

מטובת הילד לזכויות הילד – ייצוג עצמאי של קטינים

מאת

יחיאל ש' קפלן*

במשפט הישראלי קיימים שני עקרונות יסוד מנחים להכרעה בגורלם של ילדים קטינים – עיקרון טובת הילד ועיקרון זכויות הילד.

ההגדרה המקובלת בעולם לעיקרון טובת הילד מושתתת על ההנחה שהילד צריך להתפתח פיזית, נפשית, מוסרית, רוחנית וחברתית, בדרך בריאה ונורמלית; הדוקטרינה של טובת הילד גורסת כי הילד אינו אוֹבֵּיֶקְט – קניין או מעין קניין – השייך להוריו, אלא סובייקט, בעל אישיות עצמאית, זכויות וצרכים משל עצמו. טובת הילד או הקטין היא עיקרון מנחה בחקיקה הישראלית בנוגע לאפוסטרופמות הורים. בין היתר חל עיקרון זה מכוח הוראות האמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד. סעיף 3 לאמנה קובע: "בכל הפעולות הנוגעות לילדים, בין אם ננקטות בידי מוסדות רווחה סוציאליים, ציבוריים או פרטיים ובין בידי בתי משפט, רשויות מינהל או גופים תחיקתיים, תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה".

במחצית השנייה של המאה ה-20 החלה להתבסס ההכרה ב"זכויות הילד". בשונה מ"טובת הילד", מושג זה של "זכויות הילד" מבוסס על הכרה בכוחו העצמאי של ילד – בכל עת או בנסיבות המתאימות – להבין ולהחליט החלטות בנוגע לגורלו. מאחר שחשוב להכיר בפרטיותו ובאישיותו העצמאית והייחודית של כל יצור אנוש, בכל גיל, יש להכיר במידת האפשר גם בזכויות הילד. יורגש, כי זכויות אלה של הקטין הן עצמאיות ונפרדות מאלה של הוריו.

עיקרון זכויות הילד בא לידי ביטוי בסעיפים שונים באמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד. כך, למשל, בסעיף 12 לאמנה נזכרת זכותו של הקטין להיות שותף בהכרעות בעניינים הנוגעים אליו – ולעניינו, זכות ייצוג עצמאית. האמנה אומנם מכירה בכבוד האדם ובזכויות האדם של הקטין, אולם היא מוכנה להעניק זכויות לקטינים בהתחשב בגילם ובשלבי התפתחותם השונים ("דוקטרינת הכשרים המתפתחים של הקטין").

בפסקי הדין של בית המשפט העליון בישראל, שדנו במעמד עיקרון זכויות הילד, לא ניכרת פריצת דרך משמעותית בכיוון של אימוץ דוקטרינת "זכויות הילד" והעדפתה על פני הדוקטרינה הוותיקה של "טובת הילד". לדעתנו, חסרה אמירה חד-משמעית

* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.
תודתי לרויסל גולדהר על עזרתה המסורה ולחברי מערכת כתב העת משפטים על הערותיהם המועילות.

בדבר שינוי מגמה, שמסרתו הענקת יתר אוטונומיה לקטינים והימנעות ככל האפשר מפטרנליזם לגביהם. כמו כן, אין הנחיה ברורה המעודדת פרשנות הוראות חוק רלבנטיות ברוח המגמה החדשה, החורגת על דגלה את עיקרון "זכויות הילד". ברצוננו להצביע על הצורך באימוץ עקרונות דוקטרינה "זכויות הילד", בעיקר בתחום הייצוג העצמאי של קטינים. לעתים ההורים משווים לנגד עיניהם בעיקר את זכויותיהם וטובתם הם, ולפיכך מתקשים לייצג נאמנה גם את זכויות ילדיהם וטובתם. כאשר לא מוקנית לילד זכות להיות שותף בהכרעות בנוגע לענייניו, הוא עלול להיפגע. הדרישה לייצוג עצמאי של קטינים נובעת מתפיסת עולם הגורסת כי ילד הוא בעל זכויות, בדומה למבוגר, ובכלל אלה הזכות לייצוג עצמאי. זכות זו באה לכלל מימוש כאשר הקטין עצמו, אפוסטרופו לדין או עורך-דינו, מייצג את ענייניו באופן עצמאי, בנפרד מהוריו. בהקשר זה יש להתחשב, בין היתר, בזכויות המוקנות לכל אדם מכוח הוראות המחוקק בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

תפיסת עולם המכירה בזכותו של קטין לייצוג נפרד מהוריו מפלסת בהדרגה את דרכה לחקיקה הישראלית. ההסדר החדש נקבע בהסדרים מסוימים בחקיקה מהשנים האחרונות. לדעתנו, ראוי לקבוע בחקיקה הסדר כולל, המקנה לקטינים זכות ייצוג עצמאי בכפוף לדוקטרינה של הכשרים המתפתחים שבסעיף 12 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד. בראש ובראשונה יש לשנות כמה מעקרונות היסוד הפטרנליסטיים, הבאים לידי ביטוי במיוחד בחוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופות, תשכ"ב-1962, ולהעניק לקטינים יתר אוטונומיה, ובכלל זה זכות ייצוג עצמאית; יש לתקן את כל ההסדרים שנקבעו בחוקים ובתקנות בישראל בנוגע לילדים – גם ההסדרים בנוגע לסדר דין אזרחי ודין בבית המשפט לענייני משפחה – ולהתאימם לעקרונות האמורים.

מובן, כי תיקון ההסדר המשפטי הקיים צריך להיות מתון וזהיר. לעתים, הענקת זכות ייצוג עצמאית לילד עלולה לעמוד בסתירה לטובתו, מעין "נטישת הילד לזכויותיו". כמו כן יש להימנע מפגיעה חריפה באינטרסים הלגיטימיים של ההורים. ההסדר המשפטי בעניין ייצוג עצמאי של קטינים צריך להיות גמיש, ולהעניק לבית המשפט שיקול דעת לבדוק, בכל מקרה לגופו, אם יתרונות הייצוג העצמאי לקטין עולים על חסרונותיו.

א. פתח דבר. ב. עקרונות יסוד בהכרעה בענייני קטינים. 1. טובת הילד; (א) הגדרה ומאפיינים; (ב) מקורות נורמטיביים: חקיקה ואמנה; (ג) חסרונות הדוקטרינה; (1) העדר אחידות; (2) פגיעה באוטונומיה של הקטין; 2. זכויות הילד; (א) הגדרה ומאפיינים; (ב) מעמדו של עיקרון זכויות הילד במשפט הישראלי; ג. ייצוג עצמאי של קטין – זכות יסוד. 1. אופן מימושה של זכות הייצוג; 2. ההסדר התחקיתי בישראל לעניין ייצוג קטינים; 3. פסיקה ישראלית על ייצוג קטינים; 4. משפט רצוי; ד. קביעת סמכות שיפוט במצב של ניגוד עניינים בין הקטין להוריו. 1. זכות הקטין שייקבעו בעניינו עקרונות דיוניים הנגזרים מזכויות האדם; 2. ערכאת השיפוט המוסמכת לדון בתביעת גירושין – טובת הילד וזכויותיו; (א) הרובד הגלוי: שיקולים דיוניים; (ב) הרובד הסמוי: שיקולים מהותיים; (ג) משפט רצוי; ה. סוף דבר.

א. פתח דבר

במאמר זה אנו מבקשים לעמוד על הצורך לייתם יתר חשיבות לטובת הילד ולזכויותיו בכל דיון משפטי שבו מיוצגים, בין היתר, ענייני ילדים, ובמיוחד בדיון בעניינם כשקיים ניגוד עניינים בינם לבין הוריהם, אפוסטרופסיהם הטבעיים. כך, למשל, בתביעת גירושין בין הוריו של קטין שבה נדונים גם ענייני הקטין, כגון משמורתו ומזונותיו, הקטין מיוצג על ידי הוריו, שהם בעלי אינטרסים משל עצמם, ולכן הם נתונים בנסיבות מסוימות במצב של ניגוד עניינים עמו. לעתים, אף בלי משים, הם מעדיפים בדיון המשפטי את ענייניהם על פני ענייניו. להלן נעמוד על משמעות השמירה על טובת הילד ובעיקר על זכויותיו באמצעות ייצוג עצמאי של קטין. נציג את הליקויים במצב החוקי הקיים ונציע פתרון כולל, הנותן מענה הולם גם למניעת הפגיעה באינטרס הקטין בדיון משפטי שבו קיים חשש של ניגוד עניינים בין עניינו של הקטין לבין עניינם של הוריו, אפוסטרופוסי הטבעיים, הפועלים בדרך כלל בשמו. מסקנותינו חורגות מעבר לתחום הצר של דיון בענייני הקטין שבו קיים ניגוד עניינים, מעין זה. ברצוננו להצביע על הצורך בהענקת זכות ייצוג עצמאית לקטינים בכל דיון משפטי שבו טובתם ו/או זכויותיהם עלולות להיפגע בגין העדר ייצוג עצמאי זה. בגין חוסר היכולת של חלק מהקטינים לממש זכות זו, אנו סבורים שיש להעניק את האפשרות לממשה בכפוף לדוקטרינת הכשרים המתפתחים של קטין, דהיינו: תוך התחשבות בגילו של הקטין ומידת בגרותו. אנו מציעים שינוי במגמה הקיימת בחקיקה ובפסיקה הישראלית. עד כה לא זכו ענייניו של הקטין, טובתו וזכויותיו, לדיון המעמיק והיסודי המתבקש מכך שעיקרון טובת הילד – ולאחרונה, במידה מסוימת, גם עיקרון זכויות הילד – נחשבים כעקרונות יסוד מנחים בכל הכרעה שיפוטית בענייני ילדים.

ב. עקרונות יסוד בהכרעה בענייני קטינים

במשפט הישראלי קיימים שני עקרונות יסוד מנחים לצורך הכרעה בנוגע לגורלם של ילדים קטינים – עיקרון טובת הילד ועיקרון זכויות הילד¹.

1 לעתים עיקרון טובת הילד חל בעת ובעונה אחת עם עיקרון זכויות הילד. ראו להלן, סמוך להערה 17, ההסדר בסעיף 3 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד. סעיף זה באמנה, המבטאת תפיסה של קידום זכויות הילד, מייחס חשיבות גם לעיקרון טובת הילד. ראו 363 *Family Law Statutes* (S. E. Vaulkhardt ed., 1992); *The United Nations Convention on the Rights of the Child* 131-140 (Sharon Detrick ed., 1992); Andrew Bainham & Stephen Cretney, *Children – The Modern Law* 42-47 (1993); Michael D.A. Freeman, *The Moral Status of Children* 107-111, 305-344 (1997).

נעמוד תחילה על המאפיינים הבסיסיים של העקרונות הללו בספרות המשפטית בכלל ובמשפט הישראלי בפרט.

1. טובת הילד

(א) הגדרה ומאפיינים

בשיטות משפט רבות עיקרון טובת הילד הוא עיקרון על בכל הכרעה משפטית הנוגעת לילדים.² ההגדרה המקובלת כיום בעולם לעיקרון זה מושתתת על ההנחה שילד צריך להתפתח פיזית, נפשית, מוסרית, רוחנית וחברתית, בדרך בריאה ונורמלית.³ הפסיקה בארץ דנה רבות בשאלה מהי טובת הילד, הקטין או המאומץ.⁴ לאור אמרות שונות של שופטים בפסקי דין קבע פרופ' שאקי את ההגדרה, לפיה טובת הילד היא:

מכלול הסיכויים, כפי שהם נתפשים ומוערכים על פי שיקולי בית המשפט לאור מכלול ממצאיו, להבטיח מרב הדאגה, בנסיבות כל מקרה, לצרכיו הגופניים, החומריים והגנטיים של הילד בהתחשב בגילו ובצרכיו המיוחדים. צרכים שונים ומשתנים אלה מורכבים מתערובת של תנאי מגורים נאותים, תנאי כלכלה סבירים, אווירה חינוכית, תרבותית וחברתית הולמת, טיפול מסודר ונכון, כשירות גופנית ונפשית של ההורה לטיפול בילד, נכונות ויכולת נפשית ומעשית של ההורה להעניק לילד תחושת קרבה, אהבה, חום, רגש, ביטחון ואמון, ומעל לכל – את ההרגשה שהוא רצוי עלידי הוריו וסביבתו.⁵

- 2 ראו Mary Hayes & Catherine Williams, *Family Law* 210 (1995).
 - 3 ראו Joachim Wolf, "The Concept of the 'Best Interest' in Terms of the UN Convention on the Rights of Child," in *The Ideologies of Children's Rights* 125 (1992).
 - 4 ראו ע"א 319/54 ז.ג. נ' נ.ה., פ"ד יא 261, 267-268; בג"צ 268/80 ינסן-זוהר נ' זוהר, פ"ד לה(1) 1, 26-27; ע"א 785/81 פלונים נ' פלמוני, פ"ד לט(2) 1, 38; ע"א 2591/92 גולדפיין נ' גולדפיין, פ"ד מז(2) 195, 200-201; ראו גם שמואל סעדיה, משמורת קטינים 47 (תשנ"ב); ד' גוסליב, "נושאים דתיים בקביעת משמורת ילדים וסדרי ראייה" רפואה ומשפט 16, 82, 84 (תשנ"ז).
 - 5 אבנר ח' שאקי, "אפיונים בדיני משמורת קטינים – תוך שימת דגש על יישום עיקרון טובת הילד" עיוני משפט י 5, 15 (תשמ"ד). הגדרה דומה קיימת במדינות נוספות. למשל בניו-זילנד, ראו Walker V. Walker and Harrison, [1981] NZ Recent Law, 257.
- 'Welfare' is an all-encompassing word. It includes material welfare, both in the sense of an adequacy of resource to provide a pleasant home and a comfortable standard of living and in the sense of an adequacy of care to ensure that good health and due personal pride are maintained. However, while material considerations have their place, they are secondary matters. More important are the stability and security, the loving and understanding, care and guidance, the warm and

ההשקפה הכללית העומדת בבסיס עיקרון טובת הילד מהווה ריאקציה לגישות שרווחו בעולם בעבר, לפיהן הילד הוא רכוש או מעין-רכוש של הוריו, או שלהוריו ישנן זכויות בו.⁶ את השינוי שחל בגישות אלו לאחר אימוץ עיקרון טובת הילד ניתן למצוא בפסק דינו של השופט זילברג:

מבחן טובת הילדים הוא עיקרון שאין למעלה הימנו... הוא אינו ניתן לחלוקה, ואין למזגו ולערבבו באיזה שהוא שיקול אחר. כי משהתרומם המחוקק לדרגת התפיסה המודרנית – ובתפיסה מודרנית זו נוקטים חכמי ישראל זה עידן ועידנים – כי הילד אינו 'אובייקט' של שמירה והחזקה להנאתו או לטובתו של אחד ההורים, אלא הוא עצמו 'סובייקט', הוא גופו 'בעל דין' בשאלה חיונית זו, הרי לא יתכן להתעלם מן האינטרסים שלו בשום צירוף נסיבות שהוא, ולא יתכן כי נדחה אותם מפני 'זכות' של מישהו אחר, ויהא זה האב או האם שלו.⁷

במלים אחרות: דוקטרינת טובת הילד היא פועל יוצא של תפיסת עולם המושתתת על ההנחה כי הילד אינו אובייקט, קניין או מעין-קניין השייך להוריו, אלא סובייקט, בעל אישיות עצמאית וחזויות וצרכים משל עצמו.⁸ עם זאת, זכויות וצרכים אלה אינם חזות הכל. יש לאזן בינם לבין האינטרסים של בני משפחה אחרים⁹ ואינטרסים ושיקולים חברתיים כלליים.¹⁰

(ב) מקורות נורמטיביים: חקיקה ואמנה

טובת הילדים או הקטינים היא עיקרון מנחה בחקיקה הישראלית בנוגע לאפוסטרופות של הורים. סעיף 3(ב) לחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951¹¹ קובע, כי אין

compassionate relationship, that are essential for the full development of the child's own character, personality and talents.

ראו גם 338 (1992) *Family Law* Peter Mann Bromley & Nigel Vaughan Lowe.

6 פנחס שיפמן, דיני המשפחה בישראל 218 (כרך ב, תשנ"ה); יצחק קדמן, "האם וכיצד מגן החוק הישראלי על זכויות הילד" האקדמאי 4 (תשנ"ד); Adam Lopatka, "The Rights of the Child Are Universal: The Perspective of the UN Convention on the Rights of the Child," in *The Ideologies of Children's Rights*, (Michael Freeman & Philip Veexman ed.) 47, 49 (1997); Lilian Edwards & Anne Griffiths, *Family law* 81 (1997).

7 ע"א 209/54 שטיינר נ' היועץ המשפטי, פ"ד ט(1) 241, 251.

8 ע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית ואח', פ"ד נ(3) 135, 144; דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד נ(1) 48, 65.

9 ראו פנחס שיפמן, "התחמקות משיפוט למען טובת הילד" הפרקליט לח 567, 568-569 (תשמ"ט); ע"א 2266/93 פלוני, קטין נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221, 256-257; תמ"ש (י-ם) 6410/97 מ.ת. נ' היועץ המשפטי לממשלה, מיום 10.8.97 (טרם פורסם).

10 ראו שיפמן, הערה 6 לעיל, בעמ' 220; מ.ת. נ' היועץ המשפטי לממשלה, הערה 9 לעיל.

11 ס"ח 248.

באפטרופסות הטבעית השווה של ההורים הביולוגיים על ילדיהם (הנוכרת בסעיף 3(א) לחוק) "כדי לפגוע בכוחו של בית-המשפט או של בית-דין מוסמך לנהוג בענייני אפטרופסות על ילדים, הן על גופם והן על רכושם, בהתחשב עם טובת הילדים בלבד" (ההדגשה הוספה).

סעיף 14 לחוק הכשרות המשפטית והאפטרופסות, תשכ"ב-1962¹², קובע: "ההורים הם האפטרופוסים הטבעיים של ילדיהם הקטינים". סעיף 15 לחוק זה מפרט מהי החובה והזכות של הורים בנוגע לילדיהם: "אפטרופסות ההורים כוללת את החובה והזכות לדאוג לצורכי הקטין, לרבות חינוכו, לימודיו, הכשרתו לעבודה ולמשלח-יד ועבודתו, וכן שמירת נכסיו, ניהולם ופיתוחם; וצמודה לה הרשות להחזיק בקטין ולקבוע את מקום מגוריו, והסמכות לייצגו". קנה המידה לחובת ההורים נזכר בסעיף 17 לחוק: "באפטרופסותם לקטין חייבים ההורים לנהוג לטובת הקטין כדרך שהורים מסורים היו נוהגים בנסיבות העניין" (ההדגשה הוספה). סעיף 24 לחוק מסדיר את סוגיית ההסכם בין הורים – אפטרופוסים טבעיים – החיים בנפרד, וסעיף 25 קובע: "לא באו ההורים לידי הסכם כאמור בסעיף 24, או שבאו לידי הסכם אך ההסכם לא בוצע, רשאי בית-המשפט לקבוע את העניינים האמורים בסעיף 24 כפי שייראה לו לטובת הקטין, ובלבד שילדים עד גיל 6 יהיו אצל אמם אם אין סיבות מיוחדות להורות אחרת" (ההדגשה הוספה).

ביחס לאימוץ ילדים נאמר בסעיף 1(ב) לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981¹³: "צו אימוץ וכל החלטה אחרת לפי חוק זה יינתנו אם נוכח בית-המשפט שהם לטובת המאומץ" (ההדגשה הוספה)¹⁴.

חוקים ישראליים נוספים קובעים כי העיקרון המנחה הוא טובת הקטין – הילד¹⁵, והוא חל גם מכות הוראות האמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד¹⁶. בסעיף 3 לאמנה זו, המבוססת על תפיסת זכויות הילד, נזכר גם עיקרון טובת הילד: "בכל הפעולות הנוגעות לילדים, בין אם ננקטות בידי מוסדות רווחה סוציאלית ציבוריים או פרטיים ובין בידי בתי משפט, רשויות מנהל או גופים תחקיתיים, תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה"

12 ס"ח 120.

13 ס"ח 293.

14 כמו כן, סעיף 7(ג) לחוק קובע שכאשר ניתן צו אימוץ בלי לגלות את דבר האימוץ למאומץ, אחד התנאים לכך הוא שטובת המאומץ דורשת שלא לגלות את דבר האימוץ. ראו גם בן ציון שרשבסקי, דיני משפחה 416 (תשנ"ג); נילי מימון, דיני אימוץ ילדים 93–101 (תשנ"ד).

15 ראו סעיף 8 לחוק הסעד (סדרי דין בענייני קטינים, חולי נפש ונעדרים), תשט"ו-1995; סעיפים 18(א), 20(א), 33 לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), תשל"א-1971; סעיף 2(ז)4 לחוק למניעת אלימות במשפחה, התשנ"א-1991.

16 האמנה מיום 20.11.89. ישראל חתמה על האמנה ביום 3.7.90, ואשררה אותה ביום 4.8.91. האמנה נכנסה לתוקף לגבי ישראל ביום 2.11.91 (כתבי אמנה 1038, כרך 31, עמ' 221). בנוגע לאמנה ראו גם שולמית אלמוג, זכויות של ילדים 35–45 (תשנ"ו).

"The best interests of the child shall be a primary consideration") (ההדגשה הוספה)¹⁷.

תוקפה של האמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד בישראל הוא הסכמי ולא מנהגי. ישראל חתמה עליה ואשררה אותה, אך לא עיגנה אותה בחוק ולא נתנה לה תוקף של חוק. על כן אין לאמנה תוקף משפטי, שווה ערך למעמדו של חוק מפורש, ויש לה מעמד של מקור השראה פרשני¹⁸. בפסק הדין בעניין עמותת "שוחרי גיל" כתב השופט אור את הדברים הבאים:

הוראות האמנה 'אין חלק מהדין החל במדינת ישראל. אלו נורמות במשפט הבינלאומי' (בג"צ 419/83 דורון ואח' נ' המפקח על מטבע חוץ, בנק ישראל ואח', פ"ד לח (2) 323, בעמ' 333), וככאלה: 'אין האנשים הנוגעים בדבר רוכשים לעצמם כל זכות של ממש על יסוד ההסכם ואין הם יכולים לממש זכות כזאת בבית המשפט, אם בתורת נהנים על-פי ההסכם או אחרת' (ע"א 25/55, 145, 148 האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' סמרה, פ"ד י, 1825, בעמ' 1829). גם מטעם זה לא יכולים העותרים לשאוב מן האמנה בדבר זכויות הילד את הזכויות הקונקרטיות שלהן הם טוענים¹⁹.

גם בפסקי דין אחרים מופיעה האמנה כמקור השראה פרשני. כך, למשל, בפרשת רחל שדה אור²⁰ נדון עניינה של גננת שהואשמה בהתנהגות אלימה כלפי ילדי הגן שבו עבדה. השופט דורגר נדרשה לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד כדי להראות כי שימוש באלמות לצרכים חינוכיים אינו עולה בקנה אחד עם אותה "נחיצות סבירה", הנזכרת בפקודת הנויקין²¹. השופטת ציטטה בפסק דינה את נוסח סעיף 19(1) לאמנה, הקובע כי "המדינות החברות ינקטו אמצעים תחיקתיים, מנהליים, חברתיים וחינוכיים מתאימים, על מנת להגן על הילד מפני אלימות גופנית או נפשית לסוגיה... שעה שהוא נתון בטיפול הורים, אפוטרופסים חוקיים או אדם אחר המופקד על הטיפול בו". בין היתר

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

18 ראו ע"א 3077/90 פלונית נ' פלוני, פ"ד מט(2) 578, 593, לעניין מעמד המשפטי של ילד שנולד מחוץ לנישואין, לאור סעיף 7 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד. כמו כן ראו בג"צ 103/67 דה אמריקן ארופין בית אל מישן נ' שר הסעד, פ"ד בא(2) 325, 333; בג"צ 785/87, 845, 27/88 עפו נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מב(2) 4, 38, לעניין מעמד אמנה שלא ניתן לה תוקף של חוק.

19 בג"צ 1554/95 עמותת "שוחרי גיל" נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נ(3) 2, 28.

20 ע"פ 5224/97 מדינת ישראל נ' שדה אור, פ"ד נב(3) 374.

21 ראו סעיף 24(7) לפקודת הנויקין [נוסח חדש].

שימש סעיף זה כבסיס משפטי לעמדתה של השופטת, לפיה שימוש בכוח למטרות חינוכיות אינו הולם את הנורמות בחברתנו.²²

סעיף 19 לאמנה נזכר גם בפסק הדין של השופטת ביניש בעניין פלונית נ' מדינת ישראל. באותו עניין המערערת הועמדה לדין בגין תקיפה והתעללות בשני ילדיה. במסגרת הדיון המשפטי נדרש בית המשפט שנית לשאלת הלגיטימיות של ענישה גופנית של ילדים על ידי הוריהם. כדי לבחון את ההיבט הנורמטיבי של התנהגות הורה כלפי ילדו, פנתה השופטת אל עקרונות האמנה הבינלאומית הזו: "האמנה אוסרת באופן מפורש על שימוש באלימות גופנית או נפשית כלפי ילדים, ומחייבת את המדינות לנקוט אמצעים למניעת אלימות כלפי ילדים"²³. לאור עקרונות אמנה זו, בין היתר, הגיעה למסקנה כי "ענישה גופנית כלפי ילדים, או השפלתם וביזוי כבודם כשיטת חינוך מצד הוריהם, פסולה היא מכל וכל"²⁴.

גם בפסק הדין בעניין אבו-חסן²⁵ השתמשה השופטת דורנר בעקרונות האמנה כמקור השראה פרשני. באותו עניין נדון עניינו של נאשם שהורשע בביצוע רצח כאשר היה קטין. בגין הרצח גזר עליו בית המשפט עונש של מאסר עולם. מאחר שבעת ביצוע העבירה היה הנאשם קטין, דנה ערכאת הערעור, בין היתר, בסוגיה של הטלת מאסר עולם על קטינים. השופטת דורנר דגלה בדעה כי דרושות נסיבות מיוחדות כדי שבית המשפט יעשה שימוש בסמכותו להטיל עונש מאסר עולם על קטין. לביסוס עמדתה זו נדרשה השופטת לסעיף 87(א) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד, האוסר הטלת עונש מאסר עולם על קטין:

הגם שעל-פי שיטתנו המשפטית אשרור האמנה לא הפך אותה לחלק מן המשפט הישראלי, נקבעה בפסיקה חוקה פרשנית, שעל-פיה קיימת התאמה בין חוקי המדינה לבין נורמות המשפט הבינלאומי שמדינת ישראל מחויבת להן, וכי התוקים יתפרשו – ככל שהרבר ניתן – כעולים בקנה אחד עם חוקה זו... כלומר, מקום שבו חוק מקנה לבית-המשפט שיקול-דעת לפגוע בהתחייבויות המדינה לפי אמנה בינלאומית, יימנע בית-המשפט, ככלל, מן הפגיעה, ויפעיל את שיקול דעתו בניגוד לאמור באמנה רק בנסיבות מיוחדות.²⁶

השופטת דורנר הוסיפה ואמרה כי מאחר שהאמנה רואה הטלת עונש מאסר על ילד כבלתי הומאני, היא אוסרת על הטלתו, ולכן גם אם בית משפט ישראלי מוסמך להטיל מאסר עולם על קטין, עליו להימנע מכך בהעדר נסיבות מיוחדות המצדיקות זאת. בהצעת חוק זכויות הילד, התשנ"ה-1995 – הצעה שהגיש משרד המשפטים כדי לעגן

22 ראו ענין שדה אור, הערה 20 לעיל, בעמ' 381-383.

23 ע"פ 4596/98 פלונית נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 145, 185.

24 שם.

25 ע"פ 3112/94 אבו-חסן נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 422.

26 שם, בעמ' 430.

בחוק את האמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד – נאמר, בין היתר, בסעיף 3: "כל רשות מרשויות המדינה חייבת לכבד, להבטיח ולקדם את זכויות הילד ואת טובתו בהתאם להוראות האמנה"²⁷. המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, יהודית קרפ, צפתה שלאחר קבלת ההצעה בחוק של הכנסת "החובה, המוטלת על פי חוק על רשויות המדינה, לכבד, להבטיח ולקדם את זכויות הילד שבאמנה, תתפרש כמחויבות אקטיבית של המדינה, לפעול למימושן של זכויות אלה, בדרכים (היחסיות) האמורות באמנה"²⁸. בשלב זה, כיוון שהצעתה של גברת קרפ עדיין לא נתקבלה בחקיקת הכנסת, מגמה זו לא באה לכדי מימוש.

(ג) חסרונות הדוקטרינה

(1) העדר אחידות

שיקולים ערכיים ו/או דתיים שונים מנחים את השופט או הדיין הקובע מהי טובת הילד. כתוצאה מכך קיימות פרשנויות שונות לעיקרון טובת הילד, שהן פועל יוצא מהשקפות עולם שונות²⁹.

הוראות המחוקק הישראלי, המטילות חובה על אפוטרופוסים טבעיים, שופטים וגורמים המטפלים בנושאים שונים הקשורים בילדים לפעול לאור עיקרון טובת הילד, חלות גם כאשר הדיון מתקיים בבית דין רבני. הדיינים בבית דין זה חייבים להתחיל הוראות חוק המופנות במפורש לבית הדין הרבני כגון הוראות חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951 (בתחום המחייב בתי דין רבניים), הוראות חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962 והוראות חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981³⁰. עם זאת, דיינים מפרשים מהי טובת הילד לאור השקפתם הדתית בענייני חיים, עולם

27 מדובר בעיגון של האמנה בחוק ולא במתן תוקף של חוק לאמנה. עיגון האמנה לפי ההצעה יעשה בדרך של הצהרה על מחויבותן של כל רשויות המדינה לכבד, להבטיח ולקדם את זכויות הילד ואת טובתו, בהתאם להוראות האמנה. ההצעה אינה מקנה לאמנה מעמד של מקור זכויות עצמאי, בעל תחולה ישירה במשפט הישראלי.

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

29 ראו שיפמן, הערה 6 לעיל, בעמ' 28; אלמוג, הערה 16 לעיל, בעמ' 58.

30 ראו שיפמן, הערה 6 לעיל, בעמ' 242-243; אריאל רון-צבי, דיני המשפחה בישראל, בין קודש

ותברה. מכיוון שלעתים השקפת עולמם שונה מזו של שופטים, פרשנות בתי הדין הרבניים לעיקרון טובת הילד אינה עולה תמיד בקנה אחד עם פרשנותו של עיקרון זה בבתי המשפט האזרחיים.³¹ הנחלת אורח חיים וחינוך דתי לילד והבטחת חיי עולם הבא שלו כתוצאה מפעילותו בעולם הזה אינם מטרה שהשופטים בבית המשפט האזרחי משווים לנגד עיניהם. באחת מהכרעותיו הדגיש השופט חיים כהן, כי פרשנות בית המשפט האזרחי למושג טובת הילד היא חילונית. לדבריו, אין לפרש בבית משפט זה את עיקרון טובת הילד לאור ההנחה שהדאגה לנפשו הדתית של הילד חשובה יותר מהדאגה לבריאותו ולהתפתחותו התקינה.³² בית המשפט האזרחי יעדיף הורה שיקנה לילד הרגלים דתיים או חינוך דתי רק כאשר הורה זה עדיף לאור ההשקפה החילונית בנוגע לטובת הילד, הבאה לידי ביטוי במקרים רבים בחוות דעת מקצועיות של עובדים סוציאליים, פסיכולוגים או מומחים אחרים, המחזוים דעה בנוגע לטובתו של ילד מסוים.³³ כאמור, בבית הדין הרבני מייחסים חשיבות רבה לטובתו הרוחנית-דתית של הילד.³⁴ מפסקי דין של בתי הדין הרבניים בנוגע למשמורת קטינים עולה, כי הדיינים יעדיפו למסור את הילד לחזקתו של הורה שיעניק לו חינוך דתי.³⁵ ויימנעו מהענקת המשמורת

- לחול 68 הערה 15, 91-92, 105, 178, 301-303 (תש"ן). עם זאת לדעה אחרת ראו שרשבסקי, הערה 14 לעיל, בעמ' 228, הערה 24א, וכן בעמ' 426.
- 31 ראו שיפמן, הערה 6 לעיל, בעמ' 243. ראו גם Yehiel S. Kaplan, "The Interpretation of the Concept 'The Best Interest of the Child' in Israel," in *Children's Rights and Traditional Values* 49-59 (1998).
- 32 ראו ענין דה אמריקן ארופין בית-אל מיטן, הערה 18 לעיל, בעמ' 335-336. ראו גם ענין שטיינר, הערה 7 לעיל, בעמ' 250.
- 33 דוגמא אופיינית למדיניות בית המשפט העליון ושיקוליו היא פסיקתו בבג"צ 7/83 ביארס נ' בית הדין הרבני האזורי חיפה, פ"ד לח(1) 673, 680-684. ראו גם ע"א 740/87 פלוגית נ' אלמוני, פ"ד מג(1) 661, 665-667; ע"א 2591/92 גולדפיין נ' גולדפיין, פ"ד מז(2) 195, 201; ע"א 3695/96 צייטלין נ' שטינגל, מיום 9.4.97 (סרם פורסם); כמו כן ראו שאקי, הערה 5 לעיל, בעמ' 22; אליאב שוחסמן, "דיון בהרכב חסר ופסיקה לקויה בשאלת טובת הילד בבית הדין הרבני – עילה להתערבות בג"צ?", משפטים טו 287, 312 (תשמ"ו); Kaplan, הערה 31 לעיל, בעמ' 53.
- 34 ראו להלן, הערה 35. ראו גם נסיבות הנזכרות בפסקי דין נוספים של בית המשפט העליון: בג"צ 181/81 מור נ' בית הדין הרבני האזורי, חיפה, פ"ד לו(3) 94, 107; ביד"מ 1/81 נגר נ' נגר, פ"ד לח(1) 365, 376-378, 401; בג"צ 1842/92 בלויגרונד נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים ואח', פ"ד מז(3) 423, 443; רוזן-צבי, הערה 30 לעיל, 66; אלמוג, הערה 16 לעיל, בעמ' 75; ישראל צבי גילת, "כלום טובת הילד הוא שיקול-על לפי המשפט העברי בסכסוך שבין הורים על משמורת ילדם?" מחקרי משפט ח 297, 300 (תש"ן).
- 35 ראו פד"ר ד 66; פד"ר יג 335, 338-336; איסף פסקי דין של הרבנות הראשית לארץ ישראל, חלק א, 8, 11; שו"ת ישכיל עבדי, חלק ו, אבן העזר, לב; לג; לס; שו"ת מנחת יצחק, חלק ז, קיג; דן שניט, החוק, הפרט ושירותי הרווחה 194 (תשמ"ח); אריאל רוזן-צבי, "הלכת ה'כריכה' ו'מירון הסמכויות' והשפעתם על המשפחה ודיני המשפחה" עיוני משפט יד 67, 71 (תשמ"ס).

להורה החי ללא חופה וקידושין עם בן או בת זוג³⁶, מפני שלאור השקפת עולמם סביבה שבה נחשף הילד למגורים משותפים עם בן או בת זוג שאינם נשואים זה לזו אינה סביבה חינוכית טובה עבור הילד. לעתים שיקולים אלה מטילים את הכף לטובת הורה מסוים, ובית הדין מתעלם משיקולים אחרים או מייחס להם חשיבות פחותה.

פער זה בין פרשנות בתי המשפט האזרחיים לפרשנות בתי הדין הרבניים בישראל בנוגע לטובת הילד נובע מהעובדה שקיים קושי פרשני בנוגע להגדרת עיקרון טובת הילד וליישומו. כאמור, קשה להגדיר באופן חד משמעי מהי טובת הילד, ופרשנות מושג זה היא לעתים קרובות פועל יוצא מהשקפת העולם של השופט או הדיין³⁷. לאור תפיסתו הערכית הוא ייתן מענה לשאלות שהתשובה עליהן אינה חד משמעית, למשל: האם השופט צריך לדאוג לאושרו של הילד או לחינוכו הרוחני? האם עליו לבחון איוז מסגרת תאפשר לו להצליח בעתיד מבחינה כלכלית? האם הערכים שהקנייתם חשובה לילד הם יחסים אישיים חמים, או שמא ערכים אחרים כגון משמעת? האם חשובה לילד תחושת יציבות וביטחון או שמא חשובה לו השראה אינטלקטואלית?³⁸

36 ראו פד"ר ד 332, 333, 335-336. פרופ' שיפמן היה ביקורתי בנוגע למגמה זו של בתי הדין הרבניים: ראו פנחס שיפמן, "טובת הילד בבית הדין הרבני" משפטים ה' 421, 430 הערה 25 (תשל"ד); שיפמן, הערה 6 לעיל, בעמ' 250-251, הערה 34. עם זאת, פרופ' שוחטמן הצדיק מגמה זו: ראו אליאב שוחטמן, "למהותם של כללי ההלכה בסוגיית החזקת הילדים" שנתון המשפט העברי ה' 285, 309 הערה 102 (תשל"ח).

37 בנוגע דרילמה זו והסכנה של ערבוך שיקולים אידיאולוגיים וזרים וחיצוניים בקביעת טובת הילד בישראל, ראו ענין פלוני, קטין, הערה 9 לעיל, בעמ' 250-252; רע"א 5587/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני-קטין, פ"ד נא(4) 830, 855-856; שיפמן, הערה 6 לעיל, בעמ' 230. לשימוש בשיקולים דתיים בהחלטות הנוגעות לטובת הילד במשפט האמריקני ראו: Donald L. Beschle, "The Use of Religion as Part of the 'Best Interests' Test in Child Custody Decisions," in *Child, Parent and State* 36-50 (1994).

38 Andrew Charlaw, "Awarding 'טובת הילד' ראו Custody: The Best Interests of the Child and other Fictions," 5 *Yale L. & Pol'y Rev.* Martin Guggenheim, "The 42-43; לעיל, Bainham & Cretney; 268-271 (1987) Best Interests of the Child, Much Ado about Nothing?" in *Child, Parent and State* 27-30 (1994); Robert H. Mnookin & D. Kelly Weisberg, *Child, Family and State* 723, 727 (1995); Robert H. Mnookin, *In The Interest of Children* 17-18 (1985). לדידם של כותבים אלה, אף שופט מקצועי מאוד אינו מסוגל להשתחרר לחלוטין מהשקפותיו האישיות, הדתיות, המוסריות והאחרות בבואו לקבוע מהי טובת הילד במקרה ספציפי. השקפותיו באשר לערכים מסוימים והעדפותיו הסובייקטיביות ישפיעו על הכרעתו, במודע או שלא במודע. עובדה זו בעייתית מפני שאין בחברה קונצנזוס ברור באשר לטובת הילד, ואין היררכיה המוסכמת כראויה ומתאימה ביחס לערכי החברה המערבית בזמננו, המאופיינת בפילוג על רקע השקפות עולם דתיות, שונות כלכלית ושונות אתניות.

(2) פגיעה באוטונומיה של הקטין

במושג טובת הילד גלומה השקפה פטרנליסטית-פרוטקטיבית הגורסת כי הילד, עקב היותו קטין, נעדר הבנה ובגרות הדרושים לצורך ניהול עצמאי של ענייניו. הוא יצור חלש ופגיע³⁹, הנמצא בעמדה נחותה העלולה לגרום לניצול שלו על ידי אחרים. החברה – בעיקר באמצעות הוריו ורשויות המדינה – צריכה למלא את התובה המוטלת עליה להגן עליו⁴⁰.

בחקיקה בענייני ילדים, שמגמתה פטרנליסטית-פרוטקטיבית, המחוקק בדרך כלל אינו מקנה לילדים זכויות עצמאיות כגון הזכות להיות שותפים בקבלת הכרעות. הוא קובע כי אחרים מקבלים החלטות הנוגעות לילדים, לטובתם⁴¹. הוא מעניק לקטינים זכויות רק במצבים מסוימים שבהם לדעתו הם זקוקים להן, כגון כאשר קיים חשד שהם עברו עבירה פלילית, או כאשר הועמדו לדין בפני ערכאת שיפוט פלילית⁴². המחוקק נמנע מהענקת מעמד משפטי שווה לקטין ולמבוגר, בהתבסס על ההנחה שמבוגר מסוגל וזכאי בדרך כלל לקבל החלטות עבור עצמו, בעוד שקטין בדרך כלל אינו ניחן בהבנה מספקת הדרושה לצורך קבלת החלטות באופן נכון ומושכל, ולכן אין להקנות לו זכות חוקית לנהל באופן עצמאי את ענייניו ולקבל החלטות בנוגע לעניינים הנוגעים אליו⁴³. נטייתו הפטרנליסטית-פרוטקטיבית של המחוקק הנובעת מן הרצון להגן על טובת הקטין היא הפוגעת, בסופו של דבר, באוטונומיה של הקטין.

2. זכויות הילד

(א) הגדרה ומאפיינים

החל משנות ה-70 של המאה ה-20 כתבו מלומדים שונים כי דרושה הכרה ב"זכויות הילד". לעיקרון זכויות הילד שני מובנים שונים: על פי המובן הראשון, יש לייחס חשיבות לשמירת האינטרסים של הילד בכל החלטה לגבי עתידו. החידוש בעיקרון זה – לעומת עיקרון טובת הילד, הקיים מקדמת דנא – הוא הצורך לפרט ולהגדיר במפורש

39 ראו דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוגית, פ"ד נ(1) 48, 66.

40 H. K. Bevan, *Child Law* 381-383 (1989).

41 ראו Joseph Goldstein, "Medical Care for the Child at Risk: On State Supervention of Parental Autonomy" 86 *Yale L. J.* (1977) 645. כן ראו שלמית אלמוג, "טובת הילדים לעומת זכויות הילדים" הד החינוך 71, גליון 11-12, 18 (תשנ"ז).

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

43 אלמוג, הערה 16 לעיל, בעמ' 57-58.

את האינטרסים הראויים להגנה⁴⁴. עם זאת, תפיסת העולם של הדוגלים במובן זה של "זכויות הילד" היא ביסודה פטרנליסטית: על ילדים יש להגן, ולכן בעניינים מסוימים הקשורים אליהם אחרים יחליטו במקומם. מובן זה של זכויות הילד הוא למעשה מובן נוסף, מיוחד, של עיקרון טובת הילד. כאשר דנים לאור עיקרון טובת הילד, יש להגדיר את האינטרסים אליהם מתייחסים. במובן זה נעדר החידוש הגדול הקיים במובן השני של הזכויות הללו – הענקת אוטונומיה לקטינים. למובן זה נתייחס מכאן ואילך.

בשונה ממושג טובת הילד, מובן זה של המושג זכויות הילד מבוסס על הכרה בכוחו העצמאי של ילד – בכל עת, או בנסיבות המתאימות – להבין ולקבל החלטות בנוגע לגורלו⁴⁵. יש אף הדוגלים בדעה הקיצונית שלפיה זכות זו מוקנית לילד גם כאשר המבוגרים סוברים שהילד משתמש, או חוששים שמא ישתמש, בזכויות המוקנות לו בדרך שאינה עולה בקנה אחד עם טובתו⁴⁶.

תפיסת העולם של זכויות הילד גורסת כי לילד, ככל אדם, מוענקות זכויות אדם. מכאן, שכל הזכויות המוענקות לבגיר – כגון חופש הביטוי, חופש ההתאגדות וזכויות חברתיות – מוקנות גם לקטין. הקטין רשאי לדרוש שיוענקו לו זכויות אלו, והוא בעל הזכות להוציאן בעצמו מן הכוח אל הפועל⁴⁷. זכויות הקטין הן עצמאיות, נפרדות מאלה של הוריו. בתוך המשפחה יש לילדים זכויות ביחס לשאר בני המשפחה, ובכלל זה ההורים. כלפי המדינה יש לילדים זכויות ביחס לגופים שונים, כגון רשויות הסעד, בתי המשפט, בתי הספר, המתוקקים ועוד. בין היתר זכאים הילדים להתחשבות בהוגנת בטיעוניהם⁴⁸, והם זכאים להתבטא בעניינים שונים הנוגעים להם כגון בריאותם, רווחתם וחינוכם⁴⁹.

עם הזמן התפתחו אסכולות שונות בנוגע לאופן הענקת זכויות לילדים, מידת

44 ראו שיפמן, הערה 6 לעיל, בעמ' 236.

45 Michael D.A. Freeman, "Introduction: Rights, Ideology and Children," in *The Ideologies of Children's Rights* 3 (1992); Lopatka, ראו הערה 6 לעיל, בעמ' 48-50;

Eugeen Verhellen, "Changes in the Images of the Child," in *The Ideologies of Children's Rights* 79, 85 (1992); Bainham & Cretney, ראו הערה 1 לעיל, בעמ' 76-94.

46 ראו שיפמן, הערה 6 לעיל, בעמ' 236 הערה 2. כמו כן ראו John Eekelaar, "The Emergence of Children's Rights," 6 *Ox. J. Leg. Stud.* 161-182 (1986).

47 Verhellen, הערה 45 לעיל, בעמ' 87-90.

48 Henry Hubbard Foster & Dorris Jonas Freed, "A Bill of Rights for Children" 6 *Fam. L. Q.* 343, 346 (1972); Gary B. Melton & Susan P. Limber, "What Children's Rights Mean to Children: Children's Own Views," in *The Ideologies of Children's Rights* 167, 170 (1992).

49 ראו Foster & Freed, הערה 48 לעיל; אלמוג, הערה 41 לעיל, בעמ' 18. זו הגישה שבאה לידי ביטוי בסעיף 12 לאמנה בדבר זכויות הילד, הקובע שיש להתחשב ברצון הילדים בנוגע לנושאים הקשורים אליהם. זכות זו מוקנית להם בכפוף לדוקטרינת הכשרים המתפתחים, דהיינו: בהתאמה לגילם ולמידת הבנתם בנוגע לעניין הנדון.

הענקתן⁵⁰ ומידת ההגנה על ילדים מפני הכרעות שגויות כאשר הם עושים שימוש בזכויות הללו. אסכולות אלה קשורות לעתים להשקפות עולם שונות בנוגע לגבול הראוי בעולם המשפט בין קטינות ובגירות. אסכולה קיצונית אחת היא זו של ה"Children's Liberationists", ומולה קיימת אסכולה קיצונית אחרת, של ה"Family Welfarists", המהווה אנטי-תזה שמרנית לתזה של תנועת שחרור הילד. כאמור, שתי גישות אלה הן קיצוניות ואינן מקובלות בדרך כלל.

על פי אסכולת ה"Children's Liberationists" יש להתייחס אל ילדים כאל יחידים בעלי זכויות אורח מלאות. בין היתר יש להקנות להם את הזכות למידע, להצביע, להתאגדות, לפרטיות ולסודיות, לגדול חופשיים מעוני ומהפליה, לעזוב את הבית, לקבל עבודה, להתקשר בחושים, להינשא ולקבל טיפול רפואי ללא הסכמת הוריהם או ידיעתם⁵¹.

אסכולת ה"Family Welfarists" רואה את המשפחה כמוסד בסיסי בחברה, הממלא תפקיד חשוב בגידול הילדים ובהשגחה עליהם. אסכולה זו דוגלת בגישה פטרנליסטית-פרוטקטיבית ביחס לילדים. לדידה אין להקנות לילדים זכויות עצמאיות ויש חשיבות לשליטה ולהנחיה הורית. יש להגן על ילדים באמצעות מניעתם מקבלת החלטות בסיסיות בנוגע לחייהם, כגון החלטות בנוגע לעזיבת הבית, כיוון לימודים ואימוץ סגנון חיים מסוים. לדעת התומכים בגישה זו, החלטות חשובות בנוגע לחיי הילדים צריכות להתקבל על ידי הוריהם או אפוטרופסיהם⁵².

50 קיימת רתיעה מפני הענקת זכויות לילדים כלפי כל העולם, כגון הזכות לחופש מעוני, לטיפול רפואי נכון, לתנאי מגורים ראויים ולחיים בקהילה בטוחה. אמנם קיימת מודעות לעוכרה שמניעת הפליה ועוני, תנאי חינוך, טיפול רפואי ומגורים הולמים יכולים לסייע במידה רבה להתפתחות רגשית ופיזית של הילד, ומסייעים בפתרון בעיות של פשיעה, למידה ובריאות נפשית. עם זאת, קיימות בעיות הנובעות מהענקת זכויות אלה. הבעיות בזכויות חברתיות אינה ספציפית לילדים אלא קשורה לבעייתיות העקרונית בנושא הזכויות הללו. בין היתר, אכיפת מערכת כללים וזכויות מעין אלה היא בעייתית מאחר שבמציאות של ימינו, שבה קיימות בעיות תקציב בכל מדינה, אין זה סביר שבית המשפט יעניק לכל ילד את הסעד של ציווי שהוא יחיה בעולם בטוח עוני, או שכל ילד יקבל טיפול רפואי הולם. חוסר היכולת המעשית לאכוף זכויות אלה עלול לרוקן אותן מתוכן. ראו M. S. Wald, "Children's Rights: A Framework for Analysis" 12 U. C. L. Rev. (1979) 255, 260-261; Harry D. Krause (ed.), *Child Law* 83, 88-89 (1992).

51 ראו John Caldwell Holt, *Escape from Childhood* 149-154 (1974); John Caldwell Holt, *Instead of Education* 209-222 (1976); Richard Farson, *Birthrights* 1-240 (1974); Bainham & Cretny הערה 1 לעיל, בעמ' 77-76.

52 ראו סקירת הגישות השונות בנוגע לזכויות של ילדים: אלרועי, "זכויות הילד, התפיסות השונות" הפרקליט לו 275-272 (תשמ"ו). ראו גם אלמוג, הערה 16 לעיל, 48; Philip E. Veerman, *The Rights of the Child and the Changing Image of Childhood* 133-152 (1992); Tom D. Campbell, "The Rights of the Minor: As Person, As Child, As Juvenile, As Future Adult," 6 Int'l J. L. & Fam. 1-23 (1992); Michael D.A. Freeman, *The Moral Status of Children* 51-53 (1997); Miek De-Langen, "The Meaning of Human Rights for Children," in *The Ideologies of Children's Rights* 255, 257 (1992).

קיימת גם גישת ביניים, הדוגלת בהענקת זכויות לילדים תוך התחשבות בחלק מטיעוני הנגד, שלפיהם ילדים אינם תמיד בעלי כושר שכלי המאפשר להם לקבל החלטות מנומקות והגיוניות, ולעתים חסרה להם חכמה הנובעת מן הניסיון והם עלולים לטעות בגין העדר חכמה זו⁵³. על פי גישת הביניים יש לנקוט זהירות יתרה בכל הנוגע להענקת זכויות לילדים, משום שהענקתן עלולה לפגוע בהרמוניה ובאוטונומיה של המשפחה, ואין לזנוח את הילדים בכך שנעניק להם זכויות שהם אינם יודעים להשתמש בהן באופן מושכל⁵⁴. לעתים נטען שאין להעניק לילדים זכויות, במיוחד כאשר הענקתן עלולה להיות בעוכריהם⁵⁵. שלילת זכויות מהילד מגינה עליו מפני נזק שהוא עלול להסב לעצמו בגין טעויותיו. ילדים הם לעתים חלשים, פגיעים וזקוקים להגנה של המדינה ושל הוריהם. אין לרוקן מתוכן לחלוטין את השליטה של הורים בחיים של ילדיהם: זו נחוצה לעתים לשם שמירה על ההרמוניה במשפחה ולשם מניעת כרסום יתר באוטונומיה של המשפחה או באינטרסים של ההורים, שהם לעתים שווי ערך או עליונים על אינטרס האוטונומיה של הילד. הילד עלול לשלם מחיר בגין הסרת האחריות להחלטה מעל כתפי ההורים, כשם שמשפחתו עלולה לשלם מחיר בתחום האוטונומיה של המשפחה. נוסף על כך קיימים קשיים נלווים להענקת זכויות לקטין בגיל רך, כגון חוסר אפשרות להעניק בפועל או לאכוף זכויות מסוימות, וחוסר אפשרות לפקח על אכיפת זכויות ילדים בכלל, ובין הורים לבין ילדיהם בפרט. כמו כן נטען שיש לרומם את יחסי הורים וילדים למישור נעלה יותר מזה של התנהגות הנובעת מהצורך לקיים חובה משפטית. טיעון אחר הנוכח במאמרו של Freeman הוא, שהילדות היא "גיל הזהב", שבו נהנים ילדים מחופש משחק והנאה ולא נושאים באחריות למעשיהם. מכיוון שבגיל זה אין להם תובות, גם אין להעניק להם זכויות. לגבי טיעון זה העיר פרופ' Freeman, ובצדק, שהמציאות היא שונה: הילדות אינה תמיד תקופת אושר וביטחון, ולעתים ילדים סובלים מעוני, מניצול, ממחלות ומהתעללות⁵⁶.

הדוגלים בגישת ביניים זו מתחשבים גם בעובדה שאימוץ מלא של גישת חסידי

- 53 פרופ' Joseph Goldstein, נמנה בין הדוגלים בתפיסה זו. ראו Joseph Goldstein, "Medical Care for the Child at Risk: On State Supervention of Parental Autonomy" 86 *Yale L. J.* 645 (1977); Joseph Goldstein, *Before The Best Interest of the Child* 7 (1979).
ראו גם ניסיון לחדד את תפיסתו של פרופ' Goldstein וביקורת על עמדתו: Bernard M. Dickens, "The Modern Function and Limits of Parental Rights," 97 *Law Q. Rev.* 462, at 470-471 (1981).
- 54 ראו B.C. Hafen, "Children's Liberation and the New Egalitarianism: Some Reservations About Abandoning Youth to Their 'Rights'" *B. Y. U. L. Rev.* 605-658 (1976).
- 55 ראו Bainham & Cretney, הערה 1 לעיל, בעמ' 77-78.
- 56 Michael D.A. בנוגע לטיעונים אלו ולטיעוני המתנגדים לדוקטרינת זכויות הילד, ראו Michael D.A. Freeman, "Taking Children's Rights more Seriously" 16 *Int'l J. L. & Fam.* 52, 55-56 (1992).

האסכולה הפטרנליסטית-פרוטקטיבית עלול למנוע את השינוי התרבותי, החברתי והמשפטי החשוב, הבא לידי ביטוי בהסדרים המשקפים התייחסות לילדים כאזרחים וכיחידים שלהם מקנה המחוקק זכויות אדם: חופש ביטוי, הגנה על הפרטיות, חופש התאגדות, הזכות לגדול חופשיים מעוני ומהפליה, לגדול כילדים רצויים המטופחים על ידי משפחה תומכת, לבחור את ההורה או את ההורים המשמורן/המשמורנים כאשר ההורים מתגרשים, לקבוע באופן עצמאי אם לקבל טיפול רפואי שאינו מותנה בהסכמת ההורים או בידיעתם, לחיות לבד כאשר הם יכולים לתמוך בעצמם מבחינה כלכלית ועוד.

דרך זו מושתתת על ההנחה, כי האינטרס של הילדים מחייב להעניק להם זכויות במידת האפשר. תשובה ההכרה בפרטיותו ובאישיותו העצמאית והייחודית של כל יצור אנושי, בכל גיל. עולם נטול זכויות בכלל, ונטול זכויות לילדים חסרי ישע בפרט, הוא עולם אכזר וקשה. אנשים נטולי זכויות הם כעבדים המשמשים כאמצעי להשגת מטרותיהם של אחרים. החברה ובמיוחד הילדים משלמים מחיר כבד כאשר נשללות זכויות מילדים. על כן, שלילת זכויות מכל הילדים, מפני שחלק מהם עלול להשתמש בהן בדרך שאינה לטובתו, אינה פתרון רצוי. קיים קשר בין הענקת זכויות לבין אפשרות של תיקון ופיצוי לילדים: "where rights exist redress is possible". על פי תפיסת עולם פוזיטיביסטית, כאשר לאדם מוקנית זכות לאחרים יש חובה לפעול בעניינים הנוגעים אליו⁵⁷. למי שזכותו נפגעה נתון הכוח לפנות לבית-המשפט כדי לתקן את המעוות⁵⁸.

בשנת 1989 התקבל באנגליה ה-Children Act, 1989, שבין היתר נועד לענות על צורכי התיקון והפיצוי לילדים באמצעות הענקת גישה טובה יותר לילדים לבתי המשפט והענקת יתר ייצוג עצמאי לקטינים⁵⁹. ההכרה באינטרסים וההגנה על אינטרסים הנתמכים בזכויות הופכת את החיים בעולמנו ליותר אנושיים. אין להעניק שליטה וזכות הנחיה מוחלטת להורים בנוגע לחיי ילדיהם כדי להגן עליהם מפני ניצול של זרים, מפני שמדיניות משפטית כזו תשלול מהילדים זכות חשובה – לנהוג בדרך עצמאית ונפרדת מזו של הוריהם.

דרך הביניים בנוגע להענקת זכויות לילדים, הבאה לידי ביטוי גם באמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד, היא ניסיון לאיזון הולם בין האינטרסים המנוגדים הנזכרים לעיל.

57 ראו Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* 17 (1977): "To say he has a legal right, or has a legal power of some sort, or a legal privilege or immunity, is to assert, in a shorthand way, that others have actual or hypothetical legal obligations to act or not to act in certain way touching him".

58 ראו שלמה לוין, "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וסדרי הדין האזרחיים", הפרקליט מכ(ג) 452 (תשנ"ו).

59 ראו Bainham & Cretnay, הערה 1 לעיל, בעמ' 80, הערה 51.

האמנה מכירה בכבוד האדם ובזכויות האדם של הקטינים, אולם היא מקנה להם זכויות בהתחשב במגבלות אובייקטיביות⁶⁰: בהתאם לשלבי התפתחותם השונים⁶¹.

(ב) מעמדו של עיקרון זכויות הילד במשפט הישראלי

כפי שפורט לעיל, עיקרון זכויות הילד בא לידי ביטוי באמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד. באמנה קיימים סעיפים המקנים זכויות לילדים. זכות הייצוג של קטין – זכותו להיות שותף בהכרעות בעניינים הנוגעים אליו – נזכרת בסעיף 12 לאמנה, הקובע, בין היתר:

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

עוד קיימים באמנה, בין היתר, סעיפים העוסקים מפורשות בזכויות הילד ובטובתו בתחום החזקת ילדים וחינוכם. לגבי הפרדת ילד מהוריו קובעת האמנה כי ילד לא יופרד מהוריו בניגוד לרצונם, אלא אם נקבע כי פירוד כאמור נדרש לטובתו; תוך כדי ההליכים תינתן לצדדים הנוגעים בדבר הזדמנות להשתתף בהם ולתת פומבי להשקפותיהם⁶². האמנה אף קובעת, כי המדינות החברות יעשו את מיטב מאמציהן להבטיח הכרה בעיקרון כי לשני ההורים אחריות משותפת לגידול הילד ולהתפתחותו, ובראש מעייניהן תעמוד טובת הילד⁶³. כמו כן מכירה האמנה בזכותו של הילד לחינוך שמטרתו לפתח את אישיותו של הילד, את כישוריו ואת יכולתו הגופנית עד למיצויים המלאים⁶⁴. כפי שצוין, האמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד היא הסכמית ולא מנהגית. ישראל חתמה עליה ואשררה אותה, אך לא נתנה לה תוקף של חוק. על כן אין לאמנה תוקף משפטי שווה ערך למעמדו של חוק, אולם יש לה מעמד של מקור השראה פרשני⁶⁵.

60 ראו שם, בעמ' 613; Elaine E. Sutherland, "The Role of Children in the Making of Decisions Which Affect Them," in *The Ideologies of Children's Rights* 155, 157-161 (1992); Michael D.A. Freeman, *The Moral Status of Children* 111-114 (1997). לביקורת על האמנה ראו Michael King, "Children's Rights as Communication Reflections on Autopoietic Theory and the United Nations Convention," 57 *Mod. L. Rev.* 385-401 (1994).

61 Edwards & Griffiths, הערה 6 לעיל, בעמ' 89.

62 ראו סעיף 9 לאמנה.

63 ראו סעיף 18 לאמנה.

64 ראו סעיפים 28 ו-29 לאמנה.

65 ראו הסקסס שליד הערות 18-9, לעיל.

עיקרון זכויות הילד במשפט הישראלי נדון בפסק הדין בעניין פלוני, קטין⁶⁶. בפסק הדין נדונה סוגיית חינוכם של ילדי הורים גרושים. האם, שהצטרפה לכת, טענה שעיקרון תופש הדת מקנה להורה את הזכות להקנות את עקרונות דתו ואמונתו לילדיו, ובמקביל מקנה הוא לילד את הזכות ללמוד מה היא דת הוריו. היא סמכה את ידיה גם על האמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד: לטענתה, ילדה זכאי להכיר את דת הוריו מכוח הוראת האמנה כי יש לכבד את תופש הדת והמצפון של הילד.

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

המושג 'זכויות הילד' רחב מן המושג 'טובת הילד', ואף חובק אותו בתוכו. זכויות הילד אינן רק חיפוש רווחתו של הילד אלא השתתת מעמדו על מערכת זכויות חוקתית, כשל בגיר, כאשר טובתו היא אך אחד הנדבכים ומערכת הזכויות כולה רחבה יותר ועשירה יותר בתוכנה ובדרכי יישומה⁶⁷.

במקרה זה העדיף השופט שמגר הכרעה לאור עיקרון זכויות הילד, בין היתר מפני שלדעתו עיקרון טובת הילד הוא סובייקטיבי-רגשי, בגין היותו מבוסס על הפעלת שיקול דעת והערכה של בית המשפט בנוגע לנסיבות ולעובדות במקרה הספציפי. לכן, מפני שקשה לזהות מהי טובת הילד, עיקרון טובת הילד הוא קשה ליישום⁶⁸. לעומתו, מושג זכויות הילד הוא, אליבא השופט שמגר, שוויוני, תף מכל שיקולים דתיים וערכיים, חוקתי-נורמטיבי, מבוסס על מערכת זכויות מוכרת, ובמתכונת הקיימת באמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד הוא גם מושתת על השאיפה להכיר בטובת הילד⁶⁹. כפי שניתן לראות, בפסק דינו של השופט שמגר קיימים מסרים סותרים. מחד גיסא כתב השופט שמגר בנוגע לעיקרון זכויות הילד כי "התפיסה שמקפל המושג בתוכו היא זו: הילד הוא יצור אוטונומי בעל זכויות ואינטרסים עצמאיים מאלה של הוריו"⁷⁰. מאידך, אוטונומיה זו מצומצמת:

אין ספק כי קטינים נהנים מאוטונומיה, אולם היקפה של זו בהכרח מצומצם יותר... והוא מוגדר בהתאם להיקף זכותו של ההורה. הקונפליקט מתעורר כאשר מבקש הורה לעשות פעולות שונות בתחום זה. השאלה היא אם פעולה מצויה בתחום זכותו של ההורה בלבד, או שמא

66 ראו ענין פלוני, קטין, הערה 9 לעיל, בעמ' 232-233. ראו גם סעיפים 2 ו-14 לאמנה בדבר זכויות הילד.

67 ראו ענין פלוני, קטין, הערה 9 לעיל, בעמ' 263.

68 עוד בנוגע לקושי לזהות מהי טובת הילד בישראל ראו הערה 29 לעיל.

69 ראו ענין פלוני, קטין, הערה 9 לעיל, בעמ' 254.

70 שם.

מוגנת היא על-ידי זכותו העצמאית של הילד. במצב דברים זה המדינה צריכה לקום ולהגן על זכותו של הילד, לא מפני התערבות או פגיעה מצד המדינה, אלא מפני פגיעה בה על-ידי פרט אחר, במקרה זה ההורה⁷¹.

אולם, במידה רבה מרוקן השופט שמגר מתוכנם את הדברים שכתב בנוגע להענקת אוטונומיה לקטין, משום שהוא כופף גם אוטונומיה מוגבלת זו לעיקרון טובת הילד ותועלתו הכללית:

נקודת המוצא היא כי קטין אינו מסוגל לקבל באופן עצמאי הכרעות בעניינים שונים, ועל-כן ההכרעות בעניינים אלו נמסרות להוריו, ובעת מחלוקת ביניהם – לבית המשפט. הן ההורים והן בית המשפט, כאשר הם בוררים בין אפשרויות ומכריעים ביניהן, אמונים על טובת הילד. ודוק: המדובר בטובת הילד כמטרה, כתכלית, אולם לא בהכרח כאמת מידה וכמנגנון הכרעה. מודל זכויות הילד אינו מתרכז אך בזכות האחת העומדת על הפרק, תוך התעלמות מזכותו הכללית או מ'טובתו' הכללית (כתכלית, לא כאמת מידה) של הילד... גישת 'זכויות הילד' אינה מבכרת את 'זכויותיו' של הילד על 'טובתו'. להפך, היא מחזקת את מעמדו של הילד, בכך שהיא גורסת שיש לעבות את ההגנה הניתנת לאינטרסים שלו, ולהשתית על יסוד חוקתי, יציב ועקרוני, בהצגת המודל באופן זה מצמצם הפער בין הגישות, וההבדל ביניהם הופך לסמאנטי⁷².

דעתו של השופט מצא בעניין זה הייתה, כי "שני המבחנים ראויים להתקיים זה לצד זה מבלי שיתעורר הכרח לקבוע איזה משניהם ראוי להיחשב כרחב מזולתו וככולל את זולתו, ואף בלי לדרגם – לפי סדר הקדימויות והחשיבות – זה מעל זה"⁷³.

71 שם, בעמ' 257.

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

73 ראו שם, בעמ' 274. בנסיבות המקרה שנדון בפרשת פלוני, קטין סבר השופט מצא, שם, שלעיקרון זכויות הילד שני יתרונות בולטים: הוא נותן ביטוי מודגש למעמד הילד כצד עצמאי בהליך המשפטי שבין הוריו, שבמסגרתו אמור בית המשפט להכריע בעניינו שלו. כמו כן, ההכרעה השיפוטית מושתתת על בסיס נורמטיבי ניטרלי, בעוד שההכרעה לאור עיקרון טובת הילד היתה מחייבת בחינה עובדתית קונקרטית של שאלה שלפחות לכאורה אינה יכולה לזכות למענה מניח

מנגד, השופטים שטרסברג-כהן, אור וזמיר העדיפו הכרעה לאור עיקרון טובת הילד על פני הכרעה לאור עיקרון זכויות הילד.⁷⁴ השופטת שטרסברג-כהן הכירה בחשיבות הדוקטרינה של זכויות הילד, אשר "מעלה על גס את הילד כיצור אוטונומי בעל זכויות משלו, שאותן רשאי הוא לממש ושעליהן זכאי הוא שהחברה תגן".⁷⁵ היא אף הייתה ערה לעובדה שיש יתרון לדוקטרינת זכויות הילד, שהיא "מבחן אובייקטיבי יותר מאשר 'טובת הילד', שהוא מבחן גמיש, רחב ובלתי מוגדר, המתמלא בתוכן על-ידי בית המשפט על-פי הראיות שלפניו ועל-פי שיקול הדעת השיפוטי שלו".⁷⁶ אף על פי כן סברה השופטת שטרסברג-כהן שבמקרה הנדון היה נכון להשתמש בדוקטרינת טובת הילד ולהעדיפה על פני דוקטרינת זכויות הילד.⁷⁷ לדידה, עיקרון טובת הילד נותר עיקרון-על בהכרעות בענייני ילדים, ותחתיו דרים שיקולים אחרים וזכויות הילד בכללם. בסופו של דבר הגיעה השופטת שטרסברג-כהן לאותה מסקנה שאליה הגיע השופט שמגר, אולם בדרך אחרת. אין בפסק דינה הסבר ברור מדוע הועדפה באופן כללי דוקטרינת טובת הילד על פני דוקטרינת זכויות הילד, ובמיוחד נעדר הסבר להימנעות מביצוע המעבר מפטרנליזם למתן יתר אוטונומיה לילדים באמצעות ייחוס חשיבות לעקרונות של דוקטרינת זכויות הילד.

השופט זמיר סבר שהדרכים שבהן הלכו הנשיא שמגר והשופטת שטרסברג-כהן מובילות לאותו יעד. הוא העדיף בסופו של דבר את דוקטרינת טובת הילד, בין היתר מפאת הנימוק שזהו מבחן שעמד בשינוי הזמן והוא מוכר ומקובל על הקהילה המשפטית והציבור הרחב, ומפאת נימוקים נוספים, שאינם נקיים מספקות.⁷⁸

השופט אור כתב שהוא נוטה לעיקרון טובת הילד מהנימוקים הנזכרים בפסקי הדין של השופטים שטרסברג-כהן וזמיר, ואף הוא לא עמד על המשמעות הפילוסופית והמשפטית החשובה של הדוקטרינה שחרתה על דגלה הענקת יתר אוטונומיה לקטינים.⁷⁹

את הדעת. השוו לדברי השופט חשין בבג"צ 5227/97 דויד נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, מיום 15.9.98 (טרם פורסם).

74 ענין פלוני, קטין, הערה 9 לעיל, בעמ' 266-267, 273, 277. ראו גם אלמוג, הערה 16 לעיל, 48.

75 שם, בעמ' 267.

76 שם, בעמ' 268.

77 שם, בעמ' 268-271.

78 השופט זמיר כתב, שם, בעמ' 276: "המבחן של זכויות הילד יוביל לתוצאה הפוגעת בשלום הילד, בהתפתחותו או באושרו, הרשות נתונה לבית המשפט, ובעצם החובה מוטל עליו, להכריע לפי טובת הילד". ברור שדעה זו מקובלת גם על הדוגלים בדוקטרינת זכויות הילד, במובן שבו היא מופיעה באמנת האו"ם בדבר זכויות הילד, שבה כלול סעיף 3, הנזכר לעיל, הקובע בין היתר: "תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה". אף תהנה שלו שדוקטרינת זכויות הילד מגנה על "זכויות" דוקטרינת טובת הילד מגנה על "אינטרסים", ותחם האינטרסים רחב מתחם הזכויות, אינה נקיה מספקות.

79 ראו שם, בעמ' 273.

רוב השופטים בפסק הדין העדיפו אמנם את עקרון 'טובת הילד' על פני עקרון זכויות הילד, ואף השופט שמגר לא נקט בלשון חד משמעית בנוגע לעדיפות עקרון זכויות הילד. עם זאת, מהנימוקים ומהטיעונים בפסק הדין עולה, שכל השופטים הכירו בכך שמאחר שישראל תתמך על האמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד ואשררה אותה, יש לייחס חשיבות לעקרונות האמנה, שהם יישום הלכה למעשה של עיקרון זכויות הילד. המחלוקת ביניהם הייתה בנוגע ליחס הראוי בין עקרון זכויות הילד לעיקרון טובת הילד. אין חולק על הנחת היסוד, שלפיה עיקרון זכויות הילד ועיקרון טובת הילד הם עקרונות יסוד בכל הכרעה שיפוטית בנוגע לילדים בישראל. מההכרעה השיפוטית בפסק דין פלוני, קטין מתבקשת המסקנה, שכל הכרעה בישראל בסוגיות הנוגעות לילדים – ובכלל זה הכרעה בנוגע לערכאת השיפוט שתדון בענייני החזקת ילדים וחינוכם – צריכה להתבסס בעיקר על שיקולים מהותיים: עיקרון טובת הילד ועיקרון זכויות הילד, שהם עקרונות היסוד המנחים של המשפט הישראלי בנוגע לילדים.

המשכה של מגמה זו בפסיקה, שמחד גיסא משתמשת ברטוריקה של הענקת זכויות לילדים, ומאידך גיסא מושתתת על הענקת הזכויות הללו מנקודת מבט פטרנליסטית, בא לידי ביטוי בפסקי הדין של השופטים דורנר וחשין בפסק דין היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית⁸⁰. בפסק דין זה אושרה, בדעת הרוב, הכרזת בנה של המשיבה כבר-אימון והשארתו במשפחה המאמצת עקב העדר מסוגלות הורית של המשיבה, וזאת על פי חוות-דעת פסיכולוגיות שלפיהן ניתוק הילד מהוריו המאמצים והעברתו למשיבה עלולים לגרום לו נזק בלתי הפיך. בין היתר דנו השופטים בפסק הדין בעקרונות היסוד בנוגע לילדים: טובת הילד וזכויות הילד.

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

מתפיסת הילד כישות עצמאית מתבקשת גם זכותו כי יתחשבו ברצונו ובמאוויו בגבולות האפשר. לגישה זו ניתן ביטוי בסעיף 12 לאמנה⁸¹.

היא אף השתמשה במלים "זכויות הילד", ועמדה על ההשוואה בין הזכויות הללו לבין "זכויות" ההורים, שכלל הזכויות האחרות אף הן אינן מוחלטות. השופט חשין הזכיר, בין היתר, את סעיף 12 לאמנה בדבר זכויות הילד, וכתב:

עמדת המוצא היא באינטרסים, במאווים וברצון שיש לכל איש ואיש... זכות היא: אינטרס, רצון ומאווים מוגנים במשפט... לעניינן של 'זכויות' ו'חובות' אפוא, תחנת המוצא היא שדין קטן – ולו מקטני-קטנים הוא –

80 הערה 39 לעיל. שם, בעמ' 94, כתב השופט חשין כי הוא מבקש להבהיר "הבהרת יתר של מושגי יסוד" בנוגע לטובת הילד וזכויות הילד. בעניין המחלוקת שנתגלעה בין השופטים בפסק דין פלוני, קטין הוא תהא האם אלו "חילוקי דעות של אמת", או שמא מדובר בעיקר על שימוש בסרמינולוגיה שונה "וברבדים שונים של חשיבה והפשטה".

81 שם, בעמ' 66.

כדין בגיר הוא... המשפט מכיר באוטונומיה של הפרט לגבש את רצונו כנראה לו על-פי 'טובתו': הפרט הוא המחליט על 'טובתו' שלו: 'טובתו' היא רצונו, ורצונו הוא 'טובתו'⁸².

בפסק דינו של השופט חשין ניכר מאמץ, שיש לברך עליו, לחדד את המונחים המשפטיים "אינטרס" ו"זכות" של ילדים. השופט חשין סבור שהשימוש במונח "אינטרס" לעומת השימוש במונח "טובה" הוא מהותי ביותר, וזאת משום שמושג ה"טובה" הוא אמורפי ומקמקם ממושג ה"אינטרס". מושג ה"אינטרס", להבדיל ממושג ה"טובה", מדגיש את זכותו של הילד הקטין כלפי הוריו וכלפי העולם, ובה בעת מחליש את יסוד הפטרנליזם הטבוע במושג ה"טובה". בעוד מושג ה"טובה" הופך את הילד הקטין – לאו דווקא בכוונה אלא בלא משים – לאובייקט ולמטרה שעליה אחרים משפיעים "טובה", מושג ה"אינטרס" מחייב התייחסות אל הילד כאל אדם בעל זכויות בפני עצמו⁸³. לדידו של השופט חשין,

בהולכנו בדרך זו, בהעמידנו זכויות אל מול זכויות – זכויות הילד אל מול זכויות הוריו – יתחזק מעמדו של הקטין גם כאישיות עצמאית במשפט, להבדילו מתפיסת הקטין כמושא (אובייקט) במשפט... לא עוד נעטה את גלימת הפטריארך המעניק "טובה" לנתיניו, אלא יוטל עלינו להתמודד עם זכויות של הקטין. כנגד זכותם של אם ואב תעמוד זכותו של הקטין⁸⁴.

עם זאת, "זכויות הילד" שעליהן כתבו השופטים דורנר וחשין קשורות בטבורן לעיקרון טובת הילד. אין בפסיקתם בשורה גדולה של הענקת אוטונומיה לילדים. השופט דורנר משנה את הטרימינולוגיה שלה, ובשלב מסוים מדברת בפסק דינה על ה"אינטרסים" של הילד וזונחת את הטרימינולוגיה "זכויות". כמו כן היא מציינת שלאור עקרונות האמנה בדבר זכויות הילד יש לייחס "מעמד בכורה" לעיקרון טובת הילד⁸⁵. והשופט חשין כתב, שם:

'טובת' הקטין הינה המקבילה המהותית לרצון הבוגר. ביסוד ובתשתית יימצא האינטרס: גם לעניינו של בגיר גם לעניינו של קטין. אינטרס של בגיר – הבגיר (ככלל) יכריז עליו, וביטוי ברצונו. קטין, שאין הוא בשל כדי הבעת רצון – כהשקפת החברה ושיטת המשפט – נביע אנו את 'רצונו'⁸⁶ (ההדגשה הוספה).

82 שם, בעמ' 94–96.

83 שם, בעמ' 98–99.

84 שם, בעמ' 100.

85 שם, בעמ' 67.

86 שם, בעמ' 97. ראו גם ענין דויד, הערה 73 לעיל.

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

במה דברים אמורים, שהמשפט נכון לפרוס חסותו ולהגן על רצון האדם (רצון שנמצא ראוי), בבגיר שפוי בעל תובנה. ומה דינו של קטין, אותו אדם קטן ממדים שכשר הוא לזכויות אך רצונו ושיקול דעתו אינם בשלים – להשקפת התורה – כדי הכרה בהם כרצון יוצר אינטרסים וכבשיקול-דעת סביר? במקום זה ייכנס לכלל פעולה הפאטרנליזם הקונסטרוקטיבי והטוב של המשפט... אשר לקטין שרצונו אינו בשל דיו, נקים אנו את 'רצונו', נפעל בשמו ומשמו של הקטין, ולהגנת רצון 'קונסטרוקטיבי' זה – רצון שנייחס לקטין, רצון-שאינו-רצון – נקנה לו זכות. וכיצד נכונן אותו 'רצון'? אף אתה אמור: על פי 'טובתו' של הקטין. 'טובת' הקטין היא חומר גלם ומחומר גלם זה נלוש את זכותו – או את אי-זכותו – של הקטין. למותר לומר שאינטרס הקטין – בעניינו שלנו, הבוגרים – יכול שיסתור את רצונו האמיתי של הקטין... 'זכותו' ('טובתו') של קטין תיקבע בראש ובראשונה בידי הוריו של הקטין (ראו למשל סעיפים 15 ו-17 לחוק הכשרות), ובחילוקי דעות יקבע אותה בית המשפט (ראו למשל סעיף 25 לחוק הכשרות)⁸⁷ (ההדגשה הוספה).

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

זכות-יסוד הקנויה לכל בוגר – כי לא ייפגע לא בגופו ולא בנפשו – וזו זכותו של הילד שאינו אלא איש קטן... ודוק – בזכותו של הילד אנו מדברים – בזכותו העצמאית – ולא בזכותם של הוריו או בזכותו של מאן דהוא המבקש לעשות לטובתו. פירוש הדברים הוא, שזכותו של הילד עשויה לדחוק במקרים מסוימים את זכויותיהם של הוריו (ראו עוד: דנ"א 7015/94 פלונית, 99-100; ע"א 2266/93 פלונני, 254-259). אכן יש שהמאבק בין ההורים מעורר חשש ממשי כי טובתו של הילד תיזנח וזכותו לייצוג הולם תיפגע. במקרים אלה – מקרים של ניגוד עניינים בין ההורים לבין הילד – קמה ועומדת זכותו של הילד לייצוג עצמאי ונפרד משל

87 ראו ענין פלונית, הערה 39 לעיל, בעמ' 96-97.

הוריו (ראו עוד: ע"א 878/96 פוזילוב נ' פוזילוב, פ"ד נ(5) 208, 214-215)⁸⁸.

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

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

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

בכל פסקי הדין של בית המשפט העליון שדנו בעיקרון זכויות הילד חסרה אמירה חד-משמעית בדבר שינוי מגמה: הענקת יתר אוטונומיה לקטינים, הימנעות ככל האפשר מפטרנליזם, ופרשנות הוראות חוק רלבנטיות (בעיקר בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962) ברוח המגמה החדשה, החורתת על דגלה את עיקרון זכויות הילד.

88 ענין דויד, הערה 73 לעיל, בעמ' 446.

ג. ייצוג עצמאי של קטין - זכות יסוד

לעתים ההורים משווים לנגד עיניהם את זכויותיהם וטובתם הם, ומתקשים לייצג נאמנה גם את זכויות ילדיהם וטובתם⁸⁹. כאשר לא מוקנית לילד זכות להיות שותף בהכרעות הוא עלול להיפגע. לאור סעיף 3 לאמנה בדבר זכויות הילד, הנזכר לעיל, יש להעניק לילד זכויות, ובכלל זה הזכות להיות שותף בהכרעות הנוגעות אליו בדרך העולה בקנה אחד עם טובתו. נראה, כי פעמים רבות בחינה של טובת הילד וזכויותיו בהליך משפטי שבו הקטין אינו מיוצג באופן עצמאי אינה באמת פועלת לטובת הילד. כך עלול להיות, למשל, בדיון של ההורים שבו עניינו של הילד אינו מיוצג כהלכה, או בדיון נפרד בענייני הילד - כגון דיון נפרד בהחזקתו, בחינוכו, או במזונותיו - המתקיים תוך בחינה חלקית או תוך התעלמות ממכלול הזכויות של ההורים והילדים במשפחה.

להלן נדון בצורך בשינוי כולל במגמה: מטובת הילד לזכויות הילד ומפטרנליות לאוטונומיה; מעבר מתפיסה פטרנליסטית של ייצוג קטין באמצעות אפוטרופסיו לתפיסה המבקשת להקנות לו יתר אוטונומיה. ברצוננו להציע שעיקרון זכויות הילד ייקלט באופן משמעותי יותר במשפט הישראלי, בעיקר באמצעות הענקת זכות ייצוג עצמאית לקטין.

אין ספק שזכות הייצוג היא חשובה: באמצעותה ניתן להגן על זכויות משפטיות המוקנות למיוצג. בישראל נחשבת זכות הייצוג לזכות יסוד, שהיא פועל יוצא של כללי הצדק⁹⁰. בארצות הברית קיימת תפיסה דומה: זכות הייצוג נחשבת, לדעת לשכת עורכי הדין האמריקנית (A.B.A.), לזכות המאפשרת ללקוח לאכוף את זכויותיו המשפטיות, להגן ולשמור עליהן⁹¹. מלומדים אמריקנים גורסים כי יש לראות את זכות הייצוג כנגזרת של הזכות להליך הוגן. הזכות להליך הוגן מושתתת על דרישה מוסרית, כי מקבל החלטות שיפוטיות יסביר מהם הנימוקים להחלטתו באופן שלפרט הנשפט, או המהווה צד בדיון, תינתן הזדמנות לבחון בזמן אמת את תהליכי קבלת ההחלטות

89 לעניין הצורך בהפרדה דיונית עקב חשש לניגוד אינטרסים ראו תמ"ש (חי') 29840/97 פלוגית נ' אלמוגי, מיום 13.7.98 (סרס פורסם). ראו גם J.S. Wallerstein, "Child of Divorce: An Overview," 4 Behav. Sci. & L. 105, 106 (1989).

90 ראו בג"צ 515/74 פלוגי נ' מפקד משטרה צבאית חוקרת, צה"ל, פ"ד כס(2) 169, 171; בג"צ 3412/91 סופיאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה, פ"ד מז(2) 843, 847-848. עם זאת, פרופ' קנת מן סבור שלמרות שזכות הייצוג נחשבת בישראל כזכות יסוד, קיימת לגביה התייחסות דו-ערכית. מחד גיסא מופיעות בפסיקה התבטאויות על מרכזיות הזכות, ומאידך גיסא מורות המציאות התחקית והמציאות הלכה למעשה כי הזכות קיימת רק במתחם צר. ראו קנת מן, "ביקורת שיפוטית וערכי יסוד בתהליך הפלילי" עיוני משפט יג (התשמ"ח) 557, 607.

91 ראו Martin Guggenheim, "The Right to be Represented but not Heard: Reflections on Legal Representation for Children," 59 N. Y. U. L. Rev. 76, 79 (1984).

המתקבלות על ידי הגוף השיפוטי ולהשיג עליהן⁹². דרישה זו מתמלאת בצורה הטובה ביותר כאשר צד לדיון מיוצג על ידי עורך-דין.

ניתן לראות את זכות הייצוג בישראל כנגזרת של הזכות לחופש הביטוי, שבישראל נחשבת מקדמת דנא כזכות יסוד חשובה, הנותנת הגנה "לאינטרס פרטי מובהק, דהיינו לעניינו של כל אדם, באשר הוא אדם, לתת ביטוי מלא לתכונותיו ולסגולותיו האישיות; לטפח ולפתח, עד הגבול האפשרי, את האני שבו; להביע את דעתו על כל נושא שהוא חושבו כחיוני בשבילו"⁹³. יש הרואים זכות זו כמעוגנת היום בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו⁹⁴. אף קטין הוא בגדר "אדם", כהגדרתו בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו⁹⁵, ומכאן שהענקת זכות לייצוג הולם מאפשרת למתדיין לממש את זכותו להבעת דעתו בהליך השיפוטי. במלים אחרות: ניתן לראות בזכות לייצוג מימוש של אוטונומיות הרצון.

ייצוג של קטינים נובע מתפיסת עולם הגורסת כי ילד הוא בעל זכויות⁹⁶, בדומה למבוגר. לכן יש להכיר גם בו כבעל זכות ייצוג עצמאית, זכות הבאה לכלל מימוש כאשר הקטין בעצמו, אפטרופסר-לדין או עורך-דינו מייצגים את עניינו באופן עצמאי ונפרד מהוריו-אפטרופסיו. חשוב לזכור, שכמה מדפוס התגובה השכיחים של ילדים לפירוד בין הוריהם הם רגשות אשם קשים. לקטין נדמה שההורים נפרדו בגלל התנהגותו הרעה, בפרט אם צידד באחד מההורים. כמו כן קיימים רגשות חרדה וחוסר-ביטחון: הקטין תוהה

92 Kim J. Landsman & Martin L. Minow, "Lawyering for the Child: Principles of Representation in Custody and Visitation Disputes Arising from Divorce," 87 *Yale L.J.* (1978) 1126, 1171. שם, בעמ' 1173-1174, הודגש שמינוי נציג נפרד לילדים מאפשר להם, בין היתר, לדבר עם שני ההורים ולהשפיע על שיקוליהם. בנוגע לתפקיד מייצג של קטין בתהליך קבלת ההחלטות של הקטין ראו Shannan L. Wilber, "Independent Counsel for Children," 27 *Fam. L. Q.* 349, 353-359 (1993-1994).

93 בג"צ 73/53 קול העם נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, 878.

94 לדעת השופט ברק, מודל הביניים הוא המודל הראוי לקביעת היקף הזכות לכבוד בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. על פי מודל זה, הזכות לכבוד אינה כוללת רק מגיעת פגיעה בגוף ובנפש ומגיעת השפלה והשמצה, ומאידך גיסא אין להרחיבה יתר על המידה. אין היא כוללת כל זכות שניתן לגזור אותה מבחינה פילוסופית מן הזכות לכבוד. הנוסחה של השופט ברק למודל הביניים היא שכבודו של אדם משתרע על כל אותן זכויות שעל פי תפישתו של הציבור הנאור בישראל עומדת ביסודן האוטונומיה של הרצון הפרטי. ראו אהרן ברק, פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית 416 (תשנ"ד). ראו עוד, שם, בעמ' 422. ייצוג בהליך משפטי הוא ביטוי של האוטונומיה של רצון זה. בנוגע לזיקה בין חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו והזכות לייצוג בהליך משפטי ראו תמ"ש 3420/96 ר' נ' (לא פורסם) פסקה 9.

95 ראו ברק, הערה 94 לעיל, בעמ' 435. ראו גם ענין פלוני, קטין, הערה 9 לעיל, בעמ' 255.

96 Katherine Hunt Federle, "Constructing Rights for Children: An Introduction," 27 *Fam. L. Q.* 301-302 (1993-1994); Katherine Hunt Federle, "The Ethics of Empowerment: Rethinking the Role of Lawyers in Interviewing and Counseling the Child Client," 64 *Fordham L. Rev.* 1655, 1686-1687 (1996).

מי יהיה אחראי לביטחוננו ולשלומנו, וילדים בוגרים אף דואגים לעתידם, למימון לימודיהם וכדומה. נוסף על כך מתפתח אצל הילד דימוי עצמי פגוע, שכן חיי המשפחה מהווים את אחד ממקורות הביטחון של הקטין⁹⁷. גם דימוי פגוע זה מחייב תמיכה נפשית, ולעתים מייצג עצמאי של קטין מודע יותר לצורך בתמיכה נפשית זו. 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.

עם זאת יש לתת את הדעת גם לקשיים הכרוכים בייצוג של קטין. פרקליט הפועל למען בגיר פועל למען קידום האינטרסים של לקוחו, כפי שהובעו על ידו. פרקליט הפועל לטובת קטין אינו יכול לוודא תמיד מהי עמדתו של הלקוח שלו בנוגע לאינטרסים שלו. הוא נתון בדילמה כאשר הקטין מבקש ממנו לבטא את רצונו, ולדעתו רצונו של הילד אינו מקדם את טובתו. האם רצוי שההחלטה בנוגע לטובת הילד תועבר מבית המשפט לפרקליטו של הילד, שאינו מצויד בהכרח בכלים טובים יותר לקבוע מה טובתו?⁹⁸ כאשר ייקבעו הכללים בנוגע להענקת זכות ייצוג עצמאית לקטין, יהיה צורך להכריע בסוגיות אלה ואחרות.

בהקשר זה יש להתחשב, בהוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו גם ביחס לזכות הגישה למערכת השיפוטית. זכות זו היא "זכותו של כל אדם... שעניינו יישמע באופן צודק, פומבי ובזמן סביר על ידי ערכאה עצמאית ובלתי תלויה, שנתכוננה לפי חוק, ואשר תכריע לפי הטענות שהועלו לפניה"⁹⁹. במדינת ישראל אין הוראה חוקתית הקובעת במפורש זכות גישה למערכת השיפוטית, אולם היו שבחנו את האפשרות כי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מספק אחיזה להכרה חוקתית בזכות הגישה למערכת השיפוטית¹⁰⁰.

מלומדים בישראל¹⁰¹ דנו בשאלה האם ראוי לקבוע את סמכותו של בית משפט בהליכים אזרחיים – לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – למנות עורך דין גם מעבר לאמור במפורש בחוק החרות¹⁰². במקרה אחד, הלכת בן-שושן, בוטל פסק דין בגין העדר ייצוג של בעל דין: הוחלט, כי בשל העדר ייצוג נגרם עיוות דין לבעל הדין¹⁰³.

97 להשפעת הגירושין על הילד ראו Wallerstein, הערה 89 לעיל; De-Langen, הערה 52 לעיל, בעמ' 260; Ken Magid & Parker Oborn, "Children of Divorce: A Need for Guidelines," 20 Fam. L. Q. 331, 331-332 (1986); Bainham & Cretney, הערה 1 לעיל, בעמ' 118-119.

98 ראו שיפמן, הערה 6 לעיל, בעמ' 240-239.

99 שלמה לוין, תורת הפרוצדורה האזרחית, מבוא ועקרונות יסוד 24 (תשנ"ט).

100 ראו לוין, הערה 58 לעיל, בעמ' 455-452; יורם רבין, זכות הגישה לערכאות כזכות חוקתית (תשנ"ח); לוין, הערה 99 לעיל, בעמ' 26.

101 בנוגע לזכות זו בארצות-הברית בהליכים פליליים ואזרחיים ראו לוין, הערה 58 לעיל, בעמ' 458, הערות 34-35; לוין, הערה 99 לעיל, בעמ' 39, הערות 40-41.

102 ראו לוין, הערה 58 לעיל, בעמ' 458; לוין, הערה 99 לעיל, בעמ' 39.

103 ראו רע"א 6810/97 בן שושן נ' בן שושן, פ"ד נא(5) 375.

ערכאת שיפוט שאלה הגיש קטין או בא־כוחו את תביעתו מכריעה, כאמור לעיל, "לפי הטענות שהועלו לפניה". על כן חשוב שיהא לקטין ייצוג הולם בערכאת שיפוט זו. אם קטין מיוצג בערכאה זו על ידי הוריו, הוראגים בעיקר לאינטרסים שלהם, שאינם בהכרח גם האינטרסים שלו, עלול להיווצר מצב שלמרות מימוש זכות הגישה למערכת השיפוטית, אין ביטוי לקולו העצמאי של הקטין ולאינטרסים הנפרדים שלו. אף בא־כוחו של קטין, שאינו הורה, עלול לנקוט גישה פטרנליסטית – בצדק או שלא בצדק – שתמנע את הבאת האינטרסים האמיתיים והעצמאיים של הקטין בפני השופט הדן בעניין. על כן, כאשר קטין יכול להיות שותף בקבלת הכרעות ולחיות דעה בעניינו ובהתאם לגילו ולמידת בגרותו, יש להבטיח את מעורבותו בהכרעות הנוגעות אליו. בהלכת בן שושן עמד השופט טירקל על חשיבות זכות הייצוג בהליכים בבית המשפט לענייני משפחה לאור הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו:

הליכים בענייני משפחה הם בעיני בגדר 'דיני נפשות' ממש; אם לא כפשוטו, הרי כמשמעו. בית המשפט העליון בארצות הברית הכיר בזכותו החוקתית של נאשם בפשע, שהוא חסר אמצעים, להיות מיוצג על ידי עורך דין¹⁰⁴. בישראל הכיר המחוקק בזכותו של נאשם להיות מיוצג על ידי עורך דין במקרים מסוימים ובהליכים מסוימים. לדעתי יש הצדקה לכך שתוכר גם זכותו של בעל דין בסכסוך בענייני משפחה להיות מיוצג. בעקבות ההכרה באופיים של הליכים אלה, ועקב הצורך להעניק סיוע מיוחד למתדיינים כאלה, נקבעו בין היתר, הוראות סעיף 5 לחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה–1995, בדבר הקמת יחידת סיוע בבית המשפט לענייני משפחה. יש לתת את הדעת על כך שבמקרים רבים חיוני הסיוע המשפטי לא פחות מסיוע אחר.

חברי הנכבד, המשנה לנשיא ש' לוי, העיר בעניין זכות הייצוג לאור הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כי 'שאלה שיהיה צורך לבחון אותה בעתיד לאור הוראות חוק היסוד... אם אין זה מן הראוי, לאור הוראות חוק היסוד, לקבוע את סמכותו של בית המשפט למנות עורך דין בהליכים אזרחיים גם מעבר להוראות החוק החדות'¹⁰⁵.

סבורני שהגיעה השעה לדון בכך, ואולי אף הגיעה השעה לשקול הקמת יחידת סיוע משפטי מיוחדת בצד יחידת הסיוע הנזכרת. כך או כך, בטרם יאמר המחוקק את דברו, סבורני שעל בתי־המשפט לייחס משקל רב יותר מבעבר לחשיבות הייצוג על ידי עורך דין בהליכים בענייני

104. Gideon v. Wainwright 372 U.S. 335.

105. השופט טירקל הפנה למקורות הבאים: לוי, הערה 58 לעיל, בעמ' 458; אהרן ברק, "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא 271 (תשנ"ד).

משפחה, ואולי גם בהליכים אחרים, על כל המשתמע מכך לעניין הבירור לפניהם¹⁰⁶.

1. אופן מימושה של זכות הייצוג

לעתים קטין מבוגר יחסית, שניתן במידת גבוהה, יכול לייצג את עצמו. אולם, מכיוון שבדרך כלל קטין יתקשה לייצג את עצמו בדיון מול בגיר, ניתן לממש את זכות הקטין לייצוג עצמאי בצורה הטובה ביותר בעיקר באמצעות מינוי עורך־דין, או אפטרופוס לדין שאינו עורך־דין, שייצג אותו¹⁰⁷: אלה באים בנעלי האפטרופוסים הטבעיים, הורי הקטין, ומייצגים את האינטרסים של הקטין. כאשר הקטין מיוצג על ידי עורך־דין, האחרון מחויב לייצג את רצון הקטין ולא את רצון הוריו; כאשר בית המשפט ממנה אפטרופוס לדין לייצג את הקטין, אף הוא מחויב לייצג את רצון הקטין, ועליו להציג עמדה בעניין טובת הקטין בפני הטריבונל השיפוטי ואת העובדות הרלבנטיות בנוגע לטובתו. בכל מקרה יש להניח כי המייצג ינסה לוודא שרצונו של הקטין עולה בקנה אחד עם טובתו.

זכות הייצוג של קטין, באמצעות אפטרופוס לדין או באופן עצמאי, היא חשובה כדי למנוע קיפוח את זכויותיו של הקטין כאשר הוריו, אפטרופסיו הטבעיים, פועלים כמייצגיו. אפטרופוס לדין או עורך־דין מבטיחים הבחנה והפרדה גמורות בין האינטרסים של הקטין לאלה של הוריו, ובכך עולה הסיכוי להגן ולשמור על אינטרסים אלה.

2. ההסדר התחיקתי בישראל לעניין ייצוג קטינים

סעיף 1 לחוק הכשרות המשפטית והאפטרופסות, תשכ"ב-1962 (להלן: "חוק הכשרות המשפטית והאפטרופסות") קובע: "כל אדם כשר לזכויות ולחובות מגמר לידתו ועד מותו". אין להסיק מסעיף זה כי לקטין מוקנות, החל מגמר לידתו, כל הזכויות המוקנות לבגיר, וכי מוטלות עליו כל החובות המוטלות על בגיר. מהאמור בסעיף זה ניתן להסיק שכל אדם הוא בעל אישיות משפטית ויכול לזכות בזכויות ולחוב בתובות; עם זאת, מבחינת היקף הכשרות המשפטית – דהיינו: מבחינת התוכן של היכולת לזכות בזכויות ולחוב בתובות – אין שוויון בין בני אדם. בני האדם אינם זוכים במידה שווה בכל הזכויות ואינם חבים במידה שווה בכל החובות¹⁰⁸.

106 ראו ענין בן שושן, הערה 103 לעיל, בעמ' 378-379.

107 Ann M. Haralambie, *The Child's Attorney: A Guide to Representing Children in Custody, Adoption and Protection Cases* 12-14 (1993); Leonard P. Edwards, "A Comprehensive Approach to the Representation of Children: The Child Advocacy Council," *Mnookin & Weisberg*; Coordinating Council, 27 *Fam. L. Q.* 417-431 (1993-1994).
הערה 38 לעיל, בעמ' 891.

108 ראו יצחק אנגלרד, חוק הכשרות המשפטית והאפטרופסות, תשכ"ב-1962 23 (תשל"ב).

חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות קובע מגבלות שונות המצמצמות את היקף הכשרות המשפטית של אדם. אחת מהן היא מגבלת הגיל. סעיף 2 לחוק קובע: "אדם שלא מלאו לו 18 שנה הוא קטין; אדם שמלאו לו 18 שנה הוא בגיר". המחוקק הניח כי קטינים אינם מסוגלים לגבש רצון עצמאי משל עצמם, רצון שיהא בשל, בוגר וחופשי מהשפעות לא רצויות. הכרת המחוקק בזכות הקטין להכריע בנוגע לגורלו ועתידו מותנית בדרך כלל בבגרותו הפיזית, ולא ניתן משקל של ממש לבגרותו הנפשית.¹⁰⁹ בדרך כלל הורי הקטין, אפוטרופסיו הטבעיים¹¹⁰, מוסמכים לייצג את האינטרסים שלו. בסעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות נאמר שאפוטרופסות ההורים כוללת, בין היתר, את "הסמכות לייצגו". סמכות זו תופעל בהתאם להוראת המחוקק בסעיף 17 לחוק זה: "באפוטרופסותם לקטין חייבים ההורים לנהוג לטובת הקטין כדרך שהורים מסורים היו נוהגים בנסיבות העניין". בעבר, ברוח המגמה הפטרנליסטית פרוטקטיבית של ההסדרים בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (שהוא החוק המרכזי בישראל הדן ביחסים המשפטיים בין הורים וילדים), קבעו השופטים את ההנחה כי ההורים, האפוטרופוסים הטבעיים, פועלים בשם ילדיהם ואמורים להעלות את גרסתם וסברתם בנוגע לטובת ילדיהם, וכי כאשר ההורים פעלו כאמור אין לטעון שהילדים לא היו מיוצגים במפורש או מכללא או שלא היו צד להכרעות בעניין החזקתם.¹¹¹ ההסדר החקיקתי במדינת ישראל ביחס לכשרות משפטית ואפוטרופסות לא פותר באופן הולם את בעיית ייצוג הילדים במצב של ניגוד עניינים בין ההורים לילדים. סעיף 4 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות קובע את חוסר כשרותו דהיורה של קטין לעשות פעולה משפטית. סעיף 5 לחוק מאפשר ביטול פעולה משפטית כזו של קטין שלא

109 ראו דן שניט, "כושרו המשפטי של הקטין וסמכות ההורים ליצגו" חברה ורווחה ו(1) 7, 8-11 (תשמ"ד).

110 ראו סעיף 3 לחוק שיווי זכויות האישה, תשי"א-1951, וסעיף 14 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962.

111 השופט קיסטר כתב, בהמ' 216/71 קליין ג' קליין, פ"ד כה(1) 501, 503: "והוא טוען כי הילדות לא היו צד לדין נשוא העתירה, לא היו מיוצגות במפורש או מכללא וממילא לא היו צד להכרעות בה, והן נקלעו לסכסוך בין הוריהם, ובנסיבות אשר נוצרו עקב פתיחת ההליכים בעתירה, נשוא התיק העיקרי, בו התנגשו האינטרסים של האם עם האינטרס של ילדותיה, וכתוצאה מכך היה זה מעל לכוחה לדקדק בשמירה על זכויותיה ילדותיה... לכל הטענות האלו אין כל שחר. ההורים, כאשר הם מתדיינים על החזקת ילדים, מתדיינים הם כאפוטרופוסים טבעיים של ילדיהם וכל אחד מעלה את גרסתו וסברתו בדבר סיבת הילד... חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, אינו דורש כי בסכסוך בדבר החזקת ילדים המתנהל בין הורים יתמנה איזה אדם זולתם כאפוטרופוס אשר יופיע בשם הילדים, וכאשר רוצים ההורים להתפשר, הרי נאמר בסעיף 24 כי הם רשאים להסכים ביניהם, אבל הסכם זה טוען אישור בית המשפט... תפקידו של בית המשפט בהחלטה כזו הוא תפקיד של 'אביהם של יתומים', היינו אביהם של קטינים וחסויים אחרים, ובית המשפט לא יאשר פשרה כזאת אלא אם כן נוכח, כי ההסכם הזה הוא לטובת הקטינים, וחזקה על בית המשפט שאכן נהג כך".

ניתנה לגביה הסכמת נציגו. סייג מסוים למגמה פטרנליסטית זו מצוי בסעיף 6 לחוק, הקובע שאין לבטל פעולה משפטית "שדרכם של קטינים בגילו לעשותה"; אולם בסיפא לסעיף שוב ניכרת המגמה הפטרנליסטית: פעולה של קטין בכל זאת תהא ניתנת לביטול אם יש בה משום נזק לקטין או לרכושו. הסדר משפטי פטרנליסטי זה אינו נותן מענה הולם לצורכי הקטין. כבודו וחירותו מחייבים קביעת הסדר משפטי אחר, שבו יזכה הקטין ליתר אוטונומיה בהכרעות הנוגעות אליו.

תקנה 32 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984¹¹² מאפשרת לקטין לתבוע או להיתבע בהליכים אזרחיים שלא באמצעות הוריו או אפוטרופוסו בלבד. התקנה קובעת:

(א) פסול דין [לרבות קטין], לאור ההגדרה לתקנה 1 לחוק [רשאי לתבוע לדין על ידי אפוטרופוס לדין או ידידו הקרוב, כן רשאי הוא להתגונן בדין על ידי אפוטרופוס.

תקנה זו עולה בקנה אחד עם המגמה הפטרנליסטית של חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, שבו נזכרים בדרך כלל רק שני סוגי אפוטרופוסים: אפוטרופוס על-פי דין, ובכלל זה אפוטרופוס טבעי, ואפוטרופוס ממונה. אמנם בסעיף 67 לחוק זה נזכר אפוטרופוס למעשה, שלא מונה על ידי בית המשפט. ההסדר החקיקתי בסעיף זה פותח פתח להכרה במעמדו של מייצג שהוא "ידיד קרוב"¹¹³. אף "ידיד קרוב" זה פועל למען הקטין ולטובתו, אולם אין לומר בהכרח כי רצונו העצמאי של הקטין בא לידי ביטוי כאשר "ידיד קרוב" פועל עבורו.

בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962 ובתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 לא נזכרת במפורש האפשרות שקטין ימנה לעצמו עורך-דין בהליכים אזרחיים. על פי סעיף 68(א) לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962,

112 ק"ת 2220.

113 בע"א 541/66 גולדמן נ' גולדמן, פ"ד כא(2) 113, גדון מקרה שבו פעלה האם כידיד קרוב של ילדיה ותבעה את אביהם, בטענה שאינו משלם מזונות מספיקים. שם, בעמ' 122, נזכרת הגדרת "ידיד קרוב" של השופט Bowen, בפסק דין Rhodes v. Swithenbank: "The next friend is the officer of the court to take all measures for the benefit of the infant in the litigation in which he appears as next friends". פעולת אפוטרופוס טבעי, הנתון לעתים במצב של ניגוד עניינים עם הקטין, כ"ידיד קרוב", אינה נקייה מספקות. שם, בעמ' 123, הדגיש השופט קיסטר כי עיקר תפקידו של הידיד הקרוב אוסר עליו להגיש תביעה בשם הקטין כדי להשיג לעצמו טובת הנאה כלשהי, או כדי לקנסר מישהו. על בית המשפט, שהוא "אבי הקטנים ושאינם ברי דעת", לחקור ולברר אם כוונתו של הידיד הקרוב בהגשת התביעה בשם הילדים היא לטובת הקטינים. אם מצא שעשייתו של ידיד קרוב אינה לטובת הקטין, עליו להחליפו או למחות את ההליך לחלוטין. ראו ע"א 8/74 ליידוביץ נ' ליידוביץ, פ"ד כח(2) 436, 439-440. עוד לעניין "ידיד קרוב" ראו ע"א 363/63 פלקוביץ נ' בריטוב, פ"ד יח(1) 437, 439; ע"א 690/79 גיסנקורן נ' גיסנקורן, פ"ד לד(2) 357, 359.

האפשרות הזו נתונה בידי בית המשפט: בנסיבות המתאימות הוא רשאי למנות לקטין "אפוטרופוס לדין":

בית המשפט רשאי, בכל עת, לבקשת היועץ המשפטי לממשלה או בא כוחו, או לבקשת צד מעוניין, ואף מיוזמתו הוא, לנקוט אמצעים זמניים או קבועים הנראים לו, לשמירת ענייניו של קטין, אם על ידי מינוי אפוטרופוס זמני או אפוטרופוס לדין, ואם בדרך אחרת; וכן רשאי בית המשפט לעשות, אם הקטין, פסול הדין, או החסוי, פנה אליו בעצמו.

בסעיף זה נזכרות שלוש חלופות: מינוי אפוטרופוס זמני, מינוי אפוטרופוס לדין ודרך אחרת. ניתן לטעון שמהמלים "בדרך אחרת" ניתן להסיק שאחת האפשרויות היא מינוי עורך-דין לקטין, שייצגו. עם זאת, מינוי אפוטרופוס לדין או מינוי עורך דין הם ביוזמתו של בית המשפט. לקטין אין זכות למנות מייצגים אלה באופן עצמאי. נוסף על ההסדר החקיקתי הכללי הנזכר לעיל, חוקים מסוימים מקנים לקטין זכות ייצוג עצמאית ונפרדת מזכות הייצוג המוקנית להוריו¹¹⁴. כמו כן, חוקים שונים מקנים לקטין זכות ספציפית להשתתף בהכרעות בעניינים מסוימים הנוגעים אליו. כך, למשל, סעיף 13 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962 קובע, בין היתר:

מלאו לקטין 10 שנים, לא תומר דתו אלא אם, נוסף על הסכמת הוריו או אישור בית-המשפט... נתן גם הוא מראש את הסכמתו בכתב.

דוגמא נוספת מצויה בסעיף 7 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981, הקובע:

ילד שמלאו לו תשע שנים, או שטרם מלאו לו תשע שנים אך הוא מבין בדבר, לא יינתן צו אימוץ לגביו אלא אם נוכח בית המשפט שהמאומץ רוצה שאותו מאמץ יאמצו¹¹⁵.

לעתים סמכות ההכרעה הבלעדית מסורה בידי הקטין. סעיף 316 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 קובע כי הסכמת קטינה להפסקת הריונה אינה טעונה הסכמה של נציגה. היא זכאית להחליט בעצמה אם ברצונה להפסיק את הריונה ולפנות לשם קבלת אישור לוועדה המוסמכת לכך. אין בישראל הוראת חוק מפורשת הבורה לבית המשפט לשמוע מפי הילד עצמו או מפי

114 לעניין ייצוג קטין בהליך פלילי ראו סעיף 15(א)(ב) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982; סעיף 18(א) לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), תשל"א-1971; לעניין הזנת ילדים ראו סעיף 3 לחוק הנוער (טיפול והשגחה), תש"ך-1960.
115 ראו גם סעיפים 21, 27 ו-28 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981. בנוגע לשמיעת הקטין והתחשבות ברצונו בהליכים נוספים הננקטים לצורך הגנה עליו ראו סעיפים 13, 13, 5 ו-8 לחוק הנוער (טיפול והשגחה), תש"ך-1960.

נציגו מהו רצונו, או להתחשב ברצון הילד בנוגע לענייני אפוסטרופסות הורים, כגון ביחס להסדר המשמורת הרצוי¹¹⁶.

עם זאת, סעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופסות, תשכ"ב-1962 מורה לבית המשפט - בין היתר בנוגע לקביעת הסדרי משמורת של קטין - לפעול על פי עיקרון טובת הילד, ובלבד שילדים עד גיל 6 יהיו אצל אמם אם אין סיבות מיוחדות להורות אחרת.

באמצעות פרשנות הפסיקה להוראת חוק זו נוצר נוהג של בתי המשפט בישראל להעניק לילדים מסוימים זכות להיות שותפים בהכרעות בנוגע למשמורתם. השופטים סברו שמאחר שהילד אינו אובייקט, קניין או מעין-קניין השייך להוריו, אלא בעל אישיות עצמאית ובעל צרכים משל עצמו, יש להתחשב ברצונו ובצרכיו מפני שהתחשבות זו מקדמת את טובתו. שופטים בבית המשפט העליון הביעו את הדעה, שבסכסוכים בנוגע להחזקת ילדים תצמח טובה לילד בגיל המתאים מהתחשבות ברצונו. קיים מעין כלל שעל פיו לרוב אין לכפות על קטין מגיל 10 ומעלה משמורת אצל הורה מסוים או מחוץ לבית הורה כאשר הוא מביע התנגדות מנומקת להסדר זה. כפייה כזו עלולה לפגוע בטובתו ובהתפתחותו בעתיד¹¹⁷.

116 בנוגע לחובת ייצוג נפרד לקטין בהליכים, על פי סעיפים 24 ו-25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופסות, תשכ"ב-1962, כתב השופט קיסטר: "לא מצינו שהחוק יטיל חובה של ייצוג נפרד לקטין בבקשה לאישור ההסכם, ואין גם חובה לייצוג נפרד בהליכים לפי סעיף 25 לאותו חוק"; ת.ב. (ת"א) 419/64/8 שויביץ נ' שויביץ, פ"מ מב 157, 164.

117 כך, למשל, בע"א 241/57 פלטיאל נ' פלטיאל, פ"ד יג 599, 604, פסק בית המשפט העליון כי ילדה בת 12 תתגורר אצל אביה, למרות שהאב אינו מספל ומחנך טוב יותר מן האם, וזאת משום שבית המשפט השתכנע כי הבת הביעה בצורה החלטית את רצונה לגור אצל אביה. בע"א 503/60 וולף נ' וולף, פ"ד טו 760, 765, ההנחה היתה שרצונה של ילדה בת 11 "עשוי להיות גם שיקול מכריע". בדרך כלל רווחת הדעה של השופט קיסטר, בע"א 433/67 צבר נ' היועץ המשפטי ואח', פ"ד כב(1) 160, 166, כי כאשר בנסיבות העניין רצונו של הילד אינו נוגד את טובתו, אין כופין את הילד להיות במקום שאינו חפץ להיות בו. בע"א 352/80 צוקרמן נ' צוקרמן, פ"ד לד(4) 689, 694, נאמרה אמרת אגב חריגה ובלתי מקובלת ברוח דוקטרינת "זכויות הילד", לפיה גם כאשר נוגד רצונו של הילד בנוגע למשמורתו את טובתו, אין כופין אותו. ראו ביקורתו של פרופ' שאקי, הערה 5 לעיל, בעמ' 34. קביעה ברורה כי יש להתחשב ברצון הקטין מגיל 10-11 ומעלה מצויה בבג"צ 391/71 פלונית נ' אלמוני, פ"ד כו(1) 85, 102. ראו עוד בנוגע למגמה המקובלת בפסיקה: בג"צ 39/55 בר נ' בר ואח', פ"ד א, 1367, 1371; בג"צ 89/52 לוי נ' יורד ההוצל"פ י-ם, פ"ד ו, 1264, 1265; ע"א 740/87, 113/89 פלונית נ' אלמוני, פ"ד מג(1) 661, 666-667; פ"ד כב(1) 162, 166; ע"א 238/88 יחזקאלי ואח' נ' יחזקאלי, פ"ד מג(2) 467, 470-471. לעתים נזכרת גם דעת הרב מאיר קצנלנבוגן - המהר"ם מפדואה - שיש להתחשב ברצון ילדה בת 11 שלא רצתה להיות אצל אמה, העדיפה להיות אצל אחיה ונימקה העדפה זו בנימוק הגיוני. ראו שו"ת מהר"ם פדואה, נג. ראו גם אבנר ח' שאקי, "עיון מחודש בסיבה של זכות ההורים למשמורת ילדיהם הקטינים" עיוני משפט ט 59, 79 (תשמ"ג). לדעת פרופ' שאקי, התחשבות זו ברצון הקטין מדללת במידה מרובה את נפח "זכות המשמורת" של ההורים: נוטלת ממנה במידה מרובה את

נקודת המוצא של ההוראה בסעיף 25 הנ"ל ושל פרשנות השופטים לסעיף היא פטרנליסטית. אמנם לאור עקרון טובת הילד, ההנחה היא כי בנסיבות המתאימות ילד צריך להיות מעורב בהכרעות הנוגעות אליו, לטובתו; כמו כן, ההנחה היא כי תצמח טובה לילד מהתחשבות ברצונו בגיל המתאים¹¹⁸. עם זאת, מכח הנחות אלה לא מוטלת חובה על השופט להעניק לילד זכות לייצוג עצמאי באמצעות אפוטרופוס-לדין או עורך דין, הפועלים מטעמו ומממשים את רצונותיו. די בכך שהשופט מעניק לילד זכות דיבור ושומע את עמדתו. הבעיה בהסדר זה היא, שיש להניח שעורך-דין המייצג הורה או הורים של הקטין, המצוי או מצויים במצב של ניגוד עניינים עמו, ידע לנסח את טענות מרשו או מרשיו בדרך מתחכמת, מפורטת ומשפטית הרבה יותר מזו של הקטין, שבגין חוסר בגרותו וניסיונו לא ישכיל להביע את רצונו בפני השופט באותה מידה של הצלחה. אין די בשיתוף קטין בהכרעות הנוגעות אליו. רק הענקת זכות לייצוג עצמאי מבטיחה שהורי הקטין לא ישתמשו בכללים הריוניים כדי לקדם אינטרסים שלהם על חשבון האינטרסים של ילדיהם הקטינים.

לאחר שישראל תתמנה על האמנה בדבר זכויות הילד ואשררה אותה החל להסתמן שינוי בחקיקה, שמגמתה בעבר הייתה בדרך כלל פטרנליסטית-פרוטקטיבית. עיקרון מהותי חשוב באמנה בינלאומית זו – שכאמור לעיל, נחשבת בישראל כמקור השראה פרשני – הוא זה שבסעיף 12 הנזכר לעיל. מכוח עיקרון זה יש להבטיח את זכות הילד להיות שותף להכרעות בעניינים הנוגעים אליו וכרוכים בתביעת הגירושין, "תוך מתן משקל ראוי לדעותיו בהתאם לגילו ולמידת בגרותו של הילד". בהתחשב בנוסח הסעיף, אין תחום מסוים שבו יש להורים או למשפחה זכות ייחודית להכרעה או לייצוג בענייני קטינים. האמנה קובעת עיקרון כללי: בכל עניין הנוגע לילד יש להתחשב בדעתו.

החידוש בסעיף 12 לאמנה אינו רק ההכרה בזכותו של הילד לבטא את דעותיו בעניינים הנוגעים אליו¹¹⁹ אלא גם, ובעיקר, בהטלת חובה על כל מקבלי ההחלטות הנוגעות לילד להתחשב בדעותיו. סעיף זה מקנה לילד זכות להישמע בהליכים הנוגעים לענייניו במישורין או בעקיפין, באמצעות נציג ראוי. אולם, האמנה אינה מקנה לילד זכות להישמע דווקא באמצעות נציג שאינו הורה שלו או שאינו נציג של הורה שלו¹²⁰.

סעיף 12 לאמנה מעניק לקטין זכות להיות שותף בהכרעות הנוגעות אליו, בכפוף לדוקטרינת הכשרים המתפתחים של הקטין. על פי דוקטרינה זו יש הצדקה להטלת מגבלות מסוימות בנוגע להענקת זכויות ייצוג לקטין כדי להגן עליו מפני נזק שהוא עלול

אופייה העקרוני כ"זכות" משפטית כלפי הילד. ראו גם יאיר רונן, שיתוף הילד בקביעת משמורתו 111-112, 185-186 (תשנ"ז).

118 ראו Hayes & Williams, הערה 2 לעיל, בעמ' 248-253; Michael D.A. Freeman, *Children, their Families and the Law* 14 (1992).

119 זכות זו מעוגנת גם בסעיף 13 לאמנה הקובע, בין היתר: "לילד תהא זכות לחופש ביטוי". ראו C. Price-Cohen, "The Relevance of Theories of Natural Law and Legal Positivism," in *The Ideologies of Children's Rights* 53, 62 (1992).

120 ראו McGoldrick, הערה 17 לעיל, בעמ' 132.

לגרום לעצמו. הדוקטרינה מכירה בעובדה שהילדות מורכבת מכמה שלבים, ולכן ניתן להסיר מגבלות בנוגע להענקת זכויות לילדים כשהילדים גדלים. המבחן אינו מבחן אובייקטיבי - כלומר: מבחן של גיל - בלבד. קיימים גם מבחנים אינדיבידואליים סובייקטיביים. יש לבחון מהי מידת חריפותו האינדיבידואלית והאינטליגנציה של כל קטין. הזכות ניתנת "בהתאם לגילו ולמידת בגרותו של הילד"¹²¹.

בתקופה שלאחר החתימה והאשרור של אמנה זו נעשה בחקיקה הישראלית שימוש במבחן אובייקטיבי של גיל הקטין ובמבחן אינדיבידואלי-סובייקטיבי של מידת בגרותו. כך, למשל, סעיף 13 לחוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים), התשנ"א-1991 קובע כמה חריגים ביחס להחזרת ילדים חטופים. חריג אחד קובע: "הרשות השיפוטית או המנהלית רשאית כמו כן לסרב לצוות על החזרת הילד אם התברר כי הילד מתנגד להחזרתו וכי הוא הגיע לגיל ולרמת בגרות שבהם מן הראוי להביא בחשבון את השקפותיו".

המחוקק עשה שימוש במבחנים אלה גם בתקנה 295ט לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, הקובעת בסעיף קטן (ה): "היה הילד בגיל וברמת בגרות שמן הראוי להביא בחשבון את השקפותיו, לא יחליט בית המשפט בתביעה לפני שישמע אותו, אלא אם כן לא ראה בית המשפט צורך בכך מטעמים מיוחדים שיירשמו".

מקובלת עלי ההנחה, שיש להחיל בישראל את הוראת סעיף 12 לאמנה בעניין זכות ילד להיות שותף בהכרעות בנוגעות אליו, בכפוף לעיקרון שנקבע בסעיף 5 לאמנה¹²², הקובע: "המדינות החברות, יכבדו את אחריותם, זכויותיהם וחובותיהם של הורים, או מקום שניתן ליישום, של בני המשפחה המורחבת או הקהילה, כנהוג על-פי המסורת המקומית, של אפוטרופוסים חוקיים או של אישים אחרים האחראיים משפטית לילד, על מנת לספק, באופן המתאים לצורכי הילד המתפתח, הכוונה והדרכה נאותות בהפעלת הזכויות המוכרות באמנה זו". מכאן, שזכות הילד להיות שותף בהכרעות הנוגעות אליו תינתן לו תוך שמירת הסולידריות של התא המשפחתי. על ההורה ליידע ולהדריך את הקטין בנוגע לזכותו לייצוג.

עם זאת, נראה שלעתים מודל זה איננו אפשרי. כאשר קיים ניגוד אינטרסים בין הקטין להוריו, או אם הוכח שבעבר הורה או הורים לא ייצגו את האינטרסים של הקטין כראוי, אין לכפוף את האמור בסעיף 12 לאמנה לעיקרון שנקבע בסעיף 5 שלה. במיוחד חשוב שתובטח זכות הייצוג העצמאית של הקטין בעניינים ספציפיים, שבהם העניקה לו האמנה זכויות מסוימות¹²³.

121 אין לפרש ש"מידת בגרותו" נקבעת בהתאם לגילו, כי פירוש כזה משמעו כפילות מיותרת בביטוי "בהתאם לגילו ולמידת בגרותו". הבגרות היא הבגרות הנפשית של הילד.

122 ראו רונן, הערה 117 לעיל, בעמ' 43-44.

123 דוגמא לכך היא זכות בנוגע להכרעה בענייני משמורת הקטין. יש להקפיד שלא תיפגע זכות הקטין בסעיף 9 לאמנה בדבר זכויות הילד, הקובע, בין היתר: "המדינות החברות יבטיחו כי ילד לא יופרד מהוריו בניגוד לרצונם, אלא רק כאשר קובעות רשויות מוסמכות, הכפופות לביקורת משפטית בהתאם לדינים ונהלים הנוגעים לעניין, כי פירוד כאמור נדרש לטובת הילד. קביעה כאמור יכולה

תפיסת עולם המכירה בזכותו של קטין לייצוג נפרד מהוריו מפלסת את דרכה בהדרגה לחקיקה הישראלית. ההסדר החדש נקבע עד כה בעניינים מסוימים בחקיקה של השנים האחרונות.

סעיף 3(ד) לחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995¹²⁴ קובע, בין היתר: "בעניין מענייני משפחה הנוגע לקטין... רשאי הקטין בעצמו, או על ידי ידיד קרוב, להגיש תובענה כאמור בכל עניין שבו עלולה זכותו להיפגע פגיעה של ממש". תפיסה חדשה בנוגע לייצוג של קטין באה לידי ביטוי גם בתיקון מס' 11 לחוק הנוער (טיפול והשגחה), תש"ך-1960¹²⁵, שבו תוקן סעיף 3 לחוק העיקרי. סעיף 3(א) לחוק מסדיר את מעמדו של קטין המתנגד לאישפוז פסיכיאטרי: "בהליך לפי סעיף 4 לחוק טיפול בחולי נפש, בעניין קטין שמלאו לו חמש עשרה שנים, שאינו מסכים לאישפוז בבית חולים בידי האחראי עליו, יהיה הקטין משיב". סעיף קטן ב לסעיף זה קובע: "בהליך לפי סעיף זה ימנה בית המשפט לקטין עורך דין שייצגו, זולת אם הקטין בחר להיות מיוצג על ידי עורך דין מטעמו".

כמו כן מורה סעיף 13 לחוק כי בנסיבות המתאימות יש לכבד את רצונו של קטין המבקש להתאשפז או לשפוז פסיכיאטרי. הסעיף קובע: "(א) לבקשתו של קטין רשאי בית המשפט להורות על בדיקה או טיפול בו, לפי סעיף 33 עד 36, אף אם לא נתקיימו כל התנאים המנויים בהם למרות התנגדותו של האחראי על הקטין, ובלבד שנתקיימו שניים אלה: (1) לקטין מלאו חמש עשרה שנים; (2) בית המשפט נוכח כי הקטין מבין את מהות הבדיקה או הטיפול, ואת השלכותיהם, והוא מעוניין להיברק או לקבל טיפול".

תיקון מס' 11 לחוק זה נתקבל לאחר החתימה על אמנת האו"ם ואשרורה. שני התנאים – גיל ורמת בגרות – אף הם ביטוי של הרעיון להעניק זכויות בהתאם לכשרים המתפתחים של הקטין, המצוי בסעיף 12 לאמנה בדבר זכויות הילד.

סעיף 4(א) לחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995, מסמך בית משפט זה להפעיל סמכויות הנתונות בידי בית המשפט לנוער, לפי חוק הנוער (טיפול והשגחה), תש"ך-1960, ובכללן את הסמכויות שבתיקון מס' 11 לחוק הנוער (טיפול והשגחה), תש"ך-1960.

דוגמא נוספת מצויה בסעיף 18(א) לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), תשל"א-1971 (תיקון תשנ"ו)¹²⁶, הקובע: "בית המשפט לנוער רשאי למנות לקטין סגור אם הוא סבור כי טובת הקטין דורשת זאת". סעיף 18(ד) קובע: "אין בהוראות בסעיף זה

שתידרש במקום מסוים, כגון מקרה של התעללות או הונחת הילד על ידי הוריו, או כאשר חיים ההורים בנפרד ונדרשת החלטה באשר לגוריו הילד". כמו כן קובע הסעיף שבהליכים הנזכרים לעיל "תינתן לצדדים הנוגעים בדבר הזדמנות להשתתף בהליכים ולתת פומבי להשקפותיהם".

124 ס"ח 393.

125 ס"ח 206.

126 ס"ח 12.

כדי לגרוע מזכותו של הקטין להיות מיוצג ע"י עורך דין בהתאם להוראות חוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961".

סעיף 18(א)(8) לחוק הסנגוריה הציבורית, התשנ"ו-1995¹²⁷ קובע: "זכאי לייצוג פלילי לפי חוק זה - קטין [אשר] בית המשפט לנוער החליט כי יש למנות לו סנגור לפי סעיף 18(א) לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971". סעיף 25 לחוק זה קובע: "בסעיף 18 לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971, במקום סעיף קטן (ב) יבוא: (ב) החליט בית המשפט למנות לקטין סנגור כאמור בסעיף קטן (א)... במחוז שהוקמה בו לשכת סנגוריה ציבורית יפנה בית המשפט את הקטין ללשכת הסנגוריה הציבורית שבאותו מחוז, כדי שימונה לו סנגור".

חקיקה זו מרחיבה את האפשרות למימוש זכות הייצוג לקטינים בהליכים פליליים.

3. פסיקה ישראלית על ייצוג קטינים

היו כמה שלבים בהתפתחות הפסיקה בנוגע לייצוג קטינים על ידי הוריהם, המסדירים היבטים שונים של סכסוך הגירושין ביניהם.

תחילה כתב השופט זמורה:

אין לומר שההורים, שניהם יחד או אחד מהם, יכולים לפעול כאפוטרופוסים טבעיים של הקטן, בכוח המחייב את הקטן, כאשר העניין נוגע לא באינטרסים של הקטן בלבד, כי אם גם באינטרסים שלהם... הואיל והסכם כזה (- בין ההורים, הקובע את סכום המזונות שהם מתחייבים, או אחד מהם מתחייב, לשלם לכלכלת הקטן) נוגע, כאמור, גם באינטרסים של האב או האם, הם אינם יכולים לפעול בו כאפוטרופסי הקטן, ולשם הקניית תוקף להסכם גם כלפי הקטן יש צורך במינוי אפוטרופוס מיוחד - אדהכי (ad hoc), אשר ייצג את האינטרסים של הקטן. אין זה עניין של קונסטרוקציה משפטית בלבד, הדבר נובע גם מצרכי הצדק והיחוס. באין אפוטרופוס מיוחד כזה, ישנם לפעמים גם הורים הגונים, מתוך נטייה להחיש את סדר הגירושין או הפירוד ביניהם, יבואו לסדר את שאלת המזונות לילד, בדרך הנראית להם אותה שעה כמספיקה וצודקת, המתגלית לאחר מכן כבלתי מספיקה ובלתי צודקת... כי הדרך אשר יבואו להם ההורים לשם סידור הסכם הקובע את שיעור המזונות לילד, הוא מינוי אפוטרופוס אדהכי¹²⁸.

הרעיון שהוצע על ידי השופט זמורה לעניין מזונות הקטין יושם בפסק דין של השופטת

127 ס"ח 8.

128 ע"א 42/49 משקה נ' משקה, פ"ד ג 88, 92.

בן-עתו, בנוגע לסכסוך בין הורים בנוגע לקביעת מקום החזקת ילדיהם. לדעתה, כשקיים סכסוך כזה מוטב למנות לילדים אפוטרופוס אד הוק, שייצג את האינטרסים שלהם¹²⁹. השופט זילברג סבר שיש לראות את הילד כבעל מעמד משל עצמו במסגרת סכסוך הגירושין שבין הוריו. שנים רבות לפני שחדרה לתודעה המשפטית תפיסה של זכות ייצוג עצמאית לקטין מכוח דוקטרינת זכויות הילד, סבר השופט זילברג שדוקטרינת טובת הילד מעניקה לקטין זכות להיות בעל דין בהליך הנוגע אליו:

מבחן טובת הילדים הוא עיקרון שאין למעלה הימנו... 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 ניתן להתעלם מן האינטרסים שלו בשום צירוף נסיבות שהוא, ולא יתכן כי נדחה אותם מפני 'זכות' של מישהו אחר, ויהא זה האב או האם שלו¹³⁰.

עם זאת, בשיטת משפט אדברסרית מעמדו של ילד כבעל דין הוא בעייתי. יש לו מעמד כצד לעניין, אך מי ייצג את עמדתו? אף אם שופט ישתדל לעשות זאת הוא אינו בוחן כליות ולב ולא יוכל לייצגו במידה שבה יוכל לעשות זאת עורך דין הפועל מטעמו. השופט זילברג הטיל ספק בתועלת המעשית שאפשר להפיק משיתופו של אפוטרופוס מיוחד בדיון בנוגע להסדר בענייני ילדים, מאחר שגם אפוטרופוס ad hoc (-לתכלית זו) אינו מתמנה על ידי בית המשפט proprio motu (-לפי הצעתו הוא), אלא לפי בקשת הצדדים או אחד מהם. כאשר שני היריבים מופיעים לפני השופט ומבקשים יחד למנות אדם מסוים כאפוטרופוס, הוא בדרך כלל יאשר מינוי זה. לפיכך, כאשר ההורים – אם מתוך קלות דעת ואם במזימת זדון – יבואו להעדיף את ענייניהם על פני האינטרסים של הילד, הם יוכלו לממש את מאווייהם בכך שיציעו למנות אפוטרופוס שלמעשה יהיה כלי שרת בידם¹³¹.

עוד הציע השופט זילברג כי המחוקק הישראלי יקבע שכל ענייני הילדים הנדונים במסגרת סכסוך הגירושין ומוסדרים בהסכם הגירושין לא יהיו תקפים בנוגע לילד – אלא אם פקיד סעד, או אדם אחר שהחוק הסמיך לכך, הופיע כנציג הילד בדיון בסכסוך

129 ראו ענין צוקרמן, הערה 117 לעיל, בעמ' 693. כמו כן ראו ע"א 105/83 מנשה נ' מנשה, פ"ד לח(4) 635, 640.

130 ענין שטיינר, הערה 7 לעיל, בעמ' 251. שופט בית המשפט המחוזי בתל אביב, צ' אלון, הלך בעקבות הנחייתו של השופט זילברג בע"א 334/54 איזלמן נ' איזלמן, פ"ד ט 230, 234, וביטל הסכם בין הורים בנוגע למוזנות קטינה, מאתר "סבהסכם האמור פעלו ההורים לטובת האינטרסים שלהם בלבד ובניגוד לאינטרסים של הקטינה, ומשום כך לא יכלו לפעול כנציגיה מכוח היותם אפוטרופוסיה הטבעיים" – ראו ת"א (ת"א) 483/60 גרין נ' גרין, פ"מ כז 370, 373. נפסק שם כי בהעדר אפוטרופוס אד הוק, שמונה לצורך ייצוג ענייני הקטין במקרה זה, אין להכיר בתוקף ההסכם.

131 ראו משה זילברג, המעמד האישי בישראל 53–54 (תשכ"ה).

הגירושין והביע הסכמה להסדר שקבעו ההורים¹³². הסדר כזה יכול לסייע לילד: גורם אובייקטיבי יעמוד על המשמר ויוודא שהורי הילד לא יקבלו החלטה שאינה מתיישבת עם טובתו. עם זאת, פתרון זה הוא חלקי משום שנקודת המוצא היא פטרנליסטית. פקיד הסעד או פקיד אחר אינו חייב לשמוע מה היא דעת הקטין הנוגע בדבר כדי לאפשר לו מעורבות בהכרעות הנוגעות אליו, ולכן לדעתנו עדיף הסדר שיקנה לקטין יותר אוטונומיה ושיתוף בהכרעות בעניינים הנוגעים אליו.

מאז הלכת עברון¹³³ ואילך החלה נסיגה מהתפיסה שיש להגן על ילד באמצעות הענקת זכות ייצוג לעמדתו בדיון בעניינו. בעניין עברון סבר השופט זוסמן כי הצעת השופט זמורה הנזכרת לעיל – בעניין מינוי אפוטרופוס "אדהכי" – אינה הלכה פסוקה אלא אמרת אגב, שהיא תוספת להלכה שנקבעה על דעת כל השופטים בפסק הדין בעניין משקה. עוד סבר השופט זוסמן, כי דעת השופט זמורה אולי היתה נכונה בשעתה, בטרם נחקק חוק מקיף המסדיר סוגיה זו, אולם אינה נכונה עוד לאחר שנתקבל בכנסת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב¹³⁴. לדעתו, סעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות מסמיך הורה לייצג קטין בתביעת מזונות שלו נגד הורה אחר¹³⁵. וכך כתב השופט זוסמן:

בוודאי יתוארו מקרים בהם תזנית אישה, ברצותה לקבל גט, את עניינו של ילד, או אפילו תמעל בו. לא באתי לטעון שהסכנה עליה התריע הנשיא זמורה בעניין משקה אינה קיימת. אם יוכח לבית המשפט שהאם כאפוטרופוסית הקריבה עניינו של ילדה על מזבח ענייניה הפרטיים יבטל הוא את ההסכם¹³⁵.

אולם באופן מעשי, ספק אם קיפוחו של הילד יוכח לבית המשפט כאשר הילד אינו מיוצג בעניין באופן עצמאי, ואין מי שדואג שבית המשפט ישקול, בין היתר, את האינטרסים העצמאיים שלו, בנפרד מאלו של הוריו. בפסק דין זה הציע השופט ברנזון, בדעת הרוב, פתרון שלדעתו ימנע חשש לקיפוח האינטרסים של הילדים. לדידו, לעניינו של ילד תוענק זכות ייצוג שתהא נפרדת מזכות הייצוג של הוריו אך לא עצמאית: תהא תביעה נפרדת בשם הילד למזונותיו ולשאר ענייניו – אולם על ידי אחד ההורים. מכאן, שאין לכרוך ענייני מזונות ילדים בתביעת

132 ראו ביד"מ 1/60 וינטר נ' בארי, פ"ד טו 1457, 1466.

133 ע"א 404/70 עברון נ' עברון, פ"ד כה (1) 373, 383.

134 זכות ייצוג הילד נתונה בידי ההורה הביולוגי, האפוטרופוס הטבעי שלו, בהתאם להוראת המחוקק בסעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות. אין סייג להוראה זו וזולת זה שנקבע באותו החוק גופו. אמנם סעיף 29 לחוק זה מסמיך את בית המשפט למנות לקטין אפוטרופוס, נוסף על הוריו, אך לשם כך יש להגביל את האפוטרופסות הטבעית של ההורים; היינו: יש להראות לבית המשפט סיבה מיוחדת לצורך הצדקת ההגבלה ולשמוע את דברי שני ההורים, כפי שמורה סעיף 30 לחוק זה (וכן סעיף 28 לאותו החוק). ראו ענין עברון, הערה 133 לעיל, בעמ' 384.

135 שם, בעמ' 384.

גירושין, אלא תביעת מזונות ילדים חייבת להיות מוגשת כתביעה נפרדת. רק כשתביעתו של הקטין היתה נושא בפני עצמו, כשהיא לבדה עמדה לנגד עיני בית המשפט – יהיה לפסק הדין שניתן תוקף מחייב כלפי הקטין. לדעתו, כך ייווצר סיכוי סביר שעניין הילד לא יידחק לקרן זווית כעניין טפל אלא יידון כעניין בפני עצמו, ובית המשפט לא יסמוך בדבר שבשגרה על הסכמת ההורים, הן לגופם של דברים והן לעניין סמכות השיפוט של ערכאת השיפוט המוסמכת, בשם הקטין¹³⁶.

הפתרון הדיוני שהציע השופט ברנזון אינו נקי מספקות. השופט זוסמן מתח ביקורת על פתרון זה וטען, שאם האם עלולה לפגוע בזכויות ילדה בהסכם הגירושין היא תוכל לנהוג באותה צורה כאשר היא פועלת בשמו בתביעת מזונות נפרדת¹³⁷. אף לדעת השופט שמגר, הצורך בייזום הליכים חדשים ונפרדים בתביעה נפרדת של הקטין, שהוא הבסיס להצעת השופט ברנזון, הוא מלאכותי. לדעתו, הדרישה שיתקיים תחילה דיון משפטי בין ההורים ולאחר מכן יתקיים דיון משפטי נפרד ומיוחד בעניינו של הקטין מטפחת את כפל הדיון. נוסף על כך יש בה מידה רבה של פיקטיביות, משום שגם התביעה הנפרדת של הקטין, המוגשת לאחר מתן פסק הדין במשפט הגירושין, מוגשת על ידי אחד מן ההורים. תורה זה רשאי לייזום הליכים חדשים, לכאורה בשם הקטין, שבהם הוא עלול לתקוף לעיתים הסכם שהוא היה צד לו ושותף להבאתו לאישורו של בית משפט¹³⁸.

השופט שמגר הציע שבית המשפט יהא זה ששוקד בראש ובראשונה על משמר זכויותיו של הקטין. הוא יעשה זאת הן כאשר תביעת הקטין נפרדת והן כאשר היא מתנהלת בפניו ברזומנית עם סכסוך ההורים. במסגרת הדיון בתביעת הגירושין של הורי הקטין יקיים בית המשפט דיון נפרד ומיוחד בעניינו של הקטין, להבדיל ממשפט נפרד, שבו נדון במיוחד עניינו של הקטין. דיון זה יתקיים תוך יצירת חיץ דיוני בין שלב דיון זה לבין שלב הדיון ביתר ההיבטים של סכסוך הגירושין, וכך תוקדש תשומת לב מיוחדת לענייניו של הקטין. דיון נפרד ומיוחד זה נחוץ כדי שהכרעת בית המשפט בענייניו של הקטין תינתן כאשר טובת הקטין היא נר לרגלי בית המשפט והוא ערובה לכך שבית המשפט יפעל למען האינטרס של הקטין ולא למען האינטרס של הוריו¹³⁹. ניתן לכרוך מזונות ילדים וענייני ילדים אחרים בתביעת הגירושין של הורה שלהם, אולם יש להקפיד על

136 ראו שם, בעמ' 379. ראו גם ע"א 289/82 דאובה נ' דאובה, פ"ד לו(4) 625, 628-629; תמ"ש (ת"א) 40030/97 א' נ' א' א' קטין, תקדין-משפחה 97(3) 121, 122.

137 ענין עברון, הערה 133 לעיל, בעמ' 384.

138 ראו ע"א 411/76 שר נ' שר, פ"ד לב(1) 449, 454-455; ע"א 328/84 צארום נ' צארום, פ"ד לח(4) 136, 139; ראו גם דעת השופט חיים כהן בע"א 527/72 דוידסון נ' דוידסון, פ"ד כז(2) 20, 22.

139 ראו ענין שר, הערה 138 לעיל, בעמ' 454-455; ע"א 51/81 בראור נ' בראור, פ"ד לה(4) 231, 275; ענין דאובה, הערה 136 לעיל, בעמ' 629. השופט מני, שהצטרף לדעת השופט ברנזון בהלכת עברון, הסכים לדעת השופט שמגר בהלכת שר. לדעתו זו הייתה כוונת בית המשפט העליון בהלכת עברון: שיתקיים דיון נפרד בעניינו של הקטין, לאחר תום הדיון בהליכים בין ההורים, כחלק מאותה תביעה ולא בתביעה נפרדת. פתרון זה אימץ גם בפסיקה מאוחרת יותר של בית המשפט העליון. ראו ע"א 296/80 קנטי נ' קנטי, פ"ד לד(4) 633, 636; ע"א 17/81 סער נ' סער,

דיון עצמאי ונפרד באשר לענייני הילד, כדי שבית המשפט יקדם את טובת הילד. אמנם זכות הייצוג לקטין בהליך הנוגע אליו אינה עצמאית, אולם תחת ההורים, שהם סובייקטיביים ונתונים לעתים בניגוד עניינים עם הקטין, בא בית המשפט, שאמור לפעול למענו באופן אובייקטיבי וניטרלי.

בנוגע לדיון של בתי הדין הרבניים בענייני ילדים, פתרון דומה מצוי בפסיקת הרב גולדשמידט. לדעתו, בית הדין הרבני הוא זה השוקד על טובתם של קטינים ומשווה את טובתם לנגד עיניו. כאשר הורים דנים בהחזקתם של הילדים, קיים לדעתו חשש שההורים המתגרשים יעדיפו את האינטרסים האישיים שלהם על פני ענייני ילדיהם וטובתם. לדידו רוב מכריע מקרב הורי הקטינים חפץ כי ענייני ילדיהם הקטינים יסודרו בדרך שתעלה בקנה אחד עם טובתם. החשש שמא לא ינהגו כך אינו חשש של ממש, משום שלדעתו חזקה היא שבית הדין ימלא את תובתו לשמש כאפוטרופוסם של קטנים, וידאג שלא יאונה להם כל רע על ידי הסכמים בענייניהם שאינם לטובתם. פקירי הסעד מביאים לפני בתי הדין כל ידיעה הדרושה לצורך בירור ענייני הילד, וידיעות אלה מסייעות לבית הדין למלא את תפקידו כאפוטרופוס הפועל לטובת הקטינים. לכן, לדעתו, אין צורך ותועלת במינוי אפוטרופוס מיוחד לצורך הדיון בענייני הקטין. בית הדין הוא האפוטרופוס הדואג לטובת הקטין¹⁴⁰.

עם זאת, פתרון זה מעלה חשש של ממש שההורים יעדיפו את האינטרסים שלהם על פני האינטרסים של ילדיהם, ויעשו זאת בצורה מתוחכמת – ולכן בית הדין או בית המשפט לא יהיה מודע לכך. לעתים אין בידי בית הדין או בית המשפט די נתונים עובדתיים שיאפשרו לו להכריע בניגוד לעמדת ההורים, שלאחר משא ומתן, שכלל ויתור על זכויות של ילדיהם הקטינים, הגיעו לבסוף לעמק השווה. לעתים קרובות חושש הדיין או השופט שהסדר מכות צו של בית הדין או בית המשפט, הנוגד את רצון ההורים, מועד לכישלון: "בית המשפט נאלץ לא פעם לקבל הכרעת הורים על אף ההיסוסים שיש לו אם באמת פעלו ההורים באופן שהוא הטוב ביותר לילד ודבר זה מאפשר לפעמים להורים להסכים ביניהם לסידורים מתוך מניעים אנוכיים"¹⁴¹.

פ"ד לו(3) 207, 212; ע"א 210/82 גלבר נ' גלבר, פ"ד לח(2) 14, 18; ענין צארום, הערה 138 לעיל, בעמ' 139.

140 ראו ענין וינטר, הערה 132 לעיל, בעמ' 1478–1480.

141 התרשמותו של השופט קיסטר, בת"א (ת"א) 577/61 ליברך (חסין) נ' חסין, פ"מ מב 233, 239. בקטע קודם לעמוד זה כתב:

ידוע שכמעט בכל משפט להחזקת ילדים, ובכל דיון בעניינים אלה, קשה מאוד לצפות מאת ההורים שידונו וישקלו באופן אובייקטיבי לגמרי את טובת הילד. כל אחד יכול להיות קשור לילד וכל אחד יכול לחשוב כי הוא פועל לטובת הילד, אבל לאמיתו של דבר פעולתו במשפט מושפעת במידה קטנה או גדולה ע"י נגיעות ופניות אישיות, געגועים לילד ויש ומושפע ע"י יצר קנאה, שנאה ונצחנות או ע"י דעה קדומה כלפי בן זוגו. עצם אהבת הורים לילד, געגועיהם לילדם והרצון לילד יהיה תמיד בקרבם...

אילו היה מייצג את הקטין נציג הפועל מטעמו, שהיה מקבל מידע והנחיות מהקטין, ופועל למען מימוש רצונו, יש להניח שבפני בית הדין או בית המשפט היה מוצג כל המידע הרלבנטי לקבלת החלטה נכונה. מעורבות מייצג זה תמנע מההורים אפשרות להסכים ביניהם בדבר גורלו של ילדם, מתוך מניעים אנוכיים, תוך התעלמות מטובת הילד ומזכויותיו. יש להניח שבדרך כלל ההורים לא יסרבו לשתף פעולה עם נציג המבטא את רצון ילדם, ובהידברות עמו ניתן להשיג הסכם המשרת נאמנה גם את צורכי הקטין, ולא יהא צורך בכפיית הסדר אחר מטעם בית הדין או בית המשפט. השופט שמגר, שהיה מודע לחשש שייצוג קטין באמצעות הורים הנתונים במצב של ניגוד עניינים עמו עלול לפגוע בו, כתב:

ייתכנו אפילו נסיבות שבהן יחליט בית המשפט כי לא יוכל להמשיך ולדון בעניינו של הקטין, אלא אם כן יתמנה אפוטרופוס לשעה, לצורך תביעת המזונות (סעיף 29 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962). ההכרעה בדבר צורת הדיון היא בידי בית המשפט, הנושא על שכמו את הדאגה לטובתו של הקטין¹⁴².

עם זאת, על פי נוסח סעיף 29 הנזכר לעיל, הפתרון של השופט שמגר חל רק כאשר הוגבלה האפוטרופסות של אחד ההורים¹⁴³, וההכרעה בדבר צורת הדיון מסורה בידי בית

הרצון של הורה, אם הוא חוק, לא רק שמונע את השיפוט האובייקטיבי הדרוש לקבוע איפה יותר טוב יהיה לילד, אלא מה שיותר מצער שאם הילד נמצא אצלו אזי מתוך חרדה שהילד לא יעזוב אותו, עושה לא פעם מעשים שהם ללא כל ספק לרעת הילד. לא פעם רואים הורים אוהבים ומסורים, כביכול, מחבלים, מתוך קנאה או חרדה, בנפש הילד ויש ומגיע להסתה נגד הורה שני ואף להפרעות נפשיות אצל הילד. אכן לבית המשפט היתרון שאין לו אותן הנגיעות והפניות המקלקלות את השורה. אבל כאידך אין לו לדין אלא מה שעניו ראות ואין לו אותו חומר ידיעות שיש להורים, כי אם אותו חומר המצומצם שהובא בפניו. לכן כאשר שני הורים מסכימים פה אחד לסידור מסוים ביחס לילדם, לא זו בלבד שקשה לבית המשפט להכריע בניגוד לרצון ההורים, שחזקה עליהם שאוהבים את הילד ורוצים בטובתו ויודעים מה בנסיבות המקרה יהיה לתועלת הילד אלא אין גם בבית המשפט חומר עובדות לקבוע שעמדתם לא נכונה ואין אפשרות בפרטי פרטים לקבוע זאת, ומלבד זה קשה להכריח הורים שיפעלו נגד רצונם המוסכם אלא לפי צוים מבית המשפט.

142 ראו ענין שר, הערה 138 לעיל, בעמ' 455. ההדגשה הוספה.

143 נראה שסעיף 29 אינו הסעיף המתאים בדרך כלל בהקשר זה, משום שהסמכות למנות "אפוטרופוס לשעה", הנזכרת בסעיף 29 לחוק, קיימת רק בנסיבות מיוחדות, שאינן שכיחות, שבהן הוגבלה האפוטרופסות של אחד ההורים. סעיף 27 לחוק מפרט כי העילה להגבלה זו היא העמדת הקטין תחת השגחתו של פקיד סעד, או הוצאת הקטין ממשמורת האחראי עליו, כאשר בית המשפט רואה שאין דרך אחרת להבטיח את הטיפול וההשגחה, וזאת על פי סעיף 3(3) או 4(3) לחוק הנוער (טיפול והשגחה), תש"ך-1960. סעיף 68 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, הוא

המשפט ולא מוקנית לקטין עצמו זכות למנות מייצג¹⁴⁴. חסרונות מעין אלה קיימים גם בנוגע לפתרון של השופט זוסמן, שעל פיו אם האם, שפעלה בשם הילד, "לא מילאה תפקידה בנאמנות", מוסמך בית המשפט למנות אפוטרופוס לשעה¹⁴⁵. פתרון זה אינו עונה על הצרכים במידה מספקת. שורש הבעיה נעוץ בעובדה שגם במצב רגיל, שבו לא הוגבלה האפוטרופסות של אחד ההורים, ייצוג של ילדים באמצעות ההורים המשווים לנגד עיניהם את האינטרסים שלהם בהליכי גירושין אינו רצוי. במצב זה קיים חשש רציני שמא יקופח האינטרס של הילדים מחמת העובדה שההורים המייצגים אותם עלולים להיות מונעים בעיקר על ידי הרצון לקדם את האינטרס שלהם.

סיכומם של דברים. שנים רבות נדונה הסוגיה של ייצוג קטין כאשר נדון עניינו באספקלריה של הדוקטרינה השלטת בעבר, דוקטרינת טובת הילד. שופטי בית המשפט העליון פסקו שטובת הילד מחייבת את ניתוק הדיון במוזנות הילדים מהדיון בתביעת הגירושין ובענייני ההורים הנכרכים בה, כדי למנוע קיפוח הילד על ידי ההורים המתגרשים, שהאינטרסים האישיים שלהם בנוגע לגט ולהיבטים אחרים של הגירושין עומדים בראש מעיניהם¹⁴⁶. עם זאת, במבט שני ומעמיק יותר, הפרדת הדיון בעניינו של הילד מהדיון בעניינם של הוריו אינה מקדמת בהכרח את טובת הילד ואת זכויותיו. כאשר הילדים הם קטנים ומצויים בדרך כלל בחזקת האם, היא זו שתובעת מוזנות למענם. לעתים קרובות היא משתמשת בתביעת המוזנות כנשק נגד אבי הילדים. היא אינה תמיד אובייקטיבית, ולעתים היא שוקלת את שיקוליה הסובייקטיביים בתביעה שבה היא אמורה לייצג את ילדיה. ההפרדה הדיונית של תביעת הילדים למוזנות ילדים מתביעת הגירושין של הוריהם ומהעניינים הכרוכים בה מחטיאה את המטרה. אם בית המשפט אינו סומך על ההורים שייצגו את הילדים נאמנה בתביעה שבה נדון סכסוך הגירושין ביניהם, אין לסמוך על האם שבתביעה נפרדת בעניין מוזנות ילדים היא תייצג נאמנה את טובת הילדים ואת זכויותיהם. כשם שבדיון נפרד של ההורים בהיבט כלשהו של סכסוך

סעיף כללי, שכותרתו: "סמכות כללית לאמצעי שמירה", והוא הסעיף המתאים יותר בהקשר זה. בסעיף זה נעשה שימוש לצורך מינוי אפוטרופוס לדין בפסק הדין המנחה של השופט ברק, בעניין ע"א 878/96 פוזילוב נ' פוזילוב, פ"ד נ(5) 208.

144 האפשרות הפרשנית, שלפיה המלים "בדרך אחרת" בסעיף 68(א) לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, מאפשרות לקטין למנות עורך דין שייצג אותו באופן עצמאי, היא דחוקה, ואין תקדים בפסיקה הישראלית שבו פורשו מלים אלה בדרך זו, העומדת בניגוד למגמה הפטרנליסטית-פרוטקטיבית של החוק.

145 ראו ענין עברון, הערה 133 לעיל, בעמ' 384-385. בדרך כלל סבר השופט זוסמן, שם, שהפתרון הוא קיום דיון נפרד בעניינו של הקטין. ראו גם הסכמת השופט מני לפתרון זה בענין שר, הערה 138 לעיל, בעמ' 456.

146 ראו ענין דאובה, הערה 136 לעיל, בעמ' 625; שר, הערה 138 לעיל, בעמ' 449; ע"א 756/76 חטב נ' חטב, פ"ד לב(2) 470; ע"א 544/82 חממי נ' חממי, פ"ד לח(3) 605; צארום, הערה 138 לעיל, בעמ' 136. ראו גם אשר מעוז, "כרוך" זה 'הכרוך' על עקבנו' - על הכריכה בתביעת הגירושין, עיוני משפט יד 101, 111 (תשמ"ט).

הגירושין ביניהם, בנוגע לילדיהם, הם עלולים לנזק עיניהם את האינטרסים שלהם, כך גם בתביעה נפרדת שבה האם פועלת בשם הקטין היא עלולה לשקול את שיקוליה, ולשם קבלת גט, או לשם מטרה אחרת החשובה לה, היא עלולה להסכים להסדר שאינו מקדם את טובת הילד ואת זכויותיו.

העקרונות המנחים בפסיקת שופטי בית המשפט העליון לא היו מענה הולם לבעיה שעמדה בפניהם: העובדה שההורים עלולים לקחת את ילדיהם כאשר הם בוחרים את ערכאת השיפוט הנוחה להם וטוענים טענות בשם הילדים בערכאת שיפוט זו. הפתרון הרצוי הוא בתחום הייצוג – הוצאת ייצוג הילדים מההורים והעברתו לאחרים. מכיוון שבהליכי גירושין אין ביטחון שההורים פועלים מכוח חובתם לילדיהם, בכל הליך גירושין שבו נדון בין היתר עניינם של הילדים צריך למנות מייצג נפרד לקטין. מינוי זה מבטיח שבפני בית המשפט או בית הדין יוצג כל המידע הרלבנטי הנחוץ לייצוג נאמן של האינטרסים הנפרדים של הקטין. נציג זה צריך להיות אובייקטיבי וניטרלי. הוא אינו יכול להיות גור, הורים או עורך דין שלהם. קיים חשש, שעורך דין של אחד ההורים, בשל חובת הנאמנות שלו כלפי הלקוחות שלו, לא ייצג את הילד כראוי ולא יציג תמיד את כל המידע הדרוש לצורך קידום טובת הילד וזכויותיו.

בפסק דין נגר הביע השופט אלון את הדעה, כי הקושי נעוץ במקרה שבו הורים מייצגים ילדיהם בענייני מזונות ילדים, ואין בעיה כאשר הורים מייצגים את ילדיהם בעניינים אחרים. לדעתו, הכלל שנקבע על ידי שופט הרוב בעניין עברון הוא –

לעניין מזונות הקטין, שלגביהם יכול שיהא ניגוד בין האינטרסים של ההורים – שמבקשים לסיים את הליכי הגירושין ביניהם ומתוך כך ייתכן שאחד ההורים מוכן להסתפק בסכום מזונות נמוך לקטין לבין האינטרס של הקטין... מה שאין כן בכל ענייני אפוטרופסות [ההורים], כאשר ההסכמה לשיפוט [בית הדין הרבני] אינה מעלה לכאורה כל חשש של ניגוד אינטרסים בין ההורים לבין הקטין, שאזי הסכמת ההורים, האפוטרופוסים הטבעיים, גם הסכמתו של הקטין היא, שאותו הם מייצגים ובשמו הם מסכימים¹⁴⁷.

אולם, עם כל הכבוד, הבחנה זו אינה נקייה מספקות. אמנם חזקה על הורים שהם דואגים לילדיהם, אולם כאשר עיקר מעינם של ההורים נתון לענייניהם האישיים הם עלולים – במתכוון, בלי דעת, או בהיסח הדעת – שלא להקפיד במידה מספקת שיובטחו האינטרסים והזכויות של ילדיהם¹⁴⁸. חשש זה קיים לא רק בענייני מזונות אלא גם בעניינים אחרים, כגון חזקת ילדים וחינוכם, ויש להימנע ממצב שבו ההורים המתגרשים מייצגים את ילדיהם¹⁴⁹.

147 ענין נגר, הערה 34 לעיל, בעמ' 387.

148 ענין צוקרמן, הערה 117 לעיל, בעמ' 693.

149 בולס החיסרון לילד כאשר אפוטרופוס טבעי מייצג אותו ולא מוקנית לו זכות ייצוג עצמאית בכל

שינוי ממשי ראשון במגמת הפסיקה בנוגע לייצוג עצמאי של קטינים התחולל בפרשת פוזילוב, כאשר קבע השופט ברק את העקרונות המנחים ביחס למינוי אפוטרופוס לדין מכוח הוראת המחוקק בסעיף 68(א) לחוק הכשרות והאפוטרופוסות:

הילדים נקלעו למאבק שבין ההורים. כל אחד מההורים טוען שטובת הילדים היא שהם יהיו עמו. המקרה הוא קשה, וטובת הילדים מחייבת בחינה מדוקדקת, במנותק מהרצון הסובייקטיבי של כל אחד מההורים. בנסיבות אלה נדרש כי תוצג לפני בית המשפט תמונה אובייקטיבית באשר לטובת הילדים... כאשר אינטרס הילדים מיוצג באופן עצמאי ולא באמצעות ההורים. זאת ניתן, בנסיבות העניין, להשיג על-ידי מינוי אפוטרופוס לדין לילדים, אשר ייצג אותם בבית המשפט המחוזי בכל הסוגיות הקשורות בהחזקתם, ויעלה לפניו את טובתם שלהם. סמכותו לעשות כן נעוצה בסעיף 68(א) לחוק הכשרות המשפטיות והאפוטרופוסות... מכותה של הוראה זו ניתן למנות לקטין אפוטרופוס לדין אשר ייצג את עניינו בבית המשפט ויפעל על-פי הוראות בית המשפט. ייצוג זה חשוב הוא בכל אותם מקרים שבהם קיימת תשתית עובדתית לכך כי במאבק בין ההורים – המשמשים אפוטרופוסים טבעיים לילדיהם – עשויה טובת הקטין להיזנח, והרי טובת הילדים היא העיקר. חשש כזה קיים בענייננו¹⁵⁰.

המשך מגמה זו ניכר בפסק דין פלוני, שבו החזיר בית המשפט העליון תיק לערכאה נמוכה יותר לדיון מחודש בשל חוסר ייצוג הולם לקטינה. במקרה זה דובר בתביעת אבהות, ובית המשפט ביקש להגן, באמצעות מינוי אפוטרופוס לדין, על

דיון משפטי בין הורים הנתונים בעיצומו של סכסוך גירושין. הפתרון הדיוני של הפסיקה אינו עונה על הצרכים בנוגע לייצוג הקטין בכל ענייני אפוטרופוסות הורים. כך למשל, בעניין מבורך הוגשה תביעה של קטינה באמצעות אמה, האפוטרופוסית הטבעית שלה, אך נחשבה כתביעה של הקטינה. השופטת נתניהו קבעה: "היתה זו תביעה של הקטינה עצמה, הסכם הפשרה נעשה בשמה שלה, ונדונה בו רק שאלת מוזנותיה. אמנם התביעה הוגשה, וההסכם נעשה על-ידי אמה של הקטינה, אך זו לא פעלה בשמה שלה אלא כאפוטרופוסית הטבעית של הקטינה ובשמה, והרי לקטינה אין דרך אחרת שתוכל לפעול בה... השופט שמגר (כתוארו אז) הבהיר היטב את ההבדל בין התדיינות בין ההורים לעניין מוזנות, כשהילד אינו צד בתביעה... לבין תביעה עצמאית של הילד למוזנות מהוריו. תביעה כזו תובע הילד תמיד באמצעות אפוטרופוס, שיכול להיות אחד מהוריו הטבעיים, אך התביעה היא שלו ולא תביעת ההורה" – ע"א 522/83 מבורך נ' טייב, פ"ד לח(1) 526, 530. ההדגשה הוספה. הוא הדין בנוגע לייצוג הילד, בעניינים אחרים, באמצעות הוריו.

150 ענין פוזילוב, הערה 143 לעיל, בעמ' 214–215. בנוגע לשיקולים המצדיקים מינוי אפוטרופוס לדין, לאור הוראת המחוקק בסעיף 68(א) לחוק הכשרות המשפטיות והאפוטרופוסות, ראו גם ענין דויד הערה 86 לעיל; ת"א (ב"ש) 146/90 גורן נ' וקלין, תקדין-מחוזי 1414 (2) 1417; ענין י' א' נ' א' א', הערה 136 לעיל, בעמ' 125.

זכויותיה של הקטינה, ובהן האינטרס הנפרד של הקטינה לדעת מיהו אביה, שיש לו משמעות חוקתית¹⁵⁰.

4. משפט רצוי

כאשר בית המשפט קובע כללים דיוניים בנוגע לערכאת השיפוט המוסמכת בסכסוך בין הורים, שכרוכים בו ענייני ילדיהם הקטינים, עליו לוודא שההסדר שהוא קובע יקדם את זכויות הקטין וימנע את קיפוחו. בהקשר זה, הפתרון הרצוי מושתת על המעבר מאספקלריה שעיקרה טובת הילד אל אספקלריה שעיקרה זכויות הילד. הפתרון העיקרי הוא הענקת זכות ייצוג עצמאית לקטין, בכפוף לדוקטרינה שבסעיף 12 לאמנה בדבר זכויות הילד המתייחסת לכשרים המתפתחים של הקטין. הקטין ייצג את עצמו ואת האינטרסים שלו בעצמו, או באמצעות בא-כוח מתאים, בכפוף לעיקרון שבסעיף 3 לאמנה זו: "תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה".

מגמה זו צריכה לבוא לידי ביטוי בחקיקה מתאימה. בראש ובראשונה יש לשנות את עקרונות היסוד הפטרנליסטיים בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, ולהעניק לקטין יתר אוטונומיה, ובכלל זה זכות ייצוג עצמאית לקטינים בהליכים הנוגעים אליהם. בהתאם לשינוי בחוק זה יש לשנות גם את ההסדרים הדיוניים הקבועים בחוק ובתקנות. דיון נרחב בזכותו של קטין לייצוג נפרד מהוריו בענייני משפחה, על פי החקיקה מהשנים האחרונות, שבמקרים מסוימים המעניקה לקטין זכות ייצוג עצמאית, מצוי בפסק דין שנתן שופט בית המשפט לענייני משפחה, השופט גייפמן:

הילד הוא בעל אינטרסים עצמאיים מאלה של הוריו. יש צורך לכבד את זכויותיו כאדם, לרבות הזכות לייצוג בהליך שיפוטי... הילד כקטין אינו זקוק רק להגנה של בית המשפט אלא גם לכיבוד זכותו החוקתית לייצוג בהליך שיפוטי¹⁵¹.

בפסק דין זה מממש השופט גייפמן את חזונו בנוגע למשפט הרצוי. בחינה מדוקדקת של פסק הדין מלמדת שיש בו מידה לא מועטה של מגמתיות. השופט רתם לצרכיו

¹⁵⁰ אר"צ 4898/00 פלוני נ' פלונית, מיום 17.1.2001 (טרם פורסם).

¹⁵¹ ראו תמ"ש (ת"א) 23860/96 פלוני נ' אלמונית, תקדין-משפחה 19(2)97, בעמ' 3 לפסק הדין. הסתמכות על גישתו החדשנית של השופט גייפמן ניתן למצוא בפסק דינה של השופסת צ' קינן בענין פלונית, הערה 89 לעיל. עם זאת, השופסת קינן אינה סבורה שמבחן הגיל שנקבע בפסק דינו של השופט גייפמן, גיל 15, הוא מבחן נוקשה, שאין לסטות ממנו. בתמ"ש (חי') 10160/99 פלונית נ' אלמונית, כתבה השופסת קינן, בין היתר, בנוגע לנער כבן 13 שנה: "סברתי שראוי שדעתו תשמע. זכותו של ילד להשמיע בהליך שיפוטי הנוגע לו במישרין או בעקיפין, אינה מוטלת בעיני בספק. השינויים שחלו בחקיקה ובפסיקה באשר למעמד של זכויות הילדים, וההכרה בזכותם של ילדים להחשב כבעלי יישות עצמאית ובעלי אינטרסים משלה שדעתם צריכה להשמע ואף להלקח בחשבון ברורים, מוכרים, מיושמים ואינם מוטלים עוד בספק".

הוראות חוק מסוימות, ובאמצעות פרשנות מגמתית שלהן, שאינה הכרחית, יצר יש מאין: זכות ייצוג עצמאית לקטין בבית המשפט לענייני משפחה בנסיבות שאינן נזכרות בחוק. בפסק הדין מינה השופט גייפמן עורך דין שייצג את ענייני הקטינה בנפרד מהאם. מינוי זה התבסס, בין היתר, על הוראת המחוקק בסעיף 3(ד) לחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995. כמו כן הסתמך השופט על סעיף 12 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד. לדעתו, זכות הייצוג הנפרד לקטין באמצעות עורך דין היא "מאבני היסוד של בית המשפט למשפחה"¹⁵², ולדידו זכות זו של הילד גובעת מהמעבר מעיקרון טובת הילד לעיקרון זכויות הילד¹⁵³.

השופט גייפמן כתב שהסמכות המפורטת בסעיף 3(ד) לחוק בית המשפט לענייני משפחה, לייצוג הקטין בעצמו או על ידי ידי קרוב, שונה מהסמכות למנות אפוטרופוס לדין הנזכרת לעיל, בסעיף 68(א) לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות. נקודת המוצא בסעיף 68(א) היא שהילד אינו יכול לקבוע מה טוב עבורו ועל כן צריך האפוטרופוס לדין להציג בפני בית המשפט מהי טובתו של הקטין. אולם השופט גייפמן סבר, שכאשר הקטין מסוגל לחוות דעה, בהתאם לגילו ולמידת בגרותו, יש למנות לו עורך דין מכוח עצמו ולא אפוטרופוס לדין. עורך דין מייצג את רצון הילד, ואינו מנסה להסיק בעצמו, באופן פטרנליסטי, בנפרד מן הילד עצמו, מהי טובת הילד. עורך הדין פועל מכוח דוקטרינת זכויות הילד, הרואה בילד אדם בעל זכויות ורצון משלו. מינוי עורך דין הוא כיבוד זכותו החוקתית של הקטין לייצוג בהליך שיפוטי.

חלוקה זו, בין נסיבות המצדיקות מינוי עורך דין לבין נסיבות המצדיקות מינוי אפוטרופוס לדין, גובעת מהבעייתיות בנוגע לייצוג ילדים רכים בשנים. ילדים אלו מתקשים לגבש הצהרת רצון בהירה ולכן עומד עורך הדין בפני קושי: מצד אחד הוא אמור להעביר לבית המשפט את רצון לקוחו, ומצד שני יש לו קושי בבירור רצון זה. השופט גייפמן עוקף בעייתיות זו בכך שלילד שאינו מסוגל לגבש דעה משלו ימונה אפוטרופוס לדין, אשר תפקידו להמליץ לבית המשפט בנוגע לטובתו ולא דווקא להביא בפני בית המשפט את רצונו¹⁵⁴.

152 ראו פלוני נ' אלמוגית, הערה 151 לעיל, בעמ' 2 לפסק הדין.

153 אף השופטת גילי מימון כתבה בפסק דינה, בתמ"ש (י"ם) 19120/97 פלונית נ' אלמוגית, מיום 3.6.98 (לא פורסם), שבסעיף 3(ד) ובסעיף 68(א), הנזכרים לעיל, הערך המוגן אינו בהכרח טובת הילד. היא כתבה שבסעיף 3(ד) רן המחוקק תביעה של קטין "בכל עניין בו עלולה זכותו להיפגע פגיעה של ממש", ולא דווקא תביעה שעניינה קידום "טובתו" של הקטין. בסעיף 68(א) לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות מדובר על סמכות תביעה בבית המשפט, כדי "להגן על ענייניו" של הקטין, ולא רק תביעה שמטרתה היא קידום "טובתו".

154 בענין ר' ג' נ', הערה 94 לעיל, עמדה השופטת א' אלון-לאופר, בין היתר, על היחס הקיים לדעתה בין מינוי אפוטרופוס לדין לבין מינוי עורך דין. אף היא הבחינה בין קטין המסוגל לחוות דעה משלו לבין קטין שאינו מסוגל לחוות דעה כזאת. בהחלטה מיום 17.3.98 היא כתבה: "עניין ייצוג הילד יכול ויהא מוסרר ע"י מינוי אפוטרופוס לדין או על ידי מינוי עורך דין לקטין מכוח הקטין. האפוטרופוס לדין בא בנעלי הורי הקטין המשמשים אפוטרופסים טבעיים. נקודת המוצא היא,

סעיף 3(ד) לחוק בית המשפט לענייני משפחה קובע, כי הקטין רשאי להגיש תובענה בעניין מענייני משפחה הנוגע לקטין "בעצמו או על-ידי ידיד קרוב". לא נקבע בחוק זה הסדר של מינוי עורך דין שייצג את הקטין בתובענה זו. פרשנות השופט גייפמן מבוססת על פרשנות שלו ביחס לכוונת המחוקק: "לאור מגמת החוק, שבסיסה דוקטרינת זכויות הילד, ראוי שכשירות זו של קטין להגיש תביעה בעצמו ללא אפוטרופוס – תוצא לפועל, במקרים המתאימים – לא על ידי חזרה לקונסטרוקציה של אפוטרופוס לדיון"¹⁵⁵.

זכות הקטין בסעיף 3(ד) אינה זכות ייצוג גורפת. אף קטין מבוגר יחסית, המסוגל לגבש דעה משל עצמו, לעיתים אינו זכאי לייצג עצמו "בעצמו או על ידי ידיד קרוב", וזאת משום שסעיף זה מקנה זכות ייצוג עצמאית לקטין "בכל עניין שבו עלולה זכותו להיפגע פגיעה של ממש". לא ברור באלו נסיבות קיים חשש מבוסס שייצוג הקטין על ידי הוריו עלול לפגוע בזכותו "פגיעה של ממש". השופט גייפמן הציע, שניתן למלא בתוכן מבחן זה על ידי הצגת שאלות משנה. עם זאת, גם לאחר הצגת שאלות משנה, כגון – האם חשש זה קיים כאשר העדר ייצוג נפרד לקטין עלול להביא לידי כך שלא ייוצגו מלוא האינטרסים של הקטין? או שמא כאשר קיים ניגוד אינטרסים בין הקטין לבין הוריו, אפוטרופסיו הטבעיים? או לחילופין, כאשר הורה שייצג את הקטין בפעולה

שהילד אינו יכול לקבוע עמדה מה טוב בשבילו, ועל האפוטרופוס לדון להציג בפני בית המשפט את טובת הקטין. קונסטרוקציה זו מאפשרת למנות כאפוטרופוס לדיון גם מי שאינו עורך דין. עורך דין ממנה מכות הקטין מייצג את רצון הקטין ולא את טובת הילד. הלקוח של עורך הדין הוא הקטין, ועורך דין לא בא בנעלי הוריו הקטין. קונסטרוקציה זו שמה את הדגש על זכויות הילד ולא על טובת הילד. טובת הילד תקבע על ידי בית המשפט, ורצון הילד יובא בפני בית המשפט על ידי פרקליטו.

הילד כקטין אינו זקוק רק להגנה של בית המשפט אלא גם לכיבוד זכותו התוקנית לייצוג בהליך שיפוטי.

כאשר הקטין מסוגל לתוות דעה משלו, ובהתאם לגילו ומידת בגרותו, יש למנות לו עורך דין מכוח עצמו ולא אפוטרופוס לדיון, או לא רק אפוטרופוס לדיון.

ייצוג הילד לגישתי, לאור המפורט לעיל בדבר השוני בין תפקידי אפוטרופוס לדיון לבין תפקידי עורך דין, יכול במקרים מסוימים שיהיה ע"י שניהם. זה לעניין טובת הקטין וזה לעניין רצון הקטין. בכך יהיה ביטוי לאינטרסים הן של זכויות הילד כאדם והן של טובת הילד, כקטין, כשבמקרה של התנגשות (התנגשות לכאורה) יערך איזון בהכרעה של בית המשפט.

בהחלטה מאוחרת יותר של השופטת אלון-לאופר, מיום 10.6.98, בעניין בקשה זו, התייחסה השופטת שוב למה שפסקה לפני כן, הנוכח לעיל, וסיכמה: "נמצא שבאופן עקרוני ניתן למנות לקטין עורך דין או אפוטרופוס לדיון ובמקרים מסוימים שניהם. נעשתה הבחנה בין התפקידים; בין רצון הקטין וטובת הקטין".

155 פלוני ג' אלמונית, הערה 151 לעיל, בעמ' 5 לפסק הדין.

החידוש שבתפיסת העולם החדשה, הבאה לידי ביטוי בסעיף 3(ד) לחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995, נדון בפסקי הדין של השופטת א' אלון-לאופר בעניין ר' ג' נ', הערה 94 לעיל, וכן: תמ"ש 018230/98 (סרם מורסם), שבו הפנתה השופטת לדיון של פרופ' שיפמן, הערה 6 לעיל, בעמ' 239.

משפטית בעבר ייצג אותו בדרך שאינה ראויה? – בסופו של דבר נראה כי הפתרון לא יהא חד משמעי. נראה שבביטוי "פגיעה של ממש" המחוקק התכוון לצמצם את זכות הייצוג, ועובדה זו לא באה לידי ביטוי במידה המספקת בפסק דינו של השופט גייפמן. בפסק דינו הזכיר השופט גייפמן בין היתר את תיקון מס' 11 לחוק הגוער (טיפול והשגחה), תש"ך-1960, הנזכר לעיל¹⁵⁶. כדי ליצור הרמוניה בין הוראות החוק מענפי המשפט השונים, הוא הציע לאמץ את קו הגבול שנקבע בתיקון מס' 11 – גיל 15. הוא הציע לקבוע, לאור הסמכות הנתונה לו מכוח הוראות המחוקק בסעיף 8(א) לחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995, לנהוג "בכל עניין של דיני ראיות וסדרי דין, שאין עליו הוראה אחרת, לפי חוק זה", "בדרך הנראית לו הטובה ביותר לעשיית משפט צדק", כי: (א) כאשר קטין זקוק לייצוג נפרד, ומלאו לו 15 שנים – ימונה לקטין עורך דין שייצגו. (ב) כאשר קטין זקוק לייצוג, ולא מלאו לו 15 שנים – ימונה לקטין אפוטרופוס-לדין¹⁵⁷.

המבחן של גיל 15 אומץ, בעקבות פסק דינו של השופט גייפמן, בפסק דינה של השופטת א' אלון-לאופר, בבית המשפט לענייני משפחה בבאר שבע, בתמ"ש 3420/96 ר' ג' נ' (טרם פורסם). התובענה העיקרית הינה בנושא הסדרת היחסים בין ההורים בנוגע לאפוטרופסותם על קטינים. אחת הבקשות בתיק, בש"א 740/98, עניינה היה עתירתה של פקידת הסעד המחוזית להארכת צו או החלטה, לפי סעיפים 12-14 לחוק הגוער (טיפול והשגחה), תש"ך-1960, בנוגע לקטין, אשר היה מיוצג על ידי עורך דין. השופטת הזכירה את עקרון זכויות הילד, וקבעה: "הילד הוא בעל אינטרסים עצמאיים מאלה של הוריו, יש לכבד את זכויותיו כאדם, לרבות הזכות לייצוג בהליך שיפוטי". השופטת התייחסה למבחן, הנזכר לעיל, של חוקת בגרות של קטין, החל מגיל 15 שנים ואילך, ובהקשר זה הניחה שמבחן אינדיבידואלי-סובייקטיבי, בנוגע ליכולת הקטין לחוות דעה משלו, מפרך את החוקה. בעקבות טענתו של האב כי, "בתמ"ש (ת"א) 23860/96 פלוני ג' אלמוני, הובהר מפורשות איך וכיצד ניתן לייצג קטין שטרם מלאו לו 15 שנים", הוסיפה השופטת: "בעניינינו מדובר בקטין שהוא בן 14 שנים, שהביע במכתב (שצורף להודעה על ייצוגו) רצון שעורך הדין ייצג אותו בהליך. מדובר בקטין נבון מאוד, מעל לממוצע, שיכול לחוות דעה ולהביע רצונו... בהתאם לזכותו של הילד כאדם ליצוג ע"י מי שייצג את רצונו יש לאפשר לעורך הדין להשתתף בדיון כעורך הדין של הילד וכך אני קובעת"¹⁵⁸.

156 ראו סמוך להערה 125.

157 ראו פלוני ג' אלמוני, הערה 151 לעיל, בעמ' 5 לפסק הדין.

158 סוגיית ייצוג הקטינים עלתה בפסק דין נוסף של השופטת אלון-לאופר. בתמ"ש 18030/98 פלוני ג' פלוני (לא פורסם), נדונה תביעה של קטינים נגד אביהם. הקטינים ביקשו להפסיק את הקשר עם האב כפי שהוסדר בהסכם הגירושין וזאת משום שהאב חרל לקיים את הסדרי הראייה. בנוסף ביקשו הקטינים לשנות את שם משפחתם, שהיה שם אביהם, לשמו של חברה לחיים של אמם. התובענות הוגשו ע"י התובעים בעצמם, כשהם מיוצגים על ידי עו"ד, ולא באמצעות אמם, בהסתמך על סעיף 3(ד) לחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995. סוגיית ייצוגם

אימוץ גיל 15 שנים, הקבוע בחוק אחר, כגיל המתאים למינוי עורך דין בחוק בעניין בית המשפט לענייני משפחה, אינו נקי מספקות. המחוקק בחוק זה לא קבע גיל זה כגיל המתאים. יתר על כן, קביעת גיל קבוע, שבו מסוגל קטין לגבש דעה משלו, אינה עולה בקנה אחד עם ההוראה בסעיף 12 לאמנה בדבר זכויות הילד, שבנוסף לגיל האובייקטיבי, מתחשבת גם בגורם סובייקטיבי: מידת החריפות האינטלקטואלית והאינטליגנציה של כל קטין. כמו כן, ספק אם ניתן להסיק מסקנות כלליות מן ההסדר הספציפי שבחוק הנוער (טיפול והשגחה), תש"ך-1960. גיל חמש עשרה שנה, שנקבע בסעיף 13 לחוק זה, לא נקבע מתוך הנחה שבגיל זה קיימת כשירות כללית של קטין להיות מיוצג על ידי עורך דין. גיל זה נקבע בחוק לטיפול בחולי נפש כגיל הדורש הסכמה לאשפוז. ייתכן שהוא מתאים לנסיבות המיוחדות של אשפוז כפוי, אך אין לגזור ממנו בהכרח גזרה שווה בנוגע לגיל המתאים לייצוג עצמאי לקטין¹⁵⁹.

סוגיית ייצוגם העצמאי של קטינים נזכרת גם בפסק דינה של השופטת נילי מימון, בבית המשפט לענייני משפחה בירושלים, בתמ"ש (י-ם) 19120/97 פלונית נ' אלמוני, מיום 3.6.98 (טרם פורסם). באותו עניין עתרה קטינה לבית המשפט בבקשה כי יורשה לה לצאת לחו"ל במשלחת נוער. המשיב, אביה של הקטינה, התנגד לנסיעה. השופטת הכירה בזכות הפניה של הקטינה בהקשר זה לאור הוראת המחוקק בסעיף 68(א) לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, וסעיף 3(ד) לחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995. השופטת נענתה לבקשת הקטינה, והורתה למשרד הפנים להנפיק לקטינה דרכון ללא צורך בקבלת הסכמת האב. הנמקתה של השופטת התבססה, בין היתר, על עקרונות יסוד: עיקרון "זכויות הילד", הנזכר בפסק דין פלוגי, קטין, אשר נזכר לעיל, ועקרונות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בו מעוגנת זכותו של קטין לצאת מישראל. במקרה דנן בקשתה של הקטינה לא העלתה התנגשות כלשהי בין טובתה לבין זכויותיה – שיקולי טובתה הורו כי יש לאפשר את נסיעתה לחו"ל, ואף לאור עקרון זכויות הילד יש לוודא, שזכותה לחופש תנועה לא תיבלם על ידי סירוב האב, במיוחד כאשר האם מסכימה לנסיעה¹⁶⁰.

העצמאי של קטינים לא גדונה לגופה, אולם השופטת ציינה כי החידוש שבחוק תואם את המגמה הכללית של הכרה בזכויות הילד כנפרד מזכויות הוריו.

159 ראו סעיף 4ב לחוק טיפול בחולי נפש, התשנ"א-1991. יש לזכור בהקשר זה שמדובר על הליך מיוחד במסגרת הסדר הקבוע בסעיף 4א לחוק זה.

160 עקרונות היסוד הללו: עקרון זכויות הילד ועקרונות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, נזכרים גם בדיונה של השופטת מימון בתמ"ש (י-ם) 3620/97, המ' 106/97, 148/97 פלוגי נ' פלוגית (לא פורסם). באותו עניין עתר אב למתן צו עיכוב יציאה מהארץ נגד בתו הקטינה, בת ה-7. השופטת קבעה, בין היתר בהסתמך על הלכת בית המשפט העליון, בע"א פלוגי, קטין, הערה 9 לעיל, כי קטינים הם בעלי זכויות עצמאיות משלהם. כמו כן כתבה שזכויות הקטין מוגנות, באופן ישיר ועצמאי, על ידי הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. יש לצמצם את הפגיעה בזכות הנזכרת בחוק יסוד זה, כגון הזכות הנזכרת בסעיף 6 לחוק הקובע: "כל אדם חפשי לצאת מישראל", כיוון שחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו "העלה" עלי ספר את זכויות היסוד של האדם והקטין בכללו.

פרשנותו של השופט גייפמן היא חדשנית ואינה היחידה האפשרית. הוא מייסד את זכות הקטין לייצוג עצמאי בבית המשפט לענייני משפחה, אך לא מן הנמנע שחרג מעבר למלאכת הפרשנות המקובלת, ולמעשה פסק דינו הוא חקיקה שיפוטית. השופט גייפמן לא הסביר כיצד התיישב מינוי עורך דין בפסק דינו עם החוק העיקרי המסדיר יחסי הורים וילדים בישראל – חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות. עורך הדין אמנם מייצג את רצונו של הקטין, אך בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות הניתן המחוקק שבדרך כלל לקטין אין רצון משל עצמו, ואחרים פועלים בשמו, לטובתו. רק במקרים מיוחדים, כגון אלה הנזכרים בסעיף 6 לחוק, לקטין יש רצון משל עצמו. האם נכון וראוי לנתק את רצון הקטין מרצון הוריו בכל מקרה שבו עורך דין מייצג אותו, כאשר על פי החוק הנזכר לעיל הורי הקטין הם אפוטרופסיו הטבעיים? האם ניתן לנתק לגמרי את ההסדר החקיקתי שבסעיף 3(ד) לחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995, מההסדר החקיקתי שבחוק העיקרי, המסדיר את היחסים בין הורים לבין ילדיהם הקטינים? נראה שאין מנוס מתיקון חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות ברוח עקרונות האמנה בדבר זכויות הילד וסעיף 12 לה.

אמנם בסעיף 8(א) לחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995, קבע המחוקק: "בכל עניין של דיני ראיות וסדרי דין, שאין עליו הוראה אחרת, לפי חוק זה, ינהג בית המשפט בדרך הנראית לו הטובה ביותר לעשיית משפט צדק". הסדר זה של המחוקק מקנה גמישות לבית משפט זה בענייני סדרי דין וראיות. עם זאת, הנוהג הרווח הוא שבדרך כלל השופטים בבית משפט זה פועלים לאור כללי סדרי הדין והראיות המקובלים בכל בתי המשפט האזרחיים. לפיכך מתעוררת השאלה, מה היחס בין ההסדר המהותי שנקבע בפסק דינו של השופט גייפמן על פי סעיף 3(ד) לחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995, לבין הכללים של סדרי הדין שנקבעו בתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984. אומנם תקנה 258(ג) קובעת כי קטין רשאי להגיש תביעה בעצמו, אולם ההסדר שנקבע בתקנות 258(א) ו-258(ב) מקשה על הגשת תביעה על ידי קטין "בעצמו" או על ידי עורך דין הפועל בשמו. תקנה 258(א) קובעת כי לכתבי טענות – כתב תביעה, כתב הגנה, כתב תשובה לתביעה שכנגד, הודעה לצד שלישי וכתב הגנה לה – יצורף תצהיר של בעל הדין (שבו יאמת את העובדות שבכתב הטענות אשר ידועות לו מידיעתו האישית), ותקנה 258(ב) קובעת כי אם היה בעל הדין פסול דין (תקנה 1 לתקנות כוללת קטין בגדר פסול דין) ייתן את התצהיר אפוטרופסו או ידידו הקרוב. נראה, שאף את תקנות הדיון הללו יש לתקן ולקבוע הסדר העולה בקנה אחד עם

כמו כן כתבה שיש להתחשב גם בגיל הצעיר של הקטינה כאשר דנים בנוגע להגנה על זכויותיה ורצונה. נוסף לכך, שיקול חיוני וחשוב, שיש להתחשב בו כאשר משקללים את האינטרסים והזכויות של המעורבים במחלוקת בענייני קטינים, הוא שיקול "טובת הילד". על כן, האב היה צריך להוכיח, באופן משביע רצון, כי יש בסיס לחששותיו שהאם והקטינה עשויות לעזוב את הארץ. מאחר ולדעת השופטת האב לא עמד בנטל הוכחה זה, היא פסקה שלא היה כל יסוד להוציא צו עיכוב יציאה מן הארץ כנגד הקטינה.

עקרונות האמנה הנזכרת לעיל, ובמיוחד סעיף 12 לה. קטין שעל פי גילו ומידת בגרותו יכול לתת תצהיר זה, יהא רשאי לתתו בעצמו.

הסוגיה הנדונה בפסק דינו של השופט גייפמן חשובה ומהותית, והחללים הריקים בה, המבצבצים בין השיטין של פסק דין זה, ראויים להסדר משפטי מפורט ומפורש בחקיקה כללית בענייני ילדים.

כמו כן, ייתכן שכשם שהוקמה מערכת סנגוריה ציבורית בענייני פלילים, ופעולתה הוסדרה בחקיקה ובתקנות, יש מקום להקמת סנגוריה ציבורית בענייני ילדים, אזרחיים ופליליים, שאף פעולתה תוסדר בחקיקה ובתקנות. בהקשר זה ראוי לאזכר קטע נוסף מפסק דינו של השופט טירקל בפרשת בן שושן:

הליכים בענייני משפחה הם בעיני בגדר 'דיני נפשות' ממש... לדעתי יש הצדקה לכך שתוכר גם זכותו של בעל דין בסכסוך בענייני משפחה להיות מיוצג. בעקבות ההכרה באופיים המיוחד של הליכים אלה, ועקב הצורך להעניק סיוע מיוחד למתדיינים כאלה, נקבעו בין היתר, הוראות סעיף 5 לחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995, בדבר הקמת סיוע בבית המשפט לענייני משפחה... ואולי אף הגיעה השעה לשקול הקמת יחידת סיוע משפטי מיוחדת בצד יחידת הסיוע הנזכרת¹⁶¹.

לכל הפחות נחוץ בתחום זה תקדים שיחייב את כל ערכאות השיפוט האזרחיות שמתחת לבית המשפט העליון. הגיעה השעה שבית המשפט העליון יאמר בבירור את דברו בנוגע לזכות ייצוג עצמאית של קטין בישראל. כאמור לעיל, בפסקי הדין שניתנו עד כה בנוגע למעמד זכויות הילד בישראל לא היתה אמירה ברורה וחד-משמעית בעד קליטת עיקרון זכויות הילד בישראל, במלוא משמעותו. אמנם ייתכן שהחקיקה הקיימת מהווה מכשול בפני שופטי בית המשפט העליון, החוששים מפני חקיקה שיפוטית; אולם נראה שאף לפני ביצוע תיקונים בחקיקה ובתקנות, כמוצע לעיל, יש מקום, במידת האפשר, לפרש את החקיקה הישראלית ואת התקנות הישראליות ברוח עקרונות האמנה בדבר זכויות הילד.

השופט גייפמן התווה מגמה חשובה – הענקת זכות ייצוג עצמאית לקטינים שיכולים לעשות בה שימוש ראוי. כך מגנים על קטינים, בדרך מספקת, מפני פעולות לא רצויות של הורה או הורים המשתמשים בכללים דיוניים כדי לקדם אינטרסים שלהם, העומדים בסתירה לאינטרסים של ילדיהם הקטינים.

אולם, אנו סבורים שבית המשפט, או המחוקק, שיקבע את הכללים בנוגע לייצוג זה, צריך לנקוט דרך פחות מרחיקת לכת מזו שהתווה השופט גייפמן. ההנחה המסורתית, הפטרנליסטית, בנוגע ליחסים בין הקטין לבין הוריו, אפוטרופוסיו הטבעיים, הייתה שהם מסוגלים לייצג את האינטרסים של ילדם הקטין בצורה הטובה ביותר. מינוי נציג נפרד לקטין עלול לתת תחת האינטרסים הלגיטימיים של ההורים בשמירה על הפרטיות ועל

161 ענין בן שושן, הערה 103 לעיל, בעמ' 378.

האוטונומיה שלהם בקבלת החלטות בעניינים הנוגעים למשפחתם. לכן, אימוץ מרחיק לכת של דוקטרינת זכויות הילד, באופן המרחיב יתר על המידה את היקף זכות הייצוג העצמאית של הקטין, עלול להביא לתוצאה לא רצויה. צריך להתחשב גם בקשיים נוספים: הרחבת היקף זכות הייצוג העצמאית של הקטין עלולה לסרב ולהאריך את הליכי המשפט בעניינו, והארכה זו תהא לעתים מנוגדת לטובת הילד, שהאינטרס שלו הוא להגיע להסדר של קבע בסכסוך בין הוריו ולתחושת יציבות וביטחון תוך פרק הזמן הקצר ביותר. כמו כן, קטינים פגיעים יותר ונוטים להתרשם מאירועים שהם חווים יותר ממבוגרים. לעתים הם חסרים את הבגרות הדרושה כדי לשקול את שיקולי התועלת שיצמחו בטווח הארוך לעומת תועלת מיידית וברורה בטווח הקצר. לעתים הם חסרים גם את התובנה הדרושה כדי לדעת איך הם ואחרים יגיבו במצבים מסוימים, וגם את הניסיון הדרוש לצורך שקילת ה"קרוב למדי" לעומת ה"אפשרי" – שקילה הנחוצה כאשר בוחנים מה תהיינה התוצאות האפשריות של ההליך המשפטי. כאשר הילד מיוצג ייצוג עצמאי בהליך משפטי עומדות בפניו החלטות קשות ונוקבות שעליו לקבל, לעתים תוך פרק זמן קצר, תוך שקילת כל המרכיבים של הטווח הארוך מול הטווח הקצר, רצונות האחרים מול רצונותיו וכדומה. לעתים הייצוג עלול לחשוף את הילד למצבי לחץ העלולים לפגוע בו, ובוודאי אינם עולים בקנה אחד עם טובתו. הוא "נזרק" לזירה המשפטית עם צדדים אחרים, בגירים. הוא יצטרך לתת הנחיות בנוגע לעניינים שונים במהלך הדיונים בתיק, ויאלץ להחליט החלטות גורליות שונות.

בהקשר זה צריך להיזהר שלא להעניק לילדים זכויות יתר, כדי שלא ניכשל במה שמכונה "נטישת הילד לזכויותיו"¹⁶². אף המחוקק סייג את זכות הייצוג, בסעיף 3(ד) ה"ל", בסייג של "פגיעה של ממש". נוסף על התחשבות בגילו של הקטין ובמידת בגרותו, נראה שניתן לנקוט אמצעי זהירות נוסף, והוא מילוי סייג זה בתוכן "של ממש", היינו: יש לתחום את זכות הייצוג של הקטין, בין היתר באמצעות פרשנות הביטוי "פגיעה של ממש". נראה שהאינטרס של הקטין עלול להיפגע "פגיעה של ממש" כאשר בגין העדר ייצוג נפרד בדיון המשפטי טובתו תיזנח, או שלא ייוצגו כהלכה מלוא הזכויות והאינטרסים שלו¹⁶³, או שיתקיים ניגוד אינטרסים בינו לבין הוריו, או שההורה לא ייצג אותו כראוי. אין לראות ברשימת שיקולים זו, הנזכרת בפסק דינו של השופט גייפמן בתמ"ש 23860/96, רשימה סגורה, ויש לכלול בה עוד סייגים רלבנטיים. עם זאת, אין להרחיבה עד אין קץ.

סעיף 3(ד) לחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995, שונה מסעיף 68(א) לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, בין היתר במובן זה שבסעיף 3(ד) קיימת אפשרות פנייה של הקטין עצמו – "רשאי הקטין בעצמו" – בעוד שבסעיף 68(א) כתוב:

162 ראו Hafen, הערה 34 לעיל.

במאמר זה נמתחה ביקורת על הענקה לא מבוקרת של זכויות לילדים, מעין זו הבאה לידי ביטוי בכתבי המלומדים Holt ו-Farson, הערה 51 לעיל.

163 ראו הקריטריונים הנזכרים בפסק דינו של השופט ברק בעניין פוזילוב, הערה 150 לעיל.

"בית המשפט רשאי". אולם, בחוק זה לא נזכרים רשות או גוף שמיידיעים את הקטין בדבר זכות זו, או מיועדים באופן מיוחד לסיוע לקטינים הזקוקים לייצוג. נראה שהקמת רשות או גוף כזה היא פעולה רצויה, שתסייע לקטינים לממש את זכותם לייצוג. ייתכן שהשינוי בחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995, המבטיח זכות ייצוג עצמאית לקטין בהתאם לגילו ולמידת בגרותו צריך להתחולל בדרך של תיקון מפורש לחוק ברות הצעתנו. כאמור לעיל, שינוי זה, ברוח המעבר מוטבת הילד לזכויות הילד, הוא מחויב המציאות, וצריך לבוא לידי ביטוי בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות ובהסדר בנוגע לסדרי דין אזרחי.

ד. קביעת סמכות שיפוט במצב של ניגוד עניינים בין הקטין להוריו

1. זכות הקטין שייקבעו בעניינו עקרונות דיוניים הנגזרים מזכויות האדם

בפסק הדין לב קבע בית המשפט העליון כי את הדין הדיוני יש לגזור מעקרונות יסוד מהותיים בשיטתנו המשפטית – זכויות האדם. בתי המשפט ובתי הדין הדתיים צריכים לשוות עקרונות אלה לנגד עיניהם כאשר הם קובעים כללים דיוניים. מכאן נובעת המסקנה שאף את הכללים הדיוניים הרלבנטיים לסמכות הכרעה בתביעת הגירושין צריך לקבוע מנקודת מבט המשמרת ומטפחת את זכויות האדם של הצדדים הנוגעים בדבר. ביחס לכללים אלה שרירים וקיימים הרברים שכתב השופט ברק בפסק דין זה:

שיקול מרכזי הוא זה של הצדק הדיוני. שיקול זה משמעו, בין השאר, ראיית ההליך הדיוני כנועד להגשים את המשפט המהותי... מערכת שיקולים ערכיים טיפוסית, אשר כל הליך דיון צריך לקחתם בחשבון, היא זו של זכויות האדם. בגדרן של אלה יש להתחשב, בין השאר, בכבודו של האדם... השיקולים הכלליים אשר במסגרתם יש להפעיל סמכות דיונית לעיתים הם מצויים בהתנגשות פנימית... אין מנוס מאיזון ראוי בין השיקולים המתנגשים. במסגרתו של איזון זה יש ליתן משקל נכבד לשיקולים בדבר זכויות האדם¹⁶⁴.

זכויות אדם של ילדים הן כזכויות אדם של מבוגרים. אלה ואלה נהנים מהזכויות המוקנות להם במשפט הישראלי. הדוקטרינות הרלבנטיות בחקיקה ובפסיקה הישראלית – כגון העקרונות בחוק יסוד: כבוד אדם וחירותו – חלות גם כאשר נדון עניינם של ילדים¹⁶⁵. זכויותיהם של ילדים במשפט הישראלי מפורטות באופן המפורש והמפורט

164 בג"צ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב-יפו, פ"ד מח(2) 491, 502-503; ראו גם בג"צ 4358/93 צוק נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד מח(4) 563, 570.

165 ראו ענין פלוני נ' אלמונית, הערה 151 לעיל. ראו גם ברק, הערה 94 לעיל בעמ' 435; ערר (ת"א) 1059/96 מדינת ישראל נ' י. ת. (לא פורסם), פסקה 9 לפסק דינו של השופט פלפל.

ביותר באמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד, שישראל תתומה עליה ואשררה אותה¹⁶⁶. אף בפסיקה הישראלית הנזכרת לעיל, המחילה לעתים את עקרונות דוקטרינת זכויות הילד, באה לידי ביטוי מגמה של הענקת זכויות אדם המיוחדות לילדים¹⁶⁷. אין ספק, שייצוג עצמאי של קטין הוא חשוב במיוחד מנקודת מבטה של דוקטרינת זכויות הילד. הייצוג העצמאי מאפשר לילד להוציא מהכוח אל הפועל את זכויותיו בכל תחום, וגם כאשר ישנו ניגוד עניינים בינו לבין הוריו במסגרת תביעת גירושין. על פי דוקטרינת זכויות הילד, באמצעות קביעת הסדרים משפטיים מתאימים מעניק ייצוג זה מענה הולם לכל הצרכים הבסיסיים של הילד, כגון הצורך שלו במימוש עצמי ובאוטונומיה.

נתמקד להלן בכללים הדיוניים שנקבעו בפסיקה הישראלית בעניין ערכאת השיפוט המוסמכת לדון בתביעת גירושין. ננסה לבחון שיקול אפשרי נוסף, שלא נדון במידה המספקת בפסיקה הישראלית בהקשר זה – העדפת ערכאת השיפוט המטפלת באופן הראוי ביותר בחשש לקיפוח האינטרסים של קטין שהוריו מתדיינים בענייני הגירושין. כמו כן יתכן שיש להעדיף את ערכאת השיפוט שבה תינתן לקטין זכות ייצוג עצמאית בתביעות מסוג זה. הפתרון הרצוי לדעתנו הוא: הענקת זכות ייצוג עצמאית לקטין בכל ערכאות השיפוט בישראל הדנות בענייני קטינים.

2. ערכאת השיפוט המוסמכת לדון בתביעת גירושין – טובת הילד וזכויותיו

סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953¹⁶⁸ (להלן: חוק שיפוט בתי דין רבניים) קובע שלבית דין רבני מוקנית סמכות שיפוט ייחודית בענייני נישואין וגירושין של יהודים בישראל, אורחי המדינה או תושביה. בעניינים הללו אין סמכות דיון עניינית לבית המשפט האזרחי; בעניינים אחרים מקבילה סמכות הדיון של בית הדין הרבני לסמכותו של בית המשפט האזרחי, המוסמך אף הוא, בנסיבות המתאימות, לדון באותו נושא¹⁶⁹.

על פי סעיף 3 לחוק שיפוט בתי דין רבניים, בן זוג או בת זוג רשאים לכרוך בתביעת הגירושין "כל עניין הכרוך בתביעת הגירושין", וכאשר כריכה זו נעשית כדין היא מקימה לבית הדין הרבני סמכות שיפוט ייחודית גם בנוגע לעניין הטפל שנכרך אחר העיקר – תביעת הגירושין.

(א) הרובד הגלוי: שיקולים דיוניים

ההסדר המשפטי בעניין הסמכות הכרוכה בתביעת הגירושין נועד למנוע פיצול מיותר

166 ראו לעיל, בסקסט שליד הערות 16-18.

167 ראו לעיל, בסקסט שליד הערות 66, 80, 86.

168 ס"ח 165.

169 בג"צ 5507/95 אמיר נ' בית הדין הרבני האזורי בחיפה, פ"ד נ(3) 321, 327.

של הדין בסוגיות השונות, העיקריות והטפלות, הנדונות כאשר בני זוג מתדיינים בנוגע לכל היבטי סכסוך הגירושין ביניהם. הנחת המחוקק הייתה שהצדדים וילדיהם יכולים להפיק תועלת מהאפשרות להתדיין בעת ובעונה אחת בערכאת שיפוט אחת – בית הדין הרבני – בכל הסוגיות הטעונות הכרעה לצורך סיום הנישואין בין בני הזוג¹⁷⁰.

היו שופטים בבית המשפט העליון שסברו, כי מטרת המחוקק בהסדר הסמכות הכרוכה הייתה הרחבת סמכות השיפוט של בית הדין הרבני¹⁷¹, אולם רוב שופטי בית המשפט העליון אינם שותפים לפרשנות זו. בפסיקת בית המשפט העליון גברה המגמה המצמצמת את סמכות הדין הכרוכה בתביעת הגירושין של בית הדין הרבני¹⁷². בית המשפט העליון פסק שאין להקנות לבית הדין הרבני סמכות דיון אוטומטית כאשר הקשר בין התביעה הטפלה והעיקרית אינו הדוק. השופט זילברג אף הבחין בין שתי זיקות לתביעת הגירושין: זיקה מהותית וזיקה דיונית¹⁷³. רק עניין אחד – החזקת הילדים – כרוך מהותית-אוטומטית בתביעת הגירושין, מעצם טיבו וטבעו¹⁷⁴. בעניינים אחרים, שאינם כרוכים מעצם טיבם וטבעם, הכריכה היא דיונית, היא אינה אוטומטית והיא מסויגת בסייגים שונים. בן זוג החפץ לרכוש את הדין בעניינים השונים – העיקר והטפל הנכרך אחריו – בבית הדין הרבני, צריך להוכיח שנתקיימו שלושה יסודות מצטברים: תביעת הגירושין הייתה כנה, כריכת הטפל בתביעת הגירושין הייתה כדן וכריכה זו הייתה כנה¹⁷⁵.

170 ראו ד"כ 14 (תשי"ג) 1411; רחון-צבי, הערה 30 לעיל, בעמ' 49–50; שיפמן, הערה 6 לעיל, בעמ' 49–50; אלישע שיינבוים ובני דון-יחיא, דיני מזונות ב 423–426 (תשמ"ה); ע"א 565/94 מנדלברג נ' מנדלברג, פ"ד מט(5) 171, 176–175.

171 ראו ענין וינטר, הערה 32 לעיל, בעמ' 1466; ע"א 456/70 אלכסנדר נ' אלכסנדר, פ"ד כו(1) 740, 735; ע"א 666/70 שלום נ' שלום, פ"ד כה(2) 701, 706–707; ראו גם בג"צ 426/87 איזמן נ' בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב, פ"ד מב(1), 105, 109–111.

172 ראו רחון-צבי, הערה 35 לעיל, בעמ' 67, 70; רחון צבי, הערה 30 לעיל, בעמ' 51, הערה 9; בג"צ 6012/96 גרייבר (סגל) נ' בית הדין הרבני האזורי אשדוד, פ"ד ג(5) 397, 401–402.

173 ראו ע"א 8/59 גולדמן נ' גולדמן, פ"ד יג 1085, 1091.

174 וינטר, הערה 132 לעיל, בעמ' 1470, 1457, 1467; ע"א 184/75 דויטש נ' דויטש, פ"ד כט(2) 529, 525; ע"א 213/77 פיינברג נ' פיינברג, פ"ד לא(3) 831, 834; דאובה, הערה 136 לעיל, בעמ' 630; מור, הערה 34 לעיל, בעמ' 100; ע"א 198/82 דותן נ' דותן, פ"ד לח(1) 1, 4; בג"צ 552/83 שליו נ' בית הדין הרבני האזורי בירושלים, פ"ד לח(2) 67, 75; ע"א 687/83 מזור נ' מזור, פ"ד לח(3) 29, 37; ענין אמיר, הערה 169 לעיל, בעמ' 329; בג"צ 2421/93 כהנא נ' בית הדין הרבני האזורי חיפה, פ"ד מז(5) 550, 556; פלוגי, קטין, הערה 9 לעיל, בעמ' 260–262.

175 כאשר העניין כרוך מעצם טיבו וטבעו בתביעת הגירושין אין בודקים את כנות כוונת התובע. ראו דויטש, הערה 174 לעיל, בעמ' 529; דותן, הערה 174 לעיל, בעמ' 4. בנוגע למבחן "הכריכה המשולשת" ראו ע"א 118/80 גבעולי נ' גבעולי, פ"ד לד(4) 155, 157; שליו, הערה 174 לעיל, בעמ' 73; ע"א 700/81 פז נ' פז, פ"ד לח(2) 736; ר"ע 173/82 כהן נ' כהן, פ"ד לח(3) 181, 184; ע"א 384/85 בן יאיר נ' בן יאיר, פ"ד לט(4) 775, 779–788; ראו גם רחון-צבי, הערה 30 לעיל, בעמ' 53–56; שיפמן, הערה 6 לעיל, בעמ' 51; מנשה שאוה, "על 'כרוך' ועל 'כנות' – הייפסק

בעניינים שבהם הכריכה היא דיונית צומצמה סמכות הדיון הנכרכת של בית הדין הרבני, בין היתר, מפני שבית המשפט העליון ייחס חשיבות לעובדה הדיונית שהסמכות המקורית והשירותית נתונה בידי בית המשפט המחוזי, שדן בעבר כערכאה ראשונה אזרחית בענייני משפחה שבהם סמכות הדיון היא מקבילה. יש הסבורים שצמצום זה נבע גם מנימוקים אחרים, מהותיים, כגון חוסר שביעות רצון של שופטי הערכאה האזרחית מדרך טיפולו של בית הדין הרבני בעניינים הנדונים בפניו בכלל, ובעניינים הנכרכים בתביעת הגירושין בפרט, או ההנחה שהמתדיינים אינם שבעי רצון מדרך טיפול ו¹⁷⁶. שיקולים אלה אינם נזכרים ואינם נדונים במפורש בפסיקת בית המשפט העליון ביחס לסמכות הכרוכה בתביעת הגירושין.

נוסף על צמצום סמכות הדיון של בית הדין הרבני בעניינים שאינם כרוכים מעצם טיבם וטבעם בתביעת הגירושין, צמצם בית המשפט העליון את סמכות הדיון של בית הדין הרבני בעניינים כרוכים מסוימים, הכלולים בתחום אפוסטרופסות הורים, כגון ענייני חינוך ילדים¹⁷⁷.

המתחוקק הישראלי מפצל בין החזקת ילדים לבין עניינים אחרים הכלולים בתחום אפוסטרופסות ההורים, שאחד מהם הוא חינוך ילדים. ענייני אפוסטרופסות הורים מפורטים בסעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופסות, הקובע:

אפוסטרופסות ההורים כוללת את החובה והזכות לדאוג לצורכי הקטין, לרבות חינוכו, לימודיו, הכשרתו לעבודה ולמשלח־יד ועבודתו, וכן שמירת נכסיו, ניהולם ופיתוחם; וצמודה לה הרשות להחזיק בקטין ולקבוע את מקום־מגוריו, והסמכות לייצגו.

נוסח החוק הישראלי מאפשר את הפרשנות שלפיה הדיון בהחזקת ילדים וחינוכם יתקיים במפוצל, בערכאות שיפוט שונות. עם זאת, נראה שכל חוק הנוגע לילדים יש לפרש על פי עיקרון טובת הילד, כלומר: שבית המשפט יכריע כמקשה אחת בכל ענייני אפוסטרופסות ההורים הנוגעים לילדים. אולם, בהלכת פלורסהיים הכריע בית המשפט העליון על פי פרשנות דיונית המתעלמת מהמהות, וקבע שרק תביעה להחזקת ילדים כרוכה אוטומטית בתביעת הגירושין. מאידך גיסא, עניינים אחרים של אפוסטרופסות הורים, כגון חינוך ילדים, אינם כרוכים מעצם טיבם וטבעם בתביעת הגירושין וצריך לכוון אותם בה במפורש¹⁷⁸. ההבחנה בין החזקת ילדים לבין עניינים אחרים של

¹⁷⁶ 'מרוץ הסמכויות' בענייני מזונות בין בית המשפט המחוזי לבין בית הדין הרבני?', עיוני משפט ב' 719, 727-735 (תשל"ב).

¹⁷⁷ ראו רוזן-צבי, הערה 30 לעיל, בעמ' 52-53.

¹⁷⁸ שם, בעמ' 57.

¹⁷⁸ ראו בג"צ 181/68 פלורסהיים נ' בית דין הרבני האזורי בחיפה, פ"ד כב (2) 723, 726-727. בנסיבות העניין הייתה הצדקה לפיצול בין החזקת ילדים לענייני אפוסטרופסות הורים אחרים. בני הזוג פלורסהיים עשו הסכם ביניהם, לאור סעיף 24 לחוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופסות, תשכ"ב-1962. הסכם זה נעשה לחלק מפסק הדין של בית הדין הרבני. כיון שההסכם בין ההורים

אפוטרופסות הורים עלולה להוביל לדיון מפוצל, בערכאות שיפוט שונות, בעניינו של הילד.

על ההבחנה המלאכותית בהלכת פלורסהיים בין נושא החזקת הילדים לבין נושא חינוכם קמו עוררין¹⁷⁹. היו שטענו שלצורך הכרעה מהותית בסוגיית החזקת הילדים דרוש דיון גם בחינוכם¹⁸⁰. השקפה זו מקובלת על דיינים בבתי הדין הרבניים. הדיין יצחק קוליצ' כתב שחינוך ילדים הוא שיקול דומיננטי כשבית דין רבני שוקל את השיקולים הרלבנטיים בנוגע להחזקת ילדים¹⁸¹. ואכן, לדעת דיינים רבים, כאשר סמכות הדיון האוטומטית בענייני החזקת ילדים – הכרוכים "מעצם טיבם וטבעם" בתביעת גירושין –

במקרה זה היה רק ביחס להחזקה בילד, וההורים – שהסכימו למסור את החזקה בילד שלהם לידי אחד מהם – לא עשו הסכם לגבי היבטים אחרים של אפוטרופסותם הטבעית, הניח השופט זוסמן שכל תורה התכוון להשאיר בידי ההורה השני את הזכות להתערב בשאלת חינוכו של הילד או בסוגיות אחרות של אפוטרופסות הורים הנוגעות לטיפול בו. אולם השופט זוסמן סבר שבכל מקרה מוצדק הפיצול בין החזקת ילדים לבין שאר ענייני אפוטרופסות הורים. הוא הסביר: "משנתפצל חזקה ואפוטרופסות, מתעוררת השאלה אם קביעת מוסד החינוך כלולה בזכות החזקה... חינוכו של קטין ולימודיו, עניין הם לשני האפוטרופסים לענות בו... לעותרת לא נמסרה אלא הרשות הצמודה לאפוטרופסותם של ההורים להחזיק בילד... ואולם בשאר ענייני האפוטרופסות האמורים סעיף 15 הנ"ל לא פסק בית-הדין הרבני והעניין לא היה כרוך בתביעת הגירושין שהובאה לפניו".

ראו גם ענין שליו, הערה 174 לעיל, בעמ' 75-76.

179 ראו שיפמן, הערה 36 לעיל, בעמ' 423, הערה 7. אולם, לרעתו ייתכן שהרצון לחזק את מעורבותו של ההורה הלא-משמורן באחריות לגבי ילדו מחייב לייחס לצדדים כוונה להשאיר בידי אותו הורה זכות התערבות בענייני חינוך ילדו. ראו שיפמן, הערה 6 לעיל, בעמ' 241.

180 ענין נגר, הערה 34 לעיל, בעמ' 385. הפסיקה הישראלית קובעת שפרשנות הסכם בין ההורים תלוייה בעובדות. על פי ההלכה, ענייני חינוך אינם כלולים בענייני החזקת ילדים, אולם אם בהסכם הגירושין בין ההורים, האפוטרופסים הטבעיים, שקיבל תוקף של פסק דין, הסכימו הצדדים שהשיפוט בעניין החזקת הילד יהא בידי בית דין רבני, ולא הייתה בו קביעה מפורשת ביחס לחינוכו – לא יהא בכך כדי למנוע מן ההורה המעוניין בכך להוכיח שכוונת הצדדים בהסכם, במפורש או מכללא, להקנות סמכות שיפוט לבית דין זה גם לגבי ענייני חינוך הילד, וכאשר יוכיח זאת תהא סמכות זו ממסרה בידי בית הדין הרבני. ראו נגר, הערה 34 לעיל, בעמ' 365, 385-386, 410; שרשבסקי, הערה 19 לעיל, בעמ' 397, הערה 1א; שיפמן, הערה 6 לעיל, בעמ' 242, הערה 6. אולם, אם למרות זאת הוגשה התביעה בעניין החזקת הילד או בעניין האפוטרופסות עליו לבית המשפט האזרחי לפני הגשת תביעת הגירושין בבית הדין הרבני, קנה לעצמו בית המשפט האזרחי סמכות ייחודית המונעת הענקת סמכות שיפוט לבית הדין הרבני. ראו שיפמן, הערה 6 לעיל, בעמ' 242.

181 "אשר לסענה שחינוך אינו בכלל החזקה – לכן אף אם יש הסמכות לבית הדין לדון בהחזקת הילדים אינו מוסמך לדון בחינוכם – אין דעת בית הדין נוטה לכך להפריד בין הדברים: החזקה והחינוך. כי החזקת ילד, הטיפול בו, להאכילו ולהשקותו, להביאו לביה"ס ולקחתו, לתת לו עזרה בהכנת שיעוריו, הדרכה וחינוך לדרך ארץ נימוסין ומידות, חינוך להשכלה וידע – הכל אחד הם, ואינם ניתנים להפרדה. גם ההחזקה וגם החינוך, הם חלק מהעניין הרחב של האפוטרופסות ואינו (-ואינם) [בני] חלוקה" – פד"ר יב, 30, 32. ראו גם שמחה מירון, "החינוך כגורם בקביעת בית דין את מקום

מוקנית לבית הדין הרבני, המסקנה המתבקשת היא שיש להקנות לו גם סמכות דיון מהותית-אוטומטית בכל ענייני אפוסטרופסות ההורים, וחינוך הילדים בכלל זה¹⁸². לכן, לדעת הדיונים הללו ומלומדים התומכים בעמדתם, ראוי ורצוי לקבוע כלל משפטי שלפיו כאשר בית דין דן והכריע בסוגיית החזקת הילדים הוא הכריע גם בנוגע לחינוכם¹⁸³.

ביקורת נוספת על הלכת פלורסהיים התמקדה בסיבוכים שהיא יוצרת¹⁸⁴. לדעת השופטת בן-פורת "לא מן הנמנע, שרצוי לחזור ולשקול, כיצד (אם בכלל) ניתן למנוע סיבוכים אלה"¹⁸⁵. אף הורה שאינו מחזיק בילד נחשב כשותף שווה בהכרעה בסוגיות האפוסטרופסות, כגון לאיזה בית ספר יישלח הילד, דתי או חילוני.

כמו כן, הלכת פלורסהיים היא נדבך נוסף, המגביר ומעצים את הפיצול בסמכויות הדיון. סמכות הדיון בנושא החזקת הילדים כרוכה מאליה בתביעת הגירושין, ובן הזוג או בת הזוג המקדימים ומגישים את תביעתם בבית הדין הרבני קונים בו סמכות שיפוט. סמכות הדיון בשאלת חינוך הילדים, בהעדר כריכה מפורשת של סוגיה זו בתביעת הגירושין – או כשלא נתקיימו שלושת היסודות המצטברים, הנזכרים לעיל, הדרושים כדי שכריכה זו תהא תקפה – נתונה בידי בית המשפט האזרחי¹⁸⁶. בגין פיצול זה ייתכנו

החזקת הילדים", תורה שבעל פה כג זה, קא (תשמ"ב); שלמה דיכובסקי, "סמכות בתי הדין הרבניים בראי פסיקת בתי הדין", דיני ישראל י-א ט, כה (תשמ"א-תשמ"ג).

182 טיעון זה מבוסס, בין היתר, על ההנחה ששיקול מרכזי המנחה כל בית דין רבני בהכרעה בנוגע להתחזקת ילדים הוא חינוך הילדים. כך למשל ההבחנה במשפט העברי בין ההורה המועדף ביחס להתחזקת בנים לבין ההורה המועדף בנוגע להתחזקת בנות, מעל גיל שש, מבוססת על ההנחה שקיים הבדל בין תרומת האם והאב לחינוך הילדים בגיל זה. ראו לעניין זה אליאב שוחסטר, "למהותם של כללי ההלכה בסוגיית החזקת הילדים", שנתון המשפט העברי ה' 285, 297-303 (תשל"ח); גילת, הערה 34 לעיל, בעמ' 297, 329-339; ישראל צבי גילת, "לסיבו של השיקול הדתי הלכתי בסכסוכים שבין הורים על משמורת ילדיהם ועל דרך חינוכם", דיני ישראל סז קלג (תשנ"א-תשנ"ב).

183 ראו מירון, הערה 181 לעיל, בעמ' קב.

184 הסיבוכים הללו נובעים מהעובדה שהמחוקק הישראלי קבע – בסעיף 3 לחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951, ובסעיף 14 לחוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופסות – ששני ההורים הם אפוסטרופוסים טבעיים של ילדיהם, אף כאשר רק אחד מהם מחזיק בילד. כאשר פסק בית המשפט או בית הדין שהורה אחד יחזיק בילד נתפצלו החזקה והאפוסטרופסות על ילד זה. למרות שהוקנתה להורה אחד זכות החזקה בלעדית עדיין נותרו בידי שני ההורים, האפוסטרופוסים הטבעיים, זכויות עודפות במשותף בשטח החינוך. ראו ענין מור, הערה 34 לעיל, בעמ' 106; ענין שלי, הערה 174 לעיל, בעמ' 76; ראו גם ענין פלורסהיים, הערה 178 לעיל, בעמ' 728; רוזן-צבי, הערה 70 לעיל, בעמ' 57.

185 ענין מור, הערה 34 לעיל, בעמ' 106.

186 אמנם מהוראת המחוקק בסעיף 24 לחוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופסות, וממיקומה לפני סעיף 25 לחוק זה, עולה שמלכתחילה רצוי כי ההכרעה בענייני החזקת הילדים ואפוסטרופסותם תיפול בהסכמת שני ההורים, האפוסטרופוסים הטבעיים. אולם, לעתים הם אינם מגיעים לכלל הסכמה או שההסכם ביניהם לא בוצע, ובנסיבות אלה בית המשפט או בית הדין נדרש להכריע בענייני אפוסטרופסות הורים.

החלטות סותרות, הנובעות מתפיסת עולם שונה של דיינים ושופטים בנוגע להחזקת ילדים, לחינוכם וליחס שבין החזקת ילדים לבין חינוכם.

בפסיקת בית המשפט העליון בפרשת אמיר ניתן משנה תוקף למגמה הקיימת בהלכת פלורסהיים: פיצול סמכויות הדיון בענייני אפוטרופסות הורים. בעניין זה סבר השופט חשין שאין סימטריה בין מעמד בית הדין הרבני לבין מעמד בית המשפט המחוזי בהכרעות בענייני חינוך ילדים. הוא פסק שבית הדין הרבני האזורי לא היה מוסמך לדון בסוגיית החינוך, מפני שממכות השיפוט בענייני חינוך במקרה זה נתונה בידי בית המשפט המחוזי, שאליו האם הקדימה והגישה את תביעתה בעניין החזקת הבן. על פי הלכת פלורסהיים, חינוך והחזקת ילדים בבית הדין הרבני הן מלכיות נפרדות, שאינן כרוכות זו בזו¹⁸⁷; אולם השופט חשין חידש, שכאשר הוגשה תחילה לבית המשפט האזורי תביעה להחזקת ילדים היא כוללת מכללא גם תביעה שתידון בו סוגיית חינוכו של הילד. הלכת פלורסהיים – הקובעת שכאשר סוגיית החזקת הילדים נכרכת בתביעת גירושין בבית דין רבני לא נכרכת עמה גם סוגיית חינוכם – חלה רק ביחס לסמכות דיון בהחזקת ילדים הנכרכת בתביעת גירושין בבית דין רבני, ולא כאשר מוגשת תחילה תביעה לבית משפט אורתי בנושא החזקת הילדים¹⁸⁸.

בפסק דין אמיר ייחס השופט חשין חשיבות רבה לעובדה שממכותו המקורית והשירותית של בית המשפט האזורי, שבעבר היה מוסמך לדון כערכאה ראשונה בענייני החזקת ילדים וחינוכם, שונה מסמכותו של בית דין דתי הקונה סמכות דיון בנוגע להחזקת ילדים וחינוכם. רק בנוגע לבית המשפט המחוזי חלה הוראת המחוקק בסעיף 2(40) לתוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984¹⁸⁹, המקנה סמכות שיפוט לבית משפט זה "כל

187 במקרה שנדון בפסק הדין בעניין אמיר נושא החינוך לא נזכר במפורש בתביעה בבית המשפט האזורי, כיוון שהאם הגישה תחילה תביעה לבית המשפט המחוזי להחזקת הבן, ולא תביעה ספציפית ביחס לחינוכו. אולם בתביעה שהגיש לאחר מכן האב לבית הדין הרבני נזכר במפורש, נוסף על החזקת ילדים, הכרוכה מעצם סיבה וטבעה, גם נושא חינוך הילד, ולכן בית הדין הרבני החליט שהוא מוסמך לדון בנושא חינוכו של הבן, ופסק שהבן יתחנך כדרישת אביו. בעניין אמיר בית הדין לכאורה החיל כלל דומה לזה שהוחל בפסיקת בית המשפט העליון ביחס לבית הדין הרבני בהלכת פלורסהיים, שבה נפסק שכאשר נכרכת סוגיית החזקת הילדים בתביעת הגירושין לא נכרכת גם סוגיית חינוכם.

188 ראו בג"צ אמיר, הערה 166 לעיל, בעמ' 334-335. בית המשפט העליון גדר את הלכת פלורסהיים והבהיר כי בערכאות שיפוט מסוימות סמכות הדיון בסוגיית החזקת הילדים כוללת גם סמכות דיון בחינוכם, ובערכאות שיפוט אחרות היא אינה כוללת סמכות דיון בענייני חינוך – ראו דנג"צ 6490/96 אמיר נ' אמיר, פ"ד נ(5) 55, 57. ההבחנה בין החזקת ילדים לבין חינוכם בהלכת פלורסהיים רלבנטית רק בנוגע לסמכות הדיון בהחזקת ילדים בבית הדין הרבני: "הלכת פלורסהיים ראתה אור עולם בגדירת ה'כריכה': בגדירה זו נולדה, בגדירה זו מוצאת היא הצדקה, ובגדירה זו תחומי התפרסותה. אין לה כל זכות קיום מעבר לגדירת ה'כריכה'... מסקנה הנדרשת מאלה היא איפוא שלא נוכל להקיש מהלכת פלורסהיים – שעניינה סמכותו של בית הדין הרבני – לעניין סמכותו של בית המשפט האזורי" – בג"צ אמיר, הערה 169 לעיל, בעמ' 332.

עניין שאיננו בסמכותו הייחודית של בית דין אחר", וקובעת: "בעניין הנתון לסמכותו המקבילה של בית דין אחר יהיה בית המשפט המחוזי מוסמך לדון כל עוד אין אותו בית דין דן בו ואם העניין אינו נתון בסמכותו של בית משפט שלום". הגשת תביעה טפלה, כרוכה בתביעת הגירושין, לבית הדין הרבני, מתלה סמכות שיפוט מקורית ושיורית זו כל עוד בית הדין הרבני לא חדל לדון בעניין. כאשר פקעה סמכות השיפוט של בית דין זה היא חוזרת אוטומטית לערכאה האזרחית המוסמכת לדון בעניין¹⁹⁰.

השופט חשין הלך בדרך שהתווה פרופ' רוזן-צבי לפניו. לדעת פרופ' רוזן-צבי, השיקולים שהיו בסיס להבחנה בין חינוך ילדים לבין החזקת ילדים בבית הדין רבני בהלכת פלורסהיים אינם רלבנטיים כאשר סמכות הדיון בנוגע להחזקת ילדים נתונה בידי בית המשפט המחוזי. משום כך, לא יהיה בן זוג זכאי לכרוך תביעה לחינוך הקטין, כשהיא לעצמה, במסגרת תביעת גירושין שהוגשה לבית הדין הרבני, לאחר שבן זוגו הקדימו ותבע את החזקת הילדים בבית המשפט המחוזי, גם כאשר לא צוין במפורש בתביעה זו עניין חינוך הילדים¹⁹¹. וכך נימק את קביעתו זו:

ההלכה המחייבת פירוש מפורש של עניין החינוך נגזרת מן הכלל הרחב יותר המחייב, ברוב המקרים, פירוש מפורש של העניינים הכרוכים. ההלכה היא חלק בלתי נפרד מהלכת ה'כריכה'. היא קשורה להגיונה המשפטי ולמדיניות המשפטית המנחה אותה. היא נובעת, בין היתר, מהמטרה החקיקתית המחייבת איוון בין שמירת סמכותו המקורית והשיורית של בית המשפט לבין כוחו של בית הדין הרבני בעניינים הכרוכים. תכליתה היא צמצום הסמכות הכרוכה, וזו גם תוצאתה. היא קשורה, איפוא, בטכורה להלכת ה'כריכה' ואינה חלק מן הדין המהותי הנוגע ליחסי הורים וילדים, בכלל, ולסוגיית החזקת קטינים, בפרט¹⁹².

190 ראו ע"א 501/64 וינשטוק נ' וינשטוק, פ"ד יט(1) 533, 536; כן ראו רוזן-צבי, הערה 30 לעיל, בעמ' 58. כאשר סמכות השיפוט של ערכאה זו בסוגייה הסעוניה הכרעה נרכשה בעבר, מנוע בית הדין הרבני מלדון בעניין בעתיד בגין תחילת עיקרון הסמכות הנמשכת. ראו רוזן-צבי, הערה 30 לעיל, בעמ' 33-35; שיפמן, הערה 6 לעיל, בעמ' 52-55.

191 ראו רוזן-צבי, הערה 30 לעיל, בעמ' 57; רוזן-צבי, הערה 35 לעיל, בעמ' 67, 78.

192 רוזן-צבי, הערה 30 לעיל, בעמ' 57-58. הוא המשיך וכתב, שם: "כשם שאין ללמוד משאר הכללים, שנתייחדו להלכת ה'כריכה' (כגון כנות התביעה וכנות ה'כריכה' וכיו"ב), על התנאים הגדרשים לסמכותו המקורית של בית המשפט המחוזי בענייני המעמד האישי, כך הדבר לגבי הלכה מגבילה זו, שבמרכזה ההבחנה בין סוגיית החזקת ילדים לבין ענייני חינוך, לשם הקניית הסמכות הכרוכה לבית הדין הרבני. דין אחד להלכת הכריכה על ענייני השונים ודין אחר לסמכותו המקורית של בית המשפט. ההלכות המצמצמות את הלכת ה'כריכה', וההבחנה האמורה אף היא בכלל זה, באות למנוע הגבלת הסמכות המקורית של בית המשפט המחוזי. ממילא הגיון הפסיקה מחייב שלא להרחיב את ההלכה במקום שהיא עלולה להשיג את המטרה ההפוכה דווקא, דהיינו את הגבלת הסמכות של בית המשפט המחוזי. הביקורת המלווה הבחנה זו והקשיים שהיא מעוררת מצדיקים את העמדתה בגבולות המתחייבים ממנה ואת מניעת הרחבתה על בית המשפט

עם זאת, אין להתעלם מן העובדה שהמסקנה בהלכת אמיר מרתיקת לכת יותר מן המסקנה שאליה הגיע פרופ' רוזן-צבי. בתקופה שבה כתב פרופ' רוזן-צבי דברים אלה בספרו, בית המשפט המחוזי דן כערכאה ראשונה בעניינים שונים בתחום דיני משפחה הנתונים בסמכות מקבילה. לאחר שהוקם בית המשפט לענייני משפחה, בשנת תשנ"ה, סמכות הדיון בעניינים הללו, ובכלל זה בהחזקת ילדים וחינוכם, נתונה בידיו כערכאה ראשונה, ובית המשפט המחוזי הפך לערכאת ערעור. מכיוון שבית המשפט לענייני משפחה אינו ערכאת שיפוט שלה הקנה המחוקק סמכות שיפוט מקורית ושיורית – בסעיף 40(2) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984, המתייחס לבית המשפט המחוזי בלבד – ייתכן שההנמקה הנזכרת לעיל, המבוססת בעיקר על הענקת סמכות שיפוט מקורית ושיורית לערכאת שיפוט זו, אינה רלבנטית כאשר הדיון מתקיים בבית המשפט לענייני משפחה.

השופט חשין הרחיק לכת וקבע, כי לא רק לבית המשפט המחוזי מוקנית סמכות דיון עדיפה אלא לכל ערכאת שיפוט אזרחית. לדידו:

בית הדין הרבני הוא בית־דין מיוחד, ומכאן שהמבקש להראות כי ניטלה סמכות מבית המשפט הכללי וכי אותה סמכות יוחדה לבית הדין הרבני – עליו ה'נטל' להראות כי כך נעשה. לשון אחר: בתי המשפט האזרחיים – ובהם בית המשפט המחוזי – הינם אבריה הראשיים והעיקריים של הרשות השופטת; והמבקש לקפח את סמכותם, לשלול את סמכותם, להצר ולהגביל את סמכותם, שומה עליו לתלות עצמו בהוראת חוק מפורשת וחד־משמעית.¹⁹³

הרציונל לפסיקה זו נובע מ"סמכותם הכללית של בתי המשפט". השופט חשין הסביר, כי "מערכת בתי המשפט האזרחיים – להבדיל ממערכת בתי הדין הרבניים – הינה מערכת של בתי־משפט בעלי סמכויות כלליות, לאמור, בתי־משפט המחזיקים בכל סמכויות הרשות השופטת כולן חוץ מאשר אותן סמכויות שנלקחו מהם בחוק"¹⁹⁴. עם כל הכבוד, הוראת המחוקק בסעיף 40(2) הנזכר לעיל מתייחסת לבית המשפט המחוזי בלבד. הקביעה שבית דין רבני הוא "מיוחד" ובית המשפט לענייני משפחה אינו כזה אינה הכרחית. אמנם, בהתחשב בסמכות הרחבה של בית המשפט לענייני משפחה,

המחוזי. אם לא כן, יתווספו פיצול על פיצול וקושי על קושי... לסיכום עניין זה: תביעה להחזקת קטין, אשר הוגשה בבית־המשפט המחוזי, טומנת בחובה, בדרך כלל, גם את ענייני החינוך. המבחן הוא ענייני: כל שנדרש להכרעה לצורך החזקת הקטין כלול במסגרת התביעה, ואף חינוך ילדים במשמע".

193 בג"צ אמיר, הערה 169 לעיל, בעמ' 334. ראו גם אסמכתאות השופט חשין, שם, וההסתמכות על טיעון זה בתמ"ש (ת"א) 22362/97 מ. ב. ג' ע. מ., תקדין־משפחה (198) 49, 55.

194 ראו בג"צ אמיר, הערה 169 לעיל, בעמ' 333.

הנפרסת למעשה על כל העניינים הנדונים בין קרובי משפחה¹⁹⁵, ניתן לראות אף בו ערכאה בעלת סמכות דיון כללית ומקורית בסכסוכים אלו, שסמכויותיה רחבות מסמכויותיו של בית דין דתי, המוסמך לדון רק בחלק מהסכסוכים בין קרובי משפחה, בנסיבות מסוימות; אולם, בהתחשב בלשונו המפורשת של המחוקק, המזכיר רק את בית המשפט המחוזי בהוראת החוק הנזכרת לעיל, הכלל שנקבע בפרשת אמיר ומתייחס ל"כל ערכאה אזרחית" אינו נקי מספקות.

(ב) הרובד הסמוי: שיקולים מהותיים

בפסק דין אמיר קיימת הפרדה ברורה בין התחום הדיוני לתחום המהותי. השופט חשין כתב שהלכת הכריכה "אינה חלק מן הדין המהותי הנוגע ליחסי הורים וילדים, בכלל, ולסוגיית החזקת קטינים, בפרט". הוא היה ער לחשיבותם של שיקולים מהותיים כאשר נכרכים בתביעת הגירושין עניינים שהם בנפשם של ילדים. אמנם לדידו "תביעה להחזקת ילד", בכל ערכאת שיפוט, "כוללת היא, כמו מעצמה, את נושא חינוכו. והרי דרך העולם היא, שמי שילד נמצא במשמורתו אמור לדאוג לא רק לפרנסת גופו של הילד אלא לפרנסת רוחו אף היא"; אולם הוא סבר שלא מוטלת עליו חובה להסיק את המסקנות המתבקשות מנקודת מבט מהותית-ערכית זו ביחס לסמכותו של בית דין רבני. הוא פטר את עצמו מהצורך להתעמק בעקרונות המהותיים החלים בכל דיון בנוגע לילדים במשפט הישראלי, כשכתב במבוא לפסק דינו: "אולם לא נעסיק עצמנו אלא בנושא הסמכות בלבד, שהרי מדשדשים אנו עדיין בפרוודור, ואם תאמר: הרי עיקר הוא בטובתו של הקטן, ומדוע לא נדבר בטובתו? אף אנו נשיב: אכן כן, אלא שאותה טובה היא בטרקלין, ואנו לא נכנסנו עדיין לתוכו של טרקלין".

מן האמור לעיל עולה, כי השופט חשין סבר שבדיון בעניין סמכות השיפוט בענייני ילדים הנדונים אגב דיון בסכסוך הגירושין שבין הורים, השופט אינו נדרש לחקור ולדרוש בענייני מהות. בהתחשב בחשיבותם של עיקרון טובת הילד ועיקרון זכויות הילד בכל הכרעה בענייני ילדים במשפט הישראלי, גישה זו אינה רצויה. עדיפה על פניה גישה המייחסת חשיבות יתרה לטובת הילד ולזכויותיו בשני שלבי הדיון – בדיון הנוגע לסמכות השיפוט בענייני ילדים, ובדיון המשפטי בעניינים הללו בערכאת השיפוט המוסמכת. לדעתנו, אף בתחום זה רצוי מעבר מהשקפת עולם המתמקדת בטובת הילד להשקפת עולם חדשה, המייחסת חשיבות רבה לזכויות הילד. כל עוד הילד אינו זוכה לייצוג עצמאי, צרכיו לא יזכו למענה הולם. האיוון בין שיקולים סותרים בהקשר זה, לאור דוקטרינת טובת הילד, אינו קל, והאיוון של שופטי בית המשפט העליון, בפסיקה המאוחרת יותר, אינו נקי מספקות. הכללים הדיוניים שנקבעו בפסיקת בית המשפט העליון בעניין סמכותו של בית הדין הרבני הכרוכה בתביעת הגירושין, מאפשרים להורים

195 ראו סעיפים 1 ו-3 לחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995.

שימוש ציני בסמכות השיפוט כדי לקדם את האינטרסים שלהם. רק ייצוג עצמאי לקטין מבטיח הגנה על טובתו ועל זכויותיו של הקטין.

נראה ששופטי בית המשפט העליון, ובכללם השופט חשין, שקלו שיקולים מהותיים בהקשר זה, אך נמנעו מלפרטם בגלוי ובפרוש¹⁹⁶. המגמה המתמשכת של צמצום סמכות השיפוט של בית הדין הרבני בפסיקת בית המשפט העליון אינה אך צירוף מקרים חסר פשר. עיקרון טובת הילד וטובת בני הזוג הוא העיקרון המנחה. השופט חשין – בדומה לשופטי בית המשפט העליון שקדמו לו וצמצמו את הסמכות הכרוכה בתביעת הגירושין של בית הדין הרבני – שקל כנראה שיקולים מהותיים סמויים שהובילו למסקנתו הדיונית. מפסיקתו בהלכת בלויגרונד עולה הסברה שהשופט חשין נמנה בין השופטים המסתייגים לעתים מדרך טיפולו של בית הדין הרבני בעניינים מסוימים הנכרכים בתביעת הגירושין¹⁹⁷. לדעתו, כנראה, בדיונים בעניינים רגישים, שבהם השקפת עולם דתית עשויה להטות את הכף כנגד השקפות של מומחים מתחום מדעי ההתנהגות (כגון עובדים סוציאליים ופסיכולוגים) בדבר טובת הילד, עדיפה הקניית סמכות שיפוט לבית המשפט האזרחי. בפסיקתו בהלכת אמיר השקפת עולם זו סמויה מן העין. בהקשר זה יש לייחס חשיבות לפסקי דין של בית המשפט העליון שבהם בוטלו פסקי דין של בתי הדין הרבניים, שבהם השיקול העיקרי או המכריע היה שהחינוך שיתן הורה מסוים לילד יהא דתי או דתי יותר. במקרים אלה סברו שופטי בית המשפט העליון שהדיינים לא מילאו בדרך נאותה את החובה המוטלת עליהם בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות לשקול מהי טובת הילד¹⁹⁸.

196 פרופ' רוזן-צבי סבר, שצמצום סמכות השיפוט הכרוכה של בית הדין הרבני, בין היתר בענייני ילדים ובסוגיית חינוך ילדים, נובע מחוסר שביעות רצון של שופטי בית המשפט העליון מפרשנות בתי הדין הרבניים למושג "טובת הילד". מנקודת המבט של שופט בית המשפט העליון, צמצום סמכות בית הדין הרבני הכרוכה בתביעת הגירושין אמור לשרת, בין היתר, את טובת ילדי בני הזוג המתגרשים. ראו רוזן-צבי, הערה 30 לעיל, בעמ' 53.

197 בפסק דין זה נמנע בית המשפט העליון מלהתערב בהחלטת בית הדין הרבני מפני שהחלטת הדיינים עלתה בקנה אחד עם טובת הילד, מנקודת מבט חילונית. עם זאת, השופט חשין כתב, שבנסיבות אחרות היה מתערב ופוסל החלטה של בית הדין הרבני. מנימוקי בפסק הדין עולה שלדעתו החלטת בית הדין הרבני תהא בסלה, כאשר לאור פרוטוקול הדיונים בבית הדין הרבני החלטת בית הדין מושתתת על ייחוס חשיבות יתרה למוכחו הדתית-רוחנית של הילד, ובית הדין מתעלם מסוכתו, כפי שהוא מוגדרת על ידי מומחים – כגון עובדים סוציאליים או פסיכולוגים – המייחסים חשיבות יתרה לדאגה לבריאותו הפיזית והנפשית של הילד והתפתחותו התקינה. ראו בלויגרונד, הערה 34 לעיל, בעמ' 434–435. גם בעניין דויד, הערה 86 לעיל, מלמד פסק הדין של השופט חשין כי דעתו אינה נוחה מהתעלמות הדיינים מחוות דעת מקצועיות בנוגע לטובת הילד כשנדונה סוגיית חינוך ילדים. ראו גם שניס, הערה 35 לעיל, בעמ' 222–225.

198 השקפת העולם הערכית-מהותית של שופטי בית המשפט העליון בנוגע לטובת הילד באה לידי ביטוי בפסקי דין שונים, שבהם קבע בית המשפט העליון שפסקי דין של בתי דין דתיים בישראל, שבהם "טובת הילד" התפרשה מנקודת המבט הדתית-רוחנית של בתי הדין הללו, הם בטלים משום שלא נשקלו כראוי שיקולי טובת הילד. ראו בג"צ 184/54 ברייה נ' קאדי בית הדין השרעי

נראה, כי באמצעות צמצום זה של סמכות בית הדין הרבני בענייני חינוך (למרות התוצאה הבלתי נמנעת – האצת מרוץ הסמכויות – שאינה עולה בקנה אחד עם טובת הילד) חיוו שופטי בית המשפט העליון את הדעה שטובת הילד מחייבת שבמידת האפשר לא יתקיים דיון בבית הדין הרבני בענייני חינוך ילדים. הנחתם הסמויה היא שבית הדין הרבני אינו שוקל נכון את שיקולי טובת הילד כאשר עומד בפניו השיקול, הדומיננטי בעיניו, של חינוך דתי, ומכאן הסתייגותם מהרחבת סמכותו של בית הדין הרבני. עם זאת, ההלכה בפסק דין אמיר מנציחה ומעצימה את פיצול השיפוט בכלל, ואת ההפרדה המלאכותית בין החזקת ילדים וחינוכם, שראשיתה בפסק דין פלורסהיים, במיוחד. אין להתעלם מהעובדה שהעמקת פיצול זה עלולה לגרום, בין היתר, לפגיעה בילדים של בני הזוג המתגרשים, כאשר עניינים שונים (כגון החזקת הילדים וחינוכם ו/או מזונותיהם) נדונים בערכאות שיפוט שונות, בדיון שהוא לעתים מסורבל וארוך, ועניינם אינו נדון בו במאוחד, מנקודת מבט כוללת.

העמקת פיצול הסמכויות אף מגבירה בעקיפין את מרוץ הסמכויות, שתוצאותיו השליליות עלולות לפגוע בילדים ובהורים. הילד אינו יוצא נשכר מגירושין מהירים ונמהרים של הוריו, שהייתה אפשרות למנעם במציאות משפטית אחת – אם, למשל, הייתה ניתנת להורים שהות מספקת להחליט אם הם רוצים להתגרש, ובמידת הצורך ליישב את ההדורים ביניהם או לדון בכובד ראש וביישוב הדעת בכל פרטי ההסכם ביניהם, בין היתר בנוגע לילדיהם. כאשר הצדדים לסכסוך הגירושין פועלים מכות התחושה שהם חייבים לפעול במהירות ובדרכי תחבולה כדי לא להפסיד במרוץ הסמכויות שמטרתו לקיים את הדיון בערכאות השיפוט הנוחה להם¹⁹⁹, והם חוששים שמתן הזדמנות לניסיונות השכנת שלום ביניהם, או פתרון סכסוך הגירושין ביניהם בדרך תרבותית – במשא ומתן ביניהם או בהליכי גישור או פישור – יוביל להפסד כזה²⁰⁰, הם נגררים להגשה חפוזה ומוקדמת מדי של תביעת גירושין, שעלולה להאיץ את הרס המשפחה ולמנוע אפשרות טיפול מאוחדת, של ערכאה אחת, שמטרתה היא ניסיון לפשר בין

המוסלמי, עכו, פ"ד ט 1193, 1198; מזר, הערה 34 לעיל, בעמ' 107, 108; ביארס, הערה 33 לעיל, בעמ' 673, 684; ע"א 680/84 שני נ' שני, פ"ד לט(2) 444, 447; צייטלין, הערה 33 לעיל; שניס, הערה 35 לעיל, בעמ' 194–195; רוזן-צבי, הערה 30 לעיל, בעמ' 91–92. כמו כן ראו לעיל, סמוך להערות 31–36. בנוגע לפרשנות השונה של עיקרון טובת הילד בבתי הדין הרבניים ובבתי המשפט האזרחיים בישראל, ראו גם בג"צ 5182/93 לוי נ' בית הדין הרבני האזורי, רחובות, פ"ד מח(3) 1, 7.

199 על מרוץ הסמכויות ראו רוזן-צבי, הערה 35 לעיל, בעמ' 67, 68.
200 צד החפץ להקנות סמכות דיון בענייני ילדים, כגון ענייני חינוך, לבית הדין הרבני, צריך למהר ולכרוך את העניינים הללו בתביעת הגירושין שהוא מגיש לערכאה זו. לעתים תביעה במועד זה היא מוקדמת מדי ומונעת מיצוי התהליך להשכנת שלום בית בין בני הזוג או להשגת הסדר מוסכם בין ההורים בהליכי בוררות, גישור או פישור. על התוצאות השליליות של מרוץ הסמכויות ראו רוזן-צבי, הערה 35 לעיל, בעמ' 67, 88; מעוז, הערה 146 לעיל, בעמ' 124.

הצדדים או לפתור את ענייניהם וענייני ילדיהם מתוך ראייה כוללת של סכסוך הגירושין. נראה, כי בעיני שופטי בית המשפט העליון שיקולים אלה אינם השיקולים המכריעים כשבוחנים את טובת הילד שעניינו נכרך בתביעת הגירושין.

כששוקלים את השיקולים הרלבנטיים מנקודת מבטו של הילד שעניינו נכרך בתביעת הגירושין, אין להתעלם מצמצום נוסף של סמכות בית הדין הרבני, שאף הוא אינו נקי מספקות מנקודת המבט של קידום טובת הילד. כאמור לעיל, דיון בעניינו של הילד, כשבפועל הוריו מייצגים אותו ולעתים מצויים במצב של ניגוד עניינים עמו, אינו משרת באופן ראוי את צרכיו. בעיה זו נדונה בעבר בעיקר כאשר הורה תבע בשם ילדו תביעה למוזנות הילד – תביעה שבעבר ניתן היה לכרוך בתביעת הגירושין. בסיפא של הסעיף בנוגע לסמכות הכרוכה בתביעת הגירושין כתוב: "לרבות מוזנות לאישה ולילדי הווג". לכאורה עולה מלשון המחוקק שבידי הוריו של הילד – אפוסטרופוסיו הטבעיים הפועלים בשמו – נתונה אפשרות לבחור את ערכאת השיפוט שבה יידון הסכסוך בנוגע למוזנות שלו. ואכן, כך פירשו תחילה שופטי בית המשפט העליון²⁰¹; אולם בסופו של דבר שופטי בית המשפט העליון, שייחסו חשיבות יתרה לטובת הילד, פירשו ברוח את הביטוי "ולילדי הווג" באופן שאינו מתייחס לתביעה למוזנות ילדים אלא לתביעת בת זוג, התובעת מבן זוגה כספים שהוציאה עבור מוזנות הילד. שופטי בית המשפט העליון פסקו – כדי למנוע קיפוח עניינו של הילד בתביעה למוזנות ילדים שבה הוא מיוצג על ידי הוריו, אפוסטרופוסיו הטבעיים – שהילד הוא צד נפרד, שאינו מתדיין בתביעת הגירושין של הוריו ותביעת מוזנות הכרוכה בה²⁰².

במבט ראשון נראה כי מגמה זו נועדה לקדם את טובת הילד. צמצום סמכותו הכרוכה של בית הדין הרבני, בין היתר בענייני מוזנות ילדים, נובע גם מהחשש שניגוד העניינים בין ההורים לילדים יוביל לקיפוח הילדים כאשר הם בוחרים את ערכאת השיפוט הנוחה להם. אולם, כשהדברים נבחנים ביתר הקפדה עולה, כי גם כאשר מתנהל דיון נוסף ונפרד

201 ראו בג"צ 170/56 רחמני ג' בית הדין הרבני האזורי ת"א, פ"ד יא 247, 250; וינטר, הערה 132 לעיל, בעמ' 1465; רוזן-צבי, הערה 30 לעיל, בעמ' 58.

202 לאור פסיקת בית המשפט העליון הסעיף בנוגע לסמכות הכרוכה בתביעת הגירושין דן בסכסוך בין הורים ואינו קובע הסדר ביחס לסמכות השיפוט בנוגע למוזנות ילדיהם. סמכות בית הדין הרבני בענייני מוזנות שנכרכו בתביעת הגירושין משתרעת אך ורק על התביעה שמגישה האשה לשם השבת ההוצאות שאותן הוציאה לצורך מוזנותיהם של הילדים. ראו בר"ע 120/69 שרגאי ג' שרגאי, פ"ד כג(2) 171, 181; ע"א 404/69 ניר ג' ניר, פ"ד כג(2) 673, 675; ע"א 22/70 זעירא ג' זעירא, פ"ד כד(1) 475, 476; עברון, הערה 133 לעיל, בעמ' 382; גבעולי, הערה 175 לעיל, בעמ' 158–159; ר"ע 627/85 סיגה ג' סיגה, פ"ד מ(1) 101, 102; ע"א 109/75 אברהם ג' אברהם, פ"ד כט(2) 690, 694–695; מבזרח, הערה 149 לעיל, בעמ' 530; רוזן-צבי, הערה 30 לעיל, בעמ' 58. היו שהביעו ספקות בנוגע לפרשנות דחוקה זו. ראו פסק הדין בעניין גגר, הערה 147 לעיל, בעמ' 387; רוזן-צבי, שם, בעמ' 58. לביקורת על גישה זו של בית המשפט העליון ראו מעוז, הערה 146 לעיל, בעמ' 101, 110.

בעניינו של הילד התובע מזונות, בדרך כלל על ידי הורה או על ידי עורך דין המייצג אותו, גם אז פועל המייצג בעיקר לצורך קידום האינטרס של ההורה, ובמצב של ניגוד עניינים לא תמיד טובת הילד תהא השיקול שעל הפרק²⁰³. יתר על כן: בשל מרוץ הסמכויות, ובשל החובה לקיים הליך נפרד ונוסף במזונות הילדים או בחינוכם – אוי נגרם בזבוז משאבים והארכת משך ההתדיינות בין בני הזוג. שוב נקלעים הילדים בעל כורחם בין הפטיש לסדן, בשלב חדש בעימות בין ההורים²⁰⁴. צמצום סמכות השיפוט הכרוכה של בית הדין הרבני בענייני ילדים הוא סיכול נוסף של רצון המחוקק, מלכתחילה, לקבוע הסדר דיוני שיאפשר פתרון יעיל, צודק וכולל של כל העניינים השנויים במחלוקת בסכסוך הגירושין בין בני הזוג, מתוך ראייה כוללת של טובת בני הזוג וילדיהם.

(ג) משפט רצוי

דומה שבסוגייה זו הפתרון הדיוני של הפרדת תביעת הילד מן הדיון המשפטי של הוריו אינה עונה על הצרכים. פתרון זה מאפשר להורים להשתמש בכלל הדיוני לטובתם, ולקדם אינטרסים שלהם שלעיתים עומדים בסתירה לאינטרסים של ילדיהם הקטינים. בדיון בעניין מזונות ילדים או בענייני ילדים אחרים הנכרכים בתביעת הגירושין, הפתרונות שניתנו היו טכניים. השופטים שדנו בסמכות השיפוט הכרוכה לא העניקו די משקל לכל ההיבטים של טובת הילד. נראה שדיון שקוף, ברור ומפורט צריך להתקיים גם בנוגע לזכויות הילד שעניינו נכרך בתביעת הגירושין. לדעתנו ייצוג עצמאי של קטין הוא הפתרון הרצוי, הנותן מענה הולם לצרכים המהותיים של הילד.

בית המשפט צריך לפסוע מהפרוזדור הדיוני אל הטרקלין המהותי. הנחת המוצא הרצויה היא שהדיון בנוגע לעניינים הכרוכים בתביעת הגירושין ומשפיעים על גורל ילדים – כגון החזקת ילדים, זכויות ביקור, חינוך, חלוקת דירת מגורים של ההורים – צריך להתנהל כאשר השופט או הדיין מייחס חשיבות יתרה לכל השיקולים הרלבנטיים בנוגע לטובת הילדים וזכויותיהם²⁰⁵. הדיון בעניינים אלה במנותק מהעקרונות, או דיון חלקי בהם, מחטיא את המטרה. בית המשפט העליון צריך לדון במפורש ובמפורט בכל ההיבטים של עיקרון טובת הילד בענייני ילדים הכרוכים בתביעת הגירושין. עליו לדון בכל העובדות הרלבנטיות בהקשר זה ולהסביר כיצד הוא מאזן בין שיקולים מנוגדים.

כאשר השיקול של טובת הילד חבוי בין השיטין של פסק הדין, הימנעות מדיון גלוי

203 ראו בשג"צ 488/88 דואר נ' דואר, פ"ד מב(4) 453, 460.

204 ראו רוזן-צבי, הערה 35 לעיל, בעמ' 67, 91; כן ראו ע"מ (ת"א) 33/96 פלוני נ' פלונית, תקדין-מחזי 97(2) 1567.

205 (1994) 38-39 *Legal Rights of Children*; Donald T. Kramer, Hayes & Williams, הערה 2 לעיל, בעמ' 187.

ומפורט בטובת הילד אינה מאפשרת בחינה מעמיקה של כל העובדות והשיקולים שהם פועל יוצא מדוקטרינת טובת הילד. דוקטרינת זכויות הילד אף היא צריכה לבוא לידי ביטוי בשיקולים בנוגע לערכאת השיפוט המוסמכת לדון בעניין זה. דיון כזה, המתחשב כאמור הן בטובת הילד והן בזכויותיו, יחשוף את תהליך הסקת המסקנות שביצע בית המשפט ואת האיזון שביצע בין השיקולים המנוגדים²⁰⁶.

בסופו של דבר, מסקנתנו היא שייצוג עצמאי של הקטין שעניינו נדון, ובין היתר קטין שעניינו נכרך בתביעת הגירושין הוא – ורק הוא – פתרון המניח את הדעת מנקודת מבט מהותית, המייחסת חשיבות לטובת הילד ולזכויותיו. מנקודת מבט זו, כל הפתרונות שהציעה הפסיקה בעבר לא מנעו פגיעה בילד כשנקבעה ערכאת השיפוט. כשנקבעים הכללים הדיוניים בנוגע לסמכות השיפוט בענייני ילדים הכרוכים בתביעת הגירושין יש לייחס חשיבות יתרה לרצונו של הילד ולכבודו, ואלה באים לידי ביטוי כשמוקנות לו זכויות, ובמיוחד זכות ייצוג עצמאית, ובמיוחד בדיון בענייניו הנכרכים בתביעת הגירושין. כאשר זכות זו לייצוג מסויגת בסייגים המתאימים, היא תשמור על זכויותיו של הילד ותקדם את טובתו. גם על פי עקרונות האמנה בדבר זכויות הילד יש להעניק זכות ייצוג עצמאית לילד שעניינו נדון אגב תביעת גירושין של הוריו, בהתחשב בגיל הילד ובמידת בגרותו.

נוסף על כך, עיקרון טובת הילד צריך להיות "שיקול ראשון במעלה". לעתים ההורים הנתונים בקלחת של סכסוך הגירושין אינם די קשובים למצוקות של ילדיהם. אפסורפוס לדין או עורך דין המייצג את הילד יכול לספק לו ייצוג בהליך השיפוטי וכן ייעוץ משפטי שהוריו אינם מספקים לו, ולבקש שיינתנו לילד שרותי תמיכה נפשית או כלכלית במידת הצורך. אף בתחום זה המעבר מדוקטרינת טובת הילד לדוקטרינת זכויות הילד הוא המפתח לפתרון הטוב ביותר מבחינת הילד.

אין להתעלם מהעובדה שלעתים הענקת זכות ייצוג עצמאית עלולה לעמוד בסתירה לעיקרון טובת הילד. כך, למשל, הענקת זכות ייצוג עצמאית לקטין שהוריו נתונים בעיצומו של סכסוך גירושין משמעה גרירת הקטין לבית המשפט בכל פעם שנדונים בו ענייניו אגב תביעת הגירושין של הוריו. הדבר עלול לגרום לפגיעה נוספת בקטין, ובין השיקולים הנשקלים בעניין טובת הילד צריך בית המשפט לשקול גם עניין זה, ולהכריע אם יתרונות הייצוג עולים על חסרונותיו.

הדיון המפורש בסוגיה הערכית – איזה טריבונל שוקל טוב יותר את שיקולי טובת

206 אמנם לעתים, בדיון בעניין ילדים שעניינם נכרך בתביעת הגירושין שקלו שופטי בית המשפט העליון שיקולים מהותיים בנוגע לטובת הילד. עם זאת, הדיון בשיקולים אלה אינו מלא, ולא נזכרו בפסקי הדין בעניין זה, במפורש ובמפורט, כל העובדות והשיקולים הרלבנטיים. מדיניות זו אינה ראויה, מפני שהיא מאפשרת להורים להשתמש בכללים דיוניים כדי לקדם אינטרסים שלהם בדרך הפוגעת בילדיהם הקטינים. כמו כן, לעתים שיקולי טובת הילד הם מורכבים. במקרים שבהם השיקולים מובילים לכאן ולכאן לא ברור כיצד ומדוע אין בית המשפט בין שיקולים מנוגדים. לדעתנו, נחוזה יותר שקיפות בפסיקה בעניינים הללו.

הילד ואיזה טריבונל עומד על משמר זכויות הילד בצורה הולמת יותר – הוא בעייתי מאוד. עם זאת נראה, שבפסקי הדין בעניין פלורסהיים ואמיר חיוו שופטי בית המשפט העליון מכללא את דעתם בסוגיה זו. לדעתנו עדיף ששיקוליהם יהיו חשופים לעין כל, כדי שהציבור והמתדיינים יוכלו לשפוט כיצד הוסקו המסקנות מהעובדות ובאיזו מידה ואופן איון בית המשפט בין השיקולים המנוגדים ביחס לטובת הילד בהקשר זה, וגם כדי לסכל ניסיונות של הורים להשתמש בכללים דיוניים כדי לקדם אינטרסים שלהם על פני אינטרסים של ילדיהם הקטינים. נוכח הבעייתיות של הסגת גבול סמכותם של בתי הדין הדתיים על ידי פסיקת בית המשפט העליון נראה, שכדי למנוע פער בין בתי המשפט לענייני משפחה לבין בתי הדין הדתיים בהקשר זה ראוי שתיבחן אפשרות, בעצה אחת עם בתי הדין הדתיים, שבתי הדין יקבעו בתקנות הדיון שלהם הוראות דומות בדבר זכות ייצוג עצמאית לקטין בנסיבות המתאימות.

ה. סוף דבר

באופן הדרגתי חודרות לישראל – בעיקר באמצעות האמנה הבינלאומית ובמידה מועטת באמצעות חקיקה – השקפות עולם חדשות, שמקורן בדוקטרינת זכויות הילד. אמנם הפסיקה הישראלית לא אימצה עדיין את המהות של דוקטרינה זו כהשקפת עולם דומיננטית בנוגע לדיני הורים וילדים, וזכויות הילד הנזכרות בפסיקה נזכרות בה לעתים כטרמינולוגיה ולא כמהות; אולם השקפות עולם שמקורן באסכולת זכויות הילד הולכות וכובשות מקום במציאות המשפטית שלנו. אין ספק כי בעתיד ייבחנו סוגיות משפטיות רבות בנוגע לדיני הורים וילדים על פי שתי הדוקטרינות – טובת הילד וזכויות הילד. ראוי כי חשיבותה של דוקטרינת זכויות הילד תבוא לידי ביטוי הולם יותר בעתיד בחקיקה הישראלית ובפסיקת בית המשפט העליון בנוגע למעמד זכויות הילד בישראל. במיוחד נכון הדבר במצב של חשש לניגוד עניינים בין ילדיהם לבין הוריהם, אפוטרופוסיים הטבעיים, שאז יש להקנות במידת האפשר זכויות ואוטונומיה לילדים הקטינים.

נראה שהענקת זכות ייצוג עצמאית לקטין, בכפוף למגבלות מסוימות, מבטיחה באופן הטוב ביותר את קידום זכויות הילד בישראל, כשעניינו נדון אגב תביעת גירושין. בין היתר, כאמור, הענקתה מונעת מההורים אפשרות להשתמש בכללים הדיוניים כדי לקדם את האינטרסים שלהם על חשבון האינטרסים של ילדיהם הקטינים. לדעתנו, האמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד צריכה לשמש מקור השראה פרשני כללי בישראל ביחס לייצוג קטינים בישראל בהליך השיפוט, ואת זכות הייצוג העצמאית יש להעניק לקטינים בכפוף לאיזונים שנקבעו בה²⁰⁷.

Dominic McGoldrick, "The United Nations Convention On The Rights of The Child," 207 5 Int'l J. L. & Fam 132, 135, 137, 141 (1991)

לנגד עיניהם של כל העוסקים בהכרעות בענייני ילדים צריכה לעמוד ההנחיה הסמויה שבכתבי יאנוש קורצ'אק: "אנחנו מזלזלים בילד כיוון שהוא לא יודע, לא משער, לא מנחש. הוא לא מכיר את הקשיים ואת התסבוכות של חיי המבוגרים... חופשי מדאגות חומריות, מפיתויים וזעזועים רבי עוצמה – שוב איננו יודע ואיננו יכול לשפוט ואולי אנחנו משלים את עצמנו בסברה, שהילד הוא רק מה שאנחנו רוצים שיהיה ותו לא? אולי הוא מסתתר מפנינו, אולי הוא סובל במסתרים?"²⁰⁸

208 ינוש קורצ'אק, "זכות הילד לכבוד", כהבים א 354 (תשנ"ו).