

פלוני

נגד

פלונית, היועץ המשפטי לממשלה, השירות למען הילד  
לפני המשנה לנשיא ש' לוינ' והשופטים ג' בך, מ' חשין, י' זמיר, ד' דורנר

**1. מה היו הדילמות המשפטיות של פס"ד**

- קיומה של עילת אימוץ אינו סוף פסוק, וההכרעה אם להכריז ילד כבר-אימוץ לאחר שהוכחה עילת אימוץ תלויה בשאלה אם הכרזה זו היא לטובתו (145 ו-ז).
- שומה על בית המשפט לבחון בשלב הראשון אם אמנם אין ההורה מסוגל לדאוג לילדו כראוי בשל התנהגותו או מצבו, הן לגבי ההווה והן לגבי העתיד (ולא על התנהגותו בעבר), ובשלב השני - אם מן הראוי להכריז על הקטין בר-אימוץ.
- אין תימוכין לטענה שסירובו של המערער בא למטרה בלתי חוקית או ממניע בלתי מוסרי. יש לנתק את האירועים שהביאו להולדתו של הבן מהמטרה או המניע האמורים; בקבלת הילד לרשותו של המערער אין כל מטרה בלתי חוקית, והמניע לסירובו להסכים לאימוץ הוא רצונו לגדלו בחיק משפחתו, ובנימוק זה, כשהוא לעצמו, אין כל פגם מוסרי.
- אחד מכללי תקנת הציבור הוא שלא ייצא החוטא נשכר. העיקרון שמי שעשה מעשה נבלה, מעשהו לא יזכהו, הוא עקרון יסוד במשפט הארץ, וכוחו כוח של חוק אין כל טעם וכל היגיון להגביל את ההלכה שאין אדם רוכש זכות על-ידי ביצוע מעשה פלילי, ככלל של פרשנות, רק לדיני קניין (155 א).
- משפט הטבע הוא המזין את זכותם של אם ושל אב להחזיק בילדים. בצדה של הזכות יש סייגים, הנבנים מאותו חומר שיצר את הזכות עצמה.
- טענת בא-כוח המערער הייתה כי חוק האימוץ אינו מכיר בהתנהגות בלתי מוסרית של הורה שכתוצאה ממנה נולד הקטין כעילת אימוץ. בחוק רשימה סגורה של שמונה עילות אימוץ, שהתנהגות ההורה לפני הולדת הקטין אינה נמנית עמן. היסוד לחוות-דעתו של הפסיכולוג אינו חוסר מסוגלות אובייקטיבית של המערער ואשתו להיות הורים, אלא טובתו של הילד גרידא, ואילו טובת הילד כשלעצמה אינה מהווה עילת אימוץ.
- האם חייבים אנו, אנוסים על-פי לשונו של החוק, להרים את ידנו, לדחות את בקשת המשיב 2 ולמסור את הילד למשמורתו של המערער?

**2. על מה התבססו השופטים**

- המערער הורשע ונידון ל-18 חודשי מאסר, מתוכם שישה חודשים לריצוי בפועל והיתרה על-תנאי.
- העיקרון שאין אדם רוכש זכות על-ידי ביצוע מעשה פלילי אינו חל על קשרי הורות.
- זכות ההורה הטבעי שהוא עצמו ולא אדם זר יגדל את ילדו מהווה אף חובה (144 א). אל מול חובה זו של ההורה עומדת זכותו של הילד כי הוריו הטבעיים ידאגו לצרכיו הנפשיים והחומריים (144 ב). זכות זו של הילד עומדת על רגליה היא, ואינה נספח לזכות ההורה. הילד אינו קניינו של ההורה. בנסיבות שבהן טובתו של הילד מחייבת זאת, אין לשלול ממנו את זכותו כי ההורה הטבעי - גם אם חטא בדרך בה הוליד אותו - יגדל אותו (144 ד).
- טובת הילד כשלעצמה אינה עילת אימוץ. עם זאת, בין העילות המפורטות בסעיף 13 לחוק אימוץ ילדים לבין טובתו של הילד קיימת זיקה, .... מצבים בהם נפגעה טובתו של הילד משום שההורה אינו ממלא את חובתו כלפיו או אינו מסוגל.
- גידולו של ילד על-ידי אב שהולידו על-ידי בעילה אסורה של אמו, ולא עוד אלא שעשה כן בתכנון מראש, על-מנת לרכוש לעצמו ולאשתו העקרה ילד, עלול לפגוע קשות בילד (145 ד-ה).
- בנסיבות המיוחדות של המקרה (12) ניתן להעלות על הדעת מקרים של בעילה אסורה שבהם טובת הילד תחייב להשאירו בידי ההורה (145 ו).

- חוק אימוץ ילדים מלמד שרשאי בית המשפט להכריז על ילד בר-אימוץ אם אין הורה מסוגל לדאוג לילדו בכל אחד משני המובנים: המובן המטריאלי - לכלכל, לפרנס ולדאוג לצרכיו החומריים של הילד; והמובן הרוחני - להעניק לילד יחס של חיבה ואהבה שלא יסולא בכסף, ולספק את צרכיו הנפשיים והרגשיים.

- סעיף 13 לחוק אימוץ ילדים כלל נוסף הקובע שאין הורה רשאי לסרב הכרזת קטין בר-אימוץ אם הדבר נוגד טעמים בתקנת הציבור הקשורים במעשים שהביאו להולדתו של הקטין. הכלל האמור יחול בלא קשר לעילות הנזכרות בסעיף 13 לחוק, והוא מהווה יישום לכלל האוניברסאלי שלא ייצא חוץ נשכר (154 ב-ג).

- חוסר המסוגלות של ההורה על-פי סעיף 13(7) לחוק עשוי לנבוע משני גורמים: התנהגותו של ההורה או מצבו של ההורה. התנהגות ומצב הם ביטויים רחבים וגמישים. "מצבו" של ההורה, הכוונה היא למצבו האישי, אפשר לומר מצבו הסובייקטיבי, כלומר המצב הגופני, הנפשי או השכלי שלו עצמו. אך הביטוי "מצב" אינו מוגבל, לא מן הבחינה של לשון החוק ולא מן הבחינה של תכלית החוק, למצב הסובייקטיבי של ההורה.

- בית המשפט יכול, ולעתים ראוי, שילך בדרך נועזת של חקיקה שיפוטית המנותקת לחלוטין מלשון החוק, ואולי אף מנוגדת ללשון החוק, כדי להשיג את **תכלית החוק** או **להגן על ערכי יסוד**.

- מסוגלות הורית של אדם בסיטואציה מסוימת נבדקת לא רק על סמך סגולותיו הכלליות של אותו אדם, אדם בהתחשב במכלול העובדות והנסיבות שנקלע לתוכן, המהוות את "מצבו" במובן סעיף 13(7) לחוק אימוץ ילדים.

- שלושה ימים לאחר הלידה, חתמה הנערה על כתב הסכמה לאימוץ. היא הוסיפה והודיעה כי היא מתנגדת למסירת הילד למערער ולאשתו. הילד הועבר אפוא למשפחה אומנת.

- המערער הגיש בקשה לבית המשפט המחוזי בירושלים ובה תבע למסור את הילד לידיו. היועץ המשפטי לממשלה, מצדו, עתר להכריז על הילד כבר-אימוץ. שתי הבקשות נשמעו במאוחד.

- בהסכמת הצדדים בית המשפט מינה פסיכולוג לבחון מסוגלותם ההורית של המערער ואשתו. בנסיבות שנוצרו, הן המערער והן אשתו נעדרים מסוגלות הורית, וכי גידול הילד על-ידיהם יגרום לו נזק קשה. מסקנתו הייתה כי יש למסור את הילד לאימוץ.

### **פסק-דין - מה היו נימוקי השופטים:**

בית המשפט דחה את בקשתו של המערער למסור לידיו את הילד והכריז עליו כבר-אימוץ מכוח סעיפים 13(7) ו-13(8) לחוק אימוץ ילדים, תשמ"א-1981 (להלן - חוק האימוץ). להלן נימוקי לדחיית הערעור:

#### **השופטת ד' דורנר:** ( תפיסה פוזיטיביסטית, מחייבת, לפעול במסגרת הכתוב בחוק ).

המערער אמר לאשתו במספר הזדמנויות כי "הוא ינסה עם מישהי אחרת לבדוק אם הוא בסדר, ובמידה שאותה בחורה תיכנס להריון אז ניקח ממנה את הילד ונגדל אותו". ( כוונה + מודעות ) . אמר ועשה. המערער תכנן להוליד לו ולאשתו ילד על-ידי בעילת הנערה.

1. נגד המערער ננקטו הליכים פליליים. הוא הודה והורשע בעבירה של בעילת קטינה.

2. הוכחה בעליל חוסר מסוגלות של המשיב (ואשתו - ד' ד') לגדל את הילד. מנקודת מבט משפטית, גורסת, כי מי שמסוגל לתכנן ולהוליד לעצמו ולאשתו ילד מקטינה, כפי שקרה במקרה זה, מעיד לכאורה, על חוסר מסוגלות הורית שלו ושל אשתו - כאחת.

3. בחוק האימוץ קיים חסר, שאותו רשאי בית המשפט להשלים על סמך עקרון-על - המשקף את תכלית החוק - שעל פיו אין אדם רוכש זכות על-ידי ביצוע מעשה פלילי. המערער, שתכנן להוליד לעצמו ילד על-ידי בעילת קטינה, איבד את זכותו הטבעית לגדל את הילד שנולד מבעילה אסורה זו.

4. ניתן היה להחיל את הכלל שאין אדם נהנה מפרי מעשה אסור שעשה. ואולם, זכות ההורה הטבעי שהוא עצמו ולא אדם זר יגדל את ילדו מהווה אף חובה. אל מול חובה זו של ההורה עומדת זכותו של הילד כי הוריו הטבעיים ידאגו לצרכיו הנפשיים והחומריים ( סעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, 1962 ).

5. לזכות הילד מעמד בכורה. מעמד זה בא לביטוי גם בחוק האימוץ, שבו ניתן לעקרון טובת הילד מעמד על. זכותו זו של הילד עומדת על רגליה היא. היא אינה נספח לזכות ההורה. הילד אינו קניינו של ההורה. הוא בעל ישות עצמאית, ולו אינטרסים משלו.

6. בנסיבות שבהן טובתו של הילד מחייבת זאת, אין לשלול ממנו את זכותו כי ההורה הטבעי - גם אם חטא בדרך בה הוליד אותו - יגדל אותו. בהתנהגותו הנפשעת של ההורה בדרך הולדת ילדו אין כדי לפגוע בזכותו של הילד כי ההורה יגדלו מקום שבו גידול הילד על-ידי ההורה הוא לטובת הילד. על כך פשוטו כמשמעו, נאמר: "אבות יאכלו בסר ושני הבנים תקהינה!" יחזקאל, יח, ב [א]; ירמיהו, לא, כח [ב].

7. טובת הילד כשלעצמה איננה עילת אימוץ. עם זאת, בין העילות המפורטות בסעיף 13 לחוק האימוץ לבין טובתו של הילד קיימת זיקה. שמונה העילות המפורטות בסעיף 13 הן רשימה סגורה; כלומר: מצבים שלא פורטו בסעיף 13 אינם יכולים להוות עילת אימוץ.

8. עם עילות האימוץ נמנית "עילת סל" - היא העילה על-פי סעיף 13 (7) - שעניינה בהורה שאיננו מסוגל בשל מצבו או התנהגותו לדאוג לילדו כראוי, דהיינו לשמור על טובתו. "המצב" או "ההתנהגות" המהווים עילת אימוץ על-פי סעיף 13 (7) מתגבשים אפוא על-פי התוצאה הצומחת מהם - שהיא פגיעה בטובתו של הילד.

9. מקום שבו עלולה טובתו של הילד להיפגע חמורות עקב מצבו או התנהגותו של ההורה, עד שניתן לומר כי ההורה אינו מסוגל לדאוג לילדו כראוי בשל מצבו או התנהגותו, מתגבשת עילת אימוץ.

10. גידולו של ילד על-ידי אב שהולידו על-ידי בעילה אסורה של אמו ... על מנת לרכוש לעצמו ולאשתו העקרה ילד, עלול לפגוע קשות בילד. לילד שנולד בנסיבות של עבירה פלילית עלול עקב המצב להיגרם נזק חמור.

**לסיכום:** שוכנעתי על יסוד חוות-דעתו האמורה של הפסיכולוג, על רקע הנסיבות המיוחדות של המקרה, כי טובתו של הילד מחייבת למוסרו לאימוץ. משהוכח כי קיימת עילת אימוץ וכי טובת הילד היא כי יוכרז בר-אימוץ, סברתי כי יש לדחות את הערעור.

### השופט שלמה לוי: (קשה לומר אם השופט לוי הוא פוזיטיביסטי או נון פוזיטיביסטי).

1. המערער עשה שימוש חסר מעצורים בגופה של נערה צעירה כדי לנצלה כמכשיר לצורך סיפוק רצונו בילד תוך ביזוי רגשותיה, תומתה, כבודה וכבוד בני המשפחה. המקרה הוא יוצא דופן גם בעולם הגדול, ובעלי הדין לא הצליחו למצוא מעשה כדוגמתו בכל הספרות הענפה בעניין זה.

2. הכלל הקבוע בסעיף 8 לחוק הוא שלא יינתן צו אימוץ, אלא בהסכמת הורי הילד נושא הבקשה. לפי סעיף 13 הני"ל רשאי בית המשפט להכריז על ילד בר-אימוץ גם באין הסכמת הורה, אם נוכח כי נתקיים אחד מאלה:

"(7) ההורה אינו מסוגל לדאוג לילדו כראוי בשל התנהגותו או מצבו, ואין סיכוי שהתנהגותו או מצבו ישתנו בעתיד הנראה לעין על אף עזרה כלכלית וטיפולית סבירה כמקובל ברשויות הסעד לשיקומו; (8) הסירוב לתת את ההסכמה בא ממניע בלתי מוסרי או למטרה בלתי חוקית."

3. בדו"ח ששימש כבסיס לחוק, הוגדרו חובות הורים הטבעיים כלפי ילדם בשני רבדים:

החובה הראשונה - **המטריאלית** - לכלכל, לפרנס ולדאוג לצרכיו החומריים של הילד, החובה השנייה - **הרוחנית** - להעניק לילד יחס של חיבה ואהבה שלא יסולא בכסף, ולספק את צרכיו הנפשיים והרגשיים. מקרא פשוט של סעיף 13(7) הני"ל מלמד שרשאי בית המשפט להכריז על ילד בר-אימוץ אם אין הורה מסוגל לדאוג לילדו בכל אחד משני המובנים האמורים.

4. אין ספק שהתנהגותו של המערער בהווה או הצפויה בעתיד מצדיקה לשלול ממנו את אבהותו הטבעית. גם לא נראה לי ש"מצבו" של המערער אף הוא מצדיק את הדבר. לא חלקו לפנינו על כך שהמערער מסוגל לכלכל את הילד, לפרנסו ולדאוג לצרכיו החומריים, וכשלעצמי - כך סבור אני - לא הוכח שהמערער, שטרח בכל ה"טרח" להשיג לו ילד באמצעים פסולים, אינו מסוגל להעניק לו יחס של חיבה ואהבה כמקובל בין אב לילדו.

5. לדעת המומחה, יהיה בגידול הילד על-ידי משפחת המערער משום מלכוד" - זאת אומרת קושי מימין וקושי משמאל. אם יאמרו לו את האמת זה מסובך מאד, אם יסתירו ממנו את האמת זה מסוכן מאד."

6. הגעתי אפוא לכלל מסקנה שהמקרה שלפנינו לא בא בגדר סעיף 13(7) או בסעיף 13(8) לחוק<sup>1</sup>. **השופט לוי מעדיף פרשנות מרחיבה, מתבסס על עקרונות מעבר לכלל המשפטי, לדוג' פרשת ירדור, פרשת זנדברג. עמדתו שומה לשופט אגרנט בפרשת ירדור - פרשנות מרחיבה.**

7. לעניין זה סבר השופט המלומד שהמניע הבלתי מוסרי נעוץ ב"חטא הקדמון" של התכנית "להשיג" את הקטין באמצעים אסורים, והסירוב למסור את הילד לאימוץ יכול היה לבוא לכלל ביטוי רק לאחר לידתו.

8. אין כל תימוכין לטענה שסירובו של המערער בא למטרה בלתי חוקית או ממניע בלתי מוסרי, יש לנתק את האירועים שהביאו להולדתו של הבן מהמטרה או המניע האמורים; הרי בקבלת הילד לרשותו של המערער אין כל מטרה בלתי חוקית, והמניע לסירובו של המערער להסכים לאימוץ הוא רצונו לגדלו בחיק משפחתו. בנימוק זה, כשהוא לעצמו, אין כל פגם מוסרי.

<sup>1</sup> סעיף 13.8 מדבר על סירוב להורה מטעמים בלתי מוסריים.

9. **לקונה משפטית** - המקרה שלפנינו בא בגדר הכלל שבו התוצאה של מסירת הילד לידי המערער נוגדת כללי יסוד בסיסיים של תקנת הציבור ולא עלתה על דעתו של המחוקק, ואילו היה נשאל בוודאי שהיה קובע שחל עליה כלל המונע את הדבר.  
**יש חסר סמוי, למשל פרשת טריקס בארה"ב. זה בלתי סביר שרוצח יירש ירושה של הנרצח, המחוקק לא צפה שרוצח ידרוש לרשת את הירושה, במשפט זה מוגדר כחסר סמוי.**

10. כדי למנוע אי-הבנות הוא מבקש להוסיף שתי הערות :  
גם כשהוכח שנסיבות הכרזת הולדתו של קטין מצדיקות שלילת אבהותו של האב הטבעי, נתון העניין לשיקול-דעתו של בית המשפט. בכך מסכים עם השקפת השופטת דורנר, שאם למרות קיומן של נסיבות המצדיקות בעיקרון שלילת זכותו של האב הטבעי להתנגד לאימוץ אפשר להראות כי במקרה הקונקרטי תהיה מסירתו של הקטין לאביו באופן מובהק לטובתו, אזי רשאי בית המשפט להחליט שטובת הקטין גוברת על טעמים שבתקנת הציבור לסתור, אך מהטעמים האמורים לעיל הצטרפתי אף אני לתוצאה שיש לדחות את הערעור. יש העדפה של פרשנות מרחיבה על פני חסר סמוי.

### **השופט י' זמיר :**

1. במקרה דנן אין הצדקה לפרוץ את המסגרת של רשימת העילות שנקבעה בסעיף 13 חוק אימוץ ילדים, שכן המקרה נתפס במסגרת סעיף זה, ללא צורך לאנוס את לשון הסעיף ובלי לסטות מן ההלכה שפסקה כי סעיף זה קובע רשימה סגורה של עילות (185 ב-ג).

2. חוסר המסוגלות של ההורה על-פי סעיף 13(7) לחוק עשוי לנבוע משני גורמים: ב התנהגותו של ההורה או מצבו של ההורה. התנהגות ומצב הם ביטויים רחבים וגמישים.

3. בית המשפט יכול, ולעתים ראוי, שילך בדרך נועזת של חקיקה שיפוטית המנותקת לחלוטין מלשון החוק, ואולי אף מנוגדת ללשון החוק, כדי להשיג את תכלית החוק או להגן על ערכי יסוד. אך זוהי דרך שעת חירום, שכרוכים בה, בחשבון סופי ואמיתי, סיכונים למערכת המשפט ולמערכת השיפוט. **לכן עדיף, אם רק אפשר, שבית המשפט ילך בדרך הסלולה והבטוחה של פרשנות הצומחת מתוך לשון החוק.** במקרה דנן אפשר וראוי ללכת בדרך זאת (187 ג-ד).

### **השופט מ' חשין :** ( שימוש זהיר ואינטלקטואלי במשפט הטבע )

1. משפט הטבע הוא, שילד יגדל בבית אביו ואמו: הם שיאהבו אותו, הם שיאכילו וישקו אותו, הם שיחנכו אותו, הם שיעמידו אותו על רגליו עד אם גדל והיה לאיש. זו זכותם של אב ואם, וזו זכותו של הקטן. **זכות זו לא נוצרה ע"י הטבע.**

2. שתי דרכים בלבד לניתוקו של ילד מאמו ומאביו על דרך של אימוץ: הדרך האחת היא בהסכמתם של האם ושל האב כי יאומץ, והדרך האחרת היא בניתוק מכוח הדין, קרי: בהתקיים אחת מן העילות המנויות בסעיף 13 לחוק להכרזתו של ילד בר-אימוץ. בענייננו שלנו מסכימה האם לאימוץ - יתר-על-כן: מבקשת ודורשת היא כי בנה יילקח לאימוץ-ואילו האב מבקש לקיים את זכותו ואת חובתו כאב מן הטבע ולגדל את בנו כגדל אב את בנו.

3. המערער נדמה כמי שאנס קטינה - גם אם מעשהו לא היה מעשה "אינוס" כהוראתו בחוק העונשין, תשל"ז-1977 - ולאחר האנוס סובב את הקטינה בכחש ובמירמה עד אשר הפך העובר לחי ולא עוד ניתן להפילו. המערער עשה מעשה נבלה שמעטים ידמו לו או ישוו לו. הנה הוא מעשה אמנון בתמר:

" ויחזק בה ויאמר לה בואי שכבי עמי אחותי. ותאמר לו אל-אחי אל-תענני כי לא-יעשה כן בישראל אל-תעשה את הנבלה הזאת. ואני אנה אוליך את חרפתי ואתה תהיה כאחד הנבלים בישראל ..." (שמואל ב, יג, יא-יג) [ג].

אמנון שילם בחייו על פשעו (שמואל ב), ואילו המערער - אשר חמס את גופה של הנערה, גזל את תומתה ואת נעוריה, רמס וחילל את כבודה - עומד לפני בית-משפט בישראל, טוען לזכויות, וכמו מבקש הוא שכר בעבור פשע שפשע.

4. משנתבררו לי העובדות לאשורן, תחושתני הראשונה הייתה - תחושת קרביים חריפה שהמערער אינו זכאי לסעד. תחושה זו לא חל בה כל שינוי. כמותי, כך דומה עליי, חש שופט בית-משפט קמא וחשו אף חבריי שישבו עמי לדין. חילוקי הדעות בינינו אין הם נסבים אלא על הטעם לדחיית בקשתו של המערער.

5. בעניין "מסוגלות הורית", והשאלה היא אם "מסוגל" הוא המערער לדאוג לקטן כראוי, או אם אין הוא "מסוגל" לכך "בשל התנהגותו או מצבו". על עילה זו אמרתי במקום אחר, כי במרכז הבימה ניצב-עומד הקטן, ומעמדו שלו הוא שיקבע - ויכריע - בשאלה אם "מסוגלים" הם האם והאב "לדאוג" לו "כראוי".

6. חוות-דעתה של חברתי, השופטת דורנר. ובמקום בו יוכח, אמנם, שהאם והאב אינם מסוגלים לדאוג לילדם כראוי, או אז תקום ותהיה עילת אימוץ שעניינה "אי-מסוגלות הורית".

7. מה הקשר בין עילת אי-מסוגלות לבין "טובת הילד"? הכול מסכימים כי "טובת הילד" - באשר היא - לא תקים עילת אימוץ. ואולם במקום בו נפגעת "טובת הילד" באורח חמור ביותר, לאמור במקום בו התנהגותו או מצבו של ההורה מרעים עם הילד כדי כך שניתן להעלות על ההורה כי "אינו מסוגל לדאוג לילדו כראוי" - וכי אין סיכוי שהתנהגותו או מצבו ישתנו בעתיד הנראה לעין וכולי - או אז קמה העילה על רגליה יציבות.

8. שופט בית-משפט קמא סבר כי נתקיימה בו במערער עילה זו של אי-מסוגלות, ומקצת מחבריי סוברים אף הם כך. בניגוד לדעתם של חבריי אלה, סובר המשנה לנשיא, חברי השופט ש' לוי, כי עילת אי-המסוגלות אינה תופסת בו במערער. דעתי כדעת המשנה לנשיא.

- האומנם נשתכנענו כי נתקיימה בו במערער עילה של אי-מסוגלות הורית?
- האומנם יש בה בחוות הדעת כדי ללמדנו כי המערער "אינו מסוגל לדאוג לילדו כראוי בשל התנהגותו או מצבו" כדי כך שניתן לילד מאביו לצמיתות?
- המומחה ממליץ כי לא ניתן את הילד למערער. אך האם קובע הוא - ומנמק - כי המערער "אינו מסוגל" לדאוג לילד וכולי?

9. בשל אותו מעשה פשע שהיה, צופה המומחה בדרך גידולו של הילד "קשיים רבים", "קשיים כבדים", "פוטנציאל עשיר של תסבוכות", "קשיים ופיתולוגיה עבור התינוק" ועוד; אך האם מגדישים אותם קשיים את הסאה (מידת קיבול בימי קדם) עד שנאמר לקחת ילד מאביו-מולידו ונמסרנו לאחר? האם קשיים - ולו "קשיים כבדים" - יש בהם כדי להקים עילת אימוץ? לדעתי התשובה לשאלה היא בשלילה.

10. אשר לעילה הקבועה בסעיף 13(8) לחוק, היא העילה השנייה שבית-משפט קמא מדבר בה. באין הסכמת הורה, קונה בית-משפט סמכות להכריז על ילד להיותו בר-אימוץ, בנסיבות בהן "הסירוב לתת את ההסכמה בא ממניע בלתי מוסרי או למטרה בלתי חוקית". לא נמצא לי כיצד יוכל ענייננו שלנו לבוא בגדרה של עילה זו.

**חשין מוסיף פרשנות מרחיבה כי הוא מזדהה עם החלטת בית המשפט בארה"ב בהקשר לשילת זכות הרוצח לרשת את הירושה, אך לא מסכים לפרשנות החוק והשלמת החסר. אינו הולך סחור סחור, לא דרך פרשנות ולא דרך חסר, מבחינתו הדוקטרינה של רצחת וגם ירשת היא חלק מהמשפט הישראלי.**

הוא שואל את עצמו: האם אני תופס עקרונות המוסר כחלק מהמשפט? הוא טוען שמשפט הם הנורמות הנכנסות דרך השער. לפי אנשי הטבע, חוקי הטבע הם חלק מהמוסר והמשפט יונק מהמוסר. המשפט הוא בגדר מתווך, מצדד בוודאות משפטית במקום מתן שיקול דעת רחב מדי לשופטים, יש צורך שהשופטים ייצמדו לכללי המשפט, רק אם המשפט לא מניב תשובה ניתן לאפשר לשופטים לצלול לטבע. קיימת התנקשות בין מלכות המשפט לבין מלכות המוסר...

11. לפיכך **אין אני שותף** לדעתם של המשנה לנשיא ש' לוי והשופט חשין. אפילו תאמר, ואין אני אומר, כי נותר ספק אם אמנם בנסיבות המקרה הוכח חוסר מסוגלות בגדר סעיף 13(7) לחוק האימוץ, עדיין אני מעדיף לפסוק בצל הספק, מאשר לפרוץ את הגדר לפני עילה חדשה, אשר, ללא ספק, מצויה מחוץ לסעיף 13. במיוחד כך נוכח החשש שמא עילות נוספות יבקשו, בשם עקרונות היסוד או תקנת הציבור, להיכנס דרך פרצה זאת. **לפיכך אני מצטרף לפסק הדין של השופטת דורנר.**

### **השופט ג' בד:**

1. שותף אני לדעת חבריי, כי ערעורו של המערער דינו להידחות, וכי יש לאשר את החלטת בית המשפט המחוזי בירושלים להכריז על ילדו של המערער בר-אימוץ.

2. ניגודי העמדות שנתגלעו בחוות הדעת של ארבעת חבריי מתייחסים לעילה שניתן על-פי החוק להשתית עליה את ההחלטה האמורה.

חבריי, השופטת דורנר והשופט זמיר, סבורים, כי ניתן לבסס את החלטת בית המשפט להכריז על הילד בר-אימוץ על הוראות סעיף 13(7) לחוק אימוץ ילדים (להלן - חוק האימוץ); ואילו דעתם של חבריי, המשנה לנשיא ש' לוי והשופט חשין, היא, כי לא ניתן להגיע למתן הכרזה כאמור על סמך אף אחת מהעילות המנויות בסעיף 13 לחוק האימוץ, אלא שיש צורך לשם כך להוסיף, בדרך החקיקה השיפוטית, לעילות האימוץ הקיימות בחוק עילה נוספת אשר תתאים לסיטואציה המיוחדת שהתהוותה במקרה דנן.

3. **דעתי כדעת חבריי, השופטת דורנר והשופט זמיר.** אשר-על-כן דעתי היא כי יש לאשר את החלטת בית המשפט קמא להכריז על הילד בר-אימוץ על-פי העילה הכלולה בסעיף 13(7) לחוק האימוץ.

התקציר הוכן ע"י פביאן סביר.

תואר שני ללימודי משפט

הפקולטה למשפטים - אוניברסיטת בר אילן.

23 באוקטובר 2009