

## זכות הילד להשתתפות: בין תיאוריה לבין הלכה למעשה בבתי המשפט לענייני משפחה

מאת

רונה שוז\*

זכות הילד להשתתף בקבלת החלטות הנוגעות בו מעוגנת בסעיף 12 לאמנת האומות המאוחדות בדבר זכויות הילד שנחתמה ואושררה על ידי מדינת ישראל. השתתפות הילד נחשבת לאחד מארבעת העקרונות שעומדים בבסיס האמנה ומהווה אחד מהחידושים החשובים ביותר באמנה. הזכות להשתתפות כאמור מורכבת משני מרכיבים, כאשר כל אחד מהם הינו זכות בפני עצמה, קרי: זכות הילד להישמע (סעיף 12(2)) והזכות שיינתן לדעותיו משקל ראוי (סעיף 12(1)).

למחקר יש שתי מטרות עיקריות:

1. המטרה הראשונה הינה חיפוש אחר אמות מידה להערכת יישומה של זכות הילד להשתתף בהליכים משפטיים. חיפוש זה מבוצע על ידי בחינה של הבסיס התיאורטי לזכות להשתתפות בהתייחס לספרות ולמחקרים בתחום שפורסמו בארץ ובחו"ל. לאור בחינת הטיעונים בעד ונגד שמיעה ישירה על ידי שופט, מסיק המאמר, שרק על ידי שמיעה ישירה ניתן לממש באופן מלא את זכות הילד להשתתפות. נוסף לכך, המאמר טוען, שפסילה גורפת של דעות ילדים במקרה של ניכור וחשש להסתה, ופסילת רצון של ילד רק משום שרצונו אינו תואם את טובתו בעיני השופט, אינן עולות בקנה אחד עם זכות הילד שמשקל ראוי יינתן לדעותיו. במקרים כאלה, יש לבדוק עד איזו מידה הדעות המובעות אכן מושפעות על ידי הסתה, ויש לכבד רצון אמיתי של ילד בוגר, אלא אם כן עלול הדבר לגרום לו נזק ממשי ובלתי הפיך.

2. המטרה השנייה הינה בחינה והערכה של המידה שבה מממשים בתי המשפט לענייני משפחה, הלכה למעשה, את זכות הילד להשתתפות. הבחינה מבוססת על ניתוח של פסיקה רלוונטית מכל הערכאות בנושאי משמורת ילדים, הסדרי ראייה והחזרת ילדים חטופים על פי חוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים), התשנ"א-1991, והתקנות החלות על

\* ד"ר רונה שוז, מרצה בכירה ומנהלת (משותפת) של המרכז לזכויות הילד והמשפחה במכללת שערי משפט. מרצה אורחת, בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת בר-אילן. תודתי לעוזרת המחקר שירלי אקלר על השקעתה במאמר, ולחברי מערכת כתב העת "משפחה במשפט" על הערותיהם המועילות.

הניסוי (הפיילוט) המתנהל בעניין שמיעת ילדים בשני בתי משפט לענייני משפחה. מחד גיסא, המסקנה שעולה מניתוח זה הינה, שעל אף שעדיין יש שופטים בבתי המשפט לענייני משפחה שלא הפנימו את חשיבותה של שמיעה ישירה של ילדים, קיימת מגמה ברורה וברוכה של שמיעת ילדים המסתמנת הן בפסיקה והן בתקנות החלות על הפיילוט. מאידך גיסא, ניתוח הפסיקה מצביע על כך שלא ניתן משקל מספיק לרצון הילדים בכלל, ובמקרים הנדונים על פי אמנת האג – בפרט.

**א. מבוא**

1. הרקע למחקר
  - א. הזכות להשתתפות באמנה בדבר זכויות הילד
  - ב. הזכות להשתתפות בדו"חות של ועדת רוטלוי
2. על המחקר
  - א. מטרת המחקר והמתודולוגיה
  - ב. נושאי המחקר

**ב. תיאוריה**

1. בסיסה של זכות הילד להשתתפות
  2. דרכי השמיעה
    - א. טיעונים בעד שמיעה ישירה של הילד
      1. רק שמיעה ישירה מממשת את זכות הילד להשתתפות
      2. סיוע בקבלת החלטות
      3. תועלת לילד
    - ב. טיעונים נגד שמיעה ישירה
      1. הצורך בכלים ובניסיון מקצועיים
      2. נזק לילד
      3. פגיעה בזכויותיהם של ההורים
    - ג. המלצות ועדת המשנה בעניין שמיעת הילד
      1. זכות הילד שיינתן משקל ראוי לדעותיו
      - א. הגישות השונות
        1. כללי
        2. הסתה וניכור הורי
        3. כאשר רצון הילד נוגד את טובתו
      - ב. האמנה בדבר זכויות הילד ופרשנותה
      - ג. המלצותיה של ועדת המשנה בעניין המשקל שיש ליחס לרצון הילד
        1. דין רצוי – קביעת משקל לרצון הילד
- ג. הלכה למעשה בבית המשפט לענייני משפחה**
1. זכות הילד להישמע
    - א. בענייני משמורת והסדרי ראייה

משפחה במשפט ב התשס"ט זכות הילד להשתתפות: בין תיאוריה לבין הלכה למעשה  
בבתי המשפט לענייני משפחה

- ב. בענייני משמורת והסדרי ראייה במסגרת הפיילוט
1. פרטי הפיילוט
  2. דיון
- ג. במקרים הנדונים על פי חוק אמנת האג
1. הוראות החוק והתקנות
  2. גישת בתי המשפט לשמיעת הילד בהליכים על פי אמנת האג
  3. גישה חדשה בבית המשפט העליון
2. זכות הילד שמשקל ראוי יינתן לדעותיו
- א. בסכסוכי משמורת והסדרי ראייה
1. מבוא
  2. עצמאות רצונו של הילד
  3. אופי הרצון
  4. טובת הילד
- ב. במקרים הנדונים על פי חוק אמנת האג
1. התנאי הראשון: גיל ובגרות
  2. התנאי השני: גיבוש רצון עצמאי
  3. התנאי השלישי: רצון בעל עוצמה של ממש

#### ד. סיכום

1. בעניין הזכות להשתתפות
2. בעניין שמיעת הילד
3. בעניין המשקל שיש לייחס לרצון הקטין

### א. מבוא

#### 1. הרקע למחקר

#### א. הזכות להשתתפות באמנה בדבר זכויות הילד

זכות הילד להשתתף בקבלת החלטות הנוגעות בו מעוגנת בסעיף 12 לאמנת האומות המאוחדות בדבר זכויות הילד (להלן: האמנה בדבר זכויות הילד)<sup>1</sup> הקובע:

1. מדינות חברות יבטיחו לילד המסוגל לחוות דעה משלו, את הזכות להביע דעתו בחופשיות בכל עניין הנוגע לו, תוך מתן משקל ראוי לדעותיו, בהתאם לגילו ולמידת בגרותו של הילד.

1 האמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 31, 221 (נפתחה לחתימה ב-1989).

2. למטרה זו תינתן לילד הזדמנות להישמע בכל הליך שיפוטי או מנהלי הנוגע לו במישרין או בעקיפין, באמצעות נציג או גוף מתאים, בצורה המתאימה לסדרי הדין שבדין הלאומי.

האמנה בדבר זכויות הילד נותנת ביטוי למהפכה בדבר זכויות הילד שהחלה לפני כשלושים שנה. הצטרפות מדינת ישראל לאמנה זו מהווה הכרה כי ילדים הינם בעלי זכויות באופן עצמאי, ואין הם מושא לזכויות של אחרים בלבד. נפקות הכרה זו היא כי החוק הוא הקובע מה הן זכויותיהם של הקטינים, ומטיל על אחרים חובה לממש זכויות אלה, חובה שניתנת לאכיפה על ידי הקטין.

השתתפות הילד נחשבת לאחד מארבעת העקרונות שעומדים בבסיס האמנה<sup>2</sup> ומהווה את החידוש החשוב ביותר באמנה,<sup>3</sup> לפחות עבור מדינות מתקנות. יש כאלה שמרחיקים לכת ורואים בזכות להשתתפות את הבסיס לכל זכויות הילדים האחרות.<sup>4</sup> כפי שניתן לראות מהנוסח של סעיף 12, הזכות להשתתפות מורכבת משני יסודות כאשר כל אחד מהם הינו זכות בפני עצמה: קרי, הזכות להישמע (סעיף 12(2)) והזכות שמשקל ראוי יינתן לדעותיו (סעיף 12(1)). נפרט בהמשך לגבי יחסי הגומלין בין שני חלקיו של סעיף 12.<sup>5</sup> יש לציין שהזכות להשתתפות אינה מוגבלת להשתתפות בהליכים משפטיים, והיא חלה גם על קבלת החלטות הנוגעות לילדים במסגרות אחרות, כגון: החלטות מינהליות, החלטות בבית הספר וגם החלטות על ידי ההורים,<sup>6</sup> אך מסגרות אלה חורגות מהיקף המחקר הנוכחי.

2. שלושת העקרונות האחרים הם עקרון השוויון, עקרון טובת הילד ועקרון החיים, ההישרדות וההתפתחות.
3. משרד המשפטים דו"ח ועדת המשנה בנושא "הילד ומשפחתו" 17 (2003). ד"ר תמר מורג, יו"ר ועדת המשנה, בהקדמה לדו"ח מתארת את עיגון זכות ההשתתפות כ"שינוי תפיסתי עמוק בחשיבה על מקומם של ילדים בתהליכי קבלת החלטות הנוגעות להם לעומת הדין הקיים".
4. ראו לדוגמה: RICHARD FARSON, BIRTHRIGHTS: A BILL OF RIGHTS FOR CHILDREN 27 (1974); יחיאל קפלן "מטובת הילד לזכויות הילד – ייצוג עצמאי של קטינים" משפטים לא(3) 623 (התשס"א). קפלן מגביל את השימוש ב"זכויות הילד" למשמעות הזו. אולם יש גם לציין שהזכות להשתתפות לא זכתה להכרה אוניברסלית ומספר מדינות הסתייגו מסעיף 12 של האמנה בדבר זכויות הילד. ראו: DEIRDRE FOTTRELL, REVISITING CHILDREN'S RIGHTS: 10 YEARS OF THE UN CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD, 6 (2001).
5. פרק ב' להלן; שני החלקים של ס' 12 הוכנסו ביחד לסעיף רק בשלב מתקדם מאוד של ניסוח האמנה. KATHLEEN MARSHALL, CHILDREN'S RIGHTS IN THE BALANCE: THE PARTICIPATION – PROTECTION DEBATE 11 (1997).
6. ראו: GERALDINE VAN BUEREN, THE INTERNATIONAL LAW ON THE RIGHTS OF THE CHILD 136-137 (1995).

אף על פי שבפסיקה הישראלית, לאחר ההצטרפות לאמנה, ניתן למצוא התייחסות לזכות ההשתתפות<sup>7</sup> וניסיון של חלק מהשופטים ליישם את הזכות, ובמיוחד את הזכות להישמע,<sup>8</sup> ברור היה שלא ניתן ליישם את עקרון ההשתתפות באופן מלא ואופטימלי, ללא עיגון בחקיקה פנימית. קושי דומה עמד גם בפני יישום הוראות אחרות באמנה. לפיכך, בחודש יוני 1997, מינה שר המשפטים ועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה, בראשותה של השופטת סביונה רוטלוי (להלן: ועדת רוטלוי). בכתב המינוי של הוועדה צוין כי הוועדה תערוך בחינה מקיפה של גישת הדין הישראלי לשאלות הנוגעות לזכויות הילד, מעמדו המשפטי ורווחתו, לאור עקרונות האמנה בדבר זכויות הילד. הוועדה התבקשה לבדוק את הצורך בחקיקה, לרבות תיקוני החוקים הנהוגים בישראל, לשם התאמתם להתחייבויותיה של המדינה על פי האמנה ולעקרונות העומדים ביסודה.

### ב. הזכות להשתתפות בדו"חות של ועדת רוטלוי

ועדת רוטלוי מינתה שש ועדות משנה, שחמש מתוכן פרסמו דו"חות.<sup>9</sup> כן פורסם דו"ח כללי על ידי מליאת הוועדה.<sup>10</sup> על אף שהזכות להשתתפות מוזכרת בדרך זו או אחרת בכל הדו"חות, שני דו"חות הינם רלוונטיים במיוחד לנושא של השתתפות הילד בהליכים בבית המשפט לענייני משפחה: הדו"ח של ועדת המשנה בנושא "הילד ומשפחתו" והדו"ח של ועדת המשנה בנושא "ייצוג נפרד לילדים בהליכים אזרחיים".<sup>11</sup> הנושא של שיתוף ילדים בהליכים משפטיים בבית המשפט לענייני משפחה הינו אחד משתי סוגיות<sup>12</sup> שבהן התמקדה ועדת המשנה בנושא הילד ומשפחתו (להלן: ועדת המשנה). לדבריה של יושבת ראש ועדת המשנה, ד"ר תמר מורג, הבחירה של סוגיה זו נבעה מהכרה בכך "כי פיתוח מודל ייחודי לשיתוף ילדים בהליכי בית המשפט

7 תמר מורג "פסיקת בתי המשפט שלאחר הצטרפות ישראל לאמנה בדבר זכויות הילד – האמנם עידן חדש?" **המשפט** 21, 22, 30-31 (2006); ראו גם בפסקי דין המוזכרים בלוח 1 ב: משרד המשפטים ומשרד החוץ **דוח ישראל על יישום האמנה בדבר זכויות הילד** 26 (2001). למרות שרשימת פסקי דין שבהם הסתמכו בתי המשפט על סעיפי האמנה מוצג כ"דוגמאות", נראה לנו שלא מקרי הוא שסעיף 12 אוזכר יותר מסעיפים אחרים.

8 מורג, שם, בעמ' 31.

9 משרד המשפטים **הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה: דוחות ועדות המשנה בנושאים "הקטין בהליך הפלילי"; "חינוך"; "הילד ומשפחתו"** (לעיל ה"ש 3); **"השמה חוק ביתית של ילדים"; "רצף ההגנה"; "ייצוג נפרד לילדים בהליכים אזרחיים"** (2003).

10 משרד המשפטים **הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה: חלק כללי** (2003) (להלן: **הדו"ח הכללי**).

11 המלצות ועדה זו אומצו בעניין מינוי נציג לילדים בהליכי אימוץ בס' 8 להצעת חוק אימוץ ילדים (תיקון מס' 7), התשס"ט-2008, ה"ח 68 (הצעת החוק עברה קריאה ראשונה בנובמבר 2008).

12 השנייה הייתה גיבוש מודל לחוק אחריות הורית.

למשפחה<sup>13</sup> הוא אחד האתגרים המרכזיים והמורכבים אשר האמנה לזכויות הילד מציבה בתחום דיני המשפחה"<sup>14</sup>.

ועדת המשנה המליצה לעגן את זכות הילד להשתתפות בחקיקה, על ידי הוספת פרק בנושא "השתתפות ילדים בהליכים הנוגעים להם", לחוק בתי משפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995. סעיף 1 של הצעת החוק המצורף לדו"ח קובע את העיקרון הבסיסי, כי "זכותו של כל ילד להביע רגשותיו, דעותיו ועמדותיו בעניין הנדון ולהישמע בחופשיות בכל עניין מענייני המשפחה שלפי חוק זה הנידון בבית המשפט לענייני משפחה והנוגע לו" ושאר ההוראות עוסקות ביישום עיקרון זה.<sup>15</sup> בעקבות המלצותיה של ועדת המשנה, הוקם פרויקט ניסיוני (להלן: הפיילוט) שהחל לפעול בשני בתי משפט לענייני משפחה בחודש ספטמבר 2007. נדון להלן במפורט בהמלצותיה של ועדת משנה ובתקנות החלות על הפיילוט.

על אף שהדו"חות של ועדת רוטלוי זכו להתייחסות לא-מבוטלת בפסיקת בתי המשפט,<sup>16</sup> הן באופן כללי והן לגבי נושא השתתפות הילד בפרט, זכתה העבודה החשובה של ועדת רוטלוי להתייחסות מעטה בכתיבה האקדמית.<sup>17</sup> מאמר זה נועד, בין היתר, למלא את החסר.

13 הדו"ח בנושא "הקטין בהליך הפילי" מכיל המלצות לגבי זכות הילד להשתתף בהליכים פלילים בענייני. רוח המלצות אלה אומצה לאחרונה בס' 3 לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול) (תיקון מס' 14), התשס"ח-2008, ה"ח הכנסת 254.

14 **דו"ח ועדת המשנה**, לעיל ה"ש 3.

15 הצעת החוק מבוססת על ההצעה המצורפת לדוח ועדת המשנה שהונחה על שולחן הכנסת על ידי חברי הכנסת שלי יחימוביץ ומנחם בן ששון ביום 5.2.07 (הצעת חוק בית המשפט לענייני משפחה (תיקון – השתתפות ילדים בהליכים הנוגעים להם), התשס"ז-2007).

16 ראו לדוגמה פסק דינה של השופטת ארבל, בפסק הדין בע"מ 27/06 **פלוני נ' פלונית**, תק-על 06(2) 1055, פס' 18 (2006); וגם פסק דינו של השופט גייפמן בפסק הדין תמ"ש (משפחה ת"א) 54297/02 **פלוני נ' אלמונית**, תק-מש 07(3) 3 (2007).

17 אבל ראו שערי שיח בשערי משפט "והילד הזה הוא אנחנו: הועדה לבדיקת זכויות הילד (ועדת רוטלוי) – הלכה למעשה" **שערים למשפט** 1, 62 (2005); רוברט ליכט-פטרן "קבלת החלטה בענייניה של ילדה – לקראת השלמה בין טובת הילדה לזכויות הילדה" **המשפט** 22, 73 (2006); ראו גם כן: Rhona Schuz, *Surrogacy and PAS in the Israeli Supreme Court and the Reports of the Committee on Children's Rights*, THE INTERNATIONAL SURVEY OF FAMILY LAW 247, 264-269 (2004).

## 2. על המחקר

### א. מטרות המחקר והמתודולוגיה

למחקר יש שתי מטרות עיקריות:

המטרה הראשונה הינה חיפוש אחר קני מידה להערכת יישום זכות הילד להשתתף בהליכים משפטיים. חיפוש זה מתבצע על ידי בחינה תיאורטית של הבסיס לזכות להשתתפות (חלק ב.1), ושל הדרכים ליישם הן את הזכות להישמע (חלק ב.2) והן את הזכות שמשקל ראוי יינתן לדעותיו של הילד (חלק ב.3).

בחינה זו דורשת דיון מעמיק בשאלות ובמחלוקות העיקריות שעולות בקשר ליישום הזכות להשתתפות, כגון בעניין דרכי שמיעת הילד, ובעניין התוצאות הנובעות מהחשש שהילד הוסת או הושפע על ידי המבוגרים סביבו. הדיון כולל ניתוח של דעות המובעות על ידי שופטים, מלומדים וועדת המשנה לגבי סוגיות אלה, והסקת מסקנות לגבי הדרכים הרצויות ליישום הזכות להשתתפות.

המטרה השנייה הינה בחינה והערכה של המידה שבה בתי המשפט לענייני משפחה מממשים, הלכה למעשה, את זכות הילד להשתתפות: הן את הזכות להישמע (חלק ג.1) והן את הזכות שמשקל ראוי יינתן לדעות הילד (חלק ג.2). הבחינה מבוססת על ניתוח, לאור המסקנות בחלק ב', של פסיקה רלוונטית מכל הערכאות, על הפרקטיקה הנוהגת בבתי המשפט לענייני משפחה ועל התנהלות הפיילוט.

לצורך ניתוח הפרקטיקה של בתי המשפט לענייני משפחה, איתרנו מדגמים של החלטות בתי המשפט לענייני משפחה על ידי חיפוש במאגרים דיגיטליים, הן בנושא משמורת והסדרי ראייה והן בנושא חוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים), התשנ"א-1991. המדגם כולל את כל החלטות בעניינים אלה,<sup>18</sup> שפורסמו במאגרים דיגיטליים נבחרים<sup>19</sup> ושניתנו בשנים 2005, 2006 ו-2007<sup>20</sup> ושבהן היו מעורבים ילדים מעל גיל 6.<sup>21</sup> אנחנו מודעים לכך שיש להיזהר בהסקת מסקנות ממדגמים שאינם גדולים<sup>22</sup>

18 חיפושים נעשו על פי מילות מפתח "משמורת", "הסדרי ראייה" ו"חטיפת ילדים".

19 במאגרים נבו (www.nevo.co.il), פסק דין (www.psakdin.co.il) ותקדין (www.takdin.co.il).

20 יש לשים לב שכל החלטות האלה ניתנו לאחר פרסום דו"ח ועדת המשנה. במידה מסוימת מחקר זה הינו המשך של חלק ממחקרה של תמר מורג, לעיל ה"ש 7, שבדקה פסקי דין עד שנת 2005. אבל יש לציין שנושא ההשתתפות היה רק חלק מהמחקר שלה שביקש לבחון את השפעתה של אמנת האו"ם על הפסיקה הישראלית, הן במישור הרטורי והן במישור המהותי (השפעה של תפישות העומק של הפסיקה).

21 גיל זה נבחר כי זהו הגיל המכריע בפיילוט, אבל בדיון גם קיים ניתוח של הנתונים על פי רף גילאים גבוה יותר.

22 50 החלטות במדגם בעניין משמורת והסדרי ראייה ו-9 החלטות במדגם בעניין חטיפת ילדים. ביקורת על חוסר פרסום של רוב פסקי הדין של בתי המשפט לענייני משפחה הושמעה על ידי פרופ' רות הלפרין-קדרי בכנס בנושא "עשור לבית המשפט לענייני משפחה" שנערך במכללת שערי משפט ביום 22.6.2006. ראו דבריה של פרופ' הלפרין בדברי הפתיחה לכרך זה, בעמ' 17.

ושייתכן שקיים עיוות מסוים, בכך שהגורם להכללה במדגם הינו פרסום.<sup>23</sup> יחד עם זאת, נראה לנו שמדגמים אלה עשויים לתת אינדיקציה מסוימת לגבי הפרקטיקה בבתי המשפט לענייני משפחה ותפישת השופטים בעניין השתתפות ילדים בהליכים משפטיים הנוגעים להם. ניתוח המקרים במדגמים כולל ניתוח סטטיסטי בעניין דרכי השמיעה שהתקיימו ובעניין כיבוד רצון הילד, התייחסות לאמירות השופטים בעניין השתתפות הילד ודיון בגישתם לבעיות הנדונות בחלק השני של המאמר, כגון הסתה וניכור הורי.

### **ב. נושאי המחקר**

המחקר דן בשני סוגים של הליכים בבתי המשפט לענייני משפחה. הסוג הראשון הינו סכסוכים בענייני משמורת קטינים והסדרי ראייה בין הורים לילדיהם שמהווים את מרבית המקרים הנדונים בבתי המשפט לענייני משפחה הנוגעים לילדים. הסוג השני הינו הליכים לפי חוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים), התשנ"א-1991 (להלן: אמנת האג).<sup>24</sup> בחרנו לדון בהליכים לפי אמנת האג, על אף שמדובר במעט מקרים, משום שקיימת התייחסות מפורשת לנושא השתתפות הילד בהליכים אלה הן בתקנות והן בפסיקה.

יחד עם זאת, הפרדנו בין הדיון בעניין הליכי משמורת והסדרי ראייה לבין הדיון בעניין הליכים הנדונים לפי אמנת האג בחלק ג.2 של המאמר, הודן בהלכה למעשה, לאור ההבדלים הניכרים בין שני סוגי ההליכים. ראשית, הליכים לפי אמנת האג מתנהלים על פי סדרי דין מיוחדים.<sup>25</sup> שנית, קיים הבדל בין מנגנוני ההכרעה בשני סוגי המקרים. בהליכי משמורת והסדרי ראייה, על בית המשפט להכריע על פי עקרון טובת הילד. לעתים, המשקל שניתן לרצון הילד מיטשטש בתוך ההחלטה לגבי טובת הילד, ולפיכך בית המשפט יכול להתחמק מקביעת פרמטרים ברורים לגבי המשקל שניתן לרצון הילד.<sup>26</sup> לעומת זאת, בהליכים לפי אמנת האג, אם הוכח שהילד הורחק או לא הוחזר, שלא כדין, קיימת חובה להחזיר אותו, אלא אם כן מתקיים אחד החריגים הנמנים באמנת האג. בקביעה אם מתקיים החריג שהילד מתנגד לחזור ושהוא הגיע לגיל ולרמת בגרות שמן הראוי להתחשב בדעותיו (להלן: החריג של התנגדות הילד),<sup>27</sup> חייב בית המשפט לקבל החלטה חד-משמעית לגבי המשקל שניתן לדעתו של הילד. לפיכך יש צורך לקבוע פרמטרים ברורים. אולם, חשוב לציין שבקביעת פרמטרים אלה וביישומם, מתחשב בית המשפט לא רק בתכנים של עקרון השתתפות הילד, אלא גם בצורך להחזיר ילדים חטופים על מנת לממש את מטרתיה של אמנת האג. לפיכך, חובה להזיז – כבר

23 לדוגמא, ייתכן שהמקרים שפורסמו הינם מקרים קשים יותר ממקרים רגילים ולכן יש סיכוי רב יותר שהשופט רואה צורך לשמוע את הילד.

24 ס' 2 לחוק נותן תוקף של חוק להוראות אמנת האג שנוסחו מובא בתוספת לחוק. להלן נתייחס רק להוראות האמנה ולא לחוק.

25 פרק כב1 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, ק"ת 342.

26 שמואל מורן "רצון הילד וייצוגו הנפרד בבית המשפט" **שערים למשפט** 1, 67-68 (2005).

27 ס' 13 סיפא לאמנת האג.



בשלב זה – נגד אימוץ גורף של פסיקה זו בהליכים מסוגים אחרים.<sup>28</sup> אף על פי כן, אין ספק שהפסיקה לפי אמנת האג שופכת אור על סוגיית המשקל שיש לייחס לרצון הילד וניתן ללמוד ממנה, כפי שנראה להלן, אודות הקשיים שעומדים בפני כיבוד רצונו של הילד ועל כך שגישה פטרנליסטית מדי חותרת תחת זכותו של הילד להשתתף בהחלטות הנוגעות לו.

## ב. תיאוריה

### 1. בסיסה של זכות הילד להשתתפות

כבר הסברנו כי הדוקטרינה של זכויות הילד מבוססת בעיקר על הכרה בכבוד הילד כבן-אדם אוטונומי בעל אישיות, בעל קיום ודעות משלו, נפרדים מאלה של הוריו ושל מבוגרים אחרים.<sup>29</sup> כבן-אדם אוטונומי, יש לו זכות להביע את דעתו בקשר לעיצוב חייו. בדיוק כמו שלכל מבוגר מוענקת הזכות החוקתית להציג את דעותיו לפני שופט שדן בעניינו, על מנת להשפיע על ההכרעה, זכות זו גם ניתנת לילד שמסוגל להביע דעתו.<sup>30</sup> קבלת החלטות הנוגעות לילד ללא שיתופו בהליך מבטאת, למעשה, את ההתייחסות לילד כמושא פסיבי של הסכסוך שבין הוריו,<sup>31</sup> במקום שותף-אקטיבי, מוסרי וחברתי בזכות עצמו ולכן נגרמת פגיעה בכבודו.<sup>32</sup> לעומת זאת, השתתפות הילד בהליך קבלת החלטות שמה אותו במרכז ההליך.

נוסף על כך, הכוח שמעניקה הזכות להשתתף מחזק את מעמד הילדים, הן כקבוצה והן באופן אינדיווידואלי, ומשפר את יכולתם להגן על עצמם.<sup>33</sup> לפיכך, דווקא החולשה והפגיעות של ילדים, שנחשבו בעבר כסיבות להוצאתם מהליכים של קבלת החלטות, הן הסיבה לעידוד השתתפותם.

כמו כן, הוצע שהשתתפות ילדים בהחלטות הנוגעות להם תורמת להתפתחותם התקינה ולגידולם, על מנת שיהיו מבוגרים בריאים בנפשם, אחראים ובעלי יכולת לנהל

28 כפי שנעשה על ידי השופט גייפמן בפסק הדין תמ"ש (משפחה ת"א) 49123/03 פלוני נ' אלמוני, תק-מש 406 (4) 282 (2006); תמ"ש (משפחה ת"א) 54297/02, לעיל ה"ש 16.

29 **הדרי"ח הכללי**, לעיל ה"ש 10, בעמ' 207, פסקה 4.1.1.

30 ראו אליאב שוחטמן "התחשבות ברצונו של קטין במשפטי משמורת קטינים" **מאזני משפט** ד 545, 568 (2005); וגם לפי דבריה של השופטת נילי מימון בפסק הדין תמ"ש (משפחה ת"א) 14622/97 **פלוני נ' אלמונית**, תק-מש 398 (3) 19 (1998); ראו גם טיעונים המבוססים על משפט חוקתי ב-Randy Frances Kandel, *Just Ask the Kid! Towards a Rule of Children's Choice in-Custody Determinations*, 49(2) U. MIAMI L. REV. 299, 349-361 (1994).

31 JANE FORTIN, CHILDREN'S RIGHTS AND THE DEVELOPING LAW 197 (2<sup>nd</sup> ed. 1998)

32 שם בעמ' 203. ראו גם על פי השופטת ארבל בבע"מ 27/06, לעיל ה"ש 16; מורן, לעיל ה"ש 26, בעמ' 67, מצטט מהתלמוד הירושלמי במסכת פאה "רצונו של אדם כבודו".

33 FORTIN, לעיל ה"ש 31, בעמ' 203.

את ענייניהם. השתתפות בקבלת החלטות הינה חוויה לימודית בעלת ערך. מעבר לכך, מתן אפשרות לילדים להשפיע על החלטות הנוגעות להם, עשוי לחזק את תחושת האינדיווידואליות שלהם ולהגביר את ביטחונם ואת ערכם העצמי.

הצורך בזכות להשתתפות מקבל משנה תוקף ממחקר אמפירי. מחקרים שבוצעו בשני העשורים האחרונים מפריכים את הדעה המסורתית והפטרנליסטית שלפיה ילדים אינם כשירים לקבל החלטות למען עצמם ושרק מבוגרים יודעים מה טוב לילדים. מספר מחקרים בבריטניה, שבהם רואיינו שופטים, הורים וילדים, בנושא השתתפותם של ילדים בסכסוכי משמורת והסדרי ראייה, מעידים על כך כי, לעתים קרובות, יש לילדים דעות ברורות שהם מסוגלים להביע באופן רהוט ומשכנע בקשר לסידורי מגורים וביקור, ושלעתים הם מציעים פתרונות יצירתיים שעליהם לא חשבו המבוגרים קודם לכן.<sup>34</sup> נוסף לכך, עולה מהמחקרים שרוב הילדים שהוריהם נפרדו רוצים שהמבוגרים יתייעצו איתם לגבי סידורים בעלי חשיבות רבה לחייהם, ושהם אינם שבעי רצון ואף חשים פגועים, כאשר הם מוצאים מהליך זה של קבלת החלטות.<sup>35</sup>

ניתן גם להצדיק השתתפות הילד על בסיס קידום טובתו מכמה טעמים. ראשית, שמיעת דעתו של הילד תסייע למקבל ההחלטה בקביעה מהי טובתו של הילד. שנית, בדרך כלל, סיכויי ההצלחה של סידורים התואמים את רצון הילד, טובים יותר. שלישית, מתן הרגשה לילד שהוא משתתף בהליך קבלת ההחלטות (גם אם בפועל ניתן משקל מועט להשקפותיו) עשוי להפחית את תחושות התסכול וחוסר האונים שלו, ולהקל עליו לקבל תוצאה שאינה רצויה מבחינתו. אף על פי כן, אין להסתפק ברציונל של טובת הילד, בין היתר משום שהדבר יאפשר פתיחת פתח להחלטות שלא לשתף את הילד במקרים שבהם נטען שהדבר לא יביא לו תועלת.<sup>36</sup>

לפיכך, יש לראות את השתתפות הילד כזכות עצמאית שאינה תלויה במידה שבה התוצאה הסופית תואמת את רצונו של הילד.<sup>37</sup> ושאינה תלויה בהוכחת התועלת שהילד

34 ראו דוג' ב-Fiona E. Raitt, *Hearing Children in Family Law Proceedings: Can Judges-Make a Difference?*, 19(2) CFLQ 204, 216 (2007)  
Carol Smart, *Children's Narratives of Post-Divorce Family Life: from individual experience to an ethical disposition*, 54(1) THE SOCIOLOGICAL REVIEW 155 (2006)  
שמע' 218.

35 Raitt, לעיל ה"ש 34, בעמ' 214.  
Christine Piper, *The Wishes and Feelings of the Child*, in UNDERCURRENTS OF DIVORCE 88 (Shelley Day Selater & Christine Piper eds., 1999)  
המלומדת Piper מציגה את החסרונות של השמת רצון הילד בתוך שיח של טובת הילד, במקום בתוך שיח של זכויות הילד באנגליה.

37 ראו לדוגמה: PETER NEWELL & RACHEL HODGKIN, IMPLEMENTATION HANDBOOK FOR THE CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD (Fully Revised Third ed., 2007).

יפיק מההשתתפות. אולם, גם אם נכיר באופן ברור בזכות הילד להשתתפות, עולה השאלה כיצד יש לממש את הזכות הזו. בסעיף הבא נדון במחלוקת הקיימת בעניין הזה.

## 2. זרכי השמיעה

באופן מסורתי<sup>38</sup> קיימות ארבע דרכים שבהן בית המשפט יכול לגלות את רצון הילד לגבי העניין הנדון: חוות דעת של פקיד סעד או של מומחה אחר מהתחום של מדעי ההתנהגות (להלן: חוות דעת מומחה); קיום פגישה בין השופט לבין הילד (להלן: שמיעה ישירה); עדות הילד בבית המשפט וייצוג נפרד לילד על ידי אפוטרופוס לדין.<sup>39</sup> בפועל, ברוב המדינות, ילדים אינם מעידים בבית המשפט משום שהמעמד נתפש כמזיק.<sup>40</sup> כמו כן, ייצוג נפרד ניתן במקרים מעטים בלבד,<sup>41</sup> וכאשר קיים קונפליקט ברור בין האינטרסים של הילד לבין אלה של הוריו.<sup>42</sup> זאת ועוד, אפילו כאשר ממונה אפוטרופוס לדין, עדיין עולה השאלה אם על בית המשפט לשמוע את הילד ישירות<sup>43</sup> ואם להזמין חוות דעת מומחה נוסף לשמיעת נציגו.<sup>44</sup> לפיכך, שתי השיטות העיקריות

- 38 לזרכי שמיעה נוספים, ראו הדיון בהמלצות ועדת המשנה להלן בחלק ב.ג.2 ובפייילוט להלן חלק ג.2.1.ג.
- 39 בדרך כלל, עורך דין – אבל לא בהכרח. לדוגמה, ועדת המשנה ממליצה על מינוי מבוגר שיילוה לילד שעניינו נדון בבית המשפט לענייני משפחה ואחת מדרכי השמיעה הינה באמצעות המלווה (ראו חלק ב.ג.2). אולם יש לציין, כפי שנפרט להלן, שדרך השמיעה המועדפת על ועדת המשנה הייתה שמיעה ישירה.
- 40 הנזק נגרם על ידי המעמד הפורמלי והמאיים של מתן עדות באולם בית המשפט. כמו כן, כאשר הילד מעיד בבית המשפט דבריו נשמעים על ידי הוריו (או, לפחות, עורכי דינם) והוא יהיה נתון לחקירה נגדית. לעומת זאת, שמיעה ישירה על ידי השופט מתקיימת בפגישה לא-פורמלית בלשכתו של השופט ללא נוכחות ההורים או נציגיהם (לגישה אחרת, ראו הטקסט הצמוד לה"ש 100 להלן).
- 41 למצב בארץ, ראו משרד המשפטים **דו"ח ועדת המשנה בנושא "ייצוג נפרד לילדים בהליכים אורחיים"** (2003). לגבי אנגליה, ראו INT'L [2007] *Baroness Hale, The Voice of the Child*, FAM. L. J. 171.
- 42 לדיון מקיף בנושא ייצוג נפרד, ראו קפלן, לעיל ה"ש 4.
- 43 ראו לדוגמה הערות בעניין, בכרך זה, השופט מארק פוטר "קולו של הילד: זכויות הילד בהליכי משפחה" **משפחה במשפט** ב xv (2008) (באנגלית).
- 44 התשובות לשאלות אלה מבוססות במידה גדולה על טבע התפקיד של האפוטרופוס לדין ועל תוכני הייצוג. לדוגמה, אם תפקידו של המייצג הינו להציג לבית המשפט את טובת הילד הוא לא יביע בהכרח את קולו של הילד. דיון בנושא מורכב זה חורג ממסגרת המאמר הנוכחי. ראו דיון מפורט **דו"ח ועדת המשנה בנושא "ייצוג נפרד לילדים בהליכים אורחיים"**, לעיל ה"ש 41, בעמ' 93 – 115.

לברור דעתו של הילד הינן הזמנת חוות דעת מומחה<sup>45</sup> ושמיעה ישירה על ידי בית המשפט.<sup>46</sup> ננתח את הטיעונים העיקריים בעד ונגד שתי הדרכים האלה.

### א. טיעונים בעד שמיעה ישירה של הילד

#### 1. רק שמיעה ישירה מממשת את זכות הילד להשתתפות

כפי שראינו לעיל, סעיף 12(2) לאמנת האו"ם מעגן את זכות הילד "להישמע בכל הליך שיפוטי או מנהלי הנוגע לו במישרין או בעקיפין, באמצעות נציג או גוף מתאים". ניתן לטעון שהוראה זו אינה מתמלאת כאשר המומחה מדווח על רצונותיו של הילד. המומחה הינו שליח של בית המשפט או של ההורים או של אחד מהם (במקרים שבהם חוות הדעת הוזמנה על ידי ההורה/ים), ולכן הוא אינו יכול להיחשב כנציגו של הילד לצורך סעיף זה.<sup>47</sup> זאת ועוד, כשהמומחה משוחח עם הילד לצורך הכנת חוות דעת בדבר טובתו,<sup>48</sup> אין זה ברור שבאמת מדובר בשמיעה, לפחות אם אין מובהר לילד

45 זו השיטה הרווחת בין היתר באנגליה, בארה"ב ובאוסטרליה.

46 זו השיטה הרווחת בין היתר בגרמניה, בצרפת ובאוסטריה.

47 ראו לדוגמה: *Hearing Children in Court?: Silence in Court?*, Vanessa May & Carol Smart, *Residence and Contact Disputes*, 16(3) CFLQ 305 (2004). השוואת דעתו של השופט פוטר,

לעיל ה"ש 43, בעמ' xvii.

48 למעט במקרים על פי אמנת האג שבהם נטען כי קיים החריג של התנגדות הילד. אולם, בפועל, גם פה המומחה עלול להתייחס לטובת הילד ולהביע את דעתו לגבי התוצאה הרצויה מבחינתו של ילד. שתי פרשיות חשובות מדגימות תופעה זו. כיוון שהחלטותיהן של הערכאות השונות בפרשיות אלה יוזכרו לעתים קרובות בהמשך המאמר, לנוחות הקורא, עובדות המקרים והשתלשלות ההליכים בפרשות אלה מצוינות כבר עתה:

**הפרשה האיטלקית:** במקרה זה מדובר בקטינים בני 10 ו-12. הקטינים, שנולדו באיטליה, עברו בשנת 1997 לגור בישראל ביחד עם הוריהם, רופא ישראלי-מוסלמי ואחות איטלקית נוצרייה. בשנת 2002, לקחה האם את הילדים לחופשה באיטליה והם נשארו שם. האב הגיש בקשה לבית משפט באיטליה להחזרת הקטינים על פי אמנת האג, אבל בקשתו נדחתה והמשמורת ניתנה לאם. בשנת 2005, הגיע האב לביקור באיטליה והביא את הילדים לישראל ללא ידיעת האם. לטענתו, פעולה זו בוצעה על פי בקשת הקטינים. האם הגישה מיד בקשה לבית המשפט לענייני משפחה להורות על החזר הקטינים לאיטליה על פי אמנת האג. האב טען, בין היתר, שהילדים מתנגדים לחזור לאיטליה ולפיכך מתקיים החריג בס' 13(ב) סיפא לאמנת האג. השופט אסולין בתמ"ש (משפחה ב"ש) 14830/05 פ.ר. נ' ת.א.ע., תק-מש 4)05 (2005) 266 (להלן: הפרשה האיטלקית (משפחה)), קיבל את הטיעון וקבע שאין חובה להחזיר את הילדים לאיטליה, על אף דעתה של המומחית שטובת הילדים דורשת החזרתם לאיטליה. אבל החלטתו נהפכה על ידי בית המשפט המחוזי בפסק הדין ע"מ (מחוזי ב"ש) 151/05 פלונית נ' אלמוני, פדאור 06)05 (2006) 74 (להלן: הפרשה האיטלקית (מחוזי)) שקבע שהחריג אינו מתקיים. החלטה זו אושרה בבית המשפט העליון בפסק הדין בע"מ 672/06 פלונית נ' פלוני (לא פורסם, 15.10.2006) (ראו באתר נבו) (להלן: הפרשה האיטלקית (עליון)).

שהמומחה יעביר את רצונותיו לשופט. לפיכך, חוות דעת המומחה אינה תחליף לשמיעה ישירה על פי האמנה.

**הפרשה הבלגית:** במקרה זה מדובר בקטין בן תשע. בתחילת שנת 2004, לאחר גירושי הוריו (בלגי חסר דת ויהודייה ישראלית-צרפתי), עבר הקטין, שנולד בבלגיה, לצרפת עם אמו באישור בית המשפט בבלגיה. בחודש נובמבר 2005, קיבל בית המשפט בבלגיה את ערעור האב וקבע שמשמורת על הילד תעבור אליו. בחודש ינואר 2006, הביאה האם את הילד לישראל ללא ידיעת האב. הילד נקלט טוב בארץ וביחד עם אמו ניהל אורח חיים חרדי. בחודש דצמבר 2006, הגיש האב בקשה לבית המשפט לענייני משפחה להורות על החזרת הילד לבלגיה על פי אמנת האג. האם טענה, בין היתר, שהקטין מתנגד לחזרה לבלגיה ושקיים חשש חמור שהחזרתו לשם תגרום לו נזק פסי או פסיכולוגי, ולפיכך מתקיימים החריגים בס' 13(ב) סיפא לאמנת האג. השופט אסולין בפסק הדין תמ"ש (משפחה ב"ש) 3450/07 **פלוני נ' פלונית** (לא פורסם, 25.4.2007) (ראו באתר נבו) (להלן: הפרשה הבלגית (משפחה: סיבוב ראשון)) דחה את טענות האם והורה על החזרת הילד לבלגיה. ערעורה של האם נדחה בפסק דין ע"מ (מחוזי ב"ש) 121/07 **פלונית נ' פלוני**, תק-מח (2) 10523 (2007) (להלן: הפרשה האיטלקית (מחוזי: סיבוב ראשון)). ערעורה של האם התקבל ובית המשפט העליון בפסק הדין בע"מ 5579/07 **פלונית נ' פלוני**, תק-על (3) 2054 (2007) (להלן: הפרשה הבלגית (עליון: סיבוב ראשון)). הורה על החזרת התיק לבית המשפט המחוזי לצורך שמיעת הילד והזמנת חוות דעת נוספת של מומחה. לאחר שמיעת הילד, שוב קבע בית המשפט המחוזי, בפסק דין ע"מ (מחוזי ב"ש) 121/07 **פלונית נ' פלוני**, תק-מח (4) 2916 (2007), מיום 21.10.2007 (להלן: הפרשה הבלגית (מחוזי: סיבוב שני)), שהחריג בדבר התנגדות הילד אינו מתקיים. יחד עם זאת, לאור הערות בחוות דעת המומחה על ההשלכות הפסיכולוגיות של החזרת הילד, הורה בית המשפט המחוזי על החזרת התיק לבית המשפט לענייני משפחה לצורך בחינה אם קיים החריג של חשש חמור לנזק. ערעורה של האם נגד החלטה זו נדחה בפסק דין בע"מ 9114/07 **פלונית נ' פלוני**, תק-על (4) 734 (2007) (להלן: הפרשה הבלגית (עליון: סיבוב שני)). בית המשפט לענייני משפחה, אחרי קבלת תוספת לחוות דעת המומחה, קבע בפסק דין תמ"ש (משפחה ב"ש) 3450/07 **פלוני נ' אלמונית**, פדאור (4) 544 (2008), מיום 9.1.2008 (להלן: הפרשה הבלגית (משפחה: סיבוב שלישי)), שעל אף שהחזרת הילד לבלגיה תגרום לו נזק פסיכולוגי, גם השארתו בארץ תגרום לו נזק, ולפיכך יש להחזיר אותו לבלגיה כפוף לתנאים המיועדים למזער את הנזק. תוצאה זו אושרה בבית המשפט המחוזי בפסק דין ע"מ (משפחה ב"ש) 104/08 **פלונית נ' פלוני** (לא פורסם, 20.2.2008) (ראו באתר נבו) (להלן: הפרשה הבלגית (מחוזי: סיבוב שלישי)) ובבית המשפט העליון בפסק הדין בע"מ 1855/08 **פלונית נ' פלוני**, פדאור (11) 520 (2008) (להלן: הפרשה הבלגית (עליון: סיבוב שלישי)). בית המשפט העליון קבע שהילד יוחזר חודשיים לאחר מכן, על מנת לאפשר את הכנתו של הילד לקראת ההחזרה וחידוש הקשר עם האב. בפסק הדין בע"מ 1855/08 **פלונית נ' אלמוני**, פדאור (22) 89 (2008), מיום 21.5.2008, שוב נדחה מועד ההחזרה משום שהכנה לא התקיימה, אבל לבסוף, בפסק הדין בע"מ 1855/08 **אלמוני נ' פלונית**, פדאור (22) 776 (2008), מיום 1.7.2008, על פי בקשת האב שנדונה במעמד צד אחד, הורה בית המשפט העליון על ביצוע מידי של פסק הדין, אף שלא התמלאו כל התנאים שנקבעו בהחלטותיהם הקודמות. עתירת האם לבטל את ההחלטה נדחתה בפסק הדין שניתן בבג"ץ 5952/08 **פלונית נ' בית משפט העליון**, פדאור (23) 342 (2008). למחרת מתן החלטה זו, הילד נעלם ועדיין לא ידוע מה עלה בגורלו. האם נעצרה והועמדה לדין בגין חטיפת הילד.

מסקנה זו אף עולה בקנה אחד עם הרציונלים העומדים מאחורי הזכות להשתתפות שבהם דנו לעיל. השתתפות אמיתית בקבלת החלטות מחייבת גישה ישירה לגורם המחליט כדי למקסם את האפשרות להשפיע על ההכרעה.<sup>49</sup> כמו כן, רק שמיעה ישירה מעצימה את כוחו של הילד ומכירה בכך שהוא בן-אדם עצמאי.<sup>50</sup> "תרגום" דעותיו על ידי מומחה אינו מספיק.<sup>51</sup> יש אף הטוענים כי השימוש ביחידות סיוע בבית המשפט, על מנת לגלות את דעותיהם של ילדים, פועל כמחסום להתייחסות לילד כאדם בפני עצמו.<sup>52</sup> נוסף לכך, שמיעה ישירה מפגינה כבוד לילד כאדם<sup>53</sup> ומעבירה לו את המסר שדעותיו חשובות ושהוא אינו בגדר חפץ שניתן לטלטול על ידי הוריו.<sup>54</sup> לדעתה של המלומדת Raitt, העובדה שהשופט מוכן להיפגש עם הילד מעניקה לו "הכרה" (affirmation).<sup>55</sup> בדומה, התפישה שרואה את הילד כשותף-אקטיבי חברתי (social actor),<sup>56</sup> דורשת שחוויותיו יובנו בשפה שלו (on his own terms). ניתן להשיג מטרה זו רק אם קולו יישמע כפי שהוא, נטול שיקול דעת ופרשנות מקצועית (untrammelled by professional discretion or interpretation).<sup>57</sup>

## 2. סיוע בקבלת החלטות<sup>58</sup>

השופט ייטיב לקבל החלטה מושכלת לגבי דעותיו של הילד אם הוא יוכל להתרשם מהילד באופן בלתי אמצעי. ייתכן ששיג תובנות מפגישה פנים אל פנים שאינן ניתנות

- 49 Raitt, לעיל ה"ש 34, בעמ' 204.
- 50 Christine Piper, *Barriers to Seeing and Hearing Children in Private Law Proceedings*, 29(6) FAM LAW 394 (1999). טוענת שללא שמיעה ישירה, ילדים עלולים להיות בלתי-נראים ("invisible").
- 51 ראו דעתו של השופט מנחם כהן בהמ"ש (י-ם) 3140/01 **אב נ' אלמוני**, תק-מש 138 (2)01 (2001).
- 52 Adrian L. James, Allison James & Sally Mcnamee, *Turn Down the Volume? Not Hearing Children in Family Proceedings*, 16 CFLQ 189 (2004).
- 53 ע"מ (מחוזי ת"א) 97/90 **מורן נ' פלדמן-מורן**, תק-מח 34571 (3)98 (1998).
- 54 הפרשה הבלגית (עליון: סיבוב ראשון), לעיל ה"ש 48, פסקה 26 לפסק דינה של השופטת ארבל. לעיל ה"ש 34.
- 55 Mervyn Murch & Nigel Lowe, *Children's Participation in the Family Justice System – Translating Principles into Practice*, 13(2) CFLQ 137, 145-146 (2001).
- 57 IAN BUTLER & HOWARD WILLIAMSON, CHILDREN SPEAK: CHILDREN, TRAUMA AND SOCIAL WORK, שמצוטט ב-Murch & Lowe, שם.
- 58 ועדת המשנה מזכירה שעל פי פרשנות ועדת האו"ם, זכות הילד לשמיעה אינה אינסטרומנטלית ואינה מיועדת לשרת את מערכת המשפט. לפיכך, זכותו קיימת גם כאשר השמיעה אינה מוסיפה מידע או תוכן לגורם המחליט. על אף שאנו מסכימים שהזכות להשתתפות אינה תלויה בכך שהדבר משפיע על החלטת בית המשפט, בכל זאת אין להתעלם, לדעתנו, מכך ששמיעת הילד אכן עשויה לסייע לבית המשפט לקבל החלטה טובה יותר – דבר שבסופו של דבר ישרת את האינטרסים של הילד – ושעניין זה רלוונטי בקביעת דרכי שמיעה.

להבנה מקריאת חוות דעת מומחה.<sup>59</sup> השופט יכול להעריך טוב יותר את אישיותו של הילד ואת עוצמת רצונו משמיעתו של הילד המביע את דעותיו והעונה על שאלות.<sup>60</sup> יתר על כן, יש לזכור שמדעי ההתנהגות אינם מדעים מדויקים, שבהם ניתן להוכיח שתוצאה או תיאוריה מסוימת הינה נכונה או לא. לפיכך, דעתו של המומחה תושפע באופן בלתי נמנע, בין היתר, מכך שהוא תומך באסכולה פסיכולוגית מסוימת<sup>61</sup> או מדעותיו הסובייקטיביות לגבי יכולתם של ילדים לקבל החלטות.<sup>62</sup> או לגבי מדיניות משפטית בתחום הנדון.<sup>63</sup> לפיכך, ייתכן שדעותיו של הילד יוצגו ויוערכו באופן שונה על ידי מומחים שונים ועל כן התוצאה הסופית תשתנה לפי זהות המומחה. אמנם, נכון שגם לשופטים יש גישות שונות לגבי שאלות אלה ושההכרעה יכולה להשתנות בין שופט לשופט.<sup>64</sup> אולם, מצב זה הינו התוצאה הטבעית של החלטת המחוקק לתת שיקול דעת לשופט להכריע בעניין טובתו של הילד או בעניין התקיימות החריג באמנת האג. לפיכך, כאשר מוגשת חוות דעת המומחה, מחובת השופט להפעיל את שיקול הדעת שניתן לו ולא להסתמך באופן אוטומטי על הערכתו של המומחה. עליו לנתח את חוות הדעת באופן ביקורתי ולא לפעול כחותמת גומי. אולם, קשה לראות כיצד יוכל השופט לבדוק את מסקנות המומחה באופן עצמאי אם הוא לא שמע את הילד עצמו.<sup>65</sup>

- 59 הפרשה הבלגית (עליון: סיבוב ראשון), לעיל ה"ש 48, בפס' 26, פסק דינה של השופטת ארבל.  
60 Peter Boshier, *Contact and Relocation: Focusing on Children-Involving Children in Decision Making: Lesson from New Zealand* (1.5.2006), available at [www.justice.govt.nz/family/publications/speeches-papers/default.asp?inline=contact-relocation-focusing-children-may-2006.asp](http://www.justice.govt.nz/family/publications/speeches-papers/default.asp?inline=contact-relocation-focusing-children-may-2006.asp)  
61 יאיר רונן **שיתוף הילד בקביעת משמורתו** 143 (1997). ראו גם, לדוגמה, הפרשה הבלגית, לעיל ה"ש 48, שבה חוות דעת המומחה הושפעה באופן ברור על ידי התיאוריה של תסמונת הניכור ההורי (ראו דיון מפורט בתיאוריה זו להלן בחלק ב.3.א.2).  
62 ראו James et al., לעיל ה"ש 52. לדוגמה בפועל, ראו את חוות דעתה של הפסיכיאטרית בפרשה האיטלקית (משפחה), לעיל ה"ש 48, שאמרה כי, לדעתה, ילדים מתחת לגיל 15 אינם מסוגלים לקבל החלטות לגבי מקום מגוריהם.  
63 לדוגמה, המומחה בפרשה הבלגית (משפחה: סיבוב שלישי), לעיל ה"ש 48, התייחס לחשיבותה של החזרת ילדים חטופים כדי לא לתת פרס להורה החוטף.  
64 ראו: Rosemary Hunter, *Close Encounters of a Judicial Kind: "Hearing" Children's "Voices" in Family Law Proceedings*, 19(3) CFLQ 283, 295 (2007).  
65 דעה זו הובעה גם במאמר Rania Nanos, *The Views of a Child: Emerging Interpretation and Significance of the Child's Objection Defense Under the Hague Child Abduction Convention*, 22(2) BROOK. J. INT'L L. 437, 463-464 (1996).

## 3. תועלת לילד

מהמחקר האמפירי עולה כי חוויותיהם של ילדים בהשתתפות בקבלת ההחלטה הנוגעת להם יכולות להיות חשובות לא פחות מהתוצאה הסופית, והם עלולים להרגיש פגועים שעה שהם חשים שלא ניתנה להם הזדמנות להביע את רצונם.<sup>66</sup> עוד עולה כי ילדים יכולים להשלים ביתר קלות עם תוצאה שאינה רצויה מבחינתם כאשר הם מרגישים שקולם נשמע.<sup>67</sup> הסיכוי שהילד יחוש שדעותיו הובאו בחשבון ברצינות הינו גבוה יותר כאשר הוא נשמע באופן ישיר על ידי השופט מאשר במצב שבו דעותיו הובאו לשופט על ידי צד שלישי.<sup>68</sup> לדוגמה, חלק מהילדים הביע ספק אם המומחים שראינו אותם אכן שמו לב לדעותיהם. חלק דיווח על תסכול כאשר דעותיהם פורשו לא נכון על ידי פקיד הסעד.<sup>69</sup>

באופן דומה, המחקר האמפירי היחיד שפורסם בקשר להליכים על פי אמנת האג מציע שחוסר השתתפות ילדים בהליך המשפטי עלול לגרום להם לאבד אמון בעולם המבוגרים.<sup>70</sup> צעיר שנחטף על ידי הורה, דיווח שבעבורו המתח נגרם לאו דווקא בגלל המעבר למדינה אחרת, אלא מכך שהחלטות התקבלו ללא התייחסות רצינית לדעותיו.<sup>71</sup>

66 Raitt, לעיל ה"ש 34, בעמ' 214-215.

67 ראו רונן, לעיל ה"ש 61; וגם, E. TIMMS, SUE BAILEY & JUNE THOBURN, YOUR JUDITH SHOUT TOO!: A SURVEY OF THE VIEWS OF CHILDREN AND YOUNG PEOPLE INVOLVED IN COURT PROCEEDINGS WHEN THEIR PARENTS DIVORCE OR SEPARATE (NSPCC Press, 2007), available at [www.nspcc.org.uk/Inform/publications/Downloads/yourshouttoo\\_wdf48056.pdf](http://www.nspcc.org.uk/Inform/publications/Downloads/yourshouttoo_wdf48056.pdf). במחקרם של BAILEY, THOBURN & TIMMS, 40% מהילדים שלא הושמעו באופן ישיר אמרו שהיו חפצים בהזדמנות לשוחח עם השופט.

68 ראו לדוגמה המחקרים המוזכרים ב-Judy Cashmore, *Children's Participation in Family Law Matters*, in HEARING THE VOICES OF CHILDREN: SOCIAL POLICY FOR A NEW CENTURY 8-164 (Christine Hallett & Alan Prout eds., 2003).

69 FORTIN, לעיל ה"ש 31, בעמ' 216.

70 MARILYN FREEMAN, INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION: THE EFFECTS (Reunite press, 2006), available at [www.reunite.org/edit/files/Effects%20Of%20Abduction%20Report.pdf](http://www.reunite.org/edit/files/Effects%20Of%20Abduction%20Report.pdf).

71 שם, בעמ' 61.



**ב. טיעונים נגד שמיעה ישירה****1. הצורך בכלים ובניסיון מקצועיים**

נטען שמומחים מתאימים יותר לדבר עם ילדים מאשר שופטים, מבחינת ידע וניסיון מקצועי,<sup>72</sup> ושלשופטים אין הכלים הנדרשים להעריך את הכנות ואת העצמאות של הרצונות המובעים על ידי ילדים.<sup>73</sup>

בעוד שבוודאי יש מידה של אמת בטיעון זה,<sup>74</sup> ניתן לפתור את הבעיה הזו במידה ניכרת על ידי הכשרה מתאימה שתיתן לשופטים בבתי המשפט לענייני משפחה, בין היתר, בעניין עולמם של ילדים בגילאים שונים בכלל, וילדי גירושין בפרט, ובאסטרטגיות ליצירת קשר עם ילדים במהלך פגישה קצרה.<sup>75</sup> נוסף לכך, אין ערבות לכך שמומחים, על אף הכשרתם ונסיונם, יגלו את רצונותיהם האמיתיים של ילדים ויציגו אותם לבית המשפט באופן מדויק.<sup>76</sup> במיוחד, ייתכן שיהיה למומחים קושי להפריד בין טובת הילד ורצונו, כיוון שהם רגילים לתת תסקירים על טובת הילד וצרכיו.<sup>77</sup> לפיכך, המומחה עלול שלא להעביר באופן מדויק את רצונו של הילד ואת הנמוקים הניתנים על ידיו, ולהוסיף את פרשנותו לרצון הילד לאור הערכתו של צורכי הילד.<sup>78</sup> עוד צוין, כי

72 ראו לדוגמה דבריה של הברונית הייל בפסק הדין *In Re D (a child) (abduction: foreign custody rights)*, [2006] U.K.H.L. 51, para. 60. ראו גם דבריה של מנהלת יחידת סיוע המצוטטים על ידי דפנה הקר הורוה **במשפט: מאחורי הקלעים של עיצוב הסדרי משמורת וראייה בגירושים** 233 (2008), "אני מרגישה שזה כמו לתת לפילים לטייל בחנות חרסין... שופטים הם עורכי דין ולא יודעים הרבה בהתפתחות הילד, לא יודעים איך לדבר עם הילדים".

73 ראו לדוגמה דעתה של השופטת פרוקצ'יה בפרשה האיטלקית (עליון), לעיל ה"ש 48, שאין טעם בפגישת השופט עם הילדים משום שאין בידי השופטים הכלים המקצועיים הנדרשים לזהות רצונם האמיתי של הילדים. דוגמה קיצונית אף יותר נמצאת בפסק הדין ע"מ 393/06 **פלונית נ' פלוניס** (לא פורסם, 22.1.2007) (להלן: הפרשה ההולנדית (מחויי)), שבה הפך בית המשפט המחוזי את החלטת בית המשפט לענייני משפחה לא להחזיר את הבנות להולנד. בבסיס ההחלטה הייתה חוות דעת מומחה לגבי איכות התנגדותן של הבנות לחזור על אף שהשופטת בבית המשפט לענייני משפחה פגשה את הבנות והתרשמה מהאמיתיות, מהעצמאות ומהעוצמה של התנגדותן.

74 אבל ראו *Murch & Lowe*, לעיל ה"ש 56, בעמ' 33, שטוענים שהנחת השופטים שלפקדי סעד יש הכלים הנדרשים להבין, לתת תמיכה ולהקשיב טוב לילדים, הינה מוטעית.

75 ראו הערותיו של השופט פוטר, לעיל ה"ש 43, בעמ' xxxi; **דו"ח ועדת המשנה**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 127, פסקה 5.4; *Murch & Lowe*, לעיל ה"ש 56, בעמ' 156-158.

76 ראו *Hale*, לעיל ה"ש 41, בעמ' 172.

77 התקנון לעבודה סוציאלית (תע"ס) קובע שבהכנת תסקיר לבית המשפט, פקיד סעד לסדרי דין אינו חייב לדווח על דעותיו של הילד או כיצד הוא מביע אותם, אבל הוא רשאי להסתפק במתן מידע אודות טובת הילד (**דו"ח ועדת המשנה**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 95, הערה 7).

78 ראו *FORTIN*, לעיל ה"ש 31, בעמ' 216, וכן **דו"ח ועדת המשנה**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 94.

מומחים נוטים "לחנוק" ו"לסנן" את קולותיהם של ילדים.<sup>79</sup> עובדת היותה של חוות הדעת גלויה לעיני ההורים תביא את המומחה לא לכלול הערות ביקורתיות מצד הילדים כלפי ההורים על מנת להגן על הילד מתגובות הוריו.<sup>80</sup>

יתר על כן, ייתכן שמומחים יהיו פחות אובייקטיביים מאשר שופטים, שמהות עבודתם הינה להיות אובייקטיביים. כפי שכבר נאמר, מדעי התנהגות אינם מדויקים, ומומחים מושפעים מהתיאוריה המועדפת עליהם.<sup>81</sup> בספרות ובפסיקה בארץ, ניתן למצוא תמיכה לחששות לגבי האובייקטיביות של חוות דעת מומחים<sup>82</sup> ונטייתם לחרוג מגבולות השאלות שמופנות אליהם.<sup>83</sup> דוגמה בולטת הינה חוות הדעת של הפסיכיאטרית בפרשה האיטלקית<sup>84</sup> שהתבקשה לדווח על מידת הבגרות של הילדים ועל התנגדותם לשוב לאיטליה. המומחית דיווחה שהילדים בני 12 ו-10 היו בוגרים לגילם, אך התקשו לראות לטווח הארוך, בהיותם ילדים. ברור מחוות דעתה שמסקנה זו הושפעה רבות מדעתה הסובייקטיבית, שלפיה אין לתת משקל לדעותיהם של קטינים מתחת לגיל 15 בעניין מקום מגוריהם, וכי טובתם של הילדים דרשה החזרתם לאמם באיטליה.<sup>85</sup> על אף שהשופט אסולין, בבית המשפט לענייני המשפחה, הביע הסתייגות מחלק זה של חוות הדעת – באומרו כי "מקורה במה שהיא רואה כאמיתות

- 79 ראו Raitt, לעיל ה"ש 34, בעמ' 204. ראו גם כן את ההתייחסות של CAROL SMART, BREN NEALE & AMANDA WADE, THE CHANGING EXPERIENCE OF CHILDHOOD: FAMILIES AND DIVORCE 163 (2001), לשימוש סלקטיבי של התבטאויות הילד על ידי פקידי סעד.
- 80 ראו James, James & McNamee, לעיל ה"ש 52. כמובן, אם השופט שומע את הילד ישירות, הוא ישמע את כל הערותיו. לדיון בעניין סודיות הדברים הנאמרים ישירות לשופט, ראו להלן בחלק ב.ב.3.
- 81 FORTIN, לעיל ה"ש 31, בעמ' 216, סבורה שהמחויבות החזקה של פקידי סעד להמשך הקשר עם ההורה הלא-משמורן גרמה להם, לעתים, להתעלם מהתנגדות הילדים לכך.
- 82 ראו לדוגמה, ישראל צבי גילת "על הכשל המשפטי המובנה באבחון טובת הילד" באמצעות מערך שירותי הרווחה "מאזני משפט" ה 403 (2006).
- 83 לדוגמה, בפרשה הבלגית (משפחה: סיבוב שלישי), לעיל ה"ש 48, הביע הפסיכולוג את הדעה שאין לתת פרס לחוטף. הוא לא התבקש לחוות דעה על המדיניות המשפטית הראויה, שנקבעה על ידי אמנת האג עצמה והמיושמת על ידי השופטים. הבעת דעה כזו מעוררת ספק גדול בעניין האובייקטיביות של חוות דעתו לגבי דעות הילד והנוק שייגרם לילד אם יוחזר לבלגיה. זאת ועוד, תמיכתו הברורה בתיאוריה של תסמונת הניכור ההורי (ראו להלן חלק ב.א.3.2), הופכת את הערכתו שלפיה השארת הילד בארץ עם האם היא פתרון רע – על אף ממצאיו שהחזרת הילד לאביו בבלגיה עלולה להיות קטסטרופה בשבילו – לבלתי אמינה. בכל זאת, בקשת האם לפסול את חוות הדעת, נדחתה. ברור שגם בית המשפט לענייני משפחה וגם השופטים בערכאות הערעור הושפעו מדעות אלה. ראו לדוגמה דעת השופטת פרוקצ'יה במקרה הזה, הפרשה הבלגית (עליון: סיבוב שלישי), לעיל ה"ש 48, בפס' 42.
- 84 הפרשה האיטלקית (משפחה), לעיל ה"ש 48.
- 85 זו, על אף שאמם חטפה אותם מישראל לאיטליה מלכתחילה.

אוניברסאלית ומתוך הכללה, ולא מתוך מה שמתייחס לקטינים במקרה הקונקרטי דגן... – בתי המשפט המחוזי<sup>86</sup> והעליון<sup>87</sup> הסתמכו על מסקנות המומחית וקיבלו את הערעור נגד ההחלטה לא להחזיר את הילדים בשל התנגדותם<sup>88</sup>.  
ולבסוף, יש להבהיר ששמיעה ישירה אינה שוללת את האפשרות שהמומחה גם יתייחס לנושא רצון הילד, ובמקרים מורכבים – יש בוודאי צורך בכך.<sup>89</sup>

## 2. נזק לילד

לעתים, נטען הן על ידי שופטים והן על ידי אנשי מקצוע ששמיעה ישירה על ידי שופטים עלולה לגרום נזק פסיכולוגי לילד.<sup>90</sup> טיעון זה מבוסס הן על מעמדו של השופט והן על מהות השמיעה. קיימת דאגה שהפגישה עם השופט תגרום לילד חרדה ולחץ. נוסף לכך, הצורך לבחור בין הוריו עלול לעורר קונפליקט קשה ולגרום לרגשי אשם. טיעונים אלה אינם משכנעים מכמה סיבות. ראשית, השופט הוא כמו כל אדם אחר ואם הוא נפגש עם הילד בלשכתו, מנהל את השיחה באווירה נעימה ומקריין לילד שהוא מעוניין לשמוע את דעתו ושאינו מוטרד, אין סיבה שהפגישה תזיק לילד יותר מהפגישה עם המומחה. כמובן, יש גם לתת לילד הסברים מראש על הפגישה, כדי שיידע למה לצפות וכך להקטין את חששותיו לקראת הפגישה. שנית, איש אינו מציע לכפות על ילדים לדבר עם שופטים. זכותו של הילד להשמיע את קולו לפני השופט, אבל הוא אינו חייב לעשות כן. הוא רשאי לוותר על זכות זו ולבקש להביע את דעתו בדרך אחרת או לא להביעה כלל.<sup>92</sup> לכבוד את הילד כולל גם כיבוד החלטתו שלא לדבר

86 הפרשה האיטלקית (מחוזי), לעיל ה"ש 48.

87 הפרשה האיטלקית (עליון), שם.

88 יש להעיר שהתערבות בית משפט לערעורים במסקנותיו של שופט בערכאה ראשונה לגבי חוות הדעת של המומחה הינה בעייתית מאוד לנוכח העובדה שהוא שמע את העדות של המומחית והיה יכול להתרשם מעדותה באופן בלתי אמצעי בעוד שהם רק יכולים לקרוא את הפרוטוקול. זאת ועוד בשל המחלקות לגבי אמינות המומחית ולנוכח העובדה שהיא כלל אינה מזכירה את נימוקיהם של הילדים, בוודאי היה מקום להורות על שמיעה ישירה של הילדים. לפיכך קשה במיוחד לקבל את מסקנתו של השופט רובינשטיין שאין צורך לשמוע את הילדים באופן ישיר כיוון שעמדתם כבר הובאה לחשומת לבו של בית המשפט באופן מספק על ידי חוות הדעת של המומחית.

89 ראו דעתה של השופטת רוטלוי, בפרשת **מורן**, לעיל ה"ש 53.

90 ראו לדוגמה דעותיהם של השופטים בפרשה האיטלקית (עליון) ובפרשה ההולנדית (מחוזי), לעיל ה"ש 73, ובפסק הדין עמ"ש (מחוזי ת"א) 28/97 **פלונת נ' פלוני**, תק-מח (1) 1613 (1997). לגבי אנשי טיפול, ראו Raitt, לעיל ה"ש 34, בעמ' 213 וגם Piper, לעיל ה"ש 50.

91 ראו הערותיו של השופט פוטר בעניין זה, לעיל ה"ש 43, בעמ' xxiv; ראו Nicholas Crichton, *Listening to Children*, 36 FAMILY LAW 849 (2006), המתאר את ניסיונו החיובי של השופט כריחטון בשמיעת ילדים.

92 Hale, לעיל ה"ש 41, בעמ' 174, סבורה שגם חשוב לאפשר לילדים להגיד שהם לא רוצים להביע עדיפות להורה אחד.

עם השופט.<sup>93</sup> שלישית, השופט או המומחה אינם צריכים לדרוש מהילד לבחור בין הוריו.<sup>94</sup> הם ידברו איתו בדרך עדינה לגבי מה טוב בעבורו ומה רע עבורו במקומות השונים. ניתן להוריד את רמת הלחץ והקונפליקט, אם מובהר לילד שדעותיו אינן מכריעות ושאינן זה מתפקידו להחליט בסכסוך בין הוריו.<sup>95</sup>

### 3. פגיעה בזכויותיהם של ההורים

נטען ששמיעת הילד על ידי השופט, ללא נוכחות ההורים או עורכי דינם, פוגעת בזכויות ההורים להליך הוגן. בשיטה האדוורסרית, השופט אינו רשאי לאסוף מידע ולחקור באופן עצמאי. עליו לבסס את החלטתו על הראיות שמביאים הצדדים אחרי שניתנת הזדמנות לכל צד לעיין בכל המסמכים ולחקור את העדים המובאים על ידי הצד השני, ולטעון טענות לגבי ראיות אלה.<sup>96</sup> כאשר דעות הילד מובאות על ידי חוות דעת מומחה או על ידי אפוסטרופוס לדין המייצג את הילד, דבריו מובאים לידיעת ההורים.<sup>97</sup> לעומת זאת, כאשר השופט נפגש עם הילד לשיחה פרטית, הוא עשוי לבסס את החלטתו גם על מידע שנמסר לו מפי הילד ללא מתן הזדמנות להוריו להתייחס למידע זה.<sup>98</sup> בספרות, הוצעו דרכים להפחית את הפגיעה בזכויותיהם של ההורים.<sup>99</sup> לדוגמה, יש שופטים באנגליה שמשוחחים עם הילד בנוכחות עורכי דינם של הצדדים.<sup>100</sup> פתרון זה הינו בעייתי כי ייתכן שהילד לא יאמר דברים מסוימים מחשש שעורך הדין ימסור את

93 ראו ביקורת של בית המשפט העליון בפסק הדין בע"מ 9358/04 פלוני נ' פלוני, תק-על 05(2) 2893 (2005), על שופטי ביהמ"ש המחוזי (ע"מ (מחוזי ת"א) 1152/04 פלוני נ' פלוני, תק-מח 04(3) 6315 (2004)), ששוחחו עם הבנות על אף שהן ביקשו לא להביע דעה בסכסוך בין הוריהם בעניין הגירה.

94 בהקשר של אמנת האג, ראו: ELISA PÉREZ-VERA, EXPLANATORY REPORT ON THE 1980 HAGUE CHILD ABDUCTION CONVENTION 433 § 30 ((Proceedings of the 14<sup>th</sup> Session of the Hague Conference, Vol III,1982), available at [hcch.e-vision.nl/upload/exp128.pdf](http://hcch.e-vision.nl/upload/exp128.pdf)

95 ראו רונן, לעיל ה"ש 61, בעמ' 153; הערת השופט חיים פורת בפסק הדין ב-ע"מ (מחוזי ת"א) 33/96 פלוני נ' פלוני, תק-מח 97(2) 1567 (1997), והערות השופטים הסקוטיים שרואיינו על ידי המלומדת Raitt, לעיל ה"ש 34, בעמ' 214.

96 ראו Mabon v. Re D (Adoption Reports: Confidentiality), [1995] 2 F.L.R. 687 וגם Mabon, [2005] E.W.C.A. Civ. 634.

97 בפסק הדין Mcgrath v. Mcgrath, [1999] S.C.L.R. 1121, נקבע על ידי בית המשפט לערעורים בסקוטלנד כי שמירה על חסיון הדעת שהילדה הביעה לאפוסטרופוס לדין פגעה בזכות האב לדעת את הסיבה להחלטה הרוחה את בקשתו להגברת המגע בינו לבית בתו.

98 בפסק הדין Mcgrath, שם, בית המשפט רמז שאולי ההחלטה הייתה אמורה אחרת אם דעות הילדה היו מובעות ישירות בפגישה עם השופט.

99 להמלצות ועדת רוטלוי, ראו להלן בחלק ב.ג.

100 ראו פוטר, לעיל ה"ש 43, בעמ' xxx-xxix.

דבריו להוריו.<sup>101</sup> יש שופטים בריטיים שיסבירו להורים או לעורכי דינם את עיקר דברי הילד, תוך כדי שמירה על סודיות, אם הילד ביקש כך.<sup>102</sup> מכל מקום, לדעתנו, הדאגה לזכויותיהם של ההורים<sup>103</sup> הינה מוטעית. יש להבין שמהותו של סכסוך לגבי הילד היא שונה מסכסוכים אחרים. על אף שמדובר, באופן פורמלי, בסכסוך בין ההורים שהינם בעלי הדין, יש לילד עצמו האינטרס הרב ביותר בהכרעה, למרות שאין הוא צד להתדיינות. מדובר בהחלטה שתשפיע על כל פרטי חיי היומיומיים. לפיכך, כללי פרוצדורה, ואפילו זכויות חוקתיות של בעלי הדין, צריכים לסגת בפני האינטרסים של הילד.<sup>104</sup> בשל כך, אין להתפשר על זכותו של הילד להישמע בשמיעה ישירה על ידי השופט גם במחיר של פגיעה בעקרונות יסודיים של השיטה האדוורסרית. כמובן, על פי עקרון המידתיות, יש לצמצם את הפגיעה ככל הניתן, בלי לפגוע באינטרסים של הילד.<sup>105</sup>

### ג. המלצות ועדת המשנה בעניין שמיעת הילד

אחד החידושים העיקריים בהמלצותיה של ועדת המשנה, הינו ההכרה בזכות הילד לשמיעה מותאמת, דהיינו, שמיעה "באופן המותאם לגילו ולכישוריו המתפתחים, לרצונותיו ולצרכיו". לצורך כך, הצעת החוק, המצורפת לדו"ח של ועדת המשנה, מספקת רשימה יצירתית של דרכי שמיעה מותאמות הכוללת שמיעה לפני בית המשפט בנוכחות הגורם המלווה את הילד ושמיעה בכתב על ידי הילד. בכל זאת, הצעת החוק נוקטת עמדה ברורה שלפיה דרך השמיעה המועדפת הינה זו הישירה לפני השופט הדן בעניינו.

בדברי ההסבר מביעה ועדת המשנה את הדעה ששמיעה לפני בית המשפט הינה הדרך שבה זכות השמיעה מתממשת באופן המלא ביותר, בין היתר, משום שזו בלתי אמצעית ומאפשרת מפגש ישיר בין הילד לבין הגורם המחליט. לדעתה של ועדה המשנה, "יש חשיבות רבה להיכרות בין הגורם המחליט למוקד ההחלטה – הוא

101 בדו"ח ועדת רוטלוי מדווח כי מומחים מתחום מדעי ההתנהגות טענו כי מתן חסיון לדברי הילד ייקל מאוד על הילד מבחינת רגשית. Hale, לעיל ה"ש 41, בעמ' 174, מדווחת על תופעה של מומחים שאינם מקיימים את הבטחתם לילדים על חסיון דבריהם.

102 ראו דוגמה במחקר של Raitt, לעיל ה"ש 34, בעמ' 204.

103 לדיון בנושא אופי זכויותיהם של ההורים בעידן של זכויות ילדים, ראו רונה שוה "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, 430-434 (2004); וגם רונה שוה "יחסי הגומלין בין זכויות הילד, טובת הילד וזכויות ההורים" **שערים למשפט** 1, 69 (2005).

104 בעניין Mcgrath, לעיל ה"ש 97, בעמ' 91, העיר השופט בערכאה ראשונה כי: "The present system is meant to focus on children's rights. This child has a right not to be treated like a ping pong ball and to have her confidences respected".

105 לדיון במצב על פי הפיילוט, ראו להלן בחלק ג.1.ב.2.

הילד".<sup>106</sup> העדפת שמיעה ישירה מקבלת משנה תוקף על ידי קביעת חזקה שילד שמלאו לו תשע שנים יישמע לפני בית המשפט, אלא אם כן סבור בית המשפט כי יש לשמוע אותו בדרך שונה.<sup>107</sup> המלצה זו הושפעה מהניסיון של החוק הסקוטי שבו חקיקת חזקה שיש לשמוע ילדים מעל גיל 12, הובילה למצב בפועל שבו ילדים מעל גיל 11 שנים נשמעו בדרך קבע בבתי משפט.<sup>108</sup> הוועדה מנמקת את בחירת גיל תשע, בין היתר, על בסיס מחקרים פסיכולוגיים, ובמיוחד עבודתו המנחה של פיאג'ה,<sup>109</sup> שעל פיהם יש לילדים בגיל הזה "יכולת אינטלקטואלית לנתח את המצב בעת קונפליקט משפחתי, להתמודד עם זווית מבט של אחרים ולשקול אינטרסים שונים אחרים ולאזנם מול האינטרסים שלהם עצמם".<sup>110</sup>

תשומת לב מיוחדת הושמה בדו"ח ועדת המשנה לשאלה בדבר שיתוף ילדים בקביעת הסדרים לגביהם, במקרים שבהם הוריהם מגיעים להסכם בעניין שמוגש לבית המשפט או לבית הדין לצורך אישור.<sup>111</sup> מצד אחד, הילד זכאי להשתתף בקבלת החלטות הנוגעות לו גם כאשר החלטות אלה מתקבלות דרך הסכם ולא דרך התדיינות. מצד שני, שמיעת ילדים במקרים שבהם ההורים מסכימים ביניהם, נתפשת כהתערבות מצד בית המשפט באוטונומיית המשפחה. נוסף לכך, עולה השאלה אם חשיפת הילד לגורמים חיצוניים משרתת את האינטרסים שלו, כאשר לכאורה אין שום צורך בכך. מסקנתה של ועדת המשנה הינה, כי ההורים הם הגורם המתאים ביותר לשתף ילדים בקביעת הסדרים הנוגעים להם בהסכם הגירושין.<sup>112</sup> לפיכך, על פי המודל המוצע על ידי ועדת המשנה, בית המשפט שמתבקש לאשר את ההסכם, יבדוק אם מומשה זכות הקטין להשתתף בעריכת ההסכם. אם לא, יהא בית המשפט רשאי להורות על שמיעת הקטין. ראוי להזכיר גם שוועדת המשנה של ועדת רוטלוי בנושא "ייצוג נפרד לילדים בהליכים אזרחיים"<sup>113</sup> המליצה על עיגון מינויו של נציג נפרד לילדים בכל המקרים שבהם "קיים חשש כי ללא מינוי כאמור, עלולים זכויותיו של הקטין, צרכיו או

106 דו"ח ועדת המשנה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 99, פסקה 4.2.2.

107 נראה להלן (חלק ג.1.ב) שבסופו של הדבר, בפילוט הגיל הורד ל-6. יש לציין שגם בהנחיות באנגליה הגיל לשמיעת ילדים הינו 9 ומעלה (פוטר, לעיל ה"ש 43, בעמ' xxi), אבל לדעתו של השופט פוטר, גיל 7 הינו הגיל המתאים.

108 דו"ח ועדת המשנה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 100, פסקה 4.2.4.

109 שם, בעמ' 102.

110 שם.

111 שם, בפסקה 4.2.6, בעמ' 100-105.

112 מסקנה זו עולה בקנה אחד עם ממצאי המחקר של Carol Smart & Bren Neale, *It's My Life Too: Children's Perspective on Post-Divorce Parenting*, 30 FAMILY LAW 163 (2000) שלפיו ילדים רבים חפצים בכך שהסדרי משמורת וראייה ייקבעו על ידי בני המשפחה עצמם (ולא על ידי גורם חיצוני) ושתינתן להם הזדמנות להשתתף בהליך עיצוב ההסדרים בלי ציפייה שקולם יכריע.

113 משרד המשפטים (2003).

משפחה במשפט ב התשס"ט זכות הילד להשתתפות: בין תיאוריה לבין הלכה למעשה  
בבתי המשפט לענייני משפחה

האינטרסים שלו, להיפגע פגיעה של ממש". בבחינת התקיימותם של תנאים אלה, מצווה בית המשפט ליתן את דעתו, בין היתר, לרשימה של נסיבות וביניהן שמדובר בקטין שמביע דעה איתנה בעניין או שקיים סכסוך קשה בין ההורים.<sup>114</sup>

### 3. זכות הילד שיינתן משקל ראוי לדעותיו

#### א. הגישות השונות

##### 1. כללי

במאמרנו בעניין זכויות הילד החטוף<sup>115</sup> התייחסנו לזכותו של הילד ל"החלטה עצמית" שהיא ביטוי שמופיע בספרות הלועזית<sup>116</sup> ואף בחקיקה של לפחות מדינה אחת.<sup>117</sup> כפי שהסברנו, על פי רוב הדעות, הזכות להחלטה עצמית אינה מעניקה לילד זכות אבסולוטית לקבל החלטות, אלא זכות יחסית התלויה בגורמים שונים, לרבות גיל הילד, רמת בגרותו והעניין הנדון. אף על פי שהביטוי "החלטה עצמית" לא אומץ בספרות ובפסיקה הישראלית,<sup>118</sup> נראה לנו שהוא ביטוי נוח ונכון ונמשיך להשתמש בו כביטוי נרדף לזכות הילד ש"משקל ראוי יינתן לדעותיו".

במאמר הקודם, הסברנו כי ייתכן שההצלחה המוחשית הגדולה ביותר של התנועה לזכויות הילד היא ההכרה הנרחבת בזכות הילד למידה מסוימת של אוטונומיה, כמובן ההחלטה העצמית.<sup>119</sup> עם זאת, אין תמימות דעים בדבר מידת האוטונומיה שראוי להעניק לילד. טווח האפשרויות נע החל בהתייעצות עם הילדים אודות החלטות

114 ס' 4 להצעת חוק ייצוג ילדים ובני נוער בדו"ח ועדת המשנה של ועדת רוטלוי בעניין ייצוג נפרד לילדים בהליכים אזרחיים, שם. הצעת חוק זהה הונחה על שולחן הכנסת על ידי חברי הכנסת שלי יחימוביץ ומנחם בן-ששון ביום 5.2.2007 (תזכיר הצעת חוק ייצוג ילדים ונוער, התשס"ז-2007).

115 לעיל ה"ש 103.

116 Kathleen Nemechek, *Notes: Child Preference in Custody*, 30 *Kandel Decisions: Where We Have Been, Where We are Now, Where We Should Go*, 83(2) (Iowa L. Rev. 437 (1998)).

117 הכותרת של סעיף 33 של החוק הנורבגי Act no.7 of 8 April 1981 relating to Children and Parents (The Children Act), הינה "The Child's Right to Self-Determination". החוק מצוטט בדו"ח ועדת המשנה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 75.

118 אולם, ליכט-פטרן אכן מתייחס לזכות לאוטונומיה ליכט-פטרן, לעיל ה"ש 17, בעמ' 84.

119 ריש הרואים בזכות זו זכות יסודית לכל זכויות הילדים האחרות. ראו לדוגמה: RICHARD FARSON, *BIRTHRIGHTS* 27 (1974). כמו כן יש מלומדים (דוגמת יחיאל קפלן, לעיל ה"ש 4) המגבילים את השימוש במונח "זכויות הילד" למשמעות זו. אך בד בבד לא זכתה זכות זו בהכרה אוניברסלית, ומספר לא-מבוטל של מדינות הסתייג מסעיף 12 לאמנת האו"ם, ראו: DEIRDRE FOTTRELL (ed.), *REVISITING CHILDREN'S RIGHTS: 10 YEARS OF THE UN CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD* 6 (2000).

הנוגעות להם, וכלה במתן זכויות זהות לאלה של המבוגרים בניהול חייהם.<sup>120</sup> המלומדים ברובם מאמצים גישה כלשהי בטווח זה, שעל-פיה, המשקל שיינתן להשקפות הילדים תלוי בגילם,<sup>121</sup> בהבנתם ובסוג העניין העומד על הפרק. חלק מהגישות השונות בא לידי ביטוי בפסיקה הישראלית עוד לפני ההצטרפות לאמנה. דווקא הפסיקה המוקדמת יותר העניקה משקל כבד לרצונותיהם של ילדים מעל גיל 10.<sup>122</sup> לעומת זאת, בפסיקה המאוחרת יותר, נקבע שרצון הילד הינו רק אחד המרכיבים בקביעת טובתו, ושאינן לייחס לו משקל מיוחד.<sup>123</sup> לכאורה, הצטרפותה של מדינת ישראל לאמנת האו"ם לא השפיעה על התייחסותם של בתי משפט לרצון הילד.<sup>124</sup> מהפסיקה ומהספרות עולות שתי סוגיות קשות במיוחד שמטרידות את אלה המבקשים לתת מידה רבה של אוטונומיה לקטינים. הראשונה, הינה כיצד להתייחס לרצונו של ילד כאשר קיים חשש שהוא מוסת או סובל מניכור הורי. השנייה, הינה כיצד יש להתייחס לרצון הילד שנוגד את טובתו. נראה בהמשך המאמר<sup>125</sup> שבעיות אלה מתעוררות בבתי המשפט לענייני משפחה לעתים תכופות, ולכן יש צורך לדון, לפחות בקצרה, במורכבות הסוגיות ובגישות השונות כלפיהן.

## 2. הסתה וניכור הורי

אין חולק על כך שקיימת סכנה שהרצון המובע על ידי הילד אינו משקף את רצונו האמיתי, אלא משקף את דעותיו של אחד ההורים שהסית את הילד נגד ההורה האחר. המחלוקת קיימת סביב שתי שאלות: כיצד לזהות אם התקיימה הסתה, וכיצד להתייחס לדעות הילד במקרה שאכן הייתה הסתה.

לגבי זיהוי ההסתה, השאלה העיקרית השנויה במחלוקת הינה אם ניתן להסיק שהילד מוסת מכך שהוא מגלה סימנים של ניכור הורי, כגון התבטאויות עוינות נגד הורה אחד או סירוב להיפגש עימו. גישה אחת באה לידי ביטוי בתיאוריה של תסמונת הניכור ההורי (Parental Alienation Syndrome) שפותחה בארצות-הברית על ידי פרופ' ריצ'ארד גרדנר.<sup>126</sup> על פי תיאוריה זו, כל ילד שמגלה סימנים של ניכור כלפי אחד

120 קרי, ללא הגבלות המוטלות על-ידי ההורים או על-ידי החוק מעבר להגבלות המוטלות על מבוגרים.

121 הדבר משקף את עקרון הכשרות המתפתחת (The Doctrine of Evolving Capacities), שהינו עיקרון בסיסי באמנת האו"ם. ראו סעיף 5 לאמנה, וכן VAN BUEREN, לעיל ה"ש 6, בעמ' 50-51.

122 ראו לדוגמה, ע"א 433/67 **צבר נ' היועמ"ש**, פ"ד כב(1) 162 (1968); ע"א 503/60 **וולף נ' וולף**, פ"ד טו(1) 760 (1961); ע"א 352/80 **צוקרמן נ' צוקרמן**, פ"ד לד(4) 689 (1980).

123 ע"א 740/87 **פלונית נ' אלמונית**, פ"ד מג(1) 661 (1989); ע"א 238/88 **יחזקאלי נ' יחזקאלי**, פ"ד מג(2) 467 (1989).

124 ראו מורג, לעיל ה"ש 7, בעמ' 32.

125 להלן בחלק ג.א.

126 RICHARD A. GARDNER, THE PARENTAL ALIENATION SYNDROME (2<sup>nd</sup> ed., 1998); הסברים לגבי התאוריה נמצאים באתר המחבר [www.rgardner.com](http://www.rgardner.com). ראו גם מיכאל יפה, "תסמונת



ההורים, נחשב לילד מוסת, ואין לתת משקל לדעות שהוא מביע. זאת ועוד, על פי תיאוריה זו, יש לפעול במלוא העוצמה כדי להפסיק את ההסתה ובמקרים של ניכור בינוני או חמור, יש להוציא את הילד מהמשמורת של ההורה המסית ולמסור אותו להורה השני (אם הדבר אפשרי) או למקום ניטרלי, כגון מרכז חירום.<sup>127</sup> על אף שהתיאוריה של גרדנר זכתה להכרה בחלק מבתי המשפט בארה"ב,<sup>128</sup> נמתחה ביקורת חריפה נגד תוקפה המדעי של התיאוריה על ידי מלומדים הן מהתחום של מדעי החברה<sup>129</sup> והן מתחום המשפט,<sup>130</sup> והיום היא נחשבת כשנויה במחלוקת.<sup>131</sup> בכל זאת, אין ספק שאנשי מקצועות טיפוליים לא מעטים בארץ עדיין מצדדים בתיאוריה, ודעתם באה לידי ביטוי בחוות דעתם<sup>132</sup> ובפסיקת בתי משפט.<sup>133</sup> אין צורך בהקשר הנוכחי להרחיב בעניין הטיפול בניכור הורי. ולכן רק נדון בהתייחסות לרצונו של הילד שמגלה סימנים של ניכור הורי.

הניכור ההורי – תגובה למאמרו של ד"ר שבתאי נוי? [www.psakdin.co.il/fileprint.asp?filename=/mishpaha/public/art\\_bsjj.htm](http://www.psakdin.co.il/fileprint.asp?filename=/mishpaha/public/art_bsjj.htm)

127 ראו רע"א 3009/02 **פלונית נ' פלוני**, פ"ד נו(4) 872 (2002), שבו נתן בית המשפט העליון צו המוציא שני ילדים ממשמורת אימם ושלה אותם למרכז חירום לתקופה של חודש. לביקורת על החלטה זו, ראו Schuz לעיל, ה"ש 17. ההחלטה נהפכה בדנ"א 6041/02 **פלונית נ' פלוני**, פ"ד נח(6) 246 (2004), אחרי פרסום המאמר הנ"ל.

ראו גם דבריה של השופטת ריש-רוטשילד בפסק הדין תמ"ש 33401/99 **פלוני נ' אלמונית** (לא פורסם, 22.11.1999), שלפיהם נקבע בצורה חד-משמעית שבמקרים של ניכור הורי הפתרון הינו הוצאת הילד מידי ההורה המסית.

128 אבל לא באנגליה. ראו: Carol S. Bruch, *Parental Alienation Syndrome and Parental Alienation: Getting it Wrong in Child Custody Cases*, 14(4) CFLQ 381, 386-392 (2002).

129 ראו לדוגמה, שבתאי נוי, "זהירות! הפרופיליה מקבלת חסות בבית המשפט: גישת 'הניכור ההורי'" [www.psakdin.co.il/fileprint.asp?FileName=/Mishpaha/Public/art\\_bqjq.htm](http://www.psakdin.co.il/fileprint.asp?FileName=/Mishpaha/Public/art_bqjq.htm); סמדר לביא, "אבא פדופיל עדיף על אמא מנכרת: תסמונת הניכור ההורי של גארדנר ובית המשפט העליון בישראל" [www.psakdin.co.il/fileprint.asp?FileName=/Mishpaha/Public/art\\_bpni.htm](http://www.psakdin.co.il/fileprint.asp?FileName=/Mishpaha/Public/art_bpni.htm).

130 לסיכום טוב של טענות המתנגדים ראו Bruch, לעיל ה"ש 128, בעמ' 383-386.

131 ראו דבריה של השופטת ארבל בפרשה הבלגית (עליון: סיכוב ראשון), לעיל ה"ש 48, בפס' 22-21.

132 ראו לדוגמה חוות הדעת בפסק הדין רע"א 3009/02, לעיל ה"ש 127, וגם חוות דעתו של הפסיכולוג וויל שמתואר בפרשה הבלגית (משפחה: סיכוב שלישי), לעיל ה"ש 48.

133 ראו לדוגמה דעת הרוב בפסק הדין רע"א 3009/02, לעיל ה"ש 127. בפרשה הבלגית (משפחה: סיכוב שלישי), לעיל ה"ש 48, הנזק שייגרם לילד על ידי הניכור ההורי היווה את הבסיס של ההחלטה של השופט אסולין להחזיר אותו על אף הנזק שייגרם לו על ידי ההחזרה. נימוק זה גם נמצא בדעתה של השופטת ארבל במקרה זה ("הפרשה הבלגית (עליון: סיכוב שלישי), לעיל ה"ש 48, בפס' 4 וזו על אף דבריה של אותה שופטת לגבי הבעייתיות של התיאוריה בסיכוב הקודם באותו מקרה (הפרשה הבלגית (עליון: סיכוב ראשון), לעיל ה"ש 48).

המתנגדים לגרדנר טוענים שהתיאוריה שלו מתעלמת מכך שהסיבה לניכור הורי עשויה להיות נעוצה בהתנהגותו השלילית של ההורה המנוכר כלפי הילד או במצוקה הרגשית של הילד כתוצאה מגירושי הוריו,<sup>134</sup> ולא דווקא בהסתה.<sup>135</sup> לפיכך, אין להסיק מהסימנים המצביעים על ניכור הורי שהדעות המובעות על ידי הילד אינן משקפות את רצונו האמיתי.

זאת ועוד, והדברים נוגעים לשאלה השנייה שהצגנו לעיל, גם אם הילד הוסת או הושפע על ידי הורה אחד, אין זה אומר בהכרח שהדעה שהוא מביע אינה משקפת כלל את רצונו האמיתי. ייתכן שההסתה הזינה או חיזקה רגשות שליליים שכבר התקיימו. נוסף לכך, יש לזכור שגם דעות של מבוגרים אינן מתגבשות בחלל הריק, והן מושפעות מדעותיהם של אלה הסובבים אותם.<sup>136</sup> אמת נכון הדבר, שילד נתון להשפעה יותר מאשר מבוגר, אבל מדובר בעניין של דרגה ולא בהבדל מוחלט. לפיכך, גם אם קיימות ראיות שהילד הוסת או הושפע, אין לפסול את רצונו לגמרי.<sup>137</sup> בקביעת המשקל שיש לייחס לרצון במקרה כזה, יש לנסות ולבדוק מה הייתה עשויה להיות דעתו של הילד בהעדר ההשפעה או ההסתה, ואם קיימות סיבות אובייקטיביות אחרות לבחירתו לשהות אצל ההורה "המסית" או לא להיפגש עם ההורה השני.<sup>138</sup> אם מייחסים משקל לרצון הילד במקרים של ניכור הורי וסרבנות קשר, ייתכן שרצון הילד יתנגש עם טובתו. לפיכך, נפנה עתה לבדוק את התייחסות המלומדים לסוגיה הזו.

### 3. כאשר רצון הילד נוגד את טובתו

שני מלומדים חשובים בתחום זכויות הילד, Freeman ו-Eekelaar, דנו בסוגיה סבוכה זו. Eekelaar טוען, כי הזכות להחלטה עצמית לא תיושם במקרים שבהם יישומה יחתור תחת תכליתה, שהיא הגעה לבגרות: "with the maximum opportunities to form and

134 לדוגמה, אם הילד עצמו מאשים את אחד מההורים בפירוק המשפחה, גם אם ההאשמה תואמת את המציאות או לא.

135 ראו את המקורות בה"ש 129 ו-130 לעיל.

136 ראו Schuz, לעיל ה"ש 17, בעמ' 262.

137 ניתן למצוא תמיכה לעמדה זו בשני פסקי דין ישראליים. בעניין **וולף**, לעיל ה"ש 122, בעמ' 766, נפסק שגם אם הילדה הוסתה על ידי אמה, אין בכך הצדקה להתעלם מרצונה. על פי בית המשפט, "התעלמות מרצונה מוצדקת רק כאשר היא רוצה בדבר אשר על פניו מהווה סיכון לגביה או כשיש יסוד להניח שדבריה אינם משקפים את רצונה האמיתי". גם בעניין **מורן**, לעיל ה"ש 53, הגיע בית המשפט למסקנה שהרצון המובע על ידי הילד אינו משקף את רצונו, רק לאחר שנבדקו הנימוקים שהוא מנה להתנגדותו לנסוע עם אמו לחו"ל.

138 לדוגמה, במקרים של חטיפה, כאשר הילד נקלט יפה במקום המקלט, הגיוני וטבעי שלא ירצה לשוב למקום מגוריו הרגיל לפני החטיפה.

"pursue life goals which reflect as closely as possible an autonomous choice".<sup>139</sup> במילים אחרות, אין לכבד את רצון הילד מקום שהוא מזיק לטובתו הפיסי או לטובתו הנפשית, כך שייפגעו סיכויי הגעתו לבגרות או תיפגע הגעתו לבגרות במצב שבו יהיה מסוגל לקבל החלטות.<sup>140</sup> גישתו של Freeman,<sup>141</sup> אשר מכונה על ידו "פטרנליזם ליברלי", דומה לזו של Eekelaar למרות היותה מנוסחת באופן שונה מעט. לדעתו, התערבות בחיי ילדים תהא מוצדקת כאשר היא נועדה להגן על הילדים מפני פעולות בלתי רציונליות, כלומר, פעולות שיחתרו תחת החלטות-חיים עתידיות, או שיפגעו באינטרסים של הילדים באופן בלתי הפיך. אף על פי כן, Freeman (כמו גם אחרים)<sup>142</sup> מדגיש את הצורך להגביל את הפטרנליזם עד למינימום.

באופן אירוני, אולי, ניתן למצוא בפסיקה ישראלית קודם כתיבת המלומדים האלה, דברים שתואמים את גישתם. לדוגמא, בפסק הדין **וולף נ' וולף**,<sup>143</sup> נפסק שאין להתעלם מרצונה של הילדה, אלא אם כן רצתה "בדבר אשר הוא, על פניו וללא כל ספק, לרעתה ממש". לעומת זאת, כפי שכבר הזכרנו, הפסיקה המאוחרת יותר מדגישה את חשיבותה של טובת הילד ומתייחסת לרצון הילד כרכיב אחד בלבד בקביעת טובתו.<sup>144</sup>

בספרות הישראלית, נדונה ההתנגשות בין רצון הילד לבין טובתו בעת הדין ביחסי הגומלין בין "טובת" הילד לבין "זכויות" הילד, שהתחיל במחלוקת בין השופטים בפסק הדין המנחה של בית המשפט העליון בעניין **פלונים נ' אלמוני** (להלן: פרשת פלונים).<sup>145</sup> מחד גיסא, העדיף הנשיא שמגר את מנגנון ההכרעה של "זכויות הילד" וסבר כי עקרון "טובת הילד" הינו אחד השיקולים שבגישת "הזכויות". מאידך גיסא, השופטת שטרסברג-כהן (שעימה הסכימו השופטים אור וזמיר) החזיקה בדעה שעקרון "טובת הילד" גובר על כל שיקול אחר בכל הסוגיות העוסקות בילדים, אף

John Eekelaar, *The Interests of the Child and the Child's Wishes: The Role of Dynamic Self-Determinism*, in THE BEST INTERESTS OF THE CHILD: RECONCILING CULTURE AND HUMAN RIGHTS 50 (Philip Alston ed., 1994) 139

140 דוגמה קלאסית הינה כאשר קטין מתבגר מסרב לקבל טיפול הנחוץ להצלת חייו (כגון בג"ץ 2098/91 **פלונים נ' גב' ורדי ג'ק, פקידת סעד, לשכת הסעד בירושלים**, פ"ד מה(3) 217 (1991)).

141 M.D.A. FREEMAN, THE RIGHTS AND WRONGS OF CHILDREN 7-40 (1983) 141

142 לדוגמא ראו, Fortin לעיל ה"ש 31, בעמ' 26.

143 עניין **וולף**, לעיל ה"ש 122; ראו גם כן בג"ץ 391/71 **פלונים נ' אלמוני**, פ"ד כו(1) 85, 99 (1971); עניין **צוקרמן**, לעיל ה"ש 122, בעמ' 694; ודבריו של השופט אלי שרון בספרו של רונן, לעיל ה"ש 61, בעמ' 186.

144 ראו לדוגמה, ע"א 740/87, עניין **יחזקאלי**, לעיל ה"ש 123. פסיקה זו משקפת את הביקורת שנמתחה על הגישה הקודמת בספרות (ראו אבנר ח. שאקי "אפיונים בדיני משמורת קטינים – תוך דגש על ישום עקרון טובת הילד" **עיוני משפט** י(1) 5, 15 (התשמ"ד); שמואל סעדיה **משמורת קטינים** 100-99 (1992)).

145 ע"א 2266/93 **פלונים נ' אלמוני**, פ"ד מט(1) 221 (1995).

שהודתה כי זכויות הילד רלוונטיות לצורך קבלת ההחלטה לעניין טובתו.<sup>146</sup> במאמרנו הקודם,<sup>147</sup> תמכנו בגישתו של הנשיא שמגר, תוך העלאת האפשרות שניתן להתייחס לחובה להתחשב בטובת הילד בקבלת החלטות לגביו, כזכותו של הילד. לפיכך, טענו, בהתאם לפסיקה המוקדמת של בתי המשפט הישראליים ובהתאם לאסכולות של Freeman ו-Eekelaar, שיש לכבד את רצונו של ילד בוגר גם אם רצונו נוגד את טובתו, אלא אם כן רצונו מסכן אותו או עומד בסתירה גלויה לטובתו. אלמוג ובנדור<sup>148</sup> הגיעו למסקנה דומה כי "המשמעות של מתן זכויות-אדם לילדים היא, בהכרח, הגבלה של אינטרסים אחרים, ובתוכם טובת הילדים".<sup>149</sup> לעומת זאת, ליכט-פטרן מגן על המודל שמציעה ועדת רוטלוי בדו"ח הכללי,<sup>150</sup> שלפיו בקביעת טובת הילד "ישקלו זכויותיו, צרכיו והאינטרסים שלו", בין היתר, לאור גורמים המנויים ברשימת הבקרה. ליכט-פטרן<sup>151</sup> טוען שהצעה זו מצליחה לשלב התחשבות באינטרסים "ההגנתיים" של הילד יחד עם האינטרסים "העצמאיים" שלו בדרך שאינה אפשרית לא על פי הגישה המסורתית של טובת הילד, ולא על ידי גישת "זכויות הילד". על פי התיזה של ליכט-פטרן, המצב שבו רצון הילד נוגד את טובתו, אינו באמת מצב של התנגשות בין זכויות הילד לבין טובתו, שכן זכויות הילד הן חלק מטובתו. לפיכך, בתוך המבחן של טובת הילד יש לאזן בין האינטרסים "ההגנתיים" שלו לבין האינטרסים "העצמאיים" שלו. אף על פי שאנחנו מסכימים עם ליכט-פטרן, שהמודל המוצע הינו שיפור במצב במשפט הנהוג בישראל,<sup>152</sup> אין אנו מסכימים שהמודל פותר את כל הבעיות. על אף הכללת המושג "זכויות הילד" בין שיקולי המבחן בדבר "טובת הילד", בפועל יתייחסו שופטים לגורמים ברשימת הבקרה, ושם לכאורה זכויות הילד באות לידי ביטוי בפרמטר של "רצון הילד" בלבד. אין שום הנחיה לגבי המשקל שיש לייחס לרצון הילד, ולכן שופטים ימשיכו להחליט על פי תפישת עולמם, שלרוב היא פטרנליסטית, אם רצון

146 גישת בנינים נמצאת 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".

147 שון "זכויות ילדים חטופים", לעיל ה"ש 103, בעמ' 434-438.

148 שולמית אלמוג ואריאל בנדור "טובת ילדים, זכויות האדם" **ספר יצחק זמיר: על משפט, ממשל וחברה** 93 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005).

149 שם, בעמ' 118. על פי דעתם במקרה שכיבוד רצון הילד יגרום לנזק חמור, ניתן לפגוע בזכויותיו רק במידה שאינה עולה על הנדרש. שם, בעמ' 117.

150 לעיל ה"ש 10.

151 לעיל ה"ש 17.

152 שעל פיו המבחן של טובת הילד הינו "מבחן גמיש, רחב, ובלתי מוגדר המתמלא בתוכן על יד בית המשפט" (לדברי השופטת שטרסברג-כהן בפרשת **פלונים**, לעיל ה"ש 145, בעמ' 250). בעניין הסובייקטיביות שבקביעת טובת הילד, ראו דבריהם של השופט שמגר בפרשת **פלונים**, לעיל ה"ש 145, ושל פנחס שיפמן **דיני המשפחה בישראל** כרך ב 236 (1989).

הילד תואם את טובתו הנמדדת על פי הקריטריונים האחרים ברשימת הבקרה, שחלקם, על אף המראה האובייקטיבי שלהם, מבוסס במידה רבה על הערכות סובייקטיביות.<sup>153</sup> לפיכך, עדיין אנו סבורים שהדרך היחידה ליצוק תוכן ממשי לזכות הילד להשתתפות הינה להניח שרצונו הברור של ילד מתבגר משקף את טובתו, אלא אם כן קיימות ראיות ברורות<sup>154</sup> שכיבוד רצונו יגרום לו נזק ממשי ובלתי הפיך.<sup>155</sup> במיוחד יש להביא בחשבון, שגם אם, באופן תיאורטי, רצונו אינו הברירה הטובה ביותר בשבילו, הנזק שייגרם לו על ידי רמיסת רצונו וכפיית ההסדר עליו, שהוא אינו חפץ בו, עלול, בסופו של דבר, לעלות על הנזק<sup>156</sup> שייגרם על ידי אישור הדרך ה"פחות טובה" בהתאם לרצונו.<sup>157</sup>

### ב. האמנה בדבר זכויות הילד ופרשנותה

הכרת האמנה בדבר זכויות הילד להחלטה עצמית מוגבלת להוראה בסעיף 12(1) המצוטט לעיל.<sup>158</sup> ברור מההתייחסות למשקל "ראוי" ול"גילו ומידת בגרותו של הילד", כי ייתכנו גורמים אחרים שיגברו על השקפות הילד. לכן, המלומדת Van Bueren טוענת שהסעיף מעגן את הזכות להשתתפות פעילה של הילד בקבלת החלטות הנוגעות לו, ולא

153 במיוחד אמות המידה החשובות של "שלומו הגופני והנפשי של הילד" ו"ההשפעה על חיי הילד בהווה ובעתיד כתוצאה מן ההחלטה או הפעולה". לגבי הסובייקטיביות של חוות דעת המומחים בעניין טובת הילד, ראו גילת, לעיל ה"ש 82, ובהקשר אחר, רונה שוז "זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים: לקחים מפרשת תינוק המריבה" **משפחה במשפט** א 163, 176-185 (2007).

154 יש לזכור, שקביעת טובת הילד, לרוב הינה תרגיל בנבואה ולעתים למומחים שונים יש דעות הפוכות לגבי השפעותיהן של האופציות השונות. במקרה כזה, יש להעדיף את ההשערה שמביע הילד לגבי מה טוב לו. רק כאשר אין ספק שהוא טועה טעות גדולה, מותר להימנע מכיבוד רצונו.

155 אין אנו מקבלים את הטיעון של ליכט-פטרן (לעיל ה"ש 17) שהעדפת רצון הילד מונעת התחשבות באינטרסים עצמאיים של ילד שאין לו רצון ברור. במקרה כזה, יש בוודאי להתייחס לדעותיו ולהרגשותיו בהערכת השלכות של האופציות השונות.

156 כמובן, השוואה זו אינה פשוטה ועלולה להיות השערה ספקולטיבית שתלויה במידה גדולה בתפיסת עולמו של השופט או המומחה. לדוגמה, חסידי התיאוריה של גרדנר יחזיקו בדעה שניתוק הקשר בין הילד לבין הורה אחד הינו בר-אסון מבחינת נפשו של הילד, בעוד שאחרים יטענו שקיים סיכוי גבוה שהילד יחדש את הקשר עצמו (ראו Bruch, לעיל ה"ש 128, בעמ' 385).

157 ראו הערתה של השופטת נילי מימון בפסק הדין תמ"ש 14622/97, לעיל ה"ש 30, בעמ' 34: "הפסיקה, ההגיון ומהלך תקין של החיים מביאים למסקנה כי אין, אלא במקרים חריגים והכרחיים, לכפות על ילד גדול, בעל רצון והבנה בשלים, שהייה אצל הורה אחד כאשר רצונו המוחלט והברור להיות אצל ההורה האחר". כמו כן, השופטת רוטלוי בעניין **מורן**, לעיל ה"ש 53, בעמ' 34584, העירה כי כאשר מדובר בקטין מתבגר, יש צורך לתת משקל גבוה לרצון הילד גם אם הוא מוסת ורצונו אינו תואם את טובתו, כיוון שהוא עלול לנקוט צעדים אקטיביים, כמו בריחה מהבית, אם ההחלטה אינה נראית לו.

את הזכות להחלטה עצמית.<sup>159</sup> לדעתנו, ההבדל הוא עניין של דרגה, ולא של מהות. קרי: במקרים מסוימים, המשקל שראוי לייחס להשקפת הילד כבד עד כדי כך שניתנת לילד הזכות להחליט בעצמו. כלומר, השאלה היא מהו היקף הזכות להחלטה עצמית המעוגנת בסעיף.

קשה מאוד לתת תשובה לשאלה זו שכן אין בסעיף הנחיה כלשהי באשר למשקל שיש לייחס להשקפות הילד אל מול גורמים אחרים. יאיר רונן<sup>160</sup> טוען כי היעדר הנחיה מדויקת מחליש את סמכותה של ההוראה וכי ניסוח הסעיף "עלול לאפשר למקבל ההחלטות להתעלם מתשומותיו של הילד לתהליך או לעשות בהן שימוש על-פי צרכיו שלו...".<sup>161</sup> לפיכך, אין פלא שהמלומדת מורג הגיעה למסקנה שהאמנה בדבר זכויות הילד לא השפיעה על המשקל שניתן לרצון הילד,<sup>162</sup> והמחקר – שיוצג בהמשך מאמר זה<sup>163</sup> – יעיד במידה רבה על התגשמות נבואתו של רונן. לפיכך, קיים צורך ליצור מסגרת נורמטיבית שתכניס תוכן לזכות הילד שמשקל ראוי יינתן לדעתו, על מנת להבטיח מימושה של זכות זו. בחלק הבא נדון בדרכים השונות לקדם מטרה זו.

### **ג. המלצותיה של ועדת המשנה בעניין המשקל שיש לייחס לרצון הילד**

דו"ח ועדת המשנה מכיל כמה הצעות העשויות ליצוק תוכן לזכות הילד שמשקל ראוי יינתן לדעותיו. ראשית, הצעת החוק בדו"ח מרחיבה את הזכות על ידי הוספת המילים "רגשותיו" ו"עמדותיו" למילה "דעותיו". ועדת המשנה מסבירה שעל הגורם המחליט להתחשב הן בעמדות הברורות שהילד גיבש לעצמו לגבי העניין הנדון – ככל שאלה קיימות – והן בהתבטאויותיו האחרות מהתחום הרגשי ומהתחום התבוני הקשורים לעניין הנדון. כלומר, התייחסות לשורה התחתונה שמביע הילד – אין די בה, יש צורך להתבונן על התמונה המלאה. למען הנוחות, נמשיך אנו להתייחס לדעותיו של הילד או לרצונו, אולם ביטויים אלה כוללים גם את רגשותיו ועמדותיו.

שנית, ועדת המשנה מציינת שההתייחסות להתבטאויותיו השונות של הילד נועדה לאפשר לבית המשפט לנסות "לראות את כל הסוגיה שבמחלוקת גם דרך עיניו של הילד ומנקודת מבטו הייחודית".<sup>164</sup> לשם כך, על השופט "ללמוד מתוך דברי הילד גם על אישיותו, אופיו, יכולותיו, שאיפותיו"<sup>165</sup> של הילד ועוד. לדעתנו, עניין זה הוא חשוב

159 BUEREN, לעיל ה"ש 6, בעמ' 138.

160 רונן, לעיל ה"ש 61, בעמ' 141.

161 או, במילים אחרות: זכות הילד שמשקל ראוי יינתן לדעתו סובלת כל תוכן. התוכן מתמלא על ידי תפישת עולמו האישית של השופט או של המומחה לגבי יכולותיהם של ילדים ומקומם בחברה.

קיים דמיון למצב שבו נשקל העיקרון של טובת הילד (ראו לדוגמה, שיפמן, לעיל ה"ש 152).

162 לעיל ה"ש 7.

163 להלן חלק ג.2.א.

164 לעיל ה"ש 3, בעמ' 110-111, פסקה 4.3.1.

165 שם, בעמ' 110.

ביותר אך ניתן להחמיצו. באופן טבעי, השופט יעריך את הרצונות שמביע הילד מעמדתו של מבוגר המביט בהם מבחוץ. לפיכך, לדוגמה, אם נראה לו שרצון הילד אינו הגיוני, הוא עלול לייחס זאת או לחוסר בגרות או להשפעה מאחד ההורים. לעומת זאת, אם הוא מנסה לראות את התמונה כולה מנקודת מבטו של הילד, אולי יבין מהו הבסיס לדעותיו של הילד. תובנה זו תאפשר מתן משקל ראוי לדעתו של הילד.

שלישית, ועדת המשנה מציינת כי זכות הילד היא בעצם הזכות להשפיע על קבלת ההחלטה. לפיכך, "ההנחה היא כי אם אמר הילד את דבריו, תהא לדברים אלה השפעה כלשהי על ההחלטה".<sup>166</sup> כיוון שהליך קבלת ההחלטה מתבצע בליבו של השופט, אי אפשר לאכוף את מימוש הזכות להשפיע, לפחות ללא דרישת נימוק. אולם, ועדת המשנה דחתה את ההצעה להטיל על בית המשפט חובת הנמקה מיוחדת מקום שבו התקבלה החלטה הנוגדת את רצונו של הילד.<sup>167</sup> אין זה ברור אם יש לעמדה זו נפקות רבה, כיוון שבדו"ח הכללי ממליצה הוועדה על קביעת חובת הנמקה לגבי כל הכרעה בדבר טובת הילד, תוך פירוט ההיבטים אשר נשקלו בפועל בעת קבלת ההחלטה ובהתייחס לשיקולים ברשימת הבקרה, הכוללת, כאמור, את רצון הילד.<sup>168</sup> עם זאת, חובת הנמקה מיוחדת שתוטל במקרה שהשופט מחליט בניגוד לדעת הילד, עשויה לגרום לכך שהשופט ישקול בכובד ראש מהם הנימוקים לאי קבלת עמדת הילד.<sup>169</sup>

לכאורה, קיים קושי בדרישה לנמק את ההחלטה כאשר דברי הילד חסויים.<sup>170</sup> אפשרות אחת, הינה לדרוש מבית המשפט לנמק כיצד דברי הילד באים לידי ביטוי בהחלטתו, בלי לפרט את דברי הילד עצמם.<sup>171</sup> כמו כן, אם לא ניתן משקל לדברי הילד, בגלל גילו או חוסר בגרותו, יהיה אפשר לציין זאת. אף על פי כן, יהיו מקרים שבהם לא ניתן להסביר מדוע החליט השופט בניגוד לרצונו של הילד ללא התייחסות לתוכן רצונו. פתרון אפשרי הינו, שהנימוק המפורט יהיה חסוי ויימסר רק לילד<sup>172</sup> ולערכאת ערעור במקרה של ערעור. פתרון זה יעניק כבוד לילד בכך שניתן לו הסבר מדוע עמדתו לא התקבלה, וגם תדגיש לפני השופט את הצורך ליתן משקל ראוי לדברי הילד.

אף על פי כן, לדעתנו, לא די בהצעות אלה כדי להבטיח כי יינתן משקל ניכר לרצונו של הילד. במיוחד יש לזכור כי, כפי שהסברנו לעיל, בדו"ח הכללי של ועדת רוטלוי גובשה רשימת גורמי בקרה שבהם חייב בית המשפט להתחשב בקביעה מהי טובת הילד. ברשימה זו, רצון הילד הוא רק אחד מתוך 11 שיקולים שנמנו. לא ניתנה לשופט

166 שם, בעמ' 111.

167 שם, בעמ' 112. הוועדה דחתה זאת, בין היתר, בגלל הקושי בהבחנה בין עמדות ודעות הילד.

168 **דו"ח הכללי**, לעיל ה"ש 10, בעמ' 137.169 **דו"ח ועדת המשנה**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 111.

170 לדין בדילמה זו ראו Raitt, לעיל ה"ש 34, בעמ' 220-223.

171 זה הסידור שאומץ בפיילוט. ראו חלק ג.1.ב. להלן ותקנה 258לג9(א) לתקנות סדר הדין האזרחי,

התשמ"ד-1984, ק"ת 342.

172 בפגישה עם השופט או עם עובדת ביחידת הסיוע.

שום הנחיה באשר למשקל שיש לייחס לרצונו של הילד בהשוואה לגורמים האחרים.<sup>173</sup> לפיכך, הצעותיה של ועדת המשנה לא יגרמו לשיפור של ממש במצב הנוכחי שבו המשקל שניתן לרצון הילד תלוי בתפישת עולמו האישית של השופט לגבי יכולותיהם של ילדים, מצב שבו קיימת מידה רבה של חוסר ודאות לגבי ההכרעה הצפויה בסכסוכי משמורת והסדרי ראייה.<sup>174</sup> דוגמה לכך נמצאת בפסק הדין בעניין קטין נ' L.K.,<sup>175</sup> שבו קבעה השופטת צפת שילד יהודי בן עשר, שאמו נפטרה, יימסר למשמורת אביו הלא-יהודי בשוודיה. זאת – בניגוד לרצונו של הילד, שרצה לגור אצל סבו במושב בישראל, שם הוא גר במשך שמונה השנים האחרונות, ובניגוד לחוות דעתם של האפוטרופוס לדין ושל המומחה.<sup>176</sup> המשך הסיפור הוכיח שהילד הבין את המציאות טוב יותר מהשופטת.<sup>177</sup> לפיכך, יש לשקול חקיקת הוראות שיבטיחו שיינתן משקל רציני יותר לדעותיו של הילד. בסעיף הבא נבדוק חוקים זרים המעניקים מעמד מיוחד לרצון הילד, ונרון ביתרונותיה של גישה זו ובחסרונותיה.

#### ד. דין רצון – קביעת משקל לרצון הילד

מדינות בסקנדנביה ומדינות ספורות בארה"ב מצאו לנכון לחוקק כלל או חזקה המורים על כיבוד רצונו של ילד מעל גיל מסוים בעניין משמורתו. לדוגמה, החוק השוודי קובע שבית המשפט אינו רשאי להורות על משמורת בניגוד לדעתו של ילד שהגיע לגיל 12, אלא אם כן הוא סבור כי ההסדר הינו הכרחי לטובתו, ואין אפשרות אחרת.<sup>178</sup> גם על פי

173 משרד המשפטים דו"ח ועדת שניט לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין (2008), הדו"ח מציע רשימה דומה של שיקולים בקביעת טובת הילד, כולל רצונו של הילד, בלי מתן הנחיה לגבי המשקל שיש לתת לכל גורם.

174 ראו גם תוצאות ניתוח המדגם של הפסיקה, להלן בחלק ג.2.

175 תמ"ש (משפחה ת"א) 107060/99 קטין נ' L.K., תק-מש (2) 01 (2001).

176 אין ספק שההחלטה הושפעה מכך שמדובר בסכסוך בין הורה טבעי לבין הסבים, והיה צורך להוכיח סיבה מיוחדת לא למסור את המשמורת להורה הטבעי. בכל זאת, קבעה השופטת באופן ברור שטובת הילד, לדעתה, מחייבת חיים עם האב בשוודיה.

177 אחרי ערעור הסבים, אישר בית המשפט הסכם בין הצדדים שלפיו ייסע הילד לשוודיה לשנת ניסיון, ובסוף התקופה הזו יחזיר האב את הילד לישראל ובית המשפט ידון שוב בנושא. בפועל, האב סירב להביא את הילד לישראל ובדיקות גילו שהאב לא קיים את הבטחתו לגבי הענקת חינוך יהודי לילד ושהילד לא התאקלם בשוודיה. בית המשפט המחוזי (ע"מ 1085/01 א.ש. נ' ל.ק. (לא פורסם, 27.2.2003)) העניק את המשמורת לסבים ובסופו של דבר הם הצליחו – עם שיתוף פעולה מצד הילד – "לחטוף" אותו שוב לישראל. בקשת האב על פי אמנת האג נדחתה מכיוון שמקום מגוריו הרגיל של הילד היה עדיין בישראל (תמ"ש (משפחה ת"א) 107064/99 ק.ל. נ' ד.ש., תק-מש (4) 03 (2003) 361).

178 דו"ח ועדת המשנה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 176.



החוק בפינלנד, אין לכפות על ילדים מעל גיל 12, החלטה שאין הם מסכימים עימה.<sup>179</sup> בארה"ב, קבעו שלוש מדינות שיש לכבד את העדפת ההורה המשמורן של ילדים מעל גיל מסוים: המדינות ג'ורג'יה, טקסס ומיסיסיפי.<sup>180</sup> הגיל הנקבע הינו גיל 12, למעט בג'ורג'יה שבה קובע חוק משנת 1962 גיל של 14 שנים. קיימים הבדלים בין החוקים לגבי האפשרות לסטות מהחובה לכבד את העדפת הילד. בג'ורג'יה, אין לבית משפט שיקול דעת לסטות מהעדפת הילד, כל עוד ההורה הנבחר הינו כשיר.<sup>181</sup> החוק בטקסס מכפיף את זכות הילד לבחור משמורת לאישור בית המשפט.<sup>182</sup> בדומה לכך, החוק במיסיסיפי מתנה את זכות הילד לבחור משמורת בכך ששני ההורים מסוגלים לטפל בו באופן משביע רצון ושבחירתו תואמת את טובתו.<sup>183</sup>

התומכים בכיבוד רצון הילד מעל גיל 12 גורסים שגישה זו, הממשת את הזכות להחלטה עצמית של ילדים, עולה בקנה אחד עם תיאוריות של התפתחות הילד, וחוסכת התדיינות מיותרת בעניין טובתו.<sup>184</sup> נטען, שבמקרה ששני ההורים כשירים – מסוגל הילד לבחור אצל מי יגור לא פחות טוב מההורים, ושכל בחירה תהיה לטובתו.<sup>185</sup> נוסף לכך, הילד מבין את הדינמיקה ואת המציאות המשפחתית, שבקרבה הוא חי כל חייו, טוב יותר משופט שניזון ממידע מעורכי דין, המציגים תסריטים מוגזמים וממומחים שקיימו פגישות קצרות עם בני המשפחה.<sup>186</sup>

מנגד, ועדת המשנה סבורה שמתן משקל עודף לרצון הילד יטיל נטל כבד של אחריות על כתפי הילד, נטל שאינו תואם את העיקרון שלפיו כל החלטה שיפוטית תהא כפופה ל"טובת הילד".<sup>187</sup> עוד ניתן לטעון שקביעת גיל מסוים עלולה דווקא להפחית את חשיבות רצונם של ילדים מתחת לגיל זה.<sup>188</sup> זאת ועוד, אם רצון הילד הוא המכריע בנושא, יש להורים תמריץ רב יותר לנסות להשפיע על הילד ולהסית אותו.<sup>189</sup>

179 שם, בעמ' 177.

180 Nemechek, לעיל ה"ש 116.

181 שם, בעמ' 447; Ga. Code Ann. § 19-9-1(2) (1994).

182 Tex. Fam. Code § 135.008 (1995).

183 Miss. Code Ann. § 93-11-65 (1994).

184 Kandel, לעיל ה"ש 30, בעמ' 375-349.

185 שם, בעמ' 370.

186 שם, בעמ' 374.

187 **דו"ח ועדת המשנה**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 112.188 אולם, יש לשים לב שהחוקים, שקבעו העדפה לבחירת הילד מעל גיל 12, כללו בחלקם גם הוראות כלליות לגבי התחשבות בדעתם של ילדים קטנים יותר. ראו לדוגמה, החוק השוודי (**דו"ח ועדת המשנה**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 176) והחוק במדינת טנסי: Tenn. Code Ann. § 36-6-1-6(7) (1995).

189 מנגד, נטען שסכנה זו אינה כה גדולה, בין היתר, כיוון שילדים מעל גיל 12 ניתנים פחות להשפעה ויכולים להבחין בין ניסיונות "לשחד" אותם לבין אכפתיות ודאגה אמיתית (ראו Kandel, לעיל ה"ש 30, בעמ' 373; ראו Nemechek, לעיל ה"ש 116, בעמ' 464, הסומכת על כתיבתו של

לדעתנו, יתרונותיהן של ההוראות המורות על כיבוד רצון הילד גוברים על החסרונות וניתן לחפש דרכים לצמצם את החסרונות. יש למצוא איזון בין נוסח שמבהיר לשופט את חשיבותו של רצון הילד – והמצביע על כך כי יש לייחס משקל כבד יותר לרצון הילד מאשר לשיקולים האחרים – לבין הטלת נטל ההכרעה על הילד עצמו. לדוגמה, החוק הנורבגי קובע שיש לייחס חשיבות מרובה לרצונותיו של קטין מעל גיל 12.<sup>190</sup> כפי שהסברנו לעיל, עמדה דומה נמצאה בפסיקה בית המשפט העליון בשנות ה-50 וה-60, שם נקבע, על בסיס המשפט העברי,<sup>191</sup> שיש לפסוק על פי רצונו של ילד מעל גיל 10, אלא אם כן רצונו נוגד את טובתו באופן ברור.<sup>192</sup> לדוגמה, בפסק הדין בעניין **צוקרמן**<sup>193</sup> נאמר: "וכבר נפסק לא אחת, כי רצונו של ילד שהוא למעלה מבן 10 הוא שיקול רציני – ולעיתים מכריע – לעניין מקום החזקתו". נראה לנו שניסוח מסוג זה<sup>194</sup> מצליח לקיים את האיזון הנדרש. מובהר בו לשופט שיש לשיקול את דעתו של הילד תמיד כשיקול רציני וכי, לעתים קרובות, הוא יהיה שיקול מכריע. נוסף לכך, ניתן למנוע את הסכנה מפני הפחתת חשיבותם של הרצונות של ילדים קטנים יותר על ידי קביעה מפורשת שיש להעניק משקל ראוי לרצונותיהם של ילדים מתחת לגיל הזה, על פי כישוריהם המתפתחים.

## ג. הלכה למעשה בבית המשפט לענייני משפחה

### 1. זכות הילד להישמע

#### א. בענייני משמורת והסדרי ראייה<sup>195</sup>

אין מחקר סטטיסטי בנושא שמיעה ישירה או עקיפה של ילדים על ידי בתי המשפט בענייני משמורת והסדרי ראייה. מהמחקר שערכה דפנה הקר,<sup>196</sup> שבדקה 360 תיקי גירושין שנפתחו בין השנים 1996 עד 1998 ושראייתה את הנפשות הפועלות בקביעת

הפסיכולוג: Laurence Steinberg, *Autonomy, Conflict and Harmony in the Family* Relationship, in AT THE THRESHOLD: THE DEVELOPING ADOLESCENT 255, 268-275 (S. Shirley Feldman & Glen R. Elliott eds., 1990).

190 לעיל ה"ש 117.

191 לדיון מפורט אודות התפתחות המשפט העברי בעניין, ראו שוחטמן, לעיל ה"ש 30.

192 עניין **וולף**; עניין **צבר**, לעיל ה"ש 122.

193 לעיל ה"ש 122, בעמ' 694-695.

194 היינו מחליפים את המילה "לעתים" במילים "לעתים קרובות" או "בדרך כלל".

195 שלא במסגרת הפיילוט.

196 ראו הקר, לעיל ה"ש 72. חלק של המחקר המוזכר כאן, פורסם גם במאמרה: דפנה הקר "הדרת ילדים בהליכי גירושין" **המשפט** 22, 63 (2006).

הסדרים לגבי ילדים שהוריהם מתגרשים (ההורים, פקידות סעד, עורכי דין ושופטים), עולה כי רק במקרים מעטים שומע השופט את הילד באופן ישיר. הקר מסבירה כי רק 2.2% מתיקי הגירושין הסתיימו בפסק דין מהותי המכריע בעניין משמורת והסדרי ראייה. בכל המקרים האחרים הושג הסכם בין הצדדים לגבי עניינים אלה.<sup>197</sup> עוד היא מציינת כי גם במקרים של מחלוקת, שבהם הצורך לברר את עמדת הקטין חשובה, קיימת הנחה כי "לרוב, עמדת הילדים אמורה להתברר בעזרת גורם טיפולי".<sup>198</sup> הקר מוסיפה שעל אף שבשנים האחרונות החלו שופטים במספר גדל והולך להיפגש עם ילדים במקרים של מחלוקת בין ההורים, "פרקטיקה זו טרם מוסדה ואין לגביה מדיניות אחידה בקרב השופטים".<sup>199</sup>

על פי מחקרה, רק במחצית מ-26 התיקים, שבהם הוגשו תסקירים של פקידות סעד שעסקו בשאלות של משמורת או הסדרי ראייה, התקיים מפגש בין פקידת הסעד לבין הילדים. זאת ועוד, רק בשלושה מהמקרים שבהם התקיים מפגש כזה, דיווחו פקידות הסעד על רצונות הילדים.

כמו כן, בדו"ח ועדת המשנה, בנספח ב' שמתאר את הדין הישראלי בעניין השתתפות ילדים בהחלטות בתי המשפט לענייני משפחה, נאמר שאין פרסומים רבים של החלטות בתי המשפט לענייני משפחה שבהם קיימת התייחסות לשמיעת הקטין.<sup>200</sup> פסק דין נדיר שדן בזכות הילד להישמע הינו החלטת בית המשפט המחוזי בעניין **מורן נ' פלדמן-מורן**.<sup>201</sup> השופטת רוטלוי הסבירה בו באריכות את נפקותה ואת חשיבותה של זכות הילד להישמע. היא התייחסה לסעיף 12 של האמנה בדבר זכויות הילד באמרה:

גם אם זכותם של ילדים להישמע בכל הליך לא קיבלה עדיין תוקף משפטי בחוקי מדינת ישראל והיא מופיעה בשלב זה באמנה לזכויות הילד בלבד, מצופה מבתי משפט למשפחה, שיפתחו גישה זו של מתן כבוד לילד בשמיעתו, לא מתוך עמדה פטרנליסטית, שאין טעם לשמוע אותו, שכן הם, בעזרת המומחים, יודעים מה טובתו ומפרשים את רצונו, אלא מתוך גישה הפוכה, היינו, שבדרך כלל ילדים הינם בעלי כישורים להביע דעתם ולקיים העדפות וכי יש לאפשר להם להשמיע את דעתם, ללא קשר למשקל שינתן לאחר מכן לדעה זו בפסק הדין.

197 שם, בעמ' 70.

198 שם.

199 שם, בעמ' 71. הקר מציינת גם כי יש מתח בין שופטים לבין אנשי המקצועות הטיפוליים בעניין השאלה מי ראוי לשמוע את הילד.

200 גם בעניין **מורן**, לעיל ה"ש 53, השופטת רוטלוי התייחסה לכך שבפועל רק במקרים מעטים שומעים בתי משפט את הילד; ראו גם מורן, לעיל ה"ש 26, בעמ' 68.201 עניין **מורן**, לעיל ה"ש 53, בעמ' 34585.

אולם, מילים ברוכות ומאלפות אלה לא השפיעו הרבה על חיי המעשה בבתי המשפט לענייני משפחה, לפחות עד פרסום הדו"ח של ועדת המשנה בשנת 2003.<sup>202</sup> כפי שהסברנו לעיל,<sup>203</sup> הדו"ח ממליץ על הוספת פרק לחוק בית המשפט לענייני משפחה בנושא "השתתפות ילדים בהליכים הנוגעים להם". בהצעת חוק שהציעה ועדת המשנה, מעוגנת זכות הילד להשמיע את דברו ולהישמע, ונקבע שילדים מעל גיל תשע יישמעו ישירות על ידי השופט, אלא אם כן מעוניין הילד להישמע בדרך אחרת או שבת המשפט מצא שלא ניתן לשמוע את הילד בדרך זו. כפי שנסביר בהרחבה להלן, הוקם פרויקט ניסיוני, הפיילוט, המיישם את רוחן של המלצות אלה בשני בתי משפט לענייני משפחה, והמלווה על ידי מחקר. אולם, למיטב ידיעתנו, לא נבדקה ההתייחסות של בתי המשפט לענייני משפחה בשנים האחרונות לשמיעת הקטין שלא במסגרת הפיילוט. לפיכך, כפי שהוסבר במבוא למאמר, החלטנו לחפש את ההחלטות של בתי המשפט לענייני משפחה בעניין משמורת והסדרי ראייה לגבי ילדים מעל גיל 6, שניתנו בשנים 2005, 2006 ו-2007 ושפורסמו במאגרים דיגיטליים נבחרים,<sup>204</sup> כדי לבחון באיזו מידה שומעים בתי המשפט את הקטינים ישירות, מה ההתייחסות לסוגיה של שמיעת הקטין ואיזה משקל ניתן לרצונותיהם של הקטינים. מהמחקר עולה כי מתוך 52 פסקי הדין שאותרו,<sup>205</sup> נשמעו הילדים ב-14 מהם. במקרה אחד נוסף, התמנה לילדה יתומה אפוטרופוס לדין. יש גם לציין, שבכל המקרים שבהם הילדים נשמעו ישירות, הייתה בנמצא גם חוות דעת של פקיד סעד או מומחה אחר.

לא היה שום מקרה שבו נשמע ילד מתחת לגיל 9.<sup>206</sup> כאשר בודדנו את המקרים שבהם כל הילדים היו מתחת לגיל 9, נותרו בידינו 42 פסקי דין. היה רק מקרה אחד שבו נשמע ילד מתחת לגיל 12<sup>207</sup> (חוץ ממקרים שבהם הוא נשמע יחד עם אחים מבוגרים ממנו). כאשר בודדנו את המקרים שבהם כל הילדים היו מתחת לגיל 12, נותרו בידינו 28 מקרים. כלומר, כמעט במחצית המקרים נשמעו ילדים שהיו מעל גילם של ילדים בבית ספר יסודי.

נראה לנו שממצאים אלה מציינים תמונה טובה יותר לגבי שמיעת ילדים באופן ישיר מהתמונה שציפינו לה לאור המחקר של הקר ומהסקירה בדו"ח ועדת המשנה.

202 בחיפוש במאגרים לא מצאנו החלטה כלשהי של בית משפט לענייני משפחה שהזכיר פסק דין זה בהקשר של שמיעת קטינים.

203 בחלק ב.2.ג.

204 ראו לעיל ה"ש 18, 19. ברור שזהו מדגם קטן יחסית מכל פסקי הדין שניתנו בנושאים אלה על ידי בתי המשפט לענייני משפחה. לביקורת על חוסר פרסום של רוב פסקי הדין של בתי משפט לענייני משפחה ולהשלכות של מדגם קטן, ראו לעיל ה"ש 22, 23 והטקסט הצמוד להן.

205 הוצאו מהמדגם שני פסקי דין שנדונו על פי חוק הנוער (טיפול והשגחה) התש"ך-1960, ס"ח 311.

206 במקרה אחד (תמ"ש (משפחה י-ם) 12820/06 ג' ק' נ' ע' ק', תק-מש 06 (3) 664 (2006)), גיל הילדים לא צוין בפסק הדין, מעבר לכך שלמדו בבית הספר.

207 תמ"ש (משפחה ת"א) 22701/05 ז.א. נ' עיבון ר.ג., פדאור 06 (9) 679 (2006).

ייתכן שממצאים אלה אינם משקפים תמונה מלאה, אולם, ייתכן גם שהמלצותיה של ועדת המשנה העלו את מודעות השופטים לגבי שמיעה ישירה של ילדים. ההבדל הניכר בין הממצאים לגבי ילדים בגילאים שונים מעיד על כך שתפישת השופטים, לגבי הגיל שבו ראוי לתת ההזדמנות לילדים להישמע, שונה מזו של ועדת המשנה (שהמליצה לשמוע בשמיעה ישירה ילדים מעל גיל 9) ומזו של מארגני הפיילוט (הקובע שמיעה ישירה של ילדים מעל גיל 6).<sup>208</sup> ייתכן שחלק מהשופטים הושפע מהגישה המסורתית, שלפיה יש להתחשב ברצון ילד החל מגיל 10.<sup>209</sup>

בתוך פסקי הדין עצמם מצאנו התייחסות מועטה ביותר לסוגיית השמיעה הישירה של הקטין. כאשר הילדים נשמעו, נרשמה עובדה זו ללא הסבר או נימוק.<sup>210</sup> כמו כן, במקרים שבהם הילדים לא נשמעו, אין כלל התייחסות לסוגיה.<sup>211</sup> לפיכך, אין אפשרות לבחון על פי אלו אמות מידה מחליטים שופטים לשמוע ילדים, או לא לשומעם.

בשני מקרים בלבד קיימת התייחסות לזכות הילד להישמע. בעניין **ד.ס. נ' א.ח.**,<sup>212</sup> קבעה השופטת מילר: "לאור זכות הילד להשמיע קולו בהליכים החורצים את גורלו ומפאת גילו מצאתי לנכון לקיים שיחה עמו". כמו כן, בעניין **פלוני נ' אלמוני**,<sup>213</sup> התייחס השופט גייפמן לסעיף 12 של אמנת האו"ם בדבר זכויות הילד וציטט את דבריו של השופט רובינשטיין בעניין **פלונית נ' פלוני**:<sup>214</sup>

208 ראו חלק ג.1.ב. להלן.

209 לדוגמה, בפסק הדין תמ"ש (משפחה י-ם) 9642/04 **פלונית נ' אלמוני**, תק-מש (3) 244 (2005), העיר השופט אלבו שלא מצא מקום להיפגש עם הקטינים לא רק כיוון שהיו מתחת לגיל 10, תוך אזכור הפסיקה המסורתית (עניין **צוקרמן**, לעיל ה"ש 122; ע"א 113/89 **פלוני נ' אלמוני**, פ"ד מג(1) 661, 667-666 (1989)), אלא גם "בשל החשש שמפגש כזה היה עלול להגביר את הלחץ בו שרויים הילדים בלאו הכי" (ראו דיון לעיל בחלק ב.2.ב. לגבי הלגיטימיות של הטיעון הזה).

210 לדוגמה בפסק הדין תמ"ש (משפחה ת"א) 30541/04 **פלוני נ' אלמונית**, תק-מש (1) 07 (1) 34 (2007). אפילו כאשר הוחלט לשמוע את הקטין בניגוד לעמדת פקיד הסעד, השופט לא נימק את החלטתה (עניין **ז.א.**, לעיל ה"ש 207).

211 אולם יש לציין שהשופטת א' אלון, על אף שלא שמעה את הילד ישירות באף לא אחד מששת המקרים במדגם בהם דנה, היא כן התייחסה באופן מפורש לזכות הילד להשתתף בהליכים הנוגעים בו וייחסה משקל לרצונות הילד כפי שדווחו על ידי פקיד סעד או מומחה. ראו לדוגמה, תמ"ש (משפחה קר') 13560/05 **א.א. נ' א.י.**, פדאור (43) 07 865 (2007); תמ"ש (משפחה קר') 3382/02 **ד.ש. נ' ד.ר.**, תק-מש (3) 06 345 (2006).

212 תמ"ש (מחוזי ת"א) 7761/01 **ד.ס. נ' א.ח.**, תק-מח (1) 05 1656, 1662 (2005).

213 תמ"ש (משפחה ת"א) 49123 /03 **פלוני (קטין) נ' אלמוני**, פדאור (28) 06 95 (2006).

214 בע"מ 10480/05 **פלונית נ' פלוני**, תק-על (4) 05 2484 (2005). יש לשים לב שהחלטתו של בית המשפט לענייני משפחה בעניין זה (תמ"ש 1543/05) לא פורסמה במאגרים דיגיטליים ולכן לא נכללה במחקר הנוכחי. על פי פסק דינו של השופט רובינשטיין, ניתן ללמוד שהקטין לא נשמע על ידי בית המשפט שהסתמך על תצהירו של הקטין בן ה-14 לגבי רצונו לגור בבית הסבים ולא בבית האם.

ככלל, יש מקום לשמוע את דעתו של הקטין, אף קטין בגיל 10 למשל, ולא כל שכן ככל שהוא מתבגר והשנים נוקפות, ויש לייחס משקל רב לעמדתו, כמובן על פי שיקול הדעת והשכל הישר.<sup>215</sup>

אולם, דבריו של השופט רובינשטיין לא צוטטו על ידי שופטים אחרים במקרים שהם חלק מהמדגם, וכנראה המסר החשוב שבדבריו עדיין לא הופנם על ידי מרבית השופטים בבתי המשפט לענייני משפחה.

בחלק הבא נתאר את פרטי הפיילוט ונשווה בין ההליכים לשמיעת ילדים על פי הפיילוט לבין אלה מחוצה לו. בינתיים, אין אפשרות לערוך השוואה בין תוצאותיו של הפיילוט לבין הממצאים של מחקרנו, המתוארים לעיל, כיוון שעדיין לא פורסם המחקר המלווה את הפיילוט.

### **ב. בענייני משמורת והסדרי ראייה במסגרת הפיילוט**

#### *1. פרטי הפיילוט*

בעקבות ההמלצות של ועדת המשנה, נערך פיילוט על מנת לבחון את ההסדרים המוצעים לשמיעת ילדים בבתי המשפט לענייני משפחה. הפיילוט, שהתחיל בספטמבר 2007 ואמור להימשך שנתיים, מתנהל בבתי המשפט לענייני משפחה בירושלים ובחיפה והוא מלווה על ידי מחקר שעתיד להתפרסם.

הפיילוט מתנהל על פי תקנות שהותקנו בפרק כ'2 (השתתפות ילדים) בתקנות סדר הדין האזרחי.<sup>216</sup> תקנה 258לג2 המעגנת את זכות הילד להישמע בהליכים שנכללו בפיילוט,<sup>217</sup> קובעת כי בית המשפט "ייתן לילד הזדמנות להביע את רגשותיו, דעותיו ורצונותיו בעניין הנדון לפניו וייתן להם משקל ראוי בהחלטתו, בהתאם לגילו ולמידת בגרותו של הילד".

התקנות קובעות שילד יישמע החל מהגיעו לגיל 6.<sup>218</sup> ההליך לשמיעת הילד מתחיל עם משלוח הזמנה לפגישה מקדמית ביחידת הסיוע.<sup>219</sup> ההזמנה נשלחת לילד באמצעות

215 השופט גייפמן התייחס גם לדברי השופט רובינשטיין בעניין שמיעת הקטין בפרשה האיטלקית (עליון), לעיל ה"ש 48. יש להעיר שההסתמכות על פסק הדין הזה היא אירונית, שכן שם, על אף הרטוריקה של שמיעת קטינים, הקטינים לא נשמעו (ראו פירוט להלן בחלק 1.1.2).

216 התשמ"ד-1984, ק"ת 342 (תיקון התשס"ח (5)).

217 תובענות בענייני משפחה כמשמעותן בס' 1(6)ג לחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995, ס"ח 393. בעצם, מדובר בהליכים על פי חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות, התשכ"ב-1962, ס"ח 120.

218 לעיל ה"ש 216, תקנה 258לג3.

219 אלא אם בית המשפט יחליט כי אין לתת לילד הזדמנות להישמע כי "מימוש זכותו של הילד להישמע תגרום לו פגיעה העולה על הפגיעה שתגרם לו משלילתה" (תקנה 258לג4(ב)).

הוריו ובצירוף דברי הסבר.<sup>220</sup> בפגישה יסביר עובד יחידת הסיוע לילד "על זכותו להישמע בפני השופט הדין בתיק או בפני עובד יחידת הסיוע לפי בחירתו, על מטרת השמיעה, אופן התנהלותה ועל כללי החיסיון והגילוי שיחולו על דבריו".<sup>221</sup> אם הילד בוחר להישמע אצל השופט, תיערך הפגישה בלשכתו של השופט בנוכחות עובד יחידת הסיוע, ובית המשפט ירשום את עיקרי דבריו של הילד.<sup>222</sup> אם הילד בוחר להישמע על ידי עובד יחידת הסיוע, יעביר העובד לבית המשפט התרשמות "ובה עיקרי הדברים שהילד ביקש למסור לבית המשפט" בצירוף התרשמותו המקצועית של העובד לגבי התנהגותו של הילד.<sup>223</sup>

עוד קובעות התקנות שהילד יישמע ללא נוכחות ההורים או נציגיהם<sup>224</sup> ובנפרד מאחיו,<sup>225</sup> וכי חלים על הפגישה כללי חיסיון, שלפיהם התרשמותו של בית המשפט או של עובד יחידת הסיוע תהיה חסויה ותישמר בכספת לשימוש במקרה ויוגש ערעור על החלטת בית המשפט.<sup>226</sup> לפיכך, על בית המשפט לנמק כיצד באים דברי הילד לידי ביטוי בהחלטתו בלי לפרט את דברי הילד עצמם.<sup>227</sup> התקנות גם קובעות שהילד יקבל הסבר אודות פסק הדין מפי עובד של יחידת הסיוע או מפי השופט עצמו.<sup>228</sup> לבסוף, התקנות מתייחסות למצב הנפוץ שבו ההורים מגיעים להסכם לגבי ההסדרים הנוגעים לילד. כאשר ההורים מגישים בקשה לאישור ההסכם, ישלח להם בית המשפט דברי הסבר אודות החשיבות שבמתן הזדמנות לילד להביע את רצונותיו לגבי ההסדרים הנוגעים לו.<sup>229</sup> לאחר מכן, במעמד אישור ההסכם, יברר בית המשפט אם הורי הילד נתנו לו הזדמנות להישמע בעת עריכת ההסכם.<sup>230</sup> אם בית המשפט סבור שהילד לא נשמע, יפנה את ההורים ליחידת הסיוע לקבל מידע והדרכה.<sup>231</sup> יש לציין שהסדר זה מתון יותר מזה שהוצע על ידי ועדת המשנה, שכן במקרה שבו הילד לא

220 לעיל ה"ש 216, תקנה 258לג5.

221 שם, תקנה 258לג6(ב).

222 שם, תקנה 258לג6.

223 שם, תקנה 258לג8.

224 שם, תקנה 258לג3(ג). השוו את המצב באנגליה, פוטר, לעיל ה"ש 43, בעמ' xxix.

225 לעיל ה"ש 216, תקנה 258לג3. אולם רשאי בית המשפט להחליט לשמוע אותם יחד.

226 תקנה 258לג9(א).

227 שם.

228 תקנה 258לג10. מתן הסבר לקטין מפי השופט הועלה כרעיון על ידי השופט רוטלוי בעניין מורן,

לעיל ה"ש 53, וייושם במקרה הזה.

229 תקנה 258לג11(א).

230 תקנה 258לג11(ב).

231 שם.

נשמע על ידי ההורים, הוא לא יישמע על ידי בית המשפט, אבל תינתן להורים הזדמנות נוספת לשמוע את הילד.<sup>232</sup>

## 2. דיון

לכאורה, מממש הפיילוט את זכות הילד להישמע באופן אופטימלי במקרים שבהם סכסוך בין ההורים מוכרע על ידי בית המשפט, משום שלכל ילד מעל גיל 6 ניתנת ההזדמנות להישמע ישירות. אולם, ברור כי אופן התנהלות בתי המשפט יכול להשפיע מאוד על מספר המקרים שבהם הילד ינצל הזדמנות זו. לדוגמה, אין זה ברור אם חלה על ההורים חובה להביא את הילד לפגישה ביחידת הסיוע, או אף ליידע את הילד על אודות הפגישה.<sup>233</sup> אם כן, למעשה, שמיעת הילד כפופה להסכמת ההורים, או – לפחות – להסכמתו של ההורה המשמורן. מגבלה כזו בוודאי מערערת את זכות הילד להישמע, שהרי ייתכן שאי שמיעת הילד תפגע באינטרסים שלו יותר, דווקא במקרים שבהם ההורים או אחד מהם מתנגדים לכך. המחקר שמלווה את הפיילוט עשוי לשפוך אור על סוגיה זו.

כמו כן, לכאורה, מעורבות יחידות הסיוע בהליך השמיעה הינה מבורכת. במקרה שילד אינו מעוניין להישמע על ידי שופט, הרי ששמיעה על ידי עובדת של יחידת הסיוע תהא בגדר שיפור ניכר, לעומת מצב שבו רק נתקבל תסקיר פקידת סעד. עובדת יחידת הסיוע אינה אמורה לדווח על הרקע המשפחתי או על טובת הילד, ולכן היא יכולה להתמקד אך ורק בהעברת דבריו של הילד, והתרשמותה מהדרך בה הילד מתבטא. אף על פי כן, נראה לנו כי קיימת סכנה שהפגישה עם אנשי יחידת הסיוע תהפוך לחלופה המועדפת, על אף הדעה הברורה שהביעה ועדת המשנה שלפיה שמיעה ישירה הינה הדרך המועדפת. אם הילד חש בנוח בפגישה עם עובדת יחידת הסיוע, הוא יספר לה, באופן טבעי, את מה שעל ליבו ואז ייתכן שיחשוב שפגישה עם השופט הינה מיותרת, במיוחד אם הפגישה תחייבו להגיע בשנית לבית המשפט.<sup>234</sup> נראה לנו שעל מנת להגביר

232 בערב עיון בעניין הפיילוט שהתקיים ביום 1.7.2008 ב"בית הפרקליט" בירושלים, אמרה ענת ענבר, הממונה הארצית על יחידות הסיוע, שהילד יוזמן לשמיעה, אם במעמד אישור ההסכם, מתרשם השופט שיש צורך בכך.

233 ענת ענבר, שם, גם ציינה שהמסמכים לגבי שמיעת הילד נשלחים להורים ולא לילד. יש להשוות אל מול התקנות בסקוטלנד המורות על מסירת הודעה לקטין בכפוף לחריגים. לדיון ביישום ההוראה, ראו MARSHALL, לעיל ה"ש 5, בעמ' 47, ופסק הדין [2002] Scot(D) 41/1. Shields v. Shields, בכנס שהתקיים במכללה למנהל ביום 17.3.2009, ד"ר תמר מורג, ממארגני הפיילוט, הביעה את הדעה שאחת מהסיבות לעלייה במספר הילדים המשתתפים בפיילוט בחודשים האחרונים הייתה שינוי שהוכנס בנוסח המכתב שנשלח להורים על ידי בית המשפט. במקום הזמנה להביא את הילד לפגישה מקדמית, הייתה הוראה להביא אותו.

234 ענת ענבר, לעיל ה"ש 232, ציינה שכאשר הילד בוחר בשמיעה על ידי יחידת הסיוע, לעתים מתקיים המפגש באותו מעמד ולעתים במועד אחר (תודתי לאיילת אנג'ל מלשכת עורכי הדין בירושלים על הקלטת הדברים שנאמרו בערב זה על פי בקשתי ובאישור פרופ' דוב פרימר).



את השימוש בשמיעה הישירה, על עובדי יחידות הסיוע להדגיש לפני הילד את יתרונותיה של פגישה עם השופט. על בית המשפט לאפשר שמיעה על ידי שופט מיד לאחר הפגישה עם עובדת יחידת הסיוע. יש להניח שהמחקר יתייחס לעניינים אלה. יש גם להעיר, שהתקנות אינן דנות במטרת נוכחותה של עובדת יחידת הסיוע כאשר השופט שומע את הילד. האם היא נועדה לכך שהילד יחוש נינוח יותר אם נוכח איש טיפול שכבר מוכר לו? שמא תפקידו מתמזה ברישום הפרוטוקול או בהיותו "עד" לדברי הילד או בסייעו לשופט להעריך את רצון הילד?<sup>235</sup> יש לציין, שעל פי התקנות, בהיעדרה של עובדת יחידת הסיוע יהיה נוכח אדם נוסף מעובדי בית המשפט. העובדה, שהאדם הנוסף אינו חייב להיות עובד סוציאלי, מובילה למסקנה שמדובר בתפקיד סמלי או טכני. לדעתנו, רצוי להבהיר מה תפקידו של עובד יחידת הסיוע או "מחליפו" הנוכח בפגישה.

על אף החשיבות הרבה בשמיעת הילד, מגיל יחסית קטן, כעניין שבשגרה בתיקים הנדונים על ידי בית המשפט, דווקא ההוראות החלות על הסכמים הינן חשובות עוד יותר. על פי המחקר של הקר, מדובר בכמעט 98% מכל המקרים.<sup>236</sup> עד היום לא היתה התייחסות כלשהי על ידי מערכת המשפט לשיתוף הילד בעריכת ההסכם. על פי המחקר, רוב ההורים לא שיתפו את ילדיהם בהליך גיבוש הסדרים לגביהם.<sup>237</sup> לעומת זאת, על פי הפיילוט, החשיבות של שיתוף הילדים מובאת לתשומת ליבם של הורים שמגיעים להסכם, והשופט אמור לבדוק באיזו מידה פעלו ההורים בהתאם. יש להעיר, שנראה לנו, כי יעיל יותר לשלוח את ההסבר להורים כבר בעת פתיחת הליכי הגירושין, שכן לאחר שכבר גיבשו הסכם, מתן ההסבר עשוי להיות מאוחר מדי. הסיכוי ששיתוף הילד ישפיע על תוכן ההסכם יופחת, אם זה יתקיים רק לאחר שההורים הגיעו להסכם. נוסף לכך, אולי במקרים מסוימים שיתוף הילדים עשוי להביא להורים תועלת בעריכת ההסכם.<sup>238</sup> מעבר לכך, המסר של החשיבות בשיתוף ילדים בקבלת החלטות הינו מסר כה חשוב, שיש להפיצו באופן הרחב ביותר.

כמובן, הצלחתן של ההוראות בעניין שיתוף ילדים בעריכת הסכמים תלויה ביישום של בית המשפט. לא ידוע לנו כיצד יעריך המחקר את יישום הוראות אלה. יש להניח, שהמחקר יגלה פרטים על אחוז המקרים שבהם אישרו השופטים את ההסכם מיד, וכן את אחוז המקרים שבהם הפנו את ההורים לקבל הדרכה לעניין שיתוף הילדים. יש

235 ככל המקרים במדגם של המחקר הנוכחי שבהם נשמע הילד ישירות, מוזכר שעובדת יחידת הסיוע או מומחה היו נוכחים, אבל אין התייחסות לתפקידם. באופן נדיר, בפסק הדין תמ"ש (משפחה כ"ס) 14140/07 ל.מ. ג' ל.ח.ג., תק-מש (1)08 (2008), רשום שעובדת יחידת הסיוע שלחה מכתב לשופט המסכם את התרשמותה מהפגישה עם הילד.

236 הקר, לעיל ה"ש 72.

237 ש.ם.

238 לדוגמה, אם מתברר לאחד ההורים שהילדים מתנגדים להצעתו, אולי הוא יבין שעליו להתפשר כי בכל אופן בית המשפט לא יפסוק לטובתו.

לקוות שגם יוצג מידע באשר לדרך שבה בית המשפט יברר אם ההורים שיתפו את הילד, ואם בית המשפט מתעניין גם במידת השיתוף. כמובן, הסכנה היא שההורים יודיעו ששיתפו את הילדים שעה שלא עשו כך, או שעשו כך באופן סמלי בלבד, ואין דרך להוכיח אחרת בלי לערב את הילדים.

ולבסוף, יש לציין שהנושא החשוב של הכשרת שופטים אינו מוזכר בתקנות.<sup>239</sup> על אף שייטכן שלא ראוי להסדיר את הנושא בחקיקה, נראה לנו שיש מקום לקבוע נהלים פנימיים על ידי הנהלת בתי המשפט, בהתייעצות עם גורמים מקצועיים, לגבי היקף ההכשרה ותוכנה. יש לקוות שהמחקר המלווה את הפיילוט יתייחס להכשרה שניתנה בפועל לשופטים במסגרת הפיילוט, ויציע שיפורים לאור הניסיון שנצבר אצל השופטים עצמם.

### ג. במקרים הנדונים על פי חוק אמנת האג

#### 1. הוראות החוק והתקנות

סעיף 13(ב) סיפא לאמנת האג בדבר חטיפת ילדים קובע:

הרשות השיפוטית או המנהלית רשאית כמו כן לסרב לצוות על החזרת הילד אם התברר לה כי הילד מתנגד להחזרתו, וכי הוא הגיע לגיל ולרמת בגרות שבהם מן הראוי להביא בחשבון את השקפותיו.

האמנה אינה קובעת הוראות לגבי הדרך לביורר השקפתו של הילד, וכל מדינה רשאית ליצור את הפרוצדורה שבאמצעותה ייקבע אם חריג ההתנגדות הוכח. בישראל, תקנה 295ט(ה) לתקנות סדר הדין האזרחי קובעת:

היה ילד בגיל וברמת בגרות שמן הראוי להביא בחשבון את השקפותיו, לא יחליט בית המשפט בתביעה לפני שישמע אותו, אלא אם כן לא ראה בית המשפט צורך בכך מטעמים מיוחדים שיירשמו (להלן: התקנה).<sup>240</sup>

תקנה זו הינה ייחודית ומתקדמת. למרות שיש כמה מדינות שבהן נהוג לשמוע את הילד ישירות,<sup>241</sup> ומדינות אחרות שבהן השופט נפגש לעתים עם ילדים, אין אנו מודעים לשום הוראה או תקנה במדינה אחרת הדורשת מהשופט להיפגש עם הילד בכל מקרה של חטיפת ילד "בוגר", עם או בלי שחריג ההתנגדות הועלה במיוחד. אמנם, תקנות בריסל<sup>242</sup> קובעות שילדים בוגרים דיים, יישמעו בכל מקרי החטיפה לפי האמנה, אך הן

239 הנושא מוזכר בדר"ח ועדת המשנה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 127, פסקה 5.4.

240 בשנת 1996, פרק שלם (מס' כ"ב) הדין בהליכים על פי חוק אמנת האג, התווסף לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, ק"ת 342.

241 לדוגמה, בגרמניה, בדנמרק ובהולנד, ילדים מעל גיל 12 נשמעים תמיד ישירות.

242 Brussels II Revised Regulation (EC) no. 2201/2003 Art 11.2.

אינן דורשות שהילד יישמע ישירות על ידי שופט.<sup>243</sup> לכן, תקנות סדר הדין האזרחי נוקטות דרך נאורה באשר לזכויות הילד לפי האמנה, להישמע במקרי חטיפה, בעוד שבהליכי משפחה אחרים אין הנחיה כללית לשופט להיפגש עם הילדים.<sup>244</sup>

## 2. גישת בתי המשפט לשמיעת הילד בהליכים על פי אמנת האג

ראשית, ראוי לציין, כי על אף שהמלצותיה של ועדת המשנה חלות, לכאורה, על כל הסוגיות הנדונות בבית המשפט לענייני משפחה הנוגעות לילדים, הפיילוט, שמתואר לעיל, חל רק על סוגים מסוימים של הליכים, הרשומים בתקנות, שאינם כוללים מקרי חטיפה.<sup>245</sup>

בניגוד לפסיקה בענייני משמורת והסדרי ראייה, קיימת התייחסות מפורשת לנושא שמיעת הילד בפסיקה על פי אמנת האג. לכאורה, הסיבה לכך הינה החובה המוטלת על בית המשפט על ידי התקנה לשמוע ישירות ילדים "בוגרים" בהליכים על פי אמנת האג, אלא אם כן קיימים טעמים מיוחדים המונעים זאת. לפיכך, כאשר בית המשפט מחליט לא לשמוע את הילד, עליו לנמק את סירובו. הסיבות הניתנות על ידי השופטים, להצדיק את אי שמיעת הילד ישירות, משקפות במידה רבה את הטיעונים נגד השמיעה הישירה שהוצגו בחלק ב.2. ב של המאמר, ובמיוחד הטיעונים של חוסר כלים מקצועיים ונזק לילד. יש להקדים ולהעיר ששום סיבה מהסיבות אינה מיוחדת, ולכאורה הן קיימות בכל מקרה של חטיפה. לפיכך, לכאורה, דרישת התקנה אינה מתמלאת.

לדוגמה, בפרשה האיטלקית,<sup>246</sup> קבעה השופטת פרוקצ'יה כי ספק רב מה ניתן היה להפיק מהופעת הילדים לפני בית המשפט, כאשר ההתחקות אחר רצונם האמיתי הייתה קשה ביותר בשל הלחץ והשפעת המשפחה המורחבת, שהילדים היו נתונים להם. בנסיבות האלה, ראוי היה שההתחקות אחר רצונם האמיתי, להבדיל מהביטוי המילולי החיצוני לרצונם, תיעשה בידי אנשי מקצוע, בכלים מקצועיים ובמיומנויות שבידיהם, ולא בידי בית המשפט. בדומה לכך, בפרשה ההולנדית,<sup>247</sup> החליט בית המשפט המחוזי שאין בסיס מקצועי מספק כדי לבסס עליו את החלטת בית המשפט לענייני משפחה, שחריג ההתנגדות הוכח. לדעת בית המשפט המחוזי, פגישה יחידה בין השופט לבין הילדים, אין די בה כדי להבטיח את גילוי רצונם האמיתי, בהיעדרה של חוות דעת מומחה.

כמו כן, בכמה מקרים, החלטת בית המשפט שלא להיפגש עם הילדים נסמכה על חששות שפגישה כזו עלולה לגרום נזק לילד. לדוגמה, במקרה של **פלונית נ' פלוני**,<sup>248</sup>

243 ראו דבריה של הברונית הייל בפסק הדין *Re D*, לעיל ה"ש 72.

244 למעט בתקנות החלות על הפיילוט, הנדון בחלק ג.1. ב לעיל.

245 לעיל ה"ש 217.

246 הפרשה האיטלקית (עליון), לעיל ה"ש 48.

247 לעיל ה"ש 73, בפס' 22.

248 עמ"ש 28/97, לעיל ה"ש 90.

ההחלטה לא להיפגש עם הילדות הייתה מבוססת, בין היתר, על טענתה של פקידת הסעד שהפגישה עלולה להזיק להן, בלי לפרט את טיב הפגיעה. כנראה, הדאגה הייתה ששימת לחץ על הילדות, שהיו במצב של מבוכה ובלבול, לקבל החלטה, תגרום להן נזק פסיכולוגי. בדומה לכך, בפרשה האיטלקית, הסביר בית המשפט העליון שהדרישה שהילדים ייפגשו עם השופט כדי להביע העדפה בין הוריהם, עלולה להזיק לילדים, בגלל אווירת הלחץ הסביבתי הקשה שבו היו הילדים נתונים בעת התנהלות ההליכים.<sup>249</sup> לפיכך, לדעת בית המשפט, הנזק הכרוך בשמיעה ישירה עלול להיות רב מתועלתה.

נוסף לכך, חלק מהשופטים הסתמך על כך ש"אין צורך" בשמיעה ישירה, בהתאם ללשון התקנה. יש שני תסריטים אפשריים שבהם ייתכן כי בית המשפט יקבע שאין צורך בשמיעת הילד: ראשית, כאשר בית המשפט משוכנע שיש לכבד את התנגדות הילד לחזור לארץ שממנה נלקח, אף ללא שמיעת הילד.<sup>250</sup> במקרה כזה, נראה כי הילד אינו צריך הזדמנות להישמע ישירות משום שמשקל ראוי כבר ניתן לרצונו. זה היה המצב בערכאה הראשונה של הפרשה האיטלקית.<sup>251</sup> השופט שוכנע מחוות הדעת של המומחית ומעדותה, למרות מסקנותיה המנוגדות, שחריג ההתנגדות הוכח, וזאת – בלא לשמוע את הילדים ישירות. אולם, מקרה זה מדגים את הסכנה בהסתמכות על חריג של "אין צורך" במקרה מסוג זה. בערעור, בית המשפט המחוזי ובית המשפט העליון פירשו את חוות דעתה של המומחה בדרך אחרת, ולא השתכנעו שהתנגדות הילד הייתה אמיתית ועצמאית.<sup>252</sup> אם השופט היה מגיע למסקנה שחריג ההתנגדות הוכח לאחר שמיעת הילד, היה קשה יותר לערכאת הערעור להתערב בהחלטה.<sup>253</sup> התסריט השני, הנפוץ יותר, הוא כשבית המשפט סבור שאין לכבד את התנגדות הילד, בין כיוון שהיא אינה אמיתית ובין בשל גילו של הילד או בגלל חוסר בגרותו. מסקנות אלה היו מבוססות, בדרך כלל, על חוות דעת של המומחה יחד עם דעות קודמות של בית המשפט בדבר המשקל שיש לתת לרצון הילד החטוף. לדוגמה, במקרה של **פלוני נ' פלוני**<sup>254</sup> אישר בית המשפט המחוזי את סירוב בית המשפט לענייני משפחה להיפגש עם שתי הילדות בנות 8 ו-12, מכיוון שלא היה צורך בכך, שכן היו די ראיות לפני בית המשפט המעידות על כך שהחריג של התנגדות הילד לא הוכח. מסקנה זו התבססה הן

249 הפרשה האיטלקית (עליון), לעיל ה"ש 48.

250 כנראה זה היה המצב בפסק הדין מ"א (מחוזי י-ם) 1510/96 **רומאלדה נ' באומל**, תק-מוח 96(2) 1997 (1996).

251 הפרשה האיטלקית (משפחה), לעיל ה"ש 48.

252 ש.ם.

253 אבל ראו את הפרשה ההולנדית (מחוזי), לעיל ה"ש 73, שם ההחלטה של השופטת בערכאה הראשונה שהחריג קיים, נהפכה על אף שהשופטת שמעה את הילדים ישירות. אולם, במקרה זה לא הייתה חוות דעת של מומחה.

254 לעיל ה"ש 90.

על חוות דעתה של פקידת הסעד, שאין לייחס משקל לרצון הילדות משום שהן היו מבולבלות מאוד וקרועות בין שני ההורים, והן על מחקר הגורס כי ילד שנחטף תלוי בחוטף כמו אדם שעבר שטיפת מוח. דוגמה נוספת הינה הקביעה של בית המשפט העליון בפרשה האיטלקית,<sup>255</sup> שלא היה צורך לשמוע את הילדים כיוון שעמדתם הובאה לידיעת בית המשפט באופן מספק על ידי המומחה.<sup>256</sup>

שוב, יש לציין שבדוגמאות האלה אין מדובר בסיבה מיוחדת כפי שדורשת התקנה. זאת ועוד, המחקר המוזכר בעניין **פלונת נ' פלוני** מוביל, לכאורה, למסקנה כי לא ניתן בשום מקרה להתייחס להתנגדותו של הילד להחזרתו כאילו היא מובעת באופן חופשי. גישה זו מרוקנת מתוכן הן את התקנה והן את החריג של התנגדות הילד עצמו.

למרות הגישה השלילית כלפי שמיעה ישירה שהובעה על ידי חלק מהשופטים בערכאות הערעור, המדגם הקטן שאותר לצורך המחקר הנוכחי<sup>257</sup> מעיד, ששופטי בית המשפט לענייני משפחה אכן שומעים, ברוב המקרים, ילדים באופן ישיר, בהליכים על פי אמנת האג. בשלושה מתוך שישה תיקי אמנת האג שאותרו במדגם, השופט אכן שמע את הילד באופן ישיר. אם מבודדים את המקרים שבהם כל הילדים היו מתחת לגיל 9, ניתן להסיק שהשופט שמע באופן ישיר שלושה מתוך ארבעה מקרים. לכאורה, הסיבה לאחוז גבוה יותר של שמיעה ישירה בהליכים על פי אמנת האג, מאשר בהליכי משמורת והסדרי ראייה, נעוצה בחובה המוטלת על ידי התקנה. ניתן להסביר את הסתירה בין גישת בתי המשפט לענייני משפחה במדגם לבין זו של בית המשפט העליון, המסתייגת מהצורך לשמוע את הילד, על ידי כך שהחלטות בכל שלושה המקרים במדגם שבהם הילד נשמע, התקבלו לפני פסיקת בית המשפט העליון הנדונה לעיל. המקרה היחיד במדגם, שבו התקבלה ההחלטה לאחר פסיקה זו, היה המקרה בפרשה הבלגית.<sup>258</sup> במקרה זה, לא היו בית המשפט לענייני משפחה<sup>259</sup> ובית המשפט המחוזי מוכנים לשמוע את הילד, אבל בית המשפט העליון שינה את גישתו כלפי השמיעה הישירה.

255 הפרשה האיטלקית (עליון), לעיל ה"ש 48.

256 עם כל הכבוד, זה קשה מאוד לקבל דעה זו לאור חוות דעתו של המומחה שלפיה רצון הבת לא היה אותנטי ושילדים בגילה אין תבונה מספקת כדי לקבל החלטות מסוג זה. במצב כזה, כיצד יכולה חוות הדעת להעביר כראוי את רצון הילדים לבית המשפט? במיוחד, יש לציין שבהחלטת בית המשפט אין התייחסות לסיבות הניתנות על ידי הילדים להתנגדותם.

257 החלטות שניתנו על ידי בתי משפט לענייני משפחה על פי אמנת האג לגבי ילדים מעל גיל 6 בשנים 2005-2007, שפורסמו במאגרים הדיגיטליים של נבו, פסקדין ותקדין.

258 הפרשה הבלגית (משפחה: סיבוב ראשון), לעיל ה"ש 48.

259 מדובר בשופט אסולין שלא שמע את הילדים בפרשה האיטלקית (משפחה), לעיל ה"ש 48.

## 3. גישה חדשה בבית המשפט העליון

בפרשה הבלגית (עליון: סיבוב ראשון),<sup>260</sup> סברה דעת הרוב בבית המשפט העליון, כי שופטי הערכאות הקודמות טעו, שעה שלא שמעו ישירות את הילד בן ה-8.5. השופטת ארבל מנתה שתי סיבות עיקריות לכך מדוע ילדים חייבים, בדרך כלל, להישמע ישירות על ידי בית המשפט. סיבות האלה משקפות במידה רבה את הטיעונים בעד שמיעה ישירה המוצגים בחלק ב.2.א של המאמר, ובמיוחד את זכות הילד לכבוד ולסיוע בתהליך קבלת ההחלטה. השופטת ציטטה את סעיף 12 של האמנה בדבר זכויות הילד ואת הדו"ח של ועדת המשנה, והסבירה ששמיעת הילד ישירות מפגינה כבוד לילד כיחיד, מעבירה לו את המסר שרצונותיו לגבי עתידו הם חשובים, ושהוא אינו כחפץ המיטלטל בין הוריו. עוד ציינה כי יהיה בהתרשמות בלתי אמצעית של השופט כדי לסייע לו בקבלת החלטה מושכלת. לדעתה, השופט יכול להשיג תובנות מפגישה פנים אל פנים שלא יושגו מקריאה בחוות דעת כתובה.

ראוי לציין, כי השופטת ארבל נתנה באופן עקיף תשובה לסיבות שמעלים שופטים כדי להימנע משמיעת הילדים ישירות, המוזכרות לעיל.<sup>261</sup> ההסבר שלה אודות הערך המוסף בהשתתפות הילד בתהליך קבלת ההחלטות, מפריך את טענת ה"אין צורך". כמו כן, דעתה – שיש צורך להזמין חוות דעת המומחה, גם כאשר הילד נשמע ישירות – נותנת מענה לטענה של "חוסר כלים מקצועיים". לבסוף, היא מתמודדת עם טענת "הנוק", על ידי דרישה שהפגישה עם השופט תתקיים רק לאחר שמומחה נתן את אישורו לכך.<sup>262</sup> עוד היא קובעת שכאשר הילד מביע רצון לדבר עם השופט, הרי ששמיעה ישירה לא תגרום, בדרך כלל, למצב שבו הוא "קרוע" בין שני הורים, ולא תגרום לו נזק.

יש לציין, כי בעוד שדעתה של השופטת ארבל אינה תואמת את דעתם של השופטת פרוקצ'יה בפרשה האיטלקית<sup>263</sup> (שנה קודם לכן) ושל השופט אלון בעניין פלונית נ' פלונית<sup>264</sup> (חודשים אחדים קודם לכן), היא אכן עולה בקנה אחד עם דעת המיעוט של השופט רובינשטיין בעניין פלונית נ' פלונית הנ"ל, אשר גרס שיש להחזיר את התיק לבית המשפט המחוזי לצורך שמיעת הילד והזמנת חוות דעת של מומחה. גישתו לצורך שמיעת הילד באה לידי ביטוי בדבריו החשובים: "כשהמדובר בבית המשפט של ערעור אולי אין מצוות שמיעת הקטינים זהה לזו שבבית המשפט הדיוני, אף שלשיטתי כל השומע הרי זה משובח".<sup>265</sup>

260 לעיל ה"ש 48.

261 בחלק ב.1.ב.1.

262 לדעתנו, הדרישה בדבר אישור מומחה לשמיעת הילד בכל מקרה, תהיה מרחיקת לכת. יש להגביל את הדרישה הזו למקרים שבהם קיימות ראיות בדבר סיכון לנזק.

263 הפרשה האיטלקית (עליון), לעיל ה"ש 48.

264 בע"מ 902/07 פלונית נ' פלונית, תק-על 07(2) 1599 (2007) (להלן: הפרשה ההולנדית (עליון)).

265 שם, בפס' ה לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

משפחה במשפט ב התשס"ט זכות הילד להשתתפות: בין תיאוריה לבין הלכה למעשה  
בבתי המשפט לענייני משפחה

יש לקוות, שהגישה של השופטים ארבל ורובינשטיין תתקבל הן על ידי ערכאות נמוכות<sup>266</sup> והן על ידי הרכבים אחרים של בית המשפט העליון. יש לקוות שבמקרים שבהם הילד לא נשמע ישירות, יחזירו ערכאות ערעור את הדיון לערכאה דלמטה לצורך שמיעת הילד<sup>267</sup> או ישמעו את הילד בעצמם.<sup>268</sup> זאת ועוד, הנימוקים הניתנים על ידי השופטת ארבל אינם מוגבלים למקרי חטיפה. לפיכך, אין סיבה שדבריה הברוכים לא שפיעו גם על הפרקטיקה של שמיעת ילדים בהליכים אחרים.

## 2. זכות הילד שמשקל ראוי יינתן לדעותיו

### א. בסכסוכי משמורת והסדרי ראייה

#### 1. מבוא

הדיון בחלק זה של המאמר יתייחס למשקל שניתן לדעותיו של הילד, בין שדעות אלה מוצגות לבית המשפט על ידי הילד עצמו, ובין שהן מובאות לידיעת בית המשפט על ידי חוות דעת מומחה.<sup>269</sup>

מתוך 52 פסקי הדין שאותרו במאגרי המידע, נמצאו 23 פסקי דין שבהם דעותיו של הילד אינן מוזכרות כלל, ועוד 7 שבהם נאמר שלא ברור מהו רצון הילד, או שהוא אינו מעוניין להביע דעה. ב-24 פסקי הדין האחרים, הוזכרו דעותיו של הילד.<sup>270</sup> בחלק גדול מפסקי הדין נאמר, שרצון הילד הינו אחד השיקולים בהכרעה בעניין משמורת והסדרי ראייה. יחד עם זאת, ברוב פסקי הדין אין דיון מפורש לגבי המשקל שניתן לרצון

266 ראו לדוגמה פסק הדין תמ"ש (משפחה כ"ס) 14550/08 מ.ס. נ' ח.ס., פדאור 08(36) 860 (2008), בו קיים השופט שתי פגישות עם הקטינות (בנות 9 ו-11).

267 יש לציין שגם בפרשה הבלגית (עליון: סיבוב ראשון), לעיל ה"ש 48, וגם בדעת המיעוט של השופט רובינשטיין ב"פרשה ההולנדית (עליון), לעיל ה"ש 48, הייתה סיבה נוספת להחזרת הדיון לבית המשפט המחוזי, דהיינו הזמנת חוות דעת מומחה. עולה השאלה אם הדיון היה מותר אך ורק לצורך שמיעת הילד.

268 בשלב מאוחר יותר בפרשה הבלגית (עליון: סיבוב שלישי), לעיל ה"ש 48, השופטת פרוקצ'יה מתחה ביקורת על התמשכות ההליכים הנגרמת על ידי התגלגלות התיק מערכאה לערכאה. לפיכך, במקרה שבו השופט לענייני משפחה לא שמע את הילד, יהיה יעיל יותר אם בית המשפט המחוזי ישמע אותו.

269 לדוגמה, בתמ"ש 9642/04, לעיל ה"ש 209, בפס' 21 נאמר: "מחקירת העו"ס ומדברי האם עצמה ניתן להבין שהילדים ובעיקר הבן, מצביעים ברגליים' וכאשר מגיע האב לבית מעדיפים להמצא בחברתו". כמו כן, בפסק הדין תמ"ש (משפחה קר') 6330/05 ב.ט. נ' ב.א., תק-מש (1)06 (2006), נאמר כי "קולה של הנערה נשמע מגרונה של פקידת הסעד".

270 בחישוב, שני פסקי דין (תמ"ש (משפחה חי') 35031/99 ר.א. נ' א.א., תק-מש (1)06 (2006); תמ"ש (משפחה חי') 14363/01 פלוני נ' פלונית, תק-מש (3)06 (2006)), נמנו פעמיים כיוון שהייתה התייחסות בהם לרצון של רק אחד מהילדים, ולא הייתה התייחסות לרצון של אחיו הקטן או שרצונו לא היה ברור.

הילד.<sup>271</sup> הרושם שמתקבל מקריאת פסקי הדין הינו שלא ניתן משקל רב לרצון הילד,<sup>272</sup> וב-12 מפסקי הדין ההחלטה הייתה בניגוד לרצון המובע על ידי הילד.<sup>273</sup> מעיון בפסיקה עולה, כי קיימים גורמים המפחיתים או המעלים את המשקל שניתן לרצונו של הילד. מצאנו התייחסות לשלושה גורמים עיקריים: (1) עצמאות דעותיו של הילד; (2) אופי הרצון; (3) התאמה בין רצון הילד לבין טובתו.<sup>274</sup> בטרם נדון במשמעותו של כל גורם, נציין כי אימוץ המבחנים הקפדניים, שגובשו לצורך בחינת קיום החריג של התנגדות הילד באמנת האג,<sup>275</sup> בסוגיות אחרות,<sup>276</sup> הינו מוטעה לגמרי. הפרשנות הדווקנית לחריג של התנגדות הילד מבוססת על הצורך לא לערער את המטרה שהיא החזרת ילדים חטופים.<sup>277</sup> בסוגיות אחרות אין סיבה לפרש את השיקולים להתחשבות ברצון הילד בדרך מצמצמת. במיוחד אין זה נכון וראוי לדרוש שרצון הילד יהיה דומיננטי ובעל עוצמה מיוחדת.<sup>278</sup> ברם, זכות הילד שמשקל ראוי יינתן לדעותיו חלה על כל דעותיו, ולא רק על אלה בעלות עוצמה מיוחדת. על אף שייתכן כי עוצמת הרצון הינה רלוונטית בקביעת המשקל שיש לייחס לו במסגרת המבחן של אופי הרצון, אין היא חייבת להיות תנאי מקדמי להתחשבות ברצון הילד.

## 2. עצמאות רצונו של הילד

הצורך לבחון אם הדעה שמביע הילד אכן משקפת את רצונו, או שמא הוא מדבר מגורונו של אחד ההורים, מוזכר לעתים קרובות בפסיקה.<sup>279</sup> גם במקרים שבהם אין ראיות על הסתה, מזהירים בתי המשפט לעתים שאפילו ילדים בוגרים לכאורה מושפעים מהצורך

271 ממצא זה עולה בקנה אחד עם הרושם של מורן, לעיל ה"ש 26, בעמ' 68.

272 מקרים שבהם ניתן משקל כבד לרצון הילד כוללים: תמ"ש 13560/05, לעיל ה"ש 211; תמ"ש 35031/99, לעיל ה"ש 270 (בפיסקה 12 לפסק הדין, אומר השופט שעל פקיד הסעד "לקבוע את הסדרי הראיה בין הבן לבין אמו תוך התחשבות מקסימלית ברצונו"); תמ"ש (משפחה ראשל"צ) 15030/02 **א.מ. נ' ש.ש.**, תק-מש 06(3) 621 (2006).

273 אי אפשר להסיק מזה שבעשרת פסקי הדין האחרים, הושם משקל רב על רצון הילד, כי ברוב המקרים, לכאורה הגורם המכריע היה חוות דעתו של המומחה.

274 לא מצאנו התייחסות מפורשת לשאלה של גיל ובגרות, למעט הערות כלליות לפיהן ראוי לקחת בחשבון את דעותיו של ילד "בגיל הזה". לכאורה, לא היה צורך לפסול דעותיהם של ילדים על בסיס גיל או חוסר בגרות כיוון שבכל מקום, כפי שנראה להלן, ניתן להחליט בניגוד לדעותיהם מפני שהן נוגדות את טובתם או כיוון שלא מדובר בדעות עצמיות. לעומת זאת, כפי שהסברנו לעיל, בהליכים על פי אמנת האג, בית המשפט חייב לקבוע האם החריג בסעיף 13(ב) סיפא מתקיים וזה כולל הכרעה בעניין גיל ובגרות.

275 חלק ג.2.ב. להלן.

276 כפי שנעשה על ידי השופט גייפמן בפסקי הדין המוזכרים לעיל ה"ש 28.

277 ראו את דעתה של השופטת פרוקצ'יה בפרשה האיטלקית (עליון), לעיל ה"ש 48.

278 ראו להלן בחלק ג.2.ב.3.

279 ראו לדוגמה, תמ"ש 13560/05, לעיל ה"ש 211.



לרצות את הוריהם, או אחד מהם.<sup>280</sup> בעניינו, על אף שיתכן שיהיו סיבות טובות במקרים אינדיווידואליים לחשוש שילד הושפע, גם אם לא הוכחה הסתה מפורשת, הכללות מסוג זה מצביעות על פטרנליזם שאינו בריא. כפי שהסברנו לעיל,<sup>281</sup> נקודת המוצא חייבת להיות שהדעות המובעות על ידי ילד "בוגר", משקפות את רצונותיו, אלא אם כן הוכח אחרת.

תפישת עולם פטרנליסטית עומדת גם בבסיס גישתה של השופטת א' אלון בשני פסקי דין,<sup>282</sup> שבהם קטינים הביעו התנגדות להסדרי הראייה המוצעים עם ההורה הלא-משמורן. השופטת הנכבדה שיערה כי "רצונם האמיתי של הילדים כי בית המשפט, שהינו גוף חיצוני, מקצועי ואובייקטיבי, יקבע את הסדרי הביקורים והם, כמו הוריהם, יפעלו ע"פ החלטת בית המשפט". זאת – על אף שלא שמעה את הילדים ולא הייתה חוות דעת של מומחה בעניין רצונם האמיתי. נראה לנו שהשערה זו הינה בעייתית. אמנם, ייתכן שילדים רבים יעדיפו לא להחליט בעניין הסדרי הראייה, אך עדיין יש ילדים שבוודאי יהיו מעוניינים לקבוע את ההסדרים המתאימים להם. יש להוסיף שבשני מקרים אלה, השופטת גם הזמינה חוות דעת פסיכולוגית שתחוזה דעה לגבי רצונם האמיתי של הילדים, וקבעה שתשקול שוב את הסדרי הראייה, לאחר קבלת חוות הדעת. אם כן, אין זה ברור מדוע היה צורך לשער לגבי רצונם האמיתי בשלב הזה. בשמונה מקרים היו ראיות ברורות לכך שהילד הוסת על ידי הורה אחד.<sup>283</sup> בשישה ממקרים אלה<sup>284</sup> הכריע בית המשפט בניגוד לרצון שהביע הילד ללא מתן משקל לרצונו. לא נבדקה לעומק השאלה באיזו מידה הושפעה, בפועל, דעת הילד מההסתה. לעומת זאת, בשני המקרים האחרים, שבהם אובחנה תסמונת של ניכור הורי, התחשב בית המשפט ברצונו ובמצבו של הילד, על אף ההסתה. באחד המקרים,<sup>285</sup> היה

280 ראו לדוגמא שני מקרים שבהם דובר על ילדים בגיל 13: ע"מ (מחוזי י-ם) 654/01 **פלוני נ' אלמונית**, תק-מח (4)04 5295 (2004); תמ"ש (משפחה חר') 4744/02 **פ.פ. נ' א.א.**, תק-מש (4)06 412 (2006).

281 חלק ב.א.3.2 לעיל. יש לציין שממצאים חלקיים מהמחקר המלווה את הפיילוט שהוצגו על ידי ד"ר תמר מורג וד"ר יואה שורק בכנס שהתקיים במכללה למנהל ביום 17.3.2009, נותנים משנה תוקף לדעה זו. נמצא כי 89% מהילדים שהשתתפו בפיילוט לא הוסתו לפי התרשמותן של עובדות יחידות הסיוע.

282 תמ"ש 3382/02, לעיל ה"ש 211 (גילאים 13 ו-15); תמ"ש (משפחה קר') 8622/05 **א.ע. (קטינה) נ' א.ש.**, תק-מש (3)06 1 (2006) (גילאים 7 ו-11).

283 תמ"ש (משפחה ת"א) 24111/02 **פלונית נ' פלוני**, פדאור (21)06 255 (2006); תמ"ש (משפחה ת"א) 7760/96 **י.ר. נ' ל.ר.**, תק-מש (1)05 140 (2005); תמ"ש (משפחה חי') 1252/99 **א.ק. נ' ל.ק.**, פדאור (10)05 880 (2005); תמ"ש (משפחה כ"ס) 14850/04 **ע.ש. נ' ל.ק.**, פדאור (4)06 538 (2006); תמ"ש 14363/01, לעיל ה"ש 270; תמ"ש 6330/05, לעיל ה"ש 269; תמ"ש 3382/02, לעיל ה"ש 211.

284 בארבעה מתוך אלה, הילד נשמע על ידי השופט.

285 תמ"ש 14363/01, לעיל ה"ש 270.

מדובר במצב שבו האם, שחזרה בתשובה, ציירה לילדים תמונה שלילית של האב החילוני. הוחלט להשאיר את הילד (בן 11) אצל האם המסיתה, בתנאי שהאם תהא מוכנה לקבל הדרכה הורית, וליטול את הילד לטיפול. נוסף לכך, בית המשפט הורה לאב לאפשר לבן אווירה מתאימה במהלך הביקורים אצלו, כדי להקל על הילד.<sup>286</sup> עם זאת, הוחלט להעביר את המשמורת על אחותו הקטנה (בת 6) לאב, למשך שנה, כדי למנוע ניכור כפי שקרה אצל הבן. במקרה השני,<sup>287</sup> היה מדובר בנערה בת 13, שבינה לבין האם שרר נתק מוחלט מאז שהאם עזבה את הבית, שלוש שנים לפני כן. הנערה, שנשמעה "מגרון פקיד הסעד", התנגדה נחרצות לחידוש הקשר עם האם. השופטת א' אלון דחתה את בקשת האם להרחיק את הילדה מהאב המסית כי "הנערה אינה חפצה, אין לאיין את רצונה ובשלב זה, לא ניתן למחוק את היסטוריית הקשר בינה לבין אימה", אבל קבעה המשך מפגשים במרכז קשר, תוך הבעת אמונה שסבלנות וגישה נכונה של האם, יביאו לחידוש הקשר.

המקרה השני הינו דוגמה קלאסית למקרה שבו קיים בסיס אובייקטיבי לניכור. לפיכך, יש להעניק משקל לרצון הילד על אף ההסתה, תוך כדי נקיטת אמצעים מתונים לטיפול בניכור. גם במקרה הראשון, השוני בין אורח חייו של הילד לבין זה של האב היה בסיס אובייקטיבי לרצון הילד לגור עם האם. יש לקוות שגם במקרים אחרים, שבהם אולי הסיבה האובייקטיבית לניכור ברורה פחות, יבין בית המשפט שאין לפסול את דעות הילד באופן גורף, רק בגלל שקיים ניכור, כפי שדורשת התיאוריה של גרדנר,<sup>288</sup> וינסה לבחון באיזו מידה דעת הילד אכן משקפת את רצונו האמיתי, על אף ההסתה.

### 3. אופי הרצון

ייתכן שרצון הילד, על אף שהוא אינו מושפע על ידי אחד ההורים, הינו אכן פרי לחצי המציאות. לדוגמה, במקרה אחד,<sup>289</sup> הילדים אמרו שהם רוצים לנסוע עם אמם ועם בעלה לברזיל לתקופה של שנתיים, אך השופטת סברה שהרצון נבע מחוסר ברירה, שכן הילדים האמינו שאם לא תאושר הנסיעה לחו"ל, האם תיסע בלעדיהם ולא יהיה להם מקום לגור בו מפני שבבית האב אין להם מקום פיסית.

נוסף לעניין של חוסר עצמאות הרצון, מזכיר בית המשפט לעתים אפיוני רצון נוספים. לדוגמה, נאמר כי רצון, גם אם הוא כן, "עשוי להיות זמני, סובייקטיבי ואפילו אימפולסיבי".<sup>290</sup> כמו כן, בפסק דין אחר לא ניתן משקל לרצון שהוגדר כ"העדפה

286 לדוגמה על ידי רחצה במקום שבו נהוגות שעות נפרדות לרחצה לגברים.

287 תמ"ש 6330/05, לעיל ה"ש 269.

288 לעיל ה"ש 126.

289 תמ"ש (משפחה י-ם) 21877/01 **שמעון גרמן פקיד סעד נ' לי מ' ש'**, תק-מש 497 (2) 06 (2006).

290 תמ"ש 3382/02, לעיל ה"ש 211. בדומה, נאמר בפסק הדין תמ"ש 13560/05, לעיל ה"ש 211, שרצון יכול להיות רגעי או מתמשך.

סתם".<sup>291</sup> נראה לנו, שהתבטאויות כגון אלה, שנוטות לפסול את רצון הילד, הינן בעייתיות במיוחד כאשר השופט לא שמע את הילד ישירות.

מצאנו שני מקרים בלבד שבהם אפיוני הרצון דווקא העלו את המשקל שניתן לו. במקרה אחד,<sup>292</sup> שבו דובר בילדה בת 12 שהתנגדה ללינה אצל אביה, התחשב בית המשפט, בין היתר, בפרק הזמן הממושך (שנתיים), שבו החזיקה בדעה זו, אך דבקה בהסדרי ראייה ללא לינה. כמו כן, במקרה השני,<sup>293</sup> העובדה שהנערה בת ה-13 הביעה רצון ברור לעבור לבית סבה באופן עקבי במשך ארבע שנים, הפכה את רצונה לגורם מכריע. יש לקוות ששופטים אחרים יאמצו גישה חיובית זו ויחפשו לא רק אפיונים שפוסלים את רצון הילד, אלא גם כאלה שנותנים לו משנה תוקף. אולי נכון יהיה לחבר רשימה של אפיונים שישפיעו על המשקל שניתן לרצון הילד, על מנת לעזור לשופטים להעריך את הרצון וליצור עקביות בקרב השופטים השונים בעניין שהינו סובייקטיבי עד מאוד.

#### 4. טובת הילד

המתח בין טובת הילד לבין רצונו מוזכר לא מעט בפסיקה.<sup>294</sup> רוב השופטים מאמצים את הגישה המאוחרת יותר של בית המשפט העליון,<sup>295</sup> שעל פיה רצון הילד אינו חוות הכול, אלא רק רכיב אחד בקביעת טובתו. לכן, שעה שרצון הילד נוגד את טובתו, יש להעדיף את טובתו.

בוודאי קל יותר לכבד את רצון הילד כאשר מדובר בשני הורים טובים לילד<sup>296</sup> או כאשר בחירתו תואמת את חוות דעתו של המומחה,<sup>297</sup> מאשר במצב שבו הילד בוחר בהורה שלכאורה חסר מסוגלות הורית, או שבחירתו נוגדת את חוות דעת המומחה. נראה לנו, שהמבחן האמיתי של המשקל שניתן לרצון הילד, הינו ההתייחסות לרצון הקטין במצבים כאלה. אין מדובר רק בתוצאה הסופית, אלא גם ביחסו של בית המשפט לרצון הילד. ברוב המקרים, שבהם עלה קונפליקט בין רצון הילד לבין טובתו במדגם

291 בש"א (משפחה חד') 942/06 פ.פ.א. נ' פ.א., תק-מש (4) 412 (2006).

292 תמ"ש 13560/05, לעיל ה"ש 211.

293 תמ"ש 15030/02, לעיל ה"ש 272.

294 לדוגמה, תמ"ש 3382/02, לעיל ה"ש 211; תמ"ש 8622/05, לעיל ה"ש 282; תמ"ש 7760/96, לעיל ה"ש 283.

295 לדוגמה, ע"א 740/87, לעיל ה"ש 123.

296 לדוגמה, תמ"ש 13560/05, לעיל ה"ש 211.

297 לדוגמה, תמ"ש (משפחה ת"א) 26530/04 פלוני נ' אלמוני, תק-מש (1) 420 (2007); תמ"ש 7761/01, לעיל ה"ש 212. ראו גם מחקר באנגליה המצביע על התחשבות בדעות של ילדים "פחות גדולים", כאשר הדעות עלו בקנה אחד עם מסקנות חוות הדעת של מומחה, אך התעלמות מדעות אלה כאשר הן לא עלו בקנה אחד עם הראיות האחרות (May & Smart, לעיל ה"ש 47).

של המחקר הנוכחי, רצון הילד נתפש כלא עצמאי וכפרי הסתה.<sup>298</sup> לפיכך, לא היה צורך להתמודד עם המתח או להסביר מדוע הילד רצה בדבר שאינו לטובתו. כמו כן, כפי שהוזכר לעיל, בשני מקרים,<sup>299</sup> השופטת אלון הזמינה חוות דעת פסיכולוגית על מנת לאמוד את רצונם האמיתי של הילדים. יחד עם זאת, ניצלה השופטת את ההזדמנות להרחיב את הדיבור בתורתה, שלפיה, רצון הילד הינו מרכיב חשוב בהחלטת בית המשפט, אבל אינו חזות הכול, ואף הביאה נימוקים נגד ההכרעה לפי רצון הילדים. בשני המקרים ציינה השופטת שלא יהא ראוי להטיל על כתפיהם של הילדים מעמסה של קביעת הסדרי הראייה, מקומם והיקפם. באחד המקרים,<sup>300</sup> הביאה השופטת את דעתה של פקידת הסעד שסירוב הילדה (בת 10.5) להיפגש עם האב מחוץ לביתה, נבע מהאשליה שדרך זו תגרום לאיחוד המשפחה. עם כל הכבוד, קשה להעריך את המשקל שיש לייחס לנימוקים אלה, שעה שהשופטת לא התרשמה ישירות מהילדים לגבי דעותיהם בעניין הסדרי הראייה והנימוקים להן.<sup>301</sup> טוב שהשופטת לא הגיעה להכרעה סופית בשלב זה והזמינה חוות דעת פסיכולוגית, אך ספק אם חוות הדעת מהווה תחליף מלא לפגישה ישירה עם מקבל החלטה.<sup>302</sup>

במקרים אלה גם לא הייתה התייחסות כלשהי לתגובתו האפשרית של הילד לאי כיבוד רצונו. בעניין זה, יש להשוות את דבריה של אותה שופטת בפסק דין מאוחר יותר<sup>303</sup> לגבי הקושי והסכנה בשבירת רצונו של ילד גדול (מדובר בגיל 12) בכוח, באמצעות צו בית משפט.<sup>304</sup> במקרים של התנגדות להסדרי ראייה מוצעים, יש לשאול אם ביקורים "מרצון" בהיקף מצומצם יותר יהיו יעילים מבחינת טיב הקשר עם ההורה יותר מאשר ביקורים במתכונת רחבה יותר "בכפייה". גם בעניין זה קיימת חשיבות להתרשמות בלתי אמצעית מהילד על ידי השופט.

298 לדוגמה, תמ"ש 7760/96, לעיל ה"ש 283; תמ"ש 14850/04, לעיל ה"ש 283; תמ"ש 1252/99, לעיל ה"ש 283; בדומה, בבש"א 942/06, לעיל ה"ש 291, נקבע שרצונה המילולי של הקטינה נותן תשובה לכפל האמוציות בו היא נתונה, אך לא בהכרח מבטא את טובתה.

299 תמ"ש 8622/05, לעיל ה"ש 282; תמ"ש 3382/02, לעיל ה"ש 211.

300 תמ"ש 8622/05, לעיל ה"ש 282.

301 על אף התייחסותה המפורשת לזכות הילד להשתתפות שנקבעה באמנת האו"ם.

302 ראו חלק ב.2 לעיל.

303 תמ"ש 13560/05, לעיל ה"ש 211. במקרה זה, נקבע שסירוב הבת ללון אצל האב שיקפה את טובתה. מפסק הדין עולה שהקביעה בעניין טובתה נגזרה מהמשקל הכבד שניתן לרצונה יחד עם העובדה ששני ההורים הסכימו שטובת הילדה דורשת כיבוד רצונה.

304 ראו גם הפנייתה של השופטת בפסק הדין תמ"ש 15030/02, לעיל ה"ש 272, לדבריה של השופטת רוטלוי בעניין מורן, לעיל ה"ש 53, לגבי הסכנה שילד גדול יסכל החלטה שנוגדת את רצונו. כן, ראו התייחסות בפסק הדין תמ"ש (משפחה אשרד) 4667/98 פלוני נ' אלמונית, (לא פורסם, 25.9.2006), (ראו באתר נבו), לעניין חוסר האפשרות להעביר משמורת של ילדה בת 14 נגד רצונה.

לפיכך, לדעתנו, מקרים אלה מדגימים את הצורך בשמיעה ישירה ובדיון מעמיק במשקל שראוי לתת לרצון הילד, כאשר מתעוררת השאלה אם רצון זה נוגד את טובתו. אין לקבוע שרצון הילד נוגד את טובתו ללא ראיות ברורות ומשכנעות לכך שכיבוד רצונו של הילד אכן יגרום לו נזק ממשי ובלתי הפיך, והנזק הזה יעלה על הנזק שייגרם לו אם רצונו לא יכובד.

### **ב. במקרים הנדונים על פי חוק אמנת האג**

נושא המשקל שיש לייחס לרצון הילד נדון בשנים האחרונות בפסיקת ערכאות ערעור בהקשר של אמנת האג, יותר מאשר בהקשר של סכסוכי משמורת. הסיבה לכך עשויה להיות שהשופט בהליך המשמורת אינו חייב לתת החלטה חד משמעית באשר לבגרות הילד ולטיב התנגדותו, שכן נושאים אלה הם ממילא חלק מהשיקולים בקביעת טובת הילד. מצד שני, במקרי חטיפה לפי האמנה, שבהם נטען כי קיים חריג של התנגדות הילד, חייב בית המשפט להחליט אם החריג מתקיים. לכן, בתי משפט בישראל ובחור<sup>305</sup> ל"הציבו תנאים הנוגעים לילד ולטיב רצונו, שחייבים להתמלא כדי להוכיח את קיומו של החריג. עוד הסבר נעוץ במספר הגבוה יחסית של ערעורים במקרים של חטיפה, בגלל גורליות ההחלטה.

כפי שצינו לעיל, יש להיזהר בהסקת מסקנות כלליות לגבי המשקל שניתן לרצון הילד במקרים שנדונו על פי אמנת האג. במיוחד יש לזכור שבהליכים על פי אמנת האג, בית המשפט מעוניין לא רק בילד הספציפי, אלא גם בקיום תכלית האמנה שהיא החזרת ילדים חטופים.<sup>306</sup> יחד עם זאת, בוודאי ניתן ללמוד מהפסיקה, על פי אמנת האג, אודות תפישת השופטים לגבי הקריטריונים הרלוונטיים בקביעת המשקל שיש לייחס לרצון הילד.

כיוון שלכאורה המטרות העיקריות של אמנת האג הינן להחזיר ילדים חטופים אלתור, ולהרתיע חטיפת-ילדים בינלאומית, מתעוררת השאלה אם לגיטימי לפגוע בזכויות הילד האינדיווידואלי כדי לקדם את מטרות האמנה. מחברת מאמר זה הביעה את הדעה שיש להעדיף את זכויות הילד ושפרשנות רחבה יותר של חריג התנגדות

305 ראו לדוגמה, פסק הדין המנחה באנגליה, [1995] 1 *Re R (Child Abduction: Acquiescence)*, F.L.R. 716.

306 השופטת פרוקצ'יה מתייחסת לשוני זה בפרשה האיטלקית (עליון), לעיל ה"ש 48, בפס' 16.

הילד לא תערער את האמנה.<sup>307</sup> שופטים אחדים בישראל<sup>308</sup> ובמדינות אחרות<sup>309</sup> הביעו דעות דומות.

אולם, השקפת בית המשפט העליון בישראל, שהובעה כמה פעמים בשנתיים האחרונות, היא, שחריג התנגדות הילד חייב להיות מפורש באופן מצמצם ושרק במקרים יוצאי דופן תמנע התנגדות הילד את החזרתו על פי האמנה. גישה זו מצאה ביטוי בתוצאות המקרים במדגם שלנו. מתוך ארבעה מקרים, שבהם הביעו הילדים התנגדות לחזור למדינת המקור, בשני מקרים (הפרשה האיטלקית והפרשה ההולנדית) קבע בית המשפט לענייני המשפחה שקיים חריג בדבר התנגדות הילד ושהילד אינו חייב לחזור. אולם, שתי החלטות אלה נהפכו על פיהן בערעור. בסופו של דבר, רצונו של הילד לא כובד בשום מקרה.

הגישה המצמצמת של בית המשפט העליון באה לידי ביטוי גם בקביעתם וביישומם של שלושה תנאים להתקיימות החריג של התנגדות הילד.<sup>310</sup> מצאנו לנכון לדון בתנאים האלה בפירוט, משום שבפועל הם מצוטטים ומיושמים על ידי בתי המשפט לענייני משפחה במקרים הנדונים על פי אמנת האג ואפילו, כפי שהזכרנו לעיל,<sup>311</sup> במקרים אחרים.

#### 1. התנאי הראשון: גיל ובגרות

הילד הגיע לגיל ולרמת בגרות שבהם מן הראוי להביא בחשבון את השקפותיו. בעוד שאין ספק בדבר התנאי שמופיע בסעיף 13(ב) סיפא עצמו, יש מרחב רב לפרשנות ביישומו של התנאי. שופטים במדינות מסוימות קבעו כי אפילו ילדים צעירים ייחשבו

307 ראו מאמרינו בעניין חטיפת ילדים: שזו, לעיל ה"ש 103, בעמ' 490-491.

308 לדוגמה, השופטת נילי מימון בפסק הדין תמ"ש 430/01 פלונית נ' פלוני (לא פורסם), (ראו שוחטמן, לעיל ה"ש 30, בעמ' 580-581 (ה"ש 126 שם)), קבעה שיש לפרש את אמנת האג בדבר חטיפת ילדים בהרמוניה עם האמנה בדבר זכויות הילד וכי ס' 13(ב) סיפא "שנותן משקל לרצון של ילד חטוף שהביע דעתו, לא צריך להיות מפורש באופן מצומצם, אלא להיפך". ראו גם לאחרונה פסק דינו של השופט יעקב כהן בפסק הדין תמ"ש 14140/07, לעיל ה"ש 235, בפסקה 28.ג., שמתיהס ל"מגמה של כיבוד רצון הילד" באמנה בדבר זכויות הילד וב"פיילוט", ומביע את הדעה כי "מן הראוי כי כיבוד האינטרס של רצון הילד, ישליך על כל עיסוק בעניינו של קטין במדינת ישראל, לרבות מכח האמנה נשוא תיק זה".

309 ראו גם כן את דעתו של Ward LJ בבית המשפט לערעורים האנגלי בפסק הדין בעניין *Re T* (abduction: child's objections to return), [2000] 2 F.L.R. 192.

310 התנאים הוצעו על ידי השופטת פורקציה בפרשה האיטלקית (עליון), לעיל ה"ש 48, ואומצו, בין היתר, בפרשה ההולנדית (עליון), לעיל ה"ש 264, בפרשה הבלגית (מחוזי: סיבוב שני), ובפרשה הבלגית (עליון: סיבוב שני), ולאחרונה גם בפסק הדין תמ"ש 14550/08, לעיל ה"ש 266.

311 חלק ג.א.1 לעיל.

בוגרים כיוון שהם מסוגלים לקבל החלטות בקשר לפעילויות בשעות הפנאי שלהם<sup>312</sup> ואילו שופטים במדינות אחרות קבעו מבחנים קפדניים,<sup>313</sup> שמבוגרים רבים לא היו עומדים בהם.<sup>314</sup> בית המשפט העליון הישראלי, בכמה החלטות, אימץ את הגישה הנוקשה יותר.

לדוגמה, בפרשה ההולנדית,<sup>315</sup> נקבע בקשר לילדים בני 10 ו-12, שרמה משכנעת של הוכחה נדרשת כדי להראות שיש לילדים יכולת לשקול את כל השיקולים והאיזונים ולהביא בחשבון את מכלול ההשלכות המשפחתיות, התרבותיות והאחרות העשויות לנבוע מהתנגדותם לחזור להולנד. המשיבה לא הצליחה לספק רמת הוכחה זו.

בדומה לכך, בפרשה האיטלקית,<sup>316</sup> נסמך בית המשפט העליון על דעת הפסיכולוגית שאף על פי שהילדים, בגילאים 11 ו-13, הם בוגרים ומפותחים לגילם, מבחינה מנטלית ופיסית, הרושם המתקבל הוא כי הם בעלי תובנה חלקית וכי הראייה שלהם הייתה רק לטווח קצר בלבד. לדעתה, העובדה שהילדים לא היו מסוגלים להבין שפרידה מאמם עלולה לגרום להם נזק בטווח הרחוק, מעידה על טעות בשיפוט. בעוד שטעות כזו הינה שכיחה לגבי ילדים בגילם, רצונם עדיין נתפש כטעות בשיפוט על ידי אנשים מבוגרים. עם כל הכבוד, גישה זו הינה פטרנליסטית מאוד וחותרת באופן ניכר תחת זכויות הילד להשתתף בקבלת ההחלטה. זאת – משום שהילד נחשב בוגר במידה מספקת רק אם רצונותיו עולים בקנה אחד עם תפישתם של המבוגרים (המומחה והשופט) באשר להחלטה הראויה. נוסף לכך, לכאורה, גישה נוקשה זו מרוקנת כמעט מתוכן את החריג של התנגדות הילד על פי אמנת האג.<sup>317</sup>

312 ראו לדוגמה את המקרה הגרמני הידוע כ-"The Lady Meyer Case" שדון בהרחבה ב-Barbara Bevando Sobal & William M. Hilton, *Article 13(b) of the Hague Convention Treaty: Does It Create a Loophole for Parental Alienation Syndrome – an Insidious Abduction?* 35 INT'L LAW 997 (2001).

313 לדוגמה, בעניין [1994] 1 F.L.R. 819, 827, *Re S (Abduction: Acquiescence)*, דרש Waite LJ שדעות הילד יהיו מבוססות על "the discernment which a mature child brings to the question's implications for his or her own best interests in the long and short term".

314 ראו Marilyn Freeman, *The Hague Child Abduction Convention – an Uneven Playing Field part I – The Voice of the Child in Hague Convention Proceedings*, in CONTEMPORARY ISSUES CONCERNING INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION AND THE HAGUE CHILD ABDUCTION CONVENTION 24, 34 (Marilyn Freeman ed., 2002).

315 הפרשה ההולנדית (עליון), לעיל ה"ש 264, בפיסקה ד.2. לפסק דינו של השופט אלון.

316 הפרשה האיטלקית (עליון), לעיל ה"ש 48, בפיסקה 18 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

317 יש להשוות את הגישה הליברלית יותר בפסק הדין הניו זילנדי – *Clarke v. Carson*, [1995] N.Z.F.L.R. 926, שם השופט היה סבור כי "the position at which it is right to take into account the view of children seems to me in the normal course to be the time when they are able to reason".

## 2. התנאי השני: גיבוש רצון עצמאי

כפי שציינו לעיל,<sup>318</sup> אין עוררין על כך שהאפשרות לשתף את הילדים בהליכים הנוגעים לעתידם, פותחת דלת להשפעה מצד ההורים ובני משפחה אחרים,<sup>319</sup> ושוה "לא מכבד את זכויות הילדים להישמע, אם הם מופעלים רק כדוברים של המבוגרים".<sup>320</sup> הקושי, אפוא, הוא בקביעה במקרה הספציפי באיזו מידה מביע הילד את דעותיו העצמאיות ובאיזו מידה הוא חוזר על הדעות ששמע מהמבוגרים סביבו. בית המשפט העליון הישראלי נקט גישה פטרנליסטית גם בעניין זה. לדוגמה, בשני מקרים, פסל בית המשפט למעשה את הדעות שהביע הילד, מן הטעם שקשה להפריד את רצונות הילד מההשפעה הבלתי נמנעת עליו מצד האם החוטפת, כיוון שהילד היה במשמורתה הבלעדית במשך תקופה ארוכה, אף על פי ששום הסתה או ניסיון מכוון להשפעה על הילדים לא הוכחו.<sup>321</sup> עם כל הכבוד, יש פגם לוגי בנימוק זה. בעוד שיש אמת בעובדה שלילד, ששהה במשמורתו הבלעדית של החוטף במדינת המקלט במשך תקופה ארוכה, יש פוטנציאל רב יותר להיות מושפע מהחוטף, עובדה זו גם מהווה הסבר אובייקטיבי והגיוני להתנגדות הילד לחזור למדינת המקור, לפחות במצב שבו הוא השתלב מבחינה חברתית וחינוכית במדינת המקלט. לכן, ההנחה שדעות הילד הן תוצר של השפעה, אינה נותנת משקל ראוי לרצונות הילד.<sup>322</sup>

דוגמה נוספת של גישה פטרנליסטית זו מובאת בשני מקרים, שבהם בית המשפט העליון סבר, בין היתר, שדעות הילדים לא היו עצמאיות משום שהם "סונוורו" על ידי פינוק והטבות חומריות שקיבלו ממשפחתו של ההורה החוטף.<sup>323</sup> עם כל הכבוד, כפי

ראו גם כן את הגישה הפחות פטרנליסטית של Wall LJ בבית המשפט לערעורים באנגליה בפסק הדין *Re T*, לעיל ה"ש 309, שאמר: "a child may be mature enough for it to be appropriate for her views to be taken into account even though she may not have gained that level of maturity that she is fully emancipated from parental dependence and can claim autonomy of decision making".

318 בחלק ב.א.3.2 לעיל.

319 ראו Comments of the US Government on Preliminary Document No. 6, in Proceedings of the 14th Session of the Hague Conference on Private International Law, Oct. 1980, Vol. III at p. 143.

320 על פי השופט Clarkson בפס"ד הניו זילנדי: [2002] N.Z.F.L.R. 927. *Winters v. Cowen*.

321 הפרשה ההולנדית (עליון), לעיל ה"ש 264, והפרשה הבלגית (מחוי: סיכוב שני), לעיל ה"ש 48. ראו דיון לעיל בחלק ב.א.3.2. יש להשוות את גישתו של השופט Miller בפסק הדין האמריקני *In Re Robinson*, 983 F. Supp. 1339, 1343 (D. Colo. 1997). שאמר: "It is unrealistic, indeed inhuman, to expect a caring parent not to influence the child's preference. Accepting that there will be some influence, the question really becomes when it is undue".

323 הפרשה האיטלקית (עליון), לעיל ה"ש 48, בפסקה 19 וכן בפסק הדין רע"א 3052/99 ד.ש. נ' א.ש., תק-על-99(2) 1129, בפס' 4 (1999).



משפחה במשפט ב התשס"ט זכות הילד להשתתפות: בין תיאוריה לבין הלכה למעשה  
בבתי המשפט לענייני משפחה

שצוין על ידי שופט הערכאה הראשונה, באחד המקרים: "ייחוס אוטומטי של השקפת  
הקטין להשפעה שיש לכך שהוא זוכה לתשומת לב רבה מצד משפחת ההורה החוטף...  
הופך את זכות הקטין להתחשבות בעמדתו לחסרת טעם".<sup>324</sup>

### 3. התנאי השלישי: רצון בעל עוצמה של ממש

תנאי זה מוסיף, בבירור, על הדרישות הכתובות בסעיף 13(ב) סיפא עצמו, ואינו עולה  
בקנה אחד עם הפסיקה הזרה.<sup>325</sup> לדוגמה, בית המשפט האנגלי לערעורים סבר שאין  
סיבה להוסיף פרשנות למילות סעיף 13(ב) (סיפא).<sup>326</sup> פסק דין מניו-זילנד דחה באופן  
חד-משמעי, כל דרישה לכך שההתנגדות תהא איתנה במיוחד.<sup>327</sup> זאת ועוד, דעתו של  
בית המשפט העליון, שרצונות הילד החטוף שנמצא במצב של קונפליקט אינם בני  
התחשבות,<sup>328</sup> הינה בעייתית. בדרך כלל, ילדים, במקרה של חטיפה, נמצאים במצב של  
קונפליקט. אפילו כשהם בטוחים לחלוטין שהם אינם רוצים לחזור, סביר להניח, שהם  
מציגים כמה סימנים לגעגועים להורה הנחטף, למשפחה, ולחברים במדינת המקור. אין  
לפרש סימנים אלה, באופן אוטומטי, כראיה לאמביוולנטיות או לכך שרצון הילד אינו  
איתן די הצורך.<sup>329</sup> לילד יש זכות שיינתן משקל ראוי לכל דעותיו ולא רק לאלה  
המובעות בחוזק רב.

324 על פי השופט אסולין בפרשה האיטלקית (משפחה), לעיל ה"ש 48, בפס' 13.  
325 יש לציין שאין בסיס באמנה או בפסיקה בארץ או בחו"ל לדעה שהביע השופט צבי ויצמן בפסק  
הדין תמ"ש 14550/08, לעיל ה"ש 266, בפס' 32, שלפיה על רצון הילד "להיות תואם את טובת  
הקטין באופן אובייקטיבי" ושיש "להוכיח נזק משמעותי שעלול להיגרם לקטין כתוצאה מהמרת  
רצונו". אמת נכון הדבר שאם חריג רצון הילד מתקיים, על בית המשפט להתחשב בטובת הילד  
בהפעלת שיקול דעתו בשאלה אם להחזיר את הילד או לא אך המצב שונה לגמרי מפסילה גורפת  
של רצון הילד שאינו תואם את טובתו בעיני השופט.

326 ראו לדוגמה: *In Re S. (a Minor) (Abduction: Custody Rights)*, [1993] Fam 242, 50.  
שם נדחתה הדעה שהובעה בפסק הדין *Re R (A Minor: Abduction)*, [1992] 1 F.L.R. 105.  
שלצורך התקיימות החריג בסעיף 13(ב) סיפא נדרשת "strength of feeling which goes beyond  
the usual ascertainment of the wishes of the child in a custody dispute"

327 *Ryding v. Turvey*, [1998] N.Z.F.L.R. 313.  
328 *De L v. Director-General, NSW Department of Community Services*, (1996) F.L.C. 92-706.  
329 *Re F (Hague Convention: Child's Objections)*, (2006) 36 F.L.R. 183.

328 הפרשה האיטלקית (עליון), לעיל ה"ש 48.  
329 הבעייתיות שבהערכת חוזק ההתנגדות מצאה ביטוי בפרשה אנגלית. השופטת קבעה כי חריג לא  
התקיים כיוון ש- "... are not the real strength of her objections, the reasons for them ...  
"enough to set against the policy of the Convention (Abduction: Children's) *Re H.B.* [1997] 1 F.L.R. 392, 400.  
(Objections). אולם, מהמשך הפרשה עולה שהערכה זו הייתה מוטעית. הילדה מיחתה באופן אלים במטוס עד שהיה צורך להוריד אותה. לבסוף, קבע בית

כפי שצוין על ידי השופט של הערכאה הראשונה בפרשה האיטלקית: "הצורך לתור אחר עוצמת התנגדות חזקה של הקטין לשוב למדינה ממנה הוא נחטף, הופך את זכות הקטין להתחשבות בעמדתו לחסרת טעם".<sup>330</sup>

## ד. סיכום

### 1. בעניין הזכות להשתתפות

התחלנו את חלק ב' בדיון ברציונלים העומדים בבסיס הזכות להשתתפות שמעוגנת בסעיף 12 של האמנה בדבר זכויות הילד. דיון זה שימש כבסיס הן לבחינה התיאורטית של היקף הזכות ושל הדרך הנכונה לממש אותה<sup>331</sup> והן לדיון במצב הנוכחי, הלכה למעשה.<sup>332</sup> נוכחנו לדעת שהזכות להשתתפות נגזרת מהזכות לכבוד, ושיתוף הילדים בהחלטות הנוגעות להם, בהתאם לכישוריהם המתפתחים, מחזק את מעמדם ותורם להתפתחותם התקינה. כן ראינו שעל פי מחקר אמפירי, הילדים מעוניינים ומסוגלים להשתתף בהליך קבלת ההחלטות בעניינם. נוסף לכך, הסברנו ששני המרכיבים של הזכות להשתתפות הינם עצמאיים וכי זכות הילד להישמע אינה תלויה במידת המשקל שניתן לדעותיו בקבלת ההחלטה הסופית. הדיון בהמשך המאמר גרס הבחנה ברורה בין שמיעת הילד לבין המשקל שמוחס לרצונו.

### 2. בעניין שמיעת הילד

דיננו באשר לטיעונים בעד שמיעה ישירה ונגדה,<sup>333</sup> מצביע באופן ברור על כך שבדרך כלל זכות ההשתתפות של ילד, שמסוגל להביע דעה, תתממש בדרך הטובה ביותר על ידי שמיעה ישירה. לפיכך, יש לתת לכל ילד כזה, שעניינו נדון בהליך משפטי, את ההזדמנות להיפגש עם השופט, אלא אם כן קיימות ראיות ברורות לכך שהפגיעה שתיגרם לזכויותיו על ידי שמיעה ישירה עולה על הפגיעה שתיגרם לזכויותיו אם לא תינתן לו ההזדמנות לשוחח עם השופט. דעה זו עולה בקנה אחד עם המלצותיה של ועדת המשנה של ועדת רוטלוי בנושא הילד ומשפחתו. כן עולה מהמלצתה של ועדה המשנה כי, במקרים שבהם הילד אינו מעוניין בשמיעה ישירה או שאין היא מתאימה,

המשפט שהיא רשאית להישאר באנגליה (no. ) Re H.B. (abduction: Children's Objections) [1998] 1 F.L.R 564 (2).

330 על פי השופט אסולין בפרשה האיטלקית (משפחה), לעיל ה"ש 48, בפס' 11.

331 כאמור בחלק ב.

332 כאמור בחלק ג.

333 כאמור בחלק ב.2.

קיים מגוון של דרכים יצירתיות שבהן ניתן לשמוע את הילד בדרך מותאמת לגילו ולצרכיו. לפיכך, לעתים, אין צורך לסמוך אך ורק על חוות דעת של מומחה בעניין רצון הילד.

סקירת הפסיקה במדגם מגלה, שבסכסוכים בעניין משמורת והסדרי ראייה, שופטים שומעים ילדים מעל גיל 12 במחצית מהמקרים, ובהליכים על פי אמנת האג – נשמעו ילדים מעל גיל 9 ב-75% מהמקרים.

יש לקוות שפסק הדין המנחה של השופט ארבל בפרשה הבלגית מאוגוסט 2007,<sup>334</sup> שבו פורטה החשיבות שבשמיעה ישירה ונקבע שיש לשמוע באופן ישיר ילד חטוף בן 8, תוביל לעלייה ניכרת במקרים שבהם נשמעים ילדים ישירות על ידי השופטים, הן בסכסוכי משמורת והסדרי ראייה והן בהליכים על פי אמנת האג.

ראינו שהפיילוט בעניין שמיעת ילדים, המתנהל בשני בתי המשפט לענייני משפחה, אמור לכאורה להוביל לשמיעה ישירה במרבית התיקים, שבהם מדובר בילד מעל גיל שש. ייתכן שהסדרים טכניים, כגון הזמנת הילד באמצעות ההורים והצורך שהילד יגיע פעמיים כדי להיפגש עם שופט, מפחיתים את מספר המקרים שבהם נשמע הילד ישירות. אם המחקר שמלווה את הפיילוט יאמת השערה זו, יש לתור אחר פתרונות מעשיים. כמו כן, חשוב לבדוק ששופטי בתי המשפט לענייני משפחה יקבלו הכשרה מספקת, בין היתר בנושא עולמם של ילדים ומתבגרים בכלל – וילדי גירושין, בפרט – ובאסטרטגיות ליצירת קשר עם ילדים במהלך פגישה קצרה.

עוד הסברנו שההיבט המהפכני ביותר של הפיילוט הינו התניית מתן האישור להסכם גירושין, שכולל סידורים לילדים, בכך שההורים ישתפו את ילדיהם בתהליך עריכת ההסכם. הבענו תקווה שהמחקר המלווה את הפיילוט ישליך אור על השפעתו של תנאי זה בפועל. הצענו גם לשקול את האפשרות להקדים את המועד שבו תימסר ההודעה להורים אודות החשיבות שבשיתוף ילדים בעריכת הסכם, ולא להמתין עד הגשת הבקשה לאישור ההסכם.

ניתן לסכם ולומר, שעל אף שעדיין יש שופטים בבתי המשפט לענייני משפחה שלא הפנימו את החשיבות הנודעת לשמיעה ישירה של ילדים, קיימת מגמה ברורה וברוכה לשמוע ילדים בבתי המשפט לענייני משפחה, המסתמנת הן בפסיקה והן בחקיקה (התקנות החלות על הפיילוט). יש לקוות שהפיילוט יוכתר בהצלחה ושהוא יורחב במתכונת משופרת, לנוכח הלקחים שיופקו, לכל בתי המשפט לענייני משפחה ולכל העניינים הנוגעים לילדים. נראה לנו שזו התפתחות טבעית וחיונית במימוש החזון של בית משפט מקצועי לטיפול כולל בענייני משפחה.

334 הפרשה הבלגית (עליון: סיבוב ראשון), לעיל ה"ש 48.

### 3. בעניין המשקל שיש לייחס לרצון הקטין

טענו שהנוסח הכללי של "מתן משקל ראוי" לדעות הילד, המופיע באמנה בדבר זכויות הילד ושאומוץ על ידי ועדת המשנה, מעניק שיקול דעת רחב מדי לשופט ואינו מבטיח מימוש זכות הילד להשתתפות בהחלטות הנוגעות לו. לפיכך, הצענו שיש לאמץ נוסח המבהיר שיש לייחס משקל כבד לרצונות של ילדים מעל גיל מסוים, בלי שלילת מתן משקל ראוי לדעותיהם של ילדים מתחת לגיל הנבחר.

נוסף לכך, טענו שאין לפסול באופן גורף דעות של ילדים כאשר קיים ניכור או חשש להסתה, ויש לברוק עד איזו מידה מושפעות דעותיהם בפועל מהסתה. זאת ועוד, אין לפסול רצון של ילד רק משום שרצונו אינו תואם את טובתו בעיני השופט, אלא אם כיבוד רצונו של הילד עלול לגרום לו נזק ממשי ובלתי הפיך.

מבדיקת הפסיקה במדגם, עולה כי בענייני משמורת והסדרי ראייה, קיימת התייחסות לרצון הילדים בערך במחצית המקרים. אף על פי כן, ברוב המקרים לא ניתן משקל רב לרצון הילדים. במחצית המקרים, ניתנה ההכרעה בניגוד לרצון הילד. נראה לנו שממצאים אלה מצביעים על כך שלא ניתן משקל מספיק לרצון הילדים.<sup>335</sup> זאת ועוד, עיון בפסיקה מגלה נטייה מצד בתי המשפט להתייחס לאפיונים שמחלישים או שפוסלים את דעות הילדים, ורק לעתים רחוקות מוזכרים אפיונים שמחזקים את דעות הילד. במיוחד, ברוב המקרים שבהם היו סימנים של הסתה, לא נתן בית המשפט משקל כלל לרצונו של הילד והכריע בניגוד לרצונו ללא בדיקת המידה שבה דעתו הושפעה מההסתה. כמו כן, הדעה הרווחת בפסיקה הינה שטובת הילד גוברת על רצונו. בשום מקרה לא נערכה השוואה בין הנזק שייגרם לילד על ידי אי כיבוד רצונו אל מול הנזק שייגרם על ידי כיבוד רצונו.

לדעתנו, המשקל המועט, הניתן לרצון הילד ברוב המקרים, יחד עם חוסר העקביות בעניין, נותן משנה תוקף לצורך לעגן בחקיקה הנחיה בעניין, ואפילו לקבוע בה חזקה לגבי כיבוד רצונם של ילדים מעל גיל מסוים, דוגמת זו הנוהגת בחלק ממדינות סקנדינביה. ההנחיה יכולה לכלול רשימה של אפיונים רלוונטיים בהערכת המשקל שיש לתת לרצון הילד.

המצב במקרים על פי אמנת האג, חמור עוד יותר. התנאים הקפדניים שהציב בית המשפט העליון לקיום החרגי של התנגדות הילד, כמעט מרוקנים את החרגי מתוכן, ובוודאי אינם עולים בקנה אחד עם זכויות הילד שמשקל ראוי יינתן לדעותיו. לדעתנו, ניתן ליצוק תוכן לחרגי ללא ערעור מעמד האמנה.<sup>336</sup> לפיכך, יש לקוות שבית המשפט

335 השופטת רוטלוי קבעה שקבלת החלטה שאינה תואמת את הרצון שמביע הילד ללא מתן נימוק לכך, "יש בה כדי לאיין לחלוטין את מעמד העצמאי של זכויות קטינים להישמע ולהביע את רצונם" (ע"מ 3/98 א.ב. נ' י.ב., דינים מחוזי לב 578 (1998)).

336 שזו "זכויות ילדים חטופים", לעיל ה"ש 103; הברונית הייל בעניין *Re D*, לעיל ה"ש 72.

משפחה במשפט ב התשס"ט זכות הילד להשתתפות: בין תיאוריה לבין הלכה למעשה  
בבתי המשפט לענייני משפחה

העליון יבין את הטעות ויאמץ את הגישה המרחיבה יותר הרווחת בחלק מהפסיקה  
בערכאות הנמוכות.<sup>337</sup>

אולי השורה התחתונה של המחקר הינה שעל אף שבתי המשפט לענייני משפחה  
שומעים ילדים במספר גדל והולך, עדיין, לרוב, אין הם מקשיבים די הצורך  
לדעותיהם.<sup>338</sup> תקוותנו היא שמאמר זה יוביל להעלאת המודעות בעניין החשיבות  
והמשמעות הנודעות לזכות הילד להשתתפות בענייניו ולשיפור במימוש זכות זו.

337 ראו את פסקי הדין, לעיל ה"ש 272, וגם את פסק הדין החדש המוזכר בה"ש 308 לעיל.  
338 כנראה, יש עדיין מידה רבה של אמת בהערתו של המלומד הרט כי "children are undoubtedly  
the most photographed and least listened to members of society", ב-Roger A. Hart,  
CHILDREN'S PARTICIPATION: FROM TOKENISM TO CITIZENSHIP (Unicef Press, 1992)  
(צוטט ע"י Van Beuren, לעיל ה"ש 6, בעמ' 137).