

זכויות הילד במשפחה כזכויות יחס

רות זפרן*

א. מבוא. ב. זכויות הילד – תמונת מצב: 1. כללי; 2. האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות הילד; 3. זכויות הילד בישראל. ג. זכויות הילד במשפחה: 1. השפעת קליטתו של מודל זכויות הילד במשפחה – כללי; 2. ביקורת שיח הזכויות בהקשר המשפחתי; 3. ביקורת מודל הזכויות בהקשרם של יחסי הורה-ילד. ד. הצעה לפתרון – מודל היחסים: 1. מאפיינים כלליים של מודל היחסים; 2. ההצדקות לקליטתו של מודל זכויות הילד במשפחה כזכויות יחס; 3. היבטים יישומיים של מודל היחסים. ה. האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות הילד – פרשנות אפשרית ברוח מודל היחסים. ו. הערה לסיכום.

א. מבוא

בעשורים האחרונים, ובפרט מאז התקבלה האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות הילד¹ בשנת 1989, אחיזתן של זכויות הילד בעולם המשפט הולכת וגוברת. הרעיון שלילד קט יש זכויות וכי הוא זכאי לממשן אף על ידי נקיטת הליכים משפטיים אינו נשמע זר עוד, בוודאי לאוזניו של משפטן, גם אם טרם הוטמע בעולם המציאות באופן מלא.

פיתוח זכויות הילד הנו נדבך בהתפתחות המשפטית והחברתית של מעמד הילד, והוא נבט על רקע עידן שהכיר וקידם את עקרון טובת הילד. על אף המתח הקיים בין עקרון טובת הילד לבין התפיסה המקדמת את זכויותיו העצמאיות של הילד, אלה האחרונות לא יכלו להתגבש אלא לאחר שהוטמעה העמדה שלפיה הילד אינו נתון בשליטתם המוחלטת של הוריו, וטובתו העצמאית ראויה להגנה. דומה כי המאה העשרים ואחת עדה לתהליך משפטי שבמסגרתו זכויות הילד תובעות הכרה ומעמד עצמאי. מקומן (ואף מובנן) של זכויות אלה אינו ברור באופן מלא, ושאלת היחס בינן לבין עקרון טובת הילד, השומר במידה רבה על דומינגטיות, אינה פתורה.

* מרצה, בית ספר רדוינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. תודה לחברי הסמינר המחלקתי במרכז הבינתחומי הרצליה, ותודה לאיילת בלכר-פריגת, לדפנה הקר, לאלון הראל, למילי מאסס, לאמנון רייכמן וליופי תירוש, על שניאותו לקרוא טיוטה מוקדמת של מאמר זה, להעיר עליה ולסייע בחידוד מגוון סוגיות. תודה לתמר פישר, לחנית לוגסי ולליאת בבלוקי-פילרסדורף על העזרה במחקר ובעריכה. תודה למרכז מינרבה לזכויות אדם, באוניברסיטה העברית בירושלים, על העזרה במימון המחקר. כמו כן תודה לחברי מערכת כתב העת המשפט על הערותיהם המועילות ועל הסיוע בעריכה.

1 אמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 31, 221 (נפתחה לחתימה ב-1989) (אושרה ונכנסה לתוקף ב-1991) (להלן: האמנה בדבר זכויות הילד או האמנה).

מטרתה של רשימה זו היא לבחון ולהציג את ההיבטים הרעיוניים והמעשיים המלווים את פיתוחן של זכויות הילד בזירה המשפחתית: לבחון את ההשלכות האפשריות של הפעלת זכויות הילד בה, לעמוד על הקשיים הכרוכים בהתאמת הקונספט של זכויות הילד אליה, ולהציע דרכים חלופיות להגשמתן בזירה זו.

כפי שאטען ברשימה, קיים קושי רעיוני בהפעלת שיח זכויות משפטי בעל אוריינטציה ליברלית – אשר רואה את הפרט הניצב במרכזו כגורם בדיד ונבדל, ומשקיף על יחסיו עם האחר כסוג של מאבק – על זירה קרובה ואינטימית כזירה המשפחתית. שיח זכויות ליברלי לא רק שאינו אופטימלי ככלי לניטוח הזירה המשפחתית, להבנתה וליצירת פתרונות למחלוקות שנפלו ביחס אליה, הפעלתו במסגרת זירה זו עלולה אף להוביל לפגיעה במרקם היחסים העדין האופייני לה.

הפתרון שיוצג ברשימה לקשיים אלה אינו מבקש להחזיר את הגלגל לאחור ולוותר על זכויות הילד. בהמשך להצעה שהתחלתי לגבש במקום אחר², פתרון אפשרי הוא זה אשר מבטיח – לצד קידום זכויותיהם של בני המשפחה, ובפרט של הילדים – הפעלת קני מידה שיש בהם כדי לשמר את קשרי המשפחה ולהבטיח דאגה, טיפוח ואחריות הדדית בין חבריה. פתרון זה, המושתת על מודל שכיניתי "שיח היחסים", פועל את פעולתו על ידי קליטת מרכיבים השאובים ממודלים קישוריים המושתתים על אתיקה של דאגה לזולת (ethics of care). מודל זה מוביל, בין היתר, ליציקת פרשנות שונה לזכויות ולעיצובן באופן שונה מזה המוכר לנו משיח הזכויות הליברלי, ואולי אף ליצירתן של זכויות חדשות – זכויות שאכנה "זכויות יחס".

בשלב הראשון אתאר בקצרה את מגמת ההכרה בזכויות הילד, את השינויים המשפטיים שהובילה מגמה זו בשנים האחרונות בישראל, ואת השינויים שהיא עשויה להוביל אליהם בעתיד. בשלב השני תוצג ההשפעה האפשרית של הכללת המשפחה במסגרת המגמה האמורה, תיבחן מידת ההתאמה של קני המידה הגלומים במודל הזכויות הליברלי בכלל – וככל שהוא נוגע בזכויות הילד בפרט – לזירה האמורה, וייחשפו אי-התאמות מסוימות בין שיח הזכויות לבין מציאות חייהם של ילדים ואף הפגיעות העלולות להיגרם למשפחה וליחסי הורים-ילדים כתוצאה מהפעלת השיח ומהגשמתן של זכויות הילד במשפחה במתכונת הליברלית. אף שחששות אלה טרם התממשו במישור המעשה, אציע בשלב הבא של הדיון חלופה להפעלת זכויות הילד במשפחה, וזאת כאמצעי מנע. אפשר שבתו המשפט, אשר ערים לקשיים האמורים, בוחרים בדרכים שונות למיתון קליטתן של זכויות הילד במשפחה כבר כעת. במובן זה יהיה בחלופה שתשורטט כדי להוות תשתית תאורטית קוהרנטית למהלך זה. ברות מודלים קישוריים שפותחו בהשראת האתיקה של הדאגה לזולת, ומתוך מחויבות מתמשכת לרווחת הילד ולזכויותיו, אציע מודל שראוי להפעילו, לעניות דעתי, ביחס להקשר המשפחתי – מודל היחסים, שבמסגרתו זכויות הילד מוגשמות כזכויות יחס. מודל זה, כפי שאבקש להראות, עולה בקנה אחד עם הוראות האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות הילד, ובכל מקרה אינו זר לרוחן.

2 רות זפרן "שיח היחסים כתשתית להכרעה בסוגיות מתחום המשפחה: מספר הערות על אהבה וצדק" משפטים על אהבה 605 (ארנה בן-נפתלי וחנה גוה עורכות, 2005).

ב. זכויות הילד – תמונת מצב

1. כללי

מעמדו של הילד בחברה ובמשפט ויחסיו עם הוריו, כמו גם עם מבוגרים אחרים, עברו במהלך השנים תמורות משמעותיות.³ אף שהמחקר ההיסטורי אינו מציג עמדה אחידה ומוסכמת בעניין זה,⁴ ניתן להכליל ולומר כי בעבר הרחוק נתפסו הילדים כאמצעי אשר ניתן וראוי לנצלו. מכיוון שהם נתפסו כרכוש האב, שימשו הילדים כוח עבודה במשק הבית או הועברו מיד ליד לצרכים כלכליים – ממשפחה שסבלה מעודף פיות להאכיל למשפחה שנוקקה לכוח עבודה זול.⁵ אף שבמאה השמונה-עשרה ניתן עדיין להצביע על ביטויים ליחס קשה ופוגעני כלפי ילדים, באופן כללי ניכר, החל במאה השש-עשרה, שיפור הדרגתי במעמדם של הילדים, אשר נהפכו לישות הנתפסת כראויה להגנה. לקראת סוף המאה התשע-עשרה התגבש עקרון "טובת הילד",⁶ ואז גם החלו סוגיות משפטיות הנוגעות בילדים ללבוש פנים אנושיים ולהיבנות – לפחות ברמה ההצהרתית – סביב טובתם של הילדים או סביב מה שנתפס כטובתם. בשלב זה הוכרו הילדים כמושא להגנת המשפט, אך לא כפרטים שווי מעמד ושווי זכויות. ההתמקדות בילד הובילה לשינויים בתוכנם של הסדרים חוקיים ולגיבושם של מוסדות רווחה שתפקידם לספק הגנה לילד ולתת מענה מקצועי לו ולמשפחתו. אף שמרכיב השליטה והבעלות בילד לא נעלם לחלוטין, התאפיין עידן זה במעבר מן התפיסה שראתה בילד קניין של הוריו לתפיסה שראתה בו מרכיב חלש במערכת המשפחתית והחברתית וביקשה להעניק לו הגנה בעשורים האחרונים אנהנו עדים לשינוי נוסף שהתרחש במעמדם של הילדים: הכרה בזכויות

PHILIPPE ARIES, CENTURIES OF CHILDHOOD: A SOCIAL HISTORY OF FAMILY LIFE (Robert Baldick trans., 1962); JANE FORTIN, CHILDREN'S RIGHTS AND THE DEVELOPING LAW (1998); JEFFREY BLUSTEIN, PARENTS AND CHILDREN: THE ETHICS OF THE FAMILY 17-98 (1982); MARY-ANN MASON, FROM FATHER'S PROPERTY TO CHILDREN RIGHTS: THE HISTORY OF CHILD CUSTODY IN THE UNITED STATES (1994); Lucy S. McGough & Lawrence M. Shindell, *Coming of Age: The Best Interest of the Child Standard in Parent-Third Party Custody Disputes*, 27 EMORY L.J. 209, 209-212 (1978); Jill Handley Andersen, *The Functioning Father: A Unified Approach to Paternity Determinations*, 30 J. FAM. L. 847, 850-852 (1991); John Eekelaar, *Families and Children: From Welfarism to Rights*, in INDIVIDUAL RIGHTS AND THE LAW IN BRITAIN 301 (Christopher McCrudden & Gerald Chambers eds., 1994); MARTIN GUGGENHEIM, WHAT'S WRONG WITH CHILDREN'S RIGHTS 1-16 (2005)

4 שולמית שחר ילדות בימי הביניים 13-20 (1990).

5 גם על בסיס מחקרה האמור של שחר, המציג את מצבם של הילדים בימי הביניים באופן חיובי יותר מן המקובל בקרב החוקרים של אותה תקופה, ניתן להצביע על תופעות קשות אלה. ראו שם, בפרט בעמ' 195-214.

6 על עקרון טובת הילד, תוכנו ומעמדו בשיטה הישראלית ראו יחיאל ש' קפלן "מטובת הילד לזכויות הילד – ייצוג עצמאי של קטינים" משפטים לא 623, 634-626 (2001).

האדם שלהם והדגשת מימושן. חולשתה של הדוקטרינה בדבר עקרון טובת הילד⁷, היותה חשופה למניפולציות, לניצול לרעה ולהטיה ערכית על פי השקפתו של הגורם המכריע, ובעיקר העובדה שהיא אינה משרתת נאמנה את צורכי הילד, מפלה אותו ופוגעת בזכויותיו כגורם עצמאי ושווה ערך⁸, הובילו להתעצמות העמדה הקוראת להכרה בזכויותיו, לפחות במדינות מערב אירופה וישראל⁹.

2. האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות הילד

האמנה בדבר זכויות הילד, שזכתה בהכרה בין-לאומית גורפת והובילה לשינויים בשיטות המשפט של חלק מן המדינות שאשררו אותה, הנה נקודת ציון חשובה בתהליך ההכרה בזכויות הילד. האמנה, אשר נערכה בשנת 1989 ואושררה בישראל בשנת 1991, מובילה מהלך שעיקרו הכרה בילד כאדם הנושא זכויות וחירויות, כגורם עצמאי שיש חובה להאזין לו. מחויבות לאמנה מכתיבה את הגברת עצמתן של הזכויות הנתונות לילד, בצד דאגה לשלומן ולהגנתן, באופן הרואה (לפחות לפי אחת הגישות) בהבטחת זכויותיו חלק מטובתו¹⁰. על פי האמנה, הילד זכאי

- 7 על אודות הביקורת שנמתחה על דוקטרינת טובת הילד ממגוון היבטים ראו פנחס שיפמן דיני המשפחה בישראל כרך ב 226-227, 230, 241-253 (1989) (להלן: שיפמן דיני המשפחה בישראל); פנחס שיפמן "התחמקות משיפוט למען טובת הילד" הפרקליט לח 567, 570 (1989) (להלן: שיפמן "התחמקות משיפוט למען טובת הילד"); יוסף בן-אור "על משמעות המושג 'טובת הילד'" הפרקליט כט 608 (1973-1975); מילי מאסס "טובת הילד - על הבחירה הערכית ותפקיד המומחים" חברה ורווחה טו 415 (1995); Arlene Skolnick, *Solomon's Children: The New Biologism, Psychological Parenthood, Attachment Theory, and the Best Interests Standard*, in ALL OUR FAMILIES — NEW POLICIES FOR A NEW CENTURY 236, 243 (Mary-Ann Mason, Arlene Skolnick & Stephen D. Sugarman eds., 1998); Jehnna I. Hanan, *The Best Interest of the Child: Eliminating Discrimination in the Screening of Adoptive Parents*, 27 GOLDEN GATE U. L. REV. 167 (1997); Janet L. Dolgin, *Suffer the Children: Nostalgia, Contradiction and the New Reproductive Technologies*, 28 ARIZ. ST. L.J. 473 (1996).
- 8 הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה בראשות השופטת סביונה רוטלוי דוח הוועדה - חלק כללי 135-136 (2003) (להלן: דו"ח הוועדה - חלק כללי); קפלן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 634.
- 9 ארצות הברית, עד כמה שניתן להכליל את המצב המאפיין אותה, מסתייגת עדיין ממודל זכויות הילד. אף שזכויות הילד זכו בהכרה בפסיקתו של בית המשפט העליון האמריקאי, במידה רבה נשמרת בה עדיין העמדה המקדשת את האוטונומיה של היחידה המשפחתית ואת עדיפותם של ההורים בזירה זו. יש לציין עוד כי ארצות הברית נותרה יחידה כמעט בסירובה לאשרר את האמנה בדבר זכויות הילד. למצב בארצות הברית ראו: Lainie Rutkow & Joshua T. Lozman, *Suffer the Children?: A Call for United States Ratification of the United Nations Convention on the Rights of the Child*, 19 HARV. HUM. RTS. J. 161 (2006).
- 10 דו"ח הוועדה - חלק כללי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 135-136.

למגוון של זכויות – חלקן זכויות הנתונות לכל אדם (ביניהן כאלה הנדרשות לעבור התאמה שתאפשר לו ליהנות מהן באופן המתאים לצרכיו המשתנים על פי מידת התפתחותו), וחלקן זכויות אשר ייחודיות לו כילד, ביניהן הזכות להתפתחות¹¹.

מחויבות לאמנה ולרעיון זכויות הילד המגולם בה משמעה שינוי עמוק בהסתכלות ובהכרעה ביחס לכל עניין הנוגע בילד. כל זירה שהילד מעורב בה וכל סיטואציה המחייבת התערבות משפטית הנוגעת בילד – בין שמדובר בעיצוב הסדר חוקי ובין שמדובר בהכרעה בסכסוך משפטי קונקרטי – מחייבות, על פי האמנה, לבחון את הזירה ואת הסיטואציה על בסיס צרכיו של הילד ותוך התחשבות באינטרסים שלו. אולם להבדיל מן התפיסה שדרשה לשקול את טובתו כשיקול מרכזי ואפשרה למבוגר האחראי או למדינה שנכנסה בנעליו להכריע מהי טובתו על פי צרכיו המשוועים ולקדם את רווחתו תוך הפעלת קני מידה פטרנליסטיים, מחויבות לזכויותיו מכתובה פעולה בהתאם לזכויות המשפטיות המוקנות לו (אם כי לא בלי התאמה לגילו ולהתפתחותו), ובמקרים הרלבנטיים אף על ידי שמיעתו של הילד לצורך בירור רצונו או לפחות לצורך בירור מלא יותר של טובתו¹².

לצד זכויות קונקרטיות המעוגנות באמנה (שלגביהן המדינות שהן צד לאמנה מחויבות לנקוט את כל הצעדים הנדרשים למימושו)¹³ – ביניהן הזכות לזהות¹⁴, לקשר עם ההורים¹⁵, לחופש ביטוי¹⁶, לחופש דת¹⁷, לחופש התאגדות¹⁸, לפרטיות¹⁹, לכבוד²⁰ ועוד – המדינות מחויבות לארבעה עקרונות מנחים (כך על פי הפרשנות המקובלת של האמנה): עקרון השוויון; עקרון טובת הילד; עקרון החיים, ההישרדות וההתפתחות; ועקרון ההשתתפות של ילדים בהחלטות הנוגעות בחייהם. עקרונות אלה מעצבים את פרשנותה של כל אחת מהוראותיה של האמנה ואת רוחה בכלל²¹.

11 ס' 6(2) לאמנה בדבר זכויות הילד, לעיל ה"ש 1; דו"ח הוועדה – חלק כללי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 26.

12 לקריאה לשמוע את הילד ייתכנו שתי הצדקות מרכזיות. האחת, הממוקדת בטובתו, תטען כי שמיעת הילד מבטיחה את קידום טובתו. היא מבטיחה כי הרשות הרלבנטית תתודע אל הילד, אל צרכיו ואל מאפייניו הייחודיים, ובכך תקדם הבטחת מענה אופטימלי המתאים לו. האחרת, הממוקדת בזכויותיו, תטען כי הילד, כחלק מן האוטונומיה שלו, זכאי להישמע, להשתתף בהחלטות הנוגעות בו ולהיות מיוצג, על מנת שיוכל לוודא כי זכויותיו מוגשמות על פי מאווייו ולאורם.

13 ס' 4 לאמנה בדבר זכויות הילד, לעיל ה"ש 1.

14 ס' 7-8 לאמנה, שם.

15 ס' 7-9 לאמנה, שם.

16 ס' 13, 17 לאמנה, שם.

17 ס' 14 לאמנה, שם.

18 ס' 15 לאמנה, שם.

19 ס' 16 לאמנה, שם.

20 שם.

21 דו"ח הוועדה – חלק כללי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 41; Winston Anthony Hall, *The United*

נוסף על איסור ההפליה, העומד כשהוא לעצמו, עקרון השוויון חולש גם על כלל הוראות האמנה, בהכתיבו כי כל זכות המנויה באמנה וכל הוראה מהוראותיה יוחלו באופן שוויוני על כלל הילדים, ללא הפליה משום סוג שהוא וללא קשר לגזע, צבע, מין, שפה, דת, השקפה פוליטית, מוצא לאומי, אתני או חברתי, רכוש, נכות, לידה או מעמד אחר (של הילד או של האפוטרופוס שלו).²²

עקרון טובת הילד ממשיך להוות עיקרון מנחה בפעולתם של ההורים ביחס לילדם,²³ בפעולתם של מבוגרים המשמשים אחראים על הילד בהקשרים קונקרטיים, וכן בפעולתה של הרשות, על זרועותיה ושלוחותיה השונות, ככל שהיא נוגעת בהסדרת חייהם של הילדים.²⁴ בהמשך למגמה שהייתה קיימת עובר לקבלת האמנה, נקבע עקרון טובת הילד כשיקול ראשון במעלה בפעולות הנוגעות בילדים, ותחולתו נרחבת. אולם תוכנו שונה מזה שהיה לו בעבר,²⁵ ותחת הסתכלות פטרנליסטית, או לכל הפחות נוסף עליה, הוא מתמלא בזכויות הילד כפי שעוגנו באמנה וברצונותיו האישיים של הילד, שאותם הוא יכול עקרונית לבטא בעצמו או באמצעות אחר.²⁶

עקרון החיים, ההישרדות וההתפתחות מטיל את החובה להגן על הילד – על חייו, גופו ונפשו.²⁷ נוסף על ההגנה על החיים, המוכרת כזכות יסוד מוחלטת ביחס לכל אדם, רכיב ההתפתחות, אשר ייחודי לילד, מגביר את חובת המדינה (ובמידה מסוימת גם את חובותיהם

Nations Convention on the Rights of the Child: The United Kingdom's Efforts to Comply, 37 U. WEST. L.A. REV. 106, 107 (2004); Barbara A. Atwood, *Hearing Children's Voices: The Child's Voice in Custody Litigation: An Empirical Survey and Suggestions for Reform*, 45 ARIZ. L. REV. 629, 650 (2003); Maria Sophia Aguirre & Ann Wolfram, *United Nations Policy and the Family: Redefining the Ties that Bind – A Study of History, Forces and Trends*, 16 BYU J. PUB. L. 113, 174 (2002).

22 ראו המבוא וס' 1–2 לאמנה בדבר זכויות הילד, לעיל ה"ש 1. כן ראו דו"ח הוועדה – חלק כללי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 105.

23 ס' 18(1) סיפא לאמנה בדבר זכויות הילד, לעיל ה"ש 1.

24 ס' 3(1) לאמנה, שם.

25 על עקרון טובת הילד באמנה בדבר זכויות הילד ראו דו"ח הוועדה – חלק כללי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 127–132; Hall, לעיל ה"ש 21, בעמ' 106, 107, 121; Philip Lynch, *Keeping Them Home: The Best Interests of Indigenous Children and Communities in Canada and Australia*, 23 SYDNEY L. REV. 501, 507 (2001); Devanshi P. Patel, *Should Teenagers Get Lo-Jacked Against Their Will?: An Argument for the Ratification of the United Nations Convention on the Rights of the Child*, 47 How. L.J. 429, 466, 468 (2004).

26 לעניין ייצוג הילד ראו דו"ח הוועדה – חלק כללי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 81–83.

27 ס' 6 לאמנה בדבר זכויות הילד, לעיל ה"ש 1.

של המבוגרים האחראים לטיפול בילד) לספק לו אמצעי קיום פיזיים²⁸, רוחניים ואחרים²⁹ שיבטיחו את רווחתו ואת התפתחותו למבוגר עצמאי הממצה את הפוטנציאל הגלום בו. חובות אלה חורגות מן המינימום, ומטילות על הרשויות הרלבנטיות חובת הגשמה מרבית בהתאם למשאביהן הכלכליים³⁰.

העיקרון הרביעי, עקרון ההשתתפות, מטיל חובה לשמוע את הילד ולהתחשב בדעתו ביחס להחלטות הנוגעות בחייו³¹. העיקרון קובע כי אם הילד כשיר לחוות דעה, יש להבטיח את זכותו להביע את דעתו בחופשיות בכל עניין הנוגע בו, ולתת משקל ראוי לדעותיו בהתאם לגילו ולמידת בגרותו. מן העיקרון נובע כי לילד יש זכות להישמע בכל הליך שיפוטי או מנהלי הנוגע בו במישרין או בעקיפין, זכות להגיש תלונה או תביעה, וכן יכולת להשפיע על ההחלטות המתקבלות בעניינו.

עיקרון זה מגלם, להבנתי, את אחד השינויים המרכזיים שהאמנה מציעה, ומהווה פלטפורמה למימוש רחב יותר של זכויות הילד ולהעמקת המחויבות לרווחתו. הזכות ליטול חלק בהחלטות הנוגעות בו והחובה להתחשב ברצונו ביחס להיבטים שונים של חייו הנן חלק בלתי נפרד מהבטחת זכויותיו. ספק אם ניתן לדבר ברצינות על זכויות באופן כללי מבלי שקיימת זכות לדרוש את מימושו לפני הגורם האחראי או לתבוע אותן ממי ששלל אותן. ספק אם זכויות ניתנות להגשמה של ממש מבלי שהאחראי להבטחתן יכול לדעת אם הפרט מבקש אותן לעצמו ובאיזה אופן³². נוסף על כך נדמה כי הגשמת רווחתו של הילד מקודמת על ידי שמיעתו. שמיעת הילד אין משמעה בהכרח מתן זכות טיעון וייצוג על ידי באי כוח בכל עניין משפטי הנוגע בו.

28 לרבות טיפול רפואי והבטחת אינטרסים בריאותיים שיגבירו את סיכוייו לשרוד. בהקשר זה ראו ס' 24 לאמנה בדבר זכויות הילד, לעיל ה"ש 1, המדגיש את זכותו של הילד לרמת הבריאות הגבוהה ביותר הניתנת להשגה, וכן את ס' 19, 23, 32-34 ו-37-38 לאמנה, שם.

29 דו"ח הוועדה - חלק כללי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 169. להוראות שונות המענגות היבטים כאלה או אחרים של הזכות להישרדות ולהתפתחות רוחנית, נפשית ורגשית, ראו, למשל, ס' 8, 16 ו-28-29 לאמנה בדבר זכויות הילד, לעיל ה"ש 1.

30 ראו בהקשר זה את הצעת החוק שגובשה בדו"ח הוועדה - חלק כללי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 183-206.

31 ס' 12 לאמנה בדבר זכויות הילד, לעיל ה"ש 1. לעניין זה ראו עוד בדו"ח הוועדה - חלק כללי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 207-229.

32 על פי מודלים מסוימים (ובפרט על פי מודל הזכויות כביטוי לאינטרסים), אין הכרח שהגשמת הזכות תגלם את רצונו של בעליה. כך, למשל, בנסיבות מיוחדות (לדוגמה, כאשר מדובר באדם חסר הכרה) ניתן לטעון בשם זכות מבלי שתתאפשר שמיעת בעליה. עמדה זו אינה עולה בהכרח בקנה אחד עם מודל הרואה בזכויות ביטוי לאוטונומיה. על פי המודל האחרון, ילדים הנם בעלי אוטונומיה (עד כמה שגילים ורמת התפתחותם מאפשרים זאת), ויש לאפשר את הפעלת זכויותיהם תוך הגשמתה של האוטונומיה, קרי, על ידי שמיעת עמדתם. ילדים שגילים או רמת התפתחותם אינם מאפשרים זאת יוכלו ליהנות מהגנת זכויותיהם אף מבלי להישמע במישרין. אולם גם אז אפשר שיהיה צורך להבטיח את ייצוגם בנפרד מהוריהם, מקום שמתעורר חשש לניגוד עניינים ביניהם, וזאת על מנת להבטיח שזכויותיהם יישמעו.

השמיעה יכולה להתממש בצורות שונות, ובלבד שיהיה בה כדי להבטיח כי מאפייניו, רצונו (לרבות זה המשתמע) וצרכיו יובאו לפני הגורם המכריע. הדברים נכונים ביחס לכל הגורמים הרלבנטיים שהילד מתנהל מולם, לרבות הרשות השופטת.³³

עקרון הכשרים המתפתחים אינו נמנה אמנם עם ארבעת עקרונות האמנה, אך מקובל לראותו כמשקף תפיסת יסוד ביישומה.³⁴ עקרון הכשרים המתפתחים נובע מההכרה בשוני בין ילדים ובפער בקצב התפתחותם. העיקרון נועד לאפשר התאמה בין הזכות המוענקת לבין יכולותיו ומידת התפתחותו של הילד. הקונספט של כשרים מתפתחים מוזכר באופן נקודתי בסעיף 5 לאמנה, המטיל על ההורים חובה לספק הכוונה והדרכה לילד בהתאם לכישוריו המתפתחים, וכן בסעיף 12, אשר דן בזכותו של הילד להשתתף בהחלטות הנוגעות בחייו ומציין כי מידת ההשתתפות ואופן ההשתתפות תלויים בגילו ובמידת בגרותו של הילד. נוסף על כך מקובל לראות את העיקרון כעיקרון מנחה בעת קבלת ההחלטה אם וכיצד להגשים את הזכויות בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה.

3. זכויות הילד בישראל

ציון דרך מרכזי בתהליך קליטתה של האמנה בישראל היה כינוסה של הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה, ופרסום הדו"חות מטעמה בשנת 2004. הוועדה הוקמה ביזמה משותפת של משרד המשפטים והמועצה לשלום הילד, ובראשה עמדה השופטת סביונה רוטלוי, שופטת בית המשפט המחוזי בתל אביב. תמר מורג, משפטנית ופעילה מובילה בתחום זכויות הילד, שימשה סגנית יושבת ראש הוועדה. הוועדה הוקמה כחלק ממחויבותה של ישראל לפי האמנה, ומתוך מטרה לבחון את החקיקה בישראל ולהמליץ על שינויים ברוח האמנה באופן שיגביר את יישומה בישראל. רשימה ארוכה של אנשי מקצוע, חוקרים ומומחים היו מעורבים בעבודת הוועדה, ומספר רב של ארגונים ופרטים, לרבות ילדים, זכו להישמע לפנייה במגוון עניינים.

אולם על אף המחויבות לזכויות הילד העולה מעצם כינוסה של הוועדה ומתוכן הדו"חות שפרסמה³⁵, ואף שפרסום הדו"חות משפיע על השיח הנורמטיבי – בעצם הגברת המודעות לזכויות הילד – וכן על הפסיקה והדיון האקדמי בנושא, למעשה טרם הושלם בישראל המהלך המכיר בזכויות הילד כזכויות בעלות תוקף משפטי מחייב. נוסף על היעדר עיגון חוקתי פורמלי של זכויות הילד וחירויותיו, המערך החקיקתי הכולל, ואפשר שאף המחויבות הרעיונית של

33 ס' 12(2) לאמנה בדבר זכויות הילד, לעיל ה"ש 1. על ההוראה וחשיבותה ראו בהרחבה קפלן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 656.

34 דו"ח הוועדה – חלק כללי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 255.

35 הוועדה מינתה שש ועדות משנה שהתמחו בהיבטים הבאים: הקטין בהליך הפלילי; חינוך; הילד ומשפחתו; רצף ההגנה; השמה חוץ-ביתית; וייצוג נפרד לילדים בהליכים אזרחיים. למעט הוועדה שעסקה ברצף ההגנה, פרסמה כל אחת מיתר ועדות המשנה דו"ח מסכם מטעמה, וזאת נוסף על הדו"ח הכללי שפורסם. התייחסות לדו"ח ועדת המשנה בנושא הילד ומשפחתו תובא להלן בטקסט הסמוך לה"ש 114.

הרשויות השונות, רחוקים מלהבטיח את הגשמתן על פי המתחייב באמנה. אפשר לצפות כי בדומה למהלך שהתרחש ביחס לעיגון זכויות הפרט, חלק ממשא ההכרה בזכויות הילד יינשא על כתפיהם של בתי המשפט, וההכרה בזכויות אלה תתגבש בסופו של דבר על ידי הפסיקה – לאו דווקא זו של בית המשפט העליון, אלא של המערך השיפוטי כולו, על ערכאותיו השונות.

הציפייה שבית המשפט יפתח ויגשים את המחויבות לזכויות הילד אינה מסתמכת אך ורק על מאפייניה של ישראל כמדינה דמוקרטית, על חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו או על מעמדן של הזכויות כחלק ממשפט הטבע. באשרור האמנה אין אמנם כדי להפכה לחוק פנימי³⁶, ועד שזו לא תעוגן בחקיקה לא יהיה אפשר לאכוף את קיום הוראותיה באופן ישיר, אולם ככל אמנה שאושרה בישראל, אף האמנה בדבר זכויות הילד מחייבת את בתי המשפט בפרשנות שהם מציגים לחקיקה ובפיקוח שהם מטילים על הרשויות³⁷.

אלא שנכון להיום זכויות הילד אינן זוכות במעמד איתן בפסיקה. סקירת הפסיקה הרלבנטית בתחום סכסוכי המשפחה מלמדת על דו־ערכיות בעמדתם של בתי המשפט³⁸. רוב פסקי הדין בוחרים לא להתמודד עם הסוגיה באופן חזיתי, ומתעלמים מזכויות הילד או עושים בהן שימוש דל, אנקדוטלי, כמרכיב מסייע בלבד בהכרעתם, המושתתת בעיקרה על מרכיבים אחרים. היתר בוחרים באחת משתי גישות מנוגדות: האחת, הבעת חשש מפורש מפני שימוש במודל הזכויות במשפחה³⁹; והאחרת, דיון ממשי במודל זכויות הילד וביסוס ההכרעה לאורו⁴⁰. קשה להעריך מה עומד מאחורי עמדתם החששנית של בתי המשפט כלפי זכויות הילד.

36 יפה זילברשץ "קליטת המשפט הבינלאומי למשפט הישראלי – הדין המצוי, הרצוי" משפטים כד 317 (1994).

37 על מעמדה של האמנה כמקור השראה פרשני ראו קפלן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 629–630 וההפניות שם.

38 לצורך מחקר זה נסקרו מאגרי המידע הממוחשבים פדאור, תקדין ונבו, ונבחנו פסקי דין מן השנים 1996–2006 של שלוש ערכאות – בית המשפט לענייני משפחה, בית המשפט המחוזי ובית המשפט העליון – אשר נוגעים בענייני משפחה ומתייחסים להיבטים שונים של זכויות הילד. לממצאים דומים בעבר ראו קפלן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 646. לממצאים מהעת האחרונה ראו את מחקרה המקיף של תמר מורג "האומנם עידן חדש? פסיקת בתי המשפט בישראל והאמנה בדבר זכויות הילד", המתפרסם בספר זה, אשר בוחן את מקומן של זכויות הילד, הן במובן הרטורי והן במובן המהותי, מראשית המדינה ועד היום.

39 ראו, למשל, את עמדתו של השופט מרכוס בתמ"ש (י"ם) 2470/05 ש. נ' אלמוני, תק"מ 2006 (4) 175 (2006), ובתמ"ש (י"ם) 17810/02 י.נ. נ' י.ש (לא פורסם, 6.3.2003), ואולי אף יותר מכך את עמדתו של השופט זמיר בעניין נחמני, שסבור כי עצם הפנייה למשפט בענייני משפחה מסוימים אינה ראויה – דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד (4) 661, 773 (1996) (להלן: עניין נחמני).

40 השוו ע"א 2266/93 פלוני, קטין נ' פלוני, פ"ד מט (1) 221 (1995); ע"מ (ת"א) 1152/04 פלוני נ' פלונית, תק"מ 2004 (3) 6315 (2004); ע"מ (ת"א) 97/90 מורן נ' פלמן-מורן, תק"מ 398 (3) 34571 (1998); ע"מ (תל-אביב-יפו) 4/04 פלונית ופלוני נ' פלוני ופלונית, תק"מ 2004 (4) 6517 (2004).

על אף אופיים השמרני של בתי המשפט, כמוסד המטמיע שינויים באופן הדרגתי ובתהליך אבולוציוני אטי, הוביל בית המשפט בישראל בשנים האחרונות שינויים מרחיקי לכת, לפחות בכל הנוגע לענייני זוגיות ומשפחה⁴¹. בניגוד לאלה, הטמעת זכויות הילד נעשית במשורה, ופסיקת בית המשפט מתאפיינת בזהירות. אפשר שהקשיים שיתוארו בחלק הבא, אשר עשויים להתלוות להחלתן של זכויות הילד בהקשרם של סכסוכים משפחתיים, הם שגורמים להירתעותם של בתי המשפט מהחלתן הרחבה בפועל.

ג. זכויות הילד במשפחה

1. השפעת קליטתו של מודל זכויות הילד במשפחה – כללי

אחת הזירות שבהן השפעת קליטתן של זכויות הילד אמורה לבלוט היא הזירה המשפחתית. המשפחה, בהיותה בית גידולו ועוגן קיומו של הילד, מהווה מטבע הדברים מקום שבו מתרחשות בפועל חלק ניכר מן האינטראקציות אשר ביחס אליהן עשויות הזכויות לבקש להשפיע את השפעתן. מרבית התנהלותה של המשפחה מתרחשת בשעת שגרה, שאז התערבות המשפט נדירה יחסית על פי הגישה המקובלת. המשפחה מתנהלת על פי רצון חבריה (או חלק מהם) מבלי שהחברה שולחת את זרועותיה ומתערבת בה באמצעות המשפט או באמצעים אחרים⁴². המשפט ניצב נכון להתערב בעת משבר או כאשר מתחדד הסיכון ביחס לבני המשפחה החלשים. על פי העמדה המקובלת, התערבות כזו תתרחש עם יצירת סיכון משמעותי לילד או עם יצירת נסיבות המעוררות חשש משמעותי לסיכון כזה. המשפט עשוי להתערב אף לבקשת מי מבני המשפחה המבקש את סיועו של המשפט לצורך טיפול במשבר שאירע ביחידה המשפחתית או ביחס לפירוקה.

הגברת המחויבות לזכויות הילד עשויה לשנות את דפוסי ההתערבות המשפטית במשפחה ואת תכניה. ראשית, עם התגבשותן של זכויות הילד מתרבות בהכרח העילות להתערבות משפטית. בשיטה אשר מכירה בזכויות הילד ומתייחסת אליהן ברצינות, הילד יכול ואף מצופה להבטיח את הגשמתן, בעצמו או באמצעות אחר, על ידי נקיטת הליכים משפטיים, אם במסגרת

41 ראו, למשל, את מארג דיני הזוגיות האזרחיים שטווה בית המשפט בפרשות הבאות: רע"א 8256/99 פלונית נ' פלוני, פ"ד נח(2) 213 (2003); בג"ץ 2232/03 פלונית נ' בית הדין האזורי ת"א-יפו, תק"ע על 2006(4) 1748 (2006); בג"ץ 3045/05 בן ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים, תק"ע על 2006(4) 1725, 1726 (2006); בע"מ 9607/03 פלוני נ' פלונית, תק"ע על 2006(4) 2765 (2006).

42 על הגישה המסורתית ומבקרית ראו איילת בלכר-פריגת "על זכויות, גבולות ומשפחה" עיוני משפט כ(2) 539, 547-562 (2003); ליאור ברשק ודנה פוג'ן "בין פרטי לציבורי: המשפט הפילי והמשפחה בעקבות ע"פ 4596/98 פלונית נ' מדינת ישראל" מחקרי משפט כ 7 (2003); אריאל רוזן-צבי "תרבות של משפט (על מעורבות שיפוטית, אכיפת חוק והטמעת ערכים)" עיוני משפט יז 689, 703-705 (1992).

הליך עצמאי ואם על ידי נקיטת הליכים נלווים במסגרת הליכים שמנהלים אחרים. שנית, בכל אותם מקרים שבהם התערבות משפטית מקובלת ממילא – למשל, במסגרת הליכי משפחה עובר לפרידת ההורים – הילד יכול להציג את עמדתו הנפרדת, ואפשר שבית המשפט אף מחויב לעשות זאת. במובן זה ההליך המשפטי השגרתי מקבל גרעין נוספים: הוא מחויב להרחבת היריעה ולהצגת ההיבטים הנוגעים בילד, לעתים תוך ייצוגו הנפרד של הילד ו/או שמיעתו הישירה בבית המשפט. מישור ההשפעה השלישי הוא המישור המהותי-התוכני. זכויות הילד עתידות להשפיע על תוכן הכרעתו של בית המשפט, אשר מצופה להכריע לאורן. המחויבות להגשים את זכויות הילד מחליפה (אם כי לא באופן מלא) את המחויבות להגשמת טובתו, ועשויה במובן זה לעצב את תוכן ההכרעה השיפוטית באופן שונה מהמקובל לפי המודל המסורתי המדגיש את טובתו.

אולם השפעתו של מודל הזכויות עשויה לחרוג (לטוב ולרע) אל מעבר לתחולתו הנקודתית של הדין ואל מעבר למצבי סכסוך. לשיטתו של מי שמכיר בכוחו האקספרסיבי של הדין⁴³, עיצוב סוגיות מתחום המשפחה תוך מחויבות לזכויות הפרט עשוי להשפיע על בני המשפחה עוד בטרם נפלה ביניהם מחלוקת, וגם אם לעולם לא תיפול כזו. לפי שיטה זו, המשפט נושא מסר רעיוני בעל אפקט סמלי ו/או השפעה מחנכת אשר חורגים מן הגבולות הקונקרטיים של תחולתו בהליך משפטי זה או אחר.

השינויים הצפויים כאמור כתוצאה מהחדרת זכויות הילד למשפחה (הן במובן היישומי והן במובן הקונספטואלי) עלולים להיות כרוכים בקשיים לא מבוטלים, אשר צפויים להתגבר ככל שתגבר המחויבות לזכויות הילד במתכונת הליברלית. מקור הקושי נעוץ באי-התאמתם של קני המידה האמורים לזירה המשפחתית – אי-התאמה שמעוותת את דרך ההתבוננות על זירה זו ואת דרך ניתוחה, ואשר עלולה בשל כך להוביל ליצירת פתרונות שאינם הולמים את מידותיה. מעבר לאי-התאמה הבסיסית, קני המידה האמורים – בגישה שהם מכתבים כלפי המשפחה וביחסם לסכסוכים הנוצרים בה (דוגמת היקף התביעות וסוג התביעות שהם מאפשרים להגיש, ודרך התנהלותן של תביעות אלה) – עלולים לפגוע במרקם היחסים בין הצדדים⁴⁴.

אף שאני מוצאת כי נכון להיום הקשיים הכרוכים בהחדרת שיח הזכויות למשפחה בולטים יותר במישור של יחסי הזוגיות מאשר במישור של יחסי הורים-ילדים, לפחות חלק מטיעוני הביקורת שהושמעו ביחס למישור הראשון נכונים גם ביחס למישור השני. השוני בין התחום של יחסי הזוגיות לבין תחום ההורות נעוץ במיהות הצדדים ובטיב הקשר ביניהם. היבטים קונפליקטואליים המאפיינים את סכסוכי הזוגיות, שבמסגרתם ניצבים (זה כנגד זה) שני בגירים עצמאיים, מעודנים בהקשר של יחסי ההורות, מעצם ההכרה בכך שמעברו האחר של הסכסוך

43 ראו בהקשר זה את חיבורה של איילת בלכר-פריגת "מה למשפט ולמשפחה?" (צפוי להתפרסם בכרך האם המשפט חשוב מסדרת הספרים "חברה, משפט ותרבות" בעריכת דפנה הקר ונטע זיו, 2009) ואת ההפניות המובאות שם. באופן כללי ראו: Cass R. Sunstein, *On the Expressive Function of Law*, 144 U. Pa. L. Rev. 2021, 2025–2027 (1996).

44 הקשיים חופפים בחלקם את אלה הכרוכים בהחדרת שיח הזכויות הליברלי-האדברסרי בכללותו אל המשפחה ואל היחסים בין ההורים. על קשיים אלה עמדתי במקום אחר – ראו זפרן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 614–616.

ניצב ילד, הזקוק באופן אינהרנטי להגנה ולטיפול של הוריו או של המדינה הבאה בנעליהם. הבדל מרכזי נוסף כרוך בעובדה שאת יחסי הזוגיות ניתן לנתק, בעוד את יחסי ההורה וילדו – לפחות במצבים משפחתיים שאינם קיצוניים – אין מנתקים. יוצא שחלק מסכסוכי הזוגיות מתנהלים כחלק מן הפירוד או לנוכח התרחשותו הצפויה, ומכתבים כביכול את אופיים המאבקי. כך, למשל, סכסוכי רכוש – המהווים לעתים קרובות את לב המחלוקת המתלווה לגירושיהם של בני הזוג – מתנהלים (אם וכאשר הם מגיעים לבית המשפט) מתוך עמדה אדברסרית ותוך שימוש באמצעים הליכיים וראייתיים נחרצים. אף שאמצעים אלה אינם שונים בהכרח מן האמצעים המאפיינים כל תביעה ממונית אחרת, ההקשר המשפחתי מוביל לגילוי פניה האינטימיים של המשפחה ולפגיעה מוגברת בהם. תביעות אלה מושתתות באופן יסודי על טענות של זכאות (או אי־זכאות) הכופרות בהמשך מחויבותם ההדדית של הצדדים זה כלפי זה, ומתעלמות לא פעם מטיבו המיוחד של הקשר הזוגי־המשפחתי (לרבות זה שהסתיים כבר) ומהקשרו. טענות של מי מן הצדדים (ובפרט טענותיו של מי שמבקש לנשל את רעהו מן הרכוש שהצטבר במהלך הקשר) עלולות לבקש להתנכר ליחסי הצדדים כפי שהתגבשו במהלך קיומה של המשפחה, להתנער מן האחריות המצופה מבן הזוג כלפי רעהו, ולהתעלם מהיבטים הנוגעים בקיומו של קשר משפחתי עתידי, בפרט כהורים משותפים.

סכסוכים הנוגעים בילד שונים מסכסוכי זוגיות. סכסוכים אלה מתנהלים לרוב מתוך הקשר המשפחתי, על בסיס רצון לשמרו ולהבטיח את איכותו. לנוכח השוני האמור נבלמות כמו מעצמן חלק מן ההשפעות העלולות להתלוות להגשמת זכויות הילד בסכסוכי משפחה. עם זאת – וזה חלק מן החשש – מחויבות לזכויות הילד ברוח שיה ליברלי־אדברסרי, כפי שיוסבר מיד, עלולה להוביל להחדרת אותם מרכיבים קונפליקטואליים ומבדלים המאפיינים כיום את הסדרת יחסי הזוגיות, ולפגום במהות הקשר ההורי ואפילו לבקש לנתקו. חשש זה מתחדד לנוכח העובדה שחלק מן התביעות שבין הורים לילדיהם מגיעות לבתי המשפט כחלק מהסכסוך בין בני הזוג, ולא פעם מי שמושך בחוטי תביעתו של הילד הוא ההורה המבקש להתנגח כך בבן זוגו או במי שהיה עד לא מזמן בן זוגו⁴⁵. בנסיבות חריגות תביעות אלה עלולות לקרוא לניתוק זיקת ההורות ממש. כך, למשל, לב לבה של תביעה לשלילת אבהות הוא רצונה של אם לנתק את קשר ההורות הקיים כבר בין ילד לבין אביו בשל היעדר זיקה גנטית המתברר בדיעבד. תביעות אלה עלולות לעשות שימוש בזכויות הילד (ובפרט בזכות הילד לזהות, הקוראת כביכול לבידור "זהותו האמתית" של האב) כאמצעי לעיגון רצונה של האם לנתק את יחסי המשפחה.

גם תביעות שמתבססות על קשר ההורות, ואשר מתקיימות במהלכו ומתוך ראייה המכירה בהתמשכותו, עלולות לפלג בין הצדדים ולפגוע במרקם היחסים ביניהם. אפשר שמיעתה של תביעה של ילד למימון נסיעה לחוץ־לארץ או לתשלום בעבור הכשרה לימודית או חוג, אשר חורגת מתביעת מזונות הן מבחינה מהותית והן מבחינה רטורית ומובאת בשם הילד על בסיס זכותו לחינוך או להתפתחות, עלולה (בין שתתקבל ובין שתידחה) לפגוע בטיבם המיוחד של יחסי הורה־ילד. באופן דומה, תביעה לפרטיות או לחירות הביטוי, אף אם היא מגלמת נכונה את זכויות הילד (למשל, לשמור על תכתובת הדוא"ל שלו חסויה מן ההורה או לאפשר לו לבטא את זהותו המינית כאוות נפשו), עלולה להשפיע על טיב היחסים בין הצדדים. כפי שיתבהר

45 השווי: MARTIN GUGGENHEIM, WHAT'S WRONG WITH CHILDREN'S RIGHTS (2005)

בהמשך, איני טוענת שתביעות אלה אינן צריכות להישמע בשום מקרה. איני טוענת כי זכות הילד לפרטיות, כמו גם זכותו לביטוי, לזהות או להתפתחות, אינן קיימות. כל שאני טוענת הוא שבהקשר הרגיש והמיוחד של יחסי המשפחה יש לשקלל את ההשפעה הרחבה שיש לתביעה, לאופן בירורה ולתוצאתה על היחסים בין ההורה והילד, ולעצב את ההליכים השיפוטיים תוך רגישות ליחסים אלה.

חלק זה ייוחד להצגת מכלול החששות וטיעוני הביקורת. בשלב הראשון אתיחס לטיעוני ביקורת כלליים שהושמעו ביחס להפעלת שיח הזכויות בכלל ובזירה המשפחתית בפרט, ובשלב השני אתמקד בהקשרם של יחסי ההורות.

2. ביקורת שיח הזכויות בהקשר המשפחתי

ביקורת שיח הזכויות הליברלי מתמקדת באפיונו של השיח כשיח מתגדר, מפריד ואגואיסטי. היא מדגישה כי תפקיד החוק, כפי שהוא מובן על פי שיח זה, הוא להגדיר את זכויות הפרטים באופן המשמש ליצירת גבולות ביניהם⁴⁶. על פי קו טיעון זה, נטייה לנסח מחלוקות במונחים של התנגשות בין זכויות עלולה להכשיל הידברות פתוחה, מציאת מכנה משותף והגעה לפשרה, וללבנות את הקיטוב בעמדות הצדדים. השיטה האדברסרית, הנלווית אצלנו לשיח הזכויות הליברלי, מובילה לחידוד היריבות. בשל מאפייניה של השיטה האדברסרית, התנהלותה של מחלוקת על בסיסה לוקה – מצדם של הצדדים היריבים ואפשר שאף מצדו של הגורם המכריע, אשר מוגבל לחומר שהצדדים מציגים לפניו – בהשקפה חד־צדדית ובחוסר יכולת לראות את התמונה במלואה. השיטה מעודדת הסתרה מן הצד האחר ומפני בית המשפט, ומתמצתת מאבק ומרדף אחר הניצחון, ולא דווקא אחר הצדק. התנהלות בהתאם לשיטה זו מובילה להתרכזות בשיקולים כלכליים ולהתעלמות מהעלויות הרגשיות של המאבק, הכרוכות בהתחדדות של תחושות ניכור, מתח ולעתים אָשָם. הדיון, אשר מתנהל במטרה לנצח "בכל מחיר", כרוך לעתים בפגיעה באחר ובתחושת הצדק, וגובה מחיר מוסרי⁴⁷.

ביקורת נוספת, הקשורה אף היא לאופן ניהולם של ההליכים השיפוטיים, נוגעת בטיבם של הפתרונות המשפטיים שהשיח הרווח מספק⁴⁸. התמקדות בעקרונות נוקשים ובהצדקות משפטיות חד־צדדיות מעוותת לעתים את עיניהם של הצדדים מלהגיע לפתרונות גמישים וישימים. בהצטרף הגישה האמורה לחלקיות המידע המובא לפני בית המשפט, האחרון מוגבל באפשרותו להציע פתרונות יצירתיים שיהיו לשיעור רצונם של שני הצדדים.

היבט זה מתקשר לטיעון ביקורתי נוסף היוצא נגד שיח הזכויות המסורתי, על מאפייניו התחרותיים והקנייניים⁴⁹. על פי תפיסה זו, שפת הזכויות, כפי שהיא מוכרת לנו כיום, משתמשת

46 ראו זפרן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 608–610 ומראי המקומות שם.

47 שם, בעמ' 613–614 ומראי המקומות שם.

48 Carrie Menkel-Meadow, *Toward Another View of Legal Negotiation: The Structure of Problem Solving*, 31 UCLA L. REV. 754, 765 (1984).

49 לביקורת הרואה את הזכויות כטובין של הפרט האגואיסטי ראו: JEREMY WALDRON, LIBERAL RIGHTS: COLLECTED PAPERS 1981–1991, 344 (1993); Alon Harel, *Theories of Rights*, in THE

במונחים שמקורם בעולם המושגים האינדיבידואליסטי-הקפיטליסטי. הרטוריקה המקובלת בה והתוכן הממלא אותה מעצבים את הזכויות כמשאב מוגבל, ומדגישים את מרכיב המאבק, שלפיו הנאה של פלוני מזכותו משמעה בהכרח פגיעה בזכותו של אלמוני. לפי גישה זו, תוצאת המאבק היא "הכול או לא כלום".

היבטים אלה, שהושמעו על ידי מבקריו של שיח הזכויות הליברלי, נכונים ביתר שאת בהקשר של יחסי המשפחה⁵⁰. קליטתו של שיח הזכויות בהקשרן של מחלוקות בתוך המשפחה ועיצוב הדין בהתאם אליו מובילים להתרכזות בפרט, תחת היחידה המשפחתית, ומביאים לידי דעיכתן של תחושות ההשתייכות, הקשר והאחריות ההדדית של חברי המשפחה זה כלפי זה. תכניו ואופן הפעלתו של השיח מאפשרים לצדדים – בפרט בעת משבר ביחסי המשפחה או בנסיבות של פירוד – להתעזר מאחריותם ההדדית, ולמחוק, במובן המוסרי, את חייהם המשותפים כלא היו. הפן המשפטי אינו נפרד בוודאי מן השינויים החברתיים-התרבותיים המדגישים את הירידה בעצמתם של קשרי הקרבה, את חיזוק האינדיבידואליזם ואת הגשמת היחיד⁵¹. השפעות אלה, המועצמות על ידי הדין, עלולות לאיים על שלמות המשפחה ולפרום את מרקם היחסים, אשר משמש (מקום שהוא מושתת על יחסים איכותיים ועל שגשוג אישי) עוגן רגשי לפרט ובסיס להתפתחותו של הילד.

פן אחר של ביקורת שיח הזכויות בהקשר של יחסי משפחה טוען כי שיח הזכויות אינו מצליח לספק פתרונות ראויים המתאימים למידותיה של המשפחה ולצרכיה הייחודיים והמשתנים⁵². כאשר המשפחה שומרת על ייחודה האינטימי, כליו של השיח המשפטי האמור אינם מסוגלים לגלם את ייחודה של הסיטואציה המשפחתית, את מקומם של הקשרים הבין-אישיים ואת מאפייניהם הייחודיים של הצדדים. ביקורת זו מהווה נדבך נוסף על הביקורת הכללית שהושמעה נגד הפתרונות הנוקשים ששיח הזכויות מייצר.

השלכותיו אלה של השיח, אשר נכונות כאמור בפרט ביחס למישור הזוגי, משפיעות גם על יחסי ההורות ועל מצבו של הילד. שני המישורים אינם נפרדים. הסדרת יחסיהם של בני הזוג, אופן ההכרעה בסכסוכים שנפלו ביניהם ופירוקה של היחידה המשפחתית ככל שהיא נוגעת בבני הזוג – משפיעים בוודאי השפעה מכרעת על חיי ילדיהם של הזוג. כך, למשל, הילד מושפע מן המאבק מבחינה רגשית. הוא אינו נותר כמעט לעולם מחוץ לתמונה, ולסכסוך בין ההורים ולאופן ניהולו המשפטי יש השלכות על חייו. מהיבטים אחרים, תוצאות ההכרעה משפיעות על ההורה האחראי

BLACKWELL GUIDE TO THE PHILOSOPHY OF LAW AND LEGAL THEORY 5 (William A. Edmundson & Martin P. Golding eds., 2004).

50 זפרן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 614-616.

51 ELISABETH BECK-GERNSHEIM, REINVENTING THE FAMILY: IN SEARCH OF NEW LIFESTYLES 35-37, 79 (2002).

52 Naomi Cahn & Jana Singer, *Adoption, Identity, and the Constitution: The Case for Opening Closed Records*, 2 U. Pa. J. Const. L. 150, 160 (1999); Caroline Forder, *Constitutional Principle and the Establishment of the Legal Relationship Between the Child and the Non-Marital Father: A Study of Germany, the Netherlands and England*, 7 INT'L. J. L. POL. & FAM. 40, 97 (1993).

לטיפול בילד, ולפיכך משפיעות בהכרח גם על אורח חייו של הילד, הן מבחינה פיזית-חומרית והן מבחינה רגשית. יותר מכך, חלק מן הסוגיות המתעוררות בין בני הזוג לשעבר אינן נפרדות כלל מיחסי הורה-ילד. כך, הכרעה בשאלה מי יהיה ההורה שעמו יגור הילד, מה יהיו הסדרי המפגשים עם ההורה האחר וכיצד יוכל האחד לכפות על האחר את קיום המפגשים נמצאת על הגבול שבין יחסי ההורים בינם לבין עצמם לבין יחסי ההורים עם ילדם.⁵³

3. ביקורת מודל הזכויות בהקשרם של יחסי הורה-ילד

קיים פער בין השיח המשפטי לבין מציאות חייהם של הורים וילדיהם. שיח משפטי המתרכז בזכויות הילד, לפחות על פי מובנן הקלסי, חוטא למציאות חייה של המשפחה ולטיב הקשר בין חבריה. לפחות ביחס לחלק ניכר ממערכות היחסים שבין הורים לילדיהם, הקונספט של זכויות הילד זר ומלאכותי. מעבר לכך, גם אם רכיב זה קיים במערכות יחסים מסוימות, ואף אם ראוי שהוא יתקיים לגביהן, הוא מגלם רק היבט אחד צר של היחסים, ורחוק מלשקף את מורכבותם או מלטפל באופן ראוי בהסדרתם הכוללת.⁵⁴ ככזה לא יוכל מודל זכויות הילד לשרת את הצדדים נאמנה. ההגנה שמספקות זכויות, במובנן הליברלי המוכר לנו, הנה דלה יחסית, והסתפקות בה אינה ראויה בהקשר של ילדים, אשר היחסים בינם לבין האחר אינהרנטיים לקיומם ולהתפתחותם. במובן זה ניתן לומר כי מודל זכויות הילד צר מלהכיל את מכלול צורכיהם של הילדים או מלספק להם מענה. הוא נוגע בהיבט אחד, אך לא מספיק, של קיומם המורכב, הנטוע במארג יחסים בין-אישי ומשפחתי.⁵⁵

יובהר: בביקורת האמורה אין הכוונה לטעון כי "...זכויות לילדים הינן ערך מיותר בעולם שבו יחסי הורים-ילדים מבוססים על אהבה ואלטרואיזם"⁵⁶. ראשית, כבר רמזתי כי אין הכוונה לוותר על זכויות הילד, וכי יש לשלבן בפתרון שיוצע. שנית, וזה העיקר, הטענה בדבר דלותן של הזכויות כקונספט מרכזי להסדרת יחסי הורים-ילדים אינה מתבססת על מציאות אידיאלית של דאגה וטיפול הורי מסור. הכוונה, כפי שיובהר בהמשך, היא לקדם ערכים אלה מבחינה נורמטיבית (קרי, להחילם באופן מחייב), ולא דווקא להניח את קיומם בכל אתר. פן אחר של הביקורת קובל על כך שמחויבות לזכויות הילד, באופן שבו הן מעוצבות כיום, עלולה ליצור התרכוז עודפת בילד (כמו בכל פרט אחר המרכיב את המשפחה), לעתים על

53 בסוגיות אלה דנתי במאמר קודם פרי עטי (ראו זפרן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 636-652), אולם שם לא עסקתי בזכויות הילד ולא הרחבתי בקונפליקט הנוצר במישרין ובעקיפין בין הילד להורה.

54 כך, למשל, אי-אפשר לטעון באופן משכנע כי חופש הביטוי של הילד ואפילו זכותו להשתתפות ממצים את הקריאה להטלת חובה על ההורה לשמוע את שיש לו לומר.

55 אפשר שטענה זו נכונה גם להקשרים אחרים (ואולי אף לכל הקשר שנתון להכרעת המשפט) ואינה ייחודית להקשרי משפחה. ברי, עם זאת, כי עצמתו של הרכיב האישי, מקומם של הקשרים הבין-אישיים והזיקה שבין הסוגיה הנתונה להכרעה לבין הקשרים הבין-אישיים מתעצמים בסוגיות משפטיות הנוגעות במשפחה, בפרט לנוכח התמשכותו הצפויה של הקשר גם בעתיד.

56 דו"ח הוועדה - חלק כללי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 24.

חשבון ראיית המשפחה כמכלול⁵⁷. ברור כי מקום שזכויות הילד באות על חשבון קיומה של המשפחה, יצא שכרו בהפסדו. יאה הילד מצויד בזכויות ככל שיהא, ברי כי ללא משפחה שתדאג לצרכיו, תיפגע באופן מהותי יכולתו ליהנות מרווחה. באופן דומה, התחשבות עודפת בילד על חשבון גורמים משפחתיים אחרים, ובראש ובראשונה ההורים, עלולה לפגוע בהם במידה יתרה, וכתוצאה מכך לפגוע בטובת הילד עצמו, אשר כרוכה כשלעצמה ברווחתם.

קו הביקורת האמור משתלב עם הטענה המרכזית שניתן להשמיע נגד הפעלתן של זכויות הילד. טענה זו נוגעת בהשפעתן האפשרית של זכויות הילד על מרקם היחסים בין הצדדים. טענה זו, היוצאת נגד החדרת שיח הזכויות בכללותו לזירה המשפחתית, מתרעה מפני הגברת הקונפליקטים המשפחתיים ופגיעה באיכות היחסים בין הצדדים. כפי שכבר צוין, להבדיל מיחסי זוגיות, יחסי הורים-ילדים אינם מצופים להינתק גם במקרה של מחלוקת (ואפילו עמוקה) או לנוכח התפרקות המשפחה בעקבות פרידת ההורים, וזאת כל עוד קיימת מסוגלות של ההורים. לנוכח ההנחה האמורה, המשפט מצופה לוודא כי בהכרעו במחלוקת בין הורה לילד או במחלוקת בין צדדים אחרים שיש להן נגיעה ביחסי הורה-ילד (כגון בין ההורים לבין עצמם או בין ההורים לבין המדינה כאשר מושא הדיון הוא הילד), לא תיפגע איכות היחסים בין ההורים לבין הילדים. מודל זכויות הילד, ביישומו הליברלי-האדברסרי, עלול להשפיע לרעה על איכות היחסים בכמה אופנים. העלייה בהיקף ההתערבות המשפטית עלולה, כשלעצמה, ליצור מתח ולחדד את הקונפליקט בין הצדדים⁵⁸. תוכן הדין וסדרי הדיון שההתערבות המשפטית האמורה מתנהלת לאורם תורמים כאמור אף הם לכך. המאפיינים האדברסריים מעמידים את הצדדים בעימות, ומעודדים אותם להיכנס לזירת ההתגוששות ולהיאבק על מקומם. הקונפליקט מחודד אף כתוצאה מתוכניהם של התביעה והדיון גופם. תביעתו של הילד מנוסחת בתבנית של זכאות, הסעד הנובע ממנה נתפס כמילולי חובה על ידי ההורה, ותוצאתו נתפסת כנוק מבחינתו. כך "ניצחוננו" של האחד הוא כביכול "הפסדו" של האחר⁵⁹. גם כאשר הילד אינו מהווה צד פורמלי במאבק, שילובו בהליך עלול להביא לידי שימוש בו כאמצעי ניגוח בין האחרים.

57 חשש זה נכון רק ככל שמודל זכויות הילד יוחל בד בבד עם עמדה המחויבת להעדפת זכויותיו של הילד בכל אתר. כפי שנטען, מחויבות למודל הזכויות מיושמת במקביל לעיקרון המחייב התרבות בילד (ראו מורג, לעיל ה"ש 38). לפיכך ההכרה בזכויות הילד עלולה להכתיב את ניצחונן הקטגורי על זכויותיהם של אחרים. עם זאת, טענה זו אינה הכרחית, ואפשר שמחויבות למודל הזכויות תוביל דווקא להחלשת מעמדו של הילד בהשוואה לתוצאה שתושג ממודל המחויב לעקרון טובת הילד, שהרי זה האחרון נתפס כ"עקרון-על", בעוד יישום זכויות הילד לאור המודל הליברלי עשוי לחייב איזון עם זכויותיהם של אחרים. ראו בהקשר זה להלן בטקסט הסמוך לה"ש 60-61.

58 אין כמובן כוונה לטעון כי יש להשיב את העמדה המסורתית השוללת התערבות ביחידה המשפחתית. ביקורת על שיח הזכויות בהקשר זה אין משמעה קריאה להחזרת העמדה המבקשת להגדיר את המשפחה כתחום נפרד וסגור - הגדרה ששימשה לשימור המבנה הפטריארכלי של המשפחה וכתירוץ לאי-התערבות גם במקרים של פגיעה ברכיבי החלשים של המשפחה.

59 זו, למשל, הדרך המקובלת (מאז ומעולם) להבין הכרעות בתביעות למזונות ילד. הבנה זו נוגדת בעיניי את האינטואיציה ואת הציפייה הנורמטיבית מהורה אשר דואג לילדו ומבקש להבטיח את התפתחותו ורווחתו.

מודל זכויות הילד, כפי שמקובל לפרשו, יוצר פער מכונן בין הילד להוריו. בעוד לגבי הילד מודגשות – מבחינה מינוחית ומהותית – זכויותיו כלפי הוריו, להורה אין כל זכויות (ביחס לילדו), אלא אחריות וחובות בלבד. זכויות הילד מטילות על ההורה מגוון של חובות ישירות ועקיפות שעליו למלא כלפיו, בעוד לו עצמו אין זכויות ביחס לילדו. השוני האמור במעמד הצדדים נועד למגר את העמדה המוקדמת שראתה בילד קניין של הוריו, והוא נובע מן החשש כי הכרה בזכויות של הורה כלפי ילדו תחזק את העמדה הפטריארכלית (או לכל הפחות הפטרנליסטי) האמורה.

ברי כי אין ולא אמורה להיות סימטרייה בין הורים לילדים. בחירתו של ההורה להביא ילד לעולם, תפקידו הטיפולי האינהרנטי כלפיו, פערי הגיל והיכולות – כל אלה מטילים עליו מכלול של חובות, לפחות כל עוד הילד לא הגיע לעצמאות. עד הגיעו לבגרות, ולעתים גם לאחר מכן, הילד מהווה גורם חלש ופגיע, ולפיכך יש מקום להעניק לו הגנות יתר וזכויות כלפי הוריו. אולם גם אם פער הכוחות מצדיק את "חימושו" של הילד בזכויות כאמצעי לחיזוקו, אפשר שמהלך זה מוביל בפועל לתוצאת לוואי בלתי רצויה. נראה שהדגש בזכויות הילד מוביל להגברת שיח הזכויות במשפחה בכלל, וכתוצאה מכך להתחזקות הקריאה לעיגון זכויות ההורים ביחס לילדיהם⁶⁰. השאיפה לאסימטרייה – מחד גיסא, הגברת השימוש הרעיוני והמינוחי במושג "זכויות הילד", ומאידך גיסא, ויתור על מושג זה ביחס להורים ואימוץ הקונספט של אחריות הורית – עלולה להוביל אם כן לתוצאה הפוכה של החדרת זכויות ההורים ביתר שאת, כאמצעי נגד או כמרכיב מאזן, שכן נראה כי בית המשפט חש חוסר נוחות בחימוש האחד ובהשאת האחר חשוף ללא הגנה שוות ערך⁶¹.

בטרם אעבור לדון בחלופה שאני מבקשת להציע, נדרשת הבהרה קצרה. כפי שכבר צוין, מודל זכויות הילד טרם נקלט באופן מלא בישראל. נדמה שהתחום של יחסי הורים-ילדים מהווה גם כיום מעין מובלעת המבקשת לשמר יחסים משפטיים מסוג אחר. לנוכח עקרון טובת הילד, הרואה בילד מושא להגנת המשפט, המשפט מתבונן על הילד ועל יחסיו עם הוריו באופן ייחודי, ומכתיב ערכים דוגמת טיפול מסור ואחריות. אולם מגמה זו אינה תקפה באופן מלא ואינה נקיה מבעיות, ולפיכך אי-אפשר להסתפק בהשאת המצב הקיים. ראשית, השימוש בעקרון טובת

60 ראו, למשל, רונה שוז "יחסי הגומלין בין זכויות הילד, טובת הילד וזכויות ההורים" שערים למשפט 1, 69 (2005); בנימין שמואלי "הניגוד בין זכויות הילד לטובת המשפחה" שערים למשפט 1, 72 (2005); דליה דורנר "טובת הילד וזכויות ההורים" רפואה ומשפט 26, 101, 104-103 (2002).

61 אף ששיח זכויות ההורה רוות בפסיקה עוד קודם לעידן זכויות הילד (ראו, למשל, בג"ץ 243/88 קונסלוס נ' תורג'מן, פ"ד מה(2) 626 (1991)), נדמה כי נחרצותו הרטורית של בית המשפט ביחס לזכויות ההורים אף גברה בעידן הנוכחי. בהקשר זה ראו, למשל, ע"א 2266/93 פלוני נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221 (1995); בע"מ 377/05 פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגים, תק"ע על 2005(2) 617, פס' 46 לפסק דינו של הנשיא ברק, פס' 8 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין, פס' 6-7 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2005); רע"א 3009/02 פלונית נ' פלוני, פ"ד נו(4) 872, 893-896 (2002); עניין נחמני, לעיל ה"ש 39, בעמ' 780-781.

הילד כאמת מידה נורמטיבית בשיח הקיים הנו מורכב ובעייתי: גבולותיו עמומים, הוא מעוצב לפי קני מידה סובייקטיביים, ניתן לעשות בו שימוש להצדקת עמדות סותרות, ולפיכך הוא מאפשר שימוש מניפולטיבי בו⁶²; המחויבות ההצהרתית לעקרון טובת הילד אינה מתממשת תמיד במישור המעשה⁶³ או מתפרשת כמרכיב המשקף תפיסה רכושית ביחסו של ההורה לילדו⁶⁴; ואף אם ניתן לזקק את עקרון טובת הילד באופן שישקף את רווחת הילד "נטו", אין די בהבטחת קליטתו של העיקרון במתכונתו הנוכחית, שכן יש בו, במידה רבה, כדי להציבו כמרכיב מתחרה או מרכז לזכויות ההורים או כאמצעי להכריע במאבק ביניהם⁶⁵, ועמדה זו אינה מספקת הגנה מספקת לילד, לצרכיו, לאינטרסים שלו ואף לטובתו. שנית, מי יתקע לידנו כי בתי המשפט לא יחלו, לאחר שנים של הפנמה אטית, לפעול ליישום אינטנסיבי יותר של מודל זכויות הילד, ייעשו כן לאור מובנו הליברלי? מודל הזכויות כזכויות יחס, שמאפייניו ישורטטו כאן מיד, מוצע כחלופה אפשרית לפירושו של מודל זכויות הילד וליישומו.

ד. הצעה לפתרון – מודל היחסים

1. מאפיינים כלליים של מודל היחסים

מודל היחסים מורכב משילוב רעיוני של שני קולות מוסריים מוכרים⁶⁶: האחד הוא אתיקת הזכויות, המשמשת תשתית של שיח הזכויות הליברלי; והאחר הוא אתיקת הדאגה לזולת

- 62 ראו רוברט ליכט־פטרן "קבלת החלטה בעניינה של ילדה – לקראת השלמה בין טובת הילדה לזכויות הילדה" בספר זה; יחיאל ש' קפלן "זכויות הילד בפסיקה בישראל – ראשית המעבר מפטרנליזם לאוטונומיה" המשפט 303, 316–317 (2002); שיפמן דיני המשפחה בישראל, לעיל ה"ש 7, בעמ' 226–227, 230, 241–253; שיפמן "התחמקות משיפוט למען טובת הילד", לעיל ה"ש 7, בעמ' 567, 570; בן־אור, לעיל ה"ש 7, בעמ' 608; יאיר רונן "זכות הילד לזהות כזכות להשתייכות" עיוני משפט כו 935 (2003); מאסס, לעיל ה"ש 7.
- 63 למשל, הגשמתו של ההסדר בנושא האימוץ אינה מתיישבת תמיד עם המחויבות המוצהרת לעקרון טובת הילד. ראו בהקשר זה מירה ברקאי ומילי מאסס משמעות המושגים "מסוגלות הורית" ו"טובת הילד" בפסקי דין של בית המשפט העליון הדנים באימוץ קטינים (1998); Elizabeth Bartholet, *Beyond Biology: The Politics of Adoption & Reproduction*, 2 DUKE J. GENDER L. POL'Y 5 (1995) & בהקשר אחר ראו: Janet Weinstein, *And Never the Twain Shall Meet: The Best Interests of Children and the Adversary System*, 52 U. MIAMI. L. REV. 79 (1997).
- 64 לדיון כללי ראו: Janet Farrell Smith, *Parenting and Property*, in MOTHERING: ESSAYS IN FEMINIST THEORY 199 (Joyce Trebilcot ed., 1984).
- 65 Susan A. Wolfson, *Children's Rights: The Theoretical Underpinning of the "Best Interests of the Child"*, in THE IDEOLOGIES OF CHILDREN'S RIGHTS 7 (Michael Freeman & Philip Veerman eds., 1992); Barbara B. Woodhouse, *Hatching the Egg: A Child-Centered Perspective on Parents' Rights*, 14 CARDOZO L. REV. 1747, 1756–1757 (1993).
- 66 להרחבה ראו זפרן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 625–628.

(ethics of care), כפי שהוגדרה לראשונה על ידי קרול גיליגן בראשית שנות השמונים⁶⁷ ועוצבה בכתיבה מגוונת בשנים שלאחר מכן⁶⁸. אתיקת הדאגה לזולת משמשת עוגן מרכזי לעיצוב מודל היחסים כמודל משפטי, וצובעת את מאפייניו בכירור. בעקבות האתיקה של הדאגה, מודל זה מתרכז ביצירת קשר עם הזולת ובשמירה עליו, מקנה עדיפות למערכות יחסים על בידוד, ומדגיש את התגובה המופנית אל האחר ואת הדאגה והאחריות כלפיו. לפי גישה זו, דאגה משמעה הבנת המציאות של האחר וחתירה להבטחת שלומו.

בעוד מודל הזכויות הליברלי מתמקד בעקרונות מופשטים ובהכרעה היררכית במאבק בין זכויות, מודל היחסים מציע ראייה אשר מתמקדת בפרט הקונקרטי ומדגישה את מארג היחסים בינו לבין האחר, ראייה המחויבת לנקודות המבט של שלל הגורמים ולשימור היחסים ביניהם. להבדיל מהעצמות הדיכוטומי המאפיין את מודל הזכויות (תובע-נתבע/מנצח-מפסיד), מודל היחסים מתאפיין בקשב ובפתיחות לזולת, בהתגברות על הניכור ובדיון א-היררכי, תוך צמצום התוצאה הבינרית⁶⁹. אף כאשר מתקיים הליך בין תובע לנתבע, מטרת הברור היא למצוא את הדרך להסכמה שתבטא את האינטרסים והזכויות של שני הצדדים, ולא להביא בהכרח לידי ניצחון של צד אחד. הליך כזה מבקש להעניק הגנה לתובע ולנתבע כאחד, באמצעות פתרון שיתחשב בעמדותיהם של שני הצדדים תוך פגיעה מינימלית בהם. במסגרת שיטה קשובה כמתואר, אשר מבקשת להתחשב בעמדותיהם של כל הצדדים ואינה מחויבת להכרעה בינרית, הפתרונות שיופקו יהיו תפורים ברוב המקרים למידותיהם של הצדדים ולמאפייני המחלוקת. שיטה כזו מחייבת יצירתיות, מאחר שהיא מתחשבת בנסיבות המקרה, ברצונות הצדדים ובצורכיהם. אפשר להעריך כי יצירתיות וגמישות בפתרונות המוצעים יגבירו את מידת ישימותם לטווח הארוך.

חשוב עם זאת להבהיר כי לא בכל מקרה מתאים או אפילו אפשרי לעצב פתרון גמיש שייתן ביטוי לכל אחד מן האינטרסים או הרצונות. במקרי קצה הנוגעים בהגדרת היחסים ובגבולות המשפחה ההכרעה שתתקבל עשויה להיות בינרית (למשל, הכרה בהורות או שלילת הורות). אולם במקרים אחרים, לרבות בנסיבות מסוימות שבהן עולה לדיון גם שאלת הגדרת ההורות, תיתכן הכרעה שתפורה לנסיבות המקרה ואשר נותנת ביטוי לצורכיהם ולרצונותיהם של הצדדים כולם – למשל, על ידי הכרה ביותר משני הורים או על ידי שלילת הדרך להכרה ביחסים דמוי-הוריים של גורמים נוספים שאינם האב והאם שהוכרו פורמלית.

67 קרול גיליגן בקול שונה – התיאוריה הפסיכולוגית והתפתחות האשה (נעמי בן-חיים מתרגמת, 1995).

68 ראו, למשל, את המקורות המרכזיים הבאים: JOAN C. TRONTO, MORAL BOUNDARIES: A POLITICAL ARGUMENT FOR AN ETHIC OF CARE (1993); GRACE CLEMENT, CARE, AUTONOMY, AND JUSTICE: FEMINISM AND THE ETHIC OF CARE (1996); NEL NODDINGS, CARING: A FEMININE APPROACH TO ETHICS AND MORAL EDUCATION (1984); SEYLA BENHABIB, SITUATING THE SELF: GENDER, COMMUNITY AND POSTMODERNISM IN CONTEMPORARY ETHICS 178–202 (1992); SELMA SEVENHUISEN, CITIZENSHIP AND THE ETHIC OF CARE — FEMINIST CONSIDERATION ON JUSTICE, MORALITY AND POLITICS (1998).

69 מודל זה קורא מטבעו לקידום חלופות הכרעה שיחליפו את הליכי השיפוט האדברסריים, דוגמת חלופת הגישור. ראו להלן בטקסט הסמוך לה"ש 75.

כפי שכבר צוין, מודל היחסים יבקש לשלב מרכיבים שמקורם באתיקת הדאגה עם מרכיבים שמקורם במודל הזכויות הליברלי. השילוב המוצע של מודל הזכויות עם אתיקת הדאגה, לנוכח תכליתה של האחרונה ומאפייניה, יאפשר להמשיך – גם במסגרת שיטה המחויבת ליחסים – להשתמש במושגים המוכרים לנו משיח הזכויות. מושג הזכות אינו נעלם, וחשיבותם של החירות, האוטונומיה והשוויון אינה נפגמת. עם זאת, יציקת מאפיינים שמקורם במודל האחר עשויה לעצב את תוכנם של המושגים באופן שונה, ולהוביל להכרעות שונות מאלה שהיו מתקבלות כתוצאה מהחלת מודל הזכויות בטהרתו. במסגרת מודל היחסים נוכל להמשיך להשתמש במושג הזכות מבלי שיהיה בכך כדי לפגום בערכים האחרים שאותם מבקשים לקדם, ביניהם אחריות מתמשכת ודאגה. ערכים אלה יוכלו להנחות אותנו בעיצוב הזכויות עצמן ובאופן החלתן. מן האמור עולה כי לצד הבנתו של מושג הזכות כמושג יחסי (ולא מוחלט) – כפי שהוא אכן מובן בהקשרים מסוימים אף במסגרת המודל הליברלי – מושג הזכות המעוצב לאור מודל היחסים משמש כלי שרת לטיפוח יחסים משפחתיים. מכאן הבהירה לכנות זכויות אלה "זכויות יחסי" Relational Rights – כפי שמציעות Martha Minow ו־Mary Lyndon Shanley.⁷⁰ מקור השראה אפשרי לפיתוח מודל זה משמשת כתיבתה של פרופ' נדלסקי (Nedelsky). נדלסקי מפרשת את המושג "אוטונומיה", למשל, לא כאמצעי לבידול ולהצניעה בין הפרט לבין זולתו ובין הפרט לבין החברה, כי אם כמושג שניזון מהיחסים בין פרטים, משקף אותם ומקדםם.⁷¹ כחלק מגישה זו יוכלו מגוון של זכויות לגלם מרכיבים של אחריות הדדית וקשר, ולהתמלא בתוכן חלופי.⁷² מישור השפעה נוסף, החורג ממתן פרשנות שונה לזכויות אשר מוכרות זה כבר בשיטת המשפט, הוא זה הקורא ליצירת זכויות חדשות, שמטרתן ליצור ולקדם יחסי משפחה ולהגן על ילדים בהקשר זה.

2. ההצדקות לקליטתו של מודל זכויות הילד במשפחה כזכויות יחס

טיעוני הביקורת נגד מודל הזכויות שהוצגו לעיל לימדו בעקיפין על שתי הצדקות לקליטתו של מודל היחסים. ההצדקה הראשונה מצביעה על הקושי הגלום בהפעלת קנה המידה הנובע משיח הזכויות הליברלי לצורך ניתוח שאלות משפטיות־משפחתיות והכרעותן. מורכבותן של חלק משאלות אלה, השקתן ליחסי משפחה מסועפים ונגיעתן בנפשם של הנוגעים בדבר יוצרות צורך בהפעלת פרמטרים מסוג אחר, דוגמת אלה שהמודל החלופי מבקש להציע. ההצדקה

Martha Minow & Mary Lyndon Shanley, *Relational Rights and Responsibilities: Revisioning the Family in Liberal Political Theory and Law*, 11 HYPATIA 4 (1996) 70

Jennifer Nedelsky, *Reconceiving Rights as Relationship*, 1 REV. CONST. STUD. 1 (1993); 71
Jennifer Nedelsky, *Reconceiving Autonomy: Sources, Thoughts and Possibilities*, in LAW AND THE COMMUNITY: THE END OF INDIVIDUALISM? 219 (Allan Hutchinson & Leslie Green eds., 1989)

לקו רעיוני מקביל בהקשר החורג מן המשפחה ומתייחס לחברה בכללותה, ראו גיא מונדלק "זכויות חברתיות־כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד חברתי של זכויות אדם" ספר ברנזון כרך שני – בני סברה 183 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000).

השנייה מתמקדת בצורך לרכז את המאפיינים המשפטיים המנכרים והמאבקים המלווים את החדרת זכויות הפרט והילד לתחום יחסי המשפחה, וזאת על מנת לשמר את המשפחה כזירה של יחסים מטפחים ושל דאגה ואחריות מתמשכות.

הצדקה שלישית, אונטולוגית, נוגעת בכישלוננו של שיח הזכויות הליברלי לייצג את מגוון הקולות המוסריים הקיימים ואת מציאות חייהן של משפחות. בהקשר זה יש להזכיר כי שיח היחסים שואב השראה מכתבתה של קרול גיליגן, אשר זיהתה קול מוסרי נוסף – נשי לשיטתה – המשתקף באתיקת הדאגה⁷³. אף שמודל היחסים במתכונת המוצעת כאן שונה באופן מהותי מאתיקת הדאגה ששורטטה לראשונה אצל גיליגן, אני שותפה לתפיסתה הבסיסית שלפיה אתיקת הזכויות – קול המוסר, שאובחן עד לאותו שלב כדומיננטי – אינו הקול המוסרי היחיד. במובן זה, אתיקת הדאגה – המשקפת קול מוסרי קיים נוסף (גם אם לא נשי בהכרח), המתרכז כאמור בקשרים בין-אישיים – מהווה נדבך באישיותו של האדם, וראוי שהוא יבוא לידי ביטוי במערכת המשפט. שיח הזכויות הליברלי, המושתת על מוסר הצדק והזכויות, אינו משקף באופן שלם את אישיותו של הפרט, הפועל לא רק על פי קנה מידה של זכויות, אלא גם על פי קנה המידה המגולם באתיקת הדאגה. מודל היחסים, המכיר בזכויות כזכויות יחס, מאפשר ייצוג של שני הקולות המוסריים על ידי יציקתם לכלל שיח משולב.

ההקשר המשפחתי – ובפרט יחסי הורים-ילדים, אשר ביחס אליהם מתבקש יישומו של מודל היחסים – משלב את ההצדקות. מצד אחד, בהקשר זה מתחדד הקושי הכרוך בהפעלתו של מודל זכויות הילד, ומתעצמת הפגיעה הכרוכה בהפעלתן במתכונת הליברלית הטהורה. מצד אחר, קני המידה הגלומים בשיח החלופי כמו נוצקו למידותיה של זירה זו. לפי חלק מן הכותבים, אתיקת הדאגה כשלעצמה ניוונה מיחסי המשפחה. לשיטתם, קני המידה העומדים בבסיסה של אתיקת הדאגה נוצרו ונלמדו בין בני משפחה ועל ידיהם, בפרט בין אימהות וילדיהן⁷⁴. לנוכח מאפייניה של הזירה המשפחתית, מודל זה צפוי להיקלט בהצלחה במסגרתה. יחסי המשפחה, ובראש ובראשונה יחסי הורים-ילדים, נראים כאתר המשלב רעיונות של צדק ושל אכפתיות. כך, תחולתו של מודל המחויב לקני המידה המוסריים המדגישים מרכיבים של קשר, הדדיות, תלות, אחריות ודאגה נראית מובנת כמעט מאליה בהקשר המשפחתי. קני המידה המפורטים מופעלים באופן וולונטרי בהקשרים אלה, ותחולתם הנורמטיבית המחייבת תזכה, כך יש להניח, במידה רבה של שיתוף פעולה. נראה אם כן כי השאיפה להגשמתו של סטנדרט של אינטימיות ואי-אנוכיות בהקשר המשפחתי הנה שאיפה לגיטימית, ראויה ובת השגה.

3. היבטים יישומיים של מודל היחסים

מישור השפעה מרכזי של מודל היחסים, אשר לא יידון במסגרת זו, הוא המישור הדינוני. זיקה ברורה קיימת בין אתיקה של דאגה לזולת לבין פיתוחם של הליכים חלופיים להליכים האדברסריים⁷⁵. העמדה התומכת בקיום הליכי גישור לצורך הכרעה בסכסוכי משפחה תקפה

73 גיליגן, לעיל ה"ש 67.

74 SEVENHUIJSEN, לעיל ה"ש 68, בעמ' 1-35; ROBIN WEST, CARING FOR JUSTICE 35 (1997).

75 להרחבה ראו זפרן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 628-629.

בעיניי באופן עקרוני אף כאשר הסוגיה שבמוקד מערבת את ילדי המשפחה. עם זאת, הדיון במקומו של הילד בהליכים אלה, באופן שמיעתו, בייצוגו ובהבטחת מרכזיותם של האינטרסים שלו צריך להתנהל בנפרד, לנוכח חשיבותו והיקפו⁷⁶. חשוב להבהיר כי לא כל סכסוך מתאים להכרעה בדרך של גישור. אפשר שבנסיבות מסוימות לא יהיה מקום להכרעה גמישה ומתאמת, אלא דווקא להכרעה שיפוטית, בינרית, שתתקבל על פי כללים ברורים. למשל, ספק אם יש מקום להכרעה מן הסוג הראשון בשאלת האבהות בנסיבות שבהן אין זה מוצדק להכיר ביותר משני הורים או לפתוח את המשפחה ליחסים דמוי-הוריים.

כפי שכבר נרמז, למודל היחסים עשויה להיות השפעה על עיצוב תוכנו של פתרון המחלוקת הנידונה וכן על קביעת ההסדר החוקי הכללי. המחויבות לשמירת היחסים בין ההורה והילד מכתובה כמה עקרונות הכרעה, שחלקם כלליים וחלקם משתנים מהקשר להקשר. עקרונות ההכרעה הכלליים, התקפים ביחס לרוב ההכרעות המשפטיות המיושמות לפי מודל היחסים, הם התחשבות ברצונותיהם של הצדדים הרלבנטיים (וזאת על בסיס שמיעת עמדתם והתחשבות בה)⁷⁷, ומחויבות ליצירת פתרון שפגיעתו בצדדים תהיה הקטנה ביותר או למצער להימנעות מפתרון שיסב נזק קשה מדי⁷⁸. הערכה נאמנה של הנזק העלול להיגרם מחייבת עמידה על צרכיו ומאפייניו הייחודיים של כל גורם וכן שקלול של הקשרים וההקשרים הסובבים אותו. שיקול זה מכתוב חתירה של הגורם השיפוטי המכריע לבחינת מגוון פתרונות ולהצגת פתרונות ייחודיים. מרכיבים אלה כרוכים מטבעם בהליך הגישור ומהווים חלק מעקרונותיו, אם כי הם ישימים אף במסגרת הליכים שיפוטיים אדברסריים יותר.

לנוכח מאפייניה של היחידה המשפחתית כמוקד ליצירת קשרים אינטימיים משמעותיים, ולנוכח תפקידה וחשיבותה לחבריה, ובפרט לילדי המשפחה, הזקוקים לה לשם מילוי צורכיהם הפיזיים והרגשיים, יש לבחון את השפעתו של כל פתרון שיוצע על התנהלותה, ולבחור את החלופה שתבטיח יצירת יחסים איכותיים ואת שימורם לטווח ארוך.

מכיוון שהמודל מתמקד בטיב היחסים ושואף לקידום ולשימורם של יחסים איכותיים ומזינים, לא תיחס חשיבות למסגרת היחסים כשלעצמה, לזיקה הגנטית או להגדרתם הפורמלית. מכאן שיחסי ההורות שהמודל יבקש להבטיח ולבצר אינם אלה המסורתיים דווקא. הדגש יושם ביחסי הורה-ילד, המהווים יחסי קרבה במובנם המהותי, גם אם הם אינם מוגדרים כיחסי משפחה במובנם הפורמלי. צדדים המגלמים תלות, דאגה, טיפוח ואחריות ארוכת טווח – או לפחות פוטנציאל לכך – הם שזכאים להגנה ולשימור יחסיהם. במובן זה הדגש הוא באיכות היחסים, ולא בגבולות שבהם הם נוצרים⁷⁹.

76 על שמיעת הילד וייצוגו ראו באופן כללי יאיר רונן שיתוף הילד בקביעת משמרתו (1997); קפלן, לעיל ה"ש 6; טלל דולב "האמנה בדבר זכויות הילד: עקרונות כלליים ויישומם בישראל" ביטחון סוציאלי 63, 131, 147-149 (2002); דנה פוג' "הזכות להישמע? עדויות ילדים בהליך הפלילי" הפרקליט 46, 121 (2002); דו"ח הוועדה – חלק כללי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 207-229.

77 זפרן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 625-628.

78 שם, בעמ' 632.

79 כך, למשל, יהיה במודל זה כדי לקרוא להכרה משפטית ביחסי משפחה שמגלמים מאפיינים אלה, דוגמת יחסי הורות בין בת הזוג של האם, המלווה את האם ואת הילד לאורך ההיריון ובשנות

שיקול מרכזי נוסף, שמלווה כל שאלה הנוגעת במישרין או בעקיפין בילדים, הוא הבטחת שלומם⁸⁰. בשל האינטרס האישי, המשפחתי והחברתי לשמור על רווחתו, הילד עומד במרכזו של מודל היחסים, כמודל משפחתי, קישורי ומגונן. הבטחת רווחתו של הילד נובעת ממרכיב האחראיות הניצב במרכז המודל ומן ההכרח לספק הגנה לגורמים החלשים. התפתחותו של הילד לאינדיבידואל כשיר מוסרית, בוגר ועצמאי, תלויה, פשוטו כמשמעו, בטיפול ובדאגה המסופקים לו במסגרת היחסים הבין־אישיים. כגורם פגיע, הוא ניצב במרכז העשייה הדאוגה, ומכתיב את החובה להביא בחשבון את צרכיו ולקבוע הסדר שיעלה בקנה אחד עם רווחתו, ובאופן ספציפי – עם שימורם וטיפוחם של הקשרים המשפחתיים הסובבים אותו⁸¹. יש להבטיח כי מרכיב זה ימומש אף אם קולו של הילד הקונקרטי אינו נשמע בפועל, ולבחון את השפעותיו של הפתרון הנבחר על מצבו⁸².

השיקול הקורא להתרכז ברווחת הילד משיק לעקרון טובת הילד, כפי שהוא מוכר בשיטתנו, אולם מובנו והיקף פרישתו שונים. במתכונתו הנוכחית העיקרון משמש מרכיב מוגבל המהווה משקל נגד לאינטרס או לזכויות של ההורים. במקרים רבים הוא אינו מיושם או נדחק, אף במישור העקרוני, אל מול מרכיבים נוגדים⁸³. בהקשרו של מודל היחסים, יופעל השיקול של רווחת הילד כאוריינטציה כוללת של המודל, וישקף את האינטרס המשותף להורה ולילד ואת ההנחה שההורה והילד אינם מצויים בקונפליקט. גם מקום שנסתרה ההנחה, ישמש שיקול זה מרכיב נורמטיבי לכפיית סטנדרט שייטיב עם הילד ויעדיף – במקרה של התנגשות בין זכויות – את זכויות היחס שלו. על פי המודל המוצע כאן, כל הסדר שייבחר חייב לעלות בקנה אחד עם רווחתו של הילד. במידת האפשר על ההסדר הנבחר לקדם את רווחתו של הילד באופן מרבי, אך תוך הבטחת הגשמתם של השיקולים האחרים. לנוכח מרכזיותה של המשפחה בחיי הילד,

-
- גידולו של הילד כהורה (מהותי) נוסף במשפחה שבראשה עומדות בנות זוג מאתו מין. באופן דומה יקרא מודל זה להכרה משפטית (מסוימת לפחות) בהורים "חורגים" – נוסף על האב והאם המוכרים משפטית – כדמויות מעין־הוריות משמעותיות.
- 80 על מעמדו המרכזי של הילד במסגרת מודלים רעיוניים אשר קרובים למודל היחסים, ראו: Mary–Ann Mason, Arlene Skolnick & Stephen D. Sugarman, *Introduction, in ALL OUR FAMILIES — NEW POLICIES FOR A NEW CENTURY 1* (Mary–Ann Mason, Arlene Skolnick & Stephen D. Sugarman eds., 1998); Gilbert A. Holmes, *The Extended Family System in the Black Community: A Child Centered Model for Adoption Policy*, 68 *TEMPLE L. REV.* 1649 (1995).
- 81 Matthew M. Kavanagh, *Rewriting the Legal Family: Beyond Exclusivity to a Care–Based Standard*, 16 *YALE J. L. & FEMINISM* 83, 124 (2004)
- 82 כמקור השראה לרעיונות קרובים ראו מורג, לעיל ה"ש 38 (שם דנה המחברת בעקרון מרכזיותו של הילד כאחד העקרונות המנחים באמנה); Woodhouse, לעיל ה"ש 65; Barbara B. Woodhouse, "Are You My Mother?" *Conceptualizing Children's Identity Rights in Transracial Adoptions*, 2 *DUKE J. GENDER L. & POL'Y* 107 (1995) כן ראו את עמדתה של ועדת המשנה בנושא הילד ומשפחתו, אשר תידון להלן בטקסט הסמוך לה"ש 114.
- 83 ראו בהקשר זה לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 61.

ובשל חשיבותם של קשרים בין-אישיים (ובפרט קשרי הורות מטפחים), הבטחת רווחתו של הילד בהקשרו של מודל זה משמעה חתירה לכינונם ולשימורם של יחסי משפחה מיטביים. אופן עיצובן והפעלתן של זכויות הילד עשוי אף הוא להיות מושפע מקליטת שיח היחסים. ראשית, כפי שכבר נאמר, זכויות הילד אינן מופעלות כמרכיב הכרעה בלעדי. הן מופעלות בשילוב עם המרכיבים האחרים הנובעים ממודל היחסים, ביניהם שיקולי ההכרעה שפורטו לעיל. אפשר שניתן – ועל כך ארחיב בהמשך – לראות בזכויות הילד מרכיב אחד בשיקול של רווחת הילד (במובן שעוצב כאן), המשמש כאמור שיקול מנחה להכרעה בכל הנוגע לילדים. שנית, אף הזכויות עצמן (מובנן, הגדרתן והיקף פרישתן) יעוצבו לאור המרכיבים האמורים, ועשויות בשל כך לקבל פרשנות שונה מזו המוכרת בשיח המשפטי הרגיל. תחת מודל זה הדגש עובר מראיית הזכות כמרכיב המשמש חוצץ מפני התערבות הזולת לראייתה כמרכיב המגשים את האינטראקציה בין הפרט לסביבתו, תוך הכרה בהשפעת האינטראקציה על קיומו והגשמתו העצמית של הפרט. הזכות והחירות נהפכות ממרכיבים מבודדים למרכיבים מכילים, ומושם דגש בקיומו של האחר וביחסים עמו. הבנה זו של הזכויות כרוכה כמו מאליה בהדגשת פניהן הפוזיטיביים וההגנתיים של הזכויות. אפשר כי לצד הפרשנות השונה של הזכויות המוכרות ממודל הזכויות הליברלי, יהיה בהבנה זו של קונספט הזכות כדי לקרוא ליצירתן של זכויות נוספות, כגון הזכות לקשרי משפחה, הזכות לטיפול הורי והזכות להתפתחות. הגשמת הזכות תיעשה אף היא לאור מודל היחסים, ותכתיב את הפעלתה באופן אחראי. במובן זה לא תאפשר פגיעה באחר, ובפרט בהיבטים הכרוכים ביחסים שבהם הוא מצוי, והפעלת הזכות תיסוג במקרים אלה.

לפני סיום ברצוני לעמוד על הויקה הקיימת בין הוראות האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות הילד לבין המודל המוצע כאן. כפי שאבקש להראות, ההצעה האמורה, המבקשת להפעיל את זכויות הילד בזירה המשפחתית ברוח מודל היחסים, אינה זרה לאמנה⁸⁴.

ה. האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות הילד – פרשנות אפשרית ברוח מודל היחסים

פרשנות אפשרית ואולי אפילו מתחייבת של האמנה, על חלקה המקדמי ועל הוראותיה האופרטיביות, מבטאת מחויבות לעקרונות דומים לאלה שצוינו לעיל⁸⁵. האמנה מדגישה את מרכזיותה של המשפחה בקידום רווחתו של הילד, ומבקשת להבטיח את יחסיו עם הוריו⁸⁶. נוסף על כך היא מדגישה את זכויות הילד לצד טובתו, וכן היבטים הגנתיים בזכויות שהיא

84 להבנה אחרת של האמנה והוראותיה ראו: Bruce C. Hafén & Jonathan O. Hafén, *Abandoning Children to Their Autonomy: The United Nations Convention on the Rights of the Child*, 37 HARV. INT'L L.J. 449 (1996).

85 קו מחשבה דומה מציע רונן בדיונו הקונקרטי בזכות להשתייכות. ראו רונן, לעיל ה"ש 62, בעמ' 965-958.

86 ראו דו"ח הוועדה – חלק כללי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 28. כן ראו את עמדת UNICEF בנושא, www.unicef.org/crc/index_30229.html

מעגנת ובתוכן שהיא יוצקת בהן. אפשר אף שחלק מן ההמלצות שהובאו בדו"חות של ועדת רוטלוי, ובמיוחד אלה הקבועות בדו"ח ועדת המשנה בנושא הילד ומשפחתו⁸⁷, מתיישבות עם הקו האמור. חלק זה יוקדש לבחינת הוראות האמנה ולהצגת מאפייניה הקישוריים. נוסף על כך תיבחן אף עמדתה של ועדת רוטלוי. לנוכח כתב ייפוי הכוח שעמד ביסוד כינונה של הוועדה מטעם משרד המשפטים, ולנוכח הרכבה והיקף עבודתה, נדמה שניתן לראות בתוצרי עבודתה מקור המספק פרשנות מקומית לאמנה, וזאת אף שהמלצותיה טרם עוגנו במסגרת נורמטיבית רשמית⁸⁸.

ההכרה בחשיבותה של המשפחה ובמרכזיותם של ההורים בחיי הילד ובמילוי צרכיו באה לידי ביטוי לאורך האמנה⁸⁹. מתוך הכרה במעמדה זה של המשפחה ומתוך הבנה כי היא המקום הראשון והמועדף לקידום רווחתו של הילד, מוצהרת בחלק המבואי של האמנה מחויבות להבטחת תפקודה התקיין, ובלשון האמנה: "בהיותן משוכנעות כי המשפחה, כקבוצת יסוד לחברה וכסביבה טבעית להתפתחותם ורווחתם של כל בניה, ובפרט הילדים, מן ההכרה כי יובטחו לה הגנה וסיוע, ככל הנדרש, באופן שתוכל לשאת במלוא אחריותה בתוך הקהילה"⁹⁰. עוד מכריזה האמנה כי התפתחות מלאה והרמונית של אישיות הילד מחייבת שהוא יגדל בסביבה משפחתית מאושרת ואוהבת.

דברים ברוח זו עולים אף מהוראותיה האופרטיביות של האמנה. סעיף 5, למשל, מכיר באחריות ההורה כלפי הילד, ובחובתו לספק לו (על פי צרכיו המתפתחים) הכולונה במימוש זכויותיו⁹¹. מעניין שהאמנה מזכירה בהקשר זה אף את זכויות ההורים, וזאת לצד אחריותם וחובותיהם כלפי ילדיהם, ואינה מייחדת את המושג "זכויות" לילדים בלבד⁹². סעיפים 7, 8 ו-9 מכירים בזכויותיו של הילד לקשר עם הוריו, לטיפול הורי או לכל הפחות להיכרות עמם או לידיעת זהותם. סעיף 10 קובע זכויות פרוצדורליות גלוות שמטרתן להבטיח את שימור הקשר ההורי.

87 הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה בראשות השופטת סביונה רוטלוי דוח ועדת המשנה בנושא הילד ומשפחתו, בראשות עו"ד תמר מורג (2003) (להלן: דו"ח ועדת המשנה בנושא הילד ומשפחתו). ראו במיוחד את הצהרת הכוונות בעמ' 17 ו-29, וראו גם להלן בטקסט הסמוך לה"ש 114.

88 אף בתי המשפט מתייחסים לדו"חות הוועדה כאל מקור לפרשנות האמנה. ראו, למשל, בפסיקותיו הבאות של בית המשפט העליון: בע"מ 5579/07 פלוני נ' פלוני, פדאור 33(07) 611 (2007); בע"מ 672/06 פלוני נ' פלונית, תק-על 1(2006) 3995 (2006); בע"מ 27/06 פלוני נ' פלונית, תק-על 1(2006) 163 (2006).

89 Tamar Ezer, *A Positive Right to Protection for Children*, 7 YALE H.R. & DEV. L.J. 1, 26 (2004).

90 דברי המבוא לאמנה בדבר זכויות הילד, לעיל ה"ש 1.

91 להבנה אחרת של ס' 5 ראו Hafen & Hafen, לעיל ה"ש 84, בעמ' 458.

92 זכויות ההורים מוזכרות באמנה הן ביחס לזכותם הכללית להגשים בעצמם את זכויות הילד והן בהקשרים ספציפיים, כגון הזכות להכוונת הילד בענייני דת ואמונה, חירות התנועה בין מדינות לצורך מפגש איתו ועוד. בהקשר זה ראו ס' 3, 5, 9, 10 ו-14 לאמנה, לעיל ה"ש 1.

הסעיף האופרטיבי המרכזי המכיר בחשיבותו של ההורה הוא סעיף 18. הסעיף מזהיר על אחריותם הראשונית של ההורים (במידת האפשר של שניהם) לגדל את הילד ולדאוג להתפתחותו, ומטיל עליהם את החובה לקדם את טובתו, המוצהרת כעיקרון הראשוני של הטיפול בילד. בשלב שני, ולצורך הגשמת זכויות הילד, מוטלת על המדינה (מכוח הוראת סעיף 18(2) לאמנה) החובה לסייע להורים ולספק להם את האמצעים לביצוע מטלותיהם החינוכיות כלפיו. בין היתר על המדינה להקים מערך שירותים נלווה, מוסדות ומתקנים מתאימים. נוסף על כך פוזרות לאורך האמנה ומשולבות בין הוראותיה הנחיות להורים כיצד לממש את זכויות ילדיהם, וכן הוראות למדינות כיצד לסייע להורים (ולמי שמחליף אותם באחריות היומיומית לילד) במילוי תפקידם זה⁹³.

נוסף על מחויבותה של האמנה לקשרי המשפחה במובנם הרחב והעמוק, ניתן להצביע על מרכיבים נוספים באמנה התומכים בעקרונות של מודל היחסים ששורטטו לעיל. אף שהאמנה מחויבת באופן היסודי ביותר לקידומן של זכויות הילד, אלה אינן מוצגות במסגרתה במובן הליברלי הנקי. חלק מן ההתאמות שהאמנה מציעה נובעות מן ההכרה בייחודם של הילדים כבני אנוש שכשירותם ומסוגלותם ליהנות מזכויות טרם הושלמה, וחלקן משקפות הבנה שונה במעט של מודל הזכויות. רוב הוראותיה מגלמות תפיסה משולבת המבקשת להציג זכויות מרוככות המותאמות לבעליהן ולמציאות חייהם.

העיקרון המוביל באמנה, לצד זכויות הילד, הוא עקרון טובת הילד. כפי שכבר צוין, עיקרון זה מהווה את אחד מארבעת העקרונות המובילים באמנה, וכזוה הוא חולש על מכלול הוראותיה⁹⁴. בסעיף 3 האמנה מצהירה על מקומו של העיקרון, בקובעה כי "בכל הפעולות הנוגעות לילדים, בין אם ננקטות על ידי מוסדות רווחה סוציאלית ציבוריים או פרטיים, בתי משפט, רשויות מינהל או גופים מחוקקים, תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה"⁹⁵. בהיותו אחד מארבעת העקרונות, הוא מצופה להיקרא בכל אחת מהוראותיה של האמנה, ולהיות מיושם כחלק ממילוי החובות המנויות באמנה וכחלק מן הפעולות שנקטות על פיה⁹⁶. גם ההורים, כמי שמופקדים על הטיפול בילד, מצופים לשקול שיקול זה כשיקול ראשון ומרכזי⁹⁷.

גם טיב הזכויות המוכרות באמנה מצביע על התאמה למודל ששורטט. חלק מן הזכויות נוצקות במיוחד בעבור ילדים, ואילו אחרות, המוכרות לנו מן המודל הליברלי, מקבלות תוכן שונה – קישורי ומגונן. האמנה מכירה בכך שלילד יש זכות להגנה⁹⁸. כך, למשל, באחד מסעיפיה המרכזיים נקבע כי "המדינות החברות מקבלות על עצמן להבטיח לילד הגנה וטיפול

93 ראו, למשל, ס' 20, 24 ו-27 לאמנה, שם.

94 ראו לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 21.

95 ס' 3 לאמנה בדבר זכויות הילד, לעיל ה"ש 1.

96 דו"ח הוועדה – חלק כללי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 41.

97 לצד הצהרת האמנה כי להורים יש אחריות ראשונה במעלה לגידול הילד ולהתפתחותו, מצוין כי דאגתם העיקרית תהיה טובתו. ס' 18(1) לאמנה, לעיל ה"ש 1.

98 השוו להצעתה של Ezer, לעיל ה"ש 89, להכיר בזכות להגנה פוזיטיבית כזכות מרכזית ביחס לילדים. זכות זו מעמעמת מלכתחילה את הקשיים הכרוכים בשיח הזכויות. שם, בעמ' 44-45.

ככל שיידרש לטובתו"⁹⁹. נוסף על כך מעוגנים באופן ספציפי מגוון היבטים של הזכות להגנה, ביניהם הגנה מפני ניצול כלכלי¹⁰⁰, הגנה מפני ניצול מיני¹⁰¹, הגנה מפני שימוש בסמים¹⁰² ועוד.

עיגון זכויות ייחודיות לילדים, אשר רובן נושאות אופי פוזיטיבי, צובע אף הוא את האמנה ואת מודל הזכויות המשורטט לאורה באופן שונה, אשר מתרחק מן המאפיין הליברלי המסורתי, המתמקד בחירויות הפרט ובזכויות אזרחיות. בין הזכויות הייחודיות שהאמנה מעגנת בהקשר זה, ואשר הגשמתן מוטלת בעיקרה על הרשות, ניתן למנות את הזכות להתפתחות¹⁰³; את הזכות לרמת חיים נאותה שתבטיח את התפתחותו של הילד¹⁰⁴ – זכות אשר תקודם על ידי חובת מזונות וסיוע נלווה של המדינה בתשלום ובגבייה של מזונות¹⁰⁵; את הזכות לפנאי¹⁰⁶; את זכותו של ילד פגוע לשיקום¹⁰⁷; וכן את ההיבטים השונים של הזכות להגנה שתוארו לעיל.

גם זכויות המוכרות מן השיח הליברלי, ביניהן הזכות לחופש הביטוי, זכות בגוון עמוק יותר באמנה על ידי הגברת המחויבות לקיומן. לדוגמה, חירות הביטוי נהפכת, לפחות בחלק מהיבטיה, מחירות שלילית לזכות המטילה חיובים על הרשות לצורך הגשמתה, ביניהם הבטחת נגישותם של אמצעי התקשורת לילדים, עידוד הצגת תכנים רלבנטיים לילדים ויצירת ספרי ילדים¹⁰⁸. בהקשר של הזכות לזהות מובטחת זכותו של הילד להיות מטופל על ידי הוריו¹⁰⁹, ובהקשר של חופש התנועה והזכות לצאת מן הארץ ולהיכנס אליה מושם דגש בשמירת הקשר עם ההורים¹¹⁰.

על כך יש להוסיף את המקום שהאמנה נותנת לזכויות המסוגלות כזכויות חברתיות, כלכליות ותרבותיות¹¹¹. גם במסגרת האמנה הגשמת חובות אלה מותנית ביכולתה הכלכלית של המדינה, אולם ככל שקיימת יכולת כזו, החיוב המוטל הנו מלא. בהקשר זה האמנה קובעת כי "המדינות החברות ינקטו צעדים נאותים, תחיקתיים, מנהליים או אחרים, למימוש הזכויות המוכרות באמנה זו. באשר לזכויות כלכליות, סוציאליות ותרבותיות, ינקטו המדינות החברות אמצעים כאמור, עד מירב המידה הניתנת על פי המשאבים שברשותן, ובמקום שדרוש, במסגרת

99 ס' 3(2) לאמנה בדבר זכויות הילד, לעיל ה"ש 1.

100 ס' 32 לאמנה, שם.

101 ס' 34 לאמנה, שם.

102 ס' 33 לאמנה, שם.

103 ס' 6 לאמנה, שם.

104 ס' 27 לאמנה, שם.

105 ס' 27(3)-27(4) לאמנה, שם.

106 ס' 31 לאמנה, שם.

107 ס' 39 לאמנה, שם.

108 ס' 17 לאמנה, שם.

109 ס' 7 לאמנה, שם.

110 ס' 10 לאמנה, שם.

111 חלק מן הזכויות שפורטו לעיל כזכויות ייחודיות לילד הנן זכויות חברתיות-כלכליות בהגדרתן.

שיתוף הפעולה הבינלאומי¹¹². ביחס לחלק מן הזכויות שהגשמתן כרוכה בהשקעת משאבים (ואשר אינן מסווגות בהכרח כזכויות סוציאליות) האמנה בוחרת לפרט את אופן הגשמתן. למשל, ביחס לזכות להגנה מפני אלימות גופנית ונפשית ומפני התעללות וניצול, האמנה מונה דרכים אפשריות להבטחתן¹¹³. ברי כי ההכרה בזכויות חברתיות-כלכליות ומתן מובן פוזיטיבי לזכויות אזרחיות (על פי הסיווג המקובל) אינה ייחודית לאמנה או למודל זכויות היחס המוצע כאן. עם זאת, נראה כי מודל זה תומך ביתר עוצמה בסוג זה של זכויות ובמובן הפוזיטיבי הניתן להן.

ההכרה בחשיבותה של המשפחה להבטחת רווחתו של הילד ולקידום זכויותיו נספגה אף בדו"חות של ועדת רוטלוי. דו"ח ועדת המשנה בנושא הילד ומשפחתו מצהיר על הייחודיות שבקשרי ילדים והורים, ומדגיש את חשיבותן של זכויות הילדים ליהנות מטיפוח ומדאגה של הורים, מחד גיסא, ואת מרכזיותן של סמכויות ההורים וחובותיהם כלפי ילדיהם, מאידך גיסא¹¹⁴. בדברי ההסבר שנלווים להצעת החוק עומד הדו"ח "על ייחודיותה של מערכת היחסים הקיימת בין הילד להוריו, על עדיפותם המשפטית של הורים, הנובעת מזכותו של הילד לגדול במחיצת הוריו, כל עוד הם פועלים להגשמת טובתו, ועל מערכת הזיקות האינטימיות המאפיינות את התא המשפחתי"¹¹⁵. אולם נדמה כי הדו"ח צופה על היחידה המשפחתית באופן מכשירני (אינסטרומנטלי) משהו, כאמצעי הראשוני והמיטבי להגשמת זכויות הילד וכיחידה המסוגלת לספק את צרכיו, ולא דווקא כיחידה רגשית בעלת ערך עצמי ועצמאי, כפי שעולה ממודל היחסים. באופן דומה, המקום המוקנה להורים ולקשר ההורי מדגיש את תפקידם בהגשמת זכויות הילד: "יש הכרה בנפרדות של הילד מן המבוגרים ללא ניתוק הקשר ההכרחי ביניהם, שכן ילדים זקוקים למבוגרים הן לסיפוק צורכיהם והן להדרכתם לקראת עצמאותם"¹¹⁶. גם יחסו של דו"ח ועדת רוטלוי לקונספט הזכויות מרוכך, והוא מגלם עמדה אשר עולה במובנים רבים בקנה אחד עם עקרונותיו של מודל היחסים. הדו"ח מציע, ובכך מגלם את

112 ס' 4 לאמנה, לעיל ה"ש 1.

113 ס' 19 לאמנה, שם.

114 דו"ח ועדת המשנה בנושא הילד ומשפחתו, לעיל ה"ש 87, בעמ' 27.

115 שם, בעמ' 37.

116 דו"ח הוועדה – חלק כללי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 26. מעניין שאין אחידות מלאה במסר המועבר על ידי הוועדה ביחס למקומה של המשפחה. השוואה בין הצגת העקרונות שניסחה ועדת המשנה בנושא הילד ומשפחתו בדו"ח שהגישה (עמ' 29-32) לבין אופן הצגתם בתקציר, שהובא בחלק הכללי של דו"ח הוועדה (עמ' 67-70), מלמדת כביכול על שוני במקום המיוחס למשפחה בחיי הילד. לדוגמה, ועדת המשנה בנושא הילד ומשפחתו בחרה להציב את מרכזיות הילד וזכויותיו כעיקרון ראשון מבין עשרת העקרונות. עיקרון זה נדחק בתקציר שהובא בחלק הכללי של דו"ח הוועדה למקום החמישי בלבד. מאידך גיסא, העיקרון שהובא ראשון בתקציר של החלק הכללי הוא זה המצהיר על "הכרה בחשיבות יחסי ילד-הורה ובמרכזיות התא המשפחתי" – עיקרון אשר הוצב במקום השלישי בלבד בדו"ח ועדת המשנה. מודל היחסים מעדיף, כך נדמה, את סדר העדיפויות שהציב החלק הכללי של דו"ח הוועדה.

עליונותו של עקרון טובת הילד, להכליל את זכויות הילד במסגרת טובתו¹¹⁷. במובן זה, המחויבות הראשונה היא לעקרון טובת הילד, הכולל באופן משני את זכויותיו, לצד האינטרסים שלו וצרכיו¹¹⁸. העמדת עקרון טובת הילד במקום מרכזי באמנה ופירושו ככולל את זכויות הילד מציבים למעשה את זכויות הילד במקום שני לאחר טובת הילד. זכויות הילד יוגשמו אם ועד כמה שהן תואמות את טובתו של הילד. עם זאת, ברור כי טובתו אינה מתפרשת עוד במובנה המסורתי-הפטרנליסטי, אלא מחויבת כשלעצמה לקידום זכויותיו לאור רצונו.

גם הזכויות המוצעות להכרה בדו"ח ועדת רוטלוי ממשיכות את המגמה הרואה בזכויות הילד זכויות ייחודיות בעלות תוכן קישורי-טיפול. כך, הוועדה מציעה להכיר בזכותו של ילד למבוגר שישא באחריות הורית כלפיו; בזכויות ייחודיות הנתונות לילדים במסגרת יחסי הורה-ילד, ביניהן זכותו של ילד לגדול ולהתפתח אצל הוריו; בזכותו של ילד לביטחון ולדאגה מצד הוריו; בזכותו של ילד לקשר אישי, קבוע ויציב עם הוריו; ובזכותו של ילד להכּוונה, להדרכה ולייעוץ על ידי הוריו. בין היתר מצהירה הוועדה על עמדת האמנה שלפיה על המדינה מוטלת אחריות לאפשר לילדים ליהנות מזכותם לגדול במסגרת התא המשפחתי אצל הוריהם ולשמור על קשר עמם¹¹⁹.

ו. הערה לסיכום

שיטת המשפט הישראלית נמצאת על פרשת דרכים ביחס לשאלת אימוצו של מודל זכויות הילד ואופן הגשמתו. מחד גיסא, נראה כי מודל זכויות הילד רוכש לעצמו מעמד בהדרגה. מאידך גיסא, הגשמתו אטית ולוקה בחוסר בהירות. אפשר שככל שמדובר בהפעלת מודל זה במישור של יחסי המשפחה, הוזהירות ואי-הבהירות מוצדקות. חשש טבעי קיים מהתדרת זכויות לזירה המשפחתית, וזאת בשל התאמתן המוגבלת לזירה כה אינטימית. רשימה זו ביקשה להציע נתיב להכרעה משפטית בכל הנוגע לילדים בתחום המשפחה, אשר מבקש, כחלק מהבטחת מקומן של זכויות הילד, להדגיש את יחסי הצדדים ולספק להם הגנה.

יחסי המשפחה, ויחסי הורים-ילדים בפרט, נראים כאתר המשלב רעיונות של צדק ושל אכפתיות. כך, תחולתו של מודל המחויב לקני המידה המוסריים המדגישים מרכיבים של קשר, אחריות ודאגה הדדית נראית מובנת כמעט מאליה בהקשר המשפחתי. קני המידה הכרוכים בשיח היחסים מופעלים באופן וולונטרי בהקשרים אלה, ואפשר להעריך כי תחולתם הנורמטיבית המחייבת תזכה במידה רבה של שיתוף פעולה. קושי מתעורר, כמובן, כאשר הציפייה האמורה אינה מתקיימת בפועל, קרי, כאשר יחסי המשפחה הקיימים אינם מגלמים אחריות וטיפוח או כאשר טרם התגבשו יחסי משפחה כלל. בנסיבות אלה על השיח לחתור להבטחת יחסים אלה במובן הנורמטיבי – ליצור הסדר חוקי או להבטיח הכרעה שיפוטית שתאפשר את יצירתם של יחסים אלה ואת טיפוחם.

117 להרחבה ראו ליכט-פטרן, לעיל ה"ש 62.

118 דו"ח הוועדה – חלק כללי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 127-129.

119 שם, בעמ' 69-70.

מודל זכויות הילד במשפחה כזכויות יחס, שקווים ראשונים לדמותו שורטטו כאן, תואם בעיניי אף את זכויות הילד כפי שמוצע לאמצן באמנה הבין-לאומית בדבר זכויות הילד. לצד שימור העיקרון של טובת הילד כעיקרון מוביל, ולצד הדגשת מקומה של המשפחה בחיי הילד והצורך להבטיח את תפקודה התקין, אף הזכויות כפי שעוגנו באמנה תואמות את מודל היחסים המוצע. כפי שאומר יאיר רונן בהקשר אחר, המורכבות שסעיפי האמנה יוצרים בהיקראם יחדיו משקפת את מורכבותו של המענה הרצוי לצורכי הילד. האמנה מציעה מודל לאיזון מורכב בין האינטרסים של הילד, אשר מתגבר על הפיתוי לראייה אטומיסטית פשטנית של אינטרסים אלה¹²⁰. המורכבות האמורה המגולמת בשילוב מאפייניה של אתיקת הדאגה עם אלה של אתיקת הזכויות, כמוצע במודל, מאפשרת, כך אני מקווה, השגת יעד כפול: הבטחת זכויותיהם של גורמי המשפחה החלשים (בהקשרנו – הילדים) בד בבד עם שימור המשפחה כחוף מבטחים לצורכיהם הרגשיים.

120 רונן, לעיל ה"ש 62, בעמ' 959.