

טובת ילדים, זכויות האדם

שולמית אלמוג* ואריאל בנדור**

א. פתיחה

1. בפסק־דין **פלזני, קטיץ'** דן השופט יצחק זמיר ביחס בין שני מבחנים, הקובעים עקרונות להכרעה בענייניהם של ילדים: מבחן "טובת הילד" ומבחן "זכויות הילד".² המכנה המשותף לשני המבחנים הוא בהכרה בכך שילדים הם בעלי אישיות, בעלי צרכים ובעלי אינטרסים משל עצמם. עם זאת, בין המבחנים יש שני הבדלים עיקריים. ראשית, טובת הילדים אינה נקבעת על פי הבנתם של הילדים הנוגעים בדבר אלא על פי הבנתם של מבוגרים – ההורים או בית המשפט – וזאת בדרך "אובייקטיבית", כלומר, פטרגליסטית. ביסוד המבחן עומדת הנחה כי "הילד צריך להתפתח פיזית, נפשית, מוסרית, רוחנית וחברתית, בדרך בריאה ונורמלית".³

לעומת זאת, מבחן זכויות הילדים מעניק משקל כבד לרצון ולבחירה של ילדים, הנתפסים כערכים בפני עצמם; המבחן "מבוסס על הכרה בכוחו העצמאי של ילד – בכל עת, או בנסיבות המתאימות – להכין ולקבל החלטות בנוגע לגורלו".⁴

ההבדל בין שני המבחנים הוא אפוא משולב – מהותי-מוסדי. מבחינת המהות, מבחן טובת הילד מבוסס על צורכי הילד, ואילו מבחן זכויות הילדים מבוסס על רצון הילד. מבחינה מוסדית, ההורים או בית המשפט קובעים, לעניין טובת הילדים, מה ילדים צריכים; ואילו הילדים עצמם קובעים, לעניין זכויות ילדים, מה הם רוצים. עם זאת, גם לפי מבחן טובת הילדים עשוי להינתן משקל לרצון ילדים אם הדבר משרת, אובייקטיבית, את טובתם.

טלו, למשל, נערה המסרבת לעבור ניתוח חיוני לבריאותה, שההחלמה ממנו כרוכה בכאבים וכאשפוז ארוך. מבחן זכויות הילדים ידגיש את האוטונומיה הנתונה לילדה על

* מרצה בכירה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

** פרופסור חבר ודיקן, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

1 ע"א 2266/93 פלזני, קטיץ' נ' פלזני, פ"ד מט(1) 221 (להלן: פסק־דין פלזני, קטיץ').

2 שם, עמ' 275–277.

3 יחיאל ש' קפלן, "מטובת הילד לזכויות הילד – ייצוג עצמאי של קטינים", משפטים לא (תשס"א) 623,

עמ' 626.

4 שם, עמ' 635.

גופה, ואת הצורך להתחשב ברצונה בהכרעה הנוגעת לעתידה ולא לכפות עליה טיפול חודרני ומכאיב כניתוח, בעוד מבחן טובת הילדים ידגיש את ההשלכות האובייקטיביות החמורות של הימנעות מביצוע הניתוח. דוגמה נוספת עשוי לספק פסק דין **פלונ'ני**⁵, שם הורה בית המשפט העליון, על-יסוד מבחן טובת הילד, להעביר למוסד לילדים בסיכון למשך 30 יום, שני ילדים בני שמונה ועשר, שסבלו מ"תסמונת ניכור הורי" עקב הסתה של אמם נגד אביהם, כדי לבחון אם משמורתם תהיה בידי האם או בידי האב. מתיאור המקרה עולה כי העברה זאת, אף כי הייתה לפי הפסיקה לטובת הילדים, נכפתה עליהם (ועל כל פנים הוחלט עליה מבלי שדעתם נשמעה), וספק אם התיישבה עם התפיסה של "זכויות הילדים".⁶

שנית, מבחן טובת הילדים הוא לעתים קרובות בעל ממד קזואיסטי, המתמקד בהערכה של טובת ילד מסוים שעל הפרק, ואילו מבחן זכויות הילדים, בדומה לתורה הכללית בדבר זכויות האדם, מפנה אל רשימה מוגדרת למדי של זכויות וסייגים קבועים. כך, למשל, ענישה למטרות חינוך (ולא בדרכי אלימות) של ילד שתרכות הדיבור שלו נתפסת בקרב החברה המסוימת שבה הוא חי כ"ניבול פה" עשויה להיות לטובתו ולסייע לו בהפנמת נורמות חברתיות חיוניות, אך ספק אם היא תשתלב בכללים המקובלים בדבר חופש הביטוי, המתירים, ככלל, פגיעה בחופש ההתבטאות רק כאשר מתקיימת "ודאות קרובה" לפגיעה של ממש בשלום הציבור או בזכויות של אחרים. כללים אלה אינם אוסרים "ניבולי פה" אלא במקרים חריגים, וזאת, בעיקר, בהקשרים של ביטויים מסחריים.⁷ אך לדעתו של זמיר, בדרך כלל מובילים שני המבחנים לאותה תוצאה. זאת משום שכרגיל שמירת זכויות ילדים הינה לטובתם, ועל כל פנים, בשום מקרה אין לנהוג באופן הסותר את טובת הילד. לדברי זמיר –

אם המבחן של זכויות הילד יוביל לתוצאה הפוגעת בשלום הילד, בהתפתחותו או באושרו, הרשות נתונה לבית המשפט, ובעצם החובה מוטלת עליו, להכריע לפי טובת הילד.⁸

על רקע דברים אלה, שלדעתו של השופט זמיר הוסכמו על כל חבריו למותב המורחב שבו נדון העניין, הוא לא ייחס חשיבות מרובה למחלוקת שהתגלעה בין השופטים איזה

5 רע"א 3009/02 פלונ'ני נ' פלונ'ני, פ"ד נו(4) 872.

6 עם זאת יצוין, כי לדעת שופטת המיעוט, איילה פרוקצ'יה, ההחלטה לא תאמה את טובת הילדים ושלומם. ראו בין היתר שם, עמ' 912.

7 ראו בג"צ 606/93 קידום יזמות ומרילזות (1981) בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1; בג"צ 5118/95 מאיר סימון פרסום שיווק ויחסי ציבור בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, פ"ד מט(5) 751.

8 פסק דין פלונ'ני, קטין, לעיל הערה 1, עמ' 276.

מבחן מבין השניים הוא החולש. ובכל זאת, הוסיף זמיר וציין כי "אם יש צורך לבחור צד במחלוקת זאת" הוא נוטה לצדד "במבחן של טובת הילד כמבחן הכולל בקרבו גם את זכויות הילד".⁹ זאת משני טעמים עיקריים. ראשית, מבחן טובת הילד מוכר, מקובל, ועמד בניסיון במשך השנים. ושנית, לא לכל אינטרס מעמד של זכות משפטית. "התחום של אינטרסים רחב יותר מן התחום של זכויות. מכאן, שאם המשפט מבקש להעניק הגנה מרבית לילד, אין הוא צריך להסתפק בהגנה על זכויות, אלא עליו להתחשב גם באינטרסים, וזו המשמעות של טובת הילד".¹⁰

השופט זמיר ממעט אפוא בחשיבות ההבחנה בין טובת ילדים לזכויותיהם, וגורס כי על כל פנים עיקרון טובת הילד מגן על ילדים יותר מאשר עיקרון זכויות הילד. דבריו, למרות הניסוח המעודן האופייני,¹¹ הם בימינו בעלי נימה חתרנית דווקא בשל שמרנותם. שכן, שיח זכויות הילדים – הגם שמקובל להציגו כ"חידוש גדול"¹² – מבקש להשתלב בהכרה הגוברת בזכויות של קבוצות חלשות שונות, וביניהן נשים, מיעוטים לאומיים ואנשים עם מוגבלויות. ההנחה שביסוד עיקרון זכויות הילדים היא כי עיקרון טובת הילדים לבדו אינו מעניק להם הגנה נאותה, והאינטרס של ילדים מחייב להעניק להם זכויות במידת האפשר.¹³ גישת זמיר, שעל פיה לדוקטרינת זכויות הילדים אין חשיבות רבה, ובכל מקרה מן הראוי לדבוק במבחן המסורתי של טובת הילד, שהוא "מבחן מוכר ומקובל על הקהילה המשפטית, ואף על הציבור הרחב, שעמד בניסיון לאורך הזמן"¹⁴ והוא אף עדיף מבחינת הילדים, הינה גישה שמרנית. השמרנות באה לידי ביטוי בהערכה של היקף ההתפתחויות הקשורות לזכויות הילדים, חשיבותן והצורך בהן גם יחד. בכך היא חותרת תחת רטוריקות ואף עקרונות משפטיים המתיימרים להיות חדשניים, בדבר עליית זכויות הילדים. רטוריקות ועקרונות אלה הולכים וכובשים מקום מרכזי בישראל, במקומם ולפחות לצדם של הרטוריקות והעקרונות המסורתיים.

9 שם, עמ' 277.

10 שם, שם.

11 השוו אריאל בנדור, "הסמכות המינהלית של יצחק זמיר", **משפט וממשל** ה (תש"ס) 571, עמ' 571–572.

12 ראו קפלן, לעיל הערה 4, עמ' 634–635. בישראל השימוש בעיקרון, או לפחות אזכורו, הוא חידוש של השנים האחרונות, החל מאמצע שנות התשעים. ראו *Initial Periodic Report of the State of Israel Concerning the Implementation of the Convention on the Rights of the Child (CRC)* (Prepared by Talal Dolev, Dalia Ben Rabi, Shulamit Almog and Ariel Bendor, 2001), 15, 19–21.

13 ראו שולמית אלמוג, **זכויות של ילדים** (שוקן, תשנ"ז), 45–49; קפלן, לעיל הערה 4, עמ' 638.

14 פסק דין פלוני, קטין, לעיל הערה 1, עמ' 277.

2. אנו מסכימים עם זמיר שבתורה בדבר זכויות הילדים אין חידוש מהותי. ראשית, זכויות האדם בתור שכאלה – שהוכרו זה מכבר כחלק מהמשפט החוקתי הישראלי – אמורות, על פי טעמיהן, לחול גם על ילדים. זכויות אדם אחדות אף הוחלו על ילדים בהיותם בני-אדם, וללא זיקה לשיח זכויות הילדים. שנית, עיקרון זכויות הילדים אינו גורע הרבה, אם בכלל, מן המשקל של עיקרון טובת הילדים בהקשרים שבהם הדין קבע את טובת הילדים כשיקול המכריע. חידושים המיוחסים לתפיסה של זכויות הילדים מבטאים, במרבית המקרים, בעיקר דגשים חדשים כתפיסה או בהוכחה של טובת ילדים, למשל, התפתחות הדעה שהתחשבות ברצון ילדים היא לטובתם. זאת כשם שהטענה המקובלת, כי עיקרון טובת הילדים החליף את תפיסת הילדים כקניין,¹⁵ אינה מדויקת, וגם המעבר בעבר לעיקרון רשמי של "טובת הילדים", במידה רבה לא שיקף אלא התפתחויות ביחס בין טובת ילדים לבין אינטרסים אחרים.

זאת ועוד: בדרך כלל, חשש כי מימוש זכות על ידי מבוגר יפגע בטובתו לא מצדיק כשלעצמו שלילה של הזכות או פגיעה בה. מגבלות על זכויות של מבוגרים מוטלות כרגיל רק כשהדבר נדרש לצורך הגנה על אינטרסים ציבוריים או על אינטרסים או על זכויות של בני-אדם אחרים. עם זאת, במקרים מסוימים נשקלים שיקולים פטרנליסטיים גם כאשר לזכויות האדם של מבוגרים. מקרה מובהק כזה הינו כאשר מדובר במבוגרים עם לקויות שכליות או נפשיות. המכנה המשותף בהקשר זה לילדים ולמבוגרים עם לקויות שכליות או נפשיות הינה הסברה שאלה לא מסוגלים להשתמש בזכויותיהם באופן רציונלי, כלומר, לבחור בין שימוש בזכויות שיקדם את האינטרסים שלהם לבין שימושים אחרים.¹⁶ למרות זאת אנו בדעה, כי כשעל הפרק עומדת תביעה לפגוע בזכות של ילדים, הפגיעה תהיה חוקית רק אם תעמוד בתנאים הרגילים הנדרשים לפגיעה בזכויות האדם החוקתיות. העובדה שמימוש של זכות חוקתית נתבע על ידי ילד לא צריכה לאפשר לפגוע בזכות בנסיבות שבהן לא ניתן לפגוע בזכות של מבוגר. חריג שאנו מציעים לכך הוא, שלגבי ילד תיחשב טובתו כשיקול ראוי – לאו דווקא שיקול מכריע – לפגיעה. משקלו של שיקול זה יהיה כבד במיוחד במקרים שבהם הדין קבע אותו כאמת-הדין להכרעה. אין חידוש מיוחד בהשקפה כי טובת ילדים, גם כאשר מתחשבים בה, אינה בהכרח שיקול עליון – אפילו כאשר חוק קובע כי תשמש אמת-המידה להפעלת שיקול-דעת שיפוטי או מינהלי. לא אחת מוכר הצורך לאזן בין טובת ילדים לבין אינטרסים אחרים, כגון של ההורים, המדינה או החברה. כשם שטובת הילדים אינה גוברת בכל מקרה ומקרה של התנגשות עם אינטרסים אלה, כך גם האינטרסים הללו אינם צריכים

15 ראו, למשל, ע"א 209/54 שטיינר נ' היועץ המשפטי, פ"ד ט 241 (להלן: פסק-דין שטיינר), עמ' 251.

16 ראו הטקסט הסמוך להערה 129, להלן.

טובת ילדים, זכויות האדם

לגבור בכל מקרה על זכויות חוקתיות של ילדים כאשר הם מתנגשים, אפילו אין ביטחון שמימוש הזכויות על ידי הילדים יעשה מתוך יכולת לרציונליות מושלמת. על האיזון להיעשות על פי מבחנים של מידתיות ואמות-מידה אחרות המקובלות לאיזון בין זכויות לבין אינטרסים. בין היתר יש להתחשב, במקרים המתאימים, בגיל הילד שבו מדובר וכיכולות האישיות שלו – שלהם השלכה ישירה על יכולתו להשתמש באופן רציונלי בזכויותיו.

3. בפרק ב במאמר זה נעמוד על כך שמתבקשת החלה של זכויות-האדם החוקתיות על ילדים. בפרק ג נעסוק בעיקרון טובת הילדים במשפט הישראלי. נטען כי טובת ילדים בכלל, ובוודאי טובת הילד המסוים שעל הפרק, אינה שיקול מוחלט גם באותם מגזרים שבהם היא נקבעת ברין כשיקול החולש; לעתים קרובות היא מאוזנת עם זכויות ואינטרסים של אחרים ולעתים אף נסוגה מפניהם. בפרק ד נדון ביחס בין עיקרון טובת הילדים לבין זכויות-האדם החוקתיות של ילדים. לאור היחסיות של עיקרון טובת הילדים נטען שיש מקום לאזן את טובת הילד גם כנגד זכויות חוקתיות של הילד. במסגרת הפרק נוסף ונעמוד על אופי השיקולים שאנו מציעים להתחשב בהם לעניין פגיעה בזכויות-האדם של ילדים למען טובתם, וביניהם המידה שבה ילדים בשלים לקבל החלטות רציונליות בדבר השימוש בזכות, הכישורים האישיים של הילד או הילדה המסוימים שעל הפרק, ואמות-מידה של מידתיות.

ב. זכויות ילדים כזכויות האדם

4. המשפט הישראלי, כאשר קבע את זכויות-האדם הבסיסיות, לא פירט בדרך כלל אם זכויות אלה נתונות לילדים. אין הכוונה רק להלכות פסוקות, שמטבען לא כוללות סעיפי הגדרה כלליים, אלא גם לדברי-חקיקה, וביניהם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק. חוקי-יסוד אלה קובעים זכויות ל"אדם"¹⁷ ואף ל"אדם באשר הוא אדם"¹⁸, ל"אזרח ישראלי"¹⁹ או ל"אזרח או תושב של המדינה"²⁰ אך לא נכתב בהם אם ילדים הם בגדרם. דברי-חקיקה אחדים – כגון אלה הקובעים זכויות בחירה והיבחרות לרשויות שלטון – קובעים שהזכויות נתונות רק למבוגרים, כפי שהם מוגדרים בהם.²¹ אמנם,

17 ראו סעיפים 1, 1א, 3, 4, 5, 6(א) ו-7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

18 ראו שם, סעיף 2.

19 ראו שם, סעיף 6(ב).

20 ראו סעיף 3 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

21 ראו, בין היתר, סעיפים 5, 6(א) לחוק-יסוד: הכנסת; סעיף 7(א)(2) לחוק הרשויות המקומיות (בחירות),

תשכ"ה-1965.

בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962 (להלן: חוק הכשרות המשפטית), נקבע בסעיף 1 כי "כל אדם כשר לזכויות ולחובות מגמר לידתו ועד מותו", כלומר, כי זכויות נתונות גם לילדים.²² כך בוודאי באשר לזכויות הקבועות בחוקים, כגון רבות מן הזכויות הקבועות בחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951,²³ הזכות לפרטיות²⁴ והזכות לשם טוב.²⁵ עם זאת דומה, מצד אחד, שהוראת סעיף 1 לחוק הכשרות המשפטית – שהוא חוק "רגיל" – לא חלה לגבי זכויות הקבועות בחוקי-יסוד;²⁶ ומצד שני, נראה גם כי הסייגים הרבים הקבועים בחוק זה לזכויות של קטינים לא חלים מאליהם על זכויות הקבועות בחוקי-יסוד, ככל שזכויות אלה חלות מעיקרן על ילדים.

5. האמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד (U.N. Convention on the Rights of the Child) משנת 1989 (להלן: אמנת זכויות הילדים),²⁷ שנכנסה לתוקף בישראל ביום 2 בנובמבר 1991, אף כי לא עוגנה לפי שעה בחוק, מהווה בסיס להפעלת "חוקה 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 חוקה זו".²⁸ לאור חוקה זאת נפסק כי בית המשפט לא יפעיל בניגוד לאמנה שיקול-דעת שחוק העניק לו אלא בנסיבות מיוחדות (ולכן, ככלל, יימנע מלהטיל על קטינים מאסר עולם – עונש המנוגד לזכות הקבועה באמנה),²⁹ ואף בוטלה ההכרה בהיתר של המשפט

22 בסעיף 4 לחוק הפרשנות, תשמ"א-1981, אין התייחסות לשאלה אם ילדים הם בגדר "אדם". נאמר רק שתאגידים שונים הם בגדר אדם.

23 ראו סעיפים 1א (שוויון בין המינים לפני החוק), 6 (שוויון בין המינים בזכויות חברתיות, לרבות זכויות לחינוך, להשכלה, לבריאות, לדיוור, לאיכות הסביבה ולרווחה חברתית), ו-6(ב) (הגנה מפני אלימות) לחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1981. אך לא ברורה התחולה על קטינות של סעיף 6(א), המקנה "לכל אשה", בכפיפות לאיסורים שנקבעו בדין, "זכות מלאה על גופה". הספק נובע, בין היתר, מאפוטרופסות ההורים ומחובת הציות של הילדים לפי סעיפים 14-17 לחוק הכשרות המשפטית.

24 ראו חוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981, למשל סעיף 1: "לא יפגע אדם בפרטיות של זולתו...".

25 ראו חוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965, למשל סעיף 1: "לשון הרע היא דבר שפרסומו עלול – (1) להשפיל אדם בעיני הבריות...".

26 ראו בג"צ 1384/98 אבני נ' ראש הממשלה, פ"ד נב(5) 206. ראו גם אריאל כנדור, "שיריון וחוקה – פסקדין ברגמן והשיח החוקתי בישראל", משפטים לא (תשס"א) 821, עמ' 830.

27 כ"א 1038, כרך 31, עמ' 221.

28 ע"פ 3112/94 אברחסן נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 422, עמ' 430. החוקה הפרשנית מקבלת משנה תוקף לאור החוק לציון מידע בדבר השפעת חקיקה על זכויות הילד, תשס"ב-2002. מטרת החוק היא לחייב מציעי הצעת חוק לבחון את השפעתה על זכויות הילד לאור אמנת זכויות הילדים. החוק מחייב את המציעים להתייחס בדבריו ההסבר לקיום פגיעה או שיפור בזכויות ילדים.

המקובל לענישה גופנית של ילדים תוך פרשנות דווקנית של הוראות הדין הפלילי, האוסרות תקיפת קטינים והתעללות בהם.³⁰ עם זאת, יש פנים לכאן ולכאן בשאלה אם האמנה, לפי פירושה הנכון, מקנה לזכויות האדם של ילדים מעמד מיוחד, כמקובל בדרך כלל כאשר לזכויות יסוד חוקתיות, או שמא מעמד כזה מוקנה באמנה לעיקרון טובת הילדים, ואילו זכויות הילדים כפופות בכל המקרים לטובתם. על פי תפיסה אפשרית אחת, סעיף 3 לאמנה, הממוקם במבוא לאמנה ומורה כי "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", הוא "אולי סעיף המפתח בה".³¹ לאור הנוסח ההחלטי של הסעיף ומיקומו, מתבקש כי טובת ילדים, בהיותה "שיקול ראשון במעלה", תועדף על ידי רשויות השלטון, וביניהן בית המשפט, על פני זכויות ילדים במקרים של התנגשות ביניהן. על פי תפיסה אחרת, אין עולה מניסוחו של סעיף 3 וממיקומו בתוך האמנה כל הכרעה בשאלת מעמדן של זכויות הילדים מול עיקרון טובת הילדים. בהקשר זה צוין כי דווקא סעיף 2 לאמנה, הקובע בין היתר כי "המדריגות החברות יכבדו ויבטיחו את הזכויות המפורטות באמנה זו לכל ילד שבתחום שיפוטם, ללא הפליה משום סוג שהוא", עוסק על פי לשונו בזכויות הילדים, ומקדים את סעיף 3, העוסק בטובת הילדים.³² לפי גישות אלה, מעמדה של טובת הילדים שקול למעמד של הזכויות הקבועות בהוראות אחרות של האמנה, ואין לראות את האמנה כמחייבת את הרשויות להעדיף בכל המקרים את טובת הילדים. ממילא נתונות לילדים זכויות האדם, במובן שהנא לפחות דומה לזה שבו זכויות כאלה נתונות למבוגרים.

6. גם הפסיקה, לאו דווקא עליסוד דוקטרינה מיוחדת בדבר זכויות ילדים, הכירה לא אחת בתחולה של זכויות האדם על ילדים. כרברי השופט מישאל חשין: "לעניינן של 'זכויות' ו'חובות' ... תחנת המוצא היא שדין קטן – ולו מקטני-קטנים הוא – כדין בגיר הוא".³³ כך, למשל, בית המשפט העליון קבע כי "מן המפורסמות הוא כי לכל אדם

30 ראו ע"פ 5224/97 מדינת ישראל נ' שדה אור, פ"ד נב(3) 374 (להלן: ע"פ שדה אור), עמ' 381–383; ע"פ 4596/98 פלגית נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 145 (להלן: ע"פ פלגית), עמ' 185. ראו גם, ברוח דומה, ביטול סעיף 7(24) לפקודת הנויקין [נוסח חדש], תשכ"ח–1968, שהעניק הגנה להורים, אפורופסים או מורים שנקטו ענישה גופנית כנגד קטין "במידת הנחיצות הסבירה למען ייטיב דרכו". ראו חוק לחיקון פקודת הנויקין (מס' 9), תש"ס–2000, סעיף 2(1).

31 *The Ideologies of Children's Rights* (Michael Freeman and Philip Veerman – eds., Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1992), 5.

32 שם, עמ' 129.

33 דנ"א 7015/94 הירעץ המשפטי לממשלה נ' פלגית, פ"ד נ(1) 48 (להלן: פסק-דין הירעץ המשפטי נ' פלגית), עמ' 95. השופט חשין הוסיף שם, עמ' 95–96, דברים שמהם עשוי להשתמע כי לדעתו, גם

בישראל – לרבות כל קטיין – מוכר חופש המצפון והדת;³⁴ ופסק כי "קיימת זכות היסוד של הקטיין לכבודו כאדם"³⁵ וכי יש לכבד את "רצונו של הקטיין כילוד אנוש לדעת מוצאו, כדי לשמור על זכויותיו הקנייניות, המשפחתיות והאנושיות"³⁶ ולשם הבטחת זכויותיו על פי הדין האישי ועל פי דיני הקניין;³⁷ וקבע, בהסכמת הצדדים, כי תונהג מדיניות רישום לגני-הילדים בתל-אביב-יפו "אשר לא תהא מותנית או תלויה במוצא האתני של משפחת התלמיד".³⁸

גישה דומה, המחילה את זכויות-האדם החוקתיות על ילדים, תוך דחיית הטענה כי ילד אינו "אדם" שהזכויות נתונות לו, מקובלת בין היתר גם בארצות הברית,³⁹ שכידוע, לפסיקתה בענייני זכויות-האדם השפעה על פסיקת בית-המשפט העליון בישראל.⁴⁰

7. עם זאת, מתוך רבים מן החוקים הקיימים בישראל עולה גישה המתקשה להתיישב עם נקודת-מוצא של החלת זכויות-האדם החוקתיות על ילדים.⁴¹ בין היתר, חוץ מכך שהזכויות הדמוקרטיות הבסיסיות של בחירה והיבחרות לכנסת ולרשויות המקומיות אינן נתונות לילדים,⁴² הם גם לא זכאים לערוך פעולות משפטיות (ובכלל זה להתקשר בחוזים ולצוות

לגבי "קטני-קטנים" – "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'". אך מהמשך הדברים מסתבר כי לדעת השופט חשין, "'זכותו' ('טובתו') של קטיין תיקבע בראש ובראשונה בידי הוריו של הקטיין ... ובחילוקי דעות יקבע אותה בית המשפט" (שם, עמ' 97). לדיון בהטלת הגבלות על זכויות ילדים בשל הנחה כי אין להם כישורים להחליט על השימוש בהן, ראו להלן, סעיף 22.

- 34 בג"צ 4298/93 ג'בארין נ' שר החינוך, פ"ד מח(5) 198, עמ' 203.
- 35 ע"א 5942/92 פלוני נ' אלמוני, פ"ד מח(3) 837, עמ' 843.
- 36 שם, שם.
- 37 שם, עמ' 844.
- 38 בג"צ 4091/96 אבו שמים נ' עיריית תל-אביב-יפו (לא פורסם, ניתן בתאריך 15.7.1997).
- 39 ראו *In Re Gault*, 387 U.S. 1 (1967); *Planned Parenthood v. Danforth*, 428 U.S. 52 (1976). ראו גם תמר מורג, "אתגרים חדשים בהצגת גבולות הילדות והבגרות לאור האמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד", **בטחון סוציאלי** 44 (1995) 108, עמ' 110-111.
- 40 בפסק-דין פלוני, קטיין, לעיל הערה 1, עמ' 253, בפתחו את תורתו בדבר זכויות ילדים, הסתמך הנשיא מאיר שמגר על פסיקה אמריקנית. ראו גם שם, עמ' 255-256. למעמד זכויות הילדים בארצות הברית ראו Shulamit Almog and Ariel L. Bendor, "The UN Convention on the Rights of the Child Meets the American Constitution: Towards a Supreme Law of the World", *11 International Journal of Children's Rights* 273 (2003).
- 41 ראו שולמית אלמוג ואבינועם בן-זאב, **משפט האדם** (הקיבוץ המאוחד ומופת, 1996), 131-135.
- 42 ראו לעיל, הערה 21.

טובת ילדים, זכויות האדם

את רכושם),⁴³ לקבוע היכן יגורו, "להמיר את דתם,⁴⁵ לקיים יחסי-מין,⁴⁶ לשנות את שמם,⁴⁷ להינשא,⁴⁸ להעיד במשפט פלילי⁴⁹ ולעבוד לפרנסתם⁵⁰ לפי רצונם, והם חייבים, "תוך כיבוד אב ואם, לציית [להוריהם] ... בכל עניין הנתון לאפוטרופוסותם".⁵¹

8. אלא שמריבוי החוקים השוללים זכויות של ילדים או הפוגעים בהן לא עולה מאליה שלילה של תחולת זכויות-האדם החוקתיות על ילדים.

ראשית, זכויות-האדם ככלל הוכרו בישראל במהלך פסיקתי בעיקרו, על רקע תחיקה – ובתוכה חוקים מנדטוריים – שהגנה על הזכויות לא עמדה בראש מעייניה.⁵² ובכל זאת נקבע, שמהיותה של ישראל דמוקרטית, מתבקשת תחולה של זכויות-האדם, בין כ"משפט מקובל"⁵³ ובין כעקרונות פרשנות,⁵⁴ ובכללם קביעת השיקולים הרלוונטיים להפעלת סמכויות שלטון.⁵⁵ גם אם בעבר לא הייתה החברה הישראלית בשלה להכרה בילדים כבעלי זכויות-האדם משל עצמם, הרי שניתן לטעון כי בימינו המצב שונה. וכשם ש"עקרון השוויון אינו פועל בחלל חברתי ריק. [ו]השאלה אם במקרה זה או אחר נהגת הפליה בין שווים, או שמא מדובר ביחס שונה כלפי שונים, מוכרעת על סמך התפיסות החברתיות המקובלות",⁵⁶ כך גם השאלה אם ילדים נכנסים לגדר בעלים של

43 סעיפים 4–7 לחוק הכשרות המשפטית; סעיף 26 לחוק הירושה, תשכ"ה–1965.

44 ראו סעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית.

45 ראו שם, סעיף 13(א).

46 ראו סעיפים 345(א)(3), 346(א), 347(א) לחוק העונשין, תשל"ז–1977.

47 ראו סעיפים 13–14 לחוק השמות, תשט"ז–1956.

48 ראו חוק גיל הנישואין, תשי"ג–1950.

49 ראו סעיף 2(ב) לחוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), תשט"ו–1955. החוק קובע איסור על מתן עדות של ילדים שהיו עדים לעבירה, קורבנות לה, או שהם חשודים בעשייתה, בעבירות מין ובעבירות אלימות הקבועות בתוספת לחוק. לדיון בהגבלות שמטיל חוק זה על זכויות ילדים ראו דנה פוג'ק, "הזכות להישמע? – עדויות ילדים בהליך הפלילי", **הפרקליט** מו (תשס"ב) 121.

50 ראו, בין היתר, סעיפים 2–7 (פרק שני: "גיל עבודה ועבודות אסורות") לחוק עבודת הנוער, תשי"ג–1953. מאחר שקטין הוא בוודאי "אזרח או תושב", הזכאי, לפי סעיף 3 לחוק-יסוד: חופש העיסוק "לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח יד", יידרש חוק זה, משפט התוקף של שמירת הדינים שקדמו לחוק-יסוד: חופש העיסוק, לעמוד במבחני פסקת ההגבלה שבסעיף 4 לחוק-היסוד.

51 חוק הכשרות המשפטית, בסעיף 16.

52 ראו בג"צ 2390/96 **קסיק נ' מדינת ישראל**, פ"ד נה(2) 625, עמ' 697–698.

53 ראו יצחק זמיר, **הסמכות המנהלית** (נבו, תשנ"ו), 97–100.

54 ראו, למשל, בג"צ 953/87 **פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו**, פ"ד מב(2) 309, עמ' 329–331.

55 ראו זמיר, לעיל הערה 53, עמ' 104–105.

56 בג"צ 721/94 **אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ**, פ"ד מח(5) 749 (להלן: בג"צ **דנילוביץ**), עמ' 779 (דברי השופט דליה דורנר).

זכויות האדם החוקתיות צריכה להיות מוכרעת לפי המקובל כיום. יש יסוד לעמדה החברתית הנוכחית – כפי שמשתקפת, בין היתר, בביטול ההגנה בנוזיקין בגין ענישה גופנית של קטינים,⁵⁷ ואף בהצטרפות ישראל לאמנת זכויות הילדים ובהקמה של הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה – שמצדדת בתחולת זכויות האדם החוקתיות על ילדים. זאת גם אם אין לומר כי עמדתה הנוכחית של החברה הישראלית היא כי על הדין לא להתייחס לגיל, כפי שנטען באשר לנטייה מינית.⁵⁸

שנית, התשובה לשאלה אם הזכויות שנקבעו בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק יסוד: חופש העיסוק חלות על ילדים, תלויה בפרשנות של חוק יסוד: אלה, ובראש וראשונה במובן של "אדם" בהם. אף כי השאלה בצורתה זאת לא עמדה לנגד עיני הכנסת כאשר חוקקה את חוק היסוד, והיא טרם נדונה והוכרעה על ידי בית המשפט העליון, דומה כי אין טעם להוציא מכלל פשוטו "אדם" שזכויות היסוד נתונות לו,⁵⁹ ולהדיר ילדים מכלל בני האדם. גם מרבית הזכויות הקבועות בחוק היסוד – ובתוכן זכויות לחיים, לשלמות הגוף, לכבוד, לקניין, לחירות מפני מאסר, מעצר והסגרה ולצנעת הפרט – הולמות גם קטינים. ואכן, דעתו של אהרן ברק – אמנם בספר ולא בפסק דין – היא, כי הזכויות לפי חוק היסוד מוענקות בעיקרן לכל אדם באשר הוא אדם, ו"על כן מוענקות הזכויות לאדם הבגיר ולאדם הקטין".⁶⁰ עם זאת, לדעת ברק "יש להבחין בין כבוד האדם לבין כשרותו של אדם. כבוד האדם הוא גם כבודו של חסר הכושר".⁶¹ לדבריו, "גם אדם הנתון במצב של חוסר הכרה בכחינת 'צמח' נהנה ממלוא ההגנה שחוק היסוד מעניק לזכויות האדם".⁶² מדברים אלה מתעורר ספק עד כמה לדעתו של ברק התחולה של כל זכויות האדם הקבועות בחוק היסוד – ולא של כבוד האדם בלבד – היא ממשית ואופרטיבית, ואינה אך הצהרתית ותאורטית.⁶³

57 ראו לעיל, הערה 30.

58 ראו בג"צ **דנילוביץ**, לעיל הערה 56, דברי השופט דורנר, עמ' 782.

59 לדין בתחולה של זכויות האדם (למעשה, הזכות לחיים) על עוברים, ראו אהרן ברק, **פרשנות במשפט** (כרך שלישי – פרשנות חוקתית, נבו, תשנ"ד), 436–437.

60 שם, עמ' 435.

61 שם, הערה 204.

62 שם, עמ' 436.

63 לעניין עוברים ברק מציין, שם, עמ' 437, כי לדעתו "הדרך הראויה היא לנתח כל זכות אדם בנפרד, תוך בחינה אם התכלית העומדת ביסודה משתרעת גם לעניינו של העובר". ניתן לתהות שמא דברים אלה עשויים לחול גם לגבי ילדים.

ג. טובת ילדים כעיקרון יחסי

1. מקניין ההורים ועד טובת הילדים

9. דרך מקובלת להציג את ההתפתחות של העקרונות המשפטיים החולשים על ענייני ילדים היא שבתחילה היו ילדים קניין או מעין-קניין של הוריהם, ורק בהמשך, לקראת סוף המאה התשע-עשרה, תפסה זאת הומרה בעיקרון מוחלט של טובת הילדים.⁶⁴ ביטוי מובהק לתפיסה זו של השתלשלות הדברים מצוי בדברי השופט משה זילברג, בפסק-דין שניתן בשנות החמישים של המאה העשרים:

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 ייתכן להתעלם מן האינטרסים שלו בשום צירוף מסיבות שהוא, ולא ייתכן כי נדחה אותם מפני "זכות" של מישהו אחר, ויהא זה האב או האם שלו.⁶⁵

אלא שספק אם תיאור זה – חלקו המתייחס למעמדם של ילדים כרכוש בעבר, ובעיקר חלקו הדין כמעמד של עיקרון טובת הילד – מבוסס די הצורך. הנראטיב השגור בדבר מעמד ילדים בעבר כרכוש שההורים זכאים לעשות בו כפי הנראה להם כטובתם שלהם עצמם, תהיה טובת הילדים כאשר תהיה, והחלפתו הדרמטית של מעמד ילדים כרכוש בעיקרון של הגנה על טובת הילדים כשיקול עליון מבלי להתחשב בטובת ההורים או באינטרס אחר כלשהו, הוא מסופק, ובוודאי אינו מדויק.

10. דומה שחכמי ישראל⁶⁶ לא היו היחידים שלא ראו ילדים כרכוש של הוריהם. המעמד של הורים כלפי ילדיהם בשיטות המשפט המקובל לא היה זהה למעמדם כלפי רכושם החומרי או בעלי-החיים שהיו בבעלותם, שאותם, למשל, הייתה זכות למכור ואפילו להשמיד.⁶⁷ אכן, בעבר הרחוק נתפסה המשפחה, הרבה יותר מאשר בתקופתנו,

64 ראו, בין היתר, פנחס שיפמן, **דיני המשפחה בישראל** (כרך שני, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, תשמ"ט), 218; מורג, לעיל הערה 39, עמ' 109.

65 פסק-דין **שטיינר**, לעיל הערה 15, עמ' 251.

66 לעמדת המשפט העברי, כי ילדים אינם רכוש הוריהם, ראו איתמר ורהפטיג, "אב ובנו", **מחקרי משפט טו** (תש"ס) 479, עמ' 479-480.

67 למהות הבעלות כזכות לפגוע ברכוש או לכלותו, ראו יהושע ויסמן, **דיני קניין – בעלות ושיתוף** (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, תשנ"ז), 25, Roger J. Smith, *Property Law* (3rd ed., Langman, UK, 2000), 6.

כאוטונומיה, שבמסגרתה האב היה זכאי לקבל החלטות לגבי ילדיו כמעט בלא התערבות של המדינה,⁶⁸ עד כדי הזנחתם.⁶⁹ אך בכך לא היה בהכרח כדי לשלול מן ההורים – בדרך כלל האב – מעמד של אפוטרופסים על ילדיהם, להבדילם מבעלים.⁷⁰

2. היחסיות של טובת הילדים

11. אך יהיה עניין זה כאשר יהיה, בוודאי אין יסוד לתפיסה השכיחה כי עיקרון טובת הילדים הוא עיקרון עליון, אשר "אינו ניתן לחלוקה, ואין למזגו ולערבבו באיזה שהוא שיקול אחר".⁷¹

אכן, חובות או סמכויות לפעול על פי אמת-מידה של "טובת הילד" או "טובת הקטין" קבועות בשורה ארוכה של דברי-חוקה.⁷² במקרים אחרים נקבעו חובה או סמכות כאלה

68 ראו פסק-דין פלזני, קטין, לעיל הערה 1, דברי הנשיא שמגר, עמ' 234–235.
69 ראו John Eakelaar, "The Emergence of Children's Rights", 6 *Oxford Journal of Legal Studies* 161 (1986), p. 164.

70 "While fathers had almost absolute control over their children, fathers also had considerable responsibilities, both to their own children and to children legally bound to them as apprentices. In that sense the relationship between father and child was more that of master and servant than of owner and chattel. A master-servant relationship, although not equal, required that master give something to servant in exchange for the servants labor. In addition, a master could not injure the servant, while an owner theoretically might dispose of his chattel in any manner, including extermination" Mary Ann Mason, *From Fathers Property to Childrens Rights* (Columbia University Press, New York, 1994), 7
71 "Women ... were viewed as ... akin to children ... Until the mid-nineteenth century, a woman ... was property" Caroline A. Forell and Donna M. Matthews, *A Law of Her Own* (New York University Press, New York and London, 2000), 4
72 "In [Virginia] Woolfs time, women ... were ... locked in the private sphere, subjected to husband, father, or other male 'guardian'" ראו שם, עמ' 3.

71 פסק-דין שטיינר, לעיל הערה 15, עמ' 251.
72 ראו, בין היתר, סעיפים 7, 728, 28כח, 28לז לחוק אימוץ ילדים, תשמ"א-1981; סעיף 69(ד) לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשנ"ה-1995; סעיפים 17, 22, 30, 69 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962; סעיפים 18(א), 20, 33 לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), תשל"א-1971; סעיפים 11(ב), 14 לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ה-1996; סעיף 8 לחוק הסעד (סדרי דין בענייני קטינים, חולי נפש ונעדרים), תשט"ו-1955; סעיף 365(ב3) לחוק העונשין, תשל"ז-1977; סעיף 5(ב) לחוק השמות, תשט"ז-1956; סעיפים 1(3), 2(ג) לחוק לגילוי נגיפי איידס בקטינים, תשנ"ו-1996; סעיפים 2(ז), 2(ח) לחוק למניעת אלימות במשפחה, תשנ"א-1991; סעיף 11(א2) לחוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), תשט"ו-1955; סעיף 3(ב) לחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951.

כהלכות פסוקות – בין כפרשנות של הוראות חקוקות⁷³ ובין במשפט מקובל.⁷⁴ לעתים חוק מטיל, לפי לשונו, חובה על בית המשפט או על רשות שלטונית אחרת להכריע בעניין לפי טובת הילדים. עם מקרים אלה נמנים, בין היתר, מצבי משבר שבהם לא ניתן עוד לשמור את ההכרעה במסגרת האוטונומיה המשפחתית, בעיקר כשההורים נפרדו או שאינם מסוגלים להגיע להסכמה בענייני ילדיהם, ובית המשפט בא במקומם.⁷⁵ אך קביעת חובה לפסוק לפי שיקול טובת הילד – לכאורה כשיקול בלעדי – אינה החלופה היחידה. במקרים רבים, אולי במרבית המקרים, הדין לא קובע את שיקול טובת הילדים כשיקול בלעדי, וממילא ניתן לשיקול לצדו גם שיקולים אחרים, העשויים לגבור עליו. כך הוא, למשל, המצב בעניין שיבוץ ילדים במוסדות חינוך. השיבוץ נעשה, ככלל, לפי שיקולים ציבוריים, שביניהם ניתן משקל נכבד לצורך באינטגרציה.⁷⁶ שיקול טובת הילדים רלוונטי במסגרת חריג בלבד.⁷⁷ דוגמה נוספת לכך הוא חוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים), תשנ"א–1991, הקובע שחובה להשיב ילדים חטופים למדינה ממנה נחטפו, משיקולים של הרתעה מפני מעשי חטיפה כעתיד וכיבוד הכרעת בית המשפט הזר בעניין המשמורת. טובת הילדים נבחנת רק במסגרת החריגים להשבה, והיא "מיוחדת וצרה".⁷⁸

אכן, כדברי פנחס שיפמן, גם במקרים שבהם הדין מורה במפורש להכריע בעניין לפי טובת הילדים, ולא כל שכן כאשר אינו מורה כן, יש לאזן – ואיזון כזה אף נעשה בפועל – "בין האינטרסים של הילד לבין האינטרסים של בני משפחה אחרים, כשם שיש צורך

73 ראו, למשל, לעניין פרשנות סעיף 13 לחוק אימוץ ילדים, הקובע את עילות האימוץ – ע"א 623/80 פלוגית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לה (2) 72, עמ' 75; ע"א 3798/94 פלוגי נ' פלוגית, פ"ד (3) 133, עמ' 144.

74 ראו, למשל, לעניין הגנה מכוח המשפט המקובל בעבירת תקיפה, כאשר ענישה גופנית של ילד נתפסה כטובתו – ע"פ 7/53 ראסי נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ז 790. הגנה זו בוטלה לימים, עם שינוי התפיסה לגבי טובת ילדים. ראו ע"פ 4596/98 פלוגית נ' מדינת ישראל, פ"ד נד (1) 145, עמ' 179–182. ראו גם לעיל, הערה 30.

75 ראו פסקדין פלוגי, קטיץ, לעיל הערה 1, עמ' 237.

76 ראו, למשל, בג"צ 152/71 קרמר נ' עיריית ירושלים, פ"ד כה (1) 767, עמ' 783; בג"צ 608/75 קחלובסקי נ' המועצה האזורית אשכול, פ"ד ל (2) 449, עמ' 456–457.

77 ראו, למשל, בג"צ 595/88 שולמן נ' מנהל המינהל לחינוך בעיריית תל אביב, פ"ד מב (3) 594, עמ' 597: "לפי האמור בתקנה 7(ב) לתקנות חינוך ממלכתי (העברה) – בהחלטת הרשות בבקשת העברה יובא בחשבון גם הנימוק של טובת הילדה. מן הסתם, על ילד להירשם בבית-ספר שכאזור מגוריו, וכאשר מוגשת בקשה להעברת הילד לבית-ספר שמחוץ לאזור מגוריו, יובא בחשבון, בין יתר השיקולים, גם השיקול של טובת הילד". ההדגשות במקור. ראו גם בג"צ 3533/90 שורצבוים נ' עיריית רמת גן (לא פורסם, ניתן בתאריך 30.8.90).

78 ראו ע"א 7206/93 גבאי נ' גבאי, פ"ד נא (2) 241, עמ' 251. ראו גם ע"א 4391/96 רו נ' רו, פ"ד נ (5)

לאזן בין שיקולים הנוצצים בצרכיו של הילד המסוים העומד בפנינו לבין שיקולים חברתיים כלליים, המייצגים במיוחד את הצורך להגן על שלומם ורווחתם של ילדים בדרך כלל ... התפיסה הרואה את חזות הכול ב'טובת הילד' – תוך התעלמות כביכול מכל שיקול אחר – היא פשטנית מדי ומלאכותית מדי. הנושא יותר מורכב ומסובך".⁷⁹

12. כך, ראשית, הדין הוא כי "זכותם של ההורים לגדל ולחנך את ילדיהם כראות עיניהם היא זכות חוקתית יסודית ... במסגרת היחידה המשפחתית נתונות להורים זכויות המוכרות על-ידי המשפט החוקתי והמוגנות על-ידי".⁸⁰ זאת, "גם אם מבחינה אובייקטיבית ייטב לילד אצל אחרים".⁸¹ אכן, "זכותם של ההורים לקיים את חובתם כלפי ילדם עומדת על רגליה שלה, ואין היא קמה או נופלת אך ורק על פי טובתם של הילדים עצמם".⁸² זאת ועוד: שמירה על האוטונומיה של התא המשפחתי, ולמעשה על כוח ההורים להכריע בענייני ילדיהם, מתבקשת גם מערכים ומאינטרסים חברתיים, החורגים מזכויות ההורים. כך, נאמר כי "בל נעלים עין מחובתנו הראשונית והבסיסית לקיים, לטפח ולשמור על התא החברתי היסודי והקדום ביותר בתולדות האדם, שהיה, הווה ויהיה היסוד המשמר ומבטיח את קיומה של החברה האנושית – הלא היא המשפחה הטבעית".⁸³

שנית, לבני המשפחה המתגוררים עם הילד – שאר ילדי המשפחה וגם ההורים, אף מעבר לזכותם לגדל את ילדיהם – זכויות ואינטרסים משל עצמם, שאי אפשר שלא להתחשב בהם. כך, למשל, אין דורשים מהורים להכפיף באופן גורף את מכלול הזכויות והאינטרסים שלהם, ביניהם חופש העיסוק, הזכות לבחירת מקום המגורים, חופש הדת והזכות להינשא ולהתגרש, למה שנראה כטובת ילדיהם. זאת ועוד: כאשר יש במשפחה ילדים אחדים שלהם צרכים ואינטרסים שונים, ובמיוחד כאשר לאחד הילדים צרכים חריגים המחייבים תשומת-לב מיוחדת, ממילא לא ניתן לבחון בנפרד את טובת כל אחד מהם, בהתעלם מן האחרים.⁸⁴ דוגמה הממחישה היטב שני היבטים אלה היא פרשת **פלזניץ**

- 79 שיפמן, לעיל הערה 64, עמ' 217–219, 220.
- 80 פסק-דין **פלזניץ, קטין**, לעיל הערה 1, עמ' 235. ההדגשה במקור.
- 81 פסק-דין **היועץ המשפטי נ' פלזניץ**, לעיל הערה 33, עמ' 65.
- 82 ע"א 577/83 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלזניץ**, פ"ד לח(1) 461, עמ' 468.
- 83 ע"א 488/77 **פלזניץ נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד לב(3) 421, עמ' 434 (דברי השופט מנחם אלון). אמנם, השופט אלון היה בפרשה זאת בדעת מיעוט כאשר לתוצאה, אך הדברים המצוטטים ודברים אחרים שכתב השופט אלון בפסק-דין זה צוטטו כעמדת בית-המשפט העליון. ראו, למשל, פסק-דין **פלזניץ, קטין**, לעיל הערה 1, עמ' 235–236.
- 84 ראו שיפמן, לעיל הערה 64, עמ' 221–222. לביטול הערת אזהרה שנרשמה על-שם קטין על דירה שנרכשה על ידי הוריו מכספם, שלאחר מכן ביקשו ליעדה לילדה אחרת שלהם, ראו ת"א (ת"א) 1577/90 **ברנר נ' רשם המקרקעין** (לא פורסם, ניתן בתאריך 1.10.90).

נ' אלמוני.⁸⁵ במקרה זה, לא זו בלבד שלא נמנע מאם להגר עם בנה מן הארץ לאנגליה, שם חפצה לבנות את חייה במחיצת בן-זוגה החדש והבת שנולדה לה ממנו, הגירה שהייתה כרוכה בנייתוק הבן מאביו, דבר שבוודאי לא היה לטובתו, אלא שאף צוין כי "שהות של האם בישראל הייתה פוגעת קשות בבתה. זו הייתה גדלה בלא אביה, ואף מחוץ לכל תא משפחתי יציב. החלטת האם מלמדת על איזון ראוי בין טובת שני ילדיה. בהתנכרות לצורכי הבת התינוקת לא היה כדי להעיד על מסוגלות הורית טובה במיוחד".⁸⁶ בית-המשפט העליון הטעים, כי "שאלת ההכרח בהגירה ככלל אינה רלוונטית להכרעה בסוגיית המשמורת על פי עיקרון טובת הילדים ... על בית-המשפט להכריע מהי האפשרות הטובה ביותר עבור הילדים במצב שנוצר בלי להסיט את מבטו מטובת הילדים להתנהגות נאותה בעיניו של ההורה".⁸⁷

בה בעת, דווקא הטלה אינטנסיבית של חובות מיוחדות על הורים בעניין הדאגה לילדיהם⁸⁸ - דרישות שיסודן בטובת הילדים - מבארת את הנתינה להורים של מידת אוטונומיה מרבית, אף כאשר אין ודאות שכל צעד של ההורים תואם באופן מושלם את טובת הילדים. דרישות מופרזות ובלתי-הוגנות מהורים להקריב את זכויותיהם והאינטרסים הבסיסיים שלהם כדי לקדם, באופן שולי ככל שיהיה, את טובת ילדיהם, עלולות לא רק לפגוע באופן בלתי-הוגן בהורים, אלא גם להביא, בסופו של חשבון, לפגיעה בטובת הילדים.⁸⁹

שלישית, לצד טובת הילד יש להתחשב גם באינטרסים של המדינה ושל הציבור בכללותו, כגון ביחסי החוץ של המדינה,⁹⁰ בצורך באינטגרציה בחינוך,⁹¹ בצורך לקבוע חזקות וכללים ראויים שיועילו לציבור הילדים בכללותו,⁹² ואף בזכויות של יחידים, כגון זכותם של ילדים אחרים שלא להיות חשופים לנחת זרועם של ילדים אלימים.⁹³

85 רע"א 4575/00 פלונית נ' אלמוני, פ"ד נה(2) 321 (להלן: פסק-דין פלונית נ' אלמוני).

86 שם, עמ' 335-334.

87 שם, עמ' 332.

88 להטלת אחריות נזיקית על הורה שהפר חובה זאת על ידי הזנחת ילדיו, ובכך גרם להם נזקים נפשיים, ראו ע"א 2034/98 אמין נ' אמין, פ"ד נג(5) 69.

89 "הגישה ההקרבנית רק עלולה ליצור, מצד אחד, הורים מתוסכלים, שתיסכולם יתקם בסופו של דבר בילד, וילדים מפונקים וחובעניים, שאינם יודעים לדחות סיפוקים, מצד שני, והכל בשמו של טובת הילד כביכול". ראו שיפמן, לעיל הערה 64, עמ' 222.

90 ראו לעיל, פסקי-הדין המאוזכרים בהערה 78.

91 ראו לעיל, הערה 77.

92 ראו שיפמן, לעיל הערה 64, עמ' 232-235.

93 לקשיים שבפגיעה בזכויות נאשמים בשל הוראות החוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), תשט"ו-1955, המכוונות למנוע פגיעה בילדים על ידי העדתם במשפטים בשל עבירות מין ואלימות במשפחה, ראו שי ניצן, "עדות קטין בעבירות מין - בחינה מחדש", משפטים יח (תשמ"ח) 297; אליהו הרנון,

כל אלה הם שיקולים המאוזנים כנגד טובת ילדים (וכפי שיפורט בהמשך,⁹⁴ גם מצדיקים לעתים פגיעה בזכויות של ילדים). אין אפוא יסוד לרטוריקה בדבר עליונות או מוחלטות של שיקול טובת הילדים. כאמור, כך הוא הדבר, באופן בלתי-נמנע, הן במצבים שבהם נקבע בחוק בלשון מפורשת כי ההכרעה תתקבל לפי "טובת הילד", ועל אחת כמה וכמה במצבים שבהם אין קביעה כזאת.

ד. זכויות ילדים לעומת טובת ילדים: יחסים מורכבים

1. זכויות ילדים לעומת טובת ילדים: רקע עיוני

13. על פי לורנס יולגייט אפשר לבסס תפיסה של זכויות ילדים על שני עקרונות. אלה הם עיקרון תכליתני מיטיב (teleological principle of beneficence), ועיקרון ראוי של צדק (deontological principle of justice).⁹⁵ לפי העיקרון הראשון חובה לקדם את טובת הזולת, וכדי לקדם את טובת הילדים, המסווגים כחסרים ביכולת רגשית וקוגניטיבית, יש ליצור סוג מיוחד של זכויות ההולמות את צורכיהם, או, כניסוחו המפורסם של הפן - "אין לזנוח ילדים לזכויותיהם".⁹⁶ לעיקרון זה משיקות תפיסות שבמרכזן פטרנליזם, תוך העמדה של טובת הילדים כמבחן-על. ואילו לפי העיקרון השני, תפיסה של צדק מחייבת התייחסות שוויונית לכל בני-האדם, ולכן, במישור הזכויות, יש להתייחס לילדים בדיוק כשם שמתייחסים למבוגרים, כלומר, לתת לילדים זכות משפטית שווה לזו של מבוגרים להחליט החלטות ולבצע פעולות.⁹⁷ לתפיסה זו משיק העיקרון בדבר זכויות הילדים, בשונה מהגנה עליהם.

"עדות ילדים בעבירות-מין: האם לא הגיעה השעה לעיין מחדש בהסדר הישראלי?", **משפטים** כד (תשנ"ד) 151; אמנון סטרשנוב, "העדת ילדים בבית-המשפט בעבירות-מין - גישה אחרת", **הפרקליט** מב (תשנ"ו) 484; אהרן מלמד, "העדת ילדים בבית-המשפט בעבירות מין - תגובה להצעותיו של השופט א' סטרשנוב", **הפרקליט** מג (תשנ"ז) 453. לטענה כי חוק זה פוגע דווקא בזכויות ילדים ראו פוגץ', לעיל הערה 49.

94 ראו להלן, בסעיף 22.

95 ראו Laurence D. Houlgate, *The Child and the State: A Normative Theory of Juvenile Rights* (Johns Hopkins University Press, 1980), 15.

96 Reservations Bruce C. Hafen, *Childrens Liberation and the New Egalitarianism: Some about Abandoning Youth to their Rights*, [1976] *Brigham Young University Law Review* 605.

97 John Holt, *Escape from* ראו ופרסון. *Childhood: The Needs and Rights of Children* (Penguin, Harmondsworth, 1974); Richard Farson, *Birthrights* (Penguin, Harmondsworth, 1978).

14. על רקע ההכרה ההולכת וגוברת בהיות זכויות הילדים זכויות האדם,⁹⁸ נפוצים מאמצים ליישב בין התפיסות.⁹⁹ ניסיון אופייני כזה הוא גישתו של מייקל פרימן, המקבל את הרעיון בדבר זכותם העקרונית של ילדים לזכויות האדם, אך מציע מודל מיוחד להתייחסות לילדים – ליברליזם פטרנליסטי.¹⁰⁰ פרימן גורס, כי הטעם המקובל להימנעות מהכרה בזכויות ילדים או להגבלתן – הרצון להגן על ילדים מפני החלטות פזיזות, בלתי-רציונליות ומזיקות – היה צריך להגביל, מכוח אותו רציונל, גם את זכויותיהם של מבוגרים, שגם הם משתמשים לעתים בזכויותיהם כדי לממש החלטות בלתי-רציונליות ומזיקות.¹⁰¹ והלא טעם כזה בדרך כלל אינו משמש, וגם לא ראוי שישמש, יסוד לשלילת זכויות ממבוגרים. אך פרימן מצדיק בכל זאת התערבות באוטונומיה של ילדים ופגיעה בזכויותיהם במקרים שבהם עשויה אי-התערבות לגרום לילדים נזק קשה. ההתערבות נועדה להבטיח את התפתחותם של הילדים והגעתם לכלל בגרות שתאפשר מימוש מלא של זכויותיהם.¹⁰²

2. זכויות ילדים לעומת טובת ילדים: תפיסות מקובלות

15. פרשנות אפשרית של אמנת זכויות הילדים גורסת כפיפות מוחלטת של זכויות ילדים לטובתם.¹⁰³ ועל כל פנים, יהיה פירושה של אמנת זכויות הילדים אשר יהיה, עמדת בית המשפט העליון – בראש וראשונה כפי שבאה לביטוי בדברי שלושה מחמשת

98 Roger J.R. Levesque, *Adolescents, Sex and the Law* (American Psychological Association, Washington, DC, 2000), 338

99 *The Ideologies of Children's Rights* (Michael Freeman and Philip Veerman – eds., Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1992); *The Best Interests of the Child: Reconciling Culture and Human Rights* (Philip Alston – ed., Clarendon Press, Oxford, 1994); Jane Fortin, *Children's Rights and the Developing Law* (Butterworths, London, 1998), 13-32. בקבצים אלה הכותבים דנים בשאלת היחס בין זכויות ילדים לבין עקרון טובת הילדים ומציעים תפיסות שונות המיישבות בין השניים.

100 Michael D.A. Freeman, "The Limits of Children's Rights", *The Ideologies of Children's Rights* (Michael Freeman and Philip Veerman – eds., Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1992), 29. לדיון בגישתו של פרימן ראו Marie Parker-Jenkins, *Sparing the Rod: Schools, Discipline and Children's Rights* (Trentham Books, Staffordshire, England, 1999), 142-143. עמ' 28-29.

101 ראו פרימן, לעיל הערה 100, עמ' 35-36.

102 ראו גם סקירתו של Yehiel S. Kaplan, "The Right of a Minor in Israel to Participate in the Decision-Making Process Concerning His or Her Medical Treatment", 25 *Fordham International Law Journal* (2002) 1085, pp. 1097-1099.

103 ראו לעיל, טקסט הסמוך להערות 31, 32.

השופטים שישבו לדין בפסק-דין **פלוני, קטין**¹⁰⁴ – הינה כי אין להחיל זכויות ילדים כאשר החלתן פוגעת בטובת הילדים. כך, השופטת טובה שטרסברג-כהן ציינה, כי "אם יש התנגשות בין 'טובת הילד' לבין 'זכויות הילד', על טובת הילד לגבור";¹⁰⁵ השופט זמיר, כאמור, כתב כי "אם המבחן של זכויות הילד יוביל לתוצאה הפוגעת בשלום הילד, בהתפתחותו או באושרו, הרשות נתונה לבית המשפט, ובעצם החובה מוטלת עליו, להכריע לפי טובת הילד";¹⁰⁶ ואילו השופט תיאודור אור הסכים עם השופטים שטרסברג-כהן וזמיר.¹⁰⁷ דברי הנשיא מאיר שמגר בעניין זה היו רב-משמעיים.¹⁰⁸ הוא ציין כי "קשה לשער כי יכולה להיות הכרה בזכויות הילד ובחובה לכבדן שאינה לטובת הילד, או כי טובת הילד תהיה מותנית בהתעלמות מזכויותיו החוקתיות והמשפטיות האחרות".¹⁰⁹ עם זאת, הנשיא שמגר הטעים כי "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 הן בית המשפט, כאשר הם בוררים בין אפשרויות ומכריעים ביניהן, אמונים על טובת הילד".¹¹⁰ רק השופט אליהו מצא היה מוכן להניח אפשרות של מימוש זכויות ילדים גם כאשר הן מתנגשות בטובתם. לדבריו, "אין מקום לקביעת כלל גורף, כי בכל מקרה... [של אי התיישבות בין הכרעה לפי זכויות הילד לבין הכרעה לפי טובתו] חובה על בית המשפט להעדיף את ההכרעה המוכתבת לו על פי מבחן טובת הילד. משמע, כי ייתכנו מקרים שבהם יהיה על בית המשפט לבכר הכרעה המבוססת על הכרה בזכויות הילד, גם אם ההתחשבות בטובתו גרידא הייתה מובילה לכאורה להכרעה שונה".¹¹¹

16. מהי אפוא המשמעות של עיקרון זכויות הילדים, שכל השופטים בפסק-דין **פלוני, קטין** הכירו בתחולתו? הלא הדעת נותנת שבהוספת עיקרון חדש בדבר זכויות ילדים על העיקרון המסורתי של טובת ילדים אמורה להתגלם מגמה של רפורמה. זאת לא רק לפי גישה כמו זו של השופט מצא, שלפיה זכויות ילדים עשויות לגבור על טובתם, אלא גם לפי גישת השופטים האחרים. נראה לנו, כי גם לפי גישות המסתייגות מאפשרות של

104 לעיל הערה 1. לדיון בעמדות שהביעו השופטים השונים בפסק-הדין ראו קפלן, לעיל הערה 102, עמ'

1138-1137.

105 שם, עמ' 270.

106 שם, עמ' 276.

107 שם, עמ' 273.

108 ראו קפלן, לעיל הערה 4, עמ' 640.

109 פסק-דין **פלוני, קטין**, לעיל הערה 1, עמ' 254.

110 שם, עמ' 264.

111 שם, עמ' 274-275.

טובת ילדים, זכויות האדם

הכפפת טובת ילדים לזכויותיהם יש ארבעה היבטים עיקריים – הקשורים זה בזה – שבהם יש חשיבות, ולעתים גם חידוש, בתורת זכויות הילדים.

17. **ראשית**, תורת זכויות הילדים מבטאת התפתחות בהבנה של טובת הילדים: הרעיון שהתחשבות ברצון ילדים בכלל, וברצונם לממש זכויות חוקתיות כפרט, היא במקרים רבים לטובתם, משום שילדים עשויים לדעת מהי טובתם, בין משום שפעולה בניגוד לרצונם, בוודאי בעניינים הנוגעים לזכויות יסוד, גורמת להם תסכול ופוגעת ברגשותיהם. כדברי יחיאל קפלן, "מחקרים מלמדים שמעורבות הילד בהחלטות הנוגעות אליו מהווה הזדמנות למידה, המכינה אותו לקבלת החלטות עצמאיות ובמשותף עם אחרים. שיתוף הילד בהחלטות אלה עשוי לתרום לתחושה הטובה של הילד, שהוא שותף פעיל, האחראי ביחס לחייו".¹¹² ואכן, מקובל שגם אם "לעתים רצון ילד קטן אינו משקף את האינטרס שלו ... [הרין] ילד איננו חפץ שמעבירים מיד ליד בלי להתייחס לרצונו. לילד יש רעה, שבה יש להתחשב".¹¹³ אכן, טובת הילדים לפי המבחן המסורתי של טובת הילד, שנקבעה לעתים קרובות מבלי לייחס משקל של ממש, אם בכלל, לרצון הילד, היא לא פעם שונה מטובת הילדים לפי תורת זכויות הילדים.

18. **שנית**, להתפתחות ההכרה בזכויות ילדים יש משקל כאשר מבקשים לפגוע באוטונומיה של ילדים בשם אינטרסים ציבוריים או זכויות או אינטרסים של פרטים. לא בכל המקרים ההתנגשות המתעוררת היא בין טובת ילד לזכויותיו. לעתים, בדומה לאופי הבעיות המתעוררות כאשר לזכויות האדם של מבוגרים, ההתנגשות היא בין הזכות של הילד לכין אינטרסים ציבוריים או אינטרסים של אחרים – מבוגרים או ילדים. גם אם טעמים של טובת הילד מצדיקים פגיעות בזכויות האדם שלו, אין בכך משום היתר לפגיעה בזכויותיו מעבר למותר לגבי מבוגרים מתוך טעם אחר, שאינו טובת הילד. תוצאה זאת נובעת בין מתורת זכויות הילדים ובין מן התחולה הכללית של זכויות האדם על ילדים. השתרשותן של תורות אלה עשויה להביא לכך, שהיותו של אדם ילד לא תצדיק כשלעצמה פגיעה בזכויותיו מעבר למקובל לגבי מבוגרים אלא ככל שהדבר נדרש לטובתו. בעוד שלפי התורה המסורתית של טובת הילד ניתן היה לפגוע בזכויות ילדים כל עוד הדבר לא פגע בטובתם, הרי שתורת זכויות הילדים, גם בגירסתה המתונה, שאינה מוכנה להכפיף טובת ילדים לזכויותיהם, אינה מתירה פגיעה בזכויות האדם של

112 קפלן, לעיל הערה 4, עמ' 649. ראו גם קפלן, לעיל הערה 102, עמ' 1153–1155.

113 פסק דין **היועץ המשפטי נ' פלזנית**, לעיל הערה 33, עמ' 73. ההדגשה הוספה. הדברים נכתבו כאשר לילד בן ארבע.

ילדים (אם הפגיעה בזכויות הילדים אינה נדרשת לטובתם) מעבר לפגיעה המותרת בזכויות מקבילות של מבוגרים.

עם זאת, כשם שפגיעה בטובת ילדים למען הגשמת אינטרסים של הוריהם ושל בני-משפחה אחרים עשויה להיות לגיטימית, בין היתר נוכח החובות האינטנסיביות המוטלות על הורים לדאוג לילדיהם,¹⁴ כך גם ניתן להצדיק הטלת מגבלות על מימוש זכויות-האדם על ידי ילדים על-מנת להבטיח חיי משפחה תקינים ויחס הוגן להורים הנרשאים בחובות. בדרך זו אפשר להצדיק, בין היתר, סמכויות של ההורים להטיל הגבלות שונות על אורח-החיים של ילדיהם תוך פגיעה לכאורית בזכויות חוקתיות שלהם, ובתוכן חופש הדת, חופש הביטוי, חופש התנועה ועוד.

ייתכן שברוח זאת אפשר להצדיק, ועל כל פנים להבהיר חלקית, את הכלל הקובע כי "במסדר מהפקה מקורית וכן במסדר מהפקה עצמית, לרבות מסדר חדשות, לא ישותף ולא ירואיין קטין בנושא העוסק בבני משפחתו, אלא בהסכמת שני הוריו ובאופן שלא יביך אותו או את בני משפחתו".¹⁵ ההגנה גם על הפרטיות של בני-המשפחה ולא של הקטין בלבד עשויה לנבוע מן ההנחה שמגורי ילדים עם הוריהם ואחיהם – הנובעים מחובתם המשפטית של ההורים – חושפים את הילדים למידע אודות בני-המשפחה שפרסומו ברבים עלול לפגוע בפרטיותם, ובנסיבות אלה מן הראוי להגן על פרטיות בני-המשפחה מעבר להגנה הרגילה הנתונה לפרטיות.

19. **שלישית**, התפיסה בדבר זכויות האדם – גם לגישתם של אלה המכפפים אותה לעיקרון טובת הילדים – מטעימה את הצורך בהגברת האינדיווידואליזציה בהתייחסות לילדים, כך שזכויות של ילדה או ילד מסוימים לא ייפגעו אלא אם קיימת לכך הצדקה הנוגעת להם עצמם ושאינה נובעת מהשתייכותם לעם הילדים, שהיא אבחון מכאני.¹⁶ זאת כמקובל באשר למבוגרים, לצורך קביעתם כפסולי-דין.¹⁷ כך, בפסק-דין פלוני,

114 ראו לעיל, טקסט הסמוך להערות 88, 89.

115 כלל 16(א) לכללי הבזק (שירורי בעל זכויו), תשמ"ח-1987. לדיון בכלל זה ראו אלמוג ובן-זאב, לעיל הערה 41, עמ' 133.

116 לדיון ביתרונות ובחסרונות של גישה זאת ולסקירה של דינים בעולם שבהם היא אומצה ראו קפלן, לעיל הערה 102, עמ' 1160-1165.

117 גם אדם הנדרש לפרוש מעבודתו אך בשל גילו נפגע בשל כך, לא פגיעה כלכלית בלבד, אלא גם פגיעה בכבוד. כדברי השופט זמיר בבג"צ 6051/95 **רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד נא(3) 289, עמ' 342: "אדם שהיה פעיל ויעיל, מעורב ומועיל, מושם לפתע, בעיני עצמו ובעיני הסביבה, כלי אין חפץ בו". לדיון בשאלה אם מן הראוי לעבור לאבחון אינדיווידואלי גם כאשר לקביעת גיל הפרישה מעבודה – שהוא הפן הנגדי של אבחון אינדיווידואלי של ילדים, בין היתר לעניין הצטרפות למעגל העבודה – ראו רות בן-ישראל, "גיל הפרישה במבחן השוויון: פרישה ביאלוגית או פרישה תפקודית?", **הפּרָקְלִיט** מג (תשנ"ז) 251; דן שניט, "חובת הפרישה לגימלאות – הערכה מחדש", **הפּרָקְלִיט** לב (תש"ם) 507.

טובת ילדים, זכויות האדם

קטין הסתמכה השופטת שטרסברג-כהן, שכזכור הסתייגה מגריעה מעיקרון טובת הילדים בשם זכויותיהם, על פסק־דין אנגלי שבו נענה בית־הלורדים לבקשת נערה בגיל למטה מגיל 16 לקבל מרופא אמצעי־מניעה, וזאת בניגוד לעמדת שני הוריה.¹¹⁸ השופטת שטרסברג-כהן ציינה כי "בעשותו כן הדגיש בית המשפט שהמדובר בקטינה שהגיעה למצב של בשלות וכשירות, שבו היא מסוגלת להבין ולהחליט בנושא הנוגע לה. זכותו לאוטונומיה של קטין שטרם הגיע לבשלות ולכשירות לא קיבלה מעמד דומה, ובמקום שבו התנגשה זכותו בזכות הוריו או מי מהם, נעשתה ההכרעה על־פי 'מבחן טובת הילד'".¹¹⁹ כלומר, גם אם טובת הילד יכולה להצדיק פגיעה בזכויות־האדם, ההצדקה נאשויה להיות מוגבלת לנסיבות שבהן הילד הספציפי טרם הגיע לבשלות ולכשירות ענייניים, והיא לא תחול לגבי קטין לפי גילו אך מבוגר לפי בשלותו וכשירותו.¹²⁰ עם זאת, שיקולים הקשורים אף הם לתורת זכויות־האדם עשויים לשמש משקל־נגד ל"גמישות־יתר" בהתייחסות לכל קטינה וקטין לפי סגולותיהם המיוחדות. זאת בשל הסטיגמה שאבחון אישי עלול להטיל, העלולה כשלעצמה לפגוע בזכויות שונות, ובתוכן הזכות לכבוד האדם. כדברי שולמית אלמוג ואבינועם בן־זאב:

האבחון האישי, בשל הספציפיות שבו, מנציח קביעות שקשה למאובחן להשתחרר מהן, בעוד שהעובדות הנקבעות על־ידי האבחון המכני הן בנות־חלוף... האבחון האישי מטיל... כתם בל־יימחה על האדם. לעומת זאת, האבחון המכני מגדיר קטינים ככאלה לתקופה קצובה בלבד, וזאת משום שהוא מאבחן בני־אדם בלי להתבסס על ממצאים אישיים.¹²¹

האיזון בין שני השיקולים המתנגשים יכול להיעשות על ידי קביעת עניינים מסוימים, בעלי חשיבות מופלגת לעתיד הילדה או הילד שבהם מדובר, שבהם ההכרעה תתקבל באופן אינדיווידואלי, ועל ידי קביעת הליך שיפוטי שיאפשר לקטינים לבקש בעצמם אבחון אישי כזה. אם הבקשה תיענה ויימצא כי הקטינים המסוימים הם בשלים כמבוגרים בהקשרה של הזכות שבה מדובר, הזכות תינתן להם כאילו היו מבוגרים. זאת בהיעדר שיקול משפחתי או אחר, המצדיק הגבלת זכות של ילדים המתגוררים בבית הוריהם ותלויים בהם.¹²²

118 *Gillick v. West Norfolk Area Health Authority*, [1985] 3 All E.R. 402 (H.L.).

119 פסק־דין פלוני, קטין, לעיל הערה 1, עמ' 268.

120 ראו פוגץ', לעיל הערה 49, עמ' 132, המבקרת את היעדרם של מבחנים אינדיווידואליים בשאלת הכשרות של ילדים להעיר במשפטים של עבירות מין ואלימות במשפחה.

121 אלמוג ובן־זאב, לעיל הערה 41, עמ' 137.

122 ראו לעיל, טקסט הסמוך להערה 84.

20. **רביעית**, בפסק־דין **פלונני, קטין** הטעים בית־המשפט במיוחד את הערכתו כי "בעיקרון, מבחן 'זכויות הילד' הוא 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".¹²³ ועוד: "הרבותא שבפנייה אל זכויות הילד היא כי 'טובת הילד' היא מושג רגשי־סובייקטיבי שנשען על שיקול הדעת וההערכה העובדתית של בית המשפט במקרה ספציפי, בו בזמן שיזכויות הילד' הן מושג חוקתי־נורמטיבי הנשען על מערכת זכויות מוכרת וקיימת, אך המודרך כמובן גם כן על־ידי השאיפה להכיר בטובת הילד".¹²⁴ הכוונה היא לכך שבעוד שלפי שעה לא נקבעו אמות־מידה מוגדרות בדבר המהות של "טובת הילד", שהרי שרשימת זכויות האדם הכלליות וזכויות מיוחדות שפותחו באשר לילדים, לרבות דרכי האיזון בין הזכויות לבין שיקולים אחרים, הינה מוגדרת ומפורטת יחסית.

עם זאת, לעניין טובת ילדים פותחו חזקות שונות, למשל "חזקת הגיל הרך" הקבועה בסעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית, שלפיה במקרה של פרידה בין ההורים, "ילדים עד גיל 6 יהיו אצל אמם אם אין סיבות מיוחדות להורות אחרת",¹²⁵ כך שגם טובת ילדים אינה נקבעת בכל המקרים ללא אמות־מידה כלליות מנחות. ואילו מצד שני, כדברי השופט שטרסברג־כהן, "מגנון הכרעה על־פי 'זכויות הילד' לא יעמוד לנו בפתרון של מקרים רבים ... מה עוד שלא תמיד ניתן להגדיר את הזכות־העומדת על הפרק, את עוצמתה ואת אפשרות מימושה".¹²⁶

3. זכויות ילדים לעומת טובת ילדים: תפיסה מוצעת

21. נותרה עדיין שאלת ההתנגשות בין זכויות־האדם של ילדים לבין טובתם. בסוגיה זאת סברו מרבית שופטי בית־המשפט העליון שישבו בהרכב בפסק־דין **פלונני, קטין**,²⁷ כי בכל מקרה אין לפעול לפי זכויות הילד אם הדבר יפגע בטובתו (או משום שהתנגשות כזאת אינה אפשרית לאור ההגדרה של זכויות ילדים).¹²⁸ רק השופט מצא היה בדעה כי

123 פסק־דין **פלונני, קטין**, לעיל הערה 1, עמ' 268 (דברי השופט שטרסברג־כהן).

124 שם, עמ' 254 (דברי הנשיא שמגר).

125 לחוקה זאת ראו פסק־דין **פלונני נ' אלמוני**, לעיל הערה 85, עמ' 331-332.

126 פסק־דין **פלונני, קטין**, לעיל הערה 1, עמ' 268.

127 לעיל הערה 1.

128 ראו עמדת הנשיא שמגר, שם, עמ' 254: "קשה לשער כי יכולה להיות הכרה בזכויות הילד והחובה לכבדן שאינה לטובת הילד", עמ' 263: "טובת הילד כלולה... במסגרת זכויות הילד, כביטוי לצורך זכויותיו וכחלק ממנו" ועמ' 264: "אין בכוננתי לפתח מודל הפועל רק ליישום עיוור ופורמלי של זכויות הילד. המטרה המנחה כל דיון מסוג זה היא מתן הגנה לילד מפני בחירות הפוגעות בו (בטובתו) ובזכויותיו. נקודת המוצא היא כי קטין אינו מסוגל לקבל באופן עצמאי הכרעות בעניינים שונים,

זכויות ילדים אינן בהכרח נסוגות מפני טובתם. דעתנו קרובה לדעתו של השופט מצא. לדעתנו, מן התפיסה בדברי יחסיות העיקרון של טובת הילדים והצורך לאזן בין עיקרון זה לבין זכויות ואינטרסים של אחרים, מתבקש כי במסגרת האיזון יובאו בחשבון גם זכויות האדם של הילדים. כשם שבמקרים של התנגשות בין טובת ילדים לבין זכויות או אינטרסים של אחרים – וביניהם ההורים, בני-משפחה אחרים והציבור בכללותו – אין מכריעים ככל מקרה ומקרה לפי טובת הילדים, כך גם טובת הילדים אינה צריכה לזכות לעליונות מוחלטת כמקרים של התנגשות בינה לבין זכויות חוקתיות של הילדים. כך בנודאי כאשר לילדים שבשלותם היא כשל מבוגרים, אך כך גם כאשר לילדים שבשלותם אינה מלאה. נסביר את דעתנו.

22. נראה לנו שייחוד חשוב של ילדים לעומת מבוגרים מן השורה הינו בכך שהבשלות של ילדים, ובמיוחד של הצעירים שבהם, לקבל החלטות היא מוגבלת. הסברה היא כי ילדים קטנים היו מתקשים להשתמש בזכויותיהם באופן רציונלי אילו זכויותיהם והמגבלות עליהן היו זהות ככול לאלה של מבוגרים. למבוגרים מן השורה מוענקות זכויות האדם מבלי לבחון בדרך כלל אם השימוש בהן הולם את טובתם, משום שמונח כי ביכולתם להעריך בעצמם מהי טובתם ואם רצונם בכך אף לבחור באופן מודע – למשל, מטעמים אלטרואיסטיים – בקר-פעולה שיפגע בהם.

הטלת מגבלות על כוחם של בני-אדם, שאין ביכולתם לבחור באופן רציונלי או החשופים לאילוצים מהותיים אחרים על יכולת הבחירה שלהם, לעשות שימוש בזכויות האדם אינה בלעדית לילדים. מגבלות דומות בעיקרן מוטלות גם על מבוגרים חולי-נפש ומפגרים (שכאמור, הסדרי המסגרת בעניין כשרותם המשפטית מעוגנים באותו חוק המסדיר את הכשרות המשפטית של ילדים – חוק הכשרות המשפטית).¹²⁹ זאת ועוד,

ועל-כן ההכרעות בעניינים אלו נמסרות להוריו, ובעת מחלוקת ביניהם – לבית המשפט. הן ההורים הן בית המשפט, כאשר הם בוררים בין אפשרויות ומכריעים ביניהן, אמונים על טובת הילד; עמדת השופט שטרסברג-כהן, שם, עמ' 270: "אם יש התנגשות בין 'טובת הילד' לבין 'זכויות הילד', על טובת הילד לגבור"; עמדת השופט אור, שם, עמ' 273: "לגבי המבחן הראוי להחלטה – אם מבחן זכויות הילד או מבן טובת הילד – נוטה אני למבחן טובת הילד מהנימוקים הנוכחים בפסקי הדין של השופטים שטרסברג-כהן וזמיר"; ועמדת השופט זמיר, שם, עמ' 276: "אם המבחן של זכויות הילד יוביל לתוצאה הפוגעת בשלום הילד, בהתפתחותו או באושרו, הרשות נתונה לבית המשפט, ובעצם החובה מוטלת עליו, להכריע לפי טובת הילד".

129 מסתבר כי תפיסה כזאת אכן עמדה ביסוד חוק הכשרות המשפטית. בדברי ההסבר להצעת החוק, ה"ח תשכ"א 178, נכתב בין היתר: "גישת החוק המוצע היא לקרב את דיני הורים וילדים אל דיני האפוטרופסות על פי מינוי; ואכן רב הדמיון בין התפקיד והאחריות שחוק זה מטיל על ההורים כלפי ילדיהם הקטינים לבין התפקיד והאחריות שהוא מטיל על האפוטרופסים המנויים למיניהם כלפי החסוי. סמיכות הפרשיות קרובה עד כדי כך שלעתים נראים שני העניינים האלה כמוסד משפטי אחד

גם ממבוגרים שבשלותם השכלית והנפשית מלאה, אך עקב עמדתם החלשה הם עלולים להיאלץ להשתמש בזכויותיהם באופן שיפגע בהם, עשויות להיגרע מטעמים פטרנליסטיים זכויות מסוימות. כאלה הם, למשל, עובדים.¹³⁰

שיקול זה, לצד השיקול שנדון לעיל בדבר הצורך לנהוג בהגינות כלפי ההורים – המחויבים בחובות רבים כלפי ילדיהם הקטינים, ומן הצדק "לפצות" אותם בהגבלת-מה על זכויות הילדים¹³¹ – אכן עשוי לשמש שיקול ראוי לפגיעה בזכויות ילדים תוך העדפה של טובתם "האובייקטיבית" של ההורים, בעייתית ככל שתהיה.

23. אך מן הרלוונטיות העשויה להיות למצב הילדות, כמו למצבים אחרים הפוגעים ביכולת הבחירה הרציונלית, לצורך הטלת מגבלות על זכויות האדם, לא נובע כי הילדות תהיה בכל מקרה ומקרה השיקול המכריע. פגיעה בזכויות קיימת גם כאשר תכלית הפעולה הפוגעת היא ראויה, והפעולה נסמכת על שיקולים ענייניים.¹³² לכן יש לדרוש גם כי הפגיעה תהיה מידתית.¹³³

ואחיד של 'אפוטרופסות' – ולכן מקומם באותו חוק". אמנם, יש הרואים את ההסדר המשולב כבלתי-רצוי, ומבקרים את ההשוואה שהחוק מבוסס עליה בין דוקטרינת האפוטרופסות הכללית לבין מעמד ההורות. השוואת מעמד האפוטרופסות למעמד ההורות היא בעייתית מבחינה רעיונית, ואינה עולה בקנה אחד עם התפיסה העולה מאמנת זכויות הילדים, שעל פיה יש לראות את תקופת הקטינות כתקופה ייחודית במהלך החיים האנושי, הראויה להתייחסות ספציפית ומתאמת לנסיבות הייחודיות לה, וגם את מצבם של פסולי-דין, מוגבלים וחסויים כדורש חשיבה מיוחדת והתייחסות ספציפית. נטען שגם אם יש דמיון או השקה בין הורות לאפוטרופסות, הרי שההבדלים בין שתי הקטיגוריות מצריכים חשיבה והתייחסות נפרדות אל כל אחת מהן. עם זאת, שתי התופעות מתאפיינות דווקא בדינמיות שלהן. באשר לקטינות, מקובל לעסוק היום בכשרים מתפתחים (evolving capacities), בהעצמה הדרגתית (empowerment), ובשינויים מתמידים ביכולת לגבש רצון חופשי. ראו, למשל, אמנת זכויות הילדים, לעיל הערה 27, סעיף 5. מגמה מקבילה במקשת להבחין בין דרגות שונות של פסלות דין ולשים דגש על הצורך בהעצמה ובפיתוח במקרים של מוגבלות או פסלות דין. ההתייחסות לפסולי-דין באופן אחיד (מבלי להתחשב, למשל, בדרגת הפיגור השכלי) אינה ראויה יותר מכפי שהיא ראויה לגבי קטינים. על רקע זה נראה לנו כי הדרשה להפרדה מוחלטת של טיפול בענייני ילדים מהטיפול בענייניהם של מבוגרים עם מגבלות ביכולת לפעול כרציונליות היא בעייתית, וספק אם היא לטובת ילדים (מלבד הסטיגמה שהיא מטילה על אנשים מבוגרים עם מוגבלויות). בכך אין, כמובן, כדי לשלול את הצורך לקבוע לכל בני-האדם – מבוגרים כילדים – הסדרים הולמים, שלא יפגעו בזכויותיהם אלא לתכלית ראויה וכמידתיות.

130 ראו, למשל, רב"ע לג' 12-3 ציבוטר – אברהם, פד"ע ד 173; רב"ע לח' 59-3 סילשי – דורון, פד"ע י 32; רב"ע 164/99 פרומר וצ'ק פונט – רדגארד בע"מ, פד"ע לד 294.

131 ראו לעיל, טקסט הסמוך להערות 88, 89, 114, 115.

132 להבחנה בין שאלת הקיום של פגיעה בזכות לבין שאלת הצדקה של הפגיעה ראו, למשל, ע"פ 4424/98 סילגודו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529, דברי הנשיא ברק בעמ' 546-551 ופסק-הדין של השופטת שטרסברג-כהן (עמ' 551-562).

133 ראו, למשל, רע"פ 2060/97 וילנצ'יק נ' הפסיכיאטר המחוזי – תל-אביב, פ"ד נב(1) 697, עמ' 708; ב"ש"פ 5851/00 רבינוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 666, עמ' 670-671.

ראשית, מקום שבו פגיעה בזכות של ילדים אינה מותרת לגבי מבוגרים מן השורה, יש לוודא כי היא אכן נדרשת עקב חוסר-בשלותם של הילדים וקשייהם לפעול ברציונליות. **שנית**, יש לבחון אם הפגיעה היא במידה הפחותה הסבירה, בהתחשב במהות הזכות העומדת על הפרק ובבשלות של הילדים שבהם מדובר – בין על פי אמות-מידה כלליות או קבוצתיות (בראש ובראשונה גיל), ובין על-בסיס אבחון אישי כאשר עריכתו אינה עלולה כשלעצמה לפגוע בילדים במידה בלתי-סבירה. לכן, דומה כי דינן של זכויות כחופש העיסוק וחופש החוים, שמידת יסודיותן העניינית פחותה¹³⁴ אך שימוש בהן דורש מידה רבה יחסית של בשלות (בין היתר נוכח הפוטנציאל לפגיעה במשתמשים עצמם), לא יהיה כדין הזכות לכבוד או כדין חופש הביטוי,¹³⁵ שמעמדם רם במיוחד ולעתים קרובות גם ילדים יכולים לעשות בהם שימוש מושכל, מבלי שאינטרסים שלהם ייפגעו. **שלישית**, יש להקפיד שהפגיעה הצפויה בטובת הילדים תהיה מהותית ולא פגיעה של מה בכך, ושחומרת הפגיעה תעלה בעליל על החומרה שבפגיעה בזכויות. בהקשר זה עשוי להיות מקום, במקרים המתאימים, להתחשבות במבחני איזון, כגון מבחנים הסתברותיים (כגון האם יש אפשרות סבירה לכך שהקניה לילד של אפשרות להחליט בדבר שימוש בזכות תפגע בטובתו).

ה. סיום

24. בפסק-דין **פלוני, קטיין**¹³⁶ כתב השופט יצחק זמיר כי המחלוקת הנטושה בדבר היחס בין טובת ילדים לזכויותיהם אינה "אלא מחלוקת המצויה בעיקר בתחום העיון ולא בתחום המעשה", ולכן "אין לייחס לה חשיבות מרובה".¹³⁷ מחלוקת זאת אינה "לגבי העיקר, הלוא הוא המהות להבדיל מן המינוח".¹³⁸ והעיקר הוא, לדברי זמיר, "כי יש לנהוג לפי המושג הרחב יותר, משום שהוא מיטיב לשרת את הילד".¹³⁹ דומה כי שורש הערכה זאת של זמיר היא בדעתו, שכפי שפירטנו אכן משקפת את השקפת הרוב,¹⁴⁰ כי

134 ראו דליה דורנר, "מידתיות", **ספר ברנזון** (כרך שני בעריכת אהרן ברק וחיים ברנזון, נבו, תש"ס) 281, עמ' 288.

135 אך השורש ע"פ 4463/93 **בירב נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(5) 447, עמ' 458–459 (דעת השופטת דורנר), ששללה באופן גורף, מטעמים של "טובת הילד", את החופש של קטינים להרשות לפרסם את דבר אימוצם. על דעה זאת יש לדעתנו מקום לביקורת בשל אי-הקפדתה על פגיעה מזערית כחופש הביטוי.

136 לעיל, הערה 1.

127 שם, עמ' 277.

138 שם, שם.

139 שם, שם.

140 ראו לעיל, סעיף 15.

"אם המבחן של זכויות הילד יוביל לתוצאה הפוגעת בשלום הילד, בהתפתחותו או באושרו, הרשות נתונה לבית המשפט, ובעצם החובה מוטלת עליו, להכריע לפי טובת הילד".¹⁴¹

אכן, על פי ההנחה שטובת הילדים היא, בכל המקרים, השיקול המכריע, מידת החשיבות של היחס בין טובת ילדים לזכויות האדם של ילדים היא מוגבלת.¹⁴² אלא שכפי שתיארנו, טובת הילדים – לאו דווקא בשל זכויות הילדים – אינה, ומעולם לא הייתה, ערך מוחלט. ממילא, כשם שטובת הילדים נסוגה מפני אינטרסים של אחרים, ובתוכם הורי הילדים והחברה בכללותה, אין טעם טוב למנוע כליל את הסגתה במקרים המתאימים גם מפני זכויות האדם של ילדים. קשה להצדיק תורה שעל-פיה ילדים אינם ראויים לזכויות האדם. בסופו של דבר, המשמעות של מתן זכויות האדם לילדים היא, בהכרח, הגבלה של אינטרסים אחרים, ובתוכם טובת הילדים.

141 פסק-דין פלוני, קטיץ, לעיל הערה 1, עמ' 276.

142 אך לפירוט ההיבטים שבהם יש משמעות לתורת זכויות הילדים אף לפי השיטה שאינה מכפיפה אותן לטובת הילדים ראו לעיל, סעיפים 16–20.