

זכויות ילדים חטופים: האם חוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים), תשנ"א-1991, עולה בקנה אחד עם דוקטרינת זכויות הילד?

רונה שוז

א. פתח-דבר ♦ ב. אמנת האג להחזרת ילדים חטופים 1. הרציונל מאחורי האמנה (א) המצב לפני האמנה (ב) מטרת האמנה 2. מנגנון האמנה (א) טבעו והיקפו של סעד ההחזרה המידי (ב) הרשויות המרכזיות ♦ ג. דוקטרינת זכויות הילד 1. מבוא 2. מערכת היחסים בין זכויות הילדים לזכויות ההורים (א) זכויות הוריות – תפיסה מסורתית (ב) פסק-דין Gillick – זכויות הילד החדשות (ג) פתרון אפשרי לסתירה בין זכויות הוריות לזכויות הילד 3. מערכת היחסים בין שני מנגנוני ההכרעה – בין טובת הילד לבין זכויות הילד (א) פלוגיט נ' אלמוני (ב) סעיף 3 של אמנת האו"ם (ג) פתרון אפשרי ליישוב מערכת היחסים בין טובת הילד לבין זכויות הילד 4. החזרת ילדים חטופים – זכויות רלוונטיות (א) זכות הילד שטובתו תהא מוגנת (ב) זכות הילד לשמור על קשר שוטף עם שני הוריו (ג) זכות הילד להישמע (1) בסיסה של זכות הילד להישמע (2) השיטות למימוש זכות הילד להישמע (3) האם קיימת זכות לייצוג נפרד? (ד) זכות הילד להחלטה עצמית (1) היקף הזכות (2) זכות הילד להחלטה עצמית אל מול טובתו 5. סיכום ♦ ד. זכות הילד לשמור על קשר שוטף עם שני הוריו 1. מבוא 2. הפרת זכויות משמורת (א) עקרון-היסוד (ב) כאשר מבחן זכויות המשמורת אינו מגן על זכות הילד לשמור על קשר שוטף עם שני הוריו (1) אב לא-נשוי חסר זכות משמורת (2) כאשר "ההורה הנחטף" הינו בעל זכויות ביקור בלבד (3) מתקיים אחד החריגים בסעיף 13(א) לאמנת האג: אי-הפעלת הזכויות ההוריות, הסכמה והשלמה 3. מקום המגורים הרגיל של הילד (א) דרישת מקום המגורים הרגיל (ב) קביעת מקום המגורים הרגיל של הילד ♦ ה. זכות הילד להישמע וזכותו להחלטה עצמית 1. הקדמה 2. בירור השקפות הילד (א) האם קיימת חובה לוודא את השקפות הילד? (1) כאשר החזרת הילד הינה מנדטורית (2) כאשר החזרת הילד אינה מנדטורית (3) כאשר אין בקשה להחזרה על-פי האמנה (ב) שמיעת הילד על-ידי השופט (1) אין תועלת בשמיעת הילד (2) קיומה של סיבה טובה לא לשמוע את הילד 3. המשקל שיש לתת להשקפות הילד (א) מהי הגישה הנכונה? (ב) פירוש החריג של התנגדות הילד ויישומו על-ידי בתי-המשפט (1) גילו ורמת בגרותו של הילד (2) איכותה של התנגדות הילד (ג) שיקול-הדעת של בית-המשפט 4. ייצוג נפרד (א) מתי יש להורות על ייצוג נפרד במקרי חטיפה (ב) נוחגם של בתי-המשפט 5. כאשר הילד מסכים לחטיפה או יוזם אותה ♦ ו. זכות הילד שטובתו תהיה שיקול ראשון במעלה 1. הסתירה: מנגנון אמנת האג אל מול סעיף 3 לאמנת האו"ם

* המחברת הינה מרצה בכירה במכללת שערי משפט ומרצה אורחת בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן.

** אני מודה לד"ר יאיר רונן, לעו"ד חגית גינת-בריסטל ולחברי מערכת מחקרי משפט שהעזרתיהם הועילו לי מאוד. תודתי גם לשרון פלדמן שתרגמה את המאמר מאנגלית לעברית.

רונה שוז

2. נסיונות ליישוב הסתירה בפסיקה (א) "עקרון טובת הילד אינו רלוונטי בבקשות החזרה" (ב) "אמנת האו"ם נותנת גושפנקא לאמנת האג" (ג) "אמנת האג מבוססת על עקרון טובת הילד" 3. הצעותיו ליישוב הסתירה (א) משמעות ניסוחו של סעיף 3 (ב) שקילת שיקולים מראש 4. בדיקת הצעותיו ליישוב הסתירה (א) חריג "החשש החמור" בראיית מנחמי האמנה (כ) החריג בעיני בתי-המשפט 5. הבטחת שלומו של הילד המוחזר (א) ההתחייבויות (ב) הקשיים באכיפת ההתחייבויות (ג) שימוש מופרז בהתחייבויות (ד) שיתוף-פעולה מוגבר ♦ ז. סיכום והצעות 1. סיכום (א) זכויות הילד (ב) אמנת האג ויישומה 2. הצעות לרפורמה ♦ ח. סוף-דבר

א. פתח-דבר

כניסתה לתוקף של אמנת האג בדבר ההיבטים האזרחיים של חטיפה בינלאומית של ילדים (להלן: אמנת האג)¹ בישראל שינתה את הדין הנוהג בארץ לעניין חטיפתם של ילדים שהאמנה חלה עליהם.² בעת שבה אומצה האמנה על-ידי The Hague Conference on Private International Law (להלן: ועידת האג),³ טען Adair Dyer, מזכירה של ועידת האג, כי לאמנה יש – "both a narrow focus and a wide focus in terms of children's rights".⁴ לדעתו, המוקד הצר הוא יצירת העובדה הנזיקית הבינלאומית של חטיפת ילדים, והמוקד הרחב הוא סעד החזרת המצב שבו יליד יש אפשרות לקיים מערכת יחסים עם שני הוריו. לנוכח הערה זו, מפתיע במידת-מה לגלות כי השופטת רוטלוי טענה לאחרונה⁵ שאמנת האג אינה עולה בעניינים מסוימים בקנה אחד עם אמנת האו"ם לזכויות הילד (להלן: אמנת האו"ם).⁶

1. האמנה בדבר ההיבטים האזרחיים של חטיפת ילדים בינלאומית, כתבי אמנה 1026, כרך 31, עמ' 43 (להלן: אמנת האג). אמנה זו התקבלה בפגישה הארבע-עשרה של ועדת האג בשנת 1980, ונחקקה במשפט הישראלי על-ידי חוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים), תשנ"א-1991, ס"ח 148 (להלן: חוק אמנת האג).
2. ראו א' רוזן-צבי "דיני משפחה וירושה" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"א (א' רוזן-צבי עורך, תשנ"ב) 184, וגם התיאור בע"א 4391/96 דן נ' 17, פ"ד (5) 338; ע"א 7206/93 גבאי נ' גבאי, פ"ד נא(2) 241.
3. ועידת האג היא מוסד היוזם אמנות בינלאומיות ומקדם שיתוף-פעולה בין מדינות בנושאים הקשורים למשפט הבינלאומי הפרטי.
4. A. Dyer "Childhood's Rights in Private International Law" 5 *Australian Journal of Family Law* (1991) 103, 112.
5. בעע"מ 70/97 דגן נ' דגן, תק-מח (3)98.6307.
6. האמנה בדבר זכויות הילד, כתבי האמנה 108, כרך 31, עמ' 221. אמנה זו התקבלה בכנס הכללי של האו"ם בשנת 1989 ואושרה על-ידי כל מדינות העולם, מלבד שתיים (סומליה וארצות-הברית). האמנה נחתמה על-ידי מדינת-ישראל בתאריך 3.7.90, אושרה בתאריך 4.8.91 ונכנסה לתוקף בישראל ביום 2.11.91. אמנה זו לא נקלטה מעולם ואופן פורמלי בדין הישראלי הפנימי, אך קיימת הנחה שהכנסת אינה מתכוונת לגרוע מהתחייבויותיה הבינלאומיות של מדינת-ישראל. ראו: E. Benvenisti "The Applicability of Human Rights Conventions to Israel and to the Occupied territories" 26 *Isr. L. Rev.* (1992) 24, 35. בתי-משפט נוהגים לפרש את החוקים הקיימים לאור הוראות אמנת האו"ם, אך כאשר קיימת אי-התאמה או התנגשות ברורה בין חוק אמנת האג להחזרת ילדים חטופים

זכויות ילדים חטופים

מטרתו של מאמר זה היא לנתח באיזו מידה נוסחת אמנת האג ויישומה על-ידי בתי-המשפט הישראליים אינם עולים בקנה אחד עם הדוקטרינה המודרנית של זכויות הילד ככלל ועם אמנת האו"ם בפרט, תוך כדי הצעת רפורמות שיסירו, או לפחות יצמצמו, את אי-ההתאמה. דיון זה הינו אקטואלי במיוחד מכיוון שממשלת ישראל שוקלת כעת כיצד ליישם את אמנת האו"ם.⁷

תנאים מוקדמים לניתוחנו הינם הבנת המטרות והמנגנון של אמנת האג (פרק ב) ובחינתה של דוקטרינת זכויות הילד (פרק ג). הניתוח עצמו יחולק לשלושה חלקים מרכזיים: זכות הילד לשמור על קשר שוטף עם שני הוריו (פרק ד), זכות הילד להישמע וזכותו להחלטה עצמית (פרק ה) וזכות הילד שטובתו תהיה השיקול הראשון במעלה (פרק ו). לבסוף נסכם ונציע הצעות לרפורמה (פרק ז).

ראשית, ראוי לבדוק כיצד ייתכנו סתירות בין אמנת האג לבין דוקטרינת זכויות הילד, במיוחד לנוכח ההערה של Dyer המצוטטת לעיל ולאור הצלחת האמנה.⁸ נציע כי מצב זה של דברים נובע מהשינוי הדרמטי בתפיסת הסטטוס המשפטי של ילדים שאירע בעשר השנים שחלפו בין כתיבתה של אמנת האג לכתיבתה של אמנת האו"ם, שינוי שניתן לכנותו מהפכת זכויות הילד. מנסחי אמנת האג התמקדו בתפיסות המסורתיות יותר של טובת הילד וזכויות ההורים. האתגר המרכזי מבחינתם היה מציאת פשרה הולמת בין שמירה על טובת הילד האינדיווידואלי לבין הגנה על טובת הילדים ככלל. הפשרה שהושגה משקפת את רצונם לכבד זכויות הוריות, לעשות צדק בין ההורים, בינם לבין עצמם, לקיים את החוק ולהבטיח כי דיון המשמורת יתקיים בפורום הנאות, בהתאם למטרות המשפט הבינלאומי הפרטי.⁹ לעומתם, התומכים בדוקטרינת זכויות הילד יראו גישה זו כפגומה ביסודה. הם יתמקדו בזכות הילד לקיים יחסים בעלי משמעות עם שני הוריו, בזכותו לשמר את זהותו התרבותית, בזכותו להתגורר בסביבה שהוא משתייך אליה,¹⁰ וכמובן בזכותו להשתתף בהחלטות הנוגעות בו.¹¹ בעוד הם מכירים בצורך לפעול בהתאם לטובת הילד, דעתם היא שהשיטה האופטימלית להשגת מטרה זו היא הכרה בזכויות הילד וקיומן.

- לבין אמנת האו"ם, נראה שאין מנוס מלהעדיף את החוק. ראו דעת השופט יעקבי-שווילי בע"מ 128/99 (ח"י) *שבח נ' שבח*, דינים מחוזי, כרך כו(10) 832, פסקה 9 לפסק-הדין.
- 7 בחודש יוני 1997 מינה שר המשפטים את "הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישום בחקיקה". ליושבת-ראש הוועדה מונתה השופטת סביונה רוטלוי.
- 8 ההצלחה נמדדת הן לפי מספר המדינות שהצטרפו לאמנה (שבעים ואחת במספר) והן לפי מספר הבקשות שהוגשו על-פיה והגיעו לידי סיום. על-פי נתונים שנאספו מטעם ועדת האג בשנת 1999, הוגשו תשע מאות חמישים וארבע בקשות להחזרה על-ידי שלושים מדינות. כ-32% של המקרים ניתן צו שיפוטי להחזיר את הילד, ובעוד 18% מהמקרים הוחזר הילד באופן וולונטרי (ראו אתר של ועדת האג <http://www/hcch.net> בוקר ביום 11.6.02).
- 9 R. Schuz "The Hague Child Abduction Convention: Family Law and Private International Law" 44 *ICLQ* (1995) 771. ראו:
- 10 G. Melton "The Child's Right to a Family Environment: Why Children's Rights and Family Values are Compatible" 51 *American Psychologist* (1996) 1234. ראו גם י' רונן "זכות הילד לזהות כזכות להשתייכות" *עיני משפט* כו(3) (2003) 935.
- 11 K. Kufeidt "Listening to Children: An Essential for Justice" 1 *Int. J. of Children's Rights* (1993) 155. ראו דיון מעמיק בזכות הילד להישמע בפרק ה למאמר.

גישת זכויות הילד הופכת את המטרה של הרתעת חטיפות ילדים העומדת בבסיס אמנת האג לשולית, מכיוון שהאינטרס הציבורי, גם כאשר הוא מיועד להגן על הילדים ככלל,¹² אינו יכול, כעניין שבעיקרון, להצדיק את הנזק הנגרם לזכויות האדם של הילד האנדיוידואלי. נקודה זו מקבלת משנה תוקף לנוכח העובדה שלא הוכח כי אמנת האג או כל מנגנון אחר אכן מרתיע חוטפים פוטנציאליים. יתר על-כן, קשה ליישב בין מנגנון החזרה מיידי, שהינו השיטה בעלת הסיכוי הגדול ביותר להרתעה מוצלחת. לבין הגנה על הילד וקידום זכויותיו, מכיוון שמנגנון זה אינו מעניק לבית-המשפט את הזמן הדרוש לבחון כיאות אם החזרה תזיק לילד או תפר את זכויותיו באופן אחר כלשהו.

ב. אמנת האג להחזרת ילדים חטופים¹³

1. הרציונל מאחורי האמנה

(א) המצב לפני האמנה

בטרם נכנסה האמנה לתוקף, הורה שילדו נחטף על-ידי ההורה האחר (להלן: ההורה הנחטף וההורה החוטף, בהתאמה) היה בעל סיכויים קלושים להחזיר אליו את ילדו בשל בעיות רבות שניצבו לפניו. ראשית, היה עליו לאתר את הילד, בדרך-כלל ללא עזרת הרשויות בארצו או בארצות זרות.¹⁴ שנית, ניצב לפניו הקושי של פתיחת הליכים משפטיים בארץ זרה, ולבסוף, רוב בחייהמשפט, בישמם את עקרון טובת הילד, לא היו מוכנים להורות על החזרת הילד מבלי לבדוק את המקרה שלפניהם לגופו של עניין, בדיקה שאורכת בדרך-כלל זמן רב וגובה הוצאות ניכרות משני הצדדים. כמובן, ככל שההורה החוטף הצליח לעכב את ההליכים המשפטיים, כן גדלו הסיכויים שטובת הילד תחייב להשאירו בארץ המקלט, והילד לא יחזור להורה הנחטף.

אולם למרות כל האמור לעיל, בריהמשפט של מדינות מסוימות היו ערים לסכנה של עלייה ניכרת בחופעת חטיפה בינלאומית של ילדים, ואימצו הלכות שיועדו להחזיר את הילד החטוף להורה הנחטף. כך, לדוגמה, נקבע באנגליה כי יהיה זה בדרך-כלל לטובת הילד

12 A. Bainham *Children: The Modern Law* (2nd ed., Jordan Publishing, Bristol, 1998) 80 טוען כי דוקטרינת זכויות הילד מושכת תשומת-לב לאוניורסליות של טענות הילדים, ונועדה לשמור על זכויותיהם כקבוצה, כמעמד. אך נראה כי הוא לא ראה לנגד עיניו מצב שבו זכויותיו של ילד אנדיוידואלי יתנגשו בזכויות כלל הילדים.

13 להסבר לעניין השפעת האמנה על הרץ הישראלי ראו פרופסור א' רוזן-צבי "דיני משפחה וירושה", לעיל הערה 2, בעמ' 188-194.

14 רשויות כאינטרפול ושגרירויות הגישו לפעמים עזרה, אך בדרך-כלל לא היתה נכונות להתערב במה שנחפס כסכסוך משפחתי, ולא פעילות לא-חוקית. ראו: A. Dyer *Report on International Child Abduction by One Parent* ("Legal Kidnapping") (Proceedings of the 14th Session of the Hague Conference on Private International Law, Oct. 1980, vol. III) 13-14; and A. Dyer "International Child Abduction by Parents" 168 *Revue des Cours* (1980, vol. III) 237, 247.

זכויות ילדים חטופים

להיות מוחזר במהירות האפשרית למדינה שממנה נחטף בתנאי שאין ראיות כי ההחזרה תגרום לו נזק משמעותי,¹⁵ וצווי החזרה ניתנו מבלי לקיים דיון מלא לגופו של עניין. בתי-המשפט הישראליים עשו גם הם מאמץ להילחם בתופעה באמצעות מתן סעד של צו הביאס קורפוס שהתבסס על הטענה כי הילד מוחזק שלא כדין.¹⁶ דרישת אי-החזרה התמלאה במקרים שבהם הופר צו של בית-משפט זר, הסכם בין הצדדים או זכות טבעית של ההורה הנחטף, בתנאי שבזמן החטיפה לא היה סכסוך כן לעניין משמורת הילד. אף-על-פי-כן חשוב לציין כי מתן הסעד היה נתון לשיקול-דעתו של בית-המשפט וכפוף לעקרון-העל של טובת הילד.¹⁷ נוסף על כך, בתי-משפט שונים העניקו משקל שונה לעיקרון זה,¹⁸ לפחות עד למתן פסק-דין קבלי ג' קבלי.¹⁹ בפסק-דין מנחה זה קבע השופט ברק (כתוארו אז) כי עקרון טובת הילד בהליכי הביאס קורפוס צר יותר מעקרון טובת הילד הרגיל, ויש לסרב להחזיר את הילד אך ורק במקרים שבהם ייגרם לו, אם יוחזר, נזק אמיתי ובלתי-הפיך.²⁰

(ב) מטרות האמנה

סעיף 1 לאמנה קובע את יעדיה של האמנה כדלקמן:

- “(א) להבטיח את החזרתם המיידית של ילדים שהורחקו שלא כדין אל מדינה מתקשרת או לא הוחזרו ממנה, וכן
(ב) להבטיח כי זכויות משמורת וביקור על-פי הדין של מדינה מתקשרת יכובדו ביצילות בכל המדינות המתקשרות.”

פתח-הדבר של האמנה²¹ מציין כי הרציונל העומד מאחורי מטרות האמנה הינו שטובת הילד היא השיקול המרכזי בענייני משמורת. ההחזרה המיידית מבוססת על הנחת-היסוד כי ההחזרה במהירות האפשרית משרתת את טובת הילד מכמה סיבות: ראשית, ההחזרה מבטלת את הנזק הנגרם לעיתים קרובות לילדים המועברים באופן פתאומי מסביבתם. שנית, סביר להניח שהידיעה כי הילד יוחזר תרתיע חוטפים פוטנציאליים. לבסוף, ניתן להגן על טובת הילד באופן הטוב ביותר על-ידי ניהול הליכים בפורום הנאות, שהוא בדרך-כלל מקום המגורים הרגיל של הילד.

- 15 ראו לדוגמה: 105 Fam. [1978] *Wardship: Jurisdiction* (Minors) *Re C*; וכן: *Re R* 2 FLR 416 (1981) *(Wardship: Jurisdiction)* (Minors) (אנגליה).
16 על-פי סעיף 15 לחוק יסוד השפיטה, התשמ"ד-1984 ס"ח 78, בג"ץ מוסמך "לתת צווים לשחרור אנשים שנעצרו או נאסרו שלא כדין".
17 לסקירת הפסיקה ראו ע' שפירא "משמורת קטינים – טובת הילד והכרה בפסקי חוץ" *משפטים* ד(2) (תשל"ג) 291, 295, 301-304.
18 השוו לדוגמה בין בג"ץ שטיין ג' שטיין, פ"ד לה(4) 512, לבין הדעה של השופט עציוני בר"נ 23/72 גולדשטיין ג' גולדשטיין, פ"ד כז(2) 197, 213, 215.
19 בג"ץ 405/83 קבלי ג' קבלי, פ"ד לו(4) 705, 714 (להלן: פסק-דין קבלי).
20 ראו לדוגמה את הערותיה של השופטת גתניהו בש"א 1648/92 טורנה ג' משולם, פ"ד מו(3) 38, 45-46, המשוות את המצב כיום למצב שלפני אמנת האג, לפי פסק-דין קבלי, שם.
21 שאינו מופיע בתוספת בחוק הישראלי.

ברי כי הנחת-היסוד שהחזרה מיידית מקדמת את טובת הילד היא הכללה שאינה נכונה בכל המקרים, אך כל ניסיון לוודא באילו מקרים הנחת-היסוד זו אינה נכונה יחייב לבדוק את נסיבות המקרה לגופן, דבר שימנע באופן אוטומטי החזרה מיידית של ילדים גם במקרים שהנחת-היסוד מתקיימת. לכן החליטו מנסחי האמנה, שהאמינו כי הנחה זו נכונה ברוב המקרים וכי החריגים להחזרה הקיימים באמנה מעניקים הגנה נאותה מפני נזק שעלול להיגרם בשל החזרה מיידית, כי החזרה מיידית היא השיטה הראויה והיעילה ביותר להגנה על רוב הילדים.

מטרתה השנייה של האמנה חופפה לזו הראשונה בכך שהחזרה מיידית מבטיחה שמירה על זכויות המשמורת והביקור בארץ המקור. נוסף על כך, מטרה זו מוסיפה על המטרה הראשונה בכך שהיא ניתנת ליישום גם אם לא התקיימו הרחקה או אי-החזרה שלא כדין. במקרים כאלה אין הפרה של זכויות משמורת, וההתייחסות הינה להפרת זכויות ביקור. סעיף 21 לאמנה דורש ממדינות חברות לעזור באכיפת זכויות ביקור במקרים שבהם החזרה מתגורר במדינה אחרת מזו שהילד מתגורר בה.

נבחן בהמשך את מערכת היחסים שבין ההגנה על זכויות משמורת לבין ההגנה על זכויות ביקור.²² אולם לצורך מטרתו של פרק זה נגביל את דיוגנו למצב שבו הילד הורחק או לא הוחזר שלא כדין, דהיינו תוך הפרת זכויות משמורת.²³

2. מנגנון האמנה

ניתן לייחס את הצלחת האמנה, הן מבחינת מספר המדינות שאשררו אותה והן מבחינת השימוש הנרחב שנעשה בה,²⁴ בעיקר לשני גורמים. הראשון, טבעו והיקפו של סער ההחזרה המידי; והשני, המבנה המנהלי של הרשויות המרכזיות.

(א) טבעו והיקפו של סער ההחזרה המידי

עיקר האמנה הינו הדרישה מרשויות מחקשות להורות על החזרת כל ילד שהורחק או לא הוחזר תוך הפרת זכויות משמורת ואשר מקום מגוריו הרגיל היה במדינה מתקשרת סמוך לפני הפרתן של זכויות אלה.

העובדה שהסער על-פי האמנה הינו החזרה מיידית של הילד למקום מגוריו הרגיל מייד לפני החטיפה²⁵ יוצרת אצל הרשויות המנהליות והשיפוטיות את הרושם כי המהירות היא

22 ראו פרק 1(ב)(2) למאמר.

23 סעיף 3(א) לאמנת האג.

24 ראו הערה 8 לעיל.

25 יש לציין כי האמנה אינה קובעת במפורש לאן יש להחזיר את הילד. ברוב המקרים ברור אומנם כי ההחזרה הינה למקום מגוריו הרגיל מיד לפני החטיפה, אך קיימת מחלוקת אם ניתן להחזיר את הילד למדינה שלישית במקרה שההורה הנחטף עבר להתגורר בה. ראו: Vera Perez Report on the Abduction Convention (Proceedings of the 14th Session of the Hague Conference, Oct. 1980, Vol. III), פסקה 110; פסק-הדין האנגלי: Re L [1999] 1 FLR 433; פסק-הדין האוסטרלי: R. Schuz (1996) 20 Fam. L.R. 334; ומאמרו: Hanbury-Brown v. Hanbury-Brown (1996) 20 Fam. L.R. 334. "Policy Considerations in Determining Habitual Residence of a Child and the Relevance of Context" 11 Journal of Transnational Law and Policy (Fall 2001) 101,

זכויות ילדים חטופים

המהות, וכי יש לנהל הליך זה בסדר-דין מקוצר. נראה כי בשנים האחרונות נקלט מסר זה ויושם על-ידי מערכת השיפוט הישראלית.²⁶

יתר על-כן, העובדה כי ההחזרה היא בגדר חובה אינה מותירה בידי בתי-המשפט שיקול-דעת בעניין זה, אלא אם מתקיים אחד החריגים.²⁷ החשש כי שימוש נרחב בחריגים אלה ייצור מצב שבו ייהנו בתי-המשפט שוב משיקול-דעת מלא לא התממש, מכיוון שבתי-המשפט לקחו לתשומת-ליבם את אזהרתה של פרופסור Perez-Vera (כדור"ח שכתבה, המלווה את האמנה²⁸) כי מתן פרשנות נרחבת לחריגים תחתור תחת מטרות האמנה, ופירשו בדרך-כלל את החריגים באופן מצומצם ביותר.²⁹

(ב) הרשויות המרכזיות³⁰

כל מדינה מתקשרת חייבת למנות רשות מרכזית שעיקר תפקידה הוא לשתף-פעולה עם רשויות מרכזיות של מדינות אחרות ולקדם את שיתוף-הפעולה בקרב הרשויות המוסמכות בארצן.³¹ ההורה הנחטף מגיש בקשה לרשות המרכזית שבארצו, והרשות מעבירה את

115-116. למען הנוחות, נתייחס במאמר להחזרת הילדים למקום המגורים הרגיל מבלי להכירע במחלוקת זו.

26 תקנה 295 לתקנות סדר דין אזרחי, התשנ"ד-1987, קובעת כי "הדין בתביעה יתקיים לא יאוחר מחמישה-עשר ימים ממועד הגשת התביעה", אך עיכובים נגרמים כאשר בית-המשפט מאשר את דחיית קבלתה של ההחלטה על-מנת לאפשר הבאת עדויות וחוות-דעת מומחה. (ראו מחלוקת על הצורך להביא כמויות גדולות של ראיות בין השופט פורת, פסקות 3-9 לפסק-הדין, והשופט רוטלוי, פסקות 10-4, בפסק-דין 7/ג, לעיל הערה 5.) על-פי נתונים סטטיסטיים שפרסם משרד המשפטים לשנת 1999 (ראו אתר ועידת האג, לעיל הערה 3), הזמן הממוצע שחלף בין הגשת בקשה על-פי האמנה לבין מתן החלטה שיפוטית סופית להחזרת הילד היה שבעים ושישה ימים (הממוצע הגלובלי היה מאה ושבעה ימים). לעומת זאת, הזמן הממוצע במקרים שבהם סירב בית-המשפט להורות על החזרת הילד היה מאתיים עשרים ותשעה ימים (הממוצע הגלובלי היה מאה ארבעים ושבעה ימים).

27 החריגים הינם: (1) המבקש לא הפעיל את זכויות המשמורת בפועל בעת ההרחקה או אי-ההחזרה או הסכים להרחקה או לריתוק או השלים עמם לאחר מעשה – סעיף 13(א) לאמנת האג; (2) קיים חשש חמור שהחזרתו של הילד תחשוף אותו לנזק פיזי או פסיכולוגי או תעמיד אותו בדרך אחרת במצב בלתי-נסבל (להלן: חריג החשש החמור) – סעיף 13(ב) רישא לאמנת האג; (3) הילד מתנגד להחזרתו והגיע לגיל ולרמת בגרות שבהם ראוי להביא את השקפותיו בחשבון – סעיף 13(ב) סיפא לאמנת האג; (4) חלפה יותר משנה מתאריך ההרחקה או אי-ההחזרה שלא כדין, והילד השתלב כבר בסביבתו החדשה – סעיף 12 סיפא לאמנת האג; (5) ההחזרה אינה מותרת על-פי עקרונות-היסוד של המדינה המתבקשת כאשר להגנה על זכויות האדם וחירויות היסוד – סעיף 20 לאמנת האג.

28 באתר ועידת האג, לעיל הערה 3.

29 ראו בש"א 1648/92 טורנה נ' משולם, לעיל הערה 20; ע"א 1206/93 גבאי נ' גבאי, לעיל הערה 2; ע"א 5532/93 גונזברג נ' גרינולד, פ"ד מט(3) 282. הדוגמה הבולטת ביותר של מגמה זו הינה ע"א 4391/96 7 נ' 7, הערה 2 לעיל, שבו קבע בית-המשפט כי החריג של חשש חמור לנזק לא התקיים אף שדובר במצב שבו ברחה האם עם בתה הקטנה מפני אלימות ואכזריות של בעלה. ראו דיון מפורט בעניין הפרשנות של סעיף 13(ב) בפרק 1 למאמר.

30 לפרטים נוספים על תפקיד הרשויות המרכזיות, לרבות מקור הרעיון, ראו: C.S. Bruch "The Central Authority's Role Under the Hague Child Abduction Convention: A Friend in Deed" 34 Fam. L. Q. (1994).

31 ראו סעיף 7 לאמנה, המציין את החובות העיקריות: זמטלות על הרשויות המרכזיות.

הבקשה לרשות המרכזית במדינת המקלט. כאשר מקום הילד אינו ידוע, הרשויות המרכזיות במדינות שייחכן שהילד נמצא בהן נוקטות צעדים למציאתו. הרשויות המרכזיות יכולות ליזום הליכים משפטיים ולסייע כאשר הדבר נחוץ וכן להעניק ייצוג משפטי. הרשויות פועלות בדרך-כלל על-מנת להקל את הקשיים הניצבים לפני המבקש בהתדיינות בארץ זרה. מסגרת זו מגדילה את הסיכויים למציאת הילד ולהגשת בקשה להחזרתו, שתסתיים בהחזרת הילד באופן וולונטרי או על-ידי צו שיפוטי.³²

ג. דוקטרינת זכויות הילד³³

1. מבוא

"מהפכת זכויות הילד", שהחלה לפני כשלושים שנה, נמצאת כיום בעיצומה. במיוחד נבדקים השלכותיה המעשיות וגבולותיה הואייים של דוקטרינת הזכויות,³⁴ ואם כי ניתן לטעון שעקרון זכויות הילד התקבל בישראל,³⁵ קיימים עדיין ספקות והתלבטויות לעניין היקף הדוקטרינה והמידה שבה תפסה את מקום העיקרון המסורתי של טובת הילד.³⁶ ההיבט המהותי של דוקטרינת זכויות הילד הוא ההכרה כי ילדים הינם בעלי זכויות באופן עצמאי, ואין הם מושא לזכויות אחרים בלבד. משמעות הכרה זו היא כי החוק הוא הקובע מה הם האינטרסים של קטינים, ומטיל על אחרים חובה, הניתנת לאכיפה על-ידי הקטין,³⁷ לממשם. יתר על-כן, אימוץ הגישה של זכויות הילד כמנגנון הכרעה בסכסוכים הנוגעים בילדים מאפשר איון מפורש בין אינטרסים של הילד לבין אינטרסים של אחרים במידה שיש התנגשות ביניהם.

32 באופן גלובלי, בשנת 1999 הסתיימו 50% מהבקשות בהחזרת הילד (מהן כ-18% מהמקרים הוחזר הילד באופן וולונטרי). הנתונים לגבי ישראל נמוכים יותר (43% מהבקשות הסתיימו בהחזרת הילד, מהן כ-11% מהמקרים הוחזר הילד באופן וולונטרי). ראו לעיל הערה 8.

33 הכוונה במושג "זכויות הילד" הינה, במאמר זה, להכרה המשפטית באינטרסים של הילדים, וביניהם אינטרס הילד באוטונומיה. השוו עס מאמרו של י' ש' קפלן "מטובת הילד לזכויות הילד – ייצוג עצמאי של קטינים" משפטים לא(3) (תשס"א) 623, המשתמש במושג "זכויות הילד" במובן הצר יותר של אינטרס הילד באוטונומיה, אשר לדענו, זה החידוש האמיתי של המושג (ראו בעמ' 646). אף-על-פי-כן, סיכומו של קפלן לעניין תכונותיו של עקרון זכויות הילד (בעמ' 634-639) רלוונטי למובן הרחב יותר של המושג. (מאמרו פורסם לאחר שמאמר זה הוגש לפרסום, אך בשל חשיבותו הוספה התייחסות אליו בשלב העריכה.)

34 ראו לעיל הערה 7.

35 ראו באופן כללי מאמרו של קפלן, דערה 33 לעיל, בעמ' 639-645, וכן דו"ח ישראל על יישום האמנה בדבר זכויות הילד, משרד המשפטים, 2001. דוגמה בולטת לאימוץ דוקטרינת הזכויות נמצאת בפסק-דין של השופט גייפמן בתמ"ש (ח"א) 2860/96 פלוני נ' אלמוני, תקדין משפחה כרך 2/97, תשמ"ז-תשמ"ח, בפסקה 12, שבה נאמר: "המעבר מטובת הילד לדוקטרינה של זכויות הילד מביא לשינוי תפיסה וחשיבה תוך מתן דגש לעצמאות זכויות הילד". לדעתנו, טענת השופט כי חוק בחי-משפט לענייני משפחה התשנ"ו-1995, ס"ח 393 מבוסס על דוקטרינת זכויות הילד מוגזמת.

36 ראו דיון בפסק-הדין המנחה ע"א 2266/93 פלוני נ' אלמוני, פ"ד מט(1) 221 (להלן: פסק-דין פלוני), בפרק 33(א) למאמר.

37 ראו: Bainham, *supra* note 12, at pp. 82-84, המסביר את תיאוריית האינטרס של MacCormick.

לעומת זאת, על-פי מנגנון ההכרעה המסורתי של טובת הילד,³⁸ אינטרסים של ילדים נקבעים על-פי שיקול-דעת של מבוגרים, בדרך-כלל הורים או בית-משפט. כך, בעוד שלכאורה שימוש בשיקולי טובת הילד כמנגנון הכרעה מבטיח התחשבות בלעדית באינטרסים של הילד, למעשה אינטרסים של אחרים מובאים בחשבון באופן סמוי בהפעלת שיקול-הדעת בשאלה המהותית ביותר, שהיא מהי טובת הילד במקרה נתון. גישה זו הינה פטרנליסטית ביותר ואינה מעניקה לילד מעמד משפטי כלשהו.³⁹

קיים מגוון רחב של זכויות ילדים וקיימות גישות שונות לזהותן ולסווגן.⁴⁰ אמנת האו"ם הפכה חלק גדול מהמחלוקות שבין הגישות השונות לאקדמיות (בלברד), מכיוון שהיא קובעת למעשה מה הן זכויות הילד המוכרות במשפט הבינלאומי. לפיכך, רוב השאלות כיום מתייחסות לתוכן והיקפן של הזכויות המוכרות באמנה זו ובחקיקה לאומית,⁴¹ ולא לקיומן. ניתוחנו במאמר זה מבוסס על ארבע זכויות שהן הרלוונטיות ביותר להחלטה אם להחזיר ילד חטוף: (1) זכות הילד שטובתו תהא מוגנת; (2) זכות הילד לשמירה על קשר שוטף עם שני הוריו; (3) זכות הילד להישמע; (4) זכות הילד להחלטה עצמית. לפני שנדון בתוכן והיקפן של כל אחת מהזכויות האלה, נתייחס בקצרה לקשרי-הגומלין שבין דוקטרינת זכויות הילד לבין שני מושגים-יסוד באמנת האג: "זכויות הוריות" ו"טובת הילד". יש להדגיש כי הדיון בסוגיות סבוכות אלה הינו חלקי, והפתרונות מוצעים באופן טנטיבי כבסיס הניתוח במאמר.

38 לדיון מפורט בנושא משמעות העיקרון של טובת הילד ראו א' שאקי "אפיונים בדיני משמורת קטינים – תוך דגש על יסום עקרון טובת הילד" עיוני משפט י (תשמ"ד) 5, 15; ש' סעדיה משמורת קטינים (תשנ"ב) 47-50; פ' שיפמן דיני המשפחה בישראל (כרך ב, תשמ"ט) 217; וכן י' צ' גילת "כלום טובת הילד הוא שיקול על-פי המשפט העברי בסכסוך שבין הורים על משמורת ילדים?" מחקרי משפט ח (1990) 297.

39 בדנ"א 7015/94 *היועמ"ש נ' פלונית*, פ"ד נ(1) 48, 95-100, השופט חשין מטשטש את ההבדל שבין טובת הילד לזכויות הילד על-ידי הקביעה כי טובת הילד כפי שהיא נקבעת על-ידי מבוגרים מייצגת את אינטרס הילד באותו אופן שבו רצון המבוגר מייצג את האינטרסים שלו. לדעתנו, ניסיון זה להעריך את רעתו של מבוגר לעניין האינטרסים של הילד כזהה עם רצון הילד הינו מסוכן, וחיוני להבדיל בין האינטרסים האמיתיים של הילד (זכויות) לבין דעת המבוגר בשאלה מה צריכים להיות האינטרסים של הילד (טובת הילד).

40 לדוגמה, J. Eekelaar מציין שלוש קטגוריות של אינטרסים: אינטרסים בסיסיים, אינטרסים מתפתחים ואינטרס האוטונומיה. J. Eekelaar "The Emergence of Children's Rights" 6(2) *Oxford Journal of Legal Studies* (1986) 161. לעומת זאת, מתייחס לזכויות רווחה, זכויות הגנה, הזכות לקבלת התייחסות זהה לזו של המבוגרים וזכויות כנגד הורים. M.D.A. Freeman *The Moral Status of Children* (Dordrecht, M. Nijhoff, 1997). השופט שמגר, בע"א 2266/93 *פלונים נ' אלמוני*, פ"ד מט(1) 221, מבחין בין זכויות-יסוד המוענקות לכל אדם, כולל קטינים (דוגמת חופש ביטוי, חופש תנועה וחופש דת), לבין זכויות מיוחדות שהקטין זקוק להן בשל גילו, חוסר בגרותו וחולשותיו (לדוגמה, הזכות לקשר עם הוריו והזכות לקבל את צרכיו מהוריו).

41 החקיקה הרלוונטית בישראל כוללת את חוק יסוד: כבוד אדם וחירותו, ס"ח 1391, התשנ"ב 150, הקובע זכויות-יסוד המוענקות לכל אדם באשר הוא אדם. קיימים גם חוקים המעניקים לקטין שהגיע לגיל מסוים זכות הכרעה לגבי עניין ספציפי, כגון המרת דת ואימוץ (חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות), ס"ח 380, התשכ"ב 120, סעיף 13(א) (להלן: חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות), וחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981, ס"ח 293, סעיף 7.

2. מערכת היחסים בין זכויות הילדים לזכויות ההורים

(א) זכויות הוריות – תפיסה מסורתית

זכותם של הורים לגדל את ילדיהם היא זכות טבעית המוכרת בכל חברה.⁴² היום ברור כי זכות זו אינה קניינית ומוחלטת, אלא ניתנת להגבלה ואף להפקעה. דהיינו, זכות ההורים מותנית במילוי חובתם. היחס בין הזכות לחובה בא לידי ביטוי בסעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, הקובע:

אפוטרופסות ההורים כוללת את החובה והזכות לדאוג לצרכי הקטין לרבות חינוכו, לימודיו, הכשרתו לעבודה ולמשלח יד ועבודתו, וכן שמירת נכסיו ניהולם ופיתוחם, וצמודה לה הרשות להחזיק בקטין ולקבוע את מקום מגוריו, והסמכות לייצגו.

לנוכח הצמדת הזכות והחובה, ויירושו המקובל של הסעיף הוא שקיימת להורה הזכות למלא את החובות המצוינים בסעיף,⁴³ כלומר מילוי החובות נתפס כפריווילגיה של הורים. עיקר הזכות הוא הגנה על פריוילגיה זו, כלומר מניעת התערבות אחרים באופן גידולו של הילד על-ידי ההורה.⁴⁴

עד עתה התייחסנו לזכות ההורים ולחובתם בלשון יחיד, בהתאם לנוסח החקיקה. אך כפי שראינו, מדובר בקבוצת זכויות וחובות שעניינן קבלת החלטות ועשיית פעולות הכרוכות בגידול ילד. בהמשך נבחין בין זכויות הוריות שונות, ולכן נעבור להשתמש בלשון רבים. ראוי להדגיש כי בעוד פרשנות זמושג "זכות" כזכות הנושאת בחובה חובה⁴⁵ מתייחסת לקטין כמושא הזכויות והחובות ההוריות, פרשנות זו אינה מעניקה לילד מעמד כלשהו ואין היא מתירה לו להשתתף בהחלטות הנוגעות בו. לכן ברור שההכרה בזכויות הילד יצרה פוטנציאל לקונפליקט בין זכויות הילד לזכויות ההורים. קונפליקט זה בא לידי ביטוי בשנות השמונים של המאה הקודמת בפסק-דין אנגלי ידוע: פסק-דין Gillick.⁴⁶ פסק-דין זה, שיש לו השפעה עולמית, שינה באופן מהותי את משמעות הזכויות ההוריות.⁴⁷

42 לתיאוריות לעניין בסיס הזכויות ההוריות, ראו: C. Barton and G. Douglas *Law and Parenthood* (Butterworths, 1995) 18-25.

43 לרוגמה, שאקי, לעיל הערה 38, בעמ' 87; וכן השופט אלוך בד"מ 1/81 נגד נ' נגד, פ"ד לח' 365, 395, שצוטט בהסכמה על-ידי השופט גולדברג בע"א 212/85, 224 פלוגי נ' פלוגי, פ"ד לט' 309, 312, ועל-ידי הנשיא שמגר (כתוארו אז) בע"א 2266/93 פלוגי נ' אלמוני, לעיל הערה 40, בעמ' 237, פסקה 9. ראו גם שיפמן, לעיל הערה 38, בעמ' 219, המצוטט רבות בפסיקה.

44 ראו: B.M. Dickens "The Modern Functions and Limits of Parental Rights" 97 *Law Quarterly Review* (1981) 462.

45 שיפמן, לעיל הערה 38, בעמ' 219.

46 *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Health Authority and the DHSS* [1986] 1 AC 112 (אנגליה) (להלן: פסק-דין Gillick). בפסק-דין זה ביקשה גברת גיליק (אשה רומית-קתולית קנאית למוסריות) הצהרה בדבר אי-חוקיותן של הנחיות של רשויות הבריאות שלפיהן רופאים רשאים לספק אמצעי-מניעה לנערות מתחת לגיל שש-עשרה ללא הסכמת ההורה או ידיעתם אם מתקיימות אמות-מידה מסוימות.

47 ראו: J. Eekelaar "The Eclipse of Parental Rights" 102 *Law Quarterly Review* (1986) 4; וכן: K.T. Bartlee "Re Expressing Parenthood" 98 *Yale L. J.* (1988) 293; וכן: Y. Kaplan "The Interpretation of the השוו: העברי, השוו: Y. Kaplan

זכויות ילדים חטופים

(ב) מסק־דין Gillick - זכויות הילד החדשות

בית־הלורדים הצהיר בפסק־דין Gillick, בדרך אגב,⁴⁸ כי זכויות הוריות קיימות רק כל עוד הן נחוצות להגנת הילדים, וכי –

the parental right yields to the child's right to make his own decisions when he reaches sufficient understanding and intelligence to be capable of making up his own mind on the matter requiring decision.⁴⁹

לפיכך, ככל שהילדים מתבגרים ומסוגלים לפעול באופן עצמאי, כן זכויות הוריהם פוחתות בהתאמה.⁵⁰

החידוש בהצהרה זו אינו בהשקפה כי זכויות הוריות נגזרות מחובות הוריות, שהיתה מקובלת באנגליה מזה זמן רב⁵¹ ובאה לידי ביטוי בישראל בסעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, מכיוון שהשקפה זו על זכויות הוריות יכולה להצדיק באופן זה את הרשאה להורים לשליטה מלאה בילדיהם הקטינים כל עוד הם ממלאים את חובותיהם.⁵² נהפוך הוא, החידוש הינו בטענה כי החובות, והזכויות המתלוות אליהן, אינן נמשכות אוטומטית עד הגיע הילד לגיל בגרות. דהיינו, גם אם ההורה ממלא את חובותיו כהורה מסור ופועל אך ורק לטובת ילדו, אם יהיה הילד מעוניין בשלב מסוים להחליט לפעול באופן עצמאי, תילקח מן ההורה הסמכות לקבל החלטות ולפעול למען ילדו.

Concept "The Best Interest of the Child" in Israel" *Children's Rights and Traditional Values* (Dartmouth, L. Sebba ed., 1998), לשיפמן, הערה 38 לעיל, בעמ' 139.

48 נראה כי רציו ההחלטה הוא שרופא רשאי לתת אמצעי־מניעה לנערה מתחת לגיל שש־עשרה ללא ידיעת הוריה או הסכמתם אם הינה בוגרת דיה לדעתו.

49 Gillick, *supra* note 46, at p. 186, על־פי לורד Scarman.

50 בעוד רוב המלומדים מאמצים את הפרשנות "הרדיקלית" של פסק־דין Gillick, *ibid* (דוגמת J. Fortin *Children's Rights and the Developing Law* (1998) 73; Eekleaar, *supra* note 40, הרי שלדעת Bainham (102, at p. 12, *supra*) עיון בפסק־הדין כולו מוכיח כי הלורדים תמכו במתן זכויות לילדים להשתתף בהליך קבלת ההחלטות מבלי לבטל את זכויות ההורים לחלוטין. למטרותינו נניח כי הפרשנות הרדיקלית היא הנכונה.

51 לדוגמה: בפסק־דין Gillick, *ibid* at p. 184, צוטט המלומד Blackstone בעניין זה: Blackstone's *Commentaries* (17th ed., 1830) Vol. 1, chs. 16-17.

52 כמאה התשע־עשרה, בפסק־הדין האנגלי 317 Ch.D 24 (1883) *Re Agar – Ellis*, לא היה בית־המשפט לערעורים מוכן להתערב ולשנות את סירובו של אב פרוטסטנטי להחיר לבתו, בת שש־עשרה, לבקר אצל אימה הקתולית. בית־המשפט קבע: "The law recognises the rights of the father because it recognises the natural duties of the father, the rights of the father are sacred rights because his duties are sacred". בשנות השבעים של המאה העשרים עדיין חשו בתי־המשפט האנגליים כי הכרחי להסביר מדוע הגישה בפסק־דין זה (אף שכיום היא מיושמת במידה שווה לעניין זכויות אם) אינה הולמת עוד: Lord Denning בפסק־הדין 1 [1970] *Hewart v. Bryant* QB 357; וכן בפסק־הדין 668 AC [1970] *J. v. C*.

השפעתה הפרוטנציאלית של גישה זו רחבה ומשמעותית ביותר, אך היא לא באה עדיין לידי ביטוי ברין הלאומי,⁵³ לא בישראל⁵⁴ ולא באנגליה.⁵⁵ אף-על-פי כן, גישה זו דורשת הערכה מחודשת לעניין היקף זכויותיהם הטבעיות של הורים ומערכת היחסים בין זכויות אלה לזכויות ילדים.⁵⁶

(ג) פתרון אפשרי לסתירה בין זכויות הוריות לזכויות הילד

לא זה המקום לסקור את הספרות המודרנית כולה לעניין זכויות הוריות. נתייחס לגישה אחת בלבד המצליחה לדעתנו ליישב בין התפיסה המודרנית של זכויות הילד לתפיסה המסורתית של זכויות הוריות.

המלומד הסקוטי McCall Smith מחלק את הזכויות ההוריות לשתי קטגוריות. הוא מבחין בין זכויות הוריות שהילד במרכזן (child-centered) לבין זכויות הוריות שההורה במרכזן (parent-centered). הזכויות מן הסוג הראשון מופעלות בעיקרן למען טובת הילד,⁵⁷

53 במישור הבינלאומי ניתן לראות את השפעתו של פסק-דין *Gillick, supra note 46* בפרק 1 בסעיף 5 לאמנת האו"ם, שעל-פיו: "המדינות החברות יכבדו את אחריותם, זכויותיהם וחובותיהם של הורים, או, מקום שניתן ליישם, של בני המשפחה המורחבת או הקהילה, כנהוג על פי המסורת המקומית, של אפוטרופסים חוקיים או של אישים אחרים האחראיים משפטית לילד, על מנת לספק, באופן המתאים לצורכי הילד המתפתח, הכוונה והדרכה נאותות בהפעלת הזכויות המוכרות באמנה זו."

54 הצהרתו של השופט שמגר בע"א 2266/93 *פלונת נ' אלמוני*, לעיל הערה 40, כעמ' 237, פסקה 9, כי בתי-המשפט יתערבו במקרים שבהם הפעלת הזכויות ההוריות אינה עולה בקנה אחד עם טובת הילד או עם זכויות הילד, אינה נכללת בגדר גישה זו. (אכן, *Eekelaar*, *supra note 47*, at pp. 4, 7-8) מצביע כי באופן הגיוני, דעת הרוב בפסק-דין *Gillick* צריכה גם להגביל את כוחם של בתי-המשפט בקבלת החלטות הנוגעות בבני נוער כשירים). חשוב לציין כי אין כל החלטה של בתי-המשפט הישראלי המבהירה את יכולת קבלת ההחלטות של בני-נוער. בחמ"ש 19120/97 *פלונת נ' אלמוני* (טרם פורסם) ביסס בתי-המשפט את החלטתו להחיר לקטינה בת שש-עשרה לצאת לטיול חינוכי לחוץ-לארץ חרף התנגדות אביה הן על זכותה לתופש תנועה חן על טובתה. יש לציין כי במקרה זה הסכימה האם לטיול, ולכן היה הסכסוך לא רק בין ילד לבין הורה, אלא גם בין ההורים לבין עצמם. העניין עמד כמעט לדיון בבג"ץ 2098/91 *פלונת נ' גב' ורדי ג'ק ואור*, פ"ד מה(3) 217, אך בתי-המשפט העליון שכנע את הנער, בן שבע-עשרה, להסכים לטיפול כימותרפי שבתי-המשפט לנוער ציווה כי יינתן בכפייה. באופן אירוני, ההחלטות שבהן השתמש בתי-המשפט העליון הישראלי במינוח של זכויות הילד היו מקרים שילדים צעירים יותר היו מעורבים בהם ואשר הנוח בהם כי הילד "ירצה" את הטוב ביותר בעבורו וכי הוריו הם אלה היכולים לקבוע זאת. לדוגמה, השופט חשין בדנ"א 7015/94 *היועמ"ש נ' פלונת*, הערה 39 לעיל, וכן בבג"ץ 5227/97 *דוד נ' בית הדין 'זרבי הגדול כירושלים* (טרם פורסם).

55 בתי-המשפט האנגליים נסוגו במידו כלשהי מפסק-דין *Gillick* (*supra note 46*) בפסק-דין מאוחרים יותר, כגון: *Re R (a minor) (wardship: medical treatment)* [1991] 4 All ER 177, וכן: *Re W (a minor) (medical treatment)* [1992] 4 All ER 627, שבהם פסק בתי-המשפט לערעורים כי הסכמת הורה לטיפול רפואי לנוער מבגור הינה אפקטיבית למרות התנגדות הקטין.

56 לא קל ליישב את הגישה בפסק-דין *Gillick* עם סעיף 16 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, הקובע: "הקטין חייב, תוך כיבוד או: ואם, לציית בכל עניין הנתון לאפוטרופסותם." מובן שהסעיף הינו הצהרתי גרידא, אך יש משמעות לכך שחובת הציות של הקטין הינה מוחלטת לכאורה וכי להורים ניתנת זכות ההחלטה. (אך ראו את הדיון של השופט אנגלרד בע"א 2034/98 *אמין נ' אמין*, דינים עליון, כך, כו, 961, פסקות 18-19; וכן ראו דברי הסבר לסעיף 110 להצעת חוק היחיד והמשפחה, 1955, שהינו המקור לסעיף 16 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.)

57 דוגמות לזכויות כאלה הן הזכות להורות על טיפול רפואי והזכות לייצג את הילד.

זכויות ילדים חטופים

ואילו הזכויות מן הסוג השני מופעלות בעיקרן למען טובת ההורה.⁵⁸ משמעותו של ניתוח זה היא ההכרה כי להורים יש אינטרסים עצמאיים המוגנים על-ידי החוק.⁵⁹

גישה כזו עולה בקנה אחד עם החשיבה המודרנית לעניין זכויות האדם כפי שהיא באה לידי ביטוי באמנה האירופית לזכויות האדם⁶⁰ ובחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁶¹ הגישה אף אינה נוגדת את פסק-דין Gillick, אלא פשוט מגבילה את תוצאותיו לזכויות הוריות מן הסוג של child-centered. כלומר, רק זכויות הוריות מן הסוג של child-centered הולכות ומצטמצמות ככל שהילד גדל. זכויות מן הסוג של parent-centered נשארות כל עוד הילד קטין.

אך יש לזכור כי זכויות אלה של ההורים אינן מוחלטות, והן עלולות להתנגש בזכויות הילד.⁶² דוגמה להתנגשות כזו היא מקרה שבו ההורה מעוניין לשמור על קשר עם ילדו המתבגר בעוד הילד מתנגד לכך. באופן מסורתי, קונפליקטים כאלה לא זוהו כהתנגשות בין זכויות ויושבו בעזרת שימוש בעיקרון של טובת הילד. במידה מסוימת, דרך זו אינה תומכת בזכויות איש מן הצדדים, אלא מאפשרת לצד שלישי (בדרך-כלל בית-המשפט) לכפות פתרון המקדם לדעתו את טובת הילד באופן הטוב ביותר.

חשוב להדגיש שקיים קונפליקט אמיתי בין זכויות הילד לבין זכויות ההורה רק במקרים שבהם זכות ההורה הרלוונטית הינה מסוג parent-centered. הדוגמות של השופט שטרסברג-כהן,⁶³ שבהן ביקש הילד לנסוע לחוץ-לארץ או לבוזז את כספו בניגוד לרצון הוריו, מתארות זכויות חוקתיות של הילד, כגון חופש תנועה וחופש קניין, בהתאמה. לעומת זאת, הזכות ההורית המתנגשת לכאורה היא זכות לקבל החלטות בעבור הילד עד שיוכל להחליט בעצמו. מדובר אס-כן בזכויות הוריות מסוג child-centered, ואין הן בעלות קיום עצמאי. לכן הקונפליקט אינו בין זכויות הוריות לזכויות ילדים, אלא בין טובת הילד לבין האוטונומיה של הילד,⁶⁴ וזו דילמה שנעסוק בה בהמשך.

58 דוגמות לזכויות כאלה הן הזכות לשמור על קשר שוטף עם הילד והזכות לבחור את סוג החינוך שיוענק לו (מתוך מסגרת האפשרויות המותרות על-פי חוק, ובמיוחד איזה חינוך דתי, אם בכלל).

59 השופט פורת, בע"מ 1125/99 ז.ל.ד.7.1 כ.א. פדאור 263/51, פסקה 6, מציין כי זכות הורית "יש בה אף זכות ממש ללא הדגשת חובה כלפי הילדים בלבד". הוא מצטט מד"מ 1/81 נגד נ' נגד, לעיל הערה 43, בעמ' 412: "נראה כי אין ההורים חפץ דומם... בהתאם."

60 Bainham, *supra* note 12, at p. 103. האמנה האירופית לזכויות האדם חוקקה באנגליה על-ידי ה-497, Vol. 7, Halsbury's Statutes (4th ed.) Human Rights Act 1988, שנכנסה לחוק באוקטובר 2000.

61 הנשיא שמגר אומר בפסק-דין פלוניס, לעיל הערה 36, בעמ' 235: "זכותם של הורים לגדל ולחנך את ילדיהם כראות עיניהם היא זכות חוקתית יסודית."

62 לעומת זאת, הן על-פי פסק-דין Gillick והן על-פי גישת Bainham (*supra* note 12, at pp. 98-99) לא ייתכן קונפליקט. על-פי Gillick, כאשר יש לילדים זכויות, זכויות ההורים נעלמות מייד. ועל-פי Bainham, להורים יש זכויות רק כלפי המדינה.

63 פסק-דין פלוניס, לעיל הערה 36, בעמ' 268.

64 אשר ניתן להציגה כקונפליקט בין זכות הילד להגנה לבין זכותו לאוטונומיה (לדיון בקונפליקט זה ראו סעיף 3 של פרק זה להלן). בתמ"ש 19120/97 פלונית נ' אלמוני, תק-מש 298 (2) 146, אישרה השופטת נילי מימון לנערה בת שש-עשרה להשתתף במשלחת נוער לחוץ-לארץ חרף התנגדותו של אביה, וציינה כי לא היתה במקרה זה התנגשות בין זכות הקטינה לבין טובתה.

ההכרה כי הילד הינו בעל זכויות מאפשרת לפתור קונפליקטים על-ידי איזון בין זכויות הילד לזכויות ההורים, ולמרות שמו, "גישת זכויות הילד", מנגנון הכרעה זה מתחשב בזכויות שני הצדדים.

נבחן כעת את ההשלכות של מנגנון זה ואת מערכת היחסים בינו לבין מנגנון ההכרעה המסורתי המבוסס על העיקרון של טובת הילד.⁶⁵

3. מערכת היחסים בין שני מנגנוני ההכרעה – בין טובת הילד לבין זכויות הילד (א) פלונים נ' אלמוני⁶⁶

בהחלטת בית-המשפט העליון בפסק-דין פלונים קיים דיון מפורט העוסק במערכת היחסים שבין עקרון "זכויות" לעקרון "טובת הילד" כמנגנוני הכרעה בסכסוכים העוסקים באפטרופסות בכלל ובחינוך דתי לילדים בפרט. במקרה זה עלתה השאלה אם להחיר לאם בעלת זכות משמורת, שהצטרפה לכת עדי יהווה לאחר התמוטטות הנישואין, לחשוף את ילדיה היהודיים לתורת הכת בניגוד לרצון אביהם.

שתי הגישות (הן "זכויות הילד" והן "טובת הילד") הובילו בפסק-דין זה למסקנה כי אין להחיר לאם לחשוף את ילדיה לתורת הכת.⁶⁷ הזכויות שעמדו על הפרק היו זכויות ההורה וזכויות הילד לחופש דת ומצפון, ונוסף על כך זכות הילדים שדתם לא תומר ללא הסכמתם.⁶⁸ הנזק שייגרם לילדים בשל הפרת זכות זו יהיה יצירת בלבול וקונפליקט פנימי בלב הילדים, העלולים להיקרע בין שתי הדתות שאליהן ייחשפו. הנזק הפסיכולוגי שינבע מכך יהיה בלתי-הפיך, ולכן חמור יותר מהנזק שייגרם לאם בשל האיסור ללמד את דתה לילדיה בזמן היותם קטינים.⁶⁹

שתי הדעות העיקריות בפסק-הדין התייחסו לחסרונות במנגנון טובת הילד,⁷⁰ אך

65 לתקציר המאפיינים של עקרון טובת הילד והבסיס החקיקתי ראו קפלן, לעיל הערה 33, בעמ' 626-631.

66 פסק-דין פלונים, לעיל הערה 36.

67 אף-על-פי-כן, בפועל, לא היה ניתן לקיים את החלטת בית-המשפט המעניקה לאב משמורת רוחנית על הילדים בשל חוסר שיתוף-פעולה בין ההורים. כעבור חמש שנים הורה בית-המשפט לנוער בתל-אביב, בבש"א 2078/99 בעניין הקטינים פלונים (טרם פורסם), על צו טיפול בשל בעיות פסיכולוגיות חמורות שנגרמו להם לדעת בית-המשפט בשל האופן שבו שלטה בהם האם ובמיוחד בשל שטיפת-מוחם נגד אביהם. אנו מודים לעורך-דין סמי ישראל שהביא את ההליכים הנ"ל לידיעתנו ומסר לנו העתק של החלטת בית-המשפט לנוער.

68 ובכלל זה לא להיחשף ללימודי דת יזעלולים להוביל להמרת דת.

69 שהינו הפיך, לפחות בחלקו. במקרה זה, האם תוכל לחשוף את ילדיה לתורת דתה כאשר יגיעו לגיל בגרות, אף שהדבר לא יפצה לחלוטין על הפסד ההזדמנות לטפח בליבם אמונה דתית בגיל צעיר יותר.

70 הנשיא שמגר, בפסק-דין פלונים, לעיל הערה 36, בעמ' 254, מתאר את העיקרון כמושג רגשי סובייקטיבי, ומצטט את ביקורתו של פרופסור פ' שיפמן, הערה 38 לעיל, בעמ' 236, כי "הגישה הפטרנליסטית, אותה מבקשים לרזון בתחומים רבים של המשפט, פועלת ללא מעצור בענייניהם של קטינים". בדומה לכך, השופטת שטרסברג-כהן מתארת את מנגנון טובת הילד כ"מבחן גמיש, רחב, ובלתי מוגדר המתמלא בתוכן על ידי בית המשפט" (שם, בעמ' 250). הערות אלה משקפות שינוי בגישתם של מלומדים מערביים לעקרון טובת הילד שנתפס בעבר כגורם המביא לידי סיום ההפליה נגד אימהות ולביטול התפיסה כי ילדיהם הם רכוש הוריהם. המאמר המוביל המסמן את השינוי בגישה הוא: R. Mnookin "Child Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of S. Parker "The Indeterminacy" 9 Law and Contemporary Problems (1975) 226 ראו גם:

זכויות ילדים חטופים

המסקנות שאליהן הגיעו השופטים שונות זו מזו. מתד גיסא, השופט שמגר העדיף את מנגנון ה"זכויות", וסבר כי עקרון "טובת הילד" הינו אחד השיקולים שבגישת "הזכויות". מאידך גיסא, השופט שטרסברג-כהן (שעמה הסכימו השופטים אור וזמיר) החזיקה ברעה שגישת טובת הילד גוברת על כל שיקול אחד בכל הסוגיות העוסקות בילדים, אף שהודתה כי זכויות הילד רלוונטיות לצורך קבלת ההחלטה לעניין טובתו.

השופט מצא טען כי "שני המבחנים ראויים להתקיים זה לצד זה בלי שיתעורר הכרח לקבוע איזה משניהם ראוי להיחשב כרחב מזולתו וככולל את זולתו ואף בלי לדרגם – לפי סדר הקדימות והחשיבות – זה מעל זה", וטענתו מהווה גישת-ביניים.⁷¹ לדעתו, בעניינים מסוימים יחול מנגנון הזכויות ובעניינים אחרים יחול מנגנון טובת הילד. השופט ציין אומנם מספר מצומצם של דוגמות, אך לא הסביר כיצד לזהות איזה מנגנון יחול במקרים אחרים.

ראוי לציין כי המשותף לכל הדעות בפסק-דין פלונים הוא התפיסה כי שני העקרונות חשובים, והשאלה היא כיצד לשלבם. נראה כי אותה בעיה ממש עמדה לנגד עיניהם של מנסחי אמנת האו"ם.

(ב) סעיף 3 של אמנת האו"ם

מפתיע אולי שאחד הסעיפים המרכזיים באמנת האו"ם הוא סעיף 3, שעל-פיו:

בכל הפעולות הנוגעות לילדים, בין אם ננקטות בידי מוסדות וווחה סוציאלית ציבוריים או פרטיים ובין בידי בתי משפט, רשויות מינהל או גופים תחקיתיים, תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה.

לכאורה סעיף זה אינו עולה בקנה אחד עם מטרת האמנה להעניק לילדים זכויות משפטיות שאינן מותנות בשיקול-דעתם של המבוגרים. לכן השאלה היא: מהו היחס שבין המחויבות להעניק חשיבות ראשונה במעלה לטובת הילד לבין דוקטרינת הזכויות שהאמנה מבוססת עליה?

התשובה המקובלת ביותר היא זו של פרופסור Van Beuren, שהינה פרשנית מרכזית של האמנה. לדעתה, העיקרון של טובת הילד שבסעיף 3 הוא עיקרון פרשני שיש להתחשב בו

"Best Interests of the Child Principles and Problems" *The Best Interests of the Child* 26 (Clarendon Press, P. Alston ed., 1994), המאשים את עקרון טובת הילד בכך שהוא: "provides a convenient cloak for bias paternalism and capricious decision making". כמו-כן ראו תקציר לעניין החסרונות של עקרון טובת הילד במאמרו של קפלן, הערה 33 לעיל, בעמ' 634-631. השופט חשין, בדו"א 7015/94 *היועמ"ש נ' פלונית*, הערה 39 לעיל, מנסה ליצור הבחנה בין המושגים "best interests" ו-"welfare", הנחשבים בדרך-כלל מושגים נרדפים ומתורגמים לעברית כ"טובת הילד". לדעתו, יש להתייחס ל"טובת הילד" כאל "אינטרסים" של הילד, והמדובר בזכויות וחובות, ולא כ"טוב" או "רע" לילד. הוא אכן צודק בטענתו (שם, פסקה 18) שגישתו זו מפחיתה את היסוד הפטרנליסטי בדוקטרינה של טובת הילד, אך גישה זו מסוכנת מכיוון שהיא תופסת את הערכת האינטרסים על-ידי המבוגרים כשווה לדעות הילדים עצמם. לפיכך עדיף להודות שקיימים הבדלים בין העיקרון המסורתי של טובת הילד לבין העיקרון המודרני של זכויות הילד מאשר לנסות ליישב בין השניים על-ידי פרשנות חדשה של העיקרון המסורתי.

71 פסק-דין פלונים, שם, בעמ' 274.

ביחס לכל אחת מן הזכויות המופיעות באמנה, ולפיו יש למלא את החסר כאשר הזכויות הספציפיות האחרות באמנה אינן חלות.⁷²

(ג) פתרון אפשרי ליישוב מערכת היחסים בין טובת הילד לבין זכויות הילד

פתרוננו, הן למחלוקת הקיימת בפסק-הדין פלונס והן לסתירה לכאורה שבין סעיף 3 לאמנת האו"ם לבין הדוקטרינה של זכויות הילד, הוא להתייחס ליישום העיקרון של טובת הילד כזכותו של הילד. כלומר, יש לפרש את סעיף 3 כמעניק לכל ילד את הזכות שטובתו תישקל כשיקול ראשון במעלה. פרשנות זו סבירה לדעתנו לאור מטרות האמנה,⁷³ אף שהסעיף אינו מנוסח במושגי זכויות.

יש להבהיר כי זכות זו אינה מוזלטת, וייתכן שתתנגש בנסיבות מסוימות הן בזכויות-ילד אחרות⁷⁴ והן בזכויות של אנשים אחרים. קונפליקטים בין הזכויות יפתרו על-ידי איזון ביניהם.

יש לציין כי פתרוננו עולה בקנה אחד עם דעתו של השופט שמגר בפסק-דין פלונס, שטובת הילד הוא אחד השיקולים שבדוקטרינת הזכויות,⁷⁵ אך הוא ממשיך מעבר לכך ומבהיר כי לילד יש זכות עצמאית ונפרדת שטובתו תישקל כשיקול ראשון במעלה. היתרון בגישתנו הוא הכללת נוסח מצומצם של עקרון טובת הילד בתוך הדוקטרינה של זכויות הילדים. כך אנו נמנעים מהכנה הטמונה ב"עזיבת ילדים לזכויותיהם",⁷⁶ מחד גיסא, ומצמצמים את אופיו המעורפל של עקרון טובת הילד, מאידך גיסא. נוסף על כך, השימוש במסגרת הזכויות מספק מבנה לקבלת החלטות⁷⁷ ומעלה את הסיכוי שבתי-המשפט יעניקו

72 G. Van Bueren *The International Law on the Rights of the Child* (Nijhoff, 1995) 46. רונן מרחיב על התפקיד של טובת הילד כעיקרון שיווי במאמרו "טובת הילד: מעקרון רב משמעי לתכלית של זכויות אדם" (טרם פורסם).

73 מפתח-הדבר של האמנה עולה כי אחת ממטרותיה העיקריות היא ההכרה בזכויות הילד באופן אוניוורסלי. יתר על-כן, מייד לפני וועף 3, בסעיף 2, נקבע כי "המדינות החברות יכבדו ויבטיחו את הזכויות המפורטות באמנה".

74 דוגמה להתנגשות בין שתי זכויות-ילד היא כאשר אין זה לטובת הילד לשמור על קשר עם אחד מהוריו. ראו פסק-דין (ארצות-הברית) *Henrik v. Netherlands* UN Doc A/43/40, 230 pr 10.4, ודיון בו במאמר: D.M. McGoldrick "The United Nations Convention on the Rights of the Child" 132, 136 *International Journal of Law and the Family* (1991) 5. במקרה זה האמנה קובעת בבירור, בסעיף 9, כי טובת הילד גוברת. המצב הבעייתי שבו זכות הילד לאוטונומיה מתנגשת בזכות הילד שטובתו תישקל כשיקול ראשון במעלה נידונה בסעיף 3(ד) של פרק זה.

75 מכיוון שלדעתו, מטרת הזכויות היא להבטיח את טובת הילד (פסק-דין פלונס, הערה 36 לעיל, בעמ' 264); קפלן, לעיל הערה 33, בעמ' 640, סבור כי הערה זו מרוקנת במידה רבה מחוכן את דברי הנשיא שמגר לעניין זכות הילד לאוטונומיה.

76 B.C. Hafen "Children's Liberation and the New Egalitarianism: Some Reservations" ראו: B.C. Hafen "About Abandoning Youth to their Rights" (1976) *BYUL Rev.* 605-658; וכן: B.C. Hafen and J.O. Hafen "Abandoning Children to their Autonomy: The UN Convention on the Rights of the Child" 37 *Harv. Int'l J.* (1996) 449.

77 ניתן לטעון כי החלטות אלו קשות יתקבלו על-ידי בתי-המשפט על-פי תחושות-בטן של השופטים ופרשנותם לשאלה מה נכון מוסרי. השופטים יבנו את טיעוניהם המשפטיים כך שיתמכו בתוצאה המבוקשת. במקרים גבוליים, שבהם אין השופטים בטוחים כיצד לפסוק, ייתכן שנוסחת מנגנון של

זכויות ילדים חטופים

משקל ראוי לאינטרסים השייכים לכל אחד משלושת קודקודי המשולש: ילד,⁷⁸ הורים,⁷⁹ מדינה.⁸⁰ ניתוח במושגי זכויות יאפשר ניסוח סטנדרטים נורמטיביים במקום הערכה גרידא של עובדות בכל מקרה לגופו.⁸¹ התייחסות לעקרון טובת הילד כאל אחת מזכויות הילד מאפשרת לנו להשתמש בגישת הזכויות אפילו במקרים שלא חלה בהם אף אחת מהזכויות הספציפיות המופיעות באמנה. חשוב לציין כי נטיית שופטים מסוימים, בסכסוכים הנוגעים בילדים, לערוך איזון בין זכויות הצדדים המעורבים לבין טובת הילד עולה במידה רבה בקנה

קבלת ההחלטות תשפיע על החלטתם הסופית. בפסק-דין מוביל שניתן לאחרונה ניתן לראות כיצד השימוש במינוח הזכויות לצורך התייחסות לאינטרסים של הילד הוביל להחלטה מובנית יותר מזו שמבחן טובת הילד היה מוביל אליה. בדנ"א 7015/94 *היועמ"ש נ' פלוני*, לעיל הערה 39, יש להשוות את דעתה של השופטת דורנר, שקבעה כי הנזק שייגרם לילד בשל העברתו מהוריו המאמצים בניגוד לרצונו יהיה רב יותר מהנזק שייגרם לאימו הביולוגית אם החלטת הערכאה הנמוכה יותר, כי הילד בר-אימון, תאושר, מכיוון שהאם יכולה להינשא ולהרות שוב (פסקה 21 לפסיקתה), לדעות השופטים שמגר ולוין, שהתבססו כולן על טובת הילד. יש לציין שגישתם של שופטים אלה תואמת יותר את המסגרת הסטטוטורית הנוכחית, הדורשת כי החלטות לפי חוק אימוץ יינתנו אם נוכח בית-המשפט שהן לטובת המאומץ" (סעיף 1 לחוק האימוץ, התשמ"א-1981).

78 החשיבות שבהתחשבות בזכויות הילד, להבדיל מטובת הילד, עולה מפסק-הדין האנגלי *Re T* [1997] 1 All ER 906 (*wardship: medical treatment*) (*a minor*), שבו סירב בית-המשפט לערעורים להורות על השתלת כבד לתינוק בניגוד לרצון האם אף שהיה ברור שהילד לא ישרוד ללא הניתוח. במקרה זה ציין בית-המשפט במפורש כי שיח זכויות אינו מועיל, והתייחס לאינטרסים של הילד כבלתי-נפרדים מאלה של האם. התוצאה היתה שבית-המשפט לא בחן את זכות הילד לחיים. יש להשוות פסק-דין זה לפסק-הדין הישראלי רע"א 5587/97 *היועמ"ש נ' בן אכר (קטין)*, פ"ד נא(4) 830, 848 (להלן: עניין בן אכר), שבו התייחס בית-המשפט לזכות הילד לחיים, אך המנגנון שהופעל היה טובת הילד בהתאם לסעיף 68(ב) לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

79 בעוד בתי-המשפט המיישמים את עקרון טובת הילד יכולים להתייחס לזכות ההורה לאוטונומיה ולגידול ילדיו בהתאם לאמונתו הדתית, בפועל אין הדבר יותר ממס-שפתיים, מכיוון שעל בית-המשפט לקבל החלטה המשרתת את טובת הילד. לדוגמה ראו בפסק-הדין האנגלי על התאומים הסיאמיים *Re A (children) (conjoined twins: Surgical Separation)* Court of Appeal [2001] 4 WLR 961. בניגוד לכך, מנגנון הזכויות מבטיח שיתייחסו לדעות ההורים בכובד-ראש מכיוון שזכויותיהם יישקלו כנגד זכויות הילד המתנגשות. בעוד שזכויות הילד יגברו פעמים רבות על הזכויות ההוריות, במיוחד במקרים של חיים או מוות, זכויות ההורים הן שיכריעו במקרים שבהם ההיקף של זכויות הילד אינו ברור או התוצאה של הפרת זכויותיו אינה קשה. במקרה של סכסוך בין ההורים, זכויות ההורה האחד יתגשו בדרך-כלל עם אלה של האחר, וייתכן שזכויות הילד הן אלה שיכריעו את הכף. ראו לדוגמה בתמ"ש (י-ם) 14622/97 *פלוני נ' אלמונית*, תק-מש 98(3) 19.

80 האינטרסים של המדינה, דהיינו הערכים והנורמות שהיא מאמצת, מוגנים, מכיוון שהמדינה היא שמגדירה את זכויות הילד ואת זכויות ההורים באמצעות חקיקה או פסיקה. השוו לדוגמה בין פסק-הדין הישראלי בפרשת *בן אכר*, הערה 78 לעיל, שבו התייחס בית-המשפט לקדושת החיים, לבין פסק-הדין האנגלי *Re T*, *supra* note 78, שבו לא התקיים כל דיון כזה אף-על-פי שדעות השופטים השונים הושפעו בכיור מהשקפותיהם האישיות בעניין. הקשר של חטיפות, אינטרס המדינה בהרתעה הוא גורם רלוונטי, והשלכותיו יידונו להלן בפרק 31(ג) י מאמר.

81 השופט מצא בפסק-דין *פלוני*, הערה 36 לעיל, ב' 274.

אחד עם הצעה זו,⁸² אף-על-פי שהשופטים אינם מתייחסים במפורש לזכות הילד כי טובתו תובא בחשבון.

4. החזרת ילדים חטופים – זכויות רלוונטיות

כפי שהזכרנו לעיל, קיימות ארבע זכויות רלוונטיות עיקריות הכרוכות בהחלטה אם להחזיר ילד חטוף על-פי בקשה על-סמך אמנת האג:⁸³ זכות הילד שטובתו תהא מוגנת, זכות הילד לשמירה על קשר שוטף עם שני הוריו, זכות הילד להישמע וזכות הילד להחלטה עצמית. לכאורה, מימוש שתי הזכויות הואשונות עומד בבסיס החובה להחזרת ילד חטוף, בעוד שמימוש שתי הזכויות האחרונות ידריב את שמיעת הילד והתחשבות בדעותיו כאשר הוא בגיל וברמת בגרות מספיקים. אף שלא ניתן לחלוק על קיום ארבע זכויות אלה, היקפן המדויק ויחסיהן הגומלין ביניהן אינם ברורים, כפי שניווכח בדיון שלמנינו.

(א) זכות הילד שטובתו תהא מוגנת

לדעתנו, זכות הילד שטובתו תהא מוגנת קיימת בשני מישורים: במישור הראשון, שנכנהו המישור הצר, זכות זו אינה אלא קבוצה הכוללת זכויות ספציפיות רבות המגינות על טובת הילד באופנים שונים. כלולות בהן זכויות פוזיטיביות, דוגמת זכות הילד לקבל את צורכי החיים הבסיסיים, והן זכויות נגטיביות, דוגמת זכות הילד לא להיפגע בשל התעללות, ניצול, זטיפה או בכל אופן אחר.⁸⁴ לפיכך, במישור זה טובת הילד מתייחסת לצרכים האוניוורסליים של כל הילדים המזוהים והמוגררים בזכויות הספציפיות.

במישור השני, שנכנהו המישור הרחב, זכות הילד שטובתו תהא מוגנת היא זכות בפני עצמה המבטיחה לילד כי טובתו תובא בחשבון ותוענק לה חשיבות מסוימת בהחלטות הנוגעות בילד.⁸⁵ לפיכך, במישור זה טובת הילד מתייחסת לשיטת קבלת ההחלטות לגבי

82 ראו לדוגמה את פסק-דינה של השופטת נילי מימון בתמ"ש 14622/97, הערה 79 לעיל. בפסק-דין אחר, תמ"ש 19120/97 *פלוגית נ' אלמוני*, הערה 64 לעיל, קבעה השופטת מימון במפורש כי טובת הנערה אינה נוגדת את זכותה לחופש תנועה; ראו גם פסק-דינה של השופטת צילה צפת בתמ"ש (ת"א) 107060/99 *ב' ק' קטין על-ידי אפוטרופוס לדין עו"ד אודליה אלטמן ואח' נ' L.K.*, תק-מש 2001(2) 35.

83 בפרק א למאמר. ניתן להציע שזכות זוילד לשמור על זהותו החרבותית ולחיות בסביבה שהוא משתייך אליה (ראו לעיל הערה 10) הינה רלוונטית לא לשאלת ההחזרה על-פי אמנת האג, אלא להחלטה בדבר המשמורת גופה.

84 זכות זו עוסקת בטובת הילד האינדיבידואלי. לפיכך, כאשר החטיפה אינה מוּזְקָה לילד, נראה כי זכות זו אינה מופרת.

85 ייתכן שזכות זו רחבה יותר מאשר הוסח שבסעיף 3 לאמנת האו"ם בכך שאין היא מוגבלת להחלטות המתקבלות על-ידי מוסדות רווחה סוציאלית ציבוריים או פרטיים או על-ידי בתי-משפט, רשויות מנהל או גופים תחיקתיים, ובמיוחד בכך מוּזְקָה חלה גם על החלטות המתקבלות על-ידי ההורים. יש לציין שקיומה של זכות כזו עולה בקנה אחד עם סעיף 17 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, הקובע כי "באפוטרופסותם לקטין חייבים ההורים לנהוג לטובת הקטין כדרך שהורים מסורים היו נוהגים בנסיבות העניין".

זכויות ילדים חטופים

הילד האינדוידואלי, ולא לפעילויות ספציפיות שיש לעשות או שיש להימנע מהן על-מנת להגן על הילד.

קיום הזכות במישור הרחב שנוי במחלוקת. המלומד האנגלי Eekelaar טוען כי לא תיתכן זכות כזו, מכיוון שמהותה של זכות כלשהי היא שבעל הזכות תובע תביעה או מפעיל בחירה.⁸⁶ לפיכך, לדעתו, תביעה שבה אדם אחר מקבל החלטה או פועל בהתאם לטובת הילד כפי שהינה מוגדרת על-ידי אותו אדם אינה תביעה כלל, ולכן מדובר ב-"welfarism" גרידא. נראה איפוא ש-Eekelaar רואה בחובתו של מבוגר לפעול לטובת הילד הענקת זכות לילד רק אם טובת הילד נקבעת על-ידי הילד עצמו או על-ידי השערה היפותטית בדבר מה שהיה הילד עצמו בוחר אילו היה בוגר דיו.

כנגד דעה זו ניתן להצביע על התיאוריה המקובלת⁸⁷ בדבר "האינטרסים" של הזכות, אשר על-פיה "it is sufficient for the existence of a right that there is an identifiable interest and a corresponding duty".⁸⁸ כלומר, על-פי תיאוריה זו אין צורך שבעל הזכות יתבע תביעה או יפעיל בחירה, אלא די בכך שיש לו אינטרס ושקיימת חובה מקבילה. לדעתנו, לילדים יש אינטרס שהמבוגרים יפעלו בהתאם לטובתם גם אם זו מוגדרת על-ידי המבוגרים עצמם, מכיוון שאם לא כך, ייתכן שהמבוגר יקבל החלטות בהתאם לטובתו האישית והבלעדית או בשל שיקולים חיצוניים. יתר על-כן, ילדים רבים מכירים במגבלות יכולתם לדעת מה טוב בשבילם,⁸⁹ וייתכן שיהיו מרוצים שהחלטות הנוגעות בהם יתקבלו בהתחשב בטובתם כפי שהינה מוגדרת על-ידי מבוגר, כתנאי שדעותיהם יובאו בחשבון. לכן, לאור תיאוריית האינטרסים, יש להכיר בזכות הילד שטובתו תוגן גם במישור הרחב. גישה זו עולה כמובן בקנה אחד עם טיעוננו דלעיל⁹⁰ כי יש לפרש את סעיף 3 של אמנת האו"ם, הדורש ממקבלי החלטות להביא בחשבון את טובת הילד, כמעניק זכות לילד, וכי גישה זו פותרת את השאלה איזה מנגנון עדיף לצורך קבלת החלטות, מנגנון זכויות הילד או מנגנון טובת הילד.

יש לציין שגם אם זכות הילד במישור הרחב אינה מוכרת, קיימת עדיין החובה להתחשב בטובת הילד כשיקול ראשון במעלה בסעיף 3 לאמנת האו"ם. לכן, הדיון בפרק השישי למאמר בשאלה אם החובה להחזיר את הילד על-פי אמנת האג עולה בקנה אחד עם סעיף 3 לאמנת האו"ם הינו רלוונטי בין אם סעיף 3 מפורש כמעניק זכות על הילד ובין אם לאו.

(ב) זכות הילד לשמור על קשר שוטף עם שני הוריו

ניתן לראות בזכות הילד לשמור על קשר שוטף עם שני הוריו את אחת הזכויות הספציפיות הנכללות בזכותו של הילד שטובתו תוגן במישור הצר, אך למרות זאת נציינה בנפרד הן בשל

J. Eekelaar "The Importance of Thinking that Children have Rights" 6 *International Journal of Law and the Family* (1992) 221

ראו: Bainham, *supra* note 12, at p. 83.

88 ראו פרק ג סעיף 1 לעיל.

89 *Ibid*.

90 גם מבוגרים יסתמכו בנסיבות מסוימות על דעת אחר שהינו חכם לדעתם או אובייקטיבי יותר (לגבי שאלת טובתם). הדבר אינו גורע מאוטונומיית המבוגר, אלא זו הדרך שבה הוא מפעילה.

91 בסעיף 3(ג) לפרק זה.

מרכזיותה במקרי חטיפה והן מכיוון שבאופן מסורתי נחשבה זכות הביקור אך ורק כזכות ההורים. זכות זו עולה בשלוש צורות באמנת האו"ם.
ראשית, סעיף 7 מציין: "הילד יירשם מייד לאחר לידתו ותהיה לו מלידתו הזכות להיקרא בשם, הזכות לקבל אזרחות, וככל האפשר הזכות להכיר את הוריו ולהיות מטופל על-ידיהם".
שנית, סעיף 9 קובע:

מדינות חברות יבטיחו כי ילד לא יופרד מהוריו בניגוד לרצונם, אלא רק כאשר קובעות רשויות מוסמכות, הכפופות לביקורת משפטית, בהתאם לדינים ונהלים הנוגעים לעניין, כי פירוד כאמור נדרש לטובת הילד. קביעה כאמור יכול שתידרש במקרה מסוים, כגון מקרה של התעללות או הזנחת הילד על-ידי הוריו, או כאשר חיים ההורים בנפרד ונדרשת החלטה באשר למקום מגוריו של הילד.

שלישית, סעיף 10(2) "מחייב מדינות חברות להרשות לילדים ולהוריהם לצאת ולהיכנס לארץ למטרת שמירה על קשר זה עם זה".
פסיקה מישראל⁹² ומאוצות אחרות⁹³ מראה בבירור כי זכות הביקור הינה זכותו של הילד, וקיימת הנחה שקשר עם ההורים יהיה לטובת הילד אלא אם יוכח ההיפך.⁹⁴ אף-על-פי-כן, המלומדת Fortin מצביעה על העובדה כי בחלק מהפסיקה האנגלית הונה בזכות הילד לקשר עם ההורים ניתן לראות את הסכנה הקיימת בדבקות שיטתית מוגזמת בזכויות ילדים.⁹⁵ Fortin מתייחסת בנויות למקרים שבהם הורה בית-המשפט על קשר בין ילדים לאבותיהם למרות העובדה שהאבות באותם מקרים נהגו באלימות, התעללו באימהות, ובחלק מן המקרים גם בילדים עצמם. Fortin טוענת כי בתי-המשפט התעלמו מראיות מחקריות כי המשך קשר עם ההורה בסיכנות כאלה עלול להזיק לילד.⁹⁶

92 כבר בשנת 1964 ציין בית-המשפט העליון, בבג"ץ 40/63 לוריאן נ' יושב ראש ההוצאה לפועל ואח', פ"ד יונ(3) 1709, 1717, כי "כשההורים חיים בנפרד והילד נמצא ברשות אחד מהם, טובתו היא – בהעדר נסיבות מיוחדות המחייבות אחרת, שיוקד ויבלה בבית ההורה האחר לעיתים מזומנות".

93 באנגליה גישה זו מובעת כבר בפסק-הדין: [1973] 2 All ER 81 *M. v. M (Child: access)*. פסק-דין מאוחרים יותר, החוזרים על גישה זו, כוללים: per [1990] 2 FLR 762 *Re S (minors) (access)*; Butler – Sloss LJ p-767; *Re F (minors) (contact: mother's anxiety)* [1993] 22 FLR 80, per Balcombe LJ p-834.

94 הנחה זו מבוססת, או לפחות יכולה להיות מבוססת, על המחקר הרב המוכיח כי ילדים מתמודדים טוב יותר עם התמוטטות נישואי הוריהם כאשר הם נשארים בקשר טוב עם שני הוריהם. מחקר זה מסכם ב: J. Pryor & F. Seymour "Making Decisions about Children after Parental Separation" 8 *Child and Family Law Quarterly* (1996) 229. וכן ראו ספרה של פרופסור שרה סמילנסקי *פסיכולוגיה וחינוך של ילדים להורים גרושים* (1990).

95 Fortin, *supra* note 50, at p. 31.

96 M. Kaye "Domestic Violence, Residence and Contact" 8 *Ibid.*, at pp. 328-333. וכן גם: [1996] 285, 288 *Child and Family Law Quarterly*. אך פסק-דין אנגלי מאוחר יותר, *Re L (a child) (contact: domestic violence)* [2000] 4 All ER 609 (The Times 21st June 2000), מציג מודעות להשפעת אלימות על ילדים, ומציע לחולל שינוי בגישת בית-המשפט. בעניין זה, לדיון בגישת בתי-המשפט לאלימות במשפחה במקרה חטיפה על-פי האמנה ראו פרק 33(ד) למאמר.

זכויות ילדים חטופים

לדעתנו, התייחסות לחובה להגן על טובת הילד כאל זכות הילד תחייב את בית-המשפט לבדוק באופן זהיר ורציני יותר את ההשלכות שינבעו לילד ממימוש זכותו לקשר שוטף עם הורה אלים או עם הורה שעלול להזיק לו בדרך אחרת.

(ג) זכות הילד להישמע⁹⁷

(1) בסיסה של זכות הילד להישמע

ההכרה בזכות הילד להביע את דעותיו בהליכים הנוגעים בו הולכת וגוברת, אך אף-על-פי-כן נראה כי אין תמימות-דעים בנוגע לבסיסה של זכות זו. ניתן להבחין בשלושה רציונלים שונים לקיומה:

(א) לעזור למקבלי ההחלטות לקבוע מה טוב לילד. יש להתחשב ברצונו של הילד כאשר מחליטים מהי טובתו מכיוון שידוע כי סיכויי ההצלחה של תוצאות התואמות את רצון הילד רבים יותר.

(ב) לתת לילד הרגשה שהוא משתתף בהליך קבלת ההחלטות (גם אם בפועל ניתן משקל מועט להשקפותיו) מכיוון שכך יפחתו תחושות התסכול וחוסר-האונים שלו ויקל עליו לקבל תוצאה לא-רצויה.

(ג) שיטה לקיום זכות הילד להחלטה עצמית.

כותבים מסוימים נעים ללא הבחנה מרציונל אחד לאחר מבלי לציין זאת כלל. כך Eekelaar, בעוד הוא מאמץ את הגישה השלישית, מגדיר בד בבד את המושג החלטה עצמית כ"דרך לגלות מה טוב לאינדיווידואל"⁹⁸ (קרי: הגישה הראשונה).

ניתן לראות כי רק הרציונל השלישי עולה בקנה אחד עם הדוקטרינה של זכויות הילד. הרציונלים הראשון והשני נגזרים מעקרון טובת הילד. לכן, בעוד שאין לשלול אותם כחלק מיישום זכות הילד שטובתו תובא בחשבון, יש להתחשב, בקביעת היקף הזכות ושיטת מימושה, ברציונל השלישי. אם ההזדמנות שניתנת לילד להישמע מאפשרת את מימוש זכותו להחלטה עצמית, קל וחומר שתספיק לאפשר את קביעת טובתו.

(2) השיטות למימוש זכות הילד להישמע

ניתן לטעון כי לא די שפקיד הסעד או פסיכולוג מומחה⁹⁹ יוודא מהן השקפות הילד ויגיש חוות-דעת בעניין לבית-המשפט, מכיוון שחוות-דעת כזאת, במודע¹⁰⁰ או שלא

97 לדיון מרחיב בנושא ראו ספרו של י' רונן *שיתוף הילד בקביעת משמורתו* (1997). מעניין שבהצעת חוק היחיד והמשפחה, 1955 (ראו הערה 56), שכלל סעיפים בעניין אפוסטרופות שנחקקו לבסוף בחוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופות, נכלל סעיף 109, שקבע כי "ההורים חייבים בכל עניין הנתון לדאגתם לשמוע את הקטין במידה שהוא מסוגל להבין בדבר וניתן לברר את דעתו". סעיף זה נחשב מתקדם מאוד בזמנו. בדברי ההסבר להצעת-החוק אף צוין כי לסעיף "אין... כמעט דוגמה בחוקים אחרים". לא ברור מדוע לא נחקק סעיף זה לבסוף.

98 ראו: J. Eekelaar "Interests of the Child and the Child's Wishes: The Role of Dynamic Self-Determinism" *The Best Interests of the Child* (Clarendon Press, P. Alston ed., 1994) 50. אף שמוקדם יותר באותו עמוד הוא מאמץ את גישת האינדיווידואליזם של יוסף רו, שעל-פיה אוטונומיה נחשבת רצויה כערך בפני עצמו.

99 רונן, הערה 97 לעיל, בעמ' 142-145.

100 לדוגמה, כאשר המומחה מאמין בהתערבות פטרנליסטית, שם, בעמ' 143.

במודע,¹⁰¹ מושפעת מהערכת המצב של המומחה. תורת-דעת כאלה יכולות להיות לעזר רב לבית-המשפט בסייען לו להעריך את השקפות הילד, אך עליהן לשמש ככלי נוסף, ולא כתחליף, לשמיעת הילד באופן ישיר או על-ידי נציג.

יתר על-כן, סעיף 12(2) לאמנת האו"ם קובע כי יש לספק לילד את ההזדמנות להישמע בהליכים הנוגעים בו "או באופן ישיר או באמצעות נציג או גוף מתאים". מכיוון שפקיד הסעד הוא שליח בית-המשפט והמומחה הוא שליח אחד ההורים או שניהם, לא ניתן לומר עליהם כי הם נציגי הילד למטרה זו.

(3) האם קיימת זכות לייצוג נפרד?

סעיף 12(2) לאמנת האו"ם מכיר באפשרות שהילד יהיה מיוצג בבית-המשפט, אך אין הוא מקנה לו את הזכות לייצוג. הזכות לייצוג משפטי היא זכות בסיסית,¹⁰² אך היא ממומשת בדרך-כלל, כאשר מדובר בילדים, באמצעות ייצוגם על-ידי הוריהם.¹⁰³ אף-על-פי-כן הולכת וגוברת בישראל, כמו גם במדינות אחרות, ההכרה שקיימים מקרים שבהם לא נאות שהילדים המעורבים בעניין ייוצגו על-ידי הוריהם, ויש צורך בייצוג נפרד.¹⁰⁴ הדיון העיקרי¹⁰⁵ הוא בנוגע לזיהוי של מקרים אלה.

101 שם, בעמ' 143, Eekelaar מציין: "לא קל למומחה המקצועי לבטא נאמנה את עמדת הילד בדבר טובתו כאשר עמדה זו מנוגדת לעמדה שלו." ראו כמובן: T. Eitzen "A Child's Right to Independent Legal Representation in a Custody Dispute" XIX *Family Law Quarterly* (Vol. 19, 1985) 63-64.

102 ראו בג"ץ 412/91 סופאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה ואח', פ"ד מז(2) 843, 847-848.

103 זו זכותם וחובתם על-פי סעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

104 לסקירה מלאה של התפתחות זו בישראל ראו קפלן, לעיל הערה 33. לדיון מפורט במצב באנגליה ראו Fortin, *supra* note 50, at p. 7. לגבי המצב בארצות-הברית ראו המקורות המובאים במאמר של קפלן, שם, בהערות 92 ו-107. נראה כי לפחות שופט ישראלי אחד מכיר בצורך בייצוג נפרד – ראו הערתו של השופט זמורה בע"א 42/49 משקח נ' משקח, פ"ד ג 88, 92. אך ראוי לציין כי לא היתה תמימות-דעים בעניין (ראו דעת השופט זוסמן בע"א 404/70 עברון נ' עברון, פ"ד כה(1) 373, 384-385), ולא ניתן ייצוג נפרד בפועל אף-על-פי שסעיף 68(א) מעניק לבית-המשפט סמכות למנות אפוטרופוס לדין לקטין. נושא זה עלה שוב בשנים האחרונות בעיקר בשל מאמצי המועצה הלאומית לשלום הילד, שהקימה יחידה לייצוג נפרד של ילדים וארגנה כנס בינלאומי לעניין זה בשנת 1995. ניתוח מעמיק של המסגרות הנורמטיביות לעניין ייצוג נפרד נמצא בפסק-הדין של השופט י' גייפמן בתמ"ש (ת"א) 2860/96 פלוני נ' אלמוני, לעיל הערה 35. לדעתו, ניתן למנות נציג נפרד לקטין גם מכוח סעיף 8(א) לחוק בתי-משפט בענייני משפחה.

105 עניינים אחרים שאין לגביהם תמימות-דעים הם, ראשית, יכולת ההגנה שבית-המשפט מסוגל להעניק לאינטרסים של ילד כאשר אין לו ייצוג נפרד; שנית, מהו תפקידו המדויק של נציג הילד, במיוחד כאשר מדובר בילד צעיר. ראו רונן, הערה 7; לעיל, בעמ' 169-170 וכן 172-174. הסוגיה השנייה הובהרה במידת-מה על-ידי השופט גייפמן בתמ"ש 2860/96 פלוני נ' אלמוני, שם, שבו פסק כי ביחס לילדים שגילם מתחת לחמש-עשרה שנה יש למנות אפוטרופוס לדין (שאינו בהכרח עורך-דין) שיציג לבית-המשפט את הערכתו באשר לאינטרסים של הילד, בעוד שביחס לקטינים שגילם מעל לחמש-עשרה שנה יש למנות עורך-דין שיציג את השקפות הקטין בבית-המשפט. אך ראו תמ"ש 26420/97 פלוני נ' היועמ"ש, דינים משפחה, כרך א 616, שבו מינתה השופטת ורדה פלחאל אפוטרופוס לדין לקטין בן חמש-עשרה משום שלדעתה לא היה הקטין מסוגל להבין את ההשלכות מרחיקות-הלכת של הסוגיה הסבוכה שעלתה במקרה זה.

זכויות ילדים חטופים

על-פי הגישה הצרה, שאומצה בארץ,¹⁰⁶ יש להוכיח שעל-פי עובדות המקרה הספציפי יסבול הילד נזק ממשי אם לא יהיה מיוצג בנפרד. לעומת זאת, על-פי הגישה הרחבה, די אם המקרה משתייך לקטיגוריית המקרים שבהם ייתכן שיחזור קונפליקט בין האינטרסים של ההורים לאינטרסים של הילד.¹⁰⁷

(ד) זכות הילד להחלטה עצמית

(1) היקף הזכות

ייתכן שההצלחה המוחשית הגדולה ביותר של התנועה לזכויות הילד היא ההכרה הנרחבת בזכות הילד למידה מסוימת של אוטונומיה, במובן ההחלטה העצמית.¹⁰⁸ עם זאת אין תמימות-דעים בנוגע למידת האוטונומיה שראוי להעניק לילד. טווח האפשרויות נע החל בהתייעצות עם הילדים על החלטות הנוגעות בהם וכלה במתן לילדים זכויות זהות לאלה של המבוגרים בניהול חייהם.¹⁰⁹ רוב הכותבים מאמצים גישה כלשהי בטווח זה, שעל-פיה המשקל שיינתן להשקפות הילדים תלוי בגילם,¹¹⁰ בהבנתם ובסוג העניין העומד על הפרק. לרוב, עמדתו של כל כותב תלויה ברציונל שעליו הוא מבסס את עקרון ההחלטה העצמית. לפיכך, אלה המאמינים כי עקרון ההחלטה העצמית הוא ערך מהותי בפני עצמו¹¹¹ יטילו הגבלות מעטות יותר מאלה המבססים את העיקרון על הרציונל כי מתן הזדמנות לילד לקבל החלטות הנוגעות בו הוא חלק חיוני מהתפתחותו הבריאה.¹¹²

הכרת אמנת האו"ם בזכות להחלטה עצמית מוגבלת להוראה בסעיף 12(1), שעל-פיה "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 של הילד".

106 ראו תמ"ש 2860/96 פלוני נ' אלמונים, שם.

107 זו הגישה שנקטה בנייר-זילנר, שבה, על-פי The Guardianship Act 1968, יש להורות על ייצוג נפרד לילד בכל סכסוך משפחתי אלא אם בית-המשפט משוכנע שאין תועלת בכך. ראו גם דעת השופט זמורה בעניין משקל נ' משקל, לעיל הערה 104, בעמ' 92, וכן ע"א (ת"א) 1751/95 סנגבי נ' סנגבי, פ"מ תשנ"ו (2) 517, 526.

108 אכן, יש הרואים בזכות זו זכות יסודית לכל זכויות הילדים האחרות. ראו לדוגמה: R. Farson, Birthrights (Collier MacMillan, 1974). כמ-כן יש מלומדים (דוגמת י' קפלן, לעיל הערה 33) המגבילים את השימוש במונח "זכויות הילד" למשמעות זו. לדעת השופטת גילי מימון, זכות ההחלטה העצמית של הקטין נובעת מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו תמ"ש 14622/97 פלוני נ' אלמונית, לעיל הערה 79). אך בד בבד לא זכתה זכות זו בהכרה אוניוורסלית, ומספר לא-מבוטל של מדינות הסתייגו מסעיף 12 לאמנת האו"ם, ראו: D. Fottrell (ed.) Revisiting Children's Rights (Kluwer, 2000) 6.

109 קרי, ללא הגבלות המוטלות על-ידי ההורים או על-ידי החוק מעבר להגבלות המוטלות על מבוגרים.
110 הרבר משקף את עקרון הכשרות המתפתחת (the doctrine of evolving capacities), שהינו עיקרון בסיסי באמנת האו"ם. ראו סעיף 5 לאמנה, וכן: Van Beuren, *supra* note 72, at pp. 50-51.

111 ראו 108 *supra* Farson.

112 ראו לדוגמה: Freeman, *supra* note 40, at pp. 54-57, הטוען כי כיבוד מסוגלותו של הילד לאוטונומיה הוא החשוב, ולא האוטונומיה עצמה, וכן: Eekelaar, *supra* note 40.

הסעיף מכיר בכירור כי ייתכנו גורמים אחרים שיגברו על השקפות הילד. לכן, המלומדת Van Bueren טוענת שהסעיף מעגן את הזכות להשתתפות פעילה של הילד בקבלת החלטות הנוגעות בו, ולא את הזכות להחלטה עצמית.¹¹³ לדעתנו, ההבדל הוא עניין של דרגה, ולא של מהות, קרי: לגבי עניינים מסוימים, דומשקל שראוי לייחס להשקפת הילד כבר עד כדי כך שניתנת בעצם לילד הזכות להחליט לעצמו. כלומר, השאלה היא מהו היקף הזכות להחלטה עצמית המעוגנת בסעיף.

קשה מאוד לתת תשובה לשאלה זו מכיוון שהסעיף אינו מעניק כל הנחיה באשר למשקל שיש לייחס להשקפות הילד אל מול גורמים אחרים. יאיר רונן¹¹⁴ טוען כי היעדר הנחיה מדויקת מחליש את סמכותו, וכי ניסוח הסעיף "עלול לאפשר למקבל ההחלטות להתעלם מתשומותיו של הילד לתהליך או לעשות בהן שימוש על-פי צרכיו שלו...". לדעתנו, התייחסות לסעיף כמעגן זכות להחלטה עצמית, ולא רק כמעניק זכות להשתתפות פעילה, תעביר את המסר שיש לכבד את רצון הילד אלא אם קיימים שיקולים כבדי-ערך נוגדים, וכך תעזור למנוע את התופעה המדאיגה את רונן.

(2) זכות הילד להחלטה עצמית אל מול טובתו
אין זה מוגזם לומר כי אחת הסוגיות הקשות ביותר העומדת לפני התומכים במשטר זכויות הילד היא מה יקרה כאשר זכות הילד להחלטה עצמית תתנגש בטובתו.¹¹⁵ נסיונות הפשרה של המלומדים Eekelaar ו-Freeman הם המקובלים ביותר.

Eekelaar טוען כי הזכות להחלטה עצמית לא תיושם במקרים שבהם יישומה יחתור תחת תכליתה, שהיא הגעה לבגרות and "with the maximum opportunities to form and pursue life goals which reflect as closely as possible an autonomous choice".¹¹⁶ במילים אחרות, אין לכבד את רצון הילד כאשר הוא מזיק לטובתו הפיזית או הנפשית, כך שייפגעו סיכויי הגעתו לבגרות או תיפגע הגעתו לבגרות במצב שבו יהיה מסוגל לקבל החלטות.¹¹⁷

גישתו של Freeman¹¹⁸ שהוא מכנה אותה "פטרנליזם ליברלי", דומה לזו של Eekelaar למרות היותה מגוססת אדרת במעט. לדעתו, התערבות בחיי ילדים הינה מוצדקת כאשר היא נועדה להגן על הילדים מפני פעולות לא-רציונליות, כלומר פעולות שיחתרו תחת

113 Van Beuren, *supra* note 72, at p. 138

114 רונן, לעיל הערה 97, בעמ' 141.

115 יש לשים לב כי ההתייחסות לטובת הילד כאל זכות הילד אינה עומדת מכיוון שחסרה עדיין הנחיה כיצד לפתור את הקונפליקט שבין זכות אלה. על-פי גישת השופט חשין בדנ"א 7015/94 *היועמ"ש נ' פלזנית*, הערה 39 לעיל, קונפליקט זה אינו יכול לעלות מכיוון שרק זכות אחת יכולה לשקף את האינטרסים האמיתיים של הקטין. אנו הוא נחשב בוגר דיו, או רצונותיו משקפים את האינטרסים שלו, ואם אינו בוגר דיו, טובתו הנקבעת על-ידי המבוגרים מייצגת את האינטרסים שלו. פתרון זה נראה אטרקטיבי, אך לדעתנו, הינו מוטעה. אין להתייחס להערכת מבוגר כאשר לטובת הילד כזוהי לאינטרסים אמיתיים שלו.

116 וראו דעת המלומד Eekelaar, *supra* note 98.

117 דוגמה קלסית הינה כאשר קטין מתנגד מסרב לקבל טיפול הנחוץ להצלת חייו (ראו בג"ץ 2098/91, לעיל הערה 54).

118 M.D.A. Freeman *The Rights and Wrongs of Children* (Frances Pinter, 1983) 7-40

זכויות ילדים חטופים

החלטות חיים עתידיות, או פוגעת באינטרסים של הילדים באופן בלתי-הפיך. אף-על-פי-כן, Freeman (כמו גם אחרים¹¹⁹) מדגיש את הצורך להגביל את הפטרנליזם למינימום. שאלת הקונפליקט בין רצון הילד לטובתו נידונה בכמה סכסוכי משמורת ישראליים. גישת בתי-המשפט אינה אחידה. שופטים מסוימים סבורים כי יש לכבד את הרצון הבורר והאמיתי של ילד בעל בגרות והבנה מספקת¹²⁰ גם אם רצונו נוגד את טובתו, אלא אם רצונו מסכן אותו או עומד בסתירה גלויה לטובתו.¹²¹ שופטים אחרים סבורים כי רצון הילד הינו רק שיקול אחד בקביעת טובתו של הילד.¹²² המשקל שיש להעניק לרצון הילד תלוי, בין היתר, במידת רצונו. לכן, משקל כבד יותר יינתן במקרה של התנגדות נחרצת מאשר במקרה של העדפה גרידא.¹²³

לדעתנו, יש להעדיף את הגישה הראשונה הקרובה יותר לגישות שהמלומדים Eekelaar¹²⁴ ו-Freeman¹²⁵ דוגלים בהן. נדון בכך בהמשך, כאשר נעסוק בחטיפות ילדים.¹²⁵ החלטה שניתנה לאחרונה בבית-המשפט לענייני משפחה בניגוד לרצון הילד מכילה ניתוח מתוחכם.¹²⁶ המקרה הנידון עסק בילד בן עשר שנולד בשוודיה לאם ישראלית ולאב שוודי לא-יהודי, וחי עם אימו בישראל מגיל שנתיים בשל גירושי הוריו. לאחר שאימו התאבדה, הוא הביע את העדפתו להישאר בישראל, שבה גר עם סבו, סבתו ודודו, מאשר לעבור לשוודיה לגור עם אביו. בית-המשפט איזן במפורש בין הזכויות המתנגשות וטובת הילד,¹²⁷ ופסק כי השילוב של זכותו הטבעית של האב למשמורת, זכות הילד לגדול אצל אביו הביולוגי¹²⁸ וטובת הילד בטווח הארוך¹²⁹ גובר במקרה זה על זכות הילד לבחור את מקום מגוריו.

119 לדוגמה: Fortin, *supra* note 50, at p. 28.

120 גישה זו עולה בקנה אחד עם דוקטרינת "הכשרים המתפתחים של הקטין" בסעיף 5 לאמנת האו"ם.

121 ראו לדוגמה בג"ץ 91/71 פלוני נ' אלמוני, פ"ד כו(1) 85, 99; ע"א 352/80 צוקרמן נ' צוקרמן ואח', פ"ד לד(4) 689, 694; ודבריו של השופט אלי שרון בספרו של רונן, לעיל הערה 97, בעמ' 186. ביקורת על גישה זו נמצאת במאמרו של שאקי, לעיל הערה 38, ובספרו של סעדיה שמואל, לעיל הערה 38, בעמ' 99. לאחרונה נימקה השופטת נילי מימון גישה זו וציינה כי "הפסיקה, ההגיון ומהלך תקין של החיים מביאים למסקנה כי אין, אלא במקרים חריגים והכרחיים, לכפות על ילד גדול, בעל רצון והבנה בשלים, שהייה אצל הורה אחד כאשר רצונו המוחלט והברור להיות אצל ההורה האחר". תמ"ש 14622/97, לעיל הערה 79.

122 ראו, לדוגמה, ע"א 740/87, 113/89 פלונית נ' אלמוני, פ"ד מג(1) 667, 661.

123 שם.

124 מידת הקרבה תלויה בפרשנות הביטויים "סכנה" ו"ניגוד ברור וגלוי עם טובת הילד".

125 בפרק 3 למאמר.

126 תמ"ש 107060/99, לעיל הערה 82.

127 שם, פסקה 59 לפסק-הדין.

128 לדעתנו, ספק אם ניתן לייחס משקל לזכות זו כאשר הקטין מוכן לוותר עליה. היתרונות של גידול על-ידי הורה טבעי (להבדיל מהזכות לקשר שוטף איתו) הינם, לדעתנו, חלק משאלת טובתו של הילד.

129 אף-על-פי שהאפוסטרופוס לדין והמומחה שמינה בית-המשפט תמכו בדעות הילד. החלטת בית-המשפט לגבי טובתו של הילד הושפעה בעיקר מהתרשמותו החיובית מהאב (הוא תואר כאדם נורמטיבי, שאף הסכים להמשיך בחינוכו היהודי של הילד) לעומת הסתייגותיו מהסבים (שהיו אנשים פשוטים שלא הצליחו בגידול ילדיהם) והדוד (שהיה מעורב בעבר בסמים ועבריינות), וכן לנוכח היחסים הטובים בין הילד לאביו.

5. סיכום

בפרק זה בתנו את בסיס הדוקטרינה של זכויות הילד, וראינו כי ההכרה בזכויות הילד הולכת ומתפשטת. נוסף על כך דנו בחלק מהקשיים הכרוכים בדוקטרינה, דהיינו בחוסר הוודאות הן לעניין היקפה המדויק והן בנוגע ליחסיה הגומלין שלה עם זכויות הוריות ועם עקרון טובת הילד. לדעתנו, בשל חשיבותה של דוקטרינה, על-אף הבעיות המשפטיות, הפילוסופיות והמעשיות המעורבות בניסיון להוציאה לפועל,¹³⁰ זה אתגר שאין אנו יכולים להתעלם ממנו.¹³¹ לפיכך ראוי לבחון כל תחום משפטי הנוגע בילדים אם הינו עולה בקנה אחד עם זכויות הילד.

כאמור לעיל, המטרה העיקרית של מאמר זה הינה לברוק אם אמנת האג ויישומה עולים בקנה אחד עם זכויות הילד. על-מנת למקד בדיקה זו, זיהינו ארבע זכויות מרכזיות שעלולות להיפגע במקרה של חטיפה והחזרת הילד: זכות הילד שטובתו תהא מוגנת; זכות הילד לשמור על קשר שוטף עם שני הוריו; זכות הילד להישמע; וזכות הילד להחלטה עצמית. דנו בשאלות הנוגעות במשמעותן ובהיקפן של זכויות אלה תוך הצעת תשובות לחלק מהשאלות. מחקר נוסף וניסיון מעשי רב יותר עשויים לספק תשובות ברורות לשאלות הרבות העולות מהכרה בזכויות הילד, ותקוותנו היא שהרעיונות שהבאנו בפרק זה יתרמו לדיונים בעניינים אלה. עד אז יספקו הפתרונות שהוצעו בסיס רחב דיו לצורך הניתוח במאמר זה.

ד. זכות הילד לשמור על קשר שוטף עם שני הוריו

1. מבוא

נראה כי הן מנגנון ההחזרה והן הוראות אמנת האג המיועדות להבטיח זכויות ביקור במקרים שבהם הילד וההורה אינם גרים באותה מדינה¹³² יובילו למימוש זכות הילד לשמור על קשר שוטף עם שני הוריו, אך ידוע כי למעשה אין אמנת האג עוזרת די הצורך לאכיפת זכויות ביקור.¹³³

130 Fortin, *supra* note 50 סבורה שקשה לתרגם את העיקרון של זכויות הילד לפרקטיקה בין היתר בגלל אי-הוודאות האניהרנטית הכרוכה בעימות.

131 השופטת רוטלוי, בפסק-דין ע"מ 3/98 (תל אביב יפו) 3/98 פלונית נ' פלוני, תק-מח 34502 (3)98, מזהירה כי אסור להשאיר את ההכרזה על זכויות הילד בגדר הכרזה, אלא יש לפעול להגשמת הזכויות הלכה למעשה.

132 סעיף 21 של האמנה קובע: "בקשה לעשיית סידורים כדי לארגן או כדי להבטיח את הפעלתן היעילה של זכויות ביקור, יכול שתוגש לרשויות המרכזיות של המדינות המתקשרות כדרך שמגשים בקשה להחזרת ילד. על הרשויות המרכזיות מוטלים התיובים בדבר שיתוף פעולה המפורטים בסעיף 7. על-מנת לקדם ניצול, בדרכי שלום, של זכויות ביקור ולקיים כל תנאי שהפעלת זכויות אלה כפופות לו. הרשויות המרכזיות ינקטו צעדים, ככל שניתן, להסרת כל מכשול להפעלת זכויות אלה. הרשויות המרכזיות רשאיות, במישורין או באמצעות גורמי ביניים, ליזום או לסייע בנקיטת הליכים, במטרה לארגן זכויות אלה או להגן עליהן, ולהבטיח כי התנאים שאותן זכויות כפופות להם – יוכבדו."

133 בתמ"ש (תל אביב) 89790/00 מ.א.ב. נ' ע.ד. (טרם פורסם) תק-מש 2001 (1) 19, הסבירה השופטת צילה צפת כי סעיף 21 לאמנה, יחד עם תקנה 295 כ"א לתקנות סדר-הדין האזרחי, מקנים לתובע רק סעדים והקלות פרוצדורליות ואינם מאפשרים אכיפת פסק-דין זר. לריון בקשיים המשפטיים והמעשיים שבקבלתן והפעלתן של זכויות ביקור בארץ המקלט, ראו: N. Lowe "Problems Relating to

זכויות ילדים חטופים

בפועל, הדרך היחידה בדרך-כלל להבטיח את מימושה של זכות זו של הילד הינה על-ידי החזרתו. לכן יש לבדוק באיזו מידה התנאים להפעלת מנגנון ההחזרה עולים בקנה אחד עם המטרה של מימוש זכויות הילד בכלל וזכותו לשמור על קשר שוטף עם הוריו בפרט. שני התנאים המרכזיים הם: (1) הילד הורחק או לא הוחזר תוך הפרת זכויות משמורת של אדם (אחר) או מוסד; (2) מייד לפני ההרחקה או אי-ההחזרה היה מקום מגוריו הרגיל של הילד במדינה החתומה על האמנה (להלן: מדינה מתקשרת), ולא במדינת המקלט המתבקשת להחזיר את הילד (להלן: המדינה המתבקשת).

2. הפרת זכויות משמורת

(א) עקרון יסוד

כפי שראינו בפרק הקודם, ההתפתחות של זכויות הילדים לוותה בצמצום ניכר של מעמד הזכויות ההוריות. הביטוי "זכויות הילד" אינו מופיע כלל באמנת האג. נהפוך הוא, המושגים המרכזיים באמנה, שהם הרחקה ואי-החזרה שלא כדין, מוגדרים כהפרת זכויות משמורת, שהינן בראש ובראשונה זכויות הוריות.¹³⁴ השימוש בטרמינולוגיה של זכויות הוריות בהקשר זה יוצר את הרושם כי ההורים הם קורבנותיה האמיתיים של החטיפה. זוהי זכות המשמורת של "ההורה הנחטף" שהופרה, ולפיכך ההורה מבקש את החזרת הילד בדיוק באותו אופן שבעלי קרקע שנושלו ממנה יבקשו להחזירה להם.

אין כמעט התייחסות לעובדה שגם לילד יש זכות שהופרה, והיא הזכות לשמור על קשר עם שני הוריו. אכן, פתח-הדבר וסעיף 1 של אמנת האג מתייחסים להגנה על זכויות הביקור, אך נראה כי לנגד עיניהם של מנסחי האמנה עמדו זכויות הביקור ההוריות, ולא זכויות הילדים. כך, לדוגמה, ההגדרה של זכויות ביקור בסעיף 5(ב) של האמנה הינה "לרבות הזכות לקחת ילד לתקופה מוגבלת למקום שונה ממקום מגוריו הרגיל".

טענו לעיל¹³⁵ כי על-אף צמצומן של הזכויות ההוריות, יש לראות בהורים בעלי זכות לשמור על קשר עם ילדיהם (שהינה זכות מסוג ה-parent-centered), אך לדעתנו, הגנה על זכות הורית זו אינה מספיקה כשלעצמה להצדקת מנגנון ההחזרה האוטומטי של האמנה.¹³⁶ הסיבה לכך היא כי זכויות הוריות אינן מוחלטות, ויש לאזן כנגד זכויות הילדים, זכויות שהאמנה אינה מתחשבת בהן.

הרציונל העיקרי של מנגנון ההחזרה המיידית, לפחות באופן תיאורטי, הוא הגנה על הילד. לכן ניתן לטעון כי אם לא הפרה החטיפה את זכויות הילד, אין מקום להחלת

8 "Access Dispute under the Hague Convention on International Child Abduction" 374-385 (1994) *International Journal of Law and the Family*; וכן הדו"ח: "Transfrontier Access/Contact and the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction", מטעם סגן המזכ"ל של ועדת האג William Duncan (פורסם באתר של ועדת האג, לעיל הערה 7).

134 סעיף 3(א) מציין: "הרחקתו או אי החזרתו של ילד תיחשב לא כדין כאשר – יש בהן הפרת זכויות המשמורת המוענקות לאדם, למוסד או לכל גוף אחר, בין במאוחד ובין בנפרד, על פי דין המדינה שבה היה מקום מגוריו הרגיל של הקטין סמוך לפני הרחקתו או אי החזרתו."

135 בפרק 2ג(ג) למאמר.

136 אף-על-פי שסעיף 1 מדגיש במפורש כי אחת ממטרות האמנה היא להבטיח שזכויות המשמורת יוכבדו.

האמנה, ועל אחת כמה וכמה במקרים שבהם החזרתו תפר את זכויותיו. במקרים כאלה יהיה על ההורים לפנות לארץ המקלט לצורך אכיפת זכויותיהם ולפתוח בהליכים בהם יוכל בית-המשפט להתחשב בטובת הילד ובזכויותיו.

התומכים במבחן של "הפרת זכויות המשמורת" טוענים כי זו הנוסחה הפשוטה והמעשית ביותר¹³⁷ אף-על-פי שמבחן המציאות מוכיח כי הפירוש המדויק של המושג נשאר לא-ברור¹³⁸ למרות התדיינות ענפה בנושא. יתר-על-כן, טבעם המקוצר של הליכי האמנה אינו מתאים לטיעונים משפטיים טכניים ועוסקים בשאלה אם "ההורה הנחטף" הינו בעל זכויות משמורת. עניין זה יכול לחייב לא רק את בחינת החוק הפנימי של מדינת מקום המגורים הרגיל, אלא גם את בחינת כללי המשפט הבינלאומי הפרטי של אותה מדינה ואת הוראות הדין שכללים אלה מפנים אליו.¹³⁹

ניתן להציע שאם נתמקד בזכויות הילד, נמצא בסיס הפעלה חלופי עדיף להחלת האמנה. כך, ייתכן שנגדיר הרחקה או אי-החזרה שלא כדין כאשר הן מפרות את זכות הילד לקשר שוטף עם אחד מהוריו, אלא אם הפעולה אושרה על-ידי בית-משפט¹⁴⁰ או אם ילד בוגר ויתר מרצון על זכותו זו. יש להניח שתנאי זה יתמלא בכל מקרה שבו, כתוצאה מהרחקה או אי-החזרה, עבר הילד להתגורר באוץ אחרת מזו שאחד מהוריו מתגורר בה בעוד שבעבר התגוררו שניהם באותה ארץ.

נראה בהמשך שגישה כזו לא רק מעבירה מסר העולה בקנה אחד עם החשיבה המודרנית בדבר זכויות הילד, אלא גם מבטיחה שזכות הילד לקשר שוטף עם שני הוריו תהיה מוגנת בסיטואציות שבהן מבחן זכויות המשמורת אינו מוביל להגנה כזו.

(ג) כאשר מבחן זכויות המשמורת אינו מגן על זכות הילד לשמור על קשר שוטף עם שני הוריו

(1) אב לא-נשוי חסר זכות משמורת

תוצאה אחת, אומללה במיוחד, הנובעת מהשימוש בהפרת "זכויות הוריות" כבסיס להחלת האמנה, היא העובדה שכאשר לאב לא-נשוי אין זכויות משמורת על ילדיו,¹⁴¹ לא יהיה לו כל סער על-פי האמנה אם תחטוף האם את הילד גם אם הפעיל האב זכויות הוריות ומילא חובות הוריות הנוגעות בילד.¹⁴² מכך משתמע כי האמנה נכשלה בהגנה על זכות הילד לשמור על קשר שוטף עם אביו בנסיבות כאלה.

בתי-משפט אנגליים, שהיו מוועים ללקונה זו, פירשו את המושג "זכויות משמורת" באופן נרחב על-מנת למנוע תוצאה כזו, ונפסק כי המושג כולל –

P.R. Beaumont & P.E. McEleavy *The Hague Convention on International Child Abduction* (Oxford University Press, 1999) 45

138 ראו להלן בסעיף 2(ב) לפרק זה.

139 דהיינו, דוקטרינת renvoi (רנוואה). שנראה כי היא ממוגנת באמנה. ראו דיון ב: Beaumont & McEleavy, *supra* note 137, at pp. 46-47; וכן בפסק-הדין *Feder v. Evans-Feder* 63 F. 3d (1995), עמ' 226-225.

140 לפיכך, הסכמת "ההורה הנחטף" לא תספיק מכיוון שאין הוא יכול לוותר על זכות הילד להמשיך בקשר עמו.

141 אפילו כיום, מדינות מערביות נאורות (דוגמת אנגליה וחלק ממדינות אוסטרליה) אינן מכירות בזכויות אב לא-נשוי אלא אם ניתנו לו זכויותיו באופן רשמי על-ידי האם או בית-המשפט.

142 כפי שהיה בפסק-דין *Re J (A minor) (Abduction: Custody Rights)* [1990] 2 AC 562 (אנגליה).

זכויות ילדים חטופים

inchoate rights of those who are carrying out duties and enjoying privileges of a custodial or parental character, which though not yet formally recognised or granted by law, a court would nevertheless be likely to uphold in the interests of the child concerned.¹⁴³

רצון בתי-המשפט להימנע מתוצאות לא-הוגנות הינו מבורך, אך יצירתיות משפטית זו שנויה במחלוקת¹⁴⁴ ואינה פותרת כל מקרה.¹⁴⁵ יש לציין כי הגדרת התנאים להחלת האמנה על בסיס זכויות הילד, כפי שהצענו לעיל, תפתור את הבעיה הנוצרת במקרים של אבות לא-נשואים ללא צורך בחקיקה שיפוטית כזו.

(2) כאשר "ההורה הנחטף" הינו בעל זכויות ביקור בלבד מגגנון האמנה מבחין בין זכויות משמורת לזכויות ביקור. הפרת זכויות ביקור לא תהפוך הרחקה או אי-החזרה למעשה שלא כדין, אלא רק תעניק לבעל הזכות הזדמנות לבקש את עזרת הרשות המרכזית במטרה לממש זכות ביקור על-פי סעיף 21 לאמנה.¹⁴⁶ הפסיקה הבהירה כי חובות הרשויות המרכזיות במקרה כזה מוגבלות,¹⁴⁷ ונראה כי האמנה עושה רק מעט על-מנת לאפשר את אכיפתן של זכויות הביקור.¹⁴⁸ תוצאתה של גישה זו תהיה במקרים רבים שלילת זכות הילד לשמור על מערכת יחסים שוטפת עם הורה חסר זכות משמורת. לדעתנו, שורש לקונה זו, לפחות בחלקו,¹⁴⁹ נעוץ בעובדה כי זכות הביקור נראתה למנסחי האמנה כזכות ההורה בלבד, ולא כזכות הילד.

- 143 [1994] 2 FLR 249, *Re B (A Minor) (Abduction)*, על-פי השופט Waite.
- 144 Beaumont and McEleavy, *supra* note 137, at p. 60, כותבים כי הדבר סותר את שפתו הברורה של סעיף 3 וגורם לחוסר ודאות.
- 145 לדוגמה, השופט Hale ציינה בפסק-הדין *Re W; Re B (Child Abduction: Unmarried Father)* [1998] 2 FLR 2, שהיא תהיה מוכנה להתייחס לאב לא-נשוי כאל בעל זכויות משמורת רק אם הוא המטפל העיקרי בילד. זה בכירור מבחן נוקשה מזה שהציג השופט Waite.
- 146 אכן ניתן לטעון להפעלת סעיף 21 כל אימת שמקום המגורים הרגיל של הילד הוא בארץ מתקשרת אם התקיימו הרחקה או אי-החזרה שלא כדין, *Re G (A Minor) Enforcement of Access Abroad*, [1993] Fam. 340 216 (אנגליה).
- 147 לדוגמה, בפסק-הדין האנגלי [1993] *Re T and Others (Minors) (Hague Convention; Access)* 2 FLR 617 נפסק כי בעת קבלת בקשה על-פי סעיף 21, הרשות המרכזית האנגלית מחויבת אך ורק לספק למבקש עורך-דין מתאים. לפיכך על המבקש להגיש בקשה לצו ביקור מבלי שיהיה לו היחיון שבקבלת סיוע משפטי חינוך הניתן באנגליה להורים המבקשים את התזרת הילד בשל הפרת זכויות משמורת.
- 148 ראו לעיל הערה 133.
- 149 סיבה נוספת ללקונה הינה כי מצב חטיפה טיפוסי נחשב למצב שבו הורה חסר זכות משמורת (האב בדרך-כלל) מרחיק את הילד מן ההורה בעל זכות המשמורת. ראו: Beaumont & McEleavy, *supra*. note 137, at pp. 10, 13. יתר על-כן, A. Dyer מציין כי: "the relative softness of article 21 was the price which was paid for the rigorousness of the provisions on the return of abducted children" ("The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction – Towards Global Co-operation: Its Successes and Failure" 1 *International Journal of Children's Rights* (1993) 273, 287).

דוגמה לשלילת זכותו של הילד לקשר שוטף עם שני ההורים אנו מוצאים בפסק-דין שניתן לאחרונה בבית-משפט לערעורים בארצות-הברית.¹⁵⁰ בית-המשפט, בדעת רוב, סירב להחזיר ילדה שנחטפה לארצות-הברית מהונג-קונג אף-על-פי שבהכאתה לארצות-הברית הפרה האם צו בית-משפט האוסר לדווציא את הילדה מהונג-קונג ללא אישור בית-המשפט או הסכמת האב (צו הידוע כ-*ne exeat clause*). לדעת בית-המשפט בארצות-הברית היה האב בעל זכויות ביקור גרידא, ולכן לא הופרה זכות משמורת.¹⁵¹

אף-על-פי-כן, בתי-המשפט אחיים פתרו את הבעיה של אי-החלת האמנה במקרים כגון זה בעזרת פרשנות רחבה שהעניקו למושג "זכויות משמורת". לדוגמה, בית-המשפט העליון הישראלי פסק כי הזכות להטיל וטו על יציאת הילד אל מחוץ לארץ (זכות הניתנת לעיתים להורה הלא-משמורן בצו בית-משפט או הסכם) הינה זכות לקבוע את מקום מגוריו של הילד, ולכן היא נחשבת זכות משמורת.¹⁵² ואנגליה הובהר כי עיקרון זה חל גם במקרים שבהם זכות הווטו למעבר אינה כלולה בצו בית-משפט או בהסכם, אך נובעת מפסיקת בתי-משפט במקום המגורים הרגיל של הילד.¹⁵³ נוסף על כך נקבע בקנדה שכאשר קיימים הליכים משפטיים הנוגעים בילד, לבית-המשפט שבו הם נערכים יש זכות משמורת על הילד בשל זכותו להטיל וטו על הרחקת הילד מתחום סמכות שיפוטו.¹⁵⁴

בית-המשפט לערעורים של ניו-זילנד הרחיק לכת עוד מעבר לכך, וקבע כי זכויות ביקור "טהורות" הינן בגדר זכויות משמורת מכיוון שהן מהוות "an intermittent right to possession and care of the child",¹⁵⁵ ואין זה רלוונטי אם זכויות אלה מתוארות כזכויות ביקור.

ניתן לבקר נימוק זה מכיוון שהוא מתעלם לחלוטין מן ההבדל הברור בין זכויות משמורת לזכויות ביקור באמנה.¹⁵⁶ אף-על-פי-כן, לדעתנו, גישה זו חיונית על-מנת להבטיח הגנה עקבית על זכות הילד לשמור על קשר שוטף עם שני הוריו, שאם לא כן, שמירת זכות זו תהיה תלויה לחלוטין במשטר המשפטי במדינת מקום המגורים הרגיל ובנוהג הקיים לעניין הסכמי פירוד וצווי בתי-משפט בעניין משמורת באותה מדינה.

אין אף צורך לציין כי עצם העובדה שלהורה הלא-משמורן קיימת הזכות להטיל וטו בנוגע למגורי הילד אינה משקפת בהכרח את הקשר הקיים בפועל בינו לבין הילד או את איכותה של מערכת היחסים ביניהם

150 *Croll v. Croll* 229 F. 3d 133 (2nd Circuit, 2000)

151 ראו פסיקה של בית-המשפט העליון הקנדי: *W(v) v. S(D)* [1996] 134 DLR 481. לביקורת על פסק-דין *Croll*, ראו: L. Silberman "The Hague Child Abduction Convention Turns Twenty: Gender Politics and other Issues" 33 *N.Y.U.J. International L. & Pol.* (2000) 221, 226-230.

152 ע"א 5271/92 פוקסמן נ' פוקסמן, תק-על 92(3) 2272, וכן בש"א 1648/92 טורנה נ' משולם, לעיל הערה 20. סעיף 5 של האמנה מגדיר זכויות משמורת "לרבות זכויות המתייחסות לגוף הילד ובפרט הזכות לקבוע את מקום מגוריו הרגיל".

153 בפסק-דין *C v. C (Minors) (Child Abduction)* [1992] 1 FLR 163

154 *Thomson v. Thomson* 199 DLR 4th 253 (1995)

155 פסק-דין *Gross v. Eoda* [1995] NZFLR 49

156 *S v. H (Abduction: Access Rights)* [1998] Fam 49, 57 (על-פי השופט Hale).

זכויות ילדים חטופים

על התפתחויות שיפוטיות אלה נמתחה ביקורת,¹⁵⁷ בין היתר מכיוון שיישום מנגנון ההחזרה המיידית במקרים שבהם ההרחקה נעשית על-ידי ההורה בעל זכות המשמורת פוגע בזכות תנועתו החופשית.¹⁵⁸ אף-על-פי-כן יש לזכור כי איסור על הוצאת הילד מתחום המדינה (*ne exeat clauses*) מגן לא רק על זכות ההורה לביקור, אלא גם על זכות הילד להימצא בקשר שוטף עם ההורה חסר זכות המשמורת.¹⁵⁹ כאשר חופש התנועה של ההורה בעל זכות המשמורת¹⁶⁰ מתנגש הן בזכות הילד להיות בקשר עם ההורה הלא-משמורן והן בזכות אותו הורה לשמור על קשר עם הילד, יש לאזן בין הזכויות,¹⁶¹ והאזון הנכון חייב להיעשות על-ידי בית-המשפט בבקשה להגירה של ההורה המשמורן, ולא על-ידי פעולה חד-צדדית שלו.¹⁶²

בתי-המשפט במדינת מקום המגורים הרגיל הינם בדרך-כלל הפורום הנכון יותר לעשיית איוון זה,¹⁶³ ולפיכך החזרה במקרים אלה הינה חיונית.¹⁶⁴ לסיכום, על-ידי מתן פרשנות גמישה למושג "זכויות משמורת" הצליחו אומנם בתי-המשפט של מדינות מסוימות להגן במידה רבה על זכות הילד לקשר שוטף עם שני הוריו באמצעות אמנת האג, אך מגמה זו אינה אוניוורסלית. יתר-על-כן, ניתן להימנע מהצורך בהתיינות כזו, המלווה בחוסר ודאות, אם הבסיס להפעלת האמנה יהיה הפרת זכות הילד, כפי שהצענו לעיל.

157 ראו לדוגמה: S.C. Bruch "How to Draft a Successful Family Law Convention : Lessons from the Child Abduction Conventions" *Children on the Move, How to Implement Their Right to Family Life* (Nijhoff, The Hague, J. Doek et al. eds., 1996).

158 ראו את דעת המיעוט של השופט J. L'Heureux-Dube בפסק-הדין 119 *Thomson v. Thomson* DLR (4th) 253, 309 (1994).

159 ראו: Beaumont & McEleavy, *supra* note 137, at p. 79.

160 אף-על-פי שהשקפת רוב בתי-המשפט היא כי זכות ההורה לחופש תנועה אינה כוללת את הזכות לקחת עמו את הילד. לדעת השופט פורת (בע"מ 1125/99 ד.ל.ג. נ' כ.ג.), לעיל הערה 59, פסקה 13, וכן הערה 5 לעיל, (בעמ' 75), כאשר ברור שההורה לא ייסע ללא הילד, זכות ההורה לחופש תנועה נשקלת באיוון בין הזכויות המתנגשות (ראו לדוגמה את החלטתה של השופטת מימון לאחרונה בתמ"ש (ירושלים) 14622/97 פלזני נ' אלמונית, תק-מש 398 (3) 19.

161 לדיון משווה בשאלה כיצד בתי-המשפט מחליטים אם לאשר מיקום מחדש של הילד בחוץ-לארץ, ראו: J. Grayson "International Relocation, the Right to Travel and the Hague Convention: Additional Rights for Custodial Parents" 28 *Fam. L. Q.* (1994) 531. לפסקי-דין ישראליים המציגים כיצד יש ליישם את עקרון טובת הילד ראו את החלטת השופט פורת, מחוזי מ"א (ת"א) 2069/92 פלזני נ' פלזני, דינים מחוזי, כרך כו(1) 420, וכן ע"מ 1125/99 ד.ל.ג. נ' כ.ג., שם, פסקה 13.

162 A. Dyer "Relocating of Custodial Parents and their Children Within the European Union and Problems of Access: The Scope and Timing of Judicial Involvement" 67, 75 *E. Pluribus Unum* (Martinus Nijhoff, A. Boarras et al, eds., 1996) בע"מ 1125/99 ד.ל.ג. נ' כ.ג., שם. השופט פורת מציין כי "על ההורה להפנים את העובדה כי הכנסתו לסטטוס של הורה כרוכה בשינוי משמעותי של חובותיו וזכויותיו".

163 Dyer, *ibid*

164 נוסף על כך יש לציין כי השארת הילד במדינת המקלט עד להכרעת בית-המשפט בבקשה להגירה עלולה להשפיע על ההחלטה עצמה.

(3) מתקיים אחד החריגים בסעיף 13(א) לאמנת האג: אי-הפעלת הזכויות ההוריות, הסכמה והשלמה

כאשר מתקיים אחד החריגים המנויים בסעיף 13(א) של אמנת האג, אין בית-המשפט חייב להורות על החזרת הילד כאשר המבקש לא הפעיל את זכויות המשמורת בפועל בעת ההחלטה או אי-החזרה או הסכים להחלטה או לדיתוק או השלים עמם לאחר מעשה. חריגים אלה מבוססים כולם על הנחת-היסוד כי תפקיד האמנה הינו להגן על זכויות המשמורת של ההורים. לפיכך ההורה רשאי לוותר על הגנה זו הן על-ידי הסכמה מראש והן על-ידי השלמה בדעבר. נוסף על כך ההורה מאבד את הזכות להגנה אם אינו מפעיל את זכויותיו הלכה למעשה. עצם ההנחה העומדת מאחורי חריגים אלה הינה כי העזרה הראשונה שהאמנה מספקת אינה דרושה כאשר יש הסכמה או השלמה.¹⁶⁵ יש לציין כי אין כל רמז לצורך להגן גם על זכות הילד לשמור על קשר שוטף עם שני הוריו.

אך אף שבסיסם התיאורטי של חריגים אלה הינו בעייתי, יש לזכור, לדעתנו, כי הוכחת אחד החריגים משמעותה אינה אוטומטית סירוב לצוות על החזרת הילד,¹⁶⁶ אלא משמעותה היא שמנעול השער נפתח, ובית-המשפט רשאי להפעיל את שיקול-דעתו בעניין. נקבע כי בהפעלת שיקול-דעת זה על בית-המשפט להתחשב הן בטובת הילד והן במטרותיה הכלליות של האמנה.¹⁶⁷ זכות הילד לשמור על קשר שוטף עם שני הוריו רלוונטי תחת שתי הקטיגוריות הללו. לפיכך, אם בתי-המשפט אכן יתחשבו בזכות זו, הפעלת החריג בסעיף 13(א) אינה מפרה את זכות הילד.

אף-על-פי-כן, עיון בפסיקה הישראלית מגלה כי זכות הילד להישאר בקשר עם ההורה הנחטף אינה מוזכרת כגורם רלוונטי בהפעלת שיקול-דעתו של בית-המשפט. נראה כי הסיבה לכך היא כי במקרים שהתקיימה בינם הסכמה או השלמה דרשה טובת הילד שלא יינתן צו החזרה.¹⁶⁸ למרות זאת נציע כי יהיה זה נאות להזכיר במפורש את זכות הילד לשמור על קשר שוטף עם שני הוריו ולהסביר מדוע טובת הילד גוברת במקרה הספציפי על זכותו זו, או להצביע על כך שקשר שוטף נשמר על-אף החטיפה.¹⁶⁹

165 ראו לדוגמה ע"א 1206/93, לעיל הערה 2.

166 לפיכך ראוי ש"הסכמה" תיחשב לדריג, ולא לגורם השולל את קיומה של החלטה או אי-החזרה שלא כדין מלכתחילה.

167 ראו לדוגמה ע"א 473/93 ליבוביץ' נ' ליבוביץ', פ"ד (3) 63 (1993) *Re A (Minors) (Abduction: Custody Rights) (No. 2)* [1993] Fam. 1.

168 בע"א 473/93 ליבוביץ' נ' ליבוביץ' שם. נוסף על הראיות שהוכיחו כי ייגרם לילד נזק פסיכולוגי אם יחזור, הגיעו ההליכים המשפטיים בין ההורים לסיומם כמעט. בתמ"ש (ירושלים) 10250/97 ז.ז. נ' א.ב.י., תק-מש 397(3) 5 הביעה ילדה בת חמש התנגדות נמרצת להחזרתה, והאב לא היה יכול להשיג עליה בארצות-הברית. אך ראו החלטת בית-המשפט לענייני משפחה בתמ"ש 80710/96 זרדי נ' זרדי (טרם פורסם), שבו לא הזכיר השופט אפילו הפעלת שיקול-דעת, אלא נראה שהניח כי ההחלטה לא תתבצע בשל חריג ההשלמה שהוכח. כמו-כן, דעת הרוב בבית-המשפט המחוזי בפסק-דין דגן נ' דגן, לעיל הערה 4, היתה שהאב השליחו עם המעשה, ועניין שיקול-הדעת לא הוזכר. דיון זה נעשה מיותר מכיוון שבית-המשפט העליון (רע"א 7994/98 ז.ז. נ' ש.ז.), תקדין עליון, כך (2)99(תשנ"ט-תש"ס) קיבל את ערעור האב, וקבע שהאב לא הוכיחה השלמה.

169 לדוגמה, בפסק-דין ליבוביץ' שם, שיהא האב זמן ניכר בישראל לצורך עסקים.

3. מקום המגורים הרגיל של הילד

(א) דרישת מקום המגורים הרגיל

האמנה חלה רק כאשר סמוך לפני ההרחקה או אי-החזרה שלא כרין היה מקום המגורים הרגיל של הילד במדינה מתקשרת שאינה המדינה המתבקשת.¹⁷⁰ לפיכך, האמנה לא תחול במקרים שבהם היה מקום המגורים של הילד ממש לפני החטיפה במדינה שאינה חברה באמנה או במדינה המתבקשת עצמה. המצב הראשון הינו בלתי-נמנע כשל אופיה של האמנה, המבוסס על הדדיות. אך במקרה השני ידרוש יישום הגישה של זכויות הילד את החלת האמנה כאשר זכות הילד לשמור על קשר שוטף עם אחד מהוריו נפגעה כתוצאה מהרחקה או אי-החזרה. דהיינו, כאשר הילד ושני הוריו גרו במדינה שאינה מדינת מקום המגורים הרגיל של הילד, ואחד ההורים הרחיק את הילד למדינת מקום המגורים הרגיל, יש להורות על החזרת הילד על-מנת להגן על זכותו לשמור על קשר עם שני הוריו.

הרציונל של אי-החלת האמנה במקרה כזה הוא שמקום המגורים הרגיל הינו הפורום המתאים ביותר לשפוט בין הצדדים בסכסוך המהותי,¹⁷¹ ולפיכך על מדינת מקום המגורים מוטלת החובה להגן על הילד. ייתכן שטיעון זה משכנע אם מקום המגורים הרגיל היה מאז ומעולם הפורום המתאים ביותר לשפוט בעניין ואם מקום המגורים הרגיל היה מוכן להבטיח את אכיפת זכותו של הילד לשמור על קשר עם ההורה השני, אך אף אחת מהנחות אלה אינה נכונה.¹⁷² אכן, ניתן להבחין בבירור כי בתי-המשפט אינם בוטחים בעצמם לעיתים כי יצליחו להגן על הילד במידה מספקת, ולפיכך הם מתאמצים למצוא שמקום המגורים הרגיל של הילד הינו בארץ אחרת, על-מנת שהאמנה תחול.¹⁷³ אף-על-פי-כן, עליונות הסמכות השיפוטית של מדינת מקום המגורים הרגיל הינה עיקרון יסודי, לא רק על-פי אמנת האג להחזרת ילדים חטופים, אלא גם על-פי אמנות האג אחרות.¹⁷⁴ ובחקיקה פנימית של מדינות מסוימות.¹⁷⁵ לפיכך יש למצוא שיטות להגנת זכויות הילד לשמור על קשר שוטף עם שני הוריו בתוך מסגרתו של עיקרון זה.

הפתרון הברור הוא לשפר את ההגנה על זכות הילד להימצא בקשר שוטף עם שני הוריו על-ידי מתן חיזוק להוראות האמנה המסדירות את מימושן של זכויות ביקור או על-פי הדין

170 סעיף 4 לאמנה.

171 ראו: Schuz, *supra* note 9, at p. 784.

172 בעניין הראשון ראו: Schuz, *ibid* at pp. 787-789. בעניין השני ראו דיון בקשיים הכרוכים בכפיית ביקורים על-פי האמנה, לעיל הערה 133.

173 ראו לדוגמה שני פסקי-דין אנגליים: *Re F (A Minor) (Child Abduction)* [1992] 1 FLR 548; *Re B (Minors) (Abduction) (No. 2)* [1993] 1 FLR 988.

174 לדוגמה: The Hague Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children. כן ראו: R. Schuz "Policy Considerations in Determining the Habitual Residence of Children and the Relevance of Context" 11 *Journal of Transnational Law and Policy* (Fall 2001) 101.

175 החקיקה האנגלית: The Family Law Act 1986, part I; וכן חקיקה באוטריי: Children Law Reform Act 1990, s. 22.

הפנימי. פתרון חלופי הוא להכיר כי שפיטה והחזרה אינן חייבות להיות כרוכות זו בזו.¹⁷⁶ כך יהיה אפשר להורות על החזרת הילד למקום שבו התגורר בטרם נחטף על-מנת להגן על זכותו לשמור על קשר שוטף עם ההורה השני, אך להתיר לבית-המשפט במקום המגורים הרגיל לשפוט במקרה לגופו.¹⁷⁷ אף אחד מהפתרונות הללו אינו מבטל את הצורך לקבוע היכן מקום מגוריו הרגיל של הילד.

(ב) קביעת מקום המגורים הרגיל של הילד

במאמר קודם שכתבנו¹⁷⁸ זוהו שלושה מודלים לקביעת מקום המגורים הרגיל של ילד: מודל התלות, מודל הזכויות ההוריות והמודל העצמאי (שגם כונה child-centered). המודל הראשון, שלפיו מקום מגוריו הרגיל של הילד הוא תמיד מקום מגוריהם הרגיל של הוריו, לא אומץ על-ידי בתי-המשפט,¹⁷⁹ ואף נדחה על-ידי מלומדים בטענה כי הינו טכני יתר על המידה, ולכן סותר את הטבע ועוברתי של המושג "מקום המגורים הרגיל".¹⁸⁰ המודל של זכויות ההורים אומץ באופן נרחב באנגליה¹⁸¹ ובחלק מבתי-המשפט הזרים האחרים.¹⁸² על-פי מודל זה, ההורה המחזיק בזכות לקבוע היכן יגור הילד רשאי לקבוע גם¹⁸³ את מקום

176 ראו: Schuz, *supra* note 9, at p. 782. לאחרונה הציעו מלומדים אחרים גם הפרדה במקרים מסוימים בין השאלה של מקום ההתדיינות לשאלה של החזרת הקטין. ראו לדוגמה: M. Weiner "International Child Abduction and The Escape from Domestic Violence" 69 *Fordham Law Review* (2000) 593, 698-703.

177 כמובן, נעדרות של הילד עלולה להקשות על עבודת בית-המשפט, אך ניתן בדרך-כלל להתגבר על רוב הקשיים. לדוגמה, בית-המשפט יכול לשמוע את הילד לפני שהוא מוחזר. כמובן ניתן לבקש חוות-דעת מפיקד הסעד במדינה הזרה.

178 R. Schuz "Habitual Residence of the Child under the Hague Abduction Convention: Theory and Practice" 13 *Child and Family Law Quarterly* (2001) 1.

179 אף שבחלק מהמקרים אין זה ברור אם בית-המשפט מאמץ את גישת התלות או את גישת הזכויות ההוריות. לדוגמה, Lord Brandon בפסק-הדין האנגלי: 2 [1990] *C. v. S (A Minor) (Abduction)* Ac 562, 578; וכן: In Marriage of Collopy No. 90 DR 1148 (Col D. Ct. Div. B) (http://www.Hiltonhouse.Com/).

180 Resolution 72(1) of the Committee of Ministers of the Council of Europe on "Standardisation of the legal concepts of 'domicile' and 'residence'" (18/1/72), הקובע (בסעיף 11) כי מקום מגוריו של אדם או מקום מגוריו הרגיל של אדם אינם הלויים באלה של אדם אחר.

181 לדוגמה: *Re A (Abduction: Habitual Residence)* [1996] 1 FLR 1; *Re A (Abduction: Habitual Residence)* [1998] 1 FLR 497; *Re B (Abduction: Children's Objections)* [1998] 1 FLR 667, 671; *Re M (Abduction: Habitual Residence)* [1996] 1 FLR 887; *Re O (A Minor) (Abduction: Habitual Residence)* [1993] 2 FLR 594.

182 לדוגמה, פסק-הדין האמריקאי *Cohen v. Cohen* 602 N.Y.S 2d 999 (Supp. 1999), שהנושא המהותי בו היה אם כוונת שני הצדדים היתה שנסיעת הילדים לישראל נעשתה לצורך הגירה; וכן פסק-הדין האוסטרלי *Cooper v. Casey* (1995) FLC 92-575.

183 באין ראיות סותרות, ההנחה היא שהורים בחרו את מקום מגוריהם הרגיל כמקום המגורים הרגיל של ילדיהם.

זכויות ילדים חטופים

המגורים הרגיל של הילד.¹⁸⁴ כאשר שני ההורים הם בעלי זכות זו, אין איש מהם יכול לשנות את מקום המגורים הרגיל של הילד באופן חד-צדדי.

נראה אומנם כי המודל מתאים לגישה של אמנת האג שעל-פיה הפרת זכויות משמורת היא הקובעת את החלת האמנה, אך ביקרנו קודם-לכן את מרכזיותן של זכויות ההורה במתכונת זו באמנה.¹⁸⁵ יתר על-כן אפילו אם הפרת זכויות הוריות הינה הבסיס המתאים על-מנת לקבוע אם הרחקה או אי-החזרה הינה שלא כדין מכיוון שהיא מאפיינת את פעולת ההורה, עדיין אין הדבר מוכיח שהיא מהווה בסיס הולם לקביעת מקום מגורים רגיל, המגדיר את הקשר בין הילד לבין סמכות שיפוט מסוימת. גישה זו גם אינה מתחשבת בזכות הילד להחלטה עצמית, שעל-פיה ילד מבוגר דיו רשאי לפחות לומר את דברו, ולעיתים ניתנת לו הזכות להחליט היכן הוא רוצה לגור.

בניגוד לכך, המודל העצמאי מבסס את ההחלטה בעניין מקום המגורים הרגיל על הקשרים העובדתיים האובייקטיביים שבין הילד למדינה הספציפית. כוונות ההורה יכולות להיות רלוונטיות על-מנת להעריך את איכותם של מגורי הילד, אך אין הן מכריעות. גישה זו אומצה על-ידי בתי-המשפט בארצות-הברית,¹⁸⁶ ובעקבות הפסיקה האמריקאית אומץ המודל העצמאי גם בישראל¹⁸⁷ ובמדינות אחרות.¹⁸⁸

יש לציין כי למרות תשלום מס-השפתיים למודל העצמאי, עיון בפסיקה מגלה דרערכיות שיפוטית מסוימת בהוצאה לפועל של הגישה העצמאית. לפיכך, בחלק מפסקי-הדין שאימצו את המודל העצמאי ניתן למצוא גם אמירות שנראה כי הן תומכות בגישה של זכויות ההורים,¹⁸⁹ ובתי-המשפט שמים עדיין במקרים רבים דגש חזק מדי בכוונות

184 אף-על-פי שבית-המשפט האנגלי לערעורים קבע שמקום מגורים רגיל אינו ניתן לשינוי ללא שינוי פיזי ממשי של מקום המגורים עצמו, *Re M (Abduction: Habitual Residence)* [1996] 1 FLR 887, 895; השוו לדעת השופט רוטלוי בעמ"מ 70/97 ג' ג'ן, לעיל הערה 5, כי הסכם בין ההורים יכול לשנות את מקום המגורים הרגיל של הילד מבלי שיתקיים שינוי פיזי במקום מגוריו.

185 בסעיף 1 לפרק זה.

186 ראו פסק-הדין המנחה של בית-המשפט לערעורים בארצות-הברית: *Friedrich v. Friedrich* 9833 F. Supp. 1936 2d. ראו גם פסקי-דין מאוחרים יותר שניתנו בארצות-הברית, כגון: *Feder v. Feder-Evans* 866 F. Supp. 860 /F 3d 217 (3rd Circ. 1995); *Prevot v. Prevot* 855 F. Supp. 915 (US Dist. 1994); *Slagenweit v. Slagenweit* 841 Supp. 264 (US Dis. 1993). אך לנסיגה מסוימת מעמדה זו ראו ההחלטה שניתנה לאחרונה ב: *Mozes v. Mozes* 239 F.3d 1067 (9th Cir. 2001). באופן אירוני, בתי-המשפט בארצות-הברית הושפעו מהחלטת בית-המשפט האנגלי בפסק-דין בערכאה ראשונה, *Re Bates No. CA 122-89* (22/2/1989), שלא צוטט כמעט באנגליה. מופיע באתר של הילטון, לעיל הערה 179.

187 כך, בפסק-דין ע"א 1206/93 גבאי נ' גבאי, לעיל הערה 2, בעמ' 254, ציין הנשיא ברק: "מקום המגורים... מבטא מציאות חיים נמשכת. הוא משקף את המקום שבו גר כרגיל הילד עובר לחטיפה. נקודת המבט היא של הילד והמקום שבו הוא גר. הבחינה מתמקדת בחיי היום יום של העבר ולא בתוכניות העתיד." אך בתמ"ש 014491/99 (ירושלים) פלוגית נ' אלמונית (לא פורסם) השופטת כץ-עמי מתייחסת לשאלה של הסכמת ההורים לשינוי מקום המגורים.

188 לדוגמה, אוסטרליה, בפסק-דין *Paterson v. Casse* (1995) FLC 92-629, וכן פסק-דין *Cooper v. Casey* (1995) FLC 92-575.

189 לדוגמה פסקי-הדין בהערה 188 לעיל.

ההורים.¹⁹⁰ דר-ערכיות זו באה לידי ביטוי בישראל במחלוקת בין הדעות של שופטי בית-המשפט המחוזי בפסק-דין *דגן נ' דגן*.¹⁹¹ השופט פורת, תומך נלהב בגישה העצמאית, טען כי כל הראיות לעניין השאלה כמה זמן התכוונו ההורים לשהות בארצות-הברית אינן רלוונטיות לקביעת מקום מגוריו הרגיל של הילד, בעוד שהשופט רוטלוי קבעה כי מקום המגורים הרגיל של הילד יכול להשתנות על-ידי הסכם בין ההורים, ולפיכך הראיות הנ"ל הינן מכריעות בקביעת מקום מגוריו הרגיל של הילד.

לדעתנו, יש להעדיף את דעת השופט פורת, אף שייתכן כי הרחיק לכת יתר על המידה בכך שלא התחשב כלל בכוונות ההורים.¹⁹² במקרה זה הילד נולד בארצות-הברית ולא גר בישראל מעולם, ולפיכך היה ברור כי מקום מגוריו הרגיל הוא בארצות-הברית. אולם במקרים שבהם גר הילד בעבר בשתי ארצות ויש לו קשר קרוב לשתייהן יש להביא בחשבון את כוונות ההורים, יחד עם כל הגורמים הרלוונטיים, על-מנת לקבוע אם איכות קשריו של הילד עם המדינה החדשה מספיקה על-מנת לשנות את מקום מגוריו הרגיל. כפי שהוסבר בפירוט במאמרו,¹⁹³ יישום נכון של הגישה העצמאית הוא להניח לעובדות לדבר בעד עצמן, כך שכוונות ההורים יהיו רלוונטיות ויק אם הן משפיעות על חייו היומיומיים של הילד. בדומה לכך, כוונותיו של ילד בוגר היו יהיו גם הן רלוונטיות לפחות במידה שאין הן בלתי-מצאויות לחלוטין, כפי שגם תקופת המגורים במדינה החדשה, מידת השתתפותו בפעילויות מקומיות ומידת הקשר שבין לבין המדינה הקודמת שבה גר הן רלוונטיות.

חסרונה של הגישה העצמאית הוא אי-הוודאות הטבועה בה בשל הצורך לשקול את הגורמים השונים ללא קווים מנחים לעניין המשקל שיש להעניק לכל גורם. למרות זאת, חוסר הוודאות אינו רב יותר מזה הנובע מהיקושי בקביעה היכן מקום המגורים הרגיל של ההורים, במיוחד כאשר להורים יש כוונות שונות. יתר על-כן, הגמישות הטבועה בגישה העצמאית מעניקה לבתי-המשפט את ההזדמנות להתחשב בשיקולי מדיניות, ובכללם הגנה על זכות הילד לפחות במקרים גבוליים.¹⁹⁴ לפיכך, במקרים כאלה ניתן לקבוע את מקום המגורים הרגיל בהתאם לתוצאה שתוביל להגנה מרבית על זכות הילד לשמור על קשר שוטף עם שני הורים.¹⁹⁵

בדרך זו, המודל העצמאי לא רק עולה בקנה אחד עם הדוקטרינה של זכויות הילד מהבחינה התיאורטית, אלא גם מקדם את ההגנה על זכויות אלה באופן מעשי.

190 לדוגמה פסקי-הדין מארצות-הברית: *Feder v. Feder-Evans*, *supra* note 186, וכן *Falls v. Downie* 81 F. Supp. 100, ופסק-הדין האוסטרלי: *Patterson v. Casse* (1995) FLC 92-629.

191 ע"מ (תל-אביב-יפו) 70/97 *דגן נ' דגן*, לעיל הערה 5.

192 לאחרונה קיבל בית-המשפט לערעורים בארצות-הברית את הערעור בפסק-דין *Mozes v. Mozes* (*supra* note 186) בין היתר בשל אי-היחסינותה של הערכאה הנמוכה יותר לכוונות ההורים.

193 *Schuz*, *supra* note 178, at p. 16. זה המאמר ב: *Child and Family Law Quarterly* (2001).

194 לניתוח מפורט של שיקולי המדיניות שבתי-המשפט מתחשבים בהם בקבלת החלטות לעניין מקום מגורים רגיל במקרים גבוליים ראו: *Schuz*, *supra* note 174.

195 בתי-המשפט הצליחו לעשות כן אפילו על-פי גישת הזכויות ההוריות על-ידי קביעת כוונות ההורים. ראו לדוגמה: *Re F*, *supra* note 173.

ה. זכות הילד להישמע וזכותו להחלטה עצמית

1. הקדמה

סעיף 13(ב) סיפא¹⁹⁶ לאמנת האג מעניק הגנה ספציפית מפני החזרת ילד חטוף במקרים שבהם הילד מתנגד להחזרתו, ולדעת בית-המשפט הגיע הילד לגיל ולרמת הבגרות המצדיקים התחשבות בהשקפותיו. חריג זה נכלל אומנם באמנה בשל מניעים פרגמטיים,¹⁹⁷ ולא בשל אימוץ האידיאולוגיה הדוגלת בזכות הילד להחלטה עצמית, אך יש בו ללא ספק הכרה בזכות הילד להישמע. השאלות העולות הינן: האם הוראת הסעיף כשלעצמה מגינה דיה על זכות הילד להישמע ועל זכותו להחלטה עצמית? והאם היא מיושמת על-ידי בתי-המשפט באופן המממש זכות זו?

2. בירור השקפות הילד

(א) האם קיימת חובה לוודא את השקפות הילד?

(1) כאשר החזרת הילד הינה מנדטורית

על-פי פרשנות מילולית גרידא, הסיפא לסעיף 13(ב) לאמנת האג אינו מטיל חובה על בית-המשפט לוודא את השקפות הילד. החריג שהסעיף יוצר הוא שבית-המשפט רשאי לדחות בקשה להחזרת הילד אם הילד מתנגד להחזרתו והתנגדותו הובאה בחשבון על-ידי בית-המשפט. דהיינו, נטל האחריות להעלות את התנגדות הילד להחזרתו מוטל על ההורה החוטף, ואם אינו עושה כן, אין מוטלת על בית-המשפט כל חובה להעלות את העניין ביוזמתו. מצב זה של דברים אינו מספק, מכיוון שעל-פי סעיף 12 לאמנת האו"ם ברור מאליה כי זכות הילד להישמע אינה מוגבלת למקרים שבהם ההורה מעלה את התנגדות הילד. עניין זה עלול להישמע היפותטי מכיוון שההורה החוטף מחפש בדרך-כלל כל הגנה אפשרית, וחזקה עליו שיביא את השקפות הילד לתשומת-ליבו של בית-המשפט, אולם הדבר אינו כך בהכרח. באנגליה, לדוגמה, התנגדות הילד לא הונחה כלל, במקרה מסוים, לפני בית-המשפט עד אשר הילד החפרע ונהג באלימות במטוס שבו היה אמור לשוב לאוסטרליה, והטייס סירב להמריא כל עוד הילד נמצא במטוסו.¹⁹⁸ לפיכך, על בתי-המשפט ליצור נוהל קבוע שיבטיח כי השקפות הילדים ייוודעו להם בכל מקרה שבו הילד בוגר דיו וקיימת אפשרות שהשקפותיו הינן רלוונטיות.¹⁹⁹

196 יש לשים לב שהמלומדים Beaumont & McEleavy (supra note 137) מתייחסים לסיפא של סעיף 13(ב) כסעיף 13(2), אף שהמספר 2 אינו רשום בנוסח האמנה.

197 דהיינו למנוע החזרה כפויה של בני עשרה, Beaumont & McEleavy, *ibid*, at pp. 177-178. כמו-כן נראה כי זו הסיבה לכך שהאמנה עוסקת בילדים עד גיל שש-עשרה אף-על-פי שגיל הבגרות מבוגר מזה כמעט בכל הארצות המתקשרות. ראו: Perez-Vera, *supra* note 25, at p. 77.

198 390 1 FLR [1994] *Re M (Minor) (Child Abduction)*.
199 Beaumont & McEleavy, *supra* note 137, at p. 193, מציינים כי ייתכן שלא יהיה אפשר לקבוע את רמת בגרותו של הילד מבלי לוודא את השקפותיו. יתר על-כן, כאשר ילד צעיר מתנגד להחזרתו, עובדה זו יכולה לשמש ראיה לכך שיש לסרב להחזירו על-פי סעיף 13(ב) רישא.

לכאורה, דרישה זו מקבלת מענה בתקנה 295ט לתקנות סדר-הדין האזרחי, הקובעת: "היה הילד בגיל וברמות שמן הראוי להביא בחשבון את השקפותיו, לא יחליט בית-המשפט בתביעה לפני שישמע אותו, אלא אם וכן לא ראה בית-המשפט צורך בכך מטעמים מיוחדים שיירשמו." יש לשים-לב כי החובה לשמוע את הילד אינה מוגבלת למקרים שבהם הילד מתנגד להתזרתו.²⁰⁰

(2) כאשר החזרת הילד אינה מנדטורית
כאשר החזרת הילד אינה מנדטורית מכיוון שאחד החריגים מתמלא,²⁰¹ על בית-המשפט להפעיל את שיקול-דעתו אם להורות על החזרת הילד. לדעתנו, במקרה כזה על בית-המשפט לשמוע את השקפות הילד, ואם הילד מעוניין לחזור למקום מגוריו הרגיל, על בית-המשפט להתחשב בכך כפי שנדרש בסעיף 12 לאמנת האו"ם.
לא מצאנו בחיפושנו פסקי-דין שבהם הזכיר בית-המשפט במפורש את השקפות הילד בהפעלת שיקול-דעתו. ייתכן שהדבר נובע מהעובדה כי לרוב אין הילדים בוגרים די הצורך²⁰² או שבת-המשפט מתחשבים בהשקפות הילד כחלק מהחלטתם לגבי טובתו,²⁰³ כפי שנהוג בסכסוכי משמורת מקומיים.²⁰⁴ אף-על-פי-כן, על-מנת להבטיח את קיומן של הדרישות המופיעות בסעיף 12 לאמנת האו"ם, רצוי שתהיה התייחסות מפורשת להשקפות הילד.

(3) כאשר אין בקשה להחזרה על-פי האמנה
האם ילד המעוניין לחזור למקום מגוריו הרגיל רשאי לפנות בעצמו בבקשת החזרה על-פי האמנה במקרים שבהם "ההורה הנחטף" אינו פונה בבקשה כזו?
פנייה כזו אינה היפותטית לחלוטין אף שלא תמיד יהיה הילד במצב שבו יוכל לפעול באופן זה. למרות זאת, לא נמצאו דיונים העוסקים באופן ישיר באפשרות של פנייה כזו, לא בפרוטוקול ועידת האג ולא בספרות העוסקת באמנה.
אומנם, חששם של המלומדים Beamount & McElevay, כי הרשאה לצדדים שלישיים להגיש בקשה תהיה בעייתית מכיוון ש"ההורה הנחטף" אינו מעוניין

200 בניגור לכך, הערת השופט מצא בע"א 6327/94 איסיק, נ' איסיק, תק-על 494(4) 165 (שקדם לפרסום התקנות), כי על בית-המשפט לשמוע את הילד כפוף לחריגים (שינותחו בהמשך המאמר) מוגבלת למקרה שבו נטען כי הילד מתנגד להתזרתו.

201 עניין זה רלוונטי במיוחד כאשר יש השלמה מצד "ההורה הנחטף". כאשר היתה הסכמה מראש להרחקה או לאי-החזרה, לא יוחזר הילד בדרך כלל ללא דיון לגופו של עניין. כאשר חריג החשש החמור לנוק קיים, אין סיכוי רב שדעת הילד תגבו על הסיכון שבהחזרתו. כאשר חלפו שנים-עשר חודשים מזמן החטיפה, יהיו השקפות הילד רלוונטיות על-מנת לקבוע אם השתקע הילד בסביבתו החדשה. העובדה שברצון הילד לחזור תעיד כי לא השתקע בסביבתו החדשה.

202 ההנחה הינה כי הורים חוטפים לא יהיו מעוניינים להגיש בקשה על-פי האמנה כאשר ילד בוגר מעוניין לחזור.

203 פסקי-הדין מבהירים כי יש להפעיל שיקול-דעת בהתאם לטובת הילד ועל-פי מטרות האמנה. לדוגמה: *Re A (Minors)* [1993] 2 FLR 211 (אנגליה); *W v. W (Child Abduction: Acquiescence)* [1992] Fam. 106 (אנגליה); ע"א 473/93 ליבוביץ' נ' ליבוביץ', לעיל הערה 167.

204 ראו פרק 41(ד) (2) לעיל.

זכויות ילדים חטופים

בילד,²⁰⁵ הינו רלוונטי במקרה זה; אך לדעתנו, יש להרשות הגשת בקשות על-ידי הילדים עצמם על-מנת למלא את דרישת סעיף 12(1),²⁰⁶ שהינה לאפשר לילד לבטא את השקפותיו בכל עניין המשפיע עליו, וחטיפה הינה בבירור בגדר עניין כזה. כאשר ילד בוגר דיו מעוניין לשוב אל מקום מגוריו הרגיל, האפשרות להגיש בקשה בעצמו צריכה להיות פתוחה לפניו.²⁰⁷ כאשר ההורה החוטף מסרב לשוב עם הילד, ו"ההורה הנחטף" אינו רוצה בילד או אינו מסוגל לקחתו, ואין סידור הולם אפשרי²⁰⁸ בארץ המוצא, החריג שבסעיף 13(ב) לאמנת האג (חשש לנזק) יתקיים, ובית-המשפט לא יאשר את החזרת הילד. עם זאת יש לזכור כי העובדה ש"ההורה הנחטף" לא הגיש בקשה להחזרת הילד אין בה כדי להוכיח שאין הוא רוצה בילד או אינו מסוגל לקחתו למשמורתו. ייתכן שהוא לא הגיש בקשה להחזרה מפאת סבילות, חוסר ידע באשר לזכויותיו המשפטיות, חשש מהליכים משפטיים או קשיים תקציביים. לדוגמה, במקרה מסוים נאלץ בית-המשפט לדחות לבסוף את הבקשה מכיוון שהמבקש לא הגיש תצהיר ולא הופיע בבית-המשפט בשל אי-יכולתו לממן את ההליך.²⁰⁹ נראה כי בישראל, סעיף 3 לחוק בית-המשפט לענייני משפחה²¹⁰ מאפשר לילד להגיש בקשה במקרה כזה. על-פי הסעיף, קטין רשאי להגיש בעצמו בקשה בכל עניין משפחתי²¹¹ שבו זכותו עלולה להיפגע פגיעה של ממש. דרישה זו מתמלאת במקרים שבהם הילד נחטף ולא הוגשה בקשה להשיבו.

(ב) שמיעת הילד על-ידי השופט

כפי שהוסבר,²¹² הצגת השקפותיו של הילד על-ידי פקיד סעד או על-ידי עד מומחה אינה מממשת את זכות הילד להישמע, ועל בית-המשפט להעניק לילד הזדמנות להביע בעצמו או על-ידי נציג נפרד את התנגדותו להחזרתו למקום מגוריו הרגיל. על פניו, נראה כי בית-המשפט הישראלי נענה לדרישה זו. כבר ראינו כי תקנה 295ט לתקנות סדר-הדין האזרחי מחייבת את השופט לשמוע את הילד כאשר הילד בגיל וברמת

²⁰⁵ *Supra* note 137, at p. 73.

²⁰⁶ נראה כי סעיף 12(2) לאמנת האו"ם אינו חל מכיוון שאין הליכים משפטיים או מנהליים.

²⁰⁷ אחת הסכנות הכרוכות במתן הרשאה לילד להגיש בקשה לבית-המשפט הינה הנזק שייגרם לו קרוב לוודאי כיחסי עם ההורה החוטף, שנגדו בעצם מוגשת הבקשה. בפסק-דין אנגלי, *Re H.B.* [1998] 1 FLR 422 (*Abduction: Children's Objections*), נמתחה ביקורת על מצב שבו הילד עצמו התגונן מפני הבקשה להחזרה שהגישה אימו מכיוון שהאב החוטף לא היה זכאי לסיוע משפטי. לדעתנו, יש הברל בין מקרה שבו הילד פועל נגד "ההורה הנחטף" לבין מקרה שבו הוא פועל נגד ההורה החוטף, שהינו האחראי למצב. לכן, בעוד שאין להתעלם מהנזק לילד, יש לשקול אותו אל מול הנזק שייגרם אם לא תינתן לילד אפשרות להביע את רצונו בחזרה.

²⁰⁸ בפסק-הדין האנגלי *Re S [Abduction: Children: Separate Representation]* [1997] 1 FLR 86 הועלתה ההצעה שאם יוחזרו הילדים, הם יימצאו במשפחה אומנת.

²⁰⁹ ראו חמ"ש 044182/99 ק.ג.ל.ג.ל., תק-מש 2000 (3) 27.

²¹⁰ חוק בית-המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995, ס"ח 393.

²¹¹ מוגדר בסעיף 1: "תובענה אזרחית שהגיש אדם נגד בן משפחתו, או נגד עובדו של בן משפחה שעילתה סכסוך בתוך המשפחה, היא נושאה אשר יהא."

²¹² בפרק 4(ג) לעיל.

בגרות שמן הראוי להביא בהם בחשבון את השקפותיו, אלא אם אין צורך בכך. לדעת בית-המשפט, מטעמים מיוחדים.

יש לציין כי עוד בטרם פורסמו תקנות אלה נקבע בפסק-דין איסיק נ' איסיק²¹³ העיקרון שעל בית-המשפט לשמוע בדרך-כלל את השקפות הילד. בפסק-דין זה, בתגובה על תלונת האם כי השופט לא הקשיב לילד עצמו אלא ביסס את ממצאיו לגבי השקפות הילד על חוות-דעת מומחה²¹⁴ שהונחה לפניו, ציין השופט מצא כי "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 ינטה בית-המשפט לשמוע את הילד".²¹⁵

בכך יצר בית-המשפט למעשה חריגים שבהם ניתן להימנע משמיעת הילד, והשאלה היא: האם חריגים אלה מאפשרים לבתי-המשפט מרחב תמרון רחב יתר על המידה לא לשמוע את הילד?

נראה כי הנוסחה השיפוטית של יוקרים חריגים אלה רחבה יותר מאשר הנוסחה הקיימת בתקנות בשני אופנים.

ראשית, היא מכילה שתי קטגוריות נפרדות (הראשונה, כאשר יש סיבה טובה לא לשמוע את הילד, והשנייה, כאשר אין תועלת בשמיעת הילד) המאפשרות הימנעות משמיעת הילד בעוד התקנות מתייחסות רק למקרה שבו אין תועלת בשמיעת הילד.

שנית, על-פי התקנות נראה כי העובדה שאין צורך בשמיעת הילד אינה מספיקה אלא אם היא מלווה בטעמים מיוחדים. לפיכך נראה כי התקנות משלבות את שני התנאים הנמצאים בנוסחה השיפוטית כתנאים חלופיים ומתייחסות אליהם כאל תנאים מצטברים. נבדוק את גישת בתי-המשפט לעני התנאים.

213 ע"א 6327/94 איסיק נ' איסיק, לעיל הערה 200.

214 למרות זאת קבע השופט מצא בע"א 6327/94 איסיק נ' איסיק, שם, כי במקרה הזה לא פגמה הימנעות השופט מלשמוע את השקפות הילד מפיו בתוצאת פסק-הדין, ואין הימנעות זו יכולה להוות בסיס לקבלת הערעור. השופט מצא התחייב הן בכך שוויתור לילד בשל איומיו יזיק להתפתחותו התקינה, לדעת המומחה, והן בעובדה שבעדן לחוות-הדעת המקורית של המומחה, שהוכנה לצורך הערעור, צוין כי הילד אינו מעוניין להמשיך להיות מעורב במאבק בין הוריו, והוא שמח כעת לחזור לארצות-הברית.

215 ע"א 6327/94 איסיק נ' איסיק, שם. ווסח זה אושר על-ידי הנשיא ברק בע"א 6056/93, 6860/93 עדן נ' עדן, פ"ד נא(4) 197, 201. הנשיא בוק ציין: "בין השאר רשאי בית-המשפט להיפגש עם הילד, לשמוע אותו ולהתרשם ממנו ישירות, אפשרות זו ראויה היא וברגיל יש לנקוט בה." יש להשוות זאת לדברי שופטים אנגליים. השופט Bwbank, בפסק-דין [1992] 2 FLR 331 *S v. S (Child Abduction)*, בעמ' 336, טען כי באופן רגיל, לא יזיה זה הולם לשמוע את הילד בעצמו. כמורכב, בפסק-דין אנגלי *Re Bingham (A Minor) (Child Abduction)* [1994] 1 FLR 390 90 קבע השופט Bingham כי אין זה נחוץ שילד ייוצג באופן נפרד מכיוון שפק'ד הסעד של בית-המשפט יכול למלא את התפקיד הכפול של בחינת השקפות הילד ומסירתן לבית-המשפט. בסקוטלנד, לעומת זאת, עד שנת 1996, היה תשאול ילדים על-ידי שופט עניין שבשגרה (לעניין זה ראו: Beaumont & McElevay, *supra* note 137, at p. 184).

(1) אין תועלת בשמיעת הילד יש להניח כי הטעם לחריג זה הוא הרצון לא לעכב את ההליך וכן למנוע את בזבוז זמנו של בית-המשפט. למעשה, אין סיבה ששמיעת הילד בבית-המשפט תגרום עיכוב משמעותי בהליך, והשאלה היא אם כך אם שמיעת השקפות הילד הינה בגדר בזבוז זמן. ייתכנו שני מצבים שבהם לא תהיה לדעת בית-המשפט תועלת בשמיעת הילד. הראשון, כאשר בית-המשפט משוכנע אף מבלי לשמוע את הילד כי יש לכבד את התנגדות הילד להחזרתו למקום מגוריו הרגיל.²¹⁶ במקרה כזה ההנחה היא שהילד אינו זקוק להזדמנות להשמיע את דברו באופן ישיר, מכיוון שהשקפותיו כבר הובאו בחשבון, כמובן אם בית-המשפט אכן יכול להיות משוכנע, מבלי לשמוע את הילד או את נציגו, כי השקפות הילד כפי שהן באו לידי ביטוי הינן אמיתיות ובלתי-תלויות. המצב השני, כאשר בית-המשפט משוכנע כי אין לכבד את התנגדות הילד להחזרתו אם מפאת העובדה שהתנגדותו אינה אמיתית ואם מפאת חוסר בגרותו או גילו הצעיר. נראה שכך היה בפסק-דין *פלזניט נ' פלזני*,²¹⁷ שבו אישר בית-המשפט המחוזי את סירובו של בית-המשפט לענייני משפחה להיפגש עם שתי ילדות (בנות שמונה ושתיים-עשרה) שהביעו את העדפתן להישאר עם האם החוטפת בישראל. נימוקו של בית-המשפט המחוזי היה: "הראיות כפי שהיו בפני בית-המשפט היו מספיקות כדי לקבוע שלא היה טעם לפגוש בבנות, אלא די בראיות כדי לקבוע שההגנה בדבר סירוב הבנות לחזור לאיטליה לא הוכחה."²¹⁸ עיון בפסק-הדין מגלה כי הראיות שהיו לפני בית-המשפט הכילו את עדות פקיד הסעד,²¹⁹ שציין כי לא ניתן לייחס משקל להשקפותיהן של הבנות מפאת מצבן הנפשי, ובשל העובדה כי הישרדותן תלויה בהורה שברשותו הן נמצאות. בית-המשפט חיזק את מסקנותיו בהסתמך על מחקר מקצועי שעל-פיו ילד שנחטף תלוי לחלוטין בחוטפו, והוא כאדם שעבר שטיפת מוח. לעניות דעתנו, תיאוריות כלליות הבורקות את השפעתה של חטיפה על ילדים אינן מהוות בסיס מוצק דיו שניתן לקבוע על-פיו אם ילד מסוים מסוגל לבטא השקפות עצמאיות. הסתמכות על תופעה שכזו אינה מהווה סיבה מיוחדת לא לשמוע את הילדות כפי שנדרש על-פי תקנה 295 לתקנות סדר-הדין האזרחי. יתר על-כן, המחקר הנידון מוביל לכאורה למסקנה כי לא ניתן בשום מקרה להתייחס להתנגדותו של ילד להחזרתו כאילו היא מובעת באופן חופשי. יש לציין איפוא כי מטרתה של פגישת שופט עם ילד היא לאפשר לשופט להתרשם אם השקפות הילד מובעות באופן חופשי.²²⁰ על השופט לייחס אומגם משקל רב לדעות

216 נראה שכך היה בפסק-דין מ"א (ירושלים) 1510/96 *דומאלדה נ' באומל*, חק-מח 96(2) 1997.

217 עמ"ש 28/97 *פלזניט נ' פלזני* (טרם פורסם) חק-מח 97(1) 1613.

218 ראו גם תמ"ש 43470/97 *אפלכאום נ' אפלכאום*, דינים משפחה, כרך א 51, שבו ציין השופט גייפמן: "מימוש הזכות לשמוע ישירות את הקטינה ספק רב אם יביא תועלת לעניין ההכרעה השיפוטית וכפי שטוענת האם עלול אף לגרום נזק לקטינה ונזק זה יש למנועו."

219 שנתמך על-ידי חוקר נוער שמצא כי הילדות מבלבלות ו"קרועות" בין שני הוריהן.

220 יש להשוות את הערת השופטת בפסק-דין מ"א 897/96 *ספומבוג לוי נ' לוי* (לא פורסם): "ספק אם ניתן להציל מפי ילדים דבר מה במפגש קצר כזה, שכן ההורה התפץ בכך, יכול לשים דברים בפהם לקראת פגישתם עם השופט." במקרה זה התנגדה האם שהשופטת תדבר עם הילדים, אך השופטת ביקשה מהאב

המומחים שנפגשו עם הילד, אולם: אל לו לזנוח את חובתו לוודא בעצמו מה הן השקפות הילד ולבדוק אם יש להביאן בחשבון. כפי שהוצג לעיל, זו בדיוק הסיבה לכך שזכות הילד להישמע אינה מגיעה לידי מימוש רק על-ידי עיון השופט בחוות-דעת מומחה.²²¹ לדעתנו, על בית-המשפט לשמוע את הילד ישירות או על-ידי נציגו הנפרד גם אם אין בכך כל תועלת לדעת בית-המשפט, אלא אם הילד הוא בבירור כה צעיר שלא ניתן להעניק להשקפותיו משקל כלשהו. כפי שצוין לעיל, ייתכן שמתן אפשרות לילד להביע את עצמו לפני בית-המשפט, אפילו כאשר ברור כי השקפתו לא תשפיע על הכרעת בית-המשפט, מועיל בפני עצמו מכיוון שהוא מעניק לילד תחושת מעורבות ומקיל עליו להשלים עם תוצאה הפוכה מזו שרצה.²²²

(2) קיומה של סיבה טובה לא לשמוע את הילד אין בפסיקה קווים מנחים כלשהם לעניין השאלה מה מהווה "סיבה טובה" לא לשמוע את הילד.

בפסק-דין פלזנית נ' פלוני²²³ הוזכרה ההחלטה לא להיפגש עם הבנות בין היתר, על טענת פקיד הסעד כי מפגש כזה עלול להזיק להן בשל הימצאן במצב של חרדה. לא ניתן אומנם לקבוע אם ההחלטה בפסק-דין זה נכונה ללא בדיקת הראיות שהיו מונחות לפני בית-המשפט, אך ניתן לראות בה סימנים לפטרנליזם מופרז ואף מוטעה. למעשה, בית-המשפט סירב להעניק לילדים זכות להישמע בנימוק שהדבר עלול לגרום להם נזק, וזאת אף מבלי לציין את טבעו המדויק של הנזק שעלול להיגרם להם. יש להניח שבית-המשפט חשש פן אילוף ילדות השרויות במצב של מבוכה ובלבול לבחור בין הוריהן יגרום להן נזק פסיכולוגי.²²⁴ ברי אומנם שיש להביא בחשבון סיכון שנוק עלול להיגרם לילדים, אולם אין להגזים בהערכה. ניתן להפחית במידה ניכרת לחץ המוטל על ילדים הנדרשים להביע העדפה בין הוריהם אם מובהר להם כי דעתם אינה המכרעת בעניין.²²⁵ אין גם צורך שבית-המשפט יבקש מהילדים להצהיר על העדפה מוחלטת, אלא ניתן לבקשם לספר על רגשותיהם לגבי אופציות אפשריות. האם שיחה עם שופט המתנהלת באופן לא-פורמלי ובהנחה שהשופט עבר וכשרה מתאימה אכן תזיק לילד יותר מאשר יזיק לו ראיון

להביאם לבית-המשפט. האב לא מילא את חובתו, ולפיכך לא היתה כל ראייה ישירה להשקפות הילדים, אף שהראיות בכללותן הצביעו על אי-רצונם לחזור לצרפת. השופטת קבעה כי ייתכן שדרישת סעיף 13 סיפא התמללה, והדבר תנך ברעתה שאין להתזיר את הילדים בשל חשש חמור שההחלטה תחשוף אותם לנזק על-פי סעיף 13(ב).

221 בפרק 4(ג) לעיל.

222 שם. זאת משום שההרגשה שעשה ככל יכולתו תפחית את התרעמותו ותסכולו. ראו רונן, הערה 97 לעיל, בעמ' 71-72.

223 לעיל הערה 217.

224 בתמ"ש 43470/97 (לעיל הערה 218) החליטה האם בעצמה לא להסתמך על חריג רצון הילד כדי שהילדה לא תיאלץ לבחור בין הוריה. לכן לא ניצלה האם את האפשרות לשיחה בין הילדה לשופט מחשש שהדבר עלול להזיק לה. דאגת האם לטובת הילדה ראויה אומנם לציון, אך אין כל התייחסות לשאלה אם הילדה (בת שמונה) היתה מעוניינת להישמע.

225 ראו רונן, הערה 97 לעיל, בעמ' 153.

זכויות ילדים חטופים

עם פקיד סעד? גם אם התשובה לשאלה זו הינה חיובית, השקפות הילד יכולות לפחות להישמע בבית-המשפט על-ידי נציג נפרד.

לבסוף נציין כי שוב קיימת התעלמות מיתרונות אפשריים לבדיקת השקפותיהם של הילדים.

לאור כל האמור לעיל, על-מנת להבטיח את קיום המסר שבסעיף 12(2) לאמנת האו"ם, יש לפרש את תנאי החריג של "חובת שמיעת הילד" באופן מצומצם, ולהקפיד על קיום הדרישה שבתקנה 295 לסדר-הדין האזרחי שעל בתי-המשפט לנמק בכתב את הסיבות המיוחדות שהניעו אותם לא לשמוע את הילד עצמו או באמצעות נציג נפרד.²²⁶

3. המשקל שיש לתת להשקפות הילד

(א) מהי הגישה הנכונה?

על-פי סעיף 12(1) לאמנת האו"ם יש להעניק משקל נאות להשקפות הילד על-פי גילו ומידת בגרותו. למרות זאת אין כל התייחסות לשאלה מהו משקל נאות.

כפי שראינו,²²⁷ הזכות להחלטה עצמית דורשת שהשקפותיהם של ילדים בוגרים יכריעו את הכף אלא אם הן מסכנות את בריאותם הפיזית או הנפשית. אכן, חלק מהשופטים הישראליים מאמצים גישה זו בהליכי משמורת כאשר מדובר בילדים בני עשר שנים ומעלה.

השאלה העולה היא: האם העובדה שאנו עוסקים בבקשות להחזרת ילדים על-פי אמנת האג, ולא בדיוני משמורת פנימיים, מצדיקה את שינוי הגישה?

הסיפא לסעיף 13(ב) לאמנת האג אינו עוזר לפתרון שאלה זו מכיוון שהוא מעניק לבית-המשפט שיקול-דעת נרחב לסרב להחזיר ילד המתנגד להחזרתו לאחר שהגיע לגיל ולרמת הבגרות שבהם מן הראוי להתחשב בהשקפותיו. אין בסעיף כל הדרכה לגבי המשקל שיש לייחס להשקפותיהם של ילדים בגילאים שונים ובמצבים שונים.

מחד גיסא ניתן לטעון שעל בתי-המשפט להפעיל את שיקול-הרעת על-פי מטרותיה הכלליות של האמנה. קרי, יש לפרש חריג זה כפי שיש לפרש חריגים אחרים באמנה – באופן מצומצם ככל האפשר על-מנת לא לחתור תחת העיקרון הכללי, שהוא החזרת ילדים חטופים במהירות האפשרית.²²⁸ במיוחד נטען כי אין צורך ליישם את סעיף 12 לאמנת האו"ם בהליכים לפי אמנת האג מכיוון שאין מדובר בדיון מהותי לעניין משמורת, ויישום הסעיף יערער את טבעו של הליך אמנת האג כהליך מהיר המעניק "עזרה ראשונה".²²⁹

226 אכן אין זה ברור כי נסיבות המקרה בעמ"ש 28/97 (לעיל הערה 217) היה יוצא-דופן באופן כלשהו. קיימים מקרים שבהם אין הקפדה על קיום תקנה זו. לדוגמה, בתמ"ש 73671/99 פלוני נ' פלונית (טרם פורסם) ציין השופט כי הוא לא התבקש על-ידי האם התוטפת לשוחח עם הילדים (בני שבע וחצי ושמונה וחצי), אלא להתרשם מחסוקר פקיד הסעד על התנגדות הילדים להחזרה. לאחר עיון בחסוקר קבע השופט כי האם שמה כפי הילדים את דבריהם, מכיוון שהנימוקים שנתנו (דוגמת בעיות כלכליות) אינם נימוקים של ילדים. השופט לא הסביר מדוע לא שמע את הילדים בהתאם לתקנה 295.

227 בפרק ג3(ג) לעיל.

228 ראו פסק-דין ע"א 1648/92, לעיל הערה 20; ע"א 4391/96 דו נ' דו, לעיל הערה 2; ע"א 1206/93 גבאי נ' גבאי, לעיל הערה 165; ע"א 5532/93 גינבורג נ' גרינלד, לעיל הערה 29.

229 ראו: Silberman, *supra* note 151, at p. 244.

מאידך גיסא ניתן לטעון כי הצורך למנוע חטיפה אינו מצדיק הפרה של זכות הילד להחלטה עצמית. נוסף על כך, העובדה שמדובר בהליך מהיר המעניק "עזרה ראשונה" אינה משנה כלל את התוצאה שהחזרת ילד ללא בדיקת רצונו או בניגוד לרצונו מהווה הפרת זכויותיו להישמע ולהחלטה עצמית אפילו אם ההחזרה הינה זמנית לצורך ניהול הדיון המהותי בלבד.²³⁰

שתי גישות נוגדות אלה באות לידי ביטוי בעניין *שבת נ' שכח*²³¹ בהחלטות הערכאות השונות. שופטת בית-המשפט לענייני משפחה הורתה שנער בן שלוש-עשרה יוחזר למקום מגוריו הרגיל חרף התנגדותו, בין היתר מפני שייחסה "חשיבות לכך שיש לתת תוקף וגבורה למגמה שמחמתה באה האמנה לעולם, היינו לעקור מן השורש את ההתנהגות הנלווה של חטיפת ילדים". לדעתה, על הסימא לסעיף 13(ב) להיות מפורש באופן מצומצם ככל החריגים.²³²

בית-המשפט המחוזי²³³ דחה גישה זו בהצהירו כי אין להעניש ילד רק בשל התנהגותו הנלווה של החוטף אפילו במקרים שבהם נטל הילד חלק בתכנון החטיפה ובהוצאתה לפועל, כפי שאירע במקרה זה. במילים אחרות, מטרת האמנה אינה סיבה טובה לא לכבד את השקפות הילד. לפיכך יש להבדיל בין החריג של התנגדות הילד להתזרתו לבין החריג של חשש חמור לנזק.

בית-המשפט העליון²³⁴ הפך את החלטת בית-המשפט המחוזי וקבע כי יש לתת "פרוש דווקני" לחריג שבסיפא של סעיף 13(ב), כמו לכל החריגים האחרים,²³⁵ מבלי להתייחס לזכויות הילד כלל או לסעיף 12 לאמנת האו"ם בפרט.

לדעתנו, יש להעדיף את גישת בית-המשפט המחוזי בשל התייחסותה באופן ברור לעיקרון של כיבוד השקפות הילד כערך בפני עצמו,²³⁶ ולא רק כחלק מהעיקרון של טובת הילד שיושם בקביעת משמורת או בשל הקשיים המעשיים הכרוכים בהחזרת ילד בניגוד

230 ראו לדוגמה דעתו של השופט Doogue מניו-זילנד בפסק-דין *Hollins v Crozier* [2000] NZFLR 775.

231 ע"מ 128/99 *שבת נ' שכח*, לעיל הערה 6.

232 לדעה דומה, ראו: K. Siehr "The 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: Failures and Successes in German Practice" 33 *N.Y.J. Int'l Law & Pol.* (2000) 207, 214-215.

233 הערה 6 לעיל.

234 רע"א 3052/99 *שבת נ' שכח* (טרם פורסם).

235 גישה זו אומצה גם בבש"א 34970/01 *נ.נ. נ' ע.נ.* (טרם פורסם) תק-מש 2001 (3) 307, ובתמ"ש 073671/99 *פלזני נ' פלזני* (טרם פורסם).

236 הערה 231 לעיל, פסקה 9. ראו גם ע"מ 3/98 *ביטון נ' ביטון* (לא פורסם), שבו קיבל בית-המשפט המחוזי ברוב דעות ערעור על החלטת שופטת בית-המשפט לענייני משפחה להחזיר ילדה בח אחת-עשרה למרות התנגדותה. לדעת שופטת הערכאה הנמוכה יותר, גם אם יש להתחשב ברצון הילד, אין בו כדי להכריע בהליך המתגלגל על-פי אמנת האג. השופטת רוטליי התייחסה לסעיף 12 לאמנת האו"ם במונחים ביקורת על קביעתו, ויש בה, לדעתה, "כדי לאיין לחלוטין את מעמד העצמאי של זכויות הקטין להשמיע ולהביע את רצונו". יש לציין שהשופט משאלי הצטרף לדעתה רק בשל שינוי הנסיבות מאז התקבלה החלטת הערכאה הראשונה, שהצדיק לדעתו בדיקה חוזרת של משמעות התנגדותה של הילדה.

זכויות ילדים חטופים

לרצונו. על-פי גישה זו יש לכבד את התנגדות הילד להחזרתו בכל מקרה שבו ההתנגדות משקפת את רצונו האמיתי והעצמאי של ילד בוגר דיו. על בית-המשפט לסרב להחזיר את הילד בהפעלת שיקול-דעתו במקרים כאלה. כמוכן, גם אם גישה זו מתקבלת, ניתן לטרפד במידה רבה את יישום החריג על-ידי פירוש קפדני יתר על המידה של תנאים אלה. לכן נבחר כעת כיצור תנאים אלה מפורשים ומיושמים בפסיקה.

(ב) פירוש החריג של התנגדות הילד ויישומו על-ידי בית-המשפט

(1) גילו ורמת בגרותו של הילד
ההגנה שבסיפא של סעיף 13(ב) לאמנת האג מתקיימת רק כאשר בית-המשפט קובע כי הילד המתנגד להחזרתו הגיע לגיל ולרמת בגרות שבהם מן הראוי להביא בחשבון את השקפותיו. לכן, על-פי פרשנות מילולית של הסעיף, אמות-המידה של גיל ורמת בגרות הינן רלוונטיות בקביעה אם יש להתחשב כלל בהשקפות הילד.²³⁷ לדעתנו, פרשנות זו אינה עולה בקנה אחד עם סעיף 12 לאמנת האו"ם המעניק זכות הבעת דעה לכל ילד המסוגל לחוות דעה. גילו ומידת בגרותו של הילד הם הקובעים את המשקל שיש להעניק להשקפותיו. אכן נראה כי חלק מהשופטים, הן בישראל והן בחוץ-לארץ, מוכנים להתחשב אפילו בהתנגדותיהם של ילדים צעירים.²³⁸ במקרה אחד היה שופט בבית-המשפט לענייני משפחה מוכן להתחשב בהתנגדותו החריפה של ילד אינטליגנטי ורגיש בן חמש. יתרונו של גישה זו הוא בכך שהיא מעניקה מרחב רב יותר לזכות הילד להישמע, וייתכנו מקרים יוצאי-דופן שבהם אפילו תגבר התנגדות משכנעת של ילד צעיר על כל השיקולים האחרים.²³⁹ כאשר לילדים מבוגרים יותר, נמצאו שני מקרים בישראל שבהם סירב בית-המשפט לכבד את השקפות הילדים, וזאת בשל חוסר בגרותם. בפסק-הדין *עדן נ' עדן*²⁴⁰ דחה השופט את רצונן של ילדות בנות תשע ועשר להישאר בישראל בטענה כי בשל גילן, אין הן מסוגלות לשקול את כל השיקולים הרלוונטיים.

237 זוהי דעתו של השופט J. Millet בפסק-דין [1995] 1 FLR 716 p. 735.

238 תמ"ש 10250/97 ס.י. נ' ב.י. (טרם פורסם) תק-מש 97(3) 5, שבו היה בית-המשפט מוכן להתחשב בהתנגדותו החריפה של ילד אינטליגנטי ורגיש בן חמש. ראו גם ע"א 6056/93 עדן נ' עדן, פ"ד נא(4) 197, שבו, בעקבות החלטת בית-המשפט העליון, שותחה השופטת עם הילדים, בגילאי שלוש וחמש, וציינה כי אינם בוגרים ונראה שאין להם השקפות בנוגע למקום מגוריהם. באנגליה היה השופט Balcolme, בפסק-הדין [1995] 1 FLR 716, p. 731, *Re R (Child Abduction: Acquiescence)*, מוכן להתחשב בהשקפות הילדים בגילאי שש ושבע חצי, אך ציין כי המשקל שיש לייחס להן משתנה עם הגיל ורמת הבגרות. לדוגמה נוספות, ראו: Beaumont & McEleavy, *supra* note 137, at p. 193. הנתונים הסטטיסטיים הגלובליים משנת 1999, הערה 8 לעיל, מראים כי מתוך שלוש-עשרה בקשות שנדחו על בסיס התנגדותו של הילד, גילו של ילד אחד היה מתחת לשבע וגילאי שישה ילדים אחרים היה מתחת לעשר.

239 לדוגמה, כאשר החשש לנזק אינו גדול דיו לבוא בגדר הפרשנות המצומצמת של סעיף 13(ב) רישא, ייתכן שהתנגדות הילד על-פי הסיפא לאותו סעיף-קטן תטה את כפות המאזניים נגד החזרתו. ראו: Beaumont & McEleavy, *ibid*, at p. 198; *Blondin v Blondin* 238 F.3d 153, 166 (2d Cir. 2001); ובישראל: מ"א 151/96 דומאלדה נ' באומל, הערה 216 לעיל.
240 ע"א 6056/93 עדן נ' עדן, הערה 238 לעיל.

לדעתנו, קביעה זו הינה בעייתית, מכיוון שילדים רבים בגילאים אלה בוגרים דיים. על-כן חובה על בית-המשפט להוכיח את קיומו של חוסר בגרות כנסיבות ספציפיות בנוגע לכל ילד באופן אינדיבידואלי.

בפסק-הדין *ג.ב. ג. מ.ב.*²⁴¹ סבו השופט כי שתי הילדות, בנות עשר ואחת-עשרה וחצי, לא היו ברמת בגרות שתצדיק התחשבות בהשקפותיהן, אך לא נימק מדוע התרשם כך. במקרים אחרים שבהם נקבע כי החריג אינו חל ביחס לילדים מבוגרים יותר הושם דגש בעובדה שלא הוכח כי הילדים אכן מתנגדים להחזרתם או שהשקפותיהם אינן אמיתיות או עצמאיות, וטיעון חוסר בגרותם לא נלה כלל.²⁴² לפיכך נבחן כעת את סוגיית האיכות של התנגדות הילד.

(2) איכותה של התנגדות הילד
קיימת מחלוקת בין השופטים בעניין מידת עוצמתה של ההתנגדות הנדרשת. מחד גיסא נראה שמוסכם כי הבעת העדפה גרידא להישאר עם ההורה החוטף אינה מספיקה.²⁴³ מאידך גיסא, ההצעה שדרוש *a strength of feeling which goes far beyond the usual ascertainment of wishes in a custody dispute*²⁴⁴, או שתחילת להיות התנגדות דווקא למדינת מקום המגורים הרגיל עצמה,²⁴⁵ הינה פרשנות צרה מדי,²⁴⁶ שאינה מייחסת די משקל לזכות הילד להחלטה עצמית.

241 תמ"ש 001910/02 ג.ב. ג. מ.ב. (טרם פורסם) תק-מש 202 (1) 36. היה ניתן לבסס את ההחלטה שהחריג בסעיף 13(ב) סיפא אינו חל על-סמך הקביעה כי מדובר בהעדפה גרידא.

242 לדוגמה, עמ"ש 28/97, הערה 217 לעיל. פסק-דין איסיק בערכאה הראשונה, הערה 200 לעיל, וכן עמ"מ 128/99 *שכח נ' שכח* בערכאה הראשונה, הערה 6 לעיל. בע"מ 3/98 *ביטון נ' ביטון*, לעיל הערה 236, מתחה השופטת רוטלוי ביקורת על שופטת הערכאה הנמוכה משום שהחליטה לא להתחשב בדעתה של ילדה בת אחת-עשרה ללא דיון במיזת בגרותה.

243 ראו לדוגמה: [1995] 1 FLR 107 p.112 *N v. N (Abduction: Article 13 Defence)* (אנגליה); [1997] FLC 92-766 *Lockley v. Western Australian Police v. Dormann* (אוסטרליה); [1993] 1 FCR 382 *B v. K (Child Abduction)* (אנגליה).
Lockley, 1/2/93 בית-המשפט העליון של קליפורניה, לוס אנג'לס. בפסק-הדין *שכח נ' שכח*, הערה 6 לעיל, מצא בית-המשפט המחוזי כי הערת השופט בערכאה הנמוכה, כאילו הילד מביע רק העדפה, אינה מוצדקת על-פי העובדות; בבג"ץ 6056/93 *עדן נ' עדן*, הערה 238 לעיל, קבע השופט כי בעוד שהילדות רצו להישאר בישראל, לא היתה להן כל רתיעה מאביהן. ההחלטה שחריג התנגדות הילד אינו חל התבססה על חוסר הבגרות של הילדות ועל העובדה כי התנגדותן לא היתה עזה די הצורך; בעמ"מ 3/98 *ביטון נ' ביטון*, הערה 236 לעיל, השופטת רוטלוי מסבירה כי הערפת הילד בשאלה עם מי להימצא הינה אחד העניינים שיוכחו בחשבון בזכרעה על משמורת על-ידי בית-משפט הון בשאלה זו, ולכן רק התנגדות להחזרתה למדינת המקור הינה רלוונטית בבקשה לפי אמנת האג.

244 [1992] 1 FLR 105 *Re R (A Minor: Abduction)* (אנגליה).

245 [1993] 1 FCR 382 *B v. K (Child Abduction)* (אנגליה).

246 ראו השופט Balcombe LJ בפסק-הדין [1993] *Re S (A Minor) (Abduction: Custody Rights)*; Fam 242, 250; וכן פסק-דין אנגלי [1995] 1 FLR 716 *Re R (Child Abduction: Acquiescence)*; at p. 731 *Butler Sloss LJ* בפסק-הדין *Re M (A Minor) (Child Abduction)*; [1994] 1 FLR 390, 394 *B v. K, supra note 245* (אנגליה), שדחה את ההחלטה בפסק-הדין *B v. K, supra note 245* מכיוון שלא הביא בחשבון את סעיף 12 לאמנת האר"ם.

זכויות ילדים חטופים

לפיכך, לדעתנו, די ברצון עז להישאר עם ההורה החוטף במדינת המקלט. כלומר יש לפרש רצון כזה כהתנגדות לחיות עם "ההורה הנחטף" במדינת מקום המגורים הרגיל.²⁴⁷ גם אם ההתנגדות ברורה וחזקה דיה, קיימת תמיד סכנה כי אינה אמיתית או עצמאית מכיוון שהילד הושפע מאדם אחר בגבשו את השקפותיו.²⁴⁸ בית-המשפט בוחן את התנגדות הילד, בדרך-כלל, על-ידי בדיקת הסיבות שהילד מציין לרצונו לא לחזור. אם הסיבות הינן הגיוניות ומתאימות לגיל הילד, יש להניח שאין השפעה בלתי-הוגנת, אלא אם קיימות ראיות ברורות להשפעה כזאת.²⁴⁹ אל לבתי-המשפט לדחות את התנגדות הילד הכנה רק מכיוון שהשקפת הילד מקורה, לדעתם, בטעות. לכן טענה שופטת בית-המשפט לענייני משפחה בפסק-דין *שבח נ' שבח*²⁵⁰ כאשר התייחסה בספקנות להשקפות הילד מפני שחשבה שרצון הילד לגור בישראל הושפע מתשומת-הלב הרבה שקיבל ממשפחתו, וכי ייתכן שישנה את דעתו כאשר תסתיים "ההחגיגה הזמנית". זו דוגמה קלסית לפטרנליזם מוגזם המבוסס על ההנחה שהשופטת יודעת טוב יותר מהילד עצמו מה הוא רוצה באמת או מה הוא אמור לרצות. גישה כזו חותרת באופן חמור תחת זכות הילד להחלטה עצמית²⁵¹ והופכת את זכות הילד להישמע לחסרת טעם, מכיוון שהשופט השומע את הילד אינו מקשיב בעצם לדבריו. לדעתנו, צדק בית-המשפט המחוזי בדחותו את פרשנותה של שופטת בית-המשפט לענייני משפחה ובקובעו שרצונות הילד אמיתיים.²⁵² מצער איפוא שבית-משפט העליון החליט להעדיף את פרשנות השופטת לדעותיו של הילד על קבלת דברי הילד עצמו.²⁵³

(ג) שיקול-הדעת של בית-המשפט

כפי שצוין לעיל, כאשר חל אחד מההריגים, לבית-המשפט יש שיקול-דעת בדבר החזרת

247 ראו פסק-הדין הסקוטי 1994 SC 2 *Urness v. Minto*. אין להקפיד על ניסוח רצון הילד על דרך השלילה. לכן, בעוד דבריה של השופטת רוטלוי בע"מ 3/98, שהבאנו לעיל בהערה 242, בעמ' 244, יפים כאשר מדובר בהעדפה גרידא, אין הם מתאימים, לדעתנו, כאשר מדובר ברצון עז להישאר. במקרה כזה זכות הילד להחלטה עצמית יכולה לגבור על העיקרון של קביעת המשמורת במדינת מקום מגורים הרגיל.

248 לדוגמה, על-ידי שוחר, איומים או שטיפת-מוח. בעמ"ש 1166/99 *אלמוני נ' פלונית* (טרם פורסם) נקבע כי אין להתחשב בהתנגדות של נער בן אחת-עשרה מפני שהיא נובעת משטיפת-מוח, אך תוצאת רצון עז עד כדי איום להתאבד הינה שהחריג של חשש חמור בסעיף 13(ב) רישא חל.

249 אך ראו פסק-דין *איטיק*, הערה 200 לעיל, שבו קיבל בית-המשפט את דעת הפסיכולוג שהילד מושפע מן התפנוקים המורעפים עליו בישראל על-אף העובדה שהילד מנה סיבות טובות להעדפתו את החיים בישראל.

250 עמ"מ 128/99 *שבח נ' שבח*, לעיל הערה 6.

251 הכוללת את הזכות לעשות טעויות שאינן מאיימות על חייו, ראו: Freeman, *supra* note 40; Eekelaar, *supra* note 40.

252 בית-המשפט הרגיש כי הילד והוריו תכננו במשך שלוש שנים לעלות לישראל. הילד הכיר את ישראל מביקורים קודמים רבים ומנה סיבות משכנעות להעדפתו את החיים בה. אף המבקשת, אימו של הילד, הודתה כי משאלתו של הילד להישאר בישראל כנה ואמיתית.

253 בהחלטת בית-המשפט המחוזי נאמר שגם השופטת דלמטה וגם פקידת הסעד הסכימו "שפיו של הילד ולבו שווים, ושהוא אומר את אשר על לבו, וכי אין הוא מוסת על-ידי אחרים".

הילד. לפיכך, גם בפעמים שבהן הוכח כי יש להתחשב בהשקפות ילד בוגר יהיה בית-המשפט חייב עדיין לשקול אם יש להחזיר את הילד. בהפעלת שיקול-הרעת, כאשר "נפתחה הדלת" בשל קיום אחר החריגים שבסעיף 13, בתי-המשפט מביאים בחשבון שני גורמים, והם טובת הילד ומטרות האמנה.²⁵⁴ כבר הסברנו²⁵⁵ מדוע מטרות האמנה אינן סיבה להימנע מלכבד את השקפות הילד כאשר חל החריג של התנגדות הילד להחזרו, ולכן יתמקד דיונו כעת בטובת הילד.²⁵⁶ כאשר טובת הילד דורשת לדעת בית-המשפט את החזרתו למרות התנגדותו, עומד בית-המשפט לפני קונפליקט קלסי, והוא הבחירה בין האוטונומיה של הילד לבין טובתו.²⁵⁷ כפי שראינו,²⁵⁸ עקרון ההחלטה העצמית דורש שהשקפות הילד יכובדו אפילו כאשר אין הן משרתות את טובתו, אלא אם כיבודן יעמיד את בריאותו הנפשית או הפיזית בסכנה. זו אכן הגישה הרווחת בבתי-המשפט הישראלים בענייני משמורת שבהם הילדים הינם בני עשר ומעלה.

אף-על-פי-כן לא אומצה גישו זו בפסק-דין *שבח נ' שבח*.²⁵⁹ בבית-המשפט לענייני משפחה הורתה השופטת קינן על התזרת נער בן שלוש-עשרה למרות התנגדותו מכיוון שלדעתה תביא לו ההחזרה תועלת וזינוכית. כדברי השופטת: "נער בגיל הגדון צריך להפנים ערכים של משמעת וכיבוד אב ואם ושמירת החוק, ואם בדיעבד יתברר שהחטיפה עלתה יפה, ישודר לבן מסר של פריצת מסגרת והעדר גבולות ונושאת בחובה סכנה חינוכית חמורה." תפיסה כזו לעניין טובת הילד תפעל נגד כיבוד השקפותיו של הילד כמעט בכל מקרה של חטיפה, ולכן היא שוללת בעצם את זכות הילד להחלטה עצמית.²⁶⁰

254 ראו הערה 203 לעיל.

255 בסעיף 3(א) לפרק זה.

256 השילוב בין התנגדות הילד וטובתו מוביל לעיתים למסקנה שאין להחזירו. כך, לדוגמה, בפסקי-הדין מ"א (י-ם) 1510/96 *דומאלדה נ' באומל*, לעיל הערה 216, ומע"א (ת"א) 2637/91 *לוקאץ' נ' לוקאץ'*, תק-מח 392(3) 1056. התנגדות הילד להחזרתו מהווה בסיס למסקנה כי תנאי החריג של חשש לסיכון חמור התמלאו. כך גם בפסקי-הדין האנגליים *Re R (Abduction: 663 Hague and European Conventions)* [1997] 1 FLR 475 ו-*The Ontario Court v. M and M (Abduction: Children's)* [1997] 1 FLR 475. ראו גם החלטת בית-המשפט למשפחה של אוסטרליה בפסקי-הדין *De Lewinski v. Director General of New South Wales* ALR 2001 135 (1996) (אוסטרליה).

257 העובדה שרצון הילד אינו עולה בקנה אחד עם טובתו עלולה להתפרש על-ידי בית-המשפט כראיה לחוסר בגרותו של הילד או כי רצונו אינו כן. הערכה כזו מאפשרת הימנעות מהתנגשות אפשרית בין האוטונומיה של הילד לבין טובתו. כך בפסק-דין *איסיק*, לעיל הערה 200, כאשר סבר הפסיכולוג שקיים רצון הילד לא לחזור יזיק לו, הוא התייחס לילד כאל "ילד אשר נתון לפיתויים ואינו בעל דעות החלטיות ומגובשות".

258 בפרק 4(ד).

259 ע"מ 128/99 *שבח נ' שבח*, לעיל הערה 6.

260 גישה דומה נקט השופט מצא בפסקי-דין *איסיק נ' איסיק*, הערה 200 לעיל, שבו איים הילד להתאבד אם יתזרז לארצות-הברית. השופט קבש: "מילוי רצון הילד והשארתו בארץ יצמיחו רעה להתפתחותו כאדם ולבריאותו הנפשית. צעד כזה יגרום לניתוק הקשר החינוכי שלו עם האב, כדמות המשתתפת בגידולו, בעוד שמן ההישג יפיק הילד לקח שלילי, שאיום בצעדים מרחיקי לכת מגנצת את הכל ומביא כל דבר." יש להשוות מקרה זה עם פסקי-הדין ע"מ 001166/99 *אלמוני נ' פלונת*, הערה 248 לעיל, שבו הספיקו איומי ההתאבדות של הילד על-מנת שיתקיים חריג החשש החמור לנוק.

זכויות ילדים חטופים

פסק-דינו של בית-משפט העליון בעניין זה, המחזיר על כנה את החלטת השופטת קינן, אינו מתייחס אומנם לנימוקה המסוים הזה של השופטת, אולם גם בו נמצאים סימנים לפטרנליזם מוגזם.

השופטת דורנר סבורה, לדוגמה, כי "בחינה מעמיקה של הנמקתו של הקטין את סירובו לחזור לארצה"ב תגלה שאין הסירוב מושתת על נימוקים כבדי משקל די הצורך שיהיה בהם כדי לשכנעני שמדובר בשקול דעת רציונלי מאוזן נטול השפעות חיצוניות המשקף את טובתו של הקטין". (הדגשה שלי – ר' ש.). כלומר, לדעת השופטת דורנר, השאלות אם רצון הילד אמיתי ואם הילד בוגר דיו נמדדות על-פי אמת-המידה של טובת הילד. מכאן עולה שרצון הילד לא יכול אלא אם רצונו עולה בקנה אחד עם תפיסת השופט את טובתו. גישה זו גם שוללת כמעט לגמרי את זכות הילד להחלטה עצמית.

יש לציין שההחלטה כי טובת הילד דורשת את החזרתו אינה ברורה מאליה במקרה זה. נראה כי החלטת בית-משפט העליון הושפעה במידה רבה מקביעתה של השופטת קינן כי הילד שרוי במצוקה בשל הצורך לבחור בין שני הוריו. אך כפי שציין השופט יעקבי-שוויילי בבית-משפט המחוזי, גם אם יוחזר הילד לארצות-הברית, הוא יתבקש לחוות את דעתו לעניין משמורתו בהליכים שם. בית-המשפט העליון אינו מסביר כיצד תחסוך ממנו החזרתו את המצוקה הנגרמת לו בשל הצורך לבחור בין הוריו. נוסף על כך, בית-המשפט העליון מתעלם מדעת השופט יעקבי-שוויילי כי דווקא החזרת הילד לארצות-הברית בניגוד לרצונו עלולה לגרום לו נזק.²⁶¹

יישום הגישה של כיבוד רצון הילד אלא אם כן רצונו מסכן אותו או עומד בסתירה גלויה לטובתו היה פותר את בית-המשפט מהצורך לדון בשאלה הספקולטיבית מה טובת הילד דורשת במקרה זה, מכיוון שכבודו כי כיבוד רצונו לא יסכן אותו או יעמוד בסתירה גלויה לטובתו.

החלטת בית-המשפט העליון בפסק-דין *שכח נ' שכח*²⁶² הינה דוגמה לא רק לדבקות-היתר במטרותיה של אמנת האג, אלא גם לתפיסה הפטרנליסטית כי המבוגרים (השופטים במקרה זה) יודעים טוב מהילד מהו רצונו האמיתי ומה טוב לו, תוך התעלמות מזכות הילד להחלטה עצמית. לפיכך, לדעתנו, יש להעדיף את גישתו של בית-משפט המחוזי.

4. ייצוג נפרד

(א) מתי יש להורות על ייצוג נפרד במקרי חטיפה

ראינו²⁶³ שקיימות שתי גישות לסוגיה מתי יש להורות על ייצוג נפרד לקטינים בהליכים משפטיים. המבחן על-פי "הגישה הרחבה" הוא אם המקרה משתייך לקטיגוריית המקרים

²⁶¹ ביצירת התדרדרות נוספת במערכת היחסים בין האם לבן בשל התנגדות הבן לאם מפני שלא כיבדה את רצונותיו. סגן הנשיא אף חשש שהילד ייגרר להתנהגות בלתי-הולמת כלפי האם, ולפיכך תפר החזרתו, לדעתו, את צו התורה האוסר לשים מכשול לפני עי ור (פסקה 9 לפסק-הדין).

²⁶² הערה 6 לעיל.

²⁶³ ראו פרק 4(ד).

שקיים בהם פוטנציאל להתנגשות בין זאניטריסטים של הילד לאלה של הוריו. גישה זו מחייבת לדעתנו ייצוג נפרד בכל מקרי החטיפה.

לעומת זאת, המבחן על-פי "הגישה הצרה" הוא אם הילד יסבול נזק ממשי ללא ייצוג נפרד.²⁶⁴

אי לכך יש צורך לקבוע באילו נסיבות תתמלא דרישה זו בהליכים על-פי אמנת האג. במבט ראשון, קיימים מקרים מעטים שבהם דרישה זו תתקיים, מכיוון שאין בדרך-כלל צורך לשקול מהי טובת הילד, ובכל מקרה, ההחלטה הינה זמנית בלבד, שהרי היא קובעת את הפורום לדיון בסכסוך המשמורת לגופו ואת מקום מגורי הילד בתקופת-הביניים בלבד. לכן ניתן לטעון כי ייצוג נפרד דרוש רק במקרים שבהם השקפות הילד הינן רלוונטיות וכי הן לא יוצגו לבית-המשפט באופן הולם ללא ייצוג נפרד. כך יהיה, לדוגמה, כאשר הילד אינו יכול לבטא את השקפותיו בבהירות, כאשר הילד יזם את החטיפה²⁶⁵ או כאשר החוטף אינו יכול לקבל ייצוג משפטי או אינו רוצה בו מסיבה כלשהי.²⁶⁶

נראה כי פרשנות זו של "נזק ממשי" לילד מצומצמת יתר על המידה. ראשית, כפי שיוסבר בפירוט,²⁶⁷ תוצאותיה של זחלטה על-פי האמנה יכולות להיות מרחיקות-לכת. שנית, גם כאשר אין לבית-המשפט שיקול-דעת, ממצאיו בדבר אמות-המידה להחלת האמנה וקיום התריגים תלויים במידע שהוא וקבל מהצדדים. מאחר שנציגי הצדדים מחויבים לייצג את עמדת לקוחותיהם, הם יציגו רק מידע שיקדם לדעתם את עניינם של לקוחותיהם, ולא את המצב מנקודת-מבטו של הילד. חלל זה מתמלא במקרים רבים על-ידי חוות-דעתו של פקיד הסעד, אך כבר ציינו את חסרונותיה של דרך זו.²⁶⁸ יתר על-כן, משימת האיסוף של כל המידע הרלוונטי, העשוי לכלול קשרים עם רשויות שיפוט וסעד זרות, ייעשה טוב יותר על-ידי אדם המייצג את הילד מאשר על-ידי בית-ד משפט, ורצוי שיעשה על-ידי עורך-דין. המלומדת Silberman טוענת כי ייצוג נפרד אינו עולה בקנה אחד עם האופי המקוצר של הליכי האמנה.²⁶⁹ אך לדעתנו, אין שום סיבה מדוע ייצוג נפרד של הילד יאריך את ההליכים באופן משמעותי, ולכן אין הטיעון הזה מקובל עלינו. לאור האמור לעיל, נראה לנו שגנו לפי הגישה המצומצמת יש צורך בייצוג נפרד במקרים הבאים:

- כאשר קיים ספק רציני באשר למקום מגוריו הרגיל של הילד. שאלה זו מתוארת בדרך-כלל כשאלה עובדתית טהורה, אך למעשה, לבתי-המשפט יש שיקול-דעת נרחב במקרים גבוליים, וסביר להניח שהנו מושפעים משיקולי מדיניות מגוונים.²⁷⁰ נוסף על כך נחוץ שהטיעונים יהיו מוצגים לבית-המשפט מנקודת-המבט של הילד.²⁷¹

264 שאומצה על-ידי השופט גייפמן בתמו"ש 2860/96 פלני נ' אלמונים, הערה 104 לעיל.

265 כפי שהיה בפסק-הדין האנגלי [1994] 1 F.L.R. 390 *Re M (A Minor) (Child Abduction)*.

266 לדוגמה, פסק-הדין האנגלי [1998] 1 F.L.R. 422 *Re H.B. (Abduction: Children's Objections)*.

267 בפרק 21(א) להלן.

268 ראו פרק 4(ג) לעיל.

269 Silberman, *supra* note 151, at p. 243.

270 ראו: Schuz, *supra* note 174, וכן נאמרה של 176 Weiner, *supra* note 176.

271 גם בהתאם לדגם העצמאי לקביעת מקום המגורים הרגיל של הילד, המומלץ במאמרו, הערה 178 לעיל.

זכויות ילדים חטופים

- כאשר קיימות ראיות המעידות כי ייתכן שחריג החשש החמור שייגרם לילד נזק חל (בין אם החריג נטען על-ידי החוטף ובין אם לאו).
 - כאשר חריג ההסכמה או ההשלמה מתקיים, ועל בית-המשפט להפעיל את שיקול-דעתו בשאלה אם להחזיר את הילד. הילד אינו מעורב אומנם באופן ישיר בהחלטה אם חריגים אלה מתקיימים, אך ברגע שבו "הדלת נפתחת" ובית-המשפט יכול להפעיל את שיקול-דעתו, טובת הילד נעשית גורם חשוב ביותר. ייצוג נפרד דרוש על-מנת להבטיח שיוצג לבית-המשפט מידע אובייקטיבי וכן יוצגו השקפות הילד כאשר הינו בוגר דיו.
 - כאשר ההורה הנחטף אינו פונה בבקשת החזרה על-פי האמנה, אך הילד רוצה לחזור. הסברנו מדוע יש לתת לילד אפשרות להגיש בקשה בנסיבות אלה.²⁷² ללא ייצוג נפרד, אפשרות זו אינה מעשית כמעט.
 - כאשר קיימות ראיות שהילד מתנגד להחזרתו.
- ייצוג נפרד לילד מפחית באופן ברור את הצורך שהשופט ישמע אותו, אך לדעתנו, אין הוא מבטל את התועלת שבפגישה כזו ואת כדאיותה. עם זאת, ייצוג נפרד לילד יקל אולי חלק מהקשיים שבפגישה כזו, כי המייצג יוכל להכין את הילד לפגישה ולנסות למנוע את מאמצי ההורים להשפיע על הילד.

(ב) נוהגם של בתי-המשפט

נראה כי בתי-המשפט הישראליים, כמו רוב בתי-המשפט הזרים,²⁷³ מאמצים את הגישה הצרה לעניין הייצוג הנפרד. המקרה היחיד שנמצאו בו ראיות לייצוג נפרד הינו פסק-דין איטיק.²⁷⁴ במקרה זה הגישה האם בקשה בשם ילדיה לקבלת משמורת עליהם, לאחר שהילדים, שהיו במשמורת אביהם בארצות-הברית, הגיעו לישראל לבקרה ורמזו על רצונם להישאר עמה בישראל. השופט מתח ביקורת חריפה על האם ש"התחבאה מאחורי ילדיה", לטענתו, ולא הבחינה בין האינטרסים של ילדיה לבין האינטרסים שלה, והורה על ייצוג נפרד לילדים.

ברור כי ייתכנו מקרים רבים אחרים שבהם אמות-המידה שהצענו לעיל מתמלאות. לכן, לדעתנו, בתי-משפט אינם עושים דיים לממש את זכות הילד לייצוג נפרד במקרים של חטיפה בינלאומית.

5. כאשר הילד מסכים לחטיפה או יוזם אותה

בתסריט החטיפה הקלסי, שהיה, כך נראה, בראש מעייניהם של מנסחי האמנה, הילד נלקח בניגוד לרצונו על-ידי אחד מהוריו.²⁷⁵ למרות זאת, ההגדרה באמנה אינה מוגבלת לנסיבות אלה בלבד, והרחקה או אי-החזרה יכולים להיות שלא כדין גם במקרים שבהם ילד בוגר

²⁷² בסעיף 2(ב) לעיל בפרק זה.

²⁷³ מלכד ניר-זילנר. ראו: 185-187, at pp. 137, *supra* Beaumont & McEleavy, ופסקי-הדין *Damiano v. Damiano* [1993] NZFLR 578, ו-*Clarke v. Carson* [1996] 1 NZLR 349.

²⁷⁴ הצרה 200 לעיל.

²⁷⁵ תסריט זה מתאים למקרה הסטריאוטיפי של אב חסר זכות משמורת החוטף את הילד מאם בעלת זכות משמורת. ראו: 9, at p. 137, *supra* Beaumont & McEleavy.

מסכים לחטיפה מרצונו החופשי, משתתף בה באופן פעיל, ואפילו במקרים שבהם הוא עצמו יוזם אותה (דוגמת המקרים שבהם הילד מסרב לחזור למדינת מקום מגוריו הרגיל לאחר ביקור אצל הורה המתגורר במדינה אחרת, וההורה מתיר לו להישאר).²⁷⁶

מצב עניינים זה אינו רצוי משום שאפיון סיטואציה כזו כהרחקה או אי-החזרה שלא כדין אינו משקף את המציאות ופוגע בילד ובהורה החוטף. מחד גיסא, הילד מצטייר כחפץ שנוכחותו בארץ המקלט היא תוצאה של התנהגות לא-ראויה של ההורה החוטף בלבד, ואין שום התייחסות לרצונותיו. מאידך גיסא, ההורה החוטף מצטייר ככופה על הילד את רצונותיו, בעוד שבמציאות הוא רק גותן תוקף לרצונות הילד.

שינוי סתמי במינוח²⁷⁷ שיכיר בתפקיד הילד ביצירת מצב העניינים לא ישנה את העובדה הבסיסית כי לא התבצעה הפרה כלשהי של זכויות הילד.²⁷⁸ ההפרה היחידה היא של זכויות "ההורה הנחטף", וכפי שצינו לעיל, החזרה מיידית אינה המנגנון המתאים להגנה על זכויות הוריות כאשר אין מתקיימת הפרה של זכויות ילד.

על ביקורת הטוענת כי אפיון של הרחקה או אי-החזרה שלא כדין אינו מביא בחשבון את השקפות הילד ניתן להשיב בטיעון כי החזרת הילד לא תהיה מנדטורית כאשר ילד מבוגר ובוגר דיו מתנגד להחזרתו.²⁷⁹ תשובה זו אינה משביעה-רצון משתי סיבות. הראשונה, העובדה שהילד מסכים להרחקה או לאי-החזרה או יוזם אותן אינה מובילה בהכרח לתוצאה שהבקשה להחזרה לא תתקבל.²⁸⁰ שנית, אין זה ראוי שהאמנה תחול, אפילו לכאורה, על מצב שבו הסכים ילד להרחקה/אי-החזרה או יזם אותן. כלומר, הקביעה עצמה כי הרחקה או אי-החזרה הינן שלא כדין מבלי לשקול את השקפות הילד היא הפרה של זכות הילד שהשקפותיו יובאו בחשבון.²⁸¹

אף-על-פי-כן, כל ניסיון להוציא מקרים אלה אל מחוץ לתחום האמנה כרוך בבעיות. ראשית, לעיתים קרובות יהיה קשה לקבוע אם הילד הסכים מרצונו החופשי להרחקה או

276 בפסק-הדין הסקוטי 1996 SLT 429 *Marshall Petr* יושמה האמנה כאשר ילדה בת ארבע-עשרה ברח מרצונה החופשי מאימה שבאירלנד על-מנת להצטרף לאביה בסקוטלנד. בפסק-דין ע"א 6327/94 *איסיק נ' איסיק*, הערה 200 לעיל, טענה האם כי הילדים ריתקו את עצמם, מכיוון שהם אלה שהגישו לבית-המשפט את בקשת המשמורת שבשלה הוצא צו זמני המונע מהם יציאה מהארץ. טענתה זו נדחתה. לדעת בית-המשפט, היתה האם היוזמת האמיתית של הבקשה, ולפיכך היא האחראית לתוצאותיה והיא זו שגרמה לאי-החזרת הילדים לאב.

277 ניתן אולי להתייחס למעבר או למיקום מחדש שלא כדין (במקום הרחקה) ואל שהות או הישארות שלא כדין (במקום אי-החזרה).

278 ההורה המלווה רק מאפשר את הגשמת רצונותיו של הילד. פעולות הילד עצמו הן אומנם פגיעה בזכותו לשמור על קשר עם "ההורה הנחטף". אך קשה לראות כיצד התנהגות הילד יכולה להיות שלא כדין נגד עצמו.

279 על-פי סעיף 13(ב) סיפא. ראו דיון מפורט בחריג זה לעיל בפרק ה' 3-1 למאמר.

280 לדוגמה, פסקי-הדין הבריטיים [1994] FLR (Abduction: Child's Objections) *Re M (A Minor)* שניתן בהם צו החזרה אף-על-פי שבני העשרה עצמם יזמו את הרחקתם. ב-*Re M*, רק לאחר כריחת הנער בחשאי נתן לו בית-המשפט הזדמנות להביע את השקפותיו על-ידי ייצוג נפרד.

281 אין זה אומר שחופש התנועה של הילד הינו בלתי-מוגבל. יש להחליט היכן יחיה הילד לאחר חקירה מעמיקה של העובדות ואיזון זכויות הילד עם אלה של הוריו.

זכויות ילדים חטופים

לאי-החזרה או אם יזם אותה.²⁸² שנית, קיומו של חריג כזה יספק טקטיקת עיכוב נוספת העלולה לחתור תחת מטרת האמנה להחזרה מהירה של הילד.

בכל-זאת נציע שאם ינוסח החריג באופן צר ויפורש באופן מגביל, יהיה אפשר להתגבר על קשיים אלה. כך, לדוגמה, לא יהיה אפשר לקבוע שהילד הסכים מרצונו לחטיפה אלא אם היתה לפניו תלופה בת-קיום לפעולה והוא בחר בחירה פעילה. במילים אחרות, לא ייכללו מקרים שבהם היה הילד מאושר ללוות את ההורה החוטף, אך בכל מקרה לא היתה לו כל דרך להימנע מכך.

ייעודו של חריג כזה אינו להעניק גושפנקא להתנהגות הילד, במיוחד כאשר פעולותיו מפרות צו של בית-משפט.²⁸³ ייעודו הינו להכיר בכך שבמקרים כאלה לא התבצעה חטיפה על-ידי הורה.²⁸⁴ ואין הפרה של זכויות הילד, ולכן החזרה מיידית אינה הסעד המתאים. במקרה כזה יש צורך לדון לגופו של עניין ולאזן בין זכויות הילד לזכויות ההורים.

ו. זכות הילד שטובתו תהיה שיקול ראשון במעלה

1. הסתירה: מנגנון אמנת האג אל מול סעיף 3 לאמנת האו"ם
יש לזכור כי סעיף 3 לאמנת האו"ם קובע:

בכל הפעולות הנוגעות לילדים בין אם ננקטות בידי מוסדות רווחה סוציאלית ציבוריים או פרטיים ובין בידי בתי-משפט, רשויות מנהל או גופים תחיקתיים תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה.

הצעתנו²⁸⁵ היא לפרש סעיף זה כמעניק לילד את הזכות שטובתו תהיה השיקול הראשון במעלה. לפיכך, אם החלטות על-פי אמנת האג אינן מתחשבות בטובתו כשיקול ראשון במעלה, תיווצר סתירה בין האמנה לבין זכות זו של הילד.
גם אם לא ניתן לפרש את סעיף 3 כמעניק לילד זכות, תוביל הפרת העיקרון של טובת הילד כמנוסח בסעיף 3 לסתירה בין אמנת האג לאמנת האו"ם. לכן יש לבדוק אם אמנת האג יישומה עולים בקנה אחד עם סעיף 3 לאמנת האו"ם.

282 Beaumont & McEleavy, *supra* note 137, at p. 42. ההבדל בין חריג זה לבין חריג ההתנגדות הוא שבמקרה זה נחזק לזהות את מצבו הנפשי (state of mind) של הילד (דהיינו אם הסכים ל"חטיפה" ו/או יזם אותה באופן מופשי) בזמן ההרחקה או הריתוק, ולא את השקפותיו בהווה.

283 אך יש לזכור כי לקטין, ואפילו למתבגר, שאינו מרוצה מהסדר המשמורת (אולי בשל שינוי בנסיבות כגון נישואים שניים של ההורה המשמורת) לא תהיה לעיתים הזדמנות להגיש בקשה לבית-המשפט לשנות את מצב הדברים אם ההורה האחר אינו מוכן או מסוגל (אולי מבחינה כלכלית) להגיש בקשה כזו. הפתרון היחיד לקטין הוא "לחטוף את עצמו".

284 בפסק-הדין [1994] FLR 126 *Re M (A Minor) (Abduction: Child's Objections)* טען השופט Hoffman LJ כי מתן אפשרות לילד בן שלוש-עשרה להישאר באנגליה לא יחתור תחת מדיניות האמנה מכיוון שהאב הביא את הילד מאירלנד לאנגליה כי הילד ביקש עזרה ומשום שהסכסוך האמיתי היה בין הילד לאימו.

285 בפרק 33(ב) לעיל.

עיון באמנת האג חושף שהביטוי "טובת הילד" אינו מופיע בגוף האמנה. נוסף על כך, בתי-משפט הדנים במקרים על-פי האמנה מסרבים בעקביות לשקול את הטענות שהחזרת הילד אינה לטובתו, ואף מחזירים ילדינו גם כאשר ההחזרה אינה לטובתם.²⁸⁶ שופטים אחדים אף הודו בפה מלא כי האמנה אינה מתחשבת בטובת הילד במלוא מובן המלה, אלא רק במובן המצומצם של החריג שבסעיף 13(ב),²⁸⁷ או כאשר אין חובת החזרה מכיוון שאחד החריגים חל.²⁸⁸

הטענה כי אמנת האג סותרת את זעף 3 לאמנת האו"ם מפני שאינה מתייחסת לטובת הילד כאל שיקול ראשון במעלה, ולכן יש לפרשה על-פי אמנת האו"ם, שהינה המאוחרת מבין שתי האמנות, הועלתה בפסק-הדין האוסטרלי *Murray v. Director, Family Services ACY*²⁸⁹ (להלן: פסק-דין *Murray*) על ידי חוטף שערער על צו החזרה. מיותר לציין כי טענה זו נדחתה.

ניתן למצוא שלושה טיעונים מרכזיים בהחלטת בית-המשפט בפסק-דין *Murray* ובפסקי-דין ישראליים המנסים ליישב את הסתירה הקיימת על פניה בין העיקרון של טובת הילד באמנת האו"ם לבין אמנת האג. ובחן כל אחד מהם.

2. נסיונות ליישוב הסתירה בפסיקה

(א) "עקרון טובת הילד אינו רלוונטי בבקשות החזרה"

טיעון זה מבוסס על הנחת-היסוד כי העיקרון של טובת הילד רלוונטי רק בהחלטות משמורת. לפיכך, בפסק-דין *Murray* הסביר בית-המשפט:

issues relating to the welfare of a child are not relevant to a Hague Convention application... because such an application is concerned with where and in what court issues in relation to the welfare of the child are to be determined.²⁹⁰

ברומה לכך בפסק-דין *גינזבורג*²⁹¹ ציינה השופטת דורנר כי חובת ההחזרה לפי האמנה אינה פוגעת ב"מעמד העל של עקרון טובת הילד, שעל-פיו יש להכריע את המחלוקת בדבר

286 בשלושת פסקי-הדין של בית-המשפט העליון ע"א 4391/96 ז' 71, הערה 2 לעיל, פסק-דין *גינזבורג*, לעיל הערה 29, ופסק-דין ע"א 1372/95 *סטגמן ז' בורק*, פ"ד מט(2) 43, ניתן צו החזרה אף-על-פי שבית-המשפט בערכאה הראשונה קבץ כי טובת (welfare) הילד דורשת שיישאר בישראל עם ההורה החוטף.

287 לדוגמה, פסק-הדין *טורנה ז' משולם*, הערה 20 לעיל, שבו אמרה השופטת נתניהו: "יש להבהיר כאן כי בהליך על-פי החוק אין בית-המשפט דן... אף לא בטובת הילד במובן המלא שלה." (עמ' 45). ואף לאחרונה בעמ"ש 1166/99, לעיל הערה 248, ציין השופט פורת כי "האמנה קובעת בסעיף 13(ב) טובת ילד מיוחדת וצרה הנבחנת במסגרת החזרה הראשונה של השכח המצב לקדמותו".

288 ראו פסק-דין ע"א 1372/95 *סטגמן ז' בורק*, הערה 286 לעיל.

289 *Murray v. Director, Family Services ACY* (1993) FLC 92-416

Ibid, at p. 339

291 הערה 228 לעיל, בעמ' 298.

זכויות ילדים חטופים

משמורתו על יסוד טובתו, אלא שסמכות ההכרעה מהי טובת הילד עוברת לבית-המשפט של המדינה שממנה הוברח".

טיעון זה, אפילו על פניו, סותר את סעיף 3 לאמנת האו"ם הדורש שטובת הילד תהיה שיקול ראשון במעלה בכל הפעולות הנוגעות בילדים,²⁹² והחלטה להתזרזר הילד ואף החלטה באיזה בית-משפט תידון המשמורת כלולות בוודאי בהגדרה זו.

ניתן לטעון כי טובת הילד אינה מושפעת מהחלטה בשאלה איזה בית-משפט ידון בעניין כל עוד העיקרון של טובת הילד מיושם.²⁹³ טיעון זה מתעלם מהעובדה כי יכולתו של בית-משפט לקבוע במדויק מהי טובת הילד מושפעת מהראיות הזמינות לו ומטיעונים המוצגים לפניו על-ידי הצדדים המדיניים.²⁹⁴

יתר על-כן, ברור לחלוטין כי ייתכן שטובת הילד תושפע מהחזרתו למדינה המבקשת. ראשית, התוצאה הסופית של המקרה עשויה להיות מושפעת²⁹⁵ ממקום המגורים של הילד בזמן השימוע, מכיוון שהצורך של הילד ביציבות הינו גורם חשוב בהחלטה הסופית בסכסוכי משמורת. שנית, ההחלטה עלולה לגרום לילד נזק ממשי שאינו ניתן לכיטול על-ידי יישום העיקרון של טובת הילד בבית-משפט זר. אכן, החריג בסעיף 13(ב) הוא עצמו הינו עדות לעובדה כי טובת הילד הינה רלוונטית להחלטה אם להורות על התזרזר הילד, אף אם רק בנסיבות קיצוניות.

(ב) "אמנת האו"ם נותנת גושפנקא לאמנת האג"

הטיעון השני הוא כי לא תיתכן סתירה בין שתי האמנות מכיוון שאמנת האו"ם עצמה מגלה מודעות להשפעה השלילית של הרחקה או אי-החזרה על ילדים ונותנת גושפנקא לאמנת

292 השופטת רוטלוי, בפסק-הדין דגן ג' דגן, הערה 5 לעיל, פסקה 14, טוענת כי בית-המשפט משלם מס-שפתיים לרעיון שטובת הילד תיקבע על-ידי בתי-המשפט שבמקום המגורים הרגיל.

293 הכוונה אינה שמקום השיפוט אינו משפיע על התוצאה. הטבע הסובייקטיבי של עקרון טובת הילד משמעותו כי ייתכן בהחלט שהעיקרון ייושם באופן שונה על-ידי בתי-משפט בארצות שונות, במיוחד כאשר אין למדינות השונות רקע תרבותי משותף. אף-על-פי-כן יתמלאו דרישות סעיף 3 אם בית-המשפט יתייחס לטובת הילד כאל שיקול ראשון במעלה. דוגמה קלסית למצב זה ניתן לראות בפסק-דין שניתן לאחרונה, ובו קבע בית-משפט בארצות-הברית כי מגורים בישראל אינם לטובת הילדה בשל המצב הבטחוני במדינה, ולכן אם תחזור אימה לארץ המשמורת, על הקטינה לעבור אל האב הנשאר בארצות-הברית. מיותר לציין שקביעה כזו על-ידי בית-משפט בישראל אינה אפשרית.

294 כך, לדוגמה, בפסק-דין אנגלי 1 [1993] *H v. H (Minors) (Forum Conveniens) (Nos. 1 and 2)* FLR 958 נפסק כי טובת הילד דורשת דיון באנגליה, שבה תהיה לשני הצדדים הזדמנות להציג את טיעוניהם ביעילות, בעוד שבויסקונסין, עקב היעדר סיוע משפטי, לא תהא לאם הזדמנות הוגנת להציג את טיעוניה. בחלק מן המקרים תושפע טובת הילד מסיבות נוספות הקשורות לבחירתו של פורום הדין. למשל, כאשר ההורה בעל זכות המשמורת חייב לבוא לארץ זרה על-מנת להציג ראיות, הוא נאלץ להשאיר בארצו את ילדיו. לדוגמה, בפסק-הדין (אנגליה) *Re S (A Minor) (Stay of Proceedings)* [1993] 2 FLR 958, העובדה שהתינוק טרם נגמל והוא ייאלץ להתלוות לאימו אם יהא עליה לנסוע מסקוטלנד ללונדון היוותה גורם בהחלטה שסקוטלנד היא הפורום העדיף.

295 J. Reddaway & H. Keating "Child Abduction: Would protecting Vulnerable Children Drive a Coach and Four Through the Principles of the Hague Convention?" 5 *Int'l J. of Children's Rights* (1997) 77, 88. וכן פסק-הדין האוסטרלי *ZP v. PS (High Court of Australia)* 17 Fam LR 600.

האג. היא עושה זאת בכך שהיא מורה למדינות החברות בה לנקוט אמצעים מתאימים במישור הלאומי, הדו-צדדי והרב-צדדי על-מנת למנוע חטיפות ילדים.²⁹⁶ ברור שטיעון זה אינו מספיק. דעובדה שאמנת האו"ם מציינת רצון למנוע חטיפות ומעודדת בבירור הסכמים כאמנת האג אינה מוכיחה כי סעיפים ספציפיים באמנת האג עולים בקנה אחד עם אלה של אמנת האו"ם. יתר על-כן, אין באמנת האו"ם דבר המציע שהצורך להילחם בחטיפות גובר על יישום העיקרון של טובת הילד בכל ההחלטות הנוגעות בילדים.

(ג) "אמנת האג מבוססת על עקרון טוֹבַת הילד"

ניתן למצוא שתי גרסות לטיעון זה. וגרסה הראשונה היא שטובת הילד תהא מוגנת באופן הטוב ביותר כאשר סכסוכי משמורת וביקור יבואו לידי פתרון בבתי-המשפט בארץ מקום המגורים הרגיל של הילד, כפוף לחריגים המצויים בסעיף 13 (להלן: הנחת-היסוד השיפוטית).²⁹⁷ הגרסה השנייה היא כי בבסיס האמנה עומדת ההשקפה שטובת הילד מחייבת את החזרתו המיידית למדינה שממנה נחטף.²⁹⁸ (להלן: הנחת-היסוד להחזרה). לדעתנו, ניתן להפריך את שתי הנחות-היסוד הללו. לגבי הראשונה, ייתכן אומנם שאמנת האג מבוססת על הנחת-היסוד השיפוטית, אולם קיימים מקרים שבהם אין ההנחה נכונה. לדוגמה, אם מקום המגורים הרגיל שהילד מוחזר אליו אינו הפורום הנאות,²⁹⁹ או אם בית-המשפט של מקום המגורים הרגיל אינו מיישם בפועל את עקרון טובת הילד.³⁰⁰ נוסף על כך, גם אם הנחת-היסוד השיפוטית נכונה, טובת הילד אינה בהכרח מגורים במקום מגוריו הרגיל בעוד הדיון בעניין משמורתו תלוי ועומד, כפי שהאמנה מניחה. לפיכך,

296 ראו פסק-הדין *Murray, supra note 289*, at pp. 80, 258, וסעיפים 11 ו-35 לאמנת האו"ם.

297 ראו לדוגמה פסק-דין *Murray, ibid*.

298 דברי השופט דורנר בפסק-דין *גומדהייט נ' שר החוץ*, לעיל הערה 228, בעמ' 292.

299 במאמר קודם הבאנו דוגמות למקרים שבהם לא היה מקום המגורים הרגיל הפורום הנאות. ראו: *Schuz, supra note 9*, at p. 782. כן ראו פסק-דין אנגלי *H v. H. (Minors) (Forum Conveniens)*, *supra note 294*, at p. 976, שבו סיכם השופט Waite (כתוארו או) כי בקביעת הפורום הנאות בפסק-דין הנוגעים בילדים: "the child's habitual residence is a factor in all cases persuasive, in many determinative, but in none conclusive".

300 סביר להניח שמדינות שאינן מפעילות את העיקרון של טובת הילד בסכסוכי משמורת לא יחקבלו כחברות באמנת האג, אך ייתכן שהדין או הגורג של שופטים משתנים אחרי הצטרפותה של אותה מדינה לאמנה. אם יקרה מקרה כזה, אין לרעת איזה מהחריגים יחול, אם בכלל. לא נראה שאיי-שומו של עקרון טובת הילד בבית-המשפט במקום המגורים הרגיל יהיה מספיק כשלעצמו לקיים את החריג של חשש חמור לנזק המופיע בסעיף 13(ב). לגבי החריג שבסעיף 20 לאמנה ("החזרה אינה מותרת על פי עקרונות יסוד של המדינה המתבקשת באשר להגנה על זכויות האדם וחירויות יסוד"), נאמר בתמ' (ת"א) 5201/93 *גומדהייט נ' גומדהייט* (ט"ס פורסם) כי עקרון טובת הילד אינו עקרון-יסוד. פסיקה זו עולה בקנה אחד עם פסק-הדין האמריקאי *Ciotola v. Fiocca* 86 Ohio Misc. 2d 24, 684 N.E. 2d 763 (1997). אך בבג"ץ 4365/97 *טור טייני נ' שר החוץ*, פ"ד נג(3) 673, אמרו השופטים כי אילו הוצגו לפנייהם ראיות שבית-משפט זר ישלול מהאם את זכויות המשמורת שלה וימנע ממנה קשר עם ילדיה מכיוון שהיא נחשבת אשה מורדת, וזבלי לשקול את טובת הילד, הם היו מפעילים את החריג שבסעיף 20. כך קבע בית-המשפט הספרדי במקרה זה כאשר הוצגה לפניו באופן מזועזע (על-ידי קונסול ישראל בספרד, שהיה דורה של האם החוטפת) עדות כוזבת כזו לגבי הדין הישראלי.

הנחת-היסוד השיפוטית כשלעצמה אינה מספיקה ליישוב הסתירה בין אמנת האג לבין סעיף 3 לאמנת האו"ם.

באשר להנחת-היסוד השנייה, מנסחי האמנה תיארו לעצמם כי החזרתו המיידית של ילד חטוף למקום שממנו נחטף תשרת את טובתו, ואף כי הדבר נכון ברוב המקרים, אין הוא נכון תמיד. אין בכוחם של החריגים להקיף את כל המקרים שבהם ההחזרה אינה לטובת הילד. לפיכך, ממבט ראשון נראה כי הנחת-היסוד להחזרה אינה מדויקת.

התגובה הסטנדרטית לבעיה זו היא, כפי שצינו לעיל,³⁰¹ הטענה כי טובת הילד בחקשור זה אינה מתייחסת לילד ספציפי, אלא לילדים באופן כללי.³⁰² לפיכך, מנגנון ההחזרה האוטומטי, שאינו בוחן את טובתו של כל ילד באופן פרטני, מיטיב עם כל ילד הן מפני שהשפעתו ההרתעתית מפחיתה מלכתחילה את הסיכוי שהילד ייחטף והן משום שאופיו המנדטורי מבטיח החזרה מהירה, המצמצמת ככל האפשר את הנזק שהחטיפה גורמת.³⁰³

אף על-פי-כן, כיצד תועלת תיאורטית מקדמת את טובתו של ילד שנחטף בנסיבות שבהן החזרתו תזיק לו? לשאלה זו אין תשובה משביעת-רצון,³⁰⁴ והמסקנה הבלתי-נמנעת היא שטובת ילדים אינדיווידואליים מוקרבת לעיתים על מזבח האינטרסים הקולקטיביים של כלל הילדים בקהילייה הבינלאומית.³⁰⁵

השאלה המתבקשת הינה: האם מנגנון המתחשב בטובת הילדים באופן קולקטיבי, ולא באופן אינדיווידואלי, ממלא אחר דרישות סעיף 3 לאמנת האו"ם? פרשנים מצביעים על סתירה פנימית הקיימת בסעיף 3 עצמו. תחילתו של הסעיף מתייחסת ל"כל הפעולות הנוגעות לילדים" (ילדים בריבים), אך לאחר-מכן ההנחיה היא להתייחס ל"טובת הילד" (ילד ביחיד).³⁰⁶ לפיכך, מסקנתם היא שהסעיף התכוון להיות בעל מיקוד קולקטיבי, מכיוון שבעוד בתי-משפט מקבלים בדרך-כלל החלטות לגבי ילדים אינדיווידואליים, מקבלי ההחלטות האחרים הנופלים לגדרו של הסעיף מקבלים לעיתים החלטות לגבי הילדים כקבוצה.

301 בפרק ב לעיל.

302 ראו: 774, at p. 9, *Schuz, supra note* 9, והמקורות המצוטטים שם; וכן שיפמן, לעיל הערה 38, בעמ' 235, המתייחס למתח שבין טובת הילד הפוטנציאלי לבין טובת הילד הקונקרטי.

303 295, *Reddaway & Keating, supra note* 295 מציינות גם שחקירה בעניין טובתו של הילד החטוף עלולה לחתור תחת שיתוף-פעולה בינלאומי, שהינו חיוני על-מנת שהאמנה תרחיע באופן יעיל.

304 העובדה שטובת הילד אינה נבחנת מפחיתה אומנם עיכובים בהכרעת הבקשה להחזרת הילד, אך הפחתת עיכובים אינה מועילה במקרים שבהם החזרה מזיקה לילד. ייתכן שכל יום שההכרעה מתעכבת מועיל לילד על-אף חוסר הוודאות שנגרם על-ידי העיכוב. אינה מועילה במקרים כאלה מפני שעיכוב אומנם פוגע בילד בדרך-כלל, אך במקרה שבו החזרתו מזיקה לו, ייתכן שכל יום שבו היא מתעכבת מועיל לו על-אף התוצאות הבלתי-רצויות של חוסר הוודאות.

305 ראו: 582, at p. 12, *Bainham, supra note* 12, וכן דברי השופט Waite בפסק-הדין האנגלי *W v. W (Child Abduction: Acquiescence)* [1993] 2 FLR 211, 220: "It is implicit in the whole operation of the Convention that the objective of stability for the mass of children may have to be achieved at the price of tears in some individual cases".

306 P. Alston "The Best Interest Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights" and S. Parker "The Best Interests of the Child – Principles and Problems" both in *The Best Interests of the Child* (Clarendon Press, P. Alston ed., 1994)

אף-על-פי-כן, השופט רוטלוי מבינה בכירור את הסעיף כמעניק שיקול-דעת לגבי טובתו של כל ילד באופן אינדיווידואלי.³⁰⁷ מתקבל בהחלט על הדעת שכאשר המקרה מאפשר לשקול את טובתו של הילד ואינדיווידואלי, הסעיף אכן דורש לעשות כן.³⁰⁸ לפיכך, אף שיהיה נוח להסיק שאמנת האג עולה בקנה אחד עם פרשנות קולקטיבית לסעיף 3 לאמנת האו"ם, אין הדבר פותר אותנו מלשקול אם קיימת דרך כלשהי שניתן ליישב על-פיה בין אמנת האג לבין פרשנות האינדיווידואלית לסעיף 3.

3 הצעותינו ליישוב הסתירה

(א) משמעות ניסוחו של סעיף 3

צינו כי הביטוי שבסעיף 3 הוא "שיקול ראשון במעלה", ולא "השיקול הראשון במעלה". במילים אחרות, אין כל דרישה שטובת הילד תהיה השיקול היחיד או אפילו העיקרי כל עוד הינה אחד השיקולים המרכזיים.³⁰⁹ ניסוח זה מעניק לבתי-המשפט ולרשויות אחרות שיקול-דעת נרחב לקבוע איזה משקל יש להעניק לטובת הילד ואיזה משקל יש להעניק לשיקולים אחרים.

לפיכך, על-מנת שהחלטה להורות על החזרת הילד על-פי אמנת האג תמלא את דרישת סעיף 3 לאמנת האו"ם, די ששיקול טובת הילד יובא בחשבון בין שאר השיקולים העיקריים.

(ב) שקילת שיקולים מראש

ניתן לטעון כי מנגנון אמנת האג עצמו כבר ביצע מראש את האיוון הנדרש בין טובתו של כל ילד באופן אינדיווידואלי לבין השיקולים האחרים, כגון הרתעת חטיפות בינלאומיות של ילדים. התוצאה של איוון זה הינה שגם כאשר אין ההחזרה מקדמת את טובתו של הילד המסוים, יגברו שיקולים אחרים, והילד יוחזר אלא אם אחד החריגים חל. לפיכך, כל בית-משפט המיישם את האמנה מאמץ למעשה את האיוון שהתבצע מראש במנגנון עצמו, וניתן לומר כי טובתו של הילד הובאה בחשבון כאחד השיקולים הראשונים במעלה בהתאם לסעיף 3.

התמיכה ברעיון זה תלויה בעיקר בפרשנות הניתנת לחריג שבסעיף 13(ב) לאמנה, הוא חריג החשש החמור לנוק. כלומר, ניתן לתמוך ברעיון זה רק אם חריג זה מפורש ככולל את כל המקרים שבהם החזרת הילד אינו עולה בקנה אחד עם ההתייחסות לטובת הילד כשיקול ראשון במעלה.

העובדה כי תפיסת טובת הילד הינה בלתי-מוגדרת³¹⁰ אינה מאפשרת לנו לקבוע בכל מקרה נתון איזו תוצאה תקדם את טובת הילד; אך אין כל סיבה מדוע לא יהיה ביכולתנו להעריך אם התוצאה במצב נתון הינה כזו ששופט סביר יקבלה אם ישקול את טובתו של הילד כשיקול ראשון במעלה.

307 בפסק-דין דגן, לעיל הערה 5, פסקה 14, וכן בעמ"ש 1166/99 אלמוני נ' פלונית, הערה 248 לעיל.
308 אכן, גם Alston וגם Parker (supra note 306) מסכימים כי סטנדרט אינדיווידואלי הינו נאות כאשר בתי-המשפט מקבלים החלטות בנוגע לילדים אינדיווידואליים.

309 Parker, *ibid*, at n. 28 ו-Alston, *ibid*, at pp. 12-13.

310 ראו מקורות לעיל בהערה 70.

כך ניתן לבחון אם האופן שבו היה החריג מיועד להתפרש והאופן שבו יישמו אותו בתי-המשפט בפועל עולים בקנה אחד עם הפירוש האינדיווידואלי של סעיף 3 לאמנת האו"ם.

4. בדיקת הצעותינו ליישוב הסתירה

(א) חריג "החשש החמור" בדאיית מנסחי האמנה

מנסחי האמנה ניצבו לפני דילמה קשה. מחד גיסא, הם היו נחושים בדעתם להבטיח שהילדים יהיו מוגנים מפני חטיפה בכך שיוחזרו במהירות ללא כל חקירה לגופו של עניין. מאידך גיסא, הם לא יכלו להתעלם מהעובדה שבמקרים מסוימים תנגודת החזרת הילד את לטובתו. היה ברור למנסחים כי הגנה כללית על טובת הילד או חריג על בסיס תקנת-הציבור³¹¹ יפגעו מאוד במטרת האמנה, הן מפני שהחזרה תתעכב ברוב המקרים עד אשר כל המידע החיוני יובא לפני בית-המשפט והן משום שלא תתקיים הרתעה יעילה.

כך הושגה לבסוף "הפשרה השבירה"³¹² והיא שיש להגביל את בחינת השאלה של טובת הילד למקרים חריגים בלבד שקיים בהם חשש חמור לנוק על-פי סעיף 13(ב). כפי שראינו, היקף המקרים הנכללים בגדר חריג זה הוא שיקבע אם פשרה זו אכן עולה בקנה אחד עם ההתחשבות בטובת הילד כשיקול ראשון במעלה.

דעת המנסחים היתה בבירור כי יש לפרש את החריג בצמצום, ודו"ח פרז ורה הזהיר כי אם לא יהיה כך, תיהפך האמנה לאות מתה.³¹³ אף-על-פי-כן יש לראות את ההערות האלה באור המצב שקדם לאמנה, שבו גברה טובת הילד האינדיווידואלי בקביעות על הצורך למנוע חטיפות, ולמנסחים היה ברור שהם עומדים לפני משימה מייגעת בשינוי ההרגל השיפוטי.

אכן, פרופסור פרז ורה עצמה הצהירה כי החריג בסעיף 13(ב) גועז לפעול במקרים שבהם תהיה החזרת הילד מנוגדת לטובתו לפי משמעות הביטוי בסעיף-הקטן.³¹⁴ נראה כי לא עלה על דעת המנסחים שבתי-המשפט יחזירו ילדים במקרים שבהם תסכן ההחזרה את בטחונם.³¹⁵ אכן, פרוטוקול הכנס הארבעה-עשר מעיד כי הכוונה בביטוי מצב בלתי-נסבל שבחריג היתה שהוא יכלול מצב שבו האם נמלטת בשל אלימות במשפחה.³¹⁶ זאת ועוד, לדעתו של צופה מלומד בוועידה, הכוונה היתה שהביטוי יכלול מקרה שבו ברור כי בסופו של דבר יושאר הילד במדינה המתבקשת מכיוון שקיימות ראיות מוצקות שבית-המשפט במדינה המבקשת יעניק משמורת לחוטף ויאפשר לו לשוב למקום המקלט.³¹⁷

311 ראו תיאור חריגים אלה אצל: Beaumont & McEleavy, *supra* note 137, at pp. 135-138.

312 דו"ח Perez-Vera, *supra* note 25, פסקה 116.

313 שם, פסקה 34.

314 שם, פסקה 116.

315 העובדה שדאגתם שונה באה לידי ביטוי בהערה בדו"ח הוועדה המיוחדת הראשונה Proces-verbal no. 8 (In Actes et documents de la Quatorzieme Session of the Hague Conference on Private International Law Tome III, 302), כי החריג אינו תקף רק בשל העובדה כי החזרה תגרם לילד נחיתות השכלתית או כלכלית.

Ibid 316

317 J. Eekelaar "International Child Abduction by Parents" 32 *University of Toronto Law Journal* (1982) 281, 313

(ב) החריג בעיני בתי-המשפט

כפי ש-Beaumont & McElevay מצינים,³¹⁸ התוכנית שנרקמה בזהירות היתה בת-כיצוע במצב הסטריאוטיפי שעמד לנגד עיניהם של מנסחי האמנה, שבו אב ללא זכות משמורת חוטף את ילדו מאם בעלת המשמורת. קשה הרבה יותר ליישם את האמנה במה שנהפך בפועל למצב הסטריאוטיפי במקרי חטיפה, שבו החוטפת הינה האם בעלת המשמורת,³¹⁹ ומשמעות החזרתו של הילד אינה החזרת הסטטוס-קוו, אלא שינוי ההורה בעל זכות המשמורת³²⁰ או לפחות שינוי קיצוני בתנאי החיים.³²¹ כמעט בכל המקרים הללו קיים חשש ניכר כי ההחזרה תזיק לילד. מאידך גיסא, התרת יישומו של חריג זה במקרים כאלה, שבהם העובדות אינן יוצאות מן הכלל בשום מובן, תפחית באופן ניכר את הערך ההרתעתי של האמנה.³²²

בעומדם לפני דילמה זו בחרו בתי-משפט, ובמיוחד בתי-משפט לערעורים,³²³ בדרך-כלל, להגן על מטרת האמנה על-ידי מתן פירוש מצומצם ביותר לחריג בסעיף 13(ב) רישא.³²⁴ כך החזירו בתי-משפט זרים ילדים בנסיבות שבהן התנהג האב באלימות כלפי האם לעיני הילדים,³²⁵ במקרים שבהם איים האב להרוג את הילדים,³²⁶ ואף כאשר היו ראיות שהאב

318 Supra note 137, at p. 138

319 הנתונים הגלובליים מראים כי בשנת 1999 היו 69% מהחוטפים נשים (ראו אתר ועידת האג, לעיל הערה 8).

320 כאשר ההורה החוטף בעל זכות המשמורת אינו רוצה או אינו מסוגל לחזור עם הילד.

321 כאשר ההורה החוטף בעל זכות המשמורת מוכן לחזור עם הילד, אך אינו מוכן לגור עם ההורה האחר.

322 בהערה מפורסמת אמרה השופטת Butler-Sloss בפסק-דין *C v. C (Minor: Abduction: Rights of Custody Abroad)* [1989] 2 All ER 465, 471 (אנגליה), כי הפעלת החריג במקרים כאלה "would drive a coach and four through the Convention, at least in respect of applications relating to young children". *Ibid*, at p. 471

323 הן בישראל והן בחוץ-לארץ, בחלק לא מבוטל מן המקרים שבהם יישמה הערכאה הראשונה את החריג בסעיף 13(ב) רישא, הפכה ערכאה הערעור את ההחלטה על פיה. בישראל ניתן לראות מגמה זו בפסק-הדין *ג'נש-גראנט*, לעיל הערה 29, ובפסק-הדין 71, לעיל הערה 2. בחוץ-לארץ ראו לדוגמה *B v. B* (unreported Lexis 20 August 1991) *H v. H* (Abduction) [1993] Fam. 32

324 לפיכך, בשנת 1999, מבין תשע מאות חמישים וארבע בקשות החזרה שהוגשו, סורבו תשעים ותשע בקשות, מהן עשרים ואחת בלבד על בסיס סעיף 13(ב) רישא. יש לציין כי בתשעה-עשר מקרים נחטף הילד על-ידי האם (ראו אתר ועידת האג, הערה 8 לעיל). אך לאחרונה חרגו כמה בתי-משפט זרים מהפירוש המצומצם של סעיף 13(ב), וסירבו להחזיר ילדים לישראל בנימוק כי בשל המצב הבטחוני בארץ, קיים חשש חמור לנוק. (ראו לדוגמה *Genish-Grant v. Director General Department of Community Services*, Full Court of Australia [2002] Fam CA 346 מיום 27.5.02). החלטות אלה מוטעות בכירור. אומנם, אין ברצונו לזלזל חלילה בחומרת הפיגועים המזועזעים ותוצאותיהם, אך על-פי ניתוח סטטיסטי, הסיכון שבי-אדם מסוים (בהקשר זה ילד מסוים) ייפגע באחד הפיגועים קטן עדיין ביותר, ובוודאי שאינו בגדר "חשש חמור". כמו-כן, אם ברצונו של בית-המשפט להשוות סיכונים במדינות שונות, יש להתחשב לא רק במתקפות טרור, אלא בכל סוגי הסיכונים, כגון אסונות טבע, פעילות פלילית, תאונות ואפילו סיכונים הנובעים משימוש בסמים.

325 לדוגמה, פסקי-הדין האוסטרליים: *Re Bassi SS; Bassi DK and Murray*, supra note 290, *Director-General Department of Community Services* (1994) FLC 92-465

326 *Bassi*, *ibid* פסק-הדין האוסטרלי

התעלל בילדים בעבר.³²⁷

אחת הדוגמות הקיצוניות ביותר של מדיניות זו היא החלטת בית-המשפט העליון הישראלי בפסק-דין 77 נ' 70.³²⁸ במקרה זה סבלה אשה ישראלית מאלימות והתעללות מידי בעלה האנגלי בעודם חיים באנגליה.³²⁹ בעזרת אימה נמלטה האשה עם ילדתם המשותפת לישראל. בחוות-דעת ציינו המומחים כי האב אינו ראוי להשגיח על הילדה, ובית-המשפט המחוזי מצא שקיים חשש תמור שהחזרת הילדה תחשוף אותה לנזק על-פי סעיף 13(ב). למרות זאת קבע בית-המשפט העליון שאם תחזור האשה עם ילדתה, לא יהיה סיכון חמור לפגיעה בילדה, והורה על החזרתה כפוף לתנאים מסוימים.³³⁰ בית-המשפט הגיע להחלטה זו על-אף חוות-דעת שהוצגה לפניו שבה קבע פסיכולוג קליני, שבית-המשפט עצמו ייפה את כוחו, כי החזרת האם לאנגליה תפגע ביכולתה של האם לתפקד כהורה מכיוון שהיא חוששת מהאב וחשה מאוימת על-ידי, וכתוצאה מכך תסבול הילדה.³³¹ הנימוק של בית-המשפט להחלטתו בניגוד לדעת המומחים היה:

אם נקבל את דברי המומחה כערכם על פניהם, דומה כי ניתן יהיה להסב אותם על מקרים רבים של חטיפה. ואם כך נעשה, נתקשה למצוא מקרים שבהם יחויב הורה שחוטף את ילדו להחזירו למקום מגוריו הרגיל. לדעתו של [המומחה], עיקר הנזק ש[הילדה] עלולה לשאת בו מקורו בנזק שייגרם ל[אם] אם תיאלץ לחזור לאנגליה. ואולם כך יהי במרבית המקרים שבהם ייאלץ הורה לחזור למדינה שממנה ברח, ואם נביא גורם זה במניין נמצאנו מחטיאים את מטרת האמנה.³³²

עם כל הכבוד, קיפּעון (אובססיה) זה של בית-המשפט ביישום מדיניות האמנה הינו לא רק מוטעה, אלא אף חסר בסיס מוסרי בנסיבות אלה. ראשית, נכון אומנם שהנוסח הכללי של חוות-דעת המומחה יכול להתאים למקרים רבים, אך עובדות מקרה זה קיצוניות במיוחד, ואף ניתן להבחין בינו לבין מקרי אלימות אחרים.³³³

327 כך בפסק-הדין האנגליים: *N v. N (Abduction: Article 13 Defence)* [1995] 1 FLR 107; *Re M* [1996] 1 FLR 314, 322, 315. (*Abduction: Acquiescence*)

328 ע"א 103880/99 נ' 77, לעיל הערה 2.

329 בתמ"ש 103880/99 מ"ש'ק' נ' ג'ק' (טרם פורסם) השופט שוחט מתאר את עובדות פסק-הדין 77 נ' 70, שם, כ"מסכת התעללות מזעזעת קשה ואכזרית של האב באשתו וכבתו".

330 על-פי מידע שנמסר לנו מהרשות המרכזית הישראלית, לא עמד האב בתנאים, ולכן לא הוחזרה הילדה (להסבר ראו להלן הערה 337).

331 סיכום המומחה מופיע בפסק-הדין, שם, בעמ' 350: "כולנו (המומחים) משוכנעים כי, קיים סיכון חמור שהחזרתה של הקטינה קארה רו לאנגליה, תחשוף אותה לנזקים פסיכולוגיים חמורים ותעמיד אותה במצב בלתי נסבל. האפשרות היחידה להבטיח את המשך התפתחותה התקין והטוב של קארה, הוא בהמשך השארתה בארץ עם אמה ובמסגרת בו היא מצויה כיום."

332 שם.

333 לרוגמה, תמ"ש 4470/97 אפלכאום נ' אפלכאום (טרם פורסם). במקרה זה היתה האלימות תמורה פחות ולא לוותה בהתעללות נפשית. מכיוון שהילדים היו מבוגרים יותר והאב היה הורה ראוי, היה ניתן להחזיר את הילדים ללא האם. בדומה לכך, בת"א 1367/92 משולם נ' טורנה, תק-מח 192 (1) 448, ניתן צו החזרה מבלי להורות על חקירה בדבר האשמות באלימות בשל העובדה כי זמן קצר לפני החטיפה השאירה האם את הילד עם האב, ולכן נראָה כי האב אינו מהווה סכנה אמיתית. בדומה לכך, בתמ"ש 103880/99 מ' ש' נ' ג' ק' (טרם פורסם), היתה האלימות קשה פחות, הרשויות סיפקו הגנה מיידית לאם

שנית, בנחישותו העיוורת לא להתור תחת מדיניות האמנה להרתיע חטיפות, נראה שבית-המשפט איבד כל חוש מוסרי. ברור שמדיניות החזרת למנוע אלימות במשפחה³³⁴ חשובה בדיוק כמו המדיניות שנועדה להרתיע חטיפות ילדים.

ההחלטה סולחת לאלימות³³⁵ האב ואכזריותו ומענישה את האם³³⁶ על שחילצה עצמה ממצב בלתי-נסבל. יש לזכור כי הסיווג העיקרית להשפעה הקשה על האם שתיגרם מחזרתה לאנגליה היא היחס המתועב של האב כלפיה בעבר. אומנם, התנאים לחזרתה שקבע בית-המשפט, ושכללו את התחייבות האב לא לבוא במגע עמה ועם ילדתם, מקילים לכאורה על הקשיים העומדים לפני האם בחזרתה, אך אין הם יכולים להפיג את חששותיה במלואם, למנוע את פגיעותה ולהקל את בדידותה, שהינם תוצאה ישירה של התנהגות האב.³³⁷

לכן, גם אם "נעשה עול" לאב ושל החטיפה, הוא עצמו היה הסיבה לכך, ולפיכך עליו לקבל על עצמו את תוצאות מעשיו, קרי שהאם תורשה להישאר בישראל כפוף לתוצאות הדיון לעניין המשמורת הקבועה, שינוי עדיין להיערך באנגליה.³³⁸

שלישית, אין זה מקרה שבו החזרת הילדה תאפשר לה לחדש את הקשר עם האב, שהרי בית-המשפט עצמו התנה את צו ההחזרה בכך שלא יתקיים קשר כזה. יתר על-כן, בהתחשב בעובדות הברורות ובקביעת בית-המשפט כי האב אינו ראוי לקבל משמורת,³³⁹ אין ספק

ולילדיה נגר האלימות, ולדעת בית-המשפט ברחא האם רק כאשר חששה שלא תקבל משמורת בלעדית בבתי-משפט בארצות-הברית. כמו-כן, כתמ"ש 001910/02, לעיל הערה 241, לא קיבל בית-המשפט את טענות האם שקיימת אלימות קשה ונצד האב בין היתר משום שהיא עצמה ביקשה "שלוש-בית" עמו, ורק לאחר סירובו החליטה לחטוף את הילדים.

334 Kaye, *supra* note 96 מציגה נתונים סטטיסטיים שעל-פיהם אלימות משפחתית קיימת בערך במחצית מכל המשפחות שמתבצעת בהן חטיפה (בחלק מהמקרים החוטף הוא בן-הזוג האלים). היא מתייחסת באירוניה לכך שבתי-משפט משתמשים בעובדה שאלימות בתא המשפחתי אינה חריגה כסיבה לא להיענות למצוקתם של קורבנות האלימות (שם, בעמ' 205).

335 Kaye, *ibid*, at p. 205 מסיקה שגישת בתי-המשפט למקרים שקיימת בהם אלימות משפחתית "is in danger of colluding with the violent partner". ראו גם מאמרו של: Weiner, *supra* note 176.

336 מכיון שאולצה לחזור לאנגליה על אף ההתעללות שסבלה ממנה שם. אכן נראה כי צו בית-המשפט פגע בזכות תנועתה, ובכך הפר את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. Kaye, *ibid*, at pp. 197-198 מביאה דוגמות למקרים שבהם התעלם בית-המשפט מסבלה של האם אפיין סירובה לחזור כתכסיס, ובכך הציג את האם כבעייתית ולא האב האלים.

337 לדוגמה, היא לא היתה מסוגלת לנצות רשת תומכת של חברים מכיון שהאב בודד אותה במתכוון על-ידי נעילתה בבית. יש לציין שדו"ח ה-Fourth Commission, בפסקה 13.1, מכיר בכך שעלי-מנת להגן על הילד, קיים לעיתים צורך לנקוט בצעדים להגנת ההורה המלווה. (הדו"ח נמצא באתר ועדת האג, הערה 8 לעיל.) יתר על-כן, בנזחשכ באופיו של האב, אין כל ערובה שיקיים את התחייבויותיו. ניתן לראות שחוסר אמינותו של האב זוהה על-ידי בית-המשפט, שהרי דרש מן האב שהכסף לקיום האשה והילד יופקד מראש.

338 Weiner, *supra* note 176 מציעו שבמקרי אלימות יושהו צווי ההחזרה עד שבית-המשפט במקום המגורים הרגיל של הילד יכריע בעניין המשמורת.

339 לדוגמה, הקביעה שהאב אינו מתאים לקבל משמורת על הילדה, הודאת האב עצמו כי אימו (סבתה) של הילדה) תטפל בילדה ואי-יכולתו להעניק את התמיכה הנדרשת לאם באנגליה.

שבית-המשפט האנגלי יעניק משמורת לאם ויאשר לה לחזור לישראל. לפיכך נראה שהתועלת היחידה בהחזרת הילדה עם האם הינה קיום ערך ההרתעה שבאמנה.³⁴⁰ לאור ניתוח זה ברור שבית-משפט שהיה מתייחס לטובת הילד כאל שיקול ראשון במעלה לא היה מגיע להחלטה זו.

יש לציין כי תוצאתו של פסק-דין 70 נ' 70 הינה העלאת הסף הנדרש לקיום החריג שבסעיף 13(ב). לפני פסק-דין זה, במקרים אחדים שנידונו בערכאות נמוכות³⁴¹ (ביניהם פסק-דין 70 נ' 70 עצמו³⁴²) ולאור הראיות המשכנעות שעמדו לנגד עיניהם, מצאו בתי-משפט כי החריג חל, וקבעו כי בשל חשש חמור שייגרם נזק לילד, עקרון טובת הילד גובר על המדיניות של הרתעת החטיפות.³⁴³ לעומת זאת, לאחר פסק-דין 70 נ' 70 לא ייכנסו מקרים כאלה לגדר החריג הזה מבחינת קל וחומר.³⁴⁴

לפיכך שבר פסק-דין 70 נ' 70 את האיוון שהיה קיים בעבר ואשר הצליח לדעתנו במידה רבה לקיים את סעיף 3 לאמנת האו"ם מבלי לפגוע באופן חמור ביעילותה של אמנת האג.³⁴⁵

340 Reddaway & Keating, *supra* note 295, at p. 96 מזהירים כי בתי-משפט עלולים להגן על מטרת האמנה "על-חשבון" הילדים. יש לציין שלא ברור כי פרשנות מגבילה כזו נחוצה על-מנת להגשים את מטרת האמנה. במקרים שבהם אין האמנה חלה מאמצים בתי-המשפט באנגליה את ההנחה כי החזרה מיידית של הילד ללא חקירה לגופו של עניין משרתת את טובת הילד. אף-על-פי-כן, הילד לא יוחזר כאשר יש ראיות ברורות הנוגדות הנחה זו. גישה זו לא מנעה את בתי-המשפט מלהורות על החזרת ילדים במקרים רבים. קיימת אף ביקורת הטוענת כי בתי-המשפט ממהרים להשיב ילדים מבלי לבדוק אם בתי-המשפט הזרים אכן מפעילים את הסטנדרט של טובת הילד. ראו: D. McClean & K. Beevers "International Child Abduction – Back to Common Law Principles [1995] *Child and Family Law Quarterly* 128; וכן: K. Beevers "Child Abduction – Welfare or Comity" *FAM. Law* 365 [1996].

341 ראו לדוגמה פסק-דין ספוטברג, לעיל הערה 220, פסק-דין לוקאץ', לעיל הערה 256, פסק-דין דומאלדה, לעיל הערה 216.

342 מחזי מ"א (נצ') 608/95 אדם פול נ' יעקובוביץ דפנה ואח' (טרם פורסם).

343 לדוגמה, בע"מ (חי') 111/99 י.פ. נ' פ.ש., דינים מחזי, כרך כו(10) 81, קבע בית-המשפט (בפסקה 7) כי העובדה שהראיות לנוק הוצגו על-ידי פיו "הלא-טהור" של החוטף אינה רלוונטית מכיוון שנוק לילד הינו נזק.

344 ראו לדוגמה תמ"ש 103880/99, לעיל הערה 333. יש לשים-לב שבמקרה זה אמרה האם כי לא תחזור עם הילדים לארצות-הברית, אך בית-המשפט הביע תקווה שאמירה זו הינה "מהפה אל החוץ", ולכן ביסס את תנאיו על כך שחזוור עמם. על-פי מידע מהרשות המרכזית הישראלית, לאחר שהגישה האם ערעור, הגיע האב להסכם עמה שהילדים יישארו איתה בישראל. בתמ"ש 001910/02, לעיל הערה 241, טענה האם לאלימות ולהתעללות ברמה הדומה לזו שבפסק-דין 70, אולם טענותיה לא תוכחו, ובית-המשפט קבע כי עדותה אינה אמינה. לפיכך, רק מקרים קיצוניים מאוד ייכנסו לגדר החריג. לדוגמה, בעמ"ש 001166/99 פלוני נ' אלמונית, הערה 248 לעיל, נקבע כי החריג של סיכון חמור לילד התקיים במקרה שהילד סבל מתסמונת ניכור הורי ואיים להתאבד אם יצטרך לחזור לאביו בארצות-הברית. השופט רוטלוי ציינה במפורש כי ההחלטה עולה בקנה אחד עם סעיף 3 של אמנת האו"ם. אין אנו יודעים כמובן בכמה מקרים מחליט המבקש לא להמשיך בתביעתו בעקבות חוות-דעת המצביעה שדרישות סעיף 13(ב) מתקיימות. ראו התייחסות למקרה כזה בתמ"ש (ת"א) 24792/99 כ.ד. נ' ס. (גם במקרה של התנכרות לאם). (טרם פורסם).

345 אף-על-פי שהחלטות בית-המשפט המחוזי בפסק-דין גינזבורג, לעיל הערה 29, ובפסק-דין טטגמן נ' כורק, לעיל הערה 286, לא עלו בקנה אחד עם האמנה. יש לציין שקיים ספק גדול אם עילת הסף לקיום החריג תרחיע חוטפים מלהעלותו ולהביא ראיות לנזק, דבר שיעכב בדרך-כלל את ההליכים.

לעומת זאת, ניתן לטעון כי הנוהג לדרוש מהורה המבקש התחייבויות המיועדות להגן על שלום הילד המוחזר, שנקלט בישראל בפסק-הדין 7 נ' 7, 346 עשוי להחזיר את האיזון ולאפשר את יישוב הסתירה הפוטנציאלית שבין סעיף 3 לאמנת האו"ם לבין אמנת האג. על-כן נבחן כעת את היקפו של נוהג זה ואת השלכותיו ודרכים אחרות להבטיח את שלומו של הילד המוחזר.

5. הבטחת שלומו של הילד המוחזר

(א) ההתחייבויות

"פטנט" שיפוט³⁴⁷ שעוצב לצורך יישוב ההגנה על טובת הילד עם השמירה על יעילות האמנה הוא הגבלת החזרתו של הילד בתנאים המיועדים לנטרל את הנזק שהחזרה עלולה לגרום לו. צו החזרה ינתן רק אבו ההורה המבקש מתחייב לעמוד בתנאים שהציב לו בית-המשפט. בית-המשפט משתמש בסעד של דרישת התחייבויות הן כאשר החזרה ללא ההתחייבויות היתה ממלאת את דרישות החריג בסעיף 13(ב) והן כאשר דרישות החריג אינן מתקיימות.

דוגמות אופייניות להתחייבויות הן הבטחת ההורה המבקש לספק תמיכה כלכלית ו/או מגורים נפרדים לילד ולהורה החוזר אחרו.³⁴⁸ לעיתים, התנאים הנדרשים הינם קיצוניים יותר. לדוגמה, ההורה המבקש אינו מורשה ליצור קשר עם הילד ללא אישורו של בית-המשפט³⁴⁹ הורה.

ברור שהתחייבויות כאלה, אם ההורה אכן עומד בהן כנדרש, מפחיתות במידה ניכרת את הסכנה שייגרם נזק לילד, אך הניסיון במדינות אחרות מוכיח שקיימות כמה בעיות בקשר לנוהג זה של דרישת התחייבויות כאלה.

(ב) הקשיים באכיפת ההתחייבויות

מאחר שאין מעקב אוטומטי אחר ילדים שהוחזרו, אין ראיות ממשיות למידה שבה ההתחייבויות מתמלאות. נראה כי מילוי ההתחייבויות ביעילות תלוי ברצונו הטוב של ההורה

346 לדברי השופט גייפמן בתמ"ש 5065/97 מ' ד' נ' ט' פ' דולברג נ' פיקן, דינים משפחה, כרך א, 681, פסקה 7 (טרם פורסם).

347 Beaumont & McElevay, *supra* note 137, at pp. 156-157 מצביעים על כך שבתי-המשפט האנגליים השתמשו בשיטת ההתחייבויות במקרים של סכסוכים משפחתיים בעלי יסוד בינלאומי כבר לפני יותר מארבעים שנה. נראה שבתי-המשפט האנגליים היו הראשונים שהשתמשו בשיטת ההתחייבויות במקרים שניתן בהם צו החזרה על-פי האמנה, אף-על-פי שדו"ח ורה פרו, לעיל הערה 25, בעמ' 466, פסקה 110, מתייחס לזוהתחייבויות לגבי זכויות ביקור. ה"פטנט" אומץ במדינות המשפט המקובל.

348 לדוגמה בפסק-דין 7ג, הערה 5 לעיל, ובתמ"ש 103880/99, לעיל הערה 333, ציין בית-המשפט כי על סכום המזונות לאפשר לאם לשכור את שירותיו של עורך-דין. תמ"ש (ת"א) 5065/97 משה דולברג נ' טלי פיקן, לעיל הערה 338, מתייחס למקרה שבו שקל השופט את האפשרות לחייב את האב להפקיד פיקדון להבטחת הוצאות מחייתה של האם באיטליה לאחר החזרת הבנות, אך לא עשה כן לבסוף מכיוון שהאב ויתר על הוצאות שכר-טרח שהאם היתה חייבת לו.

349 ראו פסק-דין 7ז, לעיל הערה 2, ותמ"ש 103880/99, לעיל הערה 333.

זכויות ילדים חטופים

הנוטל אותן על עצמו, מכיוון שאין מנגנון אכיפה יעיל.³⁵⁰

ניתן להרגים את התוצאות הטרגיות של אי-קיום התחייבויות על-ידי מקרים אחרים שבהם תוצאת ההחזרה המלווה בהטלת התחייבויות ידועה. המלומד Ward³⁵¹ מציין מקרה שבו הוחזרו ילדים מאירלנד לאיטליה על-אף חששות בדבר התעללות מינית. ההורים נטלו על עצמם לפתור את המחלוקות במהירות בבית-המשפט האיטלקי, ובית-המשפט קבע כי בשל מערכת היחסים הקרובה בין האם לבת, אין להפריד ביניהן עד לקבלת החלטתו של בית-המשפט האיטלקי. בית-המשפט האיטלקי בחן את התנאים האלה רק תשעה שבועות לאחר ההחזרה, ובפרק-זמן זה שיכן את הילדים במוסד שהיתה בו אפשרות מצומצמת בלבד של ביקור הורים.

פסק-הדין האוסטרלי *McOwan v. McOwan*³⁵² מדאיג אף יותר. במקרה זה הורה בית-המשפט האנגלי על החזרה לאוסטרליה, ולאור ראיות ברורות בדבר אלימות האב, דרש ממנו בית-המשפט להתחייב לספק מגורים נפרדים לאם וילדים ולא לבקרה. אף-על-פי-כן, מייד בהגיע האם והילדים לאוסטרליה הבהיר האב כי לא יספק מגורים כנדרש. בית-המשפט האוסטרלי לענייני משפחה העיר:

There does not appear to be any existing mechanism by which the Court that extracts the undertaking can ensure that it is complied with. There does not appear to be any legal basis upon which the Court of the state in which the child has been returned can require compliance with an undertaking given to another Court.

יש לציין כי ניתן למצוא בפסיקה מארצות שונות לפחות שתי שיטות שניתן להימנע בעזרתן מבעיות אלה בחלק מהמקרים:

- יצירת התחייבויות "מראה" בבית-המשפט של המדינה המבקשת: לפי שיטה זו, המבקש פונה מרצונו לבית-המשפט במדינה המבקשת ומקבל שם על עצמו את ההתחייבויות שנדרשו ממנו או שהוא הציע לקיימן מרצונו בבית-המשפט של המדינה המתבקשת.³⁵³ נוהג זה פותר ביעילות את הבעיות העולות מאי-אכיפת ההתחייבויות במדינה המבקשת, שצויינו לעיל, ונראה כי אין סיבה שנוהג זה לא יאומץ באופן נרחב.³⁵⁴

350 דיון מפורט קיים בפסק-הדין האנגלי *Re O (Child Abduction: Undertakings)* [1994] 2 FLR 349.

351 P. Ward "Common Law Undertakings and the Civil Code – The Irish Experience" 29 *Family Law* (1999) 50-52.

352 M. Kaye "The Hague Convention and the Flight From Domestic Violence: How Women and Children are being Returned by Coach and Four" 13 *International Journal of Law and the Family* (1999) 191-212.

353 צו זה ידוע כ-"safe-harbour order", ראו: Beaumont & McEleavy, *supra* note 137, at p. 167.

354 אף-על-פי-כן לא ברור אם בית-המשפט במדינה המתבקשת רשאי להתנות את ביצוע ההחזרה בקבלת צו מראה. לדעת Beaumont & McEleavy (*ibid*, at p. 167), לא ווהה בסיס משפטי לצוים כאלה.

- ביצוע מראש של תנאים ממוניים: בהתייחס להתחייבויות ממוניות, בית-המשפט יכול לדרוש שהכסף ישולם לפני החזרת הילד. כך, במקרים שבהם אין המבקש מסוגל או אינו מתכוון להיענות להתחייבויות, הילד לא יוחזר.³⁵⁵

(ג) שימוש מופרז בהתחייבויות

דו"ת הוועדה המיוחדת השלישית³⁵⁶ זיין: "Undertakings are used too broadly and allow abducting parents to gain significant advantages from the abduction."

דהיינו, ההורה החוטף יכול לכפות על ההורה הנחטף לספק מגורים נפרדים ותמיכה כלכלית בסכום גבוה מזה שהיה מכלל אלמלא חטף את הילד. במקרים שבהם "ההורה הנחטף" מעוניין במשמורת על הילדים, הוא יכבד את ההתחייבויות על-מנת לא לפגוע בסיכווי לקבלה. לפיכך המליצו Beaumont & McEleavy כי התחייבויות יידרשו³⁵⁷ רק במקרים שבהם הן מאזנות מצב שקיינו בו חשש חמור לנוק או יצירת מצב בלתי-נסבל.³⁵⁸ אף-על-פי-כן, תופעת השימוש זורחב בהטלת התחייבויות על-ידי בתי-משפט משקפת אולי את העובדה שבתי-המשפט מתייחסים לטובת הילד כאל שיקול ראשון במעלה, ומוכנים להשתמש בהשפעתם על המבקש על-מנת להבטיח תנאי מחיה הולמים לילד המוחזר, אף שהדבר מצוי בעצם בתחומו של בית-המשפט במקום המגורים הרגיל של הילד.³⁵⁹ יתר על-כן, ספק אם חוטפים, בהחליטם לבצע חטיפה, אכן מונעים על-ידי התקווה שכך ישיגו יתרונות כאשר יורו להם לחזור.

לכן, אין זה ברור שנוהג הטלת ההתחייבויות אינו רצוי, בתנאי כמוכן שההתחייבויות הינן הגיוניות ומיושמות רק עד אשר יחליט בית-המשפט במדינת מקום המגורים הרגיל אחרת.³⁶⁰ במקרה כזה, אם ההתחייבויות מכבדות יתר על המידה, יוכל בית-המשפט במדינת מקום המגורים הרגיל לשנותן, תוך שמירה על הגנת הילד. יתרונה של שיטה זו הינו שהיא מבטיחה כי המקרה יובא לתשומת-ליבו של בית-המשפט במדינת מקום המגורים הרגיל, שיתחשב בוודאי בהתחייבויות שבית-המשפט במדינה המתבקשת חשבן לנחוצות, אך לא ייה מחויב להמשיכן.

355 נראה כי זו הסיבה לכך שהאב בפסק-דין 72, לעיל הערה 2, שנדרש לשלם 5,000 לירות שטרלינג לעורך-דינה של האם, הגיע להסכם עו האם שעל-פיו הילד לא יוחזר.

356 באתר של ועדת האג, לעיל הערה 8.

357 אף שהינם מקדמים בברכה שימוש בהתחייבויות על בסיס התנדבותי, הן משום שהן מהוות מתווה של רצון טוב במצב טעון והן משום שהן יכולות להשיב את הסטטוס-קוו על כנו.

358 *Supra* note 137, at p. 163.

359 השופט Butler-Sloss הזהיר בפסק-הדין 1 [1995] *Re M (Abduction: Undertakings)* FLR 1021 (אנגליה) כי בתי-משפט חייבים להיות זהירים על-מנת לא להפוש בכוח בכל דרך שהיא או לא להיחשב לתופשים בכוח את תפקיד בית-המשפט במקום המגורים הרגיל.

360 לא רק עד שיועבר העניין לטיפולו של בית-המשפט הזר, מפני שהדבר עלול להוביל למצב שאכן נוצר בפסק-הדין 651 [1994] *Fam. Law* 651 (No. 2) *Re O (Child Abduction: Undertakings)* (שבו) סירב האב למלא את ההתחייבויות נרגע שהעניין הגיע לבית-המשפט היווני. התוצאה היתה שהאם חטפה את הילדים לאנגליה שנית). Beaumont & McEleavy, *supra* note 137, at p. 170 מציעים שההתחייבויות יישארו בתוקפן עד שבית-המשפט הזר ייתן החלטת-ביניים מגומקת.

(ד) שיתוף-פעולה מוגבר

ניתן לפתור במידה ניכרת את שתי הבעיות הקיימות בשיטת ההתחייבויות שדנו בהן לעיל על-ידי הגברת שיתוף-הפעולה בין הרשויות השיפוטיות והרשויות המנהליות של המדינות המתקשרות.

ניתן למצוא לכך דוגמות אחדות בצפון אמריקה שבהן שופטים במדינות מתבקשות יצרו קשר ישיר עם שופטים מהמדינות המבקשות לשם הבהרת מצב משפטי מסוים באותה מדינה או על-מנת להבטיח שהתחייבויות שיוטלו על-ידיהם יכובדו. אף-על-פי-כן, המרחב לשיתוף-פעולה שיפוטי יהיה מוגבל אם ועד אשר ייווצרו מנגנונים לקשר שיפוטי ישיר.³⁶¹ מאידך גיסא, קיים בבירור מרחב ליתר שיתוף-פעולה מנהלי על-מנת להבטיח את בטחון הילדים בהחזרתם,³⁶² ועיקרון זה הוכר על-ידי הוועדה המיוחדת השלישית.³⁶³ אף-על-פי שלא היתה תמימות-דעים באשר למעמדם והיקפן של החובות המוטלות על הרשויות המרכזיות, ייתכן שרשות מרכזית במדינה מתבקשת מחויבת להזעיק את רשויות הרווחה המתאימות במדינה המבקשת כאשר ילד מוחזר עלול להימצא בסכנה עקב ההחזרה, ואף ייתכן שהרשות המרכזית במדינה מבקשת מחויבת להודיע למדינה המבקשת על אמצעי ההגנה המצויים ברשותה וכן להמציא למדינה המתבקשת דו"ח על מצב הילד לאחר ההחזרה.³⁶⁴

לדעתנו, יש להבהיר ולהרחיב את היקף חובותיהן של הרשויות המרכזיות לעניין הגנה על הילד המוחזר, ובמיוחד יש ליצור מנגנון שיאפשר פיקוח אוטומטי של הרשויות במדינה המבקשת על מילוי התחייבויות שהוטלו על-ידי בית-המשפט במדינה המבקשת, ויוכל לאכוף את ההתחייבויות ישירות במידת הצורך. שיתוף-פעולה כזה יגביר גם את יכולתם של בתי-המשפט במדינה המבקשת לקדם את טובת הילד על-ידי מתן המלצות להסדרים הנוגעים בילד שבת-המשפט במדינה המבקשת יהיו חייבים להתחשב בהן.³⁶⁵

אמצעים כאלה אינם מפצים אומנם באופן מלא על פרשנות מצומצמת מדי של סעיף 13(ב)³⁶⁶ בכל המקרים, אך הם מגדילים בבירור את הסיכוי שצו החזרה יעלה בקנה אחד עם התחשבות בטובת הילד כשיקול ראשון במעלה, אפילו במקרים שבהם החזרת הילד עלולה לכאורה להעמיד אותו במצב בלתי-נסבל ולהזיק לו.

361 דו"ח הוועדה המיוחדת הרביעית ממליץ על עידוד קשר שיפוטי ישיר, לעיל הערה 337, בפסקה 5.5.

Beaumont & McEleavy, *ibid*, at pp. 170-171 הצביעו על העובדה שאמנת האג להגנת הילד

משנת 1996 (Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-Operation in Respect of Parental Responsibility and

Measures for the Protection of Children) מספקת מנגנון כזה.

362 ניתן למצוא בסיס משפטי לחובה כזאת בסעיף 7(ח) לאמנת האג, הדורש מהרשויות המרכזיות "לעשות סידורים מינהליים, ככל שיהא דרוש ונאות, להבטחת החזרתו של הילד בשלום".

363 דו"ח הוועדה המיוחדת השלישית, פסקה 60, אתר ועדת האג, הערה 8 לעיל.

364 ראו נספחים II, III של דו"ח הוועדה המיוחדת השלישית, שם. אנו מבינים מהרשות המרכזית הישראלית שהיא אכן מזעיקה את הרשויות הללו במקרים בעלי סיכון גבוה.

365 בשלב זה בית-המשפט יכול להמליץ המלצות, אך אין שיטה פורמלית להעברתן לרשויות המדינה המבקשת. לדוגמה, בפסק-דין 7, לעיל הערה 2, המליץ בית-המשפט העליון שהדיונים בעניין הגירושים והמשמורת באנגליה יתקיימו במהירות האפשרית.

366 לדוגמה, אמצעים כאלה לא ישנו את דעתנו על החלטת בית-המשפט העליון בפסק-דין 7, שם.

2. יציבות והצעות

1. סיכום

(א) זכויות הילד

פרק ארוך ומהותי במאמר זה הוקדש לדיון בדוקטרינה של זכויות הילד: בהצגת הבסיס התיאורטי של הדוקטרינה, במשמעותו, ביתרונותיה ובהשפעתה המעשית. דיון זה משרת שתי מטרות:

ראשית, חשיבותה העקרונית והמעשית של הדוקטרינה מצדיקה את הנחת היסוד של מאמר זה, שהיא כי יש לנתח כיום כל תחום של משפט העוסק בילדים במונחי זכויות הילד. שנית, הבנה בסיסית של היקף הדוקטרינה ובעייתיותה הכרחית על-מנת לבדוק אם קיימות סתירות בינה לבין אמנת האג. במיוחד יש להבהיר מהי מערכת היחסים בין הדוקטרינה החדשה של זכויות הילד לבין התפיסות והמושגים המסורתיים של זכויות הוריות וטובת הילד.

בעניין הראשון הוצע ליישב בין זכויות הילד וזכויות ההורים באמצעות אימוץ ההבחנה של McCall-Smith בין שני סוגים של זכויות הוריות: child-centered ו-parent centered. בשני הוצג הטיעון שיש לראות את עקרון טובת הילד כחלק ממנגנון ההכרעה של זכויות הילד; דהיינו, יש להעניק לילד זכות שטובתו תישקל כשיקול ראשון במעלה בקבלת החלטות הנוגעות בו. לדעתנו, סינתזה זו בין שני העקרונות מאפשרת הפקת תועלת מיתרונות של משטר הזכויות, מהמעמד שהוא מעניק לאינטרסים של ילדים ומהמבנה שהוא מספק לקבלת החלטות מבלי לוותר על התפיסה שטובת על החברה אתריות להגן על הצעירים שאינם יכולים להגן על עצמם.

נוסף על כך, על-מנת למקד את ניתוחה של אמנת האג במונחים של זכויות הילד, זוהו זכויות הילד העיקריות העומדות על הפרק במקרי חטיפה בינלאומית על-ידי הורה (זכות הילד להגנה, זכות הילד לשמור על קשר עם שני הוריו, זכות הילד להישמע וזכות הילד להחלטה עצמית). כן תוארו מהותן והיקפן של זכויות אלה עם שימת דגש בהוראות של אמנת האו"ם.

(ב) אמנת האג ויישומה

הניתוח עצמו נעשה בשלושה פרקים שהתמקדו בהיבטים שונים של הוראות האמנה וביישומן. בכל פרק הובילה בדיקת ההוראות והפסיקה למסקנה שהאמנה ויישומה אינם עולים בקנה אחד עם דוקטרינת הזכויות בכלל ועם אמנת האו"ם בפרט בכמה אופנים, והם:

- מרכזיות זכויות ההורים בהגדרה המושגים הרחקה ואי-החזרה שלא כדין מפרה את דוקטרינת זכויות הילד ואינה מבטיחה את זכות הילד לקשר שוטף עם שני הוריו.
- אף-על-פי שחריג ההשלמה או ההסכמה אינו מתחשב בזכות הילד לקשר שוטף עם שני הוריו, על בית-המשפט להתחשב בזכות זו כחלק משיקולי טובת הילד בהפעילו את שיקול-דעתו אם להחזיר ילד במקרים שהחריג חל בהם. לא נראה שקיימת התחשבות כזו.
- בעוד תקנה 295(ט) לתקנות סדר-הדין האזרחי והעיקרון שנקבע בפסק-דין איטיק נ' איטיק³⁶⁷ עולים בקנה אחד עם זכות הילד להישמע, נראה שבתי-המשפט הישראליים נוטים

367 לעיל הערה 200.

זכויות ילדים חטופים

לפרש את החריג לחובת שמיעתו של הילד באופן רחב מדי.

- חלק מהשופטים הישראליים מפרשים את החריג בסעיף 13(ב) סיפא (התנגדות הילד) באופן מצומצם מדי. העדפתם את מטרות האמנה וגישתם הפטרנליסטית מובילות לזלזול בדעותיו של הילד ולשלילת זכותו להחלטה עצמית.

- הפירוש המצומצם ביותר שנתן בית-המשפט העליון לחריג החשש החמור לנוק אינו עולה בקנה אחד עם דרישת סעיף 3 לאמנת האו"ם כי בכל ההחלטות הנוגעות בילדים יש להתייחס לטובת הילד כאל שיקול ראשון למעלה.

יש להדגיש כי העובדה שמנגנון אמנת האג אינו מאפשר לבית-המשפט להתחשב בטובת הילד אינה מביאה בהכרח לידי מסקנה שאמנת האג סותרת את סעיף 3 לאמנת האו"ם, גם בהנחה שהפרשנות האינדיווידואלית של סעיף 3 היא הנכונה.

ניתן לטעון כי שקילת השיקולים מראש על-ידי מנסחי האמנה אכן עולה בקנה אחד עם ההתחשבות בטובתו של ילד אינדיווידואלי כשיקול ראשון במעלה. ואכן ראינו כי פירוש החריגים באופן שאליו התכוונו מנסחי האמנה עומד בדרישה זו. אך בתי-משפט רבים, ובכללם בית-המשפט העליון הישראלי, מפרשים את חריג החשש החמור לנוק באופן מוגבל מזה שאליו התכוונו המנסחים, ולפיכך, אף-על-פי שניתן להבין את הסיבות להחמרה זו, ואף-על-פי שנטייה זו אושרה על-ידי הוועדה המיוחדת,³⁶⁸ מדובר בהפרת סעיף 3 לאמנת האו"ם.

השימוש ב"פנטז" של הטלת התחייבויות על ההורה המבקש עשוי אומנם למתן את ההשלכות של הפירוש המצומצם של החריג בסעיף 13(ב), ולהבטיח כי ייוחס משקל כבד יותר לטובת הילד האינדיווידואלי, אך התחייבויות אלה אינן אכיפות, ולכן אין הן אפקטיביות תמיד. כמו-כן קיימים מקרים חמורים עד כדי כך שאפילו התחייבויות אינן מספיקות להבטיח את שלומו הפיזי והנפשי של הילד. כלומר, שימוש בהתחייבויות לא ימנע בכל מקרה את הפרת סעיף 3 של אמנת האו"ם.

2. הצעות לרפורמה

במהלך המאמר הוסבר כיצד ניתן לצמצם את הסתירות שנחשפו על-ידי הכנסת שינויים בנוסח של אמנת האג,³⁶⁹ בפירוש השיפוטי של מושגים מסוימים באמנה זו ובהוספת נהלים מסוימים לרשויות השיפוטיות והמנהליות המיישמות אותה. להלן רשימה של פרטי ההצעות לשינויים שהוצגו.

(א) יש להגדיר מחדש את המושגים הרחקה ואי-החזרה שלא כדין באמנה. ההגדרה החדשה לא תתייחס לזכויות ההורים, אלא תתמקד בהפרת זכותו של הילד לשמור על קשר שוטף עם שני הוריו.

(ב) יש לחזק את הוראות האמנה לגבי אכיפתן של זכויות הביקור על-מנת להבטיח שזכות

368 בדו"ח הוועדה המיוחדת השלישית (הערה 363 לעיל), פסקות 58 ו-60.

369 אף-על-פי שמבחינת פרודורולית לא ברור כיצד ניתן להכניס תיקונים באמנת האג. ראו: Weiner, *supra* note 176, at p. 675.

הילד לשמור על קשר שוטף עם שני הוריו תכובד במקרים שבהם הילד נחטף למקום מגוריו הרגיל ובמקרים אחרים שבהם אין חובד על-פי האמנה להחזיר את הילד.
(ג) על בחייהמשפט ליישם באופן עקבי את המודל העצמאי לקביעת מקום המגורים הרגיל של הילד ולייחס משקל מוגבל בלבד לכוונות ההורים.
(ד) על שופט להיפגש עם כל ילד שהינו, על פניו, בוגר דיו ושייתכן שהשקפותיו הינן רלוונטיות. כאשר פגישה כזו אינה מותקיימת, יש למנות סיבות ספציפיות וממשיות מדוע מקרה זה הינו חריג.
(ה) אין לפרש בצמצום את החריג בסעיף 13(ב) סיפא (התנגדות הילד). מן הראוי לכבד רצון עז, אמיתי ועצמאי של ילד בוגר דיו להישאר במדינת המקלט כל עוד רצון זה אינו מסכן את שלומו ואינו עומד בסתירה גלויה לטובתו.
(ו) יש להורות על ייצוג נפרד לילד במספר לא-מבוטל של הליכים על-פי אמנת האג על-סמך אמות-המידה שצויינו לעיל³⁷⁰ על-מנת להבטיח שהאינטרסים של הילד מוצגים באופן הולם.
(ז) יש לפרש את החריג שבסעיף 13(ב) (חשש חמור לנזק) באופן שיעלה בקנה אחד עם ההתחשבות בטובת הילד כשיקול ראשון במעלה.
עלינו להדגיש כי הכוונה אינה לכך שדיון בטובת הילד חייב להתקיים בכל מקרה, דבר שיחטיא בוודאי את מטרותיה של אמנת האג, אלא לכך שאין להחזיר ילד כאשר הוכח בבירור שההחזרה תזיק לו, שאין היא משרתת את האינטרסים שלו ושאינן בה כל תועלת מבחינתו. דהיינו, אין לפרש את סעיף 13(ב) רישא באופן רחב, אך גם אין לפרש אותו באופן צר יתר על המידה.
(ח) יש להביא לידי שיתוף-פעולה ויחב יותר בין הרשויות המרכזיות בארצות השונות על-מנת להבטיח את שלומו של הילד וזמנחזר ובפרט את קיום ההתחייבויות שהוטלו.

ח. סוף-דבר

לבסוף ברצוננו להבהיר כי אין בכוונת המאמר לזלזל באמנת האג או בעבודה החשובה הנעשית על-ידי הרשויות המרכזיות ובתי-משפט ביישומה. כוונתנו הינה לציין כי ההכרה ההולכת וגוברת בזכויות הילד הינה התפתחות תפיסתית ערכית וחברתית בעלת חשיבות מרובה, המחייבת אותנו לדון מחדש בחיבטי היחסים המשפטיים שבין הורים וילדים.
מאמר זה מוכיח כי מבחינות מנומיות, הן האמנה עצמה והן יישומה בישראל אינם עולים בקנה אחד עם זכויות הילד. הצעותינו נועדו להפחית סתירות אלה, אך בד בבד הן עלולות לפגוע במקרים מסוימים במטרתה העליונה של האמנה, שהיא החזרה מיידית של ילד חטוף. לדעתנו, הפגיעה אינה רבה ואינה מערערת את מעמד האמנה. גם אם אחרים יחזיקו בדעה שונה, בסופו של דבר עלינו לעשות חשבון-נפש ולהחליט מהו סדר עדיפויותינו. האם אנחנו מעדיפים להעניק מעמד בכורה למנגנון ההחזרה המיידית גם כאשר הוא פוגע בזכויות הילד, מתוך אמונה שרק בדרך זו, על-ידי העברת מסר ברור וחד-משמעי כי חטיפה הינה מעשה בלתי-נסבל שאינו משתלם, ניתן להפחית את התופעה של חטיפה בינלאומית של ילדים ואת הנזק שתופעה זו גורמת ל"הורה הנחטף" ובדרך-כלל גם לילד עצמו? אפשר

370 בפרק 4 לעיל.

זכויות ילדים חטופים

שנגיע למסקנה כי הפגיעה בזכויות הילד הינה תופעה חמורה לא פחות ומהווה מחיר כבד מדי, במיוחד כאשר לא ניתן להוכיח את מידת ההרתעה של האמנה. אם כן, עלינו להתאמץ למצוא איזונים ופשרות שיאפשרו את המשך הצלחתה של אמנת האג במאבקה נגד חטיפת ילדים, וכך ובכך יביאו לידי הגנה על זכויותיו של כל ילד. אנו תקווה שמאמר זה ישמש כלי-עזר לאלה שיקבלו את ההחלטות כבדות-המשקל בנושא זה.
