

## שם האב

### בעקבות בע"מ 5082/05 היועץ המשפטי לממשלה נגד פלוני

רות זפרן\* ונעם פלג\*

א. הקדמה

ב. סיפור המעשה

ג. על ההארה

ד. הכרזת ילד כבר אימוץ מכוח סעיף 13(1) לחוק אימוץ ילדים

ה. האם

1. זכויות ואינטרסים של האם העומדים ביסוד התנגדותה למסור פרטים מזהים בנוגע לאב
2. אחריות האם כלפי צאצאה

ו. האב

1. זכויות ואינטרסים של האב העומדים ביסוד תביעתו העקרונית להשתתף בהליכי האימוץ
2. הבניית התנהגות האב בפסקי הדין שניתנו בפרשה – צדק נרטיבי ומסקנות פרשניות

ז. הילד

1. מרכזיות הילד בעיצוב ההכרעה
2. טובת הילד וזכויותיו

ח. הציבור

1. טובת הילד הספציפי – טובת כלל הילדים

ט. הערה לסיכום

## א. הקדמה

השאלה, אם חייבת המדינה לפעול לאיתורו של אב ביולוגי טרם מסירת צאצאו לאימוץ, ושאלת היקף החובה האמורה, עמדו בבסיס בקשת ערעור משפחה 5082/05, שנידונה לפני בית המשפט העליון בהרכב של שבעה שופטים.<sup>1</sup> פסק הדין שניתן בבית המשפט העליון הפך את הכרעותיהם של בית המשפט לענייני משפחה<sup>2</sup> ושל בית המשפט המחוזי,<sup>3</sup> אשר חייבו את המדינה לפעול פעולה של ממש לאיתורו של האב, על בסיס נתונים כלליים שמסרה על אודותיו האם ובניגוד לרצונה המפורש. בית המשפט העליון קבע, ברוב של שישה שופטים לעומת אחת, כי אין המדינה חייבת להתחקות אחר האב ובכך חיזק למעשה הלכה קיימת,<sup>4</sup> ולפיה סירוב האם למסור פרטים מזהים בנוגע לאב מספיק

\* מרצה, בית ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה.

\* תלמיד לתואר מוסמך, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב.

<sup>1</sup> בע"מ 5082/05 היועץ המשפטי לממשלה נגד פלוני (טרם פורסם, ניתן ביום 26.10.2005). להלן: "בע"מ 5082/05 או "פסק הדין".

<sup>2</sup> תיק אימוץ (י-ם) 52/04 היועץ המשפטי לממשלה נ' המשיב אינו ידוע, בעניין פלוני קטין (ניתן ביום 7.12.2004).

<sup>3</sup> ע"מ (י-ם) 707/05 י"מ נ' אב לא ידוע (ניתן ביום 14.4.2005. לא פורסם). עותק מצוי בידי המחברים.

<sup>4</sup> ע"א 29/74 פלוני ופלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כח(2) 169 (1974) (להלן: פרשת פלוני).

לצורך גיבוש העילה הקבועה בסעיף 13(1) לחוק אימוץ ילדים, עילה הקובעת כי באין הסכמת הורה, רשאי בית משפט להכריז על ילד כבר אימוץ, אם נוכח (בין היתר) כי: "אין אפשרות סבירה לזהות את ההורה, למצאו או לברר דעתו".<sup>5</sup> בשאלת גדרי "האפשרות הסבירה" בנסיבות פסק הדין תעסוק הארה זו.

## ב. סיפור המעשה

אישה צעירה כבת תשע עשרה, רווקה שהרתה שלא במתכוון, ילדה בגפה ילד והודיעה לרשויות הרווחה על רצונה למסור אותו לאימוץ. האשה סירבה לחשוף את זהותו של הגבר שממנו הרתה, אף שזו ידועה לה. המדינה ביקשה להכריז על הילד כבר אימוץ כלפי אביו והגישה לשם כך בקשה, שנדונה לפני בית המשפט לענייני משפחה בירושלים במעמד צד אחד. במהלך הדיון התברר, כי האם סירבה למסור את פרטיו המלאים של האב, אך השתכנעה למסור לפקידת הסעד נתונים כלליים בנוגע אליו וזאת להבטחת צרכיו העתידיים של הילד – פרטים שיאפשרו את איתורו של האב אם יצוץ צורך רפואי, שידרוש את סיועו, או כאשר יבקש הצאצא להינשא (וזאת לצורך מתן היתר נישואין מהרבנות).<sup>6</sup> עוד התברר, כי הפרטים שמסרה האם, ובהם שמו הפרטי של האב (אשר לפי הגדרת בית המשפט לענייני משפחה אינו שם נפוץ), מקום מגוריו, גילו, דתו, מעמדו המשפחתי, עיסוקו ופרטים כלליים נוספים בנוגע אליו, די בהם כדי לאפשר למדינה, באופן עקרוני, להתחקות אחריו.<sup>7</sup> מסירת פרטים אלה נעשתה, ככל הנראה, על בסיס הבטחת פקידת הסעד שלא ייעשה בהם שימוש לאיתור האב בהווה.

האם סיפרה כי האב, חייל בשירות חובה במועד הרלוונטי, לא ידע על ההיריון והקשר ביניהם נותק עוד בטרם התברר לה בוודאות דבר קיומו. עוד ציינה, כי כאשר שיתפה אותו בחשש הראשוני שהתעורר בלבה בדבר ההיריון, ביטל אותו האב.<sup>8</sup> לטענתה, איש מלבד חברתה הקרובה לא ידע על הלידה, גם לא בני משפחתה. היא סירבה לחדש את הקשר עם האב וחששה כי פנייה אליו (שלדעתה תגרור הכחשה מצדו) תחשוף את דבר ההיריון והלידה לפני מכריה ומשפחתה ותעמיד אותה במצב קשה – תפגע ביחסיה עם בני משפחתה ובשמה הטוב. המדינה טענה, כי מאז לידת התינוק איש לא התעניין בו ולא טען כי הוא אביו. לגישת המדינה, סירוב האם למסור את שמו המלא של האב מגבש את עילת האימוץ הקבועה בסעיף 13(1) לחוק. לשיטתה, לצורך מילוי הוראת סעיף 13(1) אין היא חייבת לפעול פעולה של ממש לאיתור האב על פי הנתונים שנמסרו.

<sup>5</sup> חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981, להלן: חוק האימוץ או החוק.

<sup>6</sup> המידע האמור נחוץ לעוד שני היבטים עתידיים: לצורך הגשמת זכיייתו של המאומץ בירושת אביו הביולוגי (סעיף 16 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965, שמשמר את זיקת ההורשה מכוח הדין בין ההורה הביולוגי לצאצאו); ולצורך התחקות אחר זהותו של האב בהגיע המאומץ לגיל שמונה עשרה (סעיף 30 לחוק האימוץ), אם כי יש ספק אם בנסיבות אלה יעביר השירות למען הילד את המידע האמור למאומץ.

<sup>7</sup> ראו פסקה 47 לפסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה, לעיל הערה 2.

<sup>8</sup> לעניין הבדלי הגרסאות כפי שנשמעו לפני בית המשפט או כפי שהוצגו בפסקי הדין ראו להלן טקסט ליד הערה 40 ואילך.

בית המשפט לענייני משפחה דחה עמדה זו, וקבע כי על המדינה לפעול לאיתור האב ולשמיעת עמדתו בשאלת האימוץ. בית המשפט קבע, כי המקרה המונח לפניו שונה בנסיבותיו מפרשת פלוני.<sup>9</sup> בהינתן פרטי האב, שכבר נחשפו על ידי האם, ולנוכח העובדה שהילד טרם נמסר לידיה של משפחה מועמדת לאימוץ, ולאור השינויים שחלו בחברה הישראלית בשלושים השנים האחרונות (ובהם הלגיטימציה הגוברת של הולדה מחוץ לנישואין), ולנוכח מחויבותו הגוברת של הדין הישראלי לזכויות הילד, מבחין בית המשפט בין מקרה זה ובין הלכת פלוני ומטיל על המדינה חובה לנקוט אמצעים סבירים לאיתור האב.<sup>10</sup> קביעתו של בית המשפט לענייני משפחה זכתה לאשרור בפסיקת בית המשפט המחוזי, אשר קבע אף הוא כי במקרה דנן, ושלא כבמסכת העובדות בפרשת פלוני, בידי המדינה ולפני בית המשפט מצויים נתונים היכולים לסייע באיתורו של האב, ובית המשפט אינו רשאי להכריז על הקטין כבר אימוץ תוך התעלמות מהם. עוד קבע בית המשפט המחוזי, שהמצב הנוהג פוגע בזכותו הבסיסית, ואף בחובתו, של האב לדאוג לילדו ולהביע את עמדתו באשר למסירתו של הילד לאימוץ.

בית המשפט העליון הפך, כאמור, את הכרעות בתי המשפט דלמטה, קיבל את עמדת המדינה והכריז על הילד כבר אימוץ, תוך שקבע כי בנסיבות המקרה מתמלאת דרישת היעדר האפשרות הסבירה לברר את דעתו של האב, אף שלא ננקטו צעדים של ממש לאיתורו.

### ג. על ההארה

בהארה זו נבקש לבחון את השאלה, אם חייבת המדינה לפעול לאיתורו של אב ביולוגי, שעל לידתו צאצאו אין הוא יודע, טרם מסירת הצאצא לאימוץ, בנסיבות שבהן האם מסרבת לחשוף את פרטיו המלאים, אך מספקת מידע כללי, המאפשר באופן מעשי, בלא מאמץ יוצא דופן ובפרק זמן סביר, להתחקות אחר זהותו. נפרוס את מארג השיקולים שראוי בעינינו לבחון בהתעורר שאלה זו ונציע דרך להכריע ביניהם לצורך גיבוש פתרון ראוי. נבקש להאיר היבטים שמהם בחר בית המשפט העליון להתעלם בפרשה זו, ואחרים שזכו בפסק הדין לדגש מוגזם לשיטתנו.

סוגיות מסוג אלו שנידונו במקרה זה מערבות נוסף על הילד, הניצב במרכז ההכרעה, את האם הביולוגית, את האב הביולוגי ואת החברה בכללותה. לכל אחד מהשחקנים הללו זכויות ואינטרסים בעלי משקל, שיש להביא בחשבון בעת עיצוב כללי ההכרעה, ובהם זכותו של הילד להכיר את הוריו הביולוגיים, לגדול בחיק המשפחה שאליה נולד ובהיעדרה של זו, בחיקה של משפחה מסורה אחרת; זכותו של כל אחד מההורים הביולוגיים לממש את הורותו, אך גם זכותו להגשמת האוטונומיה ולפרטיות; והאינטרס של המדינה להבטיח את המשכיותו של מוסד האימוץ וחובתה להגן על טובתם של הילדים שבה. דיונו ילווה את ארבעת השחקנים הללו, יציג את השיקולים המושמעים בשמם ואת המשקל שיש לייחס להם, על רקע ייחודה של הסוגיה ויחסיהם המורכבים. לצד התבוננות ביקורתית בפסיקת בית המשפט העליון נבקש להציע קווים להכרעה משל עצמנו.

<sup>9</sup> לעיל הערה 4.

<sup>10</sup> פסקה 37 לפסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה, לעיל הערה 2.

לאור השאלה שבמוקד, ולפי הקו שננקט בפסק הדין, נתמקד אף אנו בשאלה, איזו חובה מוטלת על הרשות משנתגלה לה (זה מכבר) מידע, העשוי באופן מעשי להביא לידי איתור האב. מפאת קוצר היריעה, לא נדון בשאלה, אם יש להטיל על האם חובה (ואם כן באילו תנאים) לחשוף את פרטי האב, עובר למסירת צאצאה לאימוץ. עם זאת, אפשר להניח כי הכרעה בשאלה, מה ייעשה **בדיעבד** במידע שהגיע לידי הרשות בנוגע לאב, וההכרעה אם להשתמש במידע כדי לאתרו בניגוד לרצונה של האם, עשויה להשפיע על נוהגן של אמהות שימסרו ילדיהן בעתיד, ועל מידת נכונותן למסור מידע כללי לצרכיו העתידיים של הילד. בשולי הדברים נציג הרהורים ראשוניים בנוגע להשפעות אלה ונציע דרכים להתמודד איתן – אמצעים שניתן להפעיל לצורך איתור האב בלא שתוף פעולה מצד האם.

#### **ד. הכרזת ילד כבר אימוץ מכוח סעיף 13(1) לחוק אימוץ ילדים**

לכל הכרעה הנוגעת לאימוץ שותפים כמה צדדים. הילד הנמסר לאימוץ; הוריו הביולוגיים או מי מהם; המדינה, שאמורה לייצג בד בבד הן את אינטרס הילד, הן את אינטרס הוריו והן את האינטרס הציבורי; ובמקרים הרלוונטיים אף ההורים המיועדים לאמץ. במקרה שלפנינו השאלה מתעוררת בשלב הראשון של הליכי האימוץ – שלב הכרזת הילד כבר אימוץ. חוק האימוץ קובע, כי ילד יימסר לאימוץ בהסכמת הוריו או מכוח הכרזה עליו כבר אימוץ, על בסיס אחת העילות המנויות בחוק. במקרה דנן הסכימה האם למסרו לאימוץ, ולפיכך בנוגע אליה לא נדרש הליך הכרזה.<sup>11</sup> באשר לאב נפתח, כאמור, הליך הכרזה מכוח העילה המנויה בסעיף 13(1) לחוק.

על פי הלכה שהתגבשה בבית המשפט העליון עוד בשנת 1974,<sup>12</sup> אפשר להתבסס על העילה הקבועה בסעיף 13(1) לחוק אימוץ ילדים – לשעבר סעיף 11(2) לחוק אימוץ ילדים משנת 1960 – כאשר לא ניתן לברר את עמדת האב בנוגע למסירה לאימוץ, אף בנסיבות שבהן האם מסרבת למסור את פרטיו.<sup>13</sup> בפרשת **פלוני** היה מדובר באם שילדה את תינוקה, בלי שהאב ובני משפחתה, מלבד אחותה, ידע על הלידה. בעת המסירה לאימוץ (שנעשתה לפי בקשתה) סירבה האם למסור את פרטיו של האב ובית המשפט המחוזי סבר, כי בנסיבות אלה לא קמה עילת האימוץ המאפשרת ליתן צו אימוץ כאשר "ההורה אינו יכול להביע דעתו או שאין אפשרות סבירה לברר דעתו" (כך על פי נוסח סעיף 11(2) לחוק במתכונתו הקודמת). בית המשפט העליון, שקיבל את ערעור ההורים המיועדים לאימוץ, והשיב את התיק לבית המשפט המחוזי לצורך המשך הליכי האימוץ,<sup>14</sup> קבע כי ניתן עקרונית להשתמש בהוראת סעיף זה, גם בנסיבות שבהן האם מסרבת למסור את פרטי זהות האב, אף כשברור לכול כי זהותו למעשה ידועה לה. בית המשפט קבע ש"אין להתעלם מכך שיש והאם אינה מוכנה

11 סעיף 8 לחוק האימוץ.

12 לעיל הערה 4.

13 נילי מימון **דיני אימוץ ילדים** 267 (התשנ"ד).

14 בית המשפט הורה על החזרת הדיון לבית המשפט המחוזי להשלמת הנתונים בתיק, הן לצורך בירור אם גבר כלשהו (האב במשתמע) התעניין בילדה המועמדת לאימוץ מאז נולדה (שהרי לדידו של בית המשפט הנטל לברר אם נולדה ולדרוש לקחת חלק בגידולה מוטל עליו), והן כדי לקבל פרטים נוספים על אודות האב (כגון קרבתו המשפחתית לאם או כשרותו מבחינת יחסין) – פרטים שמטרתם להבטיח כי אם וכאשר תימסר הילדה לאימוץ, לא תיפסל כממזרת ולא תהיה מנועה מלהינשא בעתיד כדת וכדין.

לגלות את זהות האב ומכיוון שהדבר לפעמים בנפשה, אין לצפות שתמסור את שמו האמיתי אפילו יאיימו עליה במאסר על אי-מסירת עדות, ואז יש ותגיד שאינה מכירה את האב".<sup>15</sup>

ואולם במקרה שלפנינו, בשונה מנסיבות אותו מקרה, הוצגו לפני בית המשפט ונמסרו לו פרטי מידע רבים, שדי בהם, ככל הנראה, כדי לאתר את האב. אותם נתונים צמצמו צמצום ניכר את הקבוצה הרלוונטית שעם חבריה יכול האב להימנות, ובאופן זה פתחו פתח לאיתורו בלא שיהא צורך בהפעלת אמצעים יוצאי דופן ובתוך זמן סביר. נתוני המיוחדים של המקרה חייבו הכרעה בשאלה הפרשנית, אם בנסיבות אלה "אין אפשרות **סבירה**" לברר את דעתו של האב. בית המשפט העליון הכריע על בסיס שיקולים נורמטיביים, וקבע כי לאור האיזון בין צרכי הצדדים, זכויותיהם והאינטרסים שלהם, מתמלאת הדרישה האמורה בנסיבות וניתן להכריז על הילד כבר אימוץ, וזאת אף בלי לנקוט צעדים מעשיים לאיתור האב.

## ה. האם

### 1. זכויות ואינטרסים של האם העומדים ביסוד התנגדותה למסור פרטים מזהים בנוגע לאב

סירוב האם למסור מידע מזהה על אודות האב והתנגדותה לאיתורו על ידי הרשות באמצעות מידע שמסרה למטרות אחרות, מבוססים על טענות בדבר שמירת כבודה ופרטיותה. האם להבנתו יכולה לבסס את התנגדותה וסירובה על זכותה לשמור את פרטיות המידע, בייחוד לנוכח טיבו האישי והאינטימי;<sup>16</sup> על זכותה לשמור על האוטונומיה שלה ועל ניהול עצמאי של מהלך החיים, לרבות אי התערבות בקבלת החלטות אישיות;<sup>17</sup> ועל זכותה לשם טוב. במקרה הספציפי שלפנינו, יכולה האם להסתמך גם על ההבטחה שנתנו לה פקידות הסעד, שלא לעשות שימוש במידע לשם איתור האב, ולכן, לפחות לכאורה, האם יכולה לטעון למימוש ההבטחה המנהלית שניתנה לה, או לפחות לטעון שהמדינה מנועה מלהשתמש במידע, מכוח דוקטרינת המניעות.

האם מבקשת לשמור על **פרטיות המידע** מפני האב הביולוגי שממנו הרתה ומפני סביבתה הקרובה. בלי להתייחס בשלב זה לעוצמת הטיעון של האם, ויכולתו לעמוד לעומת שיקולים התומכים באינטרסים של האב או הילד, אפשר שטיעון הגנת הפרטיות לוקה מיסודו מבחינה אנליטית, ככל שהוא נוגע לאב: הגנת הפרטיות אינה יכולה לחול כלפי מי שהוא צד למידע. להבנתנו, יש לראות את האב הביולוגי כשותף למידע, שהאם והרשות מבקשים כעת למנוע ממנו. המידע האמור – עובדת הולדתו של צאצאו הביולוגי (אך לא בהכרח דבר קיומו של היריון) – שייך מטבעו גם לאב, מי שמזרעו

<sup>15</sup> לעיל הערה 4, בעמ' 173.

<sup>16</sup> ענייני משפחה וסוגיות הכרוכות בפריון והולדה נתפסים כעניינים שהצנעה יפה להם. היריון "לא רצוי", לידה "מחויף לנישואין", מסירה לאימוץ, כל אלה עניינים הנתפסים עקרונית כענייני הפרטיים והמוצנעים של הפרט, הזכאים להגנה מפני חשיפה וגילוי כפויים. ואולם לעומת ההיבטים האינטימיים הכרוכים בעניינים אלה – ובהם השאלה, עם מי קיימה האישה יחסי מין, האם הביאו יחסי המין לידי היריון והאם ביצעה האישה הפסקה שלו – אשר בנוגע להם אפשר שתתפתח ציפייה לגיטימית לפרטיות, נראה שהמידע הנוגע לעצם הולדתו של ילד וזהות אביו, הוא מידע שבו יש לציבור עניין ואינטרס עקרוני בגילוי.

<sup>17</sup> היבטים אלה כולם ניתנים להיכלל בזכות הפרטיות, זכות שזכתה אצלנו לעיגון חוקתי (סעיף 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו) וראויה בשל כך להבטחה ושימור. על היבטיה השונים של הזכות לפרטיות ראו D. Solove, *Conceptualizing Privacy*, 90 CAL. L. REV. 1087 (2002).

ומפעולתו נוצר הילד. במובן זה נראה כי האב אינו יכול להיחשב, בעצם דרישתו העקרונית לקבל מידע, לגורם שלישי פולשני, המבקש לחדור לפרטיות האם.<sup>18</sup> אם לא תתקבל העמדה הרואה באב ובילד שותפים למידע, יהיה צריך לברר באילו נסיבות תוטל על האם, המחזיקה במידע, חובה לשתף בו "אחר", במקרה זה האב, לאור האינטרס המיוחד שיש לו במידע האמור.<sup>19</sup> היבט זה יידון בהרחבה בחלק הבוחן את זכויות האב הביולוגי.

היבט קרוב לפרטיות האם כרוך בזכותה להגנה על מימוש האוטונומיה שלה. שמירת האוטונומיה פירושה, בין היתר, הגנה מפני התערבות הרשות במהלך חייו של הפרט, שמירה על חירות הבחירה והעשייה והבטחה מפני שיבוש אורחות החיים. נכלל בה גם יסוד השליטה במידע, המאפשר לפרט לבחור את המידע שאותו הוא רוצה (או אינו רוצה) לחשוף. ניתן אפוא לומר בפשטות, כי האם הביולוגית זכאית לשמר את חסיון המידע משום שזהו רצונה, מכוח זכותה שלא תיכפה עליה פעולה מצד הזולת או מטעם המדינה. ביכולתה להוסיף ולטעון, כי הטלת חובה עליה או על המדינה לחשוף את זהות האב תשפיע במישרין על מהלך חייה, ועל כן ההחלטה צריכה להישאר שלה בלבד. נוסף על החשש הספציפי שהובע במקרה דנן, שמא יעשה האב שימוש במידע ויגלה אותו לחברים ולבני משפחתה של האם, ובכך יפגע ברווחתה, הרי אפשר שיבחר האב לממש את אבהותו ולשמש כאבי הילד. במקרה כזה, תיפגע מאוד האפשרות של האם למסור את הילד לאימוץ ולהמשיך בחייה כפי שתכננה. אף אם תנותק זיקת ההורות שלה כלפי הילד, הרי איתור האב, והגשמת הורותו כלפי הילד, עלולים לפגוע ביכולתה המעשית להתנתק מן הילד ולשמור בסוד את זהותה מפניו. מכאן, שגילוי המידע לאב יכול לחשוף את האם לשינוי ולהתערבות ממשית במהלך חייה הן מצד האב והן מצד הילד.

ניתן להשיב עקרונית ולומר, כי ספק אם בנסיבות אלה מתגבשת פגיעה באוטונומיה. פלוני לא יוכל להתגונן בטענה כי האוטונומיה שלו נפגעת, עקב תוצאות מעשה שאותו בחר לעשות. נהפוך הוא, מן האוטונומיה במובנה הליברלי נובעת אחריות אדם לתוצאות מעשיו. במקרה שלנו, להחלטתה של אישה לפעול באופן העשוי להביא לידי הולדתו של ילד, להחלטה ללדת או למסור ילד לאימוץ, ישנן השפעות שעליה להביא בחשבון. אחרי הכול, את ההחלטה לשנות את מהלך חייה ולהוליד את הילד החליטה היא. במובן זה, חשיפת עובדת קיומו של הילד לפני האב הינה בגדר תוצאה שעל האם לשאת בה. זאת ועוד, לפי עקרון החירות של מיל, חירותו של האדם מוגבלת כאשר שמירתה גורמת נזק לאחר;<sup>20</sup> לפיכך, בהנחה ששליטת המידע מהאב (ומהילד) פוגעת בהם – למשל, משום שהיא שוללת מהם מידע (שלהם) הרלוונטי למימוש תוכנית חייהם – טענת הזכות למימוש

<sup>18</sup> לרעיון דומה, הקובע כי מידע גנטי בנוגע לבני משפחה נמצא בבעלות כל בני המשפחה היכולים להיות מושפעים ממנו, ראו L. Skene, *Patients' Rights or Family Responsibilities? Two Approaches to Genetic Testing*, 6 MED. L. REV. 1, 28 (1998); Roy Gilbar, *Medical Confidentiality within the Family: The Doctor's Duty Reconsidered*, 18 INT'L J.L., POL'Y & FAM. 195 (2004). והשוו סעיף 20 לחוק מידע גנטי התשס"א-2001. כמו כן ראו רות זפרן **זכות הצאצא להתחקות אחר זהות הוריו הביולוגיים** 217 (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית, תשס"ד).

<sup>19</sup> חובה זו אין משמעה בהכרח הטלת חובה ישירה על האם לגלות את המידע לאב ואפשר שתתמצה בניסיון עצמאי של הרשות לאתר את האב ולשתפו במידע.

<sup>20</sup> ג'ון סי' מיל **על החירות** 96-132 (מאגנס, תשנ"ד).

האוטונומיה של האם נבלמת.<sup>21</sup> במקרה זה, על רקע השפעות הגילוי על חייו של האב, שיזכה לדעת על הולדת צאצאו הביולוגי והאפשרות לגדל אותו, והשפעותיו על חיילד, יהיה מקום לדחות את טיעוני האם לגופם, בעקבות מהלך פרשני של איזון בין זכויות בעלי הדין השונים.

הגנה על האם מפני **גינוי חברתי** עשויה אף היא לשמש, כביכול, להצדקת התנגדותה לגילוי. אמנם יחסה של החברה כלפי אמהות שילדו ילד מחוץ לנישואין השתנה שינוי של ממש בשנים האחרונות – היריון ולידה מחוץ לנישואין אינם בגדר חרפה כפי שהיו בעבר, לפחות בחברות המערביות ובקרב הקהילות הלא מסורתיות.<sup>22</sup> השינוי משתקף בגידול הניכר של אמהות המגדלות את ילדיהן שלא במסגרת נישואין.<sup>23</sup> מכאן שחששה העקרוני של אם לשמה הטוב פחת – משום שינוי זה – במידה ניכרת לעומת העבר. ואולם אין לחדד, שגם בימינו ייתכנו מקרים שבהם ברמה האישית, ובייחוד אם האם משתייכת לקהילה מסורתית, תגונה האם גינוי חברתי ותיגרם פגיעה לשמה הטוב ולכן יש להביא שיקולים אלו בחשבון בקביעת האיזון הראוי. לנתון זה יש להוסיף את ההערכה שלעצם המסירה לאימוץ, בשונה מן ההיריון והלידה, עדיין יכול להתלוות גם בימינו גינוי של ממש.<sup>24</sup> עם זאת, חיוב איתור האב וגילוי נסיבות ההיריון באוזניו אינו פוגע כשהוא לעצמו בשמה הטוב של האם הביולוגית, שהרי אין בו בהכרח כדי לחשוף אותה לעינו הפקוחה ולביקורתו של הציבור. הגילוי מחייב את האם להתייצב מול האב ומולו בלבד. במובן זה יש הכרח להבטיח, כי איתור האב וחשיפתו למידע ייעשו תוך שמירה מרבית על פרטיותה של האם, ותוך ערובה לשמירת שמה הטוב בעיני הזולת, לרבות סביבתה הקרובה.<sup>25</sup>

לסיום הדיון בעמדת האם, ראוי להזכיר את ההבטחה שניתנה לה, על פי הנטען, שלא ייעשה שימוש במידע, שהיא תמסור לפקידת הסעד, לצורך איתור האב בהווה. ברי שהפרת הבטחה שניתנה על ידי פקיד הרשות (ובמקרה שלפנינו לא הובהר בבתי המשפט אם זו הייתה הבטחה רשמית ומפורשת) מעוררת קושי, הן כלפי האם שהסתמכה עליה וגילתה מידע שאם לא כן אולי לא הייתה

<sup>21</sup> כפי שמציין נעם זהר, "עקביות באחיזה ברעיון האוטונומי מחייבת את האדם שלא לפגוע באדם אחר. אבל חיים אוטונומיים פרוסים על פני זמן, ומהותם וערכם כרוכים בעיצובה ובמימושה של תכנית חיים. האחריות שלא לפגוע בזולת היא על כן הרבה יותר רחבה מן הכרוך במעשה בודד של פגיעה ישירה בנקודת זמן אחת. ההתכחשות לאחריות **לתוצאות**, בטווח הקצר והארוך כאחד – תערער מעיקרה את דמות האדם, המונחת באדיאל של אוטונומיה אישית". נעם זהר **הולדה ואוטונומיה אישית, זהות ואינדיבידואליזם בייחסי הורות** 85 (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור, אוניברסיטת ירושלים, 1990).

<sup>22</sup> ראו למשל, עמיה ליבליך **סדר נשים – סיפורי נשים במשפחה החדשה בישראל** 83 (2003); JUDITH S. MODELL, *A SEALED AND SECRET KINSHIP – THE CULTURE OF POLICIES AND PRACTICES IN AMERICAN ADOPTION* 97 (New York, 2002). בית המשפט המחוזי התייחס לשינויים אלה בפסק דינו, בשעה שקבע כי "כיום מספרן של הנשים שילדו מחוץ למסגרת הנישואין ומגדלות את ילדיהן בגפן עלה, ואין המדובר בתופעה שולית. הן אינן סובלות מניכור חברתי בחברה של ימינו, וכן אין פגיעה במעמד ילדיהן... מאז ניתן פסק הדין בעניין פלוני ופלונית בשנות ה-70 חלו שינויים חברתיים משמעותיים", פסקה 6 לדבריו של השופט צבן, לעיל הערה 3. כן ראו בפסק דינו של בית המשפט למשפחה, פסקה 37(ב), לעיל הערה 2.

<sup>23</sup> על פי נתוני המועצה לשלום הילד, מאז שנת 1993 חלה עלייה ניכרת במספר הילדים החיים במשפחות חד הוריות, ועלייה תלולה עוד יותר במספר הילדים החיים במשפחות חד הוריות שבראשן עומדת רווקת או גרושה. המועצה הלאומית לשלום הילד, "ילדים בישראל – שנתון סטטיסטי 2005" 64-65 (ירושלים 2005).

<sup>24</sup> Lucy S. McGough and Annette Peltier-Falahahwazi, *Secrets and Lies: A Model Statute for Cooperative Adoption*, 60 LA. L. REV. 13 (1999).

<sup>25</sup> סעיף 34 לחוק האימוץ קובע כבר עתה מנגנון קפדני לשמירת חיסיון ההליכים וההיבטים הנלווים להליכי האימוץ.

מגלה, והן כלפי הציבור, שאמונו במערכת הרווחה עלול להיפגע עקב הפרתה. עם זאת נדמה, כי אין בעצם מתן ההבטחה כדי להוות חסם מוחלט מפני שימוש במידע לצורך איתור האב. ראשית, ספק אם ההבטחה שניתנה הייתה חוקית, שהרי יש בה, כפי שיוסבר בחלקיה הבאים של ההארה, כדי להפר את זכויות הילד ואת זכויות האב. שנית, גם אם הייתה ההבטחה חוקית, אפשר לומר כי בנסיבות המיוחדות של המקרה מתגבש צידוק חוקי להשתחרר ממנה.<sup>26</sup> נסיבות אלה כרוכות בנתוני המיוחדים של המקרה (שבו המידע שנמסר מאפשר בקלות יחסית לאתר את האב) ובזכויות הצדדים האחרים. במובן זה שתי ההסתייגויות האמורות, המאפשרות לשיטתנו להפר את ההבטחה שניתנה לאם, מסתמכות על תשתית משותפת שתוצג בהמשך ההארה.<sup>27</sup> גישה אחרת, העולה מפסק דינה של שופטת המיעוט, השופטת פרוקצ'יה, גורסת כי יש לפעול לאיתורו של האב באמצעים נפרדים ובלי להשתמש במידע שמסרה האם לפקידת הסעד.<sup>28</sup> הכרעה כזו, אף שתפגע באותם אינטרסים וזכויות שהוזכרו (ובהם הזכות לפרטיות ולהגשמת האוטונומיה) אינה מעוררת את בעיית הפרת ההבטחה שניתנה לאם, שלא ייעשה שימוש במידע שמסרה לשם איתור האב ושמיעת עמדתו בשאלת האימוץ. עמדה כזו חורגת מטבעה מן העמדה הננקטת בהארה זו, שכן היא מכוונת להסדר רחב יותר, הנוגע לכל מקרה שבו מתבקשת מסירתו של ילד לאימוץ על בסיס העילה המנויה בסעיף 13(1), גם כאשר האם לא מסרה כל נתון על אודות האב.<sup>29</sup>

## 2. אחריות האם כלפי צאצאה

גם אם יש ממש בטיעונים המתבססים על זכויותיה של האם לפרטיות, להגשמת האוטונומיה ולשמירה על השם הטוב, הרי ראוי לבחון אותם על רקע השפעותיהם על הילד וגורלו. נראה לנו שההכרעה בשאלה שלפנינו צריכה להביא בחשבון גם את אחריותה של האם לצאצא, שלידי הולדתו הביאה. מעמד האם הביולוגית, כמי שהשתתפה בבריאת הצאצא, מחייב מאליו מידה של אחריות כלפיו. אכן, אין מדובר באחריות הורית מלאה, שהרי יחסי ההורות נפסקו או עומדים להיפסק בקרוב, ואולם ברמה העקרונית מוצדק לטעון, כי אף אם אין היא משמשת הורה לילד, ואינה עתידה להיות הורה משפטי, הרי המינימום שהחברה יכולה לדרוש ממנה הוא לאפשר לצאצאה את האופציה לממש יחסי הורות עם ההורה הביולוגי האחר. הגשמת יעד זה, בנסיבות שבהן אין הוא כרוך במאמץ או בפגיעה קשה מנשוא עבודה, ראויה להכרה. לדעתנו, לאחריות זו משקל מרכזי, ולכן השפעתה על בחינת "האפשרות הסבירה" לפי סעיף 13(1) חייבת לבוא לידי ביטוי של ממש.

<sup>26</sup> ארבעה תנאים מצטברים נדרשים לחיובה של רשות לקיים הבטחה שנתנה: נותן ההבטחה היה בעל סמכות לנתנה; הייתה לו כוונה להקנות לה תוקף משפטי; הוא בעל יכולת למלא אחריה; אין צידוק חוקי לשנותה או לבטלה. בג"ץ 585/01 **קלכמן נ' ראש המטה הכללי**, פ"ד נח(1) 694, 707 (2003) וההפניות שם. ברי עם זאת שאין לפנינו מצב שבו מבקשת הרשות, שנתנה את ההבטחה (אם בכלל התמלאו תנאים אלה והדברים עלו כדי הבטחה שלטונית), לחזור בה ממנה. מי שעשוי לבקש את הפרת ההבטחה הוא בית המשפט. בהקשר זה היקש אפשרי, אף כי רחוק, ניתן להקיש מן הסוגיה של סירוב בית המשפט לקיים הסדרי טיעון. על אפשרות בית המשפט לדחות הסדר טיעון שאליו הגיעו התביעה והנאשם ראו ע"פ 1958/98 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(1) 577 (2002).

<sup>27</sup> בגילוי האמור אין גם כדי להפר את חובת החיסיון המוטלת על העובדת הסוציאלית בנוגע למידע שנמסר לה במהלך מילוי תפקידה. ראו בהקשר זה את סעיף 8 לחוק העובדים הסוציאליים, התשנ"ו-1996, ס"ח 744.

<sup>28</sup> פסקה 18 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה, לעיל הערה 1.

<sup>29</sup> להצעה ברוח זו נתייחס אף אנו בקצרה בהמשך ההארה. ראו טקסט ליד הערה 64 ואילך.

## ו. האב

**1. זכויות ואינטרסים של האב העומדים ביסוד תביעתו העקרונית להשתתף בהליכי האימוץ**  
האב בסיפורנו הינו בגדר נעלם. קולו אינו נשמע, רצונו אינו ידוע וכל מידע הנמסר על אודותיו, ככל שנמסר, מגיע מפי האם. עם זאת ניתן לזהות את זכויותיו ולפרטן. תביעתו המרכזית של האב יכולה להיות התביעה להכיר בזכותו לגדל את ילדו, זכות המבטאת את הקשר הטבעי שבין הורים לילדים<sup>30</sup> ומהווה ביטוי ל"קשר הדם" שביניהם.<sup>31</sup> זכותו זו של האב אינה נופלת, או לפחות אינה אמורה ליפול, מזכות האם.<sup>32</sup> האב זכאי לפחות לדעת על הולדת בנו או בתו, הן משום שמידע זה "שייך" לו, הן משום שמידע זה מרכזי לעיצוב עצמיותו, והן משום שזהו תנאי בלעדיו אין ליצירת יחסי הורות עם ילדו ולמצער, לניתוקם של אלה.

כפי שציינו, חוק אימוץ ילדים קובע, שמסירת קטין לאימוץ תיעשה בהסכמת הוריו או לאחר הכרזת הקטין כבר אימוץ.<sup>33</sup> הכרזה כזו פירושה העברת זכויותיו, חובותיו וסמכויותיו של ההורה כלפי ילדו לפקיד הסעד<sup>34</sup> וסלילת הדרך לניתוק הקשר המשפטי והפיזי עם הקטין ויצירת יחסי הורות משפטיים בין הקטין לבין אחרים. כאשר קטין נמסר לאימוץ בלא ידיעת אביו, עילת האימוץ הרלוונטית היא זו המנויה בסעיף 13(1) לחוק, ואולם ההסתמכות על הוראה זו, כמו עצם האפשרות להכריז על ילד כבר אימוץ כלפי אביו המזוהה, שאינו יודע על הולדתו, אינן מובנות מאליהן. הפרשנות שבחר בית המשפט בפסק הדין שלפנינו, בנוגע להוראה האמורה, מביאה לידי הכרזת קטין כבר אימוץ על פי רצונה הבלעדי של האם ומשמרת את חולשתו האינהרנטית של האב. אב, שתפקידו הביולוגי בהולדה מתמצה במתן זרע, עשוי שלא לדעת על הולדת צאצאו ולאבד את מעמדו ההורי כלפיו, גם אם נהג בתום לב ובלי שדבק בו כל רבב. לפיכך אנו סבורים, כי הגשמת תכליתו של חוק האימוץ, היינו הבטחת טובת הילד ושמירת זכויות ההורים, מחייבת פרשנות חלופית.

פרשנות חלופית לזו שנתן בית המשפט להוראה המנויה בסעיף 13(1) תקבע כי התנאי, ש"אין אפשרות סבירה לזהות את ההורה למצאו או לברר דעתו" יתמלא כאשר ניסיונות סבירים שנעשו

<sup>30</sup> ע"א 2266/93 פלוני נ' אלמוני, פ"ד מט(1) 221, 237 (1995).

<sup>31</sup> על משמעות קשר הדם בתרבות המערב בכלל ובהקשר של אימוץ בפרט ראו D. M. SCHNEIDER, A CRITIQUE OF THE STUDY OF KINSHIP 165-177 (Michigan, 1984); E. W. CARP FAMILY MATTERS – SECRECY AND DISCLOSURE IN THE HISTORY OF ADOPTION 16 (Cambridge, 1998); K. WEGAR ADOPTION, IDENTITY, AND KINSHIP – THE DEBATE OVER SEALED BIRTH RECORDS (New Haven, 1997); E. BARTHOLET FAMILY BONDS – ADOPTION AND THE POLITICS OF PARENTING (Boston, 1993); D. M. SCHNEIDER, AMERICAN KINSHIP: A CULTURAL ACCOUNT 114-117 (New Jersey, 1980); L. J. Schwartz, *Models for Parenthood in Adoption Law: The French Conception*, 28 VAND. J. TRANSNAT'L L. 1069 (1995); H. D. Kirk, *ADOPTIVE KINSHIP – A MODERN INSTITUTION IN NEED OF REFORM* (Toronto, 1981).

<sup>32</sup> כדאי אולי בהקשר זה להעיר כי עוצמתן של זכויות האם והאב להורות והיכולת לממשן אינן שוות במהלך ההיריון, שהרי אין בכוחו של האב למנוע מהאם להפסיק את ההיריון, וזאת בשל עליונות חירותה האישית וזכותה על גופה (ע"א 413/80 פלוני נ' פלוני פ"ד לה(3) 57, 75-87 (1981)). אך משעה שהעובר נולד וילד בא לעולם, משתנה עוצמתן של הזכויות והדין אינו צריך להבדיל בין זכויותיהם ומעמדם של שני ההורים בקשר אליו. ברי עוד שמשעה שנולד הקטין מצטרפות גם זכויותיו למערך השיקולים שיש לשקול, ואלו משפיעות על מעמדן של זכויות הוריו.

<sup>33</sup> סעיף 8 ו-13 לחוק האימוץ.

<sup>34</sup> סעיף 15(1) לחוק האימוץ.

בפועל לאתר את האב (בין שזהותו ידועה לרשות ובין לאו) עלו בתוהו. ההכרעה הראויה בעינינו תהיה הכרעה, שתפעל לצמצום חוסר השוויון הביולוגי בין האיש לאישה, ולהשוואת אפשרותו של האב לממש את אבהותו באמצעות מנגנון איתור וידוע זה או אחר. באופן עקרוני, ככל שיש בידי הרשות מידע המאפשר לברר את זהותו של האב בקלות יחסית ובפרק זמן סביר, עליה לפעול לאיתורו ולשמיעת דעתו. בהיעדר נתונים ישירים בדבר זהותו (ובלי להביע עמדה בשאלה, אם יש לחייב את האם למסור את המידע המצוי בידיה), ראוי שקנה המידה האמור לעניין "האפשרות הסבירה" יתגבש לאחר מיצוי אחת או כמה מן החלופות האפשריות לאיתורו של האב, חלופות שיוצגו בקצרה בהמשך הדברים.<sup>35</sup>

יהא המנגנון שייבחר לצורך הכרעה במקרים עתידיים אשר יהיה, להבנתנו הדילמה במקרה דן פשוטה יחסית, שכן ההשפעות הרלוונטיות להכרעה מצטמצמות לצדדים לפרשה (האם, האב והילד הקונקרטי ולא כלל הציבור)<sup>36</sup> וכרוכות בפרטיה הייחודיים. בפרשה שלפנינו קיימת, לפחות במישור העקרוני, זהות אינטרסים בין האב לצאצא. אמנם ייתכן שהאב הקונקרטי היה שמח שלא לדעת כלל על הולדת ילדו, כדי שיוכל להמשיך בחייו כשהוא משוחרר מן המעמסה העשויה להתלוות לעצם הידיעה על אודות הולדת צאצאו, ואולם בהיעדר מידע באשר להעדפותיו של האב בנוגע לאפשרות זו, ראוי להניח כי ירצה לדעת על דבר הלידה בכלל וכתשתית לכינון יחסי הורות בפרט. ההכרעה בפרשה שלפנינו פשוטה יותר גם במישור אחר – הקונפליקט בין האם לאב (או למדינה) מתעמעם, שכן לא נדרשת שקילת הפעלת אמצעי כפייה על האם כדי לקבל פרטים לצורך איתור האב, שהרי המידע הרלוונטי כבר נמצא בידי הרשות. מידע זה יאפשר לרשות, ככל הנראה, לאתר את האב במאמץ סביר ובפרק זמן קצר, וזאת אם נניח שיותר לה להשתחרר מהבטחתה ולהשתמש במידע.

בהינתן מערך עובדות ואינטרסים ייחודי זה, נראה כי פסק דינו של בית המשפט העליון לא נתן לאינטרס האב ולזכויותיו את המשקל הראוי להם.<sup>37</sup> לגישתנו, בנסיבות שבהן נתוניו של האב נמצאים בידי הרשות ואיתורו אפשרי בלא מאמץ חריג,<sup>38</sup> שימוש בהוראת סעיף 13(1) לצורך הכרעה על קטין כבר אימוץ בלי שנעשה כל ניסיון מעשי לאיתורו, צריכה להיות נדירה. מסקנה זו, כפי שנראה, תתחזק עוד בהמשך לנוכח בחינת זכויות הקטין. אלה האחרונות תתווספנה לזכויות האב ותכרענה את הכף לזכות הטלת חובת איתור על הרשות לפחות בנסיבות אלה.

<sup>35</sup> ראו טקסט ליד הערת שוליים 64 ואילך. בשל קוצר היריעה לא תוכל הארה זו להציג את מכלול היבטיהם של המנגנונים האמורים, יתרונותיהם וחסרונותיהם ותימנע מלהכריע ביניהם. הכרעה כזו תצטרך לא רק לעמוד על פרטי כל מנגנון, אלא גם לבחון את השפעותיו על מצבן של נשים ועל גורלם של ילדים בכלל.

<sup>36</sup> בהקשר זה ראו להלן הדיון באינטרס הציבור ובהבחנה בין אינטרס הילד הספציפי לאינטרס כלל הילדים.

<sup>37</sup> בלשונה של השופטת פרוקצ'יה "זכותה של האם שלא לחשוף את זהותו של האב בקשר להליכי אימוץ אינה מצדיקה להותיר אותו ללא הגנה ראויה, במיוחד מקום שהוא אינו יודע על הולדת ילדו ולא ניתנה לו אפשרות אמיתית להחליט אם יבקש לממש את הורות הטבעית או לוותר עליה" (פסקה 12 לפסק דינה, לעיל הערה 1).

<sup>38</sup> ברי שבשל ההכרח להבטיח כי הילד לא ייפגע מתהליך האיתור, יש לוודא כי הוא אינו אורך זמן רב מדי. ייתכן שבמקרים קיצוניים, צריכים להביא בחשבון גם שיקולי עלות כסיבה להגבלת ניסיונות האיתור. על שיקול הזמן ראו עוד, להלן טקסט ליד הערה 60 וליד הערת שוליים 71 ואילך.

## 2. הבניית התנהגות האב בפסקי הדין שניתנו בפרשה – צדק נרטיבי ומסקנות פרשניות

אם אמנם, כפי שטענו לעיל, נתונה לאב זכות תביעה של ממש לתבוע את זכויותיו כהורה וכאדם, חשוב לבחון כיצד עסקו הערכאות השונות בהבניית דמותו. בחינה זו אינה נעשית רק לשם הבנת הקשר שבין אופן תיאור העובדות על ידי בתי המשפט לבין המסקנות שלכללן הם מגיעים בסופו של הדיון המשפטי;<sup>39</sup> בחינת תיאור העובדות עשויה ללמד גם על המרכיבים העובדתיים שבתי המשפט מחשיבים, ומתוך כך ניתן לנסות ולפתח כללים להפעלת שיקול הדעת ביישום הדין: במקרה שלנו יישומו של סעיף 13(1) לחוק אימוץ ילדים.

שלוש הערכאות מספרות את סיפורו של הילד ופורשות את מארג היחסים בין ההורים. שלא כמקובל, שמעו שתי ערכאות הערעור את האם במישרין. ההבדלים בהצגת עובדות המקרה בכל אחד מפסקי הדין הם בולטים, ונדמה שאינם מקריים.

בית המשפט לענייני משפחה ובית המשפט המחוזי פורשים תשתית עובדתית, המדגישה שהאב לא ידע על דבר ההיריון. מן הדברים עולה, שהאם שיתפה את האב בחששה המוקדם שהיא בהיריון, אף שבאותה העת לא הייתה בטוחה בכך בעצמה. לאחר מועד זה, ומסיבות שלא הובהרו, נפרדו האם והאב, ואולם מתיאור הדברים בשני פסקי הדין של הערכאות הנמוכות ברור כי לאחר שנודע לאם דבר ההיריון, סירבה היא לשתף את האב במידע.<sup>40</sup>

התשתית העובדתית, שהובאה בפסק דינו של הנשיא ברק בבית המשפט העליון, שונה. בפסק הדין הנשיא ברק מספר כי "כבר בשלבים המוקדמים של ההריון חשדה האם כי היא בהיריון. היא שיתפה בחששותיה את חברה, אביו של הקטין, אך הוא לא האמין לה כי אמנם הרתה ממנו ומאז ניתק כל קשר עימה. נסיונות האם ליצור עימו קשר טלפוני לא צלחו. האם דחתה את הביורור הרפואי אודות ההיריון, עד שלא ניתן היה להתכחש עוד להיריון".<sup>41</sup> מתיאור דברים זה מתבררת, כביכול, "אשמתו" של האב. האב ידע על ההיריון או לפחות יכול היה לדעת עליו, אך במעשיו האקטיביים מנע מעצמו את הידיעה. האב בחר להיעלם, ודחה את ניסיונות האם ליידעו ולשתפו בתהליך. כך, קל יותר "לבחון את מידת המעורבות, המחויבות והאחריות שהפגין האב בענייניו של הקטין... לא הרי אב שנוטל חלק בהיריון ובלידה כאב שכל זיקתו לקטין מתמצית בקרבה גנטית בלבד... כאשר האב מנער את חוצנו מן האם ומן הילד ו"ההסתבכות" נופלת כולה על כתפי האישה, קשה לצפות למעמד שוויוני בהכרעות בעניין גורלו של הקטין".<sup>42</sup>

קשה להשתחרר מהרושם, שבית המשפט העליון הוא שמנער את חוצנו מהאב. האב מוחזק כמי שהיה יכול להשתתף בתהליך ההיריון, אך תחת זאת בחר לנטוש את האם ואת עוברה. האב

<sup>39</sup> היום מקובל לומר כי תיאור העובדות ויצירת נרטיב הם כלי בידי השופט כדי לשכנע את הקורא בתוקפה, נכונותה ועוצמתה המוסרית של הפסיקה. באופן כללי ראו יונתן יובל "צדק נרטיבי" מחקרי משפט יח 283 (תשס"ב); שולמית אלמוג "עיני המערער חשכו" בין הנרטיבי לנורמטיבי" מחקרי משפט טו 295 (תש"ס); ליאורה בילסקי "אלימות האלם: ההליך המשפטי בין חלוקה לקול" עיוני משפט כג 421 (תש"ס); מנחם מאוטנר "שכל ישר, לגיטימציה, כפייה: השופטים כמספרי סיפורים" פלילים ז 11 (1998).

<sup>40</sup> פסקה שלישית לפסק הדין של בית המשפט לענייני משפחה (לעיל הערה 2), פסקה שנייה לפסק דינו של השופט צבן בפסק הדין של בית המשפט המחוזי (לעיל הערה 3).

<sup>41</sup> פסקה ראשונה לפסק דינו של הנשיא ברק, לעיל הערה 1.

<sup>42</sup> פסקה 37 לפסק דינו של הנשיא ברק, לעיל הערה 1.

נתפס כאחראי למצבו ולפיכך פטורה הרשות מלאחרו. על רקע הבנה זו של נסיבות המקרה, קל גם לבית המשפט להניח, כי האב ממילא לא היה רוצה בילד ולא היה מתנגד למסירתו לאימוץ. הצגה זו של הדברים אינה מתיישבת עם הממצאים העובדתיים של הערכאות הנמוכות, ואף אינה מתיישבת במלואה עם הדברים שקבע בית המשפט העליון עצמו, בדבר המועד שבו ידעה האם בוודאות על הריונה, ולפיכך היא מוקשית.<sup>43</sup>

מלבד הביקורת על אופן הצגת דמותו של האב על ידי דעת הרוב בבית המשפט העליון,<sup>44</sup> ניתוח ההבדלים בתיאור העובדות מאפשר לנסות ולחלץ הנחיה להפעלת שיקול הדעת ביישום הוראת הסעיף. הדגשת העובדות (ובכלל זה שתיקה בנוגע לעובדות אחרות, שכנראה אינן בנמצא) מראה שכאשר פגיעה או סיכון משמעותיים אינם נשקפים לאם עקב האיתור,<sup>45</sup> וכשאין סיבה אחרת להניח שטובת הילד תיפגע על ידי פעולת הרשות,<sup>46</sup> על הרשות להימנע מניסיון לאתר את האב רק כאשר אי מעורבותו נובעת ממעשהו המודע של האב.<sup>47</sup> במילים אחרות, הרשות יכולה להימנע מלהתחקות אחר האב ומבירור עמדתו בנוגע לאימוץ רק כאשר הוא ידע על ההיריון, התכחש לו או התנער מאחריותו כלפי האם והצאצא. לאב שידע על ההיריון או הלידה, אך בחר להיעלם מחיי האם והקטין ("אב נוטש"), אפשר לייחס מכללא הסכמה לאימוץ, או לראות אותו כנכלל באחת מן החלופות האחרות המנויות בסעיף 13 לחוק.<sup>48</sup> אב שלא ידע על דבר הלידה הוא נטול "אשם", ובמעשיו אין כל הצהרה או ויתור אקטיבי על זכותו להורות. המסקנה היא, לשיטתנו, שאב זה זכאי שהרשות תפעל לאיתורו ושדעתו בעניין תישמע, עובר להכרזת בנו כבר אימוץ.

## ז. הילד

### 1. מרכזיות הילד בעיצוב ההכרעה

במרכזה של ההכרעה בסוגיה שלפנינו ניצב הילד. היבט מרכזי של חייו נתון להכרעת בית המשפט – הכרזתו כבר אימוץ תביא לידי ניתוק קשריו המשפטיים עם אביו הביולוגי ותסלול את הדרך לרקימת יחסי הורות עם מאמציו. מעצם טבעה, הכרעה אם יוכרז ילד כבר אימוץ הינה מההכרעות הקשות המוטלות על שופט וחזקה כי תתגבש בזהירות ובשום שכל.

<sup>43</sup> לעיל הערה 41.

<sup>44</sup> שופטת המיעוט, השופטת פרוקציה, הסתמכה על תיאורו העובדתי של הנשיא ברק וקבעה שלא ניתן להסיק שהאב ידע על אודות ההיריון.

<sup>45</sup> בשל נסיבות המקרה בית המשפט לא נדרש להיבט זה בהחלטתו. על סוגי הנזק הרלוונטיים ראו להלן טקסט ליד ההערה 75 וההערה עצמה.

<sup>46</sup> ראו דיון להלן.

<sup>47</sup> לשיטתנו אין די בעצימת עיניים של האב. גם אב שהיה יכול לחשוך בהיריון ועצם את עיניו מלהכיר באפשרות ההולדה ראוי שהרשות תפעל לאיתורו. בהקשר זה קולעים במיוחד דבריה של השופטת פרוקציה המציינת כי אפשר שדעתו של אותו אב עובר להיריון תשתנה משעה שייודע לו על הולדת ילדו. "ידיעה כזו עשויה לעורר בנפשו רגשות עמוקים וכמיהה טבעית לאדם קרוב, בשר מבשרו, שלא ידע ולא הבין את פשרם קודם לכן. היא עשויה לחולל מהפכה רגשית עמוקה בחייו", פסקה 15 לפסק דינה, לעיל הערה 1.

<sup>48</sup> בהן העילות הקבועות בסעיפים 13(2), 13(4) או 13(5) לחוק האימוץ.

ככל הכרעה הנוגעת לילד, המוטלת על כתפי הרשות, גם ההכרעה בנוגע לאימוצו, ובייחוד הכרעה זו, מחויבת לעקרון טובת הילד, החולש עליה כשיקול ראשון במעלה.<sup>49</sup> עיקרון זה מחייב את הרשות לבחון את החלופות העומדות לפניה ולנקוט את הפעולה המגשימה את טובתו – המבטיחה את זכויותיו, צרכיו ומגוון האינטרסים שלו.<sup>50</sup> אף אם הכרעה בנוגע לאימוצו של קטין אמורה לשקלל בנוסף את האינטרסים של הגורמים האחרים הנוגעים להכרעה הקונקרטי, כלומר הוריו הביולוגיים ו/או הוריו המאמצים, הרי המחויבות הראשונה היא לטובתו. האינטרסים של הצדדים האחרים אמורים לשמש לצורך בחירה בין מגוון אפשרויות, המקדמות כשלעצמן את טובת הילד.<sup>51</sup> זכויות הקטין הרלוונטיות לגיבוש ההכרעה הנוגעת למסירתו לאימוץ הינן זכותו להיות מטופל בקרב משפחתו (ובצוק העיתים, בקרב משפחה מסורה אחרת), זכותו לזהות וזכותו להישרדות ולהתפתחות. אלו הן הזכויות המרכיבות במקרה שלפנינו את טובתו.

על אף מחויבותו המוצהרת של פסק הדין לעקרון טובת הילד, וקביעתו של הנשיא ברק כי על בית המשפט לבחון "אם יש מקום לעשות שימוש בשיקול הדעת השיפוטי ולהכריז על הקטין כבר אימוץ ... תוך בחינת השאלה "האם טובתו מובילה להכרזתו כבר אימוץ",<sup>52</sup> ספק אם טובת הילד היוותה רכיב ראשון במעלה בפירוש עילת האימוץ הקבועה בסעיף 13(1), ונדמה כי בית המשפט סטה מקנה המידה שעיצב במקום אחר, לפיו "אין עילת אימוץ שאינטרס הילד אינו מהווה מרכיב בצופן הגנטי שלה".<sup>53</sup> בית המשפט הציג בפסק הדין את טובת המאומץ כשיקול אחד מבין ארבעת הנדבכים הנבדקים, לצד אינטרס האם, האב והציבור, וגרע בכך, לעניות דעתנו, מן המקום שיש לייחד לו.<sup>54</sup> העמדת ארבעת הנדבכים האמורים על מישור אחד, הגם שמוקצה להם משקל שונה, גורעת מהמשקל שיש לתת לטובת הקטין, שגורלו מוטל על הכף. לדעתנו, אינטרס הציבור בכללותו, לרבות טובת כלל הילדים (להבדיל מהילד הספציפי), אינו צריך להוות שיקול מרכזי בהכרעה השיפוטית הקונקרטי, וזכויות ההורים, אף שאין להתעלם מהן, אינן שוות מעמד לטובתו של הילד. המחויבות לטובת הילד מחייבת, שזכויות הצדדים האחרים יובאו בחשבון רק לאחר שתיקבע טובתו של הקטין ובמסגרתה.

49 סעיף 1(ב) לחוק האימוץ.

50 במחלוקת הנוגעת לקשר שבין זכויות הילד לטובתו אנו נוטים לקבל את העמדה שהתגבשה בהמלצות ועדת רוטלוי, הרואה את זכויות הילד כחלק מטובתו, ומגדירה את טובתו של הילד כמכלול צרכיו, זכויותיו והאינטרסים שלו. לעמדה זו ראו **הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה – הדוח הכללי**, בעמ' 134; בע"מ 377/05 **פלונית ופלוני נ' ההורים הביולוגיים** (טרם פורסם, ניתן ביום 21.4.2005), פסקה 45 לפסק הדין של הנשיא ברק. על המתח בין גישת "טובת הילד" ל"זכויות הילד" ראו והשוו ע"א 2266/93, לעיל הערה 30; דני"א 7015/94 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית פ"ד** (1) 48 (1995); שולמית אלמוג ואריאל בנדור "טובת ילדים, זכויות האדם" **ספר זמיר** 93 (תשס"ה); רוברט ליכט פטרן, "לקראת השלמה בין טובת הילדה לזכויות הילדה" **המשפט** 22, 73 (2006); Susan A. Wolfson, *Children Rights: Theoretical Underpinning of the 'Best Interest of the Child'* in *THE IDEOLOGIES OF CHILDREN RIGHTS* 7 (Dordrecht, Boston, London. M. Freeman and P. Veerman eds, 1992).

51 לניתוח המתמקד בילד הספציפי ובצרכיו הקונקרטיים ורק לאחר מכן פונה לאינטרסים של יתר הצדדים הנוגעים לדבר, כמו גם האינטרס הציבורי, ומתחשב בהם לצורך הכרעה בין חלופות המקדמות כולן את טובת הילד, ראו את ניתוחו של בית המשפט המחוזי בבר"ע (ת"א) 1364/04 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית** (טרם פורסם, ניתן ביום 5.7.2006).

52 פסקה 17 לפסק דינו של הנשיא ברק, לעיל הערה 1.

53 בע"מ 377/05, לעיל הערה 50, פסקה 3 לפסק דינו של השופט חשין.

54 פסקה 21 לפסק דינו של הנשיא ברק, לעיל הערה 1.

## 2. טובת הילד וזכויותיו

לצורך הכרעה בשאלה, מה מכתובה טובת הילד הספציפי שבעניינו אנו דנים, יש לבחון מהן זכויותיו ומהם צרכיו הקונקרטיים בנסיבות המקרה. הזכות המרכזית הינה **זכותו של הילד לטיפול הורי-משפחתי נאות**. זכות זו פירושה כי ילד יזכה לגדול בחיק מבוגר או מבוגרים, הנושאים כלפיו באחריות הורית.<sup>55</sup> במקרה כמו זה שהתעורר בפרשה שלפנינו, כאשר הביעה האם את רצונה למסור את בנה לאימוץ ולהסיר את אחריותה ממנו, מחויבת המדינה לפעול למציאת מבוגר אחר שיישא באחריות הורית כלפי הקטין וישמש לו משפחה. במקרה זה המדינה יכולה לבחור באביו הביולוגי, במשפחה מאמצת או אומנת, ולמצער כאפשרות אחרונה, במוסד מטעמה.<sup>56</sup> מועמד ראשון וטבעי לתפקיד הינו האב הביולוגי. אף שבשל הנסיבות טרם החל הלה למלא את תפקיד האב, הרי בהיעדר הורה אחר שיקבל עליו את האחריות, נכון יהיה לחתור להגשמת הורותו, ולשם כך לנסות לאתר ולשאול את עמדתו. שאיפה זו, המושתתת על מעמדו המשפטי של האיש המוליד כאב (בלא קשר לזיקה בינו לבין האם) כרוכה אף בטובתו של הילד. ההנחה המקובלת, הגורסת כי טובת הילד מחייבת הכרה בהורות הביולוגי, מבוססת על מגוון אלמנטים, ובהם רקימת אותו קשר ייחודי בין שני קרובים ביולוגיים, העובדה כי הקשר האמור מבסס את ראשית השתייכותו של הצאצא, השתייכות הראויה להגנה, וההנחה שההורה הביולוגי יחתור ככל יכולתו להבטחת טובת צאצאו.<sup>57</sup>

זכות מרכזית נוספת היא **זכותו של הילד לזהות**. זכות זו יכולה להתממש (באופן חלקי) בהגיע הקטין לגיל שמונה עשרה, מועד שבו החוק מתיר לו עקרונית לעיין בתיק האימוץ ולהתחקות אחר אביו, לפי פרטים שמסרה האם הביולוגית.<sup>58</sup> ברם, אפשרות זו אינה צריכה לפסול את האפשרות לממשה כעת, כבר בינקותו, בלי להמתין לגיל שמונה עשרה. אין הצדקה להשהות את מימושה של הזכות, מבחינתו של הילד, אף שאולי השהיה זו רצויה מנקודת מבטה של האם. הזכות לזהות, שהינה רחבה יותר מזיהוי מכני של האב הגנטי, שמזרעו נולד, כוללת את האפשרות של הילד לשרטט את סיפור חייו הביוגרפי, להצביע על שורשיו וראשית הווייתו, הכרוכים – תרבותית, אישית ופסיכולוגית – בידיעה מי השתתף בהולדתו. המשפחה היא חלק חשוב בכינון זהותו של הילד, היא מופקדת על התפתחותו וגיושו אישיותו, על גידולו ועל התוויית דרכו וחינוכו. המשפחה היא גם צינור לעברו של הילד ופתח לעתידו. במובן זה ניתוק הקשר הביולוגי יביא לידי פגיעה בזכותו של הילד לכינון זהות. אמנם אין מחלוקת שהשמה מוצלחת בהליך אימוץ תפתח לפני הילד אפשרויות לפתח זהות מובחנת

<sup>55</sup> ראו בהקשר זה סעיפים 7, 8, 9 לאמנה הבין-לאומית לזכויות הילד, כתבי אמנה 1038, כרך 31, עמוד 221, להלן: האמנה בדבר זכויות הילד. כמו כן ראו תמר מורג **זוח ועדת המשנה בנושא הילד ומשפחתו, הוועדה לבחינת עקרונות היסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה** 63-72 (ירושלים, 2003).

<sup>56</sup> ראו סעיפים 3, 20 ו-21 לאמנה בדבר זכויות הילד.

<sup>57</sup> על מרכזיות האלמנט הביולוגי בקביעת ההורות, לרבות הביקורת על אלמנט זה, ראו רות זפרן "המשפחה בעידן הגנטי – הגדרת חירות בנסיבות של הולדה מלאכותית כמקרה מבחן" **דין ודברים** ב(1) 223 (תשס"ו).

<sup>58</sup> לדיון בהסדר שקובע בהקשר זה חוק אימוץ ילדים, ולאופן שבו הוא מיושם בפועל, ראו רות זפרן "זכות המאומץ להתחקות אחר זהות הוריו הביולוגיים – התבוננות ביקורתית מנקודת מבט השוואתית" **הילד והמשפחה** א (תשס"ו).

וייחודית, הנשענת על מבוגרים הנושאים באחריות הורית כלפיו. עם זאת, בזהות זו לעולם יחסר המרכיב הביולוגי.

**זכותו של הילד להישרדות ולהתפתחות**, המהווה יסוד מרכזי באמנה הבין-לאומית לזכויות הילד, והיא ייחודית לחוויית חייהם של ילדים,<sup>59</sup> מחייבת שהרשות תפעל, באמצעות מרב משאביה,<sup>60</sup> לספק לילד אמצעי קיום פיזיים,<sup>61</sup> אך לא פחות מכך אמצעים רוחניים ורגשיים, שיבטיחו את התפתחותו למבוגר עצמאי הממצה את הפוטנציאל הגלום בו כאדם.<sup>62</sup> ככל שקשר הורי ביולוגי (אם נניח שהוא מיטיב עם הילד ומאפשר את שגשוגו)<sup>63</sup> עדיף מקשר הורי שנוצר באמצעות אימוץ (והדברים נאמרים על בסיס ההנחה המקובלת, אך בזהירות המתחייבת),<sup>64</sup> על הרשות מוטלת חובה להבטיח את כינונו ושימורו כבסיס להבטחת רווחת הילד.

הגשמת כל אלה – הזכות לטיפול הורי, הזכות לזהות והזכות להתפתחות, מחייבת את הפרשנות שהצענו לעיל – הכרזה על הילד כבר אימוץ מכוח סעיף 13(1) בנסיבות מקרה זה, רק לאחר שמוצו האמצעים המעשיים הסבירים לאיתור האב. יודגש, כי לנוכח מרכזיות שיקול טובת הילד, יש לוודא כי פרק הזמן שיוקצה לחיפוש האב לא יאיים על רווחת הילד והתפתחותו התקינה, שכן גם לפרק זמן קצר (העשוי להשהות את אפשרות קליטת הילד במשפחה קולטת) יש משקל בהתפתחותם של ילדים. יש לוודא, כי גם בהינתק הקשר ההורי הביולוגי, או בהיעדרו, יוכל הילד לזכות לטיפול משפחתי מסור. מכאן, כי אף שיש לחתור להגשמת זכויות ויעדים אלה (טיפול הורי, זהות והתפתחות באמצעות הוריו הביולוגיים), הרי התמשכות החיפוש אחריהם, אשר תעכב במידה ניכרת את קליטתו במשפחה חלופית מטפחת, עלולה להביא לידי פגיעה ביעדים אלה ממש, ולפיכך פרק זמן ארוך מדי אינו יכול להיות מוצדק.<sup>65</sup>

59 סעיף 6 לאמנה בדבר זכויות הילד.

60 ראו בהקשר זה את הצעת החוק שגיבשה הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה, לעיל הערה 49, בעמ' 183-206.

61 לרבות טיפול רפואי והבטחת אינטרסים בריאותיים שיגבירו את סיכויו לשרוד. בהקשר זה ראו את הוראת סעיף 24 לאמנה בדבר זכויות הילד, המדגישה את זכות הילד לרמת בריאות הגבוהה ביותר הניתנת להשגה וכן את סעיפים 19, 23, 32-34, 37-39 לאמנה.

62 הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה, לעיל הערה 49, בעמ' 169. לסעיפים שונים המעגנים היבטים מגוונים של הזכות להישרדות ולהתפתחות רוחנית, נפשית ורגשית ראו, למשל, סעיפים 8, 16, 28-29 לאמנה בדבר זכויות הילד.

63 ברור כי קשר הורי הכרוך בהזנחה, בפגיעה או בהתעללות, קשר שיש בו כדי להפר את אחריותו הבסיסית של ההורה כלפי ילדו, עשוי להצדיק התערבות של הרשות ובנסיבות חריגות אף את ניתוקו.

64 שהרי ברור כי קשר הורי פרי אימוץ יכול להיות טוב ככל קשר הורי אחר, ואולם מטעמים שהם בחלקם טעמים תרבותיים, ובמובן זה אף מחוללי התוצאה האמורה, ההנחה הרווחת מעדיפה קשרים ביולוגיים על פני חליפיהם. ניתוק קשר ביולוגי נתפס (בשל העמדה הרווחת בנוגע למבנה המשפחה הנורמטיבי) כנטישה טראומטית, הילד (והמבוגר העתיד להתפתח ממנו) עשוי להרגיש בחסרונו של הקשר עם ההורה הביולוגי או בנחיתות, בשל חוסר המידע בנוגע למוצאו.

65 המלצה בדבר פרק הזמן המרבי שראוי להקצות לחיפוש האמור אינה יכולה להיקבע במסגרת זו והיא צריכה להיות מושתתת על חוות דעת מתחום הנפש והרווחה. עם זאת יש להדגיש שגם אם מוקצה פרק זמן מוגבל לאיתור, אמצעי האיתור, במגבלות תקציב, יכולים להיות אינטנסיביים דיים כדי להבטיח הגשמה מרבית של היעד האמור.

## ח. הציבור

### 1. טובת הילד הספציפי – טובת כלל הילדים

האינטרס הציבורי אף הוא אינו נעלם מהכרעות בענייני אימוץ. פסקי דין העוסקים בהכרעות עקרוניות הנוגעות לאימוץ מזכירים לא פעם את האינטרס הציבורי כאינטרס רלוונטי להכרעה.<sup>66</sup> לרוב מגלם אינטרס זה את חשיבות מוסד האימוץ ושימורו כחלופה הטובה ביותר ליצירת משפחה עבור ילד חשוך הורים. אינטרס זה מגלם את טובת כלל הילדים, קיימים ועתידיים, העשויים למצוא עצמם נזקקים למשפחה מאמצת.

אף בפרשה העומדת במוקד הארה זו קיים לכאורה אינטרס ציבורי חשוב. ברי שהכרעה בנוגע לשאלה, אם ניתן להשתמש לצורכי איתור האב במידע שמסרה האם לרשויות הרווחה לצרכים עתידיים בלבד של הצאצא, **ולא** לשם איתור האב, עשויה להשפיע על שיקול דעתן של אמהות שיבקשו למסור את ילדיהן לאימוץ בעתיד ולכן גם על ילדיהן. אפשר להעריך, כי הכרעה שתחייב את הרשות להשתמש במידע לצורך איתור האב תרתיע אמהות מלמסור מידע מפורט (גם אם בלתי מזהה במישרין) בנוגע לאב. אם החוששת ממעורבות האב בהליך המסירה לאימוץ או בחייה שלה תימנע בעתיד מלמסור כל מידע, שיוכל לשמש לאיתורו. תוצאה מסתברת זו עשויה לפגוע במאומצים עתידיים.<sup>67</sup>

ההכרעה בשאלה הרחבה יותר, אם מלכתחילה ניתן לכפות על האם גלגות את המידע שבידיה בנוגע לזהות האב ואילו אמצעים ניתן לנקוט לשם כך, מורכבת עוד יותר מבחינת תוצאותיה, שכן לא זו בלבד שהיא עשויה להביא לידי הימנעות האם מגילוי מידע בלתי מזהה על אודות האב<sup>68</sup> אלא שאף עלולה לעתים רחוקות להביא לידי פגיעה בשלומו של העובר או הילד.<sup>69</sup> מעניין לציין כי מרבית שיטות המשפט בחרו שלא לכפות במישרין על האם את גילוי המידע, אך בחלקן קיימים מנגנונים עצמאיים ליידוע האב ולאיתורו.<sup>70</sup> המנגנונים האפשריים מתחלקים לשני סוגים מרכזיים, סוג המטיל את נטל איתורו של האב על הגורם המטפל באימוץ (עורך הדין, סוכנות האימוץ או בית המשפט) וסוג המטיל את הנטל על האב עצמו. כאשר הנטל מוטל על הגורם המטפל באימוץ, יהיה לרוב כרוך האיתור בפרסום מודעה בעיתונות על לידה שזה מקרוב התרחשה, בצירוף פירוט המקום

<sup>66</sup> ראו, למשל, בע"מ 6930/04 **הורים המיועדים לאימוץ נ' האב הביולוגי** פ"ד נט(1) 596, 616 (2004) וההפניות שם.

<sup>67</sup> בעיה זו ניתנת לפתרון חלקי באמצעות פנייה לאם בבקשה למסור פרטים על אודות האב רק בשלב מאוחר יותר בחיי הילד, בהתעורר צורך קונקרטי, וזאת כנהוג גם כיום בנוגע לתיקים שבהם חסר מידע על האב.

<sup>68</sup> שהרי טענת האם כי היא אינה יודעת מיהו האב, הנטענת לצורך הימנעות מכפייה לגילוי זהותו, תחייב לרוב את האם לגזור על עצמה שתקפה אף בנוגע לפרטיו הבלתי מזהים.

<sup>69</sup> כך בנסיבות קיצוניות כאשר האם חוששת כי ידחקו בה לגלות את זהות האב, והיא סבורה כי גילוי כאמור יהיה הרסני עבורה, היא עלולה לנטוש את העובר מבלי לנקוט בהליכי מסירה מסודרים מול רשויות הרווחה או אפילו להורגו.

<sup>70</sup> במיעוט מקרב המדינות הוטלה חובה ישירה על האם. כך, למשל, במדינת אריזונה שבארצות הברית מחויבת אישה המבקשת למסור את ילדה לאימוץ להגיש לבית המשפט תצהיר שבו היא מתארת את הפרטים הידועים לה בנוגע לגבר/לגברים אשר היא חושדת שנכנסה להיריון ממנו/ממי מהם. פרטים אלה משמשים לאיתור האב, לעתים באמצעות פרסום בעיתון. באוקלהומה אישה שאינה מוסרת תצהיר מדויק בהקשר זה חשופה להרשעה פלילית. על הדין באריזונה, באוקלהומה ובמדינות אחרות ראו, Cecily L. Helms and Phyllis C. Spence, *Take Notice, Unwed Fathers: An Unwed Mother's Right to Privacy in Adoption Proceeding*, 20 Wis. Women's L.J. 1 (2005).

ותיאור כללי של היולדת ופרטי הגבר/הגברים העשויים להיות אבות. מנגנונים אלה עשויים להיות כרוכים בדחיקה עקיפה של האם למסור מידע על האב או בביצוע חקירה עצמאית (בקרוב בני משפחתה, חברה או קהילתה) בנוגע ליחסיה עם גברים.<sup>71</sup> לפי מאפייני כל מנגנון, אפשר שאף פרטיה האישיים של האישה יידרשו להיחשף בפרסום בעיתונות. הסדרים המטילים את נטל הבירור על האבות, מבוססים על הקמת מרשמי אבות פוטנציאליים, המאפשרים למי שיודעים או חושדים כי עתיד להיוולד להם ילד, להירשם לצורך קבלת הודעה על הכוונה למוסרו לאימוץ. חלק מן השיטות קבעו הסדר המשלב בין האלמנטים.<sup>72</sup> השיטות המתוארות לוקות להערכתנו בחסר – לא זו בלבד שהאפקטיביות שלהן מוטלת בספק, אלא שנראה כי הן כרוכות בפגיעה מיותרת בפרטיות הצדדים. חלופה אפשרית אחרת תחתור להקמת מרשם מועמדים לאימוץ, שאליו תתאפשר גישת אבות פוטנציאליים. למיטב ידיעתנו, חלופה זו טרם נוסתה, ואפשר שהיא מתגברת על חלק מן הקשיים הכרוכים בחלופות האחרות.<sup>73</sup> הבחירה בין החלופות, אם בכלל, מחייבת עריכת מחקר נפרד ועצמאי, שיפרוש את מכלול יתרונותיה וחסרונותיה של כל שיטה, שיציג את מידת התועלת הגלומה בה לעומת הפגיעות שהיא מסבה לכל אחד מן הצדדים להליך, תוך הסתמכות על נתונים אמפיריים ממדינות שהנהיגו אותה. יוזכר כי המנגנון אמור לשרת בראש ובראשונה את טובת הילד. כהסדר חקוק עליו להבטיח, לצד זכויות הילד המועמד לאימוץ, אף את האינטרסים של ציבור הילדים בכללותו, וכן לשקלל טענות שאפשר שיושמעו, ובהן הטענה כי קביעת מנגנון איתור או יידוע יביא (גם אם במקרים ספורים) לידי לידות סתר בלתי מוסדרות, לידי נטישת תינוקות או רצח שלהם וכל זאת כדי להתחמק

<sup>71</sup> כך, למשל, קובע הדין באונטריו, כי מי שעשוי להיות מחוזק על פי הדין כאב (כגון מי שהייתה לו מערכת יחסים רצינית עם האם במועד ההתעברות) זכאי עקרונית לקבל הודעה על קיומם של הליכי אימוץ. בנסיבות שבהן האם מסרבת למסור את פרטיו של האב המוחזק הנ"ל, על הגורם האחראי לאימוץ לפעול בעצמו כדי לאתרו לצורך שמיעת עמדתו. לצורך אכיפת ההוראה קובע בית המשפט כי כל עוד לא נעשה ניסיון לאתרו וליידעו באופן סביר, לא יוכל הילד לזכות בצו אימוץ. 23 A.C.W.S. 1990 A.C.W.S.J. 686447; 1990 A.C.W.S.J. LEXIS 57411; 1990 A.C.W.S.J. 175 (3d). לדעתנו, אף שמאמציו של בית המשפט להבטיח התחקות אחר האב הם מאמצים ראויים, ספק אם הטלת הסנקציה על הילד, ומניעת אימוצו הרשמי על ידי מי שמיועדים לאמצו, והמשמשים בפועל כהוריו, עד קבלת עמדת האב, מוצדקות.

<sup>72</sup> השוו יצחק אנגלרד "אימוץ ילדים בישראל – הגשמת החוק למעשה" **משפטים** א 308, 320 (תשכ"ט); פנחס שיפמן **דיני המשפחה בישראל** 58 (כרך ב, תשמ"ט); פנחס שיפמן **דו"ח בעניין חוק אימוץ ילדים** 80 (הוגש לוועדה לבדיקת חוק אימוץ ילדים בראשות השופט עציוני) (תשמ"ו). וראו גם:

P. Shifman, *Kinship by Adoption: Where Adoption Differs from Natural Affinity*, 23 IS. L. REV. 34, 41 (1989); J. Hamilton, *The Unwed Father and the Right to Know of his Child's Existence*, 76 KY. L. J. 949 (1988); R. Aizpuru, *Protecting the Unwed Father Opportunity to Parent: A Survey of Paternity Registry Statutes*, 18 REV. LITIG 703 (1999); M. Beck, *Toward a National Putative Father Registry Database*, 25 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 1031 (2002); Cecily L. Helms and Phyllis C. Spence, *Take Notice Unwed Fathers: An Unwed Mother's Right to Privacy in Adoption Proceeding*, 20 WIS. WOMEN'S L.J. 1 (2005); Laurence C. Nolan, *Preventing Fatherlessness Through Adoption while Protecting the Parental Rights of Unwed Fathers: How Effective are Paternity Registrations?*, 4 WHITTIER J. CHILD & FAM. ADVOC. 289 (2005); Kimberly Barton, *Who's Your Daddy?: State Adoption Statutes and the Unknown Biological Father*, 32 CAP. U.L. REV. 113 (2003) כמו כן ראו את סקירתה של השופטת פרוקצ'יה, פסקאות 11-9 לפסק דינה, לעיל הערה 1.

<sup>73</sup> חלופה זו הוצגה על ידי רות זפרן בחוות דעת שהובאה לפני ועדת ברנר, הוועדה לבדיקת חוק אימוץ ילדים והליכי אימוץ ילדים בישראל, ביום 26.4.2006.

מיידוע האב. על ההסדר לוודא, שילדים (גם אלה שיוולדו בעתיד) לא יוקרבו על מזבחן. חששות אלה, אף שהם נשמעים ספקולטיביים למדי, יצטרכו להיבדק בתשומת לב.<sup>74</sup>

על אף מרכזיות האינטרס הגלום בטובת כלל הילדים, נדמה כי לא היה צורך של ממש לשקולו בפרשה האמורה. הפרשה לא חייבה הכרעה בשאלה העקרונית, אם מוטלת על האם חובה לחשוף את זהות האב, או אם נדרשת הרשות לפעול ליידועו או לאיתורו באמצעים עצמאיים, שכן המידע כבר היה בידי הרשות ולפני בית המשפט. ככל הכרעה שיפוטית הנוגעת לילד במערכת עובדתית נתונה, גם ההכרעה העומדת במרכז הארה זו הייתה צריכה להתמקד בנתוני המקרה שלפניה ולשקול את השפעותיה על הצדדים הקונקרטיים, ובפרט על הילד העומד במרכזה: הוא ולא ילד אחר או עתידי, ואף לא כלל הילדים.<sup>75</sup> השאלה, אם לחייב את האם לחשוף את נתוני האיש שממנו הרתה, ראוייה בוודאי להסדרה, ואולם הנמען ליצירת הסדר זה אינו בית המשפט כי אם המחוקק. גם אם ייתכן שהמחוקק יוותר בשתיקתו בעניין זה, בית המשפט אינו רשאי, לשיטתנו, להעמיס על כתפי הילד הקונקרטי הניצב לפניו את משקלם של שיקולי המדיניות הנובעים מהשערתו בדבר גורלם של מקרים עתידיים. על המחוקק, להבדיל מבית המשפט, להכריע בשאלות שבמדיניות, ולשקול כחלק מן האינטרס הציבורי את טובת כלל הילדים, תוך שהוא מותיר בהסדר החוקי מרחב שיקול דעת לבית המשפט לגבש הכרעה ספציפית, שתבטיח את טובת הילד שלפניו. הכרעה בשאלה מורכבת זו, בדבר ההסדר החוקי הראוי בשאלת גילוי נתוני האב, תישאר בשלב זה פתוחה.

## ט. הערה לסיכום

התיק שהגיע לפתחו של בית המשפט העליון, בדומה לתיקי פרשות אימוץ רבות, הוא תיק מורכב. מורכבותו מתגברת לנוכח השפעותיו העקרוניות על האופן שבו ינהגו אמהות אחרות, ולכן גם על רווחתם של ילדים שיימסרו בעתיד לאימוץ. כתיבה אקדמית נעשית בעולם אידיאלי ויכולה להציע הצעה לפתרון שיפוטית, ולהניח כי תפקיד ההסדרה העקרונית ימולא על ידי המחוקק. בעולם אידיאלי כזה, סברנו כי החלטתו של בית המשפט לא איזנה כראוי בין השיקולים ונתנה משקל יתר לזכויות האם ולאינטרס של כלל הילדים (ילדים שיאומצו בעתיד), וזאת על חשבונו של הילד שלפניה.

סקירת הטענות שנטענו בשם האם כנגד השימוש במידע לצורך התחקות אחר האב, לימדה כי עוצמתן מלכתחילה הייתה מוגבלת ועם חלקן ניתן להתמודד בחיי המעשה. כפי שהראינו, הטענות המתבססות על זכותה החוקתית של האם לפרטיות אינן טענות בעלות תוקף פנימי רב, ובאיוון בינן ובין זכויותיו של האב ובעיקר זכויות הילד, יוצאת זכות זו כשידה על התחוננה. לעניות דעתנו,

<sup>74</sup> מעניין לציין כי בישראל קיים צוהר להפעלת מנגנון איתור על ידי בית המשפט. על פי תקנה 278 לתקנות סדר הדין האזרחי יכול בית המשפט להורות על פרסום הודעה ברבים בנוגע להגשת בקשה להכרזת ילד כבר אימוץ אם ראה "שיש צורך בכך כדי לגלות עקבותיו של הורה או כדי לתת הזדמנות להורה להביע דעתו בדבר האימוץ; בהודעה כאמור לא יפורש שמו של הילד אלא אם כן הורה על כך בית המשפט". סקירת הפסיקה המתפרסמת מלמדת, כי בתי המשפט אינם משתמשים בהוראה זו.

<sup>75</sup> "אך מובן הוא, שכאשר דנים אנו בטובת הקטין, ענייננו הוא בטובתו הספציפית, בהתחשב במצבו הקונקרטי, על כל המשתמע מכך", בע"מ 9229/04 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, תק-על 1711 (3)2005, בפסקה 25 (2005). כן ראו ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה, תק-על 163 (1)2005 (2005), אך השוו פנחס שיפמן דיני המשפחה בישראל 232 (כרך ב, תשמ"ט).

בהצטרף היבט זה לחובה המוטלת על האם מכוח אחריותה לצאצאה, המסקנה המתחייבת תהיה כי רק במקרים שבהם בגילוי המידע טמון נזק של ממש לשלומה או סיכון מהותי לחייה (כגון במקרי חשש לרצח על רקע "כבוד המשפחה") יהיה מקום, בנסיבות דומות לאלה שהתעוררו בפרשה האמורה, להימנע מאיתור האב ומשמיעת עמדתו.<sup>76</sup> יש להדגיש עוד כי גם כאשר רמת החשש לפגיעה באם אינה מצדיקה הימנעות מפניית הרשות לאב, הרי הפנייה לאב צריכה להיעשות מתוך צמצום הפגיעה באם. חשיפה העולה על המידה ההכרחית, שתפגע שלא לצורך או מעל למידה הדרושה בפרטיותה או בשמה הטוב, תיפסל כבלתי חוקתית. בהקשר זה יש לשאוף לכך, שהגשמת הזכות תיעשה מתוך שמירת צנעת המידע מפני כל אחד אחר, לרבות מכריה של האם, והשארית הברירה בידיה אם לשתפם בו.<sup>77</sup>

אף שסברנו כי כשהפרטים הידועים בנוגע לאב מאפשרים את איתורו במאמץ סביר ובלא פגיעה מהותית בפרטיות האם, הרשות צריכה לפעול לאיתורו, חשוב לחזור ולהדגיש כי בעת שבית המשפט מורה על נקיטת פעולות איתור כאלה, עליו להביא בחשבון את חשיבות **ממד הזמן** בחייו של הקטין<sup>78</sup> ובהבטחת טובתו.<sup>79</sup> "האפשרות הסבירה" לאיתור האב והאמצעים האקטיביים שצריכים להינקט ייבחנו גם בהתחשב בגורם הזמן, ובפרק הזמן שצפויות אותן פעולות איתור לגזול. אין לאפשר ניהול חקירות מתמשכות שכן, כפי שמורנו השופט חשין, "לא הרי ימים אחדים בחייו של עולל כהרי ימים אחדים בחייו של בוגר... מר-זמן, אותו ממד רביעי המלווה אותנו כל חייו, ממד ראשון במעלה הוא בחייו של קטן. וכך, בצידם של מרת-אם, מר-אב ומר-ציבור, עומד לו ניצב לו מר-זמן כיסוד מכוון במערכת של אימוץ".<sup>80</sup>

להבדיל מן ההלכה הפסוקה, עיצוב הסדר חוקי בשאלת איתור זהותו של אב יחייב התייחסות לשאלה, מהי חובת הגילוי המוטלת על האם היולדת, ומהם חובותיה הנפרדות של הרשות. לצד איתור האינטרסים והזכויות של האם בהליך המסירה לאימוץ ושקילתם, יש להביא בחשבון גם את האינטרסים של האב הפוטנציאלי וזכויותיו, וכולם ייבחנו לאור הזכויות, הצרכים והאינטרסים של הילד המועמד לאימוץ. כל הסדר לבירור זהות האב או לאיתורו, בין שיורה על גילוי מצד האם או

<sup>76</sup> יש להימנע מפנייה לאב גם כאשר בשל נסיבותיהם המיוחדות של העיבור או הלידה הפנייה אליו תביא לידי פגיעה נפשית חריגה באם. בכל מקרה שבו ההיריון נגרם עקב אונס, לרבות גילוי עריות, יש לאפשר לאם לשמר את חסיונה המוחלט וזאת בלי להיזקק להוכחת נזק נוסף. במקרים כגון אלה, הסיכוי לנזק לאם, פיזי ובעיקר נפשי, גדול יותר ומנגד, זכויותיו של האב הפוטנציאלי, שמכוח מעשהו הפלילי הפך לאב ביולוגי, יזכו להגנה פחותה של המשפט. במאמר מוסגר נציין, שהדיון בטובתו של הילד במקרה כזה מורכב יותר מהדיון במקרה שלפנינו.

<sup>77</sup> דברים ברוח זו אומרת שופטת המיעוט, השופטת פרוקצ'יה, בפסקה 14 לפסק דינה, לעיל הערה 1. השופטת פרוקצ'יה מציינת כי במאבק בין הזכות של האם לפרטיות לבין זכות האב למימוש אבהותו גוברת זכות האב החשובה יותר. עם זאת היא מדגישה כי יש להתחשב בפרטיות האם, כשנבחרים, בין היתר, "סוג האמצעים בהם ראוי לנקוט לצורך פעולות הזיהוי והאיתור של האב, והגדרת היקפם ומידותיהם".

<sup>78</sup> לעיל טקסט ליד הערה 65. על חשיבות ממד הזמן ראו, למשל, את תיקון מספר 6 לחוק אימוץ ילדים (ס"ח 1951 התשס"ד, 445) שקצב לבית המשפט פרק זמן של שישה חודשים למתן החלטה בבקשה להכריז על קטין כבר אימוץ ובכך תיקן את סעיף 13 לחוק; "הוועדה לבחינת חוק אימוץ ילדים-התשמ"א 1981 והליכי אימוץ ילדים בישראל" – דו"ח הביניים 7 (ירושלים, 2006); ע"מ 1086/05 פלוני נ' פלונית (טרם פורסם, ניתן ביום 29.9.2005); דו"ח **הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה**, לעיל הערה 49, בעמ' 137, 144-145; בע"מ 377/05, לעיל הערה 50, פסקאות 21-25 לפסק דינו של השופט חשין.

<sup>79</sup> דו"ח **הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה**, לעיל הערה 49, בעמ' 144-145.

<sup>80</sup> פסקה 2 לפסק דינו של השופט חשין, לעיל הערה 1.

שיפעל במנותק ממנה לאיתור האב,<sup>81</sup> צריך להביא בחשבון גם את האפקט המצטבר שיהיה לו על הילד המועמד לאימוץ בשני מישורי השפעה אפשריים. האחד נוגע להיקף המידע שיבחרו נשים למסור לרשויות לאחר הנהגת מנגנון איתור זה או אחר, והשני יסודי יותר ונוגע לעצם נכונותן להמשיך ולהיעזר ברשויות הרווחה לצורך מסירת ילדיהן לאימוץ. בכל הנוגע להיבט הראשון, יהיה צריך לבדוק ולשקלל את השפעות מנגנון האיתור על נכונותן של נשים למסור מידע כללי בלתי מזהה על אודות האב, את יכולת הרשות לאסוף מידע זה באמצעים אחרים ואת השפעת חסרונו על הילד וקורות חייו. בכל הנוגע להיבט השני, יהיה צריך לבדוק אם אין בקביעת מנגנון האיתור כדי להרתיע נשים מפני מסירת ילדים לאימוץ, הרתעה שתביא חלילה לידי פגיעה ברווחת הילד ובמקרים קיצוניים אפילו לידי פגיעה בחייו ממש.

בעוד ההסדר החוקי רואה לנגד עיניו את הילד הפוטנציאלי, מחייבת טובתו של הילד הממשי להנחות את הכרעת בית המשפט. במקרה שלפנינו הכרעת הרוב, שלא הורתה לרשויות לעשות כל צעד מעשי לאיתור האב, שעה שידועים סימני המזהים, לא זו בלבד שאינה מתיישבת עם טובת הילד הספציפי, אלא שהיא אף הופכת את החוק הקיים לאות מתה וקובעת, למעשה, שבכל מקרה שבו לא נמסרו שם מלא ופרטי זיהוי מדויקים של האב (כלומר בכל מקרה של היעדר שיתוף פעולה מלא מצד האם), אל לה לרשות לפעול לאיתורו.

---

<sup>81</sup> כגון ההסדרים שפורטו לעיל, טקסט ליד הערות 75-76.