עשור עבר מאז הסערה שטלטלה את מערכת המשפט עקב פרשת "תינוק המריבה". לאור הפרשה הנ"ל דאג המחוקק לתקן את החוק ע"מ להדגיש שאין לטלטל את הילד אף אם בזכות הורה עסקינן ושיזמן הילד" קדוש ואינו נמדד עפ"י כל כלי אחר למעט טובתו.

101. מאז הפרשה הקודמת ולאחר תיקון חוק האימוץ בשנת 2010, התכנס ביהמ"ש העליון לדון בפרשה דומה לראשונה שוב רק בעניינו של עידן. אכן, בעבר הוראות החוק לא היו מתודדות דיין ואפשרו פרשנות רחבה, אשר הובילה להליכים משפטיים ממושכים, לחוסר יציבות משפטית ודיונית. לאחר תיקון מס' 8 סבר המחוקק שנעל, או לכל הפחות הקטין את האפשרות ליצור טלטלות בהליכים רגישים אלו, אך פרשנות בית משפט נכבד זה הובילה לתוצאה הפוכה.

102. מאחר ועסקינן בפרשנות ראשונה לתיקון מס' 8 לחוק, פרשנות אשר אינה עולה בקנה אחד עם כוונת המחוקק, אין עוררין שהנושא מצריך דיון נוסף, אשר יאזן בין "זכות ההורה" לבין טובתו של הילד תוך התחשבות במושג "זמן הילד".

103. להכרעה נשוא העתירה השלכה רוחבית מרחיקת לכת על כל הליכי האימוץ בהסכמה בישראל.

כ- 50 תינוקות נמסרים לאימוץ בהסכמה בישראל, מדי שנה. המשמעות האופרטיבית המיידית של פסק הדין נשוא העתירה הינה יצירת חוסר וודאות משפטית ביחס לגורלם של כל הילדים שנמסרו לאימוץ לאחר תיקון מס' 8, שכן על פי הגיון הכרעת הרוב, משנפתחה הדלת לבחינת תקפותו של כל פסק דין המכריז על קטין כבר-אימוץ על-פי סעיף 13(א)(1), ללא מגבלת זמן (או לכל הפחות עד למתן צו אימוץ), כל הצדדים למשולש האימוץ (הורים ביולוגיים – קטין – הורים מיועדים לאימוץ) יכולים למצוא עצמם, בכל רגע נתון, בליבו של הליך משפטי סבוך, כואב ומורכב, המאיים לערער את כל עולמם.

104. ההכרעה שהתקבלה על ידי שופטי הרוב בפסק הדין, על פיה יש לפרש את סעיף 13(א)(ג) כך שמניין הזמנים של 60 יום מתחיל רק ביום שנודע לאב על הכרזת ילדו כבר אימוץ (כל עוד לא ניתן צו אימוץ) מרוקנת את הסעיף מכל תוכן, וקבלתה מובילה לביטול דה-פקטו של סעיף 13(א) לחוק במסגרת חקיקה שיפוטית.

מעבר לקושי המשפטי, יישום הפרשנות המוצעת משמעותה הותרת כל הילדים שנמסרו לאימוץ עד כה בהתאם להוראות סעיף 13(א) - 50 ילדים שעתידיים להימסר לאימוץ מדי שנה בהתאם להוראות סעיף 13(א) בחוסר וודאות מוחלטת במשך תקופה ארוכה (ועל פי עמדת המיעוט – השופטים מלצר והנדל – ייתכן גם לאחר מתן צו אימוץ ואף לאחר הגעתם לבגרות).

על פי הפרשנות המוצעת, כל אימת שגבר יגלה כי ילדו נמסר לאימוץ, מתישהו, ללא ידיעתו, יעמדו לרשותו 60 יום להגיש בקשה לביטול פסק הדין, ולבית המשפט לענייני משפחה תעמוד החובה, ללא כל שיקול דעת בצידה, לבטל את פסק הדין המכריז על הקטין כבר אימוץ, בהתאם לרישה של סעיף 13(א)(א). זאת, גם ביחס לקטין שנמסר לאימוץ לפני עשור, לפני שנה, לפני שנתיים, או בגיר שנמסר לאימוץ לפני שני עשורים.

הליך זה כרוך בכאב, סבל ובלבול לכל הנוגעים בדבר, ואף מהווה עיוות דין של ממש כלפי הקטין עצמו, אשר סביבו יוסיפו להתנהל דיונים וטלטלות, שעה שהמחוקק ביקש לייצר ודאות משפטית ויציבות עבורו עת תיקן את תיקון 8 לחוק.

**תוצאה קשה זו מחייבת דיון בהרכב מורחב אשר ישקף את עמדת רוב שופטי בית המשפט העליון הנכבד, ואשר תחזיר את הודאות המשפטית על כנה, ותוביל להטמעת הוראות החוק ולאחידות בפסיקה.**

## **(2) ההלכה נקבעת בדעת רוב**

105. נימוק נוסף לקיומו של דיון נוסף, ניתן למצוא בעצם העובדה כי ההלכה נקבעת בדעת רוב ולא פה אחד. ההלכה החדשה התקבלה בניגוד לעמדתו של כב' המשנה לנשיאה א. רובינשטיין שסבר שיש שפסק הדין המקורי ניתן כדין, וכי יש להותירו על כנו.

106. העובדה שבפסק הדין נחלקו הדעות בין שופטי ההרכב - בליבות הסוגיות העקרוניות שעמדו על הפרק תומכת אף היא בקבלת הבקשה ובהבאת הסוגיה האמורה בפני הרכב מורחב של בית משפט נכבד זה, על מנת שיקבעו את ההלכה הראויה והמדיניות הנכונה שנותנת משקל ראוי לטובתו של הקטין, להוראות חוק האימוץ, להלכות בית משפט נכבד זה ולהוראות האמנה בדבר זכויות הילד.

107. בית המשפט הנכבד עמד לא אחת על כך שאחד השיקולים הנשקלים בהליך של קבלת עתירה לדיון נוסף, הוא הסיכוי שהרכב מורחב של בית המשפט ישנה את תוצאת פסק הדין. סיכוי גבוה יותר קיים כאשר השופטים בפסק הדין נושא העתירה נחלקו בדעותיהם (ר' למשל דניאל 2393/12 מדינת ישראל נ' מולהי (טרם פורסם)).

108. הח"מ סבורות, בכל הכבוד הראוי, כי דווקא חוות דעתו של כב' המשנה לנשיאה א. רובינשטיין, מקיימת את מצוות המחוקק, עולה בקנה אחד עם פסיקתו של בית משפט נכבד זה ומקנה משקל לעיקרון טובת הילד במסגרת ההכרעה, והיא היא ההלכה הראויה בענייננו.

לסיכום, העותרות יטענו כי ההלכה שנקבעה בפסק הדין נשוא העתירה מעוררת קשיים מהותיים ומשמעותיים והיא בעלת השלכות רוחב כבדות משקל על כלל הליכי האימוץ, שישפיעו באופן קשה על כל הצדדים להליכים אלו.

לטענת העותרות, הפגם העיקרי שנפל בהכרעת הרוב בפסק הדין הינו העדרו של דיון מעמיק, לגופו של העניין, ועל בסיס חוות דעת מקצועיות החיוניות להכרעה, בטובתו של הקטין. ההכרעה התקבלה שללא שנבחנו מכלול השלכותיה על זכויותיו וצרכיו של הקטין, בעתיד הקצר, הבינוני והארוך, באופן הנוגד את הוראות סעיף 1 לחוק האימוץ, את פסיקת בית משפט נכבד זה ואת הוראות האמנה בדבר זכויות הילד. מדובר בפגם חריג שבחריגים ואף חסר תקדים בהליכי אימוץ, המצדיק קיומו של דיון נוסף בהרכב שישקף את רוב רובו של הרכב בית המשפט העליון.

לידיה רבינוביץ, עו"ד  
ממונה ארצית על ייצוג קטינים  
הסיוע המשפטי

מאיה חונגר, עו"ד  
אפוטרופא לדין