

5.1 ד"ר תרצה יואלס, ד"ר פריץ סגל ופרופ' אבי שגיא-שורץ

מדוע אין לאמץ את סעיף 9(ג) להצעת החוק

רקע

סעיף 9(ג) להצעת החוק הוצע על ידי מספר חברים בוועדה לאחר שהנוסח הסופי של הדו"ח, שכלל את סעיף 9(ב) בלבד, עמד לפני חתימה. בישיבה המסכמת של הוועדה בנובמבר 2009, היה מקובל על מרבית חבריה שנוסח החוק יכלול רק את סעיף 9(ב). אולם, בישיבה נוספת שהתקיימה בנובמבר 2010 התקבלה על ידי הוועדה ההצעה להוספת סעיף 9(ג).

שינוי זה נעשה לאור התרשמות מספר חברי וועדה מתגובות הציבור לדו"ח הביניים והערכתם בדבר העמדה שתתקבל בצורה טובה יותר על ידי הגורמים המדינתיים בממשלה ובכנסת. בפרט, ברצונם להגיע לעמדה משותפת עם חלק מבעלות דעת המיעוט בדוח הביניים.

לאחר הפצת הנוסח הסופי של הדוח לחברי הוועדה במרץ 2011, אנו סבורים כי יש לחזור לדבוק בעמדה שנקטה בדו"ח הביניים. זאת, משום שלמיטב הבנתנו המקצועית סעיף 9(ג) פוגע במתווה שבסעיף 9(ב) שמתווה את הדרך הראויה והמתאימה ביותר לבחינת טובת הילד ולמימוש האחריות ההורית.

כמו כן השינוי בעמדת הוועדה נעשה לטעמנו במסגרת הליך אשר אינו מקובל עלינו. לאחר למעלה מחמש שנים של דיונים גלויים תוך שיתוף פעולה בין חברי הוועדה ההצעה להוסיף את סעיף 9(ג) התקיימה בעיקר מאחורי הקלעים.

על כן סברנו תחילה להימנע מלחתום על הדוח. אך, לאור חשיבותו של הדו"ח ובהעדר כל שיקולים פוליטיים מצדינו, החלטנו לחתום עליו, כדי שנוסח הצעת החוק שבדו"ח הביניים - שכאמור אנו סבורים שמבטאת בצורה נכונה את אופן מימוש האחריות ההורית לטובת הילד - תבוא לידי ביטוי ותעמוד לדיון מקצועי.

בהקשר זה, ניסינו להעמיק בשאלה עד כמה העובדה שניתנה בסעיף 9(ג) עדיפות לאחד מן ההורים, יש בה אף סיכון שיובייל להתפתחות הלכה של "חזקת ההורה המטפל העיקרי", כפי שנקטו חלק מדעת המיעוט בדו"ח הביניים. בחנו עד כמה חשש זה מבוסס מבחינת הפרשנות המשפטית של הסעיף והפרקטיקה שניתן להניח שתלווה את ההליך המשפטי. כמו כן, שקלנו האם תהיה הפחתה בדיונים משפטיים במקרים של קונפליקט גבוה בין ההורים על בסיס הוראות סעיף 9(ג).

להערכתנו, הכיוון מוביל סעיף 9(ג) בבירור להתפתחות הלכה של "חזקת ההורה המטפל העיקרי", שמנוגדת לתפיסה העקרונית של הוועדה, לפיה אין מקום להתבסס על חזקות או הנחות מוקדמות לצורך קביעת אופן מימוש האחריות ההורית לטובת הילד. במקביל אנו גם מעריכים כי סעיף זה יביא להרחבת הזמן וכמות ההתדיינויות ולא דווקא להפחתתם.

חתימתנו על הדוח הסופי מלווה אפוא בהסתייגות מוחלטת מהוספת סעיף 9(ג) להצעת החוק ובהסברים מדוע הוא פוגעת במימוש האחריות ההורית וטובת הילד ואף במעמדן של האמהות כנשים.

ביקורת

סעיף 9(ב) קובע קווים מנחים שעל פיהם נדרש בית המשפט לקבוע את אופן מימוש האחריות ההורית על ידי שני הוריו וללא כל הבחנה מגדרית, כל עוד הדבר אינו פוגע בטובת הילד. תפקיד בית המשפט הוא להבטיח את השותפות באחריות ההורית, שהיא לפי סעיף 5(א) להצעת החוק: "האחריות ההורית היא של ההורים יחד ולחוד". זהו העיקרון היסודי שהנחה את הצעת החוק שגיבשה הוועדה המתחייב מסעיף 18 לאמנה. יפים לעניין זה הנחיות המדריך ליישום האמנה מטעם יונסי"ף – (להלן- "המדריך")¹:

"Under the terms of article 18, the law must recognize the principle that parents have **common** responsibility. As is recognized in article 18(2), Government measures should be directed at supporting and promoting the viability of joint parenting. If parents separate, or if they have never lived together, it may however be necessary for courts to allocate rights to one or the other parent. As discussed in relation to article 9 (see page 122) in such circumstances the law should not make inflexible presumptions about which parent takes priority."

בהמשך הדברים אף קובע המדריך:

"Article 23(4) of the International Covenant on Civil and Political Rights provides that States Parties "shall take appropriate steps to ensure equality of rights and responsibilities of spouses as to marriage, during marriage and on its dissolution". The Human Rights Committee states in a General Comment: "During marriage, the spouses should have equal rights and responsibilities in the family. This equality extends to all matters arising from their relationship ... Such equality continues to be applicable to arrangements regarding legal separation or dissolution of the marriage ... Thus, any discriminatory treatment in regard to the grounds and procedures for separation or divorce, child custody ... visiting rights or the loss or recovery of parental authority must be prohibited, bearing in mind the paramount interests of the children in this connection." (Human Rights Committee, General Comment No. 19, 1990, HRI/GEN/1/ Rev.8, paras. 8 and 9, p. 189)"

כאשר ההורים חיים יחד עליהם להחליט כיצד לחלק ביניהם את אחריותם המשותפת למימוש זכויות ילדם. חלוקה זו נעשית באופן טבעי לפי יכולתו, כישוריו ורצונו של כל אחד מהם. לכן כאשר ההורים נפרדים ואינם מגיעים להסכמה על אופן המשך השותפות באחריות ההורית, נדרש בית המשפט להחליט

Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child¹
prepared for UNICEF by Rachel Hodgkin and Peter Newell, fully revised third edition, pp. 237.
[Handbook%203rd%20ed.pdf%20files/Implementation/http://www.unicef.org/crc](http://www.unicef.org/crc/Handbook%203rd%20ed.pdf%20files/Implementation/http://www.unicef.org/crc)

בדבר. סעיף 9(ב) מונה את מכלול הרכיבים שעל בית המשפט לשקול לצורך ההחלטה על חלוקת השותפות ההורית למימוש זכויות הילד, כדלקמן:

"(ב) בבוא בית המשפט לקבוע הסדר ההורות 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, להבטחת היציבות בחייו ולצרכיו המיוחדים ככל שהם קיימים;

(2) רצון הילד, ככל שכשריו המתפתחים מאפשרים לבררו על ידי שמיעתו בבית המשפט או בדרך אחרת שמתאימה לילד כפי שיקבע בית המשפט, ומתן משקל ראוי לדברי הילד לפי גילו ומידת בגרותו של הילד;

(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) הטיפול שהעניק כל אחד מההורים לילד;

(7) זכותו של הילד לקשר משפחתי ומידת הנכונות והיכולת של כל אחד מההורים לאפשר את מימוש הקשר."

שבעת הקריטריונים האלה מספקים לבית המשפט מרחב פעילות עם יכולת לשקלל באופן אופטימאלי, עצמאי, ומקצועי את השאלה המרכזית, מה ההסדר הרצוי לשותפות ההורית שהיא לטובת הילד. באופן שכזה בית המשפט אינו כבול לכיוון מסוים באשר לאחריות כל הורה אלא עליו לאזן בין מכלול הקריטריונים ולקבוע מהי טובת הילד וכיצד תמומש על ידי שני ההורים – לרבות, מינוי מטפל מקצועי או מגשר שישמש מתאם הורי מטעם בית המשפט שיפקח על מימוש האחריות ההורית על ידי כל הורה.

בניגוד לכך, סעיף 9(ג), שנוסף עתה בדוח הסופי של הוועדה, מצמצם את שיקול הדעת של בית המשפט בעניין חלוקת הזמן שהילד ישהה עם כל הורה ומקום מגוריו של הילד – קרי, התוכנית ההורית שבטופס ההסכם הנספח להצעת החוק – כדלקמן:

"(ג) ככל שלא ימצא בית המשפט או בית הדין במכלול השיקולים האמורים בסעיף קטן (ב) מענה להחלטה הנדרשת כדי להכריע לגבי חלוקת הזמן והמגורים של הילד עם כל אחד מהוריו, ייתן בית המשפט משקל מכריע לשיקולי שמירת היציבות בחייו של הילד ולאופן ולמידה בהם טופל על ידי כל אחד מהוריו במהלך חייו עד למתן ההחלטה, בלי שהדבר יפגע בשיקול של שמירת הקשר של הילד עם שני הוריו ועידודם לשיתוף פעולה ביניהם והכול תוך שמירה על עקרון טובת הילד כשיקול על".

בסעיף זה מגולמת ברירת מחדל, שכאשר בית המשפט אינו מוצא דרך כך שההורים יוכלו לממש את השותפות ההורית לעניין אופן חלוקת זמני השהיה של הילד ומקום מגוריו עם כל אחד מהוריו, על ידי

שקלול המרכיבים שבסעיף 9(ב), עליו ליתן "משקל מכריע לשיקולי שמירת היציבות וההמשכיות בחייו של הילד ולאופן והמידה בהם טופל על ידי כל אחד מהוריו במהלך חייו ועד למתן ההחלטה". בית המשפט נדרש אפוא לתת משקל מכריע לכך שתשמר יציבות במקום מגורי הילד כך שההורה שטיפל בו יותר ושעמו הוא שההורה יותר לפני הפרידה של הוריו ימשיך להיות מי שבעיקר יטפל בו ושעמו יתגורר. ביסוד ברירת מחדל זה עומדת ההנחה, שככלל שיקולים אלה הם אלה שבעיקר משקפים את טובת הילד. בהתאם לכך יקבע בית המשפט שמקום מגוריו העיקרי של הילד צריך להיות עם ההורה שטיפל בו לפני הפרידה ושעמו הוא ישהה רוב הזמן.

יתר על כן, סעיף 9(ג) אינו עומד בפני עצמו, אלא משפיע במישרין על אופן יישומו של סעיף 9(ב) על ידי בית המשפט. מכיוון שסעיף 9(ג) מייחס לעניין משקל מכריע לפסקה 9(ב)(6), הוא מסמן מרכיב זה אלה כבעל המשקל הרב יותר ממכלול המרכיבים שעל בית המשפט לשקול כבר בהתדיינות על מקום המגורים של הילד על פי סעיף 9(ב). לפיכך, בדרך כלל ייתן בית המשפט משקל עדיף לשמירת היציבות וההמשכיות במקום חייו של הילד ושמגוריו יהיו עם ההורה שטיפל בו יותר, על פני המרכיבים שנועדו להביא למימוש השותפות באחריות ההורית ושמירת הקשר של הילד עם שני הוריו. סעיף 9(ג) משנה אפוא את משמעותו של סעיף 9(ב) כך שבו ניתנת עדיפות להורה המטפל העיקרי לעומת ההורה המטפל המשני והוא יביא להשאת המצב הקיים של קביעת "הורה משמורן" לעומת "ההורה שאינו משמורן". גם לגופה של ברירת המחדל, לדעתנו היא מעניקה משקל מכריע למשך הזמן שבו הורה היה עם הילד, מבלי להביא בחשבון את טיבו של הטיפול שההורה העניק לילד באותו זמן – אהבה, הקשבה, תשומת לב, רגישות, הבנה, אכפתיות וכדומה – בהיותם דברים שקשה מאד להוכיחם. בנוסף, ברירת המחדל עלולה, מצד אחד, למנוע מהורה, בדרך כלל האב, אשר בעבר היה פחות מעורב בטיפול בילדים, לגלות לאחר הפרידה מעורבות גוברת בקשר ההורי ובטיפול בילדים. מצד שני, היא עשויה לגרום להורה שטיפל בעבר בילד, בדרך כלל האם, לחוש שהוא בעל המחויבות המשפטית והמוסרית העיקרית להמשיך לטפל בילד, למרות השינוי בנסיבותיו האישיות, ושחלוקת זמן ומגורים של הילד מאוזנים עם ההורה האחר פירושה פגיעה במעמדו כהורה. לבסוף, ברירת המחדל עלולה להוות עילה להחרפת המאבק בין הורים בקונפליקט גבוה בניסיונות מלאכותיים לשנות את תוצאותיה וזאת אך כדי לפגוע בהורה השני.

הוספת סעיף 9(ג) גם לא תחסוך לדעתנו בהתדיינות אלא להפך תגביר אותן. בעת ההתדיינות לפי סעיף 9(ב) הורה שהיה המטפל העיקרי בילד לפני הפרידה שאינו מעוניין להתחלק בשהות הילד עם ההורה השני, ימנע מלהסכים לחלוקת זמן המגורים של הילד עם ההורה האחר בעת שבית המשפט ינסה להביא את ההורים להסכמה על פי סעיף 9(ב). זאת, בידעו כי לאחר שתסתיים ההתדיינות לפי סעיף 9(ב) יידרש בית המשפט לתת משקל מכריע למצב שנהג בפועל בחייו של הילד ולא על פי מכלול המרכיבים שבסעיף 9(ב). העובדה שסעיף 9(ג) נותן בסופו של יום עדיפות להורה מסוים על פני ההורה האחר, מהווה אפוא תמריץ שלילי להסכמת ההורה המטפל העיקרי לחלוקת שהיית הילד עם שני הוריו. סעיף 9(ג) מהווה אפוא תמריץ חיובי להורה המטפל העיקרי להגביר את הסכסוך.

לבסוף, סעיף 9(ג) גם במגמת הצעת החוק לעודד הורים להגיע להסכמות בעניין אופן מימוש האחריות ההורית במשותף. שכן סעיף זה נותן עדיפות להורה האחד על פני ההורה השני. לכן נקודת המוצא, כאשר שהם מחליטים בעצמם או בעזרת צד שלישי על הסכם ההורות ובפרט התוכנית ההורית, תהיה שלהורה האחד ברירת מחדל שתפעל לטובתו בבית המשפט. בכך, הסעיף גם פוגע באפשרות להגיע לשותפות ההורית בכלל, שכן ההורה האחר יראה עצמו כנחות מההורה המטפל העיקרי וימנע מלנסות להגיע לשותפות במימוש האחריות ההורית היות והחוק נותן לו מעמד של הורה משני.

לסיכום, אנו סבורים שיש להוציא מהצעת החוק את סעיף 9(ג) מכיוון שלדעתנו משמעותו היא:

1. סימון מפורש בכיוון של "חזקת ההורה המטפל העיקרי" – הנוהגת במדינות אחרות, ומחליפה בדלת האחורית את "חזקת הגיל הרך" – בניגוד לתפיסה הבסיסית של הוועדה שאין מקום לפעול על פי חזקה לצורך קביעת טובת הילד.
2. אין הצדקה מהותית לתת משקל מכריע למבחן של הטיפול שכל הורה העניק לילד שסעיף 9(ב)(6) כרכיב מועדף על פני הרכיבים האחרים שבסעיף 9(ב), אלא יש לראות כאחד הרכיבים שעל פיהם בית המשפט יקבע את חלוקת הזמן והמגורים של הילד עם כל הורה.
3. יש לתת לבית המשפט את מלוא מרחב השיקולים בעת שהוא קובע את טובת הילד, אם אנו חפצים בטובת הילד כעקרון מוביל, ולא לצמצם את שיקול דעתו ולסמן לו את הכיוון על פיו יש לקבוע את טובת הילד.
4. ביסוד הצעת החוק של הוועדה עומדת גישה שוויונית בין האם לבין אב אך סעיף 9(ג) מנוגד למגמה זאת, מכיוון שהוא מקבע מצב סוציולוגי כנורמה משפטית שיש ללכת בעקבותיה.
5. התוספת של סעיף 9(ג) עלולה להגדיל את כמות הדיונים המשפטיים ולא להפחיתם. בעקבות הוראת סעיף זה עשוי להתפתח, במצבים של משבר בין ההורים, מאבק על הבנייה מלאכותית של טיפול בילד על ידי אחד ההורים לצורך המשפט (לדוגמה, על ידי דרישה למתן צו הרחקה כלפי הורה).

לאור זאת הצעת החוק צריכה לכלול, לדעתנו, את סעיף 9(ב) בלבד, שכן ביסודו עומדת ההכרה שכל ילד הוא אדם עצמאי בעל זכויות ללא כל הנחות מוקדמות. סעיף זה מבטיח שטובת שלכל ילד תבחן לגופו, משום שילד אחד אינו דומה לילד אחר, מצבו של אותו ילד שונה בגילאים שונים ובנסיבות שונות, הורה אחד אינו דומה להורה שני ומצבו של כל הורה משתנה בהתאם לנסיבות, בפרט בעקבות פרידה מבן זוגו. לכן, יש לספק לבית המשפט מרחב שיקולים גמיש שיאפשר לו לבחון את היכולת של כל הורה להקדיש זמן לילדו, נכונותו להתמסר לו, כישוריו האישיים לטפל בו ולחנכו וכן יכולתו לראות את הילד כאדם עצמאי ממנו שטובתו נפרדת מטובתו האישית של ההורה, כדי שהילד יזכה לשני הורים. על כן מטלת על הורה החובה להבטיח את זכות הילד ששני הורים

יממשו במשותף את אחריותם ושלשם כך הם יעודדו את הקשר של ילד עם ההורה השני ובני משפחתו.

מעבר לכך, בדרך זו תמלא המדינה את מחויבותה על פי סעיף 18 לאמנה, כפי שהדברים פורשו במדריך²:

"The inequality of parental responsibility in many countries is often highlighted when parents separate. A number of countries' Initial and Second Reports revealed legal and social traditions that inflexibly allocate responsibility for child-rearing to either the mother or the father when they separate. Often the formula is that mothers are given initial responsibility for babies, infants and young children but that fathers have subsequent responsibility and dominant powers generally, to determine the shape of the child's life. Such measures usually represent some progress away from a totally patriarchal system – recognition of the strong bond between mothers and young children which it would be harmful to sever. Nonetheless translating this recognition into an inflexible law can result in a breach of children's rights. The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women endorses this point, article 5 of which provides that: "States Parties shall take all appropriate measures... to ensure ... the recognition of the common responsibility of men and women in the upbringing and development of the children, it being understood that the interest of the children is the primordial consideration in all cases." Article 16 goes on to say: "States Parties... shall ensure, on a basis of equality of men and women.... The same rights and responsibilities as parents, irrespective of their marital status, in matters relating to their children; in all cases the interests of the children shall be paramount."

לאור תפיסת הוועדה, שטובתו של כל ילד צריכה להיבחן באופן פרטני על ידי בית המשפט כך ששני ההורים ימלאו את אחריותם, קבעה הוועדה שיש לבטל "חזקת הגיל הרך". זאת משום שלא ניתן לקבוע את טובתו של ילד על יסוד חזקה כללית מבלי לבדוק את נסיבותיו האישיות והמשפחתיות לגופן. הוא הדין, שאין גם מקום לקבוע ברירת מחדל של "ההורה המטפל העיקרי", כמוצע בסעיף 9(ג), המקובלת במדינות מסוימות כאשר בית המשפט מתקשה להחליט על בסיס מכלול השיקולים הרלוונטיים מהי טובת הילד, כפי שאף פורש במדריך³:

Many countries document large numbers of children living in one-parent families – usually with the mother. The Committee has often expressed concern about this phenomenon, a concern that does not relate to the state of marriage but to the need of children to have both parents actively involved in their upbringing and to the greater likelihood of poverty for children in one-parent families.

² שם, שם.

³ שם 235.

תפקידו של בית המשפט הוא לפי תפיסתנו לתת לכל המרכיבים שבסעיף 9(ב) משקל ראוי, כדי ששני ההורים יהיו שותפים בגידולו של הילד ויוכלו לממש את אחריות ההורית בדאגה לזכויותיו וטובתו. לשם כך על בית המשפט לנסות להגיע להסדר שהילד ישהה ויתגורר בצורה מאוזנת ויציבה עם כל אחד מהוריו, כל עוד הסדר זה לא יפגע בהתפתחותו המיטבית של הילד.

מעבר לדברים אלה, קביעת השיקול המכריע בסעיף 9(ג), שטובת הילד להתגורר ולהיות מטופל על ידי ההורה שטיפל בו עד למתן ההחלטה פוגעת, לדעתנו, באמהות כנשים. קביעת שיקול זה כמכריע יסודה במציאות הרווחת שהאם היא המטפלת העיקרית בילד - כפי שהדברים פורשו בדעת המיעוט בדו"ח הביניים: "ברוב המכריע של המקרים, אבות רוצים ומסכימים לכך שהאם היא זו שתשא במרב האחריות לטיפול הפיזי בילדים. זאת, מכיוון שהם סבורים כי טובת ילדם מחייבת המשך טיפול על-ידי האם כפי שהיה בחיי הנישואין ומכיוון שסדר היום התעסוקתי והחברתי שלהם אינו מאפשר טיפול אינטנסיבי בילדים." סעיף 9(ג) שנותן תוקף מחייב למציאות זו, יש בו לכאורה משום מתן העדפה מתקנת לנשים - היות ו-"ללא עריכת שינוי מקיף במצב המשפטי הקיים הפוגע בנשים [קרי, ההימנעות מקביעת חזקה של ההורה המטפל העיקרי או לחילופין ביטול חזקת הגיל הרך], הוא בבחינת גזל כבשת הרש", כפי שהדברים פורשו בדעת המיעוט בדוח הביניים.

קביעה זו פוגעת בנשים מכמה טעמים:

- לתפיסה זו אין לו כל בסיס בחשיבה ביקורתית. היא נשענת על תפיסה חברתית - או דתית או של "הטבע הנשי" - שהאישה מתאימה יותר לטיפול בילדים.
 - היא מצדיקה את התפיסה של הדין האישי הפטרנליסטי, בו האישה שהיא "קרובן" השיטה ובתמורה לכך שנמנע ממנה לממש את רצונה האישי היא מקבלת מעמד של מטפלת עיקרית שממלאה את החובה המוסרית-חברתית לטיפול בילדים.
 - היא מעניקה יתרון כלכלי לילדים על חשבון קידומו של השוויון המגדרי של הנשים. מכיוון שהרווח מעבודתה של האישה נמוך בדרך כלל משל האיש, בחברה קפיטליסטית עדיף לעודד אותה למלא תפקידים שאינם נושאים רווח ממוני ולאפשר לאיש להפיק מעבודתו רווח ממוני גדול יותר וכך ישפר את מצבם של הכלכלי של ילדיו ובעקיפין גם של אשתו הפרודה.
- לדעתנו, מתן משקל מכריע לשיקול שמראש ידוע שהאישה זו שברוב המכריע תשא בו, פוגעת באמהות כנשים ואנו שוללים אותה גם מטעם זה. חשש זה אף פורש במדריך⁴:

"The importance of both parents having common responsibilities for children should be emphasized. Most societies have only recently recognized that fathers, as well as mothers, can and should undertake the day-to-day care of their children, and that mothers, as well as

fathers, have financial responsibilities and legal rights in relation to children. The Convention is one of the first treaties to see this as a human right of children, reflecting the provision in the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (1979), which requires the recognition by States Parties of "... the common responsibility of men and women in the upbringing and development of their children, it being understood that the interest of the children is the primordial consideration in all cases" (article 5)."

סיכום

ייצגנו בוועדה את הפן המקצועי של התפתחות הילד והמסגרת הפסיכולוגית, המחקרית והמשפטית שמגבה את אופן קביעת טובת הילד. לעניות דעתנו סעיף 9(ב), על שבעת מרכיביו הוא בהחלט הראוי ביותר כפי שהוא, וללא ברירת המחזל שבסעיף 9(ג), כפי שהוסכם לאורך כל דיוני הוועדה. סעיף 9(ב) שומר על איזון נכון בין כל הקריטריונים ולא נגרר למעשה לקביעת ברירת מחזל מועדפת, שתוביל את ההורים להארכת ההתדיינות בשל מאבק על זמני הטיפול בילדם לאחר הפירוד עד למועד מתן ההחלטה, כדי להשיג יתרון על פני ההורה האחר. ממילא, תמיד ייוותרו זוגות בקונפליקט גבוה, הן בגלל אישיות הנפשות הפועלות והן בגלל דמויות שונות המעורבות בתהליך שמאמינות כי שימור הקונפליקט הלא פתור עשוי להעצים באופן טקטי צד זה או אחר להשיג יתרון כלכלי ומשפטי.

הדיונים הרציניים בוועדה לגבי האפשרות לקבוע בחוק "ברירות מחזל" נפסלו בעבר בצדק, לדעתנו, משום ששימוש ב-"חזקה" או ב-"ברירת מחזל" לקביעת טובתו של ילד מסוים אינה עולה בקנה אחד עם החובה להתייחס לכל ילד כאדם אינדיווידואלי בעל זכויות - כפי שהדברים בווארו בדו"ח לעניין ביטול "חזקת הגיל הרך". הקריטריונים המועדפים מכוח סעיף 9(ג) מקבלים אפוא מעמד עצמאי לעומת שאר הקריטריונים שבסעיף 9(ב) ואף עלול לייתר אותם. נמצא כי מתן העדפה לברירת מחזל של "חזקת ההורה המטפל העיקרי" בסעיף 9(ג), עומד בסתירה לתפיסת היסוד של הדו"ח על חלקיו השונים (לדיון מעמיק סביב הסוגיה ראה את יואלס ושגיא-שורץ)⁵.

מתן יתרון או העדפה להורה כזה או אחר לדעתנו אך יעמיק את הקונפליקט שכן "יתרון" מעין זה יתמרץ אותו הורה להשיג את היתרון. להזכיר, כדברי השופט Rolfe במקרה של *Winterbottom vs. Wright* כי "hard cases make bad law"⁶ - לכן הוספת סעיף 9(ג), שנועד בין השאר למקרים החריגים ביותר, יש בו סכנה ממשית לסחף ברוב המקרים שבהם סעיף 9(ב) מספק בהחלט עבורם. לפיכך אנו משוכנעים כי הוספת סעיף 9(ג) אינה ראויה, שכן היא מעניקה יתרון ממשי להורה המטפל העיקרי תוך העמקת הקונפליקט עם ההורה האחר ולא דווקא להקטנתו.

⁵ תרצה יואלס ואבי שגיא-שורץ. "אימא, אבא, ומה איתי, אני זקוק לשניכם": עובדות, מיתוסים ותקוות בהסדרי הורות במקרים של גירושים. דין ודברים: כתב עת משפטי בין-תחומי (בדפוס).

⁶ *Winterbottom v. Wright*, 10 W & M 109, 152 Eng. Rep. 402, 406 (Ex. Of Pleas 1842) (Rolfe, B.)

לבסוף, במצבי קונפליקט קשים, שבהם ההורים ונציגיהם המשפטיים אינם מוכנים "לרדת מהעצים אליהם טיפסו", אנו סבורים כי הסעיף שראוי ביותר לקבל "שיקול מכריע" הוא דווקא 9(ב)(3): "נכונותם של ההורים, יחד ולחוד, לשתף פעולה למימוש האחריות ההורית והבטחת זכויותיו של הילד". במקרה זה על בית המשפט להקρίין סמכות מקצועית מרבית ולשדר לשני ההורים, שמצד אחד הוא תמיד יעדיף את ההורה שנכון לראות גם את מקומו של ההורה השני בחייו של הילד ושמצד שני בית המשפט יגלה אפס סובלנות כלפי מי מההורים שיחבל בזכותו של הילד לקשר עם ההורה השני. ובמקרים קשים במיוחד כששני ההורים אינם ידידותיים לצרכיו של הילד לקשר שווה עם שני הוריו, יישקל אף מינוי "ידיד לילד" (כיום מוכר כאפוטרופוס לדין או מינוי מייצג לילד, לפי המלצת וועדת רוטלוי) כדי לסמן לשני ההורים את: 1) הפגיעה הזמנית במסוגלותם ההורית כתוצאה מכך שהם עסוקים בעיקר בקונפליקט הזוגי יותר מאשר בטובת הילד ו-2) את הצורך להגן על הילד על ידי גורם שלישי (לדיון בהצעה זו ראה שוב את יואלס ושגיא-שורץ – הערת שולים מספר 1).

על כן אנו סבורים כי סעיף 9(ג) אינו עולה בקנה אחד עם תפיסת הוועדה שטובת הילד היא ששני הוריו יממשו את השותפות ההורית וידאגו במשותף למימוש זכויות ילדם. בנוסף הוא מתבסס על פגיעה במעמדה השוויוני של האישה. לכן לדעתנו יש למחוק אותו מהצעת החוק ויש לכלול בחוק המוצע על ידי הוועדה רק את סעיף 9(ב).