

1.1. מטרות הוועדה והרקע למינויה

הוועדה הציבורית לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין, בראשותו של פרופ' דן שניט, מונתה בתאריך 2.3.2005 על ידי שרת המשפטים דאז, הגב' ציפי לבני. בכתב המינוי של הוועדה נתבקשה הוועדה לבחון את הכללים הקבועים בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב - 1962 (להלן: חוק הכשרות) ביחס לשיתוף ולחלוקה של האחריות ההורית בתקופת הגירושין ולאחריה, ואת יישומם בפרקטיקה הקיימת בבתי המשפט לענייני משפחה ובבתי הדין הדתיים השונים. בפרט נתבקשה הוועדה ליתן המלצותיה לעניין הצידוק להמשך תחולתה של "חזקת הגיל הרך" שבסעיף 25 לחוק הכשרות, בד בבד עם בחינת הצורך לעיגון סטטוטורי של הסדרים אלטרנטיביים לגבי החלוקה והשיתוף באחריות ההורית בגירושין. כן נתבקשה הוועדה להציע דרכים לשכלול הכלים העומדים לרשות בתי המשפט ובתי הדין הדתיים לשם קביעת טובת הילד בנוגע להסדרי משמורת וקשר הורי, ולבסוף, לבחון ולהמליץ באשר למימושם ואכיפתם של ההסדרים המוצעים על ידה (ראו: כתב המינוי של הוועדה, נספח א').

הקמת הוועדה נועדה להשלים את הסדרת האחריות ההורית בגירושין על פי אמנת האו"ם בדבר זכויות הילד, 1989 (להלן: האמנה) אשר לא נכללה בד"ח "הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה", בראשות כבוד השופטת סביונה רוטלוי, פברואר 2003 (להלן: וועדת רוטלוי). וועדת רוטלוי אומנם עסקה בהיבטים חוקיים שונים הנוגעים ליישום זכויותיהם של ילדים על פי אמנת האו"ם, אולם המלצותיה לא נגעו לתחום הסדרת האחריות ההורית בגירושין.

חברי הוועדה הינם: פרופ' (אמריטוס) דן שניט, בית הספר לעבודה סוציאלית, אוניברסיטת תל אביב; השופטת חנה רוטשילד, בית המשפט לענייני משפחה ברמת גן (מילאה את מקומה עקב שבתון השופטת עליסה מילר, מבית המשפט לענייני משפחה ברמת גן מספטמבר 2005 עד לחודש מרץ 2006); הדיין הרב אברהם שרמן, דיין בית הדין הרבני הגדול; עו"ד איאד זחאלקה, מנהל בתי הדין השרעיים; גב' רותי דניאל, עמותת "הורות שווה", וממלא מקומה מר טל שחף (מחודש מרץ 2006); ד"ר דפנה הקר, הפקולטה למשפטים והתוכנית ללימודי נשים ומגדר, אוניברסיטת תל אביב; ד"ר תרצה יואלס, החוג לפסיכולוגיה, אוניברסיטת חיפה; עו"ד גלית סנה-לוריה, יו"ר וועדת הגישור של לשכת עורכי הדין במחוז חיפה והצפון לשעבר; עו"ד גלי עציון, היועצת המשפטית של נעמ"ת; עו"ס רוגית צור, פקידת סעד ראשית לסדרי דין, משרד הרווחה; עו"ד שמואל מורן, יו"ר וועדת החקיקה, ילדים ונוער של לשכת עורכי הדין; פרופ' אבי שגיא-שורץ, החוג לפסיכולוגיה, אוניברסיטת חיפה; ד"ר פרץ סגל, משרד המשפטים, מרכז הוועדה; עו"ד יעקב פרידברג ועו"ד יפית לב-ארץ, מזכירי הוועדה.

1.2. החלטת הוועדה לפרסם דו"ח ביניים

הוועדה החליטה לפרסם לציבור דו"ח ביניים, אשר מסכם חלק מרכזי מעבודתה ליישום עקרון האחריות ההורית בתקופת הגירושין, במסגרת הצעה לתיקון חוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופסות, התשכ"ב - 1962 (להלן – חוק הכשרות). זאת לנוכח חשיבותם הרבה של הנושאים הנגזרים מיישום של עקרון האחריות ההורית, והשלכותיהם היסודיות על יחסי הורים וילדיהם במצבי גירושין. פרסום ההצעות שבדו"ח הביניים יאפשר לקבל תגובות מהציבור ולהביאן בחשבון לקראת הדו"ח הסופי, אשר עתיד לכלול גם דיון והמלצות לגבי יתר הנושאים שבכתב המינוי.

הפרק השני בדו"ח זה מציג את תהליך העבודה של הוועדה, לרבות תמצית הסקירות והדיונים הרבים והיסודיים שהתקיימו בוועדה, ואשר הביאו לגיבוש עקרונות מנחים לתיקון החקיקה הקיימת. הפרק סוקר בקצרה גם חוקים רלוונטיים ממדינות אחרות, את המשפט הבינלאומי לאור האמנה וכן את הספרות העדכנית המסכמת את המחקר בתחום הפסיכולוגיה ההתפתחותית של הילד.

הפרק השלישי עוסק ביישום העקרונות המנחים שפורטו בהצעת הוועדה לתיקון חוק הכשרות, ודברי הסבר לתיקוני החקיקה המוצעים.

פרק הנספחים מכיל, בין היתר, את הערותיהם והסתייגויותיהם השונות של חברי הוועדה שהיו בדעת מיעוט ביחס לנוסח ההמלצות שהתקבלו על ידי מרבית חברי הוועדה.

1.3 תפיסת 'האחריות ההורית' על פי האמנה הבינלאומית לזכויות הילד

פעילות הוועדה באה כאמור להשלים מהלך משפטי רחב שהחל לפני למעלה ממש עשרה שנים, בעת שמדינת ישראל אשררה את האמנה הבינלאומית לזכויות הילד (להלן: האמנה). סעיף 4 לאמנה מטיל על המדינות שהן צד לה את האחריות לנקוט בצעדים תחיקתיים, מנהליים ואחרים על מנת לעגן את זכויות הילדים המנויות בה במשפטן הפנימי. בדו"ח וועדת המשנה של וועדת רוטלוי לנושא 'הילד ומשפחתו', בראשותה של ד"ר תמר מורג, נדון בהרחבה הצורך להחלפת מושג האפוסטרופסות כבסיס ליחסי הורים ילדים וליישום סטטוטורי של התפיסה הכוללת ביחס לאחריות הורית. וועדת רוטלוי המליצה המלצות שונות ליישום עקרונות האמנה בחקיקה, אך בשל מגבלות זמן ותקציב בחרה שלא לצרף המלצות לחקיקה בשאלת האחריות ההורית במצבי גירושין.

ביסוד האמנה עומדת ההכרה במעמדם של ילדים כנושאי זכויות עצמאיים בחברה ובמשפחה. בכך נותנת האמנה ביטוי לשינוי המחשבתי העמוק שחל בדורות האחרונים בהכרה המוסרית, החברתית והמשפטית במחויבות המשפחה, החברה והמדינה להבטחת טובתם העצמאית של ילדים. שינוי ערכי זה זכה להכרה בכל רחבי העולם, ולווה בהצטרפות גורפת של מאה שמונים

ותשע מדינות לאמנה. מדינת ישראל הצטרפה לאמנה בחודש יולי 1990¹, ואשררה אותה בחודש אוגוסט 1991, ובכך נתנה ביטוי למחויבותה הערכית לזכויות הילד. בהתאם לתפיסה זו, הרואה בילדים נושאי זכויות עצמאיים, האמנה אינה משתיתה את הקשרים בין הורים לבין ילדיהם במונחים של אפוטרופסות, אלא על מושג האחריות ההורית כחובת ההורים להבטיח את מימוש זכויות ילדיהם, בהיות הילדים נושאי זכויות עצמאיות ונפרדות מאלו של הוריהם. עסקינן בשינוי משמעותי, אשר טומן בחובו הטמעה של תפיסה נורמטיבית חדשה אודות מהות היחסים בתוך המשפחה כבסיס לכל הסדר משפטי. התפיסה הקיימת כיום בחוק הישראלי הינה כי ההורים הם אפוטרופוסים טבעיים של ילדיהם. תפיסה זו מוצאת את ביטויה בסעיפים 14 ו-15 לחוק הכשרות, ובסעיף 3(א) לחוק שיווי זכויות האשה, התש"א – 1951, לפיהם חובת ההורים להגן על ילדיהם ועל האינטרסים של ילדיהם בהיותם אפוטרופוסים שלהם, ומשום היות הילדים בעלי כשרות משפטית מוגבלת. קשרי הגומלין ביניהם הם אפוא היררכיים: דאגה של אדם בעל כשרות משפטית – לילד שהוא בעל כשרות משפטית מוגבלת. לעומת זאת, בתפיסה החדשה המגולמת באמנה עובר מרכז הכובד להכרה בילד כבעל זכויות ייחודיות לגדול ולהתפתח כאדם עצמאי. קשרי הגומלין בין הילד לבין הוריו הם הדדיים – כאשר לילד זכויות שהאחריות למימושן מוטלת על הוריו. נמצא כי על פי האמנה, הקשר שבין הורים ובין ילדיהם מוגדר במונחים של 'אחריות הורית' בתוך התא המשפחתי, ולא במושגים של 'אפוטרופסות' כקבוע בחקיקה הישראלית הנוכחית. לאור האמור, בחרה הוועדה להתמקד תחילה בשינויים שראוי לאמץ בחוק הכשרות בכל הנוגע להסדרת היחסים שבין ילדים לבין הוריהם, וכפועל יוצא מכך בבחינת ההתאמות הראויות להוראות החוק המתייחסות למצבי גירושין, לרבות ההשלכות באשר לתחולת חזקת הגיל הרך שבסעיף 25 לחוק הכשרות.

1.4 הקו המנחה בעבודת הוועדה: התאמת המצב המשפטי הקיים ביחסים שבין הורים לבין ילדיהם במצבי גירושין לעקרונות האמנה

בין המציאות המשפטית הקיימת בישראל לבין עקרונות האמנה בסוגיות הנדונות ישנן כאמור סתירות ואי התאמות. משהצטרפה ישראל כחברה לאמנה התעורר הצורך לשנות את הוראות חוק הכשרות במטרה להתאימן לרוח האמנה, בכפוף לאמור בסעיף 7.2 בה, המתיר לכל מדינה לנסח את הוראות החוק בהתאם לשיטת המשפט הנוהגת "על פי תנאיה הלאומיים". לפיכך, המשימה העיקרית שעמדה בפני חברי הוועדה הייתה להציע הסדר משפטי לתיקון החוק הקיים, כך שישלב בתוכו את התובנות הערכיות שבבסיס האמנה בדרך שתהלוך את המציאות החברתית בישראל. נקדים ונאמר, כי הוועדה הייתה מודעת היטב לכך, שבשיטת המשפט הישראלית ובמערכת החיים החברתית והכלכלית הקיימת בישראל מעמדן של בנות הזוג אינו שווה לזה של בני הזוג בכל הנוגע להשלכות הגירושין. פער המעמדות האמור נובע בעיקר מהסדרת נושא הגירושין על פי הדין הדתי האישי היהודי, שמעניק לבעל כוח לסרב לתת גט לאשתו, ובכך לשלוט הלכה למעשה על

¹פורסמה בכתבי אמנה 1038

חירותה ועל אפשרותה להקים זוגיות חדשה. ייחודיות זו נלקחה בחשבון באופן מכריע בעת דיוני הוועדה, תוך הבנה כי נדרש הסדר משפטי, שימנע מסוגית מתן הגט לשמש כאמצעי סחיטה משפטי לפגיעה ביכולתה של בת הזוג לממש את אחריותה ההורית לאחר הגירושין. בכפוף לשיקול האמור, ראתה הוועדה חובה לעצמה לחתור לגיבוש נוסחה מאוזנת שבה תינתן אפשרות שווה לשני ההורים לממש את אחריותם ההורית באופן מלא כדי להבטיח את טובת הילד. זאת, מתוך אמונה כי שמירת קשר מיטבי עם שני ההורים, ככל שהדבר מתאפשר, הינו חיוני להתפתחות התקינה של הילד.

כיום, מעניק החוק הישראלי עדיפות לאם 'כמשמורת' לילדים שגילם רך. סעיף 25 לחוק הכשרות קובע את "חזקת הגיל הרך" – חזקה משפטית לפיה גילו הרך של ילד מהווה שיקול מכריע המעניק לאם את המשמורת במקרי מחלוקת בשאלת ההחזקה הפיזית:

"לא באו ההורים לידי הסכם כאמור בסעיף 24, או שבאו לידי הסכם אך ההסכם לא בוצע, רשאי בית המשפט לקבוע את העניינים האמורים בסעיף 24 כפי שייראה לו לטובת הקטין, ובלבד שילדים עד גיל 6 יהיו אצל אמם אם אין סיבות מיוחדות להורות אחרת".

ביסוד סעיף זה מצויה הנחה, לפיה על אף שהאפוטרופסות של שני ההורים נמשכת גם לאחר הגירושין, טובת הילד מחייבת את הימצאותו במשמורת אצל אחד ההורים. ברובם המכריע של המקרים המשמורת כאמור הינה אצל האם. כפועל יוצא מכך מותר אחד מבני הזוג ויתור מלא או חלקי על המשמורת הפיזית של הילדים, והם מתגוררים אצל אחד ההורים (הורה זה מכונה 'ההורה המשמורן'), כאשר להורה השני (לרוב – האב) מוענקים 'הסדרי קשר וראיה'. מתן המשמורת להורה אחד למעשה מותירה בידו במידה רבה את האפשרות לקבוע את אופן מימוש זכויות הילד לקשר הורי עם ההורה האחר. זאת ועוד, המציאות מוכיחה כי במרבית המקרים של פירוד בין ההורים, כאשר אחד הילדים הוא בגיל רך, כל הילדים שוהים במשמורת האם כדי שלא להפריד ביניהם. גם כאשר הילדים גדלים הם נותרים בדרך כלל תחת חסותה וקרבתה של האם, מכיוון שטובתם מחייבת שלא לשנות את ההסדר שהתרגלו אליו.

כאמור, מצב דברים זה אינו עולה בקנה אחד עם תפיסת האחריות ההורית שבסעיף 18 לאמנה, לפיה ראוי כי שני ההורים יישאו באחריות כלפי ילדם, וידאגו במשותף למימוש זכויותיו:

"המדינות החברות יעשו כמיטב מאמציהן להבטיח הכרה בעיקרון כי לשני ההורים אחריות משותפת לגידול הילד והתפתחותו. להורים, או, לפי העניין, לאפוטרופוסים החוקיים, אחריות בסיסית לגידול הילד והתפתחותו. בראש מעיניהם תעמוד טובתו של הילד".

תנאי ראשוני לכך ששני ההורים יוכלו לממש את זכויות ילדם הוא קיום קשר מיטבי ומירבי של הילד עם שני הוריו. משום כך אין עוד מקום לכללים הנוהגים בחוק הכשרות, המבססים את הקשר ההורי במקרי פירוד על חזקה הקובעת אפריורית את זהות ההורה 'המשמורן' וההורה

שיזכה ל'הסדרי קשר וראיה' בלבד. בשיטה הקיימת, הסדרי הקשר והראיה ההוריים אינם נתפסים כחובה המוטלת על ההורה שאינו 'משמורן' כלפי ילדו, אלא כזכות של אותו הורה כלפי בן הזוג ה'משמורן'. משום כך, לעתים קרובות בשל נסיבות הקשורות למערכת היחסים הרעועה שבין שני ההורים, 'הסדרי הקשר והראיה' אינם מתבצעים בצורה סדירה. מצב זה מנוגד לתפיסה שאומצה באמנה לפיה גם במקרי פירוד וגירושין, מימוש האחריות ההורית של שני ההורים צריך לבוא לידי ביטוי באופן מלא.

השפעה נוספת של החזקה הקיימת הינה ליבוי המאבק בין ההורים. במצב המשפטי הנוכחי נאלץ כל אחד מן ההורים להביא ראיות להתאמתו לתפקיד ובו בזמן ראיות לאי-התאמתו של ההורה השני במטרה להוכיח את התקיימותן או אי-התקיימותן של "סיבות מיוחדות להורות אחרת" כאמור בסעיף 25 לחוק הכשרות. מאבק זה בין ההורים עשוי לגרום לפגיעה בילד, הואיל ובגיננו מתרחשות לא אחת תופעות קשות כגון – ניכור הורי, חטיפת ילדים ואף אלימות במשפחה. זאת ועוד, כפי שיפורט בהמשך, מחקרים פסיכולוגיים שעסקו בילדים במצבי גירושין העלו כי לקיומו של קשר סדיר וישיר בין הילד לבין הוריו חשיבות רבה להבטחת התפתחותו התקינה של הילד. מכאן שההסדר המשפטי הנוהג אינו עולה תמיד בקנה אחד עם עיקרון העל של טובת הילד, המעוגן בסעיף 3 לאמנה, ואשר אף זוכה למעמד בכורה בחקיקה ובפסיקת בית המשפט העליון²:

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

חזקות דומות וזוהות ל'חזקת הגיל הרך' הישראלית, קיימות היו במדינות ברחבי העולם, אך בוטלו במהלך המאה האחרונה, ובפרט מאז כניסת האמנה לתוקף. המגמה שהתקבלה במדינות השונות היא מעבר למודל הכרעה פרטני שמבוסס על טובת הילד הספציפי, כאשר גילו של הילד מהווה שיקול אחד מתוך רשימת שיקולים שונים. כך לדוגמא, מאז נחקק ה- Child Act בשנת 1989, בוטלו באנגליה החזקות לעניין ההכרעה בהסדרת החזקתו של ילד בעקבות פירוד וגירושין, ובמקומן נקבע כי כל מקרה יידון לגופו על פי טובת הילד.

החלת עקרון העל של טובת הילד, שדורש קיום קשר בינו לבין שני הוריו, אינו מותר עוד מקום להמשך החלתה של חזקה משפטית גורפת מסוג 'חזקת הגיל הרך'. לפיכך סבורים מרבית חברי הוועדה, כי יש צורך בשינוי חזקת הגיל הרך שבחוק הקיים בכדי לממש את עיקרון טובת הילד ואת רוח האמנה במשפט הישראלי.

² בהלכת גולדפיין (ע"א 2591/92 גולדפיין נ' גולדפיין, פ"ד מז(2) 195) קבע השופט מצא את העיקרון "כשיקול מכריע". בהלכת פלונים (ע"א 2266/93 פלונים נ' אלמוני, פ"ד מט(1) 221) יצק השופט שמגר תוכן למושג טובת הילד לאור האמנה, בקובעו את מודל זכויות הילד כעיקרון מכריע. הדברים חוזקו על ידי השופט חשין בהלכת פלונית (דנ"א 7015/94 היועמ"ש נ' פלונית, פ"ד נ(1) 48).

2. תהליך העבודה, ותשומות שהיוו בסיס להמלצות הוועדה

2.1 נושאי העבודה, והצגת השאלות העיקריות לדיון

בשלב הראשון של עבודתה החליטה כאמור הוועדה להתמקד בנושא האחריות ההורית. נקודת המוצא הייתה בחינת השינויים הנדרשים בחוק הכשרות בכל הנוגע להסדרת היחסים שבין ילדים לבין הוריהם בעקבות החלת מושג 'האחריות ההורית' על פי האמנה, וההשלכות הנגזרות מכך למצבי גירושין, ובפרט לעניין חזקת הגיל הרך.

יודגש כי הוועדה לא נדרשה כלל לסוגית ההיבטים הכלכליים של חלוקת האחריות ההורית אשר מוסדרים במסגרת מזונות הילדים, הואיל והם לא נכללו בכתב המינוי של הוועדה. נושא זה נמצא במוקד הדיונים של וועדה נוספת שמונתה על ידי שר המשפטים - "הוועדה לבחינת נושא מזונות הילדים במדינת ישראל" בראשותו של פרופסור פנחס שיפמן.

להלן תפורטנה השאלות שבהן דנה הוועדה, תוך התמקדות בעיקרי הדיונים והעמדות אשר עלו במהלכם, במטרה להציג את התהליך אשר הוביל לנוסח הצעת החקיקה לתיקון הפרק השני של חוק הכשרות, שתוצג בפרק השלישי של ד"ח זה.

הסוגיות המרכזיות שהוועדה העמידה במוקד דיוניה הן:

- **התפיסה המשפטית הייחודית של מדינת ישראל, נוכח הדין האישי הנוהג בענייני גירושין, והשפעתה על שאלת חלוקת האחריות ההורית במצבי גירושין.**
- **השפעת רוח האמנה על המשך תחולתה של חזקת הגיל הרך.**
- **כינון הסדר משפטי ראוי שיוביל ליישום מושג אחריות ההורית על פי עקרון טובת הילד.**

הדיון בסוגיות אלה התבסס בשלב הראשון על סקירות שניתנו על ידי חברי הוועדה ומומחים חיצוניים, וכן על יסוד תשומות מן הציבור ומארגונים, בעקבות מודעה שפורסמה בעיתונות היומית (נוסח המודעה נכלל בנספח ב'). לנוכח הפניות מן הציבור הוזמנו חלק מן הפונים ומן הארגונים לפרוס את משנתם ביתר הרחבה בפני הוועדה. בשלב הבא נערכו דיונים בין חברי הוועדה בעקרונות המנחים שלדעתה צריכים לשמש בסיס לתיקון חוק הכשרות. בהתאם לכך התחלק תהליך העבודה לארבעת השלבים שיפורטו בפרק זה.

2.2 תמצית הסקירות המקצועיות של חברי הוועדה

לצורך בחינת המצב המשפטי הנוהג, על פי החוק והפסיקה של בית המשפט לענייני משפחה ובתי הדין הדתיים השונים, יוחדו דיונים לסקירות בתחומים אלו על ידי חברי הוועדה.

א. סקירתו של חבר הוועדה, ע"ד שמואל מורן

החוק המסדיר את היחסים המשפטיים בין הורים לבין ילדיהם בישראל הוא חוק הכשרות. עסקינן בחוק שנחקק בשנת 1962 ואשר כמעט לא תוקן מאז חקיקתו. בפרק השני של החוק, תחת הכותרת "הורים וילדיהם הקטינים", מצויים ארבעה עקרונות יסודיים: הגדרת מעמד ההורים כאפטרופסים שווים של ילדיהם בכל התפקידים ההוריים (סעיף 14), הסמכות האוטונומית של ההורים להחליט בעניין ילדיהם בהסכמה משותפת (סעיפים 15, 17, 18), טובת הילד כעיקרון על (סעיפים 17 ו-24) וחזקת הגיל הרך בהיעדר הסכמה בין ההורים במצבי פרידה. חזקה משפטית זו, המגלמת את התפיסה שטובת ילד צעיר להיות מצוי בחזקת אמו (סעיף 25), עלולה לא אחת להתנגש עם עיקרון טובת הילד. הרציונאל לקביעת חזקת הגיל הרך נבע מן הגישות הפסיכולוגיות שרווחו באותה עת ברוב המדינות, תאם את המציאות החברתית דאז, בה מיעוטן של הנשים הנשואות עבדו מחוץ לביתן ועלה בקנה אחד עם מגמת הדין העברי והדין השרעי. מאז חלפו ארבעים וחמש שנים, וברוב מדינות המערב בוטלה החזקה מדברי החקיקה. הביטול נבע מן ההכרה בפגיעה שיצרה החזקה במעמדן של הנשים כשוות זכויות בכלל ובכל הנוגע ליישום אחריותן כהורים בפרט, וכן מן התפיסה החדשה של זכויות הילד כפי שהיא באה לידי ביטוי באמנה.

ב. סקירתה של חברת הוועדה, השופטת חנה רוטשילד

נקודת המוצא של בתי המשפט בנושא זה, היא השאיפה למזער במידת האפשר את הנזק שנגרם לילדים של הורים המצויים ברמת קונפליקט גירושין גבוהה, דבר המתבטא בכל הקשור לענייני משמורת הסדרי ראייה וקשר. רק בכ- 10% מן המקרים מגיעים לבית המשפט, מהווה שאלת המשמורת נושא עיקרי של הסכסוך בין הצדדים. ברובם המוחלט של המקרים ההורים מגיעים להסכמה ביניהם בעניין זה. בית המשפט אינו מתערב באוטונומיה של ההורים להגיע להסכם ביניהם, והוא כמעט תמיד מאשר את ההסכם. במקרי סכסוך נעזרים השופטים במומחים מטעם בית המשפט לצורך ההכרעה במחלוקת בין ההורים.

החוק מחייב להחיל את חזקת הגיל הרך, ובית המשפט מיישם אותה בעקביות כמעט בלא חריגים. יחד עם זאת, בשנים האחרונות ישנו שימוש מוגבר בסיפא של סעיף 25 לחוק הכשרות, המתיר חריגה מן החזקה כל אימת שקיימות "סיבות מיוחדות" להורות שהאם לא תהיה משמורנית. אכן בפרשת ד.ל³ המליצו השופטים פורת, רוטלוי ומשאל ל שנות את החזקה, אך בית המשפט העליון תמך בדעה שהחזקה צריכה להוסיף ולהתקיים⁴.

³ ע"מ 1006/99, 1026/99, 1125/99 ד.ל.נ' כ.ז. (לא פורסם). להלן: עניין ד.ל.

⁴ ראו: רע"א 4575/00 פלונית נ' אלמוני, פ"ד נה (2) 321. להלן: הלכת פלונית.

ג. סקירתו של חבר הוועדה, הרב אברהם שרמן

המשפט העברי רואה בטובת הילד את השיקול הסופי והמכריע. אולם, בניגוד להשקפת העולם המערבית המתמקדת במושג ה"זכות" של ההורים בילד וההגנה המשפטית על זכויות ההורים, השקפת העולם היהודית שמה את הדגש על חובותיהם של ההורים כלפי ילדיהם. על פי השקפת עולם זו, טובת הילד אינה מתקיימת כאשר ההורים האחראים עליו אינם ממלאים את חובותיהם כלפיו. בהתאם לתפיסה זו קובעת ההלכה, שלאם חובה מיוחדת לדאוג לגידולו של הילד בגיל הצעיר, ולאב חובה מיוחדת לחנך את הבנים בהגיעם לגיל חינוך (שש שנים ויותר).

ד. סקירתו של חבר הוועדה, ע"ד איאד זחאלקה

נקודת המבט של הדין השרעי בנוגע לאחריות ההורית בגירושין מכתירה את טובת הילד כעיקרון מרכזי. בהתאם לכך, נקבעו מספר כללים וחזקות בנושא המשמורת הפיזית על הילדים בעת הגירושין, אשר מגלמים בתוכם את התפיסה של טובת הילד (גיל הקטין, דירוג בני המשפחה בעלי הזכויות למשמורת ונישואי האם עם זר). נוכח מרכזיותו של עיקרון טובת הילד, קבע בית הדין השרעי לערעורים בשורה של פסקי דין כי החזקות שנקבעו בהלכה ניתנות לסתירה, כאשר בית הדין נוכח כי טובת הילד אינה תואמת אותן. עם זאת, אין להסיק מפסקים אלו כי הדין השרעי כיום תומך בביטול גורף של החזקות שבהלכה המוסלמית.

ה. סקירתה של חברת הוועדה, ד"ר דפנה הקר

שדה הסקירה הוא הסוציולוגיה של המשפט, אשר בוחנת את המציאות החברתית בכל הנוגע לדפוסים שונים של מימוש אחריות הורית כפי שהם מתקיימים בפועל בישראל. בטרם ניגשים להציע הסדר חקיקתי חדש, קיימת חשיבות מכרעת לבחינת הסכמי המשמורת הנוהגים במציאות הישראלית הנוכחית. על החקיקה, הקיימת והמוצעת, לשקלל את המציאות החברתית. בהצעת רפורמה בנושאי משפחה יש לנהוג בזהירות רבה, ומומלץ שבכל מקרה של שינוי במצב המשפטי הוא ייערך על יסוד ניסוי ראשוני לתקופת זמן קצובה. אמנם יש כיום בעולם דימוי הולך ומתחזק של "אב חדש", המודע לצד האמוציונאלי ונוטל חלק פעיל בגידול הילדים. חרף דימוי זה, נראה שתופעת האבות החדשים היא מצומצמת, וכי הגישה הרווחת עודה מתאימה יותר להורות הקלאסית, שבה האם היא ההורה המטפל העיקרי.

ממצאי המחקר שנערך ע"י ד"ר הקר⁵ בעניין סוגי הסדרי משמורת והסדרי ראייה (עיבוד נתונים של 360 תיקי גירושין מבית המשפט למשפחה ברמת גן ובית הדין הרבני בתל-אביב) מעלים כי

⁵ ראה: עבודת הדוקטורט של דפנה הקר, (מנחים: פרופ' רונן שמיר ופרופ' חיה שטייר) 'אמהות', 'אבהות', ומשפט: ניתוח

סוציולוגי של השדה המעצב הסדרי משמורת וראייה בגירושין (2003)

המציאות הרווחת היא שהאם היא המשמורנית הבלעדית (90.8% משמורת אם, 3.9% משמורת אב, 1.4% משותפת, 1.4% מפוצלת, 2.5% משמורת אם מותנית).

נמצא כי חלופת המשמורת המשותפת היא זניחה, ואין כמעט מאבקים משפטיים סביבה. רוב הסדרי המשמורת נעשים בהסכמה בין ההורים ללא מאבק משפטי. משמורת האם מתקבלת לרוב בהסכמה גורפת, הואיל ומבחינה חברתית מקובל שיש עדיפות ביולוגית ורגשית לאמהות בטיפול בילדים, בין אם זהו אינסטינקט טבעי או תוצאה של סוציאליזציה. לעומת מיתוס "האם הטובה" והתפיסה החברתית בדבר תפקיד האם, אין תפיסה נורמטיבית לגבי מהו 'אבא טוב'. נוסף על האמור, ביסוד הגישה הדוגלת במשמורת האם עומדים גם שיקולים כלכליים, היות שבמשמורת משותפת לא תוכר האם כחד הורית, ומשכך תפסיד הטבות חקוקות המוקנות לאמהות חד הוריות. בקרב הציבור ישנה בורות מוחלטת בנושא חלופות למשמורת. יש אף הסבורים כי החוק בארץ אוסר לקיים משמורת משותפת. קרי, יש סיגול של הנורמות למציאות החברתית, הגורמת לאנשים לשאוף להימצאותם בגבולות הנורמה, ולא רק בגבולות החוק. תוצאה של סיגול זה הינה למשל קיומה של סטיגמה שלילית על נשים שאינן משמורניות מכיוון שמקובל בארץ שהילדים נמצאים במשמורת האם.

ישנם כיום הסדרי ראייה שאינם באים בגדר ההסדרים ה'קלאסיים'. כך נוצר מנעד רחב מאוד של הסדרי ראייה וביקור של הילדים אצל האב. נתוני המחקר האמור בדבר הסדרי ראייה מעלים כי 33.7% מההסדרים קובעים כי האב יראה את ילדיו "בכל עת" – במועד שההורים יתאמו ביניהם; 16.5% מההסדרים מצומצמים יחסית ואינם כוללים מפגשים תכופים בין האב לילדיו; 27.2% מההסדרים כוללים לינה אחת ומפגשים בששה ימים במהלך שבועיים, ו-22.6% מההסדרים הינם רחבים יותר וכוללים יותר מלינה אחת ומפגשים בששה ימים במהלך שבועיים.

ההסדר הרווח ביותר הינו כאמור ביקור של האב "בכל עת", בתיאום עם האם, ללא כל הגדרה של זמנים קבועים לביקורים. הסדר זה נוהג בעיקר בקרב מתגרשים מעוטי יכולת המתדיינים בבתי הדין הרבניים, ונעשה באמצעות טופס סטנדרטי שהוכן על ידי בתי הדין למי שאינם מיוצגים, שכותרתו "הסכם גירושין". בעלי יכולת כלכלית מבוססת יותר נעזרים בעורכי דין, ומיודעים יותר אודות החלופות האחרות שקיימות. כרבע מההסדרים רחבים יחסית וכוללים לינה בבית האב במהלך השבוע, בנוסף ללינה בסופי שבוע. הסדרים אלה מייצגים את השינוי החברתי ואת הרצון של חלק מהאבות להיות מעורבים בחיי ילדיהם לאחר הגירושין. ניתן לומר כי למעשה הסדרי ראייה רחבים דומים במידת מה למשמורת משותפת, אך יש לזכור כי הם מתבססים על זכותו של האב, בניגוד למשמורת משותפת שהיא חובה הורית.

בעניין הסכמים בדבר מרכיבי המשמורת המשפטית נמצאו הנתונים הבאים: ב-52% מהמקרים ההסכם אינו כולל התייחסות לאפוטרופסות, ב-39% מההסכמים צוינה אפוטרופסות של האב יחד עם האם בנושאים מסוימים, כגון חינוך או בריאות וב-16% מן ההסכמים נאמר במפורש כי האב יהיה שותף בכל ההחלטות החשובות להתפתחות הילדים.

1. סקירה של חברי הוועדה פרופ' אבי שגיא-שורץ וד"ר תרצה יואלס

תמצית הסקירות שניתנו על ידי פרופ' שגיא וד"ר יואלס על בסיס הפסיכולוגיה התפתחותית של הילד יפורטו להלן בסעיף 2.5.

2.3 משפט השוואתי: חקיקה בנושא האחריות ההורית במצבי גירושין במדינות שונות

לצורך גיבוש ההצעה לתיקון חוק הכשרות בחנה הוועדה את ההסדרים שגובשו במדינות שונות בנושא האחריות ההורית במצבי גירושין, ובפרט לאחר כניסת האמנה לתוקף. להלן תפורטנה מספר דוגמאות לחקיקה במדינות שונות בעולם תוך התייחסות לארבע נקודות עיקריות:

- (1) אמות המידה בעניין דרך מימוש האחריות ההורית בעת הגירושין;
- (2) קיומה של חזקת הגיל הרך בחקיקה בעבר, והסיבות לביטולה;
- (3) הכלים העומדים לרשות בתי המשפט לשם הכרעה בין הורים המצויים בקונפליקט בשאלת מימוש האחריות ההורית לאחר הגירושין;
- (4) דרכי האכיפה של האחריות ההורית במדינות האמורות.

2.3.1⁶ אנגליה - (1) - Child Act 1989: נקבע כי טובת הילד היא עיקרון על שמנחה את בית המשפט. החוק מפרש את הקווים המנחים – statutory checklist, שעל פיהם יקבע בית המשפט את טובת הילד, כפי שיפורט להלן, אך רשימה זו אינה רשימה סגורה.

(2) בשנת 1839 נחקק ה-Tolford Act אשר קבע חזקה לפיה ילדים עד גיל 7 יהיו עם אמם. חוק זה בוטל כבר בשנת 1925, בחוק אשר קבע שוויון בין המינים, כאשר ההכרעה היא על פי טובת הילד. עד ראשית שנות ה-90 של המאה הקודמת, פסיקת בתי המשפט האנגליים קבעה כי טובת הילד היא כי ישהה עם אמו בגילאים שלפני בית הספר, וזאת על פי התיאוריות הפסיכולוגיות שרווחו. בחוק החדש משנת 1989, בעקבות האמנה, נקבעה רשימת עקרונות המעודדת הורות פעילה מצד שני ההורים.

(3) בידי בית המשפט נתונה רשימה של קווים מנחים שלאורה תבחן טובת הילד בכל מקרה אשר מגיע לפתחו. העקרונות כוללים התחשבות במאוויי הילד ורגשותיו לאור גילו והתפתחותו, צרכיו הפיזיים החינוכיים והרגשיים, ההשפעה הצפויה על חיי הילד בשל השינוי בנסיבות חיו, גילו, מינו, הרקע שלו, כל פגיעה ממנה סבל הילד בעבר או שהינו בסיכון ממנה בעתיד, כשירותם של ההורים או של אנשים אחרים שרלוונטיים לילד בעיני בית המשפט וכל מאפיין נוסף של הילד אשר נמצא רלוונטי בעיני בית המשפט. הרשימה כוללת גם את הצורך להתחשב בגילו של הילד, וניתן היה לפרש זאת כאפשרות להמשך קיום חזקת הגיל הרך, אך הפסיקה באנגליה אינה מפרשת את הדברים ברוח זאת, ומתייחסת לשיקול זה כשיקול אחד מתוך הרשימה הכללית.

⁶ עיבוד המשפט המשווה האנגלי נעשה תוך הסתייעות במסמך שחיבר עו"ד שמואל מורן בנושא חזקת הגיל הרך, עבור וועדת רוטלוי.

2.3.2 גרמניה – (1) חוקת גרמניה קובעת את האחריות ההורית כזכות וכחובה של שני ההורים. האחריות ההורית מפורשת בחוק הגרמני כחובה לפעול להתפתחותו התקינה של הילד. בכל מחלוקת המתגלעת ביחס למימוש האחריות ההורית, מוסמך בית המשפט להכריע, ואף להטיל את האחריות ההורית, כולה או חלקה, על אחד ההורים. כמו כן, ההורה שעימו חי הילד מוסמך, בכפוף לטובת הילד, לקבל עבורו החלטות ככל שהדבר מתייחס ל"ענייני יומיום", אשר מתרחשים במהלך העניינים הרגיל.

(2) החוק הגרמני מקנה לילד זכות לקשר עם שני הוריו. כמו כן מוטלת חובה על כל אחד מן ההורים לדאוג לקידום הקשר של הילד עם ההורה האחר. בית המשפט רשאי להגביל או לשלול את קשרי הילד עם ההורה אם הדבר עולה בקנה אחד עם טובת הילד. נוסף על האמור מוקנית לסבים, לסבתות, לאחים ולאחיות הזכות לקשר עם הילד, והכול בכפוף לטובתו.

2.3.3 הולנד – (1) בשנת 1838 ניתנה הסמכות ההורית לאם בלבד, כאשר סמכות זו נמשכה עד לגיל בגרות. בשנת 1947 שונה החוק בקובעו כי הסמכות נתונה לשני ההורים. בחקיקה משנת 1995 הוחדר לראשונה לחקיקה המינוח "אחריות הורית", תוך ביטול השימוש בטרמינולוגיה "משמורן" ביחס להורים.

(2) על פי החוק משנת 1995, האחריות הורית מוטלת על שני ההורים יחד. האחריות ההורית כוללת את הזכות ואת החובה לגדל את הילד ולחנכו, תוך דאגה לרווחתו הגופנית והנפשית ולקידום ופיתוח אישיותו. אחריות זו נמשכת גם לאחר גירושי ההורים, אלא אם קבע בית המשפט, על פי בקשת אחד ההורים, כי טובת הילד מחייבת את הטלת האחריות על אחד מהוריו בלבד. כאשר האחריות ההורית מוטלת על הורה אחד, מעוגנת בחוק ההולנדי זכות הילד וזכות ההורה שאינו נושא באחריות ההורית להסדרי ראייה. בית המשפט רשאי לשלול זכות זו אם מצא כי קיים חשש לפגיעה בילד, ישנה התנגדות קשה מצידו לכינון הסדרי הראייה, ההורה נעדר יכולת לקיום הסדרי הראייה או שקיימים מניעים אחרים המצדיקים את שלילת הזכות.

(3) לאחרונה התקבל תיקון חקיקה שמטרתו שינוי הנורמה הנוהגת למצב של הורות שוויונית. עיקרו של התיקון בשלוש תוספות מרכזיות: החלת האחריות ההורית באופן שווה על שני ההורים; הרחבת הגדרת האחריות ההורית כך שתכלול בגדרה את חיוב ההורה בפיתוח קשריו של הילד עם הורה השני והרשאת ההורים להסתייע בהסכם או ב"תוכנית הורית" לצורך מימוש האחריות ההורית בעת גירושים.

(4) בנוסף, חוק סדר הדין האזרחי ההולנדי מקנה מעמד בבית המשפט למועצה לשלום הילד בהליכים הנוגעים לעניינם של קטינים. המועצה מקבלת העתק מכל בקשה הנוגעת לענייניו של קטין וכן הודעה בדבר מועד הדיון. המועצה רשאית לשלוח לבית המשפט את המלצותיה בכתב או להתייצב לדיון ככל שהיא מוצאת שהדבר חיוני להגנה על טובת הקטין, ואולם אם הדיון עוסק במניעה או הפחתה של האחריות ההורית חייב בית המשפט לזמן את המועצה לדיון.

2.3.4 אוסטרליה – (1) חוק האחריות ההורית המשותפת האוסטרלית נכנס לתוקפו בחודש יולי 2006. בעת הצגת החקיקה אמר שר המשפטים האוסטרלי כי הצעת החוק מבקשת להבטיח את זכותם של ילדים לגדול עם אהבתם ותמיכתם של שני הוריהם. החוק החדש, לדבריו, יעביר את המיקוד מזכויות ההורים לטובתם של הילדים, והוא מהווה שינוי תרבותי בכל הקשור לתהליך הגירושים – ממאבק משפטי לשיתוף פעולה בין ההורים.

(2) החוק האוסטרלי מבסס את התפיסה השיתופית בהורות, מבטיח את זכות הילד למערכת יחסים משמעותית עם שני ההורים, ומחייב את ההורים להמשיך ולחלוק את האחריות לילד

לאחר הגירושים. ההורות המשותפת נקבעת כברירת מחדל, ומקנה לשני ההורים זכות וחובה שווה להכריע בנושאים הקשורים לילד (כגון: חינוך, דת, בריאות, שם הילד ושינוי במקום המגורים של הילד, אם יש בשינוי כדי לגרום לקשיים משמעותיים בקשר עם אחד ההורים). החוק החדש מכיר גם בחיוניות הקשר עם סבים וסבתות בחיי ילדים לאחר גירושי ההורים, וכן בחשיבות קרובי משפחה נוספים בדרגות שונות שמשמעותיים בחייהם.

(3) החוק האוסטרלי דורש מהורים לעשות מאמץ כן ליישב את הסכסוך בטרם יפנו לבית המשפט, לרבות שימוש באמצעים אלטרנטיביים לפיתרון סכסוכים. בהיעדר הסכמה בין ההורים נדרש בית המשפט ליתן "צו הורות" בגדרו מחויב הוא להפעיל חזקה, לפיה טובתו של הילד דורשת כי הוריו יישאו באחריות הורית משותפת שווה.

(4) בראש השיקולים לקביעת טובת הילד עומדים התועלת לילד ממערכת יחסים בעלת משמעות עם שני הוריו והצורך להגן עליו מאלימות, התעללות או הזנחה. שיקולים נוספים בקביעת טובת הילד הם דעתו ורצונו של הילד, אופי היחסים שלו עם כל אחד מהוריו ועם אנשים נוספים, הנכונות והיכולת של כל אחד מההורים לאפשר ולעודד קשר של הילד עם ההורה האחר, ההשפעות הצפויות על הילד כתוצאה מההתרחקות מאחד ההורים, יכולתו של כל אחד מההורים לספק את צרכי הילד, לרבות צרכים רגשיים ואינטלקטואליים, וכמו כן להביא בחשבון את מאפייני התנהגותו כהורה עד כה בכל התחומים שפורטו לעיל.

2.3.5 שוודיה – (1) בשוודיה מודגשת בחינת טובת הילד כשיקול ראשון במעלה. החוק השוודי מקנה לילד זכות להיות בקשר עם שני הוריו, ללא קשר לשאלה עם מי מההורים הוא שווה זמן רב יותר. על ההורים מוטלת החובה לדאוג לצרכי הקיום של הילד, כאשר הורה שאינו מתגורר עם הילד נושא בחובות אלו באמצעות תשלום מזונות להורה האחר. בכל החלטה הנוגעת לזהות ההורה שעומו יחיה הילד מחויב בית המשפט לשקול את רצונו של הילד, בהתחשב בגילו ובבגרותו. נוסף על האמור, בטרם יכריע בית המשפט בענייני מגורים או קשר תינתן הזדמנות לשירות הסוציאלי להמציא לבית המשפט את המידע הרלוונטי.

(2) במקרי פרידה מוסמכים ההורים לנסח הסכם הורות שיגדיר את מערכת היחסים ההורית ואת חלוקתה בין ההורים. הסכם זה טעון אישור השירות הסוציאלי, אשר יינתן בכפוף לטובת הילד, כתנאי לתקפותו. כמו כן, נתונה לילד הזכות לקיים קשר עם ההורה שאינו מתגורר עימו וכן עם כל אדם קרוב אחר, ועל ההורה שעומו מתגורר הילד מוטלת החובה לפעול למען קיום הקשר.

2.3.6 בלגיה – (1) עד שנת 1995 הטיל החוק הבלגי את האחריות ההורית על הורה אחד בלבד. כפועל יוצא מכך נמנעו מן ההורה האחר כלל הזכויות ביחס לילד למעט הזכות להסדרי ראייה. באפריל 1995 שונה החוק וכיום דוגלת בלגיה באחריות הורית משותפת. במקרי מחלוקת הנוגעים למעונו של הילד, חינוכו, בריאותו, דתו וכיוצא באלה רשאי בית המשפט לקבוע אחריות בלעדית כוללת או בתחום מסוים. על כל החלטה שתתקבל לקחת בחשבון בראש ובראשונה את טובת הילד.

(2) החוק הבלגי קובע עוד כי גם כאשר נשללה מהורה אחריותו ההורית ישמש אותו הורה כבקר על פעולות ההורה האחר, והוא יהיה רשאי לפנות לבית המשפט בהקשר זה כראות עיניו. להורה שאינו נושא באחריות ההורית ישנה זכות לקיים קשר עם הילד ולקבל מידע הנוגע אליו, אלא אם קיימים טעמים מיוחדים המצדיקים שלילת קשר כאמור. הזכות לקיים קשר עם הילד נתונה גם לסבים ולסבתות, ולכל אדם שהוכיח כי קיימת הצדקה לאפשר לו קיום קשר עם הילד.

2.3.7 דנמרק – (1) ככלל נושאים ההורים באחריות הורית משותפת לרבות במקרי פרידה או גירושים. החלטות הנוגעות לאופן גידולו של הילד כגון – מקום מגוריו, חינוכו וכדומה צריכות להתקבל על ידי שני ההורים במשותף. מעבר של הילד למדינה אחרת מחייב הסכמה של שני ההורים.

(2) ההורים רשאים להסכים ביניהם כי הילד ישהה רק עם הורה אחד, אולם הסכם שכזה טעון אישור ממושרד המושל המחוזי. בהיעדר אישור כאמור או הסכמה יעבור העניין להכרעת בית המשפט.

2.3.8 צרפת – (1) האחריות ההורית מוגדרת בחוק הצרפתי כמערכת של זכויות וחובות למטרת רווחתו של הילד, הנתונה להורים עד להגעתו לבגרות של הילד. האחריות ההורית כוללת הגנה על הילד ועל בטחונו, בריאותו, רמתו המוסרית, חינוכו והתפתחותו. ההורים מחויבים לשתף את הילד בקבלת החלטות הנוגעות אליו בהתחשב בגילו ובמידת בגרותו. פרידה או גירושים אינם מפקיעים או משנים את האחריות ההורית והיא ממשיכה לחול באותה מתכונת. שינוי במגורי ההורה שעיימו חי הילד, העשוי להשפיע על הפרקטיקה של חלוקת האחריות ההורית, צריך להיות מובא לידיעת ההורה האחר, אשר רשאי בהיעדר הסכמה לפנות לבית המשפט, שיכריע בהתבסס על טובת הילד. בית המשפט יעניק משמורת ייחודית להורה רק במקרים בהם טובת הילד דורשת זאת. הזכות להסדרי ראייה ולינה תישלל רק במקרים חמורים ונדירים. להורה שאינו חי עם הילד תיוותר הזכות והחובה לפקח ולתמוך בחינוכו של הילד, ובהחלטות אחרות הנחוצות בחיי הילד. בטרם יכריע בנושאי אחריות הורית, הסדרי ראייה, או מסירת המשמורת לצד שלישי, מוסמך בית המשפט להורות על עריכת "חקירה סוציאלית". במסגרת חקירה זו נאסף מידע על מצב המשפחה והתנאים בהם גודל וחונך הילד. צד החולק על מסקנות החקירה הסוציאלית רשאי לדרוש את קיומה של חקירה סוציאלית נגדית.

(2) בכל החלטה הנוגעת לילד ישקול בית המשפט את טובת הילד כשיקול מכריע. ההורים רשאים לערוך הסכם הורות ולהגישו לאישור בית המשפט. בית המשפט יאשר את ההסכם אלא אם נמצא כי הוא מנוגד לטובת הילד או שהסכמת מי מן הצדדים ניתנה שלא באופן חופשי. במקרי מחלוקת רשאי בית המשפט להפנות את הצדדים, בהסכמתם, לגישור.

(3) במסגרת הכרעות בעניין אחריות הורית יילקחו בחשבון הפרקטיקה שנהגה בין ההורים באשר לחלוקת האחריות ההורית או ההסכם שאליו הגיעו; גילו, רצונו ורגשותיו של הילד; יכולתו רצונו של כל אחד מן ההורים לקיים את חובותיו ולכבד את זכויות ההורה האחר והמידע שנאסף במסגרת החקירה הסוציאלית.

2.3.9 קנדה – (1) בחוק הקנדי הנוכחי אין קביעת ברירת מחדל של הורות משותפת. החוק גורס כי שני ההורים זכאים לחיות עם הילד, וכי כל הכרעה צריכה להתבסס על טובתו של הילד. כאשר ההורים חיים בנפרד והילד מתגורר עם אחד מהם, מוטלת חובה על כל אחד מן ההורים, בכפוף לטובת הילד, לעודד ולתמוך בקיום מערכת היחסים של הילד עם ההורה האחר.

(2) החוק הקנדי מונה את השיקולים שעל בית המשפט לשקול בבואו להכריע בשאלת זהותו של ההורה שעיימו יחיה הילד: התחשבות בצרכי הילד לרבות קשריו עם כל אחד מהוריו, עם בני משפחתו המתגוררים עימו ועם כל אדם הדואג לטיפול בו ולרווחתו; מתן משקל להעדפות הילד, ככל שהן מבוטאות באופן אמין; התייחסות למשך הזמן בו חי הילד באווירת מגורים יציבה; מידת היכולת של ההורה המבקש לספק לילד חינוך, הכוונה ואת צרכיו המיוחדים; המסוגלות ההורית של ההורה וקשר הדם או האימוץ שקיים בינו לבין הילד.

2.3.1.1 ארה"ב – חזקת הגיל הרך שלטה בארה"ב עד לביטולה בשנת 1980. בשנת 1980 שונתה החקיקה במרבית המדינות ובגדר השינוי הוצגה גם אפשרות של הורות משותפת בכפוף לרצון ההורים. חרף האמור, אפשרות זו לא הפכה לסטנדרט הרווח לנוכח הקלות שבה ניתן היה לבטלה בגין סירוב אחד ההורים. בעשורים האחרונים ניתן משקל מכריע בתהליך החקיקה ובכלל לעיקרון של טובת הילד ושמירה על האינטרסים החיוניים שלו. במסגרת מגמה זו הולכת וגוברת בארה"ב התפיסה כי הורות משותפת מתאימה יותר לילד במצב של גירושי הורים ביוצרה סביבה יציבה ותומכת יותר בעבורו. לאחרונה נעשות פעולות במרבית מדינות ארה"ב למען תיקון החקיקה במטרה להבהיר את תנאי ההורות המשותפת כך שהיא תהפוך לברירת המחדל, אלא אם אחד ההורים נמצא לא כשיר לטיפול בילד. בין היתר נקטו בהסדר זה מדינות קליפורניה וטקסס, כפי שיפורט להלן:

קליפורניה – החוק הקליפורני מניח כחזקה את קיומה של הורות משותפת במקרים של הסכמה בין ההורים, אולם מותיר זאת כאפשרות בלבד במקרי מחלוקת. הדגש מושם על זכותו של הילד לקשר תדיר ומתמשך עם שני הוריו, ולפיכך אחד מן הפקטורים הקבועים בחוק לזהות ההורה שעומו יחיה הילד הוא מידת היכולת של אותו הורה לקדם את הקשר של הילד עם ההורה האחר. טקסס – בטקסס החוק מעניק מעמד בכורה להורות משותפת, אולם גם במקרים שבהם לא מתאפשר כינונה, מחויב בית המשפט לתת להורה לבלות עם הילד לפחות שלושים וארבעה אחוזים מזמנו. בית המשפט רשאי להגדיל את שיעור הזמן המשותף אך לא להפחיתו, אלא אם קיים טעם מיוחד לכך, שיש לציינו בכתב.

לסיכום: הסקירה שלעיל חושפת את קיומם של שני הסדרים רווחים – בעוד שבמדינות הקונטיננטל בולט הרצון להשאיר מתחם שיקול דעת רחב לבית המשפט, באמצעות כינון הסדרים כלליים, ניכר כי במדינות ה-common law קיימת מגמה הפוכה, של התווית קווים מנחים ברורים לבית המשפט וצמצום שיקול דעתו.

2.4 קבלת תשומות מן הציבור ומארגונים שפנו לוועדה

עם תחילת עבודתה פרסמה הוועדה פנייה לציבור בעיתונות היומית לקבלת עמדות והצעות בכל הנוגע להסדרה משפטית לקשר שבין הורים לילדים בהליכי פירוד וגירושין, לכללים הקיימים לגבי שיתוף וחלוקה של אחריות הורית ולדרכים בהן בתי המשפט ובתי הדין הדתיים מיישמים כללים אלה. בעקבות המודעה נתקבלו כמאה וחמישים פניות. הפניות היו מגוונות מאוד, וכללו פניות מצד מומחים שונים, ארגונים, גופים אקדמיים, ואזרחים רבים. הוועדה בחנה את הפניות והחליטה לזמן חלק מהפונים להשמיע את דבריהם בהרחבה בפניה ולהשיב על שאלותיה. להלן תמצית העמדות שהוצגו בפני הוועדה, בהקשר לשלוש הסוגיות שבראשית פרק זה:

א. עמדת המרכז לקידום מעמד האישה על שם רות ועמנואל רקמן באוניברסיטת בר אילן בנושא חזקת הגיל הרך – הוצגה על ידי ד"ר רות הלפרין קדרי, מנהלת המרכז, ועו"ד רוברט ליכט פטרן.

גישת המרכז הינה כי יש להותיר את חזקת הגיל הרך על כנה, אף אם נקודת המוצא להכרעה היא עקרון טובת הילד. המרכז גרס כי אין מקום לשינוי המצב המשפטי הקיים בסוגיית המשמורת והסדרי ביקור וראיה, אלא אם יערך שינוי כללי ומקיף בדיני המשפחה הנוהגים ויטופל חוסר השוויון הקיים בין בני הזוג בגירושין. במצב הקיים חזקת הגיל הרך מחזקת את האישה מול יכולת הסחיטה של הבעל לקבל טובות הנאה תמורת הגט. החזקה גם מבטיחה וודאות בשאלת המשמורת, ובכך חוסכת התדיינות רבות. זאת בפרט לנוכח יכולתה הכלכלית והנפשית הפחותה של האישה לעמוד בהתדיינות רבות לעומת יכולתו של הבעל, על רקע החלשתן המשפטית, הכלכלית והרגשית של נשים בסיטואציה של גירושין (משפטית על פי הדין האישי, כלכלית ורגשית – במיוחד בשל שליטתו של הבעל על הגט). נוסף על האמור, ריבוי ההתדיינות בנושאים אלו תוביל לפגיעה בילדים מאחר שהיא תביא להתמשכות ההליכים מבלי שיעמוד ביסודם ניסיון אמיתי להביא לשינוי.

עמדה זו גובשה גם על סמך הניסיון במדינות אחרות, בהן בוטלה החזקה בכדי לקדם את השוויון בין בני הזוג, אלא שהמציאות החברתית העלתה כי האם נותרה המשמורנית של הילדים. קביעת המסוגלות ההורית המיטבית היא אך ניסיון לחיזוי פני עתיד, כשאין כל דרך מוכחת לקבוע דברים אלה. לכן אין לאבחן כלל מקרים שכאלו, אלא יש להכריע בהם באמצעות קביעה נורמטיבית של חזקת הגיל הרך.

לפי הדין הישראלי "משמורת" מתייחסת רק להסדר המגורים של הילד ולא לאפטרופסות. קביעתם של שני בתי מגורים לילד, לעומת מצב שמבטיח לילד קביעות בבית מגורים אחד אצל אחד ההורים, אינה לטובת הילד. מחקרים שנערכו במדינות שבהן רווח הסדר של שני בתי מגורים לילד העלו כי הדבר משרת את טובתו רק כאשר מערכת היחסים בין ההורים הגרושים טובה. יש לזכור כי לפי החוק חזקת הגיל הרך אינה חלוטה. כאשר קיימות נסיבות כבדות משקל לפיהן טובת הילד להיות במשמורת האב, ושעליו הנטל להוכיח, החוק מאפשר להעניק לו את המשמורת. כמו כן החזקה מאפשרת לקבוע הסדרי ראיה וביקור רחבים לאב. חרף האמור, בחברה הישראלית מצויים 90% מהילדים במשמורת האם, ובפועל במעט מאד מקרים אבות מבקשים לקבל את הילדים למשמורתם. לפיכך אין מקום, לדעת המרכז, לבטל או לצמצם את החזקה.

ב. הצגת עמדת וועדת החקיקה לנושא מעמד האישה של לשכת עורכי הדין בנושא חזקת הגיל הרך - הוצגה על ידי עו"ד סמדר בן נתן ועו"ד יהודית מייזלס.

לדעת וועדת החקיקה יש מקום לבחון אפשרות לשינוי גדרה של חזקת הגיל הרך, על מנת להביא לשוויון בין ההורים. עם זאת, יש להכיר במציאות החברתית הקיימת, לפיה במרבית המקרים האם מתפקדת כהורה המטפל העיקרי בילדים. ביטול החזקה יוביל למאבקים משפטיים בין ההורים בעניין משמורת על גבם של הילדים. לדעת וועדת החקיקה אין מקום לנסות לעשות שימוש במשפט ככלי לעיצוב המציאות החברתית, אלא עליו לשקף את המצב הקיים ולהבטיח את יציבותו.

בשל כך, סבורה וועדת החקיקה כי יש להותיר את חזקת הגיל הרך על כנה, אך לנסחה כחזקה עובדתית המתארת את המציאות, במקום ניסוחה הנוכחי כחזקה משפטית המשקפת את המצב הראוי. לנוכח המציאות החברתית הקיימת, בה האם היא לרוב "ההורה המטפל העיקרי", על סעיף

25 לחוק הכשרות לקבוע חזקה לפיה ילדים יהיו עם אמם עד גיל 3, ומגיל 3 ומעלה הילד יהיה עם ההורה שהיה עד לפרוץ הסכסוך בין בני הזוג "ההורה המטפל העיקרי". בשאלה זו יכריע בית המשפט על פי קריטריונים מפורטים שיקבעו בחוק לבדיקת המצב העובדתי, וללא צורך בחוות דעת של מומחים. בהתאם לכך ייתכן קיומו של מצב עובדתי בו שני ההורים טיפלו בילדים באופן שווה, ובמקרה שכזה אכן תיקבע הורות משותפת. עמדה זו מבקשת לשקף בצורה קוהרנטית את המציאות כיום לפיה האם נושאת בעיקר הנטל של הטיפול בילדים, ולכן טבעי להמשיך בכך לאחר גירושין, מבלי שהחוק יפרוץ פתח אשר יאפשר התדיינות שיפגעו בהורים ובילדים. כדי למנוע התמשכות של ההליכים המשפטיים, ובפרט לגונן על האמהות שהן חלשות יותר, יש לקבוע כי לאם יהיה יתרון דיוני. כלומר, שעל האב יוטל להוכיח שההורה המטפל העיקרי אינו האם.

יצוין כי בדיון שהתקיים בעקבות הצגת הדברים, העלו חברי הוועדה את דבר קיומה של סתירה פנימית בהצעה זאת. שכן – מחד גיסא קובעת ההצעה חזקה עובדתית שהמשמורת תהיה בידי ההורה המטפל העיקרי, ומאידך גיסא, מותירה על כנה חזקה, שאינה ניתנת לסתירה, לפיה עד גיל 3 יהיה הילד במשמורת האם בלבד. דוברות וועדת החקיקה תירצו זאת בצורך לקבוע נקודת זמן שבתוכה לא ניתן יהיה ליצור מחלוקת, על מנת לוודא קיומו של גורם מאזן לטובת האמהות, שניצבות אל מול כלל דיני המעמד האישי שאינם לטובתן. קביעת גיל 3 היא פשרה בין העמדות השונות בוועדת החקיקה שחלק מחבריה סברו כי יש אף להעלותו.

ג. הצגת עמדת המועצה הלאומית לשלום הילד - הוצגה על ידי ד"ר יצחק קדמון, מנכ"ל המועצה, ועו"ד יפעת בויאר, היועצת המשפטית של המועצה.

משעה שישראל הצטרפה לאמנה, נעשה שימוש רב ברטוריקה שמתבססת על זכויות הילד, אולם במציאות בכל סיטואציה של פירוד וגירושין הילדים נעלמים בצלו של הסכסוך בין הוריהם. על אף שההורים טוענים כי הם אינם מדברים בשם עצמם אלא מציגים את הדברים מנקודת הראות של טובת הילד, בפועל הם אינם דואגים לזכויות הילד אלא לטובתם העצמית. במצבים כאלו מצויים הילדים לעתים רבות בסיכון גבוה, ובייחוד במקרים בהם רמת הקונפליקט בין ההורים היא גבוהה. במקרים שההורים אינם מצליחים להגיע להסכמה ביניהם לגבי שאלת האחריות ההורית, מהווה חזקת הגיל הרך מגן מפני הסלמה במצבם של הילדים.

עמדת המועצה בשאלת ביטול החזקה אינה נובעת מגישה מגדרית, מכיוון שהיא סבורה שאמהות ואבות יכולים לגדל את ילדיהם באותה מידה. אכן קיימות אמוציות מגדריות רבות בשאלה זאת, אך למעשה מדובר בשאלה די שולית, מכיוון שברור לחלוטין שבמציאות הסוציולוגית הישראלית, שאינה שונה מן המציאות בעולם כולו, במרבית המקרים ילדים להורים גרושים מצויים בפועל עם אמם. החזקה מאפשרת יציבות בחייהם של ילדים, ועל כן מסיבות פרקטיות נכון להשאיר אותה על כנה. המועצה סבורה כי ביטול החזקה יגרום לעליה חדה בהתדיינות המשפטית, ואין כל סיבה לעשות זאת כאשר ברור ממילא כי האם תהיה המשמורתית ברובם המוחלט של המקרים. ביטול החזקה לא יביא תועלת ממשית במצבם של הילדים מלבד הערך ההצהרתי, שאותו ניתן לספק בדרכים אחרות.

לדעת המועצה, הצורך העיקרי של ילדים במצבי גירושין הינו מדור שקט. על כן, זו צריכה להיות נקודת המבט העיקרית להבטחת טובת הילד. כאשר באים להכריע בשאלת האחריות ההורית, בהעדר הסכמה בין הורים, על השופטים לבחון באיזה אופן יובטח לילד המדור השקט בדרך המיטבית. יש פיתוי רב בניסיון לעשות צדק בין ההורים על פי תפיסת עולמם של המבוגרים, בבניית מודלים של אחריות הורית משותפת ושמירת הקשר של הילד עם שני ההורים. חרף האמור, המועצה סבורה שגישות אלו אינן לטובתם של ילדים, מפני שהדרישה לקיום קשר עם שני הורים אינה העיקר, אלא קיום המדור השקט של הילד. מאותה סיבה יש למנוע את יכולתם של בני משפחה נוספים לדרוש מעמד בקשר עם הילד, מפני שבכך יוגדל מעגל בעלי העניין – מה שעשוי להוביל לפגיעה בטובת הילד.

ד. הצגת עמדתם של ארגונים המייצגים אינטרסים של אבות במצבי גירושין - בפני הוועדה
הופיעו הנציגים הבאים: מר רז משגב – מטעם "מטה המאבק למען האב הגרוש", ד"ר יואב מזא"ה – מטעם "הורות בעד ילדים", מר גיל רונן – מטעם ארגון "הקול הגברי", מר אייל לידור ומר יונתן קפאח – מטעם ארגון "ילדים לשני הורים", מר רונן פז וד"ר מארק ראדוצקי – מטעם "פורום הורים".

לדעת כל הנציגים יש מקום לבחון את שאלת ביטול חזקת הגיל הרך תוך מתן תשומת לב מיוחדת לשינויים שחלו כיום בתפקודם של האבות בתוך המשפחה, ולא רק בעת הגירושין. לגישת הדוברים, חזקת הגיל הרך נותנת כוח רב מדי בידי נשים ליזום את פירוקו של התא המשפחתי ולהרחיק את האבות מילדיהם.

אין חולק כי עקרון טובת הילד צריך לעמוד בראש סדר העדיפויות. אך בפועל – התסקירים הנעשים על ידי פקידות הסעד, כמו גם החלטותיהם של בתי משפט לענייני משפחה מגנים על הנשים מבלי לבדוק כדבעי את טובת הילד. בשתי המערכות אין הדרכה נאותה בנושא הורות, וכך יוצא כי הילדים מורחקים מאבותיהם, והאבות סובלים את כאב הניתוק והגעגוע. יתר על כן, בשל ההעדפה המתקנת הקיימת כלפי אמהות, הן פועלות למניעת משמורת משותפת, ולהיעדר שיתוף פעולה עם האבות – דבר המעניק להן כוח משפטי רב מדי, המופעל בסופו של יום, לרעת הילד.

חזקת הגיל הרך סותרת את עיקרון השוויון ועל כן אינה חוקתית. הדוברים גרסו כי יש לחלק בצורה מאוזנת ואחראית את הנטל של גידול הילדים במצבי גירושין בין ההורים. האווירה הציבורית הקיימת כנגד אבות – במיוחד בשל דיני המזונות הקיימים – גורמת להם לחוש נרדפים. בתי המשפט פוסקים מזונות ילדים גבוהים מאוד, בין היתר כדי להיטיב את מצבן של הנשים. כאשר אבות אינם מסוגלים לעמוד בהם, נפתחים נגדם הליכים בהוצאה לפועל, לרבות מתן צווי מעצר, וכתוצאה מכך האבות אינם מסוגלים לקיים את הסדרי הראייה. דבר זה מנוצל על ידי חלק מהאמהות אשר מסבירות לילדים שאביהם אינו מעוניין יותר לראותם.

במצב המשפטי הנוכחי חשים גברים רבים כי לנשים אפשרות עדיפה לצאת ממוסד הנישואין. זאת, היות שבתי המשפט נעדרים את הכלים לבחון את טובת הילד, וכך זוכה האישה באופן אוטומטי במשמורת על הילדים. הניסיון במדינות שקבעו במשפטן עדיפות למשמורת משותפת, מעלה כי רוב הסדרי המשמורת נעשים בהסכמה בין ההורים וללא צורך בהתדיינות. הדוברים

דגלו, על כן, בביטולה המידי של חזקת הגיל הרך, וכינונה של חובת החזקה משותפת תחתיה למעט במקרים חריגים.

ה. הצגת עמדתם של ארגוני נשים בהליכי גירושין - בפני הוועדה הופיעו נציגי ארגונים המייצגים את האינטרסים של אמהות בהליכי גירושין: עו"ד ציונה קניג יאיר - מטעם "שדולת הנשים", עו"ד דנה מירטנבאום וגב' גילה ברזילי נודלמן - מטעם ארגון "איתך מעכ", עו"ד נסרין אעלימי קבהה - מטעם וועד הפעולה לשוויון בענייני אישות, ד"ר אסתר הרצוג וד"ר חנה בית הלחמי - מטעם הקואליציה של ארגוני הנשים, ד"ר אורלי בנימין - מטעם ארגון "אחותי" וגב' ארנה מרי אש - מטעם ארגון "אישה לאישה".

הנציגות סברו שיש להשאיר על כנו את סעיף 25 לחוק הכשרות, המעגן את חזקת הגיל הרך. לדידן, אין כל ראייה לכך שמודלים של משמורת טובים יותר עבור ילדים, ואין מקום לבצע "ניסוי" על גבם של ילדים בשם השוויוניות כביכול. החזקה אינה חוסמת בפני אבות את האפשרות לבקש משמורת משותפת על ילדיהם, היות שהחזקה אינה חלוטה, אלא רק אמצעי לייעול הדיון המשפטי. מצד אחד, החזקה מונעת ברובם המוחלט של המקרים דיון מיותר בענייני משמורת, ומצד שני, אינה חוסמת את בית המשפט מלמצוא פתרונות מתאימים עבור מיעוט האבות המעוניין במשמורת.

כל עוד הדיון הדתי שולט על הגירושין, ובו כידוע ידה של האישה על התחלונה, אין לשנות את החזקה. יש לראות את ענייני המשפחה כמכלול אחד, ולא לבטל את יתרונה היחיד של האישה בעניין המשמורת על הילדים. חוסר השוויון הקיים בדיני הגירושין גורם לכך שהאישה נסחטת ונדרשת לוותר על זכויותיה הכלכליות בכדי לקבל גט. ביטול החזקה ודיון בכל מקרה לגופו יהפכו את נושא משמורת הילדים לכלי שישמש לסחטנות נגד האישה. אף ניתוק הקשר בין מזונות הילדים לבין נושא המשמורת הוא מלאכותי. הדבר אמור בייחוד בקרב נשים חלשות, מכיוון שהמשמורת על הילדים והמזונות ממתנים את הפגיעה הכלכלית בהן עקב הגירושין, בפרט במקרים שהנשים מוותרות על זכויותיהן הממוניות עבור הגט.

ביטול החזקה ייאלץ נשים להוכיח שהמסוגלות ההורית שלהן עדיפה על זו של בני זוגן, והדבר יביא להתמשכות ההתדיינות על גבם של הילדים. מכיוון שנשים בדרך כלל חלשות יותר, לא אחת אין להן את הכוחות והמשאבים לניהול ההליכים הללו. נכונותן לפנות למערכת המשפט נמוכה עד כדי חוסר מודעות למכלול זכויותיהן המשפטיות. לנוכח נטייתן הטבעית לוותר על זכויות כלכליות בכדי לקבל משמורת, ולאור מחקרים המראים שנשים מעוניינות במשמורת יותר מגברים, ובה בעת הן בעלות יכולת כלכלית מופחתת, ניתן להסיק כי הן תפגענה מהצורך לקיים התדיינות בנושא המשמורת, וממילא יפגעו גם זכויות הילדים.

מכלול הקשיים שהוזכרו קיימים באופן בולט בקרב נשים במגזר הערבי, בו אי השוויון קיצוני יותר. למעשה לנשים הללו אין חירות ממשית לצאת ממוסד הנישואין בשל מצבן החברתי לאחר הגירושין. כך לדוגמא, רק 17% מהן עובדות. נוסף על האמור, הן אינן נגישות כלל למערכת המשפטית האזרחית, ולכן מוותרות בקלות רבה ביותר על זכויותיהן הבסיסיות במטרה להבטיח את המשמורת של הילדים לעצמן.

המציאות הקיימת במדינות בהן לא נוהגת חזקת הגיל הך היא שנשים מהוות את רוב המשפחות ה"חד הוריות" (בערך 80%). בין היתר, משום שאבות רבים נסוגים אחרי זמן קצר מהחזקה המשותפת בשל היעדר נכונות אמיתית שלהם לקבל אחריות על גידול הילדים. הניסיון במדינות אלה מלמד, שאין התאמה בין פסיקת בתי המשפט לבין המימוש של הסדרי המשמורת המשותפת בפועל. התביעה לביטול החזקה היא למעשה תביעה לשוויון פורמאלי מצד הגברים, אך היא אינה מלווה ברצון לשוויון מהותי.

הדוברות סברו שאין טעם לנסות להביא לשינוי חברתי באמצעות המשפט. על כן אין לשנות את החזקה כל עוד היא משקפת את המצב החברתי הנוהג. לגישתן, על המחוקקים להיות זהירים במיוחד בנושא זה, מפני ששינוי החזקה יביא לפגיעה קשה במעמדן של הנשים בישראל. גם שינוי חזקת הגיל הך לחזקה לטובת ההורה שהוא 'המטפל העיקרי' עשוי לפגוע במיוחד בנשים מוחלשות, שכן קיים חשש ממשי שהן תמנענה מלצאת לעבודה שמא הן לא תוכרנה כ'מטפל עיקרי'. תחת שינוי החזקה יש לעודד מנגנונים לאכיפת הסדרי קשר וראיה, שכן תמצית בעיית הניתוק של הילד מאביו היא היעדר אמצעים לאכיפת הקשר.

1. הצגת עמדתם של סבים וסבתות בעניין הקשר עם נכדיהם במקרים של גירושין - בפני הוועדה הופיעו גב' נילי סנדרוב, ד"ר מאירה אור, ד"ר מתי וקסלר, ג'ק ולאה לור, שלמה ודבורה סרד וגב' עדינה זכריה.

הפונים הם סבים וסבתות המנותקים מנכדיהם בעקבות הגירושין של הורי נכדיהם או בעקבות סכסוכים בינם לבין הורי נכדיהם. לדבריהם, הניתוק גורם לנזקים ולכאבים עצומים לכל המעורבים ופוגע באופן ממשי בזכותם וטובתם של הילדים לקשר עם הסבים והסבתות. המצב החוקי הקיים מנציח אבסורד, שכן מצד אחד אין הסדרה בחוק של הקשר בין סבים וסבתות לבין נכדיהם, אולם מצד שני, יש מקרים שבהם מוטלת עליהם חובת מזונות לנכדיהם. במצב הקיים קיימת הסתה כלפי סבים וסבתות כחלק מהסכסוך בין ההורים, עד כדי מצב שלעתים הנכדים אינם מודעים כלל לקיומם של הסבים והסבתות. הדברים מגיעים לידי כך שנעשה שימוש ציני בעת הגירושין בניתוק של הנכדים מהסבים והסבתות, כחלק מסחטנות כלכלית או מסיבות פסולות אחרות. זאת, תוך ניצול העובדה שהקטינים אינם בעלי יכולת למחות ואין גורם שאליו יכול הילד לפנות בנושא, שכן הניתוק נעשה בחסות החוק. מדובר בתופעה רווחת שמימדיה רחבים מהידוע בציבור, אשר פוגעת באלפי ילדים. על כן לדעתם, ראוי שהוועדה תמליץ על תיקון חקיקה שיסדיר את נושא הקשר בין סבים וסבתות לבין נכדיהם, ובכך תחריג את הקשר עם הנכדים מנושאי ההתדיינות בגירושין.

2.5 סקירת ספרות מקצועית בנושא האחריות ההורית ומרכיביה

המחקר ובסיס הידע בתחום הפסיכולוגיה ההתפתחותית של הילד קיבל תנופה רחבה בשנים האחרונות, ועמו התגבשה ההכרה בכך שמעורבות של שני ההורים בגידול ילדם היא חיונית להתפתחותו התקינה.

א. סקירתם של חברי הוועדה, פרופ' אבי שגיא-שורץ וד"ר תרצה יואלס

כשעוסקים בהסדרי הורות בעתות משבר גירושין, הספרות הפסיכולוגית המקצועית המעודכנת ביותר (State-of-the-art) לוקחת בחשבון גורמים התפתחותיים ומערכתיים של הילד ומציעה מודלים שונים של פתרונות, כשמאחורי כולם עומדת הנחת עבודה המציבה אחריות הורית משותפת על ידי שני ההורים כמטרת-על (ראה סקירת ספרות של Kelly, 2007)⁷. לתפיסתנו, זו צריכה להיות גם מטרת-העל במסגרת חקיקה נאורה במדינת ישראל (ראה נספח ה' הן בהרחבה בסוגיה זו).

קיימת חשיבות רבה להימצאותה של פרדיגמה מקצועית מעודכנת הכוללת תיאוריה וכלי עבודה נתמכי מחקר (evidence based). אנו טוענים כי את הכלים המתאימים ביותר מספקים מדעי ההתפתחות היישומיים⁸. מדובר בדיסציפלינה שלמה של חקר התפתחות הילד, שעוסקת בין השאר בהתפתחות נורמטיבית שמתרחשת גם בעת משבר כמו גירושין.

מדעי ההתפתחות היישומיים מציעים לנו פרדיגמה מקצועית מעודכנת והמשגה אחרת של המושג "מסוגלות הורית". על פי הגישה ההתפתחותית אין צורך ב"רישיון להורות". כלומר ההורה הנורמטיבי לא נבחן ביכולתו, ואין מקום למדוד את ביצועיו. בדרך כלל אנו מגלים כי מרבית ההורים מאופיינים בהורות נורמטיבית ותפקוד ראוי גם בקרב מקרים קשים מאוד של גירושין. מחקרים מהתחום מראים את חשיבותם של שני ההורים להתפתחות הילד ולכן על פי עבודות אלה יש להדגיש את טיפוח זכות הילד לשני הוריו. אנו מבינים כיום יותר ויותר כי חוסר מימוש זכות זו מהווה גורם סיכון התפתחותי לילד⁹. מזווית הראייה של טובת הילד, הסכסוכים בין ההורים מצריכים טיפול שונה מהנוהג כיום במערכת הרווחה והמשפט בישראל. קרי – נדרש טיפול שעוקף את הקונפליקט הזוגי ושם דגש על אחריות הורית, תוך שהוא מניח כי ישנה בדרך כלל מסוגלות הורית לכל אחד מן ההורים. יתרה מכך, על פי תיאורית ההתקשרות המוצגת ביתר הרחבה בנספח ה', קיימת חשיבות רבה להבטיח קיומו של קשר נמשך עם שתי דמויות התקשרות הוריות של הילד.

בהקשר זה מן הראוי להתייחס למספר עבודות מרכזיות בכל הנוגע למחקר על טובת ילדים שהוריהם מתגרשים. העבודה המשמעותית ביותר היא הסקירה המטה-אנליטית אודות הסתגלות ילדים להסדרי משמורת משותפת לעומת משמורת יחידנית. זהו מחקר-על שמאחד בתוכו באופן סטטיסטי את כל המחקרים הזמינים בתחום ומביא להכללה מעבר למחקרים ספציפיים

⁷ Kelly, J.B. (2007). Children's living arrangements following separation and divorce: Insights from empirical and clinical research. *Family Process*, 46, 35–52.

⁸ Peltz Dennison, R. Lee, S., & Barber, B. L. (2005). Divorce and its impact on children. In C.B. Fisher, & R. M. Lerner (Eds). *Encyclopedia of Applied Developmental Science*. Thousand Oaks: Sage.

⁹ - Ahrons, C. (2007). Family ties after divorce: Long-term implications for children. *Family Process*, 46, 53–65.

- Cookston, J.T., Braver, S.L., & Griffin, W.A. (2007). Effects of the Dads for Life intervention on inter parental conflict and co parenting in the two years after divorce. *Family Process*, 46, 123–137.

- Cowan, C.P., Cowan, P.A., Pruett, M.K., & Pruett, K. (2007). An approach to preventing co parenting conflict and divorce in low-income families: Strengthening couple relationships and fostering fathers' involvement. *Family Process*, 46, 109–121.

- Kelly, J.B. (2007). Children's living arrangements following separation and divorce: Insights from empirical and clinical research. *Family Process*, 46, 35–52.

- Kelly, J.B., & Lamb, M.E. (2003). Developmental issues in relocation cases involving young children: When, whether, and how? *Journal of Family Psychology*, 17, 193–205.

(Bauserman, 2002¹⁰). החוקר השווה תוצאות של 33 מחקרים שונים, שבדקו אלפי מקרים של משמורת הורית משותפת, משמורת יחידנית ומשפחות שלמות, והסיק שלמשמורת הורית משותפת יתרונות בתחומי תפקוד רבים של הילד על פני משמורת של הורה אחד. מתברר שילדים, הנמצאים באחריות משותפת של הוריהם, דומים בתפקודם והתפתחותם לילדים הגדלים במשפחות שלמות. מחקרים נוספים בתחום אף הם מבססים ממצא זה, כי קיימת חשיבות מכרעת למעורבות שני ההורים בחייו של הילד¹¹. ממצאים אלה הולכים יד ביד עם הכיוונים שמוצעים על פי תיאוריית ההתקשרות.

חזקת הגיל הרך: חזקת הגיל הרך, שנותנת עדיפות מוחלטת לאם כהורה לילדים עד גיל 6, מבוססת על דוקטרינה פסיכולוגית מיושנת ולא נתמכת מחקר כלל ועיקר, המוכרת כ"דוקטרינת הגיל הרך"¹².

בהסתכלות היסטורית דוקטרינת הגיל הרך היא תולדה של אידיאולוגיה נטולת בסיס תיאורטי-מחקרי. דוקטרינה זו מבטאת למעשה "טרנד" שהתפתח והעמיק על רקע של אמונה כי כך טוב הוא, אי הבנות לגבי הבסיס הפסיכולוגי-התפתחותי נתמך תיאוריה מחקרית, שיקולים פוליטיים, שיקולים טקטיים ועוד אי אלו שיקולים שאינם מייצגים את טובתם האמיתית של ילדים רכים. בהסתמך על הפרדיגמה המקצועית שהוזכרה לעיל, אין כל ספק כי על חזקת הגיל הרך להתבטל גם בישראל. או אז נותרים אנו עם השאלה לגבי דרכי הפעולה שיש לנקוט בכלל, כמו גם דרכי הפעולה הראויים במיוחד במצבי קונפליקט גבוהים (לרקע נוסף ראה נספח ה').

ב. סקירתו של פרופ' סולי דרימן מאוניברסיטת בן גוריון

המחקר הפסיכולוגי מוכיח כי יש לשלול חזקות כל שהן בנושא משמורת, בין אם מדובר בחזקת הגיל הרך הקיימת כיום, ובין אם כל חזקה מוצעת אחרת שעשויה לבוא תחתיה. לדידו יש לבחון כל מקרה לגופו, באופן רב-מערכתי ומתוך אוריינטציה דינאמית של התייחסות למעגל החיים המתמשך של הילד ולמכלול הגורמים המשפיעים על התפתחותו. ככלל – יש להימנע מלקבוע עקרונות או דפוסים גורפים המכתיבים הכרעה חד-משמעית בנושא האחריות ההורית בגירושין.

ג. סקירתו של דר' מרדכי שרי

בפני הוועדה הופיע גם ד"ר מרדכי שרי, אולם סקירתו עסקה בעיקרה בסוגיית המומחים, ולפיכך יובאו דבריו בד"ח הסופי, אשר יעסוק בנושא זה.

¹⁰ Bauserman, R. (2002). Child adjustment in joint-custody versus sole-custody arrangements: A meta-analytic review. *Journal of Family Psychology*, 16, 91–102

¹¹ Ahrons, C. (2007). Family ties after divorce: Long-term implications for children. *Family Process*, 46, 53–65.

¹² Kelly, J. (1994). The determination of child custody. In *The Future of Children: Children and Divorce*, 4, (1), 121–142.

3. יישום עיקרון האחרייות ההורית – החקיקה המוצעת

3.1 עיקרי תיקוני החקיקה המוצעים והחלופות השונות שנדונו בוועדה

על יסוד הדברים שהושמעו בפני הוועדה והספרות המקצועית שהונחה בפניה, סבורה הוועדה, כי ההסדרה של האחרייות ההורית בעת הגירושין צריכה להתבסס על חקיקה שתעגן את מערכת היחסים המשפטית בין הורים לבין ילדיהם על התפיסה הכוללת של האחרייות ההורית. בהתאם לאמנה, האחרייות ההורית מחייבת את ההורים לפעול למימוש זכויות הילד וטובתו, הן בתקופת חייהם המשותפים והן כאשר הם חיים בנפרד. בהתאם לכך ממליצה הוועדה על תיקון הפרק השני של חוק הכשרות, תוך שילובם של עקרונות האחרייות ההורית לתוך עקרונות חוק הכשרות הקיים.

לנוכח האמור סבורה הוועדה כי ראוי שמשדד המשפטים ישקול חקיקה שתפריד בין תחום מעמדו המשפטי של הילד וזכויותיו ובין תחום ההגנה על פסולי דין והאפוטרופסות עליהם, שקבועים כיום בכפיפה אחת בחוק הכשרות. בהסתמך על כתב המינוי של הוועדה, אין היא רואה עצמה מוסמכת להציע נוסח לחוק עצמאי שיסדיר את מעמדו של הילד ואת מכלול היחסים המשפטיים בינו לבין הוריו. תחת האמור מבקשת הוועדה להציע תיקון לחוק הכשרות על פי תפיסת האחרייות ההורית שבאמנה. להלן יוצעו תחילה העקרונות שעליהם מבוססת הצעת החקיקה, השיקולים שהנחו את ניסוחה, וכן חלופות שהוועדה דנה בהן אך בחרה לבסוף שלא להמליץ עליהן. בכל מקרה שבו נותרו הדעות בוועדה חלוקות מובאות גם הדעות החולקות, לרבות הפנייה למיקומן הרלוונטי בדעות המיעוט המצורפות כנספח לד"ח זה.

3.1.1 עקרון טובת הילד – מעמדו כעיקרון הכרעה לקביעת דרך מימוש האחרייות ההורית

עקרון טובת הילד הוא מוסכמה אוניברסאלית מכוח האמנה (סעיף 3). יתר על כן, זכויות היסוד של הילד על פי האמנה, הינן בגדר מקבץ זכויות האדם הייחודיות לילד. לפיכך מצאה הוועדה כי נכון יהיה לקבוע את עקרון טובת הילד כנקודת המוצא העקרונית ממנה נגזרת האחרייות ההורית. כיום עיקרון זה בא לידי ביטוי בחוק הכשרות בסעיפים 17 ו-24, ובפסיקה בסכסוכי משמורת בעת הגירושין.

3.1.1.1 בנייתו משמעותו של עקרון טובת הילד התבססה הוועדה על המודל שהתגבש בוועדת רוטלוי לפיו הוא מורכב מ- "מכלול הזכויות הצרכים והאינטרסים של הילד". משכך, סעיף 3 לחוק המוצע להלן מפרט את המרכיבים של טובת הילד, על פי הוראות האמנה וחוק הכשרות, בהתייחס לאחרייות ההורית, כדלקמן:

"בעת קביעת טובת ילדו יביא ההורה בחשבון את מכלול העניינים הנוגעים להחלטה בעניין המסוים של ילדו, בפרט שלומו הגופני והנפשי, רצונו, רגשותיו, דעותיו, גילו, מינו, תכונותיו וכשריו המתפתחים, ממד הזמן בחייו

וההשפעה הצפויה עליו בעתיד כתוצאה מן הפעולה, וכן שמירה על יציבות ורציפות בקשרים וביחסים בין הילד למשפחתו ולסביבתו".

כעולה מדברים אלו, סעיף 3 מונה למעשה את מכלול המרכיבים הסובייקטיביים שיש לבחון לצורך ההחלטה כיצד לממש את צרכיו האובייקטיביים של ילד מסוים לטובתו. סעיף 2 לחוק המוצע מפרט את כלל הצרכים האובייקטיביים של הילד, שעל הוריו מוטלת האחריות לדאוג להם:

"האחריות ההורית כוללת בין היתר, את הבטחת שלומו הגופני והנפשי, כלכלתו, בריאותו, התפתחותו הגופנית, הנפשית, הרוחנית, המוסרית והחברתית התקינה, חינוכו ופיתוח יכולותיו וכישוריו, מקום מגוריו, קיום קשר אישי, ישיר וסדיר בין הילד לבין הוריו (להלן - "קשר הורי") וקיום קשר בין הילד לבין בני משפחתו (להלן - "קשר משפחתי")".

לדוגמה, האמנה קובעת את זכותו של כל ילד לקשר עם הוריו (סעיפים 7, 9 ו-18 לאמנה), וכן את זכותו לקשר עם בני משפחה נוספים (סעיף 8 לאמנה). זכות זו של הילד מטילה חובה על הורה, על מי שאחראי על הילד וכן על המדינה לאפשר מימוש של זכויות אלה. מובן מאליו כי יש לראות בזכות הקשר של הילד לא רק זכות משפטית אלא גם מחויבות אישית של ההורים – במובן המנטאלי והפסיכולוגי – לדאוג לטובת ילדם להבטיח את מימוש הקשר האישי שלו עימם ועם בני משפחתו. מכיוון שעסקינן בזכות אישית של הילד, על ההורים לאפשר לו לממש מבלי שלמערכות היחסים הקיימות ביניהם ובין יתר בני המשפחה תהיה השפעה על אופן ומידת המימוש.

3.1.1.2 על פי האמנה, עקרון טובת הילד הוא עיקרון הכרעה שנותן עדיפות נורמטיבית לזכויות הילד. וועדת רוטלוי¹ הציעה כי על טובת הילד לשמש כ- "שיקול ראשון במעלה". נוסח זה עוקב אחר נוסח סעיף 3 לאמנה, שקובע את העיקרון הכללי של טובת הילד כדלקמן:

Article 3

1. **In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.**
(ההדגשות אינן במקור)

התרגום הרשמי לביטוי "A primary consideration" הוא "ראשון במעלה", כלומר השיקול המועדף ולא שיקול מכריע. תרגום זה נראה כמדויק ומשקף את כוונת האמנה הן מן הבחינה המילולית והן מרוח הדברים העולה מסעיפים אחרים באמנה, כפי שיבואר להלן. בסעיף 18 נוקטת האמנה לשון "basic concern", אשר תורגמה ל"בראש מעייניהם", מונח המשקף את מחויבות ההורים לפעול על פי עקרון טובת הילד שבסעיף 3. באשר לסעיף 3 עצמו,

נראה כי האמנה אינה קובעת שעקרון טובת הילד הוא בעל משקל מכריע משום שלא ננקטה בו הלשון "The paramount consideration", כפי שננקט בנושא האימוץ בסעיף 21 לאמנה:

Article 21

States Parties that recognize and/or permit the system of adoption shall ensure that **the best interests of the child shall be the paramount consideration** and they shall...

(ההדגשה אינה במקור)

רוב חברי הוועדה סבורים שיש לעגן נוסח זה בחוק, משום שיש לראות בטובת הילד עקרון על-בהיותו עקרון בסיסי ומנחה של האמנה. עקרון זה מייחד את מעמדם של הילדים, בהיותם נזקקים להגנה על צורכיהם זכויותיהם ורצונותיהם במצב של התפתחות אישיותם הגופנית והנפשית. בהתאם לכך מושג ה-"טוב" לאדם צריך לשקף מכלול של ערכים אשר משקלם משתנה בהתאם לנסיבות הסובייקטיביות של כל אדם מזמן לזמן. "טובת הילד" מבטאת לפיכך תפיסה ערכית הרואה בילד אדם אוטונומי בעל מכלול של זכויות ייחודיות בשל מגבלות גילו והתפתחותו, שעל הוריו לתת להן משקל מועדף כדי להבטיח את מימוש טובתו. היות שהתפתחות הילד היא תהליך מורכב שקשה לצפות את תוצאותיו לכשיתבגר, קיים חשש שההורה, שקרוב אצל עצמו, יעדיף את טובתו שלו בטווח הקצר על פני טובת ילדו בטווח הארוך. משכך נכון לקבוע כי טובת הילד הוא עקרון על, ולא שיקול מרכזי מבין שיקולים שונים.

לעומת זאת, מיעוטם של חברי הוועדה סברו כי נכון יותר יהא לקבוע כי: "במימוש אחריותו ההורית יפעל ההורה כך שטובתו של הילד תהיה שיקול מרכזי". גישה זו רואה בטובת הילד שיקול "מרכזי" בעל משקל רב ביחס לשיקולים אחרים. זאת, במטרה לאזן בין האינטרסים של הילד לבין האינטרסים של הוריו. לפיכך כשמתקיימות נסיבות מיוחדות אצל ההורה, ניתן יהיה להעדיף את האינטרס של ההורה על פני האינטרס של הילד (ראה דעת המיעוט, נספח ד' בעמ' 58).

הוועדה סבורה כי מן הראוי לקבוע בחוק את הנוסח שבאמנה - שהוצע גם על ידי וועדת רוטלוי - כי עקרון טובת הילד יהיה "שיקול ראשון במעלה" - "A primary consideration" (על פי התרגום הרשמי). על אף שטובת הילד אינה צריכה להיות שיקול מכריע באופן בלעדי, עליה להוות שיקול מועדף ולא רק שיקול מרכזי מבין השיקולים השונים. זאת ועוד, הגדרת טובת הילד כ"שיקול מרכזי" אינה קובעת הנחיה באשר למשקלו של העיקרון, ועלולה להותירו למבחן שיקול הדעת של ההורה הסביר או המסור. פירוש זה לדעת מרבית חברי הוועדה לוקה בחסר לעומת המשקל שהאמנה העניקה לעקרון טובת הילד.

3.1.2 האחריות ההורית ועקרון טובת הילד

דו"ח וועדת רוטלוי כלל המלצה לביסוס הגדרת היחסים המשפטיים בין הורים לבין ילדיהם על התפיסה של אחריות הורית במקום מושג האפוטרופוסות הטבעית הקיים בחוק הכשרות. יש לזכור כמובן, כי בעת שחוק הכשרות נחקק לפני 45 שנים, טרם התגבש מושג האחריות ההורית, מעמדן העצמאי של נשים לא היה מפותח כפי שהוא כיום ושיעור המתגרשים היה נמוך בהרבה. הגישה

שבחוק הכשרות תאמה את המוסכמות בעולם באותה תקופה, והחוק לא נדרש להתמודד באופן מציאותי עם שאלת מימוש האחריות ההורית בין ההורה שמחזיק בפועל בילד ("ההורה המשמורן") לבין ההורה האחר. אימוץ מודל האחריות ההורית בא להתמודד עם השינויים שחלו מאז חקיקת חוק הכשרות.

הצעת החקיקה של הוועדה נועדה אפוא לקבוע את אופן מימוש האחריות ההורית בעת שההורים מתגרשים או נפרדים. על פי המודל שבאמנה המונח 'אחריות' בא לבטא את מורכבות תפקיד ההורה שמופקד על הדאגה לילד - באמצעות מתן סמכויות ייחודיות שלצדן חובות ברורות כלפי הילד. לעניין האחריות ההורית נקבע בסעיף 18 לאמנה כדלקמן:

Article 18

States Parties shall use their best efforts to ensure recognition of the principle that **both parents have common responsibilities** for the upbringing and development of the child. Parents or, as the case may be, legal guardians, have the primary responsibility for the upbringing and development of the child. **The best interests of the child will be their basic concern.**
(ההדגשות אינן במקור)

הסעיף, כאמור, אינו עוסק בקביעת משקלו של העיקרון, אלא קובע הנחיה לאופן מימוש האחריות ההורית, שמטרתה הבטחת טובת הילד – דבר הבא לידי ביטוי בתרגום הרשמי לפיו טובת הילד תעמוד "בראש מעייניהם". בהתאם מוצע לקבוע בחוק כי משמעות האחריות ההורית יחד ולחוד היא: "החובה והסמכות להחליט ולפעול בענייניו של הילד על פי טובת הילד". לעניין זה יפים הדברים שפורטו בדו"ח רוטלוי:

"שינוי זה אינו טרמינולוגי בלבד, הוא מאגד בתוכו שורה של רעיונות המגלמים תפיסה חדשה הן בתחום מערכת יחסי הורים וילדים והן בתחום זכויות ילדים במסגרת התא המשפחתי. התייחסות לילדים על פי המודל החדש מעמידה את הילד במרכז התא המשפחתי ומגדירה את מערכת היחסים בינו לבין הוריו כמושתתת על כבוד הדדי, שיתוף פעולה, ועל עיקרון טובת הילד המחייב את ההורים לפעול לקידום ומימוש זכויות הילד, האינטרסים שלו וצרכיו"¹³.

הוראות חוק הכשרות הקיימת מבוססות כאמור על התפיסה החברתית שרווחה בעולם בתקופת חקיקתו, לפיה הורים הם בעלי זכויות כלפי ילדיהם. כפועל יוצא נקבע בסעיף 14 לחוק הקשר המשפטי בין הורים לבין ילדיהם כקשר של 'אפוטרופסות' כדלקמן:

"ההורים הם האפוטרופוסים הטבעיים של ילדיהם הקטינים"

בהתאמה מגדיר סעיף 15 את היקף האפוטרופסות:

¹³ דו"ח וועדת המשנה בנושא הילד ומשפחתו, עמ' 200.

“אפוטרופסותם כוללת את החובה והזכות לדאוג לצרכי הקטין”.

החוק נותן למעמד הטבעי של ההורים מעמד משפטי של אפוטרופוסים על ילדיהם ומכך נגזרות חובותיהם וזכויותיהם כלפי ילדיהם. המונח אפוטרופוס, שהוא על פי מובנו המילולי ביוונית ממונה או מנהל¹⁴, קשור לצורך להגן על אנשים אשר נזקקים לחסות של אחרים להגנתם. האפוטרופוס הוא בעל השליטה על החסוי, ולשם כך נתנה לו החובה והזכות החוקית לשלוט על פעולותיהם של החוסים. ניתן אפוא להבין מהשימוש במושגים הקיימים בחוק הכשרות כי הורים שולטים בילדיהם, משום שהילדים הם מעין קניין טבעי של הוריהם. בהתאם לגישה זו, הדין הקיים במדינות רבות מעביר במצב של גירושין את האפוטרופסות להורה שהילד במשמורתו. בישראל המשמורת כשלעצמה אינה משנה את מעמדו של ההורה שאינו משמורן, והוא ממשיך להיות אפוטרופוס של הילד, אלא אם כן החליטו ההורים אחרת על פי סעיף 24 ובית המשפט אישר זאת:

“היו הורי הקטין חיים בנפרד ... רשאים הם להסכים ביניהם על מי מהם תהיה האפוטרופסות לקטין, כולה או חלקה ...”.

המינוח המוצע של אחריות הורית אינו משנה אפוא את היקף החובות של ההורים כלפי ילדיהם המגולם במינוח “אפוטרופסות” לפי חוק הכשרות, אולם הוא נוטל מן ההורה את זכות הוויתור ביחס לאפוטרופסות על ילדו. האחריות ההורית, מעצם הגדרתה, חלה על כל הורה כל עוד ילדיו קטינים ואין הוא יכול להשתמט מאחריותו זו. כיום, רווחת בקרב הורים רבים טעות אשר תופסת את האפוטרופסות כנתונה באופן אוטומטי בידי ההורה המשמורן. ברי כי לתפיסות כאלו שאינן מעמידות את הילד במרכז אלא את הוריו, אין מקום בשיטת משפט אשר מעניקה לילדים זכויות של אדם עצמאי, מתוך גישה של child centered approach, כפי שהדברים באים לידי ביטוי באמנה. כך אף הגדירה את הדברים וועדת רוטלוי:

“התפיסה היא שהזכות הבסיסית הנתונה לכל ילד כישות מתפתחת היא שיהיה עליו אחריות של מבוגר אחראי ואוהב אשר יפעל למימוש, לקידום ולהגשמת טובתו. האחריות הזאת צריכה להיות מוטלת על שני הוריו של כל ילד, והם קודמים לכל גורם אחר”¹⁵.

תפיסה זהה מעוגנת כיום בסעיף 18 לחוק הכשרות:

“בכל עניין הנתון לאפוטרופסותם חייבים שני ההורים לפעול תוך הסכמה”

¹⁴ כדברי המשנה: “יתומים ... שמנה להם אביהן אפוטרופוס” (גיטין ה,ד).

¹⁵ דו"ח וועדת המשנה “הילד ומשפחתו” עמ' 29.

לסיכום, מרבית חברי הוועדה סבורים כי יש להמשיך את המצב המשפטי כפי שהוא משתקף בחוק הכשרות, לפיו אפטרופסות של הורה אינה נשללת בעת גירושין. אולם יחד עם זאת, אין לאפשר להורים להסכים לפטור הורה מאחריותו ההורית. כל האמור נכון לדעת רוב חברי הוועדה גם בנסיבות של אלימות בין בני הזוג. אין מקום לבטל את האחריות ההורית של ההורה האלים, היות שטובת הילד היא שתובטח זכותו לקשר ישיר עם שני הוריו. זאת ועוד, אין לראות בכך משום הטלת מחויבות לקשר בין בן הזוג שהוא קרובן לאלימות לבין בן הזוג האלים, הואיל ובמקרים כאלו ניתן להסתייע בצד שלישי או במרכז קשר כגורם מתאם בין בני הזוג. האמנה וכן מדינות שנתנו לה תוקף במשפטן, לא ראו לנכון להגביל את האחריות ההורית במקרים של אלימות בין הזוג כשלעצמה, אלא אם הקשר של אותו הורה מנוגד לטובת הילד עצמו. לנוכח דברים אלה מוצע לקבוע בחוק כי האחריות ההורית היא יחד ולחוד ללא הגבלה.

3.1.3 זכות הילד לקשר עם הוריו ועם בני משפחתו

במסגרת האחריות ההורית הוועדה כללה כאמור את מחויבות ההורים לדאוג למימוש זכותו של ילדם הן לקשר הורי – "זכותו של כל ילד לקשר משמעותי, אישי, ישיר וסדיר עם שני הוריו", והן לקשר משפחתי – "זכותו של כל ילד לקשר משפחתי עם אחיו והורי הוריו". זאת בכפוף לעיקרון של טובת הילד, קרי – שלילת קשרים אלו כאשר קיים חשש סביר שמימושם יפגע בטובתו. עמדת הוועדה עוקבת להמלצות וועדת רוטלוי ונסמכת על הוראות האמנה כפי שפורטו לעיל.

לדעת הוועדה הקשר של הילד עם כל אחד מהוריו הוא מרכיב משמעותי וחיוני להתפתחותו התקינה. המחקרים האמפיריים בפסיכולוגיה התפתחותית, אשר הוצגו בהרחבה בפני הוועדה, הראו כי התפתחותם של ילדים שהיו להם קשרים עם שני הוריהם תקינה באופן משמעותי יותר מזו של ילדים שהיה להם קשר רק עם הורה אחד, לרבות מצב של סכסוך קשה בין ההורים. חשיבות הקשר היא בכך, שהילד נחשף באופן ישיר וקרוב לשתי דמויות של הורים, דבר המשפר את התפתחות אישיותו. נוסף על האמור, הפחתה בתדירות הקשר עשויה לפגוע בקשריו עם כל אחד מהוריו, ולפגיעה זו יש השפעות מזיקות מיידיות וארוכות טווח על הילד.

כמו כן כשהילד נהנה מקשר עם שני הוריו, הוא יטה לסבול מפחות קשיים כאשר הורה אחד ימלא את אחריותו של ההורה האחר, כשהאחרון אינו יכול למלא את אחריותו ההורית מסיבה זו או אחרת. לעניין זה נכונים הכתובים: "טובים השניים מן האחד ... כי אם יפלו האחד יקים את חברו ואילו האחד שיפול אין שני להקימו" – שכן אם יפול ההורה האחד, יקום ההורה האחר לעזרתו של הילד. דברים אלה נכונים גם ביחס לבני משפחה נוספים כמו הורי הורים, אחים ואחיות התורמים להתפתחותו של הילד ומהווים מקור תמיכה, כאשר ההורים אינם יכולים למלא את אחריותם. זכות זו משלימה את זכות הילד למזונות מאחיו והורי הוריו לפי סעיף 4 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות) התשי"ט-1959.

זכותו של הילד לקשר עם הוריו היא כאמור זכותו העצמית לקשר אישי, ישיר וסדיר עם שני ההורים, בשל החשיבות של קשר זה להתפתחות הילד. לפיכך, האחריות ההורית היא לאפשר לילד להיות בקשר ממשי עם ההורה האחר, ורק במקרים שבהם קיום קשר של הילד עם ההורה האחר פוגע בטובת הילד, יש מקום לקבוע כי הקשר יהיה בעיקרו עם הורה אחד בלבד. הואיל וכיום שמירת הקשר בין הילד לבין ההורה שאינו משמורן נתפסת כזכות של ההורה, ולא של הילד, סבורה הוועדה כי קיים צורך בעיגון מפורש של זכות הילד לשמירת קשר ישיר עם שני הוריו

לאחר הגירושיין. הפרידה של ההורים אינה צריכה לגרום לאחד ההורים להיפרד מילדו בשל העדר עיגון חוקי של חובות ההורה שהילד אינו מצוי במשמורתו.

כמו כן לדעת הוועדה נכון לכלול במפורש בחוק גם את זכותו של הילד לקשר משפחתי עם אחיו ואחיותיו ועם הורי הוריו, ולקבוע כי מימוש קשרים אלה יבוא בגדר האחריות ההורית. כיום נתונה ביד ההורה המשמורן היכולת למנוע את מימוש הקשרים הללו. מכיוון שזכויות הילד אינן מעוגנות בחוק, המציאות מעלה כי זהו אכן המצב במקרים לא מעטים. בהתאם לרוח האמנה, ובפרט סעיף 8(א), אשר רואה בכך מרכיב בזהותו האישית של הילד, נכון אפוא לעגן את הזכות בחוק, כך שגם במקרה של פירוד בין ההורים אחריותם ההורית תהא להבטיח לילד את מימוש הקשרים המשפחתיים עם אחיו, אחיותיו והורי הוריו.

אמנם הועלתה בפני הוועדה השאלה האם אין במתן זכות כזאת משום הרחבת מרחב הקונפליקטים והוספת שדה להתדיינויות משפטיות גם עם הורי ההורים והאחים, אשר עשויים בעת הסכסוך בין ההורים לדרוש להבטיח את הזכות של הילד לקשר עמם. למרות החשש הזה, סבורה הוועדה כי יש לכלול את הזכות של הילד לקשר משפחתי, בשל חיוניותו להתפתחותו התקינה. עם זאת, בשל החשש האמור מוצע להגביל את זכות הילד לקשרים משפחתיים לקשר עם אחיו ואחיותיו והורי הוריו בלבד. בנוסף, מוצע כי זכות זו לא תוגדר כזכות לקשר משמעותי – בדומה לזכות הילד לקשר עם הוריו – במטרה למנוע התדיינויות על מידת הקשר ומתן פרשנויות פסיכולוגיות שונות באשר לטיבה של הזכות.

3.1.4 זכות של ילד לדעת את זהותו

לאור הוראת האמנה בסעיף 8 (א), לפיה לילד נתונה הזכות לדעת את זהות הוריו, עלתה בדיוני הוועדה השאלה האם יש לכלול במפורש את מימושה במסגרת האחריות ההורית. בעקבות הבעייתיות שעלולה להתעורר מהכללת זכות זו במסגרת האחריות ההורית (כגון במקרה של הולדה מתרומת זרע אנונימית) והעדר הסדרה של התחום בחקיקה כיום, סבורה הוועדה כי לעת הזאת נכון יהיה לא להכליל את זכות הילד להכרת זהות הוריו, עד שהעניין יוסדר בחוק.

3.1.5 עידוד הסכמיות בין בני הזוג למימוש אחריותם ההורית

על פי תפיסת האחריות ההורית המשותפת נדרשים כאמור ההורים לשתף פעולה ביניהם במטרה להבטיח את זכות ילדם לקשר מיטבי עם כל הורה, גם בעת פירוק התא המשפחתי. על מנת לעודד שיתוף פעולה שכזה למימוש האחריות ההורית, סבורה הוועדה שעל החוק לעודד את ההורים להסתייע בצד שלישי המקובל על שניהם או במטפל מקצועי או מגשר כדי לערוך במשותף "הסכם הורות" לעת הפירוד, כנהוג במדינות שונות. מטרת הסכם ההורות היא לפרוס בפני ההורים את הנושאים הדורשים הסדר בנוגע לאופן התנהלותם על מנת לממש את האחריות ההורית שלהם. התמקדות זו, בעניינים של שיגרת החיים, מאפשרת להימנע מדיונים עקרוניים ואמוציונאליים שאינם מקדמים את טובת הילד. ההידברות מוכיחה להורים שהם יכולים להגיע להסכמות בדרכי שלום, וכי יכולת זו תסייע להם בפיתרון מחלוקות עתידיות. האפשרות לדון באופן פרטני, בכלל היבטי שיגרת החיים מפחיתה משמעותית את החרדות שיש לכל אחד מן ההורים מהצפוי לו בעתיד.

בנוסף, עריכת הסכמים כאלו במשותף על ידי ההורים, תוך הנחיה מתאימה ותוך הפרדתם מיתר מרכיבי סכסוך הגירושין, סוללת במידה מסוימת את הדרך להחרגת נושאים הקשורים בהחזקת הילדים והדאגה לצרכיהם מן ההתדיינות. לשם כך הכינה הוועדה מודל של הסכם הורות המצורף כנספח לד"ח, שעיקרו החוקי ייעשה בתקנות על פי החוק המוצע. יצוין כי הגשת תוכנית הורות מהווה חובה חוקית במספר מדינות (כגון – אוסטרליה וחלק ממדינות ארה"ב), אך הוועדה לא מצאה לנכון לחייב הורים בהכנת תוכנית הורות או להשתמש בנוסח תוכנית ההורות שיקבע בתקנות. עם זאת, נכון שהחלטתו של בית המשפט תקבל את ביטויה בהסדר הורות על פי דוגמת התוכנית ההורית, בין אם הובאה לפניו תוכנית הורות על ידי ההורים ובין אם קבע בית המשפט בעצמו את הסדר ההורות. יש להניח שמנגנון זה יעודד ממילא שיתוף פעולה בין ההורים על יסוד השימוש בתוכנית ההורות.

בדיוני הוועדה אחזו חלק מחבריה בדעה כי אין טעם בעריכת הסכם הורות שאינו כולל הסכמה ביחס לרכיב הממוני כתנאי לכינון ההסכם. ההפרדה הקיימת לידים בדיוני הוועדה בין נושא אופן מימוש האחריות ההורית לאחר הפרידה לבין עניינים ממוניים הכרוכים בו היא מלאכותית. הושמעה הטענה כי מוטב שלא לערוך כלל הסכם ההורות, היות שבכל מקרה בו תתגלע בין ההורים מחלוקת שעניינה עלויות כספיות, ממילא לא יקוים הסכם ההורות. חרף האמור, מרבית חברי הוועדה סבורים, כי עריכת הסכם הורות יכולה להגביר את ההבנה ביחס לאחריות ההורית ומשמעות המחויבות ההדדית לשיתוף פעולה בדאגה לטובת הילד בעת הפרידה. הנושאים הממוניים הכרוכים בביצוע ההסכם מוסדרים במסגרת מזונות הילד, שעניינם נדון בוועדה נפרדת כאמור, ויש להניח שימצאו שם את פתרונם. הכללתם של העניינים הממוניים במסגרת תוכנית ההורית עלולה לדעת מרבית חברי הוועדה לפגוע בשיתוף הפעולה הנדרש בין ההורים בעת הפרידה ובדאגתם להבטיח את טובת ילדם.

3.1.6 הסדרת האחריות ההורית בעת שינוי מקום מגורי הקטין אל מחוץ לישראל

בהמשך לרצון לעודד הסכמיות, מצאה הוועדה לנכון להציע הסדר לסוגיית שינוי מקום מגורי הקטין אשר אינה מוסדרת באופן מפורט בחקיקה הישראלית הנוכחית. סעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית קובע כי אפוטרופסות כוללת את הזכות לקבוע את מקום מגורי הקטין, וסעיף 1(6)(ג) לחוק בית המשפט לענייני משפחה מסמיך את בית המשפט לדון בתובענה שנושאה יציאת קטין מן הארץ. בהתאם לכך נהגו בתי המשפט להכריע בעניינים אלו על בסיס עקרונות כלליים של טובת הילד, אשר זכו לפרשנויות שונות במקרים שונים. בתי המשפט נדרשו בסופו של יום להכריע בין שתי גישות חלופיות: הראשונה גרסה כי הורה משמורן המבקש לשנות את מקום מגוריו אל מחוץ לישראל ולקחת את הילד עימו מגיע לשערי בית המשפט כשלפתחו הנטל להוכיח טעם מיוחד לאפשר את המשך המשמורת עם הגירתו. הגישה השנייה, לעומת זאת, נמנעה מלייחס את ההגירה לרעת ההורה המהגר, ודגלה בבחינת המקרה כתיק משמורת רגיל, על אף שינוי הנסיבות הצפוי עקב ההגירה. בהקשר זה ידועים ביותר פסק דינו של בית המשפט המחוזי, שניתן

על ידי השופט פורת בעניין ד.ל¹⁶ אשר בחר בגישה הראשונה, והלכת פלונית¹⁷ שניתנה בבית המשפט העליון על ידי השופטת דורנר, ואשר צעדה במתווה הגישה השנייה.

הוועדה סבורה כי ראוי שנושא שינוי מקום המגורים של הילד אל מחוץ למדינה יוסדר בפרוט בחקיקה, שכן הדבר עשוי להפחית את החשש לחטיפת ילדים. הצורך בחקיקה שכזו גובר על רקע המלצות הוועדה, אשר מבטלות את מעמד ההורה המשמורן בקובען כי על ההורה שעומו שוהה הילד יותר מוטלת החובה להבטיח יכולתו של ההורה האחר לממש את אחריותו ההורית. על כן מוצע לקבוע הסדר אשר יאפשר להורה להגר עם הילד תוך הסדרת המשך מימוש האחריות ההורית של ההורה האחר, ככל שניתן.

הוועדה דחתה את העמדה כי לילד זכות משלו בשאלת ההגירה, משום שלדעת הוועדה זכות זאת אינה יכולה לעמוד אל מול זכותו של ההורה להגר. טובת הילד להימצא עם אותו הורה צריכה להיבחן על פי הנסיבות הממשיות ולא אל מול זכות משוערת של הילד, בנוגע לכוונתו העתידית לקבוע את מרכז חייו במדינת ישראל או במקום אחר.

הוועדה דנה גם באפשרות להגביל בחוק את הגירתו של הורה ללא הילד, כדי להבטיח את מימוש האחריות ההורית על ידו. עם זאת, הוועדה סבורה כי לא ניתן לשלול את חופש התנועה – המעוגן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – כדי להבטיח מימוש אחריות הורית, וכי הגבלת חופש היציאה בחוק מן הארץ אינה מעשית.

לנוכח האמור מוצע לקבוע בחוק כי הורה שמבקש להגר אל מחוץ לישראל עם ילדו נדרש לתת טעם להגירה. קרי, על ההורה המהגר להראות כי מטרת ההגירה אינה ניתוק הילד מן ההורה האחר או נקמה בהורה האחר. עם זאת, לדעת הוועדה לא ניתן להסתפק באמות המידה שעל פיהן בית המשפט קובע את הסדר ההורות לעניין הסדרת אחריותו ההורית של ההורה האחר לאחר ההגירה. נוסף על האמור, בחנה הוועדה את האפשרות לקבוע הוראות דומות לעניין שינוי מקום המגורים בתוך הארץ. בשל הקושי בהגדרת שינוי מקום המגורים בתחומי הארץ, סבורה הוועדה שעל הנושא להיכלל במסגרת התוכנית ההורית, ואין מקום להסדיר זאת באופן פרטני בחוק.

3.1.7 דרכי הסכמה או הכרעה במחלוקת בין ההורים – בזיקה לשאלת ביטול חזקת הגיל הרך

ביסוד חוק בית המשפט לענייני משפחה עמדה כידוע ההכרה כי על בית המשפט לעודד את ההורים להגיע להסכמות:

”בית-המשפט למשפחה ... אינו רק ערכאה שיפוטית חדשה בישראל, אלא בא ליישם קונספציה חדשה. הגישה האדוורסרית המסורתית, הנוהגת בבתי-המשפט, יוצרת מחסומים ומכשולים חדשים בקשרים הפנים-משפחתיים, במקום לשבור את המחסומים הישנים. בני-המשפחה צריכים להמשיך ולנהל את הקשר היומי גם לפני וגם אחרי הדיונים בבית המשפט. הסכם כפתרון בסכסוך משפחה עדיף על הכרעה בסכסוך במסגרת פסק-דין. בית-המשפט למשפחה שם לעצמו מטרה להביא לניצול

¹⁶ עניין ד.ל, לעיל הערה 4.

¹⁷ הלכת פלונית, לעיל הערה 5.

מכסימלי של האפשרויות לפתרון סכסוכים משפחתיים בין כתלי בית-המשפט ומחוץ לכתלי בית המשפט¹⁸

לשם כך מוצע להורים להשתמש בייעוץ וטיפול משפחתי או בתאום הורי, וכן במנגנונים ליישוב סכסוכים בהסכמה ובפרט בגישור, במקרים של מחלוקות הנוגעות לילדים. הוועדה רואה חשיבות רבה בהצעה הכלולה בתזכיר החוק להסדר התדיינויות בסכסוכי משפחה (יישוב מוקדם של סכסוך), התשס"ו - 2006, אשר הופץ זה מכבר על ידי משרד המשפטים, על יסוד עבודת הוועדה בראשות כב' השופט יצחק שנהב, סגן נשיא בית המשפט למשפחה ברמת גן. לפי הצעה זו יחויבו ההורים בקיום פגישה מקדימה להגשת תובענה – פגישת המה"ת (מידע, הכרות ותאום) - ביחידת הסיוע שבבית משפט לענייני משפחה או בבית דין דתי.

3.1.8 בחינת האפשרות להפחתת התדיינויות בהוראות החוק המוצע

היות וההתדיינות המשפטית בין ההורים היא כאמור אחד מן הגורמים שפגיעתם חמורה בשלום הילדים, בחנה הוועדה מספר אפשרויות לשימוש בכלים אשר יוכלו לסייע להורים להגיע להסכמות, וימנעו את הצורך להתדיין בשאלת האחריות ההורית בעת הגירושין:

1. קביעת חובה להגשת חוות דעת של בעל מקצוע בתחום הטיפול המשפחתי מטעם ההורים או בית המשפט כחלק מכתבי הטענות בעת פתיחת ההליך בבית המשפט. עורך חוות הדעת יוסכם על ידי ההורים או שיקבע על ידי בית המשפט. חוות הדעת תיערך על פי אמות המידה שייקבעו בחוק והיא תוכל לסייע לבית המשפט לקבל הכרעה על אופן מימוש האחריות ההורית. דרישה לקבלת חוות דעת של מומחה לפני תחילת ההליך בבית המשפט נהוגה בתביעות אזרחיות שונות שמבוססות על שאלות מקצועיות (כדוגמת עניינים שברפואה). מכיוון שקביעת טובת הילד במשפחה במצב של משבר שמוביל לפירוד, דורשת למידה והכרות קרובה של חיי המשפחה, מערכת היחסים בין ההורים, יכולת התקשורת ההדדית שלהם, התייחסות ההורים לילד וכדומה, נראה שנכון שתעמוד לרשות בית המשפט חוות דעת של איש מקצוע לצורך קביעת טובת הילד. יתרה מזאת, חיובם של הורים, שאינם מסוגלים להידבר ביניהם בשאלת האחריות ההורית, להגיש בתחילת ההליך חוות דעת של מומחה עשויה לעודד אותם להגיע להסכמה בכוחות עצמם או באמצעות צד שלישי, מטפל מקצועי או מגשר. כמו כן, העלות שתושג עליהם בגין חוות הדעת עשויה להוות תמריץ לשיתוף פעולה בכדי להימנע מההוצאה הכרוכה בכך, ובפרט הידיעה שישנו סיכוי גבוה שבית המשפט יאמץ אותה בסיומה של ההתדיינות.

הוועדה החליטה שלא לאמץ גישה זאת, מפני שלדעתה שיקול הדעת בשאלת ההסתיעות במומחה צריך להיות בידו בית המשפט. האחריות לקביעת טובת הילד מוטלת על כתפי בית המשפט, ואין לפגוע בה על ידי הטלת חובה להסתיע בחוות דעת מקצועית. לצורך ההכרעה השיפוטית בדבר טובת הילד עובר לפרידת הוריו, החקירות בבית המשפט הן האמצעי המיטבי שעל פיו יכול בית המשפט לקבוע את טובת הילד ואת אופן מימוש האחריות ההורית לאחר

¹⁸ ד' ארבל ו' גייפמן "חוק בית המשפט לענייני משפחה, תשנ"ה - 1995 – מגמות והישגים", הפרקליט מ"ג (תשנ"ז) 431 - 438, 452.

הגירושין. למומחים אין כלים לבדוק עובדות, כגון מי היה ההורה המשמעותי יותר לילד, וכן קיימים ספקות ביחס למהימנותן המקצועית של חוות דעת המסתמכות על מבחנים פסיכולוגיים, כפי שהם נערכים היום (כעולה מסקירותיהם של פרופ' שגיא ופרופ' דרימן בפני הוועדה). לכן לדעת רוב חברי הוועדה, מוטב להותיר את שיקול הדעת בדבר מידת הצורך בחוות דעת מקצועית בידי בית המשפט.

2. קביעת חובה למנות "ידיד לילד" שייצג את ענייניו בבית המשפט במקרים של קונפליקט גבוה בין ההורים. תפקידו יהיה לדאוג לאינטרסים של הילד בראש ובראשונה, והוא ימומן על ידי ההורים, יציע תכנית הורות זמנית, שתבחן למשך תקופת זמן. בית המשפט יבחן את התוכנית המוצעת ויבחר לקבלה באופן זמני או לקיים את ההתדיינות המשפטית. רעיון זה נדחה בשל שיקולי עלות, וחוסר יכולתו של בית המשפט לעקוב אחר ביצוע תכנית הורות זמנית שכזו.

3. קביעת ברירת מחדל בחוק, לפיה כאשר ההורים אינם מגיעים בעת הגירושין להסכמה בעניין האחריות ההורית תונהג הורות משותפת - shared parenthood. ברירת מחדל מעין זו נוהגת במדינות אחרות (כגון טקסס), והניסיון מעלה כי היא מונעת במידה רבה ביותר את ההתדיינות בבית המשפט. היתרון הטמון בהסדר הורות משותפת הוא בראש ובראשונה, חיזוק המחויבות השווה והמשותפת של שני ההורים לילד. זאת, בניגוד למצב הנוהג כיום בו הקשר בין הילד לבין הורה שאינו משמורן לא אחת מתנתק לחלוטין. פרופ' פנחס שיפמן מתייחס בספרו לעניין זה באומרו:

"בחברה בה נתבע שיווי זכויות ההורים וחובותיהם, מן הראוי היה ששיטת המשפט תטפח אחריות עקרונית שווה של שני ההורים הן בדאגה הטיפולית לילד, והן בדאגה החומרית לו"¹⁹.

אף על פי כן, החליטה הוועדה שלא לכלול הוראה מעין זו בחוק המוצע. אמנם מטרתה של ברירת המחדל היא למנוע התדיינות משפטית בעניינם של הילדים. עם זאת, ברירת המחדל היא בבחינת חזקה משפטית אשר אינה בוחנת את טובת הילד בכל מקרה ומקרה לגופו – דבר שאינו עולה בקנה אחד, לדעת רוב חברי הוועדה, עם עיקרון העל של טובת הילד.

3.1.9 "חזקת הגיל הרך"

על פי קו חשיבה זה, לפיו ההתדיינות המשפטית בעניינם של ילדים פוגעת בעיקרון טובת הילד, בחנה הוועדה עד כמה נכון יהיה להשאיר על כנה את "חזקת הגיל הרך", הקבועה כיום בסעיף 25 לחוק הכשרות.

3.1.9.1. הואיל ונקודת המשען של החוק בכל הנוגע לאופן מימוש האחריות ההורית צריכה להיות טובת הילד כשיקול ראשון במעלה, סבורים רוב חברי הוועדה כי נכון יהיה לבטל את החזקה. טובתו של הילד המסוים והבטחת מימוש זכויותיו צריכות לקבל משקל מועדף לעומת כל

¹⁹ פ' שיפמן דיני המשפחה בישראל, כרך ב, בהוצאת האוניברסיטה העברית, מכון סאקר, עמ' 274.

השיקולים האחרים – ובפרט שיקולים כלליים, כמו שימור המצב הקיים, בו אבות אינם מעוניינים לממש את אחריותם, או רצון לאזן את זכויות הנשים על רקע מצבן המשפטי המוחלש בדין האישי. על כן נדרש החוק לקבוע קווים מנחים לקביעת טובת הילד. בכך מצד אחד, יינתנו לבית המשפט הכלים למנוע את הקשיים שיתעוררו ביישום העיקרון כעקרון על, ומצד שני, יימנע שימוש לרעה בהליכים משפטיים שיגרמו לחוסר יציבות בחיי הילד. בהתאם לכך סבורים מרבית חברי הוועדה כי יש להוציא מהחוק את חזקת הגיל הרך ולהביא בחשבון את המצב שנהג במשפחה לפני הגירושין יחד עם יתר שיקולי טובת הילד. לדעת הוועדה, קביעת אמות המידה תפחית את החשש מפני התדיינויות סרק, מאחר שההורים ועורכי דינם יוכלו באופן סביר לדעת את התוצאה המשפטית הצפויה.

בקביעת אמות המידה התאמצה הוועדה מצד אחד, להגיע לפשרה מושכלת ומאוזנת שתבטיח את טובת הילד באופן עצמאי מהאינטרסים של הוריו, ומן הצד השני, להתחשב בטיעונים השונים שהועלו על רקע המציאות החברתית הנוהגת בישראל, בה לרוב נשארים הילדים בחזקת האם, כפי שיפורט בהמשך הדברים. בהתאם לכך, מציעה הוועדה לחייב את בית המשפט לנמק את החלטתו בכל מקרה בו לא ניתן משקל למכלול אמות המידה שבחוק לקביעת חלוקת האחריות ההורית.

3.1.9.2 הנחות היסוד שעליהן מבוססות אמות המידה לקביעת הסדרי הורות על ידי בית המשפט הן:

- (1) טובת הילד היא ששני הוריו ימלאו תפקיד משמעותי בחייו וששניהם יגדלוהו ויממשו באורח מיטבי את אחריותם ההורית.
- (2) יש לעשות את המרב כדי להבטיח ששני ההורים ימלאו את מחויבותם, ושהורה לא ישתחרר מאחריותו ההורית אלא אם קיימת ודאות קרובה לפגיעה בילד כתוצאה מהקשר עימו.
- (3) יש להתייחס אל כל ילד כאדם אוטונומי, הזכאי שטובתו העצמית תיבחן לגופו בלא שעניינו יגזרו מזכויות שיש להוריו.

השיקולים שבשלם ראתה הוועדה לנכון להתבסס על הנחות יסוד אלה הינם:

(1) המחקר הפסיכולוגי הקליני מעלה בצורה חד משמעית כי כאשר ההורים אינם מצויים בקונפליקט ברמה גבוהה, אשר מונע מהם לממש במשותף את אחריותם ההורית, תרומתם של שני ההורים להתפתחות התקינה של הילד תמיד טובה יותר מהימצאות הילד באחריות הורה אחד בלבד. בנוסף, הספרות המקצועית העדכנית²⁰ קובעת כי אין אפשרות לכונן במצבי קונפליקט קשים פתרון אחיד שהוא לטובת הילד. כדי לקבוע את טובתו של ילד מסוים יש לקחת בחשבון מספר גורמים מורכבים, כגון: נכונות ההורה לאפשר להורה השני לממש את אחריותו ההורית,

²⁰ Ahrons, C. R. (2007). Introduction to the special issue on divorce and its aftermath. *Family Process*, 46, 3-6.

Kelley, J.B. (2007). Children's living arrangements following separation and divorce: Insights from empirical and clinical research. *Family Process*, 46, 35-52.

כישוריו האישיים של כל הורה, גילו של הילד, רצונו וצרכיו לרבות צרכיו הייחודיים, מספר האחים והאחיות וטווח הגילים שלהם, מצבם ההדדי של ההורים ויחסיהם עם כל ילד, קשריהם עם בני המשפחה המורחבת, התנאים הסביבתיים ועוד. מנקודת הראות של הפסיכולוגיה של הילד, אין מקום לקבוע חזקה משפטית כזו או אחרת, שתקבע כי האחריות ההורית תמומש על ידי הורה אחד, הואיל והיא אינה עולה בקנה אחד עם עקרון טובת הילד. לפיכך נקודת המוצא של החוק צריכה להיות כי יש לדאוג לקיומה של בחינה עצמאית בל מקרה ומקרה בכדי לממש את טובת הילד ככל הניתן על ידי שני הורים.

(2) בכדי להבטיח ששני ההורים יממשו את אחריותם ההורית ובפרט שהילד יהיה בקשר מיטבי עם שניהם, על החוק להבטיח שהם יעשו את המרב לשתף פעולה ביניהם. לשם כך מעודדים את ההורים כאמור להסתייע בצד שלישי, לרבות מטפל מקצועי או מגשר לפני תחילת ההתדיינות.

(3) המגמה של ביטול החזקה במדינות המערב התבססה בפרט על האמנה. מן הראוי שמדינת ישראל, שאשררה את האמנה, תסדיר בחקיקה את מימוש האחריות ההורית באותו האופן בו נעשו הדברים במדינות אחרות ותקבע קריטריונים דומים לבחינת טובת הילד.

3.1.9.3. לאור השיקולים שפורטו לעיל ממליצה הוועדה על קביעת קווים מנחים להכרעת בית המשפט באשר לאופן מימוש האחריות ההורית על פי עיקרון העל של טובת הילד. גם אם קיים חשש לעלייה בכמות ההתדיינות, סבורה הוועדה כי ביטול החזקה נדרש גם במחיר זה. יצוין כי במדינות שבהן בוטלה החזקה ונקבעה בחוק העדפה משמעותית להורות המשותפת, צומצמו ההתדיינות בשאלת החזקת הילדים והן מועטות ביותר.

קביעת הקווים המנחים בחוק (בסעיף 9 בחוק המוצע), כפי שנעשה במדינות אחרות, נועדה להבטיח שבית המשפט יערוך בחינה דקדקנית של כל מקרה, תוך התחשבות במכלול הפרמטרים, לצורך מתן הכרעה מושכלת ומנומקת באשר לטובת הילד. עם זאת ראתה לנכון הוועדה לכלול גם פרמטר שיתבסס על מידת הטיפול של ההורה בילד לפני הפרידה, שחובה יהיה לשוקלו במקרים בהם לא ניתן להכריע בעניין חלוקת האחריות ההורית על פי אמנת המידה האחרות. הואיל ופרמטר זה הוא חלק ממכלול השיקולים לקביעת טובת הילד, אין הוא יכול להיות פרמטר עובדתי הקובע חזקה ראייתית המבוססת על משך הזמן שהורה טיפל בילד, אלא פרמטר משפטי לפיו טובת הילד להיות עם ההורה שהתמסר והשקיע בטיפול בו. לפיכך, אם לאחר שבית המשפט בחן את כל הפרמטרים שבחוק, והגיע למסקנה שהמאזניים מעוינים, היינו שכל הורה יכול לממש את אחריותו ההורית באופן מלא והדבר אף עולה בקנה אחד עם רצון הילד – אלא שבשל הקונפליקט הקשה שביניהם אין הם משתפים פעולה ובית המשפט נדרש לקבוע הסדר הורות – הוא יוכל לעשות שימוש בפרמטר הנוסף: **המידה שבה טיפל כל אחד מן ההורים בילד.**

אכן, חלק מהחברים בדעת הרוב סברו כי אין מקום להוסיף פרמטר זה, מכיוון שהוא משקף את המצב שלפני הגירושין, ואינו יכול להוות אינדיקציה לטובת הילד מכאן ולהבא. יתרה מזאת, קיים חשש ליצירת הטיה מגדרית שתתבסס על מבחן עובדתי כאמור. אולם בסופו של דבר מצאו רוב חברי הוועדה כי פרמטר זה אינו יוצר מראש הטיה לטובת הורה מסוים, אלא מחייב את בית המשפט לבחון ביסודיות בכל מקרה ומקרה מהי טובת הילד מכאן ולהבא באותה המשפחה. לצורך ביסוס ההכרעה לא יוכל בית המשפט לקבוע לדוגמה, כי ההורה שטיפל יותר זמן בילד, אף שאינו

מוכן לאפשר קשר מיטבי בין הילד לבין ההורה האחר, יהיה זה שיממש את מלוא אחריותו ההורית.

3.1.9.4. לעומת זאת, חלק מחברי הוועדה תומכים בהשאת "חזקת הגיל הרך" על כנה. לדעתם, המרכיב המשמעותי ביותר להתפתחותו התקינה הוא היציבות בחיי הילד. החזקה מבטיחה שהילד יהיה במשמורתו של הורה אחד, ובכך תוקנה יציבות וודאות לאורח חייו של הילד. לדעתם, החזקה מבוססת על המציאות החברתית הנוהגת, משך דורות ואף כיום, שהאם היא שמטפלת בילדים הצעירים. בנוסף, יש הסבורים, כי החזקה גם משקפת את ההבדלים הטבעיים בין המינים, משום שלנשים ישנן סגולות פסיכולוגיות טובות יותר לטיפול בילדים בגיל הרך מאשר לגברים. כמו כן הרוב המוחלט של האבות אינם מעוניינים לקבל את הילדים לחזקתם ומעדיפים שהאם תחזיק בילדים (ראו דעת המיעוט, נספח ד', עמ' 54-50).

3.1.9.5. חברים נוספים בוועדה תמכו בהשאת החזקה על מכונה כדי לצמצם את ההתדיינויות בין ההורים בנושא החזקת הילדים. פגיעתן של התדיינויות אלו בשלומם של הילדים הוכח זה מכבר, והודאות של חזקת הגיל הרך גרמה לכך שבפועל כמעט ולא מתקיימת התדיינות בנוגע למשמורת ילדים. צמצום ההתדיינות למינימום הוא לטובתם של הילדים, לכן מוצדק לשמר את החזקה גם אם במקרים מסוימים ייתכן ואין היא מטיבה עם ילד מסוים. בנוסף, ביטול החזקה יביא לפגיעה ביתרון המוקנה כיום לנשים על רקע הפגיעה בנשים בשל הדין אישי החל על הגירושין. אשר פוגע בזכויותיהן של נשים באופן כללי. בדרך זאת, תאוזן במקצת ההעדפה הקיימת בדין האישי לגבר. לסיכום, לדעת המיעוט, ביטול חזקת הגיל הרך מקריב את האינטרס של הנשים על מזבח העיקרון המופשט של טובת הילד, שנכון אך במיעוט קטן של מקרים, לאור המציאות החברתית הנוהגת. החוק אינו צריך לשאוף לשנות את המציאות החברתית אלא לתת לה ביטוי נורמטיבי נכון (ראו דעת המיעוט, נספח ד').

עמדת מרבית חברי הוועדה היא כאמור, כי חזקת "הגיל הרך" מנוגדת הן לתפיסות הפסיכולוגיות המוכחות באשר לטובת הילד והן לתפיסה המשפטית של האחריות ההורית יחד ולחוד שנקבעה באמנה. הותרת החזקה הקיימת תביא לכך שתמציתה ועיקרה של טובת הילד יחסרו מספר החוקים, בפרט במצבי גירושין בהם נחלשת יכולת ההורים להתנתק מעניינם האישי ולשקול כראוי את טובתו של ילדם כשיקול ראשון במעלה.

3.2 נוסח תיקון החוק המוצע ודברי הסבר

על בסיס דיוני הוועדה והמסמכים שהוצגו בפניה ממליצה הוועדה על תיקון הוראות החוק העוסקות בהסדרת היחסים המשפטיים בין הורים ובין ילדיהם שבפרק ב' לחוק הכשרות. הסעיפים בחוק הקיים העוסקים בהסדרת העניינים הממוניים שבין הורים ובין ילדיהם יישארו בנוסחם הנוכחי.

הצעה לתיקון פרק ב' של חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות

הורים וילדיהם הקטינים

1. הגדרות

בסימן זה:

"בן משפחה" – אחים, אחיות והורי הורים;
"הורה" – לרבות הורה על פי חוק אימוץ ילדים, התשמ"א - 1981 או על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים, התשנ"ו - 1996;
"ילד" – ילדה או ילד שהם קטינים;
"פרידה" – הורים של ילד שחיים בנפרד, בין שנישואיהם הותרו, הופקעו או אוינו, בין שהם עדיין נשואים ובין שלא היו נשואים.

2. אחריות הורית

(א) להורה החובה והסמכות להחליט ולפעול בענייניו, בזכויותיו ובמכלול צרכיו של ילדו על פי טובת הילד כאמור בסעיף 3 (להלן - "אחריות הורית").
(ב) האחריות ההורית כוללת בין היתר, את הבטחת שלומו הגופני והנפשי, כלכלתו, בריאותו, התפתחותו הגופנית, הנפשית, הרוחנית, המוסרית והחברתית התקינה, חינכו ופיתוח יכולותיו וכישוריו, מקום מגוריו, קיום קשר אישי, ישיר וסדיר בין הילד לבין הוריו (להלן - "קשר הורי") וקיום קשר בין הילד לבין בני משפחתו (להלן – "קשר משפחתי").
(ג) זכותו של הילד כי תמומש האחריות ההורית כלפיו על ידי הוריו.

3. טובת הילד

(א) במימוש אחריותו ההורית יפעל ההורה כך שטובת הילד תהיה שיקול ראשון במעלה.
(ב) בעת קביעת טובת ילדו יביא ההורה בחשבון את מכלול העניינים הנוגעים להחלטה בעניין המסוים של ילדו, ובפרט הבטחת שלומו הגופני והנפשי, רצונו, רגשותיו, דעותיו, גילו, מינו, תכונותיו וכשריו המתפתחים, ממד הזמן בחייו וההשפעה הצפויה עליו בעתיד כתוצאה מן הפעולה, הקשר ההורי, שמירה על הקשר המשפחתי וכן יציבות ורציפות ביחסים בין הילד לסביבתו.

4. חובת כיבוד אב ואם

ילד מחויב בכיבוד ובמשמעת להוריו בכל עניין הנוגע לאחריותם.

5. שיתוף פעולה בין הורים

- (א) האחריות ההורית היא של ההורים יחד ולחוד.
- (ב) בכל עניין הנתון לאחריותם חייבים שני ההורים לפעול בשיתוף פעולה; הסכמתו של אחד מהם לפעולתו של רעהו יכולה להינתן מראש או למפרע, בפירוש או מכללא, לעניין מסוים או באופן כללי; חזקה על הורה שהסכים לפעולת רעהו כל עוד לא הוכח היפוכו של דבר.
- (ג) בעניין שאינו סובל דיחוי רשאי כל אחד מההורים לפעול על דעת עצמו, ובלבד שיידע את ההורה האחר על כך בהקדם האפשרי.
- (ד) נתגלעו חילוקי דעות בין ההורים בעניין אופן מימוש האחריות ההורית – לרבות במקרה של פרידה, יפעלו ההורים, ככל הניתן, על מנת להגיע להסכמה בדרכי שלום, לרבות באמצעות צד שלישי המקובל על שניהם ולרבות מטפל מקצועי או מגשר.

6. הגבלת האחריות ההורית

- (א) אחריות הורית לא תוגבל אלא בחוק או בצו של בית משפט.
- (ב) בהתקיים נסיבות שבהן מימוש קשר הורי פוגע או עלול לפגוע פגיעה של ממש בילד, או בהתקיים נסיבות שבהן מימוש קשר משפחתי פוגע או עלול לפגוע בילד, רשאי בית המשפט לקבוע את הדרך הנאותה למימוש הקשר או להגבילו.

7. חילוקי דעות בעניין אחריות הורית

לא באו ההורים לידי הסכמה ביניהם בעניין אופן מימוש אחריותם ההורית כאמור בסעיף 5(ד) רשאי כל אחד מהם או הילד לבקש מבית המשפט לקבוע את אופן מימוש האחריות ההורית; לא עלה בידי בית המשפט להביא את ההורים לידי הסכמה, יכריע בית המשפט בחילוקי הדעות בעצמו או באמצעות מי שימצא לנכון.

8. הסכם הורות במקרה של פרידה

במקרה של פרידה רשאים ההורים להסכים בעניין אופן מימוש האחריות ההורית לרבות, לפי הסכם ההורות שיקבע בטופס²¹; הסכם הורות טעון אישור של בית המשפט, והוא יאשרו לאחר שנוכח כי הוא על פי טובת הילד כאמור בסעיף 3.

9. הסדר הורות על ידי בית המשפט במקרה של פרידה

(א) לא באו ההורים במקרה של פרידה לידי הסכמה בעניין אופן מימוש אחריותם ההורית כאמור בסעיף 8, כולה או חלקה, או שההסכם שהגיעו אליו לא בוצע, רשאי כל אחד מהם לבקש מבית המשפט לקבוע את אופן מימוש האחריות ההורית (להלן – הסדר הורות).

²¹ ראה נספח ד' – תוכנית הורית.

- (ב) בבוא בית המשפט לקבוע הסדר הורות על פי טובת הילד כאמור בסעיף 3, יביא בין היתר בחשבון, בהחלטה מנומקת, את מכלול העניינים הבאים:
- (1) צרכיו ההתפתחותיים המשתנים של כל ילד בהתאם למצבו, לגילו וצרכים מיוחדים ככל שהם קיימים;
 - (2) רצון הילד, ככל שכשריו המתפתחים מאפשרים לבררו, תוך מתן משקל מתאים להם לפי גילו ומידת בגרותו;
 - (3) נכונותם של ההורים, יחד ולחוד, לשתף פעולה למימוש האחריות ההורית והבטחת זכויותיו של הילד;
 - (4) זכותו של הילד לקשר משמעותי, אישי, ישיר וסדיר עם שני הוריו;
 - (5) כישוריו של כל אחד מההורים לממש את האחריות ההורית;
 - (6) המידה שבה טיפל כל אחד מההורים בילד;
 - (7) זכותו של הילד לקשר משפחתי ומידת הנכונות והיכולת של כל אחד מההורים לאפשר את מימוש הקשר.

10. העתקת מקום המגורים אל מחוץ לישראל

- (א) (1) הורה המבקש להעתיק את מקום מגוריו הרגיל שלו ושל ילדו אל מחוץ לישראל (להלן- ההורה המבקש), יודיע על רצונו להורה האחר מיד כשנודע לו על השינוי הצפוי, או לפחות תשעים ימים לפני השינוי המבוקש, לפי המוקדם מביניהם;
- (2) ההורה המבקש יפעל כאמור בסעיף 5 לקבלת הסכמתו של ההורה האחר לשינוי מקום המגורים של הילד, וימסור להורה האחר הצעה להסכם הורות שיבטיח את מימוש האחריות ההורית בנסיבות החדשות. ההורה האחר יודיע להורה המבקש בתוך עשרים ואחד ימים מיום קבלת ההצעה את עמדתו.
- (3) הגיעו ההורים לידי הסכם יביאו אותו לאישור בית המשפט כאמור בסעיף 8.

- (ב) (1) לא באו ההורים לידי הסכמה כאמור בסעיף (א) לעיל, רשאי ההורה המבקש לפנות לבית המשפט על מנת שידון ויחליט בעניין העתקת מקום מגוריו של הילד ואופן מימוש האחריות ההורית.
- (2) בבקשה שיגיש לבית המשפט יפרט ההורה המבקש:

- (1) הטעמים לשינוי מקום המגורים;
- (2) תוכנית קליטה אשר תבטיח את טובת הילד במקום המגורים החדש;
- (3) הצעה בדבר אופן מימוש האחריות ההורית, לרבות העלויות הכרוכות.

- (ג) בבואו להחליט בבקשה לשינוי מקום המגורים יתחשב בית המשפט בין השאר:
- (1) מכלול השיקולים המפורטים בסעיף 9 (ב) לחוק.

- (2) תוכנית הקליטה המוצעת והשפעתה על טובת הילד, אפשרויות מימושה לרבות אופן מימוש האחריות ההורית.
- (3) הסיבות לשינוי המבוקש במקום מגורי הקטין.

11. הפרת האחריות ההורית

- (א) הפר הורה הסכם הורות או הסדר הורות רשאי ההורה האחר או הילד לבקש מבית המשפט להורות על אמצעי האכיפה הבאים נגד ההורה המפר:
- (1) הפניה ליחידת הסיוע שליד בית המשפט, לשם גיבוש דרכים למימוש הסכם ההורות או הסדר ההורות;
- (2) מינוי צד שלישי למתאם הורות, אשר ילווה את ההורים במימוש הסכם ההורות או הסדר ההורות;
- (3) חיוב הורה שהפר באופן חוזר ונשנה את הסכם ההורות או הסדר ההורות, לתת התחייבות שישתתף בהדרכה וטיפול מקצועי מגורם שייקבע על ידי בית המשפט, ולשאת בהוצאות הכרוכות בכך;
- (4) חיוב ההורה המפר בפיצוי ההורה האחר, לרבות השבת כל הוצאה כספית שאותו הורה נזקק להוציא עקב ההפרה;
- (5) שינוי ההסדרים שנקבעו הסכם ההורות או בהסדר ההורות.
- (ב) סעיף קטן (א) אינו בא לגרוע מסמכותו של בית המשפט לתת צו אכיפה לפי פקודת בזיון בית המשפט.

12. עוולה בנזיקין בשל הפרת האחריות ההורית

הפרת הסכם ההורות או הסדר ההורות היא עוולה בנזיקין.

3.3 דברי הסבר לתיקון המוצע בחוק

לסעיף 1

בהתאם למינוח באמנה מוצע להשתמש במונח 'ילד' במקום במונח 'קטין' שבחוק הקיים. המונח 'ילד' מבטא את היחסים המשפחתיים הטבעיים בינו לבין הוריו, כאדם עצמאי שהוריו אחראיים לו בשל היותו ילדם. המונח 'קטין' שבחוק הקיים מדגיש את העדר כשרותו המשפטית של הילד כבסיס לנזקקותו לאפטרופסות הוריו. הדגשה זו אף מתחדדת לנוכח מיקומן של ההוראות בעניינו בחוק העוסק באנשים שאינם כשירים מבחינה משפטית.

באשר להגדרת 'הורה', הוועדה לא הוסמכה לדון בצורות השונות של ההורות שאינן מוסדרות כיום בחוק (כגון – הורות באמצעות הפריה מלאכותית). לכן ההגדרה אינה מפרטת מיהו הורה מעבר למשמעות המילולית של המונח - ההורה הטבעי וכן הורים שמעמדם נקבע בחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981, או בחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ו-1996.

מוצע לקבוע את זכותו של הילד לקשר טבעי עם בני המשפחה הקרובים אליו ביותר, בנוסף להוריו שהם הקרובים המשמעותיים ביותר, בשל תרומתם להתפתחותו. לקשר עם בני משפחה אלה יש חשיבות מיוחדת במקרה שההורים אינם יכולים לממש את אחריותם ההורית. על כן חשוב שהקשר עמם יהיה יציב ורציף גם כאשר ההורים מממשים את אחריותם ההורית. הגדרת המושג 'פרידה', היא כקבוע בסעיף 19 לחוק הכשרות.

לסעיף 2

הגדרת היקף האחריות ההורית היא בהתאם להמלצת וועדת רוטלוי (ראה דו"ח וועדת המשנה בנושא הילד ומשפחתו, בעמ' 69).

הכללת מימוש הקשר עם ההורים ועם בני המשפחה כזכויות לילד נובעות מן האמנה, בסעיף 5:

"המדינות החברות יכבדו את אחריותם זכויותיהם וחובותיהם של הורים או מקום שניתן ליישום של בני המשפחה המורחבת או הקהילה כנהוג על פי המסורת המקומית... על מנת לספק באופן המתאים לצרכי הילד המתפתח הכוונה והדרכה נאותות בהפעלת הזכויות המוכרות באמנה זו".

לסעיף 3

בהתאם לאמנה על האחריות ההורית להתממש כך ש"טובתו של הילד תהיה שיקול ראשון במעלה" (סעיף 3 לאמנה). המושג טובת הילד קיים כבר בחוק הכשרות אך האמנה מגדירה במפורש את משקלו בעת שיש להחליט בעניין מסוים הנוגע לילד. וועדת רוטלוי פירשה את דברי האמנה, במובן של הרצון לתת בכל הכרעה משקל עדיף לטובת הילד, אך לא משקל מכריע. מתן

משקל מכריע יפגע באוטונומיה ההורית על ידי הענקת זכויות מופרזות לילדים, ועלול להעניק יכולת רחבה מאוד לילד לתבוע את הוריו על שלא פעלו לטובתו. על כן מוצע כי בהתאם לאמנה ולהמלצות וועדת רוטלוי ייקבע הנוסח שבאמנה בחוק עצמו²². העניינים הכלולים במושג טובת הילד נקבעו בהתאם לאמנה והמלצות וועדת רוטלוי לרבות זכות הילד לשני הורים משמעותיים.

לסעיף 4

מוצע לשנות את הנוסח הקיים המחייב ציות של ילדים להוריהם. הוועדה סבורה כי אין מקום לקבוע בחוק חובה מוחלטת של הילד לציית להוריו, משום שילדים אינם כשירים להיות נושאי חובה משפטית. המינוח 'כבוד ומשמעת' לעומת זאת מבטא את מחויבות הילדים להוריהם בצורה המתאמת לקשר המשפחתי – חינוכי. חלק מחברי הוועדה סברו שיש לשמר את הנוסח הקיים הקובע חובת ציות של הילד להוריו, כדי לבסס את הסמכות ההורית לקבוע גבולות לצורך חינוך הילד. אולם לדעת רוב חברי הוועדה ממילא לא ניתן יהיה להיעזר בהוראת החוק לחייב את הילדים לציית להוריהם, ומצד שני, לא ניתן לפטור את ההורים מהאחריות ההורית בשל כך שהילדים אינם מצייתים להם.

לסעיף 5

האחריות ההורית המשותפת מעוגנת בסעיף 18 לאמנה, והיא מוטלת על כל אחד מההורים "יחד ולחוד" – על כך ראה את עיקר הדיון לעיל 3.1.3. הוראה מוצעת נוספת בסעיף זה מכוונת לעודד את ההורים לפתרון בדרכי שלום של המחלוקות והסכסוכים בכל נושא הקשור למימוש האחריות הורית, ולא דווקא בעת פרידה. כאשר ההורים אינם מצליחים ליישב את המחלוקות בעצמם, הפנייה לצד שלישי המוסכם עליהם או בעל מקצוע – מטפל או מגשר – קודם להתדיינות המשפטית, מקדמת את התקשורת ביניהם והיא עדיפה על ההתנצחות בבית המשפט. הצעה זו עוקבת אחר תפיסת היסוד של בית המשפט למשפחה, כפי שפורט לעיל בדבריהם של השופטים ארבל וגייפמן (לעיל, סעיף 3.1.7), והיא עוקבת אחר תזכיר החוק שהוכן בעקבות עבודת וועדת השופט שנהב שהוזכרה לעיל. על אף שבמדינות רבות הונהג גישור חובה בענייני משפחה כאשר מעורבים ילדים, אין בהצעה זאת משום ניסיון לקבוע מסלול של גישור חובה. הוועדה נמנעה במודע מללכת בכיוון זה משיקולי עלות העלולים לסכל את החקיקה.

לסעיף 6

מוצע בסעיף 19, בדומה לקבוע בחוק כיום, כי האחריות ההורית הכוללת את שתי הזכויות המהותיות לקשר הורי וקשר משפחתי, שהיא חובתם של שני הורים כאמור על פי עקרון טובת הילד, תוגבל רק כאשר ייווכח בית המשפט כי יש במימוש הזכויות הללו משום פגיעה בילד. חובת הראיה על כך שממוש הזכויות האמורות עשוי לפגוע בילד מוטלת על הטוען לפגיעה.

²² לדיון בעניין זה ראה לעיל סעיף 3.1.2.

לסעיף 7

מתן האפשרות לילד לפנות לבית המשפט מהווה הרחבה של סעיף 3 לחוק בית משפט למשפחה. בחוק הקיים אין מתן אפשרות לילד לפנות בעצמו.

לסעיף 8

מוצע כי במקרה של פרידת הורים, בלא שהגיעו ביניהם להסכמות מוקדמות בדבר מימוש האחריות ההורית ביניהם, יוכלו ההורים להשתמש ב'הסכם הורות' לפי דוגמה שהכינה הוועדה, אשר ייקבע בתקנות. ההסכם יכול להוות כלי ליצירת הסכמות בין ההורים, והוא מקיף את מכלול ענייני האחריות ההורית. מכיוון שהחוק הקיים קובע כי כל הסכם שיגובש בין ההורים טעון אישור בית המשפט, הרי שההגעה להסכם תוכיח לבית המשפט את מסוגלותו של ההורה למימוש אחריותו ההורית לגבי כל זכויות הילד וטובתו. כמו כן בתהליך האישור של ההסכם יוכל בית המשפט לוודא באמצעותו ששני ההורים ימלאו תפקיד משמעותי במימוש האחריות ההורית. עידוד שיתוף הפעולה בין ההורים הוא מרכיב מהותי ביותר שיכול להעיד באשר ליכולתם ונכונותם לפעול באופן משותף למימוש אחריותם כהורים.

לסעיף 9

מוצע כי סעיף זה יחליף את סעיף 25 לחוק הקיים. כאשר הורים מתקשים להגיע לכלל הסכמה ביניהם או שאינם מקיימים את ההסכמות שהגיעו אליהן, יוכלו הם או ילדם לבקש מבית המשפט לקבוע את אופן מימוש האחריות ההורית. בית המשפט יקבע את ההסדר על פי הקווים המנחים המפורטים בחוק וינמק את החלטתו. הקווים המנחים הללו מאפשרים לבית המשפט לבחון את טובת הילד בצורה מקיפה, ומסייעים לו להכריע באופן מושכל. אמות המידה המוצעות מתחשבות בזכות הילד לקשר אישי ישיר וסדיר עם שני הוריו; זכות הילד כי ישמע קולו עד כמה שגילו וכשריו מאפשרים את הדבר; כוונת הוריו לשתף פעולה למימוש זכויותיו האמורות, ובמסוגלותם לעשות זאת; צרכיו ההתפתחותיים המיוחדים לרבות גילו ומצבים מיוחדים הקיימים לגביו; מידת הטיפול של כל אחד מהוריו בו לפני הגירושין, ומידת כוונת כל אחד מהם לאפשר לילד גם קשר עם בני משפחתו הקרובים – אחיו, אחיותיו והורי הוריו.

סעיף זה מבטל הלכה למעשה את חזקת הגיל הרך, וראה על כך בעיקרי הדיון לעיל, בסעיף 3.1.9.

לסעיף 10

הסעיף המוצע מתבסס על ההסדר הכללי שבחוק בעניין הצורך להגיע להסכמה, הכנת תוכנית למימוש האחריות ההורית ובמידת הצורך, החלטה שיפוטית על בסיס השיקולים הכלליים ובראשם טובת הילד.

מוצע לקבוע כי הורה שמבקש להגר אל מחוץ לישראל עם ילדו נדרש לתת טעם להגירה. קרי, על ההורה המהגר להראות כי מטרת ההגירה אינה לנתק את הילד מההורה האחר או לנקום בהורה האחר. משכך, לא ניתן להסתפק באמות המידה שעל פיהן בית המשפט קובע את הסדר ההורות לעניין הסדרת אחריותו ההורית של ההורה האחר לאחרי ההגירה.

ההצעה כוללת שלושה מרכיבים עיקריים, ברוח יתר סעיפי החוק המוצע. בשלב הראשון – על ההורה שמבקש להגר לפעול כדי להגיע להידברות ולהסכמה עם ההורה האחר. במטרה להבטיח את האפשרות להידבר מוצע לקבוע תקופת הודעה מוקדמת של לפחות 90 ימים. בשלב השני – בהיעדר הסכמה, נדרש ההורה המבקש להגר להציג תוכנית קליטה לילד וכן למימוש האחריות ההורית של ההורה האחר בנסיבות ההגירה. בשלב השלישי - נדרש בית המשפט לבסס את הכרעתו על שיקולים שמטרתם להגיע לאיזון הראוי בין טובת הילד והבטחת הקשר עם ההורה האחר לבין זכות הורה להגר.

לסעיף 11

הסעיף המוצע נותן בידי בית המשפט כלים לאכיפת הורים לקיום מחויבותם ואחריותם כהורים כלפי ילדיהם, ובמסגרת זאת גם מאפשר לבן זוגם לשעבר לממש הורותו. הוועדה התלבטה האם נכון להטיל סנקציות על הורה שאינו מקיים את חלקו בהורות, מפני שכך קיים חשש להרחקתו ממימוש הורותו. לדעת הוועדה מוטב לנסות לגרום בצורה כל שהיא לשיתוף פעולה, כגון באמצעות "מתאם הורי" שיוכל לנהל את הסכסוך. נקיטת סנקציות עלולה להוביל למצב בלתי רצוי בו הורה יפעל לקבלת פטור מבית המשפט ממימוש אחריותו ההורית, על אף שזו זכות של הילד שההורה אינו יכול לוותר עליה.

סעיף 12

מוצע להגדיר את הפרת האחריות ההורית מצדו של הורה כעוולה בנזיקין כלפי הילד, המקנה לילד זכות לפיצויים. בצורה זאת יוכלו הילד או בן זוג לשעבר שנפגעו מכך שהורה לא מילא את מחויבותו כהורה לקבל פיצוי על הנזקים הנגרמים להם מהפרת האחריות ההורית.

נספחים

נספח א' - כתב המינוי

תאריך: 2 למרץ 2005,

לכבוד:

פרופ' דן שניט – בית הספר לעבודה סוציאלית, אוניברסיטת תל אביב - יו"ר
כב' השופטת חנה רוטשילד – שופטת בית המשפט למשפחה בתל אביב
פרופ' אבי שגיא-שורץ - ראש המרכז לחקר התפתחות הילד – אוניברסיטת חיפה
ד"ר דפנה הקר – הפקולטה למשפטים - אוניברסיטת תל אביב
הגב' רונית צור – פקידת סעד ארצית לסדרי דין, משרד הרווחה
מר שמואל מורן – עורך דין
הגב' גלית סנה לוריא – עורכת דין ומגשרת
ד"ר פרץ סגל – ראש תחום (יעוץ), משרד המשפטים
הגב' רות דניאל – עמותת "הורות שווה"
עו"ד עידית איתנוביץ – מנהלת הלשכה המשפטית של "נעמת" בתל אביב
עו"ד איאד זחאלקה – מנהל בתי הדין הדין השרעיים
הדיין, הרב אברהם שרמן, חבר בית הדין הרבני הגדול

נכבדיי,

הנדון: ועדה לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין

1. הנכם מתמנים בזה כחברי הועדה לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין.
2. הועדה מתבקשת לבחון את הכללים הקיימים לחלוקה ולשיתוף באחריות ההורית בתקופת הגירושין ולאחריה, כפי שהם קבועים בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות, התשכ"ה – 1965 וכפי שהם מיושמים בבתי המשפט לענייני משפחה ובבתי הדין הדתיים השונים.
במסגרת זו תבחן הועדה ותיתן את המלצותיה, בין השאר, בדבר הצורך בשינויה של "חזקת הגיל הרך" הקבועה בסעיף 25 לחוק האמור והאפשרות לעיגונם בחקיקה של הסדרים שונים לחלוקה ולשיתוף באחריות ההורית בגירושין.
כן תבחן הועדה כיצד ניתן לשכלל את הכלים העומדים לרשות בתי המשפט ובתי הדין לשם קביעת טובת הילד בנוגע להסדרי משמורת וקשר וכיצד ניתן להביא למימושם ואכיפתם של הסדרים אלה.
3. יו"ר הועדה יהיה פרופ' דן שניט.
אני מאחלת לכם הצלחה בעבודתכם.

בברכה,

ציפי לבני
שרת המשפטים

מדינת ישראל

פנייה לציבור להצגת עמדות והצעות לוועדה לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין

ביום כ"א באדר א' התשס"ה (2 במרץ 2005) מינתה שרת המשפטים ועדה לשם בחינת הכללים לגבי שיתוף וחלוקה של אחריות הורית בתקופת הגירושין ולאחריה, כפי שהם קבועים בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ה – 1965, ואופן יישומם בבית המשפט לענייני משפחה ובבתי הדין הדתיים השונים.

הועדה פונה בזאת לציבור הרחב לקבלת עמדות והצעות בכתב בכל הנוגע לקשר שבין הורים לילדים בהליכי פירוד וגירושין, לכללים הקיימים לגבי שיתוף וחלוקה של אחריות הורית ולדרכים בהן בתי המשפט ובתי הדין הדתיים מיישמים כללים אלה. במסגרת עבודתה של הועדה לא נכללים ענייני חלוקת רכוש ומזונות בהליכי פירוד וגירושין.

נא לשלוח את העמדות וההצעות בכתב עד ליום ט"ו באלול תשס"ה (19 בספטמבר 2005) אל הועדה לאחריות הורית בגירושין, משרד המשפטים רחוב צאלה אדין 29 ת.ד. 49029 ירושלים 91490 או באימייל לכתובת vaadat-horut@justice.gov.il הועדה תזמן לדיוניה, מבין הפונים בכתב, את מי שתמצא לנכון.

הועדה רואה חשיבות רבה בקבלת עמדות הציבור ומקווה לשיתוף פעולה פורה מהציבור.

פרופ' דן שניט
יו"ר הועדה

דעת מיעוט – ד"ר דפנה הקר, עו"ד גלית סנה-לוריה, עו"ד גלי עציון

1. מבוא

מחברות דעת מיעוט זו מזדהות עם הרוח הכללית שבאה לידי ביטוי ברוב סעיפי הצעת החוק, כפי שהם מופיעים בדעת הרוב שבדו"ח זה. אנו שותפות לעמדת הרוב בוועדה כי ככלל, ילדים נשכרים ממעורבות משמעותית, יציבה וקבועה של שני הורים מיטביים, אם יש להם שני הורים כאלה. העקרונות של עידוד שיתוף פעולה בין ההורים לטובת הילד, יצירת מחויבות של שני ההורים לילדיהם, בנייה של תוכנית הורית מוסכמת המותאמת לצרכי כל משפחה ומשפחה ועידוד הסכמים ככלי להפחתת קונפליקטים, מקובלים בהחלט על מחברות דעת מיעוט זו ומהווים לדעתנו שינוי חשוב ומשמעותי בתחום יחסי הורים-ילדים בכלל, ובמקרי גירושין בפרט. אנו סבורות כי די בהנחלת עקרונות אלה בהצעת החוק כדי לקדם. ביטול חזקת הגיל הרך בלא קביעת חזקה חלופית לא רק שלא תסייע לקידום העקרונות הללו אלא עשויה לגרום לנזקים מיותרים כפי שיפורט בחוות דעתנו להלן.

השאלה האם ראוי לבטל את "חזקת הגיל הרך" הקבועה כיום בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות הוותה את סלע המחלוקת העיקרי בקרב חברי הוועדה במהלך הדיונים בה, כמו גם בקרב אנשים וארגונים חברתיים שונים שהציגו את עמדותיהם בפני הוועדה בכתב ובעל-פה. בסופו של יום צידדו רוב חברי הוועדה בביטול חזקת הגיל הרך ובהמרתה במספר קריטריונים שיכוונו את בתי המשפט לקבוע מהי טובת הילד במקרי מחלוקת. יתרה מכך, רוב חברי הוועדה מבקשים לזנוח את המושגים "משמורת" ו"הסדרי ראייה", המקובלים כיום בשדה המשפטי המסדיר גירושין, לטובת "הסדר הורות" ו"תוכנית הורית" המסדירים את פרקי הזמן שכל הורה שווה עם הילד.

לדעתנו, העדר סימון של הורה משמורן או מטפל עיקרי, במקרים שבהם יש הורה כזה, הוא בעייתי הן מבחינה משפטית והן מבחינה חברתית²³. זאת ועוד, בניגוד לעמדת הרוב, אנו סבורות כי רשימת הקריטריונים המנחים במקרי מחלוקת, אשר אינה כוללת חזקה המעניקה עדיפות להורה שהיה המטפל העיקרי בילד טרם פרידת ההורים, תפגע בעיקר בילדים אך גם באמהותיהן. פגיעה זו תהיה חמורה לאין שיעור מאשר התועלת שתושג, ככל שתושג, משינוי החוק הקיים על-פי הצעת הרוב.

התנגדותנו לעמדת רוב חברי הוועדה בעניין חשוב זה, והצעות החוק החלופיות שאנו מציעות, נשענות על אדנים אלה:

²³ מחיקת הסימון של ההורה המשמורן בעמדת הרוב נועדה בין השאר לכוון את ההורים למציאת פתרונות קונקרטיים לבניית התוכנית ההורית במקום להתווכח על "הכותרת" של המשמורת וכן לעודד אחריות הורית של שני ההורים. מטרת אלה הן ראויות וחשובות אך יש מצבים בהן סימון כזה הוא חיוני (כגון במקרי הגירה, הטבות למשפחות חד הוריות וכיו"ב). לדעת עו"ד סנה לוריה כדי לפתור קשיים אלה תוך קיום המטרות שצוינו ברישאה של הערה זו, תיבדק התוכנית ההורית במקרים בהם תידרש הגדרה כזו. הורה אשר בתוכנית ההורית יהיה ההורה אשר שווה זמן רב יותר עם הילד יחשב כמטפל העיקרי.

1. אין בעיה חברתית חמורה המחייבת את ביטול חזקת הגיל הרך.
2. הסיכוי כי ביטול חזקת הגיל הרך יוביל לחלוקת תפקידים שוויונית במשפחה, קלוש.
3. הסיכון כי ביטול חזקת הגיל הרך יגבה מחיר כלכלי ונפשי כבד מילדים ומאמהותיהם, גבוה.

אנו סבורות כי ניתן לקדם את זכותם של ילדים לקשר משמעותי עם שני הוריהם ללא גרימת נזקים חברתיים, משפחתיים ואישיים, על-ידי שילוב בחוק של חזקה הנותנת להורה המטפל העיקרי עדיפות בחלוקת זמני השהייה של הילד עם הוריו או שילובה בחוק של חזקת הגיל הרך.

להלן נפרט את כל אחת מן ההנמקות האמורות, ולאחר מכן נדון בקצרה בזיקות שבין טובת הילד לטובת המבוגרים הקשורים בחייו, בחשיבות ההכרה בקשר עם הילד כחובה הורית ובסוגית ההגירה. לסיום נציע תיקונים להצעת חוק ברוח עמדתנו.

2. ביטול חזקת הגיל הרך – השלכותיה ותוצאותיה

2.1. אין בעיה חברתית חמורה המחייבת את ביטול חזקת הגיל הרך

בכל דיוני הוועדה, לרבות בעת המפגש עם נציגים של ארגוני גברים ואבות, התרשמנו כי לא קיימים ממצאים המצביעים על קיומה של בעיה חברתית בהיקף משמעותי של ילדים הסובלים מניתוק מלא או חלקי מאבותיהם לאחר גירושין בכלל וניתוק הנגרם עקב חזקת הגיל הרך בפרט. אין בישראל כל אינדיקציה מחקרית או אחרת לתופעה הקיימת במדינות אחרות, בעיקר בארה"ב, של אבות גרושים רבים שאינם נפגשים עם ילדיהם כלל או נמצאים עמם בקשר רופף בלבד. נהפוך הוא, הרושם שקיבלנו הוא כי למעט במקרים נדירים וסבוכים (אשר לגביהם לא בהכרח החזקה היא היוצרת את הבעיה בין ההורים בעניין), אבות, הרוצים בכך כיום, יכולים להיות מאד מעורבים בחיי ילדיהם לאחר גירושין. להבנתנו, חוסנה של תפיסת המשפחתיות בישראל, שטחה הגיאוגרפי הקטן יחסית של ישראל, וכללי המשפט הישראלי המבטיחים אפוטרופוסות משותפת של שני ההורים אחרי גירושים, כפי שיפורט להלן, מובילים להמשך קשר רציף בין רובם המכריע של האבות הגרושים, המעוניינים בכך, לבין ילדיהם.

חשוב לזכור כי ראשית, בניגוד למדינות מסוימות, המחוקק הישראלי הכיר מאז ומעולם באחריות המשפטית המשותפת של שני ההורים. חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות קובע כי בהעדר קביעה אחרת, שני ההורים ממשיכים להיות האפוטרופוסים על ילדיהם, גם לאחר פרידה או גירושין. בפרקטיקה, מצבים שבהם נשללת מאב הזכות והחובה לקחת חלק שווה בהחלטות הקשורות לחיי ילדו, הם נדירים ביותר. ברוב המכריע של המקרים, גם אם האב אינו משמורן פיזי, הוא משמורן משפטי של הילד וככזה בעל מעמד משפטי זהה לזה של האם. האב יכול להיות מעורב בהחלטות החינוך, הבריאות ובכלל החלטות החשובות האחרות הקשורות לילדו, בדיוק כמו האם. זאת בניגוד למדינות אחרות, שעד לשנות ה-80 של המאה ה-20 הצמידו את המשמורת המשפטית למשמורת הפיזית, כך שההורה המשמורן הפיזי היה גם ההורה היחיד שקיבל את

ההחלטות הקשורות לחיי הילד. במדינות אלה, בוטלה חזקת הגיל הרך כחלק מרפורמה משפטית שנועדה להבטיח משמורת משפטית שווה לאבות, שכאמור קיימת בישראל מאז ומתמיד²⁴. **יוצא איפה שבמצב המשפטי הקיים כיום בישראל, אבות זכאים וחייבים להיות מעורבים בהחלטות הקשורות לחיי ילדיהם, כמו האם.**

שנית, מדיוני הוועדה התברר לנו כי ברוב המקרים, אבות רוצים ומסכימים לכך שהאם היא זו שתישא במרב האחריות לטיפול הפיזי בילדים. זאת, כיוון שהם סבורים כי טובת ילדם מחייבת המשך המצב בו עיקר הטיפול נעשה על-ידי האם, כפי שהיה בחיי הנישואין. בנוסף סדר היום התעסוקתי והחברתי של מרבית האבות אינו מאפשר טיפול אינטנסיבי בילדים. זהו מצב הדברים גם כאשר חזקת הגיל הרך אינה רלוונטית להליך הגירושין, קרי במצבים שאין ילדים מתחת לגיל 6 במשפחה.²⁵

יתרה מכך, הנתונים מלמדים כי כאשר שני ההורים מעוניינים לגבש הסדר משמורת שוויוני ביניהם, מערכת המשפט לא מונעת זאת מהם וזאת חרף התנגדות מסוימת הקיימת בשדה המשפטי כלפי הסדרים של משמורת פיזית משותפת. בנוסף, בישראל נהוג לגבש הסדרי ראייה רחבים יחסית למקובל בחו"ל²⁶, בין ההורה הלא-משמורן לבין ילדיו. ברבע מהמקרים שנבדקו על-ידי ד"ר הקר נקבעו הסדרים הכוללים שני מפגשים של אחר-צהריים במהלך ימי החול בשבוע ומפגש הכולל לינה בכל סוף שבוע שני, בנוסף למחצית מהחגים והחופשות. ברבע נוסף של המקרים, הסדרי הראייה כללו גם לינה בבית האב במהלך ימי החול. מכאן, **שאבות שרוצים להיות מעורבים בחיי ילדיהם לאחר גירושין יכולים להבטיח זאת באמצעות הסדרי ראייה רחבים. חזקת הגיל הרך אינה מונעת זאת.**

מהאמור לעיל עולה כי חזקת הגיל הרך משקפת מציאות חברתית קיימת המוטבעת באופן עמוק בחברה בישראל ובעולם, שלפיה אמהות הן ברוב המכריע של המקרים ההורה המטפל העיקרי וזאת גם לפני פרידת ההורים ובלא קשר לקיומה של חזקת הגיל הרך. החזקה ויישומה בפרקטיקה אינם מונעים מאבות, המעוניינים בקשר משמעותי או אינטנסיבי עם ילדיהם, לשמר או ליצור

²⁴ גם במאמרו של Bauserman (2002) הממליץ על הורות משותפת, שהובא על ידי פרופ' אבי שגיא, ההתייחסות היא בעיקרה להורות משפטית משותפת - אפוטרופסות, הקיימת ממילא בהקשר הישראלי. 36% מהנבדקים במחקרו קיימו רק משמורת משפטית משותפת ולא משמורת פיזית משותפת. חלוקת הזמן בקרב הנבדקים שקיימו משמורת פיזית משותפת היתה לאו דווקא שוויונית (הילדים נמצאו עם האב 25% מהזמן ומעלה). באזורמן מדגיש כי המשפחות שנבדקו לא היו ברמת קונפליקט גבוהה, דבר שאיפשר את הסדרי המשמורת הללו. בכפוף לאבחנות הנ"ל, יש לראות את המאמר כמצדד בחשיבות הקשר של הילד עם שני הוריו והרחבת זמני השהייה של הילד עם האב, דבר שהוא אפשרי וקיים גם במצב המשפטי הקיים. לפיכך, אין לראות בו ממצא התומך בביטול חזקת הגיל הרך בהקשר הישראלי.

²⁵ כך, ממחקרה של ד"ר דפנה הקר, כפי שהוצג לוועדה, עולה כי רוב הסדרי המשמורת נעשים בהסכמה בין ההורים וללא מאבק משפטי, ובלמעלה מ-90% מהמקרים האם היא ההורה המשמורן הבלעדי (הקר ד., 2003). "אמהות, אבהות" ומשפט: ניתוח סוציולוגי של השדה המעצב הסדרי משמורת וראייה בגירושין". עבודה לקראת תואר דוקטור, אוניברסיטת תל-אביב. ראו גם, ארקון ק. "עמדות וערכים של שופטים לגבי שוויון וחלוקת תפקידים בין המינים בפסקי דין בנושא משמורת קטינים". עבודה לקראת תואר מוסמך, אוניברסיטת תל-אביב, 2005. בדומה, במסגרת נייר העמדה שהביאה עו"ד עציון, מטעם נעמת ושלא צורפה לדעת הרוב, נבחנו כמה הסכמי גירושין שנערכו בנעמת, לזוגות שגיל צעיר ילדיהם בוגר מ-6 שנים. מהבדיקה עלה בבירור כי ברוב המקרים, גם כאשר החלו הליכי גירושין כאשר צעיר הילדים בוגר מגיל 6, כאשר החזקה כלל אינה תופסת ולפיכך אינה מהווה מכשול, כאשר אין מדובר בעקרון של רציפות והמשכיות מהליכים קודמים, ניתנת המשמורת לאם בהסכמה הדדית גורפת והסוגיה המשפטית כלל לא עולה. (במאמר מוסגר יצוין כי מנתוני נעמת עולה עוד כי התלונה העיקרית של נשים לאחר הגירושים היא שהאבות אינם ממשימים את הסדרי הראייה שנקבעו בהסכם או בפסק הדין). מסקנות דומות עולות גם מניסיונה של עו"ד גלית סנה לוריה, לפיו גם בתחום ההסכמים שנערכים במסגרת הליכי גישור יש רוב ברור להסדרי משמורת שבהם האם היא משמורנית עיקרית. בנוסף, בעוד שחלק מהזוגות מגיעים להסכמי משמורת משותפת, נדיר ביותר למצוא הסכם גישור שבמסגרתו האב הינו משמורן עיקרי.

²⁶ לסקירת מחקרים על הסדרי ראייה בחו"ל ר' הקר לעיל, בעמ' 109-106.

קשרים כאלה לאחר הפרידה מהאם, הן מכוח משמורתם המשפטית המשותפת והן על-ידי קביעה מימוש של הסדרי ראייה רחבים.

ישנם מקרים נדירים שבהם האב היה ההורה המטפל העיקרי בילדים, או שבשל נסיבות ספציפיות של המשפחה טובת הילדים מחייבת משמורת משותפת או משמורת אב, או שהאם מתנגדת מסיבות לא ענייניות לאפשר לאב מיטיב להיות מעורב בחיי ילדיו לאחר הגירושין. גם מקרים אלה יכולים לקבל מענה הולם במצב המשפטי הקיים. יש לזכור כי חזקת הגיל הרך אינה חזקה חלוטה אלא חזקה הניתנת לסתירה. ואכן, הטריבונלים השיפוטיים מורים על הסדרי משמורת שאינם עולים בקנה אחד עם חזקת הגיל הרך כאשר טובת הילד מחייבת זאת²⁷. יתרה מזאת, בשנים האחרונות נוקטים בתי המשפט ביד קשה כנגד אמהות המחבלות בהסדרי הראייה של הילדים עם האב והיו מקרים שניתנה הוראה שיפוטית לקנוס את האם ואף לשלוח אותה למאסר בשל סירובה לאפשר לאב לפגוש את ילדיו²⁸. גם הסדרי משמורת משותפת ניתן לקיים כיום במקרים שבהם שני הצדדים מעוניינים בכך. הסדרי משמורת משותפת אינם מתאימים לכל מצב ובמיוחד עלולים לפגוע בטובת הילדים במצבי קונפליקט בין-הורי גבוה. לצורך מימוש הסדרים אלה באופן המיטיב עם הילדים נדרש שיתוף פעולה תקין בין ההורים ונכונות הדדית של שני ההורים לשאת בעול ולגלות את הגמישות המתבקשת, מצב שאינו שכיח בקרב הורים גרושים בקונפליקט גבוה.

אנו סבורות כי בסופו של יום, גם לאור רשימת הקריטריונים שהציבה הועדה בסעיף 9 להצעת החוק כהכוונה להסדרת ההורות במקרי מחלוקת, ברוב המקרים תמשיך האם להיות המטפלת העיקרית לאחר הגירושין. בכל מקרה, המקרים המעטים אשר בהם תתקבל החלטה אחרת, אינם מצדיקים את אי החלתה של חזקה המסמנת את ההורה שטיפל בילדים לפני פרידת ההורים כהורה המטפל העיקרי. זאת, בין השאר, לאור הפגיעה שיש באי החלת חזקה זו, במספר גדול מאד של ילדים, כפי שנפרט בהמשך.

2.2 ביטול חזקת הגיל הרך לא יוביל לחלוקת תפקידים שוויונית במשפחה

ניתן לטעון כי מצב הדברים שבו קיימות בישראל תפיסות ופרקטיקות חברתיות מוצקות המסמנות נשים כהורה המטפל העיקרי במרבית המשפחות – היא הבעיה שעמה מבקש התיקון לחוק המוצע על-ידי רוב חברי הוועדה להתמודד. אכן, גם אנו שותפות לחזון החברתי שבו חלוקת התפקידים במשפחה תהיה א-מגדרית, ונשים וגברים יחלקו ביחד ובאופן שוויוני ומאפשר את החדווה והנטל הכרוכים בגידול ילדים. עם זאת, אפילו רוב החברים החתומים על דעת הרוב בד"ח הודו במהלך דיוני הוועדה כי ביטול חזקת הגיל הרך, כפי שמוצע על-ידם, לא יוביל למימוש

²⁷ עדות מובהקת לכך ניתן ללמוד ממחקרם של פרישטיק ואדד שבחנו תשעים פסקי דין בסכסוכי גירושין שניתנו בבתי דין רבניים בין השנים 1993-1996. הם מצאו כי התפלגות הסדרי המשמורת בפסקי הדין היתה: 55.5% משמורת-אב, 26.5% משמורת-אב, 9% משמורת משותפת, ו-9% מסירת הילדים למוסד או למשפחה אומנת, ראו פרישטיק מ., ואדד מ. (2001). שיקולים המנחים את בתי הדין הרבניים בקביעת המשמורת על ילדים. *מגמות*, מא (1-2), 45-70.

²⁸ בש"א 55049/05, תמ"ש 6351/04 פלוני נ' אלמונית בית המשפט לענייני משפחה ירושלים, האם חויבה בקנס של 3,000 ש"ח ונקבע כי זכותו של האב לקוז סכום זה מהחייב המוטל עליו לפרנסת הבנות; כמו כן, בית המשפט הזהיר את האם, כי אם לא תציית להוראות בית המשפט, הוא ישקול את העברת המשמורת לידי האב; ע"א 7309/98 נמרוד עובדיה נ' חוה וולף, דינים עליון נה, 427, המאזכר את החלטת בית המשפט לענייני משפחה (תל-אביב והמרכז) בתמ"ש 216790/96 לקנוס את האם ב-500 ש"ח על כל ביטול של מפגש בין הילדים לאביהם; בבש"א (אשדוד) 2182/00 פלוני נ' אלמונית, החלטה מיום 26.1.03 (לא פורסם), הוחלט על מאסר לאם שלא אפשרה את קיום הסדרי הראייה בין בנה לבין אביו.

חזון חברתי זה. זו אחת הסיבות לכך שהצעות לחייב חלוקת זמן דומה בין אבות לאמהות, כ"חזקת מחדל", שעלו במהלך דיוני הוועדה, נדחו ברוב גורף.

מוסד המשפחה הוא אחד מהמוסדות החברתיים החסינים ביותר מפני ניסיון "הינדוס" משפטי. רגולציה משפטית מתקשה לקעקע תפיסות חברתיות עמוקות שבהן משוקעות פרקטיקות משפחתיות. ביטוי מובהק לכך ניתן למצוא בממצאים המלמדים כי ביטול חזקת הגיל הרך במדינות אחרות וניסיונות של מחוקקים שונים לעודד הורות משותפת אחרי גירושין, נכשלו. גם במדינות שבהן בוטלה חזקת הגיל הרך ונקבעו הסדרים משפטיים המעודדים חלוקת תפקידים שוויונית בין הורים לאחר גירושין, רובם המכריע של הילדים גדלים בעיקר עם אמם והורות שוויונית אחרי גירושין היא החריג לכלל²⁹. הורות משותפת נוהגת בקרב הורים המגיעים להסכמות שהיו מגיעים אליהן גם ללא הכוונת המחוקק.³⁰ אם זהו המצב במדינות האנגלו-סקסיות ובמדינות אירופה, מקל וחומר שהמשפט יתקשה לשנות את המציאות המשפחתית בישראל, המאופיינת בתפיסות ובפרקטיקות שמרניות ומסורתיות יחסית.

מכאן, שגם אם תתקבל הצעת החוק, כפי שנוסחה על-ידי רוב חברי הוועדה, היא לא תוביל לחלוקת תפקידים דומה בין אבות לאמהות. במרבית המשפחות שלאחר-גירושין נשים תמסכנה למלא את תפקיד ההורה המטפל העיקרי.

יתרה מכך, אנו חוששות כי הצעת רוב חברי הוועדה, לבטל את מונח המשמורת, עלולה לתת לאבות הכרה משפטית כהורים אחראיים גם במקרים שבהם ייטלו חלק קטן מאד בטיפול היומיומי בילדים. והאמהות, לעומת זאת, תאבדנה את ההכרה המשפטית והחברתית כהורה הנושא בעיקר הנטל. מכאן, שהצעת החוק של רוב חברי הוועדה לא רק שלא תעודד אבהות פעילה, אלא תביא ללגיטימציה חברתית גוברת לאבות לא מעורבים, על כל המשתמע מכך. מעבר להיבט הסימלי של הדבר, ייווצר קושי משמעותי בכל הקשור להטבות הסוציאליות הניתנות כיום למשפחות חד-הוריות. בהעדר סימון משפטי של הורה שהוא המטפל העיקרי בילד, לא ברור כיצד יזוהו המשפחות החד-הוריות והעומדות בראשן וכיצד תובטח רשת הביטחון הסוציאלית המגיעה להן. למרות שהעלנו קושי זה בפני חברי הוועדה האחרים, לא ניתן לו מענה מספק בד"ח של דעת הרוב.

אנו סבורות כי יש לקדם פעולות חינוכיות לקידום השוויון בין המינים ולהגברת מעורבות אבות בכל הכרוך בטיפול בילדים, אך אין זה נכון לצפות כי ייווצר שינוי בעניין באמצעות שינוי חקיקה דווקא בעת מצבי גירושין אשר הינם מצבים משבריים.

²⁹ ראו למשל, Fine, M. A., and Fine, D. R. (1994). An Examination and Evaluation of Recent Changes in Divorce Laws in Five Western Countries: The Critical Role of Values. *Journal of Marriage and Family*, 56, 249-263.
³⁰ Rhoades H., R. Graycar & M. Harrison, 2000. The Family Law Reform Act 1995: The First Three Years, <http://www.familycourt.gov.au/presence/resources/file/eb0011059e844c8/familaw.pdf>.

2.3 ביטול חזקת הגיל הרך יגבה מחיר יקר מילדים ומאמהותיהם

כל אחד מהקריטריונים המופיעים בסעיף 9 של הצעת החוק שבדעת הרוב נראה על פניו ראוי וחשוב לצורך הכרעה בשאלת הקשר בין הילד להוריו הגרושים.³¹ עם זאת, מדובר בקריטריונים כלליים ביותר ועמומים, שאם יוותרו ללא חזקה בדבר ההורה שהוא המטפל העיקרי, יעודדו התדיינות משפטיות סבוכות וממושכות לגבי פרשנות כל אחד ואחד מהם והתאמתו למקרה הספציפי. הדבר יאפשר ניצול לרעה של הליכים משפטיים, ויגבה מחיר כלכלי ונפשי כבד מילדים ומאמהותיהם. במבחן התוצאה נראה לנו כי התדיינות אלה תסתברנה כמיותרות וכפועלות בניגוד לטובתו של הילד.

2.3.1 ריבוי התדיינות משפטיות

כאמור, שיעור הסכסוכים בישראל כיום בנושא משמורת והסדרי ראייה לאחר גירושין הוא נמוך ביותר. זאת, בראש ובראשונה כיוון שהרב המכריע של ההורים בחברה הישראלית מסכימים ומעוניינים שהאם תהיה ההורה המשמורן הפיזי העיקרי (כמוכן קיומה של החזקה אינו מונע קיום הסדרי משמורת בהם לאב הסדרי ראייה נרחבים או הסדרי משמורת שוויוניים, כמפורט בסעיף 2.2 לעיל). בנוסף, לחזקת הגיל הרך תפקיד חשוב בהרתעת אבות, שלא היו הורים מטפלים עיקריים ושלא מתכוונים לקחת על עצמם את התפקיד הזה אחרי הגירושין, מלתבוע חלוקת זמנים שווה עם האם כתביעת סרק המוגשת כטקטיקה לצורך הגדלת כוחם במאבק הגירושין.

הניסיון בשטח מלמד, כי פעמים רבות מוגשים במסגרת הליך גירושין כתבי תביעה בהם נטענות טענות שאינן משקפות רצון אמיתי, אלא שיקולים אסטרטגיים וטקטיים, בעיקר כחלק מהמאבק הרכושי בין בני הזוג הנפרדים. קביעת הקריטריונים שמציע רוב חברי הוועדה, ללא קביעת חזקה לגבי ההורה המטפל העיקרי המכירה בכך שברובם המכריע של המקרים זו האם, תיצור ערפל ואי-וודאות משפטיים בכל הקשור ליחסי הורים-ילדים לאחר גירושין. ערפל ואי-וודאות אלה יהוו כלי ניגוח נוסף בידי גברים כנגד נשים במאבק הגירושין ויגבירו את הסיכון להתדיינות משפטיות ממושכות ומסובכות, תוך הפעלת לחצים על הילד ותוך שימוש בו, ב"טובתו" ו"בזכויותיו", כאמצעי למימוש אינטרסים של ההורים, שאינם קשורים כלל בטובת הילד. ריבוי התדיינות משפטיות חושף את הילדים לסכסוכים הוריים, עניין הפוגע ברווחתם בצורה משמעותית. השלכה נוספת של ריבוי התדיינות משפטיות היא צמצום המשאבים הכלכליים העומדים לרשות האם והאב, שגם הוא פוגע, בסופו של דבר, בילדים.

³¹ לעניין קריטריון 2 המדבר על שמיעת רצון הילד – לדעת עו"ד עציון ועו"ד סנה לוריה, יש מקום לשוב ולשקול את התאמתו של הקריטריון הנ"ל לסיטואציה הרגילה והבעייתית הכרוכה בנושא המשמורת. הקריטריון מעלה סוגיות נכבדות – האם הכוונה שבכל מקרה מעל גיל מסוים יש חובה לשמוע את הילד? האם רצונו של הילד תואם בהכרח את טובתו? האם מתן מעמד של קריטריון שווה בין שאר הקריטריונים לרצון הילד לא יוצר מצב שבו הילד נתון ללחצים מצד ההורים מחד גיסא ולתחושת כוח ושליטה מאידך גיסא? העמדת הילד במקום של בחירה בין שני הורים הינה טראומטית ביותר בכל גיל ומשאירה משקעים בנפשו של הילד לטווח רחוק. אנו סקפטיות לגבי הטענה שניתן בכל מקרה לראיין ילדים "בעדינות כדי שלא ירגישו שהנטל של הבחירה בין ההורים על כתפיהם". ילדים הם חכמים, רגישים ומבינים את הסיטואציה, את כובד משקלה, ואת הכוח הרב הניתן בידיהם. מיותר לציין כי הורים בהליכי גירושין נוטים להקדים ראינות אלה במניפולציות, אשר אליבא ד'כולי עלמא נוגדים את טובת הילד. לדעתנו יש לנסות ולהמעיט במעורבות ילדים בנסיבות של גירושין כדי להפחית את עוצמת הטרומה, שגם כך היא גדולה. יש לפעול להוצאת הילד מהמאבק במקום לאפשר לו להיות מעורב ושחקן מפתח בענין רגיש זה. אין באמור לעיל כדי לקבוע שאין מקום לעיתים לשמוע את הילד ואולם בהחלט לא ככלל מוביל לרוב המקרים.

במקומות שונים בעולם הובע החשש כי ביטול חזקת הגיל הרך יביא לעליה בשיעור הסכסוכים בין הורים פרודים. אכן, באוסטרליה, אחת המדינות הבודדות שמלווה במחקר את הרפורמות המשפטיות הקשורות ליחסי הורים פרודים וילדיהם, נמצא כי הניסיון של המחוקק לעודד מעורבות של שני ההורים הפרודים בחיי ילדיהם, בין השאר באמצעות ביטול חזקת הגיל הרך, מאפשר סכסוכים משפטיים רבים יותר, בעיקר בגין ניצול לרעה של הליכים משפטיים על-ידי ההורה שעמו לא גרים הילדים.³²

2.3.2 ויתור על זכויות שלא במסגרת התדיינות משפטית

ביטול חזקת הגיל הרך עלול להשפיע לא רק על מתדיינים בפועל אלא גם, ואולי בעיקר, על בני זוג מתגרשים המנהלים הליכי משא ומתן או גישור. זאת, מכיוון שמשא ומתן וגישור בגירושין נעשים בצילו של המשפט הפורמאלי במונח זה שכל צד משקלל את סיכוייו וסיכוניו לאור ההשערות לגבי מה שיקרה אם המשא ומתן יכשל והעניין יצריך הכרעה שיפוטית.

ביטול חזקת הגיל הרך יהפוך את שאלת הטיפול בילדים לשאלה פתוחה. אבות יוכלו לנצל את העמימות המשפטית שתיווצר כדי ללחוץ על אמהות לוותר על זכויותיהן הרכושיות בתמורה להסכמת האב כי האם תמשיך לטפל בילדים על בסיס יומיומי. יש סכנה שאמהות תכנענה ללחץ הזה בשל רצונן להמשיך ולטפל בילדים ובשל החשש מהליכים משפטיים ממושכים ויקרים. במילים אחרות, גם אם בפועל מספר ההתדיינות המשפטיות בנושא האחריות ההורית לא יעלה באופן דרמטי בעקבות ביטול חזקת הגיל הרך, הרי שתהיה לו השפעה משמעותית גם על זוגות המתגרשים בהסכמה. נשים רבות "תסכמנה" לוותר על חלקן ברכוש המשפחתי בשל החשש והאיום של פתיחת חזית התדיינות בנושא הילדים.³³

מכיוון, שכפי שתואר לעיל, ברוב המקרים של המכריע של המורים, בסופו של דבר הילדים יטופלו בעיקר על-ידי אמם, הרי שביטול חזקת הגיל הרך עלול לגרום להרעה בתנאי הקיום של הילדים. ויתור של האם בחזית הממונית עקב לחץ טקטי לא הוגן ומיותר, פירושו בסופו של יום, פחות משאבים כלכליים לילדים.

2.3.3 תוכנית הורית ככלי להפחתת מזונות ילדים

ניסיון השטח של הח"מ מלמד כי כבר היום ישנם אבות הדורשים הסדרי ראייה רחבים כאמצעי להפחתת סכומי מזונות הילדים שבהם הם חייבים, ולא בשל רצונם האמיתי לטפל בילדיהם. בפועל, חלק מאבות אלה אינו מקיים את הסדרי הראייה שנקבעו אך עדיין נהנה מתשלומי מזונות מופחתים. ניתן להגיש בקשה לבית המשפט להגדלת המזונות אך הדבר דורש משאבים כלכליים ונפשיים, דבר המרתיע נשים רבות מלעשות זאת. אנו חוששות כי פוטנציאל הניצול לרעה, הקיים כבר כיום, יחריף אם תתקבל הצעת דעת הרוב לאמץ תוכנית הורית שאינה מכירה בעדיפות ברורה של ההורה המטפל העיקרי (בד"כ האם). במסווה של רצון לחלוק את האחריות ההורית,

³² ראו ה"ש 7.

³³ הנסיון מלמד כי השאלה הראשונה שמעלות רוב הנשים המגיעות ליעוץ לקראת גירושין היא האם יש סיכוי שהבעל "יקח להן את הילדים". כאשר עולה העניין לדיון הן מוכנות לוותר על רכוש ועל ממון כדי למנוע סיכון של צמצום הקשר שלהן עם ילדיהן.

ובשם "טובת הילד", יפתחו הליכים משפטיים שמטרתם האמיתית תהיה להקטין למינימום את סכום מזונות הילדים המושגים על האב.

אמנם, הצעת התיקון של הוועדה כוללת חובה לקיים את ההסכם ההורי, לרבות בקשר לחלוקת הזמנים בין ההורים (סעיף 10 להצעת הוועדה). אך בפועל, ספק רב אם אמהות, הכורעות תחת נטל הטיפול היומיומי ולעיתים אינן בעלות אמצעים, תעשנה שימוש בסעיף ותתבענה מאבות לקיים את התחייבויות הטיפול בילדים שנטלו על עצמם. כך, ייווצר מצב שבו גם לאחר חלוקת זמן הורי כמעט שוויוני בתוכנית ההורית, תוך הקטנת המזונות בהתאם, האם היא זו שתטפל בפועל בילד בלי המזונות שיבטיחו תנאי קיום נאותים לילד. כפי שכבר צוין לעיל, אנו חוששות כי התיקון עלול להביא למצב שבו די באיום בפתחת הליכים משפטיים כדי לגרום לאם "להסכים" לקבלת מזונות ילדים נמוכים מהדרוש, על מנת להימנע מהתדיינות בנושא הילדים. **כך או כך, לדעתנו, משמעות התיקון בהקשר זה היא פגיעה ברמת חייהם של ילדים.**

אנו גורסות כי אחת הדרכים למנוע שימוש ציני בתוכנית הורית ככלי להפחתת מזונות, היא על-ידי יצירת מנגנון פיצוי מוסכם למקרה של אי קיום התוכנית ההורית. כך, הורה שאינו מקיים את חובתו על פי חלוקת הזמן ההורי, ישלם להורה השני פיצוי מוסכם. מנגנון זה, יפחית מחד גיסא את הניסיון להשיג הסדר חלוקת זמן שוויוני, כאשר אין כוונה אמיתית לקיימו, ומאידך גיסא ישמש תמריץ לקיום ההסדר שהושג בסופו של דבר. הצעה זו הועלתה על ידינו במסגרת הדיון בנוסח האחד ל"הצעה/ההסכם לתוכנית הורית", כסעיפים שיכללו ב"תוכנית ההורית"³⁴, אך נדחתה, למצער, על ידי רוב חברי הוועדה, מתוך רצון להפריד בין הסדרי ההורות להסדרים הממוניים.

2.3.4 ההקשר המשפטי הישראלי הייחודי - סחטנות כלפי נשים במהלך הליכי הגירושין

החשש מריבוי התדיינות ומסחטנות ממונית דרך מאבק על ההסדר ההורי או איום במאבק כזה, שהוזכר בספרות גם בקשר למדינות אחרות,³⁵ גדול במיוחד בהקשר הישראלי.

בניגוד למדינות העולם המערביות, בישראל חולש על הליכי גירושין הדין הדתי. רק לבתי דין דתיים יש סמכות לדון בגט. בנוסף, הדין האזרחי מכפיף עצמו לדין הדתי בסוגיות מסוימות הקשורות לגירושין ומעניק גם לטריבונלים הדתיים סמכות לדון בהיבטים הממוניים של גירושין ולהכריע בסוגיות הוריות הקשורות לגירושין.

³⁴ במסגרת הדיונים על ניסוח הנוסח האחד של התוכנית ההורית העלו מחברות דעת המיעוט הצעה כי ההסכם יכלול סעיפים של פיצוי מוסכם על מנת להבטיח קיום אמיתי של הסדרי חלוקת הזמן. בנוסף הצענו כי בהסדר זה, ניתן יהיה לסמן את ההורה המטפל העיקרי, במקרה של חלוקת זמן בה צד אחד מטפל בילדים רוב הימים. גם הצעה זו למצער, לא התקבלה.

³⁵ לחשש זה, כמו גם לטענות בדבר נזקים ממוגדרים נוספים שגרם ביטול חוקת הגיל הרך במדינות אחרות, ראו A.M Fineman "Dominant Discourse, Professional Language, and Legal Change in Child Custody Decisionmaking" 101 *Har. L. Rev.* (1988) 727-774; N.D Polikoff "Why Are Mothers Losing: A Brief Analysis of Criteria Used in Child Custody Determinations" 7 *Women's Rights Law Reporter* (1982) 235-243; *Child Custody and the Politics of Gender* (London, ed. By C. Smart & S. Sevenhuijsen, 1989) K. T. Bartlett & C. B Stack "Joint Custody, Feminism and the Dependency Dilemma" *Berkeley Women's L.J* (1986) 9; B. Stark "Divorce Law, Feminism, and M. Becker "Strength ; Psychoanalysis: In Dreams Begin Responsibilities" 38 *U.C.L.A L. Rev* (1991) 1483-1532 in *Diversity: Feminist Theoretical Approaches to Child Custody and Same-Sex Relationship* 23 *Stetson L. Rev* (1994) 701-718; B. Boyd *Child Custody, Law, and Women's Work* (Oxford, 2003).

כפי שהודגש על-ידי מרכז רקמן ועל-ידי ארגוני הנשים שהופיעו בפני הוועדה, הדין הדתי ובתי הדין הדתיים פוגעים בנשים ומחלישים את כוחן במשא ומתן לגירושין. בהקשר של הדין היהודי והמוסלמי בולט כוחם של גברים להקים משפחה חדשה ללא הסכמת האישה מהנישואין הראשונים, בעוד שזו האחרונה תלויה בהסכמת הגבר להתרת הנישואין (בהקשר של הדין המוסלמי נוסף האיום המגולם בכלל הדתי המפקיד בידי האב את האחריות המשפטית לילדים והמאפשר לו למנוע מהם את טיפול האם במקרה שהיא מקימה זוגיות עם גבר אחר. בהקשר של הדין היהודי בולטת הבעייתיות שבכלל ההלכתי המעניק לאבות עדיפות בחינוך בניהם). התפיסה הפטריארכאלית המנחה את הדין ואת הדיינים הדתיים מאלצת נשים, כבר כיום, לוותר על זכויותיהן הרכושיות כדי לזכות בחירותן. חזקת הגיל הרך, מקטינה כיום את יכולת האב ליזום הליכי סרק בנושאי משמורת. ביטול חזקת הגיל הרך בלבד, באופן שמאפשר הליכי סרק וללא עריכת שינוי מקיף במצב המשפטי הקיים הפוגע בנשים, הוא בבחינת גזל כבשת הרש.

3. טובת הילד וטובת המבוגרים שעומו

3.1 טובת הילד כשיקול מרכזי במימוש אחריות הורית

אחד הנושאים שבהם עסקה הוועדה רבות הינו נושא טובת הילד ומרכזיותו בקביעת הכללים לטיפול בילד לאחר הגירושין. הוועדה הכריעה בסופו של דבר כי "**במימוש אחריותו ההורית יפעל ההורה כך שטובת הילד תהיה שיקול ראשון במעלה**".³⁶ זאת בניגוד לדעת המיעוט הגורסת כי על הסעיף לקבוע כי טובת הילד תהיה "**שיקול מרכזי**".

אנו סבורות כי יש להמשיג את טובת הילד **כשיקול מרכזי**, ולא **ראשון במעלה**, כיוון, שלדעתנו, הילד כמו גם טובתו, אינם מתקיימים בחלל ריק. הילד חי בתוך מארג משפחתי דינאמי ומורכב, וטובתם ורווחתם של המבוגרים המעורבים בחייו משפיעה על טובתו ועל רווחתו. במסגרת המשפחתית יש להכיר גם בזכויות ההוריות ולהתייחס לזיקות שבין הזכויות ההוריות לזכויות הילד. לטעמנו, הפרשנות הנכונה של אמנת זכויות הילד, היא זו הנותנת משקל חשוב ומרכזי לילד במשפחה, אך כנדבך מהמשפחה ולא כפרט בודד הקיים בפני עצמו. דעת המיעוט גורסת כי כל פרשנות אחרת של האמנה מעוותת את המציאות ועושה בסופו של דבר עוול לילד עצמו.

בהקשר זה נציין כי המושג "טובת הילד" אומץ על ידי כל הצדדים בשיח הציבורי, ככלי לחיזוק טיעוניהם. למעשה כל דובר "גייס" את טובת הילד לצידו עד כי בסופו של יום, דומה שמרוב עיסוק ב"טובת הילד" נשתכח מעט הילד עצמו.³⁷ כאמור, אנו מעדיפות גישה הרואה את טובת הילד כמרכיב מרכזי, אך אינה מתביישת להכיר בריש גלי גם בטובת חברים אחרים במשפחה כשיקול חשוב, על פני זו המאדירה את טובת הילד לכדי "שיקול ראשון במעלה" ועלולה, בסופו של יום שלא להטיב עם הילד.

³⁶ סעיף 3(א) להצעת החוק של הוועדה.

³⁷ הטיב לתאר זאת מנכ"ל המועצה לשלום הילד, ד"ר יצחק קדמן, בדבריו לוועדה כי יש שימוש רב ברטוריקה גבוהה של זכויות ילדים, ואולם במציאות, הילדים נשכחים בכל הסיטואציה של פירוד וגירושין בין הוריהם. אמנם, בעלי האינטרס, ההורים, אינם מדברים בשם עצמם, אלא מציגים כל דבר מנקודת הראות של טובת הילד, אך בפועל הם אינם דואגים לזכויות הילד, אלא לטובתם שלהם. במצבים כאלו, ילדים מצויים בסיכון גבוה, ובייחוד במקרים שבהם רמת הקונפליקט שבין ההורים היא גבוהה. יצויין כי גם ד"ר קדמן הצטרף לדעה של מרבית המומחים שהופיעו בפני הוועדה כי ביטול חזקת הגיל הרך יהווה פגיעה בטובתם של הילדים.

3.2. קשר בין הילד לשני הוריו

לדעת מחברות דעת המיעוט, גם העיסוק בקשר של הילד עם שני הוריו, כמוטיב מרכזי ל"טובת הילד", במנותק מהתמונה הכללית, כמו גם מהמצב המשפטי הקיים בישראל, עושה בסופו של דבר עוול לילד, עלול להגביר את המתיחות והקשיים עמו הוא מתמודד, את הקונפליקטים בין ההורים המשפיעים ישירות עליו, ולהטיל על כתפיו נטל כבד נוסף. כאמור, דעת המיעוט גורסת כי אין להתעלם מהמציאות החברתית והמשפטית שבה אנו חיים ויש להביא בחשבון את התמונה בכללותה, בבואנו לשקול שינוי החוק.

ביטוי מובהק לטענתנו ניתן למצוא בשאלת ההשלכות שראוי שתהיינה לאלמות אחד ההורים כלפי ההורה השני על הקשר של ההורה האלים עם הילד. הצעתנו כי סעיף 6 להצעת החוק, העוסק בהגבלת האחריות ההורית, יציין במפורש כי אלימות של אחד ההורים כלפי ההורה השני היא עילה להגבלת הקשר ההורי של ההורה האלים, נדחתה. הצעה זו נשענת על התובנה שחשיפה של ילד לאלמות של הורה אחד כלפי ההורה השני פוגעת קשות בילד, גם אם הילד לא היה בעצמו מושא לאותה אלימות,³⁸ ועל העמדה הערכית שעל-פיה אין לחייב הורה שסובל מאלימות מצד ההורה השני לקיים עמו קשר, כמתחייב במצב של תוכנית הורית המאפשרת להורה האלים להיות בקשר יומיומי עם הילד.

4. קשר עם הילד – חובה ולא זכות

דעת המיעוט גורסת כי החלטת הוועדה שהקשר עם הילד הינו חובה ולא רק זכות של ההורה היא הבשורה האמיתית שנושאת עימה הוועדה. כיום נתפסים הסדרי הראיה כזכותו של ההורה הלא משמורן הן מבחינה משפטית והן מבחינה חברתית. שינוי התפיסה עשוי להביא לכך שהסכמים בין הורים יערכו במחשבה תחילה ומתוך הבנה שמדובר בהסכם מחייב ולא ב"מחווה של רצון טוב" מצד אחד ההורים.³⁹

אנו סבורות כי קיום הסדרי ראיה, שכאמור מנסיון של מחברות דעת המיעוט, הינו ה"חוליה החלשה", חשוב מאין כמותו בראש ובראשונה לילד בכדי לשמור על היציבות והוודאות לאחר המשבר הקשה של הגירושין; וכן קיימת חשיבות בקיום ההסדרים כדי לאפשר גם לשני ההורים לשמור על שיגרת חיים לאחר הגירושין. כך למשל, להקפדה על קיום הסדרי ראיה או חלוקת הזמן ההורי יש משמעות כלכלית רבה עבור נשים אשר תוכלנה, בהסתמך על חלוקת זמן זו, להתקדם בעבודתן ולשפר את מצבן הכלכלי. אנו מודעות לכך שנסיונות החיים הן דינמיות וכי ישנם מצבים

³⁸ כאמור דעת המיעוט גורסת כי ילדים כעדים לאלמות במשפחה הם קורבנות אלימות בעצמם ויש לבחון בזהירות את הקשר שלהם עם ההורה האלים. זאת בניגוד לעמדה, לפיה כל עוד הילד עצמו אינו מושא האלימות, הרי שאין מקום להגביל או לפקח על הקשר בין ההורה האלים לילד. ראו, Smart, C., and Neale, B., (1999a). *Family Fragments?*. Cambridge: Polity Press, pp. 147-153.

³⁹ עם זאת, ספק רב אם הסעיף הודן בהפרת החובה ההורית לקשר עם הילד אכן יצליח לחייב את ההורה שאינו נושא בנטל העיקרי בטיפול בילד לשמור על קשר רצוף ויציב עם הילד. יצויין כי מדיוני הוועדה עלה גם כי מחברי דעת הרוב אינם מאמינים בכפיה כזו. זאת ועוד, על פי הצעת החוק של דעת הרוב, מדובר בסעיף המחייב התדיינות משפטית סבוכה ויקרה ומעמיד שוב את הילד במרכז הבמה, באופן שלא בהכרח משרת את טובתו. דעת המיעוט גורסת כי יש מקום לקבוע מנגנון קל ונוח להפעלה, שניתן לממשו גם ללא התערבות בית משפט, למשל באמצעות סעיף פיצוי בהסכם הורות. דעתנו זו נדחתה על-ידי רוב חברי הוועדה.

שבהם הסדרי הראייה שנקבעו אינם ברי מימוש לאורך זמן. במצבים אלה יש לשנות את ההסדר שגובש בהסכמה, תוך יצירת מסד קבוע ויציב חדש ותוך התייחסות להשלכותיו הכלכליות על המשפחה שלאחר-גירושיה.⁴⁰

5. הגירה

בשלהי ניסוח הדו"ח הוצע על ידי רוב הועדה להוסיף לחוק סעיף הדין בענייני הגירה של קטינים. ככלל, חשבנו אף אנו כי יהיה זה נכון להסדיר את נושא ההגירה, ובלבד שבמסגרת זו יוסדר גם נושא הגירתו של הורה ללא ילד. לתומנו, סברנו כי לאור עמדת הרוב בנושא חלוקת האחריות ההורית, ברור כי יש להסדיר גם את נושא הגירתו של הורה למדינה מרוחקת מהילד. בסופו של דבר הצעת הרוב מכבידה מאד על הורה המבקש להגר עם ילדו ומתעלמת לחלוטין מחובותיו של הורה המהגר לארץ אחרת ומותיר את ילדו בישראל. מכאן שהצעת הרוב יוצרת, לטעמנו, אפליה קשה בין מי שמבקש להגר עם הילד (ברוב המקרים האם) לבין מי שבוחר להתנתק מהילד (ברוב מהמקרים האב). אנו סבורות כי במצב דברים זה, עדיף להשאיר את המצב המשפטי הקיים היום, של בחינת בקשת הגירה עם ילד לאור טובת הילד וללא דרישת צורך, על כנו.

6. סיכום

לסיכום, מחברות דעת המיעוט סבורות כי על כל שינוי חקיקתי שיתקבל להביא בחשבון את המצב החברתי הקיים, את הייחודיות של דיני הגירושיה במשפט הישראלי ואת מחיר השינוי. אנו סבורות כי העקרונות העומדים מאחורי הצעת החוק המוצעת על-ידי רוב חברי הועדה הינם ברובם מבורכים, אך בחלקם הולכים שבי אחר מקסם עקרון השוויון הפורמאלי, שהוא מקסם שווה בכל הקשור למשפחתיות ולדיני המשפחה בישראל; זאת גם במחיר של פגיעה בפועל בשוויון המהותי. מחברות דעת המיעוט תומכות במעורבות פעילה של שני ההורים בגידול ילדיהם. ואולם, כאמור **איננו** סבורות כי ביטול חזקת הגיל הרך והחלפתה בעקרונות מנחים ללא העדפה להורה הנושא בנטל העיקרי, יביא לשינוי המבוקש. אנו סבורות כי ללא חזקה הנותנת יתרון דיוני לאם בהתאם למוצע על ידנו, חזקה אשר משקפת את המצב החברתי-משפטי האמיתי בארץ, תגרם פגיעה ישירה בילדים. העדר חזקה כזאת תגרום לריבוי התדיינותיות או לויתור של אמהות על זכויות רכושיות וממוניות, כדי להימנע מהתדיינותיות אלה. אמהות חד הוריות וילדיהן מהווים גם כן חלק נכבד מ"הגרעין הקשה" של אוכלוסיית העוני בישראל. עוני אינו לטובת אף ילד. נמצא שבמקום לעודד הסכמים לטובת הילד, הצעת החוק עלולה לעודד התדיינותיות משפטיות על טובת הילד או הסכמים שהם תולדה של חשש מהתדיינותיות אלה.

חשוב להדגיש כי, לדעתנו, התדיינותיות משפטיות, שברוב המקרים לא יובילו לתוצאה של שוויון בנטל ההורי,⁴¹ משמען "בזבוז" זמן רב מרגע פרוץ סכסוך הגירושיה ועד ליישובו. זמן הוא משאב קריטי בחיי ילד. כולנו מסכימים כי טובתו של הילד הינה צמצום הזמן שבו ילד שוהה תחת הצל הקודר של מאבק הגירושיה בין הוריו. הרחבת מסגרת זמן זו נוגדת לחלוטין את טובת

⁴⁰ר' תוספת ס"ק 6 של דעת המיעוט לסעיף 10 של הצעת החוק מטעם הרוב.
⁴¹כזכור, במדינות שביטלו את חזקת הגיל הרך – אמהות עדיין נותרו המשמורן העיקרי ברוב המקרים של המקרים.

כל ילד. אנו מאמצות את עמדת המועצה לשלום הילד (המתנגדת לביטול חזקת הגיל הרך) כי נקודת המוצא לקביעת הסדר בעניינו של קטין בין הוריו הפרודים צריכה להיות **מדור שקט לילד**. מימוש זכותו של ילד לקשר עם בן משפחה, שמימושו יהיה כרוך בויכוחים, מריבות או הליכים משפטיים מתמשכים, באופן המערער את שלווה ילדותו, עלול להתברר כ"חיבוק דוב" שיפגע בילד יותר מאשר ייטיב עמו.

אנו תומכות בעידוד קשר מיטבי של שני ההורים עם ילדיהם לפני הגירושין ולאחריהם וסבורות שהדרך הנכונה לעשות זאת הינה עידוד בניה משותפת של תוכנית הורית בין הצדדים (כפי שפורט בדוח) ועידוד השימוש בהליכי גישור, ייעוץ ויישוב סכסוכים, תוך הפנית משאבים לצורך טיפול וגישור מקצועי. היה ולא יצליחו הצדדים בדרכים הללו אזי בית המשפט, בבואו לבנות תוכנית הורית מיטבית, ייתן עדיפות להורה שהיה המטפל העיקרי בילד ערב הגירושין, אלא אם כן יוכח שטובתו של הילד מחייבת פעולה אחרת⁴². אנו סבורות שראוי כי החוק ייתן עדיפות לאם כמטפלת עיקרית, כיוון שבמציאות הישראלית זהו המצב בפועל ברובם המכריע של המקרים. באופן זה יופחתו הדיונים המשפטיים ויתקיימו רק במקרים המועטים שבהם המציאות המשפחתית הייתה שונה מהאמור וההורים לא הגיעו להסכמה. דרך זו משקפת את המציאות החברתית הנוהגת במרבית המקרים, אך אינה מונעת התאמה אישית של הסדרי ההורות לכל משפחה ומשפחה. ללא חזקה כלשהי ילדי ישראל ימצאו משלמים מחיר רגשי ואף כלכלי כבד על מזבח עקרונות השוויון הפורמאלי, הרחוקים מהמציאות המשפחתית הישראלית ומהשוויון המהותי.

ברצוננו לציין כי חלק נכבד מאנשי המקצוע והגופים שהעידו או ששלחו חוות דעת בפני הועדה סברו גם הם כי יש להותיר את חזקת הגיל הרך או לקבוע חזקה בחוק שתתן עדיפות לאם או להורה המטפל העיקרי מהסיבות שצינו בחוות דעתנו, ביניהם: ד"ר רות הלפרין קדרי, ד"ר רונה שוז, ד"ר יצחק קדמן, עו"ד רוברט ליכט פטרן, נציגי לשכת עורכי הדין ונציגות ארגוני הנשים. גם אנשי המקצוע שביקשו לבטל את החזקה הכירו למעשה בעובדה שהמצב בפועל לא ישתנה באופן מהותי ורק ביקשו מסלול שמאפשר קשר מירבי עם שני ההורים. השילוב בין הצעת החוק המוצעת על ידי הוועדה תוך הוספת החזקה המוצעת על ידינו, באחת משתי גרסאותיה, ושאר התיקונים המוצעים בזאת תיתן, לדעתנו, את המענה המיטבי לבניית קשר מיטבי של הילד עם שני הוריו.

אנו מצרפות כנספח תיקונים להצעת החוק של דעת הרוב, התואמים את עמדותינו, שפורטו לעיל. ההצעה הראשונה כוללת את חזקת ההורה המטפל העיקרי וההצעה השנייה מותירה את חזקת הגיל הרך על כנה.

ד"ר דפנה הקר

עו"ד גלית סנה לוריה

עו"ד גלי עציון

⁴² ר' לעניין זה ההבדלים בין גרסאות דעת המיעוט בהצעה לתיקון סעיף 9(ב)

תיקונים להצעת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות – דעת המיעוט

1. **בסעיף 2 (אחריות הורית)** - ס"ק (א) - (ג) יהפכו ל- (ב) - (ד) בהתאמה ולפניהם יבוא:
(א) להורים אחריות הורית כלפי ילדיהם והם האפוטרופסים הטבעיים של ילדיהם⁴³.
2. **בסעיף 3 (טובת הילד) - בס"ק (א) במקום המילים:** "תהיה שיקול ראשון במעלה" יבוא: "תהיה שיקול מרכזי"⁴⁴.
3. **בסעיף 5 (שיתוף פעולה בין הורים) - בס"ק (ב) לאחר המילים:** "חייבים שני ההורים לפעול בשיתוף פעולה", יבוא: "במידת האפשר".
ס"ק (ג) ימחק⁴⁵.
4. **בסעיף 6 (הגבלת האחריות ההורית) - לאחר ס"ק (ב) יבוא:**
(ג) בסעיף זה - פגיעה של ממש - לרבות בנסיבות המפורטות בסעיף 3 חוק למניעת אלימות במשפחה התשנ"א, 1991, בין אם התקיימו כלפי הילד ובין אם כלפי ההורה השני⁴⁶.
5. **בסעיף 9 (הסדר הורות על ידי בית המשפט) -**
בס"ק (ב) מוצע להחליף את סדר הקרטיונים לסדר הבא:
ס"ק (5) יהפוך ל ס"ק (2), ס"ק (4) יהפוך לס"ק (3) וס"ק (3) יהפוך לס"ק (4) ס"ק (6) יהפוך לס"ק (5), ס"ק (7) יהפוך לס"ק (6) וס"ק (2) יהפוך לס"ק (7).⁴⁷

לאחר ס"ק (ב) יבוא:

גרסה א' - ד"ר דפנה הקר ועו"ד גלית סנה-לוריה

- (ג) חזקה כי טובת הילד מחייבת כי ישהה במרבית הזמן עם ההורה ששימש כהורה המטפל העיקרי בקטין במשך מרבית חייו בטרם פרידת ההורים; הטוען כי המטפל העיקרי בקטין אינו אימו עליו נטל ההוכחה.
- (ד) בסעיף זה - "הורה מטפל עיקרי" - הורה אשר התקיימו לגביו מרבית התנאים הבאים:
 - (1) ההורה שבמחיצתו שהה הקטין זמן רב יותר.
 - (2) ההורה שביצע את עיקר הטיפול הפיזי בקטין.
 - (3) ההורה שהיה בקשר רב יותר עם מטפלים נוספים בקטין ועם מוסדות חינוך ובריאות בקשר לקטין.

⁴³ **הסבר לתיקון סעיף 2** - תיקון זה בא ליצור האחדה עם מושגי היסוד בחוק הכשרות המשפטית ולשמור על המסגרת המשפטית של החוק.

⁴⁴ **הסבר לתיקון סעיף 3** - כאמור, לדעתנו יש לתת חשיבות מרכזית לטובת הילד, כחלק ממארג המשפחה ולא כשיקול ראשון במעלה.
⁴⁵ **הסבר לתיקון סעיף 5** - לדעתנו מכלל ההן נשמע הלאו. הקביעה כי מותר להורה לפעול על דעת עצמו במקרים שאינם סובלים דיחוי מעלה חשש לפרשנות המחייבת אישור על כל פעולה יומיומית קטנה. אנו סבורות כי די באמירה בס"ק (ב) בדבר שיתוף פעולה, בהוספת הסייג - במידת האפשר.
⁴⁶ **הסבר לתיקון סעיף 6** - הוספת ס"ק (ג) נועדה להבהיר את משמעות המונח "פגיעה של ממש".

⁴⁷ **הסבר לסעיף 9 (ב)** - למרות, שלכאורה, אין הבחנה בחשיבות בין הסעיפים, יש לדעתנו בכל זאת חשיבות לסדר הופעת הקריטריונים ושינוי המיקום הוא על פי סדר החשיבות הנראה לנו נכון.

(4) ההורה ששהה עם הקטין במרבית ימי המחלה והחופשות.⁴⁸

גירסה ב' לסעיף 9 - עו"ד גלי עציון

(ב) בבוא בית המשפט לקבוע הסדר ההורות על פי טובת הילד כאמור בסעיף 3, רשאי בית- המשפט לקבוע את הענינים האמורים כפי שייראה לו לטובת הילד, ובלבד שילדים עד גיל 6 יהיו אצל אמם אם אין סיבות מיוחדות להורות אחרת.⁴⁹

6. **בסעיף 10 (הפרת האחיות ההורית) – בס"ק (3) במקום המילים: "לתת התחייבות שישתתף"**

יבוא: "להשתתף"

בס"ק (5) לאחר המילים: " או בהסדר ההורות" יבוא: "או בהסדרים ממוניים, ככל שיידרש".

אחרי ס"ק (5) יבוא:

(6) בבוא בית המשפט לאשר או להכריע לגבי הסכם הורות או הסדר הורות, רשאי הוא

לקבוע פיצוי קבוע מראש בגין אי קיום ההסכם או ההסדר על ידי אחד מהצדדים.⁵⁰

⁴⁸ **הסבר לתיקון סעיף 9** – תוספות אלה יוצרות, לדעת ד"ר הקר ועו"ד סנה לוריה חזקה דיונית המונעת דיוני סרק וייתורים ממוניים כמפורט בחוות הדעת. . בה בעת מדובר בחזקה הניתנת לסתירה במצבים שבהם שני ההורים חלקו את הטיפול בילד או שהאב היה המטפל העיקרי.

⁴⁹ **הסבר לתיקון סעיף 9** – לדעת עו"ד עציון טרם בשלה השעה להסיר את ההגנה הדיונית הקיימת מהאם ואין בכך כדי להפחית מהתיקונים האחרים שנעשו בחוק, ולפיכך יש להותיר את הסעיף על כנו.

⁵⁰ **הסבר לתיקון סעיף 10** – כאמור, לדעתנו, יש לאפשר יצירת מנגנון מוסכם מראש, שיאפשר אכיפה יעילה של הסדר ההורות או פיצוי בגין הפרתו, ללא צורך בפתוחת הליכים יקרים, אשר יגזלו שעות שיפוט יקרות.

דעת מיעוט – עו"ד איאד זחאלקה, מנהל בתי הדין השרעיים

תאריך: 1.7.07

לכבוד
פרופ' שניט
יו"ר הועדה הציבורית לאחריות הורית בגירושין

שלום רב,

הנידון: עמדת בתי הדין השרעיים באשר להצעות תיקון חוק הכשרות המשפטית

הננו סבורים כי הרעיון של הדגשת האחריות המשותפת של ההורים, גם לאחר התרת נישואין או פירוד, וביסוסה בחקיקה הוא מעשה ראוי, בהיותו מכוון בעיקר לשפר את המצב המשפטי המצוי של ילדים, אשר מתגלע סכסוך בעניין המשמורת עליהם. התיקונים המוצעים בעניין האחריות המשותפת של שני ההורים, אשר נדונו בוועדה ביסודיות, ע"י חברי הועדה והאורחים הנכבדים שהופיעו בפניהם, הם משמעותיים בכיוון זה, ולפי מיטב הבנתנו אינם נוגדים את ההלכה המוסלמית ואף מגשימים את רוח ההלכה, אשר תמיד משדלת לחיזוק הקשר בין כל בני המשפחה, והשקעת מאמצים בגידול הילד וחינוכו. אולם יחד עם זאת הנני מבקש להעיר למסקנות הביניים של הועדה ותיקוני החקיקה המוצעים, ההערות להלן:

1. מושג טובת הילד, הוא מושג מסגרת רחב הסובל תכנים שונים, אולם בעיקר הוא צריך לעגן את האינטרסים של הילד לקיום פיזי ונפשי, וגידולו וחינוכו על הצד הטוב ביותר, בהתאם לתנאי המקום והזמן בו נמצא הילד, כאשר על החינוך להתבסס על הערכים והנורמות הציבוריות והחברתיות והדתיות המקובלות בסביבתו של הילד ובחברה בה הוא גדל. **לכן לדעתי יש להוסיף בהגדרת טובת הקטין את זכותו של הילד לחינוכו לאור הערכים והנורמות הדתיות והחברתיות המקובלות, ולא להסתפק בהצגת המימד הרוחני בסעיף 2 של האחריות ההורית.**

2. באשר לחזקת הגיל הרך, הקשר בין ילדים בגיל הרך לבין אמם, חזק מהקשר בינם לבין אביהם. ההלכה המוסלמית הדגישה את הקשר המיוחד הזה, והמבוסס על הצרכים של הילד בגיל הרך והחיוניות בהימצאו עם אמו. כך קבע הנביא מוחמד עליו השלום, אשר יש לקבל את דבריו כדברי אלוהים חיים ואין מהרהרים אחרי הקביעות שלו על פי האמונה המוסלמית, שיש עדיפות ויתרון לאם להחזיק בילד בגיל הרך ולטפל בו כל עוד לא נישאה לאחר, דבר המחזק ומבסס בצורה ברורה את חזקת הגיל הרך הקבועה בסעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית.

3. טובתו של הילד היא שיקול ראשון במעלה בדין הדתי המוסלמי, והיא דוחה חזקות שבדין ושיקולים אחרים. חזקת הגיל הרך הנתמכת על ידי קביעה דתית מפורשת של הנביא, ונתמכת על ידי מחקרים פסיכולוגיים, משקפת את המציאות בפועל, ברוב המכריע של המקרים היא עשויה לצמצם, במידה ניכרת, את הסכסוך בין בני הזוג הנפרדים, ובכך למנוע התדיינות מיותרת בסוגיה סבוכה זו, דבר אשר בסופו של דבר משרת את טובת הילד במידה המרבית. יוצא, כי עדיף לא להביא עניין זה לידי התנגשות בין הדין האזרחי והדין הדתי, **ולכן הננו מתנגדים לביטול חזקת הגיל הרך, שהוכיחה את עצמה במציאות הקיימת.**

4. ההלכה המוסלמית קבעה חזקות, המגלמות את טובת הילד, ואשר מנחות את הקאדי בעת הכרעתו במשמורת ילדים אולם חזקות אלה ניתנות לסתירה כאשר קיימות ראיות לכך כי דווקא באותו מקרה ספציפי, טובת הקטין עומדת בניגוד לאותן חזקות, היינו חזקות אלה שבדין הדתי מטילות את חובת הראייה על הטוען בניגוד לחזקות אלה. על כן, הננו מבקשים **להתייחס אל החזקות המשקפות את טובת הילד כשיקול בעת ההכרעה**

בענייני המשמורת וקביעת תנאיה, ואשר עשויות גם לצמצם את המחלוקת ולצמצם את הליך ההתדיינות המשפטית.

כאן הננו מבקשים לציין כי החלפת דין דתי בדין אזרחי קלה לביצוע בבתי המשפטי האזרחיים, הרואים בחוקי המדינה את מקור סמכותם היחיד, ואילו בתי הדין הדתיים רואים את עצמם בראש ובראשונה כמערכת שיפוט אוטונומית ונאמנותם נתונה, באופן טבעי לדין הדתי לפיו הם דנים. בעניין זה כותב במאמרו פרופ' יצחק אנגלרד, מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי, משפטים, כרך ד' תשל"ב - ג- 3-1972, 31 בעמ' 44-45: "כאן ניצבים גבולות ברורים לכוחה של המדינה לכפות על הדיינים הדתיים את חוקיה שלה, תוך כדי סטייה מהדינים הדתיים. פרופ' טדסקי - בדונו באפשרות הטלת גזירות על בתי הדין, שיש בהן משום סתירת יסודות הדין הדתי מציין, בצדק כי התערבות ישירה זו של המחוקק "הייתה גורמת שנאה וסופה הייתה נמצאת בלתי יעילה. שנאה - משום שנפשו של אדם סולדת מפני כפייה על המצפון הדתי. בלתי יעילה - משום שבתי הדין הדתיים היו מתמרדים, ובצדק נגד הגזירה".

בכבוד רב,

עו"ד איאד זחאלקה
מנהל בתי הדין השרעיים
חבר הועדה

תוספת

(סעיף 21)

הסכם הורות קבוע או זמני

ההורים:

שם הורה א': _____ ת.ז. _____
כתובת: _____
מספר טלפון: _____
כתובת דוא"ל: _____ (להלן: "הורה א'")

שם הורה ב': _____ ת.ז. _____
כתובת: _____
מספר טלפון: _____
כתובת דוא"ל: _____ (להלן: "הורה ב'")

הילדים:

שם הילד/ה	מס' ת.ז.	תאריך לידה	מין	כתובת
_____	_____	_____	_____	_____
_____	_____	_____	_____	_____
_____	_____	_____	_____	_____

("כל ילד/ה לחוד וכן כל הילדים יחדיו יקראו להלן: "הילדים")

בקשה לקביעת הסדרי הורות/לאישור ולמתן תוקף פסק דין/החלטה להסכם הורות

(בחר את האפשרות המתאימה)

- מוגש בזאת לבית המשפט/בית הדין הסכם הורות שנערך על ידי שני ההורים.
- למתן תוקף של החלטה כהסכם הורות זמני לתקופה _____ ..
- למתן תוקף של פסק דין כהסכם הורות קבוע.

- מוגשת בזאת לבית המשפט/בית הדין הצעה להסכם הורות שנערך על ידי _____ [שם ההורה]
- ההצעה הינה לצורך:
- דיון בהסדר הורות זמני לתקופה _____ .
- דיון בהסדר הורות קבוע.

הודעה חשובה:

סעיפי הסכם זה הינם בעלי השלכות משפטיות משמעותיות. מומלץ לעיין בחוברת ההסבר למילוי הסכם זה אשר ניתן לקבל במזכירות בתי המשפט לענייני משפחה ובתי הדין והזמינה לעיון באתר האינטרנט _____, בטרם מילוי סעיפי ההסכם. כמו כן מומלץ להיוועץ בעורך דין להבנת ההשלכות המשפטיות של סעיפי הסכם זה.

1. מבוא

ההורים מצהירים כי הסכם זה נערך מתוך הכרה שטובת כל אחד מילדיהם היא שיקול ראשון במעלה וכי יפעלו לצורך קידום:

- א. מעורבות של שני ההורים בגידול ילדיהם.
- ב. קשר משמעותי, אישי, ישיר וסדיר של ילדיהם עם שני הוריהם.
- ג. שיתוף פעולה בין ההורים לטובת ילדיהם.
- ד. יישוב מחלוקותיהם בדרכי שלום.
- ה. מניעה, כמיטב יכולתם, לחשיפת ילדיהם למחלוקות בין ההורים.

2. כללי

- א. ההורים מתחייבים לדאוג במסירות לטיפול, לחינוך ולבריאות ילדיהם.
- ב. ההורים מתחייבים לחנך את הילדים לכיבוד ולהערכה לכל אחד מהם ולבני משפחותיהם.
- ג. כל אחד מההורים, בזמני שהותו עם הילדים, יאפשר חיזוק והעמקת הקשר של הילדים עם בני המשפחה המורחבת.
- ד. שם המשפחה של הילדים לא ישונה, אלא בהסכמת שני ההורים בכתב.
- ה. כל אחד מן ההורים מסכים שההורה השני יקבל מידע מכל גוף שהילדים קשורים אליו.
- ו. ההורים מתחייבים לעדכן איש את רעהו באופן שוטף לגבי אירועים או עניינים הנוגעים לילדים.

3. בריאות

- א. כל הורה יעניק לילדים בזמן שהייתם אצלו טיפול בריאותי שוטף, לרבות ביקור שגרתי או דחוף אצל רופא, מעקב רפואי, מתן תרופה וכד'.
- ב. כל אחד מן ההורים מסכים שההורה השני יקבל מידע מכל אדם או גוף שטיפל בבריאותם הגופנית או הנפשית של ילדיהם.
- ג. ביטוח בריאות עבור הילדים:

הילדים יהיו מבוטחים בבטוחי הבריאות באמצעות:

קופת חולים _____ חברת ביטוח _____ אחר _____

- ביטוחי הבריאות ישולמו על ידי: _____ [מלא את שם ההורה]
- בקופת החולים _____ בחברת הביטוח _____ אחר _____
- [שם ההורה] ידאג להוצאת כרטיס מגנטי שני מקופת החולים בה מבוטח הילד.
- ד. קבלת החלטות בענייני בריאות:
1. קבלת החלטה, מתן הסכמה או אישור לטיפול רפואי בילדים תהיה נתונה: (בחרו באפשרויות המתאימה):
- לשני ההורים. ההורים יפעלו יחדיו בהסכמה הדדית ובהעדר הסכמה לפי אחת מהאפשרויות הבאות:
- על פי המלצת הגורם המקצועי המטפל.
- על פי החלטת _____.
- ההחלטה תתקבל על ידי _____ [שם ההורה].
- אחר _____
2. קבלת החלטה, מתן הסכמה או אישור לתת לילדים טיפול פרא רפואי תהא נתונה (בחרו באפשרויות המתאימה):
- לשני ההורים. ההורים יפעלו יחדיו בהסכמה הדדית ובהעדר הסכמה לפי אחת מהאפשרויות הבאות:
- על פי המלצת גורם מקצועי- _____.
- על פי החלטת _____.
- ההחלטה תתקבל על ידי _____ [שם ההורה].
- אחר _____
3. קבלת החלטה מתן הסכמה או אישור לתת לילדים טיפול פסיכולוגי או פסיכיאטרי תהא נתונה:
- לשני ההורים. ההורים יפעלו יחדיו בהסכמה הדדית ובהעדר הסכמה לפי אחת מהאפשרויות הבאות:
- על פי המלצת גורם מטפל מקצועי / רופא משפחה / פסיכולוג, פסיכיאטר / יועץ חינוכי / גורם אחר העובד עם הילד.
- על פי החלטת _____.
- ההחלטה תתקבל על ידי _____ [שם ההורה].
- אחר _____
- ה. במקרה חרום - בו קיימת סכנה מיידיית לשלומם של הילדים ו/או לבריאותם, לכל הורה הזכות והחובה להסכים ולאשר טיפול רפואי, טיפול שיניים או ניתוח וזאת, לאחר שנקט באמצעים סבירים, בנסיבות העניין, להשגת הסכמתו של ההורה השני.

לא הצליח ההורה ליידע את משנהו בטרם הפעולה הרפואית הדחופה, חלה עליו החובה ליידע את ההורה האחר על כך בהקדם האפשרי.

ו. עלויות:

ההורים מצהירים כי ידוע להם כי הסעיפים המופיעים בפרק הבריאות בהסכם ההורות עשויים להיות כרוכים בעלויות מיוחדות. נושא העלויות וחלוקתם בין ההורים יוסדר בהתאם לאמור בהסדר המזונות לילדים או בהעדר הסכמה לפי החלטתו של בית המשפט.

4. חינוך

א. קבלת מידע והתייעצות:

1. כל אחד מן ההורים מסכים שההורה השני יקבל מידע מכל אדם או גוף הקשור בחינוכם של הילדים, לרבות מידע על אסיפות הורים, התקדמותם של הילדים בלימודים, רוחתם ואירועים במסגרת החינוכית בה הם נמצאים. כל הורה רשאי להתייעץ עם כל גורם מקצועי במסגרת החינוכית בה נמצאים הילדים.
2. מוסכם כי שמותיים ופרטיהם של שני ההורים יופיעו ברשומות של המסגרות החינוכיות של ילדיהם לשם קבלת מידע, יידוע במקרה חירום ורישום ברשימת הקשר הכיתתית של הילדים.
3. כל אחד מן ההורים מסכים שלשני ההורים הזכות והחובה לחתום על תעודות הילדים.

ב. קביעת מסגרות הלימוד:

- הילדים ימשיכו ללמוד במסגרת החינוך הנוכחית או במסגרת חינוכית אחרת המשתייכת לאותו זרם חינוכי.
- אחר _____

ג. השתתפות בפעילויות של המסגרת החינוכית:

לשני ההורים הזכות לקחת חלק בכל הפעילויות במסגרת החינוכית של ילדיהם לרבות, אירועים בית ספריים, אסיפות הורים, מסיבות, טקסים, אירועים מיוחדים, טיולים וכד' (בפעילויות שאינן מאפשרות השתתפות של יותר מהורה אחד, יעשה התיאום בין ההורים).

ד. חוגים, תנועות נוער ופעילויות משלימות (להלן- "פעילויות"):

- כל הורה יהיה אחראי להשתתפות ילדיו בפעילויות בעת שהותם עימו :
- כל ילד ישתתף לכל היותר ב _____ חוגים באותה העת.
- בחירת הפעילויות תעשה בהסכמה בין ההורים לאחר היוועצות עם הילד
- בחירת הפעילויות תעשה ע"י הורה _____ (ציין שם ההורה) לאחר היוועצות עם הילד.

□ אחר _____

ה. שיעורים פרטיים לתגבור הלימודים:

החלטה בדבר השתתפות הילד בשיעורים פרטיים לתגבור הלימודים תתקבל: (ניתן למלא יותר ממשבצת אחת)

□ על פי בקשת הילד.

□ בהסכמה בין ההורים ולאחר היוועצות עם הילד.

□ בהעדר הסכמת ההורים יכריע בעניין קיום שיעורי התגבור המורה המלמד את הילד את המקצוע בו נדרש תגבור.

□ ע"י הורה _____ (ציין שם ההורה) ולאחר היוועצות עם הילד.

□ אחר _____.

ו. עלויות:

ההורים מצהירים כי ידוע להם כי הסעיפים המופיעים בפרק חוגים, פעילויות, תנועות נוער ומסגרות משלימות ובפרק שיעורים פרטיים לתגבור הלימודים בהסכם ההורות עשויים להיות כרוכים בעלויות מיוחדות. נושא העלויות וחלוקתם בין ההורים יוסדר בהסדר המזוונות לילדים או בהעדר הסכמה לפי החלטתו של בית משפט.

5. תוכנית הורית

א. כל הורה יהיה אחראי בעת זמני השהיה של הילדים עמו לשלומם, לבריאותם ולטיפול בכל צרכיהם. האחראיות ההורית חלה על כל שעות השבוע. מפורטת בזאת תוכנית הורית אשר מפרטת את חלוקת השהות של הילדים עם הוריהם באופן שבו בכל עת יהיה הורה האחראי על הילדים. (ניתן להיעזר במילוי הטבלה שבנספח א' לצורך בחינה שלא נותרו שעות אשר אינן מוסדרות ולצרפה כנספח להסכם זה).

ב. במחזוריות של שבועיים, ישהה או ישאו _____ [שם הילד או שמות הילדים] אצל ההורים בהתאם לפירוט המופיע להלן:

1. בימי השבוע:

שבוע 1

□ ביום א' :

□ כל היום ישאו אצל הורה _____.

□ משעה _____ (מקום איסוף: _____) עד ליום _____ בשעה _____

□ (מקום השבה _____) ישאו אצל הורה _____ ובשאר השעות

אצל הורה _____.

□ ישהו הילדים אצל ההורה _____ מסיום הלימודים באותו יום, לרבות לינה ועד לתחילת הלימודים ביום שאחריו. בשעות הלימודים הילד יהיה באחריות הורה _____.

□ אחר _____

□ ביום ב' :

□ כל היום ישהו אצל הורה _____

□ משעה _____ (מקום איסוף: _____) עד ליום _____ בשעה _____ (מקום השבה: _____) ישהו אצל הורה _____ ובשאר השעות אצל הורה _____.

□ ישהו הילדים אצל ההורה _____ מסיום הלימודים באותו יום, לרבות לינה ועד לתחילת הלימודים ביום שאחריו. בשעות הלימודים הילד יהיה באחריות הורה _____.

□ אחר _____

□ ביום ג' :

□ כל היום ישהו אצל הורה _____

□ משעה _____ (מקום איסוף: _____) עד ליום _____ בשעה _____ (מקום השבה: _____) ישהו אצל הורה _____ ובשאר השעות אצל הורה _____.

□ ישהו הילדים אצל ההורה _____ מסיום הלימודים באותו יום, לרבות לינה ועד לתחילת הלימודים ביום שאחריו. בשעות הלימודים הילד יהיה באחריות הורה _____.

□ אחר _____

□ ביום ד' :

□ כל היום ישהו אצל הורה _____

□ משעה _____ (מקום איסוף: _____) עד ליום _____ בשעה _____ (מקום השבה: _____) ישהו אצל הורה _____ ובשאר השעות אצל הורה _____.

□ ישהו הילדים אצל ההורה _____ מסיום הלימודים באותו יום, לרבות לינה ועד לתחילת הלימודים ביום שאחריו. בשעות הלימודים הילד יהיה באחריות הורה _____.

□ אחר _____

□ ביום ה' :

- כל היום יהיו אצל הורה _____
- משעה _____ (מקום איסוף: _____) עד ליום _____ בשעה _____
- _____ (מקום השבה) יהיו אצל הורה _____ ובשאר השעות אצל הורה _____.
- יהיו הילדים אצל ההורה _____ מסיום הלימודים באותו יום, לרבות לינה ועד לתחילת הלימודים ביום שאחריו. בשעות הלימודים הילד יהיה באחריות הורה _____.
- אחר _____

שבוע 2

ביום א' :

- כל היום יהיו אצל הורה _____
- משעה _____ (מקום איסוף: _____) עד ליום _____ בשעה _____
- _____ (מקום השבה) יהיו אצל הורה _____ ובשאר השעות אצל הורה _____.
- יהיו הילדים אצל ההורה _____ מסיום הלימודים באותו יום, לרבות לינה ועד לתחילת הלימודים ביום שאחריו. בשעות הלימודים הילד יהיה באחריות הורה _____.
- אחר _____

ביום ב' :

- כל היום יהיו אצל הורה _____
- משעה _____ (מקום איסוף: _____) עד ליום _____ בשעה _____
- _____ (מקום השבה) יהיו אצל הורה _____ ובשאר השעות אצל הורה _____.
- יהיו הילדים אצל ההורה _____ מסיום הלימודים באותו יום, לרבות לינה ועד לתחילת הלימודים ביום שאחריו. בשעות הלימודים הילד יהיה באחריות הורה _____.
- אחר _____

ביום ג' :

- כל היום יהיו אצל הורה _____
- משעה _____ (מקום איסוף: _____) עד ליום _____ בשעה _____
- _____ (מקום השבה) יהיו אצל הורה _____ ובשאר השעות אצל הורה _____.

□ ישהו הילדים אצל ההורה _____ מסיום הלימודים באותו יום, לרבות לינה ועד לתחילת הלימודים ביום שאחריו. בשעות הלימודים הילד יהיה באחריות הורה _____.

□ אחר _____

□ ביום ד' :

□ כל היום ישהו אצל הורה _____

□ משעה _____ (מקום איסוף: _____) עד ליום _____ בשעה _____ (מקום השבה _____) ישהו אצל הורה _____ ובשאר השעות אצל הורה _____.

□ ישהו הילדים אצל ההורה _____ מסיום הלימודים באותו יום, לרבות לינה ועד לתחילת הלימודים ביום שאחריו. בשעות הלימודים הילד יהיה באחריות הורה _____.

□ אחר _____

□ ביום ה' :

□ כל היום ישהו אצל הורה _____

□ משעה _____ (מקום איסוף: _____) עד ליום _____ בשעה _____ (מקום השבה _____) ישהו אצל הורה _____ ובשאר השעות אצל הורה _____.

□ ישהו הילדים אצל ההורה _____ מסיום הלימודים באותו יום, לרבות לינה ועד לתחילת הלימודים ביום שאחריו. בשעות הלימודים הילד יהיה באחריות הורה _____.

□ אחר _____

2. בסופי שבוע :

□ בסוף השבוע הראשון ישהו הילדים אצל ההורה _____.

□ מיום שישי בשעה _____ (מקום איסוף _____) עד ליום שבת בשעה _____ (מקום השבה _____).

□ מיום שישי בשעה _____ (מקום איסוף _____) עד לתחילת הלימודים ביום ראשון.

□ מיום _____ בשעה _____ (מקום איסוף _____) עד ליום _____ בשעה _____ (מקום השבה _____).

□

□ אחר _____

- בסוף השבוע השני יהיו הילדים אצל ההורה _____:
- מיום שישי בשעה _____ (מקום איסוף _____) עד ליום שבת בשעה _____ (מקום השבה _____).
- מיום שישי בשעה _____ (מקום איסוף _____) עד לתחילת הלימודים ביום ראשון.
- מיום _____ בשעה _____ (מקום איסוף _____) עד ליום _____ בשעה _____ (מקום השבה _____).
-
- אחר _____

3. חגים וחופשות:

- א. התוכנית ההורית בחגים ובחופשות תהיה על פי המפורט בנספח ב' המהווה חלק בלתי נפרד מתוכנית זו. לצורך טבלה זו "חג" מוגדר מערבו של החג בשעה _____ ועד _____ בשעה _____.
- ב. התוכנית לחלוקה של זמני ההורות בחגים ובחופשות תבוא בימים אלה במקום התוכנית ההורית הרגילה המפורטת בסעיף 5 ב'2-1 לעיל לעיל. אם יוצר רצף ארוך של ימים שבהם יהיו הילדים אצל הורה אחד, ההורים מסכימים לתאם ביניהם הסדר חילופי.
- ג. עם סיום החג / החופשה ימשיך לחול הסדר ההורות המפורט בסעיף 5ב'(1,2) לעיל.

4. חופשת הקיץ:

- א. במהלך חופשת הקיץ הסדרי ההורות יהיו כדלקמן: (סמן את המשבצת / המשבצות המתאימה/ות).
- בהתאם לתוכנית ההורית הרגילה כמפורט בסעיפים 5ב'(1-2) לעיל.
- למעט השינויים הבאים: _____
- _____
- _____
- הורה א' ישהה עם הילדים _____
- הורה ב' ישהה עם הילדים _____
- בתקופת שהות הילדים אצל כל אחד מההורים, יתקיימו הסדרי הקשר עם הורה השני כדלקמן: _____
- _____
- _____

□ במהלך שהות הילדים בקייטנה או במסגרת חינוכית אחרת, יחול ההסדר
הבא:

□ עם סיום הקיטנה או המסגרת החינוכית יחול ההסדר הבא:

ב. ההורים מסכימים לתאם את זמני שהות הילדים אצל כל אחד מהם במהלך חופשת
הקיץ, עד ליום 10 ביוני של אותה שנה.

5. □ ההורים מסכימים כי לכל אחד מההורים הזכות לקחת חופשה לבדו או עם הילדים
ובלבד שהוא יודיע להורה השני על כך _____ ימים לפני החופשה. הורה שבחר לקחת
חופשה לבדו וללא הילדים, יהיו הילדים אצל ההורה השני. אולם אם מכל סיבה שהיא
לא יוכל ההורה השני לשהות עם הילדים במשך החופשה בימים שבהם ההורה
שבחופשה אמור היה לשהות עם הילדים, ההורה שבחופשה מסכים שהוא אחראי לדאוג
לסידור חלופי סביר ולמימונו. (סעיף זה כפוף לסעיף 8 להלן).

ה. מחלה או חופשה בלתי צפויה:

החובה לדאוג, לטפל ולהשגיח על הילדים במקרים שהילד אינו יכול להיות במסגרת החינוכית.
עקב מחלה פתאומית, שביתה או חופשה בלתי צפויה תהא על:

□ ההורה אצלו לן הילד בלילה שלפני המחלה, השביתה או החופשה. הורה זה יהיה
אחראי לילד עד לשעה, אשר על פי התוכנית ההורית, האחריות לילד עוברת להורה השני.
היה והורה זה אינו יכול לשהות עם הילד בעצמו, הוא יהא אחראי למצוא סידור חלופי
סביר ולממנו.

□ ההורה אצלו הילד אמור לשהות בשעות אחה"צ ביום המחלה, השביתה או החופשה.
הורה זה יהיה אחראי לילד גם בשעות הבוקר. היה והורה זה אינו יכול לשהות עם הילד
בעצמו, הוא יהא אחראי למצוא סידור חלופי סביר ולממנו.

□ אחר _____

ו. ניווד

1. ההורים מתחייבים לדאוג לניוד הילדים על פי לוח הזמנים שנקבע בתוכנית ההורית וכן
לניודם לצורך קיום פעילויותיהם השונות (מוסד חינוכי, פעילות חברתית, חוגים, בית ההורה
האחר וכד').

2. ניווד הילדים על פי התוכנית ההורית יעשה כמפורט להלן:

6. עמידה בתנאי התוכנית ההורית

א. ההורים מסכימים כי התוכנית ההורית דלעיל מחייבת אותם לקיים אותה במלואה על מנת להבטיח את אורח חייהם התקין, רווחתם ושלומו של הילדים.

ב. ההורים מסכימים כי הם יעשו כל מאמץ לשהות בעצמם עם הילדים בשעות השהייה אשר באחריותם על פי התוכנית ההורית.

אחר: _____

ג. כל הורה יתאם עם ההורה האחר כל שינוי, ביטול והחלפה של מועדי השהות המוסכמים, מבעוד מועד, על מנת לאפשר התארגנות מראש. היה ומסיבה כלשהי לא יוכל אחד ההורים לשהות עם הילדים כמפורט בתוכנית ההורית יודיע על כך להורה השני לכל הפחות 24 שעות לפני המועד. היה והורה לא הודיע למשנהו 24 שעות לפני המועד על שינוי ו/או היה וההורה השני אינו יכול להתפנות ולשהות עם הילדים, ידאג הצד המשנה לסידור חלופי סביר על חשבונו ובמימונו.

ד. הורה שיפר את התוכנית ההורית דלעיל מכל סיבה שהיא יפצה את ההורה השני, היה והילדים/ים שהו אצלו בשל ההפרה. כמו כן אותו הורה ישפה את ההורה השני על כל הוצאה כספית, שהוא נזקק להוציא בשל ההפרה.

7. מקום מגורים

א. ההורים מסכימים כי מקום מגוריהם של הילדים יהיה בישראל, אלא אם כן יסכימו שני ההורים בכתב אחרת.

ב. ההורים מסכימים כי כל הורה יעשה כמיטב יכולתו לא להעתיק את מקום מגוריו, בישראל או מחוצה לה, במהלך שנת הלימודים.

ג. אם נדרש הורה לשנות את מקום מגוריו באופן המקשה או אינו מאפשר את קיום התוכנית ההורית, הוא יודיע על כך בכתב להורה השני לא פחות מחודשיים ימים מראש. ההורים מסכימים לשתף פעולה על מנת לערוך שינויים בתוכנית ההורית, כנדרש משינוי הנסיבות.

אחר: _____

8. נסיעות לחו"ל

ההורים מסכימים כי כל אחד מהם רשאי לקיים נסיעות לחופשה עם הילדים לחו"ל כמפורט להלן:

(לתשומת לבכם בסעיף זה ניתן למלא יותר ממשבצת אחת)

לתקופה שלא תעלה על ____ ימים, פעם בשנה, ללא צורך בהסכמת ההורה השני ובלבד שההורה הנוסע ימסור הודעה בכתב להורה השני לפחות ____ ימים מראש, בצירוף תוכנית הטיול, מועדי נסיעה וחזרה והסדרי הקשר עם ההורה השני. נסיעה שמשכה מעל התקופה האמורה תעשה בתיאום ובהסכמה מפורשת בכתב של ההורה השני.

מועד הנסיעה יתואם בין ההורים.

בתיאום ובהסכמה מפורשת בכתב של ההורה השני תוך ציון מפורש של מועדי הנסיעה והחזרה.

אחר _____

ההורים מסכימים כי אי החזרתם של הילדים מחופשה בחו"ל במועד המוסכם כאמור לעיל, למעט במקרים בהם העיכוב נבע ממחלה, שביתה או אילוף אחר שאינו בשליטת ההורה, תחשב להרחקה בלתי חוקית של הילדים כמשמעותה בסעיף 3 לתוספת לחוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים), תשנ"א- 1991 ותזכה את ההורה השני בסעדים הנקובים בחוק.

למרות האמור לעיל, ההורים מסכימים כי לא יצאו לחו"ל לאחת מן המדינות הבאות _____ אלא בתיאום ובהסכמה מפורשת בכתב של ההורה השני.

דרכוני הילדים יהיו אצל

_____ [שם ההורה]

אדם אחר, שפרטיו הם: _____.

9. פתרון מחלוקות והתאמות עתידיות לתוכנית ההורות.

א. ההורים מכירים בחשיבות של הגעה להסכמות בדרכי שלום בכל הכרוך בילדים והם מסכימים לעשות כל מאמץ להידבר ביניהם בדרך נאותה על מנת ליישב את מחלוקותיהם בדרכי שלום ובנועם.

ב. ההורים מבינים את החשיבות הרבה של הימנעות מחשיפת ילדיהם למחלוקות שביניהם ומתחייבים לא לשתף את הילדים במחלוקות.

ג. ההורים מסכימים לשאת ולתת במישרין על מנת ליישב כל מחלוקת ולהגיע לפתרון מוסכם בשיתוף פעולה.

ד. ההורים מסכימים כי התוכנית ההורית תחול כל עוד הם לא יגיעו להסכמות אחרות בכתב. היה יעלה הצורך, ההורים מסכימים לבחון את התוכנית ההורית הקיימת פעם בשנה עד ל- 30

באוקטובר בכל שנה, ולערוך בהסכמה בכתב שינויים בתוכנית ההורית. במקרה של אי הסכמה לגבי שינוי בתוכנית ההורית, תמשיך לחול התוכנית ההורית שחלה עד לאותו מועד.

ה. הורים מתחייבים, שאם לא יעלה בידיהם לפתור את מחלוקותיהם במשא ומתן ישיר ביניהם, אזי הם יפנו לצד שלישי שהוא מגשר/ מתאם הורות / יועץ או אדם אחר שהם מסכימים להסתייע בו לשוב המחלוקות לשתי פגישות לפחות לפני שמי מהם יפנה לערכאה שיפוטית. אם לא יעלה בידם לבחור במשותף צד שלישי יכריע בענין _____ .-

10. אישור הסכם.

- א. ההורים מצהירים כי קראו את כל האמור בהסכם זה, הבינו את משמעותו ואת השלכותיו; וכי ידוע להם שבאפשרותם לעיין בדברי ההסבר להסכם, המצויים במזכירות בית המשפט, בית הדין ובאתר האינטרנט _____ ולהיוועץ עם עורך דין בכל הקשור להסכם זה ופרטיו.
- ב. ההורים מצהירים כי הם מתחייבים לקיים ולכבד הסכם זה בדרך המיטבית שתבטיח את טובת הילדים.
- ג. הסכם זה אינו בא במקום הסכם מזונות ואינו בא לפגע בו.
- ד. הצדדים מבקשים מבית המשפט/ בית הדין הנכבד לאשר הסכם זה וליתן לו תוקף של פסק דין בהתאם לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות תשכ"ב-1962.

ולראיה באו על החתום:

היום _____

שם הורה ב' וחתימה

שם הורה א' וחתימה

נספח א'

טבלת זמני הורות דו שבועית לדוגמא

שבוע א'	יום א'	יום ב'	יום ג'	יום ד'	יום ה'	יום ו'	שבת
7:00							
8:00							
9:00							
10:00							
11:00							
12:00							
13:00							
14:00							
15:00							
16:00							
17:00							
18:00							
19:00							
20:00							
21:00							
לינה							
שבוע ב'	יום א'	יום ב'	יום ג'	יום ד'	יום ה'	יום ו'	שבת
7:00							
8:00							
9:00							
10:00							
11:00							
12:00							
13:00							
14:00							
15:00							
16:00							
17:00							
18:00							
19:00							
20:00							
21:00							
לינה							

נספח ב'

טבלת חגים וחופשות לדוגמא

שנה ב'		שנה א'		חג/חופשה	
הורה ב'	הורה א'	הורה ב'	הורה א'		
				ראש השנה	
				יום כיפור	
				מחצית ראשונה	סוכות
				מחצית שניה	
				חלוקה אחרת:	
				מחצית ראשונה	חנוכה
				מחצית שניה	
				חלוקה אחרת:	
				ט"ו בשבט	
				פורים	
				חופשת פסח ממוסדות	פסח
				חינוך עד ערב ליל הסדר	
				ערב ליל הסדר עד ליום _____	
				מיום _____ עד ליום _____	
				חלוקה אחרת:	
				יום העצמאות	
				שבועות	
	הורה שנה א'	א' שנה ב'	הורה שנה א'	פירוט	חגים מוסלמים
					עיד אל פיטר
					עיד אל אדחא

ב' שנה ב'	הורה שנה א'	ב' שנה ב'	הורה שנה א'	פירוט	חגים נוצריים
					חג המולד
					ראש השנה
					חג הפסחא

ב' שנה ב'	הורה שנה א'	א' שנה ב'	הורה שנה א'	פירוט	חגים אחרים

חופשת הקיץ – טבלה לדוגמא

אחר	קייטנה/מחנה	הורה ב'	הורה א'		החופש הגדול
				שבוע א'	
				שבוע ב'	
				שבוע ג'	
				שבוע ד'	
				שבוע ה'	
				שבוע ו'	
				שבוע ז'	
				שבוע ח'	
				<u>שבוע ט'</u>	

(בעת מילוי הטבלה תנו דעתכם למועדי קיומן של קייטנות, חופשות, נסיעות לחו"ל או לקיומו של הסדר ההורות הרגיל)

נספח ה' - סיכום חומרים שהוצגו על ידי פרופ' אבי שגיא-שורץ וד"ר תרצה יואלס בפני ועדת

שניט

"אימא, אבא, ומה איתי, אני זקוק לשניכם":

עובדות, מיתוסים ותקוות

פרופ' אבי שגיא-שורץ וד"ר תרצה יואלס⁵¹

אוניברסיטת חיפה

סיכום חומרים שהוצגו על ידי פרופ' אבי שגיא-שורץ וד"ר תרצה יואלס בפני ועדת שניט.

מבוסס על הרצאות ב:

השתלמות לשופטים בנווה אילן (16.07.2003)

השתלמות לשופטי משפחה בנווה אילן (21.12.2004)

כנס לשכת עורכי הדין לענייני משפחה באילת (06.01.2005)

כנס בתי דין רבניים בחיפה (14.12.2006)

פתח דבר

כשעוסקים בהסדרי הורות בעתות משבר גירושין, הספרות הפסיכולוגית המקצועית המעודכנת ביותר (State-of-the-art) לוקחת בחשבון גורמים התפתחותיים ומערכתיים של הילד והיא מציעה מודלים שונים של פתרונות, כשמאחורי כולם עומדת הנחת עבודה המציבה אחריות הורית משותפת על ידי שני ההורים כמטרת-על (ראה סקירת ספרות של Kelly, 2007)⁵². לתפיסתנו, זו צריכה להיות גם מטרת-העל במסגרת חקיקה נאורה במדינת ישראל. דרכי הטיפול וההחלטות שמתקבלות במערכת הרווחה והמשפט (תסקירים של פקידי סעד, הערכות מסוגלות הורית של פסיכולוגים, פסיקות בתי המשפט) הן קריטיות לעתידם של הילדים. בשל כך אנו מבקשים לבדוק כמה שאלות יסוד הקשורות בהחלטות שמתקבלות במערכות אלה לגבי ילדים שהוריהם נפרדים או מתגרשים, תוך התמקדות בחזית המחקר הפסיכולוגי-ההתפתחותי ותוך ראייה מערכתית בהקשר הישראלי:

- האומנם טובת הילד נמצאת כיום במרכז הדין?
- האם זווית הראיה של הילד מובנת לכל הנוגעים בדבר?
- האם צרכיו של הילד מוגנים כהלכה בבית המשפט?

⁵¹ תודות לטל שהף שסייע בשכתוב חלק מחומרים

⁵² Kelly, J.B. (2007). Children's living arrangements following separation and divorce: Insights from empirical and clinical research. *Family Process*, 46, 35–52.

לצורך זה, נבקש להציע פרדיגמה מקצועית מעודכנת לדרכי ההתייחסות לילדים ולהורים גרושים ולדרכי קבלת החלטות לגביהם.

חשיבותה של תיאוריה וכלי עבודה נתמכי מחקר (evidence based)

תחום הידע הפסיכולוגי הוא אחד הבסיסים החשובים לקביעת טובתו של הילד. בתי המשפט נסמכים על חוות דעתם של פסיכולוגים (בעיקר קליניים), כמו גם מערכת הרווחה וההורים עצמם. פסיכולוגים שמתמנים על ידי בית המשפט להגיש חוות דעת חייבים לוודא בכל עת, מתוך מודעות לאחריות הרבה המונחת על כתפיהם, שהם מכירים היטב את התחום ואת החומר המקצועי העדכני ביותר ורק על בסיס הכרות זו לנתח ולהעריך את המצב בדרך הנכונה ביותר לטובתו של הילד.

Nadine Kaslow, נשיאת החברה לפסיכולוגיה קלינית של ההסתדרות הפסיכולוגית האמריקנית (APA), עוסקת רבות בהגדרת תחום היכולות המקצועיות של הפסיכולוג. היא מתייחסת ליכולות הליבה של הפסיכולוג ומציינת: "קיים קונצנזוס לפיו כל הפסיכולוגים המקצועיים צריכים לנקוט בדרך חשיבה מדעית, שמקנה את היכולת לגשת וליישם נכונה את הידע המדעי, לתרום לידע, להעריך בצורה ביקורתית התערבויות ותוצאותיהן, לבחון בדריכות את השפעתם של משתנים חברתיים-תרבותיים על היישום המדעי, ולהעמיד ללא הרף את עבודתם לביקורתם של העמיתים והציבור."⁵³ האם הפסיכולוג, שהתבקש לחוות דעה על המקרה ועל טובת הילד, פועל לפי המלצותיה של Kaslow? במרבית המקרים התשובה שלילית.

חטיבת הפסיכולוגים המשפטיים בהסתדרות הפסיכולוגים האמריקאית והאקדמיה האמריקאית לפסיכולוגיה משפטית כוננו בשנת 1991 וועדה להכנת הנחיות אתיות לעבודה עם מערכת המשפט (Committee on Ethical Guidelines for Forensic Psychologists). מוצגים כאן חלק מהכללים האתיים שנקבעו המנחים את הפסיכולוג המשפטי בעבודתו עם בית המשפט:

- מחובתו של פסיכולוג המכין את חוות הדעת לשמור על רמת ידע עדכני בתחום הספציפי ולהשתמש בשיטות וכלים מדעיים העומדים בסטנדרטים הקליניים והמדעיים המקובלים
- הפסיכולוג חייב להכיר במגבלות השיטה ומחובתו לידע את בית המשפט לגבי היתרונות והמגבלות של הכלים בהם הוא משתמש לצורך מתן חוות הדעת.

אנו נמחיש כאן באמצעות דוגמא פרטית ומוכרת מאד כיצד שני כללים אלה אינם מוקפדים כלל ועיקר בישראל. אמנם מדובר בהנחיות שפותחו על ידי אגודות אמריקאיות, אולם אלה אגודות מנוסות ומובילות שלעתים תכופות משמשות כסמן ימני משמעותי עבור רבים מאתנו. נמחיש זאת באמצעות מה שמתואר על ידנו כ"כפטיש הפסיכופתולוגיה מכזיב".

"פטיש הפסיכופתולוגיה מכזיב"

אחת הבעיות העיקריות שמאפיינות פסיכולוגים בהערכות מסוגלות הורית היא השימוש בתיאוריות פסיכודינאמיות שאינן רלבנטיות למושא הדיון ומתוך כך גם בכלי מדידה שאינם

⁵³ Nadine J. Kaslow (2004). Competencies in professional psychology, *American Psychologist*, 59, 774-781

תקפים ולא נועדו להערכת מסוגלות הורית. לדוגמה, מבחנים נפוצים כמו רורשך ו-TAT לא נועדו למטרה זו. לעניות דעתנו מרבית הפסיכולוגים הקליניים הנעזרים בכלים אלה אף אינם מידעים את בית המשפט לגבי מגבלותיהם של כלים אלה. מבלי להיכנס כאן לבעייתיות בשימוש במושג "מסוגלות הורית" (נדון בכך בהמשך), כדאי לזכור כי גם אם מדובר בכלים בעלי מהימנות – כלומר, מראים תוצאה דומה בבדיקה חוזרת – לתוצאות אין תוקף. אפשר להשוות את התופעה למאזניים מקולקלים: נניח כי אדם במשקל 90 ק"ג עולה על מאזניים אלה שוב ושוב, והתוצאה תראה בכל פעם שמשקלו 55 ק"ג בלבד. מהימנות המדידה כאן מושלמת, אולם התוצאה אינה תקפה. באותה מטבע, בדיקות מסוגלות הורית נעשות בצורה שכיחה על ידי אותם בודקים, תחת אותן הנחיות מקצועיות וללא התחדשות מדעית, ולכן אין זה מפתיע כי אנו עדים להרבה דוחות שמופקים על ידי אותו הפסיכולוג עבור הורים שונים כשדוחות אלה מאד דומים בתבנית שלהם, לעתים עם תוצאות ומסקנות דומות עבור אנשים שונים, אולם ללא כל תוקף.



מבחן רורשך הוא דוגמה פרטית אחת טובה לכך. הפסיכיאטר השווייצרי הרמן רורשך הציג אותו בשנת 1921: הצגת כתמי דיו לנבדק וניתוח האסוציאציות שיש לנבדק לגבי כל כתם. כיום אנו יודעים שהמבחן אינו מגלה את רוב ההפרעות הפסיכולוגיות, קל וחומר שאינו מזהה תכונות אישיות ובוודאי שאינו מאתר יכולת לקיים יחסי הורה-ילד. הליקוי העיקרי של מבחן רורשך הוא ה-

False Positive: מתברר שהוא שוגה, ומזהה כ-75% מאוכלוסיות נורמטיביות כמופרעים מבחינה רגשית.

הפופולאריות של מבחן הרורשך ודאי שאינה נובעת מהוכחות מחקריות לתקפותו. למעשה, הנתונים המחקריים אינם מצדיקים את השימוש בו. מחקרים רציניים ומבוקרים לא הצליחו להראות יכולת אבחנה וניבוי. גם עבודתו של Exner, שארגן מחדש את המתודולוגיה של רורשך לא הביאה לתוצאות תקפות. כך למשל העלה [מחקר](#) של Wood, Nezworski, Garb ו-Lilienfeld, שתוצאותיו של Exner לא מדויקות ונוטות להציג אנשים נורמאליים כבעלי הפרעות פסיכולוגיות. החוקרים, שהשוו תוצאות של 32 מחקרים בנושא זה, ממליצים לחדול משימוש במבחני רורשך לצרכים קליניים או משפטיים עד לבניית מערכת תקפה ומהימנה.⁵⁴ ובכל זאת פסיכולוגים בישראל עושים שימוש נרחב במבחני רורשך כמו גם במבחנים לא תקפים אחרים, מה שממחיש באופן מטפורי את **חוק המכשיר** (Law of the instrument)⁵⁵ של הפילוסוף האמריקאי-ישראלי אברהם קפלן האומר: **"תן לילד פטיש, והוא יגלה שכל מה שהוא נתקל בו טעון חבטה"**. במקרה שלפנינו המקבילה לילד החובט בפטיש הם אותם פסיכולוגים שמעריכים

⁵⁴ James M. Wood, M. Teresa Nezworski, Howard N. Garb, and Scott O. Lilienfeld (2001). The Misperception of Psychopathology: Problems With the Norms of the Comprehensive System for the Rorschach, *Clinical Psychology: Science and Practice* 8, N3, 350-373.
James M. Wood, M. Teresa Nezworski, Scott O. Lilienfeld, & Howard N. Garb (July/August 2003). The Rorschach Inkblot Test, Fortune Tellers, and Cold Reading. *Skeptical Inquirer*. 61, 29-33. Excerpted by the authors from what's wrong with the Rorschach? Science confronts the controversial Inkblot Test (2003), San Francisco: Jossy-Bass

⁵⁵ Kaplan A, (1964). *The conduct of inquiry: Methodology for behavioral science*. San Francisco, CA: Chandler (p. 428).

באמצעות כלים בלתי תקפים. קפלן מציין כי "מצוידים בפטיש הפסיכופתולוגיה, בכל מקום בקליניקות שלנו ובחדרי המתנה אנו תופסים בעיקר הפרעות, סימפטומים ואת הדינאמיקה שלהם. כך שאנו דופקים בפטיש הפתולוגיה למרות שאנו מעוניינים בבריאות נפש והסתגלות תקינה ולא בהפרעות מנטאליות."

כאשר מבקשים להעריך את יחסי ההורה עם הילד, נמצא כי מבחנים פסיכולוגים סטנדרטיים מסוגו של הרורשך מספקים מידע מועט ולא רלבנטי בקשר לשאלה האם ההורה הוא "טוב דיו" או "מתאים ביותר" למטרת הורות. הגם שבחלק משמעותי של מקרי הגירושין לא נדרשים בסופו של תהליך לחוות דעת פסיכולוגיות, הרי במשפחות בקונפליקט גבוה כשאין הסכמות בין ההורים פונים לעתים לשם קבלת תסקיר. גם במרבית מקרים אלה עדיין מדובר באוכלוסיה נורמטיבית ללא הפרעות נפשיות. מדוע לחבוט בהם בפטיש הפסיכופתולוגיה? מדוע להיעזר בכלים שאינם מזהים כלל ועיקר את איכות הקשר הרגשי בין הורה וילד?

על רקע זה כדאי לבחון את הנחיות **האקדמיה האמריקאית לפסיכיאטריה של ילדים ומתבגרים** (AACAP) לגבי ראיון הורים. הנחיות אלה קובעות כי יש להתייחס אל:

- תיאור היסטוריית הנישואין והפרידה
- תפיסת ההורה את יחסיו עם הילד
- הבנת ההורה ורגישותו לצרכים הייחודיים של ילדיו
- התכניות הספציפיות של ההורה לקראת העתיד למקרה שתינתן או שלא תינתן לו משמורת הילד
- ההיסטוריה של ההורה, כולל משפחת המוצא, היסטוריה חברתית, התנסויות טיפוליות
- הרקע ההתפתחותי של הילד
- שגרת החיים של הילד
- במה ההורה מעדיף להתמקד, וממה הוא מתעלם

ההנחיות אינן מפנות את המעריך להשתמש בכלים דיאגנוסטיים מתוך המדריך הדיאגנוסטי של ההפרעות הנפשיות (DSM-IV) עבור ההורים. ברוב המקרים מבחנים פסיכולוגיים אינם נחוצים או נדרשים.

בנוסף, הנחיות **הסתדרות הפסיכולוגים האמריקאים** (APA) כוללות בין השאר את הנחייה 11 באשר לחשיבות ריבוי שיטות באיסוף נתונים: "יש לגייס את השיטות המתאימות ביותר תוך השענות על ריבוי שיטות, במיוחד כאשר יש ספקות לגבי תוקף ומהימנות השיטה. למשל, יש לאיסוף נתונים מבית הספר, רופאים, מטפלים, ראיונות של משפחה מורחבת, ידידים וכיו"ב". הנחייה 12 מזהירה את הפסיכולוג לא להגזים במתן פרשנות לנתונים ולא לפרש באופן לא מתאים נתונים קליניים ומידע שנאסף: "על הפסיכולוג להימנע מלהגיע למסקנות שאינן נתמכות בנתונים."

מה היא אפוא הדרך הראויה לבחינה והערכה של יחסי הורים וילדים בעת גירושים? אנו טוענים כי את הכלים המתאימים ביותר מספקים מדעי ההתפתחות היישומיים⁵⁶. מדובר בדיסציפלינה שלמה של חקר התפתחות הילד, שעוסקת בין השאר בהתפתחות נורמטיבית שמתרחשת גם בעת משבר כמו גירושין. למרות הרלוונטיות הרבה שלה לילדי גירושים, היא כמעט לא מיוצגת בחיבור הכול כך חשוב בין ילדים, הורים, מערכת הרווחה ומערכת המשפט.

המחשה למעמדה של הפסיכולוגיה ההתפתחותית אפשר לראות ברשימת 20 העבודות שעשו מהפיכה בתחום הפסיכולוגיה של הילד⁵⁷, כשזו נשענת על רשימת מחקרים ומאמרים בתחום, כפי שנבחרו על ידי מדגם של 1500 משתתפים מקרב חברי החברה לחקר התפתחות הילד (Society for Research in Child Development – SRCD).

כל אחת מעבודות אלה תרמה את חלקה להבנה יסודית בהתפתחות הילד, צרכיו ודרכי הטיפול בו. העבודות פורצות הדרך של John Bowlby ו-Mary Ainsworth, מייסדי תיאוריית ההתקשרות, ממוקמות במקום השלישי והרביעי מתוך 20 עבודות אלה. זאת במקום של כבוד ליד ענקי המאה הקודמת כגון Piaget, Vygotsky, & Chomsky. אנו מדגישים את מרכזיותה של תיאוריית ההתקשרות גם בגלל מעמדה בקרב הקהילה ההתפתחותית וגם לאור העובדה שאנו במרכז לחקר התפתחות הילד בחיפה שותפים מזה כ-30 שנה בבניית תשתית הידע של התיאוריה תוך התאמתה למגוון סוגיות יישומיות, כמו למשל גירושין. עם זאת, אפשר לומר כי ברוב רובם של המקרים, עבודות אלה או עבודות רבות אחרות שנשענות על ידע התפתחותי-נורמטיבי-נתמך מחקר אינן נמצאות כחלק מהארסנל המקצועי של פסיכולוגים בישראל המספקים חוות דעת וסיוע מקצועי.

מדעי ההתפתחות היישומיים מציעים לנו פרדיגמה מקצועית מעודכנת והמשגה אחרת של המושג "מסוגלות הורית". על פי הגישה ההתפתחותית אין צורך ב"רישיון להורות", כלומר ההורה הנורמטיבי לא נבחן ביכולתו ואין מקום למדוד את ביצועיו. בדרך כלל אנו מגלים כי מרבית ההורים מאופיינים בהורות נורמטיבית ותפקוד ראוי בהתאם, גם בקרב מקרים מאד קשים של גירושין. יש לזכור, כי ערב לפני המרוץ של בעל פגוע אל בית הדין הרבני, עקב בגידה של אשתו, סביר להניח כי גם היא וגם הוא היו הורים נורמטיביים לחלוטין. עצם פתיחת תיק בבית המשפט והעצמתו לעתים, להליך אדוורסרי ותקפני, יגרור אל תוכו גם מעורבות של פסיכולוגים (קליניים בדרך כלל) שיתבקשו להעריך את המסוגלות ההורית של ההורים, לתת "רישיון הורי". מעצם

⁵⁶ Peltz Dennison, R, Lee, S., & Barber, B. L. (2005). Divorce and its impact on children. In C.B. Fisher, & R. M. Lerner (Eds). *Encyclopedia of Applied Developmental Science*. Thousand Oaks: Sage.

⁵⁷ Dixon, W.E. (April 2002). 20 Studies That Revolutionized Child Psychology, *Society for Research in Child Development: Developments*, 45 (2)

1. Piaget, J. (1952). *The origins of intelligence in children*. New York: International Universities Press.
2. Vygotsky, L. S. (1978). *Mind in society: The development of higher psychological processes*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
3. Bowlby, J. (1969). *Attachment and loss*, Vol. 1. New York: Basic Books.
4. Ainsworth, M. D. S., Blehar, M. C., Waters, E., & Wall, S. (1978). *Patterns of attachment*. Hillsdale, NJ: Erlbaum.
5. Chomsky, N. (1957). *Syntactic structures*. The Hague: Mouton.

הכשרתם יש להניח שהם יעשו זאת על בסיס תיאוריה לא רלבנטית ומשום כך באמצעות שימוש בכלים בלתי רלבנטיים כמו הרורשך.

גם במרבית המקרים הקשים בענייני גירושין, אותם "שדים" שיוצאים מהארונות הם כתוצאה ממכלול סיבות (לחץ, חשש, חוויה של כישלון, עו"ד, שופט) שאינן רלוונטיות לשאלת המסוגלות ההורית. במבנה הנוכחי של המערכת כיום היא תורמת לא מעט להעצמת הקונפליקט ולבניית מעגל קסמים לקוי, שבו שותפים גם פסיכולוגים לא מעטים החובטים בפטיש הפסיכופתולוגיה. זאת כשהנחת העבודה המרכזית צריכה לכוון ולהנחות את ההורים לקראת שיווי במשקלם ובמעמדם, כשברוב המקרים, גם הקשים, לא נדרשת לשם כך הערכת מסוגלות הורית, וכשהיא נדרשת, בוודאי לא באמצעות שיטות קליניות-דינאמיות-השלכתיות תוקף מחקר.

אנשי שטח, ברובם פסיכולוגים קליניים, לא מכירים ולא מורגלים בשימוש במודל נורמטיבי-התפתחותי. לעיתים הם אף מגמדים את חשיבות המחקר, בעיקר עקב העדר הבנה וחוסר התמצאות. רבים מהם לא נשענים על נתונים מחקריים שנצברו בעולם הרחב ושהתחילו להביא לשינויים בדגשים בענייני משמורת. כך למשל, פסיכולוגים רבים בישראל מנסים בדרכים שונות לקבוע מי הוא ההורה שמתאים להיות משמורן. נדיר למצוא פסיכולוגים שיהיו נחושים ויעמדו על כך שיש לשאוף לשותפות באחריות ההורית, כאשר הם נתבקשו על ידי בית המשפט להמליץ מי עדיף שיהיה ההורה המשמורן. לעומת זאת, מחקרים מראים את חשיבותם של שני ההורים להתפתחות הילד ולכן על פי עבודות אלה יש להדגיש את טיפוח זכות הילד לשני הוריו. אנו מבינים כיום יותר ויותר כי חוסר מימוש זכות זו מהווה גורם סיכון התפתחותי לילד.⁵⁸ מזווית הראייה של טובת הילד, הסכסוכים בין ההורים מצריכים טיפול שונה מהנהוג כיום במערכת הרווחה והמשפט בישראל, קרי טיפול שעוקף את הקונפליקט הזוגי ושם דגש על אחריות הורית, תוך שהוא מניח כי ישנה בדרך כלל מסוגלות הורית לכל אחד מן ההורים. יתרה מכך, על פי תיאוריית ההתקשרות אותה נציג מיד קיימת חשיבות רבה להבטיח קיומו של קשר נמשך עם שתי דמויות ההתקשרות הוריות של הילד.

תיאוריית "ההתקשרות"

בבסיס תיאוריית "ההתקשרות" עומדת התובנה, שלכל ילד ישנה נטייה מולדת ואוניברסאלית להתקשר אל כל מי שזמין לו באופן קבוע ושדואג לצרכיו הבסיסיים. כאמור אבי התפיסה, John Bowlby אמר: "לומר על ילד שהוא קשור אל מישהו, או שיש לו התקשרות אל מישהו, משמעותו שהוא נוטה לחפש קרבה או מגע עם דמות ספציפית זו, והוא עושה זאת בסיטואציות מסוימות, במיוחד כאשר הוא מפוחד, עייף או חולה"⁵⁹. עוד הוא מוסיף: "קשר רגשי נמשך בין הילד והמטפל.

⁵⁸ - Ahrons, C. (2007). Family ties after divorce: Long-term implications for children. *Family Process*, 46, 53–65.

- Cookston, J.T., Braver, S.L., & Griffin, W.A. (2007). Effects of the Dads for Life intervention on inter parental conflict and co parenting in the two years after divorce. *Family Process*, 46, 123–137.

- Cowan, C.P., Cowan, P.A., Pruett, M.K., & Pruett, K. (2007). An approach to preventing co parenting conflict and divorce in low-income families: Strengthening couple relationships and fostering fathers' involvement. *Family Process*, 46, 109–121.

- Kelly, J.B. (2007). Children's living arrangements following separation and divorce: Insights from empirical and clinical research. *Family Process*, 46, 35–52.

- Kelly, J.B., & Lamb, M.E. (2003). Developmental issues in relocation cases involving young children: When, whether, and how? *Journal of Family Psychology*, 17, 193–205.

⁵⁹ Bowlby, J. (1984). *Attachment, Vol. 1. Attachment and loss* (2nd ed.). New York: Basic Books

קשר רגשי זה מתפתח במשך שנת החיים הראשונה, וממשיך להתפתח ולהתגבש במשך תקופת הפעוטות, הילדות ואף מעבר לזה. ההתקשרות בין הפעוט להורה המטפל מבוססת על עצם היותו של ההורה זמין עבורו. רק במקרים נדירים לא מתפתחת התקשרות ומצבים קשים אלה נצפים בעיקר בקרב יתומים שמושמים בבתי יתומים ללא דמויות טיפול יציבות וקבועות. כיום ברור לנו שהילד יוצר התקשרות גם לאב וגם לאם באופן בלתי תלוי זה בזה. אם שניהם נוכחים בחייו, הוא מקיים שתי התקשרויות במקביל, ושתיהן חשובות להתפתחותו. במילים פשוטות, הילד זקוק לקשר מתמיד עם שני הוריו, ופגיעה בקשר זה עשויה להפכו לילד בסיכון. ככל שהקשר עם אחד מן ההורים משתבש מוקדם יותר בחייו של הילד כך דרגת הסיכון גבוהה יותר⁶⁰.

לפיכך, לילד יש צורך בשני הוריו ולכן מכוח עיקרון העל של טובת הילד יש לו זכות לקשר עם שניהם. לכן, כשמדובר בהליך גירושין, מחובתה של המערכת המקצועית המסייעת להורים, לאפשר לילד לממש קשר זה, מבלי לתת מעמד מועדף להורה אחד על פני ההורה האחר. במתן ההעדפה שכזו המערכת המקצועית בעצם מקדמת מצבי סיכון אצל הילד ואיננה מסייעת בקידום התפתחות רגשית תקינה של הילד.

מספר תכונות הופכות את תיאוריית ההתקשרות למתאימה במיוחד לקביעת הסדרי ההורות במצבי גירושין:

- היא מבוססת על בחינה מדעית של ההתפתחות הרגשית-חברתית של ילדים
- היא עוסקת באופן ישיר ביחסי הורה-ילד
- היא עוסקת בתגובות רגשיות של ילדים לפרידה
- יש לה ביסוס מחקרי רב
- יש לה כלי מדידה מחקריים ויישומיים
- היא מספקת אופני התערבות

אכן, מספר סוגיות כרוכות בדילמות מקצועיות ואתיות לא קלות במצבי גירושין. קל להיתפס למאבק בין שני ההורים כדילמה הכרוכה בטובת הילד וזכויותיו - כאילו הוא הבעיה הדורשת פיתרון - אלא שברוב המקרים מייצגים שני ההורים עמדות מנוגדות בדילמה הכרוכה בטובת הילד וזכויותיו. דיון מזווית הראייה של הילד, כפי שמתבקש מתיאוריית ההתקשרות, הוא הדרך הנכונה להתמודד עם הדילמות המתעוררות במצבי גירושין. בהתאם לכך הדילמות השכיחות ביותר הן אלה: צרכי ההורה מול צרכי הילד, זכויות ההורה מול זכויות הילד, רצון ההורה מול טובת הילד, ועתיד ההורה מול עתיד הילד.

במצב הנהוג כיום, הגורמים במערכת - עובדים סוציאליים, פסיכולוגים, עורכי דין, שופטים - בדרך כלל מעדיפים להכריע במחלוקת בין ההורים ולהעדיף לצורך החלטה את אחד מהם, עובדה שלעיתים עשויה להערים קשיים לגבי מעורבותו של ההורה השני. זה פתרון "קל" ונוח, אלא שהוא מחטיא את המטרה: האומנם טובת הילד הסתייעה, או שמא טובתו של ההורה המועדף על ידי המערכת? התוצאה לטווח רחוק של החלטה שכזו היא פגיעה אפשרית ביחסים בין ההורה הלא מועדף לבין ילדו. מקומו של אותו הורה עשוי להישחק והוא עלול לאבד את מעמדו כהורה בעל

⁶⁰Ahrons, C. (2007). Family ties after divorce: Long-term implications for children. *Family Process*, 46, 53-65.

חשיבות מרכזית. זהו מצב שעלול להוביל את הילד לסיכון התפתחותי, כולל חשש לניכור כלפי ההורה הלא משמורן, במקרים הקשים.⁶¹

בהקשר זה מן הראוי להתייחס למספר עבודות מרכזיות בכל הנוגע למחקר על טובת ילדים שהוריהם מתגרשים. העבודה המשמעותית ביותר היא הסקירה המטה-אנליטית אודות הסתגלות ילדים להסדרי משמורת משותפת לעומת משמורת יחידנית (זה הוא מחקר-על שמאחד בתוכו באופן סטטיסטי את כל המחקרים הזמינים בתחום ומביא להכללה מעבר למחקרים ספציפיים)(Bauserman, 2002).⁶² החוקר השווה תוצאות של 33 מחקרים שונים, שבדקו אלפי מקרים של משמורת הורית משותפת, משמורת יחידנית ומשפחות שלמות, והגיע למסקנה שלמשמורת הורית משותפת יתרונות בתחומי תפקוד רבים של הילד על פני משמורת של הורה אחד. מתברר שילדים, הנמצאים באחריות משותפת של הוריהם, דומים בתפקודם והתפתחותם לילדים הגדלים במשפחות שלמות. מחקרים נוספים בתחום אף הם מבססים ממצא זה, כי קיימת חשיבות מכרעת למעורבות שני ההורים בחייו של הילד.⁶³ ממצאים אלה הולכים יד ביד עם הכיוונים שמוצעים על פי תיאוריית ההתקשרות.

מודל מוצע לטיפול מערכתי בגירושים

מה אפוא נכון לעשות אם רוצים לפעול בדרך הנותנת עדיפות לטובת הילד ולצרכיו? ראשית יש "לפרק את המוקשים" שקיימים כיום במערכת. אחד מהם הוא אוצר המילים והמונחים המקצועיים, שמוביל את המערכת לגישה לא נכונה. יש למזער את השימוש במושגים בעלי השלכות הרסניות, ולהזדקק להם רק במקרים קיצוניים. לא עוד "מסוגלות הורית", לא עוד "משמורת", לא עוד "הסדרי ראייה".

במקום כל אלה בא המונח "אחריות הורית" ותהליכים הכרוכים בו: החלטות מושכלות - על יסוד חוות דעת מקצועית, לגבי דרך "חלוקת אחריות הורית" וחלוקת זמן שהיה של הילד אצל כל הורה בהתאם לכך. היבט נוסף בגישה המוצעת הוא העדפת "ההורה היחידותי" – הורה המכיר בחשיבות מימוש האחריות ההורית בשיתוף עם ההורה השני, ומאפשר לילד להיות בקשר משמעותי עם ההורה השני. למתן עדיפות להורה היחידותי בשיקולי המערכת יש חשיבות רבה, שכן היא מעודדת את שני ההורים לדרך מחשבה המשתפת זה את זה באחריות ההורית. בנוסף, כאשר הורה אחד שומר על ייצוג חיובי של ההורה השני אצל הילד הוא מחזק בכך את אמצעי המגן להם זקוק הילד כדי להתמודד בצורה מיטבית עם משבר הגירושין.⁶⁴ זאת לעומת דרך המחשבה שמעודדת הגישה הנוכחית בישראל, קרי, מאבק זה בזו והצגת היבטים שליליים זה של זה, מתוך כוונה לזכות ב"תואר" ההורה המועדף.

⁶¹ See items in footnote 55.

⁶² Bauserman, R. (2002). Child adjustment in joint-custody versus sole-custody arrangements: A meta-analytic review. *Journal of Family Psychology*, 16, 91–102

⁶³ Ahrons, C. (2007). Family ties after divorce: Long-term implications for children. *Family Process*, 46, 53–65.

⁶⁴ Ahrons, C. (2007). Family ties after divorce: Long-term implications for children. *Family Process*, 46, 53–65.

לסיכום, המודל המוצע לטיפול בסוגיות גירושים ואחריות הורית מבוסס על כמה הנחות

עבודה:

- טובת הילד = הילד זקוק לשני הוריו
- ברוב המקרים לשני ההורים יש "מסוגלות הורית"
- זכותו של הילד ששני הוריו יממשו את הורותם
- על שני ההורים מוטלת אחריות הורית במידה שווה
- יש הרבה סגנונות הוריים ואין יתרון לסגנון זה או אחר

נדרשת כאן גם התייחסות לעניין חזקת הגיל הרך, שכן כפי שהיא קיימת כיום בישראל היא עומדת בסתירה מוחלטת לדיון עד כה.

חזקת הגיל הרך

חזקת הגיל הרך, שנותנת עדיפות מוחלטת לאם כהורה לילדים עד גיל 6, מבוססת על דוקטרינה פסיכולוגית מיושנת ולא נתמכת מחקר, כלל ועיקר, המוכרת כ"דוקטרינת הגיל הרך"⁶⁵. מאז התמסדותה דוקטרינה זו במאה ה-19 אין לה שום גיבוי מחקרי לתקפותה. נהפוך הוא, הדוקטרינה נמצאת בסתירה גמורה לנתונים מחקריים⁶⁶ והיא גם אינה תואמת את ממצאי תיאוריית ההתקשרות המבוססת כולה על מאות ואולי אלפי מחקרים סדורים ושיטתיים. לפיכך אלה המאמצים את דוקטרינת חזקת הגיל הרך עושים זאת אם מתוך אי הבנת התחום, אם על בסיס דעות קדומות וסטריאוטיפים לא מבוססים, אם מתוך שיקולים פוליטיים ולבסוף משיקולים טקטיים שמונחים על ידי עורכי דין. אי לכך, מכלול שיקולים אלה תורמים לקיומה של דוקטרינה היוצרת סיכונים למכביר עבור הילד.

כדאי לשים לב בעניין זה גם לטרמינולוגיות. בעלי מקצוע המונחים על ידי עולם ידע מבוסס ונתמך מחקר משתמשים במושג תיאוריה והשערות שנגזרות מהן, ואלה תמיד נדרשים לספק אישוש מחקרי. אלה לא יזכו להיכנס אל במות פרסום מכובדות ויוקרתיות ללא הוכחה סדורה ושיטתית לטענות. לעומת זאת המושג דוקטרינה משמעותו אמונה או אידיאולוגיה, ולכן בעלי מקצוע רציניים לעולם לא ישתמשו בו. תיאוריה רצינית ניתנת לאישוש או הפרכה ולכן כל עוד ניתן לתרגמה לשיטות מחקר מדידות היא תישקל בקרב בעלי מקצוע רציניים. דוקטרינה מעצם היותה אמונה, אידיאולוגיה, איננה ניתנת להפרכה באמצעות שיטות מחקר ולכן היא לעולם לא תתקבל על ידי בעלי מקצוע אמינים ובקרב חוקרים. מתוך כך, אלה הן הבעיות העיקריות שכרוכות בחזקת הגיל הרך: ראשית, אין תיאוריה פסיכולוגית רצינית מאחוריה. שנית, בהעדר תיאוריה, גם לא יכולים להיות ממצאי מחקר שתומכים בדוקטרינה זו. כל כולה של דוקטרינת הגיל הרך בעצם מושתת על השקפות עולם ודעות קדומות במקרה הטוב ושיקולים פוליטיים-טקטיים במקרה הפחות טוב.

⁶⁵ Kelly, J. (1994). The determination of child custody. In *The Future of Children: Children and Divorce*, 4, (1), 121-142.

⁶⁶ Kelly, J. B. (1993). Current research on children's post-divorce adjustment. *Family and Conciliation Courts Review*, 31, 29-49.

רק כדי לסבר את האוזן מן הראוי לראות בפרספקטיבה היסטורית כיצד דוקטרינת הגיל הרך נולדה, תוך התבוננות במרכיבים הלא-מחקריים שמאחוריה. במהלך ההיסטוריה, עוד מימי רומי, אנו עדים לכך שלאבות הייתה משמורת מלאה על ילדיהם מעצם היותם קניינים. בתוך מציאות זו לאמהות לא הייתה שום זכות על הילדים ובמקרה של פרידה, ברור היה שהילדים נשארים רכוש האב.

בשנת 1839 החוק האנגלי השתנה ונתן משמעות לאם בגידול ילדים בגיל הרך מתחת לגיל 7. היה זה Thomas Noon Talfourd, עורך דין בריטי, שקידם את חזקת הגיל הרך בחוק האנגלי. כוונתו הייתה בעיקר לאפשר לאם לגדל את הילדים עד שיגדלו דיים ואז יחזרו אל האב. הוא סבר כי ילדים זקוקים לאמם בגיל צעיר, אולם משבגרו הם יכולים לחזור לאביהם. כמובן בנקודת זמן זו לא הייתה שום תיאוריה ומחקרים שתמכו במסקנה זו. המהלך היה אך ורק פרי תפיסת העולם של אותו עורך דין. בשנת 1860 חזקת הגיל הרך נכנסת גם אל מסגרת החוק במדינת ניו-ג'רסי, מתוך נקודת הנחה כי טובת הילד בגיל הרך עדיפה כשהוא נמצא תחת טיפול אמו. כמובן גם כאן אין שום תמיכה תיאורטית-מחקרית להשקפה זו.

עם כניסתה של התיאוריה הפסיכואנליטית בשנת 1940 אל מרחב הדיון, הטענה כי אמהות מתאימות יותר מאבות לגדל את ילדיהן הצעירים קיבלה חיזוק אינטלקטואלי דרך תורתו של פרויד. תורתו יצאה מנקודת הנחה שהאם היא ייחודית ומהווה את אובייקט האהבה הראשוני והחזק ביותר שיהווה את הפרוטוטיפ לכל האהבות אחר כך. גישה זו נעדרת תמיכה מחקרית היות והיא מתבססת על גישות פסיכו דינאמיות לא מחקריות שכעקרון רואות קשר אם-ילד כשנוני בהתפתחותו ולא כראשוני.⁶⁷ התיאוריה היחידה שמראה כי קשרים, עם האם והאב כאחד, הם ראשוניים ביסודם היא תיאוריית ההתקשרות.⁶⁸

מאז התפתחה דוקטרינת הגיל הרך ישנו דיון נוקב סביבה, ותיאור מקיף הוא מעבר למרחב הדיון במסגרת סיכום זה (לפירוט נרחב יותר ראה מורן).⁶⁹ מעניין רק לציין כי בשנת 1973 שופטת בית המשפט לענייני משפחה בניו יורק, Sybil Hart Kooper, טענה במקרה של Watts versus Watts שחזקת הגיל הרך שוללת את זכותו השווה של האב, ובכך מהווה הפרה של סעיף 14 בחוקה האמריקאית (זה גם נוגד מספר סעיפים בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות שנידונו קודם לכן במסגרת עקרון השוויון).

השורה התחתונה בדיון הנוכחי היא שבהסתכלות היסטורית דוקטרינת הגיל הרך היא תולדה של אידיאולוגיה נטולת בסיס תיאורטי-מחקרי ובעצם מבטאת "טרנד" שהתפתח והעמיק על רקע של אמונה כי כך טוב הוא, אי הבנות לגבי הבסיס הפסיכולוגי-התפתחותי נתמך תיאוריה מחקרית, שיקולים פוליטיים, שיקולים טקטיים ועוד אי אלו שיקולים שלא ממש מייצגים את טובתם האמיתית של ילדים רכים.

גם בישראל חזקת הגיל הרך התעצמה בהעדר מערכת איזונים מתאימה שתבלום את תהליך קליטתה והתבססותה. השפעה רבה הייתה לפרסומים של Goldstein, Freud & Solnit

⁶⁷ Ainsworth, M. D. S. (1968), Object relations, dependency, and attachment: A theoretical review of the infant mother relationship. *Child Development*, 40, 969-1025.

⁶⁸ Ainsworth, M. D. S. (1982). Attachment: Retrospect and prospect. In C. M. Parkes & J. Stevenson-Hinde (Eds.), *The place of attachment in human behavior* (pp. 3-30). New York: Basic Books.

⁶⁹ מורן ש. (2002). חזקת הגיל הרך, נייר עמדה לועדת המשנה בעניין הילד ומשפחתו, הועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישוםם בחקיקה.

(1973)⁷⁰ שהם כולם נגזרות של התיאוריה הפסיכואנליטית נעדרת תשתית מחקרית כלשהי. מיקומו האיתן של עקרון חזקת הגיל הך במובן החקיקתי (סעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית ואפוטרופסות) עומד אף בסתירה מדהימה וללא שום קשר לוגי אל שלשה עקרונות אחרים שיש להם בסיס מקצועי ומחקרי והם אינם מוטי מגדר ודעות קדומות:

1. עקרון השוויון שחוזק דרך מספר סעיפים בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות תשכ"ב 1962:

✓ שוויון מלא בחובות ובזכויות של אב ואם (ס' 14)

✓ שוויון באפוטרופסות ובתפקידים ההוריים (ס' 15)

✓ שיתוף בקבלת החלטות (ס' 18)

✓ שיתוף באחריות (ס' 22)

2. עקרון ההסכמה בין ההורים שגם הוא מחוזק על ידי מספר סעיפים בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, כמו למשל:

✓ שיתוף בקבלת החלטות (ס' 18)

✓ שיתוף באחריות (ס' 22)

✓ הסכמה על מי תהא האפוטרופסות לקטין כולה או מקצתה, מי מהם יחזיק בקטין ומה יהיו זכויות ההורה אשר אינו מחזיק בקטין לבוא עמו במגע (ס' 24)

המחוקק הישראלי (בצדק) מעדיף ומעודד הסכמה בין ההורים בסוגיות משמורת וההיגיון שהנחה את המחוקק אף תואם את כל הדיון הפסיכולוגי-מערכתי שמאפיין מאמר זה. באין הסכמה בין ההורים, בית המשפט נכנס לתמונה ומכריע במקום ההורים על פי עקרון טובת הילד.

3. עקרון טובת הילד שבא לידי ביטוי ב:

✓ חוק שיוויון זכויות באשה תשי"א 1951 ס' 3(ב): "אין בהוראות סעיף קטן (א) כדי לפגוע בכוחו של בית המשפט או בית דין מוסמך לנהוג בענייני אפוטרופסות על ילדים, הן על גופם והן על רכושם, בהתחשב עם טובת הילדים בלבד."

✓ חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות תשכ"ב 1962 ס' 17: טובת הילד היא קנה מידה למילוי חובת ההורים כלפי ילדם.

כידוע, המחוקק הישראלי לא הגדיר את עיקרון טובת הילד באופן אופרטיבי אולם הפסיקה מנסה לתת לו תוכן, כמו למשל: רצון הילד, התנהגות ההורים (מוסר, אורח חיים וכיו"ב), בריאותם הנפשית ומסוגלותם ההורית של שני ההורים, מין הילד, שיקולים דתיים, שיקולים לאומיים, גיל הילד, חוות דעת מקצועית כגורם מכריע, יציבות והמשכיות בטיפול בילד, הבטחת קשר עם ההורה האחר, גורמים כלכליים, חברתיים וחינוכיים, עיקרון אי הפרדה בין אחים, ועוד. ובהעדר הסכמה, בית המשפט נכנס גם לתמונה ומכריע במקום ההורים במסגרת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות תשכ"ב 1962, ס' 25 כשהרישא קובע כי: "לא באו ההורים לידי הסכם כאמור בס' 24 או שבאו לידי הסכם אך ההסכם לא בוצע, רשאי בית המשפט לקבוע את העניינים

⁷⁰ Goldstein, J., Freud, A., & Solnit, A. J. (1973). *Beyond the best interests of the child*. New York: Free Press

האמורים בס' 24 כפי שייראה לו לטובת הקטין. וכפי שאנו יודעים הסיפא מתייחסת אל חזקת הגיל הרך.

4. עקרון חזקת הגיל הרך מתבטא כאמור בסיפא של חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות תשכ"ב 1962, ס' 25:רשאי בית המשפט לקבוע את העניינים האמורים בס' 24 כפי שייראה לו לטובת הקטין, ובלבד שילדים עד גיל 6 יהיו אצל אימם אם אין סיבות מיוחדות להורות אחרת."

בהסתכלות כוללת, חזקת הגיל הרך במשפט הישראלי היא סיפא של סעיף שהרישא שלו חשובה מאד, ואותה סיפא חסרת ביסוס תיאורטי ומחקרי היא בעצם בעלת העוצמה הרבה ביותר בגלל אופייה המכומת והחד משמעי. עד כדי כך היא עוצמתית שהיא מכרסמת בשאר העקרונות המאוזנים ונתמכי תיאוריה ומחקר שנמצאים במשפט הישראלי, ובתוך כך היא בעיקר גורמת לפגיעה בילד.

בשם הפלורליזם האקדמי-אינטלקטואלי אנו לעתים נוהגים לדבר על גישות מנוגדות כביכול, שמחדדות את השאלה בדבר יתרונותיה וחסרונותיה של חזקת הגיל הרך. זו הצגה שגויה של המצב ובמידה מסוימת אף ניצול חסר יושרה מקצועית של הפתיחות שמזמינה פלורליזם דיוני. למעשה, על פי ידע שנשען על תיאוריה רלבנטית לנושא (למשל, התקשרות), ואשר מגובה בממצאי מחקר מצטברים ועדכניים – הדיון הופך להיות חסר תוקף מחקרי, שכן מלכתחילה מדובר בהנגדה מטפורית בין "פירות" (תיאוריה נתמכת מחקר שאיננה תומכת בחזקת הגיל הרך) לבין "חיות" (דוקטרינת חזקת הגיל הרך שהיא לא יותר מאידיאולוגיה נטולת בסיס תיאורטי ואמפירי).

אין כל ספק כי חזקת הגיל הרך חייבת להתבטל גם בישראל. נשארת אז השאלה לגבי דרכי הפעולה שיש לנקוט בכלל כמו גם דרכי הפעולה הראויים לרגל ביטולה של חזקה שגויה זו, במיוחד במצבי קונפליקט גבוהים.

מיפוי מצבי קונפליקט עיקריים ודרכי פעולה

- כשבאים לבחון את דרך מימושה של האחריות ההורית המשותפת ישנם ארבעה מצבים עיקריים:
 - כאשר אין קונפליקט בין ההורים – האחריות ההורית המשותפת היא בת השגה באמצעות משא ומתן ישיר בין ההורים, גישור, ייעוץ מקצועי וכי"ב ולא באמצעות הליך אדוורסרי.
 - כאשר הקונפליקט בין ההורים הוא ברמה נמוכה – מימוש האחריות ההורית המשותפת קשה יותר להשגה אולם משא ומתן ישיר בין ההורים, גישור, ייעוץ מקצועי וכי"ב עשויים לסייע מאד במימושה. במקרה שבכל זאת נפתח הליך אדוורסרי, וכשאינן הסכמה על דרך מימוש האחריות ההורית למרות התערבות מקצועית, ניתן להיעזר במוסד של "ידיד לילד" שתוצג בהמשך כאפשרות שעשויה לתרום לדינאמיקה מחודשת של שיתוף פעולה בין ההורים ומתוך כך להוביל את בני הזוג לשקול מחדש את המצב ולאמץ תכנית הורות משותפת בהסכמה הדדית.

- כאשר הקונפליקט בין ההורים הוא ברמה גבוהה – מימוש האחריות ההורית המשותפת איננו בר השגה ולכן קיימת נטייה חזקה לפעול על פי מודל אדוורסרי. במצב זה וכשהתערבות הגורמים המקצועיים אינה משיגה תוצאות רצויות, המציאות שנוצרת פועלת כנגד טובת הילד תוך שהקונפליקט הזוגי אינו מאפשר פיתוח ואימוץ תכנית הורית משותפת. הסתייעות במוסד "ידיד לילד" שתוצע בהמשך מתאימה למצב זה.
- כאשר קיים מצב של חוסר תפקוד של אחד מן ההורים במידה כזו שאינו מאפשר באותה שעה מימוש אחריות הורית משותפת. במצבים קשים מעין אלה בהם לא ניתן להגיע לשום פתרון מוסכם על ידי ההורים אין מנוס ממעורבות של בית המשפט ובהפעלת התערבות סמכותית- מקצועית .

הנחות עבודה העומדות מאחורי ההצעה למינוי "ידיד לילד"

1. יישמר עקרון הסימטריות והאיזון בין ההורים.
 2. אין לאפשר לאף אחד מן ההורים יתרון שיעצים את מעמדו כהורה לעומת ההורה האחר. הנחת עבודה זו שומרת על עקרון האיזון והסימטריות ומנסה למנוע מעמד עודף או נחות של אחד ההורים.
 3. בין אם נרצה ובין אם לא, קונפליקט ברמה גבוהה בין ההורים יוביל בצורה כזו או אחרת להשתמש במודל אדוורסרי. במקרים אלה תידרש התערבות כזו או אחרת של בית המשפט וגורמים מקצועיים נלווים (למשל, יחידות סיוע, פקידי סעד לסדרי דין). כדי להבטיח התערבות מהירה ודחופה של כל אחד מגורמים אלה לפעול על פי עקרון העל של טובת הילד מן ההכרח לנסות ולהביא בתחילה לפתרון מוסכם, ובהעדרו ימונה לאלתר "ידיד לילד". לשם כך יהיה צורך לצייד את הגורמים המקצועיים בכלים שיאפשרו להם סינון ראשוני (screening) להערכת תפקוד ההורים על-פי האפיונים הבאים:
- הורה ידיוותי - ההורה שמוכן לקחת בחשבון או ללמוד לקחת בחשבון את מקומו וחשיבותו של ההורה השני בחיי הילד.
- הורה פסיכולוגי - ההורה שמאופיין ביכולת הבנה אמפתית, תובנה הורית וזמינות רגשית לגבי הצרכים של הילד.
4. הערכות ראשוניות אלה יאפשרו, לפחות אצל חלק מההורים, אכיפת תכנית הורית זמנית על ידי בית המשפט. והיה וגם התערבות ראשונית זו לא תישא פירות, הרי שאז ימונה "ידיד לילד". כאמור אין זה סביר להפעיל חזקה כזו או אחרת, במצב קונפליקט קשה, ללא התערבות של בית המשפט והיחידות המקצועיות הקשורות אליו (יחידות סיוע, פקידי סעד). בדיוק כמו שאלה פועלים כיום על פי המודל הקיים, אותם גורמים מקצועיים יתערבו כדי להביא להסדר/אכיפת תכנית הורית זמנית על פי ההערכות הראשוניות שיתבצעו באמצעות הכלים שיועמדו לרשותם. במצבים קשים במיוחד, נתקשה למנוע את כניסת בית המשפט ל"משחק", ולכן יש לצייד אז את בית המשפט בתכנית שתאלץ את שני ההורים לשקול מחדש את צעדיהם, תוך שהתערבות זו כשלעצמה שומרת על איזון בין שני הצדדים ולא נותנת יתרון להורה אחד על פני ההורה השני.

התכנית המוצעת עבור קונפליקט חזק שהמערכות המקצועיות מתקשות בטיפול בו

1. מינוי "ידיד לילד", בעל מעמד של אפוטרופוס לדין, עם הכשרה מקצועית – טיפולית מתאימה בתחום.
2. ידיד הילד ייפגש עם ההורים והילדים, יבצע הערכות ראשוניות, יסתייע במידת הצורך בבעלי מקצוע נוספים, יקבע תכנית הורית זמנית ובהמשך תכנית הורית קבועה.
3. העלות תושט על ההורים, בדיוק כמו שכיום הורים משלמים עבור מבחני מסוגלות הורית.

כאמור, על פי המיפוי שתואר לעיל ועל בסיס הנחות העבודה שפורטו, הקונפליקט החזק בין ההורים משקף מציאות אשר הסדרי משמורת לא סימטריים רק ינציחו את הקונפליקט, את תחושת הקיפוח של הורה אחד ואת תחושת העליונות של ההורה השני, והכול על חשבון טובת הילד.