

זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים: לקחים מפרשת "תינוק המריבה"

מאת

רונה שוז*

פרשת "תינוק המריבה" העלתה לכותרות את הקושי הטמון בהכרעת סכסוכים בין הורים ביולוגיים לבין הורים המיועדים לאמץ ילד, במקרה שההורים הביולוגיים מתחרטים על מסירת הילד לאימוץ או מבקשים לבטל את הכרזת הילד כבר אימוץ, משום שהעובדות שעליהן מבוססת ההכרזה השתנו. בכל הערכאות אשר דנו בפרשת "תינוק המריבה", הזכירו השופטים בפסיקתם את זכויות ההורים הביולוגיים ואת האינטרסים של ההורים המאמצים ומוסד האימוץ. אף על פי כן, כמו בכל הפרשות הדומות הקודמות, ההחלטה הסופית בפרשה זו התבססה על עקרון טובת הילד. המאמר בוחן את השימוש בעקרון טובת הילד כמנגנון הכרעה בסכסוכים מהסוג של פרשת "תינוק המריבה". זאת, הן על ידי סקר השוואתי של התמודדות עם פרשות דומות בשיטות משפט אחרות והן על ידי ניתוח ביקורתי של יישום העיקרון של טובת הילד בפרשת "תינוק המריבה" עצמה. מסקנת הניתוח הינה, כי חוסר הוודאות האינהרנטי בחיפוש אחר "טובת הילד", ושיקול הדעת הנרחב הניתן לשופטים להחליט על פי תפיסת עולמם האישית, הינם בעייתיים במיוחד בסכסוכים מהסוג הזה. יחד עם זאת, בסקר ההשוואתי לא נמצאו מנגנונים מתאימים שיכולים להחליף את עקרון טובת הילד.

לפיכך, מציע המאמר לאמץ כעיקרון מנחה את זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים. המאמר בודק את מקורה של זכות זו ואת היקפה, ומציין שמדובר בזכות יחסית, שייטכן שזכויות אחרות של הילד יגברו עליה. ההצעה היא שהעיקרון בדבר הזכות לגדול אצל ההורים הביולוגיים ימלא שני תפקידים: ראשית, עיקרון זה יהווה מנגנון הכרעה בהתדיינות בין הורים ביולוגיים לבין הורים מאמצים במקום העיקרון של טובת הילד.

* ד"ר רונה שוז, מנהלת (משותפת) של המרכז לזכויות הילד והמשפחה, ומרצה בכירה במכללת שערי משפט. מרצה אורחת, באוניברסיטת בר-אילן. תודתי לעו"ד שרון פלדמן-לנגטון על השקעתה הרבה בעריכת המאמר ולעוזרת המחקר שלי צופנת סיאני-נורדמן על עבודתה המסורה, ולחברי המערכת "משפחה במשפט" דפנה שילה ואלחי קדוש.

עיקרון זה יוצר חזקה שהילד יגדל אצל ההורים הביולוגיים, אלא אם כן יוכח כי הדבר יגרום לפגיעה ממשית בזכויות אחרות של הילד. חזקה זו תפחית את חוסר הוודאות בהכרעה אצל מי יגדל הילד. שנית, העיקרון של זכות הילד לגדול אצל ההורים הביולוגיים ידריך את עיצוב דיני האימוץ על ידי המחוקק ובתי המשפט. התקווה היא שדיני אימוץ נכונים ימנעו את הצורך להתדיין, ולפיכך התפקיד השני חשוב יותר, בעוד התפקיד הראשון יהיה רלוונטי רק בדיעבד במקרים נדירים.

דיון בתפקיד השני צריך להתחיל עם הערכת המצב הקיים. על כן, בוחן המאמר עד איזו מידה עולים דיני האימוץ הנוכחיים בקנה אחד עם זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים. הבחינה מתמקדת בארבע סוגיות שעלו בפרשת "תינוק המריבה": (1) הליך מתן הסכמה לאימוץ, (2) חזרה מהסכמה למסור ילד לאימוץ, (3) הכרזת הילד כבר אימוץ על הבסיס שהאב אינו ידוע ו-(4) ביטול הכרזה זו. תוצאת בחינה זו הינה, כי היבטים לא מעטים של הדין המצוי אינם מקדמים את זכות הילד לגדול אצל ההורים הביולוגיים. לדוגמה, הקלות הבלתי נסבלת של מסירת הילד לאימוץ זמן קצר אחרי הלידה, ללא בדיקה רצינית של מצבה הנפשי של האם, יחד עם המצב, בו האפשרות להתחרט על מסירת ילד לאימוץ כמעט שאינה קיימת בפועל, הן בגלל עיכובים מערכתיים והן בגלל החקיקה ופרשנותה, עלולים להוביל למצב שהילד יגדל אצל הורים מאמצים, גם כאשר קיימת אפשרות עבורו לגדול אצל ההורים הביולוגיים, ללא פגיעה בזכויותיו האחרות.

בעקבות מסקנות אלה, ממשיך המאמר ודן בהצעות שונות לשפר את המצב הקיים לגבי ארבע הסוגיות המוזכרות לעיל. המאמר, בדונו בהצעות אלה, מעלה את האינטרסים השונים, מסביר את ההתלבטויות ומנמק את בחירת ההצעות המומלצות.

לאחר שמאמר זה התקבל לפרסום, הוצא דו"ח הביניים של הוועדה לבדיקת חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981, והליכי אימוץ ילדים בישראל, בראשותו של השופט (בדימוס) ברנר. הדו"ח עוסק בנושא ההסכמה לאימוץ, ומפאת חשיבותן הרבה של המלצות הוועדה, הוסף למאמר פרק שמנתח בקצרה המלצות אלה. מסקנת הניתוח הינה שבעוד ההמלצות בעניין הליך מתן הסכמה הינן ראויות וברוכות, ההמלצות בעניין חזרה מהסכמה, המשמרות את המצב הקיים, אינן מקדמות את זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים.

משפחה במשפט א התשס"ז זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים : לקחים מפרשת "תינוק המריבה"

א. מבוא

ב. הכרעה על פי עיקרון טובת הילד

1. רקע היסטורי והשוואתי להכרעה בסכסוכים בין ההורים הביולוגיים לבין ההורים המאמצים על פי עקרון טובת הילד – פרשות קודמות של "תינוקות מריבה"
2. הבעייתיות בקביעת טובת הילד בכלל, והבעייתיות בקביעת טובת הילד בפרשת "תינוק המריבה" בפרט
3. הגישה החדשה להכרעה על פי עקרון טובת הילד בהשוואה להכרעה על פי עקרון זכויות הילד

ג. זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים

1. מקור הזכות
2. היקף הזכות

ד. בחינת דיני האימוץ הנוכחיים

1. הליך מתן ההסכמה לאימוץ
 2. חזרה מהסכמה
- א. הדרישה לטעמים מיוחדים
- ב. טובת הילד
3. הכרזת הילד כבר אימוץ על בסיס העילה כי זהות האב אינה ידועה
 4. ביטול הכרזת הילד כבר אימוץ
 5. מימד הזמן
 6. הכרזת הילד כבר אימוץ על בסיס העילה של חוסר מסוגלות הורית
 7. אימוץ פתוח

ה. הצעות לשינוי ולשיפור

1. הליך מתן ההסכמה לאימוץ
2. חזרה מהסכמה
3. אב שאינו ידוע
4. ביטול ההכרזה כאשר האב מופיע
5. מימד הזמן
6. הכרזת הילד כבר אימוץ על בסיס העילה של חוסר מסוגלות הורית
7. אימוץ פתוח

ו. סיכום ומסקנות

ז. ועדת ברנר

1. זכויות הילד
 2. המועד לקבלת ההסכמה למסירת ילד לאימוץ
- א. המועד הרגיל
- ב. הפעולות שייעשו בטרם קבלת ההסכמה
- ג. מקרים חריגים

3. קבלת ההסכמה
 - א. מקבל ההסכמה
 - ב. אופן קבלת ההסכמה
 - ג. רכיבי כתב ההסכמה
4. חזרה מהסכמה
 - א. העילה לחזרה מהסכמה
 - ב. המועד לחזרה מהסכמה
 - ג. אופן החזרה מהסכמה
5. סיכום

א. מבוא

הפרשה שכונתה על ידי התקשורת פרשת "תינוק המריבה" הייתה מושא לכותרות רבות ולדיון ציבורי נרחב, אך ראוי להדגיש כי פרשה זו אינה המקרה הראשון מסוגו בישראל. מעיון בפסיקה ניתן למצוא מקרים קשים לא פחות, וייתכן שאף יותר, בהם הורים צעירים, אשר מסרו את ילדם לאימוץ ימים ספורים לאחר הלידה, התחרטו בתוך פרק זמן קצר לאחר מסירת הילד להורים המיועדים לאמצו. בשל עיכובים במערכת הרווחה ובמערכת המשפט, בקשת ההורים הביולוגיים לחזור בהם מהסכמתם לאימוץ נדונה בבתי המשפט זמן רב לאחר שהודיעו כי הם חוזרים בהם מהסכמתם לאימוץ ילדם.¹ בשל כך, בין היתר, נקבע על ידי בתי המשפט בסופו של הליך כי יש להשאיר את הילד אצל ההורים המאמצים.

פרשת "תינוק המריבה" הייתה מורכבת אף יותר מפרשות אחרות, מכיוון שהאם הרווקה סירבה לגלות את זהות אביו הביולוגי של התינוק, עימו נותק הקשר, ועל כן הוכרז הילד כבר אימוץ כלפי האב בהתבסס על העילה כי זהות האב אינה ידועה. כאשר מלאו לתינוק שלושה וחצי חודשים ולאחר שנמסר להורים המיועדים לאמצו, התחרטה האם על מסירת בנה לאימוץ, ביקשה לחזור בה מהסכמתה לאימוץ והגישה בקשה בעניין לבית המשפט. האם אף יצרה קשר עם אביו הביולוגי של בנה ויידעה אותו אודות הולדת בנו. כתוצאה מכך, הגיש האב, נוסף לבקשתה של האם, בקשה לביטול הכרזת הילד כבר אימוץ. בית המשפט לענייני משפחה החליט לדון תחילה בבקשת האב וקיבל את בקשתו.² בהתאם, הורה בית המשפט, כחודש ימים לאחר יום הולדתו הראשון של התינוק, על מסירת הילד למשמורתו של אביו הביולוגי.³ ערעורם של היועץ המשפטי

1 ע"א 546/89 פלונים נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מה(1) 185 (1990), מדובר בשנה שלמה.
 2 מ"א 87/03 פלונים נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם, 16.03.04).
 3 למרות שלא הכריעו בבקשת האם לחזור בה מהסכמתה, הבין בית המשפט שבפועל שני ההורים יגדלו את הילד.

משפחה במשפט א התשס"ז זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים : לקחים מפרשת "תינוק המריבה"

לממשלה וההורים המאמצים לבית המשפט המחוזי, נדחה (בדעת רוב),⁴ בעיקר בשל חשיפת העובדה כי האב המאמץ סובל ממחלת כליות וכי תוחלת חייו המשווערת הינה כשבע שנים בלבד. אף על פי כן, ערעור נוסף שהגישו ההורים המאמצים לבית המשפט העליון, ואשר נדון כאשר היה הילד כבר כבן 20 חודשים, התקבל (שוב בדעת רוב), ובסיכומו של הליך נשאר הילד אצל ההורים המאמצים.⁵

בכל הערכאות אשר דנו בפרשת "תינוק המריבה", כמו בפרשות קודמות דומות, הזכירו השופטים בפסיקתם את זכויות ההורים הביולוגיים ואת האינטרסים של ההורים המאמצים ומוסד האימוץ. אף על פי כן, ההחלטה הסופית בפרשה זו, כמו גם בכל הפרשות האחרות, התבססה על עקרון טובת הילד, כאשר בפרשת "תינוק המריבה", לדעת רוב שופטי בית המשפט העליון, הנזק שייגרם לילד בשל הניתוק מההורים המאמצים, שהם הוריו הפסיכולוגיים, יעלה על הנזק שייגרם לו אם יישאר במשמורתם. ייתכן שהקונצנזוס היחיד הקיים בפרשת "תינוק המריבה"⁶ הינו כי ההתדיינות הממושכת לא שירתה לא את טובת הילד ולא כל אינטרס אחר, ולכן יש למנוע את הישנות הדבר בעתיד. על שולחן הכנסת כבר הונחו הצעות חוק המיועדות למנוע חזרה על התסריט שהתרחש בפרשת "תינוק המריבה", ואף מונתה ועדה לבדיקת חוק האימוץ בראשותו של כבוד השופט (בדימוס) שלום ברנר.

מטרת מאמר זה הינה להציע, כי בחיפוש אחר פתרונות ושינויים בחוק, העיקרון שראוי כי יחול ויהיה העיקרון המנחה הוא זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים. לצורך כך, נבחן הכרעות העוסקות בסכסוכים בין הורים ביולוגיים לבין הורים מאמצים, אשר התבססו על עקרון טובת הילד, נדון במקורה ובהיקפה של זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים ונוכח כי דיני האימוץ הנוכחיים בישראל אינם ממקסמים את מימוש זכותו זו של הילד. לבסוף, נציג את השינויים הנדרשים בחוק על מנת לתקן את המצב הקיים כיום.

ראוי להקדים ולהעיר שתי הערות, הרלוונטיות למאמר כולו. ראשית, המאמר מתמקד בזכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים. כיוון שלרוב זכות זו תואמת את זכויותיהם של אותם הורים, ניתן לעתים לקבל את הרושם שאנו מבקשים להגן על זכויות ההורים. יש להבהיר, כי המאמר נכתב מתוך תפיסה, שלפיה המטרה העיקרית של הענקת זכויות ההורים הינה לאפשר להם להגן על האינטרסים של הילד, תוך מניעת

4 ע"מ 04/04 פלוגית ופלוגי, ההורים המיועדים לאמץ הקטין נ' ההורים הביולוגיים (טרם פורסם, 30.12.04) (להלן: פרשת "תינוק המריבה" (מחוזי)).

5 בע"מ 377/05, בע"מ 399/05 פלוגית ופלוגי, ההורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' פלוגי ופלוגית, ההורים הביולוגיים, פדאור (10)05 489 (2005) (להלן: פרשת "תינוק המריבה" (עליון)).

6 ראו לדוגמה את הדעות השונות המובאות בכתבה "שתי אמהות, שתי דעות" ידיעות אחרונות 14.06.04, ואת הדעות השונות שפורסמו באתר ynet ביום 21.04.05 www.ynet.co.il.

התערבות בלתי מוצדקת מצד גורמים חיצוניים בגידולו, העלולה להזיק לו.⁷ כלומר, לרוב, זכויות ההורים מיועדות לשרת את האינטרסים של הילד ולא את אלה של ההורים. לפיכך, בדיון הנוכחי, חיזוק מעמד ההורים משמש אמצעי לקידום זכות הילד ואינו מהווה מטרה בפני עצמה.

שנית, מטרתו העיקרית של המאמר הינה הצעת שינויים בחוק המסדיר את הליך האימוץ, על מנת לתקן את הכשל המערכתי, המביא למצבים כגון זה בפרשת "תינוק המריבה", בהם הצורך להכרעה עלה בדיעבד. הטיעון העיקרי שלנו הינו, שבעיצובו מחדש של הליך האימוץ העיקרון המנחה צריך להיות זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים. מעבר לכך, אנו טוענים שגם במקרים בהם יש צורך להכריע בדיעבד, על בית המשפט לממש את זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים, אלא אם כן מוכח כי זכויות אחרות של הילד גוברות על זכות זו. נסביר בהמשך מדוע, לדעתנו, מנגנון הכרעה זה עדיף על מנגנון הכרעה המבוסס על טובת הילד.

ב. הכרעה על פי עקרון טובת הילד

1. רקע היסטורי והשוואתי להכרעה בסכסוכים בין ההורים הביולוגיים לבין ההורים המאמצים⁸ על פי עקרון טובת הילד – פרשות קודמות של "תינוקות מריבה"

באנגליה, לאחר ביטול הכלל הארכאי כי לאב יש זכות בלעדית לאפוטרופסות ולהחזקת ילדיו, אומץ ב-Guardianship Act 1925 מבחן טובת הילד, כמנגנון הכרעה בסוגיות משמורת, המיועד להכריע בסכסוכים בין ההורים לבין עצמם. השאלה, אם דבר חקיקה זה מכריע על פי מבחן טובת הילד גם בסכסוכים בין ההורים לבין צד שלישי לא הוכרעה באופן סופי עד שנת 1970 בפסק הדין J v. C.⁹

7 תפיסה זו תואמת את התפיסה שהובעה בפסק הדין המנחה בעניין זכויות הילד Gillick v. West Norfolk & Wisbech Health Authority and the DHSS [1986] 1 AC 112, שלפיה הורים מוסמכים לקבל החלטות עבור ילדיהם משום שילדיהם אינם מסוגלים לדאוג לעצמם. לפיכך, ככל שילדים מתבגרים ומסוגלים לפעול באופן עצמאי, כך זכויות הוריהם פוחתות בהתאמה.

8 למרות שבדין הישראלי המאבק הפורמלי הוא, בדרך כלל, בין ההורים הביולוגיים לבין היועץ המשפטי לממשלה, מדובר למעשה במאבק על הילד בין ההורים הביולוגיים לבין ההורים המאמצים. יש לציין שבאופן חריג, בפרשת "תינוק המריבה" ניתן להורים המאמצים מעמד מסוים שכלל את הזכות לטעון את טיעוניהם בבית המשפט באמצעות עורך דין, אך לא לקבל פרטים אודות ההורים הביולוגיים. ראו בע"מ 6930/04 פלונית ופלונני המיועדים לאימוץ נ' האב הביולוגי, פדאור (2004) 775 (9)04.

9 (H.L.) Jv. C, [1970] A.C. 668.

מקרה זה עסק בסכסוך בין הורים ביולוגיים ממוצא ספרדי לבין הורים אומנים ממוצא אנגלי, והשאלה שנדונה הייתה מי ימשיך לגדל את הילד שטופל על ידי ההורים האומנים מלידה עד גיל שנה (בעקבות אשפוז האם) ומגיל שלוש ועד גיל תשע, כאשר נמסר להם על ידי ההורים הביולוגיים אחרי חזרתם לספרד (בגלל מצבם הכלכלי הגרוע והשפעתו על בריאות הילד). יודגש, כי ההליכים המשפטיים החלו לאחר בקשת ההורים לקבל את הילד בחזרה לחזקתם, עת היה הילד עוד בן חמש. למרות שבמקרה זה דובר בהורים אומנים ולא בהורים מאמצים השאלה העיקרית אשר עמדה על הפרק הייתה זהה לזו העולה בפרשות "תינוקות מריבה", קרי האם טובת הילד גוברת על זכויות ההורים הביולוגיים? בית הלורדים ענה על שאלה זו בחיוב וקבע, כי טובתו של הילד במקרה הספציפי דורשת כי ימשיך לגדול אצל הוריו האומנים.

יש לציין כי גישה זו, שעל פיה ההכרעה במשמורת מבוססת על עקרון טובת הילד, לא תמיד מובילה לתוצאה על פיה יושאר הילד אצל ההורים המאמצים או האומנים. לדוגמה, בפסק דין *Re M*,¹⁰ נדונה שאלה זהה לזו שפסק דין *J v. C*, אלא שבמקרה זה מדובר היה בילד משבט הזולו בדרום אפריקה. הילד גר באנגליה כמשך ארבע שנים בהסכמת הוריו הביולוגיים אצל אלמנה, שהייתה מעסיקתה לשעבר של אם הילד. כאשר ההורים הביולוגיים התחרטו וביקשו את ילדם בחזרה, נעתר בית המשפט לבקשתם, לא על בסיס זכויותיהם ההוריות, אלא בנימוק כי טובתו של הילד דורשת שיגדל בין בני השבט אליו הוא משתייך, ולא בחברה זרה. הילד אכן הוחזר לדרום אפריקה אך לא התאקלם שם ונשלח לאנגליה בשנית על ידי הוריו.¹¹ בשולי דברים אלו, אך לא בשולי העניין, נציין, כי כך למעשה מדגים פסק דין זה גם את הבעייתיות של קביעת טובת הילד במקרים גבוליים, ובמיוחד את השלכות ההשפעה של תפיסות העולם השונות של השופטים והיעדר מתן משקל מספיק לרצונו של הילד.

ראוי להבהיר, כי הצורך לקבוע מהי טובת הילד בנוסבות הדומות לאלו שהיו בפרשת "תינוק המריבה" לא התעורר באנגליה משתי סיבות. הראשונה הינה העובדה, כי לאבות אין זכויות כלפי ילדים אשר נולדו להם מחוץ לנישואין, ולפיכך אין צורך בהסכמתם לאימוץ ילדים אלו.¹² זאת, אלא אם כן הקנו לעצמם אחריות הורית קודם לכן על ידי הסכם עם האם, על ידי צו בית משפט¹³ או אחרי נובמבר 2002, על ידי רישומו

10 *Re M (Child's Upbringing)* 2 FLR 441 [1996].

11 Michel D.A. Freeman, *The Best Interests of the Child? Is The Best Interests of the Child in the Best Interests of Children?*, 11 INTERNATIONAL JOURNAL OF LAW, POLICY AND THE FAMILY 360, 382 (1987).

12 ראו *Re L (A Minor) (Adoption)* וגם *Re M (An Infant)* [1955] 2 (Q.B.) 479 (C.A.) ו-171 (C.A.) [1991] 1 F.L.R. Procedure. אף על פי כן, אם הוא משלם מזונות יש לו זכות שמיעה בהליכי האימוץ, ובמקרים אחרים יש לבית המשפט שיקול דעת לאפשר לו להשתתף בהליכים 4(3) and 15(2)(h) rules 1984/265 S.I. 1984, Adoption Rules 1984.

13 על פי Children Act 1989 s.4.

של האב כאבי הילד.¹⁴ הסיבה השנייה הינה, כי על פי החוק הישן שחל באנגליה (Adoption Act 1976), אם שמסרה את ילדה לאימוץ הייתה רשאית לחזור בה מהסכמתה לאימוץ עד למועד מתן צו האימוץ, אלא אם כן רשויות הרווחה סברו, כי טובתו של הילד דורשת שהוא לא יוחזר לחזקתה של האם, ופנו לבית המשפט בבקשה כי יכריז על הילד כבר אימוץ חרף התנגדות האם (to dispense with her consent), תוך שהם מתבססים על העילה שסירוב האם להסכים לאימוץ אינו סביר. בפסיקה נקבע, כי ככל שהילד נשאר בבית ההורים המאמצים זמן רב יותר, כך תתקשה האם להוכיח כי חזרתה בה מהסכמתה לאימוץ הינה סבירה. כפי שציין השופט Ormrod בביטוייו הידוע, "Time begins to run against the mother".¹⁵ למרות שבחינת סבירות סירובה של האם לאימוץ מבוסס בוודאי על עקרון טובת הילד, הרי שבמקרים בהם קיים ספק אמיתי, לעניין השאלה מהי טובת הילד, החלטת האם לחזור בה מהסכמתה תיחשב סבירה.

אף על פי כן, יש לציין כי על פי החוק החדש באנגליה (The Adoption and Children Act 2002), שנכנס לתוקף ב-7 בנובמבר 2002, הורה אינו רשאי לחזור בו מהסכמתו לאחר הגשת הבקשה לאימוץ על ידי ההורים המאמצים.¹⁶ על פי החוק, המועד המוקדם ביותר להגשת הבקשה משתנה לפי הנסיבות של האימוץ. במקרה של ילד שנמסר להורים המאמצים על ידי סוכנות אימוץ או על פי צו בית משפט, ניתן להגיש בקשה כאשר הילד גר אצל ההורים המאמצים במשך עשרה שבועות.¹⁷ נוסף לכך, העילות להכרזת ילד כבר אימוץ ללא הסכמת ההורים שונו, ועל פי החקיקה החדשה העילה היחידה להכרזת הילד כבר אימוץ היא אם טובת הילד דורשת זאת.¹⁸ לאור כל האמור לעיל, ייתכן שבעתיד, במקרים בהם תחזור בה האם מהסכמתה לאימוץ לאחר שהובא הילד לבית ההורים המאמצים אך בטרם הוגשה הבקשה לאימוץ, תיערך התדיינות אשר בבסיסה תהא השאלה מה דורשת טובת הילד, התדיינות הדומה עד מאוד באופייה להתדיינות שנערכה בפרשת "תינוק המריבה".

14 ראו Adoption and Children Act 2002 s.111. אולם, יש לציין כי האב אינו רשאי להירשם כאבי הילד ללא הסכמת האם (אם אין הסכם ביניהם או צו בית המשפט המכיר באבהותו), ראו Sections 10 and 10A of the Births and Deaths Registration Act 1953 (as amended).

15 *Re H (Infant) (Adoption: Parental Consent)* [1977] 2 All E.R. 339, 340

16 § 52. Adoption and Children Act, 2002.

17 שם, סעיף 42.

18 השימוש במבחן טובת הילד כעילה להכריז על ילד כבר אימוץ שנוי במחלוקת באנגליה, ואינו עולה בקנה אחד עם רוח ההמלצות של הדו"ח שקדם לרפורמה בחוק. לדיון בעניין זה, ראו: Elizabeth Cooke, *Dispensing with Parental Consent to Adoption – A Choice of Welfare Texts*, CFLQ 259 [1997].

בארה"ב קיים עדיין בלכול בעניין השאלה באילו נסיבות תיקבע הכרעה בסכסוך שבין הורים ביולוגיים להורים מאמצים על פי זכויות ההורים, ובאילו נסיבות היא תיקבע על פי עקרון טובת הילד. שלושה פסקי דין משנת 1993 שזכו לפרסום נרחב בתקשורת מדגימים התלבטות זו.¹⁹ שני פסקי דין שהינם החלטת בית משפט העליון הפדרלי בפרשת Baby Jessica²⁰ והחלטת בית המשפט לערעורים במדינת אילינוי בפרשת Baby Richard²¹ ממשיכים את הגישה המסורתית, שעל פיה אין להוציא ילד ממשמורת הוריו הביולוגיים, אלא במקרים בהם אין ההורים ראויים לגדלו, וזאת, גם אם אנשים אחרים מסוגלים לגדלו טוב יותר מהוריו הביולוגיים.²² לפרשת Baby Jessica קווי דמיון רבים לפרשת "תינוק המריבה" הישראלית. גם במקרה זה דובר באם שלא הייתה נשואה, תושבת מדינת איוהו (Iowa), אשר לא ידעה את האב אודות לידת התינוקת ואף שיקרה לרשויות לגבי זהות האב, תוך שהיא מוסרת להן זהות בדויה. האם והאדם, שאותו ציינה האם בפני הרשויות כאבי בתה, חתמו על הסכמה למסור את התינוקת לאימוץ והתינוקת נמסרה להורים שהיו מועמדים לאמצה במדינת מישיגן. תשעה ימים לאחר חתימתה על מסמכי האימוץ, התחרטה האם. היא ידעה את אביה האמיתי של התינוקת בכל אשר אירע, והחל מאבק משפטי בין ההורים הביולוגיים לבין ההורים שהיו מיועדים לאמץ את התינוקת. המאבק התנהל בכל הערכאות המשפטיות במדינות איוהו ומישיגן.²³ לבסוף, הגיע להכרעה בבית משפט העליון של ארה"ב, אשר פסק, כי יש להשיב את הילדה להוריה הביולוגיים, וזאת, למרות שהילדה כבר התגוררה בבית ההורים המיועדים לאמצה במשך שנתיים. בית המשפט ביסס את החלטתו בנימוק כי אין מכריעים במקרים כאלה על פי מבחן טובת הילד, אלא על פי מבחן זכויות ההורים. על אף שהאם ויתרה על זכויותיה, האב לא ויתר על זכויותיו וזכויותיו לא הופקעו. כך נקבע גם בפרשת Baby Richard.²⁴ מקרה זה עסק בילד שנולד מחוץ לגישואין ואמו נתנה את הסכמתה לאימוצו. ההבדל בין מקרה זה לקודמו אשר

19 לדיון על פסקי דין אלה, ראו E.P. Miller, *DeBoer v. Schmidt and Twigg v. Mays: Does the "Best Interests of the Child Standard Protect the Best Interests of Children?"*, 20 CONTEMP. L. J. 497 (1994) וגם Janet Leach Richard, *Redefining Parenthood: Parental Rights Versus Child Rights*, 40 WAYNE L. REV. 1227 (1994).

20 *DeBoer by Darrow v. DeBoer*, 114 S.Ct. 1 (U.S. Supp. Ct.1993).

21 *In re Doe*, 627 N.E. 2d 648 (Ill. App. Ct., 1993).

22 ראו לדוגמה פרשת *Herbstman v. Shifan*, 363 Mich 64' 108 N.W. 2d 869 (Mich. Up. Ct., 1961). שם בנסיבות דומות לאלה שבפסק הדין *J v. C*, לעיל ה"ש 9, ילדה בת ארבע הוחזרה לאביה למרות שרצתה להישאר עם קרובי המשפחה שגידלו אותה במשך שנתיים וחצי, זאת ללא בדיקת טובתה.

23 לפירוט ההליכים השונים ראו תוספת למאמר Marian L. Faupel, *The Baby Jessica Case and the Claimed Conflict between Children's Rights and Parent's Rights*, 40 WAYNE L. REV. 285, 316 (1994).

24 *In re Doe* 638 N.E. 2d 181 (Ill. 1994).

הבאנו היה, כי במקרה זה ידע האב על ההריון ועוד בטרם הלידה הביע את רצונו לגדל את הילד. האם שנפרדה מהאב טרם הלידה ניסתה לסכל אפשרות זו וסיפרה לו כי הילד נפטר סמוך לאחר הלידה. חודשיים לאחר הלידה גילה האב את האמת. בשלב זה כבר התגורר הילד אצל ההורים המיועדים לאמצו. האב פתח בהליכים משפטיים ולאחר מאבק משפטי ארוך הושב הילד לאביו הביולוגי, בגיל שנתיים וחצי. בית המשפט העליון של מדינת אילינוי קבע כי לא די בטובת הילד על מנת להפקיע את זכויותיו של האב.

מגמה הפוכה מזו, אשר באה לידי ביטוי בשני פסקי דין אלו, ניתן לראות בפסק הדין *Twigg v. Mays*²⁵. מקרה טרגי זה נבע משגיאת אנוש שאירעה במחלקת יולדות בבית חולים, כאשר בטעות הוחלפו שתי תינוקות. כתוצאה מכך, גדלה כל אחת מהתינוקות אצל הורים, אשר לא היו הוריה הביולוגיים. הטעות התגלתה כאשר אחת הבנות, אשר סבלה ממום בלב, עברה בגיל עשר בדיקות דם אשר הוכיחו כי היא אינה בתם הביולוגית של בני הזוג *May* שגידלו אותה. לאחר מות הילדה, חיפשו ומצאו בני הזוג *May* את בתם הביולוגית האמיתית, שגדלה אצל משפחת *Twigg*. לאחר שהאמת יצאה לאור החלו בני הזוג *May* לבקר את בתם הביולוגית. אולם, תוך פרק זמן קצר, מר *Twigg*, האב שגידל את הילדה, מנע את הביקורים ובני הזוג *May* פנו לבית המשפט בבקשה למשמורת, וזאת, למרות התנגדות הילדה שהייתה כבר כבת 14. בית המשפט לא נעתר לבקשתם של בני הזוג, ואף הפקיע את זכויותיהם כהורים הביולוגיים, בנימוק, כי העברת הבת למשמורתם של הוריה הביולוגיים תגרום לה נזק. כך גבר, למעשה, במקרה ייחודי זה מבחן טובת הילד על כל שיקול אחר.²⁶

ניתן להציע שתי הבחנות עיקריות בין שני פסקי הדין הראשונים לבין פרשת *Twigg v. Mays*. הראשונה הינה כי כאשר מדובר במקרים של אבות שלא ידעו אודות לידת בנם ומסירתו לאימוץ, יכולים היו ההורים המאמצים למנוע את הנזק לתינוק אם היו מוותרים עליו מיד עם בקשת האב לקבל את הילד לחזקתו, אשר התקבלה זמן קצר לאחר מסירת הילד לידיהם.²⁷ אולם, למרות שהבדל זה מצדיק את העדפת אינטרס

25 *Twigg v. Mays*, WL (Fla. Cir. Ct. 1993).

26 Miller, לעיל ה"ש 19, טוענת, כי פסק דין זה אינו מעניק משקל ראוי לזכויות ההורים הביולוגיים. לדעתה, מן הראוי היה להמשיך את הקשר בינם לבין הילדה.

27 השופט בפרשת *Baby Richard*, לעיל ה"ש 24, אמר כך במפורש. יש לציין שבמקרה זה, ההורים המאמצים ידעו על כוונת האם לשקר לאב, ובבקשתם לאמץ את הילד רשמו שהאב אינו ידוע, כך שהיו שותפים למרמה.

עוד יש לציין כי מדובר באימוץ פרטי. חשוב להשוות את המצב בישראל, בה אין אימוצים פורמליים וכל האימוצים הפנימיים נעשים באמצעות השירות למען הילד. לפיכך, ההחלטה אם להיבבק בבקשת ההורה הביולוגי לקבל את ילדו בחזרה הינה החלטה של היועץ המשפטי לממשלה, המייצג את השירות למען הילד. כמו כן, ההורים המיועדים לאמץ את הילד אינם צד להתדיינות בשאלה אם להחזיר את הילד להוריו הביולוגיים, ראו לעיל ה"ש 8.

משפחה במשפט א התשס"ז זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים: לקחים מפרשת "תינוק המריבה"

ההורה הביולוגי על ההורים המאמצים, אין הוא מצדיק את "הענשת" הילד על טעויות שבוצעו על ידי מבוגרים. הבחנה שנייה, ואולי זו המועילה יותר, הינה גילו של הילד בעת הגשת בקשתם של ההורים הביולוגיים. המלומד טשנר מציע כי ככל שחולף זמן רב יותר מעת הלידה ועד להגשת בקשת ההורה(ים) הביולוגי(ים) לקבל את הילד לחזקתו(תם), כך מתחזקים ביחס ישיר האינטרסים של הילדים ונחלשות זכויות ההורה(ים) הביולוגי(ים).²⁸

יש לציין, כי במקום להכריע בצורה ברורה, ולהבהיר את היקף החלתו של עקרון טובת הילד בסכסוכי משמורת מסוג זה של פרשת "תינוק המריבה", עסקו בתי משפט ומחוקקים בארה"ב הן בהגדרת היקף זכויותיהם של אבות שאינם נשואים והן בהגבלת זכותו של הורה לחזור בו מהסכמתו למסור את ילדו לאימוץ. הפסיקות והחוקים הללו מנעו בעצם התדיינות, כגון זו בפרשת "תינוק המריבה", במקרה שלאב נודע על לידת בנו לאחר שהילד נמסר לאימוץ. משום שמטרת מאמר זה היא לחפש דרכים שימנעו חזרת התסריט של פרשה זו, מצאנו לנכון, כחלק מהרקע ההשוואתי, לפרט התפתחויות אלה.

בפסק הדין המנחה *Lehr v. Robertson*,²⁹ נקבע, כי אבהות ביולוגית אינה מעניקה לאב אינטרס המוגן על ידי החוקה. רק אם מגלה האב עניין בפיתוח יחסים עם הילד ונוטל על עצמו חלק מהאחריות ההורית, יזכה האב להגנת הסעיף בחוקה המחייב הליך הוגן (Due Process).³⁰ בעקבות פסק דין זה, התמקדה ההתדיינות סביב השאלה מה הן בדיוק הפעולות שאותן על אב לבצע על מנת לקבל זכות חוקתית להתנגד לאימוץ בנו.³¹ במיוחד עלתה השאלה כיצד אב, אשר אינו יודע כלל על לידת בנו, מסוגל למלא את הדרישות העוסקות בקבלת אחריות הורית. בחלק ממדינות ארה"ב נפתרה בעיה זו על ידי הקמת מרשמים לצורך רישום אבות שאינם נשואים.³² אב, שסבור כי נולד לו או יולד לו תינוק, אשר רושם עצמו במרשם, מקבל הודעה על כוונה לפתוח בהליכי אימוץ

T. Teschner, *Rights of Parents: DeBoer v. DeBoer: The Rights of Unwed Fathers in Adoption*, 14 J. CONTEMP. LEGAL ISSUES 323 (2004) 28

Lehr v. Robertson, 463 U.S. 248 (U.S. Supp. Ct., 1983) 29

רעיון זה גם מוצא ביטוי בהקדמה ל-Uniform Adoption Act (1994), שמצהיר: 30

Involuntary as well as voluntary termination proceedings conform to constitutional standards of due process, but an individual's biological ties to a child are not alone sufficient to bestow full parental rights on that individual. The Act protects the parental status of biological parents who have actually functioned as a child's parents.

Alexandra Maravel, *Intercountry Adoption and the Flight from Unwed Father's Rights: Whose Right is it Anyway*, 48 SOUTH CAROLINA L. REV. 497, 505 (1997) 31

לדיון ביתרונות שיטה זו ובחסרונותיה, ראו להלן בחלק ג. 32

והוא זכאי להתנגד לאימוץ. ואולם, אב אשר אינו רשום ואשר אינו פועל תוך פרק זמן נקוב בטרם מסירת הילד להורים המאמצים,³³ לא יהיה זכאי להישמע בהליכי האימוץ.³⁴ המגמה להגדיר את היקף זכויות ההורים על ידי מערכת כללים נוקשים קיימת גם לעניין זכות ההורה לחזור בו מהסכמתו למסור את ילדו לאימוץ. כבר בשנת 1956,³⁵ ציין בית המשפט במדינת אריזונה את נטיית בתי המשפט לקבוע, כי הסכמת ההורים הביולוגיים לאימוץ הינה סופית וכי לא ניתנת להורה האפשרות לחזור בו מהסכמתו, וזאת, על מנת להגן על טובת הילד.³⁶ החלטה זו מצאה ביטוי בחוקים שנחקקו מאז במספר מדינות בארה"ב, על פיהם הסכמת ההורים הביולוגיים לאימוץ הינה סופית.³⁷ נוסף לכך, בחלק מהמדינות נחקקו חוקים המתירים להורים לחזור בהם מהסכמתם לאימוץ (ללא תנאים), אך זאת רק בתוך פרק זמן קצר מאוד לאחר שניתנה.³⁸ יחד עם זאת, ראוי לציין כי קיימים חוקים במספר מדינות בארה"ב המאפשרים להורה חזרה מהסכמתו או המאריכים במקצת את המועד שבו רשאי ההורה לחזור בו מהסכמתו, כאשר מוכח כי חזרה זו משרתת את טובת הילד.³⁹

בישראל, אומצה לעניין הכרעה בין הורים ביולוגיים להורים מאמצים גישת ביניים, שהינה בין הגישה האנגלית, שעל פיה עקרון טובת הילד הוא העיקרון המכריע, לבין הגישה הרווחת בארה"ב, שעל פיה ההכרעה מתבססת על פי זכויות ההורים המוגדרות על ידי מערכת כללים נוקשה. פסק הדין **קונסלוס נ' תורג'מן**,⁴⁰ שגרם בזמנו לסערה ציבורית, עסק בהורים מאמצים ישראלים אשר אימצו בתום לב ילדה מברזיל בשם קרולינה. כשנתיים לאחר האימוץ נחשפה העובדה, כי הילדה נחטפה על ידי עבריינים העוסקים בסחר בילדים, והוריה הביולוגיים ביקשו לקבלה חזרה אליהם. בג"צ קיבל את עתירת ההורים הביולוגיים לצו "הביאס קורפוס" והילדה הוחזרה אליהם. בית המשפט נימק את החלטתו בעובדה כי ההורים הביולוגיים היו עדיין האפוטרופסים הטבעיים של הילדה, על פי סעיף 14 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962 (להלן: "חוק הכשרות"), משום שמסמכי האימוץ היו מזויפים, ולפיכך לא הופקעו

33 בניו יורק התקופה היא שישה חודשים, ראו *In re Raquel Marie X*, 559 N.E. 2d 418 (N.Y. 1990).

34 ראו לדוגמה *In re Robert O v. Russell K.*, 604 N.E. 2d 99 (N.Y. 1992).

35 *In re Adoption of Holman*, 295 P. 2d 372, 374 (Arizona, 1956).

36 ראו גם החלטה של בית המשפט העליון של מדינת איידהו *In re Steve B.D.*, 723 P. 2d 829 (Idaho, 1986) שקבע, תוך ביטול ההלכה הקודמת, כי הסכמה לאימוץ הינה סופית, למעט במקרים של מרמה, לחץ או השפעה בלתי הוגנת.

37 לדוגמה בניו יורק DRL para 115-(b)(2)(a).

38 לדוגמה, בג'ורג'יה, עד 10 ימים אחרי חתימה (Ga. Code Ann. 19-8-9(b) וב-1994) Uniform Adoption Act עד 192 שעות אחרי לידה.

39 לדוגמה, במדינת אלבמה, ניתן להתחרט תוך 14 ימים (במקום תוך 5 ימים), אם בית המשפט קובע שהדבר סביר ותואם את טובת הילד Ala Code 26-10A-13(a)-(b).

40 בג"צ 243/88 **קונסלוס נ' תורג'מן**, פ"ד מה(2) 626 (1991).

זכויות ההורים כדין. על כן, ולאור עובדה זו, טען בית המשפט כי אין מקום להכריע בבקשה על פי מבחן טובת הילד, אלא ראוי להכריע בה על פי עקרון הזכויות ההוריות. יחד עם זאת, השאיר בית המשפט פתח לסרב להחזיר ילד להוריו הביולוגיים במקרים שבהם יוכח כי החזרת הילד להוריו הביולוגיים תגרום לו נזק ממשי, שאינו ניתן לתיקון. במקרה הנדון, הייתה מחלוקת בין המומחים בעניין הנזק הצפוי, ובית המשפט פסק כי ההורים המאמצים לא הרימו את נטל ההוכחה. כפי שאנו רואים וכפי שצוין לעיל, בג"ץ בחר בגישת ביניים. מחד גיסא, לא ניתן להפקיע זכויות הוריות רק על הבסיס כי טוב יותר לילד אצל ההורים המאמצים, ומאידך גיסא, במקרים בהם ברור כי מימוש זכויות ההורים יגרום לנזק ממשי בלתי הפיך, יש להגן על אינטרס הילד.⁴¹ לעומת זאת, כפי שנראה להלן בפרוטרוט,⁴² נקבע כבר לפני יותר מ-30 שנה כי מרגע בו הורה ביולוגי מסכים למסור את ילדו לאימוץ, משתנה התמונה לגמרי וההורה הביולוגי מאבד את מעמדו כאפוטרופוס הטבעי של הילד. לפיכך, בעת ההכרעה בבקשתו לקבל לידי חזרה את הילד (בטרם מתן צו האימוץ), יהא השיקול הדומיננטי המכוון את בתי המשפט שיקול טובת הילד,⁴³ ועל בית המשפט לקבוע בכל מקרה ומקרה אם טוב יותר לילד להישאר בבית ההורים המיועדים לאמצו או שמא עדיף להשיבו להורה(ים) הביולוגי(ים). בפרשת "תינוק המריבה", הובהר, כי גם במקרה שבו ילד מוכרז כבר אימוץ, ולאחר מכן, בעקבות שינוי בנסיבות, מבקש ההורה את ביטול ההכרזה, תוכרע הבקשה על פי מבחן טובת הילד.

לסיכום סקירה זו, ראוי להשוות את הגישה האנגלית, המכריעה בסכסוכים בין ההורים הביולוגיים לבין ההורים המאמצים על ידי בחינה מהי טובת הילד בכל מקרה לגופו, גישה אשר כאמור אומצה בישראל במקרים של חזרת ההורה הביולוגי מהסכמתו למסור את ילדו לאימוץ ובקשתו לבטל את ההכרזה על פיה הילד הינו בר אימוץ, עם הגישה הרווחת בארה"ב שנותנת מעמד בכורה לזכויות ההורים. חשוב להדגיש כי, לדעתנו, הגישה האמריקנית אינה מתעלמת מעקרון טובת הילד, אלא נותנת לו ביטוי על ידי הטלת מגבלות נוקשות, הן על זכויותיהם של אבות שאינם נשואים⁴⁴ והן על אפשרות ההורים הביולוגיים לחזור בהם מהסכמתם למסור את ילדם לאימוץ. הגבלות אלה נתפסות כמשרתות את טובת הילד משום שהן מונעות סכסוכים מסוג של "תינוק

41 בהסתכלות לאחור, ניתן לראות את ההשלכות ההרסניות של החזרתה של קרולינה לברזיל. ב-2004, קרולינה הגיעה בגיל 17 לארץ (על חשבון תוכנית "שישי בגאון") וגילתה שבגיל 13 ברחת מהבית. היא כבר ילדה שני ילדים וננטשה על ידי האבות. היא אינה עובדת ואינה לומדת וחיה בעוני גדול. ראו www.nrg.co.il/online/archive/ART/655/873.html (מיום 27.02.04).

42 ראו להלן בפרק הרביעי של המאמר.

43 ת"ב (י-ם) 338/72 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"מ פא(1) 124, 127-128 (1973), כפי שאומץ בע"א 577/83 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד לח(1) 461, 471 (1984).

44 בפסק הדין *In re Robert O. v. Russell K.*, לעיל ה"ש 34, קבע בית המשפט כי הדרישה מהאב לפעול מיד נובעת מהכרת המדינה בצורך של הילד ביציבות ובקביעות, עוד בשלב מוקדם בחייו.

המריבה" ומאפשרות לילד להיקלט במשפחה המאמצת ללא חשש מפני תביעה מצד אב נעדר או אם מתחרטת. מחד גיסא, התמקדותה של הגישה האמריקנית בשיח זכויות הוריות אינה עולה בקנה אחד עם הגישה המודרנית של קידום זכויות ילדים, והמבחינים הנוקשים שאומצו על ידי מדינות רבות בארה"ב לא תמיד יובילו לתוצאה הטובה ביותר עבור ילד במקרה ספציפי. מאידך גיסא, הגישה האמריקנית מייתרת את הצורך, הטמון בגישה שאומצה באנגליה ובישראל, להחליט מהי טובת הילד בנסיבות שבהן הכרעה זו היא קשה ביותר. בחלק הבא נרחיב ונדון בקושי זה, ובהמשך המאמר נביא לפניכם פתרונות לחסרונות של השיטות השונות שצוינו לעיל.

2. הבעייתיות בקביעת טובת הילד בכלל, והבעייתיות בקביעת טובת הילד בפרשת "תינוק המריבה" בפרט

בעשור האחרון שופטים ומלומדים ישראלים החלו להתייחס לחסרונות הקיימים במנגנון ההכרעה המסורתי על פי עקרון טובת הילד,⁴⁵ אשר נחשב עקרון-על בענייני קטינים במשפט הישראלי. הנשיא שמגר מתאר בפסק דין **פלונים**⁴⁶ עיקרון זה כמושג רגשי סובייקטיבי, ומצטט את ביקורתו של פרופ' שיפמן,⁴⁷ כי "הגישה הפטרנליסטית, אותה מבקשים לרסן בתחומים רבים של המשפט, פועלת ללא מעצור בענייניהם של קטינים". בדומה לכך, מתארת השופטת שטרסברג-כהן⁴⁸ את מנגנון טובת הילד כ"מבחן גמיש, רחב, ובלתי מוגדר המתמלא בתוכן על ידי בית המשפט".⁴⁹

45 לדיון מפורט במשמעות העיקרון של טובת הילד, ראו אבנר ח' שאקי "אפיונים דיני משמורת קטינים – תוך דגש על יסוּם עקרון טובת הילד" **עיוני משפט** י 5, 15 (התשמ"ד); שמואל סעדיה **משמורת קטינים** 47-50 (התשנ"ב); פינחס שיפמן **דיני המשפחה בישראל** כרך ב 217 (התשמ"ט); ישראל צבי גילת "כלום 'טובת הילד' הוא שיקול על-פי המשפט העברי בסכסוך שבין הורים על משמורת ילדים" **מחקרי משפט** ח 297 (1990) וכן יחיאל ש' קפלן "מטובת הילד לזכויות הילד – ייצוג עצמאי של קטינים" **משפטים** לא(3) 623, 631-626 (התשס"א).

46 ע"א 2266/93 **פלוני, קטין נ' פלוני**, פ"ד מט(1) 221, 254 (1995).

47 פינחס שיפמן **דיני המשפחה בישראל** כרך ב 236 (התשמ"ט).

48 עניין **פלונים**, לעיל ה"ש 46, בעמ' 250.

49 הערות אלה משקפות שינוי בגישתם של מלומדים מערביים לעקרון טובת הילד, שנתפס בעבר כגורם המביא לידי סיום ההפליה נגד אימהות ולביטול התפיסה כי ילדים הם רכוש הוריהם. המאמר המוביל המסמן את השינוי בגישה הוא: Robert Mnookin, *Child Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy*, 9 LAW AND CONTEMPORARY PROBLEMS 226 (1975). ראו גם: Stephen Parker, *The Best Interests of the Child* (1975) (P. Alston ed., *Principles and Problems, in THE BEST INTERESTS OF THE CHILD* 26 (1994) "provides a convenient cloak for bias: שהוא בכך שהוא: "paternalism and capricious decision making". כמו-כן, ראו תקציר לעניין החסרונות של עקרון טובת הילד במאמרו של קפלן, לעיל ה"ש 45, בעמ' 631-634.

משפחה במשפט א התשס"ז זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים : לקחים מפרשת "תינוק המריבה"

קושי נוסף הנעוץ בעקרון טובת הילד הינו, כי בית המשפט מתבקש למעשה לנבא מה יקרה בעתיד, ועל כן קביעת טובת הילד הינה במידה רבה מאוד תרגיל בספקולציה. כאשר מדובר במקרי אימוץ, הקושי הינו כפול ומכופל משום שגורליות ההכרעה מקשה על ניבוי ההשלכות לטווח ארוך של החלופות השונות, ולפיכך הספקולציה רבה עוד יותר. השופט ברק מתאר מצב זה באומרו:

קשים הם מקרי האימוץ, קשים הם, משום שתוצאתם היא "קיומית", שהרי יש בהם הכרעה בשאלה, אם יקום או ינותק – לתמיד ולא לשעה – הקשר הטבעי שבין הורים לילדיהם. קשים הם, משום שהמבחן על-פיו הם נחתכים "טובת המאומץ" – סבוך הוא, והנסתר בו מרובה מהגלוי.⁵⁰

התוצאה הבלתי נמנעת של הגמישות והסובייקטיביות, הטמונות במושג טובת הילד, הינה חוסר עקביות בין החלטותיהם של שופטים שונים במקרים דומים ואפילו באותו מקרה. פרשת "תינוק המריבה" מדגימה היטב בעיה זו. בסיכומו של דבר, לאחר דיון בשלוש ערכאות, ארבעה שופטים וכן האפוטרופוס לדין סברו כי טובת הילד דורשת את השבתו להוריו הביולוגיים, ואילו שבעה שופטים סברו שטובת הילד דורשת כי יישאר אצל ההורים המיועדים לאמצו. מיותר לציין, כי מצב זה של דברים גורם לחוסר ודאות ומעודד התדיינות ממושכת, דבר שבוודאי אינו משרת את טובת הילד ואף גורם נזק מיותר לכל המעורבים בעניין.

ניתן לראות את הקיטוב בסתירה בין דעת הרוב לדעת המיעוט בבית המשפט העליון. דעת הרוב באה לידי ביטוי בדברי הנשיא ברק שציין כי:

מסקנתנו הינה, איפוא, כי הן בטווח הקצר והן בטווח הבינוני, טובת (אינטרס) הקטין היא שהוא יישאר אצל ההורים המבקשים לאמצו. אך מה באשר לזכותו של האב? מה באשר ל"קול הדם" העולה ממנו? קולו צריך, כמובן, להישמע. עם זאת, אין בכוחו להתגבר על טובתו של הקטין במקרה שלפנינו.⁵¹

לעומת זאת, דעת המיעוט באה לידי ביטוי בדברי השופטת פרוקצ'יה:

טובת הילד בענייננו מתיישבת עם החזרתו למשפחתו הטבעית. אמנם בתחילת הליכי האימוץ והעברתו למשפחה המאמצת נשתנתה המציאות המשפטית ועמה נשתנו נסיבות חייו הפיזיים והרגשיים של הילד. אולם בנסיבות העניין, גוברת עוצמתו של קשר הטבע ומצדיקה מבחינת טובתו

50 ע"א היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, לעיל ה"ש 43, בעמ' 461.

51 פרשת "תינוק המריבה" (עליון), לעיל ה"ש 5, על פי הנשיא ברק, בפס' 60.

את החזרת הגלגל אחורנית חרף הקושי שבניתוק הילד מסביבתו הטובה
אצל הוריו המאמצים.⁵²

חילוקי הדעות בין השופטים התמקדו סביב שני עניינים מרכזיים, האחד הינו ספציפי למקרה זה והשני כללי יותר ורלוונטי לכל מקרה שבו נדונה טובת הילד. שני מוקדי המחלוקת ממחישים את הקושי ביישום מבחן טובת הילד בכלל, ומבחן טובת הילד בסכסוכי אימוץ בפרט, ולכן ראוי להרחיב עליהם את הדיון.

המוקד הספציפי היה משמעותה והשלכותיה של מחלת הכליות שממנה סובל האב המיועד לאמץ את הילד. על פי ראיות רפואיות, מחלת האב המאמץ וחובתו לקבל דיאליזה בבית חולים שלוש פעמים בשבוע, לא השפיעו על תפקודו היומיומי באופן כללי, ועל תפקודו כאב בפרט. אף על פי כן, על פי נתונים סטטיסטיים, תוחלת החיים העתידית של האב עומדת על שבע שנים. דעת הרוב בבית המשפט המחוזי הדגישה את הקשיים שייגרמו לקטין בעתיד, כאשר מצבו של האב יתדרדר וכאשר, חלילה, אף ימות, ואף ייחסה משקל כבד לשיקול זה. כדבריה של השופטת שטופמן:

אין כל ספק, כי המחלה הקשה משפיעה ותשפיע קשות על ההורים המיועדים לאמץ, ואינני סבורה כי טובת הקטין מצדיקה חשיפתו להתמודדות הקשה, אשר ברמה גבוהה של סבירות, עוד נכונה, למרבה הצער, להורים המיועדים לאמץ.⁵³

לעומת זו, השופטת רוטלוי בדעת מיעוט סברה כי:

מצבו הבריאותי של האב המיועד לאמץ לא השפיע עד כה על מימוש הזכות להתפתחות של הקטין וסביר יהיה להניח, שאם חס וחלילה ילך האב לעולמו בשנים הקרובות, הרי שההתקשרות הבטוחה של הקטין עם ההורים המיועדים לאמץ, התפתחותו הרגשית התקינה וחוסנו הנפשי יאפשרו לו, בעזרת האם המיועדת לאמץ, לעבד את האובדן.⁵⁴

רוב שופטי בית המשפט העליון לא היו שותפים לתפיסת עולמה של השופטת שטופמן, שלפיה מחלה קשה במשפחה משפיעה לרעה באופן משמעותי על ילד.⁵⁵ הדבר בא לידי ביטוי בדעת הנשיא ברק, שציין שאין לייחס משקל כבד למחלת האב המאמץ, בין היתר, משום שהתקיימו סימני חוסר היציבות ביחסי ההורים הביולוגיים ולכן החזרתו

52 שם, על פי השופטת פרוקצ'יה, בפס' 28.

53 פרשת "תינוק המריבה" (מחוזי), לעיל ה"ש 4, בפס' 8.

54 שם, בפס' 84.

55 יש לציין, כי האפוטרופוס לדין חשבה גם שמחלת האב תגרום נזק לילד (ראו פרשת "תינוק המריבה", לעיל ה"ש 4, בפס' 114 של דעת השופטת רוטלוי). מעניין לציין, כי בכנס בנושא אימוץ שהתקיים במכללת שערי משפט בחודש מאי 2005, הביע השופט בוקובסקי, סגן נשיא בית המשפט לענייני משפחה בראשון לציון, דעה דומה.

משפחה במשפט א התשס"ז זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים : לקחים מפרשת "תינוק המריבה"

של הילד להורים הביולוגיים אינה מבטיחה כי לא יחווה פרידה מאחד מהוריו ולא יגדל במשפחה חד הורית. מחלוקת זו מדגימה היטב את מרכזיותה של תפיסת העולם האישית של השופט בהכרעות על פי מבחן טובת הילד.

העניין השני סביבו התמקדה מחלוקת השופטים היה הצורך לבחור בין חוות הדעת הפסיכולוגיות המנוגדות והשאלה מהו המשקל הראוי שאותו יש לייחס לתיאוריות של מדעי החברה. חילוקי הדעות נבעו משני הבדלים מהותיים עיקריים בין חוות דעתה של גב' אופנהיימר, שמונתה על ידי בית המשפט לענייני המשפחה (להלן: "חוות הדעת הראשונה"), לבין חוות דעתם של ד"ר סטיבון וד"ר וייל, שהוזמנה על ידי בית המשפט המחוזי (להלן: "חוות הדעת השנייה"). ההבדל הראשון היה לעניין המסוגלות ההורית של ההורים הביולוגיים. בעוד שחוות הדעת הראשונה לא הטילה דופי במסוגלות ההורית של ההורים הביולוגיים, הרי שעל פי חוות הדעת השנייה העברתו של הילד מהמשפחה המאמצת בשלב זה של חייו תהפוך אותו לילד בעל צרכים מיוחדים, וההורים הביולוגיים אינם מסוגלים לספק את ההורות המיטיבה מעל הממוצע שהילד יהיה זקוק לה. ההבדל השני היה בעניין חשיבות ההתקשרות (attachment) של הילד להורים המאמצים אל מול חשיבות גדילתו בחיק משפחתו הביולוגית. לדעת מחברי חוות הדעת השנייה, ברגע שקיים קשר אמיץ בין הילד לבין ההורים המאמצים, ראוי להוציא את הילד ממסגרת משפחתית זו רק בשל סיבות מהותיות במיוחד.⁵⁶ לעומת זאת, כותבת חוות הדעת הראשונה הייתה סבורה כי חשיבות קשר ההורות הטבעית מצדיקה בטווח הארוך את הסיכון הכרוך בנתק מההורים הפסיכולוגיים.⁵⁷

על פי בדיקתנו, עיון בדעות השופטים מגלה את נטייתו של כל שופט לבחור בחוות דעת התואמת את השקפת עולמו, תוך שהוא אף מותח ביקורת על חוות הדעת המנוגדת להשקפתו. לדוגמה, לדעתה של השופטת שטופמן,⁵⁸ חוות הדעת השנייה אינה מעניקה משקל ראוי למחלת האב, והיא מותחת ביקורת על כך שההורים המאמצים לא רואיינו בנפרד בנושא. השופטת פרוקצ'יה, הדוגלת באי התערבות הרשות הציבורית באוטונומיה של המשפחה הטבעית,⁵⁹ סבורה כי גישת חוות הדעת הראשונה, הרואה את

56 צוטט בדעה של השופטת פרוקצ'יה בפרשת "תינוק המריבה" (עליון), לעיל ה"ש 5, בפס' 19.

57 שם.

58 עוד דוגמה לתפיסת עולמה של השופטת שטופמן, המעדיפה את ההורים הביולוגיים, ראו ע"מ 4/03 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם, 09.09.04), שבו ביטל בית המשפט המחוזי את הכרזת הילד כבר אימוץ, שנקבעה על ידי בית המשפט לענייני משפחה. החלטת בית המשפט המחוזי נהפכה לאחר מכן בע"מ 9229/04 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פדאור 05(19) 255 (2005).

59 רע"א 3009/02 פלונית נ' פלוני, פ"ד נו(4) 872 (2002), השופטת פרוקצ'יה בדעת מיעוט התנגדה להוצאת ילדים ממשמורת אמם והשמתם במרכז חירום, על הבסיס שסבלו מתסמונת הניכור ההורי כתוצאה מהסתת האם. לדעתה, הנסיבות לא הצדיקו התערבות כה קיצונית בתא המשפחתי, כאשר לא מוצו דרכי טיפול אחרות. עמדתה התקבלה בדיון נוסף (דנ"א 6041/02 פלונית נ' פלוני,

ההורות הטבעית כנקודת המוצא מבחינת טובתו של הילד, תואמת את תפיסתו של חוק האימוץ ומוסד האימוץ ועל כן, לדעתה, יש להעדיף אותה.⁶⁰ לעומת זאת ולדוגמה, העדפתן של השופטות רוטלוי ובייניש את חוות הדעת השנייה עולה בקנה אחד עם תמיכתן בהתערבות המדינה במקרים בהם, לדעתן, גורמים הורים נזק לילדיהם כאשר הם מתייחסים לילדיהם כ"רכוש" או כ"שלוחה"⁶¹ של ההורים. יש לציין ששתי שופטות אלה היו הראשונות לקבוע כי כל ענישה גופנית של ילד מהווה עבירה פלילית.⁶² אך גם אם שוקלים שופטים את דעות המומחים "באופן אובייקטיבי", ללא "דעות קדומות" המבוססות על "השקפת עולם אישית", הצורך לבחור בין שתי חוות דעת מנוגדות זו לזו, תוך הסתמכות על מחקר מקצועי מתחום מדעי החברה, הינו בעייתי עד מאוד.⁶³ בחירת השופטים בין חוות דעת המומחים מבוססת בעיקר על התרשמותם האישית הן ממסקנות חוות הדעת והן מהמומחים עצמם. דוגמה לכך ניתן לראות בדברי הנשיא ברק הקובע ללא כל נימוק "ואשר למחלוקת על מידת הנזק שייגרם לקטין, אין לי ספק כי ידם של ד"ר וויל וד"ר סיטון על העליונה". כן, קיימת לשופטים נטייה

פ"ד נח(6) 246 (2004)). כמו כן, ראו את דעת המיעוט שלה בפרשת האב הנעדר, בע"מ 5082/05 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני ואח'** (טרם פורסם, 26.10.05), שעליה נדון בפירוט בחלק 4 של המאמר. אפילו בע"מ **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית**, לעיל ה"ש 58, הצטרפה השופטת פרוקצ'יה לדעת שאר שופטי בית המשפט העליון בקביעה כי יש להכריז על הילד כבר אימוץ, בניגוד לדעת של בית המשפט המחוזי בע"מ 4/03 (שם). השופטת פרוקצ'יה מדגישה את קיומו של נטל שכנוע כבד ביותר, המוטל על מי שמבקש ניתוק הקשר בין הורה לילדו, ועל מסקנת המומחית, כי אין סיכוי למימוש יכולת ההורות הפוטנציאלית של האם ולכן "התערבות באוטונומיה המשפחתית היא בלתי נמנעת... להבטחת צרכיו הבסיסיים הנדרשים לגידולו, התפתחותו וחינוכו". שם, פס' 19.

60 השופטת רוטלוי בפסק דין "תינוק המריבה" (מחוזי), לעיל ה"ש 4, בפס' 100, שואלת אם גישת האב הביולוגי "לפיה הקטין הוא בבחינת פיקדון המופקד בידי הורים אחרים, עד שיחליט אם ברצונו לשמש לו כאב, מתיישבת עם הבנת צורכי הילד והתובנה לגבי תהליך התפתחותם של ילדים ועם ההכרה כי הם בני אדם בזכות עצמם, ולא רק שלוחה של הוריהם".

61 ע"פ 4596/98 **פלונית נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(1) 145 (2000), המאשר את החלטת השופטת רוטלוי בבית משפט המחוזי.

62 לדיון מקיף על הצורך בזהירות רבה בשימוש במדעי החברה בבית המשפט ועל תפקידו של בית המשפט בבדיקה קפדנית של חוות דעת ומחקרים, ראו Sarah H. Ramsay & Robert F. Kelly, *Social Science Knowledge in Family Law Cases: Judicial Gate-Keeping in the Daubert Era*, 59 U. MIAMI L. REV. 1 (2004).

משפחה במשפט א התשס"ז זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים: לקחים מפרשת "תינוק המריבה"

טבעית להעדיף את המומחים בעלי ההשכלה הגבוהה יותר⁶⁴ והניסיון הרחב יותר בתחום הספציפי.⁶⁵

עוד ראוי לציין, כי בפרשת "תינוק המריבה" הוסיפו ההורים הביולוגיים וטענו בבית המשפט המחוזי כי, למעשה, מדובר במשחק "מכור", וזאת מכיוון שמחברי חוות הדעת השנייה השתייכו לאסכולה התומכת בתיאוריית ההתקשרות. טיעון זה נדחה על ידי בית המשפט על הבסיס כי בית המשפט לא בחר את המומחים על פי האסכולה שאליה הם משתייכים ואשר בה הם מאמינים. אף על פי כן, נראה לנו, כי יש מידה מסוימת של אמת בטיעון זה. ידוע הוא כי בתחום מדעי החברה אין, בדרך כלל, קונצנזוס וקיימות דעות שונות. גם אם מומחים מזכירים בחוות דעתם מחקרים מנוגדים, הרי שבדרך כלל אין הם מציגים את הגישות השונות באופן שווה, אלא מציגים את הגישה המועדפת עליהם בצורה חיובית יותר.⁶⁶ כך אכן מוכרעת תוצאת המשפט במידה רבה מאוד בשלב בחירת המומחה(ים).⁶⁷

יתר על כן, חשוב להדגיש, כי לבית המשפט אין כלים לבחון באופן ראוי את התוקף ואת הרלוונטיות של המחקרים עליהם מבוססות חוות הדעת של המומחים. השופטת רוטלוי מודה בכך בעצמה, אך בכל זאת מסבירה כי תיאוריית ה-Attachment הינה "תיאוריה מרכזית כיום בתחום התפתחותם של ילדים".⁶⁸ עם כל הכבוד, לטעמנו, ההכרה בעובדה כי תיאוריה מסוימת הינה מרכזית אינה נותנת כל אינדיקציה לגבי שאלת גבולות התיאוריה והתאמתה למקרה הנדון. אמנם, אין מחלוקת לעניין העובדה, כי ניתוק ילד ממבוגר, אשר בינו לבין הילד נוצר קשר רגשי בטוח ועמוק, יגרום לילד נזק, אך השאלה הקריטית הינה מה מידת הנזק שייגרם ובאיזו מידה חזרת הילד לחיק משפחתו הביולוגית תאפשר את תיקון הנזק לאורך השנים. לפיכך, מחקרים העוסקים בסיטואציות שונות, כדוגמת השוואה בין ילדים הגדלים במשפחות אומנות (כאשר נוצר

64 מחברי חוות הדעת השנייה היו בעלי תואר שלישי, לעומת המחברת של חוות הדעת הראשונה שהייתה בעלת תואר שני.

65 בדעתה של השופטת רוטלוי, ד"ר וייל וד"ר סיטון מתוארים "[כ]מומחים בכירים בפסיכולוגיה קלינית ומומחים בפסיכולוגיה התפתחותית ועתירי ניסיון בתחום האימוץ ובתחום האקדמי". לעומת זאת, גב' אופנהיימר מתוארת כבעלת "הסמכה כמומחית בפסיכותרפיה ופסיכו דיאגנוסטיקה".

66 ראו התייחסות לביקורת נגד Wallerstein במאמר של Ramsay & Kelly, לעיל ה"ש 63.

67 עו"ד יוסי מנדלסון, בכנס בנושא "מקומם של גורמי טיפול ואבחון בסכסוכי משמורת" שהתקיים באוניברסיטת בר-אילן בינואר 2005, הסביר כי מינוי מומחה אחד אינו פתרון טוב, משום שהמומחה ישקף את האסכולה שהוא מאמין בה, ולכן זהות המומחה תכריע את הכף. לכן הוא הציע כי על בית המשפט למנות צוות של שניים או שלושה מומחים מאסכולות שונות שיכתבו חוות דעת משותפת, לא בהכרח בקול אחד. על בסיס הדעות במסמך זה בית המשפט יכריע.

68 בפס' 51 של דעת השופטת רוטלוי בפרשת "תינוק המריבה" (מחוזי), לעיל ה"ש 4. הנשיא ברק בבית המשפט העליון באותה פרשה מתייחס "לספרות המקיפה", לעיל ה"ש 5.

קשר רגשי בין הילדים להורים האומנים) לבין ילדים הגדלים בבית ילדים,⁶⁹ אינם רלוונטיים כלל. רק מחקרים הבודקים את התמודדותם של ילדים, אשר הופרדו מהוריהם הפסיכולוגיים (אשר ביניהם התקיים קשר רגשי)⁷⁰ ואשר הוחזרו לבית ההורים הביולוגיים בגילאים שונים, יכולים לעזור לבית המשפט לקבל הכרעה. לטעמנו לפחות, רק השופטת שטופמן מביעה דעה העולה בקנה אחד עם מציאות זו, באומרה כי אין ליישם תיאוריות פסיכולוגיות "בלא לתת משקל ראוי לכלל הנסיבות האופפות את חייו של הקטין".

ראוי אף להוסיף לעניין זה כי למתן תוקף שיפוטי לתיאוריה מסוימת יש השלכות על מקרים אחרים. אחד משופטי בית המשפט לענייני משפחה העיר כי בעקבות פרשת "תינוק המריבה" תיאוריית ההתקשרות תוזכר בכל סכסוך הנוגע לאימוץ ודיון בחזקת ילדים, וייתכן ששופטים יושפעו מכך במתן הכרעתם.⁷¹

עוד יש לציין כי בניגוד להכרת תיאוריית "ההתקשרות", הבאה לידי ביטוי בדעות רוב השופטים בפרשת "תינוק המריבה", קיים מעין זלזול מסוים של השופטים בספרות הפסיכולוגית המעידה על משברי זהות ובעיות נפשיות, חברתיות ולימודיות אחרות, מהם עלולים ילדים מאומצים לסבול בעתיד ובמיוחד בגיל בגרות. לדוגמה, הנשיא ברק סבור, כי אין לתת משקל לבעיותיהם של ילדים מאומצים, משום שהמדובר הוא בשיקול העוסק במוסד האימוץ עצמו, שהוא בעל אופי ספקולטיבי, ולא הונחה לפני בית המשפט תשתית מחקרית לגביו. כמו כן, השופטת רוטלוי, שאמנם התייחסה לספרות בעניין, שהובאה לפניה על ידי בא כוחם של ההורים הביולוגיים, מדגישה כי ראשית, הממצאים בספרות אינם חד משמעיים ושנית; כי אם תתקבל גישת ההורים הביולוגיים, יהיה מקום לבטל את מוסד האימוץ באופן גורף.

עם כל הכבוד, אין לטעמנו כל סתירה בין מוסד האימוץ כשלעצמו לבין מתן משקל ראוי למשברי זהות וקשיים אחרים שאותם עלולים לחוות ילדים מאומצים בעתיד. במקרים רבים, ההורים הביולוגיים אינם רוצים או אינם מסוגלים לגדל את ילדיהם, ולכן ברור מאליו כי יתרונות האימוץ גוברים בהרבה על החסרונות שבו.⁷² לעומת זאת, במקרים גבוליים, כגון זה של פרשת "תינוק המריבה", כאשר ההורים רוצים ומסוגלים לגדל את הילד, להשלכות גדילתו של הילד כילד מאומץ קיימת משמעות רבה בהכרעה מהי טובת הילד בטווח הארוך. למרות שאכן ממצאי המחקרים אינם חד משמעיים, במובן זה שלא כל הילדים המאומצים יעברו קשיים כלשהם, הרי שהמחקרים עדיין

69 ראו התייחסות לתיאורית ההתקשרות, כבסיס להשמה באימוץ או באומנה לטווח ארוך, של השופטת רוטלוי (בפרשת "תינוק המריבה" (מחוזי), לעיל ה"ש 4, בפס' 54).

70 השופטת רוטלוי מסבירה שלא תמיד נוצרת התקשרות בטוחה עם הורה פסיכולוגי, שם, פס' 51.

71 דברי השופט בוקובסקי בכנס בנושא "אימוץ ילדים בעידן זכויות האדם", שנערך במכללת שערי משפט במאי 2005.

72 אולם, במקרים כאלה יש להתחשב בשאלות הזהות בקבלת החלטה אם האימוץ יהיה פתוח או לא (ראו להלן, חלק 5).

משפחה במשפט א התשס"ז זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים : לקחים מפרשת "תינוק המריבה"

מצביעים באופן עקבי על כך שאימוץ מעלה את הסיכון שילד אכן יחווה משברי זהות ו/או ייתקל בקשיים אחרים במהלך התבגרותו. מסקנה זו עולה בקנה אחד גם עם תיאוריות פסיכולוגיות העוסקות ביצירת זהותו של אדם.⁷³ לסיכום, פרשת "תינוק המריבה" מדגימה היטב את הבעייתיות בהכרעת סכסוכי משמורת בכלל, ובהכרעת סכסוכים בין הורים ביולוגיים לבין הורים מאמצים בפרט, על פי עקרון טובת הילד. כפי שניתן לראות, שופטים מושפעים לא מעט מתפיסות העולם שלהם ונוטים לייחס משקל כבד לחוות דעת של מומחים ולמחקרים מסוימים, למרות שאין להם כלים מקצועיים או אובייקטיביים לבחון את חוות הדעת ואת המחקרים, ולמרות שלעיתים הרלוונטיות של המחקרים למקרה הספציפי אינה ברורה.

3. הגישה החדשה להכרעה על פי עקרון טובת הילד בהשוואה להכרעה על פי עקרון זכויות הילד

השופט רוטלוי מתייחסת בפרשת "תינוק המריבה" בהרחבה לגישה חדשה, העוסקת במושג טובת הילד ולתכנים שנקבעו על מנת להגדיר את המושג ולצמצם את מידת הסובייקטיביות בהכרעות. השופטת מצטטת את ההגדרה שעליה המליצה הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה שבראשה היא עמדה (להלן: "ועדת רוטלוי"),⁷⁴ על פי ההגדרה בעת "קביעת טובתו של ילד מסוים יישקלו זכויותיו, צרכיו והאינטרסים שלו", בין היתר לאור רשימת גורמים. אין לחלוק על כך, כי הגדרה זו משפרת את המצב הקיים ומכניסה תוכן לעקרון טובת הילד. במיוחד נציין, כי ההתייחסות לזכויות הילד הינה חשובה ומהותית ביותר. אף על פי כן, בין היתר, מכיוון שלא ניתנה כל אינדיקציה בהגדרה לגבי המשקל שאותו יש לייחס לרכיבים ולגורמים השונים, עדיין נותר מרחב לא מבוטל לתפיסת העולם הפרטית של כל שופט.⁷⁵ זאת ועוד, לדעתנו, השארת עקרון טובת הילד כמנגנון הכרעה

73 ראו Janet L. Hoopes, *Adoption and Identity Formation*, In THE PSYCHOLOGY OF ADOPTION (D.M. Brodzinsky & M.D. Schechter eds., 1990). ראו גם רחל לוי-שיף "קשיים רגשיים מאומצים בראי העצמי" פסיכו-אקטואליה 40 (2004) (תודתי לגב' מירי אפל, מנהלת הספרייה לפסיכולוגיה באוניברסיטת בר-אילן ולפרופ' לוי-שיף, על כך שהשיגו לי העתק של מאמר זה).

74 משרד המשפטים, ירושלים, חלק כללי, 127-166, 2004.

75 פרופ' ון בירון, בפסקה שמצוטטת על ידי השופטת רוטלוי מודה בחיסרון זה באומרה: Regardless of such guidance, it has to be accepted that the world lacks and always will lack an accurate scientific measure or a philosophers stone which can be utilized to determine what is truly in the child's best interests. Perhaps we ought to be honest and realize that although the best interest is the desired standard, in reality we are

הכולל בתוכו את עקרון זכויות הילד ולא הפיכת עקרון זכויות הילד למנגנון הכרעה, הכולל את עקרון טובת הילד, אינה נותנת ביטוי מהותי דיו להכרה בזכויות ילדים.⁷⁶ בהקשר זה ראוי לזכור, כי אחת הסיבות להתפתחות דוקטרינת זכויות הילד הייתה כי אין די בעקרון טובת הילד כשלעצמו על מנת לספק לילד הגנה ולהבטיח את מימוש זכויותיו. על פי דוקטרינת זכויות הילד, הילד הינו בעל זכויות עצמאיות, הוא זכאי לממש את זכויותיו ואין הוא מושא לזכויות של אחרים בלבד. האינטרסים⁷⁷ של הילד מוגנים בזכות ולא בשל חמלה ופטרנליזם מצד בית המשפט או מצד מבוגרים אחרים. יתר על כן, אימוץ גישת זכויות הילד כמנגנון להכרעה בסכסוכים הנוגעים לילדים מחייב איזון מפורש הן בין אינטרסים שונים של הילד והן בין אינטרסים של הילד לבין אינטרסים של אחרים, במידה שיש התנגשות ביניהם.⁷⁸ אמנם נכון הוא, כי עקרון טובת הילד הוא עדיין עקרון חשוב אשר נכלל באמנת האו"ם, הן בכלל והן בהקשר של אימוץ, בפרט.⁷⁹ אך במיוחד בסוגיות בהן קשה להכריע מהי טובת הילד, עיצוב הדין והכרעה על פי זכויותיו הספציפיות של הילד עשויים לאפשר מציאת פתרונות טובים יותר ללא הליכים משפטיים ארוכים וכואבים. לחלופין, אם עקרון טובת הילד ממשיך להיות מנגנון ההכרעה, ניתן לצמצם את שיקול

applying what **we perceive** as the best interests of the child or at least the less harmful.

(הדגשה שלי, ר. ש)

GERALDINE VAN BUEREN, THE INTERNATIONAL LAW ON THE RIGHTS OF THE CHILD (1998) 49.

76 לגבי השאלה של היחס בין זכויות הילד וטובתו, ראו ע"א 2266/93, לעיל ה"ש 46, וכן הדיון אצל רונה שוז "זכויות ילדים חטופים: האם חוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים) התשנ"א-1991 עולה בקנה אחד עם דוקטרינת זכויות הילד?" **מחקרי משפט** כ(2) 434-438 (2004).

77 ראו (Andrew Bainham, Children: The Modern Law 102-103 (3rd ed., 2004), המסביר את תיאוריית האינטרס של MacCormick.

78 Maravel, לעיל ה"ש 31, שבו מוצע השימוש בזכויות הילד בהקשר זה.

79 ס' 21 קובע ש"מדינות חברות המכירות בשיטת האימוץ ו/או מתירות אותה יבטיחו כי טובת הילד תהיה השיקול המכריע". הסעיף ממשיך לפרט, "כי מחובתה של המדינה, בין היתר, להבטיח כי אימוץ יאושר רק על ידי רשויות מוסמכות על פי חוקים ונהלים; להבטיח כי המועמד לאימוץ בין-ארצי ייחנה מביטחונות ותנאים ברמה זהה לאלה הקיימים באימוץ פנימי וכי אימוץ בין-ארצי לא יביא לרווח כספי בלתי הוגן". לדעתנו, סעיף זה נועד להבטיח מערכת אימוץ מסודרת ולמנוע מצב בו ילד יימסר לאימוץ בשל שיקולים אחרים חוץ מטובתו. הסעיף אינו מונע התייחסות לזכויות הספציפיות של הילד כסיבה לא למסור ילד לאימוץ או באופן חילופי כחלק מטובתו. ראו Maravel, לעיל ה"ש 31, המחברת טוענת כי הדרישות המפורשות ובלתי מפורשות של ס' 21 מובילות למסקנה כי טובת הילד מחייבת גידולו על ידי הוריו הביולוגיים, כל עוד הם מסוגלים לספק לו טיפול ראוי.

משפחה במשפט א התשס"ז זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים : לקחים מפרשת "תינוק המריבה"

הדעת הניתן לגוף המכריע ולהגביר את מידת העקביות במקרים השונים על ידי מתן משקל כבד (אפילו עד כדי חזקה) לזכויות ספציפיות של הילד בקביעת טובתו. לסיכום חלק זה, טיעוננו הוא, כי בהכרעה בשאלה, אם ראוי כי ילד יגדל אצל הוריו הביולוגיים או אצל ההורים המיועדים לאמצו, יש לייחס משקל כבד לזכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים. לטעמנו, עדיף כי ההכרעה תתבצע על ידי הפעלת עקרון זכויות הילד, אך נציין כי הדבר אפשרי גם על ידי הפעלת מנגנון ההכרעה של עקרון טובת הילד.

ג. זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים

1. מקור הזכות

זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים מעוגנת באמנת האו"ם בסעיף 7 הקובע:

הילד יירשם תיכף לאחר לידתו, ותהיה לו מלידתו הזכות להיקרא בשם, הזכות לקבל אזרחות, וככל האפשר הזכות להכיר את הוריו ולהיות מטופל על ידם (הדגשה שלי, ר. ש)

החשיבות הראשונה של גידול הילד על ידי הוריו הביולוגיים באה לידי ביטוי גם בסעיפים אחרים באמנה. לדוגמה, סעיף 9 קובע כי אין להפריד ילד מהוריו בניגוד לרצונם, אלא בהתקיים שורה של תנאים הנמנים בסעיף.⁸⁰ אף על פי כן, ולמרות שחלק מהזכויות המעוגנות באמנת האו"ם אכן זכו להכרה רחבה בבתי המשפט בעולם המערבי, זכות זו לא זכתה עדיין להכרה מפורשת על ידי שופטים בחו"ל.⁸¹ בארץ, זכותו של הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים ולהיות מטופל על ידם מוזכרת בפסיקה ללא התייחסות לאמנת האו"ם. דוגמה לכך ניתן לראות בדברי השופט חשין כבר לפני יותר מעשר שנים:

משפט הטבע הוא, שילד יגדל בבית אביו ואימו: הם שיאהבו אותו, הם שיאכילו אותו וישקו אותו, הם שיחנכו אותו, והם שיעמידו אותו על רגליו עד אם היה לאיש. זו זכותם של אב ואם וזו זכותו של בנם⁸² (ההדגשה שלי, ר. ש)

80 ראו Maravel, לעיל ה"ש 31, וכן את רשימת הסעיפים הרלוונטיים וההסבר להם בדו"ח ועדת המשנה בנושא השמה חוץ ביתית של ועדת רוטלוי, משרד המשפטים, ירושלים 95-91 (2003).

81 ראו Maravel, לעיל ה"ש 31.

82 דברי השופט חשין בע"א 6106/92 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מח(2) 833, 836 (1994).

כן, לאחרונה, קישרה השופטת פרוקצ'יה את זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים לדוקטרינה המסורתית בדבר האוטונומיה של המשפחה באומרה:

הקשר הטבעי בין הורה לילדו הוא זכות טבעית בעלת מימד חוקתי שפן אחד שלה הוא זכותו של ילד להיות נתון למשמורת הוריו ולגדול

ולהתחנך על ידם. פן אחר הוא – זכותו של הורה, מכח קשר הדם, לגדל ולחנך את ילדו במשמורתו ולקיים כלפיו את חובותיו כהורה. עוצמתו של קשר ההורות, האוצר בתוכו את זכותם הטבעית של הורה וילדו לקשר חיים ביניהם, הפכו את האוטונומיה של המשפחה לערך בעל מעמד משפטי מן המעלה הראשונה, אשר הפגיעה בו נסבלת ומותרת רק במצבים מיוחדים וחריגים ביותר בהם מימושה של ההורות הטבעית אינו אפשרי מטעם זה או אחר...⁸³ (הדגשה שלי, ר. ש.).

מתוך דעותיהם של תשעת השופטים, אשר דנו בפרשת "תינוק המריבה" בערכאות השונות, רק השופטת רוטלוי והשופטת פרוקצ'יה מתייחסות לסעיף 7 לאמנת האו"ם. השופטת פרוקצ'יה מסבירה את החשיבות והבסיס של זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים:

זכות זו פירושה חיים והתפתחות לצד הורים אליהם הוא קשור קשר טבעי ומובן מאליו, אליהם הוא חש זיקת השתייכות טבעית שאיננה כפופה לסייגים ואינה מותנית בתנאים מוקדמים. השייכות הטבעית למשפחה הביולוגית היא תוצר לוואי של קשר הטבע, והיא העומדת במרכז של זכות הילד למשפחתו הטבעית. זיקת השייכות הנגזרת מקול הטבע אינה דומה ואינה שווה לכל זיקה אחרת, ותהא זו הטובה והמעשירה שבזיקות.⁸⁴

...יש משקל מכריע לגידולו של הילד במשפחתו הביולוגית, מבחינת מימוש הקשר הטבעי למשפחת המוצא, פיתוח תחושת השייכות הבלתי מותנית אל ההורים הטבעיים, השלובה בגיבוש הביטחון הפנימי ופיתוח רגש הזהות והתודעה העצמית.⁸⁵

עוד יש לציין, כי זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים הייתה אחד העקרונות העיקריים שהנחו את ועדת המשנה בנושא השמה חוץ ביתית של ועדת רוטלוי בעבודתה.⁸⁶ בהצעת החוק הנמצאת בדו"ח של ועדת המשנה, נקבע בסעיף 10 כי:

83 ע"מ 9229/04, לעיל ה"ש 58, פס' 1.

84 פסק דין "תינוק המריבה" (עליון), לעיל ה"ש 5, בפס' 8.

85 שם, בפס' 28.

86 ועדת רוטלוי לעיל ה"ש 80, בפס' 5.5.

משפחה במשפט א התשס"ז זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים : לקחים מפרשת "תינוק המריבה"

10. הזכות לגדול בבית ההורים

- א. זכותו של כל ילד שיעשה המרב, לרבות מתן שירותים ואמצעים לילד, להוריו ולקהילה, כדי למנוע את הצורך להוציא מביתו.
- ב. זכותו של כל ילד שנמצא במסגרת השמה חוץ ביתית שיעשה המרב, לרבות מתן שירותים ואמצעים לילד, להוריו ולקהילה, כדי ליצור את התנאים שיאפשרו חזרתו לבית הוריו.

בדברי ההסבר לסעיף קטן א' של סעיף 10, ציינה ועדת המשנה כי הוחלט לעגן הוראה זו בהצעת החוק, "לאור חשיבות ההצהרה הגלומה בה", אף על פי שעניינה לכאורה של ההוראה אינו במסגרת גדרי הצעת החוק, העוסקת במצב שלאחר ההחלטה להוציא ילד מביתו, ולא בטרם לכך. לדברי הוועדה, הסעיף הנ"ל מדגיש "הן את חשיבות ההכרה בזכות של הילד לגדול עם הוריו והן את חבות המדינה ביישום זכות זו" (ההדגשה במקור).⁸⁷

לבסוף, ראוי לציין, כי לזכות הילד לגדול במשפחתו הביולוגית קיימת תשתית בספרות הפסיכולוגית. פרופ' לוי-שיף, מומחית בתחום פסיכולוגיית האימוץ, מתארת את הקושי הפסיכולוגי של הילד המאומץ:

מסירת ילד לאימוץ היא לעולם אירוע מלא כאב לילד שהסביבה נוטה לעיתים להתכחש לו. גם אם ההורים המאמצים טובים ואוהבים, אין הם יכולים להיות טובים דים כדי למנוע את התחושות הקשות כמו נטישה והשתוקקות למה שיכול היה להיות, איננו ולעולם לא יהיה.⁸⁸

מסקנה זו נתמכת על ידי מחקר אמפירי המצביע על כך שמשברי זהות וקשיי הסתגלות אחרים קיימים אצל ילדים מאומצים, וגורמים לסיכון גבוה שהילדים יחוו בעיות רגשיות, חברתיות ואקדמיות, יותר מאשר אצל בני גילם הלא מאומצים.⁸⁹

2. היקף הזכות

87 שם, בעמ' 218 של הדו"ח.

88 ראו לוי-שיף, לעיל ה"ש 73, בעמ' 48 (צוטט על ידי השופט רוטלוי בפרשת "תינוק המריבה"), לעיל ה"ש 4, בפס' 88).

89 ראו רחל לוי-שיף "היבטים פסיכולוגיים של אימוץ ילדים" פסיכולוגיה ב(1) 68 (1990). ראו גם Hoopes, לעיל ה"ש 73. לסיפור אישי שנותן משנה תוקף לתיאוריה ומחקרים, ראו סמדר רשל **ילדה שלי, את לא שלי** (2003), בין היתר, המחברת, שנמסרה לאימוץ כתינוקת, מספרת על הספקות שהעסיקו אותה שנים ועל השפעתם הרעה על הישגים לימודיים בגיל בגרות. היא מודה בכך כי הרגישה שלמה רק לאחר שיצרה קשר עם אמה, בשנות השלושים לחייה.

בפרשת "תינוק המריבה", הזכירה השופטת רוטלוי את הזכות הנדונה כזכות לגדול בחיק המשפחה "בסביבה משפחתית". היא מסבירה כי כאשר, כמו במקרה הנדון, הזכות לגדול אצל הוריו הביולוגיים נמנעה מהקטין מעת לידתו, קמה לו זכות לגדול בחיק משפחה חלופית.⁹⁰ עם כל הכבוד, פרשנות זו של זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים אינה נכונה ואינה עולה בקנה אחד עם הפסיקה בארץ ועם ס' 7 לאמנת האו"ם. כפי שראינו לעיל, זכות הילד לגדול במשפחתו הביולוגית מבוססת על הקשר הטבעי שבין הילד לבין אלה אשר הולידו אותו, ולא בגורמים סביבתיים. לכן, לדעתנו, לא ניתן לומר כי זכות זו ממומשת על ידי גידול הילד במשפחה חלופית. אף על פי כן, אין אנו חולקים על כך כי הזכות לגדול אצל ההורים הביולוגיים אינה זכות מוחלטת. אכן, הגבלת הזכות מובנת מהמילים בסעיף 7 "ככל האפשר".⁹¹ לפיכך, ייתכן כי זכויות אחרות של הילד, ובמיוחד הזכות להתפתחות והזכות להשתתפות (אצל ילדים גדולים יותר), יגברו על זכות הילד לגדול אצל ההורים הביולוגיים. הזכות להתפתחות, המעוגנת בסעיף 6 של אמנת האו"ם הנחשבת אחת מהעקרונות הבסיסיים של אמנת האו"ם,⁹² מתוארת על ידי השופטת רוטלוי:

זכות הקטין לחיים, להישרדות ולהתפתחות, ובמיוחד הזכות להתפתחות בהקשר לקטין שבפנינו, היא אחת הזכויות הייחודיות הנתונות לילדים. זוהי זכות המפירה בכך, שעל מנת שהילד יחיה את חייו כראוי ויתפתח באופן מיטבי, הוא זקוק למגוון תנאים ולסיפוק צרכים בקשת רחבה של תחומים. בהיותו אדם המצוי בתהליך הדרגתי של התפתחות, זכאי הוא לכך שמכלול צרכיו, לרבות צרכיו הפיזיים, הנפשיים, החברתיים, הרוחניים והתרבותיים, יסופקו לו על ידי המבוגרים, יהיו אלה הוריו או דמויות אחרות המלוות אותו בתהליך גידולו.⁹³

כן, ניתן למצוא בפסיקה הישראלית התייחסות לתוכן זכות זו ללא הכינוי "זכות להתפתחות". לדוגמה, לפני כעשר שנים, ציין השופט חשין כי:

...זכותו של הילד כי תישמר בריאותו הגופנית והנפשית, כי יסופקו כראוי צרכיו הנפשיים, הגופניים והחומריים. זו זכות-יסוד הקנויה לכל בוגר, כי לא ייפגע לא בגופו ולא בנפשו, וזו זכותו של הילד שאינו אלא איש קטן.⁹⁴

90 פסק דין "תינוק המריבה" (מחוזי), לעיל ה"ש 4, פס' 102.

91 ראו Maaravel, לעיל ה"ש 31, בעמ' 562.

92 ראו הדו"חות של ועדת רוטלוי, לדוגמה בדו"ח בעניין השמה חוץ-ביתית, לעיל ה"ש 80, בעמ' 64-65.

93 פסק דין "תינוק המריבה" (מחוזי), לעיל ה"ש 4, בפס' 66 של דעת השופטת רוטלוי.

94 ע"פ השופט חשין בדנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד נ(1) 48, 65 (1995).

משפחה במשפט א התשס"ז זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים: לקחים מפרשת "תינוק המריבה"

לפיכך, כאשר מוכח כי גדילת הילד אצל הוריו הביולוגיים תגרום לפגיעה ממשית בהתפתחותו התקינה, אין כמובן להשאיר אותו בחזקתם.⁹⁵ נציין, כי בסוגיה זו עלולים כמובן להיות חילוקי דעות בין מומחים בדיוק כמו בסוגיית טובת הילד. במיוחד לא נעלם הקושי הטמון בהשוואה בין נזק בטווח קצר, העלול להיגרם לילד בשל הפיבוד מההורים הפסיכולוגיים, לבין קשיי הסתגלות ומשברי זהות אשר עלולים להתפתח אצל הילד בטווח הארוך בשל גדילתו אצל ההורים המאמצים.⁹⁶ ההבדל הוא, לטעמנו, בכך שזכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים יוצרת חזקה, ועל כן נטל ההוכחה, כי זכות אחרת גוברת על זכותו זו, מוטל על זה הטוען אותה בבית המשפט. במקרים גבוליים לא ניתן יהיה להרים את נטל ההוכחה וכתוצאה מכך הילד יגדל אצל הוריו הביולוגיים. עוד נבהיר, כי עצם הידיעה כי הנטל הינו על המעלה טענה הסותרת את החזקה, עשוי להרתיע ולמנוע התדיינות ממושכת במקרים כאלה. למרות כל האמור לעיל, ראוי לדעתנו לצמצם את הצורך לאזן בין הזכויות השונות של הילד בכל מקרה פרטני לגופו, וזאת, על ידי קביעת כללים ספציפיים המבוססים על איוון משוער בין זכויות הילד השונות. דוגמה לכך הינה מתן זכות אבסולוטית להורה לחזור בו מהסכמתו למסור את ילדו לאימוץ תוך פרק זמן מסוים. נבדוק הצעה זו ואפשרויות אחרות לקביעת כללים כאלה בחלק החמישי של המאמר.

לסיכום חלק זה נבהיר, כי טענתנו היא, כי 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.

ד. בחינת דיני האימוץ הנוכחיים

בחלק הזה נבחן אם דיני האימוץ הנוכחיים עולים בקנה אחד עם ההכרה בזכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים. המסגרת הנורמטיבית למסירת ילד לאימוץ באה לידי ביטוי בסעיף 8 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 (להלן: "חוק האימוץ"), הקובע כי "לא ייתן בית המשפט צו-אימוץ אלא אם נוכח שהורי המאומץ הסכימו שהילד יאומץ או שהוא הוכרז כבר-אימוץ לפי סעיף 13".

ניתוחנו של דיני האימוץ הנוכחיים יחולק בהתאם למסגרת הנורמטיבית. ראשית, נדון בהליך מתן ההסכמה לאימוץ ובאפשרות לחזור מהסכמה שניתנה. לאחר מכן, נבחן את המקרה של הכרזת הילד כבר אימוץ, תוך התמקדות בעילה של חוסר אפשרות

⁹⁵ ייתכן שזה כבר היה המצב כאשר פרשת "תינוק המריבה" הגיעה לדיון בבית משפט העליון, על אף שספק גדול אם זה היה המצב במועד הדיון בבית המשפט לענייני משפחה ובוודאי לא במועד הגשת הבקשות לאותו בית משפט.

⁹⁶ ראו דבריה של השופטת רוטלוי בפסק דין "תינוק המריבה" (מחוזי), לעיל ה"ש 4, בפס' 87.

לזהות את האב, ולבסוף נבחן את האפשרות לבטל את הכרזת האימוץ כאשר זהות האב מתבררת לאחר מתן ההכרזה אך בטרם מתן צו האימוץ. נדגיש, כי כל ארבע סוגיות אלה עלו בפרשת "תינוק המריבה".

ראוי לחזור על ההבהרה שנעשתה לעיל,⁹⁷ שלפיה הן הביקורת על הדין הקיים והן ההצעות לשיפורו מבוססות על השאיפה לממש באופן המירבי את זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים. לפיכך, כפי שהסברנו לעיל, למרות שלכאורה חלק מההערות ומההצעות בפרק זה ובפרק הבא מיועד לחזק את מעמד ההורים, חיזוק זה משמש כאמצעי לקידום זכות הילד ואינו מטרה בפני עצמו.

1. הליך מתן ההסכמה לאימוץ

נקדים ונעיר, כי ניתן לטעון שזכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים מחייבת הגבלת האפשרות למסרו לאימוץ, או לפחות מחייבת את המדינה לסייע להורה לגדל את הילד במקרים שבהם הוא מעוניין בכך. המענה לטיעון הראשון הינו כי כפיית ההורים לגדל את הילד אינה אפשרות מציאותית. אפילו הייתה כזו, הורה שמגדל את הילד בעל כורחו, עלול לפגוע בזכויות אחרות של הילד, כגון הזכות להתפתחות. הטיעון השני הינו רציני הרבה יותר⁹⁸ והוא מעלה שאלות לגבי מידת התערבותה של המדינה במשפחה. נוסף לכך, עולה כאן האינטרס לסייע לזוגות חשוכי ילדים וכן האינטרס הכלכלי של המדינה, שלפיו יש לכאורה להעדיף אימוץ של תינוק על ידי זוג שמסוגל לגדל אותו בכוחות עצמו, ללא סיועה של המדינה, במקום להשאירו אצל הורים ביולוגיים הזקוקים לסיוע. לדעתנו, נושא זה ראוי לדיון מעמיק. יש לבדוק מהו המצב בפועל, כאשר הורה טרי ניגש לרשויות הרווחה ומביע עניין במסירת תינוקו לאימוץ משום שהוא חושש שאינו מסוגל לגדלו לבד, האם הוא מקבל הצעה לסיוע ולתמיכה או שהוא מקבל טופס למסירת הילד לאימוץ כדי לחתום עליו. כמובן, בדיקה זו מצויה מחוץ ליריעה של מאמר זה.

לפיכך, נסתפק בבחינת השאלה עד איזו מידה מקדם ההליך של מתן ההסכמה לאימוץ את זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים. אנו טוענים, כי זכות זו של הילד דורשת שההליך ימנע מסירות מיותרת של ילדים לאימוץ. לפיכך, על ההליך להבטיח כי ההסכמה משקפת את הרצון החופשי והאמיתי של ההורה, וכי היא פרי של החלטה שקולה, שאינה פרי של לחצים זמניים, נפשיים או אחרים, המבוססת על הבנה אמיתית של תוצאותיה.

97 לעיל, בפרק 1 של המאמר.

98 בדו"ח של ועדת המשנה של ועדת רוטלוי בעניין השמה חוץ-ביתית, לעיל ה"ש 80, בפס' 5.5.1 נאמר: "האמנה קובעת את אחריותה של המדינה ואת חובתה כלפי הילדים – לאפשר להם ליהנות מזכותם לגדול אצל הוריהם ולשמור על קשר עמם. על כן חייבת המדינה לסייע להורים במילוי תפקידם".

משפחה במשפט א התשס"ז זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים: לקחים מפרשת "תינוק המריבה"

הצורך להקפיד על איכות ההסכמה בזמן נתינתה מקבל משנה תוקף לנוכח המצב, בו האפשרות להתחרט הינה מוגבלת ביותר (ראו סעיף ב להלן). לפיכך, אם ההליך מאפשר מתן הסכמה ביתר קלות, התוצאה עלולה להיות כזאת, שילד, שיכול היה לגדול אצל הוריו הביולוגיים, גדל אצל הורים אחרים. מתן ההסכמה לאימוץ מוסדר על ידי תקנות שהותקנו מכוח סעיף 9 לחוק האימוץ. על פי תקנה 272 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984:

הסכמתו של הורה לאימוץ ילדו יכול שתינתן באחת מדרכים אלה:
(1) בארץ – בהצהרה בעל פה בפני בית המשפט הדין בבקשה להכרזת הילד כבר אימוץ, בהצהרה בכתב, לפי טופס 30, בפני שופט, בפני דיין או בפני פקיד סעד.⁹⁹

ההנחיה היחידה לעניין אופן החתמת ההורה על ההצהרה הנדרשת נמצאת בתקנה 273 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, הקובעת:

המקבל הצהרה של הורה על הסכמתו לאימוץ ילדו יסביר להורה לפני מתן ההצהרה, ואם הייתה ההצהרה בכתב – לפני שההורה יחתום על הצהרתו, בשפה פשוטה המובנת לו, שהאימוץ יפסיק את החובות והזכויות שבין המאומץ לבין הוריו ושאר קרוביו ואת הסמכויות הנתונות להם ביחס אליו, זולת אם יצמצם בית המשפט תוצאות אלה של האימוץ. כמו כן יסביר להורה את זכויותיו של המאומץ כלפיו לעניין ירושה. המקבל את ההצהרה יציין על פניה שאמנם הסביר כאמור.

בעיננו, ההסדר הנוכחי המתואר לעיל, לעניין מתן ההסכמה לאימוץ, אינו עולה בקנה אחד עם הדרישות שהצבנו לעיל, ומגביר את הסיכויים שההורה, בדרך כלל – האם, יתחרט לאחר מתן הסכמתו. זאת, בשל שלוש סיבות עיקריות. ראשית, אין שום הגבלה לעניין המועד בו רשאי ההורה לחתום על ההצהרה. בפועל, לעתים, מוחתמות אמהות על ידי פקידי סעד בפרק זמן של ימים ספורים לאחר הלידה עוד בטרם התאוששו מהלידה.¹⁰⁰ ונדגיש, כי אישה אשר רק עתה ילדה ממשכה

99 על פי אותה תקנה, במקרה שכבר הוגשה בקשה להכריז על הילד כבר אימוץ, ניתן לתת את ההצהרה בעל פה לפני בית המשפט הדין בבקשה זו. התקנה קובעת גם שניתן לתת הסכמה בחו"ל "בהצהרה בכתב, לפי טופס 30, בפני נציג דיפלומטי או קונסולארי של ישראל" או "בהצהרה לפי דין המקום שבו ניתנה, או לפי דין מקום מגוריו של נותן ההסכמה או של הילד עת מתן ההסכמה".

100 לדוגמה, בע"א פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 1, מדובר בשישה ימים אחרי הלידה, ובע"א 4798/95 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ(3) 195 (1996), ארבעה ימים אחרי הלידה. באותו פסק דין, הביעו השופטים דעתם, כי שירותי הרווחה ימתינו זמן סביר אחרי הלידה עד שיחתימו את האם על הסכמה למסירת הילד לאימוץ, אך כנראה המלצה זו לא אומצה. בפרשת "תינוק המריבה" הוחתמה האם שמונה ימים אחרי הלידה.

להיות חלשה ושברירית מבחינה פיזית ונפשית לתקופה של כמה שבועות לאחר הלידה, ולעתים היא אף נתונה בסערת רגשות כזו או אחרת. עוד נציין, כי ההלכה היהודית מגדירה אישה לאחר לידה כחולה בסכנת חיים עד היום השמיני לאחר הלידה, וכחולה אשר אינה בסכנת חיים עד 30 יום לאחר הלידה. כמובן, מצבה של יולדת השרויה ללא תמיכת בן זוג עלול להיות קשה עוד יותר. לעתים מדובר בבחורה צעירה שילדה את ילדה מחוץ לנישואין, וייתכנו מקרים בהם אף הסתירה ממשפחתה את ההריון או נדחתה על ידי משפחתה עקב ההריון. לאור האמור לעיל, כיצד אנו יכולים לצפות כי יולדת תהא מסוגלת, תוך ימים ספורים לאחר הלידה, לתת הסכמה חופשית ומדעת למסירת תינוקה לאימוץ, הסכמה שהינה פעולה גורלית בעלת השלכות משמעותיות ביותר לה ולילדה שאך נולד?

שנית, נבחר, כי ההצהרה שהינה מתן ההסכמה נעשית לרוב בפני פקיד סעד בלבד. לדעתנו, מעמד זה בו נוכח פקיד סעד בלבד אינו משדר להורה את רציניות העניין וסופיותו מהבחינה המשפטית. זאת ועוד, פקיד הסעד העוסק בגביית הצהרות למסירת ילד לאימוץ מטפל גם במועמדים לאמץ ילד, ועל כן מעוניין – גם אם באופן שאינו מודע – ב"השגת" ילדים לאימוץ מתוך רצון הן להיטיב עם הילד והן להיטיב עם המבקשים לאמץ ילד. גם אם פקיד הסעד אינו מטפל במשפחה אשר תאמץ את הילד הספציפי, שבהצהרת מסירתו לאימוץ הוא נוכח, הרי שהוא מכיר מקרוב את כאבם של זוגות חשוכי ילדים הממתנים שנים לקבל ילד. נוסף לכך, באופן טבעי הוא ישווה את יכולתם הברורה לגדל את הילד באופן הטוב ביותר של מועמדים לאמץ ילד, שהינם בדרך כלל זוגות מבוססים, עם גורלו הפחות ודאי של הילד אם יגדל אצל הוריו הביולוגיים, במיוחד כאשר מדובר באם שהינה בחורה צעירה ללא תמיכת בן זוג וללא אמצעים כלכליים. לפיכך, פקיד הסעד אינו יכול להעניק להורה הביולוגי מידע וייעוץ אובייקטיביים בטרם מתן ההצהרה, כפי שראוי היה שיינתנו להם.

שלישית, למרות שעל האדם המקבל את ההצהרה מאת ההורה הביולוגי מוטלת החובה להסביר את תוצאות האימוץ להורה, הרי שאין מוטלת עליו החובה לוודא כי ההורה הבין את משמעות הסברו. כן, אין מוטלת על מקבל ההצהרה החובה לאמת כי אכן קיימת גמירות דעת אצל ההורה בעת מתן ההצהרה למסירת ילד לאימוץ. לפיכך, ולמעשה, במצב כיום קל יותר לוותר על ילד מאשר לוותר על זכויות ממוניות, כיוון שעל פי סעיף 2(ג) לחוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973, שופט, דיין או נוטריון חייבים לוודא שבני הזוג "עשו את ההסכם בהסכמה חופשית ובהבינם את משמעותו ותוצאותיו", דרישות אשר, כאמור, כלל אינן מתקיימות בעת מתן הצהרה למסירת ילד לאימוץ. בשולי דברים אלו, אך לא בשולי העניין, נציין, כפי שנראה בחלק הבא, שמצב זה חמור במיוחד לאור העובדה כי אפשרות ההורה לחזור בו מהסכמתו למסירת ילדו לאימוץ, הינה בפועל מוגבלת ביותר.

לסיכום, ההסדר הנוכחי למתן הסכמה לאימוץ אינו עולה בקנה אחד עם זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים. זאת, מכיוון שאין כיום בהליך מתן הסכמה לאימוץ בדיקה קפדנית המוודאת כי הסכמת ההורה לאימוץ ילדו אכן משקפת את רצונו החופשי

משפחה במשפט א התשס"ז זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים: לקחים מפרשת "תינוק המריבה"

והאמיתי של ההורה, המבוסס על מידע, על ייעוץ ועל הבנת תוצאות האימוץ, וכי ההורה אינו מושפע על ידי מצב נפשי רעוע ולחצים זמניים.

2. חזרה מהסכמה

האפשרות, כי הורה שמסר את ילדו לאימוץ יתחרט ויחזור בו מהסכמתו, מוכרת על ידי המחוקק. סעיף 10 לחוק האימוץ קובע:

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

נדגיש, כי בפרשת "תינוק המריבה", ביקשה האם לחזור בה מהסכמתה למסור את בנה לאימוץ. למרות שבתי משפט אשר דנו בפרשה לא הכריעו בבקשת האם לחזור בה מהסכמתה (למעט השופטת פרוקצ'יה בדעת מיעוט בבית המשפט העליון) – אלא התרכזו בבקשת האב לבטל את הכרזת הילד כבר אימוץ (נעסוק בעניין זה בסעיף ד' של חלק זה להלן) – ברור הוא מעיון בפסיקה בנושא, כי שופטי דעת הרוב בבית המשפט העליון לא היו נענים לבקשה זו של האם. מבדיקתנו עולה כי אכן, ברוב רובם של פסקי הדין שפורסמו, אין בית המשפט נענה לבקשות הורים לחזור בהם מהסכמתם לאימוץ. זאת, משתי סיבות: האחת, הדרישה לטעמים מיוחדים הנדרשת על פי סעיף 10 לחוק, והשנייה נעוצה בעקרון טובת הילד.

א. הדרישה לטעמים מיוחדים

כפי שראינו, סעיף 10 לחוק קובע כי על טעמים מיוחדים להתקיים על מנת שהורה יהיה רשאי לחזור בו מהסכמתו לאימוץ ילדו, אם הסכמתו הייתה תקינה. הצורך בטעמים מיוחדים, שהוכנס לחוק האימוץ, התשמ"א-1981, לא הופיע בחוק הקודם,¹⁰¹ ונראה כי הוא מיועד להגביל את אפשרות ההורה לחזור בו מהסכמתו לאימוץ ילדו.¹⁰² ועדת עציוני היא אשר המליצה על הוספת מגבלה זו לחוק. זאת, על מנת למנוע מצב אפשרי של סחיטה של הורים מאמצים על ידי הורה ביולוגי המאיים לחזור בו מהסכמתו, ועל מנת למנוע את ניתוק הקשר הרגשי שבין הילד לבין המועמדים לאמצו.¹⁰³ נציין, כי

101 הדרישה לטעמים מיוחדים הופיעה בתקנות בית המשפט (אימוץ), התשט"ו-1955, תקנה 13 (שקבעה כי לבית המשפט יהיה שיקול דעת לא להיזקק להסכמה שניתנה בכתב מטעמים מיוחדים), אך הושמטה מס' 10 של חוק האימוץ, התש"ך-1960 (שקבע שבית המשפט רשאי "להרשות להורה לחזור בו מהסכמתו כל עוד לא ניתן צו האימוץ").

102 נילי מימון דיני אימוץ ילדים 143 (1994).

103 על פי דו"ח הוועדה לבדיקת אימוץ ילדים (ועדת עציוני) 30.

המלצת הוועדה ניתנה על אף שלא הוצגו ראיות בדבר תופעות כאלה בעבר או בדבר שימוש נרחב שנעשה על ידי הורים ביולוגיים באפשרות לחזור בהם מהסכמתם.¹⁰⁴ בתי משפט הציעו כי המגבלה מיועדת להגן על האינטרס הציבורי בעידוד מוסד האימוץ, אשר עלול להיפגע אם יהיו רשאים הורים ביולוגיים לחזור בהם מהסכמתם באופן פשוט.¹⁰⁵

בפועל, בתי משפט פירשו את הביטוי "טעמים מיוחדים" באופן מצומצם. דבריו של השופט ברק (כתוארו דאז) מדגימים מגמה זו באומרו:

עצם שינוי דעתם של ההורים הטבעיים בוודאי אינו טעם מיוחד. כדי שיתקיים טעם מיוחד, צריך שיחול שינוי במערכת העובדתית מאז ניתנה ההסכמה. שינוי זה יכול שיתבטא, למשל, בנישואי ההורים הטבעיים, אם בעת הלידה האם הייתה פנויה, או בשינוי התשתית הכלכלית של ההורים הטבעיים, או בשינוי עמדה של הורים ותומכים. דומה, כי שינוי זה, כדי שיהווה "טעם מיוחד" צריך שיהא שינוי שאינו של מה בכך, ונדרש ששינוי זה יהיה רציני ומשמעותי...¹⁰⁶

בדומה, ציין השופט שמגר (כתוארו אז) כי:

לא די בנימוק סביר, המקובל בנסיבות רגילות ואשר טמון בו אף כוח שכנוע כסדרו, אלא רק נסיבות בעלות משקל מיוחד, המטות את כפות המאזניים באופן ברור לכיוון של ביטול ההסכמה, הן אלה, אשר אליהן כיוון המחוקק את דבריו.¹⁰⁷

לפיכך, אין פלא כי מצאנו מקרים בודדים בלבד, בהם קבע בית המשפט כי התקיימו טעמים מיוחדים¹⁰⁸ המאפשרים להורה לחזור בו מהסכמתו לאימוץ ילדו. לדעתנו, הדרישה החקיקתית לטעמים מיוחדים, והפירוש המצומצם שניתנו לה על ידי בתי המשפט, אינם עולים בקנה אחד עם זכות הילד לגדול אצל ההורים הביולוגיים. לטעמנו, אם בעת בקשת ההורה לחזור בו מהסכמתו מוכן ההורה ומסוגל לדאוג לילדו,

104 בת"ב (י-ם) 338/72, לעיל ה"ש 43, בעמ' 127, נקבע, כי בדונו בבקשה לחזור מהסכמה, השיקול הראשוני הינו טובת הילד.

105 ראו לדוגמה **עניין פלוני**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 193.

106 ע"א 577/83 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית**, פ"ד לח(1) 461, 479 (1984).

107 שם, עמ' 485.

108 **בעניין פלוני**, לעיל ה"ש 1, שני שופטים הביעו את הדעה, כי בעובדות המקרה, שלפיהן תוך שבוע לאחר מסירת הילד לאימוץ, גילו הורי ההורים את דבר הלידה והיו מוכנים לתמוך בהורים העומדים להתחתן, היו טעמים מיוחדים. אך, למרבית הצער, בעקבות העיכוב הארוך בקיום הדיון, טובת הילד דרשה שהילד יישאר אצל ההורים המאמצים.

משפחה במשפט א התשס"ז זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים : לקחים מפרשת "תינוק המריבה"

השאלה מה גרם להורה להתחרט ולרצות את ילדו בחזרה, אינה רלוונטית. אין אנו רואים סיבה לכך ששינוי דעתו של ההורה הביולוגי, ללא כל סיבה מסוימת, אינה יכולה להיות מספקת. ועולה השאלה אם ראוי הוא להעניש את הילד רק משום שהורה (שהינו בדרך כלל הורה צעיר השרוי במצוקה נפשית בשל הלידה הלא מתוכננת) עשה טעות בכך שמסר את ילדו ולאחר מכן התחרט על מעשהו.¹⁰⁹ קשה, לדעתנו, לקבל את הטענה, כי ראוי להגביל את אפשרות ההורה לחזור בו מהסכמתו על מנת למנוע אי יציבות של מוסד האימוץ, וזאת משתי סיבות. הראשונה הינה, לטעמנו, כי בהתחשב במספרם הרב של הממתנים לאמץ ילד ישראלי,¹¹⁰ ובמספרם הקטן מאוד של הורים המעוניינים לחזור בהם מהסכמתם לאימוץ, לא קיים סיכון מהותי למוסד האימוץ.¹¹¹ השנייה הינה, כי גם אם הרחבת האפשרות להתיר להורים לחזור בהם מהסכמתם לאימוץ ילדם אכן פוגעת במידה מסוימת ביציבות מוסד האימוץ, יש להעדיף את הזכויות הקונקרטיות הממשיות של הילד האינדיווידואלי שהורהו הביולוגי כעת מעוניין ומסוגל לגדל אותו, מאשר להעדיף את האינטרסים הערטילאיים של ילדים אחרים.

ג. טובת הילד¹¹²

אף אם קיימים טעמים מיוחדים, יאשר בית המשפט להורה לחזור בו מהסכמתו לאימוץ רק אם, לדעת בית המשפט, חזרה זו מההסכמה הינה לטובת הילד. תוצאתה של גישה זו היא, כי למרות שטובת הילד, והיא בלבד, אינה סיבה להוצאת ילד מהוריו (אפילו במקרים בהם ההורה הביולוגי אינו הורה טוב), אם אין מתקיימת אחת העילות המופיעות בחוק,¹¹³ הרי שמרגע בו ויתר ההורה על ילדו מוכרע גורלו של הילד אך ורק

109 מימון, לעיל ה"ש 102, בעמ' 148, מציעה כי השיקול המכריע הינו טובת הילד ולכן גם אם אין שינוי עובדתי במצבו של ההורה הביולוגי, אם טובתו של הילד מחייבת גרילה אצלו, זה בעצמו יהיה "טעם מיוחד", ובית המשפט יאפשר להורה לחזור בו מהסכמתו. אם כן, הדרישה של טעמים מיוחדים הינה מיותרת.

110 על פי נתונים שנמסרו לנו בטלפון על ידי השירות למען הילד, כאלף משפחות ממתנות לאמץ ילד.
111 על פי נתונים שנמסרו לנו בטלפון על ידי השירות למען הילד, קיים בערך מקרה אחד בשנה/שנתיים, שבו מעוניין הורה לחזור מהסכמתו.

112 בע"א 577/83, לעיל ה"ש 43, נדחה הטענה כי הוספת הדרישה לטעמים מיוחדים הפחיתה את ההתחשבות בטובת הילד.

113 "המדינה אינה רשאית להוציא ילד מרשות הוריו, רק משום שטובתו של הילד דורשת זאת. אין מנתקים קשר הדם שבין ההורים (הביולוגיים) שאינם מסכימים לניתוק הקשר בינם לבין ילדם, רק משום שטובת הילד דורשת זאת" (ע"א 2169/98 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נג(1) 241, 259 (1999)).

על פי מבחן טובת הילד. תוצאה זו של הדברים צוינה באופן מפורש בדבריו של השופט אור שצוטטו בהחלטה בפרשת "תינוק המריבה":

כל עוד לא הסכימו הוריו לוותר עליו, וכל עוד לא נמצא נימוק מהנימוקים הנזכרים בסעיף 13 לחוק האימוץ להכריזו כבר-אימוץ, אין בודקים את טובת הילד, וזכותם של ההורים לחנכו בביתם עומדת להם. אך כשהסכימו ההורים תחילה לוותר עליו, ומבקשים הם לאחר מכן להתיר להם לחזור מהסכמתם, עומדת וניצבת שאלת טובתו של הילד כשיקול מכריע במערכת השיקולים, אם להחזירו להוריו או אם להשאירו בידי אלה המבקשים לאמצו.¹¹⁴

קביעת טובתו של הילד, במקרה שהורה הביולוגי חזר בו מהסכמתו, כרוכה בעריכת השוואה בין חייו כפי שיהיו בבית ההורים המאמצים לבין חייו בבית הוריו הביולוגיים. מטבע הדברים, הילד כבר נקשר אל ההורים המאמצים, ובדרך כלל ההורים המיועדים לאמץ את הילד מסורים מאוד ומסוגלים להעניק לילד אהבה וחום רבים דווקא משום שחיכו לילד זמן רב. נוסף לכך, במרבית הפעמים, ההורים המיועדים לאמץ את הילד הינם בעלי הכנסה טובה והשכלה גבוהה יותר ובעלי אישיות יציבה יותר ויודעים להרשים את אנשי המקצוע טוב יותר. כל אלה עשויים להטות את הכף לטובתם ולהביא לתוצאה, שלפיה הילד יושאר אצל ההורים המאמצים.¹¹⁵

לכן, לדעתנו, במקרה בו אין מתקיימת כל עילה לאימוץ (מלבד הסכמה לאימוץ שהורה הביולוגי חזר בו ממנה), קביעת עתידו של הילד על פי המבחן הסובייקטיבי, הספקולטיבי והלא מדעי של טובת הילד¹¹⁶ המבוסס על השוואה בין חייו של הילד בבתים "המתחרים", אינו עולה בקנה אחד עם זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים. מימוש זכות זו דורש כי הילד יוחזר להוריו הביולוגיים, אלא אם כן מוכח באופן ברור כי החזרתו להורה הביולוגי תפגע בזכות אחרת של הילד, דוגמת זכותו להתפתחות תקינה. כמובן, חלוף הזמן מאז מסירת הילד להורים המאמצים יהווה גורם של ממש בקביעה אם החזרתו להורים הביולוגיים תפגע בזכותו להתפתחות תקינה (לדיון בעניין מימד הזמן ראו להלן בסעיף ה).

114 השופט אור בע"א 546/89 פלונים נ' היועץ המשפטי, פ"ד מה(1) 185, פס' 11 (1990).

115 אי-שוויון כלכלי עלול להשפיע גם על איכות הייצוג המשפטי. ראו: Marian L. Faupel, *The Baby Jessica Case and the Claimed Conflict Between Children's and Parent's Rights*, 40 WAYNE L. REV. 285, 313 (1994).

116 ראו דיון, לעיל בחלק 2(ב).

3. הכרזת הילד כבר אימוץ על בסיס העילה כי זהות האב אינה ידועה

כאשר אם המוסרת את תינוקה לאימוץ מסרבת לגלות את זהות האב, עולה השאלה אם יש להסתפק בסירובה זה ולהכריז על הילד כבר אימוץ, או אם מוטלת על רשויות המדינה החובה לנסות בכל זאת לאתר את זהות האב.¹¹⁷ התשובה לשאלה זו אינה פשוטה כלל ועיקר. זאת, מכיוון שקיימים אינטרסים מנוגדים: מחד גיסא, זכות האם לפרטיות ולחיסיון המידע שאותו היא מוסרת לעובדת הסוציאלית, כמו גם הרצון למסור את הילד למשפחה המעוניינת לאמצו בהקדם. מאידך גיסא, זכות הילד לדעת את זהות אביו הביולוגי ולגדול אצלו אם יהיה האב מעוניין בכך, כמו גם זכות האב לדעת על לידת בנו ולגדלו.

בדרך כלל, בדומה להשתלשלות הדברים בפרשת "תינוק המריבה", מסתפקות הרשויות בסירוב האם לגלות את זהות האב ואין הן מחפשות אחר האב הביולוגי. התנהלות זו של הרשויות מסתמכת על הלכה שנפסקה בשנות ה-70 בפרשת **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני ופלונית** (להלן: "**הלכת פלוני ופלונית**").¹¹⁸ נקבע בה כי במקרה בו מסרבת האם לגלות את זהות האב, יש לכבד את רצונה ולהכריז על הילד כבר אימוץ ללא נקיטת צעדים לאיתור האב.

לעניות דעתנו, הלכה זו אינה עולה בקנה אחד עם זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים. לפיכך, החלטנו להתייחס באופן מעמיק לפסק דין חדש מאת בית המשפט העליון, הממשיך את המצב הקיים בעניין זה, וזאת למרות שגם בית המשפט לענייני משפחה וגם בית המשפט המחוזי סברו כי לא נכון היה להכריז על ילד כבר אימוץ ללא נקיטת אמצעים סבירים במקרה הספציפי לאיתור האב שלא ידע על לידת בנו. לדעתו של השופט אלבו בערכאה ראשונה,¹¹⁹ הפרטים שנתנה האם¹²⁰ היו מספיקים לאיתור האב בעזרת פרסום בעיתון. החלטתו בוססה הן על זכות האב לדעת אודות קיומו של בנו ולהגיב על בקשת האם למסור את הילד לאימוץ והן על זכות הילד לדעת את זהות אביו. השופט אלבו הדגיש את שינויי התפיסה המתרחשים במשפט הישראלי בעניין הזכות לזהות מאז **הלכת פלוני ופלונית**, דוגמת הפסיקה המורה על ביצוע בדיקת רקמות למרות החשש לממזרות. עוד ציין הוא את הנזק שעלול להיגרם לילד בשל חוסר ידיעתו את זהות האב, לדוגמה – במקרה של מחלה קשה.

117 לדעתו של השופט חשין, ניסיונות אלה לרוב יהיו מוצלחים. לדבריו, "קרוב להניח כי לו מדובר היה בעבירה פלילית חמורה, הייתה נמצאת דרך "סבירה" להגיע אל אבי הילד. אלא שענייננו אין הוא בגילוייה של עבירה חמורה, ודוחק הזמן אף הוא מגביל את ענייננו מחקירתה של עבירה פלילית" (מפי השופט חשין, בפרשת "תינוק המריבה" (עליון), לעיל ה"ש 5, בפס' 5).

118 ע"א 29/74 פלוני ופלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כח(2) 169 (1974).

119 תיק אימוץ 52/04 היועץ המשפטי לממשלה נ' המשיב אינו ידוע (טרם פורסם, 7.12.04).

120 עתו, שמו הפרטי, אזור מגוריו והעובדה שהיה חייל בשירות סדיר.

הערעור על החלטתו של השופט אלבו נדחה על ידי בית המשפט המחוזי,¹²¹ שציין הן את האפשרות המעשית שהייתה קיימת לזהות את האב, תוך שימוש במאגרי מידע של הרשויות במקרה זה, והן את העובדה שהתעלמות מהזכות הטבעית של האב להביע עמדה בשאלת מסירת בנו לאימוץ אינה מתיישבת עם הרצון המודרני לטפח את אחריות האב לילדיו ועם מעמדו המשפטי של האב בחוק האימוץ. אולם, החלטה זו נהפכה ברוב דעות על ידי בית המשפט העליון.¹²²

הנשיא ברק, אשר כתב את חוות הדעת העיקרית של פסיקת בית המשפט העליון, ציין כי הדרישה לחוסר אפשרות סבירה לזהות את האב אשר בסעיף 13(א) אינה מתייחסת לאפשרות טכנית גרידא, כי אם שבמושג סבירות טמונה שאלה נורמטיבית ערכית. כלומר, על בית המשפט לאזן בין הערכים והעקרונות המתנגשים בקביעתו אם האפשרות לזהות את האב הינה סבירה. לאחר בחינת עקרונות אלה (זכות האב, טובתו של הילד, אינטרס האם והאינטרס הציבורי הכללי) הגיע השופט ברק למסקנה, כי בנסיבות המקרה אינטרס האם לפרטיות גובר על זכות האב. הנימוק העיקרי של מסקנתו זו היה התעלמות האב מהאפשרות, הידועה לו, שהאם בהיריון, והסתלקותו מחייה ללא בירור המצב. מזאת הסיק הנשיא כי הסיכוי שהאב יהיה מעוניין בבנו אינו גבוה, ולפיכך דורשת טובתו של הילד כי יימסר לאימוץ ללא עיכוב. כן, הדגיש הנשיא ברק, כי טובת הקטין מובטחת על ידי כך שפרטיו של האב מופקדים בתיק האימוץ ויתגלו לקטין כאשר יגיע לגיל בגרות או אם צורך רפואי יתעורר קודם לכן. לדעתו של הנשיא ברק, שימוש במידע זה, על מנת לאתר את האב בשלב זה, יפגע באופן קשה ובלתי מוצדק באם שמסרה את המידע תחת הבטחה מפורשת כי הוא לא ישמש לאיתור האב במסגרת הליך האימוץ.

השופטת פרוקצ'יה, בדעת מיעוט, הסתייגה מדעת הרוב, הן בעניין המשקל שאותו ראוי לתת לשיקולים ולערכים השונים והן מפרשנות עובדותיו של המקרה הספציפי. השופטת הדגישה, כי מוסד האימוץ נועד למצבים קיצוניים וחריגים בהם ערך האוטונומיה של המשפחה ומימוש זכות ההורות הטבעית אינם יכולים להתממש. לפיכך, באיזון בין השיקולים והערכים השונים, יש להעניק מעמד של בכורה לזכויות האב והילד לממש את קרבתם זה לזה.

כמו כן, לדעתה של השופטת פרוקצ'יה, במקרה הספציפי לא ניתן להסיק כי האב ידע בבירור על הריון האם ולא ניתן להסיק מהתנהגותו כי הוא ויתר במשתמע על מיצוי הורותו לילדו שעל הולדתו לא ידע. במיוחד יש להביא בחשבון, לדעת השופטת

121 ע"מ 707/05 היועץ המשפטי לממשלה נ' אב לא ידוע (טרם פורסם, 7.07.05).

122 בע"מ 5082/05 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני, תק-על (4)05 387 (2005).

משפחה במשפט א התשס"ז זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים : לקחים מפרשת "תינוק המריבה"

פרוקצ'יה, כי עדות האם לגבי ידיעתו של האב על ההריון והתנהגותו, הינה עדות יחידה. עוד ציינה השופטת כי בהערכת תגובת האב אם יאותר, יש לנקוט זהירות רבה :

תוך הבנה ומודעות לתפוכות הנפש האנושית ולאפשרות כי גם אדם שהסתייג תחילה מהריון ולידת ילדו יבקש למצות את הורותו לכשיודע לו כי ילדו בא לעולם. ידיעה כזו עשויה לעורר בנפשו רגשות עמוקים וכמיהה טבעית לאדם קרוב, בשר מבשרו, שלא ידע ולא הבין את פשרם קודם לכן.

כלומר, לטעמה, אין להסיק מחוסר עניינו של האב בעבר, באפשרות שייוולד לו ילד, כי לא יהיה מעוניין בילד לאחר שייודע לו על לידתו. לפיכך, לדעתה של השופטת פרוקצ'יה, הרשות המוסמכת לא מיצתה את חובתה לפעול לזיהויו ולאיתורו של האב, מכיוון שחובה זו, הנובעת מזכויותיהם הן של האב והן של הבן להורות טבעית, הינה חובה עצמאית שאינה תלויה ברצונה של האם בעניין. אף על פי כן, הסכימה השופטת הנכבדה עם דעת הרוב בכך שבדרך כלל אין להשתמש במידע שנמסר על ידי האם למטרה מוגבלת. לפיכך, על הרשות המוסמכת לפעול לאיתור האב ללא סיוע מהאם, תוך כדי גיבוש מערכת כללים והנחיות לגבי השימוש במאגרי מידע של הרשויות השונות ואמצעים אחרים.

בעניינו, יש להעדיף את גישתה של השופטת פרוקצ'יה, בעיקר מכיוון שהיא מבוססת על זכויות האב והקטין להורות טבעית, וכן מכיוון שמסקנותיה לגבי משמעות התנהגות האב נראות לנו נכונות יותר.

אף על פי כן, בעוד השופטת פרוקצ'יה והספרות שאליה היא מתייחסת מדגישות את זכות האב הנעדר, דווקא הדגשת זכויותיו של הילד היא, לטעמנו, הנותנת משנה תוקף להחלטה כי אין להכריז על הילד כבר אימוץ ללא נקיטת אמצעים לאיתור האב. גם אם מוצדק לשלול את זכות האב, בשל חוסר עניינו בהיריונה של האם ונטישתו אותה, אין זה מוצדק לשלול את זכות הילד לדעת את זהות אביו, ואת זכותו לסיכוי, אף אם לכאורה אינו רב, לגדול אצל אביו. הפקדת פרטיו של האב בתיק האימוץ אינה מממשת את זכויות הילד באופן מספק ויש לזכור כי קיימים מקרים בהם האם אינה מוכנה אף לספק פרטים לתיק. לדעתנו, האינטרסים של הילד גוברים על האינטרסים של האם, אשר החליטה לוותר על ילדה, אף ללא התחשבות בזכויות האב. למרות זאת, יש להתחשב בזכות האם לפרטיות בקביעת סוג החיפושים לאיתור זהות האב והיקפם, ונרחיב בעניין זה בחלק החמישי למאמר.

4. ביטול הכרזת הילד כבר אימוץ

אם הוכרז הילד כבר אימוץ על פי אחת מהעילות המופיעות בסעיף 13 לחוק, ולאחר מכן התברר כי מאז מתן ההכרזה השתנו הנסיבות וכעת העילה בשלה הוכרז כבר אימוץ אינה מתקיימת עוד, ניתן לבקש את ביטול ההכרזה. מצב זה התרחש כך בדיוק בפרשת

"תינוק המריבה". ההכרזה כי הילד בר אימוץ התבססה על העובדה כי זהות האב לא הייתה ידועה. לאחר מכן סיפרה האם לאב על הלידה, והוא החליט לגדל את הילד. לפיכך, עלתה השאלה מהי המסגרת הנורמטיבית הראויה לטיפול בבקשה כזו. בית המשפט העליון קבע, כי לא די בהוכחה כי הנסיבות השתנו, ועל בית המשפט לשקול מחדש מהי טובת הילד. לפיכך, ולמעשה, המצב הינו כמעט זהה¹²³ למקרה בו מבקש ההורה לחזור בו מהסכמתו למסור את ילדו לאימוץ, ואכן הנשיא ברק סמך דעתו על הפסיקה בעניין זה ביישום מבחן טובת הילד. כבר הבהרנו במאמרנו זה מדוע הכרעה על פי מבחן טובת הילד, במקרה של חזרה מהסכמת ההורה לאימוץ ילדו, אינה עולה בקנה אחד עם זכות הילד לגדול אצל ההורה הביולוגי. הנימוקים שהבאנו נכונים, קל וחומר, בהקשר של ביטול הכרזת הילד כבר אימוץ על בסיס העילה כי זהות האב אינה ידועה, מכיוון שאין מדובר במצב בו ויתר ההורה על ילדו, אלא במצב בו, שלא באשמתו,¹²⁴ לא ידע ההורה על לידת ילדו. ברי הוא לטעמנו, כי אין לתת למבחן הבעייתי של טובת הילד לגבור על הזכות הטבעית של האב לגדל את ילדו. זאת ועוד, על פי השופט חשין, על האב להוכיח כי נכון וראוי הוא לבטל את צו האימוץ. במקרה זה של פרשת "תינוק המריבה" נקבע, כי האב לא הרים את הנטל המוטל עליו.¹²⁵ גם אם מדובר בנטל פורמלי יותר מאשר בנטל מהותי,¹²⁶ הרי, לדעתנו, הטלת הנטל על האב, שאינו אשם ואשר לא נטל חלק במסירת הילד לאימוץ, פוגע הן בזכויות האב והן בזכויות הילד. זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים דורשת, כי נטל ההוכחה יפול על זה הטוען בבית המשפט כי ביטול ההכרזה יפגע בזכויותיו האחרות של הילד, כגון הזכות להתפתחות תקינה.

5. מימד הזמן

כבר הזכרנו את החשיבות העליונה שבבדיקת טובת הילד בזמן אמת. קיימים מקרים בהם העיכוב בקיום הדיון המשפטי היה גורלי. גם אם טובת הילד הייתה לגדול אצל הוריו הביולוגיים במועד בו התחרטו הם על מסירתו, השתנה המצב עד למועד הדיון. כך, למעשה, בשל העיכוב בקיום הדיון בעניינו נשללה מהילד הזכות לגדול אצל הוריו הביולוגיים. השופט בייסקי במקרה מסוים אף ציין במפורש כי אם היה מתקיים הדיון מיד בעת שחזרו בהם ההורים הביולוגיים מהסכמתם לאימוץ, היה מקום להיעתר

123 בהיעדר דרישה להוכחת טעמים מיוחדים.

124 השופט חשין ציין כי העילה של האב שאינו ידוע שונה מהעילות האחרות להכרזת ילד כבר אימוץ, בכך שבדרך כלל לא ניתן להטיל באב כל אשם (פרשת "תינוק המריבה" (עליון), לעיל ה"ש 5, בפס' 6).

125 שם, בפס' 20.

126 שם.

משפחה במשפט א התשס"ז זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים: לקחים מפרשת "תינוק המריבה"

לבקשתם ולהחזיר את הילד לחזקתם.¹²⁷ כך, לדעתנו, גם בפרשת "תינוק המריבה". נראה, כי אם היה מתקיים הדיון בסמוך למועד בו ביקשה האם לחזור בה מהסכמתה, כאשר גילו של הילד עדיין לא היה שישה חודשים, היה מקום לקבל את בקשתה. שופטים מתחו לא פעם ביקורת על העיכובים בטיפול בבקשותיהם של הורים ביולוגיים לחזור בהם מהסכמתם לאימוץ.¹²⁸ למרות ביקורות אלו לא התקיים שינוי במצב הקיים בפועל.¹²⁹

6. הכרזת הילד כבר אימוץ על בסיס העילה של חוסר מסוגלות הורית

העילה השכיחה ביותר להכרזת ילד כבר אימוץ הינה על פי סעיף 13(7) לחוק, העוסק במקרים בהם: "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". נדגיש, כי עילה זו אמנם לא נדונה בפרשת "תינוק המריבה", אך עם זאת פרשה זו מדגימה את הבעייתיות של בחינת מסוגלות הורית, כיוון שהמחלוקת העיקרית בין המומחים התמקדה בשאלת רמת המסוגלות ההורית של ההורים הביולוגיים.

אף על פי שאין זה המקום לדון באופן מפורט בתוכנה של העילה אשר בסעיף 13(7) לחוק, חשוב להדגיש כי חוסר מסוגלות הורית ושאר רכיביה של עילה זו (קרי, הסיכוי לשינוי בעתיד הנראה לעין והשפעתה של עזרה כלכלית וטיפולית סבירה) אינם עובדות מדעיות ועל כן נותר לבית המשפט שיקול דעת רחב מאוד לעניין פרשנותם. פרשנות מרחיבה של רכיבים אלו עלולה לפגוע בזכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים. לפיכך, ראוי "לפרש את היוצאים מן הכלל המאפשרים את שלילת זכות ההורות הטבעית בזהירות יתירה ועל דרך צמצום רב".¹³⁰

אף על פי כן, ממחקרם של המלומדות ברקאי ומאסס,¹³¹ הבוחן פסקי דין של בית המשפט העליון, עולה כי לא תמיד פירשו השופטים את העילה אשר בסעיף 13(7) בכלל, ואת המושג "מסוגלות הורית" בפרט, באופן מצומצם. לטענת המלומדות, עלה במחקרם כי מסוגלות הורית נקבעת בבתי המשפט על פי מידת סטייתן של התנהגות ההורים מהנורמה החברתית המקובלת, והם מדגישים כי בתי המשפט אינם מבחינים בין

127 ע"א 546/89, לעיל ה"ש 1, בעמ' 205.

128 ראו לדוגמה ע"א 546/89, לעיל ה"ש 1, דבריו של השופט אור, בעמ' 198.

129 בפרשת "תינוק המריבה", לעיל ה"ש 4, מיום הגשת בקשת האב עברו חודש ו-6 ימים עד הדיון בבית משפט לענייני משפחה ועוד חודש ימים עד מתן ההחלטה.

130 בע"מ 9229/04, לעיל ה"ש 58, על פי השופטת פרוקצ'יה בפס' 1. ראו גם דבריה של אותה שופטת בפרשת "תינוק המריבה", לעיל ה"ש 5, בפס' 10 לדבריה.

131 מירה ברקאי ומילי מאסס משמעות המושגים "מסוגלות הורית" ו"טובת הילד" בפסקי דין של בית המשפט העליון הדנים באימוץ קטינים (1998).

יכולת ההורים לספק לילדים את צורכיהם הפיסיים לבין יכולתם לספק להם את צורכיהם הרגשיים. לפיכך, כאשר אין אפשרות לגדל את הילד בבית ההורים הביולוגיים, מוכרז הילד כבר אימוץ למרות שההורים מסוגלים לשמור על קשר עימו ולגלות עניין בחייו. על כן, לכאורה, השימוש בסעיף 13 אינו עולה תמיד בקנה אחד עם זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים ועם הזכות לשמור על קשר עימם.

7. אימוץ פתוח

בדיון בנושא זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים לא ניתן להתעלם מסוגיית האימוץ הפתוח. סוג אימוץ זה מאפשר את המשך הקשר, בדרגה זו או אחרת, בין הילד לבין ההורים הביולוגיים ו/או קרובי משפחה אחרים, לאחר מתן צו האימוץ.¹³² כאשר נקבע, כי הקטין הינו בר אימוץ או אם נקבע כי ראוי שהקטין יישאר אצל הוריו המאמצים, המשך הקשר בין הילד לבין הוריו הביולוגיים יממש את זכותו של הילד להכיר את הוריו הביולוגיים ולשמור על קשר עימם. למרות שניתן לראות זכויות אלה כזכויות עצמאיות,¹³³ ניתן לראות אותן גם כחלק מהזכות לגדול אצל ההורים הביולוגיים. לפיכך, גם אם לא ניתן לממש את זכות הילד לגדול אצל ההורים הביולוגיים במלואה, ניתן לממש את זכותו להכיר את הוריו הביולוגיים ולשמור על קשר עימם, על ידי שימוש באימוץ פתוח.

אף על פי כן, יש לזכור, שזכות הילד להכיר את הוריו וזכותו לשמור על קשר עימם, כמו זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים, אינן זכויות מוחלטות ואין לממשן בנסיבות שבהן יוביל המימוש לפגיעה בזכויות אחרות. לפיכך, לדוגמה, אם מוכח כי המשך הקשר עם ההורים הביולוגיים יפגע ביציבות חייו של הילד אצל המשפחה המאמצת, ובכך יפגע למעשה בזכותו להתפתחות תקינה, אין להורות על אימוץ פתוח. הגישה הרווחת בבתי המשפט בישראל הינה לא לאפשר אימוץ פתוח,¹³⁴ וזאת ללא עריכת בדיקה מקיפה של היתרונות והחסרונות של סידור כזה במקרה נדון. לטעמנו, מצב זה מעיד על מתן משקל מועט מידי לזכות הילד להכיר את הוריו הביולוגיים ולשמור על קשר עימם.

132 על פי סעיף 16 לחוק האימוץ, צו האימוץ מפסיק את הקשר בין הילד לבין הוריו וקרוביו הביולוגיים, אך בית המשפט רשאי לצמצם את תוצאות האימוץ.

133 אכן, בסעיף 7 של אמנת האו"ם, הזכות להכיר את ההורים מוזכרת לפני הזכות להיות מטופל על ידם.

134 ראו לדוגמה ע"א 658/88 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מג(4) 468 (1989); ע"א 653/95 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד מט(2) 383 (1995). לאחרונה, חזר בית המשפט העליון על כך כי "הכלל הוא אימוץ 'סגור', וה'פתוח' חריג" (בע"מ 10791/05 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, תק-על(1)06 1846 (2006)).

ה. הצעות לשינוי ולשיפור

1. הליך מתן ההסכמה לאימוץ

הצעת חוק אימוץ ילדים (תיקונים שונים), התשס"ד-2004,¹³⁵ מכילה תיקונים לעניין הליך מתן ההסכמה לאימוץ. הצעה זו מתייחסת הן למועד והן לאופן מתן ההסכמה. בהצעה מוצע תיקון לסעיף 10 לחוק האימוץ,¹³⁶ על פיו הסכמה לאימוץ, שניתנה על ידי הורה הביולוגי של המאומץ בטרם חלפו שבעה ימים מלידתו, לא תהיה תקפה. תיקון זה מבורך לטעמנו, אך אינו מספיק. זאת, כיוון שאמהות אינן מתאוששות מלידה מיד לאחר שבוע או אפילו שבועיים.¹³⁷ לצורך השוואה נציין, כי החוק האנגלי קובע תקופה מקבילה של שישה שבועות לאחר הלידה¹³⁸ ובארה"ב התקופה הנ"ל נעה מדקות ספורות לאחר הלידה ועד 15 ימים לאחריה.¹³⁹ הצעתנו לעניין זה היא, כי תיקבע תקופה של חודש ימים, בהתאם להלכה היהודית המגדירה את האם כחולה עד 30 יום אחרי הלידה.

תיקונים מוצעים נוספים בהצעת החוק מתייחסים לתקנות 272 ו-273 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, המסדירות את הליך מתן ההסכמה לאימוץ.¹⁴⁰ הצעת החוק מציעה לקבוע כי הצהרת ההסכמה לאימוץ תיעשה רק לפני שופט או דיין. כלומר, האפשרות להצהיר לפני פקיד הסעד, כנהוג היום, תישלל. כמו כן, מוצע להבהיר כי חלה חובה על הגורם המקבל את ההצהרה למסירת ילד לאימוץ להסביר את תוצאות החתימה על ההצהרה. התיקון מוסיף לחובה הנוכחית, שהינה מתן הסבר בשפה פשוטה ומובנת, את החובה להסביר "באופן שיאפשר לו מידה מרבית של הבנת המידע לשם קבלת החלטה בדרך של בחירה מרצון ואי תלות".

135 שהוגשה על ידי ח"כ מתן וילנאי ביום 11.10.04.

136 שם, ס' 4 של הצעת החוק.

137 בהצעת חוק אימוץ ילדים (קיצור תקופת מבחן והגבלת אפשרות חזרה ממתן הסכמה לאימוץ על ידי ההורה הביולוגי), התשס"ד-2004, שהונחה על שולחן הכנסת ביום 5.7.04, על ידי ח"כ קולט אביטל, הוצע "שהסכמה לא תינתן אלא לאחר תום שבועיים מלידת הילד".

138 Adoption and Children Act, 2002, s. 100. גם השופט טל בע"א 4798/95, לעיל ה"ש 100, בעמ' 206, מציע המתנה של מספר שבועות אחרי הלידה.

מעניין לציין כי בהצעת חוק אימוץ ילדים, התשי"ט-1959, שלא התקבלה, נקבע כי הסכמה שניתנה תוך שלושה חודשים מהלידה, בטלה.

Karen D. Laverdiere, *Content Over Form: The Shifting of Adoption Consent Laws*, 139 25 WHITTIER L. REV. 599 (2004).

140 ראו ס' 9 של הצעת חוק אימוץ ילדים, לעיל ה"ש 135.

עוד מוצע להוסיף סעיף קטן (ד) בסוף סעיף 8 לחוק האימוץ אשר יקבע:

(ד) הסכמה לעניין סעיף זה ולעניין סעיף 9 לחוק, משמעותה הסכמה בלתי מותנית הניתנת מתוך הבנה של הכרוך בה, לאחר שניתן להורה כל המידע הרלוונטי לעניין תוצאות האימוץ.

ושוב נבהיר, על אף שתיקונים אלו מבורכים, לטעמנו – אין די בהם. כפי שהסברנו לעיל, ובדומה למצב הקיים במשפט לעניין הסכמי ממון, יש לדרוש מהשופט או מהדיין לאשר כי ההורה חתם על ההצהרה מרצונו החופשי וכי הבין את משמעותה ותוצאותיה של הצהרה זו.¹⁴¹ דרישה כזו תמנע את חוסר הוודאות העלול להיגרם מטעונו של ההורה הביולוגי כי לא הבין את ההצהרה ומשמעותה, או כי לא קיבל את כל המידע הרלוונטי, טיעונים שלא תמיד הם קלים לבירור לאחר מעשה.

נוסף לכך, ראוי לאמץ את ההסדר הנוהג בחלק ממדינות ארה"ב, שעל פיו על ההורים הביולוגיים לקבל ייעוץ פסיכולוגי עצמאי, במימון המדינה, בטרם מסירת הילד לאימוץ.¹⁴²

2. חזרה מהסכמה

מספר הצעות חוק, כולל זו של ח"כ מתן וילנאי, מציעות תיקונים לעניין חזרת ההורה מהסכמתו לאימוץ ילדו בעקבות פרשת "תינוק המריבה". חלק מההצעות מתייחס אך ורק למועד בו ניתן לחזור מההסכמה ומוצע להגביל מועד זה.¹⁴³ עם כל הכבוד, הצעות אלה אינן מועילות באופן ממשי מכיוון שבחלק גדול מהמקרים הקיימים בפסיקה, ההורה אכן התחרט סמוך מאוד לאחר מתן הסכמתו. הצעות אלה אינן נוגעות בבעיות האמיתיות, שהינן הדרישות הנוקשות הכרוכות באישור בית המשפט להורה לחזור בו

141 בארה"ב ה-Uniform Adoption Act (1994) קובע כי על גורם שלפניו ניתנה הסכמה למסור ילד לאימוץ לאשר בכתב לא רק שהסביר את המשמעות של ההסכמה לחותם, אלא גם שלמיטב ידיעתו, קרא החותם את טופס ההסכמה, הבין אותו וחתם מרצונו החופשי (פסקה (d) 2-405).

142 לדוגמה, בקליפורניה, ראו Cal. Fam. Code Ann. 8801.5(d). בחלק מהמדינות החובה היא רק להודיע להורים על זכותם לקבל ייעוץ חינוכי, Laverdiere, לעיל ה"ש 139. ראו גם הערתו של השופט זמיר בע"א 4798/95, לעיל ה"ש 100, בעמ' 208, שמציע כי האם תיבדק בידי פסיכולוג, במקרים שיש מקום להניח כי היא שרויה במצוקה.

143 הצעת חוק אימוץ ילדים (תיקון – קיצור פרק הזמן לחזרה מהסכמה למתן ילד לאימוץ), התשס"ד-2004 (2394/פ) (של ח"כ אהוד יתום), והצעת חוק האימוץ (תיקון – סייג לחזרת ההורים הביולוגיים מהסכמתם למסירת ילד לאימוץ), התשס"ד-2004 (2366/פ) (של ח"כ שאול יהלום וח"כ גילה פינקלשטיין), וגם הצעת חוק אימוץ ילדים (תיקון – הגבלת סייגים להסכמת ההורים), התשס"ד-2004, שהונחה על שולחן הכנסת ביום 5.7.04 על ידי ח"כ אתי לבני ואחרים. יש לציין כי הצעת חוק ילדים (קיצור תקופת מבחן והגבלת אפשרות חזרה ממתן הסכמה לאימוץ על ידי ההורה הביולוגי), התשס"ד-2004, מונעת לחלוטין את האפשרות לחזור מהסכמה.

משפחה במשפט א התשס"ז זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים: לקחים מפרשת "תינוק המריבה"

מהסכמתו והזמן הארוך מהמועד בו חזר ההורה מהסכמתו ועד למועד הדיון בבית המשפט.

לעומת זאת, הצעתו של ח"כ מתן וילנאי מציעה פתרון לבעיות אלה. על פי התיקונים המוצעים בהצעה, רשאי הורה לחזור בו מהסכמתו בתוך 45 יום ממועד מסירת הילד לבית ההורים המיועדים לאמצו (להלן: "תקופת הצינון"). יש להדגיש, כי מדובר בזכות אוטומטית המוענקת להורה הביולוגי לחזור בו מהסכמתו אשר אינה תלויה בשיקול דעתו של בית המשפט. כלומר, בית המשפט הופך למעשה לחותמת גומי¹⁴⁴ ואינו מכריע בשאלה אם חזרת ההורה מהסכמתו הינה לטובת הילד.

יש לברך על הצעת חוק זו של ח"כ מתן וילנאי המעניקה הזדמנות אמיתית להורים לחזור בהם מהסכמתם לאימוץ ילדם. ההצעה מכירה במציאות הקשה כי הורים המוסרים את ילדם לאימוץ מקבלים, לעיתים, החלטה זו ברגעי מצוקה אישית, אשר חולפת, וכי ראוי לאפשר להם "תקופת צינון"¹⁴⁵ אשר בה יוכלו לשקול שוב את משמעותה של החלטתם ולבחון אם זוהי באמת ההחלטה הנכונה להם ולילדם. יש לציין עוד, כי על פי הצעת חוק זו, תקופת הזמן, שבה יותר להורה להתחרט, מתחילה ממועד מסירת הילד להורים המיועדים לאמצו ולא ממועד מתן ההסכמה או מתאריך הלידה, כפי שנהוג בשיטות משפט אחרות.¹⁴⁶ לדעתנו, יש בעובדה זו היגיון רב מנקודת המבט העוסקת בילד. כפי שהודגש בפרשת "תינוק המריבה", כאשר מוחזר ילד להורים הביולוגיים, נגרם לו נזק בשל הניתוק מההורים המאמצים. ככל שילד נמצא זמן רב יותר אצל ההורים המיועדים לאמצו, כך גובר הסיכוי כי ניתוק הילד יפגע בזכותו להתפתחות. לפיכך, אין לחשב את הזמן שבו שהה הילד במעון תינוקות או אצל הורים אומנים לפני מסירתו להורים המאמצים.

ראוי גם לציין, כי הצעת חוק זו של ח"כ וילנאי דוחה את הרעיון כי אין למסור את הילד להורים מאמצים עד תום התקופה שבה רשאים ההורים לחזור בהם מהסכמתם.¹⁴⁷ למרות שבעבר תמכנו ברעיון זה,¹⁴⁸ שוכנענו, כי אין לאמצו. זאת, מכיוון שהעיכוב במסירת ילדים להורים מאמצים והשארתם בבתי יתומים גורם נזק מיותר לילדים,

144 עו"ד ורד וינדמן מהמועצה לשלום הילד, שהייתה מעורבת בניסוח הצעת החוק, הסבירה לנו שמנסחי החוק ראו לנכון לחייב אישור מבית המשפט, משום שההסכמה למסור לאימוץ נחתמת לפני שופט או דיין.

145 כדוגמת "תקופת צינון" שניתנה לצרכן לשם ביטול עסקאות מסוימות, תוך מועד נקוב על פי חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981.

146 לדוגמה, באוסטרליה ניתן להתחרט תוך 30 ימים מיום מתן ההסכמה, ובארה"ב ב-Uniform Adoption Act (1994) הורה רשאי לחזור מהסכמתו עד 192 שעות אחרי הלידה.

147 רעיון זה בא לידי ביטוי בהצעת חוק אימוץ ילדים (תיקון – תקופת מבחן בתינוק), התשס"ד-2004, (פ/2394 – הונחה על שולחן הכנסת על ידי אהוד יתום ביום 5.7.04), שקובעת שאין למסור את הילד למאמץ עד תום 60 יום מיום מתן ההסכמה וש אחרי מועד זה אין אפשרות לחזור מההסכמה.

148 רונה שוז "הזכות לגדול אצל ההורים הביולוגיים" **הצופה** 9.7.04.

במיוחד כאשר ברוב רובם של המקרים שאלת חזרת ההורה הביולוגי מהסכמתו לאימוץ כלל לא תעלה. נוסף לכך, לדעתנו, הדחייה במסירת הילד להורים המיועדים לאמצו עד לסוף "תקופת הצינון" הניתנת להורים להתחרט, מחייבת קיצור תקופה זו, ומסיבות שנסביר להלן, לדעתנו, דבר זה אינו רצוי.

אף על פי כן, הצעת "תקופת צינון" של 45 ימים מיום מסירת הילד להורים המאמצים מעלה כמה התלבטויות. ראשית, האם פרק הזמן של 45 ימים מיום מסירת הילד להורים המאמצים הינו ארוך דיו? מחד גיסא, מבחינת ההורים הביולוגיים, פרק זמן זה נראה לכאורה סביר עד מאוד ומאפשר די זמן להורה הביולוגי לשקול שוב את החלטתו.¹⁴⁹ מאידך גיסא, אם נסתכל בעניין מנקודת מבטו של הילד, נהיה חייבים לשאול אם לאחר 45 ימים אצל ההורים המאמצים, זכויותיו האחרות של הילד יגברו על זכותו לגדול אצל הוריו הביולוגיים. לנו נראה, כי התשובה לשאלה זו הינה שלילית. נראה לנו, כי רק לאחר תקופה ארוכה יותר, דוגמת שישה חודשים עד שנה, תתרחש התקשרות בטוחה בין הילד להורים המאמצים עד כדי שניתוקן מהם יגרום לו נזק בלתי הפיך.¹⁵⁰ לכן, לכאורה, לא נראה נכון לחסום בפני ההורים הביולוגיים את הדרך חזרה באופן מוחלט 45 יום אחרי מסירת הילד למועמדים לאמצו.

אכן, הדילמה אשר לפנינו אינה פשוטה כלל ועיקר. מחד גיסא, קביעת תקופה ארוכה המתירה להורה לחזור בו מהסכמתו לאימוץ ילדו גורמת לחוסר ודאות למאמצים ולמאומצים. כמו כן, מתן אפשרות להורה הביולוגי לחזור בו מהסכמתו לאחר המועד הקבוע במקרים חריגים פוגעת בוודאות ופותרת אפשרות להתדיינות ממושכת וכואבת, דוגמת זו אשר התנהלה בפרשת "תינוק המריבה". מנגד, זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים מחייבת מתן אפשרות להורה הביולוגי לחזור בו מהסכמתו גם לאחר המועד הנקבע, כל עוד זכויותיו האחרות של הילד לא ייפגעו.

לכאורה, הסוגיה עוסקת בקונפליקט בין טובתם וזכויותיהם של ילדים מאומצים באופן קולקטיבי, הדורשים ודאות, לבין טובתו וזכויותיו של מאומץ אינדיווידואלי הדורשים בחינת כל מקרה לגופו. ניתן להשוות מצב זה לזה של חטיפת ילדים בינלאומית המוסדרת בחוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים), התשנ"א-1991.¹⁵¹ המנגנון הקיים באמנה דורש את החזרתם המיידית של ילדים חטופים והוא משרת למעשה את טובת הילדים באופן קולקטיבי, הן מכיוון שלעתים קרובות חטיפת הילד

149 מועד זה הינו ארוך יותר מזה שנקבע בחוקי אימוץ בארה"ב. לדוגמה, במדינת ורמונט ניתן לחזור מהסכמה תוך 21 יום מיום מתן ההסכמה (15A V.S.A. para 2-404), ובמדינת אלבמה המועד הינו 14 ימים כאשר הוכח שהדבר הוא לטובתו של הילד, לעיל ה"ש 39.

150 ראו לדוגמה הדעה המובעת בספרה של נילי מימון **דיני אימוץ ילדים** 98 (1994): יש מומחים הסוברים, כי שהות של שנים עשר חודשים ללא הפסקה אצל הורים פסיכולוגיים יש בה כדי להוות מניעה, מבחינת טובת הילד, בהיפרדו מהם והניתוק יהיה צעד לא סביר מבחינתו, ויגרום לו נזק פסיכולוגי קבוע.

151 באופן כללי, ראו רונה שון, לעיל ה"ש 76, בעמ' 421.

משפחה במשפט א התשס"ז זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים: לקחים מפרשת "תינוק המריבה"

גורמת לו נזק ויש לבטל נזק זה בהקדם והן מכיוון שמנגנון זה של החזרה מיידית עשוי להרתיע חוטפים פוטנציאליים.¹⁵² אף על פי כן, קיימים בוודאי מקרים בהם החזרה מיידית של ילד חטוף מנוגדת לטובת הילד האינדיווידואלי,¹⁵³ אלא שכל ניסיון לוודא באילו מקרים אין זה ראוי להחזיר את הילד באופן מידי, מחייב בדיקה מקיפה של הנסיבות, דבר המונע באופן אוטומטי החזרה מיידית של ילדים באופן גורף בכל המקרים. לאור זאת, הפשרה שנבחרה על ידי מנסחי האמנה הייתה קביעת מספר מקרים חריגים, צרים ביותר, המבטלים את החובה להחזיר ילד חטוף באופן מידי.¹⁵⁴ ראוי לציין כי לא ברור באיזו מידה פשרה זו מוצלחת. זאת, מכיוון שמחד גיסא, על אף שבתו משפט פירשו את החריגים שבאמנה באופן מצומצם ביותר, עדיין ישנם מקרים שבהם ההתדיינות אורכת שנים בניגוד מוחלט למטרת האמנה.¹⁵⁵ מאידך גיסא, קיימת ביקורת רחבה במקרים בהם הוחזרו ילדים למדינת המקור שממנה נחטפו למרות שברור היה כי החזרה זו נוגדת את טובתם האינדיווידואלית.¹⁵⁶ יחד עם זאת, נראה, כי אין פתרון טוב יותר המוצע לסוגיה זו מהפשרה שאומצה.¹⁵⁷

כך גם בענייננו, לטעמנו, יש לחפש פשרה אשר תאפשר מימוש מקסימלי של זכויות הילד האינדיווידואלי מבלי לגרום לפגיעה ממשית בכלל הילדים הנמסרים לאימוץ. באופן טנטטיבי, נציע להאריך את "תקופת הצינון" לארבעה חודשים, ולאפשר להורים לחזור בהם מהסכמתם גם לאחר מועד זה, אך זאת – במקרים נדירים בלבד בהם מוכח כי הילד לא התאקלם אצל ההורים המאמצים¹⁵⁸ וכן במקרים בהם מכל סיבה שהיא אין ההורים המאמצים מקבלים צו אימוץ. נזכיר כי בפרשת "תינוק המריבה" התחרטה האם הביולוגית וחזרה בה מהסכמתה כשלושה וחצי חודשים לאחר מסירת התינוק לרשות ההורים המיועדים לאמצו. על פי הצעתנו, הייתה האם מקבלת את ילדה חזרה אליה עוד לפני שמלאו לו ארבעה חודשים, דבר שהיה עולה בקנה אחד הן עם טובת הילד והן עם זכותו לגדול במשפחתו הביולוגית.

152 שם, בעמ' 425-426.

153 ראו לדוגמה ע"א 4391/96 רו' נ' רו', פ"ד (5) 338 (1997), בו קבע בית המשפט העליון שיש להחזיר את הילדה בכפוף לתנאים מסוימים, למרות שהיה ברור לשופטים שטובת הילדה דרשה השארתה בארץ.

154 שוז, לעיל ה"ש 76, בעמ' 425-427.

155 לדוגמה בפסק הדין רע"א 7994/98 ט.ד. נ' ש.ד., תק-על (2) 99 (1472) (1999), עברו יותר משנתיים מיום הגשת הבקשה עד יום מתן ההחלטה בבית משפט העליון, שלפיה יש להחזיר את הילד.

156 שוז, לעיל ה"ש 76, בעמ' 480-484.

157 אף על פי כן, ניתן לשפר את המצב הנוכחי על ידי מתן פרשנות מרחיבה יותר לחריגים במיוחד במקרים של אלימות מצד ההורה הנחטף כלפי ההורה החוטף (ראו שוז, שם). בנוסף, ניתן למנוע התמשכות יתרה של הליכים על ידי הקפדה על לוח הזמנים הקבוע בתקנות סדר דין האזרחי, התשמ"ד-1984, פרק כב.

158 ברוב רובם של המקרים, העובדה שהילד התאקלם הינה ברורה ואינה ניתנת לסתירה. לפיכך, חריג כזה לא יגרום לחוסר ודאות או להתדיינות מיותרת.

עוד נדגיש, כי אין אנו שלמים לגמרי עם הצעתנו לעיל משום שגם במקרה בו מתחרטת האם לאחר ארבעה חודשים ייתכן שזכות הילד לגדול אצלה מחייבת את החזרתו אליה. אך אין להתעלם מהעובדה כי קיים צורך לקבוע גבול לאפשרות הניתנת להורה הביולוגי לחזור בו מהסכמתו לאימוץ ילדו, שיהא קצר יותר מתקופת המבחן של שישה חודשים בבית ההורים המאמצים.¹⁵⁹ זאת, על מנת לתת להורים המאמצים ולילד את תחושת הוודאות והיציבות הנדרשת להתאקלמותו המלאה של הילד, ולבניית הקשר ביניהם.

3. אב שאינו ידוע

כפי שראינו לעיל, המצב כיום, שעל פיו במקרים בהם מסרבת האם לגלות את זהות האב מוכרז הילד כבר אימוץ ללא נקיטת כל צעד לאיתור האב, אינו עולה בקנה אחד עם זכות הילד לדעת מיהו אביו הביולוגי ועם זכותו לגדול אצל הוריו הביולוגיים. בהצעת החוק של ח"כ מתן וילנאי מוצעת הוספת המילים "על אף שנעשו מאמצים לעשות כן" לעילה אשר בסעיף 13(1) לחוק. כמובן, ראוי לברך על הצעה זו לתיקון המטילה חובה על רשויות המדינה לנסות ולאתר את האב.¹⁶⁰ אולם, לטעמנו, אין די בכך. לדעתנו, אין להשאיר את שאלת היקף המאמצים לאיתור האב לשיקול דעתן של רשויות המדינה בכל מקרה ומקרה, ויש לקבוע כללים ונהלים קבועים לאמצעים שאותם יש לנקוט לאיתור אב שזהותו אינה ידועה.¹⁶¹

159 ס' 6 לחוק האימוץ.

160 יש לשים לב שהתיקון אינו משנה את הדרישה של היעדר אפשרות סבירה ואינו מאמץ את הנוסח של העילה המקבילה בחוק האנגלי ש-the parent... cannot be found or is incapable of giving consent, הנמצאת ב-Adoption and Children Act 2002 s.52(1)(a). עילה זו, שהוזכרה על ידי השופטת פרוקצ'יה בפרשת האב הנעדר, דורשת חוסר אפשרות מוחלט לאתר את האב. חשוב לזכור שבאנגליה, אב שאינו נשוי לאם ילדו, אינו נחשב הורה, אלא אם כן הוא קיבל אחריות הורית על ידי הסכם עם האם, צו בית המשפט או רישום (ראו לעיל ה"ש 13-14, והטקסט המלווה). משום כך, אב שאינו ידוע אינו נחשב הורה ואין צורך בהסכמתו, כלומר – אין צורך לאתר. לפיכך, העילה של חוסר אפשרות לאתר את ההורה יכולה להיות רלוונטית רק כאשר מדובר באם או באב שהיה נשוי לאם או שקיבל אחריות הורית, ונעלם. כמובן, אין להשוות מצב זה עם המצב בארץ, בו השימוש בעילה של חוסר אפשרות לאתר את האב נעשה בעיקר במקרים שבו האב אינו ידוע. בשל הקושי להוכיח חוסר אפשרות מוחלט לאתר אב שאינו ידוע, לא יהיה מתאים לאמץ את הנוסח האנגלי בארץ.

161 ב"פרשת האב הלא ידוע", לעיל ה"ש 120, התייחס השופט אלבוז לצורך "למסד עוד יותר את החיוב בחיפוש האב". גם השופטת פרוקצ'יה בבית משפט העליון, לעיל ה"ש 122, מזכירה את הצורך לקבוע כללים בעניין.

משפחה במשפט א התשס"ז זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים: לקחים מפרשת "תינוק המריבה"

בעניין זה ניתן אולי ללמוד ממדינות ארה"ב, בהן קיימות שתי שיטות המיועדות לאפשר איתור אב של ילד אשר נולד לאישה פנויה המעוניינת למסור אותו לאימוץ.¹⁶² השיטה השכיחה יותר הינה הקמת מרשמים של אבות משוערים (putative father registries).¹⁶³ ברשימות אלה גברים, הסבורים כי ייתכן שנולד להם ילד, רושמים את הפרטים הידועים להם על האם ועל הלידה. אב שנרשם במרשם מבעוד מועד¹⁶⁴ יקבל הודעה על פתיחת ההליכים לאימוץ ילדו. אב אשר אינו רשום, אינו מקבל הודעה על הליכי האימוץ ובדרך כלל מנוע מלהעלות התנגדות לאימוץ. השיטה השנייה הינה החובה לפרסם הודעה על הליכי האימוץ. המידע שאותו יש לכלול בפרסום והיקף הפרסום משתנים ממדינה למדינה. דוגמה קיצונית הייתה החוק במדינת פלורידה, שחייב פרסום של פרטים אישיים, כולל שם האם ומידע על כל גבר שיתכן שהוא האב, בעיתון מקומי בכל עיר שבה התגוררה האם או שהתה בשנה שקדמה ללידה. נציין כי עתירתן של שש נשים, שבה נטען כי החוק אינו חוקתי בשל פגיעה בזכותן לפרטיות התקבלה.¹⁶⁵

למרות שאין מחקר אמפירי בעניין, המחברות Barton¹⁶⁶ ו-Helms and Spence¹⁶⁷ טוענות, כי השיטה של המרשם הינה המועילה יותר מבין שתי השיטות, ומהווה איזון טוב יותר בין האינטרסים המנוגדים המתקיימים במצב כזה. במיוחד, לדעתן, שיטת המרשם מגנה על זכות האישה לפרטיות משום שהמידע מגיע לידיעת אנשים מוסמכים בלבד.¹⁶⁸ לדעתנו, יתרונה של שיטת המרשם אינו ברור מאליו. המאמרים עוסקים באיזון בין האינטרסים של שני ההורים, אולם אנו סבורים, כי חשוב לזכור שהמטרה הינה הגנה על זכויות הילד, ולא רק על זכויות האב או זכויות האם. לכן, אין זה מובן מאליו כי ראוי להטיל את הנטל על האב לפעול לצורך רישום, במיוחד כאשר אין הוא יודע כלל על ההיריון.¹⁶⁹ העובדה שהאב לא רשם את עצמו במרשם אינה מחייבת את המסקנה, כי

162 ראו Keith Barton, *Who is Your Daddy? State Adoption Statutes and the Unknown* 113 (2003) *Biological Father*, 32 CAP. U. L. REV.

163 מרשם מסוג זה מתקיים ב-32 מדינות בארה"ב, ראו Cecily L. Helms & Phyllis C. Spence, *Take Notice Unwed Fathers: An Unwed Mother's Right to Privacy in Adoption Proceedings*, 20 WISCONSIN'S WOMEN'S L. J. 1, 23 (2005).

164 הדרישות בעניין עיתוי הרישום אינן אחידות במדינות השונות. ראו Barton, לעיל ה"ש 162, בעמ' 129.

165 ראו Barton, לעיל ה"ש 162, בעמ' 139.

166 שם, בעמ' 143-144.

167 Spence & Helms, לעיל ה"ש 163.

168 נטען גם, שהחובה לפרסם עלולה להשפיע על החלטת האם ללדת ולמסור את הילד לאימוץ ולעודדה לבחור בהפלה או לגדל את הילד בעצמה למרות שאין היא חפצה בכך באמת.

169 Spence & Helms, לעיל ה"ש 163, מסבירות שהמרשם מבוסס על הרעיון "sex as notice" כלומר, כל גבר שמקיים יחסי מין עם אישה חייב לדעת שהיריון והליכי אימוץ עלולים להתקיים

הוא לא יהיה מעוניין בילדו, אם וכאשר יובא לידיעתו שאכן נולד לו ילד. ייתכן שראוי הוא לשלב בין שתי השיטות. כלומר, להקים מרשם ובמקרים שבהם אין רישום – לפרסם הודעה ולחפש את האב בדרכים אחרות. ניתן לצמצם את הפגיעה בפרטיות האם על ידי צמצום הפרטים הניתנים בהודעה המתפרסמת. לדוגמה, ניתן להסתפק בשם פרטי ללא ציון שם משפחה. שילוב כזה יעניק הגנה מירבית הן לאב, על ידי מתן האפשרות לרשום את האינטרס שלו,¹⁷⁰ והן לילד¹⁷¹ על ידי הטלת חובה על רשויות המדינה לחפש את האב, במקרים בהם לא רשם האב את עצמו במרשם שכזה.¹⁷²

4. ביטול הכרזה כאשר האב מופיע

בהצעת החוק שהונחה על שולחן הכנסת על ידי ח"כ וילנאי, מוצעת הוספת סעיף 13א לחוק האימוץ אשר יקבע:

הוכרו ילד כבר אימוץ לפי סעיף 13(1) ונמצא הורהו בטרם חלפה תקופת החזרה מהסכמה כאמור בסעיף 10(ג) לחוק, יורה בית המשפט, לפי בקשת הורה, על ביטול הכרזת בר האימוץ ועל השבתו לידי ההורה. חלף מועד זה, לא יהא עוד רשאי בית המשפט לבטל את הכרזת בר האימוץ.

תיקון זה נועד לאחד בין הכלל העוסק בביטול הכרזת הילד כבר אימוץ, במקרה שזהות האב לא הייתה ידועה, לבין הכלל הקיים במקרה בו הורה מעוניין לחזור בו מהסכמתו. כלומר, אם הבקשה מוגשת בטרם עברו 45 ימים ממועד מסירת הילד לבית ההורים

כתוצאה מכך, וחייב להגן על זכויותיו כלפי הילד. כך כתוב במפורש בחלק מחוקי האימוץ (ראו רשימה במאמר של Spence & Helms, לעיל ה"ש 163).

170 בתיק אימוץ 52/04, לעיל ה"ש 119, עמד השופט אלבוז על הקושי במצב של אב המנסה לגלות אם אישה שאיתה קיים יחסי מין ילדה, בלי לעבור על האיסור של הטרדה על פי חוק מניעת הטרדה מאיימת, התשס"ב-2001.

171 יש להדגיש, כי אינטרס הילד בזיהוי אביו הינו גדול יותר בהקשר הישראלי מאשר במדינות אחרות, משום שאם זהות האב אינה ידועה, עלול הילד להיחשב כ"שתוקי" על פי ההלכה היהודית ולא יוכל להתחתן בקהל ישראל. ראו התייחסות ל"זכות שלא להיות שתוקי" ב-ה"פ (י-ם) 34919/04 פלונית נ' שר הבריאות תק-מח 2005(3), 1706 (טרם פורסם, 3.8.05).

172 Spence & Helms, לעיל ה"ש 163, קוראות לשיטות שמטילות את החובה לנסות לאתר את האב על יותר מגורם אחד – Multidirectional. הן טוענות ששיטות אלה אינן מועילות, משום שאם האב יודע שהאם חייבת לזהות אותו או המדינה חייבת לחפש אותו, לא יהיה לו תמריץ להירשם במרשם האבות המשוערים. אין אנו מסכימים עם ביקורת זו. ראשית, אב שבאמת מעוניין בילדו לא יסתמך על אחרים שיאתרו אותו. שנית, האינטרס החזק של הילד בזיהוי אביו מחייב נקיטת כל האמצעים הסבירים לשם כך.

משפחה במשפט א התשס"ז זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים: לקחים מפרשת "תינוק המריבה"

המיועדים לאמצו, הכרזת הילד כבר אימוץ תבטל באופן אוטומטי, אך לאחר מועד זה אין אפשרות לבטל את ההכרזה.¹⁷³

הערוטינו לעניין התקופה בת 45 הימים הינן רלוונטיות גם כאן. יחד עם זאת, עולה כאן שאלה נוספת והיא אם נכון הוא להשוות בין שני המצבים. מחד גיסא, ניתן לטעון כי יש הבדל משמעותי בין המקרים, מכיוון שהורה המוותר על ילדו עושה זאת מתוך בחירה ועליו לשאת בתוצאות בחירתו. לעומת זאת, אב אשר אינו יודע על לידת בנו, והילד מוכרז כבר אימוץ, לא יכול היה למנוע זאת. לפיכך, ייעשה לאב עוול אם יגלה את לידת בנו רק לאחר שחלפה התקופה שבה ניתן לבקש את ביטול הכרזת הילד כבר אימוץ, וביטולה לא יתאפשר. מאידך גיסא, מנקודת ראותו של הילד, המצב אכן זהה, כיוון שמדובר בעיקר בצורך לאזן בין זכותו לגדול אצל הוריו הביולוגיים לבין זכויותיו האחרות, ובמיוחד הזכות להתפתחות אשר עלולה להיפגע על ידי ניתוק מההורים המאמצים לאחר יצירת קשר בטוח עמם וגם על ידי התדיינות ממושכת בין ההורים הביולוגיים לבין ההורים המאמצים.

אפילו יוחלט כי אין להאריך את פרק הזמן של 45 הימים, במקרים בהם מדובר בחזרה מהסכמה למתן אימוץ, ראוי, לדעתנו, להאריך את התקופה לארבעה חודשים במקרים שבהם מדובר באב שזהותו לא הייתה ידועה ואשר מבקש לבטל את הכרזת הילד כבר אימוץ. זאת, בתנאי שהבקשה הוגשה בתוך פרק זמן סביר, שתחילתו מעת שהובאה לידת הילד לידיעתו. ניתן להצדיק את ההבחנה הזו בין שני המקרים לא רק על בסיס היעדר "אשמה" מצד האב, אלא גם משום שמדובר במקרים מעטים, ולכן ההשלכות על ילדים אחרים הנמסרים לאימוץ הינן פחותות. עוד ניתן לטעון, כי הסיכוי שהאב יופיע לאחר כמה חודשים ויהיה רשאי לקבל את הילד לחזקתו יהווה תמריץ לרשויות המדינה לעשות מאמצים מהותיים לאתר את האב לפני מסירת הילד לאימוץ.

5. מימד הזמן

מבורך התיקון לחוק האימוץ הקובע, כי הליך להכרזת ילד כבר אימוץ יסתיים בתוך שנה,¹⁷⁴ אך נציין כי שנה הינה עדיין תקופה ארוכה מאוד מנקודת מבטו של הקטין, וכי תקופה זו אינה כוללת את הערעורים אשר עלולים להימשך זמן רב.¹⁷⁵ נוסף לכך, החוק

173 יש להשוות את הצעת חוק אימוץ ילדים (תיקון – הגבלת תקופת שמיעת עמדת הורה ביולוגי), התשס"ד-2004, על פיה רשאי בית המשפט לשמוע הורה שהסכמתו לא הושגה מהטעם המנוי בסעיף 13(1) לחוק, עד לתום שלושה חודשים מיום שהיה המאומץ סמוך לשולחן המאמצים. כמובן, הצעה זו רק מרשה שמיעת האב שאינו ידוע ואינה מבטיחה שהילד יוחזר אליו.

174 ס' 13(ב) לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981, (תיקון תשס"ד(2)). יש לציין, כי רשאי בית המשפט לדחות את מועד מתן ההחלטה למועד אחר שיקבע, מנימוקים שיפרט.

175 בפרשת "תינוק המריבה", לעיל ה"ש 54, חלפו כמעט עשרה חודשים ממועד הגשת הערעור הראשון עד למתן ההחלטה בבית המשפט המחוזי, וכשלושה חודשים מהגשת הערעור לבית

אינו חל על בקשות שמגישים הורים לחזור בהם מהסכמתם ועל בקשות לביטול הכרזת הילד כבר אימוץ. לעניין זה נדגיש כי דווקא הצורך לטפל בדחיפות בבקשות להכרזת ילד כבר אימוץ, בגלל הגבלת הזמן בחוק, עלול לעכב את טיפול הרשויות בבקשות של חזרה מהסכמה או ביטול הכרזת הילד כבר אימוץ.

לכאורה, ניתן לטעון, כי מתן זכות אוטומטית להורה לחזור בו מהסכמתו, או מתן זכות לאב אשר זהותו לא הייתה ידועה לבטל את הכרזת צו האימוץ תוך הגדרת מועד מסוים בו ניתן לעשות כן, מפחיתים את החשיבות בזירוז הדיון, זאת, מכיוון שההכרעה אינה מתבססת על טובת הילד. אדרבה, לדעתנו, כל עוד יש צורך באישור בית המשפט לאימוץ, הזריזות בקיום הדיון הינה חשובה ביותר, וזאת – על מנת לאפשר את החזרתו של הילד להוריו הביולוגיים בהקדם האפשרי. לפיכך, ראוי לקבוע בחוק לוח זמנים קצר עד מאוד, של מספר ימים (ולא שבועות); מכיוון שאין צורך להכריע בסוגיה על פי עקרון טובת הילד, ניתן להסתפק בתקציר קצר מפקיד הסעד. במקרים חריגים בהם ההורים הביולוגיים אינם כשירים לטפל בילד, יש להשתמש בסעדים הרגילים הקיימים בחוק המאפשרים את הוצאת הילד ממשמורתם על פי חוק הנוער (טיפול והשגחה), התש"ך-1960.

חשוב להדגיש שוב ושוב את החשיבות שבזירוז ההליכים בכל תיק אימוץ, משום שחלוף הזמן עלול להיות קריטי ולשלול מהילד את הזכות לגדול בחיק משפחתו הביולוגית.

6. הכרזת הילד כבר אימוץ על בסיס העילה של חוסר מסוגלות הורית

לאור מסקנות המלומדות ברקאי ומאסס,¹⁷⁶ יש מקום לשקול מחדש את נוסח העילה אשר בסעיף קטן 7 ובמיוחד לשקול אם ראוי להחליף את הביטוי "אינו מסוגל לדאוג לילדו כראוי" בקריטריונים ספציפיים יותר.¹⁷⁷ כן יש מקום, לטעמנו, לקבוע קריטריונים ברורים יותר לבחינה מתי חוסר יכולתם של ההורים הביולוגיים ומחדליהם מצדיקים את ניתוק קשר ההורות הטבעית שבינם לבין ילדם. לעניין זה יש לקוות כי ועדת ברנר תבדוק את הנושא לעומק ותציע שינויים לשיפור המצב הנוכחי.

המשפט העליון עד ליום מתן ההחלטה הסופית בעניין. כמו כן, בע"מ 9229/04, לעיל ה"ש 58, חלפו כ-11 חודשים ממועד הגשת הערעור הראשון עד למתן ההחלטה בבית המשפט המחוזי, וכשישה חודשים ממועד הגשת הערעור לבית המשפט העליון עד ליום מתן ההחלטה הסופית בעניין.

176 מירה ברקאי ומילי מאסס, לעיל ה"ש 131.

177 השופטת שטופמן בכנס בבר-אילן, לעיל ה"ש 67, אמרה כי מסוגלות הורית היא "מילה גסה".

משפחה במשפט א התשס"ז זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים : לקחים מפרשת "תינוק המריבה"

7. אימוץ פתוח

לאחרונה אנו עדים לסימנים התחלתיים של שינוי במגמה השוללת אימוץ פתוח. דוגמה לכך ניתן לראות בדברי השופטת בן עמי,¹⁷⁸ אשר הסבירה כי שינויים חברתיים הובילו לשינויים בדעתם של מומחים, ועל כן על בית המשפט מוטל לבחון בכל מקרה קונקרטי את סוגיית צמצום תוצאות האימוץ (כלומר, אימוץ פתוח).¹⁷⁹ השופטת אף ציינה כי היעדר התייחסות ישירה לסוגיית האימוץ הפתוח בחקיקה מקשה על השימוש באפשרות זו. נוסף לכך, בפסק דין חדש הכיר בית המשפט העליון בכך שמדובר בסוגיה חשובה וטעונה "שאינן להתקבע בעמדה העקרונית לגביה ויש מקום לבחון אותה מדי פעם מחדש, לאור מחקרים חדשים, השקפות שונות וכיוצא בן".¹⁸⁰

המגמה החדשה הינה ברוכה ומדגישה את הצורך להסדיר את נושא האימוץ הפתוח על ידי קביעת כללים פרוצדורליים ומהותיים לעניין בדיקה מקצועית ושיפוטית של האימוץ הפתוח. מאמר זה אינו המקום לבחון את הקריטריונים להרשאת אימוץ פתוח או את הספרות המרחיבה בנושא. לפיכך, נסתפק בהבעת הדעה, כי לאור זכות הילד לשמור על קשר עם הוריו הביולוגיים, צריכה נטיית בתי המשפט להיות בכיוון הרשאת אימוץ פתוח, מקום שהסדר זה לא יפגע באופן מהותי בזכויותיו האחרות של הילד בכלל, ובזכותו להתפתחות תקינה בפרט.¹⁸¹ בהערכת תוצאותיו של האימוץ הפתוח יש ללמוד מהניסיון במדינות אחרות תוך התחשבות בהבדלים שבינן לבין מדינת ישראל בהקשרים החברתיים והמשפטיים.¹⁸²

178 בתיק אימוץ 16/01 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית**, דינים משפחה כרך א' 962, פסקה 28.

179 ראו גם תיק אימוץ 101/03 **היועץ המשפטי לממשלה נ' ח.ב.**, פדאור (15)04 697 (2004), וגם אמ"צ 147/01 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונים**, בפסקה 42, המעידים על נכונותם של השופטים לבחון את האופציה של אימוץ פתוח ברצינות. כמו כן, ראו את הערת השופט רובינשטיין כי "יתכן שנושא האימוץ הפתוח טעון חשיבה פתוחה בעולם משתנה" (בע"מ 10791/05, לעיל ה"ש 134).

180 בע"מ 3646/06 **פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה**, מיום 21.6.06 (פורסם באתר www.PsakDin.co.il).

181 שם, שם מוזכר מאמר שעומד להתפרסם (של המחברים מילי מאסס ועדי אופיר), שמציע שאימוץ פתוח יהפוך להיות ברירת המחדל. השופטת חיות סבורה כי "טרם בשלה העת" לשינוי הזה.

182 לדוגמה, כפי שמציינת מימון, לעיל ה"ש 102, בעמ' 378, בארה"ב רוב המחקר מתייחס למקרים בהם מסרה האם הצעירה את הילד לאימוץ מרצונה באימוץ פרטי, והסכמתה מותנית בהמשך הקשר עם הילד. מצב זה שונה ממצב בו הילד נלקח מהורים בניגוד לרצונם, משום שלא הצליחו לטפל בו.

1. סיכום ומסקנות

במאמר זה ניסינו לבחון את השימוש במנגנון הכרעה המתבסס על עקרון טובת הילד בסכסוכי אימוץ בין הורים מאמצים לבין הורים ביולוגיים, ולהציע שינויים לחוק המבוססים על זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים. הרקע לדיון הינו פרשת "תינוק המריבה", שגרמה לא מזמן לסערה ציבורית. השתלשלות הדברים בפרשה זו מוסברת בחלק הראשון של המאמר, במבוא.

בחלק השני של המאמר ניתחנו באופן מפורט את דעות השופטים בפרשת "תינוק המריבה" והבאנו לפניכם את הבעייתיות הקיימת בקביעת טובת הילד במקרים גבוליים, את ההשפעה של תפיסות העולם האישיות של השופטים ואת הקשיים בהסתמכות על חוות דעת ועל מחקר מקצועיים. עוד ראינו כי בארה"ב הבעייתיות של הכרעה על פי עקרון טובת הילד נמנעת על ידי הכרעה על פי זכויות הוריות. אף על פי שההגבלות המוטלות על זכויות ההורים בכלל, ועל זכויות אב שאינו נשוי בפרט, מיועדות לקדם את טובת הילד, סברנו, כי השימוש בשיח של זכויות הוריות אינו הדרך הנכונה בעידן המודרני, שבו ההכרה בזכויות הילד ובחשיבותן הולכות וגדלות. לפיכך הצענו, כי העיקרון המנחה בסכסוכים בין הורים ביולוגיים לבין הורים מאמצים יהיה זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים.

בחלק השלישי למאמר, הסברנו את המקורות המשפטיים והרעיוניים של זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים, וראינו כי קיימת הכרה מסוימת של זכות זו בפסיקה הישראלית. נוסף לכך, הדגשנו כי אין מדובר בזכות מוחלטת וכי ייתכן שזכויות אחרות של הילד, כגון הזכות להתפתחות תקינה, יגברו על זכותו זו.

בחלק הרביעי בחנו את הדין המצוי וגילינו כי החוק הקיים אינו ממקסם את מימוש זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים, במיוחד לאור הדברים הבאים:

1. הקלות הבלתי נסבלת של מסירת ילד לאימוץ מיד אחר הלידה, ללא בירור מספיק על גמירת הדעת של ההורה והבנתו את ההשלכות של המעשה.
2. הדרישה לטעמים מיוחדים כתנאי להתרת בית המשפט להורה לחזור בו מהסכמתו למסור את ילדו לאימוץ.
3. העיון מחדש בטובת הילד, הן כתנאי להתרת בית המשפט להורה לחזור בו מהסכמתו לאימוץ ילדו והן כתנאי להסכמתו של בית המשפט לבטל הכרזת הילד כבר אימוץ כאשר הנסיבות השתנו.
4. אי נקיטת צעדים מעשיים לאיתור אבות אשר זהותם אינה ידועה בטרם יוכרז הילד כבר אימוץ על הבסיס שזהות האב אינה ידועה.
5. איטיות בהליכים הננקטים בכל סוגי הליכי אימוץ.
6. פרשנות רחבה מידי של העילה בדבר חוסר מסוגלות הורית.
7. חוסר הסדר בחוק לעניין אימוץ פתוח במקרים מתאימים.

משפחה במשפט א' התשס"ז זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים: לקחים מפרשת "תינוק המריבה"

לאור כל האמור לעיל, הצענו בחלק החמישי למאמר שינויים לחוק הקיים אשר יובילו למימוש מקסימלי של זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים, תוך הגנה על זכויותיו האחרות ותוך מניעת אי ודאות והתדיינות מיותרת. השינויים שאותם הצענו הינם:

1. האיסור להחתים את ההורים על הסכמה למסור את ילדם לאימוץ בתוך פרק הזמן של 30 יום לאחר הלידה.
2. שינויים בהליך מתן ההסכמה המיועדים להבטיח כי הסכמת ההורה ניתנה מרצון חופשי, בגמירות דעת ובהבנה מלאה של התוצאות.
3. מתן זכות אוטומטית להורים לחזור בהם מהסכמתם למסירת ילדם לאימוץ, תוך קביעת מועד נקוב מיום מסירתו של הילד להורים המיועדים לאמצו (הוצע פרק זמן של ארבעה חודשים).
4. הקמת מרשם לאבות משוערים, ובמקביל – הטלת חובה על רשויות המדינה לנקוט צעדים לחיפוש אב אשר זהותו אינה ידועה, בטרם הגשת בקשה להכרזת הילד כבר אימוץ.
5. מתן זכות אוטומטית לאב, שזהותו לא הייתה ידועה אשר מגלה את עובדת היוולדו של ילדו, לביטול הכרזת הילד כבר אימוץ תוך זמן נקוב ממועד מסירת הילד להורים המיועדים לאמצו (מוצע לפחות ארבעה חודשים).
6. קביעת לוח זמנים קצר ביותר לאישור בית המשפט בסוגיות חזרה מהסכמה (על פי סעיף 3 לעיל) או ביטול הכרזת הילד כבר אימוץ (על פי סעיף 5 לעיל).
7. פרשנות העילה שבסעיף 13(7), בדבר חוסר מסוגלות הורית, בצמצום רב וחיפוש נוסח חלופי הכולל קריטריונים ברורים יותר.
8. הרחבת השימוש בהסדר האימוץ הפתוח, תוך קביעת הסדר פרוצדורלי ומהותי לבחינת התאמתו של אימוץ פתוח בכל מקרה רלוונטי.

ז. ועדת ברנר

בגירסה המקורית של המאמר, שהתקבל לפרסום, סיימנו בהבעת תקווה כי הערותינו והצעותינו יעזרו לחברי ועדת ברנר בעיצוב דין אימוץ חדש, שיגן על זכויות ילדינו בצורה הטובה ביותר. כמו כן, שלחנו העתק של המאמר לוועדה. בינתיים, באפריל 2006, פורסם דו"ח הביניים של הוועדה, העוסק בנושא הסכמה לאימוץ.¹⁸³ מפאת חשיבותן הרבה של המלצות הוועדה, מצאנו לנכון להוסיף פרק שידון בקצרה בהמלצות אלה.

183 הוועדה לבדיקת חוק אימוץ ילדים, התשמ"ה-1981, והליכי אימוץ ילדים בישראל – דו"ח ביניים. פורסם באתר www.nevo.co.il.

1. זכויות הילד

בהקדמה לדר"ח מזכירה הוועדה כי חוק האימוץ מעגן את עקרון טובת הילד כעקרון-על בענייני אימוץ ילדים ומוסיפה, כי לצד עיקרון זה קיימים עקרונות וזכויות נוספים, שקיבלו ביטוי מפורש באמנה הבינלאומית לזכויות הילד. הדר"ח מציין במיוחד שלוש זכויות רלוונטיות: הזכות לזהות, הזכות לחיים, להישרדות ולהתפתחות, והזכות לרציפות וליציבות. מחד גיסא, יש בוודאי להצטער על כך שבשלב זה אין מוזכרת הזכות לגדול אצל ההורים הביולוגיים, המעוגנת בסעיף 7 של האמנה, אך, מאידך גיסא, יש לברך על כך שבהמשך הדר"ח מוזכרת זכות זו בפירוט השיקולים השונים שהדריכו את הוועדה.

עוד מציין הדר"ח במפורש כי כאשר מתנגשות זכויות ההורים עם אלה של הילד, "יש לתת בכורה לזכויות הילד וזאת כביטוי לעליונותו של עקרון טובת הילד". השקפה זו עולה בקנה אחד עם הגישה שאימצנו במאמר זה. לעומת זאת, דעת הוועדה, כי יש לתת עדיפות לעקרון טובת הילד כאשר מימוש זכויותיו עלול להביא לפגיעה בטובת הילד במובנה הרחב, אינה תואמת את תפיסתנו בעניין העמימות של המושג טובת הילד.¹⁸⁴ לפיכך, העדפנו לאמץ נקודת מוצא שלפיה יש לאפשר לילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים, אלא אם כן יגרום הדבר לפגיעה בזכויותיו האחרות ובמיוחד בזכותו להתפתחות תקינה. חרף המחלוקת התפיסתית הזו, נראה שחלק לא מבוטל של המלצות הוועדה דומה להצעותינו.

2. המועד לקבלת ההסכמה למסירת ילד לאימוץ

א. המועד הרגיל

הוועדה ממליצה שיהיה ניתן לקבל את הסכמתו של הורה לאימוץ ילדו רק לאחר שחלפו 14 ימים מיום לידת הילד, ובלבד שמצבו הנפשי של ההורה מאפשר לו לתת הסכמה מדעת.

הדר"ח מסביר:

שלדעת הוועדה, האיזון העיקרי שיש לערוך בקביעת המועד הוא בין הצורך למצוא לילד פתרון יציב בהקדם האפשרי ובכך להגשים את זכויותיו של הילד להישרדות, להתפתחות, לרציפות ולקביעות לבין הצורך למנוע את המסירה לאימוץ כדי למצות את זכותו של הילד לזהות אישית ולגדול בבית הוריו.¹⁸⁵

184 שם, פרק 2(ב).

185 דו"ח ברנר, בעמ' 14.

משפחה במשפט א התשס"ז זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים : לקחים מפרשת "תינוק המריבה"

עוד מציין הדו"ח, כי הוועדה התלבטה מאוד בקביעת המועד לקבלת ההסכמה וכי "טווח הימים שהציעו החברים נע בין שלושה ימים לשלושים יום וכי ההחלטה על ארבעה עשר יום מבטאת פשרה שמטרתה לתת ביטוי למגוון השיקולים שהעלו החברים".¹⁸⁶ בין השיקולים המוזכרים בדו"ח, בולטת העדות שניתנה לוועדה מפי ד"ר שרה קנדל-כצנלסון, פסיכיאטרית מיחידת אם-תינוק במרכז הירושלמי לבריאות הנפש "איתנים". לדבריה, הפגיעה ביכולת לקבל הסכמה מדעת לא תימשך יותר ממספר ימים לאחר הלידה, וקביעת תקופה ארוכה לקבלת הסכמה מהאם, עלולה לפעול לרעתה. יש לברך על כך שהוועדה לא קיבלה את המלצתה של ד"ר כצנלסון, לפיה ניתן לקבל הסכמה לאימוץ שלושה ימים לאחר הלידה. כפי שכתבנו,¹⁸⁷ יש לתת להורה זמן ממושך יותר כדי לשקול את ההשלכות של המסירה לאימוץ, גם אם זה מקשה עליו בתקופה זו. למרות שאנו עדיין עומדים על דעתנו, כי המועד הנכון לקבל הסכמה לאימוץ הינו 30 יום לאחר הלידה, המלצת הוועדה מהווה התקדמות ניכרת במצב הקיים. זאת ועוד, לטעמנו, הפעולות שנעשות בתקופת ההמתנה, על מנת למנוע מסירת הילד לאימוץ ללא צורך, הן חשובות יותר מאורך התקופה, ומיד נפרט בעניין.

ג. הפעולות שייעשו בטרם קבלת ההסכמה

מפאת החשיבות שנודעת בעינינו להמלצה זו, נצטט אותה במלואה:

- טרם מתן ההסכמה, יערכו שירותי הרווחה פעולות שמטרתן:
- א. להביא לידיעת ההורה את ההשלכות והתוצאות של האימוץ על הילד ועל ההורה.
 - ב. להביא את ההורה לשקול את האפשרות לגדל את הילד בכוחות עצמו במקום למסור את הילד לאימוץ, לרבות בעזרת הסיוע המקובל מרשויות הרווחה.
 - ג. לוודא שההורה אכן רוצה למסור את ילדו לאימוץ וכי רצון זה מתבסס על הבנת ההשלכות ארוכות הטווח של מסירת הילד לאימוץ.

המלצה זו מכירה בכך שזכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים דורשת נקיטת אמצעים, שמטרתם למנוע מסירת הילד לאימוץ בצורה פזיזה ובלי בדיקה אמיתית של אפשרויות אחרות,¹⁸⁸ ועל כך יש לברך. יש לדאוג, כמובן, שביישום המלצה זו, יהיו הגורמים בשירותי הרווחה, האחראים על ביצוע פעולות אלו, נפרדים מהגורמים שעוסקים בהשמת ילדים אצל הורים המעוניינים לאמץ ילד. כמו כן, יש להקצות די

186 ש.ם.

187 לעיל, בפרק החמישי.

188 ראו הערותינו לעיל, בפסקה הראשונה של פרק 4(א).

משאבים, על מנת להקדיש את הזמן הנדרש לביצוע מלא של פעולות הטיפול, הייעוץ והבדיקה המומלצות, מול ההורים הביולוגיים.

ג. מקרים חריגים

הוועדה ממליצה שבית המשפט יהיה רשאי לקבל את ההסכמה, אף אם לא חלפו 14 ימים מהלידה, אבל לא לפני הלידה, אם מצא כי התקיימו בהורה נסיבות מיוחדות שאינן מאפשרות את ההמתנה לחלוף התקופה הרגילה. הדו"ח מסביר, כי קיימים מקרים בהם דחיית המועד לקבלת ההסכמה עלולה לסכן את האם, לדוגמה, במקרים שההריון הוסתר ממשפחתה, או כשקיים חשש שהאם תיעלם לפני קבלת ההסכמה לאימוץ. במקרים כאלה, מומלץ שבאישור בית המשפט ניתן יהיה לקבל את ההסכמה בטרם חלפו 14 ימים. לדעתנו, המלצה זו הגיונית היא. הצורך באישור בית המשפט יבטיח בדיקה אובייקטיבית של הנסיבות ושל אמיתות רצונה של האם למסור את ילדה לאימוץ. כמו כן, הצורך לערב את בית המשפט ימנע שימוש יתר בחריג על ידי רשויות הרווחה.

3. קבלת ההסכמה

א. מקבל ההסכמה

הוועדה ממליצה שההסכמה תתקבל על ידי שופט של בית המשפט למשפחה, דיין של בית דין דתי או עורך דין עובד מדינה, בנוכחות פקיד סעד לחוק האימוץ. נוסף לכך, אל ההורה נותן ההסכמה רשאי להתלוות אדם נוסף מטעמו. יש לברך על הכרת הוועדה, כי מדובר בפעולה משפטית בעלת השלכות משפטיות גורליות, עובדה שמקימה צורך, כפי שציינו לעיל,¹⁸⁹ ליתן את ההסכמה בנוכחות משפטן שחייב "לוודא כי נותן ההסכמה מבין את ההסברים שניתנו לו וכי הוא חותם על כתב ההסכמה מתוך רצון חופשי".¹⁹⁰ אף על פי כן, לדידנו, רק שופט משפחה או דיין יהיו רשאים לקבל את ההסכמה, וזו משתי סיבות: ראשית, החובה להופיע לפני שופט או דיין מבהירה באופן טוב יותר להורה את רצינות הדבר, ושנית, עובד מדינה מתחום אחר אינו בקיא בדיני אימוץ.¹⁹¹ הוועדה מסבירה, כי לפעמים קיים קושי להביא את ההורה לבית המשפט ולכן ניתן להסתפק במתן ההסכמה במשרדי השירות למען הילד. לדעתנו, מה שחשוב הינו מעמד הגורם שלפניו ניתנת ההסכמה, ולא דווקא המיקום. לפיכך, במקרים בעייתיים, תיתכן אפשרות להביא את השופט או את הדיין למשרדי

189 לעיל, פרק 4(א).

190 דו"ח ברנר עמ' 20.

191 עורך דין עובד משרד הרווחה אינו רשאי לקבל את ההסכמה, ראו דו"ח ועדת ברנר, בעמ' 20.

משפחה במשפט א התשס"ז זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים : לקחים מפרשת "תינוק המריבה"

השירות למען הילד. בכל אופן, מוצע שבכל בית משפט לענייני משפחה יהיה כל יום שופט תורן שתפקידו לקבל הורים המעוניינים למסור את ילדם לאימוץ.

ב. אופן קבלת ההסכמה

הוועדה ממליצה, כי הסכמה תינתן בדרך של חתימה על כתב הסכמה. עוד מומלץ שטרם החתמת ההורה על טופס ההסכמה, יוודא פקיד הסעד כי ההורה מבין את תוצאות האימוץ ואת השלכותיו, כמו גם את האפשרויות הקיימות לגדל את הילד בכוחות עצמו. בחתימתו, מאשר פקיד הסעד שמסר את כל ההסברים הנדרשים ממנו, וכי ההורה חתם על כתב ההסכמה לפניו. המשפטן מצידו יסביר להורה את ההשלכות המשפטיות של החתימה על הטופס, כולל הבהרה כי ההסכמה הינה סופית, אלא אם כן יתיר בית המשפט חזרה ממנה או יפסול אותה. כמו כן, המשפטן יידע את ההורה החותם בדבר זכותו להתייעץ עם עורך דין ועם כל אדם אחר לפני החתימה על כתב ההסכמה. חתימת המשפטן על גב כתב ההסכמה תאשר כי מסר את ההסברים הנדרשים ממנו, כי זיהה את ההורה וכי ההורה חתם על כתב ההסכמה לפניו לאחר שהבין את משמעות הסכמתו למסור את ילדו לאימוץ.

אנו מסכימים עם הוועדה בכך שיש צורך לעגן בחוק את תוכנם של ההסברים, שיינתנו בעל פה במעמד מתן ההסכמה, באופן מפורט. ראוי גם שהמשפטן יאשר שהורה הבין את משמעות החתימה על כתב ההסכמה. לא ברור מדוע המשפטן אינו מאשר גם כי ההסכמה בדמות החתימה ניתנה מרצונו החופשי של ההורה.¹⁹² חבל שלא אומץ הנוסח בסעיף 2(ג) של חוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973, שלפיו המשפטן (שופט, דיין או נוטריון) חייב לוודא שבני הזוג "עשו את ההסכם בהסכמה חופשית ובהבנתם את משמעותו ותוצאותיו".

נוסף לכך, לדעתנו, אין די במתן הודעה להורה שהוא רשאי להתייעץ עם עורך דין או עם איש מקצוע אחר, אלא, כפי שהצענו לעיל,¹⁹³ ראוי לאמץ את ההסדר הנוהג בחלק ממדינות ארה"ב, שעל פיו על ההורים הביולוגיים לקבל ייעוץ פסיכולוגי עצמאי, במימון המדינה, בטרם מסירת הילד לאימוץ.

ג. רכיבי כתב ההסכמה

תת ועדה של ועדת ברנר ניסחה כתב הסכמה מוצע שמופיע כנספח לדו"ח. כתב ההסכמה המוצע מפורט הרבה יותר מהטופס הקיים היום, ומכיל את ההסברים שניתנים

192 הוועדה עצמה ציינה שאחת הסיבות לנוכחות משפטן הינה לוודא שההסכמה ניתנה מרצון חופשי (ראו ציטוט בטקסט המלווה, לעיל ה"ש 190).

193 ראו לעיל פרק 5(א).

בעל פה במעמד קבלת ההסכמה, וטוב שכך. בענייננו, חשוב במיוחד סעיף 6 של כתב ההסכמה, שלשונו כדלקמן:

הסכמתי זו ניתנת לאחר שניתנו לי כל ההסברים אודות האפשרות לגדל את הילד בעצמי, לרבות עם עזרה כלכלית וטיפולית סבירה כמקובל בשירותי הרווחה, במקום למסור את הילד לאימוץ.

4. חזרה מהסכמה

א. העילה לחזרה מהסכמה

הוועדה ממליצה לא לאפשר חזרה מהסכמה ללא הוכחת עילה מיוחדת. בית המשפט רשאי לאשר חזרה מהסכמה בשל שינוי נסיבות ומטעמים מיוחדים שיירשמו, הקשורים בטובת הילד, ובלבד שטרם חלפו שלושה חודשים ממועד מתן ההסכמה ולא ניתן צו אימוץ. נוסף לכך, יוכל בית המשפט לפסול הסכמה שלא התקבלה מדעת.

הנימוקים העיקריים להמלצות אלה הינם חששות שונים, כגון החשש שטלטול הילד ממסגרת בה הושם חזרה להוריו הטבעיים יביא לפגיעה בהתפתחותו, החשש שמא האפשרות לחרטה ללא עילה תביא לזילות של ההסכמה וכן החשש שמא האפשרות של חרטה תשפיע על יכולתם של ההורים המאמצים ליצור קשר טוב עם הילד, ואפילו תביא להרתעת מאמצים.

לדעתנו, נימוקים אלה אינם משכנעים ואינם מעניקים משקל רציני לזכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים. למרות שטלטול הילד ודאי יגרום לפגיעה זמנית, יש לערוך השוואה בין פגיעה זו לבין הנזק שעלול להיגרם לו בטווח הארוך, בעקבות האימוץ.¹⁹⁴ הצבענו על העובדה, כי מחקרים על הנזק שנגרם על ידי ניתוק מהורים פסיכולוגיים אינם מתייחסים למקרים בהם הוחזר הילד לחיק הוריו הביולוגיים.¹⁹⁵ נראה לנו עוד, שהחשש של הרתעת מאמצים אינו רציני, לנוכח רשימת ההמתנה הארוכה לאימוץ והסיכוי הנמוך שהורים ביולוגיים יתחרטו. כפי שציינו לעיל, יש להכיר בכך, שהורים המוסרים את ילדם לאימוץ, מקבלים בדרך כלל החלטה זו מתוך מצוקה אישית, אשר לעתים חולפת, וכי ראוי לאפשר להם "תקופת צינון" אשר בה יוכלו לשקול שוב את החלטתם ולבחון אם זו באמת ההחלטה הנכונה בעבורם ובעבור ילדם. אף על פי שהשיפורים המומלצים בהליך מתן ההסכמה מפחיתים את הסיכוי שהחלטה תתקבל באופן בלתי שקול, עדיין קיים, לדעתנו, צורך לתת להורה פרק זמן נוסף לשקול את החלטתו. זאת, במיוחד אם ההסכמה ניתנה רק 14 ימים לאחר הלידה.

194 ראו לעיל, הטקסט המלווה את ה"ש 88 ו-89.

195 הטקסט המלווה, לעיל ה"ש 69.

משפחה במשפט א התשס"ז זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים: לקחים מפרשת "תינוק המריבה"

אפילו נקבל את העמדה, שלפיה אין לאפשר חזרה מההסכמה ללא עילה, לא ברור מדוע יש לשמור על הדרישה לטעמים מיוחדים ולהוסיף שטעמים אלה קשורים בטובת הילד. לדעתנו, די בעובדה שהתקיים שינוי בנסיבות. הראינו לעיל¹⁹⁶ את הבעייתיות הגדולה הטמונה בצורך לקבוע אם טוב יותר לילד לחזור להוריו הביולוגיים או להישאר עם ההורים המאמצים, וכן כי קביעה זו מושפעת רבות מתפיסת עולמו של השופט ומהתרשמותו מעדים מומחים. לפיכך, לדעתנו, יש לצאת מתוך ההנחה שזכותו של הילד וטובתו לגדול אצל הוריו הביולוגיים, ושחזרה אליהם, זמן קצר לאחר מסירתו להורים המאמצים, לא תגרום לו נזק בלתי הפיך.

זאת ועוד, יש להדגיש שוב שהצורך להתדיין בעניין טובת הילד יגרום לעיכוב בהחזרת הילד להוריו הביולוגיים, גם אם מתקיים הליך מזורז.¹⁹⁷ יש לזכור שמימד הזמן מבחינתו של הילד שונה מזה של מבוגר. לפיכך, גם אם היה זה לטובתו של הילד לחזור להוריו הביולוגיים בעת הגשת הבקשה, ייתכן שעד מועד הדיון התחזק הקשר עם ההורים המאמצים, והנתק יגרום לו נזק בלתי הפיך. על אחת כמה וכמה, כאשר הצד המפסיד מערער לבית משפט המחוזי ומשם לבית משפט העליון. משום כך, אנו עדיין סבורים, כי יש לתת להורה הביולוגי אפשרות לחזור בו מהסכמתו באופן אוטומטי, תוך תקופה מוגבלת לאחר קבלת אישור פורמלי מבית המשפט.

ג. המועד לחזרה מהסכמה

התקופה של שלושה חודשים נבחרה, כיוון שהוועדה סברה כי עמדת רוב אנשי המקצוע היא ש"בחלוף שלושה חודשים, ההתקשרות בין הילד לבין מטפלו היא בשלב שבו הפסקתה יכולה לגרום לנזק רב לתינוק".¹⁹⁸ גם אם מקבלים עמדה זו,¹⁹⁹ לא ברור מדוע התקופה של שלושה חודשים מתחילה מיום מתן ההסכמה ולא מיום מסירת הילד להורים המיועדים לאמצו, בעת שמתחילה ההתקשרות בין הילד לבין ההורים המיועדים לאמצו.

הוועדה משאירה פתח לביטול הסכמת ההורים למסירה לאימוץ גם אחרי שחלפו שלושה חודשים, במקרה שבו הילד טרם נמסר למשפחה מאמצת או כשאינן מקום להשאירו אצל המשפחה שאליה נמסר. רוח המלצה זו עולה בקנה אחד עם ההצעה שלנו בעניין זה,²⁰⁰ בשלושה הבדלים עיקריים: ראשית, כפי שצינו לעיל, בעינינו, במקרה שהילד לא נמסר למשפחה מאמצת, אין מקום להתחיל למנות את התקופה שבה ניתן לחזור מההסכמה. שנית, הוועדה ממליצה כי במקרה שהילד לא נמסר למשפחה

196 בפרק 2(ב).

197 ראו סעיף 3 להלן.

198 עמ' 36.

199 יש להשוות את הדעה המובעת בספרה של נילי מימון ומצוטטת, לעיל ה"ש 150.

200 לעיל פרק 4(ב) – הטקסט המלווה ה"ש 158.

מאמצת או לא נשאר אצלה, היוזמה לבטל את ההסכמה צריכה לבוא מפקיד סעד, בעוד שלדעתנו יש לאפשר להורה להגיש את הבקשה. השיקול העיקרי של הוועדה הינו הצורך בסופיות מבחינתו של ההורה שמסר את ילדו לאימוץ. בעניינו, שיקול זה אינו משכנע, כיוון שהמקרים שבהם הילד לא נמסר למשפחה מאמצת או לא נשאר שם הם מעטים ביותר, ולכן, בדרך כלל, ההורים הביולוגיים ישלימו עם העובדה שהמסירה לאימוץ הינה סופית אחרי סיום התקופה שנקבעה לחזרה מהסכמה. אף על פי כן, אם בכל זאת מביע ההורה עניין לחזור בו מהסכמתו אחרי מועד זה, על רשויות הרווחה להודיע לו אם הילד נמסר למשפחה מאמצת ואם הוא יישאר אצל אותה משפחה. אם מתברר שהילד לא נמסר או לא יישאר שם, זכותו של ההורה להגיש בקשה ולא להיות תלוי בשיקול דעתו של פקיד סעד. לדעתנו, אין לסמוך על רשויות הרווחה בעניין היוזמה לביטול ההסכמה, שכן ייתכן שיעדיפו למסור את הילד למשפחה מאמצת חדשה, אם הדבר מתאפשר, דבר שיפגע בזכותו של הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים. ההבדל השלישי הינו, שעל פי המלצת הוועדה יבטל בית המשפט את ההסכמה רק כאשר מתקיימים טעמים מיוחדים הקשורים בטובת הילד, ונמצא שחל שינוי בנסיבות. לדעתנו, במקרה שהילד לא נמסר לאימוץ אחרי שלושה חודשים, או שהוא אינו יכול להישאר אצל המשפחה המאמצת הראשונה, זכותו לחזור להורים הביולוגיים אם הם מעוניינים בכך, וחזקה שחזרתו להוריו הביולוגיים משרתת את טובתו. זאת ועוד, נראה לנו, כי העובדה שלא נמצאה עבור הילד משפחה מתאימה לאמצו לאחר שלושה חודשים, הינה, כשלעצמה, טעם מיוחד ומהווה שינוי בנסיבות. לפיכך, לטעמנו, דרישות אלה מותרות.

ג. אופן החזרה מהסכמה

הוועדה ממליצה על הליך מסודר לחזרה מהסכמה. ההורה רשאי להגיש את בקשתו לחזור בו מהסכמה ישירות לבית המשפט, או בכתב לפקיד הסעד. במקרה שהבקשה מוגשת לפקיד הסעד, עליו למוסרה ליועץ המשפטי של משרד הרווחה תוך שבעה ימים, וזה יעבירה לבית המשפט תוך שבעה ימים מיום קבלתה. עוד מומלץ שההורה המבקש לחזור בו מהסכמתו לא יטופל על ידי פקיד הסעד שטיפל במסירה לאימוץ. יש לברך על המלצות אלה, המהוות שיפור ניכר במצב הקיים ועולות בקנה אחד עם ההצעה שלנו בדבר קביעת לוח זמנים. המלצות אלה ימנעו את הסחבת בשירותי הרווחה, שהייתה גורלית והכריעה את הכף בחלק מהפסיקה.²⁰¹ יחד עם זאת, נראה לנו, שיש מקום גם לקביעת לוח זמנים לבית המשפט, שלפיו על בית המשפט לקיים דיון בבקשה תוך מועד מסוים מיום הגשת הבקשה ולתת החלטתו תוך מועד מסוים מיום

201 ראו לדוגמה ע"א 546/89 פלונים נ' היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 1.

משפחה במשפט א התשס"ז זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים : לקחים מפרשת "תינוק המריבה"

הדיון.²⁰² יש לזכור, כי כל יום שעובר עלול להטות את כף המאזניים לרעת החזרת הילד להוריו הביולוגיים,²⁰³ דבר שעלול לפגוע בזכויות הילד, כמו גם בזכויות הוריו הביולוגיים.

5. סיכום

המלצותיה של הוועדה בעניין הליך מתן הסכמה למסירת ילד לאימוץ נותנות ביטוי לתפיסה, שלפיה יש לנסות למנוע מסירת הילד לאימוץ, ובמיוחד יש לתת להורה הביולוגי את הזמן, את העזרה ואת המידע שיאפשרו קבלת החלטה שקולה ואמיתית. למרות שקיים מקום לשיפור בחלק מהפרטים, ראוי לברך על המלצות אלה ולקוות שתתקבלנה.

לעומת זאת, אנו מצרים על ההמלצות בעניין העילה לחזרה מהסכמה, שמשמרות את המצב הקיים. עדיין יהיה קשה מאוד לשכנע את בית המשפט לאשר להורה לחזור בו מהסכמתו למסור ילדו לאימוץ, במיוחד אם אין מזרזים את מועד הדיון. לפיכך, המלצות אלה אינן מקדמות את זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים.

יש לקוות שבסוגיות האחרות, בהן עתידה הוועדה לדון, כגון העילות להכרזת הילד כבר אימוץ ואימוץ פתוח, ייוחס משקל כבד יותר לזכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים ולשמור על קשר עימם.

202 בדומה למועדים הנקבעים לדיונים על פי חוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים), התשנ"א-1991. ראו פרק כ"ב לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (כפי שתוקנו).

203 ראו לעיל פרק 4(ה).