

יחסי הגומלין בין זכויות הילד, טובת הילד וזכויות ההורים



דברים מאת די"ר רונה שור

א. כלי

אין ספק שמסקנות ועדת רוטלוי הן תרומה עצומה לספרות העוסקת בזכויות הילד, לא רק בישראל אלא בעולם בכלל. יש לקוות שכל דו"חות הוועדה יתורגמו לאנגלית כדי שגם מדינות אחרות בעולם תוכלנה להפיק מהם תועלת ופרסומם יהיה בבחינת "אור לגויים".

רוב הספרות והפסיקה בנושא, הן הישראלית והן הזרה, שנכתבו בשלושת העשורים האחרונים, רואים את הילד כנושא עצמאי של זכויות. ביישום רעיון זה עולות דרך כלל שתי שאלות עיקריות:

1. מה השפעת ההכרה בזכויות ילדים על זכויות הוריהם? האם עדיין יש להורים זכויות, או שמא רק חובות? ואם יש להורים זכויות, מה יהיה דינן כאשר אלה מתנגשות עם זכויות הילדים?

2. מהי השפעת ההכרה בזכויות הילדים על עקרון העל של טובת הילד, שהיה מושא לביקורות רבות בשל עמימותו? האם דוקטרינת זכויות הילד מטרתה החלפת עקרון טובת הילד? ואם לא, איזו תפיסה רחבה יותר, והאם טובת הילד כוללת את זכויותיו או להפך?

בדברים שלהלן נבקש לבחון באיזו מידה דו"ח ועדת רוטלוי (הדו"ח הראשי ודו"חות ועדות המשנה) נותנים מענה משביע רצון לשאלות אלה.

ב. הורים וילדים, זכויות וחובות

המצב הנוכחי מעוגן בסעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות, התשכ"ב-1962, שמדבר על זכות וחובה של האפוטרופוס. הוועדה, לעומת זאת, ממליצה שבכל הנוגע להגדרת היחסים שבין הורים לבין ילדיהם לא יעשה שימוש במונח זכויות הוריות כלל, מכיוון שיש בו כדי לבטא מרכזיות ההורים ואת האוטונומיה ההורית כערך בזכות עצמו, ותוצאה זו איננה מתיישבת עם העמדה הערכית שמכירה בשיח זכויות הילדים. לפיכך ממליצה הוועדה על החלפת המונחים זכויות וחובות הוריות במונח "אחריות הורית". היא מסבירה שהמונח "אחריות", שאומץ מחוקי הילדים באנגליה וסקוטלנד, מבטא באופן המדויק ביותר את תפקיד ההורה הן כלפי הילד והן כלפי המדינה.

רעיון זה טוב בבסיסו. אכן, נראה

שהצעת הוועדה ולפיה זכויות ההורים לא יהיו חלק מאחריות ההורים (ולמעשה לא תהיה להן זכות קיום כלל) מרחיקה לכת. כיום ברור לכל שאין לקבל עוד את הגישה המסורתית ולפיה להורים זכויות קנייניות מוחלטות כלפי ילדיהם. כיום ברור לכל שהורים חייבים לנהוג לטובת ילדיהם ולכבד את זכויותיהם. אך תפיסה ולפיה להורים יש זכויות יחסיות אינה סותרת את ההכרה כי לילדים יש זכויות. בע"א 2266/93 **פלונים נ' אלמוני**, פ"ד מט(1) 221, כתב הנשיא שמגר (על אף שהוא דוגל באימוץ זכויות הילד כמנגנון הכרעה): "זכותם של הורים לגדל ולחנך את ילדיהם כראות עיניהם היא זכות חוקתית יסודית". גם כאן, ובמקרים אחרים, יש שיח של זכויות שאינו מבטל בהכרח את זכויות ההורה.

מודל האחריות ההורית שמציעה ועדת המשנה בנושא הילד

ומשפחתו מדבר על אחריות וסמכות. מודל זה קובע, בין היתר, שלהורי הילד תהיה חובה וסמכות להחליט ולפעול בענייניו של הילד על פי טובת הילד; סמכות לכוון, להדריך ולייעץ לילדם בעניינים הנתונים לאחריותם ההורית, בהתחשב בכשריו המתפתחים של הילד; חובה וסמכות להחליט ולפעול בענייניו של הילד על פי טובת הילד.

עיון מדוקדק במודל זה מגלה שלכאורה המלצת הוועדה אינה כה מהפכנית כפי שהיא נראית במבט ראשון. למעשה, היא ממליצה להשתמש במונח "סמכות" במקום "זכות" (המונח "חובה" נותר על כנו). האם שוני זה מהותי או לשוני בלבד? החשש שלי הוא שאם הכוונה היא לשוני מהותי, הפיחות במעמד ההורים והמעבר מהיותם בעלי זכויות לבעלי סמכויות, עלול להחליש את מעמדם כלפי המדינה ולהוביל להתערבות גוברת ולא מוצדקת של המדינה בתא המשפחתי. לעניין זה ראוי לתת את הדעת להחלטת בית המשפט במקרה של הוצאת ילדים מבתם למרכז חירום עקב תסמונת ניכור הורי, תסמונת שנמצאת במרכזו של יכוח חריף בספרות המקצועית (דנ"א

6041/02 **פלונת נ' פלוני**, טרם פורסם).

מקרה זה מעיד על הסכנה שטמונה בהתערבות המדינה בתא המשפחתי בניגוד לזכויותיהם של הילדים ושל ההורים רק על סמך עמדת המדינה ולפיה ההתערבות היא לטובת הילד. למותר לציין, שבדיון הנוסף הודגשו על ידי הנשיא ברק גם זכויות ההורים לקיים חובתם כלפי הילדים.

יש לציין כי בדו"חות אחרים של ועדות המשנה, כגון זו שדנה בנושא השמה חוץ ביתית, קיימות המלצות שמיועדות למנוע התערבות לא מוצדקת של המדינה ולהגביר את שיתוף הילדים וההורים בהליך. לדעתי לא די בכך. אם התפיסה של אחריות הורית מיועדת להגדיר את תפקידם של ההורים הן כלפי הילד והן כלפי המדינה, יש צורך לשמור על התפיסה של זכויות הוריות. לדעתי, המסר שאותו יש לשדר הוא שעל ההורים להפעיל את זכויותיהם בהתאם לזכויות הילד ולטובתו ולא לטעון שלהורים אין זכויות או שזכויותיהם אינן חלק מן האחריות ההורית.

ג. יחסי הגומלין שבין זכויות הילד לטובת הילד

המלצותיה של ועדת הטלוי בדו"ח הכללי הן חד משמעיות באשר לסוגייה זו. לדברי הוועדה, טובת הילד היא עקרון על, ועיקרון זה

כולל את זכויות הילד. לכשעצמי, טענתי כבר בעבר¹ שיש לראות את החובה להתחשב בטובת הילד כאחת מזכויותיו ולא ההפך. נבחן את הצעתה של הוועדה.

בעניין היקף תחולתו של עקרון טובת הילד מציעה הוועדה שבכל פעולה או החלטה בענייניו של ילד תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה. הוועדה קובעת שטובת הילד מורכבת ממכלול הזכויות, הצרכים והאינטרסים שלו. בכך היא יוצקת פרשנות חדשה לעיקרון זה על בסיס האמנה, עיקרון שיהיה מוגדר וקשיח יותר ממה שהיה מקובל בעבר. הדבר יביא ליישום אחיד, שוויוני קוהרנטי ונייטרלי יותר של המונח. למעשה, מודל זה אומץ (תוך שינויים מסוימים) מחוק הילדים האנגלי משנת 1989. מודל זה טוב בבסיסו בהיותו מפחית את מידת חוסר הוודאות בשאלה מהי טובת הילד האינדיווידואלי. הוועדה הלכה צעד נוסף והטילה חיוב לפרט בהחלטה כתובה אלו שיקולים נשקלו בפועל ואיזה משקל יוחס לכל אחד מהם. ועדיין, מצב זה מקנה שיקול דעת רחב מדי לבית המשפט. להלן שלוש דוגמאות מהקשרים אקטואליים, שימחישו צורך זה. בחלק מהדוגמאות אני מסכימה עם המלצות הוועדה ובחלקן נראה לי שתהיה בעיה לאמץ:

1. **כאשר רצון הילד נוגד את טובתו:** מקרה כזה מעיד למעשה על התנגשות פוטנציאלית בין עקרון טובת הילד לבין זכותו של הילד להשתתף בהחלטות הנוגעות בו המעוגנת בסעיף 12 לאמנה. סעיף זה מזכיר את המשקל הראוי לדעת הילד בהתאם לגילו ולמידת בגרותו, אך אינו מפרט מהי מידת המשקל שראוי לייחס לרצון הקטין

1. ר' שון, "זכויות ילדים חטופים – האם חוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים) התשנ"א-1991 עולה בקנה אחד עם דוקטרינת זכויות הילד"? **מחקרי משפט** כ (תשס"ד) 421*491.



הגבר והאישה, וביטולה עלול לפגוע בטובת הילד.

לדעתי, הדרך לתקן את האפליה בחזקת גיל הרך ללא פגיעה בטובת הילד היא על ידי אימוץ החזקה של המטפל העיקרי, המוזכרת בדו"ח ועדת המשנה בנושא הילד ומשפחתו. לפי חזקה זו, טובתם של ילדים בגיל הרך היא להיות במשמורת ההורה שעד כה היה המטפל העיקרי אלא אם יוכח אחרת. במקרים ששני ההורים טיפלו בילד באותה מידה, החזקה לא תחול. יתרון חזקת "המטפל העיקרי" הוא היותה נייטרלית מבחינת מגדר, וממילא שומרת היא בדרך כלל על הסטטוס קוו בכוח המיקוח של הצדדים.

ד. סיכום

יש לשבח את העבודה המאלפת והחשובה שנעשתה על ידי ועדת רוטלוי. ועדה זו תורמת רבות לדיון בשאלות הסבוכות של יחסי הגומלין בין זכויות הילד, טובת הילד וזכויות ההורים. עם זאת, המלצות הוועדה עדיין לא מצאו את האיזון האופטימלי ביניהם. לטעמי, פגיעה יתרה בזכויותיהם של הורים עלולה בסופו של דבר לפגוע גם בילדים, ויש לקיים זכויות להורה גם אם תהיינה כפופות לזכויות הילד. כמו כן, ההגדרה החדשה של טובת הילד המופיעה בדו"ח הוועדה אינה פותרת את הבעייתיות האינהרנטית הקיימת בהפעלת עיקרון זה הלכה למעשה. לכן, יש לצמצם את שיקול הדעת שניתן לבית המשפט על ידי חזקות הניתנות לסתירה כדוגמת חזקת המטפל העיקרי וחזקה שעל פיה יש לכבד את רצון הילד כאשר הנו בוגר מספיק אלא אם עומד הדבר בסתירה גלויה לטובתו או מסכן אותו. בנוסף, בהקשרים מתאימים יש להחליף את מבחן טובת הילד עם כללים ברורים כדוגמת חזרה מהסכמה למסור ילד לאימוץ.

(תיקונים שונים) שנוסחה על ידי המועצה לשלום הילד והונחה על שולחן הכנסת על ידי ח"כ מתן וילנאי ביום 11.10.04. לפי הצעה זו, תהיה להורה הביולוגי זכות אבסולוטית לחזור מהסכמתו עד יום מהיום שבו נמסר הילד להורים העומדים לאמצו. בהצעה זו גלומים עקרונות העולים ישירות מדו"ח הוועדה, ובהם זכות הייצוג הנפרד למאומץ בהליכים לפי חוק האימוץ.

3. **חזקת הגיל הרך:** שאלת יחסי הגומלין שבין זכויות ההורים לבין טובת הילד עומדת ביסוד האפשרות לבטל את חזקת הגיל הרך, העומדת כיום על סדר היום הציבורי בישראל. על פי חזקה זו, הקבועה בסעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962, ילדים עד גיל שש יהיו במשמורת אמם אם אין סיבות מיוחדות להורות אחרת. לכאורה, ביטול החזקה יבטיח שוויון בין זכויות ההורים ולא יפגע בעקרון טובת הילד. בית המשפט יחליט על משמורת הילד לפי טובת הילד לאור נסיבות כל מקרה ומקרה ללא כל חזקה. אכן, מסקנה זו מתעלמת משני יתרונות שיש בחזקה: א. החזקה מונעת התדיינות מיותרת ותביעת משמורת של אבות לגבי ילדים מתחת לגיל שש. יש לציין כי הגדרת עקרון טובת הילד המוצעת על ידי ועדת רוטלוי לא תפתור את הבעיה מכיוון שהגדרה זו עדיין מותירה שיקול דעת רחב בידי בית המשפט; ב. הפחתת הפער בכוח המיקוח של הצדדים להליך הגירושין, שבו בדרך כלל אין שוויון בין הצדדים אלא לאיש יש כוח רב יותר עקב תחולת הדין הדתי על הסוגייה. חזקת הגיל הרך מצמצמת במידה מסוימת את הפער בין עמדות הכוח של

וכך מותיר שיקול דעת רחב לגורם המחליט. כך, למשל, מקרה שבו טעה בית המשפט בפירוש טובת הילד בסכסוך משמורת בין אביו השוודי להורי אמו (שהתאבדה) היהודיים, שכלל גם חטיפת הילד (תמ"ש 107061/99, 107060/99) **קטין נ' ב.ש.** לדעתי, במקרים כאלה יש לייחס משקל מכריע לרצון ילד שהוא בעל בגרות והבנה מספקת. אין לפגוע בזכות הילד לאוטונומיה אלא אם רצונו עומד בסתירה גלויה לטובתו או מסכן אותו. יש להוסיף למודל עקרון טובת הילד הוראה ברוח זה, הקובעת למעשה חזקה הניתנת לסתירה שעל פיה יש לכבד את זכות הילד לאוטונומיה אלא אם הוכח באופן ברור כי הפגיעה במימוש זכות זו עולה על הפגיעה שתיגרם לו משלילתה. רעיון דומה קיים בהמלצותיה של ועדת המשנה בנושא הילד ומשפחתו המעגנת את זכות הילד להישמע בהליכים הנוגעים בו בבית המשפט לענייני משפחה.

2. חזרת הורים ביולוגיים

מהסכמה לאימוץ: פרשת "ילד המריבה" שהתפרסמה לאחרונה בתקשורת מדגימה באופן ברור את הבעייתיות בשימוש במבחן טובת הילד לעניין החלטה האם לתת להורים ביולוגיים לחזור מהסכמתם למסור את ילדם לאימוץ. קשה לנבא באיזה מקרה יהיה לילד נזק פסיכולוגי רב יותר. למרות שלא אחת מזכיר בית המשפט את זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים, למעשה המצב הנוכחי אינו מגן על זכות זו כי לרוב לא ניתן להורים לחזור בהם מהסכמתם לאימוץ. לפיכך ברוכות היוזמות לשנות את החוק על מנת לתת משקל כבד יותר לזכות זו. בהקשר זה מזכיר במיוחד את הצעת חוק אימוץ ילדים