02/11/11

**אופי השיעורים:**

8 שיעורים פרונטליים. להגיש רשימה של 3 נושאים שמעניינים אותנו לפי סדר עדיפות. יש רשימה של נושאים ומתוכם צריך לנסח שאלת מחקר ספצ'.

נעבור על רשימת הנושאים. נדבר על מושגי היסוד שחשובים לכל עבודות המחקר: טובת הילד, זכויות הילד וההורים וכיו"ב.

**התהליך:**

1. בחירת שאלת המחקר.
2. מפגש עם המרצה לפגישה אישית.
3. להביא לפגישה רשימה ביבליוגרפית וראשי פרקים (מבנה + חומר).
4. לקראת סוף סמסטר ב' יש ימים מרוכזים בהם כל אחד צריך להציג את המחקר שלו. בערך חצי שעה כל אחד. 20% מהציון זה הצגה בע"פ. ההצגה צריכה להיות בצורה מעניינת. מה שחשוב הוא איכות ההצגה ולא כמות החומר שמועבר. 5% השתתפות פעילה.

\*\*כשאנו כותבים לעצמנו סיכומים ורעיונות, צריך לרשום לנו בצד את כל החומר שעליו הם מבוססים.

1. הגשת העבודה עצמה עד 1/9/12. 75% של הציון. העבודה צריכה להיות בית 20-30. אם שני תלמידים עושים יחד, זה צריך להיות 45 עמודים. למשפט משווה יש ערך יותר גדול מבסמינריון עיוני. כ"כ, יש חשיבות למקורות מדיסיפלינות אחרות שחוקרות את היחסים בתוך המשפחה (פסיכולוגיה, סוציולוגיה, עבודה סוציאלית). מה שעושה עבודה למצוינת הוא חקירה לעומק של דין זר. יש עדיפות לחקירה מעמיקה של מדינה אחת ולא חקירה שטחית של כמה מדינות. לא מספיק להסתמך על מה שכתבו מלומדים ישראלים על הדין הזר, אלא צריך לעשות מחקר אמיתי ולפנות למקורות עצמם.

\*\*יש אפשרות למישהו שעובד בתחום, למשל אם זה אימוץ בין-מדינתי, אז לפנות למישהו שאימץ ולראיין אותו ולתמלל את השיחה ולהביא את זה כנספח שממחיש את הדין הקיים.

צריך להיות ניתוח די ביקורתי של המצב הקיים ומסקנות לגבי הדין הרצוי – איך אפשר לשפר ולשנות את הדין הקיים.

\*\*לגבי ההצגה בכיתה: רצוי לשתף ולהפעיל את הסטודנטים, למשל: קליפ מסרט ולערוך עליו דיון, משחק תפקידים שבו מציגים את העמדות השונות, סקר ואז דיון עליו. צריך להציג את המחקר, את הבעייתיות ושאלת המחקר, מידע על הדין הקיים. הרעיון הוא להציג את המחקר בצורה מעניינת ולא להלעות בהרבה פסיקה וחקיקה.

קיימים משולשים של מע' היחסים: ילדה, מדינה, הורים ; ילד, אם, אב וכו'.

**אפשר לחלק את השאלות שעולות ביחסים בין הורים לילדים ל-3:**

1. להגדיר מיהם ההורים.
2. התוכן של היחסים (הזכויות והחובות של כל אחד, בעיקר החובות של ההורים, הזכויות של הילדים והאם יש לילדים חובות ולהורים זכויות, מהו היקפם).
3. מה צריכה להיות מידת התערבות המדינה? איך היא מתערבת – האם יותר/פחות מדי?

**נושא מס'1 - מי הם ההורים?**

1. **הזרעה מלאכותית** - בעבר היה ברור שהאם שיולדת היא האם ואם היא נשואה, אז הבעל הוא האב. היה קשה להחליט מי האב כאשר היא לא הייתה נשואה. היום יש אפשרויות של הפריה מלאכותית וזה הופך את השאלה ליותר מורכבת. היום יש לנו הזרעה מלאכותית ונשאלת השאלה מי האבא. ניתן לבצע הזרעה מתורם אנונימי (כמו שבארץ) ואפשר גם מתורם ידוע. המצב לא כ"כ מוסדר בחוק הישראלי, אין שום קביעה בנושא מה מעמד הילד (מי האבא שלו). האם יש לאפשר תרומות מתורם אנונימי? האם זה ראוי? שכן לאחר מכן יכול להיות מצב של ילד שאין לו אב. היום, רוב השימוש מהזרעה מלאכותית היא של נשים רווקות. האם המדינה צריכה לספק את האפשרות של הזרעה מלאכותית? שכן זו דרך למימוש הזכות להורות לנשים רווקות/בעלות בעיות פוריות. מה קורה האם יש תרומה לא אנונימית ויש הסכם שהתורם לא יהיה אב, האם ההסכם תקף?
2. **פונדקאות** - מ"י היא מדינה חלוצה, הראשונה בעולם שהסדירה את נושא הפונדקאות בחוק. בחוק זה נותנים הכרה בזכות לפונדקאות אבל יש הגבלה בחוק – שהביציות לא יכולות להיות של האם הפונדקאית. אי אפשר להשתמש בביציות של אם פונדקאית, היא אמורה רק לשאת את העובר, זאת מאחר והילד הופך להיות שלה וכל הרעיון הוא למנוע את העניין הזה ושיהיה ברור שהאם הפונדאית היא רק "אכסניה".אם פונדקאית שהביציות שלה יכולה לחזור בה.

בישראל, היום יש חוק שמסדיר את הנושא של תרומת ביציות וכל אישה יכולה לתרום ביצית. בעבר זה היה אסור וזה היה שוק פרוץ.

הגבלות נוספות בפונדקאות: מי שיכול להשתמש בפונדקאות הם רק זוג של גבר ואישה. צריך להשתמש בזרע של האב המיועד. אם ל-2 בנה"ז יש בעיות פוריות - הם לא יכולים להשתמש בפונדקאות. רווקה שיש לה בעיות פוריות ולא יכולה לשאת את ההיריון ברחם שלה, לא יכולה להשתמש בפונדקות. אי אפשר לשלב פונדקאות עם תרומת זרע.

החוק הזה ישן והיה צריך לקבל את תמיכת המפלגות הדתיות. לכן יש כאן שמירה על המשפחה המסורתית.

כיום יש ועדה שדנה באפשרות של שימוש בפונדקאות עבור בנ"ז הומוסקסואלים ורווקים בעקבות עתירה של בנ"ז הומו סקסואלים ואישה רווקה לבג"צ.

איך עובד התהליך? יש ועדה שבוחנת את הסכם הפונדקאות עם האם הפונדקאית וההסכם הזה צריך לקבל אישור בועדה. הועדה בודקת את ההסכם ואם הוא לא מקפח ואם הצדדים מתאימים לאור אישור רופא ופסיכולוג. אם הועדה רואה שמדובר בבנ"ז יציבים – הם יתנו אישור. לדעת המרצה – גם אם מדובר בידב"צ.

פונים לועדה רק אחרי שיש אם פונדקאית וטיוטא של הסכם שכולל תשלום לאם הפונדקאית. האם הפונדקאית חייבת להיות לא נשואה (בארץ הן בעיקר גרושות או אלמנות). כ"כ הועדה הוסיפה תנאי שהאם הפונדקאית צריכה להיות אישה שכבר ילדה. הועדה היא ועדה שהחוק הקים. זו ועדת אישורים שצריכה לתת אישור להסכם הפונדקאות הספצ' ורק אחרי שמקבלים אותו אפשר ללכת לרופאים והם יעסקו בהיבט הרפואי.

3+4) **בדיקת אבהות** – פה צריך להבחין בין אישה פנויה ולנשואה. כאשר האישה פנויה אין בעיה לקבל אישור מביהמ"ש לערוך בדיקת אבהות. כל מי שרוצה לבצע בדיקת אבהות צריך לקבל אישור של בימ"ש. כאשר מדובר באישה פנויה – בד"כ אין שום מניעה וביהמ"ש ייתן את האישור. במקרים רבים הגבר מכחיש ולא רוצה. לפי התיקון לחוק המדע הגנטי, לא הייתה אפשרות לתת צו לאבא כדי שהוא יעשה ובדיקת אבהות נחשבה לפרטיות שלו ואפשר היה להסיק מסקנות מהסירוב שלו ולהכריח אותו לשלם מזונות. עפ"י החוק החדש אפשר לתת צו שמחייב אותו לעשות בדיקה אבל עדיין אין אפשרות לחייב אותו פיזית לעשות את הבדיקה. מה שאפשר לעשות זה להפעיל נגדו סנקציות של בזיון ביהמ"ש.

כאשר מדובר באישה יהודיה שנשואה הנושא של בדיקת האבהות מורכב יותר ואם יצא שהילד הוא לא הבן של בעלה, מיד יש בעיה של ממזרות. לכן החוק החדש אוסר לעשות בדיקת אבהות במצב כזה וביהמ"ש לא ייתן אישור כזה. זאת כמובן אא"כ אין מצב חירום אחר שמחייב את זה למשל מצב רפואי. ביהמ"ש בוחן מהי טובתו של הילד. יש טענה שהחוק פוגע בחו"י כבוה"א וחירותו – יש שטוענים שההסדר בחוק המדע החדש נוגד את חו"י כבוה"א וחירותו כי זה ימנע מהילד את האפשרות לדעת מי האבא האמיתי שלו. זו חלק מהזכות שלו לכבוד.

גם בחו"ל, למרות שאין עניין של ממזרות, עולה שאלה האם תמיד יש לאפשר לעשות בדיקות אבהות, ניקח למשל מצב של בנ"ז מתגרשים ופתאום הבעל אומר שהילד הוא לא ילד שלו והוא רוצה שיעשו בדיקת אבהות. למרות שאין עניין של ממזרות עולה שאלה מה טובת הילד – האם טובת הילד היא לא שהאבא שגידל אותו עד עכשיו יהיה האבא שלו? או שהכי חשוב שהילד ידע מי האבא הביולוגי שלו? אולי יש מקום להבחין בין מצב בו האבא כן גידל כבר את הילד לבין מצב שהאישה הייתה רק בהיריון או משהו.

ניתן לראות ש התנגשות בין האינטרס של הילד להורים.

**אימוץ – דרך ליצור הורים משפטיים**

6) הכרזת ילד כבר אימוץ. עפ"י חוק האימוץ, הצד המאמץ מחליף את הצד הביולוגי והמאמצים הופכים להורים לכל דבר, צו האימוץ מנתק את הקשר מההורים הביולוגיים והמאמצים הופכים להיות זכאים לכל הזכויות והחובות שיש להורים ביולוגיים.

יש 2 מצבים בהם מוסרים ילד לאימוץ:

1. כש-2 ההורים הביולוגיים רוצים למסור ילד לאימוץ. כאשר לא ידועה זהות האב – ההכרזה על ילד כבר אימוץ תהיה לאחר הסכמה שלה בלבד.
2. אימות כפוי – למרות שההורים לא מסכימים, ביהמ"ש מחליט שעליהם למסור את הילד לאימוץ.

יש בחוק רשימה של עילות שמאפשרות להכריז על הילד כבר אימוץ והן עילות סגורות. העילה הכי שכיחה היא חוסר מסוגלות הורית. על מנת להוכיח את העילה הזו צריך להראות שאין סיכוי סביר שהמצב ישתנה בעתיד הקרוב לעיון. בד"כ נותנים צ'אנס להורה להוכיח שהוא כן יכול לגדל את הילד.

מה קורה כשהאם לא רוצה להגיד מי האבא? האם מספיקה רק ההסכמה של האם להכריז על הילד כבר אימוץ? האם יש מחויבות של המדינה לחפש את האבא? האבא יכול להיות לא יודע בכלל שיש לו ילד. יש פה גם התנגשות זכויות: מצד אחד הפרטיות של האם או אולי גם סכנה ומצד שני יש אינטרסים של האבא, לאבא יש זכות לדעת שהוא האבא ולהסכים בכלל שהילד יינתן לאימוץ.

במקרה כזה, העובדים הסוציאליים מסבירים לה את ההשלכות לטווח הארוך ומנסים לשכנע אותה, כ"כ הם מעודדים אותה לתת פרטים רק שיאפשרו לשלול ממזרות ולא את כל הפרטים המלאים.

16/11/11

ב- 29/11 – להגיש את הנושא של הסמינריון.

אמרנו שיש 2 דרכים שאפשר למסור ילד לאימוץ:

1. אם ההורים מסכימים – מחתימים אותם.
2. במצב בו ההורים לא מסכימים/אחד מהם וצריך לקבל הכרזה של ביהמ"ש שהילד בר אימוץ, עפ"י אחת העילות בס'13 של חוק האימוץ.

יש 8 עילות חלופיות של הכרזת ילד כבר אימוץ. העבודה בנושא זה צריכה להתמקד בעילה אחת. העילות העיקריות: א. האב נעדר ולא יודעים מיהו. ב. חוסר מסוגלות הורית.

5) **אימוץ סגור** – המצב הרגיל הוא שאימוץ מנתק לגמרי את הקשר בין הילד להוריו הביולוגיים ויוצר קשר מלא במלוא מובן המילה עם ההורים המאמצים. באימוץ סגור – ההורים הביולוגיים לא יכולים ליזום מפגש עם הילד והילד, בהגיעו לגיל 18, יכול לקבל עליהם מידע אם ירצה. ב-20 שנים האחרונות, התחילה מגמה של אימוץ פתוח – יש כמובן דרגות שונות של פתיחות:

1. פתיחות חד צד-צדדית בה ההורים הביולוגיים מקבלים מידע על הילד (דוח פעם בשנה איך הילד מתקדם) אך הילד לא מקבל מידע עליהם עד גיל 18.
2. זה יכול לבוא לידי ביטוי גם בקשר עקיף בו למשל ההורים הביולוגיים יכולים לשלוח כרטיס ברכה לחג, דרך רשויות הרווחה כדי שהילד לא ידע את הכתובת.
3. דרגת הפתיחות הכי גבוהה היא קשר ישיר בין הילד להורים הביולוגיים ויש מפגשים של פעם-פעמיים בשנה. אלה שמצדדים בכך, אומרים שזה טוב יותר לילד ויש מחקרים שמראים שילדים מאומצים מרגישים אובדן, שההורים הביולוגיים הזניחו אותם ושהם אנשים רעים וזה עלול לפגוע בהם. בפתיחות, הילדים יבינו למה ההורים ויתרו עליהם וירגישו שעדיין אכפת להם.

המצב בארץ הוא שאימוץ פתוח הוא חריג ובד"כ האימוץ הוא אימוץ סגור.

אימוץ על כל הסוגים, מנתק את כל הקשר המשפטי עם ההורים הביולוגיים. החובות הן רק על ההורים המאמצים. ההבדל ביניהם הוא רק במידת הקשר האנושי עם ההורים הביולוגיים.

ירושה – כרגע ילד מאומץ יורש גם את ההורים הביולוגיים וגם המאמצים עפ"י דין. היום רוצים לשנות את זה כך שינותק הקשר עם המשפחה הביולוגית. כרגע, הילד המאומץ לא יורש את הסבים המאמצים אבל כן את הסבים הביולוגיים.

לפעמים האימוץ הוא פתוח כלפי אח: 2 אחים שמוסרים אותם לאימוץ במשפחות שונות והם יכולים לשמור על קשר אחד עם השני. כ"כ לפעמים האימוץ יכול להיות פתוח כלפי הסבתא.

כל החלטה על סוג האימוץ נתונה להחלטה של בימ"ש שבוחן את טובת הילד.

כל אימוץ הוא דרך השירות למען הילד, ששייך למשרד הרווחה. בהרבה מדינות המאומץ יכול לבחור את המשפחה המאמצת. בארה"ב – יש מחקרים רבים שמעודדים אימוץ פתוח.

**\*יש אפשרות לראיין מישהו שעוסק בתחום ולהוסיף את זה לעבודה.**

**בעבודה:** אפשר להכניס היבט בין-תחומי (פסיכולוגי, סוציולוגי).

7) **אימוץ בין מדינתי** – אין מספיק ילדים בארץ ברי אימוץ ולכן אנשים פונים למדינות זרות. לפני התיקון לחוק ב- 1996 נושא זה היה פרוץ מאוד. זוגות היו פונים לכל מיני סוכנויות ומאמצים ילדים שחטפו אותם וכו'. ב- 1996 נקבע שכל אימוץ בין מדינתי צריך לעבור דרך עמותה מוכרת בישראל, שכמבון יש עליהן פיקוח אבל בכ"ז עדיין יש בעיות. אחרי התיקון לחוק אפשר להביא את הילד לישראל ולאמץ אותו פה. הכל תלוי בדין של המדינה הזרה: יש מדינות שיאפשרו הוצאת צו אימוץ בארץ ויש מדינות שלא יאפשרו להוציא את הילד מהמדינה שלהן מבלי שניתן צו אימוץ.

באתר של משרד הרווחה יש רשימת עמותות מוכרות לאימוץ בין-מדינתי. העמותות הללו עושות תיווך. הן גם עושות סינון לאלה שרוצים לאמץ. עושים שידוך בין ההורים לילד, כמובן שזה עולה כסף. התקנות קובעות סכום מקס' לכסף. מתעוררת שאלה פילוסופית: האם זה בסדר שאנחנו מנתקים ילדים מהמסורת שלהם, השורשים, הדת ומביאים אותם לפה? יש הרבה מחלוקת על הזהות של הילד: האם יש היבטים מולדים של הזהות או שהזהות מתחילה מהרגע שהוא אומץ. אפשר להתעמק בזה בעבודה ולהטיל ספק מוסרי בכל האימוץ הבין-מדינתי. זה מעורר תחושה כאילו מדינות המערב מרשות לעצמן לקחת ילדים ממדינות נכשלות לעצמן. מצד שני אם הם היו גדלים במדינות הללו החיים שלהם היו גרועים הרבה יותר. כ"כ עולה שאלה האם לא כדאי לשלם להורים הללו כדי שיגדלו את הילד מאשר לקחת להם את הילד ולשלם להם?

באנגליה וארה"ב יש פסיקה על אימוץ בין-גזעי. היו מקומות שהיה אסור/מותר ובחלקן היו הבדלים בזמן ההמתנה כשמדובר בילד שחור/לבן. האם צריך לתת עדיפות למשפחה מאמצת אחת על פני אחרת?

ביהדות – לא מכירים בנתק בין הילד המאומץ להורים הביולוגיים. הילד נשאר יהודי ואם אביו היה כהן הוא נשאר כהן. כ"כ הוא לא יוכל יהיה לשאת גרושה למשל.

8) **אימוץ ע"י זוגות חד-מיניים** – זה נושא שמשתנה ומתפתח כל הזמן. **פס"ד ירוס חקק** – כאשר מדובר בבנ"ז חד מיניים, למרות שבחוק האימוץ כתוב שההורים המאמצים צריכים להיות איש ואישה, אפשר שבנה"ז של ההורה הביולוגי יאמץ את הילדים שלו. כאשר מדובר בילד זר – בעבר לא ניתן היה. פס"ד ירוס חקק לא מתעסק בעניין של אימוץ ילד זר ע"י בנ"ז חד-מיניים. בפועל רשות הרווחה לא בוחרת את בנה"ז החד המיניים כהורים מאמצים. אפשר לשאול בעבודה האם זה ראוי להפלות את ההורים המאמצים על רקע נטייתם המינית? יש מדינות כמו אנגליה שמאפשרות זאת ובארה"ב בחלק מותר ובחלק אסור. רוב המחקרים היום מוכיחים שזה לא גורם נזק לילד לגדול אצל בנ"ז חד מיניים.

**זכויות ילדים בפני הוריהם**

9) **זכות הילד להכיר את שני הוריו הביולוגיים** – זה יכול להתייחס למצב של הזרעה מלאכותית, או במקרה של אימוץ (באיזו מידה יש לילד זכות להכיר את 2 הוריו הביולוגיים), כ"כ באיזו מידה רשות הרווחה צריכה לחפש את האב. אפשר לעסוק באי מתן אפשרות לילד לעשות בדיקת רקמות ואז לא ידע מי אביו.

10) **מעמד עובר שטרם נולד כלפי הוריו-** **פס"ד זייצוב** – הולדה בעוולה. הילד תבע את היועץ הגנטי על כך שהתרשל ולא גילה שהוא היה נולד כך. נשאלת שם שאלה האם עדיף שהילד לא היה נולד כלל. מכאן אפשר לעסוק בשאלות של תביעת ילד נ' הוריו: האם ילד יכול לתבוע את הוריו על כך שהם החליטו להביאו לעולם למרות שידעו שהוא יוולד בצורה כזאת. בפס"ד הכירו בעוולה של הולדה בעוולה. \*הנזק של הורים הוא שונה, העלויות הנוספות. החידוש הוא שכאן מכירים בנזק של הילד. כאן, אם היועץ היה מחליט שלא להולידו, הילד לא היה נולד מלכתחילה, אך ברק מכיר בהולדה בעוולה למרות הבעיה הלוגית שיש כאן. הילד יכול לתבוע את הוריו על כך שהחליטו להביאו לעולם למרות המום/הם האשמים במום שלו (לקחו סמים וכו'). כאן יש הכרה בנזק של הילד עוד לפני שהוא נולד, כשהוא היה עובר.אנו מדברים פה על שימוש של האם בגוף שלה עצמה.

במדינות אחרות התעורר נושא נוסף: האם אפשר לחייב אישה לעשות ניתוח קיסרי כשהיא לא רוצה אבל מצד שני יש חשש לעובר שלה? יש כאן התנגשות חזיתית בין זכות האם על גופה לזכות הילד להיוולד בריא.

11) **האם יכולים ילדים "להתגרש מהוריהם"** – נושא שנידון רבות בארה"ב ולא בארץ. מה קורה כאשר ילדים רוצים להפקיע את הזכויות של הוריהם? בד"כ מדובר בילדים בבתי אומנה ורוצים שהאפוטרופסים שלהם יאמצו אותם. הם לא רוצים שההורים יתערבו להם בחיים. למשל כמו בסרט "שומרת אחותי" הורים שהולידו ילדה כי שתתרום דם וכו' לאחותה חולת הסרטן והיא רוצה עצמאות רפואית. מה אם הילדים רוצים להתנתק לגמרי מההורים? צריך לחשוב האם זה ראוי בתנאים מסוימים ולהגדיר את התנאים (האם רק הורים שהם לא בסדר/הורים שהם קשוחים). יש חשש למדרון חלקלק. בארה"ב אפשר לעשות את זה רק אם מוכיחים שההורים לא עומדים בחובות שלהם. נשאלת שאלה האם הילד יכול ליזום את זה? בארה"ב רשויות הרווחה לא חשבו שזה נכון להתערב.

12) **זכות הילד למזונות** – פה לא צריך להביא רק את ההלכות אלא להתמקד על היבט ששנוי במחלוקת. דוג': בן מרדן - ילד מתבגר שמסרב לקשר עם אביו. האם האבא חייב לשלם את הסכום המלא? השאלה היותר בעייתית היא מה קורה כאשר האמא מסיטה את האב? האם צריך לפגוע בילד? האם נאפשר לאב לא לשלם? האם נכריח אותו גם כשלאמא יש כסף? דוג' נוספת היא אב שמתגרש ויש לו משפחה חדשה ואין לו מספיק כסף לפרנס את כולם – האם יש עדיפות למשפחה הישנה/החדשה? מה שבד"כ יהיה הוא שמבחינת המשפחה החדשה אין צו מזונות, הוא גר איתם ומפרנס אותם. לגבי המשפחה הישנה יש מזונות ולכן באופן טבעי הוא צריך לפרנס קודם את המשפחה הישנה. באיזו מידה אנו צריכים לקחת בחשבון את ההתחייבות החדשה שלו? האם זו סיבה להפחית את הכסף?

13) **זכויותיהם של הילדים לרשת את הוריהם** – בארץ יש חופש ציווי ואם הורה לא רוצה להוריש דבר לילדו הוא לא חייב. כמובן שאם הילד עדיין קטין הוא זכאי למזונות מעזבון אבל ברגע שהילד לא קטין, ההורה יכול לבחור לא להוריש לו ולא חייב להוריש לו. האם זה נראה בסדר? האחריות של ההורה כלפי ילדו מסתיימת בגיל 21? באירופה - משאירים אחוז מסוים באופן קוגנטי לילדים. באנגליה - ילד יכול לבקש לשנות את הצוואה אבל רק אם הילד במצב נזקק, אך הם בוודאי יבדקו את הנימוקים של האבא בצוואה שלא להוריש לילדו. ברירת המחדל בארץ של ירושה עפ"י דין היא שהילדים יורשים את הוריהם 50-50 עם בנה"ז; אך יש חופש ציווי מוחלט ולביהמ"ש אין שק"ד בכלל לשנות את זה. האם אנחנו צריכים לאמץ את המודל האנגלי? או האירופי? אפשר לומר שבארץ מקרים כאלה הם נדירים ולרוב אין יחסים עכורים בין הורים וילדים שמביאים להחלטת ההורה שלא להוריש לילדיו.

14) **זכות הילד לקבל טיפול רפואי**. יש היבט חיובי ושלילי. חיובי – רוצה לקבל טיפול רפואי והוריו מתנגדים. העיקרון הוא שעד גיל 18 הילד לא יכול לקבל טיפול אם הוריו מתנגדים. לגבי הפלה יש הסדר חקיקתי. האם יש משקל להחלטות ההורים? האם צריך לעשות הבחנה בין טיפולים מצילי חיים לטיפולים קוסמטיים? ההיבט השלילי – הילד לא רוצה את הטיפול וההורים כן. היה פס"ד בו ילד בן 17 שהיה חולה סרטן, רצו לתת לו טיפולי כימותרפיה והוא סבל מזה ולא רצה. האם ראוי להכריח אותו אם הוא לא רוצה? הש' אלון חשב שהוא הצליח להתחמק מזה ושהוא שכנע אותו. מה קורה באנורקסיב? באיזו מידה ניתן להכריח את הקטין/הבגיר להתאשפז? לפי חוק החולה נוטה למות (2006) - ילד בן 17 חולה סופני יכול לקבל החלטות לקבל טיפול. כל חולה סופני יכול לבקש שלא לקבל טיפול. החוק מכיר בחולים סופניים מגיל 17 ומעלה. יש פה סוג של הכרה שגם בני 17 יכולים להחליט בעצמם.

15) **זכות הילד לפרטיות** – נושא חדש שאין עליו הרבה כתיבה. באיזו מידה ילד זכאי לפרטיות מהוריו? מה קורה אם ההורים עוקבים אחרי הילד? האם הילד זכאי לפרטיות? האם הילד יכול לקבל צו מניעה נ' הוריו שיפסיקו לעקוב אחריו? כאן צריך להתחיל מעצם ההגדרה של הזכות לפרטיות. צריך לדבר מה הבסיס לזכויות של ההורים? היום יש תפיסה שאומרת שלהורים יש זכויות רק כדי שהם יכולים לדאוג לילדים. ככל שהילד גדל הוא יכול להיות עצמאי וזכויות ההורים מתמעטות. אולי זה תלוי במוטיבציה של ההורים: אם זה מתוך דאגה לילד/חשש שהילד לוקח סמים אז זה לגיטימי? אולי הדין צריך לומר מה הנורמות הנכונות? אולי צריך הדרכה?

23/11/11

16) **זכות הילד לקשר עם שני הוריו** – היום מסתכלים על הסדרי ראייה כזכות של הילד. בעבר – נחשב כזכות של ההורה לראות את הילד. יכולה להיות פה התנגשות בין הזכויות בין הזכות של הילד לזכות של האבא, עולה שאלה מה היקף הזכות, אכיפת הזכות במקרים בהם הילד לא רוצה לראות את ההורה השני, ההורה המשמורן מסית את הילד נ' ההורה השני, המשמורנית מונעת את מימוש הסדרי ראייה, איך אוכפים את זה? מה עושים? זה נחשב לביזיון בימ"ש. האמא גם ככה ענייה והטלת קנס עליה תביא לכך שמי שיסבול זה הילד. כ"כ, לקחת את הילד לאבא זה פתרון שלא עולה על הפרק הרבה פעמים כי לאבא אין כסף, האם נשים את הילד במעון? צריכים למצוא פתרון שיביא למימוש הזכות בלי לפגוע בטובת הילד.

מה קורה אם האבא לא רוצה? הרי הזכות היא הזכות של הילד ולא ההורה. איך אוכפים את זה? מה שאפשר לעשות פה זה תביעה נזיקית נ' האב, או ע"י האם (שכן הוא לא מגיע כשהוא אמור להגיע וזה גורם לה נזק) או הילד (שיוכיח שהניתוק מהאב גרם לו לנזק נפשי. הוא מרגיש שהאב לא אוהב אותו ונטש אותו. כמובן שהרבה יותר קשה להוכיח את זה). מנגד – איזה קשר זה יהיה עם האבא כאשר הוא יוצר קשר עם הבן רק מכיוון שמכריחים אותו? מנסים לפתור מקרים כאלה דרך גישור או טיפולים שאמורים לעזור בפתרון הבעיה.

**זכויות וחובת ההורים**

פעם עלתה שאלה האם קיימת בכלל זכות להורות. היום מסכימים שיש זכות להורות אבל יש הבנה שהזכות היא איננה מוחלטת. לכן עולה השאלה מהן המגבלות על הזכות להורות.

17) **הגבלות על הזכות להורות** – האם הזכות היא רק שלילית? קרי שהמדינה לא יכולה להכריח את האב/האם להיות הורה? (קרי לא לגרום לו להיות עקר) או שזו זכות חיובית? לאדם יש זכות שהמדינה תעזור לו לממש את הזכות להורות שלו? בעבר – החשיבה הייתה שזו רק זכות שלילית. היום – יש מגמה יותר ויותר להכיר את ההיבטים החיוביים של הזכות. דוג': פונדקאות. הועדה שקובעת אם לתת אישור לפונדקאות, קבעה קריטריונים מעבר לקריטריונים בחוק. אחד מהם הוא רק עד 2 ילדים. היה בג"צ שקבע שצריך לבדוק כל מקרה לגופו של עניין והיה דגש בפס"ד על הזכות להורות. הכיוון פה הוא לזכויות של ההורים.

זכות אסירים לממש את הזכות שלהם – הזכות שלהם להיות אבא לא בין כותלי הכלא. האם זכות להורות נשללת באופן אוט' ע"י מאסר? ישראל היא ליברלית בנושא הזה, כך למשל ליגאל עמיר כן הרשו להיות אבא למרות שהוא רצח. כ"כ, לאסירות מותר ללדת ילדים בחלק מבתי הכלא ולהשאיר את הילד עימם במשך שנתיים. לדעת המרצה אסור להן להיכנס להריון במהלך שהותן בכלא.

הורים מבוגרים – אנשים בגיל 50 + שרוצים להביא ילדים לעולם. היום ניתן לעשות זאת בטכניקות שונות: פונדקאות, תרומת ביצית. האם צריך להגביל את זה? צריך להיכנס לטובת הילד, האם יש בעיות לילדים כאלה? יש פס"ד של הורים שהיו מעבר לגיל (הועדה הסטטוטורית קבעה גיל לפונדקאות). בחוק לתרומת ביצית יש הגבלת גיל גם לגבי התורמת וגם לגבי הנתרמת – ניתן לבדוק אם זה מוצדק או לא. אפשר להתמקד בנושא זה גם באימוץ. אפשר לקחת את הגבלת הגיל ולדבר על כל הדרכים להביא ילדים באמצעות סיוע. האם צריך להציב גבול?

הורים עם פיגור – האם יש להם זכות להורות?

18) **הזכות לא להיות הורה** – אבות בעל כורחם. **פס"ד נחמני** – שאלה זו עלתה במלוא עוצמתה כי זה מקרה נדיר בו קובעים מראש האם מישהו יהיה הורה או לא. העוברים היו מוקפאים והאם רצתה שהם יושתלו לאם פונדקאית והאב לא רצה. דנו בזכות לא להיות הורה. אבות בעל כורחם זה בד"כ מקרים בהם האב הפך להיות הורה אבל בעל כורחו, בדיעבד. פעמים רבות מדובר במצבי מרמה : האישה אומרת לו שהיא עקרה או לוקחת גלולות ומרמה אותו ואח"כ תובעת ממנו מזונות. יש סרט שמתעד מקרים של נשים שמרמות גברים כדי להיכנס להיריון ואח"כ תובעת ממנו מזונות. בבנק הזרע האב מוגן. זה קשור לנושא מס'1 – מעמדם של ילדים שנולדו כתוצאה מהזרעה מלאכותית. בגדול, בנק הזרע אמור להגן על הגברים. מצד שני, אם הילד מגלה מי האב שלו אולי הוא כן יצליח לקבל ממנו מזונות. המבחן הוא מבחן ביולוגי. בנושא מס'1 יש גם את הנושא ההלכתי – ריבוי ממזרים. עד שנת 93, בנק הזרע לא אפשר מתן זרע לרווקות, אלא רק לנשואות ואז אף אחד לא נכנס למעמד של הילדים האלה. משנת 97 רוב התרומות הם לרווקות. הילדים עדיין לא הגיעו לגיל 18 ולהתחתן ולהתמודד עם המעמד שלהם ולכן אנחנו עדיין לא יודעים מה יהיה המעמד שלהם מבחינת מתן היתר נישואין מהרבנות. נחזור לנושא שלנו: האם לילד יש את כל הזכויות כלפי האב גם כשהאב לא רצה? האם לאב יש סעד נ' האם והוא יכול לתבוע אותה על מרמה ומצג שווא?

19) **זכויות וחובת ההורים בענייני חינוך הקטין** - איזה מגבלות יש על הבחירה של ההורים על איך הם יחנכו את הילדים? האם זו זכות מוחלטת? כאן נכנס כל הנושא של חינוך ביתי שהוא נושא שמקבל תאוצה בשנים האחרונות. עד איזה מידה זה מוכר ע"י המדינה? האם זה לטובת הילד? האם הרשויות יכולות להתערב בזכות של ההורים לחנך את ילדיהם? יש את הנושא של חינוך חרדי. מצד אחד להורים יש זכות לתת לילדים שלהם את החינוך שהם רוצים. מצד שני, הם צריכים להתחנך גם במקצועות חול. האם יש לילדים זכות לחינוך? אפשר לדון גם בזה שלילד יש זכות משלהם לבחור באיזה חינוך יתחנכו. בד"כ זה עולה במאבקי גירושין בין אב לאם, כאשר הם רוצים לחנך את הילד כל אחד בדרך מסוימת. האם גם לילד יש זכות לבחור?

**זכויות וחובות של אחרים כלפי הילד?**

20) **מעמדן של משפחות אומנות** – משפחה מאמצת הופכת להיות המשפחה של הילד לכל דבר ועניין. יש להן את כל הזכויות והחובות של כל הורה. משפחה אומנת לא באה במקום המשפחה הביולוגית ובד"כ ההורים הביולוגים עדיין אפוטרופסים של הילד ויש להם את כל החובות והזכויות כלפי הילד, אלא שהילד בינתיים גר אצל המשפחה האומנת שלו שמטפלת בו באופן זמני יום יום. זה יוצר בעיה: למעמד הורה אומן אין הסדרה באף חוק. כשהילד רוצה לצאת לטיול שנתי מי צריך לאשר את זה? ההורה הביולוגי או ההורים האומנים? שהרי אין להם מעמד משפטי. מי חותם על הטיפול הרפואי של הילד? קרה מקרה כזה לפני שנתיים. לילד יש בעיות קשב וריכוז והוא נמצא במשפחה אומנת. ההורים האומנים רצו שהילד ייקח ריטלין. האם הביולוגית מסרבת. מה עושים? ביהמ"ש קבע שהילד ייקח ריטלין. יש הצע"ח שנמצאת בועדת רוטלוי בעניין אך היא לא מקודמת.

**ועדת רוטלוי**

ב-1991, מדינת ישראל אישררה את אמנת האו"ם בדבר זכויות הילד. אין שום חוק שמכניס את האמנה לחק'. מה שכן – שר הרווחה והמשפטים מינו ועדה בראשות הש' סביונה רוטלוי והועדה הזאת ישבה 6 שנים שבסופן היא הביאה 6 דוחות מכל ועדות המשנה שקובעים את ההשפעה של אמנת האו"ם על התחום המסוים + הצע"ח. אחד מהנושאים היה השמה חוץ ביתית: איך צריכים לשנות את החוק שלנו בהשמה חוץ ביתית כדי שיעלו בקנה אחד עם אמנת האו"ם. דוחות אלו חשובים מאוד. השמה חוץ ביתית = השמת ילד מחוץ לבית או בפנימיה.

21) **מעמדם של סבים** – מה הזכויות ומה החובות של סבים? האם לסבים יש זכות לבקש הסדרי ראייה לנכדים שלהם אם ההורים לא רוצים לאפשר להם?גם אם באופן עקרוני זה לטובת הילד, לא בטוח שזה בסוף יהיה לטובת הילד שכן ההורים יסיתו את הילד נגדם, תיווצר אווירה עכורה וכו'. האם יש גבול לסמכויות האפוטרופסים? בעבר לא הייתה לסבים זכות עמיד אבל אחרי מלחמת יום הכיפורים קבעו שאם מדובר בהורים שכולים, הסבים יכולים לבקש זכויות ביקור מהאלמן/ה. בשנים האחרונות הפסיקה הרחיבה את הנושא גם למקרים של גירושים. נשאלת השאלה: א. של זכות העמידה של הסבים (האם הם יכולים לבקש) ב. מהי טובת הילד מבחינה פרקטית? עקרונית – יש לו זכות לשורשים, לראות אותם. מצד שני – כשהוא יילך לסבים ההורה ינסה לחבל בקשר וזה לא יהיה לטובתו. האם סבים חייבים לשלם לילד מזונות? לסבים יש חובה לשלם מזונות אם הבן/בת שלהם לא משלמים. זה נמצא בחוק לתיקון לדיני משפחה (מזונות) 1959. זו לא חובה מוחלטת – רק אם יש להם מספיק כסף וכו'. יש מדינות רבות בעולם בהן אין חובה על סבים. האם ההסדר המדינתי ראוי?

**התערבות המדינה ביחסים בין הורים וילדיהם הקטינים?**

22) **תפקיד פקיד הסעד בעניין ילדים נזקקים** – צריך לבדוק פה מה ההליך של הוצאת ילד מהבית? סעדים דומים כאשר מדובר בילד נזקק או בעל בעיות? מי מחליט? לפקידי סעד יש סמכויות רחבות מאוד. כאשר מדובר במקרה חירום, ס'11 של חוק הנוער (טיפול והשגחה) 1960 פקיד הסעד יכול להוציא ילד מהבית בלי צו של בימ"ש למשך 7 ימים. (מקרה חירום: נזקק, נשקפת לו סכנה תכופה). פקיד הסעד כותב את הבסיס של התזכיר ובימ"ש מחליט על פיו מה לעשות עם הילד. יש מחשבה שבימ"ש הוא חותמת גומי. האם נותנים לילד ולהורים מספיק הזדמנות להישמע בכל ההליך של הוצאת ילד מהבית? באנגליה – סמכויות פקיד הסעד יותר מוגבלות ואם הוא רוצה להוציאו הוא חייב לקבל אישור מראש מש' ולא יכול לעשות זאת על דעת עצמו. בישראל – הסמכויות רחבות יותר.

23) **הוצאת ילד ממשמורת הוריו** – מהן העילות? מה קורה בפועל? במ"י אנו מוציאים יותר ילדים ממשמורת הורים יותר מכל מדינה אחרת בעולם. יש תיאוריה שאומרת שזה מאחר והרבה ילדים באו לישראל בלי הורים. כ"כ בישראל יש פנימיות רבות שהוקמו בקום המדינה כדי לטפל ביתומים שהגיעו עם קום המדינה ובגלל שיש את המוסדות – קל יותר להוציא ילדים ממשמורת. בשנים האחרונות – יש שינוי מסוים במדיניות משרד הרווחה והתחילו פרויקט לפני 5 שנים שנקרא "פנים לקהילה" והרעיון היה לפתח מוסדות וטיפולים בתוך הקהילה שיאפשרו טיפול בילדים נזקקים בלי להוציא אותם מהבית (מועדניות וכו'). זה היה מוצלח במידה מוגבלת אך אולי מאחר ולא הושקעו המשאבים הנדרשים. מי מקבל את ההחלטה ועל איזה בסיס?

24) **התעללות ע"י הורים** – נושא גדול. יש על כך המון ספרות. אפשר לבחור סוגיה שקשורה לגילוי התעללות - איך מגלים? יש את הנושא של חובת הדיווח: האם יש חובת דיווח לאדם שחושש שהשכן שלו מתעלל בילד שלו? אפילו לא השכן, אלא אדם שומע ילד שצועק הצילו. האם יש חובת דיווח? יש היום חובת דיווח בחוק העונשין. זה יכול לגרום להצפת בימ"ש. בפועל- רוב המקרים בהם העמידו לדין הם כאשר בנה"ז לא מדווח. זה לא מובן מאליו – באנגליה אין חובת דיווח. מה ההגדרה של התעללות? נשאלת שאלה מתי מעשה מסוים של הורה כלפי ילדו הופך להתעללות? החוק קובע שיכולה להיות התעללות פיזית, מינית ונפשית. מה זו התעללות נפשית? איפה הגבולות? ההורה יכול לצעוק על הילד כדי לחנך אותו. איזה מקרים נכנסים להתעללות? אפשר להיכנס פה לתוך ספרים בפסיכולוגיה.

מניעת התעללות – במקרים של חשש להתעללות יש אפשרות להוציא את הילד מהבית, להשגיח על ההורה, להוציא את ההורה מהבית.

טיפול בהתעללות – נשאלת השאלה מה התפקיד של המשפט הפלילי. הוכח שההורה התעלל בילד. האם המסלול הנכון הוא הפלילי? כדי להראות לו ולכולם שזה מעשה שלא ייעשה או שאנו צריכים להתמקד בהיבט הטיפולי? למצוא דרך לשקם את היחסים בין הילד להורה? סביר להניח שבחלק מהמקרים שיקום היחסים יטיב עם הילד. בשנים האחרונות יש נטייה יותר ויותר לפן הטיפולי. נשאלת השאלה העקרונית: מה עם המשפט הפלילי? מה עם תכליות ההרתעה? הגמול? איפה הגבול פה?

**הורים וילדים בביהמ"ש**

25) **שימוש בהליך גישור בסכסוכים לגבי משמורת והסדרי ראיה** – בשנים האחרונות נושא הגישור צמח והתפתח. יש שימוש בגישור בסכסוכי גירושין אבל הנושא הזה מתמקד בעיקר בסכסוכים בעניין משמורת והסדרי ראייה (למרות שפעמים רבות זה נעשה בתוך חבילה). הרעיון הוא לדון ביתרונות ובחסרונות של גישור במקרים האלה. צריך להתייחס למקומו של הילד. אם באמת הולכים לבימ"ש, הש' שומע את הילד ויש עובד סוציאלי וכו'. בגישור, הילד לא צד לגישור, איך אפשר לשמוע את הילד? יפה מאוד שהילדים יגיעו להסכמה ביניהם אבל איפה הילד? היום פותחו מודלים לשמיעת הילד בגישור אבל נדרש איזון רגיש של הכנסת הילד לגישור. בבימ"ש – הש' נותן את ההחלטה ושומע את הילד באופן ישיר או עקיף. בגישור – זה לא ברור.

26) **ההורה והילד העבריין** – מעורבות ההורה בכל ההליך הפלילי נ' הילד. אם מדובר בילד קטין שמסתבך בפלילים. מה תפקיד ההורה? הוא מוזמן לחקירה במשטרה? האם הוא חייב להיות נוכח? מה מקום ההורה? מה אם הילד לא רוצה להיות שם? האם ביהמ"ש יכול להטיל קנס נ' ההורה? הילד השחית רכוש. האם ניתן להטיל קנס על ההורה? האם ניתן להעניש הורה בפלילי? עקרונית ניתן להטיל קנס על ההורה אבל צריך לבדוק עד איזה מידה. צריך לבדוק את ההיבט הפסיכולוגי כי יש מחקרים שמראים על מה גורם לילד להיות עבריין. אם הילד קיבל חינוך גרוע – יש היגיון להעניש את ההורים. אם מדובר בתכונות נרכשות – אין מה לעשות, האם נעניש את ההורים? המדיניות צריכה להיות מושפעת במידה מסוימת לפי המחקר שאומר לנו מה מידת ההשפעה של הסביבה מול התכונות המולדות על עבריינות? זה מתקשר לקרימינולוגיה ופסיכולוגיה. יש היבט חוקי. סד"פ מצד אחד ותיאוריות לגבי עבריינות הילד.

אחד מהדוחות של ועדת רוטלוי עוסק בנושא הילד בהליך הפלילי וחלק מזה קשור לזכויות הילד בהליך עצמו הפלילי, הזכות לקבל ייצוג וחלק מזה קשור גם למעורבות ההורה.

**את כל הסטטיסטיקות לגבי ישראל אפשר למצוא מהמועצה לשלום הילד.**

30/11/11

\*הערה:

יש לנסח שאלת מחקר עם רשימה ביבליוגרפית ולשלוח את זה לאישור עד סוף הסימסטר.

**מושגי יסוד:**

ניכרת התפתחות היסטורית ביחס של המשפט לילדים. מלומדים שכתבו על זה חילקו את התקופות ל-3 שלבים (לא ניתן לחלק את זה בדיוק לפי שנים, זה תלוי תרבות):

1. השלב בו לילדים לא היה כל מעמד. הם נחשבו לרכוש של הוריהם. הדוג' הקיצונית של התק' היה ביוון העתיקה ששם היה מותר לאב להמית את הבן שלו (הגישה הספרטנית).
2. השלב שלילד יש מעין מעמד. החוק מגביל את הזכות של ההורים עד מידה מסויימת. הזכות של ההורים על הילדים לא הייתה מוחלטת. התנאים היו לפעמים מינימאליים. לדוג' אצל האנגלים היה מותר להכות את הילד למטרת חינוך. לא סתם כי אתה רוצה אלא למטרת חינוך.
3. לילד יש מעמד. זה השלב שבו המדינה והחוק כן מתערבים כדי להגן על ילדים. פה נכנס לתמונה העיקרון של טובת הילד. התערבות המדינה היא לפי/ בהתאם לטובת הילד. ההורים אמורים לקדם את טובתו ולא להתייחס אליו כרכוש.
4. (אולי ניתן לומר שיש שלב רביעי - למרות שאנחנו לא לגמרי שם) הילד הוא מוכר כאדם בפני עצמו באופן מלא. מכירים בזכויות של הילד ומסתכלים על הדברים מנק' מבטו של הילד. הילד הוא נושא בעל זכויות בעצמו.

שיא המהפכה הייתה **אמנת האו"ם** בדבר זכויות הילד שנחתמה ב89 ומד"י חתומה עליה. (חשוב: להזכיר אותה בעבודה).

ישראל חתמה ואישררה את האמנה אבל לא הכנסנו את זה לתוקף בחוק הפנימי. זה מחייב את הממשלה אבל הכנסת צריכה לחוקק חוק פנימי שמכניס אותה לתוקף- ופה אין. כנראה שלא עשו את זה כי ההשלכות של האמנה מאוד מורכבות. הקימו את וועדת רוט לוי בעניין זכויות הילד היא בוחנת מה ההשלכות של האמנה על מד"י. בכרך ג-ד שך כתב העת משפחה במשפט- החלק הזה מוקדש לש' רוט לוי ושם יש מאמר של ד"ר תמר מורג שהיא הייתה המרכזת של וועדת רוט לוי. היא כותבת מאמר שמסביר מה ההשפעות של וועדות רוט לוי למרות שהצעות החוק לא נחקקו. רק בחוק הנוער בוצעו תיקונים לפי המלצות הוועדה.

**פס"ד אנגלי Adgr-Ellis (1883)**- מדובר ב"נישואי תערובת"- האב הוא פרוטסטנטי והאישה הייתה קתולית. לקתולים מותר להינשא לגבר שאינו קתולי כל עוד הילדים מתחנכים לפי הדת. אחרי הנישואין האב התחרט והנישואין התמוטטו. הוא שלח את הילדים לגדול אצל קרוב משפחה. באותם ימים לאב היה משמורת על הילדים. הייתה בת בגיל 16 שרצתה לגדול אצל אמא שלה. היא כתבה מכתב לשופט וביקשה לגדול אצל אמא שלה. הש' קבע שלאב יש זכות להחליט על גידול הילדים שלו וביהמ"ש רק התערב במקרים קיצוניים שההורה הרביץ לילד וגרם לו נזק פיזי. הש' אמר שמערכת שיפוטית לא יכולה לחנך ילדים כמעט כל האבות עושים טעויות אבל אם ביהמ"ש היה מתערב כל פעם הוא היה מוצא את עצמו מתערב כל היום בחיי משפחות.

**פס"ד אנגלי Gillick (1986)**- הגב' גיליק היא קתולית. היא תבעה את רשויות הבריאות כי הם הוציאו חוברת הנחיה בעניין תכנון משפחה וזה היה הנחיות לרופאים ושם הייתה הנחיה לגבי מתן אמצעי מניעה לקטינות. אם מגיעה אליו קטינה שרוצה לקיים יחסי מין, ההנחיה הייתה לשכנע את הבת לשתף את ההורים ואם היא מסרבת ומבינה את המשמעות של לקיחת אמצעי מניעה- מותר לו לתת לה בלי ידיעה והסכמה של ההורים. היא אמרה שזה נוגד את האמונה שלה ומעודד קטינות לקיים יחסי מין. היא טוענת שההנחיה הזו פוגעת בזכויות ההוריות של כל ההורים באנגליה היא רוצה הצהרה שההנחיה היא בלתי חוקית כי היא פוגעת בזכויות ההורים (שקובעים אם הילד יקבל טיפול רפואי או לא). הערכאה הראשונה לא קיבלה את ההצהרה ובעליון קבעו שזה לא חוקי (הפכו את הערכאה הראשונה) ובית הלורדים הרוב קבעו שההנחיה היא חוקית. יש פה בעצם תפיסה חדשה לגבי זכויות הוריות- הם אמרו שזכויות הוריות מתקיימות כדי להגן על הילד. להורים יש זכויות כי הילד לא יכול להגן על עצמו. ככל שהילד מתבגר והוא כן מסוגל לדאוג לעצמו- הזכויות ההוריות מתמעטות. התפיסה השתנתה ועכשיו במקום להסתכל על זכויות של ההורים כנובעות מעצם הלידה של הילד, רואים אותן כזכויות הנובעות מהילד- הגנה עליו.

רואים את ההתפתחות **מפס"ד איליס** **לפס"ד גיליק**.

1. סכסוך בין ההורים לבין עצמם-

טובת הילד- זהו עקרון על. אך, יש הקשרים בהם לא מקבלים החלטות רק על- פי טובת הילד. ראה מה ההיקף של התכולה של עיקרון טובת הילד. שבוע הבא נדון בשאלה הסבוכה איך קובעים מהי טובת הילד? מבחינת ההיקף יש לחלק את התחומים שבהם צריך לקבל החלטה לגבי הילד לכמה קטיגוריות-

1. סכסוך בין ההורים לבין עצמם.
2. סכסוך בין ההורים לצד ג' (כמו משפחה אומנת, סבים).
3. סכסוך בין ההורים לבין המדינה.
4. סכסוכים בין ההורים לילדים.

בקטיגוריה הראשונה חל העיקרון של טובת הילד לדוג'- ס'24-25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות. ס'24 מדבר על זה שההורים יכולים להסכים ביניהם על משמורת ואפוטרופסות של הילד. הסכם כזה טעון אישור של ביהמ"ש והוא יאשר לאחר שנוכח כי ההסכם הוא לטובת הקטין. ס'25 לחוק קובע שאם ההורים לא מצליחים לקבוע את משמורת כי הם לא מסכימים ואז ביהמ"ש יקבע כפי שייראה לו לטובת הקטין, ובלבד שילדים עד גיל 6 יהיו אצל אימם אם אין סיבות מיוחדות להורות אחרת. זוהי חזקת הגיל הרך (שגם היא אמורה להיות לטובת הילד).

חטיפת ילדים- חוק אמנת האג (בדבר חטיפת ילדים בינ"ל), הוא מכניס לתוקף את האמנה הבינ"ל. הרעיון שעומד מאחורי אמנת האג הוא שאם הורה אחד חוטף ילד הדבר הכי טוב לילד זה להחזיר אותו באופן מיידי. בלי לבדוק אפילו מדוע הוא נלקח. זה מנגנון חובה ולביהמ"ש אין שק"ד- הוא לא בודק את טובת הילד. זה חריג. אם ההורה שלקח את הילד יכול להוכיח שמתקיים אחד החריגים לביהמ"ש יש שק"ד- לדוג' שקיים חשש חמור שהחזרת הילד למדינת המקור תגרום לו נזק (ממשי- לפי הפסיקה) או שיעמיד אותו במצב בלתי נסבל. החוק מכיר בנזק פיזי או פסיכ'. 80 מדינות בעולם חתמו על האמנה. היה דו"ח פרשנות שליווה את האמנה והוא מזהיר שאם לא נותנים לחריג פרשנות מצמצמת האמנה תהפוך לאות מתה ולכן מפרשים בצמצום. יש בעיה עם זה שהסיבה שהורה חוטף את הילד כדי לברוח מאלימות ע"י האב. זה הפך להיות בעיה גדולה. אם זו התעללות בילד אז זה נכנס לחריג (למרות שיש מדינות שגם במצב כזה מחזירות אבל עם תנאים שהאב לא יכול להתעלל בילד). אבל לא מתייחסים לעניין בו האב מתעלל באמא. זה בעיה כי יכול להיות שהחזרת הילד לא תגרום נזק לילד באופן ישיר (אלא עקיף). אבל אם נגיד שזה נכנס אז יש בעיה כי פתאום החריג מופעל הרבה פעמים. פס"ד רו נ' רו (96)- אישה ישראלית שהתחתנה עם בחור אנגלי (גוי). נולדה להם בת. הוא היה אלים כלפי האישה (ולא הילדה), בעיקר התעללות נפשית. הם גרו באנגליה. היא החליטה לברוח וטסה לישראל. האמא חטפה אותה למד"י. צריך להחזיר אותה מיידית לאנגליה אלא אם מתקיים אחד החריגים. (חייבים ששתי המדינות יהיו חתומות על האמנה). האמא טוענת שזה יחשוף אותה לנזק פסיכ'. למרות שהייתה חוו"ד פסיכ' שאמרה שבגלל שהאם מפחדת היא לא יכולה לתפקד כאם- שלחו את האמא והילדה חזרה. ביהמ"ש קבע שהאמנה חלה כאן ולא החריג. (האמא ניסתה לומר שהיא לא תחזור עם הילדה, שתשלח אותה לבד לאנגליה לאבא מכה, אבל ביהמ"ש לא האמין לה). ביהמ"ש קבעו תנאים כי הם הבינו שמדובר במצב בעייתי. נקבע שעל האב לספק לאם דירה נפרדת ולהפקיד מראש 5,000 לירות שטרלינג ע"מ לפרנס את האם עד תום ההליכים בביהמ"ש האנגלי. וכן, שאסור לו להתקרב לאמא ולבת ללא פיקוח. באנגליה האב איבד כל עניין בילדה ולא הגיע למפגשים ואז היא קיבלה רשות להגר לארץ. לדעת המרצה זה לא מוצדק והמקרה הזה היה צריך להיכנס לחריג.

* אמנת האג נאכפת בכל מדינה ע"י רשות מרכזית- משמע, זה לא שביהמ"ש סתם שולח את הילדה לחו"ל.

1. סכסוך בין ההורים לבין צד ג'-

באנגליה **בפס"ד ג'י נ' סי מ1970**- ההורים הקתולים היו מספרד, הגיעו לאנגליה לעבוד כמשרתים כי היו מאוד עניים. שנה אחרי שהגיעו נולד להם בן (ב-58) ואז האמא הייתה חולה בביה"ח כמעט שנה והאב היה צריך להמשך לעבוד ולכן הילד נמסר למשפחה אומנת. המשפחה האומנת דאגה לו ואחרי שהאמא השתחררה מביה"ח הילד חזר להורים ואז היא שוב נכנסה להריון והם חזרו לספרד. הילד הפך להיות חולני הספרד והתנאים שם לא היו טובים. הם שלחו אותו למשפחה האומנת באנגליה. הוא היה בן 3. אחרי שנתיים (שנת 63) המצב שלהם היה יותר טוב בספרד והילד הבריא אז הם ביקשו מההורים האומנים את הילד. האומנים פנו לרשויות הרווחה מה לעשות? ואז ביהמ"ש בחן האם המבחן הוא טובת הילד או האם יש זכות קדימה כלשהי להורים הביולוגיים? עד שזה הגיע לבית הלורדים הילד היה כבר בן 10. (3 ערכאות). ההנחה הייתה שהילד היה כ"כ הרבה זמן באנגליה שטובתו אינה לחזור לספרד. בית הלורדים קבע שהמבחן הוא טובת הילד- גם בסכסוך של ההורים מול צד ג'. היו כמה תנאים כמו ללמוד ספרדית ולקבל חינוך לדת הקתולית, אבל הוא נשאר.

פס"ד מארה"ב- **בייבי ג'סיקה**- רווקה שנכנסה להריון ולא רצתה לגדל את הילד אבל היא גם לא רצתה שהאב הביולוגי יגדל את הילד אז היא לא סיפרה לו על ההריון והלידה. היא מסרה את הילד לאימוץ. כדי שהרשויות בארה"ב לא יחפשו את האב היא ביקשה מידיד שלה לחתום הוא האב ולהסכים לאימוץ. היה ממש תרמית. מצאו משפחה מאמצת ואחרי כמה שבועות היא התחרטה ורצתה את הילדה בחזרה. יש לה בעיה. עד הגיענו להחלטה הסופית הילדה הייתה בת שנתיים. היא הבינה שהיא לא תקבל את הילדה אז היא הלכה וסיפרה לאבא והוא ביקשה את הילדה. הסכסוך הוא בין האב לבין ההורים המאמצים- הם לא קיבלו צו אימוץ בינתיים. הם הורים מיועדים לאמץ (עדיין אין להם מעמד). מה מבחן טובת הילד? היא הייתה כבר בת שנתיים והחליטו שטובתה להישאר עם ההורים המאמצים. מאז שהיא בת 10 ימים היא גרה אצל ההורים המאמצים. (הילד גר אצל המשפ' המיועדת לפני האימוץ, בארץ כחצי שנה). זה הגיע לעליון והם היו צריכים להחליט מה המבחן- טובת הילד או שהורה כשיר מקבל זכות קדימה? בארה"ב הם העדיפו את זכות ההורה הכשיר והחזירו את הילדה לאב. בינתיים הוא נישא עם האם ונולד להם עוד ילד. זו גישה שונה מאנגליה. (זה גם היה קשה כי הילדה גם עברה בין 2 מדינות).

**בג"צ 243/88 קונסלוס נ' תורג'מן**- הורים שאימצו ילדה מברזיל ובסוף החזירו אותה. לקרוא מה היה הנימוק להחזיר אותה.

ילדה ברזיאלית שהורים ישראלים אימצו בברזיל. הם היו שם חצי שנה. באו לארץ עם הילדה. כשהילדה הייתה בת שנתיים באו כתבים גרמנים ואמרו להם שהילדה נחטפה. ההחלטה הייתה להחזירה להורים שלה בברזיל. מה שעמד מאחורי זה הוא העדפה להורים הביולוגים. זה הכלל. כאשר יש אימוץ ההורים המאמצים באים במקום ההורים הביולוגים אז מדוע כאן לא? כי מדובר במסמכים מזויפים ולכן צו האימוץ בטל. הוא מבוסס על מסמכים מזויפים ולכן במקרה כזה ההורים המאמצים הם צד ג'. לכאורה הם מחזיקים בצו אימוץ אבל מאחר והוא הושג במרמה הם צד ג' ולכן יש פה סכסוך בין הורים ביולוגים לצד ג'. המבחן כאן הוא לא טובת הילד אלא שהפעולה תגרום לילדה נזק בלתי הפיך. ביהמ"ש הגיע למסקנה שההורים המאמצים לא הוכיחו את הנטל שהחזרה להורים הביולוגים יגרום לילדה נזק בלתי הפיך. בפועל מה שקרה הוא שנגרם לה נזק ממשי בלתי הפיך (ההורים עבדו על ביהמ"ש שהם ביחד כשהם לא היו וכו').

יש עדיפות להורים הביולוגים אבל כן יש אפשרות לא להביא את הילד אליהם מטעמי נזק ממשי בלתי הפיך.

14/12/11

היום נמשיך לדון בנושא טובת הילד. ניסינו להתחיל לבדוק מה היקף תחולת עקרון טובת הילד. הבחנו בין סיט' שונות:

**סכסוכים בין ההורים לבין עצמם** – טובת הילד כן קובעת, חוץ מבמקרה של חטיפה עפ"י אמנת האג.

**סכסוכים בין ההורים לבין צד ג'** – דיברנו על הגישה באנגליה שדוגלת בגישת טובת הילד, למרות שמדובר בצד שהוא לא הורה, לעומת הגישה בארה"ב יש עדיפות לזכויות להורים הביולוגים.

**פס"ד ב.ק נ' L.K**- מדובר בישראלית שהתחתנה עם חייל שבדי ששירת ביוניפיל. הם עברו לגור בשבדיה, נולד להם ילד. הנישואים התמוטטו, היא העבירה את הילד חזרה לישראל. בוצעה חטיפה והאבא השלים עם זה. ההורים שלה גרו במושב דתי והיא גרה איתם. הילד גדל פה ולמד בבי"ס ממלכתי דתי. כשהילד היה בן 9 האמא התאבדה. האב לא יהודי. הסכסוך הוא בין הסבים לבין האב. האב היה בקשר עם הילד, הילד טס אליו פעם בשנה. הסבים רצו אותו והילד רצה להישאר איתם. הילד קיבל ייצוג נפרד. ביהמ"ש פסק שיש זכות עדיפות להורה וניסה להצדיק את זה לפי תורת הילד וזכות הילד. לסבים היו שני ילדים. היה דוד שהיה מכור לסמים ואת האם שהתאבדה. כך, אומנם הסבים היו מבוגרים אבל הייתה תחושה שהם אפילו לא מצליחים לגדל את הילדים שלהם ולכן הם לא יצליחו גם בגידול הנכד. הסבים ערערו. מה שנפסק הוא שהילד יסע לשנה לשבדיה לתק' נסיון ואז יחזור לארץ. בינתיים בארץ התחילה אינתיפאדה והאב סירב להחזיר את הילד לישראל. שלחו פקיד סעד לשבדיה. הוא חוזר ומדווח שהילד לא מרוצה. בשבדיה יצא פס"ד שהאב מקבל משמורת. בישראל יצא פס"ד שהילד מקבל משמורת. מה שקרה הוא שהסבים הצליחו לחטוף את הילד בשיתוף פעולה עם הילד (הוא ידע איפה הדרכון שלו וכו'). האב ביקש להחזיר את הילד לפי אמנת האג. הילד בסופו של דבר נשאר עם הסבים. כל בימ"ש חושב שיש לו סמכות.

**פס"ד ערעור משפחה 17694/10/109 א' ר' נ' א' ר' –** ילדה שאמה נפטרה ורצתה להישאר אצל הסבים. היא הייתה בת 13. האב רצה שהיא תעבור אליו. היה קשר בין הילדה לאב. הבעיה היא שהילדה גדלה אצל הסבים בבית כמעט חרדי והיא רצתה להישאר אצלם. ביהמ"ש פה בא ואומר שזה לא עניין של טובת הילד אלא זכות האבא. אפילו לא מנסים להצדיק את זה לפי טובת הילד.

**כאשר יש סכסוך בין ההורים למדינה** – טובת הילד גרידא אינה מצדיקה את ההתערבות של המדינה. המדינה לא יכולה לבוא ולהוציא ילד מהבית ולהתערב רק בשל טובת הילד. המדינה יכולה להתערב רק לפי עילות. כך למשל יש את חוק הנוער טיפול והשגחה ואם העילות מתקיימות ביהמ"ש מוציא צו השגחה/טיפול ויכול להוציא ילד מהבית. העילות מבוססות על טובת הילד. צריכה להיות עילה קונקרטית כדי להצדיק התערבות של המדינה. הביקורת היא שצריכה להיות השוואה של טובת הילד בבית מול טובת הילד בפנימיה ולא להתמקד רק בכך שלילד לא טוב בבית. בשנים האחרונות יש גישה של טיפול עם פנים לקהילה – טיפול בילדים בתוך הבית ולא להוציא אותם מהבית (צהרונים וכו') שכן ההוצאה מהבית לעיתים לא לטובת הילד אלא לרעתו.חוק נוסף הוא חוק האימוץ – ס'13 נותן רשימה של עילות שאם מתקיימת אחת מהעילות, ביהמ"ש רשאי להכריז על הילד כבר אימוץ אבל כאן כן נכנסת טובת הילד. זה הליך דו-שלבי: א. האם מתקיימת אחת מהעילות. ב. אם כן – מהי טובת הילד.

**כשמדובר באימוץ, טובת הילד גרידא זה לא מספיק אלא עילת אימוץ + טובת הילד.** זה חשוב כי טובת הילד זה דבר סובייקטיבי.

**פס"ד "ילד המריבה" 10002/09 פלוני נ' היועמ"ש** – מדובר ב-2 הורים שלא היו יהודיים. האישה הייתה תושבת קבע בישראל ועובד זר היה האבא. הקשר בין האב לאם היה כאשר האבא היה דייר של האמא. האמא הייתה נשואה באותו זמן ועשו בדיקת רקמות (אין בעיה לעשות בדיקת רקמות כשמדובר בלא-יהודים) וגילו שהילד הוא של העובד הזר. האמא גירשה את האבא מהבית. כשהילד היה בן 5 רשויות הרווחה גילו שהאם היא אלכוהוליסטית. היא הגיעה לגן לקחתו כשהיא שיכורה. רשויות הרווחה ביקשו להכריז על הילד כבר אימוץ על בסיס מסוגלות הורית. רשויות הרווחה חשבו שלא ידעו מי האב. הם פספסו מסמך בו כן היו כתובים הפרטים של האב. הם ידעו שהבעל לא האב ולא צריך לקבל את אישורו כדי להכריז על הילד כבר אימוץ. הרשויות חשבו שהם לא ידעו מיהו. הילד הוכרז כבר אימוץ מבחינת האם בשל חוסר מסוגלות הורית ובגלל האב בשל כך שהאב היה לא ידוע. הילד הוכרז כבר אימוץ, צו אימוץ הוא רק חצי שנה אחרי שהילד נמסר למשפחה אומנת. הילד נמצא במשפחה אומנת. אחרי חודשיים האב האמיתי גילה זאת. האב עשה בדיקת רקמות והוכרע שהוא האב של הילד. האב ביקש לבטל את ההכרזה על הילד כבר אימוץ שהיא על בסיס העובדה שהאב לא היה ידוע אבל זה לא נכון. במחוזי קיבלו את בקשתו וביטלו את ההכרזה, בדקו אם יש עוד עילה להכריז על הילד כבר אימוץ. בסופו של דבר זה הגיע לעליון. הילד היה עד גיל 8 אצל משפחה מאמצת. היו חוו"ד שאמרו שזה יגרום לילד נזק להעבירו. הילד אומץ רק בגלל טובת הילד בלי שהתקיימה עילת אימוץ. העליון קבע שאחרי שהילד היה אצל משפחה אומנת עכשיו צריך לקבל החלטה רק על בסיס של טובת הילד וטובת הילד להישאר עם ההורים המאמצים. רשויות הרווחה ידעו שהוא קיים והתרשלו. **המרצה** אומרת שהיו פתרונות אחרים וביהמ"ש לא התייחס אליהם (למשל הבחנה בין משמורת ואפוטרופסות). משמעות ההחלטה היא ניתק מוחלט בין ההורים לילד.

**זה מקרה חריג!!**

**כאשר יש סכסוך בין הילד לבין ההורים** - הילד רוצה לעשות משהו וההורים לא מאפשרים לו. האם המבחן יהיה טובת הילד?

**19120/97** – מדובר בילדה בת 16 ורצתה לנסוע לחו"ל. האמא שלה כן הסכימה והאבא לא. יש סכסוך פה גם בין ההורים לבין עצמם. פה כן התייחסו לטובת הילד וזכות האמא אבל מאחר ויש סכסוך בין ההורים אפשר להצדיק את השימוש במבחן טובת הילד.

**מה קורה כאשר יש סכסוך טהור בין ההורים לילד** – הבעיה אם רק מתרכזים בטובת הילד היא שזה פתח להתערבות המדינה בתוך התא המשפחתי. לדעת שוז יצטרכו מבחן יותר קונקרטי מאשר המבחן של טובת הילד. עפ"י חוק בתי משפט לענייני משפחה תשנ"ה ס'3(ד) – רשאי קטין בעצמו ע"י ידיד קרוב להגיש תובענה בכל עניין שזכותו עלולה להיפגע פגיעה של ממש. יכול להיות שזה יהיה המבחן, אם זה הקטין נ' ההורים. הבעיה תהיה שאם ביהמ"ש יאפשר לקטין לעשות משהו בניגוד לרצון ההורים אומנם בבעיה הספצ' זה יעזור לילד אבל לא בטוח שבטווח הארוך זה לטובת הילד כי זה יהרוס את היחסים שלו עם ההורים בתוך המשפחה.

**דיברנו על היקף תחולת טובת הילד ומתי זה יהיה השיקול הקובע ומתי לא**. **במקרים שטובת הילד הוא כן השיקול המכריע, איך ביהמ"ש קובע את טובת הילד?**

מדובר בשק"ד סובייקטיבי של הש'. יש לא מעט ביקורת על העקרון הזה משום שהוא סובל כל תוכן ומי שממלא את התוכן הוא הש' או הדיין עפ"י תפיסתו הסובייקטיבית. זה גורם למצב של חוסר ודאות/צפיות לגבי התוצאה.

**פס"ד רע"א 5587/97 היועמ"ש נ' בן עיקר** – ילד שנולד עם C.P נכות גבוהה, לא יכול היה לתפקד לבד, לתקשר. כאשר הוא הגיע לגיל 7, קרסו לו הכליות. על מנת לא למות היה צורך לעשות דיאליזה. כדי לעשות זאת היה צריך להכניס משהו לתוך גופו ולעשות ניתוח. היה צריך אישור של ההורים. ההורים סברו שטובת הילד היא לתת לו למות. לא הייתה לו איכות חיים, לדעתם הוא סובל וצריך למות ולכן סירבו לתת אישור. המדינה התערבה ופנתה לביהמ"ש. פה המבחן הוא **טובת הילד**, עפ"י חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות ס'68 – המדינה יכולה לבקש סעדים מביהמ"ש. ההורים סברו שטובתו הילד היא למות והרופאים סברו שטובתו לחיות. יש פה עובדה ש-2 ערכאות הגיעו להחלטות סותרות וזה מדגים את זה שטובת הילד זה עניין סובייקטיבי:

המחוזי – החליט שהוא לא מתערב בהחלטת ההורים לגבי טובת הילד.

העליון – הפך את זה לפי הערך של קדושת החיים אבל זה סובייקטיבי. היו גם שיקולים סידוריים ואמרו את זה: לא רצו לתת רושם שאנשים עם פיגור הם סוג ב' וחייהם לא שווים שום דבר. לדעת המרצה זה מדגים את הסובייקטיביות של ההחלטה. העליון הכניס את זה לטובת הילד.

**פס"ד תינוק המריבה** – מדובר ברווקה שילדה. היא החליטה לקראת סוף ההיריון שהיא רוצה למסור את הילד לאימוץ. הקשר עם האב נותק, הוא לא ידע על ההיריון והיא מסרה את הילד לאימות בלי להודיע לאב. הכריזו על הילד כבר אימוץ ללא אישור של האב על בסיס העילה שהאב נעדר. הרשויות לא ידעו עליו ולכן זה היה בסדר. היא התחרטה אחרי כמה חודשים. לא ניתן עדיין צו אימוץ. עפ"י ס'10 לחוק האימוץ ביהמ"ש רשאי לתת להורה לחזור בו מהחלטתו אם זה תואם לטובת הילד. עפ"י הפסיקה עוה"ד ייעץ לה לוותר כי המצב לא לטובתה. היא פונה לאב. האב בא ואומר שהנסיבות השתנו, הוא רוצה לגדל את הילד ולכן הוא רוצה לבטל את ההכרזה על הילד כבר אימוץ. ההחלטה הייתה לבסוף לגבי האב (האב לא היה אשם שהילד הוכרז כבר אימוץ). 8 ש' דנו בזה:

**1 בבימ"ש לענייני משפחה, 3 במחוזי, 5 בעליון** – ביניהם, 4 ש' קבעו שטובת הילד להיות אצל ההורים הביולוגיים ו-5 ש' קבעו שטובת הילד להישאר אצל ההורים המיועדים לאימוץ. למרות שלא ניתן צו אימוץ, יש פה עניין של חלוף הזמן: האם התחרט אחרי 4 חוד', עד שהאב הגיש את הבקשה עברו עוד כמה חודשים ובין כל הגלגולים בערכאות עברו שנתיים בהן הילד חי אצל ההורים המיועדים לאימוץ. מבחינת הילד זה עניין סובייקטיבי. ש' הרוב חשבו שהנזק שייגרם לילד ע"י המעבר הוא יותר גדול מהנזק שיהיה לו בשל העובדה שהוא לא חי אצל ההורים הביולוגיים והנזק הזה לא יתוקן ע"י כך שהוא יגדל אצל ההורים הביולוגיים. ש המיעוט קבעו שלילד בטווח הקצר יהיה נזק אבל לפחות אחרי זה לא יהיו לו משברי זהות, כמו אלה שיש לילדים מאומצים. זו הכרעה סובייקטיבית.

**בעקבות פסה"ד החוק תוקן !!!** לאמא יש הגבלה של זמן – ס'10 אומר שהאמא צריכה לחזור בה מהסכמתה תוך 60 יום אחרי שהילד נמסר פיזית. \*צו אימוץ יוצא חצי שנה אחרי שהילד נמצא כבר אצל ההורים המאמצים. לפני התיקון לא הייתה הגבלת זמן! עד שיצא צו האימוץ ניתן היה לבקש לחזור מההחלטה. אם ההורים המאמצים בסוף מתחרטים, ה-60 יום לא רלוונטים והאמא יכולה לבקש.

**במקרה של תינוק המריבה –** היה עוד נתון שגילו אותו רק בשלב המחוזי. מי שגילה אותו הוא רק עוה"ד שייצגה את הילד. היא גילתה שהאב המאמץ הוא חולה כליות שיש לו תחולת חיים צפויה של 7 שנים. בגלל זה, 2 ש' במחוזי קבעו שטובת הילד לחזור אל הוריו הביולוגיים. זה היה שיקול מכריע אצלם. לש' הרוב בעליון זה לא הפריע.

**מסקנה:** מבחן טובת הילד מאוד תלוי בתפיסת העולם של הש'.

21/12/11

**כאשר יש לנו מבחן של טובת הילד, איך אפשר להפוך את המבחן לפחות סובייקטיבי? המשפט מושפע ממדעי החברה:**

1) מומחים, חוות דעת ספצ' לגבי המקרה הספצ' - דיברנו על תפיסת עולם סובייקטיבית של השופטים, כ"כ הם מסתמכים על חוות דעת מומחים. ברוב המקרים יש תסקיר של חוות דעת. האם זה באמת פותר את העניין? גם חוות הדעת עצמה היא סובייקטיבית, יש סכנה שהשופט יהפוך לחותמת גומי, פסיכולוגיה וטובת הילד זה לא מדע מדויק והם תלויים בזהות המומחה.

דו"ח ועדת שניט (חזקת הגיל הרך) בחלקו השני לא מגבש מסקנה לגבי החזקה אבל מדבר שם על תפקיד המומחים בקביעת הסדרי ראייה ומשמורת (טובת הילד) ומסקנתם הוא שהיום משתמשים יותר מדי במומחים וזה עולה הרבה זמן וכסף ולא בהכרח משפר את התוצאה; להיפך: הכנסת מומחה לתמונה יכולה לעשות רע לילד (הכנסת מומחה שבודק את הילד ונכנס לחייו). אם מדובר במשפחה נורמטיבית – אין צורך להכניס מומחה וזה אף יכול לפגוע. כ"כ, לעיתים מתייחסים למבחנים שהפסיכולוגים עושים כמבחנים מדויקים, אך גם בין המומחים לבין עצמם יש חילוקי דעות ולכן המסקנה היא שרק במקרים מיוחדים צריך למנות מומחה. הם סוברים כי אפילו תסקיר של פקידי סעד הוא לעיתים מיותר. הם ממליצים שיתקיים דיון ראשוני של ש' והוא יחליט אם נדרש תסקיר או לא. בועדה ישבו מומחים ומשפטנים וההמלצות ניתנו פה אחד.

2) הצדדים מביאים מחקרים בקביעת טובת הילד לצורך הוכחת טענתם – למשל **בפס"ד תינוק המריבה**. אחד השיקולים המכריעים בסופו של דבר הוא הסתמכות על תיאוריה פסיכולוגית שנקראת "התקשרות" = אם הילד מפתח קשר הדוק עם מבוגרים (במקרה הזה עם ההורים המאמצים) אז ניתוק מהם יגרום לו נזק. במקרה הזה לילד היה קשר להורים המאמצים והש' הסתמכו על כך (הוא היה ילד בן שנתיים). מה הבעיה עם הסתמכות על המחקרים הללו? קודם כל המחקרים משתנים כך למשל: בשנת 1950 היה מחקר של Bowlby – פיתח את התיאוריה שהיוותה בסיס לחזקת הגיל הרך (הפרדה מהאם הביולוגית תגרום לילד נזק).

בשנת 1970 היה מחקר של Rutler – שפיתח את התיאוריה של הורות פסיכווגית (אין משמעות דווקא להורות ביולוגית אלא להיקשרות להורה, מבוגר אחראי).

בשנת 1970 היה מחקר של Goldstein, Freud and Slonit – חשבו שאחרי הגירושים מה שחשוב הוא שלא יהיו חילוקי דעות בין ההורים ולכן חשוב לתת משמורת להורה אחד שיקבל את כל ההחלטות, כל החלטה לגבי המידה בה יש לתת להורה השני לראות את הילד.

בשנת 1990 היה מחקר של Wellerstein and Kelly- מה השפעה של גירושים על הילד. אחת ממסקנותם הייתה שמה שמגן על הילד בגירושים הוא שלילד יהיה קשר רצוף וטוב עם שני ההורים.

מסקנה: לא צריך להפריז בחשיבות המחקרים. בתינוק המריבה התייחסו למחקרים שהוכיחו את התיאורה של attachment אבל כל המחקרים האלה התייחסו למקרים בהם היה ניתוק של הילד מההורים הביולוגים והעברתו למשפחות אומנות, מוסדות וכו' אבל לא בדקו מה קורה אם מחזירים את הילד להורים הביולוגיים. לכן, היה זה שימוש לא נכון בתיאוריה.

**איך נתגבר על בעיית חוסר הודאות? באמצעות חזקות:**

חזקת הגיל הרך – מקורה במשפט העברי. היא התקיימה בחלק מהמדינות המערביות. משמעות החזקה: טובת ילד מתחת לגיל 6 להיות עם אימו. חזקה זו ספגה התקפה מהתקשורת, בעיקר מצד ארגוני גברים. היו הצע"ח לבטל את החזקה. ועדת שניט בחנה את את החזקה והמומחים המליצו בחלק הראשון (בדוח הביניים) לבטל את החזקה אבל בחלק השני הם לא הסכימו לבטלה.

**מדוע חזקת הגיל הרך מאוד שנויה במחלוקת?**

רוב ארגוני נשים הם נגד ביטול החזקה. מצד אחד יש בחזקה לקעקע את מעמד האישה כזאת שנשארת בבית ודואגת לילדים אבל מצד שני זה מערער את המצב של האישה, זה הכניס את האם לעמדת מיקוח כנחותה. כדי שהאב יסכים שהילד יהיה אצלה – היא הייתה צריכה לוותר על מזונות ורכוש. חוץ מזה שבמדינות בחו"ל שבהן בוטלה החזקה – התוצאה נשארה כמעט אותו דבר – 80% מהמקרים האם קיבלה את הילדים. כ"כ, אם בחו"ל יד הגבר על העליונה פה בארץ זה מתחזק עוד יותר כי מעמד הנשים הוא נחות יותר מלכתחילה כי הן צריכות את אישור הבעל לגירושין.

אם יבטלו את חזקת הגיל הרך, יכול להיות שמעמד האבות שכן רוצים ומסוגלים להיות משמורנים על הילדים – ילכו להתדיינות כי סיכויים לקבל את הילדים משתפר.

מה שבטוח הוא שריבוי התדיינות – יפגע בילדים.

דעת המיעוט בועדת שניט אומרת שיש אפשרות לחזקה אחרת שפותרת את בעית אי השוויון בחזקת הגיל הרך. חזקה זו נקראת " חזקת המטפל העיקרי" – לפיה מי שהיה עד היום המטפל העיקרי של הילד, יישאר המטפל העיקרי. זו חזקה שניתנת לסתירה. כאשר 2 ההורים היו המטפלים העיקריים אז תהיה משמורת שווה.

לפי חזקת הגיל הרך – האב בכל אופן צריך לסתור את החזקה. במטפל העיקרי – כל הורה צריך להוכיח שהוא היה המטפל העיקרי והצד השני צריך להוכיח שלמרות שהוא לא היה המטפל העיקר – טובת הילד היא איתו. כל שינוי בנסיבות יהיה רלוונטי לסתירת החזקה.

ברוב המדינות אין חזקות היום אבל יש רשימת שיקולים, כך למשל באנגליה יש רשימת שיקולים שביהמ"ש צריך להתחשב בהם כשהוא קובע את טובת הילד.

**בדוח ועדת רוטלוי** ההמלצה היא שצריכה להיות רשימת שיקולים כאשר קובעים את טובת הילד (על ילדים מעל גיל 6 לא חלה חזקה). ועדת רוטלוי רק ממליצה ולא מחייבת אבל בפס"דים רבים, הש' מתייחסים לשיקולים הללו (אין מדרג ביניהם, ביהמ"ש מחליט לאיזה קריט' לתת יותר משקל ולאיזה פחות):

* רצון הילד ורגשותיו.
* שלומו הגופני והנפשי של הילד.
* גילו של הילד וקשריו המתפתחים.
* מימד הזמן בחיי הילד (זה תומך בעניין של המשכיות והצורך בקבלת החלטה באופן די מהיר).
* מינו של הילד.
* ההשפעה הצפויה על חיי הילד כתוצאה מההחלטה. (האם הוא ממשיך באותה מסגרת, האם זה שינוי דרמטי ואיך זה ישפיע עליו).
* קשריו של ילד עם הוריו ואנשים משמעותיים אח' בחייו (צריך לקחת בחשבון קשר עם סבים, עם בנ"ז של ההורה וכו').
* יכולת הוריו וכל אדם אחר שזה רלוונטי לענות על צורכי הילד.
* הידע המקצועי בעניין. (יש כאן התייחסות למחקרים).

זה שיפור מהמצב שאין שום קריט' ואין תוכן.

ש.ב – ע"מ 477/09

כמובן שהכל תלוי בש': יש שנותנים לחזקה משקל רב יותר ויש שנותנים לה משקל נמוך יותר.

28/12/11

**מטלות:**

לעשות מחקר.

לבוא ליום או בסמסטר א' או בסמסטר ב' ולהגיש לד"ר שוז ראשי פרקים + ביבליוגרפיה ראשונית.

המועד: 16/3, מ-10 בבוקר ועד 13:30.

עד ה- 3/2 להגיש שאלת מחקר בסמינריון הורים וילדים במייל – [rhona.schuz@biu.ac.il](mailto:rhona.schuz@biu.ac.il).

**בפס"ד 2266/91** - שמגר קבע שלילדים יש זכות שלא להמיר את דתם. כולם הגיעו למסקנה שאין לחשוף את הילדים לכת של עדי יהווה. החשיבות של פסה"ד היא ההכרה בזכויות הילד. למרות ששמגר היה בד.מיעוט בפסה"ד, הוא צוטט אח"כ הכי הרבה בפסה"ד. מתייחסים לפסה"ד הזה כשרוצים לתת לזכויות הילד תוקף. שמגר לא אומר שמתעלמים מטובת הילד, אלא שטובת הילד נכנסת לתוך זכויות הילד, כלומר הזכות של הילד היא שיתייחסו לטובתו. הגישה של שט"כ, שזו הגישה שועדת רוטלוי אימצה, היא שמנגנון ההכרעה היא טובת הילד ואחד מהשיקולים של טובת הילד הוא הזכויות.

זה מאפשר לנו בצורה שקופה יותר לאזן בין האינטרסים השונים. בזכויות – זה יותר ודאי. כמובן שהן אינן מוחלטות והן יכולות להתנגש. טובת הילד – זה מן עקרון ערטילאי ולא מוגדר.

המשטר של זכויות הילד נותן הכרה משפטית על אינטרסים של ילדים ומטיל חובה על אח' להבטיח מימוש של זכויותיהם.

הילד הופך להיות הסובייקט, הוא בעל הזכויות, הוא הנושא ולא רק האובייקט של זכויות של אח'. טובת הילד זו ראיה פטרנליסטית, המבוגרים מחליטים עפ"י שקה"ד שלהם מהי טובת הילד. הרבה פעמים הדרך להכריע בין זכויות ההורים היא טובת הילד. בזכויות הילד – הילד הוא הנושא והוא יכול לאכוף את זכויותיו. האינטרסים שלו הם זכות אנו לא מגינים עליו בצורה פטרנליסטית אלא מגינים עליו כבעל אינטרסים עצמאיים.

בשנות ה-60, כאשר החלה המהפיכהלטובת זכויות הילד, היו רדיקלים בארה"ב שטענו שצריך לתת לילדים זכויות שוות למבוגרים. הם נקראים kiddielibbens. גישה זו לא התקבלה כי הבינו שאחת מזכויות הילד היא שהוא זכאי להגנה מהחולשות שלו.

מקובל לחלק את זכויות הילד ל-2 סוגים, מדברים על זה **בפס"ד פלוני** הנ"ל:

* זכויות אדם שיש לכל אדם, יש גם לילדים. באמנת הילד משנת 89, יש רשימה מקיפה של זכויות הילד ויש באמנה זו זכויות מ-2 הסוגים. כך למשל ס'14 קובע שגם לילדים יש זכות לדת, כמו לכל אדם. ס'6(1) קובע שהמדינות החברות מכירות בזכותו הבסיסית של כל ילד לחיים. זו זכות ששייכת לכולם.
* זכויות המיוחדות לילדים – הילדים זקוקים לזכויות האלה בגלל קטינותם ובגלל שהם לא יכולים לדאוג לעצמם. כך למשל הזכות לחינוך, המופיעה בס'19. הזכות לחינוך של מבוגרים לא מוגנת בחוק, למרות שגם למבוגרים יש אותה. כ"כ, לילד יש זכות להיות רשום לאחר לידתו ותהיה לו הזכות להיקרא בשם (הזכות לזהות), זכות לקבל אזרחות (כלומר פה אנו אומרים שכבר מלידה לילד יש זכות לקבל אזרחות), הזכות להכיר את הוריו ולהיות מטופל על ידם, (לגדול אצל ההורים הביולוגיים).

**מעמד אמנת האו"ם**: לא הוכנסה לחקיקה ישראלית. זו הסיבה שמינו את ועדת רוטלוי שבדקה איזה שינויים צריכים לבצע בחק' שלנו כדי שהיא תעלה בקנה אחד עם האמנה. כשביהמ"ש צריך לפרש את הדין הקיים הוא יפרש אותו בקנה אחד עם האמנות הבינלאומיות שעליהן ישראל חתומה, כמו אמנת האו"ם (כל עוד זה לא נוגד חוק מפורש). ס'9 קובע שילד לא יופרד מחיק הוריו אלא רק כשקובעות רשויות מוסמכות שמחליטות שהפירוד לטובת הילד (זכות הילד לגדול עם הוריו הביולוגיים). זכות חשובה נוספת היא הזכות להתפתחות ס'6(2). המדינות החברות צריכות להבטיח את ההתפתחות התקינה של הילד. זה ברור שזו זכות מיוחדת של הילדים ומנגד יש חובה להגן על זכות הילד (שירותי רפואה לילדים וכיו"ב נכנסים לתוך זכות זו).

יש הטוענים שס'12 הוא הס' הכי חשוב באמנה: זכות הילד להשתתפות. יש 2 מרכיבים לזכות זו:

א. זכות הילד להישמע בכל הליך הנוגע לו. יש מאמר של **ד"ר שוז** בנושא הזה.

ב. זכות הילד להביע דעה משלו בחופשיות בכל עניין הנוגע לו, תוך מתן משקל ראוי לדעותיו בהתאם לגילוי ומידת מעורבותו של הילד. ס'12(1). זו זכות לא רק לשמוע את הילד אלא לתת משקל ראוי לדעותיו. יש הקוראים לזכות זו זכות לאוטונומיה. הבעיה: צריך לתת משקל ראוי לדעותיו של הילד. מי קובע מהו משקל ראוי?

מצד אחד יש הרבה חשיבות להכרה בזכות הילד להשתתפות. מצד שני יש הגבלה מאוד גדולה כי מי שקובע את משקל המעורבות של הילד הוא ביהמ"ש.

**ד"ר שוז** ביצעה מחקר "זכות הילד להשתתפות" בספר משפחה במשפט, כרך ב' – על משמורת והסדרי ראיה. במחקר, החוקרים לקחו 50 פס"דים וראו שבמחצית המקרים של ילד מעל גיל 12, הש' הזמין את הילד ודיבר איתו. ברוב המקרים – דעתו של הילד לא כ"כ השפיעה. פעמים רבות, הש' ציין שלדעתו הילד הוסת.

**לדעת ד"ר שוז** - בפעמים רבות, הילד כן מבין את המציאות ולכן צריך להיזהר עם זלזול בדעה של הילד. לדעתה, הש' בפעמים רבות מדי חושבים שהילד הוסת. גם אם יש השפעה מסוימת, במקרים רבים זה בא מהילד. אם הוא אומר אני לא אוהב את אבא כי הוא לא משלם מזונות אז ברור שהוא הוסת ע"י האמא, אבל במקרים רבים הילד לא אוהב את האבא לא כי הוא הוסת אלא כי הוא לא מתייחס אליו בצורה ראויה.

בעבר, היה פיילוט של שמיעת הילד. הוא היה קיים במשך שנתיים, ב-3 בתמ"ש לענייני משפחה, במסגרת הפיילוט, כל ילד מעל גיל 6 קיבל את ההזדמנות לדבר עם הש'. לא כל הילדים ניצלו את זה, אלא פחות מחצי. כל השאר דיברו עם עובדת מיח' הסיוע שתפקידה היה אך ורק לשמוע ילדים. בעבר, פקיד סעד היה צריך לכתוב תסקיר על מה טוב הילד שבתוכו הוכנס מה הילד חושב. לכן ,פעמים רבות מה שהפקידה כתבה היה מושפע ממה שהיא ראתה. לפי הפיילוט, התפקיד היחידי היה לשמוע את הילד. הפידבק של הפיילוט היה מאוד חיובי: גם העובדים מיח' הסיוע היו מרוצים וחשבו ששיתוף הילד היה טוב, גם הילדים וגם ההורים.

לפי המחקר, לדעת העובדות מעט מאוד ילדים הוסתו. יש תקנות חדשות לפיהן הילד יישמע, זה דבר חדשני ולא מוכר בעולם (שמיעת הילד בהיקף הזה).

ניכרת השפעת ועדת רוטלוי, שכן כל הרעיון של הפיילוט בא מועדת רוטלוי ומס'12 של אמנת האו"ם.

**ע"מ 447/09 –** האבא רצח את האמא ונתנו משמורת על הילדים להורים. הילדים רצו להישאר עם הורי האבא. בסופו של דבר העבירו אותם להורי האמא.

הורי האבא הגישו ערעור וד.הרוב החליטה שהם צריכים לחזור אליהם, כי זה לטובת הילדים, לאור רצון הילדים, למרות שד.המיעוט רצו ללכת לפי המומחים ולתת משמורת להורי האמא – לאור חינוך יותר טוב או לשלוח אותם לפנימיה – אובייקטיבי.

יש ניגוד בין הדעה של המומחים, שחשבו שטוב לילדים לגדול אצל ההורים של האמא (חינוך יותר טוב וכו') והילדים (הבת בת 12 והילד בן 10) התעקשו שהם רוצים להיות אצל ההורים של האבא. כאן יש לנו קונפליקט קלאסי בין 2 הדוקטרינות:

מצד אחד טובת הילד (לפי דעת המומחים) לבין זכויות הילד להחליט מה טוב להם מצד שני.

אחת הדעות של הש' בן עמי הייתה העדפה של זכויות הילד. היא מסבירה למה צריך לתת תוקף לרצון הילד, אלא אם ברור שרצון הילד הוא להתאבד ואז לא נאפשר לו.

לדעת ד"ר שוז אנו יותר ויותר הולכים לכיוון של שמיעת הילד.

**תחום נוסף בו מנגנון שמיעת הילד טוב ממנגנון טובת הילד** – אימוץ. כך למשל **בפס"ד תינוק המריבה**. **ד"ר שוז** – הציעה שניתן להשתמש בזכויות הילד בתור נק' מוצא בקביעת טובת הילד. כמו חזקה. זה יכול לצמצם את חוסר הודאות. בהקשר הזה נק' המוצא היא זכות הילד לגדול אצל ההורים הביולוגים. מצד שני יש זכויות מתנגדות: הזכות להתפתחות תקינה, אם מגורים אצל ההורים הביולוגים פוגע בזכות הילד להתנתקות תקינה (התפתחות בסיסית רגילה) לא נקבע את המשמורת לטובת ההורים הביולוגים. לדעתה, אולי היו מגיעים לתוצאה אחרת בפס"ד הנ"ל, אם היו מתייחסים במסגרת השיקול של טובת הילד לזכות הילד לגדול אצל ההורים הביולוגים כל עוד שאין זכות אחרת שגוברת על הזכות הזו. נשאלת שאלה האם להוציא את הילד מההורים המאמצים עכשיו, תפגע גם בהתפתחות התקינה שלו. זה היה הדיון בפסה"ד: היו מומחים שחשבו שזה יגרום לפגיעה בילד לאור תיאוריית ההיקשרות והיו מומחים שסברו שלא. אם היו מתייחסים לזכות הילד לגדול אצל ההורים הביולוגים, ייתכן שההתדיינות הייתה נגמרת בתוצאה שונה ואולי אף יותר מהר. זה מנגנון חילופי לטובת הילד (זכות הילד לגדול אצל ההורים הביולוגים) אבל יש שיאמרו שלא.

בינתיים זו לא הגישה שאומצה ע"י ועדת רוטלוי. המסגרת היא טובת הילד ובתוכה צריך להתחשב בזכויותיו, אך לא ברור מה מידת ההתחשבות בהן והמשקל שביהמ"ש נותן לזכויות. בפס"ד, אחד השיקולים היה שטובת הילד לגדול אצל ההורים הביולוגים אבל זה לא היה מובנה, כנק' מוצא פורמאלית. המרצה חושבת שצריך לקבוע את זכות הילד לגדול אצל ההורים הביולוגים שלו כנק' מוצא, אא"כ זה מתנגש עם זכות אחרת.

**מה עם זכויות ההורים? האם גם להם יש זכויות?** ועדת רוטלוי רצתה לבטל את זכויות ההורים ולדבר רק על סמכויות ההורים, מאחר וזה לא עולה בקנה אחד עם זכויות הילד. זכויות ההורים עושות רושם שיש להם זכויות על הילד. לדעת **ד"ר שוז –** ההורים זקוקים לזכויות על מנת להגם על הילדים מהתערבות של המדינה. זה לא זכויות על הילדים, אלא זכות להחליט החלטות שנוגעות לילד כדי למנוע התערבות של המדינה.