

חוות דעת

האם יש בהגשת **תלונת שווה** בגין פגיעה מינית בילדות נגד ההוראה الآخر כדי להשפיע על שאלת המשמרות? (ובאופן ספציפי, האם יש בעובדה שאם הגישה נגד אב תלונת שווה בגין פגיעה מינית בילדות כדי לגבור על חזקת הגיל הרך?)

נתבקשו חוות את דעתנו המקצועית בסוגיה דלעיל, כמומחים מדיסציפלינות שונות, הן בדייני משפחה בכלל, ובסוגיות המשמרות בפרט, وهو בפסיכולוגיה של הילד ושאר בני המשפחה במצבם גירושין.

מומחיותנו בתחום

ד"ר יואב מזאי"ה הוא מרצה בכיר בפקולטה למשפטים בקריה האקדמית אונו ועמית מחקר במכוון ון ליר בירושלים. שימש כמרצה אורח באוניברסיטאות שונות ומכוני מחקר בעולם, ובهم אוניברסיטת אוקספורד, אוניברסיטת טורונטו, המכון השווייצרי למחקר משפטי השוואתי, ועוד.

תחום מחקרו העיקרי הוא דיני משפחה, בדגש על סוגיות משמרות הילדים, נושא שבו הוא נחשב כאוטורייטה האקדמית, הן מבחינת היקף הכתיבה והפרסומים האקדמיים בנושא, הן מבחינת ההשפעה של עמדתו על מקבלי החלטות (הסתמכות ועדת שנייה על המתווה שהציג בפנייה, עיצוב מדיניות של משרד הרווחה ופיקודות הסעד, וכו'), במיוחד לא מבוטלת אף מבחינת ההשפעה של עמדותיו על מגמת הפסיכיקה בנושא, ובוודאי מי שמודרך על ידי טובוי המומחים באקדמיה בעולם כבר-סמכתא בעניין משמרות ילדים.

בשנים האחרונות הוזמן להרצות במלعلاה מ- 70 כנסים אקדמיים ומקצועיים, בארץ ו בחו"ל, השתלמויות מקצועיות לעובדים סוציאליים, ררצה בפני פורום בכירי משרד הרווחה ובחשתלמויות שופטים בדייני משפחה, ריכז את החשתלמויות של לשכת עורכי הדין בדייני משפחה במסגרת המדרשה למשפט מעשי, וכן הלאה.

פרופ' אבי שגיא-שורץ, פרופסור מן המניין לפסיכולוגיה והתפתחות הילד, ראש המרכז לחקר התפתחות הילד וראש התוכנית הבינלאומית ללימודיו תואר שני בהתפתחות הילד לארצאות מתפתחות. חבר ועדת לבוחנים היבטיים המשפטיים של האחריות ההוראה בירושין (מינוי שר המשפטים), משתתף בשינויים בזווית החינוך, העבודה והרווחה של הכנסת בנושאי חינוך, רווחת ילדים, ילדים בסיכון. מעורב כ"ידיד בית המשפט" (*amicus curia*) במקרים מורכבים העוסקים בסוגיות, אמנה, איМОץ וגירושין.

על מנת לענות על השאלה שהוצגה בcotורת חוות דעת זו, נבקש להתייחס ולבחון ארבע שאלות משנה.

א. מהי משמרות?

השאלה הראונה שדורשת התיחסות היא מהי "משמרות"? בשאלת זו עסק מזאה רבות, בין השאר במאמרו "משמרות ילדים": מושג מהותי או כוורת חולה? "מחקר משפטי כח 207-257 (2013).

הדעה המקובלת היא כי סוגיות המשמרות מסדרה את חלוקת הזמן של ההורים עם הילדים וקובעת איזה בית יהיה בитו העיקרי של הילד. משכך, יש הסברים כי סוגיות המשמרות קובעת עם איזה הורה יהיה הילד יותר זמן, ולאיזה הורה תהיינה יותר סמכויות בנוגע לניהול ענייניו של הילד.

עם זאת, כפי שקרה מאמרו של מזאה, תפיסה זו היא שגوية. מבחינה משפטית, סמכויות ההורים בנוגע לילדים נובעות מהגדודתם כאפוטרופסים של הילד, סטטוס שימושיים להחזיק בו שני הורים בלי קשר לסוגיות המשמרות.¹ גם חלוקת הזמן של הילד עם ההורים אינה תליה בסוגיות המשמרות. במקרים מסוימים חלוקת הזמן של הילד עם ההורים היא שווה, אך רק הורה אחד מוגדר כמשמעותן. לעומת זאת, במקרים אחרים שני ההורים מוגדרים כמשמעותם, אך חלוקת הזמן ביניהם אינה שווה כלל. כפי שמצוין במאמרו של מזאה, ישנו אף מקרים שבהם הילדים נמצאים עם הורה שאינו משמרן יותר זמן מאשר עם הורה המשמרן. כך שהגדודת הורה אחד כמשמעותן אינה מעניקה להורה זה זמן רב יותר עם הילדים ואו מעניקה להורה המשמרן סמכויות יתר או יכולות טיפול עדיפות שתיכן שנחותות לו לצורך הטיפול בילד.

משמעותו העיקרי של מושג המשמרות, כפי שראה מזאה במאמרו, היא שבמקרים שבהם אחד ההורים רוצה להבל בקשר של הורה אחר עם הילד, מושג המשמרות מאפשר להורה הפוגعني למנוע את הקשר של הורה אחר עם הילד. על סוגיה כזו, ראו את המאמר: "אכיפה של הסדרי ראייה" פרק ליט' נ"א 227-268 (לנוחיותכם, עותק של מאמר זה מצורף לחווות הדעת).

בחינת הדין והפרקטיקה בעניין זה העלו איפוא כי כל עוד מדובר בשני הורים מיטיבים, הרואים כל אחד חשיבות בקשר של הילד עם הורה האחר, אין משמעות מושגת המשמרות. אך במידה שאחד ההורים מעוניין למנוע מההוראה אחרת קשר עם הילד, והורה זה מוגדר כמשמעותן, מושג המשמרות יאפשר להורה המשמרן להפר את הסדרי הראייה של הורה אחר עם הילד, להסייע את הילד כנגד הורה השני, במקרים רבים יציל הורה המשמרן ליצור ריחוק גיאוגרפי בין הילד לבין הורה שאינו משמרן, רשות הרוחה יתיחסו ביתר רצינות לתלונות של הורה המשמרן, מה שעלול לגרום להפסקת הקשר של הורה הלא משמרן עם הילד או לכך שהורה זה יאלץ להיפגש עם הילד במרכז קשר, וכן הלאה.

לפיכך, וכי נראית בהמשך של חוות הדעת, במקרים שבהם קיים חשש מbestos שאחד ההורים (ההוראה המחביל) ינסה לפגוע בקשר של הילד עם ההוראה האחר, חשוב כי המשמרות לא תינטו להורה המחביל, על מנת שהורה זה לא יוכל לעשות שימוש במשמרות על מנת לפגוע בקשר של ההוראה האחר עם הילד.

¹ ראו בעניין זה את חוק השרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב – 260, סעיפים 14 עד 15, וכן סעיף 18.

ב. מהי חזקת הגיל הרך?

השאלה השנייה שיש לבחון היא מהי "חזקה הגיל הרך". חזקה זו נקבעה בחוק הכספיות והאפוטרופסות, התשכ"ב – 1962. סעיף 24 לחוק זה עוסק בהורים החיים בנפרד, המצליחים להגיע לכלל הסכמה בנוגע לענייני ילדיהם:

הסכם בין הורים החיים בנפרד

24. חיו הורי הקטין חיים לה או מעתה, מי מהם יחויק בקטין, ומה יהיה זכויות ההורה שלא יחויק בקטין לבוא עמו ברגע; הסכם כזה טען אישור בית-המשפט, ומשאושר, דין – לכל עניין זולת ערעור – דין החלטת בית-המשפט.

סעיף 25 לחוק קובע מהו על בית המשפט לעשות במידה ולא הגיעו ההורים לכלל הסכמה.

קבעת בית המשפט בגין הסכם בין הורים

25. לא באו הורים לידי הסכם כאמור בסעיף 24, או שבאו לידי הסכם אך החסכם לא בוצע, רשאי בית-המשפט לקבוע את העניינים האמורים בסעיף 24 כפי שייראה לו לטובה הקטין, ובלבד שלילדים עד גיל 6 יהיו אצלם אם אין סיבות מיוחדות להורות אחרת.

חשוב להבהיר: בבואה בית המשפט לקבוע את סוגיות המשמרות ואת הסוגיות האחרות הקשורות אל הילד, מחויב בית המשפט לפעול בהתאם לטובהו. חובתו זו של בית המשפט לפעול בהתאם לטובה הקטין נקבעה לא רק על ידי המחוקק עצמו, אלא נקבעה גם בעשרות פסקי דין של בית המשפט העליון.²

אלא שמתוך ההבנה כי במקרים רבים כפות המازניות מעוינות, ובית המשפט מתקשה לקבוע מהי טובה הקטין, קבע המחוקק ברירות מחדל אשר על פיה "ילדים עד גיל 6 יהיו אצלם, אם אין סיבות מיוחדות להורות אחרת". כלל זה, המכונה כ"חזקה הגיל הרך", נועד לשמש כנקודות מוצא בלבד, וכן הוסיף המחוקק את הסיום הקובעת כי, גם במקרים שבהם הילדים הם מתחת לגיל 6, אם ישנן סיבות מיוחדות להורות אחרת, חובה על בית המשפט להעדיין את "טובה הקטין", ולא להסתמך באופן עיוור על חזקה הגיל הרך.

דברים אלה נקבעו פעמים רבות על ידי בתיהם, ובכלל זה בפסקין דין רבים של בית המשפט העליון, שם נקבע כי אין למכת שולל אחריו הכלל הקבוע בחזקה הגיל הרך, אלא יש לבחון כל מקרה לגופו, כאשר השיקול המנחה הוא טובה הילד הכספי.³

² ראו ע"א 2266/93 פלוני נ' פלוני פ"ד מט(1) 221 (1995); דנ"א 7015/94 היושח המשפטי לממשלה נ' פלוני פ"ד (1) 48 (1995); בג"ץ 5227/97 דיזיד נ' בית-הדין הרבני הגדול בירושלים פ"ד נה(1) 453 (1998).

³ ראו בעניין זה את פסקי הדין המנחים של בית המשפט העליון, ובכלל זה את בג"ץ 672/84 אברבוך נ' אברבוך, פ"ד לט(1) 57 (1985); ע"א 493/85 פדיידה נ' פדיידה, פ"ד לט(3) 578 (1985).

חשיבות להבהיר כי אף בפסקים הדין שהסתמכו על חזקת הגיל הרך, קבעו בתיהם ששיעור המנהה הוא טובת הילד. כך לדוגמה ברע"א 4575/00 פלונית נ' פלוני⁴, התייחסה אמנים השופטת דורנר לחזקת הגיל הרך, אך עשתה זאת תוך שהיא מדגישה כי השיקול אותו על בית המשפט לבחון הוא מה היא טובת הילד, וחזקת הגיל הרך מהוות רק גורם אחד מרבים אותו על בית המשפט לשיקול חלק ממכלול השיקולים של טובת הילד.

באוטו אופן, בע"מ 14/1858 פלוני נ' פלונית⁵, ייחס אמנים בית המשפט משמעות לחזקת הגיל הרך, אך עשה זאת תוך שהוא קובע כי "החזקת כפופה מבונן לטובת הקטין אשר היא בראש כל השיקולים". בהקשר לפסק דין זה חשוב להעיר כי בבקשת לדיוון נוסף עניין קבוע כבוד הנשיה (כתוארו אז) גורניס כי בע"מ 1858 לא קבוע כל הלכה חדשה, בוודאי כאשר כל שהוא עשה הוא לדוחות בקשה לערעור שני ולקבוע כי במסגרת הנסיבות, אין מקום להתערבותו של בית המשפט העליון.⁶

כאמור, הכלל המנחה בפסקה הוא השיקול המכרייע הוא טובת הילדים. על רקע דברים אלה, במקרים שבהם נמצא כי טובת הילדים להיות בשמורות האב, וזאת אף כאשר הילדים היו מתחת לגיל⁷, קבעו בתיהם שיבורה נחרצת כי משמרות הילדים תהיה בידי האב.

גישה זו ננקטה על ידי בית המשפט העליון בהלכה המנחה של פדידה נ' פדידה.⁸ באותו עניין קבוע בית המשפט המחויזי כי המשמרות על הילדים, בני שנתיים וחצי וחמש וחצי, תהיה בידי האב. בית המשפט העליון אישר קביעה זו, אולם מנת לנשות להביא את האם לארץ נקבע כי במידה והיא תגיע לארץ, יקיים בית המשפט המחויזי דיוון ויחילט בהתאם להבנתו).

בתמ"ש (משפחה כ"ס) 9892/01 פלונית נ' פלוני העניק כבי השופט יעקב כהן משמרות לאב על ילדים שהיו בני 3 ו- 5;⁹ בתמ"ש (משפחה ר"ג) 34692/02 ט.ד. נ' ת.א. העניקה כבי השופטת מילר משמרות לאב על ילדה בת 4;¹⁰ בתמ"ש (משפחה חד') 3521/04 א.ב.ג. נ' ע.ב.ג. העניקה כבי השופטת גליק משמרות לאב על ילדה שהיתה בת חומות ושלוש.¹¹ יש לציין כי פסק דין זה כבוי השופטת גליק אישר על ידי בית המשפט העליון בע"מ 2561/08 פלוני נ' פלונית.¹²

בפסקים דין אלה התייחסו השופטים לחזקת הגיל הרך, אך קבעו כי חזקה זו מהוות שיקול מכרייע בעיקר במקרים בהם כפות המאזינים מעוינות. אך במקרים שבהם ישנה עדיפות לאב מבחינה טובת הילדים, השיקול המכרייע הוא טובת הילד.

⁴ רע"א 4575/00 פלונית נ' פלוני פ"ד נה(2)(2001) 321.

⁵ בע"מ 14/1858 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 3.4.2014).

⁶ ראו דנ"א 14/2792 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 13.4.2014).

⁷ ע"א 493/85 פדידה נ' פדידה, פ"ד לט(3) (1985).

⁸ Tam"sh (משפחה כ"ס) 9892/01 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 5.8.2004).

⁹ Tam"sh (משפחה ר"ג) 34692/02 ט.ד. נ' ת.א. (פורסם בנבו, 29.5.2006).

¹⁰ Tam"sh (משפחה חד') 3521/04 א.ב.ג. נ' ע.ב.ג. (פורסם בנבו, 26.7.2006).

¹¹ בע"מ 2561/08 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 20.7.2008).

ג. מהי מידת הפגיעה הנגרמת לילדים כתוצאה מתלונות שווה שעוסקות בפגיעה בהם?

כעת נעבור לדון בתלונות השווה. תלונות שווה בהקשר של פגיעה בילדים מהוות, למורבה הצער, תופעה המוכרת בספרות המחקרית. מחקרים של Trocme & Bala לדוגמה, מצא כי במסגרת מאבקי משמרות, כ- 12% מהתלונות המוגשות בגין פגיעה בילדים מהוות תלונות שווה שהוגשזו בזדון על ידי אחד ההורים נגד הורה אחר.¹² מחקרים אחרים מצאו כי השכיחות לתלונות שווה מסווג זה עשויה להיות אף גדולה יותר.¹³

קיימת ספרות מקיפה על כך שלבריאותו הנפשית של הילד חשוב מאד שהילד יקיים קשר מלא עם שני הוריו, גם לאחר שההורים נפרדו. בנושא זה עסק רבות שגיא-שורץ.¹⁴

משכך, ברור כי מצבים שבהם אחד ההורים גורם לניטוק או לפגיעה בקשר של הורה אחר עם הילד, פוגעים קשות בילד, כיון שעצם הריחוק של הילד מאחד ההורים משפיע בצורה קשה על *wellbeing* של הילד.

עם זאת, במקרים שבהם מוגשת תלונה שקרית על ידי אחד ההורים, המייחסת להורה الآخر פגיעה בילד, הנזק לילדים גדול ממשמעותי לעין ערוץ. במקרים אלה מוצב הילד בנגד רצונו בקונפליקט בין שני הורים, שבו עליו לבחור בין שני נרטיבים סותרים, לא רק בנוגע לアイcotות הקשר שלו עם הורה שנגדו הוגשה התלונה, אלא אף ביחס לשאלות עובדיות הנוגעות לפגיעה הנטענת.

הכחשה של תוכן התלונה תהווה קריאת תיגר על הורה שהגיש את התלונה. הילד חשוף, כמובן, לאופן שבו הורה זה מתיחס אל הורה אחר, ולכן מסיק במקרים רבים כי אם לא ישתף פעולה עם הורה שהגיש את התלונה, הוא יתויג על ידי הורה זה באופן שווה לאופן שבו מתויג הורה الآخر, ויזכה למידה שווה של עוינות.

איומות התלונה תהווה פגעה בהורה נשוא התלונה, וגם לכך כמובן ישנים מחייבים רגשיים משמעותיים, הן בתוך הקצר, והן ואולי אף יותר, בתוך הארוך. הספרות העוסקת במצבים אלה,

¹² ראו : Nico Trocme & Nicholas Bala, *False Allegations of Abuse and Neglect When Parents Separate* 29 CHILD ABUSE & NEGLECT 1333 (2005)

¹³ ראו : Deborah H. Patterson, *The Other Victim: The Falsely Accused Parent in a Sexual Abuse Custody Case*, 30 JOURNAL OF FAMILY LAW 919 (1991-92) Leona M. Kopetski et al., *Incidence, Gender, and False Allegations of Child Abuse: Data on 84 Parental Alienation Syndrome Cases, in THE INTERNATIONAL HANDBOOK OF PARENTAL ALIENATION SYNDROME: CONCEPTUAL, CLINICAL AND LEGAL CONSIDERATIONS* (Richard A. Gardner et al. eds., First Edition ed. 2006)

¹⁴ ראו אבי שגיא-שורץ ותרצה يولס, "אמא, אבא, ומה איתי, אני זוקק לשניכם": עובדות, מיתוסים ותקנות בהסדרי הורות במקרים של גירושין" דין ודברים 1 375 (התשע"ב); אבי שגיא-שורץ " 111 מומחים בינלאומיים מארצות שונות מסכימים כי תינוקות ופעוטות זוקקים לטיפולليل של שני הורים אחורי פרידה או גירושין "

פסיכואקטואליה Mai 3 (2014).

בחנה את המחיריים הפסיכולוגיים הקשים שבhem נושא הילד המוטל אל זירה זו. דרך התמודדות אחת, המופיעה בספרות, היא אימוץ של הילד את נרטיב התלונה המיויחסת. מחקרים שבדקו את התמודדות ילדים עם נרטיב שנמסר להם על ידי אחד ההורים בוגר לאירוע מסוים, ו>Showed בוגוד למה שראו הילדים במם ענייהם, מצאו כי במקרים רבים הגיעו הילדים את נרטיב ההורים ויאמינו באמיתותו, אף שהדבר עומד בוגוד לאירוע שראו בענייהם.¹⁵ בדרך זו פותר הילד את קונפליקט הנאמניות שבו היה מצוי. ההוראה המתלוון הופך בעניינו להורה המיטיב והמגונן, וההוראה נשוא התלונה נתפס בעניינו כהוראה פוגענית.

אין צורך להרחיב על המחיריים הקשים של בחירה זו, מבחןינו של הילד. עמדה זו מזכיבה את הילד במקומות שבו ההוראה, שלאmittתו של דבר היה ההוראה מיטיב, נתפס בעניינו כהוראה פוגענית, והילד מנוטק מההוראה זה על שלל המחיריים של ניתוק זה. הוא ישאר עם ההוראה שלאmittתו של דבר הוא ההוראה פוגענית, ללא יכולת של ההוראה אחר ליצור איזון ולהגן עליו מפני ההוראה זה. במידה שיתעוררו בו ספקות על אמונות העדות שמסר, הוא יחוש אשמה על הפגיעה שגרם להורה המורחק ואשמה זו תמשיך ללוות אותו לאורך כל חייו. אלה הם רק מקצת מהנסיבות שעלו מהמחקרים הרבים שנערכו בנושא ו>Showed כי תלונות שווא של ההוראה אחד, מייחסת להורה الآخر פגיעה בילדים, גורמת לפגיעה קשה ביותר בנפשו של הילד.¹⁶ מבון דברים אלה נוכנים במידה גדולה אף יותר, ככל שתלונות השווא מייחסת להורה הנורמטיבי פגעה מינית בילד.¹⁷ במקרים אלה נשוא התלונה הוא חמור יותר וככל מעצםطبعו הנקודות שאינן מתאימים לגילו של הילד והפוגעים קשות בעולמו ובידומו המינניים, בעת שהוא נחשף לתוכן התלונה על ידי ההוראה שהגיש את התלונה ובמידה מסוימת אף על ידי חקירותו על ידי הרשותות המוסמכות.

ד. ההשלכות של תלונות שווא על יכולות ההוראה שהגיש את התלונות לדאגה לטובת הילד

כפי שראינו, בראיותו הנפשית של הילד מחייבת קיומו של קשר ממשועתי מכל הנition עם שני ההורים. דברים אלה נוכנים עשרות מונים כאשר מדובר על הורים שנפרדו זה מזו. בהורה מיטיב יפנים זאת ויסדר לילדו את מקומו המשועתי של ההוראה אחר, כך שהילד לא יחוש אשמה על הקשר הטוב שהוא מקיים עם ההוראה האחר. ההוראה פוגענית, לעומת זאת, אינו מסוגל להבחין בין הרגשות השליליים שיש לו כלפי בן זוגו לשעבר, לבין העובדה שהילד זוקק קשר ממשועתי גם עם

¹⁵ למחקר מרתוך בנושא זה, ראו: Debra Ann Poole & D. Stephen Lindsay, *Children's Eyewitness Reports after Exposure to Misinformation from Parents*, 7 JOURNAL OF EXPERIMENTAL PSYCHOLOGY: APPLIED 27 (2001)

¹⁶ ראו לדוגמה: Rogers, *Delusional Disorder and the Evolution of Mistaken Sexual Allegations in Child Custody Cases*, 10(1) AMERICAN JOURNAL OF FORENSIC PSYCHOLOGY 46 C.B. GARRITY & M.A. BARIS, CAUGHT IN THE MIDDLE: PROTECTING THE CHILDREN OF HIGH- ; (1992)

.CONFLICT DIVORCE (1994)

¹⁷ שם.

ההוראה الآخر. ככל שההוראה חושף את הילד לעמدة שלילית יותר כלפי ההוראה الآخر, כן גדלה מידת הפגעה של הורה זה בילד. לא רק זאת, אלא ישנה גם סכנה של ממש לפיתוח תופעת ניכור הורי וסירוב לקשר עם ההוראה הלא משמרן.¹⁸ לפיכך, מצב בו הורה מגיש תלונה כוזבת כלפי ההוראה الآخر, בגין פגעה שהורה זה פגע לכוראה בילד, מבטא בצורה קיצונית את חוסר יכולתו של הורה שהגיש את התלונה להבחן בין כусיו שלו, לבין צורכי הילד.

התנוגות שצואת עשויה בדרך כלל להיות תפקוד משמעותי של הורה שהגיש את תלונת השווה. מכל מקום, ברור כי הורה זה אינו מסוגל לבחון בצורה ראוייה את טובת הילד ואת צרכיו, והוא אינו מסוגל לבחון בין רגשותיו שלו לבין אלה של הילד, שלא לדבר על להעיף את צורכי הילד על צרכיו שלו. יתרה מכך, סביר להניח כי אם ישנה תלונת שווה כה קשה שהיא תלואה גם בהסתה של הילד שוגם עלולה בסבירות גבוהה להוביל את הילד המוסת לסירוב קשר עם ההוראה שמשמעותים נגדי.

ה. השלכות תלונת השווה על כשירותו של ההוראה שהגיש את התלונה לשמש כמשמרן

על בסיס האמור לעיל, ברור כי הורה שהגיש תלונת שווה כלפי ההוראה الآخر, בה ייחס להורה الآخر פגעה בילדים, מעלה חששות כבדים בדבר יכולתו לשמש כהוראה משמרן. במקרים שבהם ההוראה الآخر, ההוראה נשוא התלונה, הוא הורה נורטטיבי, תהיה בדרך כלל העדפה מבחינת טובת הילד שהוא יהיה ההוראה המשמרן. רק בהמשך הדרך, כאשר שני ההוראים יקבלו הדרכה וליווי, ורק אחרי שההוראה שmagיש תלונות שווה יבין את חומרת המעשה וישנה את דרכיו באופן אמיתי, יש לשאוף שהילד יוכל קשר רציף עם שני הוריו.

חשוב לציין כי למסקנה זו הגיעו בתיהם המשפט, הן בארץ והן בחו"ל. תלונת שווה של הורה אחד כלפי ההוראה الآخر מהויה אינדיקטיבית מובהקת לחוסר יכולת של מגיש התלונה לקחת בחשבון את צורכי הילדים. בודאי שהדברים נכונים לאור העובדה כי, כפי שראינו, הגדרת הורה כמשמרן מאפשרת להורה המשמרן לחבל בקשר של ההוראה אחר עם הילדים.

על רקע דברים אלה, ברע"א 3009/02 פלונית נ' פלוני, אישר בית המשפט העליון את הוצאת הילדים ממשמרות האם בעקבות תלונות שווה שהגישה כנגד האב וניסיונה לחבל בקשר של הילדים עם האב.¹⁹ במקרה דומה, לפני חודשים ספורים אישר בית המשפט המחויז בתל אביב בעמ"ש (מחוזי ת"א) 60592-03-15 ק.ל. נ' י. פ., את העברת הילדים ממשמרות האם אל ממשמרות לאב בעקבות תלונות שווה שהגישה האם וניסיונה לפגוע בקשר של הילדים עם האב.²⁰ גם הפסיקה בחו"ל הגיעה לתוצאות דומות, והורתה על העברת המשמרות, במקרים של תלונות

Richard A Warshak, *Bringing Sense to Parental Alienation: A Look at the Disputes¹⁸ and the Evidence*, FAMILY LAW QUARTERLY 273 (2003)

¹⁹ רע"א 3009/02 פלונית נ' פלוני פ"ד נ(4) 872 (2002).

²⁰ עמ"ש (מחוזי ת"א) 60592-03-15 ק.ל. נ' י. פ. (פורסם בנבו, 8.6.2015).

שווה.²¹ התפיסה, כפי שבאה לידי ביטוי בפסק דין אלה, כמו גם בצורה נרחבת מכך בפרש פדידה דלעיל,²² היא שהורה משמרן צריך להיות הורה שambil את חשיבותו של הורה אחר בחיה הילד, ושמעודד ומאפשר את הקשר של הילד עם הורה השני.

סיכום

במסגרת חותם דעת זו ראיינו כי מושג המשמרות לכשעטמו אינו בעל משמעות מהותית ככל שהוא נוגע לחלוקת הזמן של הורים עם הילדים ואו לסמכויותיהם המשפטיות כהורים. אך למושג המשמרות ישנה משמעות נרחבת וכוח רב כאשר אחד הורים מעוניין להשתמש בהגדתו כ"הורה משמרן" על מנת לפגוע בקשר של הורה אחר עם הילד.

ראיינו עוד כי חזקת הגיל הרך קובעת כבירת מחדל שלדים עד גיל 6 יהיו אצל אם, אך זאת רק במידה שאין סיבות מיוחדות להורות אחרות. העיקרון החשוב ביותר, הקבוע חן בסעיף 25 לחוק והוא בפסקת בית המשפט העליון, הוא כי **טובת הילד צריכה להיות את שיקול-העל בקביעת המשמרות ושאר ענייני הילד.** תפקידה של חזקת הגיל הרך הוא להוות כלל עזר באוטם מקרים שבהם כפות המאזניות מעוינות.

עמדנו על כך שהילד זוקק לקשר משמעותי עם שני הורים ועל הפגיעה הנגרמת לו במצבים שבהם נוצר ניתוק בין אחד הורים. אך מעבר לכך, ראיינו את הפגיעה יוצאת הדופן בחומרתה הנגרמת הילד כתוצאה מתלונת שווה של אחד הורים המייחסת להורה אחר פגעה בילד, על אחת כמה וכמה כאשר הפגיעה המייחסת היא פגעה מינית.

מתוך כך טענו כי הורה שמנגיש תלונת שווה על פגעה בילד כנגד הורה אחר, אינו מסוגל להבחין בין צרכיו שלו לבין צרכי הילד, ומהו דמות הורית בעיתית, העוללה לפגוע קשה בילד בכל עת שבה טובת הילד לא תהיה זהה לטובתו שלו.

המסקנה העולה מכלל האמור היא כי הורה שהגיע תלונת שווה כנגד הורה אחר, המייחסת להורה אחר פגעה בילד, (על אחת כמה וכמה, המייחסת להורה אחר פגעה מינית בילד), מעלה חשש בדבר יכולתו והתאמתו לקבל משמרות על הילד.

מן משמרות להורה זה עשויה לשמש הורה זה להמשיך ולפגוע במידת המעורבות של הורה אחר בחיה הילד. חזקה על הורה שכבר הגיע תלונת שווה כי הוא אינו רוואה את טובת הילד, ואת הצורך של הילד בקשר משמעותי עם הורה אחר. העובדה שההוראה שהגיע את תלונת השווה כבר נקט בצד דרמטי זה, מלמדת כי הורה זה לא יוכל בשום צעד על מנת להשיג את רצונו לחבר בקשר שבין הורה אחר והילד, וימשיך להתעלם מהמחירים שעשו הילד לשלם בגין צעדים אלה.

²¹ ראו: *In re Marriage of Hatton*, 160 P.3d 326 (Colo.Ct.App.March 8, 2007, (U.S, Colorado 2007)

.*Hanna v. Hanna*, 2010 Ark.App.LEXIS 72, Ark.Ct.App.Jan.20, 2010 (U.S, Arkansas 2010)

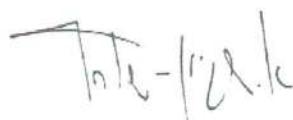
²² ע"א 493/85 פדידה נ' פדידה, פ"ד לט(3) 578 (1985).

ברמה המשפטית, ברור כי שיקולים אלה גוברים על חזקת הגיל הרך. טובת הילד היא השיקול המכרייע בוגר לעניינו של הילד, ולא בכדי קובע סעיף 25 לחוק כי החזקה תחול רק במידה שאין סיבות מיוחדות להורות אחרת.

על רקע דברים אלה, רأינו כי במקרים שבהם נקבע כי הורה אחד הגיע תלונת שווה כנגד הורה الآخر, שענינה פגיעה בילדים, הגיע ההחלטה למסקנה כי יש להוציא את המשמרות מידיו של ההוראה שהגיע את תלונת השווה.

لتוצאה זו לא הגיעו בתם המשפט האמורים מtopic רצון להעניש את ההוראה שהגיע את תלונות השווה, אלא מתוך התובנה כי הגשת תלונת השווה כנגד ההוראה الآخر, מהוות עדות שאין שנייה לה כי ההוראה שהגיע את תלונת השווה אינה מסוגל להבחין בין כעסיו שלו לבין צורכי הילד וכי טובת הילד אינה להיות במשמרתו של ההוראה שהגיע את תלונת השווה.²³

על החתום:



פרופ' אבי שניא-שורץ

ד"ר יואב מזא"ה

²³ ראו בעניין זה את שקבע בית המשפט העליון בע"א 493/85 פדיידה נ' פדיידה, פ"ד לט(3) 578 (1985).