

על הקטין במשפט

מאת

השופט אליקים רובינשטיין*

שמח אני כי דברים אלה מתפרסמים בכרך המוקדש לשופטת סביונה רוטלוי, סגנית נשיא (בדימו') בבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו, אשר כשופטת נוער ולימים כיושבת ראש הוועדה לזכויות הילד, פעלה ותרמה רבות בנושא זכויות הילד.

ילדים זוכים כיום במידה גוברת והולכת במעמד עצמאי והם נחשבים ליישות נפרדת מעצם היותם בני אדם. הדבר מתבטא במישורים המשפטיים השונים, בחקיקה, בפסיקה ובספרות. ההרצאה מתארת כיצד הגיע המשפט הישראלי לכדי הפנמה כי בכל מצב שהוא, יש להתחשב באופן המרבי האפשרי ברצון הילד ויש לתת לו ייצוג הולם מקום שהדבר נחוץ.

ההרצאה פותחת בבירור גדר הקטינות ומסבירה כי אין מדובר בסף גיל אחיד והדבר תלוי בעיקר באיזה תחום דעת מדובר. כך לדוגמה, אין דומה גיל הקטין בעניין שבו מוטלת עליו אחריות פלילית לגיל קטין מאומץ בכל הנוגע להסכמתו לאימוץ. נושא זה משליך על נושא "טובת הילד" ו"זכויות הילד", שני עקרונות המשמשים כאבני דרך בנושאים הקשורים לגורלם של קטינים. ההרצאה סוקרת את שני העקרונות דרך האמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד, בואכה החקיקה הישראלית ועד פרשנותם כיום על ידי הפסיקה.

כן עוסקת ההרצאה בזכותו של הילד להישמע ולצורך שמשקל ראוי יינתן לדעותיו בנושאים שהם הרי גורל מבחינתו. בדומה לכך, נדון גם נושא ייצוגו של הילד בהליכים המשפטיים השונים כמו גם נושא השוויון והאפליה בחינוך. נוסף על כך, דנה ההרצאה בענייני אימוץ קשים ובתביעות נזיקין של ילדים נגד הוריהם.

עניין חשוב הנדון בהרצאה הוא הדין הפלילי. ההרצאה מתייחסת לתרבות העבריינות בקרב קטינים הפושה בכל חלקה טובה בישראל, ובדילמות העולות בדרכי השפיטה של עבריינים קטינים ובאופן ענישתם

* שופט בית המשפט העליון. מתוך דברים שנישאו בכנס באר-שבע לשלום הילד, 15.2.2010. תודתי לטלי מלכין על סיועה.

כיום. בתוך כך נסקרות עבירות שונות, כגון עבירות מין, אלימות, סמים, וכדומה, לעניין הטיפול בקטינים עוברי עבירה אלה, דרך שיקומם ומיחותו של המוסד המשקם. משם ממשיך הדיון לסוגיית חקירתם של קטינים ולבעיית העדתם בהליך הפלילי.

ההרצאה חותמת בהצעה חשובה להידברות מוסדית בין גופים שונים האמונים על טיפול בילדים ונוער, ובשאיפה ליחס משופר יותר למערכת המשפט מצד מתקיפיה השונים, במיוחד בתחום דיני המשפחה וזכויות הילד.

- א. פתח דבר**
- ב. מיהו ילד? מיהו קטין?**
- ג. בין טובת הילד לזכויות הילד**
- ד. חשיבותם של שירותי הרווחה והצורך בהקצאת משאבים**
- ה. על שמיעת הילד**
- ו. על הייצוג**
- ז. נושאי שוויון**
- ח. נושאי חינוך**
- ט. על תפקיד בית המשפט בפיקוח על הרשויות**
- י. על הפרטה: לבל נפריט עצמנו לדעת**
- יא. תביעות אזרחיות נגד בני משפחה – היבטים שונים**
- יב. הדין הפלילי**
1. כללי
 2. שפיטת ילדים וענישתם
 3. עבירות מין
 4. עבירות אלימות
 5. עבירות סמים
 6. "עבירות אידיאולוגיות"
 7. חקירת ילדים והעדתם בהליך הפלילי
 8. כליאה מול מעונות חסות לנוער
- יג. אחרית דבר**
1. הצעה להקמת פורום בינמשרדי לטיפול בנושא ילדים ונוער
 2. על ההתקפות על מערכת המשפט
 3. דברי סיום

א. פתח דבר

דברים אלה מוקדשים בעיקר – מטבע המקום שממנו אני בא, בית המשפט – לילד ולילדה, לקטין ולקטינה, במשפט. אולם בית המשפט הוא מיקרוקוסמוס של החברה

הישראלית, לא רק – אך בעיקר – בחולייה ובפתולוגיה שלה, זאת – בראש ובראשונה – במשפט הפלילי, אך גם בדיני משפחה. נושאים של קטינים באים לפני בתי המשפט – כמו גם לפני בתי הדין הדתיים – בעקבות סכסוכי משפחה ובשאלות אימוץ, לפני בתי המשפט לעניינים מינהליים ולפני בית המשפט הגבוה לצדק בהקשר לזכויות מסוגים שונים, ולפני בתי המשפט הפליליים בעבריינות נוער. חלק מעניינים אלה אסקור בקצרה.

כדי שלא נהא בבחינת שולחן שלא אמרו עליו דברי תורה,¹ אזכיר כי מעמדו של הילד ביהדות בא לידי ביטוי, בין השאר, בקטע יפה בתלמוד הבבלי במסכת שבת:

אמר רב יהודה אמר רב, מאי דכתיב [מהו שכתוב – א' ר'] אל תגעו במשיחי ובנביאי אל תרעו,² 'אל תגעו במשיחי' אלו תינוקות של בית רבן [רש"י – 'שדרך תינוקות למשחן בשמן'³], 'ובנביאי אל תרעו' אלו תלמידי חכמים. אמר ריש לקיש משום רבי יהודה נשיאה, אין העולם מתקיים אלא בשביל הבל תינוקות של בית רבן. אמר לו רב פפא לאביי דידי ודידך מאי [שלי ושלך – תורתנו מה? – א' ר'] אמר לו, אינו דומה הבל שיש בו חטא, להבל שאין בו חטא; ואמר ריש לקיש משום רבי יהודה נשיאה, אין מבטלין תינוקות של בית רבן אפילו לבניין בית המקדש.⁴

הגישה המבוטאת כאן כוללת שלושה מרכיבים: הראשון – ייחודיותו של הקטין, השני – ראיית היחס אליו כיסוד קיומי בעולם, והשלישי – חשיבותו העליונה של החינוך. ואוסף: כך בדורות ההם, כך גם בדורנו. ועל כל אלה, בית הדין הוא גם "אביהם של יתומים";⁵ קרי, לקטינים שהם חלושים מטבעם על בית הדין לדאוג, כגון על ידי העמדת אפוטרופוס ואף במקרים מסוימים על ידי התעסקות בית הדין עצמו בצרכיהם.⁶ על התנא אבטליון, מן התנאים הקדומים ומורו של התנא הלל, אומר הפרשן ר' עובדיה מברטנורא, "שמפני שהיה אבטליון אב בית דין נקרא בשם זה שפירושו אב לקטנים, כי טליא בלשון ארמי קטן [...] אף כאן אבטליון אביהם של יתומים קטנים".⁷ יתומים הם משל לחוליה חלשה בחברה, בוודאי בחברה הקלאסית חסרת מוסדות הרווחה המקובלים כיום. גם קטנים כך. יתומים שהם קטנים – לא כל שכן.

1 משנה, אבות ג, ג.

2 דברי הימים א, טז 22.

3 על אתר.

4 בבלי, שבת קיט, ע"ב.

5 ראו, בין היתר: שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רצ סעיף א והגהת הרמ"א שם.

6 שם.

7 משנה, אבות א, י.

ובעניין אחר: לאחרונה, ראיתי בטלוויזיה את שופט בית המשפט העליון (בדימ') גבריאלי כן, בעבר חבר בצוות התביעה במשפט אייכמן, מתאר כיצד הסביר אייכמן למפקד אושוויץ, רודולף הס, מדוע עליו לא לגלות חולשה כשהוא קוטל ילדים – אלף ביום, רחמנא ליצלן; וההסבר היה, שאם ייהרגו רק המבוגרים, ייוותר דור חדש של נוקמים, הם הילדים שיישארו בחיים, ולכן צריך להרוג את הילדים. מיליון וחצי ילדים יהודים נרצחו בשואה. אני בן הדור הראשון שנולד לאחר השואה, בן לאחד השרידים שמשפחתו נשמדה. הנקמה בהיטלר ובעושי דברו – גם למי שכמוני אינו אוהב את הביטוי "נקמה" נקמה כזו היא לגיטימית – היא הדורות החדשים שקמים לעם היהודי מאז השואה. כשאני בא לברית מילה ויש בה ארבעה דורות אני נזכר כי כשהייתי ילד לא היו לחבריי – כמעט לכולם – לא סבתא ולא סבא, ולילדים של היום יש. גם עובדה זו מוסיפה רבות לחובתנו כמדינה יהודית ודמוקרטית כלפי הנוער, כלפי הדורות המתחדשים ובאים.

חשוב אפוא לרון בילדים ובבעיותיהם. הנביא ירמיהו אומר "הבן יקיר לי אפרים אם ילד שעשועים – כי מדי דברי בו זכור אזכרנו עוד, על כן המו מעי לו, רחם ארחמנו נאום ה'".⁸ הדיבור בענייניהם של קטינים מביא לידי זיכרון,⁹ ומביא לידי מידת הרחמים הנחוצה, לא אחת, גם בגררי הדין.

בהרצאה זו אעסוק במכלולים אחדים של מצב הקטינים במשפט בישראל, בלא יומרה למיצוי. תחילה אעסוק בטובת הילד ובזכויותיו, בשאלות שמיעת הקטין וייצוגו, וכן בשירותי הרווחה וביוזמות הפרטה; אעסוק במקצת גם בפן של המשפט האזרחי, במסגרת המשפחה, לרבות אימוץ, וכן בדיני הנזיקין; ולבסוף אדון גם בקטין במשפט הפלילי. כל אחד מנושאים אלה הוא עולם ומלואו, ובעיקר כל קטין וקטינה, כל ילד וילדה, הם עולם ומלואו.¹⁰

ב. מיהו ילד? מיהו קטין?

שאלה מקדמית שיש לתת עליה את הדעת נוגעת להגדרה מיהו ילד. התשובה לשאלה זו אינה פשוטה כלל ועיקר. הדין הישראלי, מטבע הדברים ועל פי רוב, בחר בדרך של

8 ירמיהו לא 19.

9 הרד"ק, בפירוש לספר ירמיהו, שם, מפרש: "מדי דברי בו" – בכל עת שאדבר בו, אזכרנו עוד באהבתי הקדומה לו... 'על כן המו מעי' – על כן שאזכרנו באהבה הקדומה, המו מעי לו בראותי אותו בגלות".

10 מטבע הדברים לא ימוצו כאן כל ההיבטים של מצב הקטינים במשפט הישראלי, ובכללם חוקי עבודת ילדים, נושא חשוב לכשעצמו, כגון: חוק עבודת הנוער, התשי"ג-1953, ס"ח 115.

הכרעה – קביעת גיל סף, ולא בחינה אינדיווידואלית של כל קטין, שהיא משימה קשה ובעייתית. מכך, כמובן, אין מנוס ואין דרך אחרת. אולם, גיל הסף אינו אחיד לכל הצרכים, וחוקים שונים קובעים גילים שונים, וגם דבר זה הכרחי מכורח המציאות. כך, הגיל הכללי לכשרות המשפטית הוא 18;¹¹ גיל האחריות הפלילית וכן גיל האחריות בנויקין, הוא 12;¹² שמיעת קטין כעד בבית משפט תתאפשר רק החל מגיל 14;¹³ גם עונש מאסר יוטל רק על מי שמלאו לו 14 ביום מתן גזר הדין; גיל מינימום להסכמת קטינה לקיום יחסי מין הוא גיל 14, והסכמת ילדה מתחת לגיל זה לא תהיה בעלת תוקף משפטי מבחינת הדין הפלילי;¹⁴ לעומת זאת, גיל המינימום לנישואין הוא 17;¹⁵ לבסוף, בחירה בהימנעות מטיפול רפואי אצל חולה סופני יכול שתניתן רק על ידי מי שמלאו לו 17.¹⁶ קיימים גם כמה יוצאי דופן בנוף החוקים הללו, כגון החוק לגילוי נגיפי איידס בקטינים, התשנ"ו-1996,¹⁷ שנועד לעודד קטינים להיבדק בבדיקת איידס. לפי חוק זה, ניתן יהיה לערוך בדיקה לקטין גם ללא הסכמת הורה או אפוטרופסו, אם "הרופא שוכנע כי, בהתחשב בגיל הקטין, בבגרותו הנפשית וביכולתו לגבש רצון עצמי, מחייבת טובתו את הבדיקה ללא קבלת אישור נציגו";¹⁸ קרי, הבחינה לעניין חוק זה היא בחינה סובייקטיבית של בגרות הקטין, ולא קביעת סף כללי ואחיד. בחינה דומה אנו מוצאים בחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981,¹⁹ בכל הנוגע להסכמת המאומץ לאימוץ – ההסכמה תהווה תנאי למתן צו אימוץ אם "מלאו למאומץ תשע שנים, או שטרם מלאו לו תשע שנים אך הוא מסוגל להבין בדבר".²⁰ בדומה, ראו היחס שבין סעיף 1 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד,²¹ הקובע כי "ילד, פירושו יצור אנוש מתחת לגיל שמונה-עשרה, בלתי אם נקבע גיל הבגרות קודם לכן על פי הדין החל על הילד", לבין סעיף 12 לאמנה העוסק ב"ילד המסוגל לחוות דעה משלו". עינינו הרואות, כי המחוקק קבע גילאים שונים, על פי הנושאים הרלוונטיים. כך גם בעבירות שונות (בעבירות מין

- 11 חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962, ס"ח 120.
 12 ס' 134 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226 (להלן: חוק העונשין); ס' 9(א) לפקודת הנויקין [נוסח חדש].
 13 אלא אם כן ניתנה רשות חוקר ילדים (חוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), התשט"ו-1955, ס"ח 96 (להלן: חוק הגנת ילדים)).
 14 ס' 345(3) לחוק העונשין.
 15 ס' 2 לחוק גיל הנישואין, התש"ו-1950, ס"ח 286.
 16 ס' 3 חוק החולה הנוטה למות, התשס"ו-2005, ס"ח 58.
 17 ס"ח 339.
 18 ס' 1(3), ש.ם.
 19 ס"ח 293.
 20 ס' 7, ש.ם.
 21 כ"א 31, 221 (נפתחה לחתימה ב-1989).

יש הברלים בין גילאי 14, 16 וכדומה²²), מתוך הנחה של התפתחות גופנית ושכלית בהתאמה. לא למותר להזכיר כי גיל הבגרות במשפט העברי מתאים לתחילת ההתפתחות הגופנית, 13 לבן, 12 לבת, שהוא גם גיל המצוות. וישנם נושאים שלגביהם גיל 20 הוא הרלוונטי, וכמובן השינויים בחקיקה מייצגים התפתחויות חברתיות.²³

ג. בין טובת הילד לזכויות הילד

המונח "טובת הילד" משמש בחקיקה הישראלית ונתפש כעקרון-על בנושאים כמו משמורת ואימוץ. לצדו מצוי המונח "זכויות הילד". האמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד שאושרה ונכנסה לתוקף לגבי ישראל ב-1991, מזכירה את שני העקרונות – טובת הילד וזכויות הילד.²⁴ האמנה לא עוגנה בחוק. כעבור כעשור, נחקק חוק לציון מידע בדבר השפעת חקיקה על זכויות הילד, התשס"ב-2002.²⁵ חוק זה מחייב את הכנסת ואת הממשלה לבחון במהלך הכנתה לקריאה ראשונה של הצעת חוק, שיש בה השפעה על זכויות ילדים, את השפעתה על זכויותיהם. ישראל הגישה כמה דו"חות על פי האמנה.²⁶

22 כן לדוגמה, ס' 345(א)(3) לחוק העונשין קובע כי "הבועל אשה... כשהאשה היא קטינה שטרם מלאו לה ארבע עשרה שנים, אף בהסכמתה... הרי הוא אונס ודינו - מאסר שש עשרה שנים". לעומת זאת, ס' 346(א) לחוק העונשין קובע כי "הבועל קטינה שמלאו לה ארבע עשרה שנים וטרם מלאו לה שש עשרה שנים ... דינו מאסר חמש שנים".

23 הגמרא (גטין נט, ע"א) דנה בשאלה מהו הגיל בו קטינים כשירים לבצע עסקאות: "הפעוטות – מקחן מקח, וממכרן ממכר, במטלטלין. ועד כמה? ... כבר שית, כבר שב [כבן שש, כבן שבע] ... כבר שב, כבר תמיני [=כבן שבע, כבן שמונה]... כבר תשע, כבר עשר [=כבן תשע כבן עשר]. ולא פליגי [=ואינם חולקים]: כל חד וחד לפי חורפיה [=אלא כל ילד וילד לפי חריפותו]". היינו, החל מגיל שש – הגיל הראשון המופיע בגמרא, בהתאם לחריפותו של הקטין ולהבנתו, יכול הוא לבצע עסקאות במטלטלין. וראו אצל: ערן שילה "מבן עשרים שנה ומעלה": על גיל הכשרות המשפטית" פרשת השבוע 352, פרשת מטות-מסעי (אביעד הכהן ומיכאל ויגודה עורכים, התשס"ט), שם בהערה 35, כתב: "אמת המידה ל"חריפות" הוגדרה להלכה: "יודע בטיב משא ומתן" (שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רלה סעיף א). ראוי לציין כי גם כאן צומצם למעשה המבחן הסובייקטיבי ונפסק כי מגיל עשר מוחזקים קטינים להיות חריפים דיים בלא בדיקה (שם, בהגהת הרמ"א)".

24 ס' 3 לאמנה. האמנה בדבר זכויות הילד – כשמה כן היא – מונה זכויות רבות, אך העיקרון המרכזי שבה הוא דווקא עקרון טובת הילד, כאמור בס' 3(א) לאמנה. ראו גם: משרד המשפטים הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה: חלק כללי 127 (2003) (להלן: דו"ח כללי).

25 ס"ח 486.

26 ראו לדוגמה, דו"ח תקופתי ראשון ששלחה ישראל לוועדת זכויות האדם של האו"ם בשנת 2001: Initial Report of the State of Israel Concerning the Implementation of the Convention on the Rights of the Child (CRC), available at www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/

כן מונתה ועדה בראשות השופטת סביונה רוטלוי²⁷ לבחינת עקרונות היסוד בתחום זה; דו"חות מקיפים ומרשימים הוגשו בשנים 2003-2004 ועניינם: הקטין בהליך הפלילי, חינוך הילד, הילד ומשפחתו, השמה חוץ ביתית של ילדים, וייצוג נפרד לילדים בהליכים אזרחיים.²⁸

"טובת הילד" הוא עיקרון שאינו חדש והוא סב על הדאגה לצרכיו של הילד בתחומים הפיסיים, הנפשיים, החינוכיים והסביבתיים. בשונה מתפישות עבר, שראו את הילד כרכוש ההורה, גישת "טובת הילד" עומדת על ייחודו של הילד באישיותו ובצרכיו. לא פעם, המונח מופיע בחקיקה הישראלית.²⁹ יצוין כי חקיקה בנושאים אלה ראשיתה עוד בשנות החמישים, והיא הציבה את ישראל במקום מתקדם בנושא זה ובנושאי זכויות אחרים, וזאת – עוד בטרם הוחל ב"שיח הזכויות" המוכר לנו במיוחד משנות השבעים.

כפי שציינה שופטת בית המשפט העליון אסתר חיות באחת הפרשיות, "המושג טובת הילד והקטין הינו מושג כללי ורחב, ובתי המשפט נדרשים מעת לעת לצקת בו תוכן ולעצב קריטריונים לצורך יישומו במקרה הקונקרטי העומד לדיון... כל מקרה ומקרה מקבל סיפור חיים משלו... ההכרעה... מחייבת בחינה של עניינים עדינים ומורכבים הנוגעים לנפש האדם...".³⁰ שאלה זו עומדת במרכז הדיונים בנושאי החזקת ילדים, רווחה, אימוץ, חטיפת ילדים – ואמנת האג המחייבת החזרת ילדים חטופים³¹ – כל אחד מאלה הוא כותרת שמאחוריה פרשיות אנושיות קורעות לב. אטעים: צדק, לדעת, ו

C8B3EB46-8C3F-448A-B042-111577637D10/0/CRC2001.pdf ; וכן דו"ח תקופתי שני ששלחה ישראל בשנת 2010: Second Periodic Report Concerning the Implementation of the Convention on the Rights of the Child, available at www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/65EB3B63-4BA0-4117-9A73-6F613443FD69/23080/CRC2ndPeriodic-report2010.pdf

- 27 כיום, סגנית נשיא (בדימ') של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו.
- 28 משרד המשפטים הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה: חלק כללי ודו"חות ועדות המשנה בנושאים הקטין בהליך הפלילי; חינוך; הילד ומשפחתו; השמה חוץ ביתית של ילדים; רצף ההגנה; ייצוג נפרד לילדים בהליכים אזרחיים (2003) www.justice.gov.il/MOJHeb/HavaadLeZhuyot
- 29 ראו לדוגמה: חוק שיווי זכויות האשה, התש"א-1951, ס"ח 248; חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות; חוק אימוץ ילדים; חוק הסעד (סדרי דין בעניני קטינים, חולי נפש ונעדרים), התשט"ו-1955, ס"ח 126; חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971, ס"ח 134 (להלן: חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול)), ועוד.
- 30 בע"מ 9358/04 פלונית נ' פלוני, תק-על (2)05 (2893 (2005)).
- 31 האמנה בדבר ההיבטים האזרחיים של חטיפה בינלאומית של ילדים, כ"א 31, 43 (נחתמה ב-1980). האמנה נקלטה בחוק הישראלי באמצעות חקיקתו של חוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים), התשנ"א-1991, ס"ח 148.

מי שאמר כי אין תיקים קשים מתיקי אימוץ שבהם נקרע קטין ממשפחתו הביולוגית אשר אינה מסוגלת לטפל בו, אף אם היא סבורה אחרת.³² מי הורה ומי בן אנוש ולא יבין קושי זה, כקריעת ים סוף. על כך רוב דברים אך למותר. אך, לא אחת, עולות שאלות קשות של "אוי לי מיוצרי, אוי לי מיצרי"³³ גם בהקשרי משמורת, במיוחד אם יש הבדלי השקפה בין הורים, שהאחד חילוני והאחר דתי או אף חרדי, והקטין או הקטינה נקרעים בתוכם ביניהם, ועל בית המשפט או בית הדין לחפש את שביל הזהב שישקף את טובת הקטין. בעסקו באמנת האג, על בית המשפט לגשר על פני יבשות בהקשר זה, והמשימה מורכבת ואף אולי קורעת לב לא אחת. כמובן, טובת הילד היא עקרון העל – אך כיצד קובעים אותה? הדבר מחייב התחשבות באינטרסים שונים. המורכבות נובעת גם מהבדלי פרשנות במדינות שונות וכן מהשוני בין כתי משפט אזרחיים לבתי דין דתיים. נטען, לא אחת, נגד פטרנליזם המגולם בביטוי "טובת הילד"³⁴ – כאילו אנו השופטים, וגם עובדי הרווחה, הם הם "פוסקי הטובה", ובעולם הפוסט מודרני כמובן הדבר נטען ביתר שאת. על כן, מתבלטת המגמה – שאני, אישית, שותף לה בכל לב ונתתי לה גם ביטוי לא אחת בהחלטות שיפוטיות – של התחקות אחר רצון הקטין עצמו.³⁵ כמובן, ככל שהקטין מתבגר – הדבר סביר יותר. על פי המקובל גיל 9-10 ומעלה הוא גיל נכון לשמיעת דעתו של קטין. לדבר זה יש אחיזה גם בחקיקה וכמובן גם בפסיקה.³⁶

דבר זה מביאנו למושג השני, הוא המושג "זכויות הילד", כיצור בעל דעה עצמאית משלו,³⁷ וגם לכך ניתן ביטוי על ידי בתי המשפט. זו גישה רחבה יותר שעניינה מתן אוטונומיה לילד כבעל זכויות עצמיות הנפרדות משל הוריו – כפי שציין שופט בית המשפט העליון סלים ג'ובראן באחת הפרשיות.³⁸ מובן כי המציאות מורכבת: גם משיימע קולו של הילד – וכמובן, ככל שיתבגר יישמע ביתר שאת – וגם משמבקשים אנו ליתן לו את האוטונומיה הרבה האפשרית, עדיין ניסיון החיים שלו אינו רב ובגרותו אינה מלאה, ומכלול התמונה מחייב אפוא איזון. על כן, כפי שמציינים מלומדים, יוענקו

32 ראו לדוגמה, דברי השופט חשין (כתוארו אז): "קשים הם דיני ממונות. קשים מהם דיני נפשות. קשים מכולם דיני אימוץ ילדים, והם בקודש הקודשים של דיני נפשות" (דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד נ(1) 87, 48 (1995)).

33 בבלי, ברכות סא, עא.

34 פנחס שיפמן דיני המשפחה בישראל כרך ב 217 (התשמ"ט); רונה שוז "זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים: לקחים מפרשת 'תינוק המריבה'" משפחה במשפט א 163, 176 (2007).

35 ראו למשל: בע"מ 1048/05 פלונית נ' פלוני, תק-על 05(4) 2484 (2005).

36 ראו עוד בהרחבה: רונה שוז "זכות הילד להשתתפות: בין תיאוריה לבין הלכה למעשה בבתי המשפט לענייני משפחה" משפחה במשפט ב 207 (2008).

37 ראו גם: שוז, שם, בעמ' 215.

38 בע"מ 2338/09 פלונית נ' פלוני, תק-על 09(2) 2730 (2009).

הזכויות באופן הדרגתי, על פי עקרון הכשרים המתפתחים.³⁹ דברים אלה מתיישבים עם השכל הישר.

ברי אפוא כי משעסקינן בזכויות הילד, על פי החוקים המתפרשים ברוח האמנה – הזכות למזון, למדור, לחינוך, להשתתפות בהחלטות הנוגעות לגורלם, לשוויון וגם לחופש הביטוי – יש לתת לכך משמעות קונקרטית הנבחנת בכל מקרה ומקרה; עקרונות העל הם הילד כאישיות נפרדת הנושאת זכויות, העומדת במרכז הדיון המשפטי ואשר יש לה חלק ונחלה בהכרעות לגבי גורלה. בישראל, הזכויות החוקתיות הכרוכות בכך נגזרות מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אדם – גדול וקטן במשמע, כפי שציינו פרופ' אהרן ברק ושופט בית המשפט העליון (בדימ') מישאל חשין במקרים שונים.⁴⁰ השופטת – כתוארה אז – דורית ביניש ציינה כי "בעידן שלאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובעידן שלאחר הצטרפות ישראל לאמנה בדבר זכויות הילד... הילד הוא אדם אוטונומי, בעל אינטרסים וזכויות עצמאיות משלו".⁴¹ עם זאת, הדין, מציאות החיים והשכל הישר מזכירים לנו כי עדיין לא הגיע הקטין לבגרות; הוריו הם האפוטרופוסים הטבעיים, ולדוגמה, אין הוא רשאי לקיים פעולות משפטיות אזרחיות בלא הסכמתם, או בלא הסכמת אפוטרופוס אחר אם מונה.⁴²

בין שופטי בית המשפט העליון נפלה בשעתו מחלוקת אם יש להפעיל את עקרון זכויות הילד או עקרון טובת הילד.⁴³ הפרשה עסקה בזוג יהודים, שלאחר כמה שנות נישואים הצטרפה האישה לכת נוצרית-משיחית (Jehovah's Witnesses) שהביאה לפרוץ סכסוך בין בני הזוג. האב דרש להקנות לילדיו חינוך יהודי בניגוד לרצונה של האם. האב ראה את חברותה של האישה בכת כגורם המכריע לסכסוך, היות שחברותה

39 עיקרון זה קבוע בס' 5 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד, ומוזכר גם בדו"ח הכללי, לעיל ה"ש 24, בעמ' 255; ראו גם: יחיאל ש' קפלן "מטובת הילד לזכויות הילד – ייצוג עצמאי של קטינים" משפטים לא(3) 623, 635-638 (התשס"א); בלהה כהנא חבות של הורים בנוזיקין כלפי ילדיהם: וסוגיות בנוזיקין בהקשר לקטינים וצדדים שלישיים 41, 43 (2008). עוד בעניין העיקרון בדבר הכשרים המתפתחים (*evolving capacities*), ראו: Gerison Lansdown, *The Evolving Capacities of the Child*, The United Nations Children's Fund (UNICEF), Innocenti Research Centre (2005), available at www.unicef-irc.org/publications/pdf/evolving-Benjamin Shmueli & Ayelet Blecher-Prigat, Privacy for Children, 42; eng.pdf, COLUMBIA HUMAN RIGHTS L. REV. (forthcoming, 2011). לדיון בעיקרון זה לפני האמנה, ראו: Hillary Rodham, *Children under the Law*, 43 HARV. EDUC. REV. 487 (1973).

40 ע"א 6106/92 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, תק-על 2/94 (1166, 1168) (1994); אהרן ברק "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 163, 165-166 (יצחק זמיר עורך, 1993); אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 435 (1994).

41 ע"פ 4596/98 פלונית נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 145 (2000).

42 ס' 4 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות.

43 ע"א 2266/93 פלוני, קטין נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221, 254 (1995).

של האישה בכת השפיעה גם על דרכה בחינוך הילדים. האם טענה כי חופש הדת והמצפון מקנה להורה זכות להקנות את דתו ואת אמונתו לילדו, ובמקביל מקנה הוא לילד את הזכות ללמוד את דת הוריו. הנשיא מאיר שמגר ציין כי טובת הילד הוא "מושג רגשי-סובייקטיבי, שנשען על שיקול הדעת וההערכה העובדתית של בית המשפט במקרה ספציפי, בו בזמן ש'זכויות הילד' הן מושג חוקתי נורמטיבי הנשען על מערכת זכויות מוכרת וקיימת, אך המודרך כמובן גם כן על-ידי השאיפה להכיר בטובת הילד".⁴⁴ ואולם, שופטים אחרים הטעימו את "טובת הילד" כעיקרון מנחה,⁴⁵ וכך הדבר גם כיום בפסיקה העכשווית.

מדברי המלומדים קפלן⁴⁶ וכהנא,⁴⁷ עולה האמירה כי הפסיקה הכריעה לפי עקרון "טובת הילד" – זהו גם העיקרון שבחוקים עצמם, אבל כיום ניתן משקל גם לזכויות; סעיף 12 לאמנה מדגיש את הצורך ליתן "לילד המסוגל לחוות דעה משלו את הזכות להביע דעה כזו בחופשיות בכל ענין הנוגע לו, תוך מתן משקל ראוי לדעותיו, בהתאם לגילו ולמידת בגרותו של הילד". משמעות הדברים היא כי בקביעת טובתו של הילד, יינתן ביטוי לזכויותיו, ובראש ובראשונה – ליכולתו להשמיע קולו בקשר לכך.

עליי לומר כי, לדידי, ההבחנה העיונית בין טובת הילד לזכויותיו אינה עיקר. העיקר הוא תרגומם של עקרונות אלה הלכה למעשה. במישור הסמנטי, כביכול משדרים אנו פטרונות באמרנו "טובת הילד", אך במהות – זכויותיו, לטעמי, הן טובתו וטובתו היא זכויותיו, אף כי המונח "זכויות" אולי משמיע "מוצקות משפטית" רבה יותר. לדידי, החשוב הוא להתחשב באופן המירבי האפשרי, על פי בגרות הילד גילו והתפתחותו, ברצונו שלו, נוסף לרצון סובביו, וכן ליתן לו ייצוג מתאים מקום שהדבר נחוץ.⁴⁸

ואכן, על הדבר לבוא לביטוי ביישומו של חוק הנוער (טיפול והשגחה), התש"ך-1960,⁴⁹ הקובע את המנגנונים להגנה על קטינים ועל נזקקים, ולטיפול בהם, והם פקידי הסעד ובית המשפט לנוער הפועל – בין השאר – על בסיס שיקומי. כפי שנראה, גם חוק הנוער (שפיטה), ענישה ודרכי טיפול) העוסק בפן הפלילי, כולל בשמו גם את דרכי הטיפול, המודגשים במיוחד לגבי נוער; גם כאן יש ליישם עקרונות אלה.

44 שם, בעמ' 254.

45 ראו לדוגמה, את דבריה של השופטת שטרסברג-כהן, שם, בעמ' 270, 273. גישת בנינים נמצאה בדעתו של השופט מצא שסבר כי "שני המבחנים ראויים להתקיים זה לצד זה בלי שיתעורר הכרח לקבוע איזה משניהם ראוי להיחשב כרחב מזולתו וככולל את זולתו ואף בלי לדרגם – לפי סדר הקדימות והחשיבות – זה מעל זה" (שם, בעמ' 274).

46 קפלן, לעיל ה"ש 39, בעמ' 88.

47 כהנא, לעיל ה"ש 39, בעמ' 44-46.

48 ראו עוד בנושא: רונה שו" "זכויות ילדים חטופים: האם חוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים), תשנ"א-1991, עולה בקנה אחד עם דוקטרינת זכויות הילד?" מחקרי משפט כ(2) 421 (2003);

49 ס"ח 52.

ד. חשיבותם של שירותי הרווחה והצורך בהקצאת משאבים

כאן המקום לציין את שירותי הרווחה לנוער ואת פועלם, כגורם טיפולי וכיד עזר לבית המשפט. כולנו בציבור חבים להם תודה, ולא תמיד הם זוכים לה. באומרי "שירותי הרווחה", כוונתי לפקדי הסעד העוסקים בנוער, ברמה הארצית וברשויות המקומיות; לשירותי האימוץ; ובמישור הפלילי – לשירות המבחן לנוער. אין ערוך לחוב ההוקרה כלפיהם, אך, לצערנו, אין ניתן לעובדים הסוציאליים המסורים הללו אותו כבוד הראוי להם, ובראש ובראשונה תגמול, כדי שהם עצמם לא יהיו בקו העוני. כפועל יוצא של שכר זעום ושל עבודה קשה, וגם של תקנים מצומצמים, מוטל עומס רב מדי על שירותי הרווחה, עומס המוכר לכל שופט. זכורני כיצד פרקליטת המדינה דאז, השופטת עדנה ארבל, ואנוכי כיועץ המשפטי לממשלה, שכנענו את שר האוצר דאז יעקב נאמן, לפני למעלה מעשור, להוסיף תקנים לשירות המבחן. חלפו שנים והצורך הולך וגובר. הדבר משפיע ישירות על הטיפול בשאלות הקשורות לנוער, שכן אם יש צורך להמתין חודשים לתסקיר, אין מקום להכביר מילים על הנזק העלול להיגרם לקטין. אין כל ספק כי כל שבידו להשפיע, ראוי שייתן ידו להגדלת מספרם של אנשי השירותים הללו, והמשאבים המוקצים לכך.

ה. על שמיעת הילד

נשוב אל הנוער עצמו, וליישום עקרונות טובת הילד וזכויותיו. החלטות בתי המשפט לנוער, לפי חוק הנוער (טיפול והשגחה), טעונות תסקיר פקיד סעד הכולל שמיעת הקטין והצעותיו.⁵⁰ כך גם בענייני משפחה – בתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984,⁵¹ שעניינן מתן הזדמנות לילד להביע את רגשותיו, אשר בית המשפט ייתן להם משקל ראוי בהחלטה, זאת – כפוף לחריג שלא יישמע ילד אם מימוש זכותו זו יגרום לו פגיעה.⁵² לא אחת, נזדמן לי לומר בפסיקתנו, כי, ככלל, יש מקום למאמץ לשמוע קטין, גם על פי האמנה והפסיקה, ויש לעשות כן בהתחשב בגילו וביכולתו. וכנאמר באחת הפרשות, "אכן, רצון הילד אינו שיקול יחיד... אך הוא בהחלט שיקול רב משקל".⁵³

גם בדין הפלילי, שאליו נבוא, ניתן עתה כאמור ביטוי לחיוב לתת לקטין הזדמנות להביע עמדתו, מקום שהוראת הדין נותנת לאדם אפשרות להביע דעתו, או אף נדרשת הסכמתו למתן החלטה בעניינו. במקרה כזה, "זכאי קטין שתיתן לו הזדמנות להביע את

50 ס' 8, שם.

51 ק"ת 342.

52 ת' 2258 ל.ג.2.

53 בע"מ 10480/05, לעיל ה"ש 35, בעמ' 2487.

עמדתו, רצונו ורגשותיו בעצמו ובדרך המותאמת לגילו, למידת בגרותו ולצרכיו⁵⁴, וינתן לכך משקל ראוי בקבלת החלטה, בסייגים מסוימים.

מעשה שהיה: לפני שנים רבות, הייתי שופט בבית המשפט המחוזי בירושלים, בטרם היווסדותם של בתי המשפט לענייני משפחה, ובית המשפט המחוזי דן גם בנושאים אלה. הייתי בתורנות. בשעת אחר צהריים מאוחרת נשמעה נקישה בדלת לשכתי. נכנסה אישה ואמרה שברצונה להגיש בקשה לשינוי הסדרי משמורת על אחד מבניה. כפי שנתברר, האישה התגרשה מבעלה שנים אחדות לפני כן, ולשלושת ילדיהם נקבע הסדר מפוצל: הגדול – בן 15 בעת הביקור אצלי, והקטן – בן 6 אז – היו במשמורת האם. האמצעי – בן ה-12 – נותר במשמורת האב, שהקים בינתיים משפחה חדשה. בן ה-12 הביע באוזני האם, לדבריה, רצון לעבור למשמורתה ולגור עם שני אחיו. קבעתי דיון במעמד האב ופקידי הסעד כעבור ימים אחדים. בעקבות הדיון, ביקשתי לפגוש את שלושת ילדי המשפחה. נתעורר ויכוח מי יביא אותם, והכרעתי כי פקידת הסעד תעשה כן. השאלה להכרעה הייתה לגבי הילד בן ה-12, אך רציתי לפגוש גם את בן ה-15 ואת בן ה-6 (שהתעניין בעיקר במחשב, חידוש באותם ימים). בן ה-12 אמר, "אצלנו במשפחה סמטוכה" ותיאר תמונה מסובכת, ואכן ביקש לעבור למשמורת האם. כעבור יומיים, בטרם הדיון הבא, הודיע האב – שהבין, מן הסתם, לאן נושבת הרוח – על הסכמתו. הבאתי סיפור זה כדי לציין כי רואה אני חשיבות, כפי שגם מבטא הדין בישראל, בשמיעת דעתם של ילדים. וכבר ציינתי כי, כשלעצמי, עשיתי כן גם בבית המשפט העליון, בדין יחיד⁵⁵, ולאחרונה גם בהרכב⁵⁶. מובן כי יש להידרש לכך בזהירות ובשום שכל, כדי להימנע ממצב שבו הקטין מייצג למעשה את קולו של אחד ההורים במחלוקת; אך על קול הקטין שהוא קולו שלו, כפי שיתרשם בית המשפט, להישמע בהחלט.

ו. על הייצוג

זכויות הילד או הקטין באות לידי ביטוי באופן חשוב על ידי ייצוגו בהליכים משפטיים⁵⁷. יש בעיניי חשיבות עצומה להבטחת ייצוגו של קטין בדין האזרחי, במיוחד מקום שנטושה מחלוקת בין הוריו⁵⁸, שלא לדבר על ייצוג בדין הפלילי, דבר שמוסדר

54 ס' 1ב לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול).

55 בע"מ 10480/05, לעיל ה"ש 35.

56 ראו למשל לדוגמה, בע"מ 2338/09 פלוגית נ' פלוני, תק-על (2) 2730, 2745 (2009).

57 ראו עוד בנושא: דו"ח ועדת המשנה בנושא ייצוג נפרד לילדים בהליכים אזרחיים, לעיל ה"ש 29.

58 כן ראו: קפלן, לעיל ה"ש 39, בעמ' 647.

בחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול) ובחוק הסניגוריה הציבורית, התשנ"ו-1995.⁵⁹

דוגמה לצורך בייצוג "אזרחי" היא במחלוקת על משמורת. או-אז יש לייצוג תפקיד חשוב ביותר, והוא – לייצג באופן "נקי" את זכויות הקטין מקום שההורים ניצים ביניהם, והקטין או הקטינה עלולים להינזק. דוגמה נוספת – נדירה יותר – לצורך בייצוג, היא של מקרים שבהם מתעורר חשש ממזרות – נושא שהוא בעל תוצאות הרוח גורל. ביום האחרון לכהונתי כיועץ משפטי לממשלה, ב-31.12.2003, חתמתי על הסכם עם נשיא בית הדין הגדול, הראשון לציון הרב שלמה עמאר, באשר לטיפול בנושאי ממזרות. נושא זה, גם כשמדובר היה במספר קטינים מועט, ההיבט האנושי בו מובהק, כיוון שממזרות היא, כדברי חכמים, "מעוות שלא יוכל לתקון".⁶⁰ אין תקנה לממזרות מוכרות. הממזר אינו יכול לבוא בקהל, ולהינשא, לדוגמה, כדת משה וישראל. על כן, יש לעשות כל מאמץ להתירה, ועדיף – למונעה. ההסכם נבע מכך שבקבוצת מקרים הוכרזה ממזרות בבתי דין רבניים אזוריים, בעקבות הצהרות מפי הורי הקטינים, בלהט הדיונים הקשים ביניהם בבית הדין הרבני. פניתי בשעתו לנשיא בית הדין הגדול, הרב ישראל מאיר לאו, כדי להבטיח שלא תהא הכרזת ממזרות ללא ייצוג לקטין על ידי בא כוח היועץ המשפטי לממשלה. הרב לאו הסכים להנחות את בתי הדין בהתאם, אך עדיין נותרו מקרים שחזרו ונשנו, ובהידברות עם הרב עמאר נולד אותו הסדר, המבוסס, מחד גיסא, על סמכות בית הדין הרבני לקבוע מיהו הכשר להינשא, אך – מאידך גיסא – גם מביא בחשבון את עומק הפגיעה במי שנמצא ממזר ואינו זכאי לבוא בקהל, מצב המתואר בפי חז"ל⁶¹ גם כ"דמעת העשוקים ואין להם מנחם".⁶² מתוך רשימתי "מלכות ישראל לעומת דינא דמלכותא":

נקבע כי במקרים של חשש ממזרות כשאין ברירה אלה לדון, יידון הדבר בהרכבים קבועים מיוחדים של בתי דין אזוריים, שקנו מומחיות בנושא, כשהקטין מיוצג על ידי היועץ המשפטי לממשלה. פסק דין המתיר לבוא בקהל יהא סופי; פסק דין שאינו מתיר ינוסח כך שיפתח פתח להמשך בירור, ובא כוח היועץ המשפטי יערער לבית הדין הגדול, וגם כאן יהא הרכב קבוע שידון בכך. ועדיין, אם לא תהא פסיקה מתירה, יוכל הנוגע בדבר לשוב ולבקש כי התיק ייפתח עם בגרותו, ובגיר יוכל לערער בפני בית הדין הגדול בטיעונים חדשים. נאמר, בהיבט טובת הקטין, כי הדיון

59 ס"ח 8.

60 משנה, חגיגה א, ז.

61 ויקרא רבה לב, ח.

62 קהלת ד 1.

בשאלת כשרות יוחסין עוד בעת קטינות עשוי להבטיח כי כל העובדות המאפשרות להתיר לבוא בקהל יהיו לנגד עיני בית הדין. נקבע בסיפא של ההסדר כי 'בייצוג עניינו של קטין בפני בית הדין הרבני, יפעל ב"כ היועץ המשפטי לממשלה לטובת הקטין בלבד, בכפוף לאינטרס הציבורי ולהוראות כל דין. אף בית הדין הרבני בפסיקתו יעשה כל מאמץ הלכתי בנושא רגיש זה'.⁶³

ככלל, בשאלות ייצוגם של קטינים מסתמנת, לדעתי, התקדמות רבה, הן בתחום הפלילי והן בתחום האזרחי, אך נותרה עוד מלאכה רבה, בעיקר בתחום האזרחי.⁶⁴ בתחום הפלילי אציין את פעילותה של הסנגוריה הציבורית, שפעולתה הורחבה בחקיקה גם להליכי שימוע.⁶⁵ באשר לתחום האזרחי, יש לציין לדוגמה את פעילותן של לשכות הסיוע המשפטי לפי חוק הסיוע המשפטי, התשל"ב-1972.⁶⁶

ז. נושאי שוויון

שאלות של שוויון לגבי ילדים ובני נוער נגזרות למעשה משאלות של שוויון בתוך החברה הישראלית בכלל, גם בתוך המגזר היהודי וגם בין יהודים לערבים. לעתים, יש רלוונטיות גם לשוויון באשר לילדי העובדים הזרים. לפני כשנתיים נשמעה לפני בית המשפט העליון עתירה שעסקה בילדים, בנים של מהגרי עבודה בלתי חוקיים, הסובלים ממחלות קשות, ונתבקשה הימנעות מהרחקתם בשל הטיפול הרפואי הנחוץ להם.⁶⁷ בעקבות העתירה נקבע נוהל הומניטרי של ייעוץ רפואי מחויב על ידי רופאים מומחים בטרם החלטה. ציינו בפסק הדין, שנגשנו לנושא בגישה אנושית ומעשית, "כי שעה שחיו של אדם בכף המאזניים, מדינה מתוקנת שהיא גם מדינה יהודית ודמוקרטית, אינה יכולה לאטום את אוזניה ואת ליבה... אין צורך להכביר מלים מעבר לכך, נוכח נכונות המדינה לנקוט עמדה משפטית-מוסרית, שכמובן הדעת נותנת כי עליה לפרשה

63 בעקבות צאת ספרו של השופט ד"ר גרשון גרמן "מלך ישראל", מחקרי משפט כב(2) 489 (התשס"ט).

64 ראו גם סקירת הפסיקה בנושא: דו"ח ועדת המשנה בנושא ייצוג נפרד לילדים בהליכים אזרחיים, לעיל ה"ש 29, בעמ' 39-41.

65 חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול) (תיקון מס' 14), התשס"ח-2008, ס"ח 688.

66 ס"ח 95.

67 בג"ץ 5665/05 פלוני נ' שר הפנים, תק-על(3) 4758 (2007).

במבט רחב במיוחד כשהמדובר בילדים".⁶⁸ ועוד "כשהמדובר בקטין התלוי בזולת, ובוודאי 'קטינים צעירים' המבט ההומניטרי צריך שיהא עמוק ומדוקדק ביותר".⁶⁹

ח. נושאי חינוך

קצרה היריעה מפירוט בנושא זה. אך אציין כי בתי המשפט נתנו ידם לקידום הסדרי חינוך במקומות שהללו לא היו לפי הרצוי, לדוגמה, במגזר הבודאי;⁷⁰ למניעת אפליה בין אשכנזים לספרדים בחינוך החרדי,⁷¹ ועוד. ברי כי החינוך הוא ראש לכל וכי תשתית חינוכית טובה היא הערובה הטובה ביותר – כי ערובה מוחלטת אין – לצמיחת אנשים ערכיים ואזרחים ערכיים. אין ערוך להשפעתו של החינוך ואין גם ערוך להרסנות אם החינוך כושל. שכר המורה בוודאי אינו האחרון מכל אלה, כי – בדומה לעובדים סוציאליים – ככל שיהיה קרוב לסבירות כן יגיעו לעיסוקים אלה אנשים טובים, אך הרוח המפעמת, רוח ערכית, חשובה וחיונית היא.

ט. על תפקיד בית המשפט בפיקוח על הרשויות

עליי לציין כי, לא אחת, אין עתירות בנושאי נוער, כמו בנושאים אחרים, מגיעות למיצוי בפסק דין מלומד, אלא בתפקודו של בית המשפט כ"שמרטף" של הרשויות עד שימלאו חובתן, או כזרו לכך. דבר זה קורה השכם והערב. כך אירע באשר לחוק הפיקוח על מעונות, התשכ"ה-1965,⁷² שהתברר כי אין הוא נאכף בפועל. פעילות הפיקוח של הממשלה החלה רק ב-1995, שלושים שנה לאחר החקיקה, ושש שנים לאחר דו"ח מבקר המדינה. עתירה הוגשה בעניין זה ב-2007,⁷³ ואין ספק כי בנושא זה, כמו

68 שם, בעמ' 4761.

69 שם, בעמ' 4762.

70 ראו לדוגמה, בג"ץ 6671/03 אבו גנאם נ' משרד החינוך, פ"ד נט(5) 577 (2005).

71 ראו לדוגמה, בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך, תק-על(3) 1797 (2009).

72 ס"ח 48.

73 בג"ץ 701/07 דוידוביץ נ' שר התעשייה, המסחר והתעסוקה, פדאור (45)07 600 (2007). בכתב העתירה טען העותר כי המדינה אינה מקצה את המשאבים הנחוצים וההכרחיים לקיום הוראות חוק הפיקוח על המעונות, התשכ"ה-1965, ולאכיפתן. המדינה טענה "כי מתקיימים מהלכי חקיקה מתקדמים בנושא הפיקוח על המעונות, ועל פי הערכתה מהלכים אלה צפויים להסתיים בתוך כחצי שנה. החקיקה החדשה אמורה לתת פתרון, בין היתר, לנושא הרישוי של המעונות ולמנגנון הנדרש לאכיפת החוק בעניין זה". לאור האמור, החליט בג"ץ להותיר לעת הזאת את העתירה תלויה ועומדת.

באחרים, היה בעצם הגשת העתירה כדי לדחוף את הנושא ולקדמו. כיום, קיים תזכיר חוק הפיקוח על מסגרות לפעוטות, התש"ע-2010, הנותן דעתו לחלק מן הנושאים הרלוונטיים, אף כי לא לכולם.

בית המשפט העליון גם הביא בפסקתו לאיסור על ענישה גופנית לילדים ותלמידים,⁷⁴ ובכך הפכה ישראל לאחת המדינות היחידות בעולם שאסרו בפלילים (ודרך הפסיקה) על ענישה גופנית.⁷⁵ בכעשרים מדינות בעולם שאסרו על התנהגות זו, קיימת, למעשה, מעין זכות אזרחית לילד שלא להיענש בעונש גופני ומשפיל, אך הדבר לא הגיע לכדי איסור פלילי.⁷⁶ ברוב מדינות העולם, ענישה גופנית מתונה וסבירה נחשבת למותרת.⁷⁷ בישראל – לא עוד. לא להורים ולא למורים.

74 באשר איסור ענישה גופנית להורים ראו, לדוגמה, דברי השופטת – כתוארה אז – ביניש בע"פ 4596/98, לעיל ה"ש 41; באשר לאיסור הענישה למורים, ראו: ע"פ 5224/97 מדינת ישראל נ' שדה-אור, פ"ד נב(3) 374 (1998). להשוואה בין ענישה גופנית על ידי הורים לענישה גופנית על ידי מורים, ראו: Benjamin Shmueli, *Corporal Punishment in The Educational System Versus Corporal Punishment by Parents: A Comparative View*, 73 L. & CONTEMP. PROB. 283 (2010).

75 לסקירת המהלך בישראל במבט השוואתי, ראו: SUSAN H. BITENSKY, CORPORAL PUNISHMENT OF CHILDREN: A HUMAN RIGHTS VIOLATION (2006) Rhona Schuz, *'Three Years On': An Analysis of the Delegalisation of Physical Punishment of Children by the Israeli Courts*, 11 INT'L. J. CHILD. RTS. 235 (2003) Benjamin Shmueli, *Who's Afraid of Banning Corporal Punishment? A Comparative View on Current and Desirable Models*, 26 PENN STATE INT'L L. REV. 57 (2007) אמנון סטרשנוב ילדים ונוער בראי המשפט (2000); יחיאל ש' קפלן "המגמה החדשה בעניין ענישה גופנית של ילדים לצורכי חינוך" קריית המשפט ג 447 (2003); לסלי סבה "חושך שבטור" בהוראת בית המשפט: הרהורים בעקבות מהפך משפטי" מגמות בקרימינולוגיה: תיאוריה, מדיניות ויישום, לכבוד ד"ר מנחם הורוויץ בהגיעו לגבורות 425 (מאיר חובב, לסלי סבה ומנחם אמיר עורכים, 2003); בנימין שמואלי "מה לפמיניזם ולזכויות הילד?: השפעת תיאוריות פמיניסטיות על איסור ענישה גופנית לילדים כמקרה מבחן" משפחה במשפט א 57 (2007); בנימין שמואלי "השפעת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על קביעת איסור על ענישה גופנית בישראל" קריית המשפט ח 289 (2009).

76 ראו: BITENSKY, שם; Shmueli, שם; Benjamin Shmueli, *The Influence of the UN Convention on the Rights of the Child on Corporal Punishment – A Comparative Look*, 10 OREGON REV. INT'L L. 189-242 (2008).

77 ראו: BITENSKY, לעיל ה"ש 75; Shmueli, לעיל ה"ש 75; Tamar Ezer, *Children's Rights in Israel: An End to Corporal Punishment*, 5 OR. REV. INT'L L. 139 (2003).

י. על הפרטה: לבל נפריט עצמנו לדעת

"הפרטה" בישראל הפכה למילת קסם שמאחוריה מקסם של יעילות והצלחה כלכלית. דיון רחב בה חורג מגדר ההרצאה. אך, כשלעצמי, סבורני כי המטוטלת בעניין זה אסור שתרחק יתר על המידה, והדבר רלוונטי גם לנושאי קטינים. מדינת רווחה היא זו שהחוליות החלשות בה, שחוזקן הוא חוזק השלשלת כולה, אסור שיופרטו. כשלעצמי, ביטאתי עמדה זו בפרשת ברק כהן:⁷⁸

... דומה שעם השנים נתברר כי הפרטה אינה עניין חד-כיווני צופן ברכה אלא עמוסה היא בעיות מסוגים שונים. הרוח הגדולה שבאה, שכביכול נועדה למצוא מזור לאזרח מתחלואי הבריורקרטיה הישנה, הכבדה והיקרה, הביאה עמה גם תופעות בעייתיות, בראש ובראשונה במובן של זכויות אדם, זכויותיהם של חלקים חלשים בחברה ובהם עובדים, אך גם תוך אפשרות פגיעה בנכסי הציבור ביום הפרטה.⁷⁹

וכן:

אכן, היה לרעיון הפרטה צד חיובי – הקטנת השירות הציבורי, ייעול השירותים הניתנים לציבור תוך תחרות, ובסופו של יום אולי הקטנתה של ההוצאה הציבורית. אך לצד אותן מעלות טובות שלהפרטה עלינו, נגלו כאמור גם חסרונות, העלולים להתבטא – בין השאר – במישור הערכי, מישור הזכויות.⁸⁰

בפסיקתו החוקתית של בית המשפט העליון זה לא מכבר בעניין הפרטת בית סוהר, ציינו דברים דומים.⁸¹ מדובר בעתירה שהוגשה נגד רשויות המדינה בגין אי-חוקיותו של

78 דנ"פ 10987/07 מדינת ישראל נ' כהן, תק-על (1)08 243 (2008). נסיבות הפרשה עסקו בעובד בחברת אבטחה בלשכת מנהל האוכלוסין של משרד הפנים במזרח ירושלים שהואשם, בין היתר, בעבירות המיוחסות ל"עובד ציבור" כגון לקיחת שוחד וניסיון ללקיחת שוחד. כהן הודה בהסדר הטיעון, אך טען כי לנוכח היותו עובד של חברת אבטחה חיצונית אין הוא נחשב לעובד ציבור. השאלה שהתעוררה בדיון הנוסף הייתה, אם אחת מהגדרות חוק העונשין למונח "עובד הציבור" עשויה לחול על מאבטח בחברת שמירה פרטית, שסיפקה שירותי שמירה למדינה, שמצידה הפריטה את שירותי האבטחה בעירייה. בית המשפט הסביר כי "הסבך המשפטי... יסודו במידה לא מבוטלת בתהליך הפרטה..." (שם, פס' ד' לפסק דינו של השופט רובינשטיין).

79 שם, פס' י"א לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

80 שם.

81 בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים (ע"ר), חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, תק-על (4)09 2405 (2009).

החוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 28), התשס"ד-2004,⁸² הקובע כי במדינת ישראל יוקם לראשונה בית סוהר (אחד) שיופעל ושינוהל על ידי תאגיד פרטי, ולא על ידי המדינה. העותרים טענו כי יש חשש ממשי שמכויות הכליאה שנקבעו בתיקון לחוק יופעלו על ידי זכייין פרטי הפועל למטרות רווח, באופן פוגעני יותר כלפי זכויות האדם של האסירים מהאופן שבו מופעלות הסמכויות המקבילות בבתי הסוהר המצויים בניהול שירות בתי הסוהר. זאת ועוד, העברת סמכויות הניהול וההפעלה של בית הסוהר לזכייין פרטי, הפועל למטרות רווח, פוגעת בזכויות החוקתיות לחירות אישית ולכבוד האדם של האסירים בבית הסוהר בניהול הפרטי. מנגד, השיבה המדינה כי הקמתו של בית סוהר בניהול פרטי היא אחד מפתרונותיה להתמודדות עם מצוקת הכליאה הקשה הקיימת בישראל וכי הקמת בית הסוהר נשוא העתירה תקדם באורח ניכר את האינטרס הציבורי, בכך שתביא לחיסכון כלכלי ולהתייעלות גבוהה בהשוואה לבית סוהר בסטנדרטים דומים שמפעיל שירות בתי הסוהר. המדינה הדגישה כי קיום חשש ממשי לפגיעה חמורה בזכויות האסירים יגרום לנטילת סמכות הניהול של בית הסוהר מהזכייין על ידי המדינה, וכן כי נקבעו אמצעי הפיקוח על אופן הפעלת הסמכויות המוקנות לזכייין שיבטיחו את זכויות האסירים. בסופו של דבר, קבע בית המשפט בדעת רוב כי החוק לתיקון פקודת בתי הסוהר בטל בשל פגיעתו הבלתי מידתית בזכויות החוקתיות לחירות אישית ולכבוד האדם של האסירים בבית הסוהר בניהול פרטי.

אודה כי עם השנים התחוור לי במידה הולכת וגוברת, שבעייתיות ההפרטה, גדולה. אנסה להסביר את הבעיה העיקרית בעיניי בהקשר השירותים החברתיים: המפריטים סבורים באמונה כי נותן השירותים המופרטים יעמוד בהתחייבותו, שתעוגן בהסכמים כאלה ואחרים. ואולם, במקרים רבים, האינטרס הכספי עלול לגבור, ואילו הרשויות – אין כוחן, משאביהן ונמרצותן עמן כדי לפקח עליו כראוי. התוצאה היא הפחתה ברמת השירותים, ומה שהחל כהנחתה ועבר להפרטה, סופו הפחתה ולעתים, חלילה, השחתה.

שאלת השאלות היא כיצד מאזנים, מחד גיסא, בין קידומה הכלכלי של החברה הישראלית בעולם ההיי-טק והגלובליזציה – עולם שבו רוצה ישראל ליטול חלק וגם הצליחה במידה לא מבוטלת בכך, בהתחשב באילוצים שאין כמותם כמעט לכל אומה ולשון – בעיות הביטחון, קליטת העלייה, השוויון. ומאידך גיסא, דאגה לשכבות החלשות כך שלא יונצחו ויוגברו פערים בחברה, שיהיו כפצעים פתוחים ומדממים. יש חלקים בחברה שאינם מסוגלים לעזור לעצמם גם אם ירצו – חולים, זקנים, ילדים. ובהקשר אחר – אסירים ועוד; ללא עזרת החברה, אין תקומה לכל אלה. חוששני כי יד ההפרטה הייתה גם בנושאים הקשורים לקטינים, בהפרטת שירותים מסוגים שונים. אני מבקש להזהיר מהפרטת עצמנו לדעת בכגון אלה. אכן, מדובר, בראש ובראשונה,

בקשיים תקציביים – לדוגמה, נושאי מעונות של חסות הנוער⁸³ – אך מגמת ההפרטה על ידי מיקור חוץ (outsourcing), מביאה להעברת שירותים שסופקו על ידי המדינה לגופים פרטיים – מלכ"רים או עסקיים. כאמור, השתתפות המדינה פוחתת, ואם הפיקוח אינו מספיק, קיים סיכון לירידה באיכות השירותים. בית המשפט אמוץ על איוונים. כשמדובר בקטינים, הרגישות צריך שתהא גבוהה במיוחד גם בהקשר זה, לגבי מעונות, לדוגמה. כאן אומר מילה בנושא התקציב. קיום מדינת רווחה עולה כסף, וברצון ובלב טוב יש להוציא כסף זה. מדינה נבחרת ביחסה כלפי חלשים, זו אמיתה ותיקה שכוחה יפה תמיד. ואוסף: מדינה נבחרת גם ביחסה כלפי המטפלים בחלשים.

יא. תביעות אזרחיות נגד בני משפחה – היבטים שונים

הפן האזרחי העיקרי הקשור בילדים הוא דיני המשפחה. בנושאים אלה אטעים כי נושאי משמורת, מדור ומזונות לקטינים הם במרכז העיסוק, אך אינם עומדים לעצמם. כבר הזכרתי עד כמה קורעות לב הן ההכרעות בענייני האימוץ. לדוגמה, מקרה שהיה – כשהורים הם חולי נפש, אך לפחות אחד מהם מצוי ברמיסה (הפוגה מן המחלה).⁸⁴ האב מגלה אהבה לבתו, אלא שכל המומחים סבורים היו כי מסוגלותו ההורית, מסיבות שונות שלא אפרט, אינה מאפשרת לו לקבל משמורת על בתו, והומלץ – והוחלט – על אימוץ. מילים לא יכילו את העצב הכרוך בהכרעה כזו. לא אכחד כי, לדידי, יש מקום לעיין בפתיחות באפשרויות של "צמצום תוצאות האימוץ", מה שקרוי "אימוץ פתוח" בדרגות שונות במקרים בעלי גבולות, אף שער אני לקשיים שבעניין זה.⁸⁵

אירע לפעמים – אמנם, לעתים נדירות – שהכרענו בתיקי אימוץ שלא כהמלצתן של רשויות הרווחה. מדובר במימד אנושי שאינו מתמטיקה ואינו נפתר בלחיצה על מקלדת מחשב. מדובר ברגשות של בני אדם, וייתכנו הערכות שונות, ועל כן ההחלטות קשות.

83 "רשות חסות הנוער" היא אחת מיחידות האגף לשירותי תיקון במשרד הרווחה. הרשות אחראית על טיפול חוץ ביתי סמכותי-כופה במתבגרים המצויים במצבים של עבריינות וסטייה חברתית. היא מטפלת בבני נוער המצויים בקצה הרצף הטיפולי-חינוכי במדינת ישראל, לאחר שכל ניסיונות הטיפול הקודמים בהם לא נשאו פרי. מתבגרים אלה נמצאים במצבי סיכון וסכנה, והם מופנים לטיפול במעונות של רשות חסות הנוער.

84 ראו למשל לדוגמה, ע"א 4189/91 פלונית נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(4) 464 (1992); ע"א 3591/96 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, תק-על 256 (2) 96 (1996).

85 עוד בעניין האימוץ בכלל, ועל הצעה חדשה לתיקון חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 בפרט, ראו בכרך זה: מילי מאסס "הכרה בילד כאישיות עצמאית: הצעה לתיקון חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981" משפחה במשפט ג-ד 139 (2010-2009).

מימד אחד קשור ביחסים הכוללים בתוך המשפחה ובהשפעתם של הליכים שיפוטיים עליהם. התיק האופייני במזונות ובהסדרי ראייה, ועוד, הוא תביעה של אחד ההורים כלפי האחר כשהילדים רשומים כתובעים או נתבעים בצידו של ההורה האחד ונגד האחר. יש בכך קושי בשני מימדים: האחד, האנושי – זכורני כיצד התמרד אב באולם המשפטים בעת כהונתי בבית המשפט המחוזי, וצעק "מה זה, בתי היא נגדי"? זאת כי כותרת התיק הייתה "פלונית ופלונית (האם והבת) נ' פלוני (האב)". אותו עניין הוסדר בפשטות על ידי החלטה שהתיק ייקרא מכאן ואילך "בענין שבין פלונית ופלונית לבין פלוני" – כך במימד הכבוד והאנושיות. במימד המעשי – קיימים מקרים שבהם ראוי למנות אפוטרופוס לילדים בנפרד מן ההורים, כדי שלא להעמיד ילדים בדילמה של הכרעה לגבי אחד מהוריהם. זהו חומר למחשבה. שאלה קשה נוספת, הנובעת מן הרב-תרבותיות, היא הסדרי חינוך כשיש פער רעיוני בין ההורים – לדוגמה, כשצד אחד הוא חרדי והאחר חילוני. פתרון סביר במקרים כאלה הוא חינוך הקטינים במסגרת ממלכתית-דתית. כמובן, ככל שהילדים גדלים, תינתן להם האפשרות להביע דעתם, ובית המשפט יתחשב בה באופן המירבי האפשרי.

בדיני הנזיקין אזכיר כי זכות התביעה של קטין נשמרת לו – לעניין ההתיישנות – לאחר בגרותו,⁸⁶ אך דבר זה פותח שאלות קשות של ראיות לאחור שחולפות שנים רבות. כן אזכיר שתי התפתחויות בדיני הנזיקין: האחת היא פסק הדין בפרשת אמין,⁸⁷ שבו התקבלה תביעה של ילדים נגד אביהם בגין הזנחה רגשית קשה, ולא רק הזנחה חומרית. לבית המשפט העליון הוקנתה זכות בכורה עולמית בהכרה בתביעה זו.⁸⁸ ההתפתחות האחרת היא ביטול סעיף ההגנה מפני תקיפה להורים ומורים שתקפו את הילד לשם חינוכו, כהשלמת המהלך שבו נאסרה ענישה גופנית בפלילים.⁸⁹

86 ס' 10 לחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958, ס"ח 112: "בחישוב תקופת ההתיישנות לא יבוא במנין הזמן שבו עדיין לא מלאו לתובע שמונה עשרה שנה".

87 ע"א 2034/98 אמין נ' אמין, פ"ד נג(5) 69 (1999).

88 לדיון וביקורת ראו: סטרשנוב, לעיל ה"ש 75, בעמ' 295-305; יחיאל ש' קפלן "זכות הילד לתבוע את הוריו בגין התעללות נפשית" מגמות בקרימינולוגיה: תאוריה, מדיניות ויישום, לכבוד ד"ר מנחם הורוויץ בהגיעו לגבורות 463 (מאיר חובב, לסלי סבה ומנחם אמיר עורכים, 2003); בנימין שמואלי "ציווי משפטי על אהבת הורה לילדו ופיצוי בגין הזנחה רגשית: הילך משפט המדינה בעקבות משפט הטבע?" משפטים על אהבה 269 (ארנה בן-נפתלי וחנה נווה עורכות, 2005); Rhona Schuz, *Child Protection in the Israeli Supreme Court: Tortious Parenting, Physical Punishment and Criminal Child Abuse*, in THE INTERNATIONAL SURVEY OF FAMILY Benjamin Shmueli, *Love and the Law: Or, What's Love Got to Do with it?* 17 DUKE J. OF GENDER L. & POLICY 131 (2010).

89 ס' 24(7) לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], בוטל בחוק לתיקון פקודת הנזיקין (מס' 9), התש"ס-2000, ס"ח 213.

יב. הדין הפלילי

1. כללי

הדין הפלילי הדיוני, וגם הדין המהותי, נותנים דעתם לקטינות של עציר, של נאשם ושל אסיר. החוק הרלוונטי לכך הוא חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), המיושם בעיקר בידי בתי משפט המתמחים בכך, הם בתי המשפט לנוער. גם בתי המשפט האחרים בשבתם בתיקי נוער משמשים כבתי משפט לנוער.⁹⁰ כאן המקום לציין כי הואיל ובשונה משופטי הנוער בבית המשפט לנוער, שזהו לחם חוקם וזה עיסוקם, בתי המשפט המחוזיים היושבים בערעור וכן בית משפט העליון, אשר משמשים, בפועל, לצורך אותם תיקים כבתי משפט לנוער, עוסקים בעניינים שונים ומגוונים, ולא רק בנושאי נוער. נחוצה אפוא הפנמה מתמדת של היחס המיוחד לנוער ושל הדרכים המיוחדות הרלוונטיות לגביו על ידי בתי המשפט המחוזיים ובית המשפט העליון; ולדוגמה, זה לא מכבר הציגה נשיאת בית המשפט לנוער את החידושים שבתיקון מס' 14 לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול)⁹¹ לפני פורומים שונים של שופטים, לרבות בבית המשפט העליון, והדבר ראוי. לגופם של דברים, הגישה הבסיסית שבחוק זה היא – כאמור – ייחודו של הנוער, ומכאן ההתייחסות לדרכי טיפול נוסף לענישה. אכן, לצערנו, יש לא-מעט עבריינות של קטינים ואי אפשר כמובן להתעלם מן האינטרס הציבורי באכיפה ומן הקרבנות. בית המשפט ממלא תפקיד שיקומי אך גם ענישתי, ולא אחת אין מנוס מענישה, ואף מחמירה. לדוגמה, הנושא הקרוי "תת-תרבות הסכין", הדקירות במועדונים ושפיכות הדמים בעקבותיה, הסמים, האלכוהול, עבירות המין הרבות לצערנו, המרדפים בכבישים, ועוד. מכל מקום, אל נכון קבע המחוקק מלכתחילה הסדרים שיש בהם כדי ליתן משקל מתאים לקטינותו של הנאשם ולהגנה עליו כקטין. לטעמי, מתחילה יש להקפיד על הזכויות הדיוניות של הקטין. הדין עצמו ייגזר לאחר שיובאו בחשבון כל הפרמטרים.

2. שפיטת ילדים וענישתם

גיל האחריות הפלילית בישראל הוא 12.⁹² חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול) מתייחס לקטינים מתחת לגיל 18.⁹³ לפי חוק זה, מי שהוגש נגדו כתב אישום בעודו קטין

90 זאת, בנסיבות מיוחדות המצדיקות שלא להעביר את העניין לבית משפט לנוער (ס' 5 לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול)).

91 לעיל ה"ש 65.

92 ס' 134 לחוק העונשין.

93 הגדרת "קטין" בס' 1 לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול).

יישפט בבית משפט לנוער.⁹⁴ לשם הגנה על הקטין, דן בית המשפט לנוער בדלתיים סגורות.⁹⁵ קטין שהושם במעצר או שנידון למאסר, יוחזק בנפרד מבגירים.⁹⁶ קטין שעונשו נגזר בטרם מלאו לו 14 שנה, לא יוטל עליו עונש מאסר.⁹⁷ על קטינים לא יוטל עונש מוות ואף אין חובה להטיל עליהם עונש מאסר עולם, הקיים במקרים מסוימים (כמו רצח) לגבי בגירים.⁹⁸ לשם הרשעה וגזירת דין, מחויב בית המשפט לקבל תסקיר של שירות המבחן לנוער.⁹⁹ לפני כן, בידו רק לקבוע כי הקטין ביצע את העבירה.¹⁰⁰ כמו כן, במקרים של עבירות קלות או של קטינים צעירים במיוחד ובעלי עבר נקי, רשאי בית המשפט שקבע כי הקטין ביצע את העבירה, לצוות על דרכי טיפול וענישה, גם ללא חותם ההרשעה, כדי לסייע לקטין שלא להמשיך בעבריינות בעתיד.¹⁰¹ כלי שעושים בו בתי המשפט שימוש נרחב הוא העמדת קטין במבחן, בין שהקטין הורשע ובין שלא הורשע.

כאמור, זה לא מכבר התקבל בכנסת תיקון מס' 14 לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול) משנת 2008, המחיל חלק מן העקרונות המצויים באמנה בדבר זכויות הילד על שפיטת ילדים ועל ענישתם.¹⁰² בדברי ההסבר להצעת החוק נזכר כי חלק מן התיקונים המוצעים מבטא תפישה חדשה ברוח האמנה בדבר זכויות הילד ובהתאם לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו: "תפיסה זו מבקשת להגן על זכויותיו של קטין כחשוד וכנאשם בביצוע עבירות, תוך התחשבות בכשריו המתפתחים, ובעקרון-על של טובת הקטין".¹⁰³ בתיקון הוספו, בין היתר, הדברים הבאים:

א1. עקרונות כלליים

(א) מימוש זכויות של קטין, הפעלת סמכויות ונקיטת הליכים כלפיו ייעשו תוך שמירה על כבודו של הקטין, ומתן משקל ראוי לשיקולים של שיקומו, הטיפול בו, שילובו בחברה ותקנת השבים, וכן בהתחשב בגילו ובמידת בגרותו.

- 94 ס' 3, ש.ם.
 95 ס' 9, ש.ם; וכן ס' 68(ה)(2) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, ס"ח 198.
 96 ס' 13, ש.ם.
 97 ס' 25(ד), ש.ם.
 98 ס' 25(ב), ש.ם.
 99 ס' 24, ש.ם.
 100 ס' 21, ש.ם.
 101 ס' 24(2), 26, ש.ם.
 102 ס' 40 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד.
 103 מתוך דברי ההסבר להצעת חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול) (תיקון מס' 14), התשס"ו-2006, ה"ח 468.

(ב) חוק זה בא להוסיף על זכויות הנתונות לקטין לפי כל דין, ולא לגרוע מהן.

כן הוספו בתיקון הוראות מיוחדות בדבר שמיעת הקטין,¹⁰⁴ הימנעות מחקירת ילדים בשעות הלילה,¹⁰⁵ נוכחות הורה בחקירת ילדים ובדין במעצרם,¹⁰⁶ הודעה לילדים נחקרים על זכויותיהם,¹⁰⁷ הפחתת השימוש במעצר קטינים וקיצור זמן הבאתם לפני שופט,¹⁰⁸ התנאים שבהם מוחזקים קטינים במעצר¹⁰⁹ ועניינים נוספים.

תיקון זה משקף מגמות של יתר-הגנה והתחשבות בילדים במשפט. כפי שזכור לעיל, קיים מתח מובנה שאינו פשוט בין מגמה זו לבין מגמות אחרות בחברתנו, ובראשן – התגברות עבירות האלימות, לרבות האלימות המינית, בקרב קטינים, כאשר פעמים רבות הנפגעים הם קטינים בעצמם.

3. עבירות מין

השיח הציבורי נדרש לאחרונה לעבירות מין של קטינים בקטינים. נושא זה עולה על הפרק מדי פעם שעה שמתגלים מעשים קשים, כמו אונס – לעתים, בחבורה. לתופעות אלה יש להתייחס בחומרה הראויה, תוך מיקוד תשומת הלב בקרבנות. אך, כמובן, יש לדון בכל מקרה לנסיבותיו, לא בהכללות. ומקום שמגיעה ענישה, הקטינות כשלעצמה היא גורם משפיע, אך אינה "תעודת חסינות" לקטינים. הגורמים שמסביב – שירות המבחן, גורמי חינוך, שגם לחשיבותם אין ערוך – ממלאים תפקיד בטרם הענישה, ויש חשיבות רבה גם לפיקוח לאחר ריצוי העונש. לכך יש לתת את הדעת במישור המערכתי. אכן, חוק הגנה על הציבור מפני עברייני מין, התשס"ו-2006,¹¹⁰ לא כלל פיקוח על עברייני מין שהיה קטין בעת הגשת כתב האישום. לאחרונה הוגשה הצעת-תיקון לחוק¹¹¹ הבאה לשנות את ההגדרה למי שהיה בגיר ביום ביצוע העבירה ומי שהיה קטין אך ביום הגשת כתב האישום מלאו לו תשע-עשרה. בדברי ההסבר נאמר כי הדברים באים כדי "ליצור קוהרנטיות לתפיסה המקורית של החוק, ולפיה לא נכון להחיל את הוראות

104 ס' 1ב(א) לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול).

105 ס' 9, ד9, ש.ם.

106 ס' 9, ש.ם.

107 ס' 9ט, ש.ם.

108 ס' 10א, ש.ם.

109 ס' 13ב, ש.ם.

110 ס"ח 154.

111 הצעת חוק הגנה על הציבור מפני עברייני מין (תיקון), התש"ע-2010, ה"ח 164.

החוק על קטינים הנדונים בבית המשפט לנוער.¹¹² בידי בית המשפט לנוער מנגנונים שונים להפעלת פיקוח. בענייני החשיבות העיקרית הנודעת לנושא אינה הצד הפורמלי, אלא המהות. ובמהות, כרי כי גם קטינים עברייני מין זקוקים לפיקוח מתאים, אלא שעליו להיות מותאם לקטנותם. את גישת המחוקק באשר לטיפול ולשיקום ביאר שופט בית המשפט העליון ניל הנדל בע"פ 5048/09 פלוני נ' מדינת ישראל,¹¹³ ובו הסביר את הרציונלים ליחס המיוחד לקטין בענישה.¹¹⁴

אציין כי לא אחת מתלבטים בתי המשפט במתח שבין שיקום לבין הגמול וההרתעה.

בע"פ 49/09 מדינת ישראל נ' פלוני,¹¹⁵ דובר בשני נערים, בני כ-13 וכ-15, אשר הודו בביצוע שורה של מעשים מגונים ומעשה סדום בילד בן 8 לערך. בית המשפט המחוזי לנוער החליט שלא להטיל על הנערים מאסר בפועל, וגזר במקום זאת מאסר על-תנאי, צו מבחן ופיצויים, כמו גם תכנית שיקום בקהילה לאחד מהקטינים. המדינה עתרה להחמרת העונש. דעת הרוב החליטה להותיר את העונש על כנו. כך כתב שופט בית המשפט העליון יורם דנציגר:

עלינו לקבוע אמת מידה עונשית שתמחיש את סלידתנו ממעשיהם הנפשעים של העבריינים ושיתן משקל ראוי הן להיבט הגמול והן להיבט ההרתעה...
עם זאת, מערכת השיקולים שיש להפעיל בעת גזירת עונשו של קטין היא שונה וייחודית מזו שיש להפעיל ביחס לעבריין בגיר... כך, בעת גזירת עונשו של קטין, אף אם הורשע בעבירות קשות וחמורות במיוחד, שומה על בית המשפט ליתן משקל יתר לשיקולים אינדיבידואליים הנוגעים לאותו הקטין ולאזן בין שיקולי השיקום לשיקולי ההרתעה...

112 שם, בדברי הסבר להגדרת "עברין מין", בעמ' 166.

113 פדאור 10(4) 353 (2010).

114 "קיימים שלושה נימוקים עיקריים לגישה העונשית המבחינה בין נאשם קטין לבין נאשם בגיר: הנימוק הראשון הוא סוג של אחריות מופחתת. לאמור, הקטין בגיל מסוים... אומנם אחראי למעשיו, אך לא במובן המלא כפי שבגיר אחראי... הנימוק השני הוא השפעת העונש על הנענש. רוצה לומר, אותו העונש משמעותי יותר עבור הנאשם הקטין מאשר עבור הנאשם הבגיר, מבחינת חווייתו הסובייקטיבית של הנענש... הנימוק השלישי נעוץ בשיקולי שיקום. חוק הנוער על מבנהו... יוצא מנקודת ההנחה שראוי ואף ניתן לשקם את הקטין בקלות רבה יותר מאשר את הבגיר" (שם, פס' 5 לפסק דינו של השופט הנדל).

115 תק-על 10(1) 4775 (2009).

שעה שבית המשפט עוסק במלאכת האיזון האמורה בין שיקולי השיקום וההרתעה, נדרש הוא ליתן משקל רב במיוחד לנסיבותיו האישיות של העבריין הקטין, לגילו ולסיכויי שיקומו....¹¹⁶

השופט אדמונד לוי, בדעת מיעוט, סבר כי יש להחמיר בעונש:

אכן, המשיבים היו קטינים בעת ביצוען של העבירות, אולם הם חטאו לא במעידה חד-פעמית, אלא בהתנהגות אכזרית ממושכת, דוחה ומעוררת שאט נפש, שגם אצל מבוגרים אין מרבים להיתקל בה... אכן, לעובדה כי מדובר בנאשמים צעירים הניתנים לשיקום, ראוי וגם חובה ליתן משקל, אולם כבר נקבע לא אחת כי 'קטינות אינה מעניקה חסינות מפני ענישה ראויה כשהמדובר במי שביצע פשע חמור...' יתרה מכך, בית המשפט מצווה לתת את דעתו גם על הקורבן, ובמקרה זה קטין אף הוא, שלפתע מצא את עצמו ועל שלמות גופו. זניחת עניינו של זה האחרון נעדר יכולת להגן על עצמו ועל שלמות גופו. זניחת עניינו של זה האחרון והדגשת קטינותם של המשיבים בלבד, אינה עושה צדק עם הקרבן, פוגעת באמון הציבור המבקש לראות כי מדיניות הענישה המחמירה בתחום זה גם מיושמת, ומחטיאה את הצורך בהרתעת הרבים.¹¹⁷

המתח בשאלות אלה עולה בעליל מפסק דין זה. ובסיפה אדגיש שוב את חשיבותו של החינוך, גם בנושא המיני, שאינו פיסוי בלבד, אלא גם נפשי עד מאוד.

4. עבירות אלימות

מקרה מן העת האחרונה ידגים את הקושי בשיקולים בעת ענישת קטינים בתחום הסכינאות, אותה "תת-תרבות הסכין" שמרבים, כאמור, לדבר בה – דהיינו, כשיוצא נער לבילוי ובאמתחתו אולר או סכין, ובשל ריב של מה בכך מתלהטות הרוחות, נשלף הסכין, וההמשך הינו דקירה, לעתים למוות, אסון לקרבן ואסון מסוג אחר לתוקף. פלוני הינו קטין כבן 16. בעת ויכוח בין אביו של פלוני לבין המתלונן, הגיח הקטין כשהוא אווז בסכין יפנית, דקר את המתלונן בצווארו ובידו השמאלית, וגרם לו חבלות חמורות. לנער עבר נקי, ושירות המבחן התרשם שהוא מצוי בהליכי שיקום. בית המשפט המחוזי גזר עליו עבודות שירות, מאסר מותנה ותשלום פיצוי למתלונן. בבית המשפט העליון נחלקו הדעות: בדעת שופטי הרוב הוחלט, עם כל ההתלבטות בענישת קטינים במאסר,

116 שם, בעמ' 4776.

117 שם, בעמ' 4786.

על החמרת הענישה לקטין. שופט המיעוט חשב שיש להטות את הכף לכיוון של שיקולי שיקום.¹¹⁸

5. עבירות סמים

קצרה היריעה מלפרט אודות נושא הסמים המשחית כל חלקה טובה, ולא נמצא לכך פתרון יעיל עד הנה. הייתי יושב-ראש מייסד של הרשות למלחמה בסמים לפני שני עשורים. מה שהיה נכון אז, נכון גם היום: התמודדות באמצעות חינוך, הסברה ומניעה – העדיפה עשרת מונים מהניסיון לשקם מי שכבר נלכד ברשת הסם. אך, בכל מקרה, אין לכך פתרונות קסם.

6. "עבירות אידיאולוגיות"

תופעה מוכרת של עבריינות קטינים בשנים האחרונות נוגעת למה שמכונה "עבירות אידיאולוגיות". מקרה שנדון בבית המשפט העליון בעת האחרונה, עסק בקבוצת נערות אשר הואשמו בתקיפת מוסקי זיתים פלסטיניים, וכן בתקיפת שוטר ובהפרעה לשוטר במילוי תפקידו – זאת, על רקע אירועי ההתנתקות. שיקולי ענישת קטינים בעבירות ממין אלה והמשקל שיש ליתן לשיקום אל מול ההרתעה והגמול היוו בסיס למחלוקת בין שופטי ההרכב.¹¹⁹ השופטים חנן מלצר ויצחק עמית סברו, בדעת רוב, כי קטינות הנאשמת וחיבת שיקומה, אינן מגן בלתי עביר מפני עונש של מאסר בפועל. במקרה דנן, שבו הוכיחה הנאשמת זלזול מוחלט בגופם, בכבודם ובקניינם של התושבים הפלסטינים, – ואף הפגינה שמורא החוק ואוכפיו אינם נחשבים כלל בעיניה – הרי שהשתת עונש של מאסר בפועל, ולו לתקופה קצרה, הוא עונש הולם. עוד צוין כי "בעבריינות אידיאולוגית", שפגיעתה בחברה קשה מזו של עבריינות פלילית רגילה, משתנים המינון והמשקל של שיקולי השיקום בתוך ה"סל" של מטרות הענישה (גמול, הרתעת היחיד והרבים, שיקום). לעומתם, סבר השופט אדמונד לוי, שהיה בדעת המיעוט, כי יש לבטל כליל את רכיב המאסר בפועל בעונש שהושת על הנאשמת, מכיוון שהעבירה בוצעה ימים ספורים לאחר הגיעה לגיל 14 על רקע של מחלוקת קשה בעקבות ההחלטה לפנות ישובים יהודיים בגוש קטיף וצפון השומרון. אף שבינתיים נמצא כי שבה וחתאה בעבירות נוספות מאותו תחום, אולם מאז חלפו שנים לא מעטות, ואין במאסרה כיום "כדי לשרת מטרה כלשהי זולת אינטרס הגמול. כנגד אינטרס זה ניצב הנזק החמור הכרוך בכליאתה של נערה צעירה, שגם אם חטאה נדמה שאת המחיר שילמה על כך זה מכבר, שהרי חייה שובשו מן הקצה אל הקצה".¹²⁰

118 ע"פ 1463/09 מדינת ישראל נ' פלוני, תק-על (2)09 (3543) (2009).

119 רע"פ 1939/09 פלונית נ' מדינת ישראל, תק-על (4)09 (4417) (2009).

120 שם, בעמ' 4422.

7. חקירת ילדים והעדתם בהליך הפלילי

נושא נוסף שיש ליתן עליו את הדעת הוא חקירת ילדים והעדתם בהליכים פליליים.¹²¹ תחום זה נחלק לשלושה תחומי משנה – ילדים נפגעי עבירה, ילדים כעדים למעשה עבירה, וילדים כעובדי עבירה. בשלושת המקרים, קובע החוק כי לעניין מתחם עבירות מסויים (כגון עבירות מין) רק לחוקר ילדים מוקנית הרשות לחקור ילדים (שמתחת לגיל 14), וכי אין להעיד ילד בבית משפט אלא ברשות חוקר הילדים.¹²² הטעם לכך נעוץ בטובת הילד – הרצון להגן על הילד מפני נזק העלול להיגרם לו מחקירות רגילות, אף אם עלול הדבר לפגוע במידה מסוימת בזכויות הנאשם. על הסדר זה נמתחה ביקורת, לא אחת – הן בשל הפגיעה האפשרית בהגנת הנאשם והן בשל הקושי בעשיית צדק בהיעדר אפשרות להתרשמות ישירה של בית המשפט מן הילד. כדי להתגבר על הקושי הראשון קיימות בחוק כמה אפשרויות – גביית עדות מוקדמת מילד, אף לפני הגשת כתב אישום;¹²³ גביית עדות של ילד (במקרים מסוימים) שלא בנוכחות הנאשם, אלא בנוכחות סניגורו בלבד;¹²⁴ או שימוש במערכת של טלוויזיה במעגל סגור. כדי להתגבר על הקושי השני, נקבע בתיקון לחוק כי יש לערוך הקלטת וידאו של חקירת הילד (ולמצער – הקלטה קולית).¹²⁵ כמענה לשני הקשיים גם יחד, דרושה תוספת ראייתית מסוג סיוע – שזו תוספת ראייתית של ממש – כדי להרשיע אדם על פי הודעת ילד שניתנה לפני חוקר ילדים ושהוגשה כראיה, שכן מדובר, למעשה, בחריג לכלל בדבר עדות שמיעה.¹²⁶ אציין כי, במקרים של ילד שהוא חשוד, נוהגים חוקרי הילדים להתיר את העדתו במשפט, שכן אי העדתו עלולה לפגוע בהגנתו, קרי, בזכותו להליך הוגן.

אוסף כי, כשלעצמי, סבורני – ולא אחת, ניתן לכך גם ביטוי בפסיקתנו – שיש לעשות כל מאמץ שלא לנעול דלת נורמטיבית בפני קטין. דרך משל, כשמדובר בקטינים העומדים לפני גיוס, הגישה היא לעשות כל מאמץ כדי לאפשר את גיוסם לצה"ל, גיוס שאנו רואים אותו עדיין ככור היתוך וכדרך הסוציאליזציה החשובה ביותר. אך, כמובן, כל מקרה נבחן לגופו.

121 סטרשנוב, לעיל ה"ש 75, בעמ' 33-36.

122 ס' 2, 4 לחוק הגנת ילדים, לעיל ה"ש 13.

123 ס' 117א לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, ס"ח 41.

124 ס' 2א לחוק הגנת ילדים וס' 2ב-2ג לחוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים), התשי"ח-1957, ס"ח 532.

125 ס' 5א לחוק הגנת ילדים.

126 ס' 11, שם.

8. כליאה מול מעונות חסות לנוער

ברי כי ההתייחסות הספציפית לקטינים ולשיקומם היא חובתו של שירות בתי הסוהר, והוא שוקד על כך. אך לא למותר לציין כי, לא אחת, נמסר לנו שהליכי שיקום ננקטים באופן חלקי בלבד, מאוד חלקי, לגבי קטינים פלסטיניים שהורשעו בעבירות ביטחון והכלואים בבתי הסוהר בישראל. לא אחת, הבענו דעתנו כי דווקא כדי להוציאם ממעגל הטרור העברייני יש מקום לשקול צעדי שיקום גם כלפיהם.¹²⁷

בעיה מעשית שהגיע הזמן שכל הגופים הנוגעים בדבר יפעלו לפתרונה, ואוכל רק לצרף את קולי לכך, היא מספרם המועט של מעונות חסות לנוער. התור הוא ארוך מאוד, והדבר ידוע לכל רשויות האכיפה. הנושא עלה גם בפסקי דין שונים, שבאחד מהם ציינה השופטת עדנה ארבל את תקופת ההמתנה הארוכה לכניסה למעון ואת החשש שמא מי שלא ימצא לו מקום במסגרת טיפולית סגורה שהוא זקוק לה, יישלח למאסר.¹²⁸ אוסיף כי לא יהא זה פופוליזם, לא מיניה ולא מקצתיה, אם נאמר כי אסורים, עצורים והנמצאים במעונות, הם החוליות החלשות ביותר בחברה, ועל כן, האחריות הקיבוצית של כולנו כלפיהם היא רבה. נעשתה התקדמות בבניית בתי סוהר בישראל. יש מקום, כמעט מקל וחומר, להתקדמות גם בעניין המעונות המיועדים לנוער במגמה טיפולית ושיקומית, ויפה שעה אחת קודם.

יג. אחרית דבר

1. הצעה להקמת פורום בינמשרדי לטיפול בנושא ילדים ונוער

עברנו כברת דרך של נגיעה, על קצה המזלג, במגוון נושאים הקשורים בקטין במשפט הישראלי, ומוכן כי לא מיצינו כל עיקר. אבקש להציע הצעה. נושאי קטינים הם עניין מערכת, הם כר לפעולתם של משרדי ממשלה רבים – חינוך, רווחה, ביטחון פנים, משפטים, בריאות, ביטחון, אוצר, ביטוח לאומי, ועוד. בתפקידי כמזכיר הממשלה וכיועץ המשפטי לממשלה למדתי כי פורומים קבועים וממוסדים של הידברות בינמשרדית מצמיחים תוצאות טובות ביותר. אציע כי אם אין עדיין פורום כזה, הבה יוקם בראשות מנכ"ל משרד ראש הממשלה או בראשות מזכיר הממשלה, ויקדיש עצמו בתדירות קבועה לנושא ילדים ונוער במערכת הממשלתית, תוך שגורם אחד ייטול על עצמו את התיאום. הפורום יוכל לקדם נושאים שונים, בתיאום, בחקיקה ובתקצוב. הידע

127 ראו למשל: ע"פ 7515/08 מדינת ישראל נ' גורין, תק-על (1)09 375 (2009).

128 ע"פ 7792/05 פלוני נ' מדינת ישראל, תק-על (1)06 4440, פס' 5 לפסק דינה של השופטת ארבל (2006).

ההדדי שייצבר יתרום לכך תרומה רבה – איש המשטרה יידע אודות מאמצי רווחה, איש החינוך יידע אודות שאלות אכיפה, וכך אנשי חקיקה, וכך אחרים. חשוב מאוד, חיוני, שגם משרד האוצר ישתתף בפורום כזה, כדי שלא נישאר בגדרי הגדה בלא זיקה ל"כופתאות".

2. על ההתקפות על מערכת המשפט

בטרם חתימה, מילה על מערכת בתי המשפט, הנמצאת במתקפות מסוגים שונים – לעתים, גם בנושאי קטינים. יש לזכור שבמשפט יש שני צדדים, וכאשר צד אחד זוכה, ממילא האחר אינו מרוצה. יש גם הרבה אמוציות, במיוחד בתחום המשפחה. ביקורת היא לגיטימית בהחלט ושופטים הם בני אנוש ככל בני אנוש. אבל רבים מן המבקרים אינם יודעים כיאות את העובדות. לא אחת, התמונה המצטיירת בעיניהם היא מעוותת. ניתן להיכנס לאתר בתי המשפט ולמאגרים המשפטיים ולהיווכח בעומס, במספרי הענק של ההחלטות. אצל שופטים רבים זו עבודת יום ולילה. העומס מסביר בוודאי גם חלק ניכר מן הפיגורים. יש לנו מערכת שיפוט שגם אם אין היא מושלמת, היא מקצועית, ישרה ועובדת קשה – ומשתדלת לעשות צדק. "יהלך זר ולא פיך",¹²⁹ אך סבורני שעם כל חסרונותיה, מערכת המשפט בישראל הינה אחת הטובות בעולם וכבודה אינו עניין אישי של שופט פלוני או של שופטת פלונית. מדובר באינטרס חברתי-מוסדי של מדינת ישראל.

3. דברי סיום

ולבסוף, נער הייתי וגם זקנתי (לפי חכמינו גיל שישים, שכבר חלף עבר, הוא גיל הזיקנה¹³⁰). ראיתי התפתחויות חיוביות אך גם אחרות בתחום היחס לילד ולנוער. האתוס של מדינת ישראל מחייב כי תציב עצמה במקום נכבד בקידום של ילדים וקטינים; "לא בשמים היא".¹³¹

129 משלי כו 2.

130 משנה, אבות פה, כא.

131 דברים ל 12.