

הזכות להורות של אנשים עם מוגבלויות נפשיות ושכליות-התפתחותיות: תפיסה חלופית של 'הורות' כאמצעי לקידום זכויות

רוני רוטלר

בהנחיית: פרופ' גדעון ספיר

עבודת גמר המוגשת כמילוי חלק מהדרישות לקבלת התואר "מוסמך
האוניברסיטה" בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר אילן



**מחקר זה נערך בסיוע מענק מחקר מקרן שלם
הקרן לפיתוח שירותים לאדם עם מוגבלות שכלית התפתחותית
ברשויות המקומיות**

2019

קרן שלם/2019/639

תוכן עניינים

1.....	תמצית
2.....	תקציר
6.....	הבעת תודה
7.....	מבוא
13.....	פרק 1: סקירת ספרות: הורות של אנשים עם מוגבלויות נפשיות ושכליות
13.....	1. הורות של אנשים עם מוגבלויות בישראל ובעולם
18.....	2. הורים עם מוגבלויות בישראל: נתונים
18.....	2.1. נתונים לגבי אנשים עם מוגבלות בישראל
20.....	2.2. נתונים לגבי הורים עם מוגבלות בישראל
21.....	3. הורות של אנשים עם מוגבלויות נפשיות ושכליות
21.....	3.1. "התייחסות מאוחדת" לאנשים עם מוגבלויות נפשיות ושכליות
24.....	3.2. הורות של אנשים עם מוגבלויות נפשיות – ממצאים טיפוליים חברתיים ומשפטיים
24.....	3.2.1. הגדרת המוגבלות הנפשית וההתייחסות המשפטית והמוסדית אליה
25.....	3.2.2. השפעתה של המוגבלות הנפשית על ההורות – מאפיינים וממצאים
30.....	3.2.3. ההשלכות המשפטיות של הורות עם מוגבלות נפשית
32.....	3.3. הורות של אנשים עם מוגבלויות שכליות – ממצאים טיפוליים חברתיים ומשפטיים
32.....	3.3.1. הגדרת המוגבלות השכלית וההתייחסות המשפטית והמוסדית אליה
33.....	3.3.2. השפעתה של המוגבלות השכלית על ההורות – מאפיינים וממצאים
37.....	3.3.3. ההשלכות המשפטיות של הורות עם מוגבלות שכלית
38.....	4. שיטת המחקר: מהי המדיניות האפשרית?
40.....	פרק 2: ממצאים: ההסדרים המשפטיים בישראל בנוגע להורות ומוגבלות שכלית ונפשית
40.....	1. מדיניות וחקיקת המוגבלות בישראל
44.....	2. היבטים של הורות בחקיקה העוסקת במוגבלות
44.....	2.1. חקיקה העוסקת באנשים עם מוגבלות שכלית
44.....	2.1.1. חוק הסעד (טיפול באנשים עם מוגבלות שכלית-התפתחותית) תשכ"ט – 1969 ותקנותיו
45.....	2.1.2. חוק הפיקוח על המעונות, תשכ"ה – 1965 ותקנותיו
45.....	2.1.3. תקנון לעבודה סוציאלית – התע"ס
49.....	2.2. חקיקה העוסקת באנשים עם מוגבלות נפשית
49.....	2.2.1. חוק שיקום נכי נפש בקהילה, התש"ס-2000
50.....	2.2.2. חוק טיפול בחולי נפש, תשנ"א – 1991
50.....	2.3. חקיקת הבטחון הסוציאלי
50.....	2.3.1. חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב] התשנ"ה-1995
51.....	2.3.2. הסכם בדבר גמלת ניידות
51.....	2.3.3. תקנות הביטוח הלאומי (ביטוח נכות) (מתן שירותים מיוחדים), תשל"ט – 1978

51	2.3.4. הוראות בדבר העסקת מהגרי עבודה ("עובדים זרים")
52	2. סיכום ביניים: מקומה של ההורות בחקיקה העוסקת באנשים עם מוגבלויות
53	3. היבטים של מוגבלות בחקיקה העוסקת במשפחה ובהורות
53	3.1. חוקים העוסקים בהבאת ילדים לעולם
53	3.1.1. חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994
54	3.1.2. תקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית) התשמ"ז-1987
54	3.1.3. חוק תרומת ביציות, תש"ע-2010
54	3.1.4. הרגולציה של תרומות זרע
55	3.1.5. חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד) תשנ"ו - 1996
56	3.1.6. "פונדקאות חו"ל" ותקנות מידע גנטי (עריכת בדיקה גנטית לקשרי משפחה, תיעוד ושמירת תוצאותיה) התש"ע - 2010
56	3.1.7. הוועדה הציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפרייון וההולדה בישראל, 2012
58	3.2. חוקים העוסקים בגידול ילדים
58	3.2.1. הוראות תע"ס העוסקות במשפחה: פרק 8 לתע"ס – טיפול בילדים ובבני נוער
61	3.2.2. חוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופסות, התשכ"ב-1962
66	3.2.3. חוק הנוער (טיפול והשגחה), תש"ך-1960
68	3.2.4. חוק אימוץ ילדים, תשמ"א – 1981
79	3.2.5. חוק אומנה לילדים, התשע"ו – 2016
80	3.3. סיכום ביניים: מקומה של המוגבלות בחקיקה העוסקת בהורות
80	4. התייחסות חקיקתית שלילית להורים עם מוגבלויות
82	פרק 3: ממצאים: המשפחה וההורות בחוק השוויון ובאמנה הבינלאומית
82	1. חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות
82	1.1. עקרונות החוק
84	1.2. השלכת חוק השוויון על תחומי חיים שונים של אנשים עם מוגבלויות
86	1.3. תחום המשפחה וההורות בחוק השוויון
87	1.4. השלכות חוסר התייחסות המפורשת להורות בחוק השוויון: המקרה של א.מ"י
89	2. האמנה הבינלאומית בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות
90	2.1. התייחסותה של האמנה לתחום המשפחה וההורות של אנשים עם מוגבלויות
91	2.2. סעיף 23 לאמנה – כבוד לבית ולמשפחה
93	2.3. השלכותיו המעשיות של סעיף 23
95	2.4. התייחסות ועדת האמנה לסעיף 23
98	2.5. יישום סעיף 23 לאמנה בישראל
99	2.5.1. סעיף 23(1)
101	2.5.2. סעיף 23(2)
103	2.5.3. סעיף 23(3)
105	2.5.4. סעיף 23(4)

106	2.5.5. סעיף 23(5).....
107	2.5.6. יישומו של סעיף 23 לאמנה על ידי מדינת ישראל: סיכום.....
108	3. יישום הוראות חוק השוויון והאמנה הבינלאומית בנוגע להורות.....
110	פרק 4: דיון וניתוח: התפיסה הרווחת של 'הורות', השפעתה השלילית על זכויות הורים עם מוגבלויות, והצעת תפיסה חלופית
111	1. הגדרת ההורות בהתאם ל"מודל המשולש": תפקיד, התפתחות אישית, ומערכת יחסים.....
114	2. ההורות במשפט הישראלי.....
114	2.1. הורות: המעמד המשפטי, תוכנו, ואפשרות שלילתו.....
117	2.2. ההורות כזכות אדם וכזכות חוקתית.....
117	2.2.1. ביסוסה של הזכות להורות כזכות אדם בעלת מעמד חוקתי.....
119	2.2.2. השפעת חוקי היסוד על הזכות להורות.....
120	2.2.3. הזכות להורות: הבאת ילדים לעולם אל מול גידול ילדים.....
121	2.2.4. ההורות כזכות אדם וכזכות חוקתית: דגש על הפן השלילי.....
121	3. טובת זכויות ילדים.....
122	3.1. זכויות הילד אל מול טובת הילד.....
123	3.2. זכויות וטובת הילד אל מול זכויות ההורים.....
128	3.3. ביקורת על שיח זכויות הילדים וטובתם: התעלמות מההקשר המשפחתי.....
132	4. השפעת התפיסה התפקידית-בלעדית של ההורות וטובת הילד, והצורך במעבר לגישה תהליכית-יחסית.....
133	4.1. תפיסת ההורות כתפקיד גרידא כמעצימה את המוגבלות.....
135	4.2. ההורות כזכות בעלת פן בלעדי הסותר את עקרון ההתאמות.....
136	4.3. התמקדות בזכות ה"שלילית" להורות כסותרת את עקרון ההתאמות.....
138	4.4. 'טובת הילד' וזכויותיו כסותרות הורות של אנשים עם מוגבלויות.....
140	5. קידום זכויות ההורות של אנשים עם מוגבלויות בהתאם לשינוי התפיסתי.....
140	5.1. קידום זכויות באמצעות המשפט כתלוי בהכרה חברתית מוסרית ופוליטית.....
142	5.2. לפני סיום: ניצנים לקידום הזכות להורות של אנשים עם מוגבלויות בישראל.....
144	סיכום, המלצות ומסקנות
148	ההשלכות היישומיות של המחקר
149	אנשי המקצוע ואנשי השטח הרלוונטים להצגת התוצאות
150	המלצות למחקרי המשך
151	ביבליוגרפיה
173	Abstract
178	Precis

תמצית

ההורות מהווה, בדרך כלל, חלק נכבד מחייו של האדם הבוגר, וכפועל יוצא מכך, זכותם של אנשים עם מוגבלויות להקמת משפחה בשוויון עם אחרים מעוגנת באמנה הבינלאומית בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות. אולם, בחינת החקיקה והמדיניות החלה בישראל בתחום ההורות ובתחום המוגבלות משקפת גישה הפוכה, אשר מגבילה ומונעת הורות של אנשים עם מוגבלויות, ובפרט מוגבלויות שכליות-התפתחותיות ונפשיות. מחקר זה בוחן את הסיבות לפער, הנעוצות הן באפיוניה המיוחדים של ההורות והן בדרך בה היא נתפסת על ידי רשויות השלטון, ומציע לאמץ תפיסה חלופית של ההורות, המתמקדת לא רק בהורות כתפקיד ("הגישה התפקידית-בלעדית") אלא גם בהורות כהתפתחות אישית וכמערכת יחסים ("הגישה התהליכית-יחסית"). בתפיסה חלופית זו קיים פוטנציאל לגשר על הפער בין האידאל התיאורטי של שוויון הזכויות לבין חתירה לשוויון זכויות בתחום ההורות בפועל. ברוח הגישה האוניברסלית למוגבלות, אימוץ התפיסה החלופית ייטיב לא רק עם הורים עם מוגבלות אלא גם עם הורים ללא מוגבלות, שכן רובם ככולם חווים קשיים קבועים או זמניים בתפקודם בשלביה השונים של ההורות.

מילות מפתח לחיפוש: הורות, מוגבלות, זכויות הילד.

תקציר

ההורות מהווה, בדרך כלל, נדבך מרכזי בחייו הבוגרים של הפרט, בשיקוליו הכלכליים קצרי וארוכי הטווח, ובהשתייכותו המשפחתית, החברתית והקהילתית לאורך כל חייו הבוגרים ובעת זקנתו. על פי רוב מאופיינת ההורות בפרטיות ובמימוש של אוטונומיה, והשאלה העולה היא של בחירה ולא של תביעת זכויות. מהותה ה"זכותית" של ההורות מתעוררת כשנדרש סיוע מדינתי במימושה או באי שלילתה. או אז הופך המרחב האינטימי לציבורי, ומתבקשים כללים ברורים.

כבכל תחום, גם בתחום ההורות והמשפחה, מנהלים המשפט והחברה יחסי גומלין. המשפט משקף את הערכים המקובלים בתחום המשפחה, ובה בעת מעצב את התפיסה החברתית ביחס לדרכים ליצירת משפחה ולהגדרת קשרים משפחתיים בין פרטים. בישראל, מהווים התא המשפחתי ועידוד הילודה ערכים חברתיים מקובלים, וככאלה הם מקודמים, בדרך כלל, גם באמצעים משפטיים. לצד זאת, הורות של אנשים עם מוגבלויות אינה זוכה לאותה קבלה חברתית, באופן המשליך על אי-קידומה גם באמצעים משפטיים.

אנשים עם מוגבלויות (פיזיות, חושיות, נפשיות ושכליות) חווים קשיים בכל תחומי החיים. קשיים אלה מתבטאים, בין היתר, בחוסר נגישות פיזית ונגישות לשירותים, במצב סוציו-אקונומי נמוך, ובשיעורים נמוכים של השתתפות בתעסוקה והשכלה גבוהה. החשיבה התיאורטית העכשווית מייחסת את הקשיים לא רק למוגבלות האורגנית אלא גם לדפוסים חברתיים המתבטאים באפליה, הדרה, והפרדה של אנשים עם מוגבלויות, וקוראת, לכן, לסיוע לאנשים עם מוגבלויות, ולפעולות אקטיביות של התאמת הסביבה על מנת שיוכלו להשתתף ולהשתלב באופן שוויוני.

אחד התחומים בהם חווים אנשים עם מוגבלויות קשיים הוא תחום הקמת המשפחה בכלל, והורות בפרט, הן בהבאת ילדים לעולם והן בגידולם. את הקשיים אותם חווים אנשים עם מוגבלויות פיזיות וחושיות ניתן לאפיין כטכניים וכלכליים בעיקרם, ומשכך הסיוע לו הם נדרשים נושא בדרך כלל אופי טכני. לעומת זאת, הקשיים אותם חווים אנשים עם מוגבלויות שכליות ונפשיות נוגעים פעמים רבות לשורשיה המהותיים של ההורות. קיומם של קשיים אלו מעורר שאלות לגבי מסוגלותם ההורית ולגבי יכולתם לספק לילדיהם צרכים רגשים והתפתחותיים בסיסיים הכרוכים באחריות ודאגה לילד ולגידולו, כגון תכנון סדר יום וסדר חיים, העדפת צרכי הילד על פני צרכי ההורה, יציבות בהתנהגות, מרחב להתפתחות אוטונומית, הענקת והקניית צרכים וערכים תרבותיים, חינוך תוך הצבת גבולות, ומסוגלות לטפל בחסכים אצל הילד עצמו. קשיים אלה נובעים הן מהמוגבלות עצמה והן מנסיבות נוספות הנלוות לא פעם למוגבלות, כגון מצב סוציו-אקונומי נמוך. בנוסף, מועצמים הקשיים בשל חוסר בשירותים סוציאליים המתאימים לצרכיהם של הורים עם מוגבלויות נפשיות ושכליות, ורתיעה של ההורים מפנייה לעזרה, מחשש להתערבות של הרשויות ביחסי המשפחה ולהפרדתם מילדיהם.

חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח – 1998 והאמנה הבינלאומית בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות, אשר נחתמה ואושרה על ידי ישראל, מעגנים את מחויבותה של המדינה לקדם שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות. בעוד חוק השוויון אינו מזכיר את תחום המשפחה וההורות, האמנה מייחדת לתחום זה סעיף מפורט (סעיף 23) לפיו על המדינה לקדם את זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות גם בתחום ההורות, לרבות אי אפלייתם לרעה ומתן ההתאמות והסיוע הנדרשים להם להביא

ילדים לעולם ולגדלם.

על אף שמדינת ישראל חתמה ואשררה את האמנה, ועל אף שמדובר במדינה המעודדת ומקדמת זוגיות וילודה, לא קיימת בישראל מדיניות מוצהרת בשאלת ההורות של אנשים עם מוגבלויות. כפועל יוצא מכך לא קיימים, כמעט בכלל, שירותים מיוחדים, מחקר, או תקציבים המיועדים לתחום זה. יתר על כן, בפועל, המדינה נוקטת מדיניות שלילית כלפי הורים עם מוגבלויות, המגבילה הורות של אנשים עם מוגבלויות בכלל, ואנשים עם מוגבלויות שכליות ונפשיות בפרט: אנשים עם מוגבלות נפשיות ושכליות נתקלים בהגבלות מוסדיות ורפואיות על הבאת ילדים לעולם, כגון הסדרי מגורים שאינם מאפשרים קיום יחסים זוגיים ויחסי משפחה, מתן אמצעי מניעה באופן שגרתי וללא התייחסות מספקת לרצונם, והתניית קבלת טיפולי פוריות במבחנים קוגניטיביים ופסיכולוגיים. הם חווים יחס שלילי בהליכי משמורת, המתבטא בין היתר באפליית ההורה עם המוגבלות במסגרת סכסוכי גירוש, ובכך ששיעור גבוה יחסית של ילדים להורים עם מוגבלויות מוצאים מהבית. בנוסף, הם נתקלים בקשיי גישה לשירותי רפואה ורווחה, בשל אי התאמתם של שירותים אלה ואי הכשרתם של נותני השירותים בנוגע לצרכים המיוחדים הנלווים לא פעם למוגבלות.

לא ניתן להתעלם, כמובן, מהקשיים המהותיים שמציבה המוגבלות הנפשית או השכלית בפני ההורות ומהדאגה לשלומם של הילדים. עם זאת, בהינתן חוק השוויון והאמנה, ובעיקר סעיף 23 לאמנה, קשה מאוד ליישב את הפער העצום שבין עקרונותיהם לבין המדיניות בפועל.

במחקר זה אני בוחנת את הגורמים לפער שבין העקרונות לבין המדיניות בפועל על מנת למצוא הסבר לכך שמדינת ישראל, אשר פועלת לקדם, באופן משמעותי, זכויות של אנשים עם מוגבלויות בתחומים רבים (כגון תעסוקה, השכלה גבוהה, נגישות וכשרות משפטית) נמנעת מלעשות זאת ביחס לזכות להורות. אני טוענת שהסיבה לפער נעוצה בדפוסי החשיבה המקובלים ביחס למושג 'הורות' (לרבות הגדרת טובת וזכויות ילדים) באופן היוצר מתח עד כדי התנגשות בין הורות ומוגבלות. כפועל יוצא, אנשים עם מוגבלות (ובעיקר שכלית ונפשית) נתפסים כבלתי כשירים להורות, וההורות נתפסת כזכות השונה מהותית מזכויות אחרות של אנשים עם מוגבלויות, ואשר חשיבות קידומה מוטלת בספק. התוצאות החברתיות והמשפטיות של תפיסות אלה הן יחס מניעתי ושלילי כלפי הורים עם מוגבלויות, ובפרט מוגבלויות שכליות ונפשיות.

אם אכן כך הם פני הדברים, קידומה של הזכות להורות של אנשים עם מוגבלויות נפשיות ושכליות תלויה במידה רבה בשינוי תפיסתי בנוגע למושג 'הורות'. עיון בדיני המשפחה מלמד שאלו מדגישים את ההורות כתפקיד הכולל ביצוע מטלות טיפוליות, פיזיות ופסיכולוגיות, תוך התעלמות מהיבטים אחרים של ההורות, היבטים העוסקים בחשיבותה של ההורות כשלב התפתחותי מרכזי בחייו של הפרט, והיותה מערכת יחסים בעלת מאפיינים הדדיים, ולא רק מערכת המתמקדת בטיפול של ההורה בילדו. בנוסף, מאפיינים דיני המשפחה את ההורות כזכות בעלת אופי בלעדי, היינו זכותו של ההורה, הוא ולא אחר, לקיים את חובותיו כלפי ילדו באופן בלתי אמצעי. כמו כן, ההתייחסות הרווחת אל ההורות היא כאל זכות שלילית המחייבת אי-התערבות וכיבוד האוטונומיה, ואילו ההתייחסות אליה כאל זכות חיובית אינה יוצקת לה תוכן קונקרטי של סיוע להורים. בכל הנוגע להתייחסות לטובת הילד וזכויותיו, מתאפיינת זו בראיה אינדיוידואלית אשר אינה נותנת די מקום להקשר המשפחתי.

בתפיסות אלה יש פוטנציאל לפגוע במיוחד בהורים עם מוגבלויות: הדגשת הפן של ההורות כתפקיד

הדורש ביצוע מטלות טיפוליות - פיזיות ופסיכולוגיות - פוגעת בהם שכן תפקודם בכל הנוגע למטלות אלה נחשב בדרך כלל כחסר. זאת ועוד, בשל הדגשתו של פן זה, נתפסת ההורות כתוספת לפער התפקודי הקיים ממילא בין אנשים עם מוגבלויות לבין אנשים שנחשבים כאנשים ללא מוגבלות, ומשכך כלא ראויה לקידום, ביחס לזכויות אחרות של אנשים עם מוגבלויות. הדגשת הפן של ההורות כתפקיד גם מצדיקה את הטיעון לפיו בתחום ההורות, ובשל הקשיים המיוחדים שהוא מציב בפני אנשים עם מוגבלויות שכליות ונפשיות וילדיהם, יש להתייחס באופן שונה למוגבלויות שונות, כך שהורים עם מוגבלויות פיזיות וחושיות (המתקשים בעיקר ביצוע מטלות טיפוליות פיזיות) יוכרו ככשירים להורות ולכן כזכאים להתאמות, ואילו הורים עם מוגבלויות נפשיות ושכליות (המתקשים בעיקר בביצוע מטלות טיפוליות פסיכולוגיות) לא יוכרו ככאלה.

הגדרתה של ההורות כזכות בלעדית, זכותו של הורה מסויים לקיום חובות כלפי ילדו באופן בלתי אמצעי, מנוגדת לעקרונות של התאמות העומדים בבסיס קידום שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות. שכן, כאשר ההורות נתפסת כחובה שיש לקיים באופן בלעדי, כל התאמה שתינתן לה תפגע בבלעדיות, ועשויה אף להיתפס ככזו המשנה את מהותה של ההורות ומאיננה אותה.

גם הדגשת הפן השלילי של הזכות להורות עומדת בסתירה לעקרונות של התאמות ופוגעת במיוחד בהורים עם מוגבלויות, אשר עשויים להזדקק לסיוע באופן נרחב יותר מאחרים, מהותית וכמותית. משכך, אי פיתוח מעשי וקונקרטי של הפן החיובי של הזכות פוגע במיוחד בהורים עם מוגבלויות. זאת ועוד: בתחום המוגבלות, נדרשת לא פעם פעולה חיובית לצורך הבטחת זכויות שליליות, כגון נגישות פיזית או נגישות של שירות שמטרתן להסיר חסמים ולאפשר לאנשים עם מוגבלויות להשתתף במרחב הציבורי ולצרוך שירותים ציבוריים ופרטיים. משכך, להורים עם מוגבלויות יש פוטנציאל להיפגע מאי יישום של הזכות להורות בפן החיובי, יותר מהורים אחרים.

בכל הנוגע להתייחסות אל טובת הילד וזכויותיו, התייחסות זו משקפת בדרך כלל את הגישה לפיה מוגבלות ההורים נוגדת את טובתו של הילד וטומנת בחובה פוטנציאל לפגיעה, עד כדי כך שכל רכיב שלילי בחייו של הילד נחשב כתוצאה של מוגבלות ההורה. בנוסף לכך, ההתייחסות הרווחת אל טובת הילד וזכויותיו נושאת אופי אינדיווידואליסטי ואינה נותנת מספיק מקום להיבטים משפחתיים כגון היחסים בין הצדדים או צרכים חברתיים וכלכליים של המשפחה, באופן שיש בו לפגוע באופן מיוחד בהורים עם מוגבלויות.

במחקר זה אני מציעה לאמץ תפיסה חלופית בנוגע להורות, וזאת על בסיס "המודל המשולש להורות", המתייחס לשלושת היבטיה העיקריים: תפקיד, התפתחות אישית, ומערכת יחסים. במקום התפיסה התפקידית-בלעדית המאפיינת את התייחסות המשפט ומערכת הרווחה להורות, אני מציעה לאמץ תפיסה תהליכית-יחסית, הלוקחת בחשבון היבטים נרחבים יותר של הורות, ובכך מאפשרת למתן את הניגוד התפיסתי הקיים היום בין 'הורות' לבין 'מוגבלות'. התפיסה החלופית, התהליכית-יחסית, מכירה ביתרונות שמעניקה ההורות לאדם עם מוגבלות ולחברה (כגון סטטוס חברתי, שייכות לקהילה, ובטחון בהמשך היחסים לאורך השנים), לא מתמקדת רק בחוסר התפקוד ההורי, ומשכך לא תופסת את ההורות כהעמקה והרחבה של הבעיה התפקודית הנובעת מהמוגבלות אלא כבעלת ערך וראויה לקידום. בנוסף, התפיסה החלופית ממתנת את דרישת ה"בלעדיות" של ההורות ומכירה בכך שרובם ככולם של ההורים אינם מבצעים את תפקידיהם בבלעדיות, ומשכך היא סוללת דרך למתן התאמות.

התפיסה שואבת לגיטימציה גם מהכתיבה שקראה להרחיב ולצקת תוכן לפן החיובי של הזכות. כאשר בהורים עם מוגבלויות עסקינן, מתורגם פן חיובי זה לפיתוחן של התאמות בתחום ההורות. בכל הנוגע לתחום טובת הילד וזכויותיו, מאמצת התפיסה החלופית רעיונות הקוראים למימוש זכויותיהם של ילדים תוך מתן דגש לפן המשפחתי ולשימור היחסים המשפחתיים, בין השאר על ידי מימוש זכויות חברתיות של הורים, והכרה ביחסי משפחה מורכבים וגמישים יותר מאלה הקיימים היום.

לתפיסה זו עשויה להיות השלכה חיובית במיוחד בהקשר של הורות של אנשים עם מוגבלויות נפשיות ושכליות, שכן היא טומנת בחובה את הפוטנציאל לסלול דרך למתן התאמות חדשניות להורות, כגון סיוע מוגבר להורים, הרחבת ההכרה בזכויותיהם החברתיות, והכרה פורמלית באנשים נוספים המטפלים בילד, מבלי לפגוע בסטטוס של ההורים הטבעיים.

בנוסף, ובהתאם לגישה האוניברסלית למוגבלות, אימוצה של התפיסה התהליכית-יחסית ישפיע על זכויות ההורות של כלל הורים, ולא רק של הורים עם מוגבלויות, שכן היא מתייחסת אל ההורות במובן רחב יותר, מעבר לתפקיד, ובכך נותנת לגיטימציה ומענה להורים המתקשים במילוי תפקידיהם בזמנים שונים.

אימוץ תפיסה חלופית כמפורט לעיל, הממתנת את הניגוד שבין 'הורות' ל'מוגבלות' מניחה את המסד הרעיוני, המוסרי והחברתי, שיאפשר לקדם את הזכות להורות בפן המשפטי והפרקטי, ובכך לצמצם את הפער הקיים כיום בין מחויבותה של מדינת ישראל לקידום זכויות של אנשים עם מוגבלויות בתחום ההורות, לבין המדיניות הננקטת בפועל.

הבעת תודה

לפרופ' גדעון ספיר אשר הנחייתו איפשרה לי להעמיק ולכתוב מתוך הבנה כי דבר אינו מובן מאליו. לד"ר שגית מור על ההערות והעצות היקרות, ועל השראה מתמדת. לפרופ' אריק רימרמן, פרופ' רון שור, פרופ' ארלין קנטר, ופרופ' ליאורה פינדלר, על העצות והמידע החשוב שחלקו איתי.

ל"קרון שלם" על המלגה לכתיבת המחקר. לקרן פרלה וסמואל רובינשטיין, ולאיקי בר-חיים וד"ר פנינה שטינברג, על המלגה לכתיבת המחקר.

לד"ר מיה גפן ולענבר בונדי על סיוע בעריכה.

ליוניית אפרתי מנציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, לרב רפי פוירשטיין, ולעו"ד שני שדה מהאגף לסיוע משפטי במשרד המשפטים, על הפיכת המחשבות והתיאוריה למציאות בשטח.

ולמשפחה שלי – להוריי רחל ויוחנן, ולאורי, טליה ואלונה – על הזכות להורות.

במהלך עריכת מחקר זה נתרמתי רבות משיחות שקיימתי עם הנשים והאנשים הבאים, ועל כך נתונה להם תודתי: דינה ברק, רונית דודאי, עדי נעמן וענת שלו ממשרד הבריאות, ויויאן אזרן, מרינה יורובסקי וענת פרנק ממשרד העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים, ד"ר גבי אדמון-ריק, ד"ר מרוה איש-עם, ד"ר נצן אלמוג, יקירה אברך, בתיה בבני, סוזי ג'בוטרו, יערית גינזבורג, ד"ר דבורית גלעד, חיה גרשוני, ד"ר דורון דורפמן, צחי דיכנר, ד"ר נעמי הדס-לידור, ד"ר בני הוזמי, ולרי זילכה, דורית ושלר, יותם טולוב, ד"ר אומי לייסנר, נעמה לרנר, ד"ר שפרה מישלוב, חיים סולומון, השופטת תמר סנונית-פורר, עדית סרגוסטי, מני פולק, איריס פינקלשטיין, רונית פיסו, יקיר פניני-מנדל, אילאיל צין, ד"ר ליאורה רופמן, ד"ר שירי רגב-מסלם, עו"ס הילה שטרן, וד"ר כרמית-נעה שפיגלמן.

תודתי נתונה גם לסטודנטיות והסטודנטים אשר טיפלו ביחד איתי בתיקי ההורות בקליניקה בשש השנים האחרונות: שירן קנפו, רועי כהן, גיתית גלבו, ליעד יוסקוביץ, קנדלר מקסבאור, מיכל מן, ליאור לרנר, רבקה פורמן, אורי רוס, אלישבע אמיתי, ארד קלמן וגילת הבארד.

במסגרת עבודתי בקליניקה לזכויות אנשים עם מוגבלויות בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר אילן אני עוסקת כעורכת דין וכחוקרת, בפרקטיקה ובתיאוריה, בזכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות: בתחומי התעסוקה, שילוב בחינוך, קצבאות הביטוח הלאומי, כשרות משפטיות, ונגישות. בשנים האחרונות החל "לצוץ" בקליניקה תחום חדש, כאשר אנשים עם מוגבלויות התקשרו או כתבו לנו, וסיפרו על קשיים שהם חווים בתחום ההורות.

בשנים האלה הפכתי בעצמי לאם ונחשפתי ליופי ולקשיים שמכניסות ילדות לחייך. בד בבד התוודעתי להורות כאל אחת מזירות הקושי והאפליה כלפי אנשים עם מוגבלויות - כל סוגי המוגבלויות, ובכל גווי ההורות – בהקשר הזוגי, ביחס שבין האדם לבין האפוטרופוס שלו, קשיים בהבאת ילד לעולם, הקשיים הפיזיים והפסיכולוגיים הכרוכים בגידולו של ילד, ובעיקר חוסר התאמתן של מערכות הרווחה והמשפט להורים אלה. גיליתי גם, שחסרונה של ההורות מעסיקה אנשים רבים עם מוגבלות, מעיבה על חייהם ומדאיגה אותם, גם אם הם אינם מרבים לדבר על כך.

בין המקרים שהגיעו אלינו היתה א', אשה עם מוגבלות פיזית אשר הביאה לעולם ילדה ללא קשר גנטי או ביולוגי אליה, ואמהותה לא הוכרה על ידי רשויות הרווחה ובית המשפט. מ', עובדת סוציאלית, סיפרה לנו על אשה עם מוגבלות שכלית אשר הדודות שלה, המשמשות כאפוטרופות שלה, מתנות את הסכמתן לחתונתה בכך שתעבור עיקור. תאגיד האפוטרופוסות של ל' פנה לרבנות על מנת לבקש שלא תשיא את ל' ואת בן זוגה. ע', אשה עם מוגבלות שכלית גבולית, נדחתה על ידי הועדה האמונה על הליכי פונדקאות מבלי שזו אפילו ראתה אותה ובניגוד לנהלי הועדה, רק על סמך מסמכים המעידים על מוגבלותה. רשויות הרווחה ביקשו להכריז על ביתה של ב', אשה עם אוטיזם, כעל "קטינה נזקת" על מנת לפקח על האופן שבו היא מגדלת אותה. ילדם של א' וש', הורים עם מוגבלות נפשית ושכלית, הוכרו כ"קטין נזקק" ובסופו של דבר נשלח למשפחת אומנה. ע', אשה עם מוגבלות נפשית ופיזית, אינה יכולה לבקר את ביתה שנשלחה למשפחת אומנה, מאחר והיא מתגוררת במרחק של כמה מאות קילומטרים ממנה. האומנה של א', סבתה של נ', הופסקה מאחר ואמה של נ', אשה עם מוגבלות שכלית, מתגוררת איתן באותו הבית. ד', אדם עם אוטיזם, תהה אם יוכל להתחתן, והאם כאשר ייוולדו לו ילדים, הם יילקחו ממנו.

כל אותם מקרים המחישו עבורי עד כמה לא מובן מאליו הקשר שבין זכויות אנשים עם מוגבלויות לבין הורות, ועד כמה משפיעה עמימות זו לרעה על זכויותיהם ועל חייהם של אנשים עם מוגבלויות. כל המקרים חשפו אותי באופן ישיר גם לילדיהם, הממשיים או הפוטנציאליים, של הלקוחות, והעמידו אותי בפני דילמה מתמדת אשר נבעה מהמתח שבין זכויות ההורים, חוסר הסיוע להורות, והדאגה לילדים. כתיבת התיזה, כך קיוויתי, תעזור לי לזקק את הבעיות, ליישב את הדילמה, ולקדם את זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות בתחום ההורות.

השילוב של המחשבה התיאורטית עם עריכת הדין המעשית הפך את הכתיבה למאתגרת. שכן, המציאות עימתה אותי פעם אחר פעם עם הורים, ילדים, ובני משפחה, בשר ודם, עם בעיות קשות ומגוונות

ומשברים, באופן שלעיתים ייאש אותי ולא תמיד איפשר לי לפתח את התיאוריה בכיוון בו ביקשתי. עם זאת אני סבורה כי בסופו של דבר העשירה הפרקטיקה את התיאוריה והפכה אותה למורכבת, רלוונטית, ואולי גם למדויקת יותר. התיאוריה, בתורה, השפיעה על הפרקטיקה: היא איפשרה לי להעמיק את הטיעונים בתיקים בהם ייצגתי, נתנה לי כוח וסיבה להמשיך ולייצג את הלקוחות גם בזמנים קשים תוך רפלקציה מתמידה על עבודת היום-יום, לפתח תחום מומחיות ולחלוק אותו עם חוקרים, שופטים, ומייצגים של הורים, ולסייע בעיצובו של דיון בין-משרדי מתמשך בנוגע לקידום הזכות להורות בנציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות.

העיסוק המתמיד בהורות ובזכות להורות, הן הפרקטי והן האקדמי, ליווה ומלווה גם את חיי האישיים כבת זוג וכאם. הדילמות והקשיים שבפניהם עמדו לקוחותי, והעיסוק התיאורטי בהורות, אשר פירק אותה לחלקים וארגן אותה מחדש שוב ושוב, עימתו אותי עם רגשות ולבטים יומיומיים, והזכירו לי את המוטיבציה להורות ואת היבטיה הרחבים, אשר עליהם ביססתי את הכתיבה.

כתוצאה מכל אלה, במרכזו של מחקר זה העוסק בזכויות ההורות של אנשים עם מוגבלות שכלית ונפשית, הצבתי רעיון שנבע מתחושה של "חסר נוחות". את התחושה הזו תרגמתי לניגוד בין מושגי ה'הורות' וה'מוגבלות', ניגוד שבא לידי ביטוי בתחומים שונים של חברה, משפט, ותיאוריה, ומוביל ליחס ומדיניות שליליים כלפי הורים עם מוגבלויות, ולפער גדול בין עקרונות של שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות, לבין המצב בפועל. הבנה מעמיקה יותר של הקשר ושל הסיבות לניגוד שבין הורות ומוגבלות, לא הביאה אותי לאותו "פתרון דילמה" חד וברור לו ייחלתי כאשר התחלתי לכתוב, אלא למתווה דרך, אשר אני מקווה שסייע לקידום החשיבה בתחום זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות, לקידום מדיניות בתחום ההורות, וליישום משפטי כולל, מודע, ומדויק יותר מזה הקיים היום.

הורות ומוגבלות: הניגוד

ההורות מהווה, בדרך כלל, נדבך מרכזי בחייו הבוגרים של הפרט, בשיקוליו הכלכליים, ובהשתייכותו המשפחתית, החברתית והקהילתית לאורך כל חייו הבוגרים ובעת זקנתו. על פי רוב מאופיינת ההורות בפרטיות ובמימוש של אוטונומיה, והשאלה העולה היא של בחירה ולא תביעת זכויות. מהותה ה"זכותית" של ההורות מתעוררת כשנדרש סיוע המדינה במימושה או באי שלילתה. או אז הופך המרחב האינטימי לציבורי, ומתבקשים כללים ברורים.

כבכל תחום, גם בתחום ההורות והמשפחה, מנהלים המשפט והחברה יחסי גומלין. המשפט משקף את הערכים המקובלים בתחום המשפחה, ובה בעת מעצב את התפיסה החברתית ביחס לדרכים ליצירת משפחה ולהגדרת קשרים משפחתיים. כפועל יוצא מכך בישראל, בה התא המשפחתי ועידוד הילודה מהווים ערכים חברתיים מקובלים, הרי שהם מקודמים גם באמצעים משפטיים. בה בעת, התפיסה החברתית בנוגע להורות של אנשים עם מוגבלויות מציבה סימן שאלה בנוגע לגליטימיות שלה ובוודאי שבנוגע לעידודה, באופן המשליך על אי-קידומה גם באמצעים משפטיים.

אנשים עם מוגבלויות (פיזיות, חושיות, נפשיות ושכליות) חווים קשיים בכל תחומי החיים. קשיים אלה מתבטאים, בין היתר, במצב סוציו-אקונומי נמוך, ושיעורים נמוכים של השתתפות בתעסוקה והשכלה גבוהה. החשיבה התיאורטית העכשווית בתחום זה מייחסת את הקשיים לא רק למוגבלות האורגנית אלא גם לדפוסיים חברתיים המתבטאים באפליה, הדרה, והפרדה של אנשים עם מוגבלויות, וקוראת,

לכן, לסיוע לאנשים עם מוגבלויות והתאמה של הסביבה על מנת שיוכלו להשתתף ולהשתלב בה באופן שוויוני.

אחד התחומים בהם מתקשים אנשים עם מוגבלויות, יותר מאחרים, הוא בתחום הקמת המשפחה, ובעיקר בהורות - הן בהבאת ילדים לעולם והן בגידולם. בעוד שאת הקשיים אותם חווים אנשים עם מוגבלויות פיזיות וחושיות ניתן לאפיין כטכניים וכלכליים בעיקרם, הקשיים אותם חווים אנשים עם מוגבלויות שכליות ונפשיות נוגעים פעמים רבות לשורשיה המהותיים של ההורות ומעלים שאלות לגבי מסוגלותם ההורית ויכולתם לספק לילדיהם צרכים רגשיים והתפתחותיים בסיסיים הכרוכים באחריות ודאגה לילד ולגידולו, כגון תכנון סדר יום וסדר חיים, העדפת צרכי הילד על פני צרכי ההורה, התנהגות יציבה, מרחב להתפתחות אוטונומית, הענקת והקניית צרכים וערכים תרבותיים, חינוך תוך הצבת גבולות, ומסוגלות לטפל בחסכים אצל הילד עצמו. קשיים אלה נובעים הן מהמוגבלות עצמה והן מנסיבות נוספות הנלוות לא פעם למוגבלות, כגון מצב כלכלי ירוד. בנוסף, מועצמים הקשיים בשל חוסר בשירותים סוציאליים המתאימים לצרכיהם של הורים עם מוגבלויות נפשיות ושכליות, ורתיעה מפנייה לעזרה, מחשש להתערבות של הרשויות ביחסי המשפחה ומהפרדתם מילדיהם.

חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח – 1998 (להלן: "חוק השוויון") והאמנה הבינלאומית בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות (להלן: "האמנה הבינלאומית") מעגנים את מחויבותה של המדינה לקדם שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות. בעוד חוק השוויון אינו מזכיר את תחום המשפחה וההורות באופן מפורש, האמנה מייחדת לתחום זה סעיף מפורט (סעיף 23) לפיו על המדינה לקדם את זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות גם בתחום ההורות, לרבות אי אפלייתם לרעה ומתן ההתאמות והסיוע הנדרשים להם להביא ילדים לעולם ולגדל את ילדיהם.

על אף שמדינת ישראל חתמה ואישרה את האמנה, ועל אף שמדובר במדינה המעודדת ומקדמת זוגיות וילודה, לא קיימת בישראל מדיניות מוצהרת בשאלת ההורות של אנשים עם מוגבלויות. כפועל יוצא מכך לא קיימים, כמעט בכלל, שירותים מיוחדים, מחקר, או תקציבים המיועדים לתחום זה. יתר על כן, בפועל, המדינה נוקטת מדיניות שלילית כלפי הורים עם מוגבלויות, המגבילה הורות של אנשים עם מוגבלויות בכלל, ואנשים עם מוגבלויות שכליות ונפשיות בפרט. אנשים עם מוגבלות נפשיות ושכליות חווים הגבלות מוסדיות ורפואיות על הבאת ילדים לעולם, כגון הסדרי מגורים שאינם מאפשרים קיום יחסים זוגיים ויחסי משפחה, מתן אמצעי מניעה באופן שגרתי וללא התייחסות מספקת לרצונם, והתניית קבלת טיפולי פוריות במבחנים קוגניטיביים ופסיכולוגיים; יחס שלילי בהליכי משמורת, המתבטא בין היתר באפליית ההורה עם המוגבלות במסגרת סכסוכי גירושין, ובכך ששיעור גבוה יחסית של ילדים להורים עם מוגבלויות מוצאים מהבית; וקושי בגישה לשירותי רפואה ורווחה בשל אי התאמתם של שירותים אלה לצרכיהם ואי הכשרתם של נותני השירותים בנוגע לצרכים המיוחדים הנלווים לא פעם למוגבלות.

לא ניתן להתעלם, כמובן, מהקשיים המהותיים שמציבה מוגבלות נפשית או שכלית בפני ההורות ומהדאגה לשלומם של ילדיהם של אנשים אלה. עם זאת, בהינתן חוק השוויון והאמנה, ובעיקר סעיף 23 לאמנה, קשה מאוד ליישב את הפער העצום שבין עקרונותיהם לבין המדיניות בפועל, כפי שהוא משתקף בחקיקה, בפסיקה, ובשירותים.

במחקר זה אני בוחנת את הפער ואת הגורמים לו על מנת למצוא הסבר לכך שמדינת ישראל, אשר פועלת

לקדם, באופן משמעותי, זכויות של אנשים עם מוגבלויות בתחומים רבים (כגון תעסוקה, השכלה גבוהה, נגישות וכשרות משפטית) נמנעת מלעשות זאת ביחס לזכות להורות. אני טוענת, שהדבר נובע בין היתר מדפוסי החשיבה המקובלים ביחס למושג 'הורות' (לרבות טובת וזכויות ילדים) ולמושג 'מוגבלות', היוצרים מתח עד כדי התנגשות בין שני המושגים. מוגבלות נתפסת כמילה נרדפת לחוסר מסוגלות (בעיקר אצל אנשים עם מוגבלויות נפשיות ושכליות) ואילו הורות מיתרגמת בעיקר לתפקיד אותו על ההורים למלא באופן עצמאי ביחס לילדיהם. כפועל יוצא, אנשים עם מוגבלות נתפסים כבלתי כשירים לביצוע התפקידים המאפיינים את ההורות. משכך, קידומה של הזכות להורות של אנשים עם מוגבלויות נפשיות ושכליות תלויה במידה רבה בשינוי תפיסתי.

במסגרת המחקר אני מבקשת להתחקות אחר המדיניות הגלויה והסמויה כלפי הורות של אנשים עם מוגבלות ולהציע תפיסה חלופית בנוגע להורות ומוגבלות, תפיסה אשר יש בה כדי להוביל לצמצום הפער שבין עקרונות חוק השוויון והאמנה לבין המדיניות בישראל. בכך תיסלל דרך לקידום שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות גם בתחום ההורות, וזאת מבלי להתעלם מהקשיים המהותיים של הורים עם מוגבלויות נפשיות ושכליות ומטובת ילדיהם.

מבנה העבודה

בפרק הראשון, המהווה סקירת ספרות, נבחנת תופעת ההורות בקרב אנשים עם מוגבלויות שכליות ונפשיות. בפרק זה אני מצדיקה את הבחירה לבחון את זכותם להורות של אנשים עם מוגבלויות נפשיות ואנשים עם מוגבלויות שכליות במיוחד, וזאת בעיקר מאחר והורות זו היא אשר בדרך כלל עומדת במוקד ההתערבות המערכתית, החברתית והמשפטית, ביחסי הורה-ילד. סקירת מאפייני ההורות של אנשים עם מוגבלויות שכליות ונפשיות ויחסם של החברה והמשפט להורות זו מתבססת בעיקר על מחקרים שנערכו בארה"ב ואירופה, שכן בישראל כמעט ולא קיימים מחקרים בתחום זה. סקירה זו מפרטת את הקשיים הרבים שחווים אנשים עם מוגבלויות נפשיות ושכליות, ואת השלכותיהם האישיות, החברתיות והמשפטיות, ובעיקר את חוסר התייחסותם של המוסדות והמערכות לשילוב שבין הורות ומוגבלות. הקשיים המאפיינים הורות של אנשים עם מוגבלויות נפשיות ושכליות מציבים את המדינה בפני שתי אפשרויות חלופיות: האחת, הגבלה ושליטה של הורות זו, והשנייה, סיוע והתאמה לצורך התגברות על הקשיים.

בפרקים השני והשלישי מוצגים ממצאי המחקר. **בפרק השני** אני מבקשת להראות, כי הלכה למעשה נוקטת המדינה באפשרות של שליטה והגבלה של הורותם של אנשים עם מוגבלויות נפשיות ושכליות. לצורך כך, בפרק זה נסקרים הדינים הישראלים העוסקים באנשים עם מוגבלויות נפשיות ושכליות, וכן הדינים העוסקים בהורות, ונבחן יחסם של שני התחומים זה לזה. הסקירה מעלה כי לא קיימת כמעט בכלל התייחסות להורות בחוקים העוסקים במוגבלות, וגם כאשר קיימת התייחסות, היא נושאת אופי שלילי ואינה הולמת עקרונות של שוויון זכויות כגון הנגשה והתאמות. סקירת הדינים העוסקים בהורות מעלה כי ההתייחסות להורים עם מוגבלויות היא בעיקרה שלילית, באופן המביא להתערבות ואף לביטול היחסים ההוריים. זאת ועוד: על אף שרבים מההורים אשר עניינם עומד לבחינת בית המשפט הם אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית, החקיקה והפסיקה בתחום זה אינן מגדירות את המקרים ככאלה הקשורים לשוויון זכויות של אנשים עם מוגבלויות.

בפרק השלישי אני בוחנת את חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות ואת האמנה הבינלאומית בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות. בפרק זה אני מראה כי שני דברי חקיקה אלה לא הובילו לשינוי הגישה השלילית שתוארה בפרק השני ולדיון מעמיק בהשלכות המשפטיות של הגדרתם של הורים כ"אנשים עם מוגבלויות". חוסר האפקטיביות של חוק השוויון בתחום זה מיוחס לאי התייחסותו המפורשת לתחום המשפחה, בעוד חוסר האפקטיביות של האמנה הבינלאומית, המייחדת סעיף מפורט לזכויות משפחה (סעיף 23), מיוחס למעמדה הנורמטיבי הנמוך (כחקיקה בינלאומית), ולפער העצום שבין הוראותיה לבין (חוסר) המוכנות החברתית-מוסרית להכיר בשוויון זכויות של אנשים עם מוגבלויות בתחום ההורות.

בפרק הרביעי, הכולל את ניתוח הממצאים והדיון, אני מבקשת לספק הסבר להתייחסות השלילית כלפי הורים עם מוגבלויות ולפער שנוצר בעקבותיה בין עקרונות החוק והאמנה לבין המדיניות בשטח, באמצעות בחינה של תפיסת ה'הורות', והצעת תפיסה חלופית, אשר אימוצה עשוי לגשר על הפער ולקדם את זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות גם בתחום ההורות. המדובר במעבר מתפיסה לה אני קוראת "תפקידית-בלעדית", המתמקדת במילוי תפקידיהם של ההורים כלפי ילדיהם, לתפיסה "תהליכית-יחסית" של ההורות, תפיסה הלוקחת בחשבון היבטים אחרים של הורות – של התפתחות אישית ושל מערכת יחסים.

לצורך כך אני מגדירה את "המודל המשולש להורות", המבוסס על ההורות כתפקיד, כהתפתחות אישית, וכמערכת יחסים. אני מראה, כי ההתייחסות המשפטית להורות ואל טובת וזכויות הילד היא התייחסות תפקידית-בלעדית, המתמקדת בהורות כתפקיד ובכך מתעלמת מהיבטיו האחרים של המודל המשולש להורות – התפתחות אישית ומערכת יחסים.

אותה התייחסות משפטית להורות מורכבת מארבעה נדבכים מרכזיים: (1) התמקדות בהורות כתפקיד, תוך התעלמות מהיבטים אחרים (שלב התפתחותי מרכזי בחייו של הפרט, ומערכת יחסים בעלת מאפיינים הדדיים); (2) הגדרת ההורות כזכות בלעדית של ההורה לקיים את חובותיו כלפי ילדו באופן בלתי אמצעי; (3) התמקדות בפן של הזכות להורות כשלילית (המחייבת אי-התערבות וכיבוד האוטונומיה) ואי יציקת תוכן לפן החיובי של הזכות, ולסיוע אקטיבי במימושה; (4) התמקדות אינדיוידואלית בזכויות וטובת הילד כמנוגדות מוגבלות של הורים.

אני מסבירה, כי בשל ההזדקקות המוגברת של הורים עם מוגבלויות לסיוע ולהתאמות בתפקודם, משפיעות תפיסות אלה לרעה על ההתייחסות המשפטית להורים עם מוגבלויות, הן במישור הרעיוני והן במישור הפרקטי. שכן, הן מערערות על עצם החשיבות של קידום ההורות כזכות של אנשים עם מוגבלויות, ואינן מבססות הצדקה להתאמות.

בהמשך הפרק, כאמור, אני מבקשת להציע תפיסה חלופית לתפיסה התפקידית-בלעדית של ההורות, כפי שהיא באה לידי ביטוי בארבעת ההיבטים שלעיל – התפיסה התהליכית-יחסית. תפיסה זו מבססת על הרחבת ההתייחסות להורות, מעבר לתפקיד, תוך הכרה בחשיבותה של ההורות לפרט ולחברה; על הכרה בכך שהגדרתה הבלעדית של הורות סותרת עקרונות של שוויון זכויות ושל התאמות, וכי למעשה לא קיימת, באמת, בלעדיות הורית; על חשיבות ההכרה בזכות להורות כזכות חיובית תוך יציקת תוכן קונקרטי של סיוע להורים; ועל תפיסה שונה של זכויות הילד וטובתו, המתמקדת במימוש זכויותיהם של ילדים תוך מתן דגש לפן המשפחתי ולשימור היחסים המשפחתיים, בין השאר על ידי מימוש זכויות

חברתיות של הורים, והכרה ביחסי משפחה מורכבים וגמישים יותר מאלה הקיימים היום. לטענתי, תפיסה חלופית זו יכולה לבסס הכרה בחשיבות ההורות של אנשים עם מוגבלויות הבוחרים להיות הורים, ולהעניק לגיטימציה להתאמות וסיוע להורים עם מוגבלויות. אימוצה של התפיסה החלופית במישור החברתי, מוסרי ופוליטי אמורה לסלול את הדרך גם לשינוי משפטי בעל היבטים פרקטיים, אשר יצמצם את הפער שבין עקרונות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות בתחום ההורות, לבין המדיניות הקיימת היום. בנוסף אני טוענת, בהקשר האוניברסלי של המוגבלות, כי אימוצה של התפיסה התהליכית-יחסית יטיב עם כלל ההורים, ולא רק עם הורים עם מוגבלויות. זאת מאחר ומדובר בתפיסה רחבה וכוללת יותר, אשר יש בה פוטנציאל לתת מענה מוסדי לקשיים בהם נתקלים רובם המכריע של ההורים במהלך הורותם.

פרק 1: סקירת ספרות: הורות של אנשים עם מוגבלויות נפשיות ושכליות

מהלך הפרק

פרק זה מתאר את תופעת ההורות של אנשים עם מוגבלויות בישראל ובעולם, בדגש על הורים עם מוגבלויות נפשיות ושכליות, ואת הדרך שבה היא באה לידי ביטוי במישור הטיפולי, החברתי והמשפטי. בחלקו הראשון של הפרק נסקרים הקשיים העומדים בפני אנשים עם כל סוגי המוגבלויות בתחום ההורות, הן בהבאת ילדים לעולם והן בגידולם. קשיים אלה מתאפיינים על ידי היבטים אינהרנטיים למוגבלות (כגון קושי פיזי להיכנס להריון, קושי פסיכולוגי להתמודד עם גידול ילדים) היבטים הקשורים למוגבלות באופן עקיף (כגון עוני) והיבטים סביבתיים-חברתיים הכוללים שירותים בלתי נגישים, חוסר סיוע, וסטיגמה שלילית. בהמשך מובאים נתונים אמפיריים לגבי היקף התופעה של הורות עם מוגבלות בישראל.

בחלקו השני של הפרק נדונה באופן ספציפי הורותם של אנשים עם מוגבלות נפשית ושכלית. תחילה אני מצדיקה את הבחירה, לבחון באופן מאוחד את הורותם של הורים עם שתי המוגבלויות הללו, אשר למרות שיש להן מאפיינים דומים בתחום ההורות והתפקוד ההורי, יש ביניהן גם לא מעט הבדלים. עם זאת, לצורך בחינתה של הזכות להורות רב המשותף על השונה ביניהן, בראש ובראשונה מאחר ואלה הן המוגבלויות אשר הקשר שלהן להורות מעורר בדרך כלל את השאלות המהותיות ביותר בקרב החברה, רשויות הרווחה ובתי המשפט. לאחר מכן נדונים מאפייני ההורות של אנשים עם מוגבלות נפשית ושכלית והשלכתם על גידול ילדים, והתפתחות ההתייחסות החברתית, הטיפולית והמשפטית להורים עם מוגבלויות נפשיות ושכליות.

הנתונים המובאים בפרק זה מצביעים על קשיים רבים ומגוונים העומדים בפני הורים או הורים פוטנציאליים עם מוגבלות שכלית ונפשית. חלקם קשורים קשר הדוק למוגבלות ולמאפייניה, חלקם קשורים אליה באופן עקיף, וחלקם נובעים מיחסן השלילי של החברה והמדינה ואי-הקצאת המשאבים הנדרשים לתמיכה בהורות זו. לכאורה, מצב זה מעמיד את המדינה ובתי המשפט בפני שתי אפשרויות חלופיות: האחת, הכרה בקשיים כסיבה להגביל את זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות נפשיות ושכליות בתחום ההורות, והשניה, התייחסות לקשיים אלה באמצעות מדיניות המאפשרת ומסייעת להורות של אנשים עם מוגבלויות, תוך מתן ההתאמות הרלוונטיות, כפי שנעשה בתחומי חיים אחרים של אנשים עם מוגבלויות.

1. הורות של אנשים עם מוגבלויות בישראל ובעולם

אנשים עם מוגבלויות נתקלים בקשיים מיוחדים בנוגע לשני ההיבטים של ההורות והזכות להורות – הזכות להביא ילד לעולם והזכות לגדל ילדים: אנשים עם מוגבלות פיזית עשויים להיתקל בקושי להשיג היריון באופן טבעי, לספק זרע או ביצית, או לקיים היריון. אנשים עם כל סוגי המוגבלויות נתקלים

בקשיים בכל הנוגע לפונדקאות ולא־אִמוץ.¹ הם עשויים להיתקל בקשיים להינשא² וביצירת זוגיות,³ ולעתים נתפסים כלא-מיניים,⁴ קשיים אשר יש בהם כדי להשליך באופן ישיר על יכולתם להביא ילד לעולם, הן במישור הפיזי והן במישור החוקי.⁵ בנוסף, הם עשויים להיתקל בקשיים בגידול ילדיהם, הן מההיבט הפיזי והן מההיבט הנפשי והשכלי,⁶ וילדיהם עשויים להיות "מועמדים" להוצאה מהבית ואף לא־אִמוץ יותר מילדים של אנשים ללא מוגבלות.⁷

הקשיים שמאפיינים הורות עם מוגבלות במובנה כגידול הילדים, משפיעים גם על זכויות הורות פוטנציאלית במובנה כהבאת ילד לעולם, שכן השיקולים שנשקלים בשלב מקדמי זה כוללים גם את ההנחה, שההורה אשר יביא את הילד לעולם, גם יגדלו. יוצא, אפוא, שאנשים עם מוגבלויות עלולים למצוא את עצמם במוקד הדיון בזכות להורות בתכיפות ובעוצמה רבות יותר מאלו שניתן למצוא בכלל האוכלוסייה.

מחקרים בתחום ההורות של אנשים עם מוגבלות מצביעים על מתח בדפוס החשיבה המקובלים בין מושג המוגבלות לבין מושג ההורות. המוגבלות נתפסת כ"חוסר מסוגלות" וכשם נרדף לתלות, שאינם מתיישבים עם התפקידים המאפיינים את ההורות,⁸ ובעיקר את האימהות.⁹ משכך, אחת השאלות העיקריות העולות בנוגע להורים עם מוגבלויות הינה תפיסתם כעול על ילדם ועל הסובבים, מעין "היפוך מושא הטיפול" - כאשר בשל המוגבלות, הילד נאלץ לטפל בהורה בגיל מוקדם יחסית (תופעה זו מוכרת כתופעת "הילד ההורי"). הורות זו גם עומדת במתח עם רעיונות ניאו-אוגנים שעיקרם אי העברת

¹ בקשה לאמץ ילד נבדקת, בין היתר, בהיבטים של איתנות המשפחה, המצב הבריאותי והתפקוד הפיזי של המיועדים לאמץ (בהתאם לטופס "בקשה למתן צו אימוץ" המופיע באתר משרד הרווחה והשירותים החברתיים). ראו בעניין זה: ערר מס' 25/17 (בפני ועדת ערר לפי סעיף 36 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א – 1981 ולפי חוק בתי הדין המנהליים, התשנ"ב – 1992, בבית המשפט לענייני משפחה בבאר שבע) פלונית ואח' נ' עו"ס לחוק אימוץ – השירות למען הילד (פורסם בנבו, 11.7.18) אשר הדגיש את חשיבות היכולות הנפשיות, הקוגניטיביות והרגשיות של המועמדים לאמץ. גם הליכי פונדקאות בארץ כוללים עמידה בשורה של מבדקים פסיכולוגיים שעשויים "לסנן" אנשים עם מוגבלויות נפשיות ושכליות (ראו את תיאור השירות באתר משרד הבריאות).

² מיכאל ויגודה "הזכות לנישואין של אנשים עם מוגבלות" משרד המשפטים, המחלקה למשפט עברי (2010); לעניין נישואים של אנשים עם מוגבלות שכלית ראו: רבני ורבניות בית המדרש של "בית הלל", "נישואי אנשים עם מוגבלות שכלית-התפתחותית" "ואין הדעות שוות": על מעמדו של אדם עם מוגבלות שכלית והתפתחותית בעולמה של מסורת ישראל (ב). לאו, עורך, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2016.

³ חפציבה ליפשיץ-והב וחגית חגאל "תופעת היחידאות" בקרב בוגרים עם מוגבלות שכלית: תיאוריות פסיכולוגיות (התקשרות, אינטימיות), תיאוריות מודרניות (בחירה / היעדר הזדמנויות) או קשיים רגשיים חברתיים, מחקר שנערך עבור קר שלם (2015); ראו גם פסק דין שניתן לאחרונה על ידי בית הדין הרבני הגדול בירושלים, אשר חייב אשה לקבל גט וכתובה מופחתת, מאחר ומצא כי היא חולה במחלת נפש אשר הבעל לא ידע עליה (תיק רבני 1129170-1 פלונית נ' פלוני, 18.3.18) פורסם באתר "פסקדין" 23.8.18.

⁴ Ilanit Hasson-Ohayon, Ifat Hertz, Noa Vilchinsky & Shlomo Kravetz, *Attitudes Toward the Sexuality of Persons with Physical Versus Psychiatric Disabilities*, 59(2) REHABILITATION PSYCHOLOGY 236 (2014);

טובין סיברס אף טוען כי ניתן להגדיר אנשים עם מוגבלויות כ"מיעוט מיני" (sexual minority): Tobin Siebers, A. *Sexual Culture for Disabled People*. In *DISABILITY THEORY* (The University of Michigan Press, 2008).

⁵ מאחר והחוקים העוסקים בפונדקאות ובאימוץ מתייחסים במפורש לזוגות ולא ליחידים (סעיף 1 לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) תשנ"ו - 1996, וסעיף 3 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א – 1981). בפועל נמסרים ילדים לא־אִמוץ גם להורים (ובעיקר אמהות) יחידניים אולם מדובר בעיקר בילדים בוגרים יחסית אשר לא נמצאו עוברים משפחות מאמצות אחרות. כמו כן, תיקון לחוק הסכמים לנשיאת עוברים מחודש יולי 2018 יאפשר גם לאמהות יחידניות להשתמש בשירותי פונדקאות.

⁶ Chris Watkins, *Beyond Status: The Americans with Disabilities Act and the Parental Rights of People Labeled Developmentally Disabled or Mentally Retarded*, 83(6) CALIFORNIA LAW REVIEW 1415 (1995).

⁷ The National Council on Disability Report, *ROCKING THE CRADLE: ENSURING RIGHTS OF PARENTS WITH DISABILITIES AND THEIR CHILDREN* (2012).

⁸ Collin Barnes, *Disabling Imagery and the Media*, THE DISABILITY ARCHIVE UK (1992).

⁹ רוני רוטלר, "אמהות ישראליות וטכנולוגיות פריון בראי זכויותיהן של נשים עם מוגבלות" בטחון סוציאלי 103, 67, 75 (2018).

המוגבלות בתורשה, ומניעת גידול "פגום" של דור העתיד.¹⁰ רעיונות אלה, הרווחים מאוד כיום, מבוססים על הגישה האאוגנית והמגמה שרווחה בחצי הראשון של המאה העשרים באירופה ובארה"ב, למנוע ילודה בקרב אנשים עם מוגבלות, בחסות החוק, באמצעות ביצוע פעולות כמו עיקור בכפיה.¹¹

צורת חשיבה זו והשלכותיה הלכה למעשה אינן נחלת העבר בלבד, אלא הן מהוות חזון נפרץ גם כיום, באופן המתבטא, בין השאר, בכפייה של סירוס, של עיקור¹² ושל הפלות; בשיעור גבוה של ילדים הנלקחים מבתי הוריהם לאימוץ ואומנה;¹³ ביחס מפלה בהליכי משמורת על ילדים;¹⁴ במניעת גישה לשירותי רפואה הקשורים לילודה ולשירותי אימוץ, ובחוסר מודעות של שירותי הרווחה לצרכים של הורים עם מוגבלות, המוביל לתת-תמיכה ולהתערבות רק בשעות משבר.¹⁵ גם בישראל מתמודדים אנשים עם מוגבלויות עם תפיסות חשדניות לגבי כישורי ההורות שלהם,¹⁶ ויש אף שחוששים שילדיהם יילקחו מהם עקב כך.¹⁷

גם גישות המייצגות, לכאורה, את זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות, נוהגות לסייגן בכל האמור בתחום המשפחה – הנישואים וההורות, בטענה (בעיקר לגבי אנשים עם מוגבלות שכלית) כי קיים פער בין הכושר המשפטי להינשא ולהיות הורה, לבין היכולת בפועל לנהל חיי משפחה, והסכנה הנשקפת לבני המשפחה, בין בשל הולדת "ילד פגום" ובין בשל רמת התפקוד הלשוני של ההורה. גישות אלה דגלו בעידוד שירותים של טיפול וייעוץ אשר יסייעו לאנשים להבין את משמעות המעשה וסיכוניו, וכתוצאה מכך להימנע ממנו.¹⁸

מודלים מאוחרים יותר קראו להתבוננות באינטראקציה בין הסביבה – המגבילה – לבין הלכות, והראו

¹⁰ Tom Shakespeare, *Choices and Rights: Eugenics, Genetics and Disability Equality*, 13(5) *DISABILITY & SOCIETY* 665 (1998); Yael Hashiloni-Dolev & Aviad E. Raz, *Between Social Hypocrisy and Social Responsibility: Professional Views of Eugenics, Disability and Repro-Genetics in Germany and Israel*, 29(1) *NEW GENETICS AND SOCIETY* 87-102 (2010); Arie Rimmerman, *SOCIAL INCLUSION OF PEOPLE WITH DISABILITIES – NATIONAL AND INTERNATIONAL PERSPECTIVES* 23-31 (Cambridge Disability Law and Policy, 2013).

¹¹ David Pfeiffer, *Eugenics and Disability Discrimination*, 9 *DISABILITY & SOCIETY* 481, 482 (1994); PARENTS WITH INTELLECTUAL DISABILITIES: PAST, PRESENT AND FUTURE (Llewellyn, G., Traustadóttir, R., McConnel, D. & Sigurjónsdóttir, Hanna Bjorg, eds., 2010); Pamela Block, *Sexuality, Fertility, and Danger: Twentieth-Century Images of Women with Cognitive Disabilities*, 18(4) *SEXUALITY AND DISABILITY*, 239 (2000).

¹² World Health Organization Report on [Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization](#) (2014).

¹³ רחל סבו-לאל, ברכי בן סימון, וציסלב קונסטנטינוב "הילדים בגיל הרך במשפחות האומנה: מאפיינים ותהליכי התערבות" (מאירס-גיזנט-ברוקדייל ומשרד הרווחה, 2014). לפי הדו"ח ל-83% מהילדים המושמרים באומנה יש לפחות הורה אחד עם מוגבלות; Elizabeth Lightfoot, Katherine Hill & Traci LaLiberte, *The Inclusion of Disability as a Condition for Termination of Parental Rights*, 34 *CHILD ABUSE AND NEGLECT*, 927-934 (2010); Hanna Bjorg Sigurjónsdóttir & James G. Rice, 'Evidence' of Neglect as a Form of Structural Violence: Parents with Intellectual Disabilities and Custody Deprivation, 6(2) *SOCIAL INCLUSION*, 66 (2018).

¹⁴ ראו למשל: י"ס (י-ם) 7167-10-17 מ.מ. נ' ל.מ. (פורסם בנבו, 13.11.17) שם נמסרה המשמורת על תינוק בן ארבעה חודשים, באופן זמני, לאב, על רקע מוגבלותה הפיזית של האם, על אף שהאם הראתה כי היא מקבלת סיוע בטיפול, ועל אף שהמדובר בתינוק שעדיין ינק. לדיון המעלה את מורכבות המשמורת כאשר ההורים הם עם מוגבלות נפשית ראו: תמ"ש 24111/02 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 11.9.06).

¹⁵ Julie Odegard, *The Americans with Disabilities Act: Creating "Family" ; Rocking the Cradle*, 11 *LAW AND INEQUALITY* 533 (1993); Virginia Kallianes & Phyllis Rubinfeld, *Disabled Women and Reproductive Rights*, 12:2 *DISABILITY AND SOCIETY* 203 (1997).

¹⁶ רוטלר, לעיל ה"ש 9, בעמ' 74-77.

¹⁷ כרמית-נעה שפיגלמן "קולן של אמהות עם מוגבלות פיזית" **עיונים בשפה וחברה** 7 (1-2) 169 (2015).

¹⁸ דן שניט "זכויות המפגרים בישראל" **עיוני משפט** (יב) 305, 338-339 (1987).

כי גם הדרך בה מתייחסת החברה להורים עם מוגבלות, מכבידה על ההורות ומעצימה את הקשיים: כך נמצא, כי אחד הקשיים המשמעותיים העומדים בפני הורות של אנשים עם מוגבלות הוא יחסה החשדני ואף השלילי של החברה להורות זו. ילדים להורים עם מוגבלות דיווחו על צורך להתמודד עם תחושות קשות של בושה, סטיגמות והדרה חברתית. הם דיווחו כי הוריהם נתפסו על ידי הסביבה כחלשים, נחותים חברתית, ועול על הילד ועל הסובבים אותם.¹⁹

נדבך חיצוני נוסף המעצים את קשיי ההורות הוא הקושי של ההורים בחיפוש וקבלת עזרה מקצועית. גם בקרב האוכלוסייה שאינה מוגדרת כ"בעלת מוגבלות", הצורך בעזרה מקצועית בהתמודדות עם בעיות בקשר הורה-ילד עשוי להיחות כרווי אשמה וככישלון. חוויות אלה מתעצמות אצל הורים עם מוגבלות, אשר נתפסים מראש, על ידי החברה ועל ידי עצמם, ככאלה שמסוגלותם ההורית מוטלת בספק. משכך, סביר להניח שהמוגבלות תיתפס על ידי הסביבה כגורם המרכזי לכל בעיה הורית. בנוסף לכך, ככל שההורים פונים לעזרתן של רשויות הרווחה הממשלתיות, גובר הסיכון לתוצאות משפטיות וסוציאליות שיחבלו בקשר הורה-ילד - החל מפיקוח הדוק של הרשויות, הכרזת הילד כ"קטין נזקק" וקביעת דרכי הטיפול בו על ידי בית המשפט, הליכי אומנה, ועד להליכי אימוץ. תוצאות אלה גורמות להורים עם מוגבלות לחשוש מפני פניה לעזרה, באופן שמעצים את הקושי והחרדה הן שלהם והן של ילדיהם.²⁰

מחקרים נוספים, אשר עסקו באופן ספציפי באימהות, חשפו עמדות הרווחות בקרב החברה, לפיהן קיימת סתירה בין המוגבלות לבין תפקידה האימהיים ה"אידאליים" או ה"נורמטיביים" של האשה, אשר באופן מסורתי הם דומיננטיים יותר מאלו של הגבר. עמדות אלה הובילו לחוסר בטחון בקרב אמהות לגבי יכולותיהן.²¹ כך למשל, מחקר שבדק חוויות של נשים עם מוגבלויות בשלבים שונים של הריון ואמהות, הראה כי הן חוות לחץ להוכיח שהן אמהות "טובות דיין". המחקר הראה עד כמה רווחות דעות שליליות לגבי מוגבלויות (ableism או disableism) בשירותים המכוונים לאמהות,

¹⁹ דורית ושלר, **חוויות החיים בצל הורה בעל מגבלה שכלית** (עבודת גמר לתואר "מוסמך" בעבודה סוציאלית, אוניברסיטת בן גוריון, 2009) 51; וכן שפיגלמן, ה"ש 17 לעיל, בעמ' 185.

²⁰Ron Shor, Zvi Kalivatz, Yael Amir, Roy Aldor & Marc Lipot, *Therapeutic Factors in a Group for Parents with Mental Illness*, 51(1) COMMUNITY MENTAL HEALTH JOURNAL 79 (2015); Ron Shor & Maya Moreh-Kremer, *Identity Development of Mothers with Mental Illness: Contribution and Challenge of Motherhood*, 14(3) SOCIAL WORK IN MENTAL HEALTH, 215, 216 (2016); בבע"מ 2738/13 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 16.6.13) אכן נקבע כי חוסר האמון וחוסר שיתוף הפעולה של אב עם מוגבלות נפשית עם רשויות הרווחה, שימש כנגדו בדיון שנסב סביב סוג האימוץ של ילדו – אימוץ פתוח או סגור – ואופי האימוץ הפתוח. הבעייתיות שבכפל התפקידים של מחלקות הרווחה העירוניות, ואחריותן הכפולה הן על רווחת הילדים והן על רווחת ההורים, באופן שבשלו חוששים הורים להסתייע בבעלי התפקידים ולקבל טיפול, נדון באמצע 42099-01-15 **היועץ המשפטי לממשלה נ' האם** (פורסם בנבו, 4.1.16). במסגרתו הוחלט על אימוץ בנה של אם שהוגדרה כבעלת בעיות התמכרות ומאפיינים של הפרעות אישיות. במסגרת פסק הדין אף צוין כי במסגרת המפגשים של האם והתינוק לא הקפידו רשויות הרווחה על ליווי הולם של האם ומתן מענה טיפולי לקשייה, באופן שהקשה על הביקורים וחיבל ביכולת של המומחים ובית המשפט להעריך את המסוגלות ההורית. פסק דין זה נהפך על ידי בית המשפט המחוזי במסגרת ערעור בו נקבע, כי הבן לא יוכרז כבר אימוץ אלא כקטין נזקק, כחלק מהליך השבת המשמורת לאם הביולוגית (עמ' (ת"א) 3387-02-16 **פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה** (פורסם בנבו, 24.1.17).

²¹ Rachel Schooley, *The 'Other' Mother: Mothering with a Physical Disability in a Disabling Society*, 6 FOOTNOTES, 86 (2013); DymnpaWalsh-Gallagher., Marlene Sinclair & Roy McConkey, *The Ambiguity of Disabled Women's Experiences of Pregnancy, Childbirth and Motherhood: A Phenomenological Understanding*, 28 MIDWIFERY, 156 (2012); Megan Kirshbaum & Rhoda Olkin, *Parents with Physical, Systematic or Visual Disabilities*, 20 SEXUALITY AND DISABILITY 65 (2002); Meg Kocher, *Mothers with Disabilities*, 12(2) SEXUALITY AND DISABILITY 127 (1994).

והדגים עד כמה "מסע הרבייה" של אמהות עם מוגבלות זרוע במחסומים פיזיים ואידיאולוגים.²²

מחקרים אחרים הדגישו את הצדדים החיוביים של המוגבלות: שכן, לצד ממצאים שהצביעו על חסר בתפקוד ההורי והשלכותיו על הילד, נמצא גם כי תחושות המסוגלות והכשירות של ילדים הגדלים עם הורים עם מוגבלות פיזית, למשל, נוטות להתעצם, הם מפתחים סבילות וסבלנות גדולות יותר למוגבלות של האחר, ואף נמצאו בקרבם מיומנויות גבוהות של פתרון בעיות וקבלה של השונה.²³ מחקרים אחרים מצאו כי ככל שעלה גיל המתבגרים להורים עם מוגבלות, הרגשות החיוביים שרחשו להוריהם הופיעו בעוצמות גבוהות יותר, זאת לעומת מגמה הפוכה בקרב ילדים להורים ללא מוגבלות.²⁴ מחקרים נוספים יצאו כנגד ההתייחסות השלילית האינהרנטית להורים עם מוגבלויות וכנגד ההתייחסות החשדנית כלפי ההתאמות להם הם נזקקים, תוך התבססות על החוויות ונסיון החיים של הורים עם מוגבלויות שונות וילדיהם.²⁵

מחקרים נוספים הראו כי עצם קיומה של המוגבלות עשויה להוביל להתעלמות מהשפעות נוספות על התפתחות ילדים, מלבד ההורות, כגון אפיוני מזג, נתונים מולדים אחרים של הילד עצמו, והשפעות הסביבה החברתית (להבדיל מהמשפחתית) שבה הוא גדל,²⁶ ולהניח שכל "תוצאה" של הישגים או הסתגלות שאינה טובה מספיק, רובצת לפתחה של מוגבלות ההורה. זאת, בעיקר כאשר במערכת השיקולים מעורבים טיעונים גנטיים ואאוגנים, לפיהם ממילא נמצאים ילדים אלה ב"נקודת פתיחה נמוכה".

לסיכום, נראה כי הורים (והורים פוטנציאליים) עם מוגבלות חוויים קשיים רבים הנובעים ממקורות שונים (הן מהמוגבלות ישירות והן כתוצאה מהאינטראקציה בין המוגבלות לבין הסביבה, החברה והמשפט), ואשר מובילים, בין השאר, להתערבות מוגברת ביחסי הורה-ילד במישור המשפטי. בהמשך הפרק אבקש לבחון לעומק את הקשיים המאפיינים הורות של אנשים עם מוגבלויות שכליות ונפשיות ואת התוצאות המשפטיות של קשיים אלה.

Carol Thomas, *The baby and the Bath Water: Disabled Women and Motherhood in Social Context*, 19(5) 22 SOCIOLOGY OF HEALTH AND ILLNESS 622, 640 (1997). קיימת הערכה לפיה הנטיה לתת משקל יתר למוגבלות של האם, לעומת המוגבלות של האב, עובדת גם "לרעת" אבות שבנות זוגם הן נשים עם מוגבלות, בהליכי אימוץ, זאת לעומת נשים ללא מוגבלות שבני זוגן הם גברים עם מוגבלות (לדברי החוקרת שירה רוזנברג, דוקטורנטית בחוג למגדר, אוניברסיטת בר אילן, נובמבר 2018). ניתן לראות זאת בהחלטת בית המשפט: תיק אימוץ 22/13 (משפחה ירושלים) **היועץ המשפטי לממשלה (משרד הרווחה) נ' פלונית ואח' (פורסם בנבו, 6.5.15)** בו מתואר כיצד מוגבלותה הנפשית של האם הביאה את שירותי הרווחה להמליץ על אימוצה של הילדה, למרות שהאב הוכר כבעל מסוגלות הורית. בסופו של דבר הוחלט כי הילדה לא תוכרז כבת אימוץ אולם תישאר, בהסכמת האב, במשפחת האומנה בה גדלה.

Paul Preston, *Parents with Disabilities*, THROUGH THE LOOKING GLASS, CENTER FOR INTERNATIONAL REHABILITATION RESEARCH INFORMATION AND EXCHANGE (Berkeley, CA, 2010); Ilana Duvdevany, Eli Buchbinder & Ilanit Yaacov, *Accepting Disability: The Parenting Experience of Fathers with Spinal Cord Injury (SCI)*, 18(8) QUALITATIVE HEALTH RESEARCH 1021 (2008); Carmit-Noa Shpigelman, *How to Support the Needs of Mothers with Physical Disabilities?* DISABILITY AND REHABILITATION 928 (2014).

Ilana Duvdevany, Victor Moin & Rivka Yahav, *Children's Feelings Toward Parents in the Context of Parental Disability*, 28(3) INTERNATIONAL JOURNAL OF REHABILITATION RESEARCH, 259 (2005).

Christina Minaki, *Scrutinizing and Resisting Oppressive Assumptions about Disabled Parents*, 31 (Gloria) DISABLED MOTHERS: STORIES AND SCHOLARSHIP BY AND ABOUT MOTHERS WITH DISABILITIES, 31 (Gloria Filax & Dena Taylor, eds. 2014).

²⁶ אסתר כהן "מבוא: התמודדויות הוריות וטיפול בהורות" **חויית ההורות: יחסים, התמודדויות והתפתחות** (עורכת: אסתר כהן, 2007) 10.

2. הורים עם מוגבלויות בישראל: נתונים

2.1. נתונים לגבי אנשים עם מוגבלות בישראל

הנתונים לגבי שיעורם של אנשים עם מוגבלויות בקרב האוכלוסיה תלויים במידה רבה מהגדרת "אדם עם מוגבלות" בקרב הגופים הרשמיים השונים העוסקים בהגדרה ומדידה.

סעיף 5 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח – 1998 (להלן: "**חוק השוויון**") מבסס הגדרה רחבה למושג "אדם עם מוגבלות" ומגדירו כ"אדם עם לקות פיסית, נפשית או שכלית לרבות קוגניטיבית, קבועה או זמנית, אשר בשלה מוגבל תפקודו באופן מהותי בתחום אחד או יותר מתחומי החיים"; ההגדרה המצוייה בחקיקת הביטוח הלאומי,²⁷ אשר ממנה נגזרת הזכות לקבל קצבאות הקשורות לנכות, מצומצמת יותר, ומתבססת על אחוזי ליקויים רפואיים וסטייה מהנורמה הרפואית, וכתוצאה מכך אובדן או הפחתה בכושר התעסוקה; ואילו הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה (להלן: "**הלמ"ס**") מתבססת על דיווח עצמי של הנסקרים ומגדירה אנשים עם מוגבלויות בהתאם לשתי דרכים: האחת, באמצעות תשובות לשאלה בדבר קיומה של "בעיה בריאותית שמפריעה או מפריעה מאוד לתפקוד", והשנייה, דרך שאלות מפורטות על בעיות תפקוד מהן נגזרת ההגדרה של "אדם עם מוגבלות תפקודית חמורה" כאדם המתקשה קושי רב, או שכלל אינו יכול לעשות לפחות אחת מהפעולות הבאות: לראות, לשמוע, ללכת או לעלות במדרגות, להתלבש או להתרחץ בעצמו, לזכור או להתרכז.²⁸

נתוני הלמ"ס משמשים את נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (להלן: "**הנציבות**"), ומנותחים על ידי הנציבות באופן השואף, עד כמה שניתן, להיכנס בגדר הגדרת "אדם עם מוגבלות" בחוק השוויון. בהתאם לדו"ח נציבות השוויון שפורסם בסוף שנת 2017²⁹ בישראל חיים כ-1,412,000 אנשים עם מוגבלויות: פיזיות, חושיות, נפשיות ושכליות, המהווים כ-17% מהאוכלוסיה. כ-1,149,500 אנשים הם בני 20 ומעלה (21% מקרב האוכלוסיה הבוגרת). כ-454,400 מתוך אותם בוגרים מוגדרים כאנשים עם "מוגבלות חמורה" (9% מקרב האוכלוסיה הבוגרת) ואילו כ-695,100 בוגרים עם מוגבלות מוגדרים כאנשים עם "מוגבלות מתונה" (13% מקרב האוכלוסיה הבוגרת).³⁰ הדו"ח מתייחס למאפיינים ולתנאי חייהם של אנשים עם מוגבלויות, ומנתח בין השאר נתונים של השכלה, תעסוקה, מצב כלכלי, תנאי דיור, בריאות, חינוך, חיי חברה ופנאי, ושימוש במחשב ואינטרנט. התמונה העולה ממנו מעידה על פערים בין אנשים עם מוגבלות לאנשים ללא מוגבלות כמעט בכל התחומים שנבדקו.

²⁷ חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב] תשנ"ה – 1995, תקנות הביטוח הלאומי (ביטוח נכות) (קביעת אחוזי נכות רפואית, מינוי ועדות לעררים והוראות שונות), תשמ"ד – 1984, ותקנות הביטוח הלאומי (קביעת דרגת נכות לנפגעי עבודה), תשט"ז – 1956.

²⁸ שאלות אלה מבוססות על מערכת השאלות הקצרה של "קבוצת וושינגטון לסטטיסטיקה של מוגבלות" (Washington) Group on Disability Statistics - קבוצה בין-לאומית של מומחים שהוקמה על ידי האו"ם במטרה להתוות קווים מנחים לאיסוף נתונים בנושא מוגבלות.

²⁹ ליטל ברלב, גבי אדמון-ריק, יוסף קרן-אברהם וישראל הבר "**אנשים עם מוגבלות בישראל 2017**". הדו"ח, שנערך על ידי נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות ומכון מאיר-גיוניט-ברוקדייל, מבוסס על הסקר החברתי של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה לשנת 2015, כאשר אנשים אשר השיבו שיש להם בעיה תפקודית בריאותית שמפריעה להם בתפקודם הוגדרו כאנשים עם "מוגבלות מתונה", ואילו אנשים אשר השיבו שיש להם בעיה תפקודית בריאותית שמפריעה להם **מאוד** בתפקודם הוגדרו כאנשים עם "מוגבלות חמורה".

³⁰ ברלב, לעיל ה"ש 29, בעמ' 18 – 29.

בכל הנוגע לפילוח לפי סוג המוגבלות, לא קיימים נתונים רשמיים. מסמך שנערך על ידי הנציבות בשנת 2016 מעלה כי קיימים פערים משמעותיים בממצאים בנוגע לסוג המוגבלות, בין סקרים שנערכו על ידי גופים שונים. הפערים נובעים ברובם משימוש בקריטריונים והגדרות שונות ל"אדם עם מוגבלות" על ידי כל גוף.³¹

כך למשל, בהתאם לסקר החברתי של הלמ"ס לשנת 2015, מספרם הכולל של האנשים עם המוגבלות בגיל 18-64 עומד על 732,000, מהם 233,600 אנשים עם מוגבלות פיזית (אשר הוגדרה כקושי בהליכה או בעליית מדרגות בלבד), 37,900 אנשים עם מוגבלות בראיה, 25,200 אנשים עם מוגבלות בשמיעה, 86,700 אנשים עם מוגבלות בריכוז או זיכרון, ו-348,600 אנשים עם מוגבלות "לא מוגדרת". הסקר אינו מספק פרטים בנוגע לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית.

סקר אחר, שנערך על ידי ארגון הג'וינט ב-2012,³² ואשר מגדיר את המוגבלות בצורה רחבה יותר מזו המוגדרת על ידי הלמ"ס, אומד את מספרם של אנשים עם מוגבלויות בטווח גילאי 18-64 בכ-1,676,000, מתוכם 754,000 אנשים עם מוגבלות פיזית, 183,000 אנשים עם מוגבלות בראיה, 161,000 אנשים עם מוגבלות בשמיעה, 181,000 אנשים עם מוגבלות שכלית, ו-397,000 אנשים עם מוגבלות נפשית.

בהתאם לנתוני המוסד לביטוח לאומי לגבי אנשים אשר פנו לקבלת קצבת נכות ונמצאו זכאים לה (בין גיל 18 לגיל זיקנה),³³ מספר מקבלי קצבאות הנכות הכללית בישראל עומד על 235,428 אנשים בלבד.³⁴ מתוכם 23,153 אנשים מקבלים קצבת נכות בהתאם לסעיפים של מוגבלות שכלית; 81,003 אנשים מקבלים קצבת נכות בהתאם לסעיפים של נכות נפשית (מתוכם 3,646 הוגדרו גם כאנשים עם מוגבלות שכלית, כ"לקות משנית"); 16,586 אנשים מקבלים קצבת נכות בהתאם לסעיפים של נכות חושית (מתוכם 1,620 אנשים הוגדרו גם כאנשים עם מוגבלות שכלית, כ"לקות משנית"); ו-114,686 אנשים מקבלים קצבת נכות בהתאם לסעיפים של לקות פיזית (מתוכם 4,788 אנשים הוגדרו גם כאנשים עם מוגבלות שכלית כ"לקות משנית"). ממקבץ הנתונים עולה, כי מספרם של האנשים אשר עומדים בהגדרת המוסד למוגבלות שכלית כלקות עיקרית או משנית, עומד על 33,207 אנשים.

שיעורים אלה נמוכים משמעותית משיעורם של אנשים עם מוגבלות באוכלוסייה בהתאם לנתוני הנציבות ונתוני הלמ"ס, שכן על מנת להיות זכאי לקצבת נכות כללית מאת המוסד לביטוח לאומי יש לעבור מבחני "נכות רפואית" (במסגרת צריכים להיקבע לפחות 60% נכות רפואית, ובמקרים מסויימים לפחות 40% נכות רפואית), וכן מבחני "אובדן כושר עבודה" המעידים על אובדן של לפחות 50% מכושר עבודתו של האדם. כפועל יוצא מכך, רוב האנשים אשר יוגדרו כ"אנשים עם מוגבלות" בהתאם לנציבות והלמ"ס, לא יהיו זכאים לקצבת נכות כללית.

³¹ הנתון לקוח מסקירה שנערכה על ידי עו"ד ישראל הבר מנציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות, לצורך הערכה שיעורם של אנשים עם מוגבלויות באוכלוסייה בהתאם לסוג המוגבלות, לפי מקורות שונים (2016, לא פורסם).

³² דניז נאון ואח', "בעלי מוגבלות בגיל העבודה בישראל: שכחות באוכלוסייה, מאפיינים ומצב תעסוקה", **המוסד לביטוח לאומי, מאיר-ג'וינט-ברוקדייל** (2012).

³³ "נכים" בישראל נחלקים לשלוש קבוצות עיקריות: נכי צה"ל, נכים מעבודה, וקבוצה שיווית של "נכים כלליים" – מהם אנשים אשר נולדו עם מוגבלות וכאלה שמוגבלותם ארעה במהלך חייהם, שלא כתוצאה משירות בכוחות הבטחון או מעבודה. זכאותם של נכי עבודה ונכים כלליים לקצבת נכות נקבעת בהתאם לתקנות הביטוח הלאומי (קביעת דרגת נכות לנפגעי עבודה) תשט"ז – 1956. זכאותם של נכי צה"ל ונפגעי פעולות איבה לקצבת נכות נקבעת בהתאם לחוק הנכים (תגמולים ושיקום) תשי"ט – 1959.

³⁴ לפי מסמך ריכוז נתונים שהוכן על ידי מר אופיר פינטו ממנהל המחקר והתכנון של המוסד לביטוח לאומי, 14.2.17.

2.2. נתונים לגבי הורים עם מוגבלות בישראל

דו"ח הנציבות לשנת 2017 לא כולל נתונים בנוגע לחיי משפחה או הורות של אנשים עם מוגבלויות, אולם שני ממצאים בו, הקשורים בעקיפין לחיי משפחה, הינם כי אנשים עם מוגבלויות, יותר מאנשים ללא מוגבלויות, חשו בדידות לעתים קרובות, וכן חשו שאין להם על מי לסמוך.³⁵

הניתוח האחרון של נתוני הלמ"ס בהקשר של הורות נעשה בנוגע לנתונים לשנת 2007, והצביע על כך כי בישראל חיים כ-480,000 הורים עם מוגבלויות. על פי הנתונים, 78% (כ-300,000 אנשים) מקרב האנשים שהוגדרו כאנשים עם "מוגבלות בינונית" ו-85% (כ-180,000 אנשים) מקרב האנשים שהוגדרו כאנשים עם "מוגבלות קשה", הם הורים. ל-48% מהאנשים עם מוגבלות (כ-336,000 אנשים, מתוכם כ-123,000 עם "מוגבלות בינונית" וכ-113,000 אנשים עם "מוגבלות קשה") יש ילדים מתחת לגיל 18.³⁶

מניתוח נתוני הלמ"ס לשנת 2016 עולה שכ-341,000 (29-30%) מהאנשים הבוגרים (בני 20 ומעלה) אשר הגדירו את עצמם כבעלי בעיה בריאותית "מפריעה" או "מפריעה מאוד" (ומוגדרים על ידי הנציבות כאנשים עם מוגבלות מתונה וחמורה) חיים עם ילדים בגילאי 0-17. עם זאת, לא קיימת תשובה לשאלה האם מדובר בהורים לילדים, או שמא, למשל, המדובר באנשים בוגרים עם מוגבלות החיים באותו בית עם אחיהם הקטנים. מניתוח נוסף של הנתונים לשנת 2016 עלה כי לכ-931,000 אנשים המוגדרים כאנשים עם מוגבלות נולדו ילדים אי-פעם, וכי אומדן מספר האנשים עם מוגבלות בגילאי 20-59 שיש להם ילדים הוא 427,000.³⁷ מתוכם, כ-315,500 אנשים עם מוגבלות (ומתוכם – 106,000 עם "מוגבלות חמורה") חיים באותו בית עם ילדים עד גיל 17, וניתן להניח (ללא ודאות) כי מדובר בילדיהם.³⁸

מאחר והורים המקבלים קצבת נכות זכאים לתוספת כספית לקצבה עבור ילדיהם ("תוספת תלויים")³⁹ קיימים בידי המוסד לביטוח לאומי נתונים גם לגבי הורות של אנשים המקבלים קצבת נכות, כמפורט להלן. מספר הילדים הממוצע של אנשים עם כל סוגי המוגבלויות המקבלים קצבת נכות, נע בין שניים לארבעה.⁴⁰

63,662 אנשים המקבלים קצבת נכות כללית הם הורים לילדים קטנים (עד גיל 17). מתוכם, 1,781 אנשים אשר סעיף הנכות העיקרי שלהם הוא בגין מוגבלות שכלית;⁴¹ 3,437 אנשים אשר הוגדרו כאנשים עם מוגבלות שכלית – כלקות משנית או עיקרית; 21,374 אנשים שסעיף הנכות שלהם הוא בגין מוגבלות נפשית; 5,274 אנשים שסעיף הנכות שלהם הוא בגין מוגבלות חושית; ו-35,233 אנשים שסעיף הנכות שלהם הוא בגין מוגבלות פיזית.

40,191 אנשים המקבלים קצבת נכות כללית הינם הורים לילדים בגילאי 18-21. מתוכם, 629 אנשים

³⁵ ברלב, לעיל ה"ש 29, בעמ' 78 – 92.

³⁶ דניז נאון, "מבוגרים בעלי מוגבלות בישראל", המרכז לחקר מוגבלויות ותעסוקות אוכלוסיות מיוחדות, מאיירס-ג'וינט-ברוקדייל (2009) 79.

³⁷ יש לזכור כי מדובר גם באנשים מבוגרים יחסית (בשנות ה-50 וה-60 לחייהם) אשר ייתכן כי ילדיהם נולדו וגדלו עוד לפני שהפכו לאנשים עם מוגבלות. כן יש לקחת בחשבון כי לא כל האנשים שנולדו להם ילדים אכן מגדלים אותם.

³⁸ ניתוח הנתונים לשנת 2016 התבצע על ידי מר ארי פלטיאל מהלמ"ס בחודש מרץ 2018.

³⁹ סעיפים 200 ו-201 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב] תשנ"ה – 1995.

⁴⁰ כל הנתונים מבוססים על מסמך ריכוז נתונים שהוכן על ידי מר אופיר פינטו ממנהל המחקר והתכנון של המוסד לביטוח לאומי, 14.2.17.

⁴¹ העובדה שאלפי ילדים נולדים בכל שנה להורים עם מוגבלות שכלית נחשבת כמפתיעה ואף סנסציונית: לי ירון, "מתחת לרדאר של משרד הרווחה – הישראלים שנולדו להורים מוגבלים שכלית", מוסף "הארץ" 1.12.17.

אשר סעיף הנכות העיקרי שלהם הוא בגין מוגבלות שכלית; 1,382 אנשים אשר הוגדרו כאנשים עם מוגבלות שכלית – כלקות משנית או עיקרית; 10,755 אנשים שסעיף הנכות שלהם הוא בגין מוגבלות נפשית; 3,120 אנשים אשר סעיף הנכות שלהם הוא בגין מוגבלות חושית; ו-25,687 אנשים שסעיף הנכות שלהם הוא בגין מוגבלות פיזית.

136,036 אנשים המקבלים קצבת נכות כללית הינם הורים לילדים בוגרים, בגיל 24 ומעלה. מתוכם, 2,669 אנשים אשר סעיף הנכות העיקרי שלהם הוא בגין מוגבלות שכלית; 5,394 אנשים אשר הוגדרו כאנשים עם מוגבלות שכלית – כלקות משנית או עיקרית; 37,455 אנשים אשר סעיף הנכות שלהם הוא בגין מוגבלות נפשית; 10,323 אנשים אשר סעיף הנכות שלהם הוא בגין מוגבלות חושית; ו-85,589 אנשים אשר סעיף הנכות שלהם הוא בגין מוגבלות פיזית.

מאחר ותוספת הקצבה ניתנת רק עבור ילדים הגדלים בבית הוריהם, ייתכן כי מספרם של ההורים המקבלים קצבת נכות גדול יותר ממספרם של ההורים המקבלים "תוספת תלויים". כמו כן, רק חלק קטן יחסית מקרב האנשים אשר מוגדרים כ"אנשים עם מוגבלויות" בהתאם לחוק השוויון או בהתאם להגדרות הלמ"ס, מקבלים קצבת נכות כללית. הוזה אומר, כי שיעורם של הורים עם מוגבלויות בקרב האוכלוסייה הינו גבוה הרבה יותר.

3. הורות של אנשים עם מוגבלויות נפשיות ושכליות

למרות קשיים בלתי מבוטלים של הורים עם מוגבלות פיזית וחושית, אשר חלקם תוארו לעיל,⁴² השאלות המתעוררות באופן טיפוסי בנוגע אליהם אינן מתמקדות בעצם כשירותם לגדל את ילדיהם אלא בסיוע שיש להעניק להם בהיבטים הפיזיים של גידול הילדים. לעומת זאת, ביחס לאנשים עם מוגבלויות שכליות ונפשיות, שאלת ההורות מתמקדת בבחינת ה"מסוגלות" המהותית, ומשכך מתעוררת גם שאלת הזכות המשפטית להורות באופן ישיר וחד.⁴³

3.1. "התייחסות מאוחדת" לאנשים עם מוגבלויות נפשיות ושכליות

בצד הדמיון בין היבטים של הורות של אנשים עם מוגבלויות שכליות-התפתחותיות ונפשיות, המאבחן אותם לצורכי הדיון שלנו מאנשים עם מוגבלויות פיזיות וחושיות, יש ביניהם, כמוכך, גם הבדלים רלוונטיים רבים.⁴⁴ למשל, מוגבלות נפשית מתאפיינת בתנודתיות בעוצמת התסמינים של הלקות, ומעלה שאלות הקשורות לשימוש בתרופות פסיכיאטריות ומידת היכולת שלהן להשפיע על התפקוד ההורי.⁴⁵ לעומת זאת, למוגבלות השכלית, על רמותיה השונות, אופי שנחשב כיציב יותר⁴⁶ והיא אינה

⁴² שפיגלמן, לעיל ה"ש 17. לסקירה מקיפה על הורות של אנשים עם מוגבלויות, בדגש על אמהות עם מוגבלות פיזית, ראו: דפנה רביב-כרמי "אני לא מפלצת – גם לי מגיע להיות אמא": אמהות עם מוגבלות – סקירת ספרות" (בית איזי שפירא, 2016).

⁴³ Daniel Winkler, *Paternalism and the Mildly Retarded*, in *PATERNALISM: UNIVERSITY OF MINNESOTA* 43 (Rolf Sartorius ed., 1983).

⁴⁴ מאפייניהן השונים של המוגבלויות ייסקרו בפירוט בהמשך הפרק.

⁴⁵ כך למשל, תיקון החוק האמריקאי לשוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (The ADA Amendment Act of 2008) (ADAAA)) קובע במפורש כי מוגבלויות לא ייבחנו בהתאם למצב ספציפי של רמיסיה אלא על פי מצבן האקטיבי.

⁴⁶ "יציבותה" של המוגבלות השכלית-התפתחותית אינה ודאית היום כפי שהיתה בעבר, וקיימות תיאוריות וממצאים לפיהם פוטנציאל ההתפתחות והלמידה של אנשים עם מוגבלות שכלית-התפתחותית הוא גבוה הרבה יותר מכפי שהיה מקובל לחשוב בעבר, ובמיוחד כי קיים "פיצוי" של למידה מוגברת בגילאי ה-20. ראו: Hefziba Lifshitz-Vahav.

נתונה להשפעת תרופות במידה משמעותית. גם ה"תפקודים ההוריים" המושפעים על ידי המוגבלות עשויים להיות שונים אצל כל אחת מסוגי המוגבלויות, כפי שיורחב להלן.

סוגיית הדמיון וההבדלים בפני החוק של אנשים עם מוגבלויות נפשיות ושכליות עולה בתחומי משפט שונים, ומובילה למסקנות שונות ולעתים הפוכות. כך למשל, החוק הראשי העוסק באנשים עם מוגבלות שכלית, חוק הסעד (טיפול באנשים עם מוגבלות שכלית-התפתחותית) תשכ"ט-1969 (להלן: "**חוק הסעד**") קובע מפורשות כי "חולה נפש כמשמעותו בחוק לטיפול בחולי נפש, תשט"ו-1955,⁴⁷ אינו בבחינת אדם עם מוגבלות שכלית-התפתחותית לענין חוק זה".⁴⁸ מאידך גיסא, אנשים עם מוגבלות נפשית ושכלית, להבדיל ממוגבלות פיזית וחושית, הם אלה אשר כשרותם המשפטית מוטלת בספק בהתאם לחוק הכשרות המשפטית והאפטרופסות, תשכ"ב-1962 (להלן: "**חוק הכשרות המשפטית והאפטרופסות**").⁴⁹ לצד זאת, נמצא כי דפוסי ההתנהלות של האפטרופסים לאנשים עם מוגבלות שכלית שונים מאלה של האפטרופסים לאנשים עם מוגבלות נפשית, ומאופיינים כהוריים, מתערבים ומגוננים יותר.⁵⁰

בהקשר הפלילי קיימת התייחסות מורכבת לשני סוגי המוגבלויות, המאופיינת על ידי הכרה בדמיון ובהבדלים ביניהן: כך, חוק הליכי חקירה והעדה (התאמה לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית), תשס"ו-2005⁵¹ מתייחס במפורש הן לאנשים עם מוגבלות שכלית והן לאנשים עם מוגבלות נפשית (וכן לאנשים עם אוטיזם) כזכאים להתאמה מיוחדת בעת חקירה פלילית, אולם ההתאמות הניתנות לאנשים עם מוגבלות שכלית ואוטיזם הן נרחבות יותר, וכוללות, מעבר לזכות לליווי בחקירה ולתיעוד מיוחד של החקירה (החלות גם על אנשים עם מוגבלות נפשית)⁵² גם זכות לחוקר מיוחד, ונטל ראייתי מוגבר לגבי הודאות של נאשמים עם מוגבלות שכלית.⁵³ גם ההתאמות הניתנות לאנשים עם מוגבלות שכלית בעת מתן עדות בבית המשפט הן נרחבות יותר, וכוללות אזהרה מיוחדת ואיסור חקירה נגדית על ידי הנאשם.⁵⁴

עוד בהקשר הפלילי, מכירה החקיקה באי כשרותם של אנשים עם מוגבלויות נפשיות ומוגבלויות שכליות לעמוד לדין במצבים מסויימים, אולם הדינים החלים עליהם הם שונים: כך, בשל אופייה הדינאמי והמשתנה של המוגבלות הנפשית, קיימים בחוק טיפול בחולי נפש, תשנ"א-1991 הסדרים חוקיים המתייחסים להוצאת צו טיפול כפוי עבור חשודים ונאשמים, למעקב אחר משך הצו על ידי ועדה

Compensation Age Theory (CAT): Effect of Chronological Age on Individuals with Intellectual Disability.

50 EDUCATION AND TRAINING IN DEVELOPMENTAL DISABILITIES, 127 (2015).

⁴⁷ כיום מדובר בחוק טיפול בחולי נפש, תשנ"א – 1991. החוק אינו מגדיר מהי מחלת נפש.

⁴⁸ סעיף 1 לחוק הסעד.

⁴⁹ יותם טולוב וארלין קנטר, "של מי החיים שלי? המאבק להשבת האוטונומיה והכשרות המשפטית לאנשים עם

מוגבלויות" **מעשי משפט** ו', 45, 53 (2014); שניט, לעיל ה"ש 18, בעמ' 331-338.

⁵⁰ שירלי ורנר ורייצ'ל לוונגרוב, "אפטרופסות, אוטונומיה, קבלת החלטות נתמכת והזיקה ביניהן: כיצד הם נתפסים על-

ידי אנשים עם מוגבלות שכלית, אנשים עם מוגבלות נפשית והורים לאנשים עם מוגבלות" באתר "קרן שלם".

⁵¹ לדיון נרחב בחוק והשלכותיו על אנשים עם מוגבלות שכלית ונפשית ראו: יהודית לייבה ונטע זיו "חוק הליכי חקירה והעדה (התאמה לאנשים עם מוגבלות שכלית ונפשית) התשס"ו – 2005 בראי לימודי ביקורת מוגבלות – נגישות למערכת הצדק לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית" **חוקים** ח 85 (2016), וכן שגית מור ואסנת עין-דור "עדות מוגבלת: מוגבלות וקול בהליך הפלילי" **משפט וממשל** ט"ז 187 (תשע"ה).

⁵² סעיפים 16 ו-17 לחוק הליכי חקירה והעדה.

⁵³ סעיפים 15-3 לחוק הליכי חקירה והעדה.

⁵⁴ סעיפים 18 ו-19 לחוק הליכי חקירה והעדה.

פסיכיאטרית, ולאפשרות לחדש את ההליכים הפליליים שהופסקו בהתאם לשינוי במצב הנפשי.⁵⁵ לעומת זאת, מאחר ומוגבלות שכלית נתפסת בדרך כלל כלקות אורגנית, קבועה, שאינה מושפעת מהתערבות טיפולית, אין בחוק הסעד הסדר המאפשר לחדש הליכים כלפי מי שנקבע לגביו שאינו כשיר לעמוד לדין.⁵⁶ כמו כן, סל השירותים הייחודיים הקבוע בסעיף 19 לחוק הסעד, רחב מההסדרים הקבועים בחוק טיפול בחולי נפש, ומאפשר גם קביעת דרכי טיפול (להבדיל מנקיטה בהליכים פליליים) במקרים בהם נמצא שהנאשם כשיר לעמוד לדין, וכן ריצוי מעצר ומאסר במעון נעול, ולא בכלא.⁵⁷

במחקר זה אטען כי חרף הבדלים מהותיים באופן בה באה המוגבלות לידי ביטוי בקרב אנשים עם מוגבלויות נפשיות לעומת אנשים עם מוגבלויות שכליות, הרי שלצורך בחינתה של הזכות להורות, רב המשותף על השונה בין שתי האוכלוסיות, וראוי לבחון את זכותן להורות במאוחד. זאת, בראש ובראשונה מאחר והכתיבה המחקרית והמשפטית העוסקת בהורותן של שתי אוכלוסיות אלה, כמו גם פסקי הדין שניתנים בנושא, מעלים את אותן שאלות מהותיות – מתחום היכולת והמסוגלות – בנוגע לגידול ילדים, ולהתאמות הנדרשות לצורך כך. כמו כן, את שתיהן מאפיין יחס חברתי-שלילי דומה, ולגבי שתיהן מתעוררות שאלות מתחום הכשרות המשפטית, הרלוונטיות להורות.

בנוסף לכך, סובלות שתי אוכלוסיות אלה באופן מיוחד משיעורי תעסוקה נמוכים ושיעורי עוני גבוהים ביחס לאנשים עם מוגבלויות אחרות (פיזיות וחושיות),⁵⁸ הם משתכרים, בממוצע, פחות מאנשים עם מוגבלויות אחרות⁵⁹ ואחוז אי הזכאות לתעודת בגרות גבוה יותר בקרבם.⁶⁰ כמו כן, שיעור זכאותם לקצבאות המוגדרות כ"קצבאות תפקודיות" – כגון קצבת ניידות וקצבת שירותים מיוחדים, נמוך יחסית ביחס לאנשים עם מוגבלויות אחרות, דבר המעמיק את מצוקתם הכלכלית.⁶¹ בכל אלה יש כדי להשליך באופן ישיר על הורותם.⁶²

תמיכה להצדקה של בחינה מאוחדת של ההורות בקרב שתי האוכלוסיות ניתן למצוא גם בדו"חות ועדת האו"ם בנוגע ליישום האמנה הבינלאומית בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות (2006), וסעיף 23 לאמנה, העוסק ב"כבוד לבית ולמשפחה", בפרט.⁶³ הן בדו"חות שהוגשו לוועדה (דו"חות רשמיים של

⁵⁵ סעיפים 21-15 לחוק טיפול בחולי נפש.

⁵⁶ סעיפים 19 – 19ט לחוק הסעד, וכן סעיף 170 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] התשמ"ב-1982.

⁵⁷ לדיון נרחב בנוגע לדמיון והבדלים בין המוגבלויות בדין הפלילי, ראו: ע"פ 7924/07 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.5.08), וכן טיטוט הנחיית הסניגור הציבורי הארצי בנושא ייצוג נאשמים עם לקויות שכליות, בעמ' 8 (לא פורסם).

⁵⁸ "עוני ובריאות הנפש" יספר"א האגודה הישראלית לשיקום פסיכיאטרי, 14 (2015); דניאל גוטליב, "עוני והעסקה של אנשים עם מוגבלות שכלית התפתחותית בישראל" (מצגת באתר "קרן שלם").

⁵⁹ דניאל גוטליב, מירי אנדבלד, נטליה גיטלסון, אורן הלר, אופיר פינטו, רבקה פריאור, מרק רוזנברג "עוני, תעסוקה, שכר וקצבאות של מקבלי נכות כללית" מחקרים לדיון 125, 10 (2017).

⁶⁰ שם, בעמ' 12. כחלק ממסקנותיו של הדו"ח, נקבע כי יש צורך בהגדרת קצבת תפקוד מיוחדת שתיתן כפיצוי לבעיות תפקוד בשוק העבודה שכיום אינן מפותחות כראוי על ידי הקצבאות, כגון קשיים קוגניטיביים, קשיים חברתיים, ניהול חיי שגרה וכדומה. עוד נקבע כי יש לשקול מחדש את שיטת חלוקת האחוזים הרפואיים לצורך קביעת זכאות לקצבת שירותים מיוחדים, שכן נראה כי רק 60% הנכות הרפואית לגבי נכים בעלי שיעור ליקוי נפשי, גבוה מדי, או לחילופין, חלוקת האחוזים נמוכה מדי, דבר המקשה על נגישותם לקצבה זו, שלא בצדק.

⁶¹ שם. ממצא זה מיוחס על ידי החוקרים לכך שהפרמטרים של קצבאות התפקוד לא נבנו בהתאם למאפיינים של אנשים עם לקויות נפשיות ושכליות.

⁶² לעניין הקשר הישיר שבין עוני לבין קשיי הורות והתערבות רשויות הרווחה בהורות ראו: טל חסין "אמא טובה, אמא רעה: הוצאת קטינים ממשמורת הוריהם מכוח סעיף 2(2) ו-6(2) לחוק הנוער (טיפול והשגחה) תש"ך – 1960" עבודת גמר לקראת תואר מוסמך, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב (2011); כמו כן, בבע"מ 3329/07 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 18.6.08). תואר מצבה של אם עם מוגבלות נפשית ופיזית אשר בנה הוצא מחוקתה ובסופו של דבר נמסר לאימוץ, לאחר שהגיעה ללשכת הרווחה בשל מצוקת דיור.

⁶³ האמנה והשלכותיה על זכויות ההורות של אנשים עם מוגבלויות יידונו בהרחבה בפרק השלישי.

המדינות ודו"חות צללים שהוגשו על ידי ארגונים לא ממשלתיים) והן בדו"חות המסכמים של הוועדה עצמה, עולה התייחסות מפורשת לאנשים עם מוגבלויות שכליות ולאנשים עם מוגבלויות נפשיות כאוכלוסייה מובחנת ומאוחדת אשר זכויות המשפחה שלה מופרות בהיקף גדול הרבה יותר, ביחס לאנשים עם מוגבלויות אחרות.⁶⁴

עוד תמיכה משמעותית בצורך לנתח את הורותם של אנשים עם מוגבלויות נפשיות ומוגבלויות שכליות באופן מאוחד, היא העובדה כי קיימת לא פעם כו-מורבידיות (מוגבלות כפולה) של מוגבלות שכלית ונפשית.⁶⁵ בנוסף, מחקרים הצביעו על כך שתפקודם השכלי של כל ההורים (עם ובלי מוגבלויות) מתווד, בין השאר, על ידי מצבם הנפשי.⁶⁶

בהקשר זה יוער כי אנשים עם אוטיזם, לקות המתאפיינת במוגבלות ביצירת תקשורת, קשיים בתקשורת הבינאישית, בהליכי חשיבה וביכולת להבין סיטואציות חברתיות,⁶⁷ חולקים מאפיינים מסויימים הן עם מוגבלויות נפשיות והן עם מוגבלות שכליות. כמו כן, קיימת שכיחות גבוהה יחסית של "כו-מורבידיות" (מוגבלות כפולה) בקרב אוטיזם ומוגבלות שכלית, וכן אוטיזם ומוגבלות נפשית. מערכת המשפט מתייחסת לעתים לאנשים עם אוטיזם כאנשים עם מוגבלות נפשית: כך למשל לצורך קביעת אחוזי נכות, על פי תקנות הביטוח הלאומי (קביעת דרגת נכות לנפגעי עבודה), תש"ט – 1956, אשר אינן כוללות הגדרה של אוטיזם באופן מפורש; ולעתים היא מתייחסת אליהם כאל אנשים עם מוגבלות שכלית: כך למשל במישור הפלילי, בחוק הליכי חקירה והעדה, נכללים אנשים עם אוטיזם תחת הגדרה של אנשים עם מוגבלות שכלית, ובחלק מהמקרים שהובאו בפני בתי המשפט לצורך בחינת כשרותם לעמוד לדין, הכירו אלה באנשים עם אוטיזם כאנשים עם מוגבלות שכלית.⁶⁸ גם חוק השוויון אינו מתייחס אל "אוטיזם" באופן מפורש.⁶⁹ משכך, ניתן לשער כי חלק ממסקנותיו של מחקר זה יהיו רלוונטיות גם לאנשים המוגדרים כאנשים עם אוטיזם.

3.2. הורות של אנשים עם מוגבלויות נפשיות – ממצאים טיפוליים חברתיים ומשפטיים

3.2.1. הגדרת המוגבלות הנפשית וההתייחסות המשפטית והמוסדית אליה

החקיקה הישראלית המתייחסת לאנשים עם מוגבלויות נפשיות (המוגדרות כמחלות נפש⁷⁰ נכויות נפש⁷¹

⁶⁴ הדו"חות מופיעים [באתר הוועדה](#).

⁶⁵ שפי משיח, "אנשים עם מוגבלות שכלית התפתחותית והפרעה נפשית" **היחידה הקהילתית לאבחנה כפולה** (בית איזי שפירא ובית החולים שניידר, 2016). מבחינה מוסדית, במקרים כאלה אמורה ועדת הכרעה בינמשרדית של משרד הרווחה ומשרד הבריאות לקבוע דרכי אבחון לאדם עם אבחנות הכוללות רכיב נפשי ורכיב שכלי, וכן לקבוע את זהות הגוף והאגף שיהיה אחראי על יישומן. בנוסף לכך, פועלת ועדת חריגים – ועדה פנים משרדית של משרד הרווחה, שתפקידה לקבוע את זהות האגף או השירות האחראים על דרכי הטיפול באנשים שמוגבלותם השכלית מורכבת ואינה תואמת באופן מדויק את הקריטריונים של האגפים הקיימים.

⁶⁶ Linda Dowdney & David Skuse, *Parenting Provided by Adults with Mental Retardation*. 34 JOURNAL OF CHILD PSYCHOLOGY AND PSYCHIATRY AND ALLIED DISCIPLINES, 25 (1993).

⁶⁷ DIAGNOSTIC AND STATISTICAL MANUAL OF MENTAL DISORDERS (5TH edition, 2013); רוני רוטלר ורון גיל, "על הספקטרום ומעבר לו: ייצוג אנשים אוטיסטים – שונות, יכולות, זכויותיו, ומה שביניהן" **מעשי משפט** ג 83 (2010).

⁶⁸ ע"פ 7924/07 **פלוגי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 5.5.08).

⁶⁹ סעיף 5 לחוק השוויון מגדיר "אדם עם מוגבלות" כ"אדם עם לקות פיסית, נפשית או שכלית לרבות קוגניטיבית, קבועה או זמנית, אשר בשלה מוגבל תפקודו באופן מהותי בתחום אחד או יותר מתחומי החיים העיקריים".

⁷⁰ חוק טיפול בחולי נפש, תשנ"א – 1991.

⁷¹ חוק שיקום נכי נפש בקהילה, התש"ס – 2000.

או כהפרעות נפשיות⁷²) אינה עוסקת בהגדרת המוגבלות הנפשית. מוגבלויות נפשיות מוגדרות ברחבי העולם – וגם בישראל – על ידי ה-DSM V⁷³ או על ידי ה-ICD 10⁷⁴. המדריכים מפרטים את סוגי ומאפייני המחלות הנפשיות השונות כגון סכיזופרניה, הפרעות פסיכוטיות, מחלות בי-פולאריות ("מאניה דיפרסיה"), הפרעות חרדה, הפרעות דכאון, הפרעות אובססיביות-קומפולסיביות, הפרעות הקשורות לטראומה ולחץ, הפרעות דיסוציאטיביות, הפרעות נפשיות-סומטיות (גופניות), הפרעות אכילה, הפרעות שינה, הפרעות הקשורות למין ולפעילות מינית, והפרעות הקשורות לשימוש בסמים ובאלכוהול.⁷⁵ המחלות הנפשיות שונות זו מזו בתסמינים הנלווים אליהן, בתדירות התסמינים, ובאופן הטיפול בהן. רובן מתאפיינות על ידי רמות שונות של התנהגות הפוגעת בחולה, בעצמו או בסביבתו, מצוקה נפשית, וחוסר תפקוד. משכך, הן עשויות להשפיע על ההורות באופנים שונים ומגוונים. המחקר בתחום מייחס את התפרצותן של מחלות נפש לשילוב בין רכיב גנטי-פנימי לבין רכיב סביבתי-חיצוני הכרוך בדחק.⁷⁶ גורם משותף נוסף לכל מחלות הנפש הוא הסטיגמה החברתית השלילית המתלווה אליהן על פי רוב.⁷⁷

מבחינה מוסדית, משרד הבריאות הוא האחראי על אבחון וטיפול של אנשים עם מוגבלות נפשית, ובשנים האחרונות, במסגרת "הרפורמה בבריאות הנפש",⁷⁸ מועבר הטיפול באנשים עם מוגבלות נפשית אל קופות החולים. משרד הבריאות הוא גם האחראי למתן שירותים המכונים "שירותי שיקום" מכוח חוק שיקום נכי נפש בקהילה, תש"ס – 2000. המוסד לביטוח לאומי מעניק לאנשים עם מוגבלות נפשית קצבת נכות, ובלבד שהם עומדים ברף של 40% נכות רפואית ומעלה ובנוסף, הם מוגדרים ככאלה אשר איבדו מחצית לפחות מכושר ההשתכרות שלהם.⁷⁹

3.2.2. השפעתה של המוגבלות הנפשית על ההורות – מאפיינים וממצאים

אחת התוצאות של מגמת האל-מיסוד (deinstitutionalization) של אנשים עם מוגבלות נפשית, אשר התבססה באמצע וסוף שנות ה-20, היא גידול במספר האנשים אשר יוצרים מערכות יחסים זוגיות והופכים להורים.⁸⁰ לאורך השנים, נערכו מחקרים אשר עסקו בעיקר בהשפעתה השלילית של המוגבלות

⁷² סעיפים 33 ו-34 לתוספת לתקנות הביטוח הלאומי (קביעת דרגות נכות לנפגעי עבודה), תשט"ז – 1956.

⁷³ DIAGNOSTIC AND STATISTICAL MANUAL OF MENTAL DISORDERS (5TH edition, 2013).

⁷⁴ INTERNATIONAL CLASSIFICATION OF DISEASES (10TH edition, 2010).

⁷⁵ המונח "הפרעות" הוא המונח הרשמי בו משתמשת הספרות הטיפולית המקצועית.

⁷⁶ "Diathesis-Stress Model": Stephen V. Faraone, Ming T. Tsuang & Debby W. Tsuang. GENETICS OF MENTAL DISORDERS: A GUIDE FOR STUDENTS, CLINICIANS, AND RESEARCHERS. New York, NY, US: Guilford Press (1999).

⁷⁷ Patrick W. Corrigan & Amy C. Watson, *Understanding the Impact of Stigma on People with Mental Illness*, 1(1) WORLD PSYCHIATRY 16 (2002).

⁷⁸ בהתאם לרפורמה, אשר נכנסה לתוקף ביום 1.7.2015, הועברה האחריות של מתן שירותי בריאות הנפש ממשרד הבריאות לקופת החולים, כחלק ממהלך של איחוד רפואת הנפש ורפואת הגוף, ויצירת כתובת אחת לאספקת שירותי הבריאות. תוצאותיה של הרפורמה והשפעתה על רווחתם של אנשים עם מוגבלות נפשית שנויות במחלוקת: אפרת אבן צור, "הרפורמה בבריאות הנפש: ארבע סוגיות מרכזיות", אתר "פסיכולוגיה עברית", (2011); רוני לינדר גנץ, "השנה הראשונה של הרפורמה בבריאות הנפש: יותר מטופלים, לא מספיק טיפולים לאדם", The Marker, 1.11.2016.

⁷⁹ סעיפים 33 ו-34 לתוספת לתקנות הביטוח הלאומי (קביעת דרגות נכות לנפגעי עבודה), תשט"ז – 1956. סעיפים אלה אינם מגדירים אחוזי נכות בהתאם לסוג מחלת הנפש, אלא בהתאם לעוצמת תדירות ומשך ההפרעה הנפשית, התפקוד הנפשי והחברתי, וכושר העבודה.

⁸⁰ Janet M. Devlin & Louise M. O'Brien, *Children of Parents with Mental Illness: An Overview from a Nursing Perspective*, 8 AUSTRALIAN AND NEW ZEALAND JOURNAL OF MENTAL HEALTH NURSING, 19 (1999);

הנפשית על המסוגלות ההורית, ועל הזנחת ילדים והתעללות בילדים כתוצאה ממנה. לצד המחקר שהתבצע בחו"ל, פורסמו בארץ רק מחקרים מעטים בתחום. באופן כללי, הוגדרה מחלת הנפש כמשבר מתמשך המוביל לתת-תפקוד והמהווה איום על שלמות המשפחה ועל התפקוד התקין של חברה. נטען כי ההורות, המאופיינת בתובעניות רבה, מושפעת באופן שלילי וישיר ממחלות נפש, אשר פוגעות קשות בכל הפונקציות ההוריות הקשורות למחויבות, היררכיה, טיפול, דאגה, ויסות רגשי וגישור שבין העולם החיצוני לזה הפנימי. בשל כך נמצא כי מחלות נפש משפיעות על יכולתם של הורים לספק לילדיהם הדרכה, תמיכה, וחינוך, ולהיות זמינים לילדיהם, באופן המשפיע על דפוסי ההתקשרות הבטוחה של ילדים, ובעקבותיהם להוביל לסיכון גבוה יותר לעיכוב התפתחותי ולבעיות רגשיות והתנהגותיות.⁸¹

הסיכונים המרכזיים שהוגדרו על ידי החוקרים היו סיכון להתדרדרות נפשית, אשפוז או התאבדות של ההורה עצמו, סיכון לגירושם וחוסר אינטגרציה במשפחה, סיכון לילדים – להטמיע את הסימפטומים של מחלת ההורה, וסיכון של התעללות והזנחת ילדים.⁸² בנוסף לכך, נטען כי תכונות ספציפיות המאפיינות מחלות נפש שונות עלולות להשפיע באופן שלילי על התפתחות הילד ופיתוחן של פסיכופתולוגיות בקרב ילדים.⁸³ בהתאם לכך, ילדים להורים עם מוגבלות נפשית נמצאו בסיכון מוגבר לבעיות בינקות, בעיות חברתיות והתנהגותיות, בעיות בבריאות הנפשית, והתנהגות פלילית או התאבדות בבגרותם.⁸⁴ עוד נמצא, כי ההשפעה של מחלת הנפש על היכולת ההורית משתנה בהתאם לגיל הילד בעת התפרצות המחלה: במשך הינקות והילדות המוקדמת, להורים עם מוגבלות נפשית יש השפעה רבה יותר על התפתחות הילד, כך שככל שהילד קטן יותר בעת התפרצות המחלה הנפשית, הסיכון שהוא נמצא בו גדל.⁸⁵

כמפורט לעיל, הספרות המקצועית הקדישה מקום נרחב להשפעות השליליות של המוגבלות הנפשית על ההורה ולסכנה הנשקפת לילדים עקב המוגבלות. לצד זאת, מחקרים עדכניים הצביעו על הצורך להרחיב את נקודת המבט, מתוך רצון לשמר את מערכת היחסים, תוך התייחסות טיפולית ומערכתית לצרכיו של ההורה כאדם המתמודד עם קשיים בתחום התפקוד ההורי והזקוק לעזרה והדרכה אישית וממוקדת, וכן תוך התייחסות לנסיבות חיצוניות הנלוות פעמים רבות להורות של אנשים עם מוגבלות נפשית, כמו גם להשפעה החיובית של ההורות על המוגבלות. הרחבה זו אמורה לשרת מטרה של רווחה משותפת – הן של ההורה והן של ילדו. גם בהקשר זה היקף המחקר בישראל, לעומת המחקר ברחבי

Cressida Manning & Alain Gregoire, *Effects of Parental Mental Illness on Children*, 8(1) PSYCHIATRY, 7 (2008).

⁸¹ Lisa J. Slominsky, *The Effect of Parental Mental Illness on Children: Pathways to Risk to Resilience from Infancy to Adulthood* (A dissertation submitted in partial fulfillment of the requirements for the degree of Doctor of Philosophy (Psychology), University of Michigan (2010), 11.

⁸² לסקירת השלכות המוגבלות הנפשית על ההורות: רחל לונדון ויסמרט הקשר בין מחלת נפש של הורים לבין בריאות נפשית, תמיכה חברתית ורגשות כלפי ההורה החולה אצל ילדיהם המתבגרים והבוגרים בהשוואה למתבגרים ובוגרים להורים שאינם חולים (עבודת גמר לתואר "מוסמך" בעבודה סוציאלית, בית הספר לעבודה סוציאלית, הפקולטה למדעי הרווחה והבריאות, אוניברסיטת חיפה, 2010).

⁸³ Slominsky, לעיל ה"ש 81, בעמ' 15.

⁸⁴ Leone Huntsman, *Parents with Mental Health Issues: Consequences for Children and Effectiveness of Interventions Designed to Assist Children and Their Families*, 3 LITERATURE REVIEW, 5 (2008).

⁸⁵ זאת, כהשלכה ישירה מתיאוריית ההתקשרות שפותחה על ידי ג'ון בולבי והבנה כי התקשרות בטוחה בין התינוק לבין מטפלו העיקרי, במסגרתה התינוק יכול לסמוך על זמינותו הרגשית והפיזית של המטפל ועל תגובתו הרגישה של המטפל לצרכיו, הינה חיונית להתפתחות תקינה (Mary D. Salter Ainsworth, Mary C. Blehar, Everett Waters, & Sally N. Wall, *PATTERNS OF ATTACHMENT: A PSYCHOLOGICAL STUDY OF THE SITUATION* (Hillsdale, N.J.: Erlbaum, 1978).

העולם, הוא מצומצם.

בעוד מחקרים מסויימים הצביעו על נחיתות בתפקודן של אמהות עם מוגבלות נפשית לעומת אמהות עם מוגבלות פיזית,⁸⁶ מחקרים אחרים הראו כי למרות הערכה עצמית נמוכה של אמהות עם מוגבלות נפשית, לא נמצאו הבדלים משמעותיים בין לבין אמהות ללא מוגבלות, בנוגע לפניית הרגשית של האם ולמידת השליכיות שלה,⁸⁷ וכן כי מחלת נפש של ההורים לא בהכרח תביא להזנחה של הילדים או לפגיעה פיזית בהם.⁸⁸

ממצאים נוספים התייחסו למונח "ילד הורי" – מונח שפירושו הקלאסי נוגע לילדים אשר נאלצו לגדול "טרם זמנם" בשל בעיות שונות של הוריהם, והעלו טענות לפיהן בקרב ילדים אלה יכולות להתפתח גם תכונות חיוביות של אחריות, מחויבות ודאגה.⁸⁹ ממצאים נוספים מצביעים על חשיבותם של הילדים בחייהם של הורים עם מוגבלות נפשית (כולל אנשים עם מוגבלות נפשית הנחשבת ל"חמורה" והמאושפזים תדירות בבתי חולים פסיכיאטרים),⁹⁰ כמקור לאנרגיה, לגאווה, להשראה ולשמחת חיים; מקור לכוחות, תעצומות נפש, ביטוי עוצמה אישית, למשמעות עמוקה ולפיתוח מיומנויות – הן בקרב ההורים והן בקרב הילדים. כל זאת לצד הצורך בחיזוק גורמי התמיכה בהורה ובבני משפחתו, וחשיבות ההתערבות המוקדמת, כבר בגיל הרך, כדי להעניק לילד את המיומנויות והכלים להתמודד עם מורכבות החיים במשפחה בה ההורה הוא אדם עם מוגבלות נפשית.⁹¹

מחקרים נוספים התמקדו בתחום ההחלמה (recovery perspective) והדגישו את ההשלכות החיוביות של ההורות בקרב אנשים עם מוגבלויות נפשיות.⁹² הכתיבה המבוססת על מודל ההחלמה התייחסה לזכותו של אדם עם מוגבלות נפשית לחיים בכבוד, לחיים בטוחים, מספקים ובעלי משמעות בקהילה, והדגישה את הצורך האישי לפתח זהות עצמית נפרדת מהמחלה.⁹³ בהקשר זה נמצא שההורות עשויה לספק לאנשים עם מוגבלות נפשית הזדמנות שכזו, ולהוות גורם משמעותי בתהליך ההחלמה.⁹⁴ בהתאם

Nazli M. Baydar, Jamila Reid, & Carolyn Webster-Stratton, *The Role of Mental Health Factor⁸⁶ and Program Engagement in the Effectiveness of a Preventive Parenting Program for Head Start Mothers*. 74(5) CHILD DEVELOPMENT 1433 (2003); Elizabeth Burney Hamilton, Constance Hammen & Maren Jones, *Maternal Interaction Style in Affective Disorder, Physically Ill & Normal Woman*. 32(3) FAMILY PROCESS, 329 (1993).

Karen A. Frankel & Robert J. Harmon, *Depressed Mothers: They Don't Always Look as Bad⁸⁷ as They Feel*. 35(3) JOURNAL OF THE AMERICAN ACADEMY OF CHILD & ADOLESCENT PSYCHIATRY, 289 (1996).

Joe Aldridge & Soul Becker, CHILDREN CARING FOR PARENTS WITH MENTAL ILLNESS: PERSPECTIVES OF⁸⁸ YOUNG CARERS, PARENTS AND PROFESSIONALS (Policy Press, 2003).
⁸⁹ לונדון ויסמרט, לעיל ה"ש 82.

Jill G. Joseph, Shashank V. Joshi, Amy B. Lewin, & Madeleine Abrams, *Characteristics and Perceived⁹⁰ Needs of Mothers with Serious Mental Illness*. 50(10) PSYCHIATRIC SERVICES 1357 (1999).

⁹¹ לימור שגב "נפש חפצה חיים": אתגר ההורות לצד התמודדות עם מגבלה על רקע נפשי" (ניוולטר תוכנית "עמיתים", יוני 2016).

Joanne Nicholson, *Chapter 19: Parenting and Recovery for Mothers with Mental Disorders*. A PUBLIC⁹² HEALTH PERSPECTIVE ON WOMEN'S MENTAL HEALTH 359, 360-362 (Bruce Lubotsky Levin & Marion Ann Becker, Eds., 2010).

Larry Davidson, Michael Row, Janis Tandora, Maria J. O'Connell & Martha Staeheli Lawless,⁹³ *Practical Guide to Recovery Oriented Practice*. (Oxford University Press, 2009).

Ionnia Savvidou, Vasilis P. Bozikas, Sophia Hatigeleki, & Athanasios Karavatos, *Narratives About Their⁹⁴ Children by Mothers Hospitalized on a Psychiatric Unit*, 42(3) FAMILY PROCESS 391 (2003); Joanne Nicholson & Alexis D. Henry, *Achieving the Goal of Evidence-Based Psychiatric Rehabilitation Practices for Mothers with Mental Illness*. 27(2) PSYCHIATRIC REHABILITATION JOURNAL 122 (2003).

לכך נמצא כי חוויית האמהות של נשים עם מוגבלויות נפשיות אשר הוגדרו כ"חמורות" תרמה לפיתוח זהות עצמית חיובית ול"ניהול" חיובי של המחלה הנפשית. לצד זאת, תיארו האמהות מתח בין המאמץ לשמור על זהות אמהית⁹⁵ בזמן הידרדרות במצב הרפואי-נפשי, וחוסר בתשומת לב ועזרה ממערכות הסיוע הפורמליות והבלתי פורמליות, ביחס למתח זה.⁹⁶

בתחום הזהות העצמית, נמצא כי ההורות צמצמה את מקום המחלה הנפשית כחלק דומיננטי של הזהות. תחושת ההצלחה במשימות גידול והאחריות על משק הבית תרמה לפיתוח זהות שונה, ופיתוח מערכת היחסים עם הילדים אפשרה בנייה מחדש של זהות עצמית מועצמת. היא סיפקה תחושה של קבלה, עליה בערך העצמי, וכתוצאה מכך תחושה של זהות "נורמטיבית". אמהות העידו, כי גם כאשר היו בדכאון ובתקופות שהוגדרו כלא יציבות, הן מצאו כוחות לטפל בילדיהן. הן ניהלו את המשבר הרפואי וטיפלו בעצמן, מאחר ולא יכלו "להרשות לעצמן" לפעול אחרת.⁹⁷ במקרים אלה ההורות היוותה גורם להשתתפות קהילתית ולא רק מקור לקשיים ולהעצמת המוגבלות.

ממצאים אחרים הצביעו על כך כי השפעת מחלת הנפש השתנתה בהתאם למשך המחלה ולחוזק המשאבים של הילד והמשפחה,⁹⁸ ובכך הפנו את הזרקור מהמחלה עצמה אל הסביבה: שכן, על אף ממצאים לפיהם משפחות שבהן הורים עם מוגבלות נפשית מועדות לחוות בעיות שונות, נטען כי אלה אינן נובעות ישירות מהמוגבלות אלא מפגיעותם של ההורים למגוון של גורמי לחץ הקשורים למחלת הנפש באופן בלתי ישיר, כגון סיכון גבוה לחיות בעוני ובבידוד חברתי, ושיעור תעסוקה נמוך. עוד ממצאים הצביעו על כך שחלק ניכר מהנוק אשר נגרם לילדים בעקבות מחלת הנפש של הוריהם נובע מגורמים עקיפים, כגון משברים בחיי הנישואים, בושה הנובעת מסטיגמה חברתית, תקופות אשפוז ארוכות שאינן מתווכות כראוי, וחוסר תמיכה משפחתית, קהילתית, ומערכתית בילדים בשעות משבר.⁹⁹

מחקרים נוספים הדגישו, כי ההבדל בין הורים עם וללא מוגבלות לא נובע ממאפייני המוגבלות אלא מפחד לבקש סיוע: שכן, אחד המאפיינים הבולטים בקרב הורים עם מוגבלות נפשית נקרא "לחץ הורי".¹⁰⁰ בעוד שחלק ממקורות הלחץ ההורי ייחודיים למוגבלות הנפשית, חלק גדול ממקורות אלה זהים לאלה שחווים הורים ללא מוגבלות. עם זאת, הסטיגמה החברתית השלילית הנלווית למחלת הנפש מגבילה את יכולתם לחשוף את דאגותיהם באופן פומבי ובפני אנשי מקצוע ולקבל עזרה.¹⁰¹ אמהות, בעיקר, הלינו על כך שהחברה אינה מתייחסת אליהן כאל "אדם שלם", שהוא גם הורה וגם

Yael Oberman & Ruthellen Josselson, *Matrix of tensions: A model of mothering*, 20 PSYCHOLOGY OF WOMEN QUARTERLY, 341 (1996).

Shor & Moreh-Kremer, לעיל ה"ש 20, בעמ' 220.

Shor & Moreh-Kremer, לעיל ה"ש 20, בעמ' 221.

Joanne Nicholson, Kathleen Biebel, Betsy Hinden, Alexis Henry & Lawrence Stier, *Critical Issues for Parents with Mental Illness and Their Families*, CENTER FOR MENTAL HEALTH SERVICES/SUBSTANCE ABUSE AND MENTAL HEALTH SERVICES ADMINISTRATION (2001).

Jung Min Park, Phillis Solomon & David S. Mandell, *Involvement in Child Welfare System Among Mothers with Serious Mental Illness*, 57(4) PSYCHIATRIC SERVICES 493 (2006).

Kahng Sang Kyoung, Daphna Oyserman, Deborah Bybee, & Carol Mowbray, *Mothers with Serious Mental Illness: When Symptoms Decline Does Parenting Improve?*, 22(1) JOURNAL OF FAMILY PSYCHOLOGY 162 (2008).

Joanne Nicholson, Elaine L. Sweeney & Jeffrey L. Geller, *Mothers with Mental Illness: The Competing Demands of Parenting and Living with Mental Illness*, 49(5) PSYCHIATRIC SERVICES 635 (1998).

אדם עם מוגבלות נפשית. מצב זה הביא אותן לאמץ אסטרטגיה מסתירה ולא משתפת.¹⁰²

ממצאים נוספים בתחום זה העלו כי החברה מפגינה דעות שליליות כלפי הורות של אנשים, ובעיקר אמהות, עם מוגבלות נפשית, לעומת מוגבלות פיזית, ואף מפגינה דעות שליליות יותר כלפי נשים עם מוגבלות נפשית שהן אמהות, לעומת אלה שאינן אמהות.¹⁰³ נוכח זאת, עלה הצורך בהתייחסות מקצועית לקשר בין הזהות האמהית למצב הנפשי, ובסיפוק לגיטימציה לאמהות לבקש עזרה כשהן נתקלות בקושי.¹⁰⁴ ואכן, הורים שהתגברו על הסטיגמה השלילית והשתתפו בקבוצות תמיכה, העידו על שינויים חיוביים כתוצאה מכך. עוד נמצא יתרון לטיפול בקרב "קבוצת השווים", בה יכלו הורים עם מוגבלויות להתבטא בחופשיות, מבלי לחשוש מתוצאות שישפיעו על יחסי ההורה-ילד.¹⁰⁵

אולם, הקשיים אותם חווים הורים עם מוגבלויות נפשיות מול המערכת אינם מסתכמים בחד ובסטיגמה בלבד אלא נעוצים גם בחוסר המוכנות והמיומנות של מערכות הרווחה והבריאות לזהות ולהתמודד עם היבטים הקשורים להורים עם מוגבלות נפשית. חוסר זה מוביל לאי פיתוחם של שירותים הקשורים בצרכים ובאתגרים של הורים עם מוגבלויות נפשיות.¹⁰⁶ וכך, חרף קשיים של הורים, הקשורים בניהול הורות יומיומית בעת התמודדות עם המחלה, בתופעות הלואי של התרופות הפסיכיאטריות¹⁰⁷ ובבדידות חברתית,¹⁰⁸ והפוטנציאל שלהם ליצור סיכון עבור הילדים, קיימת תת-התייחסות של אנשי מקצוע מתחום בריאות הנפש, אשר פעמים רבות אינם מתמקדים בתפקידים ההוריים והצרכים ההוריים של אנשים עם מוגבלות נפשית.¹⁰⁹ בישראל, קושי מוסדי זה מתעצם בשל ההפרדה בין שירותי בריאות הנפש, הניתנים על ידי משרד הבריאות וקופות החולים, לבין שירותי הרווחה והחינוך, הניתנים על ידי משרדי הרווחה והחינוך ומחלקות הרווחה והחינוך ברשויות המקומיות.¹¹⁰

מחקר עדכני אשר בחן את אופני ההתערבות הטיפולית בהורות של אנשים (ובעיקר נשים) עם מוגבלות נפשית תוך סקירת המחקרים שנערכו לאורך עשרים השנים האחרונות, אישש את המסקנות בדבר החשיבות הקריטית של התמיכה והסיוע להורים אלה. בהתאם למחקר, רובם המוחלט של ההורים

¹⁰² Shor & Moreh-Kremer, ה"ש 20 לעיל, בעמ' 217.

¹⁰³ Ilanit Hasson-Ohayon, Meiran Hason-Shaked, Tamar Silberg, Carmit-Noa Shpigelman & David Roe, *Attitudes Towards Motherhood of Women with Physical Versus Psychiatric disabilities*. DISABILITY AND HEALTH JOURNAL 612 (2018).

¹⁰⁴ Shor & Moreh-Kremer, ה"ש 20 לעיל, בעמ' 220.

¹⁰⁵ Shor et. al., ה"ש 20 לעיל.

¹⁰⁶ Jung Min Park et. al., לעיל ה"ש 99, בעמ' 494.

¹⁰⁷ Savvidou et. al., לעיל ה"ש 94, בעמ' 393.

¹⁰⁸ Nicholson et al., לעיל ה"ש 101, בעמ' 637.

¹⁰⁹ Darryl Maybery & Andrea Reupert, *Parental Mental Illness: A Review of Barriers and Issues for Working with Families and Children*, 16 JOURNAL OF PSYCHIATRIC MENTAL HEALTH NURSING 784 (2009); Silvia Krumm, Thomas Becker, & Silke Weingand-Greffe, *Mental Health Services for Parents Affected by Mental Illness*. 26(4) CURRENT OPINION IN PSYCHIATRY 362 (2013).

¹¹⁰ Jo Tunnard, *Parental Mental Health Problems: Message from Research, Policy and Practice*, 7 RESEARCH IN PRACTICE (London, 2004); Begum Maitra & Anthony Jolley, *Liason Between Child and Adult Psychiatric Services*, FAMILY MATTERS (P. Reder, M. McClure, & A. Jolley, Eds., 2000); וכן ראו: לי ירון "רשויות הרווחה מסרבות להעניק סיוע לנזקקים שסובלים ממוגבלויות נפשיות" "הארץ", 23.5.18. הפרדה זו הצטמצמה במידת מה כאשר בחודש נובמבר 2018 בוטל תע"ס 1.9 "יחסי גומלין בין שירותי הבריאות ושירותי הרווחה בתחום הטיפול בחולי נפש בקהילה" (תאריך תחולה: 10.6.73, תאריך פרסום: "י סיון התשל"ג, הודפס מחדש ב-1.5.78) אשר הגביל את אפשרותם של אנשים עם מוגבלות נפשית לצרוך שירותי רווחה בקהילה.

"כשירים" להורות, אולם לצורך שמירה על רווחתם ועל רווחת ילדיהם הם זקוקים לגישה לשירותים אפקטיביים ותמיכה של מגוון מערכות טיפול, שיסייעו להם בתפקידיהם ההוריים. המחקר הראה כי התייחסות לצרכים ספציפיים של הורים, וכן הכרה בצרכים שאינם קשורים בהכרח למוגבלות הנפשית, היוו אלמנטים מרכזיים לתמיכה וסיוע מוצלחים. כן הראה המחקר כי התוכניות שהוגדרו כאפקטיביות והוגנות יותר היו אלה שההורים היו מעורבים בבנייתן והערכתן.¹¹¹

3.2.3. ההשלכות המשפטיות של הורות עם מוגבלות נפשית

בתחומים משפטיים העוסקים ביחסים בין-אישיים רגשיים וכן במוגבלויות נפשיות ושכליות (כגון סכסוכי גירושים, אשפוז כפוי, כשרות משפטיות, ויחסי הורה-ילד) נוטים בתי המשפט, על פי רוב, לקבל החלטות שיפוטיות המבוססות על חוות דעת מומחים מקצועיים ממקצועות הטיפול.¹¹² בהתאם לכך, ניתן לראות כי היחס המקצועי-טיפולי להורות של אנשים עם מוגבלות נפשית¹¹³ השפיע על התייחסותם של מערכת המשפטית להורים אלה. לצד כתיבה ענפה בתחום זה בחו"ל, בישראל כמעט ולא קיימים מחקרים העוסקים בהשלכות המשפטיות של הורות עם מוגבלות.

תפיסות של סוף המאה ה-19 לגבי מוגבלות נפשית כמערערת את ה"אופי המוסרי" (moral character) הובילו לפסילת ההורות של אנשים עם מוגבלות נפשית ולהחלטות "פשוטות" יותר לגבי משמורת משפטית. כאשר הורה אושפז בבית חולים פסיכיאטרי, למשל, המשמורת על ילדיו הופקעה ממנו באופן אוטומטי ולעתים אף לצמיתות. גם הרכיב הגנטי שבמוגבלות נפשית הוביל למסקנות לפיהן יש להפריד בין הורים עם מוגבלות נפשית לילדיהם ואף להגביל את הילודה של אנשים עם מוגבלות נפשית,¹¹⁴ תפיסות אשר אומצו פעמים רבות על ידי רשויות הרווחה והרשות השופטת.¹¹⁵ לאורך השנים, מדיניותם המתפתחת של בתי חולים פסיכיאטרים, לאפשר ביקורי בית ולקצר את משך האשפוז, כמו גם תפיסות מקצועיות שהתפתחו בנוגע לטיפול במחלות נפש, גרמו לא רק להעלאת הילודה, אלא גם להתמודדות משפטית מחודשת עם שאלת המשמורת וההורות.¹¹⁶

יודגש כי גם כיום, פעמים רבות נמצא כי המוגבלות הנפשית של ההורה סותרת את העקרון המשפטי המרכזי העומד לנגד רשויות הרווחה ובתי המשפט - עקרון "טובת הילד".¹¹⁷ משכך, וכפי שיפורט

¹¹¹ Eliana Barrios Suarez, Ginette Lafrenière & Jay Harrison, *Scoping Review of Interventions Supporting Mothers with Mental Illness: Key Outcomes and Challenges*. 52(8) COMMUNITY MENTAL HEALTH JOURNAL, 927 (2016).

¹¹² Carl P. Malmquist, *The Role of Parental Mental Illness in Custody Proceedings*, 2(4) FAMILY LAW QUARTERLY 360, 364 (1968); Edmund M. Dane & Jamie A. Rosen, *View from the Bench: Parental Mental Health and Child Custody*. 54(1) FAMILY COURT REVIEW, 10 (2016).

¹¹³ שינויים אשר מקבלים ביטוי במגדירים הרשמיים כגון ה-DSM, המשתנים באופן תדיר ומכניסים לגדר "מוגבלות נפשית" תכונות שנחשבו פעם כ"מוזרות" או "קושי", ולהפך – מוציאים מגדרם התנהגויות שנחשבו לפתולוגיות, והיום נחשבות לנורמטיביות (כגון הומוסקסואליות).

¹¹⁴ David Sobel, *Children of Schizophrenic Parents: Preliminary Observations on Early Development*, 118 AMERICAN JOURNAL OF PSYCHIATRY 512 (1961); Leonard Heston, *Psychiatric Disorders in Foster Home Reared Children of Schizophrenic Mothers*, 112 THE BRITISH JOURNAL OF PSYCHIATRY 819 (1966).

¹¹⁵ Maya Sabatello & Paul S. Appelbaum, *Psychiatric Genetics in Child Custody Proceedings: Ethical, Legal, and Social Issues*, ETHICS IN GENETIC MEDICINE (L. Parker, Section Editor, 2016).

¹¹⁶ Marshall Shearer, Albert Cain, Stuart Finch & R.T. Davidson, *Unexpected Effects of an "Open Door" Policy on Birth Rates of Women in State Hospitals*, 38 AM. J. ORTHOPSYCHIATRY BANNER 413 (1968).

¹¹⁷ Anat S. Geva, *Judicial Termination of Child Custody When a Parent is Mentally Ill: A Little Bit of Law, A Little Bit of Pop Psychology, and A Little Bit of Common Sense*. 16(1) UC DAVIS JOURNAL OF JUVENILE

בהמשך המחקר, פעמים רבות נקבע כי הורים עם מוגבלות נפשית הם חסרי מסוגלות הורית, וכי משמורתם מהווה סכנה לילד. לצד זאת הבחינו חוקרים בהתערערות הקשר הישיר בין מוגבלות נפשית לבין היעדרה של מסוגלות הורית: זאת, בשל ההכרה בדבר יכולתם של אנשים עם מוגבלות נפשית "לשלוט" במחלתם ובסימפטומים שלה באמצעות תרופות או טיפול, וכן הכרה בכך שתמיכה וסיוע עשויים להיטיב את התפקוד ההורי. משכך דומה כי נטיית בתי המשפט היא שלא לראות במוגבלות הנפשית כגורם המעיד, כשלעצמו, על חוסר מסוגלות ולהוביל להגבלתה, החלקית או המוחלטת, של ההורות. אולם זאת, כל עוד המצב הנפשי אינו משפיע על יכולתו של ההורה לפעול בהתאם לטובת הילד.¹¹⁸

בהתאם לכך, מקובל להתייחס למוגבלות הנפשית כאחד הפרמטרים – אך לא הפרמטר היחיד – לצורך החלטה בעניין "טובת הילד", כאשר הקביעה, כיצד משפיעה המוגבלות הנפשית של ההורה על טובתו של הילד, צריכה להתקבל תוך הסתמכות על ראיות נרחבות, וביניהן, הערכות מקצועיות בנוגע לכישורי החיים של ההורה בהווה ובעתיד, חוות דעתו של האפוטרופוס לדין של הילד, רמת מודעותו של ההורה למוגבלות והשלכותיה, וממצאים אישיים של השופט עצמו. שקילה זו אינה פשוטה כלל ועיקר. בין השאר הראו מחקרים, כי פעמים רבות קיימת אי הבנה בקרב עורכי הדין המייצגים והשופטים בנוגע להיבטים המקצועיים-פסיכולוגיים של המוגבלות, וכן בעיות בהערכה עצמאית של חוות הדעת המונחות בפניהם, המובילות לתוצאות הפועלות כנגד מימוש ההורות.¹¹⁹

כמו כן, וכפי שאטען גם בהמשך המחקר, ההפרדה שעושים בתי המשפט בין עצם קיומה של המוגבלות הנפשית (אשר לכשעצמה לא תוביל להגבלת ההורות) לבין השלכותיה (אשר יובילו להגבלת ההורות), מצמצמת מאוד את היקפו של השינוי התפיסתי בדבר היעדר הקשר הישיר בין המוגבלות להורות, ומעידה על כך כי גם כיום התפיסה המשפטית השלטת היא של חוסר הלימה אינהרנטית בין המוגבלות הנפשית לבין ההורות.

זאת ועוד: הסופיות המאפיינת חלק מההליכים הקשורים ביחסי הורים וילדים מגבילה את יכולתו של המשפט לעקוב אחר התמורות החברתיות-טיפוליות, שכן כל החלטה המגבילה את הקשר הורה-ילד, בין אם מדובר בהגבלה מוחלטת (כגון צו אימוץ) ובין אם מדובר בהגבלה "רכה" יותר (הכרזת "קטין נזקק", משמורת, או אומנה – כפי שיפורט בהמשך המחקר) קובעת "עובדות בשטח" אשר קשה ולפעמים בלתי אפשרי לשנותן, בעיקר נוכח הצורך של ילדים ביציבות והתפיסה לפיה גם תקופות קצרות

LAW & POLICY, 1 (2012); Sacha M. Coupet, *The AAML Child Custody Evaluation Standards: Bridging Two Worlds*, *Child Custody Evaluation Standards*. 25 JOURNAL OF THE AMERICAN ACADEMY OF MATRIMONIAL LAWYERS, 295 (2013). רוב השופטים מבססים את הקריטריונים לבחינת רכיבי "טובת הילד" על הכללים המנחים שהוצעו על ידי Uniform Marriage and Divorce Act, הכללים את רצון ההורים והילד, היחסים ביניהם, מידת ההתאמה של הילד לביתו, לבית הספר, לקהילה, והבריאות הנפשית והגופנית של כל הגורמים המעורבים.¹¹⁸ Geva, לעיל ה"ש 117, בעמ' 10; Susan Kerr, *The Application of the Americans with Disabilities Act to the Termination of the Parental Rights of Individuals with Mental Disabilities*, 16 JOURNAL OF CONTEMPORARY HEALTH LAW AND POLICY 387 (2000); Arturo Ricardo Garcia, *Termination of Parental Rights of the Mentally Ill: An Analysis of Washington Law*, 37 GONZAGA LAW REVIEW 489 (2001/2002). Theresa Glennon, *Lawyering for the Mentally Ill: Walking with Them: Advocating for Parents with Mental Illness in the Child Welfare System*, 12 TEMPEL POLITICS AND CIVIL RIGHTS LAW REVIEW, 273 (2003).¹¹⁹ Coupet, לעיל ה"ש 117, בעמ' 230.

יחסית הן משמעותיות (תפיסה אשר מקובלת לכוונה "זמן ילד").¹²⁰

כמו כן, וכפי שיפורט בהרחבה בהמשך, לצד הכרה עקרונית בכך שמחלת נפש אינה יכולה לשמש כבסיס יחיד להתערבות ביחסי הורים וילדים, לא פותחו על ידי רשויות הרווחה, המחוקק ובתי המשפט מנגנונים משמעותיים לסיוע להורים עם מוגבלויות נפשיות ומענה לקשיים שהם חווים, הן אלה הנובעים ישירות מהמוגבלות והן הנובעים ממנה באופן עקיף. תת-פיתוח זה משפיע באופן ישיר על תפקודם של הורים עם מוגבלויות נפשיות, וכך, למרות שהמוגבלות עצמה אינה נחשבת כסיבה "א-פריורי" להתערבות ביחסים, בסופו של דבר עצם קיומה ותת-ההתייחסות אליה מובילות להחלטות מערכתיות הפוגעות בסטטוס ההורי או מבטלות אותו לחלוטין.

3.3. הורות של אנשים עם מוגבלויות שכליות - ממצאים טיפוליים חברתיים ומשפטיים

3.3.1. הגדרת המוגבלות השכלית וההתייחסות המשפטית והמוסדית אליה

סעיף 1 לחוק הסעד (טיפול באנשים עם מוגבלות שכלית-התפתחותית) תשכ"ט – 1969 (להלן: "**חוק הסעד**") מגדיר "אדם עם מוגבלות שכלית-התפתחותית" כ"אדם שמחמת חוסר התפתחות או התפתחות לקויה של כשרו השכלי מוגבלת יכולתו להתנהגות מסתגלת והוא נזקק לטיפול...". בהתאם לחוק הסעד, ועדת אבחון של משרד הרווחה אמונה על בדיקה והגדרה של אדם כעונה על ההגדרה שבחוק.¹²¹ ההגדרה האופרטיבית המנחה את עבודת משרד הרווחה היא זו של האגודה האמריקאית למוגבלות שכלית התפתחותית¹²² לפיה "מוגבלות שכלית מתאפיינת במוגבלות משמעותית בתפקוד השכלי ובהתנהגות המסתגלת כפי שהן באות לידי ביטוי במיומנויות תפיסתיות, חברתיות ומעשיות. מוגבלות זו ראשיתה לפני גיל שמונה עשרה".¹²³

הגורמים למוגבלות השכלית יכולים להיות גנטיים,¹²⁴ ביולוגיים או סביבתיים.¹²⁵ משרד הרווחה מגדיר את אופי המוגבלות השכלית בהתאם לשש דרגות: **מוגבלות שכלית קלה** (אנשים עצמאיים במרבית תחומי היומיום הזקוקים לתמיכה נקודתית בלבד במצבי שינוי או משבר); **מוגבלות שכלית קלה-בינונית** (אנשים עצמאיים רק בחלק מתחומי היומיום וזקוקים לתמיכה מוגבלת וקבועה לתקופות זמן קצרות כדי ללמוד ביצוע עצמאי יותר של מיומנויות חשובות); **מוגבלות שכלית בינונית** (אנשים הזקוקים לתמיכה מוגבלת בכל תחומי היומיום הניתנת באופן קבוע לתקופות זמן קצרות כדי ללמוד ולהתאמן ולהיות מוכשרים לניצול כל יכולותיהם); **מוגבלות שכלית ברמה בינונית נמוכה** (אנשים הזקוקים לתמיכה חלקית בחלק מתחומי היומיום, ולתמיכה מוגברת (עזרה בפועל) במילוי הצרכים האחרים); **מוגבלות שכלית קשה** (אנשים הזקוקים לתמיכה מוגברת קבועה ושאיןנה מוגבלת בזמן בכל תחומי החיים כדי לתפקד באופן פעיל, ללא תמיכה שכזו האדם אינו מסוגל למלא את צרכיו הבסיסיים); ו**מוגבלות שכלית עמוקה** (אנשים הזקוקים לתמיכה תמידית על ידי גורם תמיכה חיצוני

¹²⁰ זמן שאול – סוגיות בקבלת החלטות לגבי ילדים בסיכון (שרי בן נתן, עורכת, 2000).

¹²¹ סעיף 7 לחוק הסעד.

¹²² AAIDD – America Association on Developmental and Intellectual Disabilities משנת 2011. ההגדרה

תואמת גם את זו שב-DSM 5.

¹²³ ראו [באתר משרד הרווחה](#).

¹²⁴ דוגמאות מובהקות למוגבלות שכלית גנטית הן תסמונת דאון, תסמונת רט, ותסמונת פריידר ווילי.

¹²⁵ דליה ניסים, רנטה גורבטוב ומירי בן שמחון, "[אנשים עם מוגבלות שכלית התפתחותית](#)" בתוך [אנשים עם מוגבלויות](#), משרד הרווחה והשירותים החברתיים.

במילוי הפעילויות בכל תחומי החיים).

אנשים אשר מוגבלותם השכלית איננה התפתחותית (כלומר, לא החלה בילדות) נקראים "אנשים עם לקות שכלית אחרת". קבוצה זו כוללת אנשים אשר היכולת הקוגניטיבית שלהם (כפי שהיא באה לידי ביטוי ברמת ה-IQ, בתובנות וביכולות התפקוד החברתית) נפגעה, אך הסיבה לפגיעה אינה התפתחותית אלא תוצאה מאירוע סביבתי או בריאותי כדוגמת תאונה, דמנציה או פגיעת ראש. בקבוצה זו נכללים גם אנשים עם פיגור קל או רמה קוגניטיבית גבולית, אשר לא אובחנו כ"אנשים עם מוגבלות שכלית-התפתחותית" על ידי ועדת האבחון. עם זאת, הפסיקה התייחסה גם לאנשים אלה כעונים על הגדרת "אדם עם מוגבלות שכלית-התפתחותית" לפי חוק הסעד, וקבעה כי ההגדרה "... רחבה וכוללת, ומחילה למעשה מבחן אובייקטיבי ומשותף לכל הלוקים בשכלם, בהתעלם מהגורמים השונים לליקוי השכלי וההבדלים בתפקוד בין אנשים המשתייכים לאוכלוסייה זו".¹²⁶ בשל כך, גם במחקר זה אני משתמשת בעיקר במונח "מוגבלות שכלית" וזאת לצורך הפישוט ומניעת הסרבול, וכן מאחר ובהקשרו של מחקר זה אין משמעות רבה לשאלה, האם המוגבלות השכלית נתנה את אותותיה לפני גיל 18 (כלומר היא "מוגבלות שכלית-התפתחותית") או שהתרחשה עקב מאורע חיצוני כלשהו לאחר גיל 18.

המשרד האחראי להעניק שירותים לאנשים עם מוגבלות שכלית הוא משרד העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים (להלן: "משרד הרווחה"). עד לשנת 2017 היו אנשים עם מוגבלות שכלית תחת חסות האגף לטיפול באדם עם מוגבלות שכלית התפתחותית. בעקבות רפורמה במשרד אוחד הטיפול בהם והוא נמצא היום תחת "מינהל מוגבלויות" של המשרד, המאגד אנשים עם מוגבלויות שכליות, פיזיות, חושיות, ואוטיזם.¹²⁷ המוסד לביטוח לאומי מעניק קצבאות נכות לאנשים המוגדרים כאנשים עם מוגבלות שכלית בהתאם לאחוזי נכות רפואית הנקבעים לפי מנת המשכל שלהם (IQ) וכן בהתאם לקביעה בנוגע לשיעור אובדן כושר העבודה שלהם.¹²⁸

3.3.2. השפעתה של המוגבלות השכלית על ההורות – מאפיינים וממצאים

מוקד ההתייחסות להורות של אנשים עם מוגבלות שכלית השתנה לאורך המאה הקודמת: בחצי הראשון של המאה התמקד הדיון בשאלה האם יש לאפשר לאנשים עם מוגבלות שכלית להביא ילדים לעולם, דיון אשר הושפע מדעות אאוטויות לפיהן הדבר יוביל להולדה של ילדים עם מוגבלות שכלית (דעות שלא נמצא להן ביסוס מדעי).¹²⁹ תפיסה זו אף הובילה לפעולות קיצוניות כגון עיקור וסירוס בכפיה, והשמה במוסדות.¹³⁰ הטיעון האאוטויות התפוגג בשנות ה-70 ופינה את מקומו לדיון אתי, מוסרי וחוקי בדבר סמכותה של החברה להגביל את זכויותיהם של אנשים עם מוגבלות לגור בקהילה,

¹²⁶ ע"פ 7924/07 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.5.08).

¹²⁷ תחת המינהל פועלת מחלקה חדשה "שירות למשפחה, אומנה וקהילה" אשר אמורה לפתח שירותי תמיכה וליווי מותאמים לאנשים עם מוגבלויות, לרבות מערכי דיור לזוגות ולמשפחות, ותמיכה להורים לצורך הרחבת שימוש בשירותים האוניברסליים הקיימים בקהילה.

¹²⁸ בהתאם לסעיף 91 לתוספת לתקנות הביטוח הלאומי (קביעת דרגת נכות לנפגעי עבודה), תש"ז - 1956.

¹²⁹ Alexander Tymchuk, Linda Andron & Olivia Unger, *Parents with Mental Handicaps and Adequate Childcare – A Review*. 15 MENTAL HANDICAP 49 (1987).

¹³⁰ James C. Dugan, *Conflict Between Disabling and Enabling Paradigms in Law: Sterilization the Developmentally Disabled and the Americans with Disabilities Act of 1990*. 78 CORNELL LAW REVIEW 507 (1993).

להינשא,¹³¹ או לקיים יחסי מין ולגדל ילדים.¹³² בדומה ליחס לגבי אנשים עם מוגבלויות נפשיות אשר תואר לעיל, מגמות של אל-מיסוד (deinstitutionalization), הרחבת ההזדמנויות לחיים עצמאיים ושילוב בקהילה, וכן שינויים בגישות בנוגע למיניות של אנשים עם מוגבלויות, אשר התרחשו במהלך המאה ה-20,¹³³ הובילו לעליה דרמטית במספר ההורים עם מוגבלויות שכליות.¹³⁴ כמו בנוגע למוגבלות נפשית, המחקר העוסק בהורות של אנשים עם מוגבלות שכלית מתרחש בעיקר בחו"ל ולא בארץ.

ההנחה המובנית היא שהורות דורשת לא רק אהבה ומסירות, אלא גם יכולות מנטליות וקוגניטיביות כגון שיקול דעת, תכנון לטווח ארוך, יכולות ארגוניות, אסטרטגיות חברתיות, זיכרון, גמישות מחשבתית והבנה של יכולות ומוגבלויות של ילדים – יכולות אשר מאופיינות כמופחתות בקרב אנשים עם מוגבלות שכלית. כתוצאה מכך, שתי השאלות המרכזיות המניעות את המחקר בתחום זה הינן, האם להורים עם מוגבלות שכלית יש "מסוגלות הורית"; ובהנחה שתפקודם ההורי אינו "תקין", האם ניתן ללמד אותם ולשפר את הורותם.

מחקרים שנערכו בנסיון לענות על שתי השאלות הללו הובילו למסקנות לפיהן ילדיהם נמצאים בסיכון לעיכובים התפתחותיים, התעללות והזנחה. גם יכולתם של ההורים ללמוד כיצד להעניק טיפול לילדיהם הוטלה בספק.¹³⁵ עם זאת, התבססה הסכמה עקרונית לפיה IQ לבדו אינו מנבא בהכרח מסוגלות הורית או חוסר מסוגלות הורית, למעט כאשר הוא נמוך מ-55-60.¹³⁶ מעל לרמה זו של IQ, הממצאים מצביעים על כך שההחלטה האם אדם הוא הורה "טוב דיו" צריכה להתקבל על בסיס יכולות הקשורות לגידול ילדים ולא על בסיס IQ בלבד.¹³⁷ עם זאת, לא קיימת תמימות דעים מקצועית לגבי אותן יכולות, וההגדרות השונות נעות בין התייחסות להיבטים חיצוניים כגון חוסר תלונות מצד הקהילה, הוכחות שהילד נקי, מוזן היטב, לבוש, מפוקח, והולך לבית הספר באופן סדיר, עד להיבטים פנימיים יותר של איכות האינטראקציה בין ההורה לילדו, שיעור התמיכה הוורבלית, או הענישה.¹³⁸

מחקרים מאוחרים יותר הצביעו על יכולתם של ההורים לרכוש ולהפנים מסוגלות הורית בטכניקות שונות.¹³⁹ יכולת זו תואמת ממצאים בנוגע ליכולת הלמידה המוגברת של אנשים עם מוגבלויות שכליות

Jeffery M. Shaman, *Persons who are Mentally Retarded: Their Right to Marry and Have Children*. 131 12(1) FAMILY LAW QUARTERLY 61-84 (1978).

Dowdney & Skuse, לעיל ה"ש 66, בעמ' 26.

Tim Booth & Wendy Booth, *GROWING UP WITH PARENTS WHO HAVE LEARNING DIFFICULTIES* (New York: Routledge, 1998).

Watkins, לעיל ה"ש 6, בעמ' 1418.

Maurice A. Feldman, Laurie Case, Fay Towns, & Judith Betel, *Parent Education Project I: The Development and Nurturance of Children of Mentally Retarded Parents*. 90 AMERICAN JOURNAL OF MENTAL DEFICIENCY, 253 (1985); Robert F. Schilling, Steven P. Schinke, Betty J. Blythe & Richard P. Barth, *Child Maltreatment and Mentally Retarded Parents: Is There a Relationship?* 20 MENTAL RETARDATION, 201 (1982); Elizabeth A. Seagull & Susan L. Scheurer, *Neglected and Abused Children of Mentally Retarded Parents*. 10 CHILD ABUSE AND NEGLECT, 493 (1986).

Tymchuk et. al., לעיל ה"ש 129, בעמ' 51. ה-IQ הממוצע הוא 100.

Dowdney & Skuse, לעיל ה"ש 66, בעמ' 30.

Alexander Tymchuk & Linda Andron, *Mothers with Mental Retardation who do or do not Abuse or Neglect Their Children*. 14 CHILD ABUSE AND NEGLECT, 313 (1990).

Maurice A. Feldman, Laurie Case, Arnold Rincover, Fay Towns & Judith Betel, *Parents Education Project III: Increasing Affection and Responsivity in Developmentally Handicapped Mothers: Component Analysis, Generalization and Effects on Child Language*. 22 JOURNAL OF APPLIED BEHAVIOR ANALYSIS,

בגילאים שנחשבים מאוחרים יחסית ללמידה.¹⁴⁰ בהתאם לכך, "יציבותה" של המוגבלות השכלית אינה נחשבת היום למוחלטת כפי שנחשבה בעבר, וקיימות תיאוריות וממצאים לפיהם פוטנציאל ההתפתחות והלמידה של אנשים עם מוגבלות שכלית הוא גבוה הרבה יותר מכפי שהיה מקובל לחשוב בעבר, ובמיוחד כי קיים "פיצוי" של למידה מוגברת בגילאי ה-20.¹⁴¹

ממצאים נוספים ערערו על הקשר הישיר בין מוגבלות שכלית להזנחה או התעללות בילדים, והצביעו על גורם מתווך בין המוגבלות ליחס לילדים: תנאי חייהם הירודים של ההורים. נמצא שהורים עם מוגבלות שכלית חיים לרוב בתנאים סוציו-אקונומיים נמוכים ותחת לחץ כלכלי מתמיד, אשר מקשים, כשלעצמם, על מילוי משימות ההורות.¹⁴² כמו גם על תהליך ההריון עצמו.¹⁴³ עוד נמצא כי המשקל המצטבר של גורמי לחץ נפשיים, פיזיים וחברתיים, כאשר הם חוברים ליכולות אינטלקטואליות מוגבלות, עשויים לגרום למשבר בטיפול בילד.¹⁴⁴ נוכח האמור, עלה קושי לשייך את תוצאות חייהם המורכבים של ילדים להורים עם מוגבלות שכלית, למוגבלות של הוריהם בלבד.¹⁴⁵

בהתאם לכך נמצא שהתשובה לשאלה, האם מוגבלות שכלית כשלעצמה מגבירה את הסיכוי להזנחה או התעללות בילדים, היא מורכבת, מכיוון שהורים עם מוגבלות שכלית חולקים גורמים משפיעים עם הורים ללא מוגבלות שכלית, שמתעללים בילדיהם או מזניחים אותם. כך נמצא, כי היסטוריה של מחסור או התעללות בילדותו של ההורה, כישורי תקשורת דלים, בעיות בריאות של ההורה, ובעיות בריאות והתפתחות של ילדים, עשויות להיות להוות רכיב סיכון משמעותי ולהיות רלוונטיות יותר להזנחה והתעללות, מאשר המוגבלות השכלית עצמה.¹⁴⁶

אם כן, המחקר העלה כי בסופו של דבר קשה לענות על השאלה, האם מוגבלות שכלית כשלעצמה מגבירה את הסיכון להזנחה או התעללות בילדים, מאחר ולא ניתן לשלוט במספר העצום של המשתנים המשפיעים על תוצאה זו, כגון שימוש בסמים, חולי כרוני, הערכה עצמית נמוכה, עוני, יחסים בין

211 (1989); Alexander J. Tymchuk & Linda Andron, *Clinic and Home Parent Training of a Mother with Mental Handicap Caring for Three Children with Developmental Delay*. 1 MENTAL HANDICAP RESEARCH 24 (1988).

Maurice Feldman, David McConnell, & Marjorie Aunos, *Parental Cognitive Impairment, Mental Health, and Child Outcomes in a Child Protection Population*. 5 JOURNAL OF MENTAL HEALTH RESEARCH IN INTELLECTUAL DISABILITIES, 66 (2012).

Reuven Feuerstein, Pnina S. Klein & Abraham J. Tannenbaum, *MEDIATED LEARNING EXPERIENCE (MLE) THEORETICAL, PSYCHOLOGICAL AND LEARNING IMPLICATIONS* (Freud Publishing House, 1991).

¹⁴¹ Lifshitz-Vahav, לעיל ה"ש 46.

¹⁴² Ann Gath, *Mentally Handicapped People as Parents*. 29(6) JOURNAL OF CHILD PSYCHOLOGY AND PSYCHIATRY, 739 (1988); Steven Rosenberg & Gay McTate, *Intellectually Handicapped Mothers: Problems and Prospects*. 11(1) CHILDREN TODAY, 24 (1982).

¹⁴³ Hilary K. Brown, Yona Lunskey, Andrew S. Wilton, Virginie Cobigo, & Simone N. Vigod, *Pregnancy in Women with Intellectual and Developmental Disabilities*. 28(1) JOURNAL OF OBSTETRICS AND GYNECOLOGY CANADA 9 (2016).

¹⁴⁴ Daphne E. Glaun & Patricia F. Brown, *Motherhood, Intellectual Disability and Child Protection: Characteristics of a Court Sample*. 24(1) JOURNAL OF INTELLECTUAL AND DEVELOPMENTAL DISABILITY, 95 (1999).

¹⁴⁵ Booth & Booth, לעיל ה"ש 133. לסקירת הורות של אנשים עם מוגבלות שכלית מזווית מבטם של הילדים ראו: ושלר, לעיל ה"ש 19.

¹⁴⁶ Dowdney & Skuse, לעיל ה"ש 66, בעמ' 32.

אישיים דלים, חוסר תמיכה מהמשפחה המורחבת, תלות במערכת הרווחה ויחסים גרועים עם הרשויות, בדידות חברתית, התעללות בילדות, והיסטוריה אישית של חוסר גירוי והמרצה, שיכולים להתקיים (בנפרד או במשולב) עם המוגבלות או בלעדיה.¹⁴⁷

מחקרים נוספים הצביעו על מקומה של המדינה ומערכת הרווחה בהגבלת ההורות של אנשים עם מוגבלות שכלית, ועל כך, כי על אף שהמדיניות החוקית הרשמית ברוב המדינות המפותחות אינה מונעת, כשלעצמה, מאנשים עם מוגבלויות שכליות להיות הורים, קיימים חסמים רבים בדרכם להיות ולגדל ילדים, לרבות התניית קבלת סיוע מטעם הרווחה בביצוע עיקור,¹⁴⁸ ואופן החיים במסגרות הדיור, אשר אינו מאפשר חיי משפחה או חיי מין.¹⁴⁹

מחקרים אחרים אשר עסקו ביחסים שבין הפרט למערכת הרווחה מצאו כי ילדים מופרדים מהורים עם מוגבלויות שכליות כאמצעי שהוא לעתים בלתי נחוץ ובלתי מידתי, ואשר היה יכול להימנע לו הציעו למשפחה סיוע, משאבים ושירותים שהיא זקוקה להם.¹⁵⁰ מחקרים אלה הצביעו על כך שהצלחת הורות של אנשים עם מוגבלויות שכליות תלויה במידה רבה בסיוע המותאם שיקבלו אותם הורים¹⁵¹ והתוו אמות מידה לשיפור ומיקוד הסיוע שניתן להורים עם מוגבלויות שכליות, הכוללות סיוע המותאם לצרכים ולחוזקות של ההורים, סיוע ארוך טווח במקרים המתאימים, מידע ותקשורת נגישים, וגישה לייצוג וסינגור בלתי תלוי. כל אלה אמורים להינתן הן במסגרת השירותים הניתנים לכלל האוכלוסייה, והן במסגרת שירותים ייעודיים.¹⁵²

בכל הנוגע לחוויותיהם ארוכות-הטווח של ילדים להורים עם מוגבלות שכלית, מחקר ישראלי חדשני אשר במסגרתו רואיינו ילדים בוגרים מחזק את הממצאים שלעיל על כל היבטיהם: ראשית נמצא, כי אכן מדובר בחוויה לא פשוטה, ובחיים הרצופים בתחושות של דחייה ובושה המובילות לצורך מתמשך בהסתרה. נמצא, כי הקשר הורה-ילדה הינו מורכב, וכי ההורים לא תמיד הצליחו למלא כראוי את תפקידם כמחנכים ולספק מענה לצורכי הילדים. כתוצאה מכך, רבים מהילדים נאלצו להתמודד מגיל

¹⁴⁷ Dowdney & Skuse, לעיל ה"ש 66, בעמ' 27.

¹⁴⁸ Dugan, לעיל ה"ש 130, בעמ' 520.

¹⁴⁹ Llewellyn, לעיל ה"ש 11.

¹⁵⁰ Tim Booth, Wendy Booth & David McConnell, *The Prevalence and Outcomes of Care Proceedings Involving Parents with Learning Difficulties in the Family Courts*. 18 JOURNAL OF APPLIED RESEARCH IN INTELLECTUAL DISABILITIES, 7 (2005); Tim Booth, Wendy Booth & David McConnell, *Care Proceedings and Parents with Learning Difficulties: Comparative Prevalence and Outcomes in an English and Australian Court Sample*. 10 CHILD AND FAMILY SOCIAL WORK, 353 (2005); David McConnell, Gwynnyth Llewellyn & Luisa Ferronato, *Parents with a Disability and the NSW Children's Court* (Sydney: University of Sydney, 2000).

¹⁵¹ Beth Tarleton, Linda Ward, & Joyce Howarth, *Find the Right Support? A Review of Issues and Positive Practice in Supporting Parents with Learning Difficulties and Their Children*. (London: the Baring Foundation, 2006); Marjorie Aunos & Maurice Feldman, *Attitudes Towards Sexuality: Sterilization and Parenting Rights of Persons with Intellectual Disabilities*. 15 JOURNAL OF APPLIED RESEARCH IN INTELLECTUAL DISABILITIES, 285 (2002); Gwynnyth Llewellyn & David McConnell, *Mothers with Learning Difficulties and Their Support Workers*. 26(1) JOURNAL OF INTELLECTUAL DISABILITY RESEARCH, 17 (2002).

¹⁵² [GOOD PRACTICE GUIDANCE ON WORKING WITH PARENTS WITH A LEARNING DISABILITY](#) (University of Bristol, Department of Health & Department for Education and Skills, 2007); Sandra Baum, *Parents with an intellectual disability continue to face a high risk of losing their children. However, there is evidence that innovative schemes and appropriate support can enable them to care for their children* (UNIVERSITY OF HERTFORDSHIRE, INTELLECTUAL DISABILITY AND HEALTH, 2014).

צעיר עם דרישות ואתגרים מורכבים, ופיתחו "כישורים הוריים" בגיל מוקדם, בשל הצורך למלא את החלל שנוצר בשל חוסר תפקוד ההורה. הם דיווחו על כך שבגרותם הם "נקרעים" בין הצורך להמשיך ולטפל בהוריהם לבין המאבק לנהל חיים עצמאיים ונפרדים. הם תיארו את נסיונם להגיע להשלמה עם מי שהביאם לעולם, לקבלו ולאווהו באופן מלא, ואת התסכול העולה מנסיון זה. ממצא נוסף היה תפקידה המהותי והמרכזי של המשפחה המורחבת בהישרדות התא הגרעיני, כך שלרוב, קיומה של רשת משפחתית רחבה ואיתנה, היתה הגורם המכריע להישארות הילד בבית כחלק מהתא המשפחתי. לבסוף עלה כי המקור המרכזי של תחושות הבושה וההסתרה של הילדים אינם ההורים עצמם כי אם החברה, אשר מתקשה לקבל הורה "שונה" ורואה אותו כחלש, נחות חברתית, וכעול על הסובבים אותו, ובהם ילדיו.¹⁵³

3.3.3. ההשלכות המשפטיות של הורות עם מוגבלות שכלית

במישור המשפטי, העלייה הדרמטית במספר ההורים עם מוגבלויות שכליות הביאה לעלייה במספר התיקים המשפטיים במסגרתם נדונה הורותם. בדומה למקרים בהם מדובר בהורים עם מוגבלות נפשית, אשר תוארו לעיל, גם במקרים של הורים עם מוגבלות שכלית, אמורה מערכת המשפט לאזן בין האוטונומיה והזכות של ההורה לגדל את ילדיו לבין עקרון "טובת הילד", ולהגיע למסקנות אופרטיביות וודאיות. ברובם ככולם של המקרים, מתבקשים מומחים הממונים על ידי בית המשפט להעריך מסוגלות הורית, כמו גם את המסוגלות ללמוד מיומנויות הוריות. מאחר והן מסוגלותם ההורית והן יכולתם של ההורים ללמוד כיצד להעניק טיפול לילדיהם מוטלות בדרך כלל בספק, הסיכוי שהילדים יוצאו מחזקתם, נחשב כגדול ביחס להורים ללא מוגבלות.¹⁵⁴ גם בתחום זה, ובניגוד להיקף המחקר המתבצע בחו"ל, לא קיימת כתיבה בישראל.

מחקרים שבחנו מקרים משפטיים בהם ילדים עברו התעללות או הזנחה, הראו כי מוגבלויות שכליות (וכן נפשיות) של ההורים היוו רכיב משמעותי בהחלטה השיפוטית.¹⁵⁵ עוד נמצא, כי ילדיהם של אנשים עם אינטליגנציה נמוכה הורחקו מהם לצמיתות יותר מילדים להורים ללא מוגבלות. המחקר לא קבע ממצאים בנוגע לשאלה, האם מדובר באפליה כלפי ההורים, או חוסר אפשרות של ההורים, בשל המוגבלות, להתנהג בדרך בה ציפה בית המשפט כי יתנהגו לאורך ההליך המשפטי. עוד נמצא, כי ההרחקה לצמיתות היתה רווחת יותר במצבים בהם המוגבלות באה לידי ביטוי קיצוני, בעוד מקרים פחות קיצוניים הובילו להחלטות מורכבות יותר.¹⁵⁶

באשר לקשר בין המוגבלות עצמה לבין ההחלטה השיפוטית, מחקר אמריקני מצא, כי פעמים רבות עצם הגדרתם של ההורים כאנשים עם מוגבלות שכלית שימשה כבסיס לשלילת הזכויות ההוריות ללא בחינה מהותית של התנהגותו הקונקרטית של ההורה. זאת, תוך הפרת עקרון איסור האפליה שבחוק

¹⁵³ ושלר, לעיל ה"ש 19, בעמ' 41.

¹⁵⁴ Randy A. Hertz, *Retarded Parents in Neglect Proceedings*; Seagull & Scheurer, לעיל ה"ש 135.

Erroneous Assumptions of Parental Inadequacy. 31 STANFORD LAW REVIEW, 758 (1979).

¹⁵⁵ Duffy Dillon, *Child Custody and the Developmentally Disabled Parent*, 127 WISCONSIN LAW REVIEW 127 (2000).

¹⁵⁶ Carol G. Taylor, Dennis K. Norman, J. Michael Murphy, Michael Jellinek, Dorothy Quinn, Francis G. Poitras & Marilyn Goshko, *Diagnosed Intellectual and Emotional Impairment Among Parents who Seriously Mistreat Their Children: Prevalence, Type, and Outcome in a Court Sample*. 15 CHILD ABUSE AND NEGLECT, 389 (1991).

האמריקאי (ה-American With Disabilities Act (ADA) וכן של חלק 2 של התיקון ה-14 לחוקה האמריקאית, שעניינו "הגנה שווה בפני החוק" (Equal Protection Clause).¹⁵⁷ מחקר עדכני נוסף שהתבצע באיסלנד מצא כי הורים עם מוגבלות שכליות מופלים לרעה בהליכי משמורת הן על ידי רשויות הרווחה והן על ידי בתי המשפט. זאת ביחס להורים אחרים, ללא מוגבלות, וביחס להתנהגות ההורית שהובילה להליכי בחינת המשמורת, ובעיקר ביחס לראיות וההוכחות שהובאו כדי להוכיח הזנחה הורית – ראיות אשר בדרך כלל לא נלקחו בחשבון כאשר ההורה הוא ללא מוגבלות שכלית.¹⁵⁸

4. שיטת המחקר: מהי המדיניות האפשרית?

במסגרת סקירת הספרות נפרשו הקשיים המגוונים העומדים בפני הורים עם מוגבלויות בישראל ובעולם, ורוחב היקפה של תופעת ההורות בקרב אנשים עם מוגבלויות בישראל. כן הוסבר ייחודה של סוגיית ההורות של אנשים עם מוגבלויות נפשיות ושכליות, שכן בשל מאפייניהן הן נחשבות כמשפיעות לרעה על התפקוד ההורי המקובל, יותר ממוגבלויות אחרות. בהמשך, נסקרו אפיוני המוגבלויות הללו כמו גם אפיוני הורותם של אנשים עם מוגבלויות שכליות ונפשיות, הגישות המקצועיות-טיפוליות כלפי הורים עם מוגבלויות אלה, ויחסו של המשפט אליהם.

מן הדברים עולה כי הקשיים העומדים בפני הורים עם מוגבלויות, ובעיקר מוגבלויות שכליות ונפשיות, באים לידי ביטוי במספר מישורים: המישור הראשון הוא הממשק שבין מאפייני המוגבלות לבין תפקודים הוריים (בין בהבאת ילדים לעולם ובין בגידולם) אשר מעלה פעמים רבות בעיות וקשיים מהותיים – פיזיים ופסיכולוגיים. המישור השני הוא הקשר שבין מוגבלויות שכליות ונפשיות לבין גורמים נוספים (כגון עוני וחוסר תמיכה משפחתית) גורמים אשר מקשים כשלעצמם על התפקוד ההורי. המישור השלישי הוא הקשר שבין הסביבה והחברה לבין המוגבלות כמעצם את קשיי ההורות. במישור זה, באים הקשיים לידי ביטוי הן בסטיגמה המופנית כלפי הורים עם מוגבלויות שכליות ונפשיות, הן במניעה – בדרכים כאלה ואחרות – של יחסי זוגיות והורות, והן בחוסר סיוע ומשאבים המוקצים להורות של אנשים עם מוגבלויות אלה. אחד הביטויים המובהקים של הקושי היא הדרך השלילית שבה נתפסת הורות של אנשים עם מוגבלויות נפשיות ושכליות במערכת המשפט. כתוצאה מכך, משקפות ההחלטות השיפוטיות בתחום זה תפיסה של קשר שלילי, ישיר או עקיף, בין המוגבלות והשלכותיה לבין התפקוד ההורי והמסוגלות ההורית, ומשכך הסיכוי להתערבות משפטית ביחסי הורים וילדים הוא גבוה. לצד כל אלה תוארו ממצאים המצביעים על חשיבות ההורות בחייהם של אנשים עם מוגבלויות נפשיות ושכליות, ועל התרומה הפוטנציאלית המשמעותית של סיוע מקצועי ממוקד והשלכתו החיובית על רווחת ההורים והילדים.

במישור המדיניות מצב זה מעמיד, לכאורה, את המדינה בפני שתי אפשרויות חלופיות: האחת, הכרה בקשיים כסיבה שלא לתמוך בהורות (או הורות פוטנציאלית) של אנשים עם מוגבלויות ולהגביל באופן מפורש את זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות נפשיות ושכליות בתחום ההורות. החלופה השניה היא התייחסות לקשיים אלה באמצעות מדיניות המאפשרת הורות של אנשים עם מוגבלויות החפצים בה,

¹⁵⁷ Watkins, לעיל ה"ש 6, בעמ' 1431-1436.

¹⁵⁸ Bjorg Sigurjónsdóttir & Rice, לעיל ה"ש 13, בעמ' 70.

תוך יצירת התנאים המתאימים לכך, כפי שנעשה בתחומי חיים אחרים של אנשים עם מוגבלויות (כגון תעסוקה, חינוך, השכלה גבוהה, כשרות משפטית, ונגישות).

בשני הפרקים הבאים אבחן את קיומה ואפיוניה של המדיניות בתחום הורותם של אנשים עם מוגבלויות בישראל.

בפרק השני אתאר את ההסדרים המשפטיים בישראל, הן בנוגע למוגבלות שכלית ונפשית והן בנוגע להורות, באמצעות סקירת כל החוקים, התקנות והנהלים המתייחסים לאנשים עם מוגבלות שכלית ונפשית, וכל החוקים, התקנות והנהלים המתייחסים להורות, וכן פסקי דין שפורסמו בתחום זה. באמצעות ניתוח תוכנם של מסמכים אלה אראה, כי על אף שלא קיימת מדיניות מפורשת השוללת הורות של אנשים עם מוגבלות שכלית ונפשית, הלכה למעשה נוקטות רשויות המדינה (המחוקק, הרשות המבצעת ובתי המשפט) בדרך של שלילה והגבלה של הורות והורות פוטנציאלית של אנשים אלה. זאת בניגוד למדיניות חברתית ומשפטית המעודדת אנשים עם מוגבלויות לקחת חלק שוויוני בתחומי חיים אחרים.

בפרק השלישי אציג את שני דברי החקיקה המובהקים בתחום זכויות אנשים עם מוגבלויות בישראל: חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות והאמנה הבינלאומית בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות. אבחן את הדרך שבה הם מתייחסים לתחום המשפחה וההורות, ואת השפעתם, וליתר דיוק, אי-השפעתם, על המדיניות בישראל בתחום זה, וזאת באמצעות ניתוח תוכנם של המסמכים ובדיקת יישומם על ידי רשויות השלטון באמצעות פסקי דין, חקיקה, נהלים, והתנהלות בשטח.

פרק 2: ממצאים: ההסדרים המשפטיים בישראל בנוגע להורות ומוגבלות

שכלית ונפשית

מהלך הפרק

בפרק הראשון נפרשו הקשיים העומדים בפני אנשים עם מוגבלויות בתחום ההורות, כפי שהם באים לידי ביטוי במישור הטיפולי, החברתי והמשפטי. נטען, כי במישור המדיניות מעמידים קשיים אלה את המדינה בפני שתי אפשרויות חלופיות: האחת, שלילה והגבלה של הורות של אנשים עם מוגבלויות נפשיות ושכליות, והשנייה, תמיכה, סיוע והתאמה להורות מתוך הכרה בקשיים, מצד אחד, ובחשיבות ההורות עבור אנשים עם מוגבלויות, מצד שני.

בפרק זה נבדקת המדיניות הננקטת בתחום זה, באמצעות בחינת יחסה של המדינה (המחוקק, הרשות המבצעת, ובתי המשפט) להורות של אנשים עם מוגבלויות נפשיות ושכליות. מאחר ולהבדיל מתחומים אחרים, לא קיימת חקיקה מפורשת המתייחסת לתחום ההורות והמוגבלות, נבחן כל היבט בנפרד. בחלקו הראשון של הפרק מתוארת התפתחותה של המדיניות והחקיקה הישראלית בעניינם של אנשים עם מוגבלויות, בהתאם לתפיסות מוגבלות שרווחו לאורך השנים. נטען, כי על אף ההתפתחויות שחלו בתפיסת המוגבלות כתלויה הקשר חברתי, הגישה המשפיעה ביותר על החקיקה והמדיניות נושאת אופי רפואי ואינדיווידואלי. בחלק השני נסקרים הדינים העוסקים בהיבטי חיים שונים של אנשים עם מוגבלויות, תוך התמקדות במוגבלויות נפשיות ושכליות. סקירה זו מעלה כי לא קיימת כמעט בכלל התייחסות להורות בחוקים אלה, וגם כאשר קיימת התייחסות, היא נושאת אופי שלילי ואינה עומדת בקנה אחד עם עקרונות של שוויון זכויות, לרבות זכויות הקשורות להגשה והתאמה של הסביבה. בחלק השלישי נסקרים הדינים העוסקים בהבאת ילדים לעולם ובגידול ילדים. סקירה זו מעלה כי ההתייחסות להורות עם מוגבלויות היא בעיקרה שלילית ומשקפת תפיסה של המוגבלות כסותרת יכולות הוריות ומסוגלות הורית. בנוסף, הדינים ופרשנותם הפסיקתית אינם מתייחסים, כמעט בכלל, לעקרונות של שוויון זכויות כגון הנגשה והתאמות בתחום ההורות. בעקבות סקירה זו נטען כי הלכה למעשה נוקטות רשויות המדינה במדיניות של הגבלה של הורות והורות פוטנציאלית של אנשים עם מוגבלויות שכליות ונפשיות, באמצעים שונים: הגבלה על זוגיות ופרייון, התערבות משפטית ואף ניתוק היחסים בין ההורה לילדו, ואי מתן התאמות וסיוע הולמים בתחום ההורות.

1. מדיניות וחקיקת המוגבלות בישראל

המדיניות והחקיקה העוסקות באנשים עם מוגבלויות בישראל מבוססות, בחלקן, על התפיסות הרווחות בארץ ובעולם כלפי אנשים עם מוגבלויות. רימרמן ואח'159 סיווגו את המדיניות כניזונה מעקרונות שניתן לאפיינם, בחלוקה גסה, לשלושה סוגים: עקרונות המאפיינים את המודל הרפואי (או

¹⁵⁹ אריה רימרמן, צילי דגן, מיכל סופר, רוני רוטלר וליאור משאלי "מיסוי, רווחה, ותעסוקה של אנשים עם מוגבלות" (מחקר במימון המוסד לביטוח לאומי, 2011); Arie Rimmerman, Michal Soffer, Tsilly Dagan, Roni Rothler, Lior Mishali, & Dana David Mapping the Terrain of Disability Legislation: The Case of Israel, 29(10) DISABILITY AND SOCIETY 46 (2014).

הביו-רפואי) והמודל האינדיווידואלי, עקרונות של נורמליזציה ושילוב, ועקרונות של שוויון זכויות.¹⁶⁰ **המודל הרפואי** ממשיג מוגבלות כתופעה ביולוגית ורפואית הממוקמת בתוך גוף האדם. כפועל יוצא מהמשגה זו, הטיפול במוגבלות נועד לרפא את הפרט או לעזור לו להתאים את עצמו ואת התנהגותו לסביבה, הנתפסת כקבועה וניטרלית. מודל זה חולק תכנים רבים עם **המודל האינדיווידואלי**¹⁶¹ הממשיג את המוגבלות כבעיה אישית ובוחר אותה ביחס לתפקוד הפונקציונלי במגוון תחומי החיים ביחס לאדם ללא מוגבלות. "הפתרון" למוגבלות, על פי מודלים אלה, נעוץ בהקמתן של מסגרות מיוחדות, ולחלופין, בהתאמתו של האדם, ככל הניתן, למערכות הקיימות.¹⁶² בהתאם למודלים אלה, אשר שלטו בכיפה מהשנים הראשונות לקום המדינה ועד סוף שנות השבעים, עוצבה עבור אנשים עם מוגבלויות מדיניות מבוססת-רווחה (welfare based policy) אשר התמקדה רובה ככולה בתוכניות סעד ובטחון סוציאלי, במתן קצבאות, מענה רפואי, ושירותי שיקום דיפרנציאליים לתת-אוכלוסיות שונות של אנשים עם מוגבלויות (נכי משרד הביטחון, נכי עבודה, ונכים "כלליים").¹⁶³ כמו כן צידדו מודלים אלה בהקמה ושימוש בשירותים ייחודיים ונבדלים, כגון בתי ספר לחינוך מיוחד, מקומות עבודה מוגנים, ומגורים נפרדים.¹⁶⁴ למרות התפתחות מודלים אחרים, כפי שיפורט להלן, האידאולוגיה הרפואית-אינדיווידואלית המשיכה להשפיע על המדיניות והחקיקה בתקופות מאוחרות יותר ובאה לידי ביטוי נרחב גם היום.¹⁶⁵

מתחילת שנות השמונים ועד תחילת שנות האלפיים, רווחו בארץ **גישות של נורמליזציה ושילוב של האדם עם מוגבלות בקהילה**. בתקופה זו גברה ההכרה בכך שהדרתו של אדם עם מוגבלות מהחברה אינה מוסרית וכי יש לאפשר לו לעבוד, להתגורר ולבלות את שעות הפנאי בקהילה. גישה זו ראתה במוגבלות בעיה או תופעה חברתית ולא רק אישית. העיקרון המנחה שלה הדגיש את שילובו של אדם עם מוגבלות בכל תחומי החיים ב"סביבה הכי פחות מגבילה" (least restrictive environment), על פי מידת יכולתו להשתלב.¹⁶⁶ עם זאת, נראה כי עקרונות הנורמליזציה והשילוב לא השפיעו על החקיקה הישראלית בתקופה זו, למעט דוגמה מובהקת אחת – חוק חינוך מיוחד, התשמ"ח-1988, ששם לו למטרה "לקדם ולפתח את כישוריו ויכולתו של הילד בעל הצרכים המיוחדים, לתקן ולשפר את תפקודו הגופני, השכלי, הנפשי וההתנהגותי, להקנות לו ידע, מיומנות והרגלים ולסגל לו התנהגות מקובלת בחברה, במטרה להקל על שילובו בה ובמעגל העבודה" (סעיף 2 לחוק בנוסחו המקורי).¹⁶⁷

¹⁶⁰ סיווג שונה מעט של החקיקה התבצע על ידי שגית מור במאמרה "בין המשגה פוליטית להכרה משפטית – חסמים במימוש זכויות אנשים עם מוגבלויות" **נגישות לצדק חברתי בישראל** 79 (גיוני גל ומימי אייזנשטדט עורכים, 2009).
¹⁶¹ הגדרתה של התפיסה כ"מודל האינדיווידואלי" התבססה עם התפתחותו של "המודל החברתי", כמפורט להלן.
¹⁶² Michael J. Oliver, UNDERSTANDING DISABILITY: FROM THEORY TO PRACTICE (New York: 1996); טל ארטן-ברגמן ואריה רימרמן "דפוסי מעורבות חברתית בקרב אנשים עם וללא מוגבלות בישראל" **בטחון סוציאלי** 49, 79 (2009).

¹⁶³ שם, בעמ' 79.

¹⁶⁴ Marianne Schulze, *Understanding the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, [A](#) **HANDBOOK ON THE HUMAN RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES**, 16 (2009).

¹⁶⁵ רימרמן, דגן ואח', לעיל ה"ש 159.

¹⁶⁶ Bengt Nirje, *The normalization Principle and its Human Management Implications* (Classic Article from **The International Social Role Valorization Journal** 19 (1994) 1(2) 1969).

¹⁶⁷ רימרמן, דגן ואח', לעיל ה"ש 159. תיקון מס' 11 של החוק משנת 2018 (ס"ח תשע"ח מס' 2734 מיום 18.7.18, עמ' 762), שינה את נוסח מטרת החוק כך שההגדרה כיום מותאמת במידה רבה יותר למטרות חוק השוויון (כפי שיפורט להלן): "(1) לקדם ולפתח את הלמידה, הכישורים והיכולות של התלמיד עם הצרכים המיוחדים ואת תפקודו הגופני, השכלי, הנפשי, החברתי וההתנהגותי ולהקנות לו ידע, מיומנויות, כישורי חיים וכישורים חברתיים; (2) לענן את זכותו של התלמיד עם הצרכים המיוחדים להשתתפות שוויונית ופעילה בחברה, בכל תחומי החיים, וכן לתת מענה הולם לצרכיו

התקופה השלישית בעיצוב המדיניות הציבורית בישראל כלפי אנשים עם מוגבלות החלה בשנת 1998 לערך ונמשכת עד היום. בבסיס המדיניות עומדת **גישת הזכויות** המבוססת על מודלים של שוויון וזכויות אדם, ומכוונת להשוואת הזכויות של אנשים עם מוגבלויות לזכויותיהם של שאר אזרחי המדינה.¹⁶⁸ הגישה, הקרויה גם **מודל המיעוט** (minority model) מקבילה את קבוצת האנשים עם מוגבלויות לקבוצות מיעוט אחרות אשר נאבקות על זכויותיהן וככזו היא בוחנת פרקטיקות שיטתיות של הדרה ואפליה של קבוצות מיעוט, ומשרטטת את קווי הדמיון בין יחס החברה לאנשים עם מוגבלויות ליחסה לקבוצות מיעוט אחרות.¹⁶⁹ גישת הזכויות מדגישה את זכותו של כל אדם עם מוגבלות לשוויון, לכבוד ולהשתתפות פעילה בחברה בכל תחומי החיים, כזכות אזרחית בסיסית שאינה תלויה ביכולתו או בתרומתו לחברה. ככזו היא מתנערת מההבניה ההיסטורית אשר הובילה לאי-עמידתם של אנשים עם מוגבלויות ב"דרישות הקדם" של שיח הזכויות, קרי, רציונליות, אוטונומיה, עצמאות ואי-תלות, וכתוצאה מכך, חוסר יכולת להשתתף באופן מלא בחיים האזרחיים הציבוריים ולקבל החלטות הנוגעות לחייהם האישיים,¹⁷⁰ ומחדדת את הערך האנושי האינהרנטי של אנשים עם מוגבלויות, גם אם אינם עומדים בדרישות ה"נורמליות" של השתתפות ופרודוקטיביות.¹⁷¹ משכך, בניגוד למודל הרפואי, המכתיב פיצוי בגין לקות, גישת הזכויות מכתיבה טיפול מערכתי בחסמים החברתיים המונעים שוויון.

גישת הזכויות חולקת מאפיינים עם **המודל החברתי** לתפיסת המוגבלות, המהווה מודל מנוגד למודל הרפואי ולמודל האינדיווידואלי, והרואה במוגבלות תוצר של יחסי גומלין בין הפרט לסביבתו הפיזית והחברתית. המודל, אשר צמח מתוך מאבקם של אנשים עם מוגבלות להכרה בזכויותיהם, והחל להיות מוכר גם בישראל בשנות ה-90, נוסח לראשונה בבריטניה ב-1976 על ידי "איחוד האנשים עם הלקויות הפיזיות כנגד הפרדה" (Union of Physically Impaired People Against Segregation - UPIAS). המודל מבחין בין "לקות" (impairment), מונח המיוחס לחסר הגופני או התפקודי, למונח "מוגבלות" (disability) המפורש כנחיתות או הגבלה בפעילות הנגרמת על ידי מבנה חברתי מדיר. בהתאם לעקרונות המודל, המוגבלות והקושי להשתלב צריכים להיזקק לחובתם של חסמים פיזיים ועמדות שליליות הרווחות בחברה כלפי אנשים עם מוגבלויות.¹⁷² חסמים ועמדות אלה הינם פרי עיצוב חברתי

המיוחדים באופן שיאפשר לו להיות את חייו בעצמאות מרבית, בפרטיות ובכבוד, תוך מיצוי יכולותיו; (3) לקדם את שילובם של תלמידים עם צרכים מיוחדים במוסדות חינוך רגילים".
¹⁶⁸ לדיון בהיסטוריה של שיח הזכויות והשפעתו על קידום זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות ראו: אריק רימרמן, איילת גור, ודבורית גלעד "שיח הזכויות" **לפרוץ את חומת הזכויות – זוגיות ונישואין לאנשים עם מוגבלות** 57 (רפאל ש. פוירשטיין, עורך, הוצאת ידיעות אחרונות, 2018).

¹⁶⁹ Harlan Hahn, *Antidiscrimination Laws and Social Research on Disability: The Minority Group Perspective*, BEHAVIORAL SCIENCE AND THE LAW 41 (1996).

¹⁷⁰ John Rawls, *A THEORY OF JUSTICE* (Oxford University Press, 1972); מור בין **המשגה פוליטית להכרה משפטית – חסמים במימוש זכויות אנשים עם מוגבלויות**, לעיל ה"ש 160.

¹⁷¹ מרתה נוסבאום (Martha Nussbaum) היא אחת מהחוקרות הבולטות בתחום החשיבה המחודשת על אנשים עם מוגבלות כנושאי זכויות, באמצעות "גישת היכולות" (capabilities approach) שפותחה על ידי בספרה *FRONTIERS OF JUSTICE: DISABILITY, NATIONALITY, SPECIES MEMBERSHIP* (Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2005). גישה זו חודדה על ידי בכל הנוגע לאנשים עם מוגבלויות שכליות במאמרה: Martha Nussbaum, *The Capabilities of People with Cognitive Disabilities*. METAPHILOSOPHY SPECIAL ISSUE: COGNITIVE DISABILITY AND ITS CHALLENGE TO MORAL PHILOSOPHY, 331 (2009).

¹⁷² הכתיבה בתחום, אשר מכירה, ככלל, במודל החברתי כאסטרטגיה חשובה ופלטפורמה להשתתפות של אנשים עם מוגבלויות בחברה, מוסיפה לבחון, לפתח ולשכלל אותו, אולם היא גם מבקרת אותו. הביקורות המרכזיות שהועלו נגד המודל התמקדו בהפרדה שהוא דוגל בה, בין הלקות (הגופנית, שכלית, חושית או נפשית), שנתפסת כאישית, לבין המוגבלות התפקודית, שנובעת מהחברה והסביבה. הביקורת מופנית כלפי ההכחשה הכמעט מוחלטת של השפעתה המגבילה של הלקות על הפרט, החוויות המיוחדות והכאב הפיזי והפסיכולוגי הנלווה אליה, תחושת הבדידות והחוויה של

היסטורי על פי אמות המידה, הנורמות והצרכים של האדם ה"נורמלי" (ללא מוגבלות), באופן אשר מוגדר, באופן שגוי, כניטרלי.¹⁷³ בהתאם למודל מוגבלות אינה רק תופעה אישית אלא גם חברתית, ונובעת מכל אותם חסמים המוצבים לפתחם של אנשים עם מוגבלות ותורמים להדרתם ולאפלייתם.¹⁷⁴

כפועל יוצא מכך, הדרך להשתתפותם של אנשים עם מוגבלויות בחברה תושג דרך פעילות נגד דעות קדומות, וקידום מדיניות הדוגלת בהסרת חסמים חברתיים ואזרחיים.¹⁷⁵ מאחריותה של החברה לשינוי מצבם של אנשים עם מוגבלויות נגזר עקרון מרכזי, הוא **עקרון ההתאמות**. בהתאם לעקרון זה, על מנת לקדם שוויון של אנשים עם מוגבלויות אין די באי-אפליה, אלא יש לפעול באופן אקטיבי על מנת לאפשר את השתתפותם של אנשים עם מוגבלויות במרחב הציבורי והאישי, בתעסוקה, בחינוך, בקהילה, בקבלת החלטות על חייהם, ועוד.¹⁷⁶

עם חדירת גישת שוויון הזכויות והמודל החברתי לתודעה המדינית והציבורית בישראל, התמקד הדיון, אשר עד אז עסק בשאלות הנוגעות להיקף מערך השירותים והגמלאות והזכויות לקבלתם, בשאלות הנוגעות להגדרת המוגבלות בכלל ולשאלת זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות בישראל, בפרט,¹⁷⁷ ובתפיסתם כסובייקטים שווי זכויות ולא כמושאים לחסד וצדקה.¹⁷⁸ תהליך זה קיבל ביטוי בחקיקה ברחבי העולם, כמו גם בחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות ובאמנה הבינלאומית בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות, אשר יידונו בהרחבה בפרק הבא.

עם זאת, וכפי שאראה להלן, ביטוי של גישת הזכויות והגישה החברתית, הן בחקיקה והן במדיניות, נותרה מצומצמת, ובפועל ממשיכה האידאולוגיה הרפואית-אינדיבידואלית לבוא לידי ביטוי נרחב בחקיקה והמדיניות העוסקת באנשים עם מוגבלויות גם היום, בכלל, ובתחום המשפחה וההורות, בפרט.¹⁷⁹ זאת ועוד: תחום ההורות של אנשים עם מוגבלויות לא זכה בישראל לחקיקה מפורשת. לכן, על מנת לבחון המדיניות הקיימת, יש לבדוק באופן נפרד את החקיקה העוסקת במוגבלות (תוך

חיים עם גוף שאינו תואם נורמות חברתיות, והתמקדות במגבלות החברתיות תוך התעלמות מאלמנטים מהותיים של קהילה, שונות ותרבות (John Swaine & Sally French, *Towards an Affirmation Model of Disability*, 15(4) (2000) 569, 573). נראה כי הפתרון לדילמות אלה מצוי בתווך, וכי האתגר בנוגע למודל החברתי לא טמון באיתור הצדקות לאישו המוחלט או בביסוס הצדקות לביטולו, אלא במציאת המינון הנכון של הדגשת הסבל החברתי, מחד גיסא, ושל אי-הכחשת הקושי והאתגר האישי שבמוגבלות, מאידך גיסא (ראו: שגית מור "שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות בתעסוקה – מתיקון הפרט לתיקון החברה" **עיוני משפט** לה 97, 105 (2012)).

¹⁷³ ארטן-ברגמן ורימרמן, לעיל ה"ש 162; מור **שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות בתעסוקה – מתיקון הפרט לתיקון החברה**, לעיל ה"ש 172; רוני הולר, "אנשים עם מוגבלויות ומדינת הרווחה הישראלית: המקרה של עבודות דחק" **בטחון סוציאלי** 95, 39 (2014).

¹⁷⁴ Oliver, *UNDERSTANDING DISABILITY: FROM THEORY TO PRACTICE*, לעיל ה"ש 162; לסקירה מקיפה של גישות כלפי מוגבלות, המודל החברתי, ו"לימודי מוגבלות" בחקשר הישראלי ראו: מור **שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות בתעסוקה – מתיקון הפרט לתיקון החברה**, לעיל ה"ש 172; וכן הולר, לעיל ה"ש 173.

¹⁷⁵ Tom Shakespeare, *Disability, Identity and Difference*, Exploring the Divide 94 (Colin Barnes & Geoff Mercer, Eds., 1996).

¹⁷⁶ Michael J. Oliver, *THE POLITICS OF DISABLEMENT: A SOCIOLOGICAL APPROACH* (Houndmills, Basingstoke: Macmillan, 1990); המודל החברתי למוגבלות וגישת הזכויות תרמו לפיתוח תחום הדעת של **לימודי מוגבלות (Disability Studies)** או **לימודי ביקורת המוגבלות (Critical Disability Studies)**, תחום המשקף גישות ביקורתיות שונות אשר פותחו על ידי חוקרים עם וללא מוגבלות, המתמקדות בחקר ההבניה החברתית והתרבותית של מוגבלות, ומבקשות לרדת לעומקם של תהליכים חברתיים, היסטוריים, פוליטיים, כלכליים ותרבותיים המעצבים את המוגבלות ומשמעותה החברתית (שגית מור, **זכויות אנשים עם מוגבלויות וגישה ביקורתית למוגבלות: השלכות לתחום הבין-אתיקה**, עלון מס' 15 (2016)).

¹⁷⁷ אריה רימרמן, שירלי אברמי, וטל ארטמן-ברגמן, "מדיניות כלפי אנשים עם נכויות: מחקיקה סוציאלית לחקיקת זכויות" (ירושלים: מרכז טאוב לחקר המדיניות החברתית בישראל, 2007).

¹⁷⁸ מור **שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות בתעסוקה – מתיקון הפרט לתיקון החברה**, לעיל ה"ש 172.

¹⁷⁹ רימרמן, דגן ואח', לעיל ה"ש 159.

התמקדות במוגבלות נפשית ושכלית) ואת החקיקה העוסקת בהורות ולראות, כיצד בא לידי ביטוי החיבור שבין שני התחומים. אם כן, בחלקו השני של הפרק אסקור את החקיקה העוסקת באנשים עם מוגבלויות, תוך התמקדות במוגבלויות נפשיות ושכליות ואבדוק, האם וכיצד באים לידי ביטוי היבטים של הורות בחקיקה זו.¹⁸⁰ בחלקו השלישי של הפרק אסקור את החקיקה העוסקת בהורות (הבאת ילדים לעולם וגידול ילדים) ואבדוק, באיזה אופן היא מתייחסת להיבטים של מוגבלות.¹⁸¹

2. היבטים של הורות בחקיקה העוסקת במוגבלות

2.1. חקיקה העוסקת באנשים עם מוגבלות שכלית

להבדיל ממוגבלויות אחרות, ההתייחסות החקיקתית לאנשים עם מוגבלות שכלית בישראל היא מוקדמת ומתקיימת כבר מאז שנות ה-60 של המאה הקודמת. במסגרת זו, כפי שאראה להלן, הסדרת המגורים של אנשים עם מוגבלות שכלית במעונות קיימת כבר עשרות שנים, בעוד שההתייחסות להיבטים אחרים (כגון חיים בקהילה, תעסוקה ומיצוי זכויות) היא מאוחרת הרבה יותר.

2.1.1. חוק הסעד (טיפול באנשים עם מוגבלות שכלית-התפתחותית) תשכ"ט – 1969 ותקנותיו

חוק הסעד¹⁸² מסדיר את זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות שכליות ואת השירותים אותם הם אמורים לקבל. הוראות החוק עוסקות באיתור אנשים עם מוגבלויות שכליות, באבחונם, ובהחלטה לגבי הטיפול בהם, לרבות המסגרת שבה ישהו, באמצעות ועדה מיוחדת. בנוסף לכך עוסק החוק באנשים עם מוגבלות שכלית כחשודים ונאשמים במערכת הפלילית. סעיפים 11 ו-18 מבהירים, כי ההופעה בפני הועדה ופעולה בהתאם להחלטותיה (בכפוף לזכות לערער עליהן) אינה נתונה לבחירתו של האדם או של קרוביו, וניתנת לכפייה.

הן החוק והן התקנות שהותקנו מכוחו¹⁸³ מעניקים חשיבות לגורם המוגדר כ"אחראי" על האדם עם המוגבלות השכלית, המוגדר בסעיף כ"הורה, הורה חורג, אפוטרופוס, או מי שהאדם עם מוגבלות שכלית-התפתחותית נמצא במשמורתו או בהשגחתו". האחראי נדרש להשתתף ולהביע את עמדתו בכל השלבים בהם נקבעות דרכי הטיפול באדם עצמו. באין אחראי ניתן אף למנות לאדם "אפוטרופוס לדין" אשר יביע את עמדתו בפני הערכאות השונות (תקנה 2 לתקנות הסעד (טיפול במפגרים) (סדרי דין),

¹⁸⁰ להבדיל משתי אוכלוסיות אלה (מוגבלויות נפשיות ושכליות), לא קיימים חוקים ספציפיים העוסקים באנשים עם מוגבלויות אחרות (מוגבלות פיזית, חושית, ואוטיזם) ולכן לא ניתן להשוות את ההתייחסות החקיקתית לפי סוג המוגבלות.

¹⁸¹ סקירת החקיקה ומשמעותה מהווה פיתוח של סקירה ראשונית שערכתי במסגרת מאמרי: "הזכות להורות וזכויות הילד" **לפריץ את חומת הזכויות – זוגיות ונישואין לאנשים עם מוגבלות** 96 (רפאל ש. פוירשטיין, עורך, הוצאת ידיעות אחרונות, 2018).

¹⁸² ביום 10.1.17 שונה שם החוק מ"חוק הסעד (טיפול במפגרים)" לחוק הסעד (טיפול באנשים עם מוגבלות שכלית התפתחותית). **ס"ח תשע"ז מס' 2596** עמ' 330 (**ה"ח הכנסת תשע"ז מס' 665** עמ' 12) – תיקון מס' 7 בסעיף 5 לחוק להחלפת המונח מפגר (תיקוני חקיקה), תשע"ז-2017). ביקורת על שמו הקודם של החוק נמתחה גם מטעם בית המשפט, על ידי כבי' השופט עודד מאור מבית משפט השלום בתל אביב – יפו (ה"פ 4152-02-16 **השרות לנכויות התפתחותיות נ' פלוני** (פורסם בנבו, 9.2.16)). בקרב אנשים החוקרים והפעילים בתחום זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות, ניטש ויכוח, האם שינוי שמו של החוק הוא חיובי ומקדם התייחסות שוויונית יותר כלפי אנשים עם מוגבלות שכלית, או שמא מדובר בשינוי סמנטי ו"קוסמטי" בלבד.

¹⁸³ תקנות הסעד (טיפול במפגרים) (סדרי-דין בועדות-ערה), תש"ל-1970, ותקנות הסעד (טיפול במפגרים) (סדרי דין) תש"ל – 1970, תקנות הסעד (טיפול במפגרים), תשל"ו – 1975.

תש"ל-1970). בין הוראותיו של החוק לא נמצא כל רמז לתחום המשפחה וההורות.¹⁸⁴

2.1.2. חוק הפיקוח על המעונות, תשכ"ה – 1965 ותקנותיו

חייהם של אנשים עם מוגבלות שכלית החיים במוסדות (להבדיל מאלה החיים בקהילה), מתנהלים בהתאם לחוק הפיקוח על המעונות, תשכ"ה-1965, הקובע את התנאים הכלליים ומתן הרשיון לניהול של מעון, המוגדר כ"מקום המשמש, או הנועד לשמש, כולו או חלקו, מקום מגורים או מקום שהיה לילדים, לזקנים, לבעלי מום גופני או ללוקים בשכלם, והכל כשהם מחוץ למשפחתם..." (סעיף 1 לחוק). התנאים הנוגעים למגוריהם של אנשים במעון מפורטים בתקנות הפיקוח על מעונות (החזקת חוסים במעונות ללוקים בשכלם) התשכ"ז-1967.¹⁸⁵ התקנות מפרטות את סדר היום, הפנאי, התזונה, הנקיון, תנאי המחיה, הסדרי הלינה, וכל הקשור לחיי היום-יום של האנשים המתגוררים במעון. למעט תקנה 3(ד), הקובעת כי "במעון ידאגו לקיום קשרים בין החוסים השוכנים בו לבין בני משפחותיהם", אין כל התייחסות להיבט המשפחתי של "החוסים".

אפשרויות המגורים במעון מוסדרות בתקנה 10. בהתאם לתקנה 10(ג), לא ישוכנו בחדר אחד יותר מארבעה אנשים, ובאישור מיוחד – שישה; בהתאם לתקנה 10(ו), חוסים וחוסות מגיל 6 ומעלה יהיו בחדרי שינה נפרדים, ואילו סעיף 10(ז) קובע כי חוסים וחוסות מגיל 13 ומעלה יהיו במבנים נפרדים. בהתאם לתקנות לא קיימת, אם כן, אפשרות למגורים זוגיים במוסדות, אולם בפרקטיקה קיימות מסגרות המאפשרות מגורים של אנשים בני שני המינים במבנה אחד, ובמקרים מסויימים אף מתאפשרים מגורים זוגיים. משרד הרווחה אף נוהג לערוך קורסים העוסקים במיניות וזוגיות עבור אנשים עם מוגבלות שכלית-התפתחותית, מתוך ראיית התחום המיני כאחת מהמיומנויות האישיות הלגיטימיות.¹⁸⁶ עם זאת, אנשים עם מוגבלות שכלית המתגוררים במסגרות דיור חוץ-ביתיות מדווחים על חוסר בחופש זוגי ומשפחתי, לרבות קשיים לממש את רצונם להתחתן, לגור בפרטיות עם בני זוגם, ולקיים יחסי מין.¹⁸⁷

2.1.3. תקנון לעבודה סוציאלית – התע"ס

מכוחן של תקנות שירותי הסעד (טיפול בנזקקים) תשמ"ו – 1986 ותקנות שירותי הסעד (תפקיד המנהל וועדת הסעד), תשכ"ד – 1963, תוקן "תקנון לעבודה סוציאלית" הידוע בכינוי "התע"ס".¹⁸⁸ המדובר בהוראות והנחיות של מנכ"ל משרד הרווחה, המסדירות את פעילות אגפי המשרד השונים ואת השירותים שיינתנו לאנשים הזקוקים לשירותי מערכת הרווחה, ובכלל גם, אך לא רק, אנשים עם

¹⁸⁴ במשך שנים, ובאופן מוצהר, לא עסק משרד הרווחה, ובפרט האגף שעסק באנשים עם מוגבלות שכלית, בתחום ההורות (מאיר חובב וחיה עמינדב "מדיניות הטיפול של משרד העבודה והרווחה באדם המפגר בעשור האחרון, והפעילות למעשה" **מבידול לשילוב: התמודדות עם מוגבלויות בקהילה** (מ. חובב, פ. גיטלמן, עורכים, תשס"ו) 65-100. תחת "מינהל מוגבלויות" שהוקם בשנת 2017 פועלת מחלקה חדשה בשם "שירות למשפחה, אומנה וקהילה" אשר אמורה לפתח שירותי תמיכה וליווי מותאמים לאנשים עם מוגבלויות, לרבות מערכי דיור לזוגות ולמשפחות, ותמיכה להורים לצורך הרחבת שימושם בשירותים האוניברסליים הקיימים בקהילה.

¹⁸⁵ אשר עודכנו ביום 18.4.05 באמצעות הוראה 19 לפרק 14 לתקנון העבודה הסוציאלית (התע"ס). תקנה שיש בה עניין למחקר זה העוסק באנשים עם מוגבלויות נפשיות ושכליות הינה תקנה 21 העוסקת בתנאים לקבלת עובדים למעון, ובעיקר בבריאותם של העובדים ובמניעת סכנת הדבקה של החוסים תקנה 21(ג) קובעת כי "לא יועסק במעון עובד החולה במחלת נפש..." ואילו תקנה 21(ו) קובעת כי "לא יתגורר במעון בן משפחה של עובד אם הוא לוקה במחלת נפש או במחלה מידבקת העולה לסכן את בריאות שוכני המעון".

¹⁸⁶ בהתאם לדברי עו"ס ענת פרנק, מפקחת ארצית, תוכניות קידום אישיות, משרד הרווחה, אוקטובר 2016.

¹⁸⁷ לי ירון "נאבקים על חיים משותפים ללא גבולות", הארץ 28.4.17.

¹⁸⁸ את **התע"ס** ניתן לאתר באתר משרד העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים.

מוגבלויות פיזיות, חושיות, שכליות, ואוטיזם (אך לא אנשים עם מוגבלויות נפשיות, הנמצאים תחת אחריותם של משרד הבריאות ושל קופות החולים).¹⁸⁹ נקודת חולשה מרכזית של התע"ס נעוצה במעמדו הנורמטיבי המוביל לכך שיישומו, על אף שהוא כפוף לעקרונות מנהליים של יעילות ושוויון, תלוי בתקציבי משרד הרווחה והרשות המקומית הרלוונטית.

כפי שצויין לעיל, עד לאחרונה, האגף האחראי על אנשים שאובחנו כאנשים עם מוגבלות שכלית היה האגף לטיפול באדם עם מוגבלות שכלית-התפתחותית ("מש"ה"), ואליו שוייכו, בדרך כלל, גם אנשים עם מוגבלויות שכליות שיש להם מוגבלויות נוספות (פיזיות, חושיות ואוטיזם). אנשים המאובחנים כבעלי אינטליגנציה גבולית או מוגבלות שכלית התפתחותית-קלה שוייכו בדרך כלל ל"אגף השיקום", האחראי על מתן שירותים לאנשים עם מוגבלויות פיזיות. במהלך שנת 2017 הושלם במשרד הרווחה מהלך של הקמת "מנהל מוגבלויות", מנהל אשר אמור לאחד את האגפים השונים, ולהעניק לאנשים עם מוגבלויות שירותים בהתאם לסוג השירות ולא בהתאם לסוג המוגבלות.

התע"ס מחולק ל-20 פרקים, ובכל אחד מהם נדון נושא אחר. להלן אסקור את הוראות התע"ס אשר יש להן נגיעה למשפחה והורות של אנשים עם מוגבלויות (הוראות המופיעות בפרקים 3, 5, 6, 10 ו-14). חלקן של ההוראות מתייחסות באופן מפורש לאנשים עם מוגבלויות שכליות, חלקן עוסקות באנשים עם מוגבלויות ללא הבחנה בנוגע לסוג המוגבלות, וחלקן מתייחסות באופן כללי למשפחה, ללא קשר, כביכול, למוגבלות.

2.1.3.1 פרק 3 לתע"ס – "פרט ומשפחה"

פרק זה של התע"ס אינו עוסק באופן מפורש באנשים עם מוגבלויות אלא בכלל המשפחות הזקוקות או ראויות לעזרת מערכת הרווחה. אולם, קריאה מדוקדקת בו מעלה התייחסות עקיפה לתחום המוגבלות. כך למשל, מטרתו המוצהרת של התע"ס העוסק ב"תכנון המשפחה"¹⁹⁰ היא לקיים "דור המשך בריא" (סעיף 1.1) כאשר הייעוץ הניתן בנושא זה מתחשב, בין השאר, גם במצב בריאותם של ההורים (סעיפים 1.3 ו-2.2) ובסבירות ללידת "ילד פגוע" (סעיף 3.2).

הוראת תע"ס 3.10 "תשלום עבור ייעוץ וטיפול בחיי משפחה ונישואין"¹⁹¹ מבססת "שירות טיפולי ייחודי" (שט"י) שמוגדר כפועל מתוך ראייה מערכתית ארוכת טווח, עבור אוכלוסיה המוגדרת כבעלת "בעיות מורכבות וחרירות במיוחד". מלבד העובדה כי המדובר בטיפול אינטנסיבי, לא מפורט טיבו של הטיפול. עם זאת מפורט בתע"ס כי משפחות המתקיימות מקצבאות, לרבות קצבאות נכות, ישלמו תעריף מופחת עבור השירות.

תע"ס 3.16 "מענים לפרט ולמשפחה בקהילה"¹⁹² מעניק סיוע חומרי למשפחות על בסיס מצוקה כלכלית. התע"ס לא מקנה זכאות על בסיס מוגבלות, ולמעשה, נושא המוגבלות מוזכר בו רק פעם אחת, בזכאות לעזרה בהוצאות נסיעה לביקורי בני משפחה השוהים במסגרות או במוסדות מחוץ לבית באופן מתמשך,

¹⁸⁹ קווים מנחים לשיתוף הפעולה בין לשכות הרווחה לבין משרד הבריאות ובתי החולים הפסיכיאטריים בכל הנוגע לטיפול באנשים עם מחלות נפש בקהילה הופיעו בתע"ס 1.9 (10.6.73, הודפס מחדש ב-1.5.78) – "יחסי הגומלין בין שירותי הבריאות ושירותי הרווחה בתחום הטיפול בחולי נפש בקהילה" אשר בוטל בנובמבר 2018.

¹⁹⁰ תע"ס 3.1, תאריך פרסום ותחולה: 21.2.79.

¹⁹¹ תאריך פרסום: 29.1.91, תאריך תחולה: 1.1.91.

¹⁹² מיום 21.5.18.

ובכלל זה אשפוז פסיכיאטרי. בהקשר זה מצויין כי ככל שקיימת מוגבלות שאינה מאפשרת נסיעה בתחבורה ציבורית, תמומן נסיעה במונית (סעיף 4.1).

תע"ס 3.35 אשר מטרתו לספק תוכנית תמיכה למשפחות המוגדרות "רוב בעייתיות"¹⁹³ אינו מגדיר במפורש מוגבלות של ההורים כאחד ממוקדי הבעיה, אלא במרומז, כאשר הוא מתייחס ל"חולי במשפחה" או "העדר הרגלי חיים נאותים ודפוסי תקשורת חיוביים והיעדר מיומנות הורית" כסיטואציות שבהן תוענק התמיכה.

2.1.3.2 פרק 5 לתע"ס – "טיפול בנכים" ופרק 6 לתע"ס – "טיפול בעיוורים"

תע"ס 5.1 "מדיניות משרד העבודה והרווחה בתחום שיקום מוגבלים"¹⁹⁴ עוסק באנשים עם מוגבלויות פיזיות, חושיות, ומוגבלויות נפשיות, ומוציא מתוכו נכי צה"ל, אנשים עם מוגבלות שכלית, אוטיסטים, אנשים עם מחלות נפש המאושפזים במוסדות פסיכיאטרים, וחולים סיעודיים כרוניים מאושפזים. בין מטרות השיקום המפורטות בתע"ס מצויין התפקוד והדימוי המשפחתי (כגון בסעיף 4.1), אולם בהמשך התע"ס אין כל התייחסות, כללית או מפורטת, לתחום המשפחה. ההתייחסות המפורשת היחידה להורות של אנשים עם מוגבלות מופיעה בתע"ס 5.7 "שירותי תמיכה בתקשורת עבור אנשים עם לקות שמיעה" (28.3.18) המפרט את השתתפות המשרד ברכישת גלאי בכי עבור אנשי עם לקות שמיעה שהם הורים לילדים עד גיל 3. בתע"סים נוספים העוסקים ב"שירותי שיקום בקהילה"¹⁹⁵ או "קהילה תומכת חיים עצמאיים לנכים"¹⁹⁶ אין התייחסות להורות. גם בהוראות פרק 6 לתע"ס, העוסק בשירותים הניתנים לאנשים עיוורים, אין כל התייחסות להיבטים משפחתיים.

2.1.3.3 פרק 10 לתע"ס – טיפול באוטיסטים

הוראת תע"ס 10.1¹⁹⁷ מפרטת כי מטרתה לעגן שירותים לאדם עם אוטיזם, על מנת לספק לו תנאים מתאימים להתפתח בהתאם ליכולתו, ולאפשר איכות חיים ראויה לו **ולבני משפחתו**. כוונת התע"ס ב"איכות חיים ראויה לבני משפחתו" מתגלה בסעיף 4.1 בו מוגדר תפקידו של "מטפח אישי", בין היתר ככזה המאפשר לבני המשפחה האחרים "זמן פנוי לעצמם". משכך, הוראות התע"ס אינן מבטאות כל הכרה באנשים עם אוטיזם כהורים. גם הוראות תע"ס 10.3 - "שירותים בקהילה לאנשים עם אוטיזם/הפרעה התפתחותית נרחבת השוהים בביתם"¹⁹⁸ אינן מבטאות הכרה באפשרותם של אנשים עם אוטיזם להיות הורים, ובתמיכה שהם עשויים להזדקק לה בתחום זה. ההוראות מתייחסות באופן זהה ל"ילדים" עם אוטיזם ול"אנשים" עם אוטיזם, ללא הכרה בהבדלים האפשריים בין שתי אוכלוסיות אלה, ולמעשה, מתייחסות גם לאנשים בוגרים עם אוטיזם השוהים בביתם (קרי: בבית הוריהם), כילדים. תע"ס 10.6, שעניינו מרכזי יום שיקומיים לאנשים עם אוטיזם מגיל 21 ומעלה¹⁹⁹ והעוסק בהקניית מיומנויות וכישורי חיים, אינו מתייחס כלל למשפחה והורות.

¹⁹³ "תוכנית יחדיו למשפחות שבהן ילדים בסיכון", תאריך פרסום: 6.5.2002, תאריך תחולה: 1.5.2002.

¹⁹⁴ תאריך פרסום: 28.4.88, תאריך תחולה: 1.6.88.

¹⁹⁵ תע"ס 5.17, תאריך פרסום ותחולה: 1.5.97.

¹⁹⁶ תע"ס 5.24, תאריך פרסום: 21.1.2010, תאריך תחולה: 1.1.2010.

¹⁹⁷ "מדיניות הטיפול באנשים עם אוטיזם/הפרעה התפתחותית נרחבת", תאריך פרסום: 12.8.08, תאריך תחולה: 1.8.08.

¹⁹⁸ תאריך פרסום: 12.10.09, תאריך תחולה: 1.11.09.

¹⁹⁹ "מרכז יום טיפולי/שיקומי לאנשים עם אוטיזם בגיל 21+", תאריך פרסום: 3.3.14, תאריך תחולה: 1.3.14.

גם בהצעת חוק שירותי רווחה לאנשים עם מוגבלות, התשע"ה-2015, אשר בנוסחה הנוכחי עוסקת באופן ספציפי באנשים עם אוטיזם, לא ניתן למצוא בין התחומים שבהם יינתנו אותם שירותי רווחה, את תחום המשפחה וההורות.

2.1.3.4. פרק 14 לתע"ס – טיפול באדם עם מוגבלות שכלית התפתחותית

בחנית התע"ס בכל הנוגע לאנשים עם מוגבלויות שכליות החיים בקהילה, מחוץ למוסדות, מעלה כי לא קיימים שירותים ייעודיים בתחום חיי המשפחה וההורות (זאת להבדיל מאזכור – מינימלי אומנם – של תחום זה בנוגע לאנשים עם מוגבלות פיזית וחושית בפרק 5 לתע"ס, כמפורט לעיל). תע"ס 14.1, המפרט את מדיניות המשרד בתחום זה²⁰⁰ ואשר מבוסס על עקרון ה"נורמליזציה" ומתן שירותים במסגרת "פחות מגבילה" תוך שימוש בשירותים הקהילתיים ה"רגילים" (סעיף 2.3) אינו מזכיר את תחום ההורות. תע"ס 14.28 "סביבה תומכת לאוכלוסייה עם פיגור שכלי"²⁰¹, מפרט את התחומים הנכללים בתכנית המשרד בכל הנוגע לצרכיהם ואיכות חייהם של אנשים עם מוגבלות שכלית-התפתחותית במסגרת חיים בקהילה (סעיף 1). בסעיף ההגדרה (סעיף 2) וסעיף המטרה (סעיף 4) של ההוראה מפורט כי מטרתה לאפשר לאנשים עם מוגבלות שכלית חיים נורמטיביים בסביבתם הטבעית בקהילה, וכן לתת להם רשת תמיכה בתחומים שונים – טיפול בקופות החולים, מיצוי זכויות, תעסוקה, שעות פנאי, ניקיון ואחזקת בית, בטיחות וביטחון, יחסים חברתיים, מעורבות בקהילה. אין בתע"ס זה, כאמור, כל אזכור לחיי משפחה או הורות.

תע"ס 14.21 "מדיניות הטיפול ביילודים הלוקים במחלות ובתסמונות המלוות בפיגור ו/או בעלי נכות מגודרת"²⁰² מספקת זווית מבט נוספת. התקנה עוסקת ביילודים עם מוגבלות שכלית-התפתחותית, מומים קשים, או נכויות המוגדרות כבעלות השלכות משמעותיות לגבי התפתחותם בעתיד. ההוראה מעגנת את זכותם של אותם יילודים לגדול בביתם על ידי הוריהם, בסיוע שירותים ממשלתיים (סעיף 1.2), אלא במקרים מסויימים. הראשון שבהם הוא מקרה בו "הוכח כי אחד ההורים אובחן כמוגבל שכלית, פיסית או נפשית, למעט משבר רגשי חריף הנובע מלידת הילד החריג הנוכחי" (סעיף 1.2.ב); השני הוא כי "הוכח כי למשפחות היילוד קשה להתמודד עם הטיפול בו עקב קיום ילד חריג/נכה אחר המתגורר באופן קבוע בבית" (סעיף 1.2.ג), והשלישי הוא כי "המשפחה רב בעייתית (במונחים פסיכו-חברתיים רפואיים) וקליטת היילוד במשפחתו עלולה להוות סיכון לו ולמשפחתו" (סעיף 1.2.ד). באשר ליילודים אלה נקבע כי יש להעביר אותם למסגרת חוץ ביתית בהקדם האפשרי, מתוך הכרה בנזק שיוסב להם על ידי שהייה ללא צורך במערכת לא מתאימה. על פי מידע שנמסר ממשרד הרווחה²⁰³ המשרד אינו פועל בהתאם לנוהל זה, ואינו מונע מהורים המעוניינים בכך לגדל את ילדיהם בביתם.

2.1.3.5. נוהל "שימוש באמצעי מניעת הריון ומעקב אחר מחזור חדשי רפואי"

נוהל רלוונטי נוסף, אשר לא מהווה חלק מהתע"ס, הוא נוהל "שימוש באמצעי מניעת הריון ומעקב אחר

²⁰⁰ "מדיניות משרד העבודה והרווחה בתחום הטיפול במפגרים", תאריך פרסום: 31.1.89, תאריך תחולה: 1.2.89.

²⁰¹ תאריך פרסום: 22.7.09, תאריך תחולה: 1.8.09.

²⁰² "מגודרת" – כך במקור. תאריך פרסום: 16.8.02, תאריך תחולה: 1.10.92.

²⁰³ לדברי עו"ס ענת פרנק, מפקחת ארצית, תוכניות קידום אישיות, משרד העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים, אוקטובר 2016.

מחזור חדשי רפואי" של האגף לטיפול באנשים עם מוגבלויות שכלית-התפתחותית במשרד הרווחה²⁰⁴. נוהל זה, המתייחס למסגרות הדיור בהן מתגוררות נשים עם מוגבלות שכלית-התפתחותית, מסדיר את המעקב אחר המחזור החדשי ומתן אמצעי המניעה לנשים אלה. בנוהל לא ניתן למצוא עמדה מפורשת לגבי הריון של דיירות, אולם עמדה כזו, החותרת למניעת הריונות, עולה מלשונו: מטרתו הרשמית של הנוהל היא ביצוע מעקב ורישום אחיד של המחזור החדשי, וזאת עקב "הפרעות בהופעת הווסת" אצל חלק ניכר מהדיירות, עקב מה שמוגדר כ"מצבן הבסיסי" או בשל הטיפול התרופתי שהן נוטלות (סעיפים 1-2). הנוהל מחייב את אנשי המוסד לנהל מעקב ולרשום את מועד התחלת הופעת הווסת וסיומה אצל כל דיירת, ולמסור את הרישום בכל חודש לאחראי הרלוונטי (סעיף 3.1). הנוהל מפרט כי יש לדווח על דיירות החוזרות מחופשה ואשר אין לגביהן מידע על מועד הוסת או שהתעורר חשד על ניצול מיני, וזאת על מנת שהרופא המטפל ישקול את הצורך לביצוע בדיקות לשלילת הריון (סעיף 3.4).

בכל הנוגע לאמצעי מניעה, קובע הנוהל כי השימוש בהם הוא חלק מתוכנית כוללת של חינוך מיני. כל החלטה על שימוש באמצעי מניעה צריכה להיות מובאת לדיון בפני פורום מקצועי של המסגרת. לפי הנוהל, "יש לשאוף לשתף את ההורים / אפוטרופוס ואת הדיירת על-פי מידת הבנתה בקבלת ההחלטה, או לחלופין ליידע אותם" (סעיף 4.1). דהיינו, ייתכן בהחלט מצב בו החלטה לגבי אמצעי מניעה מתקבלת ללא שיתופה של הדיירת בהחלטה. באשר לשימוש באמצעי מניעה קובע הנוהל, כי זה יהיה באישורו של הרופא המטפל ובהתייעצות עם גניקולוג, וכי השימוש באמצעי מניעה לא שגרתיים או שנויים במחלוקת ידווח מראש לרופא הראשי באגף (סעיף 4.5). גם החלטה על הפסקת שימוש באמצעי מניעה תובא לדיון בפני הפורום המקצועי של המסגרת, וגם כאן נקבע כי "יש לשאוף ולשתף הורים / אפוטרופוס ואת הדיירת (על-פי מידת הבנתה) בקבלת החלטה" (סעיף 5.1), וכי הפסקת השימוש יהיה באישור של הרופא המטפל ובהתייעצות עם גניקולוג (סעיף 5.2). עוד קובע הנוהל, כי "בכל מקרה של הריון או חשש סביר לו, יש לדווח מיד למפקח על המסגרת, לרופא הראשי, למנהל השרות ולמנהל האגף" (סעיף 4.4). הנוהל אינו מפרט כיצד יטופלו מקרים של הריון.

2.2. חקיקה העוסקת באנשים עם מוגבלות נפשית

2.2.1. חוק שיקום נכי נפש בקהילה, התש"ס-2000

בחוק שיקום נכי נפש בקהילה, התש"ס-2000, אשר מכוחו מוענקים שירותים לאנשים עם מוגבלות נפשית, לא ניתן למצוא אזכור להורות. בתוספת לחוק מפורטים תחומי השיקום, ביניהם ניתן למצוא את "תחום המשפחות", אולם במסגרתו לא אמורים להינתן שירותים לאנשים עם מוגבלות נפשית שהם הורים, אלא לבני משפחתם (באמצעות ייעוץ, הדרכה והנחיה, וכן סיוע בהפניה ובמימון "נופשונים" עבור אנשים עם מוגבלות נפשית המתגוררים עם משפחותיהם).²⁰⁵ בפועל, מתוך הכרה הולכת וגוברת בצרכיהם וזכויותיהם של אנשים עם מוגבלות נפשית בתחום ההורות, החל משרד הבריאות להפעיל בשנים האחרונות תוכניות מיוחדות המיועדות לתמיכה בהורים עם מוגבלויות נפשית. התוכנית המרכזית המופעלת על ידי המשרד ועמותת "שלו" היא תוכנית "ציפור הנפש" במסגרתה ניתנים שירותים

²⁰⁴ פרק ב', מס' 2.7.6, שנת הפצה: 2007, עדכון: מאי 2015.

²⁰⁵ בשיחה עם ד"ר נעמי הדס-לידור, אשר היתה מעורבת בחקיקת החוק, עלה כי בעת חקיקת החוק נושא ההורות של אנשים עם מוגבלויות נפשיות כלל לא עלה על הפרק כתחום הדורש תמיכה מיוחדת.

ייעוץ ותמיכה להורים עם מוגבלויות נפשיות בערים מסוימות, אך לא בפרישה ארצית.

מלבד חוסר ההכרה הרשמית בחוק, קושי משמעותי נוסף העומד בפני הורים עם מוגבלות נפשית נעוץ בהפרדה המוסדית שבין משרד הבריאות, אשר אנשים עם מוגבלות נפשית נמצאים תחת טיפול, לבין משרד העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים, האחראי על התערבות ביחסי הורים-ילדים, אך אינו עוסק במתן מענה טיפולי להורים עם מוגבלות נפשית. תוצאותיו הקשות של חוסר התיאום נדונו ב"דו"ח ועדת וינטר", ועדה בינמשרדית לאיתור קטינים הנמצאים במצבי סכנה והתוויית רשת בטחון להגנה בקהילה, מפברואר 2010. "ניצנים" של תיאום בין-משרדי שכזה ניתן לראות בפרויקט "ברוש" או בשמו הקודם - "הורות בצל מחלת נפש", בין לשכת הרווחה בירושלים (דרום), לבין התחנה לטיפול בילד ובנוער של משרד הבריאות. במסגרת הפרויקט ניתן ליווי אינטנסיבי להורים עם מוגבלויות נפשיות בתוך בתיאם, שמטרתו התמודדות עם השפעות המוגבלות הנפשית על ההורות, לרווחת הילדים וההורים גם יחד. כמו כן, קיימת הכרה בקרב המשרדים בדבר הצורך בתיאום ביניהם, הכרה המתבטאת במפגשים משותפים המתקיימים בנציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות החל משנת 2018.

2.2.2. חוק טיפול בחולי נפש, תשנ"א – 1991

חוק טיפול בחולי נפש עוסק באופן מובהק באשפוז על רקע נפשי, ואינו מתייחס להיבטים משפחתיים של המאושפזים.

2.3. חקיקת הבטחון הסוציאלי

2.3.1. חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב] התשנ"ה-1995

חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב] התשנ"ה-1995 (להלן: "**חוק הביטוח הלאומי**") עוסק בקצבאות להם זכאים אנשים שהוכרו כ"נכים". הזכאות לקצבה מתבססת על קביעת אחוזי נכות רפואית בהתאם לתקנות הביטוח הלאומי (קביעת דרגת נכות לנפגעי עבודה), תשט"ז-1956, המכילות הגדרות המתאימות, עקרונית, לכל סוגי המוגבלויות. רק אדם שהוגדר כבעל אחוזי נכות רפואית ניכרים (בדרך כלל מדובר ב-60% נכות רפואית ומעלה, ובמקרים מסויימים ב-40% נכות רפואית ומעלה) יעבור לשלב בו ייקבע שיעור הקצבה שלו, וזאת על פי הערכה של "אובדן כושר עבודה". ככל שאדם מוגדר ככזה שאיבד את כושר העבודה שלו בשיעור של 50% ומעלה, הוא יקבל קצבה בשיעור התואם את אחוזי "אובדן כושר העבודה". קצבה בשיעור 100% עומדת על סך של כ-3,300 ₪.²⁰⁶

החוק מתייחס באופן מצומצם למדיי להורים עם מוגבלויות. ההתייחסות העיקרית קובעת כי אנשים הזכאים לקצבת נכות, שהם בעלי משפחה, יהיו זכאים ל"תוספת תלויים" עבור בן או בת הזוג (במידה והכנסת בן הזוג נמוכה מכ-5,600 ₪ לחודש) ושני ילדיהם הראשונים. התוספת עבור בן או בת הזוג עומדת על כ-700 עד 1,200 ₪ לחודש (בהתאם לשיעור אחוזי הנכות) והתוספת עבור כל ילד נעה בין 560

²⁰⁶ נכון לחודש פברואר 2019. בהתאם להצעות חוק שונות עשוי שיעור הקצבה של חלק מהזכאים, לעלות באופן משמעותי לכ-4,000 ₪ לקצבה מלאה, אשר יהיו צמודים לעלייה בשכר המינימום. לסקירה נרחבת של נושא קצבת הנכות ראו רימרמן, דגן ואח', לעיל ה"ש 159.

שנ'ל-940 שנה לחודש לילד, בהתאם לשיעור אחוזי הנכות.²⁰⁷

בנוסף לכך, סעיף 62 לחוק הביטוח הלאומי, שהוסף כתיקון לחוק בשנת 2014, קובע כי המוסד ישלם "תשלום מיוחד" בגובה דמי הלידה לאישה המקבלת קצבת נכות, שנקבעה לה דרגת אי כושר השתכרות בשיעור 100% וניתן לה אישור רפואי שלפיו היא אינה מסוגלת לטפל בתינוק שנולד לה. סעיף זה בא, לכאורה, על מנת לסייע כספית לאישה שבשל מוגבלותה זקוקה לעזרה בטיפול בתינוק שזה עתה נולד לה, אולם הוא לא ניתן לכל אישה עם מוגבלות אלא רק לאישה שנקבעה לה דרגת אי כושר השתכרות בשיעור 100% – דרגה המצביעה על כך שהיא אינה עובדת או ששכרה מעבודה הוא נמוך. כך, "תשלום מיוחד" זה למעשה מחליף את דמי הלידה המשולמים לכל יולדת אשר עבדה טרם הלידה. זאת ועוד – על היולדת להוכיח כי היא אינה מסוגלת לטפל בילדה. כתוצאה מכך, אישה עם מוגבלות אשר "רק" מתקשה לטפל בתינוק לא תקבל את התשלום המיוחד, וכך גם אישה עם מוגבלות שדרגת אי כושר ההשתכרות שנקבעה לה נמוכה מ-100%. זאת, למרות שסביר מאוד להניח שגם נשים אלה עשויות להזדקק לסיוע מוגבר בטיפול בתינוק שאך זה נולד, סיוע שעשוי לעלות להן בכסף רב.²⁰⁸

2.3.2. הסכם בדבר גמלת ניידות

ההסכם בדבר גמלת ניידות (או בשמו הפופולרי "הסכם הניידות") מעגן את הזכאות ל"קצבת ניידות" – קצבה בהיקף משמעותי של כמה אלפי שקלים בחודש הניתנת לאנשים בוגרים וכן לילדים עם מוגבלות פיזית הקשורה בהליכה, בהתאם לרשימה המופיעה בהסכם.²⁰⁹ ההסכם כולל קריטריונים לסוג רכב בהתאם לסוג המוגבלות ואפיוניה, אך אינו מתייחס לשאלה, האם האדם הזכאי לגמלה הוא הורה, וכמה ילדים יש לו, בקביעת גודל וסוג הרכב.

2.3.3. תקנות הביטוח הלאומי (ביטוח נכות) (מתן שירותים מיוחדים), תשל"ט – 1978

קצבה הקשורה בעקיפין להורות היא "קצבת שירותים מיוחדים", המוגדרת כשירותים לטיפול אישי באדם ולעזרת בית לשירותו האישי ולמשק ביתו, לביצוע פעולות יום-יום והשגחה.²¹⁰ שיעור הקצבה נע בין 50-188% מקצבת יחיד מלאה, והזכאים לה הם אנשים שדרגת נכותם הרפואית עומדת על 60% לפחות, והמתקשים בביצוע פעולות המכונות "פעולות יומיום". בשנים האחרונות הורחבו מבחני הזכאות לקצבה, והיא נבדקת גם בהתאם לצורך בעזרה במשק הבית. הרחבה זו עשויה להביא לנטיה להכיר בהורים עם מוגבלות, המתקשים בביצוע פעולות אחזקת בית הקשורות בטיפול בילדיהם, כזכאים ל"קצבת שירותים מיוחדים", אולם אין ממצאים רשמיים התומכים בכך.

2.3.4. הוראות בדבר העסקת מהגרי עבודה ("עובדים זרים")

אנשים עם מוגבלויות עשויים, בנסיבות מסויימות, להיות זכאים לקבל רשיון העסקה למהגר עבודה למטרות סיוע, בהתאם ל"קריטריונים למתן היתר העסקת עובד זר בענף הסיוע" של מינהל שירות

²⁰⁷ סעיף 200(ג)(2) לחוק הביטוח הלאומי. הסכומים נכונים לחודש נובמבר 2018.

²⁰⁸ שפיגלמן, לעיל ה"ש 17, בעמ' 189.

²⁰⁹ "הסכם בדבר גמלת ניידות" שנחתם ביום 1.6.77 בין המוסד לביטוח לאומי לבין משרד האוצר.

²¹⁰ סעיף 206(א) לחוק הביטוח הלאומי, ותקנות הביטוח הלאומי (ביטוח נכות) (מתן שירותים מיוחדים), תשל"ט – 1978.

למעסיקים ולעובדים זרים ברשות האוכלוסין וההגירה.²¹¹ הקריטריונים אינם מתייחסים מפורשות לטיפול בילדיו של בעל הרשיון, ומסתפקים באמירה לפיה "על העובד הזר להיות מועסק במתן טיפול סיעודי ועזרה סבירה במשק בית למטופל שעל שמו ניתן ההיתר".²¹² התייחסות מסויימת להורות של אנשים עם מוגבלויות ניתן למצוא בחלק הדין בפעולתה של "וועדה מקצועית מייעצת", שמשמשת הלכה למעשה כוועדת חריגים. שכן, אחד הקריטריונים לקבלת היתר העסקה לאנשים שאינם עומדים בתנאי הנוהל הינו, שמדובר בהורה לשלושה ילדים לפחות, שגיל כולם מתחת ל-16 שנים.²¹³ מעבר לכך לא ניתן למצוא בנוהל כל התייחסות לתפקידם של עובדים סיעודיים בסיוע למערכות יחסים זוגיות או הורות.

2.4. סיכום ביניים: מקומה של ההורות בחקיקה העוסקת באנשים עם מוגבלויות

מהמקובץ לעיל עולה כי ההתייחסות להורות בדינים העוסקים באנשים עם מוגבלויות נפשיות ושכליות היא בעלת שני מאפיינים עיקריים: רוב החוקים אינם מתייחסים כלל להורות או להיבטים משפחתיים, ומיעוטם מתייחסים אל המוגבלות כאלמנט שלילי בהקשר של הורות. בעוד ההתייחסות השלילית משקפת באופן ברור את הדעה בנוגע לחוסר המסוגלות ההורית של אנשים עם מוגבלויות, חוסר ההתייחסות להורות בחקיקת המוגבלות דורשת הסבר נרחב יותר. לכאורה, ניתן לייחס את חוסר ההתייחסות ואת "שתיקת" המחוקק, לתפיסת ההורות כתחום משפחתי-פרטי שהמדינה לא אמורה להתערב בו. אולם, תפיסה זו סותרת את מדיניות המחוקק להתערב בתחום יחסי הורים-ילדים במקרים אחרים, כפי שתואר בהרחבה בהמשך הפרק. אפשרות נוספת היא, כי הוראות החוק וחוזרי המנכ"ל (ובעיקר התע"ס – תקנות העבודה הסוציאלית, המסדירות את התנהלות משרד העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים בנוגע לאוכלוסיות "חלשות") משקפים תפיסה, לפיה בתחום ההורות אין להבדיל בין אנשים עם מוגבלויות לבין הורים אחרים, רק על בסיס המוגבלות. לפי תפיסה זו, על מערכת הרווחה להתייחס להורים עם מוגבלות בדיוק כפי שהיא מתייחסת להורים אחרים, ולהתערב, או להימנע מלהתערב, באופן זהה לאופן שבו היא מתערבת ביחסי הורים וילדים, בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה. תפיסה זו תוכל להסביר את המשתקף מהוראות החקיקה, הכוללות מאות סעיפים העוסקים במגוון תחומי החיים של אנשים עם מוגבלויות, כגון שיקום, דיור בקהילה, פנאי, תעסוקה, מסגרות יום ומסגרות חוץ ביתיות, ואינן מתייחסות כמעט כלל לתחום ההורות.

לכאורה, משקפת תפיסה זו נקודת מבט ניטרלית, לא סטיגמטית, ואף שוויונית כלפי אנשים עם מוגבלויות בתחום ההורות, ומבדילה בין הורים עם מוגבלויות אשר מוגבלותם אינה משפיעה לרעה על הטיפול בילדיהם, אשר המערכת אינה עוסקת בהם כלל, לעומת הורים עם מוגבלויות אשר מסיבות אלה או אחרות, יחסיהם עם ילדיהם דורשים את התערבותה של המערכת. אולם, תפיסה שכזו מתעלמת מהנחיות המובנות המתלוות פעמים רבות למוגבלות, נחיתות אשר הובילה להכרה בתפיסת שוויון זכויות מורכבת, הכוללת בתוכה, כחלק אינהרנטי, התאמות לאנשים עם מוגבלויות (כפי שפורט בחלקו הראשון של הפרק). אשר על כן, מדיניות שכזו, אשר לכאורה אינה מבחינה בין הורים עם ובלי מוגבלות, יוצרת למעשה אי שוויון ותת-התייחסות לצרכים והקשיים המיוחדים של הורים עם מוגבלות.

²¹¹ מיום 1.1.14.

²¹² חלק א', סעיף 5.

²¹³ חלק ג', סעיף 1(ב)(3). זאת בנוסף למוגבלות תפקודית ברמה מסויימת.

משאלה נותרים ללא מענה, עשויים אותם צרכים וקשיים להעמיק ולפגוע בתפקודם של ההורים, באופן העלול להוביל למשברים אשר יצריכו, בסופו של דבר, את התערבותה של המערכת. משכך, חוסר ההתייחסות להיבט המשפחה בגוף החקיקה העוסק במוגבלות, אינו מצביע על ניטרליות כלפי תחום המשפחה של אנשים עם מוגבלויות, אלא להפך: כאשר החיים במוסדות אינם מאפשרים בדרך כלל להקים משפחה, וכאשר תחום המשפחה לא מנוי באופן מפורש כאחד התחומים הראויים לתמיכתה של המדינה, מדובר בתמריץ שלילי אשר מקשה על אנשים עם מוגבלויות ואף מונע מהם ליצור זוגיות ואינטימיות, ולהיות הורים. בחלק הבא אבחן את היבטי המוגבלות העולים מהדינים העוסקים בהורות. בחינה זו תראה, כי ההתייחסות למוגבלות בדיני ההורות אינה מתאפיינת על ידי אותה "שתיקה" אותה ניתן למצוא בדינים העוסקים במוגבלות, אלא על ידי התייחסות שלילית מובהקת למוגבלות ולמאפייניה.

3. היבטים של מוגבלות בחקיקה העוסקת במשפחה ובהורות

חוקים העוסקים במשפחה נחלקים לשני סוגים עיקריים: לסוג הראשון שייכים חוקים אשר עוסקים ביצירת משפחה – היינו בפן של הזכות להורות כ"זכות להבאת ילד לעולם". לסוג השני שייכים חוקים העוסקים בגידול הילדים במשפחה, במקרים בהם קבע המחוקק כי קיימת עילה להתערבות של המדינה. להלן אדון בשני סוגי החוקים, ואבדוק את התייחסותם להורות של אנשים עם מוגבלויות, ובפרט מוגבלויות נפשיות ושכליות. כן אתייחס לפירושם של החוקים הללו בפסיקה הישראלית, במקרים שבהם באו אל פתחה הורים או הורים פוטנציאליים עם מוגבלות.

3.1. חוקים העוסקים בהבאת ילדים לעולם

הליך הבאת ילדים לעולם הוא על פי רוב הליך טבעי, אשר המשפט והמדינה אינם מתערבים בו, ואינו מוסדר באופן חוקי. הסדרתו החוקית מתרחשת כאשר נדרשת התערבות כלכלית ורפואית על מנת לסייע ביצירת היריון או בהבאת הילד לעולם, באמצעות דברי החקיקה להלן.

3.1.1. חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994

החוק קובע את זכותם של תושבי ישראל לשירותים רפואיים, ובכללם שירותים של הפריה מלאכותית לצורך הולדת הילד הראשון והשני, וכן שירותי שימור פוריות לנשים בנסיבות של מחלות הדורשות הקרנות שעשויות לפגוע בפוריותן (סעיפים 6(ד) ו-6(ט)). מכוח החוק הוצאו חוזרים מנהליים המסדירים את מתן השירות הרפואי - חוזר מנהל הרפואה 2146/2014 וחוזר מנהל הרפואה 215.8/2008 החוק והחוזרים אינם קובעים כללים בנוגע לאוכלוסיית היעד של החוק (למעט בנוגע לגיל ההורים המיועדים) ואינם מזכירים אנשים עם מוגבלויות.

עם זאת, אנשים עם מוגבלויות מוזכרים בחוזר מנכ"ל מס' 113/90 "שיקולים בקבלת זוג לטיפול בהפריה חוץ גופית" (28.11.90). חוזר זה מפרט "המלצות" לפיהן: "רופא המאתר זוגות הפונים לטיפול בהפריה חוץ גופית אשר לגביהם מתעוררת שאלה של התאמה לטיפול מבחינת מצבם השכלי,

²¹⁴ "מחזורי טיפול הפרייה חוץ גופית (IVF) בסל השירותים" 20.1.14.

²¹⁵ "הנחיות למטופלים אודות שימוש בביציות מופרות מוקפאות ביחידות להפריה חוץ גופית (IVF)" 25.2.08.

הבריאותי, הנפשי והסוציאלי, יקיים התייעצות עם מומחים בתחומים הרלוונטים בטרם יחליט על דחיית הטיפול". חוות הדעת תינתן על ידי פסיכולוג קליני, פסיכיאטר או עובד סוציאלי בעל ותק של שלוש שנים לפחות. ההחלטה הסופית צריכה להינתן בישיבה משותפת של כל הגורמים המעורבים, אשר יחליטו גם על הצורך בהמשך מתן "טיפול תמיכתי". אם כן בהתאם לחוזר זה, קיומה של מוגבלות בקרב ההורים הפוטנציאלים מעלה באופן מיידי ספק לגבי זכותם לקבל את הטיפולים.

3.1.2. תקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית) התשמ"ז-1987

התקנות מסדירות נטילת ביציות והפריות של נשים אשר מתעתדות לשאת הריון ולהיות אמהות לצאצאים שייוולדו (זאת להבדיל מהוראות החוק העוסקות בפונדקאות, אשר יידונו להלן). התקנות עוסקות בנשים הנמצאות בתהליכי פוריות או בנשים בין הגילאים 30 ל-41, המעוניינות בנטילת ושימור ביציות. התקנות אינן מזכירות באופן מפורש אנשים עם מוגבלויות, אולם בסעיף 14(א) בהן מצויין כי "כל פעולה הכרוכה בהפריה חוץ-גופית... תיעשה רק לאחר שהרופא האחראי הסביר לכל אחד מהנוגעים בדבר²¹⁶ את משמעותה ואת התוצאות העשויות לנבוע ממנה, וקיבל הסכמה מודעת של כל אחד מהם בנפרד". המושג "הסכמה מודעת" עשוי לשמש מחסום בפני נשים עם מוגבלויות נפשיות ושכליות מלקבל את השירות בפועל, כפי שפורש מושג זה בהקשר של פונדקאות, וכפי שיפורט להלן.

3.1.3. חוק תרומת ביציות, תש"ע-2010

החוק בא להסדיר את האפשרות של אישה להרות וללדת באמצעות ביצית שאינה שלה, להיחשב כאם ליילוד ולגדלו, וכן להסדיר את האפשרות של תרומת ביצית לצורך השתלתה ברחם של אם פונדקאית, בהתאם לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד) תשנ"ו - 1996. החוק אינו מתייחס באופן מפורש לסוגיית ההורות של אנשים עם מוגבלויות, אולם ניתן למצוא בו התייחסות למבדקים פסיכולוגיים שעשויים לשמש כר ל"סינון" אנשים עם מוגבלויות נפשיות ושכליות. כך, הליך התרומה אמור להיות מאושר על ידי "ועדת אישורים", אשר כוללת בין חבריה פסיכולוג ועובד סוציאלי (סעיפים 12(ב)(3) ו-12(ב)(4)). כמו כן מטיל החוק מגבלות על תורמת הביציות (אשר בסופו של דבר אינה מוכרת כאם) שהן בעלות אופי הקשור למוגבלות, שכן בסעיף 12(ה) הוא מתנה את התרומה באישור פסיכולוגי ובסעיף 12(ו)(2) הוא קובע כי אישה שהיא חסויה או פסולת דין (אשר כפי שפורט לעיל – רובן ככולן הן נשים עם מוגבלויות שכליות או נפשיות) לא תוכל לתרום ביציות. סעיף 12(ו)(4) מוסיף על כך ודורש כי ההסכמה תינתן "בדעה צלולה ומתוך רצון חופשי" – "מושגי שסתום" אשר פרשנותם עשויה להוציא מכללם אנשים עם מוגבלויות נפשיות ושכליות.

3.1.4. הרגולציה של תרומות זרע

הוראותיו של חוזר מנכ"ל משרד הבריאות 20/7 "כללים בדבר ניהולו של בנק זרע והנחיות לביצוע הזרעה מלאכותית" (8.11.07) אינן מתייחסות למוגבלות כלשהי של ההורים המיועדים, אלא לחשש מפני הולדה של ילדים עם מוגבלות. כך, בנספח ג' לחוזר המנכ"ל נדרש תורם הזרע להצהיר כי למיטב ידיעתו: "אני במצב בריאותי תקין, אין לי כל מחלה מדבקת, אינני סובל מכל נכות פיזית או ליקוי נפשי

²¹⁶ הכוונה לתורמת הביצית, לאשה ממנה ניטלות ביציות לצורך השתלה ברחמה היא, לאשה שברחמה מושתלת ביצית שנתרמה, בנותן או תורם הזרע, ובן זוגה של האשה בה מושתלת הביצית.

בין כתוצאה מורשת ובין כתוצאה מכל תאונה או מחלה" (סעיף 2) וכן כי "למיטב ידיעתי, בני משפחתי לא סבלו ואינם סובלים מכל ליקוי גנטי העובר בתורשה" (סעיף 5).

סעיף 22 לחוזר המנכ"ל קובע כי על הרופא להסביר להורים המיועדים כי "כפי שהדבר עלול לקרות בהריון טבעי, גם במקרה של הריון כתוצאה מהזרעה מלאכותית, קיימת אפשרות של סיבוכים בעת ההריון והלידה ויכול להיוולד ילד בעל פגם גופני או נפשי". נושא זה מוזכר שוב בטופסי ההסכמה (טפסים ה'1 ו-ה'2) עליהם חותמים ההורים המיועדים ולפיהם "... תיתכן לידה של ילד/ים במצב בריאותי פיזי או נפשי לא תקין, או בעלי מום, או בלתי נורמלי/ים וכן בעלי נטיות תורשתיות או כל סטייה אחרת מהרגיל, כפי שהדבר עלול לקרות בהריון טבעי".

3.1.5. חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד) תשנ"ו - 1996

חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד) תשנ"ו-1996 (להלן: "**חוק ההסכמים**") הידוע יותר בשמו הפופולרי "**חוק הפונדקאות**" מאפשר לזוגות – ובעקבות תיקון לחוק מיולי 2018, גם לנשים יחידניות – להביא ילדים לעולם באמצעות השתלת ביצית מופרית מזרעו של בן-הזוג (או זרע שהושג כתרומה, במקרה של אם יחידנית), כאשר הביצית היא של בת-הזוג או של תורמת, ברחמה של אישה אחרת. החוק אינו עוסק באופן ישיר באנשים עם מוגבלויות, אולם לצורך ביצוע התהליך הוא דורש הערכה רפואית ופסיכולוגית בדבר התאמתם של כל הצדדים להסכם (סעיפים 4(3) ו-4(4)), וכן כי כל הצדדים עשו את ההסכם בהסכמה ומרצון חופשי ובהבינם את משמעותו ותוצאותיו (סעיף 5(א)(1)). גם הנהלים המסדירים את חוק ההסכמים מאפשרים לקיים מבחנים לבדיקת המסוגלות ההורית, שהם בעלי גוון נפשי-שכלי, של ההורים המיועדים בהתאם לשיקול דעת הוועדה האמונה על יישום החוק.

כך למשל, בהתאם לנוהל משרד הבריאות "**תנאים להתאמה לתהליך עבור בני הזוג והאם הנושאת**" (עדכון: 2/2018) מצב בריאותם של ההורים יובא בחשבון שיקולי הועדה, ולא יתאפשר תהליך כאשר האם הנושאת "סובלת מהפרעת אישיות קשה או מחלת נפש ו/או עברה אשפוזים פסיכיאטריים או נמצאת בעיצומו של טיפול פסיכיאטרי". כמו כן, בהתאם לטופס משרד הבריאות (של הועדה לאישור הסכם לנשיאת עוברים) "**קווים מנחים הנדרשים לכתיבת חוות דעת פסיכולוגית**" (עדכון: 11/2018), מונחה איש המקצוע לכלול מידע בנוגע לתפקוד הקוגניטיבי וגורמים אישיותיים כגון יציבות נפשית. עליו לשאול את ההורים האם הם נמצאים בטיפול פסיכולוגי או פסיכיאטרי והאם הם נטלו או נוטלים תרופות פסיכיאטריות, וכן להתייחס לסימנים של "הפרעות נפשיות חמורות העלולות לסכן את התהליך".

באחד מהתיקים אשר יוצגו על ידי בקליניקה לזכויות אנשים עם מוגבלויות,²¹⁷ סורבה בקשתה של אשה עם מוגבלות שכלית גבולית (ובן זוגה, ללא מוגבלות) כהורים מיועדים, להמשיך בתהליכי פונדקאות, וזאת בשל הגדרתה כבלתי מסוגלת ליתן "הסכמה מדעת". החלטה זו ניתנה ללא כל בדיקה קונקרטית של אותה אשה, אלא אך על סמך מסמכים שהעידו על המוגבלות. בעקבות דרישתה של הקליניקה חזרה בה הועדה מקביעתה זו והמשיכה לבחון את הבקשה בהתאם לחוק, תוך בחינה קונקרטית של התאמתה

²¹⁷ הקליניקה לזכויות אנשים עם מוגבלויות לזכרו של פרופ' יעקב נאמן פועלת מאז שנת 2003 בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר אילן. היא מנוהלת כיום על ידי ועל ידי ד"ר מיה גפן. פרטי הקליניקה מופיעים באתר מערך הקליניקות: <https://law-clinics.biu.ac.il/node/115>.

3.1.6. "פונדקאות חו"ל" ותקנות מידע גנטי (עריכת בדיקה גנטית לקשרי משפחה, תיעוד ושמירת

תוצאותיה) התש"ע - 2010

בשל המגבלות הרבות שמטיל חוק ההסכמים על אנשים המבקשים להביא ילד לעולם באמצעותו, פונים אנשים רבים לאפיק אחר להגשמת מטרתם – פונדקאות המתרחשת בחו"ל. מכוחו של הליך זה, שהתפתח באמצעות בתי המשפט ומוכר על ידי המדינה, ובכפוף לביצועה של בדיקה גנטית בהתאם לתקנות מידע גנטי (עריכת בדיקה גנטית לקשרי משפחה, תיעוד ושמירת תוצאותיה), התש"ע – 2010, ניתנים "צווי הורות" (ללא צורך באימוץ) לאנשים שהם ההורים הגנטיים של הילדים וגם לבני זוגם.²¹⁹ בשנת 2014 נבחנה "פונדקאות חו"ל" (שהיא במידה רבה יצירת הפסיקה הישראלית) על ידי הפסיקה גם בהקשר של זכויות אנשים עם מוגבלויות, כפי שהורחב לעיל, בתת הפרק שעסק בפרשנותו של חוק השוויון בהקשר של חיי משפחה.

3.1.7. הוועדה הציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפרייון וההולדה בישראל, 2012

מאחר והקידמה הטכנולוגית בכל הנוגע לפרייון מאפשרת היום הורות מסוגים שלא היו קיימים בעבר, ואשר אינם מוסדרים בצורה חוקית (כגון פונדקאות חו"ל שתוארה לעיל), בשנת 2010 הוקמה ע"י מנכ"ל משרד הבריאות ועדה ציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפרייון וההולדה בישראל, בראשות פרופ' שלמה מור יוסף. הועדה היתה אמונה על בחינת המצב החברתי, המשפטי והטכנולוגי ועל הצעת הסדרים חדשים בכל הנוגע לפרייון. חלק ממסקנותיו של [דו"ח הועדה](#) אשר פורסם במאי 2012, היוו תזכיר חוק ממשלתי לתיקון חוק ההסכמים לנשיאת עוברים (תזכיר חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון – הגדרת הורים מיועדים וביצוע הסכם מחוץ לישראל), התשע"ד – 2014).

פרק ב' של הדו"ח יוחד למושג "טובת הילד", עקרון אשר היווה, במוצהר, שיקול עיקרי בגיבוש מסקנותיה. מאחר ואותו "ילד" בו עסקה הועדה הינו ילד אשר טרם נולד, התייחסה הועדה למצב בו בשם "טובת הילד" תוגבל הגישה לטיפול פרייון ותביא למצב בו אותו ילד – עליו מגנים – לא יבוא כלל לעולם. במצב זה נראה כי שתי הזכויות – טובתו מחד, והזכות לקיום ולחיים מאידך, הינן מנוגדות לכאורה. על מנת להתמודד עם סוגיה זו סקרה הועדה גישות שונות לעקרון "טובת הילד" שטרם נולד, אשר הוצגו על ידי החברה האירופאית לפוריות ואמבריוולוגיה (European Society of Human Reproduction and Embryology – ESHRE).

הועדה דחתה את הגישה המכונה "גישת הסף המקסימלי", לפיה לא יינתן טיפול פוריות אלא אם יוערך כי הטיפול בילד לאחר לידתו יהיה "אופטימלי", וזאת מתוך הכרה ב"זכות להורות" כקיימת גם עבור מי שלא יכול לספק את התנאים המיטיביים לילד שייוולד. בהקשר זה העלתה הועדה חשש כי מניעת סיוע בהבאת ילדים לעולם בשם עקרון טובת הילד, למעשה נובעת מרצון החברה להימנע מנשיאה בנטל

²¹⁸ מכתב הסירוב של הוועדה, המתבסס על המוגבלות הקוגניטיבית, מצוי במשרדי הקליניקה.

²¹⁹ בג"צ 566/11 **דורון ממש ואח' נ' משרד הפנים ואח'** (פורסם בנבו, 28.1.14). הכוונה למי שהם בני זוג בעת הבאת הילד לעולם, אשר ממשיכים להחזיק בסטטוס המשפטי ההורי גם במקרה של פרידה מבן הזוג שהוא ההורה הגנטי.

הכרוך בגידולו של ילד אשר צפוי להיוולד "פגוע" או שהוריו לא יוכלו לטפל בו. היא דחתה גם את "גישת הסף המינימלי", לפיה לא יינתן טיפול פוריות כאשר נראה כי טוב לאותו ילד שלא יבוא לעולם כלל, וזאת מאחר וסברה שמדובר בקנה מידה שקשה ליישמו (נושא זה נדון בהרחבה במסגרת הפסיקה והמחקר שעסקו ב"הולדה בעוולה", אשר קצרה היריעה מלתארו כאן). הועדה החליטה לאמץ את הגישה הקרויה "גישת הסף הסביר", לפיה לא יינתן טיפול פוריות רק כאשר קיימת הערכה לחשש גבוה לפגיעה משמעותית בילד, כגישה המאזנת, לדידה, בין הזכות להורות לבין טובתו וזכויותיו של הילד העתידי, אשר טרם נולד. הועדה ציינה כי ייתכן שמושג "טובת הילד" יקבל פירוש שונה כאשר מדובר בילד "בשר ודם", כגון במקרי אימוץ או משמורת, ומהכתוב עולה כי במקרה בו הילד כבר נולד, הועדה סבורה כי רף החשש והפגיעה אמורים להיות נמוכים יותר מאשר "חשש גבוה לפגיעה משמעותית בילד". עם זאת, כאמור לעיל, בכל הנוגע לילדים שלא נולדו היתה הועדה סבורה כי יש לאמץ את מבחן ה"חשש הגבוה לפגיעה משמעותית". במסגרת זו הגדירה הועדה מצבים פיזיים ונסיבות פסיכו-סוציאליות בהם ברור כי ישנו חשש גבוה ומשמעותי כאמור.

לגישת הועדה, אחד הקריטריונים לקיומו של חשש גבוה שזוהה הוא היעדרה של יכולת ומסוגלות הורית אצל ההורים המיועדים לגדלו. במסגרת זו העלתה הועדה את השאלה, האם ניתן להגביל אדם מלקבל טיפולי פוריות מקום בו אילולא הבעיה הרפואית, דבר לא היה מונע ממנו להביא לעולם ילדים באופן טבעי. בעניין זה קבעה הועדה, כי מקום בו אדם מבקש את עזרת החברה למימוש רצונותיו, עומדת לחברה זכות להימנע מלהעניק עזרה זו, וזאת משיקולים ואינטרסים כבדי משקל. מבחינה מעשית, התלבטה הועדה בשאלה כיצד ניתן להעריך יכולות הוריות כאשר הילד טרם נולד. בהקשר זה עלו מספר אפשרויות לאיתור מקרים בהם קיים ספק באשר למסוגלות ההורית, כגון מילוי שאלון, שיחה עם עובד-סוציאלי, הצגת רישום פלילי וכדומה, והוחלט כי אין זה סביר או ישים לדרוש את קיומן של הבדיקות הללו מכל אדם המבקש טיפול פוריות כלשהו.

משכך, המליצה הועדה כי הרופא המטפל יוכל להפנות, לפי שיקול דעתו, מטופלים לשיחה והערכת עו"ס שיהווה חלק מהצוות במרפאה. כמו כן, בכל בית חולים תוקם ועדה רב-תחומית לבחינת טובת הילד, אליה יופנו מקרים בהם קיים חשש לפגיעה משמעותית בטובת הילד, ובכלל זה במצב בו יש חשש להעדרה של מסוגלות הורית של שני ההורים. בנוסף, תוקם ועדה ארצית לבחינת טובת הילד, אשר תורכב מאנשי טיפול ומעורך דין, ואשר תפקידה לשמש כועדה עליונה, ועדה מייעצת וועדת ערר.

לבסוף, מצאה הועדה לנכון לפרט מצבים מסויימים אשר יש להתייחס אליהם בקשר לשאלה של טובת הילד. הראשון הינו "מוגבלות פיזית של ההורה העתידי", אשר ביחס אליו המליצה הועדה לאפשר מתן טיפולי פוריות אם "יש לפחות הורה אחד מתפקד" ובמידה וקיימת מוגבלות פיזית – ההורה נתמך בעזרה סבירה. מנוסח הדו"ח לא ברור, האם באומרה "לפחות הורה אחד מתפקד" התכוונה הועדה לבחינת תפקודו של ההורה עם המוגבלות, או שמא מדובר בהורה השני, ללא מוגבלות. המקרה השני בו התייחסה הועדה למוגבלות הינה במצב של "מגבלה נפשית או קוגניטיבית של ההורה העתידי", מצב בו המליצה הועדה כי ניתן להעניק טיפולי פוריות למי שמסוגל לתת בעצמו הסכמה מדעת לטיפול, וכי הסכמה שכזו לא תוכל להינתן על ידי אפוטרופוס או מיופה כוח. הדו"ח לא התייחס מפורשות למסוגלות ההורית של אנשים עם מוגבלות נפשית או קוגניטיבית.

בסמוך לאחר פרסומו של הדו"ח התנהל הליך משפטי²²⁰ אשר העיד על החשיבות הנורמטיבית שניתנה למסקנותיו על ידי רשויות המדינה ובית המשפט. באותו מקרה, הביאה הפרקליטות את עניינו של אדם עם מוגבלות נפשית (סכיזופרניה פרנואידית) אשר היה אמור לעבור פרוצדורה של שאיבת זרע, בפני בית המשפט לענייני משפחה, על מנת לבחון האם הוא יכול לתת "הסכמה מדעת" לטיפול, והאם בת זוגו תהיה מסוגלת לטפל בילד – שני תנאים המופיעים, כאמור, בדו"ח הועדה בכל הנוגע לאנשים עם מוגבלויות. בית המשפט קבע כי אכן ניתנה "הסכמה מדעת" לטיפולי הפוריות, וכי הרעייה תהיה מסוגלת לטפל בילד. בית המשפט הוסיף וקבע ממצאים לגבי "טובת הילד". בעניין זה התרשם בית המשפט מכמיהת ההורים לילד ומרצונם הנחרץ להביאו לעולם, כנתונים שמלמדים על כך שיעניקו לקטין מצע רגשי ונפשי איתן ויבטיחו את טובתו. בכל הנוגע ליכולות והמסוגלות ההוריות, הן באת-כוח המדינה והן בית המשפט התייחסו אך ורק ליכולותיה של בת הזוג (ללא מוגבלות) ולא דנו כלל ביכולותיו של האב המיועד.

3.2. חוקים העוסקים בגידול ילדים

גידול ילדים על ידי הוריהם הטבעיים נעשה בדרך כלל ללא התערבות של המדינה או בתי המשפט. החוקים המאפשרים התערבות שכזו נועדו, על פי לשונם, למצבים בהם ההורים אינם מקיימים את החובות והתפקידים שלהם כלפי ילדיהם, ואלה ייסקרו להלן. לצד הוראות החוק ייסקרו פסקי הדין אשר פירשו אותן בנסיבות בהן ההורים היו אנשים עם מוגבלויות.²²¹

3.2.1. הוראות תע"ס העוסקות במשפחה: פרק 8 לתע"ס – טיפול בילדים ובבני נוער

התערבותה של המדינה בגידול ילדים על ידי הוריהם מתרחשת בשתי זירות עיקריות: הראשונה היא זירת שירותי הרווחה, והשנייה היא זירת בית המשפט. מוסדות הרווחה, ובעיקר, המחלקות לשירותי רווחה ברשויות המקומיות, הן הזירה הראשונה בה מתקיים בדרך כלל המפגש בין הורים, או הורים פוטנציאליים, לבין המדינה. תע"ס 24.223 קובע את כוננות פקידי הסעד לחוק הסעד סדרי דין (פקידי הסעד לענייני אישות) במחלקות לשירותים חברתיים, ותע"ס 27.223 קובע את כוננותם של עובדים סוציאליים לחוק הנוער במחלקות לשירותים חברתיים. התע"ס מכיר בכך שפקידי הסעד צובר יותר ויותר סמכויות בהתערבות בחיי הפרט והמשפחה, בזכויות הורים, קטינים וחסרי ישע, וגם בחיזוק נורמות ובקידום פעילות שיתופית וטיפולית הנגזרת מהחלטות והמלצות הערכאות המשפטיות. פקיד הסעד מוגדר כמצוי בצומת בה הוא משמש זרועו הארוכה של בית המשפט ונדרש ל"התערבויות סמכותיות" בדרך של הגשת תסקירים, ליווי ומעקב אחר טובת קטינים ואחרים, וביצוע התערבויות טיפוליות.

הוראות התע"ס תחת הפרק העוסק בהתערבות ביחסי הורה-ילד, כגון השמת ילדים במסגרות טיפוליות או הוצאתם מהבית, אינן מתייחסות באופן מפורש להורים עם מוגבלות, אולם הלשון בה הן נוקטות

²²⁰ א"פ (חי') 6036-10-08 אבי החסוי ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 29.12.13).

²²¹ פסקי דין אלה נמצאו במאגרים המשפטיים באמצעות חיפוש מילות מפתח הקשורות למוגבלות. הדיונים בענייני משפחה מתנהלים בדלתיים סגורות, ורבים מפסקי הדין העוסקים בענייני משפחה (ובעיקר בערכאות הנמוכות – בתי משפט השלום לנוער ובתי המשפט לענייני משפחה) אינם מפורסמים.

²²² תאריך פרסום: 15.8.2002, תאריך תחולה: 1.1.2002.

²²³ תאריך פרסום: 28.8.14, תאריך תחולה: 1.9.14.

יכולה לרמוז על מוגבלות: כך למשל תע"ס 8.30 "מועדוניות טיפוליות"²²⁴ ותע"ס 8.31 "מועדוניות ביתיות לגילאי 3-10"²²⁵ המסדירים את השמתם של ילדים במסגרות טיפוליות לאחר שעות הגן או בית הספר, מגדירים את קהל היעד שלהם כ"ילדים להורים שבשל אישיותם או בגלל קשיים הנובעים ממצבם, מתקשים לגדל את ילדיהם ולספק את צורכיהם הרגשיים, החינוכיים וההתפתחותיים" (סעיף 3.3 לתע"ס 8.30), ו"ילדים שהוריהם מתקשים לגדלם ולענות על צורכיהם הרגשיים, החינוכיים וההתפתחותיים הנובעים ממצבם האיש, החברתי והכלכלי" (סעיף 3.3 לתע"ס 8.31).

תע"ס 8.38 "מרכז ילדים / מתבגרים – הורים / ונתיבים להורות"²²⁶ מתמקד בחיזוק ושיפור הקשר שבין הורים וילדים, מתוך הבנה כי קשר זה קריטי להתפתחות הילדים, ומתוך ראיית המשפחה כמשאב ותפקידן של המערכות החברתיות לספק לה כלים ולסייע לה בטיפול בילדים (סעיף 1.4). התע"ס אמור לספק מסגרת טיפולית אינטנסיבית רב-מקצועית המיועדת לשינוי ושיפור מיומנויות ההורות. אוכלוסיות היעד מוגדרות כהורים בעלי "קושי בתפקוד ההורי" (סעיף 3). התע"ס מתייחס באופן מפורש להורים עם מוגבלויות כאשר הוא קובע כי הורים עם מחלת נפש יתקבלו לתוכנית רק לאחר שטופלו על ידי "גורם מטפל מתאים" ולאחר שהועדה לתכנון טיפול והערכה תחליט כי קיימת להורים "יכולת ופניות" לטפל בנושא ההורות (סעיף 3.3).

יצוין כי משרד הרווחה מפעיל, בנוסף, תוכניות ממוקדות המיועדות לתמוך במשפחות אשר ילדיהם הוגדרו כ"ילדים בסיכון": תוכנית "משפחה מיטיבה קבועה" המיועדת למשפחות עם ילדים קטנים (עד גיל 6), ותוכנית "משפחות בשביל הצמיחה" המיועדות למשפחות לילדים מגילאי 6 ומעלה. התוכניות שהינן תלויות תקציב ומופעלות בחלק מהרשויות בלבד, מעניקות מעטפת משפחתית אינטנסיבית בתקציב גבוה יחסית (הזהה לזה של השמה חוץ ביתית) הכולל גם עזרה בתשלום חובות ותשלומים שונים מתוך כוונה לשקם משפחות בזמן קצר יחסית ולאפשר להן לשמור על המסגרת המשפחתית. התוכניות מיועדות למשפחות "מורכבות" בהן נשקלת השמה חוץ ביתית של הילדים ואימוץ, והן כוללות גם נסיון להשבה של ילדים ממשפחות אומנה לחיק משפחתם. כמו כן מופעלת תוכנית פיילוט ב-10 יישובים בארץ אשר מטרתה לשתף משפחות בבניית תוכנית הסיוע להן באמצעות "קבוצת דיון משפחתית" (קד"ם). התוכניות אינן מכוונות את שירותיהן לאנשים עם מוגבלויות דווקא,²²⁷ ולא ידוע האם האנשים אשר נעזרים בהן הם אנשים עם מוגבלויות.

במסגרת שירותי הרווחה קיים גם מושג הנקרא "תמיכה ביתית" או אומנה יומית. שירות זה מוסדר באמצעות תע"ס 8.28 "סידור ילד בתמיכה ביתית (אומנה יומית לשעבר)".²²⁸ התע"ס מאפשר השמה הן של ילדים והן של ילדים ביחד עם הוריהם, במשפחת אומנה, מבלי לצאת מן המסגרת המשפחתית הטבעית, כפתרון קצר מועד המיועד למצבי משבר (סעיף 3.5). השירות ניתן, בין השאר, במצבים בהם "ההורים מתקשים בטיפול נאות בילדיהם וכתוצאה מכך נוצר סיכון לשלומם הנפשי ו/או הגופני של הילד" (סעיף 4.1) וכן במצבי משבר משפחה, המוגדרים כ"אשפוז אחד ההורים, סכסוך חריף בין ההורים, פירוד זמני" (סעיף 4.3), וכן במקרה בו הורה מוגדר כ"חולה במחלה קשה או שהוא מוגבל

²²⁴ תאריך פרסום: 21.1.10, תאריך תחולה: 1.1.10.

²²⁵ תאריך פרסום: 2.3.10, תאריך תחולה: 1.3.10.

²²⁶ תאריך פרסום: 22.3.15, תאריך תחולה: 1.3.15.

²²⁷ ראו: באתר משרד הרווחה.

²²⁸ תאריך פרסום: 28.2.96, תאריך תחולה: 1.4.06.

מבחינה שכלית והוא מתקשה בתקופה מסוימת לתפקד עקב מצב חדש (כגון: תינוק חדש במשפחה) (סעיף 4.4).

הדיון ביחסי הורים-ילדים בבתי משפט השלום לנוער ובבתי המשפט לענייני משפחה מתקיים על פי רוב, ולמעט במקרי חירום, לאחר תהליך שמתבצע על ידי לשכות הרווחה ברשויות המקומיות, על ידי "הועדה לתכנון טיפול והערכה", בה חברים אנשי מקצוע שונים, ומטרתה לבחון מקרים בהם ילדים ונערים נמצאים במצבי סיכון לצורך קבלת החלטה על התערבות משפחתית והוצאה מהבית. התע"ס המסדיר את דרכי פעולת הוועדה (תע"ס 8.9 "ועדת תכנון טיפול והערכה – תפקידה ודרכי עבודתה"²²⁹) עודכן בשנת 2017, בין השאר בעקבות דו"ח ביניים של "ועדת סילמן"²³⁰, וכן בעקבות בג"צ שהוגש כנגד נהלי עבודתה של הועדה על ידי האגודה לזכויות האזרח.²³¹

מבין העקרונות המנחים המנויים בתע"ס (סעיף 5. לתע"ס 8.28) ניתן למצוא את העקרונות הקלאסיים שפותחו בחקיקה ובפסיקה: העקרון לפיו מקומם הטבעי של הילדים הוא בחיק משפחתם והצורך לפתח כלים ושירותים בקהילה כדי לבוא לעזרתה של המשפחה בגידול ילדיה; עקרון קיום חובותיהם החוקיות של ההורים כלפי ילדיהם; טובת הילד וזכויותיו; זכותו של הילד לגדול במשפחה מיטיבה קבועה; זכותם של הורים וילדים להיות שותפים להחלטות המתקבלות בגינם; מתן ביטוי לכוחות המשפחה והקהילה ועדיפות להשמה בקרב המשפחה המורחבת; רגישות תרבותית ומגדרית; ועוד.

בתע"ס ניתן למצוא גם מספר מצומצם של התייחסויות מפורשות להורים עם מוגבלות: כך, מבין דרכי פעולה המנויות בתע"ס (סעיף 6 לתע"ס 8.28) ניתן למצוא הוראה אחת המכוונת כלפי הורים עם מוגבלות, ולפיה יש לדאוג להנגשתה של הועדה להורים אלה, תוך דגש על מוגבלויות פיזית וחושיות (ובלשון התע"ס: "שפת סימנים, נגישות פיזית וכו").

סעיף 19.6 יא לתע"ס מתייחס אף הוא באופן מפורש למוגבלויות, וקובע כי בנסיבות של אשפוז כרוני של שני ההורים, או מחלה או נכות כרונית של הורה עצמאי (היינו הורה המגדל את ילדיו לבדו) שאינה מאפשרת טיפול בילדים, ניתן יהיה להשים ילדים בהשמה חוץ ביתית לתקופה העולה על 4 שנים, תקופה הנחשבת כחריגה באורכה. השמה שכזו תוכל להתבצע גם בכל הנוגע לילדים המוגדרים כ"ילדים עם קשיי תפקוד על רקע הפרעה נפשית מאובחנת או הפרעות התנהגותיות קיצוניות וחריפות שלא ניתן למצוא להם מענה בקהילה".

הנה כי כן, ניתן למצוא בתע"ס מס' 8 התייחסות מפורשת להורים עם מוגבלויות, אשר יש בה להעיד על כך כי הורים אלה צורכים שירותי רווחה בתחום ההורות. עם זאת, כפי שפורט לעיל, תוכניות שונות המיועדות לחיזוקם של הורים אינן מציינות את התאמתן להורים עם מוגבלויות, ומנסיון שנצבר על ידי בייצוג הורים עם מוגבלויות, עולה קושי משמעותי של רשויות הרווחה להתאים את השירותים הקיימים להורים עם מוגבלויות נפשיות, שכליות ואוטזים. "סל הטיפולים" הקיים אינו תואם בדרך כלל את צורכיהם של אנשים עם מוגבלויות, באופן אשר מביא אותם, בסופו של דבר, שלא להשתמש

²²⁹ תאריך פרסום: 11.1.17, תאריך תחולה: 1.3.17.

²³⁰ הוועדה לבחינת מדיניות משרד הרווחה והשירותים החברתיים בנושא הוצאה של ילדים למסגרות חוץ-ביתיות ונושא הסדרי הראייה (י. צבע עורד, 2014).

²³¹ בג"צ 4044/16 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים (פורסם בנבו, 20.9.18). העתירה נמחקה בשל פרסומו של תזכיר הצעת חוק שירותי הסעד (ועדות לתכנון טיפול והערכה), התשע"ח-2018 אשר מסדיר את פעילות הועדה. [לעיון בעתירה](#); וכן ראו: טל חסין, לעיל ה"ש 62.

בשירותים הקיימים ובכך לסכן את הקשר שלהם עם ילדיהם.

3.2.2. חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962

החוק המרכזי המסדיר את יחסי הורים וילדיהם בישראל הוא חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב – 1962. החוק עוסק ביחסים שבין הורים לילדיהם הקטינים (עד גיל 18), וכן בהגבלת ושליטת הכשרות המשפטית של בגירים (מגיל 18 ומעלה) וביחסיהם עם האפוטרופסים שמונו להם.

3.2.2.1. חלקו הראשון של חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות: הורים וילדיהם הקטינים

הורותו של אדם לילד מסויים באה לידי ביטוי בסטטוס משפטי המוסדר על ידי המדינה. הסעיף המסדיר את מעמדה ותוכנה של ההורות הוא סעיף 14 לחוק הכשרות המשפטית, הקובע כי ההורים הם "אפוטרופסים טבעיים" של ילדיהם הקטינים. סעיף 15 מגדיר את תפקידי וסמכויות ההורה כאפוטרופס: "אפוטרופסות ההורים כוללת את החובה לדאוג לצרכי הקטין, לרבות חינוכו, לימודיו, הכשרתו לעבודה ולמשלח-יד ועבודתו, וכן שמירת נכסיו, ניהולם ופיתוחם; וצמודה לה הרשות להחזיק בקטין ולקבוע את מקום מגוריו, והסמכות לייצגו". סעיף 17 לחוק מפרט - באופן כללי למדי - את אופן הטיפול: "...באפוטרופסותם לקטין חייבים ההורים לנהוג לטובת הקטין כדרך שהורים מסורים היו נוהגים בנסיבות העניין". אותה דרך בה "הורים מסורים היו נוהגים בנסיבות העניין", תלויה, מן הסתם, בנסיבותיו של כל עניין, ולכן מסורה לפרשנותו של בית המשפט אשר התנהלותם של ההורים מובאת בפניו.

בהתאם לכך, מסדיר החוק²³² את סמכותו של בית המשפט לפקח, לשלול ולהגביל את האפוטרופסות במקרים בהם הורה אינו מסוגל למלא, מסכן או מזניח את חובותיו בנוגע לרכושו של ילדו הקטין,²³³ וכן מאפשר לו לשלול או להגביל את אפוטרופסותו של הורה שילדו הוגדר כ"קטין נזקק"²³⁴ ושבת המשפט החליט לנקוט לגביו הליכים בהתאם לסעיפים 3(3) או 3(4) לחוק הנוער (טיפול והשגחה) תש"ך – 1960, שעניינם העמדת הקטין תחת השגחה של עובד סוציאלי (סעיף 3(3)), ומסירת הקטין למשמורתה של רשות הסעד (סעיף 3(4)).

בהתאם לסעיף זה נשללה אפוטרופסות של אם, מהגרת עבודה מהפיליפינים שהוגדרה כבעלת רמה קוגניטיבית נמוכה מהמוצע, והוענקה אפוטרופסות לדודים, אחיו של האב, אזרח תורכי שגורש מישראל ואשר נטען כי התעלל פיזית בילדיו. נקבע כי הדודים, אשר לא היתה להם אשרת שהיה חוקית בארץ, יוכלו לעזוב את הארץ ולהתגורר בתורכיה עם הילדה, תוך קביעת תנאים להבאתה לארץ מדי תקופה כדי לפגוש את אמה.²³⁵ שלילת או הגבלת האפוטרופסות על ידי בית המשפט יכולה להיעשות גם אם לא ננקטו הליכים בהתאם לסעיפים 3(3) או 3(4) לחוק הנוער, במידה ובית המשפט סבור כי "נתמלאו התנאים שבהם היה בית משפט שלום נוקט כלפי ההורה בדרך האמורה".

סעיף 28 לחוק הכשרות המשפטית מתייחס למצב בו אחד ההורים מת, הוכרז כפסול-דין, אינו מסוגל

²³² סעיף 26 לחוק הכשרות המשפטית.

²³³ סעיף 27 לחוק הכשרות המשפטית.

²³⁴ המבחנים להגדרת ילד כ"קטין נזקק" מפורטים בחוק הנוער (טיפול והשגחה) תש"ך – 1960, אשר יידון להלן.

²³⁵ עמש (ת"א) 11483-06-14 פלונית נ' אלמונית ואח' (פורסם בנבו, 30.9.14). יוער כי המדובר בפסק דין חריג, שכן בדרך כלל הפרדה כמעט מוחלטת שכזו בין הורה לילד נעשית במסגרת חוק הנוער או חוק האימוץ.

או נמנע מלמלא את חובותיו בהתאם לחוק, או שאפוטרופסותו נשללה ממנו, ומאפשר (אך לא מחייב) לבית המשפט למנות אפוטרופוס נוסף, באופן כללי או לעניינים מסויימים. סעיף 29 לחוק הכשרות המשפטית מאפשר לבית המשפט למנות אפוטרופוס נוסף לעניינים מסויימים, גם אם הוגבלה (ולא נשללה) אפוטרופסותו של אחד ההורים. בהתאם לסעיף 30 לחוק הכשרות המשפטית, וככל הנראה מתוך הכרה במורכבות שברביבי אפוטרופסים, מינוי אפוטרופוס נוסף יתרחש רק אם ראה בית המשפט סיבה מיוחדת לכך לטובת הקטין, ולאחר שניתנה הזדמנות להורים להשמיע את טענותיהם.

הגדרה שונה מעט של הנסיבות בהן ניתן למנות אפוטרופוס מצויה בסעיף 33(א) לחוק הכשרות המשפטית, אשר בו מקובצות כל העילות למינוי אפוטרופוס, והמאפשר (בסעיף 33(א)(1)) לבית המשפט למנות אפוטרופוס "לקטין ששני הוריו מתו או שהוכרזו כפסולי דין או שהאפוטרופסות לקטין נשללה מהם לפי סעיף 27, או הוגבלה לפי סעיף 29, או שהם אינם מסוגלים למלא כלפי הקטין את חובותיהם...". במסגרת זו קבע בית המשפט כי סבים של שלושה נכדים שאביהם נפטר ואמם גרה באוקראינה לא ימונו כאפוטרופסים עליהם בשל גילם ומצבם הבריאותי, לרבות מוגבלות ראייה של הסבתא. במקום זאת, מונתה הקרן לטיפול בחסויים (תאגיד אפוטרופסות) כאפוטרופא על הילדים.²³⁶

הנה כי כן, חוק הכשרות המשפטית אינו מונע או מגביל א-פריורי הורות של אנשים עם מוגבלות, גם אם לאותם הורים מונה אפוטרופוס או שהם הוכרזו כפסולי דין. אין בו, או בהנחיות המשלימות שפורסמו על ידי האפוטרופוס הכללי והכונס הרשמי²³⁷ כל התייחסות מפורשת לאפשרותו ומוגבלותו של אדם עם מוגבלות, לרבות אדם הנתון תחת אפוטרופסות, לקיים חיי משפחה ולהיות הורה.²³⁸ עם זאת, הוראותיו מצביעות בפירוש על כך כי אנשים שהוכרזו כ"פסולי דין" (אשר כפי שיפורט בהמשך, גם הם, כמו גם אנשים שממונים להם אפוטרופסים, הם בעיקר באנשים עם מוגבלויות שכליות ונפשיות) הם מועמדים "טבעיים" להגבלת ההורות וכי מוגבלותם של ההורים או של המועמדים לאפוטרופסות משמשת לרעתם. עם זאת, חשוב לציין כי רוב ההליכים העוסקים בהתערבות בהורות אינם נעשים מכוח חוק הכשרות המשפטית לבדו אלא מכוח חוק הנוער (טיפול והשגחה) התשי"ד – 1960 (להלן: "חוק הנוער") וחוק אימוץ ילדים, תשמ"א – 1981 (להלן: "חוק אימוץ ילדים") אשר ידונו בהרחבה להלן.

3.2.2.2 חלקו השני של חוק הכשרות המשפטית: בגירים וכשרות המשפטית

חלקו השני של החוק עוסק בהגבלת הכשרות המשפטית של בגירים וביחסיהם עם האפוטרופסים שמונו להם. בישראל, כמו גם ברחבי העולם, רוב הבגירים אשר ממונה עבורם אפוטרופוס הם אנשים עם מוגבלויות נפשיות ושכליות-התפתחותיות, וכן אנשים זקנים.²³⁹

²³⁶ תמש (נצי) 10100/06 י.ח. ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 12.12.08).

²³⁷ [ההנחיות](#) מופיעות באתר האפוטרופוס הכללי והכונס הרשמי.

²³⁸ אציין כי על שולחן הכנסת הונחה הצעת חוק ממשלתית אשר לו תתקבל, "תחליף" את החלק בחוק הכשרות המשפטית העוסק ביחסים בין הורים לילדיהם, באופן כזה, שחוק הכשרות המשפטית יכלול רק הוראות בנוגע לכשרות המשפטית של בגירים. המדובר בהצעת חוק הורים וילדיהם, התשע"ה – 2014 (הצעות חוק הממשלה, 903 – ד' בכסלו התשע"ה, 26.11.2014). בהתאם לדברי ההסבר, ההצעה כוללת פירוט נרחב יותר של תפקיד ההורה, בהתבסס, בין היתר, על האמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד, ועל התפיסה לפיה ענייני הילדים וזכויותיהם צריכים לעמוד בפני עצמם, ואינם יכולים להיגזר רק מזכויותיהם וחובותיהם של ההורים כאפוטרופסים טבעיים. במסגרת זו מציע החוק מעבר למונח "אחריות הורית" שבה שיקול טובת הילד יהיה הראשון במעלה, ומפרט את זכויותיו השונות של הילד, כגון חינוך, התפתחות גופנית ונפשית, שמירת נכסים, ועוד. הצעת החוק שנויה במחלוקת בין ארגונים שונים העוסקים בזכויותיהם של הורים, שכן היא מתמקדת בנסיבות של מחלוקת בין ההורים בנוגע לטיפול וילדים, ולו תתקבל, תהיה לה השפעה מכרעת על זכויות המשמורת שלהם.

²³⁹ טולוב וקנטור, לעיל ה"ש 49, בעמ' 46.

חוק הכשרות המשפטית מגדיר שני סוגי הגבלת כשרות: האחד, הכרזה על אדם כ"פסול דין", המוגדר בסעיף 8 לחוק כ"אדם שמחמת מחלת נפש או ליקוי בשכלו אינו מסוגל לדאוג לעניינים..."; והשני, הכרזה על אדם כ"אדם שמונה לו אפוטרופוס" (אשר עד לפני התיקון לחוק בשנת 2016, הוגדר כ"חסוי") בהתאם לסעיף 33(א)(4) לחוק "לאדם... שאינו יכול, דרך קבע או דרך ארעי, לדאוג לעניינו, כולם או מקצתם, ואין מי שמוסמך ומוכן לדאוג להם במקומו". בהתאם לסעיף 33(ד) לחוק, המינוי יכול להיות לעניינים מסויימים, או באופן ספציפי לעניינים רפואיים, לענייני רכוש, או לעניינים המוגדרים כ"אישיים". מקובל לאפיין את ההבדל המרכזי בין "פסול דין" לבין "אדם שמונה לו אפוטרופוס" בכך, שכשרותו המשפטית של "פסול דין" נשללת לחלוטין (למשל – הוא אינו יכול להתחייב בחוזה), ואילו כשרותו המשפטית של "אדם שמונה לו אפוטרופוס" אינה נשללת, אלא מסוייגת לאותם העניינים שנקבעו על ידי בית המשפט, אשר לגביהם מסור שיקול הדעת לאפוטרופוס. בישראל כיום מוכרזים אנשים ספורים בלבד כ"פסולי דין", ורוב האנשים אשר כשרותם המשפטית מוגבלת, מוכרזים כ"אדם שמונה לו אפוטרופוס".²⁴⁰

בחודש מרץ 2016 עבר בכנסת תיקון לחוק הכשרות המשפטית²⁴¹ המביא לידי ביטוי רפורמה מקיפה בחוק. רפורמה זו, פרי מאמץ משותף של משרד המשפטים, משרד הרווחה והשירותים החברתיים, וארגוני החברה האזרחית העוסקים בזכויות של אנשים עם מוגבלויות ושל אנשים זקנים, משקפת עקרונות המבקשים לצמצם את הפגיעה בחופש האיש ובאוטונומיה, המתאפשרת מכוח מינויו של אפוטרופוס²⁴² ברוחו של עקרון ההכרה השווה בפני החוק, המופיע בסעיף 12 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות.

התיקון, המתייחס אך ורק לאפוטרופסות של בגירים, ולא ליחסים שבין הורים כאפוטרופוסים טבעיים לילדיהם הקטינים, מציע כלים חדשים ומידתיים יותר מאלו הקיימים לצורך הגנה על אינטרסים וזכויות של אנשים, כגון "ייפוי כוח מתמשך", אשר נכנס לתוקף בהתקיים תנאים מסוימים של יכולת מופחתת, או האפשרות למנות "תומך בקבלת החלטות" ולא אפוטרופוס. כמו כן, קובע התיקון לחוק חובה לצמצם ככל האפשר את היקף המינוי של האפוטרופוס לעניינים מסוימים בלבד; חובה לצמצם את תקופת המינוי; חובה להתחשב ברצונו של האדם בעת מינוי האפוטרופוס, ואפשרות של כל אדם לתת הנחיות מקדימות שייכנסו לתוקף בעת מינוי אפוטרופוס.

בהתאם לחוק, בית המשפט אמור למנות כאפוטרופוס את מי שנראה לו בנסיבות העניין המתאים ביותר לטובת האדם (סעיף 35) ואשר הביע הסכמה למינוי (סעיף 37) תוך התחשבות ברצונו של האדם. בית המשפט אמור לשמוע את דעתו של האדם לפני המינוי (סעיף 36), אולם זאת רק "אם הוא מסוגל להבין בדבר וניתן לברר את דעתו", תנאי המאפשר לבית המשפט, בהתאם חוות דעת רפואיות, לקבל החלטה לפיה לא ניתן לברר את דעתו של האדם ולכן אין טעם לשמוע אותו.²⁴³ החוק קובע גם את המושג "אפוטרופוס למעשה" (סעיף 67) ולפיו, מי שפועל כאפוטרופוס בפועל, ללא מינוי של בית המשפט או

²⁴⁰ שם, בעמ' 58.

²⁴¹ חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (תיקון מס' 18) התשע"ו-2016.

²⁴² מתוך דברי ההסבר להצעת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (תיקון מס' 19) התשע"ה – 2014, הצעות חוק הממשלה 890, ג' בחשוון התשע"ה, 27.10.14.

²⁴³ מיכה בראל, ישראל (איסי) דורון, ורוני סטריאר, "אפוטרופסות – סקירה ביקורתית" ביטחון סוציאלי 96, 55-85 (2015).

בהתאם למינוי שפקע, כפוף לחובות ולאחריות של אפוטרופוס בהתאם לחוק.

כמפורט לעיל, החוק אינו מגדיר באופן מפורש את גבולות סמכויותיו של האפוטרופוס ומשאיר זאת לשיקול דעתו של בית המשפט בכל מקרה ומקרה. עם זאת, בפרק שלישי 1 לחוק (סעיפים 67-ד67ח) נקבעו מספר עקרונות ודרכי פעולה, וביניהם, שמירת כבוד האדם בדרך שתגביל את זכויותיו וחירותו במידה הפחותה ביותר; שמירה, ככל האפשר, על פרטיותו; ופעולה בדרך שתאפשר לאדם לממש את יכולותיו ולשמור על מרב עצמאות אפשרית, בהתאם ליכולותיו, תוך שיתוף האדם בקבלת החלטות בכל הנוגע לחייו.

החוק קובע כי על האפוטרופוס לפעול ככל האפשר בהתאם לרצונותיו של החסוי ולהתייעץ עמו, אם הוא "מסוגל להבין וניתן לברר את דעתו", לתת לו את כל המידע הדרוש לו (סעיף 167א), לסייע ולעודד אותו לקבל החלטות בעצמו ככל שהוא מסוגל (סעיף 67ד), ולעודד אותו להשתתף בחיי הקהילה, כולל בפעילויות חברתיות, תרבותיות, שיקומיות ותעסוקתיות (סעיף 67ה). כן מחוייב האפוטרופוס לפעול בדרך שתשמר את קשריו של האדם עם בני משפחה וחברים (סעיף 67ו). ככל שקיימות מחלוקות בין החסוי לבין האפוטרופוס, על האפוטרופוס להביא את העניין בפני ועדת האתיקה הרלוונטית או בפני בית המשפט (סעיף 167ב(4)), הרשאי לתת לאפוטרופוס בכל עת הוראות בכל עניין הנוגע למילוי תפקידו (סעיף 44).

אם כן, גם לאחר תיקונו, חוק הכשרות המשפטית אינו מבהיר מהי מידת החופש המוקנית לאדם שהוכרז "פסול דין" או שמונה לו אפוטרופוס, בבחירת בן או בת זוג, בהולדה ובגידול ילדים, ומהו מקומו של האפוטרופוס בתחום זה. עם זאת, הוא בוודאי אינו מונע או מגביל א-פריורי הורות של אנשים שמונה להם אפוטרופוס. בכל הנוגע לנישואין קובע החוק מפורשות כי הוראותיו לא יחולו על כשרותו של אדם לפעולות הקובעות או משנות את מעמדו האישי (סעיף 13) ושאינו בא לפגוע בדיני נישואין וגירושין (סעיף 79), ובכך משאיר את שיקול הדעת בעניינים אלה לבתי הדין הדתיים. אולם פרט לכך, כאמור, אין בו כל התייחסות מפורשת לאפשרותו ומגבלותיו של האדם הנתון תחת אפוטרופוס לקיים חיי משפחה ולהיות הורה. נראה, כי חוסר התייחסות זה מעיד על אי רצונו של המחוקק לקבוע כללים ברורים להתערבות של אפוטרופוסים בתחום המשפחה וההורות, ובכך להשאיר את שיקול הדעת בעניין לבתי המשפט, אשר ידונו במקרים הפרטניים שיבואו בפניהם, בהתאם לנסיבותיהם הספציפיות.

עם זאת, נטייתם של בתי המשפט לא להגדיר באופן מפורש את תחומי האפוטרופוסות אלא להגדיר אותה באופן נרחב כחלה על "גוף ורכוש"²⁴⁴, חוסר הרצון של צדדים שלישיים (כגון בנקים או גורמים רפואיים שונים) לתקשר עם אנשים עם מוגבלות באופן בלתי אמצעי, והתלותיות המאפיינת פעמים רבות את היחסים בין האדם לבין האפוטרופוס שמונה לו, מובילים לעתים לתוצאה שאינה משתקפת מלשון החוק: שליטה מוגברת, ולעתים אף גורפת, של האפוטרופוס בתחומים האישיים ביותר בחיי החסוי.

כך למשל, אל הקליניקה לזכויות אנשים עם מוגבלויות הגיעה פנייה של אישה עם מוגבלות שכלית שהוגדרה כקלה, אשר דודותיה שימשו כאפוטרופוס שלה. אישה זו ביקשה להתחתן ודודותיה התנו את

²⁴⁴ טולוב וקנטר, לעיל ה"ש 49, בעמ' 60.

הסכמתן לחתונה בכך שתעבור פרוצדורה רפואית קבועה שתמנע ממנה להיכנס להיריון, כגון עיקור. האישה פנתה אל הקליניקה על מנת שתייצג אותה בבית המשפט בבקשה להתיר לה להתחתן. פנייה זו מדגימה את חוסר המודעות הן של האפוטרופוס והן של האישה עצמה, לכך שעצם האפוטרופוס אינה מקנה להן שליטה על נישואיה או על פרוצדורות פולשניות ובלתי הפיכות בגופה, אשר הסמכות בנוגע אליהם מוקנית לערכאות הרלוונטיות - בית הדין הדתי ובית המשפט האזרחי, בהתאמה. למעשה, הדודות הן אלו שהיו צריכות, לו רצו בכך, לפנות אל הערכאות הרלוונטיות ולבקש את מניעת הנישואין וההיריון, וסביר להניח כי לו היו פועלות כך, בקשותיהן היו נדחות. מאידך, במקרה זה, כמו גם במקרים אחרים, תהיה זו טעות להתעלם מההיבטים הלא-משפטיים, כגון הקשר האישי ההדוק של אותה אשה עם דודותיה, והאיום באובדן של קשר זה לו תפעל בניגוד לעמדתן.

מקרה אחר, המדגים את ניסיון השליטה של האפוטרופוסים על ענייניה המשפחתיים של אשה הנתונה תחת אפוטרופוסות, מתואר בפסק דין שניתן על ידי בית המשפט לענייני משפחה בפתח תקווה.²⁴⁵ פסק הדין עסק באישה כבת 40 עם מוגבלות נפשית, אשר אמה ואחיה ביקשו להיות אפוטרופוסים שלה על מנת להורות לגורמים רפואיים לבצע בה הליך של קשירת חצוצרות אגב ניתוח קיסרי שהייתה אמורה לעבור. אמנם, בית המשפט דחה את הבקשה וקבע שניתן להשיג את המטרה – אי כניסה נוספת להיריון, באמצעים הפיכים ופחות חודרניים, אולם עצם הפנייה לבית המשפט מדגימה את הלך המחשבה לפיו אמורה להתקיים שליטה של האפוטרופוס גם בתחום הרבייה וההורות של האדם – שליטה אשר במקרה זה לא התממשה עקב הצורך בקבלת אישור בית המשפט לפרוצדורה הרפואית.

לאחרונה, במקרה נוסף, החליט בית המשפט כי אשה עם מוגבלות נפשית המאושפזת במחלקה פסיכיאטרית, תלד באמצעות ניתוח קיסרי ולא בלידה רגילה, בניגוד לרצונה ובהתאם להחלטת האפוטרופוס שלה, ובשל חוות דעת רפואיות לפיהן לידה זו היא האופציה הפחות מסוכנת עבורה ועבור העובר.²⁴⁶

היחס אל סמכותו של האפוטרופוס ככזו המאפשרת לו להכריע גם בענייני משפחה והורות, נוצר בשל קיומם של שני אלמנטים עיקריים. האחד קשור לטיב היחסים הנרקמים בין אדם עם מוגבלות לאדם המשמש כאפוטרופוס שלו, בין אם מונה רשמית ובין אם הוא משמש כ"אפוטרופוס למעשה". יחסים אלה מאופיינים בדרך כלל בתלות אשר הלכה למעשה אינה מאפשרת קבלת החלטות המנוגדות לרצונו של האפוטרופוס, בפרט בתחום כה מהותי כתחום המשפחה וההורות. כך, גם אם מבחינה משפטית קיים, לכאורה, חופש פעולה לאדם בתחום זה, מהותית הוא יחשוש לפעול בניגוד לדעת האפוטרופוס, בשל הסמכות המוחלטת שהוא מייחס לו, ומחשש לאבד את תמיכתו.

האלמנט השני אשר משפיע על סמכותו של האפוטרופוס בזירת המשפחה וההורות, הוא הסתירה האינהרנטית הקיימת בהגדרתו של אדם כ"אדם תחת אפוטרופוסות" לבין היותו הורה. כמפורט לעיל, המבחן למינוי אפוטרופוס לפי חוק הכשרות המשפטית הוא "לאדם שאינו יכול... לדאוג לעניינו, כולם או מקצתם" (סעיף 33(א)(4)). לצד זאת קובע החוק כי אפוטרופוסות של הורים על ילדיהם הקטינים כוללת את החובה והזכות לדאוג לצורכיהם, לרבות חינוכם, לימודיהם, הכשרתם ועבודתם, כמו גם

²⁴⁵ א"פ (פתח תקווה) 21169-06-13 א.ק. ואח' נ' ת.ז.נ.מ. ואח' (פורסם בנבו, 29.7.13).

²⁴⁶ א"פ (י-ם) 49194-12-17 המוסד הרפואי נ' האפוטרופוס הכללי במחוז ירושלים ואח' (פורסם בנבו, 26.12.17).

שמירת נכסיהם, ניהולם ופיתוחם, הרשות להחזיק בהם ולקבוע את מקום מגוריהם, והסמכות לייצגם (סעיף 15). קיים קושי קונספטואלי להכיר באדם אשר הוגדר ככזה שאינו יכול לדאוג לענייניו הוא, להיות, בה בעת, מוגדר ככזה הכשיר למלא את תפקידיו ההוריים כלפי אדם (קטין) אחר. עם זאת, כאמור, חוק הכשרות המשפטית אינו מתייחס לכך במפורש, והפסיקה שעסקה בכך הכירה בקיומם של מצבים שבהם הורה הזקוק לעזרת אפוטרופוס הדואג לענייניו, דואג לילדו ומטפל בו באופן שאינו נופל מהרף המינימלי.²⁴⁷

3.2.3. חוק הנוער (טיפול והשגחה), תש"ך-1960

חוק הנוער (טיפול והשגחה), תש"ך-1960 מהווה אחד האמצעים המשפטיים המרכזיים להתערבות ביחסי ההורה או האפוטרופוס והילד. החוק מסמיך את בתי המשפט, לבקשת רשויות הרווחה, להגדיר קטין אשר הוריו אינם מקיימים את חובותיהם כלפיו, כ"קטין נזקק", וכפועל יוצא מכך להורות על דרכי הטיפול בו. מטרת ההליכים בבית משפט השלום לנוער הוגדרה כהתגברות על משבר בנקודת או תקופת זמן מסויימת, כאשר היעד הוא הצלחתו של הקטין להגיע לבגרות כאדם מלא, פעיל, ואזרח מועיל בארץ ובחברה.²⁴⁸ הכרזה על ילד כ"קטין נזקק" משנה את מערכת הזכויות והחובות של הוריו, הקבועה בחוק הכשרות המשפטית. במסגרת זו, בית המשפט רשאי לתת לאחראי על הקטין כל הוראה הנראית לו דרושה לטיפול בקטין או להשגחה עליו (סעיף 3(1)), ואם ראה שאין דרך אחרת להבטיח את הטיפול וההשגחה, הוא אף יכול להורות על הוצאת הקטין ממשמורתו של האחראי עליו (סעיף 3(4)). אם כן, ההתערבות במערכת הזכויות בין ההורה וילדו יכולה לקבל ביטוי חלקי, כגון מתן הוראות טיפול להורים ומעקב אחר התנהלותם, או ביטוי מלא של העברת החזקה על הילד לפקיד הסעד או למשפחת אומנה.²⁴⁹

בתי המשפט הכירו בחוק הנוער כשולל זכויות בסיסיות של הורים, ובהתאם לכך קבעו כי לא בנקל ולא במהרה יוציאו רשויות הרווחה ילד מביתו בניגוד לדעתם של הוריו, האפוטרופסים הטבעיים. בית המשפט הדגיש לא פעם כי פסיקתו מבוססת על ה"הכרה בכך שטובתו של ילד – כל ילד – היא בקיום קשר חיובי עם הוריו הביולוגיים, וכי הן להורה והן לקטין ישנה הזכות לקיים ביניהם קשר הדדי".²⁵⁰ בהקשר זה אף נקבע כי לא ניתן לקבל מצב בו ילד מוצא מבית הוריו אך ורק בשל עוניים וחוסר אפשרות כלכלית של ההורים לזוננו ולפרנסו.²⁵¹ עם זאת נמצא כי בפועל, פעמים רבות החלטות בתי המשפט ורשויות הרווחה מתבססות על נסיבות עוני של ההורים.²⁵²

חוק הנוער אינו מתייחס במפורש להורים עם מוגבלויות, אולם העילות המופיעות בו מרמזות על קשיים המאפיינים הורים עם מוגבלויות, וקיימות הערכות לפיהן גם בפועל, הורים אשר ילדם מוגדר כ"קטין נזקק" הם פעמים רבות הורים עם מוגבלויות נפשיות ושכליות.²⁵³ הגדרת ילד כ"קטין נזקק" כאשר

²⁴⁷ נילי מימון, **דיני אימוץ ילדים** (תל אביב: 1994).

²⁴⁸ עני"א (מחוזי י-ם) 17102-08-16 **פלוגי נ' פקיד סעד לחוק הנוער אזור צפון ירושלים ואח'** (פורסם בנבו 10.10.16).

²⁴⁹ שם.

²⁵⁰ רע"א 3566/17 **פלוגית נ' פלוגית ואח'** (פורסם בנבו, 21.5.17).

²⁵¹ רע"א 4852/16 **פלוגית נ' פקיד סעד לחוק הנוער ראשון לציון ואח'** (פורסם בנבו, 16.8.2016).

²⁵² טל חסין, לעיל ה"ש 62.

²⁵³ לדברי עו"ד שני שדה, הממונה על ייצוג הורים בתיקי נוער (מחוזי) ובתיקי אימוץ (ארצי), האגף לסיוע משפטי, משרד המשפטים, יוני 2018. כן ראו: סבו-לאל, לעיל ה"ש 13: בהתאם לדו"ח, ל-83% מהילדים המושמים באומנה יש לפחות הורה אחד עם מוגבלות. רוב הילדים אשר מושמים במשפחות אומנה מוגדרים קודם כל כ"קטין נזקק" לפי חוק הנוער.

הוריו הם אנשים עם מוגבלות נעשית בדרך כלל באמצעות סעיף 2(2) לחוק הנוער, הקובע כי קטין יוגדר כ"קטין נזקק" אם "האחראי על הקטין אינו מסוגל לטפל בו או להשגיח עליו או שהוא מזניח את הטיפול או ההשגחה", וכן באמצעות סעיף 2(6) לחוק הנוער, לפיו ניתן להגדיר "קטין נזקק" גם כאשר "שלומו הגופני או הנפשי נפגע או עלול להיפגע מכל סיבה אחרת".

בשל רגישות הנושאים העולים בהם, והדאגה לפרטיות ההורים והילדים, נערכים הדיונים בדלתיים סגורות, ופסקי דינם מפורסמים לעתים רחוקות בלבד. פסקי הדין המעטים המתפרסמים הם בדרך כלל אלה של ערכאות הערעור – בתי המשפט המחוזיים ובית המשפט העליון, וכך כמעט ולא ניתן להתרשם מאופן התנהלות הדיון בערכאה הנמוכה, או בחוות הדעת שעמדו בפניה ואשר עליהן, על פי רוב, מבוססות ההחלטות השיפוטיות.²⁵⁴

זאת ועוד, גם בפסקי הדין המפורסמים, פעמים רבות מתוארים קשייהם של ההורים מבלי לתת שם מפורש למוגבלות. כך למשל, באחד מפסקי הדין מתוארת האם כ"אם צעירה, בעצמה ילדה פגועה, נזקקת ותלותית, קשורה רגשית לבנה ובעלת כוונות טובות לגבי הקטין אך חסרת מסוגלות הורית. זאת במיוחד ביחס לקטין שהינו בעל מטען גנטי וצרכים מיוחדים"²⁵⁵ – דברים אשר מעלים תהיה לגבי היותה אשה עם מוגבלות שכלית או נפשית.

עובדות אלה – חוסר הפרסום של פסקי הדין וחוסר זיהוי מפורש של ההורים כאנשים עם מוגבלות - מקשות על חילוץ עמדה ברורה של בתי משפט השלום לנוער בנוגע להורים עם מוגבלויות, אולם מהפסיקה הקיימת ניתן להסיק כי בתי המשפט רואים את עצם קיומה של המוגבלות כסותרת, אינהרנטית, מסוגלות הורית. כך למשל, בתיק בו דובר באם עם מוגבלות נפשית קבעה השופטת כי "אין כל ספק כי כאשר מדובר בפעוטה לאם חד הורית הסובלת ממחלת נפש, יש נזקקות".²⁵⁶ במקרה נוסף אישר בית המשפט העליון את פסיקת בית משפט השלום לנוער ובית המשפט המחוזי, וקבע כי בין אם עם מחלת נפש (סכיזופרניה) לבין בנה לא יתקיימו מפגשים עד שיחול שיפור במצבה הנפשי והיא תשתף פעולה עם הגורמים הטיפוליים.²⁵⁷ מלבד העובדה שהבן הוכרז כ"קטין נזקק" וכי הוא "בעל צרכים מיוחדים", לא מספק פסק הדין כל פרט אשר יאפשר בחינה מעמיקה או ביקורת על ההחלטה והנתונים שעמדו בבסיסה.

גם כאשר מחליטים בתי המשפט להשאיר את הילדים בחיק המשפחה (הגרעינית או המורחבת), התייחסותם אל המוגבלות נותרת שלילית, כסותרת באופן אינהרנטי את המסוגלות ההורית. כך למשל, בית המשפט המחוזי כערכאת ערעור קבע כי יש להחזיר ילד אשר שהה כשלוש שנים באומנה לחיק אימו הביולוגית, בין השאר בשל "שיפור במצבה הנפשי", תוך התמקדות במצב הנפשי לבדו כמנבא מסוגלות הורית.²⁵⁸

²⁵⁴ פסק דין אחד בלבד העוסק בחוק הנוער מאזכר גם את חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח – 1998, והוא עושה זאת שלא בהקשר של ההורים כי אם בהקשר של הקטין שהוא ילד עם מוגבלות פיזית קשה: ה"מ (ת"א) 89/98 ורשאביק אייל, פקיד סעד לחוק הנוער מעיריית חולון נ' פלונית (פורסם בנבו, 11.6.98).

²⁵⁵ ענ"א (מחוזי חיפה) 56605-04-18 א"מ הקטין נ' המחלקה לשירותים חברתיים – פרדס חנה כרכור ואח' (פורסם בנבו, 25.5.18). בפסק דין זה קיבל בית המשפט המחוזי את ערעורה של האם על החלטת בית משפט השלום לנוער וקבע כי בנה לא יועבר למשפחה אומנת, מאחר ולא מוצו דרכי הטיפול בקהילה.

²⁵⁶ השופטת עדנה בן לוי בתנ"ז (חיפה) 19537-02-7 (לא פורסם).

²⁵⁷ רע"א 3566/17 פלונית נ' פלונית ואח' (פורסם בנבו, 21.5.17).

²⁵⁸ ענ"א 36243-06-18 (ת"א) פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה – מחלקה לשירותים חברתיים "שפירים" (פורסם בנבו, 18.7.18).

בנוסף לכך, גם כאשר בתי המשפט מזהים, באופן מובהק, הורים או בני משפחה כאנשים עם מוגבלויות, הם אינם מתייחסים אליהם כנושאי זכויות מיוחדות או כזכאים התאמות: כך במקרה בו הוחלט שבתם של אנשים עם מוגבלות שכלית בינונית-קלה, המתגוררים בהוסטל, תועבר למשמורתה של סבתה, על אף שהסבתא עצמה הוגדרה כבעלת "יכולת אינטלקטואלית ברמה גבולית" או בטווח של פיגור קל. החלטה זו התקבלה בניגוד לדעת רשויות הרווחה, ובשל חשיבות "קשר הדם", אשר בית המשפט סבר כי "יקוז" במידה רבה את קשייה האינטלקטואליים. בית המשפט הטעים כי "אל נשכח כי בתבל ומלואה, גם אנשים שאינם ברמה גבוהה מגדלים ילדים, ולעיתים קרובות בהצלחה...". עוד קובע בית המשפט כי העברת הקטינה לחזקת הסבים חייבת להיות "מפוקחת היטב על ידי שירותי הרווחה", אולם הוא אינו מתייחס כלל לזכויותיהם של הסבים לקבל סיוע מרשויות הרווחה.²⁵⁹ לצד החלטה זו, בפסק דין נפרד, אחותה של אותה ילדה, אשר הוגדרה כילדה עם מוגבלות, לא נמסרה למשמורתה של אותה הסבתא אלא הוכרזה כברת-אימוץ ונמסרה לאימוץ סגור. זאת בהסתמך על מוגבלותה של הסבתא, הכחשתה את קשייה וספק לגבי יכולתה להיעזר ברשויות הרווחה, כמו גם אי רצון להעמיס עליה טיפול בילדה נוספת.²⁶⁰ לגישתי, לו היה בית המשפט מכיר בזכותה של הסבתא כאשה עם מוגבלות לקבל סיוע והתאמות, ייתכן כי הדבר היה מביא לכדי החלטה המאפשרת לה לגדל גם את נכדתה הנוספת.

כל התייחסות יצירתית למוגבלות ואל ההתאמות הנדרשות להורים עם מוגבלויות היא נדירה, ומוגדרת על ידי בתי המשפט עצמם כ"חריגה": כך בערעור על החלטת בית משפט השלום לנוער שהתנהל בבית המשפט המחוזי, נדון עניינה של אם שהוגדרה כבעלת "התנהלות מוזרה", ואשר התנהגותה אופיינה בחוסר שיתוף פעולה במתן מידע והעדר מערכת תומכת, וכן קשיי טיפול והבנה ברמה היומיומית של הטיפול הפיזי. נקבע כי על מנת שתוכל להמשיך ולהחזיק בבנה התינוק שאך נולד, יאוגמו משאבי האם ומערכת הרווחה לצורך קבלת הדרכה צמודה מסביב לשעון, בתוך הבית. על מנת להגיע לפתרון זה, נדרש בית המשפט ללוות את התהליך כולו ולזמן לפניו את כל אנשי המקצוע הרלוונטים.²⁶¹

כמו כן, גם כשבית המשפט מזהה את ההורים באופן מפורש כאנשים עם מוגבלויות, הוא אינו מזהה את המקרה המשפטי עצמו כמקרה הקשור לשוויון זכויות של אנשים עם מוגבלות: וכך, בפסקי הדין לא ניתן למצוא אזכור של חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח – 1998 או של האמנה הבינלאומית בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות, לא כל שכן דיון בהשלכותיהם של דברי חקיקה אלה על המקרים הנדונים.

3.2.4. חוק אימוץ ילדים, תשמ"א – 1981

חוק אימוץ ילדים, תשמ"א – 1981 (להלן: "**חוק האימוץ**") מאפשר למדינה להוציא ילדים מחזקת הוריהם ולנתק את הקשר המשפטי ביניהם, מחד גיסא, ולהעניק סטטוס של הורות משפטית לאנשים שלא הביאו אותם לעולם, מאידך גיסא (סעיף 16). חוק האימוץ מאפשר להורים ביולוגים לוותר על

²⁵⁹ רע"א 2440/10 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 6.9.10).

²⁶⁰ רע"א 7535/11 פלונית ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 29.1.12), אשר נדחתה בקשה לדיון נוסף לגבי – דנ"א 1750/12 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 9.5.12).

²⁶¹ ענ"א (מחוזי תל אביב-יפו) 17976-09-16 פלונית נ' המחלקה לשירותים חברתיים איילון ואח' (פורסם בנבו, 16.10.15).

סטטוס של הורות כלפי ילדיהם מרצונם החופשי²⁶² תוך פירוט הדרך שבה תינתן ההסכמה, המידע שיינתן להורה הביולוגי בנוגע לתוצאות ההסכמה והשלכותיו של האימוץ, וכן לדרך שבה יכולים הורים לחזור בהם מהסכמתם.²⁶³

כן קובע החוק תנאים שבהתקיימם יוכל בית המשפט לנתק את הקשר המשפטי הורה-ילד ללא הסכמת ההורה (סעיף 13). החוק אף מכיל הוראה בעלת אופי "חירומי", הקובעת כי ניתן להוציא ילד מרשות הוריו אף לפני הכרזתו כ"בר-אימוץ", אם "הדבר מוצדק כדי למנוע נזק לילד" (סעיף 12(ג)(1)). הקו המנחה לגבי מתן צו אימוץ או כל החלטה אחרת בנושא הליכי האימוץ, הוא כי עדיף שלא לנתק ילדים מהוריהם הביולוגיים ומשפחתם המורחבת, בכפוף לקיומן של עילות האימוץ ולעקרון טובתו של המאומץ, טובה אשר תיבחן תוך הבאה בחשבון של זכויות הילד, צרכיו והאינטרסים שלו (סעיפים 1(ב) ו-1(ב1)) כפי שיפורט להלן.

כאמור, בתי המשפט מתייחסים אל החוק כמצבי רף גבוה במיוחד בכל הנוגע להכרזת ילד כ"בר אימוץ". אותו רף גבוה הוגדר ככזה הנשען על שלושה אדנים:²⁶⁴ האחד, רצונה של המדינה לא להתערב בקשר הטבעי שבין ההורה הביולוגי לבין הילד, והתערבות רק במצבים שהוגדרו כמצבי "אין ברירה". האדן השני הוא הזכות להורות – זכות שאינה אבסולוטית ותיסוג במצבי חירום בהם הילד נפגע מטיפול הוריו, כמפורט בפרק הרביעי למחקר זה (חלק 3.2). האדן השלישי הוא טובת הילד, כאשר הנחת העבודה (כחזקה הניתנת לסתירה) היא כי שני האדנים הראשונים, היינו אי-התערבות המדינה בקשר ההורי-הביולוגי והזכות להורות, משתלבים עם עקרון טובת הילד ואינם סותרים אותו.

3.2.4.1 שלבים להכרזת ילד כבר אימוץ: עילות האימוץ וטובת הילד

דיון בבקשת אימוץ דורש קביעה לפיה התקיימו העילות שבסעיף 13(א) לחוק האימוץ, והן: (1) אין אפשרות סבירה לזהות את ההורה, למצאו או לברר דעתו; (2) ההורה הוא אבי הילד אך לא היה נשוי לאמו ולא הכיר בילדו, או אם הכיר בו – הילד אינו גר עמו והוא סירב ללא סיבה סבירה לקבלו לבית מגוריו; (3) ההורה מת או הוכרז פסול דין או שאפטרופסותו על הילד נשללה ממנו; (4) ההורה הפקיר את הילד או נמנע, ללא סיבה סבירה, מלקיים במשך ששה חדשים רצופים קשר אישי אתו; (5) ההורה נמנע, ללא סיבה סבירה, מלקיים במשך ששה חדשים רצופים את חובותיו כלפי הילד, כולם או עיקרם; (6) הילד היה מוחזק מחוץ לבית הוריו במשך ששה חדשים שתחילתם בטרם מלאו לו שש שנים וההורה סירב, ללא הצדקה, לקבלו לביתו; (7) ההורה אינו מסוגל לדאוג לילדו כראוי בשל התנהגותו או מצבו, ואין סיכוי שהתנהגותו או מצבו ישתנו בעתיד הנראה לעין על אף עזרה כלכלית וטיפולית סבירה כמקובל ברשויות הסעד לשיקומו; (8) הסירוב לתת את ההסכמה בא ממניע בלתי מוסרי או למטרה בלתי חוקית.

בשלב השני יש לקבוע האם טובת הקטין מחייבת להכריז עליו כבר אימוץ.²⁶⁵ בית המשפט הדגיש, כי הליך האימוץ אינו תר אחר מציאת "הורה אידאלי", וכי החדירה למאהל המשפחתי תתרחש רק לשם

²⁶² בהתאם לתנאים הקבועים בסעיפים 8, 8א, 8ב, 8ג, 9, 9א, 9ב, 9ג, ו-10 לחוק האימוץ.

²⁶³ בקרב גורמים שונים עלתה סברה כי על הורים עם מוגבלות, יותר מעל הורים אחרים, קיים לחץ למסור את ילדיהם לאימוץ מרצון, אולם לא מצאתי ראיות רשמיות לכך.

²⁶⁴ בע"מ 7204/10 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 22.2.2011).

²⁶⁵ בע"מ 10791/05 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' (פורסם בנבו, 9.2.06).

הגנה על הילד ולא לשם שיפור מצבו.²⁶⁶ במסגרת זו נקבע על ידי בתי המשפט כי למרות ש"טובת הקטין" היא הטעם המונח ביסוד כל עילות האימוץ, ומהווה שיקול במסגרתו, אין בכוחה ליצור עילה עצמאית להכרזה על קטין כבר אימוץ, ול"דילוג" על מבחן קיומן של העילות המנויות בחוק.²⁶⁷ בתי המשפט, כמו גם הספרות שעסקה בנושא זה, עמדו על הקושי שבהפרדה בין שני הליכי המשנה הללו - קביעת המסוגלות ההורית ורק לאחר מכן קביעת טובת הקטין - במיוחד במקרים בהם קיימות נסיבות בהן טובת הקטין מייצרת דחיפות שעשויה להשפיע על מבחן המסוגלות ההורית, וכן בשל כך שהמסוגלות ההורית נתפסת בדרך כלל כיכולת לקדם את טובת הילד באופן שבית המשפט מבין אותו, ועל פי המודלים ה"נורמלים" של משפחה המקובלים עליו.²⁶⁸

3.2.4.2 מסוגלות הורית

שלב בחינת עילות האימוץ הוא השלב בו נבחנת "המסוגלות ההורית". מבחן המסוגלות הוגדר כאובייקטיבי: האם ההורים מסוגלים לדאוג לקטין, על פי הרף המינימלי שנקבע על פי דין למסוגלות הורית, ולא האם הם רוצים בכך.²⁶⁹ המושג "מסוגלות הורית" אינו מופיע בחקיקה, ועל אף זאת, קביעת המסוגלות ההורית עומדת בלב ליבם של כל ההליכים העוסקים בהורים וילדים: משמורת בעת פרידה וגירושים, הוצאה מהבית, הכרזה על ילד כ"קטין נזקק", אפטרופסות, פונדקאות, ובראש ובראשונה – אימוץ. ברוב רובם של המקרים, פונים השופטים היושבים בדין למומחים מקצועיים – עובדים סוציאליים, פסיכולוגים ופסיכיאטרים, על מנת שיגישו חוות דעת לגבי מסוגלותם ההורית של ההורים, ומבססים את החלטותיהם על חוות דעת אלו. בעבר נקבע כי בית המשפט יסטה מחוות הדעת רק מנימוקים מיוחדים ובנסיבות יוצאות דופן.²⁷⁰ אולם נראה כי לאחרונה מרשים לעצמם בתי המשפט חופש רב יותר להגיע למסקנות המנוגדות לחוות הדעת המקצועיות, במקרים בהן אלה אינן מדויקות או נכונות בעיניהם. כך למשל, הפך בית המשפט המחוזי²⁷¹ את פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה²⁷² וקבע כי ילד של אשה עם מוגבלות נפשית לא יוכרז כבר אימוץ אלא כ"קטין נזקק" וזאת כחלק מתהליך של חזרה למשמורתה של אמו הביולוגית, עקב שינויים משמעותיים בהתנהגותה מאז שניתן פסק הדין של הערכאה הראשונה, ובניגוד לחוות הדעת שניתנה בתיק.

המחקר אשר עסק בנושא עמד על כך כי קביעת המסוגלות ההורית היא בעייתית מבחינה מתודולוגית.²⁷³ על אף ש"מסוגלות הורית" אמורה להיבחן באמצעים פסיכו-דיאגנוסטיים, היא איננה

²⁶⁶ רע"א 7535/11 פלונית ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 29.1.12). ראו גם דיון נרחב בסוגייה זו בדנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית פ"ד נ(1) 48 (פורסם בנבו, 15.8.95). במסגרתו הוחלט (ברוב דעות) להכריז על בנה של אשה אשר הוגדרה כ"מתפקדת כילדה מבחינה רגשית" כבר-אימוץ. וכן ראו: הנשיא מ' שמגר בע"א 783/81 פלוני נ' פלוני, פ"ד לט 1(2) (פורסם בנבו, 8.5.83).

²⁶⁷ בע"מ 337/05 פלונית ופלוני המיועדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגים ואח' (ניתן ב-21.4.05, טרם פורסם).
²⁶⁸ יונתן יובל, "יד קלה על ההדק": רטוריקה ואידיאולוגיה של ידע בשיח המשפטי של אימוץ כפוי" משפט וממשל 1 259 (2001).

²⁶⁹ ע"א 418/88 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(3) 1, 5 (פורסם בנבו, 26.2.90).
²⁷⁰ בע"מ 6593/06 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 22.3.07); בע"מ 9358/04 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 2.5.05).

²⁷¹ עמצ (ת"א) 3387-02-16 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 24.1.17).
²⁷² אמצ 42099-01-15 היועץ המשפטי לממשלה נ' האם (פורסם בנבו, 4.1.16).
²⁷³ לסקירה נרחבת של הבעייתיות הגלומה בחוות דעת מקצועיות המוגשות לבתי המשפט בשאלות הקשורות להורות, ראו: רות זפרן, "הקשיים הכרוכים בחוות הדעת המקצועיות – טעם נוסף לעיצוב מחדש של הדין בשאלת חלוקתה של האחריות ההורית". עיוני משפט לו 269 (2013).

מופיעה במגדירים הרפואיים הרשמיים, ה-DSM V²⁷⁴ או ה-ICD 10²⁷⁵, ולא קיימים מבחנים סטנדרטיים לביחנתה. משכך לא קיימת אחידות בין המומחים אשר נותנים חוות דעת לבתי המשפט, ונטען כי הם עושים שימוש בתיאוריות לא רלוונטיות וכלי מדידה לא תקפים.²⁷⁶ כמו כן, קיים קשר בין מבחני המסוגלות למבחנים לאבחון מוגבלויות שכליות ונפשיות,²⁷⁷ באופן שמוביל לכך שכל הורה עם מוגבלות שכלית או נפשית יחשב באופן כמעט אוטומטי כבעל מסוגלות הורית מופחתת.

זאת ועוד, השאלה בנוגע למעמד האישי של קטינים, איננה מיהו ההורה ה"תקין", אלא מיהו ההורה המזיק שיש לשלול את הורותו.²⁷⁸ בעוד במקרים קיצוניים של התעללות והזנחה קל יחסית לקבוע את היעדרה של מסוגלות הורית, מקרים אחרים מעלים דילמות הקשורות בהגדרת הורות "טובה" או "תקינה" והרלוונטיות שלה למסוגלות הורית. הקושי שבהגדרת "הורות טובה" נובע גם מהבדלים תרבותיים, גאוגרפיים, דתיים, וסוציו-אקונומיים, והגישות המשתנות כלפי הבדלים אלה. הכתיבה העוסקת בתחום מציינת את השפעתו של הידע המצטבר באופן תדיר בתחום מדעי ההתנהגות,²⁷⁹ ידע אשר מוביל לשינוי מתמיד של הדעות הפסיכולוגיות בנוגע להורות. כך למשל, בעוד לפני כמה עשורים נחשבה הורות יחידנית או הורות של בני זוג מאותו מין להורות חשודה, הרי שהיום היא נחשבת מקובלת ואינה מהווה בסיס להטלת ספק בטיבה של ההורות א-פריורי.

בשנת 1991 פורסמו "קווים מנחים של השופט פורת" לעניין חוות הדעת העוסקות במסוגלות הורית, אולם לא מדובר בכללים מחייבים, וכיום לא קיים פתרון חקיקתי או פסיקתי כולל להגדרת המסוגלות ההורית. השופט פורת הציע מסגרת מקצועית אחידה למומחים המתבקשים להגיש לבתי המשפט חוות דעת של מסוגלות הורית, באמצעות 14 קריטריונים המשמשים יחד להגדרת "הורות טובה": היכולת לספק לילד צרכים פיזיים הולמים; מסוגלות לתכנן סדר יום, סדר חיים וסדר בית; מסוגלות לספק לילד צרכים נפשיים והתפתחותיים בסיסיים; מסוגלות להעדיף את צרכי הילד על צרכי ההורה בתחומים בסיסיים; קיום יציבות בהתנהגות ההורה בתחומים בסיסיים; מסוגלות להיפרד מן הילד ולתת לו להתפתח להיות אוטונומי, עצמאי וחזק; מסוגלות להעניק לילד צרכים וערכים תרבותיים; מסוגלות לגדל את הילד תוך הצבת גבולות; מסוגלות לתקן נזקים וחסימים שיאובחנו בילד; מסוגלות להתגבר על ולהתמודד עם טראומה אפשרית אצל הילד עקב החזרת הילד להורה; מסוגלות לקבל את האחריות לדאגה לילד ולגידולו; התאמה להיות דמות הורית מספקת להפנמה חינוכית של ערכים ודמויות אצל הילד.²⁸⁰ אין ספק, כי הורים עם כל סוגי המוגבלויות יתקשו לעמוד בכל הקריטריונים הללו.

3.2.4.3 אימוץ ילדיהם של הורים עם מוגבלויות

²⁷⁴ DSM - Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders

²⁷⁵ ICD - International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems

²⁷⁶ למורכבות בדיקתה של "מסוגלות הורית" ראו: דוד יגיל "שיקולים ולבטים באבחון מסוגלות הורית" פרק 9 בסוגיות בפסיכולוגיה, משפט ואתיקה בישראל 183 (עורכים: דוד יגיל ואח', 2008).

²⁷⁷ שם, בעמ' 194.

²⁷⁸ משה זכי "פסיכולוגיה ומשפט: מחשבות על המסוגלות ההורית" רפואה ומשפט 20 (1999).

²⁷⁹ Daniel Goleman, EMOTIONAL INTELLIGENCE (Bantam Books: 1995).

²⁸⁰ זכי, לעיל ה"ש 278.

בחוק האימוץ, כמו גם בחוק הנוער, אין התייחסות מפורשת להורים עם מוגבלויות,²⁸¹ אולם הוראותיו והפסיקה שעסקה בו מלמדות כי פעמים רבות ההורים אשר ילדיהם מוכרזים כ"ברי אימוץ" הם אנשים עם מוגבלויות נפשיות ושכליות,²⁸² וכי המוגבלות מהווה גורם מרכזי בשיקולי מערכת הרווחה ובית המשפט בכל הנוגע לניתוק היחסים ההוריים. הדיון באימוץ מתקיים בדלתיים סגורות (סעיף 21) אולם יחסית להליכים הקשורים ל"קטין נזקק" ולהליכי אפוטרופסות אשר מתפרסמים לעתים רחוקות בלבד, קיים גוף פסיקה נרחב למדיי בנוגע לאימוץ.

מבין עילות האימוץ ללא הסכמת ההורים הביולוגיים ניתן למצוא נסיבות המרמזות על מוגבלות, וזאת בעיקר בשני סעיפים משנה של סעיף 13(א): כאשר ההורה הוכרז פסול דין או שהאפוטרופסות שלו על הילד נשללה ממנו (סעיף 13(א)(3)); וכאשר ההורה אינו מסוגל לדאוג לילדו כראוי בשל התנהגותו או מצבו, ואין סיכוי שהתנהגותו או מצבו ישתנו בעתיד הנראה לעין על אף עזרה כלכלית וטיפולית סבירה, כמקובל ברשויות הסעד, לשיקומו (סעיף 13(א)(7)).

עילתו של סעיף 13(א)(3) "כאשר ההורה הוכרז פסול דין או שהאפוטרופסות שלו על הילד נשללה ממנו", מתבססת על חוק הכשרות המשפטית אשר, כמפורט לעיל, מאפשר להכריז על אנשים עם מוגבלויות (שכליות ונפשיות בעיקר) כ"פסולי דין" וכן מאפשר לשלול אפוטרופסות של הורים על ילדיהם הקטינים במקרים מסויימים. עם זאת, כי לא בכל מקרה בו הוכרז הורה כפסול דין או שנשללה ממנו אפוטרופסותו, יוכרז הילד כבר-אימוץ. הפסיקה שעסקה בנושא מתחה ביקורת על ההסדר הקבוע בסעיף 13(א)(3) לחוק, וקבעה כי אין להסתפק בהכרזה על "פסול דין" של ההורה, אלא יש לבחון את מכלול נסיבות המקרה, ואת יכולתם של ההורים לטפל בילדיהם.²⁸³ בפועל, כאמור, ממעטים בתי המשפט להכריז על אנשים כ"פסולי דין",²⁸⁴ וכן הם ממעטים לעשות שימוש בסעיף 13(א)(3) לצורך הכרזת ילדים כברי אימוץ.²⁸⁵

סעיף 13(א)(7) לחוק האימוץ מאפשר לבית המשפט להכריז על ילד כבר-אימוץ גם ללא הסכמת הוריו, "כאשר ההורה אינו מסוגל לדאוג לילדו כראוי בשל התנהגותו או מצבו, ואין סיכוי שהתנהגותו או מצבו ישתנו בעתיד הנראה לעין על אף עזרה כלכלית וטיפולית סבירה, כמקובל ברשויות הסעד, לשיקומו". הלכה למעשה, זהו הסעיף אשר לרוב משמש עילה להכרזת ילדים כ"ברי אימוץ".²⁸⁶ השלכותיו של סעיף זה לגבי הורים עם מוגבלויות הינה מעניינת במיוחד, שכן הוא כולל לא רק את חוסר המסוגלות לדאוג לילד בעת מתן ההחלטה, אלא גם את מצבו העתידי של ההורה, את הצורך להעניק להורה עזרה טיפולית "סבירה" על ידי רשויות הסעד, ואת אפשרות שיקומו. ייחודו של הסעיף בכך שהוא אינו צופה רק את פני העבר, אלא גם את פני העתיד. נוסחו הכללי של הסעיף מאפשר לגורמים המחליטים (רשויות

²⁸¹ בתזכיר לתיקון חוק האימוץ, אשר לא פורסם עדיין, קיים סעיף לפיו זוג מאמץ לא יגור עם "אדם הלוקה בנפשו, חולה או בעל מגבלה, כל עוד קיים חשש שיפגע ביכולותיהם לשמש כהורים" (לי ירון "חוק האימוץ המסתמך ישווה את הזכויות של זוגות חד-מיניים, אך יפלה הורים יחידניים", עיתון "הארץ" 2.8.18).

²⁸² כך גם לדברי עו"ד שני שדה, ממנה מחוזית על ייצוג הורים בתיקי נוער וממונה ארצית על ייצוג הורים בתיקי אימוץ, האגף לסיוע משפטי, משרד המשפטים, יוני 2018.

²⁸³ ע"א 310/82 פלוגית על ידי האפוטרופוס שלה נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד (4) 425, 424 (פורסם בנבו, 7.7.83).

²⁸⁴ טולוב וקנטר, לעיל ה"ש 49, בעמ' 58.

²⁸⁵ מימון, לעיל ה"ש 247; כך גם מסקירת פסקי הדין העוסקים באימוצם של ילדים לאנשים עם מוגבלויות, כפי שיפורט להלן.

²⁸⁶ בהתאם לדברי עו"ד שני שדה, הממונה על ייצוג הורים בתיקי נוער (מחוזי) ובתיקי אימוץ (ארצי), האגף לסיוע משפטי, משרד המשפטים, יוני 2018, וכן בהתאם לפסיקה שנסקרה.

הרווחה, נותני חוות הדעת הטיפוליות, בית המשפט) מרחב ניכר לפרשנות, כפי שיפורט להלן.

3.2.4.3.1.

התייחסות בית המשפט למוגבלות של ההורה בהליכי האימוץ

בכל הנוגע להורות של אנשים עם מוגבלויות, משקפים פסקי הדין את תפיסת אי ההלימה שבין מוגבלות לבין הורות, כפי תואר בפרק זה לעיל. עמדתו הרשמית של בית המשפט כלפי הורים עם מוגבלויות בהליכי אימוץ, היא כי עצם קיומה של המוגבלות אינו מהווה, לכשעצמו, עילה להכרזת ילד כבר אימוץ: בפסק הדין המנחה בעניין זה קבע בית המשפט כי "לא די איפוא, שתהא לפני בית המשפט חוות-דעת פסיכולוגית או איזו שהיא הערכה אחרת, שההורה בינו בעל אישיות מוגבלת מבחינה נפשית, שכלית או רגשית, שאין הוא מסוגל לדאוג לילדיו או כל הערכה אחרת כיוצא באלה. צריך שתבוא לפניו הוכחה על השפעה בפועל של חוסר מסוגלות זו על הילד, ועל כך שהילד סבל המנה וניזוק על ידיה".²⁸⁷ אולם, קריאה בפסקי הדין מעלה כי השפעתה של עמדה זו על יחסיהם של הורים עם מוגבלויות וילדיהם, הינה מוגבלת, כמפורט להלן.

התייחסות מיושנת אל המוגבלות כאל גזירת גורל וכרוכה בסבל: התייחסותם של בתי המשפט אל המוגבלות מאפיינת גישות מיושנות כלפי מוגבלות (הגישה האאוגנית אשר תוארה בפרק הראשון (ראו ה"ש 11), והגישה הרפואית והגישה האינדיוידואלית, אשר תוארו בתחילתו של פרק זה (ראו ה"ש 159-162). בתי המשפט מתייחסים אל המוגבלות כגזירת גורל, ולאנשים כ"סובלים"²⁸⁸ ממוגבלות. כך למשל במקרה בו הוחלט למסור לאימוץ ילד לאם עם מוגבלות נפשית ממוצא אתיופי ואב לא ידוע. בהתאם להחלטה, הילד יימסר לאימוץ בקרב המשפחה בה גדל מאז היותו תינוק, ולא במשפחת דודתו. במסגרת ההחלטה נאמר על ידי המשנה לנשיא (כתוארה דאז) השופטת מרים נאור: "אין במשיבה אשם. האשם הוא במחלה הקשה בה היא חולה".²⁸⁹

בפסקי הדין ניתן למצוא גם סימנים לדרך בה תופס בית המשפט את המושגים הורות ומסוגלות הורית²⁹⁰ כסותרת מוגבלות או אפיונים של מוגבלות,²⁹¹ כאשר השופטים מביעים חשש כי העומס הקשור בהורות עלול להביא להחמרה בתסמיני המוגבלות, גם אם אלה אינם קיימים באותה עת. עוד מאפיין של פסקי הדין הוא התייחסות "אאוגנית" למוגבלות, שכן שופטים מתייחסים ל"מטען הגנטי הבעייתי" של ילדיהם של הורים עם מוגבלות כסיבה נוספת לניתוק הקשר. כך למשל קבע בית המשפט²⁹² כי ביתה של אם עם מוגבלות נפשית תימסר לאימוץ סגור, למרות רצונה של האם להיות בקשר איתה, וזאת על בסיס השלכותיה של המוגבלות על יכולותיה ההוריות של האם, כמו גם על בסיס חששו של בית המשפט

²⁸⁷ ע"א 418/88 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(3) 1, 8 (פורסם בנבו, 26.9.90), בו דובר בזוג הורים: האם הוגדרה כ"סובלת מנזק אורגני מלידה, מפיגור שכלי ומבעיות נפשיות, ובעטיים של אלה אושפזה בעבר מספר פעמים. מבחינה רגשית ושכלית היא מתפקדת כילדה קטנה". האב הוגדר כ"בעל אישיות מוגבלת, ורמת תפקודו האינטלקטואלית היא גבולית".

²⁸⁸ המאבק על שוויון זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות, כולל גם מאבק סמנטי לגבי אופן ההגדרה הסטיגמטי והשלילי הנלווה למוגבלות, כגון הגדרת אדם כ"סובל" ממוגבלות, וחתימה להגדרה ניטרלית יותר שאינה כוללת שיפוט וקשר ישיר בין מוגבלות לבין סבל.

²⁸⁹ ד"א 6211/13 היועץ המשפטי לממשלה – משרד הרווחה והשירותים החברתיים נ' פלונית ואח' (פורסם בנבו, 23.12.13), בעמ' 8.

²⁹⁰ "מסוגלות הורית" הוא מושג מפתח בכל הנוגע להחלטות בנוגע להורים וילדיהם. מחקרים מתחום המשפט ומקצועות הטיפול עסקו רבות במושג זה, בהגדרתו ופרשנותיו, ובבעייתיות הכרוכה בכימות המסוגלות ההורית וההכרעה בעניינה. בהתאם לחלק מהביקורות, רבים מהמבחנים העוסקים במסוגלות הורית הם מבחנים שמטרתם המקורית היא לאתר מוגבלויות נפשיות ושכליות, ולכן קיימת שאלה, האם הם אינם מוטים מראש כנגדם של הורים עם מוגבלויות אלה.

²⁹¹ וראו למשל: בע"מ 2709/17 פלוני ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה – משרד הרווחה (פורסם בנבו, 7.5.17).

²⁹² עמש (תל אביב יפו) 3/14 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 9.2.15).

לגבי סיכוייה הגנטיים של הילדה לפתח מחלת נפש בעצמה. בנוסף לכך, מותחים בתי המשפט ביקורת על הורים עם מוגבלות אשר בוחרים להביא ילדים לעולם, אקט אשר מפורש על ידי בתי המשפט כהעמדת הילד במצב רפואי שיש בו סיכון גנטי, ואשר עצם הנקיטה בו מלמדת על חוסר מסוגלות הורית.²⁹³

הפרדה בין עצם קיומה של המוגבלות לבין השלכותיה של המוגבלות: בניגוד לעבר,²⁹⁴ בדרך כלל מקפידים בתי המשפט להבהיר שהחלטה לנתק את מערכת היחסים בין ההורה לבין ילדו אינה מבוססת על עצם קיומה של המוגבלות. אולם בבד בבד הם מבהירים, כי אותם מקרים שבהם בתי המשפט לא יתערבו ביחסי ילד-הורה הם המקרים שבהם ההורה "שוקם" והוא מתפקד (עם או ללא סיוע, כפי שיפורט להלן) כמעט כהורה "רגיל" – דהיינו במקרים שבהם למרות "תווית" המחלה, היא איננה נותנת את אותותיה בפועל.²⁹⁵ בכך, לגיטימי, נמנעת ההתמודדות האמיתית של בתי המשפט עם מוגבלותם של ההורים.

הקשר בין המוגבלות של ההורים למוגבלות של הילדים: בחלק מפסקי הדין התבססה החלטת האימוץ לא רק על מוגבלותו של ההורה אלא גם על מוגבלותו של הילד ונקבע, כי מאחר ובדיקת המסוגלות ההורית היא בדיקה לגבי הורה וילד ספציפיים, יש לקחת בחשבון גם רכיב זה. כך ייתכן, שלגבי אותו הורה ייקבע כי הוא בעל מסוגלות הורית לגדל ילד מסויים, ללא מוגבלות, אך אינו בעל מסוגלות הורית לגדל ילד אחר, עם מוגבלות.²⁹⁶

חוסר התייחסות לחוק השוויון ולאמנה: מבין פסקי הדין העוסקים באימוץ ילדים, פסקי דין בודדים בלבד מתייחסים לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח – 1998 ולהשלכותיו האפשריות על המקרים הנדונים. למעשה, נכון לחודש דצמבר 2018, שישה פסקי דין בלבד העוסקים באימוץ מזכירים גם את חוק השוויון,²⁹⁷ מתוכם רק שניים עוסקים באופן מובהק בהכרזת ילדיהם של הורים עם מוגבלויות כ"ברי אימוץ",²⁹⁸ ורק אחד מהם כולל דיון מהותי בהשלכותיו של החוק על ההורה עם המוגבלות.²⁹⁹

כמו כן, גם במקרים בהם בוחן בית המשפט את הסיוע שניתן להורים על ידי רשויות הסעד ואת יכולתם

²⁹³ כך למשל בבע"מ 10791/05 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' (פורסם בנבו, 9.2.06).
²⁹⁴ וראו למשל: ע"א 680/77 פלונית נ' עיריית תל אביב – יפו ואח' פ"ד לב(3) 393 (פורסם בנבו, 8.5.78), שם מתייחס בית המשפט (בהערת אגב) באופן מובן מאליה לכך שאדם "חולה נפש" חולה במחלה חשוכת מרפא אשר בעטיה אינו יכול להבין את מחדליו ומעשיו.

²⁹⁵ בע"מ 10791/05 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' (פורסם בנבו, 9.2.06).
²⁹⁶ כך באמ"צ 1/07 (מחוזי באר שבע) היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני ואח' (פורסם בתקדין 19.3.08), בו נדון אימוץ ילדיהם של אם בעלת "עבר פסיכוטי" ואב עם רקע של אלימות; כן ראו ע"א 604/89 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מה(1) 156 (פורסם בנבו, 18.12.90) בו דובר באם עם פיגור ברמה קלה-בינונית ואב עם בעיית התמכרות ובעיות אישיות שונות אשר לא פורטו; וכן רע"א 7535/11 פלונית ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 29.1.12), אשר נדחתה בקשה לדיון נוסף לגבי – דנ"א 1750/12 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 9.5.12).

²⁹⁷ בע"מ 10791/05 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' (פורסם בנבו, 9.2.06); תמ"ש 50399-12-12 א.מ.י. נ' פלונית ואח' (פורסם בנבו, 20.6.13), הערעור על פסק דין זה בבית המשפט המחוזי: עמ"ש (ב"ש) 59993-07-13 פלונית נ' פלונית ואח' (פורסם בנבו, 22.1.14); והערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבית המשפט העליון: בע"מ 1118/14 פלונית נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים (פורסם בנבו, 1.4.15); אמ"צ 15392/07/15 (משפחה רשלי"צ) בא כוח היועץ המשפטי נ' פלוני ופלונית (פורסם בנבו, 1.6.17); ואמ"צ (משפחה ת"א) 52364-12-16 היועץ המשפטי לממשלה נ' רקפת (פורסם בנבו, 20.3.18).

²⁹⁸ בע"מ 10791/05 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' (פורסם בנבו, 9.2.06) ואמ"צ (משפחה ת"א) 52364-12-16 היועץ המשפטי לממשלה נ' רקפת (פורסם בנבו, 20.3.18).

²⁹⁹ פסק דינה של כב' השופטת תמר סנונית-פורר, אמ"צ (משפחה ת"א) 52364-12-16 היועץ המשפטי לממשלה נ' רקפת (פורסם בנבו, 20.3.18).

העכשוויות והעתידיה להיעזר בו, הוא אינו עושה זאת תוך התייחסות להיותם אנשים עם מוגבלויות וזכויות ההתאמה וההנגשה המיוחדות הנגזרות מכך.³⁰⁰ ניכר מהפסיקה כי גם עורכי הדין המייצגים הורים עם מוגבלות מפנימים את השיח ומנסים, לרוב, להפחית במשמעותה של המוגבלות לגבי מרשיהם. וכך, גם כאשר חוק השוויון מוזכר בפסיקות אלה, הדבר נעשה ממניעים סמליים וסמנטיים, ללא השלכה מעשית על זכויותיו של ההורה או על ההחלטה הסופית.³⁰¹

3.2.4.3.2. פרשנות סעיף 13(א)(7)

כאמור, אחד מהתנאים של סעיף 13(א)(7) לחוק האימוץ הינו עתידי, ולפיו אין סיכוי שהתנהגותו או מצבו של ההורה ישתנה בעתיד הנראה לעין על אף עזרה כלכלית וטיפולית סבירה כמקובל ברשויות הסעד לשיקומו. במסגרת הפסיקה, משמעותה של אותה "עזרה כלכלית וטיפולית סבירה כמקובל ברשויות הסעד לשיקומו" של ההורה בעתיד, המופיעה בסעיף 13(א)(7) לחוק האימוץ, קיבלה פרשנויות שונות. הפסיקה המנחה בעניין זה קבעה כי אין מדובר ביכולת ערטילאית של הורה לתפקד כהורה, אלא ביכולתו של הורה הספציפי לטפל בילד ספציפי, והאם קיים סיכוי לשינוי ביכולותיו אלה בעתיד.³⁰² בחלק מהמקרים נקבע כי סיוע אשר ישמש רק כ"קביים" ולא יהיה בו כדי לשקם את ההורה, להעמידו על רגליו ולהביאו למצב שבו יוכל לטפל בילדיו באופן עצמאי בעתיד, לא יוכל לשלול את הוכחת העילה. כך למשל, בפסק דין שעסק בזוג הורים עם מוגבלות נפשית (סכיזופרניה) קבע בית המשפט כי הסתמכות לטווח ארוך על אחר, כמו בן משפחה, אשר יהווה תחליף להורה בתפקודו כהורה, אין בו כדי שיקום ההורה ומצב זה יש בו כדי קיום עילת סעיף 13(א)(7) והכרזתו של הילד ככר-אימוץ.³⁰³ בפסק דין נוסף נקבע כי נכונות הסיוע של המשפחה המורחבת של ההורים (שהינם חולי סכיזופרניה), עם כל חשיבותה, אינה יכולה להוות תחליף למסוגלות ההורית של ההורים עצמם.³⁰⁴

במסגרתם של פסקי דין אחרים הובעה הדעה כי אם הורה מסוגל לטפל בילדו כראוי באמצעות העזרה שמושיטות לו רשויות הרווחה, גם אם אין בקבלת העזרה כדי לשקמו לתפקוד הורי עצמאי מוחלט, לא תתקיים עילת סעיף 13(א)(7) ולא יתנתקו יחסי הורה-ילד.³⁰⁵ עזרה זו צריכה להיות מוגדרת כ"סבירה", ומקום שבו נקבע בחוות הדעת כי ההורים יוכלו לגדל את ילדיהם עם עזרה שהוגדרה כ"מאסיבית", קבע בית המשפט כי הילדים יימסרו לאימוץ.³⁰⁶

עוד צויין בפסיקה המנחה כי לעזרת הרשויות להורים יש לייחס משמעות רק כשבעבר לא נעזר ההורה, בכלל או במידה הראויה והמקובלת, ברשויות הסעד,³⁰⁷ וכי ניתן להתחשב בעזרה ותמיכה אפשרית מצד גורמים אחרים, כגון בני משפחה של ההורה הביולוגי, ובלבד שהמדובר בעזרה ובתמיכה שיש בהן כדי

³⁰⁰ וראו למשל: בע"מ 2709/17 פלוני ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה – משרד הרווחה (פורסם בנבו, 7.5.17).

³⁰¹ בע"מ 10791/05 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' (פורסם בנבו, 9.2.06); עמש (תל אביב יפו) 3/14 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 9.2.15).

³⁰² בע"מ 9229/04 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית (פורסם בנבו, 10.8.05).

³⁰³ ע"א 4189/91 פלונית ואח' נ' מדינת ישראל, פ"מ מו(4) 464 (פורסם בנבו, 2.9.92).

³⁰⁴ בע"מ 10791/05 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' (פורסם בנבו, 9.2.06).

³⁰⁵ ע"א 3554/91 אלמונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 9.10.91).

³⁰⁶ בע"מ 9739/11 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 17.1.12) בו נמסרו לאימוץ תאומים לאם שהוגדרה כבעלת "ליקויים אישיותיים, אורגניים מהותיים ומשמעותיים".

³⁰⁷ ע"א 3554/91 אלמונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 9.10.91).

להיטיב את רמת מסוגלותו של ההורה עצמו.³⁰⁸ בתי המשפט הדגישו כי בהתאם לסעיף זה, נבחנת מסוגלות של ההורים מבעד ל"עדשת ההורה המסתייע" ולא "ההורה העצמאי", וכי אחריות המדינה לסייע להורה הולמת גם את סעיף 14(2) לאמנת האו"ם בדבר זכויות הילד, לפיו יכבדו המדינות את זכויות ההורים וחובותיהם כלפי ילדיהם.³⁰⁹

גם האפשרות לחזות את עתיד שיקומו של ההורה מציבה בפני השופטים שאלה מורכבת. כך למשל, נחלקו דעותיהם של השופטים במקרה שעסק באם עם מוגבלות נפשית (הפרעת אישיות גבולית) ונכות פיזית ברגלה. שופטי הרוב נתנו משקל רב להתנהגותה של האם בעבר בכל הנוגע לאפשרותה להשתקם בעתיד, וקבעו כי הילד יישלח לאימוץ סגור, בעוד שופט המיעוט סבר כי בשם עקרון האוטונומיה המשפחתית וזכותם של האם והקטין לממש את קשר הדם הטבעי, מומלץ להחזיר את הילד לאמו. זאת, בין השאר, על בסיס אחת מחוות הדעת שהוגשו לפיהן האם היא בעלת מסוגלות הורית.³¹⁰ לעומת זאת בפסק דין אחר נקבע כי בנה של אשה עם מוגבלות נפשית (הפרעת אישיות) לא יוכרז כבר אימוץ ויתנהל הליך להשבתו למשמורתה של אמו הביולוגית, וזאת על בסיס הערכות בנוגע לשיקומה העתידי.³¹¹

בפסקי דין מהשנים האחרונות נמתחה ביקורת כנגד חוסר אקטיביות וחוסר גמישות של שירותי הרווחה במציאת התוכנית המתאימה לסיוע להורים, וכנגד אמירות של רשויות הרווחה לפיהן ההורים הם האחראים למציאת פתרונות שיסייעו להם בהורותם.³¹² במקרה אחר ביקר השופט את התנהלות רשויות הרווחה וקבע כי התרשם כי בקיאותן בכל הנוגע ליישום הוראות חוק שיקום נכי נפש בקהילה, תש"ס – 2000, וסל השיקום לו זכאים אנשים עם מוגבלויות נפשיות, לקויה.³¹³ כן נמתחה ביקורת כנגד טענת הרווחה לאי שיתוף פעולה של ההורים עם הרשויות, ונאמר כי קשה לצפות מהורה לשתף פעולה עם רשות אשר באופן מוצהר פועלת לניתוק הקשר בינו לבין ילדו.³¹⁴ ביקורת זו לא התייחסה באופן מפורש להורים עם מוגבלויות.

3.2.4.3.3 אימוץ סגור או אימוץ פתוח

נטייתם המובהקת של בתי המשפט היא לקבוע כי האימוץ יהיה סגור (תוך ניתוק מוחלט של הקשר בין ההורה הביולוגי לילד) ולא פתוח,³¹⁵ ובחלק מפסקי הדין מצויין מפורשות כי מוגבלותם של ההורים

³⁰⁸ דנ"א 1892/11 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית** (פורסם בנבו, 22.5.2011), סעיף 10 לפסק דינה של כב' הנשיאה ביניש; ע"א 3554/91 **אלמונית נ' היועץ המשפטי לממשלה** (פורסם בנבו, 9.10.91). יצויין כי היעדרה של תמיכה להורה מצד המשפחה המורחבת צוינה בפסיקה כבעלת משקל המחזקת את הסבירות של הוצאתו של הילד מהבית ואימוצו (כך למשל באמ"צ 42093-01-15 **היועץ המשפטי לממשלה – משרד הרווחה והשירותים החברתיים נ' האם** (פורסם בנבו, 1.12.15)).

³⁰⁹ בע"מ 7204/10 **פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה** (פורסם בנבו, 22.2.2011).

³¹⁰ בע"מ 3329/08 **פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה** (פורסם בנבו, 18.6.08).

³¹¹ עמ"צ (ת"א) 3387-02-16 **פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה** (פורסם בנבו, 24.1.17).

³¹² אמ"צ 42093-01-15 **היועץ המשפטי לממשלה – משרד הרווחה והשירותים החברתיים נ' האם** (פורסם בנבו, 1.12.15), אשר עסק באם "בעלת קשיים קוגניטיביים ואישיותיים".

³¹³ אמ"צ (ב"ש) 27/17 **היועץ המשפטי לממשלה במשרד הרווחה נ' אלמונית ואח'** (פורסם בנבו, 6.9.18).

³¹⁴ אמ"צ 42093-01-15 **היועץ המשפטי לממשלה – משרד הרווחה והשירותים החברתיים נ' האם** (פורסם בנבו, 1.12.15), אשר עסק באם "בעלת קשיים קוגניטיביים ואישיותיים".

³¹⁵ ברירת המחדל בהתאם לסעיף 16 לחוק אימוץ ילדים הינה אימוץ סגור. סעיף 16(1) מאפשר לבית המשפט "לצמצם את תוצאות האימוץ". הגישה המשפטית הרווחת בארץ הינה להכריז על אימוץ סגור ולנתק באופן מוחלט את הקשר בין ההורה הביולוגי לילדו. השיקולים המנחים שנקבעו בפסיקה לצורך הכרעה בעניין סוג האימוץ – סגור או פתוח – מתייחסים לשלושה גורמים: ההורים הביולוגיים, ההורים המאמצים, והקטין עצמו. לדיון בנושא ראו בע"מ 10791/05 **פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'** (פורסם בנבו, 9.2.06). אימוץ סגור של ילדיהם של הורים עם מוגבלויות נקבע,

מהווה שיקול בקביעה זו. זאת, לגישת בית המשפט, מאחר ומוגבלותם של ההורים או של בני משפחתם לא תאפשר להם לכבד את מערכת האימוץ של ילדם, להשלים עם גבולות הקשר המוגבל, ולהתמודד עם הקשיים שקשר חלקי כזה עלול לעורר.³¹⁶ במקרים אחרים בהם נדון עניינם של הורים עם מוגבלות נקבע כי יש להעדיף אימוץ סגור (או אימוץ פתוח בעל אופי מוגבל ביותר, כגון דיווחים דו שנתיים ללא מפגשים) בשל המוגבלות של ההורה אשר עשויה להוות מכשול בפני התפתחותו של הילד במשפחתו המאמצת.³¹⁷

כיום קיימים חריגים מעטים להחלטות אלה, כגון מקרה בו נדון עניינה של אם עם מוגבלות נפשית ונקבע כי ילדיה יימסרו לאימוץ פתוח,³¹⁸ מקרה בו תוארה האם כ"בעלת קשיים קוגניטיביים ואישיותיים" ובנה נמסר לאימוץ פתוח שיאפשר לה להמשיך בקשר מצומצם עימו (מתנות פעמיים בשנה ופגישה פעם בשנה),³¹⁹ וכן במקרה בו נדון עניינה של אם עם מוגבלות שכלית ונפשית, אשר נקבע כי על אף שילדיה (בני ה-6 ו-9) הינם ברי אימוץ, יתקיים "אימוץ פתוח" אשר במסגרתו היא תוכל לשמור איתם על קשר רציף ולקיים עמם פגישות אחת לחודש.³²⁰ במסגרת הדיון שהתקיים בערעור על פסק הדין בבית המשפט המחוזי הגיעו היועץ המשפטי לממשלה והאם להסכמה (לה תוקף של פסק דין), לפיה מספר המפגשים יצומצם ל-5 בשנה, כאשר לאחד מהמפגשים יוכל להצטרף הסב.³²¹ בתיק נוסף נקבעה מסגרת של אימוץ פתוח (באמצעות שני מפגשים בשנה עם האב הביולוגי) לילדם של הורים עם מוגבלות נפשית (סכיזופרניה). בתיק זה נאמרו אמירות כלליות בנוגע לצורך לשנות את "ברירת המחדל" מאימוץ סגור לאימוץ פתוח, בין השאר בשל ההתפתחויות הטכנולוגיות המאפשרות להורים ולילדים להתחקות אחר קרוביהם הביולוגיים ללא צורך בתיווך של רשויות הרווחה.³²²

3.2.4.4. הורים עם מוגבלויות כמאמצים

בכל הנוגע לכשירותם של הורים עם מוגבלות לאמץ ילדים, קובע סעיף 3 לחוק האימוץ כי כדרך כלל, יהיה אימוץ רק על ידי בני זוג נשואים, ואינו מרחיב בנוגע למוגבלויותיהם או כשרותם. עם זאת, בהתאם

למשל בבע"מ 1845/07 **פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'** (פורסם בנבו, 16.4.08). האם הביולוגית הוגדרה כבעלת רמה שכלית נמוכה וליקוי קוגניטיבי, והאב עם רקע אליס. בנם הבכור של ההורים נמסר לאימוץ. בית המשפט דחה את בקשת בני הזוג לאימוץ פתוח במסגרתו יקבלו מידע על ילדם, וקבע כי ילדם של בני הזוג יימסר לאימוץ סגור. גם בבע"מ 2795/18 **פלוני ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה** (פורסם בנבו, 10.5.18) נקבע כי שלושת ילדיהם של בני זוג עם מוגבלות שכלית (האם ברמת מוגבלות שכלית קלה, האב ברמת אינטליגנציה גבולית) יימסרו לאימוץ סגור, וזאת בהסתמך על חוות הדעת של המומחים.

³¹⁶ וראו לעניין זה: רע"א 7535/11 **פלוני ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה** (פורסם בנבו, 29.1.12).

³¹⁷ בע"מ 2738/13 **פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה** (פורסם בנבו, 16.6.13), בו נדון אימוץ של ילד לשני הורים עם מוגבלות נפשית, אשר נקבע כי יאומץ ב"אימוץ פתוח" מוגבל ביותר הכולל "העברת מידע הדדי" פעמיים בשנה, ללא חיובם של ההורים המאמצים להעביר את המידע לילד, ואפשרות לפנות שוב לבית המשפט בהיותו של הילד בן 5 ולבקש אימוץ פתוח בדרך של מפגש חד שנתי; וראו גם עמז (חי') 51737-11-17 **ל.מ. נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'** (פורסם בנבו, 7.3.18), במסגרתו נקבע אימוץ סגור לבנה של אם עם מוגבלות נפשית. כך גם בע"א 2169/98 **פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד נג'** (1) 241 (פורסם בנבו, 17.1.99), בו נמסרו ילדיהם של שני הורים עם מוגבלויות שהוגדרו כ"פיגור בתחום הקוגניטיבי והרגשי", לאימוץ סגור, תוך אמירות מפורשות לפיהן העדפת בית המשפט לניתוק מוחלט בין ההורים לילדים (באמצעות אימוץ סגור) נובעת ממוגבלותם של ההורים, השפעתם על הילדים, וחוסר רצונם באימוץ סגור.

³¹⁸ עמז (חי') 39236-04-16 **אלמונית נ' היועץ המשפטי לממשלה** (פורסם בנבו, 26.5.16).

³¹⁹ אמ"צ 42093-01-15 **היועץ המשפטי לממשלה – משרד הרווחה והשירותים החברתיים נ' האם** (פורסם בנבו, 1.12.15).

³²⁰ אמ"צ (משפחה ת"א) 52364-12-16 **היועץ המשפטי לממשלה נ' רקפת** (פורסם בנבו, 20.3.18).

³²¹ פסק הדין של בית המשפט המחוזי לא פורסם.

³²² אמ"צ (ב"ש) 27/17 **היועץ המשפטי לממשלה במשרד הרווחה נ' אלמונית ואח'** (פורסם בנבו, 6.9.18).

למפורט באתר משרד הרווחה, נדרשים המועמדים להוכיח, בין השאר, "בריאות נפשית ופיזית".³²³ כמו כן, בהתאם ל"שאלון למועמדים לאימוץ", נדרשים המועמדים לפרט מהו מצב בריאותם הפיזי, האם יש להם מחלות כרוניות, מחלות נפש, והאם עברו טיפול פסיכולוגי או פסיכיאטרי בעבר. כמו כן הם נדרשים לספק פרטים בנוגע להשכלתם.³²⁴ בהתאם לחוק האימוץ³²⁵, ערעור על פסילת אנשים מלשמש כהורים מאמצים יישמע בפני טריבונל מיוחד שאין עליו ערכאת ערעור, אשר אף הוא מדגיש את חשיבות היכולות הנפשיות, הקוגניטיביות והרגשיות של המועמדים לאימוץ.³²⁶

אימוץ בין ארצי, היינו אימוץ ילדים מחו"ל, מוסדר בסעיף 28 לחוק אימוץ ילדים. בהתאם לסעיף 28 לחוק האימוץ ובהתאם לאמנת האג בדבר הגנה על ילדים ושיתוף פעולה באימוץ-בין ארצי (1993), לצד כשירותו והתאמתו של המבקש להיות הורה מאמץ, הפרש הגילאים בינו לבין הילד, ורקעו המשפחתי, נבחנים גם קריטריונים הקשורים למוגבלות, כגון מצב רפואי בעבר ובהווה (סעיף 28(2)) והערכה נפשית של המבקש ומשפחתו (סעיף 28(8)). כל אלה מצביעים על כך כי אנשים עם מוגבלויות, ובוודאי נפשיות ושכליות, אינם מהווים מועמדים ראויים לאימוץ.

3.2.4.5. ועדת גרוס והתיקון לחוק האימוץ

בשל חוסר האחידות וההבנייה של הליך האימוץ, במהלך השנים האחרונות התקיימו דיונים בקרב ועדת מומחים בראשות כב' השופט (בדימוס) יהושע גרוס.³²⁷ הדו"ח שהוציאה הוועדה היה אמור לתת מענה לקשיים שעלו בפרשנות החוק, בין השאר בהסתמך על הנסיון שנצבר בהפעלתו על ידי המערכות השונות, התמורות שחלו בחברה הישראלית, הגישות החדשות, המחקרים בארץ ובעולם, הסדרי החקיקה והסכמים בינלאומיים, ובמרכזם אמנת האו"ם לזכויות הילד שאושרה על ידי מדינת ישראל בשנת 1991. בדו"ח, אשר אליו צורפה טיוטה של הצעת חוק אשר יחליף את חוק האימוץ, לא ניתן למצוא התייחסות מיוחדת להורים עם מוגבלות, זאת, למרות שהוא נכתב למעלה מארבע שנים לאחר שאושרה בישראל האמנה בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות, לרבות סעיף 23 בה, העוסק בזכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות בתחום המשפחה, כפי שפורט לעיל. למעלה מכך: בתזכיר לתיקון חוק האימוץ אשר נכתב בעקבות הדו"ח,³²⁸ קיימים סעיפים המתייחסים באופן מפורש ומרומז למוגבלות כשוללת אימוץ: כך למשל נדרש שלהורה המיועד לאמץ, או למי שמתגורר עמו, אין לקות נפשית, מגבלה או מחלה שיש בהן כדי לפגוע ביכולתו לשמש הורה מאמץ או לפגוע בילד בצורה כלשהי, שהוא בעל השכלה של 10 שנות לימוד לפחות, וכן שאין לו אפוסטרופוס. כל זאת בדומה לנוסח הקבוע בחוק האומנה, כפי שיפורט להלן.³²⁹

³²³ בהתאם לטופס "בקשה למתן צו אימוץ", ראו באתר [משרד הרווחה](#).

³²⁴ ראו "שאלון למועמדים לאימוץ" באתר משרד הרווחה.

³²⁵ סעיף 36 לחוק האימוץ.

³²⁶ ערר מס' 25/17 (בפני ועדת ערר לפי סעיף 36 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א – 1981 ולפי חוק בתי הדין המנהליים,

התשנ"ב – 1992, בבית המשפט לענייני משפחה בבאר שבע) **פלוגית ואח' נ' עו"ס לחוק אימוץ – השירות למען הילד**

(פורסם בנבו, 11.7.18).

³²⁷ דו"ח הוועדה לבחינת חוק אימוץ ילדים, התשמ"א – 1981 והליכי אימוץ ילדים בישראל, בראשות כב' השופט (בדימוס) יהושע גרוס (משרד המשפטים ומשרד העבודה והרווחה, נובמבר 2016).

³²⁸ התזכיר לא פורסם, נכון לינואר 2019.

³²⁹ לי ירון "חוק האימוץ המסתמך ישווה את הזכויות של זוגות חד-מיניים, אך יפלה הורים יחידניים", עיתון "הארץ"

2.8.18. בעקבות פניה משותפת של ארגון "בזכות" והקליניקה לזכויות אנשים עם מוגבלויות בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר אילן מיום 8.8.18, וכן פניה של נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות אל מחלקת הייעוץ והחקיקה

3.2.5. חוק אומנה לילדים, התשע"ו – 2016

חוק אומנה לילדים, התשע"ו–2016 מעגן את נושא האומנה ואת זכויותיהם של ילדי האומנה ומשפחות האומנה בישראל, תחום אשר לא היה מוסדר בחקיקה עד לחקיקת החוק, אלא בתע"ס בלבד.³³⁰ החוק לא מעודד יציאה מבית ההורים הביולוגיים, אלא עוסק במקרים בהם כבר התקבלו החלטות בנוגע להוצאת ילדים מהבית. החוק מבוסס על זכויותיהם של ילדים בהתאם לאמנה בדבר זכויות הילד, מעודד השמה אצל קרובי משפחה, מתייחס לצרכיהם המיוחדים – הטיפולים והכלכליים – של ילדים עם מוגבלויות, מבסס את מעמדן וזכויותיהן (לרבות זכויותיהן הכלכליות) של משפחות האומנה, ומבקש להפחית את מספר הילדים הנשלחים לפנימיות מגיל צעיר.

החוק קובע כי רישיון לשמש כמשפחת אומנה יינתן לאנשים אשר חוות דעת שנערכה בעניינם מעידה על כשירות לשמש בתפקיד זה, ובלבד שמתקיימים בהם תנאים מסויימים – כגון תושבות ישראלית, גיל, הכנסה מסויימת, מקום הולם בבית, אי התמכרות לסמים או אלכוהול, וכדומה (סעיף 24(א)).

סעיף 24(א) מתייחס מפורשות לאנשים עם מוגבלויות נפשיות ושכליות, בקובעו אפיונים הנוגעים למוגבלויות אלו: סעיף 24(א)(3) קובע כי "הוא יודע קרוא וכתוב ובעל השכלה של 10 שנות לימוד לפחות" (אם כי לפי סעיף 25(א) אדם שכזה יכול, בנסיבות הקשורות לטובתו של ילד מסויי, לקבל רשיון אומנה "חריג"); סעיף 24(א)(4) קובע כי "אין לו, או לאדם המתגורר עמו, לקות נפשית, מגבלה או מחלה כלשהי שיש בהן כדי לפגוע ביכולתו לשמש אומן או לפגוע בילד בצורה כלשהי"; ואילו סעיף 24(א)(9) מתנה את ההתאמה לאומנה בכך שלמועמד לשמש אומן אין אפטרופוס.

החוק מתייחס גם למוגבלותם של ההורים הביולוגיים: הוא קובע כי בהתוויית תוכנית הטיפול עבור הילד הנמצא באומנה יש להתחשב במצבו הפסיכולוגי, התפתחותי-תפקודי והקוגניטיבי של הילד של הוריו, וזאת כאשר קובעים מהם האמצעים בהם יש לנקוט כדי לסייע להורים ביצירת תנאים שיאפשרו את שמירת הקשר הרציף עם הילד ואת חזרתו הביתה (סעיפים 36(א)(5) ו-36(ב)).

על אף שהחוק מחדד את חשיבותה של המשפחה הביולוגית ומגדיר את הוצאתם של ילדים מבתיים כמוצא אחרון, המסקנה העולה מקריאת החוק הינה כי על אף ההסדרה החשובה של תחום האומנה, החוק נחקק מתוך ראייה של הורות של אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית כשלילית גרידא, וללא כל הלימה לאמנה הבינלאומית בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות, אשר אושרה על ידי הכנסת ארבע שנים לפני חקיקתו, ואשר תידון בהרחבה להלן. שכן, סעיף 23(ב) לאמנה קובע כי על המדינות להבטיח את זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות בכל הנוגע ל"אפטרופסות, מעמד החסוי, נאמנות, אימוץ ילדים או **מוסדות דומים**, ככל שקיימים מושגים אלה בחקיקה הלאומית". גם בטיטת תקנות אומנה לילדים (בקשה לרשיון) התשע"ח - 2018³³¹ נדרשים האומנים המיועדים לפרוש את עברם הרפואי, לרבות התייחסות ספציפית למחלות נפשיות, ולטיפולים פסיכולוגיים ופסיכיאטרים.

היבט בעייתי נוסף בחוק האומנה, בהקשר של הורים עם מוגבלויות, הוא שלילת אפשרות לאומנה

של משרד המשפטים, נראה כי יש הבנה ונכונות לשנות את הסעיף כך שלא יכלול התייחסות מפורשת ללקות נפשית או מוגבלות כאינדיקציה א-פריורי לשלילת כושר אימוץ.

³³⁰ תע"ס 8.2, וכן תע"ס 5.3, אשר עסק באופן ספציפי באומנה לילדים "נכים", שהוגדרו על ידו כילדים עם מוגבלויות פיזיות וחושיות.

³³¹ אשר נדונו בועדת העבודה, הרווחה והבריאות של הכנסת ביום 5.8.18.

המשותפת להורה הביולוגי והילד, במקרים המתאימים, וזאת בשל פרשנות משרד הרווחה לסעיף 2 לחוק האומנה, המגדיר "אומנה" כ"מגורים של ילד במשפחה שאינה בית הוריו...". פרקטיקה כזו, הקרויה "אומנת אם-ילד" או "אומנת הורה-ילד" היתה מקובלת בעבר וייתכן כי היא עשויה להתאים עבור חלקם של ההורים. כיום, כאמור, פרשנותו של משרד הרווחה שוללת את האפשרות, וחוק האומנה מבהיר כי הוראותיו לא יחולו על השמת ילד עם הורה במסגרת משפחתית למטרת הקנייתו או הערכת כישורי הורות (סעיף 89). בעקבות פרשנות זו, ביוני 2018 הגיע אל הקליניקה לזכויות אנשים עם מוגבלויות מקרה בו מונו הורים לבת עם מוגבלות שכלית כמשפחת אומנה לביתה – נכדתם - בעוד ביתם מתגוררת אף היא בביתם ומסייעת בגידול הילדה. על אף החשיבות הגדולה שמייחס חוק האומנה לקשר עם ההורים הביולוגיים, התבשרו הסבים כי לא יוכלו להמשיך ולשמש כמשפחת אומנה לנכדתם אלא אם ביתם תצא מהבית למסגרת דיור נפרדת.

3.3 סיכום ביניים: מקומה של המוגבלות בחקיקה העוסקת בהורות

כמפורט לעיל, הדינים העוסקים בהבאת ילדים לעולם ובהסדרת יחסי הורים וילדים והפסיקה אשר פירשה אותם מתאפיינים על ידי יחס שלילי להורים עם מוגבלויות, ובעיקר מוגבלויות שכליות ונפשיות: כמעט בכל החוקים העוסקים בהקמת משפחה קיימים סעיפים המאפשרים "סינון" על בסיס מוגבלות, ואילו כל החוקים העוסקים בגידול של ילדים כוללים סעיפים המאפשרים התערבות במערכת היחסים הורה-ילד על בסיס מוגבלות. לצד זאת מתאפיינים דינים אלה בחוסר התייחסות כמעט מוחלט לזכויותיהם של אותם הורים כאנשים עם מוגבלויות, ואינם מזהים אותם כחלק מקבוצת מיעוט מובחנת הזכאית לשוויון זכויות ולהתאמות מיוחדות.

כתוצאה מכך, גם הפסיקה שעסקה בהתערבות ביחסי הורים וילדים (בתיקים העוסקים באפטרופסות, בהכרזה על קטינים כ"קטינים נזקקים" לפי חוק הנוער, ובתיקי אימוץ) התבססה על פי רוב על המוגבלות כגורם שלילי, המוביל להתערבות במערכת היחסים בין ההורה לבין ילדו באופן שיפחית ממעמדו של ההורה ואף ישלול את יחסי ההורות.

נסיוני האישי כעורכת-דין העוסקת בזכויותיהם של הורים עם מוגבלות תואם את הממצאים הללו. בכל התיקים בהם אני מייצגת (ובעיקר בפני בתי משפט השלום לנוער ובתי המשפט לענייני משפחה) נעשה נסיון להנכיח את חוק השוויון והאמנה בפני בית המשפט, בעיקר לצורך קבלת התאמות שיסייעו להורים לגדל את ילדיהם באופן מיטיב. אולם, נסיון זה לא תמיד עולה יפה ואף עשוי להיות בעייתי ומזיק לתיק. זאת, שכן פעמים רבות בתי המשפט העוסקים בנושאים של הורות ושל ניתוק (מלא או חלקי) של הקשר בין ההורה לילד, אינם רואים בעין יפה את הנסיון להביא לקדמת הבמה את זכויותיהם של ההורים. לא פעם, בעת העלאת טיעון זה, העירו לי שופטים כי זהו אינו מוקד הדיון, וכי מוקד הדיון "האמיתי" הינו טובת הילד, משל היו "זכויות ההורה" ו"טובת הילד" שני מושגים מנוגדים. כפי שנוכחתי לצערי, טיעונים מסוג זה יש להעלות בהירות, במשורה, בהתאם להלך הרוח של השופט היושב בדיון, וזאת מאחר והדגשת המוגבלות משפיעה לרעה על התוצאה המשפטית עבור ההורה. בפרק 4 למחקר אציע פתרון לבעייה זו, באמצעות הצעת שינוי של תפיסת ההורות הרווחת.

4. התייחסות חקיקתית שלילית להורים עם מוגבלויות

בפרק הראשון נפרשו הקשיים העומדים בפני הורים עם מוגבלויות, ובפרט מוגבלויות נפשיות ושכליות, הבאים לידי ביטוי במספר מישורים: הממשק שבין מאפייני המוגבלות לבין תפקודים הוריים (בין בהבאת ילדים לעולם ובין בגידולם) אשר מעלה פעמים רבות בעיות וקשיים מהותיים – פיזיים ופסיכולוגיים; הקשר שבין מוגבלויות שכליות ונפשיות לבין גורמים נוספים (כגון עוני וחוסר תמיכה משפחתית) גורמים אשר מקשים לשעצמם על התפקוד ההורי; והקשר שבין הסביבה והחברה לבין המוגבלות כמעצים את קשיי ההורות. במישור זה, באים הקשיים לידי ביטוי הן בסטיגמה המופנית כלפי ההורים, הן במניעה מסויימת של יחסי זוגיות והורות, הן בחוסר סיוע ומשאבים, והן בהתייחסות ביקורתית ושלילית מצד מערכת המשפט. כפי שטענתי, קשיים אלה מעמידים את המדינה בפני שתי אפשרויות חלופיות: האחת, הכרה בקשיים כסיבה שלא לתמוך בהורות (או הורות פוטנציאלית) ולהגביל באופן מפורש את זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות נפשיות ושכליות בתחום ההורות, והשניה, התייחסות לקשיים באמצעות מדיניות המאפשרת ותומכת בהורות של אנשים עם מוגבלויות, תוך יצירת התנאים המתאימים לכך.

בפרק זה הראיתי כי המדיניות הקיימת תואמת את האפשרות הראשונה, היינו, תרגום הקשיים כסיבה להגבלה, פגיעה ושלילה של ההורות במגוון אמצעים, ולא-תמיכה וסיוע להורים. זאת, כפי שיפורט בפרק הבא, בניגוד למדיניות חברתית ומשפטית המעודדת אנשים עם מוגבלויות לקחת חלק שוויוני בתחומי חיים אחרים, כגון תעסוקה, חינוך, השכלה גבוהה, כשרות משפטית, נגישות פיזית ונגישות של שירותים, וכן בניגוד לעקרונות גישת הזכויות והגישה החברתית, הבאים לידי ביטוי בחוק השוויון והאמנה הבינלאומית בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות.

יחסן המגביל והשלילי של הרשויות בהקשר של הורות של אנשים עם מוגבלויות מתבטא בשלוש צורות עיקריות: האחת, יחס שלילי, מפורש או משתמע, כלפי הורים עם מוגבלויות ותרגום המוגבלות כסותרת את ההורות. השניה, התעלמות מוחלטת, כמעט, מעקרונות של שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות. והשלישית, חוסר התייחסות מיוחדת להורים שהם גם אנשים עם מוגבלויות. הביטויים הראשון והשני אופייניים לדינים העוסקים בהורות, ואילו הביטוי השלישי מאפיין את הדינים העוסקים במוגבלויות, שהם בעלי אופי רפואי ושיקומי בעיקרם, ומשכך אינם עוסקים בהורות. וכך, כאשר המוגבלות מוזכרת בדינים העוסקים בהורות, היא מוזכרת במובנה השלילי בלבד, כסותרת עקרונות של מסוגלות הורית ושל טובת הילד, ואילו כאשר אנו בוחנים את הדינים העוסקים באנשים עם מוגבלויות, לא נמצא בהם התייחסות אל מוסד המשפחה כמוסד הקשור לחייהם או לזכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות.

בפרק הבא אציג את שני דברי החקיקה המובהקים בתחום זכויות אנשים עם מוגבלויות בישראל: חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות והאמנה הבינלאומית בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות. אבחן את הדרך שבה הם מתייחסים לתחום המשפחה וההורות, ואת השפעתם, וליתר דיוק, אי-השפעתם, על המדיניות בישראל בתחום זה.

פרק 3: ממצאים: המשפחה וההורות בחוק השוויון ובאמנה הבינלאומית

מהלך הפרק

בפרק זה מוצגים שני דברי החקיקה המובהקים בתחום זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות בישראל: חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות והאמנה הבינלאומית בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות, והתייחסותם לתחום המשפחה. שניהם מושתתים על עקרונות אשר אמורים לקדם השתתפות שוויונית של אנשים עם מוגבלויות בכל תחומי החיים, והשאלה העולה בהקשרו של מחקר זה, היא כיצד הם מתייחסים ומקדמים זכויות משפחה והורות.

סקירת חוק השוויון מעלה כי הוא אינו מתייחס למשפחה ולהורות באופן מפורש, וכפועל יוצא מכך, הפרשנות שניתנה לו על ידי בתי המשפט וקובעי המדיניות בתחום המשפחה וההורות, מצומצמת מאוד. זאת ועוד, עקרונות היסוד של החוק לא חלחלו אל החקיקה והפסיקה העוסקות באורח חייהם של אנשים עם מוגבלות שכלית ונפשית, וכן באלה העוסקות בהורות, כפי שהודגם בהרחבה בפרק הקודם. זאת להבדיל מתחומי חיים אחרים של אנשים עם מוגבלויות, כגון תעסוקה, כשרות משפטית, ונגישות, אשר הושפעו רבות מחקיקת חוק השוויון באופן שהוביל לתקינה וחקיקה ענפות יחסית, כמו גם שינויי מדיניות בתחומים אלה.

להבדיל מחוק השוויון, האמנה הבינלאומית בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות מייחדת לזכויות משפחה סעיף מפורט (סעיף 23). בפרק מתוארת התייחסותה של ועדת האמנה ליישום סעיף 23 על ידי המדינות החברות, וכן מתואר יישום (או אי-יישום) תתי הסעיפים של סעיף 23 על ידי מדינת ישראל. כעולה מתיאור זה, גם האמנה כמעט ואינה מיושמת על ידי רשויות המדינה בתחום ההורות. חוסר האפקטיביות של האמנה מיוחס הן למעמדה הנורמטיבי הנמוך (כחקיקה בינלאומית), והן לפער העצום שבין הוראותיה לבין (חוסר) המוכנות החברתית-מוסרית להכיר בשוויון זכויות של אנשים עם מוגבלויות בתחום ההורות.

1. חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות

1.1. עקרונות החוק

חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח – 1998, אשר חקיקתו נמשכת במידה רבה עד ימינו, סימל מהפכה בכל הנוגע להתייחסות החקיקתית כלפי אנשים עם מוגבלויות,³³² אשר עד אליו התאפיינה בהתייחסות רפואית, שיקומית, וממוקדת בפרט.³³³ הוא קובע, בין היתר, כי ההכרה בזכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות מושתתת על עקרון השוויון וכבוד הבריות (סעיף 1); הוא מעגן את זכותו של אדם

³³² נטע זיו, "אנשים עם-מוגבלויות - בין זכויות חברתיות לצרכים קיומיים" **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** (י. רבין וי. שני, עורכים, 2004) 813 - 854. לסקירה כרונולוגית של הליך חקיקת החוק ראו: מור **בין המשגה מוליטית להכרה משפטית** — **חסמים במימוש זכויות אנשים עם מוגבלויות**, לעיל ה"ש 160, בעמ' 84-90. כן ראו: Arie Rimmerman & Shirley Avrami, *Israel's Equal Rights for Persons with Disabilities Law: Legal Base, Process and Impact*. 8(3) INTERNATIONAL JOURNAL OF DISABILITY, COMMUNITY AND REHABILITATION (2009).

³³³ Rimmerman et. al., לעיל ה"ש 159.

עם מוגבלות להשתתפות שוויונית ופעילה בחברה בכל תחומי החיים, ואת זכותו לקבל מענה הולם לצרכיו המיוחדים באופן שיאפשר לו לחיות את חייו בעצמאות מרבית, בפרטיות ובכבוד, תוך מיצוי מלוא יכולתו (סעיף 2); הוא קובע עקרון של העדפה מתקנת (סעיף 3); וכן את הזכות לקבל החלטות לפי הרצון וההעדפות האישיות (סעיף 4); עוד קובע החוק עקרונות למימוש זכויות ומתן שירותים תוך הקפדה על כבוד האדם, ובמסגרת השירותים הניתנים לכלל הציבור, תוך ביצוע התאמות (סעיף 6).

כמפורט בפרק הקודם, חוק השוויון מביא לידי ביטוי במידה רבה גם את המעבר התיאורטי מהגישה האינדיבידואלית והגישה הרפואית, הרואות במוגבלות תכונה אישית אינהרנטית המאפיינת את האדם, ואשר יש לטפל בה ולרפא אותה במידה האפשר, אל המודל החברתי הרואה במוגבלות תוצר של יחסי גומלין בין האדם לסביבה, ואל גישת הזכויות השואפת לקדם שוויון של קבוצות מיעוט. ככזה, חקיקתו נבעה מהשאפה להביא לידי תיקון מבני כולל, שיכלול התייחסויות לכל תחומי האפליה וההדרה של אנשים עם מוגבלויות.³³⁴

אם כן, השוויון אשר אותו מבקש החוק לקדם אינו מתמצה באיסור על אפלייתם של אנשים עם מוגבלויות ביחס לכלל האוכלוסיה, ובמתן הזדמנות שווה לקבל שירותים קיימים (אפליה המכונה "קלאסית"). החוק מבטא תפיסה לפיה התשתית החברתית הכוללת (תרבותית, סביבתית, כלכלית ופוליטית) איננה ניטרלית, והיא זו אשר למעשה מייצרת את המוגבלות ומנציחה אותה. המדינה היא זו שנכשלת ביצירת חברה נגישה, מכילה ונטולת דעות קדומות, אשר מאפשרת השתתפות מלאה ומספקת שירותים חברתיים ראויים. למדינה, אם כן, יש אחריות חברתית כוללת לאזרחיה, לתיקון עוולות העבר שלהן היתה ועודנה שותפה.³³⁵

בשל ההכרה בחסמים שהחברה עצמה מציבה בפני אנשים עם מוגבלויות, בלב לבו של השוויון נמצאת חובת ביצוע ההתאמות הנדרשות בנסיבות העניין, על מנת שאנשים עם מוגבלות יוכלו לממש באופן מהותי את זכותם לשוויון ולשילוב בחברה ובמרחב הציבורי.³³⁶ חובה זו מופיעה בסעיף 6 לחוק. חובת ההתאמות החלה על החברה באה על מנת לשנות את המצב הקיים, בו אנשים עם מוגבלות מודרים מתחומים רבים. זאת, מאחר ומצב זה, שהוא כביכול "ניטרלי", טומן בחובו אפליה כלפי אנשים עם מוגבלות, אשר אינם יכולים לממש זכויות וליהנות משירותים ללא התאמה. הזכות להתאמות היא אשר מאפשרת, הלכה למעשה, את שינוי המצב המפלה.³³⁷

עצם חקיקתו של חוק השוויון על רקע חוקי השוויון ואי האפליה הקיימים, העיד על נחיצותם של כלים מיוחדים ליצירת שוויון כאשר מדובר באנשים עם מוגבלות: המחוקקים הכירו בכך כי כאשר מדובר באנשים עם מוגבלות אין די בכלים הקיימים, המתאפיינים פעמים רבות במדיניות "שלילית" ולא מתערבת, אשר לא מסירה את המחסומים העומדים בפני אנשים עם מוגבלות. במקום זאת, יש ליישם

³³⁴ מור שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות בתעסוקה – מתיקון הפרט לתיקון החברה, לעיל ה"ש 172, בעמ' 100 - 101.

³³⁵ שם, בעמ' 110.

³³⁶ Oliver, THE POLITICS OF DISABLEMENT: A SOCIOLOGICAL APPROACH, לעיל ה"ש 176; מור שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות בתעסוקה – מתיקון הפרט לתיקון החברה, לעיל ה"ש 172, בעמ' 117; לדיון מעמיק בנושא ההתאמות ראו גדעון ספיר, "הצדקות לחובה לערוך התאמות בתחום התעסוקה בעבור אנשים עם מוגבלות" משפט וממשל י"ג (תשע"א – 2011) 411-438.

³³⁷ Michael A. Stein, *Same Struggle, Different Difference: ADA Accommodations as Antidiscrimination*, 153 UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA LAW REVIEW 579-673 (2004); Michael A. Stein & Michael E. Waterstone, *Disability, Disparate Impact, and Class Actions*, 56 DUKE LAW JOURNAL 861-922 (2006).

לשכר,³⁴⁷ ובהנגשות שמטרתן להקל על אנשים עם מוגבלויות לרכוש השכלה גבוהה.³⁴⁸ תחום נוסף אשר יש לו ביטוי נרחב בחוק הוא תחום הנגישות – הן נגישות פיזית למבנים והן נגישות לשירותים ומוצרים ציבוריים, לרבות תחבורה ציבורית, שירותי בריאות, מוסדות חינוך, חוזי ביטוח, אתרי אינטרנט, מערכת המשפט, וכן הסדרת פעילותם של "מורשי נגישות" האמונים על יישום הנגישות בתחומים השונים.³⁴⁹ תחום נוסף אשר עבר שינוי משמעותי אשר נזקק, במידה רבה, לחקיקת חוק השוויון ולאשרורה של האמנה הבינלאומית הוא תחום הכשרות המשפטית והאפוסטרופוסות. בישראל, כמו גם ברחבי העולם, רוב הבגירים אשר ממונה עבורם אפוסטרופוס הם אנשים עם מוגבלויות נפשיות ושכליות, וכן אנשים זקנים.³⁵⁰ בחודש מרץ 2016 עבר בכנסת תיקון לחוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופוסות, תשכ"ב - 1962³⁵¹ המביא לידי ביטוי רפורמה מקיפה המצמצמת את הפגיעה בחופש האישי ובאוטונומיה³⁵² ברוחו של עקרון ההכרה השווה בפני החוק, המופיע בסעיף 12 לאמנה הבינלאומית. במסגרת זו מציע החוק כלים חדשים ומידתיים לצורך הגנה על אינטרסים וזכויות של אנשים, כגון "ייפוי כוח מתמשך", אשר נכנס לתוקף בהתקיים תנאים מסוימים של יכולת מופחתת, או האפשרות למנות "תומך בקבלת החלטות" ולא אפוסטרופוס. כמו כן, קובע התיקון לחוק חובה לצמצם ככל האפשר את היקף המינוי של האפוסטרופוס לעניינים מסוימים בלבד; חובה לצמצם את תקופת המינוי; חובה להתחשב ברצונו של האדם בעת מינוי האפוסטרופוס, ואפשרות של כל אדם לתת הנחיות מקדימות שייכנסו לתוקף בעת מינוי אפוסטרופוס.

אומנם, בכל התחומים שהוזכרו לעיל – תעסוקה, נגישות פיזית ושירותית, וכשרות משפטית, עדיין נתקלים אנשים עם מוגבלויות בחסמים, יישומם רחוק מלהיות שלם,³⁵³ ויותר מקום נרחב לביסוס עקרונותיו המתקדמים של חוק השוויון.³⁵⁴ אולם, ובניגוד לתחום ההורות של אנשים עם מוגבלויות, קיימת בנוגע אליהם התייחסות חוקית ומדיניות מפורשת המבקשת לקדם את השוויון, האוטונומיה וההשתתפות של אנשים עם מוגבלויות במרחב הציבורי.

³⁴⁷ "חוק לרון": חוק הביטוח הלאומי (תיקון מס' 109) התשס"ח – 2008, ספר החוקים 2169, כ"ד בתמוז התשס"ח, 27.7.2008.

³⁴⁸ תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (התאמות נגישות למקומות ציבוריים קיימים שהם מוסדות להשכלה גבוהה ולשירותי השכלה גבוהה שהם נותנים) תשע"ז – 2016.

³⁴⁹ פרק ה' לחוק השוויון; תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (אגרות מורשי נגישות) תש"ע – 2010; תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (הודעת מבטח בדבר מתן יחס שונה לאדם או בדבר סירוב לבטחו) תשע"ו – 2016; תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (הנחה מאגרת רשיון להפעלת מונית נגישה) תשע"ד – 2014; תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (הסדרת נגישות לשירותי תחבורה ציבורית) תשס"ג – 2003; תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (התאמות נגישות לאתר) תשס"ח – 2008; תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (התאמות נגישות למקום ציבורי שאינו בניין) תשע"ד – 2013; תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (התאמות נגישות למקום ציבורי שהוא בניין קיים) תשע"ב – 2011; תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (התאמות נגישות לשירות) תשע"ג – 2013; תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (התאמות נגישות לשירותי בריאות ולמקומות ניתנים) תשע"ו – 2016; תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (התאמות נגישות פרטנית לתלמיד ולהורה) תשע"ח – 2018; תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (התאמות נגישות במוסד חינוך קיים) תשע"א – 2011; תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (מורשים לנגישות השירות) תשס"ז – 2007; תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (מורשים לנגישות מבנים, תשתיות וסביבה) תשס"ז – 2007; תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (מתן יחס שונה בחוזה ביטוח) (הקמת ועדת תלונות) תשע"ב – 2012; תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (נגישות חושית באוטובוסים בין עירוניים) תשע"ח – 2017; תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (נגישות רכב השכרה ואוטובוסים) תשע"ג – 2012.

³⁵⁰ טולוב וקנטר, לעיל ה"ש 49, בעמ' 46.

³⁵¹ חוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופוסות (תיקון מס' 18) התשע"ו – 2016.

³⁵² מתוך דברי הסבר להצעת חוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופוסות, לעיל ה"ש 242.

³⁵³ וראו לעניין זה את דו"ח נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (ברלב ואח'), לעיל ה"ש 29.

³⁵⁴ מור שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות בתעסוקה – מתיקון הפרט לתיקון החברה, לעיל ה"ש 172, בעמ' 125 – 146.

1.3. תחום המשפחה וההורות בחוק השוויון

השאלה העולה בהקשרו של מחקר זה נוגעת למקומו של חוק השוויון בביסוס וקידום זכויותיהם של הורים עם מוגבלויות. כאמור, החוק משקף במידה רבה את גישת הזכויות ומבקש לקדם השתתפות שוויונית ופעילה בחברה, מתוך נקודת מבט המתייחסת הן לצורך לקבל מענה הולם לצרכים המיוחדים והן לרצון לאפשר עצמאות מירבית ומיצוי מלוא היכולות. סעיפיו ועקרונותיו של החוק, אמורים, לכאורה, לחלוש על כל תחומי חייהם של אנשים עם מוגבלויות, לרבות תחום המשפחה וההורות. זאת נוכח מרכזיותה של ההורות בחייהם של רוב האנשים הבוגרים וילדיהם והחשיבות הציבורית-חברתית של מוסד המשפחה, הממצאים המראים על נחיתות מסוגים שונים של אנשים עם מוגבלויות בתחום זה, היחס הנחות לו זוכה הורות של אנשים עם מוגבלויות מצד החברה והמשפט, ומטרתן של הגישה החברתית ושל גישת הזכויות: לקדם השתתפות שוויונית של קבוצת המיעוט על אף "נקודת הפתיחה" הנמוכה שלה ביחס לאוכלוסייה. הכללתו של תחום המשפחה באמנה הבינלאומית (כפי שיפורט להלן) תומכת במסקנה זו.

אולם, תחום המשפחה בכלל, ותחום ההורות בפרט, אינם מוזכרים באופן מפורש בחוק השוויון או בפסיקה שעסקה בו³⁵⁵ כאחד ממרכיבי ספקטרום זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות. עובדה זו אין בה, בהכרח, כדי להצביע על אי תחולתו של החוק בתחום זה, שכן סעיפי המבוא של החוק מעגנים חובה כללית לנהוג בשוויון תוך מתן התאמות בכל שדרות החיים. עם זאת, בניגוד לזכויות מבוססות יותר, כגון הזכות לתעסוקה או לנגישות, הבאות לידי ביטוי בחוק הן במישור השלילי של איסור אפליה, והן במישור החיובי של נגישות והתאמות, קיימת בעייה של "נחיתות מובנית"³⁵⁶ ממנה סובל תחום המשפחה וההורות בשל חוסר ביטוי מפורש בחוק. נחיתות זו מתבטאת הן בחקיקה, הן במדיניות בשטח והן במסגרת הליכים משפטיים, כפי שפורט בהרחבה בפרק הקודם.

כתוצאה ישירה מכך, כפי שפורט בפרק הקודם, רק שבעה מתוך כלל פסקי הדין אשר פורסמו והעוסקים ביחסי הורות של אנשים עם מוגבלויות (בתיקי אימוץ ובתיקי נוער) מזכירים את חוק השוויון, ומתוכם רק שניים בהקשר של הפרדת ילדים מהוריהם. רובם ככולם של פסקי הדין העוסקים בהורים עם מוגבלויות אינם מתייחסים כלל לחוק השוויון, ובכך הם משקפים את הקושי שבאי הכללתו של תחום המשפחה וההורות בחוק. שכן גם כאשר ההורים מוכרים על ידי בתי המשפט, במפורש או במשתמע, כאנשים עם מוגבלות (ובעיקר מוגבלות שכלית או נפשית), ההתעלמות הפסיקתית מחוק השוויון אינה מאפשרת להם ליהנות מזכויותיהם המיוחדות כאנשים עם מוגבלויות.

גם בפעמים הספורות בהן הוזכר החוק בתיקי משפחה, נעשה הדבר באופן פורמלי וללא דיון בהשלכותיו על זכות ההורות.³⁵⁷ אומנם, וכפי שפורט בהרחבה בפרק הקודם, הפסיקה העוסקת ביחסי הורים וילדים מוצאת לנכון להבהיר, לעתים, כי איננה פוסלת "א-פריורי" הורים עם מוגבלויות, אלא "רק" במקרים בהם המוגבלות באה לידי ביטוי,³⁵⁸ אולם גישה זו אינה מתמודדת עם המוגבלות והשלכותיה

³⁵⁵ חיפוש ב"נבו" וב"תקדין" מעלה כ-600 פסקי דין אשר אזכרו את חוק השוויון. כאמור, מתוכם רק שבעה קשורים להליכי אימוץ ונוער, זאת למרות שפסקי דין הקשורים להליכים אלה עוסקים פעמים רבות בהורים עם מוגבלות, ובעיקר מוגבלות שכלית ונפשית.

³⁵⁶ שגית מור "משפט נגיש לכל: הזכות לנגישות ונגישות למשפט – ביקורת מוגבלות" **חוקים** ח (2016) 15 – 83.

³⁵⁷ ראו למשל: בע"מ 10791/05 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' (פורסם בנבו, 9.2.06).

³⁵⁸ בע"מ 10791/05 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' (פורסם בנבו, 9.2.06).

על ההורות, שכן היא מתארת שני מצבים: מצב שבו המוגבלות כמעט ולא באה לידי ביטוי, ואז לא ייפגעו היחסים המשפחתיים, ומצב שבו היא באה לידי ביטוי ומשפיעה על ההורות ועל המסוגלות ההורית, באופן המצדיק את הפגיעה ביחסים המשפחתיים ללא הפעלת כלים מתחום שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות. בכך, למעשה, לא מתקיימת התמודדות אמיתית עם המוגבלות. מצב זה מתאפשר בין השאר בשל החוסר שבהוראה חוקית מפורשת העוסקת בהורות ובמשפחה בחוק השוויון.

ניתן להסיק כי חוסר ההתייחסות החוקית המפורשת לתחום ההורות בחוק השוויון מציבה את ההורות, בעיני קובעי המדיניות ובתי המשפט, כתחום שאינו נכלל ואינו קשור לגוף זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות ולשאפה לשוויון ביניהם לבין אנשים ללא מוגבלות. לחוסר זה יש שתי השלכות עיקריות: האחת, הורות אינה נכללת כתחום שבו יש לשאוף לאי אפליה "קלאסית" של אנשים עם מוגבלויות, דהיינו, שינוי היחס השונה (והשלילי) כלפיהם, ביחס לאנשים ללא מוגבלות, והשניה, הורות אינה נכללת כתחום שבו יש לשאוף לשוויון זכויות, לרבות ההתאמות הנדרשות לאנשים עם מוגבלויות על מנת להפוך להורים או לגדל את ילדיהם.³⁵⁹

לצד כל זאת יש לציין כי החל מסוף שנת 2017 חל שינוי מגמה מסויים בתחום זה, בעקבות יוזמה של נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות וקיום מפגשים משותפים של משרדי הרווחה, הבריאות, המשפטים, ארגונים לא ממשלתיים ואנשים עם מוגבלויות, על מנת לנסות ולקדם את תחום ההורות של אנשים עם מוגבלויות. במפגשים אלה נעשה ניסיון למפות את הצמתים בהם מתקשים הורים עם מוגבלויות, לאתר את הגורמים אשר עשויים להיות רלוונטים למימוש הזכות, ולגבש עקרונות וקווים מנחים ליישומה.³⁶⁰

1.4. השלכות חוסר ההתייחסות המפורשת להורות בחוק השוויון: המקרה של א.מ"י.

המקרה של א.מ"י, אשר יתואר להלן, ואשר נדון על ידי שלוש ערכאות שונות, מדגים את השלכות חוסר ההתייחסות המפורשת להורות בחוק השוויון. פסקי הדין עסקו בעניינה של אישה עם מוגבלות פיזית המוגדרת כקשה (ניווט שרירים) אשר הביאה לעולם ילדה ללא כל קשר גנטי או ביולוגי אליה, באמצעות תרומת זרע מידיד, תרומת ביצית ופונדקאות של קרובת משפחה, וביקשה להכיר בה כאמה באמצעות מודל של "הורות הסכמית".

עניינה נדון, באופן עוקב, בבית המשפט לענייני משפחה בבאר שבע, בבית המשפט המחוזי בבאר שבע, ובבית המשפט העליון. כל פסקי הדין צידדו בגישת משרד הרווחה לפיה לא התגבש במקרה זה סטטוס של הורות בהתאם לדרכי ההורות המקובלות בישראל.³⁶¹ התייחסותם של בתי המשפט השונים להורות בהקשרו של חוק השוויון שיקפה את השפעת חוסר ההתייחסות הספציפית להורות בחוק, מכיוונים שונים: שכן בעוד בית המשפט לענייני משפחה (וכן רוב שופטי בית המשפט העליון) לא התייחס כלל לחוק, בית המשפט המחוזי קרא לתוכו איסור על "אפליה קלאסית" בלבד (דהיינו – איסור להפלות את

³⁵⁹ לסקירת השלכות החוק האמריקאי המקביל (ADA – Americans with Disabilities Act, 1990) ראו: Termination of Parental Rights of Parents with Mental Disabilities, Bazelon Center for Mental Health Law (https://www.ndrn.org/images/Documents/Issues/Community_integration/NDRN_TPR_paper_2008.pdf).

³⁶⁰ המפגשים הם תוצאה של יוזמה וניהול של יונית אפרתי, מנהלת תחום שילוב בקהילה בנציבות.

³⁶¹ לביקורת על אמירתו זו של בית המשפט העליון ולהדגמה של אישור משפטי ליצירת סטטוס הורי בדרכים נוספות ראו: יחזקאל מרגלית "הורות משפטית מן הדין ומן הצדק – גבולותיו הנורמטיביים הראויים של צו הורות הפסיקתי" **משפטים** מז' 113 (2018).

א' ביחס לנשים אחרות, ללא מוגבלות), ובהתאם לדעתו של אחד משופטי בית המשפט העליון, גם אם ניתן לקבל, תיאורטית, את עקרון ההתאמות כמקדם שוויון של אנשים עם מוגבלות בתחום ההורות, לא ניתן לקרוא לתוך חוק השוויון חובה חוקית לפעול בהתאם לכך. אפרט מעט.

כאמור, בית המשפט לענייני משפחה³⁶² לא התייחס לאופן שבו חל חוק השוויון על המקרה, אלא אך הזכיר כי הטענות מבוססות גם על חוק זה. בכך למעשה הביע בית המשפט את דעתו לפיה להוראותיו הכלליות של חוק השוויון אין רלוונטיות במקרים של הורות. התייחסותו של בית המשפט המחוזי³⁶³ לחוק השוויון היתה רחבה מעט יותר. במסגרת פסיקתו התייחס בית המשפט בקצרה למוגבלותה של א' וקבע, כי על אף שהיא שייכת לקבוצת נשים "שסיכוייהן לזוגיות, בהיותן נכות, נמוכים, ושנכותן, אינה מאפשרת קיומו של קשר גנטי לילוד", הרי שמאחר ו"הורות הסכמית", לה טוענת א', אינה מוכרת בישראל, אי-הכרה בא' כאם אינה מהווה אפליה. אפליה היתה מתרחשת לו אשה עם מוגבלות לא היתה מוכרת כאם, מקום בו אנשים ללא מוגבלות מוכרים כהורים. עמדה זו משקפת "שוויון קלאסי", בו היחס לא' זהה ליחס לנשים אחרות, ללא מוגבלות, וללא נכונות של בית המשפט לפרש את ההסדרים החוקיים באופן שיכיר במוגבלותה של אורה ויאפשר לה לרכוש סטטוס של הורה (בשונה מהפרשנות היצירתית אשר התפתחה על ידי בתי המשפט בכל הנוגע להכרה בהורות הסכמית לא-גנטית מכוח זוגיות, למשל). עוד קבע בית המשפט המחוזי, כי אף בהינתן קיומה של פגיעה בזכות להורות, הרי שבאי מתן הכרה להורות מכוח הסכמה בלבד ובהעדר קיומו של קשר גנטי לילוד, עומדת פגיעה זו בתנאיה של פסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

ערעור על ההחלטה הוביל לדיון ופסיקה של בית המשפט העליון.³⁶⁴ אל הדיון הצטרף "מטה מאבק הנכים", כ"ידיד בית משפט", אשר יוצג על ידי הקליניקה לזכויות אנשים עם מוגבלויות.³⁶⁵ הקליניקה ביקשה לשטוח בפני בית המשפט שתי טענות עיקריות: האחת, כי המדובר במקרה של אפליה "קלאסית" כלפי א' כאשה עם מוגבלות, המבוססת על סטיגמה שלילית ואשר לא היתה מתרחשת אלמלא המוגבלות, והשניה, כי המדובר בפגיעה בשוויון של א' כאשה עם מוגבלות, בשל אי ההכרה בקשיים המיוחדים העומדים בפניה בתחום ההורות ובזכותה להתאמות.³⁶⁶

ההרכב המורחב אשר דן בתיק בחר, ברובו, להתעלם מטענות אלה. השופט היחיד אשר דן בהן היה השופט חנן מלצר, וגישתו משקפת קבלה תיאורטית של עקרון ההתאמות גם בתחום ההורות, בד בבד עם אמירה לפיה החקיקה הקיימת, לרבות חוק השוויון, אינם כוללים לכשעצמם את החובה לקיים שוויון באמצעות התאמות בתחום זה.

בהחלטתו קבע השופט מלצר כי אכן על הרשות המבצעת ועל המחוקק לתת את דעתם למצבם המיוחד של אנשים עם מוגבלויות בהקשרים של רבייה והורות ולפעול ל"התאמות" הדינים הרלוונטיים ביחס אליהם, וזאת בהתבסס על שלושה מקורות: המקור הראשון הוא סעיף 11 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (לפיו "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק יסוד זה"), ומכוח היותה

³⁶² תמ"ש 50399-12-12 א.מ.י. נ' פלונית ואח' (פורסם בנבו, 20.6.13).

³⁶³ עמ"ש (ב"ש) 59993-07-13 פלונית נ' פלונית ואח' (פורסם בנבו, 22.1.14).

³⁶⁴ בע"מ 1118/14 פלונית נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים (פורסם בנבו, 1.4.15).

³⁶⁵ התיק יוצג על ידי ועל ידי עו"ד איריס פינקלשטיין, בסיועם הרב של הסטודנטים שירן קנפו ורועי כהן.

³⁶⁶ לדיון נרחב בתיק בהקשרה של המוגבלות ראו: רוטלר, לעיל ה"ש 9; וכן טלי מרקוס "על הזכות להורות של אנשים עם מוגבלויות - ההורים על התאמתו של פסק הדין בעניין אורה מור יוסף לבחינת הסוגיה" משפט מפתח – כתב העת של פרקליטות המדינה (4), 8 – 18 (2016).

של הזכות להורות בגדר "זכות חוקתית", הנגזרת מהזכויות המנויות בחוק היסוד – כפי שיפורט בפרק הבא). המקור השני הוא חוק השוויון, מכוח עקרונות היסוד שלו. בהקשר זה הדגיש השופט כי עקרון ההתאמות שבחוק משקף את ההבנה המודרנית שאין די בכך שאדם אם מוגבלות יתאים עצמו לחברה, אלא שעל החברה להתאים עצמה לאדם עם המוגבלות באמצעות פעולות אקטיביות, שיתנו מענה הולם לצרכיו באופן שיאפשר לו לחיות את חייו בעצמאות מרבית, בפרטיות ובכבוד, תוך מיצוי מלוא יכולתו. בית המשפט אף השווה את המקרה ל"פרשת מחמלי",³⁶⁷ פסק דין שניתן בעניינו של אדם עם מוגבלות בתחום התעסוקה, מתוך הכרה כי חובת ההתאמות אמורה לחול בכל תחום הקשור לחייהם של אנשים עם מוגבלויות. המקור השלישי עליו ביסס בית המשפט את אמירתו (אשר, כאמור, לא התגבשה לכדי פסיקה לטובתה של א') הוא סעיף 23 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות, אשר יידון בהרחבה להלן.

למרות הכרה עקרונית זו בזכות לשוויון גם בתחום ההורות, הגיע השופט מלצר למסקנה כי קיים חוסר חקיקתי המונע מבית המשפט מלהיענות לשאיפתה הלגיטימית של א' להורות, וכי על המחוקק לערוך בהקדם הסדרים נורמטיביים משלימים, שקולים, מפורטים ומושכלים, שיתחשבו בקשיים של אנשים עם מוגבלויות למצוא בני זוג ולהוליד ילדים בהליך טבעי. כך, בכפוף למצבם, לאילוצים רפואיים ולעקרון "טובת הילד", ראוי שתיפתח בפניהם עקרונית הדרך לאמץ, וכן שתינתן להם נגישות וזכות להשתמש בטכנולוגיות ביו-רפואיות מתקדמות כדי לממש הורות.³⁶⁸ אם כן דומה, כי השופט מלצר ראה בחוק השוויון כמקור "השראתי" בלבד ולא כמקור נורמטיבי מחייב.

אם כן, הפרשנות החקיקתית והפסיקתית של אי הכללתו של תחום המשפחה וההורות באופן מפורש בחוק השוויון מביאה לאי קידום חקיקתי וממשלתי (למשל באמצעות התקנת תקנות) ואי קידום פסיקתי (באמצעות פירושם של מקרי הורות לאור עקרונותיו הכלליים) של תחום זה. להבדיל מחוק השוויון, באמנה הבינלאומית בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות מוקדש למשפחה, ובכלל זה להורות, מקום נרחב ואף סעיף מפורש. עם זאת, יישומה של האמנה בתחום זה בישראל הוא דל ביותר, באופן המוביל לפער משמעותי בין הוראותיה לבין המדיניות בפועל. להלן אסקור את התייחסותה של האמנה להורות ואת השפעתה (וליתר דיוק, חוסר השפעתה) על הורותם של אנשים עם מוגבלויות נפשיות ושכליות בישראל.

2. האמנה הבינלאומית בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות

האמנה הבינלאומית בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות התקבלה בעצרת הכללית של האומות המאוחדות ב-13.12.2006 ונכנסה לתוקף ב-3.5.2008. במרץ 2007 חתמה ישראל על האמנה ובספטמבר 2012 אשררה אותה.³⁶⁹ האמנה מציגה מודל זכויות חדשני המספק, בין השאר, זוויות מבט חדשות

³⁶⁷ בג"צ 6069/10 רמי מחמלי נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 8.5.14).

³⁶⁸ קריאה זו של בית המשפט למחוקק לא נענתה עד כה. לניתוח פסק הדין בראי זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות ראו: Roni Rothler, *Disability Rights, Reproductive Technology, and Parenthood: Unrealized Opportunities*. 25(5) REPRODUCTIVE HEALTH MATTERS, 104 (2017); Doron Dorfman, *The Inaccessible Road to Motherhood – The Tragic Consequence of Not Having Reproductive Policies for Israelis with Disabilities*. 30(1) COLUMBIA JOURNAL OF GENDER AND LAW, 49 (2015).

³⁶⁹ 177 מדינות חתמו על האמנה ו-161 מדינות אשררו אותה, נכון לאוגוסט 2018. בד בבד עם ניסוח האמנה נוסח גם "optional protocol" – מסמך המאפשר לפרטים או קבוצות ממדינות שחתמו על המסמך, להגיש תלונות לועדה המנטרת

לזכויות אדם קיימות: זוויות מבט של נגישות והשתתפות, שילוב והכלה.³⁷⁰

מעמדה של האמנה הוא כנורמה הסכמית במשפט הבינלאומי, והיא אמורה להקרין על דרך הפרשנות של הדין הנהוג בישראל.³⁷¹ המדינות החתומות על האמנה אמורות לדווח לוועדה הבינלאומית האמונה על יישומה של האמנה (Committee on the Rights of Persons with Disabilities),³⁷² בדבר הצעדים שהן נוקטות בהם לצורך יישום האמנה.³⁷³ לאחר קריאת הדו"חות הרשמיים ודו"חות הצללים (דו"חות המוגשים לוועדה מטעם ארגונים שונים) מוציאה הוועדה "הערות מסכמות" (Concluding Observations) אשר מהוות הנחיות, ללא תוקף מחייב, לגבי הצעדים בהם צריכה המדינה להמשיך ולנקוט על מנת לקיים את האמנה. התהליך, המקביל לתהליך הבינלאומי המתקיים לגבי שאר האמנות הבינלאומיות, הוא לעתים קרובות בירוקרטי ומסורבל, ואין לו פן אכיפתי.³⁷⁴

בדומה לחוק השוויון, האמנה מאמצת במידה רבה את המעבר החברתי-משפטי מהמודלים האינדיבידואלי והרפואי, הרואים במוגבלות מאפיין אישי ומחפשים דרכים רפואיות "לנרמל" את האדם עם המוגבלות, אל המודל החברתי המכיר במוגבלות כאינטראקציה בין הסביבה הלא נגישה, המציבה חסמים חברתיים ופיזיים, לבין האדם, וכמובן, אל גישת הזכויות, כפי שקובע מפורשות סעיף (ה) למבוא לאמנה:³⁷⁵

"בהכירן בכך שמוגבלות היא מושג מתפתח ובכך שמוגבלות נובעת מיחסי גומלין בין אנשים עם לקוויות לבין מחסומים של גישה ושל סביבה, המעכבים את השתתפותם המלאה ובת-התועלת בחברה בשוויון עם אחרים".

האמנה מנסחת רף בינלאומי הקובע את יחסה הראוי של החברה, ושל כל אחת מהמדינות החתומות על האמנה, כלפי אנשים עם מוגבלות. האמנה מטילה על המדינות חובות מפורטות, הכוללות חובה לא להפלות אדם בשל מוגבלותו, חובת הנגשה של כלל המבנים והשירותים, חובה לשלב ילדים עם מוגבלות בחינוך הרגיל, וחובה לאפשר לכל אדם דיור עצמאי או נתמך בקהילה. האמנה שוללת קיומם של מוסדות נפרדים לאנשים עם מוגבלות והיא דוגלת באפשרויות תעסוקה, דיור, חינוך ובריאות בני השגה לכל אדם עם מוגבלות. האמנה קוראת למדינות החתומות עליה לבדוק ולהעריך מחדש את יחסן לאנשים עם מוגבלויות על מנת לבנות סביבה נגישה יותר. המדינות שהן צדדים לאמנה מחויבות לחוקק חוקים למניעת אפליה, ולבטל פרקטיקות וחוקים המפלים אנשים עם מוגבלויות.

2.1. התייחסותה של האמנה לתחום המשפחה וההורות של אנשים עם מוגבלויות

בשונה מחוק השוויון, חשיבותה ומרכזיותה של המשפחה בחייהם של אנשים עם מוגבלויות עולה מפורשות מסעיפי האמנה השונים: המבוא לאמנה מבסס את החובה לקדם שוויון של אנשים עם מוגבלות, את ביעור האפליה כנגדם, את הסרת החסמים הסביבתיים, את הצורך בתמיכה רבה יותר,

של האמנה, ומאפשר לוועדה להגיש את הצעותיה או המלצותיה בנוגע לאותן תלויות. נכון לאוגוסט 2018, מדינת ישראל לא חתמה על ה-optional protocol.

³⁷⁰ Schulte, לעיל ה"ש 164, בעמ' 16, וכן: Maya, Introduction, HUMAN RIGHTS & DISABILITY ADVOCACY (Maya, Sabatello & Marianne Schulte, eds., University of Pennsylvania Press, 2013) 2-5.

³⁷¹ ע"פ 9937/01 רעי חורב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 9.8.04).

³⁷² הוועדה נפגשת פעמיים בשנה בזינבה למשך תקופה של שבועיים.

³⁷³ הדיווח אמור להיות מוגש תוך שנתיים ממועד אשרור האמנה, וכל ארבע שנים ברציפות. ישראל הגישה את הדו"ח הראשון על יישומה של האמנה בישראל ביום 6.6.2017, ונכון לאוגוסט 2018, הדו"ח טרם נדון.

³⁷⁴ Gerd Oberleitner, GLOBAL HUMAN RIGHTS INSTITUTIONS 95 (Polity: Cambridge, 2007).

³⁷⁵ כל הציטוטים מהאמנה הם בתרגום רשמי לעברית של נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, משרד המשפטים.

את ההכרה בחשיבות האוטונומיה הפרטית והעצמאות, ואת האופן בה תתקדם ותתפתח החברה בכללותה כתוצאה משוויון רב יותר של אנשים עם מוגבלות - כל זאת, גם בהקשר המשפחתי. בסעיף כ"ד למבוא מציינת האמנה במפורש:

"...המשפחה היא היחידה הטבעית והיסודית של החברה, אשר זכאית להגנה מצד החברה ומצד המדינה... על אנשים עם מוגבלויות ובני משפחותיהם לקבל את ההגנה והסיוע הדרושים כדי לאפשר למשפחות לסייע לאנשים עם מוגבלויות ליהנות מזכויותיהם הנאה מלאה ושווה".

סעיף 8 לאמנה קובע, בין השאר, כי המדינות החברות מתחייבות לאמץ אמצעים כדי להעלות מודעות לאנשים עם מוגבלויות בכל חלקי החברה, **לרבות ברמת המשפחה**, ולטפח כבוד לזכויותיהם ולכבודם של אנשים עם מוגבלויות; סעיף 16(2) לאמנה, העוסק בחופש מניצול, אלימות והתעללות, קובע כי יש להבטיח כי לאנשים עם מוגבלויות **וכן לבני משפחותיהם** ומטפליהם יינתן סיוע ותמיכה במקרים של ניצול, אלימות והתעללות; סעיף 18 לאמנה, העוסק בחופש תנועה ואזרחות, קובע כי לילדים עם מוגבלות תהיה הזכות, במידת האפשר, להכיר את הוריהם ולהיות מטופלים על ידם (סעיף 18.2); סעיף 22 לאמנה, העוסק בפרטיות, קובע כי אדם עם מוגבלויות לא יהא נתון לחדירה שרירותית או בלתי חוקית (בין השאר) למשפחתו; סעיף 28 לאמנה, העוסק ברמת חיים והגנה סוציאלית נאותות, קובע את זכותם של אנשים עם מוגבלויות לרמת חיים נאותה לעצמם ולמשפחותיהם.

2.2. סעיף 23 לאמנה – כבוד לבית ולמשפחה

מעל ומעבר לכך, קיים באמנה סעיף העוסק מפורשות במשפחה ובהורות של אנשים עם מוגבלויות - סעיף 23 שכותרתו "כבוד לבית ולמשפחה". זו לשון הסעיף:

"1: מדינות שהן צדדים תנקוטנה אמצעים בני-תועלת והולמים לביעור הפליה כנגד אנשים עם מוגבלויות בכל הקשור לנישואין, משפחה, הורות ומערכות יחסים, בשוויון עם אחרים, כך שיובטח כי:

(א) תוכר זכותם של אנשים עם מוגבלויות בגין הנישואין להינשא ולהקים משפחה, בהסכמה חופשית ומלאה של בני הזוג המיועדים;³⁷⁶

(ב) תוכר זכותם של אנשים עם מוגבלויות להחליט בחופשיות ובאחריות על מספר ילדיהם ועל המרווחים ביניהם, ולקבל גישה למידע אשר מותאם לגילם ולחינוך אודות פוריות ותכנון המשפחה, ויינתנו האמצעים הדרושים כדי לאפשר להם לממש זכויות אלה;

(ג) תישמר פוריותם של אנשים עם מוגבלויות, לרבות ילדים, בשוויון עם אחרים.

2. מדינות שהן צדדים תבטחנה את זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות ואת חובותיהם, בכל הנוגע לאפטרופסות, מעמד החסוי, נאמנות, אימוץ ילדים או מוסדות דומים, ככל שקיימים מושגים אלה בחקיקה הלאומית; בכל מקרה טובת הילד תהיה עליונה. מדינות שהן צדדים תענקנה סיוע הולם לאנשים עם מוגבלויות לצורך מילוי חובותיהם

³⁷⁶ מדינת ישראל הסתייגה מסעיף זה מאחר ונישואים וגירושים בישראל נדונים בהתאם לדין האישי ולא האזרחי. כך, בהתאם לסעיפים 1 ו-2 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין) תשי"ג – 1953, הנישואים והגירושים של יהודים בישראל יהיו בשיפוטם הייחודי של בתי הדין הרבניים, אשר יפעלו בהתאם לדין היהודי.

בקשר לגידול ילדים.

3. מדינות שהן צדדים תבטחנה זכויות שוות לילדים עם מוגבלויות בכל הנוגע לחיי משפחה. במטרה לממש זכויות אלה, וכדי למנוע הסתרה של ילדים עם מוגבלויות, נטישתם, הזנחתם והפרדתם, תחייבנה מדינות שהן צדדים לספק מידע, שירותים ותמיכה מוקדמים לילדים עם מוגבלויות ולמשפחותיהם.

4. מדינות שהן צדדים תבטחנה כי לא יופרדו ילדים מהוריהם בניגוד לרצון ההורים, אלא אם כן תקבענה רשויות מוסמכות הכפופות לביקורת שיפוטית, כי הפרדה כזו דרושה לטובתו של הילד, וזאת בהתאם לחוק ולהליכים החלים בהקשר זה. בשום מקרה, לא יופרד ילד מהוריו אך ורק בשל מוגבלותו של הילד, או של הורה אחד, או של שני ההורים.

5. במקרה שבו המשפחה הקרובה אינה מסוגלת לטפל בילד עם מוגבלויות, תעשינה מדינות שהן צדדים כל מאמץ לספק טיפול חלופי במסגרת המשפחה המורחבת, ואם לא ניתן לספקו כך, אזי במסגרת הקהילה בסביבה משפחתית.

אם כן, סעיף 23 מעגן את הזכות למשפחה על היבטיה השונים – זוגיות, נישואין והורות. ניסוח הסעיף נבע מההבנה כי הגישה של אנשים עם מוגבלויות למערכות יחסים, נישואים, הולדה וגידול של ילדים, אינה מובנת מאליה, ונותן ביטוי לממצאים לפיהם, כתחום המאופיין באינטימיות, מהווה תחום המשפחה מוקד לאפליה מוגברת כנגד אנשים עם מוגבלויות.³⁷⁷ אפליה זו מתבטאת, בין היתר, בכך שלאנשים עם מוגבלות קשה יותר לייצר ולשמר מערכות יחסים אינטימיות, וכן בהשלכות שיש לחסרון באינטימיות זוגית או משפחתית, על מעגלי חיים נוספים.³⁷⁸

סעיף 23 משקף עקרונות המופיעים באמנות בינלאומיות קיימות: כך, סעיף 16 להצהרה הכללית בדבר זכויות האדם משנת 1948 (Universal Declaration of Human Rights), המבסס את ההכרה במשפחה כיחידה חברתית טבעית ובסיסית, הזכאית להגנה של החברה והמדינה (סעיף 16(3)), והקובע את הזכות להינשא ולהקים משפחה מתוך הסכמה חופשית ומלאה (סעיפים 16(1) ו-16(2)). גם האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 1966) מגדירה את המשפחה כ"יחידה הטבעית והמרכזית בחברה" הזכאית להגנה וסיוע רחבים ככל האפשר, כל משך "כינונה" וכל זמן שהיא נושאת באחריות לטיפול בילדים (סעיף 10).³⁷⁹ גם האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (International Covenant on Civil and Political Rights, 1996) מדגישה את חשיבותה של המשפחה והצורך של החברה והמדינה להגן עליה.³⁸⁰ סעיף 23 לאמנה זו מגדיר את המשפחה כיחידה הטבעית והיסודית של החברה, הזכאית להגנה

³⁷⁷ לדיון בסעיף 23 לאמנה ויישומו בתחום הזכויות המיניות וזכויות הרבייה של אנשים עם מוגבלויות, בראי זכויות לשמירה על שלמות אישית (personal integrity) גישה למידע ושירותי בריאות בתחום הפוריות, הורות, משפחה, וכשרות משפטית, ראו: Robyn M. Powell & Michael Ashley Stein, *Persons with Disabilities and their Sexual, Reproductive, and Parenting Rights: An International and Comparative Analysis*. 11(1) FRONTIERS OF LAW IN CHINA 53, 68 (2016).

³⁷⁸ Elizabeth F. Emmens, *Intimate Discrimination: The State's Role in the Accidents of Sex and Love*. 122 HARVARD LAW REVIEW, 1310 (2009).

³⁷⁹ האמנה אושררה על ידי ישראל ב-1991.

³⁸⁰ Caroline Harnacke & Sigrid Graumann, *Core Principles of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: an overview*. DISABILITY AND UNIVERSAL HUMAN RIGHTS: LEGAL, ETHICAL, AND

חברתית ומדינתית, ובכלל זה את זכותם של גברים ונשים בגיל הנישואים להינשא בהסכמה חופשית ומלאה, ושוויון בין גברים לנשים בתחום הנישואים, במשך הנישואים ובעת פירוקם. גם דברי המבוא וסעיפים נוספים לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד (International Convention on the Rights of the Child, 1989) משקפים את חשיבותו של מוסד המשפחה, ולפיהם: "...בהיותן משוכנעות כי המשפחה, כקבוצת יסוד לחברה וכסביבה טבעית להתפתחותם ורווחתם של כל בניה, ובפרט הילדים, מן ההכרח כי יובטחו לה הבטחה וסיוע, ככל הנדרש, באופן שתוכל לשאת במלוא אחריותה בתוך הקהילה, בהכירן כי הילד, לשם פיתוח אישיותו המלא וההרמוני, מן הראוי כי יגדל בסביבה משפחתית, באווירה של אושר, הבנה ואהבה..."

נוכח השתקפותם של עקרונות הקיימים במסמכים בינלאומיים אחרים, דומה שיש לקרוא את סעיף 23 לאור מטרת העל של האמנה: ביעור אפליה כנגד אנשים עם מוגבלויות, תוך קידום הגנה עליהם והבטחתן של זכויותיהם (סעיף 1), מתוך הבנה, כי הגישה של אנשים עם מוגבלויות למערכות יחסים, נישואים, הולדה וגידול של ילדים, אינה מובנת מאליה, וכן מתוך הבנה כי מניעת התאמה או הנגשה סבירה מהווה אפליה פסולה. נוכח האמור, אשרור האמנה על ידי מדינת ישראל אמור לבוא לידי ביטוי בהכרה בחובתה של המדינה לקדם שינוי נרחב בחקיקה ובמדיניות הקיימת, אשר כיום אינה עוסקת בקידום, ובמידה רבה אף נוגדת את זכותם של אנשים עם מוגבלויות לחיי משפחה, על כל רובדיהם, כפי שפורט בהרחבה בפרק זה.

2.3. השלכותיו המעשיות של סעיף 23

ביסוסן וגבולותיהן של זכויות משפחה והורות לאנשים עם מוגבלויות בהתאם לאמנה דורשות פרשנות מעשית.³⁸¹ המחקר שעסק בסעיף 23 פירש אותו כיוצר חובה של המדינה לפעול לקידום שוויון בתחום הקמת משפחה: נישואין, רבייה וגידול ילדים, ובכלל זה לאפשר נגישות של אנשים עם מוגבלויות לחיי משפחה באמצעים פיזיים ובירוקרטיים.³⁸² חוקרים הדגישו, כי ההגנה שמספקת האמנה לזכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות אינה רק כ"זכויות שליליות" (liberty rights), היינו איסור על התערבות בחייהם הפרטיים או הגנה, למשל, מפני עיקור בכפייה, אשר מוסדרים גם באמנות אחרות, אלא הצבת דרישה של פעולות אקטיביות לקידום "זכויות חיוביות" (claim rights), כגון הזכות לקבל מידע בנוגע למיניות ורבייה, שירותי בריאות הקשורים לרבייה והזכות לקבל תמיכה בהורות.³⁸³ החוקרת אליזבת אמנס (Elizabeth Emmens) הגדירה את תפקידה של המדינה כ"השטחת מגרש המשחקים" (leveling the playing field) למשל על ידי מתן חינוך מיני או תמיכה בפיתוח כישורים חברתיים וכישורי הורות,

CONCEPTUAL IMPLICATIONS OF THE CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES (J. Anderson & J. Phillips, eds., Netherlands Institute of Human Rights, 2012).

³⁸¹ Arie Rimmerman, FAMILY POLICY AND DISABILITY (Cambridge University Press 2015).

³⁸² Lindsey Coffey, A Rights-Based Claim to Surrogacy: Article 23 of the Convention on the Rights of

Persons with Disabilities. 20(2) MICHIGAN STATE INTERNATIONAL LAW REVIEW 259-291 (2012).

³⁸³ DISABILITY AND UNIVERSAL HUMAN RIGHTS: LEGAL, ETHICAL, AND CONCEPTUAL IMPLICATIONS OF THE

CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES (J. Anderson & J. Phillips, eds., Netherlands

Elizabeth P. Foley, Human ; זאת בניגוד לגישה שרווחה קודם לכן, ראו: Institute of Human Rights, 2012).

Cloning and the Right to Reproduce 65 ALBANY LAW REVIEW 625 (2002).

וכן תמיכה בפיתוח ביטויים חיוביים של דימויים לגבי אינטימיות ומיניות של אנשים עם מוגבלויות.³⁸⁴

פרשנות זו עולה בקנה אחד עם סעיף 1 לאמנה, לפיו יש "לקדם, להגן ולהבטיח" (promote, protect and ensure) זכויות וחירויות של אנשים עם מוגבלויות. המדובר במחויבות משולשת של המדינה: לא להתערב בזכויות וחירויות, להגן ולמנוע מאחרים מלהפריע להנאה מזכויות, ולקדם את אפשרותם של אנשים עם מוגבלויות ליהנות מזכויות. בשל כך, הגדירו חוקרים את סעיף 23 כמטיל את אחד האתגרים הגדולים ביותר עבור המדינות החברות לאמנה.³⁸⁵

יש לציין, עם זאת, כי ההבדל שבין הזכויות השליליות לחיוביות אינו תמיד ברור. הרי ככלות הכול, יש צורך בהתערבות מדינתית כדי לגבש רגולציה שמגנה על זכויות שליליות, וזכויות חיוביות בנוגע להורות, דורשות גם **הימנעות** מפעולה, למשל, ששירותי הרווחה לא יפעלו להוציא ילדים ממשפחותיהם באופן לא הוגן. דומה שהטשטוש בין שני סוגי הזכויות בולט בעיקר בתחום המוגבלות, במסגרתו נדרשת לא פעם פעולה חיובית לצורך הבטחת זכויות שליליות, כגון נגישות פיזית או נגישות של שירות שמטרתן להסיר חסמים ולאפשר לאנשים עם מוגבלויות להשתתף במרחב הציבורי ולצורך שירותים ציבוריים ופרטיים.³⁸⁶

כך למשל, בהקשר של עיגון זכותם של אנשים עם מוגבלויות לסיוע במימוש חובותיהם ההוריות (סעיף 23.2), נשאלת השאלה הפרקטית, מהם אותם אמצעי נגישות: מהן אותן התאמות ומהם אותם שירותים אשר אמורים לשמש מעין "רמפה" לאנשים עם מוגבלויות על מנת לממש את הורותם. כאשר בוחנים את ההתאמות והשירותים בתחום זה יש לעשות זאת בשים לב למורכבות הנובעת מהאופי האינטימי של מערכות היחסים במשפחה, אופי אשר דורש איזון עדין בין התמיכה הניתנת על ידי המדינה לבין החופש והשמירה על הפרטיות.³⁸⁷

שאלה נוספת העולה בהקשר של הסעיף עניינה במתן פרשנות ללשונו, ובמיוחד, כיצד יבואו תכונות המיוחסות למוגבלויות מסויימות (ובעיקר מוגבלות שכלית או נפשית), לידי ביטוי בפרשנות זו. כך, סעיף 23.1 (ב) קובע כי "תוכר זכותם של אנשים עם מוגבלויות להחליט **בחופשיות ובאחריות** על מספר ילדיהם...". נשאלת השאלה, האם הורה עם מוגבלות נפשית או שכלית יוכר כ"חופשי ואחראי" באותה מידה כהורה עם מוגבלות פיזית, או כהורה ללא מוגבלות. דוגמא נוספת היא מושג "טובת הילד" המהווה עקרון בעל עליונות נורמטיבית בכל הנוגע ליחסי הורים וילדיהם ומופיע בסעיפים 23.2 ו-23.4 לאמנה. כפי שפורט בהרחבה בפרק הבא, מושג "טובת הילד" הוא מושג הנתון לפרשנות המושפעת מגורמים רבים, כגון זמן, גאוגרפיה ותרבות, ובנסיבות בהן מדובר בהורה עם מוגבלות, עשויה פרשנות "טובת הילד" ליטות לעבר הרחקת מההורה.³⁸⁸

³⁸⁴ Emmens, לעיל ה"ש 378.

³⁸⁵ Harnacke & Graumann, לעיל ה"ש 380, בעמ' 42.

³⁸⁶ לעניין הערוב בין היסודות החיוביים והשליליים של הזכויות ראו: מור **בין המשגה פוליטית להכרה משפטית** —

חסמים במימוש זכויות אנשים עם מוגבלויות, לעיל ה"ש 160, בעמ' 97, וכן: Neta Ziv, *Disability Law in Israel and the United States – A Comparative Perspective*, ISRAEL YEARBOOK ON HUMAN RIGHTS 171-202 (1999).

³⁸⁷ Tom Shakespeare, *Disabled Sexuality: Toward Rights and Recognition*, 18(3) SEXUALITY AND

DISABILITY 159 (2000).

³⁸⁸ אליקים רובינשטיין "על הקטין במשפט" **משפחה במשפט** ג-ד (תשס"ט – תש"ע, 2009). יש לשים לב כי האמנה נוקטת במפורש במונח "טובת הילד" ולא "זכויות הילד", על כל המשתמע מכך, כפי שפורט בפרק השלישי של מחקר זה בחלקים 2.2 ו-2.3.

2.4. התייחסות ועדת האמנה לסעיף 23

הועדה האחראית על ניטור יישומה של האמנה, אשר דנה בדו"חות שהוגשו אליה על ידי המדינות השונות (דו"חות רשמיים ודו"חות צללים)³⁸⁹ הדגישה את חשיבותו של הסעיף ואת הקשר שלו לסעיפים וזכויות אחרות, כגון הזכות לשוויון בפני החוק (סעיף 12) אשר משפיעה על רכישת סטטוס אישי כגון נישואים והורות, הזכות לרמת חיים והגנה סוציאלית נאותות (סעיף 28) המושפעת על ידי חוסר בתמיכה ומשאבים בתחום המשפחה, הזכות לחיים עצמאיים בקהילה (סעיף 19) אשר מהווים לרוב תנאי מקדים לקיום חיי משפחה, זכויותיהם של ילדים עם מוגבלויות (סעיף 7) אשר נפגעות כאשר הם מופרדים ממשפחותיהם או כאשר משפחותיהם אינן מקבלות את הסיוע הנדרש להן, וזכויותיהן של נשים עם מוגבלויות (סעיף 6) אשר הפלייתן בתחום המשפחה וההורות הינה מוגברת ביחס לגברים. במסגרת הדו"חות, ציינה הועדה את האלמנטים והתופעות הבאים שהובאו לידיעתה:

תמיכה ושירותים למשפחות בהן יש ילד או הורה עם מוגבלות: השפעת מיעוט או חוסר השירותים והתמיכה הממשלתיים³⁹⁰ (ולעתים גם קיצוץ בשירותים אלה)³⁹¹ וכן חוסר תמיכה בחיים עצמאיים בקהילה,³⁹² על הנטל המוטל על כתפי המשפחות בהן יש ילד או הורה עם מוגבלות (ובעיקר אמהות, הורים עם מוגבלויות נפשיות ושכליות,³⁹³ ומשפחות חד-הוריות), תוך פגיעה בתעסוקת ההורים (ובעיקר האמהות),³⁹⁴ חוסר איזון בהקשר של משפחה-עבודה,³⁹⁵ הגברת הסיכון לעוני והדרה חברתית, ואף לנטישת ילדים או להוצאת ילדים מהבית,³⁹⁶ וכן חוסר במידע לגבי מספר המשפחות להן ילדים עם מוגבלות המקבלות תמיכה.³⁹⁷ בנוסף, הוזכר חוסר תמיכה בהורים לילדים עם מוגבלות בשמיעה, בכל הקשור ללימוד שפת הסימנים.³⁹⁸

דעות קדומות שליליות לגבי הורים עם מוגבלויות: דעות קדומות בנוגע להורים עם מוגבלויות, ובעיקר כלפי נשים עם מוגבלויות נפשיות או שכליות בענייני משפחה והורות.³⁹⁹

מניעת זכויות משפחה – נישואים והורות – בהקשר של שלילת כשרות משפטית: הכבדה ואף מניעה בנוגע לאפשרותם של אנשים עם מוגבלויות (ובעיקר מוגבלויות נפשיות ושכליות) להינשא או להקים משפחה, וכן הפרדה בין הורים עם מוגבלויות וילדיהם (בעיקר הורים עם מוגבלויות נפשיות ושכליות,

³⁸⁹ הדו"חות מוגשים על ידי המדינות בהתאם לסעיף 35 לאמנה. סקירת הדו"חות המסכמים של הוועדה (Concluding Observations) נערכה על ידי עדיט סרגוסטי מארגון "זכויות" עבור "פורום הארגונים לקידום האמנה הבינלאומית בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות". מתוך סקירה זו חילצתי את ההערות הקשורות לסעיף 23. הדו"חות המלאים מופיעים באתר האו"ם.

³⁹⁰ בתגובה לדו"ח שהגישה מרוקו, 2017 (סעיף 1); גרמניה, 2015 (סעיף 43); טורקמניסטן, 2015 (סעיף 37); ומונגוליה, 2015 (סעיף 34).

³⁹¹ בתגובה לדו"ח שהגישה האיחוד האירופי, 2015 (סעיף 56), ופורטוגל, 2016 (סעיף 42).

³⁹² בתגובה לדו"ח שהגישה הונגריה, 2012 (סעיף 1).

³⁹³ בתגובה לדו"ח שהגישה מונטנגרו, 2017 (סעיף 1).

³⁹⁴ בתגובה לדו"ח שהגישה בלגיה, 2014 (סעיף 34).

³⁹⁵ בתגובה לדו"ח שהגישה האיחוד האירופי, 2015 (סעיף 58).

³⁹⁶ בתגובה לדו"ח שהגישה בריטניה, 2017 (סעיף 1); מולדובה, 2017 (סעיף 42); ארמניה, 2017 (סעיף 39); קנדה, 2017 (סעיף 41); לטביה, 2017 (סעיף 1); איטליה, 2016 (סעיף 51); איחוד האמירויות, 2016 (סעיף 41); סלובקיה, 2016 (סעיף 1); תאילנד, 2016 (סעיף 43); גבון, 2016 (סעיף 50); אתיופיה, 2016 (סעיף 49); וקוראה הדרומית, 2014 (סעיף 1).

³⁹⁷ בתגובה לדו"ח שהגישה ברזיל, 2015 (סעיף 42).

³⁹⁸ בתגובה לדו"ח שהגישה בריטניה, 2017 (סעיף 1).

³⁹⁹ בתגובה לדו"ח שהגישה מולדובה, 2017 (סעיף 42); והונגריה, 2012 (סעיף 1).

וביניהם – בעיקר אמהות⁴⁰⁰ בין היתר בשל שלילת כשרותם המשפטית;⁴⁰¹ מניעה של זכויות הורות, לרבות מניעה או אפליה במקרים של אימוץ ילדים (ואימוץ בינלאומי),⁴⁰² על ידי אנשים עם מוגבלויות;⁴⁰³ חוסר תמיכה בזכות להקים משפחה בשוויון עם אחרים.⁴⁰⁴

חקיקה ומדיניות מפלה: אי הכרה בזכויות ההורות של אנשים עם מוגבלויות;⁴⁰⁵ חקיקת משפחה המפלה על בסיס מוגבלות ומגבילה את הזכות להינשא ולהקים משפחה⁴⁰⁶ - אפליה המופנית בעיקר כלפי נשים עם מוגבלות;⁴⁰⁷ הפרדה של זוגות נשואים המתגוררים במוסדות;⁴⁰⁸ התבססות על המוגבלות לצורך שלילת זכויות משמורת על ילדים;⁴⁰⁹ חקיקה ומדיניות המאפשרים עיקור כפוי⁴¹⁰ והפלות כפויות לנשים עם מוגבלויות.⁴¹¹

מידע נגיש: חוסר מידע נגיש בנוגע לבריאות מינית, בריאות בהקשר של פריון, ותכנון המשפחה;⁴¹² פגיעה בפרטיות וחוסר חינוך ומידע נגיש לגבי רבייה ותכנון המשפחה.⁴¹³

הוצאתם של ילדים עם מוגבלויות ממשפחותיהם והשמה במוסדות: הסיכון שמצויים בו ילדים עם מוגבלויות החיים בעוני – לנטישה או השמה במוסדות⁴¹⁴ ואי הגנה מספקת על ילדים עם מוגבלויות השוהים מחוץ לבית, ביחס לילדים ללא מוגבלות;⁴¹⁵ לחץ על הורים להשמה של ילדים עם מוגבלות במוסדות⁴¹⁶ או למסירתם למשמורת בקרב רשויות המדינה,⁴¹⁷ העדפה – לרבות העדפה תקציבית – של פיתוח מוסדות חלף פתרונות בקהילה,⁴¹⁸ חוסר במשאבים להחזרתם של ילדים במוסדות למסגרות משפחתיות,⁴¹⁹ וקשיים באימוצם של ילדים עם מוגבלויות.⁴²⁰

ממסקנותיה של הועדה עולה במיוחד בעייתיות יישומו של הסעיף בכל הנוגע לאנשים עם מוגבלויות שכליות ונפשיות, אשר זכויותיהם בתחום המשפחה מופרות בהיקף גורף ונרחב ביחס לאנשים עם מוגבלויות אחרות. כמו כן עולה ממנה גיוון רב באי-יישום הסעיף על ידי הארצות השונות: כך, בעוד

⁴⁰⁰ בתגובה לדו"ח שהגישה מולדובה, 2017 (סעיף 42); בוסניה-הרצגובינה, 2017 (סעיף 40); סרביה, 2016 (סעיף 4); ברזיל, 2015 (סעיף 40); וקוסטה ריקה, 2014 (סעיף 43).

⁴⁰¹ בתגובה לדו"ח שהגישה ירדן, 2017 (סעיף 41); הונדורס, 2017 (סעיף 49); ארמניה, 2017 (סעיף 39); איחוד האמירויות, 2016 (סעיף 41); קולומביה, 2016 (סעיף 52); סלובקיה, 2016 (סעיף 1); אוגנדה, 2016 (סעיף 46); ליטואניה, 2016 (סעיף 43); גבון, 2016 (סעיף 50); בוליביה, 2016 (סעיף 53); קניה, 2015 (סעיף 41); טורקמניסטן, 2015 (סעיף 37); מקסיקו, 2014 (סעיף 45); ניו זילנד, 2014 (סעיף 3); אל-סלבדור, 2013 (סעיף 47); וארגנטינה, 2012 (סעיף 35).

⁴⁰² בתגובה לדו"ח שהגישה שבדיה, 2014 (סעיף 45).

⁴⁰³ בתגובה לדו"ח שהגישה ארמניה, 2017 (סעיף 39); איטליה, 2016 (סעיף 53); אזרבייג'ן, 2014 (סעיף 1).

⁴⁰⁴ בתגובה לדו"ח שהגישה הונדורס, 2017 (סעיף 49); וצ'ילה, 2016 (סעיף 47).

⁴⁰⁵ בתגובה לדו"ח שהגישה קרואטיה, 2015 (סעיף 33); מונגוליה, 2015 (סעיף 34); הרפובליקה הדומיניקנית, 2015 (סעיף 42).

⁴⁰⁶ בתגובה לדו"ח שהגישה לוקסמבורג, 2017 (סעיף 1); מונטנגרו, 2017 (סעיף 1); מרוקו, 2017 (סעיף 1); אתיופיה, 2016 (סעיף 49); פורטוגל, 2016 (סעיף 42); אוגנדה, 2016 (סעיף 46); תאילנד, 2016 (סעיף 43); צ'ילה, 2016 (סעיף 47); קולומביה, 2016 (סעיף 57); וצ'יכה, 2015 (סעיף 45).

⁴⁰⁷ בתגובה לדו"ח שהגיש איחוד האמירויות, 2016 (סעיף 41).

⁴⁰⁸ בתגובה לדו"ח שהגישה לטביה, 2017 (סעיף 1).

⁴⁰⁹ בתגובה לדו"ח שהגישה לטביה, 2017 (סעיף 1).

⁴¹⁰ בתגובה לדו"ח שהגישה הרפובליקה הדומיניקנית, 2015 (סעיף 42); ופרו, 2012 (סעיף 1).

⁴¹¹ בתגובה לדו"ח שהגישה סין, 2012 (סעיף 23).

⁴¹² בתגובה לדו"ח שהגישה מרוקו, 2017 (סעיף 1); ואוגנדה, 2016 (סעיף 46).

⁴¹³ בתגובה לדו"ח שהגישה בלגיה, 2014 (סעיף 34).

⁴¹⁴ בתגובה לדו"ח שהגישה קולומביה, 2016 (סעיף 57); קטר, 2016 (סעיף 41); סלובקיה, 2016 (סעיף 1); ומקסיקו, 2014 (סעיף 46).

⁴¹⁵ בתגובה לדו"ח שהגישה ניו זילנד, 2014 (סעיף 1).

⁴¹⁶ בתגובה לדו"ח שהגישה אוקראינה, 2016 (סעיף 42).

⁴¹⁷ בתגובה לדו"ח שהגישה אזרבייג'ן, 2014 (סעיף 3).

⁴¹⁸ בתגובה לדו"ח שהגישה פרגוואי, 2013 (סעיף 55).

⁴¹⁹ בתגובה לדו"ח שהגישה קניה, 2015 (סעיף 41).

⁴²⁰ בתגובה לדו"ח שהגישה גרמניה, 2015 (סעיף 43).

מדינות מסוימות ציינו כי חוסר השוויון בא לידי ביטוי בפגיעה בזכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות לאמץ ילדים או בחוסר תמיכה לצורך לימוד שפת סימנים להורים לילדים עם בעיות שמיעה, הרי שבמדינות אחרות מתבטא חוסר השוויון בחוסר אפשרות חוקית להינשא, או בפרוצדורות רפואיות בכפיה המופעלות כלפי אנשים (ובעיקר נשים) עם מוגבלות, כגון עיקור והפלות. לצד הבדלים אלה, לאורך רובם ככולם של הדו"חות עולה מחסור בתמיכה ממשלתית בתחום המשפחה – הן בהורותם של אנשים עם מוגבלויות והן בקרב משפחות בהן גדל ילד עם מוגבלות, ואי הכרה, ולמצער הכרה מוגבלת, בכשרותם המשפטית של אנשים עם מוגבלויות בתחום המשפחה. בשל כל אלה קראה הועדה למדינות לנקוט בכל האמצעים הדרושים על מנת למגר את האפליה כלפי אנשים עם מוגבלויות, ובעיקר נשים עם מוגבלויות (עם דגש על מוגבלות נפשיות ושכליות), בכל הנוגע לנישואין, משפחה והורות, באופנים הבאים:

פיתוח אמצעי תמיכה וחלוקת משאבים לצורך סיוע למשפחות בהן ההורה או הילד הוא עם מוגבלות: על המדינות לפתח אמצעי תמיכה מערכתיים וכלכליים, לרבות סיוע אישי-טיפולי וקידום חיים בקהילה⁴²¹ למשפחות בהן יש אדם עם מוגבלות, ובעיקר ילדים עם מוגבלויות,⁴²² לאסוף מידע בנוגע לזמינות השירותים הללו כמו גם לגבי תמיכה בקהילה ומספר המשפחות שזוכות לה,⁴²³ ולנקוט באמצעים שיבטיחו את המשאבים הנדרשים להורים עם מוגבלויות (תוך מתן דגש על אמהות) על מנת לממש את זכויותיהם לגדל את ילדיהם,⁴²⁴ לרבות הזכות לאמץ ילדים.⁴²⁵ עליהן להקים תוכניות סיוע למשפחות בהן ילדים עם מוגבלויות, ובכלל זה גם מימון ללימוד שפת הסימנים להורים לילדים עם מוגבלויות בשמיעה,⁴²⁶ והכשרה של אנשי מקצוע,⁴²⁷ והגדלת הקצבאות לילדים עם מוגבלויות, לרבות אמצעים לניטור של אפקטיביות חלוקת המשאבים⁴²⁸ על מנת למנוע נטישה ולעודד טיפול בקרב המשפחה.⁴²⁹

תיקון חקיקה ומדיניות מפלות, ותוצאותיהן: על המדינות לתקן חקיקה מפלה וסטריאוטיפית המונעת מאנשים עם מוגבלויות (עם דגש על מוגבלויות נפשיות ושכליות) את זכויותיהם בתחום המשפחה – נישואין, גידול ילדים (ובחלק מהמדינות – אימוצם),⁴³⁰ לרבות הליכים במסגרתם מופרדים ילדים

⁴²¹ בתגובה לדו"ח שהגישה לטביה, 2017 (סעיף 2); והונגריה, 2012 (סעיף 2).
⁴²² בתגובה לדו"ח שהגישה אוקראינה, 2016 (סעיף 43); האיחוד האירופי, 2015 (סעיפים 57 ו-59); קניה, 2015 (סעיף 42); מקסיקו, 2014 (סעיף 46); אזרבייג'אן, 2014 (סעיף 4); וקוריאה הדרומית, 2014 (סעיף 2).
⁴²³ בתגובה לדו"ח שהגישה ברזיל, 2015 (סעיף 43).
⁴²⁴ בתגובה לדו"ח שהגישה מולדובה, 2017 (סעיף 43); ארמניה, 2017 (סעיף 40); הונדורס, 2017 (סעיף 50); בוסניה-הרצגובינה, 2017 (סעיף 41); קנדה, 2017 (סעיף 42); מונטנגרו, 2017 (סעיף 2); איטליה, 2016 (סעיף 52); איחוד האמירויות, 2016 (סעיף 42); קולומביה, 2016 (סעיף 57); סרביה, 2016 (סעיף 5); פורטוגל, 2016 (סעיף 43); סלובקיה, 2016 (סעיף 2); תאילנד, 2016 (סעיף 44); צ'ילה, 2016 (סעיף 47); ליטואניה, 2016 (סעיף 44); גבון, 2016 (סעיף 51); אתיופיה, 2016 (סעיף 50); גרמניה, 2015 (סעיף 44); מונגוליה, 2015 (סעיף 35); צ'כיה, 2015 (סעיף 46); קרואטיה, 2015 (סעיף 34); טורקמניסטן, 2015 (סעיף 38); קוסטה ריקה, 2014 (סעיף 44); מקסיקו, 2014 (סעיף 46); ארגנטינה, 2012 (סעיף 36); והונגריה, 2012 (סעיף 2).
⁴²⁵ בתגובה לדו"ח שהגישה איטליה, 2016 (סעיף 54).
⁴²⁶ בתגובה לדו"ח שהגישה בריטניה, 2017 (סעיף 2).
⁴²⁷ בתגובה לדו"ח שהגישה גבון, 2016 (סעיף 51).
⁴²⁸ בתגובה לדו"ח שהגישה קניה, 2015 (סעיף 42).
⁴²⁹ בתגובה לדו"ח שהגישה בריטניה, 2017 (סעיף 2); מרוקו, 2017 (סעיף 2); סלובקיה, 2016 (סעיף 2); אוקראינה, 2016 (סעיף 43); אוגנדה, 2016 (סעיף 47); בלגיה, 2014 (סעיף 35); ופאראגוואי, 2013 (סעיף 56).
⁴³⁰ בתגובה לדו"ח שהגישה לוקסמבורג, 2017 (סעיף 2); מונטנגרו, 2017 (סעיף 2); מרוקו, 2017 (סעיף 2); אתיופיה, 2016 (סעיף 50); קולומביה, 2016 (סעיף 58); פורטוגל, 2016 (סעיף 43); אוגנדה, 2016 (סעיף 47); תאילנד, 2016 (סעיף 44); צ'ילה, 2016 (סעיף 48); ליטואניה, 2016 (סעיף 44); קטר, 2016 (סעיף 42); גבון, 2016 (סעיף 51); איחוד האמירויות, 2016 (סעיף 42); צ'כיה, 2015 (סעיף 46); קניה, 2015 (סעיף 42); קרואטיה, 2015 (סעיף 33); הרפובליקה הדומיניקנית, 2015 (סעיף 43); מונגוליה, 2015 (סעיף 35); טורקמניסטן, 2015 (סעיף 38); מקסיקו, 2014 (סעיף 46); אזרבייג'אן, 2014 (סעיף 2); שבדיה, 2014 (סעיף 46); אל-סלבדור, 2013 (סעיף 48); והונגריה, 2012 (סעיף 2).

מהוריהם על בסיס מוגבלות,⁴³¹ והליכים במסגרתם מוגדרות אמהות עם מוגבלות כחסרות מסוגלות הורית ובעקבות זאת מאבדות את המשמורת על ילדיהן,⁴³² ולהשיב את המשמורת על הילדים עבור אמהות מהן נשללה משמורת על בסיס מוגבלות.⁴³³ עליהן לקבוע בחקיקה את האיסור בהפרדת ילדים מהורים על בסיס מוגבלות של הילד או של ההורים.⁴³⁴ כן על המדינות לנקוט בכל האמצעים על מנת להגן על אנשים עם מוגבלויות מעיקור כפוי⁴³⁵ ומהפלות כפויות.⁴³⁶

הבטחת הכשרות המשפטית בהקשר המשפחתי: על המדינות לוודא את יישומו של סעיף 12 (שוויון בפני החוק) על מנת שאנשים עם מוגבלויות יוכלו לממש את זכותם להינשא ולהקים משפחה בהתאם לרצונם,⁴³⁷ וכן לממש את זכויותיהם המיניות וזכויותיהם בהקשר של רבייה.⁴³⁸

כיבוד הזכות לפרטיות ולחיי משפחה, ומידע נגיש: על המדינות לוודא ולעגן את מחויבותם של נותני השירות לכבד ולהגן על זכותם של אנשים עם מוגבלויות לחיי משפחה ולפרטיות.⁴³⁹ עליהן לוודא את קיומו של מידע נגיש בנוגע לבריאות מינית ובריאות הקשורה לרבייה ולתכנון המשפחה.⁴⁴⁰

ילדים עם מוגבלויות המוצאים מבתייהם: על המדינות לאסור ויתור של ההורים על זכויות ההורות לילד עם מוגבלות רק על בסיס מוגבלותו.⁴⁴¹ במקרים בהן גידול בקרב המשפחה אינו מתאפשר, על המדינות לנקוט באמצעים שיאפשרו את גידול הילדים בקרב משפחות אומנה או משפחות מאמצות, ולא במוסדות,⁴⁴² להקל על הליכי האימוץ,⁴⁴³ ולדאוג שמשפחות אלה יקבלו את הסיוע הנדרש לטיפול בילדים.⁴⁴⁴ ובכל הנוגע לילדים השוהים מחוץ למסגרת משפחתית, עליהן לוודא כי הם זוכים לאותה הגנה לה זוכים ילדים ללא מוגבלות⁴⁴⁵ וכי טובתם וזכויותיהם נשמרות.⁴⁴⁶

2.5. יישום סעיף 23 לאמנה בישראל

מאז אישורה של האמנה על ידי מדינת ישראל ב-2012, ממעטים המחוקק ובתי המשפט ליישם או להזכיר אותה בפסיקה או בדברי חקיקה.⁴⁴⁷ בכל הנוגע למדיניות בישראל והתאמתה לסעיפי האמנה,

⁴³¹ בתגובה לדו"ח שהגישה ברזיל, 2015 (סעיף 41); גרמניה, 2015 (סעיף 44); וניו זילנד, 2014 (סעיף 4).
⁴³² בתגובה לדו"ח שהגישה מונטנגרו, 2017 (סעיף 2); סרביה, 2016 (סעיף 5); וקוסטה ריקה, 2014 (סעיף 44).
⁴³³ בתגובה לדו"ח שהגישה צ'ילה, 2016 (סעיף 47).
⁴³⁴ בתגובה לדו"ח שהגישה אוגנדה, 2016 (סעיף 47).
⁴³⁵ בתגובה לדו"ח שהגישה הרפובליקה הדומיניקנית, 2015 (סעיף 43); הונגריה, 2012 (סעיף 3); פרו, 2012 (סעיף 2); וסין, 2012 (סעיף 24).
⁴³⁶ בתגובה לדו"ח שהגישה סין, 2012 (סעיף 24).
⁴³⁷ בתגובה לדו"ח שהגישה ירדן, 2017 (סעיף 42); הונדורס, 2017 (סעיף 50); קולומביה, 2016 (סעיף 53); סלובקיה, 2016 (סעיף 2); איחוד האמירויות, 2016 (סעיף 42); וארגנטינה, 2012 (סעיף 36).
⁴³⁸ בתגובה לדו"ח שהגישה בוליביה, 2016 (סעיף 54).
⁴³⁹ בתגובה לדו"ח שהגישה בלגיה, 2014 (סעיף 35).
⁴⁴⁰ בתגובה לדו"ח שהגישה מרוקו, 2017 (סעיף 2); אוגנדה, 2016 (סעיף 47); קרואטיה, 2015 (סעיף 34); ובלגיה, 2014 (סעיף 35).
⁴⁴¹ בתגובה לדו"ח שהגישה אזרבייג'ן, 2014 (סעיף 4).
⁴⁴² בתגובה לדו"ח שהגישה קולומביה, 2016 (סעיף 58); פרגוואי, 2013 (סעיף 56); והונגריה, 2012 (סעיף 2).
⁴⁴³ בתגובה לדו"ח שהגישה גרמניה, 2014 (סעיף 44).
⁴⁴⁴ בתגובה לדו"ח שהגישה מקסיקו, 2014 (סעיף 46).
⁴⁴⁵ בתגובה לדו"ח שהגישה ניו זילנד, 2014 (סעיף 2).
⁴⁴⁶ בתגובה לדו"ח שהגישה אזרבייג'ן, 2014 (סעיף 4).
⁴⁴⁷ בחיפוש במאגרים "נבו" ו"תקדין" עלו חמישה אזכורים בלבד של האמנה בפסקי דין והחלטות שיפוטיות: בג"צ 6069/10 רמי מחמלי נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 8.5.14) אשר עסק בתעסוקה; בע"מ 1118/14 פלונית נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים (פורסם בנבו, 1.4.15) אשר עסק בהורות ונדון לעיל, תיק 14-671-660 (רשם האגודות השיתופיות) אסף מרקר נ' קיבוץ רבדים (פורסם בנבו, 6.7.17) אשר עסק בחברות בקיבוץ, שעש (ת"א) 15-19073-12 פלוני נ' קופרמן קבלו לעבודות מתכת בע"מ (פורסם בנבו, 18.2.18) אשר עסק בתעסוקה, ואמ"צ (משפחה ת"א) 52364-12-16 היועץ המשפטי לממשלה נ' רקפת (פורסם בנבו, 20.3.18) אשר עסק בהורות.

הרי שזו נדונה בהרחבה בדו"ח שהגישה ישראל לוועדת האמנה ביום 6.6.17, דו"ח אשר טרם נדון על ידי הוועדה.⁴⁴⁸ "פורום הארגונים לקידום האמנה הבינלאומית בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות", פורום המאגד ארגונים רבים העוסקים בתחום זה, ובראשו עומדים הארגונים "בזכות" ו"בית איזי שפירא", עתיד להגיש "דו"ח צללים" (דו"ח המוגש לוועדות האו"ם על ידי ארגונים כתגובה לדו"חות הרשמיים המוגשים על ידי המדינות) בסמוך לקביעת הדיון בדו"ח המדינה. לעת עתה, נוסח על ידי הפורום מסמך הנוגע לארבעה סעיפים מרכזיים באמנה: שוויון בפני החוק, דיור בקהילה, תעסוקה, ומשפחה. במסגרת הדו"ח נסקרו הן המגמות החיוביות והן המגמות השליליות בכל הנוגע ליישומן של סעיף 23 לאמנה על ידי ישראל:⁴⁴⁹

2.5.1. סעיף 23(1)

23(1) "מדינות שהן צדדים לתקנות אמצעים בני-תועלת והולמים לביעור הפליה כנגד אנשים עם מוגבלויות בכל הקשור לנישואין, משפחה, הורות ומערכות יחסים, בשוויון עם אחרים, כך שייבטח כי: (א) תוכר זכותם של אנשים עם מוגבלויות בגיל הנישואין להינשא ולהקים משפחה, בהסכמה חופשית ומלאה של בני הזוג המיועדים;

כמפורט לעיל, מאחר ובישראל מוסדרים הנישואים והגירושים באמצעות הדין האישי-דתי, הסתייגה המדינה מסעיף זה כאשר חתמה על האמנה. עם זאת, בכל הנוגע לדין היהודי, הרי שעל אף מגבלות הלכתיות החלות על "חרש" "פתי" ו"שוטה", נראה כי הרשויות הדתיות יאשרו את הנישואים כאשר הן סבורות כי בני הזוג מבינים את משמעותם.⁴⁵⁰ כמו כן, וכפי שפורט בפרק הקודם, לא קיים איסור חוקי מפורש על נישואיהם של אנשים עם מוגבלות. עם זאת, ככל הנראה בשל החשש מאי יכולת להתגרש וכן בשל החשש מהולדת ילדים, קיימים מקרים בהם אפטרופסים ותאגידי אפטרופסות התנגדו לנישואים של אנשים תחת אפטרופסות (שעמם נמנים, כאמור, בעיקר אנשים עם מוגבלות שכלית ונפשית), והביעו את התנגדותם בפני הרבנות. בנוסף לכך, על אנשים המתגוררים במוסדות נכפית לעתים רבות הפרדה מגדרית, אשר לרוב אינה מאפשר ליצור ולקיים זוגיות, לרבות ביסוס סטטוס של "ידועים בציבור". גם המגורים במוסדות ובהוסטלים מעורבים, אינם מאפשרים, ברוב המקרים, זוגיות אינטימית או גידול ילדים, ולא מתממשת בהם הפרטיות הנדרשת ליצירת חיי משפחה.

23(1)(ב): "תוכר זכותם של אנשים עם מוגבלויות להחליט בחופשיות ובאחריות על מספר ילדיהם ועל המרווחים ביניהם, ולקבל גישה למידע אשר מותאם לגילם ולחינוך אודות פוריות ותכנון המשפחה, וינתנו האמצעים הדרושים כדי לאפשר להם לממש זכויות אלה";

⁴⁴⁸ את הדו"ח ניתן לקרוא באתר הוועדה.

⁴⁴⁹ רון דרך, רוני רוטלר ויותם טולוב, דו"ח צללים: יישום אמנת האו"ם בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות בישראל (הפורום האזרחי ליישום האמנה הבינלאומית בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות, 2018). הקליניקה לזכויות אנשים עם מוגבלויות לזכרו של פרופ' יעקב נאמן בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר אילן ריכזה את כתיבת הפרק העוסק בזכויות משפחה, בסיוע הסטודנטים ליאור לרנר, רבקה פורמן (שנה"ל תשע"ז), אורי רוס ואלישבע אמיתי (שנה"ל תשע"ח), בצוות שכלל את עורכות הדין חיה גרשוני ורויטל לן-כהן, ואת מנכ"לית עמותת "קשר" הגב' בוקי קמחי.⁴⁵⁰ מתוך חוות דעת בנוגע להתאמתו של הדין העברי לאמנה, לפיה הדין העברי חי בהרמוניה עם האמנה, וזאת בשל התנאי בו נוקטת האמנה לפיו הנישואים צריכים להיות "בהסכמה חופשית ומלאה", ולכן לא היה צורך להסתייג ממנה ויגודה, לעיל ה"ש 2). כן ראו דיווח על פסק הלכה שניתן על ידי רבני ורבניות בית הלל הקובע כי יש להתיר נישואים של אנשים עם מוגבלות שכלית כל עוד יש להם "יכולת לנהל זוגיות תקינה" (אתר "סרוגים", 22.1.15).

בישראל לא קיימת מניעה חוקית מפורשת להבאת ילדים לעולם על ידי אנשים עם מוגבלויות, אולם בפועל הבאת ילדים לעולם איננה אפשרית עבור אנשים המתגוררים במסגרות המכוננות "חוץ ביתיות", אשר ברובן המכריע אינן מותאמות לגידול ילדים. בנוסף לכך, חלק ניכר מהחוקים והנהלים העוסקים בסיוע להבאת ילדים לעולם מסייגים את הסיוע במקרים מסויימים של מוגבלות – ובעיקר מוגבלות שכלית ונפשית, כפי שפורט בפרק הקודם (וביניהם: חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד – 1994 ונהלים שהוצאו מכוחו, חוק תרומת ביציות, התש"ע – 2010, הנהלים העוסקים במתן וקבלת תרומות זרע, חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד) תשנ"ו-1996). כמו כן, אין התייחסות מיוחדת למקרים בהם מוגבלות פיזית מונעת מאנשים להביא צאצאים גנטיים לעולם ולהתאמות הנדרשות לשם כך בהגדרת ההורות המשפטית.⁴⁵¹ פסיקה מתחום אימוץ ילדים והגדרת ילד כ"קטין נזקק", אשר נסקרה לעומק בפרק השני (חלקים 3.2.3 ו-3.2.4), חושפת חשש של החברה ובתי המשפט מהולדה טבעית של אנשים עם מוגבלויות (נפשיות ושכליות בעיקר), כגון דעות לפיהן ילדים להורים עם מוגבלויות הם בעלי "פרוגנוזה גנטית בעייתית",⁴⁵² וכן דעות לפיהן עצם העובדה שהורים עם מוגבלות בחרו להביא ילדים לעולם מעידה על חוסר אחריות;⁴⁵³ קיים חוסר בתוכניות מותאמות בנוגע לפוריות ותכנון המשפחה, והחינוך המיני הניתן במסגרות החינוך המיוחדות לעתים מיועד לשכנע צעירים עם מוגבלויות שלא להביא ילדים לעולם בשל הקשיים הכרוכים בכך; מקל וחומר, שלא ניתנים לאנשים עם מוגבלויות אמצעים מיוחדים אשר יש בהם כדי לאפשר את מימוש הזכות.

(1)23(ג): "תישמר פוריותם של אנשים עם מוגבלויות, לרבות ילדים, בשוויון עם אחרים";

בישראל לא קיימים חוקים או פרקטיקות המאפשרים עיקור או הפלה כפויים במקרה של מוגבלות, והפסיקה (המועטה) שעסקה בנושא אף שללה אפשרות זו;⁴⁵⁴ עם זאת, כפי שפורט בפרק הקודם, נשים המתגוררות במוסדות מקבלות באופן שגרתי אמצעי מניעה, בהתאם לנוהל "שימוש באמצעי מניעת הריון ומעקב אחר מחזור חדשי רפואי" של האגף לטיפול באנשים עם מוגבלויות שכלית-התפתחותית במשרד הרווחה, ומידת המודעות וההסכמה שלהן לתהליך, אינה ברורה.⁴⁵⁵ בהתאם לנוהל יש "לשאוף ולשתף" את הדיירת ואת האפטרופסים שלה בהחלטות הנוגעות לקבלת אמצעי המניעה. לא ברור כיצד הוראה זו מיושמת, ואין בה הנחייה אופרטיבית המתווה את חובת ההיוועצות. ככל שניתנים אמצעי מניעה ללא התייעצות, יש בכך גם הפרה של הזכות לאוטונומיה בתחום הטיפול הרפואי והחובה לספק הסבר מלא למטופל ואפטרופסיו בעת התערבות רפואית.⁴⁵⁶

עוד מעניין לציין בהקשר זה כי ועדת מור יוסף,⁴⁵⁷ אשר דנה בין השאר באפשרותם של אנשים עם

⁴⁵¹ וראו לעניין זה: בע"מ 1118/14 פלוגית נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים (פורסם בנבו, 1.4.15) והדיון בו בתחילתו של פרק זה.

⁴⁵² עמש (תל אביב יפו) 3/14 פלוגית נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 9.2.15).

⁴⁵³ בע"מ 10791/05 פלוגי נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' (פורסם בנבו, 9.2.06).

⁴⁵⁴ א"פ 21169-06-13 א.ק. ואח' נ' ת.ז.נ.מ. ואח' (פורסם בנבו, 29.7.13). במסגרת פסק דין זה ביקשו אפטרופסים של אשה עם מוגבלות נפשית שעמדה ללדת בניתוח קיסרי, להורות למוסד הרפואי לבצע הליך של עיקור במהלך הניתוח. בית המשפט דחה את הבקשה וקבע כי מדובר באמצעי בלתי מידתי לשליטה בפוריות, וכי קיימים אמצעים מידתיים יותר.

⁴⁵⁵ פרק ב', מסי' 2.7.6, שנת הפצה: 2007, עדכון: מאי 2015.

⁴⁵⁶ ע"א 2781/93 מיאסה עלי דעקה נ' בית חולים "כרמל", חיפה ואח' פ"ד נג(4) 526 (פורסם בנבו, 29.8.99).

⁴⁵⁷ "הוועדה הציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפריין וההולדה בישראל" בראשות פרופ' שלמה מור יוסף, אשר הוגש לשר הבריאות במהלך חודש מאי 2012.

מוגבלויות לקחת חלק בתהליך של הפריה מלאכותית, ואשר פעלה לאחר אשרורה של האמנה בישראל, לא מצאה מקום להזכיר את האמנה, לא כל שכן, לפעול בהתאם לרוחה, כפי שפורט בהרחבה בפרק הקודם.

2.5.2. סעיף 23(2)

"מדינות שהן צדדים תבטחנה את זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות ואת חובותיהם, בכל הנוגע לאפטרופסות, מעמד החסוי, נאמנות, אימוץ ילדים או מוסדות דומים, ככל שקיימים מושגים אלה בחקיקה הלאומית; בכל מקרה טובת הילד תהיה עליונה. מדינות שהן צדדים תענקנה סיוע הולם לאנשים עם מוגבלויות לצורך מילוי חובותיהם בקשר לגידול ילדיהם;

בכל הנוגע לזכות להיות הורים, היינו אפטרופסות על ילדים, משמורת על ילדים ואימוץ ילדים: כפי שפורט בהרחבה בפרק הקודם, החוקים העוסקים בגידול ילדים על ידי הוריהם הטבעיים בישראל⁴⁵⁸ אינם מגבילים, לכאורה, את הורותם של אנשים עם מוגבלויות לילדיהם הטבעיים. עם זאת, פעמים רבות ההורות מוגבלת או נשללת לחלוטין בהתאם לחוקים אלה, כאשר ההורה הוא עם מוגבלות **ובשל** המוגבלות, ובעיקר מוגבלות שכלית ונפשית, בשם "טובת הילד". מושג זה מפורש פעמים רבות כמנוגד למוגבלות. באופן דומה, בסכסוכי משמורת בין הורים, מהווה המוגבלות של אחד מההורים סיבה למנוע או להגביל את משמורתו על ילדיו.⁴⁵⁹ החוקים והתקנות העוסקים באימוץ ילדים (כמו גם באומנה) נותנים עדיפות להורים המוגדרים כ"בריאים" והלכה למעשה, כפי שפורט בפרק הקודם, סיכוייהם של אנשים עם מוגבלויות לאמץ הם קלושים. גם ועדת גרוס⁴⁶⁰ אשר דנה בתמורות הנדרשות לחוק האימוץ, ואשר פעלה לאחר אשרורה של האמנה בישראל, לא מצאה מקום להזכיר אותה, לא כל שכן, לפעול בהתאם לרוחה.

בכל הנוגע לסיוע להורים לצורך מילוי חובותיהם: הלכה למעשה לא קיימת מדיניות רשמית לתמיכה וסיוע בהורים עם מוגבלויות, ועזרה מוכוונת מוגבלות בכל הנוגע לגידול ילדיהם. "טיפת חלב", המכונים להתפתחות הילד, ולשכות הרווחה ברשויות המקומיות אינם מונחים בדרך כלל להבנת השפעת המוגבלות על ההורות, וכך במקום לסייע ולהנגיש היבטים שונים של הורות, פועלות הלשכות על מנת להגביל ואף לשלול את ההורות בערכאות משפטיות. סל השירותים העומד לרשותם של ההורים מטעם לשכות הרווחה ובית המשפט הינו מצומצם וסטנדרטי, ואינו תואם מוגבלות. הסיוע המשפטי שניתן להורים (בדרך כלל בייצוג של עו"ד בחינם, מטעם האגף לסיוע משפטי במשרד המשפטים) הוא משמעותי, אולם מטבע הדברים אינו כולל התייחסות להיבטים סוציאליים וטיפוליים, חוסר אשר פעמים רבות משפיע גם על הפן המשפטי. נקודת חולשה נוספת היא חוסר הקשר שבין שבין משרד הבריאות (האחראי על טיפול בהורים עם מוגבלויות נפשיות) ומשרד הרווחה (האמון על שמירת טובת

⁴⁵⁸ חוק הנוער (טיפול והשגחה), תש"ך – 1960, חוק אימוץ ילדים, תשמ"א – 1981, וחוק הכשרות המשפטית והאפטרופסות, תשכ"ב – 1962.

⁴⁵⁹ ראו למשל: י"ס (י-ס) 7167-10-17 מ.מ. נ' ל.מ. (פורסם בנבו, 13.11.17) במסגרתו נמסרה המשמורת על תינוק בן ארבעה חודשים, באופן זמני, לאב, על רקע מוגבלות הפיזית של האם, על אף שהאם הראתה כי היא מקבלת סיוע בטיפול, ועל אף שהמדובר בתינוק שעדיין ינק. לדיון המעלה את המורכבות של המשמורת כאשר ההורים הם עם מוגבלות נפשית ראו: תמ"ש 24111/02 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 11.9.06).

⁴⁶⁰ "הועדה לבחינת חוק אימוץ ילדים, התשמ"א – 1981 והליכי אימוץ ילדים בישראל" לעיל ה"ש 327. הדו"ח הוגש בנובמבר 2016.

הילדים), אשר מוביל פעמים רבות לחוסר סיוע הולם וממוקד מוגבלות. כפי שפורט בהרחבה בפרק הקודם, גם "קצבת התלויים" הניתנת להורים המקבלים קצבאות נכות הינה נמוכה מאוד ואינה מותאמת לצרכיהם של אנשים עם מוגבלויות כהורים, והזכות לקבל "קצבת שירותים מיוחדים" אשר אמורה לסייע לאנשים עם מוגבלויות מסוימות לתפקד במסגרת משק הבית, אינה מוגדרת כזכות הקשורה לטיפול בילדים. בשל כל אלה, בסופו של דבר, הורים עם מוגבלויות נפשיות ושכליות אשר אינם זוכים לתמיכה מאסיבית מצד משפחתם המורחבת, הם מועמדים כמעט ודאיים להגבלת או איבוד סטטוס ההורות שלהם והמשמורת על ילדיהם.

לצד זאת ניתן למנות תוכניות של המגזר השלישי ושל גורמים ממשלתיים, אשר מכוונות לתמוך בזוגיות והורות של אנשים עם מוגבלויות, אשר חלקן גם הוזכרו בדו"ח המדינה לועדת האו"ם:

תוכניות ממשלתיות: תחת "מינהל מוגבלויות" שהוקם במשרד הרווחה בשנת 2017 פועלת מחלקה חדשה בשם "שירות למשפחה, אומנה וקהילה" אשר אמורה לפתח שירותי תמיכה וליווי מותאמים לאנשים עם מוגבלויות, לרבות מערכי דיור לזוגות ולמשפחות, ותמיכה להורים לצורך הרחבת שימושם בשירותים האוניברסליים הקיימים בקהילה; משרד הרווחה מתכנן את הרחבתה של תוכנית משותפת של המחלקות לשירותים חברתיים במועצות המקומיות ובמחלקות הפסיכיאטריות, של הקמת מרכזי ילדים-הורים לאוכלוסייה המתמודדת עם מחלות נפש (תוכנית אשר התקיימה עד כה בבית החולים "מעייני הישועה"); גם תוכנית "אומנה אם ילד" המופעלת על ידי משרד הרווחה מאפשרת פיקוח והדרכה ללא הפרדה בין ההורה לילד; עוד מופעלים ברחבי הארץ תחת חסות משרד הרווחה, באמצעות עמותות, שישה מרכזים המיועדים לתת לאנשים עם מוגבלות שכלית והוריהם ייעוץ מיני וחברתי, ובכלל זה קיים ליווי, בהיקף מצומצם יחסית, גם של הורים עם מוגבלויות בסוגיות הקשורות לילדיהם. התוכניות כוללות הדרכה פרטנית וקבוצתית.⁴⁶¹ במסגרת פרויקט "הורות בצל מחלת נפש", שיתוף פעולה בין לשכת הרווחה בירושלים (דרום), לבין התחנה לטיפול בילד ובנוער של משרד הבריאות, ניתן ליווי אינטנסיבי להורים עם מוגבלויות נפשיות בתוך בתיהם במהלך השנתיים הראשונות, במטרה לסייע להם להתמודד עם השפעות המוגבלות הנפשית על ההורות, לרווחת הילדים וההורים גם יחד;⁴⁶² תוכנית "ציפור הנפש" של משרד הבריאות ועמותת "שלו" מעניקה ליווי והדרכה להורים עם מוגבלות נפשית, לרבות הכנת תוכניות למצבי משבר, והכשרת מטפלים לליווי הורים בשיתוף עם מכון "אדלר";⁴⁶³ כן מתקיים קורס לאנשי מקצוע ללמידת התערבות קבוצתית ייעודית להורים עם מוגבלויות בשותפות בית הספר לשיקום, שילוב והחלמה של משרד הבריאות.⁴⁶⁴

תוכנית של המגזר השלישי: מרכזי מיל"ם של עמותת "אנוש" מעניקים ייעוץ לבני משפחה של אנשים עם מוגבלות נפשית (כולל ילדים להורים עם מוגבלות נפשית); במסגרת תוכניות של מכון אדלר וארגון הג'וינט ("ישראל מעבר למוגבלות") להדרכה, ליווי ותמיכה פרטנית של הורים עם מוגבלות, קיימת הכרה בקשיים המיוחדים של הורים עם מוגבלויות ונעשה נסיון לתת להם מענה, לרבות מענה "מניעתי"

⁴⁶¹ המידע נמסר בפגישות שקיימתי עם בעלות תפקידים במשרד הרווחה, להן נתונה תודתי: ויויאן אזור, גלית גבע, דליה לב-שדה, ענת פרנק, ומרינה יורובסקי.

⁴⁶² המידע נמסר בפגישה שקיימתי עם עו"ס הילה שטרן ממשרד הרווחה, ותודתי נתונה לה.

⁴⁶³ תודתי נתונה לסוזי ג'בוטרו ולענת שלו על פגישות שקיימתי עמן בנוגע לתוכנית. לאתר התוכנית: <http://www.soulbird.co.il>.

⁴⁶⁴ המידע בנוגע לתוכניות המתקיימות תחת משרד הבריאות נמסר בפגישות שקיימתי עם בעלות תפקידים במשרד, להן נתונה תודתי: רונית דודאי, דינה ברק, ועדי נעמן.

ולאו דווקא מענה רק למשברים;⁴⁶⁵ כן מתקיימות תוכניות של הגוינט המיועדות לתמיכה בהורים במגזר החרדי⁴⁶⁶ ופיתוח של "דיור נתמך" המיועד לסייע לצעירים עם מוגבלות לעזור את בית הוריהם ולהתגורר באופן עצמאי בקהילה, אם כי שירות זה אינו תומך בהורים; קיימות קבוצות של ארגון "בקול" ושל מכון אדלר שמטרתן תמיכה בהורים כבדי שמיעה וחירשים; "ניצן הורים" ו"ניצן בייבי" מפעילות תוכניות המיועדות להקניית כישורי הורות לאנשים עם מוגבלויות קוגניטיביות וליקויי למידה מורכבים; פרויקט של מכון "סאמיט" בקרב דיירים של מערך הדיור המוגן מתייחס להורות; ארגון "בית איזי שפירא" עוסק אף הוא בנושא ופרסם מספר פרויקטים שנערכו בתחום זה;⁴⁶⁷ תוכנית נוספת מתקיימת ב"בית שבתי לוי", מקום בו יכולים ההורים (ובעיקר אמהות) לשהות עם ילדיהם כדי ללמוד כישורי הורות, ללא הפרדה בין ההורה לילד; מכון פורשטיין, באמצעות "מרכז חזון" של המכון וקרן משפחת רודרמן, מקיימים תוכנית לתמיכה בזוגיות של אנשים עם מוגבלות שכלית;⁴⁶⁸ קיימות מספר תוכניות הפועלות בקרב המגזר החרדי, והמכוונות לתמיכה בזוגיות של אנשים עם מוגבלות שכלית אך לא בהורות, כגון "עלי שיח", המפעילה מערכי דיור לזוגות נשואים; עמותות שונות מקיימות תוכניות היכרות וייעוץ למטרות זוגיות: עמותת הדס מקדמת מיניות, זוגיות, וחיי משפחה בקרב אנשים עם כל סוגי המוגבלויות, עם דגש על רב תרבותיות; עמותת אפי (אספרגר) מציעה ייעוץ אישי לאנשים המעוניינים בזוגיות וכן מקיימת ערבי פנויים-פנויות; אגודת ניצן מעניקה סיוע וייעוץ מיני לאנשים עם מוגבלויות קוגניטיביות, חברתיות ורגשיות; ועמותת ענבר מסייעת בשידוכים בין אנשים עם מוגבלויות ומציעה ייעוץ לחיים משותפים.

אורכה היחסי של הרשימה לעיל מחייב הסבר: רוב התוכניות המפורטות בה הינן תוכניות "פיילוט" מצומצמות היקף, חלקן (בעיקר אלה של המגזר השלישי) מיועד בעיקר לתמיכה בזוגיות בלבד, ולא בהורות, וכמעט כולן אינן ערוכות לתת מענה במצבים מורכבים הדורשים תמיכה משמעותית בהורות, כמו אלה אשר נדונים בפסיקה העוסקת ב"קטין נזקק" ובאימוץ.

2.5.3. סעיף 23(3)

"מדינות שהן צדדים בתבטחנה זכויות שוות לילדים עם מוגבלויות בכל הנוגע לחיי משפחה. במטרה לממש זכויות אלה, וכדי למנוע הסתרה של ילדים עם מוגבלויות, נטישתם, הזנחתם והפרדתם, תתחייבנה מדינות שהן צדדים לספק מידע, שירותים ותמיכה מוקדמים ומקיפים לילדים עם מוגבלויות ולמשפחותיהם;

תת-סעיף זה שונה מהותית משאר תתי-הסעיפים של סעיף 23, שכן הוא אינו עוסק באנשים עם מוגבלויות כבני-זוג או כהורים, אלא בחיי המשפחה של ילדים עם מוגבלויות.⁴⁶⁹ בשל כך, יישומו של

⁴⁶⁵ דורי ריבקין ואלן מילשטיין "תוכנית 'מסד נכונות' לליווי הורים עם מוגבלויות במסגרת מכון אדלר: מחקר הערכת מאיירס-ג'וינט-ברוקדייל, היחידה לחקר מוגבלויות, 2014). תודתי נתונה ליקיר פניני-מנדל מארגון הגוינט על שיחות שקיימתי איתו בנוגע לתוכנית זו ותוכניות נוספות.

⁴⁶⁶ אלן מילשטיין וחיה גרשוני "הערכת תוכנית הנחיה להורים עם מוגבלויות בחברה החרדית" (מאיירס-ג'וינט-ברוקדייל, היחידה לחקר מוגבלויות, 2018).

⁴⁶⁷ הילה שברון ובנימין הוזמי "קבוצות למידה ככלי העצמה ולפיתוח של מיומנויות זוגיות והורות בקרב אנשים עם מוגבלות" 2011; מרים לוינגר "מודל לעבודה קבוצתית עם הורים חרשים וכבדי שמיעה" 2011; דנית קממו "אמ"א: אמהות מלוות אמהות לקראת הורות מיוחדת: מדריך לאמהות עם מוגבלות גופנית" 2011.

⁴⁶⁸ במסגרתה יצא גם הספר "לפרוץ את חומת הזכויות – זוגיות ונישואין לאנשים עם מוגבלות" (רפאל ש. פורשטיין, עורך, הוצאת ידיעות אחרונות, 2018), המהווה אסופת מאמרים רב תחומית (הלכתית, אתית ומשפטית) בתחום זה.

⁴⁶⁹ תת-סעיף זה בא לידי ביטוי גם בסעיף 21(2) לאמנה, העוסק בחופש תנועה ואזרחות, וקובע כי לילדים עם מוגבלות תהיה הזכות, במידת האפשר, להכיר את הוריהם ולהיות מטופלים על ידם.

סעיף זה על ידי מדינת ישראל הינו נרחב הרבה יותר מאשר יישומם של שאר תתי הסעיפים.

לפי אומדנים שונים, בישראל חיים כ-364,000 ילדים עם מוגבלות בגילאי 0-18, ולמעלה מ-1.5 מיליון אנשים שהם בני משפחתם. ילדים אלו מהווים כ-13 אחוזים מאוכלוסיית הילדים בגיל 0-18 : 9% עם מוגבלויות המוגדרות כמפריעות לתפקוד היום-יומי, ו-4% ילדים עם מוגבלויות ומחלות המוגדרות ככאלה שאינן מפריעות לתפקוד היום-יומי. מתוך כלל הילדים בישראל, 8.5 אחוזים נמצאו כסובלים ממחלה כרונית הדורשת טיפול או מעקב רפואי קבוע או מבעיה תפקודית המשפיעה על התפקוד היומיומי. 7.7 אחוזים הם ילדים עם בעיה תפקודית או מחלה הדורשת טיפול הנמשך למעלה משנה. בדומה לתמונת המצב באוכלוסייה הבוגרת עם מוגבלות בישראל, גם בקרב ילדים נמצא כי שיעור המוגבלות באוכלוסייה הערבית הינו גבוה יותר מאשר באוכלוסייה היהודית – 8.3 אחוזים ביישובים הערבים לעומת 7.6 אחוזים ביישובים היהודים.⁴⁷⁰ יתרה מכך, באוכלוסייה הבדואית נאמד שיעורם של ילדים עם מוגבלויות בכ-9 אחוזים, וככל הנראה מדובר אף בהערכת חסר.⁴⁷¹ בקריאת נתונים אלה יש לזכור כי אין בישראל הסכמה בין הגורמים השונים (המוסד לביטוח לאומי, משרד החינוך, משרד הבריאות) בנוגע להגדרתו של "ילד עם מוגבלות", ומקורות המידע הנוגעים לילדים מוגבלים הרבה יותר מאלה של האוכלוסייה הבוגרת. לכן, קשה להעריך את גודל האוכלוסייה, את סוגי המוגבלות, וכן את הצרכים והשימוש בשירותים.⁴⁷²

לא קיימת בישראל מדיניות המונעת מהורים לגדל את ילדיהם (עם המוגבלות) בביתם, והנחיות משרד הרווחה אף מעודדות הורים לעשות כן, למעט במקרים בהם ההורים הינם עם מוגבלות.⁴⁷³ כפי שפורט זה. בנוסף, קיימים אמצעי סיוע ותמיכה במשפחות, כגון גמלת ילד נכה (לחלק מהילדים)⁴⁷⁴ אליה יכולה להצטרף במקרים מסויימים גם קצבת ניידות,⁴⁷⁵ קצבאות אשר אמורות לסייע להורים לעמוד בהוצאות הכלכליות המושתות עליהם עקב המוגבלות. כן קיימים מרכזים למשפחה, מעונות יום שיקומיים, שירותי חינוך ושירותי בריאות המסובסדים בחלקם, וחוק האומנה, התשע"ו – 2016, המסדיר את זכויות משפחות האומנה וילדים במשפחות אומנה, מתייחס באופן ספציפי לצרכים המיוחדים של ילדים עם מוגבלויות.⁴⁷⁶

לצד זאת, הורים רבים לילדים עם מוגבלות וכן ארגונים העוסקים בתחום זה קובלים על כך כי בישראל לא קיימת הכרה מספקת בחשיבותה של המשפחה כגורם מרכזי ומוביל בטיפול בילד עם המוגבלות, ומשכך אין התייחסות הולמת לצרכיה השונים. הם מעידים על חוסר במשאבים וחוסר הלימה בין צרכי

⁴⁷⁰ הנתונים לקוחים מתוך **דו"ח ארגון "קשר" לשנת 2014**, המבוססים על אומדן של המועצה לשלום הילד, בהתבסס על נתוני מחקר מהשנים 1995-1997 המשוקללים מדי שנה (דניז נאון, ברנדה מורגנשטיין, מלכה שימלע וגלית ריבלס "ילדים עם צרכים מיוחדים – הערכת צרכים וכיסויים על ידי השירותים" **ג'וינט-ברוקדייל והמוסד לביטוח לאומי** (2000)).

⁴⁷¹ נורית שטרסברג, דניז נאון, וענת זיו "ילדים עם צרכים מיוחדים באוכלוסייה הבדואית בנגב: מאפיינים, דפוסי שימוש בשירותים והשלכות הטיפול בהם על האמהות" **מאיריס-ג'וינט-מכון ברוקדייל** (2008).

⁴⁷² מיכל אלפסי-הנלי "משפחות מיוחדות: הורים לילדים עם מוגבלות - מאפיינים וקשיים בחיי היומיום" משרד הכלכלה והתעשייה, מחקר וכלכלה (2016).

⁴⁷³ תע"ס 14.21 "מדיניות הטיפול ביילודים הלוקים במחלות ובתסמונות המלוות בפיגור ו/או בעלי נכות מגודרת מגודרת" - תאריך פרסום: 16.8.02, תאריך תחולה: 1.10.92. כמפורט בפרק הקודם, מדיניותו של משרד הרווחה היא שלא לעודד הורים שלא לגדל תינוק שנולד עם מוגבלות, גם כאשר מדובר בהורים עם מוגבלות.

⁴⁷⁴ בהתאם לתקנות הביטוח הלאומי (ילד נכה) תש"ע – 2010. תשלום הגמלה נע בין 2,000-3,000 ₪ בחודש בשיעור המלא, וכ-5,000 ₪ כאשר מדובר במוגבלות תפקודית חמורה במיוחד.

⁴⁷⁵ בהתאם ל"הסכם בדבר גמלת ניידות" שנחתם ביום 1.6.77 בין המוסד לביטוח לאומי לבין משרד האוצר, בשיעור של עד כ-3,000 ₪ לחודש.

⁴⁷⁶ סעיפים 18, 36(א), 46(ז), 56(ד), 64(א) ו-64(ב).

הילדים למענה הממשלתי, פיצול של המענים בין הרשויות השונות, עודף בירוקרטיה, ותת-יישום של זכויות. הורים לילדים עם מוגבלויות עדיין נאלצים להקדיש משאבים רבים, כלכליים ואחרים, שהינם "שקופים" בעיני המדינה, וחוק אשר היה אמור להקל על מצב זה⁴⁷⁷ לא התקבל. בשל כך, משפחות רבות לילדים עם מוגבלות סובלות מהכנסה פנויה נמוכה יחסית, מבעיות תעסוקה הנובעות מהצורך לטפל בילד, ומבעיות זוגיות וכן בעיות בנוגע לבני המשפחה שאינם עם מוגבלות (כגון אחים), אשר אינם מקבלים תשומת לב מספקת.⁴⁷⁸

2.5.4. סעיף 23(4)

"מדינות שהן צדדים בתבטחנה כי לא יופרדו ילדים מהוריהם בניגוד לרצון ההורים, אלא אם כן תקבענה רשויות מוסמכות הכפופות לביקורת שיפוטית, כי הפרדה כזו דרושה לטובתו של הילד, וזאת בהתאם לחוק ולהליכים החלים בהקשר זה. בשום מקרה, לא יופרד ילד מהוריו אך ורק בשל מוגבלותו של הילד, או של הורה אחד, או של שני ההורים";

כמפורט בהרחבה בפרק הקודם, החוקים אשר על פיהם מוגדרת ומוגבלת ההורות⁴⁷⁹ אינם מגדירים את המוגבלות, של הילד או של ההורים, כסיבה רשמית להפרדה, למעט נוהל אחד הממליץ על הפרדה במקרה של מוגבלות של הילד ואחד או שני ההורים גם יחד, נוהל אשר בהתאם לדברי משרד הרווחה אינו מיושם בהקשר זה.⁴⁸⁰ עם זאת, וכמפורט בפרק הקודם, פעמים רבות מוגדרת "טובת הילד" כנוגדת אינהרנטית את מוגבלותו של ההורה, במיוחד כאשר מדובר במוגבלות נפשית או שכלית. כך למשל, על אף שבתי המשפט מבהירים בדרך כלל כי המוגבלות כשלעצמה אינה מהווה סיבה להפרדה, הרי שהם קובעים בפירוש כי ביטוייה של המוגבלות הוא אשר יוביל להפרדה.⁴⁸¹ אולם, מאחר שהמוגבלות לא תהווה סיבה להפרדה רק כל עוד היא לא באה לידי ביטוי, אין למעשה חשיבות לאמירה לפיה המוגבלות לכשעצמה אינה מהווה סיבה להפרדה. בהתאם לכך, מפסקי הדין שנסקרו בפרק הקודם, ואשר עסקו בחוק האימוץ, חוק הנוער, וחוק הכשרות המשפטית, עולה גישה לפיה המוגבלות סותרת את המסוגלות ההורית, ואין בהם התייחסות להתאמות ולסיוע בהקשר של אנשים עם מוגבלויות.

לכן, הלכה למעשה, ועל אף שהדבר אינו מופיע במפורש בחקיקה, מופרדים ילדים מהורים עם מוגבלויות בשל המוגבלות. כפי שפורט בהרחבה בפרק הקודם, נראה כי בתי המשפט משקפים בכך את יחסה השלילי של החברה כלפי הורים עם מוגבלויות – ובעיקר מוגבלויות נפשיות ושכליות.

עוד תופעה בעייתית שאף צויינה (לרעה) על ידי בתי המשפט⁴⁸² היא העובדה כי בדרך כלל לא מתקיימת הפרדה בין הגורם הסוציאלי המטפל בענייני הילד לבין הגורם הסוציאלי המטפל בענייניו של ההורה, ומדובר פעמים רבות באותה עו"ס. כך, הורה אשר ילדו מועמד להוצאה מהבית נדרש לשתף פעולה עם אותו גורם אשר ממליץ על הוצאתו מהבית, וכל בקשת עזרה או התאמה יכולה להתפרש לרעתו.

⁴⁷⁷ הצעת חוק זכויות למשפחות של אנשים עם מוגבלות, התשע"ה – 2015.

⁴⁷⁸ ראו בעניין זה ["זיכחות של ארגון 'קשר'".](#)

⁴⁷⁹ חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, חוק הנוער (טיפול והשגחה) תש"ך-1960, וחוק אימוץ ילדים, התשמ"א – 1981.

⁴⁸⁰ תע"ס 14.21 ("מדיניות הטיפול ביילודים הלוקים במחלות ובתסמונות המלוות בפיגור ו/או בעלי נכות מגודרת").

⁴⁸¹ בע"מ 10791/05 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' (פורסם נבו, 9.2.06).

⁴⁸² אמ"צ (משפחה תל אביב) 42099-01-15 היועץ המשפטי לממשלה נ' האם (פורסם נבו, 4.1.16).

זאת ועוד. כמפורט בפרק הקודם, פסקי הדין שניתנו בתחום יחסי הורים וילדים (אימוץ, הגדרת "קטין נזקק", אומנה ואפטרופסות) ואשר מגדירים את ההורים הביולוגיים כאנשים עם מוגבלות (ובדרך כלל – מוגבלות נפשית או שכלית) מעלה, כי בתי המשפט אינם מודעים כלל לחוק השוויון ולאמנה, ולמצער, אינם סבורים כי יש להם חשיבות כלשהי בהליכים הקשורים להתערבות ביחסי הורה-ילד. למעשה, מתוך פסקי הדין אשר פורסמו בתחום ההתערבות ביחסי ההורה הביולוגי וילדו, רק שניים מאזכרים את חוק השוויון בהקשר של הורות,⁴⁸³ ורק אחד מהם מתייחס גם לאמנה הבינלאומית.⁴⁸⁴ בפסק דין אחרון זה אומנם נקבע כי ילדיה של האם (עם מוגבלות שכלית ונפשית) יימסרו לאימוץ, אולם זאת רק לאחר הכרה בזכויותיה כאם עם מוגבלות בהתאם לחוק ולאמנה, וידוא כי מוצו כל אמצעי הסיוע האפשריים, ותוך קביעה – תקדימית – כי האימוץ יתבצע כאימוץ פתוח במסגרתו ייפגשו האם הביולוגית והילדים אחת לחודש.⁴⁸⁵ בנוסף לפסק דין זה, קיימים פסקי דין בודדים בלבד, אשר אומנם אינם מתייחסים באופן מפורש לחוק השוויון ולאמנה, אולם ניתן לומר כי הם משקפים גישה של התאמות להורות אשר הולמת את עקרונותיהם.⁴⁸⁶

2.5.5. סעיף 23(5)

"במקרה שבו המשפחה הקרובה אינה מסוגלת לטפל בילד עם מוגבלויות, תעשינה מדינות שהן צדדים כל מאמץ לספק טיפול חלופי במסגרת המשפחה המורחבת, ואם לא ניתן לספקו כך, אזי במסגרת הקהילה בסביבה משפחתית"; כפי שפורט בפרק הקודם, החוקים, הנהלים והפרקטיקה הפסיקתית אכן קובעים העדפה של השמתו של ילד שהוצא מביתו בקרב המשפחה המורחבת, ובמידה והדבר אינו אפשרי – במסגרת משפחתית בקהילה.

במסגרת חוק האומנה אף הוסדר תשלום ממשלתי לבני משפחה המשמשים כמשפחת אומנה, אולם זאת רק כל עוד ההורים עצמם אינם מתגוררים באותו בית, תנאי אשר יכולה להיות לו משמעות שלילית בנוגע להורות עם מוגבלויות, שכן, לתמיכה המשפחתית המורחבת יש חשיבות קריטית בכל הנוגע להורות של אנשים עם מוגבלויות נפשיות ושכליות. לכאורה, מתן הכרה רשמית למשפחת אומנה (הכרה אשר כוללת גם תקצוב כספי) כאשר ההורים עצמם ממשיכים גם הם להתגורר באותו בית, ביחד עם ילדיהם, עשויה להוות התאמה הולמת עבור חלקם של ההורים.

⁴⁸³ בע"מ 10791/05 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' (פורסם נבו, 9.2.06) אשר כאמור הזכיר את חוק השוויון אולם לא ניתח או יישם אותו בהקשר של הורות, וכן אמ"צ (משפחה ת"א) 52364-12-16 היועץ המשפטי לממשלה נ' רקפת (פורסם בנבו, 20.3.18) שניתן לאחרונה בעניינה של אם עם מוגבלות שכלית-התפתחותית ונפשית, אשר נקבע כי על אף שילדיה (בני ה-6 ו-9) הינם ברי אימוץ, יתקיים "אימוץ פתוח" אשר במסגרתו היא תוכל לשמור איתם על קשר רציף ולקיים עמם פגישות אחת לחודש.

⁴⁸⁴ אמ"צ (משפחה ת"א) 52364-12-16 היועץ המשפטי לממשלה נ' רקפת (פורסם בנבו, 20.3.18).

⁴⁸⁵ קביעה שסיווגה מעט במסגרת הערעור, כפי שפורט לעיל.

⁴⁸⁶ עמ"צ (ת"א) 3387-02-16 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 24.1.17), במסגרתו הפך בית המשפט המחוזי את פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה (אמצ' 42099-01-15 היועץ המשפטי לממשלה נ' האם (פורסם בנבו, 4.1.16) וקבע כי ילד של אשה עם מוגבלות נפשית לא יוכרז כבר אימוץ אלא כ"קטין נזקק" כחלק מתהליך של חזרה למשמורתה של אמו הביולוגית, וזאת עקב שינויים משמעותיים בהתנהגותה מאז שניתן פסק הדין של הערכאה הראשונה. וכן ענ"א (מחוזי תל אביב-יפו) 17976-09-16 פלונית נ' המחלקה לשירותים חברתיים איילון ואח' (פורסם בנבו, 5.10.16) בו נדון עניינה של אם עם מוגבלות שהוגדרה כבעלת "התנהלות מוזרה", ואשר התנהגותה אופיינה בחוסר שיתוף פעולה במתן מידע והעדר מערכת תומכת, וכן קשיי טיפול והבנה ברמה היומיומית של הטיפול הפיזי. נקבע כי על מנת שתוכל להמשיך ולהחזיק בבנה התינוק שאך נולד, יאוגמו משאבי האם ומערכת הרווחה לצורך קבלת הדרכה צמודה מסביב לשעון, בתוך הבית. על מנת להגיע לפתרון זה, נדרש בית המשפט ללוות את התהליך כולו ולזמן לפניו את כל אנשי המקצוע הרלוונטיים.

אולם, רשויות הרווחה מתנגדות לאפשרות של אומנה המשותפת להורה הביולוגי והילד בשל פרשנות משרד הרווחה לסעיף 2 לחוק האומנה, המגדיר "אומנה" כ"מגורים של ילד במשפחה שאינה בית הוריו...". פרקטיקה כזו, הקרויה "אומנת אם-ילד" או "אומנת הורה-ילד" היתה מקובלת בעבר וייתכן כי היא עשויה להתאים עבור חלקם של ההורים ולהוות התאמה להם זקוקים בהורותם. כיום, כאמור, פרשנותו של משרד הרווחה שוללת את האפשרות, וחוק האומנה מבהיר כי הוראותיו לא יחולו על השמת ילד עם הורו במסגרת משפחתית למטרת הקנייתן או הערכת כישורי הורות (סעיף 89).

בעקבות פרשנות זו, ביוני 2018 הגיע אל הקליניקה לזכויות אנשים עם מוגבלויות מקרה בו מונו הורים לבת עם מוגבלות שכלית כמשפחת אומנה לביתה – נכדתם – בעוד ביתם מתגוררת אף היא בביתם ומסייעת בגידול הילדה. על אף החשיבות הגדולה שמייחס חוק האומנה לקשר עם ההורים הביולוגיים, התבשרו הסבים כי לא יוכלו להמשיך ולשמש כמשפחת אומנה לנכדתם אלא אם ביתם תצא מהבית למסגרת דיור נפרדת.

2.5.6. יישומו של סעיף 23 לאמנה על ידי מדינת ישראל: סיכום

אם כן, כמפורט לעיל, על אף שמדינת ישראל חתמה על האמנה ואישרה אותה, הלכה למעשה היא אינה פועלת באופן מהותי ליישומו של סעיף 23, והפער בין עקרונותיו של הסעיף לבין היישום בשטח הוא עצום. רובם ככולם של החוקים והתקנות העוסקים בזכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות אינם מתייחסים כלל אל נושא ההורות, ולא קיימת מדיניות מובהקת ומוצהרת בדבר מימוש זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות בתחום המשפחה. כתוצאה מחוסר המדיניות בעניין זה, לא קיימים כמעט בכלל שירותים מיוחדים, מחקר, או תקציבים המיועדים לאפשר לאנשים עם מוגבלויות לקבל מידע, תמיכה אישית וכלכלית, ודיור מותאם. כפועל יוצא מכך, לחוק השוויון ולאמנה אין כמעט כל ביטוי בפסיקה העוסקת בהבאת ילדים לעולם או בגידול ילדים.

וכך, למרות שזכויות המשפחה של אנשים עם מוגבלויות אינן מוגבלות באופן מפורש בחוק, הרי שבפועל אנשים עם מוגבלויות – ובעיקר מוגבלות נפשיות ושכליות – מתקשים מאוד לממש את זכויות המשפחה שלהם, בזוגיות, בנישואין, בהבאת ילדים לעולם, בגידולם, ובשמירת הסטטוס שלהם כהורים.

בניגוד לשנים עברו, בשנים האחרונות ניתן לראות ניצנים של הבנה כי תחום המשפחה אמור להיכלל בגוף זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות. דוגמא לכך ניתן לראות בתוכניות שונות שתכליתן לסייע בזוגיות ובהורות, אשר פורטו לעיל, וכן בהכללת תחום המשפחה כאחד מהתחומים אותם מקדמת נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, החל מסוף שנת 2017, בשלב הראשוני על ידי הכללת הנושא בכנס השנתי של הנציבות, ולאחר מכן ביצירת פורום חשיבה ועבודה הכולל אנשים עם מוגבלות, ארגונים, ובעלי תפקידים במשרדי המשפטים, הרווחה והבריאות, לצורך מיפוי החסמים וקידום הנושא.⁴⁸⁷

בנוסף לכך ייתכן, כי ככל שייגבר היישום של שאר חלקי האמנה, העוסקים במגוון רחב של נושאים – תעסוקה, חיים בקהילה, ביעור אפליה, פרטיות, חינוך, בריאות ועוד, הדבר יוביל מאליו ליישום עקיף של הזכויות המנויות בסעיף 23. זאת, בשל נוכחותם המוגברת של אנשים עם מוגבלויות במרחב הציבורי

⁴⁸⁷ תחום זה מקודם בנציבות על ידי יונית אפרתי, מנהלת תחום שילוב בקהילה.

ובשוק העבודה, שיפור הדימוי שלהם כבני זוג והורים, הסרת הסטיגמה והרחבת האפשרויות שלהם לקיים מערכות יחסים עם אנשים עם וללא מוגבלות.⁴⁸⁸ אולם, נכון להיום, תחום המשפחה וההורות של אנשים עם מוגבלויות עדיין רחוק מלתפוס מקום מרכזי בקידום שוויון זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות בישראל. הפער בין האמור באמנה לבין יישומה בפועל נובע, כך נראה, משתי סיבות עיקריות: הסיבה הראשונה היא מעמדה של האמנה, כנורמה הסכמית במשפט הבינלאומי אשר אמורה להקרין על דרך הפרשנות של הדין הנוהג בישראל, מעמד "רך" שאינו משתווה למעמדה של החקיקה הלאומית. כמו כן, בשונה מהחקיקה הלאומית, סעיפיה של האמנה אינם מתקצבים באופן אשר יכול להביא לפרשנות יישומית רחבת היקף, הן על ידי קובעי המדיניות והן על ידי בתי המשפט. הסיבה השנייה נעוצה בטעמים אשר יפורטו בהרחבה בפרק הבא, ולפיה הניגוד בין 'הורות' ו'מוגבלות', כפי שהוא נתפס בקרב החברה והמשפט, מוביל לחוסר לגיטימציה חברתית-מוסרית של הורותם של אנשים עם מוגבלויות נפשיות ושכליות, לגיטימציה הנדרשת על מנת לתרגם את הוראות האמנה למדיניות משפטית וציבורית בפועל.

3. יישום הוראות חוק השוויון והאמנה הבינלאומית בנוגע להורות

בפרק הראשון נפרשו הקשיים המגוונים העומדים בפני הורים עם מוגבלויות, ובפרט מוגבלויות נפשיות ושכליות, קשיים הנובעים הן באופן אינהרנטי מהמוגבלות עצמה, הן מהקשר שבין המוגבלות לגורמים נוספים המשפיעים לרעה על ההורות, כגון עוני וחוסר תמיכה משפחתית, והן מהקשר בין החברה למוגבלות, המתבטא בסטיגמה, במניעה, ובחוסר סיוע ומשאבים. קשיים אלה מובילים גם להתערבות משפטית מוגברת ושלילית ביחסים המשפחתיים. טענתי כי קשיים אלה מציבים בפני המדינה שתי אפשרויות חלופיות: האחת, הכרה בקשיים כסיבה שלא לתמוך ואף להגביל באופן מפורש את זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות נפשיות ושכליות בתחום ההורות, והשנייה, נסיון להתייחס לקשיים באמצעות מדיניות מאפשרת ומסייעת להורים עם מוגבלויות.

בפרק השני הראיתי, כי הדרך שבה בחרו רשויות המדינה עד כה היא הדרך הראשונה, היינו, תרגום הקשיים העומדים בפני אנשים עם מוגבלויות כסיבה להגבלה, פגיעה ושלילה של ההורות (והורות פוטנציאלית) במגוון אמצעים, לאי תמיכה וסיוע להורים עם מוגבלויות נפשיות ושכליות ואי יישום עקרונות של שוויון זכויות בתחום זה.

בפרק זה הראיתי כי יחס שלילי זה לא פסח גם על הדרך שבה מפרשת המדינה את חוק השוויון עצמו, אשר היה יכול, לכאורה, להוות כלי משמעותי לקידום שוויון זכויות של הורים עם מוגבלויות. תוצאה זו נובעת במידה רבה מכך שחוק השוויון אינו כולל בתוכו את תחום המשפחה וההורות באופן מפורש. משכך, ועל אף קיומם בחוק של סעיפים כלליים אשר היו יכולים, תיאורטית, לבסס איסור אפליה וחובת מתן התאמות גם בתחום זה, הרי שפרשנותו על ידי בתי המשפט וקובעי המדיניות היא כזו, שאינה כוללת את תחום המשפחה וההורות כתחום המשוויד לזכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות. כתוצאה מכך מקרים משפטיים רבים העוסקים בהורים עם מוגבלות אינם מתורגמים לשדה הזכויות ואינם מקושרים לחוק השוויון, החקיקה (המפלה) הקיימת לא נבחנת מחדש לאורו, ולא קיימת כל

⁴⁸⁸ Emmens, לעיל ה"ש 378.

מדיניות ממשלתית רשמית משמעותית לסיוע להורים עם מוגבלויות ברוחו. זאת בניגוד למדיניות חברתית ומשפטית המעודדת אנשים עם מוגבלויות לקחת חלק שוויוני בתחומי חיים אחרים, כגון תעסוקה, חינוך, השכלה גבוהה, כשרות משפטית, נגישות פיזית ונגישות של שירותים. בפרק זה הראיתי גם כי האמנה הבינלאומית, המתייחסת מפורשות לתחום המשפחה ולזכות להורות, אינה מיושמת בישראל. זאת בשל מעמדה הנורמטיבי הנחות ובשל הפער העצום שבין הוראותיה לבין הלך הרוח החברתי-משפטי. משכך נוצר פער מהותי בין עקרונות חוק השוויון והאמנה לבין המדיניות הננקטת כלפי הורים עם מוגבלויות בפועל.

בפרק הבא אבקש לרדת לשורשו ולסיבותיו של יחסה השלילי של המדינה להורות של אנשים עם מוגבלויות, ואראה כיצד הדרך שבה מבנים וממשיגים החברה והמשפט את ההורות משקפת תפיסות של סתירה בין המוגבלות לבין ההורות וטובתם של ילדים, באופן אשר יש בו כדי לפגוע בהורים עם מוגבלויות, ובפרט בהורים עם מוגבלויות נפשיות ושכליות. כפי שאראה, סתירה זו אינה הכרחית. הבנה חלופית של ההורות וטובת הילד עשויה, כך לדעתי, לשנות את יחסן השלילי של החברה והמדינה כלפי הורות של אנשים עם מוגבלויות, ולבחור באפשרות שמקדמת שוויון זכויות, הן במובנו כאי אפליה והן באמצעות מתן סיוע והתאמות להורים, ובכך לצמצם את הפער שבין עקרונותיהם של חוק השוויון והאמנה לבין המצב בפועל.

פרק 4: דיון וניתוח: התפיסה הרווחת של 'הורות', השפעתה השלילית על זכויות הורים עם מוגבלויות, והצעת תפיסה חלופית

מהלך הפרק

בפרק זה אבקש לספק הסבר להתייחסות השלילית כלפי הורים עם מוגבלויות ולפער שנוצר בעקבותיה בין עקרונות החוק והאמנה לבין המדיניות בשטח, באמצעות בחינת התפיסה הרווחת של ה'הורות', והצעת תפיסה חלופית, אשר אימוצה עשוי לגשר על הפער ולקדם את זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות גם בתחום ההורות. המדובר במעבר מתפיסה לה אני קוראת "תפקידית-בלעדית", המתמקדת במילוי תפקידיהם של ההורים כלפי ילדיהם, לתפיסה "תהליכית-יחסית" של ההורות, תפיסה הלוקחת בחשבון היבטים אחרים של הורות – של התפתחות אישית ושל מערכת יחסים.

חלקו הראשון של הפרק עוסק בתיאור הפסיכולוגי של ההורות ובפונקציות השונות שלה כתפקיד, כשלב התפתחותי, וכמערכת יחסים, להן אני קוראת "המודל המשולש להורות". חלקו השני של הפרק עוסק בהגדרת המשפטיות של ההורות: משמעות מעמדה המשפטית של ההורות, תפקידה של המדינה במערכת היחסים ילד-הורה ואפשרותה לפגוע או לשלול את המעמד ההורי, משמעותה של ההורות כזכות אדם וכזכות חוקתית, ומחויבותה של המדינה כנגד זכות זו. בחלק זה אני מראה, כי ההתייחסות המשפטית להורות היא התייחסות תפקידית-בלעדית, המתמקדת בהורות כתפקיד ובכך מתעלמת מהיבטיו האחרים של המודל המשולש להורות – התפתחות אישית ומערכת יחסים. חלקו השלישי של הפרק עוסק בזכויות ילדים וטובתם, ובפרשנות הרווחת של טובת הילד כמנוגדת להורות של אנשים עם מוגבלויות נפשיות ושכליות, וזאת בהתאם לתפיסה התפקידית-בלעדית של ההורות. בחלק זה מתוארת החשיבה האלטרנטיבית הקיימת בתחום זכויות הילד, המדגישה את הצורך להתייחס לטובת הילד וזכויותיו בהקשר המשפחתי, חשיבה התואמת את התפיסה החלופית להורות, התפיסה התהליכית-יחסית.

בחלקו הרביעי של הפרק אבקש להראות כי הניגוד תפיסתי בין 'הורות' לבין 'מוגבלות' נשען על תפיסת ההורות כתפקידית-בלעדית ומבוסס על ארבעה מאפיינים: ההורות כתפקיד גרידא; ההורות כזכות שתכליתה קיום חובה של ההורה כלפי ילדו באופן בלעדי; ההורות כזכות שלילית; ותפיסה אינדיבידואלית של טובת וזכויות ילדים. אטען, כי התייחסות זו פוגעת במיוחד בהורים עם מוגבלויות נפשיות ושכליות, אשר תפקודם נחשב בדרך כלל כחורג מהנורמה המקובלת, באופן המוביל ליחס השלילי אשר תואר בפרק השני, ולפער שבין עקרונות חוק השוויון והאמנה לבין המדיניות בפועל, כפי שתואר בפרק השלישי. בחלק זה אני מציעה לאמץ תפיסה חלופית ל'הורות', בהתאם לגישה התהליכית-יחסית, גישה אשר אינה מעמידה את ההורות בניגוד כה חד עם ה'מוגבלות', ולכן קיים בה פוטנציאל להוביל לקבלה חברתית ומוסרית של הורות של אנשים עם מוגבלויות, קבלה שתאפשר גם שינוי משפטי וקידום פרקטיקות של התאמות בתחום זה. השינוי המשפטי יוביל לצמצום הפער שבין עקרונות חוק השוויון והאמנה לבין המדיניות השלילית הקיימת בפועל, ויסלול את דרכם של אנשים עם מוגבלויות לאי-אפליה ולקבלת התאמות וסיוע גם בתחום ההורות. בהתאם לגישה האוניברסלית למוגבלות, אני טוענת כי השינוי התפיסתי המוצע יקדם לא רק את זכויותיהם של הורים עם מוגבלויות, אלא של כלל

בחלק החמישי של הפרק אני טוענת כי אימוץ התפיסה החלופית, התהליכית-יחסית, במישור החברתי, המוסרי והפוליטי, יאפשר את קידומן של זכויות ההורות של אנשים עם מוגבלויות גם במישור המשפטי, ובסופו אני מפרטת את ניצני ההכרה החברתית והממשלתית הקיימים היום.

1. הגדרת ההורות בהתאם ל"מודל המשולש": תפקיד, התפתחות אישית,

ומערכת יחסים

מתוך הכתיבה אשר עסקה במשמעותה הפסיכולוגית והסוציולוגית של ההורות ניתן לחלץ שלושה מוטיבים עיקריים: **תפקיד** המקיים את מוסד המשפחה והכולל אחריות על תהליך הסוציאליזציה של הילדים; שלב אחד מתוך **השלבים ההתפתחותיים** של האינדיווידואל; ו**מערכת יחסים**.⁴⁸⁹ המוטיבים ההוריים משפיעים זה על זה (למשל, ביצוע תפקידים הוריים תורם להתפתחות ההורה כפרט ולמערכת היחסים הנרקמת בינו לבין ילדו, וכדומה) אולם הם גם עומדים בפני עצמם. במחקר זה אתייחס למוטיבים אלה כאל "המודל המשולש להורות".

כתפקיד, מאופיינת ההורות במחויבות, אחריות אינטנסיבית, וטיפול רגשי ומעשי, המחייבים השקעה מרובה שאינה מוגבלת בזמן ובמקום, ואינה מאפשרת הפוגה, פיצוי על שחיקה, או ויתור.⁴⁹⁰ על אף מורכבותו, הכניסה לתפקיד ההורי נעשית, ככלל, בהתאם להחלטות אישיות וללא הכנה פורמלית. ערכו של ההורה נקבע, בעיני אחרים ובעיני עצמו, על פי התמסרותו לתפקיד ו"מידת" הצלחתו, כפי שהיא משתקפת בהישגים ובהסתגלות של ילדיו.⁴⁹¹

התובענות של העולם המודרני מוסיפה על מורכבות התפקיד ההורי, שכן היא מייחסת חשיבות רבה לצרכים סותרים: לצורך להיענות לצורכי הילד ברגישות, לאפשר לו ביטוי עצמי והגשמה עצמית, ובו בזמן גם לחנכו להיות חבר מתחשב ומצליח בחברה; לצורך לספק לילדים חוויות הן של מעורבות הורית והן של נפרדות; לצורך, הנובע גם מציפייה חברתית, לטפח קריירה מחוץ לבית תוך כדי גידול הילדים, וטשטוש הגבולות שבין הבית לעבודה. כל אלה מתרחשים על רקע בו קיים מחסור גדול במערכות תמיכה חברתיות למשפחה הגרעינית.⁴⁹²

הגדרתה של ההורות כתפקיד מושפעת רבות מהאקלים החברתי-תרבותי שבו היא מתרחשת, אקלים אשר משתנה ממקום למקום ומעת לעת. בעולם המערבי כיום, רווחות גישות פסיכולוגיות לגידול ילדים

⁴⁸⁹ כהן, לעיל ה"ש 26, בעמ' 9. החשיבות שמייחסים החברה והמשפט לפן התפקודי של ההורות והשלכותיה השליליות על הורים עם מוגבלויות, כמפורט בהרחבה במחקר זה, שימשו אותי בפיתוח הצעה ליישום עקרונות של "עצמאותיות" (interdependence) ביחסי הורים וילדים עם מוגבלויות, במאמר הנמצא כעת בשלבי פרסום: "עצמאותיות" ביחסי טיפול בין הורים וילדיהם בראי זכויותיהם של הורים עם מוגבלויות" (עתיד להתפרסם בכתב העת **מחקרי משפט**).

⁴⁹⁰ למעשה, ויתור על הורות או על חלק ממרכיביה כרוך בהחלטה שיפוטית בהתאם לחוק הנוער (טיפול והשגחה) התש"ך-1960 או חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981.

⁴⁹¹ כהן, לעיל ה"ש 26, בעמ' 9.

⁴⁹² שם, בעמ' 10-11. ראו גם: Matthias Pollmann-Schult, *Parenthood and Life Satisfaction: Why Don't Children Make People Happy?* 76(2) JOURNAL OF MARRIAGE AND FAMILY 319 (2014); Katherine S. Nelson, Kushlev Kostadin & Sonja Lyubomirsky, *The Pains and Pleasures of Parenting: When, Why and How is Parenthood Associated with More or Less Well-Being?*. 140(3) PSYCHOLOGICAL BULLETIN 846 (2014).

אשר העבירו את המיקוד המסורתי בצורכי המבוגרים למיקוד בילדים, בצרכיהם ובזכויותיהם, מיקוד המתבטא גם בזירה המשפטית, באכיפת סטנדרטים של "הורות אינטנסיבית".⁴⁹³ מעבר המיקוד מההורה לילד מאופיין גם על ידי מודל מחקר אשר עוסק, ברובו הגדול, בהשפעות של הורים על ילדיהם, ולא בהשפעות ההפוכות, של ילדים על הוריהם. כתוצאה מכך, מחקרים אשר עסקו בנושא הצביעו על התפתחות דפוסים הוריים של מיקוד-יתר בילד, נקיטה בהגנת-יתר, חוויית חוסר אונים הורי, חוסר אפקטיביות, ואובדן הדדיות ביחסי הורה-ילד.⁴⁹⁴

ההתייחסות הרווחת להורים כבעלי תפקיד שעליהם מוטלת החובה והאחריות לגידול הילדים, כשהמבחן העיקרי הוא "מבחן התוצאה", מתעלמת, ברוב המקרים, מן השונות הרבה באישיותם של הורים, בערכיהם, במטרותיהם, במשאביהם ובסביבות החברתיות של חייהם. בנוסף לכך דומה שלא קיים "ידע נכון" שהוא רלוונטי ומתאים לכל הורה וילד, שכן מחקרים הראו שלאותן שיטות גידול יש השפעה שונה על ילדים שונים בסביבות שונות.⁴⁹⁵

לצד זאת, המחקר שעסק באפיוני התפקיד ההורי הגדיר מספר אלמנטים אשר זכו להסכמה כללית. כך למשל, נודעת חשיבות לאיכות ההתקשרות שבין ההורה לילד בינקות, התקשרות הנבנית על בסיס הקביעות, הזמינות והרגישות של היענות ההורה לאיתותי התינוק וצרכיו, כבעלת השפעה מכרעת על התפתחות חברתית-רגשית לאורך החיים.⁴⁹⁶ אלמנט חשוב נוסף הוא סגנון הורות המכונה "אוטוריטטיבי" שמשמעו הפגנת חיבה ומעורבות הורית, ושימוש בעידוד וחיזוקים חיוביים, השגחה פעילה על פעילויות הילדים והטלת משמעת עקבית אך לא קשוחה. אלה נמצאו כמשפיעים על מדדי הסתגלות פסיכו-סוציאלית של ילדים, מסוגלות אקדמית, תחושה חזקה של ערך עצמי, יחסים חברתיים חיוביים ומיעוט בעיות התנהגות.⁴⁹⁷

לצד הסכמה כללית זו בנוגע לאלמנטים הכרחיים בתפקוד הורי תקין, הבנת הרכיבים המעצבים את אותם אלמנטים, התקשרות וסגנונות ההורות השונים, נמצאת בתהליך מתמשך. ריבוי הרעיונות התיאורטיים ושפע הממצאים המחקריים מקשים על אינטגרציה פשוטה והסקת מסקנות חד משמעית ביחס לרכיבים המשמעותיים של ה"הורות הטובה" והבנת מנגנוני השפעתה על מורכבות הסוגיות הקשורות בגידול ילדים.⁴⁹⁸

כאמור, מעבר להורות כ"תפקיד" אשר מקיים הורה מסויים כלפי ילד מסויים, מהווה ההורות גם תהליך התפתחות אישי של האינדיבידואל - ההורה. בספרות הפסיכולוגית מקובל "לחלק" את הזהות לזהות אישית וחברתית. הזהות האישית היא אגד התכונות הייחודיות של כל אדם, בעוד הזהות

⁴⁹³ Galia Bernstein & Zvi Triger, *Over Parenting*, 44(4) UNIVERSITY OF CALIFORNIA DAVIS LAW REVIEW 1221 (2010).

⁴⁹⁴ כהן, לעיל ה"ש 26, בעמ' 10, וכן: Esther Cohen & Etan Lwow, *The Parent-Child Mutual Recognition Model: Promoting Responsibility and Cooperativeness in Disturbed Adolescents who Resist Treatment*, 14(3) JOURNAL OF PSYCHOTHERAPY INTEGRATION, 307 (2004).

⁴⁹⁵ כהן, לעיל ה"ש 26, בעמ' 14.

⁴⁹⁶ Alan L. Sroufe, *Attachment and Development: A Prospective, Longitudinal Study from Birth to Adulthood*, 7(4) ATTACHMENT AND HUMAN DEVELOPMENT, 349 (2005).

⁴⁹⁷ Marjory Roberts Gray & Laurence Steinberg, *Unpacking Authoritative Parenting: Reassessing a Multidimensional Construct*, 61(3) JOURNAL OF MARRIAGE AND THE FAMILY, 574 (1999).

⁴⁹⁸ כהן, לעיל ה"ש 26, בעמ' 12.

החברתית מתייחסת לקבוצת השתייכות אשר מגדירה את הפרט.⁴⁹⁹ קיימת הסכמה רחבה כי המעבר של הפרט להורות מהווה אירוע חיים התפתחותי משמעותי המשנה ומעצב את הן את הזהות האישית והן את זו החברתית. במישור האישי, המעבר להורות כולל הגדרה מחדש של העצמי, רכישה ושליטה בהתנהגויות ומיומנויות חדשות, וקבלה של שגרה קבועה הכוללת שינויים תכופים.⁵⁰⁰ במישור החברתי, המעבר להורות כולל גם מעבר, סימבולי ופיזי, לקבוצת השתייכות של הורים. הן במישור האישי והן בזה החברתי, יכולה חוויית ההורות להוות הזדמנות להרחבת ה"עצמי" והיא מביאה איתה אחריות, מוטיבציות, סטטוס, והערכה חדשים.

תפיסת ההורות כשלב, ולמעשה שלבים, התפתחותיים, מרחיבה את נקודת המבט התפקידית הרואה בהורה כלי שרת לצורך גידול ילדים, שיעמדו בקריטריונים שונים של הצלחה. תפיסה זו מתייחסת להורה כאל אינדיווידואל העובר חוויות משמעותיות הקשורות בתפקודו כהורה, בתוך הקשרים דינמיים-פנימיים, בין-אישיים וחברתיים, המתמודד עם מערכות יחסים מורכבות ואתגרים חשובים, ועובר תהליכים ושינויים במהלך התנסויות אלה.⁵⁰¹ גישה זו רואה את תהליך ההתפתחות כתהליך הנמשך לאורך כל החיים, ותופסת את ההורות כהזדמנות וכאתגר התפתחותי, שכן היא דורשת לא רק התכווננות והשתנות לצורך המעבר לתפקיד החדש, מלא-הורה להורה, אלא גם השתנות חוזרת ונשנית, המותאמת לשינויים ההתפתחותיים המתרחשים אצל הילד או הילדים, ואלו המתרחשים בחיי המשפחה.⁵⁰²

מעבר להיבטיה התפקידיים וההתפתחותיים, ההורות היא גם מערכת יחסים: בין ההורה לילד היחיד ולכלל הילדים במשפחה, ובין ההורים לבין עצמם. מערכת היחסים מתפתחת ומשתנה עם השנים: היא מתחילה כמערכת יחסים דמיונית, ממשיכה עם הלידה למערכת יחסים המתאפיינת בצורך בטיפול אינטנסיבי ותמיכה כלכלית של ההורה בילדו, טיפול אשר מרכז הכובד שלו משתנה בדרך כלל עם השנים מטיפול פיזי לטיפול בעל מאפיינים פסיכולוגיים. עם הזדקנותו של ההורה עשוי להתרחש תהליך הפוך שבו הילד, אשר הופך לאדם בוגר, לוקח על עצמו את הטיפול הפיזי והפסיכולוגי בהורהו. אך מערכת היחסים אינה מתאפיינת, כמובן, רק בפעולות הפיזיות או הפסיכולוגיות הכרוכות בטיפול, או בפן הכלכלי שלו, והיא מלווה ברגשות עזים (חיוביים כמו גם שליליים) ובתגמול לו זוכה "הגורם המטפל" (ההורה, ולאחר הזדקנותו – הילד) כגון תחושת סיפוק, אהבה, שייכות למשפחה, שייכות לקהילה, משמעות, וכיוצא באלו. זאת, כמובן, לצד תסכולים ורגשות שליליים, כמו גם השלכות מהותיות על היחסים שבין ההורים (כבני-זוג) לבין עצמם, ובין ההורים לבין אנשים נוספים, גורמים ומערכות הנוטלים חלק בגידולם של הילדים.

"המודל המשולש להורות" כולל, כאמור, את שלושת המרכיבים העיקריים של ההורות: התפקיד של ההורה כמטפל בילדו, ההתפתחות האישית של ההורה בעקבות ההורות ובמהלכה, ומערכת היחסים ההדדית בין ההורה לבין הילד. מודל זה עומד בבסיס הצעתי לשינוי התפיסה הרווחת של 'הורות' בקרב בתי המשפט, גורמי הרווחה וקובעי המדיניות, כפי שיפורט במהלך פרק זה להלן. לטענתי, התייחסותם

⁴⁹⁹ Shor & Moreh-Kremer, ה"ש 20 לעיל, בעמ' 216.

⁵⁰⁰ Ramona T. Mercer, *Becoming Mother Versus Material Role Attainment* 36(3) JOURNAL OF NURSING SCHOLARSHIP, 226 (2004).

⁵⁰¹ כהן, לעיל ה"ש 26, בעמ' 18.

⁵⁰² שם, בעמ' 19.

ההורות של גורמים אלה להורות מבוססת על אחד מהיבטי המודל בלבד – ההיבט התפקידי. התייחסות רחבה יותר אל ההורות בהתאם ל"מודל המשולש" תשקף באופן נאמן יותר את ההיבטים השונים והמגוונים של ההורות. התייחסות שכזו טומנת בחובה גם את אפשרות קידום זכות ההורות של אנשים עם מוגבלויות, ובעיקר מוגבלויות נפשיות ושכליות, אשר ההיבט התפקידי של הורותם נבחן על ידי הרשויות יותר מאשר אצל אחרים, ונחשב פעמים רבות לבעייתי (כפי שפורט בהרחבה בפרק הראשון למחקר, תתי פרקים 3.2.3 ו-3.3.3).

השינוי התפיסתי אותו אני מציעה, אשר כאמור, אמור להוביל לשינוי ביחס ובמדיניות כלפי הורים עם מוגבלויות, מבוסס על מעבר מגישה תפקידית-בלעדית לגישה תהליכית-יחסית כלפי הורות. כפי שאטען בנוסף, בהתאם לרעיונות אוניברסליים בהקשר של מוגבלות, שינוי תפיסתי זה של ה'הורות' יועיל לכל ההורים, ולא רק להורים עם מוגבלויות.

בשני חלקיו הבאים של הפרק (חלק 2 וחלק 3) אדגים כיצד השפיעה הגישה התפקידית-בלעדית על ביסוסה המשפטי של ההורות ותפיסת טובת הילד וזכויותיו, כפי שהיא באה לידי ביטוי היום; בשני חלקיו האחרונים של הפרק (חלק 4 וחלק 5) אפרט כיצד ניתן לבסס תפיסה שלמה יותר של מושג ההורות, על בסיס הגישה התהליכית-יחסית, ומדוע כדאי לשאוף לביסוס תפיסה שכזו לקידום זכויותיהם של הורים עם מוגבלויות והורים בכלל.

2. ההורות במשפט הישראלי

2.1. הורות: המעמד המשפטי, תוכנו, ואפשרות שלילתו

ההורות היא סטטוס משפטי המוענק לפרט על ידי המדינה. גם ההורות המכונה על-פי-רוב "טבעית", היינו – הורות של זוג הטרוסקסואלי בעקבות קיום יחסי מין, הריון ולידה, מעוגנת בנורמה משפטית, המקבלת ביטוי במרשם הממשלתי, לפיה על-פי-רוב, האם היולדת ובן זוגה בעת הלידה יחשבו כהורי הילד,⁵⁰³ וקבלתה של הורות כזו כ"טבעית" מעידה על מדיניות המעדיפה אותה על פני חלופות אחרות.⁵⁰⁴ עצם היותה של ההורות מושג משפטי מעלה את הצורך בהגדרת גבולות הזכות למשפחה ולהורות, וקביעת כללים ברורים ואחידים.⁵⁰⁵ מטבע הדברים, קשורות זכויות המשפחה של הפרט בגורם נוסף החוסה תחת הגנה מובהקת של המדינה – הילד, גורם המאפשר ומצדיק התערבות במקרים

⁵⁰³ כאמור, ההורות היא סטטוס משפטי המוענק על ידי המדינה, גם במקרים בהם נהוג להמשיג אותה כ"טבעית". שכן, גם הרישום הפורמלי המעיד על הורות לילד שנולד באופן "טבעי", מתבצע בהתאם לכללים שקבעה המדינה, ואינו כרוך בהכרח בקשר גנטי (ביצית/זרע) או ביולוגי (הריון ולידה): כך, כאשר בני הזוג נשואים, האשה היולדת ובעלה נחשבים כהורי הילד באופן אוטומטי, וככאלה הם נרשמים במרשם האוכלוסין. כאשר בני הזוג אינם נשואים, בן-הזוג יחשב כאב וירשם כאב במרשם האוכלוסין, במידה ויחתום על טופס המאשר כי הוא אבי הילדה. בשני המקרים, בן הזוג/הבעל יחשב וירשם כאב ללא צורך בבדיקה גנטית, וזאת גם כאשר ידוע כי ההריון נוצר כתוצאה מתרומת זרע, והבעל/בן הזוג אינו האב הגנטי. גם אשה שקיבלה תרומת ביצית לצורך הריון בהתאם לחוק תרומת ביציות, תש"ע-2010, תחשב כאמו של הילד שנולד, למרות שאינה אימו הגנטית, ואילו אשה ששימשה כפונדקאית וילדה ילד בהתאם לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד) תשנ"ו-1996, בדרך-כלל לא נחשבת לאמו של התינוק, למרות שהיא האם היולדת.⁵⁰⁴ איילת בלכר-פריגת ודפנה הקר "הורים או זרים – מעמדם המשפטי המצוי והרצוי של בני זוג של הורים" **משפטים** 56 (2010).

⁵⁰⁵ Daniel Statman, *The Right For Parenthood: An Argument for a Narrow Interpretation*, 10 ETHICAL PERSPECTIVES 224, 226 (2003); Hugh LaFollette, *Licensing Parents*, 2 PHILOSOPHY & PUBLIC AFFAIRS 182, 184-186 (1980).

חגי קלעי "הורים חשודים – פיקוח ושליטה משפטיים על משפחות לא הטרונומטיביות בעקבות בג"צ 566/11 ממת-מגד נ' שר הפנים" **"המשפט" ברשת: זכויות אדם, 7 מבזקי הארות פסיקה** 34-5 (2014).

בהם המדינה סבורה כי ההורות נוגדת את זכויותיו וטובתו.⁵⁰⁶

כבכל תחום, גם בתחום ההורות והמשפחה, מנהלים המשפט והחברה יחסי גומלין. המשפט משקף את הערכים המקובלים בתחום המשפחה, ובה בעת מעצב את התפיסה החברתית ביחס לדרכים ליצירת משפחה ולהגדרת קשרים משפחתיים בין פרטים.⁵⁰⁷ בישראל, התא המשפחתי ועידוד הילודה מהווים ערכים חברתיים מקובלים, המקודמים באמצעים חברתיים, משפטיים וכלכליים, כחלק ממדיניות ציבורית שהיא חריגה ביחס למדינות אחרות. עידוד זה מתבטא בסיוע ממשלתי כלכלי-רפואי לפריון בהיקפים כספיים משמעותיים⁵⁰⁸ והסדרים העוסקים בהענקת סטטוס של הורות במצבים של שימוש בטכנולוגיות פריון;⁵⁰⁹ בפיתוח והרחבה של חקיקה העוסקת בפונדקאות (אמצעי שנוי במחלוקת בחלק ממדינות העולם המערבי);⁵¹⁰ ובהרחבה מתמדת של הגדרת ההורות המשפטית, והכרה משפטית בהורותם של אנשים בעלי זיקות לא-גנטיות לילדים (מעבר לאימוץ "הקלאסי")⁵¹¹ כגון "צווי הורות" הניתנים באמצעות בתי המשפט לבני זוג של הורים גנטיים, בין השאר בנסיבות של פונדקאות המתרחשת בחו"ל.⁵¹² צווי הורות אלה ניתנים גם לבני זוג מאותו המין, אשר ההכרה בהם במסגרת המשפט הישראלי הולכת ומתבססת.⁵¹³

משמעותה המשפטית של ההורות באה לידי ביטוי בזכותם של הורים, כלפי המדינה, לגדל את ילדיהם ולחנכם במשמורתם.⁵¹⁴ חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962⁵¹⁵ מגדיר את ההורים כ"אפוטרופסים טבעיים" על ילדיהם הקטינים (סעיף 14) ומקנה להם מעמד משפטי בלעדי, הכולל

⁵⁰⁶ דנ"א 6041/02 פלוגית נ' פלוגי פ"ד נח(6) 246, 257 (12.7.04); בע"מ 7204/10 פלוגית נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 22.2.2011).

⁵⁰⁷ פנחס שיפמן "על המשפחה החדשה: קווי פתיחה לדיון" **עיוני משפט** כח(3) 643 (2005); פנחס שיפמן, **דיני המשפחה בישראל** כרך ב 23, 112 (1989); טלי מרקוס, "צריך (רק) שניים לטנגו: על האפשרות להכיר ביותר משני הורים לילד אחד" **משפטים** מד 415 (2014).

Rona Schuz, *The Developing Right to Parenthood in Israel Law*, THE INTERNATIONAL SURVEY OF FAMILY Stewart Macaulay, Lawrence M. Friedman & Elizabeth Mertz, *The Impact of*; LAW 197, 198 (2013) *Society on Law*, in LAW IN ACTION 190-191 (Stewart Macaulay, Lawrence M. Friedman & Elizabeth Mertz eds., 2007).

⁵⁰⁸ צבי טריגר, "טכנולוגיות פריון, זכויות וחרטה: מחשבות בעקבות בג"צ 4077/12 פלוגית נ' משרד הבריאות" **"המשפט ברשת: זכויות אדם, מבזקי הארות פסיקה** 4 2 (2013).

⁵⁰⁹ כגון הענקת סטטוס של הורה לאם יולדת אשר קיבלה תרומת ביצית לפי חוק תרומת ביציות, תש"ע-2010.

⁵¹⁰ Carmel Shalev, Adi Moreno, Hedva Eyal, Michal Leibel, Rhona Schuz & Talia Eldar-Geva, *Ethics and Regulation of Inter-Country Medically Assisted Reproduction: A Call for Action*. 5 ISRAEL JOURNAL OF (2016). HEALTH POLICY RESEARCH 59.

⁵¹¹ בהתאם לסעיף 16 לחוק אימוץ ילדים, תשמ"א-1981.

⁵¹² מרגלית, לעיל ה"ש 361.

⁵¹³ בג"צ 566/11 דורון ממש ואח' נ' משרד הפנים ואח' (פורסם בנבו, 28.1.14). לדיון מקיף בתופעת צווי ההורות הפסיקטיים ראו: מרגלית, לעיל ה"ש 361.

⁵¹⁴ John Lawrence Hill, *What Does it Mean To Be A "Parent"? The Claims of Biology as the Base for Parenting Rights*, 66 NEW YORK UNIVERSITY LAW REVIEW 353 (1991); Emily Buss, "Parental" Rights, 88 VIRGINIA LAW REVIEW 635 (2002).

⁵¹⁵ על שולחן הכנסת הונחה הצעת חוק ממשלתית (הצעת חוק הורים וילדיהם, התשע"ה – 2014, הצעות חוק הממשלה, 903 – ד' בכסלו התשע"ה, 26.11.2014) אשר לו תתקבל, "תחליף" את החלק בחוק הכשרות המשפטית העוסק ביחסים בין הורים לילדיהם, באופן כזה, שחוק הכשרות המשפטית יכלול רק הוראות בנוגע לכשרות המשפטית של בגירים. בהתאם לדברי החסבר, ההצעה כוללת פירוט נרחב יותר של תפקידיהם של ההורים, בהתבסס, בין היתר, על האמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד, ועל התפיסה לפיה ענייני הילדים וזכויותיהם צריכים לעמוד בפני עצמם, ואינם יכולים להיגזר רק מזכויותיהם וחובותיהם של ההורים כאפוטרופסים טבעיים. במסגרת זו מציע החוק מעבר למונח "אחריות הורית" שבה שיקול טובת הילד יהיה הראשון במעלה, ומפרט את זכויותיו השונות של הילד, כגון חינוך, התפתחות גופנית ונפשית, שמירת נכסים, ועוד. הצעת החוק מתמקדת גם ביחסים שבין ההורים בכל הקשור לאחריותם המשותפת לילדים, וככזו היא נחשבת כשנויה במחלוקת בין ארגונים שונים העוסקים בזכויותיהם של אמהות, אבות וילדים.

זכויות וחובות ("החובה לדאוג לצרכי הקטין, לרבות חינוכו, לימודיו, הכשרתו לעבודה ולמשלח-יד ועבודתו, וכן שמירת נכסיו, ניהולם ופיתוחם; וצמודה לה הרשות להחזיק בקטין ולקבוע את מקום מגוריו, והסמכות לייצגו") (סעיף 15), ומנגד, חובת הקטין לציית להוריו (סעיף 16). באפוטרופסותם חייבים ההורים לנהוג לטובת הקטין כדרך שהורים מסורים היו נוהגים בנסיבות העניין (סעיף 17). כפי שניתן לראות, החוק מתייחס רק לפן התפקידי של ההורות ולא להיבטיה האחרים.

זאת ועוד. כמפורט לעיל, הגישה התפקידית-בלעדית להורות כוללת לא רק את תפקיד ההורה אלא גם את ההיבט הבלעדי בהורות, דהיינו, ביצוע תפקידו של הורה מסויים כלפי ילד מסויים. היבט זה של בלעדיות בא לידי ביטוי בפסיקה אשר הגדירה את הזכות להורות כ"זכות מועברת",⁵¹⁶ זכותו הבלעדית של ההורה לקיים את חובותיו כלפי ילדו.⁵¹⁷ הפסיקה הבהירה כי ההורים הם האחראים הראשוניים והעיקריים לילדיהם הקטינים, וככאלה מוטלת עליהם החובה והזכות לדאוג לצורכיהם במסירות, וצמודה לה הרשות להחזיק בילדים, תוך מימוש זכות יסוד לאוטונומיה בגידול הילדים, אוטונומיה שהיא בבחינת ביטוי לקשר הטבעי ביניהם.⁵¹⁸ מהותה של הזכות להורות כחובה כלפי הילד ועקרון הבלעדיות של ההורות (היינו: חובות וזכויות ההורה הספציפי כלפי הילד הספציפי), הם שני היסודות העיקריים שבבסיסה.⁵¹⁹ וכך, בעוד זכותם של ההורים הביולוגיים להחזיק בילדיהם הוגדרה בפסיקה כ"זכות נעלה" אשר בכירותה על כל זכות אחרת אינה מוטלת בספק, גם אם מסוגלותם ההורית מעלה תהיות,⁵²⁰ הרי שזכות זו כפופה ומשועבדת לזכותם של הילדים לגדול ולהתפתח.⁵²¹

משכך, בעל סטטוס משפטי של הורה אשר "כשל" בתפקידו יכול, בנסיבות מסוימות, לאבד את הסטטוס המשפטי שלו או לחוות כרסום והפחתה בו. התערבותה של המדינה ביחסים שבין הורה לילד מתאפשרת כאשר עולה החשש כי ההורה אינו מטפל בקטין באותה דרך "שהורים מסורים היו נוהגים בנסיבות העניין" (סעיף 17). החוקים המאפשרים למדינה להתערב ביחסים אלה, באמצעות רשויות הרווחה ובתי המשפט, הם חוק הכשרות המשפטית, המאפשר להגביל את האפוטרופסות הטבעית, חוק הנוער (טיפול והשגחה) התש"ך – 1960 המאפשר לבית המשפט לנוער להכריז על קטין כ"קטין נזקק" ובעקבות זאת לקבוע את דרכי הטיפול בקטין, לרבות אשפוזו והוצאתו מהבית, וחוק אימוץ ילדים, התשמ"א – 1981 אשר מאפשר לבתי המשפט לענייני משפחה, בהתקיים עילת אימוץ חוקית, לנתק – לרוב באופן מוחלט – את הקשר בין ההורה לבין הילד, ובכך בעצם לסיים באופן סופי את היחסים.

שני חוקים מרכזיים אלה – חוק הנוער וחוק אימוץ ילדים, מאפשרים את ההתערבות ביחסי הורה-ילד בשל נסיבות הקשורות בפן התפקידי של ההורות: סעיף 2 לחוק הנוער מאפשר להכריז על ילד כ"קטין נזקק" בין השאר כאשר "האחראי על הקטין אינו מסוגל לטפל בו או להשגיח עליו או שהוא מזניח את הטיפול או ההשגחה" (סעיף 2(2)); וכן כאשר "שלומה הגופני או הנפשי נפגע או עלול להיפגע מכל סיבה אחרת" (סעיף 2(6)). סעיף 13(א) לחוק אימוץ ילדים מאפשר להכריז על ילד כ"בר אימוץ" גם ללא

⁵¹⁶ ע"א 2266/93 פלוגי, קטין ואח' נ' פלוגי פד מט(1) 221, 237 (פורסם בנבו, 20.2.95).

⁵¹⁷ רע"א 3009/02 פלוגי נ' פלוגי, פ"ד נו(4) 872 (פורסם בנבו, 20.6.02); ע"א 577/83 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוגי, פ"ד לח(1) 461 (פורסם בנבו, 6.3.84).

⁵¹⁸ ע"א 2266/93 פלוגי, קטין ואח' נ' פלוגי פד מט(1) 221, 235 (פורסם בנבו, 20.2.95).

⁵¹⁹ רע"א 3009/02 פלוגי נ' פלוגי, פ"ד נו(4) 872 (פורסם בנבו, 20.6.02).

⁵²⁰ השופט אדמונד לוי בבע"מ 377/05 פלוגי ופלוגי ההורים המיועדים לאימוץ נ' ההורים הביולוגיים, פ"ד ס(1) 124 (פורסם בנבו, 21.4.05).

⁵²¹ זכי, לעיל הי"ש 278.

הסכמת הוריו כאשר "ההורה מת או הוכרז פסול דין או שאפוטרופסותו על הילד נשללה ממנו" (סעיף 13(א)(3)); "ההורה הפקיר את הילד או נמנע, ללא סיבה סבירה, מלקיים במשך ששה חודשים רצופים קשר אתו" (סעיף 13(א)(4)); "ההורה נמנע, ללא סיבה סבירה, מלקיים במשך ששה חודשים רצופים את חובותיו כלפי הילד, כולם או עיקרם" (סעיף 13(א)(5)); "הילד היה מוחזק מחוץ לבית הורה במשך ששה חודשים שתחילתם בטרם מלאו לו שש שנים וההורה סירב, ללא הצדקה, לקבלו לביתו" (סעיף 13(א)(6)); ו"ההורה אינו מסוגל לדאוג לילדו כראוי בשל התנהגותו או מצבו, ואין סיכוי שהתנהגותו או מצבו ישתנו בעתיד הנראה לעין על אף עזרה כלכלית וטיפולית סבירה כמקובל ברשויות הסעד לשיקומו".⁵²²

2.2. ההורות כזכות אדם וכזכות חוקתית

ברבות השנים, כפי שאראה בתת-פרק זה, הומשגה הזכות להורות כזכות אדם חוקתית. המשגה זו עשויה היתה לטמון בחובה התייחסות לא רק לפן התפקידי שלה אלא גם להיבטים הקשורים להורה כפרט, וביניהם ההיבט ההתפתחותי וההיבט של מערכת היחסים. אולם, כפי שאראה להלן, התפתחותה של ההורות במישור החוקתי, ובעיקר במובנה כגידול ילדים (להבדיל מהבאת ילדים לעולם), עסקה בעיקר בזכות השלילית להורות, היינו, זכותו של הפרט לאי התערבות, ולא בזכות החיובית להורות, היינו, זכותו של הפרט לסיוע למימוש ההורות. התמקדות זו נובעת, לדעתי, מהגישה התפקידית-בלעדית לפיה המדינה תאפשר את ההורות ולא תתערב בה כל עוד ההורה עומד במטלותיו התפקידיות הבלעדיות, אך לא תפעל באופן אקטיבי על מנת לקיים הורות בהתאם למודל המשולש – תפקיד, התפתחות אישית, ומערכת יחסים.

2.2.1. ביסוסה של הזכות להורות כזכות אדם בעלת מעמד חוקתי

שיטות משפט שונות, כמו גם השיטה הישראלית, הכירו בזכות האוטונומית להקים משפחה כאחת מחירויות האדם הבסיסיות.⁵²³ המשמעות והתוכן הקונקרטי של הזכות להורות התגבשו לאורך השנים בפסיקות בתי המשפט השונים, אשר הכירו בה כזכות יסוד בעלת מעמד חוקתי, תוך דיון מעמיק באינטרסים השונים העומדים בבסיסה.

בכלל זה, הכירו בתי המשפט בזכות להורות כחלק מהזכות להקים משפחה, כזכות עצמאית וכזכות

⁵²² סעיף 13(א)(7) לחוק אימוץ ילדים. כפי שיפורט בהרחבה להלן, משמעותה של אותה "עזרה כלכלית וטיפולית סבירה כמקובל ברשויות הסעד לשיקומו" של ההורה בעתיד, המופיעה בסעיף 13(א)(7), קיבלה פרשנויות פסיקתיות שונות. בחלק מהמקרים נקבע כי סיוע אשר ישמש רק כ"קביים" ולא יהיה בו כדי לשקם את ההורה, להעמידו על רגליו ולהביאו למצב שבו יוכל לטפל בילדיו באופן עצמאי בעתיד, לא יהיה בו כדי לשלול את הוכחת העילה. כך למשל, בע"א 4189/91 פלוני ואח' נ' מדינת ישראל פ"ד מו(4) 464 (פורסם בנבו, 2.9.92), אשר עסק בזוג הורים עם מוגבלות נפשית (סכיזופרניה) קבע בית המשפט כי הסתמכות לטווח ארוך על אחר, כמו בן משפחה, אשר יהווה תחליף להורה בתפקודו כהורה, אין בו כדי שיקום ההורה ומצב זה יש בו כדי קיום עילת סעיף 13(א)(7) והכרזתו של הילד ככר-אימוץ. גם בבע"מ 10791/05 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' (פורסם בנבו, 9.2.06), נקבע כי נכונות הסיוע של המשפחה המורחבת של ההורים (שהינם חולי סכיזופרניה), עם כל חשיבותה, אינה יכולה להוות תחליף למסוגלות ההורית של ההורים עצמם. עם זאת, במסגרתם של פסקי דין אחרים הובעה הדעה העקרונית כי אם הורה מסוגל לטפל בילדו כראוי באמצעות העזרה שמושיטות לו רשויות הרווחה, גם אם אין בקבלת העזרה כדי לשקמו לתפקוד הורי עצמאי מוחלט, לא תתקיים עילת סעיף 13(א)(7) ולא יתנתקו יחסי הורה-ילד (ע"א 3554/91 אלמונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 9.10.01)).

⁵²³ ההכרזה לכל באי העולם בדבר זכויות האדם, 1948, סעיף טז: "כל איש ואישה שהגיעו לפרקם רשאים לבוא בבריות הנישואין ולהקים משפחה"; סעיף 10 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 31, 205 (נפתחה לחתימה ב-1966, אושרה על ידי ישראל ב-1991 ונכנסה לתוקף ב-1992).

הנגזרת מזכויות אחרות כמו כבוד האדם, חירות, פרטיות או אוטונומיה.⁵²⁴ בהקשר זה נקבע כי זכותו של הורה, מכוח קשר דם, לגדל ולחנך את ילדו במשמורתו ולקיים כלפיו את חובותיו כהורה.⁵²⁵ הוכרה הזכות לחיות יחד כתא משפחתי כחלק מהמרכיבים היסודיים ביותר של הזכות לכבוד האדם, וכחלק מכוחו של האדם לעצב את חיי המשפחה שלו על פי האוטונומיה של רצונו החופשי.⁵²⁶ כן נקבע כי זכות האדם למשפחה היא מיסודות הקיום האנושי, כי מימושה הוא תנאי למיצוי החיים וטעם החיים, תנאי להגשמה העצמית של האדם, ליכולתו לקשור את חייו עם בן זוגו וילדיו בשותפות גורל אמיתית, וכי היא משקפת את תמצית הווייתו של האדם ואת התגלמות מאוויי חייו.⁵²⁷

עוד נקבע כי שמירה על האוטונומיה של התא המשפחתי, ולמעשה על כוח ההורים להכריע בענייני ילדיהם, מתבקשת גם מערכים ומאינטרסים חברתיים, החורגים מזכויות ההורים.⁵²⁸ בהתאם לכך נקבע, כי הזכות לקיומם של חיי משפחה, ובכלל אלה זכותו של קטין להיות עם הוריו, מהווה תשתית לקיומה של חברה, שכן התא המשפחתי הוא תא היסוד של החברה האנושית, ועליו נבנית החברה והמדינה,⁵²⁹ וכי התא החברתי היסודי והקדום ביותר בתולדות האדם, אשר משמר ומבטיח את קיומה של החברה האנושית, הינו המשפחה הטבעית.⁵³⁰ משכך נקבע כי על המדינה מוטלת החובה לשמור על התא המשפחתי, לאפשר ולהבטיח את מימוש חיי המשפחה כיחידה אחת.⁵³¹

עם זאת, בשל היבטיה המגוונים של ההורות, "הזכות להורות" היא שם כללי לאגד של זכויות בעלות מעמד שונה. חלקן "שליליות" ובעלות אופי של זכויות אזרחיות ופוליטיות, דהיינו, הזכות לפעול למימוש ההורות והאוטונומיה ההורית ללא התערבות המדינה, וחלקן "חיוביות" ובעלות אופי של זכויות חברתיות וכלכליות, כגון סיוע אקטיבי מטעם המדינה בהבאת ילדים לעולם ובגידולם. אם בגרעינה של הזכות נמצאת הזכות להתרבות טבעית, אשר הוכרה בפסיקה כזכות יסוד,⁵³² הרי שבשוליה הזכות נמצאות זכויות אחרות, כגון הזכות להתרבות באופן מלאכותי, והזכות ל"הורות חברתית", היינו הזכות לגדל ילדים לא ביולוגיים אשר נסיבות החיים הובילו ליצירת קשר בעל אופי הורי עמם.⁵³³ וכך, לצד ההכרה החוקתית הכללית בזכות להורות, לא הובהר מהו היקפה של הזכות ומהי ההגנה המוקנית

⁵²⁴ רות זפרן, "הזכות להורות בישראל – מימוש שוויוני בסיוע הסכמים לנשיאת עוברים?" **משפטים על אתר** ח (2015); דפנה ברק-ארז, "על סימטריה וניטרליות: בעקבות פרשת נחמני" **עיוני משפט** כ 200 (1996); אהרן ברק, "חוקת המשפחה: היבטים חוקתיים של דיני המשפחה", **משפט ועסקים** טז 13 (2013); דניאל 2401/95 **נחמני נ' נחמני** פ"ד (4) 661 (פורסם בנבו, 12.9.96); בג"ץ 3648/97 **סטמקה נ' שר הפנים**, פ"ד נג(2) 728 (פורסם בנבו, 4.5.99); בג"ץ 7052/03 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים** פ"ד סא(2) 202 (פורסם בנבו, 14.5.06).

⁵²⁵ רע"א 3009/02 **פלוגית נ' פלוגי**, פ"ד נו(4) 872, 894 (פורסם בנבו, 6.3.84).

⁵²⁶ בג"ץ עדאלה, לעיל ה"ש 524, בעמ' 296-297.

⁵²⁷ בג"ץ 7444/03 **בלאל מסעוד דקה ואח' נ' שר הפנים** (פורסם בנבו, 22.2.2010).

⁵²⁸ שולמית אלמוג ואריאל בנדור "טובת ילדים, זכויות אדם", **ספר זמיר על משפט, ממשל וחברה** (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים) 93 (2005).

⁵²⁹ בג"ץ עדאלה, לעיל ה"ש 524, בעמ' 399-400.

⁵³⁰ ע"א 488/77 **פלוגי נ' היועץ המשפטי לממשלה** פ"ד לב(3) 421 (פורסם בנבו, 21.8.78) 434 (דברי השופט אלון, אשר היה בדעת מיעוט בנוגע לתוצאה הקונקרטית, אולם דבריו מצוטטים בפסקי דין עוקבים כדעתו של בית המשפט העליון).

⁵³¹ בג"ץ עדאלה, לעיל ה"ש 524, בעמ' 298.

⁵³² שם.

⁵³³ בנוסף לאלה, בעשורים האחרונים מתפתחות גישות ופרדיגמות נוספות להורות, אשר לא אומצו באופן גורף. אחת מהן היא גישה המקדמת מתן סטטוס של הורות בהתאם לתפקוד, ולמעשה מגדירה את יחסי ההורות באמצעות הטיפול שמוענק על ידי אדם מבוגר לילד מסוים, תוך התמקדות באינטרסים של ילדים. לפי גישה זו, אשר לא זכתה להכרה משפטית בישראל, מי שמתפקד בפועל כהורה וממלא את צרכיו הפיזיים והפסיכולוגיים של הילד, יכול להיחשב כהורה. לסקירת גישות שונות ליצירת סטטוס של הורות, בארץ ובחו"ל, ראו: מרקוס, לעיל ה"ש 507.

לה.⁵³⁴ לחוסר הבהירות תורמת העובדה שחלק ניכר מהסדרתה של הזכות מתבצע בחקיקת משנה, בהנחיות פנימיות, ובפסיקה, באופן שאינו תמיד אחיד וקוהרנטי, ופותח פתח לפרשנויות שונות.⁵³⁵

2.2.2. השפעת חוקי היסוד על הזכות להורות

ההכרה הפסיקתית בזכות להורות כ"זכות חוקתית" השתלבה במגמה כוללת של התייחסות חוקתית לדיני המשפחה בישראל. "המהפכה החוקתית" הישראלית החלה עם כינונם בשנת 1992 של שני חוקי היסוד הראשונים, חוק יסוד: חופש העיסוק, וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁵³⁶ בהתאם לפרשנות הפסיקתית, שינו חוקי יסוד אלה את מעמדן הנורמטיבי של זכויות האדם בישראל, כך שלזכויות האדם הקבועות בהם ניתן מעמד חוקתי על-חוקי, ונוצר מימד חדש, הן ביחסים שבין הפרט לכלל והן ביחסים בין הפרט לבין פרטים אחרים. במישור היחסים שבין הפרט לכלל, ומתוך הכרה בכך שזכויות אדם תלויות במערכת חברתית המקיימת אותן, וקיים לעיתים צורך לפגוע בהן על מנת לקיים מטרות חברתיות ולאומיות, נועדו חוקי היסוד לשרטט את גבולות הפגיעה בזכויות אדם (ולא למנוע לחלוטין את הפגיעה) בתהליך קיומן של אותן מטרות חברתיות ולאומיות.

במישור היחסים שבין פרטים לבין עצמם, מבוססת המהפכה החוקתית על הרעיון לפיו זכויות האדם החוקתיות הינן יחסיות ולא מוחלטות – האחת גורעת מהאחרת, תוך יצירת איזון פנימי שמשקף את המשפט הציבורי והפרטי. עם חקיקתם של חוקי היסוד, כל ענף משפטי וכל נורמה משפטית אמורים להיות מושפעים מההסדרים החוקתיים בדבר זכויות האדם, וצריכים להתאים את עצמם אליהן.⁵³⁷

חוקי היסוד הביאו לשינוי מהותי במערך רשויות השלטון. כוחן של הכנסת (כרשות מחוקקת) ושל הממשלה (כרשות מבצעת) אשר יכולה להביא לחקיקה באמצעות רוב קואליציוני לפגוע בזכויות הוגבל, ונקבע שפגיעה יכולה להתרחש רק בהתאם לדרישותיה של "פיסקת ההגבלה" הקבועה בחוקי היסוד: בחוק שהולם את ערכי המדינה, נועד לתכלית ראויה, פגיעתו בזכות אינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.⁵³⁸ בד בבד, הוטלה אחריות על הרשות השופטת לשמור על עקרונות חוקי היסוד ולצקת אליהם תוכן קונקרטי.⁵³⁹

בכל הנוגע לדיני המשפחה, השפעתה של המהפכה החוקתית נותרה מצומצמת יחסית, ונטען, כי ההיבטים החוקתיים אינם מחלחלים דיים לערכאות הדיוניות העוסקות בנושא המשפחה באופן יומיומי.⁵⁴⁰ כתוצאה מכך, נוכחותה של המדינה בתחום משפט המשפחה היא שולית ושמורה למצבים המוגדרים כ"פתולוגיים", כגון גירושים והפרדה בין הורים לילדיהם, ולהיבטים חוקתיים של משפחה

⁵³⁴ זפרן **הזכות להורות בישראל – מימוש שוויוני בסיוע הסכמים לנשיאת עוברים?** לעיל ה"ש 524.

⁵³⁵ טריגר, לעיל ה"ש 508.

⁵³⁶ לסקירה היסטורית ונורמטיבית של חקיקת חוקי היסוד הראשונים ראו: גדעון ספיר, **המהפכה החוקתית: עבר הווה ועתיד** (פרק שני: המהפכה החוקתית – איך זה קרה?) (2010); לעניין מחלוקת בנוגע לכינוי התהליך "המהפכה החוקתית" ראו: אהרן ברק "המהפכה החוקתית – בת מצווה" **משפט ועסקים** א 3, 12-15 (2004).

⁵³⁷ אהרן ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדינוני)" **מחקרי משפט** יג 5, 9, 11 (1996).

⁵³⁸ ברק **המהפכה החוקתית – בת מצווה**, לעיל ה"ש 536, בעמ' 6-8; סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; סעיף 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק.

⁵³⁹ ברק **הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדינוני)**, לעיל ה"ש 537.

⁵⁴⁰ ברק **חוקת המשפחה: היבטים חוקתיים של דיני המשפחה**, לעיל ה"ש 524.

כמעט ואין תחולה ביחסים שבין הפרטים לבין עצמם.

ברק במאמרו מבקש להמשיג מחדש את מיקומה של הזכות להורות בגדרם של חוקי היסוד וטוען, כי למרות שחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו מכיר בזכות עצמאית לחיי משפחה, ניתן להכניס אותה בגדרו של החוק, אולם תוכנה יהיה צר יותר מכפי שהיה אילו הוכרה כזכות עצמאית. משכך, מגדיר ברק את הזכות לחיי משפחה כ"זכות-בת" חוקתית, בעלת היבטים שליליים כמו גם חיוביים, ואת הזכות להורות כ"זכות-נכדה" חוקתית. מזכויות אלה גוזר ברק את החובה המוטלת על המדינה לשמור על התא המשפחתי ולאפשר את מימוש חיי המשפחה. במסגרת זו מציע ברק כי תכולתה של "חוקת המשפחה" היא אנכית, כלומר, תפעל ביחסים שבין הפרט לבין רשויות השלטון, אשר יהיו מחויבות לאזן, לפגוע, או להגן על הזכות החוקתית של הפרט, בגידרה של פסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. מידת ההגנה על מימוש הזכות לחיי משפחה ולהורות תושפע מ"מיקומו" של המקרה הספציפי, האם ב"גרעינה" של הזכות (למשל הורות "טבעית" לילד ביולוגי) או בשוליה (למשל באימוץ).⁵⁴¹ בין הפרטים (בני זוג, הורים וילדים) לבין עצמם לא תהיה תחולה אופקית של "חוקת המשפחה", אולם גם במערכות יחסים אלו, אותן מגדיר ברק כמערכות "תת-חוקתיות", יושפעו זכויות הצדדים לתא המשפחתי מהזכויות החוקתיות שיש לכל אחד מהם כלפי המדינה. משכך, על אף שלזכויות החוקתיות לא תהיה תחולה ישירה ביחסים בין הפרטים לבין עצמם, תהיה להן תחולה עקיפה בעיצוב המשפט החל ביחסים ביניהם. בהתאם לכך, כנגד זכותו החוקתית של ההורה עומדת חובתה החוקתית של המדינה לקבוע דינים תת-חוקתיים שיאפשרו לו לשמור על הילד ולחנכו. בנוסף, כנגד חובתו של ההורה עומדת זכותו החוקתית של הילד – כלפי המדינה – שהוריו ישמרו עליו ויחנכו אותו, זכות חוקתית ממנה נובעת זכות תת-חוקתית של הילד כלפי ההורה.

2.2.3. הזכות להורות: הבאת ילדים לעולם אל מול גידול ילדים

הדיון בהורות כזכות משפטית וחוקתית, מפריד בדרך כלל בין שני היבטים: הראשון הוא הבאת ילד לעולם, והשני הוא גידולו של ילד אשר כבר בא לעולם. עם זאת, שני ההיבטים אינם ניתנים להפרדה אמיתית,⁵⁴² שכן הדיון בנוגע לזכותם של הורים להביא ילד לעולם מניח הנחת יסוד (גם אם זו איננה באה לידי ביטוי מפורש) שככל שאכן תוכר זכותם להביאו לעולם, הם יהיו זכאים גם לגדלו.⁵⁴³

למעשה, השאלה בנוגע לגידול הילדים, על אף היותה "מאוחרת כרונולוגית" להבאת הילד לעולם, עומדת בבסיסה של שאלת הבאת הילד לעולם, ומהווה מעין "תנאי מקדים" לעצם הרצון האנושי להביא ילד לעולם. אנשים המבקשים להביא ילד לעולם, עושים זאת בהנחה ועל מנת שהם אלו שיגדלו את הילד. הנחה זו מהווה תנאי מקדים גם לנכונות המדינה לסייע בהבאתו של ילד לעולם, שכן, קשה להעלות על הדעת שהמדינה תסייע באופן אקטיבי בהבאת ילד לעולם אם היא איננה מניחה שהטיפול בילד יופקד בידי הוריו. לא ייפלא אפוא שהדעות הרווחות בחברה בשאלה "מי ראוי לגדל ילדים" – דעות שעשויות להשתנות עם הזמן – משפיעות על מידת ההכרה המשפטית בזכות להביא ילד לעולם. נוכח זאת, הספק המובנה בנוגע ליכולתם של אנשים עם מוגבלויות לגדל ילדים משפיע גם על החלטות

⁵⁴¹ השופטת ביניש בבג"צ 4293/01 משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה (פורסם בנבו, 24.3.2009).

⁵⁴² זפרן. **הזכות להורות בישראל – מימוש שוויוני בסיוע הסכמים לנשיאת עוברים**? לעיל ה"ש 524.

⁵⁴³ יוצאת דופן היא ההורות בהתאם לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) תשנ"ו-1996 (החוק המסדיר הורות בדרך של פונדקאות) אשר בהתאם לו מעמד ההורות איננו ניתן אוטומטית עם הלידה.

ומדיניות בנוגע לאפשרותם להביא ילדים לעולם.

המחקר אשר עסק בשני פניה של הזכות – הזכות להביא ילד לעולם והזכות לגדלו – העלה כי ההכרה בחובת המדינה לסייע באופן אקטיבי במימוש הפן הראשון של הזכות, אינה מובילה בהכרח להכרה מקבילה גם ביחס לפן השני, של גידול הילד.⁵⁴⁴ בעוד החקיקה והפסיקה קובעות הלכות המסייעות להגשים את הזכות להיחפך להורה באופן אקטיבי, הזכות לממש את ההורות לאחר ההולדה, אשר עשויה להיות תלויה בהטלת חובות על פרטים אחרים ועל המדינה, לא זכתה ליחס דומה.⁵⁴⁵ זאת, כך לגישתי, בשל הגישה התפקידית-בלעדית להורות, אשר שמה דגש על הפן התפקידי תוך זניחת היבטיה האחרים של ההורות. גישה זו מובילה לתמיכה מוסדית בהורים פוטנציאלים, כל עוד המערכת סבורה כי הם לא יתקשו למלא את התפקיד ההורי לאחר הלידה, ואינה מבססת את חובת המדינה לתמוך באופן משמעותי בהורים המתקשים בתפקודם בנוגע לגידול הילד. מגישה זו מושפעים בעיקר הורים עם מוגבלויות, אשר עשויים להתקשות, יותר מאחרים, בגידול ילדיהם.

2.2.4. ההורות כזכות אדם וכזכות חוקתית: דגש על הפן השלילי

על אף שהפסיקה שהתייחסה להורות במובנה החוקתי, הכירה לא רק בהיבטיה התפקידיים אלא גם בהיבטיה האחרים - התפתחותו האישית של ההורה, והמשפחה כמערכת יחסים שראויה להגנת המדינה, התמקדה התייחסות זו בפן ה"שלילי" של הזכות, דהיינו, אי התערבות של המדינה באוטונומיה ההורית ומתן הכרה לקשרים משפחתיים בהקשרים של אזרחות, ופחות בפן ה"חיובי" של הזכות ולסיוע שיכולה או צריכה המדינה להגיש לפרט לצורך מימושה. וכך, גם כאשר נדונו מקרים בהם נדרש סיוע כזה, לא יצקה הפסיקה תוכן קונקרטי למובנה החיובי של הזכות החוקתית להורות, היינו, להיקפה ולמחויבותה של המדינה לסייע לקיימה ולשמר אותה, ולהשפעת החוקתיות על היחסים שבין הפרטים המרכיבים את המשפחה. אם כן, לצד הכרה משפטית-עקרונית בהורות כזכות חוקתית, לא הציבו בתי המשפט כללים וסטנדרטים לסיוע משמעותי להורים אשר מתקשים, מסיבות שונות, לגדל את ילדיהם, על מנת לעזור להם לממש את זכותם החוקתית. גם הבחנה זו, כך אטען, משקפת את הגישה התפקידית-בלעדית להורות, שכן היא מיטיבה עם ההורים כל עוד הם ממלאים את תפקידיהם ללא צורך בעזרה חיצונית משמעותית. בשל כך, היא משפיעה במיוחד על הורים עם מוגבלויות, אשר עשויים להתקשות, יותר מאחרים, בגידול ילדיהם.

3. טובת זכויות ילדים

לא ניתן לקיים דיון בשאלות העוסקות במשפחה ובהורות מבלי להתייחס לנושא זכויות ילדים

⁵⁴⁴ רות זפרן "הזכות להורות במשפט הישראלי: 'שעה בשבוע במרכז קשר'! "המשפט" ברשת: זכויות אדם, מבזקי הארות פסיקה 27, 21 (2014); אורנה דונת "פרו-נטליזם סדוק: נרטיבים של הולדה ואי-הולדה בישראל" סוציולוגיה ישראלית יא 417 (2010);

Frances E. Olsen, *The Family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform*, 96 HARVARD LAW REVIEW 1497 (1982-1983).

⁵⁴⁵ דפנה הקר ומיכל פרנקל "הורות פעילה ושוויון הזדמנויות בעבודה: הצורך בשינוי מאפייני שוק העבודה" עבודה חברה ומשפט יא 275 (2005).

וטובתם.⁵⁴⁶ ההתפתחות בתחום טובת הילד וזכויותיו מיוחסת במידה רבה לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד ולפירושה.⁵⁴⁷ האמנה פורשת יריעה רחבה של זכויות ובכלל זה זכויות הקשורות למשפחה. כבר בדברי המבוא לאמנה, מוגדרת המשפחה כקבוצת יסוד לחברה וכסביבה טבעית להתפתחותם ורווחתם של פרטים, ובפרט ילדים, ומשכך הכרחי כי יובטחו לה ההגנה והסיוע הנדרשים לשאת במלוא אחריותה. בנוסף לכך, סעיפים 7, 8, 9, ו-10 לאמנה מכירים בזכויותיו של הילד לקשר עם הוריו, לטיפול הורי או לכל הפחות להיכרות עם ההורים הביולוגיים או לידיעת זהותם. הסעיף המרכזי המכיר בחשיבות תפקידו של ההורה כלפי ילדו הוא סעיף 18. הסעיף מצהיר על אחריותם הראשונית של ההורים (במידת האפשר של שניהם) לגדל את הילד ולדאוג להתפתחותו, ומטיל עליהם את החובה לקדם את טובתו, טובה המוצהרת כעקרון הראשוני של הטיפול בילד. בשלב השני, ולצורך הגשמת זכויות הילד, מוטלת על המדינה, מכוח סעיף 18(2) לאמנה, החובה לסייע להורים ולספק להם את האמצעים לביצוע מטלותיהם החינוכיות כלפיו. נוסף על כך פזורות לאורך האמנה ומשולבות בין הוראותיה הנחיות להורים כיצד לממש את זכויות ילדיהם, וכן הוראות למדינות כיצד לסייע להורים ולגורמים האחרים האחראים על ילדים, במילוי תפקידם זה.⁵⁴⁸ אם כן, בהלימה לגישה התפקידית-בלעדית להורות, גם האמנה מתמקדת בעיקר בפן התפקידי של ההורות, ולא בהיבטיה האחרים.

3.1. זכויות הילד אל מול טובת הילד

כאמור, עיקרון מרכזי, העובר כחוט השני באמנה, הוא עקרון "טובת הילד", אשר נקבע כ"שיקול ראשון במעלה".⁵⁴⁹ עיקרון זה נובע מהצורך לגונן על ילדים, הנתפסים כחסרי בשלות פיזית ונפשית, וזקוקים לביטחון והשגחה מיוחדים. זהו שיקול מרכזי גם בפסיקה הישראלית בתחום ההורות.⁵⁵⁰

בעוד שלשני המושגים, "טובת הילד" ו"זכויות הילד" קיימים מכנים משותפים, שכן שניהם מבוססים על ההכרה בכך שילדים הם בעלי אישיות, צרכים ואינטרסים מיוחדים משל עצמם, וחלק ניכר מזכויות הילדים מבוסס, ממילא, על תפיסת "טובתם", קיימים ביניהם הבדלים מהותיים.⁵⁵¹ "טובת הילד" נקבעת על ידי ההורים או בית המשפט באופן פטרנליסטי, היא מתמקדת בהערכה של טובת הילד המסוים שעל הפרק והיא מבוססת על צורכי הילד כפי שההורים או בית המשפט תופסים אותם. מחקרים שעסקו בפרשנותה של "טובת הילד" חשפו כי המדובר במושג שגבולותיו עמומים, המעוצב לפי קני מידה סובייקטיביים, וניתן להשתמש בו להצדקת עמדות ערכיות סותרות.⁵⁵² המושג "זכויות

⁵⁴⁶ לסקירה מקיפה אודות התפתחות יחסו של המשפט לילדים, מ"רכוש" ההורים ועד לתיאוריות של כשרות מקסימלית, ראו: יחיאל ש. קפלן "זכויות הילד בפסיקה בישראל – ראשית המעבר מפטרנליזם לאוטונומיה" **המשפט** ז' 303 (תשס"ב-2002).

⁵⁴⁷ Convention on the Rights of the Child, 1989. ישראל חתמה על האמנה ב-1990 ואישרה אותה ב-1991 (להלן: "האמנה בדבר זכויות הילד").

⁵⁴⁸ רות זפרן "זכויות הילד במשפחה כזכויות יחס", **זכויות הילד והמשפט הישראלי** (תמר מורג, עורכת) הוצאת רמות – אוניברסיטת תל אביב, 129, 154 (2010).

⁵⁴⁹ סעיף 3 לאמנה; תמר מורג "עשרים שנה אחרי: תפיסת הילד על פי האמנה בדבר זכויות הילד" **זכויות הילד והמשפט הישראלי** (תמר מורג עורכת, יוסי רחמים עורך משנה) 62-15 (2010).

⁵⁵⁰ דו"ח ועדת שניט: הוועדה הציבורית לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין, 2011.

⁵⁵¹ לסקירה מקיפה אודות המושגים "טובת הילד" ו"זכויות הילד" ראו קפלן, לעיל ה"ש 546.

⁵⁵² זפרן **זכויות הילד במשפחה כזכויות יחס** לעיל ה"ש 548, בעמ' 146. ראו גם בעמ' 4486/13 **פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה - משרד הרווחה והשירותים החברתיים** (פורסם בנבו, 27.8.13) בו נחלקו דעות שופטי בית המשפט העליון בנוגע לפרשנות המעשית והמשמעות האופרטיבית של עקרון "טובת הילד", במקרה בו נטען כי יש להחזיר ילד אתיופי אשר נמסר לאימוץ, לחיק משפחתו המורחבת. בעקבות פסק הדין הוגשה בקשה לדיון נוסף, ובדנ"א 6211/13 **היועץ המשפטי לממשלה - משרד הרווחה והשירותים החברתיים נ' פלונית** (פורסם בנבו, 23.12.13) הפך הרכב מורחב של בית המשפט

הילד", לעומתו, מעניק משקל נכבד לרצון ולבחירה של ילדים, הנתפסים כערכים בפני עצמם. בדומה לתורה הכללית בדבר זכויות האדם, הוא מפנה לרשימה של זכויות וסייגים קבועים, ולא למקרים ספציפיים.⁵⁵³

הבדל נוסף בין טובת הילד לזכויותיו בא לידי ביטוי במעמד הנורמטיבי-חוקתי של שני המושגים: כך, בעוד זכותו של הילד לחיי משפחה (בדומה לזכותו של אדם להורות) תיבחן במישור החוקתי בין המדינה לבין, שיקולים בדבר טובתו לא ייבחנו בשלב ההכרה בזכות החוקתית, אלא רק בשלב הבא, הוא שלב האיזון, בו תיבחן עוצמת הפגיעה בזכות.⁵⁵⁴ כך, כאשר רשויות הרווחה מוציאות ילד מרשות הוריו הטבעיים, הן פוגעות בזכותו,⁵⁵⁵ והפגיעה תהיה חוקתית אם תקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה.

הספרות והפסיקה אשר דנו בשני המושגים, "זכויות ילדים" ו"טובת הילד", הציגו דעות שונות בנוגע לקשרים ולהיררכיה ביניהם. במסגרת זו הובעו דעות לפיהן בדרך כלל לא קיימת סתירה ביניהם, מאחר והשמירה על זכויות הילדים (כמו גם התחשבות ברצונם) היא לטובתם, ולכן שתי הפעולות יובילו לאותה תוצאה. לפי גישה זו, במקרים המועטים בהם קיימת התנגשות, אינטרס "טובת הילד" צריך לגבור על זכויותיו.⁵⁵⁶ הגישה העומדת מאחורי דעות אלה היא כי לילדים, בניגוד לרוב המבוגרים (למעט אלה שכשרותם המשפטית נשללה מהם או הוגבלה בהתאם לחוק הכשרות המשפטית), אין בכל המקרים אפשרות להשתמש בזכויותיהם באופן רציונלי לקידום האינטרסים שלהם.

מצד שני, נטען כי עקרון טובת הילד לבדו לא מעניק הגנה נאותה בכל המקרים, בשל אופיו הפטרנליסטי, וכי אין מקום לקביעת עליונותו לעומת זכויותיו של הילד. המצדדים בגישה זו יצדיקו פגיעה בזכותו של ילד ובאוטונומיה שלו רק אם זו עומדת בתנאים "הרגילים" לפגיעה בזכות אדם חוקתית של מבוגר, אולם גם הם מנו שני חריגים: האחד, שעקרון "טובת הילד" ייחשב כשיקול ראוי (אך לא דווקא מכריע), לפגיעה בזכויותיו, ומשקלו יהיה כבד במיוחד במקרים שבהם הדין קבע אותו כאמת מידה להכרעה; והשני, במקרה שבו אי התערבות תגרום לילד נזק קשה. גישה זו נותנת מקום נרחב לאיזון בין האינטרס של הילד המסוים לבין אינטרסים אחרים, כגון אינטרסים לאומיים וכלכליים, וכן בין האינטרס של הילד לאינטרסים של בני משפחה אחרים.⁵⁵⁷ עוד בהקשר הדיון בטובת הילד וזכויותיו, באמנה הבינלאומית, וכן בחקיקה ובפסיקה הרלוונטית קיימת התייחסות שונה לילדים רכים, שאינם יכולים לגבש דעה ולהביע אותה, ולכן יש לפנות למקור חיצוני על מנת לבחון את טובתם וזכויותיהם, לבין ילדים בוגרים יותר, אשר מסוגלים לגבש דעה ולהביע אותה בעצמם.⁵⁵⁸

3.2. זכויות וטובת הילד אל מול זכויות ההורים

בכל הנוגע לטובתו וזכויותיו של הילד שכבר נולד, מכירה האמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד

העליון את התוצאה וקבע כי הילד יישאר במשפחתו המאמצת. ההנמקות והתוצאות הסותרות מבוססות כולן על עקרון "טובת הילד".

⁵⁵³ אלמוג ובנדור, לעיל ה"ש 528, בעמ' 93-97. לדיון מעמיק נוסף בדבר זכויות ילדים ועקרון טובת הילד ראו: קפלן, לעיל ה"ש 546, וכן זפרן **זכויות הילד במשפחה כזכויות יחס** לעיל ה"ש 548.

⁵⁵⁴ בג"צ **משפחה חדשה**, לעיל ה"ש 541.

⁵⁵⁵ שם; בג"צ 11437/05 **קו לעובד נ' משרד הפנים** (פורסם בנבו, 13.4.2011).

⁵⁵⁶ ע"א 2266/93 **פלוני נ' פלוני** פד מט(1) 221 (פורסם בנבו, 20.2.95).

⁵⁵⁷ אלמוג ובנדור, לעיל ה"ש 528, בעמ' 96, 104-106, 115-117.

⁵⁵⁸ שם.

בזכותו לקשר עם הוריו, לטיפול הורי, ולמצער להיכרות עם ההורים הביולוגים וידיעת זהותם. האמנה מצהירה על אחריותם של ההורים לגדל את הילד, לדאוג להתפתחותו ולקדם את טובתו (סעיף 18). לצד זאת מוטלת על המדינה החובה לסייע להורים ולגורמים אחרים האחראים על ילדים, ולספק להם את האמצעים לביצוע מטלותיהם החינוכיות כלפי ילדם (סעיף 18(2)). אחריותה של המדינה לאפשר לילדים ליהנות מזכותם לגדול במסגרת התא המשפחתי הטבעי באה לידי ביטוי גם בדו"ח ועדת רוטלוי, אשר בחנה את מכלול החקיקה המסדירה את התייחסות המדינה לילדים, בעקבות חתימת ישראל על האמנה.⁵⁵⁹

עם זאת כמפורט לעיל, ובשל ההתמקדות בגישה התפקידית-בלעדית של ההורות ובפן החוקתי-השלילי שלה, בשלושת החוקים העוסקים ביחסי הורים וילדים: חוק הכשרות המשפטית, חוק הנוער (טיפול והשגחה) וחוק אימוץ ילדים, לא קיימת התייחסות למקומה של המדינה כמסייעת ליחסי הורה-ילד במקרים בהם מתגלה קושי, למעט סעיף משנה אחד בחוק אימוץ ילדים הקובע עילת אימוץ במקרה בו "ההורה אינו מסוגל לדאוג לילדו כראוי בשל התנהגותו או מצבו, ואין סיכוי שהתנהגותו או מצבו ישתנו בעתיד הנראה לעין על אף עזרה כלכלית וטיפולית סבירה כמקובל ברשויות הסעד לשיקומו".⁵⁶⁰

הפסיקה אשר דנה במקרים בהם עלתה שאלת רווחתם של ילדים בקרב משפחתם ראתה בעקרון טובת הילד כעקרון מכריע בקביעת משמורת, אפוטרופסות, נזקקות ואימוץ.⁵⁶¹ הפסיקה הכירה בכך כי מדובר במושג מסגרת רחב, אשר תוכנו הנורמטיבי והיחס בינו לבין שיקולים אחרים כגון זכויות ההורים, משתנה בהתאם להקשר.⁵⁶²

בחינת טובתם של ילדים על ידי הפסיקה יוצאת מנקודת הנחה כי לרוב דורשת טובתם כי יימצאו ברשות הוריהם, במסגרת התא המשפחתי הטבעי, וכי ניתוק ילד מהתא המשפחתי הטבעי הוא "צעד גורלי". זאת במקביל לזכותם של ההורים לגדל את ילדיהם הביולוגים כ"זכות חוקתית טבעית וראשונית"⁵⁶³ אשר המדינה אינה רשאית להפר, תוך שבירת התא המשפחתי, גם אם לדעתה הדבר ייטיב עם הילדים.⁵⁶⁴ אולם ככל זכות, גם זכותם של ההורים הטבעיים אינה מוחלטת אלא יחסית, והיא מוגבלת על ידי זכויות הילד וטובתו,⁵⁶⁵ כאדם בעל ישות עצמאית, עם אינטרסים וזכויות משלו.⁵⁶⁶ בהתאם לכך נקבע כי זכותו של כל ילד כי צרכיו הפיזיים והנפשיים יסופקו ברמה הדרושה להתפתחותו התקינה. בהקשר של המאזן בין זכויותיו של הילד לאלו של ההורה נקבע כי לזכות זו של הילד, שהוא חסר ישע

⁵⁵⁹ זפרן **זכויות הילד במשפחה כזכויות יחס** לעיל ה"ש 548, בעמ' 157; "הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה בראשות השופטת סביונה רוטלוי, 2003" עמ' 69-70 לדו"ח הוועדה.

⁵⁶⁰ סעיף 13(א)(7) לחוק אימוץ ילדים אשר משמעותו נדונה בהרחבה בפרק 2 למחקר זה, בתת פרק 3.2.4.3.2.

⁵⁶¹ דנ"א 7015/94 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני**, פ"ד (1) 119 (פורסם בנבו, 15.8.95); תמ"ש (תל אביב) 24111/02 **פלוני נ' פלוני** (פורסם בנבו, 11.9.2006), בו נדונה מחלוקת בעניין משמורת בין שני הורים אשר הוגדרו כאנשים עם מוגבלות נפשית משמעותית, ואשר ארבעת ילדיהם אף הם הוגדרו כילדים עם "צרכים מיוחדים". בתיק זה נחלקו דעות המומחים בעניין המשמורן המועדף, באופן המשקף את הבעייתיות שבהסתמכות על חוות דעת פסיכולוגיות, אשר יכולות להעלות ממצאים שונים מאוד בנוגע לאותה מסכת עובדות.

⁵⁶² שיפמן, **דיני המשפחה בישראל**, לעיל ה"ש 507, בעמ' 220-221.

⁵⁶³ הנשיא שמגר בע"א 2266/93 **פלוני, קטין ואח' נ' פלוני** פד מט' (1) 221, 234-235 (פורסם בנבו, 20.2.95); השופט ברק (כתוארו דאז) בע"א 577/83 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני** פ"ד לח' (1) 461, 467 (פורסם בנבו, 6.3.84); השופט אלון בע"א 451/88 **פלוני נ' מדינת ישראל** פ"ד מד' (1) 337 (פורסם בנבו, 22.1.90) בו נדחה ערעורם של זוג הורים – שניהם עם מוגבלות נפשית – על החלטת בית המשפט להכריז על שלושת ילדיהם כברי אימוץ.

⁵⁶⁴ הנשיא שמגר בע"א 783/81 **פלוני נ' פלמוני** פ"ד לט' (2) 1, 9 (פורסם בנבו, 8.5.83); שיפמן, **דיני המשפחה בישראל**, לעיל ה"ש 507, בעמ' 223-224.

⁵⁶⁵ הנשיא שמגר בע"א 2266/93 **פלוני, קטין ואח' נ' פלוני** פד מט' (1) 221, 237 (פורסם בנבו, 20.2.95).

⁵⁶⁶ השופט זילברג בע"א 209/54 **פרץ שטיינר נ' היועץ המשפטי לממשלה** פ"ד ט 241 (פורסם בנבו, 20.2.55). 251.

לכן, לצד הכרה בזכותם של ההורים כזכות לסיפוק נפשי ורגשי הכרוך בגידול ילדיהם,⁵⁶⁸ הרי שעיקר ההכרה בזכות להורות היא הכרה בה כחובה של ההורה: חובה כי הוא עצמו ולא אדם זר יגשים את זכותו של ילדו, יגדלו ויחנכו,⁵⁶⁹ עדיפות אשר באה לידי ביטוי מובהק בחוק אימוץ ילדים ובסעיף 3 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד.⁵⁷⁰ בהתאם לכך נקבע כי יש לתת עדיפות למסגרת המשפחתית הביולוגית כל עוד נשמרת "רמה מינימלית" של תפקוד ההורים.⁵⁷¹ לצד זאת, המעיטה הפסיקה לדון בכלים הקונקרטיים אשר יינתנו להורים המתקשים במילוי תפקידיהם ההוריים.⁵⁷² גישה זו, כאמור, משקפת את התפיסה התפקידית-בלעדית של ההורות.

זאת ועוד. בחינת טובתו של הילד לצרכי הכרעה במחלוקת בין הוריו לבין רשויות הרווחה נעשית בדרך כלל תוך הסתייעות בחוות דעת של מומחים (על פי רוב – רופאים, עובדים סוציאליים, פסיכולוגים ופסיכיאטרים) אשר אמורים לסייע בידי בית המשפט באיסוף הנתונים, בעריכת מבדקים ובחינוי דעה מקצועית. משכך, ככלל, בית המשפט יאמץ את המלצת המומחים אותם מינה, אלא אם קיימים טעמים נכבדים ובעלי משקל ממשי, המצדיקים סטייה מאותה המלצה. בית המשפט אמור לגבש, לאור חוות הדעת, תמונת מצב עובדתית עדכנית, אשר לפיה יעניק תוכן קונקרטי למושג "טובת הילד" במקרה שעומד להכרעתו.⁵⁷³

הקריטריונים הנבדקים בעת קביעת טובת הילד גובשו במסגרת "הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה",⁵⁷⁴ אשר הציעה כי בעת קביעת טובתו של ילד מסוים, יישקלו זכויותיו, צרכיו והאינטרסים שלו בין היתר לאור הגורמים הבאים: רצון הילד, תחושותיו, דעותיו ועמדתו לגבי העניין הנדון; שלומו הגופני והנפשי של הילד; גילו של הילד וכשריו המתפתחים; מימד הזמן בחיי הילד; מינו של הילד, מאפייניו ותכונותיו הרלבנטיים לעניין; השפעת ההחלטה על חייו של הילד; קשריו ויחסים עם הוריו ועם אנשים משמעותיים אחרים; עמדת הורי הילד על העניין הנדון; והידע המקצועי הרלבנטי לעניין הנדון.

ניתן לסכם, אם כן, כי זכותם של ההורים הטבעיים לגדל את ילדיהם והאיזון בין זכות זו לבין טובתם וזכויותיהם של הילדים באים לידי ביטוי בחקיקה ובפסיקה בשני אופנים עיקריים: הראשון, בחזקה

⁵⁶⁷ השופטת דורנר בדנ"א 7015/94 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית** פ"ד (1) 48 (פורסם בנבו, 15.8.95).

⁵⁶⁸ בד"מ 1/81 **יחיאל נגר נ' אורה נגר**, פ"ד לח(1), 365, 412 (פורסם בנבו, 20.2.84); שיפמן, **דיני המשפחה בישראל**, לעיל ה"ש 507, בעמ' 218.

⁵⁶⁹ השופט חיים כהן בע"א 549/75 **פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה** פ"ד (1) 463, 459 (פורסם בנבו, 27.11.75); ע"א 436/76 **פלוני נ' מדינת ישראל ואח' פ"ד לא(2) 243, 239 (1.11.77)**; ע"א 577/83 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית**, פ"ד לח(1) 461, 467 (פורסם בנבו, 6.3.84); ע"א 212/85 **פלוני נ' פלוני** פ"ד (4) 312, 309 (פורסם בנבו, 19.11.85); ⁵⁷⁰ השופטת דורנר בדנ"א 7015/94 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית** פ"ד (1) 48 (פורסם בנבו, 15.8.95).

⁵⁷¹ דנ"א 6041/02 **פלונית נ' פלוני** פ"ד נח(6) 246, 259 (פורסם בנבו, 12.7.04).

⁵⁷² זפרן **הזכות להורות במשפט הישראלי: שעה בשבוע במרכז קשר'?! לעיל ה"ש 544**.

⁵⁷³ בע"מ 9358/04 **פלונית ואח' נ. פלוני** (פורסם בנבו, 2.5.05); בג"ץ 5227/97 **מיכל דויד נ' בית-הדין הרבני הגדול בירושלים** פ"ד נח(1) 462, 453 (פורסם בנבו, 11.11.98). בהתאם לכך גם נמנעה הפסיקה מלקבל החלטות בנוגע ל"טובת הילד" **שטרס נולד**, וקבעה, כי המדובר בדילמה "חוץ משפטית" מהתחום הפילוסופי-מוסרי אשר המשפט אינו הזירה המתאימה להכריע בה (בג"ץ 2245/06 **דוברין נ' שירות בתי הסוהר** (פורסם בנבו, 13.6.06) וכי עקרונית לא ניתן ולא ראוי לקבל הכרעה משפטית לפיה עדיף לילד שלא ייוולד מאשר שייוולד (שיפמן, **דיני המשפחה בישראל**, לעיל ה"ש 507); ע"א 1326/07 **ליאור המר נ' פרופ' עמי עמית** (פורסם בנבו, 28.5.12) – פסק הדין העקרוני שניתן בסוגיית "הולדה בעוולה" ואשר קבע, בניגוד להלכה הקודמת, כי גם במקרים של מוגבלות חמורה לא ניתן להעדיף, משפטית, את אי-החיים על פני החיים).

⁵⁷⁴ דו"ח ועדת רוטלוי, לעיל ה"ש 559, בעמ' 137.

השיפוטית כי טובתו של הילד אצל הוריו הטבעיים - חזקה שיש לה יסוד במציאות החיים, הנובעת מזכות היסוד הן של ההורים הטבעיים והן של הילד; השני, בהוראותיו של חוק אימוץ ילדים, לפיהן לא יינתן צו אימוץ אלא אם ניתנה הסכמת ההורה הביולוגי או אם התקיימו עילות האימוץ החוקיות, העוסקות באי קיום חובותיו ותפקידיו של ההורה כלפי ילדו. עילות האימוץ אמורות לשקף את האיזון - שבו כאמור ניתנת עדיפות לטובת הילד - בין זכות ההורים הטבעיים לבין טובת הילד, וזאת כאשר נטען כי אלו אינן עולות בקנה אחד. במסגרת זו, הדרישה מההורה היא כי ימלא את חובותיו כלפי ילדו ככל יכולתו (ואין חשיבות לכך כי אי מילוי החובות אינו נעשה על ידו במכוון),⁵⁷⁵ בסיוע מסויים של שירותי הרווחה.⁵⁷⁶

כפי שפורט בהרחבה בפרק השני (חלקים 3.2.3 ו-3.2.4), תיקי אימוץ ו"קטין נזקק", בהם עולה הצורך לאזן בין זכויות הורים לזכויות ילדים, עוסקים פעמים רבות בהורות של אנשים עם מוגבלויות שכליות ונפשיות. פסקי דין בתחומים אלה משקפים תפיסה של ניגוד בין המוגבלות לבין טובתו של הילד, במספר פרמטרים. תפיסת ניגוד זו, כך לטענתי, מבוססת על הגישה התפקידית-בלעדית להורות, ומשקפת דעה לפיה המוגבלות סותרת את הפן התפקידי והבלעדי של ההורות.

כך למשל, ההתייחסויות הרווחות אל המוגבלות הן כאל גזירת גורל אישית⁵⁷⁷ תוך מתן דגש רב לפן ה"אאוגני" של המוגבלות⁵⁷⁸ וחשש ל"מטען גנטי בעייתי" אצל הילדים כסיבה לניתוק הקשר בין ההורים לילדים. זאת בניגוד לגישות מתקדמות המדגישות את "תרומת" החברה למוגבלות ואת חשיבות קידום זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות.

בכל הנוגע ל'מסוגלות הורית', נראה כי בתי המשפט תופסים את המושג כסותר מוגבלות,⁵⁷⁹ כך למשל כאשר מובע חשש כי העומס הקשור בהורות עלול להביא להחמרה בתסמיני המוגבלות, גם אם אלה אינם קיימים באותה עת. כן נמתחת ביקורת על הורים עם מוגבלות אשר בוחרים להביא ילדים לעולם, אקט אשר מפורש על ידי בתי המשפט כהעמדת הילד במצב רפואי שיש בו סיכון גנטי, ואשר עצם הנקיטה בו מלמדת על חוסר מסוגלות הורית.⁵⁸⁰

גם ההבהרה הפסיקתית, לפיה המוגבלות עצמה לא תהווה עילה להפרדת הורים מילדיהם,⁵⁸¹ היא בעייתית. שכן, הבהרה זו שמורה למקרים בהם ההורה "שוקם" והוא מבצע את תפקידיו ההוריים כהורה "רגיל", דהיינו במקרים שבהם למרות "תווית" המחלה, היא איננה נותנת את אותותיה בפועל.⁵⁸² הפרדה זו בין המוגבלות לבין השלכותיה היא פעמים רבות מלאכותית, ולמעלה מכך, היא מונעת התמודדות אמיתית עם המוגבלות, שכן המורכבות הכרוכה בהורות ומוגבלות עולה לא רק בשל

⁵⁷⁵ השופטת נתניהו בע"א 166/81 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד לו(4) 321, 328-327 (פורסם בנבו, 18.10.82).

⁵⁷⁶ ע"א 232/85 פלוגי נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד מ(1) 1 (פורסם בנבו, 20.1.86).

⁵⁷⁷ דנ"א 6211/13 היועץ המשפטי לממשלה – משרד הרווחה והשירותים החברתיים נ' פלונית ואח' (פורסם בנבו, 23.12.13), בעמ' 8.

⁵⁷⁸ עמש (תל אביב יפו) 3/14 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 9.2.15).

⁵⁷⁹ וראו למשל: בע"מ 2709/17 פלוגי ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה – משרד הרווחה (פורסם בנבו, 7.5.17).

⁵⁸⁰ כך למשל בבע"מ 10791/05 פלוגי נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' (פורסם בנבו, 9.2.06).

⁵⁸¹ ע"א 418/88 פלוגי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(3) 1, 8 (פורסם בנבו, 26.9.90), בו דובר בזוג הורים: האם הוגדרה כ"סובלת מנזק אורגני מלידה, מפיגור שכלי ומבעיות נפשיות, ובעטיים של אלה אושפזה בעבר מספר פעמים. מבחינה רגשית ושכלית היא מתפקדת כילדה קטנה". האב הוגדר כ"בעל אישיות מוגבלת, ורמת תפקודו האינטלקטואלית היא גבולית".

⁵⁸² בע"מ 10791/05 פלוגי נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' (פורסם בנבו, 9.2.06).

עצם קיומה של המוגבלות אלא כאשר היא באה לידי ביטוי בתפקוד ובמילוי התפקידים ההוריים.

בנוסף לכך, פסקי הדין כמעט ואינם מתייחסים לחוק השוויון והאמנה הבינלאומית ולהשלכותיהם האפשריות על המקרים הנדונים, וכך, גם במקרים בהם דנים בתי המשפט בסיוע הדרוש להורים, הם אינם עושים זאת תוך התייחסות להיותם אנשים עם מוגבלויות וזכויות ההתאמה וההנגשה המיוחדות הנגזרות מכך.⁵⁸³

אם כן, פסקי הדין בתחום זה משקפים גישה לפיה המוגבלות, ובעיקר הדרכים שבהן היא באה לידי ביטוי, נוגדות את טובתם של הילדים, ומשכך מתערערת הנחת היסוד לפיה טובת הילד היא לגדול אצל הוריו הטבעיים. לצד זאת, וכמפורט לעיל, בתי המשפט ממעטים לדון באמצעים בהן ניתן לסייע להורים לגדל את ילדיהם, לא כל שכן, לקיים דיון מהותי בזכותם של הורים עם מוגבלויות להתאמות בתחום זה, ולצקת תוכן קונקרטי ומשמעותי לאחריותה של המדינה לאפשר לילדים ליהנות מזכותם לגדול בחיק משפחתם הטבעית.

בכל הנוגע ליישומו של עקרון "טובת הילד" בהקשר של הבאת ילדים לעולם, והיחס שלו לזכויות ההורים, הרי שאלו מתבססים במידה רבה על הסוגיות העוסקות בגידול ילדים, שכן, ההנחה המובנית בסוגיית הבאת הילדים לעולם היא שמי ש"יורשה" להביאם לעולם גם יגדלם. סוגיה זו מתעוררת בפן ה"חיובי" של הזכות להורות, כאשר אנשים המבקשים להביא ילדים לעולם נתקלים בקשיי פרויון ונזקקים לסיוע בירוקרטי, רפואי או כלכלי של המדינה. בהקשר של אנשים עם מוגבלויות, וכפי שפורט בפרק השני (חלקים 2.1.1, 2.1.2, 2.1.3), מתעוררת סוגיה זו גם בפן ה"שלילי" של הזכות להורות, שכן הסדרים ופרקטיקות של מגורים במוסדות ובהוסטלים, הכוללים, לעיתים, מתן אמצעי מניעה או הפרדה מגדרית, מונעים מאנשים עם מוגבלויות להביא ילדים לעולם באופן טבעי ("שלילה/עיקור מוסדי/תי").⁵⁸⁴

באשר לפן "שלילי" זה, המדובר, למעשה, בפגיעה ישירה ומהותית ב"ליבת" הזכות להורות כזכות להביא ילדים לעולם באופן טבעי. למרות זאת, הנושא כמעט ולא נדון באופן מפורש בישראל (למעט מקרים בודדים במסגרתם התבקשה התערבות רפואית בפריון ואשר התמקדו בזכויות רפואיות ולא בזכות להורות, כמפורט בפרק השני – ראו ה"ש 245 ו-246), ומתבצע, לרוב, ללא דיון באינטרסים של טובת הילד העומדים כנגד הזכות להורות. הסיבה לכך, ככל הנראה, היא הנחה בסיסית של חוסר מסוגלות הורית של אנשים עם מוגבלויות נפשיות או שכליות, הנחה המבוססת על הגישה התפקידית-בלעדית להורות, ואשר גם בהקשר אליה לא מתקיים דיון מהותי.⁵⁸⁵

באשר לפן ה"חיובי" של הזכות להורות אל מול טובתו של הילד שעוד לא נולד, הרי שהוא נדון במסגרת

⁵⁸³ וראו למשל: בע"מ 2709/17 פלוני ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה – משרד הרווחה (פורסם בנבו, 7.5.17).

⁵⁸⁴ את המונח "עיקור מוסדי" טבעה ליאורה רופמן באחת משיחותינו בנושא.

⁵⁸⁵ דיון עקרוני בהפרת הזכות השלילית להורות בקרב אנשים עם מוגבלויות באמצעות עיקור, מופיע בדו"ח שהוציא ארגון הבריאות העולמי, בשיתוף ארגונים נוספים (World Health Organization (WHO) Report on [Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization](#) (2014)). הדו"ח מדגיש כי עיקור הוא הפרה חמורה של זכויות אדם ומהווה עינוי, תוך התייחסות מיוחדת לפרקטיקות של עיקור כפוי בקרב אנשים עם מוגבלויות, ובמיוחד נשים עם מוגבלויות שכליות-התפתחותיות תוך הדגשה כי הם עשויים לרצות להיות הורים ואסור לשלול מהם את זכויותיהם המיניות והרבייתיות. בדו"ח צויין כי העיקור או ההפלה הכפויה בדרך כלל אינם משקפים את טובתו של האדם עצמו אלא את המדיניות המוסדית. לדיון בהיסטוריה וברציונלים לעיקור, בין השאר כאמצעי אשר נטען שהוא מגן על אנשים עם מוגבלויות, ראו: Powell & Stein, לעיל ה"ש 377.

"דו"ח ועדת מור יוסף" (כמפורט בהרחבה בפרק השני, בחלק 3.1.7). הועדה הצדיקה את אפשרותה של המדינה למנוע מאדם מלקבל טיפולי פוריות מקום בו אילולא הבעיה הרפואית, דבר לא היה מונע ממנו להביא לעולם ילדים באופן טבעי, וביססה את עמדתה על זכותה של החברה להימנע מלעזור לאדם לממש את רצונותיו, בשוויון עם אחרים, כאשר קיימים שיקולים ואינטרסים כבדי משקל כנגד רצון זה. בהקשר של פריון, אותם שיקולים ואינטרסים נעוצים בטובתו של הילד.

הועדה, אשר התבססה על הגישות הרווחות כיום בעולם בנוגע לסוגיית טובתם של ילדים שעוד לא נולדו, דחתה את הגישה המכונה "גישת הסף המקסימלי", לפיה לא יינתן טיפול פוריות אלא אם יוערך כי הטיפול בילד לאחר לידתו יהיה "אופטימלי", וזאת מתוך הכרה ב"זכות להורות" כקיימת גם עבור מי שלא יכול לספק את התנאים המיטביים לילד שייוולד. בהקשר זה העלתה הועדה חשש כי מניעת סיוע בהבאת ילדים לעולם בשם עקרון טובת הילד, למעשה נובעת מרצון החברה להימנע מנשיאה בנטל הכרוך בגידולו של ילד אשר צפוי להיוולד "פגוע" או שהוריו לא יוכלו לטפל בו, טענות אשר נדחו על ידיה כלא רלוונטיות לסוגיה. היא דחתה גם את "גישת הסף המינימלי", לפיה לא יינתן טיפול פוריות כאשר נראה כי טוב לאותו ילד שלא יבוא לעולם כלל, וזאת מאחר וסברה שמדובר בקנה מידה שקשה ליישמו. הועדה החליטה לאמץ את הגישה הקרויה "גישת הסף הסביר", לפיה לא יינתן טיפול פוריות רק כאשר קיימת הערכה לחשש גבוה לפגיעה משמעותית בילד, כגישה המאזנת, לדידה, בין הזכות להורות לבין טובתו וזכויותיו של הילד אשר טרם נולד. אם כך דומה, כי כאשר בילד שלא נולד עסקין, הנכונות להכיר בזכות להורות, גם אל מול פגיעה פוטנציאלית בעקרון טובת הילד, היא גדולה יותר.

באופן ספציפי, בכל הנוגע להורים פוטנציאליים עם מוגבלות, ציינה הועדה כי כאשר מדובר במוגבלות פיזית יש לבדוק שיש לפחות "הורה מתפקד" אחד, ובהקשר של אנשים עם מוגבלות נפשית או שכלית, יש לוודא כי פרוצדורות הפריון מבוצעות מרצונם החופשי. הועדה לא התייחסה ישירות לאיזון בין טובת הילד לבין מוגבלות ההורה הפוטנציאלי, והשאירה את הנושא לשיקול דעתם של הגורמים המטפלים אשר יכולים, במידת הצורך ועל בסיס מבחנים פסיכו-סוציאליים, לסרב להעניק את טיפולי הפוריות במידה והם סבורים כי קיים חשש גבוה לפגיעה משמעותית בילד. אם כך נראה, כי הרטוריקה להכרה בזכות להורות של הילד שעוד לא נולד, להורה פוטנציאלי עם או בלי מוגבלות, מבוססת גם היא על הפן התפקידי של ההורות ולא על חשיבות היבטיה האחרים.

3.3. ביקורת על שיח זכויות הילדים וטובתם: התעלמות מההקשר המשפחתי

במחקר שעסק בנושא נמתחה ביקורת על היקף ההגנה המשפטית המוקנית לילדים, ונטען כי על אף התפיסה הרווחת לפיה המשפט הישראלי מציע הגנה מקיפה וממשית מפני פגיעה בשלום הילד, בזכויותיו ובטובתו, הרי שבפועל המשפט לא מתייחס לילד כאדם שלם בעל זהות וזיקות למשפחה וקהילה, כמתחייב מאמנת האו"ם. כתוצאה מכך, בתחומי חיים רבים לא זוכה טובת הילד להתייחסות מקיפה ומעמיקה, אלא להגנה חלקית בלבד.⁵⁸⁶

במסגרת זו נטען כי שיח זכויותיהם של ילדים בתחום המשפחה לוקה בחסר בשל אי התאמתם של קני המידה שעיקרם מחוייבות לזכויות הילד במתכונת הליברלית, לזירה המשפחתית, אי התאמה אשר

⁵⁸⁶ ורד סלונים-נבו ויצחק לנדר "האם טובת הילד יכולה להתקיים בנפרד מטובת המשפחה? מחשבות והמלצות לשינוי" *חברה ורווחה* כד (4) 401 (2004).

עלולה להוביל ליצירת פתרונות שאינם הולמים את מידותיה של זירה זו, ואף לפגוע במרקם היחסים בין הצדדים. זאת, בשל התמקדות יתר באתוס ה"אינדיווידואליסטי-ליברלי" המצוי, באופן מסורתי, בבסיסו של שיח הזכויות והשתקפותו במשפט, ובפרקטיקות האדברסריות הנלוות אליו בדרך כלל.⁵⁸⁷ ביקורת זו נוגעת ישירות לצורך אותו אני מבקשת לבסס במחקר זה, למעבר מגישה תפקידית-בלעדית לגישה תהליכית-יחסית להורות.

הניגוד שבין הגישה האינדיווידואליסטית-ליברלית לבין הגישה המשפחתית-קהילתית, שתי הגישות המרכזיות אשר מעצבות את יחסו של המשפט ליחסי הורים וילדים, נדון במאמרו של שמואלי העוסק בסוגיית הענישה הגופנית.⁵⁸⁸ במאמרו מסביר שמואלי את הגישה הרווחת כלפי ילדים וזכויותיהם, כפרטים "חלשים" אינהרנטית בתוך המשפחה, וככאלה שזכויות הפרט שלהם ראויות להגנת המדינה מפני מעשיהם של הוריהם, גם אם אלה פועלים בדרך אשר בהתאם לשיקול דעתם עומדת בקנה אחד עם טובת הילדים. גישה אינדיווידואליסטית זו מתמקדת בזכויות הילד כפרט ואינה נותנת מקום להקשר המשפחתי והקהילתי. שמואלי מצביע על כך כי באמצעות גישה זו משליטים החברה והמשפט את הנורמות "המקובלות" בחברה, על אנשים וקהילות אשר מחזיקים, לעתים, בסטנדרטים שונים להתנהגות בזירה המשפחתית, ומשכך אינם נותנים מקום לפרשנויות שונות ומגוונות בנוגע לטובת הילד. זאת ועוד, הגישה האינדיווידואליסטית כלפי זכויות ילדים מחלישה את האוטונומיה והסמכות ההורית והקהילתית, ובכך מובילה גם להחלשת המשפחה והקהילה כמכלול, החלשה אשר בסופו של דבר אינה מועילה לטובתו של הילד.

עם זאת, בשל הפטרנליזם המאפיין את הגישה המשפחתית-קהילתית וחוסר התייחסות מספקת שלה לזכויות הפרט, ממליץ שמואלי למחוקק ולבתי המשפט לאמץ גישת ביניים (השואבת השראה מגישת "תפיסת העולם היחסית" של בוש ופולגר),⁵⁸⁹ גישה אינטגרטיבית אשר נותנת מקום הן לזכויות פרט של ילדים והן להיבטים קולקטיביים, משפחתיים וקהילתיים, מתוך ראייתם כשלובים ותלויים זה בזה. מודל זה שם לנגד עיניו את חשיבות השמירה על האוטונומיה המשפחתית, לצד פיתוח כלים חברתיים ומשפטיים חדשניים לשמירה על זכויות הילד במשפחתו ושמירה על "קווים אדומים" ברורים אשר חצייתם תוביל להתערבות ביחסי הורה-ילד.

פן נוסף של הבעייתיות הנובעת מהתמקדות בילד שלא בהקשר המשפחתי, הוא החוסר בדיון משמעותי בזכויות וטובת הילד בהקשר של הדינים המסדירים זוגיות.⁵⁹⁰ בהתאם לכך טוען ליפשיץ כי קיים ניגוד בין הנסיון להציב את טובתו של הילד, המתמקדת בו כיחיד, כשיקול מכריע בתחומים המסווגים כדיני הורים וילדים, תוך התעלמות מופגנת מצרכים, אינטרסים ורצונות של ההורים ושל המשפחה כיחידה, לבין הדרתם של שיקולי טובת הילד מדיני המשפחה המסווגים כ"דיני זוגיות".⁵⁹¹

במאמרם של רונן וגילת מצביעים הכותבים על חוסר משמעותי נוסף בהתייחסות לילד שלא בהקשר

⁵⁸⁷ זפרן *זכויות הילד במשפחה כזכויות יחס* לעיל ה"ש 548, בעמ' 154.

⁵⁸⁸ Benjamin Shmueli, *Who's Afraid of Banning Corporal Punishment - A Comparative View on Current and Desirable Models*. 26(1) PENN STATE INTERNATIONAL LAW REVIEW, 64 (2007).

⁵⁸⁹ "Relational Worldview": Robert A. Baruch Bush & Joseph P. Folger, *THE PROMISE OF MEDIATION: RESPONDING TO CONFLICT THROUGH EMPOWERMENT AND RECOGNITION* (1994).

המשפחתי, המוביל לפגיעה בזכויותיו. חוסר זה נעוץ באי-מימושן של זכויות חברתיות להורים, אשר מוביל לחוסר בשירותים חברתיים לילד במשפחה, אי מימוש הזכות לקורת גג במחיצת המשפחה, אי מימוש זכותו של הילד להבטחת הכנסה מינימלית להוריו שתאפשר לו תנאי מחייה ראויים,⁵⁹² כמו גם השתתפות בלתי מספקת של הילד והוריו בהחלטות על הוצאתו מהבית.⁵⁹³ עוד בנוגע להוצאת ילדים מבתיים, הודגש כי בנסיבות בהן קיימת חולשה של המשפחה המתבטאת בקשיי תפקוד, נכון יותר, במידת האפשר, לטפח מלכתחילה את המערכת המשפחתית ולא לנתק או לערער את הקשר המשפחתי בין הילד להורה. טיפוח זה יתאפשר תחת מדיניות הפועלת לממש זכויות חברתיות, באופן אשר ישפיע על רווחת המשפחה בכללותה.⁵⁹⁴

נקודת מבט נוספת מנסה להתמודד עם הבעייתיות הכרוכה ביישום עקרונות של טובת וזכויות ילדים בספירת המשפחה באמצעות המשגת זכויותיהם של ילדים והורים כ"זכויות יחס".⁵⁹⁵ במאמר העוסק בכך מדגישה זפרן כי תפקיד החוק, כפי שהוא מובן על פי שיח הזכויות הליברלי, הוא להגדיר את זכויות הפרטים באופן המשמש ליצירת גבולות ביניהם. השיטה האדברסרית, הנלווית לשיח הזכויות הליברלי, מובילה לחידוד היריבות, ואינה מצליחה לספק פתרונות ראויים המתאימים למידותיה של המשפחה ולצרכיה הייחודיים והמשתנים. התמקדות בעקרונות נוקשים והצדקות משפטיות מעוררת לעתים את עיניהם של הצדדים מלהגיע לפתרונות יצירתיים, גמישים ושימיים. בהקשר של משפחה, טוענת זפרן, היבטים אלה נכונים ביתר שאת: הם מובילים להתרכזות בפרט, תחת היחידה המשפחתית, ולדעיכת תחושות השתייכות, הקשר והאחריות ההדדית.

זפרן טוענת, כי שיח משפטי המתרכז בזכויות הילד מגלם רק היבט אחד צר של היחסים, ורחוק מלשקף את מורכבותם או מלטפל באופן ראוי בהסדרתם הכוללת, ולכן אינו יכול לשרת את הצדדים (הן ההורה והן הילד) נאמנה. משכך, המחויבות לזכויות הילד, באופן שבו הן מעוצבות כיום, עלולה ליצור התרכזות עודפת בילד, לעתים על חשבון ראיית המשפחה כמכלול, וברור, כי מקום שזכויות הילד באות על חשבון קיומה או טובתה של המשפחה, יצא שכרו בהפסדו.

זאת ועוד: מודל זכויות הילד, כפי שמקובל לפרשו, יוצר פער מכוון בין הילד לבין הוריו. בעוד לגבי הילד מודגשות זכויותיו כלפי הוריו, להורה אין כל זכויות ביחס לילדו, אלא אחריות וחובות בלבד. ברור כי אין ולא אמורה להיות סימטריה בין הורים לילדים. בחירת ההורה להביא ילד לעולם, התפקיד הטיפולי האינהרנטי, פערי הגיל והיכולת – כולם מטילים מכלול של חובות, לפחות כל עוד הילד לא הגיע לעצמאות, והוא מהווה גורם חלש ופגיע הראוי להגנות יתר וזכויות כלפי הוריו. אולם זפרן תוהה האם "חימושו" של הילד בזכויות כאמצעי לחיזוקו, מוביל בפועל לתוצאת לוואי בלתי רצויה.

⁵⁹² יאיר רונן וישראל צבי גילת "האומנם הגנת הילד רווחת במשפט הישראלי?" **משפט ועסקים** יט 1143, 1206-1213 (תשע"ז – 2016).

⁵⁹³ שם, בעמ' 1213 – 1223.

⁵⁹⁴ יאיר רונן וישראל צבי גילת, "האומנם שיח זכויות הילד בישראל עושה צדק עם הילדים ומשפחותיהם?" **המשפט** 22, 90 (2006).

⁵⁹⁵ זפרן **זכויות הילד במשפחה כזכויות יחס** לעיל ה"ש 548, בעמ' 138.

לפי "מודל היחסים",⁵⁹⁶ המורכב מאתיקת הזכויות ואתיקת הדאגה לזולת (ethics of care)⁵⁹⁷ ראוי כי קולות מוסריים נוספים, מלבד אתיקת הזכויות, יבואו לידי ביטוי במערכת המשפט.⁵⁹⁸ זאת, בשל הצורך לרכז את המאפיינים המשפטיים המנכרים והמאבקים המלווים את החדרת זכויות הפרט והילד לתחום יחסי המשפחה, ועל מנת לשמר את המשפחה כזירה של יחסים מטפחים ושל דאגה ואחריות מתמשכות. מודל היחסים מתרכז ביצירת קשר עם הזולת ובשמירה עליו, מקנה עדיפות למערכות יחסים על פני בידוד, ומדגיש את הדאגה והאחריות כלפי האחר. להבדיל משיח הזכויות הליברלי, אשר אינו מייצג את מגוון הקולות המוסריים הקיימים במציאות חייהן של משפחות, מציג מודל היחסים ראייה שמתמקדת בפרט הקונקרטי ומדגישה את מארג היחסים בינו לבין האחר, תוך לקיחה בחשבון של שלל נקודות המבט ושימור היחסים.

מכיוון שהמודל מתמקד בטיב היחסים ושואף לקידום ושימורם של יחסים איכותיים ומזינים, הוא אינו מייחס חשיבות למסגרת הפורמלית והמסורת, אלא שם דגש על יחסי קרבה במובנם המהותי. לכן, צדדים המגלמים תלות, דאגה, טיפוח ואחריות ארוכת טווח, או פוטנציאל לכך, יהיו זכאים להגנה על שימור יחסיהם, תוך דגש על האיכות ולא על גבולות היצירה של היחסים. דוגמא לשימוש במודל היא ההכרה ביותר משני הורים (שאינה אפשרית משפטית בישראל) או סלילת הדרך להכרה ביחסים דמוי-הוריים של גורמים נוספים, שאינם האם והאב שהוכרו פורמלית. זאת ועוד: מודל היחסים מאפשר להמשיך להשתמש במושג הזכות מבלי שיהיה בכך לפגום בערכים אחרים שאותם מבקשים לקדם, כמו אחריות מתמשכת ודאגה, כבסיס לשיח משולב של עיצוב זכויות והחלתן.

מודל היחסים, כמודל משפחתי ומגוון, מציב במרכזו את הבטחת שלומו של הילד. הבטחת רווחת הילד נובעת ממרכיב האחריות הניצב במרכז המודל ומן ההכרח לספק הגנה לגורמים חלשים. להבדיל מעקרון טובת הילד המסורתי, השיקול הקורא להתרכז ברווחת הילד במסגרת מודל היחסים משקף את האינטרס המשותף להורה ולילד ואת ההנחה שהם אינם מצויים בקונפליקט. גם מקום שההנחה נסתרה, ישמש השיקול כמרכיב נורמטיבי לכפיית סטנדרט שייטיב עם הילד ויעדיף, במקרה של התנגשות בין זכויות, את זכויות היחס שלו. כך, כל הסדר שייבחר חייב לעלות בקנה אחד עם רווחת הילד, תוך הבטחת הגשמתם של השיקולים האחרים. נוכח חשיבותה של המשפחה בחייו, הבטחת רווחתו משמעה בדרך כלל גם חתירה לכינונם ושימורם של יחסי משפחה מיטביים.

תחת מודל שיח היחסים, אם כן, הדגש עובר מראיית הזכות כמרכיב המשמש חוץ מפני התערבות הזולת לראייתה כמרכיב המגשים את האינטראקציה בין הפרט לסביבתו, תוך הכרה בהשפעת האינטראקציה על קיומו והגשמתו העצמית של הפרט.

⁵⁹⁶ באנגלית מכונה המודל "relational rights":

Martha Minow & Mary Lyndon Shanley, *Relational Rights and Responsibilities: Revisioning the Family in Liberal Politics Theory and Law*, 11(1) HYPATIA 4 (1996).

⁵⁹⁷ כפי שהוגדרה לראשונה על ידי קרול גיליגן (Carol Gilligan) בספרה *IN A DIFFERENT VOICE: PSYCHOLOGICAL THEORY AND WOMEN'S DEVELOPMENT* בשנת 1982, ופותחה בכתובה עניפה בשנים העוקבות. לקריאה נוספת בנוגע להשפעותיהן של תיאוריות פמיניסטיות על זכויות ילדים ראו: בנימין שמואלי "מה לפמיניזם ולזכויות הילד? השפעת תיאוריות פמיניסטיות על על איסור ענישה גופניות לילדים כמקרה מבחן" **משפחה במשפט** א 57 (תשס"ז – 2007).

⁵⁹⁸ לעיון במורכבות ואף הסתייגות מחלק ממרכיביה של אתיקת הדאגה בכל הנוגע ליישומה ב"שיח היחסים" ראו: רות זפרן "שיח היחסים כתשתית להכרעה בסוגיות מתחום המשפחה: מספר הערות על דאגה וצדק" **משפטים על אהבה** 605, 617 (אורנה בן נפתלי וחנה נוה עורכות, אוניברסיטת תל אביב, 2005).

דפוס חשיבה דומה הוביל גם את ברוקס ורון במאמרם⁵⁹⁹ להציע אימוץ רעיון של interdependence, "תלות-הדדית" בין ההורה וילדו, כנקודת המבט הראויה ליחסי הורים-ילדים. זאת בעיקר באוכלוסיות הנחשבות כמחלשות ובעלות אופי של "אחרות" (otherness), אשר הורותן נבחנת משפטית וציבורית באופן תדיר יחסית, ומוטלת בדרך כלל בספק ביחס להורות ה"נורמטיבית". ברוקס ורון קוראים לאמץ נקודת מבט זו של תלות הדדית ביחסי הורים-ילדים, בעיקר במצבים הנחשבים בדרך כלל כ"הזנחה" של ילדים על ידי הוריהם, תוך יישום של תיאוריות מתחום המשפט הטיפולי, משפט מניעתי, ומשפט רגיש תרבות.

כל החוקרים הללו הדגישו כי שיח משפטי השם את המשפחה במרכז הולם גם את האמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד, אשר מדגישה את מרכזיותה של המשפחה בקידום רווחתו של הילד, ומבקשת להבטיח את יחסיו עם הוריו,⁶⁰⁰ ולטענתו, ניתן למצוא תמיכה בגישות אלה למעבר מראייה צרה ותפקידית-בלעדית של ההורות, אל גישה תהליכית-יחסית אשר לוקחת בחשבון לא רק את תפקיד ההורה כלפי ילדו אלא את מכלול מערכת היחסים המשפחתית.

הגישות שלעיל התמקדו בטובת ילדים אשר נולדו, ולא בסוגיית טובתם של ילדים שלא נולדו. אולם כפי שפורט לעיל, הדיון בטובת הילד שלא נולד ובשאלה מיהם האנשים הראויים להביא ילדים לעולם, מבוסס על ההנחה כי מי ש"יורשה" להביא את הילד לעולם גם יגדלו. משכך נראה כי הביקורת רלוונטית גם לשאלת הבאת ילדים לעולם. מאחר שהביקורת מתבססת על הרחבת התמיכה במשפחה כיחידה אחת, הטמעת עקרונותיה תגביר את הלגיטימיות של הורים פוטנציאליים גם במקרים בהם נצפים קשיים בגידול ילדיהם העתידיים. זאת במיוחד מאחר וכמפורט לעיל, הדיון בטובתו של הילד שעדיין לא נולד ממילא נותן משקל יתר לזכות להורות.

4. השפעת התפיסה התפקידית-בלעדית של ההורות וטובת הילד, והצורך

במעבר לגישה תהליכית-יחסית

כמפורט בפרק השני, התנאים המקדימים לקידום חברתי ומשפטי של זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות, בהתאם לגישת הזכויות, מבוססים על הכרה בזכותו של כל אדם עם מוגבלות לשוויון, לכבוד ולהשתתפות פעילה בחברה בכל תחומי החיים, כזכות אזרחית בסיסית שאינה תלויה ביכולתו או בתרומתו לחברה, והכרה בו כבעל ערך אנושי אינהרנטי, גם אם אינו עומד בדרישות ה"נורמליות" של השתתפות ופרודוקטיביות (ראו ה"ש 171).

אולם התנאים הנדרשים לצורך הכרה בחשיבות השוויון בתחום ההורות, וכפועל יוצא מכך, הכרה בהתאמות כפתרון לקשיים והחסמים העומדים בפני הורים עם מוגבלויות, אינם מתקיימים. זאת בשל תפיסת ההורות כתפקידית-בלעדית, ובאופן מפורט בארבעת ההיבטים הבאים: (1) ההתמקדות החברתית והמשפטית בהורות כ"תפקיד" תוך התעלמות מהיבטיה האחרים (התפתחות אישית ומערכת

⁵⁹⁹ Susan L. Brooks & Ya'ir Ronen, *The Notion of Interdependence and Its Implications for Child and Family Policy*, 17:3-4 JOURNAL OF FEMINIST FAMILY THERAPY 23, 26 (2005).

⁶⁰⁰ מתוך דברי המבוא לאמנה: "בהיותן משוכנעות כי המשפחה, כקבוצת יסוד לחברה וכסביבה טבעית להתפתחותם ורווחתם של כל בניה, ובפרט הילדים, מן ההכרח כי יובטחו לה הגנה וסיוע, ככל הנדרש, באופן שתוכל לשאת במלוא אחריותה בתוך הקהילה".

יחסים); 2) ההורות כזכות שתכליתה קיום חובה של ההורה כלפי ילדו באופן בלעדי; 3) מימוש הזכות להורות המתמקד בפן השלילי ולא בפן החיובי של הזכות; 4) תפיסת טובת הילד וזכויותיו כזכויות אינדיבידואליות. אפיונים אלה של ההורות וטובת הילד מובילים לתפיסה של ניגוד בין ה'הורות' וה'מוגבלות', וליצירת הפער אשר תואר בפרק הקודם, בין עקרונות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות בתחום ההורות (ובעיקר סעיף 23 לאמנה הבינלאומית) לבין המדיניות בפועל.

4.1. תפיסת ההורות כתפקיד גרידא כמעצימה את המוגבלות

כמפורט לעיל, ההתייחסות החברתית והמשפטית אל הורות מתמקדת בהורות כתפקיד שעיקרו החובה לדאוג לילד, תוך התעלמות מהיבטים אחרים של הורות, של התפתחות אישית ומערכת יחסים. בהתמקדות זו יש פוטנציאל להשפיע בעיקר על הורות של אנשים עם מוגבלויות, ובעיקר מוגבלויות שכליות ונפשיות, אשר פעמים רבות תפקודם אינו תואם את התפקוד ההורי הסטנדרטי והנורמלי בעיני רשויות הרווחה והמשפט, באופן שמביא להתערבות משפטית ביחסי הורה-ילד.

בשל הראיה של ההורות בפן התפקידי בלבד, ההורות נתפסת כתוספת לפער הקיים בין אנשים עם מוגבלויות לבין אנשים שנחשבים כאנשים ללא מוגבלות: ההורות מטילה חובות טיפול באדם אחר, היא גורמת להורה להיות תלוי בסביבתו (בבני זוג, במשפחה, בממסד), היא מצמצמת את החופש האישי, מטילה חובות כלכליים, ומדגישה נחיתות מגדרית של נשים. בשל כך, הורים עם מוגבלויות עשויים להיתפס כעול על הילד ועל הסובבים, מעין "היפוך מושא הטיפול", כאשר בשל המוגבלות, הילד נאלץ לטפל בהורה בגיל מוקדם יחסית. לכן, כאשר אדם עם מוגבלות הופך להורה, וככל שהוא אינו מסוגל למלא, ולו באופן חלקי, את תפקידו ההורי "המקובל", הרי שהפיכתו להורה לא נתפסת ככזו שקידמה שוויון, אלא ככזו שהרחיבה את הפער והגבירה את הצורך שלו בשירותי רווחה. זאת מאחר ולכל הסיוע וההתאמות שנדרשו לו לפני שהפך להורה, נוסף הסיוע שנדרש לו על מנת לתפקד כהורה. בשל כך, ולהבדיל מזכויות אחרות, כגון תעסוקה, כשרות משפטית ונגישות, אשר קיימת הכרה חברתית רחבה בחשיבות קידומן, גם במחיר של יצירת התאמות אנושיות ומבניות (שלכולן תג מחיר כלכלי), ההורות אינה זוכה להכרה חברתית שכזו.⁶⁰¹

בהקשר זה, לכאורה, ניתן לטעון כי יש להתייחס באופן שונה להורים עם מוגבלויות מסויימות לעומת הורים עם מוגבלויות אחרות. כך למשל, הורים עם מוגבלויות פיזיות או חושיות "בלבד" או מוגבלויות שחומרתן מוגדרת נמוכה יחסית, ואשר מסוגלים לבצע את רוב מטלות ההורות, יזכו להכרה נרחבת יותר בזכויותיהם ובהתאמות להן הם זקוקים, ביחס להורים עם מוגבלויות נפשיות או שכליות, או מוגבלויות הנחשבות ל"חמורות".

אפשרות חלופית לתפיסת ההורות כתפקיד גרידא כוללת הכרה בחשיבותם של ההיבטים הנוספים שלה: מערכת יחסים והתפתחות אישית, לה קראתי התפיסה התהליכית-יחסית. הכרה זו עשויה להטות את משקל הכובד אל עבר ההורה, ולראייה שלמה יותר שלו, לא רק כאמצעי לביצוע תפקיד.

⁶⁰¹ בהקשר לכך מעניין לציין כי גם בכל הנוגע לשוויון זכויות בתעסוקה, רווחו בעבר, ובמידה מסויימת עדיין רווחות, דעות בנוגע לחוסר פרודוקטיביות אינהרנטית של אנשים עם מוגבלויות, חוסר אשר מצדיק התייחסות לא שוויונית. להרחבה בעניין זה ראו: Sagit Mor, *Between Charity, Welfare and Warfare: A Disability Legal Studies Analysis of Privilege and Neglect in Israeli Disability Policy*. 18(1) YALE JOURNAL OF LAW & THE HUMANITIES 63-137, 66 (2006).

ההכרה תאפשר לקחת בחשבון היבטים הכוללים פיתוח של זהות אישית והשתייכות קהילתית, ופיתוח קשרי תמיכה ארוכי טווח, אשר במסגרתם הילד משמש כגורם מעניק ולא רק כמטופל. הגדרה שכזו תכיר ביתרונות שמעניקה ההורות לאדם עם מוגבלות (כמו לכל הורה אחר), הנובעים מיחסיו עם הילד, מהסטטוס ההורי החברתי שלו, מהקהילה שנוצרת בעקבות ההורות, ומביטחון בהמשך היחסים לאורך השנים והזדקנותו של ההורה. בהתאם לכך, ההורות לא תיתפס רק כהעמקה והרחבה של הבעיה התפקודית הנובעת מהמוגבלות אלא כבעלת ערך וראויה לקידום. ככל שתתבסס הכרה אמיתית ורחבה גם בהיבטים אלה של הורות, ניתן יהיה לראות בהורות לא רק כעול טיפולי המעצים את המוגבלות אלא כאמצעי משמעותי לקידום השתתפות ושוויון זכויות של אנשים עם מוגבלויות בתחום חיים מרכזי זה. כתוצאה מכך, ההתערבות החברתית והמשפטית במערכת היחסים הורה-ילד תישא אופי שונה, המכיר בחשיבותה של ההורות גם כמערכת יחסים וכאמצעי להתפתחות אישית, חשיבות אשר תצדיק הגשת סיוע להורים במילוי תפקידי ההורות, כאשר סיוע זה נדרש.

באשר לטענה לפיה ההדגשה התפקידית מאפשרת לנהוג באופן שונה בהורים עם מוגבלויות שונות, בהתאם לתפקודם, אטען כי אכן, אין ספק כי סוג המוגבלות והדרך שבה מוגבל תפקודו של ההורה היא רלוונטית ביחס לשאלות ההורות העולות בדרך כלל ביחסי הורים וילדים. זוהי גם הסיבה שעמדה בבסיס בחירתי להתמקד במחקר זה בהורים עם מוגבלויות נפשיות ושכליות, שכן מוגבלויות אלה הן אשר מציבות את האתגר המהותי ביותר בתחום ההורות ושוויון הזכויות. עם זאת יש לזכור כי למרות המגוון הרחב של היכולות, הצרכים, האינטרסים והזהויות בקרב אנשים עם מוגבלויות שונות, כולם חווים דפוסים דומים של דיכוי והיעדר נגישות.⁶⁰² בהלימה לכך, הן חוק השוויון והן האמנה הבינלאומית אינם מפרידים בין המוגבלויות השונות ואינם מחילים עליהן דין שונה.

נוכח זאת, גם במחקר זה אטען כי הרחבת ההתייחסות להורות – מעבר לתפקיד – תיטיב לא רק עם הורים עם מוגבלויות נפשיות ושכליות כי אם עם כל ההורים עם מוגבלויות (ועם ילדיהם), אשר תפקודם נחשב כסוטה מהנורמה ההורית המקובלת. ההתייחסות לסוג ולעוצמת המוגבלות, אם כן, לא צריכה להשפיע על מהות הדיון התיאורטי אלא על הדרך והאמצעים לשימור הקשר המשפחתי בין ההורה וילדו, היינו, סוג והיקף הסיוע שיינתן להורה על מנת לקיים את תפקידיו ולשמר את הקשר ההורי.

יתרה מכך, הכרה עקרונית בחשיבותה של ההורות על שלל פניה, ומכוח זה בחובת המדינה לספק התאמות שיסייעו להורים, תועיל לא רק לאנשים עם מוגבלויות "רשמיות" אלא לכלל ההורים וההורים הפוטנציאליים, החווים קשיים קבועים או זמניים בהורות התפקודית. זאת בהתאם לגישה האוניברסלית למוגבלות,⁶⁰³ המדגישה את קיומה של המוגבלות אצל כלל האנשים בהתאם לתקופות ונסיבות חייהם, וכן מדגישה את ההיבט המשתנה והבלתי יציב של המוגבלות. על בסיס ההכרה בכך שכמעט כל אחד יחווה מוגבלות לאורך חייו, מבקשת הגישה האוניברסלית להתאים ולעצב מחדש את המרחב הציבורי והתרבותי. בהקשר ההורות, כאמור, הרחבת זווית המבט מעבר לגישה התפקידית-בלעדית אל עבר גישה תהליכית-יחסית תביא תועלת לכלל ההורים, הן בזמנים בהם הם מתקשים למלא את תפקידיהם ההוריים מסיבות שונות, והן מבחינת הלגיטימציה שהיא מעניקה להיבטים של הורות

⁶⁰² מור שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות בתעסוקה – מתיקון הפרט לתיקון החברה, לעיל ה"ש 172, בעמ' 108-109.
⁶⁰³ Irving K. Zola, *Toward the Necessary Universalizing of Disability Policy*, 67 THE MILBANK QUARTERLY, 401 (1989).

הקשורים בהתפתחותו האישית של האינדיווידואל ובמערכת יחסיו.

4.2. ההורות כזכות בעלת פן בלעדי הסותר את עקרון ההתאמות

כאמור, אחד האלמנטים המרכזיים להשגת שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות הוא ההתאמות להן הם זכאים על מנת להשתלב ולהשתתף, וזאת מתוך שאיפה ליצור חברה שוויונית יותר, שבה אנשים עם מוגבלויות לוקחים חלק פעיל בקהילה, בתעסוקה, בפנאי, ובמרחב הציבורי בכללותו. משכך, הגדרתה המשפטית של ההורות כזכות שתכליתה קיום חובה של ההורה כלפי ילדו באופן בלעדי,⁶⁰⁴ מובילה להתנגשות עם עקרון ההתאמות הנמצא בליבן של הגישה החברתית וגישת הזכויות.

ראשית, ההגדרה פוגעת בעיקר בהורים עם מוגבלויות, אשר הצורך שלהם בסיוע יהיה לרוב מוגבר ביחס להורים אחרים. אולם מעבר לכך קיימת גם התנגשות תיאורטית, שכן, כאשר ההורות נתפסת כחובה שיש לקיים באופן בלעדי, כל התאמה שתינתן לה תפגע בבלעדיות, ועשויה אף להיתפס ככזו המשנה את מהותה של ההורות ומאיינת אותה. למעשה ניתן לטעון כי שני עקרונות אלה, היינו עקרון הבלעדיות ביחסי הורה-ילד, והתאמות להורים עם מוגבלות, סותרים זה את זה, שכן מילוי החובות ההוריות על ידי גורם אחר פוגם בעצם מהותה של ההורות. התנגשות תיאורטית זו מיתרגמת לפגיעה ממשית בזכויות ההורות שלהם, המתבטאת הן באי פיתוחם של אמצעים להנגשה והתאמה של ההורות, והן בהתערבות ובפגיעה משפטית ביחסים שלהם הם ילדיהם, כפי שפורט בפרק הקודם.

גם אם ייטען כי דרישת הבלעדיות ההורית אין פירושה מניעה גורפת של סיוע להורים, הרי שלהבדיל, למשל, מתעסוקה הדורשת הנגשה מסויימת בזמנים מסויימים, או כשרות משפטית אשר יכולה להיות מוגבלת באופן חלקי, ההורות אינה יכולה להיות חלקית או זמנית, ודורשת, לכאורה, התאמה והנגשה מסביב לשעון, אשר נתפסת כמוגזמת ובלתי ישימה.

באשר לאפשרות חלופית לתפיסת ההורות כזכות בעלת אופי בלעדי, ראשית, יש להכיר בכך כי תפיסת הבלעדיות מושתתת גם היא על הפן התפקידי של ההורות, שכן היא מגדירה את ההורות כזכות בלעדית לקיים חובה כלפי הילד, ואינה לוקחת בחשבון את פניה האחרים של ההורות. לכן, ככל שתפיסת ההורות תורחב אל מעבר לתפקיד בלבד, היא עשויה להוביל לחשיבה מחודשת ולשנות גם את הגדרתה של ההורות כזכות בלעדית.

טיעון נוסף התומך בתפיסה חלופית המרחיבה את הגדרת ההורות אל מעבר ל"קיום חובות באופן בלעדי" מתמקד ב'בלעדיות' ומערער אותה. שכן, הלכה למעשה, רובם ככולם של ההורים מקבלים סיוע משפחתי ומוסדי כלשהו במילוי תפקידיהם ההוריים. טיעון זה מתבסס גם על הכתיבה העוסקת בפן האוניברסלי של המוגבלות, אשר כפי שפורט לעיל, מדגיש את קיומה של המוגבלות אצל כלל האנשים בהתאם לתקופות ונסיבות חייהם, וכן מדגיש את ההיבט המשתנה והבלתי יציב של המוגבלות.

כאשר בהורות עסקינן, המדובר בצורך של כלל ההורים, עם ובלי מוגבלויות, לסיוע בגידול ילדים בתקופות שונות, וכן באופי הדינמי של מערכת היחסים הורה-ילד, וכתוצאה מכך בשינוי מתמיד של היכולות והצרכים של הורים וילדים. אם כך, ההכרה העקרונית בחוסר הבלעדיות הקיים ביחסיהם של כלל ההורים וילדיהם, אמורה להסיט את הדיון משאלות מהותיות בנוגע להמשך קיום היחסים

⁶⁰⁴ רע"א 3009/02 פלוגית נ' פלוגי, פ"ד נו(4) 872.

המשפחתיים אל עבר שאלות של היקף הסיוע הנדרש להורים שונים. כפועל יוצא מכך, תורחב הלגיטימציה לסיוע ולהתאמות, ותתבסס הבנה כי גם הקשיים הכרוכים בהורות עם מוגבלות ניתנים לפתרון ממוקד או זמני, במקום פתרונות גורפים ובלתי הפיכים כגון הוצאה מהבית ואימוץ.⁶⁰⁵ כל אלה יועילו גם להורים ללא מוגבלות אשר חווים קשיים יומיומיים ומתמשכים, כמו גם קשיים מיוחדים וזמניים כגון דכאון לאחר לידה.⁶⁰⁶

הכרה בחוסר הבלעדיות ההורית, והסטת הדיון אל עבר היקף הסיוע הנדרש להורים עם מוגבלויות, יאפשרו, כאמור, את כניסתם של עקרונות של שוויון זכויות באמצעות התאמות, לזירה המשפחתית. מהלך זה אמור להוביל הן למתן והרחבת אמצעי הסיוע קיימים (כגון מעונות יום, סיוע מורחב בבית, סיוע כלכלי בהיקף ניכר, מינוי אפוטרופוס נוסף) והן לפיתוחן של התאמות חדשניות, כגון הכרה חברתית ומשפטית במעמדם של אנשים או קרובי משפחה שאינם ההורים, כלפי הילד, מבלי לפגוע במעמדם של ההורים הטבעיים. גם משפחת אומנה בה מתגוררים ההורה הטבעי והילד ביחד (מודל אשר כמפורט בפרק השני, חלק 3.2.5, מנוגד לעקרונות חוק האומנה),⁶⁰⁷ עשויה להתאים לחלק מההורים. כמו כן ייתכן כי במקרים מסויימים, ובהתאם לרצון ההורה הטבעי, ניתן יהיה להגדיר אומנה או אימוץ פתוח כהתאמה, ובלבד שהם מתנהלים באופן כזה, אשר אינו מנתק את הקשר המהותי ואת מערכת היחסים בין ההורה הטבעי לילדו.

בנוסף לכל אלה, הכרה בלגיטימיות של התאמות להורות תפחית, מאליה, את החשש של הורים עם מוגבלויות לבקש סיוע והתאמות מרשויות הרווחה בשל הסיכון לתוצאות משפטיות וסוציאליות שיחבלו בקשר הורה-ילד, ומשכך תפחית את סיכוייהם לחוות קשיים המתלווים למוגבלות, כגון עוני ובדידות.

4.3. התמקדות בזכות ה"שלילית" להורות כסותרת את עקרון ההתאמות

כאמור לעיל, הפסיקה שהכירה בזכות להורות כזכות חוקתית עסקה בעיקר בפן השלילי של הזכות, היינו, כיבוד החירות והאוטונומיה ההורית (בכפוף לזכויות וטובת הילדים), ולא הרבתה לצקת תוכן קונקרטי לפן החיובי של הזכות ולחובת המדינה לסייע באופן אקטיבי להורים המתקשים בגידול ילדיהם. בכך יש כדי לפגוע במיוחד באנשים עם מוגבלויות, אשר עשויים להתקשות, יותר מאחרים, בגידול ילדיהם, ולהזדקק לסיוע במישור החיובי והאקטיבי.

גם בשלושת החוקים העוסקים ביחסי הורים וילדים: חוק הכשרות המשפטית, חוק הנוער (טיפול והשגחה) וחוק אימוץ ילדים, לא קיימת התייחסות למקומה של המדינה כמסייעת ליחסי הורה-ילד במקרים בהם מתגלה קושי, למעט סעיף משנה אחד בחוק אימוץ ילדים הקובע עילת אימוץ במקרה בו "ההורה אינו מסוגל לדאוג לילדו כראוי בשל התנהגותו או מצבו, ואין סיכוי שהתנהגותו או מצבו ישתנו

⁶⁰⁵ Katherine Hayward, *It's A Miracle*, DISABLED MOTHERS: STORIES AND SCHOLARSHIP BY AND ABOUT MOTHERS WITH DISABILITIES, 71 (Gloria Filax & Dena Taylor, eds. 2014).

⁶⁰⁶ Linda R. Ross, *Disabling Mothers: Constructing a Postpartum Depression*, DISABLED MOTHERS: STORIES AND SCHOLARSHIP BY AND ABOUT MOTHERS WITH DISABILITIES, 155 (Gloria Filax & Dena Taylor, eds. 2014).

⁶⁰⁷ בהתאם לפרשנות שנותנת הרשויות לסעיף 2 לחוק האומנה, ולפיה מגורים של הילד עם ההורה באותו בית לא יחשבו כאומנה.

בעתיד הנראה לעין על אף עזרה כלכלית וטיפולית סבירה כמקובל ברשויות הסעד לשיקומו",⁶⁰⁸ סעיף אשר פרשנותו הפסיקתית לא התייחסה עד כה, כמעט כלל, באופן מפורש ומובהק להורים עם מוגבלויות, כפי שפורט בהרחבה בפרק השני (חלק 3.2.4.3). ההתמקדות בפן השלילי של הזכות, בדומה לגישה המגדירה את הזכות כבעלת פן בלעדי, סותרת באופן אינהרנטי את עקרון ההתאמות כאמצעי לקידום שוויון, שכן התאמות רבות נושאות אופי "חיובי" של סיוע אקטיבי מצד המדינה. משכך, להורים עם מוגבלויות יש פוטנציאל להיפגע מאי יישום של הזכות להורות בפן החיובי, יותר מהורים אחרים.

חוסר הבהירות של ההבדל שבין הזכויות השליליות לחיוביות מוסיף על כך: הרי ככלות הכל, יש צורך בהתערבות מדינתית כדי לגבש גולציה שמגנה על זכויות שליליות, וזכויות חיוביות בנוגע להורות, דורשות גם הימנעות מפעולה, למשל, ששירותי הרווחה לא יפעלו להוציא ילדים ממשפחותיהם באופן לא הוגן. דומה שהטשטוש בין שני סוגי הזכויות בולט בעיקר בתחום המוגבלות, במסגרתו נדרשת לא פעם פעולה חיובית לצורך הבטחת זכויות שליליות, כגון נגישות פיזית או נגישות של שירות שמטרתן להסיר חסמים ולאפשר לאנשים עם מוגבלויות להשתתף במרחב הציבורי ולצורך שירותים ציבוריים ופרטיים.⁶⁰⁹ בשל כך, עומדים הורים עם מוגבלויות בעמדה נחותה ביחס להורים ללא מוגבלויות, גם כאשר מדובר בהבטחת זכויות הורות שליליות.

מעבר לכך, ניתן לומר כי החוסר בהתייחסות קונקרטית לזכות להורות במובנה החיובי משקף מאפיין מיוחד של ההורות, והוא, אפשרות הבחירה, הלגיטימית, שלא להיות הורה (לגיטימיות המוטלת בספק, אמנם, במדינה פרו-נטליסטית דוגמת ישראל). אפשרות בחירה זו אינה מאפיינת זכויות אחרות של אנשים עם מוגבלויות כגון כשרות משפטית או נגישות, ובמידת מה גם תעסוקה, אשר לא נחשב לגיטימי לוותר עליהן מבחירה. משכך ניתן לטעון כי ההורות אינה עומדת בשורה אחת עם המטרות אליהן ראוי לשאוף בתחום זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות. משכך ניתן לטעון כי ההורות אינה עומדת בשורה אחת עם המטרות אליהן ראוי לשאוף בתחום זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות, ומשכך, גם אם אין למנוע מאנשים עם מוגבלויות להפוך להורים (הפן השלילי של הזכות), אשר כמפורט במחקר זה, גם הוא אינו מתממש פעמים רבות), הרי שאין גם לסייע להם באופן אקטיבי במימוש הזכות בפן החיובי.

אפשרות חלופית המבססת את הזכות להורות כזכות חיובית נדונה באופן נרחב במחקר אשר עסק בדיני המשפחה.⁶¹⁰ כפי שהוזכר לעיל, הכתיבה בתחום אף ביקשה להמשיג מחדש את מיקומה של הזכות להורות בגדרו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כ"זכות נכדה חוקתית" בעלת היבטים שליליים וחיוביים, ומכך לגזור את החובה המוטלת על המדינה לשמור על התא המשפחתי ולאפשר את מימוש חיי המשפחה. בהתאם לכך, כנגד זכותו החוקתית של ההורה אמורה לעמוד חובתה החוקתית של המדינה לקבוע דינים תת-חוקתיים שיאפשרו לו לשמור על הילד ולחנכו. בנוסף, כנגד חובתו של ההורה עומדת זכותו החוקתית של הילד – כלפי המדינה – שהוריו ישמרו עליו ויחנכו אותו, זכות חוקתית ממנה

⁶⁰⁸ סעיף 13(א)(7) לחוק אימוץ ילדים.

⁶⁰⁹ לעניין הערבוב בין היסודות החיוביים והשליליים של הזכויות ראו: מור בין המשגה פוליטית להכרה משפטית — חסמים במימוש זכויות אנשים עם מוגבלויות, לעיל ה"ש 160, בעמ' 97, וכן: Neta Ziv, *Disability Law in Israel and the United States – A Comparative Perspective*, ISRAEL YEARBOOK ON HUMAN RIGHTS 171-202 (1999).

⁶¹⁰ ראו למשל: הקר ופרנקל, לעיל ה"ש 545.

ביסוס הזכות להורות כזכות חיובית ופירוט קונקרטי של הסיוע הנדרש להורים כדי לממש את זכותם לגדל את ילדיהם תועיל במיוחד להורים עם מוגבלויות, הזקוקים בדרך כלל לסיוע נרחב יותר. ביסוס זה יועיל גם במישור הרעיוני, שכן הוא יאפשר יישום עקרונות של שוויון זכויות באמצעות התאמות. שכן, כל עוד ההכרה בזכות להורות אינה כוללת בחובה אלמנטים חיוביים קונקרטיים, קיים קושי תפיסתי של מוסדות המדינה להעניק את הסיוע וההתאמות הנדרשות להורים עם מוגבלויות דווקא. הכרה שכזו, אם כן, תסלול את הדרך להקצאת משאבים משמעותיים ולפיתוח שירותים שיאפשרו להורים עם מוגבלויות להמשיך ולגדל את ילדיהם.

במישור האוניברסלי, תועיל התייחסות חיובית לזכות להורות גם להורים ללא מוגבלות, שכן היא תבסס את זכותם לסיוע במימוש ומיצוי ההורות שלהם, ברוח האמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד, ובהתאם למחקר הביקורתי שעסק בדיני המשפחה הכלליים (ראו למשל ה"ש 610).

בהקשר זה, קיימת חשיבות רבה לעיתוי בו נבחנות זכויותיהם של הורים עם מוגבלויות בקשר לילדיהם. שכן, כאשר עניינו של ילד מסויים מובא בפני הערכאות השיפוטיות, ובעיקר בפני בית המשפט לענייני משפחה אשר בוחן האם ניתן להכריז עליו כ"בר אימוץ", מצבו נחשב בדרך כלל כחמור עד כדי כך, שכל אזכור של זכויות הורים יהווה מס שפתיים בלבד. בחינת זכויותיהם החיוביות של ההורים לסיוע ולהתאמות, אם כן, צריכה להתרחש בשלב מוקדם הרבה יותר, באופן אשר ימנע את הצורך בהבאת העניין בפני הערכאות השיפוטיות, או למצער, עם תחילתם של הדיונים המתקיימים בבתי משפט השלום לנוער, בשאלת הגדרתו של הילד כ"קטין נזקק".

לעניין האפשרות הלגיטימית לבחור שלא להיות הורה והשפעתה על הפחתת השאיפה לשוויון בתחום זה, ובעקבותיה, הפחתת הצורך בביסוס חיובי של הזכות, ניתן להעלות שתי טענות עיקריות. טענה אחת נוגעת להלך הרוח חברתי ולפיה, במדינה "פרו-נטליסטית" כמו ישראל, בה החלטה שלא להיות הורה נחשבת כחריגה מבחינה חברתית, הרי שאי-ההורות כשלעצמה מחריגה אנשים עם מוגבלויות מהחברה ומהקהילה. טענה שניה נוגעת לכך כי עצם האפשרות לבחור, כשלעצמה, היא בסיס מרכזי עליו מושתתות זכויות של אנשים עם מוגבלויות. עקרון זה בא לידי ביטוי בסעיף 4 לחוק השוויון הקובע כי "אדם עם מוגבלות זכאי לקבל החלטות בנוגע לחייו, על פי רצונו והעדפותיו, והכל בהתאם להוראות כל דין", וכן בסעיף 3 לאמנה הבינלאומית המפרט את עקרונותיה הכלליים של האמנה וביניהם: "(א) יחס מכבד כלפי כבוד טבוע, אוטונומיה פרטית לרבות חירות האדם לבחור בעצמו, ועצמאות בני האדם". לכן, הבחירה הלגיטימית שלא להיות הורה אינה אמורה להשפיע על הצבת ההורות כתחום בו יש לקדם שוויון זכויות, וזאת בהתאמה לבחירה והרצון האישי, ובהתאמה לנורמות החברתיות והמשפטיות החלות על כלל החברה, כך שלאנשים עם מוגבלויות תהיינה אותן הזדמנויות לבחור להיות הורים, ובמידה וייבחרו בכך, יינתנו להם, מעבר לאותן הזדמנויות, גם ההתאמות הנדרשות להם.

4.4. 'טובת הילד' וזכויותיו כסותרות הורות של אנשים עם מוגבלויות

כמפורט בפרק זה ובפרקים הקודמים, התיאוריה, המדיניות והפרקטיקה המשפטית בישראל משקפות

⁶¹¹ ברק חוקת המשפחה: היבטים חוקתיים של דיני המשפחה, לעיל ה"ש 524.

את הגישה לפיה מוגבלות ההורים נוגדת את טובתו של הילד וטומנת בחובה פוטנציאל לפגיעה, עד כדי כך שכל רכיב שלילי בחייו של הילד נחשב כתוצאה של מוגבלות ההורה. זאת על אף ממצאים אשר הצביעו על כך שלא תמיד ניתן לקשר באופן ישיר את הקושי ההורי למוגבלות (כפי שפורט בפרק הראשון, ראו ה"ש 19-25 לעיל). משכך, ובשל עליונותו הנורמטיבית של עקרון טובת הילד, אמורות זכויות ההורים לסגת מפניו. בנוסף לכך, ההתייחסות הרווחת אל טובת הילד וזכויותיו נושאת אופי אינדיבידואליסטי ואינה נותנת מספיק מקום להיבטים משפחתיים.

אפשרות חלופית לתפיסת זכויות הילד וטובתו בהקשר של הורות עם מוגבלות מתבססת בראש ובראשונה על ממצאים אשר הוצגו בהרחבה בפרק הראשון (חלקים 3.2.2 ו-3.3.2), המצביעים על כך שלא תמיד ניתן לקשר באופן ישיר בין הקושי ההורי לבין המוגבלות. בנוסף לכך, וכפי שפורט לעיל, ניתן לבסס תפיסה חלופית לזכויות הילד וטובתו באמצעות הכתיבה אשר עסקה בתחום זה (אך לא בהקשר של הורים עם מוגבלות דווקא) ואשר הביאה לידי ביטוי את הצורך בהתייחסות לזכויות הילד בהקשר המשפחתי ואת הצורך בהגברת התמיכה החברתית במשפחה על מנת למקסם את תפקודה גם בהקשר של גידול הילדים.

כאמור, החוקרים אשר עסקו בנושא טובת הילד וזכויותיו טענו כי מערכת המשפט אינה מתייחסת אל הילד כאל אדם שלם בעל זהות וזיקות למשפחה וקהילה, כמתחייב מאמנת האו"ם.⁶¹² כתוצאה מכך, בתחומי חיים רבים לא זוכה טובת הילד להתייחסות מקיפה ומעמיקה, אלא להגנה חלקית בלבד.⁶¹³ זאת במיוחד בשל חוסר התאמת השיח לזירה המשפחתית, וחוסר התייחסות מספקת למרקם היחסים בין הצדדים.⁶¹⁴

כך למשל, מוחלות נורמות הנחשבות "מקובלות" בחברה על אנשים וקהילות אשר מחזיקים, לעתים, בסטנדרטים שונים להתנהגות בזירה המשפחתית. זאת, תוך החלשת האוטונומיה והסמכות ההורית (ובין השאר של ההורים כמשוייכים לקהילה), המובילה גם להחלשת המשפחה והקהילה כמכלול.⁶¹⁵ לביקורת זו יש רלוונטיות להורות של אנשים עם מוגבלויות, ולחוסר לגיטימציה לאפיונים מיוחדים של מוגבלות הבאים לידי ביטוי בהורות. שכן, לפי המודל התרבותי למוגבלות⁶¹⁶ הדרתם של אנשים עם מוגבלויות נובעת מעמדות שליליות ודעות קדומות, כאשר גורמים ודימויים תרבותיים שליליים ברובם, מופנים כלפי אנשים עם מוגבלויות ומושרשים במוקדי התרבות של החברה המודרנית. לפי מודל זה, יש לטפח את ההכרה בערכם של החיים עם מוגבלות, תוך פיתוח סולידריות, ועידוד יצירה, תרבות ואומנות שמבטאות את חוויית החיים עם מוגבלות לא רק כדרך של "התמודדות" אלא כביטוי יצירתי עצמאי

⁶¹² מתוך דברי המבוא לאמנה: "בהיותן משוכנעות כי המשפחה, כקבוצת יסוד לחברה וכסביבה טבעית להתפתחותם ורווחתם של כל בניה, ובפרט הילדים, מן ההכרח כי יובטחו לה הגנה וסיוע, ככל הנדרש, באופן שתוכל לשאת במלוא אחריותה בתוך הקהילה".

⁶¹³ סלונים-נבו ולנדר, לעיל ה"ש 586.

⁶¹⁴ זפרן זכויות הילד במשפחה כזכויות יחס לעיל ה"ש 548, בעמ' 154.

⁶¹⁵ Shmueli, לעיל ה"ש 588.

⁶¹⁶ Rosemarie Garland-Thomson, *The Politics of Staring: Visual Rhetorics of Disability in Popular Photography*, *DISABILITY STUDIES: ENABLING THE HUMANITIES* (S. L. Snyder, B.J. Brueggemann, & R. Garland-Thomson, eds.) 56 (2002).

בעל ערך חברתי וקול ייחודי, קול שאינו דובר מתוך מקום של בושה אלא של עונג, מאבק ויצירתיות.⁶¹⁷ גם הפתרונות שהוצעו על ידי החוקרים בתחום זה מאמצים גישות אשר יש בהן להועיל גם להורים עם מוגבלויות. המדובר בראיית ההיבטים המשפחתיים והקהילתיים של ילדים והורים לא כמנוגדים אלא שלובים זה בזה, מתוך שאיפה לשמור על האוטונומיה המשפחתית, לצד פיתוח כלים חברתיים ומשפטיים חדשניים לשמירה על זכויות הילד במשפחתו;⁶¹⁸ המשגת זכויות המשפחה כ"זכויות יחס"⁶¹⁹ המשקפות "תלות-הדדית" בין ההורה וילדו⁶²⁰ באופן השואף לקידום ושימורם של יחסים איכותיים ומזינים, כמו גם גמישות ומתן הגנה למערכות יחסים לא פורמליות המגלמות תלות, דאגה, טיפוח ואחריות ארוכת טווח (למשל: מעבר לשני ההורים הביולוגים, או הכרה רשמית ופורמלית בבני משפחה מטפלים אחרים). תיאוריות אלה מתאימות במיוחד לאוכלוסיות "לא נורמטיביות" אשר הורים עם מוגבלויות (ובעיקר מוגבלות נפשיות ושכליות) לרוב משתייכים אליהן, והולמות עקרונות של התאמות וסיוע כאמצעים להשגת שוויון.

דומה כי הגישה הרלוונטית והפרקטית ביותר בהקשרו של מחקר זה היא הגישה הקוראת לפיתוחן של זכויות חברתיות לילדים בספירה המשפחתית (גישה הקשורה כמובן גם לזו המבקשת להרחיב את משמעותה הקונקרטית של הזכות להורות כזכות חיובית). כמפורט לעיל, החוקרים בתחום זה קראו להתייחסות אל המשפחה כגוף בעל זכויות חברתיות, ולפיתוח שירותים חברתיים וכלכליים לטיפול הילד והמשפחה, שירותים ואשר יאפשרו להורים להמשיך לגדל את ילדיהם, וימנעו את הוצאתם מהבית. טיפוח זה יתאפשר תחת מדיניות הפועלת לממש זכויות חברתיות, באופן אשר ישפיע על רווחת המשפחה בכללותה.⁶²¹ כפי שצויין בפרק הראשון (חלקים 3.2.2 ו-3.3.2), הקשיים בהם נתקלים הורים עם מוגבלויות נעוצים לא רק במוגבלות עצמה אלא בנסיבות חברתיות שמתלוות אליה על פי רוב, כגון מעמד סוציו-אקונומי נמוך ומצוקה כלכלית. קשיים אלה אינם מקבלים מענה מוסדי הולם בדרך כלל. הכרה נרחבת יותר בזכויות חברתיות עבור ילדים בהקשר המשפחתי האוניברסלי, ותירגומה כהתאמות עבור הורים עם מוגבלויות, תקדם את יישומן בהתאם לעקרונות חוק השוויון והאמנה הבינלאומית.

5. קידום זכויות ההורות של אנשים עם מוגבלויות בהתאם לשינוי

התפיסתית

5.1. קידום זכויות באמצעות המשפט כתלוי בהכרה חברתית מוסרית ופוליטית

כמפורט בפרק השני (ראו ה"ש 168-171), מטרתה הפרקטית של גישה הזכויות היא להסיר חסמים וקבועות מקצועיים-רפואיים על מנת לגבש תנאים בסיסיים לשיח שוויוני ומשתף. זאת באמצעות התמודדות עם דעות קדומות וסטראוטיפים, וקידום חקיקה המתבססת על שוויון ולא רק על צרכים

⁶¹⁷ Swaine & French, לעיל ה"ש 172; סימי לינטון "פרק 1: לתבוע את שייך לנו, מתוך לתבוע את המוגבלות: ידע וזהות" בתוך: לימודי מוגבלות: מקראה 114 (שגית מור, נטע זיו, ארלין קנטר, נסים מזרחי ואדוה אייכנגרין עורכים, 2016); מור שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות בתעסוקה – מתיקון הפרט לתיקון החברה, לעיל ה"ש 172.

⁶¹⁸ Shmueli, לעיל ה"ש 588.

⁶¹⁹ זפרן זכויות הילד במשפחה כזכויות יחס לעיל ה"ש 548, בעמ' 138.

⁶²⁰ Brooks & Ronen, לעיל ה"ש 599.

⁶²¹ רונן וגילת האומנם שיח זכויות הילד בישראל עושה צדק עם הילדים ומשפחותיהם? לעיל ה"ש 594.

רפואיים, תלות, וחסד, ומתוך הבנה כי משפט "ניטרלי" אשר אינו מתייחס באופן מובחן לאנשים עם מוגבלויות ולזכותם לשוויון ולהתאמות, בדרך כלל טומן בחובו אפליה כלפיהם. כפי שהראיתי במחקר זה, הדרך שבה מתייחס המשפט לתחום המוגבלות והמשפחה משקפת מדיניות שלילית כלפי הורות של אנשים עם מוגבלויות, ומוגבלויות נפשיות ושכליות בפרט. בשל כך קיים במשפט גם פוטנציאל לקדם שינוי⁶²² אשר יוביל למדיניות חיובית יותר כלפי הורות זו.

קידום זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות בתחום ההורות יכול להתרחש באמצעות הכרה בכך שהמגננונים המשפטיים הקיימים גורמים לאפליה של אנשים עם מוגבלויות בתחום ההורות, והכרה בכך שתפיסות של הורות וטובת הילד מעוצבות באופן שאינו תואם את הורותם של אנשים עם מוגבלויות (בהתאם למודל התפקידי-בלעדי), וכי ניתן לעצבן באופן שונה, המעודד מדיניות חיובית בתחום זה (בהתאם למודל התהליכי-יחסי). מדיניות שכזו תהיה מורכבת הן ממיתון דעות שליליות וסטגימה, והן מחלוקה שונה של משאבים ושירותים אשר יתנו מענה לצרכים השונים של הורים עם מוגבלויות. אולם, הקידום המשפטי המתואר לעיל תלוי בשלב מקדים של הכרה פוליטית, מוסרית וחברתית של הזכות,⁶²³ אשר נכון להיום אינה מתקיימת, וזאת בשל תפיסת ה'הורות' התפקידית-בלעדית כפי שתוארה בהרחבה בפרק זה: ההורות כתפקיד גרידא, ההורות כזכות בעלת פן בלעדי, ההורות כזכות שהיא בעיקרה שלילית, ותפיסה אינדיווידואלית של טובת וזכויות הילד. תפיסה זו, כאמור, מבנה את הניגוד שבין 'הורות' ל'מוגבלות' ועומדת בבסיס יחסה השלילי של המדינה כלפי הורים עם מוגבלויות ובבסיס הפער שבין עקרונות חוק השוויון והאמנה הבינלאומית בתחום ההורות לבין המדיניות בפועל.

בפרק זה הצעתי תפיסה חלופית ל'הורות' על ארבעת היבטים שלעיל, בהתאם לגישה התהליכית-יחסית. תפיסה זו מבוססת על הרחבת ההתייחסות להורות, מעבר לתפקיד; על הכרה בכך שהגדרתה הבלעדית של הורות סותרת עקרון של שוויון זכויות, וכי למעשה לא קיימת, באמת, בלעדיות הורית; על חשיבות ההכרה בזכות להורות כזכות חיובית תוך יציקת תוכן קונקרטי של סיוע להורים הרלוונטים; ועל תפיסה שונה של זכויות הילד וטובתו, המתמקדת במישור המשפחתי. טענתי, כי תפיסה חלופית זו תבסס הכרה בחשיבות ההורות של אנשים עם מוגבלויות הבוחרים להיות הורים.

ככל שתאומץ התפיסה החלופית, התהליכית-יחסית, במישור החברתי, מוסרי ופוליטי, ניתן יהיה לפנות לקידום זכויות ההורות של אנשים עם מוגבלויות גם במישור המשפטי. קידום במישור המשפטי אמור להעביר את השינוי התפיסתי של ההורות מהמישור התיאורטי למישור הפרקטי, באמצעות יצירת חובה משפטית להקצאת משאבים ויצירת מערכי תמיכה ציבוריים המכירים בקשיים המיוחדים שחווים הורים עם מוגבלויות נפשיות ושכליות, ומבססים אמצעי סיוע והתאמה אשר עומדים בקנה אחד עם עקרונות חוק השוויון וסעיף 23 לאמנה הבינלאומית. בכך יצטמצם הפער הגדול הקיים כיום בין עקרונות חוק השוויון והאמנה לבין המדיניות בשטח.

⁶²² מור שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות בתעסוקה – מתיקון הפרט לתיקון החברה, לעיל ה"ש 172, בעמ' 108.

⁶²³ שלבים אלה של קידום זכויות של אנשים עם מוגבלויות במישור המשפטי וה"אבולוציה דו-שלבית" של הזכויות (מבחינה חברתית-מוסרית-פוליטית ורק לאחר מכן משפטית) מתוארים במאמרה של מור בין המשגה פוליטית להכרה משפטית – חסמים במימוש זכויות אנשים עם מוגבלויות, לעיל ה"ש 160.

מערכי תמיכה כאלה אמורים להתייחס, בראש ובראשונה, לפן ה"שלילי" של הזכות להורות ולהבטיח, כי הזכות הטבעית להיות הורים בהתאם לרצונם לא תימנע מאנשים עם מוגבלויות נפשיות ושכליות בכל דרך. אולם מעבר לכך, אמורים מערכי התמיכה להתייחס באופן נרחב לפן ה"חיובי" של הזכות ולהבטיח, כי לאנשים עם מוגבלויות יינתנו הכלים והאמצעים הדרושים להם על מנת לגדל את ילדיהם בשוויון עם אחרים. בכלל זה יש לפתח ולאכוף מערכי תמיכה ההולמים את השינוי התפיסתי, היינו כאלה המכירים בחשיבות ההורות מעבר לתפקיד, ומשכך בחשיבות השמירה על הקשר המשפחתי גם ללא קשר לתפקוד; בחשיבות מתן התאמות להורות ובפיתוחן של התאמות חדשניות; ובחשיבות התמיכה במשפחה כאמצעי להשאת זכויות ילדים.

בהתאם לכך, יכללו מערכי התמיכה סיוע נרחב להורים על ידי רשויות הרווחה והבריאות, באמצעים כלכליים ואחרים, כגון קצבאות מוגדלות להורים, הרחבת זכאות למעונות יום, סומכים וסיוע משמעותי בטיפול, והקניית ידע. בנוסף לכך יכללו השירותים פיתוח חדשני של התאמות להורות, כגון פתרונות זמניים למצבים אקוטיים כגון אשפוז, הכרה במעמד הורי-משפטי מיוחד של אנשים נוספים, ללא פגיעה במעמד ובסטטוס של ההורים הטבעיים, ובמקרים קיצוניים ובהתאם להסכמת ההורים – הכרה נרחבת יותר מזו הקיימת היום באימוץ פתוח, או באומנה בה מתקיים קשר הדוק עם ההורים. כל ההתאמות הללו אמורות להיות מפותחות בשים לב למורכבות הנובעת מהאופי האינטימי של מערכות היחסים במשפחה, אופי אשר דורש איזון עדין בין התמיכה הניתנת על ידי המדינה לבין החופש והשמירה על הפרטיות.⁶²⁴

5.2. לפני סיום: ניצנים לקידום הזכות להורות של אנשים עם מוגבלויות בישראל

כמפורט בפרק השלישי (חלק 2.5), ניתן לראות ניצנים להכרה מסויימת בקשר שבין הורות של אנשים עם מוגבלויות לבין שוויון זכויות, בדמות תוכניות של המגזר השלישי ושל גורמים ממשלתיים. עם זאת, כפי שצויין, רובן ככולן של התוכניות הן תוכניות "פיילוט" מצומצמות היקף, חלקן מיועד בעיקר לתמיכה בזוגיות, ולא בהורות, וכמעט כולן אינן ערוכות לתת מענה במצבים מורכבים הדורשים תמיכה משמעותית, כמו אלה אשר נדונים בבתי המשפט.

עידוד מסויים ניתן גם לשאוב גם מפסיקת בתי המשפט, אשר לפחות על פי לשונה, אינה קושרת, בדרך כלל, באופן ישיר בין המוגבלות לבין חוסר המסוגלות ההורית.⁶²⁵ אמנם, לצד ההכרה העקרונית בכך שהמוגבלות הנפשית או השכלית לא תשמש כבסיס יחיד להתערבות ביחסי הורים וילדים, לא פותחו על ידי רשויות הרווחה המחוקק ובתי המשפט מנגנונים משמעותיים לסיוע להורים ומענה לקשיים שהם חווים, וכתוצאה מכך קשיי התפקוד שלהם משמשים כסיבה להתערב ביחסים המשפחתיים, באופן המעיד על המשך תפיסה של ניגוד בין ההורות למוגבלות. עם זאת, קיימת חשיבות בהכרה העקרונית כשלעצמה. כמו כן, בשנים האחרונות ניתן למצוא בפסיקה ביקורת על חוסר הבקיאיות וחוסר התאמת פעילות רשויות הרווחה לקשיים אותם חווים אנשים עם מוגבלות נפשית.⁶²⁶

התפתחות מעניינת נוספת אשר עשויה להשפיע על הזכות להורות של אנשים עם מוגבלויות היא זו שחלה

⁶²⁴ Tom Shakespeare, *Disabled Sexuality: Toward Rights and Recognition*, לעיל ה"ש 387.

⁶²⁵ ע"א 418/88 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(3) 1, 8 (פורסם בנבו, 26.9.90).

⁶²⁶ אמ"צ (ב"ש) 27/17 היועץ המשפטי לממשלה במשרד הרווחה נ' אלמונית ואח' (פורסם בנבו, 6.9.18).

בכל הנוגע לכשרותם המשפטית, תחום הרלוונטי במיוחד לאנשים עם מוגבלויות שכליות ונפשיות. כפי שפורט בפרק השני (חלק 3.2.2), תחום הכשרות המשפטית בישראל עבר לאחרונה שינוי משמעותי, אשר נזקף במידה רבה להשפעתם של חוק השוויון והאמנה הבינלאומית, ולעקרונות המופיעים בהם, של בחירה חופשית ושוויון בפני החוק. במסגרת שינוי חקיקתי מקיף, מסדיר חוק הכשרות המשפטית כלים חדשים ומידתיים יותר מאלו אשר היו קיימים לצורך הגנה על אינטרסים וזכויות, כגון "ייפוי כוח מתמשך", אשר נכנס לתוקף בהתקיים תנאים מסוימים של יכולת מופחתת, או האפשרות למנות "תומך בקבלת החלטות" ולא אפוטרופוס. כמו כן, קובע החוק חובה לצמצם ככל האפשר את היקף המינוי של האפוטרופוס לעניינים מסוימים בלבד; חובה לצמצם את תקופת המינוי; חובה להתחשב ברצונו של האדם בעת מינוי האפוטרופוס, ואפשרות של כל אדם לתת הנחיות מקדימות שייכנסו לתוקף בעת מינוי אפוטרופוס.

התפתחות זו עשויה להשליך על הזכות להורות של אנשים עם מוגבלויות נפשיות ושכליות, משני טעמים עיקריים, מהותי ופרוצדורלי: הטעם המהותי נעוץ בדמיון המסויים שבין כשרות משפטית והורות, שכן, כשרות משפטית היא היכולת של הפרט "לדאוג לענייניו"⁶²⁷ ואילו הורות, בעיקר בפן התפקודי שלה, היא היכולת לדאוג לענייניו של אדם אחר (הילד). הטעם הפרוצדורלי נעוץ בחשיבות הרבה שניתנה לאמנה הבינלאומית בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות בהליך לתיקון החוק הישראלי, אשר התבסס במידה רבה על סעיף 12 לאמנה.⁶²⁸ החשיבות שניתנה לאמנה, כאמור, מעידה על נכונותן של הרשות המבצעת והרשות המחוקקת לפעול בהתאם לאמנה, נכונות העשויה לחלחל גם לתחום ההורות, ככל שיתרחש השינוי התפיסתי אותו אני מציעה במחקר זה.

לבסוף, כפי שפורט בפרק השלישי (חלק 2.5), דומה כי השינוי המשמעותי ביותר המתרחש בתחום זה היום הוא הכללתה של הזכות להורות בתוכנית העבודה של נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות, ובעקבות זאת קיומם של מפגשים תהליכיים של המשרדים הממשלתיים הרלוונטיים (רווחה, בריאות ומשפטים), פעילים בתחום, הורים עם מוגבלויות וילדים להורים עם מוגבלויות, להבהרת החסמים הקיימים ותפקידו של כל משרד בהסרתם. הכרה זו בזכות להורות כחלק אינהרנטי מגוף זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות, ומתן לגיטימציה ממשלתית לסעיף 23 לאמנה, מהווה צעד משמעותי לקראת קידום התאמות גם בתחום זה, ומלמדת על אפשרות לשינוי הלך הרוח החברתי, מוסרי ופוליטי בנוגע להורות עם מוגבלות, הלך רוח אשר יש לקוות שיוביל לקידום של הזכות גם במישור המשפטי-פרקטי, ולצמצום הפער שבין עקרונות חוק השוויון והאמנה לבין המדיניות בפועל.

⁶²⁷ ראו: סעיף 33(א)(4) לחוק הכשרות המשפטית.

⁶²⁸ ראו: דברי ההסבר להצעת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, לעיל ה"ש 242.

סיכום, המלצות ומסקנות

ההורות מהווה, בדרך כלל, נדבך מרכזי בחייו הבוגרים של הפרט. על פי רוב מאופיינת ההורות בפרטיות ובמימוש של אוטונומיה, והשאלה העולה היא של בחירה ולא תביעת זכויות. מהותה ה"זכותית" של ההורות מתעוררת כשנדרש סיוע המדינה במימושה או באי שלילתה. או אז הופך המרחב האינטימי לציבורי, ומתבקשים כללים ברורים.

שני ההיבטים של הזכות להורות: הזכות להביא ילד לעולם והזכות לגדל ילדים, במופעם השלילי ובמופעם החיובי, רלוונטיים לכל אדם ואדם, אולם בשל קשיים מיוחדים בהם נתקלים אנשים עם מוגבלויות בתחום הקמת המשפחה (כגון קשיים פיזיים בהבאת ילדים לעולם וקשיים פיזיים ופסיכולוגיים בגידול ילדים) הרי שהם עשויים למצוא את עצמם במוקד הדיון בזכות להורות בתכיפות ובעוצמה רבות יותר מכלל האוכלוסייה.

את הקשיים אותם חווים אנשים עם מוגבלויות פיזיות וחושיות ניתן לאפיין כטכניים וכלכליים בעיקרם, ומשכך הסיוע לו הם נדרשים נושא בדרך כלל אופי טכני. לעומת זאת, הקשיים אותם חווים אנשים עם מוגבלויות שכליות ונפשיות נוגעים פעמים רבות לשורשיה המהותיים של ההורות. קיומם של קשיים אלו מעורר שאלות לגבי מסוגלותם ההורית ולגבי יכולתם לספק לילדיהם צרכים רגשים והתפתחותיים בסיסיים הכרוכים באחריות ודאגה לילד ולגידולו. קשיים אלה נובעים הן מהמוגבלות עצמה והן מנסיבות נוספות הנלוות לא פעם למוגבלות, כגון מצב כלכלי ירוד. בנוסף, מועצמים הקשיים בשל חוסר בשירותים סוציאליים המתאימים לצרכיהם של הורים עם מוגבלויות נפשיות ושכליות, ורתיעה מפנייה לעזרה, מחשש להתערבות של הרשויות ביחסי המשפחה ולהפרדתם מילדיהם.

כבכל תחום, גם בתחום ההורות והמשפחה, מנהלים המשפט והחברה יחסי גומלין. המשפט משקף את הערכים המקובלים בתחום המשפחה, ובה בעת מעצב את התפיסה החברתית ביחס לדרכים ליצירת משפחה ולהגדרת קשרים משפחתיים. כפועל יוצא מכך בישראל, בה התא המשפחתי ועידוד הילודה מהווים ערכים חברתיים מקובלים, הרי שהם מקודמים גם באמצעים משפטיים. בה בעת, התפיסה החברתית בנוגע להורות של אנשים עם מוגבלויות מציבה סימן שאלה בנוגע לגיטימיות שלה ובוודאי שבנוגע לעידודה, באופן המשליך על אי-קידומה גם באמצעים משפטיים.

חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח – 1998 והאמנה הבינלאומית בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות, אשר נחתמה ואושררה על ידי ישראל, מעגנים את מחויבותה של המדינה לקדם שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות. חקיקה זו משקפת את הגישה החברתית, המייחסת את הקשיים בהם נתקלים אנשים עם מוגבלויות לא רק למוגבלות האורגנית אלא גם לדפוסים חברתיים המתבטאים באפליה, הדרה והפרדה, וכן את גישת הזכויות, הרואה באנשים עם מוגבלויות קבוצת מיעוט שיש לקדם את זכויותיה. משכך קוראים חוק השוויון והאמנה לנקיטה בפעולות אקטיביות של התאמת הסביבה על מנת שאנשים עם מוגבלויות יוכלו להשתתף ולהשתלב בה באופן שוויוני. בעוד חוק השוויון אינו מזכיר את תחום המשפחה וההורות באופן מפורש, האמנה מייחדת לתחום זה סעיף מפורט (סעיף 23) לפיו על המדינה לקדם את זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות גם בתחום ההורות, לרבות אי אפלייתם לרעה ומתן ההתאמות והסיוע הנדרשים להם להביא ילדים לעולם ולגדלם.

האמנה משקפת את 'גישת הזכויות' בכך שהיא מציבה את ההורות כאחד התחומים אשר במסגרתו יש לשאוף לשוויון ולהתאמות עבור אנשים עם מוגבלויות. זאת נוכח מרכזיותה של ההורות בחייהם של רוב האנשים הבוגרים וילדיהם והחשיבות החברתית של מוסד המשפחה; הממצאים המראים על קשיים של אנשים עם מוגבלויות בתחום זה; היחס השלילי והנחות לו זוכה הורות של אנשים עם מוגבלויות מצד החברה והמשפט; ומטרת העל של גישת הזכויות, לקדם השתתפות שוויונית של אנשים עם מוגבלויות כקבוצת המיעוט אשר "נקודת הפתיחה" שלה נמוכה ביחס לאוכלוסיה.

על אף שמדינת ישראל חתמה ואישרה את האמנה, ועל אף שמדובר במדינה המעודדת ומקדמת זוגיות וילודה, לא קיימת בישראל מדיניות מוצהרת בשאלת ההורות של אנשים עם מוגבלויות. כפועל יוצא מכך לא קיימים, כמעט בכלל, שירותים מיוחדים, מחקר, או תקציבים המיועדים לתחום זה. יתר על כן, בפועל, המדינה נוקטת מדיניות שלילית כלפי הורים עם מוגבלויות, המגבילה הורות של אנשים עם מוגבלויות בכלל, ואנשים עם מוגבלויות שכליות ונפשיות בפרט. כפועל יוצא, אנשים עם מוגבלות נפשיות ושכליות חווים הגבלות מוסדיות ורפואיות על הבאת ילדים לעולם, כגון הסדרי מגורים שאינם מאפשרים קיום יחסים זוגיים ויחסי משפחה, מתן אמצעי מניעה באופן שגרתי וללא התייחסות מספקת לרצונם, והתנגיית קבלת טיפולי פוריות במבחנים קוגניטיביים ופסיכולוגיים; יחס שלילי בהליכי משמורת, המתבטא בין היתר באפליית ההורה עם המוגבלות במסגרת סכסוכי גירוש, ובכך ששיעור גבוה יחסית של ילדים להורים להורים עם מוגבלויות מוצאים מהבית; וקושי בגישה לשירותי רפואה ורווחה בשל אי התאמתם של שירותים אלה ואי הכשרתם של נותני השירותים בנוגע לצרכים המיוחדים הנלווים לא פעם למוגבלות.

בחינת החקיקה והפסיקה הרלוונטיות העלתה, כי לא קיימת כמעט בכלל התייחסות להורות בחוקים העוסקים במוגבלות, וגם כאשר קיימת התייחסות, היא נושאת אופי שלילי ואינה הולמת עקרונות של שוויון זכויות כגון הנגשה והתאמות. סקירת הדינים העוסקים בהורות העלתה כי ההתייחסות להורים עם מוגבלויות היא בעיקרה שלילית, באופן המביא להתערבות ואף לביטול היחסים ההוריים. זאת ועוד: על אף שרבים מההורים אשר עניינם עומד לבחינת בית המשפט הם אנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית, החקיקה והפסיקה בתחום זה אינן מגדירות את המקרים ככאלה הקשורים לזכויות אנשים עם מוגבלויות. גם חקיקתו של חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות לא הוביל לשינוי הגישה ולדיון מעמיק בהשלכות המשפטיות של הגדרתם של ההורים כ"אנשים עם מוגבלויות", והאמנה הבינלאומית בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות, המייחדת סעיף מפורט לזכויות משפחה (סעיף 23) כמעט ואינה מיושמת על ידי רשויות המדינה בתחום ההורות. חוסר האפקטיביות של האמנה מיוחס הן למעמדה הנורמטיבי הנמוך (כחקיקה בינלאומית), והן לפער העצום שבין הוראותיה לבין (חוסר) המוכנות החברתית-מוסרית להכיר בשוויון זכויות של אנשים עם מוגבלויות בתחום ההורות.

לא ניתן להתעלם, כמובן, מהקשיים המהותיים שמציבה המוגבלות הנפשית או השכלית בפני ההורות ומהדאגה לשלומם של הילדים. עם זאת, בהינתן חוק השוויון והאמנה, ובעיקר סעיף 23 לאמנה, קשה מאוד ליישב את הפער העצום שבין עקרונותיהם לבין המדיניות בפועל.

לטענתי, פער זה נובע מדפוסי החשיבה המקובלים ביחס למושג 'הורות' (לרבות הגדרת טובת וזכויות ילדים) ולמושג 'מוגבלות', היוצרים מתח עד כדי התנגשות בין שני המושגים. מוגבלות נתפסת כמילה נרדפת לחוסר מסוגלות הורית (בעיקר אצל אנשים עם מוגבלויות נפשיות ושכליות) ואילו הורות

מיתרגמת בעיקר לתפקיד אותו על ההורים למלא באופן עצמאי ביחס לילדיהם. כפועל יוצא, אנשים עם מוגבלות נתפסים כבלתי כשירים לביצוע התפקידים המאפיינים את ההורות. דפוסי חשיבה אלה מונעים, הלכה למעשה, את קידומה של הזכות להורות של אנשים עם מוגבלויות נפשיות ושכליות במישור המשפטי, והם אלה שגורמים לפער בין עקרונות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות בתחום ההורות לבין המדיניות השלילית הקיימת כיום בישראל בתחום זה.

על אף שההורות מורכבת ממוטיבים משולבים של תפקיד, התפתחות אישית, ומערכת יחסים (אותם כיניתי "המודל המשולש") עיון בדיני המשפחה מלמד על תפיסת הורות תפקידית-בלעדית גרידא: שכן אלו מדגישים את ההורות כתפקיד, תוך התעלמות מהיבטים אחרים של ההורות, כגון חשיבותה כשלב התפתחותי מרכזי בחייו של הפרט והיותה מערכת יחסים בעלת מאפיינים הדדיים, ולא רק מערכת המתמקדת בטיפול של ההורה בילדו. בנוסף, מאפיינים דיני המשפחה את ההורות כזכות שתכליתה קיום חובה של ההורה כלפי ילדו באופן בלעדי. כמו כן, ההתייחסות הרווחת אל ההורות היא כאל זכות שלילית המחייבת אי-התערבות וכיבוד האוטונומיה, וגם כאשר היא נדונה כזכות חיובית, בדרך כלל הדבר אינו מלווה ביציקת תוכן קונקרטי של סיוע להורים. גם בכל הנוגע לטובת וזכויות הילד, הרי שאלה נבחנות בדרך כלל באופן אינדיווידואלי וצר המוביל להתנגשות בין טובת הילד למוגבלות ההורה.

בשל ההזדקקות המוגברת של הורים עם מוגבלויות לסיוע ולהתאמות בתפקודם, משפיעות תפיסות אלה לרעה על היחס המשפטי והחברתי להורים עם מוגבלויות, הן במישור הרעיוני והן במישור הפרקטי: התמקדות בהורות כ"תפקיד" מערערת על החשיבות של קידום ההורות כזכות של אנשים עם מוגבלויות, ומציבה פעמים רבות הורים עם מוגבלויות נפשיות ושכליות, המתקשים במילוי תפקידם זה, בעמדה נחותה; הגדרתה של ההורות כזכות לקיום חובה באופן בלעדי ובלתי אמצעי מנוגדת לעקרונות של התאמות העומדים בבסיס קידום שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות; הדגשת הפן השלילי של ההורות פוגעת במיוחד בהורים עם מוגבלויות, אשר עשויים להזדקק לסיוע באופן נרחב יותר מאחרים, מהותית וכמותית; ותפיסה אינדיווידואלית של זכויות הילד אינה מבססת הצדקה לסיוע הנדרש להוריו.

במחקר זה טענתי כי ניתן לאמץ תפיסה חלופית בנוגע להורות: התפיסה התהליכית-יחסית. תפיסה זו המבוססת על "המודל המשולש להורות" קוראת להרחבת ההתייחסות להורות, מעבר לתפקיד, תוך הכרה בחשיבותה של ההורות לפרט ולחברה; על הכרה בכך שהגדרתה הבלעדית של הורות סותרת עקרונות של שוויון זכויות ושל התאמות, וכי למעשה לא קיימת, באמת, בלעדיות הורית; על חשיבות ההכרה בזכות להורות כזכות חיובית תוך יציקת תוכן קונקרטי של סיוע להורים; ועל תפיסה שונה של זכויות הילד וטובתו, המתמקדת במימוש זכויותיהם של ילדים תוך מתן דגש לפן המשפחתי ולשימור היחסים המשפחתיים, בין השאר על ידי מימוש זכויות חברתיות של הורים, והכרה ביחסי משפחה מורכבים וגמישים יותר מאלה הקיימים היום.

תפיסה זו אינה מתמקדת רק בתפקיד ההורי (הדורש ביצוע מטלות טיפוליות ותפקוד הורי הנחשב כ"נורמלי") אלא מכירה ביתרונות שמעניקה ההורות לאדם עם מוגבלות ולחברה, כגון סטטוס חברתי, שייכות לקהילה, ובטחון בהמשך היחסים לאורך השנים, ומשכך לא תופסת את ההורות רק כהעמקה והרחבה של הבעיה התפקודית הנובעת מהמוגבלות אלא כבעלת ערך וראויה לקידום בפני עצמה.

התפיסה נושאת אופי אוניברסלי ומכירה בכך שהורים עם ובלי מוגבלויות אינם מגדלים את ילדיהם

באופן בלעדי ועצמאי, וזקוקים לסיוע בגידול ילדיהם בנסיבות ובזמנים שונים, ומשכך אין סיבה למנוע את הסיוע וההתאמות מהורים עם מוגבלויות דווקא. היא מעניקה חשיבות לזכות הבחירה של אדם עם מוגבלות להיות או שלא להיות הורה, בהתאם לעקרונות הבסיסיים של חוק השוויון והאמנה הבינלאומית, באופן שאינו גורם ל"פיחות" של הזכות להורות לעומת זכויות אחרות. בהתאם לתפיסה זו, גם סוג ועוצמת המוגבלות אינם צריכים להשפיע על מהות הדיון התיאורטי בזכות להורות, אלא על הדרך והאמצעים לשימור הקשר המשפחתי בין ההורה וילדו, היינו סוג והיקף הסיוע שיינתן להורה על מנת לקיים את תפקידיו ולשמר את הקשר ההורי.

התפיסה החלופית יכולה לבסס הכרה בחשיבות ההורות של אנשים עם מוגבלויות הבוחרים להיות הורים, ולהעניק לגיטימציה להתאמות וסיוע להורים עם מוגבלויות, לרבות התאמות חדשניות, כגון סיוע מוגבר, והכרה פורמלית באנשים נוספים המטפלים בילד, מבלי לפגוע בסטטוס של ההורים הטבעיים. אימוצה של התפיסה התהליכית-יחסית במישור החברתי, מוסרי ופוליטי אמורה לסלול את הדרך גם לשינוי משפטי בעל היבטים פרקטיים, אשר יצמצם את הפער שבין עקרונות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות בתחום ההורות, לבין המדיניות הקיימת היום.

מעל ומעבר לכך, אימוץ התפיסה התהליכית-יחסית יועיל לא רק להורים עם מוגבלויות כי אם לכלל ההורים. זאת הן בהתאם לגישה האוניברסלית למוגבלות, וההכרה בקשיים בהם נתקלים רובם המכריע של ההורים במהלך הורותם, והן מאחר והיא מבוססת על ראייה רחבה ושלמה יותר של ההורות, מעבר לתפקיד. ראייה זו תואמת את הכתיבה הביקורתית בתחום המשפחה, כתיבה אשר העלתה את הקשיים שבהתמקדות בזכות השלילית להורות, כמו גם את הקשיים שבהתמקדות בזכויות וטובת הילד תוך התעלמות מההקשר המשפחתי.

אימוצה של התפיסה התהליכית-יחסית, המבוססת על הורות לילד שכבר נולד, תשפיע גם על ההורות הפוטנציאלית לילדים שטרם נולדו. שכן, ככל שיאומצו הרעיונות שבבסיסה (ובעיקר – חשיבותה האינהרנטית והבלתי תלויה של ההורות כהתפתחות אישית וכמערכת יחסים), הרי שהם יילקחו בחשבון בעת הדיון בזכותם של אנשים להפוך להורים בהקשרים השונים שפורטו במהלך המחקר, כגון בהליכים הקשורים לפרייון, אימוץ, ומניעת הורות מוסדית.

בשנים האחרונות ניתן לראות ניצני הבנה כי תחום המשפחה אמור להיכלל בגוף זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות. דוגמא לכך ניתן לראות בהכללת התחום כאחד מהתחומים אותם מקדמת נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, החל מסוף שנת 2017, וכן בתוכניות "פיילוט" של ארגוני המגזר השלישי והממשלה ובנסיון להתחיל ולאסוף ידע בנוגע לאפקטיביות של תוכניות אלה ולפתח שירותים מתאימים. ניצנים אלה מפיחים תקווה כי היום, 21 שנה לאחר חקיקתו של חוק השוויון, ו-13 שנים לאחר השלמת כתיבתה של האמנה הבינלאומית, תתחיל המדינה להתייחס באופן גלוי לאתגרים שמציבה בפניה הורותם של אנשים עם מוגבלויות ולפער הקיים בין עקרונות שוויון הזכויות לבין המדיניות בפועל. הבנת הסיבות לפער, הנעוצות בניגוד התפיסתי שבין 'הורות' ל'מוגבלות', ונכונות לאמץ תפיסות חלופיות, יהוו צעד ראשון והכרחי בקידום זכותם של אנשים עם מוגבלויות להורות בשוויון עם אחרים.

ההשלכות היישומיות של המחקר

המחקר חושף את המדיניות הנוהגת כלפי הורות של אנשים עם מוגבלויות, בדגש על מוגבלויות נפשיות ושכליות, ואת הפער שבין אידאליים של שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות בכל תחומי החיים, הבאים לידי ביטוי גם בחוק השוויון ובאמנה הבינלאומית, לבין המצב בשטח, אשר מגביל הורות שכזו. משכך, השלכה יישומית מרכזית של המחקר נובעת מהכרה בפער הקיים, וכתוצאה מכך, נקיטה בפעולות אשר יצמצמו את הפער ויקדמו את זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות גם בתחום ההורות.

מעבר לחשיבות ההכרה בפער הקיים כשלעצמה, הצעתי לשינוי תפיסת ההורות מתפיסה "תפקידית-בלעדית" לתפיסה "תהליכית-יחסית" טומנת בחובה את הפוטנציאל לתמוך בהורותם של אנשים עם מוגבלויות מתוך הכרה בערכה האינהרנטי של ההורות עבור אנשים אלה, עבור ילדיהם ועבור החברה כולה. זאת, מאחר והיחס השלילי כלפי הורות של אנשים עם מוגבלויות נעוץ פעמים רבות בהתמקדות יתר בהורות כתפקיד גרידא, תוך זניחת היבטיה האחרים (אותם הגדרתי במחקר כמערכת יחסים והתפתחות אישית).

כפי שצינתי בחלק 5.2 לפרק הרביעי, כבר כיום קיימים ניצנים לקידום הזכות להורות של אנשים עם מוגבלויות, המתבטאים בעיסוק וקידום הנושא על ידי נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות, משרד העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים, ומשרד הבריאות, כמו גם הג'וינט, מכון פוירשטיין ועמותות שונות, הפועלים בתחום בהיקפים שונים. עם זאת, נושא ההורות עדיין רחוק מליבת הקונצנזוס בתחום שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות, באופן המתבטא בתוצאות של מניעת הורות, אי תמיכה בהורות, ושליטת הורות של אנשים עם מוגבלויות בדרכים ובנסיבות שונות.

השינוי התפיסתי המוצע במחקר טומן בחובו אפשרות להשלכות יישומיות בקרב כל הגורמים העוסקים בנושא כיום: **משרדי הממשלה**: התמקדות משרדי הרווחה (כולל המוסד לביטוח לאומי) והבריאות בתמיכה בהורות (בין באמצעות המשרדים עצמם ובין באמצעות עמותות ותוכניות) בשלב מוקדם ככל הניתן, מתוך הכרה בחשיבותה גם ללא קשר לעמידת ההורה בסטנדרטים מסויימים של תפקוד, תאפשר מתן מענה הולם ומניעה של מצבים המחייבים התערבות שלילית. **בתי המשפט**: התייחסות של בתי המשפט להורות כזכות הקשורה לשוויון זכויות של אנשים עם מוגבלויות והכרה בחשיבותה של הורות כזו, תסייע לשופטים לפתח מענים משפטיים גמישים יותר מאלה הקיימים היום (כגון הכרה רשמית במטפלים נוספים בילד ללא פגיעה במעמד המשפטי של ההורים, אימוץ פתוח, הרחבת חובת המדינה למתן סיוע, פרשנות חוק השוויון ככולל גם את תחום ההורות). **המחוקק**: השינוי התפיסתי, כמפורט במחקר זה, יכול לסייע בגישור הפער שבין הוראות האמנה הבינלאומית לבין הוראות החקיקה הפנימית, ושינוי החקיקה הפנימית הקיימת היום בתחום ההורות ובתחום המוגבלות, כך שתאפשר תמיכה בהורים והורים פוטנציאליים עם מוגבלויות, במקום היחס המגביל המשתקף בחקיקה כיום.

אנשי המקצוע ואנשי השטח הרלוונטים להצגת התוצאות

משרד המשפטים - מנהלת תחום שילוב בקהילה, נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות; הממונה על ייצוג הורים בהליכי אימוץ ו"קטין נזקק" באגף לסיוע משפטי.

משרד העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים: מינהל מוגבלויות, עו"ס ראשית, השירות לילד ולנוער, שירותי הרווחה ברשויות המקומיות, המוסד לביטוח לאומי.

משרד הבריאות – אגף השיקום, המכונים להתפתחות הילד, טיפת חלב.

אקדמיה – חוקרים בתחום המוגבלות ובתחום המשפחה, ובעיקר מבתי הספר לעבודה סוציאלית, הפקולטה למשפטים והחוג לפסיכולוגיה.

מערכת בתי המשפט – שופטי בית משפט השלום לנוער ושופטי בית המשפט לענייני משפחה.

ארגונים העוסקים בתחום – מכון פויירשטיין, מעבר למוגבלות – ג'וינט ישראל, מרכזי מיל"ם של "אנוש", מכון אדלר, עמותת הדס, עמותת ענבר, אגודת ניצן.

המלצות למחקרי המשך

אחת השאיפות המרכזיות שלי במחקר זה היתה לפתח כלים תיאורטיים-משפטיים עבור חוקרים מתחום מדעי החברה. משכך, מחקרי המשך פוטנציאליים הם אלה שיבחנו באופן אמפירי היבטי הורות של אנשים עם מוגבלויות מזוויות שונות (ההורים עצמם, ילדיהם, סבים, עובדים סוציאליים וכדומה) תוך שימת לב להצעתי לשינוי תפיסתי ומעבר מגישה תפקידית-בלעדית לגישה תהליכית-יחסית ביחס להורות.

מחקר המשך פוטנציאלי נוסף הוא זה שיבחן לעומק את החיבור שבין זכויותיהם המשפטיות של אנשים עם מוגבלויות בתחום ההורות לבין היבטים של טיפול. הגישה החברתית למוגבלות, גישה הקשורה הדוקות לפיתוח זכויות בתחום המוגבלות, מבוססת במידה רבה על הפחתת חשיבות הטיפול ואנשי המקצוע הטיפולי בחייהם של אנשים עם מוגבלויות. עם זאת, בתחום ההורות וזכויות ההורות נראה כי יש לטיפול, להיבטים טיפוליים, ולאנשי המקצועות הטיפוליים, מקום משמעותי וחשוב דווקא בקידום הזכויות. משכך מוצע להמשיך ולחקור לעומק את החיבור בין שני תחומים אלה – זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות והיבטים טיפוליים, בין השאר במסגרת הדיסציפלינה של "תורת המשפט הטיפולי" (Therapeutic Jurisprudence).

ביבליוגרפיה

חוקים

- חוק יסוד : כבוד האדם וחירותו.
- חוק יסוד : חופש העיסוק.
- פקודת מס הכנסה [נוסח חדש].
- חוק טיפול בחולי נפש, תשט"ו – 1956.
- חוק הנכים (תגמולים ושיקום) תשי"ט – 1959.
- חוק הנוער (טיפול והשגחה) תש"ך – 1960.
- חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב – 1962.
- חוק הפיקוח על המעונות, תשכ"ה – 1965.
- חוק הסעד (טיפול באנשים עם מוגבלות שכלית-התפתחותית) תשכ"ט – 1969.
- חוק אימוץ ילדים, התשמ"א – 1981.
- חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] התשמ"ב - 1982.
- חוק חינוך מיוחד, התשמ"ח – 1988.
- חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994.
- חוק טיפול בחולי נפש, תשנ"א – 1991.
- חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב] תשנ"ה – 1995.
- חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) תשנ"ו - 1996.
- חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח – 1998.
- חוק שיקום נכי נפש בקהילה, התש"ס – 2000.
- חוק הליכי חקירה והעדה (התאמה לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית), תשס"ו - 2005.
- חוק תרומת ביציות, תש"ע - 2010.
- חוק אומנה לילדים, התשע"ו – 2016.

תקנות

- תקנות הביטוח הלאומי (קביעת דרגת נכות לנפגעי עבודה), תשט"ז - 1956.
- תקנות שירותי הסעד (תפקיד המנהל וועדת הסעד), תשכ"ד – 1963.
- תקנות הפיקוח על מעונות (החזקת חוסים במעונות ללוקים בשכלם), התשכ"ז – 1967.
- תקנות הסעד (טיפול במפגרים) (סדרי-דין בועדות-ערר), תש"ל - 1970.
- תקנות הסעד (טיפול במפגרים) (סדרי דין), תש"ל – 1970.
- תקנות הסעד (טיפול במפגרים), תשל"ו – 1975.
- תקנות הביטוח הלאומי (ביטוח נכות) (מתן שירותים מיוחדים), תשל"ט – 1978.
- תקנות מס הכנסה (קביעת אחוז נכות), תש"ס - 1979.
- תקנות הביטוח הלאומי (ביטוח נכות) (קביעת אחוזי נכות רפואית, מינוי ועדות לעררים והוראות שונות), תשמ"ד – 1984.
- תקנות שירותי הסעד (טיפול בנזקקים) תשמ"ו – 1986.

- תקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית) התשמ"ז - 1987.
- תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (עדיפות במקומות חניה במקום העבודה) תשס"ב – 2001.
- תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (הסדרת נגישות לשירותי תחבורה ציבורית) תשס"ג – 2003.
- תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (השתתפות המדינה במימון התאמות) תשס"ו – 2006.
- תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (מורשים לנגישות השירות) תשס"ז – 2007.
- תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (מורשים לנגישות מבנים, תשתיות וסביבה) תשס"ז – 2007.
- תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (נגישות לשירותי בזק ולמתקני בזק) תשס"ט – 2008.
- תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (התאמות נגישות לאתר) תשס"ח – 2008.
- תקנות הביטוח הלאומי (ילד נכה) תש"ע – 2010.
- תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (אגרות מורשי נגישות) תש"ע – 2010.
- תקנות מידע גנטי (עריכת בדיקה גנטית לקשרי משפחה, תיעוד ושמירת תוצאותיה) התש"ע – 2010.
- תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (התאמות נגישות למקום ציבורי שהוא בניין קיים) תשע"ב – 2011.
- תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (התאמות נגישות במוסד חינוך קיים) תשע"א – 2011.
- תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (מתן יחס שונה בחוזה ביטוח) (הקמת ועדת תלונות) תשע"ב – 2012.
- תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (נגישות רכב השכרה ואוטובוסים) תשע"ג – 2012.
- תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (התאמות נגישות למקום ציבורי שאינו בניין) תשע"ד – 2013.
- תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (התאמות נגישות לשירות) תשע"ג – 2013.
- תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (התאמות נגישות לשירותי הכשרה מקצועית) תשע"ה – 2014.
- תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (הנחה מאגרת רשיון להפעלת מונית נגישה) תשע"ד – 2014.
- תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (התאמות נגישות למקומות ציבוריים קיימים שהם מוסדות להשכלה גבוהה ולשירותי השכלה גבוהה שהם נותנים) תשע"ז – 2016.
- תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (הודעת מבטח בדבר מתן יחס שונה לאדם או בדבר סירוב לבטחו) תשע"ו – 2016.
- תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (התאמות נגישות לשירותי בריאות ולמקומות ניתנים) תשע"ו – 2016.
- תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (מסירת מידע ועיבודו לצורך עמידה ביעד הייצוג) תשע"ח – 2017.
- תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (נגישות חושית באוטובוסים בין עירוניים) תשע"ח – 2017.
- תקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (התאמות נגישות פרטנית לתלמיד ולהורה) תשע"ח – 2018.
- ההסכם הקיבוצי הכללי שנחתם בין נשיאות הארגונים העסקיים, לבין הסתדרות העובדים הכללית החדשה, האגף לאיגוד מקצועי (כ"ז בסיוון התשע"ד, 25 ביוני 2014) בדבר "ייצוג הולם לאנשים עם מוגבלות בתעסוקה" ומספרו בפנקס ההסכמים הקיבוציים הוא 7027/2014.

הצעות חוק, תיקוני חקיקה ודברי הסבר

תיקון חוק ההסכמים לנשיאת עוברים (תזכיר חוק הסכמים לנשיאת עוברים) (אישור הסכם ומעמד

היילוד) (תיקון – הגדרת הורים מיועדים וביצוע הסכם מחוץ לישראל), התשע"ד – 2014.
 דברי ההסבר להצעת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (תיקון מס' 19) התשע"ה – 2014
 (הצעות חוק הממשלה 890, 27.10.14).
 הצעת חוק הורים וילדיהם, התשע"ה – 2014 (הצעות חוק הממשלה 903, 26.11.2014).
 הצעת חוק שירותי רווחה לאנשים עם מוגבלות, התשע"ה – 2015 (הצעות חוק הממשלה 908, 8.12.14).
 הצעת חוק זכויות למשפחות של אנשים עם מוגבלות, התשע"ה – 2015 (פ/20/649, הונחה על שולחן הכנסת לדיון מוקדם).
 חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (תיקון מס' 18) התשע"ו - 2016.
 תזכיר הצעת חוק שירותי הסעד (ועדות לתכנון טיפול והערכה), התשע"ח - 2018.

אמנות בינלאומיות

ההצהרה הכללית בדבר זכויות האדם, 1948 (Universal Declaration of Human Rights)
 האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, 1966, כ"א 31, 205 International
 (Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 1966).
 אמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, 1966, כ"א 31, 269 International
 (Civil and Political Rights, 1996).
 האמנה הבינלאומית בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות, 2006 (UN Convention on the
 Rights of Persons with Disabilities).
 האמנה בדבר זכויות הילד, 1989, כ"א 31, 221 (Convention on the Rights of the Child).

הנחיות, טפסים ונהלים ממסלתיים

"הסכם בדבר גמלת נידות" שנחתם ביום 1.6.77 בין המוסד לביטוח לאומי לבין משרד האוצר.
 טופס "בקשה למתן צו אימוץ" המופיע [באתר משרד הרווחה והשירותים החברתיים](#).
 טיוטת הנחיית הסניגור הציבורי הארצי בנושא ייצוג נאשמים עם לקויות שכליות (לא פורסם).
 נוהל "שימוש באמצעי מניעת הריון ומעקב אחר מחזור חדשי רפואי", פרק ב', מס' 2.7.6, שנת הפצה:
 2007, עדכון: מאי 2015.
 "קריטריונים למתן היתר העסקת עובד זר בענף הסיעוד" של מינהל שירות למעסיקים ולעובדים זרים
 ברשות האוכלוסין וההגירה (2014).
 חוזר מנהל הרפואה 6/2014 "מחזורי טיפול הפרייה חוץ גופית (IVF) בסל השירותים" (20.1.14).
 חוזר מנהל הרפואה 8/2008 "הנחיות למטופלים אודות שימוש בביציות מופרות מוקפאות ביחידות
 להפריה חוץ גופית (IVF)" (25.2.08).
 חוזר מנכ"ל משרד הבריאות מס' 113/90 "שיקולים בקבלת זוג לטיפול בהפריה חוץ גופית"
 (28.11.90).
 חוזר מנכ"ל משרד הבריאות 20/7 "כללים בדבר ניהולו של בנק זרע והנחיות לביצוע הזרעה
 מלאכותית" (8.11.07).
 נוהל משרד הבריאות "תנאים להתאמה לתהליך עבור בני הזוג והאם הנושאת" (עדכון: 2/2018).
 טופס משרד הבריאות (של הועדה לאישור הסכם לנשיאת עוברים) "קווים מנחים הנדרשים לכתיבת
 חוות דעת פסיכולוגית" (עדכון: 11/2018).

תקנוני העבודה הסוציאלית (תע"ס)

תע"ס 1.9 "יחסי גומלין בין שירותי הבריאות ושירותי הרווחה בתחום הטיפול בחולי נפש בקהילה" (תאריך תחולה: 10.6.73, תאריך פרסום: "י סיון התשל"ג, הודפס מחדש ב-1.5.78) (בוטל).

תע"ס 3.1 "תכנון המשפחה", תאריך פרסום ותחולה: 21.2.79.

תע"ס 3.10 "תשלום עבור ייעוץ וטיפול בחיי משפחה ונישואין", תאריך פרסום: 29.1.91, תאריך תחולה: 1.1.91.

תע"ס 3.16 "שירותי הצרכים המיוחדים למשפחה בקהילה", 21.5.18.

תע"ס 3.24 "כוננות פקידי הסעד לחוק הסעד סדרי דין (פקידי הסעד לענייני אישות) במחלקות לשירותים חברתיים", תאריך פרסום: 15.8.2002, תאריך תחולה: 1.1.2002.

תע"ס 3.35 "תוכנית יחדיו למשפחות שבהן ילדים בסיכון", תאריך פרסום: 6.5.2002, תאריך תחולה: 1.5.2002.

תע"ס 5.1 "מדיניות משרד העבודה והרווחה בתחום שיקום מוגבלים", תאריך פרסום: 28.4.88, תאריך תחולה: 1.6.88.

תע"ס 5.7 "שירותי תמיכה בתקשורת עבור אנשים עם לקות שמיעה" (28.3.18)

תע"ס 5.17 "שירותי שיקום בקהילה", תאריך פרסום ותחולה: 1.5.97.

תע"ס 5.24 "קהילה תומכת חיים עצמאיים לנכים" תאריך פרסום: 21.1.2010, תאריך תחולה: 1.1.2010.

פרק 6 לתע"ס, "טיפול בעיוורים".

תע"ס 8.27 "כוננותם של עובדים סוציאליים לחוק הנוער במחלקות לשירותים חברתיים", תאריך פרסום: 28.8.14, תאריך תחולה: 1.9.14.

תע"ס 8.28 "סידור ילד בתמיכה ביתית (אומנה יומית לשעבר)", תאריך פרסום: 28.2.96, תאריך תחולה: 1.4.06.

תע"ס 8.30 "מועדוניות טיפוליות", תאריך פרסום: 21.1.10, תאריך תחולה: 1.1.10.

תע"ס 8.31 "מועדונית ביתית לגילאי 3-10", תאריך פרסום: 2.3.10, תאריך תחולה: 1.3.10.

תע"ס 8.38 "מרכז ילדים / מתבגרים – הורים / ונתיבים להורות", תאריך פרסום: 22.3.15, תאריך תחולה: 1.3.15.

תע"ס 8.9 "ועדת תכנון טיפול והערכה – תפקידה ודרכי עבודתה", תאריך פרסום: 11.1.17, תאריך תחולה: 1.3.17.

תע"ס 10.1 "מדיניות הטיפול באנשים עם אוטיזם/הפרעה התפתחותית נרחבת", תאריך פרסום: 12.8.08, תאריך תחולה: 1.8.08.

תע"ס 10.3 - "שירותים בקהילה לאנשים עם אוטיזם/הפרעה התפתחותית נרחבת השוהים בביתם", תאריך פרסום: 12.10.09, תאריך תחולה: 1.11.09.

תע"ס 10.6 "מרכז יום טיפולי/שיקומי לאנשים עם אוטיזם בגיל +21", תאריך פרסום: 3.3.14, תאריך תחולה: 1.3.14.

תע"ס 14.1, "מדיניות משרד העבודה והרווחה בתחום הטיפול במפגרים", תאריך פרסום: 31.1.89, תאריך תחולה: 1.2.89.

תע"ס 14.28 "סביבה תומכת לאוכלוסייה עם פיגור שכלי", תאריך פרסום: 22.7.09, תאריך תחולה: 1.8.09.

תע"ס 14.21 "מדיניות הטיפול ביילודים הלוקים במחלות ובתסמונות המלוות בפיגור /או בעלי נכות מגודרת", ("מגודרת" – כך במקור) תאריך פרסום: 16.8.02, תאריך תחולה: 1.10.92.

הליכים משפטיים ופסקי דין

ע"א 209/54 פרץ שטיינר נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד ט 241 (פורסם בנבו, 20.2.55).

ע"א 549/75 פלונים נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד ל(1) 459 (פורסם בנבו, 27.11.75).

ע"א 436/76 פלוני נ' מדינת ישראל ואח' פ"ד לא(2) 239 (פורסם בנבו, 31.1.77).

ע"א 680/77 פלונית נ' עיריית תל אביב – יפו ואח' פ"ד לב(3) 393 (פורסם בנבו, 8.5.78).

ע"א 488/77 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד לב(3) 421 (פורסם בנבו, 21.8.78).

ע"א 166/81 פלונים נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד לו(4) 321 (פורסם בנבו, 18.10.82).

ע"א 783/81 פלונים נ' פלוני, פ"ד לט (2) 1 (פורסם בנבו, 8.5.83).

ע"א 310/82 פלונית על ידי האפוטרופוס שלה נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד לז(4) 421 (פורסם בנבו, 7.7.83).

בד"מ 1/81 יחיאל נגר נ' אורה נגר, פ"ד לח(1), 365 (פורסם בנבו, 20.2.84).

ע"א 577/83 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד לח(1) 461 (פורסם בנבו, 6.3.84).

ע"א 212/85, פלוני נ' פלונים פ"ד לט(4) 309 (פורסם בנבו, 19.11.85).

ע"א 232/85 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד מ(1) 1 (פורסם בנבו, 20.1.86).

ע"א 451/88 פלונים נ' מדינת ישראל פ"ד מד(1) 337 (פורסם בנבו, 22.1.90).

ע"א 418/88 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(3) 1 (פורסם בנבו, 26.2.90).

ע"א 604/89 פלונים נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מה(1) 156 (פורסם בנבו, 18.12.90).

ע"א 3554/91 אלמונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 9.10.91).

ע"א 4189/91 פלונית ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(4) 464 (פורסם בנבו, 2.9.92).

ע"א 2266/93 פלוני, קטין ואח' נ' פלוני פד מט(1) 221 (פורסם בנבו, 20.2.95).

דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית פ"ד נ(1) 48 (פורסם בנבו, 15.8.95).

דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני פ"ד נ(4) 661 (פורסם בנבו, 12.9.96).

ה"מ (ת"א) 89/98 ורשאבייק אייל, פקיד סעד לחוק הנוער מעיריית חולון נ' פלונית (פורסם בנבו, 11.6.98).

בג"ץ 5227/97 מיכל דויד נ' בית-הדין הרבני הגדול בירושלים פ"ד נה(1) 453 (פורסם בנבו, 11.11.98).

ע"א 2169/98 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד נג(1) 241 (פורסם בנבו, 17.1.99).

בג"צ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728 (פורסם בנבו, 4.5.99).

ע"א 2781/93 מיאסה עלי דעקה נ' בית חולים "כרמל", חיפה ואח' פ"ד נג(4) 526 (פורסם בנבו, 29.8.99).

רע"א 3009/02 פלונית נ' פלוני, פ"ד נו(4) 872 (פורסם בנבו, 20.6.02).

דנ"א 6041/02 פלונית נ' פלוני פ"ד נח(6) 246 (12.7.04).

ע"פ 9937/01 רעי חורב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 9.8.04).

בע"מ 377/05 פלוני ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ נ' ההורים הביולוגיים, פ"ד ס(1) 124 (פורסם בנבו, 21.4.05).

בע"מ 9358/04 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 2.5.05).

בע"מ 337/05 פלונית ופלוני המיועדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגיים ואח' (ניתן ב-21.4.05, [טרם פורסם](#)).

בע"מ 9229/04 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית (פורסם בנבו, 10.8.05).

בע"מ 10791/05 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' (פורסם בנבו, 9.2.06).

בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים פ"ד סא(2) 202 (פורסם בנבו, 14.5.06).

בג"ץ 2245/06 דוברין נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 13.6.06).

תמ"ש 24111/02 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 11.9.06).

בע"מ 6593/06 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 22.3.07).

אמ"צ 1/07 (מחוזי באר שבע) היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני ואח' (פורסם בתקדין 19.3.08).

בע"מ 1845/07 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' (פורסם בנבו, 16.4.08).

ע"פ 7924/07 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.5.08).

בע"מ 3329/07 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 18.6.08).

תמש (נצי') 10100/06 י.ח. ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 2.12.08).

בג"צ 4293/01 משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה (פורסם בנבו, 24.3.2009).

בג"צ 7444/03 בלאל מסעוד דקה ואח' נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 22.2.2010).

רע"א 2440/10 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 6.9.10).

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

בג"צ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 13.4.2011).

דנ"א 1892/11 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית (פורסם בנבו, 22.5.2011).

בע"מ 9739/11 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 17.1.12).

רע"א 7535/11 פלונית ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 29.1.12).

דנ"א 1750/12 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 9.5.12).

ע"א 1326/07 ליאור המר נ' פרופ' עמי עמית (פורסם בנבו, 28.5.12).

בע"מ 2738/13 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 16.6.13).

תמ"ש 50399-12-12 א.מ.י. נ' פלונית ואח' (פורסם בנבו, 20.6.13).

א"פ (פתח תקווה) 21169-06-13 א.ק. ואח' נ' ת.ז.נ.מ. ואח' (פורסם בנבו, 29.7.13).

בע"מ 4486/13 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה - משרד הרווחה והשירותים החברתיים (פורסם בנבו, 27.8.13).

דנ"א 6211/13 היועץ המשפטי לממשלה – משרד הרווחה והשירותים החברתיים נ' פלונית ואח' (פורסם בנבו, 23.12.13).

א"פ (חי') 6036-10-08 אבי החסוי ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 29.12.13).

עמ"ש (בי"ש) 59993-07-13 פלונית נ' פלונית ואח' (פורסם בנבו, 22.1.14).

בג"צ 566/11 דורון ממט ואח' נ' משרד הפנים ואח' (פורסם בנבו, 28.1.14).

בג"צ 6069/10 רמי מחמלי נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 8.5.14).

עמש (ת"א) 11483-06-14 פלונית נ' אלמונית ואח' (פורסם בנבו, 30.9.14).

עמש (תל אביב יפו) 3/14 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 9.2.15).

בע"מ 1118/14 פלונית נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים (פורסם בנבו, 1.4.15).

תיק אימוץ 22/13 (משפחה ירושלים) היועץ המשפטי לממשלה (משרד הרווחה) נ' פלונית ואח' (פורסם בנבו, 6.5.15).

אמ"צ 42093-01-15 היועץ המשפטי לממשלה – משרד הרווחה והשירותים החברתיים נ' האם (פורסם בנבו, 1.12.15).

בג"צ 4044/16 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים (פורסם בנבו, 20.9.18).

אמצ 42099-01-15 היועץ המשפטי לממשלה נ' האם (פורסם בנבו, 4.1.16).

ה"פ 4152-02-16 השרות לנכויות התפתחותיות נ' פלוני (פורסם בנבו, 9.2.16).

עמז (ח"י) 39236-04-16 אלמונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 26.5.16).

רע"א 4852/16 פלונית נ' פקיד סעד לחוק הנוער ראשון לציון ואח' (פורסם בנבו, 16.8.2016).

ענ"א (מחוזי תל אביב-יפו) 17976-09-16 פלונית נ' המחלקה לשירותים חברתיים איילון ואח' (פורסם בנבו, 5.10.16).

ענ"א (מחוזי י-ם) 17102-08-16 פלוני נ' פקיד סעד לחוק הנוער אזור צפון ירושלים ואח' (פורסם בנבו, 10.10.16).

עמז (ת"א) 3387-02-16 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 24.1.17).

בע"מ 2709/17 פלוני ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה – משרד הרווחה (פורסם בנבו, 7.5.17).

רע"א 3566/17 פלונית נ' פלונית ואח' (פורסם בנבו, 21.5.17).

אמ"צ 15392/07/15 (משפחה רשל"צ) בא כוח היועץ המשפטי נ' פלוני ופלונית (פורסם בנבו, 1.6.17).

תיק 660-671-14 (רשם האגודות השיתופיות) אסף מרקר נ' קיבוץ רבדים (פורסם בנבו, 6.7.17).

י"ס (י-ם) 7167-10-17 מ.מ. נ' ל.מ. (פורסם בנבו, 13.11.17).

א"פ (י-ם) 49194-12-17 המוסד הרפואי נ' האפוטרופוס הכללי במחוז ירושלים ואח' (פורסם בנבו, 26.12.17).

סעש (ת"א) 19073-12-15 פלוני נ' קופרמן קבלן לעבודות מתכת בע"מ (פורסם בנבו, 18.2.18).

עמז (ח"י) 51737-11-17 מ.מ. נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' (פורסם בנבו, 7.3.18).

אמ"צ (משפחה ת"א) 52364-12-16 היועץ המשפטי לממשלה נ' רקפת (פורסם בנבו, 20.3.18).

בע"מ 2795/18 פלונית ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 10.5.18).

ענ"א (מחוזי חיפה) 56605-04-18 אם הקטין נ' המחלקה לשירותים חברתיים – פרדס חנה כרכור ואח' (פורסם בנבו, 25.5.18).

ערר מס' 25/17 (בפני ועדת ערר לפי סעיף 36א לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א – 1981 ולפי חוק בתי הדין המנהליים, התשנ"ב – 1992, בבית המשפט לענייני משפחה בבאר שבע) פלונית ואח' נ' עו"ס לחוק אימוץ – השירות למען הילד (פורסם בנבו, 11.7.18).

ענ"א 36243-06-18 (ת"א) פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה – מחלקה לשירותים חברתיים "שפירים" (פורסם בנבו, 18.7.18).

תיק רבני 1129170-1 פלונית נ' פלוני, 18.3.18 (פורסם באתר "פסקדין" 23.8.18).

אמ"צ (ב"ש) 27/17 היועץ המשפטי לממשלה במשרד הרווחה נ' אלמונית ואח' (פורסם בנבו, 6.9.18).

מאמרים ופרקים בספרים

שולמית אלמוג ואריאל בנדור "טובת ילדים, זכויות אדם", ספר זמיר על משפט, ממשל וחברה (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים) 93 (2005).

טל ארטן-ברגמן ואריה רימרמן "דפוסי מעורבות חברתית בקרב אנשים עם וללא מוגבלות בישראל" בטחון סוציאלי 49 (2009).

איילת בלכר-פריגת ודפנה הקר "הורים או זרים – מעמד המשפטי המצוי והרצוי של בני זוג של הורים" משפטים מ 5 (2010).

מיכה בראל, ישראל (איסי) דורון, ורוני סטריאר, "אפוטרופסות – סקירה ביקורתית" ביטחון סוציאלי 96, 55 (2015).

אהרן ברק "הקונסיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני) מחקרי משפט יג 5 (1996).

אהרן ברק "המהפכה החוקתית – בת מצווה" משפט ועסקים א 3 (2004).

אהרן ברק, "חוקת המשפחה: היבטים חוקתיים של דיני המשפחה", **משפט ועסקים** טז 13 (2013).

דפנה ברק-ארז, "על סימטריה וניטרליות: בעקבות פרשת נחמני" **עיוני משפט** כ 200 (1996).

אורנה דונת "פרו-נטליזם סדוק: נרטיבים של הולדה ואי-הולדה בישראל" **סוציולוגיה ישראלית** יא 417 (2010).

רוני הולר, "אנשים עם מוגבלויות ומדינת הרווחה הישראלית: המקרה של עבודות דחק" **בטחון סוציאלי** 39, 95 (2014).

דפנה הקר ומיכל פרנקל "הורות פעילה ושוויון הזדמנויות בעבודה: הצורך בשינוי מאפייני שוק העבודה" **עבודה חברה ומשפט** יא 275 (2005).

נטע זיו, "אנשים עם-מוגבלויות - בין זכויות חברתיות לצרכים קיומיים" **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** 813 (י. רבין וי. שני, עורכים, 2004).

משה זכי "פסיכולוגיה ומשפט: מחשבות על המסוגלות ההורית" **רפואה ומשפט** 20 (1999).

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

רות זפרן "זכויות הילד במשפחה כזכויות יחס", **זכויות הילד והמשפט הישראלי** (תמר מורג, עורכת) הוצאת רמות – אוניברסיטת תל אביב, 129 (2010).

רות זפרן, "הקשיים הכרוכים בחוות הדעת המקצועיות – טעם נוסף לעיצוב מחדש של הדין בשאלת חלוקתה של האחריות ההורית". **עיוני משפט** לו 269 (2013).

רות זפרן "הזכות להורות במשפט הישראלי: שעה בשבוע במרכז קשרי?! " **המשפט" ברשת: זכויות אדם, מבזקי הארות פסיקה** 27, 21 (2014).

רות זפרן, "הזכות להורות בישראל – מימוש שוויוני בסיוע הסכמים לנשיאת עוברים?" **משפטים על אתר** ח (2015).

מאיר חובב וחיה עמינדב "מדיניות הטיפול של משרד העבודה והרווחה באדם המפגר בעשור האחרון, והפעילות למעשה" **מבדול לשילוב: התמודדות עם מוגבלויות בקהילה** 65 (מ. חובב, פ. גיטלמן, עורכים, תשס"ו).

יותם טולוב וארלין קנטר "של מי החיים שלי? המאבק להשבת האוטונומיה והכשרות המשפטית לאנשים עם מוגבלויות" **מעשי משפט** ו' 45 (2014).

צבי טריגר, "טכנולוגיות פריון, זכויות וחרטה: מחשבות בעקבות בג"צ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות" **"המשפט" ברשת: זכויות אדם, מבזקי הארות פסיקה** 2, 4 (2013).

דוד יגיל "שיקולים ולבטים באבחון מסוגלות הורית" פרק 9 **בסוגיות בפסיכולוגיה, משפט ואתיקה בישראל** 183 (עורכים: דוד יגיל ואח', 2008).

יונתן יובל, "ייד קלה על ההדק": רטוריקה ואידיאולוגיה של ידע בשיח המשפטי של אימוץ כפוי" **משפט וממשל** 1, 259 (2001).

אסתר כהן "מבוא: התמודדויות הוריות וטיפול בהורות" **חויית ההורות: יחסים, התמודדויות והתפתחות** (עורכת: אסתר כהן, 2007).

יהודית לייבה ונטע זיו "חוק הליכי חקירה והעדה (התאמה לאנשים עם מוגבלות שכלית ונפשית) התשס"ו – 2005 בראי לימודי ביקורת מוגבלות – נגישות למערכת הצדק לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית" **חוקים** ח 85 (2016).

סימי לינטון "פרק 1: לתבוע את ששיך לנו, מתוך לתבוע את המוגבלות: ידע וזהות" בתוך: **לימודי מוגבלות: מקראה** 114 (שגית מור, נטע זיו, ארלין קנטר, נסים מזרחי ואדוה אייכנגרין עורכים, 2016).

שגית מור "בין המשגה פוליטית להכרה משפטית – חסמים במימוש זכויות אנשים עם מוגבלויות" **נגישות לצדק חברתי בישראל** 79 (גיוני גל ומימי אייזנשטדט עורכים, 2009).

שגית מור "שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות בתעסוקה – מתיקון הפרט לתיקון החברה" **עיוני משפט** לה 97 (2012).

שגית מור ואסנת עין-דור "עדות מוגבלת: מוגבלות וקול בהליך הפלילי" **משפט וממשל** ט"ז 187

(תשע"ה - 2015).

שגית מור, **זכויות אנשים עם מוגבלויות וגישה ביקורתית למוגבלות: השלכות לתחום הביו-אתיקה**, עלון מס' 15 (2016).

שגית מור "ביקורת מוגבלות על ברירת עובדים בשל לקות: מבט אל ישראל" בתוך: **לימודי מוגבלות: מקראה** (שגית מור, נטע זיו, ארלין קנטר, נסים מזרחי ואדוה אייכנגרין עורכים) 395 (2016).

שגית מור "משפט נגיש לכל: הזכות לנגישות ונגישות למשפט – ביקורת מוגבלות" **חוקים** ח 15 (2016).

תמר מורג "עשרים שנה אחרי: תפיסת הילד על פי האמנה בדבר זכויות הילד" **זכויות הילד והמשפט הישראלי** (תמר מורג עורכת, יוסי רחמים עורך משנה) 15 (2010).

יחזקאל מרגלית "הורות משפטית מן הדין ומן הצדק – גבולותיו הנורמטיביים הראויים של צו הורות הפסיקתי" **משפטים** מז 113 (2018).

טלי מרקוס, "צריך (רק) שניים לטנגו? על האפשרות להכיר ביותר משני הורים לילד אחד" **משפטים** מד 415 (2014).

טלי מרקוס "על הזכות להורות של אנשים עם מוגבלויות - הרהורים על התאמתו של פסק הדין בעניין אורה מור יוסף לבחינת הסוגיה" **משפט מפתח – כתב העת של פרקליטות המדינה** (4) 8 (2016).

ורד סלונים-נבו ויצחק לנדר "האם טובת הילד יכולה להתקיים בנפרד מטובת המשפחה? מחשבות והמלצות לשינוי" **חברה ורווחה** כד (4) 401 (2004).

גדעון ספיר, "הצדקות לחובה לערוך התאמות בתחום התעסוקה בעבור אנשים עם מוגבלות" **משפט וממשל** י"ג 411 (תשע"א – 2011).

חגי קלעי "הורים חשודים – פיקוח ושליטה משפטיים על משפחות לא הטרונומטיביות בעקבות בג"צ 566/11 מ-מט-מגד נ' שר הפנים" **"המשפט" ברשת: זכויות אדם, 7 מבזקי הארות פסיקה** 28 5 (2014).

יחיאל ש. קפלן "זכויות הילד בפסיקה בישראל – ראשית המעבר מפטרנליזם לאוטונומיה" **המשפט ז'** 303 (תשס"ב-2002).

נילי קרק-אייל "מי ילד מושלם של אימא? הרהורים בעקבות פסק הדין בעניין סיד" **המשפט** י"ג 469 (2009).

אליקים רובינשטיין "על הקטין במשפט" **משפחה במשפט** ג-ד (תשס"ט – תש"ע, 2009).

רוני רוטלר ורון גיל "על הספקטרום ומעבר לו: ייצוג אנשים אוטיסטים – שונות, יכולות, זכויות, ומה שביניהן" **מעשי משפט** ג 83 (2010).

רוני רוטלר "אמהות ישראלית וטכנולוגיות פריון בראי זכויותיהן של נשים עם מוגבלות" **בטחון סוציאלי** 103 67 (2018).

רוני רוטלר "הזכות להורות וזכויות הילד" **לפרוץ את חומת הזכויות – זוגיות ונישואין לאנשים עם מוגבלות** 96 (רפי פוירשטיין, עורך, הוצאת ידיעות אחרונות, 2018).

יאיר רונן וישראל צבי גילת, "האומנם שיח זכויות הילד בישראל עושה צדק עם הילדים ומשפחותיהם?" **המשפט** 22, 90 (2006).

יאיר רונן וישראל צבי גילת "האומנם הגנת הילד רווחת במשפט הישראלי?" **משפט ועסקים** יט 1143 (תשע"ז – 2016).

אריה רימרמן וטל ארטן-ברגמן, "חקיקת זכויות אנשים עם מוגבלות ויישומה בישראל - מגמות וכיוונים עתידיים" **ביטחון סוציאלי** 69 (2005).

אריק רימרמן, איילת גור, ודבורית גלעד "שיח הזכויות" **לפרוץ את חומת הזכויות – זוגיות ונישואין לאנשים עם מוגבלות** 57 (רפאל ש. פוירשטיין, עורך, הוצאת ידיעות אחרונות, 2018).

פנחס שיפמן "על המשפחה החדשה: קווי פתיחה לדיון" **עיוני משפט** כח(3) 643 (2005).

בנימין שמואלי "מה לפמיניזם ולזכויות הילד? השפעת תיאוריות פמיניסטיות על על איסור ענישה גופניות לילדים כמקרה מבחן" **משפחה במשפט** א 57 (תשס"ז – 2007).

דן שניט "זכויות המפגרים בישראל" **עיוני משפט** יב(2) 305 (1987).

כרמית-נעה שפילגמן "קולן של אמהות עם מוגבלות פיזית" **עיונים בשפה וחברה** 7 (1-2) 169 (2015).

רבני ורבניות בית המדרש של "בית הלל", "נישואי אנשים עם מוגבלות שכלית-התפתחותית" "ואין הדעות שוות": על מעמדו של אדם עם מוגבלות שכלית והתפתחותית בעולמה של מסורת ישראל (ב). לאו, עורך, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2016).

ספרים

זמן שאול – סוגיות בקבלת החלטות לגבי ילדים בסיכון (שרי בן נתן, עורכת, 2000).

נילי מימון, דיני אימוץ ילדים (תל אביב: 1994).

גדעון ספיר, המהפכה החוקתית: עבר הווה ועתיד (2010).

פנחס שיפמן, דיני המשפחה בישראל כרך ב (1989).

מחקרים, דו"חות וחוות דעת

מיכל אלפסי-הנלי "משפחות מיוחדות: הורים לילדים עם מוגבלות - מאפיינים וקשיים בחיי היומיום" משרד הכלכלה והתעשייה, מחקר וכלכלה (2016).

ליטל ברלב, גבי אדמון-ריק, יוסף קרן-אברהם וישראל הבר "אנשים עם מוגבלות בישראל 2017" נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (2017).

דניאל גוטליב, "עוני והעסקה של אנשים עם מוגבלות שכלית התפתחותית בישראל" (מצגת באתר "קרן שלם").

דניאל גוטליב, מירי אנדבלד, נטליה גיטלסון, אורן הלר, אופיר פינטו, רבקה פריאור, מרק רוזנברג "עוני, תעסוקה, שכר וקצבאות של מקבלי נכות כללית" המוסד לביטוח לאומי - מחקרים לדיון 125 (2017).

"דו"ח ועדת גרוס": דו"ח הועדה לבחינת חוק אימוץ ילדים, התשמ"א – 1981 והליכי אימוץ ילדים בישראל, משרד המשפטים ומשרד העבודה והרווחה (2016).

רון דרך, רוני רוטלר ויותם טולוב, דו"ח צללים: יישום אמנת האו"ם בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות בישראל (הפורום האזרחי ליישום האמנה הבינלאומית בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות, 2018).

ישראל הבר, סקירה לצורך הערכת שיעורם של אנשים עם מוגבלויות באוכלוסייה בהתאם לסוג המוגבלות, לפי מקורות שונים, נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (2016, לא פורסם).

מיכאל ויגודה "הזכות לנישואין של אנשים עם מוגבלות" משרד המשפטים, המחלקה למשפט עברי (2010).

"דו"ח ועדת וינטר": איתור קטינים הנמצאים במצבי סכנה והתוויית רשת בטחון להגנה בקהילה, ועדה בינמשרדית (2010).

שירלי ורנר ורייצ'ל לוונגרוב, "אפטרופסות, אוטונומיה, קבלת החלטות נתמכת והזיקה ביניהן: כיצד הם נתפסים על-ידי אנשים עם מוגבלות שכלית, אנשים עם מוגבלות נפשית והורים לאנשים עם מוגבלות" באתר "קרן שלם".

מרים לוינגר "מודל לעבודה קבוצתית עם הורים חירשים וכבדי שמיעה", בית איזי שפירא (2011).

חפציבה ליפשיץ-והב וחגית חגואל "תופעת ה'יחידאות' בקרב בוגרים עם מוגבלות שכלית: תיאוריות פסיכולוגיות (התקשרות, אינטימיות), תיאוריות מודרניות (בחירה / היעדר הזדמנויות) או קשיים רגשיים חברתיים, קרן שלם (2015).

"דו"ח ועדת מור יוסף": הוועדה הציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפרייון וההולדה בישראל (2012).

אלן מילשטיין וחיה גרשוני "הערכת תוכנית הנחיה להורים עם מוגבלויות בחברה החרדית", היחידה לחקר מוגבלויות, מאיר-ס-ג'וינט-ברוקדייל (2018).

שפי משיח, "אנשים עם מוגבלות שכלית התפתחותית והפרעה נפשית" **היחידה הקהילתית לאבחנה כפולה, בית איזי שפירא ובית החולים שניידר** (2016).

דניז נאון, ברנדה מורגנשטיין, מלכה שימלעל וגלית ריבלס "ילדים עם צרכים מיוחדים – הערכת צרכים וכיסויים על ידי השירותים" **ג'וינט-ברוקדייל והמוסד לביטוח לאומי** (2000).

דניז נאון, "מבוגרים בעלי מוגבלות בישראל", המרכז לחקר מוגבלויות ותעסוקת אוכלוסיות מיוחדות, **מאירס-ג'וינט-ברוקדייל** (2009).

דניז נאון ואח', "בעלי מוגבלות בגיל העבודה בישראל: שכיחות באוכלוסייה, מאפיינים ומצב תעסוקה", **המוסד לביטוח לאומי, מאירס-ג'וינט-ברוקדייל** (2012).

דליה ניסים, רנטה גורבטוב ומירי בן שמחון, "**אנשים עם מוגבלות שכלית התפתחותית**" בתוך **אנשים עם מוגבלויות**, משרד הרווחה והשירותים החברתיים.

רחל סבו-לאל, ברכי בן סימון, וצ'סלב קונסטנטינוב "הילדים בגיל הרך במשפחות האומנה: מאפיינים ותהליכי התערבות", **מאירס-ג'וינט-ברוקדייל ומשרד הרווחה** (2014).

"דו"ח ועדת סילמן": **הוועדה לבחינת מדיניות משרד הרווחה והשירותים החברתיים בנושא הוצאה של ילדים למסגרות חוץ-ביתיות ונושא הסדרי הראייה** (2014).

אופיר פינטו, מסמך ריכוז נתונים לגבי ילדים של מקבלי קצבאות נכות, **מנהל המחקר והתכנון של המוסד לביטוח לאומי** (2017, לא פורסם).

דנית קמפו "אמ"א: אמהות מלוות אמהות לקראת הורות מיוחדת: מדריך לאמהות עם מוגבלות **גופנית**", **בית איזי שפירא** (2011).

דפנה רביב-כרמי "אני לא מפלצת – גם לי מגיע להיות אמא: אמהות עם מוגבלות – סקירת ספרות", **בית איזי שפירא** (2016).

"דו"ח ועדת רוטלוי": **הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה** (2003).

דורי ריבקין ואלן מילשטיין "**תוכנית 'מסד נכויות' לליווי הורים עם מוגבלויות במסגרת מכון אדלר: מחקר הערכה**", **היחידה לחקר מוגבלויות, מאירס-ג'וינט-ברוקדייל** (2014).

אריה רימרמן, שירלי אברמי, וטל ארטמן-ברגמן, "מדיניות כלפי אנשים עם נכויות: מחקיקה סוציאלית לחקיקת זכויות", **מרכז טאוב לחקר המדיניות החברתית בישראל** (2007).

אריה רימרמן, צילי דגן, מיכל סופר, רוני רוטלר וליאור משאלי "**מיסוי, רווחה, ותעסוקה של אנשים עם מוגבלות**", **מחקר במימון המוסד לביטוח לאומי** (2011).

הילה שבורן ובנימין הוזמי "**קבוצות למידה ככלי העצמה ולפיתוח של מיומנויות זוגיות והורות בקרב אנשים עם מוגבלות**", **בית איזי שפירא** (2011).

נורית שטרסברג, דניז נאון וענת זיו "ילדים עם צרכים מיוחדים באוכלוסייה הבדואית בנגב: מאפיינים, דפוסי שימוש בשירותים והשלכות הטיפול בהם על האמהות" **מאירס-ג'וינט-מכון ברוקדייל** (2008).

"דו"ח ועדת שניט": **הוועדה הציבורית לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין** (2011).

"עוני ובריאות הנפש" יספר"א האגודה הישראלית לשיקום פסיכיאטרי, 14 (2015).

דו"ח ארגון "קשר" (2014).

"הסקר החברתי", הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה (2007, 2015, 2016, 2017).

עבודות תיזה

דורית ושלר, **חוויות החיים בצל הורה בעל מגבלה שכלית** (עבודת גמר לתואר "מוסמך" בעבודה סוציאלית, אוניברסיטת בן גוריון, 2009).

טל חסין אמא טובה, אמא רעה: **הוצאת קטינים ממשמורת הוריהם מכוח סעיף 2(2) ו-2(6) לחוק**

הנוער (טיפול והשגחה) תש"ך – 1960 (עבודת גמר לקראת תואר מוסמך, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב, 2011).

רחל לונדון ויסמרט הקשר בין מחלת נפש של הורים לבין בריאות נפשית, תמיכה חברתית ורגשות כלפי ההורה החולה אצל ילדיהם המתבגרים והבוגרים בהשוואה למתבגרים ובוגרים להורים שאינם חולים (עבודת גמר לתואר "מוסמך" בעבודה סוציאלית, בית הספר לעבודה סוציאלית, הפקולטה למדעי הרווחה והבריאות, אוניברסיטת חיפה, 2010).

כתבות

לי ירון ["נאבקים על חיים משותפים ללא גבולות"](#), "הארץ" 28.4.17.

לי ירון, ["מתחת לרדאר של משרד הרווחה – הישראלים שנולדו להורים מוגבלים שכלית"](#), מוסף "הארץ" 1.12.17.

לי ירון, ["רשויות הרווחה מסרבות להעניק סיוע לנזקקים שסובלים ממוגבלויות נפשיות"](#) "הארץ", 23.5.18.

לי ירון ["חוק האימוץ המסתמך ישווה את הזכויות של זוגות חד-מיניים, אך יפלה הורים יחידנים"](#), "הארץ" 2.8.18.

אפרת אבן צור, ["הרפורמה בבריאות הנפש: ארבע סוגיות מרכזיות"](#), אתר "פסיכולוגיה עברית", 2011.

רוני לינדר גנץ, ["השנה הראשונה של הרפורמה בבריאות הנפש: יותר מטופלים, לא מספיק טיפולים לאדם"](#), The Marker, 1.11.2016.

לימור שגב "נפש חפצה חיים": אתגר ההורות לצד התמודדות עם מגבלה על רקע נפשי", ניוזלטר תוכנית "עמיתים", 2016.

גיא עזרא ["פסק הלכה חדש: בעלי מוגבלות שכלית יוכלו להינשא"](#), אתר "סרוגים", 22.1.15.

Legislation

American with Disabilities Act, 1990 42 U.S.C. § 12102(2)

The ADA Amendment Act of 2008 (Public Law 110-325. ADAAA).

Articles & Book Chapters

Marjorie Aunos & Maurice Feldman, *Attitudes Towards Sexuality: Sterilization and Parenting Rights of Persons with Intellectual Disabilities*. 15 JOURNAL OF APPLIED RESEARCH IN INTELLECTUAL DISABILITIES, 285 (2002).

Eliana Barrios Suarez, Ginette Lafrenière & Jay Harrison, *Scoping Review of Interventions Supporting Mothers with Mental Illness: Key Outcomes and Challenges*. 52(8) COMMUNITY MENTAL HEALTH JOURNAL, 927 (2016).

Nazli M. Baydar, Jamila Reid, & Carolyn Webster-Stratton, *The Role of Mental Health Factor and Program Engagement in the Effectiveness of a Preventive Parenting Program for Head Start Mothers*. 74(5) CHILD DEVELOPMENT 1433 (2003).

Galia Bernstein & Zvi Triger, *Over Parenting*, 44(4) UNIVERSITY OF CALIFORNIA DAVIS LAW REVIEW 1221 (2010).

Hanna Bjorg Sigurjónsdóttir & James G. Rice, *'Evidence' of Neglect as a Form of Structural Violence: Parents with Intellectual Disabilities and Custody Deprivation*. 6(2)

SOCIAL INCLUSION, 66 (2018).

Pamela Block, *Sexuality, Fertility, and Danger: Twentieth-Century Images of Women with Cognitive Disabilities*, 18(4) SEXUALITY AND DISABILITY, 239 (2000).

Tim Booth, Wendy Booth & David McConnell, *Care Proceedings and Parents with Learning Difficulties: Comparative Prevalence and Outcomes in an English and Australian Court Sample*. 10 CHILD AND FAMILY SOCIAL WORK, 353 (2005).

Tim Booth, Wendy Booth & David McConnell, *The Prevalence and Outcomes of Care Proceedings Involving Parents with Learning Difficulties in the Family Courts*. 18 JOURNAL OF APPLIED RESEARCH IN INTELLECTUAL DISABILITIES, 7 (2005).

Susan L. Brooks & Ya'ir Ronen, *The Notion of Interdependence and Its Implications for Child and Family Policy*, 17:3-4 JOURNAL OF FEMINIST FAMILY THERAPY 23 (2005).

Hilary K. Brown, Yona Lunskey, Andrew S. Wilton, Virginie Cobigo, & Simone N. Vigod. *Pregnancy in Women with Intellectual and Developmental Disabilities*. 28(1) JOURNAL OF OBSTETRICS AND GYNAECOLOGY CANADA 9 (2016).

Elizabeth Burney Hamilton, Constance Hammen & Maren Jones, *Maternal Interaction Style in Affective Disorder, Physically Ill & Normal Woman*. 32(3) FAMILY PROCESS, 329 (1993).

Emily Buss, *"Parental" Rights*, 88 VIRGINIA LAW REVIEW 635 (2002).

Lindsey Coffey, *A Rights-Based Claim to Surrogacy: Article 23 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*. 20(2) MICHIGAN STATE INTERNATIONAL LAW REVIEW 259 (2012).

Esther Cohen & Etan Lwow, *The Parent-Child Mutual Recognition Model: Promoting Responsibility and Cooperativeness in Disturbed Adolescents who Resist Treatment*. 14(3) JOURNAL OF PSYCHOTHERAPY INTEGRATION, 307 (2004).

Patrick W. Corrigan & Amy C. Watson, *Understanding the Impact of Stigma on People with Mental Illness*, 1(1) WORLD PSYCHIATRY 16 (2002).

Sacha M. Coupet, *The AAML Child Custody Evaluation Standards: Bridging Two Worlds, Child Custody Evaluation Standards*. 25 JOURNAL OF THE AMERICAN ACADEMY OF MATRIMONIAL LAWYERS, 295 (2013).

Edmund M. Dane & Jamie A. Rosen, *View from the Bench: Parental Mental Health and Child Custody*. 54(1) FAMILY COURT REVIEW, 10 (2016).

Janet M. Devlin & Louise M. O'Brien, *Children of Parents with Mental Illness: An Overview from a Nursing Perspective*, 8 AUSTRALIAN AND NEW ZEALAND JOURNAL OF MENTAL HEALTH NURSING, 19 (1999).

Duffy Dillon, *Child Custody and the Developmentally Disabled Parent*, 127 WISCONSIN LAW REVIEW 127 (2000).

Doron Dorfman, *The Inaccessible Road to Motherhood – The Tragic Consequence of Not Having Reproductive Policies for Israelis with Disabilities*. 30(1) COLUMBIA JOURNAL OF GENDER AND LAW, 49 (2015).

Linda Dowdney & David Skuse, *Parenting Provided by Adults with Mental Retardation*. 34 Journal of Child Psychology and Psychiatry and Allied Disciplines, 25 (1993).

- James C. Dugan, *Conflict Between Disabling and Enabling Paradigms in Law: Sterilization the Developmentally Disabled and the Americans with Disabilities Act of 1990*. 78 CORNELL LAW REVIEW 507 (1993).
- Ilana Duvdevany, Victor Moin & Rivka Yahav, *Children's Feelings Toward Parents in the Context of Parental Disability*. 28(3) INTERNATIONAL JOURNAL OF REHABILITATION RESEARCH, 259 (2005).
- Ilana Duvdevany, Eli Buchbinder & Ilanit Yaacov, *Accepting Disability: The Parenting Experience of Fathers with Spinal Cord Injury (SCI)*, 18(8) QUALITATIVE HEALTH RESEARCH 1021 (2008).
- Elizabeth F. Emmens, *Intimate Discrimination: The State's Role in the Accidents of Sex and Love*. 122 HARVARD LAW REVIEW, 1310 (2009).
- Maurice A. Feldman, Laurie Case, Fay Towns, & Judith Betel, *Parent Education Project I: The Development and Nurturance of Children of Mentally Retarded Parents*. 90 AMERICAN JOURNAL OF MENTAL DEFICIENCY, 253 (1985).
- Maurice Feldman, David McConnell, & Marjorie Aunos, *Parental Cognitive Impairment, Mental Health, and Child Outcomes in a Child Protection Population*. 5 JOURNAL OF MENTAL HEALTH RESEARCH IN INTELLECTUAL DISABILITIES, 66 (2012).
- William L. F. Felstiner, Richard L. Abel & Austin Sarat, *The Emergence and Transformation of Disputes: Naming Blaming, Claiming...*, 15 LAW & SOCIETY REVIEW, 631 (1980 – 1981).
- Elizabeth P. Foley, *Human Cloning and the Right to Reproduce* 65 ALBANY LAW REVIEW 625 (2002).
- Karen A. Frankel & Robert J. Harmon, *Depressed Mothers: They Don't Always Look as Bad as They Feel*. 35(3) Journal of the American Academy of Child & Adolescent Psychiatry, 289 (1996).
- Arturo Ricardo Garcia, *Termination of Parental Rights of the Mentally Ill: An Analysis of Washington Law*, 37 GONZAGA LAW REVIEW 489 (2001/2002).
- Rosemarie Garland-Thomson, *The Politics of Staring: Visual Rhetorics of Disability in Popular Photography*, DISABILITY STUDIES: ENABLING THE HUMANITIES (S. L. Snyder, B.J. Brueggemann, & R. Garland-Thomson, eds.) 56 (2002).
- Ann Gath, *Mentally Handicapped People as Parents*. 29(6) JOURNAL OF CHILD PSYCHOLOGY AND PSYCHIATRY, 739 (1988).
- Anat S. Geva, *Judicial Termination of Child Custody When a Parent is Mentally Ill: A Little Bit of Law, A Little Bit of Pop Psychology, and A Little Bit of Common Sense*. 16(1) UC DAVIS JOURNAL OF JUVENILE LAW & POLICY, 1 (2012).
- Theresa Glennon, *Lawyering for the Mentally Ill: Walking with Them: Advocating for Parents with Mental Illness in the Child Welfare System*, 12 TEMPEL POLITICS AND CIVIL RIGHTS LAW REVIEW, 273 (2003).
- Daphne E. Glaun & Patricia F. Brown, *Motherhood, Intellectual Disability and Child Protection: Characteristics of a Court Sample*. 24(1) JOURNAL OF INTELLECTUAL AND DEVELOPMENTAL DISABILITY, 95 (1999).
- Jill G. Joseph, Shashank V. Joshi, Amy B. Lewin, & Madeleine Abrams, *Characteristics*

and Perceived Needs of Mothers with Serious Mental Illness. 50(10) PSYCHIATRIC SERVICES 1357 (1999).

Harlan Hahn, *Antidiscrimination Laws and Social Research on Disability: The Minority Group Perspective*, BEHAVIORAL SCIENCE AND THE LAW 41 (1996).

Caroline Harnacke & Sigrid Graumann, *Core Principles of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: an overview*. DISABILITY AND UNIVERSAL HUMAN RIGHTS: LEGAL, ETHICAL, AND CONCEPTUAL IMPLICATIONS OF THE CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES (J. Anderson & J. Phillips, eds., Netherlands Institute of Human Rights, 2012).

Yael Hashiloni-Dolev & Aviad E. Raz, *Between Social Hypocrisy and Social Responsibility: Professional Views of Eugenics, Disability and Repro-Genetics in Germany and Israel*. 29(1) NEW GENETICS AND SOCIETY 87-102 (2010).

Ilanit Hasson-Ohayon, Ifat Hertz, Noa Vilchinsky & Shlomo Kravetz, *Attitudes Toward the Sexuality of Persons with Physical Versus Psychiatric Disabilities*, 59(2) REHABILITATION PSYCHOLOGY, 236 (2014).

Ilanit Hasson-Ohayon, Meiran Hason-Shaked, Tamar Silberg, Carmit-Noa Shpigelman & David Roe, *Attitudes Towards Motherhood of Women with Physical Versus Psychiatric disabilities*. DISABILITY AND HEALTH JOURNAL 612 (2018).

Katherine Hayward, *It's A Miracle*, DISABLED MOTHERS: STORIES AND SCHOLARSHIP ¹ BY AND ABOUT MOTHERS WITH DISABILITIES, 71 (Gloria Filax & Dena Taylor, eds. 2014).

Leonard Heston, *Psychiatric Disorders in Foster Home Reared Children of Schizophrenic Mothers*, 112 THE BRITISH JOURNAL OF PSYCHIATRY 819 (1966).

Randy A. Hertz, *Retarded Parents in Neglect Proceedings: Erroneous Assumptions of Parental Inadequacy*. 31 STANFORD LAW REVIEW, 758 (1979).

Leone Huntsman, *Parents with Mental Health Issues: Consequences for Children and Effectiveness of Interventions Designed to Assist Children and Their Families*, 3 LITERATURE REVIEW, 5 (2008).

Virginia Kallianes & Phyllis Rubinfeld, *Disabled Women and Reproductive Rights*, 12:2 DISABILITY AND SOCIETY 203 (1997).

Susan Kerr, *The Application of the Americans with Disabilities Act to the Termination of the Parental Rights of Individuals with Mental Disabilities*, 16 JOURNAL OF CONTEMPORARY HEALTH LAW AND POLICY 387 (2000).

Megan Kirshbaum & Rhoda Olkin, *Parents with Physical, Systematic or Visual Disabilities*, 20 SEXUALITY AND DISABILITY 65 (2002).

Meg Kocher, *Mothers with Disabilities*, 12(2) SEXUALITY AND DISABILITY 127 (1994).

Silvia Krumm, Thomas Becker, & Silke Weingand-Grefe, *Mental Health Services for Parents Affected by Mental Illness*. 26(4) CURRENT OPINION IN PSYCHIATRY 362 (2013).

Hugh LaFollette, *Licensing Parents*, 2 PHILOSOPHY & PUBLIC. AFFAIRS 182 (1980).

John Lawrence Hill, *What Does it Mean To Be A "Parent"? The Claims of Biology as the Base for Parenting Rights*, 66 NEW YORK UNIVERSITY LAW REVIEW 353 (1991).

- Elizabeth Lightfoot, Katherine Hill & Traci LaLiberte, *The Inclusion of Disability as a Condition for Termination of Parental Rights*. 34 CHILD ABUSE AND NEGLECT, 927 (2010).
- Hefziba Lifshitz-Vahav, *Compensation Age Theory (CAT): Effect of Chronological Age on Individuals with Intellectual Disability*. 50 Education and Training in Developmental Disabilities, 127 (2015).
- Gwynnyth Llewellyn & David McConnell, *Mothers with Learning Difficulties and Their Support Workers*, 26(1) JOURNAL OF INTELLECTUAL DISABILITY RESEARCH, 17 (2002).
- Stewart Macaulay, Lawrence M. Friedman & Elizabeth Mertz, *The Impact of Society on Law*, in LAW IN ACTION 190 (Stewart Macaulay, Lawrence M. Friedman & Elizabeth Mertz eds., 2007).
- Begum Maitra & Anthony Jolley, *Liason Between Child and Adult Psychiatric Services*, FAMILY MATTERS (P. Reder, M. McClure, & A. Jolley, Eds., 2000).
- Carl P. Malmquist, *The Role of Parental Mental Illness in Custody Proceedings*, 2(4) FAMILY LAW QUARTERLY 360 (1968).
- Cressida Manning & Alain Gregoire, *Effects of Parental Mental Illness on Children*, 8(1) PSYCHIATRY, 7 (2008).
- Darryl Maybery & Andrea Reupert, *Parental Mental Illness: A Review of Barriers and Issues for Working with Families and Children*, 16 JOURNAL OF PSYCHIATRIC MENTAL HEALTH NURSING 784 (2009).
- Frederic Megret, *The Disabilities Convention: Toward a Holistic Concept of Rights*. 12(2) INTERNATIONAL JOURNAL OF HUMAN RIGHTS 261 (2008).
- Ramona T. Mercer, *Becoming Mother Versus Material Role Attainment* 36(3) JOURNAL OF NURSING SCHOLARSHIP, 226 (2004).
- Jung Min Park, Phillis Solomon & David S. Mandell, *Involvement in Child Welfare System Among Mothers with Serious Mental Illness*, 57(4) PSYCHIATRIC SERVICES 493 (2006).
- Christina Minaki, *Scrutinizing and Resisting Oppressive Assumptions about Disabled Parents*. DISABLED MOTHERS: STORIES AND SCHOLARSHIP BY AND ABOUT MOTHERS WITH DISABILITIES, 31 (Gloria Filax & Dena Taylor, eds. 2014).
- Martha Minow & Mary Lyndon Shanley, *Relational Rights and Responsibilities: Revisioning the Family in Liberal Politics Theory and Law*, 11(1) HYPATIA 4 (1996).
- Sagit Mor, *Between Charity, Welfare and Warfare: A Disability Legal Studies Analysis of Privilege and Neglect in Israeli Disability Policy*. 18(1) YALE JOURNAL OF LAW & THE HUMANITIES 63 (2006).
- Sagit Mor, *The Dialectics of Wrongful Life and Wrongful Birth Claims in Israel: A Disability Critique*, 63 STUDIES IN LAW, POLITICS AND SOCIETY 113 (2014).
- Katherine S. Nelson, Kushlev Kostadin & Sonja Lyubomirsky, *The Pains and Pleasures of Parenting: When, Why and How is Parenthood Associated with More or Less Well-Being?*. 140(3) PSYCHOLOGICAL BULLETIN 846 (2014).
- Joanne Nicholson, Elaine L. Sweeney & Jeffrey L. Geller, *Mothers with Mental Illness:*

- The Competing Demands of Parenting and Living with Mental Illness*, 49(5) PSYCHIATRIC SERVICES 635 (1998).
- Joanne Nicholson & Alexis D. Henry, *Achieving the Goal of Evidence-Based Psychiatric Rehabilitation Practices for Mothers with Mental Illness*. 27(2) PSYCHIATRIC REHABILITATION JOURNAL 122 (2003).
- Joanne Nicholson, *Chapter 19: Parenting and Recovery for Mothers with Mental Disorders*. A PUBLIC HEALTH PERSPECTIVE ON WOMEN'S MENTAL HEALTH 359 (Bruce Lubotsky Levin & Marion Ann Becker, Eds., 2010).
- Bengt Nirje, *The Normalization Principle and its Human Management Implications* (Classic Article from 1969) 1(2) THE INTERNATIONAL SOCIAL ROLE VALORIZATION JOURNAL 19 (1994).
- Martha Nussbaum, *The Capabilities of People with Cognitive Disabilities*. METAPHILOSOPHY SPECIAL ISSUE: COGNITIVE DISABILITY AND ITS CHALLENGE TO MORAL PHILOSOPHY, 331 (2009).
- Yael Oberman & Ruthellen Josselson, *Matrix of tensions: A model of mothering*. 20 PSYCHOLOGY OF WOMEN QUARTERLY, 341 (1996).
- Julie Odegard, *The Americans with Disabilities Act: Creating "Family Values" for Physically Disabled Parents*, 11 LAW AND INEQUALITY 533 (1993).
- Michael J. Oliver, *The Politics of Disablement: A Sociological Approach*, HOUNDMILLS, BASINGSTOKE: MACMILLAN (1990).
- Frances E. Olsen, *The Family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform*, 96 HARVARD LAW REVIEW 1497 (1982-1983).
- David Pfeiffer, *Eugenics and Disability Discrimination*, 9(4) DISABILITY & SOCIETY 481 (1994).
- Matthias Pollmann-Schult, *Parenthood and Life Satisfaction: Why Don't Children Make People Happy?*. 76(2) JOURNAL OF MARRIAGE AND FAMILY 319 (2014).
- Robyn M. Powell & Michael Ashley Stein, *Persons with Disabilities and their Sexual, Reproductive, and Parenting Rights: An International and Comparative Analysis*. 11(1) FRONTIERS OF LAW IN CHINA 53 (2016).
- Arie Rimmerman & Shirly Avrami, *Israel's Equal Rights for Persons with Disabilities Law: Legal Base, Process and Impact*, 8(3) INTERNATIONAL JOURNAL OF DISABILITY, COMMUNITY AND REHABILITATION (2009).
- Arie Rimmerman, Michal Soffer, Tsilly Dagan, Roni Rothler, Lior Mishali, & Dana David *Mapping the Terrain of Disability Legislation: The Case of Israel*, 29(10) DISABILITY AND SOCIETY 46 (2014).
- Marjory Roberts Gray & Laurence Steinberg, *Unpacking Authoritative Parenting: Reassessing a Multidimensional Construct*, 61(3) JOURNAL OF MARRIAGE AND THE FAMILY, 574 (1999).
- Steven Rosenberg & Gay McTate, *Intellectually Handicapped Mothers: Problems and Prospects*. 11(1) CHILDREN TODAY, 24 (1982).
- Roni Rothler, *Disability Rights, Reproductive Technology, and Parenthood: Unrealized*

Opportunities. 25(50) REPRODUCTIVE HEALTH MATTERS, 104 (2017).

Linda R. Ross, *Disabling Mothers: Constructing a Postpartum Depression*. DISABLED MOTHERS: STORIES AND SCHOLARSHIP BY AND ABOUT MOTHERS WITH DISABILITIES, 155 (Gloria Filax & Dena Taylor, eds. 2014).

Maya Sabatello & Paul S. Appelbaum, *Psychiatric Genetics in Child Custody Proceedings: Ethical, Legal, and Social Issues*, ETHICS IN GENETIC MEDICINE (L. Parker, Section Editor, 2016).

Kahng Sang Kyoung, Daphna Oyserman, Deborah Bybee, & Carol Mowbray, *Mothers with Serious Mental Illness: When Symptoms Decline Does Parenting Improve?*, 22(1) JOURNAL OF FAMILY PSYCHOLOGY 162 (2008).

Ionna Savvidou, Vasilis P. Bozikas, Sophia Hatigeleki, & Athanasios Karavatos, *Narratives About Their Children by Mothers Hospitalized on a Psychiatric Unit*, 42(3) FAMILY PROCESS 391 (2003).

Robert F. Schilling, Steven P. Schinke, Betty J. Blythe & Richard P. Barth, *Child Maltreatment and Mentally Retarded Parents: Is There a Relationship?* 20 MENTAL RETARDATION, 201 (1982).

Rachel Schooley, *The 'Other' Mother: Mothering with a Physical Disability in a Disabling Society*, 6 FOOTNOTES, 86 (2013).

Rona Schuz, *The Developing Right to Parenthood in Israel Law*, THE INTERNATIONAL SURVEY OF FAMILY LAW 197 (2013).

Elizabeth A. Seagull & Susan L. Scheurer, *Neglected and Abused Children of Mentally Retarded Parents*. 10 CHILD ABUSE AND NEGLECT, 493 (1986).

Carmel Shalev, Adi Moreno, Hedva Eyal, Michal Leibel, Rhona Schuz & Talia Eldar-Geva, *Ethics and Regulation of Inter-Country Medically Assisted Reproduction: A Call for Action*. 5 ISRAEL JOURNAL OF HEALTH POLICY RESEARCH 59 (2016).

Jeffery M. Shaman, *Persons who are Mentally Retarded: Their Right to Marry and Have Children*. 12(1) FAMILY LAW QUARTERLY 61 (1978).

Tom Shakespeare, *Disability, Identity and Difference*, EXPLORING THE DIVIDE 94 (Colin Barnes & Geoff Mercer, Eds., 1996).

Tom Shakespeare, *Choices and Rights: Eugenics, Genetics and Disability Equality*, 13(5) DISABILITY & SOCIETY 665 (1998).

Tom Shakespeare, *Disabled Sexuality: Toward Rights and Recognition*, 18(3) SEXUALITY AND DISABILITY 159 (2000).

Benjamin Shmueli, *Who's Afraid of Banning Corporal Punishment - A Comparative View on Current and Desirable Models*. 26(1) PENN STATE INTERNATIONAL LAW REVIEW 57 (2007)

Marshall Shearer, Albert Cain, Stuart Finch & R.T. Davidson, *Unexpected Effects of an "Open Door" Policy on Birth Rates of Women in State Hospitals*, 38 AM. J. ORTHOPSYCHIATRY BANNER 413 (1968).

Ron Shor, Zvi Kalivatz, Yael Amir, Roy Aldor & Marc Lipot, *Therapeutic Factors in a Group for Parents with Mental Illness*, 51(1) COMMUNITY MENTAL HEALTH JOURNAL 79

(2015).

Ron Shor & Maya Moreh-Kremer, *Identity Development of Mothers with Mental Illness: Contribution and Challenge of Motherhood*, 14(3) SOCIAL WORK IN MENTAL HEALTH, 215 (2016).

Carmit-Noa Shpigelman, *How to Support the Needs of Mothers with Physical Disabilities?* Disability and Rehabilitation 928 (2014).

David Sobel, *Children of Schizophrenic Parents: Preliminary Observations on Early Development*, 118 AMERICAN JOURNAL OF PSYCHIATRY 512 (1961).

Alan L. Sroufe, *Attachment and Development: A Prospective, Longitudinal Study from Birth to Adulthood*, 7(4) ATTACHMENT AND HUMAN DEVELOPMENT, 349 (2005).

Daniel Statman, *The Right For Parenthood: An Argument for a Narrow Interpretation*, 10 ETHICAL PERSPECTIVES 224 (2003).

Michael A. Stein, *Same Struggle, Different Difference: ADA Accommodations as Antidiscrimination*. 153 UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA LAW REVIEW 579 (2004).

Michael A. Stein & Michael E. Waterstone, *Disability, Disparate Impact, and Class Actions*. 56 DUKE LAW JOURNAL 861 (2006).

Michael A. Stein & Penelope J.S. Stein, *Beyond Disability Civil Rights*, 58 HASTINGS LAW JOURNAL, 1203 (2006).

John Swaine & Sally French, *Towards an Affirmation Model of Disability*, 15(4) DISABILITY & SOCIETY, 569 (2000).

Carol G. Taylor, Dennis K. Norman, J. Michael Murphy, Michael Jellinek, Dorothy Quinn, Francis G. Poitras & Marilyn Goshko, *Diagnosed Intellectual and Emotional Impairment Among Parents who Seriously Mistreat Their Children: Prevalence, Type, and Outcome in a Court Sample*. 15 CHILD ABUSE AND NEGLECT, 389 (1991).

Carol Thomas, *The baby and the Bath Water: Disabled Women and Motherhood in Social Context*, 19(5) SOCIOLOGY OF HEALTH AND ILLNESS 622 (1997).

Jo Tunnard, *Parental Mental Health Problems: Message from Research, Policy and Practice*, 7 RESEARCH IN PRACTICE (London, 2004).

Alexander Tymchuk, Linda Andron & Olivia Unger, *Parents with Mental Handicaps and Adequate Childcare – A Review*. 15 MENTAL HANDICAP 49 (1987).

Dymnna Walsh-Gallagher., Marlene Sinclair & Roy McConkey, *The Ambiguity of Disabled Women's Experiences of Pregnancy, Childbirth and Motherhood: A Phenomenological Understanding*, 28 MIDWIFERY, 156 (2012).

Chris Watkins, *Beyond Status: The Americans with Disabilities Act and the Parental Rights of People Labeled Developmentally Disabled or Mentally Retarded*, 83(6) CALIFORNIA LAW REVIEW 1415 (1995).

Daniel Winkler, *Paternalism and the Mildly Retarded*, in PATERNALISM: UNIVERSITY OF MINNESOTA PRESS (Rolf Sartorius ed., 1983).

Ilanit Yaacov, *Accepting Disability: The Parenting Experience of Fathers with Spinal Cord Injury (SCI)*, 18(8) QUALITATIVE HEALTH RESEARCH 1021 (2008).

Neta Ziv, *Disability Law in Israel and the United States – A Comparative Perspective*. ISRAEL YEARBOOK ON HUMAN RIGHTS 171 (1999).

Irving K. Zola, *Toward the Necessary Universalizing of Disability Policy*, 67 THE MILBANK QUARTERLY, 401 (1989).

Books

Joe Aldridge & Soul Becker, *CHILDREN CARING FOR PARENTS WITH MENTAL ILLNESS: PERSPECTIVES OF YOUNG CARERS, PARENTS AND PROFESSIONALS* (Policy Press, 2003).

DISABILITY AND UNIVERSAL HUMAN RIGHTS: LEGAL, ETHICAL, AND CONCEPTUAL IMPLICATIONS OF THE CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES (J. Anderson & J. Phillips, eds., Netherlands Institute of Human Rights, 2012).

Collin Barnes, *Disabling Imagery and the Media*, THE DISABILITY ARCHIVE UK (1992).

Tim Booth & Wendy Booth, *GROWING UP WITH PARENTS WHO HAVE LEARNING DIFFICULTIES* (New York: Routledge, 1998).

Robert A. Baruch Bush & Joseph P. Folger, *THE PROMISE OF MEDIATION: RESPONDING TO CONFLICT THROUGH EMPOWERMENT AND RECOGNITION* (1994).

Stephen V. Faraone, Ming T. Tsuang & Debby W. Tsuang. *GENETICS OF MENTAL DISORDERS: A GUIDE FOR STUDENTS, CLINICIANS, AND RESEARCHERS*. New York, NY, US: Guilford Press (1999).

Reuven Feuerstein, Pnina S. Klein & Abraham J. Tannenbaum, *MEDIATED LEARNING EXPERIENCE (MLE) THEORETICAL, PSYCHOLOGICAL AND LEARNING IMPLICATIONS* (Freud Publishing House, 1991).

Carol Gilligan, *IN A DIFFERENT VOICE: PSYCHOLOGICAL THEORY AND WOMEN'S DEVELOPMENT* (Harvard University Press, 1982).

Daniel Goleman, *EMOTIONAL INTELLIGENCE* (Bantam Books: 1995).

PARENTS WITH INTELLECTUAL DISABILITIES: PAST, PRESENT AND FUTURE (Llewellyn, G., Traustadóttir, R., McConnel, D. & Sigurjónsdóttir, Hanna Bjorg, eds., 2010).

Martha Nussbaum, *FRONTIERS OF JUSTICE: DISABILITY, NATIONALITY, SPECIES MEMBERSHIP* (Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2005).

Gerd Oberleitner, *GLOBAL HUMAN RIGHTS INSTITUTIONS*, (Polity: Cambridge, 2007).

Michael J. Oliver, *THE POLITICS OF DISABLEMENT: A SOCIOLOGICAL APPROACH* (Houndmills, Basingstoke: Macmillan, 1990).

Michael J. Oliver, *UNDERSTANDING DISABILITY: FROM THEORY TO PRACTICE* (New York: 1996).

Arie Rimmerman, *SOCIAL INCLUSION OF PEOPLE WITH DISABILITIES – NATIONAL AND INTERNATIONAL PERSPECTIVES* 23-31 (Cambridge Disability Law and Policy, 2013).

Arie Rimmerman, *FAMILY POLICY AND DISABILITY* (Cambridge University Press, 2015).

John Rawls, *A THEORY OF JUSTICE* (Oxford University Press, 1972).

HUMAN RIGHTS & DISABILITY ADVOCACY (Maya Sabatello & Marianne Schulze, eds., University of Pennsylvania Press, 2013).

Mary D. Salter Ainsworth, Mary C. Blehar, Everett Waters, & Sally N. Wall, PATTERNS OF ATTACHMENT: A PSYCHOLOGICAL STUDY OF THE SITUATION (Hillsdale, N.J.: Erlbaum, 1978)

Tobin Siebers, *A Sexual Culture for Disabled People*. In DISABILITY THEORY (The University of Michigan Press, 2008).

Dissertations

Lisa J. Slominsky, *The Effect of Parental Mental Illness on Children: Pathways to Risk to Resilience from Infancy to Adulthood* (A dissertation submitted in partial fulfillment of the requirements for the degree of Doctor of Philosophy (Psychology), University of Michigan (2010).

Reports & Guides

Sandra Baum, *Parents with an intellectual disability continue to face a high risk of losing their children. However, there is evidence that innovative schemes and appropriate support can enable them to care for their children* (UNIVERSITY OF HERTFORDSHIRE, .INTELLECTUAL DISABILITY AND HEALTH, 2014).

Larry Davidson, Michael Row, Janis Tandora, Maria J. O’Connell & Martha Staeheli Lawless, *Practical Guide to Recovery Oriented Practice*. (Oxford University Press, 2009).

David McConnell, Gwynnyth Llewellyn & Luisa Ferronato, *Parents with a Disability and the NSW Children’s Court* (Sydney: University of Sydney, 2000).

Joanne Nicholson, Kathleen Biebel, Betsy Hinden, Alexis Henry & Lawrence Stier, *Critical Issues for Parents with Mental Illness and Their Families*, CENTER FOR MENTAL HEALTH SERVICES/SUBSTANCE ABUSE AND MENTAL HEALTH SERVICES ADMINISTRATION .(2001).

Paul Preston, *Parents with Disabilities*, THROUGH THE LOOKING GLASS, CENTER FOR INTERNATIONAL REHABILITATION RESEARCH INFORMATION AND EXCHANGE (Berkeley, CA, 2010).

Beth Tarleton, Linda Ward, & Joyce Howarth, *Find the Right Support? A Review of Issues and Positive Practice in Supporting Parents with Learning Difficulties and Their Children*. (London: the Baring Foundation, 2006).

Marianne Schulze, *Understanding the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, [A HANDBOOK ON THE HUMAN RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES](#), 16 (2009).

[GOOD PRACTICE GUIDANCE ON WORKING WITH PARENTS WITH A LEARNING DISABILITY](#) (University of Bristol, Department of Health & Department for Education and Skills, 2007).

Termination of Parental Rights of Parents with Mental Disabilities, Bazelon Center for

Mental Health Law

https://www.ndrn.org/images/Documents/Issues/Community_integration/NDRN_TPR_paper_2008.pdf

The National Council on Disability Report, [ROCKING THE CRADLE: ENSURING RIGHTS OF PARENTS WITH DISABILITIES AND THEIR CHILDREN](#) (2012).

World Health Organization (WHO) Report on [Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization](#) (2014).

Initial Report Concerning the Implementation of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (Submitted to the UN Committee on the Rights of People with Disabilities, by the Ministry of Justice, State of Israel, 2017).

Manuals

INTERNATIONAL CLASSIFICATION OF DISEASES (ICD) (10TH edition, 2010).

DIAGNOSTIC AND STATISTICAL MANUAL OF MENTAL DISORDERS (DSM) (5TH edition, 2013).

Abstract

Parenthood is often considered to be one of the main pillars of one's adult life. It takes a crucial part in long and short-term economic considerations, and shapes familial, social and communal belonging. Usually, parenthood is characterized by privacy and autonomy, and therefore evokes issues of choice and not of rights. The essence of parenthood as a right arises when one needs state's help in realizing or defending it. Then, the intimate sphere turns public, and concrete and clear rules are required.

In the field of family and parenthood, as in many other fields, society and law interact. The law reflects popular family values, and at the same time shapes social concepts regarding the ways to form a family and define family ties between individuals. In Israel, the family unit and birthrate encouragement are highly socially acceptable, and as such they are promoted, usually, in legal means. Nevertheless, parenthood of persons with disabilities does not enjoy such social acceptance, and therefore is not equally promoted.

Persons with disabilities (physical, sensory, mental and intellectual) experience difficulties in all fields of life. These difficulties are manifested, inter alia, in lack of physical accessibility and accessibility to services, low socio-economic status, and low rates of employment and education. Contemporary theory attributes these difficulties not only to the organic impairment but also to social patterns of discrimination, seclusion and separation, and thus, calls for active actions of accommodation of the public sphere so that persons with disabilities could participate and be included equally.

One of the fields in which persons with disabilities experience hardship is the family field, and especially parenthood, both in bringing children into the world and in raising them. The difficulties facing persons with physical and sensory disabilities can be characterized as technical and economic, and therefore the aid they require is usually technical. Persons with mental and intellectual disabilities, on the other hand, face difficulties that can be identified as connected to the psychological essence of parenthood. These difficulties stimulate questions regarding their parental capacity and their ability to answer their children's basic emotional and developmental needs, such as preference of the child's needs over the parent's, stable behavior, providing space for autonomic development, providing needs and cultural values, affirmative education, and the ability to attend to the difficulties in the child's life. These difficulties derive not only from the disability but also from related

circumstances, such as low socio-economic status. They are magnified by the lack of adequate social services and the parent's hesitation to reach out for help, for fear of negative intervention in the family life and separation of the child from his parents.

The Equal Rights for Persons with Disabilities Law, 5748-1998, and the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities, which was signed and ratified by Israel, express Israel's commitment to the promotion of equal rights for persons with disabilities. While the local legislation does not mention the fields of family and parenthood, the international convention designates article 23 to the countries' duty to promote family and parenthood rights, including the prohibition of discrimination and the provision of accommodations needed in order to bring children into the world and raise them.

Although Israel has signed and ratified the convention, and despite the country's ethos of birthrate promotion, it does not hold a clearly declared policy regarding the issue of parenthood of persons with disabilities. Consequently, there exist almost no special services, research, or budgets that are dedicated to this field.

Moreover, the expressed policy towards persons with disabilities restricts and limits parenthood, especially of persons with mental and intellectual disabilities: They face institutional and medical restrictions on fertility and birth giving, such as living arrangements that deny intimate and family relationships, and the provision of birth control on a regular basis with questionable consent; Their access to fertility treatments is stipulated by cognitive and psychological tests; They experience negative attitudes in custody and divorce proceedings; And a high rate of their children are removed from their custody by the welfare authorities. In addition, they experience hardship in accessing medical and welfare services, due to the inaccessibility of those services and the lack of training of service providers regarding the special needs that arise from the disability.

One cannot overlook the fundamental hardships set by the mental or intellectual disability, or the concern for children's best interest. Nevertheless, given the local and international equal rights legislation, and especially article 23 of the International Convention, it is hard to settle the enormous gap between their principles and the current policy.

In my research I examine the sources of this gap, in order to find an explanation to the current situation, in which the state of Israel, which actively promotes other disability rights

(such as employment, higher education, accessibility and legal capacity), does not do so when it comes to parenthood. I claim that the gap should be attributed to the customary conception of ‘parenthood’, as well as children's rights and best interests. This conception forms a tension and even a contradiction between parenthood and disability. Consequently, persons with disabilities, and especially mental and intellectual disabilities, are regarded as unfit for parenthood. Moreover, parenthood is conceived as fundamentally different from other disability rights, thus rendering its promotion questionable. The social and legal implications of this conception include negative actions towards parents with disabilities, and especially mental and intellectual disabilities.

Given this, the promotion of parenthood rights for persons with intellectual and mental disabilities vastly depends on changing the current conception regarding parenthood. Research of family law provides that it emphasizes **parenthood as a function**, a one-way system of care, ignoring its aspect as a significant developmental stage, as well as its relational-reciprocal aspects. Additionally, family law relates to parenthood as a **"transferred right"**: the parents' exclusive right to perform their duties towards their children. Also, the common reference to parenthood is as a **negative right**, deriving non-intervention and respect for autonomy, while the reference to parenthood as a positive right does not usually entail meaningful and concrete state duties towards parents who face difficulties. As for children's rights and best interest, those are usually referenced in an **individualistic manner** that does not give adequate room for family considerations.

This conception entails a potential for a unique harm to parents with disabilities:

The emphasis on the “functional aspect” of parenthood usually puts parents with disabilities at a disadvantage, since their functioning is considered to be inferior. Moreover, parenthood usually broadens the existing gap between the “ordinary functioning” and the “disabled functioning” and therefore can be considered an addition to the disability, thus not worthy of promotion as a right. The emphasis put on the functional aspect can also justify the claim that in the field of parenthood one should differentiate between parents according to their disability, so that parents with physical or sensory disabilities would be considered qualified for parenthood and therefore eligible for accommodations, while parents with intellectual and mental disabilities would not be considered as such.

Defining parenthood as a “transferred right”, an exclusive right of a certain parent to

fulfill duties towards their child, contradicts a core principle in the field of disability rights - the principle of accommodations. Any accommodation would curtail the parental exclusiveness, and might even be considered as one that negates parenthood and nullifies it.

Stressing the negative aspect of parenthood also contradicts the principle of accommodations, and therefore entails a special harm for parents with disabilities who might need more aid than other parents. Moreover, when disability rights are at stake, quite often a “positive” action is needed in order to fulfill a “negative” right: This is because an active removal of barriers is usually needed in order to make sure persons with disabilities gain access to various public and private places and services. Therefore, stressing the negative aspect of parenthood over the positive one, hurts parents with disabilities more than other parents.

Regarding children’s rights and best interest, those usually reflect an approach according to which, the disability is harmful for the child. Therefore, almost every negative aspect in the child’s life would be attributed to the parent’s disability. Additionally, the common approach to children’s rights and best interest is an individualistic one, which does not give enough importance to familial aspects such as relationships within the family or the family's economic and social needs. Due to their inherent vulnerable position, parents with intellectual and mental disabilities are mostly prone to be hurt by this approach.

Adoption of an alternative conception regarding parenthood could moderate the contradiction between ‘parenthood’ and ‘disability’. The alternative conception moves away from an “exclusive-functional” conception of parenthood towards a “developmental-relational” conception.

Such an alternative conception recognizes the advantages parenthood bestows on the individual and the society (such as social status, community belonging, and a long-term relational security). It does not only focus on the functional deficit, and therefore does not grasp parenthood as an expansion of the functional problem, but rather as worthy of advancement.

The alternative conception tones down the demand for exclusivity and recognizes that most parents do not perform their duties exclusively, and therefore gives room for accommodations.

This conception draws its legitimacy from theories that promote the positive aspect of parental rights. When parents with disabilities are at stake, this positive aspect is expressed by the development of accommodations.

As for children's rights and best interest, the alternative conception adopts theories which call for the fulfillment of children's rights while stressing the familial aspects and preservation of family relationships, inter alia through the realization of social rights for the parents, and the recognition of complex and flexible family ties. This conception has a special positive impact on parents with intellectual and mental disabilities, since it can pave the path for innovative accommodations, such as increased aid, expansion of recognition of social rights, and formal recognition of other persons who take part in the child's raising, without harming the status of the natural parents.

From a universal perspective, the alternative conception benefits not only parents with disabilities but all parents, since it entails wider aspects of parenthood, and justifies institutional support for parents who find themselves in need of such support in different phases of their parenthood.

Adopting this alternative conception, which minimizes the contradiction between 'parenthood' and 'disability', will establish the necessary theoretical, moral and social ground needed to promote parenthood rights for persons with disabilities both legally and practically, and therefore decrease the existing gap between Israel's commitment to disability parenthood rights, and the current negative policy.

Precis

Parenthood constitutes, usually, a substantial part of an one's adult life, and therefore the right to found a family is an integral part of the United Nation's Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Nevertheless, research of the policy and legislation in this field reveals an opposite approach, one that restricts and prevents parenting of persons with disabilities, and especially intellectual and mental disabilities. This research aims to uncover the reasons for this contradiction, reasons that are grounded both in the unique characterizations of parenthood and on the institutional perception of parenthood, which is reflected by the welfare authorities and the courts. The research suggests that adopting an alternative perception of parenthood, one that doesn't focus only on duty but also on personal development and relationship, holds the potential to bridge the gap between theoretic ideals of parenthood equality, and the realization of parenthood rights in practice. Following the universal approach to disability, the alternative perception would benefit not only parents with disabilities but all parents, since most if not all of them experience temporary or permanent difficulties performing their parenthood duties.

Key search words: parenthood, disability, children's rights.

Parenting Rights for Persons with Mental and Intellectual Disabilities: An Alternative Conception of ‘Parenthood’ as a Mean to Promote Disability Rights

Roni Rothler

Supervised By: Prof. Gideon Sapir

Submitted in partial fulfillment of the requirements for the Master's Degree
in the Faculty of Law, Bar Ilan University



This work was supported by a grant from Shalem Fund
for Development of Services for People with Intellectual Disabilities
in the Local Councils in Israel

2019