

זכות הילד לייצוג נפרד בהליכים משפטיים העוסקים בחטיפה, הגירה ואימוץ

מאת

רונה שוז*^{*}

בשנים האחרונות אנו ערים לגידול מסיבי במספר התיקים בבתי המשפט לענייני משפחה ובתי המשפט לנוער, שבהם השופט ממנה אפוטרופוס לדין לייצג ילדים. מגמה זו משקפת, בין היתר, הכרה גוברת בכך שילדים זכאים לייצוג משפטי הולם בהליכים אזרחיים הנוגעים להם ובעובדה שלעיתים הוריהם אינם יכולים לספק להם ייצוג זה, לרוב בגלל ניגוד עניינים. עם זאת, עדיין יש תיקים רבים שבהם ילדים אינם מקבלים ייצוג נפרד.

הטענה העיקרית במאמר זה היא שקיימת חשיבות מיוחדת לייצוג נפרד בשלושה סוגים של תיקי משפחה: חטיפה, הגירה ואימוץ. תחילה, כרקע לבחינה פרטנית של כל אחד משלושת סוגי ההליכים, המאמר סוקר באופן כללי את הבסיס וההיקף של הזכות לייצוג נפרד ואת מורכבות תפקידו של מייצג הילד. לאחר מכן, כל סוג הליך נבחן באופן פרטני וכולל הסבר מפורט על אודות אופי ההליך והסיבה לכך שהדבר מגביר את הצורך בייצוג נפרד. כמו כן נדונים טיעונים בעד ונגד ייצוג נפרד באותו סוג של הליך, תוך התייחסות לפסיקה לצורך המחשת הטענות. לבסוף, קיים דיון קצר בעניין תפקידו של מייצג הילד, שבו מוצגות תובנות הנובעות מהפסיקה, בעיקר בהליכי אימוץ.

מסקנת המאמר היא שבשלושת סוגי ההליכים הנדונים, או לכל הפחות באלה שהם בעלי מאפיינים מוגדרים, ראוי להטיל על בית המשפט חובה למנות מייצג נפרד עבור הילד או למצער לשקול זאת בכובד ראש. לאור המספר המצומצם (באופן יחסי) של תיקים אלה, המלצה זו מציאותית וניתנת ליישום ללא צורך בחקיקה ראשית.

* פרופסור מן המניין, בית הספר למשפטים, המרכז האקדמי שערי מדע ומשפט. תודתי לד"ר תמר מורג ולעו"ד גילי שוז גוטמן על הערותיהן המועילות, ולעוזרת המחקר עו"ד נעמי כץ על עבודתה המסורה. למותר לציין שהדעות המובעות במאמר הן שלי בלבד.

א. מבוא

ב. זכות הילד לייצוג נפרד

1. בסיס הזכות
2. היקף הזכות
3. מודלים לזיהוי צורך בייצוג נפרד
4. תפקידו של מייצג הילד

ג. ייצוג נפרד בהליכים על פי חוק אמנת האג

1. אופיים של ההליכים בישראל על פי חוק אמנת האג
2. טיעונים בעד ייצוג נפרד בהליכים על פי חוק אמנת האג
 - (א) אופי הסכסוך
 - (ב) גישה למידע רלוונטי
 - (ג) ההשפעה השלילית של טענת החריגים על ידי ההורה החוטף
 - (ד) ייצוג הולם של רצונו של הילד
 - (ה) האפקטיביות של תנאי ההחזרה
 - (ו) ליווי הילד
 - (ז) הפעלת כוח
3. טיעונים נגד ייצוג נפרד בהליכים על פי חוק אמנת האג
 - (א) "אין צורך"
 - (ב) עיכובים
 - (ג) העברת מסר שגוי
4. סיכום ביניים – הליכים על פי חוק אמנת האג

ד. ייצוג נפרד בסכסוכי הגירה

1. אופיים של סכסוכי הגירה בישראל
2. טיעונים בעד ייצוג נפרד בסכסוכי הגירה
 - (א) אופי הסכסוך
 - (ב) גישה למידע רלוונטי
 - (ג) הערכת רצונותיו של הילד והפרספקטיבה שלו
 - (ד) ביקורת על חוות דעת מומחים
 - (ה) האפקטיביות של תנאי ההגירה
 - (ו) ליווי הילד
3. טיעונים נגד ייצוג נפרד במקרי הגירה
4. סיכום ביניים – תיקי הגירה

ה. ייצוג נפרד בהליכי אימוץ

1. אופיים של הליכי אימוץ בישראל
2. טיעונים בעד ייצוג נפרד בהליכי אימוץ
 - (א) חוסר יכולת של ההורים לייצג את הילדים בצורה נאמנה
 - (ב) הצורך במעורבות של גורם עצמאי נוסף
3. טיעונים נגד ייצוג נפרד בהליכי אימוץ
 - (א) המדינה מייצגת את הילד
 - (ב) עיכובים
 - (ג) אין פתרון אחר

4. סיכום ביניים – הליכי אימוץ

ו. תפקידו של האפוטרופוס לדין: לבטים העולים מהפסיקה

1. הערכת טובת הילד

2. נבדלות התפקיד של מייצג הילד

3. הצעות לשינוי

ז. סיכום ומסקנות

א. מבוא

בשנים האחרונות גברה ההכרה בכך שילדים זכאים לייצוג נאמן בהליכים אזרחיים הנוגעים להם, וכי על אף העיקרון הכללי שההורים הם המייצגים הטבעיים של ילדיהם, במצבים לא מעטים ההורים אינם יכולים לייצג את האינטרסים של ילדיהם בצורה מיטבית, ולכן קיים צורך למנות להם מייצג נפרד במקום הוריהם.¹ גורם חשוב בהעלאת המודעות לזכותו של הילד לייצוג הולם היה דוח ועדת המשנה של הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה בנושא ייצוג נפרד לילדים בהליכים אזרחיים בראשותה של ד"ר תמר מורג.² דוח זה מבוסס על ההכרה בילדים כנושאי זכויות, המעוגנת באמנת האו"ם בדבר זכויות הילד.³ אף על פי שהצעת החוק המצורפת לדוח ועדת המשנה לא נחקקה, בעשור האחרון יש גידול של ממש במספר המקרים שבהם שופטים בבתי המשפט לענייני משפחה ובבתי המשפט לנוער מפעילים את סמכותם למנות עורך דין שקיבל הכשרה בתחום של ייצוג ילדים כאפוטרופוס לדין,⁴ עבור קטינים בהליכים אזרחיים הנוגעים להם.⁵ הקמת היחידה לייצוג קטינים בתוך

1 ראו, למשל, את דבריה של הוועדה לזכויות הילד של האו"ם – U.N. Committee on the Rights of the Child, *General Comment No. 7: Implementing child rights in early childhood*, Distr. General CRC/C/GC/7/Rev.1, para. 13(a) (Sept. 20, 2006): "States parties are urged to make provisions for young children to be represented independently in all legal proceedings by someone who acts for the child's interests"

2 הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה דוח ועדת המשנה בנושא ייצוג נפרד לילדים בהליכים אזרחיים (משרד המשפטים 2003) (הוועדה תכונה להלן: ועדת המשנה; דוח הוועדה יכונה להלן: דוח ועדת המשנה).

3 אמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 1038, 221 (נפתחה לחתימה ב-1989) (להלן: אמנת זכויות הילד).

4 סמכותו של בית המשפט למנות אפוטרופוס לדין עבור קטין בהליכים הנוגעים אליו מעוגנת בחוקים שונים: ס' 68 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962; ס' 8 לחוק הנוער (טיפול והשגחה), התש"ך-1960 (להלן: חוק הנוער); ס' 23 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 (להלן: חוק האימוץ); ס' 128(ב) לחוק מידע גנטי, התשס"א-2000.

5 לדיון בעניין ההבדל בין אפוטרופוס לדין ובין עורך דין שמייצג את הילד, ראו להלן בטקסט שלידי ה"ש 73.

יחידת הסיוע המשפטי בכלל, והשקת הקמפיין "עורך דין מְשָׁלִי" בפרט,⁶ הובילו להרחבה ניכרת במספר המקרים שבהם ילדים מקבלים ייצוג עצמאי בבתי המשפט בישראל.⁷ עם זאת, ברוב רובם של הסכסוכים הנוגעים לילדים ואשר נדונים בבתי המשפט לענייני משפחה עדיין אין לילדים ייצוג עצמאי. זאת ועוד, ניכר כי לא שורר קונצנזוס הן בנוגע לשאלה באילו מקרים ראוי למנות לילד נציג עצמאי, הן בנוגע לחסרונות של מינוי ייצוג לילד והן בנוגע לתפקיד של האפוטרופוס לדין או עורך דין שמייצג את הילד.⁸

מאמר זה מתמקד בייצוג ילדים בשלושה סוגים ספציפיים של הליכים בעניינם – חטיפה, הגירה ואימוץ. יודגש כי **ברוח ועדת המשנה** אין התייחסות ספציפית להליכי חטיפה והגירה. אף על פי שהדוח כולל דיון והמלצות מפורשות בנוגע להליכי אימוץ,⁹ קיימת הצדקה לבחינה חוזרת של המקרים שבהם קיים צורך בייצוג נפרד בהליכי אימוץ ותפקידו של המייצג בהליכים אלה, בין היתר לאור ההתפתחויות שהתחוללו מאז כתיבת הדוח, לרבות פסקי דין מנחים ותיקון חוק האימוץ.

המאמר מתייחס לשלושה סוגי הליכים אשר המאפיין המשותף להם הוא שמדובר בהליכים העלולים לחרוץ את גורלו של הילד באופן בלתי הפיך, כפי שיוסבר להלן. בכך, שלושת סוגי הליכים אלו נבדלים מהליכים אזוריים אחרים הנוגעים לילדים, כגון קביעת משמורת, זמני שהות עם ההורים, מוסד חינוכי, העתקת מקום מגורים בתוך הארץ, והליכי נזקקות, שבהם לרוב ההכרעה איננה בלתי הפיכה. ודוק, אם ההסדר שנקבע אינו עולה יפה והמשכו אינו משרת את טובת הילד, ניתן לשוב לאותו בית המשפט ולעתור לשינוי.¹⁰ לעומת זאת, אם בית המשפט מאשר הגירת ילד לחו"ל או מורה על החזרתו למדינה שהיא מקום מגוריו הרגיל לאחר החטיפה, ככלל לא תהא לבית משפט זה עוד סמכות לשוב ולדון בענייניו של הקטין,¹¹ גם אם

6 ראו לידיה רבינוביץ' "עו"ד משלי": עורכי דין לילדים ככלי למיצוי זכויות ילדים ובני נוער בהשמה חוץ-ביתית" **חברה ורווחה** לו 237, 238–239 (2016).

7 בשנת 2021, נפתחו תיקי ייצוג עבור 6,293 קטינים, מתוכם 3,236 בהליכי משפחה (כולל אימוץ). בכל רגע נתון מיוצגים כ-13,000 ילדים. מדובר בעלייה גדולה מאוד בארבע השנים האחרונות (בשנת 2017 נפתחו תיקי ייצוג עבור 2,522, מתוכם 679 בהליכי משפחה). נתונים אלה התקבלו מאת עו"ד לידיה רבינוביץ', ממונה ארצית על ייצוג קטינים, האגף לסיוע משפטי, משרד המשפטים.

8 ראו דיון להלן בתת-פרק 3–4.

9 **דוח ועדת המשנה**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 83–92. יש לציין שוועדת גרוס לא עסקה בנושא של ייצוג ילדים והפנתה להסדר שמוצע **ברוח ועדת המשנה**. ראו דו"ח הוועדה לבחינת חוק אימוץ ילדים **התשמ"א-1981 והליכי אימוץ ילדים בישראל** 11, 36–37 (בראשות כב' השופט (בדימוס) יהושע גרוס 2016) (להלן: **דו"ח ועדת גרוס**).

10 גם אם לא תמיד יהיה אפשר לתקן נזק שנגרם לילדים כתוצאה של ההכרעה הראשונה.

11 ההשלכות לכך יוסברו להלן.

יתברר בדיעבד כי מדובר בהחלטה שגויה מבחינת טובתו של הילד.¹² באותו אופן, לאחר מתן צו אימוץ, אשר כמעט אין אפשרות לבטלו,¹³ לרוב יתקיים נתק מוחלט מההורים הביולוגיים, אשר ישפיע באופן בלתי הפיך על מהלך חייו של המאומץ. לא ניתן יהיה להחזיר את הגלגל לאחור גם אם בסופו של דבר האימוץ אינו עולה יפה או אם מתברר כי הנתק מההורים הביולוגיים אינו משרת את טובתו של הילד.¹⁴

ברי אפוא כי קיימת חשיבות מיוחדת במקרים של חטיפה, הגירה ואימוץ לשקול את הצורך בייצוג נפרד¹⁵ ולבחון היטב את תפקידו של האפוטרופוס לדין כדי להבטיח שהטענות המשרתים את האינטרסים של הילד, ולא רק את אלה של הוריו או של גורמים אחרים, יוצגו לבית המשפט בצורה מקצועית. יתרה מכך, מבחינה מעשית, ומכיוון שמדובר במספר מוגבל של מקרים,¹⁶ קיימת אפשרות למנות אפוטרופוס לדין באופן קבוע בהליכים אלה, או לפחות בחלק ניכר מהם, ללא צורך בהקצאת משאבים רבים מאוד לכך. אף על פי כן, נדמה כי אפשרות

- 12 מובן שאם בית המשפט אינו מורה על החזרת הילד או אינו מאשר הגירה, ההורה המבקש רשאי בשלב מאוחר יותר לפנות שוב לבית המשפט שיוכל לאשר הגירת הילד לחו"ל, אם הוא סבור שהדבר משרת את טובתו. ראו, למשל, את עניין (Re IS, [2015] EWHC 219 (Fam) (Eng.)) עניין (ש"ס 13/16) **היועץ המשפטי** מדובר במקרה שבו דחה השופט אלבו מבית המשפט לענייני משפחה בירושלים את בקשתה של אם להגר לאנגליה בשנת 2004, ואישר את הבקשה בשנת 2009 בכפוף לתנאים הכוללים המשך סמכות לבית המשפט בישראל. ואולם, מאוחר יותר דן בית המשפט באנגליה בעניין ושינה את התנאים. מיותר לציין שבשלב של ההחלטה בשאלה אם למנות ייצוג נפרד עבור הילד מלכתחילה לא יודעים מה תהיה ההכרעה ואם תהיה הפיכה אם לאו.
- 13 למעט במקרים נדירים ביותר. ראו ס' 19 לחוק האימוץ.
- 14 ואולם, ראו רעיון חדשני של השופט גביון בעניין אמ"ץ (משפחה ב"ש) 13/16 **היועץ המשפטי לממשלה נ' מ' (נבו 17.8.2017)** (להלן: עניין מ'), שלפיו ניתן לקבוע הסדר אימוץ דינמי עם אפשרות של קשר בין המאומץ להוריו הביולוגיים לאחר השתלבותו בביתם של ההורים המאמצים או כאשר הוא מגיע לגיל מסוים.
- 15 כדי למנוע ספק אבהיר כי אינני טוענת שייצוג במקרים אלה חשוב יותר מייצוג במקרים של נזקקות, שבהם לרוב גם קיים צורך בייצוג נפרד בגלל המאפיינים הייחודיים. לפירוט ראו את מאמרה של שירן רייכנברג "הזכות להשתתפות וחוק הנער (טיפול והשגחה): מבט ביקורתי" בדרך זה. כמו כן, בסכסוכי גירושין שבהם רמת הקונפליקט גבוהה קיים לעיתים צורך מובהק למנות אפוטרופוס לדין. ראו, למשל, תמ"ש (משפחה י-ם) 14-10-4833 **ל"ח נ' ב"ח** (נבו 29.9.2020), שבו ניתקו הילדים קשר עם האם בעקבות הסתה על ידי האב. למחקר מקיף בעניין ההשפעה של סכסוכים אלה על ילדים ראו חניטה קוישר וקרמית כץ "ילדים בתווך: פגיעה בקשר הורה-ילד בסכסוכי גירושין בעצימות גבוהה" **נקודת מפגש** 22, 8 (מכון חרוב 2022).
- 16 בשנת 2019 ניתן פסק דין ב-26 תיקים בעניין החזרת ילד חטוף על פי האמנה בדבר ההיבטים האזרחיים של חטיפת ילדים בינלאומית, כ"א 1026, 43 (נחתמה ב-1980, נכנסה לתוקף ב-1991) (להלן: אמנת האג). הנתונים מבוססים על מענה של הנהלת בתי המשפט לבקשת חופש מידע (להלן: 18.11.2020). אין נתונים רשמיים בעניין הגירה, אך חיפוש במאגרי הידע מעלה כי בין השנים 2010 ל-2018 פורסמו 21 הליכי הגירה. מאז שנת 2016 מתקיימים כשמונים אימוצים פנים-מדינתיים מדי שנה. ראו **ילדים בישראל: שנתון 2021** 75 (אריאל דוד עורך ראשי, המועצה הלאומית לשלום הילד בסיוע מכון חרוב 2021).

זו אינה ממומשת בפועל. אין נתונים בעניין מספרם של תיקי הגירה וחיטפה שבהם ממונה אפוטרופוס לדין, כיוון שתיקים אלה כלולים בקטגוריה של תיקי משפחה. באשר לתיקי חיטפה, מעיון בפסיקה שפורסמה עולה כי רק במקרים מעטים מאוד קיבלו הילדים ייצוג נפרד.¹⁷ בהקשר של תיקי הגירה, בפסיקה שפורסמה מונה אפוטרופוס לדין בפחות משליש מהמקרים,¹⁸ אולם קיימות ראיות למגמה של עלייה במינוי ייצוג נפרד במקרי הגירה בשנים האחרונות.¹⁹ בנוגע לאימוץ, הנתונים מעידים על שיפור בשנים האחרונות, אבל עדיין ממונה אפוטרופוס לדין בפחות ממחצית המקרים.²⁰

על אף המאפיינים המשותפים של שלושת סוגי ההליכים הנדונים במאמר זה, קיימים ביניהם הבדלים מהותיים. לכן, יחד עם טיעונים כלליים הנוגעים ליתרונות וחסרונות של ייצוג נפרד לילד, קיימים טיעונים ספציפיים רלוונטיים לכל אחד מסוגי ההליכים. המאמר בנוי לפיכך משלושה שלבים. בשלב הראשון (פרק ב) יידונו בקצרה טיעונים כלליים תאורטיים הנוגעים לבסיסה ולהיקפה של זכותו של הילד לייצוג נפרד ולאופי תפקידו של המייצג. בשלב השני (פרקים ג, ד, ה) יתקיים דיון נפרד בנוגע לכל אחד משלושת סוגי ההליכים, ובו יוצגו טיעונים ספציפיים לכל תחום, אגב התייחסות לפסיקה שממחישה את הצורך בייצוג נפרד בתחומים אלה. בשלב השלישי (פרק ו) יידונו הלבטים העולים מהפסיקה בנוגע לתפקידו של מייצג הילד, בעיקר בעניין האימוץ, ובסיפה (בפרק ז) יובאו מסקנות והמלצות.

17 מאז כניסתו לתוקף של חוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים), התשנ"א-1991 (להלן: חוק אמנת האג) פורסמו רק שני תיקי חיטפה שבהם מונה ייצוג נפרד במקרי חיטפה: ע"א 6327/94 פלונית נ' פלוני (נבו 1.12.1994); תמ"ש (משפחה ראשל"צ) 12720-06-17 מ"א נ' שמ"א (נבו 8.7.2017) (שהגיע בסופו של לבית המשפט העליון – ראו בע"מ 2499/18 פלוני נ' פלונית (נבו 14.5.2018)). ואולם, משיחה מיום 19.1.2023 עם הממונה ארצית לייצוג קטינים (כיום 29.1.2023) עולה כי אין ראיות מהשטח לשינוי במצב זה. עם זאת, אציין כי לאחר שיחה זו שמעתי על מינוי של אפוטרופוס לדין על ידי אותה שופטת בשני תיקי חיטפה, וביום עיון שהתקיים במרכז האקדמי שערי מדע ומשפט בחודש יולי 2019 הביע השופט צבי ויצמן, השופט הישראלי המתאם בעניין אמנת האג, תמיכה במינוי אפוטרופוס לדין בהליכים על פי חוק אמנת האג. ראו את הביקורת של בית המשפט המחוזי על כך שלא מונה אפוטרופוס לדין לייצג את הילדים במקרה של חיטפה – עמ"ש (מחוזי חי') 6426-07-21 ט' נ' ט', פס' 37 לפסק דינו של השופט ג'וסי ופס' 1 לפסק דינה של השופטת אטיאס (נבו 28.7.2021).

18 משנת 2010 ועד שנת 2018 מונה אפוטרופוס לדין עבור הילד רק בשישה הליכים מתוך 21 הליכי הגירה שפורסמו.

19 הקביעה מבוססת על שיחה מיום 19.1.2023 עם הממונה ארצית לייצוג קטינים. עם זאת, יש להביא בחשבון שרק חלק קטן מפסקי הדין האלה מפורסמים, והדיונים במרבית התיקים בנושא אורכים זמן רב, ולכן עשוי לחלוף זמן רב עד שהמגמה תבוא לידי ביטוי בפסיקה המפורסמת.

20 בשנת 2018 מונה אפוטרופוס לדין ב-34 מקרי אימוץ; בשנת 2019 ב-41 מקרים; בשנת 2020 ב-40 מקרים. בשנים אלה מספרי הילדים הישראלים שנמסרו לאימוץ היו 97 ו-97 בהתאמה. נתונים אלה התקבלו מעו"ד לידיה רבינוביץ', ממונה ארצית על ייצוג קטינים, האגף לסיוע משפטי, משרד המשפטים.

הסוגיה של ייצוג נפרד מתאימה מאוד לכרך לכבודו של ד"ר יצחק קדמן לרגל פרישתו מתפקיד מנכ"ל המועצה הלאומית לשלום הילד. ראשית, סוגיה זו מגלמת בתוכה את מהות פועלו של יצחק במשך שנים ארוכות למען שמיעת קולם של ילדים בעניינים הנוגעים להם, הן בתוך המשפחה והן מחוצה לה, במוסדות חינוך ובקהילה בכלל. מעבר לכך, יצחק הניע את הקמת פרויקט ייצוג ילדים במועצה לשלום הילד בשנת 1991, יוזמתה של ד"ר תמר מורג, והיה אחד הגורמים המרכזיים שעמדו מאחורי ההקמה.²¹ מדובר בפרויקט בין-תחומי פורץ דרך,²² שמעבר לסיוע שהעניק לילדים פרטניים במהלך השנים העלה את המודעות ליתרונות של ייצוג נפרד, הוביל לחקיקה שעיגנה את הזכות לייצוג נפרד בתחומים מסוימים²³ ושימש כבסיס להמלצות של ועדת המשנה.²⁴

ב. זכות הילד לייצוג נפרד

1. בסיס הזכות

בעוד זכותו של בעל הדין המבוגר לייצוג הולם בהליכים משפטיים מוכרת ברמה האוניברסלית כזכות אדם בסיסית,²⁵ הרי שכאשר הדבר נוגע לילד, באופן מסורתי זכות זו ממומשת באמצעות הוריו²⁶ ולרוב בהסתייעות בעורך דין הפועל על פי הנחיותיהם. עם זאת, התחזקות ההכרה בכך שלילדים זכויות עצמאיות נפרדות מזכויות הוריהם, בצירוף מודעות לכך שלעיתים ההורים אינם מסוגלים לייצג את האינטרסים של ילדיהם באופן נאות, בשל ניגודי עניינים או סיבות אחרות,²⁷ הובילו להכרה שללא ייצוג נפרד עלולות זכויותיהם של ילדים להיפגע

21 ד"ר מורג שימשה יועצת משפטית, מנהלת ומייסדת של מרכז הילד והמשפט במועצה הלאומית לשלום הילד.

22 לתיאור הפרויקט ראו ורד וינדמן ולימור סולומון "העצמת היחיד כפלטפורמה להעצמת הקבוצה: המקרים של ייצוג ילדים בהליכים אזרחיים וליווי ילדים נפגעי עבירה" **העצמה במשפט** 499 (משפט, חברה ותרבות, מימי אייזנשטדט וגיא מונדלק עורכים, 2008).

23 שם, בעמ' 530–532.

24 שם.

25 שרון פרימור "בשלה העת: ההכרה בייצוג ילדים בהליכים משפטיים הנוגעים בחייהם כזכות אדם של הילד" **זכויות הילד והמשפט הישראלי** 571, 573 (תמר מורג עורכת, 2010).

26 ההורים כאפוטרופסים של הילד מוסמכים לייצגו. ראו ס' 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

27 ראו U.N. Committee on the Rights of the Child, *General Comment No. 12: The Right of the Child to be Heard*, Distr. General CRC/C/GC/12, para. 36 (July 20, 2009): "[I]t must be stressed that in many cases (civil, penal or administrative), there are risks of a conflict of interest between the child and their most obvious representative (parent(s))" (להלן: הערה 12 של הוועדה לזכויות הילד של האו"ם).

והאינטרסים שלהם עלולים להידחק הצידה.²⁸ נובע מכך שיש לעגן את זכות הילד להיות מיוצג באופן עצמאי במצבים מסוימים, וכי המדינה מחויבת להעמיד לילדים ייצוג משפטי כאשר ההורים אינם מסוגלים לייצג אותו בצורה ראויה.²⁹ הדבר אינו שונה מחובתה של המדינה למלא אחר צרכים אחרים של ילד כאשר הוריו אינם עושים כן על מנת למנוע נזק ממשי לצרכים ולאינטרסים שלו.

מחברי דוח ועדת המשנה זיהו שש הצדקות מרכזיות לצורך של הקטין להיות מיוצג כיאות בהליכים משפטיים הנוגעים לו.³⁰ הראשונה, ייצוג נאות מסייע בהבטחת הכרת הילד כאדם נפרד, נפרד מהוריו ונפרד מהמדינה, קרי הילד אינו רק נספח של הוריו או של המדינה. הכרה כזו עומדת בבסיס ההכרה בזכויות הילד על פי האמנה.

השנייה, ייצוג הולם מאפשר למקם את הילד במרכז קבלת ההחלטות בנוגע אליו,³¹ זאת מתוך הכרה בקושי המובנה הקיים בדיונים הנוגעים לילדים והחשש להעמדת אינטרסים וזכויות של מבוגרים במרכזו של תהליך קבלת ההחלטות.³² קושי זה מתעצם כאשר קיים קונפליקט בין ההורים לבין עצמם.

השלישית, ייצוג נאות הכרחי כדי להבטיח את מימוש זכויות האדם הבסיסיות של הילד, כולל הזכות לכבוד, הזכות להליך הוגן וזכות הגישה לערכאות.³³ זכויות אלה מוכרות בשיטת המשפט הישראלית והילד זכאי להן מעצם היותו אדם, חרף גילו וכישוריו החלקיים.³⁴ לעניין זה יפים דבריו של השופט חשין: "קטן אינו חפץ הניתן להיטלטל מיד-אל-יד ולו ככלי-יש-חפץ-בו. קטן הוא אדם, הוא בן-אדם, הוא איש – גם אם איש קטן בממדיו. ואיש, גם איש קטן, זכאי בכל זכויותיו של איש גדול".³⁵

הרביעית, ייצוג מאפשר השתתפות מצד הילד. הזכות להשתתפות הוכרה בסעיף 12 לאמנת זכויות הילד כאחד העקרונות המנחים בה. ייצוג ילדים מאפשר להם להשתתף בהליך המשפטי באופן אפקטיבי ומקדם אפשרות של השפעה משמעותית על החלטות בעניינם. עם זאת, חשוב להדגיש כי הזכות לייצוג הולם רחבה מהזכות להשתתפות, כיוון שהיא מבטיחה את הצגת הטיעונים המשפטיים הנוגעים לאינטרסים של הילד באופן משכנע ומקצועי. שמיעת הילד הן במישרין והן בעקיפין אינה עונה כשלעצמה על זכותו לייצוג, היות שהיא אינה מעניקה לו הזדמנות לשטוח את עמדתו באופן שוויוני ביחס לבעלי הדין האחרים, אשר ככלל יהיו מיוצגים על ידי עורכי דין מקצועיים. כמו כן, ליווי על ידי מייצג נפרד יכול לאפשר השתתפות אמיתית

28 דוח ועדת המשנה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 20.

29 שם.

30 שם, בעמ' 12.

31 שם, בעמ' 20.

32 פרימור, לעיל ה"ש 25, בעמ' 577.

33 שם, בעמ' 590–603.

34 שם, בעמ' 597.

35 ע"א 6106/92 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מח(2) 833, 836 (1994).

של הילד בהליך, בין היתר בזכות המידע שהמייצג מספק לילד³⁶ ותמיכתו, אשר עשויה לעיתים לשחרר את הילד מלחצים שהופעלו עליו על ידי הוריו.³⁷ יש להדגיש כי מתן ייצוג לקטין אינו מייתר את זכותו להשתתף בהליך במישרין על ידי שיחה עם מקבל החלטות כאשר הוא מעוניין בכך.³⁸

החמישית, ייצוג מסייע לבית המשפט לקבל החלטות מיטיבות יותר עם הילדים. לדבר השיבות רבה במיוחד בשיטות משפט אדוורסריות, שבהן השופט תלוי במידע שמגישים לו בעלי הדין. היעדר ייצוג הולם עלול לגרום לאי-הצגת עובדות וטיעונים אשר הכרחיים לאינטרסים של הילד בפני בית המשפט.³⁹ כמו כן, ייצוג מאפשר לבחון את העמדות השונות המובאות בפני בית המשפט דרך נקודת הסתכלותו של הילד.⁴⁰

השישית, ייצוג נאות עשוי לסייע לילדים בהתמודדות עם הקשיים המעורבים בהליכים משפטיים. משברים משפחתיים הם, ככלל, זמן של אי-ודאות ובלבול עבור הילדים, אשר זקוקים לגישה אל מבוגר מכיל, שיכול לספק להם מידע והסברים הנוגעים להליכים המשפטיים ולשמש להם אוזן קשבת.⁴¹

2. היקף הזכות

כיוון שההצדקה לייצוג נפרד עבור הילד נעוצה בחוסר אפשרות של ייצוג הולם באמצעות הוריו,⁴² היקפה של הזכות לייצוג נפרד היא פונקציה של זיהוי המקרים שבהם ההורים אינם מסוגלים לייצג את ילדם כראוי. עולה מהדיון לעיל בעניין המשמעות של ייצוג נאות כי קיימים מצבים לא מעטים שבהם ההורים אינם מסוגלים לייצג את ילדיהם נאמנה. גם אם עסקינן בהורים

36 Helen Stalford, Liam Cairns & Jeremy Marshall, *Achieving Child Friendly Justice through Child Friendly Methods: Let's Start with the Right to Information*, 5 SOC. INCLUSION 207, 215 (2017). "information is the life-blood of participation".

37 דוח ועדת המשנה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 51.

38 לדיון מקיף בנוגע לבסיסה של הזכות להשתתפות והיקפה ראו רונה שוז "זכות הילד להשתתפות: בין תיאוריה לבין הלכה למעשה בבתי המשפט לענייני משפחה" **משפחה במשפט** ב 207 (2008) (להלן: שוז "זכות הילד להשתתפות"). ראו גם פס' 35 להערה 12 של הוועדה לזכויות הילד של האו"ם, לעיל ה"ש 27, שלפיה יש לאפשר לילד להשמיע את קולו באופן ישיר בהליכים משפטיים הנוגעים בו.

39 דוח ועדת המשנה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 20.

40 שם.

41 פרימור, לעיל ה"ש 25, בעמ' 576-577, מציינת ששופטים, אנשי מקצוע והורים נוטים להדיר ילדים מן ההליך, הגם שהוא נוגע בהם במישרין, קרי אינם מטים אוזן אל תחושותיהם ורצונותיהם ואינם מיידעים אותם בדבר ההליך, השתלשלותו ותוצאותיו האפשריות והמעשיות.

42 ההורים כאפוטרופסים של הילד מוסמכים לייצגו. ראו ס' 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

אחראים, אשר ככלל מזהים ושוקלים את האינטרסים של ילדיהם בנפרד ומעניקים להם תמיכה רגשית בשעות קשות, ייתכן שלא יהיו מסוגלים לעשות כן בעת שהם חווים פירוק של התא המשפחתי.⁴³ יתרה מזאת, הסכסוך בין בני הזוג מקשה עליהם לבחון בחינה אובייקטיבית את חשיבות הקשר של ילדם עם כל אחד מהם בנפרד. יש הטוענים כי סובייקטיביות מצד כל הורה תיצור ביטול הדדי, אולם אין זו הדרך ההולמת לקידום האינטרסים של הילד. נוסף על כך, במקרים מסוימים יש קונפליקטים מובהקים של אינטרסים, למשל, כאשר הורה אחד יכול להשיג יתרון כלכלי או אחר⁴⁴ אם הוא מסכים להסדרים הנוגעים בילד אשר אינם בהכרח מיטיבים עימו.

עם זאת, נטען כי ייצוג נפרד עלול לפגוע באינטרסים של הילד, בין היתר על ידי התמשכות ההליכים, ריבוי דמויות בחייו של הילד ופגיעה בסמכות ההורית.⁴⁵ כמו כן, ייצוג נפרד עלול להכניס את הילד לתוך הסכסוך בין הוריו, דבר שעלול לפגוע ביחסיו עם לפחות אחד מההורים⁴⁶ ואף להחריף את הסכסוך,⁴⁷ בפרט אם הורה אחד מנצל את מעורבות הילד כדי לחזק את טענותיו.⁴⁸ יש כמה טיעונים שניתן להעלות כמענה לחששות אלה. ראשית כול, ניתן למזער במידה רבה את הסיכון שהילד ייפגע כתוצאה של מינוי מייצג על ידי הגדרה ברורה של תפקידו של המייצג. זאת ועוד, פעולותיו של המייצג עשויות דווקא למנוע חלק מהפגיעות האלה. כך, למשל, תפקידו של המייצג לפעול על מנת להבטיח את יעילות ההליך ולמנוע עיכובים מיותרים.⁴⁹ כמו כן, המייצג יכול להבהיר לילד שהוא אינו חייב לנקוט עמדה בין ההורים, ודווקא מעורבותו של המייצג יכולה למנוע את ניצולו של הילד על ידי הורה אחד נגד ההורה האחר.⁵⁰ נוסף על כך, במקרים שבהם כבר נחשף הילד לסכסוך בין ההורים והביע דעה בעניינים השנויים במחלוקת, קשה לראות שמינוי מייצג יחריף את הנזק שכבר נגרם לו.⁵¹

- 43 להרחבה ראו **דוח ועדת המשנה**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 50; פרימור, לעיל ה"ש 25, בעמ' 576–578.
 44 למשל במקרה של אם שזוקקה לגט והבעל מתנה את מתן הגט בהסכמתה לסידורים הקשורים לילדים, ראו שרה מרקוביץ "זכות הבעל להתקנות תנאים בגט מול זכויות הילד" **משפחה במשפט** ו-167 (2013–2014).
 45 **דוח ועדת המשנה**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 53–55.
 46 JANE FORTIN, CHILDREN'S RIGHTS AND THE DEVELOPING LAW 220 (3rd ed. 2009).
 47 שם.
 48 שם בעמ' 231. בעניין Re H.B. (Abduction: Children's Objections) (No. 2), [1998] 1 FLR 171.
 49 (Eng.) 564, מתחה השופטת ביקורת על האב על כך שנתן לילדה לנהל את המאבקים עם האם עברו.
 50 **דוח ועדת המשנה**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 54.
 51 Re C (Abduction: Separate Representation of Children), [2008] EWHC 517 (Fam) (Eng.)

נהפוך הוא, הדבר שעלול לפגוע בו הוא חוסר הזדמנות לייצוג מקצועי ועצמאי של הרצונות והאינטרסים שלו.⁵² אם לא די בכך, הרי שניתן להשאיר מידה מסוימת של שיקול דעת בידי בית המשפט לסרב למנות מייצג כאשר הוא סבור שהנזק שייגרם על ידי המינוי יעלה על התועלת שתצמח ממנו, ולסמוך על שיקול דעת זה.⁵³ לאור דברים אלה, ניתן להבין כי שתי השאלות המרכזיות שעומן מתמודדות מערכות המשפט בעיצוב מערך של ייצוג נפרד עבור קטינים בהליכים אזרחיים הן אבחון המקרים שבהם קיים צורך בייצוג נפרד, ותפקידו של המייצג בהם. להלן אידרש לשתי השאלות האלה.

3. מודלים לזיהוי צורך בייצוג נפרד

יש שני מודלים עיקריים לזיהוי מקרים שבהם נדרש ייצוג נפרד. האחד הוא המודל הצר, שלפיו ימונה מייצג כאשר בית המשפט משוכנע כי בנסיבות המקרה הספציפי עלול הילד לסבול מנזק ממשי אם לא ייוצג בנפרד.⁵⁴ לעומת זאת, לפי המודל הרחב, די בכך שהמקרה ישתייך לקטגוריית מקרים שבהם יתעורר קונפליקט אינטרסים. מחד גיסא, ועדת המשנה סברה, על בסיס הניסיון בישראל עד מועד כתיבת הדוח, כי אימוץ המודל הצר לא יביא לגידול של ממש במספר המקרים שבהם ימנו בתי משפט מייצגים בתיקים אזרחיים;⁵⁵ מאידך גיסא, הוועדה חששה כי המודל הרחב עלול להביא למינוי יתר גם במקרים שבהם הייצוג מיותר, דבר שעלול לפגוע בסמכות ההורית החשובה להתפתחות תקינה של הילד.⁵⁶ ועדת המשנה הציעה אפוא שתי גישות ביניים, תוך הבחנה בין הליכים בענייני משפחה מצד אחד, והליכים הגנתיים שבהם מעורבות רשויות הרווחה (הליכי נזקקות על פי חוק הנוער, ועל פי חוק האימוץ) מהצד האחר. בהליכים הגנתיים המליצה ועדת המשנה על גישה רחבה עם גמישות מסוימת. בנוגע לכל סוג של הליך נקבעה רשימה של תנאים אשר בהתקיים אחד מהם, על בית המשפט למנות מייצג לקטין אלא אם כן "שוכנע מטעמים שיירשמו, כי אין בייצוג כדי לקדם את זכויות הילד, צרכיו או האינטרסים שלו".⁵⁷ יש לציין שהיו דעות חלוקות בעניין המלצה זו. מצידו האחד של המתור, שלושה מחברי ועדת המשנה סברו כי כאשר מדובר בייצוג במשפט הציבורי, יש לאמץ מודל רחב ונוקשה יותר, שלפיו ימונה לקטין מייצג באופן אוטומטי בכל תיק, ואין להשאיר

52 ש.ם.

53 דוח ועדת המשנה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 54.

54 תמ"ש (משפחה ת"א) 23860/96 פלוני נ' אלמונית (נבו 20.5.1997).

55 דוח ועדת המשנה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 39-41.

56 ש.ם, בעמ' 55. לניסיון דומה באנגליה ראו Jane Fortin, *Children's Representation through the*

Looking Glass, 37 FAM. L. 500, 501 (2007).

57 דוח ועדת המשנה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 77 (בעניין חוק הנוער) ובעמ' 88 (בעניין חוק האימוץ).

שיקול דעת לבית המשפט.⁵⁸ מעברו האחר של המתרס סברו שלושה חברי ועדה אחרים שאין צורך בייצוג נפרד ברוב תיקי הנזקקות.⁵⁹

בענייני משפחה אימצה ועדת המשנה את הגישה הצרה,⁶⁰ שלפיה על בית המשפט למנות מייצג כאשר אינטרסים של הקטין עלולים להיפגע פגיעה של ממש אם לא ימונה לו מייצג, תוך מתן דעתו "לאפשרות של ממש לניגוד עניינים בין הקטין ובין הוריו" או לקיומן של הנסיבות המפורטות.⁶¹ הנימוק לבחירת המודל הצר הוא האמונה שברוב הליכי משפחה הסכסוך בין ההורים אינו מונע מהם לייצג את הילד ולהציג עמדות העולות בקנה אחד עם טובתו.⁶² בין אם מדובר בהנחה נכונה ובין אם לאו, כאשר מדובר בסכסוכי משפחה "רגילים", קשה להגדיר סיטואציות שבהן תהא חובה למנות נציג, ולכן לא קיימת אפשרות של מודל רחב. הוועדה גורסת אפוא כי ראוי להסתפק ברשימה של נסיבות שבהן קיים חשש מוגבר לכך שההורים אינם יכולים לייצג את הילד בצורה ראויה, בשל ניגוד עניינים או בשל סיבה אחרת, אשר מאותתת לבית המשפט שעליו לשקול מינוי מייצג בכובד ראש. אף על פי שרשימה זו מיועדת להיות "אמצעי להטמעתה ולהחלתה האחידה והשוויונית",⁶³ עדיין נותר שיקול דעת רחב בידי בית המשפט.

אף על פי שהמלצות ועדת המשנה לא נחקקו,⁶⁴ בפועל, בשנים האחרונות, חלה עלייה ניכרת במספרם של תיקי המשפחה שבהם מונה אפוטרופוס לדין.⁶⁵ נראה שיש כמה סיבות לכך, וביניהן עלייה במספר המקרים שבהם קיים קונפליקט בעוצמה גבוהה בין ההורים⁶⁶

- 58 שם, בעמ' 82.
- 59 שם, בעמ' 133–137 (דעות מיעוט של השופט (בדימוס) אהרן מלמד, השופטת תחיה שפירא ועו"ד בתיה ארטמן).
- 60 למעט בנוגע לקטין שמלאו לו 12 אשר מביע רצון זה בעניין מהותי אשר יש בו כדי להשפיע על זכויותיו. במצב כזה על בית המשפט למנות עורך דין לייצג את הקטין. שם, בעמ' 66.
- 61 שם. למשל, קיום סכסוך קשה בין ההורים, קיומה של מחלוקת בקשר לטיפול רפואי בקטין, קיומה של מחלוקת תרבותית או דתית בין הצדדים.
- 62 שם, בעמ' 67.
- 63 שם, בעמ' 65.
- 64 יצוין כי משרד המשפטים נהג להתנגד לכל עיגון של ייצוג נפרד בחקיקה. למשל, במהלך חקיקתו של חוק אימוץ ילדים (תיקון מס' 8), התשע"א–2010, ס"ח 110, התקיימו בחירות לכנסת, ולאחר מכן התנתה הממשלה, על פי דרישת משרד המשפטים, החלת רציפות על הצעת החוק בהסרת הסעיף שמעגן ייצוג נפרד בתיקי אימוץ. ח"כ זבולון אורלב, אחד מיוזמי התיקון, נאלץ להסכים לתנאי זה על מנת להבטיח את חקיקת התיקון (האמור מבוסס על ידיעה אישית של המחברת, אשר נכחה בשיבות של ועדת החוקה, חוק ומשפט שבהן נדון התיקון).
- 65 ראו את הנתונים בה"ש 18–20 לעיל.
- 66 בעניין העלייה במספר המקרים שבהם יש טענות של ניכור הורי ראו אבישג עוזרד, רות הלפרין-קדרי ואוסנת פרינץ סרבנות קשר וניכור הורי: רקע תאורטי, אבחון ושיטות טיפול בראי עיקרון טובת הילד 2 (מרכז רקמן, 2020). כמו כן, נראה כי העובדה שהסדרי השהות משפיעים על שיעור המזונות – בעקבות בע"מ 919/15 פלוני נ' פלונית (נבו 19.7.2017) – החריפה את הסכסוכים בעניינים האלה.

ומודעות גוברת בקרב השופטים באשר לאפשרות של מינוי אפוטרופוס לדין והיתרונות לכך. נוסף על כך, נראה כי העומס על מערכות הרווחה וחוסר זמינותה בשל כך הובילו גם הם לעלייה במינויים.⁶⁷ עם זאת, כפי שהובהר לעיל, כמעט אין מינויים בתיקי חטיפה והגירה, ובתיקי אימוץ יש מינויים רק בכמחצית מן ההליכים. טענתי היא אפוא שכאשר מדובר בתיקי חטיפה, הגירה ואימוץ, בשל אופיים המיוחד, יש מקום להטיל על בית המשפט חובה למנות מייצג נפרד או לפחות לשקול מינוי זה בכובד ראש, ובהמשך המאמר אנמק טענה זו.

4. תפקידו של מייצג הילד

הגורם המייצג את הילד מכונה במדינות שונות בשמות אחדים, כגון יועץ הילד, מייצג נפרד, בא כוח עצמאי של הילד ואפוטרופוס לדין. למרות זאת, הגדרת התפקיד אינה משקפת בהכרח את החובות המצופות מן המייצג,⁶⁸ ומכאן המחלוקת האוניברסלית כמעט באשר לתפקידו. הספרות מבחינה בין שלושה מודלים של ייצוג ילדים: ידיד בית המשפט, אפוטרופוס לדין ועורך דין של הילד.⁶⁹ מודלים אלה נותנים ביטוי לשלוש פונקציות נבדלות.⁷⁰ במודל הראשון, ידיד בית משפט, תפקידו של המייצג הוא להבטיח שיוצג בפני בית המשפט מכלול המידע הרלוונטי, לרבות מידע שלהורים או לגורמים אחרים המעורבים בתיק אין גישה אליו או כזה שהם נמנעים מהצגתו.⁷¹ במודל השני, אפוטרופוס לדין, על המייצג להעריך ולהצדיק בפני בית המשפט את התוצאה שלדעתו תשרת היטב את הילד. במודל השלישי, עורך דין של הילד, מצופה מן המייצג לנהוג כבא כוחו של הילד ולשקף את עמדתו באופן משכנע בפני בית המשפט.

הצורך לכאורה לבחור בין שלושת המודלים נובע מכך שייתכנו קונפליקטים בין שלוש הפונקציות האלו. כך, למשל, אם המייצג חולק על השקפת הילד, נראה כי הפונקציה השנייה והפונקציה השלישית יתנגשו זו בזו. ייתכן כי מסיבה זו חלק ניכר מן המחלוקות בדבר תפקידו

67 בשנים האחרונות גורם העומס ההולך וגובר ברשויות הרווחה לעיכוב בהגשת תסקירים. אף על פי שתפקיד האפוטרופוס לדין שונה מזה של עובד סוציאלי, כאשר שופט זקוק למידע בנוגע למצב בשטח, כולל עמדה בעניין האינטרסים של הקטין, הוא מעדיף לעיתים למנות אפוטרופוס לדין שיכול להגיש עמדה מהר יותר.

68 Tari Eitzen, *A Child's Right to Independent Legal Representation in a Custody Dispute: A Unique Legal Situation, a Necessarily Broad Standard, the Child's Constitutional Rights, the Role of the Attorney Whose Client is the Child*, 19 FAM. L. Q. 53 (1985).

69 יצחק כהן "מעמדו העצמאי של הקטין בדיני המשפחה – תהליכים, מגמות ודרכים לאיזון מחדש" משפטים מא 255, 309 (2011).

70 PATRICK PARKINSON & JUDY CASHMORE, *THE VOICE OF THE CHILD IN FAMILY LAW DISPUTES* 51-53 (2008).

71 מודל זה אינו מיושם בישראל.

של המייצג מקוטבת לעימות בין "גישת הרווחה" לבין "גישת הקול"⁷². דרך אחת ליישב את המחלוקת בעניין זה היא לאמץ הסדר מחולק בדבר ייצוג ילדים. במקרים שבהם דורש בית המשפט מידע הנוגע לרווחת הילד, או במקרים שבהם הילד צעיר מכדי להנחות את עורך הדין, ימונה לילד אפוטרופוס לדין, ויהא עליו להציג השקפה עצמאית בנוגע לאינטרסים של הילד. לעומת זאת, כאשר הילד בוגר, ימונה לו עורך דין שיפעל על פי הנחיותיו.⁷³ עם זאת, ספק אם פתרון זה, אשר מגביל את תפקידו של המייצג לפונקציה יחידה, מאפשר ייצוג הולם עבור הילד במקרים רבים. מחד גיסא, מייצג המספק מידע או מעריך את טובת האינטרסים של הילד ללא וידוא של רצון הילד והתחשבות ברצונו זה, אזי הוא אך ורק שלוחו של בית המשפט, ואינו מייצג את הילד עצמו או משפר את מימוש זכויותיו באופן מהותי.⁷⁴ מאידך גיסא, עורך דין המייצג רק את רצונות הילד, כפי שהיה מייצג לקוח מבוגר, מתעלם מהצורך של הילד להגנה ועלול לפגוע באינטרסים וזכויות אחרות של הילד הנוגדים את רצונו.

לפיכך, כבר לפני שלושה עשורים החלו מלומדים לקדם מודלי כלאיים לפירוש תפקידו של המייצג. למשל, המלומדת Eitzen הציעה ליצור ישות משפטית חדשה של מייצג נפרד, אשר תפקידה יכלול יסודות מעריכת דין ומאפוטרופסות לדין.⁷⁵ המלומדים PARKINSON & CASHMORE הציעו שאם המייצג מתמקד בנקודת מבטו של הילד ולא ברצונותיו, זה יספק לבית המשפט פרספקטיבה המתמקדת בילד (child-centered) ללא צורך מצד הילד לצדד באחד מהוריו,⁷⁶ דבר שעלול לפגוע ביחסיו עם אחד מהם לפחות.

מחד גיסא, ועדת המשנה דוחה לכאורה את הרעיון של המודל המעורב, כיוון שהיא סבורה שפתרון זה מציע נוסחה שאינה קבועה לייצוג ילדים וגורם בלבול באשר לתפקידיו של המייצג,⁷⁷ וממליצה על מודל מפוצל, שלפיו סוג הייצוג תלוי בגיל הילד.⁷⁸ מאידך גיסא, עיון בפרטים של המודל המוצע על ידי ועדת המשנה מגלה כי בפועל לשני סוגי הייצוג תכנים מעורבים. למשל, גם כאשר מדובר בייצוג של ילדים צעירים, על האפוטרופוס לדין המייצג את טובת הילד "להעניק משקל הולך וגובר לרצון הילד בגיבושם של הטיעונים הנוגעים לטובתו"⁷⁹ ולהביא את הרצון הזה כלשונו בפני בית המשפט.⁸⁰ כמו כן, עורך הדין המייצג

72 PARKINSON & CASHMORE, לעיל ה"ש 70, בעמ' 52-53; Fortin, לעיל ה"ש 56, בעמ' 505-506.
 73 PARKINSON & CASHMORE, שם, בעמ' 106.
 74 Parkinson & Cashmore, שם, בעמ' 53; Nicola Taylor, Pauline Tapp & Mark Henaghan, *Respecting Children's Participation in Family Law Proceedings*, 15 INT'L J. CHILD. RTS. 61, 71 (2007).
 75 Eitzen, לעיל ה"ש 68, בעמ' 68-69.
 76 PARKINSON & CASHMORE, לעיל ה"ש 70, בעמ' 205.
 77 **רוח ועדת המשנה**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 96-97.
 78 ועדת המשנה המליצה (שם, בעמ' 97-98) על חזקה גילאית הניתנת לסתירה, כאשר ההפרדה היא בין ילדים מתחת לגיל 12 ואלה מעל גיל זה.
 79 שם, בעמ' 97.

קטין מתבגר "אינו מופקד רק על ייצוג רצונו של המתבגר",⁸¹ ומוטלות עליו חובות מיוחדות הנגזרות מחובתו לפעול על פי עקרון טובת הילד.⁸² כמו כן, למשל, עליו לעזור לילד, בסיוע גורם טיפולי, לגבש את רצונו ולהבין את השלכותיו.⁸³

לצורכי מאמר זה אין צורך לנקוט עמדה בשאלה אם יש להעדיף מודל מעורב או מודל מפוצל בעל תכנים מעורבים, אולם יהיה נוח לאמץ את המתווה שמוצע על ידי ועדת המשנה, אלא אם כן יובהר אחרת. בהקשרים שבהם סוג הייצוג אינו משנה, אשתמש בביטוי ניטרלי "מייצג הקטין". בפרק ו' של המאמר אדון בשאלות קשורות לתפקידו של האפוטרופוס לדין שעולות מהפסיקה, ובפרט אם עליו לגבש עמדה חד-משמעית בנוגע לטובת הקטין ולהעלות כל טיעון שעשוי להוביל לתוצאה הרצויה בעיניו.

ג. ייצוג נפרד בהליכים על פי חוק אמנת האג

1. אופיים של ההליכים בישראל על פי חוק אמנת האג

לאמנת האג ניתן תוקף בדין הפנימי בישראל בחוק אמנת האג. המטרת העיקרית של אמנת האג היא להגן על ילדים מהתוצאות המזיקות של הרחקה או אי-החזרה שלא כדין.⁸⁴ מטרה זו ממומשת על ידי מנגנון של החזרה מיידית ואוטומטית, בפוף לחריגים צרים. מנגנון זה מיועד להגן על ילדים בשלוש דרכים: (1) לנטרל את הנזק שנגרם לילד על ידי ההרחקה או אי-החזרה; (2) להרתיע חוטפים פוטנציאליים; (3) לאפשר את ניהול הדיון בסכסוך בעניין משמורת בפורום הנאות לכך.

80 שם, בעמ' 106. גישה זו אומצה בקווים מנחים לייצוג ילדים ונוער מטעם מערך ייצוג קטינים בסיוע המשפטי, משרד המשפטים (נובמבר 2021) (להלן: קווים מנחים לייצוג ילדים ונוער). עקרון 1: מתכונת הייצוג קובע בס' ב: "מייצג שמונה כאפוטרופוס לדין לקטין יפעל כמי שמייצג את טובתו של הקטין [...] וכד בבד יקדם את זכותו של הקטין להשתתף בהליכים, ולהביע את רצונו ועמדותיו בפני מקבלי ההחלטות בעניינו. (1) בגיבוש עמדתו וטיעונו ייתן האפוטרופוס לדין משקל הולך וגובר לרצון הקטין בהתאם לגילו, בגרותו וכשריו המתפתחים. (2) גיבוש האפוטרופוס לדין עמדה בדבר טובת הקטין שאינה עולה בקנה אחד עם עמדותיו, יציג בפני בית המשפט גם את עמדת הקטין, כפי שזה הביעה בפניו [...] ללא קשר למתכונת הייצוג, המייצג יפעל תוך שיתוף והיוועצות עם הקטין, מתן מידע מלא ככל שניתן לקטין, בהתאם לכשריו וגילו, וככל האפשר תוך קידום הסכמות ובניסיון לגשר בין עמדותיו של הקטין לבין טובתו, כפי שהמייצג תופס אותה".

81 דוח ועדת המשנה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 97.

82 שם, בעמ' 111.

83 שם, בעמ' 97.

84 ראו את האמור במבוא לאמנת האג. מבוא זה אינו מופיע בגרסה בעברית שמופיעה בנספח לחוק אמנת האג.

על פי חוק אמנת האג, כאשר ילד הורחק או לא הוחזר שלא כדין, ומקום מגוריו הרגיל סמוך לפני ההרחקה או אי-החזרה שלא כדין היה במדינה זרה החתומה על אמנת האג, שומה על בית המשפט להורות על החזרת הילד לאלתר, אלא אם כן מתקיים אחד מהחריגים שבאמנה.⁸⁵ כאשר ההורה החוטף מוכיח את קיומו של אחד מן החריגים, לבית המשפט נתון שיקול דעת בשאלה אם להחזיר את הילד, ובהפעלת שיקול דעת זה עליו להתחשב, בין היתר, בטובתו של הילד ובמדיניות האמנה. חשוב לציין שבמספר לא מבוטל של מקרים עולה שאלה אקוטית בעניין מקום מגוריו הרגיל של הילד סמוך לפני ההרחקה או אי-החזרה, בפרט כאשר נטען שההורים הסכימו למעבר הילד למדינה אחרת לתקופה מוגבלת.⁸⁶ כאשר בית המשפט מורה על החזרת הילד, לעיתים הוא מתנה את החזרה בתנאים המיועדים להבטיח את שלומו של הילד, כגון תשלום דמי מזונות ואספקת מקום מגורים.⁸⁷ לצורך הגשמת המטרה של החזרת המצב לקדמותו לאלתר, אמנת האג מחייבת את זירוז ההליכים;⁸⁸ בישראל הותקנו סדרי דין מיוחדים אשר, בין היתר, קובעים לוח זמנים קצר.⁸⁹ יש לציין שסדרי הדין האלה כוללים הוראה ייחודית ומתקדמת, שלפיה כאשר הילד נמצא בגיל ורמת בגרות כאלה שמן הראוי להביא בחשבון את השקפותיו, על בית המשפט לשמוע את

85 שהם, לפי אמנת האג: (1) עברה שנה ממועד ההרחקה או מאי-החזרה שלא כדין (ס' 12 סיפה); (2) ההורה שממנו הילד הנחטף (להלן: ההורה הנחטף) הסכים או השלים עם ההרחקה או אי-החזרה (ס' 13(א)); (3) קיים חשש חמור שהחזרת הילד תחשוף אותו לנזק או תעמיד אותו במצב בלתי נסבל (ס' 13(ב) רישה); (4) הילד מתנגד להחזרתו והוא הגיע לגיל ולרמת בגרות שבה מן הראוי להביא בחשבון את השקפותיו (ס' 13(ב) סיפה); (5) ההחזרה מותרת על פי עקרונות היסוד של המדינה באשר להגנה על זכויות אדם וחירויות יסוד (ס' 20).

86 לדיון מפורט באשר לגישות השונות לקביעת מקום מגוריו ובסיטואציות השונות שבהן השאלה עולה ראו RHONA SCHUZ, THE HAGUE CHILD ABDUCTION CONVENTION: A CRITICAL ANALYSIS 175–220 (Hart Pub. 2013); Rhona Schuz, *The Hague Child Abduction Convention and Re-Relocation Disputes*, 35 INT'L J. L. POL'Y & FAM. 1 (2021). לדיון ביקורתי על הפסיקה הישראלית ראו רוני שוז "בין 'מקום מושב' לבין 'מקום מגורים רגיל': על שימוש בחוליות קישור אישיות בחקיקה ישראלית ופרשנותן" **חוקים** טז 61 (2022) (להלן: שוז "חוליות קישור אישיות").

87 להרחבה ראו רוני שוז "זכויות ילדים חטופים: האם חוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים), תשנ"א-1991, עולה בקנה אחד עם דוקטרינת זכויות הילד?" **מחקרי משפט** כ 421, 484–486 (2004) (להלן: שוז "זכויות ילדים חטופים").

88 ראו, למשל, ס' 2 ו-11 לאמנת האג.

89 פרק ד': החזרת ילדים חטופים לחוץ לארץ לתקנות בית המשפט לענייני משפחה (סדרי דין), התשפ"א-2020 (להלן: תקנות בית המשפט לענייני משפחה); כפי שעוגן קודם לכן בפרק כ"ב לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: תקנות סדר הדין האזרחי (1984)).

הילד לפני שהוא מקבל את ההחלטה, אלא אם כן לא ראה צורך בכך מטעמים מיוחדים שיירשמו.⁹⁰

אף על פי שבאופן עקרוני החזרת הילד אמורה להיות סעד זמני שמחזיר את המצב לקדמותו על מנת לאפשר לפורום הנאות לדון בסכסוך בין ההורים לגופו של עניין,⁹¹ לעיתים אין להורה החוטף די משאבים כספיים או נפשיים הנדרשים להתדיין במדינה זו. במצב זה החזרת הילד קובעת את עתידו של הילד ואינה רק סעד זמני.⁹² כמו כן, יש להביא בחשבון את העובדה שעצם החזרתו של הילד למדינה הזרה ישפיע על ההכרעה בעניין טובתו, וזאת הן בשל שיקול ההמשכיות עבור הילד והן כיוון שהעיקרון של טובת הילד הוא תלוי תרבות. מעבר לכך, אף אם בסופו של דבר יאפשר בית המשפט במדינה הזרה את הגירתו של הילד בחזרה לישראל,⁹³ הטלת חזרה למדינת המקור, והצורך להתאקלם שוב במדינת המקלט, בפרט אם עבר זמן ממושך בין ההחזרה לבין ההגירה, עלולים לגרום לקשיים עבור הילד.

יש להדגיש שדברים אלה אינם מובאים כביקורת נגד המנגנון של החזרת ילדים, אלא במטרה להמחיש את העובדה שההליך על פי חוק אמנת האג אינו הליך מעין-פרוצדורלי גרידא, אשר "רק" קובע את מקום השיפוט. אדרבה, במקרים רבים התוצאה של הליך זה עלולה להשפיע בצורה בלתי הפיכה על התוצאה הסופית של הסכסוך בין ההורים בעניין המדינה שבה יגדל הילד ועל מידת הקשר בין הילד ובין כל אחד מהוריו לטווח ארוך.⁹⁴ כמו כן, חשוב להבין

90 תק' 106(ה) לתקנות בית המשפט לענייני משפחה (עניין שווגן בעבר בתק' 295 ט(ה) ל תקנות סדר הדין האזרחי (1984) אשר בוטלו ב-1 בינואר 2021. לדין בתקנה זו וביישומה ראו שוז "זכות הילד להשתתפות", לעיל ה"ש 38, בעמ' 248-253.

91 ע"א 5532/93 גונזברג נ' גרינוולד, פ"ד מט(3) 282 (1995).

92 במחקר שנעשה באנגליה, ב-14% מהמקרים לא היו הליכים נוספים לאחר ההחזרה. ראו THE OUTCOMES FOR CHILDREN RETURNED FOLLOWING AN ABDUCTION 36 (Reunite International Child Abduction Centre 2003).

93 לפי המחקר (שם, בעמ' 37), ב-55% מהמקרים קיבל ההורה החוטף רשות להגר (לאחר שחזר למדינת המקור). במחקר שנערך באוסטרליה, ב-61% מהמקרים קיבל ההורה החוטף רשות להגר. ראו Danielle Bozin, *Parenting in the Aftermath of Abduction: Comparative Insights into the Formulation of Parenting Arrangements Post-Return to Australia under the Hague Child Abduction Convention*, 37 U. TAS. L. REV. 26 (2018).

94 כך, למשל, בבע"מ 5041/19 פלונית נ' פלונית (נבו 8.8.2019) (להלן: פרשת בנות הזוג), לאחר החזרה לארצות הברית הגישה הנתבעת בקשה להגר עם הילדים לישראל. חוות דעתו של המומחה (custody evaluator), שלפיה אין להיעתר לבקשה זו, התבססה בעיקר על הצורך למנוע טלטלה נוספת לילדים. הנתבעת, שהתקשתה להשתלב בארצות הברית, חזרה לישראל לבדה ונבנתה תוכנית הורית שלפיה יגיעו הילדים לישראל בחגים וחופשות (גילוי נאות: המחברת נתנה ייעוץ לעורכות דין שייצגו את הנתבעת, וחלק מהאמור מבוסס על דברים שנאמרו לה על ידי הנתבעת).

כי כאשר בית המשפט הישראלי מחזיר ילד חטוף למדינת המקור על פי חוק אמנת האג, הוא מאבד הלכה למעשה כל שליטה⁹⁵ ולא יוכל לדאוג לכך שתנאי החזרה שהוא קבע יאכפו.⁹⁶

2. טיעונים בעד ייצוג נפרד בהליכים על פי חוק אמנת האג

מעבר להשלכות המרחיקות-לכת של ההכרעה עבור הילד, תיקי אמנת האג הם בעלי מאפיינים ייחודיים, אשר מגבירים את הסיכוי לכך שההורים לא יוכלו לייצג את ילדם בצורה הולמת. מאפיינים אלה נובעים, בין היתר, מאופי הסכסוך בין ההורים, מעצם הטענה שהורה אחד "חטף" את הילד ומאופיו הבין-לאומי של ההליך. הדברים יפורטו להלן. נוסף על כך, לאור הייחודיות של הסיטואציה והסוגיות שעולות, יש חשיבות לכך שהמייצג יקבל הכשרה מיוחדת בעניין ההיבטים המשפטיים והפסיכולוגיים של התופעה של חטיפת ילדים בין-לאומית, כולל חשיפה לחילוקי דעות הקיימים בקרב מלומדים ואנשי מקצוע העוסקים בתחום.

(א) אופי הסכסוך

לעיתים קרובות הרקע לתיקי אמנת האג הוא סכסוך מורכב בעל עצימות גבוהה,⁹⁷ שבו קיים ניגוד עניינים ברור בין האינטרסים של ההורים לבין אלה של הילדים, המקשה ייצוגם ההולם

95 כך, למשל, בתמ"ש (משפחה י-ם) 9923-01-18 פלונית נ' פלוני (אר"ש 8.2.2018). (להלן: תמ"ש פלונית (2018)), לאחר שהילדים הוחזרו למדינה הזרה, הפרה האם את צו בית המשפט שהורה עליה למסור את הכתובת של הילדים שם, וכך לא הייתה לבית המשפט בישראל דרך לאכוף את ההוראה הזו (האמור מבוסס על ידיעה שמסרה עורכת הדין שייצגה את האב).

96 ראו, למשל, בש"א 2282/09 דכ"מ נ' פ"מ (נבו 7.10.2009), שם הותנתה החזרת הילד לארצות הברית בהתחייבות של האב לפנות את הדירה כדי שהאם והילד יוכלו לגור שם. כאשר הגיעה האם לדירה היא גילתה שהאב לא פינה אותה. בית המשפט הישראלי קבע שאין לו אפשרות לאכוף את ההתחייבות של האב.

97 Andreas Bucher, *The New Swiss Federal Act on International Child Abduction*, 4 J. PRIVATE INT'L L. 139, 150 (2008).

של האינטרסים של הילד על ידי ההורים.⁹⁸ כמו כן, לא אחת נשמעות בתיקי חטיפה טענות לאלימות במשפחה.⁹⁹ קיימת הסכמה רחבה לכך שנדרש ייצוג נפרד במקרים מסוג זה.¹⁰⁰

(ב) גישה למידע רלוונטי

הגם ששיקול דעתו של בית המשפט בתיקי אמנת האג מצומצם, הרי שלצורך הכרעתו בעניין עמידה בתנאי האמנה או בחריגיה, הוא תלוי במידע שמציגים בפניו בעלי הדין. משום שבאי כוחם של ההורים מחויבים לייצג את האינטרסים של לקוחותיהם, הם יציגו אך ורק מידע שיסייע למרשיהם. ייתכן שלהורה הנחטף ולבא כוחו לא תהיה גישה למידע רלוונטי ועדכני בנוגע לילד שנמצא רחוק מאותו הורה.¹⁰¹ בדומה, כאשר ההורה החוטף אינו מיוצג, הוא אינו יכול לדעת מהו המידע הרלוונטי.¹⁰² גם כאשר הוא מיוצג, לא תמיד עורך דינו מציג את כל החומר הרלוונטי או את כל הטיעונים שנובעים מהחומר הזה לבית המשפט. יתר על כן, לעיתים ילד בוגר יכול לספק מידע שאינו ידוע לבעלי הדין או להציגו מנקודת מבט שונה,¹⁰³ או לאמת

98 גם במקרים נדירים שבהם בעלי הדין אינם ההורים ייתכן שיהיה ניגוד עניינים, כפי שהדבר בא לידי ביטוי בעניין בע"מ 7981/21 פלוני נ' פלונית (נבו 29.11.2021) (להלן: פרשת היתום), אשר זכה לאחרונה להד תקשורת. במקרה זה, מדובר בילד ששרד אסון שבו נהרגו הוריו הישראליים שגרו באיטליה לצורך לימודיו של האב. סבו של הילד מצד האם המנוחה הביא אותו לישראל, ללא ידיעתה של הדודה מצד האב המנוח (הגרה באיטליה), אשר מונתה לאחראית על הילד על ידי המשפט באיטליה. בקשתה של הדודה להחזיר את הילד לאיטליה על פי חוק אמנת האג התקבלה, וערעורו של הסב נדחו. ניתן לראות שלשני בעלי הדין אינטרסים אישיים, משפחתיים וכלכליים (לאור הסכומים הגבוהים שנתרמו לילד ושהוא עתיד לקבל מהאחראים על האסון) הנפרדים מהאינטרסים של הילד.

99 Merle H. Weiner, *Intolerable Situations and Counsel for Children: Following Switzerland's Example in Hague Abduction Cases*, 58 AM. U. L. REV. 335, 381 (2008); Permanent Bureau, *Domestic and Family Violence and the Article 13 "Grave Risk" Exception in the Operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction: A Reflection Paper* (HccH, Preliminary Document No. 9, May 2011), <https://assets.hcch.net/docs/ce5327cd-aa2c-4341-b94e-6be57062d1c6.pdf>. ראו גם את הביקורת של בית המשפט באוסטרליה, במקרה שבו היו טענות של אלימות מצידו של ההורה הנחטף לפני החטיפה על כך שהמינוי של עורך דין לייצג את הילדים לא הוארך להליכי הערעור (כדי לחסוך בעלויות הסיוע המשפטי), וזו על אף החומרה של העניינים הנדונים בערעור עבור הילדים – [2020] Walpole v. Secretary, Department of Communities and Justice, *FamCAFC 65*, para. 8 (Austl.).

100 Weiner, שם.

101 שם.

102 שם.

103 LC v. RRL, [2014] EWFC 8 (Fam) בפסק הדין בעניין LC v. RRL, [2014] EWFC 8 (Fam) (Eng.), לאחר מינוי ייצוג נפרד עבור הילדים, נקבע כי "Each child now has party status, which has led to a large body of new information and a quite different approach to that material and the evidence proffered on their behalf; and the way in which cross-examination of the

את המידע שהובא על ידי אחד מן ההורים.¹⁰⁴ ייצוג נפרד של הילד עשוי אפוא להבטיח שיובא בפני בית המשפט מידע אשר ללא ייצוג נפרד של הילד לא היה מובא בפניו.¹⁰⁵ בפרט, במקרים שבהם מתקיים אחד מן החריגים, יהיה לבית המשפט שיקול דעת אם בכל זאת להחזיר את הילד, ויהיה זה קריטי שתוצגנה בפניו כל העובדות הרלוונטיות מנקודת מבטו של הילד.

(ג) ההשפעה השלילית של טענת החריגים על ידי ההורה החוטף

מייצג הילד דואג אך ורק לאינטרסים של הילד, כפי שאלה באים לידי ביטוי ברצונו של הילד או בהערכה אובייקטיבית של המייצג. לעומת זאת, הצגת האינטרסים של הילד באמצעות הוריו תיכרך באינטרסים הפרטיים של אותו הורה.¹⁰⁶ כך, למשל, ייתכנו טיעונים משפטיים אשר אף בעל דין לא יחפוץ להעלותם.¹⁰⁷ יתר על כן, העובדה שההורה החוטף נתפס כ"אשם" עלולה להשפיע על יחסו של בית המשפט לטיעונו הנוגעים לאינטרסים של הילד.¹⁰⁸ כך, למשל, כאשר ההורה החוטף טוען לחריג שלפיו קיים חשש חמור שהחזרתו של הילד תחשוף אותו לנזק, עלולה גישת בית המשפט להיות מושפעת משכיחות העלאתה של טענה מסוג זה על ידי ההורה החוטף, ולעיתים גם מן התפיסה שהחטיפה עצמה היא המקור של הנזק עבור הילד,

"parents has been carried out (again from the perspective of the child)". פסק הדין הזה הוא המשך ההליכים במקרה שנדון בבית המשפט העליון – LC v. LC (Children) (No 2), [2014] UKSC 1 (Eng.). לדין בפסק הדין ראו Rhona Schuz, *Habitual Residence of the Child* Revisited: A Trilogy of Cases in the UK Supreme Court, 26 CHILD & FAM. L. Q. 342 (2014). ראו גם W v. W [2009] EWHC 3288 (Fam) (Eng.), שדן במינוי מייצג עבור אחות בת 17 של ילד חטוף בן 11, כיוון שיש לה פרספקטיבה שונה מזו של האם, וכיוון שיש לה אינטרס ברווחתו של אחיה ואף פעלה בעבר כדי להגן עליו.

104 כך, למשל, בעניין מ"א, לעיל ה"ש 17, פס' 82, התייחס בית המשפט לכך שכל אחד מהילדים, באמצעות האפוטרופא לדין, תיאר סיטואציות אלימות דומות לאלה שתוארו על ידי האם.

105 Weiner, לעיל ה"ש 99, בעמ' 383–384; State Central Authority v. Best (No 2), [2012] FamCA 511, para. 72 (Austl.) (להלן: עניין Best). בעניין ט', לעיל ה"ש 17, דעת הרוב בבית המשפט המחוזי סברה שללא ייצוג נפרד של הילד או מינוי מומחה לא היה מונח לפניו המידע הנדרש על מנת להכריע אם מתקיים אחד מהחריגים, ולפיכך הורה על מינוי מומחה. החלטה זו נהפכה על ידי בית המשפט העליון בבע"מ 5303/21 פלוני נ' פלונית (נבו 25.8.2021) (להלן: בע"מ פלוני 2021). ראו דיון להלן בטקסט שליד ה"ש 158–163.

106 בעניין Re M v. Anor, [2007] UKHL 55 (Eng.) (להלן: עניין Re M), הכירה השופטת לידי הייל בכך שקיים סיכון שנקודת מבטו של הילד תאבד בתוך התביעות המתחרות של המבוגרים.

107 ראו את דבריה של השופטת לידי הייל בעניין Re D (A Child), [2006] UKHL 51, para. 60 (Eng.): "[W]henver it seems likely that the child's views and interests may not be properly presented to the court, and in particular where there are legal arguments which the adult parties are not putting forward, then the child should be separately represented"

108 Peter McEleavy, *Evaluating the Views of Abducted Children: Trends in Appellate Case-Law*, 20 CHILD & FAM. L. Q. 230, 231 (2008): "[T]he association of the objections with the abductor may create a negative impression in the mind of the court"

ולכן אין להורה החוטף להלין אלא על עצמו.¹⁰⁹ ייתכן שתפיסה זו גם עומדת מאחורי ההתעקשות של בתי המשפט בישראל להחיל חריג זה רק כאשר הנזק הנטען נובע מהחזרה למדינה אחרת ולא מההורה האחר,¹¹⁰ אף על פי שפרשנות זו כמעט מרוקנת את החריג מתוכן ואינה תואמת את הכוונות של מנסחי אמנת האג או את המדריך הרשמי בעניין פרשנות החריג.¹¹¹ זאת ועוד, נדמה שתפיסה זו מסבירה את המנטרה, שחוזרים עליה בתי המשפט בישראל, שלפיה רמת ההוכחה הנדרשת להוכיח את החריג היא מעבר לכל ספק סביר,¹¹² וזו אף על פי שאין לכך כל בסיס באמנה עצמה, בחקיקה או בפסיקה זרה.¹¹³

נדמה לי שאם טענת הנזק תועלה על ידי מייצגו של הילד, יהיה קל יותר לזכור שהחריג הוא child-centric ומיועד להגן על הילד מנזק שאליו הוא עלול להיחשף כתוצאה של החזרה מכל מקור, ולכן אין הצדקה לאמץ את רמת ההוכחה הנדרשת בהליכים פליליים. כמו כן, כאשר גם מייצג הילד יטען לנזק, בית המשפט עשוי לשים את הדגש בבחינת מצבו של הילד במבט צופה פני עתיד,¹¹⁴ במקום להתמקד בעבר ובשאלה איזה מההורים אחראי למצב ולנזק הצפוי. כמו כן, כאשר ההורה החוטף טוען שהילד מתנגד להחזרה, קשה להימנע מהרושם שההורה "מנצל" את רצונו של הילד על מנת לשרת את האינטרסים האישיים שלו ביחד עם החשש שהוא השפיע על דעתו של הילד. לעומת זאת, כאשר רצונו של הילד מוצג על ידי מייצגו של הילד, מתחדדת העובדה שההכרעה נוגעת לחייו של הילד, ולכן גובר הסיכוי לכך שיינתן משקל ראוי לרצונו של הילד.¹¹⁵

- 109 ראו, למשל, בע"מ 1855/08 פלונית נ' פלוני, פס' 44 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (נבו) 8.4.2008 (להלן: פרשת בלגיה): "מעשה החטיפה עצמו הוא אם-כל-חטאת, לא רק כלפי שלטון החוק במדינה ובין מדינות העולם, אלא בראש וראשונה, כלפי הילד וטובתו".
- 110 ראו, למשל, עמ"ש (מחוזי חי') 4378-12-20 א"ב נ' ג"ד, פס' 17 לפסק דינו של השופט שרעבי (נבו) 30.12.2020; עמ"ש (מחוזי ת"א) 2852-11-21 ש"פ נ' א"ב (נבו) 11.11.2021.
- 111 לדיון מפורט ראו עניין א"ב, שם, פס' 14-19 לפסק דינו של השופט ג'וסי (בדעת מיעוט).
- 112 ראו, למשל, בע"מ 2529/20 פלונית נ' פלוני, פס' 2 (נבו) 16.4.2020; בע"מ 67/21 פלונית נ' פלוני, פס' 8 (נבו) 7.1.2021 (להלן: בע"מ פלונית (2021)); בע"מ פלוני (2021), לעיל ה"ש 105, פס' 49 לפסק דינו של השופט מינץ.
- 113 ודוק, לפי HCCH GUIDE TO GOOD PRACTICE CHILD ABDUCTION CONVENTION, part VI, art. 13(1)(b) (2020) (להלן: HCCH GUIDE TO GOOD PRACTICE), רמת ההוכחה הנדרשת להוכחה של חריג יכולה להשתנות ממדינה למדינה. בעוד מדינות רבות משתמשות בנטל האזרחי הרגיל של מאזן הסתברויות ("balance of probabilities" או "preponderance of evidence"), מדינות אחדות אימצו רמה גבוהה יותר של ראיות ברורות ומשכנעות ("clear and convincing evidence") (שם, בעמ' 36, ה"ש 65), אך אין זכר לאפשרות של נטל הוכחה ברמה המחמירה הנדרשת בהליכים פליליים.
- 114 ראו עניין א"ב, לעיל ה"ש 110, פס' 21 לפסק דינו של השופט ג'וסי, המצטט את פס' 35 ל-HCCH GUIDE TO GOOD PRACTICE, שם.
- 115 לדיון מפורט בנוגע להצגת רצון הילד ראו להלן בתת-פרק ג(2)(ד).

ההבדל בין ייצוג אינטרסים של הילד באמצעות מייצג נפרד ובין ייצוגם באמצעות ההורה החוטף מומחש היטב בפרשת *Re M* הבריטית.¹¹⁶ בערכאה הראשונה וכן בבית המשפט לערעורים, שבהם טענה האם טענה לקיומם של החריגים, התמקדו נימוקי השופטים במידת האמינות של עדות ההורים, והוחלט להחזיר את הילד על אף התקיימותו של החריג בסעיף 12 סיפה לאמנת האג.¹¹⁷ אכן, בבית הלורדים הודתה הברונית Hale בכך ש: "The comparative moral blameworthiness of mother and father has had an effect upon the judgments in both of the courts below."¹¹⁸ לעומת זאת, בבית הלורדים,¹¹⁹ שבו יוצגו הילדים באופן נפרד, הדגיש המייצג שלהם שיקולים הממקמים את הילד במרכזו, ובייחוד את ההשלכות של החזרה עבור הילדים.¹²⁰ הברונית הייל קבעה שלאור דברים אלה היה מקום להפחית במשקלה של מדיניות האמנה, ולפיכך הערעור התקבל ובוטל צו ההחזרה.

להשקפתי, דוגמה נוספת של ההשפעה השלילית של העלאת טיעון על ידי ההורה החוטף ולא על ידי גורם עצמאי שמייצג את הילד נמצאת בפסק הדין שניתן לפני שנים מספר בפרשת **בנות הזוג** על ידי בית המשפט העליון.¹²¹ במקרה זה, שבו בנות זוג ישראליות חזרו לישראל לאחר שהות בארצות הברית לצורך לימודים,¹²² טענה המשיבה שמקום מגוריהם הרגיל של

116 Re M (Children), [2007] EWCA (Civ) 992 (Eng.)

117 קרי, עברו 12 חודשים בין מועד ההרחקה שלא כדין ובין מועד הגשת הבקשה להחזרת הילד, והילד השתלב בסביבתו החדשה.

118 עניין *Re M*, לעיל ה"ש 106, פס' 52. בדומה לכך, בעניין תמ"ש 67445-03-19 (לא פורסם 24.6.2019), ההכרעה בערכאה ראשונה הייתה מבוססת רק על כך שהמשיבה הפרה את ההסכם בינה ובין התובעת, ואפילו לא בחנה אם קיימים תנאי סף להחלת אמנת האג. לעומת זאת, בערעור היה הנימוק שונה לחלוטין וההחלטה התבססה על הכרעה בעניין מקום המגורים הרגיל של הילדים. סביר להניח שאם הילדים היו מיוצגים מלכתחילה, היה ניתן דגש רב יותר לטיעונים בעניין התנאים להחלת אמנת האג וייתכן שהשגיאה הייתה נמנעת (להרחבה בעניין זה ראו להלן).

119 עניין *Re M*, לעיל ה"ש 106.

120 שם, פס' 52 לפסק דינה של ליילי הייל: "In short, having been the victims of one international relocation contrary to their wishes, they stand to be the victims of another"

121 פרשת **בנות הזוג**, לעיל ה"ש 94.

122 מדובר בבנות זוג ישראליות שנסעו לארצות הברית לצורך לימודי פוסט-דוקטורט של התובעת, שהיו צפויים להימשך כשנתיים. במהלך שהותן שם נולדו לכל אחת מבנות הזוג ילד(ים) מאותו תורם זרע והושגו צווי אימוץ צולבים בארצות הברית. בסופו של דבר, הלימודים הסתיימו רק לאחר שש שנים. בינתיים בנות הזוג נפרדו, אבל הנתבעת הסכימה להישאר בארצות הברית על מנת לאפשר לתובעת להשלים את הלימודים. סמוך למועד החזרה המתוכננת לישראל הודיעה התובעת לנתבעת שהיא אינה מוכנה לחזור לישראל. הנתבעת נקלעה למשבר נפשי, ולבסוף הסכימה התובעת לחזור לישראל לתקופת ניסיון של תשעה חודשים, בתנאי שהנתבעת תחתום על הסכם המעגן, בין היתר, את זכותה של התובעת לקחת את הילדים לארצות הברית בסוף התקופה הזו, וקובע שמקום המגורים הרגיל של הילדים יישאר בארצות הברית. הנתבעת חתמה על ההסכם. לאחר שישה חודשים בישראל הודיעה התובעת שהיא רוצה לחזור לארצות הברית עם

הילדים כבר עבר לישראל במועד אי-החזרה הנטענת, ולכן אמנת האג אינה חלה. אף על פי שבית המשפט שילם מס שפתיים לגישה המשולבת,¹²³ שלפיה מקום מגורים הרגיל נבחן מהפרספקטיבה של הילד,¹²⁴ בפועל יוחס משקל כבד לכוונות ההורים, ובפרט לכך שהנתבעת הסכימה שהנסיעה לישראל תהיה לתקופת ניסיון. יצוין כי בית המשפט העליון, בניגוד לבית המשפט לענייני משפחה,¹²⁵ לא ביסס את קביעתו, שלפיה מקום מגוריהם הרגיל של הילדים עדיין היה בארצות הברית, על הוראות ההסכם בין הצדדים, אך למרות זאת ניכר שקיום ההסכם השפיע עד מאוד על התוצאה.¹²⁶ יש להניח שאילו הועלה הטיעון שמקום מגוריהם הרגיל של הילדים כבר עבר לישראל על ידי נציגם הנפרד, היה בית המשפט צריך להתמודד בצורה מעמיקה יותר עם נקודת מבטם של הילדים, שלא ידעו על ההסכם בין האימהות, הבינו מכל הסובבים ומאורח חייהם כי המשפחה חזרה לישראל לצמיתות וראו את ישראל כביתם הקבוע לכל דבר ועניין.¹²⁷

יודגש כי ההשפעה השלילית בהצגת האינטרסים של הילד באמצעות ההורה החוטף ייחודית לתיקי חטיפה, משום שבתיקי משמורת והסדרי ראייה "רגילים" לא נתפס אף בעל דין אשם בצורה כל כך חד-משמעית.¹²⁸ זאת ועוד, בתי משפט בישראל נוטים להציג את מטרת האמנה בצורה לא מדויקת, תוך חזרה על המנטרה שהיא מיועדת למנוע מצב שבו החוטף החוטא יוצא נשכר.¹²⁹ כמו כן, לאחרונה, השופט שטיין הגדיר את העיקרון המנחה של האמנה כאפס-סובלנות לחטיפות ילדים.¹³⁰ אמירות אלה מתעלמות מכך שהרציונל המרכזי העומד

- הילדים בתום תקופת הניסיון. כאשר הנתבעת הבהירה שאינה מסכימה לכך, הגישה התובעת בקשה על פי אמנת האג להחזרת הילדים לארצות הברית.
- 123 לדיון מפורט באסכולות השונות בעניין מקום מגורים הרגיל של ילדים בהקשר של אמנת האג ראו SCHUZ, לעיל ה"ש 86, בעמ' 89; שזו "חוליות קישור אישיות", לעיל ה"ש 86.
- 124 בע"מ 7784/12 פלונית נ' פלוני, פס' 9 לפסק דינו של השופט הנדל (נבו) 28.7.2013.
- 125 תמ"ש 67445-03-19, לעיל ה"ש 118.
- 126 ראו את דבריו של השופט הנדל בפרשת **בנות הזוג**, לעיל ה"ש 94, פס' 5: "ההסכם מעיד – כמעט בעוצמה של הודאת בעל דין – כי מדינת ישראל לא הפכה למקום המגורים הרגיל של הקטינים בתקופה הרלוונטית של כמחצית השנה".
- 127 טיעונים אלה בכתבי הטענות מטעם הנתבעת לא הוכחו על ידי התובעת. ניתן להשוות את הגישה של בית המשפט העליון להתייחסות של בית המשפט באנגליה בעניין Re M, [2020] EWHC 3340 (Fam), para. 65 (Eng.) שדן בנקודת המבט של ילד בן 6 שהגיע מפולין לאנגליה כדי לשהות באופן זמני עם אימו תשעה חודשים לפני המועד הרלוונטי לקביעת מקום מגורו הרגיל: "[W]hatever his mother's doubts about how long she would stay, there is no evidence that she shared these doubts with M. From his perspective he had a new home, new family life, new school and new social life in England, and these were now part of his normal, daily life".
- 128 למעט אולי במצב שבו העתיק הורה אחד את מקום מגוריו של קטין בתוך המדינה ללא הסכמת ההורה האחר או אישור בית המשפט.
- 129 ראו, למשל, בע"מ פלונית (2021), לעיל ה"ש 112, פס' 8.
- 130 פרשת **היתום**, לעיל ה"ש 98, פס' 29.

מאחורי המנגנון של החזרה מיידית היא ההנחה שברוב רובם של המקרים החזרת המצב לקדמותו משרתת את טובת הילד, בעיקר באמצעות הגנה עליו מהתוצאות המזיקות של החטיפה.¹³¹

דומה שעצם מינויו של גורם מקצועי שמופקד על ייצוג האינטרסים של הילד עשוי להזכיר לבית המשפט את המטרה המרכזית של האמנה ושאינן להעניש ילדים על חטאם של הוריהם. בעניין זה ראוי להזכיר פסק דין שניתן לפני כשנתיים בעניין דומה אך פנים-מדינתי, במקרה שבו עברה האם עם הילדים לעיר אחרת ללא רשותם של האב או בית המשפט. הערכאה הדיונית הורתה על השבה למקום מגוריהם הקודם, אך בערעור נהפך פסק הדין ונקבע שאין מקום להעניש את האם, וזאת על מנת למנוע מצב שבו הילדים נושאים על גבם את התוצאות של התנהגותה הלא חוקית.¹³² לדעת, אין זה מקרי שבמקרה זה מדובר בערעור שהוגש על ידי האפוטרופא לדין, שעמדה על כך שהמעבר לעיר האחרת היטיב עם הילדים. אומנם המסגרת הנורמטיבית במקרי חטיפה בין-לאומית שונה, אולם יש לדאוג לכך שבתי המשפט מבינים שאמנת האג מיועדת בראש ובראשונה להגן על האינטרסים של ילדים ולא להעניש חוטפים או אפילו למנוע שיצאו נשכרים מהחטיפה. ייצוג הילד עשוי לתרום להפנמת תובנה זו ולהשפיע על גישתו של בית המשפט לפרשנות וליישום החריגים.

(ד) ייצוג הולם של רצונו של הילד

לרוב, שאלת רצונו של הילד עולה בתיקי חטיפה במקרים שבהם נטען על ידי ההורה החוטף כי מתקיים החריג של התנגדות הילד. אם ההורה החוטף מוכיח שהחריג מתקיים, בית המשפט רשאי שלא להורות על החזרתו. אחרת הילד יוחזר, אלא אם כן מתקיים חריג אחר או אחד מהתנאים להפעלת החובה להחזיר את הילד אינו מתמלא. מבחינת הילד המתנגד השאלה אם אפשר להוכיח את קיום חריג ההתנגדות היא לפיכך גורלית, וייצוג נפרד של רצונו של הילד חיוני מכמה סיבות.

ראשית, המייצג ביחד עם גורם טיפולי יכולים לעזור לילד לבדוק אם ההתנגדות שהוא מביע אכן משקפת את רצונו העצמאי. לעיתים, לאחר החטיפה יש לילד קשר מזערי, אם בכלל, עם ההורה הנחטף, אשר מגביר את הסיכוי של הסתה או השפעה לא הוגנת על ידי ההורה החוטף. עם זאת, אף אם היו מצד ההורה החוטף ניסיונות להסית או להשפיע, ייתכן שהתנגדות הילד עדיין משקפת את רצונו וקיימות סיבות אובייקטיביות להתנגדות זו. על מנת לאפשר לילד לערוך בירור מעמיק עם עצמו בעניין רצונו, יש צורך בסיוע מגורם שמחויב לייצג אותו ואשר יוכל לסייע לו לברר מהו רצונו האמיתי, זאת בניגוד למומחה או לעובדת סוציאלית מיחידת הסיוע שתפקידם לבחון ולהעריך את רצונותיו גרידא. זאת ועוד, חשוב שהילד יקבל הסבר על

131 כפי שבא לידי ביטוי במבוא לאמנת האג. לניתוח מקיף של מטרות אמנת האג ראו Schuz, לעיל ה"ש 86, בעמ' 96-107.

132 רמ"ש (מחוזי ת"א) 63553-08-21 עא"א נ' א"א (נבו 4.10.2021).

המסגרת של אמנת האג והמשקל המוגבל שיינתן לדעותיו לפני שהוא פוגש את השופט והמומחה.¹³³ בפרט, יש להסביר לו את המשמעות של הדרך שבה הוא מתנסח, כלומר שעליו להבהיר שהוא מתנגד להחזרה ולא די בהבעת עדיפות גרידא.¹³⁴ שנית, אם הילד עומד על התנגדותו, הוא זכאי לייצוג משפטי קנאי של רצונו,¹³⁵ שימקסם את הסיכוי שרצונו יכובד, כמו כל מבוגר בעל דין בסכסוך משפטי. הצורך הזה מתעצם בישראל לאור הקביעה של בית המשפט העליון שלפיה יש לפרש את החריג של התנגדות הילד באופן מצומצם ושהוא יחול במצבים קיצוניים בלבד,¹³⁶ ורק כאשר רצונו של הילד יהיה דומיננטי ובעל עוצמה מיוחדת.¹³⁷ הבהרתי בעבר כי גישה זו אינה עולה בקנה אחד עם אמנת זכויות הילד,¹³⁸ המעגנת את זכותו של הילד לכך שיינתן לרצונותיו משקל ראוי¹³⁹ ואינה נדרשת על מנת להגשים את תכליתה של אמנת האג. מנסחי אמנת האג היו מודעים לכך שהחזקה שהחזרת

133 בעניין הזכות למידע ראו Stalford, Cairns & Marshall, לעיל ה"ש 36. למיזם להכנת תקציר ידיוותי לילדים של אמנת האג ראו MARILYN FREEMAN, RHONA SCHUZ & NICOLA TAYLOR, THE VOICE OF THE CHILD IN INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION PROCEEDINGS UNDER THE 1980 HAGUE CONVENTION: PROJECT REPORT 10 (Univ. of Westminster 2019).

134 במספר מקרים באנגליה נמתחה ביקורת על העובר הסוציאלי שדיווח על רצון הילד בכך שהוא לא הסביר את ההבחנה הזו לילד. ראו Kathryn Hollingsworth & Helen Stalford, *Judging Parental Child Abduction: What does it Mean to Adopt a Children's Rights-Based Approach*, in INTERNATIONAL AND NATIONAL PERSPECTIVES ON CHILD AND FAMILY LAW: ESSAYS IN HONOUR OF NIGEL LOWE 125, 137 (Gillian Douglas, Mervyn Murch & Victoria Stephens eds., Intersentia 2018).

135 לרוב החריג נטען בנוגע לילדים מעל גיל עשר, אולם גם אם הילד המתנגד הוא מתחת לגיל הזה, לדעתי התפקיד של המייצג צריך להיות לייצג את רצונו ולא את האינטרסים שלו בעניין קיום חריג ההתנגדות. עם זאת, בטיעונים בעניין הפעלת שיקול הדעת של בית המשפט להחזיר את הילד, גם אם החריג מתקיים, יש מקום להתייחס לאינטרסים של הילד.

136 נאמר כי פסק הדין בעניין בע"מ 672/06 אבו עראר נ' רגוזו, פ"ד סא(3) 247, 270 (2006) (להלן: פרשת איטליה) "מותירה... פתח צר להשארת את הילד אצל ההורה מכוח אותו חריג" (דברי השופט ארבל בבע"מ 5579/07 פלוני נ' פלוני, פס' 16 (נבו 7.8.2007) (להלן: בע"מ פלוני (2007)).

137 פרשת איטליה, שם. ראו חזרה על אותה עמדה בבע"מ פלוני (2021), לעיל ה"ש 105.

138 שוו"ז זכויות ילדים חטופים", לעיל ה"ש 87, בעמ' 463-465. לדעה שיפוטית דומה ראו, למשל, את פסק הדין של השופט מימון בתמ"ש (משפחה י-ם) 430/01 פלוני נ' פלוני (לא פורסם; מובא אצל אליאב שוחטמן "התחשבות ברצונו של קטין במשפטי משמורת קטינים" מאזני משפט ד 545, 580-581 (התשס"ה)): "את אמנת האג יש לפרש בהרמוניה עם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו והעלאת רף ההגנה על זכויות היסוד של האדם - והקטין בכלל האדם הוא - יפורש כל דבר חקיקה באופן שלא יפגע בזכות החלטה, האוטונומיה של האדם באשר לגורלו, זכות הגלומה בכבוד האדם ובחירותו. מכוח האמור, תינתן לרצונו של ילד בעל דעה מגובשת המסוגל להביע דעה ולעמוד על דעתו, משקל רב ומכריע. מכוח האמור לא יפורש סעיף 13 המעניק משקל לרצון הילד החטוף בצמצום, כי אם להיפך".

139 ס' 12 לאמנת זכויות הילד.

הילד משרתת את טובתו, שעליה מושתת המנגנון של החזרה מיידית, אינה נכונה בכל מקרה, ודווקא ההחזרה עלולה לפגוע ברווחתו של הילד. הם קבעו לפיכך חריגים, שהתקיימותם סותרת את החזקה ומאפשרת את אי-החזרתו של הילד. למעשה, חריגים אלה הינם חלק בלתי נפרד ממדיניות אמנת האג. במקרה שילד בוגר דיו מתנגד להחזרה, אין באפשרותו של בית המשפט, במסגרת הליך מזורז על פי אמנת האג, לבחון את השאלה המורכבת אם רצונו של הילד נוגד את טובתו.¹⁴⁰ הגישה של אמנת האג היא אפוא שיש לתת לילד לפרש את האינטרסים שלו¹⁴¹ ולא להחזיר אותו בעל כורחו. מובן שאין בכך כדי למנוע את המשך בירור טובתו של הילד בהליך משמורת או הגירה בפני בית המשפט במדינת המקלט.

השופט הנדל ניסה לרכך במקצת את הגישה הנוקשה, אשר הובעה בפרשת **איטליה**, באומרו "ברם, פירוש מצמצם ושיקול דעת אין משמעם איון מוחלט של החריג. על בית המשפט לתת דעתו, לצד התכליות הכלליות של האמנה, גם לזכויות הילד".¹⁴² עם זאת בתי המשפט לענייני משפחה ממשיכים לצטט אמירות שיפוטיות לא מתפשרות שלפיהן כמעט אין אפשרות להתקיימות החריג.¹⁴³

לאור הדברים הללו, על מנת לשכנע את בית המשפט שהחריג של התנגדות הילד מתקיים, על המייצג לפעול בשתי דרכים. מחד גיסא, עליו להשתמש בכל הכישורים שלו כדי להוכיח כי מתקיימים התנאים שהוצבו על ידי בית המשפט העליון להתקיימות החריג. מאידך גיסא, עליו להעלות טיעונים משכנעים מדוע אין צורך לפרש את החריג בצורה מצמצמת ביותר, תוך הבאת אמירות שיפוטיות ואקדמיות מהארץ¹⁴⁴ ומחו"ל,¹⁴⁵ המצדדות בפרשנות רחבה יותר של החריג והנימוקים לכך.

הסיבה השלישית לחיוניות של ייצוג נפרד במקרים של התנגדות הילד היא שקיים סיכוי לא מבוטל שהמומחה יהיה סבור שאחד מן התנאים להתקיימות החריג אינו מתקיים, קרי הילד אינו בוגר דיו או רצונו אינו עצמאי או אינו בעל עוצמה מיוחדת. מעיון בפסיקה ניתן לזהות

140 לדיון כללי בסוגיה זו ראו שוז "זכות הילד להשתתפות", לעיל ה"ש 38, בעמ' 232–235.
 141 ראו את האמור בדו"ח הרשמי לפירוש אמנת האג (ELISA PÉREZ-VERA, EXPLANATORY REPORT) 426, 433 (Madrid 1981), <https://assets.hcch.net/upload/expl28.pdf>: "[T]he Convention also provides that the child's views concerning the essential question of its return or retention may be conclusive, provided it has, according to the competent authorities, attained an age and degree of maturity sufficient for its views to be taken into account. In this way, the Convention gives children the possibility of interpreting their own interests".
 142 בע"מ 2808/15 פלוני נ' פלונית, פס' 3 (נבו 20.5.2015) (להלן: בע"מ פלוני (2015)).
 143 ראו, למשל, תמ"ש פלונית (2018), לעיל ה"ש 95, פס' 45.
 144 ראו, למשל, את המקורות המובאים אצל שוז "זכות הילד להשתתף", לעיל ה"ש 38, בעמ' 260.
 145 בפסקי דין זרים נקבע, למשל, שאמנת האג אינה דורשת שההתנגדות תהיה איתנה במיוחד. ראו שוז "זכות הילד להשתתף", שם, בעמ' 263. יש לשים לב שהציטוטים המובאים בבע"מ פלוני (2021), לעיל ה"ש 105, פס' 29 לפסק דינו של השופט מינץ, אינם תומכים בקביעתו (שם) כי יש צורך בהתנגדות דומיננטית ונחרצת.

שתי סיבות עיקריות לכך. הראשונה היא נטייתם של חלק מהמומחים להציב רף בגרות גבוהה, הדורש יכולות להבין את ההשלכות ארוכות הטווח של ההחלטה.¹⁴⁶ השנייה היא ההנחה הנפוצה בקרב מומחים שילדים חטופים אינם מסוגלים להביע דעה עצמאית, בין היתר בגלל ההשפעה של ההורה החוטף, אשר בו הם תלויים.¹⁴⁷ ואולם, הנחה זו מרוקנת מתוכן את החריג של התנגדות הילד¹⁴⁸ ואינה מבוססת כדבעי. בין היתר, לעיתים קרובות קיימות סיבות אובייקטיביות שמסבירות היטב את רצונו של הילד.¹⁴⁹ אף על פי כן, השופט עשוי לקבל את חוות הדעת של המומחה ללא כל הסתייגות, במיוחד כאשר הוא עצמו מזדהה עם דעות קודמות או אסכולות שעליהם חוות הדעת מושתתת.¹⁵⁰ אם כן, ללא ביקורת נוקבת נגד חוות הדעת ועדותו של המומחה, בפועל תוכרע התוצאה על ידי המומחה.

146 ראו, למשל, את דעתה של המומחית בפרשת **איטליה**, לעיל ה"ש 136 (שמובאת תחילה בערכאה הראשונה – תמ"ש (משפחה ב"ש) 14830/05 פ"ר נ' תא"פ (נבו 8.12.2005)), ולפיה לרוב ילדים מתחת לגיל 15 אינם מסוגלים לקבל החלטות בעניין מקום מגורים שלהם, וכי אף על פי שהקטינים בני 11 ו-13 בוגרים ומפותחים לגילם מבחינה מנטלית ופיזית, הרושם המתקבל הוא שהם בעלי תובנה חלקית ושהראייה שלהם הייתה לטווח קצר בלבד. דעה דומה הובעה על ידי פסיכולוגית בדיון שהתקיים ביום עיון בנושא "שמיעת ילדים בהליכים על פי אמנת האג" (המרכז האקדמי שערי מדע ומשפט, יולי 2019). יש לציין כי השופט אסולין סבר "שעמדתה של המומחית, לפיה אין לפעול עפ"י רצון הקטינים, מקורה במה שהיא רואה כאמיתות אוניברסליות ומתוך הכללה ולא מתוך מה שמתייחס לקטינים במקרה הקונקרטי דנן" (עניין פ"ר, שם, פס' 12ב).

147 וראו, למשל, זאב ברגמן ואליעזר ויצטום "חטיפת ילד בידי הוראה והתיסמונת של התנכרות להורה: סקירת ספרות, תיאור מקרים והיבטים טיפוליים ומשפטיים" **שיחות** ט, 115, 119, 129 (1995), המצוטט, בין היתר, בעמ"ש (מחוזי ת"א) 28/97 **פלונית נ' פלוני** (נבו 24.3.1997), שבו לא היה בית המשפט מוכן אפילו לשמוע את הילד, כי סבר מראש שהרצונות שיביע אינם יכולים להיות עצמאיים.

148 ראו את עמדתו של השופט אסולין בעניין פ"ר, לעיל ה"ש 146, פס' 13: "ייחוס אוטומטי של השקפת הקטין להשפעה שיש לכך שהוא זוכה לתשומת לב רבה מצד משפחת ההורה החוטף [...] הופכים את זכות הקטין להתחשבות בעמדתו לחסרת טעם".

149 בבע"ם פלוני (2015), לעיל ה"ש 142, סבר המומחה שהתנגדות הילדים (בגילים 11, 14 ו-15) הושפעה על ידי האם, אף על פי שהתנאים שבהם גרו בארצות הברית היו קשים מאוד, שבעבר הושמו במשפחת אומנה ושהאב איים להרוג אותם באמצעות רובה שהיה ברשותו. בית המשפט דחה את חוות דעתו של המומחה וקבע שהחריג מתקיים. ראו גם את עניין X v. Y, [2012] EWHC 2838 (Fam) (Eng.), שבו סבר בית המשפט באנגליה כי הרצונות שמביעים הילדים הם אמיתיים, הגם שקיימות ראיות של השפעה על ידי ההורה החוטף.

150 ראו, למשל, בע"ם 902/07 **פלונית נ' פלוני**, פס' 27 לפסק דינו של השופט אלון (נבו 26.4.2007) (להלן: פרשת **הולנד**): "קשה ביותר לנתק ולבודד את רצון הילד מההשפעה הבלתי נמנעת – מכוונת או עקיפה – הנודעת לו מההורה המתנגד להחזרתו [...] נדרשת רמת ההוכחה המשכנעת בדבר יכולתו של ילד שכזה לגבש רצון עצמאי ברמת היכולת לשקול במכלול השיקולים והאיזונים את מכלול ההיבטים כמפורט לעיל". כמו כן, להנחה שדעות הילד לא היו עצמאיות כיוון ש"סונוור" על ידי פינוק והטבות חומריות שקיבל ממשפחתו של ההורה החוטף, ראו פרשת

במקרים כאלה, על מנת לספק לילד ייצוג הולם יש צורך לתקוף את חוות דעתו ועדותו של המומחה בצורה יסודית, מקיפה ומקצועית, ולאתגר את המומחה בחקירה נגדית.¹⁵¹ בין היתר, יש לנסות להראות כי חוות הדעת אינה מבוססת כראוי מבחינה מקצועית, או לחלופין שהיא מבוססת על אסכולה מדעית שנויה במחלוקת.¹⁵² נוסף על כך, על המייצג להדגיש כי המבחן הוא אם מדובר ברצונו העצמאי של הילד כיום, ולא מה היו הגורמים מהעבר שהשפיעו על גיבוש הרצון הזה.¹⁵³ גם כאשר מבוגרים מגבשים עמדה, הם מושפעים מחברי משפחה ואחרים בסביבה;¹⁵⁴ כידוע, בראייה פסיכולוגית, חוויות מהילדות המוקדמת משפיעות על רוב ההיבטים של החיים המבוגרים שלנו, אך אין בכך כדי לקבוע שהדעות שלנו אינן מבוססות, אמיתיות ועצמאיות. כמו כן, אי-אפשר להסיק שרצונו של ילד חטוף אינו עצמאי מהעובדה שלעיתים קרובות מתקיימים אצלו משקעים רגשיים כתוצאה של הסכסוך בין ההורים. לבסוף, חשוב להדגיש כי ייצוג נפרד אינו מייחד את הצורך בקשר בלתי אמצעי בין השופט לבין הילד.¹⁵⁵ יצוין כי ייצוג נפרד עשוי להקל את קשיים הכרוכים בפגישה זו, משום שהמייצג יכול להכין את הילד לפגישה¹⁵⁶ ולהדוף את מאמצי ההורים להשפיע עליו.

- איטליה**, לעיל ה"ש 136, פס' 19; רע"א 3052/99 **שבח נ' שבח**, פס' 4 (נבו 1999:1.6) (שם מקבלת השופטת דורנר את עמדתה של השופטת קינן מבית המשפט לענייני משפחה).
- 151 עניין פ"ר, לעיל ה"ש 146, כתוצאה של חקירה נגדית בבית המשפט לענייני משפחה דחה השופט אסולין את חוות הדעת של המומחית (שסברה, בין היתר, שילדים מתחת לגיל 15 אינם בוגרים דיים כדי להבין את ההשלכות של התנגדותם וכי רצונם של הילדים הושפע מהפינוקים שקיבלו ממשפחת האב החוטף), וקבע שהחריג מתקיים. למרבה הצער, בערעור שהוגש נהפכה החלטה זו, אף על פי ששופטי בית המשפט המחוזי ובית המשפט העליון (פרשת **איטליה**, לעיל ה"ש 136) לא יכלו להתרשם מחקירת המומחית והסתמכו על חוות הדעת הכתובה שלה, על אף הביקורת הנוקבת שהביע השופט אסולין נגד חוות הדעת הזו.
- 152 כמו, למשל, תאוריית תסמונת הניכור ההורי של RICHARD A. GARDNER, THE PARENTAL ALIENATION SYNDROME (2nd 1998). לביקורת נוקבת על התוקף המדעי של תאוריה זו, ראו סמדר לביא "אבא פדופיל עדיף על אמא מנכרת: תסמונת הניכור ההורי של גארדנר ובית המשפט העליון בישראל" PsakDin – **אתר המשפט הישראלי** (9.10.2002); שבתאי נוי "זהירות! הפדופליה מקבלת חסות בבית המשפט: גישת ה'הוריו' PsakDin – **אתר המשפט הישראלי** (30.11.2002); עוזרד, הלפרין-קדרי ופרינץ, לעיל ה"ש 66; Carol S. Bruch, *Parental Alienation Syndrome and Parental Alienation: Getting it Wrong in Child Custody Cases*, 35 FAM. L.Q. 527 (2001).
- 153 ראו בע"ם **פלונני** (2015), לעיל ה"ש 142, פס' 6.
- 154 Hollingsworth & Stalford, לעיל ה"ש 134, בעמ' 137–138, המתייחסים למחקר שמעיד על השפעה זו.
- 155 לדיון בטיעונים בעד שמיעה ישירה של הילד על ידי שופט ראו שוז "זכות הילד להשתתפות", לעיל ה"ש 38, בעמ' 218–222.
- 156 הילד יכול להיפגע מפגישה ללא הכנה. ראו, למשל, Re KP (A Child), [2014] EWCA (Civ) 554 (Eng.). שבו השופט בבית המשפט באנגליה ציפה שהילד ינמק ויצדיק את דעותיו ללא הכנה מראש. בעניין זה ציווה בית המשפט לערעורים על דיון חוזר בפני שופט אחר.

כמו כן, מפגש עם השופט אינו מייתר את הצורך בייצוג נפרד, כפי שהדבר בא לידי ביטוי בצורה ברורה במקרה שנדון לפני כשנתיים בשלוש ערכאות. האם החוטפת טענה ששלושת הקטינים, נערה בת 13.5 ואחיה בני 11.5 ו-9, מתנגדים לחזרה לאביהם בקנדה. בערכאה הראשונה סירבה השופטת למנות מומחה ושוחחה עם הקטינים בלשכתה. התרשמותה מהפגישה הייתה שלא מדובר ברצון אותנטי, עצמאי, תקיף ובוגר של הקטינים. הגם שהקטינה, בניגוד לאחיה, הביעה את התנגדותה בצורה סדורה, קבעה השופטת כי היא "לא הותירה בי את הרושם כי היא בעלת רצון עצמאי – להבדיל מ'שופר' עבור אימה".¹⁵⁷ בערעור לבית המשפט המחוזי סברו שופטי הרוב שקיים קושי רב בקביעות אלה. לדעתם, התשתית העובדתית, שנשענת אך ורק על התרשמותו של בית המשפט בפגישה קצרה עם הקטינים, לקראת סוף ההליך, הייתה דלה ולא מספקת.¹⁵⁸ השופטת אטיאס אף הוסיפה: "והדברים מקבלים משנה תוקף בשים לב לכך שלא מונה לילדים אפוטרופוס לדין, בכדי שישמיע את קולם של הקטינים במנותק מהוריהם".¹⁵⁹

אולם, החלטת הרוב למנות מומחה אשר יבחן, בין היתר, את איכות התנגדותם של הילדים¹⁶⁰ נהפכה על ידי בית המשפט העליון. כל הילדים הוחזרו לקנדה, ללא ייצוג מקצועי של רצונם וללא בדיקה מקצועית של איכות התנגדותם.¹⁶¹ ראוי לציין כי הכרעה זו אינה עולה בקנה אחד עם פסיקות קודמות של בית המשפט העליון, שעמדו על הצורך לקבל חוות דעת מומחה במקרים שבהם נטען שילדים התנגדו לחזרה.¹⁶² ודוק, במקרה אחד, החלטתה של שופטת בערכאה הדיונית שלפיה חריג ההתנגדות מתקיים, על בסיס התרשמותה מפגישה עם הקטינה, נהפכה בערעור, כיוון שלא נתמכה בחוות דעת מומחה.¹⁶³ באותה מידה קשה לראות כיצד שופט יכול לשלול את קיום החריג על סמך התרשמותו האישית מפגישה קצרה גרידא. מסקנה זו מקבלת משנה תוקף במקרה זה, לאור התרשמותם של שופטי הרוב בבית המשפט המחוזי מהפרוטוקול החסוי, שממנו עולה כי בעת הפגישה לא הבינו הקטינים את הסיטואציה ובפרט לא את העובדה שהמשמעות של חזרה לקנדה היא פְּרֵדָה מאימם. סביר להניח שאם היה להם נציג נפרד, הוא היה מוודא, לפני השיחה עם השופטת, כי הקטינים אכן מבינים את המצב. לאור האמור לעיל, ניתן לראות כי במרבית המקרים שבהם הילד מתנגד להחזרה למדינת המקור, האינטרסים שלו לא ייוצגו בצורה מלאה בפני בית המשפט ללא מינוי עורך דין או אפוטרופוס לדין שייצג את רצונו. סביר להניח כי לכל הפחות בחלק מן המקרים שבהם נקבע

157 דבריה של השופטת מצוטטים בערכאת הערעור. ראו עניין ט', לעיל ה"ש 17, פס' 14 לפסק דינו של השופט ג'וסי.

158 שם, פס' 29 לפסק דינו של השופט ג'וסי ופס' 2 לפסק דינה של השופטת אטיאס.

159 שם, פס' 2 לפסק דינה של השופטת אטיאס.

160 לדעתי היה צורך למנות גם אפוטרופוס לדין, כיוון שהמומחה אינו משמיע את קולם של הילדים.

161 בע"ם פלוני (2021), לעיל ה"ש 105.

162 ראו, למשל, את פסק דינה של השופטת ארבל בבע"ם פלוני (2007), לעיל ה"ש 136.

163 פרשת הולנד, לעיל ה"ש 150.

שלא מתקיים החריג של התנגדות הילד הייתה התוצאה משתנה אילו יוצג הקטין באופן עצמאי.¹⁶⁴

(ה) אפקטיביות תנאי החזרה

בתיקים שבהם מותנית החזרת הילד בתנאים המיועדים להגן על שלומו של הילד לאחר ההחזרה,¹⁶⁵ ראוי לבחון באיזו מידה יהיו התנאים אפקטיביים. לרוב, מייצגו של הילד יוכל לעשות זאת בצורה אובייקטיבית יותר מאשר ההורה החוטף.¹⁶⁶ במידת הצורך מייצג הילד אף יוכל לבקש מבית המשפט להורות על פעולות שנדרשות כדי להבטיח את אפקטיביות התנאים, כגון דרישת "צו מראה" לפני החזרת הילד.

אם בית המשפט מתנה את החזרה בתנאים מוקדמים, המייצג יכול ללוות את הילד ולוודא כי אותם תנאים אכן התקיימו. כך למשל, בפרשת **בלגיה**¹⁶⁷ קבע בית המשפט שיש לנקוט "צעדים משמעותיים ואינטנסיביים להכנת הקטין לקראת המעבר", כולל עריכת מפגשים בין האב לבין הילד, וזאת כדי "להבטיח שלומו וטובתו". ואולם, בפועל פגישות אלה התקיימו באיחור¹⁶⁸ וההכנות לא צלחו.¹⁶⁹ אף על פי כן, ואם כי לא כל תנאי החזרה התקיימו, הורה בית המשפט העליון, בדיון שהתקיים במעמד צד אחד, על החזרת הילד באופן מידי.¹⁷⁰ יש להניח כי אילו היה הילד בן התשע מיוצג, היה האפוטרופוס לדין יכול לפעול על מנת להבטיח את קיום התנאים בצורה טובה יותר. זאת ועוד, יש להניח שהאפוטרופוס לדין היה מוזמן להציג את האינטרסים של הילד לפני שהייתה מתקבלת החלטה להחזרת מיידית, תוך ויתור על קיום

164 יש לשים לב לכך שבמקרים המובאים בה"ש 150 ו-151 לעיל קבעה אחת מהערכאות הנמוכות שהחריג מתקיים, אך לבסוף קבע בית המשפט העליון שהוא אינו מתקיים.

165 ראו ה"ש 87 לעיל והטקסט שלידה.

166 ראו, למשל, עניין *Best*, לעיל ה"ש 105, פס' 64. עוד הוא יכול, למשל, לוודא באופן עצמאי עם גורמים במדינת המקור שהתנאים שם יהיו אפקטיביים. ראו, למשל, פרשת **בלגיה**, לעיל ה"ש 109, שם קיבל המרכז לזכויות הילד והמשפחה במרכז האקדמי שערי מדע ומשפט חוות דעת ממומחה בבלגיה, שסבר כי תנאי החזרה שנקבעו על ידי בית המשפט לא יגנו על הילדים, כפי שבית המשפט ציפה (עותק מחוות הדעת שמור אצל המחברת). ראו גם את פסק הדין של בית המשפט באוסטרליה שביקש ממייצגו של הילד להציע הסדרים שיבטיחו המשך תקשורת בין הילד לבין הורה ואח שאינם חוזרים איתו – *Police Commissioner of South Australia & Agustina*, [2020] FamCA 1010[29] (Austl.).

167 לעיל ה"ש 110.

168 ההחזרה נדחתה בשל אי-יישום ההכנה שנדרשה. ראו את החלטת בית המשפט בפרשת **בלגיה**, לעיל ה"ש 109, מתאריך 21 במאי 2008.

169 ראו את עדותה של העובדת הסוציאלית לבית המשפט בדיון שהתקיים ב-2 ביוני 2008, שבה סיכמה את מצבו של הילד: "אני רואה את הילד רגע לפני התמוטטות והוא במצוקה מאד מאד קשה וזה קורע את הלב [...] הילד משלם מחיר איום ונורא, והוא מגיע לבלגיה הוא פגוע, זה הליך מאוד ארוך לשקם את היחסים שלו עם האבא" (הפרוטוקול שמור אצל המחברת).

170 שם.

חלק מהתנאים שנקבעו קודם לכן. כך, לכאורה היה ניתן למנוע את ההמשך הטרגי של הפרשה¹⁷¹ – ההיעלמות של הילד לשמונה שנים¹⁷² וגזר דין של חמש שנות מאסר על האם בגין עבירה של הוצאה ממשמורת.¹⁷³

במקרים שבהם ההורה הנחטף אינו יכול לקיים את תנאי ההחזרה, המייצג יכול לידע את בית המשפט על כך כדי שזה יוכל לשקול שוב את נחיצות התנאים. כך, למשל, בעניין פלוני נ' פלונית¹⁷⁴ התנה בית המשפט את החזרת הילדים בהפקדת סכום של 75,000 שקל מראש על ידי האב למימון מחייתם של האם והילדים, וזאת אף על פי שהאם הודתה שחטפה את הילדים והסכימה להחזירם. האב טען שאינו יכול לעמוד בתנאי זה וכי לא נדרש סכום כה גדול כדי להבטיח את מחייתם של הילדים, אולם בית המשפט העליון לא היה מוכן לבדוק את הטענות האלה. התוצאה הייתה שהסכום לא הופקד והילדים לא הוחזרו.¹⁷⁵ אילו היו הילדים מיוצגים, יכול היה המייצג לבדוק את המצב בצורה אובייקטיבית יותר ולהציג את האינטרסים של הילדים בפני בית המשפט, וסביר להניח שבית המשפט היה שוקל את טענותיו ברצינות.

(ו) ליווי הילד

היתרונות של ליווי עבור הילד רלוונטיים במיוחד בתיקי חטיפה,¹⁷⁶ בין היתר בעקבות הבלבול שלעיתים קיים בנוגע לאופי ההליך. המייצג יכול להסביר לילד בהתאם לגילו ולמידת בגרותו, ובמידת הצורך יותר מפעם אחת, על טבעם של הליכי אמנת האג ומשמעויות צו ההחזרה.

171 גילוי נאות: המרכז לזכויות הילד והמשפחה במרכז האקדמי שערי מדע ומשפט, בנייהולה המשותף של המחברת, הכין בקשה למינוי מייצג נפרד עבור הילד. ב-2 ביולי 2008, כאשר הבקשה הייתה מוכנה להגשה, קיבל בא כוחה של האם מכתב מבא כוחו של האב, המודיע שבהתאם לפסק הדין שנתן בית המשפט העליון יום קודם לכן הזמין האב טיסה עבור הילד ביום 3 ביולי 2008, ושעל הילד להיפגש עם האב בשדה התעופה. הבקשה של המרכז האקדמי שערי מדע ומשפט הוגשה לבג"ץ, אשר דן בעתירה של האם נגד החלטת בית המשפט העליון (בג"ץ 5952/08 פלונית נ' בית המשפט העליון בירושלים, פס' 17 (נבו 3.7.2008)), אבל לא השפיע על התוצאה הסופית.

172 ב-3 ביולי 2008, לאחר דחיית העתירה (שם), נעלם הילד, ולא היה מידע על מקום הימצאותו עד שהסגיר את עצמו בחודש ספטמבר 2016. לדיווח על הסגרת הילד ראו שמעון איפרגן "פרשת החטיפה הגיעה לסיימה בשיחת טלפון מפתיעה" mako (7.9.2016) <https://www.mako.co.il/home-family-relationship/family/Article-bd474fa033ff651006.htm>

173 ע"פ 4205/13 פלונית נ' מדינת ישראל (נבו 15.7.2014). בכתבה של איפרגן, שם, דווח שאחרי הסגרתו של הילד שוחררה האם ממאסר.

174 רמ"ש (מחוזי מר') 20178-11-14 פלוני נ' פלונית (לא פורסם, 20.11.2014).

175 מבוסס על ידיעה מעורכת הדין הקנדית שייצגה את האב בהליכים בחו"ל.

176 באופן כללי, בעניין האופי של התמיכה והליווי המקצועי המומלץ עבור ילדים שמעורבים בתיקים אלה, ראו Sara Lembrechts, *Include Project Guide to Good Practice: Recommendations Based on the Views of Children and Young People to Professionals Involved in International Child Abductions* (European Union's Justice Programme 2021)

כאשר כבר החלו הליכי משמורת במדינה הזרה, או סביר כי יחלו, המייצג יכול לדאוג שהילד יבין את הקשר שבין שני ההליכים. בעיקר חשוב להבהיר לילד את מרחב התמרון הצר שניתן לבית המשפט בתיקי אמנת האג בכלל ואת המשקל המועט המיוחס לרצון הילד בפרט. נוסף על כך, כאשר ניתן צו החזרה, על המייצג להמשיך וללוות את הילד עד למועד אכיפתו של הצו. ליווי זה עשוי למנוע קשיים בביצוע פסק הדין. כמו כן, כאשר המייצג מודע להיעדר שיתוף פעולה מצד הילד, ביכולתו לנקוט צעדים ליידע את בית המשפט בעניין.¹⁷⁷

(ז) הפעלת כוח

יש מקרים, ולו בודדים, שבהם בית המשפט מורה על החזרת הילד, אולם הילד המתנגד להחזרה אינו מוכן לשתף פעולה עם ביצוע פסק הדין. כמפלט אחרון במקרים כאלה, מבקש ההורה הנחטף מבית המשפט לאשר הפעלת כוח סביר על ידי המשטרה נגד הילד.¹⁷⁸ השאלה של שימוש בכוח נגד קטין כדי לאכוף צו בית משפט להחזירו על פי אמנת האג היא סוגיה רגישה ושנויה במחלוקת,¹⁷⁹ וכרוכים בה, בין היתר, זכויות אדם בסיסיות של הילד והסיכון שהפעלת כוח נגד הילד על ידי שוטר תגרום לילד נזק נפשי בלתי הפיך. משכך, לדעתי, אין זה ראוי שהחלטה כזו תתקבל ללא מתן הזדמנות לשמיעת עמדתו של הילד באמצעות עורך דין שמייצג אותו.¹⁸⁰

3. טיעונים נגד ייצוג נפרד בהליכים על פי חוק אמנת האג

בספרות ובפסיקה ניתן למצוא כמה טיעונים נגד מינוי מייצג נפרד בהליכים על פי חוק אמנת האג, מעבר לטענות כלליות בנוגע לנזק שעלול להיגרם לילד על ידי ייצוג,¹⁸¹ וארון בהם להלן.

(א) "אין צורך"

177 Weiner, לעיל ה"ש 99. ייתכן שמייצג נפרד בפרשת **בלגיה**, לעיל ה"ש 109, היה יכול להזהיר שיתכן קושי באכיפת צו החזרה והדבר היה מונע את היעלמות הילד. כמו כן, במקרה של בע"ם **פלונזי** (2021), לעיל ה"ש 105, פס' 32 לפסק דינו של השופט מינץ, ייתכן שנוכחות של מייצג נפרד הייתה יכולה למנוע את התפרעות הקטינה בשדה התעופה, שגרמה לעיכוב של כמה ימים בביצוע פסק הדין.

178 הוראה למשטרה להשתמש בכוח סביר כדי לאכוף את צו החזרה ניתנה בתמ"ש **פלונזי** (2018), לעיל ה"ש 95.

179 לדיון בדעות וגישות שונות בנושא ראו SCHUZ, לעיל ה"ש 86, בעמ' 48–50. Weiner, לעיל ה"ש 99, טוענת שאם יופעל נגד הילד כוח בלתי הולם, ייתכן שהמייצג יהיה היחיד שיהיה במצב למחות על כך.

180 תמ"ש **פלונזי** (2018), לעיל ה"ש 95. ההחלטה המאשרת שימוש בכוח ניתנה במעמד צד אחד על בסיס חוות דעת משפטית מהרשות המרכזית, המזכירה מקרה קודם שבו ניתנה הוראה דומה, וחוות דעת של פסיכולוגית.

181 ראו לעיל בתת-פרק ב.2.

נטען כי אין צורך בייצוג נפרד בהליכי אמנת האג, שכן בית המשפט אינו בוחן את טובת הילד לגופו של עניין והיקף שיקול דעתו צר.¹⁸² נוסף על כך, לעיתים נטען כי ניתן לסמוך על הורים שיביאו את הטיעונים והראיות הרלוונטיים לאינטרסים של הילד.¹⁸³ כמו כן, אם רצונו של הילד רלוונטי, אפשר לברר זאת באמצעות שמיעתו באופן עקיף או ישיר, ללא צורך למנות מייצג עבורו. לדידי, טיעונים אלה אינם משכנעים, ואנמק.

ראשית, דווקא כיוון שאין בחינה של טובת הילד, קיים סיכון שהאינטרסים של הילד לא יובאו בחשבון,¹⁸⁴ ולכן מתעצם הצורך בייצוג נפרד.¹⁸⁵ גם אם אכן מובטחת שמיעת השקפותיו של הילד, בהיעדר ייצוג נפרד, הוא אינו יכול להיות מעורב (engage) בהליכים,¹⁸⁶ והשתתפותו בהליך המשפטי תוגבל לשאלה אם הוא מתנגד להחזרתו למקום מגוריו הרגיל אם לאו. כך הילד לא יורשה להציג טיעונים נוספים הנוגעים, למשל, לשאלה איפה היה מקום מגוריו הרגיל במועד הרלוונטי, לקיומם של חריגים אחרים, להפעלת שיקול הדעת השיפוטי כאשר מתקיים אחד מהחריגים, לנאותות של תנאי החזרה או אף לעניין מועד ההחזרה.

שנית, הניסיון מראה כי הורים אינם מייצגים את האינטרסים של ילדיהם כראוי,¹⁸⁷ בין אם בשל חוסר היכולת לממן ייצוג משפטי, בין אם בשל רמה ירודה של ייצוג משפטי או בשל סיבות אחרות. כך, למשל, בפרשת AJ הסכימה האם במהלך המשפט לשוב עם הילדים לפולין,¹⁸⁸ ובכך ויתרה, למעשה, על התנגדותם של בנה בן ה-15 ואחיו. מאוחר יותר התקבלה בקשת הערעור על מתן צו ההחזרה מטעם הילדים. עם זאת, אילו היו הילדים מיוצגים בנפרד מלכתחילה, לא היה בית המשפט מקבל את הסכמתה של האם להחזרה ללא התחשבות בהשקפתם של הילדים. כמו כן, במקרה הנדון בארץ, עורך הדין דאז של האב החוטף הגיש

182 ראו, למשל, Re H (A Child), [2006] EWCA (Civ) 1247 (Eng.).

183 ראו, למשל, De L v. Director-General, NSW Department of Community Services, [1996] HCA 5 (Austl.).

184 ראו, למשל, את החלטתו של השופט שטיין בפרשת היתום, לעיל ה"ש 98, פס' 38 (שלפיה אין מקום למנות אפוטרופוס לדין עבור הילד כיוון שהוא אינו צד להליך, ושהחזרתו למדינה המבקשת אינה גורעת מזכויותיו מאומה. ואולם, עינינו רואות שבטווח הארוך, החזרת היתום לאיטליה עלולה לפגוע בזכויותיו, וביניהן הזכות לקשר שוטף עם קרובי המשפחה מצד האם המנוחה. כמובן, גם השארתו בישראל עלולה לפגוע בזכויות של הילד. ואולם, בכל מקרה לא ניתן לקבל קביעה שהחזרה אינה משפיעה על מימוש זכויותיו, וכי מסיבה זו אין צורך למנות גורם מקצועי שמייצג את האינטרסים של הילד. למען הסר ספק יובהר כי באותה מידה גם לא ניתן היה לקבל קביעה שאי-החזרה אינה גורעת מאומה מזכויותיו.

185 Weiner, לעיל ה"ש 99, בעמ' 379.

186 עניין Re C, לעיל ה"ש 51, פס' 44, FORTIN, CHILDREN'S RIGHTS ; לעיל ה"ש 46, בעמ' 264.

187 Elizabeth Pitman, *Making the Interests of the Child Paramount: Representation for Children in the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*, 17 CARDOZO PUB. L. POL'Y & ETHICS J. 515, 536 (2009).

188 AJ v. JJ, [2011] EWCA (Civ) 1448 (Eng.).

באיחור ערעור נגד פסק הדין המורה על החזרת הילדים למדינה הזרה,¹⁸⁹ ובית המשפט סירב לעכב את ביצוע פסק הדין על מנת לאפשר דיון בבקשה להארכת מועד להגשת הערעור. הקטינים (בני 14 ו-9) התנגדו נחרצות להחזרה, ולכן יש להניח שאילו מונה להם מייצג נפרד, הלה היה דואג להגיש ערעור במועד,¹⁹⁰ כדי לאפשר בחינה נוספת של השאלה אם התקיים החריג של התנגדות הקטינים. נוסף על כך, מתקיימים מקרים שבהם באי כוח של ההורים אינם מעלים את כל הטענות הרלוונטיים, ומייצגו של הילד עשוי למלא את הלקונה.¹⁹¹ בפרט, ניתן להבטיח כי מייצגו של הילד מתמצא בהליכים על פי חוק אמנת האג, ואף להתנות את הייצוג בקבלת הכשרה ספציפית בתחום זה, בעוד לבאי כוח של ההורים אין תמיד ניסיון והתמצאות בתחום.

שלישית, כפי שהוסבר לעיל, הצגת האינטרסים של הילדים על ידי ההורים עלולה להיתפס בצורה שונה מהצגת אינטרסים אלה על ידי מייצגו של הילד.

(ב) עיכובים

ייצוג נפרד נראה כסיבוך בלתי נחוץ בהליכים מקוצרים, המזורזים במהותם, אשר עשוי לגרום לעיכובים מיותרים.¹⁹² עם זאת, מינוי ייצוג נפרד אינו חייב להוביל לעיכובים של ממש,¹⁹³ אם בית המשפט מורה על ייצוג נפרד מיד עם פתיחת ההליכים¹⁹⁴ והמייצג פועל בצורה יעילה. בעוד ייתכן שיידרש זמן ארוך כדי להשיג מידע רלוונטי, למשל על התנאים במדינת המקור, יש

189 בע"מ 2239/18 פלוני נ' פלונית (נבו 15.3.2018).

190 כך, למשל בעניין *De Lewinski and Legal aid Commission of New South Wales v. Director General, New South Wales Department of Community Services*, [1997] FamCA 11 (Austl.), מייצגו של הילד ערער נגד הקביעה שלא מתקיים החריג של חשש חמור, בעוד עורך דינה של האם החוטפת לא ערער נגד קביעה זו.

191 ראו, למשל, *State Central Authority & Young*, [2012] FamCA 563 (Austl.), שבו בית המשפט ציווה על עורך הדין שייצג את הילד להעלות את הסוגיה של הפרדה בין אחים גם אם האם החוטפת לא תעשה כן. כמו כן, בתמ"ש פלונית (2018), לעיל ה"ש 95, לא טען עורך דין של האב את כל הטענות הרלוונטיים, ובפרט את הטענות שמקום מגוריהם הרגיל של הילד כבר השתנה במועד אי-החזרה שלא כדין. מחברת מאמר זה נתקלה בשני מקרים שבהם לא הצליחה האם החוטפת למנוע החזרת ילד מאנגליה לישראל מאחר שעורך דינה לא הציג את כל הטענות הרלוונטיים או לא המציא את הראיות הנדרשות בפני בית המשפט באנגליה. בשני המקרים, בסופו של דבר, קיבלה האם החוטפת רשות להגר בחזרה לאנגליה עם הילדים, אבל הטלטלות גרמו סבל רב ומיותר לילדים (פסקי הדין שמורים אצל המחברת).

192 עניין *Re H*, לעיל ה"ש 182, פס' 7; *Re LC (Children)*, [2014] UKSC 1, para. 52 (Eng.); לדעת הרוב בבית המשפט העליון באוסטרליה, בעניין *De L*, לעיל ה"ש 183, ייצוג נפרד "should not hinder and indeed should assist the prompt disposition of convention applications"

194 ראו, למשל, את ההערה של השופטת בנט בעניין *Best*, לעיל ה"ש 105: "[T]he delay which is thought in some circles to be associated with representation of the interests of children really relates to the timeliness (or lack of timeliness) with which the relevant request is made"

צורך להשיג את המידע הזה גם אם הילד אינו מיוצג. הצורך בזירוז אינו יכול להצדיק קבלת החלטות הנוגעות לילד ללא הבטחת ייצוג הולם של האינטרסים שלו. כפי שהעיר בית המשפט העליון באוסטרליה: "Prompt listing for hearing is one thing; an over-hasty and insufficient hearing is another"¹⁹⁵.

(ג) העברת מסר שגוי

נטען כי ייצוג נפרד כעניין שבשגרה בתיקי חטיפות ילדים ייצור רושם מדומה לרלוונטיות ולחשיבות של השקפות הילדים באותם תיקים.¹⁹⁶ עם כל הכבוד, דאגה זו אינה במקומה בשל סיבות אחדות: הראשונה, בהיעדר ייצוג נפרד אין אפשרות לדעת באילו מקרים יהיו עמדות הילד רלוונטיות; השנייה, כפי שהראיתי לעיל, תפקידו של מייצג נפרד אינו מסתכם בהצגת עמדות הילד, כי אם גם בהצגת עובדות וטיעונים מנקודת מבטו של הילד; השלישית, הענקת ייצוג נפרד כשלעצמו לא יקבע את הרלוונטיות והחשיבות שבעמדות הילד, כי אם את המשקל שניתן על ידי בית המשפט לעמדות אלה; ולבסוף, גם אם קיים סיכון בהעברת מסר שגוי, אין בכך די כדי להצדיק פגיעה בזכות הילד לייצוג נפרד. זאת ועוד, המייצג יוכל להסביר לילד את המרחב הצר שבו אפשר להתחשב בדעותיו במסגרת של הליך על פי אמנת האג.

4. סיכום ביניים – הליכים על פי חוק אמנת האג

מהדיון לעיל ברי כי בתיקי חטיפה רבים קיים צורך בייצוג נפרד על ידי מייצג שבקיא בסוגיות העולות בתיקים אלה. לרוב אין אנו יודעים מה עלה בגורלם של ילדים חטופים לאחר החזרתם למדינת המקור או השארתם בישראל. עם זאת, קיימים כמה מקרים שבהם הורה בית המשפט בישראל על החזרת ילדים לחו"ל בניגוד לרצונם, וידוע שמאוחר יותר נגרם לילדים נזק ממשי בעקבות ההכרעה שיש להחזירם.¹⁹⁷ כמובן, אין אפשרות לדעת בוודאות אם מינוי ייצוג

195 ש.ם.

196 עניין *Re M*, לעיל ה"ש 106, פס' 57.

197 בפרשת **בלגיה**, לעיל ה"ש 109, הורה בסופו של דבר בית המשפט העליון על החזרה של ילד בן תשע "בן לילה" לבלגיה, תוך ויתור על תנאי החזרה שהוא עצמו קבע חודשיים קודם לכן. התוצאה הייתה שהילד נעלם, גדל ללא הוריו ו"צץ" בגיל 18 (ראו לעיל ה"ש 172 והטקסט שליטה); (2) בפרשת **איטליה**, לעיל ה"ש 136, מדובר היה בילדים בני 12 ו-10 שנולדו באיטליה ועברו לישראל בשנת 1997 ביחד עם הוריהם – רופא ישראלי מוסלמי ואחות איטלקית נוצרייה. בשנת 2002 לקחה האם את הילדים לאיטליה לחופשה והם נשארו שם. האב הגיש בקשה לבתי המשפט באיטליה להחזרת הילדים על פי אמנת האג, אך בקשתו נדחתה ומשמורת ניתנה לאם. בשנת 2005 הגיע האב לאיטליה והביא את הילדים לישראל. לטענתו, פעולה זו נעשתה לבקשת הקטינים. האם הגישה בקשה לבית משפט בישראל להחזרת הילדים על פי חוק אמנת האג, והאב טען את החריג של התנגדות הילדים. השופט אסולין, שדן בתיק, קבע שהתקיים החריג של התנגדות הילד, אך החלטתו נהפכה בערכאות ערעור. לאחר החזרת הילדים לאיטליה הצליחה האם לחבל בקשר שבין הילדים ובין האב, דבר שהשפיע לרעה על מצבה הנפשי של הבת (האמור

לקטינים אלה היה משנה את התוצאה ומה היה מצבם של הילדים אם בית המשפט לא היה מורה על החזרתם. ואולם, השתלשלות הדברים במקרים האלה, שבהם ניתן משקל מועט לרצונם של הילדים, מעניקה משנה תוקף לטענה שעל מנת להבטיח שהילד יקבל ייצוג הולם בתיקי חטיפה, קיים צורך בייצוג נפרד.¹⁹⁸

הכרה גוברת בצורך בייצוג נפרד בתיקי חטיפה ברחבי העולם באה לידי ביטוי הן במחקר¹⁹⁹ והן בהתפתחויות במדינות אחרות. יש מדינות שעיינו בחקיקה חובת מינוי של מייצג נפרד בתיקי חטיפה,²⁰⁰ ויש מדינות שקבעו נוהל של מינוי אפוטרופוס לדין עבור הילד בתיקי חטיפה.²⁰¹ כמו כן, מעיון בפסקי דין זרים²⁰² ובספרות המדווחת על התנהלותם של בתי משפט זרים²⁰³ ניתן לזהות מגמה מתונה של עלייה במספר המקרים שבהם הילד מיוצג באופן נפרד בתיקי חטיפה.

מבוסס על ידיעה מעורכת הדין שמייצגת את האב ועורכת דין ברשות המרכזית); (3) בע"א 2610/99 פלוגית נ' פלוני, פ"ד נג(2) 566 (1999), השופט לא היה מוכן לשמוע את הבנות. לאחר החזרתן לאיטליה (במעורבות של המשטרה) הצליח האב (שהתנצר) לשכנע את בתי משפט שם להפקיע את האפוטרופוסות של האם ולהגביל עד מאוד את הקשר שבין הבנות לאימם, עניין שבסופו של דבר גרם להן, בין היתר, לוותר על אורח חיים דתי (האמור מבוסס על תיעוד מקורי שקיבלתי מהאם ומשיחה שקיימתי לפני שנים מספר עם עו"ד יעקב נאמן ז"ל, שייצג את האם בהתנדבות בפני בית המשפט באיטליה).

198 עלייה במספר המדינות שמאפשרות ייצוג נפרד צוינה ב- Hcch, CONCLUSIONS AND RECOMMENDATIONS: ADOPTED BY THE SPECIAL COMMISSION, para. 51 (The 6th Special Commission on the Practical operation of the 1980 and 1996 Hague Conventions, June 2011), https://assets.hcch.net/upload/wop/concl28sc6_e.pdf

199 כך, למשל, מדווחים Nicola Taylor & Marilyn Freeman, *Outcomes for Objecting Children under the 1980 Convention*, 22 JUDGES' NEWSL. 8, 11 (2018), על תמיכה רחבה בייצוג נפרד עבור ילדים בהליכים על פי אמנת האג, הן בקרב אנשי מקצוע המעורבים בהליכים אלה שהשתתפו במחקר שלהם והן בקרב אימהות חוטפות.

200 בשווייץ – FEDERAL ACT ON INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION OF 2007, art. 9(3) (Switz.) – (לתרגום לאנגלית של החוק ראו Bucher, לעיל ה"ש 97, בעמ' 161–165); ובדרום אפריקה – Children's Act 38 of 2005 § 279 (S. Afr.).

201 בהולנד ובגרמניה למשל. ראו Hcch Guide to Good Practice, לעיל ה"ש 113, בה"ש 127. במחקר שנעשה באנגליה על 30 תיקים שבהם נטען החריג של התנגדות הילד, הילד היה מיוצג באופן עצמאי בשמונה מקרים. ראו Hollingsworth & Stalford, לעיל ה"ש 134, בעמ' 132.

203 במחקר שהציגו פרופ' מרילין פרימן ופרופ' ניקולה טיילור ביום עיון במרכז האקדמי שערי מדע ומשפט (יולי 2019), המבוסס על שאלונים שמילאו 97 אנשי מקצוע העוסקים בתיקי חטיפה מ-32 מדינות, עולה כי ב-47% מהמקרים, כאשר הילד מביע התנגדות להחזרה, ממונה לו ייצוג נפרד. ראו גם את הדיווח של שופטת בבית המשפט שהאג שבהולנד, שם הוחלט למנות אפוטרופוס לדין בכל תיק חטיפה – Annette Olland, *The Voice of the Child in 1980 Hague Return – Procedures in the Netherlands*, 22 JUDGES' NEWSL. 54 (2018). לדיווח על מינוי מייצג עבור הילד בתיקי חטיפה בסינגפור ראו Wong Sheng Kwai, *Role of Children in 1980 Hague Proceedings – The Singapore Experience*, 22 JUDGES' NEWSL. 25, 26 (2018). בניו-זילנד, על

במאמר קודם זיהיתי חמש סיטואציות שבהן, להשקפתי, קיים צורך למנות נציג נפרד בתיקי חטיפה: (1) כאשר קיים ספק אקוטי באשר למקום מגוריו הרגיל של הילד; (2) כאשר קיימות ראיות לכך שיתכן שיתקיים החריג של נזק לילד; (3) כאשר הילד מתנגד להחזרתו; (4) כאשר מתקיים החריג של הסכמה או השלמה ועל בית המשפט להפעיל את שיקול דעתו; (5) כאשר הילד עצמו מעוניין לחזור למדינת המקור, אף על פי שההורה הנחטף אינו פונה לבית המשפט.²⁰⁴ גישה אפשרית אחת היא אפוא לחייב מינוי מייצג במצבים אלה, אלא אם כן בית המשפט משוכנע שהאינטרסים של הילד ייוצגו במלואם ללא המינוי או שהנזק שייגרם על ידי הייצוג עולה על התועלת. גישה חלופית היא להטיל חובה לשקול מינוי מייצג בסיטואציות אלה²⁰⁵ או בכל תיקי החטיפה.

לדעתי, על מנת לחולל שינוי של ממש בגישה של בתי משפט בעניין ייצוג נפרד בתיקי חטיפה, יש לאמץ את הגישה הראשונה ולחייב מינוי במקרים המוגדרים, אלא אם כן שוכנע בית המשפט, מטעמים שיירשמו, כי אין בייצוג כדי לקדם את זכויות הילד, צרכיו או האינטרסים שלו.²⁰⁶ חשוב להזכיר כי ההוראה הייחודית בתקנות בית המשפט לענייני משפחה המטילה חובה לשמיעה ישירה של ילדים בתיקי חטיפה²⁰⁷ הינה תקדים לעיגון הוראות מיוחדות הנדרשות כדי להגן על ילדים במקרים מורכבים אלה. כמו כן, ברי שניתן בקלות יחסית להוסיף לתקנה זו סעיף המורה על מינוי מייצג נפרד בתיקים על פי חוק אמנת האג או לפחות בתיקים בעלי תכונות מוגדרות כאמור לעיל.

ד. ייצוג נפרד בסכסוכי הגירה

1. אופיים של סכסוכי הגירה בישראל

קיימים מאפיינים משותפים בין סכסוכי הגירה לבין סכסוכי חטיפה.²⁰⁸ מקור הסכסוך בשני סוגי המקרים הוא מחלקות בנוגע למדינה שבה יגור הילד. גם מחקרים מצביעים על כך

פי הנחייתו של השופט הראשי של בית המשפט למשפחה, על השופט לשקול מינוי עורך דין עבור הילד בכל מקרה שבו נטען כי קיים אחד מהחריגים אלא אם הוא שוכנע כי המינוי לא ישרת שום תכלית מועילה. ראו PRACTICE NOTE: HAGUE CONVENTION CASES: NEW ZEALAND FAMILY COURT GUIDELINES para. 2.1, <https://www.justice.govt.nz/assets/fc-hague-convention-cases-nz.pdf> (להלן: הנוהל בניו-זילנד).

204 שזו "זכויות ילדים חטופים", לעיל ה"ש 87, בעמ' 470-471.

205 ראו הנוהל בניו זילנד, לעיל ה"ש 203.

206 הנוסח נלקח מהצעת החוק המצורפת לדוח ועדת המשנה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 89.

207 תק' 106(ה) לתקנות בית המשפט לענייני משפחה (עניין שעוגן בעבר בתק' 295ט(ה) לתקנות סדר הדין האזרחי (1984)). יש לציין שתקנה זו הותקנה כבר בשנת 1996, הרבה לפני הוספת פרק 2כ: השתתפות ילדים לתקנות סדר הדין האזרחי (1984) בשנת 2007.

208 לדיון מפורט יותר ראו Schuz, לעיל ה"ש 86, בעמ' 71-72 ו-86-88.

שהמניעים של ההורים שמבקשים להגר דומים מאוד לאלה של הורים משמורנים שחוטפים, כאשר המניע העיקרי הוא רצון ההורה לחזור למולדתו לאחר התמוטטות הנישואין עם בן הזוג ממדינה אחרת.²⁰⁹ כמו כן, אם בית המשפט מאפשר הגירה למדינה אחרת, לרוב הוא מאבד כל שליטה על הסכסוך ולא יוכל לבחון את הסוגיה שוב אם יתברר כי ההגירה אינה מיטיבה עם הילד.²¹⁰ לכן אם ההגירה אינה עולה יפה, ואף אם ההורה שמהגר אינו מקיים את הסדרי הראייה או הסדרים אחרים שנקבעו על ידי בית המשפט הישראלי, לרוב לא יוכל בית משפט בישראל לאכוף את אותם הסדרים.²¹¹ או לגרום להחזרת הילד לישראל, וזו אף אם קבע מראש שיש לו סמכות בלעדית לדון בעניין.²¹² ההורה שנשאר בישראל יהיה אפוא תלוי בבית המשפט במדינה הזרה.²¹³ גם אם הופקדו ביטחונות על ידי ההורה המהגר, הסעד יהיה חילוט הביטחונות ולא החזרת הילד או אכיפת התנאים שנקבעו. אף אם ההגירה היא לתקופה קצובה, כגון לצורך לימודים, עבודה או השתלמות, אם המדינה הזרה הופכת להיות מקום מגוריו הרגיל של הילד, לבית המשפט הזר תהיה סמכות בעניינו; במקרה כזה לא תהיה כל אפשרות לקבל צו להחזיר אותו לישראל על פי אמנת האג בדבר ההיבטים האזרחיים של חטיפת ילדים בין-לאומית, וזו גם אם בית המשפט הישראלי קבע במפורש שהסמכות להמשיך לדון במקרה ניתנת לו.²¹⁴

209 שם, בעמ' 73.

210 בעמ"ש (מחוזי ת"א) 1261-11-15 ד"מ נ' ל"ל, פס' 5 לפסק דינו של סגן הנשיא שנלר (נבו 13.11.2016), צוין שאם לא תאושר ההגירה ואם דברים ישתנו, "הדלת פתוחה" לבחון את הסוגיה שוב "אך לא כן היפוכם של דברים". יש לציין שכאשר מדובר בהגירה ממדינה למדינה בתוך פדרציה, כגון בארצות הברית ובאוסטרליה, ההשפעה של העברת הסמכות לבית המשפט במדינה החדשה משמעותית פחות.

211 בעמ"ש (מחוזי ת"א) 37785-11-12 פלוני נ' פלונית (נבו 10.1.2013), בית המשפט היה מוכן להחזיר המצאת הזמנה לדין לאם שהיגרה לקנדה בתביעה שהוגשה על ידי סבו של הילד מצד אביו שהלך לעולמו, שביקש קביעת הסדרי ראייה עם הקטין. ואולם, ברי שאכיפתו של כל פסק דין שיינתן תהיה תלויה בבית המשפט במדינה זרה, אלא אם כן תגיע האם המהגרת לישראל.

212 קביעה זו אינה מבטיחה שהחלטת בית המשפט הישראלי תיאכף במדינה הזרה ואינה מונעת מבית המשפט במדינה הזרה לדון בעניין. ראו, למשל, עניין *Re IS*, לעיל ה"ש 12, שבו דן בית המשפט באנגליה בשאלה של הסדרי הראייה בין הבת לאב, אף על פי שהשופט אלבו התנה את התרת ההגירה בכך שלבית המשפט בישראל סמכות בלעדית בעניין, ואפילו הוציא צו חוסם נגד האם והילדה האוסר עליהן לפנות לבית המשפט באנגליה.

213 קבלת צו מראה מבית המשפט הזר לפני ההגירה אמורה להבטיח את אכיפת התנאים שנקבעו על ידי בית המשפט בישראל, אבל צו זה אינו כובל את בית המשפט במדינה הזרה, כפי שניתן לראות בעניין *Re IS*, שם.

214 בתי המשפט ובתי הדין בישראל לא תמיד מודעים לסיכון זה. כך, למשל, בדנ"א 9201/08 פלוני נ' פלונית, פס' 4 לפסק דינו של השופט גרוניס (נבו 5.4.2009) (להלן: פרשת גרמניה), תואר כי בית המשפט לענייני משפחה התיר הגירה לתקופת ניסיון של שנה, וקבע שבסופה של השנה תיבחן שאלת המשמורת וההגירה באופן סופי. כמו כן, בתיק (אזורי אש') 62918/21 פלוני נ' פלונית (נבו

עם זאת, קיימים הבדלים מהותיים ומשמעותיים בין אופי ההליך המשפטי בשני סוגי הסכסוכים.²¹⁵ בהליכי הגירה מדובר במחלוקת בין שני האפוטרופוסים של הילד בנוגע להפעלת הזכות להחליט איפה יגור הילד.²¹⁶ בית המשפט מצווה להכריע בסכסוך על פי טובת הילד, בדיוק כמו בסכסוך פנימי רגיל,²¹⁷ בלי שיהיה כפוף למשפט הבין-לאומי.²¹⁸ בפסיקה שורטטו שיקולים ספציפיים שבהם יתחשב בית המשפט בהכרעה מהי טובת הילד בסכסוכי הגירה,²¹⁹ ובהם: מסוגלות הורית של שני ההורים; מידת ההתאמה של הסידורים שנעשו לקליטת הילד בסביבה החדשה בחו"ל; רצון הילד בהתאם לגילו ומידת בגרות; היכולת האובייקטיבית והסובייקטיבית של ההורה המהגר להבטיח שמירת קשר רצוף בין הילד לבין ההורה הנשאר. כמו כן, הפסיקה מבחירה את חשיבותה של קבלת חוות דעת מומחה נוסף על תסקיר עובד סוציאלי.²²⁰ עם זאת, ניתן לשופט שיקול דעת רחב מאוד בעניין המשקל שיש לייחס לכל אחד מהשיקולים השונים ואפילו לחוות הדעת של המומחה.²²¹ קיימת אפוא אי-

2015.10.22), הותרה הגירה לבלגיה לשנתיים תוך הוראה שיתקיים דיון בבית הדין הרבני בעוד שנה וחצי.

215 לדיון מפורט יותר ראו Schuz, לעיל ה"ש 86, בעמ' 71-72.

216 ס' 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות; בג"ץ 2483/17 פלוני נ' בית הדין הרבני האזורי פתח תקווה (נבו 3.5.2017).

217 ס' 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות. בהקשר של הגירה נאמר כי לרוב אף לא אחת מהחלופות מיטיבה עם הילד, ומדובר בבחינת הרע במיעוטו. ראו רע"א 4575/00 פלונית נ' אלמוני, פ"ד נה(2) 331, 321 (2001) (להלן: רע"א פלונית (2001)).

218 ההצעות לכוונן אמנה בין-לאומית בעניין הגירה שנדונו במסגרת ועדת האג נדחו, כיוון שהסכמה רחבה ומוחלטת בסוגיה שהיא פנימית במהותה לא הייתה מציאותית. ראו PERMANENT BUREAU, CONCLUSIONS AND RECOMMENDATIONS OF PART I AND PART II OF THE SPECIAL COMMISSION ON THE PRACTICAL OPERATION OF THE 1980 CHILD ABDUCTION CONVENTION AND THE 1996 CHILD PROTECTION CONVENTION AND A REPORT OF PART II OF THE MEETING, para 831 (HccH, April 2012), https://assets.hcch.net/upload/wop/concl28-34sc6_en.pdf. עם זאת, בפגישה שהתקיימה בווינא בשנת 2010 הגיעו נציגים מ-14 מדינות להסכמות בנוגע לשיקולים שיש להתחשב בהם בתיקי הגירה. ראו Permanent Bureau, Preliminary Note on International Family Relocation (HccH, Preliminary Document No. 11, Jan. 2012, <https://assets.hcch.net/upload/wop/abduct2012pd11e.pdf>. כמו כן, אמנת האג בעניין הגנה על הילד משנת 1996 (Hague Convention on Parental Responsibility and Protection of Children), אשר ישראל טרם חתמה עליה, מאפשרת לאכוף במדינת היעד תנאים שנקבעו על ידי בית המשפט במדינת המקור.

219 ראו, למשל, רע"א פלונית (2001), לעיל ה"ש 217; פרשת גרמניה, לעיל ה"ש 214.

220 בע"מ 27/06 פלוני נ' פלונית, פס" 14 (נבו 1.5.2006).

221 לאמירות בנוגע למשקל הכבד שיש לייחס לחוות דעת מומחה ראו, למשל, שם. למקרים שבהם ההחלטה הסופית הייתה בניגוד להמלצה של המומחה ראו, למשל, פרשת גרמניה, לעיל ה"ש 214; תמ"ש (משפחה נצ') 4126-01-12 ש"ב נ' ב"ס (נבו 29.1.2013).

ודאות ניכרת בתיקי הגירה,²²² ולא אחת החלטות נהפכות בערעור, לעיתים בגלל חוות דעת משלימה או נוספת.²²³

מעיון בפסיקה ניתן לזהות שבשנים האחרונות קיימת נטייה לאמץ גישה קשוחה יותר מבעבר כלפי בקשות הגירה של אימהות.²²⁴ נדרשת זהירות בהצעת הסברים לכך, כיוון שכל פסק דין מבוסס על הנסיבות הספציפית של המקרה הנדון ועל התרשמותם של המומחה והשופט מהנפשות הפועלות. אף על פי כן, לדעתי, ניתן לזהות סימנים של השפעה משינויים שמתרחשים בסכסוכים בעניין הסדרי הורות במישור הפנימי בכלל, ובעניין הגירה פנימית בפרט. הנוהג של קביעת משמורת משותפת מקשה את ההגירה,²²⁵ הן הפנימית והן הבינ-לאומית, כיוון שזו מצריכה את שינוי ההסדר למתכונת של משמורת בלעדית והפחתה של תדירות הקשר הפיזי עם האב, אשר במצבים של משמורת משותפת משמעותי עבור הילד יותר מאשר במצב המסורתי של משמורת בלעדית והסדרי ראייה. עם זאת, יש לשים לב לכך שלעיתים מדובר בשינוי טרמינולוגי בלבד ולא בשינוי מהותי. ודוק, בעבר, גם כאשר היו לאב הסדרי ראייה רחבים מאוד, לרוב נקבעו משמורת לאם והסדרי ראייה לאב, בפרט כאשר היה מדובר בילד מתחת לגיל שש.²²⁶ לעומת זאת, כיום, גם כאשר מדובר בשנות של 25% בלבד מהזמן אצל האב, לעיתים ההסדר נקרא "משמורת משותפת",²²⁷ ועובדה זו נתפסת כמחסום להתרת הגירה.²²⁸ ראוי לציין כי אחד מן הגורמים בשינוי המגמה במישור הפנימי הוא השיח של השוויון בין ההורים, אשר צבר תאוצה בין היתר בגלל רוח השיח החקיקתי וכתוצאה של פעילות ציבורית של ארגוני הגברים. ודוק, בשנת 2015 הגישה ח"כ גילה גמליאל, בשיתוף עם

222 ראו, למשל, Linda D. Elrod, *A Move in the Right Direction? Best Interests of the Child*, *Emerging as the Standard of Relocation Cases*, 3 J. CHILD CUSTODY 29 (2006).

223 ראו, למשל, בע"מ 9358/04 פלונית נ' פלוני (2.5.2005) (להלן: בע"מ פלונית (2005)); פרשת גרמניה, לעיל ה"ש 214; בע"מ 9773/16 פלונית נ' פלוני (11.6.2017) (להלן: בע"מ פלונית (2017)).

224 לדוגמאות של מקרים שבהם בית המשפט סירב לאשר לאם להגר ראו, למשל, תמ"ש (משפחה ת"א) 45041-05-13 פ"ש נ' ש"ח (נבו 2.9.2015); תמ"ש (משפחה י-ם) 8283-12-15 פלוני נ' פלונית (נבו 23.4.2017); עמ"ש (מחוזי י-ם) 47251-05-17 נ"ס נ' פ"ש (נבו 17.12.2017); תמ"ש (משפחה פ"ת) 54107-05-15 פלונית נ' פלוני (נבו 31.12.2017); בע"מ פלונית (2017), שם; תלה"ם (משפחה ב"ש) 51106-04-17 א"ש נ' מ"ש (נבו 30.9.2018).

225 לראיה, שינוי חקיקתי שמעודד משמורת פיזית משותפת באוסטרליה וניו זילנד גרם לירידה במספר המקרים שבהם אושרה ההגירה. ראו: Patrick Parkinson, *The Realities of Relocation: Messages from Judicial Decisions*, 22 AUSTL. J. FAM. L. 35 (2008); Mark Heneghan, *Relocation Cases – The Rhetoric and the Reality of a Child's Best Interests – A View from the Bottom of the World*, 23 CHILD & FAM. L.Q. 226, 238 (2011).

226 ראו, למשל, רע"א פלונית (2001), לעיל ה"ש 217.

227 ראו, למשל, תמ"ש (משפחה כ"ס) 11657/03 א"א נ' א"ב (נבו 16.6.2011); תמ"ש (משפחה טב) 5782-08-09 א"ק נ' נ"ק (נבו 23.10.2011).

228 ראו, למשל, עניין פ"ש, לעיל ה"ש 224.

ח"כ יואב קיש, את הצעת חוק הורים וילדיהם,²²⁹ אשר נכתבה בשיתוף עם עמותת "הורות משותפת = טובת הילד". הסוגיה העיקרית שעמדה במרכזה, בלשונו של ח"כ קיש, היא ש"הרשויות [...] יצרו פרשנות עצמאית, שפוגעת בשוויון ההורי ופוגעת בילדים [...] את חזקת הגיל הרך חייבים לבטל".²³⁰ אין מנוס מכך שעובדים סוציאליים ומומחים מושפעים מתופעות אלה,²³¹ ולא מן הנמנע כי הדבר בא לידי ביטוי גם באופן בחינתה של טובת הילד במקרי הגירה גבוליים.

2. טיעונים בעד ייצוג נפרד בסכסוכי הגירה

רוב הטענות בעד ייצוג נפרד בתיקי חטיפה רלוונטיים במידה כזו או אחרת גם בתיקי הגירה, וקיימים טיעונים נוספים, כפי שאפרט להלן.

(א) אופי הסכסוך

לעיתים קרובות מדובר בסכסוך מורכב ובעל עצימות גבוהה, בין היתר, כיוון שההשלכות עבור החיים האישיים של ההורים מרחיקות לכת ולרוב אין מקום לפתרונות ביניים.²³² עבור ההורים נוצר אפוא ניגוד עניינים מובנה בין האינטרסים האישיים שלהם לבין אלה של הילד, אשר מקשה עליהם עד מאוד את היכולת לייצג את הילד בצורה נאמנה.²³³ כמו כן, במקרים שבהם ההורה המבקש להגר חטף בעבר את הילד, ואז הוכרח להחזירו, עלול בית המשפט להיות מושפע מכך, והמשקל שניתן לטענות הורה זה בנוגע לאינטרסים של הילד עלול להיות נמוך יותר.²³⁴

229 הצעת חוק הורים וילדיהם, התשע"ה–2015, פ/591/20. ההצעה נדחתה בקריאה טרומית.
230 ד"כ 4.11.2015, 130. ראו גם "דרמה במליאת הכנסת: הצעת חוק הורים וילדיהם, של הקואליציה נדחתה. השרה גמליאל: כדאי שתחפשו קואליציה אחרת" **חדשות הכנסת** (4.11.2015) <https://main.knesset.gov.il/News/PressReleases/pages/press041115-0ws.aspx>

231 לתיעוד של השינוי בהמצאות של עובדים סוציאליים ראו דפנה הקר ורות הלפרין-קדרי "כללי ההכרעה בסכסוכי משמורת – על סכנותיה של אשליית הדמיון ההורי במציאות ממוגדרת" **משפט וממשל** טו 91 (2013); דפנה הקר "מהפכת זמני השהות השווים בצילוי של כשל שיפוטי בצריכת ידע אמפירי" **מעשי משפט** יד 49 (2023).

232 זה אחד מההסברים לתוצאות של המחקר שהראה כי שיעור סכסוכי הגירה שמסתיימים בפשרה נמוך יותר מאשר זה של סכסוכי משמורת והסדרי ראייה. ראו Patrick Parkinson, Judy Cashmore & Judy Single, *The Need for Reality Testing in Relocation Cases*, 44 FAM. L.Q. 1, 3, 18 (2010).

233 מעניין לצייין שהורים שהיו מעורבים בסכסוכי הגירה תמכו ברעיון של מינוי אפורופוס לדין עבור ילדים בתיקי הגירה כדי שההליכים יהיו ממוקדים יותר באינטרסים של הילד. ראו Marilyn Freeman, *Relocation: The Reunite Research* (Research Report, Research Unit of the Reunite International Child Abduction Centre, July 2009).

234 ראו, למשל, עניין פ"ש, לעיל ה"ש 224, פס' 54–55, שבו נאמר שבמעשה החטיפה קיפחה האם את זכויות הילדים, והשופט למד מהעובדה שהאם לא מיהרה לחזור לישראל (גם לאחר

(ב) גישה למידע רלוונטי

לעיתים למיציגו של הילד יש גישה למידע שלהורים אין אפשרות להשיגו. כך, למשל, במקרה אחד דיברה האפוטרופא לדין עם צוות בית הספר והצהרון ועם המטפלת הרגשית של הילד, והעבירה את המידע שקיבלה משם בדוח חסוי לבית המשפט.²³⁵ יש להניח שאלמלא היה הקטין מיוצג, לא היה חומר זה מגיע לידי השופט. דוגמה מובהקת לטיעון זה הוא מקרה שפורסם לפני שנים מספר,²³⁶ שבו היה צורך להחליט אם הילד, בן להורים זרים שגורשו מהארץ, יהגר לטורקיה עם אביו או לפיליפינים עם אימו. האפוטרופא לדין שמונתה לייצג את הילד ערכה בדיקות מקיפות ביותר על מנת לעמוד על הצפוי לילד בשתי המדינות וההשפעה של שתי האפשרויות עליו, כולל מעורבות של גורם טיפולי. להורים לא היו משאבים להשיג מידע זה או לממן מומחה. לכן, אילולא המינוי של האפוטרופא לדין, קשה לראות כיצד היה המידע החיוני מגיע לבית המשפט. יש לציין כי העובדה שבסופו של יום בית המשפט אינו מאמץ את עמדת האפוטרופוס לדין בחלק מהמקרים²³⁷ אינה מפחיתה מחשיבות תפקידו בהבאת המידע לבית המשפט.

(ג) הערכת רצונותיו של הילד והפרספקטיבה שלו

בתיקי הגירה יש להתחשב בכל הרצונות, הדעות והרגשות של הילד שעשויים לתת אינדיקציה אם ההגירה תיטיב איתו. מחקר מחו"ל מראה כי בדרך כלל קיימת התאמה בין תחושות הילד ביחס לקרבה להורה הנשאר לבין הדעות שלו בנוגע להגירה גם לאחר שנים מספר.²³⁸ אם קיים בעיניו קשר קרוב יותר להורה, גוברים הגעגועים ותחושת ההחמצה כאשר לא ניתן לשמור על איכות הקשר לאחר ההגירה.²³⁹ לפיכך, כדי שהחלטת התבסס על תמונה מלאה, חשוב לנסות לעמוד על רצונותיו, דעותיו ותחושותיו של הילד בכל מקרה הגירה.

שהחייבה לעשות כן) שהיא לא הפנימה את החשיבות של הקשר עם האב – דבר שאינו מעודד בנוגע לעתיד, אם תותר ההגירה.

עניין ד"מ, לעיל ה"ש 210.

עמ"ש (מחוזי ת"א) 19311-12-15 פלוני נ' פלונית (נבו 1.5.2019).

יש לציין כי בסופו של דבר עמדת האפוטרופא לדין בעניין ד"מ, לעיל ה"ש 210 (פסק דינו של בית המשפט המחוזי) ובעניין בע"ם פלונית (2017), לעיל ה"ש 223 (פסק הדין של בית המשפט העליון) אומצה בהליכים מאוחרים יותר, שבהם ניתנה רשות להגר לאחר שמצב הילד התדרדר, בשל אלימות של האב כלפיו (על פי הנטען). ראו תלה"מ (משפחה ת"א) 72208-12-18 פלונית נ' אלמוני (נבו 8.7.2019).

Judy Cashmore & Patrick Parkinson, *Children's 'Wishes and Feelings' in Relocation Disputes*, 28 CHILD & FAM. L.Q 151 (2016)

שם. 239

כאשר ציפיות הילד הנוגעות לחיים בחו"ל אינן מציאותיות,²⁴⁰ יש מקום לפעול, בהתייעצות עם גורמים טיפוליים וההורה המעוניין להגר, כדי לעזור לילד להבין בצורה נכונה יותר את השלכות ההגירה. כמו כן, יש מקרים שבהם הילד אינו מוכן לגלות את דעותיו, כי אינו רוצה לבגוד באחד מההורים.²⁴¹ במקרים אלה יש מקום לעודד את הילד לדבר על התחושות והתובנות שלו, ללא צורך להביע העדפה ברורה. דברים אלה יאפשרו מתן משקל לפרספקטיבה של הילד שעשויה לתת אינדיקציה באשר להשלכות ההגירה עבור הילד.

אף על פי שמומחה או עובד סוציאלי מיחידת הסיוע יוכל לדבר עם הילד ולדווח על דעותיו ורגשותיו, יש לאפשר לילד, אם הוא מעוניין בכך, שיחה ישירה עם השופט. בכל אופן, גם אם הילד משוחח עם השופט, ראוי שהפרספקטיבה של הילד תוצג לבית המשפט על ידי אפוטרופוס לדין, שתפקידו לייצג את הילד בנפרד מהערכה כללית של כל השיקולים. חשיבות תפקיד זה של המייצג מקבלת משנה תוקף לאור המשכיותם של הליכי הגירה. ייתכן שהפרספקטיבה של הילד תשתנה במהלך ההליך המשפטי, והמייצג הוא דמות קבועה, אשר שומרת על קשר עם הילד לכל אורך ההליך,²⁴² בעוד במרבית המקרים המומחה, העובד הסוציאלי מיחידת הסיוע והשופט נפגשים איתו רק בנקודת זמן מסוימת לצורך הכנתה של חוות דעת.

דברים אלה באו לידי ביטוי במקרה שנדון בבית המשפט העליון בשנה שעברה.²⁴³ ב-14 במרץ 2019 הגישה האם בקשה לקבל היתר להגר לחו"ל עם שניים מילדיה (אז בני 13 ו-10). ב-26 ביולי 2020 נפגש בית המשפט עם הילדים ושוחח עימם. על סמך הפגישה הזו וחוות דעת מעודכנת של המומחה²⁴⁴ קיבל בית המשפט לענייני משפחה את בקשת האם. ערעור האב התקבל על ידי בית המשפט המחוזי,²⁴⁵ שהורה על מינוי מומחה נוסף. ב-21 במרץ 2021, לאחר קיום פגישה עם הקטינים, הגישה המומחית החדשה חוות דעת התומכת בהגירה, בעיקר מחשש שהישארות הילדים בישראל עם האב תוביל לניכור הורי כלפי האם. האב טען שחוות דעת זו אינה נותנת מספיק משקל לרצונותיהם של הקטינים להישאר בישראל, אבל בית המשפט העדיף את עמדת המומחית. ערעורו של האב נדחה ובקשתו לרשות ערעור נדחתה על ידי בית המשפט העליון ב-29 במרץ 2022. עינינו הרואות שעברו כמעט שנתיים מאז שוחחו הקטינים עם בית המשפט ושנה מאז פגשו את המומחית. לא ניתנה לקטינים (עכשיו בני 16 ו-

240 ראו, למשל, בע"ם פלונית (2017), לעיל ה"ש 223, פס' 9 לפסק דינו של השופט הנדל, שלפיו שירותי הרווחה סברו שלקטין הייתה "פנטזיה" בנוגע למגורים בחו"ל.

241 ראו, למשל, בע"ם פלונית (2005), לעיל ה"ש 223, פס' 4.

242 בקווים מנחים לייצוג ילדים ונוער, לעיל ה"ש 73, בעמ' 5, מבהירים שעל המייצג להכיר לעומק את הקטין ולהיפגש איתו בהתאם להתפתחויות בהליך המשפטי ובחיייו, ולא פחות מפעם בחצי שנה.

243 בע"ם 2086/22 פלוני נ' פלונית (נבו 29.3.2022).

244 בחוות הדעת הראשונה נקבע שאין לאפשר את ההגירה (שם, פס' 3).

245 בעיקר כיוון שהגירה תגרום להפרדה בין הקטינים לאחיהם הגדול (אז בן 17), שיישאר בישראל על מנת לסיים את לימודיו בתיכון (שם, פס' 4).

13) כל הזדמנות נוספת להשמיע את קולם, על אף חלוף הזמן והתבגרותם, ולכאורה הם נשלחו לחו"ל נגד רצונם. בנסיבות אלה קשה לקבל את דבריה של השופטת ברק-ארז שדבריהם של הילדים נשמעו ונשקלו.²⁴⁶ אני רואה בכך מקרה מובהק שבו לא הייתה אפשרות להעריך את רצונות הקטינים והמשקל שיש לייחס להם ללא ייצוג נפרד.

(ד) ביקורת על חוות דעת מומחים

בתיקי הגירה ניתן על ידי בית המשפט משקל כבד במיוחד לחוות הדעת של המומחה.²⁴⁷ הקשיים האינהרנטיים בשימוש בחוות הדעת של מומחים מתחום מדעי החברה בסכסוכים בין הורים בעניין ילדיהם מתועדים בספרות.²⁴⁸ קשיים אלו מוחרפים ביתר שאת בתיקי הגירה, בשל המחלוקת העמוקה הקיימת בין החוקרים בעניין ההשלכות על הילד – מצד אחד של הפגיעה בתפקוד ההורי של ההורה המטפל העיקרי (לרוב האם) כתוצאה מכך שנמנע ממנו להגר, ומצד אחר של קשר מופחת עם ההורה הנשאר (לרוב האב) אם תאושר ההגירה. אסכולה אחת סבורה כי תפקוד טוב של המטפל העיקרי חשוב יותר לרווחתו הנפשית של הילד,²⁴⁹ בעוד האסכולה האחרת סבורה כי קשר רציף עם ההורה השני חשוב יותר.²⁵⁰ ברי כי המלצת המומחה תלויה במידה רבה באסכולה שאיתה הוא מזדהה, זו שלמד בלימודיו האקדמיים או המקצועיים, או זו שהוא נחשף אליה ממקורות נוספים. בשל מצב זה, חובה לאתגר את המומחה ולגרום לבית המשפט לבחון את חוות הדעת בעין ביקורתית. אף על פי שלרוב ההורה שעמדתו אינה מאומצת על ידי המומחה (שיכונה להלן: ההורה המאוכזב) יבקר בחריפות את חוות הדעת, ראוי שיישמע ניתוח אובייקטיבי של חוות הדעת מהפרספקטיבה של הילד מפי גורם מקצועי, שמייצג רק את האינטרסים של הילד. ייתכן שהמייצג של הילד יזהה עניינים שבא כוחו של ההורה המאוכזב לא חשב עליהם, ואם הוא מסכים עם הביקורת של אותו בא כוח, בחינה נוספת זו תיתן לה משנה תוקף. מנגד, ייתכן שמייצגו של הילד יוכל לשלול את הביקורת של ההורה המאוכזב ולהביא טיעונים או ראיות שמחזקים את מסקנות המומחה.

246 שם, פס' 16.

247 ראו, למשל, בע"מ 10060/07 פלוני נ' פלוני, פס' 32 לפסק דינו של השופט דניציגר (נבו 2.10.2008), שמתייחס לחוות הדעת של המומחה כ"כלי המרכזי המאפשר לבית משפט להכריע בשאלת הגירתו של קטין".

248 רות זפרן "הקשיים הכרוכים בחוות-הדעת המקצועיות – טעם נוסף לעיצוב מחדש של הדין בשאלת חלוקתה של האחריות ההורית" *עיוני משפט* לו 269 (2013).

249 ראו, למשל, Judith S. Wallerstein & Tony J. Tanke, *To Move or Not to Move: Psychological and Legal Considerations in the Relocation of Children Following Divorce*, 30 FAM. L.Q. 305, 309–311 (1996); Carol S. Bruch, *Sound Research or Wishful Thinking in Child Custody Cases? Lessons from Relocation Law*, 40 FAM. L.Q. 281, 297–304 (2006).

250 ראו, למשל, Richard A. Warshak, *Social Science and Children's Best Interests in Relocation Cases: Burgess Revisited*, 34 FAM. L.Q. 83 (2000); Sanford L. Braver, Ira M. Ellman & William V. Fabricius, *Relocation of Children after Divorce and Children's Best Interests: New Evidence and Legal Considerations*, 17 J. FAM. PSYCHOL. 206 (2003).

(ה) האפקטיביות של תנאי ההגירה

כמו בתיקי חטיפה, גם במקרים של הגירה יש לעיתים צורך לבחון את האפקטיביות של התנאים הנקבעים בעניין שמירה על הקשר בין הילד ובין ההורה הנשאר. בחינה זו חשובה במיוחד לאור ממצאי מחקר שמראים כי לעיתים הסדרים שדורשים טיסות תכופות של הילד אינם מחזיקים מעמד.²⁵¹ אחת הסיבות לכך היא שההורה המבקש להגר מסכים להסדרים לא מציאותיים, הן מבחינת העלות, והן מבחינת העול על הילד, על מנת להראות מוכנות לשמור על קשר רצוף עם ההורה הנשאר. כמו כן, ראוי למנוע מצב של אי-קיום התנאים על ידי בדיקה קפדנית יותר של הסיכויים לקיימם. לרוב, מייצגו של הילד יוכל לבחון באופן ניטרלי עד איזו מידה ההסדרים המוצעים מציאותיים, הן מבחינת עלות והן מבחינת הילד ורצונותיו. כמו כן, הוא יוכל לבחון אם יש צורך לנקוט צעדים שיגבירו את הסיכוי לאכוף במדינה הזרה את ההסדרים הנקבעים על ידי בית המשפט ואם ראוי לדרוש צו מראה.²⁵²

(ו) ליווי הילד

מייצג הילד הוא דמות קבועה שמלווה את הילד במהלך ההליכים המשפטיים, העלולים להימשך זמן רב.²⁵³ לילד יש לעיתים שאלות ודאגות בנוגע להליך, אבל הוא חושש להעלות אותן בפני הוריו לנוכח רגישות הסוגיות. המייצג הוא גורם תומך שאליו יוכל הילד לפנות כדי לקבל מענה לשאלותיו ולדאגותיו.

3. טיעונים נגד ייצוג נפרד במקרי הגירה

הטיעונים הנשמעים נגד ייצוג נפרד בתיקי חטיפה אינם רלוונטיים לתיקי הגירה. כאמור, בניגוד לתיקי חטיפה, ההכרעה בתיקי הגירה מבוססת על האינטרסים של הילד הספציפי ולשופט נתון שיקול דעת רחב. כמו כן, אין מדובר בהליך מזוהזז ולרוב ההליכים מתמשכים זמן רב, ולכן מינויו של מייצג עבור הילד אינו אמור לגרום לעיכובים. עם זאת, החסרונות הכלליים הנובעים ממעורבות הילד בהליך רלוונטיים במקרים של הגירה. בעיקר קיים חשש שמעורבותו של הילד תפגע ביחסים עם לפחות אחד מההורים ותגביר את הניסיונות שלהם להשפיע אליו. כמו כן, חשיפתו לדמות מקצועית נוספת, נוסף על המומחה והעובד הסוציאלי, עלולה כשלעצמה להכביד עליו. להשקפתי, המשקל שיש לייחס לחסרונות אלה תלוי בנסיבות של כל מקרה ובדרך שבה הילד מיוצג. אם הילד כבר מעורב בסכסוך בין ההורים,²⁵⁴ ייתכן שליווי על ידי מייצג נפרד

251 ראו, למשל, Parkinson, Cashmore & Single, לעיל ה"ש 232, בעמ' 31-32.

252 לקשיים באכיפת הסדרי ראייה במדינה החדשה ראו Freeman, לעיל ה"ש 233, בעמ' 14-16 ו-21.

253 על החשיבות של הרצף הזה ראו דוח ועדת המשנה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 2.

254 כמו בבע"ם פלונית (2017), לעיל ה"ש 223, פס' 5 לפסק דינו של השופט הנדל.

יוכל דווקא להפחית את הנזק שנגרם כבר על ידי מעורבותו בהליך ולהבטיח מתן מידע אמין יותר לבית המשפט. כמו כן, כיוון שבכל אופן הילד ידבר עם המומחה (ולעיתים גם עם עובד סוציאלי ושופט), מייצג הילד יוכל להכין את הילד לראיונות עם גורמים אלה ולפעול להפחתת הלחץ עליו מצד ההורים. יתרה מכך, לרוב מייצג שפועל בתבונה ורגישות יוכל למזער את הסיכון שייגרם נזק לילד. למשל, לעיתים קרובות ניתן להציג את התובנות של הילד והפרספקטיבה שלו בהקשר של השלכות ההגירה בצורה שאינה מתפרשת כעדיפות להורה אחד על פני האחר.²⁵⁵ כמו כן, אפשר להגיש לשופט חומר חסוי.²⁵⁶ זאת ועוד, כפי שיוסבר להלן, אין בהכרח צורך בכך שמייצג הילד ינקוט עמדה ברורה בשאלה אם ההגירה תיטיב עם הילד אם לאו.²⁵⁷ עם זאת, ייתכנו מקרים שבהם כל מעורבות של הילד תזיק לו, והדרך הטובה ביותר לקדם את טובתו היא לנסות לעמוד על האינטרסים שלו בלי לערב אותו כלל.

4. סיכום ביניים – תיקי הגירה

לאור אופיים של הליכי הגירה והדמיון להליכי חטיפה, יש לטעמי מקום לאמץ מנגנון דומה לזה שהמלצתי עליו בנוגע לחטיפה. ואולם, בניגוד למקרי חטיפה, אין אפשרות להגדיר מראש את המצבים שבהם תהיה חובה למנות מייצג לילד, ולפיכך קיימות שתי חלופות: האחת, חובה למנות מייצג נפרד בכל סכסוכי הגירה, אלא אם כן שוכנע בית המשפט, מטעמים שירשמו, כי אין בייצוג כדי לקדם את זכויות הילד, צרכיו והאינטרסים שלו; החלופה האחרת, חובה לשקול את הצורך בייצוג נפרד בכל סכסוך הגירה, תוך בחינת היתרונות עבור הילד הספציפי מול החסרונות, לאור נסיבות המקרה.

ה. ייצוג נפרד בהליכי אימוץ

1. אופיים של הליכי אימוץ בישראל

בית משפט ייתן צו אימוץ רק כאשר כל אחד מההורים הביולוגיים מסכים לאימוץ או הילד מוכרז כבר-אימוץ על ידי בית המשפט.²⁵⁸ בשתי סיטואציות אלה הגוף שמטפל בהליך של מסירת הילד לאימוץ הוא השירות למען הילד, אגף של משרד הרווחה, אשר מאויש על ידי

255 בעניין הקושי הכרוך בהעמדת ילד במצב שבו הוא צריך לבחור בין שני הוריו במקרה של הגירה ראו תמ"ש (משפחה ב"ש) 30662-07-14 א"ו נ' ו"ו, פס' 36–38 (נבו 12.2.2015).

256 כפי שנעשה בבע"ם פלונית (2017), לעיל ה"ש 223, פס' 6 לפסק דינו של השופט הנדל.

257 ממחקר שנעשה בקנדה עולה כי המייצג לא נקט עמדה חד-משמעית ב-16 מתוך 26 מקרים של הליכי הגירה שבהם מונה מייצג נפרד לילד באונטריו, ובאף לא אחד מארבעת המקרים שבהם מונה מייצג נפרד לילד בקוויבק. ראו Nicholas Bala & Andrea Wheeler, *Canadian Relocation*, Cases: Heading Towards Guidelines, 30 CANADIAN FAM. L.Q. 271, 308 (2012).

258 ס' 8 לחוק האימוץ.

עובדים סוציאליים לחוק האימוץ. כאשר מדובר במסירה לאימוץ מרצון,²⁵⁹ על העובד הסוציאלי להעביר את המידע וההסברים הקבועים בחוק להורה שמוסר את ילדו לאימוץ,²⁶⁰ ועל ההורה לתת את הסכמתו, בהתאם להוראות החוק, בפני עובד סוציאלי ושופט, דיין או משפטן מוסמך.²⁶¹ כאשר אין הסכמה של שני ההורים, היועץ המשפטי לממשלה מגיש בקשה להכריז על הילד כבר-אימוץ, ועליו להוכיח שמתקיימת אחת מן העילות המנויות בסעיף 13 לחוק האימוץ כלפי כל הורה שאינו מסכים לאימוץ. בשני המצבים יינתן צו האימוץ רק לאחר תקופת מבחן בת שישה חודשים לפחות, שבה היה הילד סמוך לשולחנם של ההורים המאמצים.²⁶² במילים אחרות, במקרים שבהם אין הסכמה של שני ההורים למסור את ילדם לאימוץ, הליך האימוץ בפני בית המשפט מתפצל לשניים: הכרזת הילד כבר-אימוץ לפני השמה אצל ההורים המאמצים²⁶³ ומתן צו אימוץ לאחר תקופת המבחן. לעומת זאת, כאשר נתנו שני ההורים הסכמה לאימוץ הילד והם אינם מעוניינים לצמצם את תוצאות האימוץ, יובא העניין לבית המשפט רק בתום תקופת המבחן, כאשר ההורים המאמצים מגישים בקשה לצו אימוץ. במקרים אלה, ההורים הביולוגיים כבר יצאו מהתמונה והגורמים האחרים – ההורים המאמצים והמדינה – הם באותו צד, כל עוד תסקיר העובד הסוציאלי בעניין הסתגלות הילד בבית ההורים המאמצים הוא חיובי.²⁶⁴

לצורך הדיון הנוכחי ניתן לחלק את הליכי האימוץ שבהם ההורים הביולוגיים או אחד מהם הם צד לדיון, ולו באופן פורמלי, לארבעה סוגים:
הסוג הראשון – כאשר זהותו של אבי הילד אינה ידועה לרשויות²⁶⁵ (להלן "אב נעדר"), ולכן קיים צורך להכריז על הילד כבר-אימוץ כלפי האב על בסיס העילה שאין אפשרות סבירה לזהות אותו.²⁶⁶ הבקשה מוגשת על ידי היועץ המשפטי לממשלה, והדיון מתקיים במעמד צד

259 אסור למסור ילד לאימוץ באופן פרטי. ראו ס' 12(א) לחוק האימוץ.

260 ס' 8 לחוק האימוץ.

261 ס' 9 לחוק האימוץ.

262 ס' 6 לחוק האימוץ.

263 אלא במקרים חריגים שבהם בית המשפט נותן רשות להעביר את הילד לביתם של ההורים המעוניינים לאמצו לפני הכרזת הילד כבר-אימוץ על פי ס' 12(ג) לחוק האימוץ.

264 ס' 22 לחוק האימוץ.

265 לרוב, האם מסרבת לספר כי אינה מעוניינת שהאב ידע על הלידה. ראו, למשל, בע"מ 6930/04 **ההורים הביולוגיים נ' פלונית ופלוני המיועדים לאימוץ הקטין**, פ"ד נט(1) 596 (2004) (להלן: פרשת **תינוק המריבה**); בע"מ 5082/05 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני**, פ"ד ס(3) 201 (2005) (להלן: בע"מ **היועץ המשפטי לממשלה**). כאשר האם מוסרת את הילד לאימוץ, העובד הסוציאלי יסביר לה את חשיבות מסירתם של פרטי האב (לפי ס' 18 לחוק האימוץ), אולם אם היא מסרבת, העובד הסוציאלי יסביר לה שהיא רשאית למסור את הפרטים בצורה חסויה, כך שרק ישמשו בעת הצורך לאתר את האב (כגון לצורך רפואי או לבידור יוחסין).

266 ס' 13(א)(1) לחוק האימוץ.

אחד כיוון שהצד האחר (האב) אינו ידוע והאם הסכימה לאימוץ או הילד הוכרז כבר-אימוץ כלפיה על פי עילה אחרת.²⁶⁷

הסוג השני – כאשר הורה שהסכים לאימוץ מבקש לחזור בו או האב הנעדר צץ לפני מתן צו האימוץ ומבקש לגדל את הילד.²⁶⁸ הסוג השלישי – כאשר אחד מההורים או שניהם מתנגדים לאימוץ, אולם המדינה סבורה שיש להכריז על הילד כבר-אימוץ, לרוב על סמך העילה של חוסר מסוגלות הורית.²⁶⁹ בשני סוגי ההליכים האלה (השני והשלישי) המאבק המשפטי הוא בין ההורה הביולוגי (או שניהם) שמעוניין לגדל את ילדו ובין היועץ המשפטי לממשלה, שסבור שיש למסור את הילד לאימוץ או להשאיר אותו אצל ההורים המאמצים, אם כבר הושם אצלם.²⁷⁰ יש לציין שלרוב ההורה הביולוגי זכאי לייצוג מהסיוע המשפטי.²⁷¹

הסוג הרביעי – כאשר הילד מוכרז כבר-אימוץ, והורה אחד או שניהם מבקשים לצמצם את תוצאות האימוץ על מנת לאפשר קשר מסוים ביניהם לבין הילד לאחר מתן צו האימוץ (להלן "אימוץ פתוח").²⁷² לאור פסיקת בית המשפט העליון, שאלת אופיו של האימוץ נדונה כבר בשלב הכרזתו של הילד כבר-אימוץ, כאשר הצדדים הם ההורים הביולוגיים והיועץ המשפטי לממשלה.²⁷³ ואולם, ההחלטה של בית המשפט היא רק בגדר המלצה ואופיו הסופי של האימוץ נקבע בשלב של מתן צו האימוץ.²⁷⁴

ניתן לראות שבשלושת הסוגים הראשונים של הליכי האימוץ בית המשפט מכריע אם יהיה צו אימוץ בכלל, ובסוג הרביעי הוא קובע את אופיו של האימוץ. חשוב אפוא להבין את הגורליות של מתן צו אימוץ וקביעת אופיו של האימוץ. למעט במקרים נדירים ביותר, לא ניתן לבטל צו אימוץ²⁷⁵ ואין דרך אשר תאפשר לילד לגדול עם ההורים הביולוגיים או עם אחד

267 כמו, למשל, הפרשה שכונתה **ילד המריבה** – בע"מ 778/09 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני**, פ"ד סג(3) 111 (2009).

268 אם האב לא הודיעה לאב על הלידה, אזי כאשר היא מבקשת לחזור בה, היא עשויה להודיע לאב כדי שהוא גם יבקש לקבל את הילד. כך קרה, למשל, בבע"מ 8514/16 **ההורים המיועדים לאימוץ נ' ההורים הביולוגים** (נבו 8.11.2016) (להלן: פרשת **תינוק המריבה** (2016)).

269 ס' 13(א)(7) לחוק האימוץ.
270 ההורים המאמצים אינם צד פורמלי להליך, אולם בית המשפט עשוי לתת להם מעמד מסוים ולאפשר להם להציג טיעונים בפני בית המשפט באמצעות עורך דינם. ראו פרשת **תינוק המריבה**, לעיל ה"ש 265.

271 ס' 24(ב) לחוק האימוץ; משרד המשפטים – הסיוע המשפטי **דוח סיכום פעילות 2019** 132 (2021) <https://www.gov.il/BlobFolder/reports/legal-aid-2019/he/legal-aid-2019.pdf>.

272 על פי ס' 16(1) לחוק האימוץ, גם כאשר הסכימו ההורים לאימוץ, יכולה להעלות שאלה בדבר סוג האימוץ, אולם זהו מקרה נדיר, ולרוב תהיה הסכמה בעניין בין ההורים לבין השירות למען הילד (שאם לא כן, לא יחתום ההורה על הסכמה לאימוץ ובית המשפט יהיה חותמת גומי). ראו יואה שורק ופידא ניג'ים-אכתילאית **מסמך רקע לתכנית "מאימוץ ילדים לקהילת אימוץ"** (דוח מחקר דמ-595-12, מאירס-ג'וינס-מכון ברוקדייל, מרכז אנגלברג לילדים ולנוער (2012)).

273 ע"א 2169/98 **פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד נג(1) 241 (1999).

274 ש.ם.
275 ס' 19 לחוק האימוץ. ראו, למשל, אמ"ץ (משפחה ב"ש) 2/17 **פלוני נ' אלמוני**, פס' 31–38 (נבו 5.12.2017).

מהם. כמו כן, אם נקבע אימוץ סגור, לרוב אין דרך לאפשר קשר בין הילד לבין הוריו²⁷⁶ עד הגיעו לגיל בגרות.²⁷⁷ יפים הם דברי ועדת המשנה בהקשר זה: "הליכי אימוץ הם הרי גורל בחייהם של ילדים. עולמו של ילד הנמסר לאימוץ עובר תפנית יסודית, שאין ממנה על-פי רוב חזרה. בדיני נפשות ממש עוסק חוק אימוץ ילדים".²⁷⁸

2. טיעונים בעד ייצוג נפרד בהליכי אימוץ²⁷⁹

(א) חוסר יכולת של ההורים לייצג את הילדים בצורה נאמנה

לרוב יהיה ניגוד עניינים ברור בין ההורים הביולוגיים לבין הילד בהליכי אימוץ. כאשר ההורים מצויים תחת איום שהילד יילקח מהם, הם לרוב לא יוכלו להעריך ולהציג את האינטרסים של הילד באופן אובייקטיבי.²⁸⁰ במקרים שבהם ההורים הביולוגיים אינם משתתפים בדיון או אינם מסוגלים לייצג את הילד, בפועל אין צד כנגד, שיכול להביע את האינטרסים של הילד מנקודת מבט שונה מזו של רשויות הרווחה. כמו כן, בשלב של מתן צו האימוץ, כאשר ההורים הביולוגיים כבר אינם בתמונה, הגורמים המעורבים הינם כולם באותו צד:²⁸¹ העובד הסוציאלי לחוק האימוץ שמונה כאפוטרופוס של הילד (כאשר ההורים הביולוגיים מסרו אותו לאימוץ או כאשר הוכרו כבר אימוץ), בא כוחו של היועץ המשפטי לממשלה וההורים המאמצים שנבחרו על ידי השירות למען הילד. ד"ר מילי מאסס מציעה אפוא למנות אפוטרופוס לדין לייצג את הילד גם במקרים שבהם ההורים מסכימים לאימוץ.²⁸²

(ב) הצורך במעורבות של גורם עצמאי נוסף

הילד אינו צד להליך אף על פי שהוא מצוי במרכזו והדיון וההכרעה ישפיעו על מהלך חייו בצורה בלתי הפיכה. קיים לפיכך צורך להבטיח ייצוג מלא של האינטרסים שלו בצורה נאמנה

- 276 ואולם, ראו את החלטתו התקדימית של השופט גביון בעניין מ', לעיל ה"ש 14, אשר קבע כי בשלב הראשון יהיה האימוץ סגור ולאחר מכן יהיה פתוח. כמו כן, באמ"ץ (משפחה ב"ש) 18-26 ה' **היועץ המשפטי לממשלה נ' המשיבים** (12.3.2018 PsakDin), נקבע שאם יעבור האב טיפול בהצלחה, יהיו ביקורים כאשר הילדה תגיע לגיל 12, אם תהיה מעוניינת בכך.
- 277 גם כאשר יגיע לגיל 18, האפשרות לקבל פרטים מזהים על ההורה תותנה בהסכמת ההורה באותו מועד. ראו אמ"ץ (משפחה ת"א) 72/10 פ"ר נ' **היועץ המשפטי לממשלה** (נבו) 23.1.2012; אמ"ץ (משפחה ב"ש) 15/98 פלונית נ' **היועץ המשפטי לממשלה** (נבו) 1.3.2016; אמ"ץ (משפחה ת"א) 14-12-16425 ג' נ' **היועץ המשפטי לממשלה** (נבו) 7.7.2016.
- 278 **דוח ועדת המשנה**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 88.
- 279 שם, בעמ' 88-92.
- 280 שם, בעמ' 89.
- 281 שם, בעמ' 90.
- 282 מילי מאסס "הכרה בילד כאישיות עצמאית: הצעה לתיקון חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981" **משפחה במשפט** ג-ד 139, 146-147, 182, 191 (2009-2010).

ללא כל ניגוד עניינים.²⁸³ משכך, בשל האינטרסים המוסדיים של רשויות הרווחה, עולה צורך במעורבות של גורם עצמאי, שיכול לפעול להבטיח הגנה מרבית על האינטרסים של הילד במהלך הליך האימוץ בדרכים שונות, כולל חקירה ואיסוף מידע ועדכון בית המשפט. כמו כן, מעורבותו של גורם עצמאי נוסף, חוץ מרשויות הרווחה, נדרש על מנת לאפשר ביקורת על פעילויותיהן.

כאמור לעיל בהקשר של חטיפה, גם כאשר הטיעונים המנוגדים (במקרה זה בעד ונגד אימוץ) מוצגים לבית המשפט על ידי כל אחד מהצדדים, לא תמיד יהיה בידי בית המשפט כל המידע הנדרש כדי להעריך את האינטרסים של הילד באופן מלא. בפרט, ייתכן שקיים מידע שרק צד אחד יודע והוא אינו מעוניין לגלותו, כפי שקרה בעניין מחלתו של האב המיועד לאמץ בפרשת **תינוק המריבה**.²⁸⁴

קל וחומר כאשר אין צד כנגד, קיים צורך במעורבות של גורם נוסף פרט למדינה שיוכל לחקור ולחפש מידע, כיוון שבית המשפט אינו יכול לעשות זאת. דוגמה מובהקת לכך היא מקרה שבו מוגשת בקשה להכריז על הילד כבר-אימוץ על בסיס היעדר אפשרות סבירה לזהות את האב. במקרים אלה, ללא מינוי של אפוטרופוס לדין, הצד היחיד בדיון הוא היועץ המשפטי לממשלה. לא בכדי קבע השופט זגורי שבמקרים אלה מינוי אפוטרופוס לדין צריך להיות ברירת מחדל, תוך ציון החשיבות של גורם שמייצג רק את האינטרסים של הילד.²⁸⁵

המחשה של הצורך בצד נוסף במקרים אלה נמצאת בפרשת **תינוק המריבה** (2016),²⁸⁶ שבה הוכרו הילד כבר-אימוץ ללא נקיטת הפעולות המפורטות בחוק על מנת לאתר את אביו. מחדל זה גרם בסופו של דבר להחלטה שההכרזה הייתה לא כדין, ובית המשפט העליון הורה על החזרת הילד לאביו הביולוגי. יש להניח כי אילו מונה אפוטרופוס לדין בשלב של הכרזת הילד כבר-אימוץ, הייתה התוצאה אחרת. ייתכן שהיה אפשר לאתר את האב ואז היה הילד מוחזר אליו בשלב מוקדם יותר, ואף הייתה נחסכת התדיינות בשלוש ערכאות. אם המאמצים לא היו מובילים לאיתור האב, היה הילד מוכרו כבר-אימוץ כדין והיה נשאר אצל ההורים המיועדים לאמצו.²⁸⁷

283 ועדת המשנה מעירה (דוח ועדת המשנה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 89) שניתן ללמוד על הצורך בייצוג עבוד הילד מההכרה בצורך בייצוג של ההורים הביולוגיים על ידי בית המשפט העליון בע"א 9/78 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לב(3) 655, 668 (1978).

284 לעיל ה"ש 265.

285 אמ"ץ (משפחה נצ') 26/13 היועמ"ש נ' פלונית פס' 48 (נבו 26.12.2013) (להלן: עניין היועמ"ש נ' פלונית); אמ"ץ (משפחה ב"ש) 43/13 היועץ המשפטי לממשלה נ' אב לא ידוע (נבו 5.2.2014) (להלן: עניין היועץ המשפטי לממשלה נ' אב לא ידוע).

286 לעיל ה"ש 268.

287 רוב השופטים בבית המשפט העליון קבעו שכאשר ההכרזה היא כדין אין אפשרות לבטל אותה, אלא אם כן האב מגיש בקשה תוך שישים יום ממועד מסירת הילד להורים המיועדים לאמץ, דבר שלא נעשה במקרה הזה.

3. טיעונים נגד ייצוג נפרד בהליכי אימוץ

אציג את הטענות המובאים על ידי המתנגדים למינוי אפוטרופוס לדין עבור הילד בתיקי אימוץ תוך הצגת בעייתיותם.

(א) המדינה מייצגת את הילד

טיעון נפוץ נגד הצורך בייצוג נפרד של ילדים בהליכי אימוץ הוא הטיעון שהמדינה באמצעות העובדים הסוציאליים לחוק האימוץ או בא כוחו של היועץ המשפטי לממשלה מייצגים את האינטרסים של הילד המאומץ.²⁸⁸ טיעון זה נבחן לעומק ונדחה ב**דוח ועדת המשנה** מכמה סיבות עיקריות.²⁸⁹ ראשית, החוק הקיים אינו מסמיך את העובד הסוציאלי או את בא כוחו של היועץ המשפטי לממשלה לייצג את הקטין, למעט במצב שבו הוא מוכרז כבר-אימוץ ולא מונה לו אפוטרופוס.²⁹⁰ אדרבה, ההוראה המפורשת בחוק אשר מסמיכה את בית המשפט למנות לילד אפוטרופוס לדין²⁹¹ מגלה את דעת המחוקק שהתפקיד של ייצוג הילד הוא תפקיד נפרד ונוסף על זה של העובד הסוציאלי ובא כוחו של היועץ המשפטי לממשלה.²⁹² שנית, עובדי מדינה אלה אינם יכולים לייצג את הילד באופן אובייקטיבי, כיוון שהם יוזמי ההליך המשפטי וצד לו. אף על פי שהמניע ביוזמת ההליכים הוא כמובן הגנה על הילד וקידום טובתו, תיתכנה דעות שונות בנוגע לטובת הילד. שלישית, בא כוחו של היועץ המשפטי לממשלה אינו יכול לפעול כגורם חיצוני למערכת הרווחה כל עוד הוא נשען על העמדה המקצועית של מערכת הרווחה.²⁹³ כמו כן, על היועץ המשפטי לממשלה לייצג את האינטרס הציבורי ולא רק את האינטרסים הפרטיים של ילד ספציפי.²⁹⁴

נוסף על הנימוקים האלה קיימות סיבות נוספות, הנוצרות במבנה השירות למען הילד, שמונעות ממנו את האפשרות לייצג מאומצים בצורה אובייקטיבית ומלאה, תוך התחשבות רק באינטרסים של אותם ילדים ולא באינטרסים מוסדיים. חלק מהסיבות הינן כלל-מערכתיות ואחרות מתייחסות למצבים שעשויים להתעורר במקרים ספציפיים. באופן כללי, סיבת הקיום

288 ראו, למשל, את דעת מיעוט של עו"ד בתיה הרטמן **בדוח ועדת המשנה**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 137.

289 שם, בעמ' 46-53.

290 ס' 15 לחוק האימוץ.

291 ס' 23 לחוק האימוץ.

292 **דוח ועדת המשנה**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 57.

293 **דוח ועדת המשנה**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 62. לביקורת על כך שהיועץ המשפטי לממשלה מיוצג על ידי הלשכה המשפטית של משרד הרווחה, העומדת בקשר יומיומי עם השירות למען הילד ועלולה לראות את עצמה כעורכת דין של השירות במקום לייצג את האינטרס הציבורי כולו, ראו דעתו של השופט דרורי בע"מ (מחוזי י-ם) 707/05 **היועץ המשפטי נ' אב לא ידוע**, פס" 6 (נבו 14.4.2005) (להלן: **עניין היועץ המשפטי נ' אב לא ידוע**).

294 **עניין היועץ המשפטי לממשלה נ' אב לא ידוע**, לעיל ה"ש 285, פס" 8; רבינוביץ', לעיל ה"ש 6, בעמ' 247.

(raison-de'etre) של השירות למען הילד היא לשבץ ילדים הזקוקים לבית עם הורים שמעוניינים לגדל ילד, ולכן המשך קיומו מותנה ב"מלאי" הילדים שנמסרו לאימוץ.²⁹⁵ יש גם לזכור כי כתוצאה של חשיפתם של עובדי רשויות הרווחה לילדים של הורים ביולוגיים כושלים מחד גיסא, ולהורים המעוניינים לאמץ ילד מאידך גיסא, אך טבעי שיראו את היתרונות של השמת תינוק בביתם של הורים שמשותקים לילד ואשר יכולים לספק לו תנאים סוציו-אקונומיים טובים, ויראו כל צו אימוץ שמתקבל כהצלחה. ראיות לכך נמצאות במקרים, ולו בודדים, שבהם נמתחה ביקורת על רשויות הרווחה על כך ש"סימנו" ילדים לאימוץ²⁹⁶ או יצרו עובדות מוגמרות ללא אישור בית המשפט.²⁹⁷ מעבר לכך, במקרים ספציפיים שבהם הורה ביולוגי או עורך דינו תוקפים את פעולתו של עובד הרשות, טבעי שבא כוחו של היועץ המשפטי לממשלה ירצה להגן על אותו עובד, בפרט כאשר יש לכך השלכות רוחביות על עבודתם במקרים אחרים.²⁹⁸ כמו כן, באופן טבעי הוא לא ירצה לחשוף מידע שעלול לגרום לביקורת נגדם.²⁹⁹

(ב) עיכובים

נטען כי מעורבותו של גורם נוסף עלולה לסבך ולהאריך את ההליכים וכי קיים צורך בזריזות בתיקי אימוץ, כיוון שלרוב מדובר בתינוק שבינתיים נמצא בסידור זמני ומחכה לבית קבוע.³⁰⁰ ואולם, כפי שהובהר לעיל בהקשר של חטיפה, ניתן למנוע או לפחות למזער את העיכוב הנגרם בעקבות ייצוג נפרד עבור הילד על ידי מינוי מוקדם³⁰¹ והקפדה על לוח זמנים קצר. עיכוב אינו יכול להיות נימוק גורף לאי-מינוי, בפרט במקרים שבהם מדובר בהחלטה גורלית. דברים אלה יפים ביתר שאת להליכי אימוץ. אומנם חשוב לקבל החלטה מהירה כדי לספק לילד פתרון קבוע בהקדם האפשרי, אך תוספת הזמן הקצר הנדרש למינוי נציג נפרד אינה קריטית, בפרט לאור כל העיכובים האחרים המתקיימים בתוך ההליך.

עם זאת, יש מקרים חריגים שבהם מדובר ביולדת שתהיה בסכנת חיים אם דבר הלידה ייודע בקהילה שהיא גרה בה. בנסיבות אלה תוספת הזמן הנדרשת ביחד עם מעורבותו של

295 מאסס, לעיל ה"ש 282, בעמ' 156.
 296 ראו את הביקורת במקרה של אב מוסלמי – אמ"ץ (משפחה י-ם) 22/13 **היועץ המשפטי לממשלה (משרד הרווחה) נ' פלונית**, פס' 43–44 (נבו 6.5.2015).
 297 ראו, למשל, ע"א 166/81 **פלונים נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד לו(4) 321, 327 (1982); ע"א 320/84 **פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד ל"ח(4) 242, 251–252 (1984).
 298 כך, למשל, בפרשת **תינוק המריבה** (2016), לעיל ה"ש 268, היה צריך לבחון אם עובדי השירות למען הילד עשו מספיק כדי לאתר את האב ואם נתנו הסברים נדרשים לאם הביולוגית.
 299 כמו בחירה של הורה מאמץ שהיה חולה כליות בפרשת **תינוק המריבה**, לעיל ה"ש 265. עובדה זו נחשפה על ידי האפוטרופא לדין, ולמינוי זה התנגד היועץ המשפטי לממשלה.
 300 כמו כן, אם יש צורך להוציא את הילד מרשותם של הורים המיועדים לאמצו, ככל שמתעמק הקשר איתם, יגדלו הקושי והנזק.
 301 מאסס, לעיל ה"ש 282.

גורם נוסף עלולות להגביר את הסיכוי לחשיפת לידתו של הילד ולסיכון חייה וחיי ילדה.³⁰² במקרים אלה עשויה להיות הצדקה להימנעות ממינוי מייצג נפרד.

(ג) אין פתרון אחר

לעיתים נשמע הטיעון שלפיו במקרים לא מעטים אין טעם לייצוג של הילד, כיוון שלא מתקיימת חלופה מציאותית למסירה לאימוץ או למתן צו אימוץ.³⁰³ לרוב זה יהיה המצב בשלב של מתן צו האימוץ, כאשר לא עולה השאלה של צמצום תוצאות האימוץ.³⁰⁴ כמו כן, במקרה שבו האב אינו ידוע והאם אינה מסוגלת לגדל את הקטין בשל מצבה הרפואי, יטען היועץ המשפטי לממשלה כי אין טעם לייצוג נפרד עבור הקטין בדיון על הכרזת הילד ככבר-אימוץ, כיוון שלא מתקיימת חלופה ממשית מלבד הכרזתו כבר-אימוץ.³⁰⁵ ואולם, טיעון זה נדחה בין היתר כיוון שיתכן שלאפורופוס לדין יהיו רעיונות כיצד לאתר את האב הביולוגי.³⁰⁶ כמו כן, חשוב שבית המשפט יהיה ער למכלול ההשלכות של מסירת הילד לאימוץ, כולל במקרה של ניתוק מאחיו.³⁰⁷

4. סיכום ביניים – הליכי אימוץ

לאור הדיון לעיל עולה כי קיים צורך בייצוג נפרד לילד בכל הליך אימוץ או לפחות בחלק ניכר מהליכים אלה. להשקפתי, ההסדר הרצוי יהיה אפוא לחייב מינוי ייצוג נפרד בכל הליך אימוץ, אלא אם כן בית המשפט משוכנע שאין בייצוג כדי לקדם את זכויות הילד, צרכיו או האינטרסים שלו. עם זאת, כיוון שהסיכוי שהצעה זו תתקבל הוא קלוש, יש לשקול הצעה צנועה יותר, שלפיה החובה למנות מייצג נפרד תחול רק בסוגי מקרים מוגדרים מראש. ועדת המשנה המליצה על מינוי מייצג עבור הילד בהליכי אימוץ כאשר קיימת אחת משבע עילות ספציפיות,³⁰⁸ אלא אם כן שוכנע בית המשפט, מטעמים מיוחדים שיירשמו, כי אין

302 ראו, למשל, עניין היועץ המשפטי לממשלה נ' אב לא ידוע, לעיל ה"ש 285; אמ"ץ (משפחה ב"ש) 13/17 היועץ המשפטי לממשלה נ' אב לא ידוע (נבו 9.7.2017).

303 דוח ועדת המשנה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 90.

304 שם, בעמ' 91.

305 עניין היועץ המשפטי נ' פלונית, לעיל ה"ש 285, פס' 11.6.

306 שם, פס' 30.

307 ראו רות זפרן "אחים ואחיות במשפט" עיוני משפט מא 5, 31–39 (2018).

308 דוח ועדת המשנה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 88: (1) טרם מלאו לקטין 12 שנים והוא מביע רצון ברור העומד בניגוד לסעד המבוקש; (2) נדונה מסירת קטין לאימוץ על פי ס' 12(ג) לחוק (מסירה לפני הכרזת הילד כבר-אימוץ); (3) נתבקשה בקשה לצמצום תוצאות האימוץ; (4) נתבקשה בקשה לביטול צו האימוץ; (5) העניין העולה בתיק מורכב באופן מיוחד, לרבות עקב מעורבותם של משיבים נוספים להורים; (6) בתיק קיימת הימשכות הליכים העלולה להביא לפגיעה בזכויותיו בצרכיו או באינטרסים של הקטין; (7) מלאו לקטין 12 והוא מתנגד לבקשה להכרזתו כבר-אימוץ

בייצוג כדי לקדם את זכויות הילד, צרכיו או האינטרסים שלו.³⁰⁹ נוסף על כך, על בית המשפט למנות מייצג בכל עניין שבו הוא סבור כי יש בייצוג כדי לקדם את זכויות הקטין, צרכיו או האינטרסים שלו.³¹⁰ לאור הדיון לעיל והפסיקה מאז כתיבת דוח ועדת המשנה, יש לדעת להוסיף שלוש עילות נוספות שבהן תהיה חובה למנות מייצג. הראשונה – כשהוגשה בקשה להכריז על הילד ככר-אימוץ. כאמור לעיל, השופט זגורי קבע שבמקרים שבהם העילה להכרזה היא אב נעדר, מינוי ייצוג צריך להיות ברירת המחדל. מעבר לכך, לדעתי, בכל מקרה שבו בא כוחו של היועץ המשפטי לממשלה מבקש למסור ילד לאימוץ בניגוד לרצונם של ההורים או אחד מהם קיים צורך בייצוג נפרד עבור הילד, תהא העילה אשר תהא, כיוון שעומדת על הפרק זכותו של הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים (או אחד מהם) שמעוניינים לגדלו.³¹¹ העילה השנייה שיש להוסיף – כשהוגשה בקשה על ידי הורה שמסר את ילדו לאימוץ לחזור בו מהסכמתו. במקרה זה חובה לדאוג שהאינטרסים של הילד מובאים בפני בית המשפט, בפרט לאור הדרישה של טעמים מיוחדים, שלכאורה משרתת אינטרסים אחרים.³¹² העילה השלישית שיש להוסיף – כשהוגשה בקשה על ידי הורה לבטל הכרזת הילד ככר-אימוץ בגלל שינוי נסיבות, כולל מצב שבו אב נעדר צץ, אך גם במצבים נוספים.³¹³ יישום המלצתה של ועדת המשנה עם התוספות שאני מציעה יוביל לגידול ניכר במקרי אימוץ שבהם ימונה מייצג נפרד ועשוי להביא לאחידות בין בתי המשפט למשפחה השונים.

ו. תפקידו של האפוטרופוס לדין: לבטים העולים מהפסיקה

1. הערכת טובת הילד

כפי שראינו לעיל, התפקיד של האפוטרופוס לדין הוא לייצג את האינטרסים של הילד תוך מתן משקל ראוי לרצונו בהתאם לכישוריו המתפתחים. בעניין זה עלולות שתי שאלות עקרוניות ומשולבות אחת בתוך האחרת: האחת, כיצד על האפוטרופוס לדין להעריך את טובתו של

או למתן צו אימוץ (במקרה זה ימונה לילד עורך דין אלא אם הוא פנה לבית המשפט וביקש כי לא ימונה לו מייצג).

309 ש.ם.

310 ש.ם.

311 ראו רוני שוז "זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים: לקחים מפרשת 'תינוק המריבה'" **משפחה במשפט** א 163 (2007) (להלן: שוז "זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים").

312 לביקורת על הדרישה הזו ראו שם, בעמ' 214–215.

313 למצב אחר שבו אם ביקשה לבטל הכרזה בגלל שינוי נסיבות ראו דנ"א 7015/94 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית**, פ"ד נ(1) 48 (1995) (להלן: דנ"א פלונית).

הילד? והאחרת, האם הוא חייב לגבש עמדה ברורה בנוגע לטובת הקטין והתוצאה הרצויה של הסכסוך?³¹⁴

שאלות אלה מקבלות משנה תוקף במקרים שבהם הילד צעיר מכדי להביע דעה, וכאשר מדובר בתינוק שרק עכשיו נולד, אין אפילו אפשרות להסיק מסקנות על רצונו מהתנהגותו.³¹⁵ בחלק מהמקרים ברור למדי מהי טובת הילד. כך, למשל, כאשר אין אפשרות שהתינוק יגדל אצל הוריו הביולוגיים, טובתו דורשת שיאומץ על ידי משפחה מתאימה בהקדם האפשרי.³¹⁶ כמו כן, כאמור לעיל, כאשר מוגשת בקשה להכריז על הילד ככר-אימוץ על פי העילה שהאב אינו ידוע, לכאורה טובתו של הילד דורשת לוודא שנעשו המאמצים הנדרשים לאתר את האב.³¹⁷

עם זאת, יש מקרים שבהם כלל לא ברור מה טובת הילד דורשת. כך בפרט בסכסוכי הגירה, שבהם לעיתים היתרונות והחסרונות של שתי האפשרויות נראים מעוינים למדי. כמו כן, בסכסוכי אימוץ, שבהם הילד כבר נמצא במשך תקופה ממושכת אצל ההורים המיועדים לאמצו וכעת קיימת אפשרות מציאותית להחזירו לחיק הוריו הביולוגיים או אחד מהם, אשר מעוניינים ומסוגלים לגדלו,³¹⁸ קשה עד מאוד להעריך את ההשלכות של שתי החלופות עבור הילד בטווח הארוך. מחד גיסא, ניתוק מההורים המאמצים עלול לגרום לו נזק בטווח הקצר (ואף בטווח הארוך, במקרים שבהם יסתבר כי היה מוטב שיישאר אצל ההורים המאמצים); מאידך גיסא, ייתכן שבטווח הארוך השיבה לחיק ההורים הביולוגיים (או אחד מהם) תיטיב איתו. נראה כי במצבים כגון אלה דעתו של האפוטרופוס לדין בעניין טובתו של הילד משקפת בעיקר את תפיסת עולמו הסובייקטיבית.³¹⁹

314 יש להדגיש שהדיון מתייחס למקרים שבהם מדובר בייצוג על ידי אפוטרופוס לדין, ולא למקרים שבהם עורך דין מייצג את רצונו של קטין מתבגר.

315 השוו למקרים שבהם הילד גדול יותר. כך, למשל, במקרה של אם נרקומנית – דנ"א 1892/11 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית**, פ"ד סד (3) 356 (2011) – אחד מהנימוקים לביטול הכרזת הילדה (בת שבע במועד הדיון כבת-אימוץ, לאור שיקומה של האם, היה שהילדה לא ויתרה על האם. ראו גם דנ"א **פלונית**, לעיל ה"ש 313, שבו ההחלטה להפוך פסק דין שביטל הכרזת ילד בן שלוש ככר-אימוץ התבססה, בין היתר, על תגובתו השלילית של הילד לפגישות עם האם הביולוגית.

316 ואולם, במקרה שבו יש קרובי משפחה שמעוניינים לאמץ אותו, ייתכן שתעלה שאלה אם טובתו לגדול אצלם או להימסר לאימוץ על ידי משפחה "זרה". ראו, למשל, דנ"א 6211/13 **היועץ המשפטי לממשלה (משרד הרווחה) נ' פלונית** (נבו) 23.12.2013.

317 עניין **היועץ נ' פלונית**, לעיל ה"ש 285.

318 למשל, כאשר הורה חזר בו מהסכמתו או כאשר אב נעדר צץ או כאשר הנסיבות השתנו ועילת האימוץ אינה קיימת עוד.

319 כפי שכבר ידוע, העיקרון של טובת הילד הוא רגשי, סובייקטיבי ובלתי מוגדר, והוא מתמלא בתוכן על ידי ערכיו של מקבל החלטה. ראו ע"א 2266/93 **פלוני נ' פלוני**, פ"ד מט (1) 221 (1995); והמקורות המובאים אצל שוז "זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים", לעיל ה"ש 311, בעמ' 176–177.

התייעצות עם גורם טיפולי עשויה להבטיח שעמדת האפוטרופוס לדין תהיה אובייקטיבית יותר.³²⁰ עם זאת, לעיתים גם מומחים שונים מתחום הפסיכולוגיה יהיו חלוקים ביניהם בשאלות מהם האינטרסים של הילד ומהי החלופה הטובה ביותר עבורו. למשל, בסכסוך ההגירה בבע"ם פלונית (2017) היו שתי חוות דעת פסיכולוגיות סותרות בנוגע להשפעה של השארת הקטין בישראל עם האב שגידל אותו במהלך שמונה השנים האחרונות.³²¹ גם בפרשת **תינוק המריבה** הייתה מחלוקת בין המומחים.³²² מחד גיסא, פסיכולוגית אחת הדגישה את היתרונות של גידול בחיק המשפחה הטבעית, דבר שימנע מן הילד את משברי הזהות והקשיים האחרים, שהם לעיתים מנת חלקם של מתבגרים מאומצים; מאידך גיסא, חוות הדעת האחרת של שני פסיכולוגים סברה כי ניתוק מההורים המאמצים יהפוך אותו לילד בעל צרכים מיוחדים, שההורים הביולוגיים אינם מסוגלים לספק, ולכן ייגרם לו נזק בלתי הפיך. הקושי בהכרעה בין שתי דעות נעוץ, בין היתר, בכך שלא הובא מחקר אמפירי בעניין ההשפעה של ניתוק ילדים מהוריהם הפסיכולוגיים במקרים שבהם הוחזרו הילדים להורים הביולוגיים. אין אפוא אפשרות לדעת עד איזו מידה ההרגשה של ההשתייכות להורים הביולוגיים בגלל קשר הדם תרכך את ההשלכות השליליות של ניתוק מההורים הפסיכולוגיים.³²³ לפיכך, גיבוש עמדה בעניין טובת הילד על בסיס עצה מגורם טיפולי אחד עלול לשקף בעיקר את תפיסת העולם המקצועית ואישית של הגורם הזה.

נוסף על הקושי הכללי בהערכת טובת הילד במקרים גבוליים, כאשר מדובר בסכסוכים בין ההורים לבין עצמם, לעיתים נקיטת עמדה נחרצת אינה משרתת את האינטרסים של הקטין ואפילו עלולה לגרום לו נזק. בחלק מהמקרים ניתן להציג את הפרספקטיבה של הקטין ולהעלות טיעונים רלוונטיים, ללא צורך בנקיטת עמדה בשם הקטין בנוגע לתוצאה הרצויה, ולעיתים אפילו ללא הצגת רצונותיו של הילד.³²⁴

מכל האמור עולה, לדעתי, כי במקרים מורכבים מעין אלה על האפוטרופוס לדין להיזהר מלהביע עמדה נחרצת בנוגע לטובת הילד. התרומה הייחודית שלו לדיון, מעבר לעצם הנוכחות של גורם המייצג את הילד, היא בהצגת המצב מהפרספקטיבה של הילד, איסוף מידע רלוונטי והעלאת סימני שאלה כלפי חוות הדעת במידת הצורך, על בסיס היכרותו עם הילד והראיות הקיימות. עם זאת, ייתכנו מקרים שבהם ראוי לגבש דעה ברורה בעניין טובת הילד על בסיס מידע רלוונטי מובהק הנוגע לילד הספציפי, ולא על תאוריות מדעיות כלליות.

320 לפי ההמלצות בדוח **ועדת המשנה**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 114–115.

321 בע"ם פלונית (2017), לעיל ה"ש 223.

322 פרשת **תינוק המריבה**, לעיל ה"ש 265. להרחבה ראו שוז "זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים", לעיל ה"ש 311, בעמ' 178–182.

323 שם בעמ' 181.

324 PARKINSON & CASHMORE, לעיל ה"ש 70, בעמ' 205.

השאלה של גבולות התפקיד של אפוטרופוס לדין בהערכת טובת הילד התעוררה לאחרונה בפרשת **אסותא**, שהסעירה את המדינה.³²⁵ כידוע, מדובר במקרה שבו במהלך הריונה של אישה שעברה טיפולי פוריות התגלה, בעקבות מצב רפואי מורכב של העובר, כי לעובר אין קשר גנטי עם האם ההרה או עם בן זוגה. בני הזוג שבית החולים אסותא קבע שהם בסבירות גבוהה ההורים הגנטיים של העובר פנו במהלך ההיריון לבית המשפט בבקשה לעריכת בדיקה גנטית. בקשתם התקבלה, אך תוצאות הבדיקה הראו שאין בינם לבין העובר קשר גנטי. לאחר לידת התינוקת, זוגות נוספים שעברו טיפולי פוריות באסותא, ואשר נמסר להם כי יש היתכנות לכך שהם ההורים הגנטיים של התינוקת, ביקשו מבית המשפט צו המורה על עריכת בדיקה גנטית. ההורים המולידים שמגדלים את התינוקת התנגדו לכך, ומונו שלוש אפוטרופסיות לדין לייצג את האינטרסים של התינוקת.³²⁶ לאחר התייעצות עם מומחים, כולל הצוות הרפואי שטפל בתינוקת, הציגו האפוטרופסיות עמדה ברורה ולפיה טובת הילדה דורשת עריכת בדיקות גנטיות בניסיון לאתר את ההורים הגנטיים, ובלבד שהתוצאות לא ישמשו לצורך קביעת הורות משפטית.³²⁷ הסיבה לעמדה זו הייתה מצבה הרפואי החמור של הילדה, שדורש יציבות בדמויות שמטפלות בה, כאשר לטענתן פגיעה ביציבות זו עלולה לסכן את התינוקת. עמדתן של האפוטרופסיות לדין לא התקבלה על ידי בית המשפט לענייני משפחה וניתן צו לעריכת הבדיקות ללא הגבלת השימוש בתוצאות.³²⁸ בית המשפט המחוזי דחה את ערעור ההורים המגדלים את התינוקת, תוך הבהרה שעמדתן של האפוטרופסיות לדין תיבחן עד תום אם יהיה צורך לדון בשאלת ההורות מאוחר יותר.³²⁹

בית המשפט לענייני משפחה הביע את הדעה שלפיה התייחסותן של האפוטרופסיות לשאלה של קביעת ההורות חרגה מהסמכות שניתנה להן בעת מינוין.³³⁰ אינני שותפה לדעה זו. תפקידו של אפוטרופוס לדין לייצג את כל האינטרסים של הקטין הקשורים להליך המשפטי, כולל ההתייחסות להשלכות שיהיו לקביעה בהליך הנוכחי על הקטין. במקרה הנדון התקיים חשש ממשי שגילוי זהותם של ההורים הגנטיים יוביל להתדיינות בעניין הורות משפטית. לכן, לדעתי היה נכון להתייחס למשמעות של מצב זה עבור הקטינה כבר בשלב הדיון בשאלה אם לאשר את עריכת הבדיקות, ובייחוד כאשר האפוטרופסיות לדין השתכנעו שמצב זה עלול לסכן

325 עמ"ש (מחוזי מר') 18145-12-22 **פלוני אלמוני נ' פלונית** (נבו 18.12.2022) (להלן: **פרשת אסותא מחוזי**).

326 מינוי זה הוא חובה על פי ס' 128(ב) לחוק מידע גנטי, אבל האפוטרופסיות מונו רק לאחר הגשת ערעור. ראו פרשת **אסותא מחוזי**, שם.

327 עמ"ש (מחוזי מר') 31379-01-23 **פלונית נ' פלונית**, פס' 11 לפסק דינו של השופט ויצמן (נבו 29.1.2023).

328 שם, פס' 12 לפסק דינו של השופט ויצמן.

329 שם, פס' 68–69 לפסק דינו של השופט ויצמן.

330 שם, פס' 13 לפסק דינו של השופט ויצמן. יובהר כי בית המשפט המחוזי לא התייחס לעניין זה בפסק דינו.

את הקטינה. זאת ועוד, נראה שזהו מסוג המקרים שבהם אף היה ראוי לגבש עמדה ברורה בעניין טובת הילדה על סמך המידע הרפואי הקונקרטי בעניינה. לאחר כתיבת שורות אלה קיבל בית המשפט העליון את ערעורם של ההורים המולידים ודעת הרוב קבעה שאין לאפשר את עריכת הבדיקה הגנטית.³³¹ ניכר הבדל בין דעותיהם של השופטים בעניין עמדת האפוטרופסיות. השופט גרוסקופף נתן משקל כבד לעמדתן שסכסוך בעניין הורות תפגע בטובת הקטינה – "בוודאי שלא ראיתי כל הצדקה להתערב בהערכתן המקצועית של האפוטרופסיות לדין, שעשו עבודה ראויה טרם גיבושה, לא כל שכן להתעלם ממשמעויותיה"³³². לעומת זאת, השופטת ברק-ארוז הדגישה כי "אין לראות בעמדתן של האפוטרופסיות לדין נקודת מוצא אוטומטית לדין, להבדיל מנתון שיש להביא בחשבון" וסברה כי טענותיהן בעניין ההשלכות של בירור זהותם של ההורים על בריאות הקטינה לא היו מבוססות דיין.³³³ עם זאת, היא לא הציעה שהבעת דעה זו חרגה מתפקידן.

2. נבדלות התפקיד של מייצג הילד

כאמור לעיל, לעיתים נטען שאין צורך באפוטרופוס לדין במקרים שבהם ניתנו תסקיר על ידי עובד סוציאלי או חוות דעת על ידי מומחה, כיוון שאנשי מקצוע אלה שומרים על האינטרסים של הילד. כמו כן, בתיקי אימוץ נטען כי היועץ המשפטי מגן על האינטרסים של הילד. אף על פי שהראיתי שאין ממש בטענות אלה, יש לדעתי מקום לנסות למנוע טשטוש בין התפקיד של האפוטרופוס לדין לבין זה של גורמים מקצועיים אחרים המעורבים בסכסוכים הנוגעים לילדים. טשטוש כזה עלול לערער את מעמדו של האפוטרופוס לדין. עם זאת, ייתכן שאין אפשרות לייצג את הילד נאמנה ללא חפיפה מסוימת בין התפקידים, ולכן עולה השאלה עד איזו מידה, אם בכלל, ראוי להגביל את אופי הטיעונים שיועלו על ידי האפוטרופוס לדין במקרים כאלה. הסוגיה של נבדלות תפקידו של מייצג הילד מזה תפקידו של מומחה באה לידי ביטוי בבע"ם פלונית (2017), שם טענה האפוטרופא לדין שיש להתיר את ההגירה, כיוון שמסוגלות הורית של האם עולה בהרבה על זו של האב.³³⁴ קביעה זו הייתה מבוססת על חוות דעת של מומחה אחד, אולם הייתה בניגוד לחוות הדעת של המומחה האחר, שסבר כי אין פערים גדולים בין המסוגלות ההורית של שני ההורים. לגישתי, עולה השאלה אם היה מקום להביע דעה נחרצת בעניין פערי המסוגלות ההורית בין ההורים. מחד גיסא, האפוטרופא לדין לא ערכה את בדיקות המסוגלות ההורית ואין לה הכשרה הנדרשת בתחום הטיפולי כדי לפרש את תוצאות

331 בע"ם 856/23 אלמונית נ' פלונית (נבו 6.3.2023).

332 שם, פס' 15 לפסק דינו של השופט גרוסקופף. ראוי לציין כי בסופו של דבר דעתו שאין לערוך בדיקות לא תאמה את עמדתן של האפוטרופסיות.

333 שם, פס' 104 לפסק דינה של השופטת ברק-ארוז.

334 עניין ד"מ, לעיל ה"ש 210, פס' 44.

הבדיקות האלה. ואכן, בית המשפט העליון העיר כי היא אינה מומחית או מחליפה לכך, ולכן את "עמדתה יש לשקול אך במידה הראויה".³³⁵ מאידך גיסא, כפי שהובהר לעיל, אחד מהתפקידים של האפוטרופוס לדין הוא לאתגר את המומחה ולהעלות שאלות באשר למסקנותיו.³³⁶ לרוב נראה לי שהאיזון הראוי הינו להביא לתשומת ליבו של בית המשפט את החוזקות והחולשות של חוות הדעת של המומחה, ללא הבעת עמדה נחרצת בעניינים המבוססים על ידע מקצועי מתחום המומחיות הרלוונטי שלו.

הסוגיה של נבדלות התפקיד של מייצג הילד מתפקידו של היועץ המשפטי לממשלה באה לידי ביטוי בתיקי אימוץ כאשר עולות שאלות כלליות בנוגע לפרשנות הוראותיו של חוק האימוץ ושל מוסד האימוץ, למשל, בפרשת **תינוק המריבה** (2016).³³⁷ אחד מהטיעונים שהעלו הן היועץ המשפטי לממשלה והן האפוטרופא לדין היה שפרשנות לחוק אשר תאפשר את ביטול הכרזתו של הילד כבר-אימוץ לאחר שישים יום תרוקן את התיקון לחוק מתוכן. כמו כן, נטען שאין לאמץ פרשנות של החוק שתטיל על רשויות הרווחה חובה לנקוט פעולות לאתר את האב מעבר לאלה הקבועות בחוק, בגלל הצורך בוודאות משפטית. עולה השאלה: האם מתפקידו של האפוטרופוס לדין להעלות טיעונים כלליים כגון אלה, שאינם קשורים לאינטרסים של הילד הספציפי שהוא מייצג? מחד גיסא, טיעונים אלה אינם בהכרח משקפים את האינטרסים של הילד הספציפי הזה. למשל, אילו עשו הרשויות פעולות שהיו מובילות לאיתור האב, לא היה הילד נמסר לאימוץ, דבר שלכאורה היה לטובתו. כמו כן, הגבלת הפעולות שאותן על הרשויות לנקוט מיועדת בעיקר להגן על פרטיות האם³³⁸ ולא על האינטרסים של הילד.³³⁹ נוסף על כך, אף על פי שהגבלת האפשרות לבקש ביטול של הכרזת הילד כבר-אימוץ לשישים יום מיועדת לקדם את האינטרסים של הילד,³⁴⁰ אין תמימות דעים בנוגע להנחה שעל בסיסה נבחרה תקופה זו, קרי שטלטול לאחר מועד זה יגרום לילד נזק לא הפיך. קיימות דעות שלפיהן רק לאחר תקופה ארוכה יותר מתרחשת התקשרות בטוחה בין הילד לבין ההורים המיועדים לאמצו עד כדי כך שניתוקו מהם יגרום לו נזק ממשי.³⁴¹ מאידך גיסא, ניתן לטעון שאם

- 335 בע"ם פלונית (2017), לעיל ה"ש 223, פס' 9 לפסק דינו של השופט הנדל.
 336 האפוטרופא לדין בחרה שלא לחקור את אחד המומחים, ובחירה זו נתפסה על ידי בית המשפט כסימן לכך שהיא אינה אובייקטיבית. ראו שם, פס' 6.
 337 לעיל ה"ש 268.
 338 בע"ם היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 265.
 339 ראו רות זפרן ונעם פלג "שם האב – בעקבות בע"מ 5082/05 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני" **הארץ דין ג** 196 (התשס"ו); שוז "זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים", לעיל ה"ש 311, בעמ' 197–199.
 340 פרשת **תינוק המריבה** (2016), לעיל ה"ש 268; עמ"ץ (מחוזי ב"ש) 27116-10-16 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית**, פס' 41 לפסק דינה של השופטת לוי (נבו 21.11.2016).
 341 ראו נילי מימון **דיני אימוץ ילדים** 98 (1994); דו"ח ועדת גרוס, לעיל ה"ש 9, בעמ' 136–139.

האפוטרופוס לדין סבור שתוצאה מסוימת היא לטובת הילד, חובתו להציג כל טיעון שתומך בתוצאה זו.³⁴²

להשקפתי, האפוטרופוס לדין צריך להיזהר למנוע את "מראית העין" שהוא מייצג את עמדת המדינה ואינו גורם ניטרלי. תפקידו של היועץ המשפטי לממשלה הוא להגן על ההסדר שקבע המחוקק ולהציג את הטענות הקשורות לאינטרסים של צדדים אחרים ולאינטרס הציבורי. תפקידו של האפוטרופוס לדין הוא להגן על האינטרסים של הקטין הספציפי שהוא מייצג בלבד, ולכן הטיעונים שלו צריכים להתמקד בשיקולים הקשורים לאינטרסים של הילד הספציפי. עם זאת, אין לפסול לגמרי התייחסות לכך שקיימים שיקולים כלליים התומכים בתוצאה שלדעתו מקדמת את טובת הילד במקרים שבהם ראוי לגבש דעה ברורה בעניין.

3. הצעות לשינוי

כבר היו בעבר קריאות לקביעת מנגנון שיבטיח שהעמדה שיציג האפוטרופוס לדין תיבנה על פרמטרים אובייקטיביים ולא על יסוד מערכת ערכיו בלבד.³⁴³ השופט זגורי הציע שקיים צורך בכלים מובנים מתאימים לצורך הערכתה של טובת הילד. מדובר ברעיון מבורך, אולם לא ברור כיצד ניתן לבנות כלים מתאימים בעניינים שבהם אין קונצנזוס מקצועי.

כמו כן, ועדת המשנה הדגישה כי טענותיו של האפוטרופוס לדין יגובשו תוך התייחסות למכלול זכויותיו של הילד, לצרכיו ולאינטרסים שלו.³⁴⁴ נוסף על כך, ועדת המשנה מונה רשימה של שיקולים שעל המייצג לשקלל כאשר הוא מציג בפני בית המשפט מהי טובת הילד מנקודת מבטו של הילד.³⁴⁵ אין ספק כי הנחיות אלו עשויות להבטיח שקבלת החלטה של המייצג בעניין טובת הילד תיעשה בצורה מובנית ואובייקטיבית יותר.

עם זאת, לכאורה ההנחה של ועדת המשנה היא שעל המייצג לנקוט עמדה בשאלה מהי טובת הקטין. לעניות דעתי, הנחה זו מוטעית. אין לאפוטרופוס לדין כל הכשרה טיפולית שתיתן לו כלים להעריך את ההשפעה של האפשרויות השונות על הילד,³⁴⁶ והוא אינו מומחה שמגיש חוות דעת מקצועית לבית המשפט. בגיר מחליט מה עמדתו לאחר שקלול היתרונות והחסרונות של האפשרויות השונות העומדות לרשותו. האפוטרופוס לדין אינו צריך לקבל החלטה זו עבור ילד שאינו יכול להביע דעה. זהו תפקידו של בית המשפט. לגישתי, במקרים מורכבים, שבהם לא ברור מה דורשת טובתו של הקטין, תפקידו של האפוטרופוס לדין הוא להציג את האינטרסים השונים של הילד ולהסביר לבית המשפט כיצד האפשרויות השונות עשויות לשרת

342 ראו את הדיון בה"ש 319–324 לעיל ובטקסט שלידין בנוגע לקושי בגיבוש עמדה נחרצת בעניין טובת הילד במקרים כאלה.

343 עניין היועמ"ש נ' פלונית, לעיל ה"ש 285, פס' 41.

344 דוח ועדת המשנה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 94.

345 ש.ס.

346 גם היכולת של בעלי מקצוע טיפוליים לעשות כן מוגבלת מאוד. ראו זפרן, לעיל ה"ש 248.

את האינטרסים האלה או לפגוע בהם, וזאת על מנת להבטיח שבית המשפט מודע לאינטרסים אלה. כמו כן, על האפוטרופוס לדין לדאוג שכל מידע שעשוי לשפוך אור על האינטרסים של הילד מובא בפני בית המשפט, כדי למקסם את האפשרות שבית המשפט יקבל החלטה מושכלת.

ז. סיכום ומסקנות

הסוגיה של ייצוג נפרד עבור קטינים בהליכים אזרחיים הנוגעים בהם היא סבוכה. מחד גיסא, אין ספק שלילד יש זכות לקבל ייצוג הולם בהליכים אלה; מאידך גיסא, כאשר הוריו יכולים לייצג את האינטרסים שלו בצורה נאותה, טובתו שיעשו כן ללא מעורבות של גורם נוסף. בסוגיה זו מתעוררים שני קשיים עיקריים. הקושי הראשון מתמקד בזיהוי המקרים שבהם האינטרסים של הילד לא יוצגו באופן מלא ללא מינוי של מייצג נפרד. קיימת הנחה מוצדקת שלרוב הצורך בייצוג נפרד גדול יותר בהליכי נזקקות, שבהם המדינה מבקשת להוציא הילד ממשמורת הוריו. עם זאת, קיימים גם הליכים אחרים לא מעטים שבהם האינטרסים של הילד אינם מיוצגים על ידי הוריו בצורה הולמת, לרוב בגלל ניגוד עניינים. טענתי היא שבשל אופיים של הליכי חטיפה, הגירה ואימוץ, קיים סיכון ממשי לכך שהאינטרסים של הילד לא ייוצגו בהם בצורה נאותה ללא מינוי מייצג עבורו. מצב זה חמור במיוחד בשל ההשלכות הגורליות של ההכרעות בתחומים אלה. עקב כך יש להטיל על שופטים חובה למנות מייצג נפרד בהליכים אלה, לפחות כאשר מתקיימים תנאים מוגדרים, או למצער לשקול מינוי כזה, אלא אם כן הם משוכנעים שייצוג נפרד לא יקדם את האינטרסים של הילד. יש לציין שמדובר במספר תיקים קטן יחסית, ולכן ההשלכות התקציביות של הרחבת היקפו של הייצוג הנפרד בתיקים אלה מצומצמות. כמו כן, ניתן ליישם את ההמלצות המפורטות במאמר זה על ידי הוספת סעיפים בודדים בפרקים הרלוונטיים בתקנות בית המשפט לענייני משפחה.

הקושי השני נסב על הגדרת תפקידו של המייצג. מדובר בשאלה מורכבת, שנדונה בהרחבה הן על ידי ועדת המשנה³⁴⁷ והן בספרות המקצועית.³⁴⁸ עם זאת, הפסיקה ממחישה חלק מהלבטים בעניין גבולות התפקיד של אפוטרופוס לדין. במקרים שבהם לחלוטין לא ברור מהי טובת הקטין, ייתכן שאין יתרון בגיבוש עמדה נחרצת בעניין ולעיתים הדבר עלול להזיק. האפוטרופוס לדין אינו מומחה ואינו שופט. לפיכך, כאשר לא ברור מהי טובת הילד ומדובר בילד צעיר או ילד שאינו מביע דעה, תפקידו לדאוג שכל המידע הרלוונטי יובא בפני השופט, ושהאינטרסים השונים של הילד מהפרספקטיבה של הילד יוצגו בפני בית המשפט, תוך ציון היתרונות והחסרונות של כל אחת מהאפשרויות. מאידך גיסא, כאשר הילד מביע דעה, על

347 דוח ועדת המשנה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 2.

348 ראו, למשל, PARKINSON & CASHMORE, לעיל ה"ש 70.

האפוטרופוס לדין להציג את הדעה הזו ולהסב את תשומת ליבו של בית המשפט לאינטרסים השונים של הילד. כמו כן, כאשר מדובר בעורך דין שמייצג קטין מתבגר, עליו לייצג את רצונו בצורה קנאית, בפרט במקרים על פי חוק אמנת האג, שבהם ניתן באופן רגיל משקל מועט לרצון הילד. נוסף על כך, על מנת למנוע טשטוש בין תפקידו של האפוטרופוס לדין לבין תפקידם של גורמים מקצועיים אחרים, עליו להיזהר שלא להביע דעה עצמאית בסוגיות שבנוגע אליהן אין לו הכשרה. כמו כן, עליו להתמקד בטיעונים הקשורים במישרין לאינטרסים של הילד הספציפי ולא בטיעונים כלליים הנוגעים לאינטרסים ציבוריים או אחרים.

במלאת יותר משלושים שנים לאשרור אמנת זכויות הילד על ידי מדינת ישראל,³⁴⁹ תקוותי שהתובנות במאמר זה יסייעו בחיזוק המסר שלפיו לילדים יש אינטרסים עצמאיים ונתונה להם הזכות שאינטרסים אלה יוצגו בצורה הולמת בהליכים משפטיים הנוגעים להם. לעיתים הדרך היחידה לממש זכות זו היא על ידי ייצוג נפרד. כפי שהראיתי במאמר, הצורך בייצוג נפרד שכיח מאוד בהליכים העוסקים בחטיפה, הגירה ואימוץ, לאור אופיים של הליכים אלה וגורליות ההכרעה בהם. יש אפוא לדאוג שילדים המעורבים בהליכים אלה יקבלו את הייצוג ההולם המגיע להם. למניעת ספק, יש להבהיר כי בהפניית הזרקור לשלושת סוגי ההליכים האלה אין חלילה כוונה לגרוע מן החשיבות של מינוי ייצוג נפרד לילדים בסוגי מקרים אחרים, כאשר קיים צורך בכך.