

רו"ח שלמה סירקיס

## זכויות ילדים – זכויות פוליטיות מול זכויות חברתיות\*

### ראשי פרקים

הקדמה

- א. שינויים בתדמית הילד
  - ב. זכויות – מניין?
  - ג. הבחנה בין סוגי זכויות
  - ד. נפקות ההבחנה בין סוגי הזכויות לענייננו
  - ה. 'הזכויות האוטונומיות', חשיבותן ומשמעות שלילתן
  - ו. בסיס ההתנגדות להענקת זכויות פוליטיות ולהרחבת האוטונומיה לילדים
  - ז. האמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד - 1989
  - ח. הזכויות שבאמנה
  - ט. זכות הילד לאוטונומיה - טענות התומכים
1. התמודדות עם טענת חוסר כשירות והיעדר רציונאליזם
  2. פטרנליזם
  3. שרירותיות
  4. הזכות להצביע, החלטות פוליטיות ועוד
  5. טענות המתנגדים ללא מענה
- י. הפתרון – מעמד ביניים
- יא. המצב המשפטי בארצות-הברית
  - יב. המצב המשפטי בישראל
1. כשירות משפטית
  2. דוקטרינת זכויות הילד
  3. תחולת חוקי היסוד על ילדים
- סוף דבר



### הקדמה

מאה ילדים – מאה אנשים אשר לא 'אי פעם', לא 'עדיין לא', לא 'מחר',  
אלא כבר... עכשיו... היום – אנשים הם. לא פעוטים, אלא נשגבים; לא

---

\*. תודתי נתונה לעו"ד דיקלה סירקיס שסייעה בידי.

דברים שאין להם שיעור  
מכון צומ"ת, אלון שבות תשס"ה

תמימים, כי אם אנושיים – ערכים, יתרונות, מגרעות, נטיות, שאיפות.  
(יאנוש קורצ'ק)

הכל רוצים בטובת הילד. הדילמה אינה אם ילד זכאי לטוב ביותר, אלא בשאלה מה הוא הטוב עבורו ועבור החברה, שכן ילדים הם חלק נכבד מן האנושות. במושג 'זכויות הילד' גלומות משמעויות רבות, לחלקן הסכמה ציבורית רחבה. על חלק הזכויות, שמשמעותן הענקת אוטונומיה לילד וצמצום שליטת ההורים והמדינה עליו, ניטש מאבק, שכן כל צד סבור שהוא הוא הפועל לטובתו. אנסה להאיר את תפישת עולמם של מתנגדי הרחבת אוטונומיית הילד ושל אלו התומכים בהפיכתו ליצור אוטונומי שווה-מעלה למבוגר. אראה כיצד העימות בא לידי ביטוי במצב המשפטי העכשווי, תוך בדיקת השפעת המשפט הבינלאומי על זכויות הילד, המצב המשפטי בישראל ומחוצה לה.

### א. שינויים בתדמית הילד

תדמית הילד בעיני החברה עברה שינויים מהותיים במהלך השנים, שינויים שניתן לייחסם גם לתמורות הכלליות שחלו בעולם בתפישת ה'אדם': הדגשת האינדיבידואליזם, אוטונומיית הפרט וההכרה בצורך לתת בידי את השליטה על חייו. לשינויים שחלו בתפישת הילד – חברתית ומשפטית – התפתחות היסטורית משל עצמם, הרואים בילדים קבוצה ייחודית מבחינה סוציאלית, הדורשת טיפול ייחודי. הגם שבימינו ברור כי הילדות היא שלב נפרד בחיים, לא מדובר באמיתה עתיקת יומין, אלא ביצירה חדשה יחסית<sup>1</sup>.

בשלהי ימי הביניים חלה התעוררות חברתית, בכללה ההכרה בילדות כשלב נפרד מהבגרות. טרם הכרה זו, ילדים עד לעת שבגרו ויכלו להביא תועלת כלשהי (בעיקר בפרנסת המשפחה), נחשבו לנטל מיותר<sup>2</sup>, והפכו תוך יום למבוגרים, במעבר חד, ללא שלבי ביניים שיכינום לשלב החדש בחייהם.

1. E. Verhellen, *Convention on the Rights of the Child* (Leuven, 1994), 9 (להלן: וורהלן).

2. D. Jackson, *The War Over Children's Rights: And Justice for All? Equalizing the Rights Of Children*, 5 *Buff. Hum. Rts. L. Rev.* 223, 226 (1999) (להלן: ג'קסון).

במאה ה-16 חלחלה ההכרה כי ילדים הם קבוצה נפרדת, בעלת תכונות ייחודיות<sup>3</sup>. ההתעניינות בילדים תרמה להבנה כי הענקת יחס מיוחד לילד תשרת את טובת כלל החברה, שכן הילדים אוחזים במפתח לעתיד העולם. משהוגדרה קבוצה חברתית נפרדת, נוצר צורך ביצירת מערכת נפרדת של נורמות<sup>4</sup>, אשר תרמו לגישה מגוננת כלפי ילדים. הילדים לא אחראים, יש לגונן עליהם ועל החברה מפני עצמם והחלטותיהם. התפישה היתה – ויש הדבקים בה גם כיום – שהענקת סמכויות לילד שעה שאין בידו כלים לשימוש מושכל בהן, עלולה להביאו לפגיעה בעצמו ובסובבים אותו. תפישה זו הובילה לגישה הפרוטקטיבית-פטרנליסטית.

במאה האחרונה הגענו ל'עולם הזכויות'. כאמור, הגישה השלטת היתה הגישה הפרוטקטיבית-פטרנליסטית<sup>5</sup>. בשלהי המאה ה-19 קמה תנועה שקראה תיגר על ריבונותם הבלתי מוגבלת של הורים על ילדיהם, תוך ניסיון לשכנע בחשיבות מתן אוטונומיה להם. התנועה התמקדה בצרכים המיוחדים של הילדים, בעיקר הגנה והתפתחות, ולא בהענקת אוטונומיה ובשיתוף הילד בקבלת החלטות הנוגעות לחייו. פעילי התנועה ינקו ממשנת ג'ון סטיוארט מיל, שגרס לגבי ילדים כי על הבוגרים להגן עליהם מפני מעשיהם ומפני מעשי אחרים<sup>6</sup>. פועלן של תנועות הילדים התבטא יותר בהקמת בתי משפט לנוער ובתי ספר ציבוריים (public schools), כמענה למצבם הייחודי וכהגנה מפני אי-כשירותם הזמנית<sup>7</sup>, בהיותם בסיכון גבוה לניצול. ההתמקדות הייתה בילדים מסוימים פגיעים, ולא בטיפול כולל כקבוצה. הביקורת היתה כי אין להתמקד בדאגה רק לאלו הזקוקים

3. וורהלן, לעיל הערה 1, בעמ' 11-12.

4. שם, בעמ' 14.

5. Freeman, *The Limits of Children's Rights*, in M. Freeman & P. Veerman, *The Ideologies of Children's Rights* (London, 1992), 83 (להלן: פרימן – גבולות).

6. ג. מיל, "על החירות".

7. B.C. Hafen & J.O. Hafen, *Abandoning Children to Their Autonomy: The United Nations Convention on the Rights of the Child*, 37 *Harvard Int. Law Rev.* 449, 452 (1996) (להלן: הייפן).

להשגחה, אלא יש לטפל טיפול שורש בהפליה המוסדית נגד ילדים כקבוצה, הפליה המבוססת על גיל<sup>8</sup>.

כתוצאה מהשפעת גופים בינלאומיים שקידמו את זכויות האדם בתחומים שונים, הועלו זכויות הילדים על סדר היום. נחתמו אמנות בינלאומיות רבות, הנוגעות להיבטים שונים של זכויות אדם: ההצהרה האוניברסלית לזכויות אדם, האמנה נגד עבדות, האמנה למניעת פשעי מלחמה והשמדת עם ועוד. חשיבותן היתה לא רק בהגברת מודעות לזכויות אדם ברמה הגלובלית, אלא ביצירת אמנות מסוג חדש, המטפלות בזכויות קבוצות מסוימות בחברה, שיחודן במצבן הסטאטי (נכים למשל), או במצב זמני העשוי להשתנות (אסירים למשל). ההכרה בכך שמצב ייחודי של קבוצה מחייב אמנה נפרדת, תרמה למודעות שגם ילדים – המוגדרים כקטגוריה עצמאית – זקוקים לאמנה בנפרד. יצירת אמנות מיוחדות לקבוצות העלתה תהייה ביחס לתחולת אמנות 'כלליות' בכלל ובפרט<sup>9</sup>. האם זכות שנקבעה באמנה בינלאומית תחול על ילד כמבוגר, והאם חובת המדינה לכבדה כלפי ילד דומה לכיבודה כלפי מבוגר? דילמות אלה הביאו בין השאר להבנת הצורך במסמך בין לאומי שיגדיר זכויות של ילדים.

## ב. זכויות – מניין?

זכויות אדם נגזרות מתפישת האדם את צרכיו הבסיסיים, ללא הבדל השתייכות לקבוצה או למין, ומתפישת המבנה הראוי לשלטון או לחברה. הזכויות הטבעיות והבסיסיות ביותר הן הזכות לכבוד, לחירות ולשוויון. אלו נובעות מעצם היות האדם 'אדם', הן קודמות להכרה של משפט פוזיטיבי בחברה זו או אחרת, ואינן תלויות בה<sup>10</sup>. לפי זה, לכאורה לא צריכה להתעורר שאלה בדבר זכאות ילדים לזכויות, שכן ילד הינו אדם.

8. פרימן – גבולות, לעיל הערה 5, בעמ' 83-85.

9. S. Detrick, *The United Nations Convention on the Rights of the Child* (Netherlands, 1992) (להלן: דטריק).

10. ר. גבזון, זכויות אדם בישראל (תל אביב, 1994), בעמ' 11-12. (להלן: גבזון).

לגבי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הובהר בפסיקה: "בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מוענקות זכויות לאדם באשר הוא אדם, ומושג זה כולל גם קטין"<sup>11</sup>.

אם כך, על יסוד מה נשללות מילד זכויות אדם בסיסיות, כמו הזכות לחירות לתכנן חייו ולקבל החלטות לגביהם<sup>12</sup>? הרי מימושה הוא הביטוי החזק ביותר לאוטונומיה, וזו כאמור נשללה מילדים במשך תקופה ארוכה. היו שהשיבו, כי בהגדרת 'אדם' מובנות ה"כשירות לשאת זכויות" ו"היכולת לקבל החלטות מושכלות". לאמור, המבחן ל'אדם' הוא יכולת קבלת החלטה רציונלית<sup>13</sup>. הדעה הרווחת אינה שוללת מילד את הגדרת ה'אדם', אלא שוללת רק את זכויותיו, בעיקר מטעמים פטרנליסטיים – בהיותו תלתי, לא אוטונומי, הזקוק להגנה. גישה זו אינה מזלזלת בחשיבות זכויות האדם, אלא שבהקשר לילדים אינה רואה צורך להכיר בהן, בטענה שהכרה כזו עלולה לפגוע בילדים ובחברה<sup>14</sup>.

ניתן לנסות להסביר את שלילת הזכויות מילדים גם באמצעות המשמעות שנייחס למימוש הזכות. יש דרך הרואה זכות כיכולת (power), המספקת כוח לפרט לדרוש דברים וליצור מחויבות של אחר כלפיו. הדגש מושם על היכולת לקבל החלטות רציונליות, ועל הפעלת סמכות באופן מושכל והגיוני. ילד אינו בעל זכות, שכן אין לו הכשירות לדרוש מאחרים או להפעיל סמכותו כלפיהם, בהיותו חסר הרציונליות הנדרשת להפעלתה. מהות זכות על פי 'תיאוריית היכולת' טמונה בעצם השימוש בה תוך הפעלת סמכות<sup>15</sup>.

דרך נוספת היא על פי תיאוריית 'קידום האינטרסים', הרואה בזכויות אינטרסים מוגנים בחוק או בהסדר, ואת 'בעל הזכות' כמי שמבקש לקדם אינטרסים אלו. גישה זו מאפשרת הכרה בזכויות ילדים, בהיותם בעלי אינטרסים מוגנים, אותם מעוניינים לקדם. בניגוד לגישה הקודמת, לא נטען כי 'האינטרסים' הם ביטוי ליכולת רציונלית<sup>16</sup>. הסכנה הטמונה בתיאוריה זו היא הפטרנליזם. 'אינטרס' אינו

11. עע"מ (ת"א-יפו) 3/98 א.ב. נ' י.ב. תק-מח (3)98, 6605, 8.11.98 (להלן: עע"מ 3/98).

12. גביזון, לעיל הערה 10, בעמ' 15.

13. T.D. Campbell, *The Rights of the Minors: As Person, As Child, As Juvenile, As Future* (1992) 1, 17 (*Adult, 6 Int. Journal of Law and the Family*) (להלן: קמפל).

14. פרימן – גבולות, לעיל הערה 5, בעמ' 84.

15. קמפל, לעיל הערה 13, בעמ' 4-3.

16. שם, בעמ' 5.

בהכרח מזוהה עם רצון או העדפה, וניתן לומר כי רצון אדם אינו תואם תמיד את האינטרסים שלו<sup>17</sup>.

### ג. הבחנה בין סוגי זכויות

חלוקה מוצעת היא בין זכויות חברתיות-כלכליות לבין זכויות אזרחיות-פוליטיות, שיכנונו לעיתים 'זכויות אוטונומיות'.

היסטורית, זכויות פוליטיות היו הראשונות שזכו להכרה. משמעותן הימנעות חברה מהגבלת פרט ללא הצדקה מיוחדת, ומתן אפשרות לחיות לפי בחירתו ושיפוטו. זכויות אלה מכונות 'נגטיביות', שכן החיוב המוטל על המדינה לכבדן הוא שלילי: אי-התערבות, והבטחה כי פרטים אחרים לא יתערבו. למימושן אין נדרשים להקצאת משאבים חומריים.

לעומתן, זכויות חברתיות-כלכליות מכונות 'פוזיטיביות'. אין להסתפק בהימנעות המדינה מלהתערב, אלא נדרש להתחייב להבטיח לפרט מינימום של אפשרות קיום. הנחיצות בהקצאת משאבים להבטחת זכויות אלו גורמת להיותן תלויות במצב החברתי והכלכלי<sup>18</sup>.

הדעה הרווחת היא שהזכויות החברתיות קודמות לפוליטיות, שכן אנשים רעבים, נעדרי יכולת כלכלית מינימלית לחיים של כבוד, לא מסוגלים להעריך זכויות כחופש הביטוי או ההתאגדות. רק לאחר שיושגו צורכי מחיה מינימליים, ניתן לעבור ממאבק ההשרדות ומסיפוק צרכים פיזיים למאבק למימוש זכויות פוליטיות. לאחר מלחמת העולם השנייה, שעה שהמאבק לזכויות אדם הפך לעניין בינלאומי, התעוררה שאלת הקדימות בין סוגי הזכויות. בהכרזה הבינלאומית על זכויות אדם מ-1948 הוכרו הזכויות החברתיות-כלכליות כחלק מזכויות האדם, אולם ביישום ההכרזה לאמנות נשמרה ההבחנה בין הסוגים, ולכל סוג הוקדשה אמנה נפרדת עם הסדרים שונים<sup>19</sup>.

17. C. A. J. Coody, *Theory, Rights and Children: A Comment on O'Neill and Campbell*, 6 *Int. Journal of Law and the Family* (1992), 43, 48 (להלן: קואדי).

18. גביזון, לעיל הערה 10, בעמ' 12.

19. גביזון, לעיל הערה 10, בעמ' 12-13.

#### ד. נפקות ההבחנה בין סוגי הזכויות לענייננו

ראשיתן של התנועות לקידום זכויות הילד באמצע המאה ה-19. על רקע מצב הילדים בעולם, שהציב את הצורך המיידני והדחוף לדאוג לבריאותם הפיזית ולצורכיהם הבסיסיים. אצל הילדים קדמו הזכויות החברתיות לאזרחיות, תקופה ארוכה נסב שיח זכויות אלה על זכויות אלו בלבד. המשמעות היתה זכות לטובת הקטין, המוחזקת בידי האחראי עליו, היודע מהי טובתו, ולא אוטונומיה או עצמאות. למשל, הזכות לחינוך, שנועדה לפתח בילד את יכולותיו ואת שיקול דעתו העצמי<sup>20</sup>, נכפתה עליו ללא אפשרות בחירה. זכויות החברתיות של הילד מתיישבות עם 'תיאוריית האינטרסים' שהוצגה. זכויות פוליטיות תואמות יותר את 'תיאוריית היכולת', על פיה הזכות היא הכוח להפעיל סמכות כלפי אחר והיכולת להשתמש בה באופן רציונלי.

לאחרונה עבר הפולמוס מההגנה על הילד להענקת אוטונומיה. תנועות 'לשחרור ילדים' הופיעו בשנות ה-70 של המאה ה-20. מאבקן מתמקד בהענקת זכויות משפטיות לילדים בדומה למבוגרים. הקיצוניים ביקשו להסיר את כל ההגבלות עקב גיל, תוך ביטול סטטוס הקטין מבחינה משפטית. יש שנקטו גישה מתונה יותר, לפיה הילד יוכר כיצור אוטונומי מבחינת פעולותיו המשפטיות, אלא אם יוכח במקרה מסוים כי אין לראותו ככזה<sup>21</sup>. המתח בין הזכויות השונות והשינוי במגמה משתקפים במסמכים הבינלאומיים ובדרך התפתחותם.

המסמך הבינלאומי הרשמי הראשון הוא ההצהרה בדבר זכויות הילד מ-1924 – "הצהרת ג'נבה", בה מאומצת הגישה כי ילדים זקוקים להגנה מיוחדת בשל חוסר בגרות פיזית ומנטלית. הגישה מבוטאת בחמשת עקרונות הצהרה, על פיהם על החברה לספק לילד אמצעים חומריים ורוחניים הדרושים לו כדי לגדול בצורה בריאה, תוך קריאה למדינות חבר הלאומים לפעול כך. המשך המגמה בהצהרה שאומצה באו"ם בשנת 1948, בה נקבעו שבעה עקרונות, כהגנה על הילד מביטויי גזענות ומניצול, הצורך לספק לו אמצעים להתפתחות חומרית ורוחנית, וכן זכותו לכל שירותי הרווחה.

20. מטרות אלה מוזכרות בסעיף 7 להצהרה בדבר זכויות הילד מ-1959.

21. הייפן, לעיל הערה 7, בעמ' 453.

בשנת 1959 אימץ האו"ם הצהרה נוספת, רחבה יותר. גם בה שלטת מגמת הדגשת זכויות חברתיות וההכרה בצורך הילד להגנה ולהשגחה מיוחדת<sup>22</sup>. בהקדמה להצהרה ובמסמכים הקודמים לה נכתב משפט מפתח המטיב לבטא המגמה:

Mankind owes to the child the best that it has to give.

האמנה הבינלאומית לזכויות הילד מ-1989 צעדה צעד משמעותי בדרך להכרה בזכויות. ניצניה בזכויות המנויות בהצהרת 1959 חורגות מעט מאלו הקלאסיות, ומעניקות לילד את הזכות לשם וללאומיות<sup>23</sup>.

### ה. 'הזכויות האוטונומיות', חשיבותן ומשמעות שלילתן

הזכויות הפוליטיות-אזרחיות מהוות רכיב הכרחי בבניית האדם את אישיותו. מי שנשללו ממנו זכויות אלה משול לעבד, הנתון ברשות אחרים, משולל ריבונות ואוטונומיה<sup>24</sup>. כאשר מפקיעים באופן גורף מילדים כל זכות אזרחית-פוליטית, נשללת מהם זכות בסיסית ראשונית של אזרח.

**עיקרון השוויון** הוא הבסיס להענקת זכויות שוות לכל ולמתן הגנה שווה לכל אחת מהן. ניתן לראותו כנגזרת של כבוד האדם, הזכות לכבוד אנושי ולתחושת הערך העצמי. משמעות עיקרון השוויון היא התייחסות שווה לאדם באשר הוא אדם, ללא קשר למאפייניו השונים, כמעמד חברתי, מין, גיל, דת, שפה, צבע עור וכדומה<sup>25</sup>. את העיקרון ניתן לחלק לשוויון בפני החוק ולשוויון מהותי – הזכות לאי-הפליה. בנושא זכויות ילדים, בפרט בנוגע לזכויות פוליטיות, הרלוונטי הוא השוויון המהותי – הזכות להסדר שוויוני, בו חוק אינו מעניק זכויות יתר לקבוצות מסוימות, או שולל זכויות יסוד מקבוצות אחרות<sup>26</sup>.

22. דטריק, לעיל הערה 9, בעמ' 19.

23. סעיף 3 להצהרה מ-1959:

The child shall be entitled from his birth to a name and a nationality

24. פרימן – גבולות, לעיל הערה 5, בעמ' 86-87.

25. א. רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל, מהדורה חמישית (תל אביב, 1996), חלק א', 271 (להלן: רובינשטיין).

26. גביזון, לעיל הערה 10, בעמ' 89-90.

שלילת זכויות פוליטיות-אזרחיות מילדים, מסוכנת להם ולחברה, שכן היא פותחת פתח לשלילת זכויות מקבוצות על בסיס סטטוס<sup>27</sup>. זו מצביעה על הפליה מוסדית ועל הפרת אחד מעקרונות היסוד בדמוקרטיה, לפיו אין בסמכות שום קבוצה לשלול מקבוצה אחרת את זכויותיה. תנאי להגבלת זכות אדם הוא שבמימושה נפגעת זכות האחר. כן אין זה ראוי שקבוצה תהא כפופה לחוק או להסדר שלא היתה שותפה ליצירתו. פגיעה זו רבה בקרב ילדים, שכן השפעותיהן המעשיות של החלטות פוליטיות תורגשנה בטווח הארוך, שעה שהמבוגרים לא יהיו כדי לשאת בתוצאות החלטותיהם. ילדים הם כמעט הקבוצה היחידה שזכויותיה הפוליטיות מסורות לקבוצה אחרת האחראית על מימושו. כאמור, אין ערבות לכך שאינטרס הקבוצה המחזיקה בזכויות זהה לאינטרס הקבוצה 'בעלת הזכויות', שמנועה מלעשות בהן שימוש<sup>28</sup>. נקודת המוצא היא שילד עונה להגדרת 'אדם', ולאחר שהוכרה זכותו לזכויות חברתיות, כמשתקף בהצהרות הבינלאומיות, הוא זכאי לזכויות הפוליטיות-אזרחיות באופן מובנה, בהיותו בן אנוש. כפרט, הוא 'ורש' זכויות אלה באופן אוטומטי, ואין הצדקה לשלול או לפגוע בזכויותיו בשל גילו, כשאינן פגיעה בזכותו של אחר<sup>29</sup>.

עיקרון השוויון לא מפורש כשוויון טכני. לא הכל שווים בפני החוק; החוק מביא בחשבון אי-שוויון טבעי מסוים. פירוש נכון של העיקרון הוא איסור הבחנה ע"פ קריטריונים שהחברה אינה סובלת<sup>30</sup>, לאמור: 'אפליה פסולה' מול 'שוונות רלוונטית'. 'אפליה פסולה' היא התייחסות לנתונים אישיים הטבועים באדם, שאינם ניתנים לשינוי על ידו. נראה שגיל עונה להגדרה זו: לא ניתן לילד בן 17.5 לשנות את גילו מיידית, כדי שיוכל להצביע בבחירות קרבות למפלגה המתחייבת לעניינים הנוגעים לשירות בצבא. במציאות, בית המשפט מתחשב במאפיינים אישיים רלוונטיים, כשאלו מצדיקים את הפרת עיקרון השוויון:

אם ההבדל או ההבדלים בין אנשים שונים הינם רלוונטיים למטרה הנדונה, אזי תהיה זו הבחנה מותרת אם מתייחסים אליהם, לצורך אותה

27. קמפל, לעיל הערה 13, עמ' 3.

28. B. Franklin, *Children Political Rights*, in B. Franklin, *The Right of Children* (Oxford, 1986), 24 (להלן: פרנקלין).

29. הייפן, בעמ' 454.

30. רובינשטיין, לעיל הערה 25, בעמ' 272.

מטרה, יחס שונה, ובלבד שההבדלים ההם מצדיקים זאת. המושג שוויון בהקשר זה פירושו, אפוא, שוויון רלבנטי<sup>31</sup>.

שאלת 'השוויון הרלוונטי' בהקשר לילדים עלתה בארה"ב בפסק דין מ-1988<sup>32</sup>, בניסיון לתקוף הסדר שנקבע על ידי עיריית דאלאס, לפיו בני נוער בגילאים 14-18 לא הורשו להיכנס למועדוני ריקוד של מבוגרים. הועלו שתי טענות: האחת – ההסדר פוגע בזכות הילדים להתאגד, והשנייה – ההסדר פוגע בעיקרון השוויון המעוגן בתיקון ה-14 לחוקה האמריקנית, שכן הוא יוצר הפליה בין ילדים למבוגרים. בית המשפט דחה את הטענה תוך שקבע כי קיים קשר לוגי בין המטרה העומדת בבסיס ההסדר – הגנה על ילדים מפני השפעות שליליות הקיימות באותם מועדונים – לבין ההסדר שמגביל את כניסתם.

בפסק הדין בעניין מילר נקבע כי שונות רלוונטית עשויה להצדיק הבחנה, אך מידת רלוונטיות השונות תיבחן בכל מקרה לגופו. בכל מקרה תיבחן הזיקה הנדרשת בין התכונות המיוחדות המצויות באחד ולא באחר, לבין המטרה שלשם השגתה נעשית ההבחנה, והאם היא ישירה וקונקרטי<sup>33</sup>. נקבע, כי על רקע פסקת ההגבלה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, יש לבדוק אם מידת הפגיעה בעיקרון השוויון אינה עולה על הנדרש<sup>34</sup>.

## 1. בסיס ההתנגדות להענקת זכויות פוליטיות ולהרחבת האוטונומיה לילדים

המעבר לזכויות במישור הפוליטי-אזרחי עורר התנגדות של ממש. טענה מרכזית שנטענת היא כי ילדים נעדרי רציונליות, היגיון וניסיון הכרחיים לקבלת החלטות משמעותיות עבורם או עבור זולתם. כן נטען כי אין בכושרם להעריך כראוי את

31. ד"נ 10/69 בורונובסקי נ' הרבנים הראשיים לישראל, פ"ד כה (1) 7, 35.

32. City of Dallas v. Stanglin, U.S. 490 19 (1988) (להלן: Stanglin).

33. בג"צ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 104. סעיף 13 לפסק דינו של השופט מצא (להלן: בג"צ 4541/94).

34. שם, ראה סעיף 14 לפסק דינה של השופטת דורנר. פסקת ההגבלה נבדקת מאחר ובמקרה זה רואה השופטת את הפגיעה בעיקרון השוויון כפגיעה בכבוד האדם, שכן מדובר בפגיעה על רקע קבוצתי – הפליה מחמת מין, ולכן בהקשר זה השוויון מעוגן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיף 4 לפסק דינה של דורנר).

תוצאות מעשיהם. הקביעה כי רמתו הקוגניטיבית והמוסרית של ילד אינה מאפשרת לו לקבל החלטות מורכבות, מתבססת על תוצאות מבדקים שנערכו על ידי פסיכולוגים וסוציולוגים<sup>35</sup>.

מיל סייג את הילדים בחיבורו "על החירות", וקבע כי ההצהרה לפיה כל בני האדם שווים בטבע אינה חלה על ילדים<sup>36</sup>.

האין בכך הפליה? המתנגדים דוחים את הטענה באומרם שאין מדובר באפליה הנובעת מתכונה הטבועה באדם בלי יכולת שינוי (כפי שהגדיר בית המשפט את האפליה הפסולה), אלא בהפליה זמנית בלבד (הנעשית לטובת הילד). בעתיד, לכשירכוש הילד את התכונות הנדרשות למימוש הזכויות, יזכה בהן. לא מדובר בתכונות ביולוגיות; האזרחות היא דבר פוליטי ולא ביולוגי, והכשירות הנדרשת להפעלתה היא עניין של זמן<sup>37</sup>. שלילת הזכויות בתקופת הילדות נעשית למען הילד, מאחר והוא עלול לטעות ולפגוע בעצמו, ומן הצורך להעביר את הילד תהליך של למידה והכשרה, בסופו יהיה מסוגל להשתמש בזכויותיו בתבונה.

טענה נוספת היא, שבמקביל לזכויות יש להטיל על ילדים את החובות הנובעים מסטטוס בגיר. הטענה נוגעת לבחינה הכלכלית, אך גם לבחינות נוספות. ילד תלוי בתמיכת הוריו, כל עוד קיומו תלוי – אין באפשרותו לדרוש חירות מלאה, הניתנת לאדם עצמאי ובלתי תלוי. הענקת זכויות פוליטיות-אזרחיות בטרם עת תפגע בשלב ה'ילדות', ותמנע מן הילד זכויות ייחודיות להן זוכים הילדים להגנתם. אם תוטל אחריות, ההגנה המיוחדת תוסר<sup>38</sup>. המתנגדים רואים דחיפות במתן מענה לבעיות רעב, ניצול ופגיעה בילדים, תופעות של יום יום, שקיצן אינו נראה באופק. לראייתם, יש לדאוג תחילה לרווחת הילדים ולבריאותם, וההתעסקות בצרכים בסיסיים אינה מותירה מקום לעניינים פוליטיים.

P. Alderson & M. Goodwin, *Contradictions within Concepts of Children Competence*, 35 *Int. Journal of Children's Rights* (1993) 303, 311 (להלן: אלדרסון וגודוויין). כנגד מבדקים אלה מושמעת ביקורת שהם מסתכלים על הילדים כיחידה אחת, ומתעלמים מן ההקשר החברתי-תרבותי ומן הערכים והאמונות הקשורים לחברה של הילד.

L. E. Teitelbaum, *Children's Rights and the Problem of Equal Respect*, 27 *Hofstra Law Rev.* (1999) 799, 802-803 (להלן: טיטלבוים).

37. שם, בעמ' 804.

38. שם, בעמ' 462.

חרף ההתנגדות, בשלושים השנה האחרונות עדים אנו להתחוללות שינוי משמעותי, והחל השיח על הענקת אוטונומיה לילדים. שיאה של מגמה חדשנית זו בא לביטוי באמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד מ-1989.<sup>39</sup>

### ז. האמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד – 1989

האמנה התגבשה על רקע מצבם הקשה של ילדים רבים בעולם, הנתונים לסכנה תמידית, לתנאים סוציאליים קשים, למלחמות, לניצול ולרעב. זו צעדה צעד 'אמיץ' לטריטוריה בה טרם דרכה רגלו של מסמך משפטי קודם. לאחר שנחתמה או אושרה על ידי כ-130 מדינות, נחתמו מסמכים נוספים שמטרתם קידום זכויות ילדים<sup>40</sup>. הדגש אינו רק על שילוב הילדים בחברה באמצעות שיפור תנאיהם ה'סוציאליים', אלא גם על הצורך ביצירת אוטונומיה וחירות עבורם. האמנה פותחת בהקדמתה:

בהיותן משוכנעות כי המשפחה, כקבוצת יסוד לחברה וכסביבה, טבעית להתפתחותם ולרווחתם של כל בניה, ובפרט הילדים – מן ההכרח כי יובטחו לה אבטחה וסיוע, ככל הנדרש, באופן שתוכל לשאת במלוא אחריותה בתוך הקהילה; בהכירן כי הילד, לשם פיתוח אישיותו המלא והרצוני, מן הראוי כי יגדל בסביבה משפחתית, אווירה של אושר, הבנה ואהבה; בסוברן כי הילד ראוי להכנה מלאה לקראת החיים העצמאיים בחברה; בהזכירן כי, בגלל אי-בגרותו הפיזית והנפשית, זקוק הילד לבטחוונות והשגחה מיוחדים.

מספר סעיפים באמנה מעניקים לילד זכויות אזרחיות, המבטאות אבני יסוד של האוטונומיה. זהו חידוש משמעותי בתחום זכויות ילדים.

ייחוד האמנה בהפיכת הילד לאדם בעל זכויות כמבוגר, ובהגדרה-מחדש של זכויות פוליטיות באופן שניתן ליישמן על ילדים. האמנה מפרשת מחדש את

39. להלן תכונה האמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד מ-1989: האמנה. בין השנים 1959 ל-1989 אמנם לא נחתם מסמך מהותי בעניין זכויות ילדים, אולם שנת 1979 הוגדרה כשנת הילד הבינלאומית, ובה צוינו 20 שנה להצהרה הבינ"ל לזכויות הילד, בשל הדאגה למצבם של הילדים.

40. ג'קסון, לעיל הערה 2, בעמ' 236.

המונח 'זכויות הילד'. לא עוד דאגה והגנה בלבד, אלא דאגה והגנה במקביל להכרה בילדים כיצורים אינדיבידואליים אוטונומיים<sup>41</sup>. האמנה אינה יוצרת מדרג בין זכויות חברתיות-כלכליות לבין זכויות פוליטיות-אזרחיות, ומנסה לתת תשובה לזכויות בשני המישורים.

הישג נוסף מיוחד הוא ההחלטה באו"ם לנסח אמנה לילדים כקבוצה. מועלית טענה, כי עצם יצירתה כנפרדת פוגעת במטרת שילוב הילדים בחברה, ומדגישה את בידולם. אם מניחים שילדים, כבני אדם, זכאים לזכויות המהוות מימוש האוטונומיה, אין צורך באמנה נפרדת<sup>42</sup>. פעילי תנועות הילדים הבינו כי, על אף ההכרה 'הפורמלית' של היות ילדים 'בני אדם', רב המרחק למצב של החלה אוטומטית ושווה של זכויות הנובעות מאמנות כלליות העוסקות בזכויות אדם על ילדים באופן שווה. לכן, במקביל להכרה בכך שילדים עדיין זקוקים להגנה ייחודית ולאמנה שתמסד זכויות אלה, פעלו ליצירת אמנה נפרדת.

אין חולק, כי האמנה מרחיבה את מונח 'זכויות הילד', ומכירה בזכויות ילד על בסיס היותו אדם, אישיות אוטונומית-אינדיבידואלית. יש הנוטים לזלזל ולומר כי אין מדובר במסמך משפטי מחייב הניתן לאכיפה<sup>43</sup>. 'כיבוד' זכויות שמעניקה אמנה תלוי בנכונות מדינות להעניקן. הנכונות מושפעת מתפיסת העולם החברתית בכל מדינה לגבי התא המשפחתי, תפקיד ההורים ומעמד הילדים, ותלויה בהיענות פוליטית להקצאת משאבים לנושא. אך נראה, כי משמעות האמנה אינה רק בשאלה אם מדובר במסמך אכיף. משמעותה בעיקר בעצם הימצאות מסמך בינלאומי המנחיל נורמות ומאפשר למדינות לבחון מולן את הנורמות הפנימיות שלהן. עובדת הצטרפות מספר רב של מדינות לאמנה מעידה על הסכמה בינלאומית רחבה לזכויות הילד, תפקיד המשפחה והחברה<sup>44</sup>. אין ספק כי האמנה משרטטת קווים מנחים בהתייחסות לילד, חושפת את הסוגייה למודעות עולמית ומשמשת כלי חשוב בקידום נושאים הקשורים לזכויותיו.

41. שם, בעמ' 237.

42. דטריק, לעיל הערה 9, בעמ' 29.

43. כידוע, מאחר ומדובר באמנה קונסטיטוטיובית, כדי שתהפוך לחלק מן המשפט הפנימי, יש לחוקק "חוק קולט".

44. A. Bainhaunt & S. Cretney, *Children in the International Community* (Bristol, 1993), 617 (להלן: ביינהונט וקרטני).

ההכרה בשימוש בכלי של 'זכויות אדם' לשמירת הילדים – תוצאותיה הקטנות הפגיעה באותן זכויות והשקעת מאמץ כן לכבדן<sup>45</sup>.

אמנת 1989 נחשבת לאמנת זכויות האדם הטובה ביותר. האמנה נחתמה או אושררה כאמור על ידי כל המדינות, למעט אחת<sup>46</sup>. התנועות למען הילד רואות בה הישג משמעותי, תחילת "המאבק לשחרור הילדים", ולא סימו. פעילותן מתמקדת עתה במישור הבינלאומי, בבחינת דרכים ליישומה על ידי המדינות<sup>47</sup>.

#### ח. הזכויות שבאמנה

באמנה ניתן דגש למרכזיות המשפחה בגידול הילד ובהגנתו, ולתפקיד המדינה ביישום הזכויות המנויות בה<sup>48</sup>.

על פי מטרותיה, ניתן לחלק את האמנה לארבע: מניעה (רפואה מונעת, אי-הפליה, מניעת חטיפות), הגנה (מפני עינויים, ניצול, התעללות); אספקה (חינוך, מנוחה, ביטוח לאומי, קיום) וזכויות פוליטיות (הזכות למידע, חופש ביטוי, זכויות נוספות)<sup>49</sup>.

האוטונומיה כלולה בחלק הרביעי, סעיפים 12 עד 16, המעניקים במפורש זכויות אזרחיות לילדים (סעיף 12 – זכות השימוע, סעיף 13 – זכות לביטוי עצמי, "לילד תהא הזכות לחופש ביטוי", סעיף 15 – זכות הילד לחופש ההתאגדות בכפוף למגבלות, בדומה לסעיף 13). גם בסעיפים אחרים מזהים ביטויי אוטונומיה.

חופש המצפון והדת – סעיף 14 לאמנה מבטיח את חופש המחשבה, המצפון והדת של ילד. מכובדת זכות ההורים לגדל את ילדם בהתאם להשקפותיהם הדתיות, בהסתייגות שהדבר ייעשה בהתאם לכשירות ההתפתחותית של הילד.

45. דטריק, לעיל הערה 9, בעמ' 27-30.

46. ג'קסון, לעיל הערה 2, בעמ' 225: האמנה אומצה על ידי עצרת האו"ם ב-20 לנובמבר 1989. ישראל אשררה את האמנה ב-4 לאוגוסט 1991.

47. M. Freeman, *Rights, Ideology and Children*, in: *The Ideologies of Children's Rights*, 6 (להלן: פרימן – אידיאולוגיה).

48. הייפן, לעיל הערה 7, בעמ' 458.

49. ביינהונט וקרטני, לעיל הערה 44, בעמ' 609. באנגלית חלוקת המטרות שפורטה לעיל מכונה: *The 4 p's – prevention, protection, provision and participation*.

לא מדובר בזכות עצמאית של הורים, אלא בכזו שהמדינה מעניקה בנאמנות, כדי לשמור על זכויות הילדים<sup>50</sup>. מבין הזכויות האוטונומיות, ננקטת בחופש המצפון והדת לשון זהירה ביותר; אין מותירים את החירות בידי הילד. הסיבה דתית בעיקרה: 'ריצוי' מדינות דת האיסלאם, בהן אין הילד יכול לבחור דת לעצמו<sup>51</sup>.

הזכות לפרטיות – סעיף 16 לאמנה אינו מעניק זכות מוחלטת לפרטיות. הסעיף עוסק בהתערבות בלתי-חוקית או בלתי-מוצדקת, ומכאן שיש התערבות שהיא חוקית ומוצדקת. ואכן, סעיף 5 מגדיר כי זכות ההורים גוברת על הזכות לפרטיות המעוגנת בסעיף 16.

מתנגדי מגמת האוטונומיה מתריעים מפני הסכנה הטמונה במימוש הזכות לפרטיות הילדים, שבטווח הארוך עלול לדחות דברים שילדים זקוקים להם באמת, כמו חינוך, הגנה, השגחה<sup>52</sup>.

### ט. זכות הילד לאוטונומיה – טענות התומכים

התומכים ביקשו להעניק לילדים זכויות שיאפשרו להם לקחת חלק פעיל בעיצוב החברה, בהאמינם כי לילד, כמו לכל אדם אחר, הזכות להשפיע על הסביבה בה הוא חי, ויש להעניק לו את האמצעים הנדרשים למימוש זכויות אלה. 'תנועות הילדים' ראו במאבקן מאבק המקדם את האינטרסים של החברה הדמוקרטית בכללותה, ולא רק את אלו של הילדים<sup>53</sup>.

#### 1. התמודדות עם טענת חוסר כשירות והיעדר רציונאליזם

שוללי האוטונומיה מונעים מן הילד יכולת קבלת החלטות, בנימוק כי החלטתו עלולה להיות לא רציונלית ומסוכנת. מהי אותה 'רציונליות' שבוגר ניחן בה,

50. הייפן, לעיל הערה 7, בעמ' 470.

51. B.J. Nauck, U.N. convention on the Right of the child, 42 *Cleveland L. Rev.* 696 (1994) (להלן: נוק).

52. הייפן, לעיל הערה 7, בעמ' 474.

53. E. Verhellen, *Changes in the Images of the Child*, in: *The Ideologies of Children's Rights*, 79 (להלן: ורלהן – תדמית הילד).

וקטין לא? בהגדרה, החלטה רציונלית היא כזו המכוונת לניצול מקסימלי של יכולת האדם, ומביאה בחשבון את תוצאותיה לטווח ארוך<sup>54</sup>. יש הקושרים את הרציונליות ברמת משכל<sup>55</sup>. אם כך, יש לשלול אוטונומיה וזכויות פוליטיות-אזרחיות לא רק מילדים אלא גם ממבוגרים ומקבוצות נוספות בחברה. המציאות מראה כי חרף 'כשירות' המבוגרים, יכולותיהם וניסיונם, הם מקבלים לעיתים החלטות מוטעות, והנושאים בתוצאות הם גם ילדיהם. למרות זאת, לא עולה על הדעת לשלול ממבוגרים את היכולת לקבל החלטות כדי להגן עליהם מפני טעויות עצמם. מדוע לא לנהוג כך בילדים? מי קבע שטעות של ילד הרסנית יותר מטעות של מבוגר?

כיבוד אוטונומיה אינו נעוץ רק בנכונות לתת לאדם אפשרות לקבל החלטה 'נכונה', אלא בעיקר בהסכמה לקחת סיכון שיטעה. שלילת היכולת לקבל החלטה וסיווגה כ'אי רציונלית' נכון רק לגבי החלטה העלולה לגרום לנזק מיידי<sup>56</sup>.

אם מבחן הזכאות לאוטונומיה מודד כשירות ויכולת החלטה, יש לבחון את כשירותם ויכולתם של קשישים – ייתכן שיכולתם לקבל החלטות בצורה רציונלית אינה עומדת במבחן. אם הנימוק הוא התלות, הרי יש לשלול זכויות אלה מכל קבוצה 'תלותית' אחרת בחברה, כמו נכים, זקנים וחולים. נפוצה אמיתה כי מבוגר מבין טוב מילד, עקב ניסיונו, דבר המאפשר כפיית דעתו על הקטין. מצב בו הבנתו/ניסיונו של צד אחד עולים על אלו של השני הוא מצב של יום ביומו, ומתקיים גם בין חברים וקולגות, שהבנתם בתחום מסוים עולה על זו של חבריהם, ולהיפך; אולם אין מעלים על הדעת לאפשר ל'צד המבין' לכפות את דעתו על חברו, ומסתפקים במתן עצה או הנחיה. מדוע, אפוא, ביחסים בין ילדים להוריהם מאפשרים התערבות כופה מצד ההורים?

למבוגרים קשה לעכל את העובדה כי לילדים תוכניות ומטרות שונות, ולכן מטרותיהם נראות בעיניהם כבלתי רציונליות<sup>57</sup>. בפועל, ניתן למצוא פערים

54. פרימן – גבולות, לעיל הערה 5, בעמ' 91-92.

55. פרנקלין, לעיל הערה 28, בעמ' 27-28.

56. פרימן – גבולות, לעיל הערה 5, בעמ' 96-97.

57. פרנקלין, לעיל הערה 28, בעמ' 32.

משמעותיים בין יכולת אמיתית של ילד לבין רמת המסוגלות המצופה ממנו<sup>58</sup>. נכון, שאין לילדים את הניסיון שיש למבוגר, אך יש להכיר בכך כי ביכולתם לחשוב, לפתח רעיונות ולקבל החלטות<sup>59</sup>. רמת היכולת והכשירות של ילד אינה זהה לזו של מבוגר, אולם אין גם מטרה להפכו לבוגר בטרם עת, אלא רק להעניק לו זכויות שיאפשרו לו, בהתאם לכשירותו המתפתחת, לממש את האוטונומיה לה הוא זכאי בהיותו אדם.

למרות ההתקדמות, אין עדיין חובה לשמוע את דעת הילד בתהליך קבלת החלטות, אפילו בכאלה הנוגעות לו ישירות. כולם חושבים על טובת הילד, אך עובדה כי לא-אחת מתעוררים חילוקי דעות בין ההורים לבין עצמם, או בינם לבין גורמים חיצוניים כרשויות הרווחה, מהי – תופעה המצביעה על כך שטובת הילד היא יחסית, ולא מוחלטת. מערכת המעוניינת להבטיח צדק צריכה לתת לקול הילדים להישמע, גם אם קול זה אינו חזק וברור כשל מבוגר<sup>60</sup>.

## 2. פטרנליזם

משמעותו התערבות בזכות הבחירה של ילד בניסיון להבטיח את האינטרסים שלו, גם כשאינו מסוגל להבין ולהעריך את ההתערבות. בסיסו המוסרי הוא הצורך להגן על הילד מפני תוצאות הרסניות של מעשיו והחלטותיו, הנובעות מחוסר כשירות. הנכונות להעניק לילד אוטונומיה תלויה ביכולתו להשתחרר מכבלי הפטרנליזם. שעה שאנו שבויים בתפישה כי אנו יודעים הכי טוב למה הילד זקוק, קשה להכיר ביכולותיו ובכשירותו. התפישה כי ילד מעדיף לעסוק במשחקו מאשר להיות מוטרד בשאלות כמו האוטונומיה לה הוא זכאי – גם היא פטרנליסטית. מה הערובה לכך, שדווקא אנו הבוגרים יודעים מה יהיה טוב לילד בעתיד? אולי ההגבלות משרתות דווקא את האינטרסים שלנו, ולא את אלו של הילד<sup>61</sup>?

58. אלדרסון וגוודין, לעיל הערה 35, בעמ' 311.

59. קודי, לעיל הערה 17, בעמ' 50.

60. K. Kufeldt, *Listening to Children: An Essential for Justice*, 1 *Int. Journal of Children's Rights* (1003) 155,156.

61. קמפל, לעיל הערה 13, בעמ' 9.

הבנת מקור הפטרנליזם מבהירה מדוע החברה מקבלת את העובדה כי ילדים זכאים לזכויות חברתיות שעה שאינם זכאים לזכויות אזרחיות. בהענקת הזכויות החברתיות, כל שנדרש מחברה ומשלטון הוא הכרה בילד כיצור אנושי בעל צרכים בסיסיים בלעדיהם לא יוכל להתקיים. גם מנקודת מבט פטרנליסטית, אין הדבר כרוך בהכרה באוטונומיית הילד ובחופש בחירתו. להיפך: חלק מהזכויות פוגע באוטונומיה שלו, ביוצרן תלות של הילד בהוריו או במדינה, המספקים את צרכיו.

לשחרור מהפטרנליזם, עלינו להפנים כי הכרה באוטונומיית הילד היא שלב הכרחי בדרך להפיכתו לאדם בעל כשירות ומסוגלות אינטלקטואלית ורגשית<sup>62</sup>.

### 3. שרירותיות

שלילת זכויות פוליטיות על בסיס גיל שרירותית ולא צודקת. עובדה כי גיל הכשירות משתנה לפי התקופה והמקום. קביעת זכאות לזכויות חשובות, בדומה לזכות להצביע, לא נעשית על בסיס מהותי, אלא על בסיס טכני<sup>63</sup>. אין הבדל בין אדם בן 17 ו-364 יום לבין אדם בן 18, ביכולת להצביע למפלגה המייצגת את דעותיו. הגבול בחוק בין קטין לבגיר מוצב באופן דיכוטומי. החוק מבחין בין מבוגרים, הזכאים לזכות, לבין קטינים, לגביהם ההנחה שהם חסרי יכולות, כך שנשללות מהם זכויות באופן גורף<sup>64</sup>.

### 4. הזכות להצביע, החלטות פוליטיות ועוד

מתן אוטונומיה לילד יכול שיתבטא בשני מישורים. האחד – עניינים הנוגעים לו ישירות, כמו סכסוכי משמורת או אימוץ; השני – זכויות שמשמעותן שותפות בהליך הדמוקרטי ובעיצוב החברה. שלילתן משמעותה מניעת 'אזרחות', שתוצאתה היא פגיעה, במיוחד מאחר שזו תבוא לביטוי בטווח הארוך, כאשר מקבלי ההחלטה לא יהיו, והנושאים 'בעול' תוצאות ההחלטות הם ילדי העבר שהתבגרו.

62. שם, בעמ' 81.

63. פרנקלין, לעיל הערה 28, בעמ' 25. כך למשל, בעבר הזכות להצביע ניתנה לאדם מגיל 21, וכיום ברוב המדינות הגיל הוא 18. ביוון העתיקה, אדם הפך לאזרח רק בגיל 30.

64. פרימן – גבולות, לעיל הערה 5, בעמ' 91.

ברוב המדינות, כולל ישראל, זכות ההצבעה ניתנת בגיל 18<sup>65</sup>. לכאורה, אין מקום להרהר אחר הסדר זה או לערער עליו; מדובר באחת מהזכויות החשובות ביותר, שמיושנה משליך משמעותית על הפרט והחברה.

זכות ההצבעה היא כלי בידי האזרח להשפיע על המדיניות בחברה בה הוא חי, להתריס כלפי שלטון שלא קידם ערכים החשובים בעיניו, ובעיקר לבחור את מנהיגיו לפי צרכיו ואמונותיו. שלילת זכות זו היא פגיעה קשה בזכויות הילד, שכן מדובר בזכות שהיא אחת מאבני יסוד שיטת הממשל. השלילה פוגעת קשות בעיקרון הדמוקרטי, לפיו שום קבוצה לא תהיה כפופה לחוק שלא היתה שותפה ליצירתו. כאמור, לא מובטח כי מי שנראה בעיני הורים מנהיג ראוי, אכן יבטיח את זכויות הילדים בצורה הטובה ביותר<sup>66</sup>. לא אחת נשמעת הסיסמה: "אנו רוצים עתיד טוב יותר עבור ילדינו", אולם האם יודעים אנו מה צופן העתיד? מה אכן טוב?

אם ניקח החלטות פוליטיות הנוגעות ישירות לילדים – למשל: משך השירות הצבאי, גיל האחריות הפלילית בעבריינות נוער, שאלת הענישה והחלטות נוספות הנוגעות למעמד הילד. קידום זכויות הילד נעשה ברובו באמצעות חקיקה ופסיקה מנחה של בית המשפט העליון. אם ילדים אינם מעורבים בהליכים אלה, וקולם לא נשמע בשום שלב, נמנעת מהם אפשרות להשפיע על הנוגע להם ישירות. לא-סביר לקבל מצב בו ילדים נחשבים בוגרים דיים להוציא לפועל מדיניות ממשל, שעה שלא היו שותפים בבחירתו ואין בידם דרך להביע את מחאתם בקלפי על מדיניות זו. הדילמה צפה בארה"ב, שעה שבני 18 נחשבו בוגרים דיים להילחם, אך לא מספיק כדי להצביע נגד ממשל שהוציאם למלחמה, לאור הגבלת הזכות להצביע בבחירות פדרליות בארה"ב מגיל 21. מצב אבסורדי זה הביא לשינוי גיל ההצבעה מ-21 ל-18 בתיקון ה-26 לחוקה האמריקאית<sup>67</sup>.

הנימוק המרכזי לשלילת רוב הזכויות הפוליטיות, ובכללן הגבלת זכות ההצבעה מגיל 18, הוא הפטרנליזם. לאמור, התערבות בזכות הבחירה של ילד להבטחת

65. חוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט, סעיף 3.

66. פרנקלין, לעיל הערה 28, בעמ' 24.

67. טיטלבוים, לעיל הערה 36, בעמ' 808.

האינטרסים שלו. מתן זכות הצבעה לילד עלול לגרום לטעות שתזיק לחברה כולה.

למעשה, ניתן להקשות על טיעון זה. מהי הרציונליות הנדרשת מילד כדי להפעיל בתבונה את זכות הצבעה? אם רמת משכל – תקשה עלינו הבחנת הגיל בין מבוגר לקטין. אם הגורם המכריע הוא שיקול דעת וניסיון – הרי מבוגרים, במיוחד בפוליטיקה, הוכיחו כי הם מקבלים החלטות מוטעות, חסרות רציונליות. המסקנה, 'רציונאליזם' אינו יכול לשמש בסיס לשלילת זכות הצבעה מילדים<sup>68</sup>. אנו טוענים כי ילדים אינם כשירים לקבל החלטות הדורשות להעריך כראוי את תוצאות מעשיהם. כיצד, אם כן, מטילים עליהם אחריות פלילית על 'מעשיהם העבריינים' כבר מגיל 12, 6 שנים טרם שקמה זכותם להצביע, במוסכמה כי מגיל זה לילד הבנה למשמעות האינטרס החברתי המוגן?

##### 5. טענות המתנגדים ללא מענה

נראה כי אין ביד תומכי האוטונומיה מענה למספר טיעונים. אכן קביעת זכאות לזכות על בסיס גיל היא בעייתית ואולי בלתי צודקת, אך קושי זה קיים בכל הסדר המבוסס על הבחנה אובייקטיבית. מערכת המשפט מכירה בהסדרים אלה – לעיתים קביעה שרירותית מתחייבת לצורך יעילות המערכת. באשר לילדים, ניתן אולי לומר כי יש ולבן 16 רמת משכל ויכולות העולות על אלו של בגיר בן 30, אך בעובדה על פי רוב, מבוגרים הם למודי ניסיון ובעלי כושר לקבל החלטה שקולה יותר מאשר ילד.

דחיית ההבחנה האובייקטיבית על בסיס גיל, מצמצמת את תפקיד ההורים, שכן אלה אינם גוף נייטרלי, והתפקיד מועבר לבית המשפט, גוף אובייקטיבי לכאורה. הדילמה היא שהשופט אינו מכיר את הילד, ואין לו על מה להתבסס לצורך קבלת החלטה 'סובייקטיבית'. מפגש אקראי בינו לבין הילד אינו מבטיח כי אלו אכן יבואו לידי ביטוי. טענה נוספת שנותרה ללא מענה קשורה למציאות, כי לא ניתן 'לזכות' בזכויות, בלי לשאת בעול החובות. טענה זו רלוונטית בעיקר למערכת המשפט הפלילית: בישראל גיל האחריות הפליליות הוא 12; כשמדובר בעברייני צעיר מגיל 12 ועד לגיל הבגרות (לעיתים מעבר לגיל 18) – נשקלים פרטים רבים: עצם ההעמדה לדין, אופן ניהול המשפט ובעיקר חומרת העונש.

68. פרנקלין, לעיל הערה 28, בעמ' 25.

היות הילד קטין בעת ביצוע עבירה מהווה נסיבה מקילה. אם יונח שילדים זכאים ליהנות מזכויות כמבוגרים, יש להסיר התחשבות זו במישור הפלילי ולנהוג בעברין קטין כבעברין מבוגר, לאמור: נשיאה באחריות באופן מלא. מעשית, המצב אינו כזה. יש הסכמה רחבה כי נסיבת קטינות מהווה שיקול במישור הפלילי בעיקר לעניין העונש. האמנה עצמה (סעיף 40) מציינת כי על המדינות לקבוע גיל מינימום לאחריות פלילית, כך שהאמנה מחילה כלל המבוסס על הבחנה שרירותית של גיל<sup>69</sup>.

יש סוברים, כי לאדם בגיר, כקטין, זכות מוסרית להיענש, זכות טבעית הנובעת מהיותו אדם. כאשר אדם בוחר לקחת חלק בפעילות אסורה, הוא שבוחר בתוצאות מעשיו – בענישה. ראייה זו בעייתית, מאחר שהיא דוחה את גישת השיקום, המקובלת בעבריינות קטינים המועדפת על האמנה<sup>70</sup>.

### י. הפתרון – מעמד ביניים

ניתן לזהות שלוש גישות עיקריות בהתפתחות שחלה בראיית הילד ובזכאותו לזכויות. האחת, הגישה הרדיקלית. זו חולקת על תקפות הטענות לפיו ילדים אינם כשירים ברמה האתית. תומכי הגישה מצדדים בשוויון בין כל בני האדם, ושוללים כל ביטוי של הפליה, גם כזה המבוסס על הבדלי גיל. לראיתם, הפתרון היחיד הוא הענקת כל הזכויות באופן שווה לכל אדם, כולל ילדים. קושי מיוחד בגישה זו הוא ההתמודדות עם הטענות כי זכאות מלאה לזכויות מצמיחה חבות מלאה לחובות. למעשה, אימוץ הגישה במלואה מחזיר אותנו לתקופת ימי הביניים, בה לא היתה הכרה בשלב הילדות כנפרד מהבגרות.

השנייה – הגישה הפרגמטית. זו בודקת את הסיבות המעשיות בשלן נשללות זכויות מילדים. לראיית תומכיה, המקרים בהם ניתן לשלול זכויות הם כאשר ניתן להצביע על היעדר היכולת הנדרשת למימושן, או כאשר מימושן פוגע

69. הייפן, לעיל הערה 7, בעמ' 466.

70. M. Gardner, *The Right of Juvenile Offenders to be punished: Some Implications of Treating Kids as Persons*, 68 *Nebraska Law Rev.* 182, 184. עם זאת, גרדנר מסייג את דבריו בקובעו כי על אף הדעה לפיה ילדים בגיל הבגרות מסוגלים לקבל החלטות רציונליות, הם עדיין נעדרי נסיון חיים שיש למבוגרים, ולכן יש לראותם כאוטונומיים בצורה חלקית, ולא לשפוט אותם על פי סטנדרטים של מבוגרים.

באחר. יתרונה המרכזי טמון בכך שנטל ההוכחה לקבלת הזכות מוסר מכתפי הילדים ועובר לאלו המבקשים לשלול, עליהם מוטלת החובה לנמק מדוע במקרה מסוים תישלל זכות מסוימת. כיום המצב הפוך: הנטל מוטל על כתפי הילדים, הנדרשים להראות מדוע הם זכאים לה. מצב כזה מחליש את עמדתם<sup>71</sup>. הקושי בגישה הוא חוסר יעילותה. פתיחת פתח לאינסוף בדיקות כשירות ויכולות, והרי לצורך יעילות המערכת נקבע גיל הזכאות שרירותית.

הגישה השלישית – גישת הרפורמה. תומכיה מקבלים את 'טיעון היכולת' כטיעון רלוונטי. היכולת מושגת בגיל צעיר יותר ממה שחושבים. מדובר בהליך הדרגתי, לא במעבר חד ממצב קטין למצב בגיר. מטרת הגישה היא הורדת גיל הכשירות המשפטית לגבי חלק מהפעולות המשפטיות והענקת זכויות באופן מדורג. הגישה בודקת מתי שאלת הגיל רלוונטית ומוצדק לפגוע בעיקרון השוויון, ומתי שאלת הגיל אינה כזו. יתרונה בכך, שגיל הכשירות לא נקבע שרירותית לגבי כל הזכויות, כל זכות נבחנת לגופה ומותאמת לגיל.

נראה לי, כי גישת הרפורמה ראויה, שכן אין היא יוצרת מהפך המבטל כליל את שלב הילדות. כפי שאין זהות בין כשירות ילד לבין כשירות מבוגר, כך אין זהות בין כשירות ילד בן שש עשרה לבין זו של בן שבע שנים. על מערכת המעניקה זכויות על בסיס כשירות לתת ביטוי לאי-זהות זה. גישת הרפורמה קוראת להכרה במעמד ביניים בין בגירות לקטינות, בו יוענקו לילדים מגיל בגרות מסוים, זכויות פוליטיות-אזרחיות, בהתאם לכשירותם המתפתחת. הגישה נותנת ביטוי לשלבי התפתחותו הטבעית של הקטין, ולתהליך הלמידה ההדרגתי אותו עובר ילד בדרך לבגרות<sup>72</sup>.

הגישה מכירה בפטרנליזם 'רך', לא במובנו הקלאסי, המתיר התערבות בכל מצב בלי להותיר מקום לאוטונומיה. יש מקום להגביל את ריבונות הילד במצבים מסוימים, כשנראה שהוא עצמו מבקש להימנע מכך, למשל הגבלות על העסקת ילדים<sup>73</sup>. נראה כי האמנה נוקטת גישה דומה. לא אחת ננקטת לשון 'כשירות מתפתחת', הכרה בשלבי הביניים, במהלכם גדלות יכולות הילד, ובמקביל –

71. וורלהן – תדמית הילד, לעיל הערה 52, בעמ' 81-82.

72. קמפל, לעיל הערה 13, בעמ' 19.

73. פרימן – גבולות, לעיל הערה 5, בעמ' 96.

הזכויות העומדות לרשותו אמורות לגדול. כן מעמידה האמנה את הזכויות הפוליטיות לצד החברתיות, לצד זכויות ההורים ולצד ההכרה בחשיבות מוסד המשפחה, ואינה מדרגת ביניהן.

### יא. המצב המשפטי בארצות-הברית

ארצות-הברית בין המדינות היחידות שלא אשררו את האמנה, הגם שחתמה עליה. ההסבר המקובל שארצות-הברית ככלל אינה מאשררת אמנות בינלאומיות הנוגעות לזכויות אדם<sup>74</sup>. במקרה זה הסיבה עניינית יותר, מודל האוטונומיה באמנה אינו תואם את המציאות החברתית-משפטית בארצות-הברית<sup>75</sup>.

בסיס התביעה לפגיעה בזכות חוקתית בארצות-הברית הוא "מגילת הזכויות" – Bill of Rights, המגנה על אזרחיה מפגיעת המדינה בזכויותיהם. לאחרונה נעשה בה שימוש גם לגבי מערכות יחסים במשפחה, דבר שהביא להגדלת התערבות המשפט בתא המשפחתי<sup>76</sup>. בפרשת Re Gault נאמר:

Neither the Fourteenth Amendment nor the Bill of Rights is for adults alone<sup>77</sup>.

במקביל, הכיר בית המשפט העליון של ארצות-הברית בפרשנות חוקתית המכירה בזכות הורים לגדל את ילדם<sup>78</sup>.

בפסק דין מרכזי בסוגיית "חופש הביטוי של ילדים", Tinker v. Des Moines<sup>79</sup>, נדונה זכות 3 תלמידי בית הספר בגילאים 13 עד 16 לעונד רצועת בד שחורה על זרועם כמחאה על מדיניות הממשל בוויטנאם. חרף הוראת הנהלת בית הספר, לפיה תלמיד שינהג כך יסולק, הגיעו שלושת העותרים לבית הספר כשסרט

74. נוק, לעיל הערה 51, בעמ' 677.

75. הייפן, לעיל הערה 7, בעמ' 450.

76. הייפן, לעיל הערה 7, בעמ' 451.

77. Re Gault 387 U.S. 1, 13.

78. נוק, לעיל הערה 51, בעמ' 688.

79. Tinker v. Des Moines Independent Community School District 393 U.S. 503 (1986). (להלן: טינקר).

שחור על זרועם. משסירבו התלמידים להסירו, הורתה ההנהלה להשעותם. בית המשפט העליון פירש את ענידת הסרט כהבעת דעה הנכנסת לגדר התיקון הראשון לחוקה, תוך שציין, כי איסור ההנהלה מהווה פגיעה בחופש הביטוי במשמעותו ה"טהורה ביותר"<sup>80</sup>. פסק הדין נחשב לפריצת דרך להכרה בזכויות ילדים לזכויות אדם בסיסיות, ילדים הם בני אדם, הזכאים ליהנות מהזכויות המעוגנות בחוקה, כשאר בני החברה:

Students in school as well as out of school are 'persons' under our Constitution. They are possessed of fundamental rights, which the state must respect, just as they themselves must respect their obligation to the state<sup>81</sup>.

פרשנות מרחיבה זו גרמה לחששות רבים, בית המשפט אינו מסייג את זכות הילדים. בית המשפט ער לכך, שעלולה להיווצר התנגשות בין צורך בית ספר להטיל משמעת וביסוס סמכות המורים, לבין מימוש זכות ביטוי התלמיד במסגרתו. במקרה זה, בית הספר לא הוכיח כי ענידת הסרט הפריעה למהלך התקין בבית הספר או כי מימוש זכות "העונדים" פגע בזכויות תלמידים אחרים. בית המשפט מרחיב את חופש ביטוי התלמיד באומרו כי זכויותיו אינן מוגבלות לשעות הלימוד בכיתות, אלא גם במסגרות אחרות - בהפסקה, בקפטריה וכדומה:

First Amendment rights, applied in the light of special characteristics of the school environment, are available to teachers and students. It can hardly be argued that either students or teachers shed their constitutional right to freedom of speech or expression at the schoolhouse gate<sup>82</sup>.

בפסקי הדין שתכפו לפס"ד Tinker אומצה הגישה המרחיבה. בפסק דין Goss v. Lopez<sup>83</sup> קיבל בית משפט עתירת תלמידים, שהושעו מבית ספרם עקב התנהגות בלתי הולמת, תוך שקבע כי הנהלת בית הספר פגעה בזכות התלמידים לחינוך ללא הליך הוגן, מאחר שטרם להשעיה לא נערך להם שימוע. את זכות החינוך

80. טינקר, לעיל הערה 79, בעמ' 508.

81. טינקר, לעיל הערה 79, בעמ' 511.

82. טינקר, לעיל הערה 79, בעמ' 506.

83. Goss v. Lopez 419 U.S. 565 (1975) (להלן: גוס).

מכניס בית המשפט בגדרה של הזכות לקניין, בתיקון 14 לחוקה, לפיו אין לשלול קניינו של אדם שלא לפי הליך הוגן. התלמידים זכו להגנת התיקון<sup>84</sup>.

המיעוט מסתייג מהעמדת זכויות הילד לצד ובשווה עם אלה של המבוגר, בצינו כי ההיסטוריה והחוק מכירים בשינויים מתחייבים בין זכויותיו וחובותיו של ילד, לבין אלו של מבוגר<sup>85</sup>.

אהדת בתי המשפט לגישות הליברליות לזכויות ילדים פחתה, את מקומה תפסה ההכרה בזכויות הורים, המחזיקים בנאמנות בזכויות ילדיהם. גבר החשש מפני התערבות המדינה במוסד המשפחה המקודש ופגיעה במעמד ההורים<sup>86</sup>. בתי המשפט עסקו יותר בזכויות הבאות להגן על ילדים, ופחות בזכויות המקנות להם אוטונומיה ועצמאות, כמו הכרה ב"הגנה דיונית" לילד בהליכים משפטיים בהם הוא "צד להליך", בבית משפט לנוער או לענייני משפחה, שמטרתה להגן עליו מפני ניצול ופגיעה.

ביטוי לגישה המצמצמת ניתן לראות בשני פסקי דין מרכזיים. הראשון – *Bethel School District v. Fraser*<sup>87</sup>, בו עלה חופש ביטוי התלמיד. בנאום שנשא בפני תלמידי בית ספר, במסגרת "מסע בחירות" פנימי, הרבה תלמיד להשתמש במטאפורות שאינן הולמות, עקב כך הושעה מבית ספרו. בית המשפט ערך הבחנה בין פס"ד *Tinker*, בו דובר על "ביטוי פוליטי", ובין מקרה זה בו מדובר ב"ביטוי וולגרי"<sup>88</sup>. בדבריו מזהים צמצום משמעותי של פסק דין *Tinker*, בסמכות בית ספר להגביל ביטויים וולגריים ופוגעים, כשמטרת ההגבלה, הגנה על הילד, לגיטימית. לדעת בית המשפט, גם אם התיקון הראשון לחוקה מתיר למבוגר להשתמש בביטויים פוגעים – offensive – אין לפרש שילד זכאי לכך באותו היקף. מסקנת בית המשפט כי זכויות תלמידים אינן עומדות בקו שווה לזכויות מבוגרים<sup>89</sup>.

84. גוס, לעיל הערה 83, בעמ' 584.

85. גוס, לעיל הערה 83, בעמ' 590-91.

86. ג'קסון, לעיל הערה 2, בעמ' 231-232.

87. *Bethel School District v. Fraser* 478 U.S. 675 (1986) (להלן: פרזר).

88. פרזר, לעיל הערה 87, בעמ' 680.

89. פרזר, לעיל הערה 87, בעמ' 682.

בגישה זו ממשיך פסק דין *Hazelwood v. Kuhlmeier*<sup>90</sup>, בו עתרו תלמידים חברי מערכת עיתון בית הספר בטענה, שהנהלת בית הספר פגעה בזכויותיהם על פי התיקון הראשון לחוקה, באוסרה פרסום שני מאמרים. אלו עסקו בנושאים לא-ראויים לדעת ההנהלה. בית משפט דחה הטענה כי הופרה זכות התלמידים והכיר בסמכות הנהלת בית הספר לאסור פרסום המאמרים, תוך שהוא מפנה לפסק דין *Fraser*<sup>91</sup>. בית המשפט מנסה להבחין מפסק דין *Tinker* באומרו, כי בעוד ששם דובר בחופש הביטוי בשטח בית ספר, כאן מדובר בחופש ביטוי הנוגע לפעילות אינטגרלית של בית הספר, לכן יש להכיר בסמכות רחבה יותר של ההנהלה להגביל את חופש הביטוי<sup>92</sup>. מסקנת הרוב היתה, כי מחנכים אינם פוגעים בזכות התלמיד לחופש ביטוי, שעה שקובעים סטנדרטים לתוכן מאמרים המפורסמים בעיתון בית ספר, כל עוד קביעתם קשורה ישירות למטרה החינוכית. כאשר הצנזורה מופעלת שלא למטרה חינוכית, יש צורך בהתערבות שיפוטית להגן על זכויות התלמידים לחופש ביטוי<sup>93</sup>.

בפסק דין *Belloti v. Baird*<sup>94</sup> מביא בית המשפט סיבות להבחנה בין זכויות חוקתיות של מבוגרים לבין זכויות ילדים: פגיעות הילדים והצורך להגן עליהם, וכן חוסר יכולתם לקבל החלטות חשובות בצורה בוגרת ושקולה. כן מודגשות זכויות ההורה וחשיבותו בגידול הילד.

מתפקידי תפקידי בית הספר להכשיר תלמידים לשימוש מושכל בזכויות המנויות בתיקון הראשון<sup>95</sup>. ניתן לומר, כי פגיעה בזכות הילד על ידי הוריו, להם תפקיד מרכזי בחינוכו ובהנחלת ערכי הדמוקרטיה, מוגנת במסגרת התיקון הראשון לחוקה.

90. *Hazelwood School District v. Kuhlmeier* 484 U.S. 260 (1987) (להלן: הזלווד).

91. הזלווד, לעיל הערה 89, בעמ' 266.

92. הזלווד, לעיל הערה 89, בעמ' 267.

93. הזלווד, לעיל הערה 89, בעמ' 273.

94. *Belloti v. Baird* 443 U.S. 622, 634 (1979).

95. B.C. Hafen, *Hazelwood School District and the Role of the First Amendment Institution* 1998, *Duke Law Journal* 685, 702-704.

בתי המשפט בארה"ב הכירו בהגבלת זכות אזרחית לילד, ביחס לחופש הביטוי וביחס לזכויות אחרות המעוגנות בתיקון הראשון, כמו הזכות להתאגד. כפי שהוזכר, דחה בית המשפט בפסק דין *Stanglin*<sup>96</sup> הטענה, כי איסור על כניסת ילדים בגילאים 14-18 למועדונים של מבוגרים הינה פגיעה בחופש ההתאגדות. העתירה נדחתה בעיקר משום שזכות הילד להיכנס למועדון, לרקוד ולהתחבר עם מבוגרים ממנו לא פורשה כחופש ההתאגדות, אלא כהגנה על הילדים. פרשנות זו קיבלה חיזוק בפסק דין *Bush v. Dassel*<sup>97</sup>, בו הוגשה עתירה נגד בית ספר, שהשעה תלמידה שהשתתפה במסיבה בה הוגשו משקאות אלכוהוליים, שעה שנאסר על תלמידים להשתתף. בית משפט דחה טענה כי האיסור פוגע בחופש התאגדות התלמידים. השתתפות במסיבה אינה עונה על אף אחת מפרשנויות חופש ההתאגדות. צוין, כי האיסור שנקבע סביר, שכן הוא בעל זיקה רציונלית לאינטרס בית ספר להפחתת צריכת האלכוהול של תלמידיו. בית המשפט לא ראה לכן פגיעה בזכות המוגנת בתיקון הראשון לחוקה<sup>98</sup>.

על רקע פסקי הדין נראה כי יש בסיס לטענה שארה"ב נמנעה מאשרור האמנה, מאחר ומודל האוטונומיה שבאמנה נוגד את תפישותיה החברתיות ואת המעמד אותו היא מבקשת להעניק למוסד המשפחה. אשרור האמנה והפיכתה לחלק מן המשפט הפנימי היה חושף את המערכת לתביעות למתן זכויות לילדים ולפרשנות שונה של החלטות שיפוטיות וחקיקים הנוגעים לילדים<sup>99</sup>. כן, מכוח האמנה היו זכויות אזרחיות של ילדים נאכפות נגד ההורים ונגד המדינה, שעה שאכיפתן כך אינה מתיישבת עם החוקה או עם הדרך בה פורשה בפסיקה. הגבלות שהוכרו בפסיקה האמריקאית לא תעמודנה בתביעה לזכויותיהם על פי סעיף 13 או סעיף 15 לאמנה<sup>100</sup>. האמנה מכירה בזכות ההורים, וקובעת שעל

96. *Stanglin*, לעיל הערה 32.

97. *Bush v. Dassel Cokato Board of Education* 745 F. Supp. 562 (D. Minn. 1990) (להלן: *Bush*).

98. *Bush*, לעיל הערה 97, עמ' 571-572.

99. נוק, לעיל הערה 51, בעמ' 682.

100. הייפן, לעיל הערה 7, בעמ' 468. הייפן מציין כי מאחר וסעיף 13 לאמנה אינו מגביל את הזכות למימושה במסגרת מוסדות חינוכיים, ניתן להסיק כי האמנה אינה מקלה עם בבית ספר בתחום של חופש הביטוי. לדעתו, האמנה מטילה ספק בסמכותו המוסדית של בית הספר, ובכך עומדת בניגוד לפסיקה של בית המשפט העליון, שדווקא בעשור האחרון,

המדינות לכבד את זכויות וחובות ההורה. כאמור, סעיף 5 מגדיר את זכות ההורים באופן מצומצם מכפי שפורשה זכות זו בארה"ב. האמנה קובעת כי על ההורים להדריך הילד באופן המתיישב עם יכולותיו וכשירותו המתפתחת, מכאן שנוצר פתח להתערבות חיצונית בתא המשפחתי כאשר הורים אינם פועלים על פי עיקרון זה<sup>101</sup>. נראה כי דווקא משום שארה"ב משופעת בפעילי זכויות אדם ומודעות גבוהה לזכויות הילד, יש מקום לחשש שאשורר האמנה והפיכתה לחלק מן החוק הפנימי היה גורם לגל תביעות, לפגיעה בזכויות ההורים ולפגיעה משמעותית בתא המשפחתי. המתנגדים להרחבת האוטונומיה טוענים כי המשפטנים המצדדים בה עברו לחזית במישור הבינלאומי, בהנחה שאשורר האמנה יכניס ערכים אלו, להם מתנגדת החברה, בדלת האחורית<sup>102</sup>.

## י.ב. המצב המשפטי בישראל

עיקרון טובת הילד עבר כחוט השני במהלך השנים בפסיקת בתי המשפט בענייני קטינים בישראל, זכה לפרשנויות שונות, למחלוקות קשות, ותקופה ארוכה היתה לו עדנה. שינוי מצב ניתן לזהות בתחילת שנות ה-90 של המאה ה-20, עם כניסת דוקטרינה חדשה, זרה – דוקטרינת זכויות הילד.

זמן רב עיקרון 'טובת הילד' היה שיקול כמעט יחיד בקבלת החלטות הנוגעות לו. העיקרון הוגדר במספר חיקוקים כ-'עיקרון-על': בחוק שיווי זכויות האישה, תשי"א-1951, סעיף 3(ב), בחוק הכשירות המשפטית והאפוסטרופסות, תשכ"ב-1962 (להלן: "חוק הכשירות"), סעיף 17, וכן בחוק אימוץ ילדים, תשמ"א-1981 (להלן: "חוק האימוץ"), סעיף 1(ב). בתי משפט התייחסו לשיקול זה כשיקול מכריע בבחינת עתיד הילד, החזקתו, חינוכו, ושאלת אימוצו.

הרחיבה את סמכותם של בתי הספר ונתנה בידם את האחריות להכשיר את התלמידים לשימוש בחופש הביטוי ובזכויות אזרחיות נוספות. נוק חולק על גישה זו. לדעתו ההגבלות שצוינו בפסקי הדין שדנו בחופש הביטוי מתיישבות עם סעיף 13. לעניין חופש ההתאגדות ראייתו כי המצב המשפטי בארה"ב מעניק זכות רחבה יותר, מאשר זו המוענקת באמנה.

101. נוק, לעיל הערה 51, בעמ' 686-688.

102. הייפן, לעיל הערה 7, בעמ' 460.

שיקול-על זה דחה כל שיקול אחר<sup>103</sup>, והוחל בבתי משפט אזרחיים ובבתי דין דתיים, על פי רוב כשיקול יחיד.

דרך הפרשנות ה'ראויה' של העיקרון עלתה בעיקר במערכת היחסים שבין בית הדין הדתי לבין מערכת המשפט האזרחית. הדילמה היתה, אם בית הדין חייב לפרש את מושג 'טובת הילד' כפי שפורש במשפט החילוני, או שבסמכותו לתת פירוש על פי הדין הדתי<sup>104</sup>. כיום יש ביקורת על עיקרון טובת הילד, בטענה שמדובר בעיקרון אנכרוניסטי פטרנליסטי. למעשה, עצם ההכרה בטובת הילד כעיקרון מצביעה על הישג משמעותי – קבלת החלטה המשרתת את טובת הילד בצורה הטובה ביותר, ומקדימה את טובתו לזכותם של אחרים ולעיתים גם אם הם ההורים.

ניתן לזהות את התפתחות מעמדו האוטונומי של הילד במספר תיקוני חוקים הנוגעים לילדים. כך, למשל, בסעיף 7 לחוק האימוץ נקבע צורך בהסכמת המאומץ הקודם להסכמת הוריו, בסעיף 13א(ב) לחוק הכשירות נקבע צורך בהסכמת קטין להמרת דתו. כן נמתחת ביקורת על המחוקק, כי טרם נתן ביטוי להתחשבות ברצון הילד בשאלת המשמורת, שעה שהוריו עומדים להתגרש<sup>105</sup>. בשלב זה בתי המשפט ממלאים את החלל, והגישה היא שאין לכפות על הקטין משמורת אצל הורה זה או אחר, שכן היא עלולה לפגוע בטובתו או בהתפתחותו. הגישה היא שילד אינו נכס ההורים, כי אם בעל זכות לעניין מקום החזקתו<sup>106</sup>. הפסיקה יצרה הסדר, לפיו ההתחשבות תחל כאשר הילד הוא בגיל 10-11<sup>107</sup>. במשפט העברי חשיבות רבה לרצון הילד, ואין כופין עליו להיות אצל אביו או אצל אמו בניגוד לרצונו, מאחר שהכפייה אינה לטובתו<sup>108</sup>.

103. ע"א 209/54 שטיינר נ' היועמ"ש לממשלה, פ"ד ט 241, 251.

104. ס' שמואל, משמרות קטינים (תל אביב, 1992), בעמ' 50 (להלן: שמואל).

105. י' רונן, שיתוף הילד בקביעת משמורתו (תל אביב, 1997), בעמ' 19 (להלן: רונן).

106. שמואל, לעיל הערה 115, בעמ' 97.

107. בג"צ 391/71 פלונית נ' אלמוני, פ"ד כו(1) 85, 99: "בפסיקה ארוכה בבתי המשפט בארץ אין פועלים בניגוד לרצון הילדים כשהם בגילאים 10-11".

108. ב.צ. שרשבסקי, דיני משפחה מהד' רביעית (ירושלים, 1993), בעמ' 407.

## 1. כשירות משפטית

לעניין כשירות לפעולות משפטיות, חוק הכשירות קובע שילדים נחשבים בלתי כשירים דה-יורה (de jure): המבחן הוא מבחן סטוטטורי, המגדיר ילדים כקבוצה של אנשים בלתי כשירים מכוח מעמד הקבוצה. זאת בניגוד לאי כשירות דה-פקטו (de facto), שמשמעותה אי-כשירות ממשית, המוכחת במקרה מסוים. החוק הישראלי אינו מתחשב בכשירות דה-פקטו של ילד במקרים מסוימים<sup>109</sup>. סעיף 3 לחוק הכשירות קובע גיל בגרות ותקופת קטינות, ולא מבחין בין שלבי גיל שונים. לא נשקלת התפתחות אישית של קטין, למעט חלוף הזמן<sup>110</sup>. ההנחות בדבר מוגבלות כשירותו של ילד ובדבר העובדה כי הוריו מבקשים תמיד את טובתו, משמשות הצדקה להגבלה המסורתית על שיתוף הילד בהכרעות בדבר גורלו. עם זאת, יש תחומים בהם המשפט התנתק מתפישה זו, ונקבע הסדר משפטי הנוטל מן ההורים את כוח ההכרעה (למשל הסכמת קטינה להפסקת הריונה ו/או אימוץ ילדיה).

## 2. דוקטרינת זכויות הילד

הקונפליקט בין עיקרון טובת הילד לבין דוקטרינת זכויות הילד מבטא את החלוקה שהוצגה בין זכויות חברתיות-כלכליות לבין זכויות פוליטיות-אזרחיות. המתח בין זכויות הילד לבין טובת הילד בולט בפסק דין פלונים נ' אלמוני<sup>111</sup>. עניינו בשאלת חינוך ילדי בני זוג העומדים להתגרש. האם ביקשה לחנכם על פי כת "עדי יהוה" אליה הצטרפה. בית המשפט המחוזי קבע כי הילדים יוסיפו לקבל חינוך יהודי. בית המשפט הכיר בזכות ההורה להחזיק בילד ולגדלו כזכות חוקתית טבעית וראשונית, הבאה לביטוי באוטונומיית המשפחה: הורים אוטונומיים לקבל החלטות בכל הנוגע לילדיהם, חינוך, דרך חיים, מקום מגורים וכדומה. התערבות המדינה בהחלטות אלה היא בבחינת חריג, כאשר נדרשת<sup>112</sup>.

109. רונן, לעיל הערה 105, בעמ' 35-36.

110. י' אנגלרד, חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות מהד' שניה (ירושלים, 1995) 55-56 (להלן: אנגלרד).

111. ע"א 2266/93 פלונים נ' אלמוני פ"ד מט(1) 221 (להלן: ע"א 2266/93).

112. שם, בעמ' 235.

בית המשפט גם קבע כי זכות ההורים היא יחסית, ומוגבלת על ידי זכויות הילד וטובתו.

השופט שמגר מבהיר כי מושג 'זכויות הילד' פורש הגנה חוקתית על הילד, ומסווג את זכויותיו לשתי קטגוריות. **האחת** – אלו הניתנות לכל אזרח בגיר, זכויות היסוד הפרטיות: חופש הביטוי, חופש התנועה, חופש הדת וכו'. **השנייה** – זכויות הנובעות מהקשר המשפחתי ומהיות הקטין ילד. חרף אמירתו כי ילד כבוגר זכאי להגנה חוקתית, מדגיש שמגר (בדומה לפסיקה האמריקאית), כי היקף זכויותיו מצומצם משל מבוגר<sup>113</sup>.

השופט שמגר ראה את דוקטרינת 'זכויות הילד' כגורם לשינוי במערכת השיקולים, בהשאירו סוגי סכסוכים בהם השיקול המרכזי יישאר 'טובת הילד' (בעיקר משמורת). מקום בו מעורבת זכות יסוד חוקתית – המנגנון הראוי הוא זכויות הילד, ואין להסתפק בעיקרון טובת הילד. השאלה החשובה לענייננו: מה תוצאת התנגשות בין זכות ההורים לבין זכות הילד בסוגייה המערבת זכות יסוד חוקתית? השופט שמגר מותיר השאלה פתוחה וקובע כי לכשיתעורר הצורך בהכרעה, יהיה על בית המשפט להגדיר את זכויות הילדים<sup>114</sup>.

השופט שטרסברג-כהן רואה בדוקטרינת זכויות הילד מערכת שיקולים נפרדת מעיקרון טובת הילד. לראייתה, שיקול-העל הוא טובת הילד. כאשר המצב ששימוש הילד בזכויותיו הינו למטרות בלתי ראויות, יש לגייס את מבחן טובת הילד לצורך הכרעה<sup>115</sup>. לאמור, דווקא במקרים בהם מבקש ילד לממש את האוטונומיה, ומתעורר חשש שיקבל החלטות מוטעות, חוזרים לגישה הפטרנליסטית. שטרסברג-כהן אינה דוחה על הסף את דוקטרינת 'זכויות הילד', אך נראה כי אין דעתה נוחה מהאוטונומיה ומהעצמאות הניתנות לילדים במסגרת דוקטרינה זו. כדבריה: "אולם אינני סבורה שבכל מערכת נסיבות ראוי ששיקול זה [זכויות הילד] יהיה שיקול-על עצמאי, הגובר על השיקול שלדעתי הוא בעל המשקל העליון, והוא שיקול 'טובת הילד'. אף שמעדיפה אני את

113. שם, בעמ' 255-256.

114. שם, בעמ' 260.

115. שם, בעמ' 267-268.

המבחן הנ"ל, נותנת אני משקל רב ומקום ראוי למושג 'זכויות הילד'<sup>116</sup>. כן היא מוסיפה: "'זכויות הילד', שאין להקל בהן ראש, צריכות להילקח בחשבון כאחד השיקולים בהחלטה לעניין 'טובת הילד', ואם יש התנגשות בין 'טובת הילד' לבין 'זכויות הילד', על טובת הילד לגבור'<sup>117</sup>.

פסק הדין מבטא מחלוקת בין תומכי הענקת זכויות אוטונומיות לילדים לבין מתנגדיה.

### 3. תחולת חוקי היסוד על ילדים

חוקי היסוד (בחלקם) הם מעין מקבילה ישראלית למגילת הזכויות האמריקאית. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק נוקטים לשון "אדם". סעיף 1 לחוק הכשירות קובע כי אדם כשר לזכויות ולחובות מגמר לידתו ועד מותו. הסעיף נוקט את המילים "כל אדם", ובכך מבטא את רעיון השוויון בין בני אדם. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מגן על זכויות היסוד של כל אדם, באשר הוא אדם<sup>118</sup>. לאמור, ילדים זכאים לזכויות על פיו, שכן 'אדם' מכון גם לילד<sup>119</sup>. האם זכאות הילדים מכוח חוקי היסוד דומה לזו של המבוגרים, או שההכרה בזכויותיהם היא בתחולה מצומצמת יותר של זכויות יסוד, בדומה לארה"ב. לראיית השופט חשין הזכאות זהה: "קטין הוא אדם, הוא בן אדם, הוא איש, גם אם איש קטן בממדיו. ואיש, גם איש קטן, זכאי בכל זכויותיו של איש גדול"<sup>120</sup>.

אולם בפסק הדין בעניין פלוניס, השופט שמגר והשופטת שטרסברג-כהן בדעה כי גם לאחר שנכנסו לעידן זכויות הילדים, היקף הזכויות מצומצם יותר. ממיעוט פסקי הדין עד להיום ניתן להסיק כי בתי המשפט מכירים בזכויות החוקתיות של קטינים, ובודקים את מידת הפגיעה בזכות ואת הצדקתה על פי מבחני חוקי היסוד.

116. שם, בעמ' 267.

117. שם, בעמ' 270.

118. אנגלרד, לעיל הערה 110, בעמ' 19.

119. עע"מ 3/98, לעיל הערה 11, בעמ' 2-1.

120. ע"א 6106/92 פלונית נ' היועמ"ש, תקדין עליון 94(2), תשנ"ד - 1994, 1166, 1168.

להפיכת אמנה בינלאומית לחלק מן המשפט הפנימי נדרש חוק קולט. חוק זה טרם נחקק<sup>121</sup>. אין חולק כי האמנה אינה חלק מן המשפט הפנימי, אולם מה מעמדה כיום? בפסק דין עמותת שוחרי גיל'ת נ' שר החינוך ואח' נידונה השאלה<sup>122</sup>. העותרים ביקשו להכיר בזכות לחינוך כזכות חוקתית, בהתבססם בין השאר על סעיפים 28 ו-29 לאמנה. בית המשפט מצייין כי כדי שזכות לחינוך תוכר כזכות יסוד היא טעונה עיגון חוקתי, וכזה לא נמצא.

דווקא בזכות לחינוך, המהווה זכות חברתית-כלכלית ולא זכות פוליטית-חברתית, לא מאשר בית המשפט שימוש באמנה לביסוס תביעת הזכות. אם בזכות כזו, ש'קל' להעניקה, דחה בית המשפט אפשרות המימוש, קל וחומר שיפעל כן בזכויות המעניקות אוטונומיה, לגביהן יש פחות פתיחות.

בפסק דין אמין נ' אמין הוכרה זכות ילדים לתבוע את אביהם בנזיקין בגין נזקים נפשיים ורגשיים שגרם להם. האב חויב בתשלום פיצויים בסכום גבוה<sup>123</sup>. פסק דין זה עורר שאלות קשות בתחום הרגיש של חיי המשפחה בכלל ושל יחסי הורים-ילדים בפרט, לגבי מידת התערבות המשפט ביחסים<sup>124</sup>. הגם שעניינו של פסק הדין תביעה נזיקית של ילד את הוריו, ושהשופטים חזרו והדגישו שמדובר במקרה נדיר ויוצא דופן מבחינת גודל ההזנחה וההתנערות ממילוי חובות ההורה, כדי למנוע גל תביעות נזיקין מסוג זה – בכל זאת, יש בהחלט מקום לתהייה האם לא נפתח הפתח לתביעות ילדים את הוריהם<sup>125</sup>. רק העתיד יספק מענה לתהייה זו, וכן לסוג התביעות שיוגשו על ידי ילדים נגד הוריהם.

121. בשנת 1994 פנתה האגודה הבינלאומית לזכויות הילד בישראל לאגודה לזכויות האזרח ולמועצה לשלום הילד, להעלות הצעת חוק שתקלוט את האמנה ותהפוך אותה לחלק מן המשפט הפנימי. התוצאה, טיוטת הצעת חוק שהועברה לשר המשפטים דאז. לא היתה זו הצעה לחוק קולט של האמנה, אלא קריאה לרשויות לשנות את החוקים הקיימים, בהתאם לאמנה (ג. טבה, אב"י – עשר שנות פעילות בישראל (ירושלים, 1998), 17-18). עד היום טרם התקבלה ההצעה.

122. בל"צ 1544/95 עמותת שוחרי גיל'ת נ' שר החינוך ואח', פ"ד נ(3) 2 (להלן: שוחרי גיל'ת).

123. ע"א 2034/98 יצחק אמין נ' דוד אמין, תק-על 99(3), 1324.

124. א. סטרשנוב, ילדים ונוער בראי המשפט (תל אביב, 2000), בעמ' 299-300 (להלן: סטרשנוב).

125. סטרשנוב, לעיל הערה 124, בעמ' 305.

## סוף דבר

"יש פחד גדול של עולם המבוגרים מפני השינוי שאנו מציעים, מפני אובדן הכוח. להרבה מבוגרים נוח יותר לא לקיים דיאלוג עם ילדים אלא להנחית הוראות... זו חרדה אמיתית תחת כסות אידיאולוגית".  
(השופטת סביונה רוטלוי)

תדמית הילד השתנתה משמעותית במהלך השנים. כיום הופנמה ההכרה כי לילד רצונות ושאיפות משלו. עם זאת, נראה כי הרצון לגונן עליו והחשש מפני פגיעה בו מונעים אותנו להכיר ביכולות האמיתיות של ילדינו ובכשירותם המתפתחת.

איננו מבקשים לשלול מילדינו את הילדות והחיוב הנלווה לה. כן נבקש להרחיב האוטונומיה המוענקת להם באמצעות יצירת 'מעמד ביניים', אשר יאפשר לילד, באופן הדרגתי ומדוד, לממש זכויות המבטאות ריבונות ויכולת לקחת חלק בעיצוב החברה בה הוא חי. לא פשוט להעניק זכויות לילדים; הדבר דורש פיקוח, ניטור, השגחה והדרכה צמודים, במסגרת תהליך למידה. גם זכות חברתית, מבחינת ילד, היא דבר נכפה, בעוד שאצל מבוגר היא עניין של בחירה, ברצותו עושה בה שימוש וברצותו לא. הדרך בה יכול ילד לחוש כי מימש את זכותו הבסיסית ביותר לחירות היא באמצעות מימוש זכויותיו הפוליטיות-אזרחיות, בודענו כי זכות אינה ערך מוחלט וניתן לאזן בין הזכויות.