

השפעת הוועדה לבחינת עקרונות היסוד בתחום הילד והמשפט על תפישות העומק של הפסיקה הישראלית

מאת

תמר מורג*

בשנת 2004 הוגשו המלצותיה של הוועדה לבחינת עקרונות היסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה, בראשותה של השופטת סביונה רוטלוי. מעבר למכלול המלצות הקונקרטיות לחקיקה המופיע בדו"חות הוועדה, חשיבותה של עבודת הוועדה באה לידי ביטוי בכך שהיא הניסיון הסדור הראשון להבניה של תפישה רחבה בדבר מאפייני זכויות הילד במשפט הישראלי. השפעתה של הוועדה, הלכה למעשה, על החברה והמשפט בישראל אינה ניתנת למדידה במישור של קבלת הצעות החוק בלבד, אלא גם בבחינה רחבה הרבה יותר של מקומה בשיח הציבורי והמקצועי ובפסיקת בתי המשפט. מטרתו של מאמר זה היא לבחון את השפעתם של דו"חות הוועדה בתחום אחד: פסיקת בתי המשפט.

א. מבוא

1. הוועדה לבחינת עקרונות היסוד בתחום הילד והמשפט – ועדת רוטלוי
 2. מטרות המחקר ודרכי עריכתו
 3. היבטים מרכזיים מתוך תפישת זכויות הילד על פי הוועדה הניתנים לאיתור בפסיקה המאזכרת את הוועדה
- ב. ייחודיות והתאמה – הכרה בשוני שבין זכויות ילדים לבין זכויות מבוגרים
1. הפסיקה שקדמה לדו"חות הוועדה

* ד"ר תמר מורג, מרצה, בית הספר למשפטים, המסלול האקדמי המכללה למינהל. הכותבת שימשה כסגנית יושבת-ראש הוועדה לבחינת עקרונות היסוד בתחום הילד והמשפט וכיושבת-ראש ועדות המשנה בנושאים: "הילד ומשפחתו"; "ייצוג נפרד לילדים בהליכים אזרחיים". המאמר מבוסס על הרצאה שניתנה בכנס לכבוד פרישתה של השופטת סביונה רוטלוי מכס השיפוט, המרכז לזכויות הילד והמשפחה, מכללת "שערי משפט", 13.1.2009. תודתי לחן נוימן, לדני אביץ ולאילנה טרגרמן על הסיוע הרב במחקר. תודות מיוחדות למערכת כתב העת "משפחה במשפט" ובמיוחד לרכז המערכת עדן כהן, על ההערות מאירות העיניים ועל הסיוע בהבאת מאמר זה לדפוס.

2. תפישות היסוד של הוועדה
3. הפסיקה המאזכרת את דו"חות הוועדה
- ג. **מרכזיות – הכרה בזכות הילד לגדול ולהתפתח במשמורת הוריו**
 1. הפסיקה שקדמה לדו"חות הוועדה
 2. תפישות היסוד של הוועדה
 3. הפסיקה שלאחר הגשת דו"חות הוועדה
- ד. **נראות ואקטיביות – הכרה בזכות הילד להשתתפות**
 1. הפסיקה שקדמה לדו"חות הוועדה
 2. תפישות היסוד של הוועדה
 3. הפסיקה שלאחר הגשת דו"חות הוועדה
- ה. **הוליסטיות ומבניות – הדיון בעיקרון בדבר טובת הילד**
 1. הפסיקה שקדמה לדו"חות הוועדה
 2. תפישות היסוד של הוועדה
 3. הפסיקה שלאחר הגשת דו"חות הוועדה
- ו. **סיכום**

א. מבוא

1. הוועדה לבחינת עקרונות היסוד בתחום הילד והמשפט – ועדת רוטלוי

בחדש מארס 2004 הוגשו לשר המשפטים דאז, יוסף (טומי) לפיד ז"ל, המלצות הוועדה לבחינת עקרונות היסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה,¹ בראשות השופטת סבינה רוטלוי (להלן: ועדת רוטלוי או הוועדה). הוועדה גיבשה שישה דו"חות מקיפים שהיו תוצר של שש שנות עבודה, ובהם נכללו הצעות לרפורמה מקיפה בחקיקה הישראלית. נוסף למכלול ההמלצות הקונקרטיות לחקיקה המופיעות בדו"חות הוועדה, באה לידי ביטוי חשיבות עבודתה של הוועדה בכך שהיא מהווה את הניסיון הסדור הראשון להבניה של תפישה רחבה בדבר מאפייני זכויות הילד במשפט הישראלי. חלק מהמלצות הוועדה התקבל כבר בחקיקה וחלק אחר נמצא בתהליכים מתקדמים של קידום חקיקה, בין היתר בדרך של הפעלת פרויקטים ניסיוניים. אולם קבלתם של חלקים אחרים בדו"חות הוועדה טרם קודמה באופן של ממש.²

1 www.justice.gov.il/MOJHeb/HavaadLeZhuyot

2 דו"חות הוועדה הורכבו, כאמור, משישה דו"חות: דו"ח הוועדה – חלק כללי ומדו"חותיהן של חמש ועדות משנה בנושאים הבאים: הילד ומשפחתו; חינוך; השמה חוץ ביתית; הקטין בהליך הפלילי; ייצוג נפרד לילדים בהליכים אזרחיים. ראו גם בקישור המקוון, לעיל ה"ש 1. נקודת ציון חשובה ביישום המלצות הוועדה הייתה בקבלתו של תיקון מס' 14 לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשס"ח-2008, ס"ח 688, המעגן חלק ניכר מהמלצות ועדת המשנה בנושא

משפחה במשפט ג-ד התשס"ט-התש"ע השפעת הוועדה לבחינת עקרונות היסוד בתחום הילד והמשפט על תפישות העומק של הפסיקה הישראלית

"הקטין בהליך הפלילי". כן התקבלו תיקונים לחוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), התשט"ו-1955, המבוססים גם הם על דו"ח ועדת משנה זו (תיקון מס' 14, התשס"ח-2008, ס"ח 711). תיקונים מקיפים אלה לחוק הפלילי הם, למעשה, העיגון השיטתי הראשון של דו"חות הוועדה בחקיקה. דו"ח אחר, שבו נעשה מהלך ניכר ביותר לעבר יישום ההמלצות, הוא דו"ח ועדת המשנה בנושא "הילד ומשפחתו" בראשות המחברת – בין השנים 2007-2009 פעל פרויקט ניסויי לשיתוף ילדים בבתי המשפט בירושלים ובחיפה. מטרת הפרויקט הייתה יישום המלצות ועדת המשנה. עבודת הפרויקט עוגנה בפרק כ'2 (השתתפות ילדים) בתקנות סדר הדין האזרחי (הוראת השעה), התש"ע-2010, ק"ת 874, אשר תוקפן הוגבל לשנתיים. בחודש פברואר 2010, הוארך תוקף התקנות בשישה חודשים נוספים, עד 31.12.2010, מכוח תקנות סדר הדין (הוראת שעה) (תיקון) (מס' 2), התש"ע-2010, ק"ת 1458. זאת, על מנת לאפשר בחינת אפשרות להחילו באופן הדרגתי בכל בתי המשפט והיערכות לכך. בחודש מארס 2010 פורסם דו"ח מחקר אודות הערכת התוכנית הניסויית. ראו: יואה שורק ודורי ריבקין הערכת התכנית הניסויית לשיתוף ילדים בהליכים משפטיים הנוגעים להם בבתי משפט לענייני משפחה (2010), http://brookdaleheb.jdc.org.il/_Uploads/PublicationsFiles/559-10-Participation-REP-HEB.pdf. חלק נוסף בדו"ח ועדת המשנה בנושא "הילד ומשפחתו" שקודם קידום של ממש בכיוון אחר הוא "הצעת חוק אחריות הורית" (ראו משרד המשפטים הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה: דו"ח ועדת המשנה בנושא הילד ומשפחתו 33-34 (2003) (להלן: דו"ח ועדת המשנה בנושא: הילד ומשפחתו). הבסיס הרעיוני אשר גובש על ידי ועדת המשנה בנושא זה, שעל פיו יש לעבור מהמשגה העוסקת בזכויות הוריות להמשגה שונה – המעמידה בבסיס יחסי הורים את עקרון האחריות ההורית – אומץ בעיקרו על ידי דו"ח הביניים של משרד המשפטים, הוועדה הציבורית לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין (2008), בראשותו של פרופ' דן שניט, והיווה את אחד העוגנים העיקריים לעבודתה. לנוסח הדו"ח ראו: www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/F8171E9C-03DE-4FF5-9439-13AEC429BD2E/10149/dochShnit3.pdf. כל חברי הוועדה – גם אלה שהחזיקו בדעת המיעוט – קיבלו למעשה את ההצעה להעמיד את עקרון האחריות ההורית כעיקרון המנחה בהסדרת מערכת היחסים שבין הורים לילדים. הדו"ח השלישי הוא דו"ח ועדת המשנה בנושא "השמה חוץ ביתית". לאחרונה, הושלמה במשרד הרווחה והשירותים החברתיים הכנתה של טיוטת תזכיר הצעת חוק השמה חוץ ביתית של ילדים (ועדות תכנון, טיפול והערכה ואומנה), התשע"א-2010. הדו"ח הרביעי, שלאחרונה חלה התקדמות ניכרת לקראת יישומו, הוא דו"ח ועדת המשנה בנושא "ייצוג נפרד לילדים בהליכים אזרחיים" בראשות המחברת. בחודש נובמבר 2009 מינה שר המשפטים ועדת היגוי שתפקידה להבנות וללוות פרויקט ניסויי לייצוג לילדים, המבוסס על דו"ח הוועדה. פרויקט זה ומסקנותיו יהיו בסיס לגיבוש הצעת חוק ממשלתית בנושא זה. כיושבת-ראש ועדת ההיגוי מונתה השופטת רוטלוי. חברי ועדת היישום הינם ד"ר תמר מורג, עו"ד אייל גלובוס, גב' בתיה הרטמן, גב' חנה סלוצקי, עו"ד לימור סלומון ועו"ד מוריה בקשי. יישום שני הדו"חות הנוגעים של הוועדה – הדו"ח הכללי ודו"ח ועדת המשנה בנושא "חינוך" – לא קודם עדיין באורח ממש. לאחרונה, ניתן ביטוי להמלצות הוועדה גם בתיקון לחוק אימוץ ילדים (תיקון מס' 8), התשע"א-2010, ס"ח 110. בתיקון זה, אומצה הגדרת המונח "טובת הילד" כ"מכלול הזכויות הצרכים והאינטרסים של הילד". הגדרה אשר גובשה על ידי ועדת רוטלוי בדו"ח הכללי, להלן ה"ש 5, בעמ' 128.

בבסיס הקמת הוועדה עמדה ההכרה בצורך לבחון בחינה מחודשת את עקרונות היסוד של המשפט הישראלי בכל הנוגע לדיני הורים וילדים. הדין הישראלי בתחום זה הוא, במידה רבה, מלאכת טלאים המורכבת מהחקיקה העותמאנית, מהחקיקה המנדטורית ומהחקיקה הישראלית. מקורות משפטיים אלה מבטאים תפישות עקרוניות שונות, אשר לעתים אינן עולות בקנה אחד, באשר למערך היחסים בין ילד, משפחה ומדינה. למצב משפטי מורכב זה נוספה ההכרה של מדינת ישראל כי הצטרפותה לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד³ מחייבת את התאמת החקיקה הישראלית לאמנה. מציאות זו הביאה את כותבת מאמר זה, אז, מנהלת מרכז הילד והמשפט במועצה הלאומית לשלום הילד, לפנות, בחודש מארס 1995, אל שר המשפטים דאז, דוד ליבאי, בהצעה למינוי ועדה לבחינה מחדש של עקרונות היסוד בתחום הילד והמשפט.⁴ פנייה זו זכתה לתמיכתה של יהודית קרפ, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה דאז וחברה בוועדת האו"ם בדבר זכויות הילד, אשר פעלה במסגרת משרד המשפטים לקידום הצעה זו ולמימושה. המאמצים לקידום ההצעה ארכו תקופה ממושכת, וביום 27 ביוני 1997 מונתה הוועדה על ידי שר המשפטים דאז צחי הנגבי.⁵ עם מינוי הוועדה מונה מרכז הילד והמשפט שבמועצה הלאומית לשלום הילד, לרכז את הוועדה בשיתוף עם משרד המשפטים. כיושבת-ראש הוועדה מונתה סביונה רוטלוי, שופטת בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו.

בהתאם לכתב המינוי – הוצבו לוועדה שלוש מטרות עיקריות:

- א. גיבוש תפישות יסוד באשר לילדים, לזכויותיהם ולמעמדם בהתאם לעקרונות האמנה לזכויות הילד.
- ב. עריכת בחינה ביקורתית מקיפה של החקיקה הישראלית לאור תפישות יסוד אלה וגיבוש הצעות חקיקה מקיפות שמטרתן להתאים את החקיקה לעקרונות האמנה.
- ג. בחינת הצורך ביצירת מנגנוני יישום כלליים וספציפיים לשם יישום עקרונות היסוד והעקרונות החקיקתיים שיגובשו לאורם.⁶

3 כ"א 31, 221 (נפתחה לחתימה ב-1989) (להלן: האמנה לזכויות הילד או האמנה). חובת המדינות להתאים את החקיקה להוראות האמנה מעוגנת בס' 4 לאמנה זו.

4 מכתב מעו"ד תמר מורג, היועצת המשפטית של המועצה הלאומית לשלום הילד דאז, לדוד ליבאי, שר המשפטים (26.3.1995).

5 ראו, בין היתר, מכתבה של יהודית קרפ, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה דאז, לדוד ליבאי, שר המשפטים (11.5.1995). במכתב ניתן דגש רב על מחויבותה של מדינת ישראל לגיבוש מדיניות המותאמת לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד. לתיאור תהליך ייזום הוועדה והקמתה, ראו: משרד המשפטים, הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה: דו"ח הוועדה – חלק כללי 21-31 (2003) (להלן: דו"ח כללי), www.justice.gov.il/MOJHeb/HavaadLeZhuyot/DochKliali.

6 דיון במטרות הוועדה ראו בדו"ח הכללי, שם, בעמ' 32.

משפחה במשפט ג-ד התשס"ט-התש"ע השפעת הוועדה לבחינת עקרונות היסוד בתחום הילד והמשפט על תפישות העומק של הפסיקה הישראלית

המשימה שהוטלה על הוועדה הייתה, לפיכך, יוצאת דופן באופייה ובהיקפה. בשונה מוועדות חקיקה אחרות, לא התבקשה הוועדה לבחון מהו הדין הראוי בהתייחס לסוגיה מוגדרת ותחומה, אלא לנסות ולפתח תפישה כוללת, המעוגנת באמנה לזכויות הילד, ולפעול להתאמת מכלול החקיקה לתפישה זו. ועדת רוטלוי עבדה במתכונת של מליאת ועדה, שתפקידה היה לגבש את הבסיס התיאורטי לעבודת הוועדה וכן מודלים לחקיקה. במקביל לעבודתה של מליאת הוועדה, הוחלט על הקמתן של חמש ועדות משנה שהופקדו על הדיון ביישום קונקרטי של הוראות האמנה ותפישות היסוד העולות ממנה בתחומי החיים השונים של ילדים.⁷

האתגר הראשון שעמד בפני ועדת רוטלוי היה הגדרתה של התפישה בדבר זכויות הילד העולה מן האמנה. הוועדה הקדישה כשנה מעבודתה לבחינת הסוגיות הרעיוניות הנוגעות לנושא זה. תהליך פרשנות האמנה נעשה תוך כדי לימוד מתמיד מדברי פרשנות שנכתבו אודות האמנה, מדו"חות ועדת האו"ם בדבר זכויות הילד ומעבודתם של אנשי אקדמיה מובילים בתחום.⁸

מן הדיון התיאורטי, אשר עמד בבסיס עבודת הוועדה, הלכה והתפתחה ההכרה בשינוי העמוק שאותו מבטאת האמנה בחשיבה על ילדים ועל זכויותיהם. הכרה זו באה לידי ביטוי ברור בדבריה של השופטת רוטלוי במבוא לדו"ח הכללי:

האמנה מבטאת שינוי מחשבתי עמוק בכל הנוגע לילדים ולתפיסת זכויותיהם ומעמדם בחברה, כמו גם ביחס לילדות – להגדרתה ולמשמעויותיה. שינוי זה עובד ונלמד לעומק בוועדה וקיבל ביטוי בעבודתה ובהמלצותיה.⁹

7 נוסף לחמש ועדות המשנה המנויות בה"ש 2 לעיל, מונתה ועדה נוספת בנושא "רצף ההגנה על ילדים בסיכון". ועדה זו לא השלימה את עבודתה ולא הגישה את המלצותיה לשר המשפטים. על פי תוכנית העבודה המקורית, עם סיום עבודתן של ועדות משנה אלה, אמורות היו להתמנות ועדות משנה נוספות שתעסוקנה בכמה סוגיות נוספות. אולם, עקב אילוצי משאבים והימשכות הדיונים מעבר למצופה, לא עלה בידי הוועדה למנות ועדות משנה נוספות.

8 שני מומחים בעלי שם בינלאומי הוזמנו על ידי הוועדה למפגשים מרוכזים עם חבריה ומונו כיועצים לה: פרופ' גארי מלטון, מאוניברסיטת קלמזון שבדרום קרוליינה, ופרופ' מייקל פרימן, מיוניברסיטי קולג' באנגליה. במפגשים אלה נדונו סוגיות תיאורטיות הנוגעות לפרשנות האמנה. המסמך העיקרי שעמד לרשות הוועדה בכל הנוגע לפרשנות האמנה הינו מדריך שנערך ונכתב על ידי ארגון UNICEF בדבר דרכי יישומה. במדריך זה, מובאים עיקרי החלטות הוועדה בדבר פרשנות האמנה: RACHEL HODGKIN & PETER NEWELL, IMPLEMENTATION HANDBOOK FOR THE CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD 30-35 (2002).

9 דו"ח כללי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 27. כמו כן, ראו פרשנות העקרונות כפי שזו מובאת במסגרת הדו"ח הכללי כולו.

אף כי שינוי חשיבותי זה לא הוגדר במלואו על ידי הוועדה, ניתן להצביע על היבטים עיקריים בתפישה של זכויות הילד כפי שגובשה על ידי הוועדה, העולים מהמבוא לדו"ח הכללי, מהדו"ח עצמו ומיתר דו"חות הוועדה. על פי תפישה זו, יש להכיר בילד כבאישיות משפטית נפרדת, רב-ממדית, פעילה ומשפיעה. מכאן עולה גם הצורך ליתן ביטוי לשוני שבין ילדים שונים על מאפייניהם הייחודיים וכשריהם המתפתחים. ביסוד התפישה של זכויות הילד כפי שפותחה על ידי הוועדה עומדת ההכרה בילד כבאדם נפרד מהוריו. זאת, לצד הכרה בחשיבות ובמרכזיות של תפקידי הורים ומשפחות בעבור ילדים ובקשרי הזיקה הייחודיים הקיימים בין הורים לילדים. כן עומדת ביסוד תפישה זו ההכרה בילדות כבשלב בעל ייחודיות בחיים ולא רק כמסדרון לבגרות. תפישה זו באה לידי ביטוי במכלול רחב של כתיבה אקדמית העוסקת במעבר מראיית הילד כ-Human Being לראייתו כ-Human Becoming.¹⁰

2. מטרות המחקר ודרכי עריכתו

לכאורה, השפעתה של הוועדה על המשפט הישראלי תימדד בדרך שבה יתקבלו בחקיקה הישראלית הצעות החקיקה שגובשו על ידיה. אולם, כאמור, ההשפעה של הוועדה על החברה ועל המשפט בישראל אינה ניתנת למדידה רק במישור של קבלת הצעות החוק, אלא גם בבחינה רחבה הרבה יותר של מקומה בשיח הציבורי והמקצועי ובפסיקת בתי המשפט. לדו"חות הוועדה יש נוכחות ונראות ניכרות בכתיבה האקדמית,

10 Arlene Bowers Andrews, *Securing Adequate Living Conditions for Each Child's Development*, in IMPLEMENTING THE U.N. CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD: A STANDARD OF LIVING ADEQUATE FOR DEVELOPMENT 3 (Arlene Bowers Andrews & Natalie Hevener Kaufman eds., 1999); Nigel Thomas & Claire O'kane, *When Children's Wishes and Feelings Clash with Their 'Best Interests'*, 6 INT'L J. CHILD. RTS. 137 (1998); Sophie Debski, Sue Buckley & Marie Russell, *Just Who Do We Think Children Are? New Zealanders' Attitudes about Children, Childhood and of the Crimes Parenting: An Analysis of Submissions on the Bill to Repeal Section 59* (2009) 100 NEW ZEALAND J. SOC. POL'Y 34. יש המדגישים כי הבחנה זו היא נוקשה מדי ויש להכיר בילדים כב-Human beings and human becomings. תפישה זו באה לבטא את ההכרה בכך כי בפיתוח מערך זכויות בעבור ילדים יש להתייחס הן למצבו של הילד ברגע הנתון וליכולותיו והן לתפקידן של הזכויות בפיתוח היכולות והכישורים של הילד. לכתובה המדגישה את חשיבות קידומו של תהליך ההתפתחות כחלק ממטרות הענקת זכויות לילדים ראו: John Eekelaar, *The Interests of the Child and the Child's Wishes: The Role of Dynamic Self-Determinism*, 8(1) INT'L J. L. & FAM. 42 (1994).

משפחה במשפט ג-ד התשס"ט-התש"ע השפעת הוועדה לבחינת עקרונות היסוד בתחום הילד והמשפט על תפישות העומק של הפסיקה הישראלית

בהוראה האקדמית, בשיח הציבורי ובפסיקה.¹¹ מבין תחומים אלה בחרתי במאמר זה להתמקד בבחינת השפעתם של דו"חות הוועדה בתחום אחד: פסיקת בתי המשפט.

מחקר זה מתייחס לשלוש קבוצות של פסקי דין:

- א. כשמונים¹² פסקי דין שבהם אוזכרו דו"חות הוועדה בפסיקה אשר התפרסמו במאגרי המידע המשפטיים השונים.¹³
- ב. פסקי דין מובילים של בית המשפט העליון העוסקים בסוגיות הנוגעות לזכויות הילד וטובתו שניתנו מראשית ימי המדינה ועד להגשת דו"חות הוועדה (להלן: הפסיקה שקדמה לוועדה).¹⁴
- ג. פסקי דין אחדים בולטים של בית המשפט העליון שניתנו לאחר הגשת דו"חות הוועדה ואשר הוועדה לא אוזכרה בהם.

11 לעניין כתיבה אקדמית העוסקת בדו"חות הוועדה ראו, בין היתר, את גיליון 22 של כתב עת המשפט (2006), אשר חלקו הגדול מוקדש לדו"חות הוועדה. כן ראו: זכויות הילד והמשפט הישראלי (תמר מורג עורכת, 2010). בקובץ מאמרים זה הוקדש חלק ניכר מן הדין לדו"חות הוועדה. לדיון אקדמי נוסף בדו"חות אלה, ראו: רונה שוז "יחסי הגומלין בין זכויות הילד, טובת הילד וזכויות ההורים" שערים למשפט 1, 69 (2005); סביונה רוטלוי "הילד הזה הוא אנחנו: הוועדה לזכויות הילד – הלכה למעשה" שערים למשפט 1, 62 (2005), וכן: רונה שוז "זכות הילד להשתתפות: בין תיאוריה לבין הלכה למעשה בבתי המשפט לענייני משפחה" משפחה במשפט ב 207 (2008) (להלן: שוז – זכות הילד להשתתפות). לכנסים העוסקים בדו"חות הוועדה, ראו, בין היתר: כנס בנושא "המלצות הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה", המרכז לזכויות הילד והמשפחה, מכללת "שערי משפט", 18.11.2004; כנס בנושא "זכויות ילדים – תיאוריה ומעשה" שנערך במשכנות שאננים בירושלים על ידי מרכז מינרבה ובית הספר למשפטים, המכללה למינהל, 20.11.2005. נוסף לכך, יש לציין כי דו"חות הוועדה נכללים בחלק ניכר מרשימות הקריאה הנלמדות היום בבתי הספר למשפטים ובבתי הספר לעבודה סוציאלית ואף זכו לכיסוי תקשורתי נרחב.

12 בין מאגרי המידע הממוחשבים נבדקו המאגרים נבו, תקדין ופדאור. כן אותרו באופן נקודתי כמה פסקי דין של בתי המשפט לענייני משפחה שלא זכו לפרסום.

13 15 פסקי דין של בית המשפט העליון, 33 פסקי דין של בית המשפט המחוזי, והיתר – פסקי דין של בתי המשפט לענייני משפחה. בפסק דין אחד בלבד נמצאה הסתייגות ברורה ממודל זכויות הילד על פי הצעת הוועדה, ראו עמדת השופט פיליפ מרכוס בתמ"ש (משפחה י-ם) 2470/05 (קטין ש. נ' אלמוני, תק-מש 4) 06 (175 (2006); תמ"ש (משפחה י-ם) 17810/02 י.נ. נ' י.ש. (לא פורסם, 6.3.2006). השופט מרכוס מציע להשתייך את ההסדרה המשפטית הנוגעת לילדים על מערך של חובות הוריות וחובות המדינה, ולא על מערך של זכויות המוענקות לקטין.

14 בחינת הפסיקה הישראלית שקדמה לדו"חות הוועדה התבססה באופן ניכר על מאמרה של המחברת: תמר מורג "האומנם עידן חדש? פסיקת בתי המשפט בישראל והאמנה בדבר זכויות הילד" זכויות הילד והמשפט הישראלי 101 (תמר מורג עורכת, 2010).

חשוב לציין כי, בהתאם למאגר הפסיקה, מושא סקירה זו – כמות פסקי הדין שבהם אותרה פנייה לדו"חות הוועדה, אין בה כדי להעיד על היקף הפנייה לדו"חות אלה. זאת, בראש ובראשונה, משום שחלק ניכר מפסקי הדין של בתי המשפט לענייני משפחה ושל בתי המשפט המחוזיים אינו מתפרסם. כמו כן, כל פסקי הדין של בתי המשפט לנוער אינם מתפרסמים במאגרי מידע אלה.¹⁵ פסיקה זו, אשר, כאמור, אינה זוכה לפרסום, היא המקום הטבעי לאיתור התייחסות לדו"חות הוועדה; מחקר יסודי הבוחן גם פסיקה שלא זכתה לפרסום במאגרי המידע, יוכל לתת כמובן תמונה מלאה הרבה יותר באשר להתייחסות הפסיקה לדו"חות אלה. מטרתו העיקרית של מאמר זה, לפיכך, אינה לבחון את מידת הפנייה לדו"חות הוועדה או לבחון את אימוצן של הצעות נקודתיות לשינוי החוק. מטרתו של המחקר הינה לבחון אם, וכיצד, חדרו התפישות הפרשניות שגובשו על ידי הוועדה אל אותה כמות ניכרת של פסקי דין המאזכרים אותה. דהיינו, עד כמה מבטאת פסיקה זו הפנמה של התפישה הפרשנית הרחבה שפותחה על ידי הוועדה ושל תהליך השינוי שאותו ביקשה הוועדה לקדם.

3. היבטים מרכזיים מתוך תפישת זכויות הילד על פי הוועדה הניתנים לאיתור בפסיקה המאזכרת את הוועדה

מניתוח הפסיקה, שבה אותרה התייחסות לדו"חות ועדת רוטלוי, נראה כי ניתן לאתר השפעה של הוועדה על תפישות היסוד של פסיקה זו בהתייחס לארבעה היבטים עיקריים:

1. ייחודיות והתאמה – הכרה בשוני שבין זכויות ילדים לזכויות מבוגרים.
2. מרכזיות – העמדת שאלות הנוגעות לזכויות הילד ונקודת ראותו במוקד הדיון בעניינו.
3. נראות ואקטיביות – הכרה בזכות הילד להשתתפות.
4. הוליסטיות ומבניות – הבניית פרשנות ודרכי הדיון בעיקרון בדבר טובת הילד.

כפי שאבקש להראות בארבעת הפרקים הבאים, ניתן לאתר בפסיקה המאזכרת את דו"חות הוועדה שינוי ברור בתפישה כלפי זכויות הילד, אשר נקשר באופן ברור לדו"חות הוועדה. בחלק מהעניינים, הרעיונות שאומצו מדו"חות הוועדה מקורם בלשון האמנה עצמה, כאשר הוועדה מהווה צינור מרכזי להשפעה על הפסיקה. בעניינים

15 חיפוש פסקי הדין נעשה הן על פי שמה הרשמי של הוועדה והן על פי השם "ועדת רוטלוי". סך הכול נמצאו 90 פסקי דין על פי החלוקה הבאה: 14 פסקי דין של בית המשפט העליון; 28 פסקי דין של בתי המשפט המחוזיים; 2 פסקי דין של בתי המשפט לעניינים מינהליים ו-46 אזכורים של בתי המשפט לענייני משפחה. עקב מגבלות שפה, לא נבחנו פסיקת בתי הדין השרעיים. כמו כן, לא נכללו בבחינה זו פסיקת בתי הדין הרבניים עקב היעדר פרסום שיטתי של פסיקה זו במאגרי המידע המשפטיים.

משפחה במשפט ג-ד התשס"ט-התש"ע השפעת הוועדה לבחינת עקרונות היסוד בתחום הילד והמשפט על תפישות העומק של הפסיקה הישראלית

אחרים, מדובר ברעיונות פרשניים אשר אינם עולים במפורש מלשון האמנה והינם פרי עבודת הפרשנות שנעשתה על ידי הוועדה. כפי שאבקש להראות, שינוי זה בולט, ראשית לכל, ברטוריקה של בתי המשפט בפסיקה הפונה אל דו"חות הוועדה. בחלק מהעניינים, ניתן להצביע גם על שינוי בהחלטות בתי המשפט או בדרכי פעולתם. עם זאת, תהליך קליטתם של רעיונות אלה הוא עדיין ראשוני. בהתייחס לכל אחד מההיבטים האמורים ניתן לאתר פערים ניכרים בין רטוריקת בתי המשפט לבין פסיקתם הלכה למעשה. אף תהליך השפעת הוועדה אינו תהליך אחיד. ניתן למצוא הבדלים של ממש בדרכי יישומם של דו"חות הוועדה בפסקי הדין המאזכרים אותה. יתרה מזו, ההסתמכות על דו"חות הוועדה אינה מאפיינת את מכלול הפסיקה. פסקי דין אחדים, חשובים, של בית המשפט העליון שניתנו לאחר הגשת דו"חות הוועדה, לא פנו כלל אל דו"חות אלה ולא ניתן בהם ביטוי כלשהו לשינוי בתפישות היסוד שאותו ביקשה הוועדה לקדם.

ב. ייחודיות והתאמה – הכרה בשינוי שבין זכויות ילדים לבין זכויות מבוגרים

1. הפסיקה שקדמה לדו"חות הוועדה

כאשר אנו בוחנים את פסיקת בתי המשפט שקדמה לדו"חות הוועדה, אנו למדים כי ניתן למצוא, כבר בפסיקה זו, הכרה בשינוי שבין זכויות ילדים לזכויות מבוגרים. כך ניתן לפגוש בפסיקה זו בזכויות ייחודיות של ילדים אשר הבולטות שבהן הן הזכות למזונות והזכות לחינוך.¹⁶ אולם, הכרה זו בזכויות ייחודיות של ילדים נעשתה באופן נקודתי ללא הצבת תפישה כוללת בדבר ההכרה בילדים כנושאי זכויות.¹⁷ יתרה מזו, זכויות ייחודיות רבות לא הוכרו בפסיקה המוקדמת, כאשר הבולטת בהן היא הזכות להתפתחות. בפסיקה שקדמה לדו"חות הוועדה, ניתן למצוא התייחסות לאפשרות התרחשותה של פגיעה בהתפתחות הילד כשיקול בעת קבלת החלטות. כך לדוגמה, קבע בית המשפט העליון כי השאלה מה היא השפעתה של החלטה מסוימת על התפתחות הילד ועל עתידו היא מכרעת בעת החלטה על אימוצו.¹⁸ פסקי דין רבים בחנו את

16 לעניין הזכות למזונות, ראו ע"א 411/76 שר נ' שר, פ"ד לב(1) 449 (1977). לעניין הזכות לחינוך, ראו: בג"ץ 2599/00 יתד נ' שר החינוך, פ"ד נו(5) 834 (2002).

17 מורג, לעיל ה"ש 14, בעמ' 106.

18 ע"א 6016/92 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מח(4) 221, 235-236 (1992). לסקירת הפסיקה שקדמה לדו"חות הוועדה בנושא התפתחות הילד, ראו: דו"ח כללי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 183.

השאלה אם יש חשש להתפתחותם של ילדים כילדים בריאים בגופם ובנפשם.¹⁹ במקרה אחד, התייחס בית המשפט גם לאפשרות שתתרחש פגיעה בהתפתחותו החברתית של הילד.²⁰ אולם התייחסויות אלה הוגבלו לדיון בהתפתחות הילד כשיקול הנשקל במסגרת עקרון טובת הילד בתיקי אימוץ ומשמורת, ולא ניתן לאתר בפסיקה זו הכרה בזכות להתפתחות כזכות המטילה חובות "עשה" על המדינה ועל הורי הילד.

בפסק דין חשוב אחד, שפורסם בתקופה שקדמה לדו"חות הוועדה, ניתן לאתר התייחסות ראשונה ויחידה לתקופתה לצורך העקרוני להכיר בשוני שבין זכויות ילדים לבין זכויות מבוגרים. בפרשה, שזכתה לכינוי פרשת "עדי יהווה"²¹ ושעסקה בנושא הענקת משמורת רוחנית לילדים,²² הציג הנשיא דאז, מאיר שמגר, את דוקטרינת זכויות הילד כדוקטרינה חדשה במשפט הישראלי. הוא סיווג את זכויות הילד לשתי קטגוריות עיקריות:²³ האחת, זכויות הנתונות לכל אזרח בגיר והן זכויות היסוד של הפרט; השנייה, זכויות ייחודיות הנובעות מהקשר המשפחתי ומהיותו של הילד קטין.

ביטוי נוסף להכרה בשוני שבין זכויות ילדים למבוגרים בפסיקה שקדמה לוועדה, ניתן למצוא גם בקיומה של התייחסות ראשונית לצורך להתחשב בצרכיהם הייחודיים של ילדים. זאת, בעיקר בהקשר אחד: תפישת הזמן השונה של ילדים. בכמה פסקי דין בתחום האימוץ, עמד בית המשפט העליון על הצורך להתחשב בתפישה שונה זו בקבלת החלטות לעניין ביטול הסכמה לאימוץ או החזרתם של ילדים להוריהם הביולוגיים. במרבית המקרים, בהתבסס על הכרה זו, נמנע בית המשפט מלאשר חזרה מהסכמה במקרי אימוץ או לאפשר ביטול צו אימוץ. כך, למשל, בדברים של השופט אהרן ברק בפסק דין משנות השמונים בעניין אימוץ ילדים:

... תחושת הזמן אצל קטין שונה מתחושת הזמן אצל מבוגר, ומה שנראה תקופה קצרה אצל מבוגר עשוי להתקבל כנצח אצל הקטין.²⁴

19 ע"א 137/66 פליגלטאוב נ' פליגלטאוב, פ"ד כ(3) 621, 624 (1966).

20 בג"ץ 1842/92 בליגרונד נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מו(3) 423, 429 (1992).

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

22 הפרשה עסקה בווג יהודים, שלאחר כמה שנות נישואים הצטרפה האישה לכת נוצרית-משיחית (Jehovah's Witnesses) שהביאה לפרוץ סכסוך בין בני הזוג. האב חפץ בחינוך יהודי לילדיו בניגוד לרצון האם. האב ראה את חברותה של האישה בכת כגורם מכריע בסכסוך, שכן חברות זו השפיעה גם על דרכה בחינוך הילדים. האם טענה כי חופש הדת והמצפון מקנה לה זכות להקנות את דתה ואת אמונתה לילדיה, ובמקביל מקנה הוא לילדים את הזכות ללמוד את דת הוריו.

23 ע"א 2266/93, לעיל ה"ש 21, פס' 26 לפסק דינו של השופט שמגר.

24 ראו ע"א 577/83 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני, פ"ד לח(1) 461, 475 (1984).

משפחה במשפט ג-ד התשס"ט-התש"ע השפעת הוועדה לבחינת עקרונות היסוד בתחום הילד והמשפט על תפישות העומק של הפסיקה הישראלית

ואולם, אמירות אלה ניתנו בהקשרים הנוגעים לדיון בטובת הילד ולא נקשרו בתפישת המכירה בזכויות ילדים.

2. תפישות היסוד של הוועדה

אחד ההיבטים העיקריים בתפישת זכויות הילד, כפי שגובשה על ידי הוועדה, הוא ההכרה בעובדה כי לצד ההכרה בילדים כבנושאי זכויות יש להכיר בשוני העמוק שבין זכויות של ילדים לבין זכויות של מבוגרים. להכרה זו שתי השלכות עיקריות: האחת, הכרה בזכויות ייחודיות של ילדים, ובכלל זה בזכויות הילדים לחינוך, למזונות, לגדול בחיק משפחה, לשמירת הקשר עם הוריהם, למשחק ולהתפתחות; ההכרה השנייה עניינה בצורך להתאים את דרכי הענקת הזכויות למאפייני תקופת הילדות ולצרכים הייחודיים של ילדים.²⁵

הדברים באים לידי ביטוי ברור במבוא לדו"ח הכללי של הוועדה:

הענקת הזכויות לילדים מחייבת יצירה של התאמות, אשר יאפשרו להם ליישם את זכויותיהם באופן המותאם להתפתחותם – ליכולותיהם ולכושריהם המתפתחים. ... לילדים במובחן ממבוגרים גם זכויות נוספות, ייחודיות, המוענקות להם בשל עצם היותם ילדים, ובשל מאפייניהם הייחודיים כילדים.²⁶ (ההדגשות במקור – ת' מ').

בעבודת הוועדה, ניתן דגש רב על ההכרה בזכויות ייחודיות של ילדים. הזכות אשר הועמדה במוקד הדיון לעניין זה הינה "הזכות להתפתחות". הוועדה הכירה בהתפתחותם של ילדים כמאפיין העיקרי המבחין בין ילדות לבגרות: "ההתפתחות מצויה בלב הילדות: היא מבטאת מצב של גדילה מתמדת, של שינוי, של למידה, של התנסות ושל חשיפה שאותם חווה הילד במהלך ילדותו".²⁷

25 לעיל ה"ש 5, בעמ' 26. להצגת תפישת זו ראו, בין היתר, תמר מורג "זכויות הילד על פי האמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד – זכויות מותאמות לילדים" להיות עורכי דין של ילדים 57 (2003), זמין גם ב-www.tau.ac.il/law/clinics/children.pdf. לדיון ביקורתי בהיעדר הכרה בשוני שבין זכויות ילדים לזכויות מבוגרים בפסיקת בתי המשפט בארצות-הברית, ראו: תמר מורג "עשרים שנה אחרי: תפיסת זכויות הילד על פי האמנה בדבר זכויות הילד" זכויות הילד והמשפט הישראלי 15 (תמר מורג עורכת, 2010).

26 דו"ח כללי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 26.

27 שם, בעמ' 171.

ברו"חות הוועדה גובש מודל חקיקה מפורט ליישומה של הזכות להתפתחות בחקיקה.²⁸ בהתאם למודל זה נקבע:²⁹

1. רשויות המדינה יפעלו, בכל האמצעים הדרושים, לשם הבטחת זכותו של הילד להישרדות ולתנאי חיים בסיסיים, באופן ההולם את כבודו כאדם ואת צרכיו הייחודיים.
2. רשויות המדינה יפעלו, בכל האמצעים הדרושים, על מנת להבטיח את זכותו של הילד להתפתחות מלאה עד מירב המידה האפשרית, לרבות התפתחותו הגופנית, השכלית הנפשית והחברתית.

מודל החקיקה מבטא שינוי בחשיבה אודות התייחסות המשפט להתפתחותם של ילדים בשני מישורים:

א. בעוד שההתייחסות להתפתחות הילד בפסיקה שקדמה לדו"חות הוגבלה, כמעט תמיד, להתפתחות פיסית ונפשית, הורחבה התייחסות הוועדה אל זכות ההתפתחות למכלול רחב של היבטים הנוגעים להתפתחות הילד, לרבות התפתחות רוחנית, מוסרית, וחברתית.³⁰ מטרתה של ההכרה בהיבטים נוספים אלה היא להבטיח התייחסות אל הילד כאל אדם שלם ורב-ממדי.

ב. על פי מודל החקיקה, מוטלת על המדינה חובה ברורה לפעול להבטחת התפתחות הילד. הסטנדרט שנקבע לעניין זה הוא הבטחת התפתחותו המלאה. הוועדה שקלה אימוץ של יעד מרחיק לכת פחות, כגון "התפתחות תקינה" או "התפתחות מירבית", אך היא בחרה בנוסח זה על מנת לבטא את מחויבותה הברורה של המדינה ואת אחריותה להתפתחותו של הילד, ועל מנת לקדם תכנון תקציבי אשר אחת מנקודות העוגן העיקריות שלו הינה הזכות להתפתחות.³¹

נוסף להכרה בזכויות ייחודיות, עולה מדו"חות הוועדה אמירה ברורה בדבר הצורך להתאים את דרכי הענקת הזכויות למאפיינים של ילדים וליכולותיהם.³²

28 שם, בעמ' 167-207.

29 שם, בעמ' 183.

30 ראו ס' 27 ו-32 לאמנה, המאזכרים חמישה יסודות אלה בזכות להתפתחות. לדיון במכלול הסעיפים הבאים להבטיח זכות זו, ראו: דו"ח כללי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 168. לסקירת מכלול סעיפי האמנה העוסקים בזכות להשתתפות, ובמכלול היבטיה של זכות זו, ראו: דו"ח כללי, שם, בעמ' 211.

31 שם, בעמ' 190.

32 לדיון ביקורתי בהחלת זכויות אדם ללא ההתאמות הנדרשות באשר לילדים, ראו: מורג, לעיל ה"ש 25, הערה 21 והטקסט הצמוד לה.

משפחה במשפט ג-ד התשס"ט-התש"ע השפעת הוועדה לבחינת עקרונות היסוד בתחום הילד והמשפט על תפישות העומק של הפסיקה הישראלית

ברו"ח ועדת רוטלוי נעשה ניסיון מובנה להגדיר שיקולים ייחודיים בקבלת החלטות לגבי ילדים על פי מודל טובת הילד. שיקולים אלה צריך שיהוו קווים מנחים באשר לדרך מימוש זכויות הילד ולאיוון בין זכויותיו.³³ בין השיקולים העיקריים שנמנו לצורך המודל נמנו גילו של הילד, כשריו המתפתחים, קשריו של הילד עם הוריו ועם אנשים חשובים אחרים בחייו וממד הזמן בחיי הילד. בהתאם לרו"ח הוועדה, צריך שתהא לתפישת הזמן השונה של ילדים השפעה על החלטות משפטיות הנוגעות להם בשני מישורים במיוחד:

- א. התחשבות בחוש הזמן הייחודי של ילדים לעניין תוכן ההחלטות בהתייחס לסוגיות, כגון תדירות ביקורים, הכרעות משמורת או החלטות בנושא אימוץ ילדים.
- ב. הכרה בחשיבות הנודעת לקיצור הליכים משפטיים הנוגעים לילדים, ככל הניתן. בעניין זה, המליצה הוועדה לעגן את זכותם של ילדים לקיצור הליכים משפטיים בעניינים הנוגעים להם.

3. הפסיקה המאזכרת את דו"חות הוועדה

בפסיקה המאזכרת את דו"חות הוועדה, ניתן לאתר כמה התייחסויות לשוני שבין זכויות ילדים לבין זכויות מבוגרים ולצרכים הייחודיים של ילדים. כך לדוגמה, בדברים הבאים של השופטת בן-עמי:

אך מובן הוא כי לילדים צרכים ייחודיים. ילדים, באשר הם, הינם פגיעים יותר וברשותם כלים פחות טובים להתמודדות עם העולם החיצון ... (הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה, בראשות הש' רוטלוי, דו"ח הוועדה, חלק כללי, דצמבר 2003, 168).³⁴ (ההדגשות במקור – ת' מ').

דגש מיוחד הושם בפסיקה זו על התפתחות הילד כמחייבת התייחסות שונה לילדים. ההכרה נקשרת בפסיקה זו באופן ברור לדו"חות הוועדה.

33 דו"ח כללי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 42.

34 ת"פ (מחוזי י-ם) 113/03 מדינת ישראל נ' וולך, תק-מח (3)04, 1633, פס' 10 לפסק הדין (2004). ראו גם ע"מ (מחוזי ת"א-יפו) 1152/04 פלוני נ' פלונית, תק-מח (3)04, 6315, פס' 3 לפסק דינו של השופט שילה (2004), שם, בהמשך הדברים, מביא בית המשפט את דבריה של השופטת רוטלוי מתוך דו"ח הוועדה על מנת לבאר מדוע יש לראות בילדים אוכלוסייה ייחודית בעלת מאפיינים שונים ממבוגרים.

כך, בפסיקת בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו, בערעור על החלטתו של בית הדין לביקורת משמורת שוהים שלא כחוק, בעקבות בג"ץ עמותת קו לעובד:³⁵

כפי שצויין בדו"ח רוטלוי (עמ' 103 לדו"ח), ילדים נמצאים בתהליך משמעותי ומואץ של התפתחות, שבמסגרתו עלולה פגיעה בזכות אחת או יותר מזכויותיהם, להביא לכדי פגיעה בהתפתחותם, לעיתים באופן בלתי הפיך, ולעתים באופן אשר יגרור אחריו שורה של פגיעות בזכויות נוספות.³⁶

כך, בפסיקת בית המשפט המחוזי בירושלים, במקרה שעסק באישומן של שתי מורות בגין ענישה גופנית ובהתעללות בשני ילדים מן החינוך המיוחד:

שלב הילדות מבטא שלב של גדילה מתמדת, ניסוי, למידה, שינוי וחיפיה. מדובר בתהליך דרמטי ואינטנסיבי ביותר, אשר הינו חיוני ומרכזי להתפתחות הילד ... כרי כי כל הפרעה לתהליך ההתפתחות, עיכובה או דיכוייה תהא בעלת השפעה, לעתים בלתי הפיכה על חיי הילד. (הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה, בראשות הש' רוטלוי, דו"ח הוועדה, חלק כללי, 171) ... גם זכותו של הילד להגנה נפשית עוגנה באמנה. זאת, בין השאר בסעיף 8, 19, 23, 37, לפיהם, לילד זכות להגנה מפני פגיעה בכבודו ובפרטיותו, אסורה אלימות נפשית ע"י מי מהאחרים על הילד, יש להבטיח קידומם של הילדים אשר מוגבלים בכושרם הנפשי, וכן, יש להגן מפני ענישה בלתי אנושית או משפילה.³⁷

במספר מועט של פסקי דין ניתן לאתר השפעה של הכרה זו על פסיקתם של בתי המשפט, הלכה למעשה. דוגמה בולטת לכך היא פסק דינו של השופט פוגלמן מבית המשפט למשמורת בעניין השמתה של נערה בת 17 במתקן משמורת. השופט פוגלמן, אשר הורה על ביטול צו המשמורת כלפי הנערה, ביסס את החלטתו, בין היתר, על

35 עמ"ן (מחוזי ת"א-יפו) 282/06 אג'מן נ' מדינת ישראל, תק-מח (4) 2374, פס' 13 לפסק דינו של השופט פוגלמן (2006). לדברים דומים המובאים מדו"ח הוועדה, ראו: עת"ם (מחוזי ת"א-יפו) 2702/04 בגידה נ' שר הפנים – משטרת ההגירה, תק-מח (2) 8115, פס' 5 (2005).

36 להתייחסות דומה לפגיעה בהתפתחות הילד, ראו: תמ"ש (משפחה קר) 13460/06 פלוני נ' אלמונית, תק-מש (2) 353, פס' 10 לפסק הדין (2008).

37 ת"פ 113/03, לעיל ה"ש 34, שם.

משפחה במשפט ג-ד התשס"ט-התש"ע השפעת הוועדה לבחינת עקרונות היסוד בתחום הילד והמשפט על תפישות העומק של הפסיקה הישראלית

ההכרה בחובות הייחודיות הנובעות מתהליך התפתחותם של ילדים.³⁸ בהתבסס על הכרה זו, קבע בית המשפט:

חוק הכניסה לישראל נמנע מהבחנה בין קטין לבגיר ... אולם סמכות לחוד ושיקול דעת לחוד. הפעלת שיקול הדעת של רשות מוסמכת, אשר מחליטה ליתן צו משמורת על קטין, מצריכה מסכת מורכבת של שיקולים. לשיקולים ה'רגילים' מתווסף רובד נוסף של שיקולים ... שיקול הדעת צריך ליתן ביטוי לתפיסה הנוהגת במשפט הישראלי בדבר מעמדם וזכויותיהם של ילדים בחברה, כמו גם לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד (השוו: דו"ח הוועדה לבחינת עקרונות היסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה – להלן ועדת רוטלוי).

לאור האמור לעיל, הורה בית המשפט על ביטול צו המשמורת. אולם, למרות האימוץ החשוב של רטוריקה המכירה בהתפתחותם של ילדים כמחייבת התייחסות שונה אליהם, ולמרות היכולת לאתר ניצנים ראשונים של יישום זכות זו הלכה למעשה, הרי שהעיסוק בזכות להתפתחות בפסיקה הישראלית כזכות ייחודית של ילדים נמצא עדיין בתחילת דרכו. לא ניתן לאתר עדיין פסיקה פורצת דרך של ממש בכל הנוגע להכרה בזכויות חברתיות וכלכליות של ילדים או פיתוח של משנה סדורה בדבר היקף החובות המדינתיות הנובעות מן הזכות להתפתחות. טענות בדבר הצורך בהכרה בזכות להתפתחות המעוגנות, בין היתר, בדו"חות הוועדה נטענו בכמה עתירות בשנים האחרונות, אך עד היום לא התקבלה עתירה המבוססת על זכות זו.³⁹ ההכרה ברמה הרטורית בזכות להתפתחות בפסיקה הישראלית הוגבלה עד היום כמעט אך ורק להגנה על התפתחותם הפיזית והנפשית. טרם ניתן ביטוי בפסיקה הישראלית להכרה במחויבות המדינה להבטחת התפתחות הוליסטית שלמה ורב ממדיית יותר של ילדים, לרבות התפתחותם המוסרית הרוחנית והתרבותית.

38 עמ"ן 282/06, לעיל ה"ש 35, בעמ' 15.

39 לביקורת על היעדר הפנמתה של הזכות להתפתחות במשפט הישראלי, ראו סביונה רוטלוי "אחריות המדינה בקידום זכויות ילדים" המשפט 22, 3 (2006). לטיעון מפורט בעתירה שביקשה לעגן זכותה של ילדה בדואית לחיבור לחשמל, תוך כדי דיון בזכותה להתפתחות ובהמלצות ועדת רוטלוי, ראו בג"ץ 8062/05 אל אטרש נ' שר הבריאות, תק-על (4)05 (2005). עתירה זו לא התקבלה לבסוף. לכתב העתירה למתן צו-על-תנאי והבקשה לדיון דחוף, ראו: www.acri.org.il/Story.aspx?id=1165. כן ראו טיעונים המבוססים על הזכות להתפתחות של ילדים בעתירות הבאות, שנדחו אף הן: בג"ץ 9111/03 סיוע לנשים ונערות נגד אלימות נ' שר העבודה והרווחה, תק-על (3)05 (2005). ראו גם את כתב העתירה: www.adalah.org/features/women/maaon.pdf; בג"ץ 212/08 מוקד סיוע לעובדים זרים נ' שירות בתי הסוהר, תק-על (1)08 (2008).

כאמור, היבט נוסף הנוגע לשוני שבין זכויות ילדים לזכויות מבוגרים שהודגש בדו"חות הוועדה היה הצורך להתאים דרכים למתן הזכויות לילדים. לאחר הגשת דו"חות הוועדה, ניתן לאתר בפסיקה הפונה לדו"חות אלה חיזוק ניכר של ההכרה בצורך להתאים את הדיון המשפטי לחוש הזמן השונה של ילדים. בשונה מהפסיקה שקדמה לפרסום הדו"חות, אשר עיגנה צורך זה בתוך העיקרון בדבר טובת הילד, נקשרות אמירות להכרה בזכויות הילד, וגם התאמת ההליך לילדים מוצגת כזכות של הילד.

כך, בדברים הבאים של בית המשפט לענייני משפחה:

המחקרים מלמדים ומדגישים את ההבדלים הקיימים במשמעות הזמן בין ילדים למבוגרים והשלכותיהם ... (ראה דו"ח הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישום בחקיקה הראשונה השופטת סביונה רוטלוי בעמ' 144.40 (ההדגשות במקור – ת' מ').

ואולם, בדומה לפסיקה שקדמה לדו"חות הוועדה, יישום עיקרון זה הוגבל עד כה להשלכותיו באשר לתוכן החלטות, דהיינו באשר להשפעתה של ההכרה בשוני שבתפישת הזמן של ילדים על החלטות בדבר שינוי בהסדרי משמורת או אימוץ. טרם ניתן לאתר בפסיקה הישראלית הכרה בחובתן של רשויות המדינה להביא לקיצור ההתדיינות הנוגעות לילדים בדרך שתביא לידי ביטוי הולם את ההכרה בתפישת הזמן השונה של ילדים. היבטים אחרים אשר הודגשו בדו"חות הוועדה, בדבר דרכי הענקת הזכויות לילדים ובכלל זה הצורך בפיתוח כלים להתאמת זכויות לכשרים המתפתחים של הילד, לא באו לידי ביטוי של ממש בפסיקה המאזכרת את דו"חות הוועדה.

ג. מרכזיות – הכרה בזכות הילד לגדול ולהתפתח במשמורת הוריו

היבט שני הבולט מעיון בפסיקה המתייחסת לדו"חות הוועדה נוגע לטרמינולוגיה שנוקטים בתי המשפט בהגדרת מערך היחסים שבין זכויות הורים לזכויות ילדים בכל הנוגע להכרה בזכות למשמורת.

1. הפסיקה שקדמה לדו"חות הוועדה

כאשר בוחנים את הטרמינולוגיה שנוקטת הפסיקה הישראלית, ניתן לראות שבעוד שהפסיקה שניתנה בשנות החמישים והשישים הכירה בהחלטות בודדות בלבד בזכות

40 ראו: תמ"ש 13460/06, לעיל ה"ש 36, פס' 10.2 לפסק הדין.

משפחה במשפט ג-ד התשס"ט-התש"ע השפעת הוועדה לבחינת עקרונות היסוד בתחום הילד והמשפט על תפישות העומק של הפסיקה הישראלית

למשמורת כזכות של ילדים,⁴¹ הרי שהפסיקה שניתנה בסוף שנות השמונים ובמהלך שנות התשעים, התייחסה פעמים רבות לאוטונומיה ההורית כאל עיקרון המבוסס בעיקר על זכויות הוריות. כך למשל, בפסק דינו של השופט ברק בע"א 577/83, בנושא אימוץ, קבע השופט ברק כי:

זכותו המשפטית של ההורה היא כי הוא, ולא אחר, יקיים את החובות כלפי ילדו ... זכות זו של ההורים, היא זכות קונסטיטוציונית חשובה, שכן היא מהווה ביטוי לקשר הטבעי – "קול הדם"⁴²

2. תפישות היסוד של הוועדה

אחד העקרונות שאומצו על ידי הוועדה היה ההכרה בחשיבות העמדת הילד במרכז העיסוק בעניינו.⁴³ נפקות גישה זו, המכונה בכתיבה האקדמית Child Centered Approach,⁴⁴ הינה כי יש לשנות את נקודת המבט של הדיון המשפטי מזו המעמידה את המבוגר ואת זכויותיו במקד הדיון לזו המעמידה את הילד, את זכויותיו ואת נקודת מבטו שלו במקד הדיון. חשוב להדגיש בהקשר זה כי, על פי תפישה זו, שינוי נקודת המבט אינו מביא בהכרח תמיד להעדפה של טובת הילד על פני זכויות ואינטרסים של אחרים, אלא להבהיר כי סוגיות הנוגעות לטובתם של ילדים ייבחנו תחילה.⁴⁵ ההצעה להעמיד ילדים במרכז התבססה על ההכרה בכך כי במשך תקופות היסטוריות רבות הועמדו מבוגרים במקד הדיון המשפטי. תופעה זו, שכונתה בכתיבה המשפטית Adultcentrism, הינה בעלת שני מאפיינים עיקריים: האחד, נקודת המוצא לדיון במערכת היחסים שבין ילדים הינן זכויות של מבוגרים בכלל, ושל זכויות הוריות – בפרט; השני, גם כאשר אנו מכירים בזכויותיו ובאינטרסים של הילד, נקודת המבט שלנו היא, במידה רבה, זו של מבוגרים. הדימוי של הילד, של יכולותיו ושל תחושותיו, נבנה מתוך עולם המבוגרים, לעתים תוך עיוורון לנקודת הראות השונה של ילדים.

41 ראו לדוגמה, ע"א 433/67 צבר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כב(1) 162, 166 (1968). לסקירת הפסיקה המוקדמת, ראו: מורג, לעיל ה"ש 14, בעמ' 110.

42 ע"א 577/83, לעיל ה"ש 24, בעמ' 467. פסק דין זה הוא פסק הדין הראשון אשר הכיר בזכויות הוריות כזכויות קונסטיטוציוניות.

43 דו"ח כללי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 27.

44 לעניין העמדת ילדים במרכז השיח העוסק ביחסי הורים וילדים, ראו: Barbara Bennett Woodhouse, *Hatching the Egg: a Child-Centered Perspective on Parents' Rights*, 14 CARDOZO L. REV. 1747 (1993).

45 דו"ח ועדת המשנה בנושא: הילד ומשפחתו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 29.

עמדה זו באה לידי ביטוי באופן ברור בדברים הבאים המובאים במבוא לדו"ח הוועדה:

השינוי המתבטא במעגל הראשון, ביחס לעצם ההסתכלות על הילד ועל הילדות והצבת היד במרכז החשיבה ... חשיבה זו תביא לכך שהורים יביאו בחשבון את האינטרסים של הילד, כמו גם את רצונו ותחושותיו, חשיבה זו אמורה להשפיע על קובעי מדיניות, על תכנון סביבתי ... היא אמורה להשפיע גם על תקציב המדינה.⁴⁶

אחד הביטויים המוחשיים להעמדת זכויות הילדים במוקד הדיון הינו שינוי טרמינולוגי אשר הוצע על ידי ועדת המשנה בנושא "הילד ומשפחתו". לפי שינוי זה, יש להכיר בזכותו של הילד להורים או למבוגר אחר הנושא באחריות הורית, ובכלל זה בזכות "לחיות, לגדול ולהתפתח אצל הוריו".⁴⁷ זאת, לצד הכרה ברורה בייחודיותה של מערכת היחסים בין הורים לילדים ובחשיבות התא המשפחתי. הוועדה נקטה רטוריקה ברורה ועקבית שעל פיה זכותו של הילד להורים היא זכות ייחודית של ילדים.⁴⁸ יצוין כי אין בשינוי הטרמינולוגי המעוגן בדו"חות הוועדה כדי להשפיע באופן ישיר על החלטות בתי המשפט. מטרתו להבהיר ברמה הנורמטיבית כי יש להכיר בילדים כנושאי זכויות ולהבטיח כי במהלך הדיון לא יידחקו הזכויות והאינטרסים של הילד.

3. הפסיקה שלאחר הגשת דו"חות הוועדה

החל מתחילת שנות התשעים ניתן לאתר תהליך של שינוי טרמינולוגי בפסיקה הישראלית, שנקשר הן לדו"חות הוועדה והן ישירות לאמנה, ובו הושם דגש רב יותר על ההכרה בזכות הילד להורה, לעתים – כזכות עצמאית של הילד, ולעתים כזכות השלובה בזכויות ההוריות.⁴⁹

46 דו"ח כללי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 26.

47 למודל המוצע להגדרת האחריות ההורית, ראו: דו"ח ועדת המשנה בנושא: הילד ומשפחתו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 33.

48 ראו, בין היתר, משרד המשפטים הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה: דו"ח ועדת המשנה בנושא: השמה הו"ן ביתית 91 (2003); דו"ח כללי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 26.

49 לסקירה היסטורית העוסקת בהתייחסות של הפסיקה הישראלית לזכות המשמורת, ולדיון במעבר להכרה בזכות המשמורת כזכות ילדים או כזכות שלובה, ראו: מורג, לעיל ה"ש 14, בעמ' 28.

משפחה במשפט ג-ד התשס"ט-התש"ע השפעת הוועדה לבחינת עקרונות היסוד בתחום הילד והמשפט על תפישות העומק של הפסיקה הישראלית

כך קבע שופט בית המשפט העליון, יורם דנציגר, אודות אימוץ ילדים:

זכותו של הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים מצאה ביטוייה באמנה בדבר זכויות הילד ... זכות זו, כחלק מעקרון האוטונומיה המשפחתית, הינה אחד העקרונות החשובים שהנחו את ועדת המשנה של ועדת רוטלוי בנושא השמה חוץ ביתית.⁵⁰

ההכרה בזכות המשמורת כזכות של ילדים, או כזכות שלובה של ילדים ושל מבוגרים, קדמה לדו"חות הוועדה ונראה כי הועצמה בעקבות הפנייה לדו"חות אלה. כך, לדוגמה, בדברים הבאים של בית המשפט העליון:

הוצאת ילד ממשמורת הורה והעברתו לרשות הסעד או למעון נוגעות ... לזכויות הייחודיות של ילדים מכוח היותם ילדים, ובהן הזכות לגדול בחיק משפחה ולשמור על קשר עם הוריהם (דוח הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה בראשות השופט סביונה רוטלוי – חלק כללי ...).⁵¹

וכן בפסיקה נוספת:

הוצאת ילד ממשמורת הורה והעברתו לרשות הסעד או למעון נוגעת מעצם טיבה, לסוגייה בעלת אופי חוקתי הנוגעת ... לזכויות הייחודיות של ילדים מכוח היותם ילדים, ובהן הזכות לגדול בחיק משפחה ולשמור על קשר עם הוריהם (הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה בראשות השופט סביונה רוטלוי, 2004, חלק כללי, עמ' 26).⁵²

ואולם, תהליך זה אינו תהליך אחיד. בסדרת פסקי דין שניתנו לאחר הגשת דו"חות הוועדה ושעסקו בתחום אימוץ ילדים, שב בית המשפט ונקט שפה המעמידה את ההכרה בזכויות ההוריות כנקודת מוצא לדיון.⁵³ אחד מפסקי הדין הבולטים לעניין זה הינו בע"מ 5082/05 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני,⁵⁴ אשר עסק בשאלת היקף החובה המוטלת על המדינה לאיתור אב במקרה של הסכמת האם לאימוץ. נראה כי

50 בע"מ 3329/08 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, תק-על 208 (2) 3802, פס' 7 לפסק דינו של השופט דנציגר (2008).

51 דנ"א 6041/02 פלוני נ' פלוני, פ"ד נח(6) 246, 274-275 (2004).

52 בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים, תק-על 06 (2) 1754, פס' 11 לפסק דינו של השופט גזבראן (2006).

53 ראו, לדוגמה, בע"מ 5082/05 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני, פ"ד ס(3) 201 (2005).

54 שם.

הזכויות והאינטרסים של האב ושל האם עמדו במוקד ההחלטה בדעת הרוב, הן במישור הרטורי והן במישור המהותי. נקודת המוצא לדיון והשיקול הראשון ששקל בית המשפט היו זכויות האב. כך מגדיר הנשיא ברק את סדר הדיון: "שיקול ראשון הוא זכותו של האב. האב לא ויתר על זכותו הטבעית לגדל את בנו".⁵⁵ יתרה מכך, עיקר הדיון נסב סביב ההצדקה לפגיעה בזכותו ההורית של האב. אף כי בית המשפט מאזכר את קיומה של זכות הילד לגדול אצל הוריו, זכות זו מובאת כזכות משנית בחשיבותה במסגרת הדיון אשר אין צורך בהצבת הצדקות או בעילות ברורות לשם פגיעה בה.⁵⁶

ד. נראות ואקטיביות – הכרה בזכות הילד להשתתפות

המישור השלישי שבו ניכרת השפעה מהותית של דו"חות הוועדה הוא הכרה בזכותם של ילדים להשתתפות.

1. הפסיקה שקדמה לדו"חות הוועדה

מבחינת הפסיקה, עולה כי כבר בשנות החמישים ניתנו על ידי בית המשפט העליון כמה פסקי דין בולטים אשר עסקו בשאלת משקל עמדתו של קטין בהחלטות הנוגעות למשמורתו.⁵⁷ בפסקי דין אלה ניתן לאתר מגוון דעות באשר למשקל שיש להעניק לרצון הילד.⁵⁸ ואולם, פסיקה זו התייחסה לאותם מקרים בודדים שבהם נשמע קולם של ילדים ולא ניתן לאתר בה התייחסות כלשהי לעצם הזכות להשתתפות בהליכים משפטיים.⁵⁹ החל מאמצע שנות התשעים, ועוד קודם להגשת דו"חות הוועדה, ניתן למצוא התבטאויות בפסיקה המביעות הכרה בזכות ההשתתפות של ילדים. כך, בדבריה של השופטת פרוקצ'יה: "זכות הטיעון עומדת לילד ולהורה כחלק מעיקרי צדק טבעי".⁶⁰

- 55 שם, פס' 36 לפסק דינו של הנשיא ברק.
- 56 לטיעון דומה, ראו מאמרה של רונה שוח "זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים: לקחים מפרשת 'תינוק המריבה'" משפחה במשפט א 163, 199 (2007).
- 57 ראו, למשל, ע"א 503/60 וולף נ' וולף, פ"ד טו 760, 766 (1961). לסקירת פסיקה זו, ראו: מורג, לעיל ה"ש 14. כן ראו: אבנר חי שאקי "אפיונים בדיני משמורת קטינים – תוך דגש על יישום עקרון טובת הילד" עיוני משפט י (1) 15 (1994).
- 58 ראו, למשל, את עמדת בית המשפט העליון בע"א 433/67, לעיל ה"ש 41, בעמ' 166, שעל פיה, יש לפסוק על פי רצון הילד אלא אם כן "רצונו של הילד או געגועיו נוגדים את טובתו". פסיקה מאוחרת יותר ייחסה משקל מועט הרבה יותר לעמדת הילד, ראו לדוגמה, ע"א 238/88 יחזקאלי נ' יחזקאלי, פ"ד מג(2) 467, 468-469 (1989).
- 59 ע"א 433/67, לעיל ה"ש 41, בעמ' 166.
- 60 רע"א 3009/02 פלוני נ' פלוני, פ"ד נו(4) 872, 898 (2002).

משפחה במשפט ג-ד התשס"ט-התש"ע השפעת הוועדה לבחינת עקרונות היסוד בתחום הילד והמשפט על תפישות העומק של הפסיקה הישראלית

2. תפישות היסוד של הוועדה

ההכרה בזכות להשתתפות של ילדים, הועמדה כעוגן מרכזי בהמלצות הוועדה. ההכרה בזכות זו, המעוגנת בסעיף 12 לאמנה, הוגדרה על ידי הוועדה כ"ביטוי העמוק ביותר לשינוי בתפיסת הילד ובזכויותיו על פי האמנה"⁶¹. בהתאם לדו"ח הוועדה, ההכרה בזכות להשתתפות מבטאת את המעבר המלא מראיית הילד כאובייקט לראייתו כסובייקט ומבטאת, יותר מכל עיקרון אחר, את ההכרה בילד כנושא זכויות עצמאי.⁶² כן מקדמת ההכרה בזכות זו גישה המעמידה את הילד במוקד קבלת החלטות ומהווה כלי עיקרי להגנה על ילדים מפני פגיעה וניצול.⁶³ בדומה להצעת החוק הנוגעת לעיגון זכות ההשתתפות, גיבשה הוועדה, בדו"ח הכללי, מודל חקיקה מפורט לעניין עיגון זכות ההשתתפות במשפט הישראלי.⁶⁴ בהתאם למודל זה, יש לזכות ההשתתפות מספר מרכיבים מהותיים:

- (א) הזכות להישמע – סעיף 1(א) להצעה קובע: "זכותו של כל ילד להביע רגשותיו, דעותיו ועמדותיו ולהישמע בחופשיות בכל החלטה או פעולה בעניינו".
- (ב) הזכות להשפיע – סעיף 3 להצעה קובע: "זכותו של כל ילד כי לרצונו לתחושותיו לדעותיו ולעמדה שגיבש בעניין הנדון יינתן משקל ראוי בהתאם לגילו ולכשריו המתפתחים".
- (ג) הזכות למידע – סעיף 4(א) להצעה קובע: "זכותו של כל ילד לקבל את המידע בנוגע לו או להליך בעניינו באופן המותאם לגילו ולכשריו המתפתחים לרצונותיו ולצרכיו".

זכות ההשתתפות הוחלה בהתאם לדו"ח הוועדה הן על החלטות הנוגעות לילדים כיחידים והן על החלטות הנוגעות לקבוצות של ילדים או לכלל הילדים.

3. הפסיקה שלאחר הגשת דו"חות הוועדה

לאחר הגשת דו"חות הוועדה ניתן לאתר הכרה הולכת וגוברת בזכות הילדים להשתתפות, כשזו נקשרת בחלק ניכר מהפסיקה באופן משולב באמנה לזכויות הילד ובדו"חות הוועדה.

61 דו"ח כללי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 207.

62 שם, בעמ' 208.

63 לרציונלים של הזכות להשתתפות, ראו שם, בעמ' 208-210.

64 שם, בעמ' 218.

כך בדבריה של השופטת ארבבל :

שמיעת רצונו של הקטין, שעגונו לה מצוי גם בסעיף 12 לאמנת האו"ם בדבר זכויות הילד, מבטאת את ראייתו כאדם אוטונומי, כמושא עצמאי לזכויות... (הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה, דו"ח ועדת רוטלוי בנושא הילד ומשפחתו...). ועדת רוטלוי המליצה על הגשמת זכותם של ילדים להשתתף בהליכים משפטיים בעניינם על דרך של שמיעה מותאמת ככל האפשר לצרכיו ולרצונותיו האישיים של הקטין....⁶⁵

נראה כי בתחום זה השינוי אינו מוגבל לשינוי ברטוריקה של בתי המשפט וניתן להצביע על עלייה ניכרת במספר המקרים שבהם נשמעים ילדים בהליכי משמורת, הלכה למעשה. ראשית, במהלך השנתיים האחרונות הופעל בבתי המשפט בירושלים ובחיפה פרויקט ניסויי לשיתוף ילדים בבית המשפט לענייני משפחה שמטרתו להביא ליישום המלצותיה של ועדת המשנה בנושא "הילד ומשפחתו" של ועדת רוטלוי. הפעלת הפרויקט הביאה לעלייה ניכרת במספר המקרים שבהם מומשה זכות ההשתתפות בבתי משפט אלה.⁶⁶ שנית, הסתמנה עלייה ניכרת במספר המקרים שבהם שותפו ילדים גם בבתי משפט אשר אינם נוטלים חלק בפרויקט הניסויי, כאשר זו נקשרת בפסיקה הן לאמנה והן לדו"חות הוועדה.⁶⁷ עם זאת, השינוי בתחום זה הינו חלקי בלבד. הקושי הראשון העולה בכל הנוגע ליישום זכות ההשתתפות הינו היעדר שוויון במימוש זכות זו. הפרויקט הניסויי ליישום המלצותיה של ועדת המשנה בנושא "הילד ומשפחתו" פעל עד כה בשני בתי משפט לענייני משפחה בלבד, עובדה היוצרת – מעצם טבעה – חוסר שוויון בהזדמנות הניתנת לילדים להשמיע את עמדותיהם. נוסף לכך, בבתי המשפט שבהם לא הופעל הפרויקט עד היום, ניתן להצביע על הבדלים מהותיים בגישתם של שופטים שונים למימוש זכות ההשתתפות ומתן ההזדמנות לקטין להביע את עמדתו, התלויה, במידה רבה, בעמדתו של השופט הדין בתיק.⁶⁸ הקושי השני שעליו ניתן לעמוד נוגע לעובדה כי על אף השינוי הניכר שחל ברטוריקה ובפרקטיקה של בתי המשפט באשר למימוש זכות ההשתתפות, הוגבל שינוי זה עד כה בעיקר לעצם ההכרה

65 בע"מ 27/06 פלוני נ' פלונית, תק-על 2006(2) 1055, פס' 18 לפסק דינה של השופטת ארבבל (2006).

66 לסקירת הפרויקט, ומחקר ההערכה לפרויקט זה, ראו: סורק וריבקין, לעיל ה"ש 2.

67 כך ממחקר שערכה רונה שוח, אשר עסק בבחינת מספר המקרים שבהם נשמעו ילדים בבתי משפט לענייני משפחה שאינם נוטלים חלק בפרויקט, עלה כי בתיקי משמורת ואמנת האג, אשר נדונו בבתי המשפט לענייני משפחה בין השנים 2005-2007 ושפורסמו במאגרי המידע המשפטיים השונים, נשמעו כמחצית מהילדים שמלאו להם 12 בתיקי משמורת וכ-75% מהילדים שמלאו להם 9 בתיקי אמנת האג (ראו שוח – זכות הילד להשתתפות, לעיל ה"ש 11, בעמ' 265).

68 לדיון הבדלים בין עמדותיהם של שופטים שונים לעניין מימוש זכות ההשתתפות, ראו מורג, לעיל ה"ש 14, בעמ' 120-123. כן ראו שוח – זכות הילד להשתתפות, לעיל ה"ש 11, בעמ' 229-235.

משפחה במשפט ג-ד התשס"ט-התש"ע השפעת הוועדה לבחינת עקרונות היסוד בתחום הילד והמשפט על תפישות העומק של הפסיקה הישראלית

בזכותם של ילדים להישמע. לא ניתן לאתר בפסיקה הישראלית יישום של המלצות הוועדה בכל הנוגע למתן משקל ראוי לעמדת הילד.⁶⁹

ד. הוליסטיות ומבניות – הדיון בעיקרון בדבר טובת הילד

המישור הרביעי שבו ניכרת השפעה בולטת של דו"חות הוועדה הוא המשגה חדשה של העיקרון בדבר טובת הילד.

1. הפסיקה שקדמה לדו"חות הוועדה

עקרון טובת הילד הוכר בפסיקה הישראלית כעיקרון המנחה בקבלת החלטות בעניינם של ילדים החל משנותיה הראשונות של המדינה. עם זאת, זכה הדיון המשפטי בעיקרון זה לביקורת רבה בכתיבה האקדמית.⁷⁰ נטען כי יישום העיקרון בפסיקה התאפיין בעמימות רבה, בסובייקטיביות ובפטרנליסטיות.⁷¹ הכתיבה האקדמית התייחסה בעיקרה לעיקרון "זכויות הילד" כאל עיקרון העומד במתח מובנה עם עקרון "טובת הילד".⁷²

עוד קודם להגשת דו"חות הוועדה ניתן בפסיקה הישראלית ביטוי לצורך בחשיבה הוליסטית בדבר היחס בין טובת הילד לבין זכויותיו. הפסיקה שקדמה לוועדה התלבטה בשאלה מהו היחס בין עקרון "טובת הילד" ובין עקרון "זכויות הילד". פסק הדין

69 ראו מורג, לעיל ה"ש 14, בעמ' 123; וכן שוז – זכות הילד להשתתפות, לעיל ה"ש 11, בעמ' 266.
70 לביקורת על יישום עקרון טובת הילד בפסיקה, ראו פנחס שיפמן דיני המשפחה בישראל כרך ב 232 (התשמ"ט); רוברט ליכט-פטרן "קבלת החלטה בענייניה של ילדה – לקראת השלמה בין טובת הילדה לזכויות הילדה" המשפט 22, 76 (2006); שאקי, לעיל ה"ש 57, שם.
71 לדיון ביישום העיקרון בדבר טובת הילד בפסיקה הישראלית, ראו: דו"ח כללי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 127.
72 לכתיבה אקדמית המציבה את זכויות הילד ואת טובת הילד כעקרונות מובחנים, ולעיתים מתנגשים, ראו, בין היתר, יחיאל קפלן "מטובת הילד לזכויות הילד – ייצוג עצמאי של קטינים" משפטים לא(3) 623 (2001). ראו גם: שולמית אלמוג ואריאל בנדור "טובת הילדים, זכויות האדם" ספר יצחק זמיר: על משפט, ממשל וחברה 93 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005). ביקורת זו בדבר מאפייניו הסובייקטיביים של עקרון טובת הילד הועלתה גם בכתיבה האקדמית המתמייחת למשפט האנגלי ולמשפט האמריקני וראו: GERALDINE VAN BEUREN, THE INTERNATIONAL LAW ON THE RIGHTS OF THE CHILD 6, 45 (1998). לביקורת בדבר הצבת עקרונות טובת הילד וזכויות הילד כעקרונות מתנגשים, ראו: Robert Mnookin, *Children's Rights: Beyond Kiddie Libbers and Child Savers*, 7(3) J. CLINICAL CHILD PSYCHOLOGY 163 (1978).

העיקרי שניתן בעניין זה הינו פסק הדין בפרשת "עדי יהווה" הנזכרת לעיל,⁷³ שבה הוצבו שתי תפישות עיקריות בדבר היחס שבין טובת הילד לבין זכויותיו. האחת, הוצגה על ידי הנשיא שמגר שסבר כי העיקרון בדבר "זכויות הילד" הוא העיקרון המכריע במשפט הישראלי. גישה שונה הציגה השופטת שטרסברג-כהן ועל פיה העיקרון בדבר "טובת הילד" הוא העיקרון המנחה במשפט הישראלי.

2. תפישות היסוד של הוועדה

ועדת רוטלוי ביקשה לפתח מודל תיאורטי ויישומי לקבלת החלטות בנוגע לילדים. זאת – בדרך של הצבת מודל המבטא גישה הוליסטית המבקשת להציב את עקרון "טובת הילד" ועקרון "זכויות הילד" כעקרונות משלימים ובדרך של הבניית שיקול הדעת השיפוטי.

המושג "טובת הילד" הוגדר, לפיכך, על ידי הוועדה, כ"מכלול הזכויות, הצרכים והאינטרסים של הילד".⁷⁴ על פי מודל זה, יש לשקול בכל מקרה מה הם הזכויות, הצרכים והאינטרסים הרלוונטיים לדיון במקרה הנדון, ולאזן ביניהם. הגדרה זו ביטאה את התפישה שעל פיה העיקרון המנחה בפסיקה הישראלית הינו עקרון "טובת הילד", ובחינת "זכויות הילד" מהווה חלק אינטגרלי מטובתו. בעת שקלול הזכויות, הצרכים והאינטרסים של הילד, והאזון ביניהם, ייבחנו זכויות הגנתיות – כגון הזכות להגנה ולהתפתחות – לצדן של חירויות וזכויות אדם, כגון הזכות להשתתפות ולפרטיות. איזון מכלול הזכויות יהא הבסיס להחלטה על פי עקרון טובת הילד.

על מנת להביא ליתר אחידות ושקיפות בתהליכי קבלת החלטות בעניינם של ילדים, גיבשה הוועדה מודל מפורט לקבלת החלטות בדבר טובת הילד. על פי מודל זה, הדיון בטובת הילד ייערך בשני שלבים: בשלב הראשון תיבחן השאלה מהם מכלול הזכויות, הצרכים והאינטרסים של הילד הרלוונטיים לדיון במקרה הקונקרטי. מטרתו של שלב זה היא לחייב דיון הממוקד בזכויות הילד ולהגדיר מה הם הזכויות, הצרכים והאינטרסים הרלוונטיים לדיון בכל מקרה ומקרה. בשלב השני, יש לבחון את הזכויות, הצרכים והאינטרסים הרלוונטיים לאור רשימת פרמטרים שקבעה הוועדה, ולאזן ביניהם.⁷⁵

73 ע"א 2266/93, לעיל ה"ש 21.

74 דו"ח כללי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 127-167. לתיאור הבסיס התיאורטי העומד בבסיס מודל טובת הילד ראו מאמרו של ליכט-פטרן, לעיל ה"ש 70, בעמ' 73.

75 המשקל שנקבע במרבית המקרים על ידי הוועדה הוא כי טובת הילד הינו שיקול ראשון במעלה. נפקות הדבר היא כי יש לשקול את טובתו של הילד ראשונה, ולהעניק לה משקל עורף. אולם, אין זה הגורם המכריע; ייתכנו מצבים שבהם יועדף עיקרון אחר. ראו דיון מפורט במודל זה בדו"ח הכללי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 141.

משפחה במשפט ג-ד התשס"ט-התש"ע השפעת הוועדה לבחינת עקרונות היסוד בתחום הילד והמשפט על תפישות העומק של הפסיקה הישראלית

3. הפסיקה שלאחר הגשת דו"חות הוועדה

כאשר בוחנים את הפסיקה הישראלית המתייחסת לדו"חות הוועדה, נראה כי ניתן לאתר בפסיקה שינוי ברור הנכרך בדו"חות הוועדה. ההמשגה החדשה של טובת הילד כ"מכלול הזכויות, הצרכים והאינטרסים של הילד", שגובשה על ידי הוועדה, נקלטה היטב בפסיקה. בעשרות פסקי דין נמצאה התייחסות להמשגה החדשה של עקרון טובת הילד. בחלק ניכר מפסקי דין אלה מובא אף נוסח הסעיף המלא המופיע בדו"ח הוועדה כלשונו ומצוטטים גם הפרמטרים המיוחדים שהומלצו על ידי הוועדה.

כך, בבית המשפט לענייני משפחה בתל-אביב-יפו, נקבע:

במסגרת ועדת רוטלוי נערך נסיון להגדרת עקרון טובת הילד (במסגרת הצעת חוק השמה חוץ ביתית של ילדים, התשס"ג-2003). העיקרון הוגדר באמצעות רשימה בלתי סגורה של זכויות צרכים ואינטרסים של הילד אותם ראוי לשקול עת מיושם עקרון "טובת הילד" ... בדברי ההסבר להצעת החוק מצוין, בין היתר, כי כיום יש לייחס משמעות חדשה למושג "טובת הילד" ולעבור מנקודת המבט הפטרנליסטית שעמדה ביסוד המושג לנקודת מבט הרואה בילד אדם שלם ועצמאי אוטונומי ובעל זכויות.⁷⁶

לעניין מעמדו של מודל טובת הילד שגיבשה הוועדה קבע בית המשפט המחוזי בירושלים:

אומנם, הצעה זו טרם הבשילה, אפילו לכדי הצעת חוק ממשלתית, אך יש לה מעמד ומשקל בזכות הגורמים המקצועיים שהיו חברי הוועדה ... לפיכך, מן הראוי לראות בהצעה זו, לפחות, מעין "קווים מנחים", אשר יסייעו לערכאות השיפוטיות....⁷⁷

ואולם, למרות החשיבות הרבה הנודעת לאימוץ ההמשגה החדשה של העיקרון בדבר טובת הילד בפסיקה, ניתן להצביע על פער עמוק בין אימוץ המלצות ועדת רוטלוי

76 תמ"ש (משפחה ת"א-יפו) 54297/02 פלוני נ' אלמונית, תק-מ-07 (3) 3, פס' 17 לפסק דינו של השופט גייפמן (2007). להתייחסות הפסיקה להמשגה החדשה של עקרון טובת הילד, ראו, בין היתר, את פסקי הדין הבאים: בע"מ (מחוזי ת"א-יפו) 1086/05 פלוני נ' פלונית, פס' 17 לפסק דינה של השופטת שפירא (לא פורסם, 29.9.2005), שם נקבע כי "אין עוד חולק כי עקרון טובת הילד במובנו הרחב, הכולל את זכויותיו ואת מכלול הצרכים והאינטרסים שלו הינו עיקרון על ראשון במעלה"; וכן: תמ"ש 13460/06, לעיל ה"ש 36, פס' 9 לפסק הדין.

77 בש"א (מחוזי י-ם) 654/01 פלוני נ' אלמונית, תק-מח (4) 04, 5295, פס' 81 לפסק דינו של השופט דרורי (2004).

במישור הרטורי לבין יישומן הלכה למעשה. על אף הפנייה החוזרת בפסיקה למודל זה, הסתפקו בתי המשפט, ברוב המקרים, בהצגת ההמשגה החדשה או בהבאת המודל כלשונו ללא יישומו למעשה. הדיון בעקרון טובת הילד נעשה בדרך הדומה מאוד לדיון בעיקרון זה בפסיקה שקדמה לדו"ח הוועדה ועסק בעיקרו בשאלות הנוגעות להגנה על הילד. מבדיקת 25 פסקי דין שבהם אוזכר הביטוי "מכלול הזכויות, הצרכים והאינטרסים של הילד", נמצא כי בחמישה מהם הובאה ההמשגה החדשה בלבד, ללא הפניה לרשימת הקריטריונים; ב-14 פסקי דין הובאה ההמשגה החדשה וכן הובאה רשימת הקריטריונים המלאה, אך לא נערך דיון מובנה על פי רשימת הקריטריונים; בשלושה פסקי דין הובאה רשימת הקריטריונים ונערך דיון מובנה בשיקולי טובת הילד על פי רשימה זו, אולם לא נערך כל דיון בשאלת הזכויות הרלוונטיות למקרה זה; בשלושה פסקי דין נמצא דיון מלא במודל, שבו נבחנו כל זכויות הילד ולאחר מכן נערך דיון בפרמטרים השונים.⁷⁸

הנפקות האופרטיבית של היעדר יישום מלא של מודל טובת הילד הינה רחבה ביותר. נראה כי ההכרה בצורך לבחון מה הן הזכויות הרלוונטיות לדיון בכל מקרה ומקרה, כנקודת מוצא להכרעה בטובת הילד, טרם נקלטה בפסיקה. לפיכך, על אף ההתייחסויות החוזרות בפסיקה לדוקטרינת זכויות הילד כאל דוקטרינה מנחה,⁷⁹ אין קיימת כמעט התייחסות קונקרטית לזכויות הרלוונטיות בעת ניתוח המקרים העומדים לפני בית המשפט. זאת, הן בפסיקה הפונה אל דו"חות הוועדה והן בפסיקה שאינה פונה אל דו"חות אלה. על היעדר ההתייחסות הקונקרטית לזכויות הרלוונטיות עומדת גם רות זפרן שבחנה את יישום העיקרון בדבר זכויות הילד בפסיקה העוסקת בתחום

78 ליישום מקיף של חלקו השני של המודל ראו בש"א 654/01, שם, פס' 82-91 לפסק דינו של השופט דרורי. אולם, גם בפסק דין מקיף זה, לא נערך דיון מקיף בשלב הראשון ולא הוגדרו הזכויות הרלוונטיות לדיון במקרה זה. לדוגמה נוספת של יישום מפורט של רשימת הפרמטרים, ראו: תמ"ש (מחוזי ת"א-יפו) 7761/01 ד.ס. נ' א.ח., תק-מח (1)05 (1656) (2005). לדיון מלא במכלול מרכיבי מודל טובת הילד ראו פסקי דינים של השופט אילן שילה והשופטת סביונה רוטלוי בע"מ 1152/04, לעיל ה"ש 34.

79 לסקירת התייחסותה של הפסיקה הישראלית לדוקטרינת זכויות הילד כדוקטרינה מנחה, ראו מורג, לעיל ה"ש 14, בעמ' 106-108. להתייחסות לעקרון זכויות הילד כדוקטרינה מנחה בפסיקת בית המשפט לענייני משפחה, ראו, בין היתר, תמ"ש (משפחה י-ם) 24281/99 פלוני נ' אלמונית, תק-מש (3)00 (271) (2000); המ' (משפחה ת"א) 54649/97 י.א. נ' א.א. – קטיין, תק-מש (3)97 (161) (1997); תמ"ש (משפחה ת"א) 23860/96 פלוני נ' אלמונית, תק-מש (2)97 (19) (1997); תמ"ש (משפחה ת"א) 4570/98 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, תק-מש (1)98 (27) (1998); תמ"ש (משפחה י-ם) 2030/97 פלונית נ' אלמוני, תק-מש (2)98 (81) (1998); תמ"ש (משפחה י-ם) 19120/97 פלונית נ' אלמוני, תק-מש (2)98 (53) (1998).

משפחה במשפט ג-ד התשס"ט-התש"ע השפעת הוועדה לבחינת עקרונות היסוד בתחום הילד והמשפט על תפישות העומק של הפסיקה הישראלית

המשפחה.⁸⁰ זפרן טוענת כי "רוב פסקי הדין בוחרים לא להתמודד עם הסוגיה באופן חזיתי, ומתעלמים מזכויות הילד או עושים בהן שימוש דל, אנקדוטלי, כמרכיב מסייע בהכרעתם, המושתתת בעיקרה על מרכיבים אחרים".⁸¹

דוגמה מעניינת במיוחד לאימוץ החלקי של ההכרה בזכויות קונקרטיות במשפט הישראלי עולה מהשוואת פסק דינה של השופטת רוטלוי, בדעת מיעוט בפרשה שזכתה לכינוי "תינוק המריבה" ושעסקה בשאלת החזרת ילד לידי הוריו הביולוגים ופסקי הדין של השופטים בערעור בבית המשפט העליון בפרשה זו.⁸² בית המשפט המחוזי⁸³ החליט, בדעת רוב, להחזיר את הילד להוריו הביולוגיים, בעוד שעמדתה של השופטת רוטלוי בדעת מיעוט הייתה כי יש להשאירו בידי ההורים המיועדים לאמצו. בית המשפט העליון אימץ את דעת המיעוט של השופטת רוטלוי. אולם, מבחינה השוואתית, מפסקי הדין של השופטת רוטלוי ושל שופטי הרוב בבית המשפט העליון עולים הבדלים ניכרים בהנמקה. השופטת רוטלוי מבססת את פסק דינה על מודל טובת הילד שעוגן על ידי הוועדה ומעמידה בלב הדיון שלוש זכויות קונקרטיות: הזכות להתפתחות, הזכות לזהות והזכות לגדול בחיק משפחה. הנשיא ברק בערעור מתייחס בפסק דינו במפורש להמשגה החדשה של עקרון טובת הילד המובא בדו"ח הוועדה וקובע כך:

העיקרון של "טובת המאומץ" – או אינטרס המאומץ ... הוא "עיקרון מורכב בעל היבטים שונים" ... הוא מבטא את מכלול האינטרסים, הזכויות והצרכים של הקטין (ראו דו"ח הוועדה לבחינת עקרונות-יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה (תשס"ד-2005)).⁸⁴

80 רות זפרן "זכויות הילד במשפחה כזכויות יחס" זכויות הילד והמשפט הישראלי 129 (תמר מורג עורכת, 2010).

81 זפרן, שם, בעמ' 137; ראו ע"א 2266/93, לעיל ה"ש 21; ע"מ 1152/04, לעיל ה"ש 34; ע"מ (מחוזי ת"א-יפו) 97/90 מורן נ' פלדמן מורן, תק-מח 34571 (3) 1998; ע"מ (מחוזי ת"א-יפו) 4/04 פלונית ופלוני, ההורים המיועדים לאמץ הקטין נ' פלוני ופלונית, ההורים הביולוגיים, תק-מח 6517 (4) 2004 (להלן: פרשת תינוק המריבה (מחוזי)).

82 שם. לדיון בבית המשפט העליון, ראו: בע"מ 377/05 פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגיים, פ"ד ס' 124 (1) 2005 (להלן: פרשת תינוק המריבה (עליון)). פרשה זו עסקה באפשרות להחזרתו של תינוק להוריו הביולוגיים לאור בקשת האב לבטל צו בר אימוץ שניתן בלי שהאב היה מודע ללידת ילדו ולקיום ההליך. כן הוגשה בפרשה זו בקשה מטעם האם לחזור בה מהסכמתה לאימוץ. בית המשפט העליון דחה את בקשת האב והחליט על השארתו של הילד בידי ההורים המיועדים לאמצו. בקשת האם לחזרה מהסכמה לא הוכרעה בבית המשפט העליון והדיון בה הוחזר לבית המשפט לענייני משפחה.

83 פרשת תינוק המריבה (מחוזי), לעיל ה"ש 81.

84 פרשת תינוק המריבה (עליון), לעיל ה"ש 82, פס' 45 לפסק דינו של הנשיא ברק.

הנשיא ברק אף מוסיף ומדגיש לעניין זה:

אכן, הקטין אינו אובייקט השייך להוריו. הוא בן אנוש בעל זכויות וצרכים משלו.⁸⁵

ואולם, למרות רטוריקה זו, המאמצת לכאורה את מודל טובת הילד ואת ההכרה בזכויות הילד כאדנים מרכזיים להחלטת בית המשפט, הרי שבפסק דינו של הנשיא ברק ובפסקי הדין של שופטי הרוב האחרים, הדיון בעיקרון של טובת הילד נעשה באופן דומה מאוד לדיון שנערך בפסיקה שקדמה לאמנה, ואין בו כמעט כל התייחסות לזכויות קונקרטיים של ילדים. העניין היחיד כמעט, שבו ניתן למצוא התייחסויות קונקרטיים לזכויות של ילדים בפסקי הדין של שופטי הרוב, הוא ההכרה בזכות הילד להורים או למשפחה. כאמור, בדו"חות הוועדה ניתן דגש על העמדת זכות הילד להורה ולמשפחה במקדמו. הדיון בעקרון האוטונומיה ההורית. חלק ניכר מהשופטים מכיר בפסק דין זה גם בזכות הילד לכך שיהיה לו הורה.⁸⁶ בולטת במיוחד לעניין זה פסיקתו של המשנה לנשיא, השופט מישאל חשין, אשר לא זו בלבד שהוא מכיר בזכות ההורה ובזכות הילד לזכויות שלובות, אלא שהוא מכיר גם באפשרות כי זכויות אלה תעלינה בקנה אחד. לעניין זה קובע הוא כך:

הכל מסכימים – כתחנת מוצא למסע הבירור והתהייה – שאינטרס נעלה של ילד הוא כי ימצא בהחזקת אביו ואימו. אינטרס ההורים להחזיק בילדם ואינטרס הילד כי יהיה בהחזקת הוריו, שני אינטרסים אלה עולים בקנה אחד, מתיישבים הם זה-עם-זה, לא עוד אלא שמשלימים הם זה-את-זה.⁸⁷

85 ש.ם.

86 ש.ם, פס' 24 לפסק דינו של הנשיא ברק. יוצא דופן לעניין זה הוא הנשיא ברק, החוזר על עמדה שהביע לראשונה בע"א 577/83, לעיל ה"ש 24, בעמ' 467, על פיה יש להכיר בזכויות הוריות בזכויות חוקתיות. אל מול זכויות ההורים עומד עקרון טובת הילד. פסק דינו אינו עוסק בזכות הילד להורה. להכרה בזכויות הורים וילדים כזכויות שלובות ראו גם דבריה של השופטת פרוקצ'יה, דעת מיעוט בפרשת תינוק המריבה (עליון), לעיל ה"ש 82, פס' 6 לפסק דינה: "אלה מושכלות היסוד: הזכות להורות וזכותו של ילד לגדול בחיק הוריו הטבעיים הן זכויות שלובות זו בזו, היוצרות יחדיו את הזכות לאוטונומיה של המשפחה. זכויות אלה הן מיסודות הקיום האנושי, וקשה לתאר זכויות אנוש שתשוויה להן בחשיבותן ובעוצמתן"; וכן את דבריה של השופטת ביניש בפרשה זו הקובעים כי "ההסדר החברתי המעוגן במוסד האימוץ אינו מתעלם מהערך היסודי של הקשר בין ילד לבין הוריו הביולוגיים, בין זכותם וחובתם של ההורים לגדל את ילדיהם לבין זכותו של הילד לגדול במשפחתו ובבית הוריו-מולידיו" (ש.ם, בעמ' 233 לפסק הדין).

87 פרשת תינוק המריבה (עליון), לעיל ה"ש 82, פס' 10 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין.

משפחה במשפט ג-ד התשס"ט-התש"ע השפעת הוועדה לבחינת עקרונות היסוד בתחום הילד והמשפט על תפישות העומק של הפסיקה הישראלית

יש לציין עם זאת, כי הכרה זו בזכות הילד להורה אינה נקשרת בפסק הדין באמנה או בדרו"חות הוועדה.

התייחסות בודדת לזכות קונקרטי של ילדים מצויה בפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה הדנה בזכותו של הילד לזהות ולהשתייכות כאחד האלמנטים שבית המשפט שוקל לשם טובת הילד.⁸⁸ כבסיס לזכות זה מפנה השופטת, בין היתר, לדרו"חות הוועדה:

יש לתת משקל לחשיבות ההשתייכות הטבעית כיסוד בתודעת הזהות העצמית של האדם ... סעיפים 7, 8 ו-9 לאמנה בדבר זכויות הילד ... וכן הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה, דרו"ח ועדת המשנה בנושא השמה חוץ-ביתית (עמ' 61, 96, 99, 103, 106, 218).⁸⁹

זכות הילד להתפתחות, לזהות וזכותו לגדול במסגרת משפחתית, אשר הועמדו בבסיס פסק דינה של השופטת רוטלוי בבית המשפט המחוזי, לא זו בלבד שלא הועמדו במוקד פסק דינו של בית המשפט העליון, אלא שלמעשה כמעט שלא זכו להתייחסות כלשהי בפסק הדין.

היעדר אימוץ ההכרה בשיח זכויות, כחלק מן הדיון בעיקרון של טובת הילד בולט עוד יותר בפסק הדין הנזכר לעניין חובת המדינה לאתר אב ביולוגי במקרה של הסכמה לאימוץ.⁹⁰ בפסק דין זה, אשר ניתן לאחר הגשת דרו"חות הוועדה, לא פנה בית המשפט אל דרו"חות הוועדה ולא עשה שימוש בהמשגה החדשה של עקרון טובת הילד. יתרה מזו, לא נעשה בפסק הדין ניסיון לאתר את הזכויות הרלוונטיות לדיון במקרה זה. רות זפרן ונעם פלג עומדים על כך במאמרם.⁹¹ הכותבים מונים שלוש זכויות עיקריות שהיה מקום לדון בהן בפסק הדין: זכותו של הילד לטיפול הורי-משפחי נאות; זכותו לזהות וזכותו להתפתחות. זכויות כאמור לא נדונו ולא נבחנו בפסק הדין.

88 שם, פס' 18 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

89 שם.

90 בע"מ 5082/05, לעיל ה"ש 53.

91 רות זפרן ונעם פלג "שם האב: בעקבות בע"מ 5082/05 היועץ המשפטי לממשלה נגד פלוני" הארת דין ג 196 (2006).

ו. סיכום

לסיכום, ראינו כי לדו"חות הוועדה, אף שעיקרם טרם עוגן בחקיקה, הייתה נוכחות והשפעה של ממש על הפסיקה העוסקת בתחום דיני הורים וילדים. ארבעה רעיונות עיקריים, המהווים חלק חשוב מתפישת זכויות הילד, כפי שגובשה על ידי הוועדה, אומצו לפחות ברמה הרטורית על ידי בתי המשפט. בחלק מהעניינים ניתן להצביע על כך כי נוסף לשינוי הרטורי, תרמו המלצות הוועדה באופן ניכר גם לשינוי בהחלטות שהתקבלו על ידי בתי המשפט ולדרכי פעולתם. חדירה זו של מרכיבים עקרוניים בשינוי הרעיוני שאותו ביקשה הוועדה להטמיע מצביעה על השפעה ניכרת של הוועדה על המשפט אף עוד קודם לאימוץ המלצותיה בחקיקה.

ואולם, קליטתן של תפישות היסוד של הוועדה ואימוצן – הם חלקיים במידה רבה. בחלק מהעניינים אנו מוצאים כי השינוי הרטורי לא הביא עד היום לשינוי של ממש בהחלטות המתקבלות בבתי המשפט. בעניינים אחרים, אנו מוצאים היעדר אחידות בגישתם של בתי משפט שונים.

נראה כי הקושי הגדול ביותר שעליו עמדנו הינו הקליטה החלקית בלבד של מודל טובת הילד אשר גובש על ידי הוועדה. היעדר הטמעה מלאה מחזק באופן ממשי את הפער שבין אימוץ רטוריקה המכירה בזכויות ילדים כדוקטרינה מנחה בפסיקה לבין יישום זכויות קונקרטיים של ילדים בכל מקרה ומקרה. שיח זכויות הילד, כשיח מרכזי, המעמיד את הזכויות הקונקרטיים של ילדים בלב השיח המשפטי, טרם אומץ עד היום כנקודת מוצא לדיון, אף לא בפסקי הדין שמאזכרים את הוועדה והמתייחסים אליה.

השפעתם של דו"חות הוועדה על הפסיקה הישראלית בלטה מאוד בשנים הראשונות שלאחר הגשתם. התרשמות כללית זהירה היא כי התייחסות רבה יותר לדו"חות הוועדה הייתה בשנים הראשונות שלאחר הגשת הדו"חות. לאחר מכן, אולי כפי שניתן לצפות, פחתה ההתייחסות הישירה לדו"חות הוועדה, אם כי קיימת התייחסות אל פסקי הדין של בית המשפט העליון שאזכרו דו"חות אלה. נראה כי קידום השפעתן של תפישות היסוד של הוועדה על הפסיקה יוכל להיעשות בעיקר באמצעות כתיבה אקדמית העוסקת באמנה, בדו"חות הוועדה ובשאלות הנוגעות לתפישה של זכויות הילד.

ואולם, על אף החשיבות הרבה הנודעת להשפעתה של עבודת הוועדה בערוצים שונים ובכלל זה השפעתה על הפסיקה, אין ספק כי לא ניתן יהיה להביא לאימוץ מלא של המלצות הוועדה ושל תפישות היסוד שביקשה לקדם ללא עיגון המלצות אלה בחקיקה. עיגון המלצות הוועדה בחקיקה יקדם לא רק יישום מלא ומדויק יותר של המלצות, אלא גם יבטיח כי מימוש זכויות הילד ייעשה באופן שוויוני הרבה יותר, באופן שאינו תלוי בגישותיהם של שופטים שונים.