

א. מבוא

להביע רגשותיו, דעותיו ועמדותיו בעניין הנידון, ולהישמע בחופשיות בכל עניין מענייני המשפחה שלפי חוק זה, הנידון בבית המשפט לענייני משפחה והנוגע לו¹. ההצעה דוגלת בזכות השתתפות המותאמת לגילו, לכשריו, לרצונו ולצרכיו של הילד ומפרטת מגוון דרכי "שמיעה מותאמת" של הילד, לרבות באופן ישיר, בכתב ובאמצעות נציג. ההצעה כוללת חוקה כי ילד שמלאו לו תשע שנים יישמע באופן בלתי אמצעי על ידי השופט, למעט אם הילד מעוניין להישמע בדרך אחרת או שישנן נסיבות אחרות המצדיקות סטייה מן הכלל². על הגורם המכריע בענייני המשפחה לתת לרגשותיו ולדעותיו של הילד "משקל ראוי" בהתאם לגילו ולכשריו³. בנוסף, ההצעה מכירה בזכות הילד לקבל מידע ולקבל ליווי של מבוגר במהלך ההליך השיפוטי⁴.

דוגמה מובהקת לעניין משפחתי הנוגע לילדים, המלווה בהליך שיפוטי, היא קביעת המשמורת והסדרי הראייה של קטינים במסגרת הליך הגירושין של הוריהם. בהתאם לסעיף 24 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962⁵, רשאים הורים החיים בנפרד להסכים בינם לבין עצמם על אופן חלוקת האפוטרופסות על הקטין, על סוגיית החזקת הקטין ועל זכות ההורה שאינו מחזיק בקטין לבוא עמו במגע. היינו, הם רשאים להסכים בדבר המשמורת המשפטית, המשמורת הפיזית והסדרי הראייה. הסכמה כזו מחייבת אישור של בית המשפט לענייני משפחה או של בית הדין הרבני. סעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות קובע, כמתבקש, כי בהיעדר הסכמה בין ההורים יכריע את המחלוקת הטריבוניל המוסמך. כך, בין שההורים מסכימים בעניין המשמורת והסדרי הראייה ובין שלא, נוכחת המדינה בתהליך המשפחתי של שרטוט קווי המתאר

האמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד, שאושרה על ידי מדינת ישראל ב-1991⁶, קובעת, בין היתר, בסעיף 12(1) כי "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". עוד מוסיפה האמנה, בסעיף 12(2), כי "למטרה זו תינתן לילד הזדמנות להישמע בכל הליך שיפוטי או מינהלי הנוגע לו במישרין או בעקיפין, באמצעות נציג או גוף מתאים, בצורה המתאימה לסדרי הדין שבדין הלאומי".

במסגרת הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה, בראשות השופטת סביונה רוטלוי, פעלה ועדת משנה בנושא הילד ומשפחתו בראשות עו"ד תמר מורג. בדו"ח אשר הגישה בנושא⁷, התייחסה ועדת המשנה באופן מעמיק, בהקשר הישראלי, להכרה בחשיבותו של עקרון ההשתתפות של ילדים ולזכותם להביע את עמדתם בעניינים הנוגעים להם.

חלקו השני של דו"ח ועדת המשנה עוסק בהשתתפות ילדים בבתי המשפט לענייני משפחה וכולל הצעת חוק מפורטת ומנומקת הנשענת על הרציונל שעל פיו:

"עקרון ההשתתפות, המבטא בראש ובראשונה הכרה בכבוד הילד כאדם, מהווה אולי את הביטוי העמוק ביותר לשינוי בתפיסת הילד וזכויותיו שהביאה איתה האמנה. העיקרון מבטא הכרה בנפרדות הילד, מעבר לראיית הילד מפסיבי לאקטיבי, מעבר מתפיסה הרואה בילד אובייקט, לתפיסה המכירה בו כסובייקט, והכרה בייחודיות ובשוני של כל ילד וילד בהתאם לרקעו, למאפייניו ולתכונותיו המיוחדים. ההכרה בזכות ההשתתפות מעמידה את הילד במרכז תהליך קבלת ההחלטות בעניינו ומבקשת להעניק מקום מרכזי לנקודת ראותו של הילד, לרצונותיו ולטובתו בהחלטות העוסקות בו"⁸.

ההצעה לתיקון החוק הכלולה בדו"ח מכריזה על "זכותו של כל ילד

1 האמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 31, מס' 1038, ע"י 227 (נפתחה לחתימה ב-1989) (אושרה ונכנסה לתוקף ב-1991) (להלן: "האמנה בדבר זכויות הילד" או "האמנה").
 2 הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה, דוח ועדת המשנה בנושא הילד ומשפחתו, בראשות עו"ד תי מורג (תשס"ג) (להלן: "דו"ח ועדת המשנה").
 3 שם, בע"י 81, דברי הקדמה של יו"ר ועדת המשנה, עו"ד תי מורג.
 4 ס"י 1 להצעה לתיקון חוק בתי המשפט לענייני משפחה על ידי הוספת פרק בנושא – השתתפות ילדים בהליכים הנוגעים להם, ראו דו"ח ועדת המשנה, לעיל הערה 2, בע"י 89 (להלן: "ההצעה לתיקון החוק").
 5 ס"י 3 להצעה לתיקון החוק, שם, שם. להצדקות לקביעת מגוון דרכי "שמיעה מותאמת" ולדין במשמעות חוקת השמיעה הישירה של ילדים שמלאו להם 9 שנים, ראו שם, בע"י 98–105.
 6 ס"י 4 להצעה לתיקון החוק, לעיל הערה 2, בע"י 89.
 7 ס"י 5 ו-10 להצעה לתיקון החוק, שם, בע"י 90.
 8 חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962 (להלן: "חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות").

* דוקטור למשפטים. מרצה בפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן ובתוכנית ללימודי נשים ומגדר עם NCJW, אוניברסיטת תל-אביב. אני אסירת תודה לפרופ' רונן שמיר ולפרופ' חיה שטייר על הנחיית העבודה שמאמר זה הוא חלק ממנה ולמרוואיינים שהסכימו להשתתף במחקר העומד בבסיס המאמר. תודתי לקרן קולטון, לאגודה הישראלית לקרנות מחקר וחינוך ולאוניברסיטת תל-אביב, על תמיכתם הנדיבה שאפשרה את ביצוע המחקר. כמו כן, אני מודה על קבלת התמיכה מהמלגה ע"ש ליליאן ורביקה ציוטיק, המלגה ע"ש מרכוס זין, The William P. and Marie R. Lowerstein Doctoral Fellowship; The Lord and Lady Sieff Doctoral Fellowship Fund; The NCJW DeRoy Testamentary Foundation; and The Henri Glasberg Scholarship Fund. תודות לקרן קונרד אדנאואר ולמרכז מינרבה לזכויות האדם באוניברסיטה העברית בירושלים על התמיכה הממוקדת במאמר זה ולד"ר תמר מורג על היזמה והעידוד.

התפיסות על אימהות ועל אבהות העומדות בבסיס הסדרים אלה. שדה המחקר נתחם לשדה המשפטי החולש על גירושיהם של יהודים באזור המרכז¹⁴.

במסגרת המחקר נבחנו 360 תיקי גירושין של הורים יהודים בארכיב בית הדין הרבני בתל-אביב. ב-189 המקרים שבהם התנהל הליך משפטי גם בבית המשפט לענייני משפחה ברמת גן, הושלמו הנתונים מארכיבו של טריבונל זה. התיקים נפתחו בשנים 1996–1998 והסתיימו בגט עד לסוף שנת 1999. נתוני התיקים קודדו ונותחו סטטיסטית. בנוסף, במהלך השנים 2001–2003 קוימו כ-40 ראיונות עומק עם הורים גרושים, שופטים, דיינים, עורכי דין, פקידות סעד, פסיכולוגים ונציגים של ארגונים ממשלתיים וחוגי-ממשלתיים העוסקים בשאלת ההסדרה המשפטית של יחסי הורים-ילדים בגירושין. הראיונות הוקלטו, תומללו ועובדו, יחד עם ממצאי החלק הכמותי של המחקר, על פי עקרונות התאוריה המעוגנת בשדה¹⁵. במאמר זה יוצגו ממצאי המחקר הקשורים לשאלת שיתופם של ילדים בתהליך עיצובם של הסדרי המשמורת והראייה במסגרת הליך הגירושין של הוריהם¹⁶.

ג. ממצאים ודיון

1. רטוריקה

ההכרה בילדים כמושאי זכויות עצמאיים על ידי המשפט הישראלי לא התמצתה באשרור האמנה בדבר זכויות הילד. עוד בטרם פורסמו דו"חות ועדת רוטלוי, הכיר המשפט הישראלי בכך שייטכנו מצבים שבהם האוטונומיה ההורית תיסוג מפני זכויות הילד, כפי שעולה מדברי נשיא בית המשפט העליון (דאז) שמגר:

"אין פירושה של האוטונומיה של ההורים כי אין הם מוגבלים בהחלטותיהם. אין היא מתירה להם לפעול כראות עיניהם ללא הגבלה ובשרירות תוך התעלמות מצורכי הילד ומטובתו. במסגרת יחסי הורים-ילדים אכן נתונה להורים הזכות הטבעית לגדל ולחנך את ילדיהם. במסגרת היחסים הפנים-משפחתיים זכות זו מולידה אך כפיפות הילד להוריו; ודוק, כפיפות ולא נחיתות [...] המשמעות היא כי זכות ההורים אינה זכות מוחלטת. זכותם של ההורים היא יחסית, והיא מוגבלת על ידי זכויות הילד וטובתו. יש והאינטרסים של הילד, זכויותיו וצרכיו באים לידי ביטוי בעקרון טובת הילד, שעל ההורים לפעול על פיו בבואם למלא חובותיהם ולממש זכויותיהם; יש שזכויות הילד יעמדו על רגליהן-שלהן, והילד יופיע במערכת לא רק כשיקול שיש לקחת בחשבון בעת פתרון סכסוך בין ההורים, אלא כצד מלא לסכסוך, שאת זכויותיו יש לאזן כנגד זכויות הצדדים האחרים לסכסוך"¹⁷.

כפי שעולה מהציטוט שלעיל, כמו גם מפסקי דין נוספים¹⁸, במסגרת ההכרה בילדים כמושאי זכויות עצמאיים הוכרה גם זכותם להשתתף בהליכים הנוגעים לענייניהם.

לכאורה, הוטמעה בשדה המעצב הסדרי גירושין התפיסה המכירה בזכויות ילדים, ובמסגרתה הוכרה זכותם העצמאית של ילדים להיות מעורבים בעיצובם של הסדרי המשמורת והראייה שלהם עם ההורים. כך עולה מהריאיון עם השופטת ניר מבית המשפט לענייני משפחה ברמת-גן¹⁹.

של המשפחה שלאחר גירושין (Post Divorce Family). קווי מתאר אלה כוללים את ההכרעה לגבי פרקי הזמן היומיים והליליים שהילדים יהיו בבית כל אחד מהוריהם, את ההכרעה לגבי אופן קבלת החלטות הקשורות בילדים והכרעות נוספות שיש לילדים עניין בהן דוגמת מקום מגורי ההורים, המרחק בין בתי ההורים ואופן חלוקת החפצים האישיים של הילדים בין בתי ההורים⁹. מכלול הכרעות אלה מעצב את חיי הילדים לאחר גירושיהם ומשפיע על מרכז חייהם, על תוכני הפעילות בינם לבין הוריהם ועל יחסיהם עמם¹⁰.

ההצעה לתיקון החוק שנוסחה על ידי ועדת המשנה דנה במפורש בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות ומבחינה בין סעיף 24 לסעיף 25 לחוק. בניגוד להליכים אדוורסריים, שבהם מכוח סעיף 25 הכלל הוא כיבוד זכות הילד להישמע ואין לסטות ממנו אלא בנסיבות מיוחדות, בהליכי אישור הסכמים על פי סעיף 24 הכלל הוא כי לשופטת שיקול דעת אם לשמוע את הילד אם לאו. אם השופטת בוחרת שלא לשמוע את הילד, עליה לוודא שההורים מילאו את חובתם לשתף את הילד בתהליך קבלת החלטות המשפחתי בכפוף לשיקולי טובת הילד¹¹. חובה זו מעוגנת בהצעת חוק נוספת שניסחה ועדת המשנה בנושא הילד ומשפחתו, הצעה העוסקת באחריות הורית. הצעה זו כוללת סעיף הקובע כי במסגרת אחריותם כהורים, על הורים לכבד את זכותו של הילד להביע את רגשותיו, דעותיו ועמדותיו בעניין הנוגע לו, ולתת לרגשות הילד, לדעותיו ולעמדותיו משקל ראוי בהתאם לגילו ולכשרו¹².

כאמור, האמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד והמלצות ועדת המשנה בנושא הילד ומשפחתו הכירו בזכותם של ילדים לקחת חלק בהכרעות הקשורות לעניינים הנוגעים להם כמו גם בחובתם של ההורים ושל מערכת המשפט לכבד זכות זו. מאמר זה מבקש להצביע על הפער שבין הכרה זו לבין העמדות והפרקטיקות הרווחות בהליכי גירושין בישראל. בעזרת ממצאי מחקר אמפירי מקיף אראה, כי בניגוד לרטוריקה המכילה והמעצימה ילדים האמורה לשקף הכרה בילדים כמושאי זכויות אוטונומיים וכבעלי זכות להשתתפות, בפועל ילדים מודרים מהליך עיצובם של הסדרי המשמורת והראייה שלהם עם ההורים, למעט במקרים נדירים של מחלוקת קשה בסוגיה זו בין ההורים. ההדרה מתבצעת הן על ידי ההורים והן על ידי אנשי המקצוע שלוקחים חלק בהליכי גירושין.

בניגוד לרטוריקה המכילה ומעצימה ילדים ... בפועל ילדים מודרים מהליך עיצובם של הסדרי המשמורת והראייה שלהם עם הוריהם...

ב. מערך המחקר

המחקר שממנו לקוחים הממצאים המוצגים כאן ביקש למפות את השדה המשפטי¹³ שבו מעוצבים הסדרי משמורת וראייה בגירושין, ולחשוף את



Dreamstime

11 ראו דברי ההסבר לעניין ההבחנה בין ס' 24 לס' 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות בדו"ח ועדת המשנה, לעיל הערה 2, בע' 105–110.

12 דו"ח ועדת המשנה, שם, בע' 33.

13 על המשפט כשדה ראו: P. Bourdieu "The Force of Law: Towards a Sociology of the Juridical Field" 38 *Hastings L.J.* (1987) 814

14 הבחירה באזור המרכז נבעה מהיותו בעל מספר הליכי הגירושין הגדול ביותר בישראל; מהיותו אזור הטרוגני המרכזי אוכלוסיות מרקעים סוציו-אקונומיים מגוונים; ומהיותו האזור הראשון שבו הוקמו בתי משפט לענייני משפחה. ההתמקדות באוכלוסייה היהודית נבעה מהיותה קבוצת האוכלוסייה הגדולה ביותר בישראל וכן מהפיצול שבין המערכת המשפטית החולשת על יהודים לבין מערכת המשפט החולשות על מוסלמים, על נוצרים ועל דרוזים.

15 A. Strauss & J. Corbin *Basics of Qualitative Research: Techniques and Procedures for Developing Grounded Theory* (London, 2nd ed., 1998)

16 להצגה מלאה של מערך המחקר ולדיון במכלול ממצאיו ראו ד' הקר 'אמהות', 'אבהות' ומשפט: ניתוח סוציולוגי של השדה המעצב מסדרי משמורת וראייה בגירושין (עבודה לקבלת תואר דוקטור, אוניברסיטת תל-אביב, 2003). העבודה מתעדת להתפרסם בקרוב בספר בהוצאת הקיבוץ המאוחד, סדרת מגדלים.

17 ע"א 2266/93 פלוני נ' אלמוני, פ"ד מט(1) 221, 237.

18 למשל בש"א 6802/04 פלוני נ' אלמונית (טרם פורסם), פדאור (17)04 601; תמ"ש 24170/04 פלוני נ' פלונית (טרם פורסם), פדאור (10)04 175; תמ"ש (תי"א) 107060/99 ב' ק' – קטין נ' L.K. (לא פורסם), תקדין משפחה (2)2001; ע"א 352/80 צוקרמן נ' צוקרמן, פ"ד (לד) 689.

19 שמות המרואיינים בדו"ח, למעט במקרים שבהם הם נתנו את הסכמתם המפורשת לחשיפת זהותם.

20 חוק בית המשפט לענייני משפחה, תשנ"ה-1995 (להלן: "חוק בית המשפט לענייני משפחה").

השופטת ניר אומרת לגבי שיתוף ילדים בקביעת משמורתם: "היום זה חלק מזכויות הילד שדעתו תשמע. [...] אני חושבת שילד עצמו לגבי דבר מרכזי כל כך בחייו צריך לתת לו להשמיע את דעתו".

גם דבריה של עורכת הדין נפתלי, המתמחה בהליכי גירושין, בהתייחסה לסעיף 3(ד) לחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995²⁰, המאפשר לקטין להגיש תביעה "בכל עניין שבו עלולה זכותו להיפגע פגיעה של ממש",

9 לילדים עניין גם באופן חלוקת הרכוש בין הוריהם ובהכרעה על החיוב במוזנותיהם ובגובהם. אמנם הפסיקה הכירה במעמד העצמאי של ילדים בהליכים משפטיים הנוגעים למוזנותיהם, למשל בע"א 411/76 שר נ' שר, פ"ד לב(1) 449, אולם טרם נדונה זכותם להשתתף בהכרעות על אופן חלוקת הרכוש בין הוריהם, ראו א' בלכר-פריגת "יחסי ממן בין בני זוג בראי זכויות ילד" (לא פורסם) כנס "זכויות ילדים – תיאוריה ומעשה", משכנות שאננים, נובמבר 2005. הגם שהמחקר המובא כאן התמקד רק בהסדרי משמורת וראייה, יש בממצאיו שיובאו להלן כדי להצביע על הדות ילדים גם משאר ההחלטות הכרוכות בגירושין ושיש להם בהן עניין.

10 לשם המחשה, ההכרעה אם אב לא-משמורן ילן את ילדיו בביתו במהלך השבוע או ייפגש עמם למפגשי אחר צהריים, משפיעה על טיב האינטראקציות בין הילדים לאביהם. אבות שנפגשים עם ילדיהם למפגשי אחר צהריים מרבים לבלות עם הילדים במסעדות, בקניונים, וכדומה, ואילו האינטראקציות בין אבות לילדיהם במקרים של לינה בבית האב במהלך השבוע מגוונות, יומיומיות ומשמעותיות יותר וכוללות שיחות על החיים החברתיים של הילדים, חינוך ועזרה בלימודים, האכלה, רחצה, השכבה לישון והבאה למוסד החינוכי, ראו: D. Hacker "Motherhood, Fatherhood and Law: Child Custody and Visitation in Israel" 14 *S. & LS.* (2005) 409

צריכים ומצפים ורוצים שניתן להם כיוון. לאו דווקא להעמיס עליהם את הצורך לספק תשובות, אני חושב שזאת סוגיה גם... היא בוגרת מדי. היא סוגיה הורית.
(גיל, גרוש ואב לבנות 11 ו-9 בעת הגירושין)

- ו: זה יהיה יותר גרוע אם נערב את הילדים. צריך לעשות שהילדים יהיו מנותקים.
ד: הם היו מנותקים?
ו: כן. עד היום לא השתמשנו בהם. הם לא היו שותפים לשום הליך.
ד: למה?
ו: הם לא צריכים להיות שותפים למריבות בין ההורים. זה נותן להם הרגשה שהם מפריעים.
ד: את מרגישה שאת יודעת מה הם רוצים?
ו: לא, הם בעצמם לא יודעים מה הם רוצים. רוצים שאמא ואבא יהיו ביחד. זה לא נכון לתת לידיהם את הבחירה בין אבא לאמא.
(ורה, גרושה ואם לבת 8 ובן 6 בעת הגירושין)
- ד: שאלתם אותם לגבי המשמורת המשותפת, הייתה איזה שהיא התייעצות בתהליך או ש...
ו: לא. לא. לחלוטין לא.
(רינה, גרושה ואם לבני 13, 11, ו-9 בעת הגירושין)

ראיונות מחקריים שבוצעו עם ילדים במדינות שונות מחזקים את הרושם כי הורים אינם משתפים את ילדיהם בהחלטות הכרוכות בהליך הגירושין. מחקרים אלה מצאו כי הורים רבים אינם מספרים לידיהם כי הם עומדים להתגרש, והילדים לומדים על גירושי הוריהם עם עזיבת אחד ההורים – במרבית המקרים האב – את בית המשפחה. כמו כן, ילדים מדווחים כי הוריהם אינם חולקים עמם מידע שהיו רוצים לקבל באשר לשינויים הצפויים בחיי המשפחה בעקבות הגירושין.²¹

מבין ילדי הגרושים במחקר זה, הקטינה היחידה שהשפיעה על הסדר המשמורת שלה בסמוך לעיזובו הייתה נערה בת 17 שעברה לחזקת אביה בניגוד להסכם בכתב שהושג בין הוריה שעל פיו היא ואחותה בת ה-15 תהיינה בחזקת אמם. גילה, עצמאותה וכוחה של הבת לעצב את סדר יומה גרמו להוריה להשלים עם בחירתה ולדווח לבית המשפט בעל פה על השינוי עם הגשת ההסכם הכתוב לאישור. גם מסיפורים של מרואיינים על ילדיהם של אחרים ניתן ללמוד כי ככל שהילדים גדולים יותר כך גובר כוחם בקביעת מקום שהותם במחיצת הוריהם, משך השהות ותוכנה. עם זאת, לרוב אין מדובר בהשתתפות בקביעת הסדרי המשמורת והראייה בהליך הגירושין, אלא ביכולת הילדים "להצביע ברגליים" ולשהות בבית אמם ובבית אביהם באופן שונה מזה שנקבע בהסכם שגובש על ידי ההורים. אכן, כוחם של ילדים בוגרים יחסית להפר הסדרי משמורת וראייה שקובעים הוריהם הוא אחד הנימוקים שבהם משתמשים אלה התומכים בשיתוף ילדים מבוגרים בעיצוב הסדרים אלה.²²

יכולים לחזק את הרושם כי אנשי המקצוע בשדה הפנימו את זכות הילד להשתתפות בהליכים משפטיים הנוגעים לו:
"יש היום נטייה להעביר את המשקל מטובת הילד לאזכיות הילד. [...] מכוח זכותו של הילד, ילד היום יכול להגיש תביעה באופן עצמאי בבית המשפט. זה קבוע בחוק. בחוק בית משפט לענייני משפחה. פעם מי שהיה מביא את השאלה מה טובתו של הילד לבית המשפט, היה אחד מההורים. היום הגיעו למסקנה שלא תמיד האינטרסים של ההורים זהים לאינטרסים של הילד. והם לא מגנים בהכרח על האינטרסים של הילד כי אם על האינטרסים שלהם, שהם הרבה פעמים נוגדים את האינטרסים של הילד. אז אם ילד נמצא ומרגיש את זה, אז היום זכותו לפנות לבית המשפט בעצמו על ידי ידיד קרוב קוראים לזה, ולבקש שבית המשפט יקבע מה צריך לקרות בנסיבות העניין."
עם זאת, עיון בתיקי הגירושין והקשבה לקולותיהם של ההורים ואנשי המקצוע מלמדים כי התבטאויות אלה הן, ברוב המכריע של המקרים, בגדר רטוריקה ותו לא. ככלל, בניגוד לרטוריקה המכילה והמעצימה הזו, המבוגרים המעורבים בהליכי גירושין, הורים ואנשי מקצוע כאחד, מדירים ילדים מהליך עיצובם של הסדרי המשמורת והראייה שלהם עם הוריהם, למעט במקרים הנדירים של מחלוקת קשה בסוגיה זו בין ההורים.

מסתבר כי גם כאשר ההורים מעצבים את הסדרי המשפחה שלאחר גירושין בהליך גישור, הילדים אינם נתפסים כשותפים לתהליך קבלת ההחלטות ואינם צד להליך הגישור

2. הדרת ילדים על ידי הוריהם

מהראיונות עם ההורים הגרושים עולה כי ההורים עצמם אינם מתייעצים עם ילדיהם במהלך הליך הגירושין באשר לתוכניהם של הסדרי המשמורת והראייה. אף אחד מההורים לא תיאר – מיזמתו או במענה לשאלתי – סיטואציה שבה ילדיו נשאלו, באופן ישיר או עקיף, מהן עמדותיהם באשר להסדרי המשמורת או הראייה במהלך הליך הגירושין. לדוגמה:
ד: אתם התייעצתם אתן לגבי ההסדרים שבגירושים או ש...
ג: לא.
ד: למה?
ג: אני לא חשתי את הצורך להתייעץ אתן, הן גם היו קטנות בשביל זה. אבל גם לא חשבתי שצריך.
ד: אתה חושב שזה עניין של גיל? זאת אומרת יש איזה גיל שכן צריך להתייעץ עם הילדים, או שזה בכל מקרה צריך להיות עניין בין ההורים ולהציג אותו לפני הילדים כ...
ג: אני חושב שצריך להציג אותו.
ד: למה?
ג: כי אני חושב שביותר מקרים, in more cases than most ילדים

העובדה שמתייחסים רק לרצונותיהם של ילדים בוגרים יחסית, והעובדה שמרבית ההורים מוכנים להתייחס לעמדות ילדיהם רק כאשר אלה מסוגלים להמרות את פיהם, מותירה את מרבית הילדים מחוץ לתהליך קבלת ההחלטות המשפחתיות הקשורות להסדרת היחסים שבין ההורים לילדיהם ולנסיבות חייהם של הילדים לאחר הגירושין. המחקר הנוכחי, בדומה למחקרים שנעשו במדינות אחרות²³, מצא כי מרבית הילדים שהוריהם מתגרשים, צעירים יחסית. מבין 646 הילדים שגילם צוין בתיקי הגירושין, 27% היו צעירים מגיל 5, 19% היו בגילאים 5–7, 38% היו בגילאים 8–14, ורק 16% היו מבוגרים מגיל 15. התייחסות גם לילדים המבוגרים מגיל 8 כאל ילדים היכולים וזכאים להביע רצונות לגבי אורח חייהם לאחר הגירושין – גם אם הם אינם בעלי הכוח הדרוש להתנהג בניגוד לקביעות הוריהם – הייתה מכלילה למעלה ממחצית הילדים בתהליך קבלת ההחלטות המשפחתיות בנושא הסדרי המשמורת והראייה של ההורים עם ילדיהם והנסיבות הכרוכות בהסדרים אלה. בכל מקרה, הממצאים בקשר לגילם הצעיר יחסית של הילדים בעת גירושי הוריהם ממחישים את חשיבות מאמציה של ועדת המשנה, שצוינו במבוא, לפתח מגוון דרכים לשמיעת ילדים, בהתאמה לגיל הילד, לרבות דרכים הממקסמות את יכולת ההשתתפות של ילדים צעירים יחסית.

3. הזרת ילדים מהליכי גישור

בישראל, כמו גם במדינות אחרות, רווחת הטענה כי הליכי גירושין בין הורים ראויים להסדרה באמצעות גישור, קרי בהליך שבו צד שלישי, ניטרלי ונעדר סמכות הכרעה מסייע לצדדים לגבש הסכם²⁴. בהתאם, בשנים האחרונות נעשים מאמצים לא מבוטלים להטמיע את פרקטיקת הגישור בהליכי גירושין בכלל, ובגירושין של הורים לילדים קטינים בפרט²⁵.

מסתבר כי גם כאשר ההורים מעצבים את הסדרי המשפחה שלאחר גירושין בהליך גישור, הילדים אינם נתפסים כשותפים לתהליך קבלת ההחלטות ואינם צד להליך הגישור. רחל גליקמן, מגשרת טיפולית, מסבירה מדוע:

רג: יש כאן גם שאלות גישוריות. מי הקליינט שלך בגישור? ההורים הם הקליינט וההורים הם הצדדים בסכסוך ויש צד שלישי [הילדים] שהוא צריך [...] שההסכם נוגע לו אז צריך לשמור על האינטרסים שלו. זה לא חייב להיות, הוא לא חייב להיות מיוצג שם. [...] האינטרסים שלהם שם וצריך לדאוג שהאינטרסים, השאלה היא לא לראות או לא לראות [את הילדים]. השאלה היא איך לדאוג שהאינטרסים שלהם יהיו מיוצגים נכון.

ד: אז איך לדאוג?

רג: אז קודם כול אני יכולה לתרום קצת מהידע שלי על צרכים של ילדים בכלל, כמו למשל צורך של ילד למסגרת ברורה. שאפשר להפר אותה אבל היא צריכה להיות. אני מאמינה [...] זאת אומרת אפשר להאמין, אני לא רוצה להגיד אני מאמינה, אפשר להאמין שהורים יכולים לייצג את האינטרסים של הילדים שלהם. הורים שהם מבינים את הצרכים. אם הם חושבים אותו דבר, אז איזה יופי.


היעדרם של ילדים מהליכי גישור קיים גם במדינות אחרות²⁶. לדוגמה, גינט ווקר, העומדת כיום בראש המרכז ללימודי משפחה שבאוניברסיטת ניוקסל, ערכה מחקר מקיף שכלל 1,392 משפחות שהשתתפו בהליכי גישור עקב חילוקי דעות בקשר להסדרי המשמורת או הראייה. היא לא יכלה לשאול ילדים על חוויותיהם, מכיוון שמעט מאוד ילדים לקחו חלק בהליכי הגישור²⁷.

נימוקיה של המגשרת רחל גליקמן להזרת ילדים מהליכי גישור נמצאו גם בדבריהם של מגשרים במחקרה של פינה גרווד (Garwood) על הליכי גישור בסקוטלנד. מחקרה של גרווד מלמד כי מגשרים נרתעים משיתוף ילדים בהליכי הגישור, בין היתר, בשל החשש לאיבוד הניטרליות של המגשר בעיני ההורים בשל הפיכתו ל"מייצג" הילדים, ובשל החשש מההשלכות של נסיבות של הורים להסית את ילדיהם נגד ההורה השני על הליך הגישור²⁸. חשש נוסף שמביעים מגשרים הוא כי שיתוף ילדים בהליכי גישור יפגע בילדים בהטילו עליהם נטל של בחירה בין ההורים²⁹. אולם במחקרה של גרווד, שכלל גם ראיונות עם ילדים שהשתתפו בהליכי גישור, דיווחו מרבית הילדים על תחושות חיוביות, ביניהן שיפור הסדרי הראייה והעמקת ההבנה וערוצי התקשורת בינם לבין הוריהם³⁰.

4. הזרת ילדים ממשרדי עורכי דין

המגשרים אינם אנשי המקצוע היחידים שמדירים ילדים מהליכי גירושין. במסגרת הליך הגירושין נעדר קולם של הילדים גם ממשרדי עורכי הדין. למעשה, מבין אנשי המקצוע, עורכי הדין הביעו את הרתיעה העזה ביותר ממפגש עם ילדים. לדוגמה, תשובתו של עורך הדין ירדן:

ד: אתה נפגש עם הילדים?

י: לא. אני מעדיף לא לעשות את זה. לפעמים מביאים לי אותם הנה למשרד ואני מאוד לא אוהב את זה. 

21 F. Garwood "Conciliation: A Forum for Children's Views?" 6 *Children & Society* (1992) 353; R. Neugebauer "Divorce, Custody, and Visitation: The Child's Point of View" 12 *J. of Divorce* (1989) 153.

22 E.S. Scott, D.N. Reppucci & M. Aber "Children's Preference in Adjudicated Custody Decisions" 22 *Georgia. L. Rev.* (1988) 1035.

23 E.E. Maccoby & R.H. Mnookin *Dividing the Child Social and Legal Dilemmas of Custody* (Cambridge, Mass., 1992); S. Maidment *Child Custody and Divorce* (London, 1984); W.F. Hodges *Interventions for Children of Divorce: Custody, Access, and Psychotherapy* (New York, 2nd ed., 1991).

24 לדוגמה ראו סי' זיידל *המדריך לגישור ולהסדרי גירושין* (2001); אי' דויטש *פישור הענק המעורר* (1998).

25 לדיון בניסיונות להטמיע את פרקטיקת הגישור בהליכי גירושין ובקשיים שבהם נתקלים ניסיונות אלה, ראו הקר, *לעיל* הערה 16, בעי' 210–220.

26 לסקירת מחקרים המלמדים על שיעורי השתתפות נמוכים של ילדים בהליכי גישור ראו: Garwood, *supra* note 21.

27 J. Walker "Family Conciliation: From Research to Practice" *A Handbook of Dispute Resolution - ADR in Action* (London, K.J. Mackie ed., 1991) 134. Garwood, *supra* note 21.

28 A.L. James & A. James "Pump Up the Volume: Listening to Children in Separation and Divorce" 6 *Childhood* (1999) 189.

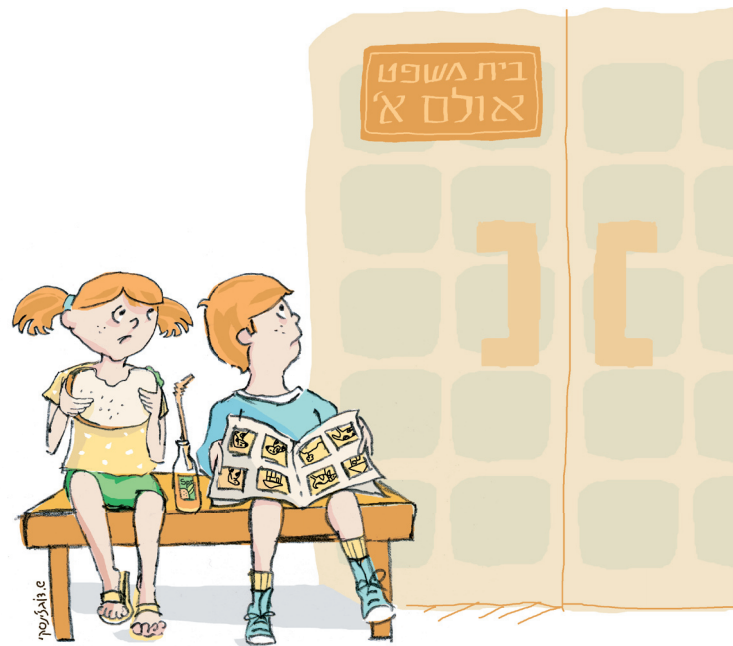
30 Walker, *supra* note 27; Garwood, *supra* note 27.

לקוחותיהם. מבין משתתפי המדגם הראשון, 102 מתגרשים שנבחרו באופן אקראי, 70% דיווחו כי עורכי דינם לא נפגשו עם הילדים. כאשר אירע מפגש בין עורך הדין לילדים הוא היה בדרך כלל מקרי ונבע מכך שילדים קטנים התלוו לאמם. המחקר כלל גם קבוצת מרואיינים שנייה, 41 זוגות הורים גרושים שבתיקם הוגש תסקיר בעניין הילדים. חרף העובדה שברוב התיקים האלה שאלת הסדרת היחסים בין ההורים לבין ילדיהם הייתה שאלה מרכזית, 80% מההורים דיווחו כי עורך דינם לא פגש את הילדים, וגם כאן, מרבית המפגשים שהתקיימו היו דווקא עם ילדים קטנים ולא עם ילדים מבוגרים. זאת, למרות דיווח ההורים כי עורכי הדין התייחסו לשאלת המשמורת והסדרי הראייה של הילדים כסוגיה החשובה ביותר בהליך הגירושין. מרץ' מסיק מממצאים אלו כי עורכי דין מנסחים את המסמכים המשפטיים הקשורים ליחסי ההורים וילדיהם רק על סמך נקודת המבט של לקוחותיהם, ההורים. מחקר בריטי נוסף ומאוחר יותר, שבחן עמדות של עורכי דין בקשר למפגש עם ילדים, העלה ממצאים דומים³³. מראיונות עם 36 עורכי דין המתמחים בהליכי גירושין עלה כי הם אינם רוצים לברר את רצונות הילדים, ובהתאם לכך, לרוב אינם עושים זאת. ממצאים אלה מצטרפים לממצאי המחקר המדווח כאן ומלמדים כי מעורבותם של עורכי דין בעיצוב הסדרי המשפחה שלאחר גירושין אינה כוללת מפגש של עורכי הדין עם הילדים וכי עורכי הדין, ככלל, אינם רואים בילדים צד להליך הגירושין שעליהם להכיר ולשתף.

5. הדרת ילדים מהליכים משפטיים

בניגוד לכמה מדינות אחרות, דוגמת ג'ורג'יה, טקסס, מיסיסיפי וטנסי בארצות-הברית³⁴, החוק הישראלי לא מחייב שקלול רצונם של ילדים בהכרעות בדבר משמורת והסדרי ראייה³⁵. עם זאת, כמוזכר לעיל, גם המשפט הישראלי מכיר באפשרות שילדים ייקחו חלק בהליכים משפטיים הנוגעים להם. החוק מתיר לילד להגיש תובענה עצמאית בענייני משפחה הנוגעים לו³⁶, ומסמיך את בית המשפט למנות לילד אפוטרופוס לדין או עורך דין במסגרת הליכים משפטיים, בין שהוא צד להם ובין שאינו צד להם³⁷. בנוסף, שורה של פסקי דין של בית המשפט העליון, של בתי המשפט המחוזיים ושל בתי המשפט לענייני משפחה מכירה בזכותו של ילד לייצוג עצמאי, בין היתר בהליכי גירושין של הוריו³⁸. כמו כן, היושבים על כס המשפט נטלו לעצמם סמכות בלתי כתובה לזמן ללשכתם ילדים ולשמוע את דבריהם אף ללא נוכחות הוריהם או נציגי ההורים, בין היתר בהליכי גירושין³⁹. חרף ביטויים אלה להכרה המשפטית בזכות ההשתתפות של ילדים בהליכים משפטיים הנוגעים להם, ממצאי המחקר מלמדים כי המקרים שבהם ילדים נשמעים בין כותלי הטריבונל השיפוטי בהליכי גירושין מעטים ביותר.

השופטת ניר מבית המשפט לענייני משפחה ברמת-גן, למשל, הצליחה להיזכר רק ב"שלוש-ארבע" פעמים שבהם נפגשה עם ילדים במסגרת הליך גירושין הוריהם. לדבריה "זה לא משהו שגרת"י". השופט המחוזי (בדימוס) חיים פורת, סבור שעל שופטים לראיין ילדים לעניין המשמורת, והוא מחדיר תפיסה זו בהשתלמויות שופטים שעליהן הוא אחראי. עם זאת, הוא מגביל זאת רק למקרי מחלוקת בין ההורים: "בתיק משמורת שכולם מסכימים



דוגמה נוספת היא תשובתה של עורכת הדין נפתלי:

- ד: את נפגשת עם ילדים?
 נ: מאוד לא רוצה להיפגש עם ילדים. חד וחלק. קליינטיים מראים לי תמונות של הילדים, אמרתי להם: "אל תראו לי אותם".
 ד: אפילו לא תמונות
 נ: לא. אני רוצה שהם יהיו מבחינתי משהו ערטילאי, אני לא רוצה, לא רוצה לראות אותם.
 ד: למה?
 נ: לא יודעת. כי אני מספיק מעורבת רגשית בתיקים, רק חסר לי לראות את הילדים. באמת רק זה מה שחסר לי.

בניגוד למרבית עורכי הדין, שהתמקדו בקשיים הרגשיים שלהם המניעים אותם להימנע ממפגש עם ילדי לקוחותיהם, מצביעה עורכת הדין בוסתן, היועצת המשפטית של תנועת נעמת, על החשש מפני פגיעה בילדים עצמם כסיבה להימנעות עורכות הדין בתנועת נעמת ממפגש עם הילדים: "עלה רעיון של לשמוע את הילדים הרי אנחנו כל הזמן מדברים על טובת הילדים. אנשי מקצוע מווננים ורבים אמרו לנו שצריך להיזהר מאד מלהטיל את האחריות על הילד כי אז יש מחיר של ייסורי מצפון".

החשש שמזכירה עורכת הדין בוסתן כי שיתוף ילדים בהליכי הגירושין של הוריהם, במיוחד שיתוף בהכרעה בדבר ההורה המשמורן המועדף, יטיל עליהם עול רגשי קשה, מוזכר תדיר בספרות העוסקת בשאלת שיתוף ילדים בהכרעות משמורת של הוריהם³¹.

גם ממחקרו של מרווין מרץ' (Murch)³², מומחה אנגלי להיבטים סוציו-משפטיים של המשפחה, שכלל שני מדגמים שבהם בסך הכול 184 הורים גרושים, עולה כי, לרוב, עורכי דין אינם מתראים עם ילדי

אין מה לראיין [את הילדים] מפני שגם את הצדדים לא מראיינים". גם בבית הדין הרבני בתל-אביב ראיין ילדים בהליכי גירושין הוא בגדר חריג לכלל, כפי שעולה מהראיונות עם דיינים המכהנים בטריבונל זה. הדיין וייס "אף פעם לא נוהג לראות את הילד", גם לא במקרי מחלוקת. הדיינים מועלים ואלבו נפגשים עם ילדים במקרים בודדים. ברוב המקרים של המקרים שבהם ההורים מגיעים להסכמה, הטריבונלים השיפוטיים אינם מתעניינים בעמדתם של הילדים ומאשרים את ההסכם בלי שהילדים ייקחו חלק כלשהו בהליך המשפטי.

ניתוח פסקי דין של בית המשפט העליון, שערך יחיאל קפלן⁴⁰, מחזק את המסקנה כי הרטוריקה בדבר זכויות הילד לא הביאה לשינוי משמעותי במעמד העצמאי של ילדים בהליכי הגירושין של הוריהם. מחד גיסא, השופטים שבים ומצהירים בפסקי הדין כי הם מכירים בזכות הילד להביע דעתו בעניינים הנוגעים לו ולהשתתף בהליכים משפטיים בכלל זה. מאידך גיסא, ניתוח דברי השופטים מלמד כי, למעשה, הם דבקים בגישה הפטרנליסטית שלפיה ילדים הם נעדרי ההבנה והבגרות הנדרשים לניהול עצמאי של ענייניהם, ועל כן המבוגרים, ההורים – כאשר הם כשירים ומסכימים ביניהם, והשופטים – בהיעדר כשירות או הסכמה בין ההורים, הם מגיני הילדים. קפלן מסכם: "אין בפסקי הדין שהובאו לעיל בשורה של הענקת אוטונומיה לקטין עצמו. אין לו זכות מוקנת להיות שותף, שדעתו העצמאית נשמעת בהכרעות שיפוטיות בנוגע לענייניו, או להיות מיוצג ייצוג עצמאי בדיון המשפטי בענייניו"⁴¹.

חריף שינוי חקיקה שהתרחשו במדינות אחרות, המכירים בזכות הילדים להישמע בהליכי הגירושין של הוריהם⁴², כמעט שאין מחקרים על אופן יישומם של שינויי חקיקה אלה בפרט ועל שמיעת ילדים בבתי משפט הדנים בהליכי גירושין בכלל. המחקרים המעטים הקיימים מסתמכים, רובם ככולם, על דיווחי שופטים ולא כוללים תצפיות או ראיונות עם ילדים⁴³. דוגמה למחקר כזה הוא סקר משנות ה-80 של המאה ה-20, שכלל 88 שופטים העוסקים בגירושין בוויגינייה. מרבית השופטים דיווחו כי דעתם של ילדים מתחת לגיל 6 אינה רלוונטית להכרעות משמורת. לעומת זאת, 67% מהשופטים דיווחו כי הם מבקשים לשמוע את עמדתם של ילדים מבוגרים יותר, אם כי לרוב לא באופן ישיר⁴⁴. גם מחקרים אחרים מצאו כי שופטים נוטים לייחס משקל לדעתם של ילדים ככל שהם מבוגרים יותר⁴⁵. אבנר שאקי טען כי גם השופטים בישראל נוטים לייחס משקל לדעתו של הקטין ככל שהוא מבוגר יותר⁴⁶. לדבריו, הגיל המבדיל בין התעלמות מדעתו של הקטין לבין התחשבות בה הוא גיל 10⁴⁷. בסקר בקרב השופטים מוויגינייה שנזכר קודם, כמו גם במחקר נוסף⁴⁸, דיווחו השופטים כי כאשר הם נפגשים עם הילדים, המפגשים אורכים כרבע שעה בלבד. ממצאים אלה מחדדים את הצורך במחקרים אמפיריים שיבררו לא רק את קיומם של מפגשים בין שופטים לבין ילדים, אלא גם את מידת המימוש של זכות ההשתתפות של ילדים במפגשים אלה.

חשוב לציין, כי בדומה לישראל, גם במקומות אחרים, שופטים בוחנים את רצון הילדים, אם בכלל, רק במקרי סכסוך בין ההורים ולא

כחלק מהליך אישורם של הסכמי גירושין. כאשר ההורים מסכימים, גובר עקרון האוטונומיה והפרטיות של המשפחה על זכות הילד להישמע⁴⁹. זאת, למרות ההכרה הרווחת כי הורים יכולים להסכים ביניהם על הסדרים שאינם משרתים את טובת ילדם⁵⁰. יתרה מכך, החלוקה הדיכוטומית בין "מקרי מחלוקת" לבין "הסכמות" בין ההורים, שלפיה הראשונים מאופיינים במתן פסק דין והאחרונים בהגשת הסכם לאישור הטריבונל השיפוטי, היא הבחנה החוטאת למציאות המורכבת של גיבוש הסדרי משמורת וראייה. גם כאשר מוגש הסכם לאישור בית המשפט או בית הדין, ייתכן שזהו סופו של תהליך קונפליקטואלי וארוך שאינו מעיד על הסכמות בין ההורים אלא על פשרות בהיעדר הסכמה. במצבים אלה, נחלשת הטענה כי אין צורך לשמוע את הילד מכיוון שהוריו הסכימו מהי טובתו, ומכאן שיש לכבד את האוטונומיה והפרטיות המשפחתית במחיר אי-כיבוד זכות הילד להשתתף⁵¹.

C.A. Crosby-Currie "Children's Involvement in Contested Custody Cases: Practices and Experiences of Legal and Mental Health Professionals" 20 *L. & Human Behav.* (1996) 289, 291

M. Murch "Role of Solicitors in Divorce Proceedings – Part I" 40 *Mod. L. Rev.* (1977) 625; M. Murch "Role of Solicitors in Divorce Proceedings, The Part - II" 41 *Mod. L. Rev.* (1978) 25

C. Piper "Ascertaining the Wishes and Feelings of the Child" 27 *Fam. L.* (1997) 796

K. Nemechek "Child Preference in Custody Decisions: Where We Have Been, Where We Are Now, Where We Should Go" 83 *IOWA L. Rev.* (1998) 437

לסקירת משפט משווה לגבי זכות ההשתתפות של ילדים בהליכי משמורת, ראו דו"ח ועדת המשנה, לעיל הערה 2, בעי 169–177.

סי 3(ד) לחוק בית המשפט לענייני משפחה.

סי 68(א) לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות; י"ש קפלן "מטובת הילד לזכויות הילד – ייצוג עצמאי של קטינים" **משפטים** לא (תשס"א) 623, 651–654.

קפלן, לעיל הערה 37; דו"ח ועדת המשנה, לעיל הערה 2, בעי 160–167.

י' רונן **שיתוף הילד בקביעת משמורתו** (1997) 104–105.

קפלן, לעיל הערה 37.

שם, בעי 646.

החוקים נבדלים ביניהם בגיל שבו יש להתייחס לרצון הילד, במשקל שיש לייחס לרצון הילד, בשיקול הדעת המוענק לשופטים בשאלת בירור רצון הילד ובאופנים שבהם יש לברר רצון זה. לסקירת חוקים ממדינות שונות ראו ש' סעדיה **משמורת קטינים** (1992) 90–96; רונן, לעיל הערה 39; דו"ח ועדת המשנה, לעיל הערה 2, בעי 169–177; Nemechek, *supra* note 33.

W.J. Mlyniec "A Judge's Ethical Dilemma: Assessing a Child's Capacity to Choose" 64 *Fordham L. Rev.* (1996) 1873

Scott, Reppucci & Aber, *supra* note 22

Crosby-Currie, *supra* note 31; Mlyniec, *supra* note 43; T.J. Reidy, R.M. Silver & A. Carlson "Child Custody Decisions: A Survey of Judges" 23 *Fam. L.Q.* (1989) 75

ח' א' שאקי "עיון מחדש בטיבה של זכות ההורים למשמורת ילדיהם" **עיוני משפט ט** (תשמ"ו) 59.

שם, בעי 78.

למחקרו של לומברד, ראו: Mlyniec, *supra* note 43

James & James, *supra* note 29

קפלן, לעיל הערה 37.

אני מודה לפרופ' דן שיט על הערתו מאירת העיניים בהקשר זה שניתנה במסגרת כנס "זכויות ילדים – תיאוריה ומעשה", משכנות שאננים, נובמבר 2005.

6. שמיעת ילדים במקרי מחלוקת קשה

כאמור, המקרים היחידים שבהם מתייחסים באופן תדיר לעמדת הילדים על הסדרי המשמורת והראייה שלהם עם הוריהם, הם המקרים שבהם ההורים חלוקים ביניהם על הסדרים אלה, אינם מצליחים להתפשר ומביאים את המחלוקת להכרעת טריבונל שיפוטי. חשוב לציין כי מקרים אלה הם מקרים נדירים ביותר. במחקר הנוכחי רק 2.2% מתיקי הגירושין הסתיימו בפסק דין מהותי המכריע לגבי המשמורת או הסדרי הראייה. בכל שאר התיקים הוגש, בשלב זה או אחר של ההליך המשפטי, הסכם שגובש בידי ההורים לאישור הטריבונל המשפטי. הגם שיש להניח כי שיעור פסקי הדין גבוה יותר מזה שנמצא במחקר זה, בשל המגבלה המתודולוגית של בחינת תיקים שהסתיימו בתוך שלוש שנים, ממצאי מחקרים מישאאל ומחוי"ל מלמדים כי הוא ללא ספק שיעור נמוך ביותר העומד על אחוזים בודדים⁵². במקרים נדירים אלה, נעדרת ההנחה כי הסכמת ההורים מגלמת את "טובת הילד" ומייתרת את בירור עמדת הילדים, ובמקומה מאומצת הנחה כי עמדת הילד היא מידע שיש להעמיד לרשות היושב על כס המשפט בבואו להכריע לעניין משמורת והסדרי ראייה. לרוב, עמדת הילדים אמורה להתברר בעזרת גורם טיפולי, במרבית המקרים פקידת סעד לסדרי דין המתבקשת על ידי הטריבונל השיפוטי להגיש חוות דעת לעניין היחסים הבין-משפחתיים.

ממצאי המחקר מלמדים כי המקרים שבהם ילדים נשמעים בין כותלי הטריבונל השיפוטי בהליכי גירושין מעטים ביותר

מהמקרים שבהם נפגשו פקידות הסעד עם הילדים הן דיווחו על רצונותיהם בעניין הסדרי המשמורת או הראייה. בשלושה מקרים נוספים דווח על האופן שבו הילדים תופסים את קשריהם עם כל אחד מההורים, ובשאר שבעת המקרים פקידת הסעד אינה מזכירה את נקודת המבט של הילדים. ממצאים אלה ניתן ללמוד כי בדומה לממצאים האנגליים, גם בישראל מעורבות של פקידת סעד בהליך לקביעת הסדרי משמורת או ראייה אינה מבטיחה כי רצונותיהם של הילדים יתבררו ויוצגו בפני הטריבונל השיפוטי⁵⁵.

התפיסה הרווחת בשדה המשפטי כי יש לברר את עמדותיהם של ילדים רק במקרי מחלוקת אינה עולה בקנה אחד עם תפיסה רווחת נוספת, שעלתה מדברי המרואיינים וביניהם עורכת הדין לוי, שלפיה דווקא כאשר ההורים מסוכסכים ביניהם הילדים מושפעים ומוסטים באופן שמקשה על בירור רצונותיהם ה"אמיתיים":

"את זוכרת את משפט שלמה, נכון? האם הטובה היא זו שאמרה: או.קיי. אל תחתוך את הילד, יהי לה, ובלבד שלא, לא יגזרו אותנו. כשמתחילים מאבק על החזקת ילדים, המאבק הזה כרוך בדרך כלל בהשלכת בוץ הדדית של ההורים, בניסיונות להשפיע על הילדים, שיביעו רצון להיות עם ההורה שנאבק עליהם. בניסיונות להסית את הילדים כנגד ההורה האחר. על ידי כך לוקחים נשמות רכות של ילדים ומרעילים אותם. הרבה פעמים דווקא ההורה ההגון, שלא רוצה לעשות את זה, מוצא את עצמו פתאום מורחק מלב ילדיו, שעה שמישהו אחר, שהוא מניפולטיבי והוא, לפעמים בצורה ממש מחליאה, מצליח לתמרן את הילדים".

עד לאחרונה, האופן שבו השדה פתר את המתח שבין שתי התפיסות הסותרות היה על ידי הטלת המשימה על כתפי אנשי המקצועות הטיפוליים, לברר את עמדותיהם ה"אמיתיות" של הילדים, כפי שאומרת עורכת הדין בוסתן: "לנו אין כלים לשמוע ילדים. אנחנו לא יכולות לדעת אם מה שהוא אומר זה בגלל שאתמול נתנו לו סוכריה או מחשב. לכן מי שישמע ילדים זה גורם טיפולי".

העמדה הרווחת בשדה היא כי בידי פקידות הסעד, ויותר מהן בידי הפסיכולוגים, לחלץ את עמדות הילדים גם במקרים קשים של הסתה וניכור. כפי שמתאר ד"ר מנור, בעל מכון לאבחון מסוגלות הורית המגיש לטריבונלים שיפויים חוות דעת בסכסוכי משמורת:

"אצל ילדים שלא יכולים להגיד לך או שגם אם הם אומרים בית משפט לא יקבל את האמירה הזאת, ובצדק, אני רוצה ללכת עם אמא או אני רוצה ללכת עם אבא או דברים כאלה – אני חושב שלפסיכולוג יש איזה שהיא אפשרות לראות מעבר לאמירה. לראות איך מיוצגת הדמות של ההורה בעולם הפנימי של הילד ובוה בעצם לתת איזה שהיא תרומה נוספת להחלטה או להמלצה לגבי הנושא של המשמורת. [...] אני לפחות ראייתי כל כך הרבה מקרים של הסתה גלויה או סמויה שזה פשוט מציב משימה כמעט בלתי אפשרית בפני בית משפט לקבל אמירה של ילד בן חמש או שש או ארבע או בגילאים האלה, או אפילו עשר או אחת עשרה לפעמים".

בשנים האחרונות, כחלק מהשינוי במושג "זכויות ילדים" החלו יותר שופטים להיפגש עם ילדים על מנת שיוכלו להתרשם מרצונם במקרי

בשדה המחקר, כמו גם בשדות משפטיים במקומות אחרים⁵³, רווחת העמדה כי אנשי המקצועות הטיפוליים הם בעלי הכישורים הנחוצים למפגש עם ילדים ולמפוי רצונותיהם. בהקשר זה חשוב לציין כי מחקרים שנערכו באנגליה לאחר שינויי חקיקה המעודדים שיתוף ילדים בהכרעות משמורת, מלמדים כי הפקדת שמיעתם של הילדים בידי פקידות סעד אינה ערובה לכך כי רצונותיהם של הילדים אכן יובאו לידיעת הטריבונל השיפוטי: פקידות הסעד לא הקפידו על מפגש עם הילדים בכל המקרים, במקרים רבים המפגשים נערכו בנוכחות ההורים, רק במקרים בודדים צוין בתסקיר ניסיון לעמוד על רצונותיהם של הילדים ובתסקירים רבים לא הייתה כל התייחסות לרצון הילדים⁵⁴. עיון בתסקירי פקידות הסעד שנמצאו בתיקים שנכללו במחקר המדווח כאן מלמד כי במחצית מ-26 התיקים שבהם הוגשו תסקירים שעסקו בשאלת המשמורת או הסדרי הראייה התקיים מפגש בין פקידת הסעד לבין הילדים (לא כולל תצפיות באינטראקציות בין ההורים לילדיהם). לא תמיד צוין אם המפגש התקיים בנוכחות מי מההורים או בלעדיהם. בשבעה מקרים מבין השלושה-עשר שבהם לא נערך מפגש כזה הילדים היו צעירים מגיל ארבע. רק בשלושה

כזו נמוכה יותר, ומכאן שההקשבה לקולותיהם של הילדים בקשר להסדרי המשמורת והראייה שלהם עם הוריהם היא משימה פשוטה יותר, היא נתפסת על ידי כל אנשי המקצוע בשדה, בדרך כלל, כמיותרת.

7. הזרת ילדים מהמחקר האקדמי

ההתעלמות מקולם של ילדים קיימת לא רק בשדה המשפטי המעצב הסדרי משמורת וראייה בישראל ובמדינות אחרות, אלא גם בשדה האקדמי. כמעט שאין מחקרים אמפיריים שבהם החוקרים נפגשו עם ילדים להורים גרושים וביקשו לעמוד על עמדותיהם בנוגע לשיתופם בעיצוב הסדרי המשפחה שלאחר הגירושין באופן בלתי אמצעי. הדיונים הציבוריים והמשפטיים הערים בין התומכים בשיתוף ילדים בעיצוב הסדרי משמורת וראייה לבין המתנגדים לכך, והצעות הביניים השונות באשר לגיל ולאופן ההשתתפות, אינם מלווים בממצאים אמפיריים בדבר רצונותיהם ועמדותיהם של ילדים לגבי סוגיות אלה. גם כאן, המהלך הרגיל של הדברים הוא שהמבוגרים דנים בענייניהם של הילדים בלי לשתפם.

אחד החריגים הבודדים להתעלמות האקדמית מרצונותיהם של ילדים בקשר להשתתפותם בעיצוב הסדרי המשמורת והראייה עם הוריהם הוא מחקרן של הסוציולוגיות הבריטיות קרול סמארט וברן ניל⁵⁷. מראיונות עומק עם 52 ילדים להורים גרושים, מרביתם בגילאים 5–22, עולה רצון הילדים לקבלת כבוד מצד הוריהם ולקבלת קול בהחלטות הקשורות למשפחה. מרבית הילדים לא רצו שרצונם יהיה בגדר ההחלטה הסופית, אלא שישוקלל בתהליך דמוקרטי עם רצונות שאר בני המשפחה. רק הילדים הצעירים ביותר חשו כי היו רוצים שרק הוריהם יחליטו באשר להסדרים שלאחר הגירושין ורק הילדים שפחדו מאחד ההורים או לא אהבו את אחד

מחלוקת בין ההורים. כפי שצוין קודם, פרקטיקה זו טרם מוסדה, ואין לגביה מדיניות אחידה בקרב השופטים. השאלה מי צריך להיפגש עם הילדים מעוררת מתח בין השופטים לאנשי המקצועות הטיפוליים, כפי שניתן ללמוד מדבריה של אחת ממנהלות יחידות הסיוע שליד בית המשפט לענייני משפחה:

"אני מרגישה זה כמו לתת לפילים לטייל בחנות חרסינה. יש היום מין דעה כזו שילדים צריכים להישמע. והרבה שופטים מפרשים את זה שהם צריכים להישמע על ידי השופטים. עכשיו שופטים הם עורכי דין. מה הם השופטים האלה? עורכי דין. לא יודעים הרבה לא בהתפתחות הילד, לא איך לדבר עם הילדים, מה המשמעות, איך לנהל שיחה עם ילד".

היא ממשיכה ומתארת מקרה של שופטת שהחליטה לראיין ילדים המסרבים להיפגש עם אמם בשל הסתה של האב, והחליטה, לאחר המפגש עם הילדים, לאפשר להם להמשיך ולהימנע ממפגש עם האם. זאת, אף שלדעתה של מנהלת יחידת הסיוע הייתה זו החלטה "שלא לטובת הילדים". לאחר תיאור המקרה, היא מסכמת: "יש המון סכנה בדבר הזה ששופטים רואים ילדים. זה מאוד מטה את הראייה המשפטית שלהם, כי זה הבדל מאוד גדול בין לראות מבוגר לבין לראות ילד. מבוגר משפיע עליך אחרת מאשר ילד".

בניגוד לעמדתה של מנהלת יחידת הסיוע, השופטת סביונה רוטלי תיארה באוזניי מקרה הממחיש, לטענתה, מדוע חשובה האינטראקציה הישירה בין שופטים לילדים, ולא רק באמצעות אנשי המקצועות הטיפוליים, גם במקרים קשים של נתק בין הילדים לאחד ההורים. בתיק שהגיע אליה כשופטת בבית המשפט המחוזי הוגש ערעור על פסק דין של בית המשפט לענייני משפחה המורה על הוצאת שני אחים, האחד בן 15 ממשמורת אביו והשני בן 4 ממשמורת אמו, לפניייה בדרום הארץ. פסק הדין ניתן לאחר שלוש שנות התדיינות שבמהלכן סירב הבן הגדול להיפגש עם אמו, והבן הצעיר התרחק מאמו, בין היתר בשל הסתה האב, שחזר בתשובה, נגדה. לאחר כחמישה אבחונים וחוות דעת טיפוליות רבות החליט בית המשפט לענייני משפחה, בלי ששמע את הילדים באופן בלתי אמצעי, להורות על הוצאת הילדים לפניייה לצורך טיפול בבעיית ההתנכרות לאם. השופטת רוטלי הזמינה את הילד בן ה-15 ללשכתה. היא הסבירה לו כי ביכולתה להורות על ביצוע פסק הדין שמשמעותו ניתוקו מבית ספרו ומסביבת חבריו, או להורות על עיכוב ביצוע פסק הדין בתנאי שיסכים להיפגש עם אמו במרכז קשר פעם בשבוע. לאחר התלבטות מסוימת הסכים הילד לתנאי והחל במפגשים סדירים עם אמו. השופטת רוטלי עקבה אחרי מפגשים אלה במשך שנה, עד שביטלה את פסק הדין של בית המשפט קמא. השופטת רוטלי לא ראתה טעם ב"עוד אבחון", שהרי תמונת המצב הייתה ידועה. דווקא שימוש בכוחה השיפוטי במפגש ישיר עם הילד, אפשר את ברור עמדתו של הילד ואת חידוש הקשר בין הילד לאמו לאחר שלוש שנים של נתק מוחלט.

כך, באופן פרדוקסלי, דווקא במקרים שבהם מסית אחד ההורים את הילדים נגד השני, מתחרים ביניהם אנשי המקצועות הטיפוליים והיושבים על כס המשפט על חילוץ עמדותיהם ה"אמיתיות" של הילדים⁵⁶. במקרי ההסכמה או הפשרה בין ההורים, שבהם ניתן לשער כי הסבירות להסתה

L.E. Stamps, S. Kunen & A. Rock-Faucheux "Judges' Beliefs Dealing with Children Custody Decisions" 28(1/2) *J. of Divorce & Remarriage* (1997) 3; T. Relis "Civil Litigation from Litigants' Perspectives: What We Know and What We Don't Know about the Litigation Experience of Individual Litigants" 25 *Studies in Law, Politics and Society* (2002) 151 קי ארקן עמדות וערכים של שופטים לגבי שוויון וחלוקת תפקידים בין המינים בפסקי-דין בנושא משמורת קטינים (עבודת גמר לתואר "מוסמך במשפטים", אוניברסיטת תל-אביב – הפקולטה למשפטים, 2005). לדוגמה, במחקרם של האמריקנים מקובי ומנוקין, רק 1.5% מתיקי הגירושין כללו פסק דין שהכריע בעניין המשמורת או הסדרי הראייה, ראו: Maccoby & Mnookin, *supra* note 23. גם באנגליה, חלק קטן בלבד מתיקי הגירושין מסתיימים בפסק דין, כפי שמלמד מחקרה של מרגרט רובינסון: *M. Robinson Family Transformation through Divorce and Remarriage: a systemic approach* (London, 1991) 223. על פי מחקר זה, בשנת 1984, ב-94% מתיקי הגירושין באנגליה גובשו הסכמים, והם הסתיימו ללא פסק דין.

Piper, *supra* note 33 53

James & James, *supra* note 29 54

פקידת סעד ראשית לסדרי דין, רונית צור, טענה באוזניי כי בשנים האחרונות מושם דגש על שמיעת ילדים בהליך הכנת התסקירים בהשתלמויות פקידות הסעד וכי כיום שמיעת הילד היא אלמנט מרכזי בהכנת התסקיר. יש צורך במחקר אמפירי מקיף שיבחן את מידת הצלחתו של הניסיון המערכתי להטמעת עקרונות שיתוף ילדים בהכרעות הנוגעות לעניינם בעבודתן השוטפת של פקידות סעד לסדרי דין.

ראו גם רוני, לעיל הערה 39, בעי 27. 56

C. Smart & B. Neale "It's My Life Too" – Children's Perspectives on Post-Divorce Parenting" 30 *Fam. Law* (2000) 163; C. Smart, B. Neale & A. Wade *The Changing Experience of Childhood: Families and Divorce* (Cambridge, U.K., 2001) 57

ההורים סברו כי הילד הוא זה שצריך להחליט עם מי יגור לאחר הגירושין. מרבית הילדים הביעו רצון כי הסדרי המשמורת והראייה יעוצבו על ידי בני המשפחה ללא התערבות של גורם חיצוני. התערבות של אנשי מקצוע נתפסה על ידם כמוצא אחרון שאליהם יש לפנות רק לאחר שהניסיון לגבש הסכמות במשפחה נכשל. סמארט וניל נמנעו מלשאול את הילדים בצורה ישירה על אודות תהליך עיצובם של הסדרי המשמורת והראייה שלהם עם הוריהם ועמדתם לגביהם. בכך, לא תרם מחקר זה להבהרת השאלה, אם שיתוף ילדים ישפיע על תכניהם של ההסדרים הממשיגים את יחסי הילדים עם הוריהם לאחר גירושין.

מושג כלשהו לאופנים שבהם שיתוף ילדים יכול להשפיע על המשגת יחסיהם עם הוריהם לאחר גירושין אפשר לקבל מהמחקר של נגבאור (Neugebauer) שכלל ראיונות עומק עם 40 ילדים בני 7–18 שהוריהם התגרשו⁵⁸. בהתייחס להסדרי הראייה שלהם ציינו הילדים רצון לגמישות שתאפשר להם מגע ספונטני עם ההורה הלא-משמורן ורצון למפגשים עם ההורה הלא-משמורן בלי אחיהם. כמו כן הילדים הביעו רצון לניהול שיחות טלפון וחילופי מכתבים עם ההורה הלא-משמורן בהתאם לרצונם וללא פיקוח מצד ההורה המשמורן. אלו הן מספר דוגמאות לנקודות המבט של ילדים שיכלו להשפיע על קביעת מאפייני האינטראקציות ביניהם לבין הוריהם לאחר הגירושין, אם המבוגרים היו מקשיבים לילדים ומתייחסים לרצונותיהם בעיצוב הסכם הגירושין. דוגמאות אלו, כמו גם ממצאיהן של סמארט וניל, מלמדים על העושר האמפירי הגלום בהקשבה לקולותיהם של ילדים ועל הרלוונטיות של קולות אלה לעיצוב ההסדרים המשפטיים המבקשים לעגן ולעצב את זכות ההשתתפות של ילדים בהליכי הגירושין של הוריהם⁵⁹.

7. אחרית דבר

ממצאי המחקר שהוצג כאן עולה כי התפיסה שעל פיה הורים שגיבשו הסכם מייצגים נאמנה את טובת הילד; ההסתייגות של אנשי המקצוע ממפגש עם ילדים בגלל הרגשות הכרוכים בכך; החשש שבידור עמדות הילדים עלול לגרום להם נזק נפשי; ובעיקר, היעדר הטמעה של התפיסה כי ילדים הם בעלי יכולת וזכות להבעת עמדה עצמאית – כל אלה מביאים להדרת הילדים, ברוב המכריע של המקרים, מעיצוב הסדרי המשמורת והראייה שלהם עם הוריהם. ממצאים אלה עולים בקנה אחד עם טענתם של חוקרי המשפחה אדריאן גיימס ואליסון גיימס לאור המתרחש בשדה הגירושין הבריטי:

“Under the present law, in spite of a child-orientated rhetoric, it is adults - judges, magistrates, parents and welfare professionals – rather than children who remain in control when it comes to divorce”⁶⁰.

כסיום לדברים המובאים כאן, אני מבקשת להעיר שלוש הערות בנוגע להצעה לתיקון החוק של ועדת המשנה בנושא הילד ומשפחתו שהוזכרה במבוא. הערה ראשונה היא כי יש להצטרף על כך שההצעה איננה נוגעת לבתי הדין הדתיים – שהם עדיין מוסדות מרכזיים בשדה וחולשים על הליכי גירושין רבים⁶¹. מן הראוי היה שהצעת חוק המבקשת לתת קול

58 Neugebauer, *supra* note 21.

59 המחקר המדווח במאמרי זה לא כלל ראיונות עם ילדים מכיוון ששאלת המחקר התמקדה בגורמים המרכזיים המשפיעים על עיצוב הסדרי משמורת וראייה, וכמפורט לעיל, ילדים אינם גורם כזה. בימים אלה אני שוקדת, בשיתוף ד"ר תרצה יואלס מהמרכז לחקר התפתחות הילד באוניברסיטת חיפה, על מחקר עם ילדים שחוו את גירוש הוריהם המבקש ללמוד על עמדותיהם ועל רצונותיהם באשר לשיתוף ילדים בעיצוב הסדרי משמורת וראייה. ממצאים אלה גם מחלישים את העמדה והחשש שהובעו על ידי כמה מרואיינים כי שיתוף ילדים משמעו הטלת נטל הבחירה על ילדים בין האם לאב. דברי הילדים מלמדים כי שיתופם יכול לכלול מגוון של נושאים והסדרים שאינם כרוכים בהכרח בהכרעות בעלות השלכות רגשיות עמוקות.

60 James & James, *supra* note 29, at p. 198.

61 לעניין המרכזיות של בתי הדין הרבניים, ראו הקר, לעיל הערה 16, בע' 168–169.