

פסיקת בתי המשפט שלאחר הצטרפות ישראל לאמנה בדבר זכויות הילד¹ – האומנם עידן חדש?

א. מבוא

במישור המהותי. גם בפסיקה שקדמה לאמנה אפשר למצוא שימוש במושג "זכויות הילד" והכרה מסוימת בתפיסות יסוד הדומות לתפיסות היסוד של האמנה. **שנית**, ההכרה באותן תפיסות יסוד לא התפתחה בפסיקה בצורה לינארית לאורך השנים. אפשר לאתר הכרה משמעותית בתפיסות היסוד של האמנה בפסיקה המוקדמת של בית המשפט העליון. דווקא בשנים שקדמו לחתימת ישראל על האמנה אפשר לאתר מגמה של ירידה בהכרה בתפיסות יסוד אלו. **שלישית**, אף כי אין מדובר במהפכה, ללא ספק הייתה להצטרפות ישראל לאמנה השפעה של ממש על ההכרה בזכויות הילד, הן במישור הרטורי והן במישור המהותי.

במאמר זה נצביע על העצמה ועל המאפיינים המשתנים בפסיקה לאורך שנים של נוכחות המושג "זכויות הילד" ושל התפיסות המרכזיות הנוגעות לזכויות הילד שאפשר למצוא באמנה. המאמר לא נועד לבחון את הפסיקה בבחינה ביקורתית אלא לנסות לאתר ולאפיין מגמות ותהליכים.

ב. האמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד

האמנה היא המסמך הבין-לאומי המקיף והחשוב ביותר בתחום זכויות הילד שנערך עד היום. קדמו לאמנה הצהרת זינבה בדבר זכויות הילד משנת 1924 והצהרת האו"ם בדבר זכויות הילד משנת 1959.⁵ האמנה, אשר אושררה על ידי כל מדינות העולם למעט סומליה וארצות-הברית⁶, הנה המסמך הבין-לאומי אשר אושרר עד היום על ידי המספר הרב ביותר של מדינות בעולם. היא נכנסה לתוקף בישראל בנובמבר 1991 לאחר

בע"פ 4596/98 **פלוגית נ' מ"י**², קובעת השופטת בניש כי "היום בעידן שלאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובעידן שלאחר הצטרפות ישראל לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד"³, אין להתיר עוד שימוש בענישה גופנית כלפי ילדים. הצגת התקופה שלאחר הצטרפות ישראל לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד משנת 1989 כעידן חדש בפסק דין זה ומספר פסקי דין נוספים שנחנו על ידי בתי משפט בערכאות השונות בתחילת שנות התשעים, מצביעה לכאורה על שינוי תפיסתי עמוק הנקשר קשר ישיר וגלוי להצטרפות ישראל לאמנה⁴. מטרת מאמר זה היא לבחון עד כמה אכן השפיעה האמנה על הפסיקה הישראלית ואם באמת הביאה לעידן חדש בפסיקה. בחינת הדברים תיעשה בשתי רמות: (1) **הרמה הרטורית** – בחינת המידה והאופן שבהם משתמשים במונח "זכות הילד" או "זכויות הילד" בפסיקה הישראלית לאורך השנים, הן לפני הצטרפות ישראל לאמנה והן לאחריה, ובחינת הקשר שבין דרך השימוש במונחים אלו ובין הצטרפות ישראל לאמנה; (2) **הרמה המהותית** – האם ועד כמה השפיעה הצטרפות ישראל לאמנה על תפיסות העומק של הפסיקה בתחום דיני הורים וילדים פרט להיבטים הרטוריים.

הזכויות המנויות באמנה מוענקות לילדים כילדים, מתוך הכרה בילדות כשלב מובחן בחיים. כלומר הרציונל למתן הזכויות אינו הכנת הילד לבגרות או הבטחת זכויותיו כמבוגר בעתיד, אלא הכרה בכך שהזכויות הן זכויותיהם של ילדים בעת היותם ילדים

אף שהתוצאה של הבחינה שתיעשה במאמר זה אינה חד-משמעית, אפשר למצוא בה עניין וחשיבות בכמה היבטים. **ראשית**, כפי שנראה בהמשך הדברים, אין מדובר במהפכה. זאת, הן במישור הרטורי והן

* דוקטור למשפטים. חברת סגל, בית הספר למשפטים המסלול האקדמי המכללה למינהל. אני מודה לדניאל דלית ליתן על סיועה הרב במחקר, לחברי מערכת כתב העת "המשפט" ובמיוחד לחבר המערכת נמרוד גרון על הערותיהם היסודיות והחשובות. תודה מיוחדת לרוברט ליכטנשטרן על הערותיו המעמיקות שסייעו להבהיר נקודות מרכזיות במאמר. תודתי לקרן קונרד אדנאואר ומרכז מינהל זכויות האדם, באוניברסיטה העברית בירושלים ולבית הספר למשפטים במסלול האקדמי המכללה למינהל על סיוע במימון מחקר זה.

1 האמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 31, מס' 1038, ע"י 221 (להלן: "האמנה בדבר זכויות הילד" או "האמנה").
 2 ע"פ 4596/98 **פלוגית נ' מ"י**, פ"ד (נד) 145.
 3 **שם**, בע"י 185.
 4 לפסקי דין הקושרים בין הצטרפות ישראל לאמנה בדבר זכויות הילד לבין קיומו של שינוי תפיסתי עמוק ראו בין היתר ע"י 2266/93 **פלוגי נ' פלוגי**, פ"ד מט(1) 221, 248 (דברי הנשיא שמגר) (להלן: פרשת **פלוגי**); ע"י 277/98 **בורחוב נ' בורחוב** (לא פורסם), תקדין משפחה 3275/98 **ורשביאק נ' פלוגית** (לא פורסם), תקדין משפחה 14840 (2)1998 (פסק דינה של השופטת רוטלוי); דניא 7015/94 **ה"מ נ' פלוגית**, פ"ד נ(1) 48 (פסק דינה של השופטת דורנר) (להלן: דניא **פלוגית**); ע"י 6106/92 **פלוגית נ' ה"מ**, פ"ד מח(4) 221 (להלן: ע"י **פלוגית**). למובאות מפסקי דין אלו הנוגעות להכרה בדוקטרינת זכויות הילד כדוקטרינה חדשה במשפט בישראל, ראו להלן הערות 22–25 והטקסט הנלווה להן.
 5 Geneva Declaration of the Rights of the Child of 1924, League of Nations O.J. Spec. Supp. 21, at 43 (1924). The United Nations Declaration of the Rights of the Child (1959) G.A. res. 1386(XIV), 1959 (להלן: "הצהרת האו"ם").
 6 ארצות-הברית וסומליה חתמו על האמנה בדבר זכויות הילד אך לא אשררו אותה.

הזכויות המוענקות לילדים למאפיינים המיוחדים של תקופת הילדות ובכלל זה לדינמיות של תקופת הילדות ול"כשרים המתפתחים של הילד"¹³. מאפיין מרכזי נוסף של תפיסת זכויות הילד העולה ממכלול האמנה והאופן שבו פורשה מאז אשרורה הוא ראיית הילד כחבר אקטיבי בקהילה ובמשפחה. במוקד תפיסת זכויות הילד של האמנה עומדת ההכרה בכך שלדעתו של הילד, לנקודת מבטו ולרגשותיו צריך לתת ביטוי וכוח השפעה.

ג. השפעת האמנה ברמה הרטורית – השימוש בצירוף המילים "זכות הילד" או "זכויות הילד" בפסיקה הישראלית

בחלק זה תיבחן השפעת האמנה על הפסיקה הישראלית ברמה הרטורית, תוך בדיקת השימוש במונחים "זכות הילד" או "זכויות הילד" וביטויים דומים במשמעותם בפסיקה הישראלית. בדיקה זו תיעשה בשני שלבים: **בשלב הראשון** ייבחן עצם השימוש במונחים אלו בפסיקה. **בשלב השני** אבקש לבחון עד כמה, כאשר נעשה שימוש בביטוי "זכויות הילד" או בביטויים דומים, הוא נעשה תוך התייחסות לביטוי כמייצג דוקטרינה משפטית רחבה של זכויות ילדים. בשני שלבי בדיקת הרטוריקה של בתי המשפט ייבחן הקשר שבין המגמות המסתמנות ובין חתימת ישראל על האמנה.

1. שימוש בביטוי "זכות הילד" וביטויים דומים בפסיקה הישראלית
לצורך בחינת היקף השימוש בביטויים המבטאים לכאורה הכרה בזכויות ילדים, אותרו פסקי הדין של בית המשפט העליון שבהם מופיעים הביטויים "זכות הילד", "זכות הקטין" או "זכויות ילדים" אשר ניתנו החל מראשית ימי המדינה ועד לסוף שנת 2005. מאגר פסקי הדין אשר שימש לצורכי הבדיקה היה כל פסקי הדין של בית המשפט העליון הנמצאים על גבי מאגרי המידע הממוחשבים¹⁴. ברור שמאגר פסיקה זה מעורר קשיים מתודולוגיים ואינו מאפשר איתור מלא של מגמות. זאת, בין היתר לנוכח העלייה המתמדת בהיקף פסקי הדין המתפרסמים. אולם למרות קשיים מתודולוגיים אלו, אפשר ללמוד מבדיקה זו שני ממצאים בעלי משמעות לענייננו: (1) עצם השימוש במונחים אלו קדם בהרבה להצטרפות ישראל לאמנה, וכבר בשנותיה הראשונות של המדינה השתמשו במונחים אלו בפסיקה. אפשר בזהירות גם להצביע על מגמה של עלייה עקבית בהיקף השימוש במונחים אלו לאורך השנים¹⁵; (2) אי־אפשר למצוא קשר ברור בין היקף השימוש במונחים אלו ובין הצטרפות ישראל לאמנה. כך, אפשר להצביע בזהירות על עלייה ניכרת בהיקף השימוש במונחים אלו עוד לפני הצטרפות ישראל לאמנה. לעומת זאת, לא נרשמה עלייה ניכרת בהיקף ההפניה למונחים אלו בפסיקת בית המשפט העליון בשנים שלאחר הצטרפות ישראל לאמנה.

לעומת זאת, למרות הקושי בהשוואת היקף השימוש במונחים אלו בפסיקת בתי המשפט למשפחה לאורך זמן, אפשר להצביע בזהירות גם על עלייה ברורה ועקבית בהיקף השימוש במונחים אלו בפסיקה זו מאז הצטרפות ישראל לאמנה¹⁶.



"A moments glimpse of the outer world", Lewis W. Hine
מתוך סדרת צילומים על עבודת ילדים בארה"ב 1908–1911

שנחתמה ואושרה על ידי ממשלת ישראל. בהתאם לאמנה, מתחייבות המדינות החתומות עליה לפעול למימוש הזכויות הקבועות בה, להגיש דו"חות תקופתיים בדבר יישום הוראותיה לוועדת האו"ם בדבר זכויות הילד ולפעול על מנת להביא את עקרונותיה לידיעת הציבור הרחב⁷. האמנה אינה מהווה חלק מן המשפט הפנימי בישראל ולפיכך אינה מקימה זכות תביעה ישירה. אולם על פי הפסיקה בישראל קיימת חזקה פרשנית בדבר קיומה של התאמה בין חוקי המדינה ובין נורמות המשפט הבין-לאומי שישראל מחויבת להן במישור הבין-לאומי. עיקרון זה הוחל בפסיקה הישראלית באופן מפורש הן בהקשר של אמנות אחרות והן בהקשר של אמנה זו מהווה את העוגן המשפטי המרכזי לפניית בתי המשפט בישראל לאמנה כמקור פרשני⁸.

במסגרת חמישים וארבעה סעיפי האמנה מעוגנות זכויות קונקרטיות רבות של ילדים ובכלל זה זכויות רבות שהוכרו לראשונה באמנה בנוגע לילדים⁹. עם זאת, פרט לחשיבות הרבה שבעיגון זכויות קונקרטיות אלו, התבססה במהלך השנים ההכרה כי עיקר חשיבותה ותורמתה של האמנה הוא בהחדרה של תפיסה חדשה וכוללת בעניין זכויות ילדים, העולה מהאמנה כמכלול יותר מאשר מסעיפיה או מפרקיה בנפרד¹⁰. תפיסה כוללת זו עוצבה לא פחות מאשר באמנה עצמה על ידי מי שפירשו אותה וכתבו עליה בשנים שמאז אישורה, ובכלל זה בדברי הפרשנות של ועדת האו"ם בדבר זכויות הילד.

ביסוד תפיסה זו עומדת ההכרה הברורה בכך שכל ילד הנו ישות משפטית נפרדת ונושא זכויות בפני עצמו¹¹. הזכויות המנויות באמנה מוענקות לילדים כילדים, מתוך הכרה בילדות כשלב מובחן בחיים. כלומר הרציונל למתן הזכויות אינו הכנת הילד לבגרות או הבטחת זכויותיו כמבוגר בעתיד, אלא ההכרה בכך שהזכויות הן זכויותיהם של ילדים בעת היותם ילדים. בהמשך, או כפועל יוצא של כך, תפיסת זכויות הילד על פי האמנה היא של זכויות בעלות מאפיינים ייחודיים. לכך ישנן שתי השלכות מרכזיות: (1) ההכרה בכך שישנן זכויות שהן ייחודיות לילדים כגון הזכות להתפתחות, הזכות לחינוך והזכות לקשר עם הורים¹²; (2) ההכרה בצורך להתאים את דרך מימושו של מכלול

2. "זכות הילד" – זכות קונקרטית או דוקטרינה משפטית?

ראינו אפוא כי השימוש במונח "זכות הילד" ובמונחים קרובים לו מופיע בפסיקה הישראלית עוד קודם להצטרפות ישראל לאמנה וכי אי-אפשר למצוא קשר ישיר בין היקף השימוש במונח זה ובין הצטרפות ישראל לאמנה. האמנה מבטאת כאמור הכרה רחבה וכוללת בילדים כנושאי זכויות. לפיכך מעניין לבחון, עדיין ברמה הרטורית, עד כמה כאשר נעשה שימוש במונח "זכויות הילד" בפסיקה, יש בו כדי לבטא הכרה בזכויות הילד כדוקטרינה משפטית רחבה או שהוא מוגבל להכרה בזכות קונקרטית.

בשימוש המועט במונח "זכות הילד" ובמונחים דומים בפסיקת בית המשפט העליון משנות ה-60 וה-70 אפשר למצוא אמירות בדורות שיש בהן ביטוי מסוים להכרה רחבה בילדים כנושאי זכויות פרט להכרה בזכות ספציפית. כך למשל קבע השופט קיסטר בע"מ 433/67 **צבר נ' הי"מ**¹⁷: "במשטר חוקי המבוסס על טובת הילד וזכויותיו, להבדיל ממשטר המבוסס על זכויות הורים [...] לא נרצה לגרום צער לילד".

ואולם, למעט אמירות בדורות אלו, עד לסוף שנות ה-80 כאשר נעשה שימוש במונח "זכויות הילד" או במונחים דומים בפסיקת בית המשפט העליון, הוגבלה ההתייחסות למונחים אלו להכרה בזכות קונקרטית של הקטין. כך, למשל, זכות הילד לדעת מי הוא אביו¹⁸ או זכותו למוזנות¹⁹. יתרה מזו, כאשר בית המשפט העליון איתר את העקרונות המנחים ואת הדוקטרינות המנחות בפסקי הדין אשר התקבלו עד סוף שנות ה-80, הוא העמיד זה מול זה שני עקרונות: (1) עקרון האוטונומיה ההורית או הסמכות ההורית; (2) עקרון טובת הילד. גם אם ישנה בפסיקה הכרה נקודתית בזכות ספציפית זו או אחרת של הילד, עקרון זכויות הילד אינו מוצג עד לסוף שנות ה-80 כעיקרון מנחה בתחום דיני הורים וילדים או כדוקטרינה משפטית. דוגמה בולטת להיעדרה של דוקטרינת זכויות הילד מן הפסיקה שקדמה לאמנה הנה החלטת בית המשפט העליון בבג"ץ 243/88 **קונסלוס נ' תורג'מן**²⁰ אשר עסקה בשאלת החזרתה של הילדה ברונה שנחטפה בהיותה תינוקת מהוריה בברזיל וגדלה בישראל עד הגיעה לגיל שנתיים בבית משפחה מאמצת. השופט אילון מציג שני עקרונות כעקרונות מנחים – זכות ההורה וטובת הילד:

"שליטת הזכות של ההורה להחזיק בילדו היא שבירת מסגרת התא המשפחתי, ואין להצדיקה על פי המבחן הצר של טובת הקטינה, אלא רק כאשר קיימת סיבה מיוחדת ויוצאת דופן להכריע על פי טובת הקטינה"²¹.

בתחילת שנות ה-90, זמן לא רב לאחר הצטרפות ישראל לאמנה, ניתנים על ידי בית המשפט העליון כמה פסקי דין אשר משתמשים ברטוריקה שונה בתכלית מזו של פסקי הדין שניתנו בשנות ה-80. בפסקי דין אלו אנו מוצאים אמירות מפורשות וכמעט דרמטיות שבהן מושם דגש על כך שיש להתייחס לזכויות הילד כחלק מדוקטרינה רחבה ובסיסית המייצגת תפיסה כוללת. מעניין אולי יותר שבפסקי דין אלו דוקטרינת זכויות הילד מוצגת כדוקטרינה חדשה המהווה ביטוי לשינוי עמוק בעמדת הפסיקה. בפסיקה זו מוצג השינוי כנעוץ בשני גורמים: ⦿

7 סי 4, 42, 44 לאמנה בדב' זכויות הילד.
8 ראו ע"פ 3112/94 **אבו-חסן נ' מ"י**, פ"ד (נג) 422, ע"פ 9937/01 **חורב נ' מ"י**, פ"ד (נח) 738. לניתוח מעמדם הפרשני של אמנות במשפט הישראלי ראו י' שני "זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות במשפט בינלאומי: איזה שימוש בתי המשפט הישראליים יכולים לעשות בהן?" **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** (י' רבין וי' שני עורכים, תשס"ה) 297. יש לציין כי חלק מההוראות עשויות להיות מוכרות כחלק מן המשפט הבין-לאומי המנהגי וככאלו מאומצות מידית לתוך המשפט הישראלי. ראו דו"ח הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישוםם בחקיקה, **דאשנות השופטת סי' רוטלי (תשס"ד)** 39 (להלן: "דו"ח ועדת רוטלי").
9 אחד התחומים המרכזיים שבהם מחדשת האמנה בדב' זכויות הילד הנו בכך שהיא מעגנת לראשונה את ההכרה בזכויות אורחיות ופוליטיות של ילדים (ראו סי' 12–17 לאמנה). תחומים מרכזיים נוספים שבהם מחדשת האמנה הם בהכרה בזכות ההשתתפות של ילדים ובזכותם לזהות.
10 לדיון בתפיסת זכויות הילד על פי האמנה בדב' זכויות הילד ראו ת' מורג "זכויות הילד על פי האמנה הבינלאומית בדב' זכויות הילד – זכויות מותאמות לילדים" **להיות עורכי דין של ילדים**, המשפט בשירות הקהילה – מרכז משאבים, הפקולטה למשפטים אוניברסיטת תל-אביב (תשס"ו); דו"ח ועדת רוטלי, **לעיל** הערה 8, בעי' 26–27; ראו ליכט-פטון "קבלת החלטות בעניין ילדות – לקראת השלמה בין טובת הילדה לזכויות הילדה" בגיליון זה. לכתיבה הנוגעת לפרשנות האמנה ראו בין היתר: M. Freeman "The Future of M.S.A. Pais Human Rights' 14 Children and Society (2000); *Rights Conceptual Framework for UNICEF, Innocenti Essays, Inness 99/1, UNICEF Innocenti Research Centre (1999)*; E. Verhellen *Convention on the Rights of the Child: Background, Motivation, Strategies, Main Themes* (Leuven, 2000).
11 במאמר זה במונח "ילד" כוונתי כמובן לילדה או ילד.
12 סי 6, 28, 29 לאמנה בדב' זכויות הילד.
13 ראו סי 5 לאמנה בדב' זכויות הילד. לניתוח משמעות עקרון הכשרים המתפתחים של הילד והשלכותיו במשפט הישראלי, ראו דו"ח ועדת רוטלי, **לעיל** הערה 8, בעי' 255–271.
14 מאגרי המידע שבעותרם אותו פסקי הדין הם: נבו הוצאה לאור; תקדין; פדאוי; פקסדין; תקדינט דוינים ועוד. הבחינה התייחסה לכלל פסיקות בית המשפט העליון הנמצאות על מאגרים אלו. מאגרי מידע אלו כוללים למיטב ידיעתנו את הרוב המכריע של פסקי הדין של בית המשפט העליון שפורסמו בפד"י מאז הקמת בית המשפט העליון. בשנים האחרונות כוללים מאגרי מידע אלו גם פסיקה שלא פורסמה בפד"י.
15 לשימוש בשפה המכירה בילדים כנושאי זכויות בפסיקה המוקדמת ראו ע"מ 334/54 **אילמן נ' אילמן**, פ"ד ט 230; ע"מ 42/49 **משקה נ' משקה**, פ"ד ג 88 (להלן: פרשת **משקה**); ע"מ 196/51 **מילפלדר נ' מילפלדר**, פ"ד ו 478; ע"מ 209/54 **שטיינר נ' הי"מ**, פ"ד ט 241 (להלן: ע"מ **שטיינר**).
16 מירוש היקף השימוש במונחים אלו: בין השנים 1985–1990 אותרו 43 פסקי דין של בית המשפט העליון, מתוך 8,058 פסקי דין שנמצאים במאגרי המידע; בין השנים 1990–1995, בשנים שלאחר הצטרפות ישראל לאמנה בדב' זכויות הילד, אותרו 46 פסקי דין של בית המשפט העליון, מתוך 12,851 פסקי דין שנמצאים במאגרי המידע. הבדיקה הוגבלה לפסקי דין של בית המשפט העליון מאחר שרק פסיקה זו נמצאת על גבי מאגרי המידע משנותיה הראשונות של המדינה. עם זאת, אפשר בהירות להצביע על מגמה ברורה של עלייה במספר פסקי הדין של בתי המשפט לענייני משפחה שבהם מאוזכרים הביטויים "זכות הילד" או "זכויות הילד". בדיקה במאגרי המידע העלתה כי בין השנים 2000–2005 אוזכרו ביטויים אלו בכ-190 פסקי דין, ואילו בין השנים 1995–2000 אוזכרו ביטויים אלו בכ-50 פסקי דין של בתי המשפט לענייני משפחה. הקושי לקבל נתונים מדויקים על היקף פסקי הדין של בתי המשפט לענייני משפחה שניתנו ופורסמו בשנים אלו מקשה על הסקת מסקנות חד-משמעיות לעניין זה. מאחר שפסקי הדין של בית הדין הרבני ובית המשפט לנוער אינם מתפרסמים באופן שוטף, אין זה אפשרי לבדוק את היקף השימוש במונחים אלו בפסיקה זו.
17 ע"מ 433/67 **צבר נ' הי"מ**, פ"ד (כב) 162, 166 (להלן: פרשת **צבר**).
18 ע"מ 548/78 **שרון נ' לוי**, פ"ד (ה) 736.
19 ע"מ 411/76 **שר נ' שר**, פ"ד (לב) 449 (להלן: פרשת **שר**).
20 בג"ץ 243/88 **קונסלוס נ' תורג'מן**, פ"ד (מה) 626 (להלן: פרשת **קונסלוס**).
21 **שם**, בעי' 643.

הצגת ההסתמכות על דוקטרינה זו כמבטאת גישה חדשה ושונה מזו שנקט בית המשפט העליון בתקופה שקדמה להצטרפות ישראל לאמנה. המשך ההתבטאויות בפסיקה של בית המשפט העליון באשר להכרה בדוקטרינת זכויות הילד כדוקטרינה בסיסית ומכוננת במשפט, היה מתון הרבה יותר. מגמה זו של שימוש ברטוריקה חזקה המבטאת הכרה בדוקטרינת זכויות הילד כדוקטרינה חדשה ומרכזית נחלשת בשנים האחרונות. בכמה פסקי דין מרכזיים שניתנו בין השנים 2000–2005 על ידי בית המשפט העליון בנושאים הנוגעים לילדים היה אזכור הדוקטרינה מועט או שולי²⁶. חשוב לציין, עם זאת, כי בערכאות הנמוכות, ובמיוחד בפסיקת בתי המשפט לענייני משפחה, ניכרת מאמצע שנות ה-90 עלייה ברורה ועקבית בשימוש בשפה המכירה בדוקטרינת זכויות הילד כדוקטרינה רחבה ומנחה בתחום דיני הורים וילדים²⁷.

ד. השפעת האמנה ברמה המהותית – האם ועד כמה השפיעה הצטרפות ישראל לאמנה על תפיסות העומק של הפסיקה

עד כה נבחנו ההכרה בזכויות הילד בפסיקה הישראלית ברובד הרטורי, ונבחן הקשר האפשרי בין השינויים שבהם הבחנו ברובד זה ובין הצטרפות ישראל לאמנה. אחד הממצאים המרכזיים אשר עלו מבדיקה זו הוא כי סמוך לאחר חתימת ישראל על האמנה, מופיע בפסיקת בית המשפט העליון לראשונה דיון משמעותי בעניין דוקטרינת זכויות הילד, והיא מוצגת כדוקטרינה חדשה במשפט הישראלי. לנוכח רטוריקה חדשה זו, הנקשרת באופן ישיר לאמנה, עולה השאלה אם ועד כמה הביאה הצטרפות ישראל לאמנה לשינוי בתפיסות היסוד של הפסיקה גם ברמה המהותית. לשאלה זו שני היבטים: **ההיבט האחד**, נוגע לתקופה שלפני הצטרפות ישראל לאמנה ולשאלה אם עוד קודם למועד זה אפשר למצוא בפסיקה הישראלית ביטוי לאותן תפיסות יסוד שאחר כך הפכו לתפיסות היסוד המזוהות עם האמנה. **ההיבט השני**, נוגע לתקופה שלאחר הצטרפות ישראל לאמנה ולשאלה אם השינוי הרטורי שהצבענו עליו מבטא גם שינוי מהותי בדרך של קליטה מלאה או העמקת הקליטה של תפיסות היסוד שבאמנה.

כפי שהוצג בתחילת מאמר זה, פרט להכרה במכלול רחב של זכויות קונקרטריות, מבטאת האמנה תפיסה רחבה של זכויות הילד. איתור תפיסת יסוד זו בפסיקה הישראלית או חלק מיסודותיה יכול לשמש לדעתי כאינדיקציה החשובה ביותר לבחינת ההשפעה המהותית של האמנה על הפסיקה. על מנת לנסות ולאתר את הסימנים לתפיסת יסוד זו בפסיקה, יש להגדיר כמה ממרכיביה העיקריים שבהמשך נפנה לחפשם בפסיקה לאורך השנים. לצורך מאמר זה בחרתי להתמקד בשלושה מרכיבים עיקריים של תפיסת זכויות הילד שבאמנה והם:

(1) **נפרדות** – הכרה בילד כאדם נפרד וכנושא זכויות;

(2) **מרכזיות** – העמדת זכויות הילד במוקד הדיון המשפטי;

(3) **אקטיביות** – הכרה בילד כמשתתף וכמשפיע על החלטות

בעניינו.

(1) חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; (2) הצטרפותה של ישראל לאמנה.

פסק הדין הבולט ביותר לעניין זה הוא פסק הדין בפרשת **פלוני** העוסק בשאלת חינוכם של ילדים אשר אמם הצטרפה לכת עדי יהווה. פסק הדין מציב לראשונה את דוקטרינת זכויות הילד כדוקטרינה יסודית במשפט הישראלי. כך קובע לעניין זה הנשיא שמגר:

"מושג זכויות הילד הוא מושג חדש יחסית בכתיבה המשפטית בתחום דיני המשפחה והמשפט החוקתי [...] האמנה הבינלאומית של האו"ם בדבר זכויות הילד משנת 1989 אף היא משקפת מגמה זו. השלכותיו המלאות של מושג זכויות הילד טרם גובשו, וגדרי הזכויות טרם שורטטו [...] יש לזכור כי העקרונות החוקתיים בדבר שוויון זכויות לנשים ולמיעוטים צצו אף הם בזמנם כדוקטרינות חדשניות, והיום דומה שאין מי שלא יכירן או יחלוק עליהן"²².

ובהמשך הדברים:

"הגיעה שעתו של בית המשפט הישראלי לתת דעתו אף הוא לנושא זה ולהכיר בזכויות הילד"²³.

זמן לא רב לאחר פסק הדין בפרשת **פלוני** אנו מוצאים אמירות ברורות דומה בפסיקת בית המשפט העליון. כך למשל בדברים הבאים של השופט חשין בדנ"א **פלונית**: "ואולם חשוב שלא יישכח מאתנו כי בהיעדר הוראות מיוחדות בדיון או בהלכה נדבר בזכויות הקטין כזכויות הבגיר ונחייב את העולם כולו בכיבוד זכויותיו"²⁴.

במוקד תפיסת זכויות הילד של האמנה עומדת ההכרה בכך שלדעתו, לנקודת מבטו ולרגשותיו של הילד צריך לתת ביטוי וכוח השפעה

ביטוי לשינוי בהתייחסות של בית המשפט למונח זכויות הילד אפשר למצוא בדבריו של השופט חשין בפסק הדין בדנ"א **פלונית** אשר צוטט לעיל, ובו הוא מתייחס בביקורתיות להיעדרה של דוקטרינת זכויות הילד מפסק הדין בפרשת **קונסלוס**. בהתייחס לקטע המובא לעיל מפסק דינו של השופט אילון קובע השופט חשין את הדברים הבאים:

"נקרא נא קטע זה ונדע עד מה שימוש במושג של 'טובת הילד' אינו במקומו. הוצא את 'טובת הילד' (ו'טובת הקטינה'), העמד תחתיו את מושג 'אינטרס הילד' (או 'זכות הילד'), וידעת כי ניערת מעל עצמך שאלות וקושיות מיותרות [...] מושג האינטרס – להבדילו ממושג הטובה – מדגיש את זכותו של הקטן כלפי הוריו וכלפי העולם, ובה בעת יש בו כדי להחליש את יסוד הפטרנליזם הטבעי במושג ה'טובה'²⁵.

בדברים אלו של השופט חשין אנו מוצאים אפוא לא רק הצגת גישה המעמידה את דוקטרינת זכויות הילד כדוקטרינה יסודית במשפט, אלא גם

שלושת מרכיבים אלה, אשר כפי שנראה קשורים זה לזה בקשר אמיץ, מבטאים להערכתי את גרעין תפיסת זכויות הילד באמנה²⁸. איתורם בפסיקה הישראלית לאורך השנים נעשה תוך התמקדות בפסיקה העוסקת בתחום דיני המשפחה בכלל ובפסיקה העוסקת בסוגיות הנוגעות למשמורת קטינים בפרט.

1. נפרדות

ביסוד האמנה עומדת יותר מכל דבר אחר התפיסה שהילד הוא אדם נפרד מהוריו ונושא זכויות בפני עצמו. העמדה הברורה שמציגה האמנה בעניין הכרה בילדים כנושאי זכויות מהווה שיא בתהליך היסטורי של התנתקות מתפיסות אשר ראו בילד רכוש של הוריו, הכירו בשלטון הורי בלתי מעורער או ראו את ההגנה על האינטרסים של ילדים כנובעת מההגנה על האינטרסים של הוריהם²⁹. עוד באמצע המאה ה-20 בדיון שקדם לקבלת הצהרת האו"ם, אנו רואים שהזכויות הנפרדות של הילדים כלל לא היו מובנות מאליהן. כך, בדיונים אלו טען הנציג הצרפתי כי אין להשתמש במושג "זכויות הילד" בהצהרה זו משום שילדים אינם בעצמם בעלי זכויות. לטענתו, הזכויות ניתנות להורי הילדים על מנת שאלו יפעילו אותן לטובתם של הילדים³⁰. ביסוד התפיסה הכוללת של האמנה עומדת לפיכך בראש ובראשונה ראייתו של הילד כאדם נפרד וכנושא זכויות. מעיקרון זה נובעת גם ההכרה בכך כי במצבים מסוימים ייתכנו ניגודי עניינים בין ילדים ובין הוריהם.

1.1 ההכרה בילד כאדם נפרד בפסיקה הישראלית

כאשר אנו בוחנים את התייחסות הפסיקה הישראלית להיותו של ילד אדם נפרד, אנו מוצאים בפסיקת בית המשפט העליון עוד בשנות ה-50 כמה אמירות ברורות המדגישות את היותו של הילד אדם נפרד, שיש להבחין בין האינטרסים והזכויות שלו ובין אלו של הוריו. אמירות אלו בולטות במיוחד בפסקי הדין של השופטים קיסטר וזילברג המבקשים לעגן את תפיסתם בנושא זה בין היתר בגישת המשפט העברי. אחד מפסקי הדין הבולטים לעניין זה הנו פסק הדין בע"א שטיינר שבו דן בית המשפט בבקשה להחזיר ילדה לאביה המתגורר באוסטריה. השופט זילברג קבע לעניין זה כך:

"משנתרומם 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 ייתכן להתעלם מן האינטרסים שלו בשום צירוף מסיבות שהוא"³¹.

כאן חשוב להבהיר ולומר, כי השאלה אם אכן פנייה זו אל המשפט העברי ופניות דומות שנעשו בפסיקה המוקדמת על ידי שופטים אחרים אכן משקפת את העמדה המקובלת של המשפט העברי שנויה במחלוקת. גילת מבקר את הצגת העמדה המקובלת במשפט העברי על ידי שופטים אלו ועל ידי אנשי אקדמיה אשר הציגו עמדות דומות³². לעניין זה נטען כי העמדה המקובלת במשפט העברי מעניקה משקל ניכר הרבה יותר לזכות האב לחנך את ילדיו מכפי שהוצג בפסיקה זו ובחלק מן הכתיבה האקדמית אשר עסקה בנושא. לצורך מחקר זה אין מקום להיכנס לגדר המחלוקת

בדבר העמדה המקובלת במשפט העברי. המעניין והחשוב לצורך מחקר זה, נוסף לעצם הימצאות עמדות אלו בפסיקה המוקדמת, הוא הפנייה החוזרת למשפט העברי והניסיון למצוא בו אסמכתאות לעמדות אלו.

אמירות אלו מופיעות כאמור בפסיקת בתי המשפט בשנות ה-50 וה-60. עד לתחילת שנות ה-80 אפשר למצוא פסקי דין אחדים שבהם בית המשפט העליון חוזר על אמירות אלו ומסתמך עליהן³³. סמוך לאחר הצטרפות ישראל לאמנה אפשר לאתר שינוי בולט באופן ההתייחסות ל"עקרון הנפרדות". כפי שראינו, עיקרון זה לא היה זר לפסיקה הישראלית עוד בשנות ה-50, אולם בתקופה שלאחר הצטרפות ישראל לאמנה נוסף אל ההסתמכות על אותם פסקי הדין נדבך חדש ומשמעותי, ואנו מוצאים בפסיקה הישראלית הצגה חד-משמעית ומובהקת של הזהות המשפטית הנפרדת של הילד כעומדת ביסוד ההכרה בעקרון זכויות הילד. עמד על כך הנשיא שמגר בפסק דינו בפרשת פלוני, שהיה כאמור פסק הדין הראשון אשר הציב את דוקטרינת זכויות הילד כדוקטרינה חולשת במשפט הישראלי. לעניין תכניו של מושג זכויות הילד אומר השופט שמגר את הדברים הבאים:

22 פרשת פלוני, לעיל הערה 4, בע' 236–237.
23 שם, בע' 252.
24 דניא פלוני, לעיל הערה 4, בע' 65.
25 שם, בע' 100.

26 ראו ע"מ (תי"א) 4/04 פלוני ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ נ' פלוני ופלוני ההורים הביולוגיים (טרם פורסם), תקדין מחוזי 4/2004 (4) 6517 (להלן: פרשת תינוק המריבה). בפסק דין זה בולטת הפניה מועטה מאוד לעקרון זכויות הילד לעומת ההפניה הניכרת לעקרון האוטונומיה ההורית ולעקרון טובת הילד. לפסקי דין נוספים שבהם אפשר לעמוד על מגמה דומה ראו בע"מ 377/05 פלוני ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ נ' פלוני ופלוני ההורים הביולוגיים (טרם פורסם), תקדין עליון 2/2005 (2) 617 (להלן: בע"מ תינוק המריבה); ע"א 10280/01 ירוס חקק נ' הי"מ (טרם פורסם), תקדין עליון 1/2005 (1) 163. להתייחסות לעקרון זכויות הילד כדוקטרינה מנחה בפסיקת בית המשפט לענייני המשפחה ראו בין היתר תמ"ש (י-ם) 24281/99 פלוני נ' אלמונית (לא פורסם), תקדין משפחה 3/2000 (3) 271 (להלן: פרשת אלמוניות); המי (תי"א) 54649/97 י.א. נ' א.א. קטין (לא פורסם), תקדין משפחה 3/1997 (3) 161; תמ"ש (תי"א) 23860/96 פלוני נ' אלמונית (לא פורסם), תקדין משפחה 2/1997 (2) 19; תמ"ש (תי"א) 4570/98 פלוני נ' הי"מ, פ"ד 74(4) 1; תמ"ש (י-ם) 2030/97 פלוני נ' אלמוני (לא פורסם), תקדין משפחה 2/1998 (2) 81; תמ"ש (י-ם) 19120/97 פלוני נ' אלמוני (לא פורסם), תקדין משפחה 2/1998 (2) 53.
28 עם זאת, אפשר לאתר מרכיבים נוספים של תפיסת זכויות הילד אשר הבולטים ביניהם הם: הכרה בזכויות של ילדים בזמן הילדות, ההכרה בצורך להתאים זכויות לכישורים המתפתחים של הילד, הכרה בזכויות ייחודיות של ילדים והכרה בגישה הוליסטית המשלבת בין טובת הילד לזכויותיו.
29 לניתוח התפתחות ההכרה בילד כאדם נפרד במשפט האנגלי ראו: J. Eekelaar "The Emergence of Children's Rights" 6 *Oxford J.L. Stud.* (1986) 161.
30 P. Veerman *The Rights of the Child and the Changing Image of Childhood* (Dordrecht, 1992) 164.
31 ראו ע"א שטיינר, לעיל הערה 15, בע' 251; ראו גם פסק דינו של השופט קיסטר בפרשה זו באפי 780/52 הי"מ נ' שטיינר, פ"מ תשי"ג 473 (להלן: אפי שטיינר).
32 י' צ' גילת דיני משפחה, יחסי הורים וילדים: מזונות, יחסי ממון, משמורת וחינוך (תשס"א) 470. לביקורת דומה הנוגעת להצגתה של עמדת המשפט העברי בנושא טובת הילד בהצעת חוק היחיד והמשפחה ראו ג' טדסקי "משפחתי וחסיד המסורת" מחקרי משפט לזכר אברהם רוזנטל (תשנ"ד) 282; ג' טדסקי "בשולי החקיקה, הערות על הצעת חוק היחיד והמשפחה, הערות כלליות" הפרקליט יד (תשי"ח) 57.
33 פרשת שר, לעיל הערה 19, בע' 451–452; ע"א 527/72 דוידסון נ' דוידסון, פ"ד 74(2) 20; ע"מ 352/80 צוקרמן נ' צוקרמן, פ"ד 74(4) 689 (להלן: פרשת צוקרמן).

שיפוט ייחודי בכל עניין הכרוך בתביעת הגירושין לרבות מזונות לאישה ולילדי הזוג; (2) מכוח הסכמה – על פי סעיף 9 לחוק שיפוט בתי דין רבניים הקובע כי בענייני המעמד האישי של יהודים אשר אין בהם לבית הדין הרבני סמכות שיפוט ייחודית, תהא לבית דין הרבני סמכות שיפוט לאחר שכל הצדדים הנוגעים בדבר הביעו הסכמתם לכך. שאלות הנוגעות לרכישת הסמכות של בית הדין הרבני בסוגיות הנוגעות לקטינים נדונו בפסיקה בעיקר בנוגע לשאלה של סמכות שיפוט בתי הדין בעניינים הנוגעים למזונות ילדים ולתביעות משמורת. כפי שנראה, התפתחות ההלכה באשר להכרה בילד כאדם נפרד בנוגע לשתי סוגיות אלו הייתה שונה מאוד.

החל משנות ה-50 ניתן בפסיקה ביטוי ברור וחד להכרה בניגוד העניינים הפוטנציאלי בין הורים לילדים בתביעות מזונות ובצורך להפריד את תביעת המזונות של הקטין מתביעות המוגשות על ידי הוריו והנוגעות לאינטרסים שלהם.³⁹ מתוך הכרה זו נקבע כי כריכתה של תביעת מזונות הקטינים לתביעות גירושין שהוגשו על ידי הוריהם, אין בה כדי לחייב את הקטינים עצמם לעניין תביעת המזונות שלהם.⁴⁰ בהתבסס על אותו רציונל נקבע גם כי הסכמת ההורים לסמכות השיפוט של בית הדין הרבני בנושא מזונות ילדים אשר ניתנה על פי סעיף 9 לחוק שיפוט בתי דין רבניים אינה מחייבת את הקטין אלא אם כן הוגשה בשם הקטין תביעה נפרדת, תוך הבחנה ברורה בין ענייני הקטין לענייניו של ההורה הפונה בשמו.⁴¹ במסגרת פסקי הדין שבהם פותחו הלכות אלו נאמרו אמירות ברורות באשר לצורך להכיר בילד כאדם נפרד ובדבר ניגוד העניינים הפוטנציאלי בין הילד ובין הוריו. כך למשל קובע השופט ברנזון בפרשת **עברון**:

"רואה אני צורך שבכל מקרה כזה יופרד עניין הילדים כליל מענייני ההורים ויידון בדרך של תביעה נפרדת בשם של הילדים [...] אמנם חזקה על הורה שהוא דואג לילדו. אבל, כאשר, כמו במקרה של גירושין, עיקר מעיינם של הורים נתון לסידור העניינים האישיים שלהם, הם עלולים – ולו מבלי דעת או בהיסח הדעת – לא להקפיד במידה מספקת על הבטחת האינטרס של הילד".⁴²

לעומת ההתפתחות הברורה של ההלכה שעמדנו עליה בנוגע למזונות קטינים, בתחילת שנות ה-60 נקבעו הלכות שאפשר לראותן כמנוגדות, מהיבט זה של ראיית הילד כאדם נפרד, בכל הנוגע למשמורת קטינים. בביד"מ 1/60 **וינטר נ' בארי**⁴³ נקבע כי משמורת קטינים לא רק שניתנת לכריכה בתביעת הגירושין, אלא שהיא הדבר היחיד הכרוך מעצם טבעו בתביעה זו. יש לציין כי במסגרת הדיון בפרשת **וינטר** העלה בא כוח האם מפורשות את הטענה שלפיה כריכת תביעת המשמורת בתביעת הגירושין מנוגדת להכרה בילד כאדם נפרד, וכי יש בה כדי להפוך את הילד לאובייקט במקום לסובייקט. בית המשפט אף הביא את הטענה בהרחבה במסגרת פסק הדין. ואולם בסופו של יום החליט בית המשפט לדחות טענה זו. בעת קביעת הלכה זו היה לפיכך בית המשפט מודע לכך שהוא מעדיף שיקולים אחרים, ובראשם האינטרס של ההורים לסיים את הסכסוך, על פני ההכרה בילד כאדם נפרד. הבחנה דומה נקבעה בפסיקה באשר לסמכות ההורה ליתן הסכמה לסמכות השיפוט של בית הדין הרבני בענייני משמורת קטינים. בכמה פסקי דין, אשר הבולט בהם הוא ביד"מ

"התפיסה שמקפל המושג בתוכו היא זו: הילד הוא יצור אוטונומי בעל זכויות ואינטרסים עצמאיים מאלה של הוריו".³⁴ בעיון ההכרה בעקרון הנפרדות נסמך בית המשפט העליון על האמנה כמו גם על פסקי הדין המוקדמים של בית המשפט העליון שעמדנו עליהם. כך למשל בדברים הבאים של השופט דורנר:

"ילד איננו חפץ שלהוריו זכות קניין בו, להחזיקו לטובתם. הוא בעל יישות עצמאית, ולו זכויות ואינטרסים משלו. כדברי השופט זילברג בע"א 209/54 שטיינר נ' היועץ המשפטי לממשלה [...]: הילד אינו 'אובייקט' של שמירה והחזקה להנאתו או לטובתו של אחד ההורים".³⁵

אמירות ברורות בדבר הצורך להכיר בילד כאדם נפרד אפשר למצוא גם בפסקי דין של ערכאות נמוכות יותר. כך למשל בדברים הבאים של השופט שטופמן:

"הקטינה זכאית להגיש תביעתה [...] מכוח היותה ישות משפטית עצמאית, נפרדת מהוריה ובעלת זכויות וחובות נפרדות משל הוריה".³⁶ ובדבריה של השופטת מיימון:
"לקטין זכויות ואינטרסים עצמאיים ונפרדים מאלו של הוריו".³⁷

ביסוד התפיסה הכוללת של האמנה עומדת לפיכך בראש ובראשונה ראייתו כאדם נפרד וכנושא זכויות. מעיקרון זה נובעת גם ההכרה בכך כי במצבים מסוימים ייתכנו ניגודי עניינים בין ילדים ובין הוריהם

1.2 הכרה בילד כאדם נפרד – סמכות השיפוט של בתי הדין הרבניים בעניינים הנוגעים לקטינים

לתפיסת הילד כאדם נפרד ישנן השלכות קונקרטיות בסוגיות ספציפיות בתחום דיני המשפחה. בין הסוגיות העיקריות שבהן עולות שאלות הנוגעות להכרה בילד כאדם נפרד אפשר למנות את כשירות ההורה להתחייב בשם הילד, ייצוג משפטי נפרד לילדים בהליכים משפטיים וסמכות השיפוט של בתי הדין הרבניים בעניינים הנוגעים לילדים. מבין אלו יתמקד מאמר זה בסוגיה האחרונה, זו הנוגעת למידת ההכרה בהיות הילד אדם נפרד בפסיקה העוסקת בסמכות השיפוט של בתי הדין הרבניים בעניינים הנוגעים לילדים.³⁸

סמכות שיפוט בתי הדין הרבניים נקבעה במסגרת חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953 (להלן: "חוק שיפוט בתי דין רבניים"). בית הדין יכול לקנות על פי חוק זה סמכות שיפוט בעניינים הנוגעים לילדים בשתי דרכים: (1) מכוח כריכה – סעיף 3 לחוק שיפוט בתי דין רבניים קובע כי במקרה שבו הוגשה לבית דין רבני תביעת גירושין בין יהודים, בין על ידי האיש ובין על ידי האישה, יהא לבית הדין הרבני

1/81 נגר נ' נגר⁴⁴, קבע בית המשפט העליון כי בנושא משמורת קטינים, במובחן מאשר בנושא מזונות, מוסמכים ההורים ליתן הסכמה לסמכות השיפוט של בית הדין הרבני. הסכמה כאמור ניתנה בשם ילדיהם ומחייבת אותם. הן בפרשת וינטר והן בפרשת נגר ישב בית המשפט העליון כבית דין מיוחד אשר הוסמך לדון בשאלות הנוגעות לשאלה אם עניין מסוים הנו עניין של מעמד אישי בסמכותו של בית דין דתי מסוים, על פי סיפת סעיף 55 לדבר המלך במוצתו⁴⁵.

עד להצטרפות ישראל לאמנה נותרו הלכות אלו מבלי שכמעט קמו עליהן עוררין בפסיקה. סמוך לאחר הצטרפות ישראל לאמנה החלו להישמע קולות ראשונים שתחילתם באקדמיה, שעל פיהם לנוכח ההכרה הגוברת בדוקטרינת זכויות הילד, יש לבחון מחדש את ההלכות האמורות ולהשוות את הדין החל בנושא משמורת קטינים לזה החל בתחום המזונות. זאת, הן בנוגע לכריכת תביעת המשמורת בתביעת הגירושין והן בנוגע להסכמת הורה לסמכות שיפוט בתי הדין הרבניים בנוגע למשמורת קטינים⁴⁶.

בשנת 2002, אחת-עשרה שנים לאחר הצטרפות ישראל לאמנה, בפסק דינה של השופטת פרוקציה בבג"ץ 10109/02 כץ נ' בית הדין הרבני הגדול⁴⁷, נהפכה ההלכה בכל הנוגע לסמכות ההורים ליתן הסכמה לעניין סמכות שיפוט בתי הדין הרבניים. בפסק דין זה נקבע כי יש להשוות את הדין החל בענייני משמורת קטינים לזה החל בתחום דיני המזונות בכל הנוגע להסכמת הורה לסמכות שיפוט בתי הדין הרבניים על פי סעיף 9 לחוק שיפוט בתי דין רבניים. לפיכך, בענייני משמורת כמו בענייני מזונות לא תחייב הסכמת ההורה את ילדו אלא אם כן נעשתה הבחנה ברורה בין ענייניו של הקטין לענייניו של ההורה, וטובתו של הילד נבחנה בנפרד מיתר סוגיות הגירושין. שנה לאחר מכן חזר בית המשפט על הלכה זו בבג"ץ 2898/03 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול⁴⁸. בפסק דין זה נסמך בית המשפט באופן ברור על הכרת האמנה בעקרון הנפרדות וראה בהכרה זו עיקרון המחייב את שינוי ההלכה בסוגיה זו. כך קובעת השופטת ביניש לעניין זה:

"לא נעלם מעינינו כי ההלכה לפיה הסכם אגב גירושין אינו מחייב את הקטינים אלא בהתקיים התנאים שפורטו לעיל, נפסקה בנוגע למזונות קטינים. יחד עם זאת, אין סיבה שלא להחילה גם בנוגע להחזקת ילדים [...] ולהסדרי ראייתם [...] האמנה הבינלאומית לזכויות הילד משנת 1989 שנקלטה למשפטנו הפנימי בשנת 1991, הכירה בזכותו של הילד להישמע בכל הליך משפטי הנוגע לו. אמנה זו, בצד חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, מחזקים את ההכרה בקטין כבעל דין עצמאי, בעל זכויות ואינטרסים נפרדים משל הוריו [...]. והשוו לגישה שהובעה בעבר בפסיקתו של בית משפט זה טרם האמנה הבינלאומית לזכויות הילד [...] ולפיה הסכם משמורת בין הורים נעשה גם בשם הילדים"⁴⁹.

אולם בית המשפט העליון הלך רק חלק מהדרך. שינוי ההלכה בפרשת כץ ובפרשת פלונית הוגבל לשאלת סמכות ההורה ליתן הסכמה על פי סעיף 9 לחוק שיפוט בתי דין רבניים, אולם הותר בעינו את הלכת וינטר בנושא כריכת תביעת המשמורת. הנושא עלה במפורש בבג"ץ 6378/04 שרעבי נ' בית הדין הרבני הגדול⁵⁰, שבו התבקש בית המשפט לבחון

מחדש את הלכת וינטר לנוכח ההלכות שנקבעו על ידו בפרשת כץ ובפרשת פלונית. בית המשפט העליון דחה את העתירה והסתפק בהמלצה למנות אפוטרופוס לדין לילדים במקרים שבהם עקב כריכת תביעת המשמורת, עלולים להיפגע האינטרסים של הילד.

גם אם לעניין כריכת תביעת המשמורת לא נהפכה עד היום הלכת וינטר, ככל הנראה אין מדובר בסוף פסוק. ביקורת על הלכה זו שבה ועולה בכתיבה האקדמית ובפסיקה⁵¹. בכמה פסקי דין שניתנו על ידי בתי המשפט לענייני משפחה בסוף שנות ה-90, העלו שופטים השגות והרהורים בדבר התאמתן של ההלכות בנושא סמכות השיפוט ובנושא משמורת קטינים לעידן זכויות הילד שלאחר האמנה. בפסק דין מקיף משנת 2003 קבע השופט גרניט מבית המשפט לענייני משפחה בתל-אביב כי אין להכיר עוד בהלכת וינטר לעניין כריכת תביעת המשמורת⁵². בכמה עתירות ותביעות נדרשו בתי המשפט בשנים האחרונות להתמודד עם הטענה בדבר הצורך בביטולה של הלכת וינטר⁵³.

- פרשת פלוני, לעיל הערה 4, בע' 254.
 34 דניאל פלונית, לעיל הערה 4, בע' 64.
 35 ע"מ (ת"א) 1108/02 ל.ד. נ' ל.ג. (לא פורסם), תקדין מחוזי 32003(3) 5345, פסקה ח לפסק דינה של השופטת שטופמן.
 36 בשי"א (י-ם) 1672/98 פלוני נ' אלמונית, פ"מ משפחה תשי"ס 673, 691.
 37 לדיון בנושא זכותם של ילדים לייצוג נפרד ראו יי קפלן "טובת הילד וזכויות הילד – ייצוג עצמאי של קטינים" משפטים לא (תשס"א) 623; הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה, דו"ח ועדת המשנה בנושא ייצוג נפרד לילדים בהליכים אורחיים, בראשות עו"ד תי מורג (תשס"ג).
 38 פרשת משקה, לעיל הערה 15, בע' 89.
 39 ע"א 47/62 בייטר נ' בייטר, פ"ד טו 1541, בר"ע 120/69 שרגאי נ' שרגאי, פ"ד כג(2) 171, 176.
 40 ראו לעניין זה בג"ץ 86/55 דרעי נ' יו"ר ההוצאה לפועל, פ"ד ט 1938, 1944; פרשת שר, לעיל הערה 19.
 41 ע"א 404/70 עברון נ' עברון, פ"ד כה(1) 373, 377.
 42 ביד"מ 1/60 וינטר נ' בארי, פ"ד טו 1457, 1477–1478 (להלן: הלכת וינטר או פרשת וינטר).
 43 ביד"מ 1/81 נגר נ' נגר, פ"ד לח(1) 365, 412 (להלן: פרשת נגר).
 44 דברי המלך בארץ ישראל, 1922–1947, חא"י (ע) 2738, (א) 2569, סימן 46.
 45 ראו מי קוריאנלדי "מגמות חדשות בדיני החזקת ילדים" המשפט ז (תשס"ב) 283; וכן ראו עמדת השופטת פרוקציה בב"ע (י-ם) 1016/99 אנגלמן נ' אנגלמן כפי שמובא שם.
 46 בג"ץ 10109/02 כץ נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד נז(2) 875 (להלן: פרשת כץ).
 47 בג"ץ 2898/03 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד נח(2) 550 (להלן: פרשת פלונית).
 48 שם, בע' 564.
 49 בג"ץ 6378/04 שרעבי נ' בית הדין הרבני הגדול (טרם פורסם), תקדין עליון 32004(3) 1789.
 50 קוריאנלדי, לעיל הערה 46, בע' 244.
 51 בשי"א (ת"א) 13928/00 ג' ר. נ' ג' ר. (לא פורסם), תקדין משפחה 32003(3) 660 (להלן: פרשת ג' ר').
 52 לפסקי דין העוסקים בשאלת כריכת משמורת קטינים ראו, בין היתר: פרשת ג' ר', שם; כתב התגובה מטעם המשיבים בפרשת ג' ר' (נכתב על ידי עורך דין יורם ירקוני ועורכת דין שרון ליכט-פטרן בסיוע עורך דין רוברט ליכט-פטרן) (עותק שמור בידי המחברת), בג"ץ 4238/03 לוי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד נח(1) 481, בשי"א (ת"א) 1336/04 פלוני נ' אלמוני (טרם פורסם) (עותק שמור במערכת), שבו נקבע, על ידי השופטת בן נר מבית המשפט לענייני משפחה בכפר-סבא, כי אין בכריכת משמורת הילדים לתביעות גירושין בין הורים כדי לשלול את סמכות בית המשפט לענייני משפחה הן בתביעות משמורת ילדים; בר"ע 1926/04 פלוני נ' אלמוני (טרם פורסם), פדאר 2/06 787, שבו קיבל בית המשפט המחוזי את הערעור על פסק דינה של השופטת בן נר. טענה מרכזית אשר נדונה בפסקי הדין הנה כי חקיקת סעיף 3(ד) לחוק בית המשפט לענייני משפחה, תשנ"ה-1995 מחזקת את מעמדם העצמאי של ילדים בהליכי בית המשפט לענייני משפחה ומחייבת בחינה מחדש של הלכת וינטר. תודתי לעורך דין רוברט ליכט-פטרן על העברת פסקי הדין וכתבי הטענות בתקום אלו ליד.

לאחר אשרור האמנה אפשר למצוא כמה התבטאויות בפסיקה אשר מבטאות הכרה רחבה בצורך לגשת לסוגיות מנקודת המבט של הילד וזכויותיו. כך השופט חשין:

”יתר-על-כן: בעיצוב האינטרס של הקטין מעמידים אנו עצמנו במקומו, ומגופו הקטן משקיפים אנו על העולם ועושים ליצירת האינטרסים שלו”⁵⁷.

אפשר למצוא התבטאויות דומות המבטאות את ההכרה בצורך בשינוי הפריזמה ובחינת סוגיות הנוגעות לקטינים מנקודת מבט המתמקדת בזכויותיהם גם בפסיקה של ערכאות נמוכות: כך למשל בהחלטתה של השופטת מימון מבית המשפט לענייני משפחה שעסקה בשינוי שם של קטין: ”משקובע חוק השמות מי רשאי לשנות שם משפחת הקטין אשר נולד לאמו, ללא שהיתה נשואה לאביו יש לבחון קביעותיו – אף מתוך נקודת מבטו ומתוך זכויותיו ועמדותיו של הקטין כאדם, למעלה מזה, בעיקר מתוך נקודת מבטו של הקטין”⁵⁸.

2.2 מרכזיות הילד בפסיקת בתי המשפט בנושא משמורת קטינים

כמו בחלק הקודם שבו עסקנו בבחינת התייחסות המשפט הישראלי לעקרונות הנפרדות דרך בחינת סוגיה אחת, גם בחלק זה נבקש לעשות זאת באמצעות בחינת סוגיה אחת והיא: סוגיית זכויות המשמורת. העיסוק בשאלות זכויות המשמורת של הורים וילדים, הוא עיסוק המחדד בצורה ברורה ביותר את המתח שבין גישה המעמידה הורים במרכז דיני הורים וילדים וגישה המעמידה ילדים במרכז. כתיבה ביקורתית מקיפה על כך שבדיונים משפטיים על ענייני המשמורת לא הועמדו זכויות הילד במרכז או לא נבחנו הדברים מתוך הפריזמה של הילד וזכויותיו נכתבה בארצות-הברית⁵⁹. שם הוכרה הזכות למשמורת כזכות חוקתית של הורים כחלק מההכרה באגד של זכויות הוריות כזכויות חוקתיות, אולם זכותם של ילדים למשמורת הוריהם לא הוכרה עד היום כזכות חוקתית⁶⁰. כזכור, ארצות-הברית לא אשררה עד היום את האמנה.

הפסיקה של השנים הראשונות למדינה הנוגעת למשמורת קטינים מגלה תמונה מפתיעה מעט למי שרואה ברעיון המרכזיות המשפטי מן האמנה רעיון חדשני. בפסיקה מוקדמת זו אנו מוצאים קול חזק [אמנם לא קול יחיד] שעל פיו מרכזיותו של הילד בכל הנוגע לשאלות משמורת, היא דבר מובן מאליה. השאלות שמציגה פסיקה זו בהקשר של משמורת קטינים הן שאלות שבהן מוצע לבחון לא אם לילדים יש זכויות בהקשר זה, אלא אם להורים יש זכויות משל עצמם ומה משקלן. גישה זו בפסיקה המוקדמת, המכירה במרכזיותו של הקטין בשאלות משמורת, מוצגת כמבוססת על עקרונות המשפט העברי תוך הדגשת הצורך להתנתק מגישת המשפט המקובל השם דגש רב יותר על זכויות הוריות. אפשר להבחין בין שתי גישות משנה בפסיקה מוקדמת זו: **האחת**, שלפיה אין להורים זכויות משמורת כלל – כך למשל דבריו של השופט קיסטר בפסק הדין המחוזי באפי שטיינר:

”מאחר שזכות שמירה custody של האב לפי החוק האנגלי המקורי היא תוצאה של זכויות האב הרי היסוד שלדרישת האב שהילד יהיה אצלו ובמשפט העברי אין זכות כזאת לאב אלא סומכים עליו שיעשה כל מה שטוב יותר לבניו”⁶¹.

אפשר לראות אפוא לעניין התייחסות הפסיקה לעניינים הנוגעים לסמכות השיפוט של בתי הדין הרבניים, כי הייתה הכרה ברורה בעקרון הנפרדות עוד קודם הצטרפות ישראל לאמנה בכל הנוגע למזונות קטינים⁶². חתימת ישראל על האמנה השפיעה באופן ברור על שינוי ההלכה בעניין סמכות ההורה ליתן הסכמה לסמכות שיפוט בתי הדין הרבניים בענייני משמורת קטינים על פי סעיף 9 לחוק שיפוט בתי דין רבניים. בכל הנוגע לשאלת כריכת תביעת המשמורת, ההלכה אמנם לא שונתה, אולם נשמעים יותר ויותר קולות המתבססים על האמנה בדבר זכויות הילד הקוראים לשינוי הלכה זו.

מה ההסבר אפוא להבחנה שנוצרה במשפט הישראלי בין סוגיית המזונות, שלגביה הוכר ניהוג עניינים בין ילדים להורים כבר בשלב מוקדם מאוד ובין שאלת המשמורת? אפשר להעלות על הדעת גורמים שונים אשר השפיעו על התפתחות ההלכה בנושא זה, בהם ההכרה הרבה יותר בניגוד העניינים שבין הורים לילדים בתחום דיני המזונות כמו גם הרצון להימנע מטלטלות גדולות בכל הנוגע למרוץ הסמכויות בין בתי המשפט ובתי הדין הרבניים. ואולם ייתכן שההסבר נעוץ גם בשאלה הבאה שעמה נבקש להתמודד: עד כמה, בהקשרים של תביעות משמורת, הועמדו הילד וזכויותיו במרכז הדיון המשפטי? או כפי שנפתח זאת בפרק הבא: עד כמה נתפסה המשמורת בראש ובראשונה כעניין של ההורה, או כזכות של ההורה, ועד כמה הוכרה כזכות של הילד עצמו.

2. מרכזיות

עיקרון משלים לעקרון הנפרדות בתפיסת היסוד של האמנה הוא עקרון המרכזיות – A Child-Centered Approach. עיקרה של תפיסה זו הוא כי בכל עניין הנוגע לילד יש לגשת לנושא הנבחן בדיון המשפטי ראשית מתוך הזווית של הזכויות, הצרכים והאינטרסים של הילד⁶³. עם זאת, אין המשמעות של עיקרון זה שזכויות הילד, צרכיו והאינטרסים שלו הם אלו שבהכרח יכריעו את הדיון המשפטי או כי אין להכיר בזכויות של אחרים בהליך זה. עיקרון זה, אשר הביטוי העיקרי לו הנו במסגרת סעיף 3 לאמנה הקובע כי עקרון טובת הילד יהווה שיקול ראשון במעלה בכל החלטה הנוגעת לילד, נתפס בעיני רבים כעקרון מפתח להבנתה. הכתיבה העוסקת בצורך לעגן את התפיסה שלפיה עומד הילד במרכז ההליך המשפטי, מצדיקה צורך זה בחשש הקיים לעתים קרובות שבשל חולשתו היחסית של הילד בהליך המשפטי, יידחקו הצדה ענייניו וזכויותיו.

2.1 הכרה בעקרון המרכזיות בפסיקה

בדיקה מעמיקה של הפסיקה לאורך שנים מעלה כי קודם לחתימת ישראל על האמנה אין למצוא בין ההתבטאויות בה התייחסות גלויה ומפורשת לכך שיש להעמיד את הילד וזכויותיו במרכז ההליך המשפטי. התבטאות נדירה אחת של בית המשפט העליון שאפשר למצוא בה טענה רחבה בדבר הצורך להעמיד את טובת הילד וזכויותיו במרכז דיני הורים וילדים היא ההתבטאות שהובאה בתחילת דבריו של השופט קיסטר בפרשת **צבר** המבטאת הבחנה ברורה בין משטר חוקי המבוסס על ”טובת הילד וזכויותיו” ומשטר חוקי המבוסס על ”זכויות הורים”⁶⁴.



Photos: "זכויות מותאמות לילדים".

היותו של הקטין אישיות עצמאית בעלת זכויות משלה [...] מהקטין שבפנינו, ממש מעת לידתו, נמנעה הזכות לגדול אצל הוריו"⁶⁷.

גם השופט שטופמן בדעת הרוב מוצאת לנכון לנקוט לשון שיש בה

- ביטוי להכרה בזכויות המשמורת של ילדים כנקודת מוצא לדין. לדבריה:

54 לחיזוק ההכרה בעקרון הנפרדות גם בהקשרים הנוגעים לסמכות בתי הדין הרבניים בנושא מוונות ראו פרשת **בורחוב, לעיל** הערה 4.

55 B. Bennet-Woodhouse "Hatching the Egg: A Child-Centered Perspective on Parents' Rights" 14 *Cardozo L. Rev.* (1993) 1747; B. Bennet-Woodhouse "Out of Children's Needs, Children's Rights: The Child's Voice in Defining the Family" 8 *B.Y.U.J. Pub. L.* (1994) 321.

56 פרשת **צבר, לעיל** הערה 17, בע' 166.

57 דניא **פלונית, לעיל** הערה 4, בע' 100.

58 פרשת **אלמונית, לעיל** הערה 27, בע' 504.

59 B. Bennet-Woodhouse, *supra* note 55.

60 *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925); *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923).

61 אפי **שטיינר, לעיל** הערה 31, בע' 494.

62 בג"ץ 391/71 **אלמוני נ' פלוני**, פ"ד כו(1) 85, 100 (להלן: פרשת **אלמוני**). לעמדה דומה ראו פרשת **זרעי, לעיל** הערה 49, בע' 1944.

63 פרשת **נגר, לעיל** הערה 44, בע' 412.

64 ראו בין היתר עמדת השופט אגרוט בבג"ץ 330/72 **גולדשטיין נ' גולדשטיין**, פ"ד כו(2) 634, 645-646; ע"א 488/77 **פלוני נ' הי"מ**, פ"ד לב(3) 421, 435-434.

65 ע"א 577/83 **הי"מ נ' פלונית**, פ"ד לח(1) 461, 465-466. יש לציין שבאותו פסק דין השופטת בן-פורת מוצאת לנכון להעיר כי על אף הסכמתה באשר לצורך להכיר בזכויות הוריות, לדעתה יש עדיפות לזכות הקטין; ראו גם ע"א 232/85 **פלוני נ' הי"מ**, פ"ד מ(1) 1, 8.

66 פרשת **תינוק המריבה, לעיל** הערה 26.

67 **שם**, בפסקה 27 לפסק דינה של השופטת רוטלוי.

על עמדה זו חוזר השופט קיסטר בכמה פסקי דין משנות ה-70 בהיותו שופט בית המשפט העליון, כך למשל בבג"ץ 391/71 **אלמוני נ' פלוני**:

"לפי תפיסת המשפט העברי לא ידוע אף מונח של זכות החזקה בילד' רק נאמר כי הבן 'אצל אביו', או 'אצל האם' והדבר פורש בהלכה כי לא מדובר בזכויות הורים אלא בזכויות ילד להימצא אצל הורה פלוני לפי מה שנראה שזו טובתו"⁶².

השנייה, נסמכת גם היא על שיטת המשפט העברי, ולפיה להורים ישן זכויות הוריות, ואולם אלו משניות לזכויות הילדים. כך קובע לעניין זה הרב קאפח בפרשת **נגר**:

"נראה כי אין ההורים חפץ דומם. גם ההורים מורכבים מגוף ונפש, וגם להם רגשות, גם לאם זכות טבעית לסיפוק נפשי לחבק את ולדה"⁶³.

מאז פסקי דין אלו, אפשר לאתר בפסיקה תהליך הדרגתי של הכרה הולכת וגוברת בזכויות הוריות כזכויות משמורת והתחזקות של הגישה המעמידה במוקד הדין את הזכויות ההוריות⁶⁴. תהליך זה מגיע לשיאו בפסיקה משנות ה-80 המכירה בזכויות הורים בענייני משמורת כזכויות חוקתיות. כך במקרה של אימוץ, קובע הנשיא ברק:

"זכותו המשפטית של ההורה היא כי הוא, ולא אחר, יקיים את החובות כלפי ילדו [...] זכות זו של ההורים היא זכות קונסטיטוציונית חשובה, שכן היא מהווה ביטוי לקשר הטבעי – 'קול-הדם'⁶⁵."

בפסיקה זו מעוגנות לראשונה זכויות ההורים כזכויות חוקתיות, ולעומתן, זכויות הילדים למשמורת אין זכות למעמד דומה.

לאחר הצטרפות ישראל לאמנה אנו מוצאים כי התהליך של העברת נקודת הכובד מזכויות הילדים למשמורת לזכויות ההורים למשמורת נבלם, ובמקביל נפתח מחדש דיון בשאלת היחס שבין זכויות ההורים למשמורת לזכויות הילדים. במסגרת דיון זה, הטיעון שלפיו יש להעמיד את הזכויות ואת האינטרסים של הילד במרכז הדין המשפטי עולה בבירור. עד היום אי-אפשר להצביע על עמדה ברורה ואחידה של הפסיקה באשר להשפעת עקרון מרכזיות הילד על הדין בנושא משמורת קטינים. אפשר לאתר בפסיקה שלאחר אשורו האמנה קולות שונים – כל אחד מהם עקבי בדרכו בהתייחסו לשאלה זו.

ביטוי מרתק לקולות השונים שישודם בגישות שונות באשר למקומו של זכויות ילדים וזכויות הורים בנושא המשמורת, אפשר למצוא במגוון העמדות המוצגות על ידי שופטי בית המשפט המחוזי והעליון בפרשה אשר זכתה לכינוי "פרשת תינוק המריבה" ואשר עסקה בשאלת החזרתו של ילד כבן שנתיים אשר נמסר לאימוץ לחיק הוריו הביולוגיים⁶⁶. בית המשפט המחוזי בפרשה זו החליט בדעת רוב להחזיר את הילד להוריו הביולוגיים. השופטת רוטלוי בדעת מיעוט מבססת את עמדתה על האמנה, וטוענת במפורש כי נקודת המוצא לדיון בשאלת המשמורת של הילד הייתה צריכה להיות הזכויות, הצרכים והאינטרסים של הילד. כך היא קובעת:

"יבוא בית המשפט לשקול את החלופות השונות בשלב זה של הליך האימוץ, עליו לצאת מתוך נקודת המבט של הקטין, שבחיו נפל דבר [...] נקודת מבט זו אף מתחייבת מכח

בגישתו של השופט חשין, ובמידה מסוימת גם בגישתה של השופטת פרוקצ'יה, אפשר למצוא התקרבות למה שמצאנו בפסיקה המוקדמת כלומר לגישה המעמידה את זכויות הילד במרכז סוגיית המשמורת והקרובה יותר לגישת האמנה מזו של פסיקת בתי המשפט בשנות ה-80. את עמדותיהם האמורות הציגו השופטים פרוקצ'יה וחשין בכמה פסקי דין נוספים שבהם עסקו בסוגיות הנוגעות למשמורת קטינים, ובהן קשרו באופן ברור בין עמדות אלו ובין הצטרפות ישראל לאמנה וההכרה הגוברת בילדים כנושאי זכויות.⁷³ ראינו אפוא שבפסיקה המוקדמת נמצאו עמדות בולטות היוצאות באופן מובהק מבחינת זכויות הקטין ומעמידות את עניינו במרכז עת נדונים עניינים הנוגעים למשמורתו. לאחר מכן ועד סמוך לחתימת ישראל על האמנה, זיהינו מגמה של התרחקות מסוימת מגישה זו וחידרתה של גישה הברחנת את ענייני המשמורת מהזווית או מהפריזמה של זכויות הורים בהקשר זה. לאחר חתימת ישראל על האמנה מגמה זו נעצרה, אם כי לא מתהפכת, הנושא נפתח לדיון מחודש ובמסגרתו מתרבים הקולות בנוגע למשקל זכויות הילד בעת דיוני משמורת ואף נשמעים קרובים ברוחם לגישה השמה את עניינו של הילד וזכויותיו במרכז הדיון המשפטי.

3. אקטיביות

ביסוד תפיסת זכויות הילד של האמנה עומד הדימוי של הילד כאדם שלם פועל ומשפיע. נדבך מרכזי בעיצוב דימוי זה מגולם בסעיף 11(1) לאמנה המעגן את זכותו של הילד להשתתפות הקובע כי: "מדינות חברות יבטיחו לילד המסוגל לחוות דעה משלו את הזכות להביע דעה כזו בחופשיות בכל עניין הנוגע לו, תוך מתן משקל ראוי לדעותיו ובהתאם לגילו ולמידת בגרותו". לזכות ההשתתפות על פי סעיף 12 לאמנה שלושה מרכיבים עיקריים: (1) הזכות להביע דעה; (2) הזכות כי לעמדת הילד יינתן משקל ראוי בהתאם לגילו ולמידת בגרותו; (3) זכות הילד להביע דעתו בחופשיות.

הזכות להשתתפות מוכרת במידה רבה כסמל מרכזי של האמנה כולה, וקליטתה היא אחד הביטויים המוכרים לאימוץ תפיסת זכויות הילד של האמנה. בראיית הילד כאדם אקטיבי שיש להבטיח את השתתפותו בכל החלטה הנוגעת אליו יש משום התנערות ברורה מתפיסות היסטוריות שביסודן דימוי של הילד כפסיבי, כזקוק להגנה וכחסר עמדה ורצון שיש לתת להן משקל. הדימוי של הילד העולה מן האמנה הוא שונה מאוד. על פי תפיסת האמנה, ילדים הם נוכחים ממשיים בחברה ובמשפט, בעלי יכולת הבנה ושיפוט, ושונים זה מזה באופיים, בצורכיהם וברצונותיהם.

3.1 ההכרה בזכות ההשתתפות בפסיקה

עד לחתימת ישראל על האמנה אפשר למצוא בפסיקה לא מעט התבטאויות העוסקות בצורך לשתף ילדים בהחלטות הנוגעות להם. אולם פסיקה זו אינה עושה כמעט כל שימוש בלשון המכירה בזכות ההשתתפות של ילדים.⁷⁴ החלטות העוסקות בשיתוף ילדים ניתנות בדרך כלל בנסיבות הנוגעות לשיתוף ילדים בהקשרים קונקרטיים, כגון שמיעת הילד בהליכי גירושין, ולא כאמירות כלליות המבקשות להציג את עקרון ההשתתפות כזכות עצמאית וחולשת החלה בכל תחום שבו מתקבלות החלטות הנוגעות לילדים.⁷⁵ לאחר הצטרפות ישראל לאמנה אפשר לזהות שינוי מסוים באופן ההתייחסות של הפסיקה לזכות ההשתתפות. זאת הן בשימוש גובר

"יחד עם זאת, יש ליתן, לדעתי, ליקול הדם או יקול הטבעי מעמד בין יתר שיקולי טובת הילד, ובענייננו, יש לתת משקל ראוי לזכותו הטבעית של הקטין לגדול בחיק משפחתו הביולוגית"⁶⁸.

בפסק דינו של בית המשפט העליון אנו מוצאים שלוש עמדות מרכזיות המציגות נקודות מוצא שונות לדיון ודגשים שונים באיזונים שבין הזכויות השונות.⁶⁹

עמדה אחת היא של הנשיא ברק אשר מעמיד את הזכויות ההוריות כזכויות חוקתיות. זכויות הילד למשמורת אינן זכות בפסק דינו למעמד דומה:

"אכן, זכותם של הורים לגדל את ילדיהם היא זכות טבעית וראשונית [...] זכות זו של ההורים היא זכות קונסטיטוציונית חשובה, שכן היא מהווה ביטוי לקשר הטבעי – יקול הדם"⁷⁰.

עמדה שנייה היא של השופטת פרוקצ'יה – במובחן מהפסיקה שקדמה לאמנה ומפסיקת הנשיא ברק, מכירה גם היא בזכות הילדים למשמורת כזכות חוקתית. היא רואה בזכות ההורים למשמורת ילדיהם וזכות הילדים למשמורת הוריהם זכויות חוקתיות שלובות:

"אלה מושכלות היסוד: הזכות להורות וזכותו של ילד לגדול בחיק הוריו הטבעיים הן זכויות שלובות זו בזו, היוצרות יחדיו את הזכות לאוטונומיה של המשפחה"⁷¹.

מצאנו שלהצטרפות ישראל לאמנה הייתה השפעה על הפסיקה, והיה לה ביטוי בולט בשפת הפסיקה ובתפיסות העומק שלה. אולם שינוי זה אינו שינוי מהפכני

עמדה שלישית היא של השופט חשין שמציג אף הוא את זכויות הילד וזכויות ההורה כזכויות שלובות, אם כי אינו עוסק בהכרה בזכויות אלו כזכויות חוקתיות. אף כי מדובר בזכויות שלובות, אין אלו זכויות בעלות מעמד זהה. במצב של קונפליקט בין הזכויות, זכות הילד נעלה מזכות ההורה:

"אינטרס ההורים להחזיק בילדם ואינטרס הילד כי יהיה בהחזקת הוריו, שני אינטרסים אלה עולים בקנה אחד, מתיישבים הם זה-עם-זה, לא עוד אלא שמשלימים הם זה-את-זה [...] כאשר זכויות במשפט, גם זכותם של הורים לבנם – ותהא הזכות רבת-עוצמה ככל שתהא – אין היא זכות אבסולוטית. ענייננו הוא, כמובן – בראש ובראשונה – בזכויות הילד, באינטרס מוכח של הילד בנסיבות מסוימות, כי לא ההורים או מי מהם יחזיק בו [...] והרי הילד, גם לו זכויות משלו, וזכויותיו של הילד, לא זו בלבד שאין הן פחותות מזכויותיו של האב אלא שנעלות הן על זכויותיו של האב"⁷².

בהקשר זה בין שמדובר בזכות להישמע ובין שמדובר בזכות שלעמדתו יינתן משקל ראוי. המבחן העיקרי לעניין עצם שמיעת הילד הנו התועלת שאפשר להפיק מהשתתפותו. כך למשל בדברי השופט מצא בע"א 6327/94 **איסק נ' איסק**⁸³:

"ככלל אכן זה ראוי כי בטרם יכריע בגורלו של ילד, לגביו נטען שהוא מסרב לחזור למקום מגוריו הרגיל ישמע בית המשפט גם את הילד עצמו [...] ואם אין טעם ממשי להימנע מכך או ששמיעת הילד נראית מלכתחילה חסרת כל תועלת יטה בית המשפט לשמוע את הילד"⁸⁴.

לאחר הצטרפות ישראל לאמנה אנו מוצאים שינוי בולט בפסיקה העוסקת בשיתוף ילדים בענייני משמורת. השינוי בולט בשני מישורים. המישור הראשון הנו ההכרה בזכות הילד להישמע בנושאים הנוגעים למשמורתו בזכות עצמאית. כך בדבריה של השופטת פרוקציה: "זכות הטיעון עומדת לילד ולהורה כחלק מעיקרי צדק טבעיים"⁸⁵. וכך בדבריה של השופטת רוטלוי: "זכותו של הקטין להישמע הינה זכות עצמאית שאותה הוא יכול לאכוף". המישור השני נוגע לדרך שמיעת הקטין. במובחן מאשר בפסיקה שקדמה לאמנה, בחלק הולך וגדל של פסקי דין



סמלו של ארגון מועד סקוטי המיועל למען מימוש זכות ההשתתפות של ילדים

- 68 שם, בפסקה 9 לפסק דינה של השופטת שטופמן.
 69 בע"מ תינוק המריבה, לעיל הערה 26.
 70 שם, בפסקה 46 לפסק דינו של הנשיא ברק.
 71 שם, בפסקה 6 לפסק דינה של השופטת פרוקציה.
 72 שם, בפסקאות 10–13 לפסק דינו של השופט חשין.
 73 לעמדת השופטת פרוקציה ראו גם דני"א פלונית, לעיל הערה 4, בע" 67. לעמדת השופט חשין ראו גם ע"א פלונית, לעיל הערה 4, בע" 235–236.
 74 לפסיקה המכירה בחשיבות שמיעת הקטין כעיקרון ראו אפי' 566/62/8 שטרקס נ' שוחמכר, פ"מ תשכ"ב 113, 115.
 75 לסקירת הפסיקה בנושא שיתוף ילדים בהחלטות משפטיות ראו דו"ח ועדת רוטלוי, דו"ח ועדת המשנה בנושא הילד ומשפחתו, בראשות עו"ד תי מורג (תשס"ג), אי שוחטמן "התחשבת ברצונו של קטין במשפטי משמורת קטינים" מאזני משפט ד (תשס"ה) 545.
 76 דני"א פלונית, לעיל הערה 4, בע" 66.
 77 פרשת צבר, לעיל הערה 17, בע" 166.
 78 שם.
 79 ע"א 503/60 וולף נ' וולף, פ"ד טו 760.
 80 פרשת אלמוני, לעיל הערה 62, בע" 99.
 81 ע"א 238/88 יחזקאלי נ' יחזקאלי, פ"ד מנ(2) 467, 468–469.
 82 ע"א 740/87 פלונית נ' אלמוני, פ"ד מנ(1) 661, 667.
 83 ע"א 6327/94 איסק נ' איסק (לא פורסם), תקדין עליון (4)1994 165.
 84 שם, בע" 168.
 85 רע"א 3009/02 פלונית נ' פלוני, פ"ד נו(4) 872, 898.

בשפה המכירה בשיתוף הילד כזכות והן בפנייה אל עקרון ההשתתפות כעיקרון חולש בתחום דיני הורים וילדים. כך בדברים הבאים של השופטת דורנר: "מתפיסת הילד כישות עצמאית מתבקשת גם זכותו כי יתחשבו ברצונו ובמאוויו, בגבולות האפשר. לגישה זו ניתן ביטוי בסעיף 12 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד"⁷⁶.

3.2 ההכרה בזכות ההשתתפות בפסיקה בתחום משמורת קטינים

כמו בשני החלקים הקודמים גם בפרק זה תיבחן הימצאות התפיסה המכירה בילדים כמשתתפים ואקטיביים, זאת באמצעות בחינת ההתייחסות לעקרון ההשתתפות וההכרה בילד כאקטיבי בתחום של החלטות על משמורת ילדים. גם כאן, בדומה לבחינת התייחסות הפסיקה המוקדמת לעקרונות הנפרדות והמרכזיות, אפשר למצוא בפסיקה המוקדמת בתחום המשמורת עמדות המבטאות הכרה ברורה בצורך להתחשב ברצונו של הילד בהליכי משמורת. מקריאת פסיקת בית המשפט העליון אשר ניתנה עד לשנות ה-70, בולטת אמירה ברורה הנסמכת בין היתר על המשפט העברי בדבר המשקל המשמעותי שיש ליתן לדעתו של הילד. כך קובע לעניין זה השופט קיסטר בפרשת צבר:

"הדבר בא לידי ביטוי מיוחד במשפט העברי בו ההלכה היתה קבועה במשך דורות רבים ולפיה שוקלים את מקום הימצאו של הילד לטובתו, לתיקונו ולזכותו; ואם רצונו של הילד או געגועיו אינם נוגדים את טובתו, אין כופין את הילד להימצא במקום שאינו חפץ להיות בו"⁷⁷.

המבחנים שנקבעו בפסיקה זו לעניין משקל רצון הקטין הם מבחנים מרחיקי לכת. מפסיקת בית המשפט העליון בשנות ה-50 וה-60 עולה כי יש לפסוק על פי רצונו של הקטין אלא אם כן: "רצונו של הילד או געגועיו נוגדים את טובתו"⁷⁸; "הדבר הוא על פניו וללא ספק לרעתה ממש"⁷⁹ או "יש להציל את הילדים מסכנה חינוכית"⁸⁰. כלומר ההחלטה בענייני משמורת צריכה להתקבל בהתאם לרצון הקטין אלא אם כן בית המשפט מתרשם כי יש בכך כדי לפגוע בקטין פגיעה ממשית וברורה. יש להדגיש, עם זאת, כי אי-אפשר למצוא בפסיקה זו אמירות ברורות בדבר עצם החובה לשמוע את הקטין, ועיקר העיסוק בפסיקה נוגע לשאלות הנוגעות למשקל שיש ליחס לעמדתו.

בפסיקת בית המשפט העליון משנות ה-70 וה-80 בולטת בראש ובראשונה העובדה כי בחלק ניכר מפסקי הדין העוסקים במשמורת קטינים ובסוגיות דומות לא עולה כלל שאלת רצון הילד. במילים אחרות, בית המשפט דן ומכריע בסוגיה מבלי להתייחס לשאלת רצונו של הילד ומבלי לראות עצמו מחויב לשמוע אותו או לבדל את דעתו. באותם פסקי דין שבהם בכל זאת עולה שאלה הנוגעת לרצון הילד בתחום המשמורת, המבחן המוצע לגבי משקל רצון הילד הוא מבחן המעניק בדרך כלל משקל פחות לעמדת הילד מזה שהוענק לה בפסיקה המוקדמת, כאשר רצון הילד מוצג כשיקול אחד מתוך מספר שיקולים אשר בית המשפט צריך לשקול, כך בין היתר: "הכלל הוא כי רצון הילד מהווה את אחד השיקולים בקביעת טובתו"⁸¹; "רצון הקטין הוא רק אחד השיקולים מתוך מכלול נרחב של גורמים שמטרתם להכריע מה באמת ראוי מבחינת טובתו של הקטין והתפתחותו העתידית"⁸². הפסיקה מתקופה זו אינה מכירה בזכות הילד

עומק המזוהות עם האמנה, נסמכה הפסיקה על מה שהוצג על ידי השופטים כתפיסות הלקוחות מן המשפט העברי. הפסיקה שלאחר האמנה שאימצה את אותן התפיסות ובדרך כלל חיזקה אותן הסתמכה על האמנה אך מצאה לה גם בסיס ועוגן באותה פסיקה מוקדמת.

ממצאי מחקר זה גילו לא רק שהיה אזכור של זכויות הילד בפסיקה הישראלית החל משנותיה הראשונות של המדינה, אלא גם כי אזכור זה אינו מקרי או נקודתי, אלא הוא משקף תפיסה של הפסיקה שעצמתה ניתנת במידה רבה אם לא למדידה ממש הרי שלהערכת העצמה היחסית לאורך הזמן. תוצאה מחקרית חשובה נוספת של עבודה זו היא שעולה ממנה שהשימוש במדדים הנוגעים לתפיסות העומק של האמנה – נפרדות, מרכזיות ואקטיביות – שהוצגו במאמר זה, מוכיח עצמו כבסיס טוב וישים למעקב אחר היקף ההכרה בזכויות הילד במשפט.

הממצאים של מאמר זה המצביעים על ההתפתחויות בפסיקה לאורך השנים בכל הנוגע להכרה בזכויות הילד הם כמובן רק מחצית הדרך. השאלה שיש לשאול לנוכח ממצאים אלו היא מה הם ההסברים האפשריים למגמות שעליהן עמדנו. הסברים אלו, שאני מקווה לזהות במחקר המשך, ייצצאו ככל הנראה בין היתר במגמות רחבות יותר שעברו על המשפט הישראלי לאורך השנים ובפנייה המשתנה אל שיטות משפט אחרות כנקודת התייחסות או כמקור להשפעה. ■

עולה כי בית המשפט שמע באופן ישיר את הילד. בחלק מפסקי הדין ניתן לאתר אף דיון בחשיבות שמיעת הקטין באופן ישיר על ידי בית המשפט.⁸⁶

מהפסיקה עולה כי במספר רב של מקרים בית המשפט שומע את הילדים ישירות, ובחלק אחר הוא אף עוסק בשאלות הנוגעות לחשיבותה של שמיעת הקטין ישירות על ידי בית המשפט.⁸⁷

על אף ההשפעה הניכרת של האמנה על הפסיקה בתחום זה, אין מדובר באימוץ מלא של עקרון ההשתתפות בפסיקה בתחום דיני המשפחה. הפסיקה שלאחר האמנה שמה דגש על עצם הזכות להישמע אך במובחן מאשר הפסיקה המוקדמת אינה מציגה עמדה ברורה באשר למשקל שיש לתת לרצונו של הקטין. אפשר גם למצוא חוסר אחידות באשר לאופן שמיעת קולו של הקטין ולמידה שבה בתי משפט שונים שומעים ילדים הלכה למעשה.⁸⁸

ה. סיכום

פתחנו מאמר זה בשאלה, האומנם מהווה התקופה שלאחר הצטרפות ישראל לאמנה "עידן חדש"? התשובה לשאלה היא כפי שראינו מעניינת ומורכבת, גם במישור הרטורי וגם במישור המהותי. בשני המישורים מצאנו שלהצטרפות ישראל לאמנה הייתה השפעה על הפסיקה, והיה לה ביטוי בולט בשפת הפסיקה ובתפיסות העומק שלה. אולם שינוי זה אינו שינוי מהפכני או שינוי המעביר באופן מובהק מעידן אחד לעידן שני בשני מובנים. **האחד**, שהפסיקה בתקופה שלפני האמנה אינה פסיקה העומדת בניגוד לתפיסת האמנה או לשימוש בלשון זכויות הילד, **הוא** **האחר** שהשינוי שבו הבחנו הוא שינוי חלקי ואינו שינוי שיש בו אימוץ מלא של תפיסות האמנה.

במישור הרטורי, השימוש במונח זכויות הילד או במונחים דומים קדם בהרבה להצטרפות ישראל לאמנה, כלומר ילדים הוכרו באופן ברור כנושאי זכויות עוד קודם להצטרפות ישראל לאמנה. עם זאת, מצאנו במישור זה שהצגת זכויות הילד כדוקטרינה משפטית וכעקרון יסוד בתחום דיני הורים וילדים היא בעיקרה חידוש שמופיע בפסיקה הישראלית רק לאחר חתימת ישראל על האמנה.

במישור המהותי, זה של תפיסות העומק, גילינו דווקא בפסקי הדין המוקדמים יותר הכרה מסוימת בתפיסות שזיהינו כתפיסות עומק של האמנה. פסיקה זו הייתה מעטה יחסית, וניתנה על ידי קבוצה מצומצמת של שופטים. על אף הביטויים הברורים שניתנו בה לתפיסות העומק של האמנה, לא היה בפסיקה זו שימוש ניכר בשפה המכירה בילדים כנושאי זכויות. במהלך שנות ה-70 וה-80 מצאנו בנוגע לכל שלוש תפיסות העומק שבדקנו היחלשות מסוימת של נוכחותן בפסיקה. לאחר האמנה מצאנו התחזקות של תפיסות אלו הן במישור של חיזוק ההכרה בהן ברמה הרטורית והן במישור של השפעה על הלכות בית המשפט הלכה למעשה. כן אפשר לעמוד על כך כי לאחר הצטרפות ישראל לאמנה הפכו תפיסות אלו, שהיו בעבר נחלתם של שופטים בודדים, לקול מרכזי בפסיקה. מעניין בהקשר זה לעמוד על הקישור שאפשר לזהות בין הפסיקה המוקדמת לבין הפסיקה שלאחר האמנה. בפסיקה המוקדמת שבה גילינו הכרה בתפיסות

86 ע"מ 97/90 מורן נ' פלדמן (לא פורסם), תקדין מחוי 31998 (3) 34571, בפסקה 15 לפסק דינה של השופטת רותלי. וראו גם בשי"א (ת"א) 3922/01 ג.א. נ' ו.ה. (לא פורסם), תקדין משפחה 12002 (1) 50, בפסקאות 27–28 לפסק דינה של השופטת צפת.

87 תמי"ש (י-ם) 3140/01 אב נ' אלמוני (לא פורסם), תקדין משפחה 2001 (2) 138 (פסק דינו של השופט מנחם הכהן). לדיון בפסק דין זה ראו מאמרו של שוחטמן, לעיל הערה 76; בע"מ 10480/05 פלוני נ' פלוני (טרם פורסם) (פסק דינו של השופט רובינשטיין). יצוין כי בעניין זה אף נפש השופט רובינשטיין עם הילד ושמע אותו ישירות.

88 לעניין היעדרם של ילדים מהליכי גירושין גם לאחר הצטרפות ישראל לאמנה בד"ב זכויות הילד ראו ד"ר הקר "הדרת ילדים מהליכי גירושין", בגיליון זה.