

# זכויות הילד בפסיקה בישראל – ראשית המעבר מפטרנליזם לאוטונומיה

יחיאל ש' קפלן\*

## א. פתח דבר

### ב. היחס בין פטרנליזם ואוטונומיה בהכרעות בענייני קטינים:

1. רציונל המצדיק הגבלת זכויות של קטינים
  - 1.1 התשתית התאורטית לעקרון טובת הילד
  - 1.2 זכויות ההורה בנוגע לילדו הקטין
2. תאוריית זכויות הילד
  - 2.1 התשתית התאורטית לעקרון זכויות הילד
  - 2.2 פטרנליזם מוצדק ופטרנליזם שאיננו מוצדק
3. מסקנות תאורטיות

### ג. עקרונות יסוד בהכרעה בענייני קטינים בישראל:

1. טובת הילד
  - 1.1 הגדרה ומאפיינים
  - 1.2 חסרונות הדוקטרינה – היעדר אחידות
2. זכויות הילד

### ד. מקורות נורמטיביים:

1. עקרונות יסוד בחקיקה בנוגע לילדים
  - 1.1 טובת הקטין
  - 1.2 כשרות משפטית ואפוסטרופסות
2. מגמות חדשות בשנים האחרונות
  - 2.1 האמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד
  - 2.2 חוקי יסוד: כבוד האדם וחירותו

### ה. פסיקה ישראלית בעניין מעמד עקרון זכויות הילד

#### ו. סוף דבר

\* דוקטור למשפטים, מרצה בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. מורה מן החוץ בבית הספר למשפטים, המסלול האקדמי של המכללה למינהל.

**א. פתח דבר**

במאמר זה אנו מבקשים לעמוד על מאפייני תפיסת עולם חדשה בתחום המשפט, הדוגלת בהענקת אוטונומיה לקטינים<sup>1</sup> במידת האפשר, ועל ראשית המעבר מפטרנליזם לאוטונומיה בפסיקה הישראלית בעניין זכויות הילד.

אין ספק שכמה פסקי דין של בית המשפט העליון בישראל, ובמיוחד ע"א 2266/93 **פלוני**, **קטין נ' פלוני**<sup>2</sup>, תרמו תרומה משמעותית לשיח הציבורי בעניין זכויות ילדים בישראל. בפסקי הדין הללו הדגישו שופטים שיש לייחס חשיבות יתרה לטובת הילד ולזכויותיו בכל דיון משפטי בעניין גורל ילדים בישראל. בעניין **פלוני**, **קטין**, פרש הנשיא שמגר את משנתו בעניינו של הילד, והציג לראשונה בבירור עיקרון אלטרנטיבי, לעקרון טובת הילד, הדומיננטי בפסיקה בענייני ילדים בישראל מזה שנים רבות.

הנשיא שמגר חידש שבמסגרת השיקולים הנשקלים בסכסוך בענייני קטינים, כגון סכסוכי משמורת או סכסוכים אחרים בעניינים שבין הורים לילדים, יש לבחון את הסוגיה, בין היתר, מנקודת המבט של עקרון "זכויות הילד", המורה לנו כי לילד נתונות זכויות כיצור אוטונומי בעל זכויות ואינטרסים עצמאיים. יתר על כן, מפסק דינו של השופט שמגר יוצאת הקריאה לעשות שימוש בעקרון זכויות הילד, שהוא לעתים, לדידו, ראוי ונכון יותר, מאשר עקרון טובת הילד, שהיה מקובל עד לשלב זה, כעיקרון המנחה בהכרעה בענייני ילדים קטינים<sup>3</sup>. לדעת הנשיא שמגר הענקת הזכויות החוקתיות הגלומות במושג "זכויות הילד", היא כ"פריסת סוכת ההגנה החוקתית על הילד"<sup>4</sup>. כשמעניקים לילד את הזכויות הללו, הילד ייהנה ממערכת זכויות חוקתיות אשר מוקנית בחוק לבגיר.

דעת הנשיא שמגר היא דעת מיעוט בפסק דין זה. השופטת שטרסברג-כהן, בפסק דין המבטא את עמדת רוב השופטים בפסק דין זה, דוגלת בעדיפות עקרון טובת הילד בהכרעות באשר לענייני ילדים. עם זאת, גם שופטת זו עומדת על יתרונות מסוימים של עקרון זכויות הילד. לדעתה, המבחן הראוי, בסופו של דבר, במקרה הנדון בפסק דין זה, הוא מבחן טובת הילד.

טיעונו של הנשיא שמגר, בשבח הענקת אוטונומיה לקטינים, בפסק דין זה, וטיעוני שופטים אחרים, הדוגלים אף הם בדעה שרצוי להעניק זכויות לקטינים, בפסקי דין נוספים, עוררו את המודעות בקהילייה המשפטית בישראל לסוגיית זכויותיו של הקטין. השופטים הללו כתבו, שלא עוד ראויה התייחסות אל הקטין, באופן בלעדי, לאור אמת המידה הכללית של טובת הילד, אלא ראויה וצודקת התייחסות אל הקטין כאדם בעל זכויות עצמאיות

1 בעניין ההגדרה הכללית של "קטין" ראו סעיף 3 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962 (להלן: חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות). בחוקים ספציפיים אחרים קיימת לעתים הגדרה אחרת של קטינות ובגירות. לענין מעמד עובר ראו "אנגלרד חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962 (תשל"ב) 31-36.

2 ע"א 2266/93 **פלוני**, **קטין נ' פלוני**, פ"ד מט(1) 221 (להלן: עניין **פלוני**, **קטין**).

3 שם, בע' 253-254.

4 שם, בע' 254.

ונפרדות, אשר גוברות, במקרים המצדיקים זאת, על זכויות ואינטרסים מתנגשים של אחרים. כתבי השופט שמגר ושופטים אחרים, שהעלו על נס את עקרון זכויות הילד, הם ראשית המעבר מפטרנליזם לאוטונומיה בהכרעות בענייני ילדים בישראל. כאמור לעיל, דעת השופט שמגר היא דעת מיצועט, ולהלן יבואר שאף השופט שמגר ושופטים אחרים שהשתמשו לעתים ברטוריקה של זכויות הילד והענקת אוטונומיה לקטין, סברו שאוטונומיה זו מצומצמת בהיקפה, ובסופו של דבר קנה המידה שעל פיו השופט מכריע, בנוגע למהות העניין הנדון, הוא קנה מידה פטרנליסטי. קיים פער בין טרמינולוגיה למהות בפסקי הדין של השופטים הללו בנוגע להענקת זכויות לילדים בישראל, וראוי שבפסיקה הישראלית בעתיד תבוא לידי ביטוי, באופן חדר-משמעי וברור ביותר, תפיסה הדוגלת בקידום זכויות הילד.

### ב. היחס בין פטרנליזם לאוטונומיה בהכרעות בענייני קטינים

כאשר מנסים להבהיר את ההבדלים בין הגישות העיקריות בנוגע לכל הכרעה משפטית בענייני קטינים, יש לבחון תחילה את היחס בין פטרנליזם להענקת אוטונומיה. מחד גיסא, קיים במשך עשרות שנים, בכל הכרעה בענייני קטינים, העיקרון הפטרנליסטי: "טובת הילד". מאידך גיסא, קיימת גישה אלטרנטיבית, חדשה יותר, שמטרתה הענקת יתר אוטונומיה לקטין. שתי הגישות הנוגדות הן למעשה, פועל יוצא של תפיסות פילוסופיות. מחד, קיימת עמדת הדוגלים בתפיסה התועלתנית – התאוריה של ה-"welfarists", ומאידך קיימת גישת הדוגלים בתאוריה של ה-"liberationists", אשר הפצים בהענקת יתר חירות לכל אדם.

### 1. רציונל המצדיק הגבלת זכויות של קטינים

#### 1.1 התשתית התאורטית לעקרון טובת הילד

במשך מאות שנים, נחשבו ילדים כרכוש הוריהם ולעתים מעמדם לא היה שונה ממעמד הרכוש, כגון הצאן והבקר. הם היו נתונים לשלטון כמעט בלתי מוגבל ובלתי מפוקח של ראשי המשפחה, שבתברה הפטריארכלית היו חופשיים לעשות כמעט כרצונם בילדיהם, ולעתים אף להעניש את ילדיהם בעונש מוות, על אי-ציות חמור<sup>5</sup>. מעמד הילדים בתוך המשפחה שיקף את המעמד הפוליטי-אזרחי של המבוגרים. אף הם היו נתונים למרות משטרים טוטליטריים אשר יכלו להכתיב את כל מעשיהם ותנועותיהם של כל תושבי המדינה ולעתים רבות כך עשו. רק במאה ה-20, לראשונה, ניתן לקבוע בברור, כי לילדים מוענקות זכויות משפטיות מיוחדות. קודם לכן, היו להם, במרבית המקרים, לכל היותר, הגנות מיוחדות. על כן, מובן מדוע בעבר, כאשר הוגה הדעות ג'ון לוק כתב את חיבורו – *Treatise of Civil Government* – היה הדיון שלו במקורות הסמכות של ההורים חלק מדיון

5 ראו: J. Eekelaar "The Emergence of Children's Rights" 6 *Oxford J. Legal Stud.* (1986) 161, 163; R.M. Horowitz & H.A. Davidson (eds.) *Legal Rights of Children – Family Law Series* (Colorado, 1984) 2

כולל, שבו בחן את מקורות הסמכות הפוליטית<sup>6</sup>. כשם שסמכות פוליטית נובעת מהסכמה של הנשלטים, כך גם סמכות ההורים נובעת מהצורך של הילדים לקבל על עצמם את מרות אלו המטפלים בהם ומחנכים אותם במהלך התקופה המוגבלת של חייהם כקטינים. כאחד ממייסדי תפיסת העולם הליברלית, חפץ לוק בצמצום סמכות ההורים, והדגיש שיש להכיר במעמד ילדים כבני אדם. עם זאת, בדומה להוגים ליברלים נוספים, מהתקופה שבה גיבש לוק את משנתו הפילוסופית, לוק לא ראה בילדים יצורים שיכולים לפעול באופן אוטונומי, אלא האמין בתפיסה פטרנליסטית לפיה ראוי כי מבוגרים יחליטו עבורם<sup>7</sup>. חשיבות העמדות שביטא לוק בעניין זה, בזמנו, היא בכך, שבאה בהן לידי ביטוי מגמה חדשה של התייחסות אל ילדים כאל בני אדם, הזכאים לטיפול ראוי ולהגנה. להשקפת העולם של לוק ולעמדה של הוגי דעות המכונים "Welfarists", בכל הנוגע לילדים וצורכיהם, יש מכנה משותף ברור: הדגשת קיומה של מחויבות המבוגרים כלפי ילדיהם באשר הם חייבים לטפל היטב בילדים. עם זאת, הדוגלים בתפיסה זו לא דגלו בהענקת אוטונומיה לילדים.

גישה פילוסופית זו היוותה תשתית תאורטית לעקרון טובת הילד. עקרון טובת הילד יושם בשיטות המשפט של מדינות רבות במאה העשרים, לרבות ישראל. עיקרון זה קובע, כפי שיבואר להלן, שאחרים צריכים להחליט עבור ילדים. הם צריכים לפעול למען ילדים, לטובתם. הדוגלים בעקרון טובת הילד סוברים שילדים הם בני אדם קטנים, שאת האינטרסים שלהם צריכים לשקול באופן נפרד, ולא כחלק משקילת האינטרסים של הוריהם, או של אחרים המעורבים בעניין. הדוגלים בעיקרון זה מכירים בסמכות ההורים על ילדיהם אך סבורים שסמכות זו מוגבלת. הם סוברים שעל ההורים מוטלת חובה למצוא פתרון שימקסם את התועלת של הילדים. זהו עיקרון פטרנליסטי, אשר מעביר את כובד המשקל בנוגע לקבלת החלטות מהילד אל המבוגר הרלוונטי, כגון הורה, משמורן, עובד מדינה או שופט, אשר מחליט עבור הילד, מתוך מגמה של קידום מרבי של האינטרסים שלו<sup>8</sup>.

הדוגלים באסכולה תועלתנית זו סוברים שהגבלת הכשרות המשפטית של קטינים היא סבירה ומוצדקת, וזאת מפני שילדים אינם יכולים לפעול באופן אוטונומי או ליישם זכויות אחרות המוענקות לבעלי כשרות משפטית, כגון הזכות לבחור ולהיבחר. הצידוק להגנה שיש

6 J. Locke *Two Treatises of Civil Government* (London, 1955) 141-154 (Originally published in 1690).

7 *Ibid*, at pp. 142-143; J.S. Mill *On Liberty* (New-York, D. Spitz ed., 1975) 11: ראו:

"It is, perhaps, hardly necessary to say that this doctrine is meant to apply only to human beings in the maturity of their faculties. We are not speaking of children or of young persons below the age which the law may fix as that of manhood or womanhood. Those who are still in a state to require being taken care of by others must be protected against their own actions as well as against external injury"

הוגה הדעות מיל יישם השקפת עולם זו בנוגע לקבוצת בני אדם, שאליה התייחס כאל "backward races", או ציוויליזציות שקבע כי לדעתו אינן במצב המאפשר להן לקבל חירות (Mill, *Ibid*, at p. 14). ראו: R.H. Mnookin "Thinking About Children's Rights - Beyond Kiddie Libbers and Child Savers" *Stan. Law.* (1981) 16, 24; A. Bainham & S. Creteny *Children - The Modern Law* (Bristol, 1993) 77-78; ת' מורג "אתגרים חדשים בהגדרת גבולות הילדות והבגרות לאור האמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד" בטחון סוציאלי 44 (תשנ"ה) 109-111.

לשלול מילדים קטינים זכויות המוענקות לבגירים, נובע מן העובדה שקיימת חובה ואחריות של המבוגרים להגן עליהם, בין היתר מפני פעולותיהם והחלטותיהם שעלולות לגרום להם נזק. המאמצים תפיסת עולם פטרנליסטית זו סבורים שילדים הם חלשים ופגיעים, חסרים ניסיון חיים, אינם מסוגלים להגן על עצמם בדרך נאותה, ולכן עלולים להיות קרבן של אלו המבקשים לנצלם. כמו כן, חסידי אסכולת טובת הילד סבורים כי קטינים אינם יכולים לקדם בעצמם, באופן ראוי, את האינטרסים שלהם, או ליישם את הזכויות שניתנו להם, כיוון שטרם הגיעו לכלל התפתחות שכלית ופיזית מלאה<sup>9</sup>. מכאן נובעת המסקנה שהם אינם מסוגלים לפעול באופן אוטונומי, או לחשוב באופן רציונלי, בנוגע לשאלה אילו פעולות מקדמות את האינטרסים שלהם. על כן, יש לנקוט בדרך פטרנליסטית בנוגע לשיתוף קטינים בהליך קבלת ההחלטות בנוגע לגורלם. החשש של רבים הדוגלים בגישה פטרנליסטית הוא שהענקת מכלול זכויות וחובות לילד הקטין, השווה במהותו ובהיקפו לזכויות ולחובות של המבוגר, תסכן את הילד, שלא ישכיל לעשות שימוש נכון בזכויותיו ובחובותיו. חשש זה נוסח באופן תמציתי על ידי המלומד האמריקאי Haften, אשר כתב: "We should not abandon youth to their rights"<sup>10</sup>.

## 1.2 זכויות התורה בנוגע לילדו הקטין

עיקרון נוסף אשר רווח בשיטות משפט שונות במשך עשורים רבים, הוא דוקטרינת "זכויות ההורה"<sup>11</sup>. דוקטרינה זו, בזמננו, מבוססת על ההנחה כי בנוסף לחובה של הורים לדאוג לקידום רווחת ילדיהם, להורים מוענקות זכויות בנוגע לילדיהם. דוקטרינה זו באה לידי ביטוי בחקיקה בישראל בסעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, שבו עושה המחוקק שימוש במטבעות הלשון "זכות" ו"חובה" בנוגע לאפוטרופסות על ילדים קטינים של הוריהם הביולוגיים – האפוטרופסים הטבעיים.

פרופ' שיפמן הסביר כי אמנם בדרך כלל נוטים להדגיש את חובות ההורים, אך כי עם זאת, אין להתעלם מזכויותיהם. זכות ההורים לגדל את ילדיהם היא זכות בסיסית, טבעית וחשובה מאין כמותה. אולם פרופ' שיפמן הדגיש כי אין הילד הופך לרכוש ההורים כתוצאה מקיומה של זכות זו, אלא מדובר בזכות שבאה לידי ביטוי במסגרת הקשר הטבעי בין ההורה לילד. ההורים זכאים למלא את חובתם כהורים. על כן, לדעתו, דוקטרינה משפטית ביחסי

9 ראו מורג, שם, שם; ד' פרידמן ונ' כהן תווים (תשנ"ג, כרך ב) 1010. רעיון זה בא לידי ביטוי גם ב: Scottish Law Commission, Consultative Memorandum, no. 65: *Legal Capacity and Responsibility of Minors*

10 B.C. Haften "Children's Liberation and the New Egalitarianism: Some Reservations about Abandoning Youth to Their 'Rights'" 3 *Brigham Young U. L. Rev.* (1976) 605

11 ראו: S.L. Brackshaw "Health Care of Children Over Objections of the Parents: Clash of Rights" *Med. Law* (1983) 221; K.B. Tavolaro "Effectively and Efficiently Protecting Children in Faith Healing Cases: A Proposed Statutory Revision for State Intervention" *Med. Law* (1991) 311; A. Bainham "Growing up in Britain: Adolescence in the Post-Gillick Era" *Jur. Rev.* (1992) 155

הורים וילדים המתמקדת בילד ובדוקטרינת טובת הילד בלבד, ולא מתחשבת, בין היתר, בזכויות ההורים, היא פשטנית ומלאכותית<sup>12</sup>.

ההיגיון הטמון בהשקפת העולם הגורסת שיש להקנות זכויות להורים הוא כי רק כאשר מעניקים להורים זכויות שמאפשרות להם להשליט משמעת, ולכוון את פעולות ילדיהם לכיוון הרצוי, הם יכולים לממש את זכותם לגדל את ילדיהם, לחנכם ולהשפיע על חיי ילדיהם באופן מועיל. הרחבת הכשרות המשפטית המוענקת לקטין, והזכויות המוקנות לו, מצמצמת את יכולת ההורים לממש את זכויותיהם וסמכותיהם בנוגע לילדיהם. על כן, יש להתחשב בטיעון זה כאשר נקבע האיזון הראוי במשולש היחסים ילד-הורים-מדינה. כאשר המדינה מיישמת מדיניות המרחיבה כשרות משפטית וזכויות של ילדים, הדבר נעשה על חשבון הענקת זכויות להורים בנוגע לילדיהם<sup>13</sup>. קיים גם רציונל נוסף שבאמצעותו מצדיקים לעתים הגבלת זכויות הילד והענקת זכויות להוריו, המבוסס על העובדה שעל ההורים מוטלת אחריות בחוק בגין מעשי ילדיהם<sup>14</sup>.

עם זאת, הטיעונים הללו בעד זכויות ההורים וצמצום זכויות הילדים, הולמים הלכי רוח שרווחו בקהילייה המשפטית בעבר. הגישה הפטרנליסטית, בנוגע לזכויות ילדים, אינה עולה בקנה אחד עם עקרונות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר עיגן בחוק-יסוד זכויות חשובות של הפרט בישראל. קיימת גם מגמה בינלאומית של קידום זכויות האדם והגנה עליהן. בין היתר, בקהילייה המשפטית הבינלאומית ניכרת הכרה הולכת וגוברת בזכויות אדם, זכויות אזרח וזכויות חברתיות של קטינים. באמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד<sup>15</sup> נזכרות זכויות של ילדים בתחומים שונים, וניכרת מגמה של הענקת אוטונומיה לקטינים. באמנה זו באה לידי ביטוי תפיסת עולם לפיה כל ילד הוא יצור אנוש, בעל זכויות משל עצמו, וכי יש להגן על הילד מפני פגיעה בזכויותיו.

## 2. תאוריית זכויות הילד

### 2.1 התשתית התאורטית לעקרונות זכויות הילד

הדוקטרינה של טובת הילד היא פטרנליסטית. מאידך גיסא, לאור השקפת עולם ליברלית, יש להעניק אוטונומיה לילדים, במידת האפשר.

הדוגלים בגישה ליברלית-רדיקלית, חסידי הדוקטרינה של "שחרור הילד", כגון Farson<sup>16</sup>,

12 ראו פ' שיפמן דיני המשפחה בישראל (תשמ"ט, כרך ב) 219-220.

13 ראו: G.B. Melton "Decision Making by Children: Psychological Risks and Benefits" *Children's Competence to Consent* (New-York, G.B. Melton & G.P. Koocher & M.J. Saks eds., 1983) 21.

14 ראו סעיף 323 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 וראו גם בנוגע למצב המשפטי באנגליה: C.A. Coodes *The Law of the Individual - According to Age and Sex* (London, 1968).

15 אמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 31, 20 נובמבר 1989, ע' 221 (להלן: האמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד).

16 ראו: R. Farson *Birthrights* (New-York, 1974). לשם הרחבה על עמדתו של Farson ראו: P.E. Veerman *The Rights of the Child and the Changing Image of Childhood* (Dordrecht, 1992).

שכתב בשנות ה-70 בשבח הענקת זכויות לילדים, תמכו בגישה קיצונית, שאינה רווחת בדרך כלל בזמננו, לפיה יש להתייחס אל ילדים בדיוק כמו למבוגרים, ולאפשר להם להחליט החלטות בנוגע לגורלם בעצמם<sup>17</sup>. הם טענו, כי כל הילדים הם יצורי אנוש נפרדים, וגם בני אדם אוטונומיים בעלי זכויות. על כן, התייחסות פטרנליסטית בנוגע לכלל הקטינים אינה מוצדקת אם חפצים ליישם, באמת ובתמים, את העקרונות הליברליים.

כיום מעטים דוגלים בגישה הקיצונית, לפיה יש להעניק את כל הזכויות לכלל הילדים. הגישה הדוגלת בהענקת אוטונומיה מוחלטת לכלל הילדים אינה מקובלת<sup>18</sup>. ישנן וריאציות שונות לגישה המתונה להענקת זכויות לילדים, הדוגלת בהענקת זכויות לילדים בכפוף למגבלות מסוימות. בגישה זו דוגלים, בין היתר, המלומדים Eekelaar ו-Freeman<sup>19</sup>.

ניתן להשתית גישה ליברלית מתונה בנוגע להענקת זכויות לילדים על מבחנים הנובעים מתאוריית הזכויות של המלומד רונלד דבורקין (Ronald Dworkin). אליבא דדבורקין<sup>20</sup>, בעוד שמשמעות הענקת זכויות רגילות היא שקיימות חובות כלפי אחרים, משמעות הענקת זכויות בסיסיות היא מעבר לכך. הזכויות הבסיסיות הן אלטרנטיבה מוסרית לגישה התועלתנית. זכות בסיסית גוברת על חישובים תועלתניים בדבר התועלת החברתית. אין הזכויות הללו רק אינטרס המוגן על ידי הטלת חובה על אדם אחר, אלא זכויות המבטאות אינטרס מוסרי עליון שראוי שנגן עליו<sup>21</sup>.

אליבא דדבורקין, זכויות הן בסיסיות כאשר הן הכרחיות לצורך הגנה על אחד מבין שני הרעיונות הבסיסיים הבאים: כבוד האדם ושוויון פוליטי. כל תאוריה של זכויות שאינה מייחסת חשיבות יתרה לאידאליים הללו, אינה ראויה<sup>22</sup>. מדוע ההגנה על כבוד האדם ועל שוויון פוליטי מחייבת הכרה בזכות לאוטונומיה בתחום קבלת ההחלטות של האדם כזכות

16 ראו: R. Farson *Birthrights* (New-York, 1974). לשם הרחבה על עמדתו של Farson ראו: P.E. Veerman *The Rights of the Child and the Changing Image of Childhood* (Dordrecht, 1992) 134.

17 ראו: Bainham & Creteny, *supra* note 8, at p. 77.

18 *Ibid.*, at p. 79.

19 ראו: M.D.A. Freeman "Taking Children's Rights More Seriously" 6 *Int'l J. L. & Fam.* (1992) 52; Eekelaar, *supra* note 5, at p. 162; J. Eekelaar "The Importance of Thinking that Children Have Rights" 6 *Int'l J. L. & Fam.* (1992) 221; M.D.A. Freeman "The Limits of Children's Rights" *The Ideologies of Children's Right* (Dordrecht, M.D.A. Freeman & P.E. Veerman eds., 1992) 29-32, 36-39.

20 ראו: R. Dworkin *Taking Rights Seriously* (London, 1978) xi-xii, and chapters 6-7.

21 כמו המלומד דבורקין, גם המלומד ג'ון איקלאר מבקש ללכת מעבר לתפיסה הפורמליסטית של זכויות, לפיה מול זכויות עומדות חובות של הצד שכנגד. המלומד איקלאר דוחה את המבחן הרווח בעבר בענייני ילדים: טובת הילד. הקביעה כי למבוגרים יש מחויבות לקדם את רווחת הילדים, למעשה חסרת משמעות לדעתו, לאור תפיסה הדוגלת בהענקת זכויות ילדים, כאשר הילד אינו מוכר כבעל רצון אוטונומי. לדעתו, האינטרסים שנקבעו על ידי החברה, שהמחויבות למימושם מוטלת על אחרים, אינם זכויות כלל ועיקר. ראו: Eekelaar, *supra* note 5, at pp. 221, 228-231.

22 Freeman, *supra* note 19, at p. 52.

בסיסית, ומדוע מוטלת עלינו חובה להרחיב זכות זו גם ביחס לילדים?<sup>23</sup> התשובה היא, לדעת דבורקין, שאין אפשרות לכבד כל אדם ולהעניק לו שוויון, מבלי לכבד גם את הזכות שלו לאוטונומיה. על כן, לאור השקפת עולם בסיסית זו, הוא שולל כל סוג של פטרנליזם.<sup>24</sup> המלומד דבורקין רואה בזכות לאוטונומיה של הפרט, הכוללת בין היתר את זכות היחיד לבחור בעצמו מה תהינה מטרותיו, ולנהל באופן עצמאי את אורח חייו, כחלק בלתי נפרד מהזכות לכבוד האדם ולשוויון.<sup>25</sup> לכן, עבור דבורקין, כל תאוריה של זכויות, שאינה מתחשבת במידה מספקת בזכות האוטונומיה של הפרט, יש בה סתירה פנימית, והיא עומדת בסתירה לבסיס האידיאולוגי שעליו צריכה להיות מושתתת כל תאוריה של זכויות.<sup>26</sup>

דבורקין גם הדגיש את חשיבות עקרון השוויון. על כן, תפיסת עולמו מחייבת אותנו להתמודד עם השאלה האם אין בביטוי "זכויות ילדים", שממנו משתמע שאנו מבחינים בין מבוגרים לילדים בנוגע להענקת זכויות, סתירה פנימית. לאור תאוריית הזכויות של דבורקין, יש להכיר בכל יצור אנוש כבעל זכויות. הכרה זו היא בראש ובראשונה הכרה בכבודו כאדם. על כן, הבחנה בין אנשים שונים, החברים בקבוצות, בהתאם להשתייכותם הקבוצתית, ובכלל זה, בין ילדים ומבוגרים, היא הפרה מהותית של העיקרון שיש להעריך כל אדם לאור ערכו. זו הפרה בסיסית ביותר של תפיסה החורטת על דגלה את עקרונות השוויון וכבוד האדם. מן המפורסמות היא כי ילדים, כמו מבוגרים, שונים זה מזה באופן ניכר. גישה הגורסת כי כל הילדים דומים, הנה פגומה באותה מידה כמו תפיסת עולם המושתתת על ההנחה כי כל בני האדם בגיל ארבעים זהים.

בעיה זו, בנוגע לחוסר השוויון הטמון במושג "זכויות הילד", יכולה להיפתר באמצעות גישה מתוחכמת של הענקת זכויות לילדים, אשר מבחינה בין ילדים שיכולתם הרציונלית מפותחת לבין אלו שיכולתם אינה מפותחת. ילדים אשר יכולת קבלת ההכרעות שלהם זהה לזו של מבוגרים, ללא תלות בגילם, יזכו ליחס של מבוגרים, בנוגע לזכויותיהם, לכל דבר ועניין.<sup>27</sup> לאור קנה מידה זה, ילדים אשר אין להם כשרות משפטיות יהיו רק אותם ילדים שבזמן הרלוונטי, שבו הם צריכים להכריע, אין להם יכולת שכלית ו/או רגשית המאפשרת להם להכריע הכרעות רציונליות.

23 Ibid, at p. 64. פרופ' פרימן מבקר את דבורקין באשר לאי-הכללת אוטונומיה, לצד שוויון וכבוד, ברשימת הערכים הבסיסיים.

24 ראו: R. Dworkin "Liberal Community" 77 C. L. Rev. (1989) 484-487.

25 ראו: Freeman, *supra* note 19, at pp. 53-54. המלומד פרימן מאמץ גישה דבורקינית-ליברלית בנוגע לזכויות. לטענתו, הענקת זכויות לילדים עשויה להבטיח כי ילדים לא יתפכו להיות קרבנות, וכי האינטרסים שלהם לא יקופחו על ידי אלו המייצגים אותם, שכן הם צפויים לפעול למען האינטרסים של עצמם.

26 ראו עוד בנוגע לגישתו של דבורקין לאוטונומיה, והיחס בינה לבין גישתו הפטרנליסטית ביסודה של המלומד Neil MacCormick "Legal Rights and Social Democracy" - Essays: Neil MacCormick *in Legal and Political Philosophy* (Oxford, 1982) ch. 7; Bainham & Creteny, *supra* note 8, at pp. 82-84.

27 Mill, *supra* note 7, at p. 71. ראו: "Neither one person, nor any number of persons, is warranted in saying to another

human creature of ripe years, that he shall not do with his life for his own benefit what he chooses to do with it"



עם זאת, תפיסה המושתתת על הבחנה זו אינה נקייה מספקות. היא אינה שוויונית. מבוגרים חכמים, שהחשיבה הרציונלית שלהם יותר מפותחת, אינם זוכים להעדפה על פני מוכשרים פחות. הכשרות המשפטית של אלו ואלו שווה, ולכן גם האוטונומיה הניתנת למשתייכים לשתי הקבוצות הללו בתחום קבלת הכרעות שווה. על כן, מדוע צריכה יכולת חשיבה רציונלית להיות המבחן הקובע בנוגע להבחנה בין שני סוגים של ילדים?

המלומד Daniel Winker התמודד עם שאלה זו בהקשר מעט שונה<sup>28</sup>. הוא שאל, מדוע אנו מתייחסים באופן שונה ליצורי אנוש מפגרים, שהפיגור השכלי שלהם קל, בגין יכולתם הרציונלית המוגבלת, כאשר לעולם לא נעלה על דעתנו להבחין בצורה דומה בין מבוגרים רגילים לבין מבוגרים מחוננים? אף אחד לא מציע למנות מבוגרים מוכשרים כאפוסטרופסים אשר ינהלו את ענייניהם של מבוגרים אחרים בעלי יכולת שכלית מפותחת פחות, הפוגמת ביכולתם לקבל החלטות בנוגע לעצמם. אם כן, מדוע החברה רואה עצמה מחויבת לנהל את ענייניהם של מפגרים מסוימים? הוא מציע, שאם X אינטליגנציה דרושה כדי לבצע משימה Y, אזי X תהיה הרמה הדרושה של כשרות. זהו קנה מידה שוויוני. גם אנשים רגילים וגם אנשים מאוד מוכשרים, שלשניהם לפחות X אינטליגנציה, מסוגלים במידה שווה לבצע את משימה Y. הכוח העודף של האדם המוכשר הוא עודף שלא נעשה בו שימוש<sup>29</sup>. תפיסת עולם זו עשויה להצדיק מדיניות חדשה הנוגעת לכשרות משפטית של ילדים. במקום המדיניות המקובלת במדינות רבות בעולם בזמננו, המושתתת על ההנחה שקיים גיל אחד של כשרות משפטית, שהוא בישראל הגיל של 18 שנה, ייתכן שיש להבחין בין ילד לילד. אם אינטליגנציה X, היא זו הדרושה כדי שתהיה אפשרות לבצע כהלכה משימה כלשהי, אינטליגנציה זו צריכה להיות קנה המידה שלפיו יקבע בית המשפט, בכל מקרה, לאור נסיבות העניין, האם יש כשרות משפטית לילדים.

## 2.2 פטרנליזם מוצדק ופרטנליזם שאינו מוצדק

המלומד Joel Feinberg בחן את השאלה מתי וכיצד מוצדקת התערבות המדינה בחיי הפרטים. האם כדי להגן עליהם מפני נזק שיגרמו לעצמם? או כדי להנחות אותם לקראת טובתם שלהם? הוא מנסה ליישב קושיה זו באמצעות גישה שהיא לדעתו גישה ביניים, המבקשת ליישב בין הרתיעה הכללית שלו מפני פטרנליזם לבין המאפיינים הסבירים של כמה מן ההסדרים הפטרנליסטיים<sup>30</sup>. הוא מבחין בין "פטרנליזם חלש", לבין "פטרנליזם חזק"<sup>31</sup>. הוא סבור כי "פטרנליזם חזק" אינו מוצדק. התאוריה שלו השוללת "פטרנליזם חזק" היא:

"[F]ully voluntary choice or consent of a mature and rational human being concerning matters that affect the individual's own interests is

D. Winker "Paternalism and the Mentally Retarded" *Paternalism* (Cambridge, R. Satorius ed., 1983) 84

*Ibid.*, at p.87

J. Feinberg "Legal Paternalism" *Paternalism*, *supra* note 28, at p.3

*Ibid.*, at pp. 9-12

such a precious thing that no one else (and certainly not the state) has a right to interfere with it simply for the persons' 'own good'<sup>32</sup>.

עם זאת, פעולות מסוימות יוצרות תשתית מוצקה להנחה שאדם, שבהר לפעול בדרך מסוימת, אינו בוחר לנהוג כך כתוצאה מבחירה חופשית במלוא מובן המילה. לדעת Feinberg התנהגות של יחידים שבבירור גורמת להם נזק עצמי היא דוגמה להתנהגות שמצדיקה הנחה כזו<sup>33</sup>. לאור התאוריה של מלומד זה, "פטרנליזם חלש" אפשרי בנסיבות מסוימות<sup>34</sup>.

המלומד פיינברג אינו עוסק באופי הרצוני של פעולות קבוצות מסוימות, מיוחדות, כגון ילדים. האם ילדים, שבשלב מוקדם בחייהם נעדרים יכולת הכרעה רציונלית, יכולים להיות מוגדרים כיחידים אשר פעולותיהם בהכרח חשודות כפעולות אשר עלולות לגרום נזק עצמי, ולכן בנוגע אליהם מוצדקת החלת סטנדרט מגביל יותר בנוגע להענקת חופש בחירה? פיינברג אינו מתייחס לנושא זה. עם זאת, נראה כי רוב הדוגלים בתאוריות הליברליות, התומכות בהענקת זכויות לילדים, מקבלים את ההנחה, שלעתים מוצדקת התייחסות מיוחדת אל ילדים המשתייכים לקבוצה זו, באמצעות הפעלה של "פטרנליזם חלש". הם מסכימים כי יש נסיבות בהן מוצדקות הגבלת זכויות ילדים קטינים, אשר אינם בוגרים רגשית ושכלית, כתוצאה מהפעלת סוג זה של פטרנליזם.

המלומד דבורקין בחן את מאפייניו של פטרנליזם. הוא הבחין בין התערבות פטרנליסטית "טהורה" לבין התערבות כזו "שאינה טהורה". במקרה של פטרנליזם "טהור", קבוצת האנשים שחירותם מוגבלת זהה לקבוצת האנשים אשר את טובתם רוצים לקדם באמצעות הפעילות הפטרנליסטית. במקרה של פטרנליזם "לא טהור" יש ניסיון לקדם את טובתה של קבוצת אנשים, והדוגלים בפעילות פטרנליסטית הגיעו לכלל מסקנה שהדרך היחידה המאפשרת קידום טובה זו מחייבת הטלת מגבלות על החירות של אחרים, שאינם כלולים בקבוצה של אלה שמצבם יוטב כתוצאה ממדיניות פטרנליסטית<sup>35</sup>.

הוא סבר שמדיניות פטרנליסטית בנוגע לילדים מסוימים מוצדקת מפני שאינם בעלי די כישורים רגשיים וקוגניטיביים הדרושים לצורך קבלת החלטות רציונליות<sup>36</sup>. עם זאת, לדעתו, ילדים אשר אינם נעדרים יכולות אלה, אינם צריכים להיות נתונים למרות פטרנליסטית. דבורקין הבחין בין פטרנליזם מוצדק ופטרנליזם שאינו מוצדק בדרך המפורטת להלן:

"The easiest cases to handle are those which can be argued about on terms which all thought to be so important - a concern not just for the happiness or welfare, in some broad sense, of the individual, but rather a concern for the autonomy and freedom of the person. I suggest that we

*Ibid*, at p. 8 32

*Ibid*, *ibid* 33

*Ibid*, at p. 9 34

.G. Dworkin *Paternalism, Morality and the Law* (Belmont, 1971) 111 ראו: 35

*Ibid*, at pp. 118-119 36

would be most likely to consent to paternalism in those instances in which it preserves and enhances for the individual his ability to rationally consider and carry out his own decisions. In all cases of paternalistic legislation there must be a heavy and clear burden of proof placed on the authorities to demonstrate the exact nature of the harmful effects (or beneficial consequences) to be avoided (or achieved) and the probability of their occurrence. I suggest a principle of the least restrictive alternative. If there is an alternative way to accomplishing the desired end without restricting liberty, although it may involve great expense, inconvenience, etc., the society must adopt it<sup>37</sup>.

### 3. מסקנות תאורטיות

התאוריות של הוגי דעות, המוזכרות לעיל, בכל הנוגע לזכויות, לאוטונומיה ולפרטנליזם, מובילות למסקנות דומות ביחס לזכותו של קטין להשתתף בהליך קבלת ההחלטות בנוגע לעניין הנוגע אליו. את העקרונות הנזכרים בכתבי הוגי הדעות הללו ניתן ליישם גם בנוגע ליחסים בין המדינה, בית המשפט, משמרונים לרבות אפוסטרופוסים טבעיים – לבין קטינים. תורת זכויות אדם ליברלית, מתמקדת בהקשבה לילדים. רק במצב בו לא ניתן כלל וכלל, או לא סביר, לכבד את זכות הילד לאוטונומיה, יכולה החברה, או יכולים הורים, להכריע עבור הקטינים. במידת האפשר צריך למנוע היווצרות מצב שבו ילדים פועלים בהתאם להנחיות של אחרים. הוגי דעות הדוגלים בהשקפת עולם ליברלית מנסים לעודד ילדים לחשוב ולהכריע עבור עצמם. גישה זו מאפשרת לילדים לדבר בשם עצמם. מגישה זו נובעת המסקנה שיש להעניק לילדים אשר ניתנים בכישורים רגשיים ושכליים המאפשרים להם להחליט בעצמם בנוגע לגורלם, את הזכות להשתתף בהליך קבלת ההחלטות. הדוגלים בתאוריה ליברלית, התומכת בהענקת זכויות אדם לכל אדם, ובכלל זה לילדים קטינים, יסברו שפרטנליזם, ובמיוחד פרטנליזם המכונה "חוק", אינו רצוי כאשר קיימת דרך חלופית, שבאמצעותה ניתן להשיג את התוצאה הרצויה. עלינו לחתור להשגת התוצאה הרצויה בנוגע לגורל ילדים בדרך המונעת במידת האפשר הטלת מגבלות על חירותם<sup>38</sup>. לדעתם אלו צריכות להיות אמות המידה המנחות את המערכת המשפטית בכל מקרה ספציפי שבו דרושה הכרעה בנוגע לגורל הקטינים. להלן ננסה לבחון באיזו מידה, אם בכלל, באים לידי ביטוי עקרונות ליברליים אלה בדברי מחוקקים ושופטים בישראל בעניין ילדים.

*Ibid*, at pp. 125-126 37

Dworkin, *supra* note 20, at pp. 479, 484-487; J. Feinberg "Legal Paternalism" 1 *Can* 38

*J. Phil* (1971) 105, 111-124

### ג. עקרונות יסוד בהכרעה בענייני קטינים בישראל

במשפט הישראלי קיימים שני עקרונות יסוד מנחים ביחס להכרעה בנוגע לגורל ילדים קטינים – עקרון טובת הילד ועקרון זכויות הילד<sup>39</sup>.  
נעמוד תחילה על המאפיינים הבסיסיים של העקרונות הללו בספרות המשפטית בכלל ובמשפט הישראלי בפרט.

#### 1. טובת הילד

##### 1.1 הגדרה ומאפיינים

בשיטות משפט רבות עקרון טובת הילד הוא עקרון-על בכל הכרעה משפטית הנוגעת לילדים<sup>40</sup>. ההגדרה המקובלת כיום בעולם לעיקרון זה מושתתת על ההנחה, שילד צריך להתפתח פיזית, נפשית, מוסרית, רוחנית וחברתית, בדרך בריאה ונורמלית<sup>41</sup>. הפסיקה בארץ דנה בשאלה מהי טובת הילד, הקטין או המאומץ<sup>42</sup>. לאור אמרות שונות של שופטים קבע פרופ' שאקי את ההגדרה לפיה טובת הילד היא:

”מכלול הסיכויים, כפי שהם נתפשים ומוערכים על פי שיקולי בית המשפט לאור מכלול ממצאיו, להבטיח מרב הדאגה, בנסיבות כל מקרה, לצרכיו הגופניים, החומריים והנפשיים של הילד בהתחשב בגילו ובצרכי המיוחדים. צרכים שונים ומשתנים אלה מורכבים מתערובת של תנאי מגורים נאותים, תנאי כלכלה סבירים, אווירה חינכית, תרבותית וחברתית הולמת, טיפול מסודר ונכון, כשירות גופנית ונפשית של ההורה לטיפול בילד, נכונות ויכולת

39 לעתים עקרון טובת הילד חל בעת ובעונה אחת עם עקרון זכויות הילד. ראו להלן, ההסדר בסעיף 3 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד, המייחס חשיבות גם לעקרון טובת הילד. ראו: S.E. Valkhardt *Family Law Statutes* (London, 1992) 363; S. Detrick *The United Nations Convention on the Rights of the Child* (The Hague, 1992) 85-99; Bainham & Creteny, *supra* note 8, at p. 78; M. Freeman *The Moral Status of Children* (The Hague, 1997) 107-111, 305-344

40 ראו: M. Hayes & C. Williams *Family Law* (1995) 210

41 ראו: J. Wolf “The Concept of the ‘Best Interest’ in Terms of the UN Convention on the Rights of Child” *The Ideologies of Children’s Rights*, *supra* note 19, at p. 125

42 ראו ע”א 319/54 ז.ג. נ’ נהה, פ”ד יא 261, 267-268; בג”צ 268/80 ניסן-וזהר נ’ וזהר, פ”ד לה(1) 1, 26-27; ע”א 783/81 פלוניס נ’ פלמוני, פ”ד לט(2) 1, 38; ע”א 2591/92 גולדפיין נ’ גולדפיין, פ”ד מז(2) 195, 200-201; ראו גם ש’ סעדיה *משמורת קטינים* (תשנ”ב) 47; ד’ גוטליב *נושאים דתיים בקביעת משמורת ילדים וסדרי ראייה רפואה ומשפט* 16 (תשנ”ז) 82, 84.

43 ראו א”ח שאקי “אפיונים בדיני משמורת קטינים – תוך שימת דגש על יישום עקרון טובת הילד” *עיוני משפט י* (תשמ”ד) 5, 15. הגדרה דומה קיימת במדינות נוספות. ראו למשל בניו-זילנד:

”Welfare” is an all-encompassing word. It includes material welfare, both in the sense of an adequacy of resource to provide a pleasant home and a comfortable standard of living and in the sense of an adequacy of care to ensure that good health

זכויות הילד בפסיקה בישראל – ראשית המעבר מפטרנליזם לאוטונומיה

נפשית ומעשית של ההורה להעניק לילד תחושת קרבה, אהבה, חום, רגש, ביטחון ואמון, ומעל לכל – את ההרגשה שהוא רצוי עליידי הוריו וסביבתו<sup>43</sup>.

ההשקפה הכללית העומדת בבסיס עקרון טובת הילד מהווה ריאקציה לגישות שרווחו בעולם בעבר, לפיהן הילד הוא רכוש, או מעין-רכוש, של הוריו, או שלהוריו ישנן זכויות בו<sup>44</sup>.

את השינוי שחל בגישות אלו לאחר אימוץ עקרון טובת הילד ניתן למצוא בפסק דינו של השופט זילברג:

”מבחן טובת הילדים הוא עקרון שאין למעלה הימנו... הוא אינו ניתן לחלוקה, ואין למוגו ולערבבו באיזה שהוא שיקול אחר. כי משהתרומם המחוקק לדרגת התפיסה המודרנית – ובתפיסה מודרנית זו נוקטים חכמי ישראל זה עידן ועידנים – כי הילד אינו 'אובייקט' של שמירה והחזקה להנאתו או לטובתו של אחד ההורים, אלא הוא עצמו 'סובייקט', הוא גופו 'בעל דין' בשאלה חיונית זו, הרי לא יתכן להתעלם מן האינטרסים שלו בשום צירוף נסיבות שהוא, ולא יתכן כי נדחה אותם מפני 'זכות' של מישהו אחר, ויהא זה האב או האם שלו<sup>45</sup>.”

במילים אחרות, דוקטרינת טובת הילד היא פועל יוצא של תפיסת עולם המושתתת על ההנחה, כי הילד אינו אובייקט, קניין או מעין-קניין השייך להוריו, אלא סובייקט, בעל אישיות עצמאית, זכויות וצרכים משל עצמו<sup>46</sup>. עם זאת, זכויות וצרכים אלו אינם חזות הכל. יש לאזן בינם לבין האינטרסים של בני משפחה אחרים<sup>47</sup> ואינטרסים ושיקולים חברתיים-כלליים<sup>48</sup>.

and due personal pride are maintained. However, while material considerations have their place, they are secondary matters. More important are the stability and security, the loving and understanding, care and guidance, the warm and compassionate relationship, that are essential for the full development of the child's own character, personality and talents”

P.M. Bromley: גם: Walker v. Walker and Harrison, [1981] NZ Recent Law 257 & N.V. Lowe Family Law (1992) 338

44 שיפמן, לעיל הערה 12, בע' 218; י' קרמן "האם וכיצד מגן החוק הישראלי על זכויות הילד" האקדמאי (תשנ"ד) 4; 81 J. Edwards & A.Griffiths Family law (1997)

45 ע"א 209/54 שטיינר נ' הי"מ, פ"ד ט 241, 251.

46 ע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית, פ"ד נ 135, 144; דנ"א 7015/94 הי"מ נ' פלונית, פ"ד נ 1) 48, 65 (להלן: עניין הי"מ נ' פלונית).

47 ראו פ' שיפמן "התחמקות משיפוט למען טובת הילד" הפרקליט לח (תשמ"ט) 567-569; עניין פלוני, קסטין, לעיל הערה 2, בע' 256-257; תמ"ש (י"ם) 6410/97 מת. נ' הי"מ (סרס פורסם), תקדין משפחה (3) 97:24.

48 ראו שיפמן, לעיל הערה 12, בע' 220; תמ"ש (י"ם) 6410/97, שם, שם.

1.2 חסרונות הדוקטרינה – היעדר אחדות

שיקולים ערכיים ו/או דתיים שונים מנחים את השופט או את הדיין, הקובע מה היא טובת הילד. כתוצאה מכך קיימות פרשנויות שונות לעקרון "טובת הילד", שהן פועל יוצא של השקפות עולם שונות של שופטים ודיינים בנוגע להגדרת עיקרון זה ומאפייניו.<sup>49</sup>

הוראות המחוקק הישראלי, המטילות חובה על אפוסטרופוסים טבעיים, שופטים, או גורמים המטפלים בנושאים שונים הקשורים בילדים, לפעול לאור עקרון טובת הילד, חלות גם כאשר הדיון מתקיים בבית דין רבני. הדיינים בבית דין זה חייבים להחיל הוראות חוק המופנות במפורש לבית הדין הרבני, כגון הוראות חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951<sup>50</sup> (בתחום המחייב בתי דין רבניים), הוראות חוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופוסות, והוראות חוק אימוץ ילדים, תשמ"א-1981.<sup>51,52</sup>

עם זאת, דיינים מפרשים מה היא טובת הילד לאור השקפתם הדתית בענייני חיים, עולם וחרבה. מכיוון שלעיתים השקפת עולמם שונה מזו של שופטים, פרשנות בתי הדין הרבניים לעקרון טובת הילד, אינה עולה תמיד בקנה אחד עם פרשנות עיקרון זה בבתי המשפט האזרחיים.<sup>53</sup> הנחלת אורח חיים וחינוך דתי לילד והבטחת חייו בעולם הבא כתוצאה מפעילותו בעולם הזה, אינם מטרה שהשופטים בבית המשפט האזרחי משווים לנגד עיניהם. באחת מהכרעותיו הדגיש השופט חיים כהן, כי פרשנות בית המשפט האזרחי למושג "טובת הילד" היא חילונית. לדבריו, אין לפרש בבית משפט זה את עקרון "טובת הילד" לאור ההנחה שהדאגה לנפשו הדתית של הילד חשובה יותר מן הדאגה לבריאותו ולהתפתחותו התקינה.<sup>54</sup> בית המשפט האזרחי יעדיף הורה שיקנה לילד הרגלים דתיים או חינוך דתי רק כאשר הורה זה עדיף לאור השקפה חילונית בנוגע לטובת הילד, הבאה לידי ביטוי במקרים רבים בחוות דעת מקצועיות של עובדים סוציאליים, פסיכולוגים, או מומחים אחרים, המחווים דעה בנוגע לטובתו של ילד מסוים.<sup>55</sup>

49 ראו פ' שיפמן דיני משפחה בישראל (מהדורה שנייה, תשנ"ה, כרך א) 28; ש' אלמוג זכויות של ילדים (תשנ"ז) 58.

50 חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951 (להלן: חוק שיווי זכויות האישה).

51 חוק אימוץ ילדים, תשמ"א-1981 (להלן: חוק אימוץ ילדים).

52 ראו שיפמן, לעיל הערה 12, בע' 242-243; א' רוזן-צבי דיני המשפחה בישראל, בין קודש לחול (תש"ן) 68, הערה 15, 91-92, 105, 178, 301-303. עם זאת ראו דעה אחרת: ב' שרשבסקי דיני משפחה (תשנ"ג) 228 הערת שוליים 24, 426.

53 ראו שיפמן, שם, בע' 243. ראו גם: Y.S. Kaplan "The Interpretation of the Concept 'The Best Interest of the Child' in Israel" *Children's Rights and Traditional Values* (1998) 49-59.

54 ראו בג"צ 103/67 "דה אמריקן ארופין בית-אל מישן" נ' שר הסעד ומשרד הסעד, פ"ד כא(2) 325, 335-336. ראו גם ע"א 209/54 "שטיינר נ' הי"ם", פ"ד ט 241, 250.

55 דוגמא אופיינית למדיניות בית המשפט העליון ולשיקוליו היא פטיקתו בבג"צ 7/83 ביארס נ' בית הדין הרבני האזורי חיפה, פ"ד לח(1) 673, 680-684. ראו גם ע"א 740/87 פלזנית נ' אלמוני, פ"ד מג(1) 661-665; ע"א 2591/92 גולדפיינן נ' גולדפיינן, פ"ד מז(2) 195, 201; ע"א 3695/96 צייטלין נ' טשינגל (טרם פורסם), תקדין עליון 2197(2) 682; כמו כן ראו שאקי, לעיל הערה 43, בע' 22; א' שוחטמן "דיון בהרכב חסר ופסיקה לקיחה בשאלת טובת הילד בבית הדין הרבני – עילה להתערבות בג"צ?" משפטים טו (תשמ"ו) 287, 312; Kaplan, *supra* note 53, at p. 53.

כאמור, בבית הדין הרבני מייחסים חשיבות יתרה לטובתו הרוחנית-דתית של הילד<sup>56</sup>. מפסקי דין של בתי הדין הרבניים בישראל בנוגע למשמורת קטינים עולה, כי הדיינים יעדיפו למסור את הילד לחזקתו של הורה שיחנך אותו חינוך דתי<sup>57</sup>, ויימנעו מהענקת המשמורת להורה החי ללא חופה וקידושין עם בן או בת זוג<sup>58</sup>, מפני שלאור השקפת עולמם, סביבה שבה נחשף הילד למגורים משותפים עם בן או בת זוג שאינם נשואים זה לזה, אינה סביבה חינוכית טובה עבור הילד. לעתים מטים שיקולים אלה את הכף לטובת הורה מסוים, ובית הדין מתעלם משיקולים אחרים או מייחס להם חשיבות פחותה.

פער זה, בין פרשנות בתי המשפט האזרחיים לפרשנות בתי הדין הרבניים בישראל בנוגע לטובת הילד, נובע מן העובדה שקיים קושי פרשני בנוגע להגדרת עקרון טובת הילד וליישומו. כאמור, קשה להגדיר באופן חד-משמעי מה היא טובת הילד, ופרשנות מושג זה היא לעתים קרובות פועל יוצא של השקפת העולם של השופט או הדיין<sup>59</sup>. לאור תפיסתו הערכית הוא ייתן מענה לשאלות שהתשובה עליהן אינה חד-משמעית, למשל: האם שופט צריך לדאוג לאושרו של הילד או לחינוכו הרוחני? האם עליו לבחון איוו מסגרת שבה יגדל תאפשר לו להצליח בעתיד או שמא עליו לבחון באיוו מסגרת יהיו תנאים שיקדמו את הפרודוקטיביות הכלכלית העתידית שלו? האם הערכים שחשובה הקנייתם לילד הם יחסים אישיים חמים, או שמא ערכים אחרים, כגון משמעת? האם חשובה לילד תחושת יציבות וביטחון או שמא חשובה לו השראה אינטלקטואלית<sup>60</sup>?

56 ראו גם נסיבות הנזכרות בפסקי דין נוספים של בית המשפט העליון: בג"צ 181/81 מוד נ' בית הדין הרבני האזורי חיפה, פ"ד (3) 94, 107; ביד"מ 1/81 נגר נ' נגר, פ"ד לח(1) 365, 376-378, 401; בג"צ 1842/92 בלויגרונד נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד מו(3) 423, 443; רוון-צבי, לעיל הערה 52 בע' 66; אלמוג, לעיל הערה 49, בע' 75; י' צ' גילת "כלום טובת הילד? הוא שיקול-על לפי המשפט העברי בסכסוך שבין הורים על משמורת ילדם?" מחקר משפט ח (תשי"ז) 297, 300.

57 ראו תיק 141/תשי"ד, פד"ר ד 66; תיק 8437/תשמ"ה, פד"ר יג 335, 338-336; אוסף פסקי דין של הרבנות הראשית לארץ ישראל, חלק א, 8, 11; שו"ת ישכיל עבדי, חלק ו, אבן העזר, לב; לג; לט; שו"ת מנחת יצחק, חלק ז, קיג; ד' שינט החוק, הפרט ושירותי הרווחה (תשמ"ח) 194; א' רוון-צבי "הלכת ה'כריכה' ומירוח הסמכויות והשפעתם על המשפחה ודיני המשפחה" עיוני משפט יד (תשמ"ט) 67, 71.

58 ראו פד"ר ד, 332, 333, 335-336. פרופ' שיפמן היה ביקורתי בנוגע למגמה זו של בתי הדין הרבניים. ראו פ' שיפמן "טובת הילד" בבית הדין הרבני" משפטים ה (תשל"ד) 421, 430, הערה 25; שיפמן, לעיל הערה 12, בע' 242-250, הערה 34. עם זאת הצדיק פרופ' שוחטמן מגמה זו. ראו א' שוחטמן "למהותם של כללי ההלכה בסוגיית החזקת הילדים" שנתון המשפט העברי ה (תשל"ח) 285, 309, הערה 102.

59 בנוגע לדילמה זו והסכנה של ערוב שיקולים אידיאולוגיים זרים וחיצוניים בקביעת טובת הילד בישראל, ראו עניין פלוני, קסין, לעיל הערה 2, בע' 250-252; רע"א 587/975 הי"מ נ' פלוני-קסין, פ"ד נא(4) 830, 855-856; שיפמן, לעיל הערה 12, בע' 230. לשימוש בשיקולים חתיים בהחלטות הנוגעות לטובת הילד במשפט האמריקאי ראו: D.L. Beschle "The Use of Religion as Part of the 'Best Interests'" *Child, Parent and State* (Philadelphia, 1994) 36 Test in Child Custody Decisions.

60 בנוגע לבעייתיות פרשנות המושג "טובת הילד" ראו: A. Charlaw "Awarding Custody: The Best Interests of the Child and other Fictions" 5 *Yale L. & Pol. Rev.* (1987) 268-271; Bainham & Creteny, *supra* note 8, at pp. 78-79; M. Guggenheim "The Best Interests of the Child,

## 2. זכויות הילד

החל משנות ה-70 של המאה העשרים כתבו מלומדים שונים, שדרושה הכרה ב"זכויות הילד". לעקרון זכויות הילד שני מובנים שונים: על פי המובן הראשון, יש לייחס חשיבות לשמירת האינטרסים של הילד בכל החלטה לגבי עתידו. החידוש בעיקרון זה לעומת עקרון טובת הילד הוא בצורך לפרט ולהגדיר במפורש את האינטרסים הראויים להגנה<sup>61</sup>. עם זאת, תפיסת העולם של הדוגלים במובן זה של "זכויות הילד" היא ביסודה פטרנליסטית: על ילדים יש להגן, ולכן בעניינים מסוימים הקשורים אליהם יחליטו אחרים במקומם. מובן זה של זכויות הילד הוא למעשה מובן נוסף, מיוחד, של עקרון טובת הילד. כאשר דנים לאור עקרון טובת הילד יש להגדיר את האינטרסים אליהם מתייחסים. מעקרון זכויות הילד במובן זה נעדר החידוש הגדול הקיים במובן השני של הזכויות הללו – הענקת אוטונומיה לקטינים. המובן השני של עקרון זכויות הילד מתייחס להענקת אוטונומיה לקטינים, כחלק מההגנה על ילדים. עקרון זכויות הילד במובן זה מתבסס על ההכרה בכוחו העצמי של הילד – בכל עת, או בנסיבות מתאימות – להבין ולקבל החלטות בנוגע לגורלו<sup>62</sup>.

תפיסת העולם של זכויות הילד גורסת כי לילד, ככל אדם, מוענקות זכויות אדם. מכאן, שכל הזכויות המוענקות לבגיר – כגון הזכות לחופש ביטוי, התאגדות וזכויות חברתיות – מוקצות גם לקטין. הקטין רשאי לדרוש שיוענקו לו זכויות אלו, והוא בעל הזכות להוציאן בעצמו מן הכוח אל הפועל<sup>63</sup>. זכויות הקטין הן עצמאיות, נפרדות מאלה של הוריו. בתוך המשפחה יש לילדים זכויות ביחס לשאר בני המשפחה, ובכלל זה ההורים. במדינה יש לילדים זכויות ביחס לגופים שונים, כגון רשויות הסעד, בתי המשפט, בתי הספר, החוקקים

"Much Ado About Nothing?" *Child, Parent and State* (Philadelphia, 1994) 27-30; R.H. Mnookin & D.K. Weisberg *Child, Family and State* (Boston, 1995) 723, 727; R.H. Mnookin *In The Interest of Children* (New-York, 1985) 17-18. לדידם של המלומדים הנוכחים לעיל, אף שופט מקצועי מאוד אינו מסוגל להשתחרר לחלוטין מהשקפותיו האישיות, הדתיות, המוסריות והאחרות, בבואו לקבוע מה היא טובת הילד במקרה ספציפי. השקפותיו באשר לערכים מסוימים והעדפותיו הסובייקטיביות ישפיעו על הכרעתו במודע או שלא במודע. עובדה זו בעייתית מפני שאין חברה קונצנזוס ברור באשר לטובת הילד, כיוון שאין היררכיה המוסכמת כראויה וכמתאימה ביחס לערכי החברה המערבית בומננו, המאופיינת בפילוג על רקע השקפת עולם דתית, שונות כלכלית ושונות אתנית.

61 ראו שיפמן, לעיל הערה 12, בע' 236. וכן ראו: Eekelaar, *supra* note 5, at pp. 161-182.

62 ראו: M.D.A. Freeman "Introduction: Rights, Ideology and Children" *The Ideologies of Children's Rights*, *supra* note 19, at p. 3; A. Lopatka "The Rights of the Child Are Universal: The Perspective of the UN Convention on the Rights of the Child" *The Ideologies of Children's Rights*, *ibid*, at pp. 47, 48-50; E. Verhellen "Changes in the Images of the Child" *The Ideologies of Children's Rights*, *ibid*, at pp. 79, 85; Bainham & Creteny, *supra* note 8, at pp. 78-94.

63 ראו: Verhellen, *ibid*, at pp. 87-90.



זכויות הילד בפסיקה בישראל – ראשית המעבר מפרטנליזם לאוטונומיה

ועוד. בין היתר זכאים הילדים שתהא התחשבות הוגנת בטיעוניהם<sup>64</sup>. הם זכאים להתבטא בעניינים שונים הנוגעים להם, כגון בריאותם, רווחתם וחינוכם<sup>65</sup>.

## ד. מקורות נורמטיביים

### 1. עקרונות יסוד בחקיקה בנוגע לילדים

#### 1.1 טובת הקטין

במושג טובת הילד המשתקף בחקיקה הישראלית גלומה השקפה פטרנליסטית-פרוטקטיבית, אשר גורסת כי הילד, עקב היותו קטין, נעדר הבנה ובגרות הדרושים לצורך ניהול עצמאי של ענייניו. הוא יצור חלש ופגיע<sup>66</sup>, הנמצא בעמדה נחותה, אשר עלולה לגרום לניצולו על ידי אחרים. החברה – בעיקר באמצעות הוריו ורשויות המדינה – צריכה למלא את החובה המוטלת עליה להגן עליו<sup>67</sup>.

בחקיקה בענייני ילדים, המחוקק בדרך כלל אינו מקנה לילדים זכויות עצמאיות, כגון זכות להיות שותפים בקבלת הכרעות. הוא קובע כי אחרים מקבלים החלטות הנוגעות אליהם, לטובתם<sup>68</sup>. הוא מעניק לקטינים זכויות רק במצבים מסוימים בהם לדעתו הם זקוקים להן, כגון כאשר קיים חשד שהם עברו עברה פלילית או כאשר הועמדו לדין בפני ערכאת השיפוט הפלילית<sup>69</sup>. המחוקק נמנע מהענקת מעמד משפטי שווה לקטין ולמבוגר, בהתבסס על ההנחה שהמבוגר מסוגל וזכאי בדרך כלל להחליט החלטות עבור עצמו, בעוד שהקטין בדרך כלל אינו ניתן בהבנה מספקת הדרושה לצורך קבלת החלטות באופן נכון ומושכל, ולכן אין להקנות לו זכות חוקית לנהל באופן עצמאי את ענייניו ולהחליט החלטות בנוגע לעניינים הנוגעים אליו<sup>70</sup>.

טובת הילדים או הקטינים היא עיקרון מנחה בחקיקה הישראלית בנוגע לאפוסטרופות של

64 ראו: H.H. Foster & D.J. Freed "A Bill of Rights for Children" 6 *Fam. L. Q.* (1972) 343, 346; G.B. Melton & S.P. Limber "What Children's Rights Mean to Children: Children's Own Views" *The Ideologies of Children's Rights*, *supra* note 19, at pp. 167, 170

65 ראו: Foster & Freed, *ibid*, at pp. 343, 346; ש' אלמוג "טובת הילדים לעומת זכויות הילדים" **החינוך עא** (תשנ"ו, גיליון 11-12) 18. זו הגישה שבאה לידי ביטוי בסעיף 12 לאמנה בדבר זכויות הילד, אשר קובע, שיש להתחשב ברצון הילדים, בנוגע לנושאים הקשורים אליהם. זכות זו מוקנית להם בכפוף לדוקטרינת הכשרים המתפתחים, דהיינו בהתאמה לגילם ולמידת הבנתם בנוגע לעניין הנדון.

66 עניין היימ נ' פלונית, **לעיל** הערה 46, בע' 66.

67 ראו: H.K. Bevan *Child Law* (London, 1989) 381-383.

68 ראו: J. Goldstein "Medical Care for the Child at Risk: On State Supervention of Parental Autonomy" 86 *Yale L. J.* (1977) 645; כמו כן ראו אלמוג, **לעיל** הערה 65, בע' 18.

69 בישראל הגנה זו באה לידי ביטוי, בין היתר, בחוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), תשט"ו-1955; בחוק הסעד (סדר-דין בענייני קטינים, חולי-נפש ונעדרים), תשט"ו-1955; בסעיפים 2, 9א לחוק הנוער (טיפול והשגחה), תש"ך-1960; בחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), תשל"א-1971; בסעיף 13 לחוק העונשין, תשל"ז-1977; בהצעת חוק הסנגוריה הציבורית, תשנ"ה-1995.

70 ראו אלמוג, **לעיל** הערה 49, בע' 57-58.

הורים. סעיף 3(ב) לחוק שיווי זכויות האישה, קובע, כי אין באפוטרופסות הטבעית השווה של ההורים הביולוגיים על ילדיהם (הנזכרת בסעיף 3(א) לחוק) "כדי לפגוע בכוחו של בית- המשפט או של בית-דין מוסמך לנהוג בענייני אפוטרופסות על ילדים, הן על גופם והן על רכושם, בהתחשב עם טובת הילדים בלבד" (ההדגשה שלי - י.ק.).

סעיף 14 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, קובע: "ההורים הם האפוטרופוסים הטבעיים של ילדיהם הקטינים". סעיף 15 לחוק זה מפרט מה היא החובה והזכות של הורים בנוגע לילדיהם: "אפוטרופסות ההורים כוללת את החובה והזכות לדאוג לצורכי 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". קנה המידה לחובת ההורים נזכר בסעיף 17 לחוק: "באפוטרופסותם לקטין חייבים ההורים לנהוג לטובת הקטין כדרך שהורים מסורים היו נוהגים בנסיבות העניין" (ההדגשה שלי - י.ק.). סעיף 24 לחוק מסדיר את סוגיית ההסכם בין הורים - אפוטרופוסים טבעיים - החיים בנפרד, וסעיף 25 קובע: "לא באו ההורים לידי הסכם כאמור בסעיף 24, או שבאו לידי הסכם אך ההסכם לא בוצע, רשאי בית-המשפט לקבוע את העניינים האמורים בסעיף 24 כפי שיראה לו לטובת הקטין, ובלבד שילדים עד גיל 6 יהיו אצל אמם אם אין סיבות מיוחדות להורות אחרת" (ההדגשה שלי - י.ק.).

בנוגע לאימוץ ילדים נאמר בסעיף 1(ב) לחוק אימוץ ילדים: "צו אימוץ וכל החלטה אחרת לפי חוק זה יינתנו אם נוכח בית-המשפט שהם לטובת המאומץ" (ההדגשה שלי - י.ק.)<sup>71</sup>. חוקים ישראליים נוספים קובעים, גם הם, כי העיקרון המנחה הוא טובת הקטין-הילד<sup>72</sup>. החוק המרכזי בישראל הודן בתחום המשפטיים בין הורים לילדים, חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, נובע כולו ממגמה פטרנליסטית-פרוטקטיבית.

## 1.2 כשרות משפטית ואפוטרופסות

סעיף 1 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, קובע: "כל אדם כשר לזכויות ולחובות מגמר-לידתו ועד מותו". אולם אין להסיק מסעיף זה כי לקטין מוקנות, החל מגמר לידתו, כל הזכויות המוקנות לבגיר, ומוטלות עליו כל החובות המוטלות על בגיר. מן האמור בסעיף זה ניתן להסיק שכל אדם הוא בעל אישיות משפטית, ויכול לזכות בזכויות ולחוב בחובות. עם זאת, מבחינת היקף כשרות משפטית זו - דהיינו מבחינת היכולת של כל אדם לזכות בזכויות ולחוב בחובות - אין שוויון בין בני אדם. בני האדם אינם זוכים במידה שווה בכל הזכויות ואינם חבים במידה שווה בכל החובות<sup>73</sup>.

71 כמו כן, סעיף 7(ג) לחוק אימוץ ילדים קובע שאחד התנאים הנדרשים כאשר ניתן צו אימוץ בלי לגלות את דבר האימוץ למאומץ הוא: "טובת המאומץ דורשת שלא לגלות את דבר האימוץ". ראו גם שרשבסקי, לעיל הערה 52, בע' 416; נ' מימון דיני אימוץ ילדים (תשנ"ד) 93-101.

72 ראו סעיף 8 לחוק הסעד (סדרי דין בענייני קטינים, חולי נפש ונעדרים), תשט"ו-1995; סעיפים 18(א), 20(א), 33 לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), תשל"א-1971; סעיף 2(ז) לחוק למניעת אלימות במשפחה, תשנ"א-1991.

73 ראו אנגלרד, לעיל הערה 1, בע' 23.

בחוק זה נזכרות מגבלות שונות המצמצמות את היקף הכשרות המשפטית של אדם. אחת ממגבלות אלה היא מגבלת הגיל. סעיף 2 לחוק קובע: "אדם שלא מלאו לו 18 שנה הוא קטין; אדם שמלאו לו 18 שנה הוא בגיר". המחוקק הניח כי קטינים אינם מסוגלים לגבש רצון עצמאי משל עצמם, שהוא בשל ובוגר, חופשי מהשפעות לא רצויות. גיל 18 שנה הוא גיל הבגרות. בסעיף זה באה לידי ביטוי מגמה כללית בחקיקה הישראלית. הכרת המחוקק בזכות הקטין להכריע בנוגע לגורלו ולעתידו מותנית בדרך כלל בבגרותו הפיזית ולא ניתן משקל של ממש לבגרותו הנפשית.<sup>74</sup>

בדרך כלל, הורי הקטין, אפוטרופוסיו הטבעיים<sup>75</sup>, מוסמכים לייצג את האינטרסים שלו. בסעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות, נאמר שאפוטרופוסות ההורים כוללת, בין היתר, את "הסמכות לייצגו". סמכות זו תופצל לאור הוראת המחוקק בסעיף 17 לחוק זה:

"באפוטרופוסותם לקטין חייבים ההורים לנהוג לטובת הקטין כדרך שהורים מסורים היו נוהגים בנסיבות העניין".

בעבר, ברוח המגמה הפרטנליסטית-פרוטקטיבית של ההסדרים בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות, קבעו השופטים, שאנו מניחים שההורים, האפוטרופוסים הטבעיים, פועלים בשם ילדיהם ואמורים להעלות את גרסתם וסברתם בנוגע לטובת ילדיהם. כאשר הם פועלים בשם ילדיהם אין לטעון שהילדים לא היו מיוצגים, במפורש או מכללא, וממילא לא היו צד להכרעות בעניין החזקתם.<sup>76</sup>

סעיף 4 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות, קובע את חוסר כשרותו דהיורה של קטין לעשות פעולה משפטית. סעיף 5 לחוק מאפשר ביטול פעולה משפטית כזו של קטין שלא ניתנה לגביה הסכמת נציגו. סייג מסוים למגמה פרטנליסטית זו מצוי בסעיף 6 לחוק, הקובע שאין לבטל פעולה משפטית "שדרכם של קטינים בגילו לעשותה". אולם בסעיף 6 סיפא לחוק שוב ניכרת המגמה הפרטנליסטית. המחוקק הישראלי קובע שפעולה של הקטין ניתנת לביטול אם יש בה משום נזק לקטין או לרכושו.

74 ראו ד' שניט 'כושרו המשפטי של הקטין וסמכות ההורים לייצגו' חברה ורווחה 1 (תשמ"ד) 7, 8-11.

75 ראו סעיף 3 לחוק שיווי זכויות האישה, וסעיף 14 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות.

76 השופט קיסטר כתב, בהמ' 216/71 קליין נ' קליין, פ"ד כה(1) 501, 503: "והוא טוען כי הילדות לא היו

צד לדיון נשוא העתירה, לא היו מיוצגות במפורש או מכללא וממילא לא היו צד להכרעות בה, והן

נקלצו לסכסוך בין הוריהם, ובנסיבות אשר נוצרו עקב פתיחת ההליכים בעתירה, נשוא התיק העיקרי,

בו התנגשו האינטרסים של האם עם האינטרסים של ילדותיה, וכתוצאה מכך היה זה מעל לכוחה לדקדק

בשמירה על זכויותיה ילדותיה... לכל הטענות האלו אין כל שחר. ההורים, כאשר הם מתייזנים על

החזקת ילדים, מתייזנים הם כאפוטרופוסים טבעיים של ילדיהם וכל אחד מעלה את גרסתו וסברתו

בדבר טובת הילד... חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות, תשכ"ב-1962, אינו דורש כי בסכסוך

בדבר החזקת ילדים המתנהל בין הורים יתמנה איזה אדם וזולתם כאפוטרופוס אשר יופיע בשם הילדים,

וכאשר רוצים ההורים להתפשר, הרי נאמר בסעיף 24 כי הם רשאים להסכים ביניהם, אבל הסכם זה טעון

אישור בית-המשפט... תפקידו של בית-המשפט בהחלטה כזו הוא תפקיד של 'אביהם של יתומים',

היינו אביהם של קטינים וחסויים אחרים, ובית-המשפט לא יאשר פשרה כזאת אלא אם-כן נוכח, כי

ההסכם הזה הוא לטובת הקטינים, וחזקה על בית-המשפט שאכן נהג כך".

הסדר משפטי פטרנליסטי זה אינו נותן מענה הולם לצורכי הקטין מנקודת המבט של אלו הדוגלים בהענקת יתר אוטונומיה לקטינים. לדידם, כבודו וחירותו מחייבים קביעת הסדר משפטי אחר, שבו הקטין יזכה ליתר אוטונומיה בהכרעות הנוגעות אליו. ההסדר החקיקתי הנוהג במדינת ישראל ביחס לכשרות משפטית ואפורופסות לא פותר באופן הולם את בעיית ייצוג ילדים, כשהורים נתונים במצב של ניגוד עניינים עם ילדיהם. בכל הנוגע לחקיקה, חסרונן של הדוקטרינות בדבר טובת הילד וכשרות משפטית של קטינים, נובע מרצון היתר של המחוקק להגן על הקטין. נטייתו הפטרנליסטית-פרוטקטיבית של המחוקק הנובעת מהרצון להגן על טובת הקטין היא הפוגעת, בסופו של דבר, באוטונומיה של הקטין.

## 2. מגמות חדשות בשנים האחרונות

### 2.1 האמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד

העיקרון המנחה הנזכר לעיל, עקרון טובת הקטין-הילד, חל גם מכוח הוראות האמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד<sup>77</sup>. בסעיף 3 לאמנה זו, המבוססת בדרך כלל על תפיסת זכויות הילד, נזכר גם עקרון טובת הילד כמו גם בסעיפים המקנים זכויות לילדים: "בכל הפעולות הנוגעות לילדים, בין אם ננקטות בידי מוסדות רווחה סוציאלית ציבוריים או פרטיים ובין בידי בתי משפט, רשויות מינהל או גופים תחיקתיים, תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה" ("The best interests of the child shall be a *primary consideration*" (ההדגשה שלי - י.ק.)<sup>78</sup>).

זכות ייצוג של קטין - זכותו להיות שותף בהכרעות בעניינים הנוגעים אליו - נזכרת בסעיף 12 לאמנה, הקובע, בין היתר:

1. "מדינות חברות יבטיחו לילד המסוגל לחוות דעה משלו את הזכות להביע דעה כזו בחופשיות בכל עניין הנוגע לו, תוך מתן משקל ראוי לדעותיו, בהתאם לגילו ולמידת בגרותו של הילד.
2. למטרה זו תינתן לילד הזדמנות להישמע בכל הליך שיפוטי או מנהלי הנוגע לו במישרין או בעקיפין, באמצעות נציג או גוף מתאים".

עוד קיימים באמנה סעיפים העוסקים מפורשות בזכויות הילד ובטובתו בתחומים הנכרכים תדיר בתביעות גירושין: החוקת ילדים וחינוכם. לגבי הפרדת ילד מהוריו קובעת האמנה כי ילד לא יופרד מהוריו בניגוד לרצונם, אלא אם נקבע כי פירוד כאמור נדרש לטובת הילד;

77 ראו לעיל הערה 15. האמנה מיום 20.11.89. ישראל חתמה על האמנה ביום 3.7.90, ואשררה אותה ביום 4.8.91. האמנה נכנסה לתוקף לגבי ישראל ביום 2.11.91. בנוגע לאמנה ראו גם אלמוג, לעיל הערה 49, בע' 35-45.

78 ביחס לחשיבותו של סעיף 3 לאמנה ראו: D. McGoldrick "The United Nations Convention on: The Rights of The Child" 5 *Int'l J. L. & Fam.* (1991) 132, 135-137.

תוך כדי ההליכים תינתן לצדדים הנוגעים בדבר הזדמנות להשתתף בהליכים ולתת פומבי להשקפותיהם<sup>79</sup>. האמנה אף קובעת, כי המדינות החברות יעשו כמיטב מאמציהן להבטיח הכרה בעיקרון כי לשני ההורים אחריות משותפת לגידול ולהתפתחותו, ובראש מעייניהם תעמוד טובת הילד<sup>80</sup>. כמו כן מכירה האמנה בזכותו של הילד להינזק, שמטרתו לפתח את אישיותו של הילד, את כישורנותיו ואת יכולתו הגופנית עד למיצויים המלא<sup>81</sup>.

האמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד בישראל היא הסכמית ולא מנהגית. ישראל התמה עליה ואשררה אותה, אך לא עיגנה אותה בחוק ולא נתנה לה תוקף של חוק. על כן אין לאמנה תוקף משפטי, שווה ערך למעמד חוק מפורש ויש לה מעמד של מקור השראה פרשני<sup>82</sup>. בבג"צ 1554/95 עמותת "שוחר יגלית" נ' שר החינוך, התרבות והספורט<sup>83</sup> כתב השופט אור את הדברים הבאים:

"הוראות האמנה 'אינן חלק מהדין החל במדינת ישראל, אלא נורמות במשפט הבינלאומי' (בג"צ 419/83 דרון ואח' נ' המפקח על מטבע חוץ, בנק ישראל ואח', [פ"ד לח (2) 323]... בעמ' 333), וככאלה: 'אין האנשים הנוגעים בדבר רוכשים לעצמם כל זכות של ממש על יסוד ההסכם ואין הם יכולים לממש זכות כזאת בבית-המשפט, אם בתורת נהנים על-פי ההסכם או אחרת' (ע"א 145, 25/55 האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' סמרה ואח', [פ"ד י 1825]... בעמ' 1829). גם מטעם זה לא יכולים העותרים לשאוב מן האמנה בדבר זכויות הילד את הזכויות הקונקרטיות שלהן הם טוענים"<sup>84</sup>.

גם בפסקי דין נוספים מופיעה האמנה כמקור השראה פרשני. כך למשל בע"פ 5224/97 מ"י נ' אור שדה<sup>85</sup>, נדון עניינה של גנתת שהיאשמה בהתנהגות אלימה כלפי ילדי הגן בו עבדה. השופטת דורנר נדרשה לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד כדי להראות כי שימוש באלימות לצרכים חינוכיים אינו עולה בקנה אחד עם אותה "נחיצות סבירה", הנזכרת בפקודת הנויקין [נוסח חדש], תשכ"ח-1968<sup>86</sup>. השופטת ציטטה בפסק דינה את נוסח סעיף 19(1) לאמנה, הקובע כי "המדינות החברות ינקטו אמצעים תחקיקתיים, מנהליים, חברתיים וחינוכיים מתאימים, על מנת להגן על הילד מפני אלימות גופנית או נפשית לסוגיהן... שעה שהוא נתון בטיפול הורים, אפוטרופוסים חוקיים או אדם אחר המופקד על הטיפול בו"<sup>87</sup>.

79 ראו סעיף 9 לאמנה.

80 ראו סעיף 18 לאמנה.

81 ראו סעיפים 28 ו-29 לאמנה.

82 ראו ע"א 3077/90 פלונית נ' פלוני, פ"ד מט(2) 578, 593, לעניין מעמדו המשפטי של ילד שנולד מחוץ לנישואין, לאור סעיף 7 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד. כמו כן ראו בג"צ 103/67 דה אמריקן ארופין בית אל מישן נ' שר הסעד, פ"ד כא(2) 325, 333; בג"צ 785/87 עפו נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מב(2) 4, 38 לעניין מעמד אמנה שלא ניתן לה תוקף של חוק.

83 בג"צ 1554/95 עמותת "שוחר יגלית" נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד ג(3) 2, 28.

84 שם, שם.

85 ע"פ 5224/97 מ"י נ' אור שדה, פ"ד נב(3) 374.

86 ראו סעיף 7(24) לפקודת הנויקין [נוסח חדש], תשכ"ח-1968.

87 לעיל הערה 85, בע' 381-383.

בין היתר, שימש סעיף זה, כבסיס משפטי לעמדתה של השופטת, לפיה שימוש בכוח למטרות חינוכיות אינו הולם את הנורמות בחברתנו.

סעיף 19 לאמנה נזכר שוב בפסק הדין של השופטת ביניש בע"פ 4596/98 פלונית נ' מ"י<sup>88</sup>. באותו עניין הועמדה המערערת לדין בגין תקיפה והתעללות בשני ילדיה. במסגרת הדיון המשפטי נדרש בית המשפט בשנית, לשאלת הלגיטימיות של ענישה גופנית של ילדים על ידי הוריהם. כדי לבחון את ההיבט הנורמטיבי של התנהגות הורה כלפי ילדו, פנתה השופטת אל עקרונות אמנה בינלאומית זו: "האמנה אוסרת באופן מפורש על שימוש באלימות גופנית או נפשית כלפי ילדים, ומחייבת את המדינות לנקוט אמצעים למניעת אלימות כלפי ילדים"<sup>89</sup>. לאור עקרונות אמנה זו, בין היתר, הגיעה למסקנה כי "ענישה גופנית כלפי ילדים, או השפלתם וביזוי כבודם כשיטת חינוך מצד הוריהם, פסולה היא מכל וכל"<sup>90</sup>.

גם בע"פ 3112/94 אבו-חסן נ' מ"י<sup>91</sup> השתמשה השופטת דורנר בעקרונות האמנה כמקור השראה פרשני. באותו עניין נדון עניינו של נאשם, שהורשע בביצוע רצח כאשר היה קטין. בגין הרצח, גזר עליו בית המשפט עונש של מאסר עולם. מאחר שבעת ביצוע העברה היה הנאשם קטין, דנה ערכאת הערעור, בין היתר, בסוגיה של הטלת מאסר עולם על קטינים. השופטת דורנר דגלה בדעה כי דרושות נסיבות מיוחדות כדי שבית המשפט יעשה שימוש בסמכותו להטיל עונש מאסר עולם על קטין. לצורך ביסוס עמדתה זו, נדרשה השופטת לסעיף 87(א) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד, האוסר הטלת עונש מאסר עולם על קטין:

"הגם שעל-פי שיטתנו המשפטית אשרור האמנה לא הפך אותה לחלק מן המשפט הישראלי, נקבעה בפסיקה חזקה פרשנית, שעל-פיה קיימת התאמה בין חוקי המדינה לבין נורמות המשפט הבינלאומי שמדינת ישראל מחויבת להן, וכי החוקים יתפרשו – ככל שהדבר ניתן – כעולים בקנה אחד עם חזקה זו... כלומר, מקום שבו חוק מקנה לבית-המשפט שיקול-דעת לפגוע בהתחייבויות המדינה לפי אמנה בינלאומית, יימנע בית-המשפט, ככלל, מן הפגיעה, ויפעיל את שיקול דעתו בניגוד לאמור באמנה רק בנסיבות מיוחדות"<sup>92</sup>.

88 ע"פ 4596/98 פלונית נ' מ"י, פ"ד נד(1) 145. ראו עוד בנוגע לענישה גופנית לצורכי חינוך: א' סטרשנבוך ילדים ונוער בראי המשפט (תש"ס) 195-200; א' גורדון "שופטים ללא גבולות" תכלת 10 (תשס"א) 74-75. כמו כן, בית המשפט העליון הגן על הילד לא רק מפני ענישה גופנית על ידי הוריו, אלא גם מפני התעללות נפשית על ידם. ראו ע"א 2034/98 אמין נ' אמין (שרם פורסם), תקדין עליון 1324 (3) 199.

89 ע"פ 4596/98 פלונית נ' מ"י, פ"ד נד(1) 145, 185.

90 שם, שם.

91 ע"פ 3112/94 אבו-חסן נ' מ"י, פ"ד נג(1) 422.

92 שם, בע' 430.

השופטת דורנר הוסיפה ואמרה כי מאחר שהאמנה רואה בהטלת עונש מאסר על ילד כבלתי הומני, הטלתו אינה רצויה, ולכן גם אם בית משפט ישראלי מוסמך להטיל מאסר עולם על קטין, עליו להימנע מכך בהיעדר נסיבות מיוחדות המצדיקות זאת. בהצעת חוק זכויות הילד, תשנ"ה-1995<sup>93</sup> – הצעה שהגיש משרד המשפטים כדי לעגן בחוק את האמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד – נאמר, בין היתר, בסעיף 3: "כל רשות מרשויות המדינה חייבת לכבד, להבטיח ולקדם את זכויות הילד ואת טובתו בהתאם להוראות האמנה".

המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, יהודית קרפ, צפתה שלאחר קבלת ההצעה בחוק של הכנסת "החובה, המוטלת על פי חוק על רשויות המדינה, לכבד, להבטיח ולקדם את זכויות הילד שבאמנה, תתפרש כמחויבות אקטיבית של המדינה, לפעול למימושן של זכויות אלה, בדרכים (היחסיות) האמורות באמנה". בשלב זה, כיוון שהצעתה של גברת קרפ עדיין לא נתקבלה בחקיקת הכנסת, מגמה זו לא באה לכדי מימוש<sup>94</sup>.

שינוי בחקיקה, שמגמתה בעבר הייתה בדרך כלל פרטנליסטית-פרוטקטיבית, מתחולל לאחר שישאל חתמה על האמנה בדבר זכויות הילד ואשררה אותה. העיקרון המהותי החשוב ביותר באמנה בינלאומית זו – שכאמור לעיל, נחשבת כמקור השראה פרשני בישראל – הוא זה שבסעיף 12. מכוח עיקרון זה יש להבטיח את זכות הילד הנוגע בדבר להיות שותף להכרעות בעניינים הכרוכים בתביעת הגירושין, הנוגעים אליו, "תוך מתן משקל ראוי לדעותיו בהתאם לגילו ולמידת בגרותו של הילד".

לאור נוסח הסעיף אין תחום מסוים כלשהו בו להורים או למשפחה יש זכות הכרעה וייצוג ייחודית בענייני קטינים. האמנה קובעת עיקרון כללי: שבכל עניין הנוגע לילד יש להתחשב בדעתו.

החידוש בסעיף 12 לאמנה, אינו רק בזכות הילד לבטא דעותיו בעניינים הנוגעים אליו<sup>95</sup>

93 הצעת חוק זכויות הילד, תשנ"ה-1995 (עותק שמור במערכת). המדובר בעיגון של האמנה בחוק ולא במתן תוקף של חוק לאמנה. עיגון האמנה לפי ההצעה ייעשה בדרך של הצהרה על מחויבותן של כל רשויות המדינה לכבד, להבטיח ולקדם את זכויות הילד ואת טובתו, בהתאם להוראות האמנה. ההצעה אינה מקנה לאמנה מעמד של מקור זכויות עצמאי, בעל תחולה ישירה במשפט הישראלי.

94 המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, יהודית קרפ, הסבירה כי הצורך בחקיקה זו נובע בעיקר משניים אלה: "א. תפיסת זכויות הילד אינה נחלת הכלל בישראל ואינה מובנית לא בתפישת העולם של רשויות המדינה, ולא בתפישת העולם של כלל החברה על כל מרכיביו. ב. כידוע, טרם נחקק בישראל פרק זכויות היסוד החברתיות, הכלכליות והתרבותיות [זו בעיה כללית במדינת ישראל שאינה קשורה דווקא לזכויות של ילדים], ואילו האמנה לזכויות הילד מהווה, בין השאר, הצהרה (יחסית אומנם, המתנית במשאבים וביכולת) על קידום של זכויות יסוד אלו למען הילד [כך שלפחות בנוגע לילדים תהא אפשרות לקדם מימוש הזכויות הללו, בשלב זה – י.ק.]. הזכויות לבריאות, לחינוך ולרווחה בסיסיים של הקטין, והמשמעותיות הקונקרטיים של זכויות אלה, אינן מעוגנות בחוק בישראל, ולפיכך התביעה ליישומם, כמתחייב מהאמנה, נעדרת תשתית נורמטיבית פורמלית". מתוך מכתבה של יהודית קרפ, אל שר המשפטים, מיום כ"ז אדר א' תשנ"ה (27.5.95) (עותק שמור במערכת).

95 C. Price-Cohen "The Relevance of Theories of Natural Law and Legal Positivism" *The Ideologies of Children's Rights*, *supra* note 19, at pp. 53, 62

- אשר מעוגנת גם בסעיף 13 לאמנה, הקובע בין היתר: "לילד תהא זכות לחופש ביטוי" - אלא גם, ובעיקר, בהטלת חובה, על כל מקבלי ההחלטות הנוגעות לילד להתחשב בדעותיו. סעיף 12 לאמנה מקנה לילד זכות להישמע, במישרין או בעקיפין, באמצעות נציג ראוי, בהליכים הנוגעים לענייניו. אולם, האמנה אינה מקנה לילד זכות להישמע דווקא באמצעות נציג, שאינו הורה שלו, או נציג של הורה של<sup>96</sup>.

בסעיף 12 לאמנה מוענקת לקטין זכות להיות שותף בהכרעות הנוגעות אליו בכפוף לדוקטרינת הכישורים המתפתחים של הקטין. לאור דוקטרינה זו יש הצדקה להטלת מגבלות מסוימות בנוגע להענקת זכויות ייצוג לקטין כדי להגן עליו מפני נזק שהוא עלול לגרום לעצמו תוך הכרה בעובדה שהילדות מורכבת מכמה שלבים, וכי ניתן להסיר מגבלות בנוגע להענקת זכויות לילדים כשהילדים גדלים. המבחן אינו מבחן אובייקטיבי - של גיל - כלבד. קיימים גם מבחנים אינדיבידואליים-סובייקטיביים. יש לבחון מה היא מידת חריפותו האינדיבידואלית של כל קטין ומידת האינטליגנציה שלו. הזכות ניתנת: "בהתאם לגילו ולמידת בגרותו של הילד"<sup>97</sup>.

בחקיקה הישראלית, בתקופה שלאחר החתימה והאשרור של אמנה זו, נעשה לעתים שימוש הן במבחן אובייקטיבי - גיל הקטין, והן במבחן אינדיבידואלי-סובייקטיבי - מידת בגרותו. סעיף 13 לחוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים), תשמ"א-1991, קובע כמה חריגים ביחס להתחזרת ילדים חטופים. חריג אחד קובע: "הרשות השיפוטית או המנהלית רשאית כמו כן לסרב לצוות על החזרת הילד אם התברר לה כי הילד מתנגד להחזרתו וכי הוא הגיע לגיל ולרמת בגרות שבה מן הראוי להביא בחשבון את השקפותיו". המחוקק עשה שימוש במבחנים אלה גם בתקנה 295ט לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984, הקובעת בסעיף קטן (ה): "היה הילד בגיל וברמת בגרות שמן הראוי להביא בחשבון את השקפותיו לא יחליט בית המשפט בתביעה לפני שישמע אותו, אלא אם כן לא ראה בית המשפט צורך בכך מטעמים מיוחדים שיירשמו".

מקובלת עלי ההנחה, שיש להחיל בישראל את הוראת סעיף 12 לאמנה, בעניין זכות הילד להיות שותף בהכרעות הנוגעות אליו, בכפוף לעיקרון שנקבע בסעיף 5 לאמנה<sup>98</sup>, הקובע: "המדינות החברות, יכבדו את אחריותם, זכויותיהם וחובותיהם של הורים, או מקום שניתן ליישום, של בני המשפחה המורחבת או הקהילה, כנהוג על-פי המסורת המקומית, של אפוסטרופוסים חוקיים או של אישים אחרים האחראיים משפטית לילד, על מנת לספק, באופן המתאים לצורכי הילד המתפתח, הכוונה והדרכה נאותות בהפעלת הזכויות המוכרות באמנה זו". מכאן שזכות הילד להיות שותף בהכרעות הנוגעות אליו ניתנת לו תוך שמירת סולידריות התא המשפחתי. על ההורה ליידע ולהדריך את הקטין בנוגע לזכותו לייצוג.

96 .McGoldrick, *supra* note 78, at p. 132

97 אין לפרש ש"מידת בגרותו" נקבעת בהתאם לגילו, כי לאור פירוש זה קיימת כפילות מיותרת בביטוי "בהתאם לגילו ולמידת בגרותו". הבגרות היא הבגרות ה"נפשית" של הילד.

98 " רונן שיתוף הילד בקביעת משמורתו (תשנ"ז) 43-44.



## 2.2 חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו

זכויות אדם של ילדים הן זכויות אדם של מבוגרים. אלו ואלו נהנים מן הזכויות המוקנות להם במשפט הישראלי. הדוקטרינות הרלוונטיות בחקיקה ובפסיקה הישראלית, כגון העקרונות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, חלות גם כאשר נדון עניינם של ילדים<sup>99</sup>. לאור עקרון כבוד האדם בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, בין יתר העקרונות, יש להעניק לקטין, בנסיבות המתאימות, זכויות אדם המפורטות באופן המפורש והמפורט ביותר באמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד שישראל חתומה עליה ואשררה אותה.

חקיקה פטרנליסטית בישראל בתקופה שקדמה לחקיקת חוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו, כגון החוק המרכזי שהסדיר את היחסים המשפטיים בין ילדים קטינים והוריהם: חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, צריכה להתפרש ברוח הוראות חוק-יסוד זה. זאת לאור פסיקת בית המשפט העליון בדנ"פ 2316/95 **גנימאת נ' מ"י**<sup>100</sup>. עם זאת, הוראות חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות הן באופן בסיסי פטרנליסטיות, ויש גבולות לשינוי שיכול להתחולל בהסדרים המשפטיים שנקבעו בחוק זה מכוח פרשנות שמגמתה הענקת יתר אוטונומיה לקטינים.

בפסיקה הישראלית, הנזכרת לעיל, מחילים לעתים שופטים בישראל את עקרונות דוקטרינת זכויות הילד הנזכרים באמנה הנזכרת לעיל. בפסקי הדין הללו, באה לידי ביטוי מגמה של הענקת זכויות אדם לילדים. עם זאת, בפסקי הדין הללו, לא נדון מעמדו הכללי של עקרון זכויות הילד בהכרעות בענייני ילדים בישראל. מעמד זה נדון בפסקי הדין הנזכרים להלן.

### ה. פסיקה ישראלית בעניין מעמד עקרון זכויות הילד

מעמד עקרון זכויות הילד במשפט הישראלי נדון בעניין **פלוני, קטיץ**. בפסק הדין נדונה סוגיית חינוכם של ילדי הורים גרושים. האם, שהצטרפה לכת, טענה, שעקרון חופש הדת מקנה להורה את הזכות להקנות את עקרונות דתו ואמונתו לילדיו, ובמקביל מקנה הוא לילד את הזכות ללמוד מה היא דת הוריו. היא סמכה את ידיה גם על האמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד: לטענתה, ילדה זכאי להכיר את דת הוריו מכוח הוראת האמנה כי יש לכבד את חופש הדת והמצפון של הילד<sup>101</sup>.

השופט שמגר סבר, שכאשר מעורבות זכויות יסוד חוקתיות, ההכרעה בסכסוך בין הצדדים צריכה להתקבל לאור עקרון זכויות הילד, ואין להסתפק בעקרון טובת הילד כמבטא את האינטרס של הילד במסגרת הסכסוך:

99 תמ"ש (ת"א) 23860/96 **פלוני נ' פלונית** (טרם פורסם), תקדין משפחה (2) 97. 7. ראו גם א' ברק **פרשנות במשפט** (תשנ"ד, כרך ג: פרשנות חוקתית) 435; עזר 1059/96 **מ"י נ' י. ת.** (לא פורסם, עותק שמור במערכת), פסקה 9 לפסק דינו של השופט פלפל.

100 דנ"פ 2316/95 **גנימאת נ' מ"י**, פ"ד מט(4) 589.

101 ראו עניין **פלוני, קטיץ**, לעיל הערה 2, בע' 232-233. ראו גם: סעיפים 2 ו-14 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד.

"המושג 'זכויות הילד' רחב מן המושג 'טובת הילד', ואף חובק אותו בתוכו. זכויות הילד אינן רק חיפוש רווחתו של הילד אלא השתתת מעמדן על מערכת זכויות חוקתית, כשל בגיר, כאשר טובתו היא אך אחד הנדבכים ומערכת הזכויות כולה רחבה יותר ועשירה יותר בתוכנה ובדרכי יישומה"<sup>102</sup>.

במקרה זה העדיף השופט שמגר הכרעה לאור עקרון זכויות הילד, בין היתר, מפני שלדעתו עקרון טובת הילד הוא סובייקטיבי-רגשי, ומבוסס על הפעלת שיקול דעת והערכה של בית המשפט בנוגע לנסיבות ולעובדות במקרה הספציפי. לדידו, מפני שקשה לזהות מה היא טובת הילד, עקרון טובת הילד הוא קשה ליישום<sup>103</sup>. לעומתו, מושג 'זכויות הילד' הוא, לדעת השופט שמגר, שווינוי, חף מכל שיקולים דתיים וערכיים, חוקתי-נורמטיבי, מבוסס על מערכת זכויות מוכרת, ובמתכונת הקיימת באמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד הנו מושתת גם על השאיפה להכיר בטובת הילד<sup>104</sup>.

בפסק דינו של השופט שמגר קיימים מסרים סותרים. מחד גיסא כתב השופט שמגר, בנוגע למעמד עקרון זכויות הילד בישראל, כי "התפיסה שמקפל המושג בתוכו היא זו: הילד הוא יצור אוטונומי בעל זכויות ואינטרסים עצמאיים מאלה של הוריו"<sup>105</sup>.

אולם אוטונומיה זו מצומצמת: "אין ספק כי קטינים נהנים מאוטונומיה, אולם היקפה של זו בהכרח מצומצם יותר... והוא מוגדר בהתאם להיקף זכותו של ההורה. הקונפליקט מתעורר כאשר מבקש הורה לעשות פעולות שונות בתחום זה. השאלה היא אם הפעולה מצויה בתחום זכותו של ההורה בלבד, או שמא מוגנת היא אף על-ידי זכותו העצמאית של הילד. במצב דברים זה המדינה צריכה לקום ולהגן על זכותו של הילד, לא מפני התערבות או פגיעה מצד המדינה, אלא מפני פגיעה בה על-ידי פרט אחר, במקרה זה ההורה"<sup>106</sup>.

אולם אף שטר זה, של אוטונומיה מצומצמת, שוברו בצדו. במידה רבה מרוקן השופט שמגר מתוכנם את הדברים שכתב בנוגע להענקת אוטונומיה לקטין משום שהוא מכפיף את זכות הקטין לאוטונומיה מוגבלת זו לעקרון טובת הילד ולתועלתו הכללית: "נקודת המוצא היא כי קטין אינו מסוגל לקבל באופן עצמאי הכרעות בעניינים שונים, ועל-כן ההכרעות בעניינים אלו נמסרות להוריו, ובעת מחלוקת ביניהם - לבית המשפט. הן ההורים והן בית המשפט, כאשר הם בוררים בין אפשרויות ומכריעים ביניהן, אמונים על טובת הילד. ודוק: המדובר בטובת הילד כמטרה, כתכלית, אולם לא בהכרח כאמת מידה וכמנגנון הכרעה. מודל זכויות הילד אינו מתרכז אך בזכות האחת העומדת על הפרק, תוך התעלמות מזכותו הכללית או מ'טובתו' הכללית (כתכלית, לא כאמת מידה) של הילד... גישת 'זכויות הילד' אינה מבכרת את 'זכויותיו' של הילד על 'טובתו'. להפך, היא מחזקת את מעמדו של הילד, בכך שהיא גורסת שיש לעבות את ההגנה הניתנת לאינטרסים שלו, ולהשתיתה על יסוד

102 עניין פלוני, קטין, שם, בע' 263.

103 עוד בנוגע לקושי לזהות מהי טובת הילד בישראל ראו לעיל הערה 53.

104 עניין פלוני, קטין, לעיל הערה 2, בע' 254.

105 שם, שם.

106 שם, בע' 257.

חוקתי, יציב ועקרוני. בהצגת המודל באופן זה מצטמצם הפער בין הגישות, וההבדל ביניהם הופך לסמנטי<sup>107</sup>.

דעתו של השופט מצא בעניין הייתה, כי "שני המבטנים ראויים להתקיים זה לצד זה מבלי שיתעורר הכרח לקבוע איזה משניהם ראוי להיחשב כרחב מזולתו וככולל את זולתו, ואף בלי לדרגם – לפי סדר הקדימות והחשיבות – זה מעל זה"<sup>108</sup>.

מנגד, השופטים שטרסברג-כהן, אור וזמיר העדיפו הכרעה לאור עקרון טובת הילד על פני הכרעה לאור עקרון זכויות הילד<sup>109</sup>.

השופטת שטרסברג-כהן הכירה בחשיבות הדוקטרינה של זכויות הילד, אשר "מעלה על נס את הילד כיצור אוטונומי בעל זכויות משלו, שאותן רשאי הוא לממש ושעליהן זכאי הוא שהחברה תגן"<sup>110</sup>. היא אף הייתה ערה לעובדה, שיש יתרון בשימוש בדוקטרינת "זכויות הילד" שהיא "מבחן אובייקטיבי יותר מאשר 'טובת הילד', שהוא מבחן גמיש, רחב ובלתי מוגדר, המתמלא בתוכן על-ידי בית המשפט על-פי הראיות שלפניו ועל-פי שיקול הדעת השיפוטי שלו"<sup>111</sup>. אף על פי כן, סברה השופטת שטרסברג-כהן שבמקרה הנדון היה נכון להשתמש בדוקטרינת "טובת הילד" ולהעדיפה על פני דוקטרינת "זכויות הילד"<sup>112</sup>. לדידה, עקרון "טובת הילד" נותר עקרון-על בהכרעות בענייני ילדים, ותחתיו דרים שיקולים אחרים, ו"זכויות הילד" בכללם. בסופו של דבר הגיעה השופטת שטרסברג-כהן לאותה מסקנה שאליה הגיע השופט שמגר, אולם בדרך אחרת. אין בפסק דינה הסבר ברור מדוע

107 שם, בע' 264. השופט שמגר הוסיף וכתב: "המטרה אינה פיתוחו של מנגנון שתוצאתו פגיעה בזכויותיהם של ההורים והצרת האוטונומיה של המשפחה... הזכויות, שהפגיעה או הסכנה לפגיעה בהן מגיעות את ההליך, מוגדרות מלכתחילה תוך לקיחה בחשבון של מעמדם של ההורים ושל החשיבות הרבה שבשימור האוטונומיה של המשפחה. על-כן, יש מקרים שהגדרתית אינם מקצים לבית המשפט סמכות להיכנס לדיון, כי 'הפגיעה' בזכותו של הילד לאו פגיעה היא, לאור ההגדרה האמורה של הזכות... וזאת מתוך איוון בין הפגיעה הקלה בזכותו של הילד מול הנזק שעלול להיגרם למשפחה, ומכאן גם לילד, כתוצאה מהתערבות יתר של בית המשפט והדירה לאוטונומיה של המשפחה".

108 שם, בע' 274. בנסיבות המקרה הנדון בעניין פלוני, קטיין סבר השופט מצא שלעקרון זכויות הילד שני יתרונות בולטים: הוא נותן ביטוי מודגש למעמד הילד, כצד עצמאי בהליך המשפטי שבין הוריו, שבמסגרתו אמור בית המשפט להכריע בעניינו שלו. כמו כן, ההכרעה השיפוטית מושתתת על בסיס נורמטיבי ניטרלי, בעוד ההכרעה לאור עקרון טובת הילד הייתה מחייבת בחינה עובדתית קונקרטי של שאלה, שעל פניה אינה יכולה לזכות למענה מניח את הדעת.

השוו לדברי השופט חשין בבג"צ 5227/97 דודי נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד נה(1) 453, בע' 461. (להלן: עניין דודי); "יש המעדיפים לדבר לא על 'טובת הקטין', אלא על 'אינטרס הקטין' או על 'זכות הקטין'. אך לענייננו אין צורך שנרחיב בשאלה זו... אין חולקים על היותו של עקרון טובת הילד – לחלופין: זכות הילד – עקרון-על, והשאלה אינה אלא מה היא אותה טובה, מה תוכנה של אותה זכות".

109 עניין פלוני, קטיין, לעיל הערה 2, בע' 266-267, 273, 277. ראו גם אלמוג, לעיל הערה 49, בע' 48.

110 עניין פלוני, קטיין, שם, בע' 267.

111 שם, בע' 268.

112 שם, בע' 268-271.

הועדפה באופן כללי דוקטרינת "טובת הילד" על פני דוקטרינת "זכויות הילד", ובמיוחד נעדר הסבר להימנעות מביצוע המעבר מפטרנליזם למתן יתר אוטונומיה לילדים באמצעות ייחוס חשיבות לעקרונות של דוקטרינת זכויות הילד.

השופט זמיר סבר שהדרכים שבהן הלכו הנשיא שמגר והשופטת שטרסברג־כהן מובילות לאותו יעד. הוא העדיף בסופו של דבר את דוקטרינת טובת הילד, בין היתר מפאת הנימוק שזהו מבחן שעמד בשיני הזמן והוא מוכר ומקובל על הקהילייה המשפטית והציבור הרחב, ומפאת נימוקים נוספים שאינם נקיים מספקות<sup>113</sup>.

השופט אור כתב שהוא נוטה לעקרון טובת הילד מהנימוקים הנזכרים בפסקי הדין של השופטים שטרסברג־כהן וזמיר, ואף הוא לא עמד על המשמעות הפילוסופית והמשפטית החשובה של הדוקטרינה שחרטה על דגלה הענקת יתר אוטונומיה לקטינים<sup>114</sup>.

מהנימוקים ומהטיעונים בפסק הדין עולה, שכל השופטים הכירו בכך שמאחר שישראל חתמה על האמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד, ואשררה אותה, יש לייחס חשיבות לעקרונות האמנה, שהם יישום הלכה למעשה של עקרון זכויות הילד. המחלוקת ביניהם הייתה בנוגע ליחס הראוי בין עקרון זכויות הילד לעקרון טובת הילד. אין חולק על הנחת היסוד, שלפיה עקרון זכויות הילד ועקרון טובת הילד הם עקרונות יסוד בכל הכרעה שיפוטית בנוגע לילדים בישראל. מההכרעה השיפוטית בעניין **פלוני, קסין** מתבקשת המסקנה שכל הכרעה בישראל בסוגיות הנוגעות לילדים צריכה להתבסס בעיקר על שיקולים מהותיים: עקרון טובת הילד ועקרון זכויות הילד, שהם עקרונות היסוד המנחים של המשפט הישראלי בנוגע לילדים.

המשכה של מגמה זו בפסיקה, שמחד גיסא משתמשת בטרוריקה של הענקת "זכויות" לילדים, ומאידך גיסא מושתתת על הענקת הזכויות הללו מנקודת מבט פטרנליסטית, בא לידי ביטוי בפסקי הדין של השופטים דורנר וחשין בעניין **הי"ם נ' פלונית**<sup>115</sup>. בפסק דין זה אושרה, בדעת הרוב, הכרות בנה של המשיבה כבר־אימוץ והשאתו במשפחה המאמצת עקב היעדר מסוגלות הורית של המשיבה, וזאת לאור חוות דעת פסיכולוגיות, שלפיהן ניתוק הילד מהוריו המאמצים והעברתו למשיבה עלולים לגרום לו נזק בלתי הפיך. בין היתר, דנים השופטים בפסק הדין, בעקרונות היסוד בנוגע לילדים: טובת הילד וזכויות הילד.

113 השופט זמיר כתב, **שם**, בע' 276: "המבחן של זכויות הילד יוביל לתוצאה הפוגעת בשלום הילד, בהתפתחותו או באושרו, הרשות נתונה לבית המשפט, ובעצם החובה מוטל עליו, להכריע לפי טובת הילד". ברור שדעה שחובה זו מוטלת על בית המשפט מקובלת גם על הדוגלים בדוקטרינת "זכויות הילד", כמובן שבו היא מופיעה באמנת האו"ם בדבר זכויות הילד, שבה כלול סעיף 3, הנזכר לעיל, הקובע בין היתר: "תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה". אף ההנחה שלו שדוקטרינת זכויות הילד מגנה על "זכויות" ודוקטרינת "טובת הילד" מגנה על "אינטרסים", ותחום האינטרסים רחב מתחום הזכויות, אינה נקייה מספקות.

114 **שם**, בע' 273.

115 עניין **הי"ם נ' פלונית, לעיל** הערה 46, בע' 66. **שם**, בע' 94, כתב השופט חשין, כי מבקש הוא להבהיר "הבהרת יתר של מושגי יסוד" בנוגע לטובת הילד וזכויות הילד. בעניין המחלוקת שנתגלעה בין השופטים בעניין **פלוני, קסין** הוא תוהה האם אלו "חילוקי דעות של אמת", או שמא מדובר בעיקר

זכויות הילד בפסיקה בישראל – ראשית המעבר מפטרנליזם לאוטונומיה

השופטת דורנר, שהסתמכה בין היתר על האמור בסעיפים 3(1) ו-12 לאמנה בדבר זכויות הילד, כתבה:

“מתפיסת הילד כישות עצמאית מתבקשת גם זכותו כי יתחשבו ברצונו ובמאווייו בגבולות האפשר. לגישה זו ניתן ביטוי בסעיף 12 לאמנה”<sup>116</sup>.

היא אף השתמשה בטרמינולוגיה “זכויות הילד”, ועמדה על ההשוואה בין הזכויות הללו לבין “זכויות” ההורים, אשר, ככל הזכויות האחרות, אינן מוחלטות. השופט חשין, הזכיר, בין היתר, את סעיף 12 לאמנה בדבר זכויות הילד, וכתב:

“עמדת המוצא היא באינטרסים, במאוויים וברצון שיש לכל איש ואיש... זכות היא: אינטרס, רצון ומאוויים מוגנים במשפט... לעניינן של ‘זכויות’ ו‘חובות’ אפוא, תחנת המוצא היא שדין קטן – ולו מקטני-קטנים הוא – כדין בגיד הוא... המשפט מכיר באוטונומיה של הפרט לגבש את רצונו כנראה לו על-פי ‘טובתו’: הפרט הוא המחליט על ‘טובתו’ שלו: ‘טובתו’ היא רצונו, ורצונו הוא ‘טובתו’”<sup>117</sup>.

בפסק דינו של השופט חשין ניכר מאמץ, שיש לברך עליו, לחדד את המונחים המשפטיים “אינטרס” ו“זכות” של ילדים. השופט חשין סבור שהשימוש במונח “אינטרס” לעומת השימוש במונח “טובה” הנו מהותי ביותר, וזאת משום שמושג ה“טובה” הוא אמורפי וחמקמק ממושג ה“אינטרס”. מושג ה“אינטרס” להבדיל ממושג ה“טובה”, מדגיש את זכותו של הילד הקטין כלפי הוריו וכלפי העולם, ובה בעת מחליש את יסוד הפטרנליזם הטבוע במושג ה“טובה”. בעוד שמושג ה“טובה” הופך את הילד הקטין – לאו דווקא בכוונה אלא בלא משים – לאובייקט ולמטרה שעליה אחרים משפיעים, מושג ה“אינטרס” מחייב התייחסות אל הילד כאל אדם, בעל זכויות בפני עצמו<sup>118</sup>. השופט חשין קורא להשלכת גלימת הפטריארך המעניק “טובה” לאלו הנתונים תחת חסותו, ולהתמודדות עם זכויות הקטין. כנגד זכותם של האם והאב של הקטין הוא מבקש להעמיד את זכותו של הקטין עצמו. לדידו:

“בהולכנו בדרך זו, בהעמידנו זכויות אל מול זכויות – זכויות הילד אל מול זכויות הוריו – יתחזק מעמדו של הקטין גם כאישיות עצמאית במשפט, להבדילו מתפיסת הקטין כמושא (אובייקט) במשפט... לא עוד נעטה את גלימת הפטריארך המעניק ‘טובה’ לנתיניו, אלא יוטל עלינו להתמודד עם זכויות של הקטין. כנגד זכותם של אם ואב תעמוד זכותו של הקטין”<sup>119</sup>.

בשימוש בטרמינולוגיה שונה “וברבדים שונים של חשיבה והפשטה”.

116 עניין הי”מ נ’ פלוגית, שם בע’ 66.

117 שם, בע’ 94-96.

118 שם, בע’ 98-99.

עם זאת, "זכויות הילד", שעליהן כתבו השופטים דורנר וחשין, קשורות בטבורן לעקרון טובת הילד. אין בפסיקתם בשורה גדולה של הענקת אוטונומיה לילדים. השופטת דורנר משנה את הטרמינולוגיה שלה, ובשלב מסוים מדברת בפסק דינה על ה"אינטרסים" של הילד וזונחת את הטרמינולוגיה "זכויות". כמו כן היא מציינת שלאור עקרונות האמנה בדבר זכויות הילד יש לייחס "מעמד בכורה" לעקרון טובת הילד<sup>120</sup>.

השופט חשין כתב: "טובת" הקטין הינה המקבילה המהותית לרצון הבורג. ביסוד ובתשתית ייצא האינטרס: גם לעניינו של בגיר גם לעניינו של קטין. אינטרס של בגיר - הבגיר (ככלל) יכריז עליו, וביטוי ברצונו. קטין, שאין הוא בשל כדי הבעת רצון - כהשקפת החברה ושיטת המשפט - נביע אנו את 'רצונו'<sup>121</sup>. (ההדגשה שלי - י.ק.).

בסופו של דבר, כדי לבחון את האינטרסים הראויים להגנה אצל הקטין, ועל מנת לבחון את רצונו של הקטין ואת "זכויותיו", סבור השופט חשין, שיש צורך לעשות שימוש ב"פאטרנליזם הקונסטרוקטיבי והטוב של המשפט":

"במה דברים אמורים שהמשפט נכון לפרוס חסותו ולהגן על רצון האדם (רצון שנמצא ראוי), בבגיר שפוי בעל תוכנה. ומה דינו של קטין, אותו אדם קטן ממדים שכשר הוא לזכויות אך רצונו ושיקול דעתו אינם בשלים - להשקפת החברה - כדי הכרה בהם כרצון יוצר אינטרסים וכבשיקול-דעת סביר? במקום זה ייבנס לכלל פעולה הפאטרנליזם הקונסטרוקטיבי והטוב של המשפט... אשר לקטין שרצונו אינו בשל דיו, נקים אנו את 'רצונו', נפעל בשמו ומשמו של הקטין, ולהגנת רצון 'קונסטרוקטיבי' זה - רצון שנייחס לקטין, רצון-שאינו-רצון - נקנה לו זכות. וכיצד נכוונן אותו 'רצון'? אף אתה אמור: על פי 'טובתו' של הקטין. 'טובתו' הקטין היא חומר גלם. ומחומר גלם זה נלוש את זכותו - או את אי-זכותו - של הקטין. למותר לומר שאינטרס הקטין - בעניינו שלנו, הבורגים - יכול שיסתור את רצונו האמיתי של הקטין... 'זכותו' [= 'טובתו'] של קטין תיקבע בראש ובראשונה בידי הוריו של הקטין (ראו למשל סעיפים 15 ו-17 לחוק הכשרות), ובחילוקי דעות יקבע אותה בית המשפט (ראו, למשל, סעיף 25 לחוק הכשרות)<sup>122</sup>. (ההדגשה שלי - י.ק.).

השופט חשין חזר על עמדתו זו, בעניין דויד, הנוגע למחלוקת בין הוריו הגרושים של ילד. אחד מהם חפץ שהילד יזכה בחינוך ממלכתי-דתי, והשני העדיף שיזכה בחינוך ממלכתי. זכות ילד להתחנך בבית ספר המקדם בצורה ההולמת ביותר את טובתו עמדה על הפרק:

"זכות-יסוד הקנויה לכל בוגר - כי לא ייפגע לא בגופו ולא בנפשו - וזו זכותו של הילד שאינו אלא איש קטן... ודוק, בזכותו של הילד אנו מדברים - בזכותו העצמאית - ולא בזכותם של הוריו או בזכותו של מאן דהוא

119 שם, בע' 100.

120 שם, בע' 67.

121 שם, בע' 97. ראו גם עניין דויד, לעיל הערה 108, בע' 459-464.

המבקש לעשות לטובתו. פירוש הדברים הוא, שזכותו של הילד עשויה לדחוק במקרים מסוימים את זכויותיהם של הוריו (ראו עוד: פרשת פלונית (דנ"א 7015/94) בע' 99-100; פרשת פלוני ע"א 2266/93, בעמ' 254-259). אכן, יש שהמאבק בין ההורים מעורר חשש ממשי כי טובתו של הילד תיזנח וזכותו לייצוג הולם תיפגע. במקרים אלה – מקרים של ניגוד עניינים בין ההורים לבין הילד – קמה ועומדת זכותו של הילד לייצוג עצמאי ונפרד משל הוריו" (ראו עוד: ע"א 878/96 פוילוב נ' פוילוב, בע' 214-215)<sup>123</sup>.

אמנם נזכרת "זכותו העצמאית" של הילד. מבחינת הטרימינולוגיה, הוחלף המונח "טובת הילד" במונח "זכותו". אולם מבחינת המהות לא חל שינוי של ממש. נקודת המבט הפטרנליסטית בנוגע להכרעה בנוגע לגורלו של הקטין לא השתנתה. אמו עותרת בשמו, וכל הסוגיה נבחנת באספקלריה של עקרון טובת הילד שהוא "עקרון-על". אחרים פועלים למען הילד, לטובתו.

## ו. סוף דבר

בפסיקה הישראלית אין פריצת דרך משמעותית בכיוון של אימוץ דוקטרינת "זכויות הילד" והעדפתה על פני הדוקטרינה הוותיקה יותר: "טובת הילד". לעתים השתמשו השופטים בטרימינולוגיה של "זכויות הילד", אך המהות לא השתנתה. השופט חשין סבר שכאשר מדובר על "זכויות" הילד נקודת המוצא לבחינת הזכויות הללו היא קביעת הבגירים בדבר "רצונו" של הקטין, וזאת בהסתמך על הבנת הבגירים בנוגע ל"טובתו". נקודת המוצא הבסיסית הפטרנליסטית, נותרה בעינה. אין בפסקי הדין שהובאו לעיל בשורה של הענקת אוטונומיה לקטין עצמו. אין לו זכות מוקצית להיות שותף, שדעתו העצמאית נשמעת בהכרעות שיפוטיות בנוגע לענייניו, או להיות מיוצג ייצוג עצמאי בדיון משפטי בענייניו.

כאמור לעיל, אף בפסק דינו של הנשיא שמגר, בעניין פלוני, קטין, אין פריצת דרך משמעותית בכיוון של הענקת יתר אוטונומיה לקטינים. הנשיא שמגר מייחס חשיבות יתרה לאינטרסים של הקטין. הוא ניסה לכפוף את תפיסתו בדבר זכויות הילד לצרכים המיוחדים של ילדים, הנבחנים מנקודת המבט הפטרנליסטית שלו. כשמשמעות הענקת "זכויות" לילדים מצומצמת, ואינה כוללת חובה לשמוע קטינים ולהעניק להם זכות ייצוג עצמאית. "המהפכה" שמבקש לחולל הנשיא שמגר קטנה יחסית. תפיסתו של הנשיא שמגר בנוגע ל"זכויות" הילד אינה פתרון כולל להסדרונות של דוקטרינת טובת הילד. במבט שני, הפער בין התפיסות של השופטים שטרסברג כהן ושמגר קטן יותר מכפי שנדמה תחילה. הנשיא שמגר עושה שימוש בעיקר ברטוריקה של "זכויות", והשופט שטרסברג כהן מייחס חשיבות ראשונה במעלה

122 עניין פלונית, לעיל הערה 46, בע' 96-97.

123 עניין דודי, לעיל הערה 108, בע' 461. השופט חשין כתב שם, בע' 461, כי יש המעדיפים לדבר לא על "טובת הקטין" אלא על "אינטרס הקטין", או על "זכות הקטין", אולם הוא סבר שאין צורך להרחיב בשאלה זו, ולצורך הדיון הוא השתמש במונחים "זכות" ו"טובה" בלא כל הבחנה מהותית ביניהם.

לעקרון טובת הילד, ומתנגדת לרטרוריקה, המייחסת יתר חשיבות ל"זכויות הילד". שניהם גם יחד מייחסים חשיבות יתרה לתועלת שמפיק הילד ולאינטרסים שלו.

בכל פסקי הדין של בית המשפט העליון, שדנו בעקרון "זכויות הילד" חסרה אמירה חד-משמעית בדבר שינוי מגמה: הענקת יתר אוטונומיה לקטין, הימנעות ככל האפשר מפטרנליזם לגבי קטינים ופרשנות הוראות חוק רלוונטיות, בעיקר בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, ברוח המגמה החדשה, החורטת על דגלה את עקרון "זכויות הילד". דוקטרינת זכויות הילד, צריכה לבוא לידי ביטוי בולט יותר בשיקולים של השופטים בישראל. בית המשפט צריך לבחון את עניינם של קטינים לאור שני עקרונות יסוד: טובת הילד וזכויותיו.

הפתרון הרצוי, המושתת על מעבר מאספקלריה שעיקרה טובת הילד אל אספקלריה שעיקרה זכויות הילד, חייב לבוא לידי ביטוי גם בחקיקה מתאימה. בראש ובראשונה יש לשנות את עקרונות היסוד הפטרנליסטיים בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, ולהעניק לקטין יתר אוטונומיה.

אמנם, לעת הזאת, כשעדיין לא חל שינוי משמעותי בהסדרים הפטרנליסטיים שבחוק זה, ייתכן כי החקיקה הקיימת מהווה מכשול בפני שופטי בית המשפט העליון, החוששים מפני חקיקה שיפוטית; אולם נראה שאף לפני ביצוע תיקונים בחקיקה, יש מקום, במידת האפשר, לפרש את החקיקה הישראלית ברוח עקרונות האמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד.

עם זאת, אין להתעלם מן השינוי המתחולל בהדרגה בהווה המשפטית בישראל. באופן הדרגתי חודרות לישראל - בעיקר באמצעות אמנה בינלאומית, ובמידה מועטת באמצעות חקיקה - השקפות עולם חדשות, שמקורן בדוקטרינה החורטת על דגלה את קידום זכויות הילד. אמנם הפסיקה הישראלית לא אימצה עדיין את המהות של דוקטרינה זו כהשקפת עולם דומיננטית בנוגע ליחסים המשפטיים בין הורים וילדים. אולם, אין ספק שהשקפות עולם שמקורן באסכולת "זכויות הילד" הולכות וכובשות להן מקום במציאות המשפטית שלנו, בתחומים שונים, ובעתיד סוגיות משפטיות רבות בנוגע לדיני הורים וילדים תיבתנה לאור שתי דוקטרינות - טובת הילד וזכויות הילד.