

ההתחשבות ברצונו של קטין במשפטי משמורת קטינים

אליאב שוחטמן*

הקדמה

- א. הצורך להתחשב ברצון הקטין
- ב. באיזה גיל יש להתחשב ברצון הקטין?
- ג. רצון הקטין מול טובתו
- ד. זכות השמיעה של הקטין כזכות חוקתית
- ה. עיגונה של זכות הקטין להישמע בחוק
- ו. רצונו של קטין שנחטף ממשמורת חוקית
- ז. סיכום

נספח — ההתחשבות ברצון הקטין לאור דו"ח ועדת רוטלוי

הקדמה

לפני כעשרים שנה פירסם פרופ' א"ח שאקי מאמר בנושא משמורת קטינים, ובו התייחס, בין היתר, גם לשאלה: מה מקומו של רצון הילד בקביעת טובתו?¹ כעבור מספר שנים, זכה הנושא לדיון נרחב בספר מקיף שהתפרסם בסוגיה זו על-ידי יאיר רונן.² ברצוני להרחיב מעט בנושא זה, לאור מקורות המשפט העברי והפסיקה הישראלית שבנדון.

יש לזכור, שענייני משמורת קטינים כלולים במושג "אפוטרופסות", והם מענייני המעמד האישי על-פי סימן 51 לדבר-המלך במועצתו, 1922–1947. בתור שכאלה, חל בהם הדין האישי (סימן 47 לדבר-המלך), אשר ביחס ליהודים הוא הדין היהודי. רק אם יש הוראת חוק מפורשת הנוגדת את הדין היהודי, יש להחיל את הוראת החוק. לא זה המצב, בדרך כלל, בסוגיה זו, ובוודאי שאין בחוק כל הוראה הסותרת את הדין

* דיקן מכללת "שערי משפט", הוד השרון; פרופ' (אמריטוס) הפקולטה למשפטים האוניברסיטה העברית בירושלים.

1 א"ח שאקי, "אפיונים בדיני משמורת קטינים — תוך דגש על יישום עקרון טובת הילד", עיוני משפט י (תשמ"ד), 5, 32–35.

2 י' רונן, שיתוף הילד בקביעת משמורתו (תשנ"ז). ראו גם בסוגיה זו: א' שרון, קטינים בסיכון (1998), 32–35.

היהודי ביחס למידת ההתחשבות ברצון הילד לצורך קבלת החלטה שיפוטית בעניין משמורתו³. מכאן החשיבות שבכירור השאלה שבנידון, מנקודת מבטו של הדין היהודי.

א. הצורך להתחשב ברצון הקטין

השאלה היא: באיזו מידה יש מקום – מנקודת ראותו של המשפט העברי – לשמיעתו של הקטין במשפטים שעניינם משמורת קטינים, וכלום על בית הדין להתחשב ברצונו בעניין זה?

לכאורה, מאחר שהילד אינו בר־דעת, מבחינה משפטית, הרי שרצונו אינו רצון; רק בר־דעת המסוגל לשקול נכונה את כל הגורמים הטעונים שיקול דעת עשוי לגבש לעצמו רצון אמיתי, בעוד שקטן, שאינו בר־דעת, חסר יכולת לשקול את הטעון שיקול ועל כן רצונו אינו רצון. ואמנם, בעבירת ניאוף הנעשית על־ידי קטנה בלא שנאנסה, אלא מרצונה החופשי – עבירה שאילו הייתה נעשית על־ידי גדולה, הייתה נאסרת לבעלה ודינה היה מוות – הכלל הוא: פיתוי קטנה אונס הוא⁴. כלומר, מעשה הניאוף אינו נחשב כמעשה שנעשה מרצון, מכיוון שלקטנה שנבעלה אין דעת ועל כן אין לה רצון אלא היא נחשבת כאנוסה, ואינה נאסרת על בעלה (מעונש היא בוודאי פטורה מכיוון שאינה בת־עונשין). בדונו בכלל זה, כותב רבינו ישעיה דטראני (הרי"ד)⁵, ש"כל דבר שצריך רצון ודעת, אין רצונו ודעתו של קטן כלום", והוא מאשש קביעה זו גם על סמך הלכות אחרות מתחום דיני טומאה וטהרה ודיני קודשים. לאור המקורות שהוא מביא לעניין זה, הוא מסיק, ש"כל מידי [=דבר] דבעי [=שצריך] רצון – אין רצונו של קטן חשוב רצון"⁶.

היה מקום אפוא לומר, כי כשם שלאותן הלכות אין רצונו של קטן נחשב לרצון, אף בנושא משמורת קטינים אין מקום לשאול לדעתו ולהתחשב ברצונו, באשר אין לו רצון. למסקנה כזו ניתן להגיע בנקל, גם נוכח המציאות המוכרת במשפטים שעניינם משמורת קטינים שבה נתונים הילדים במקרים רבים ל"שטיפת־מוח" מצד שני ההורים, המנסים בדרך זו להטותם לצידם במסגרת המאבק שהם מנהלים ביניהם. יש מקום אפוא לומר, שאין טעם בשמיעת הילד כדי לעמוד על רצונו, שכן מה שהוא

3 ב' שרשבסקי, דיני משפחה (מהדורה רביעית, תשנ"ג), 397–398.

4 בבלי יבמות, סא, ב.

5 שו"ת הרי"ד, סימן צד.

6 ראו שו"ת יכין ובוועז, חלק ב, סימן א, לעניין קידושי קטין באמצעות אביו. ויש עניינים שבהם אין צורך ברצונו של הקטן. כך, למשל, ביחס ל"דין רודף" – קטן, ואפילו עובר, עשוי להיחשב לרודף, גם אם אינו מתכוון, ואין לו כל רצון להרוג. בעניין זה ראו: בבלי סנהדרין, עב, ב, ורמב"ם, הלכות רוצח ושמירת הנפש, א, ט. ראו עוד: שו"ת יחל ישראל, חלק א, סימן נג.

יאמר עלול לנבוע לא מרצון אמיתי שלו, אלא מ"שטיפת-המוח" שלה היה נתון מצד אחד מהוריו.

ואולם, אין זה נכון לומר, שגם בסוגיית משמורת קטינים רצונו של הילד אינו נחשב לרצון. אימתי אין רצונו של הילד נחשב לרצון – במקום שהוא מבצע פעולה שאחד מיסודותיה המשפטיים הוא הרצון; אם הרצון הוא יסוד חיוני להגדרתה המשפטית של הפעולה – כמו בעבירת ניאוף – אין הרצון של הקטן נחשב רצון.⁷ אבל בסוגיה של משמורת קטינים אין מדובר בפעולה משפטית שהרצון הוא אחד מיסודותיה, שהרי "אין זה לא קניין ולא קידושין ולא עונש, ולא מתן שכר".⁸ הצורך בשמיעת הילד נובע מחובתו של בית הדין להכריע בשאלה היכן יגדל הילד – שאלה שבית הדין צריך לפסוק בה בראש ובראשונה לאור העיקרון הבסיסי של טובת הילד.⁹ אחד המרכיבים החשובים לצורך הכרעתו של בית הדין – גם אם הוא לא המרכיב הבלעדי – הוא רצונו האמיתי של הילד. גם אם עלול להיות שהילד היה נתון ל"שטיפת-מוח" מוקדמת לפני הופעתו בבית הדין מצד אחד ההורים, יש בידי בית הדין לבדוק אם הילד ביטא את רצונו האמיתי, אם לאו, בין היתר באמצעות מומחים לדבר.¹⁰

השאלה הנשאלת היא, האם אמנם גורסת ההלכה היהודית שמיעתו של הילד – נשוא הדיון – לצורך התרשמותו של בית הדין באשר לרצונו? לכאורה, לא יכול להיות כל ספק בדבר הצורך ההלכתי לשמוע את הקטין כדי ללמוד על רצונו. שהרי אם שיקול מרכזי בסוגיה זו הוא "טובת הילד", כיצד ניתן

7 בפעולת הגיור, מרכיב חיוני הוא קבלת מצוות. לשם כך, על המתגייר להיות בר-דעת כדי להביע רצונו בכך, בעוד שקטן, שאינו בר-דעת, אינו מסוגל להביע רצונו. גיורו של קטן מתאפשר רק על יסוד ההנחה, שגיורו – זכות היא לו, וזכין לאדם שלא בפניו (שו"ע יו"ד, סימן רסח, סעיף ז). בנסיבות שבהן מדובר בקטן שיש בו קצת דעת, והוא צוח כבר עכשיו, בעודו קטין, ואומר שאינו רוצה להתגייר, "מסתבר שכשיגדיל ימחה, וממילא לא הוי זכות אצלו, ולא מטבילינן ליה" – שו"ת דברי יציב, אה"ע, סימן יט, ג. וכך כתב הש"ך, יו"ד, סימן רסח, ס"ק טז, שאם אין הקטין רוצה בגיור – אינו גר. וראו עוד בעניין זה שו"ת שבט הלוי, חלק ו, סימן רב, וכן חלק ח, סימן רסט: "קטן שהגיע קצת לכלל דעת, ויכול כבר לבוא מרצונו, אז בוודאי אם בא מעצמו טוב, ואם לאו אלא שגירוהו בעל כורחו בלי אב ואם – אינו גר... דאם הוא בעל כורחו, לא מהני דעת בית דין מעיקר הדין, שאי אפשר לזכותו במה שהוא בעל כורחו".

8 שו"ת מהר"ם פדואה, סימן נג.

9 ראו מאמרי: "למהותם של כללי ההלכה בסוגיית החזקת הילדים", שנתון המשפט העברי ה (תשל"ח) 285–320, שם הבאתי את המקורות מן התלמוד ומן הפוסקים, המאששים את הטענה, כי הכללים שנקבעו בהלכה בסוגיה זו, צריכים להיות מופעלים בכפוף לעקרון של טובת הילד, ואין להכריע בגורל משמורתו של קטין על יסוד הנחה מוקדמת כלשהי, בלא לבדוק קודם לכן, מה מחייבת טובתו לאור נסיבותיו של כל מקרה ומקרה. וראוי להעיר: עקרון "טובת הילד" נחשב כעיקרון ראשון במעלה, הן במשפט העברי והן במשפט הנוהג במדינה. יחד עם זאת, אין הוא מהווה שיקול-על הפועל במנותק משיקולים אחרים שאותם יש לקחת בחשבון, כגון זכות ההורים למימוש ההורות שלהם – ראו ע"א 2266/93 פלונים נ' אלמוני, פ"ד מט(1) 221; תמ"ש (י"ם) 3140/01 אב נ' אלמוני, תק"מ 2001(2) 138, פסקה 14 של פסק הדין, ואילך; פ' שיפמן, דיני המשפחה בישראל (תשמ"ט, כרך ב), 217–221.

10 ראו רונן, לעיל הערה 2, בעמ' 101.

לקבוע מה טוב לילד בלי לשמוע אותו? בוודאי שכך נכון לומר, אם רואים בקטין בעל-דין¹¹. והרי כלל יסוד בהלכה הוא, שאין לקבל החלטה בעניינו של אדם בלא שניתנה לו האפשרות להשמיע את דברו¹².

ואכן, התשובה לשאלה זו חיובית. כמה וכמה מקורות לכך, שעל-פי דיני ישראל אין לכפות על ילד להימצא אצל הורה בניגוד לרצונו, כשהוא חפץ להיות עם ההורה האחר, או אף אצל בן משפחה אחר.

על פי ההלכה שבתוספתא¹³: "בן שמת אביו, אמו אומרת יתגדל אצלי, ויורשין אומרים יתגדל אצלנו, אין כופין אותו להתגדל אצל מי שראוי ליורשו. מעשה היה באחד ושחטוהו בערב הפסח". על סמך זה כתב אחד הפוסקים הראשונים, ר' יצחק אור

- 11 ראו פסק דינו של הרב אליעזר גולדשמידט בבד"מ 1/60 וינטר נ' בארי, פ"ד ט"ו, 1457, 1485-1486: "הילד הוא בעל הדין בעניין סידורו, בזמן הגירושין, והוא בעל הדין אחרי הגירושין, הוא ואין זולתו... הילד הוא תמיד בעל הדין והוא התובע, והאם אינה אלא אפוטרופוס המייצגת אותו בתביעתו ותובעת בשמו". ובע"א 209/54 שטיינר נ' הי"מ, פ"ד ט, 241, 251 אומר השופט זילברג: "הילד אינו אובייקט של שמירה והחזקה להנאתו או לטובתו של אחד ההורים, אלא הוא עצמו 'סובייקט', הוא גופו 'בעל דין' בשאלה חיונית זו. הרי לא יתכן להתעלם מן האינטרסים שלו בשום צירוף נסיבות שהוא, ולא יתכן כי נדחה אותם מפני 'זכות' של מישוה אחר, ויהא זה האב או האם שלו". וראו א"ח שאקי, "עיון מחודש בטיבה של 'זכות ההורים למשמורת ילדיהם הקטינים'", עיוני משפט ט (תשמ"ג) 59, 111-112; מ' זילברג, המעמד האישי בישראל (מהדורה שניה, תשכ"א) 55-56; רונן, לעיל הערה 2, בעמ' 97-105. לאחרונה, הרחיב את הדיבור בסוגיה זו – במיוחד על רקע הפסיקה החדשה ולאור סעיף 3(ד) לחוק בית המשפט לענייני משפחה, תשנ"ה-1995 – מ' קוריאנאדני, "מגמות חדשות בדיני החזקת ילדים", המשפט ז (תשס"ב) 283. בהקשר זה עלי להעיר: במאמרו, משיג עלי מ' קוריאנאדני על אשר במאמרי הנ"ל (לעיל הערה 9, בע' 311) כתבתי כי "שאלת החזקת הילדים אינה עניין ממוני, ואין היא מהווה נושא ליריבות בין שני בעלי הדין". המחבר הסיק מדבריי, כאילו, לדעתי, אין הילד בעל-דין בקביעת משמורתו. ולא היא. בדבריי שם, יצאתי כנגד הדעה שלפיה כללי ההלכה בסוגיית משמורת קטינים יוצרים חזקה, המחייבת העברת נטל ההוכחה להורה המבקש לסתור אותם. כנגד זאת אמרתי, ששאלת נטל ההוכחה מקומה ביריבות רגילה בין בעלי-דין בענייני ממונות, בעוד שנושא משמורת קטינים אינו עניין ממוני (ראו גם תיק (י"ם) תשנ"ב/15231393-939, פד"ר יח, 103, 106), ואין הוא מהווה נושא ליריבות בין ההורים. על בית הדין לבדוק בכל מקרה את טובת הקטין, ולעניין הקביעה מהי טובתו אין כל חזקות בדין היהודי, ואין ההכרעה תלויה כלל בשאלה אם הורה זה או אחר עומד, כביכול, בכללי נטל ההוכחה, שאינם רלוונטיים כלל בעניין זה. מובן מאליו, שאין להסיק מדבריי כאילו הילד אינו בעל-דין בעניין משמורתו, אלא להיפך. היעדר היריבות – לעניין כללי נטל ההוכחה – מתייחס בדבריי שם להורים כבעלי-דין, ולא לקטין, שהוא בוודאי בעל-דין בכל הקשור לקביעת מקום משמורתו.
- 12 ראו שו"ת הרמ"א, סימן קח, (מהדורת זיו, תשל"א) תנ"ת, ומה שכתבתי בספרי: סדר הדין (תשמ"ח) 220-221. במשפט הישראלי, כלל זה מהווה את אחד מעיקרי הצדק הטבעי, אשר הפרתו משמשת עילה להתערבות בג"ץ. בעניין זה ראו בג"ץ 10/59 לוי נ' בית-הדין האזורי בתל-אביב-יפו, פ"ד יג, 1182.
- 13 תוספתא (כ"י ערפורט) כתובות, יא, ד. ראו תוספתא (ליברמן) 94, ותוספתא כפשוטה, בעמ' 364-365. לפי נוסחים אחרים של מקור זה (כולל הנוסחים של הספרים הנדפסים), לא נאמר "כופין", אלא "מניחין" – ראו תוספתא כפשוטה, שם.

זרוע¹⁴: "מדקתני [=מתוך זה שנשנה בברייתא] 'אין כופין אותו', משמע – הא [=הרי] אם חפץ הוא, הכי נמי שהוא דר אצל האחין ולא חיישינן [=חוששים] לרציחה".
 וכן מוצאים אנו בפירוש רש"י לסוגיית התלמוד¹⁵, המאזכרת את הלכת התוספתא¹⁶, והעוסקת בשאלת מקומה של הבת. על דברי התלמוד: "זאת אומרת בת אצל האם" (בין גדולה, בין קטנה), כותב רש"י: "למדנו שכן הוא הדין שתגדל הבת אצל אמה, ובת הניזונית מן הבנים – זנין אותה בבית אמה ואין כופין אותה לדור אצלם". מדברי רש"י למד מהר"ם מפדואה, שאם הבת מגלה דעתה שרוצה להיות שלא אצל אמה, יש למלא אחר רצונה, "כי טובתם נדרוש ורעתם לא נדרוש"¹⁷.

בתשובה ידועה של הרא"ש, בה נדון מקומה של הבת בנסיבות שבהן אין לה אם, והשאלה היא אם תשב עם אביה, או עם האפוטרופוס, שהוא אבי אמה, כתב הרא"ש, כי "לכאורה נראה שהבת יש לה קורת רוח אצל אביה", ולכן יש להשאיר אצלו, בהנחה שזה רצונה¹⁸.

ייחוס משקל לרצונו של הקטן כגורם בהחלטה בדבר טובתו, מוצאים אנו גם ביחס להלכה הנוגעת למקומו של קטן בן שש שנים ומעלה. על-פי ההלכה שפסק הרמב"ם בעניין זה¹⁹: "ואחר שש שנים יש לאב לומר: אם הוא אצלי – אתן לו מזונות, ואם הוא אצל אמו – איני נותן לו כלום". יש אמנם מי שפירש שהרמב"ם התכוון לומר שבידי האב לכוף את רצונו וליטול את הבן לרשותו²⁰. אבל אחרים הדגישו את העובדה שהרמב"ם לא השתמש בלשון כפייה לעניין זכותו של הבעל, ולכן אין להוציא את הבן בכוח מאימו גם אם הוא בן שש²¹. אחד הפוסקים כתב²² בפירוש הלכה זו, שאין האב זכאי לדרוש את בנו אלא כשהלה אינו מביע התנגדות, אבל כשהבן מסרב לעבור אליו, מקיימים את רצון הבן.

הדגשת הצורך להתחשב ברצונו של הקטן לשם קבלת ההחלטה היכן ימצא ומי

14 שו"ת אור זרוע, חלק א, סימן תשמ"ו.

15 רש"י כתובות, קב, ב, ד"ה "זאת אומרת הבת אצל האם".

16 ושם הגירסה היא שלא ככ"י ערפורט.

17 שו"ת מהר"ם פדואה, סימן נג. ובבית שמואל לשו"ע אה"ע, סימן פב, ס"ק ט, כתב: "רש"י פירש בת אצל אמה, היינו אין כופין אותה להיות עם האב או אצל הקרובים". ראו בעניין זה: י' צ' גילת, דיני משפחה – יחסי הורים וילדים (תשס"א), 411.

18 שו"ת הרא"ש, כלל פב, סימן ב. ראו בהקשר זה בג"ץ 391/71 פלונית נ' אלמוני, פ"ד כו(1) 85, 98.

19 רמב"ם, הלכות אישות, כא, יז.

20 שו"ת מבי"ט, חלק א, סימן קסה. אבל זאת, רק כל עוד הבן הוא קטן. אם הבן הגיע לגיל בר-מצווה, שלפי הדין הוא גדול ובר-דעת, גם לשיטת המבי"ט אינו יכול להוציאו מרשות האם נגד רצונו. ראו תיק (ת"א) תשי"ב/2496 תשי"ג/256, פד"ר א, 55, 60–61.

21 ראו שו"ת מהר"י בן לב, חלק א, סימן עד; שו"ת מהר"ם אלשיך, סימן לח. וראו גם המובא במאמרי הנ"ל (לעיל הערה 9) בעמ' 300, הערה 68.

22 חלקת מחוקק, שו"ע אה"ע, סימן פב, ס"ק ט.

יגדל אותו, מוצאים אנו בפסקיהם של שורה ארוכה של פוסקים²³. כך, לדוגמה, פסק ר' משה מטראני²⁴, שאם נעשה הסכם שבו ויתרה האם על זכותה שהבנות יהיו אצלה והסכימה שיגדלו אצל אביהן שנשא לו אישה אחרת, ולאחר מכן ביקשו הבנות לחזור אליה, יש להחזירן לרשות האם משום שזו טובתן, ולכן אין בכוחו של שום הסכם לשנות מטובת הילד, "וכל שכן שהבנות אומרות שהן מצטערות בבית אביהן דנשו לאשה אחרת ורצות לחזור לבית אמן, דפשיטא שאין כח באביהן להחזיק בהן בעל כרחן".

ההתחשבות ברצונו של הקטין באה לביטוי גם בפסיקת בתי הדין הרבניים בימינו. ביחס לילד בן 13, שהביע רצונו להיות עם אמו (החיה עם גבר זר), בעוד אביו תבע שיהיה אצלו, נפסק על-ידי בית הדין הרבני בתל-אביב, כי למרות ההשפעה שיש לעובדה שהאם חיה עם גבר זר על חינוכו הנפשי של הילד, יש להכריע בעד השאתו אצלה. בין היתר קובע בית הדין:

"בנדון דידן, שהבן הוא כבר בן שלוש עשרה, לכל השיטות אין האב יכול להוציאו מאמו ולקחתו אצלו בניגוד לרצונו, וקביעת מקומו של הבן תלויה אך ורק בכך עצמו"²⁵.

בבית הדין הרבני בבאר-שבע נידון סכסוך בין בני זוג על משמורת ארבעת ילדיהם הקטינים (בני 5, 9, 11, 14). בית הדין קבע, לאור חוות הדעת שקיבל, ששני ההורים סובלים מליקוי מבחינת המסוגלות ההורית שלהם, ולפיכך השאלה אינה אצל מי מההורים טוב יותר, אלא אצל מי הנזק קטן יותר. לאחר שבית הדין עמד על בגרותם הנפשית של הילדים, "היודעים היטב את רצונם ולא חוששים להביעו הן בפני העובדים הסוציאליים, הן בפני המפקח הארצי, והן בפני בית הדין", החליט בית הדין כדלהלן:

"מבלי שאפילו נכנס להשקפתם ומחשבותיהם של הילדים על ההורים, הרי הילדים הודיעו באופן חד משמעי ונחרץ כי יהיו מוכנים לשהות רק עם אביהם ולא עם אמם בשום אופן ואכן בפועל גרים הילדים עם אביהם. כלל יסוד במשמורת ילדים והחזקתם המקובל על כל העוסקים בכך, כי אין לכפות בכח על ילד משמורת של צד אחד או שני. על החלטה כזו להיות מופעלת רק בדרכי נועם בשיתוף של יעוץ פסיכולוגי ובליווי עובדת סוציאלית. הדברים אמורים בילדים קטנים, וקל-וחומר בילדים גדולים בגיל שהם עומדים על דעתם. בתוך

23 ראו מאמרי הנ"ל (לעיל הערה 9) בעמ' 312, הערה 118.

24 שו"ת מבי"ט, חלק ב, סימן סב (המדובר בבנות גדולות. שאילו מדובר בקטנות, לדעתו ניתן לכופן להיות אצל אמן, וראו לעיל טקסט להערה 20, ובגוף ההערה).

25 תיק (ת"א) תשי"ב/2496, תשי"ג/2567, פד"ר א, 55, 61. פסק הדין מאוזכר על ידי השופט י' קיסטר בע"א 425/68 משכיל לאיתן נ' משכיל לאיתן, פ"ד כג(1) 309, 317, הכותב, בעקבות פסק הדין: "כפי הנראה, הדעה הרווחת לגבי קטין בגילו של המערער היא, כי אין להעבירו בכוח לרשות אביו".

חוות דעתו של המפקח נכתב: 'התוצאה היא שהילדים מתנגדים בתוקף להיות בחזקתה וקשה יהיה לכפות עליהם לגור בבית שלא רצוי עליהן'. קשה לי להבין מדוע כתב המפקח בלשון של קושי על כפיה וכו'. הדבר אינו בר ביצוע כלל. ומלבד שאינו בר ביצוע, הרי עצם הניסיון לכפות על ילדים בגיל הנערות יש בו כדי לפגוע בהם נפשית קשות, ואחרי כל זה לא יהיו לכך תוצאות"²⁶.

על פי הפסיקה של בתי הדין הרבניים, יש להתחשב ברצונו של הקטין גם לגבי השאלה היכן ילמד. במקום שהורים חלוקים ביניהם ביחס למקום שבו הילד יתחנך, והילד הוא "בר־דעת ויודע את אשר לפניו ועומד על דעתו", יש להתחשב ברצונו, "מפני שכך היא דרכה של תורה, שלא מכל אדם זוכה ללמוד, ואין אדם למד אלא במקום שלבו חפץ"²⁷.

על פי פסיקת בתי הדין, רצון הילד הוא גורם שיש להתחשב בו גם לעניין הסדרי פגישות בין הילד ובין ההורה שלא קיבל את המשמורת עליו. בעניין שנדון בפני בית הדין הרבני בתל-אביב נפסק:

"מכיוון שהשיקול הוא טובת הילדה, אין בית הדין רואה שזה יהיה לטובתה אם יכריחו אותה, נגד רצונה, להיפגש עם התובע. אין אנו מתכוונים להגיד בזה שכאילו 'רצונה' של הילדה כאן הוא רצון טבעי חפשי, אין צורך להתאמץ כדי לראות כי 'רצון' זה הוא פרי הסתת האם, שבמרירותה באה לידי התחסדות לדמות כי בדרך העושים בה הלכו שניהם כאילו רק התובע הוא האשם. אולם אין הבדל בדבר. הילדה היא, לפי הרושם, מפותחת, ואם אינה רוצה להיפגש עם התובע, שום טובה לא תצמח לה מכפיה לפגישות"²⁸.

מוכן מאלי, שכדי לעמוד על רצונו של הקטין יש לזמנו לבית הדין ולתת בידי בית הדין את האפשרות להתרשם באורח בלתי אמצעי מדברי הילד עצמו. בתביעה של אב לקבל את ילדו לרשותו – תביעה שנדונה בפני בית הדין הרבני בתל-אביב – טען האב שאם לא יקבל את בנו לרשותו, לא יתן לו מזונות. בית הדין זימן את הילד, ובשיחה עמו הביע הילד רצונו להישאר עם אמו ובית הדין החליט לדחות את תביעתו של האב, וזאת לאור סירובו של הילד לעזוב את אמו ולהימצא אצל אביו²⁹.
כאשר בית הדין מזמן ילד כדי ללמוד על רצונו, יכול ששמיעתו תיעשה בלא

26 תיק (ב"ש) 21-1-3998 (לא פורסם). ההחלטה ניתנה ביום ח' אדר א, תשס"ג, ובדין ישבו הרבנים א' אברגיל, א' הישריק, ו"י לרר.

27 תיק (י"ם) תשכ"ד/42, פד"ר ז, 10, 16-15. ראו גם תיק (ת"א) תשל"ה/8437, פד"ר יג, 335, שם היה פסק דין בין שני הורים על רקע של השקפות ואורח חיים, והילדים ששהו מספר שנים אצל האם, הביעו רצונם לעבור לביתו של האב. נפסק, שאין שום הצדקה שרק לאם תינתן האפשרות לעצב את עולם הערכים של ילדיה, ויש להעבירם לרשות האב.

28 תיק (ת"א) תשי"ד/226, פד"ר א, 145, 158.

29 תיק (ת"א) תשט"ו/3301, תשט"ז/2270, פד"ר ב, 298, 299, 303.

נוכחותם של הוריו³⁰. אכן, לא תמיד מזמן בית הדין את הקטין עצמו, אלא יש שבית הדין מסתפק בדו"ח שמוגש לו על ידי מומחים לדבר, ובכלל זה עובדי שירות הסעד והרווחה³¹.

תפיסה זו, לפיה יש להתחשב ברצונו של הקטין בכל החלטה הנוגעת למשמורתו, מקובלת גם בבתי המשפט של מדינת-ישראל, אם כי אין הוראת חוק מפורשת בנידון (וראו להלן). הצורך להתחשב ברצונו נובע מכך, שכל הסדר שאינו לרוחו של הקטין עלול להשפיע בצורה שלילית על התפתחותו, והרי זו פגיעה בעיקרון של טובת הילד, שבתי המשפט מחויבים לו מכוח סעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962. פסיקה שאינה מתחשבת ברצונו של הקטין, יש בה כדי להשפיע על יחסו למערכת המשפטית בכללותה³². על נימוקים נוספים לצורך להתחשב ברצונו של הקטין, ידובר להלן.

ב. באיזה גיל יש להתחשב ברצון הקטין?

השאלה הנשאלת היא: באיזה גיל ראוי לסמוך על הבעת רצונו של הילד? בפסיקת בית הדין הרבני בבאר-שבע שנזכרה לעיל³³, מדובר היה בילד בשנתו השלוש-עשרה, שלפי התיאור שבפסק-הדין הוא מפותח. האם רק ילד בסביבות גיל הבגרות ראוי שיתחשבו ברצונו?

בבתי המשפט של מדינת ישראל מקובל לתת משקל לרצון הילד כשהוא בן עשר או אחת-עשרה³⁴, ואף למטה מזה. במקרה אחד³⁵, נחתם הסכם גירושין בין שני בני זוג ונקבע שהילד יהיה אצל אמו עד הגיעו לגיל שלוש עשרה. האם חיה בצרפת ואילו האב התגורר בישראל. בהיות הילד בן שמונה, הובא הילד על ידי אביו לבילוי חופשה בישראל שבסיומה לא הוחזר לאמו בצרפת. בית המשפט המחוזי שאליו פנתה האם

30 ראו רונן, לעיל הערה 2, בעמ' 104.

31 הבדיקה, מהו רצונו של הילד, אינה חייבת להיערך דווקא על ידי בית הדין עצמו; ראה שו"ת הרשב"ש, סימן קטו: "אם הבנות הן גדולות ובאו לכלל אחת עשרה, יניחום בבית אדם נאמן ימים במספר כפי ראות בני אדם מהוגנים וישאלו את פיהן, ואם רוצות לילך אחרי אמן יעשו כרצונן". על היזקקותם, באופן כללי, של בתי הדין הרבניים בישראל לתסקירים של עובדי הסעד והרווחה במשפטי משמורת קטינים, ראו שאקי (לעיל הערה 1), בעמ' 9, הערה 25 ועמ' 22-23. על תפקידם של המומחים בסוגיה זו, ראו: מ' מאסס, "טובת הילד" – על הבחירה הערכית ותפקידי המומחים", חברה ורווחה טו (תשנ"ה) 415, 423-427; רונן, לעיל הערה 2, בעמ' 101.

32 תמ"ש (י"ם) 3734/97, בש"א 52052/01 פלוני נ' אלמונית, תק"מ 2001 (3) 7, פסקה 9 של פסק הדין.
33 ראו טקסט להערה 26.
34 ראו לדוגמא, ע"א 241/57 פלטיאל נ' פלטיאל, פ"ד יג, 599, 604, 606, וראו שאקי, לעיל הערה 1, בעמ' 32-34, וכן במאמרו הקודם של שאקי: לעיל הערה 11, בעמ' 78-81.
35 ע"א 433/67 צבר נ' הי"מ וצבר, פ"ד כב (1) 162.

בבקשה שיורה על השבת הילד אליה, נעתר לבקשתה, והורה לאב להחזיר את הילד לחזקת אמו, ואולם בערעור שהגיש האב נהפכה החלטת בית המשפט המחוזי לאחר שבית המשפט העליון קבע, שיש להתחשב ברצון הילד (שהיה כבר בן עשר). בין היתר נקבע בפסק דינו של בית המשפט העליון, מפי השופט קיסטר³⁶:

“במשטר חוקי המבוסס על טובת הילד וזכויותיו, להבדיל ממשטר המבוסס על זכויות הורים, מחייב ההגיון, שאם נדון בדבר חזקה בילד או במקום הימצאו של הילד, לא נרצה לגרום צער לילד שלא לצרכו ולפעול בניגוד לרצונו ולהרגשתו, ואף נשאל לדעתו כשהוא מבחין, כל עוד אין רצונו נוגד את טובתו”³⁷.

בין היתר, הסתמך בית המשפט על מקורות המשפט העברי העוסקים בצורך להתחשב ברצון הילד, ובאחד מהם³⁸ גיל הילד היה אחת-עשרה שנים. האם יתחשב בית המשפט ברצונו של הילד גם בגיל נמוך מזה?

בעניין אחר שנדון בבית המשפט העליון³⁹, מדובר היה בבני זוג שנישאו בארצות הברית ושם נולדו להם שלוש בנות, שבעת הדיון היה גילן: שבע, שמונה ואחת עשרה. בין האב והאם נחתם הסכם שקיבל תוקף של פסק דין על ידי בית משפט אמריקאי, ושלפיו יהיו הבנות אצל האם. בניגוד להסכם, נטל האב את הבנות ועלה עימן לישראל. האם פנתה לבית המשפט העליון בעתירה להשבת הילדות, ובפני בית המשפט התברר שכל שלוש הבנות הביעו את רצונן להישאר עם אביהן בארץ.

בית המשפט העליון פסק, שלגבי שתי הבנות הקטנות יש לקיים את פסק דינו של בית המשפט האמריקאי ששקל את טובתן, וזאת נוכח העובדה שמדובר בחטיפה. בית המשפט ראה בהתבטאויותיהן של הבנות הללו בדבר רצונן לחיות עם אביהן תוצאה של “שטיפת-מוח” שעברו הילדות. ברם, לגבי הבת הגדולה קבע בית המשפט שיש להשאיר אצל האב וזאת נוכח העובדה שהיא כבר בגיל שבו לילד יש רצון עצמי משלו ואל לו לבית המשפט להורות על הוצאתו ממשמורת ההורה שבה הוא רוצה להיות. גם כאן הסתמך בית המשפט העליון על מקורות הדין היהודי, ובכללם אותה תשובה של מהר”ם פדואה שהובאה כאסמכתא בפסק הדין שנזכר לעיל.

בפסיקת בתי המשפט למשפחה מן השנים האחרונות, ניתן למצוא דוגמאות להתחשבות ברצון הקטינים גם כשמדובר בגילאי תשע⁴⁰ ועשר⁴¹. באחד המקרים נפסק:

36 שם, בעמ' 166.

37 על רצון הילד לעומת טובתו, ראו להלן בפרק ג.

38 שו”ת מהר”ם פדואה, סימן נג, הנזכר לעיל בהערות 8 ו-17.

39 בג”ץ 391/71 פלונית נ’ אלמוני, פ”ד כו(1) 85.

40 תמ”ש (י”ם) 2030/97 פלונית נ’ אלמוני, תק”מ 98(2) 81.

41 תמ”ש (י”ם) 14622/97 פלוני נ’ אלמונית, תק”מ 98(3) 19. באותו מקרה היה מדובר בשתי בנות, בגילאים 13 ו-10, אשר הביעו רצונן החד-משמעי להיות אצל אימן (שנישאה בשנית ועברה להתגורר בארה”ב).

"רצון הילדות הינו כה החלטי וברור עד כי הכרעה המנוגדת לכך תביא לצורך לפעול בניגוד לרצונן, תוך כפיית ההכרעה עליהן, פעולה העלולה לגרום להם נזק והינה בניגוד לטובתן.

הפסיקה, ההגיון והמהלך התקין של החיים מביאים למסקנה כי אין, אלא במקרים חריגים והכרחיים לכפות על ילד גדול בעל רצון והבנה בשלים, שהייתה אצל הורה אחד כאשר רצונו המוחלט והברור להיות אצל ההורה האחר"⁴².

יצוין, כי המשקל שיש לתת לרצונו של הקטין הוא כה גדול, עד שאם ניתן פסק-דין שלא לקח בחשבון את רצונו של הקטין, ויו"ר ההוצאה לפועל לא יכול לכפות על הקטין את ביצוע פסק-הדין בשל התנגדותו הנמרצת של הקטין, בג"ץ לא תמיד ישתמש בסמכותו, ולא יורה לו להשתמש בכוח כנגד הקטין, ולא לצו לשהות במחיצתו של הורה בניגוד לרצונו⁴³. באחד המקרים, נאמר בפסק הדין (מפי השופט ש"ז חשין):

"בהסכמת בעלי הדין ראינו את הילד ביחידות בלשכת השופטים, ונתנו לאחר מכן את האפשרות גם למבקש לשוחח עם בנו במעמדנו. נוכחנו לדעת, כי הילד מפותח הרבה יותר מכפי גילו. הוא דיבר בהתגלות לב, בפיקחות, בידיעת הדברים ובהבנת המצב לאשורו. תשובותיו היו שנונות וקולעות... הילד נבון שלא לפי שנותיו, ונראה הדבר, כי החלטתו איתנה לא לחזור לבית אביו ויהי מה. הוא הצהיר לפנינו, כי אם יימסר לאביו בכוח הזרוע, יברח מן הבית ויחזור ויברח, עד שיניחוהו לנפשו. ואמנם הוברר, כי בהזדמנות אחת ביקש האב להכריח את הילד לבוא עמו אל ביתו, אך הילד עורר שעורריה ברחוב, ולקול צעקותיו 'הצילו' נאסף המון עם וחילצו מידי האב. כאשר ביקשנו את הילד לשוחח עם אביו במעמדנו, לבשו פניו חרדות והוא פרץ בבכי היסטרי. כשנכנס האב, לקריאתנו, ללשכת השופטים, הסב הקטין את פניו לקיר, וסירב לדבר עמו. התשובות המועטות שהשיב לשאלות המבקש היו מחוצפות וחדורות משטמה עזה. לא שוכנענו, כי הדברים הושמו בפי הקטין על ידי האם. נהפוך הוא, הקטין סיפר לנו, ובסיפוריו ניכרים דברי אמת, כי האם השתדלה לדבר על לבו לשוב אל אביו ולהשלים עמו. אך הדברים לא נשאו פרי, והקטן עומד במריו ומכריז, כי לעולם לא ישוב לבית אביו. בנסיבות אלה, נראה לנו, כי אך לחינם יטרח משרד ההוצאה לפועל לבצע את פסק הדין על ידי כליאת האם. היא אינה מחזיקה בו בניגוד להוראות פסק הדין, והוא – הילד – לא

42 ש.ם.

43 בג"ץ 89/52 לוי נ' יו"ר ההוצל"פ – ירושלים, פ"ד ו, 1264; בג"ץ 39/55 בר נ' בר ויו"ר ההוצל"פ, פ"ד ט, 1367, וראה בהקשר זה: פ' דייקן, "מסירת ילדים בעל כורחם", הפרקליט יב (תשט"ז) 201; ע"א 653/72 יהלומי נ' יהלומי, פ"ד כז(2) 434. אבל השווה עם דעת הרוב בבג"ץ 40/63 לורינג' נ' יו"ר ההוצל"פ – חיפה, פ"ד יז, 1709, וראו בהקשר זה: 'בן-אור, "על משמעות המושג 'טובת הילד'", הפרקליט כט (תשל"ד-תשל"ה) 608, 619-620.

היה צד בדיונים שנתקיימו בבית הדין הרבני, ופסק הדין אינו ניתן, משום כך, לביצוע נגדו בכוח הזרוע. היוצא מכאן, שכל עוד עומד הקטין במרדו ומסרב לחזור לבית אביו, וכל עוד אין הנסיבות מורות כי הוא שואב עידוד מאת אמו ומשמש כלי-שרת בידיה, יש לדחות את ביצועו של פסק הדין"⁴⁴.

חשוב לציין, כי בפסק-הדין הנ"ל מדובר היה בילד בן עשר וחצי שנים. אכן, במקורות הדין היהודי ניתן למצוא אסמכתא לכך שרצונו של הילד הוא גורם שיש להתחשב בו גם מתחת לגילאים אלה.

בתשובת מהר"ם פדואה שנזכרה לעיל⁴⁵, שבה הסיק המשיב מפירוש רש"י לתלמוד כי יש להתחשב ברצון הילד בקביעת משמורתו, מדובר היה בשתי בנות, האחת בת אחת-עשרה, "והאחרת קטנה מאוד וצריכה לאמה עדיין". דעת המשיב שם היא, שאם טובתן היא להיות אצל אחיהם, ורצונן בכך, "יש מקום אתי להעמידו על הצור לזכותו (= את אחיהן) לפחות באחותו הגדולה".

בתשובה אחת שכתב ר' משה אלשיך⁴⁶, מגדולי חכמי צרפת במאה ה"ט, מדובר היה באיש אחד שנעלם ויצא קול שנהרג. איש זה הניח אישה וילד ובית הדין מינה אפוטרופוס על הילד. לימים ביקשה האישה לעלות לארץ ישראל עם בנה, והאפוטרופוס התנגד לכך וביקש שהילד יישאר עם סבו וסבתו מאביו. הילד היה כבן שש והביע רצונו להישאר עם אימו. בין יתר דבריו כותב המשיב בנימוקי תשובתו, בה הוא מצדד בעמדתה של האם:

"אם הקטן, אחר היותו בן שש ומעלה, אומר דניחא ליה בצוותא דאימיה [=נוח לו במחיצת אימו], לאו כל כמיניה דאפוטרופוס [=אין בידי האפוטרופוס] לעכב בידו".

בהמשך דבריו מבאר המשיב, כי סמכותו של האפוטרופוס היא לפקח על פעולותיו הממוניות של הקטן, "אבל בגופו לא שליט אפוטרופוס לכופו דלא יהא אצל אמו אי בעי למהוי אצלה [=כשרצונו להיות אצלה]".

בתשובתו של פוסק אחר, ר' דוד צבאח⁴⁷, שחי במרוקו במאה שלנו, מדובר היה שוב בילד בן שש, שאביו דרש שיהיה אצלו כתנאי לנכונותו לתת לו את מזונותיו. המשיב ביקש לבחון מה רצון הילד, ובדבריו נמצא התיאור הבא:

"... ענתה ואמרה [האם] שהבן אינו רוצה להיפרד ממנה, וכשהיא אומרת לו שילך אצל אביו הוא בוכה ומבכה ומירתת כוליה גופיה [=רועד כל גופו] מפחד אביו ומאשת אביו וכו'. ואז אמרתי לה שתביא הבן אצלי לראות אם

44 שם, בג"ץ 39/55, בעמ' 1370-1371.

45 לעיל הערות 8 ו-17.

46 שו"ת מהר"ם אלשיך, סימן לח, וראו לעיל טקסט להערה 21.

47 שו"ת שושנים לדוד, חלק ב, סימן כו.

אמת הדברים, והביאה אותו לפני, ואז אמרתי לה לצאת החוצה וישאר הוא לבדו אצלי בבית המדרש לחקור אותו היטב, וכן היה, וכשהתחלתי לשאולו למי רוצה – לאביו או לאמו, געה בבכיה ואמר בקול רם: 'אמי אמי אני רוצה'. אחר כך נכנסה אמו ותכף נפל על צווארה וצעק 'אמי אמי'. אז עניתי ואמרתי למסעוד הנזכר [=האב]: אם כן הוא, הניחו לילד עם אמו כי חמירה סכנתא וכו', פן יוזק בהיפרד מאמו".

הטעם לכך, שכבר בגיל שש יש מקום להתחשב ברצון הילד, הוא, שעל פי ההלכה, בגיל זה מגיע הילד לעונת הפעוטות⁴⁸, והוא עשוי – הכל בהתאם לדרגת התפתחותו – לבטא רצון שיש להתחשב בו. וכך כותב במפורש פוסק אחר, ר' שמואל עמאר⁴⁹, שחי אף הוא במרוקו, במאה הי"ט:

"... וכן ביותר חשש – אם ראינו שיש בהם חריפות כל כך להבחין בין טוב לרע, שואלים את פיהם"⁵⁰.

בעניין שנדון בבית הדין הרבני הגדול בירושלים, מדובר היה בשתי בנות בגיל חמש ושש. בית הדין פסק שעליהן להיות בחזקת אביהן. בין היתר, נאמר בפסק הדין:

"זה כשנתיים שבנות אלה נמצאות בטיפולו [של האב] ולא שמענו כל תרעומת על חוסר טיפול כל שהוא בגופן וחינוכן של בנות אלו. וטבעי הוא הדבר שבנות אלה קשורות אל אביהן ורוצות להמשיך דירתן אצלו. הרי שיש כאן גם רצון הבנות, טובתן ותקינותן"⁵¹.

גם בפסיקה הישראלית אפשר למצוא תקדימים שבהם הייתה התחשבות ברצונו של הקטין שגילו בין שש לשבע.

בפסק-דין אחד של בית המשפט המחוזי⁵², הייתה התחשבות ברצונו של ילד בן שבע. בדונו בשאלה זו כתב השופט קיסטר: "המשפט העברי מביא בחשבון את רצון הילדים או רגשותיהם כבואו לקבוע מה מקומם; אולם יש לציין, כי אין זה גורם מכריע והכל תלוי בגיל הילד בנסיבות המקרה"⁵³. בנסיבות אותו מקרה, מצא השופט קיסטר

48 עונת הפעוטות היא מגיל שש עד הגיעו של הקטן לבגרות, דהיינו בן שלוש-עשרה בבנים ובת שתיים-עשרה בבנות; ראו א' גולאק, יסודי המשפט העברי (תשכ"ז, חלק ד) 150.

49 שו"ת דבר שמואל, סימן לו.

50 ויש מקורות שבהם לא נאמר שרצון הילד אחרי גיל שש תלוי במידת התפתחותו – ראו שו"ת הרשב"ש, סי' רב: "ואחרי שש שנים יהיה הדבר תלוי ברצונם, אם ירצו לילך אצל אחיהם או אצל אמם יעשו כרצונם".

51 תיק 28/708, אוסף פסקי דין של הרבנות הראשית לישראל, בית הדין הגדול לערעורין (בעריכת ז' ורהפטיג), חלק ב, ירושלים תשמ"ה, 6, בעמ' 8.

52 המ' (ת"א) 2289/58 גבאי נ' גבאי, פס"מ יט, 231.

53 שם, בעמ' 237.

שהיה מקום להתחשב ברצון הילד בן השבע, שביקש להימצא עם אביו, אבל את הילד בן השלוש החליט להשאיר עם אמו. בפסק-דין מאוחר יותר, שניתן על-ידי השופט זמיר בבית המשפט המחוזי בתל אביב, ושבו מתייחס השופט לקטינה בת שש, נאמר:

"הכלל הוא כי רצון הילד מהווה את אחד השיקולים בקביעת טובתו. אמנם פסקי הדין מתייחסים לרצונותיהם של ילדים יותר גדולים מאשר הבת, סיוון, אולם מצינו גם כאלה הדנים ברצונם של ילדים הקרובים לגילה של סיוון... במקרה הנדון בפנינו נשמעו ראיות רבות וסותרות בעניין רצונה של הבת. עם זאת, הכל תמימים בדעתם בנקודה חשובה אחת, והיא: סיוון הינה ילדה אינטליגנטית ביותר, והיא מצליחה ומסוגלת לנווט עצמה במצבים קשים ולענות לדרישות המבוגרים (כולל הוריה), ואפילו עד כדי סכנה לפיתוח אופי מניפולטיבי. קשה, אמנם, לקבוע ממצא עובדתי חד משמעי בעניין רצונה של סיוון, אולם ברור הדבר – ועל כך אין מחלוקת בין המומחים השונים שהעידו בבית המשפט – כי לסיוון אין כל רצון לנתק עצמה מאביה. רצון זה של אי ניתוק קשר מאביה, הוא פרי אלמנט נפשי ורגשי המפעם בליבה פנימה של סיוון. הביטוי 'טובת הקטין', שהוא השיקול העליון בקביעת גורלו של ילד קטין, מחזיק בחובו מכלול של תנאים ואלמנטים המהווים יחד את טובתו של הקטין, כאשר בראש ובראשונה יש לשקול ולבחון, מבחינת טובתו של הקטין, את הבחינה הנפשית והרגשית שלו"⁵⁴.

בפרשה אחרת, לא התחשב בית המשפט ברצונו של קטין בן שמונה וחצי. מדובר היה בילד שנולד לאם יהודייה ילידת הארץ, ולאב נוצרי ששהה בארץ במסגרת כוח האו"ם. בני הזוג התגרשו בשבדיה, והאישה חזרה לישראל עם בנה, וכשהיה בן שמונה שמה קץ לחייה. הילד המשיך לגדול ולהתחנך אצל הורי אמו, והאב תבע את החזרת הבן למשמורתו בשבדיה. הילד הביע רצונו שלא לעזוב את הארץ, וביקש להמשיך ללמוד בבית הספר הדתי שבו למד. ואולם, בית המשפט לענייני משפחה בתל-אביב שדן בעניין, החליט שגוברת זכותו של האב לממש את הורותו. כאשר לרצונו של הקטין נאמר בפסק הדין:

"רצונו של הילד שלא לשנות את ארץ המגורים ולהמשיך את אורח החיים שלו הוא מורגל, הינו אך טבעי וברור. עם זאת, הטענה של רצונו של הילד 'לגדול כיהודי במדינה יהודית ורצונו לדבוק בלאום היהודי', עם כל הכבוד, אינה נשמעת כעולה באופן אותנטי מגרונו של הקטין, שכן קשה לייחס לקטין שהיה בן שמונה וחצי בעת פטירת אמו, דעתנות, תובנה, הזדהות עם ישראל, ובוודאי לא דבקות בערכי דת ולאום. מובן כי הקטין מבקש להמשיך וללמוד בבית הספר

54 מצוטט בע"א 238/88 יחזקאלי נ' יחזקאלי, פ"ד מג (2) 467, 470.

הדתי שבו למד, אך בגיל זה אין לייחס לו מודעות, הבנה ותובנה. הרצון נובע מכך שהקטין מורגל לבית הספר שבו הוא לומד, ולסביבה התרבותית-מסורתית שבה הוא חי כיום בבית הסבים"⁵⁵.

לאור העובדה, שמדובר שם בילד נבון – שבעת מתן פסק הדין כבר היה בן למעלה מעשר שנים – ושרמת האינטליגנציה שלו – כך נאמר בפסק הדין – גבוהה מן הממוצע בכיתה שלו, ספק רב אם נכון היה שלא להתחשב ברצונו לחיות במדינה יהודית, ובמסגרת חברתית שבה נשמרים ערכי הדת והלאום היהודי. האם נכון לומר על ילד יהודי בגיל הנ"ל, המתחנך במסגרת דתית, ועל ברכי התפיסה ש"בן חמש שנים למקרא, בן עשר למשנה"⁵⁶, ואשר מגיל שש-שבע – הכל לפי מידת התפתחותו – יש ללמדו תורה ככל האפשר⁵⁷, שאין לייחס לו דבקות בערכי דת ולאום, וכי בגיל זה אין לייחס לו מודעות, הבנה ותובנה? תמהני, אם הערכה זו באשר ליכולתו של קטין בגיל המדובר להביע את רצונו האמיתי, תואמת את המציאות.

אכן, דומה בעיניי, שעל רצון הילד, כגורם המשקף את טובתו, ניתן לעמוד אפילו בגיל שבו הילד עדיין אינו מדבר. מסקנה זו עולה, לדעתי, מן הסוגיה העוסקת בחיובו של האב במזונות ילדיו הקטנים⁵⁸. על פי דין, אין האם חייבת במזונות ילדיה, אלא זוהי חובתו של האב⁵⁹, ולכן, באופן עקרוני, גם אם הילד בגיל ינקות, רשאית האם לדרוש שהאב ישכור לה מינקת. ואולם, כאשר היונק מגיע לשלב התפתחות כזה שהוא כבר מכיר את אימו, שוב אין לנתקו ממנה, גם אם אין רצונה להחזיקו אצלה, כיוון שהדבר עלול להשפיע עליו לרעה. השאלה, אם התינוק כבר מכיר את אימו, אם לאו, היא שאלה שצריכה להתברר על ידי בדיקה, שיש לעשות בכל מקרה ומקרה, וההלכה שנפסקה בשולחן-ערוך קובעת, ש"אם הכירה (ואינו רוצה לינוק מאחרת), אפילו הוא סומא, אין מפרידין אותם, מפני סכנת הוולד, אלא כופין אותה ומניקתו עד כ"ד חודש"⁶⁰. מוסיף הרמ"א בהגהותיו, שבמקרה כזה – שכר ההנקה על האב, והוא מוסיף, ש"יש אומרים, שאפילו אישה אחרת שהניקה ילד עד שמכירה – כופין אותה ומניקה אותו בשכר". בתלמוד, שם, נאמר, כי הבדיקה צריכה להתבצע בצורה כזו, שיתברר אם הילד נמשך משיכה טבעית לאימו, כמו כל תינוק שכבר מכיר את הוריו. יוצא אפוא, שרצונו של הילד יכול לבוא לידי ביטוי גם באמצעות שפת הגוף, וגם אז יש להתחשב ברצונו.

ולבסוף, לא מיותר לציין, כי גם אמנת האו"ם בדבר זכויות הילד משנת 1989,

55 תמ"ש (ת"א) 107060/99 ב' ק', קטין, נ' L.K., תק"מ 2001 (2) 35 (השופטת צפת).

56 משנה, אבות ה, כא.

57 בבלי בבא בתרא, כא, א; רמב"ם, הלכות תלמוד תורה, ב, ב; אנציקלופדיה תלמודית, ערך "חונך", כרך טז, קסח.

58 כתובות, נט, ב, – ס, א.

59 ראו שו"ע אה"ע, סימן עא, סעיף א.

60 שו"ע אה"ע, סימן פב, סעיף ה.

שמדינת-ישראל אישררה בשנת 1991, קובעת, שיש לתת משקל לרצונו של הילד בכל הנוגע למשמורתו, בלא שנקבע דבר ביחס לתקרת גיל כזו או אחרת⁶¹. וזה לשון סעיף 12 לאמנה:

1. מדינות חברות יבטיחו לילד המסוגל לחוות דעה משלו את הזכות להביע דעה כזו בחופשיות בכל עניין הנוגע לו, תוך מתן משקל ראוי לדעותיו, בהתאם לגילו ולמידת בגרותו.
2. למטרה זו תינתן לילד הזדמנות להישמע בכל הליך שיפוטי או מנהלי הנוגע לו במישרין או בעקיפין, באמצעות נציג או גוף מתאים בצורה המתאימה לסדרי הדין שבדין הלאומי.

הרי, שבכל מקרה יש לפעול בהתאם לנסיבותיו, ואל לו לבית המשפט להימנע מראש מלבדוק את רצונותיו של הילד אך ורק בשל גילו הרך.

ג. רצון הקטין מול טובתו

האם בכל מקרה יש לתת משקל מכריע לרצון הילד – במשפטים שעניינם משמורת קטינים – גם כשהדבר נוגד את טובתו?⁶²

בפסיקה בארץ מצאנו, לכאורה, שתי השקפות נוגדות בעניין זה. במקרה אחד קובעת השופטת הדסה בן-עתו, על סמך הפסיקה, כי "אפילו נוגד רצונו של הילד את טובתו, אין כופין אותו"⁶³. ואולם, בעניין אחר, נקבע מפי השופט בייסקי, כי אף-על-פי שהקטינה, שגילה עשר וחצי, גילתה דעתה שרצונה להיות אצל אביה, יש לתת משקל יתר לגורמים האחרים שיש לקחתם בחשבון, ולהשאיר בידי האם, משום שזוהי טובתה⁶⁴.

אכן דומה, שלאמיתו של דבר אין כל יסוד לקביעתה של השופטת בן-עתו, ולמעשה, ההשקפה המקובלת היא, שיש לקיים את רצון הילד רק במידה שהדבר תואם את טובתו.

61 ראו י"ש קפלן, "זכויות הילד בפסיקה בישראל – ראשית המעבר מפטרנליזם לאוטונומיה", המשפט ז (תשס"ב) 303, 322–326.

62 ההבחנה בין "רצון הילד" ובין "טובת הילד" – שני מושגים שלא בהכרח חופפים זה את זה, מוצאת ביטוי בעניינים נוספים, כגון בשאלת ייצוגו של קטין בבית-משפט. עורך-דין הממונה מכוח הקטין מייצג את רצונו, אבל לא בהכרח גם את טובתו; זו תיקבע על-ידי בית המשפט. ראו תמ"ש (ת"א) 23860/96, המ' (ת"א) 50039/97 פלוני נ' אלמונית, תק"מ 97(2) 19, פסקה 13 של פסק-הדין (מפי השופט יהושע גייפמן); תמ"ש (י"ם) 3140/01, לעיל הערה 9, פסקה 7 של פסק-הדין (מפי השופט מנחם הכהן).

63 ע"א 352/80 צוקרמן נ' צוקרמן, פ"ד לד(4) 689, 694.

64 ע"א 740/87, 113/89 מזר נ' קביליו, פ"ד מג(1) 661.

העיון בפסיקה שאותה מאזכרת השופטת בן-עתו כתימוכין לקביעתה הנ"ל, מגלה, שאין כל יסוד לקביעה זו, ולהפך: מן הפסיקה המאזכרת על ידה, עולה מסקנה הפוכה, דהיינו, שיש לכבד את רצון הילד, רק במידה שהדבר עולה בקנה אחד עם טובתו.

בפסק-הדין בעניין פלטיאל⁶⁵, מדובר היה בבת להורים שנישאו בשבדיה ועלו לארץ. האם – נוצרייה, והאב – יהודי. זמן קצר לאחר עלייתם ארצה, פרצו סכסוכים בין בני הזוג. האישה תבעה לקבל את הילדה לחזקתה, לאחר שבפועל גדלה הילדה אצל אביה וטופלה בידי אמו. בית המשפט המחוזי דחה את תביעת האישה, וזו ערערה בפני בית המשפט העליון. בהחליטו לדחות את הערעור, קובע בית המשפט העליון, כי העיקרון החשוב ביותר, הדוחה כל שיקול אחר, הוא: טובת הילד. בהידרשו לשאלה: מה מחייבת טובת הילד במקרה זה, קובע בית המשפט, מפי השופט "זוסמן:

"אף על פי שלא מצא השופט את האב מוכשר יותר מן האם לחנך את הילדה, הגיע לכלל דעה, כי מוטב לילדה להישאר אצל אביה, כל עוד תרצה בכך. הילדה נקלטה יפה בבית אביה, שהוא בית אם האב, והראתה, בלשון השופט, 'החלטתה נחושה לא לבקר אצל האם כשהיה לה חשש שתצטרך להישאר אצל אמה... אפשר להגיד כי אינה רוצה להיות בבית אמה ומרגישה טוב בבית הנתבע (המשיב) ומשפחתו והיא גם מטופלת שם יפה"⁶⁶.

האם עומד כאן רצון הילדה בניגוד לטובתה? בוודאי שלא. אם לא די בדבריו של השופט זוסמן, מוסיף השופט ש"ז חשין וכותב באותו עניין:

"תמים דעים אני עם השופט המלומד, כי לפי מקורות המשפט העברי יש למסור, בדרך כלל, את חזקת הילדה לידי אמה. אף על פי כן מובאים תמיד בחשבון טובתו ושלומו של הקטין. במקרה שלפנינו ראינו את הקטנה ושוחחנו עמה. עלי להודות, כי בדרך כלל אין אני מתרשם ביותר מהצהרתו של הקטין כי מעדיף הוא להיות עם אביו או עם אמו. דברים כאלה נאמרים לרוב לא מתוך הכרתו הפנימית של הקטין, כי אם מכוח ההשפעה והפיתוי של ההורה. לא כן הדבר כשסירובו של הקטין לדור בכפיפה אחת עם אחד מהוריו מבוסס על נימוק סביר. הקטינה במקרה שלפנינו הצהירה חזור והצהרה כי אין את נפשה לגור עם אמה, וכי אם יכריחוה לכך היא תברח מן הבית. עמדה עויינת זו של הקטינה כלפי אמה נובעת, כפי שהיא – הקטינה עצמה – הסבירה לנו, מן העובדה שהאם אשמה בהריסת חיי המשפחה, וכי היא ביקשה מאת האם פעמים מספר לחזור לאביה ולהמשיך בחיים המשותפים. כפי שראינו לעיל

65 ע"א 241/57 פלטיאל נ' פלטיאל, פ"ד יג, 599 (להלן: עניין פלטיאל).

66 שם, בעמ' 604.

אין הפירוד בין בני הזוג מחויב-המציאות, ואף הקטינה חשה בכך. אם יוחלט כי על הקטינה להיות בחזקת אמה דווקא, תצטבר בלב הקטינה מרירות על המרירות שכבר נערמה בה על הריסת הבית והמשפחה – דבר זה ודאי אינו לטובת הקטינה. ואף זה נימוק, נוסף לנימוק שצוין על-ידי השופט המלומד, לדחיית הבקשה של המערערת בעניין השמירה והפיקוח על הילדה⁶⁷.

מפסק-הדין בעניין פלטיאל אין להסיק אפוא, כי "אפילו נוגד רצונו של הילד את טובתו, אין כופין אותו". שהרי, כמוכח מתוך דבריהם המפורטים של שופטי בית המשפט העליון, רצונה של הילדה עלה בקנה אחד עם טובתה, ופסיקה בניגוד לרצונה של הילדה היא במפורש בניגוד לטובתה.

בפסק-הדין בעניין צבר⁶⁸, מדובר היה בבני זוג שנישאו ונולד להם בן. בשלב מסוים עברה האישה להתגורר בצרפת והבעל נשאר בארץ. לאחר שהתגרשו, התעוררה שאלת המשמורת על הקטין שהיה כבר בן עשר. בהתקיים הדיון בבית המשפט, היה הילד אצל אביו והביע רצונו להישאר אצלו. בית המשפט המחוזי החליט שיש למסור את הילדה לחזקת אמו, וזאת, בין היתר, בעקבות ההסכם שעליו חתמו בני הזוג. בבית המשפט העליון הוחלט לקבל את הערעור, ולהשאיר את הילד אצל אביו.

בפסק דינו של בית המשפט העליון, מפי השופט י' קיסטר, מודגש כי הילד גדל בבית אביו, שנישא בינתיים בשנית, באווירה משפחתית טובה, ומקבל חינוך טוב. באשר לרצונו של הילד, נאמר בפסק הדין, כי הוא רוצה להיות בארץ אצל אביו, ועובדה זו באה לידי ביטוי בתסקיר של עובדי הרווחה. לאור ההתאמה הקיימת, בנסיבות המקרה, בין רצונו של הילד ובין טובתו, כותב השופט קיסטר, בין יתר דבריו:

"במשטר חוקי המבוסס על טובת הילד וזכויותיו, להבדיל ממשטר המבוסס על זכויות הורים, מחייב ההגיון, שאם נדון בדבר חזקה בילד או במקום הימצאו של הילד, לא נרצה לגרום צער לילד שלא לצרכו ולפעול בניגוד לרצונו ולהרגשתו, ואף נשאל לדעתו כשהוא מבחין, כל עוד אין רצונו נוגד את טובתו, וכך גם המצב החוקי בארצנו. הדבר בא לידי ביטוי מיוחד במשפט העברי בו ההלכה הייתה קבועה במשך דורות רבים ולפיה שוקלים את מקום הימצאו של הילד לטובתו, לתיקונו ולזכותו; ואם רצונו של הילד או געגועיו אינם נוגדים את טובתו, אין כופין את הילד להימצא במקום שאינו חפץ להיות בו, ולהסכמים בין הורים אין ערך במקרה כזה ואין מתחשבים בהם"⁶⁹. (ההדגשות שלי – א.ש.)

67 שם, בעמ' 606.

68 ע"א 433/67 צבר נ' הי"מ וצבר, פ"ד כב(1) 162 (להלן: עניין צבר).

69 שם, בעמ' 166.

בהמשך פסק-הדין, מוסיף השופט קיסטר ומנמק מדוע טובתו של הילד מחייבת את השארתו בידי אביו:

"בנסיבות המקרה שלפנינו, עולה מהתסקיר, כי במצב הנוכחי טוב לילד אצל אביו, ואילו ביחס לשאלה כיצד יהיה מצבו אצל אמו לא ברורה התשובה אם יהא לו טוב או לא. בנוסף לכך ידוע כי עקירת הילד מבית-הספר בו הוא לומד והעברתו לבית-ספר אחר, אפילו באתה מדינה ובאותו תחום לימודים, כרוכה בקשיים, ועל אחת כמה וכמה כשהמדובר בהעברת ילד ממולדתו לארץ אחרת. בדרך כלל יפה להתפתחותו של הילד שיגדל בתוך עמו ותרבותו, ומסתבר שזהו אחד הגורמים להצלחת הילד בבית הספר והרגשתו הטובה כאן. טלטוליו מארץ לארץ, משפה לשפה ומתרבות לתרבות אינם יפים להתפתחותו התקינה של הילד, וכאן המדובר בילד יהודי שנולד בישראל ומתגורר בסביבה ובתרבות יהודית... עוד מן הראוי להזכיר כי לפי חוות דעתם של הפסיכולוגים שהובאו על ידי שני ההורים, ככל שהקטין הולך וגדל, כן חשוב יותר לחינוכו שיהיה בקרבת אביו והחינוך הניתן על ידי אביו... ולפי כל הדעות, דמותו של אב וחינוך על ידו זהו גורם חשוב בהתפתחותו. ואכן, במקרה שלפנינו הראה הניסיון שאצל אביו התפתח הילד יפה"⁷⁰.

גם בפסק-הדין בעניין צבר, אין אפוא כל ניגוד בין רצונו של הילד לבין טובתו, ונאמר כאן במפורש, שיש לקיים את רצון הילד רק כל עוד אין רצונו נוגד את טובתו. בפסק-הדין בעניין פלונית⁷¹, מדובר היה בבני זוג שנישאו בארה"ב ונולדו להם שלוש בנות. בעקבות הפירוד בין בני הזוג, ניתן פסק-דין על ידי בית המשפט במדינת ניו-יורק, שלפיו יהיו הבנות אצל אמן. באחת מחופשות הקיץ, לקח האב את בנותיו לישראל, כמוסכם בין בני הזוג, וסירב להחזירן לאמן בתום החופשה. האם עתרה לבג"ץ בבקשה שיורה על השבת כל שלוש הבנות אליה. ביחס לשתי הבנות הקטנות הוחלט לקבל את העתירה, אבל ביחס לבת הגדולה, כבת 12, הוחלט, ברוב דעות, שתישאר אצל אביה, וזאת מן הטעם, שבגילה יש להתחשב ברצונה. בהקשר זה, נאמר בפסק-הדין על ידי השופט קיסטר:

"בפסיקה ארוכה בכתי המשפט בארץ אין פועלים בניגוד לרצון הילדים כשהם בגיל 10–11, אלא אם כן בית המשפט היה מוצא שיש צורך להציל את הילדים מסכנה חינוכית האורבת להם. אפילו יצא פסק דין למסירת ילדים כאלה, לא מוציאים פסק זה לפועל בניגוד לרצון הילדים"⁷². (ההדגשה שלי – א.ש.).

70 שם, בעמ' 167.

71 בג"צ 391/71 פלונית נ' אלמוני, פ"ד כו(1) 85.

72 שם, בעמ' 99.

מפורש כאן אפוא, שבנסיבות בהן משמעות ההחלטה לכבד את רצון הקטין היא הכנסתו למצב של סכנה חינוכית, אין להחליט על פי רצונו, אלא בהתאם לטובתו. יצוין גם, שאף השופט יצחק כהן מדגיש בפסק דינו הנפרד את טובת הקטינה בנסיבות אותו מקרה, כשיקול הדוחה מפניו כל שיקול אחר, ולכן יש לקיים את רצונה הנחרץ של הקטינה להישאר עם אביה⁷³. אלמלא התברר שאלו הם פני הדברים, לא היה די בעצם רצונה של הקטינה כדי לחייב את המסקנה שמקומה אצל אביה.

בפסק-הדין הנ"ל – פסק-הדין בעניין פלונית – מאזכר השופט קיסטר בפסק דינו, בין היתר, גם את פסק-הדין בעניין בר⁷⁴, שאף אותו מאזכרת השופטת בן-עתו כסימוכין לכך, ש"אפילו נוגד רצונו של הילד את טובתו, אין כופין אותו". ברם, המעיין בגוף פסק-הדין יווכח לדעת, שנושא טובת הילד כלל לא נדון שם. באותו פסק-דין מדובר בשאלה, אם ניתן לאכוף בהוצאה לפועל קיומו של פסק-דין המצווה על הילד להיות עם אביו, בנסיבות שבהן האם כלל אינה מתנגדת לכך, אבל הילד עצמו מתנגד להעברתו לרשות אביו בכל תוקף. השיקול של רצון הילד אינו מעומת שם כלל עם שאלת טובתו של הילד, וממילא אינו יכול לשמש כאסמכתא, לא לקביעה שאותה מציגה השופטת בן-עתו, ולא לקביעה הפוכה.

מאחר שהשופטת בן-עתו סומכת את קביעתה הנ"ל על הפסיקה המאוזקרת על ידה, וזו, כאמור, אינה מאששת קביעה זו, ואף סותרת אותה, יש להתייחס לאותה קביעה כשגגה שיצאה מלפני בית המשפט. ואכן, ההשקפה שמצאה לא אחת ביטוי בפסיקה היא, שיש להתחשב ברצון הילד רק במידה שהדבר עולה בקנה אחד עם טובתו. הכלל הוא אפוא:

"רצון הקטין הוא רק אחד השיקולים מתוך מכלול נרחב של גורמים שמטרתם להכריע מה באמת ראוי מבחינת טובתו של הקטין והתפתחותו העתידית"⁷⁵.

כך, לדוגמא, בפסק-הדין בעניין מורן⁷⁶, שניתן בבית המשפט המחוזי בתל-אביב. מדובר היה בבני זוג גרושים, שלהם ילד בן 11. האם נישאה בשנית, וביקשה לצאת מן הארץ למשך שנתיים לרגל עבודתה. האב התנגד ליציאת הילד עם אמו, והבן הביע רצונו להישאר עם אביו בארץ. בחוות-הדעת של מומחית נקבע, שטובת הילד להיות עם אמו (ולא נדון כאן בפרטי המקרה). לבית המשפט התברר, כי רצונו המוצהר של הקטין הינו פרי הסתה של אביו, ואינו מהווה ביטוי לרצונו הכן והאמיתי. לפיכך נפסק, כי על הילד להצטרף לאמו, כפי שמחייבת טובתו, אף-על-פי שהוא מביע את רצונו להישאר עם אביו.

73 שם, בעמ' 101–103.

74 בג"צ 39/55 בר נ' בר ויו"ר ההוצל"פ, פ"ד ט, 1367.

75 ע"א 740/87, 113/89 מזר נ' קביליו, פ"ד מג (1) 661, 667. ראו גם ע"א 503/60 וולף נ' וולף, פ"ד טו, 760, 766.

76 עע"מ (ת"א) 97/90 מורן נ' פלדמן-מורן, תק"מח (3) 34571 (להלן: עניין מורן).

כיוצא בזה נפסק בפרשה אחרת שנדונה בבית המשפט לענייני משפחה בתל-אביב⁷⁷. לבני זוג נולדו שני בנים. בעקבות התערערות היחסים ביניהם, נפרדו בני הזוג. הבן הבכור עבר ביוזמתו לבית האב, בניגוד לצו של בית המשפט, וגם הבן הקטן ביקש ללכת בעקבותיו. התברר לבית המשפט, כי בין הבן הגדול ובין אמו נוצר נתק מוחלט, ואם יעבור גם הבן הקטן אל אביו, ייווצר נתק כזה גם בינו ובין אמו. נמצא, שהאב ניהל מערכת הסתה קשה כלפי האם, וכתוצאה ממנה נוצר היחס של הילדים כלפי אדם, מה שידוע כ"תסמונת ניכור הורית". תסמונת זו, מזיקה מאוד להתפתחותו של הילד, ועמד על כך בית המשפט המחוזי בתל-אביב בפסק-הדין בעניין מורן⁷⁸. מאחר שמסירת הילד הקטן למשמורת אצל אביו עלולה לגרום לנתק מוחלט שלו עם אמו – מה שעלול לגרום לו נזק נפשי חמור, שהוא בוודאי לא לטובתו – הוחלט, שאין להתחשב ברצונו של הילד, מכיוון שאין הדבר עולה בקנה אחד עם טובתו. מסקנת הדברים: כאשר יש ניגוד בין רצון הילד ובין טובתו, הלכת בתי המשפט היא, שיש להכריע על פי השיקול העליון של טובת הילד, גם אם הדבר עומד בניגוד לרצונו.

הלכה זו, של בתי המשפט בישראל, תואמת גם את הילכת המשפט העברי שבנידון. מבטא את הדברים באופן ברור הרדב"ז באחת מתשובותיו. הרדב"ז נשאל, מה הדין בבני זוג שהתגרשו, והבת הקטנה נשארה אצל אמה, וזו זינתה וילדה. ביקש ראובן לקחת את הבת מאמה כדי שלא תלמד ממעשיה. וזו תשובת הרדב"ז:

"הדבר ברור שהדין עם ראובן. דהא טעמא דאמרו ז"ל: 'הבת אצל אמה', משום דבצוותא דאמה ניחא לה, והכא אנן סהדי דלא ניחא לה בצוותא דאמה. ואפילו תאמר: 'אצל אמי אני רוצה', אין שומעין לה, דחיישין שמא תהיה נגרת אחר אמה. וכל שכן שכבר היא בת שבע וטועמת טעם ביאה. וגדולה מזו אני אומר, שאפילו לא היה ראובן אביה חי ובאים קרובים לקחת אותה, שומעין להם. ולא זו בלבד אלא אפילו אין שם קרובים – בית דין אביהם של יתומים, וחייבין להוציאה מעם אמה ולהפקידה בבית אחד מהכשרים כפי ראות עיניהם מקל-וחומר מממונם, ואם חייבין לפקח על ממונם כל שכן על עצמם שלא יצאו לתרבות רעה. והדבר מוסכם אצל השכל, כי מעשה אבות יעשו בנים, וכאמה כן בתה, כל שכן בעריות שהלב חומד אותם, וקרובה להתהפך לדרך אמה, ולא היה כדאי לישאל עליו"⁷⁹.

מכאן, שכאשר קיום רצונו של הקטין עלול לגרום לו לצאת לתרבות רעה, אין לקיים את רצונו, אלא עליו להימצא אצל מי שטובתו מחייבת זאת, כפי שיפסוק בית הדין⁸⁰.

77 תמ"ש (ת"א) 6680/02 א.י. נ' א' ס', תק"מ 2003 (2) 431 (מפי השופטת ע' מילר).

78 לעיל הערה 76, פסקה 6 של פסק-הדין.

79 שו"ת הרדב"ז, חלק א, סימן רסג.

80 על החשש שהילד יצא לתרבות רעה, ראו תשובת הרדב"ז, שם, סימן שס. תשובת הרדב"ז הנ"ל

רצונו של קטין הוא אפוא שיקול חשוב שיש לקחת בחשבון לצורך ההכרעה בעניין משמורתו, אם כי לא תמיד יהיה זה השיקול הבלעדי. כאשר טובת הקטין מחייבת אחרת – אין להתחשב ברצונו של הקטין. הכלל הוא, שבהיעדר ראייה לנסיבות מיוחדות, המוכיחות כי טובת הילד אינה עולה בקנה אחד עם רצונו, "אין כופין אותו להיות אצל האב או האם בניגוד לרצונו, כי קשה להניח שיהיה זה לטובתו"⁸¹. מכל מקום, וודאי שאין להסכים עם הנוהג, שיתכן והוא קיים בערכאות מסוימות⁸², שלא לברר את רצון הילד כאשר ההורים מגיעים להסכם ביניהם. הסכם כזה, עשוי שלא להתחשב ברצונותיו של הילד, ועלול לעמוד בניגוד לטובתו. לפיכך, גם בנסיבות שבהן הוסכם בין ההורים על משמורתו של קטין, על הערכאה השיפוטית הדנה בעניין, לשמוע את הקטין עצמו קודם שתקבל החלטה סופית בגורל משמורתו⁸³. גם הסכם בין ההורים המכיל תניית שיפוט, ובו הסכימו ההורים על קיום ההתדיינות במקום פלוני, אין בו כדי לקשור את ילדיהם הקטינים, ועל בית המשפט להתחשב, לעניין זה, גם ברצון הקטינים. כך נקבע בפסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה בירושלים:

"הנחת היסוד היא כי לקטין זכויות עצמאיות משלו, זכויות בנות הגנה... כחלק מזכויות העל של הקטין וברומה לכל האדם, יש להוסיף את רצון הילד. רצון הילד הוא חירותו. עמידה על זכויותיו כוללת בחובה התחשבות ברצונו כיצור אוטונומי אשר לו זכות החלטה באשר לענייניו, ובתוך כך יש להתחשב בגילו ובמידת הבנתו של הילד"⁸⁴.

בפרשה אחת שהסעירה בשעתה את דעת הקהל במדינה, אמר השופט קיסטר:

"אין להגיד שרצון הילד הוא המכריע והקובע, אבל על כל פנים אין ההורים רשאים להתעלם לגמרי מרגשות הילד ומדעתו. סוף-סוף כשהילד נולד יש לו אישיות משלו. הורים, כאפוטרופוסים טבעיים של הילד, חזקה עליהם שידאגו

אוזכרה ע"י השופט י' קיסטר בתא"פ 780/52 הי"מ נ' שטיינר, פ"מ ט, 473, 495. על היקף סמכות בית הדין בהקשר זה, ראו שו"ת ציץ אליעזר, חלק יז, סימן נ. מקרה אחר, שבו עשוי השיקול של טובת הילד לגבור על רצונו, הוא כשאין בידי ההורה שאצלו רוצה הקטין להיות למלא חובותיו כלפיו, ולשמור עליו כראוי. בשו"ת שופריה דיעקב, אה"ע, חלק א, סימן נט, נדון מקרה של חוסר מסוגלות כזו (מחמת עיוורון), אבל שם לא הייתה התייחסות לרצון הקטין בהיותו בן שנתיים בלבד.

81 שרשבסקי, לעיל הערה 3, בעמ' 407.

82 ראו רונן, לעיל הערה 2, בעמ' 100.

83 שם, בעמ' 101. וראו דבריו של השופט י' קיסטר בע"א 433/67 (עניין צבר), לעיל הערות 35 ו-68, בעמ' 166.

84 בש"א (י"ם) 1672/98 פלוני נ' אלמונית, התפרסם באתר האינטרנט של נבו הוצאה לאור בע"מ (מפי השופטת נ' מימון). ראו גם פסק הדין בתמ"ש (י"ם) 13931/99 פלונים נ' אלמונים, תק"מ 2000 (3) 325 (מפי השופטת נ' מימון).

לטובתו... ואחד הדברים שטובתו של הילד דורשת, היא להתחשב ברגשותיו, ובמידה שלילד יש דעה או אמונה מסוימת, לא לדרוך על רגשותיו"⁸⁵.

הילד הוא אפוא אישיות עצמאית כבר מרגע לידתו, ודברים שהוא אומר עשויים להיות בעלי משקל לצורך קבלת החלטה על ידי בית הדין בסוגיה של משמורת קטינים. תפקידו של בית הדין או בית המשפט, הוא לבדוק בכל מקרה על פי נסיבותיו, אם ראויים הם דבריו של הילד שייסמכו עליהם, ולתת להם את המשקל הראוי. מן הראוי, שמסורת הפסיקה ההלכתית תאומץ בסוגיה זו גם על-ידי בית המשפט, במובן זה, שגם כשמדובר בקטין בגיל רך, תישמע דעתו, ולו באמצעות עובדי שירות הרווחה, שיביעו את רצונותיו של הקטין בפני בית המשפט קודם שיוכרע בגורל משמורתו.

הכלל צריך להיות, ש"אם רצונו של הילד או געגועיו אינם נוגדים את טובתו, אין כופין את הילד להימצא במקום שאינו חפץ להיות בו"⁸⁶. יש מקום להתעלם מרצונו של הקטין רק כשהקטין רוצה בדבר שהוא על פניו, וללא ספק, לרעתו ממש, או כשיש יסוד להניח שדבריו אינם משקפים את רצונו האמיתי, או שמפאת מצבו הנפשי או השכלי אינו מסוגל ליצור או להביע את רצונו; בהיעדר נסיבות כאלה, הרי שגם אם הקטין "הוסת" על-ידי אחד ההורים – דבר הטעון כמובן הוכחה – אין בכך בלבד כדי להצדיק התעלמות מדעתו ורצונו של הקטין"⁸⁷.

לבסוף יש לזכור, כי הזכויות המוכרות במשפטנו, לעולם אינן מוחלטות, אלא תמיד יחסיות. בסיטואציה אחת עשויות להיות מעורבות זכויות הוריות, זכויות הילד, רצון הילד וטובתו של הילד. תפקידו של בית המשפט הוא לאזן איוון ראוי בין הזכויות והאינטרסים השונים, ולקבל את ההחלטה הנכונה בנסיבות העניין"⁸⁸. פעמים, שההחלטה שתתקבל תהיה תואמת את רצון הילד, אבל עשוי גם לקרות, שרצון הילד יידחה מפני שיקולים אחרים, הגוברים עליו.

על-פי הפסיקה שיצאה לאחרונה מלפני בית המשפט המחוזי בירושלים (השופט משה דרורי), יש נסיבות שבהן ראוי להימנע מלשאול את הקטין לרצונו, וזאת כשעצם העלאת השאלה בפני הקטין עומדת בניגוד לטובתו. מדובר היה בקטין בן שתיים עשרה שנה שהוריו גרושים, ואשר הסכם הגירושין שביניהם הכיל הוראות בעניין הסדרי הביקורים של הקטין אצל אביו. האב דרש לשנות הסדרים אלו, בין היתר, על סמך טענתו, כי "הילד צ' הביע את רצונו הברור למגורי קבע אצל המשיב". בהחלטתו, קבע השופט מ' דרורי, כי כלל לא ברור שאכן זה רצון הילד, ומכל מקום

85 תא"פ 566/62/8 שטרקס נ' שוחמכר, פ"מ ל, 113, 115.

86 ראו דברי השופט י' קיסטר בע"א 433/67 (עניין צבר), לעיל הערות 35 ו-68, בעמ' 166.

87 ע"א 503/60, לעיל הערה 75, בעמ' 766, מפי השופט ח' כהן (דעת הרוב). וראו שרון, לעיל הערה 2, בעמ' 34.

88 ראו תמ"ש (י"ם) 13931/99, לעיל הערה 84.

ההתחשבות ברצונו תלויה בגילו ובהבנתו. בהתייחסו לנסיבות המקרה שלפניו, כותב השופט דרורי⁸⁹:

"במצבו העדין של הילד צ', כמי שנושא את משא הגירושין על כתפיו (ושוב, כמובן, ללא אשמתו), יהיה זה מנוגד לטובת הילד... לבדוק את רצונו של הילד. במילים אחרות, בסיטואציה הנוכחית, הפניית שאלה ישירה לילד צ' בדבר רצונותיו לקבוע את זמני הביקורים אצל אביו, משולה לטעות 'הקלאסית' של 'הדודות' השואלות ילד (ולעתים אפילו בנוכחות שני הוריו), את מי הוא אוהב יותר: את אבא או את אמא. כל תשובה של הילד, בשני המקרים, אינה משקפת את האמת ורק מביכה את הילד. במקרה שלפנינו, אין מדובר בהבכה גרידא של הילד צ', אלא השאלה והתשובה יהיו בבחינת משקולת נוספת לנטל הכבד על כתפיו של צ', ופגיעה קשה בעתידו. כבר היום, הילד צ' מפוחד ומנסה – בין הטיפות – לרצות את שני הוריו, ובמיוחד את אביו. ניתן רק לשער מה יהיה גורלו של הילד, אם יימסר לו כאילו הוא (הילד) – בדבריו שלו – חרץ את גורל הוריו לעניין המשמורת והביקורים. אין להטיל מעמסה נוספת מעין זו על כתפיו של הילד. מן הראוי שבית המשפט הוא זה שיאמר את דברו, והילד – וכמוהו הוריו – יפעלו על פי החלטותיו של בית המשפט. מבחינה זו, ניתן לומר כאילו רצונו האמיתי של הילד הוא, שגוף חיצוני, אובייקטיבי, כמו בית המשפט, יחליט על זמני הביקורים, וכי שאלה זו לא תתייבב בפתחו של הילד, ולבטח לא כל יום וכל שעה, לפי גישתו של האב, הטוען כי רק הילד הוא זה שיקבע את משך הביקורים".

ד. זכות השמיעה של הקטין כזכות חוקתית

בפסק־הדין בעניין מורן שנזכר לעיל⁹⁰, קובע בית המשפט בפסק דינו, תוך שהוא מבקר את החלטת בית המשפט בערכאה הראשונה שלא לשתף את הקטין בהליך המשפטי, ולא לשמעו ישירות:

"גם אם זכותם של ילדים להישמע בכל הליך לא קיבלה עדיין תוקף משפטי בחוקי מדינת ישראל והיא מופיעה בשלב זה באמנה לזכויות הילד בלבד, מצופה מבתי משפט למשפחה, שיפתחו גישה זו של מתן כבוד לילד בשמיעתו, לא מתוך עמדה פטרנליסטית, שאין טעם לשמוע אותו, שכן הם, בעזרת המומחים, יודעים מה טובתו ומפרשים את רצונו, אלא מתוך גישה הפוכה.

89 בש"א 6802/04, ע"מ 654/01 פלוני נ' אלמונית (טרם פורסם).
90 לעיל הערה 76.

היינו, שבדרך כלל ילדים הינם בעלי כישורים להביע דעתם ולקיים העדפות וכי יש לאפשר להם להשמיע את דעתם, ללא קשר למשקל שינתן לאחר מכן לדעה זו בפסק הדין.

באחד מפסקי הדין המאוחרים יותר, נדונה בקשת הורים לצוות על בתם בת העשר לחזור לביתם, לאחר שעברה להתגורר בבית אחותה, והביעה את התנגדותה הנמרצת לחזור לבית הוריה. בית המשפט לענייני משפחה בירושלים עמד בהרחבה על הצורך להתחשב ברצונו של קטין בעניינים אלו, ובין השאר ייחד דברים גם לנושא זכות השמיעה של הקטין. על כך נאמר בפסק-הדין, בין היתר:

"לדוקטרינה בדבר זכויות הילד ורצון הילד פן נוסף. יש הגורסים כי חובה על בית-המשפט לשמוע מכלי ראשון, מהו רצון הקטין, וכי אחת מזכויותיו – הינה להישמע באופן ישיר, ללא ה'תיווך' של חוות דעת מומחים ותסקירים למיניהם. שיתופו של הקטין באופן ישיר בהליך השיפוטי היא 'זכות עצמאית' ללא קשר לשאלה אם בית-המשפט מקבל את דעתו ואיזה משקל מייחס בית-המשפט לרצונו המוצהר של הקטין"⁹¹.

בהמשך דבריו, מצטט בית המשפט את האמנה בדבר זכויות הילד שבענייננו, ואת אשר קבע בית המשפט בפסק-הדין בעניין מורן הנ"ל:

"סעיף 12 לאמנה בדבר זכויות הילד 1989 (שאושרה בישראל בשנת 1991), קובע: 'מדינות חברות יבטיחו לילד המסוגל לחוות דעה משלו את הזכות להביע דעה כזו בחופשיות, בכל עניין הנוגע לו תוך משקל ראוי לדעותיו בהתאם לגילו ולמידת בגרותו של הילד' (כתבי אמנה 1035 כרך 13, עמ' 222). סעיף זה מדגיש 'את היות הקטין לא עוד מושא לזכויות, אלא בעל זכויות עצמאית המצדיקות את שיתופו ההדרגתי בתהליך קבלת החלטות'. (עע"מ 90/97). '... הרעיון המרכזי המובע באמנה הוא כבוד שיש לתת לילד בשמיעת דעתו... זכותו להישמע היא זכות עצמאית אותה הוא יכול לאכוף ואין זו זכות הנובעת מהסכמתם של אחרים ולו יהיו אלה הוריו (עע"מ 90/97)".

דומה בעיניי, שמאז חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הפכה זכותו של הקטין להישמע קודם קבלת הכרעה בגורל משמורתו, לזכות חוקתית⁹². חוק זה בא להגן, בין היתר, על כבודו של אדם. כבר הורונו חכמינו, כי "רצונו של אדם זהו כבודו"⁹³. "הכלל 'רצונו של אדם זהו כבודו' חל על כל אדם"⁹⁴, וגם לקטין עומדת הזכות החוקתית

91 תמ"ש (י"ם) 3140/01, לעיל הערה 9, פסקה 22 של פסק הדין.

92 סעיפים 2 ו-4 לחוק.

93 ירושלמי פאה פרק א, הלכה א. רבי יהודה החסיד ספר חסידים (מהדורת מרגליות) סימן קנב.

94 ר' דורסט וא' מרטיק, "רפואה ושררה – טיפול כפוי בחולה נפש מנקודת הראות של המטופל", משפט וממשל ג (תשנ"ה-תשנ"ו) 119, 122. וכן נאמר בפסיקה כי, "רצונו של אדם הוא מכבוד

לכבוד⁹⁵. "קטן הוא אדם, הוא בן אדם, הוא איש – גם אם איש קטן בממדיו. ואיש – גם אם איש קטן – זכאי בכל זכויותיו של איש גדול"⁹⁶, בוודאי שעומדת לו הזכות החוקתית לכבוד. "מתן כבוד לילד הוא חלק מהעקרונות של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, והוא משקף גם את עקרון השוויון, שהוא נשמת אפו של המשטר הדמוקרטי"⁹⁷. ביחס לטיפול רפואי הנעשה באדם בעל כורחו נאמר: "עשייה בגופו של אדם בניגוד לרצונו... פוגעת באוטונומיה הקנויה לאדם מעצם היותו מה שהוא... והאוטונומיה של הרצון מעוגנת עמוק-עמוק בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו... הפרט הוא המחליט על 'טובתו' שלו: 'טובתו' היא רצונו ורצונו הוא 'טובתו'⁹⁸. אכן, ככל שמדובר בקטין, אין חפיפה מוחלטת בין רצונו של הקטין ובין טובתו, שעליה תחליט הערכאה השיפוטית שבה נדון עניינו. בכך שונה "טובתו" של המטופל, לעניין ההחלטה על הטיפול הרפואי שיעשה בגופו, מ"טובתו" של קטין, לעניין ההחלטה על משמורתו. אבל לית מאן דפליג, שרצונו של הקטין הוא מרכיב חשוב בהחלטה על משמורתו, ולא ניתן לקבל החלטה בעניין זה בלי לאפשר לו להביע את רצונו.

תפיסה זו, מן הראוי שתנחה את כל ערכאות השיפוט הדנות בעניין משמורתם של קטינים, במיוחד על רקע התפיסה הרווחת היום בדבר זכויות הילד. "המושג זכויות הילד" – כותב פרופ' פנחס שיפמן – "מבקש להדגיש את חשיבות שמירת האינטרסים של הילד בכל החלטה לגבי עתידו"⁹⁹. בפסיקה נאמר, כי "מושג 'זכויות הילד' הוא בגדר פריסת סוכת ההגנה החוקתית על הילד. ביטוייה בהכרה בזכויותיו ובכך שמכלול הזכויות הוא גם ערובה להבטחת טובתו. כקנה מידה לפתרון סכסוכי משמורת או סכסוכים המתעוררים בין הורים לילדים, התפיסה שמקפל המושג בתוכו היא זו: הילד הוא יצור אוטונומי בעל זכויות ואינטרסים עצמאיים מאלה של הוריו"¹⁰⁰. ההכרה בזכויות הקטין, מחייבת כדבר מובן מאליו את שמיעתו, בכל הקשור לקבלת הכרעות שיפוטיות הנוגעות למשמורתו"¹⁰¹.

האדם" לעניין מילוי רצונו של נפטר (ע"א 1212/91 קרן לבי"ג בינשטוק, פ"ד מח(3) 705, 732; ראו גם ע"א 4660/94 הי"מ נ' לשיצקי, פ"ד נה (1) 88, 115).

95 א' ברק, פרשנות במשפט (כרך ג, מהדורת תשנ"ד) 435, וראו פסק-הדין בעניין מורן, לעיל הערה 76, פסקה 19 של פסק הדין.

96 דברי השופט חשין בע"א 6106/92 פלונית נ' הי"מ, פ"ד מח(4) 221, 235. ראו גם תמ"ש (י-ם) 3140/01, לעיל הערה 9, פסקה 17 של פסק הדין.

97 פסק-הדין בעניין מורן, לעיל הערה 76, פסקה 18 של פסק הדין.

98 בש"פ 92/00 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 240, 250.

99 שיפמן, לעיל הערה 9, בעמ' 236.

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

101 ראו גם פסק-הדין בעניין מורן, לעיל הערה 76, פסקאות 19–13 של פסק הדין; דנ"א 7015/94 הי"מ נ' פלונית, פ"ד נ (1) 48, 65–66, ר-ו ואלך. קפלן, לעיל הערה 61, בעמ' 318, 327–333.

ה. עיגונה של זכות הקטין להישמע בחוק

ושמא ראוי היה לעגן נושא זה של זכות הקטין להישמע, בחקיקה. הצעה בכיוון זה, העלתה לפני מספר שנים שופטת בית המשפט לענייני משפחה בירושלים, נילי מימון. בדונה בעניין הסדרי ביקורים של קטין, שרצונו ודעתו בעניין זה נשמעו על ידי מומחה מטעם בית המשפט, כותבת השופטת מימון, בין יתר דבריה¹⁰²:

“חרף העלאת זכויות הילד וההכרה הגוברת בהן, וחרף הצורך לשמוע את קול הקטין, באשר עניינו הוא הנתון להכרעה, אינטרסיו הם על המדוכה, אין בחוק הישראלי קביעה חד משמעית גורפת כי משבאים להחליט בעניינו של קטין יש לשמוע את דעתו אם הוא בר הבנה ודעה או לחילופין על פי גילו.”

“בחוקים ספציפיים שונים פזורות הוראות והנחיות בדבר שמיעת עמדת קטין והתחשבות בהסכמתו או בהתנגדותו, ואולם אין כפי שצוין, קביעה החלטית כוללת, בדבר חובת שמיעת הקטין, אין קריטריונים כוללים קבועים, אין אף ציון גיל מסוים אשר ממנו ומעלה יש לשמוע עמדת הקטין.

אשר לגיל הקטין, קובעים כאמור חוקים שונים וספציפיים גילאים שונים של קטינים בהתייחס להתחשבות בדעתם או בצורך בקבלת הסכמתם לפעולה מסוימת או בצורך להתחשב בהתנגדותם, כמו גם הכנסם לתחולת האחריות הפלילית או הנזיקית.”

לאחר שהיא מפרטת את החוקים שבהם בא לידי ביטוי הצורך להתחשב בדעתם של קטינים בנושאים שונים הנוגעים להם, היא כותבת:

“בחקיקה הישראלית, כאמור, אין קביעה כללית הנפרשת על פני החקיקה בכללה, כי אם קביעות מיוחדות בחוקים שונים. יחד עם זאת עולה מהחקיקה, כפי שנפרשת כאמור כי גם אם אין דרישה לקבלת הסכמה של קטין לפעולות משפטיות שונות, והסכמת ההורים (או אפוטרופוס) היא הקובעת, יש חשיבות לעמדת הקטין ובמיוחד כאשר הוא מתנגד לפעולה מסוימת אף אם הוריו מסכימים לה.”

לאחר שהיא מפרטת גם בעניין זה, היא נוגעת בסיכום דבריה בשאלה זו:

“אולם שוב, כפי שצוין לעיל, אין בחוק הישראלי קביעה כללית חולשת על פני כל ההליכים הנידונים בבית המשפט לפיה יש לשמוע קולו, עמדתו, דעתו, רצונו של קטין בר הבנה ודעה או של קטין מעל גיל מסוים.

ראוי היה שהמחוקק יתן דעתו לחסר זה שבחוק.

ניתן לקבוע בחוק הסעד (סעדי דין בענייני קטינים חולי נפש ונעדרים)

102 תמ"ש (י-ם) 2030/97, לעיל הערה 40.

התשט"ו–1955 – שם מדובר ב'נידן קטין' עניין אשר לצורך ההכרעה בו יש חשיבות לקטינותו של קטין, ואשר הוא החוק המאפשר הזמנת תסקיר סעד ב'נידן קטין' – קביעה כללית כי לפני מתן החלטה ב'נידן קטין, או בעניינו של קטין בר הבנה או מגיל מסוים, יש לשמוע עמדתו, אם באופן ישיר אם בדרך אחרת, העיקר הוא כי תהיה קביעה קטגורית כי דעתו של הקטין תובא בפני בית המשפט לפני מתן הכרעה בעניינו".

לחילופין, ניתן לקבוע הוראה ברוח זו במסגרת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב–1962, בסמוך לסעיף 25, שבו קבוע עיקרון טובת הילד, שעל-פיו צריכות להתקבל הכרעות באשר למשמורתם של קטינים. מרכיבים חיוניים ביחס לעיקרון זה הינם דעתם ורצונותיהם של הקטינים שהחלטה נוגעת להם. וזהו המקום הטבעי שבו ראוי לעגן בחוק נושא זה.

כל עוד לא נקבעה הוראה כזו בחוק, על בתי המשפט ובתי הדין לשמוע את הקטין, או לפחות לקבל חוות-דעת באשר לרצונותיו, בכל משפט הנוגע לו, וכדבריה של השופטת ס' רוטלוי¹⁰³:

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

ו. רצונו של קטין שנחטף ממשמורת חוקית

עד כה עסקנו במשקל שיש לתת לרצונו של הקטין, כמרכיב חיוני לצורך קבלת ההחלטה בדבר משמורתו – החלטה שצריכה להתקבל, בראש ובראשונה, על יסוד העיקרון של טובת הילד.

רצונו של קטין הוא גורם שיש להתחשב בו גם לעניין תחולתו של חוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים), התשנ"א–1991¹⁰⁴. חוק זה נתן תוקף לאמנת האג בדבר ההיבטים האזרחיים של חטיפת ילדים בינלאומית, משנת 1980. אמנה זו, היא

103 בפסק-הדין בעניין מורן, לעיל הערה 76, פסקה 19 של פסק הדין.

104 ס"ח 1355 (להלן: חוק אמנת האג או החוק).

"תשובתה של הקהילה הבינלאומית לתופעה הקשה של חטיפת ילדים על-ידי הורה אחד והעברתם למדינה אחרת כדי להבריחם מן ההורה האחר"¹⁰⁵. "בבסיסה של האמנה עומדת ההשקפה כי טובתו של הילד מחייבת את החזרתו המיידית למדינה שממנה נחטף. מטרה זו מושגת על-ידי הטלת חובה על רשויות המדינה שאליה הוברח הילד להחזירו למדינה שממנה הוא הוצא שלא כדין, ולהשאיר את הדיון בטובת הילד לערכאותיה המוסמכות של אותה מדינה"¹⁰⁶.

במקרה של חטיפת ילד והבאתו לישראל ממדינה החתומה על האמנה בניגוד לפסיקה של בית משפט מוסמך של אותה מדינה, על בית המשפט בישראל להורות על החזרתו המיידית, ולא להיכנס כלל לבירור השאלה של טובת הילד¹⁰⁷. "הגשמת יעדי האמנה מחייבת את בתי המשפט במדינות השונות לסטות מן הכללים המקובלים בסכסוכי משמורת המבוססים על התחשבות בטובת הילד על-פי הסטנדרטים המקובלים בכל מדינה ומדינה, ולראות את טובת הילד בהקשר הרחב, המעוגן בהנחה כי טובת הילד מחייבת שלא יוברח על-ידי הורה אחד ממקום מגוריו ובכך גם ינותק מההורה האחר. הבדיקה הספציפית של טובת הילד שהוברח נשאת כאמור בידי המדינה שממנה הוצא שלא כדין"¹⁰⁸.

מאחר שבית המשפט בישראל אינו אמור להכריע בשאלה של טובת הילד החטוף, ממילא אין כל צורך לעמוד על רצונו של הילד כמרכיב חיוני לעניין טובתו. ואולם, לצידו של העיקרון הרחב, כאמור, המחייב החזרתו המיידית של הקטין החטוף למדינה שממנה נחטף, קובעת האמנה, ובעקבותיה החוק, מספר חריגים, שבהם יש לבית המשפט שיקול דעת אם להורות על החזרה מיידית, או להימנע מכך. אחד החריגים הוא זה שמופיע בסעיף 13(ב) (סיפא) וזה לשונו:

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

על-פי הפסיקה¹⁰⁹,

"סייג זה מעניק לילד החטוף זכות דיבור במסגרת ההליך השיפוטי. לא נקבע גיל מינימום שמתחתיו ייחשב ילד כלא בוגר מספיק על-מנת שהשקפותיו

105 ע"א 5532/93 גונזבורג נ' גרינוולד, פ"ד מט (3) 282, 291 (להלן: עניין גונזבורג).

106 שם, בעמ' 292.

107 כשמדובר בחטיפה ממדינה שאינה חתומה על האמנה, לא יחולו הוראות חוק אמנת האג, אלא הדינים שעוצבו במרוצת השנים בבג"ץ בהליך של הביאס-קורפוס. בין היתר, יש משקל, בהקשר זה, גם לרצון הקטין, ראו תמ"ש (ת"א) 76960/97 פלונית נ' אלמוני, תק-מש 97 (3) 28 (פסק-הדין ניתן על-ידי השופט יהושע גייפמן).

108 פסק-הדין בעניין גונזבורג, לעיל הערה 105, בעמ' 294.

109 ע"א 6056/93, בג"ץ 6860/93 עדן נ' עדן, פ"ד נא (4) 197, 202 (להלן: עניין עדן).

יובאו בחשבון. השאלה אם הילד הגיע לגיל ולרמת בגרות מספיקים, נתונה לשיקול-דעתו של בית המשפט, על-פי התרשמותו מהילד. בית המשפט הוא שיחליט בשאלה, אם יש צורך בחקירה על-מנת לגלות את השקפותיו של הילד, וכיצד תיערך חקירה זו. בין השאר רשאי בית-המשפט להיפגש עם הילד, לשמוע אותו, ולהתרשם ממנו ישירות. אפשרות זו ראויה היא וברגיל יש לנקוט אותה".

ביחס לצורך לשמוע, בדרך כלל, את הקטין עצמו, ולא להסתפק בחוות-דעתם של מומחים, מצטט בית המשפט העליון פסיקה קודמת שלו בעניין איסק¹¹⁰, שבה נאמר:

"ככלל אכן זה ראוי, כי בטרם יכריע בגורלו של ילד, לגביו נטען שהוא מסרב לחזור למקום מגוריו הרגיל, ישמע בית המשפט גם את הילד עצמו. למצער, הייתי אומר מוטל על בית-המשפט לשקול את הדבר; ואם אין טעם ממשי להימנע מכך, או ששמיעת הילד נראית, מלכתחילה, חסרת כל תועלת, ייטה בית המשפט לשמוע גם את הילד".

למרות העובדה, שלשון החוק אינה מגבילה את בית המשפט בשיקול דעתו, בתי המשפט נתנו לחריג זה פרשנות מאוד מצמצמת, ומספר המקרים שבהם הייתה התחשבות ברצון הקטין בעניין זה הוא קטן ביותר¹¹¹.

בפסק-הדין בעניין איסק, מדובר היה בבני זוג ישראלים שקבעו מושבם בארה"ב ושם נולדו שני ילדיהם. לאחר גלגולים שונים, שאינם מענייננו, הגיעה האם – שהחזיקה בילדים בארה"ב במשמורתה הייחודית – לישראל, עם שני הילדים, לקראת הבר-מצווה של הבן. באותה הזדמנות, החליטה האם לעכב את הילדים ולמנוע את שובם לארה"ב. נתייחס לילד בן השלוש-עשרה, שעל עניינו נסב פסק-הדין. לבית המשפט המחוזי התברר, כי הילד מסרב לחזור לרשות אביו, ואף אמר, שאם יוחזר לרשותו "ירצה למות". על הנימוקים לסירובו לחזור לאביו, אמר הילד בפני הפסיכולוג – כנאמר בפסק-הדין – "כי אביו עובד שעות רבות. כשהוא חוזר הביתה בערב הוא עייף ועצבני. לעיתים הוא צורך סמים ולפעמים גם מכה אותו". כן אמר, שאינו רוצה לגור בניו-יורק המלאה בסמים ובפשעיה. בפסק-הדין נאמר, כי "המשיב לא הכחיש שמדי פעם נזקק למריחואנה".

110 ע"א 6327/94 איסק נ' איסק, תק-על 94 (4) 165, פסקה 8 של פסק הדין (להלן: עניין איסק).
111 יצוין, כי גם ביחס לחריגים אחרים הקבועים בחוק, והמאפשרים את השארתו של הקטין בארץ, בתי המשפט מאד קפדניים במתן פרשנות מצמצמת לחוק. ראו, לדוגמא, ע"א 4391/96 רו נ' רו, פ"ד (5) 338, ביחס לחריג שבסעיף 13 (ב) בדבר קיומו של "חשש חמור שהחזרתו של הילד תחשוף אותו לנזק פיזי או פסיכולוגי, או תעמיד את הילד בדרך אחרת במצב בלתי נסבל". בית המשפט העליון קיבל את הערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בנצרת שלא להורות על החזרת הילדה, לאור העדויות שהתקבלו על אודות אופיו האלים של האב, היותו צורך סמים, ועוד. ראו מ"א (נצרת) 608/95, 701 רו נ' רו, תק-מח 96 (2) 1385.

למרות רצונו זה של הילד, שלא לחזור לאביו ולסביבה בה הוא חי מן הטעמים הנזכרים, קבע בית-המשפט – תוך שהוא מסתמך על חוות דעתו של הפסיכולוג – כי עליו לחזור לאביו. בין היתר, נאמר בפסק-הדין:

"לא מדובר בילד שמאיים להתאבד. לא מדובר אפילו במצב משברי. אלא מדובר בילד אשר מעדיף לשהות בישראל ביחד עם אמו תוך העלאת כעסים רבים כנגד אביו, ילד אשר נתון לפיתויים ואיננו בעל דעות החלטיות ומגובשות".

פסק-הדין אושר על-ידי בית המשפט העליון, שקבע, כי האם לא הביאה כל ראיה להצדקת עמדתה¹¹².

גם בפסק-הדין בעניין עדן¹¹³ מדובר היה בבני זוג ישראלים (שלהם ארבעה ילדים), שקבעו את מקום מושבם בארה"ב. לאחר מספר שנים במהלכן הייתה לבני הזוג משמורת משותפת בילדים, נטלה האישה את הילדים ובאה עימם לישראל. הבעל תבע את החזרת הילדים מכוח חוק אמנת האג. שופטת בית המשפט המחוזי בירושלים שדנה בפרשה, שמעה את הילדים (בני שלוש, חמש, תשע ועשר), וקבעה כי לשני הילדים הקטנים אין רצון ממשי ביחס למקום הימצאם, וזאת לאור גילם הרך. ואילו לגבי הילדות הגדולות היא קבעה, כי הן רוצות להישאר בישראל, אבל אין להן רתיעה מאביהן. נפסק, כי אין תחולה לסייג הקבוע בסעיף 13(ב) (סיפא) לחוק אמנת האג, דהיינו אין להורות על השארתן בישראל ולמלא בכך את רצונן, אלא יש להחזירן לארה"ב. גם פסק-דין זה אושר על-ידי בית המשפט העליון.

הצורך לנקוט פרשנות מצמצמת בכל הנוגע לתחולתו של החריג שמכוח סעיף 13(ב) (סיפא) הנ"ל, בא לידי ביטוי גם בפסק-הדין בעניין שבח¹¹⁴. מדובר היה בבני זוג ילידי הארץ שנישאו בארה"ב וקבעו שם את מקום מושבם. נולד להם בן אחד, ולאחר שחל משבר בחיי הנישואין שלהם, נטל האב את הבן ונסע עימו לישראל, בניגוד למשמורת המשותפת שלו ושל האם. האם הגישה בבית-המשפט לענייני משפחה בחיפה בקשה להחזרת הילד לפי חוק אמנת האג, והאב התנגד לכך תוך שהוא הסתמך, בין היתר, על רצונו של הילד, שהיה כבן שלוש-עשרה, להישאר בארץ. בית-המשפט (השופטת צילה קינן) החליט להיענות לבקשה, למרות רצון הילד, וכך נאמר בפסק-הדין:

112 פסיקה זו מאוזכרת רבות בפסקי-דין מאוחרים יותר העוסקים ביישום הוראות חוק אמנת האג. מרחיקת לכת היא קביעתו – על סמך פסק הדין בעניין איסק – של בית המשפט לענייני משפחה ברמת-גן בתמ"ש 89340/97 ביטון נ' ביטון (לא פורסם), ש"הלכה פסוקה היא כי רצונו של הילד, אף אם יש להתחשב בו, אין בו כדי להכריע בהליך המתנהל על-פי אמנת האג". אכן, בערעור הוחלט, ברוב דעות, להחזיר את התיק לבית המשפט לענייני משפחה כדי שייבדק רצונה של הקטינה, שהתקרבה כבר לגיל שתיים-עשרה. בפסיקה זו ידובר להלן.

113 לעיל הערה 109.

114 רע"א 3052/99 שבח נ' שבח, דינים-עליון, כרך נו, בעמ' 134 (להלן: עניין שבח).

"חרף הצהרתו של הילד שטוב לו והוא מאושר בישראל, ראיתי בפני נער מוטרד, חרד ובעיקר עצוב... הוא מעדיף לחיות בישראל בעיקר מסיבות חברתיות... הוא נכון להישאר בישראל, אף אם שני הוריו יחזרו לארה"ב, שאז הוא יבחר להישאר ברשות סבו (אבי האב)... הסתייגותו של הקטין מההחזרה, יותר משהיא קשורה ליחסו לכל אחד מהוריו, קשורה להעדפתו את החיים בישראל בעיקר בשל החופש החברתי שהוא מוצא בה... אין הסירוב מושתת על נימוקים כבדי משקל די הצורך שיהיה בהם כדי לשכנעני שמדובר בשיקול דעת רציונלי מאוזן נטול השפעות חיצוניות המשקף את טובתו של הקטין... החזרתו של הילד לארה"ב, על-מנת שיתקיים דיון בעניינו בבית המשפט המוסמך, תאפשר לו מצד אחד להביע את דעתו ולהשמיע את רצונו, ומן הצד השני תפטור אותו מהדילמה הקשה בה הוא נתון היום".

על פסק-הדין הוגש ערעור, ובית המשפט המחוזי בחיפה החליט לקבלו, "בסוברו כי רצונו של הילד המתקרב לגיל בר-מצווה הינו מכריע, וכי ההלכות הנוגעות לפירוש המצומצם של הסייגים באמנה אינן חלות על הסייג שעניינו התנגדות הילד להחזרתו". ואולם, על החלטה זו הוגשה בקשה לרשות ערעור בבית המשפט העליון, וזה החליט לבטל את פסק דינו של בית המשפט המחוזי ולהחזיר על כנו את פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה. בפסק דינו קבע בית המשפט העליון, כי "הלכה זו, בדבר הפרשנות הדווקנית שיש לתת לחריגי האמנה, חלה גם על הסייג הקבוע בסעיף 13 סיפא לחוק האמנה"¹¹⁵. עוד קבע בית המשפט העליון כדלהלן:

"ככלל, החריג הנוגע להתנגדות הילד ישים בעיקר בנסיבות שבהן גילו של החטוף וההתרשמות ממנו מלמדים על היכולת לשקול באופן בוגר את כל הנסיבות או על רתיעה חריפה מן ההורה המשמורן... במקרה שלפנינו מצאה השופטת כי הילד אוהב את אמו, כי הוא שרוי במצוקה קשה בשל הצורך לבחור באחד מהוריו, וכי אין הוא בוגר דיו כדי להגיע להכרעה תוך שקילת כל הנסיבות והשיקולים. על רקע פרשנותו הצרה של החריג לאמנה... לא היה אפוא מקום להתערבותו של בית המשפט המחוזי בממצאיו של בית המשפט לענייני משפחה, המבוססים כאמור על התרשמותה הישירה של השופטת מן הילד".

לעומת מקרים אלה, ואחרים, שבהם לא התחשב בית המשפט ברצון הקטין, והורה על החזרתו לארץ שממנה נחטף, יש מקרים שבהם התחשב בית המשפט ברצון הקטין. בפסק-דין שלא פורסם¹¹⁶, מדובר היה בישראלית (יהודייה), שהיא גם בעלת אזרחות

115 על הפרשנות הדווקנית שצריכה להינתן לחריגים שבחוק אמנת האג, ראו גם תמ"ש (חי) 34970/01 נ.ד. נ' ע.ז., תק"מ 2001 (3) 307.

116 תמ"ש (ת"א) 33400/99 פלוני נ' אלמונית (לא פורסם), (מפי השופטת ח' ריש-רוטשילד).

אמריקאית, שנישאה בארה"ב לנוצרי שחור. במהלך השנים בהן התגוררו בארה"ב, נולד להם בן. כשהיה הילד בן חמש לערך, התגרשו בני הזוג ובית המשפט קבע כי הילד יימצא במשמורתם המשותפת. לאחר גלגולים שונים נטלה האם את ילדה והגיעה עימו לישראל. האב הגיש בקשה להחזרה מיידית של הילד לארה"ב מכוח חוק אמנת האג. לעומת הפסיקה דלעיל, הורה הפעם בית המשפט לענייני משפחה בתל-אביב (השופטת חנה ריש רוטשילד) שלא להחזיר את הילד לארה"ב. לבית המשפט התברר, כי הילד מתנגד להחזרתו לאביו ולסביבתו באופן נמרץ ביותר. הילד נימק זאת ביחסו האלים של האב ובהתנכרותו לו ולצרכיו, וכן בהיותו מנודה בארה"ב מבחינה חברתית בשל מראהו החיצוני. הילד אף איים להתאבד אם יוחזר לאביו בניגוד לרצונו, ועל-פי חוות-דעת של מומחה, האיום היה רציני וממשי. לאור נסיבות קיצוניות אלה, החליטה השופטת שלא להורות על החזרתו הכפויה של הילד לאביו. עם זאת הודגש בפסק-הדין, כי רצונו של הילד הושפע מ"שטיפת-מוח" מצד אמו, ובמצב זה אין לייחס כמעט משקל לרצונו. ואולם החשש לחייו במקרה שיוחזר לאביו בניגוד לרצונו, היטה את הכף בכיוון של השארתו בארץ עם אמו. פסק-הדין אושר בערעור על-ידי בית המשפט המחוזי¹¹⁷.

מקרה אחר שבו הייתה התחשבות ברצונו של הילד היה בפסק-הדין בעניין לוקאץ¹¹⁸. מדובר היה בבני זוג, יהודי ונוצרייה, שנישאו בהונגריה ונולד להם בן. בהיות הילד בן ארבע, התגרשו בני הזוג והמשמורת נמסרה לאם. בהיות הילד כבן שמונה, הגיע האב עם הילד לישראל. האם הגישה בקשה להחזרת הילד למשמורתה על יסוד חוק אמנת האג. לבית המשפט התברר מעדויות המומחים, כי הילד דוחה בתקיפות ובצורה אלימה כל ניסיון להפגישו עם אמו, ומסרב לחזור אליה להונגריה. המומחים קבעו, כי הילד – על אף גילו הצעיר, כבן תשע – הרי הוא נבון ובוגר, ויש להתחשב ברצונו ובהשקפותיו. לדעתם, התנגדותו של הילד לחזור לאמו נובעת מפחד שהוא חש כלפיה, וכי יחסו זה אינו נובע מ"שטיפת-מוח". לאור הסכנה הצפויה לילד אם יחזור לאמו, הורה בית-המשפט על אי-החזרת הילד להונגריה.

המאפיין שני מקרים אלה הוא, שבשניהם היה מדובר בחשש לחייו או לשלמו של הקטין, באופן שלאמתו של דבר, הגורם הדומיננטי שהשפיע על ההחלטה שלא להורות על החזרת הקטין, היה החריג האחר שבסעיף 13(ב) לחוק, המדבר על קיומו של חשש לשלמו הפיזי או הנפשי של הקטין. בפסק-הדין שבעניין לוקאץ, גם הודגש הקשר שבין שני החריגים שבנידון בנסיבות אותו מקרה.

נראה לי, שהפרשנות הניתנת בדרך כלל על-ידי בתי המשפט בישראל לחריג שבסעיף 13 סיפא, מרוקנת למעשה את הסעיף מתוכנו, ואינה תואמת לא את כוונת מנסחי האמנה, ולא את כוונת המחוקק. מן הפסיקה עולה, שדרושות נסיבות קיצוניות

117 ע"מ (ת"א) 1167/99, 1166 פלוני נ' פלונית (לא פורסם), (מפי השופט ח' פורת).
118 מ"א (ת"א) 2637/91 לוקאץ נ' לוקאץ, תק-מח 92 (3) 1056 (להלן: עניין לוקאץ).

של חשש רציני לחייו או לשלומו של הקטין כדי שבית־המשפט יתחשב ברצונו ולא יורה על החזרתו לארץ¹¹⁹.

ואולם, קריאה פשוטה של סעיף 13 סיפא מעלה, שפרשנות מאוד מצמצמת זו, אינה מתבקשת מלשון החוק. מה שנאמר בחוק הוא, שהרשות השיפוטית או המינהלית רשאית לסרב לצוות על החזרת הילד אם יתברר לה כי הילד מתנגד להחזרתו וכי הוא הגיע לגיל ולרמת בגרות שבהם מן הראוי להביא בחשבון את השקפותיו. כדי שלבית המשפט, או לרשות המינהלית, יהיה שיקול דעת לעניין זה, כל שדרוש הוא אפוא שהילד יביע התנגדות להחזרתו, וכי הוא יהיה בגיל וברמת התפתחות כזו שראוי להביא בחשבון את רצונו.

ואכן, בפסק־הדין שבעניין ביטון¹²⁰, מבקרת השופטת ס' רוטלוי את פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה, שהתעלם כליל מרצונה של הילדה שעניינה נדון שם, רק משום הנימוק הכללי, ש"הלכה פסוקה היא כי רצונו של הילד, אף אם יש להתחשב בו, אין בו כדי להכריע בהליך המתנהל על־פי אמנת האג". בין השאר היא כותבת:

"התנגדותו של ילד להחזרתו, כאמור בסעיף 13 סיפא לחוק אמנת האג, איננו מסויג לקיומו של חשש חמור לנזק פיזי או פסיכולוגי, אם יוחזר הילד, כאמור בסעיף 13(ב), אלא הוא מתייחס לכל מצב אפשרי, שבו ילד מביע התנגדות להחזרתו מנימוק כלשהו.

119 הפרשנות הדרווקנית הנקוטה על־ידי בתי המשפט ביחס לחריגים הקבועים בחוק, יסודה בטיעון, שעל בית המשפט הדין במסגרת הוראות חוק אמנת האג, להפעיל את שיקול דעתו לאור המטרה הכללית של האמנה, שהיא: החזרתו המיידית של ילד חטוף אל המדינה ממנה נחטף (סעיף 1 (א) בתוספת לחוק האמנה). ראו ע"א 1648/92 טורנה נ' משולם, פ"ד מו(3) 38; פסק־הדין בעניין גונזבורג, לעיל הערה 104, פסקאות 10–13 של פסק הדין; ע"א 7206/93 גבאי נ' גבאי, פ"ד נא (2) 241 (פיסקה 19 של פסק הדין); ע"א 4391/96, לעיל הערה 111. לעומת זאת ניתן לטעון, כי "הפה שאסר הוא הפה שהתיר", ואותו מחוקק שראה לנכון להורות, כעיקרון, על החזרתו המיידית של ילד חטוף למדינה שממנה נחטף, משום שחזקה היא שזו טובתו של קטין, הוא גם זה שראה לנכון – בגלל שיקול זה עצמו, של טובת הקטין – שבמקום שהקטין עצמו מסרב לחזור לאותה מדינה, יש לבית המשפט שיקול דעת שלא להורות על החזרתו. בענייננו, אין שום הכרח לפרש את החריג הקבוע בסעיף 13 (סיפא) בצורה מצומצמת ודרווקנית, במקום שהנסיבות מחייבות הענקת משקל רב לרצונו של הקטין. יש שופטים, המנמקים פרשנות מצומצמת זו בצורך "לעקור מן השורש את ההתנהגות הנלווה של חטיפת ילדים" (דעת שופטת בית המשפט לענייני משפחה הנזכרת בעע"מ 128/99 (חי') שבח נ' שבח, דינים־מחוזי כו (10) 832. והשווה עם דעת בית המשפט המחוזי, שם, שנהפכה לאחר מכן על־ידי בית המשפט העליון ברע"א 3052/99, לעיל הערה 114). ברם, אילו כוונת המחוקק הייתה אמנם לעקור מן השורש תופעה פסולה זו של חטיפת ילדים, ולא לתת לכך כל הכשר בדיעבד, לא היה מקום לחריגים המפורטים בסעיף 13 לחוק. חריגים אלה מבוססים על ההנחה, שלמרות הצורך העקרוני להילחם בתופעה פסולה זו, יש מקרים בהם טובת הילד, וגם שיקולים מעשיים, מחייבים לסטות מן העיקרון הרחב הנ"ל.

120 ע"מ (ת"א) 3/98 ביטון נ' ביטון, דינים מחוזי לב(2) 578.

סעיף זה, כמו סעיף 12 לאמנה בדבר זכויות הילד 1989, שישראל אישרה אותה ב-4.8.91, הקובע את זכותו של הילד להישמע בכל הליך שיפוטי או מינהלי הנוגע לו במישרין או בעקיפין, איננו קובע גיל מינימלי לצורך שמיעת הילד, אלא מתנה את הגשמת אותה זכות של הקטין בגילו ובמידת בגרותו. גישה זו הלוקחת בחשבון את הכשירויות המתפתחות של קטינים מבוססת על הידע שנרכש במשך שנים בתחום הפסיכולוגיה, ולפיו לילדים, גם לפני בגרותם, יש יכולת, התלויה בהתפתחותם הקוגניטיבית והרגשית, לקחת חלק בתהליך קבלת ההחלטות.

להשקפה זו בדבר התחשבות ברצונו של ילד, ובמשקל שיש לתת לרצונו, בהתחשב ברמת התפתחותו, כושר שיפוטו ואבחנתו, יש ביטוי בפסיקה של בית המשפט העליון, ודי אם אאזכר את דברי כבוד השופט בייסקי בע"א 740/87 פלונית נ' אלמוני, פ"ד מג (1) 661, 666, או את דברי כבוד השופט ויתקון בע"א 503/60 וולף נ' וולף, פ"ד טו, 760.

מאז מתן פסקי-הדין הנ"ל ופסקי דין נוספים, שהלכו בעקבותיהם, חלו שינויים בחקיקה ובפסיקה באשר למעמדן של זכויות ילדים, והוכרה זכותם של ילדים להיחשב כבעלי יישות עצמאית, בעלי אינטרסים משלהם, שאינם בהכרח תואמים לאלו של הוריהם¹²¹.

יש הגיון רב בדבריה של השופטת רוטלוי. הפסיקה שהיא מאזכרת בדבריה, שבה מדובר על הצורך להתחשב ברצון הילד, מתייחסת למשמורת קטינים שלא מכוח חוק אמנת האג. ביחס לסוג רגיל זה של משמורת, לא קיימת לפי שעה כל הוראת חוק מפורשת המחייבת להתחשב ברצונו של הקטין, וכבר התבארו הדברים לעיל. אף-על-פי-כן, בתי המשפט החילו דרישה זו, כדבר מובן מאליו, במיוחד לאור התפיסה המודרנית בדבר מעמדו וזכויותיו של הילד כבעל יישות עצמאית. והדברים קל-יחומר: אם לגבי ענייני משמורת קטינים שבהם אין הוראת חוק מפורשת בדבר ההתחשבות ברצון הקטין לא נמנעו בתי המשפט מלהחיל דרישה זו, על אחת כמה וכמה שעל בתי המשפט לבדוק היטב את רצון הקטין במשפטי משמורת קטינים שבהם יש להחיל את הוראות חוק אמנת האג, הכוללים את ההוראה המפורשת בסעיף 13 סיפא. וכשם, שכמבואר לעיל, לא הגבילו בתי המשפט את עצמם בהיזקקם לשיקול של רצון הילד, רק לנסיבות קיצוניות של חשש לחייו או לשלמו של הילד, אף במשפטי משמורת המתקיימים בכפוף להוראות חוק אמנת האג, אל להם לבתי המשפט להגביל עצמם באופן כה קיצוני על-ידי מתן פרשנות מצמצמת לחוק, כשלשון החוק מאפשרת מרחב תימרון רב ביותר.

בהמשך דבריה, מצטטת השופטת רוטלוי מקורות מן הפסיקה העוסקים בזכויותיו של הקטין, ובהתייחס לזכותו שיתחשבו ברצונו, היא כותבת:

121 שם, פסקאות 6-7 של פסק הדין.

"הפסיקה הישראלית באשר לאמנת האג טרם התייחסה באופן ספציפי לסוגיית הרצון כזכותו של ילד, ואינני מסכימה עם השופטת קמא ועם חברי, אב בית הדין, השופט פורת, כי ע"א 6327/94 איסק נ' איסק קבע קביעה חד-משמעית כי אין ברצונו של ילד כדי להכריע בהליך המתנהל על-פי אמנת האג. באותו מקרה הכרעת בית המשפט התבססה על חוות-דעת מומחה ולא נקבע באופן פוזיטיבי כי לרצונו של ילד אין משקל בהליך לפי אמנת האג, שכן לו היה נאמר כך בפסק הדין היה בכך כדי לסתור את האמור בסיפא לסעיף 13 לחוק אמנת האג".

בהתייחסה למקרה שלפניה, כותבת השופטת רוטלוי:

"במקרה שלפנינו, אמנם נשמעה הקטינה, לפני מתן פסק הדין, ואמנם הביעה התנגדות או הסתייגות מהחזרה לארה"ב, מבלי שתפגע בקשר ההורי שיש לה גם עם האב – המשיב. אולם, בית המשפט קבע, ללא מתן נימוקים, שאין לתת כלל משקל לרצונה.

קביעה זו יש בה כדי לאיין לחלוטין את מעמדם העצמאי של זכויות הקטינים להישמע ולהביע את רצונם, שכן אם בית המשפט אינו מנמק מדוע הוא איננו מתחשב בדעתם, הרי לצורך מה שמע את הקטינה? אין בכך כדי לומר כי בכל מקרה יש לתת משקל מכריע לרצונו של קטין. אולם, גם אם לא ניתן לכך משקל כלשהו, יש לנמק מדוע נקט בית המשפט בדרך זו...

לפיכך, אני סבורה כי על-מנת לצקת תוכן לסעיף 13(ב)(סיפא) לאמנת האג, ולסעיף 12 לאמנה לזכויות הילד, מן הראוי כי ילדים שהגיעו לגיל ולרמת בגרות מתאימה, וגיל 11 בהחלט יכול להחשב לגיל ראוי... דעתם לא רק תישמע כמצוות אנשים מלומדה... אלא גם תילקח בחשבון.

המשקל אותו ניתן לייחס לרצונם של ילדים במקרים שכאלה איננו קבוע והוא קשור בהתרשמותו של השופט ממידת בגרותו של הקטין ויכולתו להביע את רצונו בצורה אובייקטיבית. לצורך זה יכול השופט להיעזר במומחה, יהא זה עובד סוציאלי או פסיכולוג, ובלבד שינתן מעמד עצמאי, במסגרת שיקולי בית המשפט, לרצונו של הילד".

לעניות דעתי, ראויים הכללים והעקרונות הכלולים בדבריה של השופטת רוטלוי, שידריכו כל שופט הדין במשמורת קטינים לאור חוק אמנת האג. הייתי מוסיף ואומר, שאין כל סיבה שהשופטים יגבילו עצמם ויתנו להוראה שבסעיף 13 (ב) סיפא, פרשנות דווקנית ומצמצמת. אינני רואה, דרך משל, כל סיבה מדוע לא להתחשב ברצונו של ילד בן שלוש-עשרה שלא לגדול בסביבה של צרכני סמים¹²². האם עד כדי כך יש להמעיט בכושר ההבנה והשיפוט של ילד בגיל כזה, עד כדי כפיית החזרתו למקום כזה

122 כפי שנקבע בפסק-הדין בעניין איסק, לעיל הערה 110.

בניגוד לרצונו? ! או, למשל, כאשר ילד נמצא בישראל ומביע את רצונו לחיות בארץ, והוא כבר בגיל כזה שברורה לו היטב משמעות החיים בארץ, הן מבחינה יהודית והן מבחינה חברתית. לא אוכל להבין, מדוע בית המשפט צריך לשים עצמו במקום הילד כדי להחליט מהו באמת רצונו האמיתי, ולהורות על החזרתו לחו"ל בניגוד לרצונו, כפי שנפסק בעניין שבח הנזכר לעיל¹²³. נראה לי, כי בנסיבות כאלה, שבהן מביע הקטין את רצונו הברור, מצוות האמנה ומצוות חוק האמנה הן, להתחשב ברצונו. כך צריך בית המשפט לנהוג כשמדובר בסוגיית משמורת קטינים שלא במסגרת ההוראות של אמנת האג, ואין כל סיבה לפסוק אחרת רק משום שמסגרת הדיון היא חוק אמנת האג. יש לזכור, שזכויות הילד הן ערך, שמדינת-ישראל מחויבת לו מכוח האמנה בדבר זכויות הילד משנת 1989, שאושרה על ידה בשנת 1991¹²⁴. סעיף 12(1) לאמנה קובע, כי יש להעניק משקל ראוי לרצונו ולהשקפותיו של הילד בהתאם לגילו ולמידת בגרותו. יש מקום לומר, שבישראל, זכותו של קטין להישמע ושרצונותיו יילקחו בחשבון ובמידה הנכונה בכל החלטה הנוגעת לו, היא גם זכות חוקתית, בהיותה נגזרת מכבודו של האדם, והיא על-כן זכות מוגנת מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו¹²⁵, ולאורה יש לפרש את הסייג שבסעיף 13 (סיפא) לחוק אמנת האג.

קביעה מפורשת, לפיה יש לפרש את חוק אמנת האג לאור הערכים האמורים, וזאת שלא על דרך הצמצום, אלא להיפך (בהתקיים התנאי שהקטין הוא בגיל וברמת בגרות כזו שיש להתחשב בהשקפותיו), מצאתי בפסק דינה של שופטת בית המשפט לענייני משפחה בירושלים, נילי מימון¹²⁶.

בפני השופטת מימון נדון מקרה של אם, אשר חטפה את שלושת ילדיה הקטינים – שתי בנות ובן – מבלגיה לישראל. האב תבע את החזרתם מכוח חוק אמנת האג, ואילו האם התנגדה לכך, בין היתר על-סמך הסייג שבסעיף 13 (סיפא), בדבר רצון הילד. נמצא, כי שתי הבנות "הביעו רצונן להישאר בארץ עם אמן. הן מאוד קשורות אליה, ביקשו שלא לחזור לבלגיה לאביהן, ואולם לא דיברו באופן ממשי ומשכנע בגנות התובע [האב], לא הביעו פחד או חרדה מפניו". הילד – לעומת זאת – "היה הרבה יותר נחוש, גילה רצון תקיף ביותר בהתנגדותו לחזור אל אביו, סירב לכך בכל תוקף, הוא מבקש בנחישות להישאר בישראל, טוב לו פה, טוב לו בישיבה בה לומד, מסרב בכל יכולתו לעזוב, מסרב בכל מאודו לחזור אל אביו". הילד – כבן ארבע-עשרה – גם אמר שאביו מכה אותו ומתייחס אליו שלא כראוי. בית המשפט החליט להורות על החזרת הבנות (בתנאים שקבע, שאינם מעניינים), ואילו את הבקשה להורות על החזרת הילד הוא דחה. בין היתר, קובע בית המשפט בפסק דינו:

123 ראו טקסט להערה 114 ובסמוך לה.

124 כ"א 31, עמ' 221. אחת ממטרות האמנה, כנאמר בדברי הפתיחה, היא ההכרה האוניברסלית בזכויות הילד.

125 ראו לעיל טקסט להערות 91–97.

126 תמ"ש י"ם (430/01 פלוני נ' אלמונית (לא פורסם)).

"לקטין זכויות משלו. הקטין הינו יצור אוטונומי הזכאי להגנת ערכי יסוד חוקתיים הן מפני המדינה והן מפני הוריו. לקטין זכויות ואינטרסים עצמאיים ונפרדים מאלו של הוריו... הזכויות החוקתיות, היסודיות החרותות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, קיימות אף לקטין בהיותו אדם ככל האדם... לקטין זכויות עצמאיות משלו אשר ניתן לסווגן לשתי קטגוריות:

א. הזכויות הניתנות לכל אזרח בגיר והן זכויות היסוד של הפרט, כמו הזכות לאוטונומיה ולהחלטה בכל הקשור לגורלו...

ב. זכויות הנובעות מהקשר המשפחתי ומהיותו של הילד קטין... רצון הילד הוא חירותו, עמידה על זכויותיו כוללת בחובה התחשבות ברצונו כיצור אוטונומי אשר לו זכות החלטה באשר לענייניו, ובתוך כך יש להתחשב בגילו ובמידת הבנתו של הילד. כן יכול שרצון הילד ייחשב כמצוי בתחום שיקול 'טובתו' בכך שלא יוכרע עניין הנוגע לו בניגוד לרצונו בכפייה, ובכך תיתכן פגיעה ב'טובתו'...

אמנת האג... קובעת... כי יש להתחשב ברצון הילד ובהתנגדותו להחזרה, אם הילד הגיע לגיל ורמת בגרות לפיהם יש להתחשב בדעתו. 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 ההחלטה, 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 (ההדגשה שלי – א.ש.).

לאור קביעה עקרונית זו, הגיעה השופטת מימון למסקנה, כי בנסיבות המקרה, אין לכפות על הבן לחזור לבלגיה בניגוד לרצונו העז. השופטת מימון ציינה גם את קביעת אמנת האג, כי לצורך התחשבות בדעת וברצון הילד, יש לקחת בחשבון גם את הרקע החברתי של הילד.

הצורך להעניק לשיקול של רצון הקטין משקל מירבי, בגבולות שמתווה החוק, מתחייב, לעניות דעתי, גם מן העובדה, שנושא משמורת קטינים הוא מענייני המעמד האישי, וככל שמדובר ביהודים – יש תחולה לעקרונות הדין היהודי, במידה ואין הם מתנגשים עם הוראות החוק. כפי שראינו, בעניין שבנידון קיימת התאמה רבה, במישור העקרוני, בין הדין היהודי ובין התפיסה המשפטית הרווחת בדבר המשקל שצריך להינתן לרצון הקטין במשפטי משמורת קטינים. מן הראוי אפוא, שגם כאשר בתי המשפט באים לפרש את הסייג שבסעיף 13 (סיפא), יעשו כן לאור המשקל הרב הניתן לרצונו של הקטין בדין היהודי.

האם יש מיגבלת גיל כלשהי לעניין תחולת סעיף 13 (סיפא)? החוק עצמו אינו

מכיל הוראה מפורשת בנידון. בפסק דינה הנזכר, מציינת השופטת מימון, כי "בחוקים שונים פזורות הוראות והנחיות בדבר שמיעת עמדת הקטין והתחשבות בהסכמתו או בהתנגדותו, ואולם אין... קביעה החלטית כוללת בדבר חובת שמיעת הקטין... אין אף ציון גיל מסוים אשר ממנו ומעלה יש לשמוע עמדת הקטין".

נראה לי, שיש להתחשב בכל מקרה ברמתו ודרגת התפתחותו של הקטין, ולא להניח הנחות מוקדמות כלשהן בקשר לגיל כזה או אחר. נראים לי דבריה של השופטת חנה בן-עמי, שכתבה באחד מפסקי הדין שבנידון¹²⁷:

"על-פי סעיף 13 לאמנה אפשר להתחשב ברצון הילד אם הוא מתנגד להחזרתו ואם הגיע לרמת בגרות שראוי להביא בחשבון את השקפותיו. אמנם כאן מדובר בילדה בת חמש שנים בלבד, אך הן מדברי הגנת והן מתסקיר שירות הסעד עולה כי מדובר בילדה אינטליגנטית ורגישה במיוחד המביעה התנגדות חריפה לפגישות עם האב, ובאחת הפעמים נצמדה אל האם וצרחתה עד כי ביקור האב נדחה לפעם אחרת...".

גישתה של השופטת בן-עמי תואמת את גישת המשפט העברי בסוגיה זו, שכמבואר בדברינו לעיל, אינו מייחס חשיבות לגיל בתור שכזה, וככל שרצונו של הקטין אינו מתנגש עם טובתו, יש להשתדל למלא אחר רצונו, גם אם הוא קטן ביותר.

הסתמכות מפורשת על מקורות המשפט העברי לעניין ההתחשבות ברצון הקטין – אבל תוך הבחנה בין גילים שונים של הקטין – לעניין יישומו של סעיף 13 סיפא לחוק אמנת האג, מוצאים אנו בפסיקת בית המשפט המחוזי בירושלים. מדובר היה בכני זוג שנולדו להם חמש בנות וקבעו את מקום מגוריהם בארה"ב. בשלב כלשהו התערערו היחסים ביניהם, והאם נטלה את בנותיה והגיעה עימה ללואיזיאנה. הסכמת האב בקשת האב להחזרת הילדות מכוח הוראות חוק אמנת האג, שהוגשה לבית המשפט לענייני משפחה בירושלים (השופט פ' מרכוס), נדחתה, בין השאר על יסוד התנגדות הנמרצת של הילדות, שכרוכן היו בגיל שבו הייתה להן הבנה מספקת. על החלטה זו הוגש ערעור, ובהחליטו לדחות את הערעור, קבע בית המשפט, מפי השופט משה דרורי¹²⁸:

"עמדתי היא, כי יש מקום לתת משקל משמעותי לרצון הילדים, וזאת כחלק מהתחשבות בטובת הילד, גם במישור המצומצם והמוגבל של אמנת האג... יתירה מזו, אני סבור, כי במדינת ישראל, כמדינה יהודית, יש משקל למסורת ישראל, ככל שמדובר בהתחשבות ברצון ילדים, ולגיל שבו מייחס המשפט תוקף להבעת עמדתם. במקרה שלפנינו יש לזכור, כי מדובר בבנות ולא בבנים, ולכן

127 תמ"ש (י"ם) 10250/97 ס.י. נ' א.ב.י., תק-מש 97 (3) 5, פסקה 20 של פסק הדין.
128 ע"מ 621/04 ד"י נ' ד"ר (טרם פורסם).

יש חשיבות לעניין גיל הבגרות וגיל ההתחשבות בהבנתם ובהבעת תחושותיהם, רחשי ליבם והגיגי מחשבתם, כלפי חוץ".

בהסתמכו על מקורות ההלכה היהודית, מראה השופט דרורי כי יש להתחשב בדבריו של קטין כשהוא בגיל בו יש לו הבנה, ומסקנתו היא:

"במקרה שלפנינו, בית המשפט שוחח עם הילדות, ובנוסף לכך, מינה מומחה, פסיכולוג ילדים, אשר ראיין את הילדות, עמד על טיבן, והגיע למסקנה כי רצונן הברור הוא שלא לחזור לארה"ב. גם את בית משפט קמא סבר תחילה, "בסיבוב הראשון", כי אין למנוע החזרת הילדות לארה"ב רק בגלל התנגדותן (ראה פסקה 14 סיפא לעיל), רשאי היה בית המשפט לענייני משפחה, בסיוע ההליך, לאחר קבלת חוות דעת מקיפה של המומחה ומבט כולל על כל התיק, להגיע למסקנה שונה, ולקבוע כי רצון הילדות הוא משמעותי ביותר, ובשל רצון זה של הילדות, להכריע כי התוצאה הנכונה היא למנוע את השבתן של הבנות לארה"ב".

ככמה מפסקי הדין שבנידון, ניכרת המגמה להמעט בערכו של רצון הקטין בנסיבות שבהן עבר הקטין "שטיפת-מוח" (בין היתר, כדי שלא יהא אותו הורה, שחטף את הילד, בבחינת "חוטא נשכר"). כך, לדוגמא, נקבע בבית המשפט המחוזי בתל-אביב¹²⁹, כי "רצון הילד הנובע מ'שטיפת-מוח', אינו נכלל בגדר חריג רצון הילד"¹³⁰. במקום אחר נקבע, ש"כבר בפסיקה נאמר כי ילד שנמצא במצב של 'שטיפת-מוח' אינו בעל רצון חופשי ואינו בעל רצון שראוי להביא בחשבון כמביע את רצונו האמיתי"¹³¹. בנקודה זו, מן הראוי להפנות לדבריו של השופט חיים כהן, שביחס למקרה שבו נטען כי הקטינה הוסתה על-ידי אמה, אמר את הדברים הבאים:

"אפילו 'הוסתה' על-ידי אמה – דבר אשר, כאמור, לא הוכח כלל – אין בכך בלבד כדי הצדקה להתעלם מדעתה ומרצונה. התעלמות כזאת מוצדקת רק כשהילדה רוצה בדבר אשר הוא, על פניו וללא כל ספק, לרעתה ממש, או כשיש לבית המשפט יסוד להניח שדבריה אינם משקפים את רצונה האמיתי, או שמפאת מצבה הנפשי או השכלי אינה מסוגלת ליצור או להביע רצונה"¹³².

הדברים נאמרו אמנם לא בקשר לחטיפת ילדים, והרבה לפני שאמנת האג באה לעולם, אבל דומה בעיניי שהם יפים אף לעניין המקרים הנדונים כיום על-פי הוראות חוק אמנת האג. מנסחי האמנה, ובעקבותיהם גם המחוקק הישראלי, ידעו אל נכון, שכאשר

129 עמ"ש 1167/97, 1166, לעיל הערה 117, פסקה 9 של פסק הדין.
 130 ראו גם פסק הדין באותו עניין של בית המשפט לענייני משפחה בערכאה ראשונה, תמ"ש 33400/99, לעיל הערה 116.
 131 ע"מ 28/97 פלוגית נ' פלוגי, דינים-מחוזי כרך כו (6) 949.
 132 ע"א 503/60 וולף נ' וולף, פ"ד טו, 760, 766.

ילד נחטף על-ידי אחד ההורים ונלקח לארץ אחרת, יש לשער בוודאות קרובה כי אם הדברים הגיעו לידי כך שהילד נחטף על-ידי אחד ההורים – מעשה שהוא די קיצוני – מסתמא הוא גם עבר "שטיפת-מוח" בדרגה כזו או אחרת. למרות זאת, לא מצאו מנסחי האמנה והמחוקק הישראלי לנכון, לסייג את הדרישה להתחשב ברצון הקטין בתנאי שהקטין לא עבר "שטיפת-מוח". מכאן, שלדעתם, רק במקרה שרצון הקטין כפי שהוא מביע אותו אינו רצונו האמיתי ניתן להתעלם מ"רצון" זה. אבל כאשר נראה כי זה אמנם רצונו האמיתי, הרי שכדבריו של השופט חיים כהן, גם אם הקטין הוסת – עובדה זו בלבד אינה צריכה להצדיק התעלמות מרצונו של הקטין. יש לזכור, כי ההתחשבות ברצונו של הקטין לעניין משמורתו, יסודה בגישה, שלפיה הקטין הוא בעל זכויות משלו שבהן יש להתחשב. ההחלטה שיקבל בית המשפט אינה בגדר של מתן פרס להורה זה או אחר, ולכן גם אם בפועל יוצא שההורה שחטף את הקטין יזכה במשמורתו, אין בכך בלבד כדי להצדיק התעלמות מרצונו של הקטין רק כדי שלא יהא חוטא נשכר.

ז. סיכום

רצונו של הקטין הוא שיקול מרכזי בכל הכרעה הצריכה להתקבל ביחס למשמורתו, ובלבד שהקטין הוא בגיל וברמה כזו שביכולתו להביע רצון עצמאי משלו. גישה זו מקובלת הן במשפט הכללי והן במשפט העברי. ההתחשבות ברצון הקטין נובעת מן ההכרה, שרצון הילד הוא מרכיב חשוב מאוד בקביעת טובתו, והרי "טובת הילד" הוא שיקול מרכזי בסוגיה זו. בנוסף לכך, הקטין הוא בעל-דין בכל משפט המתקיים בעניינו, ועל בית הדין או בית המשפט לשמעו ולהתחשב בדעתו, כל עוד אין התנגשות בין רצונו ובין טובתו. לגישה זו משנה תוקף כיום, בעקבות התגברות המגמה להכיר באוטונומיה של הקטין ובזכויותיו ובעקבות חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. גישה זו, בדבר התחשבות מירבית ברצון הקטין, צריכה למצוא ביטוי גם במשפטי משמורת קטינים המתקיימים בנסיבות של חטיפת ילדים, ולאור הוראות חוק אמנת האג. בעניין זה, גישת בתי המשפט היא מאוד דווקנית ומצמצמת. מן הראוי לאמץ גישה שונה, הנותנת לרצונו של הקטין אותו משקל שהיה צריך לתת לו אילו מדובר היה במשפט משמורת רגיל, שלא בנסיבות של חטיפה בינלאומית. אין בחוק כל דבר השולל פרשנות כזו. כיוון שנושא משמורת קטינים הוא מענייני המעמד האישי, יש להתחשב בדין היהודי בסוגיה זו, ודומה שגם מטעם זה ראוי לתת לרצון הקטין במשפטי משמורת במסגרת חוק אמנת האג, משקל רב יותר מכפי שניתן לו כיום.

נספח

ההתחשבות ברצון הקטין לאור דו"ח ועדת רוטלוי

לאחר מסירת מאמר זה לפרסום, ראו אור מסקנותיה של הוועדה לזכויות הילד בראשות השופטת רוטלוי. במסגרת דו"ח הוועדה בנושא השמה חוץ ביתית, ניתן משקל רב לרצונו של הקטין בכל הליך הנוגע לעניינו, והרכה ממה שנאמר במאמר זה עולה בקנה אחת עם המלצות הוועדה. בדו"ח נכללה גם הצעת חוק השמה חוץ ביתית של ילדים, ובסעיף 13 של ההצעה באים לידי ביטוי העקרונות הנוגעים לשיתופו של הקטין, כאמור. להלן מובאים הנוסח המלא של סעיף 13, ומקצת מדברי ההסבר של הוועדה לסעיף זה:

הצעת חוק השמה חוץ ביתית של ילדים

13. הזכות להשתתפות

- א. זכותו של כל ילד להביע רצונו, רגשותיו, דעותיו ועמדתו בעניין הנדון, ולהישמע בחופשיות, בכל עניין הנוגע לו.
- ב. לשם מימוש זכותו של הילד להשמיע דברו ולהישמע, תינתן לו הזדמנות להביע רצונו, רגשותיו, דעותיו והעמדה שגיבש בעניין הנדון באופן המותאם לגילו, לכישוריו המתפתחים, לצרכיו, וככל הניתן לרצונותיו ובאופן ישיר בפני הגורם המחליט בעניינו.
- למטרה זו יינתן לילד, בין היתר, גם מידע מתאים ומלא, בהתאם להוראות סעיף 15 לחוק זה.
- ג. על אף האמור בס"ק (א) ו-(ב) לעיל, רשאי הגורם המחליט בעניינו של הילד שלא לשמוע את הילד, מנימוקים מיוחדים שיירשמו, אם שוכנע שתיגרם לילד פגיעה מממוש זכותו העולה על הפגיעה שתיגרם לו משלילתה.
- ד. זכותו של כל ילד כי לרצונו, לרגשותיו, לדעותיו ולעמדה שגיבש בעניין הנדון יינתן משקל ראוי בהתאם לגילו ולכשריו המתפתחים.
- ה. במקום שהתקבלה החלטה בניגוד לדעתו של הילד, חובה על הגורם המחליט בעניינו לנמק את החלטתו.
- ו. נדרשו בית משפט או ועדת החלטה להחליט בעניינו של ילד לפי חוק זה, יהיה יו"ר הוועדה או השופט מוסמך שלא להביא בפני מי מן הצדדים להליך או המוזמנים אליו דברים שביטא הילד לגבי רצונו, רגשותיו, דעותיו ועמדתו, כפי שהביעם, כולם או חלקם, מנימוקים מיוחדים שיירשמו, אם שוכנע כי לילד תיגרם פגיעה, אילו יביא הדברים בפניהם, העולה על הפגיעה שתיגרם לו אילולא יביאם כאמור.
- ז. השופט ויו"ר ועדת החלטה רשאי להביא במסגרת תיעוד ההחלטות על

אודות הילד את התרשמותם מרצון הילד, רגשותיו, דעותיו ועמדותיו, גם אם פעלו כאמור בס"ק (ו) לעיל.
 ח. הגורם המחליט בעניינו של ילד יעשה כל שבאפשרותו על מנת שתמומש זכות ההשתתפות ל הילד שבעניינו מתקבלת ההחלטה, והכל בכפוף לאמור בסעיפים שלעיל ובכפוף לעיקרון טובת הילד.

דברי הסבר לסעיף 13 להצעת החוק

ס"ק א' – סעיף זה, הפותח את עיגון הזכות בהצעה, מעגן את הנדבך הראשון של זכות ההשתתפות של הילד להשמיע את דברו ולהישמע. נתייחס להלן לרכיבי השונים:

"כל ילד" – סעיף 12 לאמנה מחיל את זכות ההשתתפות על כל ילד המסוגל לעצב דעה משל עצמו. כך, האמנה אינה מתנה את זכות ההשתתפות בגיל כלשהו של הילד, אלא קושרת בין היכולת הרלבנטית לעצב דעה לבין הזכות להביעה. בהצעת החוק נזנחה הדרישה ליכולתו של הילד לעצב דעה והוחלה הזכות על כל ילד באופן בלתי מותנה. זאת בהתבסס על ההפרדה בין עצם הענקת הזכות לילד, כאדם, לבין יכולתו לממשה והכרוך בה...

"רצונו, רגשותיו, דעותיו ועמדתו" – בבחירת מלים אלו נעשה ניסיון על ידי הוועדה להקיף את מכלול סוגי ההתבטאויות האפשריים של אדם ביחס לנושא הנוגע לחייו. זאת מתוך רצון להחיל את זכות ההשתתפות על מגוון דרכי הביטוי של ילדים מבלי להגבילם לסוג מסוים של ביטוי, ועל-מנת לקבל את מירב המידע הרלבנטי מהם ביחס לעניינם...

הרצון נתפס כמשהו שקיים בילדים החל בשלב מוקדם ביותר בהתפתחותם, אם לא מעת היוולדם ומכאן חשיבות עיגונו בהקשר זה, בהקנתו ערוץ ביטוי לילדים גם בטרם שיש בידם את הכלים לפתח עמדה מושכלת. הרצון נותן ביטוי לעצמיותו של הילד, ולתפיסתו את הדברים מנקודת מבטו ומכאן חשיבות העמידה עליו...
 "ולהישמע" – כאמור לעיל, זכותו של הילד אינה מתמצית בהשמעת דברו, אלא גם בחובה המוטלת על הגורם שבפניו הוא משמיע את דברו לשמוע את שיש לילד לבטא...

"בחופשיות" – זכותו של כל ילד להביע דבריו בחופשיות וללא לחצים מטעם הגורם המחליט או גורמים אחרים המעורבים בהליך...
 ס"ק ב' – סעיף זה מתייחס לצורך לאפשר לילד להביע עצמו באופן המותאם לגילו ולכשריו המתפתחים... הסעיף מכיר בזכותם של ילדים להישמע בדרך הנכונה מבחינתם, המתאימה למאפייניהם כילדים, תוך שהוא מטיל את האחריות והחובה למציאת דרך נאותה על הגורם המחליט או מי שמונה מטעמו לשמוע את הילד...
 ההוראה שעניינה שמיעה באופן ישיר בפני הגורם המחליט מבטאת את החשיבות

שראתה הוועדה בהתרשמות הישירה של הגורם המחליט מן הילד כמו גם באינטראקציה הישירה בין הצדדים, כנדבך ביישום מלא של הזכות...

ס"ק ד' – סעיף זה מעגן את הנדבך המשמעותי השני של זכות ההשתתפות הנוגעת לחבות הגורם השומע/המחליט ליתן משקל ראוי לדברי הילד כפי שהביעם בעת קבלת החלטה בעניינו. ברור שאין משמעות אמיתית לשמיעתו של ילד בעת קבלת החלטה בעניינו אם לא יינתן לדברים שאמר משקל ראוי...

ההכרעה בדבר המשקל שיש להעניק לדברי הילד והקביעה מהו משקל "ראוי" בהקשר זה צריכות להיעשות בהתאם לגילו של הילד ולכשריו המתפתחים. האמנה בסעיף 12(1) קובעת משקל דומה ומתייחסת לגילו של הילד ולמידת בגרותו. מטרת קביעה זו להבטיח שלא הגיל בלבד יכריע את התייחסות הגורם המחליט לדברי הילד, אלא גם מאפייניו של הילד המסוים שבפניו בהקשר זה. זאת על בסיס ההכרה כי ילדים שונים מתפתחים בקצב ובאופן שונה ועל כן לא די בפרמטר הגילאי כדי לשקף את מידת בגרותם.

ס"ק ה' – סעיף זה קובע חובת הנמקה במצבים שבהם התקבלה החלטה המנוגדת לדעתו של הילד בעניין. חובת ההנמקה משמשת כערוכה פרוצדורלית המכוונת לקדם שקילה ראויה של דברי הילד וכן לאפשר לילד או למי מטעמו להבין את הנימוקים לדחיית עמדתו, ולחלוק על החלטה בעניינו ככל שהדבר ניתן על-פי החוק הרלבנטי...

ס"ק ח' – מכוון לקדם מאמצים כנים ואמיתיים של הגורמים המופקדים במערכת על קבלת החלטות בעניינם של הילדים ליישום זכותם של הילדים להשתתפות... המדובר בחובה אקטיבית, יישומית, וכי לא יצא הגורם המחליט ידי חובתו רק בכך שלא ימנע את מימושה של הזכות. ללא עידוד, עזרה וניסיון של הגורם המחליט או מי שמונה על ידו לשמוע את הילד, אחוז הילדים שיממשו זכותם זו יהיה נמוך...

