

כשיחסי משפחה נתקלים בסופיות המשפט

מילי מאסס*

המאמר דן בניגוד המובנה בין העיקרון של סופיות המשפט לבין הליכים משפטיים הדנים ביחסי משפחה, אשר מתייחדים בהיותם צופים פני עתיד. ניגוד זה מתחדד כאשר יחסי משפחה מוגדרים – כפי שנעשה במאמר זה – כיחסים מעגליים שבהם הילדים וההורים משפיעים אלה על אלה ומושפעים אלה מאלה. מהגדרה זו נגזר שיתופו של הילד בהליך המשפטי לא רק כביטוי להכרה בעצמיותו, אלא גם מעצם היותו שותף פעיל ביצירת הקשר בינו לבין הוריו. הדיאלקטיקה בין המעגליות של יחסי המשפחה לבין סופיות המשפט נידונה הן מן ההיבט של החוקים והצווים השיפוטיים, אשר בולמים את ייצוגו של מעגל יחסי המשפחה בבית המשפט, והן מן ההיבט של הדרכים המאפשרות ייצוג זה.

מבוא

- פרק א: עת ועיתוי בהחלטות הנוגעות ביחסים שבין הילד להוריו
פרק ב: מעגל היחסים במשפחה
פרק ג: שיתופו של הילד בהליכים משפטיים שעניינם יחסי משפחה
פרק ד: מגבלותיה של האובייקטיביות וחיוניותה של הסובייקטיביות בסוגיית יחסי המשפחה
פרק ה: הגדרת היחס בין בית המשפט לבין המשפחה
פרק ו: רצף הצעדים המשפטיים הננקטים לשם הגנה על הילד

* מורה בכירה (בדימוס), האוניברסיטה העברית בירושלים. תודה לד"ר רות זפרן, שהזמינה אותי להשתתף בכנס לכבוד השופטת אילה פרוקצ'יה שהתקיים במאי 2012, ואשר מן ההרצאה שנשאתי בו נולד המאמר הנוכחי. ד"ר זפרן הייתה גם שותפה בעריכתו של מאמר זה. אני מודה גם לעמיתותיי מירה ברקאי, דינה ורדי, איריס זילכה ובתיה שושני על הארותיהן לגרסאות קודמות של המאמר. תודה גם לעו"ד רות וקסמן. עזרתה של ליעד טץ, מן המרכז הבינתחומי הרצליה, הייתה חיונית. כמו כן אני מודה לעורכי המאמר ענת ליאור, מתי גולדברג, שני קאופמן, אלון רווח וקובי יוסף על עבודתם המסורה ועל הערותיהם והארותיהם הפוריות. השתתפותי בסמינר של הלקסיקון הפוליטי, במסגרת מרכז מינרבה למדעי הרוח באוניברסיטת תל-אביב, היוותה מקור השראה להצגת הרעיונות במאמר זה.

פרק ז : ייצוגו של מעגל יחסי המשפחה בהליך המשפטי
סיכום

מבוא

מאמר זה מבקש להאיר את הצורך בדיאלוג פתוח בנוגע לניגוד המובנה בין הליכים משפטיים העוסקים בעתיד הקשר בין הילד להוריו לבין העיקרון של סופיות המשפט.¹ ניגוד זה מודגש, כפי שיוצג להלן, אם היחסים בין הילדים להוריהם נתפסים כתנועה מעגלית מתמשכת שבמסגרתה ההורים והילדים משפיעים אלה על אלה ומושפעים אלה מאלה.²

תפיסת היחסים בין הילדים להוריהם כמעגליים מנביעה את שיתופו של הילד בהליכים משפטיים הדנים בקשר שלו עם הוריו לא רק כזכותו, אלא כמסקנה הכרחית מהיותו שותף פעיל ביצירת הקשר עם הוריו. גם נקודת-הראות של הילד, ולא רק זו של ההורים, דרושה לשם הבנת הקשר שלו עם הוריו והערכת ההשלכות שיש ליחסם של ההורים כלפיו קודם שתינתן החלטה אשר תשפיע על עתיד יחסיו עם הוריו ותכופות תקבע את גורלם. לשם כך התערבותו של בית-המשפט צריכה להתבסס על מידע שיחשוף לא רק את מעשיהם ומחדליהם של ההורים, אלא גם את התנהגויותיו של הילד ותגובותיו, ואת המשמעות שההורים והילד מייחסים לקשר ביניהם ולהתרחשויות בחייהם. מידע כזה יכול להתבסס בראש ובראשונה על דברי הילד עצמו, על דברי ההורים ועל תיאור של תצפיות בפעילות-גומלין שגרתית בין הילד לבין הוריו.

השוני המהותי בין המעגליות הטבועה ביחסים שבין הילד להוריו לבין עקרון הסופיות לא בא לידי ביטוי בניסוח המקובל של היחס בין בית-המשפט לבין המשפחה, אשר מוגדר במישור הערכי כהתערבות של בית-המשפט באוטונומיה של ההורים ושל הילד וכחדירה שלו לפרטיותו של התא המשפחתי. הדיון שלהלן יצביע על ההשלכות

1 להתייחסות ליסוד העתידי ראו ס' 13(א)(7) לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981, הקובע כי אחד התנאים המאפשרים הכרזה על ילד כבר-אימוץ הוא ש"ההורה אינו מסוגל לדאוג לילדו כראוי בשל התנהגותו או מצבו, ואין סיכוי שהתנהגותו או מצבו ישתנו בעתיד הנראה לעין על אף עזרה כלכלית וטיפולית סבירה כמקובל ברשויות הסעד לשיקומו". יסוד זה אינו מופיע בניסוחו של חוק הנוער (טיפול והשגחה), התש"ך-1960, ס"ח 52, אך הגבלת הזמן לגבי תוקפה של החלטה לפי חוק זה מורה על הכרה במימד העתידי. ס' 13 לחוק הנוער (טיפול והשגחה) קובע כי "החלטה של בית המשפט לפי חוק זה לא תינתן לתקופה העולה על שלוש שנים; אולם רשאי בית המשפט להאריך תקפה מדי פעם לתקופה שלא תעלה על שלוש שנים". החלטות בדבר משמורת ילדים (בהליכי גירושם ובמקרים של חטיפת ילד) אינן סופיות, ושינוי נסיבות יכול להצדיק דיון נוסף. ההכרה במרכיב העתידי בהחלטות אלה מהווה מצב ייחודי בעולם המשפט.

2 ראו: DAVID HUNT, PARENTS AND CHILDREN IN HISTORY: THE PSYCHOLOGY OF FAMILY .IN EARLY MODERN FRANCE (1972).

של החוקים והצווים המתירים התערבות בפרטיותו של התא המשפחתי – השלכות אשר מונעות את ייצוגו של מעגל יחסי המשפחה בהליכים המשפטיים וכולמות את האפשרות לקיים דיאלוג פתוח בנוגע לניגוד שבין אופיים המעגלי של יחסי המשפחה לבין עקרון הסופיות המנחה את ההליך המשפטי. קיים מנעד של מצבים שבהם היחס שבין סופיות המשפט לבין יחסי המשפחה בא לידי ביטוי: בקצהו האחד מצויים מצבים שבהם יש חריגה מוצהרת מעקרון הסופיות, ובקצה האחר של המנעד יש מצבים שבהם לסופיות יש השלכות הרוט-גורל על היחסים בין הילד להוריו.

את הדיון אפתח בהצגת חשיבותו של העיתוי שבו בית-המשפט נותן החלטות שמתייחדות בהיותן צופות פני עתיד. לאחר-מכן אציג את התפיסה של יחסי משפחה כתנועה מעגלית, אראה כי מתפיסה זו נובעת משמעות שיתופו של הילד בהליכים המשפטיים והגדרת זכותו ליחסים, ואדון באופיים הסובייקטיבי של הנתונים שנדרשים לדיון המשפטי ביחסי המשפחה. בהמשך אפרוש את ההיבטים השונים של הגדרת היחס בין בית-המשפט לבין המשפחה כחדירה לפרטיותה, אצביע הן על הקשיים המהותיים בייצוג מעגל היחסים במשפחה והן על הקשיים שנובעים מן החוק ומן הצווים השיפוטיים, ואפרט את מנעד ההליכים המשפטיים מן הבחינה של מידת סופיותה של ההחלטה המתחייבת. אסיים בהצעה לייצוג מעגל היחסים במשפחה ולעריכת שינויים בהליכים המשפטיים שיאפשרו את הצגת הדיאלקטיקה בין יחסי המשפחה לבין עקרון סופיות המשפט בצורה ישירה ופתוחה.

פרק א: עת ועיתוי בהחלטות הנוגעות ביחסים שבין הילד להוריו

כאשר מתגלעים קשיים ביחסים בין הילד והוריו, וקשיים אלה עלולים לפגוע בילד, תפקידו של בית-המשפט הוא למצוא פתרון שיבטיח את שלומו של הילד. ההליך המשפטי במצבים אלה אינו מתמצה בבירור האמת ובהטלת האחריות למעשה שכבר נעשה על אחד הצדדים שמתדיינים לפניו; החלטתו של בית-המשפט במקרים אלה משפיעה – לפעמים באופן עמוק ביותר – על עתיד יחסיו של הילד עם הוריו, ולעיתים גם גוזרת את גורלו של הילד.

התדיינות שהתקיימה בבית-המשפט העליון בשנת 2011 בשאלת הכרזתה של קטינה כבת-אימוץ ללא הסכמת אמה מבליטה את חשיבות העיתוי שבו ניתנת החלטה שיש לה השלכות עתידיות גורליות. פסק-דין של בית-המשפט העליון הפך את פסקי-הדין של בית-המשפט המחוזי ושל בית-המשפט לענייני משפחה, כאשר קיבל את ערעורה של אם וביטל את הכרזת בתה כבת-אימוץ.³ בהחלטתו הורה בית-המשפט העליון על החזרת הילדה לרשות אמה, לאחר שתהליך הגמילה של האם מסמים הסתיים בהצלחה ועלה

3 בע"מ 7204/10 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 22.2.2011) (להלן: בע"מ פלונית).

בידה לשקם את חייה – היא החלה לעבוד באופן סדיר וחדשה את קשריה עם משפחתה. השינוי שחוללה האם במצבה לאחר מתן פסק־הדין בערכאות הדיוניות ולפני ההכרעה הסופית בערכאת הערעור מדגיש את המשמעות שיש לעיתוי שבו בית־המשפט נותן הכרעה סופית ובלתי־הפיכה.

הרכב של תשעה שופטים נקרא לשוב ולדון בשאלה העקרונית שעלתה לנוכח עיתוי השינוי במצבה של האם והשלכותיו על הדיון בערעורה: "האם ובאילו נסיבות ניתן להתחשב בשינוי שחל במצבו של ההורה הביולוגי בשלב הערעור, לאחר הכרזת הקטין כבר אימוץ כלפיו?"⁴ השופט חנן מלצר, שניסח את החלטת הרוב בדיון הנוסף שהתקיים באותו מקרה, נדרש לצפי העתידי בדבר השינוי שיחול במצבו של ההורה כפי שמתחייב מחוק אימוץ ילדים.⁵ השופט הדגיש כי הערכת אפשרות השינוי העתידי מתבססת על הבנת התנועה ביחסי המשפחה בהווה בעת הדיון המשפטי:

"אם מובאת בפני בית המשפט שלערעור ראייה על כך שההורה שינה בינתיים מדרכיו ועתה הוא בעל מסוגלות הורית... משמעות הדבר היא שהקביעה הקודמת של הערכאה הדיונית שלפיה: 'אין סיכוי שהתנהגותו או מצבו [של ההורה] ישתנו בעתיד הנראה לעין', כנדרש בסעיף 13(א)(7) לחוק, היתה קביעה שגויה, עוד במועד נתינתה. אין כל חשיבות לכך שהנתונים וההערכות שעמדו בפני הערכאה הדיונית לימדו על כך שהתנהגותו, או מצבו של ההורה הם כאלה ש'אין סיכוי' כי התנהגותו ומצבו ישתנו בעתיד הנראה לעין. קביעת הערכאה הדיונית היתה מוטעית לא משום שהפעילה את שיקול דעתה באופן בלתי הולם, אלא מן הטעם הפשוט שאחת מן השתיים: לא היו בפניה מלוא הנתונים הרלבנטיים, או שההערכות שהוגשו לה לגבי העתיד התבררו בדיעבד כלא מדויקות כל צורכן, והרי הכל יודעים שהנבואה פסה מן העולם."⁶

על שתי הסיבות שמנה השופט מלצר לקביעה המוטעית של הערכאה הדיונית אפשר להוסיף סיבה שלישית, והיא התפיסה שרואה בכשלוננו של הורה עדות לליקוי מקובע⁷ – תפיסה שעל־פיה ניתן להעריך כי אין סיכוי שהתנהגותו של ההורה תשתנה בעתיד. במקרה הנידון באה תפיסה זו לידי ביטוי בהחלטתו של בית־המשפט לענייני משפחה כי התמכרותה של האם לסמים אינה אלא תסמין של מבנה אישיותה הלקוי, וכי זה הגורם לתפקודה ההורי הכושל. על־פי תפיסה זו, מאמציה של האם להיגמל, אשר הערכאות הדיוניות היו מודעות להם, אינם יכולים להבטיח שינוי בהתנהגותה של האם וביכולתה

4 דנ"א 1892/11 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית**, פס' 4 לפסק־דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 22.5.2011) (להלן: דנ"א פלונית).

5 ראו לעיל ה"ש 1.

6 דנ"א פלונית, לעיל ה"ש 4, פס' 35 לפסק־דינו של השופט מלצר (ההדגשה במקור).

7 בית־המשפט לענייני משפחה שהכריז על הקטינה כבת־אימוץ הסתמך על הקביעה כי התפקוד ההורי הלקוי של האם נעוץ באישיותה. שם, פס' 7 לפסק־דינו של השופט מלצר.

לגדל את בתה. התפיסה שרואה באישיותו של ההורה הסבר להתנהגותו מנוגדת לתפיסה הרואה בהתנהגותו גם ביטוי להשפעתו של הילד עליו ותגובה על נסיבות חיים – תפיסה אשר באה כאמור לידי ביטוי בחוק אימוץ ילדים, המחייב להעריך אפשרות לשינוי בהתנהגותו של ההורה. לא רק שהנבואה פסה מן העולם, כפי שציין השופט מלצר, אלא שהתפיסה הרואה בהתנהגותו של ההורה ביטוי לפעילות-גומלין בין אישיותו לבין נסיבות חייו מקשה את הניבוי, מפני שתפיסת ההתנהגות כביטוי של השפעת נסיבות חיים על אישיותו של ההורה אינה מאפשרת להבחין בין סובב למסובב, ולקבוע קשר ליניארי והכרחי בין גורם מסוים לבין תוצאה צפויה, כנדרש מניבוי. אולם, כפי שידון להלן, ניתן להמיר "ניבוי" ב"תחזית", כלומר, לתאר מגמה אשר המשכיותה מותנית בהעדר נסיבות בלתי-צפויות.⁸

בקריאת פסק-הדין במקרה הנידון מתגלה כי הקשר עם בתה היה חשוב מאוד לאם, וכי היא עשתה מאמצים ניכרים כדי להיגמל מן ההתמכרות לסמים, כדי שתוכל לגדל את בתה, עוד לפני שהוגשה בקשה לבית-המשפט להכריז על בתה כבת-אימוץ. כאשר הסתמנה הצלחה התחלתית בהליך הגמילה מסמים, הוחזרה בתה לחזקתה, אך לאחר שבאחת מברדיקות-המעקב נמצאו אצלה עקבות של סם, נלקחה הבת ממנה והוגשה בקשה להכריז עליה כבת-אימוץ.⁹ האם טענה כי תוצאות הברדיקה הושפעו מתרופה שנטלה.¹⁰ פסק-הדין אינו מציין את תגובתן של הרשויות על טענת האם, ואם היה בטענתה זו ממש. העדר התגובה על טענתה של האם מעיד על חוסר אמון בדבריה, אם לא על ביטולם מכל וכל, והוא מהווה ביטוי לתפיסה שרואה בכשלוננו של ההורה עדות לליקוי אישיותי קבוע ובלתי-ניתן לשינוי. הכרה בהתנהגותו של הורה כדינמית וכמשתנה הייתה מחייבת בחינה של טענת האם, ובכל מקרה הידיעה שגמילה מסמים כרוכה בקושי רב מאוד הייתה אמורה לשכנע את הרשויות לתת משקל רב יותר למאמצים הניכרים שעשתה האם לפני מה שהוגדר כמעידה, ולראות במאמצים אלה מגמה שיכולה להצדיק לפחות מתן הזדמנות נוספת. תחזית עתידית הייתה יכולה להתבסס גם על הערכת הקשר של הילדה לאמה – נושא שמוזכר רק בפסק-הדין שניתן בשלב הערעור.¹¹ עדות לקשר חזק של הילדה לאמה הייתה יכולה להוסיף משקל לאפשרות של מתן הזדמנות נוספת, משום שקשר של הילדה לאמה יכול לחזק את האם במאבקה הקשה נגד ההתמכרות

8 SIBYLLE ESCALONA & GRACE MOORE HEIDER, PREDICTION AND OUTCOME: A STUDY IN CHILD DEVELOPMENT (1959); Michael Rutter, *Continuities and Discontinuities in Socioemotional Development: Empirical and Conceptual Perspectives*, in CONTINUITIES AND DISCONTINUITIES IN DEVELOPMENT 41 (Robert N. Emde & Robert J Harmon eds., 1984).

9 דנ"א פלונית, לעיל ה"ש 4, פס' 5–7 לפסק-דינו של השופט מלצר.

10 בע"ם פלונית, לעיל ה"ש 3, פס' 4 לפסק-דינו של השופט הנדל.

11 לא מיותר להוסיף כי בית-המשפט העליון מציין שנתון זה לא הוצג לפניו. ראו דנ"א פלונית, לעיל ה"ש 4, פס' 56 לפסק-דינו של השופט מלצר.

לסמים.¹² ילדים, כפי שאציג להלן, משפיעים על התנהגות הוריהם, ולא רק מושפעים ממנה.

עדות בדבר הקשר של הילדה לאמה דרושה כדי להעריך את ההשלכות שעשויות להיות לניתוק של קשר זה. זאת, בהינתן שניתוק כזה עלול על פניו לפגוע בילדה, והרי תכליתו של ההליך המשפטי היא לקבוע מהו הפתרון שיגן על הילדה מפני פגיעה. לחשיבות של הערכת הקשר בין האם לבתה יש הד בפסק-הדין שמאזכר לעיל, כאשר השופט אומר: "מסוגלותו של הורה הרי איננה ביחס למילוי צרכיו של כל ילד בעולם, או ילדו שטרם נולד, כי אם מילוי צרכיו של הילד הספציפי: עליו לדאוג לילדו כראוי, כאמור בסעיף 13(א)(7)."¹³

בעילה של אימוץ ללא הסכמת הורים בשל אי-יכולתם לגדלו, לעיתוי שבו בית-המשפט נותן את החלטתו יש משקל קריטי, מאחר שזו החלטה סופית ובלתי-חוזרת. אך גם בהליכים שלגביהם חלה ההוראה בדבר אי-סופיותה של החלטת בית-המשפט, כגון מקרים של גירושים ומקרים של חטיפה, יש חשיבות רבה לעיתוי שבו בית-המשפט מקבל את החלטתו, מפני שעצם ההחלטה הראשונית יוצרת מצב שמשפיע ומשנה את היחסים בין הילד לבין הוריו. המימד העתידי שקיים בהליכים משפטיים שדנים בהגנה על הילד מחייב את בית-המשפט לבסס את החלטתו על תחזית, ולשם כך יש צורך בייצוג השפעות-הגומלין שיוצרות את יחסי המשפחה.

פרק ב: מעגל היחסים במשפחה

בשנות השישים של המאה הקודמת חל מפנה בחקר התפתחות התינוק. במקום להניח מה הם צרכיו של התינוק ולגזור מהנחות אלה מה צריכה להיות התנהגותו של ההורה, כפי שהיה מקובל עד לאותו זמן, ערך ג'ון בולבי תצפיות בפעילות-הגומלין שבין התינוק לבין ההורה.¹⁴ עיתויו של מפנה זה בחקר התנהגותו של התינוק, שהתרחש בד בבד עם תחילת תפוצתו של הצילום במצלמות וידיאו, אפשר את חשיפת הניואנסים הדקים של ההשפעות ההדדיות שבין התינוק וההורה, ואת גילוי יכולתו המולדת של התינוק לגייס את הגנתו וטיפולו של ההורה באמצעות בכיו וחיוכו. את התפיסה החד-כיוונית שראתה בתינוק מושא סביל שרק מגיב על טיפולו של ההורה, המירה התפיסה המעגלית, אשר

12 עמדה כזו נתפסת תכופות כאילו ההכרה בהשפעתו של הילד על ההורה מטילה על הילד אחריות והוא מצופה להביא לידי שינוי בהתנהגות ההורה. זוהי תפיסה שגויה. היא אינה מבחינה בין אחריות, שמחייבת פעולה מכוונת, לבין יחסים שנוצרים ומתהווים תוך כדי השפעות הדדיות. בהבחנה בין "אחריות" לבין "יחסים" אני דנה ביתר הרחבה בפרק הבא.

13 דנ"א פלונית, לעיל ה"ש 4, פס' 47 לפסק-דינו של השופט מלצר.

14 תצפיות ישירות בהתנהגות התינוק הובילו לפריצת-דרך ולמהפכה בהבנת התפתחות התינוק. ראו: JOHN BOWLBY, ATTACHMENT (1969); DANIEL N. STERN, THE INTERPERSONAL WORLD OF THE INFANT (1985).

רואה בתינוק שותף פעיל ביצירת הקשר בינו לבין ההורה. תינוקות וילדים שונים זה מזה ביכולתם לגייס את הוריהם, ואילו הורים שונים זה מזה בנסיבות חייהם, ביכולתם להבין את איתותיהם של התינוקות ואת התנהגויותיהם של הילדים, ובהעדפותיהם לגבי דרכי התגובה. תגובות ההורים משפיעות על הילד, וחוזר חלילה. מעגלי היחסים שנוצרים בין ילדים להוריהם מבטאים את יכולותיהם והעדפותיהם של הילד ושל ההורים. תפיסה זו מערערת על ההנחה שעל-פיה מבנה האישיות של ההורים קובע את יחסיהם עם ילדיהם ואת התפתחותם של הילדים.¹⁵ מחקרים אמפיריים אישרו את מה שכל הורה יודע מנסיונו: לא רק ההורה משפיע על הילד, אלא גם הילד – בעצם קיומו, במזגו ובהתנהגותו – משפיע על ההורה.¹⁶

לא קל לייצג את התנועה המעגלית המתמדת שמתרחשת ביחסים בין ילדים להוריהם, שבהם כל אחד משפיע על האחרים ומושפע מהם. לצופה מבחוץ קשה להבחין בניואנסים הדקים של השפעת הילד על התייחסותו של ההורה אליו.¹⁷ מה שגלוי ונצפה הוא הכללים שעל-פיהם התא המשפחתי מתנהל, ואלה נקבעים, במעשה ובמחמדל, על-ידי ההורים. ההורים הם שאמורים לשאת באחריות לניהול חיי המשפחה ולהאציל ממנה לילדים במידה שתואמת את שלבי התפתחותם. אך אחריותם של ההורים, אשר ככל אחריות מוגדרת ונמדדת ברובד המוסרי, נבדלת מזיהוים כגורם שקובע את הכיוון שבו יחסי המשפחה נעים. זיהוי זה נעשה ברובד המדעי-האמפירי.¹⁸ להבדל בין הטלת האחריות על ההורים לבין זיהוים כגורם הקובע את כיוון היחסים בינם לבין הילד יש השלכות על תפיסת מקומו של הילד במעגל יחסיו עם הוריו. הטלת האחריות על ההורים מבטאת את ההכרה בייחודו של הילד, אשר בשל גילו הצעיר זקוק להגנה ולסיפוק צרכיו על-ידי מבוגרים. לעומת זאת, זיהוים של ההורים כגורם הקובע

15 ראו דיון בהנחות השונות לגבי הקשר בין אישיותם והתנהגותם של ההורים לבין התפתחותו של הילד: Arnold J. Sameroff & Michael J. Chandler, *Reproductive Risk and the Continuum of Caretaking Casualty*, in 4 REVIEW OF CHILD DEVELOPMENT RESEARCH 187–244 (F.D. Horowitz et al. eds., 1975).

16 ראו, לדוגמה: Michael Lewis & Leonard A. Rosenblum eds., 1974); John Newson, *An Intersubjective Approach to the Systematic Description of Mother-Infant Interaction*, in STUDIES IN MOTHER-INFANT INTERACTION 47 (Schaffer H. Rudolf ed., 1977); Cowlin Trevarthen, *Communication and Cooperation in Early Infancy: A Description of Primary Intersubjectivity*, in BEFORE SPEECH: THE BEGINNING OF INTERPERSONAL COMMUNICATION 321 (Margaret Bullowa ed., 1979).

17 הדבר אינו נכון לגבי ההשפעה שיש לילד מאותגר התפתחותית על יחסיו עם הוריו, שכן השפעה זו היא דרמטית וגלויה לעין. ראו מאירה וייס אהבה התלויה בדבר – הילד הפגוע בעיני הוריו (1991); ETHEL ROSKIES, ABNORMALITY AND NORMALITY (1972); SELMA FRAIBERG, INSIGHTS FROM THE BLIND (1977).

18 Mili Mass, *Legal Parenthood and Continued Parent-Child Relationships – The Moral and Experiential Aspects of Parenting*, 2(3) ADOPTION Q. 39 (1999).

את מערכת היחסים¹⁹ מציב את הילד כאובייקט של התייחסות ההורים, ושולל ממנו את ההכרה בהיותו סובייקט שמשפיע על סביבתו.

תפיסת היחסים בין הילד להוריו כמעגלית מצמצמת מאוד – ואפילו מאיינת – את היכולת לנבא את ההשפעות של מעגל היחסים על הילד. ניבוי מבוסס על קשר ליניארי והכרחי בין גורם מסוים לבין תוצאה צפויה, ואילו התפיסה המעגלית שוללת את קיומו של גורם שקובע את כיוון היחסים, וממילא אינה מבססת את ההערכה על קיומו של קשר ליניארי כלשהו. על-כן אי-אפשר לנבא את התוצאה של ההשפעות ההדדיות בין הילד והוריו. ההכרה בהשפעות אלה מאפשרת לתאר את כיוון היחסים, אך המשכיותו והתחזית בדבר השלכותיו מותנות בהעדר נסיבות בלתי-צפויות.²⁰ מן ההיבט הזה, ההסדר שמיחד את ההליכים בעניין משמורת ילדים, שבמסגרתו החלטות בית-המשפט אינן סופיות, נותן ביטוי למגבלות החיזוי. אותן מגבלות עצמן עושות את ההחלטה בדבר האימוץ לגורלית, שכן קשה לנבא איך ישפיע על הילד ניתוקו מהוריו – כמתחייב מן האימוץ הסגור, המשמש בארץ בררת-מחדל – ואי-אפשר לנבא כיצד יתפתח הקשר בינו לבין מאמציו. יותר משהחלטה להכריז על ילד כבר-אימוץ מבטיחה את עתידו של הילד, היא מכוונת להגן עליו מפני העבר וההווה.

בוותור על התפיסה החד-כיוונית, אשר מזהה את ההורים כגורם הקובע את היחסים עם הילד ובכך מאפשרת ניבוי, גלום ויתור על ודאות שדרושה מאוד בעת מתן החלטות הרוח-גורל שצופות פני עתיד, דוגמת ההחלטה לגבי הדרך שבה יימשך או ינותק הקשר בין הילד להוריו. ייתכן שהצורך בוודאות הוא הסיבה לכך שהתפיסה המקובלת אינה מכירה בהשפעתו של הילד על סביבתו. תפיסה זו באה לידי ביטוי, בין היתר, בטענה השגורה שמעמתת את האימוץ עם ה"ניסוי", כפי שמוגדרת החזרתו של הילד לידי הוריו²¹ לאחר שהוצא מרשותם בצו-חירום.²² לא רק מסך

19 יש להבחין בין גורם שקובע את כיוון היחסים לבין גורמים שמשפיעים עליו. התנהגות ההורים והתייחסותם לילד הם בוודאי אחד הגורמים שמשפיעים עליו ועל התפתחותו, אבל הם אינם גורם בלעדי, ולכן אי-אפשר לומר שההורים קובעים את התפתחותו. ראו Sameroff & Chandler, לעיל ה"ש 15.

20 Rutter, לעיל ה"ש 8.

21 ראו, לדוגמה, ע"א 325/87 פלוגית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מב(1) 857, 848 (1988); רע"א 669/00 פלוגית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נד(3) 196, 218 (2000) (להלן: רע"א פלוגית); רע"א 1841/08 פלוגית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ס יג(8) לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 22.5.2008); בע"מ 3329/08 פלוגית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ס טו(2) לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 18.6.2008) (להלן: בע"מ 3329/08); וכן מירה ברקאי ומילי מאסס משמעות המושגים "מסוגלות הורית" ו"טובת הילד" – בפסקי דין של בית-המשפט העליון הדנים באימוץ קטינים 81–82 (1998).

22 העברת הילד למשפחה שמיועדת לאמצו עוד לפני שהילד הוכרז כבר-אימוץ מותרת על-פי צו-חירום שמנוסח בס' 12(ג)(1) לחוק אימוץ ילדים: "ראה עובד סוציאלי לפי חוק האימוץ שהדבר מוצדק כדי למנוע נזק לילד, רשאי הוא, אף בלא הסכמת ההורים או הכרזה על הילד כבר-אימוץ, לקבוע את מקום הימצאו של הילד או למסרו למי שהסכים לקבלו לביתו, לרבות למי שהסכים לקבלו לביתו בכוונה לאמצו; פעולה כאמור טעונה את אישור בית המשפט".

הסודיות²³ שהילד נעלם מאחוריו עם הימסרו לידי המשפחה המאמצת מונע ידיעה על כשלונות באימוץ ומאפשר בכך להתעלם מאי-הוודאות הגלומה בצעד זה; ההגדרה הא-פריורית של האימוץ כצעד שאינו ניסוי, כפתרון, מושפעת גם מן התפיסה החד-כיוונית, אשר רואה בעצם ההערכה כי המיועדים לאמץ יכולים לגדל ילד את הגורם שמבטיח את הצלחת האימוץ. אבל הערכה זו נעשית פעמים רבות עוד לפני שנבחר הילד שאותם מיועדים לאמץ יאמצו, ובוודאי לפני שנבחנו ההשלכות של הזרות האופפת את כניסתו של ילד למשפחה חדשה – זרות המצדיקה את הגדרתו של צעד זה כניסוי. הילד מגיע לבית שיש בו רחשים וריחות שונים מאלה המוכרים לו; גם הריתמוס שבו בני המשפחה נעים והשימוש שלהם במרחב שונים מאלה שאליהם התרגל בבית הוריו. הריתמוס ודרך השימוש במרחב – יסודות שאותם הגדיר האנתרופולוג אדוארד הול²⁴ כַּתְּשִׁיתִית של יחסים אינטימיים – נעשים בבלי דעת, ולפיכך אין ביכולתם של ההורים המאמצים לזהות אותם כמקור להשפעה שיש להם על התהוות היחסים ולנסות להתאים את עצמם אל הילד. הילד הוא שצריך לסגל את עצמו להוויה הזאת, ומאמציו להתאים את עצמו לחיים במשפחה המאמצת משפיעים על ההורים המאמצים ועל התייחסותם אליו. התגובה על אוכל בלתי-מוכר היא ביטוי ישיר, מודע וגלוי של ההתרחשויות הללו, ולכן המאמצים יכולים להתאים אותו לטעמו של הילד. מן המידה הרבה שבה נושא האוכל חוזר ועולה בדבריהם של מאמצים ניתן ללמוד על השפעתה הרבה של ההסתגלות היומיומית השתוקה של הילד על התפתחות היחסים בינו לבין מאמציו. הגדרת האימוץ כפתרון כבר בשלב הדיון המשפטי מתעלמת מן הנטל שעל הילד לשאת כדי לאשר אותה.

תלונות על טעמו של האוכל נשמעות גם מפי ילדים שחזרו לבית הוריהם לאחר שכבר שהו תקופה מסוימת במשפחה שיועדה לאמצם והתרגלו לטעמו של האוכל בביתה של משפחה זו. תגובות אלה מעידות על הזרות שהשתררה בין הילד לבין הוריו/מולידיו מאז הוצא מרשותם בתוקף צו-חירום. לזרות זו יש כמובן השלכות על ההורה ועל התייחסותו לילד, והיא מעידה על המכשלה הגלומה בפלישת הצו השיפוטי אל מעגל היחסים שבין הילד לבין הוריו. דוגמה לכך ניתן למצוא בדיווח על תצפיות שנערכו בפגישות בין אם לבין שלושת ילדיה – יצחק בן השש, גלית בת החמש ואור בן השלוש וחיצי²⁵ – אשר שנתיים קודם לכן נלקחו מחזקתה בצו-חירום²⁶ והועברו לבית-

23 ראו ס' 34(א) לחוק אימוץ ילדים וכן מילי מאסס בשם טובת הילד – אובדן וסבל בהליכי האימוץ 211 (רסלינג, 2010) (להלן: מאסס בשם טובת הילד).

24 ראו: EDWARD T. HALL, THE HIDDEN DIMENSION (1966); EDWARD T. HALL, THE DANCE OF LIFE (1983).

25 כל השמות בדויים.

26 צו-חירום מצוי גם בס' 11(א) לחוק הנוער (טיפול והשגחה): "היה עובר סוציאלי לפי חוק הנוער (טיפול והשגחה) סבור כי קטין הוא נזקק ונשקפת לו סכנה תכופה או שהוא זקוק לטיפול רפואי או אחר שאינו סובל דיחוי, רשאי הוא לנקוט בכל האמצעים הדרושים לדעתו למניעת אותה סכנה או למתן אותו טיפול אף ללא הסכמת האחראי על הקטין, ובלבד שלא יוחזק קטין יותר משבוע ימים מחוץ לרשותו של האחראי עליו אלא באישור בית המשפט."

ילדים חסוי. רק חודשים מספר לאחר שנלקחו הילדים גילתה האם כי הילדים הועברו לחזקת השירות למען הילד,²⁷ וניתנה לה רשות להיפגש עם הילדים אחת לחודש למשך שעה, תמיד בנוכחות עובד אחד (או יותר) מצוות בית-הילדים. יתר על כן, בפועל לא תמיד אפשר בית-הילדים לקיים פגישות אלה כסדרן. רק לאחר שהתקבלה הוראה מפורשת מבית-משפט ניתנה לה אפשרות לקיים איתם פגישות דו-שבועיות, ונשמרה רציפותן. להלן סיכום התצפיות שנערכו לאחר שחל שינוי בדפוס הפגישות:

"התחרות עם אנשי הצוות המטפל הקשתה עליה מאוד והיא האמינה שהם תפסו את מקומה בלב הילדים. את השינוי בהתייחסות הילדים אליה היא ייחסה לא לרציפות המפגשים – שנכפתה, כאמור, על-ידי בית-המשפט – אלא ל'ויתור' של אנשי בית הילדים על מקומם אצל הילדים. הסבר זה מצביע על הפגיעה הקשה בדימוי העצמי שלה כאם, שנגרמה, בין היתר, בשל העברת הילדים למסגרת חסויה שמִשְׁטָרָה את הקשר שלה עם ילדיה ופגעה ביכולתה לגלות כלפיהם קרבה.

הפגישות האחרונות של האם עם ילדיה מאששות את תפיסת ההורות כביטוי למעגל היחסים של ההורה עם הילד. האם שיקמה את עצמה, שכרה דירה והתפרנסה מעבודה במשק בית, בנוסף לכך ניתנה לה האפשרות להיפגש עם ילדיה ברציפות. הביטחון שרכשה התבטא ביחסיה עם ילדיה – ואלה, בתורם, הגיבו בשמחה והראו לה עד כמה היא חשובה להם. תגובותיהם ריגשו אותה ואותתו לה שמקומה בחייהם לא נמחק. הביטויים המרגשים של הקשר של הילדים לאמם שצפו ועלו רק לאחר שהוסדר רצף הפגישות – כמו שאלתה של גלית בעת הפגישה עם האם אם יש לה תינוק 'חדש' בבית, ובקשתו של יצחק שהבית שבנה מקוביות לגו יישאר עד הפגישה הבאה – מעידים שאת הניתוק מאמם ואת דפוס הביקורים הקודם הם חוו כנטישה. בהתנהגותם הם ויתרו, כביכול, על הקשר עם האם – והיא, מצדה, הגיבה באדישות ובמה שנצפה כתגובות מכאניות. זו דוגמה למעגל של יחסים חבולים שבו עמדת הילדים, המרגישים נטושים, מזינה את תחושת ההורה שהוא איננו חשוב להם – ותגובתו מזינה את עמדתם. הפתעתם של הילדים כשגילו את תמונתם בארנק של אמם והפתעתה של האם כשאור רצה לאחוז בידה, חושפות את מידת הפגיעה: הילדים מתקשים להאמין שמקומם בחייה של האם נשמר למרות הניתוק הפיזי ביניהם, והאם מתקשה להאמין בחשיבות מקומה בחיי ילדיה.

לא רק ילדים זקוקים לתגובות של חום ואהבה מהוריהם; גם הורים זקוקים לתגובות כאלה מילדיהם כדי להזין את משאביהם. עם שינוי כיוון המעגליות בפעילות הגומלין, כפי שנצפה בפגישות האחרונות, נחשפה ההשפעה המזיקה של הניתוק שנכפה על האם והילדים במשך חודשים ארוכים. אלא שעוצמת

27 כינויה של הרשות המרכזית והיחידה לאימוץ בישראל.

הפגיעה התגלתה רק לאחר שהתערבות בית-המשפט שינתה את משטר הפגישות...²⁸

העיוות שנגרם ליחסים בין הורים וילדיהם בעקבות פרידה שנאכפת באמצעות צווי-חירום, ואשר כרוכה גם במשטור הקשר בין ההורים לילדים, אינו נשקל, למשל, כאשר מושמעת הטענה נגד הימשכות הדיונים בסוגיית האימוץ בשל אי-יכולתם של ההורים לגדל את ילדם. טענה זו מתייחסת לעיכוב בהכרות הילד כבר-אימוץ, ולא לעיוות שנגרם ליחסים בין הילד לבין הוריו.²⁹ גם העובדה שמעגל היחסים בין הילדים להוריהם מוצג לפני בית-המשפט רק לאחר שכבר התכונן קשר ממושט ומנכר בין הילדים להוריהם אינה מקבלת את משקלה הראוי, אולי בגלל ההנחה הרווחת שרואה בקשר של הורים לילדיהם ביטוי של יכולת מולדת של ההורה אשר פרידה כפויה בינו לבין ילדו אינה יכולה להשפיע עליה.

לתפיסת היחסים בין הילד להוריו כמעגליים יש השלכות על ההכרה בילד כישות עצמאית ועל מעמדו של הילד בהליכים המשפטיים שדנים ביחסים אלה. על כך בפרק הבא.

פרק ג: שיתופו של הילד בהליכים משפטיים שעניינם יחסי משפחה

בסוגיית שיתופו של הילד בהליכים משפטיים העוסקים בקשר בינו לבין הוריו אדון תוך השוואה בין הצגתו של שיתוף זה באמנה הבין-לאומית בדבר זכויות הילד,³⁰ כנובע מעמדה ערכית המבטאת את ההכרה בעצמיותו של הילד, לבין ההצגה המוצעת במאמר זה, קרי, שיתוף הילד בהליכים כמסקנה הכרחית מן התפיסה המעגלית של היחסים בינו לבין הוריו. את הדיון בהצגת שיתופו של הילד על-פי האמנה הבין-לאומית בדבר

28 מאסס בשם טובת הילד, לעיל ה"ש 23, בעמ' 53–54. ראו את הסיפור במלואו בפרק הראשון – "מסוגלות הורית" – סיפורם של ילדי משפחת זיו" (שם, בעמ' 19–59).

29 זאת, על-סמך ידע אישי המבוסס על נסיוני כעדה מומחית בהליכים של הכרות ילד כבר-אימוץ על-פי ס' 13(א)(7) לחוק אימוץ ילדים. ראו גם הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה דוח ועדת המשנה בנושא ייצוג נפרד לילדים בהליכים אזרחיים ס' 6 (2003) (להלן: דוח בנושא ייצוג נפרד לילדים), המדבר על כך שבחלוף הזמן נפגעים סיכוייהם של הילדים לזכות באימוץ. ראו גם רעות גולדמן ומירה גולדן הזמן שאין רופא לו – תהליך ההכרזה על ילד כבר-אימוץ בלא הסכמת הורים: סוגיות מרכזיות ופרספקטיבה משווה (עבודה לקבלת תואר מוסמך, האוניברסיטה העברית בירושלים – בית-הספר לעבודה סוציאלית ע"ש פאול ברוואלד, 2008).

30 ס' 12 לאמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 31, 221 (נפתחה לחתימה ב-1989) (אושרה ונכנסה לתוקף ב-1991) (להלן: האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות הילד).

זכויות הילד, ובביקורת עליה, אקדים להצגת השיתוף כנובע מן התפיסה המעגלית של יחסי המשפחה.

התביעה לשיתופו של הילד בהליכים משפטיים שדנים בקשר שלו עם הוריו ובעתידו של קשר זה היא תולדה של המפנה שחל בעקבות ניסוחו של עקרון טובת הילד, הקובע כי הילד "...איננו בבחינת אובייקט או חפץ השייך להוריו, אלא יש להכיר בו כבן אדם בעל זכויות וצרכים משלו".³¹ המאמץ להנחלת עיקרון זה התעצם לאחר שהתגלו מקרים של התעללות הורים בילדיהם – גילויים שניפצו את התפיסה הרומנטית של ההורות³² הרואה בהגנה על הילדים ובטיפוחם על-ידי ההורים ביטוי של יכולת טבעית ומולדת של האחרונים. תפיסת ההורות צבועה כיום בהנחה שההורים הם מקור פוטנציאלי של סכנה לילד, והמשמעות שניתנת למושג "טובת הילד" זהה להגנה עליו,³³ לרבות מפני הוריו. המושג "טובת הילד" מצביע על העדפה ערכית, ומשמעותו כפופה להכרעתן של נורמות חברתיות. עמימותו של המושג מאפשרת להחיל עליו גם נורמות חברתיות אשר לא תמיד מכוונות בראש ובראשונה אל הילד.³⁴ ככזה הוא נתפס כמושג פטרוני שמגביל את מימוש הסיפא של עקרון טובת הילד – היות הילד "בן אדם בעל זכויות וצרכים משלו".³⁵ כדי לחלץ את הילד מחסותן של הנורמות החברתיות ולהעמיד את האינטרסים שלו במוקד ההגנה עליו, נדרשה התפנית שחלה בעקבות האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות הילד,³⁶ והמושג "זכויות הילד" מוצע כדרך לשחרר את הילד מן הפטרונות של הנורמות החברתיות. בהגדרת זכויותיו כלולה גם זכותו להשתתף בהליך המשפטי שדן במצבו,³⁷ המיועדת לממש את ההכרה בעצמיותו ולהקנות לו את האפשרות להביע את עמדתו לגבי הפתרון שיעוצב בעבורו בבית המשפט.

31 פנחס שיפמן דיני המשפחה בישראל כרך ב 218 (1989).

32 ALBERT SOLNIT, WHEN HOME IS NO HAVEN: CHILD PLACEMENT ISSUES (1992).

33 המשמעות של הגנה שניתנת ל"טובת הילד" היא המשמעות הרווחת בעולם המערבי. יוצאת מכלל זה שוודיה, שבה המשמעות של "טובת הילד" היא הענקת תמיכה והספקת שירותים למשפחה, ולא הגנה על הילד. לעניין זה חשוב לציין שגם התנהגות עבריינית של צעירים מטופלת בשוודיה על-ידי שירותי הרווחה, ולא על-ידי הליכים פליליים. KERRY O'HALLORAN, THE POLITICS OF ADOPTION: INTERNATIONAL PERSPECTIVES ON LAW, POLICY & PRACTICE 335 (Springer, 2nd ed. 2009).

34 מילי מאסס ועדי אופיר "דאגה, השגחה והפקרה – על אימוץ כפוי וסגור" עיוני משפט כט 257 (2006); Michael M. Karayanni, *In the Best Interests of the Group: Religious Matching* (2013) 3 BERKELEY J. MIDDLE E. & ISLAMIC L. 1.

35 שיפמן, לעיל ה"ש 31, בעמ' 218.

36 Lothar Krappmann, *The Weight of the Child's View (Article 12 of the Convention on the Rights of the Child)*, 18 INT'L J. CHILD. RTS. 501 (2010).

37 ראו הצעה להגדרת עילות למינוי מייצג בהליכים לפי חוק הנוער (טיפול והשגחה) (ס' 6(א) ו-6(ב)) וכן עילות למינוי מייצג בהליכי אימוץ (ס' 5 ו-5(ב) בדוח בנושא ייצוג נפרד לילדים, לעיל ה"ש 29, בעמ' 30-31. כן ראו תקנות סדר הדין האזרחי (תיקון), התשע"ב-2011, ק"ת 160 (להלן: תקנות סד"א) (הוספת פרק 2 – "השתתפות ילדים" – לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984).

אופייה הלעומתי של זכות, אשר מוגדרת המיד ביחס לזכויות אחרות, הולם את ההליך המשפטי האדוורסרי הנהוג בארץ, שבמסגרתו תפקיד השופט הוא להחליט זכותו של מי גוברת. אולם לגבי מימוש ההכרה בעצמיותו של הילד באמצעות מושג הזכות עולות שאלות ונשמעת ביקורת, וכך גם לגבי ההשלכות של השימוש במושג בעל אופי לעומתי. בשאלות אלה אדון להלן.

הגדרת מקומו של הילד בהליך המשפטי כזכותו היא אוניוורסלית, ככל הגדרה של זכות, וככזו היא אינה מערערת את הצבת הילד כבן חסותה של החברה, לפחות לא במידה שהובטחה כאשר המושג "טובת הילד" הומר במושג "זכויות הילד". דוגמה בולטת לכך גלומה בהצהרה בדבר הימנעות מקביעת עילה למינוי גורף לייצוגו של הילד בהליכי אימוץ, שנכללה במסגרת ההמלצות לשיתופו של הילד בהליכים אזרחיים.³⁸ שתי הנמקות ניתנו להצהרה זו. האחת היא שלעיתים קרובות הליך אימוץ – ובמיוחד אימוץ ללא הסכמת הורים בשל אי-יכולתם לגדל את הילד – ניזום על-ידי שירותי הרווחה לאחר שנעשה ניסיון לעזור להורים ולילד, ולפיכך יש להם היכרות קרובה עם הילד והם יכולים לייצגו. ההנמקה האחרת שניתנה היא העובדה שלהבדיל מהליכים אחרים, שבהם קיימות כמה חלופות, בהליך שבו נידונה בקשה להכריז על ילד ככר-אימוץ לא מוצגת חלופה אחרת, ולכן ממילא אין לילד אפשרות בחירה. אולם שתי הסיבות שמצינונות כהנמקה להימנעות זו דווקא מחייבות את ייצוגו של הילד. הטענה שהליך זה מתקיים לאחר טיפול של שירותי הרווחה במשפחה אינה מתייחסת לעובדה שהבקשה להכריז על ילד ככר-אימוץ מוגשת לבית-המשפט על-ידי שירותי הרווחה לאחר שטיפולם לא הצליח למנוע צעד זה, שתכליתו לנתק את הקשר בין הילד לבין הוריו. והרי קיימת אפשרות שהכישלון נבע מכך שלא נוצרה הבנה בין הילד והוריו לבין שירותי הרווחה. במקרה כזה ייצוגו של הילד על-ידי אותו גוף שלא עלה בידו להבין את מצבו שוללת ממנו את ההזדמנות האחרונה להסביר את משמעות הקשר שלו להוריו בטרם יחליט בית-המשפט אם לנתק קשר זה לחלוטין. בכך הצהרה זו מבטלת מעיקרה את המאבק נגד דיכויים של ילדים שבשמו נולדה ההכרה בזכויותיהם.³⁹ ההנמקה שמתייחסת לעובדה שבהליך זה מוצע פתרון אחד בלבד אינה מציינת שזהו צעד גורלי. גורליותו של הצעד היא שמחייבת דווקא להגן על זכותו של הילד להשתתף בהליך שבו עלול להיגזר (תיתי משמע) הקשר שלו עם הוריו. הצבת המדינה כמייצגת את הילד בהליכים משפטיים שבהם זכויות הוריו מופקעות מאשרת את ההבחנה שכאשר זכויות ההורים מופקעות, לא הילד זוכה בהן, אלא המדינה.⁴⁰ העובדה שזכות היא אוניוורסלית מאפשרת להתעלם ממצבים פרטיקולריים ולקבוע עילות גורפות למניעת הענקתה. קושי אחר בהגדרת שיתופו של הילד כזכותו, כביטוי למימוש ההכרה בעצמיותו,

38 דוח בנושא ייצוג נפרד לילדים, לעיל ה"ש 29, ס' 5.5.3.

39 תמר מורג "עשרים שנה אחרי: תפיסת זכויות הילד על פי האמנה בדבר זכויות הילד" זכויות הילד והמשפט הישראלי 15 (רמות, תמר מורג עורכת, 2010).

40 BETTY REID MANDELL, WHERE ARE THE CHILDREN? A CLASS ANALYSIS OF FOSTER CARE AND ADOPTION 64 (1977).

נובע מהתכלית המוצהרת של שיתוף הילד – להביע את עמדתו לגבי הפתרון המוצע. קושי זה בא לידי ביטוי בשתי עמדות סותרות לגבי עובדת היותו של הילד לא-מבוגר.⁴¹ העמדה האחת מתעלמת מן ההבדל בין הילד לבין המבוגר,⁴² והאחרת מדגישה הבדל זה ומגבילה את זכותו של הילד. הלהיטות להקנות לילד זכות להביע את עמדתו לגבי הפתרון המוצע מתעלמת מן ההבדל בין ילד לבין מבוגר בתפיסת הזמן. תפיסת הזמן של הילד שונה בכך שההיבט העתידי נעדר ממנה⁴³ או קיים באופן חלקי בלבד, ולכך יש משמעות קריטית בהליך שבו ההיבט העתידי הוא מרכזי. ניסיון להתגבר על קושי זה נעשה על-ידי ההבחנה בין הבעת עמדה לגבי הפתרון המוצע – שבה נדרשת יכולת לצפי עתידי – לבין הבעת רצון, שיכול להתייחס למצב עכשווי בלבד. אולם חוסר האחידות לגבי המצבים שבהם בית-המשפט מתבקש לשמוע את רצון הילד, ולגבי המשקל שיש לתת לרצונו של הילד,⁴⁴ מעורר חשש שהבחנה זו נותרת בגדר הצהרת כוונות בלבד, ושיתופו של הילד נועד לאפשר לו לחוות את עמדתו לגבי הפתרון המוצע – תכלית שלמעשה מגבילה את זכותו של הילד להשתתף בהליך המשפטי וחושפת את הכשל שבטשטוש ההבדל בין הילד לבין המבוגר.

הגבלת זכותו של הילד באה לידי ביטוי בחוקי אימוץ במדינות רבות שבהן נקבע גיל מינימלי להשתתפותו או לייצוגו של הילד בהליך המשפטי.⁴⁵ קביעה זו מושתתת על הנחה בדבר הגיל שבו יוכל הילד להבין את מקומו בהליך המשפטי. הנחה זו סותרת את המגמה של טשטוש ההבדל בין הילד לבין המבוגר, שכן הגדרת גיל מינימלי מגבילה את היסוד העצמאי המיוחס לזכותו של הילד להשתתף בהליך המשפטי, ומצביעה על העובדה שהילד אינו שותף להגדרת זכותו מעצם היותו ילד, כלומר, מפאת היותו לא-מבוגר. אכן, באמנה הבין-לאומית בדבר זכויות הילד לא נקבע גיל מינימלי לשיתופו של הילד, ונאמר כי "מדינות חברות יבטיחו לילד המסוגל לחוות דעה משלו את הזכות להביע דעה כזו בחופשיות ככל עניין הנוגע לו, תוך מתן משקל ראוי לדעותיו, בהתאם לגילו ולמידת בגרותו של הילד".⁴⁶ זכותו של הילד מוגדרת אפוא כזכותו להישמע.⁴⁷ גם ועדת-המשנה שדנה בארץ בזכותו של הילד לייצוג עצמאי לא ציינה הגדרה של גיל

Lea Shamgar-Handelman, *To Whom Does Childhood Belong?*, in CHILDHOOD MATTERS: 41
SOCIAL THEORY, PRACTICE AND POLITICS 249 (Jens Qvortrup et al. eds., 1994).

הילדי קלינטון מתנגדת להבחנה הדיכוטומית בין ילד לבין מבוגר. ראו מורג, לעיל ה"ש 39, בעמ' 19.

43 ראו: "אוריינטציה הזמן השלטת של הילד היא תמיד הווה. ההצלחה מרוכזת בכאן ועכשיו, העתיד נתפס לרוב כקבוע מראש." אפרים בן ברוך "מושגי הזמן – מסגרת תיאורטית: מספר השלכות לתחום החינוך" **זמן שאל – סוגיות בקבלת החלטות לגבי ילדים בסיכון** 21, 21 (פראג, שרי בן-נתן עורכת, 2000).

44 שמואל מורן "רצון הילד וייצוגו הנפרד בבית המשפט" **שערים למשפט** 1, 67 (2005).

45 ראו סקירה של חוקי אימוץ במדינות שונות אצל O'HALLORAN, לעיל ה"ש 33, בעמ' 169–459.

46 ס' 12(1) לאמנה הבין-לאומית בדבר זכויות הילד, לעיל ה"ש 33.

47 Krappmann, לעיל ה"ש 36.

מינימלי לשיתופו של הילד ולזכותו להשתתף בהליכים משפטיים הדנים בעניינו.⁴⁸ אף-על-פי-כן שני המסמכים קובעים כי זכותו של הילד להישמע מותנית במידת בשלותו. התניה זו אינה מובנת לנוכח הגדרת שיתופו של הילד בהליך המשפטי כזכות להישמע (ולא כזכות לחוות דעה לגבי הפתרון המוצע). לא ברור מדוע כדי להשמיע את קולו לפני בית-המשפט נדרשת מן הילד מידה כלשהי של בשלות והבנה. הסתירות בנסיבות להבהיר את ההוראה בדבר שיתופו של הילד בהליך המשפטי כזכותו מעידה על הקשיים הגלומים בה.

אפשר שהמקור לקושי הקיים בהגדרת זכויותיו של הילד ובהנחלתן נעוץ בעובדה שלהענקת הזכות לילד להשתתף בהליך המשפטי לא נלווה שינוי בתפיסה החד-כיוונית של הקשר בין ההורה והילד, אשר מציבה את הילד רק כמי שמושפע מן ההורה, כסביל וכחסר אונים. החד-כיוונית של תפיסת היחסים הולמת את האופי הלעומתי של שיח הזכויות, שבמסגרתו זכותו של צד אחד מתחרה בזכותו של האחר.⁴⁹ שיח זה זר למהותם הרצויה של יחסי משפחה, כפי שצוין גם במסגרת ההמלצות שניסחה ועדת-משנה שדנה, בין היתר, בעקרונות מנחים לחקיקת חוק אחריות הורית: "השימוש במונחים 'חובה' ו'זכות' אינו מתאים לתיאור מערכת יחסים בין-אישית אינטימית שבין הורים וילדיהם הקטינים."⁵⁰ לפיכך באותן המלצות הומר המונח "זכויות הורים" במונחים "סמכות" ו"אחריות".⁵¹ ועדת-המשנה הוסיפה בהקשר זה כי "השימוש במושג 'זכויות הוריות' בבסיס מערכת היחסים בין הורים וילדיהם הקטינים, כפי שהוא מוגדר כיום בחוק הכשרות, עלול להיתפש כמבטא תפיסות כוחניות של שלטון וזכויות קניין של הורים בילדיהם..."⁵² אולם השימוש במושג "זכויות" לא נעלם כליל, שכן הוא מיוחס עדיין לילד. היחסים בין ההורה לילד מוגדרים אם כן, על-פי הצעה זו, כיחסים בין מי שהוא בעל זכויות לבין מי שנושא באחריות. נראה שניסוח זה מכונן לפצות את הילד על מה שנתפס כחולשתו, קרי, על היותו שותף סביל ביחסיו עם הוריו (על-פי התפיסה החד-כיוונית של יחסים אלה). יסוד הכוח לא נעלם אפוא. יתר על כן, נוצרה למעשה

Tamar Morag, Dori Rivkin & Yoa Sorek, *Child Participation in the Family Courts – Lessons from the Israeli Pilot Project*, 26(1) INT'L J. L. POL'Y & FAM. 1, 8 (2012)

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

הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה **דוח ועדת המשנה בנושא הילד ומשפחתו** ס' 2.4 (2003) (להלן: **דוח בנושא הילד ומשפחתו**).

ניסוח זה אימץ מס' 5 של האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות הילד, לעיל ה"ש 30, רק את נושא אחריותם של ההורים, והתעלם מן הביטוי "זכויותיהם וחובותיהם של הורים", המופיע גם הוא באותו סעיף כדבר שהמדינות החברות באמנה צריכות לכבד. על-פי ס' 5 לאמנה: "המדינות החברות יכבדו את אחריותם, זכויותיהם וחובותיהם של הורים, או, מקום שניתן ליישום, של בני המשפחה המורחבת או הקהילה, כנהוג על-פי המסורת המקומית, של אפוטרופסים חוקיים או של אישים אחרים האחראיים משפטית לילד, על-מנת לספק, באופן המתאים לצרכי הילד המתפתח, הכוונה והדרכה נאותות בהפעלת הזכויות המוכרות באמנה זו."

52 **דוח בנושא הילד ומשפחתו**, לעיל ה"ש 50, ס' 2.4.

א-סימטרייה חריפה אף מזו שהייתה גלומה בניסוח הקודם של הנושא כ"טובת הילד" ו"זכויות ההורים" – ניסוח ש"רומז כבר על העמדת שני מושגים אלה במצב של עימות ותחרות שבה לא יכול להיות ספק, לכאורה, ידו של מי תהיה על העליונה".⁵³

המטרה המוצהרת המיוחסת לזכותו של הילד לייצוג עצמאי, כהכרה בהיותו אדם העומד בפני עצמו,⁵⁴ עלולה לגלוש לתפיסה שתולשת את הילד מיחסיו עם הוריו ומציבה אותו כישות אטומיסטית ופגיעה: "יהא הילד מצויד בזכויות ככל שיהא, ברי כי ללא משפחה שתדאג לצרכיו, תיפגע באופן מהותי יכולתו ליהנות מרווחה".⁵⁵ ברוח זו מועלות טענות ביקורתיות לגבי עצם השימוש במונח "זכויות". זכות, כך נטען, מסמנת את קיצו של דיאלוג, והיא עושה את השאיפה להענקת כבוד לילד לשאיפה טכנית.⁵⁶ ביקורת חריפה במיוחד נמתחת על הדרך שבה זכויות הילד מיושמות בישראל, המתוארת כדרך "השוללת בשם החירות האינדיבידואלית כל שיוך לקהילה או לחברה שאינה נתפסת בצלמה ובדמותה של החברה הנורמטיבית",⁵⁷ ונשמעת הטענה כי "הפגיעות הקשות ביותר בזכויות ילדים נדחקות לקרן זוית".⁵⁸

במאבק נגד התפיסה שהילד הוא רכוש הוריו, ובהשפעת המשמעות המקובלת של "טובת הילד" כהגנה מפני ההורים, דומה שהמטוטלת נעה לעבר הקוטב הנגדי שבו תלותו המובנית של הילד בהוריו נשללת, ועלולים להיווצר מצבים לא-רצויים שבהם באמצעות הגדרת זכויותיו – ולא מכורח הנסיבות – הילד נתלש ממשפחתו ומוצב נגדה. כתגובה על טענה זו הדגישה ועדת האו"ם לזכויות הילד כי ההכרה בזכויותיהם של ילדים הגלומה באמנה הבין-לאומית בדבר זכויות הילד "אינה באה בשום אופן לפגוע במוסד המשפחה... [אלא] דווקא לחזק את המשפחה".⁵⁹ קשה לממש הצהרה זו במסגרת תפיסה חד-כיוונית של היחסים בין הילד להוריו, אשר מציבה את ההורה כמי שרק בידו מצוי הכוח ביחסיו עם ילדו, ולכן מחייבת בחירה בין זכויותיו לבין זכויות

53 שיפמן, לעיל ה"ש 31, בעמ' 217.

54 שרון פרימור "בשלה העת: ההכרה בייצוג ילדים בהליכים משפטיים הנוגעים בחייהם כזכות אדם של הילד" **זכויות הילד והמשפט הישראלי** 571 (רמות, תמר מורג עורכת, 2010).

55 רות זפרן "זכויות הילד במשפחה כזכויות יחס" **זכויות הילד והמשפט הישראלי** 129, 144 (רמות, תמר מורג עורכת, 2010) (להלן: זפרן "זכויות הילד במשפחה כזכויות יחס"). כן ראו: SIGNE HOWELL, *THE KINNING OF FOREIGNERS: TRANSNATIONAL ADOPTION IN GLOBAL PERSPECTIVE* 4 (2006): "As such, the child is the example *par excellence* of the autonomous individual – so central in contemporary Western thinking. But this is also, paradoxically, renders him or her a non-person; in a sense, non-human"

56 Didier Reynaert, Maria Bouverne-de-Bie & Stijn Vandeveld, *A Review of Children's Rights Literature Since the Adoption of the United Nations Convention on the Rights of the Child*, 16 CHILDHOOD 518, 526, 528 (2009).

57 יאיר רונן וישראל צבי גילת "האומנם שיח זכויות הילד בישראל עושה צדק עם הילדים ומשפחותיהם?" **זכויות הילד והמשפט הישראלי** 335, 342 (תמר מורג עורכת, רמות, 2010).

58 שם, בעמ' 336.

59 מורג, לעיל ה"ש 39, בעמ' 54.

הילד. ההצהרה שהענקת זכויות לילד באה לחזק את המשפחה מחייבת אם כן שינוי אונטולוגי בתפיסת יחסי המשפחה, והתפיסה המעגלית המוצעת כאן נועדה להחליף את התפיסה החד-כיוונית של הקשר בין הילד להוריו.

על-פי התפיסה המעגלית של יחסי משפחה, שיתופו של הילד מוגדר לא רק כביטוי להכרה בעצמיותו, אלא גם – ובעיקר – כמסקנה הכרחית. שיתופו של הילד בהליך המשפטי נגזר מעצם היותו שותף להתהוות היחסים עם הוריו. לפיכך תכלית שיתופו של הילד מורחבת, וכוללת גם את הצורך של בית-המשפט בעדותו כדי להבין את תרומתו ליחסיו עם הוריו ואת השפעתם של יחסים אלה עליו.⁶⁰ כאשר במוקד ההנמקה לשיתופו של הילד בהליך המשפטי מוצבים יחסיו עם הוריו, מתבקשת גם הגדרה למושג "זכות" שמתייחסת למקומו של הילד במעגל המשפחתי, ולא דווקא למקומו בהליך המשפטי. זכותו של הילד מוגדרת כזכות ליחסים.⁶¹

מעגל היחסים בין הילד להוריו מגלם בעת ובעונה אחת את תלותו של הילד בהוריו, כדי שיספקו לו את צרכיו, ואת היותו ישות עצמאית ואוטונומית אשר אינה מתפשרת עם ההורים על תביעותיה.⁶² עצמיותו של הילד אינה מוענקת לו על-ידי החברה באמצעות זכויותיו; היא קיימת מעצם היותו. במקום האופי העומתי והמבדל של שיח הזכויות, התפיסה המעגלית מציעה להציב את תלותו של הילד בהוריו במוקד ההכרה בילד כישות עצמאית ואוטונומית, וזאת על-ידי הגדרת זכויותיו כזכויות ליחסים.⁶³ במקום הניסיון לפצות את הילד על העדר הסימטרייה בינו לבין ההורה באמצעות הצבתו ככר-פלוגתא של הוריו, הגדרת הזכויות כזכויות ליחסים מכילה את העדר הסימטרייה המובנה בין הילד להוריו, ומעמידה אותו במוקד ההכרה בזכויותיו. אין בכך חזרה למצב שבו תלותו של הילד בהוריו זוהתה עם היותו רכושם; גם זכויות הוריו יוגדרו כזכויות ליחסים, והם צריכים להוכיח שהם מממשים אותן.⁶⁴ בהגדרת המושג "זכות" כזכות ליחסים טבועה הגדרת ה"אוטונומיה" כניזונה מן היחסים וכמשקפת אותם,⁶⁵ ויש לה משמעות קונקרטיה ופרטיקולרית. הבנת משמעות זו מחייבת על-כן היכרות עם המעגל המיוחד שהתפתח בין הילד והוריו והבנת מקומו של הילד במעגל זה.

ראיית שיתופו של הילד בהליך המשפטי כנובע, פשוטו כמשמעו, מהיותו שותף ליחסים עם הוריו מעניקה עדיפות לשיח היחסים כמסגרת לדיון המשפטי בחיי משפחתו. ביסודו של שיח זה עומדים הדאגה והשיתוף – יסודות שראויים לעמוד בבסיסם של חיי משפחה. זהו שיח שמדגיש את התגובה לאחר, את הניסיון להבין כיצד הוא רואה את

60 ראו מילי מאסס "הכרה בילד כאישיות עצמאית: הצעה לתיקון חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981" **משפחה במשפט** ג-ד 139, 157 (2009-2010) (להלן: מאסס "הכרה בילד כאישיות עצמאית").

61 זפרן "זכויות הילד במשפחה כזכויות יחס", לעיל ה"ש 55, בעמ' 130.

62 ראו: Mili Mass, *The Determinants of Parenthood: Power and Responsibility*, 50 HUMAN RELATIONS 241 (1997).

63 זפרן "זכויות הילד במשפחה כזכויות יחס", לעיל ה"ש 55.

64 Annette Ruth Appell, *Virtual Mothers and the Meaning of Parenthood*, 34 U. MICH. J. L. REFORM 683 (2000).

65 זפרן "זכויות הילד במשפחה כזכויות יחס", לעיל ה"ש 55, בעמ' 148.

המציאות תוך הבטחת שלומם של הכל וניסיון להימנע מפגיעה.⁶⁶ זוהי דרך לתת משמעות מעשית לפרשנות שזכותו של הילד להשתתף בהליך המשפטי מאפשרת לו לקיים דיאלוג עם מקבלי ההחלטות בעניינו.⁶⁷

התפיסה המעגלית של היחסים בין הילד להוריו מקנה לשיתופו של הילד בהליך המשפטי תכלית רחבה יותר ממתן ביטוי להכרה בהיותו אדם בעל זכויות. שיתופו של הילד נדרש כדי שבית-המשפט יוכל להכיר ולהבין את השפעתו ואת תרומתו ליחסים עם הוריו ואת השפעתם של יחסים אלה עליו.⁶⁸ בית-המשפט נזקק גם לנקודת-הראות של הילד, ולא רק לנקודת-הראות של הוריו. לא רק הילד זקוק ל"יומו בבית-המשפט"; בית-המשפט עצמו נזקק לשיתופו של הילד, כדי שמעגל היחסים במשפחה ייוצג בהליך המשפטי. שיתופו של הילד נועד אם כן לא רק לאפשר לילד להביע את עמדתו לגבי הפתרון שנידון בבית-המשפט, אלא גם לאפשר לבית-המשפט להבין את משמעות הקשר של הילד להוריו ואת תרומתו של הילד לקשר זה.

אפשר שהגדרת שיתופו של הילד כצורך של בית-המשפט תקל להתגבר על המגבלות של הגדרתו כעמדה ערכית, שעליהן ניתן ללמוד, בין היתר, מן הטענה כי "לא כל פסקי הדין בארץ מנמקים מדוע הם מקשיבים לרצון הילד ורק מעטים מדגישים את זכות השתתפותו של הילד כדי להביע את רצונו כזכות יסוד עצמאית".⁶⁹

שיתופו של הילד כפועל יוצא מן ההנחה שנקודת-ראותו של הילד נדרשת כדי שבית-המשפט יוכל להבין את מערכת היחסים במשפחה מנכיח את הילד בהליך המשפטי מתוקף היותו. לפיכך אין מקום להגבלת השתתפותו באמצעות קביעת גיל מינימלי, שהרי מעגל היחסים בין הילד להוריו מתחיל לנוע מיום היוולדו. אפשר וצריך "לשמוע" את הילד מגיל ינקות.⁷⁰ תינוק מאותת על העדפותיו מיום היוולדו ומשפיע על תגובותיו של ההורה כלפיו, וככזה הוא ישות עצמאית ואוטונומית. אומנם התינוק והילד הצעיר אינם יכולים למלל את הדרך שבה הם מבינים וחווים את יחסיהם עם הוריהם, אך הם אומרים זאת בשפתם, וזו ניתנת לצפייה.⁷¹

מטבע הדברים עמדה זו מעלה שאלה לגבי הדרך שבה ניתן להביא את נקודת-המבט של הילד לפני בית-המשפט, או בניסוח שמציג במהופך את שאלת שיתופו של הילד בהליך המשפטי – לא באיזה גיל הילד יכול להבין את מקומו בהליך המשפטי, אלא מי יכול להבין את שפתו של הילד. העדר הדרישה שבית-המשפט ישמע את הילד באופן ישיר וההסתפקות בהבאת דבריו לבית-המשפט באמצעות תיווך מצמצמים את האפקט

66 שם, בעמ' 152.

67 מורג, לעיל ה"ש 39, בעמ' 59.

68 ראו מאסס "הכרה בילד כאישיות עצמאית", לעיל ה"ש 60, בעמ' 157.

69 מורג, לעיל ה"ש 44.

70 Krappmann, לעיל ה"ש 36, בעמ' 504.

71 יתר על כן, בגיל הרך הדרך שבה הילד מבטא את העדפותיו אינה עומדת עדיין בצל ניסיון או צורך שלו להשביע את רצון הסובבים אותו.

של שיתופו.⁷² התבטאויותיהם של ילדים, שאינן תמיד שכלתניות, מעניקות יותר מרובד אחד לתגובותיהם, ורבדים אלה עלולים להישמט כאשר דבריהם מתווכים.⁷³ ככל שפה אחרת, גם שפתו של הילד ניתנת ללימוד, ושופטים הדנים בענייניהם של ילדים יכולים בוודאי⁷⁴ – ואולי אפילו צריכים – ללמוד שפה זו, אשר פותחת להם צוהר לעולמם של אלה שהם קובעים את גורלם. לרשות השופטים אפשר להעמיד אנשי־מקצוע שהקשר עם ילדים הוא לחם־חוקם,⁷⁵ כדי שיתרגמו להם את הדברים במקרה שבו שפתו של הילד קשה מדי. השיחה עם הילד או התצפית באיתותיו של התינוק צריכות להיעשות בפרטיות⁷⁶ או בחברת מי שהילד בוחר כמלווהו או שמהווה דמות מוכרת לתינוק.⁷⁷

שיתופו של הילד בהליכים משפטיים שדנים ביחסיו עם הוריו, כדי שיתאפשר לבית־המשפט להבין את משמעות יחסיו עם הוריו, מחייב לעיתים התאמה של ההליכים המשפטיים ושל המסגרת שבה הם מתנהלים לצרכים המיוחדים הכרוכים בדיאלוג עם הילד.

פרק ד: מגבלותיה של האובייקטיביות וחינויותה של הסובייקטיביות בסוגיית יחסי המשפחה

את הזכות ליחסים, מעצם מהותה, אי־אפשר להעמיד למבחן אובייקטיבי, כפי שניתן לעשות לזכויות ולחובות המוגדרות באופן טכני בחוק.⁷⁸ ברבות מן הסוגיות בתחום

72 רונה שוז "זכות הילד להשתתפות: בין תיאוריה לבין הלכה למעשה בבתי המשפט לענייני משפחה" **משפחה במשפט** ב 207 (2008).

73 ראו סיכום תרשומת משיחה של ילד בן תשע עם הרכב של שלושה שופטים. בע"מ 3329/08, לעיל ה"ש 21, פ"ס 9 לפסק־דינו של השופט דנציגר. זאת גם ההמלצה שעולה מן המחקר שנערך בישראל. ראו Morag, Rivkin & Sorek, לעיל ה"ש 48, בעמ' 20.

74 מארק פוטר "קולו של הילד: זכויות ילדים בהליכי משפחה" **משפחה במשפט** ב 399 (2008).

75 בהצעה זו אני מעבירה במידה רבה את כובד המשקל מהבנת עולמו הפנימי של הילד, שלכך דרושה מומחיות מתחום בריאות הנפש, אל הבנת התקשורת של הילד, ובכך אמונים דווקא מומחים מתחום החינוך, כגון מטפלים/מטפלות במעונות־יום, גננים/גננות ומורים/מורות.

76 אם הצעה זו תתקבל, ייתכן שיש מקום לייחד חדר מתאים לכך בבניין שבו פועל בית־המשפט לענייני משפחה. ראו גם: Marie-Françoise Lücker-Babel, *The Right of the Child to Express Views and to Be Heard: An Attempt to Interpret Article 12 of the UN Convention on the Rights of the Child*, 3 INT'L J. CHILD. RTS. 391 (1995).

77 באנגליה ובארצות־הברית פיתחו שירות של כלבים שמלווים ילדים שצריכים להעיד בבית־המשפט במקרים של התעללות מינית. ראו, למשל: Ann Zaniewski, *Canine Court Companions Service Dogs Provide Support for Young Witnesses at Court*, DETROIT LEGAL NEWS (Jan. 31, 2011) www.legalnews.com/detroit/857349.

78 דברים ברוח זו מופיעים גם ב**רוח בנושא הילד ומשפחתו**, לעיל ה"ש 50, ס' 2.4, שם נאמר כי רשימת

יחסי משפחה, בעיקר באלה הנוגעות בהגנה על הילד, האפשרות להעמיד את הדברים למבחן אובייקטיבי מוטלת בספק מעצם העובדה שסוגיות אלה כרוכות בתחזית עתידית,⁷⁹ וזו אינה יכולה למלא את הדרישה לאובייקטיביות. לשאלה זו נדרשה השופטת אילה פרוקצ'יה בפסק-דינה בפרשת **תינוק המריבה**.⁸⁰ באותו מקרה החליטה אָם, סמוך לאחר לידת תינוקה, למסור אותו לאימוץ. התינוק הוכרז כבר-אימוץ והועבר למשפחה מאמצת, שבה שהה עד שהדין בבקשתם של ההורים לבטל את צו האימוץ הגיע לבית-המשפט העליון. האָם ביקשה לחזור בה מהחלטתה למסור את בנה לאימוץ, והאב, שדבר הולדת בנו נודע לו מפי האם רק כאשר זו התחרטה על החלטתה וחיידשה את קשריה עימו, ביקש לבטל את צו האימוץ בטענה שהוא ניתן ללא ידיעתו. בית-המשפט דחה את בקשתו של האב והחליט לא לדון בבקשתה של האם באותו מעמד. השלב השני של הדיון המשפטי,⁸¹ שבו נידונה טובתו של הילד, התמקד בשאלה איזו משתי המשפחות תיטיב לגדלו. בפסק-דינה הצביעה השופטת פרוקצ'יה על אי-הידיעה לגבי עתידן של שתי המשפחות – המשפחה שאליה נולד הילד והמשפחה המאמצת. לכן, לשיטתה, החלטת בית-המשפט צריכה להיות מונחית על-ידי "מעריך שיקולים שיסודם במושכלות חיים ראשונים ובערכי יסוד... [ה]מושגותם על ההנחה כי מקומו הטבעי של ילד הוא בחיק הוריו הטבעיים".⁸²

בקביעתה זו מצהירה השופטת על ההכרח לפנות אל הסובייקטיבי בעת דיון משפטי בסוגיית האימוץ. אך דומה שדברים אלה יפים לסוגיית הבנת היחסים בין הילד להוריו בכלל, מאחר שאין כמעט עוד נושא כיחסי משפחה שכל ניסיון להבינו רווי בנקודת-הראות שלנו,⁸³ אף אצל אלה מבינינו שלא גדלו במשפחה. חשוב מאוד להכיר במשקלם של הערכים העומדים ביסוד עמדותינו ולהצהיר עליהם. שימוש מוצהר בערכים יאפשר – ויחייב – דיון מושכל ביחסיותם, תוך הצגת ערכים מנוגדים שיכבידו את השימוש

מצאי סגורה של חובות וזכויות מגבילה את האפשרות "להכיר בחובת פעולה כללית שמקורה בצרכים מורכבים, משתנים ובלתי ידועים מראש של הילד".

79 ראו התייחסות למימד העתידי לעיל בה"ש 1.

80 בע"מ 377/05 **פלוגית ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגיים**, פ"ד ס (1) 124, פס' 28 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (2005) (להלן: פרשת **תינוק המריבה**).

81 ע"א 2169/98 **פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד נג (1) 241, 258–260 (1999) (להלן: ע"א **פלוני**).

82 פרשת **תינוק המריבה**, לעיל ה"ש 80, פס' 28 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה.

83 מן הבחינה הזאת השופטים עצמם אינם יוצאים-מן-הכלל, ואין ערובה שנקודת-ראותם אינה משפיעה על עמדותיהם ועל החלטותיהם. בתגובה על ספרן של ברקאי ומאסס, לעיל ה"ש 21, כותב פרופ' יונתן יובל כי "הנקודה הביקורתית החשובה בספר היא שבית-המשפט מבצע אידיאולוגיזציה של מודלים פרדיגמטיים של התא המשפחתי. פירושו של דבר הוא, כי בית-המשפט מכליל, תוך הענקת ערך, את נסיבות החיים המוכרות בדרך-כלל לשופטותיו ולשופטיו ומתייחס אליהן כאל מודל הראוי לחיים נורמליים". יונתן יובל "יד קלה על ההדק" – רטוריקה ואידיאולוגיה של ידע בשיח המשפטי של אימוץ כפוי" **משפט וממשל** ו 259, 266 (2001).

בערכים כבאמת מוחלטת ואת הפיכתם למנטרה, כפי שנעשה תכופות עם המונח "טובת הילד".⁸⁴

אולם יש נימוקים נוספים לכך שהאובייקטיביות מוגבלת מאוד בדיונים שעוסקים ביחסי משפחה. אובייקטיביות מעדיפה את הרציונלי, וככזו היא תושג באמצעות צמצום הנתונים שמוצגים לפני בית-המשפט. בין היתר יישמטו נתונים דוגמת הרגשות והתנסויות שצובעות את נקודות-הראות של ההורים ושל הילד. נגד הסתמכות עליהן כעדויות מוטחת ביקורת, בשל החשש שהן מושפעות מ"רצייה חברתית".⁸⁵ זוהי טענה כבדת-משקל, מאחר שיסוד של רצייה חברתית מצוי בוודאי במידה זו או אחרת בדבריהם של הילד,⁸⁶ ובעיקר של ההורים, בשעה שהם מנהלים התדיינות נגד עמדתה של המדינה. יש דרכים להתגבר על כך. בשיחות פתוחות, שהמראיין אינו מבנה אותן, אפשר לגלות מהי לדעת ההורה עמדה רצויה. למשל, אם שנאבקה לקבל את בתה לחזקתה הצהירה כי היא משלמת מיסי ועד בית כסדרם כדי להוכיח שהיא יכולה להיות אחראית על בתה. היגד זה מעיד על העדר כל מושג לגבי משמעות אחריותה של אם כלפי בתה. דוגמה שונה: ילדה בת ארבע, ששהתה אצל משפחה חסויה שיועדה לאמצה, מסרה בעת פגישתה עם אמה, כאילו בדרך אגב תוך כדי דיווח באופניים, את כתובת המשפחה החסויה שאצלה היא נמצאת – מידע שנסיונות קודמים של הילדה לגלותו לאמה נחסמו על-ידי הרשויות. בכך גילתה הילדה את משאלתה שהאם תשוב לחייה.⁸⁷ דרך נוספת היא לחפש אישור לדבריהם של ההורים והילד בהתנהגותם ובמעשיהם, ולבקש מהם הסבר אם קיים פער בין הדברים. למשל, במסגרת הערכת יכולתה של אם לגדל את בתה בת הארבע אורגנה פגישה בין השתיים, שהתקיימה לאחר נתק מוחלט ביניהן במשך כשישה חדשים. במהלך הפגישה כפתה האם את קרבתה על בתה. חוסר רגישותה של האם לגבי נסיונותיה של בתה ליצור מרחק כלשהו ביניהן עורר את השאלה אם התנהגותה מבטאת מגבלה ביכולתה להתייחס לבתה או שמא הושפעה התנהגותה מן הנסיבות שבהן התקיימה הפגישה, ומכך שהיה על האם להוכיח כי היא ראויה להיות אם לבתה. כדי לענות על שאלה זו נקבעה פגישה נוספת. בפגישה זו חלה הרפיה ניכרת בנסיבות הכפייה של האם, ובה-בעת הרשתה הילדה קרבה גדולה יותר. בשיחה שהתקיימה עם האם לאחר הפגישה היא אמרה כי הפגישה השנייה הייתה טובה יותר, שכן בפגישה הראשונה הייתה הילדה מרוחקת. באמירה זו הראתה האם כי היא אינה אטומה לאיתותים של בתה, והאפשרות שהתנהגותה הוכתבה על-ידי החרדה שעוררה בה הסיטואציה קיבלה משקל כבד יותר.⁸⁸

84 ת"א (מחוזי ים) 22/98 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני**, פס' 8 לפסק-דינה של השופטת בן-עמי (פורסם בנבו, 24.7.2000) (להלן: פרשת האימוץ).

85 המונח "רצייה חברתית" הוא מונח שגור במדעי החברה, שמתייחס לאפשרות שתגובותיהם של נחקרים אינן מבטאות את עמדותיהם, אלא את נסיונותיהם לרצות את החוקר, אשר מייצג לכאורה את ההסכמה החברתית.

86 זאת, כאמור לעיל, להבדיל מאיתותיהם של תינוקות, שעדיין חפים מהטיה.

87 דוגמאות אלה לקוחות מנסיגה של המחברת בתפקידה כעדה מומחית.

88 גם דוגמה זו לקוחה מנסיגה של המחברת.

את הטענות בדבר המהימנות הנמוכה שגלומה בסובייקטיביות יש לעמת עם ממצאים לגבי דרכים אחרות שבאמצעותן מציגים כיום לפני בית-המשפט עדויות על היחסים בין ההורים לבין הילד. אחת מאותן דרכים היא המבחנים הפסיכולוגיים. הללו, בשל תקנונם, נתפסים כמהימנים, אך הערך המוסף שלהם על ראיונות מצומצם מאוד,⁸⁹ ומידת תוקפם מוגבלת.⁹⁰ יתר על כן, מידת תוקפם לגבי הערכת יכולתו של הורה לגדל את ילדו מעולם לא נבדקה. דרך אחרת היא ייצוגם של הילד וההורים באמצעות התסקיר של שירותי הרווחה, שנתפס כמהימן. אולם נציגי שירותים אלה משמשים תכופות צד בהליך המשפטי, ולפיכך זהו ייצוג מוטא.

ספק רב אם ניתן לעקר את הסובייקטיביות מן ההליך המשפטי שדן ביחסי משפחה, ובכל מקרה יש מקום לשקול את הדרישה לאובייקטיביות מול ההזדקקות לדיאלוג פתוח כדרך להבין את מה שאי-אפשר להעמיד לבחינה אובייקטיבית – למשל, מערכת היחסים בין הילד לבין הוריו.

הסובייקטיביות נטועה בהליכים משפטיים הדנים ביחסי משפחה, והיא מופיעה בשלושה רבדים:⁹¹ הסובייקטיביות של השופט, כאשר הוא מונחה על-ידי ערכים; הסובייקטיביות של ההורה, כאשר הוא מבטא את הדאגה שלו במסגרת מאבקו; והסובייקטיביות של הילד, בשל גילו ורמת התפתחותו ובשל הרצון שלו להשפיע על היחסים עם ההורה. הגדרת זכויותיהם של הילד ושל ההורים כזכויות ליחסים מכילה את הסובייקטיביות על כל שלושת רבדיה. הכרה בסובייקטיביות של שיח היחסים ובנחיצותה בהליכים משפטיים שדנים ביחסי משפחה כמוה כהכרה ההכרחית באי-הוודאות שקיימת לגבי החלטות שצופות פני עתיד.

פרק ה: הגדרת היחס בין בית-המשפט לבין המשפחה

ההבחנה בין שני היעדים של שיתוף הילד בהליך המשפטי – קרי, בין היעד של מימוש זכותו של הילד להביע את עמדתו לבין היעד שהחלטת בית-המשפט תסתמך על הבנת מערכת היחסים במשפחה – משקפת הבדל בתפיסת היחס בין בית-המשפט למשפחה בסוגיית ההגנה על הילד. מחקר שמתאר את התפיסה והמערכת של ההגנה על הילד

89 משה אלמגור "הערכת מסוגלות הורית בהחלטת בית-המשפט לגבי משמורת ילדים: מקומו של הפסיכולוג הקליני" פסיכולוגיה 18 (1) 34 (1999). ראו אישור מחודש של הממצאים: משה אלמגור ודינה ארליך "הערכת מסוגלות הורית בהחלטה לגבי משמורת ילדים ומקומו של הפסיכולוג הקליני: האם השתנו דברים? בעקבות אלמגור (1999)" פסיכואקטואליה 64 (ינואר 2010) www.psychology.org.il/sites/psycho/UserContent/files/psycho-actualia/psycho1_10.pdf

90 דוד יגיל "שיקולים ולבטים באבחון מסוגלות הורית" סוגיות בפסיכולוגיה, משפט ואתיקה בישראל – אבחון, טיפול ושיפוט 183 (דוד יגיל, אמנון כרמי, משה זכי וענת לבני עורכים, 2008).

91 Jean Zermatten, *The Best Interests of the Child Principle: Literal Analysis and Function*, 91 INT'L J. CHILD. RTS. 483, 488 (2010).

באנגליה ובצרפת⁹² מצביע, בין היתר, על הבדל בין שתי הארצות בהתייחסותן לנושא זה. ההבדל המתואר במחקר מציג שני דגמים להגדרת היחס בין בית-המשפט לבין המשפחה. בדגם האנגלי, כמו אצלנו, התערבות בית-המשפט נתפסת כמנוגדת לפרטיותם של יחסי המשפחה, ונדרשת עילה חוקית על-מנת להצדיק זאת. בהתאם לכך, הנתונים שמוצגים לפני בית-המשפט משמשים עדות לפגיעה שנגרמה לילד או עלולה להיגרם לו על-ידי הוריו. בדגם הצרפתי, לעומת זאת, התערבות בית-המשפט נתפסת כתמיכה ביחסי המשפחה, והמידע שמוצג לפני בית-המשפט אינו משמש עדות שאמורה להצדיק את התערבותו באוטונומיה של ההורים והילד, אלא נועד לאפשר לשופט להבין את המצב במשפחה. על-פי דגם זה, לא הילד לבדו הוא מוקד עניינו של בית-המשפט, אלא הילד כבן למשפחתו. אימוץ ללא הסכמת הורים נדיר מאוד בצרפת, ונידון בערכאה גבוהה מזו שנבדקה באותו מחקר.⁹³ לא זו בלבד שההורים מרגישים מאוימים פחות בעת הדיונים המשפטיים, גם הם וגם הילד יכולים לפנות מיוזמתם לבית-המשפט בצרפת בכל עת, הן לפני שניתנת החלטת בית-המשפט והן לאחר-מכן, מאחר שהשופט מתערכך לגבי יישום הפתרון שעליו החליט ואף מתערב במידת הצורך.⁹⁴ החוקרים הדגישו כי להבדיל מן היחסים ששררו בעת המחקר בין המשפחות לבין שירותי הרווחה ובית-המשפט באנגליה, בצרפת לא התאפיינו יחסים אלה בעוינות.⁹⁵ יחסו של בית-המשפט הצרפתי אל המשפחה מתואר במחקר כמתאפיין בדאגה ובשיתוף, שהם מסימניו של שיח היחסים.

ייתכן שתפיסת הילד על-ידי בית-המשפט הצרפתי כחלק ממשפחתו והעובדה שהאפשרות של ניתוק הילד ממשפחתו היא נדירה מאוד בצרפת הן שעושות את היחסים בין ההורים לבין מערכת הרווחה שם לנוחים יותר. אך לנוכח ההבדל המתואר בין הדגם האנגלי לבין הדגם הצרפתי עולה השאלה אם הבדל זה אינו נובע מן ההבדל בין השיטות המשפטיות הנהוגות בארצות הללו. באנגליה, כמו בישראל, נהוגה השיטה האדוורסרית, שבבסיסה שיח הזכויות. שיטה זו מבוססת על ההנחה שהצדדים כשירים להציג את עמדותיהם, אך הנחה זו מוטלת בספק (בארץ לפחות) כאשר עסקינן בדיונים העוסקים בהגנה על הילד. אותם הורים שהשאלה בדבר מידת אחריותם כלפי הילד וטיב טיפולם בו עומדת לדיון בבית-המשפט באים תכופות משכבות מוחלשות, ואינם מכירים את השיח המשפטי. הם אינם מבינים באיזו זכות המדינה מתערבת בדרך שבה הם מגדלים את ילדיהם. להורים אלה חסרים הכישורים והמשאבים הדרושים כדי להתמודד מול

ANDREW COOPER ET AL., POSITIVE CHILD PROTECTION: A VIEW FROM ABROAD 4–7, 92
9–10, 12–13, 15 (1995); Annick-Camille Dumaret & Dominique-Jeanne Rosset, *Adoption
and Child Welfare Protection in France*, 175 EARLY CHILD DEVELOPMENT & CARE 661
(2005).

COOPER, לעיל ה"ש 92, בעמ' 43.

שם, בעמ' 44.

שם, בעמ' 73.

המדינה, אשר לנציגיה יש סמכות להתערב ביחסיהם עם ילדיהם.⁹⁶ חרף חוסר האיזון שמתקיים בין המדינה לבין ההורים בהליכים משפטיים העוסקים בסוגיית ההגנה על הילד, ועל-אף הגרסה הרכה של השיטה האדוורסרית שמותרת בבית-המשפט לענייני משפחה, השופט שמכריע בין גרסות הצדדים אינו נדרש לנקוט עמדה פעילה וליזום טיעון או לחקור מיוזמתו. גם הגמישות בדיני ראיות שנוהגת בארץ בבית-המשפט לענייני משפחה אינה מייצרת את הדרישה לעילה חוקית כדי להצדיק את התערבות בית-המשפט, כלומר, לעדות על נזק שנגרם לילד או עלול להיגרם לו על-ידי ההורים.⁹⁷

העוינות השוררת בארץ בין ההורים לבין שירותי הרווחה בסוגיית ההגנה על הילד באה לידי ביטוי בפסקי-דין רבים שעוסקים במידת המהימנות של העדויות המוצגות על-ידי שירותי הרווחה.⁹⁸ לעיתים תכופות בחינת העדויות מצביעה על יחס קשה של שירותי הרווחה כלפי ההורים, מה שבוודאי גורר עוינות מצד ההורים.⁹⁹ עם זאת, הדרישה לעילה חוקית כתנאי להתערבות בית-המשפט יכולה לשמש ערובה נגד גישה פטרונית של בית-המשפט – אפיון שניתן לייחס לדגם הצרפתי, שעל-פיו בית-המשפט מנסה לתמוך במעגל היחסים במשפחה אף מבלי להזדקק לעילה של חשש לנזק. אין כמוכן גישה אשר חפה מכל הטיה, אבל ייתכן שהפוטנציאל לפטרוניות הגלום בגישה הצרפתית המוצגת מאוזן, כפי שדיווחו החוקרים, על-ידי העדר העוינות בין שירותי הרווחה לבין ההורים בהליכים הכרוכים בסוגיית ההגנה על הילד.

- 96 אמ"ץ (משפחה י"ם) 16/01 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית**, תק-מש 2001(3) 623, פס' 9 לפסק-הדין (2001) (להלן: אמ"ץ פלונית).
- 97 דנ"א 6041/02 **פלונית נ' פלוני**, פ"ד נח(6) 246 (2004).
- 98 אמ"ץ (משפחה ראש"צ) 67/02 **הקטינה נ' היועץ המשפטי לממשלה**, תק-מש 2003(2) 27, פס' 1, 19 ו-20 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 21.6.2006); פרשת **האימוץ**, לעיל ה"ש 84; ע"א 488/77 **פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד לב(3) 421 (1978); ע"א 166/81 **פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד לו(4) 321 (1982); ע"א 320/84 **פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד לח(4) 242 (1984); ע"א 138/85 **פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד לט(3) 631 (1985); ע"א 3236/90 **פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"מ מח(3) 460 (1991); ע"א 6953/94 **פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד נג(3) 418 (1999); בע"מ 778/09 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני**, פסקי-דינים של השופטת ארבל ושל השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 29.11.2009); ב"ש (מחוזי נצ') 1540/06 **מדינת ישראל נ' חביבי** (פורסם בנבו, 27.3.2006); רע"א 1672/12 **פלונית נ' מחלקה לשירותים חברתיים יקנעם עילית** (פורסם בנבו, 24.9.2012).
- 99 גם בין ההורים לבין בית-המשפט שוררת לעיתים עוינות. ראו דליה רביקוביץ "קבוצת הכדורגל של ויני מנדלה" **קבוצת הכדורגל של ויני מנדלה** 23 (1997); דליה רביקוביץ "לאן נעלם השופט י.ח. פורוז" **באה והלכה** 55 (אורלי קסטל-בלום עורכת, 2005); "גבר הולך לאיבוד" **תפוז אנשים – פורום גרושים גרושות** 11.10.2012 www.tapuz.co.il/forums2008/Warning.aspx?forumId=11.10.2012; "אוף, אוף, אוף" **תפוז אנשים – פורום גרושים גרושות** 28.10.2003 www.tapuz.co.il/forums2008/viewmsg.aspx?forumid=200&messageid=28.10.2003; 2245018; מיכל יעקב יצחקי ונעמה לנסקי "האטימות. ההשפלה. הכאב." **ישראל היום** 4.2.2014, 20.

שימת הדגש בעדויות לפגיעה שנגרמה לילד או עלולה להיגרם לו, תוך ראייתן כעולות בחשיבותן על הבנת מערכת היחסים בין הילד להורים, מושפעת מן הדרישה לעילה חוקית שתצדיק את התערבות בית-המשפט בתא המשפחתי. לנוכח החשיבות שיש לפרטיות ולאוטונומיה של התא המשפחתי, דרישה זו נראית מוצדקת, והיא משרתת את תכליתה במצבים של גירושים¹⁰⁰ ושל חטיפה.¹⁰¹ במקרים אלה בית-המשפט מתערב רק לאחר שאחד ההורים לפחות פונה לבית-המשפט ובכך מתיר לבית-המשפט לחדור לפרטיותו של התא המשפחתי (שכבר נסדק). אבל במקרים שבהם מופעל חוק הנוער (טיפול והשגחה) לא מתקיימים סייגים הולמים לגבי התערבות המדינה. לא זו בלבד שהחוק מתיר למדינה להוציא ילד מרשות ההורים ולפנות לבית-המשפט כדי לקבל את אישורו רק כעבור שבעה ימים,¹⁰² גם הרשות להכריז על ילד כנזקק פרוצה, כפי שקבע השופט יצחק עמית: "...כל הנושא של הכרזה על נזקקות אינו מופיע במפורש בחוק, ומי שקורא את סעיף 2(6) לחוק כפשוטו עלול להגיע למסקנה כי כל קטין בסכנת חיים בריאותית הוא בבחינת ילד נזקק..."¹⁰³

גם במקרים שבהם נידונה בקשה להכריז על ילד ככר-אימוץ ללא הסכמת הוריו, המשמעות המוענקה ל"טובת הילד" כהגנה עליו, לרבות הגנה מפני הוריו, באה לידי ביטוי בהיתר שחוק אימוץ ילדים מעניק כאמור למדינה לחדור לפרטיותו של התא המשפחתי עוד לפני שבית-המשפט נתן לכך את אישורו, ולקבל את אישור בית-המשפט רק כעבור ארבעה-עשר יום.¹⁰⁴ במצב זה, כאשר המקרה מגיע לדיון בבית-המשפט, החלטת בית-המשפט עומדת בצל ההתערבות הפולשנית של המדינה שקדמה לפתיחת ההליך המשפטי, כפי שאירע במקרה הבא: בעת ההליך המשפטי בבקשת המדינה להכריז על ילד בן חמש ככר-אימוץ, מאחר שאמו אינה מסוגלת לגדלו, נצפה קשר חזק של הילד לאמו, אולם מאחר שהוא כבר נמסר למשפחה שיועדה לאמצו וכבר נקשר אליה, ומאחר שמשפחה זו קיבלה אותו מתוך הבנה שהקשר שלו עם אמו ינותק עם

100 ראו ס' 19 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962: "לא באו ההורים לידי הסכמה ביניהם בענין הנוגע לרכוש הקטין, רשאי כל אחד מהם לפנות לבית המשפט והוא יכריע בדבר. לא באו ההורים לידי הסכמה ביניהם בענין אחר הנתון לאפוטרופסותם, רשאים הם יחד לפנות לבית המשפט, ובית המשפט, אם לא עלה בידו להביאם לידי הסכמה ואם ראה שיש מקום להכריע בדבר, יכריע הוא בעצמו או יטיל את ההכרעה על מי שימצא לנכון."

101 ס' 8 לתוספת לחוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים), התשנ"א-1991: "כל אדם, מוסד או גוף אחר הטוען כי ילד הורחק או לא הוחזר תוך הפרת זכויות משמורת, רשאי לפנות אל הרשות המרכזית שבמקום מגוריו הרגיל של הילד או אל הרשות המרכזית של כל מדינה מתקשרת אחרת, בבקשה לסייע להחזרתו של הילד."

102 ראו לעיל ה"ש 26.

103 ענ"א (מחוזי חי') 10329-06-09 פלונית נ' מדינת ישראל, פס' 57 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 12.7.2009) (ההדגשה במקור) (להלן: ענ"א פלונית). ס' 2 לחוק הנוער (טיפול והשגחה) קובע כי "קטין הוא נזקק כשנתקיים בו אחד מאלה: ... (6) שלומו הגופני או הנפשי נפגע או עלול להיפגע מכל סיבה אחרת."

104 ראו ס' 12(ג)(1) לחוק אימוץ ילדים, המצוטט לעיל בה"ש 22.

הכרזתו כבר-אימוץ, החליט בית-המשפט להכריז עליו כבר-אימוץ ולהגדיר את האימוץ כאימוץ סגור, שמנתק לחלוטין את הקשר בין הילד לבין הוריו מולידיו,¹⁰⁵ וזאת אף שלדעת בית-המשפט טובתו של הילד חייבה שהקשר עם אמו יימשך גם לאחר האימוץ.¹⁰⁶ כך אירע גם במקרה אחר, שגם בו עמדה במוקד החלטתו של בית-המשפט שאלת ניתוקו של ילד מן המשפחה שאליה הועבר בתוקף צו-חירום על-פי חוק אימוץ ילדים. בהחלטתו אמר בית-המשפט מפורשות כי הדודה, אחות אמו של הילד, שביקשה לאמצו, אכן מתאימה וראויה לכך, וכי אפילו המומחים קבעו שאילו נידונה בקשת הדודה לאמצו לפני שהועבר הילד למשפחה שיועדה לאמצו, היה מקום להיענות לבקשתה.¹⁰⁷ אלא שבינתיים נקשר הילד למשפחה שבה שהה, ולפיכך קבע בית-המשפט כי הילד יאומץ על-ידי משפחה זו.¹⁰⁸ הצעד שנקטו שירותי הרווחה קבע בפועל את החלטת בית-המשפט, ותלש לחינם את הילד ממשפחת-המוצא שלו.

הלכה למעשה ההצדקה החוקית לפריצת התא המשפחתי על-ידי המדינה באמצעות צווי-חירום, תוך השעיית התערבותו של בית-המשפט, יוצרת מצב שבו לא עתיד היחסים בין הילד למשפחתו המקורית נידון בבית-המשפט, אלא שינוי מצבו של הילד בהווה, כפי שהוא נוצר על-ידי שירותי הרווחה.¹⁰⁹

פנים אחרים שיש בהקדמת ההצדקה החוקית להתערבות בית-המשפט בתא המשפחתי לדיון בשלומו של הילד אפשר לראות בהלכה שנקבעה בשנת 1998 לגבי התנהלות ההליך של הכרזת ילד כבר-אימוץ ללא הסכמת הוריו בשל אי-יכולתם לגדלו. הלכה זו מדגימה את השלכותיה של הדרישה לעילה חוקית כתנאי להתערבות בית-המשפט.¹¹⁰ על-פי הלכה זו, שנקבעה על-ידי הנשיא אהרן ברק, הדיון באימוץ ללא הסכמת הורים צריך להתנהל בשני שלבים: בשלב הראשון תידון יכולתם של ההורים לגדל את ילדם, ורק אם יוכח כי הם חסרים יכולת זו, כך שהם מאבדים את זכותם לגדל את ילדם על-פי העילות הקבועות בחוק,¹¹¹ בית-המשפט יכול להתערב באוטונומיה של ההורים ולדון בטובתו של הילד. אולם למעשה, ההחלטה בשלב הראשון של הדיון קובעת את תוצאת הדיון בטובתו של הילד, שהיא נושא הדיון בשלב השני, שכן משנקבע כי ההורים אינם יכולים לגדל את ילדם, ניתוקו החוקי של הילד מהוריו והכרזתו כבר-אימוץ נתפסים כתוצאה הכרחית. תוצאה זו מנומקת בצורך של הילד בקביעות

105 אימוץ סגור הוא בררת-המחדל בארץ, אך החוק מתיר לבית-המשפט, בנסיבות מסוימות, לצמצם את תוצאות האימוץ ולאשר המשך קשר בין המאומץ לבין הוריו מולידיו. ראו ס' 16 לחוק אימוץ ילדים.

106 אימוץ (מחוזי י"ם) 11/94 **היועץ הממשלתי לממשלה נ' פלונית**, פס' 8 (לא פורסם, 5.9.1995).
107 דנ"א 6211/13 **היועץ הממשלתי לממשלה – משרד הרווחה והשירותים החברתיים נ' פלונית**, פס' 32 לפסק-דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 23.12.2013).

108 שם, סיכום פסק-הדין.

109 שם, פס' 39 לפסק-דינה של השופטת ארבל.

110 ע"א **פלוני**, לעיל ה"ש 81.

111 ס' 13 לחוק אימוץ ילדים.

וביציבות,¹¹² תוך התעלמות מן הנתק שנוצר בבסיס הוויית חייו של הילד כאשר הקשר בינו לבין הוריו נקטע וזהותו משתנה עם הכרזתו ככר-אימוץ. כך, אף שהדרישה לעילה חוקית כתנאי להתערבות בית-המשפט בתא המשפחתי נועדה להגן הן על האוטונומיה של ההורים והן על האוטונומיה של הילד, ההלכה שקובעת כי דיון משפטי בסוגיה של אימוץ ללא הסכמת הורים צריך להתנהל בשני שלבים מגינה על האוטונומיה של ההורים בלבד. ההכרעה בדבר טובתו של הילד נגזרת ממעשיהם וממחדליהם של הוריו,¹¹³ וזכותו לקשר עם הוריו אינה עומדת לו כזכות עצמאית.¹¹⁴ למשל, פרשת **תינוק המריבה** הגיעה לדיון לבית-המשפט העליון בשל ערעורו של האב על הכרזת בנו ככר-אימוץ ללא ידיעתו, בזמן שבקשתה של האם לחזור בה מהחלטתה למסור את בנה לאימוץ הייתה עדיין תלויה ועומדת בבית-המשפט לענייני משפחה. בשל השוני בעילות החוקיות שעל-פיהן הגיש כל אחד מן ההורים את בקשתו לבטל את הכרזת הילד ככר-אימוץ,¹¹⁵ החליט רוב ההרכב לדון רק בעניינו של האב ולהימנע מדיון בבקשתה של האם. ההשלכות של החלטת בית-המשפט על הילד לא נזכרו על-ידי רוב ההרכב בשלב זה של הדיון המשפטי, וזאת אף שבית-המשפט היה מודע לכך שההורים חזרו לחיות יחד כבני-זוג, וכי דחיית ערעורו של האב על-ידי בית-המשפט העליון תקבע גם את החלטתו של בית-המשפט לענייני משפחה לגבי בקשת האם ותגזור את גורלו של הילד לא לגדול בחיק הוריו מולידיו.¹¹⁶

ההפרדה החדה בין בחינת המסוגלות ההורית לבין בחינת טובת הילד – הפרדה ש"היא מלאכותית למדי... [שכן] שאלת המסוגלות אינה אלא פונקציה של טובת הילד"¹¹⁷ – מורה על תפיסה שרואה ביכולתם של הורים לגדל את ילדיהם סגולה אישית שאינה מושפעת מן הקשר בינם לבין הילד. הפרדה כזו יכולה להיעשות אם תפיסת היחסים בין הילד להורים היא חד-כיוונית, וההורים מוצבים כמי שקובעים את מצבו של

112 בע"מ 10791/05 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 9.2.2006); בע"מ 9299/04 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית (פורסם בנבו, 10.8.2005).

113 Vered Ben-David, *Social Construction of Reality and Narratives of Parental Incapability in the Process of Adjudicating the Adoption of Minors in Israel*, 16(4) CHILD & FAM. SOC. WORK 402 (2011).

114 ראו מילי מאסס "תינוק על פרשת-דרכים – המחלוקת לגבי משמעות האימוץ: הערה על פסק-הדין בע"מ 377/05 פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגיים" **עיוני משפט** לא 219 (2008) (להלן: מאסס "תינוק על פרשת-דרכים").

115 האב הגיש את בקשתו לפי ס' 8(א) לחוק אימוץ ילדים: "לא יתן בית משפט צו-אימוץ אלא אם נוכח שהורי המאומץ הסכימו שהילד יאומץ או שהוא הוכרז ככר-אימוץ לפי סעיף 13." האם הגישה את בקשתה על-פי ס' 10 לחוק אימוץ ילדים (כנוסחו אז): "לפי בקשת הורה רשאי בית משפט לפסול הסכמתו שניתנה לפני לידת המאומץ או שהושגה באמצעים פסולים, ורשאי הוא, מטעמים מיוחדים שיירשמו, להרשות להורה לחזור בו מהסכמתו כל עוד לא ניתנו צו האימוץ."

116 פרשת **תינוק המריבה**, לעיל ה"ש 80, פס' 63 לפסק-דינו של הנשיא ברק, פס' 28 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה וכן פס' 3 לפסק-דינו של השופט ריבלין.

117 ראו רע"א **פלונית**, לעיל ה"ש 21, פס' 21 לפסק-דינו של השופט אנגלרד.

הילד, אשר נתפס כסביל. הקדמת הדיון בזכויות ההורה לדיון בטובת הילד מעידה על ההשלכות של העמדה הערכית אשר רואה בהתערבותו של בית-המשפט פגיעה בפרטיותו של התא המשפחתי אבל מתעלמת מקיומו של מעגל היחסים במשפחה, שבמסגרתו יכולתו של ההורה לגדל את ילדו נמדדת על-פי טובתו של הילד ומושפעת מן הילד. התערבות בית-המשפט בדרך זו חודרת לתא המשפחתי תוך השמטת נקודת-ראותו של הילד, שיכולה להאיר הן את הקשר שלו להוריו והן את הדרך שבה הקשר שלו אליהם משפיע על יכולתם לגדלו. החלוקה לשני השלבים יוצרת בידול בין הילד להוריו בהליכים שעלולים לגזור את גורל קיומו של הקשר ביניהם, וזאת עוד קודם שהוחלט כי בידול כזה הכרחי. כיבוד פרטיותו של התא משפחתי – שנושא הכרה במשמעותם הייחודית של הקשרים שנוצרים בו ובמיוחד בייחודיותו של הקשר של הילד להוריו¹¹⁸ – מחייב למצוא דרכים לשמר קשר זה גם במקרים שבהם ההורים אינם יכולים לגדל את הילד.¹¹⁹ אבל בשנים האחרונות, כאשר הולכות ומתרבות הבקשות המופנות לבית-המשפט לצמצם את תוצאות האימוץ (מה שמכונה "אימוץ פתוח"), נידון גם הקשר של הילד להוריו, ומובא כהנמקה אם להעדפת צורת אימוץ זו ואם לדחייתה.¹²⁰ אך עצם ההחלטה למסור את הילד להורים חליפיים ולשנות את זהותו נקבעת כבר עם ההחלטה שההורים אינם יכולים לגדל את ילדיהם – החלטה שגוררת את הפקעת זכותו של הילד להיות מזוהה כילדם של הוריו מולידיו.¹²¹

118 ראו רונה שוו "זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים: לקחים מפרשת 'תינוק המריבה'" **משפחה במשפט** א 163 (2007); מאסס "תינוק על פרשת-דרכים", לעיל ה"ש 114. החלטה יוצאת-דופן, שמשקפת את ההכרה בחשיבות הקשר בין הילד להוריו, היא החלטתה של השופטת אספרנצה אלון שבה קבעה כי אף שקיימות לגבי ההורים העילות המתירות הכרזה על ילדם ככר-אימוץ גם ללא הסכמתם (איי-אפשר לזהות את האב, ונקבע כי האם אינה יכולה לגדל את הילד), הפתרון הדרוש הוא השמת הילד באומנה (שאינה מנתקת את הקשר בין הילד לאמו). ראו אמ"ץ (משפחה ח"י) 31808-08-10 **היועץ המשפטי לממשלה הלשכה המשפטית, משרד הרווחה נ' עו** (פורסם בנבו, 13.11.2011).

119 אפשר לעשות זאת על-ידי יצירת תנאים במשפחה שיפצו על אי-יכולתם של ההורים לגדלו, כגון גיוסה של המשפחה המורחבת ואף מסירתו של הילד לגידולה תוך שמירת הקשר עם ההורים, או מציאת מסגרת אחרת שתעניק לילד תנאי גדילה נאותים ובה כבוד תאפשר לו להמשיך לקיים את הקשר עם הוריו.

120 ראו, לדוגמה, אמ"ץ (משפחה ת"א) 147/01 **הקטינה ע.א. נ' א.י.** (פורסם בנבו, 26.5.2003); ע"מ (מחוזי י"ם) 584/04 **פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה** (פורסם בנבו, 7.11.2004). בהקשר זה בולט פסק-דין של השופטת חנה בן-עמי, שהחליטה על אימוץ פתוח לאחר שמיעת עדותו של הקטין – ראו א (משפחה י"ם) 26/98 **פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה** (פורסם בנבו, 25.5.2000).

121 לילדים מאומצים מונפקת תעודת לידה המעידה כי הם נולדו להוריהם המאמצים (על-פי תכתובת עם הממונה על מרשם ודרכונים במשרד הפנים, 21.12.2008). במכתב-תשובה של מנהלת השירות למען הילד, מיום 27.1.2009, הובהר עוד כי: "1. אכן מונפקת למאומץ תעודת לידה חדשה. הוצאת תעודת הלידה החדשה מעוגנת בסעיף 20 לחוק מרשם האוכלוסין תשכ"ה-1965. 2. תעודת הלידה המקורית הינה מסמך שאינו בתוקף. עמדת משרד הפנים היא כי אין למסור מסמך שאינו תקף. 3. יצוין כי על פי חוק האימוץ סעיף 30(ב) לחוק האימוץ: 'לפי בקשת מאומץ שמלאו לו 18 שנים, רשאי פקיד

במקום התפיסה שרואה את הילד כחלק מהמשפחה, נתפס אצלנו בידודו ממנה כדרך נאותה להגן עליו, ולא רק כאשר הקשר של הילד עם משפחתו מסכן אותו בעליל. את זאת ניתן ללמוד גם מהשלכותיה של החלטה אשר ניתנה על-ידי בית-המשפט לנוער ואושרה על-ידי בית-המשפט המחוזי, שבה ניתן אישור גורף לצוות המטפלים במרכז-חירום להאזין לכל שיחת-טלפון בין כל ילד לבין כל אדם שאינו נמנה עם צוות המרכז, לרבות שיחת-טלפון עם הוריו.¹²² ילדים נשלחים למרכזי-חירום כדי להגן עליהם מפני פגיעה והזנחה של הוריהם, אבל גם כדי להעריך אם ניתן לשפר את יחסיהם עם הוריהם. אף-על-פי-כן, ההחלטה להאזין לשיחות-הטלפון של הילדים מיושמת כנוהל אחיד במרכזי-החירום בארץ, ללא הבחנה בין ילדים שאפילו שיחת-טלפון עם הוריהם מסכנת אותם, ואשר יש צורך לנתק את הקשר שלהם עם הוריהם, לבין ילדים שעצם הקשר עם

הסעד להתיר לו לעיין בפנקס ברישום המתייחס אליו...'. פנקס האימוץ כולל את הפרטים המזוהים של ההורה הביולוגי."

122 ההחלטה האמורה, שניתנה על-ידי השופט אהרן מלמד בבית-המשפט לנוער בחיפה, נשלחה אליי על-ידי פקידת הסעד הראשית לחוק הנוער ב-3.1.2006. מטעמי סודיות היא לא ראתה אפשרות להעביר אליי את פרטי פסק-הדין (כך על-פי מכתבה אליי מן ה-19.1.2006), וגם פנייה לבית-המשפט לנוער בבקשה לקבל את פרטי התיק לצורך אזכור מדויק של ההחלטה לא נענתה. הציטוט שלהלן הוא העתק של אותו חלק מן ההחלטה שנשלח אליי על-ידי פקידת הסעד הראשית לחוק הנוער:

"...מרכזי החירום לילדים בסיכון, בארץ ובארה"ב נועדו לקטינים המצויים בסכנה לשלומם הפיזי ו/או הגופני. חלק ניכר מקטינים אלה מגיע מבתים שבהם בוצעו עבירות מין או עבירות אלימות לגביהם ולגבי מרבית הקטינים במרכז קיימת בעיה של השפעה רעה על-ידי ההורים. במקרים רבים יש ניגוד אינטרסים בין אלה של ההורים לבין אלה של ילדיהם והניסיון מלמד שיש חשש רציני ביותר להשפעה שלילית, איומים, הדחה לעדות שקר וכיו"ב מצד ההורים. אי לזאת מקובל במרכזי החירום בארץ ובחו"ל לקיים האזנה מתמדת לשיחות מן החוץ, כולל שיחות הורים והנוהג הוא שההאזנה נעשית בגלוי ולפי נוהג קבוע במרכזים והאחראים מודיעים על נוהג זה להורים ולילדיהם. ההאזנה והסדר זה הינם חשובים מאד ומונעים נזקים חמורים לקטינים למודי סבל, הזנחה, פגיעות והתעללות ומאפשרים אבחונם ושיקומם. אם הקטין או ההורים מסרבים לציטוט זה, אינם רשאים לקיים שיחות טלפוניות ביניהם. הסדר זה אינו בגדר 'תלווה ויהיב לא יהיב', כפי שטוען ב"כ המשיבה, אלא בגדר 'כופין אותו עד שיאמר רוצה אני', וזה הבסיס לטיפול הסמכותי ולשיקומם של אלפי קטינים בארץ... ההנחה היא שבתוך תוכו של האדם (כולל הורים וקטינים) קיים הרצון האמיתי והכן להתנהגות טובה ומועילה, אלא שתנאי חיים, הפרעות נפשיות, מתחים וכיו"ב מונעים בעדו מלממש את הטוב האמיתי, הכפייה עוזרת לו להתגבר על הקליפות הנ"ל ולממש את הטוב שבו ואמנם מלמד הניסיון הרב בשליחת קטינים למרכזים שגם הורים וקטינים המתנגדים לציטוט ולשיקום, מתגברים לאחר תקופה קצרה על יצריהם, גובר בהם רגש האחריות והרצון לשיקום ולאחר תקופה קצרה הינם מתחילים לשתף פעולה עם מטפליהם ומקבלים עליהם את כללי המרכז כולל גם את הציטוט לשיחות הטלפוניות."

במכתבה מן ה-3.1.2006 מציינת פקידת הסעד הראשית לחוק הנוער כי אין באפשרותה לשלוח אליי את אישורו של בית-המשפט המחוזי להחלטה זו, מאחר שאי-אפשר להפריד בין החלטה זו לבין פסק-הדין כולו, שהוא חסוי.

הוריהם אינו מסכן אותם ושהייתם במרכז-החירום מכוונת לשקם את יחסיהם עם הוריהם. נוסף על כך, נוהל זה חל על השיחות הטלפוניות של הילד עם כל אדם, אפילו עם אנשי-מקצוע שמקיימים איתו קשר, כגון מומחה שמונה על-ידי בית-המשפט. ההאזנה לכל שיחת-טלפון של כל ילד עם כל אדם מעבירה לילדים מסר ברור שהעולם מסוכן ושיש לבודד אותם כדי להגן עליהם. זיהוי ההגנה על הילד עם בידודו מחבל בהשקפה שרצוי להנחיל לאותם ילדים שהוריהם פגעו בהם, שהרי חשוב לומר לילדים אלה כי העובדה שהוריהם כשלו, ואפילו סיכנו אותם, אינה מעידה שהעולם כולו מסוכן. במקום התפיסה שאליה התייחסו פנחס שיפמן¹²³ והשופטת פרוקצ'יה¹²⁴ כאשר דיברו על האינטרסים המשולבים של ההורים והילד, קיים בישראל בידול בין האינטרסים של הילד לבין אלה של ההורים. חוק הנוער (טיפול והשגחה) וחוק אימוץ ילדים מנסים להקפיא את התנועה המעגלית של יחסי המשפחה כאשר הם משעים את התערבות בית-המשפט עד לאחר שנציגי המדינה כבר אכפו את השתתפותם במעגל יחסי המשפחה. יש בכך כדי לרוקן מתוכן את ההצהרה שעל בית-המשפט להגן על פרטיותו של התא המשפחתי, שהרי התא המשפחתי נפרץ עוד בטרם הגיע העניין אל בית-המשפט. השופט מוצב אם כן לא כמי שאמור להבין את היחסים במשפחה, אלא כמי שמייצג את סופיות המשפט.

הנטייה לייעד לבית-המשפט התערבות כוחנית בלבד ניכרת בהחלטה לא לכלול בתיקון לחוק אימוץ ילדים את הדרישה שהורה המבקש למסור את ילדו לאימוץ יופיע לפני בית-המשפט ויחתום לפניו על בקשתו זו.¹²⁵ ההחלטה נומקה בחשש שהופעה בבית-המשפט תרתיע את ההורה.¹²⁶ אולם דווקא במעמד זה התערבותו של בית-המשפט יכולה לסמן להורה את המקום החשוב שיש לו בחיי ילדו, ולהעניק לו תמיכה בשעה שהוא ניצב לפני החלטה הרת-גורל.

הבניית היחס בין בית-המשפט לבין המשפחה כחדירה לפרטיותה מעמידה במוקד ההליך המשפטי את העילה החוקית להתערבותו, ולא את הבנת מעגל היחסים במשפחה, ובולמת את הדיאלקטיקה בין העיקרון של סופיות המשפט לבין התנועתיות של מעגל יחסי המשפחה.

123 שיפמן, לעיל ה"ש 31, בעמ' 220.

124 פרשת **תינוק המריבה**, להלן ה"ש 80, פס' 6 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה.

125 הצעת חוק אימוץ ילדים (תיקונים שונים), התשס"ו-2006, פ/17/1027. חשוב להדגיש כי זהו הצעד האחד בהליך האימוץ שבו לא נדרשת נוכחות בבית-המשפט. הן מתן צו אימוץ והן אישור חזרתו של הורה מהסכמה למסור את ילדו לאימוץ מחייבים הופעה בבית-המשפט. ראו ס' 1 ו-10 לחוק אימוץ ילדים.

126 משרד המשפטים דו"ח **ביניים** – הועדה לבדיקת חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 והליכי אימוץ ילדים בישראל 21 (2006); פרוטוקול ישיבה מס' 327 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17, 33 (4.11.2007) (דבריה של עו"ד מוריה בקשי: "זה לא צריך להיות הליך משפטי... משפטן רך [צריך להיות נוח – מ' מ']").

פרק ו: רצף הצעדים המשפטיים הנוקטים לשם הגנה על הילד

הניגוד הקוטבי בין התנועה המתמדת של יחסי המשפחה לבין סופיות המשפט בא לידי ביטוי בהליכים המשפטיים במסגרת חוק אימוץ ילדים, ובמיוחד באימוץ ללא הסכמת הורים בשל אי-יכולתם לגדלו.¹²⁷ במקרים אחרונים אלה הבקשה שמונחת לפני בית המשפט היא להגיע להחלטה גורלית ובלתי-הפיכה בחיי הילד וההורים, ולאכוף עליהם ניתוק מוחלט של הקשר ביניהם.¹²⁸ בשל הקוטביות, אימוץ ללא הסכמת הורים נתפס לעיתים כצעד חריג,¹²⁹ אך מיקומו ברצף הצעדים שנוקטים לשם הגנה על הילד מאפשר לבחון את הקשר בין מידת החדירה של החוק לפרטיותו של התא המשפחתי לבין ההכרה בתנועותיו במעגל יחסי המשפחה, לרבות במקומו של הילד במעגל זה.

האימוץ מהווה נקודת קצה אחת ברצף, שבה מוצגת לפני בית המשפט חלופה אחת בלבד. בקצה הנגדי מצויים דיונים בסוגיה של משמורת ילדים במצבי גירושים, שבהם התערבות בית המשפט מתבקשת תכופות על-ידי אחד ההורים (לפחות). אף שהחלטת בית המשפט אינה סופית, שכן שינוי נסיבות עשוי להצדיק דיון מחדש בחלופות המוצגות לפניו, ההחלטה הראשונית יוצרת מצב שעלול לקבוע את כיוון התפתחותם של היחסים.¹³⁰ בתווך מצויים דיונים על משמורת במצבים של חטיפת ילדים, שבהם התערבות בית המשפט מתבקשת על-ידי אחד ההורים ונאכפת על האחר. גם במקרים אלה ההחלטה אינה בלתי-הפיכה, אך יש לה השפעה בלתי-מבוטלת (אם לא מכרעת) על היחסים של הילד עם הוריו.

התערבות בית המשפט על-פי חוק הנוער (טיפול והשגחה) היא נקודה נוספת על רצף זה. נקודה זו קרובה יותר לקצה שבו מצוי האימוץ, מאחר שהתערבות בית המשפט נאכפת תכופות על ההורים ועל הילד, אולם החלטותיו במקרים אלה חלות על תקופת זמן מתחמת,¹³¹ בניגוד להחלטה בעניין אימוץ, שחלה על כל ימי חייו של הילד. כאשר בית המשפט פוסק כי הילד נזקק לפיקוח המדינה, וכי לשם כך עליו לצאת מבית ההורים ולשהות במסגרת שאמורה לענות על צרכיו הנפשיים והחינוכיים, שהייה זו מוגבלת בדרך-כלל בזמן, ובכל מקרה מסתיימת לכל-המאוחר עם הגיע הנער לגיל שמונה-עשרה.

127 ראו ס' 13(7) לחוק אימוץ ילדים.

128 לפיכך הדיון בהליכים בסוגיה של אימוץ ללא הסכמת הורים מקבל במסגרת מאמר זה משקל רב יותר מהדיון בהליכים אחרים שעניינם היחסים שבין ילד להוריו.

129 אף-על-פי שאימוץ – ובמיוחד אימוץ ללא הסכמת הורים – מעלה בחריפות את שאלת זכויות הילד, סוגיה זו לא נידונה בוועדה שהופקדה על יישום האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות הילד. ראו הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה **דוח הוועדה – חלק כללי** (2003).

130 ראו ענ"א **פלונית**, לעיל ה"ש 103. כן ראו תיאורי מקרים אצל: JUDITH S. WALLERSTEIN, JULIA M. LEWIS & SANDRA BLAKESLEE, *THE UNEXPECTED LEGACY OF DIVORCE: A 25 YEARS LANDMARK STUDY* (2000).

131 ראו ס' 13 לחוק הנוער (טיפול והשגחה).

זאת ועוד, בעת שהייתו באותה מסגרת מתקנת ניתנת לו ולהוריו אפשרות להיפגש בהתאם לכללים המקובלים באותה מסגרת.¹³²

ככל שניתן לבחון את העדויות שבית-המשפט מסתמך עליהן, נראה שתיאור היחסים במשפחה מצטמצם כאשר ההליך המשפטי עשוי להוביל להחלטה שאינה הפיכה. לעומת זאת, במקרים של גירושים בית-המשפט מתבסס בדרך-כלל על תיאורים של אורח החיים של המשפחה ועל הפעילויות היומיומיות של ההורים והילדים, שהם הביטויים החיצוניים של מעגל יחסי המשפחה. הוא הדין לגבי מקרים של חטיפה. לגבי מקרי גירושים נקבעו לאחרונה תקנות בדבר שיתוף הילד בהליך המשפטי,¹³³ ובמקרים של חטיפה ניתן להתחשב ברצון הילד, על-פי חוק אמנת האג, אם הוא מתנגד להחזרתו.¹³⁴ הדרישה לעדויות אלה מבטאת הכרה במקומו של הילד במערכת היחסים עם הוריו, ומאפשרת להתבונן עליהם גם מנקודת-ראותו. פסקי-דין בהליכים משפטיים על-פי חוק הנוער (טיפול והשגחה) אינם מתפרסמים, ולכן אי-אפשר לדעת על אילו עדויות בית-המשפט לנוער מתבסס.¹³⁵

בהליכים שעוסקים באימוץ ללא הסכמת הורים, לא חיי היומיום של ההורים והילדים מוצגים בעדויות שבית-המשפט מתבסס עליהן, אלא אירועים ודפוסי התנהגות שמעידים על פגיעה הנגרמת לילד על-ידי ההורים, ואשר מהווים עילה חוקית שמצדיקה את התערבותם של המדינה ושל בית-המשפט בתא המשפחתי.¹³⁶ היחסים בין ההורים והילדים מוצגים בבית-המשפט באמצעות סיכום תצפיות שנערכות בעת שהייתו של הילד במסגרת חסויה, לאחר שהוצא מרשות ההורים באמצעות צו-חירום,¹³⁷ והקשר בין הילד להוריו ממושטר על-ידי פקידות האימוץ, שמייצגות את המדינה בבקשתה לנתק את הקשר.¹³⁸ התחזית של העדר שינוי עתידי במצבם ובהתנהגותם של הורים שכשלו –

132 ראו, למשל, מאסס בשם טובת הילד, לעיל ה"ש 23, בעמ' 120.

133 ראו תקנות סד"א, לעיל ה"ש 37.

134 ראו ס' 13 (ב) לתוספת לחוק אמנת האג, שם נקבע כי "הרשות השיפוטית או המינהלית רשאית כמו כן לסרב לצוות על החזרת הילד אם התברר לה כי הילד מתנגד להחזרתו וכי הוא הגיע לגיל ולרמת בגרות שבהם מן הראוי להביא בחשבון את השקפותיו".

135 להבדיל מן ההליכים המפורטים כאן, שנידונים בבית-המשפט לענייני משפחה, בקשות שמוגשות לבית-המשפט על-פי חוק הנוער (טיפול והשגחה) נידונות בבית-המשפט לנוער.

136 למשל, באחד המקרים ניתן תיאור מפורט של התנהגותו המופקרת והאלימה של האב, חוסר האונים של האם ומצבם הקשה של הילדים, אשר הצדיק, לדעת רשויות הרווחה, את הוצאתם של הילדים מהבית פעמים מספר. אולם בשום מקום אין תיאור של ההתנהלות היומיומית של ההורים והילדים בתקופות שבהן שהו הילדים בבית, ובעיקר חסרות תגובותיהם של הילדים על הפרידה מהוריהם כל אימת שהוצאו מהבית או על המפגש המחודש עימם כאשר הוחזרו אליהם. ראו פרשת האימוץ, לעיל ה"ש 84. כן ראו מאסס בשם טובת הילד, לעיל ה"ש 23, בעמ' 61 ו-117.

137 ס' 12 (ג) לחוק אימוץ ילדים.

138 ראו, למשל: "ההתרשמות מהמקרה דנן (כמו גם מתיקים אחרים שענינם בקשה להכרות קטין בר אימוץ), הינה כי 'הכשרת' הקטין לאימוץ נעשית מרגע הוצאתו מן הבית, באופן שמשמגיע שלב הדין וההכרעה, לא פעם כבולות ידיו של ביה"מ, שכלים להחזרת גלגלי הזמן אחורנית לא ניתן בידו: א. הקטינים שמקום מגוריהם ב... [צפון הארץ] הושמו בבית מעבר ב... [מרכז הארץ]. באופן

תחזית שנדרשת, כאמור לעיל, לצורך החלטה על ניתוק הקשר של הילד מהוריו – מתבססת בדרך-כלל על הערכות פסיכולוגיות שמציגות את מבנה האישיות של ההורים כישות קבועה שאינה נתונה להשפעותיהן של נסיבות חיים, ואף לא להשפעתו של הילד.¹³⁹ למרבה האבסורד, עדותו של הילד לגבי הקשר בינו לבין הוריו אינה נדרשת בהליך המשפטי שמיועד לחרוץ את גורלו של קשר זה ואת גורלו של הילד עצמו.¹⁴⁰ החוק מחייב את עדותו של הילד¹⁴¹ רק בשלב שבו בית-המשפט דן בהוצאת צו אימוץ. עדותו זו נדרשת רק לצורך קבלת הסכמתו להיות מאומץ על-ידי המשפחה שיועדה לכך, וזאת רק לאחר שכבר שהה בה שישה חודשים לפחות ורק לאחר שהגיע לגיל תשע.¹⁴² עדותו של הילד אינה נדרשת כלל לגבי קשריו עם הוריו מולידיו.

העדרו של הילד מן ההליך המשפטי שדן בבקשה להכריז עליו ככבר-אימוץ צוין במחקרה של רות זפרן,¹⁴³ אשר מצאה כי בפסקי-דין העוסקים בהכרזת ילד כבר-אימוץ, להבדיל מיתר פסקי-הדין שניתנים בבית-המשפט לענייני משפחה, מי שעומד במוקד פסקי-הדין הוא לא תמיד הילד המסוים, אלא "הילד הכללי" כניסוחה, כלומר, הדימוי המקובל לגבי טובת הילד וצרכיו. ייתור נקודת-הראות של הילד בהליכים משפטיים שעוסקים באימוצו שולל את ההכרה בקיומו של מעגל היחסים במשפחה, ומורה על

שכל ביקור הצריך הוצאות רבות, היטלטלות בדרכים והתארגנות מיוחדת ואם לכך מצרפים את מצבם הכלכלי הקשה (שכפי שיובהר להלן היה בין הגורמים להוצאת הקטינים מבתים), את העובדה שמספר הביקורים של האם הוגבל לפעם אחת בחודש ובכל פעם למשך שעה בלבד – וגם זאת ביום ובשעה קבועים – נקל לשער כי נושא הביקורים הפך להיות כלי בידי השירות למען הילד להשגת המטרה האמורה. אם ההורה איננו מגיע נטען נגדו כי הוא מזניח את הקטין ואינו מגלה ענין בו, אם הוא מאחר נטען שהמעון אינו יכול להתארגן בכל שעה וההורה נשלח לביתו כלעומת שבא וכשבכל זאת מתאפשר הביקור, נעשה הדבר כשענינים זרות בוחנות כל תנועה וכל אמירה." פרשת **האימוץ**, לעיל ה"ש 84, פס' 8 לפסקי-הדין. ראו גם מאסס **בשם טובת הילד**, לעיל ה"ש 23, בעמ' 71, 135.

139 יגיל, לעיל ה"ש 90, בעמ' 183; מילי מאסס "מסוגלות הורית": ביטוי ל'אינסטינקט הורי' או ל'אינסטינקט הישרדות' (על עדות מומחה) "סוגיות בפסיכולוגיה, משפט ואתיקה בישראל – אבחון, טיפול ושיפוט" 217 (דוד יגיל, אמנון כרמי, משה זכי וענת לבני עורכים, 2008).

140 לעניין זה חשוב להדגיש שגם תקנות סד"א בדבר השתתפות ילדים בהליכים המשפטיים אינן מתייחסות להליכים בדבר הכרזת ילד כבר-אימוץ.

141 כאמור לעיל, ועדת-המשנה בנושא ייצוג נפרד לילדים בהליכים אזרחיים נמנעה באופן מוצהר מקביעת כללים לגבי עדותו של הילד בהליכים של אימוץ ללא הסכמת הורים.

142 ראו ס' 7 לחוק אימוץ ילדים – הסכמת המאומץ: "מלאו למאומץ תשע שנים, או שטרם מלאו לו תשע שנים אך הוא מסוגל להבין בדבר, לא יתן בית משפט צו-אימוץ אלא אם נוכח שהמאומץ רוצה שאותו מאמץ יאמץ; אולם רשאי בית המשפט לאחר ששמע את המאמץ ועובד סוציאלי לפי חוק האימוץ, לתת צו אימוץ בלי לגלות את דבר האימוץ למאומץ אם שוכנע שנתקיימו שלוש אלה: (1) המאומץ אינו יודע כי המאמץ אינו הורהו; (2) כל הסימנים מעידים שהמאומץ רוצה בהמשך הקשר עם המאמץ; (3) טובת המאומץ דורשת שלא לגלות לו את דבר האימוץ."

143 ראו רות זפרן "אימוץ: בין טובת הילד 'הספציפי' לטובת הילד 'הכללי'" (הרצאה במסגרת "ההורים והגנת הילד: יום עיון לרגל הוצאת ספרה של מילי מאסס 'בשם טובת הילד'", המחלקה לעבודה סוציאלית ע"ש שפיצר, אוניברסיטת בן-גוריון בנגב, 23.5.2011).

מגמה של התמקדות בהורים, ולא ביחסים בין הילד להוריו. מגמה זו מצמצמת, מניה וביה, את מרווח אי-הוודאות, מה שמקל בוודאי על השופט כאשר מוטל עליו ליתן החלטה גורלית ובלתי-הפיכה.

על-אף השוני במידת הניתוק שסופיות החלטתו של בית-המשפט אוכפת על הקשר המוחשי בין הילד לבין הוריו, המשותף לכל הצעדים שפורטו לעיל הוא שהם חודרים לקשר זה ומשנים את מסגרת הקשר המוחשי. קיימת אומנם זיקה בין הקשר המוחשי של הילד והוריו לבין מעגל היחסים ביניהם, אך זיקה זו אינה מתבטאת בהכרח בהשתקפות הווייתו של מעגל היחסים באופן שבו מתקיים הקשר המוחשי בין הילד להוריו. לעניין זה רלוונטיים במיוחד ההסדרים שבית-המשפט מחליט עליהם במצבי גירושים, שתכליתם היא בדרך-כלל לשמר את מעגל היחסים של הילד עם שני ההורים למרות השוני במסגרת הקשר עם כל אחד מהם. במקרים רבים בית-המשפט מזהה את הסדרי הראייה של הילד עם ההורה הלא-משמורן עם שימור היחסים איתו, ואינו שוקל את הנזק שהסדרים אלה עלולים להסב לילד וליחסיו עם ההורה.¹⁴⁴ ברוח זו מוצגת גם הסודיות שנאכפת על האימוץ הסגור, והניתוק המוחלט של הקשר המוחשי בין הילד להוריו מזוהה עם התכחשותו של המאומץ לעובדת קיומם של הוריו מולידיו. אולם הנחה זו אינה תואמת את הווייתם של מאומצים רבים, אשר חיים עם שני זוגות הורים – המאמצים, שקיימים בחיי היומיום שלהם, וההורים המולידים, שקיימים בדמיונותיהם.¹⁴⁵ גם הורים מולידים ממשיכים לקיים בדמיונם קשר עם הילד שנמסר לאימוץ.¹⁴⁶ דומה שזיהוי הקשר המוחשי בין הילד להוריו עם היחסים ביניהם בהחלטות בית-המשפט נעשה מתוך מחדל, ולא מתוך כוונה. אין אפשרות – או למצער קשה מאוד – לנבא את ההשלכות שיהיו לשינוי במסגרת הקשר בין הילד להוריו על היחסים ביניהם, אבל ניתן לנסות לשמר מידה כלשהי של המשכיות ביחסים. הגדרת זכותו של הילד כזכות ליחסים יכולה לבוא לידי ביטוי גם באמצעות כיבוד זכותו של הילד להשתייכות.¹⁴⁷ זכות זו רואה בקשר שבין הילד לבין מי שהוא משתייך אליו ומה ששייך לו משום יסוד משמעותי בזהותו ובביטויה.

המושג הקלסי "אובייקט-המעבר"¹⁴⁸ מדגים את הזכות להשתייכות ואת משמעותה. זוהי השמיכה שהתינוק והפעוט נושאים איתם לכל מקום ואשר משמחת, מרגיעה ומנחמת אותם. בחירת השמיכה המסוימת – או כל חפץ אחר – נעשית מפני שהתכונות המוחשיות שלה נושאות בעבור התינוק משמעות שחשוב לו לשחזר אותה. כל הורה

144 יעקב יצחקי ולנסקי, לעיל ה"ש 99. ראו תיאורי מקרים אצל WALLERSTEIN, LEWIS & BLAKESLEE, לעיל ה"ש 130.

145 Paul M. Brinich, *Some Potential Effects of Adoption on Self and Object Representations*, 145 35 PSYCHOANALYTIC STUD. CHILD 107 (1980); Steven L. Nickman, *Losses in Adoption: The Need for Dialogue*, 40 PSYCHOANALYTIC STUD. CHILD 365 (1985); ליהי קנדר פרח ושמר סיגל (צ'ריקובר, 2000).

146 דרור בורשטיין קרוב (כתר, 2009).

147 יאיר רונן "זכות הילד לזהות כזכות להשתייכות" **עיוני משפט** כו 935 (2003).

148 דונלד ויניקוט **משחק ומציאות** 35 (עם עובר, 1995).

נזהר מלכבס את השמיכה הזאת, מפני ששינוי בריחה ובמרקם שלה ייחווה על-ידי התינוק כאובדן.¹⁴⁹

כאשר בית-המשפט דן בשינוי מסגרת הקשר, חשוב שיהיה לו מידע לגבי האופן שבו הילד מגדיר את זהותו באמצעות מה שהוא תופס את עצמו כמשתייך אליו ומה שהוא רואה כשייך לו, כדי שיהיה אפשר לשמר מידה מסוימת של המשכיות בין מסגרת חייו של הילד עד להחלטת בית-המשפט לבין זו שלאחריה. ככל שהצעה זו ניתנת ליישום בהחלטות במצבי גירושים,¹⁵⁰ במקרים של חטיפה ובהחלטות על-פי חוק הנוער (טיפול והשגחה), יקשה ליישמה בהחלטות על-פי חוק אימוץ ילדים כאשר מסך הסודיות יורד על המאומץ. בצורת אימוץ זו, ובמיוחד באימוץ ללא הסכמת הורים, אין מאפשרים למאומץ ולהוריו להחליף תמונות, למשל. הילד נשאר תכופות ללא כל תמונה של הוריו, והוריו נותרים עם התמונות שצולמו לפני ניתוקו של הילד מהם, כאילו נפסקה גדילתו של הילד.¹⁵¹ הכוונה לשמר המשכיות בחיי המאומץ עומדת ביסוד האימוץ הפתוח, שמאפשר המשך קשר בדרגות שונות בין המאומץ לבין הוריו מולידיו גם אחרי ניתוק הקשר החוקי ביניהם. אימוץ פתוח גם מממש את זכותו של הילד על מה שייך לו, שכן במסגרתו מותר לו לקחת איתו אל המשפחה המאמצת מה שמייצג בעבורו את תחושת ההשתייכות שלו לעברו ולהוריו מולידיו.

מימוש זכותו של הילד להשתייכות, כביטוי מוחשי של זכותו ליחסים, יכול להקנות את הניתוק של הילד מהוריו – ניתוק שעושה את סופיות החלטתו של בית-המשפט להרת-גורל.

פרק ז: ייצוגו של מעגל יחסי המשפחה בהליך המשפטי

מאמר זה מציג שהשותפים שיוצרים את מעגל היחסים במשפחה ייוצגו בהליכים המשפטיים שדנים ביחסים אלה באמצעות זכויותיהם ליחסים. הצעה זו מנסה לזקק את מושג הזכויות מן היסוד הכוחני, אך היא אינה יכולה לעקף את מימד הכוח מן ההליכים המשפטיים שעוסקים ביחסי משפחה. גם שיח היחסים ייתקל בעיקרון של סופיות המשפט, אשר אינו משולל אלימות, בעיקר במצבים שבהם יש הכרח לאכוף את ניתוק הילד ממשפחתו. משום כך חשוב לערב את בית-המשפט כאשר ניתן עדיין להבין את תנועת היחסים במשפחה, אשר הקושי בייצוגה הוא המשוכה המהותית החוסמת את ההכרה בקיומה.

149 עדי אופיר לשון לרע: פרקים באונטולוגיה של המוסר 47 (עם עובד, 2000).

150 בפורום של מרצים בדיני משפחה דיווחה ד"ר תמר מורג על פיילוט של שיתוף ילדים בהליכי גירושים, שבו נמצא, למשל, כי ילדים רבים אומרים שמה שחשוב להם לעניין הסדרי המשמורת של ההורים הוא להישאר בקרבת חבריהם (אוניברסיטת בר-אילן, 16.4.2012).

151 מאסס בשם טובת הילד, לעיל ה"ש 23, בעמ' 93.

כדי למנוע מצבים שבהם אכיפת ניתוק הילד מהוריו מקדימה את סופיות המשפט, גם כאשר יש הכרח להוציא את הילד מבית הוריו ללא דיחוי, יינתן אישורו של בית-המשפט לצעד זה תוך עשרים וארבע שעות.¹⁵² באותו מעמד יקבע בית-המשפט היכן ישהה הילד ומה תהיה מסגרת הקשר בינו לבין הוריו עד שתינתן החלטתו הסופית של בית-המשפט, וכן ימונה ייצוג לילד ולהורים.¹⁵³

שינוי נדרש גם בהיקף הנתונים המוגשים לבית-המשפט ובמהותם. דרך אחת שבה בית-המשפט יכול להגיע להבנה של יחסי המשפחה היא הסתמכות על תצפיות ישירות בפעילויות יומיומיות שאינן "מזוהמות" במשטור של המדינה, כגון תצפיות במסגרות החינוכיות של הילדים שבהן השתתפו עוד לפני התערבות המדינה, תצפיות בפעילויות שגרתיות של הילדים וההורים ועוד. על דרך זו ניתן ללמוד מפסק-דין של בית-המשפט העליון שניתן בשנת 2002 במסגרת חוק הנוער (טיפול והשגחה), ואשר דן בערעורה של אָם על החלטתה של המדינה להעביר שני אחים קטינים למרכז-חירום. הוריהם של הילדים התגרשו, והם סירבו להיפגש עם אביהם. המדינה ייחסה את סירובם להסתה של האָם, ועל-כן ביקשה להעביר את הילדים למרכז-חירום במטרה לבודד אותם מאמם ולהרחיקם מהשפעתה. שופטי הרוב, שדחו את הערעור, התבססו על מסקנותיהם של שירותי הרווחה ושל המומחים, שעל-פיהן הילדים נמצאו בסיכון,¹⁵⁴ וקיבלו את עמדת המדינה והחליטו כי יש להעביר את הילדים למרכז-חירום.¹⁵⁵ השופטת פרוקצ'יה, שסברה בדעת מיעוט כי יש לקבל את עמדת האם, לא הסתפקה רק בדיווחים של שירותי הרווחה ושל המומחים – אשר התמקדו במה שסיכן לדעתם את הילדים, קרי, סירובם להיפגש עם אביהם – ובחרה לצטט בהחלטתה את הדיווח של בית-הספר שבו למדו

152 במקרים שבהם יש להוציא את הילד בבהילות מחזקת ההורים, על-פי דעתה של העובדת הסוציאלית לחוק האימוץ או לחוק הנוער, ואין אפשרות להמתין עד לאיסוף המידע לפני הוצאת הילד מחזקת הוריו, יש להביא את המקרה לפני שופט תורן בתוך עשרים וארבע שעות לכל-היותר, והוא יורה על מינוי ייצוג להורים וליילד באותו מעמד. ראו מאסס "הכרה בילד כאישיות עצמאית", לעיל ה"ש 60, בעמ' 182.

153 בחוק הנוער (טיפול והשגחה) אין כל התייחסות לשאלת ייצוג ההורים בבית-המשפט, ובהליכים במסגרת חוק אימוץ ילדים אין חובה למנות להורים ייצוג משפטי. עם זאת, בית-המשפט רשאי למנות להם בא-כוח. אף שברוב המקרים של המקרים בית-המשפט אכן ממנה להורים בא-כוח, עיתויו של מינוי זה – רק לאחר שהבקשה לאשר את הוצאת הילד מרשות ההורים מגיעה לבית-המשפט (כשבועיים לפחות לאחר הוצאתו בפועל) – מחלישה מאוד את עמדתם של ההורים. קיימות, כאמור לעיל, המלצות למנות לילד בא-כוח שיציגו בהליכים במסגרת חוק הנוער (טיפול והשגחה), אך המלצות אלה אינן קובעות את עיתוי המינוי, ומגבילות את ייצוגו של הילד על-פי גיל מסוים ועל-פי תנאים מסוימים. יתר על כן, אין כל המלצה לייצוג הילד בהליכים במסגרת חוק אימוץ ילדים בשלב הדיון בהכרזתו כבר-אימוץ. ראו מאסס "הכרה בילד כאישיות עצמאית", לעיל ה"ש 60, בעמ' 183.

154 רע"א 3009/02 פלונית נ' פלוני, פ"ד נו(4) 872, פס' 19 לפסק-דינו של השופט גרוניס (2002).

155 שם, פס' 20 לפסק-דינו של השופט גרוניס. עם זאת, בהחלטתו צמצם רוב ההרכב את משך שהייתם האמורה של הילדים במרכז-החירום, ובמקום שלושה חודשים, כפי שביקשה המדינה, הורה על שהייה של שלושים יום.

הילדים, אשר התבסס על תיאור חיי היומיום של הילדים. בדיווח תואר תפקודם המצוי של הילדים, בלימודים ובחברה, ונכתב גם שהם מגיעים לבית-הספר מטופחים, ושרויים בדרך-כלל במצב-רוח טוב.¹⁵⁶ דיווח זה הפריך, לדעת השופטת, את הערכת המדינה שהילדים נמצאו בסיכון באותה עת. יתר על כן, היא הצביעה על הסיכון שיש דווקא בהעברתם הכפויה של הילדים למסגרת מוסדית.¹⁵⁷

גם בהחלטות אחרות הסתמכה השופטת פרוקצ'יה על דיווח של תצפיות ישירות שהוגשו לבית-המשפט, ולא הסתפקה במסקנותיהם של נציגי המדינה. בפרשת **תינוק המריבה**, שגם בה הייתה השופטת פרוקצ'יה בדעת מיעוט,¹⁵⁸ היא ציטטה בהרחבה מן הדיווח שמסרו פקידות האימוץ עצמן לגבי הפרידה של האם מתינוקה, כאשר החליטה למסור אותו לאימוץ. פרידה זו, לדבריהן, לוותה תגובות פיזיולוגיות קשות וכאב נורא. הפער בין הצהרתה של האם שהחליטה למסור את בנה לאימוץ לבין התנהגותה ומעשיה העיד, לשיטתה של השופטת, כי החלטתה של האם נעשתה במצב משברי, ופקידות האימוץ שגו כאשר אישרו אותה ימים ספורים לאחר הלידה. אשר על-כן, סברה השופטת, היה על בית-המשפט לקבל את בקשתה לחזור בה מהחלטתה.¹⁵⁹

דוגמאות אלה ממחישות כיצד אפשר להציג בבית-המשפט תצפיות ישירות בילדים ובהשלכות של הקשר שלהם עם ההורים. הצורך בשימוש בתצפיות ישירות מצביע גם על הדיאלוג הדרוש בין המומחים ואנשי-המקצוע לבין בית-המשפט.¹⁶⁰ לא די שהמומחים יציגו את מסקנותיהם והמלצותיהם, אלא עליהם להביא לבית-המשפט גם את הנתונים שעליהם הם מבססים את מסקנותיהם. אם מדובר בתצפיות ישירות שהם ערכו בילדים ובהוריהם, יהיה עליהם להגיש תיאור מפורט שלהן לבית-המשפט, ואם היו אלה מבחנים פסיכולוגיים ששימשו בסיס למסקנותיהם, יהיה עליהם לפרט לפני בית-המשפט את הממצאים שעלו במבחנים, לפני שעובדו לכלל המלצה, בלוויית הסבר בדבר הקשר בין הממצאים לבין המלצה שאליה הגיעו. בחינת נתונים אלה על-ידי בית-המשפט תאזן את המשקל הרב (מדי) שניתן כיום להמלצותיהם של המומחים.¹⁶¹ דרך נוספת לייצג את מעגל היחסים במשפחה, והיא דרך-המלך, היא להגיע אל המשמעות שהילד וההורים מעניקים לעובדות שמוצגות לפני בית-המשפט, ולא להסתפק בבחינת אמינותן של העובדות עצמן; שהרי על-אף חשיבותה, לא אמינות העובדות היא העומדת במוקד הדיון המשפטי ביחסי המשפחה,¹⁶² אלא הצעדים שיש

156 שם, פס' 9(ה) לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה.

157 שם, פס' 11 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה.

158 פרשת **תינוק המריבה**, לעיל ה"ש 80.

159 שם, פס' 22–23 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה.

160 ראו את דבריה של השופטת (בדימוס) חנה בן-עמי בריאיון שהתקיים עימה: אשר אקסלרד, מרדכי עפרי, עורך הכהן וחיים שיבי "ראיון גלוי לב" **הלשכה** 95, 16 (2012).

161 ראו, למשל, ע"מ (מחוזי י"ם) 2080/07 **פלונית נ' מדינת ישראל – היועץ המשפט לממשלה** (פורסם בנבו, 12.3.2008). באותו מקרה, לאחר שהוצגו לפני בית-המשפט הנתונים שעל-פיהם העריכה המומחית את יכולתה של האם לגדל את בנה, קיבל בית-המשפט את הערכתה, אבל לא את מסקנתה.

162 אמ"ן **פלונית**, לעיל ה"ש 96, פס' 7 לפסק-הדין.

לנקוט במסגרת המשמעות שבני המשפחה עצמם מייחסים לעובדות אלה. בפסק-דין של בית-המשפט העליון שניתן בשנת 2005 החליטה השופטת פרוקצ'יה, שוב בדעת מיעוט, כי יש לנסות לאתר אב בלתי-ידוע, ובין היתר הצביעה על המשמעות שיכולה להיות לעובדת קיומו של הילד בעבור אותו אב. כלשונה: "האם סביר בנסיבות העניין להניח כי גם אם האב הביע בעבר יחס של הסתייגות מההיריון ומהלידה, עדיין קיימת אפשרות כי משיוודע לו דבר הולדת ילדו הוא יבקש לעמוד על זכותו לממש את הורותו? ... ידיעה כזו עשויה לעורר בנפשו רגשות עמוקים וכמיהה טבעית לאדם קרוב, בשר מבשרו, שלא ידע ולא הבין את פשרם קודם לכן."¹⁶³

בפרשת **תינוק המריבה**, אילו נשמעה האם בבית-המשפט בזמן-אמת, לפני שחתמה על החלטתה למסור את ילדה לאימוץ, ולא רק כאשר ביקשה לחזור בה, היו דבריה – בדבר הרגשתה כי היא אינה ראויה לגדל תינוק נפלא כל-כך¹⁶⁴ – מחייבים לבחון אם אין מדובר באותה הרגשת דכדוך שמלווה תדיר יולדות,¹⁶⁵ אשר גברה על הרגשות החמים שעורר בה בנה ועל התפעלותה ממנו. חרטתה על הצעד הנמהר שנקטה, בחלוף כמה שבועות, מצביעה על הסבירות ששיקול כזה היה מונע את הכרזת הילד כבר-אימוץ, והילד היה זוכה לגדול בחיק הוריו/מולידיו.

משמעותם של היחסים בין הילדים להוריהם מצויה בדבריהם, והכרה בחשיבותו של המימד הסובייקטיבי, כפי שנידון לעיל,¹⁶⁶ תעמיד אותה במוקד תשומת-הלב של השופטים, ותציב אותה בצד ראיות אובייקטיביות כבסיס לדיון המשפטי ולהחלטת בית-המשפט. המימד הסובייקטיבי גלום בשלושת הרבדים הכלולים בהליכים משפטיים אלה,¹⁶⁷ והמשמעות שהשופט, ההורים והילד מעניקים לדברים שנאמרים ומוצגים בעת ההליך המשפטי משפיעה על דרך התנהלותם של ההליכים ועל ההחלטה שהשופט מגיע אליה. מוטב אפוא שהבנת המשמעות תהיה מנוסחת ומוצגת. זהו אחד מביטוייו של שיח היחסים ומימוש של הפרשנות שלפיה הזכות לשיתופו של הילד בהליך המשפטי היא הזכות לדיאלוג עם מקבלי ההחלטות בעניינו.

163 בע"מ 5082/05 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני**, פ"ד ס(3) 201, פס' 15 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (2005).

164 פרשת **תינוק המריבה**, לעיל ה"ש 80, פס' 22 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה.

165 Saju Joy, *Postpartum Depression*, MEDSCAPE (Apr. 17, 2014), reference.medscape.com/article/271662-overview; *Maternity Blues*, WIKIPEDIA, 4.4.2014, en.wikipedia.org/wiki/Maternity_blues.

166 ראו את הדיון לעיל בפרק ד.

167 ראו לעיל ליד ה"ש 91.

סיכום

הגדרת היחסים שבין הילד והוריו כמעגליים מציעה מפנה מן התפיסה החד-כיוונית הרווחת, שעל-פיה ההורה מוגדר כקובע את היחסים עם הילד ואת התפתחותו, ואילו הילד מוצב בעמדה סבילה, כמי שרק מושפע מהתנהגות ההורה. זוהי תפיסה בינרית שהולמת את השיח המשפטי האדוורסרי, שבו זכותו של האחד מתחרה בזכותו של האחר, ונדרשת החלטה שקובעת זכותו של מי גוברת. סופיות החלטתו של בית-המשפט מתבקשת במסגרת תפיסה זו. אך החוק מקדים את סופיות החלטתו של בית-המשפט כאשר הוא מתיר למדינה להוציא את הילד מחזקת ההורים ומשעה את התערבותו של בית-המשפט. גם צווים משפטיים והלכות משפטיות אשר מבדלים בין הילד לבין ההורה, ואף מנתקים את הקשר ביניהם, מקדמים ומקדימים את סופיות החלטתו של בית-המשפט. הצגת הקשר בין ההורים לבין הילד בהליכים המשפטיים שדנים ביחסיהם מוכתבת, הלכה למעשה, על-ידי העיקרון של סופיות המשפט, והדיאלוג שמתקיים בין מהותם של יחסי משפחה לבין אופיו של ההליך המשפטי מוגבל.

הניגוד המובנה בין העיקרון של סופיות המשפט לבין הליכים משפטיים שדנים בעתיד הקשר בין הילד להוריו מובלט ומוחרף כאשר יחסי משפחה מוצגים כתנועה מעגלית. ההגדרה האונטולוגית של היחסים בין הילדים להוריהם כמעגל, שבו ההורים והילדים משפיעים אלה על אלה ומושפעים אלה מאלה, מתחייבת לנוכח ידע עדכני על התפתחותם של תינוקות וילדים, ונדרשת גם בשל ההכרה הגוברת בילד כישות עצמאית ואוטונומית.

על-פי תפיסה זו, שיתופו של הילד בהליך המשפטי אינו מבוסס רק על עמדה ערכית שמגדירה זאת כזכותו להשמיע את עמדתו; שיתופו של הילד בהליך המשפטי שדן בעניינו נדרש מעצם היותו. בית-המשפט נזקק לעדותו של הילד, כשותף פעיל ביצירת היחסים עם הוריו, כדי להבין את משמעות הקשר שלו להוריו ואת השפעת תרומתו והתנהגותו שלו על הקשר ביניהם.

במקום עימותן של זכויות הילד עם זכויות ההורים מתבקשת, במסגרת התפיסה המעגלית, הגדרת זכותו של הילד כזכות ליחסים. מקורה של זכות זו ומהותה נעוצים במשמעות העמוקה של הקשר של הילד להוריו. השופטת פרוקצ'יה רואה בקשר הזה את "...העורק הראשי המזרים את הדם לנימי חייו של הילד; הוא שנותן לו את רגש השייכות והביטחון הקיומי"¹⁶⁸ משמעות זו מקבלת את ביטוייה וניזונה ממעגל היחסים בין הילד להורה, שבמסגרתו זכותם של ההורים כזכות ליחסים מגלמת את מעמד החוקי.

כדי לייצג את מעגל היחסים בהליך המשפטי, נדרשת התערבות של בית-המשפט עוד לפני שפריצת התא המשפחתי על-ידי המדינה מנסה לבלום – ולעיתים אף מקפא – את התנועתיות של מעגל היחסים במשפחה. כדי שמימוש זכותם של הילד ושל ההורים ליחסים יעמוד לבחינת בית-המשפט, מתחייבת חריגה מן הנתונים האובייקטיביים, אלה

168 פרשת תינוק המריבה, לעיל ה"ש 80, פס' 8 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה.

שבית־המשפט מסתמך עליהם בדרך־כלל, ויש לכלול במידע המוצג לפני בית־המשפט גם את המשמעויות שהילד והוריו מייחסים לקשר ביניהם. הדגם המוצע אינו מיישב את הניגוד בין מהותם של יחסי משפחה לבין סופיותה של ההחלטה השיפוטית, ואינו מאיין אותו. להפך, ניגוד זה מוצב במוקד הדיאלוג בין המשפחה לבין בית־המשפט בצורה ברורה וחדה אבל גם גלויה והוגנת.