

# חזקת הגיל הרך - פרשנות בית המשפט העליון סותרת את טובת הילד

אבי שגיא-שורץ, דן שניט\*

5. בקביעת הסדר ההורות. נדון בשאלה האם משמורת משותפת בהסכמה אינה סותרת את חזקת הגיל הרך.
6. נתנה על דחיית המלצותיהם של שלושה מומחים הממליצים באופן עקבי על משמורת משותפת.

## הכינוי "חזקת הגיל הרך" מתייחס להעדפת האם כ"משמורתית" יחידה במקרה של פרידת ההורים, העדפה המעוגנת בחוק לגבי ילדים שטרם מלאו להם 6 שנים

### נסיבות המקרה שביסוד החלטתו של בית המשפט העליון

לאחר פרידת ההורים התקיים הסדר הורות משותפת בהסכמה, שבמסגרתו מילא האב תפקיד מרכזי בטיפול היומיומי בילד במשך למעלה משלוש שנים. החלטת האם להעתיק את מקום מגוריה מצפון הארץ למרכז הובילה אותה לתבוע ביטולו של הסדר ההורות הקיים וקבלת הילד בגיל ארבע למשמורתה הבלעדית במקום מגוריה החדש, ולהותיר לאב הסדרי ראייה שיקוימו במסגרת האילוצים שהמרחק הגיאוגרפי כופה. אין מחלוקת שעד לאותו מועד זכה הילד להורות משותפת שבה האב היה המטפל העיקרי בילד בשעות היום ואילו האם, שהייתה עסוקה כרופאה בשעות היום עד שעות הערב, הייתה אחראית על הטיפול בשעות הלילה. הצטברו עדויות כי נוצר קשר ישיר, חם וציב בן הילד לאביו. הסדר ההורות המשותפת לאחר שנפרדו ההורים העניק לילד במשך תקופה ממושכת את התנאים המיטביים לסיפוק צרכיו ההתפתחותיים. אין ויכוח, כפי שגם בית המשפט הנכבד מאשר בפסק דינו, כי לשני ההורים ישנה מסוגלות הורית תקינה ומיטיבה כלפי הילד וכי עד להחלטת האם להגר למרכז הארץ נהגו בשיתוף פעולה תוך הסכמה ורצון משותף להבטיח את טובתו. הסדר ההורות המשותפת שהתקיים בהצלחה, כאמור לעיל, במשך למעלה משלוש שנים מתוך ארבע שנות חייו של הילד, התגבש במעורבותו ובחסותו של בית המשפט למשפחה בטבריה (השופט

בתאריך 3.4.2014 פסק בית המשפט העליון בבקשת ערעור (בע"מ 1858/14) שהגירת אם מצפון הארץ למרכז, מהלך חד צדדי של האם ללא תיאום וללא הסכמת האב, שגרמה לניתוק האב מילדו שעד לאותה עת נהנה תקופה ארוכה ממשמורתם המשותפת של שני הוריו, אינה מהווה סיבה מיוחדת לסטות מחזקת הגיל הרך. החלטת בית המשפט העליון ניתנה חרף המלצות המומחים. פסק דין זה ניתן במסגרת רשות ערעור על פסק דין שנתקבל בבית המשפט המחוזי בנצרת (עמ"ש 10-13-38844-10 מיום 10.2.14), שניתן במסגרת ערעור על פסק דין של בית משפט לענייני משפחה (השופט זגורי תמ"ש 10-01-23494; תמ"ש 12-09-24310).

במאמר זה אנו באים להציע כי בית המשפט לענייני משפחה הוא זה שפעל נכון בהחלטתו המקורית ואילו בית המשפט המחוזי ובית המשפט העליון שגו כאשר החליטו לאפשר את שינוי מקום המגורים ולהעניק לאם את המשמורת היחידה על הילד. אנו טוענים כי פרשנותו המצמצמת של בית המשפט העליון במקרה זה לגבי התנאים שבחוק לסטייה מחזקת הגיל הרך הרחיקה לכת, לדעתנו, מעבר לנובע מלשון החוק ומתכליתו להבטיח את טובתו של הילד. הכינוי "חזקת הגיל הרך" מתייחס להעדפת האם כ"משמורתית" יחידה במקרה של פרידת ההורים, העדפה המעוגנת בחוק לגבי ילדים שטרם מלאו להם 6 שנים (tender years doctrine).

- לאחר הצגת נסיבות המקרה שביסוד החלטתו של בית המשפט העליון נברר כמה סוגיות:
1. נבחן את המשקל שיש לתת לידע הפסיכולוגי המעודכן בסוגיית התפתחותם התקינה של ילדים להורים גרושים, לפיו אין מקום לחזקת הגיל הרך שמקורה בגישה פסיכולוגית מיושנת, ובמקומה יש להעדיף הסדר הורות משותפת שבמסגרתו יקיים הילד קשר משמעותי עם שני הוריו.
  2. ננסה לבדוק אם לשון הוראת סעיף 25 סיפא לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות מחייבת את קו הפרשנות המצמצם שאימץ בית המשפט העליון, לפיו אקט ההגירה החד צדדי של האם בנסיבות מקרה זה אין די בו לשכנע בקיומן של "סיבות מיוחדות" המתירות לסטות מחזקת הגיל הרך.
  3. נשאל מהיכן מסיק בית המשפט העליון כי נדרשות ראיות "כבדות משקל" על מנת להשתכנע בקיומן של "סיבות מיוחדות" להורות אחרת" להצדקת סטייה מחזקת הגיל הרך.
  4. נבחן את המגבלות על הכוח שמעניקה חזקת הגיל הרך לאם

\* פרופסור אבי שגיא-שורץ, המרכז לחקר התפתחות הילד והחוג לפסיכולוגיה, אוניברסיטת חיפה, וחבר הוועדה לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין. דואר אלקטרוני: [sagi@psy.haifa.ac.il](mailto:sagi@psy.haifa.ac.il)

\* פרופסור (אמריטוס) דן שניט, בית הספר לעבודה סוציאלית, אוניברסיטת תל אביב ויו"ר הוועדה לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין. דואר אלקטרוני: [shnitd@zahav.net.il](mailto:shnitd@zahav.net.il)

\* תודות מקרב לב לשופט (בדימוס) פיליפ מרכוס על הערותיו מאירות העיניים למאמר.



זגוריו, שהסתייע לשם כך בהמלצותיהם של הגורמים הטיפוליים המוסמכים ברשויות הרווחה ושל מומחים שמינה כדי שיחוו דעתם לגבי התוכנית ההורית שראוי לאמץ לטובתו של הילד הפעוט המסוים. רשויות הרווחה והמומחים שמונו המליצו בפני בית המשפט בעקבות פרידת ההורים על משמורת משותפת לילד שהיה בן חודשים ספורים כשהוריו נפרדו.

## בעקבות הגירת האם המליצו המומחים כי טובת הילד שלא ינותק מאביו וכי ההסדר הרצוי בשבילו הוא משמורת משותפת. מומחה אחד אף סבר כי בנסיבות החדשות שהאם כפתה על הצדדים ועל בית המשפט והקושי לקיים משמורת משותפת, עדיף כי הילד יועבר למשמורתו של האב

סביר להניח כי הסדר שיתוף פעולה הורי זה היה ממשיך גם בעתיד. בעקבות הגירת האם המליצו המומחים כי טובת הילד שלא ינותק מאביו וכי ההסדר הרצוי בשבילו הוא משמורת משותפת. מומחה אחד אף סבר כי בנסיבות החדשות שהאם כפתה על הצדדים ועל בית המשפט והקושי לקיים משמורת משותפת, עדיף כי הילד יועבר למשמורתו של האב. לאור הנסיבות והמלצות המומחים קבע בית המשפט בערכאה הראשונה כי נתמלאו התנאים שבחוק לסטות מתחולתה של חזקת הגיל הרך. החלטתו של בית המשפט בערכאה הראשונה בוטלה כאמור על ידי בית המשפט המחוזי ובית המשפט העליון בנימוק כי חזקת הגיל הרך מחייבת להעניק בנסיבות המקרה את המשמורת לאם, וכי לא נתמלאה הדרישה לקיומן של סיבות מיוחדות להורות אחרת ובעקבות זאת לסטות מהחלטה של החזקה לטובת האם. נדון עתה בשש סוגיות השלובות אחת בשנייה ביחס לחזקת הגיל הרך.

### 1. הידע הפסיכולוגי העיוני והאמפירי העדכני לגבי צרכיו ההתפתחותיים של הילד שולל את חזקת הגיל הרך

#### ההיסטוריה של חזקת הגיל הרך

בשנת 1962 (תשכ"ב) נתקבל חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות. סעיף 25 לחוק קובע כי כאשר ההורים אינם מגיעים להסכמה לגבי הסדר ההורות במקרה של פירוד או גירושין, יקבע בית המשפט את התוכנית ההורית על פי עקרון טובת הילד. מרחב שיקול הדעת של בית המשפט לקבוע מהו הסדר ההורות המיטבי לילד המסוים הוגבל כאשר מדובר בילדים בגיל הרך. אם טרם מלאו לילדים 6 שנים, מונחה בית המשפט לפעול על פי חזקה משפטית המעניקה לאם את המשמורת על הילדים ומותרת בידי האב זכויות "ראייה וביקור" בלבד. את היתרון המובנה בחוק לאם בהסדר ההורות של ילדים בגיל הרך אפשר לבטל אם מצא בית המשפט "סיבות מיוחדות להורות אחרת" שמצדיקות, לדעתו, סטייה מהכלל המחייב.

תקפותה הפסיכולוגית של חזקת הגיל הרך כבר נדונה רבות (יואלס ושגיא-שורץ, 2012) ולאחרונה אף פורסם מסמך קונצנזוס בינלאומי

שבאופן חסר תקדים הצטרפו אליו 111 מומחים בינלאומיים, כולל אחד המחברים של מאמר זה (שגיא-שורץ, 2014; וורשאק, 2014), וראו להלן את עיקרי הדברים. חזקת הגיל הרך מבוססת על תפיסה פסיכולוגית מיושנת, בלתי תקפה ושאיינה נתמכת מחקר. גישה זו רווחה בעת שנחקק החוק לפני למעלה מחמישים שנה, לפיה טובתם של ילדי גירושין בגיל הרך הוא שהקשר העיקרי שלהם יישמר עם האם שערובה רגשית ופסיכולוגית טוב יותר מהאב לספק את צרכי התפתחותם התקינה. כאמור, תפיסה זו אינה מקובלת כיום, כפי שעולה ממדעי ההתפתחות היישומיים - דיסציפלינה שלמה המבוססת מחקר אמפירי בחקר התפתחות הילד, שעוסקת בין השאר בהתפתחות נורמטיבית שמתרחשת גם בעת משבר כמו גירושין. למרות הרלוונטיות הרבה של גישה התפתחותית זו לילדי גירושין, היא לא מוצגת מספיק בחיבור החשוב כל כך בין ילדים, הורים, מערכת הרווחה ומערכת המשפט בישראל, קל וחומר בהחלטת בית המשפט העליון. על אף ידע שנובע ממדעי ההתפתחות היישומיים, חזקת הגיל הרך עדיין מקובעת בחוק שלנו, והיזמות לביטולה בחוק הישראלי, כפי שנהגו מרבית מדינות העולם המערבי, טרם צלחו, וראו דו"ח ועדת שניט: הוועדה הציבורית לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין: <http://index.justice.gov.il/Units/YeutzVehakika/NosimMishpatim/Pages/VaadatSnit.aspx>.

לדעתנו, חלק ניכר מההתנגדות לביטול חזקת הגיל הרך נשען על שיקולים שבחלקם הגדול אינם מן העניין: חלקם מגדריים, חלקם מוגנים מהשקפת עולם אישית, חלקם טקטיים וחלקם פוליטיים.

#### מסמך הקונצנזוס של 111 המומחים בעניין חזקת הגיל הרך

לא רק שחזקת הגיל הרך נשללת באופן חד משמעי וגורף על ידי מומחים בינלאומיים, אלא שבמסמך הקונצנזוס מועלית אף הסכמה כי תינקות ופעוטות זקוקים לטיפול לילי של שני ההורים אחרי פרידה או גירושין, לכן שינוי מגורים גיאוגרפי חד צדדי של אחד ההורים - אחד המאפיינים העיקריים של המקרה הנדון - משבש באופן בוטה ופוגעני את האפשרות לממש צורך זה ונוגד את טובת הילד. 111 המומחים טוענים כי כפי שאנו מעודדים שיתוף כל הורה בגידול הילד במשפחות עם שני הורים נורמטיביים, הרי שהראיות המחקריות מאירות את הצורך בשיתוף כל הורה בעתות גירושין. זאת צריכה להיות הנורמה לילדים בכל הגילים, גם מתחת לגיל שש, כולל חלוקת זמן בלילות עם כל הורה, אף שאין הכרח כי חלוקת הזמן תהיה שווה, יש מקום להתחשב באורח החיים של ההורים.

כל המומחים החתומים על מסמך הקונצנזוס הביעו את דאגתם כי קבלה חסרת ביקורת של עמדות לא מבוססות והישענות על מחקרים נטולי תוקף לגבי תוכניות הורות עבור ילדים צעירים מאוד מסכנת את רווחתם של הקשרים בין ההורים והילדים. "מסמך זה", אומרים החתומים, "הוא ניסיון שלנו לתקן הצגות מוטעות של מצב המדע ואת הנזק המאיים של הצגות כאלה" (וורשאק, 2014, עמ' 61). כך, למשל, מסמך הקונצנזוס עומד בניגוד מוחלט למסקנות השגויות שמעלים הפסיכולוגיה האוסטרלית מקינטוש ואחרים (2010, 2011) בדבר היתרון של הורה מטפל עיקרי אחד, זאת על בסיס מחקר לקוי ומוגבל מבחינת מתודולוגיה מחקרית. כאמור, 111 המומחים מתריעים במסמך הקונצנזוס מפני הטיית הציבור, מערכת המשפט ובעלי מקצוע המעורבים בתהליך קבלת ההחלטות, כפי שעושה מקינטוש. נילסן (2014), חוקרת מובילה בתחום שגם היא ברשימת המומחים, ממחישה זאת היטב במאמרה החדשני שבו היא משתמשת במושג WOZLES המראה כיצד יש העושים שימוש



של החוק בכל הנוגע לחזקת הגיל הרך מתוך גישה צרה ושמרנית עלול לעשות עוול לילדים, ובמקרים מסוימים גם עלול לגרום להם נזק של ממש.

מעצם תפקידם, לשופטים בבית משפט לענייני משפחה מזדמנת היכרות עמוקה עם התחום, והם צוברים ניסיון עשיר ביותר עם המציאות האמיתית והיומיומית של ילדים במשפחות מתגרשות. המלצות ועדת שניט, סדנאות וכנסים למכביר, מפגשי שופטים עם מומחים בינלאומיים ולאומיים, חושפים אותם לפרסומים בתחום, וכמובן הניסיון המצטבר - כל אלה ביחד הניעו תהליך מבורך של נסיגה מושכלת, גמישה והדרגתית מיישומה הדווקני והצר של חזקת הגיל הרך, מתוך תובנה שהיצמדות שמרנית אליה איננה צולה במקרים רבים עם טובת הילד.

## לא רק שחזקת הגיל הרך נשללת באופן חד משמעי וגורף על ידי מומחים בינלאומיים, אלא שבמסמך הקונצנזוס מועלית אף הסכמה כי תינוקות ופעוטות זקוקים לטיפול לילי של שני ההורים אחרי פרידה או גירושין

המחוקק הישראלי לא הגדיר את עקרון טובת הילד באופן אופרטיבי, ובאוקום זה הפסיקה מנסה לצקת תוכן. שופטי בתי המשפט לענייני משפחה מחפשים דרכים יצירתיות וחכמות להביא להסדרי הורות שבראשיתו של דבר ובסופו של יום ייטיבו עם הילד. פסיקתו של בית המשפט העליון, שאימץ במקרה הנדון קו פרשנות מצמצם, מעבר למתחייב מלשון החוק ובניגוד לידע העדכני ולרוח התקופה, עלולה לחבל בניסיון מבורך זה של בתי המשפט למשפחה לתמרן במסגרת האילוצים שעדיין קיימים בחוק בזיקה לחזקת הגיל הרך במטרה להתאים הסדרי הורות שייטיבו עם ילדים אלו כמו במקרה הנדון. הדברים אמורים במיוחד במצב של הגירה חד צדדית של אחד מן ההורים.

כל בתי המשפט שהיו מעורבים בהליכים של המקרה הנדון, קבעו על יסוד חומר הראיות וחוות דעת המומחים, כי מדובר בשני הורים נורמטיביים עם מסוגלות הורית תקינה. אין עוררין גם על כך שהתקיימה במשך כל התקופה שקדמה לאקט ההגירה של האם למרכז הארץ, מערכת יחסים הורית משותפת ומכילה שהיטיבה עם הילד.

על בסיס עובדות אלו סברו העובדות הסוציאליות ברשויות הרווחה והמומחים בתחום התפתחות הילד שמינה בית המשפט, כי המשך קיומו של הסדר ההורות המשותפת שהתבסס על קיומו של קשר ישיר ומשמעותי של הילד עם שני הוריו, הוא לטובתו. בית המשפט בערכאה הראשונה שוכנע על בסיס העובדות שהתבררו בפניו

פעיל ושכיח בציטוט לא מבוסס שעשו להטעות את התחום. באופן דומה מעלה זכי (2014) במאמרו מסקנות לא מבוססות מחקרית המצדדות בחזקת הגיל הרך עד גיל שנתיים.

מחקרם של ברבר, אלמן ופבריציוס (2003) עוסק בשינוי מקום מגורים של ילדים לאחר גירושין ובשאלה מהי טובת הילד בהקשר זה. החוקרים ניתחו את הסיכונים הקשורים בשינוי מקום מגורים או הגירה, ומצאו כי הגירה מנבאת משתני תפקוד כמו, למשל, הסתגלות אישית לא טובה, הסתגלות רגשית בעייתית, תחושה כי אין דמויות הוריות להתייחסות, תחושת מתח רב בכל מה שקשור לגירוש ההורים, וחשוב מכול, הרגשה כי נחלש הייצוג הרגשי של ההורה הלא המשמורן כתוצאה מקשר לא סדיר עמו. התרינגטון וסטנלי-הייגן (1999) מציינים סיכונים נוספים כמו סרבנות קשר הנובעת מכך שהילד מתקשה לשמר את הקשר עם ההורה הלא משמורן ובכך גם נפגע הייצוג המנטלי של ההורה הלא-משמורן, האב בדרך כלל. כאמור, אין מחלוקת בין החוקרים והמומחים, ששינוי גיאוגרפי משמעותי של מקום המגורים מהווה אירוע קשה עבור הילד הדורש הכנה והסתגלות. לכן, נראה בהמשך כי גם על פי מסמך הקונצנזוס הבינלאומי שפרסמו 111 המומחים, אין שום ספק שמדובר כאן ב"נסיבות מיוחדות" לסטות מחזקת הגיל הרך כמשמעותו בחוק.

## 2. בתי המשפט בערכאות הערעור נקטו קו פרשנות מצמצם ביחס ל"סיבה מיוחדת" שתצדיק סטייה מחזקת הגיל הרך

החלטת בית המשפט העליון עומדת בניגוד מוחלט לרוח המקצועית הרווחת כיום, כפי שהוצגה עד כה. ברוח זאת גם כתבי מאמר זה מתנגדים לחזקת הגיל הרך ומצדדים בביטולה. יחד עם זאת, בחרנו לנתח את נסיבותיו של המקרה הנדון לאור המצב המשפטי הקיים. ראוי לציין כי עיון בפסיקה של השנים האחרונות מגלה כי מספר גובר וחולך של שופטי משפחה החל להבין ולהפנים כי יישומו



המחוזי ובית המשפט העליון שגו כאשר החליטו להחיל את חזקת הגיל הרך למרות שינוי מקום המגורים חד צדדית על ידי האם. אנו סבורים כי פרשנותו המצמצמת של בית המשפט העליון במקרה זה, הרחיקה לכת, מעבר לנובע מלשון החוק ומתכליתו להבטיח את טובתו של הילד. במרכזן של נסיבות המקרה שעמד להכרעתו של בית המשפט בערעור, עומד כאמור לעיל, אקט הגירה חד צדדית שהפכה את הקערה על פיה ורוקנה מתוכן הסדר הורות משותפת ממושך ומורכב שגובש בחסותו של בית המשפט לענייני משפחה לטובת הקטין, וכל זאת כאמור גם בניגוד למסמך 111 המומחים והממצאים שהם מציגים. חיובם של בתי המשפט לענייני משפחה ליישם את חזקת הגיל הרך ברוח קו פרשני מצמצם זה, עלול להסב בעתיד גם לילדים אחרים נזקים בהתפתחותם ובהסתגלותם למצב החדש כפי שעולה בבירור מהתובנות המקצועיות המקובלות ביחס לטובת הילד.

---

## **החוקרים ניתחו את הסיכונים הקשורים בשינוי מקום מגורים או הגירה, ומצאו כי הגירה מנבאת משתני תפקוד כמו, למשל, הסתגלות אישית לא טובה, הסתגלות רגשית בעייתית, תחושה כי אין דמויות הוריות להתייחסות, תחושת מתח רב בכל מה שקשור לגירושי ההורים, וחשוב מכול, הרגשה כי נחלש הייצוג הרגשי של ההורה הלא משמורן כתוצאה מקשר לא סדיר עמו**

---

### **3. הבסיס החוקי לדרישה של בית המשפט העליון להביא ראיות "כבדות משקל" להוכחת קיומן של "סיבות מיוחדות" לשם סטייה מחזקת הגיל הרך**

על רקע השינויים החברתיים והתרבותיים במבנה המשפחה ובהרגלי התעסוקה של שני המינים שחלו במהלך חמישים השנים שחלפו מקבלת החוק ועד היום, על רקע העובדה שמדינות המערב ביטלו רובן ככולן את חזקת הגיל הרך ועל רקע ההתפתחות בידע הפסיכולוגי המחקרי העדכני לגבי צרכי ההתפתחותיים של הילד בגיל הרך לקיום קשר משמעותי עם שני הוריו - הכול בסתירה לעקרון חזקת הגיל הרך - אפשר היה לצפות כי בית המשפט יאמץ גישה פרשנית גמישה התואמת את השינויים הללו ולא מתעלמת מהם.

ברוח זאת המליצה ועדת שניט לבטל את חזקת הגיל הרך ולהחליפה באחריות הורית משותפת. אף שהמלצות הוועדה טרם זכו לעיגון בחקיקה, עולה מפסקי דין חדשים שוב ושוב שהן מיושמות בהדרגה על ידי בתי המשפט למשפחה במקרים המתאימים שבהם מתעורר הצורך לקבוע הסדר הורי שייטיב עם הילד. המלצות אלו של הוועדה נוסחו ברוח הוראות אמנת האו"ם בדבר זכויות הילד משנת 1989 (או"ם, 1993) שאותה ישראל אשררה, אמנה שמצהירה על זכותו של הילד לקשר משמעותי עם שני הוריו מתוקף האחריות ההורית המשותפת כלפיו. אלא שבניגוד למצופה,

כי יש לאכוף את המשך יישומה של תוכנית ההורות המשותפת שסיפקה עד לאותו מועד פתרון שמיטיב עם צרכי ההתפתחותיים של הילד. החלטתה של האם להגר באורח חד צדדי, ללא תיאום עם בית המשפט וללא הסכמת האב, טרפדה את המשכיותו של הסדר ההורות המוצלח. התנהלות שרירותית וחד צדדית זו של האם עונה לדעת בית המשפט בערכאה ראשונה לדרישה של קיום "סיבות מיוחדות להורות אחרת". לכן החליט להעביר, כרע במיעוטו ובחוסר ברירה, את המשמורת לאב שמילא, כאמור לעיל, תפקיד מרכזי בטיפול בילד עד לאותו מועד.

בערעורים בבתי המשפט, המחוזי והעליון, לא הוצגו ראיות או חוות דעת חדשות ושונויות מאלו שעמדו בפני בית המשפט לענייני משפחה המצדיקות להיענות לדרישת האם לבטל את הסדר ההורות המשותפת שהתבצע בהסכמה במשך כמה שנים, עד שהיגרה למרכז הארץ. שתי ערכאות הערעור סברו, בניגוד לעמדתו של בית המשפט לענייני משפחה, כי השינוי הדרמטי שנכפה בעקבות הגירת האם אינו מהווה סיבה מיוחדת מספקת לסטות מעקרון חזקת הגיל הרך שנקבע בחוק, ולכן הורו שתי ערכאות הערעור על ביטול החלטתו של בית המשפט לענייני משפחה למסור את המשמורת לאב והורו על העברת מקום מגוריו של הילד והמשמורת הבלעדית לאם.

כשעורכים את המאזן של מכלול השיקולים הרלוונטיים להבטחת טובתו של הילד בנסיבותיו של מקרה זה, מתקשים להבין מהו הרציונל לאימוץ קו הפרשנות המצמצם והנוקשה הזה מצד בתי המשפט שדנו בערעורים לגבי הסיבות המיוחדות שיצדיקו לסטות מחזקת הגיל הרך. מסכת העובדות, שאינן שנויות במחלוקת במקרה שלפנינו, מלמדת כי על כף המאזניים האחת מונחת פגיעה ודאית בצרכי ההתפתחותיים של הילד כתוצאה מניתוקו ממקום מגוריו ומאביו שטיפל בו במסירות כמטפל עיקרי על בסיס יומיומי בשיתוף פעולה הרמוני עם האם, זאת בשעה שעל כף המאזניים השנייה מונחים אינטרסים לגיטימיים של האם לשפר את מצבה התעסוקתי והכלכלי בעקבות המעבר למרכז הארץ.

מדובר בצעד מכריע ובעל משמעות מרחיקת לכת המשנה מהקצה לקצה את גורלו של הילד, שזכה עד לאותה נקודת זמן ליציבות בטיפול ובקשר עם שני הוריו, כאשר האב ממלא כאמור תפקיד מרכזי ומכריע בטיפול היומיומי בילד. מימוש האינטרס של האם להגדיל את הכנסותיה על ידי מעבר למרכז, אינו בגדר כורח קיומי. לאם לא חסרה עבודה כרופאה בצפון, מדובר במקצוע מבוקש שהעניק שכר הולם גם במקום מגוריה בצפון הארץ. קיים ספק רב האם די בשיקולים תעסוקתיים אלה כדי להצדיק את המחיר הכרוך בניתוקו של הילד מאביו.

כאשר משקללים את מאזן האינטרסים בין הזכות של הילד לקיים קשר משמעותי עם שני הוריו ולא לנתק את הקשר הטיפולי החם והרצוף עם אביו, לבין הזכות של האם לקיים חופש תנועה ולשנות את אזור מגוריה על מנת לשפר הכנסתה, יש להעדיף את הזכות של הילד וטובתו על זכותה של אמו. כך נהג בית המשפט בערכאה הראשונה. לא כך נהגו בתי המשפט שדנו בערעורים. בפרשנותם זו הם הכפיפו את זכותו של הילד למימוש טובתו לזכותה של האם לדרוש משמורת בלעדית לילד מכוח חזקת הגיל הרך, בעקבות החלטתה להגר עמו ולנתקו בפועל מאביו.

אנו מציעים כאן כי בית המשפט לענייני משפחה הוא זה שפעל והחליט באופן מקצועי ובהרמוניה מלאה עם מצב הידע בתחום ועם יישום קו פרשנות ראוי ומידתי ל"סיבות המיוחדות" שבגינן מתיר החוק לסטות מחזקת הגיל הרך. לעומת זאת, בית המשפט





להגר למרכז הארץ ובעקבות זאת לנתק את הילד ממקום מגוריו ומאביו, חמורות בהרבה בהשוואה לאלטרנטיבה שאותה אימץ בית המשפט בערכאה הראשונה. בהערת אגב יצוין, כי סביר להניח שהאם הייתה מוותרת בסופו של יום על ההחלטה לעבור למרכז, אילו היה מתברר לה שבתי המשפט בערכאות הערעור מאשרים את פסק דינו של בית המשפט בערכאה הראשונה ומקבלים שהמעבר החד צדדי מהווה סיבה מיוחדת המצדיקה שלא להחיל את חזקת הגיל הרך. אם בניגוד למצופה הייתה האם מוותרת על המשמורת המשותפת על הילד ומהגרת בהתעלם מפסיקתו של בית המשפט בערכאה הראשונה, היה בכך הוכחה כי טובתו אינה צומדת לנגד עיניה.

## יש להעדיף את הזכות של הילד וטובתו על זכותה של אמו. כך נהג בית המשפט בערכאה הראשונה. לא כך נהגו בתי המשפט שדנו בערעורים

### 4. מגבלות הכוח שמעניקה חזקת הגיל הרך לאם בקביעת הסדר ההורות

חזקת הגיל הרך לא נועדה להפקיד בידי האם כוח בלתי מוגבל לקבוע על פי רצונה את התנאים והגבולות לשיתופו של האב בגידולו של הילד בנסיבות כמו במקרה שלנו. הפקדת חופש החלטה לאם להגר עם הילד למקום מרוחק ששולל יכולת מהאב לקיים קשר ישיר ומשמעותי עם בנו או בתו, אינה מובנת מעליה. היתרון שמעניקה חזקת הגיל הרך לאם כמשמורתית, לא נועד להעניק לאם כוח להכתיב מצבי ניתוק שרירותי של אבות מילדיהם. ההשלכות מרחיקות הלכת הכרוכות באקט ההגירה במקרה כמו שלנו, מטילות על בית המשפט את החובה לבחון לעומק את המניעים שביסוד החלטת האם להגר, ולאזנם אל מול ה"מחיר" הצפוי מאקט ההגירה והניתוק מההורה השני לשלומה של הילד. יתרה מכך, מימוש החירות של האם להגר כזכות יסוד אזרחית לחופש תנועה, אינה סותרת את חובתה להבטיח כי תישמר זכותו של הילד לקיים קשר ישיר ומשמעותי עם שני הוריו. האם בת חורין לנוע ולקבוע את מקום מגוריה כרצונה, אך אין זכותה זאת מפיגה את התוצאות השליליות העלולות לצמוח מבחירתה למימוש זכותו של הילד לקשר משמעותי עם שני הוריו. החובה להעמיד במרכז את הדאגה לטובתו של הילד, מחייבת את ההורים לריסון עצמי במימוש זכותם לחופש תנועה והחלפת מקום מגוריהם. בהקשר זה יפה עשה השופט זגורי כאשר אימץ את הדרך שבה בחר השופט סילמן לאזן בין השיקולים השונים בסוגיה זו: "כאשר מביאים אנו, כהורים, ילדים לעולם, "מוותרים" אנו על זכויות רבות - נשללת מאתנו פרטיות, חופש מסוים, שלוה מסוימת, וזוכים אנו בהנאות רבות; הוויתור הינו מודע, כחלק מאחריותנו ההורית, יכולת השיקום, וניהול החיים לא נשללים אוטומטית, אלא שכפופים הם לטובת הקטין" (תמ"ש (קריות) 3461/05). לפיכך, הישארות באזור הצפון כדי לא לפגוע בילד אינו דבר לא סביר אם באמת רצתה האם בטובתו של בנה, וכך סבר בית המשפט לענייני משפחה. כאמור, גם אנו סבורים כי אם שאינה מוכנה לוותר בנסיבות אלו על מאווייה, ראוי שתיחשב כבעלת הורות פחות מיטיבה, משום שהיא מסכנת את טובת בנה בהחלטה שקיבלה ללא תיאום עם האב לנתק את הילד ממנו.

אנו סבורים כי בתי משפט צריכים לאמץ במכלול השיקולים גם את הזווית שמזהה את ההורה הידיוטי כלפי הילד, כלומר זה שמתחשב במקומו של ההורה השני בחיי הילד, כפי שעשה השופט זגורי בהחלטתו. זהו קריטריון הכרעה חשוב המסייע לשופטים להחליט בשאלה האם לאפשר מעבר מגורים או השארת הילד בעירו. ההתנהלות של האם כהורה לא ידיוטי שאינה דואגת לצורכי בנה לשמור על קשר רציף ומשמעותי עם אביו, לא זכתה להתייחסות בפסיקתו של בית המשפט העליון. נראה כי רק אם היו הוכחות להעדר מסוגלות אמיתית פסיכופתולוגית, הייתה נחה דעתו של בית המשפט העליון כי נתקיימו הסיבות המיוחדות המתירות לסטות מיישומה של חזקת הגיל הרך. לגישה פרשנית מצמצמת זו השלכות שליליות ניכרות, כאמור לעיל.

ישנו הבדל מהותי אפוא בעקרונות שהנחו את בית המשפט לענייני משפחה בהחלטתו, לעומת אלו שהדריכו את בית המשפט המחוזי ואת בית המשפט העליון בהחלטותיהם. פער תפיסתי זה הוא בליבת הדיון והבנתו מסייעת בנייתו המקרה שלפנינו, וגם יכולה לשמש מורה דרך לשיקולים והחלטות במקרים דומים. מצד אחד, יש הפועלים על פי "דוקטרינת הנסיבות המשתנות" (changed circumstances doctrine) שאיננה תואמת בהכרח את "דוקטרינת טובת הילד" (best interest of the child doctrine) (יואלס ושיגיא-שורץ, 2012; Shear, Kelly & Eisenberg, 2002).

## על פי החוק סמכותם של שני ההורים כאפוטרופוסים טבעיים של הקטין כוללת את החובה והזכות לדאוג יחדיו למכלול צרכיו של הקטין, לרבות הסמכות "לקבוע את מקום מגוריו" [...] בהקשר זה המחוקק מדגיש את החובה של ההורים לפעול בכל עניין הנתון לאפוטרופוסותם תוך הסכמה

בית המשפט העליון מעדיף, כפי שקרה במקרה אחר שבו השופט דורנר אפשרה הגירת אמו עם בנה לאנגליה (רע"א 4575/00), לאמץ את "עקרון הנסיבות המשתנות" שבעצמו מצמצם את יישומו של "עקרון טובת הילד". בכל הכרעה בענייני קטינים, טובת הילד חייבת להיות הסמן הימני של בית המשפט וזאת גם על פי לשון החוק. בניגוד לטובתו של הילד המשתקפת בין השאר במימוש זכותו לקשר רציף ומשמעותי עם שני הוריו, מעדיפים בתי המשפט מעת לעת להחיל את עקרון הנסיבות המשתנות, תוך כדי כריכתו עם חוק יסוד כבוד האדם וחירותו (המכיר בחירות התנועה). גישה זאת מחלישה עד מאוד את ההתחשבות בצורכי הילד וטובתו. בית המשפט העליון בהחלטתו טוען אמנם כי הוא פועל בשם טובת הילד, אך לאמיתו של דבר התוצאה הפוכה. החלטת שופטי בית המשפט העליון (והמחוזי) במקרה הנדון, אינה תואמת את ממצאי המחקר שתואר בפתיח, והיא מונעת, בעיקרה אם לא כולה, מ"עקרון הנסיבות המשתנות", קרי רצון האם להעתיק את מגוריה לעיר אחרת. שופטי בית המשפט העליון מקבלים את העובדה כי המשיבה נהגה שלא כשורה במעבר הלא מתואם למרכז הארץ, ואף כי יתכן שהמבקש השקיע בקטין יותר מהמשיבה בתקופות בהן התמסרה לפיתוחה המקצועי. למרות זאת, לתפיסתם, "אין דבר



## 6. האם סביר היה לדחות המלצתם של שלושה מומחים להמשיך ולקיים משמורת משותפת?

פסיקתו של בית המשפט לענייני משפחה בערכאה הראשונה תאמה את המלצות המומחים שמונו לבדוק את המקרה. אימוץ חוות דעתם של מומחים כמכשיר חשוב המסייע בשאלות הנוגעות לטובתו של הקטין, היא פרקטיקה מקובלת בקרב שופטי בית המשפט, בייחוד כשהמחלוקת קשה. בדרך כלל הנטייה היא לא לדחות המלצות מומחים, כפי שכבר צוין לא פעם בעניין זה על ידי בית המשפט העליון עצמו: "חוות דעתם של מומחים מהווה מכשיר חשוב בו מסתייע ביהמ"ש בבואו להכריע בשאלות הנוגעות לטובתו של הקטין וככלל, אף יאמץ ביהמ"ש את המלצת המומחים שאותם מינה, אלא אם כן קיימים טעמים נכבדים ובעלי משקל ממשי, המצדיקים סטייה מאותה המלצה" (בע"מ 9358/04). עם זאת, דווקא שתי ערכאות הערעור בחרו להתעלם מהמלצות המומחים, ולדעתנו תוך שיקול דעת מוטעה שאיננו מבוסס על זיהוי פגמים או קשיים בחוות דעתם. יתרה מכך, חוות דעת המומחים תואמות את הדיון שהוצג עד כה בדבר המשמעות של שינוי מקום מגורים חד צדדי של אחד ההורים. לכן, המסקנה היא שבית המשפט העליון סטה מהמדיניות שקבע בכל הנוגע להסתמכות על מסקנות מומחים בחוות דעתם.

## סיכום הסוגיה: שינוי מקום מגורים חד צדדי בנסיבותיו של המקרה הנדון מצדיק לקבוע כי הוכחו "סיבות מיוחדות" לסטות מיישומה של חזקת הגיל הרך

בית המשפט לענייני משפחה נשען כמצופה ממנו על עקרון טובת הילד - הן על פי דין והן כפי שמשתמע ממסד הידע המצטבר - ולא על פי עקרון הנסיבות המשתנות כפי שנהגו בתי המשפט בערכאות הערעור, ושכל כולו נוגד את מצב הידע בתחום. שופטי בית המשפט העליון החליטו פה אחד לא לקבל את ערעורו של האב תוך שהם קובעים מצד אחד, כי "החזקה כפופה כמובן לטובת הקטין אשר היא בראש כל השיקולים", ואילו מצד שני מסייגים את הסיבות שבגללן אפשר לסטות מהחזקה לטובת הקטין רק למצבים

חריגים, כמו העדר מסוגלות אמהית. כאמור, בית המשפט העליון אימץ פרשנות מצמצמת ביותר של הסיבות שבגינן אפשר שלא להחיל את חזקת הגיל הרך. זהו קו פרשנות מצמצם ושמרני מעבר לנובע מלשון החוק והמתעלם מההתפתחויות החברתיות והתרבותיות שחלו מאז נחקק החוק וממצב הידע שגובש במחקר הפסיכולוגי העדכני הנוגע לצרכיו ולטובתו של ילד הגירושין בגיל הרך. בית המשפט העליון אימץ הלכה למעשה נוסחה לפיה חזקת הגיל הרך = טובת הקטין.

כבר לפני חמישים שנה המחוקק הכיר בכך שהמציאות מורכבת יותר, וסייג את תחולתה של חזקת הגיל הרך כאשר מתקיימות "סיבות מיוחדות להורות אחרת". המחוקק לא קבע כי סיבות מיוחדות אלו מתקיימות רק במצבים קיצוניים המבוססים על ראיות כבדות משקל. כאמור, ניסיונו להראות כי שופטי בתי המשפט בערכאות הערעור סטו כאן בפרשנותם המצמצמת מהמתחייב מלשון החוק. לעומתם, שופטים בבתי דין לענייני משפחה רבים העוסקים מדי יום בסוגיות אלה ומכירים היטב את

זה מטה את הכף נגדה באופן שישלול ממנה את משמורת הקטין על פי החזקה הסטטוטורית, במקום שאין חולק כי לשני ההורים מסוגלות הורית. כלומר, הם שמים במרכז הדיון את זכויותיה של האם לאכופ את חזקת הגיל הרך ולהחליף את ההסדר המוסכם של משמורת משותפת שהיטיב עם הילד, להסדר של משמורת בלעדית לאם שילוה בכורח הנסיבות בניתוק מאב ובסיכון של ממש לפגיעה בו. השופטים אינם נותנים תשומת לב ראויה לנקודת המבט של טובת הילד, ובעצם בוחרים לא להתייחס לכך שרצונותיה של האם מהווים שיקול **אובזנטי לא ייחודי** כלפי הילד וטובתו. לעומת זאת, שופט בית המשפט לענייני משפחה בטבריה לא אפשר את שינוי מקום המגורים מתוך תובנה שתהיה כאן פגיעה בטובת הילד. לדעתנו, שינוי מגורים חד צדדי של אחד ההורים, שאינו מתחשב בטובת הילד ובצרכיו וזאת על פי עקרון הנסיבות המשתנות, צריך להיחשב כ"סיבה מיוחדת להורות אחרת" ולסטות מחזקת הגיל הרך. מסמך הקובצנזוס של המומחים מחזק מסקנה זו.

## 5. משמורת משותפת בהסכמה אינה סותרת את חזקת הגיל הרך

חשוב לזכור כי במשך שנות חייו הראשונות חווה הילד "משמורת משותפת" בהסכמת שני ההורים ובאשרור כל הגורמים המעורבים כולל בית המשפט, ולכן לא התממשה כאן מלכתחילה חזקת הגיל הרך באמצעות קביעת משמורת אצל האם בלבד. המשמורת המשותפת לא סתרה את חזקת הגיל הרך, שכן האם הייתה חלק אינטגרלי מהסדר המשמורת המשותפת ולכן הילד זכה להיות במחיצתה באופן משמעותי. למעשה, התנהלו כאן במשך כמה שנים חיים שוטפים וזורמים באופן יומיומי עם תפקוד ראוי של משמורת משותפת שחובקת בתוכה גם את חזקת הגיל הרך. אין ספק שהחלופה העיקרית שבית המשפט צריך לשקול, כפי שעשה בית המשפט לענייני משפחה, היא זו שמאפשרת את המשך החיים במסגרת השגרה המיטיבה שקדמה לפרוץ הסכסוך. לפיכך השורה התחתונה היא "מדוע לתקן דבר שאיננו מקולקל" - בית המשפט העליון בחר "לתקן" את מה שפעל כראוי ובכך חשף את הילד לפגיעה מיותרת בטובתו.



יכול להתפרש כסיבה מיוחדת שלא להחיל את חזקת הגיל הרך על פי סעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות. לפיכך, קיימת סכנה שהכרעתו זו של בית המשפט העליון, המהווה תקדים והלכה מחייבים לבתי המשפט לענייני משפחה שדנים במצבים של הגירה, כמו במקרה הנדון, תקבע מציאות משפטית נוקשה ומיושנת שתפגע בטובת הילד בגיל הרך. זאת בניגוד לאמנה בדבר זכויות הילד, לחקיקה של מדינות המערב, לרוח התקופה ולמסקנותיהם של מומחים בינלאומיים רבים בעלי שיעור קומה בתחום. לעומת זאת, מגמות פרשניות גמישות שמצאו את ביטוי בפסיקה של שופטים לענייני משפחה רבים הנדרשים להתמודד עם הקשיים הנובעים מיישום חזקת הגיל הרך במצבים שטובת הילד הברורה מצדיקה לסטות ממנה, עלולות לסגת לאחור, זאת כל עוד לא שונה החוק. את המחיר עלולים לשלם הילדים שיימצאו במלכוד כתוצאה מכך שטובתם תהיה כפופה למדיניות פרשנית מצמצמת אותה אימץ בית המשפט העליון, מבלי שלשון החוק ונסיבות המקרה הנדון חייבו אותו לפסוק כך.

---

## ישנו הבדל מהותי אפוא בעקרונות שהנחו את בית המשפט לענייני משפחה בהחלטתו, לעומת אלו שהדריכו את בית המשפט המחוזי ואת בית המשפט העליון בהחלטותיהם. פער תפיסתי זה הוא בליבת הדיון והבנתו מסייעת בנייתוח המקרה שלפנינו, וגם יכולה לשמש מורה דרך לשיקולים והחלטות במקרים דומים

---

העולם האמיתי של משפחות החיות בקונפליקט, מחפשים ומוציאים, חדשות לבקרים, את הפתרונות לטובתו של הילד בהתאמה לנסיבות המקרה ולמציאות החיים והידע המחקרי העכשוויים. הם עושים

זאת לא על פי מתכון קשיח ונוקשה כמו זה שאימץ בית המשפט העליון בפסיקתו, אלא ביישום גישה פרשנית גמישה שאינה חורגת מהמתחייב מלשון החוק לגבי "הסיבות המיוחדות" המצדיקות לסטות מהחלטה של חזקת הגיל הרך לטובת הקטין. כך פעל גם במקרה הנדון בית המשפט לענייני משפחה בטבריה, שהבין היטב בהסתמכו על ידע מקצועי מעודכן כי שינוי מקום המגורים של האם באופן חד צדדי בנסיבות המקרה שלפנינו, מהווה פגיעה בטובת הילד, שעד למועד זה זכה להורות משמעותית ויציבה עם שני הוריו. זעזוע זה בחיי הילד שינותק מאביו שהיה כה משמעותי בטיפול בו, בהחלט



**היכנסו עכשיו לאתר הבית שלנו  
לגלות מה חדש בשדה הפסיכולוגי  
[www.psychology.org.il](http://www.psychology.org.il)**

1. אמנת האו"ם בדבר זכויות הילד (1993), כ"א 1038, כרך 31, עמ' 221.
2. זכי, מ' (2014). עיונים בפסיכולוגיה משפטית: ביטול חזקת הגיל הרך והמגמה לשינויי החוק הנוכחי של טובת הילד. פסיכואקטואליה, ינואר, 55-52.
3. יואלס, ת' ושגיא-שורץ, א' (תשע"ב). "אמא, אבא, ומה אתי? אני זקוק לשניכם": עובדות, מיתוסים, ותקוות בהסדרי הורות במקרים של גירושין. דין ודברים, ד', 404-375.
4. שגיא-שורץ, א' (2014). 111 מומחים בינלאומיים מארצות שונות מסכימים כי תינוקות ופעוטות זקוקים לטיפול לילי של שני ההורים אחרי פרידה או גירושין. פסיכואקטואליה, מאי, 55-52.
5. Braver, S.L., Ellman, I.M. & Fabricius, W.V. (2003). Relocation of children after divorce and children's best interests: New evidence and legal considerations. *Journal of Family Psychology*, 17, 206-219.
6. Hetherington, M.E. & Stanley-Hagan, M.M. (1999). The adjustment of children with divorced parents: A risk and resiliency perspective. *Journal of Child Psychology and Psychiatry and Allied Disciplines*, 40 (1), 129-140.
7. McIntosh, J. E., Smyth, B. & Kelaher, M. (2010). Parenting arrangements post-separation: Patterns and developmental outcomes, Part II. Relationships between overnight care patterns and psycho-emotional development in infants and young children. In J. McIntosh, B. Smyth, M. Kelaher, Y. Wells & C. Long, *Post-separation parenting arrangements and developmental outcomes for infants and children: Collected reports* (pp. 85-168). North Carlton, Victoria, Australia: Family Transitions. Retrieved from [http://www.ag.gov.au/FamiliesAndMarriage/Families/FamilyViolence/Documents/Post%20separation%20parenting %20arrangements%20and%20developmental%20outcomes%20for%20infants%20and%20children.pdf](http://www.ag.gov.au/FamiliesAndMarriage/Families/FamilyViolence/Documents/Post%20separation%20parenting%20arrangements%20and%20developmental%20outcomes%20for%20infants%20and%20children.pdf).
8. McIntosh, J. & The Australian Association for Infant Mental Health. (2011, Nov 26). Infants and overnight care - post separation and divorce: Clinical and research perspectives. Retrieved from: [http://www.aaimhi.org/inewsfiles/AAIMHI\\_Infants\\_and\\_overnight\\_care.pdf](http://www.aaimhi.org/inewsfiles/AAIMHI_Infants_and_overnight_care.pdf).
9. Nielsen, L. (2014). Wozzles: Their role in custody law reform, parenting plans, and family court. *Psychology, Public Policy, and Law*, 20 (2), 164-180.
10. Shear, L.E., Kelly, J.B. & Eisenberg, D.S (2002). Amicus Curiae brief. A letter to the Supreme Court of California, Marriage of LaMusga (Supreme Court Case No. S107355)
11. Warshak, R. A. (2014). Social science and parenting plans for young children: A consensus report. *Psychology, Public Policy, and Law*, 20 (1), 46-67. DOI: 10.1037/law0000005. With the endorsement of the researchers and practitioners listed in the Appendix.