

קבלת החלטה בעניינה של ילדה –

חברט ליכט-פטרון*

לקראת השלמה בין טובת הילדה לזכויות הילדה**

א. כללי

1. מבוא

פלוגית, ילדה כבת 12, מבקשת מבית המשפט להורות להוריה ולבית החולים להפסיק טיפול רפואי שניתן לה, הפוגע, לטענתה, בזכותה לכבוד, וזאת מנימוקים דתיים או אחרים. מקרה זה על אינספור גרסאותיו האפשריות¹ מעורר שאלות רבות באשר ליחסים המורכבים שבין הילדה, הוריה ומשפחתה והמדינה בכללותה, אך נראה שהשאלה הראשונה הנה: היש להתחשב ב"טובת הילדה" או ב"זכויות הילדה", ומה היחס בין שני מושגים אלו?²

המאמר יעסוק בדרך שמציעה ועדת רוטלוי³ לקבל החלטה בעניינה של ילדה – דרך המבוססת על תפיסת טובת הילדה ככוללת את זכויות הילדה. ביסוד ההצעה עומדת ההבחנה הבסיסית בין מהות ההחלטה (מהי טובת הילדה?) לאופן קבלתה (איך נקבעת טובת הילדה?), ולבסוף נידון האיוון בין טובת הילדה לטובת הזולת (מהו משקל טובת הילדה?). ההצעה מבקשת להסדיר באופן מובנה וקוהרנטי את קבלת ההחלטה על ידי מודל עקרוני שיושם באופן גמיש בכל הקשר בשינויים המחויבים (להלן):

"המודל המוצע". המאמר יתמקד בהיבט של מהות ההחלטה בעניין טובת הילדה, ובפרט ביחס שבין טובת הילדה לזכויות הילדה, תוך הסתפקות באזכור בלבד של שאר ההבטים המרכיבים את המודל.

2. טובת הילדה כמכלול הזכויות, האינטרסים והצרכים

הוועדה מציעה שילוב רעיוני של המושגים "טובת הילדה" ו"זכויות הילדה" על ידי הגדרת טובת הילדה כ"מכלול הזכויות, האינטרסים והצרכים של הילדה בנסיבות העניין"⁴. שילוב זה בין המושגים נעשה על רקע ויכוחים ומחלוקות בפסיקה ובאקדמיה ואינו נקי מספקות הן ברמה הנורמטיבית והן ברמה האפיסטמולוגית.

ברמה הנורמטיבית הטענה היא שמדובר במושגים נוגדים, או לפחות שונים, המתחרים על הבכורה בנוגע לקבלת ההחלטה.⁵ יש עמדות שונות בנוגע להייררכיה בין שני המושגים: עמדות המבכרות את טובת הילדה על זכויות הילדה,⁶ עמדות המבכרות את זכויות הילדה על טובת הילדה או לפחות מאזנות ביניהן⁷ או מייחדות אותן למקרים שונים,⁸ ועמדות

1 המגוון הרחב של האפשרויות נוצר מהרלוונטיות המתמדת של הפרמטרים השונים, שונותם וגיוונם בהחלטות שונות הנוגעות לילדה ובהחלטות המתקבלות בעניינה על ידי הוריה, בית המשפט או גורם מוסמך אחר: למשל, היוזמה שבפנייה לגורם המחליט (של הילדה עצמה, הוריה או כל גורם אחר בשמה), נושא ההחלטה (טיפול רפואי מציל חיים שניתן לילדה, החלטה לגבי הזרם החינוכי שבו תלמד הילדה, החלטה לגבי הגירתה של הילדה ביחד עם מי מהוריה למדינה אחרת וכו'), מידת ניגוד העניינים בין הילדה להוריה בנסיבות העניין, מיהות הגורם המחליט (הוריה, בית המשפט או גוף מנהל), גילה וכשריה המתפתחים של הילדה, מידת האינטנסיביות והאנתנטיות של רצונה, ההשפעה החוזה של ההחלטה על הילדה בהווה ובעתיד ועל יחסיה עם הוריה ועם נשים משמעותיות בחייה, ועוד.

2 טובת הילדה הנו העיקרון החולש בקבלת החלטה בעניינה של ילדה, הן מכוח הפסיקה והן בדברי חקיקה, ובאשם בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962 (להלן: "חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות") הן לגבי הורים והן לגבי בית המשפט. אף על פי כן אין לעיקרון הסדר ממצה, ובחוקים רלוונטיים רבים הוא אינו מוזכר כלל. מנגד, זכויות הילדה, כעיקרון, כמעט שאינן מוזכרות בחקיקה.

3 דוח הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישוםם בחקיקה, בראשות השופטת סי רוטלוי (תשס"ד) 137 (להלן: "דו"ח הוועדה").

4 שם, שם.
5 ראו שי אלמוג וא' בנדור "טובת ילדים, זכויות האדם" ספר זמיר (תשס"ה) 93.
6 ראו עמדת השופטת שטרסברג-כהן בע"א 2266/93 פלוני נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221 (להלן: פרשת עדי יהווה).

7 אלמוג ובנדור גורסות שמותר להגביל את זכויות הילדה (שלשיטתן הן זכויות האדם שמוקנות גם לילדה) רק כשהדבר נחוץ לאור חוסר בשלות הילדה המסוימת, ורק באופן מידתי כשיש פגיעה מהותית בטובתה. אלמוג ובנדור, לעיל הערה 5, בע' 117.

8 הנשיא שמגר בפרשת עדי יהווה, לעיל הערה 6, סבר שזכויות הילדה כוללות את טובתה, ובהקשרים חוקתיים (למשל חופש הדת) יש לבכר את זכויות הילדה, אף שקשה לתאר סתירה בין טובת הילדה לזכויותיה. שם, בע' 254.

* דוקטורנט למשפטים, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן. יועץ התכנית לסיוע משפטי לנשים במרכז רקמן, אוניברסיטת בר-אילן. ברצוני להודות למורתיי ולחברותיי השופטת סביונה רוטלוי, יו"ר הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישוםם בחקיקה (להלן: "הוועדה" או "ועדת רוטלוי") ולד"ר תמר מורג, סגנית יו"ר הוועדה; לחברותיי לצוות הוועדה, עורכות הדין תמר פלד-אמיר, שרון פרימור, יעל איילון, איילת אפק והילית אורן-רשף; לחברות ולחברי הוועדה וכמובן לאשתי, עו"ד שרון ליכט-פטרון, שבלעדי סיועה לא היה מאמר זה יוצא מגדר רעיונות בעלמא. אני רואה זכות גדולה להודות למורי וחברי עו"ד יוסי מנדלסון על האמונה, החברות, וההערות החשובות לטיסה מוקדמת, לד"ר רות הלפרין-קדרי על השותפות והידידות, לד"ר אייל גרוס על התמיכה, הידידות והערותיו לטיסה מוקדמת. במיוחד תודתי לד"ר תמר מורג על הערות חשובות ושיחות רבות שהועילו מאוד בשיפור הרעיונות והמאמר. תודה למערכת כתב העת "המשפט", ובמיוחד לחברת המערכת יעל ביכלר, שעמלו על שיפור המאמר ועריכתו. המאמר נכתב בסיוע קרן קונרד אדנאואר ומרכז מיטרה לזכויות האדם, באוניברסיטה העברית בירושלים. גרסה מלאה של רשימה זו עתידה להתפרסם בכרך של "המשפט".

** לשון ילדות גם ילדים במשמע. סי 2 לאמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 31, מס' 1038, ע' 221 (להלן: "האמנה בדבר זכויות הילד" או "האמנה") המחייב שוויון, לרבות על בסיס מין, בין ילדים לילדות, חל גם על ההווה האנושית. פרקטיקה לשונית של שימוש והמחקרית המשפיעה באופן ממש על ההווה האנושית. פרקטיקה לשונית של שימוש בשון "ילדות" כצורה הכללית, הבלתי מסומנת, המתייחסת גם לילדים, הנה אקט סימבולי חשוב העשוי לתרום תרומה חשובה לשוויון בחברה בכללותה. מבחינה משפטית שימוש כזה מוכר בס' 6 לחוק הפרשנות, תשמ"א-1981: "האמור בשון זכר – אף לשון נקבה במשמע, וכן להפך". דווקא "מורות" השימוש הלשוני מאפשרת את העברת מסר השוויון והדגשת חשיבותו (ראו שי אלמוג "יאותן השמות עומדים לדורות" – על עברית, מגדר ומשפט" מחקרי משפט יח (תשס"ב) 373, 393). לכן סבתי שראוי לבחור בו, גם במאמר העוסק בטענות כלליות לגבי טובת ילדות (וילדים). טובתן של ילדות (וילדים) היא המחייבת קידום שוויון מגדרי, ושינוי דרכי סוציאליזציה המושפעים מהלשון וממסריה.

הניתן את התהליך המחשבתי של מבוגרת בסיטואציה דומה, הרי שהשילוב המוצע בין טובת הילדה לזכויותיה מתאים לתהליך מחשבתי זה, לבטח יותר מהמושגים המסורתיים של "טובת הילדה" ו"זכויות הילדה" כפי שנתפסו עד כה. כאשר מבוגרת מקבלת החלטה בעניין מסוים היא שוקלת את מוון הצרכים והאינטרסים שלה, בין "הגנתיים" ובין "עצמאיים", ולבסוף מאזנת ביניהם וקובעת לעצמה מהי טובתה בנסיבות העניין. ההבדל היחיד הוא אפוא המשקל שניתן לרצון הילדה מול המשקל שניתן לרצון המבוגרת בעת קביעת טובתה. בניגוד למשקל שניתן לרצון המבוגרת, שהוא לרוב מרבי (הלוא חזקה שמבוגרת יודעת מהי טובתה המיוחדת טוב מזולתה¹⁸), המשקל שניתן לרצון הילדה אינו מוחלט, אלא עומד ביחס ישר לגילה ולכשריה המתפתחים, תוך מעבר הדרגתי מילדות לבגרות¹⁹.

מבחינה אפיסטמולוגית הטענה הנה שלא רק שאין סתירה בין זכויות הילדה לטובת הילדה, אלא שלמעשה מבחינה תאורטית השילוב ביניהן מתחייב, ולכל הפחות אפשרי (ורצוי נורמטיבית). לא רק שאין הכרח לפרש את זכויות הילדה כמבוססות על רצונה, אלא שהגישה המקובלת כיום בתורת המשפט בנושא "טיבן של זכויות" קושרת את הזכות דווקא ל"אינטרס" שביסודה של הזכות ולא ל"רצון" שמאחוריה. בדומה, לא רק שאין הכרח לפרש את טובת הילדה כקשורה אימננטית לעמדה פטרנליסטית והגנתית לגבי האינטרסים והצרכים של הילדה לפי החלטתו הסובייקטיבית של הגורם המחליט, אלא שהגישות המשפטיות המקובלות יותר כיום בנושא דרך קבלת החלטות במשפט הישראלי²⁰, במדינות אחרות²¹ ובמשפט הבינלאומי²², קושרות את טובת הילדה עם מוון רחב של אינטרסים וצרכים²³ וכן עם תפיסה דינמית של הקשר הפוזיטיבי שבין טובת הילדה לרצונה²⁴.

3. תפיסת הילדות והבגרות

אחד ההבדלים בין מבוגרות לילדות הנו שמבוגרות מקבלות החלטות עבור עצמן, ואילו ילדות תלויות במבוגרות לצורך קבלת החלטות, ולרוב נעויות מלהחליט בעצמן²⁵. אין ספק שבכל עתיד נראה לעין תמשכנה מבוגרות לקבל החלטות עבור ילדות²⁶. אך כיצד יש להחליט עבור הילדות? כדי לדון בכך, עלינו לברר תחילה מהי תפיסת העומק של הילדות והבגרות, שמהווה את התשתית הרעיונית להסדר החברתי שבמסגרתו מבוגרות מקבלות החלטות עבור ילדות.

לא הרי דרך קבלת ההחלטות בחברה אחת ובתקופה אחת, כהרי דרך קבלת ההחלטות בחברה אחרת ובתקופה אחרת. למשל, בעידן ובחברה שבו הילדות נתפסו כקניין הוריהן, דרך קבלת ההחלטות נועדה להגשים את זכויות ההורים בילדות – שהן קניינים, ועל כן שיקול הדעת של ההורים היה כמעט מוחלט²⁷; בחברות שבהן ילדות, כמבוגרות, נתפסו כנכס לאומי שנועד לשרת את האינטרס הכללי, דרך קבלת ההחלטות נועדה להגשים את הכוח המדינתי לתעל את הילדות בהתאם לאינטרס הכללי²⁸; ובחברות הדוגלות בהפרדה דיכוטומית ברורה בין ילדות לבגרות, שבהן הילדות נתפסות כחלשות, כתלויות וכזקוקות להגנה עד הגיען לבגרות, דרך קבלת ההחלטות נועדה להגשים את הכוח המדינתי להגן עליהן מנוזק²⁹.

על רקע זה, מהי תפיסת העומק בחברה ובתקופה שלנו? תפיסת הילדות מושפעת הן מערכים מקומיים והן מערכים חיצוניים ובינלאומיים ונמצאת במידה רבה בתהליך של שינוי מתמיד. במשך עשרות שנים הביעה החקיקה

המבכרות מבחינים אחרים ולפיהן טובת הילדה או זכויותיה מהוות שיקול נוגד בלבד³⁰. ברמה האפיסטמולוגית הטענה העיקרית הנה שקיימת סתירה לוגית בין זכויות הילדה לטובת הילדה היות ומושג הזכויות מבוסס בהכרח על רצונה החופשי והאוטונומי של הילדה לעמוד על זכויותיה, ואילו מושג טובת הילדה בהכרח מבוסס על האינטרס ועל הצורך של הילדה כפי שהם נתפסים באופן פטרנליסטי על ידי הגורם המחליט (הורי הילדה, בית המשפט או גורם אחר³¹) בנסיבות העניין³².

כנגד שני העקרונות נמתחה ביקורת. עקרון טובת הילדה נתפס הן כהגנתי, בכך שהוא מודגש את ההיבטים ה"הגנתיים" של ההווה האנושית של הילדה יותר מאשר את ההיבטים ה"עצמאיים" שלה, והן כפטרנליסטי, בכך שהוא מתעלם מרצון הילדה מתוך הנחה שהילדה אינה יודעת מהי טובתה. על רקע ביקורת זו, עקרון זכויות הילדה נתפס כביטוי מתאים להיבטים ה"עצמאיים" וכאמצעי מתאים לכיבוד רצון הילדה, אפילו אם מימוש רצונה יוביל לתוצאה שונה מטובתה לפי עמדת הגורם המחליט. מנגד, עקרון זכויות הילדה נתפס כליברלי מדי, תוך הדגשת ההיבטים ה"עצמאיים" של הילדה יותר מההיבטים ה"הגנתיים", וכאוטונומי מדי, תוך הדגשת יתר של רצון הילדה, ללא התערבות, שיפוט וביקורת מצד הגורם המחליט שתפקידו מתמצה באכיפת זכויותיה. הביקורת כלפי זכויות הילדה בהקשר זה³³ מתמצה בחשש שהעיקרון יביא להפקרת הילדה לזכויותיה³⁴.

בניגוד למשקל שניתן לרצון המבוגרת, שהוא לרוב מרבי ... המשקל שניתן לרצון הילדה אינו מוחלט, אלא עומד ביחס לגילה ולכשריה המתפתחים, תוך התקדמות הדרגתית מילדות לבגרות

המודל המוצע מציע נקודת מבט חדשה לשילוב רעיוני בין שני המושגים תוך צמצום חסרונותיהם ומתן אפשרות לשיתוף פעולה מפרה בין יתרונותיהם. מבחינה נורמטיבית, השילוב המוצע בין טובת הילדה לזכויותיה (בסיוע אמצעי בקרה כגון רשימת פרמטרים מנחה והדגשת חשיבות רצון הילדה) מצליח ליצור שינוי מרחיק לכת המדגיש את בסיסם המשותף, על ידי ההכרה הסימבולית והאכיפה המטריאלית של הזכויות, הצרכים והאינטרסים המגוונים של הילדה³⁵. השילוב הרעיוני המוצע מפחית מה"פטרנליסטיות" כמו גם מה"הגנתיות" שבעקרון טובת הילדה, ובהתאם מגדיל מהותית את משקלן הסימבולי³⁶ והמטריאלי³⁷ של זכויות הילדה וחירויותיה כמו גם את משקל רצונה במסגרת "מבחן טובת הילדה". מנגד, שילוב זה מגביר משמעותית את ההכרה בצרכים ובאינטרסים ה"הגנתיים" של הילדה כזכויות לכל דבר, וכך מפחית את החשש של "הפקרת הילדה לזכויותיה (הליברליות)"³⁸. יתרה מזאת, לתפיסתי, אם אכן החלטות בעניינה של ילדה מתקבלות על ידי גורם כלשהו האחראי לקבל החלטות עבורה, מאחר שהיא נעדרת כשרות משפטית (דבר הנובע לכשעצמו בעיקר מהיעדר בשלות מספקת לקבל החלטות עצמאית³⁹), ואם אכן דרך קבלת ההחלטות נועדה לדמות ככל



צילום: לימור כהן, תלמידת בית הספר לעיצוב פנים, המסלול האקדמי המכללה למינהל

בניגוד ל"טובתן", אלא שלבני מבוגרות, לאור הנחת בשלותן המנטלית (ומסיבות אחרות), הפקרתן ל"זכותן" זו תיעשה במקרים רבים יותר מאשר לגבי ילדות. כמו כן, גם במקרה כזה האיוון שיעשה במסגרת טובת הילדה ייעשה בין אותה לאוטונומיה לזכויותיה "ההגנתיות" להגנה מפני "הפקרתה לזכויותיה".

19 ההתחשבות במעבר ההדרגתי מילדות לבגרות, משתקפת בתפיסה הכוללת המקרבת את היחס המשפטי הנמיש לילדות ליחס המשפטי למבוגרות ובהתחשבות מעשית בפרמטרים כגון כשריה המתפתחים של הילדה בעת קבלת ההחלטה בעניינה.

20 ת' מורג "פסיקת בית המשפט שלאחר הצטרפות ישראל לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד – האומנם עידן חדש?" בגיליון זה; אלמוג ובנדור, **לעיל** הערה 5, בע' 111.

21 החוק האנגלי – The Children Act 1989, קובע שבקביעת רווחת הילדה (Welfare of the child) יש להתחשב ברצונות ובתחושות הילדה. קביעה דומה קיימת גם בחוק הסקוטי – Children (Scotland) Act 1995, בחוק הניו-זילנדי – Children Young Persons – and Their Families Act (1989), בחוק הנורווגי – The Child Act (1981) ועוד.

22 למשל ס' 12 לאמנה בדבר זכויות הילד. לניתוח מפורט ראו דו"ח הוועדה, **לעיל** הערה 3, בע' 142, 207.

23 כמפורט בפרק ג' להלן.

24 ראו: J. Eekelaar "The Interests of the Child and the Child's Wishes: The Role of Dynamic Self-Determinism" 8 *International J. of Law and the Family* (1994) 42.

25 לפי חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות ילדה אינה רשאית לבצע פעולה משפטית ופעולה שביצעה ללא אישור האפוטרופוסית החוקית שלה מראש ניתנת לביטול, אלא אם כן מדובר בפעולה שדרכה של ילדה ביגלה לעשותה.

26 למעט אולי עבור נערות הקרובות לבגרות. קיימת אפשרות של "שחרור" נערות בגיל 16 או בניסיונות מסוימות, כגון, במקרה של נישואין והיעדר תלות כלכלית. קביעת קטגוריה חדשה של ילדות "משוחררות" (לצד הקטגוריות המסורתיות של ילדות ובוגרות) היא בעייתית, שכן קביעה כזו מחזקת את התפיסה הליברלית הקלאסית המדגישה את הדיכוטומיה בין "חירות" מלאה כבגירה לבין שלילה מלאה של "חירות" כילדה, גישה שכאמור העיקרון העשיר והמורכב של טובת הילדה נועד לתת. בענייני עדיפה גמישות והדרגתיות בין ילדות לבגרות, המתאפיינת בין היתר בהדגשה של עקרון הכשרים המתפתחים.

27 למשל, בחברות שונות זכות האב בילדותיו כולל אפילו את הזכות לגזור את דינן למוות.

28 למשל, סמכות השלטון בחברות שונות לקבוע מראש את כיוון התפתחותן של הילדות לפי צרכי השלטון.

29 למשל רעיון ה-*parens patriae*, שלפיו כוחה של המדינה להתערב במשפחה נובע מחובתה כ-"parent of the country" להגן על הילדות מפני נזק.

9 ר' זפרן "שיח היחסים כתשתית להכרעה בסוגיות מתחום המשפחה: מספר הערות על דאגה וצדק" **משפטים על אהבה** (תשס"ה), א' בן-נפתלי וחי' נוה עורכות) 605. המחברת מדגישה את היחסים המשפחתיים כבסיס ההכרעה ואת טובת הילדה כשיקול נוגד העשוי להצדיק פגיעה ביחסים המשפחתיים.

10 יש הבדל משמעותי בין הורים לגורם אחר, אך גם דמיון כלשהו לפחות לגבי מהות טובת הילדה. בדיונו נתייחס להורים ולגורמים אחרים במיוחד חרף שונותם.

11 אלמוג ובנדור, **לעיל** הערה 5. בעוד שתפקיד הגורם המחליט בעת החלטה לפי טובת הילדה הנו תפקיד מקיף שמחייב איוון בין הצרכים והאינטרסים השונים של הילדה בנסיבות העניין לפי שיקול זעמו הסובייקטיבי והפטרנליסטי, תפקידו בעת החלטה לפי זכויות הילדה מתמצה לכאורה באכיפת זכויות הילדה.

12 על עקרון זכויות הילדה נמתחות ביקורות נוספות בנוגע לפגיעתו במשפחה, ביחסים המשפחתיים ועוד.

13 הצרכים והאינטרסים של הילדה הם הבסיס הן למבחן זכויות הילדה והן למבחן טובת הילדה. אלמוג ובנדור, **לעיל** הערה 5. ברם, לאור עמימות עקרון טובת הילדה, בפסיקה לעתים נתפסה טובת הילדה כקשורה לא רק לצרכי הילדה ולאיינטרסים שלה אלא גם לאלו של הוריה.

14 שינוי התפיסה של מבחן טובת הילדה מאמת **מידה אובייקטיבית (הסובייקטיבית של הגורם המחליט) של איוון צורכי הילדה והאינטרסים שלה, לאמת המידה המיוחדת של הילדה המסוימת של איוון צרכי והאינטרסים שלה בהתאם לרצונה המשוער** – הוא שינוי סימבולי חשוב.

15 שינויו של האופן שבו מופעל עקרון טובת הילדה הוא שינוי מטריאלי חשוב. ממתן שיקול דעת בלתי מובנה לגורם המחליט, לחיוב להתחקות אחר צורכי הילדה והאינטרסים שלה, וחיוב לממש ככל הניתן את זכויותיה (לרבות זכותה להשמיע את עמדתה ולהשפיע על גורלה) לשקול את רשימת הפרמטרים, לרבות רצון הילדה, ולמלא אחר חובת התמקדה לגבי המשקל שניתן לפרמטרים השונים בעת קבלת ההחלטה.

16 B.C. Hafen "Children's Liberation and the New Egalitarianism: Some Reservations about Abandoning Youth to Their 'Rights'" 3 *BYU L. Rev.* (1976) 605.

17 יש רציונלים נוספים שמצדיקים את הטלת קבלת ההחלטות על הגורם המחליט, למשל, הפגיעות האישיות והחברתיות המדולה של הילדה.

18 לפי ההסבר הליברלי הקלאסי, למבוגרת זכות מלאה לפעול בניגוד ל"טובתה". הסבר זה, הממקד את זכות המבוגרת ברצונה (להבדיל מהאינטרס להגדרה עצמית של טובתה), אינו הכרחי. אני מבכר את ההסבר שלפיו טובת המבוגרת היא טובתה המיוחדת הנקבעת במידה רבה על ידי סדר העדיפויות המיוחד שלה ועל כן, חוקה שרצונה משקף את טובתה. מכל מקום, גם הסבר זה אינו שולל את מסקנת היות וגם לגבי ילדות יש להכיר בזכותן לפעול

האינטרסים והזכויות של הילדה עצמה, ומתקרב באופן המיטבי האפשרי לאופן שבו ניתן היה להניח שהילדה עצמה הייתה מכריעה בעניינה, אילו הופקדה ההחלטה בידיה לעת בגירותה³¹. בדומה, המודל המוצע לגבי אופן איזון טובת הילדה מול טובת הוריה או טובת הזולת, כפי שאנסה להראות בתגובה לביקורות השונות, לא זו בלבד שאינו פוגע בהורים וביחסים המשפחתיים, אלא להפך, הוא מכבד את האינטרסים הלגיטימיים של ההורים והיחסים המשפחתיים, ומאזן באופן גמיש, ראוי ונאות ביניהם לבין טובת הילדה במקרים של התנגשות.

ב. הבעייתיות במשפט הישראלי

במשפט הישראלי ישנן כמה בעיות בענייננו. ארבע הבעיות העיקריות בעיני הנן: הראשונה עוסקת בשאלה מהי טובת הילדה מבחינת תוכנה ("ביקורת התוכן הפנימי של טובת הילדה"), השנייה בקשר שבין טובת הילדה לרצונה ("ביקורת הפטרנליסטיות השלילית"³² של טובת הילדה), השלישית בשאלה כיצד נקבעת טובת הילדה בנסיבות העניין ("ביקורת אופן קביעת טובת הילדה"), והרביעית בשאלה כיצד לאזן בין טובת הילדה לטובת הזולת ("ביקורת המשקל החיצוני של טובת הילדה")³³.

1. עמימות והגנתיות

במשפט הישראלי בדרך כלל אין הגדרה ברורה מהי טובת הילדה. בפקסי דין שדנו לאורך השנים באופן קוארטיטי בטובת הילדה נקבע שטובת הילדה כוללת צרכים חומריים ונפשיים, ברם לאור היעדר הגדרה ברורה נכללו בטובת הילדה, במפורש או במשמע, חזקות כלליות, אינטרסים מדינתיים, אמונות רווחות וזכויות הוריות. מהפסיקה העשירה עולה שקיימת נטייה לכלול במבחן טובת הילדה את הצרכים ההגנתיים של הילדה יותר מאשר את האינטרסים העצמאיים שלה³⁴. למשל הנטייה היא לזהות את טובת הילדה עם צרכים כגון מזון, לבוש ובריאות נפשית יותר מאשר עם אינטרסים של התחשבות ברצון, חופש הביטוי, חופש המצפון, חופש דת (או מדת), פרטיות, כבוד וכיוצא בזה. **כלומר הביקורת הראשונה הנה ביקורת התוכן הפנימי של טובת הילדה, שלפיה אין קביעה ברורה מהי טובת הילדה, ויש נטייה בסיסית להבינה כהגנתית, כשמנגד, האינטרסים העצמאיים של הילדה נתפסים כמצויים במאבק עם טובתה.** לדוגמה: בשאלה אם הורה רשאי לעיין ביומן הפרטי של ילדה, ההנמקה עשויה להיות שטובת הילדה היא שהורה יעיין ביומן וזכות הילדה לפרטיות שהורה לא יעיין ביומן, וההכרעה תיפול על ידי איזון בין טובת הילדה לזכותה לפרטיות (ככל שזכות זו תוכר). בעימות כזה אין כל הכרה בקשר החשוב שבין זכות הילדה לפרטיות לבין טובתה במובנה הרחב.

2. פטרנליסטיות (שלילית)

במשפט הישראלי, בדרך כלל, טובת הילדה נקבעת תוך התעלמות מרצון הילדה³⁵. גם כשביט המשפט הכריע בהתאם לרצון הילדה, ההנמקה הייתה לרוב שבנסיבות העניין אי-אפשר לקיים את טובת הילדה לאור התנגדותה וגילה, ולכן אין מנוס מלפסוק לפי רצונה. הקשר החשוב והמורכב שבין רצון הילדה לטובתה עדיין אינו מפותח די צורכו. ברוב פסקי הדין ההכרעות נעשו ללא כיבוד זכות הילדה להשתתפות בקבלת ההחלטה, וכן ללא מתן חשיבות לשמיעתה ולעמדתה לשם קביעת טובתה הן במישור ההחלטה עצמה והן במישור תהליך קבלתה³⁶. **כלומר הביקורת השנייה הנה ביקורת**

הישראלית במפורש בעיקר עמדה הגנתית כלפי ילדות, וראתה אותן כתלויות בהוריהן וכזקוקות להגנה על ידי המדינה מפני נזק שעלול להיגרם להן. אולם נראה שכיום התפיסה השתנתה, או נמצאת בתהליך שינוי, לכיוון הכרה בילדות כתקופה מורכבת, והכרה בילדות כבנות אדם מתפתחות הזקוקות להגנה אך גם לעצמאות, לתנאים סביבתיים המגנים עליהן אך גם מאפשרים להן להתפתח במגוון תחומים, שהנן שונות זו מזו, שאינן שונות מהותית ממבוגרות, אלא מתפתחות הדרגתית לאורך השנים עד להיותן מבוגרות. בהתבסס, בין היתר, על דו"ח הוועדה, ניתן להזכיר חלק מהשינויים שחלו בתפיסת הילדות³⁰: הכרה בנפרדות הילדות ממשפחתן, מהוריהן או מהיחסים המשפחתיים; הכרה בחשיבות הקשר שבין הילדות להוריהן (ובמידות שונות למעגלי שייכות נוספים) כתנאי להתפתחותן התקינה; הכרה בהדרגתיות התפתחותן לאורך ילדותן ובכשריהן המתפתחים; הכרה במגוון הצרכים של ילדות ובמגוון תחומי התפתחותן; הכרה בחשיבות התאמת התנאים הסביבתיים והיחסים המשפחתיים לכשריהן המתפתחים ולמגוון צורכיהן; הכרה בילדות כבנות אדם היום ולא כבנות אדם בהתהוות או רק בעתיד לעת בגרותן; הכרה בחשיבות השתתפות הילדות בעיצוב חייהן וגורלן; הכרה בשונות ילדה אחת מרעותה; הכרה בשונות ילדות ממבוגרות, בצורכיהן המיוחדים אך גם בעובדה ששונות זו הולכת ומצטמצמת לאורך ילדותן ומחייבת התאמת הסדרים משפטיים וחברתיים הן לשונות ממבוגרות והן להדרגתיות צמצומה; הכרה בחולשתן המעשית של ילדות במציאות הקיימת, בהיות המערכת החברתית בכללותה מוטה לצורכי מבוגרות ובחובה מנגד ליצור הן מוסדות והן נורמטיביות מנגנונים לשינוי המציאות, ועוד. שינויים מתהווים אלו בתפיסת הילדות מחייבים את התאמת דרך קבלת ההחלטות.

נראה שכיום התפיסה השתנתה לכיוון הכרה בילדות כתקופה מורכבת, והכרה בילדות כבנות אדם מתפתחות הזקוקות להגנה אך גם לעצמאות, לתנאים סביבתיים המגנים עליהן, אך גם מאפשרים להן להתפתח במגוון תחומים

4. מבנה הדין

בפרק ב' אציג כמה בעיות אופייניות במשפט הנוהג באשר לדרך קבלת ההחלטות. על רקע בעיות אלו אדון בפרק ג' במודל המוצע המציע פתרון לבעיות האמורות, תוך התמקדות בהיבט של טובת הילדה כמכלול הזכויות, הצרכים והאינטרסים שלה. לבסוף, בפרק ד' אשתדל להגן על המודל המוצע מפני כמה ביקורות אפשריות מכיוונים שונים. המודל מתמקד בילדה עצמה ועל כן זכאי לכינוי A Child-Centered Discourse. שיח כזה, המציע מודל מובנה הן להבנת טובת הילדה כמכלול הזכויות, הצרכים והאינטרסים שלה והן לאופן קבלת ההחלטה לגבי טובת הילדה תוך מתן משקל מהותי לרצונה, מאפשר להגיע להחלטות התואמות באופן מיטבי את מגוון הצרכים,

הפטרוניסטיים השלילית של טובת הילדה, שלפיה הקביעה מהי טובת הילדה נעשית בהתעלם מרצון הילדה³⁷. לדוגמה: בשאלה מהי חשיבות עמדתה של ילדה המבקשת שלא לקיים הסדרי ראייה עם אמה, ההכרעה עשויה להיות בהתאם לזכות האם להסדרי ראייה (אלא אם כן ייגרם נזק לילדה), וככל שתהיה התחשבות בטובת הילדה, ההנמקה עשויה להיות שטובת הילדה להיות בקשר עם האם גוברת על רצון הילדה, או להפך, שלא ניתן לכפות על הילדה לאור גילה את הסדרי הראייה עם אמה בניגוד לטובתה, וזאת מבלי לדון בקשר החשוב והמורכב שבין רצונה לטובתה.

3. סובייקטיביות

במשפט הישראלי, למעט במקרים בודדים, אין הבניה של אופן קבלת ההחלטה מהי טובת הילדה בנסיבות העניין. במצב זה הקביעה מהי טובת הילדה נתונה לשיקול דעת רחב ובלתי מונחה של הגורם המחליט. נגד מצב זה קיימות שתי ביקורות: האחת, **ביקורת על תוכן ההחלטות** – שלפיה שיקול הדעת הרחב והבלתי מונחה מאפשר ולו במקרים מסוימים החלטות סובייקטיביות, מפלות לרעה, לא קוהרנטיות, לא מנומקות, המבוססות על ערכיו הפרטיים של הגורם המחליט ולא על האינטרסים ועל הצרכים המיוחדים של הילדה המסוימת ועל האיזון הראוי ביניהם בנסיבות העניין³⁸. השנייה, **ביקורת על אופן קבלת ההחלטות** – שלפיה החלטות אלו נעשות, למשל, ללא רגישות לגורם הזמן בחיי הילדה או לצרכיה החשובים, הן כפופות להליכי ערעור, לשינוי ולתיקון בלתי פוסקים או להפך, אינן מאפשרות הליכי ערעור, שינוי ותיקון במקרים המתאימים, ללא ביקורת תקופתית ועוד. **כלומר הביקורת השלישית הנה ביקורת על אופן קבלת ההחלטה בעניין טובת הילדה, שלפיה אופן קבלת ההחלטה בעניין זה אינו מונחה באופן המתאים לטובת הילדה**. לדוגמה: כיצד לדון וכיצד לקבוע מהי טובת הילדה בסכסוך משמורת – היש לשמוע רק את הוריה או גם נשים משמעותיות בחייה? אולי מומחיות רלוונטיות? והילדה עצמה? ומנגד, היש להסכים לשמיעה בלתי פוסקת, חוזרת ונשנית של מומחיות ומומחיות נגדיות? המשפט הנוהג עשוי להכריע מבלי להיעזר במומחיות, מבלי לשמוע נשים משמעותיות בחיי הילדה, ובמקרים אחרים יימשך הליך תקופות ארוכות מבלי לגלות רגישות לממד הזמן בחיי הילדה ולפגיעה בטובתה עקב הימשכותו הבלתי פוסקת³⁹. כיוון שאופן קבלת ההחלטות לוקה בעיות אלו ואחרות, הלכה למעשה, לפחות בחלק מהמקרים, ההחלטה ואופן קבלתה אינם מגנים די הצורך על הזכויות, על האינטרסים ועל הצרכים של הילדות בהליכים האמורים, ואינם משקפים הכרעה ראויה בשאלת טובת הילדה בנסיבות העניין.

4. היעדר משקל מוגדר

המשפט הישראלי, למעט במקרים ספורים, אינו מסדיר את האיזון המדויק בין טובת הילדה לטובת הזולת (לרבות הוריה). בהקשרים מסוימים קיימות אמירות שונות על אודות משקל טובת הילדה – למשל, כשיקול מכריע, יחיד, דומיננטי או מרכזי. אולם אין הגדרה ברורה של אמירות אלו המתבררות במקרים לא מבטלים כאמירות רטוריות חסרות תוכן. כמו כן, בהקשרים רבים אין דיון במשקל של טובת הילדה או בטובת הילדה בכלל. להיעדר הסדרת המשקל היחסי של טובת הילדה מול טובת הזולת יתרון בכך שהוא מאפשר גמישות לגורם המחליט לערוך איזון אינטרסים קונטקסטואלי בנסיבות העניין ללא מגבלות קשיחות. אולם בהיעדר הנחיות עקרוניות בדבר

השיקולים שיש לשקול באיזון האמור, קיים חשש למשקל הראוי של טובת הילדה. **הביקורת הרביעית הנה ביקורת המשקל החיצוני של טובת הילדה ביחס לטובת הזולת, שלפיה חסרה קביעה של החשיבות הנורמטיבית של טובת הילדה (ביחס לאינטרס הזולת) במקרים טיפוסיים שונים של קבלת החלטות בעניינה**. למשל, האם יש חשיבות לטובת הילדה בחלוקת רכוש בין הוריה? מהו משקל טובת הילדה בהחלטות אימוץ, אפטרופסות או שינוי שמה (פרטי או משפחה)? התשובה לשאלות אלו ואחרות⁴⁰ במשפט הנוהג אינה חד-משמעית, היות וטובת הילדה כלל אינה מוזכרת בחוק יחסי ממון בין בני זוג, תש"ל-1973 ובחוק השמות, תש"ז-1956. כמו כן, בחוק הכשרות

30 השינוי בתפיסות העומק אינו מידי אלא תהליך תרבותי מורכב, ארוך ולא אחיד. חלק ניכר מהשינויים בתפיסות שנוי במחלוקת, חלק בתהליך איטי של התגבשות וחלק במאבק מתמיד בתפיסות נוגדות. תפיסות העומק של חברה נתונה אינן עשויות מסר אחיד וברור, אלא כוללות שורת נטיות ערכיות היוצרות תמהיל כאוטי שממנו ניתן לגזור, ולו בדוחק וסובייקטיבית, כיוון ערכי. לניתוח אמפירי מצוין של תפיסות העומק בבית המשפט העליון לגבי זכויות הילדה, ראו מאמרה החשוב של מורג, לעיל הערה 20.

31 ביסוס ההכרעה על רצון משוער של הילדה, מהווה דרך לגישור בין ביסוס טובת הילדה על צרכיה לביסוס זכויות הילדה על רצונה, ולהרחבת מסר זכויות הילדה גם למקרים שלילדה אין רצון מבוש. ראו: Eekelaar, *supra* note 24.

32 במובחן מפרטנולזים חיובי. ראו: G. Dworkin "Paternalism" *Morality and the Law* (Los Angeles, R.A. Wasserstrom ed., 1971) 107.

33 הניתוח כאן פשטני ביותר. בכל הסוגיות יש מאבק בין גישות נוגדות, נגמנות סותרות, ואף ניצנים לשינויים, בין היתר, בעקבות דו"ח הוועדה.

34 "עצמאיים" במובחן מ"הגנתיים". השם "הגנתיים" מכוון לשימור מצב קיים, המשכיית, הישרדות, הגנה, מניעת נזק, מילוי צורך טבעי, בסיסי או כללי, שונות ממבוגרות, סטטיות, חלוקה קשיחה בין ילדות לבגרות וכו', ואילו השם "עצמאיים" מכוון לשיפור או לשינוי מצב קיים – התחלות חדשות, התפתחות, סיכון מסוים, חירות, הגשמת אינטרס עצמי, פרטי או מיוחד, דמיון למבוגרות, דינמיות, כשרים מתפתחים, הכרה בהמשכיות שבין ילדות לבגרות וכו'. ההבחנה בין הגנתי לעצמאי אינה חד-משמעית, וחשיבות ההבחנה יותר עיונית ממעשית. יצוין שתחת "עצמאיים" ניתן היה לשקול חלופות אחרות, כגון "יצירתיים", "ליברליים", "התפתחותיים", אך בדי שגם חלופות אלו אינן מצליחות לתפוס את העושר של אותם צרכים ואינטרסים שאינם "הגנתיים". הערה דומה רלוונטית כמובן גם ל"הגנתיים". ההבחנה הקלאסית היא בין טובת הילדה, הצרכים והאינטרסים ההגנתיים שבמידה רבה היא משקפת, לבין זכויות אדם, זכויות ליברליות או חירויות הילדה, אולם לטעמי האחרונות הן רק חלק קטן מהאינטרסים והצרכים היעצמאיים של הילדה.

35 כאמור, לאחרונה, עולה שיעור המקרים שבהם משתשים ברצון הילדה כאחד הפרמטרים לקביעת טובתה.

36 שמיעת הילדה והתחשבות בעמדתה חשובה הן נקודתית לגבי ההחלטה מה טובתה בנסיבות העניין, והן כללית לגבי תרומת שיתופה בקבלת החלטות בעניינה, אך גם זכות זו, כמו זכויות אחרות, כפופה לעקרונות טובת הילדה.

37 להתייחסות כמובן אינה רק לרצון הילדה, אלא גם לעמדותיה, לדעותיה, לרגשותיה, לתחושותיה, לחששותיה וכו'.

38 לדיון בבעייתיות שבהיעדר הבנייתם של תהליכי קבלת ההחלטות ראו: M. Wald "State Intervention on Behalf of 'Neglected' Children: A Search for Realistic Standards" 27 *Stanford L. Rev.* (1975) 985.

39 מודעות לגורם הזמן כאלמנט חשוב בהליך לצד גורמים אחרים, כגון הצורך בוודאות ובהמשכיות, אינה רבה, כפי שצינה השופטת רוטלוי בכמה פסקי דין, שבהם התריעה על הימשכות בלתי פוסקת של הליכים. ראו ע"מ (ת"א) 1161/00 **פלוגית נ' מקיזת הסעד לחוק הנוער** (לא פורסם), תקדן מחווי 12001 (1) 584; ע"מ (ת"א) 1086/05 **פלוגית נ' פלוגית** (טרם פורסם) פדאור 785 (22)05.

40 השאלה עולה לא רק בהכרעה קונקרטית בעניינה של ילדה מסוימת, אלא גם בהחלטה כללית המשפיעה על קבוצת ילדות, או על הילדות ככלל, כגון החלטות תקציביות או אחרות המשפיעות על כלל האוכלוסייה או על חלק ממנה. כעיקרון, האמנה מטילה את החובה לשקול את טובת הילדה (או את טובת קבוצת הילדות המושפעת) כשיקול ראשון במעלה גם בהחלטות כלליות, והדברים שייאמרו יפים בשינויים המחויבים גם להחלטות אלו.

המשפטית והאפוטרופסות ובחוק אימוץ ילדים, תשמ"א-1981 המשקל של טובת הילדה אינו ברור לגמרי מבחינה משפטית.

ג. המודל המוצע

1. הצגת המודל המוצע

המודל המוצע על ידי הוועדה לענין דרך קבלת החלטות בעניינין של ילדות בחקיקה הנו:

"א. עקרון טובת הילדה"

1. בכל פעולה או החלטה בעניינה של ילדה תהא טובת הילדה שיקול ראשון במעלה.

2. בעת קביעת טובת הילדה יישקל מכלול הזכויות, הצרכים והאינטרסים של הילדה. בעת קביעת טובתה של ילדה מסוימת יישקלו זכויותיה, צרכיה והאינטרסים שלה בין היתר לאור הגורמים הבאים:

(א) רצון הילדה, תחושותיה, דעותיה ועמדתה לגבי העניין הנדון;

(ב) שלומה הגופני והנפשי של הילדה;

(ג) גילה של הילדה וכשריה המתפתחים;

(ד) ממד הזמן בחיי הילדה;

(ה) מינה של הילדה, מאפייניה ותכונותיה הרלוונטיות לעניין הנדון;

(ו) ההשפעה על חיי הילדה בהווה ובעתיד כתוצאה מן החלטה או הפעולה;

(ז) קשרים ויחסים של הילדה עם הוריה ועם נשים משמעותיות אחרות בחייה;

(ח) עמדת הורי הילדה ונשים משמעותיות אחרות בחייה של הילדה על העניין הנדון;

(ט) הידע המקצועי הרלוונטי לעניין הנדון;

(י) כל גורם אחר שנקבע בחיקוק כקשור לקביעת טובת הילדה ביחס להחלטה או לפעולה בעניין הנדון או שיימצא כקשור לה על ידי הגורם המחליט.

3. הכרעה בדבר טובתה של ילדה מסוימת תנומק בכתב, תוך פירוט בדבר ההיבטים אשר נשקלו בפועל בעת קבלת החלטה בהתייחס לאמור בס"ק (2) לעיל, והמשקל שיוחס להם בהקשר הנדון⁴¹ (הציטוט במקור בלשון זכר – ר.ל.פ.).

2. מטרת המודל המוצע

המודל מציע להגדיר את טובת הילדה כמכלול הזכויות, הצרכים והאינטרסים של הילדה, וזאת לפתרון בעיית העמידות וההגנתיות של טובת הילדה במשפט הנוהג⁴². הבחירה לשלב בין טובת הילדה לבין זכויות הילדה הנה כאמור החידוש החשוב של המודל המוצע, שכן היא מחייבת את הגורם המחליט להתחשב במגוון האינטרסים והצרכים של הילדה, בין כאלה שהוכרו כזכויות האדם או כזכויות הילדה, ובין כאלה שטרם הוכרו כ"זכויות". מכל מקום, המודל המוצע מחייב התמקדות הן בצרכים "הגנתיים" והן באינטרסים "עצמאיים" של הילדה, ומונע את הרדוקציה של "הילדה" למספר מוגבל של צרכים "הגנתיים" – תופעה שהייתה קיימת לאור הדגש ההגנתי של טובת הילדה, או למספר מצומצם של זכויות אדם – תופעה שהייתה אפשרית לאור הגישה החלופית של זכויות הילדה. יתרה מזאת, הצעה מונעת כניסת צרכים ואינטרסים זרים (כלומר של הזולת) למסגרת טובת הילדה, כניסה שהתאפשרה לאור עמידות טובת הילדה במשפט הנוהג. הצעה קושרת את **מגוון** הצרכים

והאינטרסים של הילדה לטובת הילדה ולא רק את אלו שבנסיבות העניין מתאימים לרצון הילדה, ומונעת בכך את צמצום התרומה של זכויות הילדה למספר מקרים זעום שבהם קיים רצון נחרץ של הילדה למימוש אינטרסים מוגדרים שהוכרו משפטית כזכויות הילדה⁴³. לבסוף, הצעה מבחירה שכל מגוון האינטרסים והצרכים של הילדה מוגנים ומוכרים במסגרת טובת הילדה, ועל כן היא מחייבת את הגורם המחליט להתחקות אחר **מגוון** האינטרסים והצרכים של הילדה **עצמה**, לאזן ביניהם לפי אמת המידה המיוחדת של הילדה **עצמה**, לרבות רצון הילדה. היא אף מונעת התמקדות בוויכוח בין ההורים או גורמים אחרים המציגים בפני הגורם המחליט את עמדתם באשר לטובת הילדה בנסיבות העניין, המבוססת לעתים על בחירה אינטרסנטית או סובייקטיבית של מספר מצומצם של צרכים או אינטרסים של הילדה.

כמו כן, המודל מציע להבנות את תהליך קביעת טובתה של הילדה על ידי רשימה פתוחה ומנחה של פרמטרים חשובים שראוי לשקול, וזאת כדי לפתור את בעיית הסובייקטיביות של טובת הילדה⁴⁴. הבניית שיקול הדעת באמצעות רשימת הפרמטרים נועדה להבטיח שהזכויות, האינטרסים והצרכים של הילדה אכן יעמדו לנגד עיני הגורם המחליט, הן בהחלטה עצמה והן בהליך קבלתה. אחד היתרונות המיוחדים לעקרון זכויות הילדה על עקרון טובת הילדה הנו העובדה שזכויות הילדה הן: "מושג חוקתי-נורמטיבי הנשען על מערכת זכויות מוכרת וקיימת"⁴⁵, ואילו טובת הילדה הנה: "מושג רגשי-סובייקטיבי שנשען על שיקול-הדעת וההערכה העובדתית של בית המשפט במקרה ספציפי"⁴⁶. המודל המוצע מבקש, מחד גיסא, להבנות את שיקול הדעת של הגורם המחליט ולהפוך אותו מ"רגשי-סובייקטיבי" למעוגן בצרכים, באינטרסים ובזכויות של הילדה המסוימת שיש לאתר את טובתה המיוחדת בנסיבות העניין⁴⁷, אך מאידך גיסא, לא להקל על הגורם המחליט בקבלת החלטה כללית המנותקת מהצרכים ומהאינטרסים של הילדה המסוימת תוך הפעלת נוסחת איוון כללית הנשענת על "מערכת זכויות מוכרת וקיימת". מבחינת הילדה המסוימת לא ניתן לומר שנוסחת האיוון הכללית הנשענת על "מערכת הזכויות המוכרת והקיימת" אכן משקפת את טובתה, או אפילו את רצונה הממשי או המשוער.

באותו הקשר, המודל מציע להקנות מקום חשוב ברשימת פרמטרים זו לרצון הילדה בהדגשת העובדה שלא זו בלבד שאין סתירה בין רצון הילדה לטובתה, אלא אף שיש ביניהם קשר חיובי ודינמי, ואי-אפשר, ואם אפשר – לא ראוי, לקבוע מהי טובת הילדה ללא שקילת רצונה, וזאת לפתרון בעיית הפרטנליזם השלילי של טובת הילדה. הגישות המבקשות לחזק את מעמד זכויות הילדה מול טובת הילדה מתמקדות באופן בלעדי ברצון הילדה כבסיס התאורטי והמעשי של זכויות הילדה. כך, למשל, עמדת אלמוג ובנדור הנה שזכויות האדם של הילדה (לשיטתן, רצון הילדה להפעיל את זכויות האדם) ראויים להגנה מלאה (הגנה זהה לרצונה של מבוגרת לממש את זכויות האדם שלה), ומותר לשלול אותן – באופן מידתי – רק לנוכח חוסר בשלות הילדה הקונקרטי או פגיעה מהותית בטובתה. טובת הילדה לשיטתן מהווה חריג להגנה על זכויות האדם של ילדות, בדיוק כשם שניתן לפגוע בזכויות האדם בגין זכות אדם אחר או אינטרס ציבורי. הצעה זו מחזקת אמנם את רצון הילדה בכל הקשור לזכויות אדם ובכל הקשור לילדה בוגרת שהנה בעלת רצון ברור, העומדת על כיבוד זכויות האדם שלה בנסיבות העניין, ברם, ביצירת

הדיכטומיה שבין זכויות הילדה לטובת הילדה, או בשימורה של דיכטומיה זו, הצעה זו למעשה מחלישה את רצון ילדה שאינה בעלת רצון ברור, את כל זכויותיה שאינן מוגדרות כזכויות אדם, את כל האינטרסים והצרכים שלה שלא הוכרו כזכויות, ולבטח מחמיצה את הקשר החשוב והמורכב שבין רצון הילדה לטובתה. לשון אחר, דווקא ביטול הדיכטומיה בין זכויות הילדה לטובתה, כמוצע במודל, והרחבת השפעת רצון הילדה על כל החלטה בעניינה ועל כל קביעה מהי טובתה קרי לגבי מכלול האינטרסים, הצרכים והזכויות שלה, מחזקים משמעותית את השפעת רצון הילדה מבחינת היקף החלטות, מבחינת היקף ההחלטות ומבחינת היקף הצרכים והאינטרסים של הילדה. ולבסוף, המודל מציע לקבוע שהגורם המחליט חייב להקנות לטובת הילדה, כפי שנקבעה על ידו בנסיבות העניין, לפחות משקל של שיקול ראשון במעלה, שמשמעותו מבחינה משפטית עדיפות פרוצדורלית ומהותית שאינה מגעת כדי משקל מכריע⁴⁸, ושחובה זו תחול בכל פעולה והחלטה בעניינה של הילדה, כולל החלטות כלליות, וזאת לפתרון בעיית התחולה והמשקל של טובת הילדה⁴⁹. משקל משפטי זה פירושו שהגורם המחליט יוכל להכריע בניגוד לטובת הילדה⁵⁰ אם אינטרסים אחרים עדיפים בנסיבות העניין על טובת הילדה, אולם גם במקרים כאלה יש ליתן לטובת הילדה עדיפות פרוצדורלית ומהותית. משמעות העדיפות הפרוצדורלית הנה, שטובת הילדה תישקל מתחילת הליך קבלת ההחלטה הרלוונטית ועד לסיומו ותהיה לנגד עיני הגורם המחליט לכל אורכו, כדי להבטיח שטובת הילדה, שלעתים מיוצגת על ידי הורים או אחרים בעלי אינטרסים נוגדים או שונים, לא תישכח. אחת ההשלכות של העדיפות הפרוצדורלית הנה למשל שהגורם המחליט יהיה חייב להתייחס בהחלטתו במפורש לאופן ההתחשבות והשקילה של טובת הילדה לאורך שלבי ההליך. משמעות העדיפות המהותית הנה, שלטובת הילדה תינתן עדיפות א־פריורית לגוף העניין – עדיפות שאינה מגעת כדי משקל מכריע – על פני אינטרסים של צדדים אחרים, וזאת כדי להבטיח שההערכה של טובת הילדה בנסיבות העניין לא תהיה הערכה חסר, וזאת בין היתר, לאור ליקויי הייצוג האמורים ולאור חולשתן החברתית והפוליטית של ילדות בכלל. אחת ההשלכות של העדיפות המהותית הנה למשל שהגורם המחליט יהיה חייב לנמק מהו המשקל המדויק שניתן על ידו לטובת הילדה, ומדוע טובת צדדים אחרים נחשבה בנסיבות העניין לעדיפה על טובת הילדה בהתחשב בעדיפותה המהותית הא־פריורית⁵¹. קביעת טובת הילדה כשיקול ראשון במעלה, והבנת משקל זה כעדיפות פרוצדורלית ומהותית שאינה מגעת כדי משקל מכריע, תואמת לשון האמנה ולרוחה. יודגש: היות והחובה לשקול את טובת הילדה מוטלת על פי המודל המוצע בכל עניין פעולה או החלטה בעניינה של ילדה⁵², מהווה הרחבה משמעותית של היקף החובה הנוהגת לשקול את טובת הילדה, המשקל שהוצע על ידי הוועדה כמשקל מיינומם הנו רק משקל ראשון במעלה ולא משקל מכריע⁵³. אולם בהחלטות העוסקות בעיקר בילדה עצמה – שבהן ההשפעה הנורמטיבית הא־פריורית של החלטה המסוימת על הילדה גדולה מההשפעה על זולתה – יהיה משקל טובת הילדה מכריע. רוב החלטות העוסקות בילדה קונקרטי, כגון ענייני אפוסטרופוסות, משמורת, הסדרי ראייה, חינוך, בריאות, טיפול, הגירה, המרת דת, אימוץ, נזקקות, וכו', הנם עניינים שבהם ההשפעה הנורמטיבית על הילדה גדולה מהותית מזו שעל זולתה, ועל כן משקל טובת הילדה בהחלטות אלו יהיה מכריע. משקל מכריע משמעות

המשפטית הנה שאין לקבל החלטה הנוגדת את טובת הילדה בנסיבות העניין אך כשכפות המאזניים מעוינות מבחינת טובת הילדה ניתן לבחור בין חלופות שונות לפי אינטרסים של הזולת⁵⁴. המשקל המכריע של טובת הילדה מובחן ממקרים מיוחדים שבהם ייקבע שטובת הילדה הנה השיקול היחיד – קרי שלא זו בלבד שלא ניתן לקבל החלטה הנוגדת את טובת הילדה, אלא שאף אסור לגורם המחליט להתחשב באינטרסים של הזולת, אפילו במקרה שבו כפות המאזניים מעוינות מבחינת טובת הילדה⁵⁵.

3. טובת הילדה וזכויות הילדה במשפט הנהוג

במשפטנו קיימת מחלוקת באשר למשמעות המושגים "טובת הילדה" ו"זכויות הילדה" והיחס ביניהם. אחד מפסקי הדין היחידים שנדרשו ליחס ביניהם עסק

41 דו"ח הוועדה, לעיל הערה 3, בע' 137.

42 יצוין שהנוסח המוצע אינו מדויק די צורכו. חשוב להבהיר שטובת הילדה הנה אמת המידה המיוחדת של הילדה המסוימת וטומנת בחובה אך ורק את הזכויות, האינטרסים והצרכים של הילדה המסוימת.

43 למשל, הואיל וקיימת זכות אדם לחופש ביטוי, גישת "זכויות הילדה" הקלאסית, כגון זו של אלמוג ובנדור, תביא להכרה בזכות של ילדה שהגיעה למידת בשלות מתאימה ומבקשת לכבד זכות זו, וזאת ללא קשר לטובתה (למעט אם מוכחת פגיעה מהותית בטובתה) ומבלי לקשור את ההגנה עליה כאלמנט חשוב בטובתה. מנגד, היות ולא קיימת זכות אדם לטיפול הורי, הרי שכעיקרון לא תיתכן אכיפת זכות הילדה לטיפול הורי.

44 המטרה הייתה לקבוע שורת פרמטרים שיוונו את הגורם המחליט בקבלת ההחלטה אל הזכויות, האינטרסים והצרכים של הילדה המסוימת בנסיבות העניין, והאיזון ביניהם לפי אמת המידה המיוחדת לה. החשש היה מעיקור שיקול הדעת על ידי רשימה טכנית, ולכן נבחרה רשימה פתוחה של פרמטרים מנחים וחובת הנמקה בצדה.

45 עמדת הנשיא שמגר בפרשת עדי יהווה, לעיל הערה 6, בע' 254.

46 שם.

47 ראוי אולי לקבוע שמטרת הגורם המחליט היא מציאת אמת המידה המיוחדת של הילדה המסוימת, בין היתר על ידי הכלי התאורטי של ניסיון להתחקות אחר רצונה המשוער של הילדה עצמה. ראו: Eekelaar, *supra* note 24.

48 דו"ח הוועדה, לעיל הערה 3, בע' 138–139.

49 בהקשרים מסוימים, ובפרט בהכרעות קונקרטיות לגבי ילדה מסוימת, משקל טובת הילדה יהיה גבוה יותר, כלומר משקל של שיקול מכריע.

50 ההנחה כאן, לצורך הדיון העיוני, הנה שאי־אפשר להכריע באופן המתיישב הן עם טובת הילדה והן עם טובת הזולת – הכרעה שלעתים מוזמנות אפשר לקבל בנסיבות העניין, והיא אף מתחייבת מהמודל המוצע.

51 דרך למתן ביטוי לעדיפות האמורה הנה חלוקת נטלי הבאת הראיות והשכנוע, על ידי קביעת חוקות משפטיות הניתנות לסתירה – למשל, קביעת חוקה שמתן משקל ראשון במעלה לטובת הילדה מחייבת את הגורם המחליט להכריע בהתאם לטובת הילדה אלא אם כן ירים הצד האחר את נטל השכנוע.

52 על פי ס' 3 לאמנה בדבר זכויות הילד מוטלת החובה "בכל הפעולות הנוגעות לילדים".

53 המשקל בע' 3 לאמנה הנו ראשון במעלה (Primary) בלבד, ובכך יש ירידה מהמשקל שנקבע במסמכים בינלאומיים קודמים שקבעו משקל מכריע (Paramount). ההסבר לירידה במשקל טובת הילדה באמנה הנו בהרחבת היקף החלטות שלגביהן חלה החובה, ויצירת הבחנה בין החלטות הנוגעות בעיקר לילדה עצמה – והמשקל המחייב לגביהן הנו מכריע – להחלטות כלליות או החלטות הנוגעות לילדה עצמה אך במידה דומה גם לזולתה ועל כן המשקל של טובת הילדה לגביהן ראשון במעלה בלבד.

54 במובן זה יש התחשבות באינטרסים ההדדיים של ההורים גם בהחלטות משמורת או בהחלטות אחרות, למרות שמשקל טובת הילדה מכריע בהחלטות אלו. התחשבות זו תהיה מוגבלת למקרה שבו מבחינת טובת הילדה כפות המאזניים מעוינות (או כמעט מעוינות כשהפער בין החלופות השונות הנו מזער, שולי או ספקולטיבי).

55 הדבר מוצדק רק במקרה נדיר כשיש חשש כבד לניגוד עניינים בין הילדה לצדדים אחרים המייצגים אותה, ושברור שהחלטה נוגעת אך ורק לילדה עצמה. לכן דומני שקביעת משקל מכריע לטובת הילדה, על רקע פרשנותו המוצעת, מצליחה הן לשים את הילדה במרכז הליך קבלת החלטה (שכן אין לקבל החלטה בניגוד לטובתה) והן למנוע פגיעה לא מוצדקת באינטרסים לגיטימיים של הזולת, ובפרט ההורים (שכן כשמבחינת טובת הילדה החלופות דומות ניתן להתחשב בהם).

השופט מצא. לשיטתן של אלמוג ובנדור, מבחן זכויות הילדה: "מעניק משקל כבד לרצון ולבחירה של ילדים, הנתפסים כערכים בפני עצמם [...] הכרה בכוחו העצמאי של ילד [...] להבין ולקבל החלטות בנוגע לגורלו"⁶⁷, ומנגד טובת הילדה, "אינה נקבעת על פי הבנתם של הילדים הנוגעים בדבר אלא על פי הבנתם של מבוגרים [...] כלומר פטרנליסטית. ביסוד המבחן עומדת הנחה כי ילד צריך להתפתח פיזית, נפשית, מוסרית, רוחנית וחברתית, בדרך בריאה ונורמלית"⁶⁸. בכך יש אולי תיאור המצב המשפטי, אך גם ובעיקר הבניית המצב המשפטי תוך חיזוק הדיכטומיה בין טובת הילדה לזכויות הילדה לאורך שני הקווים שהוצגו לעיל: מבחן טובת הילדה כהגנתי (בהתמקדות בהתפתחות בריאה ונורמלית) וכפטרנליסטי (בהתעלמות מרצון הילדה), והצגת מבחן זכויות הילדה כליברלי (בהדגשת ערכי הרצון והבחירה עבור הילדה) וכאוטונומי (במתן משקל כבד לרצון הילדה). במאמר עצמו ההבחנה בין טובת הילדה לזכויות הילדה מוסברת ככפולת פנים. מבחינה מהותית: "מבחן טובת הילד מבוסס על צורכי הילד, ואילו מבחן זכויות הילדים מבוסס על רצון הילד"⁶⁹, ומבחינה מוסדית: "ההורים או בית-המשפט קובעים, לעניין טובת הילדים, מה ילדים צריכים; ואילו הילדים עצמם קובעים, לעניין זכויות ילדים, מה הם רוצים"⁷⁰.

הבדל נוסף הנו העובדה שמבחן טובת הילדה הוא "בעל ממד קואזיטיבי"⁷¹ ומתמקד בהערכת טובת הילדה המסוימת, ומבחן זכויות הילדה "בדומה לתורה הכללית בדבר זכויות-האדם, מפנה אל רשימה מוגדרת-למדי של זכויות וסייגים קבועים"⁷². על רקע תמונת העולם הדיכטומית⁷³ בין טובת הילדה לבין זכויות (רצון) הילדה ועל רקע היתרון המיוחס לגישה אוניקטיבית בקבלת החלטות על גישה קואזיטיבית, הצעת אלמוג ובנדור הנה כאמור ליתן מעמד בכורה לזכויות (האדם של) הילדה⁷⁴ על פני טובת הילדה בקבלת החלטות, כך שתותר פגיעה בזכויות (האדם של) הילדה רק כשהפגיעה מוצדקת מחמת חוסר בשלות וקשיי הילדה לפעול ברצונותיה, רק לאור פגיעה מהותית בטובתה ורק במידה הפחותה, הסבירה בנסיבות העניין.

תמונת עולם דיכטומית זו בהחלט אפשרית, וייתכן אף שמהווה תיאור נכון של המשפט הנוהג⁷⁵. אולם המודל המוצע מאפשר להשתחרר מדיכטומיה זו, ומאפשר שילוב בין טובת הילדה לזכויותיה. הגדרת טובת הילדה כמכלול הזכויות, הצרכים והאינטרסים של הילדה המסוימת, מבוססת הן על תפיסת זכויות רחבה ביותר באופן המנותק מתאוריות הקושרות זכויות לרצון, והן על תאוריות מקובלות יותר כיום בתורת המשפט הקושרות זכויות לאינטרס⁷⁶. עמדה זו מתמקדת בילדה המסוימת עצמה, באינטרסים המיוחדים שלה, בצרכים המיוחדים שלה, בשילוב הסימבולי והמטריאלי המשלים שבין תפיסת האינטרסים לתפיסת הצרכים כמרכיבים את טובת הילדה, ובזכויותיה להגשמת הצרכים והאינטרסים שלה במסגרת טובתה בנסיבות כל עניין. עמדה זו מבקשת לשנות מהיסוד את התפיסה החד-ממדית, ההגנתית והפטרנליסטית (שליטת) של טובת הילדה, לתפיסה רב-ממדית הרגישה למגוון האינטרסים והצרכים, ההגנתיים והעצמאיים של ילדות, תוך שותפות עם רצון הממשי והמשוער של הילדות בקביעת טובתן בדרך של פטרנליזם חיובי. בכך המודל המוצע מתנגד לתמונת העולם הדיכטומית ואף מתנגד לטענה שעדיפה החלטה אוניקטיבית על קואזיטיבית. המודל המוצע כולל בגדר טובת הילדה את מכלול האינטרסים

בסכסוך בין אם, שבמהלך נישואיה המירה את דתה לכת עדי יהווה, לבין אב יהודי. אף שהאם הייתה ההורה העיקרי בחיי הילדות, תבע האב את המשמורת על הילדות (בת 5, בת 9 ובן 10), בין היתר לנוכח הסכסוך החינוכי, בבית הדין הרבני, ואילו החינוך של הילדות נידון בבית המשפט המחוזי⁵⁶. האם ביקשה לחשוף את הילדות לעיקרי אמונתה מבלי לפגוע בזכות האב המקבילה להמשיך ולחנכן בדרך הממלכתית-יהודית. מנגד, האב ביקש לאסור על האם לחשוף את הילדות לעיקרי אמונתה, אף אם הילדות יהיו במשמורתה, ובית המשפט המחוזי נעתר לדרישתו. בית המשפט העליון אישר פה אחד את פסק הדין ודחה את ערעור האם, אולם למרות התוצאה הזהה התגלעו מחלוקות עקרוניות לגבי היחס שבין טובת הילדה לזכויות הילדה⁵⁷.

הנשיא שמגר סבר שזכויות הילדה כוללות את טובתה, ובכל עניין יש לבחור אמת מידה מתאימה – למשל, בסכסוכים המערבים זכויות יסוד כגון הזכות לחופש הדת, אמת המידה המתאימה הנה זכויות הילדה, בין היתר, לאור האופי הוודאי והאוניקטיבי של "הזכויות". לכן בנסיבות העניין יש לבכר את זכות הילדות לחופש מכפיית דת⁵⁸, הכוללת, לשיטתו, על דרך ההיקש את זכותן שלא להיחשף לעיקרי אמונת האם⁵⁹. אף על פי כן, ציין בנוגע ליחס העקרוני שבין המושגים ש"קשה לשער כי יכולה להיות הכרה בזכויות הילד ובחובה לכבדם שאינה לטובת הילד, או כי טובת הילד תהיה מותנית בהתעלמות מזכויותיו החוקיות והמשפטיות האחרות"⁶⁰.

מנגד, גרסה השופטת שטרסברג-כהן שטובת הילדה כוללת את זכויותיה, שהן רק חלק מהשיקולים שיש לשקול בעת קביעת טובתה: "אינני סבורה שבכל מערכת נסיבות ראוי ששיקול זה יהיה שיקול-על עצמאי הגובר על השיקול שלדעתי הוא בעל המשקל העליון והוא שיקול טובת הילד"⁶¹. מסיבה זו, אף שאין מקום להיקש מעניין כפיית הדת, טובת הילדות היא למנוע בלבד הנובע מעצם חשיפתן לעיקרי אמונת האם⁶².

השופט זמיר הסכים שטובת הילדות היא לאסור על האם לחשוף אותן לעיקרי אמונתה, ושטובת הילדה כוללת את זכויותיה: "מבחן זה מתיישב עם התפיסה המקובלת בתורת המשפט לגבי זכויות ואינטרסים [...] קיים תהליך מתמיד של התגבשות אינטרסים [...] למעמד של זכויות. אך יש אינטרסים שהמשפט אינו מכיר בהם כזכויות. התחום של אינטרסים רחב יותר מן התחום של זכויות. מאכן, שאם המשפט מבקש להעניק הגנה מרבית לילד, אין הוא צריך להסתפק בהגנה על זכויות, אלא עליו להתחשב גם באינטרסים, וזו המשמעות של טובת הילד"⁶³.

מנגד, השופט מצא העדיף את מבחן זכויות הילדה מאחר שהוא מחזק את מעמדה העצמאי של הילדה ומאחר שהוא אוניקטיבי יותר. הוא אף סבר ש"אין לשלול קיום אפשרות [...] שהכרעה המתבססת על מבחן זכויות הילד עלולה שלא להתיישב עם ההכרעה שהייתה מתקבלת על יסוד מבחן טובת הילד. אלא שלדעתי אין מקום לקביעת כלל גורף, כי בכל מקרה כזה חובה [...] להעדיף את ההכרעה [...] על-פי מבחן טובת הילד. [...] ייתכנו מקרים שבהם יהיה על בית המשפט לבכר הכרעה המבוססת על הכרה בזכויות הילד"⁶⁴. קרי, ייתכנו מקרים שיוכרעו לפי זכות הילדה חרף הפגיעה בטובתה.

העמדות התאורטיות השונות בפסק הדין, להבדיל מהתוצאה⁶⁵, הן במוקד מאמרו החשוב של אלמוג ובנדור⁶⁶ שבו נדונים שני המבחינים האלטרנטיביים, טובת הילדה וזכויות (האדם של) הילדה, ומוצעת עמדה הקרובה לעמדת

הצרכים של הילדה ולא רק את אלו "ההגנתיים" המכוונים להתפתחות "בריאה ונורמלית". בנוסף, המודל המוצע משנה את טובת הילדה מקביעה עצמאית של הגורם המחליט בהתאם לתפיסתו הערכית לגבי טובת הילדה, לקביעה של הגורם המחליט תוך התחשבות ברצונה הממשי והמשוער של הילדה, ומחייב דווקא החלטה קואורדינטיבית בהתאם לצרכים ולאינטרסים של הילדה המסוימת עצמה, על פי טובתה המיוחדת – כלומר על פי אמת המידה המיוחדת לה.

4. הגדרת המושגים – טובת הילדה, אינטרס, צורך וזכות

לביאור השילוב שבין אינטרסים, צרכים וזכויות במסגרת טובת הילדה, דרושה הגדרה של המושגים:

טובת הילדה (המסוימת) היא אמת המידה – סולם העדיפויות, הערכים, הרגישויות וכו' של הילדה המסוימת – מה טוב לילדה המסוימת במובן הרחב של המילה, מה משפר או משמר את מצבה הכולל. אמת המידה של הילדה לעולם מיוחדת לילדה עצמה, השונה במידה כזו או אחרת מתבנית הילדה הכללית, והשונה מאמת המידה המיוחדת לילדה אחרת ולידה אחר. אמת המידה של הילדה עצמה עשויה להשתנות ובהכרח משתנה לאורך ילדותה לאור נסיבות חיזוניות וכשריה המתפתחים. לכן החלטה לגבי טובת הילדה חייבת להיות פרטיקולרית, קונקרטיבית וקונטקסטואלית ולעסוק באמת המידה המיוחדת של הילדה עצמה ולא בתבניות כלליות או במאפיינים מיוחסים⁷⁷. על החלטה להתקבל לאחר "ראיית" הילדה המסוימת ו"כניסה לנעליה". ההכרעה בנוגע לטובת הילדה בנסיבות העניין טומנת בחובה הכרעה בין חלופות שונות, ולכל חלופה יתרונות וחסרונות מבחינת אמת המידה המיוחדת של הילדה. 

56 הפיצול הנובע מכריכת המשמורת לתביעת גירושין בבית הדין הרבני והמהווה התעלמות מטובת הילדה כעיקרון מנחה בחלוקת הסמכויות, יידון במאמר נפרד ביחד עם עו"ד יוסי מנדלסון, אך נציין שהדבר מעורר את שאלת אחריות המדינה להבנות את ההסדרים המשפטיים – המהותיים והפרוצדורליים – בהתאם לטובת הילדה, תוך הפגנת רגישות לעקרונות היציבות, המשכיכות, הוודאות, ההתחשבות בממד הזמן בחיי הילדה, ההתחשבות בחשש לניגוד עניינים בינה להוריה וכו', שמחייבים שינוי דיני הסמכות במשפטנו. לדיון בנושא זה ראו גם מורג, לעיל הערה 20.

57 אני מתמקד ביחס שבין טובת הילדה לזכויותיה, ומותיר את שאר הסוגיות החשובות בפסק הדין לדיון אחר.

58 המוגנת חוקית על ידי ס' 13 לחוק הכשרות המשפטית והאפטורפוסות המסדר את נושא המרת הדת.

59 ההנמקה בעייתית, בפרט בנסיבות העניין. אין הסבר מדוע זכות הילדות שלא תומר דתן עוברת על זכותן שתומר דתן (לדת ההורה העיקרי בחייהן), או לפחות שתזכינה להיחשף גם לעיקרי אמונת אמן. הטענה ש"ילדים לא הביעו כל רצון להצטרף לכת של אימם" (פרשת עדי יהוה, לעיל הערה 6, בע"מ 259) חסרת ענין עובדתי, שכן כלל לא נדרשה המרת דת, והילדות כלל לא נשאלו לדעתן, תוך הפרת זכותן להשתתפות. לנוכח גיל הילדות, העובדה שכבר נחשפו במשך רוב חייהן לאמונת האם, הקשר הטיפולי הטוב בין הילדות לאמן, שהייתה כאמור ההורה המטפל העיקרי בחייהן – ההנחה שהילדות מסכימות להיחשף לאמונת האם לצד המשך חינהן האב – מסתברת יותר מההנחה ההפוכה. בכל מקרה ההנמקה של זכויות הילדה, בפרט לאור ביסוס זכויות הילדה על "רצון", נראית בעיניי דחוקה ביותר.

60 פרשת עדי יהוה, לעיל הערה 6, בע"מ 254.

61 שם, בע"מ 267.

62 גם הנמקה זו בעייתית לאור הנסיבות העולות מעובדות פסק הדין. ההנחה שחשיפת הילדות לאמונת האם תפגע בילדות, שכן תגרום לבלבול נוכח ניגוד אמונות ודרכי חינהן,

אינה מופרכת אך אינה בלתי ניתנת לסתירה, ובנסיבות העניין קשה להבין כיצד לא נסתרה. הסתמכות על עמדה כללית של בית המשפט המחוזי ופקידת הסעד אינה משכנעת, ובוודאי לא נתמכת בראיות משכנעות, בפרט לאור התסקיר שממנו עולה הורוטה הטובה והיציבה של האם, טוהר כוונותיה וכיבוד הורות האב ואף חיזוק הקשר שלו עם הילדות, לעומת התיאור השלילי של האב, ושאר נסיבות העניין כאמור לעיל הערה 59.

63 פרשת עדי יהוה, לעיל הערה 6, בע"מ 277.

64 שם, בע"מ 274–275.

65 התוצאה עצמה בעייתית ונראית בלתי אפשרית ליישום: היא עלולה לפצל בין משמורת לחינוך, אוסרת על האם לחנך את הילדות גם בדרכה לצד דרך האב, אף שהילדות ישהו במחיצתה חלק ניכר מזמנה, ועוד.

66 אלמוג ובנדור, לעיל הערה 5.

67 שם, בע"מ 93.

68 שם, שם.

69 שם, שם.

70 שם, שם. במישור המוסדי, כנראה, מתמצה תפקיד הגוף המחליט באכיפת זכויות הילדה לפי רצונה, זולת אם נתקיימו החריגים לכך.

71 שם, בע"מ 94.

72 שם, שם.

73 המעומעמת במקצת באזכור העובדה שגם לפי מבחן טובת הילדה יש רלוונטיות לרצונה של זו, אם הדבר משרת, אובייקטיבית, את טובתה, קרי רצון הילדה משמש תנא דמסייע, נימוק המחוקק מסקנה שנתקבלה ממילא. לפי המודל המוצע ההחלטה תתקבל רק לאחר שמיעת הילדה והתחשבות ראויה ברצונה (הממד האינסטרומנטלי) ותוך הכרה בזכותה להשפיע על גורלה (הממד המהותי), ולכן המודל המוצע מן על רצון הילדה הרבה יותר ממבחן טובת הילדה, כמתואר על ידי אלמוג ובנדור.

74 זכויות האדם של הילדה מתוארות בעיקר כזכויות ליברליות וכקשורות בלעדית לרצון ולא לאינטרס: "חופש המצפון והדת [...] להתקשר בחוזה, ולצוות את רכושם [...] לקבוע היכן יגורו, להמיר את דתם, לקיים יחסי-ימין, לשנות את שמם, להינשא, להעיד במשפט פלילי ולעבוד לפרנסתם לפי רצונם [...] הזכויות שנקבעו בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק-יסוד: חופש העיסוק". שם, בע"מ 100–102.

75 אף שישנן מגמות רבות, שונות ונוגדות, כאמור, תמונת העולם הדיכוטומית מהווה תיאור די מדויק של ליקויי המשפט הנוהג, לרבות דגש הגנתי ופטרנליסטי של טובת הילדה. אך השאלה אינה אם מדובר בתיאור נכון של המצוי אלא אם מדובר בהבניה נכונה של הרצון, וכאן לדעתי הצעת הוועדה רצויה מהצעת אלמוג ובנדור.

76 תורת המשפט ויכוח לגבי טבע ה"זכות", בעיקר בין גישות התומכות ב"רצון" (שיטת הארט [Heart] ואחרים) לגישות התומכות ב"אינטרס" (גישת רו [Raz] ואחרים). ראו: M.D.A Freeman Lloyd's Introduction to Jurisprudence (London, 7th ed., 2001). 353. ראה שלאחרונה די הגישות התומכות ב"אינטרס" על העלונה. גישות ה"רצון" יתקשו להסביר זכויות ילדות, נשים עם מוגבלות, או נשים שחירותן מוגבלת, וזכויות שאינן ניתנות לוותר. יש המבחינים בין הכרה בזכות שנובעת מ"אינטרס" להכרה ביכולת להפעילה הנובעת מ"רצון" או מאמצעי עזר כיכולת ילדה לתבוע באמצעות הוריה או ידיד קרוב. ראו: D. Gerber "Rights" 62 Arciv fur Rechts-und Sozialphilosophie (A.R.S.P.) 329; N. MacCormick Legal Right and Social Democracy (New York, 1982). המוזכרים אצל: Freeman, supra, at p. 345. יתרון נוסף בגישות ה"אינטרס" הנו ההתאמה לכל הזכויות – חיוביות כשליליות, זכויות כחירויות, כוחות וחסיוניות, המטילות מגוון רחב של חובות (ולא רק חובת הימנעות מהפרעה בעלת אופי "שלילי" האופיינית לזכויות "שליליות" או להבנה שלילית של הזכויות הליברליות). ההכרה במורכבות ה"זכות", ושילוב בין גישות ה"רצון" לגישות ה"אינטרס" טומנים בחובם הבטחה לא רק לילדות, אלא גם למבוגרות. נושא זה הנו עניין למחקר נפרד כמובן. הטענה הבסיסית היא שלהבנה מורכבת של "זכות" ככלי משפטי לביטוי "טובת הפרט" ולא "רצון הפרט", מכלול האינטרסים והצרכים של הפרט ולא מגוון התביעות והדרישות של הפרט, יש יכולת להביא לשינוי משפטי-פוליטי-תרבותי בתפיסת תפקיד המדינה ואחריותה כלפי הפרטים, תוך אחריות לטובתן – ילדות כמבוגרות, על ידי התבוננות מורכבת באינטרסים ובצרכים שלהן, כולל אינטרסים וצרכים הגנתיים, מבלי "להפקירן לזכויותיהן" (הליברליות).

77 אין בכך שלילת חוקות ראייתיות ובלבד שיהיו רלוונטיות וניתנות לסתירה בנסיבות העניין. להפך, לאור מוגבלות טבעית של הליכים שונים, היעדר חוקות והיעדר הבניית שיקול הדעת יהווה פגיעה ביכולת האפקטיבית לקבוע את טובת הילדה. כך למשל חוקת הגיל הרך או חוקת המטפל העיקרי עשויות להיות מוצקות דווקא לאור טובת הילדה. מנגד, הפיכתן לחוקות שאינן ניתנות לסתירה או שבקושי ניתנות לסתירה נוגדת חובה זו.

התפרשותן (רק זכויות ליברליות או גם חברתיות); סוג החובה הנוצרת מהן (רק שלילית או גם חיובית); רציות השימוש בהן (כלי פרוגרסיבי לקידום זכויות אדם או כלי רגרסיבי מזיק); מקורן (זכויות טבעיות, חברתיות או משפטיות); ולגבי הסוגים השונים שלהן מבחינה משפטית (טבלת הופלד) – זכות-חובה, חירות-היעדר זכות, כוח-כפיפות וחסינות-היעדר כוח⁸³. לדעת, ראוי להשתמש בזכויות בהנחה שהזכויות חברתיות ומשפטיות ולא טבעיות; טבען ה"אינטרס" ולא ה"רצון" (הקשור ליכולת הפעלתן); הן עשויות לכלול את כל האינטרסים והצרכים האנושיים לרבות ההגנתיים; הן יוצרות חובות שליליות, חיוביות או אחרות במקרים המתאימים⁸⁴; הן עשויות לשמש כלי אפקטיבי לקידום זכויות אדם גם של אוכלוסיות חלשות אף שבמגבלות מוסדיות ונורמטיביות לא פשוטות; יש להבטיח את אפשרות מימושן; והן כוללות את כל סוגי הזכויות גם מצד סוג הזכות והחובה הקורלטיבית. על כן ההגדרה ל"זכות" לגיטימי הנה: **אינטרס או צורך⁸⁵ שהחברה מכירה בו כחשוב עד כדי כך שהיא מכירה בו כמקימה חובה נגדית כנגד אדם, מוסד, קבוצה או המדינה, ומסייעת לאכיפתה על ידי מוסדותיה השונים ובאמצעים שונים.**

שילוב זכויות, צרכים ואינטרסים – שילוב זכויות, הפועלות במישור הכללי, עם האינטרסים והצרכים של הילדה המסוימת, לא נועד לעמעם את חשיבות ההכרעה הפרטיקולרית, הקונקרטי ועקרונית והקונטקסטואלית בעניין הילדה המסוימת, ולא נועד להפנות את תשומת הלב אל זכויות הילדה באופן כללי, עקרוני ואוניברסלי. הכרעה אובייקטיבית ועקרונית תוך פנייה ל"רשימה מוגדרת למדי של זכויות וסייגים קבועים"⁸⁶, כאמור, אינה מתאימה להכרעות בעניינן של ילדות⁸⁷. הכרעות אלו מתאפיינות בהכרח מתמיד לבחון את נסיבות המקרה המיוחדות ואת מאפייני הילדה המסוימת. גם הפעלת הצעת אלמוג ובנדור, בדבר בחינת בשלות לקבלת החלטה רציונלית ובחינת טובת הילדה לפחות כשיקול נוגד, מחייבת התייחסות פרטיקולרית, קונקרטי וקונטקסטואלית לנסיבות המקרה, למאפייני הילדה המסוימת, לסדר העדיפויות שלה, לכשריה המתפתחים, וכיו. זאת ועוד, ככל שתפיסת הזכויות של אלמוג ובנדור מבוססת על רצון הילדה, וככל שנסכים שלא בכל המקרים, וזאת בלשון המעטה, ניתקל ברצון ברור של הילדה, הרי ההכרעה לגבי משמעות רצון הילדה, חייבת לייחס משקל מתאים לרצונה המשוער, על רקע נסיבות המקרה המיוחדות. קל וחומר, אם תפיסת הזכויות מבוססת כהצעתנו על האינטרס ועל הצורך של הילדה המונח ביסוד הזכות.

במסגרת טובת הילדה יש התייחסות הן לצרכים ולאינטרסים והן לזכויות שכאמור הן אינטרסים או צרכים המוכרים על ידי החברה כחשובים עד כדי כך שהם מטילים חובה נגדית. טובת הילדה אינה מעדיפה א־פריורית את זכויות הילדה על שאר האינטרסים והצרכים. למשל, אפילו אם מבחינה חברתית האינטרס לחופש ביטוי הוכר כזכות ועל כן כחשוב יותר מהאינטרס לפנאי שלא הוכר כזכות, בעת קביעת טובת הילדה המסוימת אין בכך כדי להשליך בהכרח על עדיפות אינטרס חופש הביטוי על אינטרס הפנאי (או כל צירוף אינטרסים אחר). ההכרעה הכללית לגבי ההיררכיה בין זכויות האדם השונות אינה מחייבת מסקנה דומה לגבי הילדה הכללית⁸⁸, קל וחומר, שאינה מחייבת מסקנה דומה מבחינת ילדה מסוימת העשויה להיות שונה כאמור מהתבנית של הילדה הכללית⁸⁹.

אינטרסים וצרכים – מה משפיע על טובת הילדה? מה משפר או משמר את טובת הילדה? מנגד, מה מזיק לטובתה או מקבע אותה⁸⁷? המודל מציע להבין את טובת הילדה כמושפעת ממידת הגשמת האינטרסים והצרכים שלה.

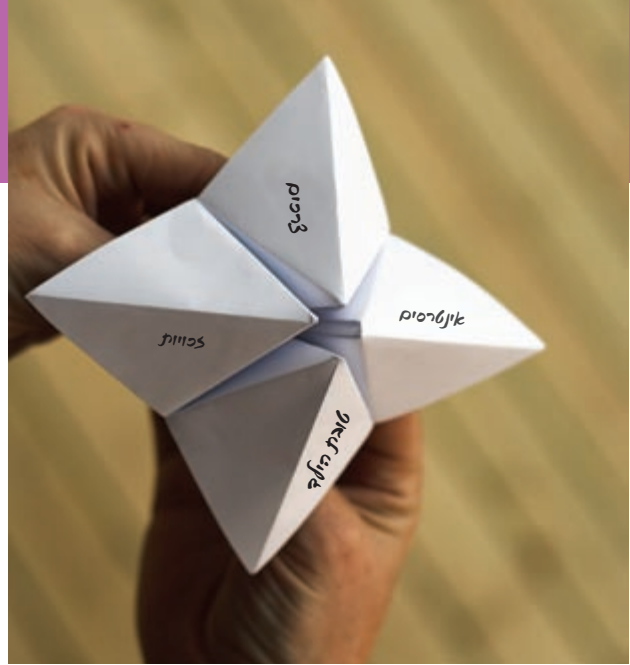
אינטרס⁷⁹ – הטענה שלילדה אינטרס, למשל בחופש ביטוי, משמעה שאם תזכה לחופש ביטוי, מצבה ישתפר מבחינת אמת המידה המיוחדת שלה, מבחינת טובתה, ולהפך, אם לא תזכה לחופש ביטוי, מצבה יורע או לפחות יישאר על כנו⁸⁰.

צורך⁸¹ – הטענה שלילדה צורך, למשל בחינוך, משמעה שאם תזכה לחינוך, מצבה ישתפר או לפחות יישמר מבחינת אמת המידה המסוימת שלה, מבחינה טובתה, ולהפך, אם לא תזכה לחינוך, מצבה יורע.

שילוב צרכים ואינטרסים – לגישתי, צרכים ואינטרסים משקפים נקודות מבט שונות ומשלימות, וכל טענה בשיח אינטרסים ניתן לטעון בשיח צרכים (לילדה אינטרס או צורך במזון, בחופש ביטוי, בחינוך, בפרטיות, בגבולות, בחופש דת, בפנאי, בהישרדות, בהתפתחות, בזהות וכו'). באופן כללי, יש מחלוקת בין הגורסות ששיח צרכים מנוגד לשיח אינטרסים (וזכויות) למדגישות שמדובר בסוגי שיח משלימים⁸². לטעמי, לא רק שאפשר לשלב ביניהם אלא שהשילוב ביניהם, והבנת השילוב כ"טובת הילדה", רצוי בפרט לגבי ילדות. שיח אינטרסים מכוון לדרישה בזכות, עצמאות, כוח, התפתחות, שיפור הקיים, הדדיות בין שווים אך גם לקונפליקט, פגיעה בזולת, אנוכיות, חומרנות וכו'. מנגד, שיח צרכים מכוון לבקשה בחסד, דאגה, אלטרואיזם, הישרדות, שימור הקיים, חשיבות היחסים אך גם לחולשה, תלות חד-צדדית, נזקקות, סעד וצדקה וכו'. שילוב ההיבטים החיוביים של שני סוגי השיח מאפשר לא רק התייחסות חשובה למגוון הצרכים והאינטרסים של הילדה, שטובתה מושפעת הן מצרכיה (ומהאינטרסים שלה) ה"הגנתיים", והן מהאינטרסים שלה (ומצרכיה) ה"עצמאיים", אלא גם מודעות לחשיבות מגוון נקודות המבט על אותם אינטרסים וצרכים.

הבחירה לשלב בין טובת הילדה לבין זכויות הילדה הנה כאמור החידוש החשוב של המודל המוצע, שכן היא מחייבת את הגורם המחליט להתחשב במגוון האינטרסים והצרכים של הילדה, בין כאלה שהוכרו כזכויות האדם או כזכויות הילדה, ובין כאלה שטרם הוכרו כ"זכויות"

זכויות – טובת הילדה כוללת את מכלול האינטרסים והצרכים, אך מה בין זכויות הילדה לטובתה? בכתיבה המשפטית עושר יוצא דופן בכל הקשור לזכויות – מתפיסות המהללות את הזכויות כמהות המשפט בכלל, המשך בתפיסות ביקורתיות לגביהן וכלה בגישות המבקרות את התפיסות הביקורתיות. יש ויכוח נוקב לגבי טבען ("אינטרס" או "רצון"); היקף



Photos

78 לעתים ניתן לראות שימור או קיבוע המצב כחיובי ולעתים כשלילי. אין לנקוט גישה המבקשת "למקסם" את הילדה, את כישוריה, את צרכיה או את האינטרסים שלה. אמנם ראוי לאפשר לכל ילדה למצות את הפוטנציאל הטמון והמתפתח בה, אך טובת הילדה אינה "מקסומה" של הילדה אלא התפתחותה הטבעית, הנורמלית, הנמלה (המעל) למוצעת.

79 ראו: A. Hunt *The Sociological Movement in Law* (Philadelphia, 1978) 22; W. Friedmann, *Legal Theory* (London, 5th ed., 1967) 312–324.

80 המודל משתמש בדימוי לוגי-מתמטי. בכך חיסרון בעיוות העושר של החלטות הנדחסות למודל לוגי-מתמטי שמטבע הדברים לא מסוגל להכיל את העושר (כולל העמימות, הסתירות הפנימיות, האינטואיציות, גווי-הגוונים וכיו) המאפייני תופעה אנושית-חברתית. המודל מסה לפתור את הבעייתיות האניהרנטית האמורה על ידי ניסיון, מוגבל מטבע הדברים, לקדם את העושר על ידי גמישות המודל המשפטי.

81 ראו: J. Waldron "Rights and Needs: The Myth of Disjunction" *Legal Rights: Historical and Philosophical Perspectives* (Ann Arbor, A. Sarat & R. Kearns eds., 1997) 87; N. Fraser "Struggle Over Needs: Outline of a Socialist-Feminist Critical Theory of Late-Capitalist Political Culture" *Women, the State, and Welfare* (Madison, L. Gordon ed., 1990) 199.

82 שילוב בין שני סוגי השיח שנוי במחלוקת. ישנה ביקורת על שיח הזכויות (והאינטרס בביסודו), על היותו עמום ובלתי ודאי, מנכר ואנוכי, קונפליקטואלי ואינדיבידואליסטי ועוד, והצעה להחלפתו בשיח צרכים שהנו כביכול ודאי, אלטרואיסטי, שיתופי וכיו. מנגד, יש ביקורת נגד שיח הצרכים המחוקק מנמרת רגסיביות של סעד וצדקה.

83 אחת הטענות היא שניתן להכיר ב"זכות" קונקרטית לילדה (כגון למוזנות, לחינוך או להגנה), המטילה מנגד (על ההורה או המדינה) "חובה" קונקרטית לעשות מעשה או להימנע מלעשות מעשה (כגון חובה לפרנס, לחנך או להימנע מענישה גופנית), אך אין להכיר ב"חירות" הילדה (שכנגדה "העדר זכות" מנגד להפריע להגשמת החירות), ב"כוח" הילדה לשנות יחסים משפטיים (שכנגדה "כפיפות" לשינוי היחסים המשפטיים), או ב"יחסינות" הילדה מפני שינוי היחסים המשפטיים (שכנגדה "להעדר כוח" לשינוי היחסים המשפטיים).

עמדתי הנה שאף שיש חשיבות לסוג זכות הילדה לגבי מידת ואופן הגשמתה למעשה, ויש קשר בין האינטרס והצורך הטמון בבסיסה לטובת הילדה המשפיעה על הגשמתה בנסיבות עניין מסוים, הרי שלילדה נתונות כל סוגי הזכויות לרבות חירויות, כוחות וחסינויות.

84 ג' מונדלק "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש: מוזכויות חברתיות למד החברתי של זכויות האדם" **שנתון משפט העבודה** 2 (תשנ"ט) 65.

85 באתוס ליברלי המדגיש את החירות השלילית של האדם, זכות מבוססת על אינטרס ולא על צורך המהווה בסיס לסעד וצדקה בלבד. מנגד, באתוס ליברלי-סוציאלי ניתן לטעמי לבסס את הזכות גם על הצורך.

86 אלמוג ובנדור, **לעיל** הערה 5, בע' 94.

87 גם במסגרת הביקורת הכללית על שיח הזכויות נמתחה על הכרעה כאמור ביקורת נוקבת על ההתעלמות מנסיבות מיוחדות של המקרה והתמקדות בהייררכיה פטורדי-הכרחית וטבעית (המובנית למעשה על פי יחסי הכוח החברתיים) בין זכויות אדם שונות ואינטרסים שונים שלא זכו להכרה כזכויות.

88 שהרי הכרה בזכויות מונעת גם מאינטרסים ציבוריים-כלליים ולא רק מחשיבות האינטרס עבור בעלת הזכות.

89 החשש של אלמוג ובנדור מפני שימוש הגנתי ופטרנליסטי באינטרסים ובצרכים הגנתיים של הילדה לשלילת זכויותיה (הליברליות) הוא ממש, ובהחלט ראוי להדגיש את חשיבות האינטרסים והצרכים "העצמאיים" (לרבות הזכויות הליברליות). לדעתי, חובת ההנמקה המוטלת על הגורם המחליט, ובפרט השינוי הכולל בתפיסת טובת הילדה, עשויים להפחית את החשש. מכל מקום, ניתן לחוק את הבטחה להתחשבות ראויה בזכויות הליברליות של הילדה למשל על ידי הטלת נטל הבאת ראיות על הטוען לשלילת הזכויות בנסיבות העניין.

90 ככל שהמחוקק יכיר במפורש בזכויות לילדות יצמצם הפער בין הזכויות המוגנות לאינטרסים ולצרכים המיוחדים של הילדה, אך הדגש תמיד יהיה בבחינת נסיבות העניין וטובתה המיוחדת.

91 הדבר עלול ליצור בלבול בין חובה קונקרטית כנגד כל אינטרס וצורך בנפרד, לחובה כללית בגדר האחיות ההורית להחליט לטובת הילדה. אך לאור האופי היחסי של הזכויות ממילא, אין בכך פגם, אלא אדרבה, הגדרה כזכויות מחוקקת מהותית כל צורך ואינטרס ומבירה את חובת ההורים למצוא חלופות מעשיות המבטאות איוונים הממלאים באופן משופר אחר צרכים ואינטרסים רבים יותר של הילדה, קרי הממלאים אחר מרב תוחלת זכויותיה.

ובכל זאת, מהו תפקיד הזכויות במסגרת טובת הילדה, ומדוע לא די בהגדרת טובת הילדה כמכלול הצרכים והאינטרסים של הילדה, בהתעלם מזכויותיה?

קיימים כמה הסברים לתפקיד הזכויות. ראשית, יש חשיבות לשיח הזכויות כשיח מוכר המכיר במעמדה הנפרד של הילדה ובאינטרסים שלה שזכו להכרה חברתית ועל כן אינם טעונים הוכחה⁹⁰. שנית, ניתן להכיר באינטרסים ובצרכים של הילדה כזכויות אישיות כנגד הוריה (או הגורם המחליט) שחייבים להגשים את מרב תוחלת הזכויות הללו ככל הניתן בנסיבות העניין⁹¹. שלישית, יש חשיבות רבה לזכויות הילדה בכל מקרה שבו לא מתעורר ניגוד בין צרכים ואינטרסים שונים של הילדה. למשל, כאשר עומדת זכות הילדה כנגד זכות ההורים או כנגד אינטרס מדינתי, ברור שהכרה בצורך ובאינטרס של הילדה כזכות חוקית או חוקתית הניתנת לאכיפה, מחזקת משמעותית את הילדה. במקרה כזה אני תומך באופן מלא ומוחלט בעמדת אלמוג ובנדור שיש להכיר בזכויות הילדה בכפוף להגבלות הרגילות המוטלות על זכויות אדם, כגון פגיעה בזכות לגיטימית של הזולת או באינטרס ציבורי. מנגד, טענתי הנה שבאיון שבין זכות אדם מסוימת של הילדה לבין שאר האינטרסים והצרכים של הילדה, קרי טובת הילדה, חל היגיון שונה לחלוטין.

5. השלכות טובת הילדה כמכלול הזכויות, הצרכים והאינטרסים

טובת הילדה היא אמת המידה המיוחדת לילדה, המושפעת ממכלול האינטרסים והצרכים שלה. טובת הילדה בנסיבות העניין היא שקלול כל האינטרסים והצרכים שלה, לרבות זכויותיה, כאמור לעיל. לכאורה מבנה זה מקנה רק חשיבות אגבית לזכויות הילדה, אולם, למעשה, חשיבות זכויות הילדה היא הן במישור הסימבולי והן במישור המטריאלי, הן במסר התרבותי שטמון בשיח הזכויות והן ביתרונות המעשיים שבהכרה בזכות הילדה להגשמה מלאה ככל האפשר של האינטרסים והצרכים השונים שלה במסגרת טובתה. שילוב זכויות הילדה אל תוך טובת הילדה מאפשר הרחבת המסר החשוב של אלמוג ובנדור לכל הצרכים והאינטרסים של הילדה, ולא רק לאינטרסים המשמשים בסיס לזכויות האדם (הליברליות) שבסופו של דבר הרלוונטיות שלהן מוגבלת לגבי רוב הילדות. להלן כמה דוגמאות ראשוניות להשלכות המעשיות של שיח הזכויות על טובת הילדה: למשל, הכרה בצורך (ובאינטרס) של ילדה במוזנות כ"זכות", להבדיל מחיוב מדין צדקה או מדין תורה המנותק מתפיסת זכויות, עשויה לשנות מהותית את דיני המוזנות, על ידי ביסוסם על זכות הילדה לרמת חיים שווה לרמת חיי הוריה במקום ביסוסם כיום על רשימה מוגדרת פחות או יותר של צרכים; הכרה בצורך של ילדה בהורה מטפל כ"זכות", עשויה לשנות את דיני

חלקן מדגישות את העובדה שמודל כזה אינו מגן די הצורך על זכויות הילדה, וחלקן מדגישות את העובדה שמודל כזה מגן יותר מהנחוץ על טובת הילדה ועל זכויותיה תוך פגיעה בערכים חשובים אחרים.

המבחניה הראשונה, תטען גישה ליברטריאנית¹⁰⁵, שיש להעניק זכויות לילדות בדיוק כמו למבוגרות, ואין להכיר בזכויות מיוחדות של ילדות או בדרך קבלת החלטות מיוחדת בעניינן. גרסה מעודנת של הגישה, כעמדת אלמוג ובנדור, תטען שיש ליתן מעמד בכורה לזכויות הילדה על טובתה, ולמנוע שלילה של זכויות הילדה (הליברליות) אלא אם כן יוכח היעדר בשלות של הילדה, וכן תוכח פגיעה מהותית בטובתה, ורק במידה שאינה עולה על הנדרש. המודל שלנו אינו מקבל גישה זו, וחרף החשיבות שהוא מקנה לזכויות הילדה, לרבות לזכויות ליברליות, הוא אינו מעדיף את הזכויות ה"עצמאיות" של הילדה (קל וחומר שלא את הזכויות הליברליות) על צרכים ואינטרסים הגנתיים של הילדה המולידים זכויות הגנתיות, שאף הן חלק בלתי נפרד מטובת הילדה, בדיוק כמו האינטרסים והצרכים העצמאיים. כאמור, הדיכטומיה שבין זכויות הילדה לטובתה, וקשירת זכויות הילדה עם רצונה וזכויותיה הליברליות, למעשה מחזקות מאוד את ההיבט הפטרנליסטי וההגנתי של טובת הילדה, מונעות או מחלישות את האפשרות להרחיב את שיח הזכויות גם לאינטרסים ההגנתיים של הילדה, ומסכלות את הדיון העשיר והמורכב בקשר שבין רצון הילדה לטובתה.

המבחניה השנייה, קיימות כמה ביקורות – למשל גישת זכויות הוריות, או גישת אוטונומיה משפחתית או הורית¹⁰⁶. גישת זכויות הוריות (המדגישה את הזכות ההורית) או גישת האוטונומיה המשפחתית או ההורית (המדגישה את הסמכות ההורית והנוק שייגרם מהתערבות המדינה), עשויות לבקר את המודל משום שהכרה בזכויות הילדה (ולו בגדר טובת הילדה) ומתן משקל של שיקול ראשון במעלה (לפחות) לטובת הילדה מהווה פגיעה בזכויות הוריות או בסמכות ההורית. המודל שלנו אינו מקבל גישות אלו. לגבי זכויות הוריות, המודל אמנם "מנקה" מבחינה לוגית את "טובת הילדה" מהאינטרסים של הוריה, וקיים אמנם ויכוח אם ראוי להכיר בזכויות הוריות – למשל, הזכות ההורית לכבוד כהורה או (להזדמנות הוגנת) לגידול הילדה – אך המודל לכשעצמו אינו שולל הכרה בזכויות הוריות בתנאי שתהיה מחוץ לגדר טובת הילדה וכפופה למשקל החיצוני של טובת הילדה (לפחות) כשיקול ראשון במעלה. כאמור, גם בהחלטות שבהן משקל טובת הילדה מכריע יש אפשרות, לפי המודל, להתחשב (באופן מבוקר) בזכויות הוריות, בתנאי שהחלופות מצד טובת הילדה עצמה שקולות. באשר להכרה בסמכות ההורית, המודל לא נועד לבטל את הסמכות ההורית אלא להנחותה לגבי מהות ואופן קבלת החלטה בעניין טובת הילדה. אדרבה, המודל הכולל של הוועדה מציע להחליף את מושג האפטרופסות ב"אחריות הורית" ולהגדירה כ"חובה והסמכות ההורית להחליט ולפעול בעניינה של הילדה על-פי טובת הילדה"¹⁰⁷. על כן המודל המוצע מכיר מפורשות בסמכות ההורית לקבל החלטות ולפעול לטובת הילדה, אף כי הוא קובע שהסמכות ההורית אינה מיועדת להגשמת האינטרסים ההוריים הפרטיים, אלא להגשמת החובה ההורית כלפי הילדה¹⁰⁸, ושההורים חייבים בעת הפעלת סמכותם ההורית לכבד, בין היתר, את זכות ההשתתפות של הילדה בקבלת ההחלטה. זאת ועוד, לטענתי, הביקורות מכיוון גישות אלו קשורות לא להכרה בזכויות הילדה לכשעצמן אלא בהבנתה של ההכרה בזכויות הילדה כחיוב ההורים "להפקיר את הילדות לזכויותיהן (הליברליות)",

המשמורת⁹², את דיני הנוקדות⁹³ ואת דיני האימוץ⁹⁴; הכרה בצורך של ילדה להסדרי ראייה כ"זכות", עשויה לשנות משמעותית את המשפט הנוהג בעניין הסדרי ראייה המכיר כיום בזכות ההורה להסדרי ראייה וטובת הילדה כשיקול נוגד⁹⁵; הכרה ב"זכות" הילדה לטיפול אישי ולקשר שוטף עם שני הוריה עשויה להרחיב את יכולת הילדה לתבוע בנויקין בגין הפרת זכות זו⁹⁶; הכרה ב"זכות" הילדה לקשר עם נשים משמעותיות בחייה עשויה להביא לשינוי המצב הקיים, שלפיו מוגנת רק זכות מוגבלת של סבתות להסדרי ראייה עם הילדה לאחר מות ההורה שהיה ילדם הביולוגי⁹⁷, ואשר לא מכיר בהסדרי ראייה של נשים אחרות עם הילדה⁹⁸; הכרה ב"זכות" הילדה לפרוצדורות משפטיות שיבטיחו יציבות, ודאות, הגנה מניגוד עניינים עם הוריה וכו', עשויה לשנות את דיני מרוץ הסמכויות בין הערכאות בנוגע לענייני הילדה⁹⁹; הכרה ב"זכות" הילדה לחינוך איכותי ושוויוני, עשויה לשנות את דיני החינוך¹⁰⁰. כמו כן, יש חשיבות לשיח הזכויות לא רק כשקיים רצון מובש לילדה אלא גם כשהילדה בעלת רצון עמום, כשהילדה חסרת רצון או בניגוד לרצונה: למשל, הכרה בזכות לכבוד עשויה לאסור על הכרזתה כממזרה לפי הדין הדתי; הכרה בזכותה על גופה עשויה לחזק איסור ענישה גופנית ולאסור גם את כליאת הילדה לשם חינוכה¹⁰¹, או להגביל עריכת ברית מילה בתינוק, או לפחות, הכרה בזכות התינוק לבריאות, תחייב פיקוח על מוהלים והכשרתם הרפואית¹⁰²; הכרה בזכות לפרטיות עשויה להגביל הורים מלעייץ ביומנה של ילדתם גם אם אינה בעלת רצון מובש; הכרה בזכות לאוטונומיה עשויה לאפשר לילדה לקבוע לעצמה או להשתתף בהחלטה לגבי שמה הפרטי גם טרם הגיעה לבשלות, ועוד.

בכל מקרה אין מקום לדעתי לעמדה שזכות הילדה לאוטונומיה או זכויות האדם שלה, ממצות את כל זכויות הילדה. בדומה לעמדת הנשיא שמגר בפרשת **עדי יהווה**¹⁰³, לילדות יש זכויות רגילות הניתנות גם למבוגרות, אולם ישנן גם זכויות מיוחדות הניתנות להן כילדות¹⁰⁴. עמדה המזהה את רצון הילדה או את זכויות האדם של הילדה עם זכויותיה, עלולה אף להגביר את ליקויי הפרשנות הרווחת של טובת הילדה, ולחזק את ההגנתיות והפטרנליסטיות שלה, תחת לשונתה מיסודה ברוח האמנה.

המודל המוצע מציע מעבר לגישה הממוקדת באמת בילדות – בזכויות, בצרכים ובאינטרסים המגוונים שלהן – בטובתן. על כן המודל המוצע הנו גישה הראויה באמת לכינוי *A Child-Centered Approach*

ד. תגובה לביקורות אפשריות וסיכום

המודל מציע כאמור להגדיר את טובת הילדה כמכלול הזכויות, הצרכים והאינטרסים, להסדיר ולהבנות את שיקול הדעת של הגורם המחליט באשר לאופן קבלת ההחלטה, ולקבוע שטובת הילדה תהיה (לפחות) שיקול ראשון במעלה בכל החלטה הנוגעת לה. בכך הגישה מעמידה במוקד תהליך קבלת ההחלטה את טובת הילדה. כנגד מודל זה קיימות כמה ביקורות אפשריות,

98 לבת זוג של הורה ביולוגי שמטפלת בילדה זמן רב והקשר בינה לילדה הופך אותה לאדם משמעותי בחיי הילדה, ואת הקשר שלה עם הילדה לנדבך חשוב בטובת הילדה, אין זכות להמשיך ולקיים הסדרי ראייה עם הילדה לאחר פרדה מהורה הביולוגי ואף אין הכרה בזכות הילדה עצמה להמשיך הקשר החשוב שנוצר.

99 כאמור, פיצול הסמכות לדון בענייני הילדה מהווה פגיעה בטובתה. כריכת ענייניה לתביעת גירושין בבית הדין מתעלמת מאישיותה המשפטית הנפרדת של הילדה ויש בה פגיעה בזכותה (הליברלית) אך יש בה גם פגיעה בזכויות "הגנתיות" של הילדה. ראו בג"ץ 5507/95 **אמיר נ' בית הדין הרבני האזורי בחיפה**, פ"ד (5), 55, בג"ץ 4238/03 **לוי נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים**, פ"ד (נח) 480, בג"ץ 2898/03 **פלוגית נ' בית הדין הרבני הגדול**, פ"ד (נח) 550 (לעניין פיצול סמכות כגון משמורת בבית הדין והינך בבית המשפט או משמורת בבית הדין ומונות בבית המשפט).

100 הזכות לחינוך הוכרה בחוק זכויות התלמיד, תשס"א-2000. אך הזכות לחינוך לא מבטיחה הינך איכותי או שוויוני. ראו הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה, דוח ועדת המשנה בנושא חינוך, בראשות פרופ' א' איכילוב (תשס"ג) 37, 211. רק הכרה בזכות לחינוך שוויוני ואיכותי עשויה לחייב הורים לספק בלוקיים חינוכיים או לפחות במימון הטיפוּל, ולחייב את המדינה להבטיח הינך שוויוני ואיכותי במגוון אמצעים תחת נקיטת גישת הימנעות מהתערבות בשוק החינוך הפרטי/הציבורי.

101 בג"ץ 4596/98 **פלוגית נ' מ"י**, פ"ד (נח) 145 אושר פסק הדין של השופט רוטלוי שבו אסרה לראשונה ענישה גופנית לצורכי הינך. לאחר מכן בוטל ס' (7)24 לפקודת הנויקין [נוסח חדש] שסיפק הגנה נוקיית לענישה גופנית לצורכי הינך, אך טרם הוכרה תביעה נוקיית בגין ענישה גופנית. הכרה ברורה בזכות הילדה לכבוד ולהגנה על גופה (זכויות חוקיות המוקנות גם כיום לילדות), תביא לחיזוק האיסור. יצוין שטרם בוטל ס' (6)27 לפקודת הנויקין [נוסח חדש] המתיר למעשה את כליאת הילדה לשם חינוכה, וספק אם יישאר על כנו לאור הכרה בזכות הילדה לכבוד ולחירות.

102 כתב העתירה בג"ץ 578/98 **העמותה נגד חיתוכים באברי מין בתינוקות נ' שר הבריאות** (לא פורסם) (עותק שמור במערכת).

103 פרשת **עדי יהוה, לעיל** הערה 6, בע' 255.

104 הוועדה הציעה להכיר בזכויות מיוחדות לילדה כגון הזכות למבוגרת הנשאת באחריות הורית כלפיה, הזכות לחיות, לגדול ולהתפתח אצל הוריה, הזכות לכבוד, לביטחון ולדאגה מצד הוריה, הזכות לקשר אישי, קבוע ויציב עם הוריה, הזכות להכונה, להדרכה ולייעוץ על ידי הוריה, הזכות להשתתפות בקבלת החלטות במשפחה והזכות להגנה מפני ענישה גופנית. ראו הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה, דוח ועדת המשנה בנושא הילד ומשפחתו, בראשות ע"ד ת' מורג (תשס"ג) (להלן: "דו"ח ועדת המשנה").

105 ראו: R. Farson *Birthrights* (New York, 1974); J. Holt *Escape from Childhood*: *The Needs and Rights of Children* (Harmondsworth, 1996) לביקורת על עמדות אלו ראו: M.D.A. Freeman "Limits of Children's Rights" *The Ideologies of Children's Rights* (Dordrecht, M. Freeman & P. Veerman eds., 1992) 36.

106 ר' שוה "יחסי הגומלין בין זכויות הילד, טובת הילד וזכויות ההורים" **שערים למשפט 1** (תשס"ה) 69; ב' שמואלי, "הניגוד בין זכויות הילד לטובת המשפחה", **שערים למשפט 1** (תשס"ה) 72; פ' שיפמן **זיני המשפחה בישראל** (מהדורה שנייה, תשמ"ט, כרך ב) 217; וכן גישות המדגישות את האוטונומיה ההורית כתנאי להתפתחות תקינה של הילדה, תוך צמצום התערבות מדינית למקרי הונחה או התעללות של ההורים J. Goldstein, A.J. *Solnit, S. Goldstein & A. Freud The Best Interests of the Child: The least Detrimental Alternative* (New York, 1996) 3; וכן עמדות המדגישות את חשיבות האוטונומיה המשפטית כהגנה מהתערבות מדינית העלולה להזיק להתפתחות תקינה של יחסים משפחתיים. M. Fineman "What Place for Family Privacy" 67 *Geo. Wash. L. Rev.* (1999) 1207.

107 דו"ח ועדת המשנה, **לעיל** הערה 104, בע' 48.

108 ראו: 2, § 1995 *Children (Scotland) Act* 1995 שלפיו להורים זכויות כדי לאפשר להם למלא את אחריותם ההורית. כמו כן המודל קובע את עמדת ההורים והיחסים עמם כפרמטרים חשובים ברשימה המנחה כאמור לעיל.

109 ראו מאמרה החשוב של זפרן, **לעיל** הערה 9.

110 W. Kymlicka *Liberalism, Community and Culture* (New York, 1991); W. Kymlicka *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights* (New York, 1995). קימליקה (Kymlicka) דוחה הצעות שמכירות בקהילה כערך קודם או שווה לפרטים עצמם, ואת "זכות" הקהילה לפגוע בזכויות היסודיות של הפרטים, מנגד, הוא מכיר בחשיבות הקהילה עבור הפרטים עצמם, ואף קורא להגנה משפטית עליה בכפוף להבנה שהיא נועדה לשרת את הפרטים ולא להפך.

כלומר כחיוב להעדיף את הזכויות הליברליות של הילדה על האינטרסים ועל הצרכים ההגנתיים של הילדה, וממילא כאמור תופעה זו נמנעת על ידי המודל, המאפשר להורים להכריע מהי טובת הילדה תוך איוון בין מכלול הזכויות, הצרכים והאינטרסים של הילדה.

ביקורות נוספות בכיוון זה הן מגישת שיח היחסים, או להבדיל מכיוון גישות דתיות, קהילתיות, אשר המשותף לכולן הוא העמדת ערך שיתופי, קהילתי או דתי במוקד קבלת ההחלטות. גישת שיח היחסים, המוצעת על ידי זפרן¹⁰⁹, מעמידה במרכז תהליך קבלת ההחלטות את חשיבות היחסים המשפחתיים הנמשכים מבחינה אישית, משפחתית וציבורית. גישה זו עשויה לבקר את המודל המוצע לאור ההפרדה שבין הילדה לבין הוריה, הפרדה העלולה ליצור הפרטה של יחסי המשפחה ולעורר יחסים אנוכיים ואינטרסנטיים במשפחה. כמו כן, הגישה עשויה לבקר את המודל בהדגשת היות טובת הילדה השיקול הראשון במעלה ולעיתים המכריע בעת קבלת ההחלטות, ותעדיף לקבוע שהיחסים המשפחתיים בכללותם יהיו השיקול הראשון במעלה ואולי המכריע. גישה זו אינה מתעלמת מזכויות הילדה או מטובת הילדה (במשמעותן המסורתית), אלא מתייחסת אליהן כשיקול המגביל את היחסים המשפחתיים הנמשכים. המודל המוצע אינו מנוגד לגמרי לשיח היחסים, אלא רק שונה ממנו בהדגשים מסוימים וחשובים כגון הדגשת החשיבות של זכויות הילדה והקשר, להבדיל מהדגשת הסתירה, בין הכרה בזכויות הילדה לטובתה. המודל המוצע אינו מנוגד לגמרי לגישות המדגישות את חשיבות המשפחה, אף שהוא דומה יותר לגישות ליברליות-קהילתיות¹¹⁰ משולבות המדגישות את חשיבות היחסים, המשפחה והקהילה מבחינת כל חברותיה ובפרט מבחינת טובת הילדה עצמה שיש לה אינטרס, צורך ולכן גם זכות לשימור, הגנה וטיפוח יחסים הוריים, משפחתיים וקהילתיים. על כך, לשיטתי, אף שיש להימנע בדרך כלל מהערכה הייררכית של טובת החברות

92 בדיני משמורת שתי חוקות ראויות לעיון: חוקת הגיל הרך והחוקה הקבועה בדין הדתי שלפיה מעל גיל 6 הולך עם אביו ובת עם אמה (נקודת המוצא כאמור היא שחוקת הן אמצעי חשוב לסיוע לקביעת טובת הילדה, ובלבד שתהינה קשורות עניינית לטובת הילדה וניתנות לסתירה בנסיבות העניין).

93 דיני הנוקדות מבוססים על גישת סעד ופריביליגיה שלטונית ולא על זכות וחובה שלטונית. הכרה בזכות הילדה להורה מטפל תגביל למשל את השימוש הנרחב מדי בפנימיות או בסידורים זמניים (שהופכים קבועים) שמגנים על הילדה מפני הונחה או פגיעה בבית הוריה אך זאת תוך גרימת נזק אחר לילדה בשלילת זכותה להורה מטפל.

94 בהפעלת דיני האימוץ יש מקרים שבהם מסיבות שאינן קשורות לטובת הילדה, מושארות ילדות במסגרות הרווחה חרף ידיעה שלא תתאפשר החזרתן לביתן, ושעיקוב במסירתן לאימוץ יביא בהכרח לאבדן ההזדמנות להורה מאמץ עבורן (היות ועבר ילדה מבוגרת הסיכוי לאימוץ אפס).

95 למשל על ידי שינוי ניסוח הסכמי גירושין מזכות/רשות להורה הלא משמורן לבקר את הילדה, לחובה לעשות כן.

96 ראו ע"א 2034/98 **אמין נ' אמין**, פ"ד (5) 69 שם אושר פסק דין שהכיר לראשונה בנטישת אב את ילדותיו כעולה נוקיית. מאז לא נפסק פיצוי במקרה דומה; בתמ"ש (ח"י) 1620/00 **ר.ב. נ' ש.ב.** (לא פורסם) תקדין משפחה 2001(3) 33 נדחתה על הסף תביעה נוקיית בגין אי-קיום הסדרי ראייה בטענה שההלכה עוסקת רק במקרה קיצוני של נטישה מוחלטת ללא הורה מטפל ולא במקרה (רגיל); על אי-קיום הסדרי ראייה, כשהילדות גרות עם האם, והאב משלם מזונות.

97 ס' 28 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות. קיימות פסיקות של בית המשפט למשפחה שלא כאן המקום לפרט, שבחלקן הכרה מסוימת גם במצב הקיים בזכות הילדה כולל במקרה שבו לא נפטר ההורה הביולוגי.

חלופיות. המודל המובנה להבנת טובת הילדה כמכלול הזכויות, הצרכים והאינטרסים של הילדה ולאופן קבלת ההחלטה לגבי טובת הילדה תוך מתן משקל מהותי לרצונה, מאפשר להגיע להחלטות התואמות באופן מיטבי את מגוון הצרכים, האינטרסים והזכויות של הילדה עצמה, ומתקרב באופן המיטבי לאופן שבו ניתן להניח שהילדה עצמה הייתה מכריעה בעניינה, לו הופקדה ההחלטה בידיה לעת בירורה. בדומה, ההצעה לאיוון טובת הילדה מול טובת הוריה או טובת הזולת, לא זו בלבד שאינה פוגעת בהורים, במשפחה או ביחסים, אלא להפך, היא מכבדת את ההורים, את המשפחה ואת היחסים, ומאזנת באופן גמיש, ראוי ונאות בין האינטרסים השונים במקרים של התנגשות. יצוין, שחלק מהביקורות המושמעות כיום כנגד הכרה בזכויות הילדה דומות לביקורות שהושמעו בעבר כנגד הכרה בזכויות לנשים, למיעוטים אתניים וכו', ובדומה יש לדחות אותן בשנייה המחויבים. אין פירוש הדבר "הפקרת ילדות לזכויותיהן", אלא בניית דרך קבלת ההחלטות בהתאם למגוון האינטרסים, הצרכים והזכויות של הילדות. אין פירוש הדבר שבירת היחסים המשפחתיים אלא בניית דרך קבלת ההחלטות בהתאם לחשיבות היחסים המשפחתיים עבור הילדה עצמה ולזכותה, בין היתר, להגנה, לסיוע, לשימור ולטיפוח יחסים אלו, תוך הכרה גם באינטרסים ההוריים הלגיטימיים ביחסים אלו. אין פירוש הדבר הטלת חובות בלתי אפשריות ובלתי מוצדקות על ההורים, על המשפחה ועל המדינה תוך העדפת הילדה בכל מקרה על זולתה, אלא איוון הוגן, סביר וראוי בין טובת הילדה לטובת הזולת, לפי משקלן הסוגלי והיחסי, בנסיבות כל עניין. אין פירוש הדבר חזרה שמרנית לגישה המאיינת כליל את רצון הילדה וזכויותיה מפני עמדה הגנתית ופטנולגית של הגורם המחליט, אלא הבנה רחבה ומורכבת של הקשר הדינמי והפוזיטיבי בין רצון הילדה לטובתה, ובין זכויותיה לטובתה.

בחשבון אחרון, המודל המוצע מציע מעבר משיח טובת הילדה (ההגנתי והפטנולגטי) המצוי במאבק מול שיח זכויות הילדה (הליברלי) לשיח טובת הילדה (המאוזן והאחראי) כמכלול הזכויות, הצרכים והאינטרסים – מגישה המתמקדת בחובות החברה כלפי הילדות הפסיביות או מגישות חלופיות הממוקדות ב"שחרור" הילדות האקטיביות, ביחסים משפחתיים או במשפחה לכשעצמה, לגישה הממוקדת באמת בילדות עצמן – בזכויות, בצרכים ובאינטרסים המגוונים שלהן – בטובתן. על כן המודל המוצע הנו

גישה הראויה באמת לכינוי **A Child-Centered Approach**. ■

111 יצוין שבסיום מאמרה מציינת זפרן ששילוב בין אלמנטים ליברליים לאלמנטים דאוגים (הדומה לשילוב המוצע בין צרכים ואינטרסים הגנתיים לבין אינטרסים וצרכים עצמאיים) כהגדרתה עשוי להיות פתרון יאה לביקורת שהשמיעה במאמרה בעניין החשש להעדרת "זכויות הילדה" על היחסים המשפחתיים, וזאת בדומה להצעת הוועדה באשר לעקרון טובת הילדה. זפרן, **לעיל** הערה 9, בע' 654.

112 המודל מתחשב בחשיבות היחסים המשפחתיים עבור הילדה, שהנה אף אחד הפרמטרים העיקריים ברישית הפרמטרים המנחה את שיקול הדעת בעת קביעת טובת הילדה. כמו כן מציעה הוועדה להכיר ביחסים המשפחתיים כזכויות מיוחדות של הילדה במסגרת הסדרת האחריות ההורית. את הגנת זכות הילדה ליחסים משפחתיים יש לבנות על חשיבות הזכות עצמה לפי משקלה הסוגלי עבור הילדה, ולא על מגוונים מלאכותיים שונים כגון אוטונומיה משפחתית או הורית. ראו: B. Woodhouse "The Dark Side of Family Privacy" 67 *Geo. Wash. L. Rev.* (1999) 1247.

113 המודל מאפשר להתחשב גם בחשיבות היחסים המשפחתיים עבור ההורים על ידי הכרה מרוסנת בזכויות הוריות ובכפוף להיותן מחוץ לגדר טובת הילדה ותוך איוון חיצוני ראוי בין לבין טובת הילדה, כאמור לעיל.

114 Eekelaar, *supra* note 24.

במשפחה, במקום שבו טובת הילדה מחייבת שבירת היחסים על שימורם אי-אפשר להימנע מכך, שכן היחסים נועדו לשרת את הפרטים ולא להפך. העמדת היחסים המשפחתיים לכשעצמם במרכז הליכי קבלת ההחלטות, והסתפקות בטובת הילדה כשיקול נוגד בלבד, עלולה לחזק "אוטונומיה" משפחתית מפני התערבות מדינית שנועדה להבטיח את טובת הילדה וזכויותיה. יתרה מזו, שיח היחסים אינו מבוסס על מודל משפטי מובנה לקבלת החלטות, אלא על נוסחה כללית ועמומה, בדומה לטובת הילדה המסורתית, שעל פיה עדיפים היחסים המשפחתיים אלא אם כן יש פגיעה מהותית בטובת הילדה או בזכויותיה¹¹¹. הצעה זו מקשה על קבלת החלטות פורמליות קונקרטיות (להבדיל מעקרון פרשני מנחה) בנסיבות עניין מסוים, וחושפת את הצדדים להליכים המשפטיים לחוסר ודאות, סובייקטיביות וכו'. כמו כן, הצעה זו מחמיצה את העצמת הילדה במסגרת המשפחה או במסגרת הליכים משפטיים המתנהלים בעניינה, ואת חשיבות שיתופה בקבלת ההחלטות בעניינה ואת זכותה להשתתפות. על כן, למרות ההסכמות הרבות שבין עמדתנו לבין גישת שיח היחסים, לדעתנו בתהליך קבלת החלטות פורמלי, יש לקבוע בבירור מהי טובת הילדה וכיצד יש לקבלה תוך שיתוף הילדה, תוך כיבוד זכותה להשתתפות ותוך יצירת איוון מתאים בין טובת הילדה לטובת הזולת בנסיבות העניין. במסגרת זו, בוודאי יש להביא בחשבון את חשיבות היחסים המשפחתיים הן מבחינת טובת הילדה¹¹² והן מבחינת טובת הזולת¹¹³, אך במקרים המתאימים גם את הסיכון שיחסים משפחתיים אלו תומנים בחובם לעתים עבור הילדה. לבסוף, יצוין, שעיקר החשש המובע על ידי גישת שיח היחסים קשור אף הוא במידה רבה לחשש מפני הכרה בזכויות ליברליות של הילדה יותר מאשר בהכרה בזכויות הילדה לכשעצמן. ההכרה בזכויות ליברליות המדגישות את הממד של נפרדות ועצמאות הילדה מהוריה, הן עיקר הסיכון מבחינת שיח היחסים ליחסים המשפחתיים. מנגד, דווקא המודל המוצע המאזן באופן ראוי בין האינטרסים העצמאיים של הילדה לאינטרסים ההגנתיים שלה, המתיישבים יותר עם שימור והגנת היחסים המשפחתיים או לפחות מעוררים סיכון מוגבל עבורם, בעייתיות פחות מבחינת שיח היחסים מאשר שיח זכויות הילדה בהרתו.

לבסוף, ביקורת פוזיטיביסטית לגבי משמעות "נכונה" של "זכות" והאפשרות לשילוב בין טובת הילדה לזכויותיה. ביקורת זו, שאזכרת אותה, למעשה, לאורך המאמר כולו, תבקר את השימוש שהמודל מציע תוך ניתוק הזכות מהרצון וקישורה לאינטרס וצורך. מדובר בהתנגדות אפיסטמולוגית לקיום זכויות לילדות בניגוד או במנותק מרצון. לפי גישה זו זכות מבוססת על דרישה לדבר או לפעולה ולא על אינטרס או צורך בדבר או בפעולה. כאמור לדעתי ניתן לדחות התנגדות זו: ראשית, כפי שפורט לעיל, גישות מקובלות יותר בתורת המשפט כיום מבססות את הזכות על האינטרס ובפרט הדבר אפשרי לגבי ילדות. שנית, על ידי הרחבת מושג הרצון והתאמתו לילדות, ניתן ליצור זיקה בין הצורך והאינטרס לרצון משוער של הילדות¹¹⁴. אני רואה את השילוב שבין זכויות הילדה לטובת הילדה, לא רק כאפשרי עיונית אלא כרצוי מעשית, לאור היתרונות הסימבוליים והמטריאליים של הבנה חדשה של טובת הילדה כמכלול הזכויות, הצרכים והאינטרסים שלה.

לסיכום, במאמר זה ניסיתי לטעון שוועדת רוטלוי מציעה מודל רעיוני חדש המשלב בין טובת הילדה לזכויותיה, ולהראות את עדיפותו על גישות