



מבזקי הארות פסיקה 22 | פברואר 2014, 4-13

“חנוך לנער על פי דרכו” בעידן זכויות הילד

יחזקאל מרגלית*

1. מבוא.
2. עלייתה ושחיקתה של דוקטרינת טובת הילד.
3. להתעצמותה של דוקטרינת זכויות הילד.
4. לגבולות הראויים של זכות הקטין להישמע בהליך משפטי הקובע את גורלו.

1. מבוא

פסק הדין נשוא מבזק הארות פסיקה זה¹ הוא חדשני ואמיץ לטעמי. החדשנות והאומץ באים לידי ביטוי בכך שפסק הדין מעלה על נס, בצורה מושכלת וראויה, את שיח זכויות האדם בכלל ואת זכויותיו המתעצבות של הילד הקטין במשפחה בפרט. פסק הדין הכיר בזכותו של קטין, נער כבן 16, להשמיע את דברו בצורה בלתי-אמצעית בפני השופט העתיד לחרוץ את דינו ולקבוע היכן יהיה מקום לימודיו. פסק הדין הפך את החלטת בית משפט קמא² שהורתה על השארת הקטין בישיבה התיכונית שבה הוא לומד, תוך צידוד בטיעון של אבי הקטין, הפרוד מאימו, שטובת הילד להמשיך וללמוד במקום לימודים זה וזאת מבלי לשמוע כלל מה לקטין יש לומר בעניין ומהו רצונו. אמנם, בית המשפט קמא היה ער לזכות זו של הילד, אך סבר שהזכות היא יחסית ומשקלו של רצון הקטין כפוף לנסיבות של כל מקרה ומקרה. במקרה שלפנינו כלל אין צורך לפגוש את הקטין וניתן להסתפק ולהתרשם מכך שרצונו ללמוד בבית הספר עמל אינו אוטנטי, אלא מושפע מאחיו הבכור הלומד שם ומנאמנותו לאמו, שרק היא גיבתה את רצונו לעבור וללמוד בבית ספר זה.

* מרצה מן החוץ לדיני משפחה ולדיני חוזים באוניברסיטת תל-אביב.

¹ עמ"ש 31702-09-13 ע' (קטיין) נ' ש.ג. (פורסם כנבו, 10.10.2013).

² פסק הדין בערכאה מוקדמת, שניתן על ידי השופטת הדס גולדקורן מוזכר בפתח פסק הדין, שם.



חנוך לנער על פי דרכו "בעידן זכויות הילד"

בשונה מכך, בדיון בערכאת הערעור נשמע הקטין באוזני שלושת שופטי ההרכב בלשכתם, כפי שנכון וראוי היה לעשות מלכתחילה וכפי שהוכרה זכות זו בארץ הן בחקיקה והן בפסיקה. לאור בחינת רצונו בצורה ישירה הוחלט על ידם פה אחד לאפשר לקטין לממש את רצונו העז לעבור לבית ספר עמל, בבחינת אין אדם לומד אלא במקום שלבו חפץ. עובדת פנייתו של הקטין למועצה לשלום הילד וייצוגו העצמאי בערעור נשוא דיונונו בידי הסיוע המשפטי צובעים, לדעתי, בצבע עז יותר את חדשנותו של פסק הדין ואת העניין המשפטי והציבורי שהוא מעלה.

בכך מבקש אני להצטרף לקריאות מלומדים שונים הטוענים בתוקף גם בעשור השני למילניום השלישי שטרם הגענו אל המנוחה ואל הנחלה בעניין הצורך האקוטי להמשיך ולבצר את טובתם ורווחתם של הילדים.³ המהפכה החברתית ביחסה לילד הקטין כאזרח נושא זכויות טרם הושלמה, ולפיכך יש לחזק את המשך מתן התוקף ההולך וגובר לזכויות הילדים. בין היתר, בהכרה בזכותו להשמיע את דברו ולהביע את רצונו בצורה ישירה באוזני שופטיו ולא עוד להיתפס כסרח העודף של הוריו ולהניח הנחת עבודה בעייתית עד מאוד, שגם בלהט סכסוך הגירושין בין הוריו הם יעלו את טובתו ושמירת זכויותיו השונות על ראש שמחתם. ואכן, לטעמי, פסק הדין הוא לבנה נוספת בחומה ההולכת ונבנית מול עינינו, המכירה והמבצרת את זכויות הילד השונות ומכאן חשיבותו בעיניי. זאת הגם שהמדובר "רק" בפסיקה מנחה של בית המשפט המחוזי ולא בפסיקה מחייבת של בית המשפט העליון.

כדי שנוכל לעמוד נכונה על חדשנותו וחשיבותו של פסק הדין, שומה עליי לסקור ראשית דבר בקליפת אגוז לטובת הקורא שאינו בקי ברזי התחום את יחסה המשתנה

³ ראו, למשל, JAMES G. DWYER, THE RELATIONSHIP RIGHTS OF CHILDREN (2006); BARBARA BENNETT WOODHOUSE, HIDDEN IN PLAIN SIGHT: THE TRAGEDY OF CHILDREN'S RIGHTS FROM BEN FRANKLIN TO LIONEL TATE (2008).



וההולך של החברה לטובת זכויות הילד ועל מקומה של הזכות לשמיעת ילדים בהקשר כללי זה.

2. עלייתה ושחיקתה של דוקטרינת טובת הילד⁴

מן המפורסמות שאינן צריכות ראייה היא התעצמותה של דוקטרינת טובת הילד בשיח המשפטי, האקדמי והפסיקטי כאחד. עליית דוקטרינה זו מתוארכת למאה התשע-עשרה. יש הרואים במודל שוויוני וא-מגדרי זה תגובת נגד לתפיסה המסורתית של הילדים כרכוש הוריהם ולתפיסות המגדריות השונות שלעתים העדיפו את השמת הילדים אצל אביהם ובתקופה מאוחרת יותר דווקא אצל אימהותיהם. דוקטרינה זו, שהוקדשו לה מאות מאמרים ועשרות ספרים, חולשת זה כמה עשרות שנים על ענפיהם השונים של דיני הורים וילדים – החלטות שונות בענייני משמורת, אימוץ, קריאת שם הילד, תביעת אבהות ולחלופין הפסקת הכרה וולונטרית של גבר בילד כילדו המשפטי ועוד. לאחרונה ביקש פרופ' שחר ליפשיץ לבסס במחקריו השונים את חשיבותה של דוקטרינה זו הצריכה להשתרע לדידו כעיקרון מנחה גם על דיני הזוגיות.⁵

גם בארץ אפשר למצוא שפע של כתיבה מחקרית ופסיקה של בתי המשפט העומדות על מרכזיותה של דוקטרינה זו בדילמות השונות הקשורות ביחסי הורים וילדים. כך הוכרה טובת הילד כדוקטרינה מרכזית החולשת על הסדרת סכסוכים שונים בדיני הורים וילדים, הן במשפט האזרחי והן בהלכה היהודית,⁶ כקביעת משמורת ההורים, כאימוץ

⁴ לסקירה רחבה יותר של דוקטרינה זו ראו במאמרי יחזקאל מרגלית "על קביעת הורות משפטית בהסכמה כמענה לאתגרי קביעת ההורות המשפטית בעת החדשה" **דין ודברים** ו 553, 582–587 (2012).

⁵ לסקירת התעצמותה של הדוקטרינה בהקשר של יחסי הזוגיות ולקריאה לבכרו כעיקרון המנחה גם בהקשר הזוגי ראו במחקריו השונים שחר ליפשיץ **הסדרה חוזית של יחסים זוגיים במשפט האזרחי** 186, 343–344, 364 הערות 29–30, 408 הערות 235–236, 410–411, 477 (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בר-אילן, 2002); שחר ליפשיץ "יחסי משפחה וממון: אתגרים ומשימות בעקבות תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון" **חוקים** 1, 227, 306–310 (2009).

⁶ על היחס שבין טובת הילד ושיקולים הלכתיים שונים ראו פנחס שיפמן **דיני המשפחה בישראל** כרך ב 241–253 (1989); להשוואה בין טובת הילד בבתי המשפט האזרחיים לזו שבבתי הדין



חנוך לנער על פי דרכו "בעידן זכויות הילד"

ועוד.⁷ יודגש כי דוקטרינה זו עשויה להשתנות מחברה לחברה, ואף באותה חברה מתקופה אחת לתקופה אחרת. ואולם, כאורך ימיה של דוקטרינה זו כן אורך ימי הביקורת שנמתחה עליה.

ראשית, יש להעלות קושי מקדמי, שכן כידוע נטען שעיקרון זה הוא אמביוולנטי וקשה להגדרה, לכל היותר, ומניפולטיבי לכל הפחות, בשל היותו תלוי בתפיסת העולם שאותה השופט או החוקר המשתמש בו מבקש לקדם. **שנית**, לגופו של טיעון יש שהגדירו עיקרון זה כ"ידוע לשמצה" בשל התשתית שהוא מניח להנחות וסטראוטיפים מגדריים, כהעדפתה של משמורת האם בשל הקשר בינה לבין ילדה, החזק מן הקשר שבין הילד לאביו, או לחילופין העדפת האב בשל יכולתו הכלכלית הטובה מזו של האם. יש הרואים בדוקטרינה זו חדירה בלתי-ראויה של המדינה למרקם המשפחתי תוך עשיית שימוש בתובנות פטרנליסטיות. מלומדים ומחקרים שונים מלמדים שכפיית הורות על הורה שאינו חפץ בכך, כביכול בשם טובת הילד, רק גורמת נזק לילד וליחסיו עם הורה זה שאינו חפץ כלל בהורותו. בשולי הדברים יש לציין כי גם פרופסור פנחס שיפמן סבור שתפיסה הרואה בעקרון טובת הילד חזות הכול ומתעלמת מכל שיקול אחר היא פשטנית ומלאכותית מדי, שכן הנושא מורכב וסבוך הרבה יותר.⁸

הרבניים ראו יחיאל שמעון קפלן "טובת הילד בישראל: בין קודש לחול" **ספר מנשה שאוה: מחקרים במשפט לזכרו** 427 (2006); לפקפוק במרכזיותה של טובת הילד בהלכה היהודית בהקשר של סכסוכי משמורת ראו ישראל צבי גילת "כלום "טובת הילד" הוא שיקול על לפי המשפט העברי בסכסוך שבין הורים על משמורת ילדם?" **מחקרי משפט** ח 297 (1990).

לסקירת התעצמות טובת הילד ראו בלהה כהנא **חבות של הורים בנוזיקין כלפי ילדיהם וסוגיות בנוזיקין בהקשר לקטינים וצדדים שלישיים** 42–38, 77–81 (2008); לדין ראשוני במקומה של טובת הילד בקביעת משמורתו ראו אבנר חי שאקי "אפיונים בדיני משמורת קטינים – תוך דגש על ישום עקרון טובת הילד", **עיוני משפט** י 5, 14 (1984); לעמידה על טובת הילד וחשיבות שיתופו בקביעת משמורתו ראו יאיר רונן **שיתוף הילד בקביעת משמורתו** (1997); על משמעות המושג "טובת הילד" בהקשר של אימוץ קטינים, כפי שהדבר בא לידי ביטוי בפסיקת בית המשפט העליון, ראו מירה ברקאי ומילי מאסס **משמעות המושגים "מסוגלות הורית" ו"טובת הילד" בפסקי דין של בית המשפט העליון הדנים באימוץ קטינים** 20–24, 179–282 (1998).

אם כי אפשר לטעון גם שעקרון טובת הילד במהותו מביא בחשבון טיעונים שונים מסוג זה. למשל, אם הורה איננו מעוניין בהורות, הדבר ייחשב חלק מרכזי במגוון השיקולים המרכיבים את טובת הילד. ראו לעניין זה שיפמן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 219. לדוקטרינת טובת הילד כפי שנסקרה בהרחבה בארץ בידי ועדת רוטלוי ראו הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט



3. להתעצמותה של דוקטרינת זכויות הילד⁹

הליך הפרטת המשפחה וזניחת תפיסתה הציבורית כיחידה העשויה כמקשה אחת לטובת התעצמות זכויות הפרטים החיים בה לא פסח גם על מערכת היחסים הורים-ילדים, וכך אנו עדים להכרה הולכת וגוברת בזכויות הפרטים החיים בתוך התא המשפחתי, לרבות, לצורך דיוננו, זכויות הילדים. בעבר, לפני אימוץ דוקטרינת טובת הילד ותחילת העיסוק בזכויות ילדים, נחשב הילד חברתית ומשפטית לאובייקט השייך קניינית להוריו. הואיל ואין הוא סובייקט בעל אישיות משפטית עצמאית, אין הוא בעל צרכים או זכויות משל עצמו, כלומר סטטוס הילדות מנע מהילד את האינטרסים והזכויות של אדם בגיר שבהם מכירה החברה. ואולם הכרסום בסטטוס זה ראשיתו בהדרגה במאה השמונה-עשרה, ושיאו באמצע המאה העשרים בהכרה שיפוטית בזכויות חוקתיות של הילדים, בקיומן של תנועות אזרחיות (כגון Children's Rights Movement), בהצהרות של האו"ם ובפרסומן של אמנות בין-לאומיות להכרה במעמד הילד וזכויותיו, שהחשובה שבהן היא אמנת האו"ם הבין-לאומית בדבר זכויות הילד.¹⁰ בשולי הדברים, מעניין לציין שאמנה זו נכנסה לתוקף עשרה חודשים בלבד לאחר שאומצה, זהו הזמן המהיר ביותר שלקח לאמנת זכויות אדם להיכנס לתוקף וכן המדובר באמנת זכויות האדם עם מספר המדינות החברות הגבוה ביותר בעולם (193).¹¹

9 ויישומם בחקיקה דו"ח הוועדה – חלק כללי 127–166 (2003); להערכת המסקנות של ועדת רוטלוי לעניין קבלת החלטות בעניינו של ילד המושתת על תפיסת טובת הילד ככוללת את זכויותיו ראו רוברט ליכט-פטרן "קבלת החלטה בעניינה של ילדה – לקראת השלמה בין טובת הילדה לזכויות הילדה" המשפט 22, 73 (2006).

10 תיאור מרחיב של דוקטרינת זכויות הילד ראו בעבודת הדוקטור שלי, יחזקאל מרגלית **קביעת הורות משפטית בהסכמה** 73–76 (עבודת גמר לתואר "דוקטור בפילוסופיה", אוניברסיטת בר-אילן – הפקולטה למשפטים, התשע"א).

11 אמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 31, 221 (נחתמה ב-1989). האמנה צוטטה בפס' 5.3 לפרשת ע' (קטין), לעיל ה"ש 1. אמנה זו הניחה תשתית רחבה של זכויות תלות, אוטונומיה ושוויון; לסקירה היסטורית תמציתית של הליך זה ראו סביונה רוטלוי "זכויות לילדות ולילדים חזון או מציאות" **שערים למשפט** 1, 63 (2005).

11 להרחבה על אודות אמנה זו ראו, בין היתר, Adam Lopatka, *An Introduction to the United Nations Convention on the Rights of the Child*, 6 TRANSNAT'L L. &



חנוך לנער על פי דרכו "בעידן זכויות הילד"

השינוי שחל במעמד המשפטי של ילדים מתבטא היטב בדוקטרינה העיקרית היום בעניינם: הכרה הולכת וגוברת בזכויות הילד הקטין. וכך, במהלך השנים ובעיקר בסוף המאה העשרים, בארץ כבעולם, עם התעצמות שיח זכויות האדם, האזרח והקטין, החלה להתבסס דוקטרינת זכויות הילד.¹² קריאה להכרה בזכויותיהם של ילדים ניתן למצוא כבר בשנות השישים והשבעים של המאה העשרים, ואולם ההכרה ההולכת ומתעצמת בזכויותיהם מני אז ועד היום מתבטאת יפה בחומר הרב שנכתב בעניין זה. כך עם הליחול שיח הזכויות לתוככי המשפחה והפנמת התובנה שילדים הם יצורים אוטונומיים שאינם סרך עודף של הוריהם אנו עדים להתעצמות הדיון המשפטי בזכויות ילדים במגוון תחומים, כדלקמן:

זכות הילד לקבל מזונות ושאר צרכיו; זכות הילד לדרוש את "גירושו" מהוריו; ביטולה של דוקטרינת חסינות ההורים (the parental tort immunity) ובעקבות זה ריבוי תביעות נזיקיות נגד הורים בידי ילדיהם; זכות הילד לדעת את מוצאו הגנטי וזהות הוריו-מולידיו; זכות הילד להיות מאומץ; הבאה בחשבון של זכות הילד בכל דילמה של העתקת מקום מגורי המשפחה (relocation); הכרה בזכויות ייחודיות או שוות של ילדים שנולדו בזוגיות חד-מינית ולחילופין בזוגיות של בני מינוטים, כקבוצות אתניות ועוד; זכויותיהם החוקתיות של קטינים בני יומם והחשש לפגיעה חוקתית בהם בשל הליך בלתי-הולם של קביעת הורות משפטית ועוד.

מובן שגם לדוקטרינה זו קמו עוררים, זאת בשל העובדה ששיח זכויות הילדים נחשב ערעור על תפיסת העולם המקובלת בדבר אוטונומיית המשפחה והסמכות ההורית וקריאת תגר של ממש על החברה כולה. לפיכך אין זה פלא שניתן למצוא טיעונים של

CONTEMP. PROBS. 251(1996); Jonathan Todres, *Emerging Limitations on the Rights of the Child: The U.N Convention on the Rights of the Child and its Early Case Law*, 30 COLUM. HUMAN RIGHTS L. REV. 159 (1998) לתשתית התאורטית של דוקטרינה זו ולסקירת הפסיקה בארץ בעניינה ראו יחיאל שמעון קפלן "זכויות הילד בפסיקה בישראל – ראשית המעבר מפטרנליזם לאוטונומיה" המשפט ז 303 (2002).

12



המתנגדים הגורסים שכלל לא ניתן לדבר על זכויות של ילדים בנפרד מזכויות הוריהם.¹³ יתר על כן, אחרים גורסים שאף ניתן לדבר על חזקה שאינה ניתנת לסתירה, שמה שטוב להורים טוב גם לילדם, ולכן יש להיזהר שלא להסיג את זכויות ההורים מפני זכויות ילדם, בייחוד כשפגיעה בזכויות ההורים במצב עניינים כזה עלולה להיות בלתי-חוקתית.¹⁴ טיעון קיצוני מזה גורס שלאורך זמן מתן משקל מוגזם לזכויות הילד עלול לפגוע בילדים עצמם.¹⁵ הדברים אמורים בין השאר בשל היות זכויות הילד מושג אמורפי ורחב יתר על המידה, שעדיין לא ניתנה לו הכרה פוליטית ופילוסופית מבוססת בעיקר משום שרוב הזכויות נוצרו בעולם המבוגרים, וטרם נמצאה הדרך הראויה לתרגמן לעולמם של הילדים.¹⁶

- MARTIN GUGGENHEIM, WHAT'S WRONG WITH CHILDREN'S RIGHTS 13–14 (2005); Emily Buss, "Parental" Rights, 88 VA. L. REV. 635 (2002); Elizabeth S. Scott, *Parental Autonomy and Children's Welfare*, 11 WM. & MARY BILL RTS. J. 1071 (2003); Emily Buss, *Children's Associational Rights? Why Less is More*, 11 WM. & MARY BILL RTS. J. 1101 (2003) 13
- John C. Duncan, *The Ultimate Best Interest of the Child* ראו לטיעון הראשון *Enures from Parental Reinforcement: The Journey to Family Integrity*, 83 David D. Meyer, *The* ראו האחרון *NEB. L. REV.* 1240 (2005) 14
- David D. Meyer, *The* ראו רונה שוז "יחסי הגומלין בין זכויות הילד, טובת הילד וזכויות ההורים" *שערים למשפט* 1, 69 (2005). 15
- Barbara Bennett Woodhouse, *Talking About Children's Rights in* ראו *Judicial Custody and Visitation Decision-Making*, 36 FAM. L.Q. 105, 107 (2002); Bruce C. Hafen, *Children's Liberation and the New Egalitarianism: Some Reservations About Abandoning Youth to Their "Rights"*, in CHILD LAW 113, 115 (Harry D. Krause ed., 1992) 16
- Martha Minow, *What Ever Happened to Children's Rights?* ראו *80 MINN. L. REV.* 267 (1995); Stephen R. Arnott, *Family Law: Autonomy, Standing, and Children's Rights*, 33 WM. MITCHELL L. REV. 807, 808 (2007).



חנוך לנער על פי דרכו "בעידן זכויות הילד"

4. לגבולות הראויים של זכות הקטין להישמע בהליך משפטי הקובע את גורלו

לצורך המשך דיונו נתמקד מבין צבר זכויות הילד שקיבלו הכרה הולכת וגוברת באמנות בין-לאומיות שונות¹⁷ בזכות הילד להיות מיוצג בעצמו בדיונים הנערכים בעניינו ואף בזכות הילד להישמע באופן בלתי-אמצעי בפני השופט. זכות זו חיונית יותר בעניינים שבהם יש קונפליקט ברור בינו ובין הוריו, כגון בסכסוך סביב קביעת משמורת בעניינו, ובנדון דנן בקביעת מקום לימודיו. זכות דיונית חשובה זו מכירה בזכות הקטין לייצוג עצמאי ולהשמעת קולו בפני השופט החורץ את דינו, וזאת בלא שקולו יושתק כבעבר ויישמע אך ורק בפיהם של הוריו, העשויים לא אחת לזנוח את טובת ילדם ושמירת זכויותיו השונות בלהט סכסוך הגירושין שבעיצומו הם נמצאים.

זכות שמיעת ילדים בצורה בלתי-עצמאית הוכרה גם בחקיקה בארץ בזמן שבשנת 2011 עוגנה זכות זו בספר החוקים הישראלי, אם כי בשלב ראשון כפיילוט בלבד למשך שלוש שנים בבית משפט לענייני משפחה בחיפה ובירושלים ולאחר מכן תיושם גם ביתר בתי המשפט לענייני משפחה בארץ.¹⁸ זכות זו חלחלה זה מכבר לפסיקת בג"ץ,¹⁹ בתי המשפט המחוזיים²⁰ ולבית המשפט לענייני משפחה.²¹

17 כרוגמת ס' 12 ו-14 לאמנת האו"ם בדבר זכויות הילד המצוטטת בפס' 5 בפרשת ע' (קטיץ), לעיל ה"ש 1. בשולי הדברים יצוין שהוועדה לזכויות הילד של האו"ם, אשר אמונה על כתיבת הערות כלליות המפרשות את הוראות האמנה, כתבה שתי הערות פרשנות על אודות שני סעיפים אלו. ראו על כך תקנות 1258לג-1258לג לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, ק"ת 2220. לפסיקה עדכנית ראו, למשל, דנ"א 6041/02 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 12.7.2004) (בעניין חוק הנוער (טיפול והשגחה), התש"ך-1960); בע"מ 10480/05 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 5.12.2005).

18 ראו בעיקר ע"מ (ת"א) 90/97 מורן נ' מורן, פס' 9-18 לפסק דינה של השופטת רוטלוי (פורסם בדינים ועוד, 13.10.1998); ע"מ (י-ם) 464/03 פלמוני נ' אלמוני, פס' 99-103 לפסק דינו של השופט משה דרורי (פורסם בנבו, 8.8.2004).

19 ראו, לאחרונה, תמ"ש (נצ') 12780-09-08 ג.י נ' א.י, פס' 89.2 א-ד (פורסם בנבו, 6.8.2012).



במקרה שלפנינו נעשה, לטעמי, איזון נכון, מושכל וראוי בין בחינת רצונו החופשי של הקטין ועמידה על זכותו לבחור בעצמו היכן ילמד ובין שמירה על טובתו, שכן לא אחת מושמע חשש בספרות המחקר שהילד "יופקר" למימוש דוקני ועיוור של זכויותיו ובכך תיפגע בסופו של דבר טובתו.²² זאת שכן ילדים אינם תמיד בעלי כושר שיפוט מנטאלי בשל דיו המאפשר להם לקבל את ההחלטות הטובות וההגיוניות עבור עצמם. אומנם אנו שואפים בתקופה המודרנית לזנוח את הפטרנליזם המשפטי והחברתי המתנשא כלפי הילדים, אך זאת יש לעשות בהדרגה ובמשורה בלבד תוך נקיטת משנה זהירות לבל נעניק לילדים היקף נרחב מידי של זכויות שיתגלה בסופו של יום כעושר השמור לבעליו לרעתו.²³ בשולי הדברים אציין כי בהקשר קרוב, של ייצוג עצמאי לקטינים, המלומדים בארץ נחלקו בדעותיהם אם יש לצדד ביישומה הדוקני של זכות זו או שמא בשל האופי הייחודי של דיני המשפחה בארץ ובעיית אי-כיבוד הדדי בין הערכאה האזרחית והדתית, יש להגבילה במגבלות שונות.²⁴

ואולם, במקרה שלנו המדובר היה בנער מתבגר כבן 16, הקרוב מאד לבגרות, שהשכיל להביע בצורה המפורשת והברורה ביותר את רצונו היכן חפץ הוא ללמוד, תוך שהוא מסיר את החשש שמא מתוך גרונו בוקע רצונו וקולו הלכה למעשה של אחד מהוריו. רצונו המפורש זה של הקטין נתמך בנסיבות העניין בהמלצת פקידת הסעד לסדר הדין, שהתרשמה אף היא כי רצונו של הקטין מגובש ונחוש לעבור ללמוד בבית הספר עמל. מכאן קצרה הדרך לתמוך ולצדד בקביעה השיפוטית של מסקנת פסק הדין כי רצונו של הקטין אינו רק לשמור על זכותו להביע בצורה חופשית את דעתו ולכתוב את סיפור

22 הצורך באיזון זה נזכר במפורש בפס' 5.5 לפרשת ע' (קטין), לעיל ה"ש 1 ובפסק דינו של השופט זרנקין. לחשש אקדמי זה ראו במחקרים השונים המובאים לעיל בה"ש 14–15.

23 לתיאורה של גישת ביניים מעין זו, המבקשת להעניק זכויות לילדים, אם כי מפנימה ומיישמת את הביקורת כנגד, ראו אצל יחיאל שמעון קפלן "מטובת הילד לזכויות הילד – ייצוג עצמאי של קטינים" משפטים לא 623, 637–639 (2001).

24 ראו על כך בהתאמה קפלן, שם; יצחק כהן "מעמדו העצמאי של הקטין בדיני המשפחה – תהליכים, מגמות ודרכים לאיזון מחודש" משפטים מא 255 (2011); על החשש מפני החרפת הקיטוב בין הערכאות אם זכות זו תוכר as is ראו אצל כהן, שם, בעמ' 305, סוף ה"ש 146.



חנוך לנער על פי דרכו "בעידן זכויות הילד"

חייו כרצונו אלא שהדבר אף עולה בקנה אחד עם טובתו. אשר על כן, טוב עשה בית המשפט שקיבל את הערעור שלפניו והורה לשלב את הקטין באופן מידי בלימודים בבית הספר עמל.

סיכומם של דברים, מצויים אנו בעידן של התעצמות הולכת וגוברת של שיח זכויות האדם בכלל ובמשפחה בפרט, לרבות הכרה הולכת ומתחזקת בזכויותיהם השונות של ילדים בתוככי המשפחה ומחוצה לה. יש הגיון רב לראות בדוקטרינות טובת הילד וזכויות הילד משום מהפכה חיובית וחשובה באשר למעמד החברתי הנמוך והסטטוס המשפטי הבעייתי שלהם בימים עברו. ואולם, לא אחת מהפכות מהירות ותהפוכות חריפות אינן בהכרח מביאות את הקדמה ואת התועלת הרצויות ותחת זו מוטב לפסוע לאט ובטוח במעלה שלביו השונים של הסולם החברתי והמשפטי. דבריי אמורים בייחוד בהקשר של מתן הכרה הולכת וגוברת בזכויותיו השונות של הילד, שהוא אזרח המחר של המדינה. מכאן משנה החשיבות בהכרה, ביצור והגנת זכויותיו השונות בהתאם להתפתחות שכלו, גילו ויכולותיו הקוגניטיביות לקבל את ההחלטות והפעולות הטובות ביותר עבורו.

לא לחינם בחר המחוקק הישראלי להכיר בזכות הילדים להישמע בבית המשפט כזכות האמורה ראשית דבר להיבחן במבחן המציאות וכי מביאה היא יותר תועלת מאשר נזק לילדים. לפיכך, נקבעה זכות זו בשלב ראשון כפיילוט בלבד בבית המשפט לענייני משפחה בחיפה ובירושלים במהלך שלוש השנים הראשונות ורק לאחר מכן תיושם זכות זו גם בבתי משפט אלו ביתר חלקי הארץ. פסק הדין שלפנינו הוא הוכחה טובה לצורך בפסיעה זהירה ומדודה של המחוקק בהיקף הזכויות החקיקתיות הניתנות לילדים. כמו כן, משמש פסק הדין לאות ולמופת להושטת הסעד הראוי של בית המשפט להכרה ויישום בפועל של זכות הילד להישמע בפני שופטיו בצורה בלתי-אמצעית. רק כך יצא הילד נשכר פעמיים – הן בשמירת זכותו הדיונית הייחודית והן במציאת מקום הלימודים הראוי ביותר עבורו לטובתו ולרווחתו, בבחינת חנוך לנער על פי דרכו.