

תזכיר חוק הורים וילדיהם, התשע"ב-2012

נייר עמדה

פיליפ מרכוס, שופט (בדימ'), בית המשפט לענייני משפחה, ירושלים

לכב' שרת המשפטים, ח"כ עו"ד ציפי ליבני

הרשי לי להביא בפני כב' השרה עמדתני בנוגע לתזכיר החוק.

פתח דבר

1. מוניתי שופט שלום בשנת 1995, ומיום פתיחת בית המשפט לענייני משפחה בירושלים בחודש מרץ 1997 ועד לפרישתי בשנת 2012, ישבתי כשופט לענייני משפחה, כולל חמש שנים כסגן נשיא לענייני משפחה למחוז ירושלים.

2. גם במהלך היותי שופט, וביתר שאת מאז הפרישה, השתתפתי בכנסים בינלאומיים בענייני משפחה וילדים. בין היתר, נתתי הרצאות והשתתפתי בסדנאות במסגרת:

World Congress on Family Law and Children's Rights
Association of Family and Conciliation Courts
International Family Justice Judicial Conference
Second International Family Law and Practice Conference, London
Metropolitan University
Hong Kong Forum on Children's Matters
Training Seminar for Judges on Violence in the Family, Lusaka, Zambia
מש"ב – סוכנות הסיוע הלאומית של ישראל, משרד החוץ.

רשימה חלקית של הרצאות ומאמרים מצ"ב.

3. בין היתר כתבתי לאחרונה מספר מאמרים, אשר בהם בחנתי את הצורך בהגדרה משפטית מדויקת של יחסי הורים-ילדים:

עתידי בית המשפט למשפחה: פראדיגמות חדשות, תיקוני חקיקה, ועוד

וכן

מחויבויות הוריות: ניסוח הפראדיגמה החדשה ליחסי הורים ילדים
אני מרשה לעצמי לצרף את שני המאמרים למסמך זה. בהמשך, אלא אם נאמר אחרת, אתיחס אל המאמר על מחויבויות הוריות כ"מאמרי".

תזכיר חוק הורים וילדיהם, התשע"ב-2012

4. לאור הנסיון שצברתי והמחקר שלי בנושא, כולל על תיקוני חקיקה שנעשו בחו"ל, אני מרשה לעצמי להביע עמדה בנוגע לתזכיר החוק.

האם יש צורך להחליף את החוק הקיים?

5. כך כתבתי במאמרי על עתיד בית המשפט לענייני משפחה :

"עד כה, גם בהליכים בין הורים בעניין עתיד ילדיהם וגם בהליכי הכרזת קטין בר אימוץ הושם דגש על מסוגלות הורית, כאילו ניתן לקבוע בכל מקרה שיש לו או אין לו להורה מסויים המסוגלות להיות מעורב בגידול ילדו. ההבנה שיש צורך בקביעה זו, נעוצה בהבנה, אצל הורים, עורכי הדין, ואפילו בקרב יועצים ומומחים בבריאות הנפש, עובדים סוציאליים ואחרים, שאין מנוס מהליך אדוורסארי. מלבד מקרים נדירים ביותר, יש לכל הורה יכולות הוריות מסויימות, אלא שהצורך להוכיח ולהכריע בדבר קיום או העדר מסוגלות מביא לידי החלטה מסוג "או-או" – או האב או האם, בהליך בין הורים; או ההורים ביולוגיים או הורים מאמצים, בהליך בר אימוץ. הגישה צריכה להיות כרוכה בחיוב, על הצדדים ועל בית המשפט, להתייחס לכל אחת מהמחוייבויות ההוריות, שהן רבות ומגוונות, ולחלק את מילוי המחוייבויות בין ההורים לבין עצמם, או, במקרה הצורך, בין ההורים הביולוגיים לבין גורמים אחרים. בגדר הגורמים האחרים, כלולים קרובי משפחה, אנשים או גופים אחרים המקובלים על הצדדים דוגמת משפחות אומנה או פנימיות, ורק במקרים חמורים ביותר ניתוק מוחלט של הילד מהורה או מההורים."

6. במאמר על יחסי הורים וילדים, ציינתי את הדברים כדלהלן :

"...ההורות מורכבת ממשימות רבות ומגוונות... ההורה האחד או האחר יהיה מסוגל יותר, באופן כללי או בזמנים שונים, לבצע את המשימה המסויימת. משום כך, במקרים של פרידה בין ההורים, עדיף לדבר על מחוייבויות הוריות - parental responsibilities בלשון רבים. הצורך של הילד הוא שבסיכומו של דבר, בין על פי הסכמת ההורים ובין ע"י הכרעה שיפוטית, יתמלאו כל צרכיו, בכך שיחולקו חלק מהמשימות והמחוייבויות בין ההורים, ומשימות אחרות תישארנה להחלטה ולביצוע ע"י שניהם יחד. המינוח המשוכלל יותר המוצע ישקף באופן שלם את היחסים בין הילד להוריו.

בהגדרת המחוייבויות ההוריות יש לשים לב למטרות ההורות. היעד המרכזי הינו להביא את הילד למצב שבו הוא יהווה חלק עצמאי של החברה, אשר מסוגל לנצל ביעילות את כל יכולותיו, וזאת בין היתר באמצעות החלטות נבונות בכל עניין המחייב זאת.

תזכיר חוק הורים וילדיהם, התשע"ב-2012

יש להדגיש כי המחוייבויות ההוריות אינן כוללות זכויות, במובן הפורמלי של המונח. המחוייבויות ההוריות כוללות החובות והחייבים שעל ההורה למלא לטובת הילד, כולל שימוש בכח ובסמכות לקבל החלטות בנוגע אליו, וכן החסינות מפני התערבות ע"י אנשים או גורמים חיצוניים, ככל שהמשימות והמחוייבויות מבוצעות לטובת הילד.¹

תוצאות בלתי רצויות של תיקון גורף

7. כפי שיוסבר להלן, נראה שפרק ב' לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962 (להלן – חוק האפוטרופסות) משקף בצורה נאותה את ההשקפה הנ"ל, וזאת כפוף לתיקונים מזעריים אשר יתנו ביטוי למספר תובנות חדשות.

8. הגישה המקובלת על כל מי שעוסק בתחום היא שיש להמנע מהליכים משפטיים אדוורסריים בענייני ילדים, עד כמה שניתן. החלפתו של המשטר הקיים, אשר הלכה למעשה (בכפוף לשינויים מצומצמים) מיטיב עם ילדים ומאזן כיאות את היחסים בין הורים לילדים, במשטר חדש עם מונחים חדשים, עלולה להביא להתדיינות במשך שנים רבות, עד אשר תתגבש פרשנות מוסכמת בבתי המשפט.¹

הסתמכות על הוראות האמנה בדבר זכויות הילד

9. אכן, מעצבי תזכיר החוק מדגישים את הצורך להתאים את החקיקה הישראלית להוראות אמנת האו"ם בדבר זכויות הילד, 1989 (להלן – "האמנה"). סבורני שרוב הוראות החוק הקיים אכן משקפות את העקרונות הבסיסיים של האמנה; יחד עם זאת, רווחות דעות של החוקרים והעוסקים בתחום שהאמנה, כפי שנוסחה בשנות ה-70 וה-80 למאה הקודמת, זקוקה בעצמה לתיקון, לאור ההתפתחויות בעיקר בתחום מדעי ההתנהגות והחברה, מאז.

10. בהרצאה שניתנה בכנס בסידני שבאוסטרליה בו השתתפתי, הציעו השופט דר' טום אלטובלי, שופט משפחה בכיר מאוסטרליה, ודר' סוזן מקדניאל, חוקרת בענייני אוכלוסין מקנדה, שאם היו מכינים את האמנה בשנת 2013, היו ניגשים למלאכה בצורה שונה לחלוטין. בין היתר

- היו שואלים אם הגישה המבוססת על זכויות היא נכונה
- היו מערבים ילדים בניסוחה
- היו מאמצים גישה רב-תחומית וגישה פחות תלויה במשפטנים

1. לדוגמה, הפסיקה הענפה בעקבות חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי) התשנ"ד-1994, בכל הנוגע למחשבה הפלילית. התיקון לא התיימר לשנות באופן גורף את עקרונות המחשבה הפלילית ששורשיהם במשפט המקובל; אך נוצר צורך לפרש כל מונח בחקיקה המתוקנת, וזאת בהתדיינות רבה בכל הערכאות.

תזכיר חוק הורים וילדיהם, התשע"ב-2012

- היו מאמצים גישה יותר קשובה להתפתחות הילד
- היו מזהים את הצרכים הספציפיים של קבוצות מסוימות של ילדים.²

באותו כנס, הצעתי ניסוח מחדש של האמנה, תוך המנעות משימוש בשיח הזכויות.³

11. מקובל עלי שמדינת ישראל התחייבה להתאים את החקיקה, לפי הצורך, לעקרונות היסוד של האמנה. אולם, כפי שיוסבר, החקיקה הקיימת כבר תואמת את עקרונות אלו, מלבד בנקודות בודדות, אשר הטיפול בהן יכול להיעשות בתיקונים מזעריים, ולא החלפת החקיקה הקיימת בחוק חדש.

תזכיר החוק ודברי ההסבר

סעיף 1, מטרת החוק והצורך בו

12. למרבה הצער, אף כי בתזכיר כלולות הערות בדבר התרגום הרשמי של האמנה, יש בדברי ההסבר ציטוטים שאינם מדויקים.

לדוגמה, מהציטוט מסעיף 5 לאמנה :
"המדינות החברות יכבדו את זכויותיהם וחובותיהם של הורים ... על מנת לספק, באופן המתאים לצרכי הילד המתפתח, הכוונה והדרכה נאותות בהפעלת הזכויות המוכרות באמנה זו"
חסרים מרכיבים חשובים.

להלן הנוסח במקור :

States Parties shall respect the responsibilities, rights and duties of parents or, where applicable, the members of the extended family or community as provided for by local custom, legal guardians or other persons legally responsible for the child, to provide, in a manner consistent with the evolving capacities of the child, appropriate direction and guidance in the exercise by the child of the rights recognized in the present Convention.

What Would CROC Look Like, If It Were Being Drafted For Children Born in 2013?.²
<http://www.lawrights.asn.au/6th-world-congress/papers.html>

Towards a Convention on Responsibilities and Obligations to the Child³
http://www.philip-marcus.com/wp-content/uploads/2013/08/Towards_Convention_Sydney_Paper2013.pdf

תזכיר חוק הורים וילדיהם, התשע"ב-2012

ללא ציון הדילוג, בקטע שהציגו מנסחי האמנה:

- חסרה מהציטוט, המילה "מחוייבויותיהם" של ההורים;
- חסרה גם התייחסות למשפחה המורחבת וכן לאפוטרופסים;
- התרגום הנכון של evolving capacities of the child הוא "היכולות המתפתחות של הילד";
- המונח "על מנת" אינו מופיע במקור;
- במקום המילה "הפעלת" צ"ל "מימוש".

אבל אין זו עיקר הביקורת על התזכיר.

13. מנסחי התזכיר בדברי ההסבר נקטו בגישה אשר יש בה כדי לפגוע בילד, ודבר זה אינו נובע מהוראות האמנה. חוק האפוטרופסות מכיר היטב בצרכים של ילדים, ומטיל את מילוי הצרכים האלה על ההורים, וכאשר ההורים אינם מסוגלים לעשות כן, על אפוטרופסים אחרים שיתמנו.

14. אכן, מקובל עלי שיש לשים את מילוי צרכיהם של הילד כערך ראשון במעלה, אך בנושא זה, אין משום חידוש: סעיף 3 (ב) לחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951 קובע כך: " (ב) אין בהוראות סעיף קטן (א) כדי לפגוע בכוחו של בית משפט או בית דין מוסמך לנהוג בעניני אפוטרופסות על ילדים, הן על גופם והן על רכושם, בהתחשב עם טובת הילדים בלבד" (הדגשה שלי, פ.מ.).

15. מקובל עלי גם כי מימוש הצרכים של הילד אינה נגזרת מזכויות ההורים, כפי המונח "זכות" מתפרש כדרישה שניתן לתבוע אותה בדין. אך, כפי שציינתי פעמים רבות, תינוק בן יומו אינו יכול לתבוע את הדרישה למילוי הצרכים שלו, ואין זה רצוי להעניק למתבגר האפשרות לתבוע את זכותו להחליט בדברים שהתפתחותו הרגשית והשכלית מונעת ממנו היכולת לקבל החלטה מושכלת בהם.

מילוי הצרכים של הילד נגזרת ממילוי מחוייבויות הוריו, וכפי שהצעת במאמרי על מחוייבויות הוריות, אין בכך משום פגיעה בהורים. בניתוחו של הופלד⁴, לצד המחוייבויות - duties של ההורים, יש להם סמכויות - powers וחסינויות - immunities. די באלה כדי לאפשר להם למלא את תפקידיהם ללא הפרעה, כל עוד הם ממלאים את מחוייבויותיהם כשורה.

⁴ראה בעניין זה עבודת הגמר שלי לתואר שני, Hohfeld Without Rights, <http://www.philip-marcus.com/jurisprudence/hohfeld-without-rights/>

תזכיר חוק הורים וילדיהם, התשע"ב-2012

16. נראה שמנסחי התזכיר נוקטים בעמדה לפיה יש להסיר מהחקיקה ומהשיח המשפטי את המושג "אפוטרופסות", כי כל ילד הוא "בעל זכויות ייחודיות לגדול ולהתפתח כאדם עצמאי". כאן גישתם חורגת באופן משמעותי ממטרות האמנה. לפי התפיסה של האמנה, הילד איננו כאדם עצמאי: הוא ילד, אשר מחוייבויות הוריו כוללות המחוייבות לגדל אותו על מנת שבהיותו בגיר, הוא יוכל לתפקד כאדם עצמאי.

17. לכן, אין פסול במונח "אפוטרופוס" שבסעיף 14 לחוק האפוטרופסות; מונח זה, שתרגומו מהיוונית "מי שהוטלה עליו משימה", שורשיו בתלמוד⁵. הוא מצביע על מחוייבות לדאוג לילד, והסמכות לעשות כל דבר נחוץ לשם כך.

אכן, בסעיף 15 לחוק האפוטרופסות, "אפוטרופסות ההורים כוללת את החובה והזכות לדאוג לצרכי הקטין", אך כפי שציין כב' השופט מנחם אלון בבד"מ 1/81 נגר נ' נגר פ"ד לח (1) 368, 365:

ו. (1) האמור בסעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962- על כל פרטיו, תואם את דיני המשפט העברי ומעוגן בו. "הזכות" אשר בה מדובר בסעיף 15, אינה אלא זכות למלא את החובות המפורטות בו.

(2) זכות זו מתבטאת גם בכך, שבמילוי חובות אלה מסורה להורים הזכות להחליט על הדרך הנראית בעיניהם כנכונה וטובה לדאוג לצורכי הקטין, כשהקווים המנחים הם "לנהוג לטובת הקטין כדרך שהורים מסורים היו נוהגים בנסיבות הענין" (כאמור בסעיף 17 לחוק). "דרך הורים" זו שונה מהורים להורים, הכול לפי השקפת עולמם ואורח חייהם של ההורים.

18. מנסחי התזכיר מצביעים על סעיף 12 לאמנה, כדוגמה "להכרת הילד כבעל זכויות ייחודיות", אך אף הם מבטאים זאת כחובה לשתף את הילד בתהליך קבלת ההחלטות.

למרבה הצער, המנסחים שוב משנים את הניסוח המדוייק של האמנה, אשר בסעיף 12 מדבר לא על שיתוף הילד, שיש בו כדי להעמידו במצב של שוויון עם ההורים או בית המשפט, כשותף לקבלת ההחלטה, כי אם על מתן הזדמנות נאותה לביטוי עמדותיו ומתן משקל לעמדות אלו לפי גילו ובגירותו של הילד.

19. יצויין עוד כי מנסחי התזכיר בעצמם מכירים כי מימוש מעורבות זו של הילד הוא חובה על ההורים או בית המשפט.

20. לכן טענתם, שהאמנה מחייבת "מעבר טרמינולוגי" ו"תפיסה נורמטיבית חדשה" אינה נכונה: ככל שמדובר בבית המשפט, תוקנו תקנות סדר הדין

⁵ משנה גיטין, פרק ה משנה ד; בבלי בבא מציעא, דף לט ע"ב, ו עוד מקומות רבים.

תזכיר חוק הורים וילדיהם, התשע"ב-2012

האזרחי התשמ"ד-1984 בהוספת פרק 22 (אשר כותרתו "השתתפות ילדים", ולא "שיתוף ילדים"), ובאשר להורים, ניתן להוסיף מילים אחדות לסעיף 17 לחוק האפוטרופסות.

מוצע כי בסעיף 17, בסוף יוספו המילים: "ולצורך כך יאפשרו לילד להביע עמדה בכל עניין הקשור אליו, ויתנו לעמדתו המשקל הראוי לפי גילו ובגרותו", כך שהסעיף ייקרא:

17. באפוטרופסותם לקטין חייבים ההורים ולנהוג לטובת הקטין כדרך שהורים מסורים היו נוהגים בנסיבות הענין, ולצורך כך יאפשרו לקטין להביע עמדה בכל עניין הקשור אליו, וליתן לעמדתו המשקל הראוי לפי גילו ובגרותו של הקטין.

ככל שיש צורך לעגן בחקיקה הראשית את העקרון הזה בנוגע להליכים בפני בית המשפט, ניתן להוסיף סעיף חדש:

17א. בכל הליך בפני בית משפט בנוגע לעתידו של קטין ומחוייבויות הוריו או אחרים כלפיו, יאפשר בית המשפט לקטין להביע עמדתו בכל עניין הקשור אליו, ויתן לעמדתו המשקל הראוי לפי גילו ובגרותו של הקטין."

21. האמור בעניין מעורבות הילד מהווה רק דוגמה כיצד ניתן להשיג את המטרה שמעמידים מנסחי התזכיר, הבטחת איכות חיים הולמת לילד (המנסחים ציינו, כנראה בשגגה, את רמת החיים, שמובנה המקובל הוא רמה סוציו-אקונומית, אך החוק המוצע אינו מדבר על רמת חיים), והתאמה להוראות האמנה, ללא צורך בביטול גורף של החקיקה הקיימת והחלפתה בחוק חדש.

22. לכן האמור להלן נאמר מבלי שיש בכך נסיגה מעמדתו, כי אין צורך בחוק חדש, ודי בתיקונים לחקיקה הקיימת. יחד עם זאת, ככל שיראה בכך צורך, אציע, על בסיס הנסיון והידע שצברתי כאמור, תיקונים לחוק האפוטרופסות ולדברי חקיקה אחרים.

סעיף 2: הגדרות

23. בן משפחה, הורה: בסוגיה זו, אני מפנה למאמרי על מחוייבויות הוריות, בו ציינתי שמבחינת הילד, ניתן להטיל מחוייבויות הוריות על כל אדם אשר, בהתנהגותו, גרם לכך שהילד תלוי בו למילוי אחד או יותר מצרכיו. המבחן הוא פונקציונלי ולא ביולוגי.

אבל גם הגדרת הורה ביולוגי, שיש לו מחוייבויות הוריות ראשוניות, מצריכה חידוד, כדי להעמיד במבחן מעמדו של תורם זרע אנונימי, תורמת ביצית, ופונדקאית.

תזכיר חוק הורים וילדיהם, התשע"ב-2012

כך, שההגדרה המוצעת ודברי ההסבר אינם משקפים כיאות את המצב הרצוי.

24. פירוד: לאור סעיפים 14 ו-24 לחוק האפוטרופסות, ההגדרה החדשה מיותרת, והוספת מונח חדש עלולה להביא להתדיינות מיותרת.

25. ילד וילדה: המונח "קטין" הוא מונח משפטי טהור, ואין לו גוון רגשי. לעומת זאת, סביר להניח שהמתבגר הממוצע יתנגד בכל תוקף לכינוי "ילד", ונערה בת 17 וחצי בוודאי תיפגע אם יתייחסו אליה כילדה. מדובר לענ"ד בפגיעה מיותרת במתבגרים, המייחסת להם ילדותיות, הסותרת את כוונת מנסחי התזכיר.

סעיפים 3-6: זכויות ילדה וילד

26. סעיף 3 טובת הקטין: אין כל צורך לשנות את ההגדרות, אשר אכן עמומות למדי, בהגדרות חדשות. לעמימות יש יתרון, בכך שהוא נותן לשופט חופש תמרון מסויים; המונח "ראשון במעלה" עמום עוד יותר מאשר המצב הקיים, שהוא פרי פסיקה למשך שני דורות.

27. המבחן שבסעיף 17 לחוק האפוטרופסות מחייב את ההורים לשקול את כל השיקולים הרלוונטיים, כולל טובת הילד בהווה ובעתיד, ולבית המשפט לבקר את החלטתם לפי צורך. יצויין עוד כי בסעיף 18 לאמנה, אמת המידה להורים בגידול הילד היא "הדאגה הבסיסית" – *The best interests of the child will be their basic concern*. מינוח זה אינו זהה, או אפילו קרוב, לתרגום "מועדף", או אפילו "מרכזי", או "הראשון במעלה". אך כאמור, אין צורך לשנות את החקיקה הקיימת בתחום זה.

28. סעיף 4 הזכות להורות: לעומת הנאמר בדברי ההסבר, סעיף 18 לאמנה אינו מבטיח "זכות להורות". הסעיף אינו מדבר במונחים אלה, אלא באופן כללי על מחוייבות ההורים בגידול ובהתפתחות הילד. המונח המוצע סובל גם פרשנות כזכות להיות הורה, שאין לו לעניין לאמנה.

29. סעיף 5 מימוש הזכויות: יש בראש ובראשונה להזהר מבניית הגדרות, אשר ככל שנראות רחבות, עלולות להתפרש אחרת.

תזכיר חוק הורים וילדיהם, התשע"ב-2012

לכן המונחים שבסעיף 4 לחוק המוצע: " לגידולם ולהתפתחותם הגופנית, הנפשית, הרוחנית, המוסרית והחברתית" אינן מוסיפות על ההגדרה הכללית של טובת הילד, כפי שעוצבה בפסיקה הישראלית.

30. דברים נאמרים ביתר שאת בנוגע למונחים שבסעיף 5 להצעה. יש לזכור שהאמנה נכתבה באופן כללי על ידי ועבור כל המדינות שחתומות עליה, שבחלק ניכר מהן, שלא כישאל, אין זה מובן מאליו שלילד יש שם, שיש לרשום אותו במרשם האוכלוסין, ולהכירו כבן אדם עצמאי, ושיש לאפשר קיום קשר עם שני הוריו, ולשמור על שלומו ובריאותו, ולדאוג לחינוכו, פנאי, משחק ונופש, ולכלכלה, להגנה מפני התעללות וחשיפה לסמים וכל כיו"ב.

31. עוד יש להוסיף שמנסחי התזכיר מתעלמים מעקרון חשוב שבאמנה, של הכבוד המגיע להורים ולמשפחה, ולתפקידם בגידול ילדם, שבא לידי ביטוי במבוא:

Convinced that the family, as the fundamental group of society and the natural environment for the growth and well-being of all its members and particularly children, should be afforded the necessary protection and assistance so that it can fully assume its responsibilities within the community,

וכן בסעיף 3(2) שבה

States Parties undertake to ensure the child such protection and care as is necessary for his or her well-being, taking into account the rights and duties of his or her parents, legal guardians, or other individuals legally responsible for him or her, and, to this end, shall take all appropriate legislative and administrative measures.

32. לכן, במציאות הישראלית, האמור בסעיף 5 להצעה מיותר, למעט מתן האפשרות להביע עמדה, אשר כאמור לעיל יכול להיעשות בתיקון לחוק האפורופסות.

33. יש בחלק גדול מהוראות סעיף זה משום צמצום כח המדינה להגביל את האוטונומיה של ההורים לקבל החלטות כיצד לגדל את ילדיהם ולהיות מעורבים בחייהם. ראה בסעיפים 3(2), 5, 9, 10, 14(2), 16, 18, 21, 23(2), 24 (e) ו-(f), 27(2) ו-3, 29(1)(c), 40(2)(b)(ii) ו-(iii) לאמנה, והוראות נוספות.

לדוגמה, יתכן שהאמור בסעיף 5(12) להצעה, הזכות "לבקש, לקבל ולבטא רעיונות מכל סוג שהוא, ממגוון מקורות לאומיים ובינלאומיים במיוחד אלה הנועדים לקידום החברתי, הרוחני והמוסרי ולבריאותם הגופנית והנפשית"

תזכיר חוק הורים וילדיהם, התשע"ב-2012

יהיה מנוגד להשקפת עולמם של הורים מסויימים, ומשום כך מנוגד גם לעקרונות האמנה.

34. סעיף 6 חובת כיבוד אב ואם. סעיף 6 (א) להצעה מחליפה את המילה "לציית" במילה "להשמע".

אם כוונת מנסחי ההצעה היא שיש להתפטר מכל ביטוי של "התפיסה שילדים אינם כשירים להיות נושאי זכות משפטית", במה שונה המונח החדש מקודמו? האם אין בחובה להשמע, במובן המשמעת, משום חובה לציית?

אין לעני"ד צורך לתקן את סעיף 16 לחוק האפוטרופסות (אם כי יתכן שניתן להחליף את המילה "לציית" במילה "להשמע"), כאשר התיקון המוצע לעיל בסעיף 17 לחוק האפוטרופסות, שיאפשר לקטין להביע את עמדתו ויחייב את הוריו להביא את שעמדתו בחשבון, מתאים לתפיסת ההליך המשמעתית המקובל, כמחייב מעורבות הנידון.

35. סעיף 6 (ב) יעודד התדיינות בין קטין להוריו.

ההצעה מעתיקה את סעיף 23 לחוק האפוטרופסות, תוך מחיקה, ללא הסבר, של המילים "לפי הנהוג בנסיבות דומות". התוצאה עלולה להיות פגיעה בחופש של כל משפחה לקבוע לעצמה את ההסדרים הכלכליים הפנימיים, מתוך כוונה לעודד את הילדים להיות מועילים לחברה ע"י כך שיעבדו למקרה המתאים, אך גם לעצב את הכללים בדבר השימוש שיעשה ברכוש ובהכנסות.

בפנינו דוגמה נוספת להצעת חקיקה אשר עלולה לערער את ההסדרים המקובלים, ויש בה התערבות מיותרת בנעשה במשפחה, ובפרט ביכולת ההורים להקנות ערכים של שיתוף פעולה ועזרה הדדית, על ידי מתן לבוש משפטי ללא צורך.

אחריות הורית

36. סעיף 7 אחריות הורית. במאמר שלי על הפרדיגמה החדשה ליחסי הורים-ילדים ניתחתי את המונחים הנחוצים לשם קביעת המערכת המשפטית שבתשתית יחסים אלה. הדבר מבוסס על תפיסתי, לפיה ההורים נושאים במחוייבויות כלפי הילד בכל תחומי התפתחותו, כולל המחוייבות להיות קשובים לעמדותיו, וכי אין צורך להתייחס לזכויות, לא של ההורים ולא של הילד.

הדגש הוא על מחוייבויות של שני ההורים, המאפשר להם, או למקרה הצורך את בית המשפט, לקבוע על מי תוטל כל אחת מהמחוייבויות, מבלי שיש צורך לציין את אחד ההורים כהורה אחראי והאחר כלא אחראי. על ידי כך

תזכיר חוק הורים וילדיהם, התשע"ב-2012

ניתן להתרכז על צרכי הילד, ולהמנע מהתדיינות מיותרת על התואר "משמורן" או "אחראי".

37. המצב החקיקתי בארץ כיום משקף די טוב את התפיסה הזו: המונח "אפוטרופסות" טומנת בחובה את כל חבילת המחויבויות, ופרק ב' לחוק האפוטרופסות נותן כבר עתה פירוט משביע רצון של מרכיבי המחויבויות. זאת, למעט סעיף 24 אשר מאפשר להורים הפרודים "להסכים ביניהם על מי מהם תהיה האפוטרופסות לקטין, כולה או מקצתה".

38. כפי שציינתי לא אחת בפסקי דין⁶, חלק זה של הסעיף אינו תואם את הנחת היסוד של החוק, לפיו הורה הינו אפוטרופוס של ילדו אלא אם כן האפוטרופסות ניטלה ממנו על פי החוק. נראה שכוונת המחוקק היתה לאפשר להורים להסכים על המשמורת, ולא שהורה יוכל, במחי יד, בהסכמת ההורה האחר, להשתחרר מכל מחויבויותיו כלפי ילדו.

39. לאור זאת, הייתי מציע לתקן את סעיף 24 לחוק האפוטרופסות, בכך שייקרא כדהלן (התיקונים מובלטים):

24. היו הורי הקטין חיים בנפרד – בין שנישואיהם אוינו, הותרו או הופקעו בין שעדיין קיימים ובין שלא נישאו – רשאים הם להסכים ביניהם בדבר חלוקת מילוי מחויבויותיהם כלפי הילד, כלומר, איזו מן המחויבויות ימלאו בצוותא, ואיזו בנפרד, ובכלל זה, זמני שהיית הילד אצל כל אחד מהם. הסכם כזה טעון אישור בית המשפט והוא יאשרו לאחר שנוכח כי ההסכם הוא לטובת הקטין, ומשאושר, דינו – לכל ענין זולת ערעור – כדין החלטת בית המשפט.

40. קשה לקבל את דברי מנסחי התזכיר שהמונח אפוטרופוס מציין "רק" תפקיד, ולא "חובה אישית של כל הורה כלפי ילדו, שידאג לגידולו ולהתפתחותו וכך יעצב את אישיות ילדו". טענה זו עומדת בסתירה מוחלטת להוראות מפורשות של חוק האפוטרופסות, ובפרט סעיפים 15 ו-17 שבו: חובת ההורים לדאוג לכל צרכי הקטין, כדרכם של הורים מסורים.

41. יש סכנה בפירוט יתר בחקיקה של מרכיבי המחויבויות. יתבקשו מנסחי ההצעה להשיב לשאלות:

⁶ לדוגמה, תמ"ש 29270/06 מ.מ. ואח' נ' א.מ., (לא פורסם) שם קבעתי (בסעיף 6 ה לפסק הדין): "נוטה אני להאמין כי המחוקק בסעיף 24 ביקש להתייחס לשאלות המשמורת ומילוי התפקידים האחרים של ההורים כלפי ילדיהם, ולא התכוון להעניק להורים או למי מהם הסמכות להשתחרר ממחויבויותיו כלפי הילדים. כל פרשנות אחרת הייתה מרוקנת את התכלית הבסיסית של דיני ההורות בישראל: בקווים כלליים ניתן לסכם אותם כמבוססים על ההלכה הטבעית, כי ילדים זקוקים לשני הורים, וזאת מבלי להכנס למונחים "קשר הדם" ו"קול הדם". פסק הדין אושר בבית משפט המחוזי ב-עמ"ש 23883-05-10 פלוני נ. אלמונית ואח' (פורסם בפדאו"ר) שם נכתב, לגבי פרשנות סעיף 24: "פרשנות אחרת, לפיה ההורה יכול, במסגרת הסכמית וללא מתן גושפנקא חוקית, בדומה לניתוק הקשר המשפחתי במסגרת הליך האימוץ, להשתחרר מחובותיו כלפי ילדיו, אינה עומדת בקנה אחד עם השכל הישר והדין הכללי".

תזכיר חוק הורים וילדיהם, התשע"ב-2012

- מה, מתוך כל פרטי הפרטים שציינו ב-15 הפריטים שבסעיף 5 להצעה, ובסעיף 7(ב) ו-7(ג) שבה, חסר מתוך ההגדרה הקצרה הקיימת, לדאוג לכל צרכי הקטין, כדרכם של הורים מסורים, בצירוף המוצע בסעיף 17, בדבר הקשבה לעמדת הקטין?
- האם הם רואים את הרשימות הללו סגורות, כך שיימנע מבית המשפט לחייב הורים לפעול לטובת הילד במישורים שלא צוינו ברשימותיהם?
- האם לא יתכן שלילד מסויים יש צרכים אשר אינם באים בגדר הזכויות המפורטות באמנה או בחוק המוצע?

סעיפים 8 – 15 להצעה

42. סעיפים אלה אינם נובעים מזכויות הילדים כלפי ההורים, אלא ליחסים בין ההורים לבין עצמם, ומעורבות בית המשפט.

נראה שהמבנה של הוראות אלו אינו שונה מהוראות החוק הקיים, וניתן לתקן את החוק הקיים בהתאם לצורך.

לכן אציין רק מספר נקודות העולות מהנוסח המוצע.

43. סעיפים 7, 8 מחוייבויות הוריות: כאמור לעיל ובמאמר בהרחבה, המינוח של מחוייבויות הוריות מונע את הטלת כל האחריות על הורה אחד וכתוצאה גם נטילת האחריות מהאחר. ניתן לחלק את תפקידי ההורות בדרכים מתאימות לצורך המסויים של כל ילד: חלק מהתפקידים יהיו של ההורים ביחד, כך שיצטרכו לפעול בצוותא; תפקידים אחרים ניתן להטיל על הורה זה או אחר, לפי יכולותיו וזמינותו; וחלק אחר (כגון חינוכו הפורמלי של הילד או הטיפול הרפואי בו, יוטלו, בהסכמת ההורים, על גורם אחר. כך, המחוייבויות נשארות משותפות, ואילו ביצוע המשימות המסויימות הכלולות בתפקיד הכללי של הורות יוטל על מי שיוכל או יוכלו לבצען לטובת הילד המסויים.

44. סעיפים 9, 10 הסכמים וטיפול בסכסוכים: כפי שכבר הערתי, יש להמנע מלהגביל את שיקול דעתו של בית המשפט בבואו להכריע בענייני ילדים. משום כך, אם בכלל יימצא צורך לציין את הנקודות אליהם יתייחס בית המשפט בהכרעתו בסכסוך, כפי שמוצע בסעיף 10(ב) להצעה על שני חילופי הניסוח (ולדעתי הדבר אינו נחוץ ואינו רצוי), יש להוסיף בסוף הפתיח, אחרי המילים "בהחלטה מנומקת" את המילים "בין היתר".

45. כמו כן, הנסיון מלמד שהעמדת מועד נוקשה לסיום הליכים בבית המשפט חייבת להיות מלווה בהעמדת האמצעים הנחוצים בידי בית המשפט, ובפרט

תזכיר חוק הורים וילדיהם, התשע"ב-2012

כח האדם השיפוטי הנחוץ. נוסף על כך, קצב ניהול ההליך תלוי בציות בעלי הדין וגורמים אחרים, ובכלל זה מומחים המבוקשים לדווח לבית המשפט, ללוחות זמנים שנקבעים להם. בהקשר של כח אדם שיפוטי, וגם בעניין הסכנה מפני ריבוי הליכים העקבות התיקונים המוצעים, האמור בהצעה בסעיף "השפעת הצעת החוק על תקציב המדינה" מצריך בחינה מדוקדקת.

46. יחד עם זאת, ההצעה שבסעיף 10(ג), אשר איננה מופיעה בהצעה החילופית, אינה רצויה. על הכלל המוצע, המכונה approximation rule, נמתחה ביקורת חריפה, (וראה מאמרי הנ"ל, עמ' 13 וה"ש 15) בהיותה הזמנה להורים לנסות ולהוכיח, בהליך אדוורסרי מובהק, מה היה היקף הטיפול שלו בילד מאז לידתו, תוך פירוט של כל סוגי הטיפול וגם איכות הטיפול שלו ושל ההורה השני. נוסף על כך, לפי הנוסח המוצע, יצטרך השופט לשקול את כל הראיות והטיעונים ה"רגילים" על פי סעיף 10(ב), ולהכריז כי לא יוכל להכריע על פיהם, ולפתוח הליך נוסף לצורך סעיף משנה (ג); בכל מקרה יראו ההורים ועורכי-הדין שלהם מחוייבים לציין בכתבי הטענות את כל פרטי הפרטים של הטיפול בעבר, למקרה שהשופט יזדקק לסוגיה זו.

47. אם (בניגוד לעמדתני, לפיה האפוטרופסות היא משותפת וכך גם המחוייבויות) יופיע בחקיקה המונח של "אחריות משותפת" או ביטוי דומה, כי אז, לאור הנסיון במדינות אחרות (ראה מאמרי, עמ' 12-13, ה"ש 14), יש להבהיר היטב, כפי שמוצע בסעיף 10(ד), כי שותפות אינה בהכרח חלוקת הזמן בחלקים שווים.

48. סעיפים 12, 13 העתקת מגורים. הנחת היסוד שבהצעה היא שחשוב מאוד להגן על קשר של הילד עם שני ההורים רק במקרה שמקום מגורי הילד מועתק למקום רחוק, ואין כל התייחסות לחשיבות הקשר של הילד עם הורה אשר מעתיק את מקום מגוריו למקום רחוק מהילד. מבחינת הילד, המרחק בינו לבין ההורה הרחוק הוא אותו מרחק, וקיום הקשר נהיה קשה יותר באותה מידה, בין אם הילד נשאר בביתו ובין אם הוא מועבר על ידי הורה למקום חדש. (ראה מאמרי, בעמ' 14).

לכן, ככל שיוחלט לתקן את החוק, יש הכרח לבנות מערכת הוראות המתאימה לצרכי הילד, ולא, כפי שמוצע, שמתייחסת אך ורק לצרכי ההורה שנשאר במקומו.

49. סעיף 14 הגבלת אחריות הורית או שלילתה. במאמר על עתיד חוק בית המשפט לענייני משפחה, אני מצביע על העדר המשכיות בערכאה אחת של הטיפול בילדים אשר הוריהם אינם מסוגלים לקיים את מחוייבויותיהם כשורה.

תזכיר חוק הורים וילדיהם, התשע"ב-2012

50. יחד עם זאת, המשטר הקיים, אשר כולל את הוראות חוק הנוער (טיפול והשגחה), התש"ך-1960, סעיפים 26-28 ו-29, 30 לחוק האפוטרופסות, וחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981, יש בו, יחד עם סמכויות החירום שבסעיף 68 לחוק האפוטרופסות, כיסוי מלא לילד במצב כזה.

51. אולם, כאמור, הפעולה המשפטית שתיעשה תהיה העברת מחוייבויות הוריות מההורים בבולוגיים לאפוטרופוס או גורם אחר, וגם העברת סמכויות מההורים הביולוגיים; כפי שציינתי במאמרי, המונח מחוייבויות הוריות מתאר את מכלול משימות ההורות, אשר ככלל מבוצעים על ידי ההורים הביולוגיים, אך ניתן לפי הצורך להטילם על אנשים אחרים. המבחן הוא פונקציונלי, ומתייחס למילוי צרכי הילד על ידי מי שמתאים לעשות כן למקרה שההורים הביולוגיים אינם יכולים לעשות כן.

לכן אינני מוצא כל צורך לתקן את החוק הקיים בחלק זה, אלא במסגרת שינוי כולל במינוח.

תיקונים אחרים

52. לא אתייחס לכל התיקונים הנוספים המוצעים, ויש לבחון גם אותם על פי הקווים שהצעתי לעיל.
יחד עם זאת, אין זה ברור מדוע ראו מציעי התיקון להציע ביטול סעיף 28א לחוק האפוטרופסות, בלי למספר מחדש את סעיף 28ב.

סיכום

53. מתוך האמור, נראה כי החלפת החקיקה הקיימת בדבר חקיקה חדש אינה נחוצה, וטומנת בחובה סיכונים רבים.

הגישות לתפקידי ההורות ואף ההגדרות של הורות, השתנו באופן משמעותי מאז נכתבה האמנה, ולו רק מטעם זה יש להזהר מהעתקת הוראותיה ומהחלפת המשטר הקיים בישראל. המערכת הישראלית, שמשלב כלים שיפוטיים וכלים טיפוליים, נחשבת בין המובילות בעולם, כי היא נותנת מענה חברתי ומשפטי לילדים שהוריהם נפרדים, או אשר אינם מסוגלים לטפל בהם.

נוסף על כך, חובה להזהר מפני שימוש במונחים חדשים, אשר מעוררים צורך בפרשנות, וזאת כשהמגמה היא לצמצם עד כמה שניתן הזדקקות להליכים משפטיים. כל שיחה וכל גישור או מו"מ מתנהלים על רקע הנורמות המשפטיות הקיימות, שיש להן מידה גדולה של יציבות והן מוכרות היטב.

תזכיר חוק הורים וילדיהם, התשע"ב-2012

54. משום כך, יש לעניות דעתי לבחון היטב את ההצעה שבפני כב', ובפרט הנחת היסוד, שיש להחליף את הקיים.

אשמח לעמוד לרשות כב' השרה כדי ליתן הבהרות והסברים.

בכבוד רב

פיליפ מרכוס

שופט בית המשפט לענייני משפחה, ירושלים (בדימ')

תשרי תשע"ד - ספטמבר 2013

נספחים:

הרצאות ומאמרים (רשימה חלקית)

מאמר: עתיד בית המשפט למשפחה: פראדיגמות חדשות, תיקוני חקיקה, ועוד.

מאמר: מחוייבויות הוריות: ניסוח הפראדיגמה החדשה ליחסי הורים ילדים.

הרצאות ומאמרים (רשימה חלקית)

(נספח לנייר עמדה על תזכיר חוק הורים וילדיהם)

הרצאה בכנס: יש לנו חיובים כלפי ילדים: אך האם הם זקוקים לזכויות?

Lecture: We Have Duties to Children: But Do They Need Rights?

נגם:

במליאת הכנס: קול הילדים: מבט מכס השיפוט

Plenary: Children's Voices: a Judicial Perspective

World Congress on Family Law and Children's Rights

הליפקס, קנדה, 2009

סדנא בכנס: משפחות בקונפליקט גבוה וניכור: התערבות שיפוטית ותראפויטית בבית המשפט

לענייני משפחה בישראל (עם הגב' סו להמן)

High Conflict Families and Alienation: Judicial and Therapeutic Collaboration in the Israeli Family Court

Association of Family and Conciliation Courts

דנור, ארה"ב, 2010

סמינר לשופטים, לוסקה בירת זמביה: אלימות נגד נשים (עם דר' חניטה צימרין)

מש"ב – סוכנות בסיוע הלאומית של ישראל, משרד החוץ, בשיתוף המחלקה למגדר בהתפתחות,

לשכת הקבינט, לוסקה

לוסקה, זמביה, 2010

הרצאה אמהות פונדקאיות מחוץ לישראל: עניינים ודאגות בית המשפט לענייני משפחה (חלק

מפאנל על המלחמה נגד מסחר בינלאומי לצרכי פונדקאות)

סדנא בינלאומית על פרופילים בסחר, דגמים, אוכלוסיות ומדיניות

מש"ב, בשיתוף משרד המשפטים, שגרירות ארה"ב בתל אביב, בנוכחות הממונה, המדור לסחר

בבני אדם והברחת מהגרים, משרד לסמים ופשעה, או"ם

חיפה, 2012

תזכיר חוק הורים וילדיהם, התשע"ב-2012

סדנא: נזק יורידוגני לילדים והדרכים לצמצמו (עם דר' דניאל גוטליב)
Juridogenic Damage to Children and Ways to Limit It
Association of Family and Conciliation Courts
שיקאגו, ארה"ב, יוני 2012

מאמר והרצאה: פתרון סכסוכים לגבי ילדים: הנסיון הישראלי
Children's Dispute Resolution – The Israeli Experience
נגם:

מאמר והרצאה: הגנת ילדים יעילה - הגישה הישראלית להגנה על ילדים בסיכון: שילוב גישות של שיפוט ועבודה סוציאלית
Effective Child Protection – The Israeli Approach to Protecting Vulnerable Children: Integrating Judicial and Social Work Perspectives
נגם:

מנחה של פאנל: שינוי הפראדיגמה מהחזקה, משמורת ושליטה לאחריות הורית
A Paradigm Shift from Custody, Care and Control to Parental Responsibility
פורום בענייני ילדים (בית המשפט לעננייני משפחה, פקולטות למשפטים באוניברסיטאות, לשכת עורכי הדין)
הונג קונג, אוגוסט 2012

משתתף: כנס שיפוטי של הארגון הבינלאומי לצדק במשפחה
International Family Justice Judicial Conference
הונג קונג, אוגוסט 2012

מאמר: עתיד בית המשפט למשפחה: פראדיגמות חדשות, תיקוני חקיקה, ועוד
שבט תשע"ג, ינואר 2013

מפגש: דיני משפחה
עם היועץ המשפטי לממשלה וחברי הפרלמנט של מדינת ניו סאות' וויילס, אוסטרליה
מרץ, 2013

מאמר והרצאה: לקראת אמנה על מחויבויות וחובים כלפי ילדים
Towards a Convention on Responsibilities and Obligations to the Child
World Congress on Family Law and Children's Rights
סידני, אוסטרליה, מרץ 2013

הרצאה: המשפט הישראלי ונוהלי בית המשפט במקרים של אלימות נגד נשים וילדים
Lecture: Israeli Law and Court Practice in Cases of Violence against Women and Children
סדנא בינלאומית על אלימות נגד נשים וילדים
מש"ב, בשיתוף הארגון הבינלאומי להגירה
חיפה, יוני 2013

מאמר והרצאה: מדוע בתי משפט לערעורים ובתי משפט בינלאומיים שוגים בהליכי אמנת האג ובהליכי העתקת מקום מגורים
Why Appeal Courts and International Courts Get It Wrong in Hague Convention and Relocation Cases
Second International Family Law and Practice Conference, London Metropolitan University
לונדון, אנגליה, יולי 2013

תזכיר חוק הורים וילדיהם, התשע"ב-2012

מאמר

Paper: Parental Responsibilities: Formulating the New Paradigm for Parent-Child Relationships

July 2013

Submitted for publication in Family Court Review

מאמר

Paper: The Israel Family Court: Judicial Powers And Therapeutic Interventions

September 2013

Accepted for publication in International Bar Association Family Law Newsletter

פיליפ מרכוס, שופט (בדימ')
תשרי תשע"ד - ספטמבר 2013