

חזקת הגיל הרך

נכתב על ידי עו"ד שמואל מורן

מוגש לוועדת המשנה בנושא הילד ומשפחתו
הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה

מרץ 2002

בכל אזכור או ציטוט של האמור בפרסום זה, יש לציין את המקור

תוכן עניינים

4..... חזקת הגיל הרך – עו"ד שמואל מורן*.....

4..... פתח דבר.....

7..... הגדרת העקרונות במשפט הישראלי להכרעה בסכסוכי משמורת.....

7..... א. עקרון השוויון :.....

7..... ב. עקרון ההסכמה בין ההורים :.....

10..... ג. טובת הילד :.....

13..... ד. חזקת הגיל הרך :.....

15..... לסיכום :.....

16..... חזקת הגיל הרך.....

16..... היסטוריה חקיקתית בדין הישראלי :.....

17..... יישום חזקת הגיל הרך בפסיקה.....

23..... לסיכום :.....

24..... חזקת הגיל הרך כמודל הכרעה בדין הישראלי - דיון :.....

25..... הרציונאל לחזקת הגיל הרך.....

25..... דיון בתרונותיה ובחסרונותיה של חזקת הגיל הרך.....

35..... שתי הערות לסיום :.....

36..... עקרון טובת הילד.....

36..... עיקרון טובת הילד - העדר שיקולים מובנים.....

36..... כללי.....

37..... עיקרון טובת הילד כטובה יחסית :.....

38..... טובת הילד מול זכויות הילד :.....

40..... התנגשות בין טובת הילד לאינטרסים של ההורים :.....

41..... יישום עיקרון טובת הילד בפסיקה.....

41..... 1. שיקול כיבוד ההורה הלא משמורן והזכות לקשר הולם ושוויוני עם שני ההורים :.....

43..... 2. השיקול של 'חינוך לסובלנות ולאהבת ההורים'.....

43..... 3. השיקול של 'אחוות האחים'.....

44..... 4. 'שיקול ההמשכיות'.....

44..... 5. השיקול של 'המשך השהייה בסביבה מוכרת'.....

44..... 6. השיקול של 'הדאגה לצרכים הנפשיים של הילד'.....

45..... 7. מסוגלות הורית.....

45..... 8. השיקול הכלכלי.....

45..... 9. שיקול 'בת אחר אמה'.....

45..... 10. 'שיקול דתיים ושיקול לאומים'.....

46..... 11. חוות הדעת ותסקירי פקידי הסעד.....

47..... 12. שיקול רצון הילד.....

48..... 13. שיקולים הלקוחים מיישום האמנה לזכויות הילד.....

49..... השוני בין בי"ד לביהמ"ש ביישום מושג טובת הילד :.....

51..... לסיכום :.....

52..... הכרעה בסכסוכי משמורת בדין העברי.....

55..... פסיקת בתי הדין הרבניים :.....

57..... משפט משווה.....

57..... משפט אנגלי.....

58.....	קנדה	1.
60.....	ארצות הברית	2.
69.....	לסיכום :	
70.....	אוסטרליה	
70.....	בלגיה, צרפת, סקוטלנד	
71.....	היבטים פסיכוחברתיים בנושא הגיל הרך	
71.....	תיאוריות יחסי האובייקט	
74.....	תיאורית ההתקשרות של Bowlby	
77.....	התקשרות אב - ילד	
83.....	חוות דעת פסיכולוגית	
88.....	מן המצטבר ניתן לסכם	
89.....	דיון ומסקנות	
90.....	מהלכה - למעשה - מסקנות	
90.....	מסקנה 1	
91.....	מסקנה 2	
94.....	מסקנה 3	
95.....	מסקנה 4	
96.....	מסקנה 5	
97.....	מסקנה 6	

חזקת הגיל הרך – עו"ד שמואל מורן*

פתח דבר

המחוקק הישראלי והפסיקה בעקבותיו, העמידו את עיקרון טובת הילד כשיקול על להכרעה בסכסוכי משמורת בין הורים. כך נקבע בס' 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות¹ ובסעיף 3(ב) לחוק שווי זכויות האישה². כך גם קבעה הפסיקה³ מקדמת דנא בשורה ארוכה ועקבית של תקדימים משפטיים המבססים את עיקרון טובת הילד כשיקול מכריע ובלעדי בסכסוכי משמורת:

"מבחן טובת הילדים, לדעתי, לא ימלט בו אחד מן השניים: או שאינו שיקול רציני כלל, או שמתחשבים בו ובו בלבד, כגורם החלטי, מכריע, הדוחה (במקרה התנגשות) כל שיקול אחר. פשרה לא תיתכן כאן; הוא אינו ניתן לחלוקה ואין למזגו ולערבבו באיזה שהוא שיקול אחר."

הכל מאוחדים בדעה כי קונפליקטים משפטיים בדבר משמורת קטינים יוכרעו על פי עקרון טובת הילד. אולם, אין די בקונצנזוס בדבר מרכזיותו של עקרון טובת הילד כדי להגדיר מודל הכרעה בסכסוכי משמורת וזאת לאור כלליותו של העקרון ו**מתחם התכנים** הרחב שלו.

בבג"צ 5227/97⁴ אומר הש' מ' חשין בסעיף 11 לפסה"ד:

"אין חולקים על היותו של עקרון טובת הילד - לחלופין: זכות הילד - עקרון-על, והשאלה אינה אלא מה היא אותה טובה, מה תוכנה של אותה זכות. שהרי המושג טובת הילד, זכות הילד, הוא מושג טעון - בערכים, ברגשות, בהשקפות עולם - ועשויים להתגלע חילוקי-דעות באשר לתוכנו, בין על דרך הכלל בין במקרה פלוני נתון..."

המושג טובת הילד - או אינטרס הילד - הינו מושג כללי, ושומה עליו על בית-המשפט לשקלו לגופו בכל עניין ועניין הבא לפניו ואשר כרוך בו עניינו של קטין."

בפרשת מורן⁵ אומרת השופטת ס' רוטלוי:

* מומחה בדיני משפחה.

¹ סעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב 1962.

² סעיף 3(ב) לחוק שווי זכויות האישה, תשי"א 1951.

³ ע"א 209/54 שטיינר נ' היועמ"ש, פד"י ט(1) 241, 251.

⁴ בבג"צ 5227/97 דויד נ' ביי"ד הרבני, פ"ד נה(1) 153, סעיף 11 לפסה"ד.

"המונח "טובת הילד" שהוא כידוע מונח ערכי - סובייקטיבי... נשקל כל מקרה ומקרה על פי נסיבותיו המיוחדות... טובת הילד הינו מושג ערכי המשתנה לפי זהות מקבל החלטה ומושפע מתפישות חברתיות - ערכיות כמו גם ממחקרים וידע מקצועי הנרכש בתחום מדעי ההתנהגות. בהיותו מושג סובייקטיבי, השוקל את טובת הילד הספציפי, קיים קושי להקיש ממקרה למקרה..."

כלליותו של העיקרון וריבוי תכניו ומרכיביו מותיר סימני שאלה בדבר מודל קבלת ההחלטות הראוי בסכסוכי משמורת. כיצד תתקבל הכרעה בתוך מיתחם השיקולים השונים? האם קיים סדר חשיבות - עדיפות בין השיקולים השונים? האם ניתן להסכים על "נוסחה" אשר תבטיח קבלת החלטה אינטגרטיבית, מדעית ויציבה ככל האפשר בקונפליקטים בדבר משמורת קטינים?

בעיניו של משפטן התר אחר אחידות, יציבות, יכולת ציפיות וניתוח אנליטי של גורמי ההכרעה קיימת תחושה ברורה כי אין די בעקרון הכללי של "טובת הילד" כדי להשיב על השאלה מה הוא הנתיה בו נצעד כדי להגיע להכרעה ראויה בסכסוך משמורת.

לא אחת, הקושי שבהעדר מודל הכרעה מובנה מוביל שופטים לאמץ כמעט בשלמות, חוות דעת של מומחים מתחום דיני ההתנהגות, ולראות בחוות הדעת את פיתרון ההכרעה בסכסוך.

היקפו הרחב של עקרון טובת הילד מחייב קביעת מודל הכרעה אשר יסייע בהבניית השיקולים בדרך אל קבלת הכרעה בסכסוכי משמורת.

כיצד ידע שופט אלו גורמים להביא בחשבון ומה משקלו של כל גורם? האם יש לסמוך רק על ניסיונו האישי, ערכיו ואמונתו של כל שופט ושופט? האם יש לאמץ כ"תורה מסיני" חוות דעת מומחים לבריאות הנפש כמודל הכרעה בסכסוך?

המחוקק הישראלי בחר לפזר במעט את הערפל סביב כלליותו של עיקרון טובת הילד בקובעו בחוק חזקה משפטית בדבר טובתם של ילדים רכים עד גיל 6 שנים.

"חזקת הגיל הרך" הקבועה בסייפא של סעיף 25 בחוק הכשרות המשפטית⁵ והקובעת כי בדרך כלל ובהעדר נסיבות מיוחדות יש לקבוע כי ילדים עד גיל 6 יהיו אצל אמם, משמשת תשובה "פשוטה" של המחוקק מה היא טובת הילד הרך (עד גיל 6).

⁵ ע"מ 90/97 מורן נ' מורן, דינים מחוזי, לבנ(2), 597.

⁶ סעיף 25 סייפא לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות תשכ"ב 1962

ל נוכח הערטילאיות של עקרון טובת הילד משמשת תשובה זו פתרון שובה לב ולכאורה גם מצמצם קונפליקטים. משמע- יש בידינו פתרון **אוניברסאלי** לשאלה הקשה בדבר עיקרון טובת הילד, לכל הפחות באשר לילדים בגיל רך. אולם בצד היתרונות הנראים לעין, עולות קושיות לא פשוטות:

- א. האם קב יעת עיקרון אוניברסאלי הוא מודל ראוי בשקילת טובתו של הילד הספציפי?
- ב. האם דווקא חזקת הגיל הרך בחקיקה הישראלית היא מודל הכרעה ראוי?
- ג. האם אין לקבוע **חזקות אחרות** או **נוספות** כחלק ממודל ההכרעה?
- ד. אם נגיע למסקנה כי יש לבטל את מודל חזקת הגיל הרך - מה השלכות הביטול לאחר שהחזקה מלווה את הדין כ- 40 שנה ומהווה חלק "משיווי המשקל" המאוד מיוחד שבדיני המשפחה בישראל?
- ה. האם ראוי להתוות בחקיקה מודל הכרעה ובו פרמטרים אשר יעצבו שיקול דעת מובנה לקבלת הכרעה וכמה משקל יש ליתן לפרמטרים אלה או אחרים?
- ו. או שמא, האם ראוי דווקא להותיר את הסוגיה ללא מודל מובנה ולהפקיד בידי בית המשפט את ההכרעה הכללית בטובת הילד על פי שיקול דעת רחב וכללי **ממקרה למקרה**?

הגדרת העקרונות במשפט הישראלי להכרעה בסכסוכי משמורת

על ארבעה יסודות - עמודי תווך - ניצב כיום מודל ההכרעה בסכסוכי משמורת בחוק הישראלי:

א. עקרון השוויון:

עקרון השוויון המלא בין ההורים, נקבע עוד בשנת 1951 בחוק שיווי זכויות האשה, שקובע בס' 3 (א): "האב והאם כאחד הם האפוטרופוסים הטבעיים על ילדיהם; מת אחד ההורים, הנשאר בחיים הוא האפוטרופוס הטבעי."

עקרון זה חוזק כעבור עשור שנים במספר רב של סעיפים בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, הקובעים שוויון מלא בחובות ובזכויות של אב ואם (ס' 14), שוויון באפוטרופסות ובתפקידים ההוריים (ס' 15), שיתוף בקבלת החלטות (ס' 18) ושיתוף באחריות (ס' 22). המצב הטבעי והכמעט תמידי הוא אפוטרופסות משותפת לשני ההורים גם במקרה של פרידה או גירושין.

המחוקק ובעקבותיו הפסיקה הבחינו בין החזקה הפיזית לבין אפוטרופסות (החזקה/משמורת משפטית) אשר ברוב רובם של המקרים נשארת שוויונית לשני ההורים גם יחד. השוויון שבין הורים גם יחד באפוטרופסות בלהבדיל מההחזקה הפיזית נותח בהרחבה בע"א 2266/93⁷ ועל ה דגמת כוחו של עקרון השוויון יפים דבריו של בית המשפט העליון בבג"צ לורנץ⁸:

"השיקול העליון ולרוב המכריע במשפטים מסוג זה הוא טובת הילד, אך הוא איננו השיקול היחיד, ואין להתעלם משאר נסיבות המקרה ומדרישות הצדק כלפי שני ההורים. דווקא בגלל הנסיבות המשפחתיות המיוחדות במקרה זה מן הראוי לעודד את קשרי הילד גם עם האב מקטנותו לא רק מבחינת האב אלא לטובת הילד עצמו. מוטב שיגדל ויתחנך על ברכי האם והאב גם יחד ולא יורחק אף מאחד מהם."

ב. עקרון ההסכמה בין ההורים:

כעקרון שני מתווה המחוקק הישראלי דרך המעדיפה ומעודדת הסכמה בין ההורים בדבר משמורתם על ילדיהם.

⁷ ע"א 2266/93 פלונית נ' אלמוני, פ"ד מט(1) 221.

⁸ בג"צ 400/63 לורנץ נ' ראש ההוצל"פ חיפה, פ"ד יז(2) 1709, 1716.

עקרון השוויון באפוטרופסות (ס' 14, 15 לחוק הכשרות המשפטית⁹) יחד עם עקרון השיתוף בקבלת החלטות (ס' 18, 24 לחוק הכשרות המשפטית¹⁰) מלמדים כי דרך המלך" היא אימוץ הסכמתם של הורים בדבר המשמורת על ילדם. (ובלבד שאין בה כדי לפגום בעקרון השלישי "טובת הקטין").

ס' 24 לחוק הכשרות המשפטית¹¹ קובע מפורשות את הכלל כי הורים רשאים במקרה של פירוד להסכים ביניהם על מי מהם תהא האפוטרופסות לקטין כולה או מקצתה, מי מהם יחזיק בקטין ומה יהיו זכויות ההורה אשר אינו מחזיק בקטין לבוא עמו במגע.

ההסכמה שבין ההורים היא המסלול המועדף להכרעה בסכסוכים בין הורים¹² - (ראה גם: ס' 19 לחוק) מתוך הנחת מוצא כי עקרון טובת הקטין חייב להנחות את ההורים בקבלת החלטתם (ס' 17 לחוק) מציג החוק "שסתום בטחון" המאפשר לבית המשפט לבחון אם ההסכמה שקיבלו ההורים אכן תואמת את טובת הקטין. לכן נקבע בסייפא של ס' 24 לחוק כי הסכם בין הורים טעון אישור בית משפט.

תפקידו של בית המשפט בעת האישור לבחון האם ההסכמה אינה פוגעת בקטין ובטובתו. **רק באין הסכמה "נכנס בית המשפט לפעולה" מפעיל את "ברירת המחדל" וכריע במקום ההורים על פי עקרון טובת הילד.**

כאן המקום לצייץ כי עדיפות ההסכמה על פני הכרעת בית משפט יונקת את מקורותיה מעקרון על חשוב במשפט הישראלי, על פיו התא המשפחתי נהנה מאוטונומיה ומוגן מחדירה של המדינה ורשויותיה (ובכלל זה בית המשפט) אל פרטיותו והחלטותיו.

הפסיקה הישראלית העלתה לדרגה של זכות על קונסטיטוציונית את זכותם של הורים לגדל את ילדם ולהחליט עבורו החלטות הנוגעות לחייו. המחוקק הישראלי אף קבע כי על הקטין לציית להחלטות הוריו ולכבדם (ס' 16 לחוק).

בין השאר קבע בית המשפט העליון¹³:

⁹ ס' 14, 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, לעיל הערה 1.

¹⁰ ס' 18, 24 לחוק, שם.

¹¹ ס' 24 לחוק, שם.

¹² ראה גם: ס' 19 לחוק, שם.

¹³ ע"א 577/83 היועמ"ש נ' פלונית, פ"ד לח (1) עמ' 461, 467-468.

וראו גם: ע"א 232/85 פלוני נ' היועמ"ש, פ"ד מ (1), 1.

ע"א 212/85 פלוני נ' פלוני, פ"ד לט (4) 309.

ע"א 783/31 פלוני נ' פלמוני, פ"ד ל"ט (2) 1.

בג"צ 243/88 קונסלווס נ' תורג'מן, פ"ד מה (2) 626.

"נקודת המוצא העקרונית, היא, כי המשפחה הטבעית היא היחידה הבסיסית של החברה. זהו "התא החברתי היסודי והקדום ביותר בתולדות האדם, שהיה, הווה ויהיה היסוד המשמש והמבטיח את קיומה של החברה האנושית... במסגרת יחידה זו מוטלת על כל אחד מההורים החובה לדאוג לבריאותו ולרווחתו (הפיסיות והנפשיות) של ילדם הקטין. יחד עם זאת, יש להם להורים גם זכויות. "אין חולק על כך כי זיקתו של ההורה לילדו אינה רק בגדר חובה אלא גם בגדר זכות" מהותה של זכות זו היא, כי את החובות כלפי הילד הקטין רשאים למלא ההורים - הם ולא זולתם. זכותו המשפטית של ההורה היא כי הוא, ולא אחר, יקיים את החובות כלפי ילדו.

זכות זו של ההורים היא זכות קונסטיטוציונית חשובה, שכן היא מהווה ביטוי לקשר הטבעי - "קול-הדם"....

זכות זו של ההורים אינה זכות קניין או מעין קניין. היא אך ביטוי לקשר הטבעי שבין הורים לילדים. "אין לך נכס היקר לאדם יותר מן הקשר הנפשי בין הורים וילדם הטבעי, שבו הם רואים את פרי אהבתם, עצמם ובשרם, ואת דור ההמשך הנושא בחובו את מטענם התורשתי". מציאות משפטית מיוחדת זו של זכות וחובה הכרוכות זו בזו מצאה את ביטוייה בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב -1962, אשר קובע כי אפוטרופסות ההורים כוללת בחובה את "החובה והזכות" לדאוג לצורכי הקטין.

זכותם של ההורים לקיים חובתם כלפי ילדיהם, היא היוצרת את האוטונומיה והפרטיות של התא המשפחתי ושוללת התערבות של גורמים חיצוניים היחידה המשפחתית. אין המדינה רשאית לבוא ולקחת ילד מרשות הוריו אך בטענה, כי טובתו שלו דורשת זאת. הזכות לדאוג לטובתם של הילדים היא זכותם של ההורים הטבעיים".

פרופ' שיפמן בספרו "דיני משפחה"¹⁴ מציין:

"זכותם של הורים לגדל את ילדם היא זכות טבעית, ראשונית שקשה להגזים בחשיבותה.

עוד הוסיף פרופ' שיפמן בעמ' 220¹⁵:

¹⁴ פ. שיפמן, דיני המשפחה בישראל (מהדורה שנייה, תשנ"ה), עמ' 219.

¹⁵ שם, עמ' 220.

”... אין טעם ומשמעות לניתוק האינטרסים של הילד מן המכלול המשפחתי הרחב. החלטות רבות המבקשות לפעול לפי טובת הילד, הן לאמיתו של דבר פונקציה של רצונותיהם, צרכיהם ואפילו בעיותיהם של המבוגרים. הילד איננו נתון בחלל ריק. עולמו מושפע מהתייחסות המבוגרים אליו. כל החלטה המבקשת לפעול לפי טובתו של הילד, מן ההכרח שתתן את דעתה על התגובה הצפויה של המבוגרים כלפי החלטה זו.”

(יש לשים לב כי לעיתים בתנאים מסוימים עלול להיווצר מתח מסוים בין זכות ההורים אשר הועלתה לדרגה של זכות קונסטיטוציונית לבין זכויותיהם של קטינים ובמקרה כזה עשוי להתחדד הצורך במודל הכרעה מובנה של טובת הילד).

מכל מקום ולסיכום: היסוד השני עליו מושתת מודל ההכרעה בחוק הוא זכותם של ההורים להסכים על הסדר המשמורת. המחוקק מעודד הסכמה שכזו הן נוכח עיקרון האוטונומיה של התא המשפחתי והן נוכח הגישה כי הסכמה=הקטנת הקונפליקט שבין ההורים אשר וודאי משרתת את טובת הילדים.

ג. טובת הילד:

כעקרון שלישי השולט בכיפה הג דיר וקבע המחוקק הישראלי כי קנה המידה להכרעה בעניינים של קטינים בכלל ובסכסוכי משמורת בפרט הינו עקרון טובת הילד. כך כבר בחוק שיווי זכויות האשה, שם נקבע בס' 3(ב) כי ”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.”

וכך נקבע לאחר מכן בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות תשכ”ב 1962 בסעיפים 17 (טובת הילד היא קנה מידה למילוי חובת ההורים כלפי ילדם) וסעיף 25 (טובת הילד היא קנה המידה להכרעה בענייני האפוטרופסות השונים ובכלל זה ענייני המשמורת והסדרי המגע שעה שהורים חלוקים ביניהם).

הפסיקה הישראלית (ובהתבסס גם על מקורות המשפט העברי) אימצה, פיתחה וקידשה את עקרון טובת הילד כעקרון על להכרעה בסכסוכי משמורת בשורה ארוכה, עקבית ואחידה של פסקי דין לאורך כל שנות קיומה של המדינה .

”כללא מילתא הכל תלוי בראות ביי”ד באיזה מקום יש תקנה לוולד יותר”¹⁶.

¹⁶ רדב”ז - תשובות הרדב”ז חלק א' קכ”ג. ראה גם: א' שוחטמן, ”למהותם של כללי ההלכה בסוגיית החזקת ילדים”, שנתון המשפט העברי ה (תשל”ח) 285.

" לעולם צריך לדקדק בכלל לדברים אלו אחר מה שייראה בעיני בי"ד בכל מקום ומקום, שיש בו יותר תיקון ליתומים, שבי"ד אביהם של יתומים לחזור אחרי תיקונן"¹⁷.

" בכל הפעולות הנוגעות לילדים בין אם ננקטות בידי מוסדות רווחה סוציאלית... ובין בידי בתי משפט, רשויות מינהל או גופים תחיקתיים, תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה" (במקור: Primary consideration)¹⁸.

" אין חולקים על היותו של עקרון טובת הילד - לחלופין: זכות הילד - עקרון- על, והשאלה אינה אלא מה היא אותה טובה, מה תוכנה של אותה זכות"¹⁹.

המחוקק הישראלי **שותק** באשר לתכנים והשיקולים של עיקרון טובת הילד ואינו מגדיר בחוק פרמטרים אשר יכולים להתוות את היסודות להבניית שיקול דעת בדרך לקביעת טובת הילד ולהכרעה בסכסוכי משמורת (לא כל שכן אין המחוקק קובע סדר עדיפויות בין פרמטרים).

בשל המבוכה על העדר הגדרה חוקית לתוכנו של עיקרון טובת הילד ניסתה הפסיקה לאורך השנים ליצוק תוכן רחב למרכיביו של העיקרון ולהלן כמה מהפרמטרים הבולטים שקנו להם מעמד וביסוס בפסיקה כחלק מ"טובת הילד":

- א. רצון הילד.
- ב. התנהגות ההורים (מוסר, אורח חיים וכיו"ב).
- ג. בריאותם הנפשית ומסוגלותם ההורית של שני ההורים.
- ד. מין הילד.
- ה. שיקולים דתיים.
- ו. שיקולים לאומיים.
- ז. גיל הילד.
- ח. חוות דעת מקצועית כגורם מכריע.
- ט. יציבות והמשכיות בטיפול בילד.
- י. הבטחת קשר עם ההורה האחר.
- יא. גורמים כלכליים, חברתיים וחינוכיים.
- יב. עיקרון אי הפרדה בין אחים.

¹⁷ הרשב"א - **תשובות הרשב"א**, ל"ח.

¹⁸ סי' 3 לאמנה בדבר זכויות הילד של האו"ם.

¹⁹ בג"צ 5227/97, לעיל הערה 4.

על מיתחם התכנים הרחב של עקרון טובת הילד ניתן להתרשם מדבריו של השופט חשין בע"א 319/54 בעמ' 267²⁰:

"טובת הילד" אין פירושה שפע מותרות, ריבוי תענוגות, תפנוקים לאין שיעור, ואין היא מצטמצמת ביד רכה, בדברי מחמאה ובשפת חלקות. דברים אלה מורים לעיתים על אהבה מזוייפת ועל מסירות של חנופה. יש מייסר בנו, ואף מרים עליו יד לעיתים, ואף-על-פי-כן יימצאו מחנכים שיאמרו כי אין הדבר מביא רעה לילד. טובת הילד אין פירושה גם מה שנראה בעיני הילד עצמו כשמחה, כאושר וכאהבה. בעניינים כאלה אין לסמוך רק על הערכתו של הילד. טובת-הילד פירושה דאגה לצרכיו החמריים של הילד, למלבוש נקי, למזון מבריא. לקורת גג ולכלי מיטה; פירושה יחס אבהי ואמהי,

מילה טובה, לטיפת יד רכה, חיוך לבבי, יצירת הרגשה בלב הילד, שאין הוא זר ואין הוא מיותר בבית. בין האנשים הסובבים אותו שיש מי שרוצה בו ושהוא שייך למקום בו הוא נמצא אך אין זה הכל: טובת הילד כוללת גם חינוך טוב הכשרת הלב לנימוסים נאים, לדרך ארץ בפני אנשים קרובים ורחוקים וביחוד לכיבוד אב ואם.

ההורים חייבים להיות אנשי המעלה בעיני הילד ויהיו אשר יהיו היחסים ההדדיים בינם לבין עצמם מן ההכרה לנטוע בלב הילד רגשי אהבה והערצה לאב ולאם לא רק משום שמגיע להם הדבר בזכות היותם הורים כי אב גם ואו לי ביחוד משום שטיפוח רגשות אלה מרגיל את הילד לאחר זמן לקשור קשרי ידידות עם זרים עם החברה כולה. הקשר הראשוני נוצר עם האנשים הקרובים ביותר לילד ומתפשט על האחרים. נטיעת רגשי שנאה בלב הילד לאב או לאם פירושה השרשת איבה לאדם מן החברה. פעל כזה מזיק לילד ולכל תהליכי התפתחותו הרוחנית, ועשוי להתנקם ברבות הימים בסביבתו הקרובה והרחוקה כאחד."

[במאמר מוסגר יצוין כי בחוק האימוץ ילדים תשמ"א 1981 ובחוק הנוער (טיפול והשגחה) תש"ך 1960 קיימת שורה של עילות להתערבות המדינה לשם הגנה על קטינים, אם על דרך של טיפול והשגחה (סעדים זמניים) ואם על דרך של אימוץ (ניתוק סופי) ממשפחת המוצא ואשר ניתן ללמוד מהם מה ראה המחוקק הישראלי כגבולות לפגיעה רעה וחמורה בטובתו של קטין. העילות המפורטות בחוקים הנ"ל אינן מענייננו באופן ישיר שכן מדובר בעילות המצדיקות התערבות המדינה בתא המשפחתי ואף הוצאת ילדים ממסגרת משפחתית באופן זמני או לצמיתות, בעוד שהגדרת טובת הילד בסכסוכי משמורת אינה אלא שקילת עדיפויות על פי רוב בדרך של בחירת "הרע במיעוטו" או "הטוב יותר במקצת" כאשר ברוב רובם של סכסוכי המשמורת מובטחת טובת הקטין בדרך שאינה חורגת כלל ועיקר מ"הגבולות" שנקבעו בחוק הנוער והאימוץ כפגיעה בטובת הילד.

²⁰ ע"א 319/54 ד.ג. נ' ה.ג., פ"ד יא, 261, 267.

ניתן לומר באופן כללי כי "טובת הילד" בחוקי הנוער והאימוץ אינה אותה "טובת הילד" שבסכסוכי משמורת. בחוקי האימוץ והנוער המטרה היא קביעת הגבולות למניעת רעה ממשית לילד, בעוד שבסכסוכי משמורת המטרה היא בדרך כלל חיפוש אחר יתר טובה של הילד. **מכל מקום אין ברשימת הפרמטרים להתערבות שבחוקי האימוץ והנוער כדי לספק הגדרה מועילה לעיקרון טובת הילד בסכסוכי משמורת.**

ד. חזקת הגיל הרך:

הי סוד הרביעי שנקבע במשפט הישראלי והמאפיין את מודל ההכרעה בסכסוכי משמורת בישראל הוא הכלל אשר נקבע בסעיף 25 סיפא לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות תשכ"ב 1962 - סעיף "ברירת מחדל" באין הסכמה בין הורים. לשונו:

"קביעת בית משפט באין הסכם בין ההורים"

"לא באו ההורים לידי הסכם כאמור בס' 24 או שבאו לידי הסכם אך ההסכם לא בוצע, 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.**"

כפי שנראה בהמשך דיוננו מכרסמת חזקת הגיל הרך בכל שלושת העקרונות הקודמים:

א. **כרסום בזכות השוויון** - קביעת החוק כי ילדים עד גיל 6 צריכים להיות עם אימם (בהעדר סיבות מיוחדות), חותרת תחת עקרון השוויון שקבע החוק עצמו. יש בה פגיעה בעקרון השוויון שבאפוטרופסות, יש בה פגיעה בזכות השוויון אשר הועלתה לדרגה של זכות יסוד חוקתית²¹ ויש בה פגיעה בזכותו של קטין לקשר שווה ומלא עם שני הוריו²². כמו-כן, חיזוק עדיפותה מראש של האם על פני האב מכרסם כרסום חמור בתחושת האחריות השווה, המשותפת לשני ההורים כלפי הקטין. לאמור, בעוד שהאם שבויה בתהליך הנפשי המחייב אותה לקבל אחריות כלפי ילדיה, האב משתחרר מן האחריות הטיפולית כלפי ילדיו, ואיננו נתפס בתודעתו ובתודעת הבריות כאב "רע"²³.

ב. **כרסום בעקרון טובת הילד (הספציפי)** - חזקת הגיל הרך כעקרון כללי המשקף את טובתם של כל ילדי ישראל פוגעת בעקרון על פיו הכרעה בסכסוך הנוגע לקטין (במקרה זה סכסוך משמורת) תתקבל על פי טובתו הספציפית של כל קטין וקטין, ללא חזקות ועקרונות מוכתבים מראש ומתן עדיפות למי מהוריו.

²¹ ראו: בג"צ 4541/94 אליס מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מ"ט (4) 94.

²² סי' 9 לאמנת האו"ם בדבר זכויות הילד.

וראו בעניין זה גם: מאמרו של פרופ' חי שאקי, "אפיונים בדיני משמורת קטינים, תוך דגש על רישום עקרון טובת הילד", עיוני משפט י" (1) עמ' 5, עמ' 25.

²³ שיפמן, לעיל הערה 14, עמ' 233.

טובת הקטין כמו גם זכויותיו של הקטין כי טובתו תהא שיקול ראשון במעלה בכל עניין הנוגע לו (ס' 3 לאמנת האו"ם בדבר זכויות הילד) נפגעות שעה שהמחוקק כופה עליו הר כגיגית פתרון אוניברסאלי אשר עלול שלא להיות תואם את טובתו.

פרופ' שיפמן בספרו²⁴ מבהיר כי פרזומציות משפטיות מסוג זה פוגעות בשיקול הדעת החופשי ופוגמות בביצוע משימת ההתחקות אחר טובת הילד הספציפי (או בלשונו טובת הילד האקטואלי).

חשוב להזכיר כי לחזקת הגיל הרך עלולה להיות השלכה גם בנושאי אפטרופסות שונים ונילוויים ולא רק בסוגיית המשמורת, שכן אם ייקבע כי קטין בגיל רך ימסר למשמורת אמו, עלולה להיות לכך השלכה על שינוי מקום מגוריו, לעיתים אף לחו"ל²⁵, או על חינוך, אמונה דתית ונושאים אחרים הנוגעים לקטין ואשר מושפעים מהשאלה מי המחזיק בו.

פרופ' שיפמן בספרו²⁶ אומר כי לחזקת הגיל הרך יש כח גדול יותר ממה שנדמה ממבט ראשון.

ראשית, אם חלק מהילדים הוא מעל גיל 6 ואחרים מתחתיו, תפעל החזקה יחד עם שיקול אי הפרדת אחים והאם תקבל למעשה העדיפות גם לילדים מעל גיל 6.

שנית, קבלת המשמורת על ילדים מתחת לגיל 6 מכח החזקה כשלעצמה בשילוב עם השיקול שמוטב ככל האפשר לשמור על המשכיות ורציפות, במשמורת לאורך שנים, ובשילוב עם ההנחה הגלוייה או הסמוייה, שללא סיבה מיוחדת, אין לשנות את ה"סטטוס קוו", מעניקה יתרון, בכך שהיא משפיעה על משפטים עתידיים ומכתיבה את "טובת הילד" גם לאחר גיל 6.

בכל אלה נפגע עיקרון השוויון שבין ההורים לא רק פגיעה ישירה, אלא גם פגיעה נלווית לאורך השנים שלאחר גיל 6 של ילדם.

שלישית, ישנו כרסום של החזקה גם בנושא ההגירה, שם נשקלת החזקה כחלק משיקולי "טובת הילד", לשם הכרעה בנושא²⁷.

ג. **כרסום ביסוד ההסכמה** – משנקבעה בחוק חזקת הגיל הרך, היא מגבילה למעשה את חופש ההסכמה של ההורים ויוצאת מתוך הנחה כי כאשר מדובר בילדים מתחת לגיל 6, חזקה שהם יהיו עם אמם, דהיינו, זו טובת הילד ואין בילתה.

לכרסום שני היבטים:

²⁴ שם, עמ' 232-234.

²⁵ ראו: רע"א 4575/00 פלונית נ' פלוני, פ"ד נה(2) 321.

²⁶ שיפמן, לעיל הערה 14, עמ' 232-233.

א. משנקבעה בחוק חזקת הגיל הרך הרי שלא אחת יקרה שנושא זה יקנה לאם יתרון (לעיתים בלתי הוגן) במשא ומתן על פתרון הסכסוך המשפטי בכללותו ויהא לו השלכה מצטברת גם בנושאים כלכליים (מזונות, מדור ואפילו אופן חלוקת הרכוש). מנגד יש בכך גם פגיעה באם אשר מצופה ממנה מכח החזקה (ואולי בניגוד לרצונה האמיתי) להימנע מלהתמסר לקידום קריירה עצמאית משלה ולהתמסר בעיקר לגידול הילדים.

ב. לעיתים מגיעים הצדדים לידי הסכמה הסותרת את החזקה אם ע"י קביעת משמורת משותפת או מחולקת ואם על ידי העברת משמורת בילד בגיל רך לאב. על אף שהמחוקק הישראלי התווה את ההסכמה כ"דרך המלך", נוטים שופטים להתערב ולהקשות במקרים של הסכמות כאלה שאינן עולות בקנה אחד עם החזקה ולעיתים מסרבים לאשר הסכמות כאלה בלא לקבל גושפנקא של איש מקצוע מתחום בריאות הנפש. החזקה פוגעת איפוא בזכותם של הורים להסכים בדבר המשמורת ופותרת פתח לרשויות המדינה (בית המשפט) להתערב בהסכמה כזו לא בשל עקרון טובת הילד הספציפי אלא בשל קביעת המחוקק כי סטייה מחזקת הגיל הרך היא פגיעה בעקרון "אוניברסלי" של טובת הילד בכלל.

יש לציין, כי לחזקת הגיל הרך יש גם יסוד המעודד הסכמים והסכמות שכן קביעתה ע"י המחוקק מקטינה את הפיתוי של אבות להתדיין ולהאבק למשמורת על ילדם בגיל רך).

לסיכום:

ראינו איפוא כי על ארבעה יסודות מושתת מודל ההכרעה בסכסוכי משמורת במשפט הישראלי - יסוד השוויון, יסוד ההסכמה, יסוד העל של טובת הילד ויסוד חזקת הגיל הרך. היסודות לעיתים נוגדים זה את זה, מכרסמים זה בזה, חלקם (כגון טובת הילד) מעורפלים וכלליים וההכרעה המתבקשת אינה פשוטה ואינה נשענת על פרמטרים, מוגדרים ומובנים של שיקול דעת.

אנו מבקשים בראש ובראשונה לתהות בדבר מקומה של חזקת הגיל הרך בדין ולשאל האם לחזקת הגיל הרך יש כיום מקום במשפט הישראלי?

²⁷רע"א 4575/00, לעיל הערה 25.

חזקת הגיל הרך

היסטוריה חקיקתית בדין הישראלי:

באמצע שנות ה-50 הגיש משרד המשפטים את הצעת החוק היחיד והמשפחה. הצעה זו אשר אמורה היתה להיות מקיפה ורחבה לא עלתה על סדר יומה של הכנסת. אולם, הוחלט לעגן את ענייני המעמד האישי ברוח ההצעה בחוקים שיהוו פרקים של קודקס דיני המשפחה בישראל.

כחלק מרכזי העוסק בדיני הורים וילדים הוגשה לכנסת הצעת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות אשר אושרה באוגוסט 1962²⁸. הוראת סעיף 25 כפי נוסחה היום הובאה בהצעת החוק בסעיף 33²⁹ בנוסח מעט שונה.

נוסח סעיף 33 סייפא בהצעה קבע (בהתייחס לסי' 32 להצעה שלשונו כלשון 24 בחוק):

"... אלא שילדים עד גיל 6 יהיו בידי אמם כל עוד אין סיבות מיוחדות לסטות מכלל זה; והכל כפי שיראה לבית המשפט לטובת הקטין."

למעשה, נבדל נוסח סי' 33 הנ"ל מן הנוסח שנתקבל לבסוף, לא רק בלשונו אלא גם במהותו שכן בעוד שבנוסח שנתקבל, גוברת ההוראה המאוחרת ("ובלבד שילדים עד גיל 6 יהיו אצל אמם") בהתנתה על הכלל המובא קודם שעניינו "טובת הקטין" הרי שבנוסח שהוצע מלכתחילה גוברת ההוראה של הפעלת שיקול דעת בית המשפט להשגת טובת הקטין המקסימלית ("... והכל כפי שיראה לבית המשפט לטובת הקטין") על ההוראה בעניין החזקת הקטינים אצל האם. היינו, עולה כי המתחוקק נתכוון לחזק את חזקת הגיל הרך באמצע נוסח המעדיף את החזקה על פני שיקול דעת של בית המשפט בדבר טובת הקטין.

מגמה זו עלתה גם בעת הדיון בכנסת בו נדחתה הסתייגותו של חבר הכנסת י.ש. בן-מאיר:

"... במקום "אם אין סיבות מיוחדות להורות אחרת", לכתוב: "אם טובת הילד אינה דורשת הסדר אחר" ההבדל ברור מאלי אלא נאמר "טובת הילד" על זה יש פסקי דין שאומרים שהילד צריך להיות אצל אמו.

מה פירוש "טובת הילד"? אם האם חולה או היא במצב שאיננה יכולה לטפל בילד, טובת הילד דורשת אחרת אולם אם נאמר "סיבות מיוחדות", יכולות להיות כל מיני סיבות. משום כך אני מציע ללכת בדרך שדשו בה בתי הדין ובתי המשפט העליון וקבעו מה זאת טובת ילד. זאת צריכה להיות הדרך שנלך בה"³⁰.

²⁸ ראה: ד"כ 34, (תשכ"ב), עמ' 3091.

²⁹ ה"ח 456 תשנ"א 170.

³⁰ ראו ד"כ 34, לעיל הערה 28, עמ' 3091.

ההסתיונות נדחתה ודחייתה מלמדת שוב על מתן משקל יתר להעדפת האם כמחזיקה של קטינים מתחת לגיל 6 על פני שיקול כללי של טובת הילד בבחינת עקרון על גובר.

נוסחה הסופי של החזקה כפי שאושרה בכנסת ואשר עומדת במלוא תוקפה מאז חקיקתה בשנת 1962 ועד היום, מהלך של כ-40 שנה, הוא איפוא:

"לא באו הצדדים לידי הסכם כאמור בס' 24... רשאי בית המשפט לקבוע את העניינים האמורים בס' 24 כפי שייראה לו לטובת הקטין, ובלבד שילדים עד גיל 6 יהיו אצל אמם אם אין סיבות מיוחדות להורות אחרת".

כפי שנראה בהמשך, יונקת החזקה לא מעט מהמשפט העברי.

ראוי לציין, כי מבחינה היסטורית מהווה החוק הישראלי הן בקביעת עקרון טובת הילד והן במתן עדיפות לאם תגובה **מעט מאוחרת** - ראקציה לגישה ששלטה במאה ה-19 ובתחילת המאה ה-20 על פיה ראו בילד רכוש השייך להוריו ובעיקר רכושו של אביו.

החוק בא לבטא גישה הפוכה, על פיה הילד אינו חפץ השייך להוריו, ויש להכיר בו כבן אדם בעל זכויות וצרכים משלו. על כן מה שקובע הוא טובת הילד שהוא העומד במרכז. מקורה של העדפת האם כחלק מהגדרת טובת הילד נשענה על המציאות החברתית, בה מילאו הנשים בפועל את התפקיד העיקרי בטיפול בילדים ועל תיאוריות פסיכולוגיות שונות לגבי צרכי הילד בשלבי התפתחותו הראשונית. תיאוריות אלה קבעו כי אמהות מסוגלות למלא את הפונקציות הנדרשות לילד בשלבי התפתחותו הראשוניים טוב יותר מאבות.

יישום חזקת הגיל הרך בפסיקה

הפסיקה הישראלית, בבואה להכריע בסכסוכי משמורת, מאמצת כזרם מרכזי את העיקרון המקופל בסעיף 25 סיפא לחוק הכשרות כעיקרון ההולם את צרכי הילד ואת טובתו ומפעילה כמעט באופן אוטומטי וגורף את הסעיף הנ"ל. מאידך, אנו עדים לקולות **בודדים** הנמנעים מלהחיל באופן גורף את חזקת הגיל הרך כרוחה וכלשונה.

גישת המצדדים בהחלת החזקה כרוחה וכלשונה ואף להצדקתה ניתן לראות בפרשת ינסן זהר³¹, שם קבע הנשיא לנדוי בעמ' 8:

³¹ ע"א 268/80 ינסן זהר נ' ינסן זהר, פ"ד לה(1), 1,8.

"הוראה זו (ס' 25 סיפא לחוק הכשרות-ש.מ) התואמת את הלכת המשפט העברי (רמב"ם, אישות, כא, יז א) יסודה בניסיון החיים, שילד בגיל הרך צריך במיוחד לקרבת אמו שאליה הוא נמצא והיא מסוככת עליו בחום אימהי. צורך זה של הילד, שהוא צורך פיזי בעיקרו חשוב, בגיל זה אף מקרבת האב כמגן על הילד ומחנכו".

גישה דומה, נקבעה בפרשת נאור³², שם קבע השופט שיינבוים כי יש להעדיף ניתוקה של קטינה בת שנתיים שטופלה ברציפות, על ידי אביה, על מנת לחדש את הקשר עם אמה וזו מסיבה שאיננה משפטית אלא נובעת מן השיקול של "הבת אצל אמה", לאמור:

"הכלל הגדול, שהבת אצל אמה, הוא כלל משפטי, המבוסס על ניסיון החיים, שצריכה בת קרבת אמה וטיפול. בין האם לבין הבת מתרקם קשר מיוחד, אשר בא לידי ביטוי בכל תקופת חייה של הבת. בגיל הרך הביטוי הוא, כרגיל, בגילוי חיבה ואהבה, ובגיל הגבוה יותר ביטוי של הקשר בהבנה מיוחדת שמגלה האם לרחשי לבה של הבת. אותו קשר של אהבה וקרבה נותן אותותיו בחייה של הבת ומלווה אותה גם בהתבגרותה, וחלק גדול לו בעיצוב אישיותה... ברור. איפוא, שסיפוקו של קשר האהבה לבת הינו אחד הצרכים הבסיסיים לשם התפתחותה התקינה".

כך גם בפרשת הרשקוביץ³³ שם נקבע כי:

"מצוות המחוקק היא שעד גיל 6 מקומם של הילדים, באין נסיבות לסתור הוא אצל אמם דווקא".

ברע"א 4575/00³⁴ קבעה השופטת דורנר בעמ' 331-332:

"במקרים בהם הילדים הינם רכים בשנים, מתווספת לשיקולים של ביהמ"ש חזקת הגיל הרך... אכן אין להמעיט מן האחריות השווה של ההורים כלפי ילדיהם, המתחייבת מן השוויון בין איש לאישה וממציאות החיים במשפחה המודרנית, עם זאת, עדיין בדרך כלל הקשר בין ילדים רכים בשנים לבין אמם חזק מהקשר בינם לבין אביהם, כך עולה ממחקרים עדכניים רבים... על כן, דעתי היא כי אף כיום אין להמעיט במשקלה של חזקת הגיל הרך, הקבועה בסעיף 25 לחוק".

³² ע"א 768/81 נאור נ' נאור, פ"ד לו(2), 380, 384.

³³ ר"ע 694/86 הרשקוביץ נ' הרשקוביץ, פ"ד מא(3), 338, 337.

עוד הוסיפה והדגישה בעמ' 333³⁵ :

"כאמור, חזקת הגיל הרך עדיין שרירה וקיימת, אף שמדובר במשפחה מודרנית".

בספרו "דיני משפחה" כותב השופט שרשבסקי³⁶ :

" בגיל זה כאשר הם זקוקים בעיקר לטיפול והשגחה גופנית מקומם הטבעי אצלה".

אמרות אלו נשענות לעיתים, כפי שנאמר במס' פסקי דין, על התפיסה הפסיכולוגית (בעיקר תיאוריות פסיכואנליטיות), הקובעת כי בשנות התפתחותו הראשונות של הילד, הוא נזקק לטיפול של האם ולקשר פיזי עמה.

ברם, בהדרגה התפתחו גישות ותיאוריות נוספות ושונות אשר מחייבות את המופקדים על המלאכה להביא בחשבון בעת הפעלת מערכת השיקולים בהתייחסם לשאלת המשמורת. על אף המחקרים החדשים שהובאו לעיל, הפסיקה הישראלית התעלמה בדרך כלל ממחקרים אלו, והמשיכה בדבקות להסתמך על אותם מחקרים שמרניים.

עדות לכך ניתן לראות כאמור בפס"ד 4575/00 שם מצדדת הש' דורנר במחקרים המחזקים את החלת חזקת הגיל הרך, אך מתעלמת במופגן מן המחקרים הנוספים הנוגדים החלת החזקה לאמור³⁷ :

"... עם זאת, עדיין בד"כ הקשר בין ילדים רכים בשנים לבין אמם חזק מהקשר בינם לבין אביהם. כך עולה ממחקרים עדכניים רבים, הדנים בקשר הפסיכולוגי המיוחד שנבנה בין האם לילדיה ובנוק שעשוי להיגרם לילדים, במיוחד בגיל הרך".

בתי המשפט כעניין שבשגרה מעדיפים אם כמשמורתית בגיל רך ולעיתים קרובות נמנעים מכל בדיקה של טובת הילד הספציפית, ואף מסתייגים לעיתים מהצורך בבדיקות מסוגלות הורית בסכסוכי משמורת בגיל הרך.

גם תסקירי הסעד, המוגשים לבית המשפט ואשר בדרך כלל מיושמים יישום כמעט אוטומטי ע"י ביהמ"ש, בדונם במשמורת ילדים בגיל רך, לוקים בגישה המונחית ומושפעת מחזקת הגיל הרך, המגבילה מראש את שיקול הדעת של פקידי הסעד.

³⁴ רע"א 4575/00, לעיל הערה 25.

³⁵ שם, עמ' 333.

³⁶ ב' שרשבסקי, דיני משפחה (תשנ"ג), בעמ' 377.

³⁷ רע"א 4575/00, לעיל הערה 25.

פרופ' שניט³⁸ במאמרו בעמ' 197 ציין: "במחקר שנערך בישראל לגבי העמדות של פקידי סעד בסוגיות המשמורת על ילדים מתבררת גישה סטריאוטיפית בכיוון העדפת האישה כמשמורנית על ילדים (value biases of social workers in "a. sagi and r. divr custody disputes" children and youth services (1983) 27-42) פקידי הסעד (שהן נשים ברובן) נדרשים להגיש לביהמ"ש למשפחה ולביה"ד הרבני תסקירים בשאלת המשמורת על ילדים. במחקר התברר, כי פקידי הסעד נוטים להעדיף את האימהות כמשמורנית גם במקרים שאין כל סיבה מקצועית ועניינית להעדיף את האם כמשמורנית לעומת האב. ממצאי המחקר מצביעים על אימוץ גישה חברתית סטריאוטיפית גם ע"י המטפלים המקצועיים, ברוח העקרונית שקבע המחוקק בדוקטרינה האמורה".

על אף ההחלה הכמעט אוטומטית וגורפת של החזקה, ישנן דעות אחדות בפסיקה הישראלית המסתייגות מכוחה של הדוקטרינה במס' פסקי דין: **בפרשת פדידה**³⁹ נקבע כי החזקה היא רק אחד השיקולים הנשקלים ואינה השיקול הבלעדי:

" עם כל הכבוד הרב שיש לטענה...אלא שאין הוא(חזקת הגיל הרך- מ.ש) שיקול בלעדי"

גישה דומה המדגישה את חובתו של בית המשפט להכריע ע"פ טובת הילד ולהצניע את חזקת הגיל הרך נאמרה **בבג"צ 672/84**⁴⁰ שם נקבע כי:

" כרגיל מקומו של ילד בן שלוש הוא בחיק אמו... אם נכיר בגילו הרך של הקטין כנימוק בלעדי... תהיה התוצאה הענות אוטומטית לעתירתה, תוצאה שאין הדעת סובלתה. בנסיבות שלפנינו אין לומר שמדובר במקרה "נקי" בו מתבקשת מניה וביה המסקנה שמקומו של הקטין הרך הוא בהכרח בזרועות האם. על כן יש להתחשב, בצד הגיל הרך, גם בקיום מחלוקת כנה ורצינית בשאלת המשמורת...".

ניתן אף ללמוד דרך השיקולים אותם שקלה השי' בן פורת בפס"ד הנ"ל בהכריעה בשאלה השנויה במחלוקת, שיקולים כדוגמת הרצון שלא לנתק את הילד מאביו, הרצון שלא לנתקו מאחותו והרצון שלא לטלטלו ממקום למקום, כאינדיקציה נוספת לשלילת ההחלה הגורפת והאוטומטית של החזקה.

דעה נוספת נגד החלה גורפת, התומכת בשק"ד הכפוף רק לעיקרון טובת הילד מובאת ע"י השי' **אלון בעניין ניר**⁴¹, שם אף איזכר את המשפט העברי:

³⁸מאמרו של פרופ' דן שניט "חזקת הגיל הרך" ביישוב סכסוכי משמורת ילדים "המשכיות שינוי או ביטול" **משפטים** יט, 185, 197.

³⁹ ע"א 493/85 **פדידה נ' פדידה**, פ"ד לט (3) 584, 578.

⁴⁰ בבג"צ 672/84 **אברבוך נ' אברבוך**, פ"ד לט(1) 65, 57.

⁴¹ ע"א 458/79 **ניר נ' ניר**, פ"ד לה (1) 518, 523.

” גם לפי המשפט העברי חייב בית הדין לפסוק בענייני הורים וילדים לפי עיקרון - העל של טובת הילד... אך המחוקק לא ראה לנכון לקבוע דבר זה - לעניין בת מעל גיל שש - כהנחה קבועה מראש שאין לשנותה אלא ”בסיבות מיוחדות” - כפי שהוא אצל ילד מתחת לגיל שש לעניין החזקתו על ידי אמו - אלא השאיר את ההכרעה במסגרת השיקול הכללי של טובת הילד. דומה עלי, איפוא, כי אין מקום להבחין בסוגיה זו בין עמדת המשפט העברי לדבר המחוקק בסעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופסות. נראה לי שלא זו בלבד שלא קיים הבדל מהותי בין גישת שתי מערכות משפטיות אלה, אלה דעתי נוטה לומר שאף מבחינת הרמת נטל הראיה אין משום הבדל של ממש ביניהם; בשתיהן הכלל הגדול הוא ששומה על בית המשפט לבדוק, מיוזמתו הוא, בכל מקרה ומקרה טובת הילד מהי, ואין לו להסתפק בהסתמכות נוספת על הנחה זו או אחרת ולפסוק על פיהן בלבד, ללא כל בדיקה נוספת שהיא”.

גישה דומה מובאת בפס”ד מרטינסון⁴², שם נקבע כי:

” אשר למשיבה מס’ 3, מקומה היה אצל אמה בהתחשב בגילה והוראת סעיף 25 סייפא לחוק הכשרות. אולם הגיל הרך כשלעצמו אינו נימוק בלעדי, כשבצד הגיל יש מקום להתחשב בסיבות מיוחדות שלא להורות כן. סיבה מיוחדת כזו קיימת נוכח טובתה של משיבה זו שלא להפרידה מאחיה, המשיב מס’ 2”.

יודגש כי מרבית פסקי הדין שצוטטו לעיל הינם פסקי דין העוסקים ב”חטיפות ילדים” שם ראו בתי המשפט חובה להיאבק כנגד נטע החטיפות ו/או להכיר במשפט הבינלאומי הפרטי ולכבדו והסכימו להעדיף החזרת קטין לארץ ממנה נחטף תוך פרשנות מצמצמת של חזקת הגיל הרך.

הדעה הנחרצת ביותר בעניין זה נקבעה בע”מ 10006/99 (טרם פורסם) שם קבעו השופטים פורת, רוטלוי ומשאלני בעמ’ 14 סעיף 24 לפסה”ד⁴³:

⁴² בג”צ 90/86 מרטינסון נ’ בוזו, פ”ד מ(3), 504,498.
⁴³ ע”מ 10006/99 (טרם פורסם) עמ’ 14, סעיף 24 לפסה”ד.

”חזקת הגיל הרך נקבעה בסעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות לפני כמעט 40 שנה, עת המציאות החברתית היתה שונה בעבר, היתה מקובלת מציאות בה מילאו הנשים בפועל את תפקיד הטיפול בילדים בעוד האבות השקיעו בחיפוש אחר פרנסה, אולם, מגמה זו השתנתה. קיים שוויון בין ההורים בכל הנוגע לזכות והאחריות למילוי תפקיד המשמורנים. זאת בשל השינוי במציאות החיים, שבה חלפה חלוקת התפקידים המסורתית בין ההורים. יתר על כן, גם התרבו דעות המרביות בחשיבותו של האב בחיי הילד... ובמרבית (אם לא בכלל) מדינות ארה”ב בוטלה חזקת הגיל הרך בספרי החוקים בפירוט הקריטריונים לקביעת משמורת ילדים, וקביעת מירב טובתו של הילד. קיום החזקה עלול להגביל מראש את מרחב שיקול דעתם של המומחים המתמנים ע”י בית המשפט החוק מורה למומחה את הכלל שאימהות מתאימות יותר להיות משמורניות לילדים בטרם מלאו להם שש שנים ורק מנימוקים כבדי משקל ניתן לסטות מהחזקה”.

עוד הוסיף השופט פורת בעמ' 15 לפסה”ד⁴⁴:

”לדעתי, אין אומנם אפשרות להתעלם מקיום החזקה שבסעיף 25 לחוק, אולם המשקל שניתן לחזקה לא צריך להיות מוגזם ויש לתת משקל גם לכל שאר השיקולים בבואנו לבחון את טובת הילד הספציפי. המציאות כיום שונה מהמציאות שבמסגרתה גובשה הדוקטרינה של חזקת הגיל הרך... יש מקום להקטין את המשקל הניתן לחזקה כך ששיקול גילו של הקטין יכנס למכלול השיקולים שעה שביהמ”ש קובע מהי טובתו של הילד במקרה העומד בפניו”.

כאמור לעיל, הרוח הנושבת מפסקי הדין הינה החלת חזקת הגיל הרך באופן מרחיב כך שהחריגים לה הינם מועטים ביותר. בולטת גם אי ההגדרה של אותן ”סיבות מיוחדות להורות אחרת” המשאירה לביהמ”ש שיקול דעת בהכריעו בעניין. ”סיבות מיוחדות”, יכולות להיות מחלות נפש⁴⁵, שלילה ממשית של המסוגלות ההורית פיגור או הפרעות קיצוניות של האם. חשוב לציין, כי כאשר מוצא ביהמ”ש לנכון לקבוע כי נשללה חזקת הגיל הרך, הרי שהסטיגמה הדבקה באם היא סטיגמה קשה והיא מסווגת כבעלת ”לקוי” קשה על מכלול התוצאות החברתיות המשתמעות מכך.

⁴⁴ שם, עמ' 15.

⁴⁵ ע”א 808/76 זמורה נ’ זמורה, פ”ד לא(2) 351.

לסיכום:

הפסיקה למעט חריגים מחילה את חזקת הגיל הרך כמעט באופן אוטומטי. במרבית פסקי הדין מקבלים בתי המשפט כמובן מאליו את ההגדרה האוניברסאלית על פיה טובתו של ילד, בגיל הרך, להיות בחיק אמו.

לעיתים מזומנות נמנעים בתי המשפט מבדיקתה של טובת הילד הספציפי או אף מסרבים להזמין חוות דעת מומחים ופוסקים על פי חזקת הגיל הרך כמודל הכרעה שאין עליו עוררין. כמעט ואין למצוא בפסיקה התמודדות עם השאלה כיצד מתיישבת החזקה עם טובת הילד כעקרון על, או עם זכות כל ילד כי עניינו יוכרע על פי טובתו הספציפית כשיקול על.

הדרך של הפסיקה ליישב את הסתירה בין החזקה לבין החובה לבדוק את טובתו של הילד היא קבלת חזקת הגיל הרך כמשקפת את טובתו של הילד הספציפי, ובכך מובטחת לכאורה טובתו. אין בפסיקה הגדרה מובנית של "הסיבות המיוחדות להורות אחרת", אולם התחושה הברורה היא כי כדי לסתור את החזקה נדרשות נסיבות חריגות במיוחד (מחלת נפש, פיגור, התעללות, הזנחה חמורה וכיו"ב).

הפסיקה אינה מאפשרת בכל הקשור בילדים עד גיל 6 את בחירת "הרע במיעוטו" או "הטוב יותר במעט" אלא רואה באם את המשמורן המועדף.

ישנן בפסיקה דעות אחדות המנסות להסתייג ממשקלה של החזקה או ליישבה עם טובת הילד הספציפי או להתאימה למציאות החיים בת זמננו ולמחקרים, כגון: הגישה בעניין החשיבות של חשיפת הילד לקשר רצוף עם שני ההורים והגישה המצדדת בטיפוח קשר קבוע במידת האפשר עם יותר מאובייקט אחד, היינו, שני ההורים יחדיו, גישות אשר זכו להכרה נרחבת במדינות ארה"ב כעקרונות מנחים בהחלטת ביהמ"ש בסכסוכי משמורת, המלמדים על חשיבות האב בחיי הילד בגיל הרך. אולם אלה נראים לעת עתה כקולות בודדים.

חזקת הגיל הרך כמודל הכרעה בדין הישראלי - דיון:

בפתח דיונונו אנו מבקשים להביא שוב, זה מול זה, את שתי הגישות המנוגדות כפי שבוטאו בגלגוליה של פרשת ד.ל.נ' כ.ל בבתי המשפט השונים:

בערעור 10006/99 ד.ל.נ' כ.ז אשר ניתן בבית המשפט המחוזי בת"א בהרכב השופטים ח' פורת, א' משאלי וס' רוטלוי נאמרו הדברים הבאים⁴⁶:

"חזקת הגיל הרך נקבעה בסעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות לפני כמעט 40 שנה, עת המציאות החברתית היתה שונה. בעבר, היתה מקובלת מציאות בה מילאו הנשים בפועל את תפקיד הטיפול בילדים בעוד האבות השקיעו בחיפוש אחר פרנסה, אולם מגמה זו השתנתה. קיים שוויון בין ההורים בכל הנוגע לזכות ולאחריות למילוי תפקיד המשמורנים. זאת בשל השינוי במציאות החיים שבה חלפה חלוקת התפקידים המסורתית בין ההורים. יתר על כן- התרבו דעות המרבות בחשיבות האב בחיי הילד ובמרבית (אם לא בכל) מדינות ארה"ב, בוטלה חזקת הגיל הרך בספרי החוקים בפירוט הקריטריונים לקביעת משמורת ילדים וקביעת מירב טובתו של הילד".

אולם, בערעור על פסק דין זה ברע"א 4575/00⁴⁷ נאמר ע"י השופטים מצא, חשין ודורנר:

"במקרים בהם הילדים הינם רכים בשנים, מתווספת לשיקוליו של בית-המשפט חזקת הגיל הרך, לפיה ילדים קטינים יימסרו למשמורת אמם, אלא אם הוכחו נסיבות מיוחדות להורות אחרת (סעיף 25 לחוק). אכן, אין להמעיט מהאחריות השווה של ההורים כלפי ילדיהם, המתחייבת בין איש לאישה וממציאות החיים במשפחה המודרנית. עם זאת, עדיין בדרך-כלל הקשר בין ילדים רכים בשנים לבין אמם חזק מהקשר בינם לבין אביהם. כך עולה ממחקרים עדכניים רבים, הדנים בקשר הפסיכולוגי המיוחד שנבנה בין האם לילדיה ובנזק שעשוי להיגרם לילדים, במיוחד בגיל הרך, כתוצאה מניתוקם מן האם שטיפלה בהם מאז לידתם והעניקה להם חום ואהבה, וזאת אף במקרים שבהם לאב תפקיד משמעותי בחיי הילדים".

גישות נוגדות אלה מתחדדות את השאלה בדבר יתרונותיה וחסרונותיה של חזקת הגיל הרך.

⁴⁶ ע"מ 10006/99, לעיל הערה 43, עמ' 24-25.
⁴⁷ רע"א 4575/00, לעיל הערה 25.

הרציונאל לחזקת הגיל הרך

חזקת הגיל הרך שנקבעה בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות תשכ"ב 1962 מבוססת בעיקרה על שלושה רציונאלים עיקריים:

א. רציונאל ראשון - מציאות חברתית וניסיון החיים
המציאות החברתית היתה (ואולי אף כי במידה פחותה עדיין) שנשים מילאו בפועל את התפקיד העיקרי בטיפול בילדים. חלוקת התפקידים המסורתית בחברה היתה - אב מפרנס מחוץ למשק הבית ואם המתמסרת בראש ובראשונה לגידול הילדים ודאגה למשק הבית. ניתן אף לראות בפסיקה של ביהמ"ש רציונל זה העובר כחוט השני בפסיקה⁴⁸, ראה לדוגמא פסק הדין בעניין ליברמן⁴⁹, שם נאמר:
" מרכיב חשוב ומהותי ביצירת החזקה בדבר שיתוף נכסים בין בני הזוג הוא המאמץ המשותף, זה של האישה בתוככי הבית, שבא לידי ביטוי בגידול הילדים ובניהול משק הבית, וזה של הבעל מחוץ לבית המשתכר בעבודה או מניהול עסק".

ב. רציונאל שני - אימוץ (אף כי חלקי) של גישת ההלכה העברית (ראה הפרק העוסק בדין העברי).

ג. רציונאל שלישי - גישות פסיכולוגיות
זרמים מרכזיים בפסיכולוגיה של העשורים האחרונים הדגישו את חשיבות האם בחייו של ילד בגיל הרך והזינו את "חזקת הגיל הרך" בתפישה כי אמהות מסוגלות למלא את הפונקציה הנדרשת בשלבי התפתחות ראשונים טוב יותר מאבות. (ראה בולבי ותיאוריית ה- ATTACHMENT כמפורט בפרק העוסק בגישות פסיכולוגיות מרכזיות).

חלוף השנים ושינויים שחלו בגישות החוק והפסיקה בעולם כולו, התפתחותן של תאוריות פסיכולוגיות אחרות הנשענות על מחקרים נוספים ושינויים כלכליים וחברתיים במציאות החיים ובחלוקת התפקידים בחברה, מצדיקים לכל הפחות את הבדיקה האם יש מקום לדבוק בחזקת הגיל הרך כמודל הכרעה.

דיון ביתרונותיה ובחסרונותיה של חזקת הגיל הרך

להלן 10 שאלות רלוונטיות בסוגיית חזקת הגיל הרך ודיון קצר בהן:

⁴⁸ ראו למשל: ע"א 741/82 פיקטנבאום נ' פיקטנבום, פ"ד לח(3), 22.
ע"א 630/79 ציליה ביאטריס ליברמן נ' עמנואל (מנדל דוד), פ"ד לה(4), 359.

⁴⁹ ע"א 630/79, שם, עמ' 368-369.

א. כיצד מתיישבת "חזקת הגיל הרך" עם זכויות הילד?

מקובל להניח כי זכותו של ילד שעניינו יוכרע בראש ובראשונה על פי טובתו. הכל מסכימים כי טובת הילד הוא שיקול ראשון במעלה (אם לא בלעדיו) בהכרעה בסכסוכים הנוגעים לילדים. האמנה לזכויות הילד בס' 3 קובעת את זכות הילד כי עניינו יוכרע בראש ובראשונה על פי טובתו **הספציפית**. פסיקת בית המשפט העליון חזרה לא אחת על חובה זו המגשימה הלכה למעשה את זכותו של הילד.

כך למשל בבג"צ 5227/97 נקבע⁵⁰:

"בסוף כל הסופות - שמא נאמר: בתחילת כל התחילות - על בית המשפט להכריע בטובתו של הילד הספציפי העומד לפני בית המשפט: ללא הנחות נוקשות, ללא דעות קדומות וללא כפיית עקרונות מלבר."

ובדנ"א 7015/94 נקבע⁵¹:

"שיקול טובתו של הילד הוא שיקול העל, השיקול המכריע. אכן, בצדו של שיקול זה יעמדו שיקולים נוספים... אך כל אלה שיקולים משניים יהיו, וכולם ישתחוו לשיקול טובת הילד."

חזקת הגיל הרך מנסה לעצב נורמה כללית של טובת ילד אוניברסאלית על פיה לילדים עד גיל 6 טוב יותר להיות עם אמם. עיקרון נורמטיבי זה יש בו משום דחיית זכותו של ילד כי עניינו וטובתו ייבחנו באופן **ספציפי** ולא על פי עקרונות משפטיים מגובשים מראש.

ב. האם ל"חזקת הגיל הרך" השלכה גם על הכרעות בסכסוכי משמורת בגילאים מאוחרים יותר?

התשובה היא חיובית לפחות משני היבטים.

ראשית, קיימת הנחת מוצא כי טובתו של ילד, בד"כ היא שמירת רציפות, המשכיות ומניעת זעזועים ומעברים. משום כך, אם ילד גדל עם אמו תקופה רצופה טרם הגיעו לגיל 6, קרוב לוודאי כי ימשיך לגדול עימה גם לאחר מכן על מנת לשמר לו את הרציפות ואת מסגרת החיים לה הורגל.

⁵⁰ בג"צ 5227/97, לעיל הערה 4.

⁵¹ דנ"א 7015/94 היועמ"ש נ' פלונית, פ"ד נ' (1) 48, עמ' 120.

שנית, בד"כ קיים עיקרון על פיו לא תעשה הפרדה בין אחים. במשפחות רבות אחים הינם מערכת תמיכה, קרבה וקשר הדדי בעיקר במשברים של גירושין. השאיפה היא שלא לחבל בקשר בין אחים. עדיפותה של אם בגידול ילדים בגיל הרך מעניקה לה יתרון גם ביחס לאחים בוגרים יותר מתוך מגמה שלא לנתק בין הילדים.

ג. האם "חזקת הגיל הרך" יתרון בהקטנת סכסוכים ומניעת התדיינות?

התשובה לשאלה זו מורכבת.

לכאורה, ניתן לומר כי בקביעת הנורמה יש משום הקטנת פיתוי להתדיינות משפטית ואף הקטנת הנזק הנגרם לקטין מעצם ההתדיינות. יש בכך גם קביעת גדרות לשיקול דעתו הרחב של השופט בסוגייה הרחבה של טובת הילד והקטנת הסיכוי כי עמדות אישיות של השופט ואמונותיו ישפיעו על ההכרעה. מנגד, ניתן לציין כי לחזקת הגיל הרך והשלכותיה יש גם סיכון דווקא בכיוון של הרחבת ההתדיינות. ככל שהשלכותיה של החזקה ותוצאותיה רחבות יותר כך יגדל הצורך של אב לנסות ולהתגבר עליה. דווקא הסיכון כי החזקה נותנת לאם יתרונות נוספים (כגון: הזכות לעקור עם הקטין למקום מגורים מרוחק ובכך לפגוע בקשר עם האב, הסיכון כי החזקה "תזחל" גם מעבר לגיל 6 עקב עיקרון הרציפות וההמשכיות, ההשפעה על משמורת באחים בוגרים יותר הסיכון שלחזקה השפעה עקיפה ומכרעת על אופן החינוך של הקטין וכו') כך גדל הפיתוי לנסות ולתקוף את החזקה ולהילחם בה. "המלחמה" יכולה להתבצע חזיתית בניסיון להציג את האם כדמות בלתי ראויה/יכולה להתבצע באופן עקיף ע"י העצמת סכסוכים בתחומים אחרים כגון תחומי הממון, המזונות וההסכמה לגירושין. מצב זה כמובן מקצין סכסוכים ופוגע ביתרון הלכאורי של החזקה כמצמצמת התדיינות. מאידך, היה והאב יכריז "מלחמה" זו תהיה מלחמה קשה מנשוא, זאת בשל העדר פרמטרים ראויים לסתירת החזקה, היוצרים מצב של קריטריונים חריגים.

מעניין לבחון תוצאות מחקר שנערך ע"י מנוקין ומקובי על משפחות בקליפורניה שם התבטלה לפני שנים רבות חזקת הגיל הרך ולבחון כיצד מוכרעים סכסוכי משמורת ללא קיומה של החזקה.

הממצאים היו: **51%** מסכימים מראש על חזקת הקטין, **21%** מסכימים לאחר מו"מ שניהלן ללא התערבות צד ג', **11%** הסכימו לאחר תהליך גישור, **5%** הסכימו לאחר שנזקקו להערכה פסיכולוגית בדבר טובת ילדם ורק **4%** ניהלו משפט.

חלוקת קביעת המשמורת במקרים השונים היתה כדלקמן:

כשהורים הסכימו מראש: 70% משמורת לאם, 17% משמורת משותפת, 10% משמורת לאב ו- 3% משמורת אחרת (מחולקת וכו"ב).

כשהורים ניהלו מו"מ: התוצאות דומות 70% לאם, 19% משותפת, 7% לאב ו- 4% אחרת.

כשהורים נזקקו לגישור: 63% משמורת לאם, 25% משותפת, 8% לאב ו- 6% סוגים אחרים של משמורת.

כשהורים פנו להערכות פסיכולוגיות או למשפט: 44% לאם, 40% משמורת משותפת, 11% לאב ו- 5% סוגים אחרים של משמורת.

הממצאים לקוחים מ:

Dividing the child, E - Maccoby and R. Mmmookimm, Harvard University, Press 1992

עיננו הרואות: גם ללא חזקת הגיל הרך, אחוז קטן מאוד הגיעו להתדיינות משפטית. לגבי אותו אחוז שהגיע להתדיינות משפטית ובית המשפט או הפסיכולוג צריכים היו להעריך ולפסוק על פי טובת הילד הספציפי, גדלו אחוזי המשמורת המשותפת, על חשבון המשמורת הבלעדית לאם.

ד. כיצד מתיישבת חזקת הגיל הרך עם זכויות השוויון?

לסוגיה זו יש היבטים לא פשוטים:

1. זכות השוויון שבין גבר ואישה, כהורים הוכרה עוד בחוק שיווי זכויות האישה תשי"א 1951. זכות השוויון בכלל קיבלה הגנה חוקתית לאחר **חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו** והפסיקה שבאה בעקבותיו⁵² מתן עדיפות לאחד ההורים בשל מינו היא פגיעה בעייתית בזכויות השוויון.

2. פגיעה סטראוטיפית אפשרית באשה ופגיעה בזכות השוויון שלה – ראשית החזקה מעודדת קיפאון במצב החברתי הכלכלי על פיו מקומה של האשה בבית ובגידול הילדים ולא בקריירה, בעסקים ובפיתוח עצמי. שנית - אם תעדיף לפתח קריירה ולחלוק את המשמורת בגיל הרך עם האב או אף להעביר את הילד למשמורת האב, תיתפס בתודעת הבריות "כלא אחראית" כ"אם רעה" וכאישיות "בעייתית".

⁵² בג"צ 4541/94 אליס מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט(4) 94. בש"פ 537/95 גנימאת נ' מ"י, פ"ד מט(3) 355. רע"א 5222/93 גוש 1922 בנין בע"מ נ' חברת חלקה 168, דינים עליון ל"ו 351.

3. יש בחזקה ליצור " כרסום חמור בתחושת האחריות השווה והמשותפת של שני ההורים כלפי הילד בעוד שהאם שבויה בתהליך הנפשי והחברתי המחייב אותה לקבל אחריות כלפי ילדיה, אב המשתחרר מאחריות טיפולית כלפי ילדיו אינו נתפס בתודעתו ובתודעת הבריות כאב רע. הציפיות ממנו מסתפקות בקבלת אחריות כלכלית כלפי הילדים"⁵³.

ה. **האם יש הצדקה פסיכולוגית לחזקת הגיל הרך?** תאוריות פסיכואנליטיות ממשיכות להניח כי בשנות התפתחותו המוקדמות של הילד, נזקק הוא לטיפול של אם ולקשר פסי עימה, בעוד חסרון הקשר עם האב בשנים הראשונות פחות חשוב.

" על פי תאוריות אלה צפויים נזקים שאינם ניתנים לתיקון במקרה של חסך אמהי בשנות חייו הראשונות של כל ילד"⁵⁴.

אולם בשנים האחרונות הצטברו תוצאות מחקרים והתגבשו בהדרגה תאוריות רבות המצדדות הן בקשר קבוע עם שני ההורים והן כאלה המשוות את חשיבות האב בגיל הרך לחשיבותה של אם.

ניתן לציין כדוגמא מס' מקורות:

ב:

L.M.H. "Coming of age in Alabama: Ex Parte Devine Abolishes the Tender Years Presumption" Ala. Law Rev. p. 309 (1983)

נאמר:

"Psychological studies assessing the development of children have provided compelling evidence that no nexus exists between the tender years presumption and the best interest of a child Contemporary studies suggest that infants have no innate preference for one parent's care over the other's and that the father's absence, as well as the mother's, adversely affects the child's development."

31. "once the father becomes the primary or partial caretaker, the child preference may vanish or switch to the father".

32. Important studies discounting the belief in the mother's irreplaceable role in child rearing deal with the development of infant attachments.

ומאמר נוסף, שפורסם לאחרונה, מצדד בשוויון בין המינים מפורשות:

⁵³ שיפמן, לעיל הערה 14, עמ' 233-234.

"The central problem with this argument is that it is inconsistent with a wealth of knowledge on parenting and child development. Research over the past 30 years has documented the considerable caretaking abilities of fathers, even with infants⁵⁵. Though in the average family the mother performs more of the routine maintenance tasks such as feeding and bathing young children, research has consistently revealed that when fathers are asked to perform these chores, they do as good job as their wives⁵⁶. Also, most children develop deep emotional ties to their fathers that are as salient as mother-child bonds⁵⁷.

According to the best scientific evidence, women hold no monopoly on parental competence".

"Research has established that beyond a certain minimum, the amount of time a parent spends with a child is a poor index of that parent's importance to the child, of the quality of their relationship, or of the parent's competence in child rearing...

Most children from strong attachments to both parents in the first year of life and maintain important ties to both parents throughout their lives. By rank ordering the important's of parents we dismiss children's own experiences of their parents' value, reinforce gender stereotypes, and perhaps discourage fathers from assuming more parenting responsibilities."⁵⁸

"Children in conventional moter-custody homes will tell you, as they told our investigators in Texas and in every other study I can think of, that the worst thing about their parent's divorce is the loss of regular contact with their fathers.

It is time we listened to the children... Perhaps then the cries of our children will be heard above the roar of gender biases and rhetoric and we will find a way to guarantee them their birthright to both parents⁵⁹."

במאמר שפורסם ע"י **מירה ברקאי ומילי מאסס**⁶⁰ מובא הניתוח הבא :

⁵⁴ ראה : מאמרו של פרופ' דן שניט, לעיל הערה 38, בעמ' 191-194 והערות שולים 23-26, ו- 14 המפנים לסקירות פסיכולוגיות מקיפות בסוגיה זו).

⁵⁵ for reviews of this literature see Biller, 1993 and Parke 1981.

⁵⁶ Pruett 1987.

⁵⁷ Lamp, Thompson, Gardner 1985,40

⁵⁸ "Gender Bias in Child Custody Decisions"- R.A. Warshak, Family and Conciliation

34 Court Review, No.3, (1996), p. 396-409 p.405.

⁵⁹ שם, עמ' 407.

⁶⁰ מירה ברקאי ומילי מאסס, **משמעות ומושגים, "מסוגלות הורית" ו"טובת הילד"**, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת העברית בירושלים תשנ"ח. 1998.

“נורמות מקובלות לגבי גידול ילדים קיומו של אינסטינקט אמהי, ותכונות מסוימות המאפשרות לאישה להיות אם”.

מן הקשרים הנורמטיביים הללו עולה כי לנשים ישנה תכונה 'מולדת' של "אהבת-אם" ותכונות מיוחדות המאפשרות להן למלא את תפקיד ההורה. האמנם קיימות תכונות כאלה, ואם כן מהן וכיצד בודקים את קיומן?

מחקרים בתחום הביולוגי (הורמונים וכרומוזומים) אינם מראים כל עדות לכך שישנו בסיס אינסטיקטואלי או ביולוגי להורות⁶¹. מחקרים בתחום האתולוגיה מפריכים אף הם את הסברה שאמהות "מצוידות" טוב יותר בכישורים לטפל בצאצאים ולגדלם⁶².

BADINTER (1980) טוענת כי ההיסטוריה מראה שהאינסטינקט האמהי אינו דבר ברור ומובן מאליו ומציינת את העובדה כי במאות ה-17 וה-18 הטיפול בילדים בצרפת היה מאופיין על ידי אדישות והזנחה - עובדה העומדת בניגוד מוחלט לתפיסה שאהבת אם היא אינסטינקט.

CHODOROW (1987) דוחה את הטעון שנשים הן שמספקות את האמהות משום שזוהי תכונה ביולוגית של האישה. לדעתה, מכיוון שהטיפול 'אמהי' - סיפוק צרכים פיזיים וקשר אינטימי ראשון - ניתן על ידי נשים, נחוה הקשר האמהי כקשר עם אישה. נשים יוצרות את הקשר האמהי והן המקנות לבנותיהם את אותה היכולת של **MOTHERING**. החוויה הזאת של אינטימיות ייחודית וראשונית מעוררת את הצורך לחזור עליה. לדבריה לכל האנשים יכולת כזו אם הם עצמם חוו זאת ("if they themselves are parented"). לכן, לטענתה, לו אבות היו לוקחים חלק שווה ב-parenting ההעברה של התפקיד המרכזי של טיפול בילדים היתה מתרחשת אל גברים ואל נשים ולא רק אל נשים. יחסי אובייקט אלה, בין הבת לאמה, יחד עם ההכשרה לתפקיד ויחד עם הארגון החברתי על פי מין וארגון הכלכלה - מסבירים את העובדה שנשים הן שמספקות את ה-mothering.

Caplan & McCorquodale (1985) מצאו כי בספרות הקלינית מואשמות האמהות ב-72 (!) סוגים שונים של פסיכופתולוגיות אצל ילדיהן. לפיכך הם שואלים: אם כישורי גידול הילדים הם טבעיים אצל הנשים, כיצד ייתכן שהן גורמות להפרעות אמוציונליות אצל כל כך הרבה ילדים? מאחר שהמציאות מראה כי לא כל אם מטפלת בילדיה כמצופה ולא כל אם מראה 'דאגה טבעית' או 'אהבת-אם' ללא סייג, אולי סביר להניח כי כישורים אלו אינם מולדים וייתכן כי הם קשורים בנסיבות חייה של האם, בעבר ובהווה ובמשמעות המיוחדת שיש לילד המסוים בחייה. גם העובדה שאמהות מסוימות מטפלות היטב בחלק מילדיהן ועשויות להתעלם, להזניח או אפילו להזיק לאחד מהילדים או יותר (דוגמאות לכך מופיעות בפסקי הדין) - מצביעה על כך כי היכולת האימהית אינה בהכרח תכונת אישיות או תכונה 'נשית' ויכולה להיות קשורה בגורמים אחרים.

CHODOROW, 1978⁶¹
HALL & NASH, 1988⁶²

כשמקבלים את הקביעה כי אמהות אינה אינסטינקט או תכונה הטבועה באישה, קל יותר להבין כי לא כל האמהות נהנות מן האמהות. גם אמהות 'טובות' ומסודרות מתקשות לעיתים לספק את כל צורכי הילד, לעמוד בכל הדרישות המופנות אליהן וחשות רגשות אמביוולנטיים כלפי ילדיהן.⁶³ אישה שבחרת שלא להיות אם, או שאינה נהנית מהריון, לידה וגידול ילדים, אינה חולה, אך הנורמות החברתיות השליטות עדיין רואות באמהות שאינן נהנות מן האמהות תופעה יוצאת דופן ואפילו חולנית.

א' ריץ' מצטטת⁶⁴ מדבריהם של פסיכיאטרים: "עצם העובדה שאישה אינה יכולה לשאת את ההיריון, או שהיא נתונה בקונפליקט קשה ביחס למצבה או ביחס ללידה, מעידה על כך שאישיותה ... ערב הריונה היתה בלתי בשלה, ומבחינה זו אפשר לכנותה פסיכופתולוגית". **Badinter** (1980) טוענת כי הסירוב להכיר בכך שאמהות אין פירושה בהכרח אהבה ומסירות לילד הביאה לכך שכל שוני יתויג אוטומטית כסטייה מן הנורמה.

הטענה שה"אמהות" או היכולת לטפל בילדים היא אינסטינקט - היא נורמה חברתית ואינה ממצא אמפירי."

בפסק הדין⁶⁵ מקיף ביותר בסוגיה זו של העדר עדיפות לאם גם בגיל הרך ואשר ניתן בארה"ב כבר בשנת 1973 נאמר:

"Apart from the question of legality, the "tender years presumption" should be discarded it is based on outdated social stereotypes rather than on rational and up-to-date consideration of the welfare of the children involved...

Eminent psychologists and anthropologists, including Margaret Mead, have also acknowledged and asserted that both female and male parents are equally able to provide care and perform child-rearing functions...

Studies of maternal deprivation have shown that the essential experience for the child is that of mothering- the warmth, consistency and continuity of the relationship rather than the sex of the individual who is performing the mothering function...

The presumption does not in fact serve the child's interests, is does not constitute a compelling state interest justifying the different treatment of parents on the basis of sex.

Thus the "tender years presumption" in addition to its other faults, works an unconstitutional discrimination against the respondent".

⁶³ ריץ', 1989.

⁶⁴ ריץ', 1989, עמ' 300.

⁶⁵ **WATTS V. WATTS** 350 N.Y.S. 2d 285 (fam.ct 1973) 288-291.

המסקנה היא איפוא כי כיום קשה לבסס את הרציונאל של חזקת הגיל הרך על קיומו של זרם פסיכולוגי אחיד המצדד בעדיפות גידולם של ילדים רכים ע"י אמם וקיימות גישות ותיאוריות רבות ומנוגדות אשר איש לא הכריע באופן מדעי בעדיפותה של האחת על פני רעותה.

1. האם לחזקת הגיל הרך השפעה על מומחים הנותנים חוות דעת לבית משפט?

פרופ' דן שניט⁶⁶ טוען כי קיומה של החזקה מגביל מראש את שיקול דעתם של המומחים. הוא טוען כי המומחים ני זונים מהנחיות סטריאוטיפיות המנוגדות לידע מעודכן שנצבר, ומנוגדות למציאות החברתית המשתנה ולערכים של שוויון זכויות וחובות לשני המינים. פרופ' שניט מצטט מחקר שנערך בישראל לגבי עמדות פקידי סעד בסוגיית משמורת ילדים ומתברר כי קיימת גישה סטריאוטיפית בכיוון העצמת אישה כמשמורנית. ממצאי המחקר מצביעים על אימוץ גישה חברתית סטריאוטיפית גם ע"י המטפלים המקצועיים. פרופ' שניט מסיים ואומר כי טובת הילד (ואנו אומרים גם זכויות הילד) עלולה להיפגע במקרה קונקרטי כתוצאה מהסטייה הנ"ל, אשר חזקת הגיל הרך תורמת להנצחתה.

2. האם חזקת הגיל הרך תורמת ליעילותם של ההליכים המשפטיים?

1. אין ספק כי חזקת הגיל הרך תורמת ליתר ודאות לגבי תוצאות ההליך המשפטי.
2. אין ספק כי החזקה תורמת ליתר אחידות בתוצאות ההליך המשפטי.
3. אין ספק כי החזקה מצמצמת את שיקול דעתו של השופט ומנתבת אותו להחיל ערך נורמטיבי מסוים על פני ערכים אחרים (שיתכן כי הם ערכים אישיים של השופט).
4. לחזקה יש היבטים של יעילות גם בהקטנת הפיתוי להתדיינות מול הקצנת ההתדיינות במקרים אחרים (בנושא זה דנו בנפרד בשאלה ג' לעיל).

ח. האם מתן עדיפויות לאם בסוגיית המשמורת מהווה איזון של אפלייתה בתחומים אחרים בדיני משפחה?

חזקת הגיל הרך משפרת את כח המיקוח של האישה במסגרת הסכסוך המשפחתי בכללותו. בתחומים אחרים בסכסוך המשפחתי נמצאת האישה לעיתים בנחיתות. כך בצד הכלכלי עקב המציאות החברתית וכן בכל הכרוך בגירושין ובקבלת הגט.

⁶⁶ שניט, לעיל הערה 38.

מתן עדיפות לאישה בסוגיית המש מורת עשויה לצמצם את חוסר השוויון בתחומים אחרים אולם השאלה היא האם זו מטרתה הלגיטימית של החזקה והצדקת קיומה?!
 בשיחה שניהלתי עם חברת הכנסת פרופ' נעמי חזן הודגשה על ידה נחיתותה הכללית של האישה בישראל, והחשש כי ביטול החזקה יפר את שיווי המשקל העדין שמעניקה החזקה לנשים מול אפלייתן בתחומים אחרים. נעמי חזן ביקשה להדגיש כי לדעתה ביטול החזקה חייב לבוא רק יחד עם אלטרנטיבה חלופית ורצוי אף עם שינוי כולל של מאזן חוסר השוויון בין נשים וגברים בדיני המשפחה בישראל.

ט. מה ההשלכות שתהיינה לביטול החזקה?

הטוענים לביטול החזקה מסתמכים בראש ובראשונה על זכויות הילד (הספציפי) ועל עקרון השוויון.

מאחר והחזקה קיימת כיום ומזה עשרות שנים, יש להיזהר שבביטולה יהא מסר חברתי של העדפת האב ומסר משפטי המעודד גברים להיאבק (אולי שלא בצדק) על משמורת ילדים. יש לזכור כי אין אנו מדברים במצב של "לוח חלק", אלא במצב קיים אשר עצם שינויו עלול לקבל פרשנות מעבר לתוכנו של השינוי. יש לבחון היטב האם ראוי לבטל את החזקה בלא למלא את החלל בתכנים של שיקולים אחרים או נוספים כדי למלא תוכן את מושג טובת הילד הספציפי ומודל ההכרעה הראוי.

י. האם אין בקיומה של החזקה משום הקטנת ערכם של שיקולים אחרים של טובת הילד?

מתן תוקף של חזקה משפטית דהיינו העדפה מהותית (כמו גם הטלת נטל ראייתי כבד על הטוען כנגד החזקה) מקטין מהותית את משקלם המהותי והמצטבר של שורה ארוכה של שיקולים המקובלים כיום בעולם כולו כשיקולים חשובים בקביעת טובת הילד.

שיקולים כגון: המשכיות ויציבות, עדיפות ההורה המטפל העיקרי, מי ההורה שיבטיח קשר טוב יותר עם הילד לשני ההורים וכיו"ב. שיקולים חשובים ביותר, הופכים משניים מפני קביעה שרירותית של גיל 6, (מדוע לא 5 או 7?) ועדיפות שנויה במחלוקת של הורה אחד על פני משנהו בשל מינו.

במתן מעמד של חזקה לשיקול מסוים יש משום פגיעה בפרמטרים אחרים, חשובים לא פחות.

זאת ועוד, לחזקה יכולה להיות השלכה מעשית על טובת הילד וזכותו לקשר עם שני הורים גם בהקשר של זכויות הביקור. אם האם יודעת כי לרשותה עומדת החזקה היא עלולה למנוע, לחבל או להכשיל קשר ביקורים של הילד עם אביו כשהיא יודעת שהיא "מוגנת" ע"י החזקה מפני שינוי המשמורת.

במדינות שונות בארה"ב ב קיימת חזקה כי טובת הילד היא אצל ההורה שמבטיח קשר טוב לילד גם עם ההורה האחר. קיומה של חזקת הגיל הרך מחליש איפה פרמטרים חשובים שבמדינות שונות הועלה בחשיבותו לדרגה גבוהה ואף של חזקה ממש.

שתי הערות לסיום:

א. מרבית מדינות העולם ביטלו את חזקת הגיל הרך ובהם ארה"ב, אנגליה, קנדה, אוסטרליה, ניו זילנד ועוד. במדינות אחרות לא היתה קיימת חזקה כזו בחוק, (מדינות הקוננטיננט). מן הראוי להביא גם שיקול זה בחשבון שעה שאנו בוחנים את מודל ההכרעה הראוי במשפט הישראלי.

ב. לצורך כתיבת נייר עמדה זה שוחחתי עם רבים מחבריי וחברותיי, עורכי הדין העוסקים בתחום דיני המשפחה, לרבות חברי הועדה של לשכת עורכי הדין (הוועד המרכזי) העוסקת בסוגיות חקיקה בנושא ילדים ונוער. על אף שלא מדובר כמו בן במחקר מובנה אני מבקש להעביר את התחושה כי מרבית עורכי הדין עמם שוחחתי סבורים כי אין מקום לקיומה של החזקה. מרביתם סבורים אומנם כי ברוב המקרים גם ללא קיום החזקה ישארו הילדים הרכים בחזקת אמם ("כי זו דרכו של עולם") אולם הם מסכימים כי בשנים האחרונות רבו המקרים בהם יותר אבות מבקשים להיות שותפים למשמורת בגיל הרך ויותר אימהות מסכימות לכך, ואף מבקשות זאת מתוך רצון להשתלב בחיי קריירה וקידום מקצועי בעבודה.

עקרון טובת הילד

עיקרון טובת הילד - העדר שיקולים מובנים

כללי

בחקיקה הישראלית נקבע עיקרון "טובת הילד" כעקרון מנחה, דומיננטי, במגוון תחומים (אפוטרופסות, משמורת, חינוך, הגירה, חטיפה, אימוץ ועוד). ברוב המקרים בחר המחוקק שלא להגדיר את תוכן המושג ומשמעותו ואף לא פירט שיקולים ופרמטרים שינחו את הגוף המחליט, בבואו להכריע בתוכנו של העיקרון בהקשר לנושא הנדון.

למעט "חזקת הגיל הרך" המגדירה כפרמטר מכריע לבחינת טובתו של ילד, בגיל רך, בסכסוכי משמורת, שותק המחוקק ונמנע מלהבהיר כיצד על בית המשפט לגבש הכרעה בטובתו של קטין.

עקרון טובת הילד מטרתו להגן על האינטרסים של הילד במסגרת המשבר המשפחתי. פרופ' שיפמן ציין בספרו⁶⁷ בעמ' 236:

"המושג "טובת הילד" משקף את העיקרון שעל פיו אנשים אחרים צריכים להחליט עבור הילד. אותם אנשים אחרים הם ההורים, אך אם מתעורר הצורך בכך באים במקומם בתי המשפט, פקידי סעד וכיוצא בהם גופים או אנשים המחליטים החלטות לגבי הילד מתוך מגמה להגן עליו. ההנחה הגלומה בגישה זו היא שבעוד מבוגר מסוגל וזכאי בדרך כלל להחליט לגבי עצמו, ילד איננו מסוגל, ולכן גם איננו זכאי להחליט החלטות שכאלה".

עוד הוסיף פרופ' שיפמן⁶⁸ בעמ' 232:

"במסגרת סכסוכי משמורת, משמש העיקרון כאמצעי לבחירה בין ההורים. מאחר ונקודת המוצא היא שוויון בין ההורים, נדרש קנה מידה ניטראלי ביניהם ולכך משמש עיקרון טובת הילד".

הקושי טמון בזיהוי טובת הילד הינו:

ראשית, נשאלת השאלה האם מדובר בטובת הילד האקטואלי או בטובת הילד הפוטנציאלי⁶⁹.
שנית, קיימת סכנה בעירוב שיקולים אידיאולוגיים וחיצוניים בקביעת טובת הילד. לשיטתו של פרופ' שיפמן⁷⁰:

⁶⁷ שיפמן, לעיל הערה 14, עמ' 236.

⁶⁸ שם, עמ' 232.

⁶⁹ שם, שם.

⁷⁰ שם, עמ' 230.

” לא ניתן לנתק כליל שפיטה על פי טובת הילד מערכיה של החברה. שופטים שונים ואין צורך לומר דיינים בבית הדין הדתי לעומת שופטים אזרחיים עשויים לעצב את מושג טובת הילד לפי ערכים שונים. טובת הילד איננה עובדה מוסכמת ומקובלת על הכל, ויתכנו לגביה גישות ערכיות שונות.”

עקרון טובת הילד משמש בחקיקה הישראלית בנושא המשמורת, לשתי מטרות עיקריות:

1. כקנה מידה למילוי חובת ההורים כלפי ילדיהם⁷¹.
2. כמבחן בידי בתי המשפט בבואם להכריע בענייני המשמורת⁷².

הזמן הקובע לצורך הערכת ”טובת הילד” ע”י בית המשפט הינו: כיום, היינו, שעת קיומו של הליך המשמורת⁷³.

המבחן הדומיננטי בסכסוכים בין הורים הוא מאז ומתמיד ”טובת הילד”. שיקול זה שזור כחוט השני בכל הפסיקה הישראלית⁷⁴. זהו גם הכלל הגדול במשפט העברי ובמשפטם של כל העמים הנאורים.

לדעת פרופ' שאקי⁷⁵, טובת הילד הינו עיקרון על בלעדי הדוחה בדר”כ עקרונות ושיקולים אחרים. לדוגמא: עיקרון השוויון הקבוע בסעיף 3(א) חוק שיווי זכויות האישה. לשיטתו, הדיבור ”בלבד” בסעיף הנ”ל מחייב לראות בטובת הילד לא רק שיקול עליון, אלא אף שיקול בלעדי, הדוחה מפניו כל שיקול מתנגש.

עיקרון טובת הילד כטובה יחסית:

טובת הילד נתפשת ע”י בית המשפט בישראל כטובה יחסית בלבד, היינו, טובה דינאמית בלתי סופית וברת שינוי, החסרה מעצם טיבה את ממדי המוחלט והקבוע. תהליך קביעת טובת הילד ע”י בית המשפט הינו תהליך שקילת עדיפויות בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה. בפועל אין כאן נוסחת פלא למציאת הטובה הגדולה ביותר לילד, אלא מציאת ”הרע במיעוטו”. בסופו של דבר בית המשפט יאמץ את אותו פתרון שלדעתו עשוי להבטיח לילד מינימום של הינזקות בעתיד, בנסיבות העניין, אף שעשוי הדבר לשלול מן הילד טובה אחרת, שבית המשפט מעריך אותה כחשובה פחות ושהעדרה נראה בעיניו כנזק קטן יותר.

⁷¹ סעיף 17 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות תשכ”ב 1962 הקובע כי ההורים חייבים ”לנהוג לטובת הקטין כדרך שהורים מסורים נוהגים בנסיבות העניין”

⁷² סי’ 25 לחוק הנ”ל וסי’ 3 (ב) לחוק שיווי זכויות האישה תשי”א 1951.

⁷³ ראה: ע”א 630/77 בולשטיין נ’ בולשטיין, פ”ד לב(1) 378.

⁷⁴ בג”צ 444/81 פלוני נ’ פלונית, פ”ד לה(4) 666, 658.

בג”צ 268/80 ינסן זהר נ’ ינסן זהר, פ”ד לה(1) 1.

ע”א 808/76 זמורה נ’ זמורה, פ”ד לא(2) 351.

ע”א 503/60 וולף נ’ וולף, פ”ד טו(1) 764.

ע”א 209/54 שטיינר נ’ היועמ”ש, פ”ד ט 251, 241.

⁷⁵ שאקי, לעיל הערה 22.

כך למשל בפרשת וולף⁷⁶ קבע הש' כהן בעמ' 764 :

"קביעת טובתו של הילד, שהוריו נפרדו זה מזה, אינה אלא שקילת עדיפויות: ועל פי רוב תפיסת הרע במיעוטו. אין כאן טובה שלמה ומוחלטת ... הרי הטובה שבית המשפט מסוגל להעניק לו אינה אלא טובה יחסית, וכדי לזכות בטובה אחת, הרי לעיתים קרובות אין מנוס מן הויתור על טובה אחרת. יש וטובת הילד מחייבת שיקבל גם חינוך האב וגם חינוך האם, אלא, משנפרדו והלכו להם זה למזרח וזה למערב, אין מנוס מן הבחירה ביניהם".

טובת הילד מול זכויות הילד:

בשל יחסיותו של מושג טובת הילד החל להתגבש שיח "זכויות הילד". תפיסה זו של זכויות הילד הבאה מתוך עולם התוכן של זכויות, כבר מביאה בחשבון את הצורך בעריכת איזונים, כאשר בית המשפט בא לבחור בין חלופות שונות שיש בהן משום התנגשות בין זכויות: זו של הקטין, או אלה של הוריו או מי מהם⁷⁷.

נקודת המוצא הינה כי לקטין זכויות עצמאיות משלו שאינן בהכרח חופפות לזכויות הוריו, ושאין בהכרח תואמות את האינטרסים של הוריו והן ברות הגנה⁷⁸.

זכויות הילד, להבדיל ממושג טובת הילד, מדגישות את זכותו של הילד כלפי הוריו וכלפי העולם, ובו בעת יש בו כדי להחליש את יסוד הפטרנאליזם הטבוע במושג "טובת הילד"⁷⁹. בפרשת פלונית אמר הש' חשין: "קטן הוא אדם, הוא בן אדם, הוא איש-גם אם איש קטן במימדיו. ואיש גם אם איש קטן זכאי בכל זכויותיו של איש גדול"⁸⁰.

יפים הדברים שנאמרו בע"א 2266/93⁸¹ בעמ' 254 :

⁷⁶ ע"א 503/60 וולף נ' וולף, פ"ד טו(1), 760, 764.

⁷⁷ ראה: עמ"מ 90/97, לעיל הערה 5, 597.

⁷⁸ ראו: ע"א 2266/93, לעיל הערה 7.

⁷⁹ ראה: דנ"א 7015/94, לעיל הערה 57.

⁸⁰ ע"א 6106/92 פלונית נ' היועמ"ש, תק-על, 94(2), 1166.

⁸¹ ע"א 2266/93, לעיל הערה 7.

"מושג "זכויות הילד" מורה לנו כי לילד נתונות זכויות. מושג "זכויות הילד" הוא בגדר פרישת סוכת ההגנה החוקתית על הילד. ביטוייה בהכרה בזכויותיו ובכך שמכלול הזכויות הוא גם ערובה להבטחת טובתו. כקנה מידה לפתרון סכסוכי משמורת או סכסוכים המתעוררים בין הורים לילדים, התפיסה שמקפל המושג בתוכו היא זו: הילד הוא יצור אוטונומי בעל זכויות ואינטרסים עצמאיים מאלה של הוריו. אומנם, היקפן של הזכויות עשוי להיות צר מזכויותיהם של מבוגרים, אולם בכך אין כדי לשמוט את הקרקע תחת הנחת היסוד בדבר זכויות הילד. על כן, על פי גישה זו, התפיסה בדבר זכויות הילד יכולה לשמש קנה מידה ראוי לפתרון סכסוכי משמורת, מאחר והוא מגן בצורה טובה יותר על הילד וטובתו הכללית מאשר עקרון טובת הילד".

עוד הוסיף הש' שמגר⁸²:

"זכויות הילד" אינן המרה של מושג "טובת הילד". היפוכו של דבר, הן מושג רחב יותר ממושג "טובת הילד" והן כוללות אותו בתוכן. הרבותא שבפניה אל זכויות הילד היא כי "טובת הילד" היא מושג רגשי-סובייקטיבי שנשען על שיקול הדעת וההערכה העובדתית של בית המשפט במקרה ספציפי, בו בזמן ש"זכויות הילד" הן מושג חוקתי-נורמטיבי הנשען על מערכת הזכויות מוכרת וקיימת, אך המודרך כמובן גם על ידי השאיפה להכיר בטובת הילד".

זכויות הילד - משמעותן:

- א. מכלול זכויות אדם הניתנות לכל אזרח.
- ב. זכויות הנוגעות לילד מעצם היותו קטין ומההקשר המשפחתי שלו (זכותו לקשר תקין ורציף עם שני הוריו, הזכות לגדול בתנאים ראויים, הזכות להורות טובה ולייחס חם ואוהב משני הוריו).

מבחן זכויות הילד מעניק משמעות מיוחדת לעיקרון טובת הילד בארבעה אלה:

- ראשית - הוא מכניס תכנים לעיקרון הכללי המעורפל והערטילאי של טובת הילד.
- שנית - הוא מעניק פרמטרים מנחים להכרעה בשאלות של טובת הילד, דהיינו: שמירת זכות הילד היא דאגה לצרכיו וטובתו.
- שלישית - הוא מעלה את עיקרון טובת הילד ושמירה על טובה זו לדרגה של זכות⁸³.

⁸² ע"א 2266/93, לעיל הערה 7, עמ' 254.

⁸³ ס' 3(א) לאמנה בדבר זכויות הילד.

רביעית - הוא מעמיד כנגד זכותו את חובתם של אחרים (בדרי"כ ההורים) למלא ולספק זכות זו.

התנגשות בין טובת הילד לאינטרסים של ההורים:

בצד מבחן טובת הילד קיימת זכותם של ההורים לקשר עם ילדיהם כזכות טבעית ואנושית שאף היא הוגדרה לא אחת כזכות קונסטיטוציונית במעלתה. לעיתים נוצר מצב בו מתנגשת טובת הילד עם זכויות ההורים⁸⁴.

ניתן ליישב את ניגוד האינטרסים באמירה שטובת הקטין יוצאת נשכרת כאשר הורה זוכה לגדל את ילדו אולם אין די באמירה זו.

בפרשת קשת יפה⁸⁵ צוינו מספר גישות לעניין ההכרעה בהתנגשות בין האינטרסים של הילד לבין האינטרסים של ההורים:

"על פי האחת - יש לאזן את האינטרסים של הילד לעומת האינטרסים של ההורים, ובאותם מקרים שבהם אין יתרון מובהק לשיקולי טובת הילד, מן הראוי לתת משקל עצמאי להשפעת ההחלטה על ההורים⁸⁶. על פי גישה זו, אין מקום להתעלם מהשפעת ההחלטה על ההורה, כ"גורם עצמאי", ולא רק במסגרת שקילת טובת הילד.

על פי האחרת - עיקרון טובת הילד הוא עיקרון על-חולש, אשר טובת ההורה נועדה לשרת אותו במקרים מתאימים. כלומר, רק מקום שטובת ההורה מקדמת את טובת הקטין יש להתחשב בה, ורק כדי תרומתה לטובת הקטין⁸⁷.

לשיטתה של השי' רוטלוי⁸⁸ הגישה השנייה תואמת יותר גם את החקיקה בסעיף 25 בחוק הכשרות המשפטית⁸⁹, ואת הפסיקה שהתגבשה לאורך שנים בדבר השמת העיקרון של "טובת הילד" כשיקול-על, כשיקול בלתי אין⁹⁰, כאשר אליה מתווספת זכותו של הילד, על פי האמנה לזכויות הילד (סעיף 3), שטובתו תישקל כשיקול ראשוני (Primary Consideration)".

עוד הוסיפה השי' רוטלוי **בפרשת קשת יפה**⁹¹, כי אם ניטה ליתן משקל יתר לפגיעות ההורה, או במילים אחרות ל"טובתו", עלולים אנו להביא למצב שבו ילדים, במסגרת ההליך של גירושין, שלא נוצר על ידם, יהיו קורבנות כפולים, פעם בעצם כפייתם לשינוי כה מהפכני בחייהם, ובפעם השנייה בהיות הסדר המשמורת מותאם לפי טובת ההורים ולא לפי טובתם הם.

⁸⁴ ראה למשל: פרשת "הילדה מברזיל" בג"צ 243/88 קונסלוס נ' תורג'מן, פ"ד מה(2), 626.

⁸⁵ עע"מ 1010/97 (ת"א) קשת יפה נ' קשת אמנון, דינים מחוזי, לב(3), 236.

⁸⁶ שיפמן, לעיל הערה 14, עמ' 229.

⁸⁷ ראה: פסק דין הקנדי: (1996) 2 R.C.S. p. 27. **Gordon v. Gordon**.

⁸⁸ עע"מ 1010/97 (ת"א), לעיל הערה 85, פסקה 29.

⁸⁹ סעיף 25 בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב 1962.

⁹⁰ ראו גם: השי' זילברג בע"א 209/54 שטיינר נ' היועמ"ש, פ"ד ט(1), 241

וכן דנ"א 7015/94, לעיל הערה 57.

⁹¹ ראו: עע"מ 1010/97 (ת"א), לעיל הערה 85, פסקה 29. וכן ראו: דברי השי' חשין בדנ"א 7015/94, לעיל הערה 57,

עמ' 94.

יישום עיקרון טובת הילד בפסיקה

העדר שיקולים מובנים בחקיקה המנחים את בתי המשפט כיצד ליישם את עיקרון טובת הילד מביא לפרשנות בלתי אחידה של טובת הילד ומתן משקל שונה משופט לשופט לשיקולים כאלה או אחרים.

מעט לעת נמצא בפסיקה התבטאות זו או אחרת המנסה להגדיר באופן "ממצה" את "טובת הילד" כגון:

ההגדרה הכללית של טובת הילד כפי שנקבעה ע"י הש' אלון בפרשת ינסן זהר⁹²:

"טובת הקטין הם מכלול של צרכים חומריים וחיים רוחניים-תרבותיים; סיפוק צרכים, שמירת נכסים והכשרה לעבודה עם לימוד וחינוך שיאפשרו לקטין להשתלב בחייה הרוחניים והתרבותיים של החברה שעל בניה הוא נמנה".

אולם, לעניות דעתי אין בהגדרות מסוג זה כדי ליתן פתרון מובנה להכרעה בשאלת טובת הילד והגדרתו באופן שיאפשר יציבות, ציפיות והבניית שיקול דעת קבוע בקביעת טובתו של קטין. נביא להלן שורה של שיקולים (שלא על פי סדר חשיבותם) אשר בולטים בפסיקה כמשקפים את דעת השופטים בדבר הכרעה בשאלת טובת הילד:

1. שיקול כיבוד ההורה הלא משמורן והזכות לקשר הולם ושוויוני עם שני ההורים:

ההנחה היא שבדר"כ טובת הילד דורשת כי יקוים קשר רצוף עם שני הוריו ויש להטות את כף המאזניים לטובת אותו הורה ששם ערך זה בראש מעיינו. כך גם הובהר בפרשת פדידה⁹³ כאמור:

"אם מבחינת ההתאמה לחנך את הילדים ולגדלם, כשירותם של ההורים הינה מעויינת, עשוי השיקול נגד ניתוקם מהאב להטות את כף המאזניים לצדו. פרופ' שאקי, במאמרו הנ"ל בעמ' 28, מאפיין זאת כהפרת "זכות המגע" של ילד עם הורו "הלא משמורן": "מקור הזכות בהנחה כי בדרך-כלל טוב לילד להוסיף ולקיים קשר רצוף ומשמעותי גם עם ההורה הלא-משמורן. לדעתנו, מהווה הדבר, ולו בעקיפין, חלק מן המגמה לשמור על שלמותה היחסית של המשפחה. לעיתים נדירות בלבד, כאשר קיום המגע בין ההורה הלא-משמורן לבין הילד עלול להזיק לאחרון, או לסכן בדרך כלשהי את בריאותו הגופנית, הנפשית או המוסרית, ישלול אותו בית המשפט כסותר את טובת הילד. בתי המשפט בישראל אף העירו

⁹² בג"צ 268/80 ינסן זהר נ' ינסן זהר, פ"ד לה(1), 1,46.

⁹³ ע"א 493/85 פדידה נ' פדידה, פ"ד לט(3), 584,578.

פעמים מספר כי כאשר ההורים הפרודים שקולים בהתאמתם להחזיק בילד ולחנכו, תימסר המשמורת לאותו הורה המחנך לכיבוד ההורה האחר. זאת הן מכח חובת כיבוד אב ואם, הרובצת על הילד מוסרית וחוקית, (לפי סעיף 16 לחוק האפוטרופסות), והן משום שזו טובת הילד, ברוב המקרים, לקיים קשר עם שני הוריו, ולהנות מאהבתם ותשומת לבם של שניהם, כמידת הניתן. בהתאם לכך אף נקבע בעניין גולדשטיין נ' גולדשטיין, כי הורה-משמורן המסכל זכות ביקור של ההורה הלא-משמורן הינו כחוטף וכמפר צו משמורת, מאחר שזכות הביקור הינה אף בגדר "צו משמורת" זוטא, ובית המשפט יתן סעד נאות להורה הלא-משמורן ש"זכות הביקור" נשללה ממנו".

לא אחת נלקח בחשבון פסיקתו של בית המשפט השיקול של "שחרור מקונפליקט הנאמנויות בין ההורים", היינו, יכולת ההורה להבטיח קשר עם ההורה האחר", שכן הורה משמורן טוב צריך לנטרל את הקטין מקונפליקט הנאמנויות בין ההורים וצריך להבין שטובתו של הקטין דורשת חיזוק קשריו הנפשיים עם שני הוריו, מוטב שהילד יגדל על ברכי שני הוריו ולא יורחק מאחד מהם, העדר היכולת להכיר בכך מעלה ספק במסוגלות ההורית של אותו הורה מתעלם.⁹⁴ לדעת השי' פורת בע"מ 10006/99⁹⁵ שיקול זה מהווה בין היתר חלק מהמגמה לשמור על השלמות היחסית של המשפחה. ורק במקרה בו הקשר עלול לסכן או להזיק פיזית או נפשית לקטין ישלול בית המשפט שיקול זה משיקוליו.

בע"מ 10006/99⁹⁶ קבע השי' פורת:

" העובדה שהשוויון בין ההורים נקבע בחוק מראה שהמחוקק יוצא מההנחה שטובת הילד הינה שיגדל ע"י שני הוריו ויימצא בקרבתם".

שיקול זה עולה גם מדבריה של השי' דורנר בע"מ 5532/93⁹⁷ כאמור:

" האם פגעה איפוא הן בזכות ההורית של האב והן בילד, שטובתו דורשת כי יתחנך על-ידי אביו ואמו ולא יורחק מאחד מהוריו גם כאשר הם חיים בנפרד".

השי' פורת בע"מ 10006/99⁹⁸ אף הדגיש את חשיבותו של שיקול זה כאשר המדובר בילד רך בשנים ואולי אף כשיקול המטה את הכף כשהמסוגלות ההורית מעוינת. כאמור:

⁹⁴ ראה: בג"צ 40/63 לורינץ נ' יו"ר ההוצל"פ, פ"ד יז(3) 1709. וראה גם: ע"א ברנשטיין נ' ברנשטיין, דינים עליון, כ, 427.

⁹⁵ ע"מ 1006/99, לעיל הערה 43.

⁹⁶ שם.

⁹⁷ בע"מ 5532/93 גוניבורג נ' גרינוולד, פ"ד מט(3) 282.

"חשיבות הקשר עם שני ההורים גובר, במיוחד עת מדובר בילד רך בשנים, ילדים רכים מאבדים רגשות כלפי אנשים שאינם רואים בתדירות ותכיפות ומפתחים כלפיהם תחושת זרות וניכור. הדבר נובע מן הקושי בתפיסת הזמן של הילד. הוא איננו מבין את המשמעות של משך היעדרות של ההורה השני. בגיל הרך יש חשיבות רבה לשמירת הקשר ההדוק עם האם והאב כאחד. הגישה הרווחת היום מכירה אף במרכזיות האב ובחשיבותו בחיי הילדים בגיל הרך".

2. השיקול של "חינוך לסובלנות ולאהבת ההורים"

שיקול זה נגזר מהשיקול של חשיבות שני ההורים בחיי הילד" נקבע בע"א 319/54⁹⁹ + דברי השי' חשין:

"טובת הילד כוללת גם חינוך טוב, הכשרת הלב לנימוסים נאים, לדרך ארץ בפני אנשים קרובים ורחוקים, ובייחוד לכיבוד אם ואב. ההורים חייבים להיות אנשי המעלה בעיני הילד ויהיו אשר יהיו היחסים ההדדיים בינם לבין עצמם. כן ההכרח לנטוע בלב הילד רגשי האהבה והערצה לאב ולאם לא רק משום שמגיע להם הדבר בזכות היותם הורים, כי אם גם, ואולי בייחוד, משום שטיפוח רגשות אלה מרגיל את הילד לאחר זמן לקשור קשרי ידידות עם זרים ועם החברה כולה. הקשר הראשוני נוצר עם האנשים הקרובים ביותר לילד ומתפשט על האחרים. נטיעת רגשי שנאה בלב הילד לאב או לאם פירושה השרשת איבה לאדם מן החברה. פעל כזה מזיק לילד ולכל תהליכי התפתחותו הרוחנית, ועשוי להתנקם ברבות הימים בסביבתו הקרובה והרחוקה כאחד".

3. השיקול של "אחוות האחים"

שיקול נוסף במסכת השיקולים הינו השיקול של "אחוות האחים", כלומר, כשבית המשפט צריך להכריע במשמורתם של מס' אחים עליו לשקול כל ילד בנפרד, כשאחד השיקולים הנשקלים הוא החשיבות שיש בהימצאותם יחדיו לבריאותם הנפשית. **בפרשת קשת יפה**¹⁰⁰ ציינה השי' רוטלוי בסעיף 23, כי:

⁹⁸ ע"מ 1006/99, לעיל הערה 43.

⁹⁹ ע"א 319/54 + 159/55 + 114/56 + המ' 106/56 ד.ג. נ' ה.ג., פ"ד יא(1), 261.

¹⁰⁰ ע"מ 1010/98 (ת"א), לעיל הערה 82.

” שיקול זה אף יכול לשמש כשיקול מכריע כאשר קיימת מסוגלות הורית שווה, וכאשר היא איננה שווה על אחת כמה וכמה שהוא יכול להכריע את הכף. ככל שהקשר הנפשי בין הילדים הוא חזק יותר והוא נחוץ להם כאוויר לנשימה בתהליך גדילתם, כך יגדל משקלו של פרמטר זה. כאשר ילדים נמצאים במשבר הם עשויים להיזקק יותר לאותה אחוות אחים כמקור חיוני לתמיכה ולקשר רגשי חם”

4. “שיקול ההמשכיות”

שיקול זה הינו אחד השיקולים החשובים ביותר אשר מובא בשורה של פס”ד¹⁰¹. שיקול זה המבוסס על מחקריהם בדבר טובת הילד של גולדשטיין סולניט ופרויד¹⁰² מדגיש את חשיבות היציבות בחיי הילד והמשך שהייתו עם ההורה המשמש עבורו הורה ראשוני. שיקול זה מעלה לדרגה גבוהה ביותר את ההמשכיות כפרמטר מכריע.

5. “המשך השהייה בסביבה מוכרת”

גם לשיקול זה ניתן ביטוי בפסיקה, בתמ”ש 9160/97¹⁰³, שם נקבע:

”מול שיקולים כבדי משקל אלה עומדים כשיקול מרכזי המשך שהיית הילדה בירושלים בסביבה חברתית מוכרת”.

6. “הדאגה לצרכים הנפשיים של הילד”

שיקול מרכזי זה בוטא היטב בפס”ד בעניין פלונים¹⁰⁴ שם נאמר בעמ’ 8:

”מקום בו מתבקשת הכרעה על פי אמת המידה האמורה, משווה בית המשפט נגד עיניו את מכלול התנאים, ובראש ובראשונה את טובתו של הקטין מן הבחינה הנפשית והרגשית. הגורם המאטריאלי יכול שיהווה אחד היסודות בתוך מערכת שיקולים מורכבת יותר, אך אין לייחס לו בתור שכזה משקל דומיננטי, הדוחה מפניו כל אינטרס אחר”.

¹⁰¹ ראה לדוגמא: ע”א 783/81 פלונים נ’ פלמוני, פ”ד לט(2), 1.

¹⁰² J. goldstein, a.freud,a.j solnit,before the best interests of the child

¹⁰³ תמ”ש 9160/97, פלונים נ’ אלמוני, דינים משפחה א187, עמ’ 6.

¹⁰⁴ ע”א 783/81 פלונים נ’ פלמוני פ”ד לט (2), 1, 8.

7. מסוגלות הורית

מב דקי מסוגלות הורית שבעיקרם הינם מבחנים פסיכולוגים באים לבחון את התאמתו של כ"א מההורים לספק את צרכיו הנפשיים ובעיקר של ילדם לגדול בבריאות הגוף והנפש. למבדקים כאלה חשיבות ראשונה במעלה בפסיקה ולעיתים ניתן לומר (ועוד נרחיב על כך בהמשך נייר עמדה זה) כי הפסיקה מאמצת מבדקים כאלה כמעט באופן עיוור.

(בדיקה של מסוגלות הורית נועדה לבחון אם ההורה, מבחינת מבנה האישיות, מסוגל לממש כראוי את נכונותו לטיפול נאות בילד, הבדיקה שכיחה בתביעת משמורת.)

8. השיקול הכלכלי

לא פעם הובא בפסיקה כשיקול בשקילת משמורת קטינים כפי שציין השי' שמגר בפס"ד פלוניס¹⁰⁵:

" הגורם המטראילי יכול ויהווה אחד מן היסודות בתוך מערכת שיקולים מורכבת יותר, אך אין לייחס לו בתור שכזה משקל דומיננטי, הדוחה מפניו כל אינטרס אחר".

9. שיקול "בת אחר אמה"

גם מינו של הקטין אינו נפקד משיקולי בית המשפט, שיקול זה נסמך על החזקה שבמשפט העברי שהתבססה במשך דורות כי "בת אצל אמה לעולם" הובא בפסיקה כשיקול הקובע כי טובת הבת ובמיוחד בגיל ההתבגרות הוא אצל אמה, שכן הילדה זקוקה לדמות אימהית עמה תוכל להזדהות¹⁰⁶.

10. "שיקול דתיים ושיקול לאומים"

כך, דרך משל, לעניין השיקול הדתי נאמר¹⁰⁷ כי:

" במקרה שבפנינו קיים סכסוך כן ובתום לב ביחס לשאלה בידי מי הילדה צריכה להימצא, הרקע לסכסוך זה הם חילוקי הדעות בין בני הזוג ביחס לדרכי חינוכה של הילדה, מהות מושבה הרצוי וכן ביחס לשאלה מה צריכה להיות ומהי למעשה השתייכות הדתית של הילדה"

¹⁰⁵ ש.ס.

¹⁰⁶ ראו: ע"א 703/60, לעיל הערה 74.

ע"א 768/81 נאור נ' נאור, פ"ד לו (2) 384,380.

¹⁰⁷ ע"א 76/71 לנדרר נ' לנדרר, פ"ד כה(2) 258, 269.

לא אחת בעיקר ב עבר נלקחו בחשבון בפסיקתו של בית משפט שיקולים לאומיים שונים ובמרכזם השיקול לפיו טובתו של הקטין שיגדל במדינת ישראל¹⁰⁸.
 ראוי לציין כי, שיקולים ערכיים שבהשקפות עולם ובאורח חיים, מצויים בעולמו של המשפט העברי בהכרעה בשאלת טובת הילד.
 שיקולים לאומיים ודתיים היו מק ובליים יותר בשנים הראשונות שלאחר קום המדינה אולם מאז פחת משקלם.

11. חוות הדעת ותסקירי פקידי הסעד

לדעתם של מומחים ופקידי סעד משקל רב בעיני בית המשפט בבואו להכריע בטובת הילד.

בע"א 4575/00¹⁰⁹ קבעה השי' דורנר בעמ' 6 :

"חשיבות רבה במיוחד יש לחוות-דעת של מומחים. זאת הן בשל יכולתם לבחון את השאלות המתעוררות בכל מקרה בעין מקצועית, והן בשל היותם גורם נייטרלי לעומת ההורים היריבים...
 על כן, בהעדר ראיות בעלות משקל לסתירת האמור בחוות דעת המומחים, ייטה בית המשפט לאמץ את ממצאי חוות הדעת ומסקנותיהן".

יפים לעניין זה דבריו של השופט חשין בפרשת דויד¹¹⁰ :

"טובתו של ילד אינה מושג תיאורטי. לעניינה נדרש בית המשפט לקביעת ממצאים שבעובדה. ממצאים אלה בית משפט לא יוכל לקובעם - על דרך הכלל - אלא אם יובאו לפניו ראיות; וראיות לענייננו פירושן הינו - בעיקרם של דברים - חוות דעת של מומחים".

עוד הוסיף השופט חשין בסעיף 13¹¹¹ :

"ואולם, על דרך הכלל וברובא-דרובא של המקרים - לא יקבע בית משפט טובת הילד מהי עד אשר יונחו לפניו חוות דעתם של מומחים - מומחים לבריאות הגוף ובעיקר מומחים לבריאות הנפש, קרי: רופאים, פסיכולוגים, פסיכיאטרים - בשאלה מהי טובת הילד ומה היא רעתו, מה ייטיב לילד ומה ירע לו".

¹⁰⁸ ראה: פסק דינו של השופט חשין בבג"צ 125/49, עמ' 22 ואילך.

ע"א 503/60, לעיל הערה 74, עמ' 764 ואילך.

ע"א 201/57 הרשקוביץ נ' פרקליט מחוז חיפה, פ"ד י"ג, 492, 502.

בג"צ 391/71 פלונית נ' אלמוני, פ"ד כ"ז(1) 85 בעמ' 94 ואילך.

¹⁰⁹ ע"א 4575/00 פלונית נ' אלמוני, פ"ד נה(2), 321.

¹¹⁰ בג"צ 5227/97, לעיל הערה 4, סעיף 13.

12. שיקול רצון הילד

אחד הפרמטרים החשובים הנשקלים ע"י הפסיקה הוא רצון הקטין. החקיקה בסוגיית המשמורת לא קבעה חובת התחשבות ברצון הקטין אולם הפסיקה נתנה לשיקול זה משקל בין שאר השיקולים, משקל משתנה בהתאם לגילו של הילד. בע"א 740/87 נאמר¹¹²:

" ובכל הנסיבות רצון הקטין הוא רק אחד השיקולים בתוך מכלול נרחב יותר של גורמים שמטרתם להכריע מה באמת ראוי מבחינת טובתו של הקטין והתפתחותו העתידית".

עוד הוסיף הש' בייסקי לעניין משקלו של זה בעמ' 667 לפס"ד¹¹³:

"אכן הפסיקה העניפה אינה אחידה לגבי המשקל שיש לתת לרצונו של הקטין, אך ככל שמחפשים קו מנחה, הוא קשור במידה רבה בגיל, בהתפתחות, נחרצות ויחסים מבוררים ובדוקים עם כל אחד ההורים".

ואכן בע"א 241/57¹¹⁴ הכיר בית המשפט בזכותו של אב להמשיך להחזיק בבתו בת ה-11, כיוון שדעתה של הילדה היתה נחרצת ובית המשפט השתכנע כי הילדה "עומדת במריה, והחזקתה אצל המערערת אינה ניתנת לביצוע", על כן טובתה מחייבת להתחשב ברצונה הנחרץ.

בדומה לכך גם בבג"צ 391/71¹¹⁵ החליט בית משפט כי שתי בנות של ההורים תוחזרנה עם אמם לארצות הברית, ואילו הבת הכירה (בת כ-12) תישאר עם אביה בארץ, זאת משום "שהיא מגלה התנגדות ואף איבה כלפי האם".

אולם, לעיתים יש הצדקה להתעלם מרצון הקטין כאשר הוא לא מתיישב עם טובתו:
בפס"ד העניין וולף בעמ' 776 צוין¹¹⁶:

"רק כשהילדה רוצה בדבר אשר הוא, על פניו וללא ספק, לרעתה ממש, לבית המשפט יסוד להניח, שדבריה אינם משקפים את רצונה האמיתי".

בדומה לכך גם בע"א 740/87¹¹⁷ נאמר כי:

¹¹¹ ש.ס.

¹¹² ע"א 740/87 מזר נ' קבליו, פ"ד מג(1) 665 בעמ' 667.

¹¹³ ש.ס.

¹¹⁴ ע"א 241/57 פלטיאל נ' פלטיאל, פ"ד י"ג, 599.

¹¹⁵ בג"צ 391/71, לעיל הערה 108.

¹¹⁶ ע"א 503/60, לעיל הערה 74.

¹¹⁷ ע"א 740/87, לעיל הערה 112, עמ' 665.

”כשהאספקט האחרון מחייב ראייה נרחבת יותר ובחינת שיקולים משיקולים שונים, כגון המשכיות, הרגל, סביבה, גיל, תנאים כלכליים ושורה נוספת של גורמים אשר רק בחינתם המקיפה והכוללת עשויה ליצור תמונה מה באמת מחייבת טובתו של קטין מסוים בנסיבותיו המיוחדות הנוגעות רק לו, - וזאת להבדיל מהרצון, גם אם כנה הוא, שעשוי להיות זמני, סובייקטיבי ואפילו אימפולסיבי”.

לסוגיית רצון הילד פן נוסף - כבוד הילד וזכותו ליטול חלק בקבלת החלטות הנוגעות לחייו. זכויות אלה נגזרות מהאמנה לזכויות הילד של האו"ם, אשר בשנים האחרונות יושמה לא אחת בפסיקה הישראלית בסכסוכים בין הורים¹¹⁸.

13. שיקולים הלקוחים מיישום האמנה לזכויות הילד

בשנים האחרונות התרבו פסקי הדין בהם נטמעה האמנה לזכויות הילד כחלק מהפרמטרים לגיבוש קריטריונים לסוגיית טובת הילד. בפס"ד מורן¹¹⁹ נקבע בסעיף 15:

”עפ"י סעיף 12 לאמנה... סעיף זה יש לקרוא גם בהקשר של סעיפים אחרים באמנה הקובעים מתן חופש ביטוי לילד (סעיף 13) וכיבוד זכות הילד לחופש מחשבה (סעיף 14), כמו גם זכויות אזרחיות אחרות המדגישות את היות הקטין לא עוד מושא לזכויות, אלא בעל זכות עצמאית המצדיקות את שיתופו ההדרגתי בתהליך קבלת החלטות. האמנה איננה קובעת באופן דווקני באיזה גיל ובאיזה אופן ישמע הילד ומה המשקל הראוי שיש לייחס לדעתו, שכן סוגיות אלה הינן כפופות לדרך שבה כל מדינה תמצא לנכון לקבוע את זכויות הילדים לעניין זה.

אולם, האמנה מדגישה את העיקרון כי ה- EVOLVING CAPACITIES (סעיף 5 לאמנה) של הילד, היינו, הכישרים והכשרים המתפתחים של הילד בהתאם לגילו, הם שיקבעו מתי לשתף ילדים, כאשר השיתוף יכול להיעשות במישרין או בעקיפין. הרעיון המרכזי המובע באמנה הוא כבוד שיש לתת לילד בשמיעת דעתו, גם אם בסופו של דבר דעתו לא תתקבל, וההכרה כי זכותו של הקטין להישמע הינה זכות עצמאית, שאותה הוא יכול לאכוף, ואין זו זכות הנובעת מהסכמתם של אחרים, ולו יהיו אלה הוריו”.

יש הגורסים כי מכח האמנה לזכויות הילד וזכותו של הילד להיות שותף בקבלת החלטות הנוגעות לחייו חובה על בית המשפט לשמוע מכלי ראשון מהו רצון הילד שכן אחת מזכויותיו הינה להישמע באופן ישיר, ללא תווך של תסקיר פקיד סעד או חוות דעת מומחה.

¹¹⁸ ראו ע"מ 90/97(ת"א), לעיל הערה 5.

¹¹⁹ שם, סעיף 15.

עדות לפן זה ניתן לראות בפס"ד מורן¹²⁰, שביקר את הערכאה דלמטה על שלא שמעה את הילד, ואף החליט לשמוע את הילד בהליך הערעור תוך שציין בסעיף 19 כי:

" גם אם זכותם של ילדים להישמע בכל הליך לא קיבלה עדיין תוקף משפטי בחוקי מדינת ישראל והיא מופיעה בשלב זה באמנה לזכויות הילד בלבד, מצופה מבתי משפט למשפחה שיפתחו גישה זו של מתן כבוד לילד בשמיעתו. לא מתוך עמדה פטרנליסטית, שאין טעם לשמוע אותו, שכן הם, בעזרת המומחים, יודעים מה טובתו ומפרשים את רצונו, אלא מתוך גישה הפוכה, היינו, שבדרך כלל ילדים הינם בעלי כשירים להביע דעתם ולקיים העדפות וכי יש לאפשר להשמיע את דעתם, ללא קשר למשקל שינתן לאחר מכן לדעה זו בפסק הדין".

השוני בין ביי"ד לביהמ"ש ביישום מושג טובת הילד:

כמו בביהמ"ש כך גם בביה"ד מהווה עיקרון טובת הילד שיקול עליון וזאת על יסוד המשפט העברי הקובע כי¹²¹:

" וכלל דמילתא כי כל זכות שאמרו זכרונם לברכה בדבורים הבת אצל האם לעולם, בזכותה דברו ולא בזכות האם וכן בן, בזכות הבן דברו ולא בזכות האב".

בתי הדין הרבניים כפופים בפסיקתם לחוק האזרחי, אלא שחוק זה (חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות) קובע עיקרון על, טובת הילד. אולם, כאמור אינו מפרשו ופותח פתח רחב לפרשנות אישית.

פרופ' שיפמן הגדיר בספרו את הבעייתיות בעמ' 241 כי¹²²:

" שאלת טובת הילד אינה מנסרת בחלל ריק. תוכנה מתעצב לפי ההקשר המשפטי עליו הוטל להכריע בה. כאן עולה בעיה יסודית, והיא האם בתי הדין הדתיים קשורים לפירוש החילוני של המושג טובת הילד, או שמא רשאים הם למלא מושג זה תוכן משלהם, על פי שיקולים הלקוחים מן הדין הדתי".

עוד ציין בעמ' 247 כי¹²³:

¹²⁰ שם, סעיף 19.
¹²¹ הרשד"ם, אבן העזר, סימן קכ"ג.
¹²² שיפמן, לעיל הערה 14, עמ' 241.

” אין זאת אומרת שאין הבדל בין גישתו של הדיין הרואה בכללי ההלכה הנחות מחייבות, המעבירות את נטל הראייה על שכמו של הצד המבקש לסתור אותן, לבין גישתו של השופט החייב להתאמץ לפסוק ע”פ שיקול דעתו בלבד”.

בבג”צ נאצר¹²⁴ נטענה הטענה כי כללי ההלכה הינם מהותיים ובתור שכאלה נוגדים את עיקרון טובת הילד שהוא עיקרון מהותי. אולם בית המשפט פסק כי:

” נראה לי שאומנם משקיף בית הדין הגדול בפסיקה זו על עניין של חזקת התאומים באספקלריה של ההלכה. אך לבסוף באה קביעתו המכרעת שגם טובת הילדים וגם ”דינם” מחייבים אותה מסקנה מעצמה”

מנגד, יש הגורסים כי בית הדין שם את השיקול הדתי בראש הפירמדה ומאפיל על כל שיקול רלוונטי אחר. ולכן, לא ניתן לגשר בין התפיסה החילונית לתפיסה הדתית ולא ניתן לחפות על העובדה שביה”ד רואה את חזות הכל בשיקול הדתי ומתעלם לחלוטין מכל יתר השיקולים.

בפס”ד בעניין מיכל מור¹²⁵ הש’ בן פורת פסקה בעמ’ 107 :

” לשווא חיפשתי בנימוקיו של בית הדין הרבני ממצאים עובדתיים הנוגעים לשאלה הקרדינלית של טובת הילדים. קשה להשתחרר מן הרושם הברור כי השיקול היחיד שהנחה את בית הדין היה שהאב יקנה לילדים ערכי יהדות, שהוא בלשונו ”חינוך רוחני ומוסרי”, ואילו האם תקנה להם תורה חילונית הפסולה בעיניו. אין כמובן לזלזל בשיקול זה וחשיבותו בעיני בית הדין הרבני נעלה מספק, אך כשיקול בלעדי, מבלי שחוקרים ודורשים מי משני ההורים ניחן יותר בתכונות אופי מתאימות לגידול ילדים וכן מה האמצעים החמריים שברשותו כדי לשאוג לצרכיהם הבסיסיים, אין הוא מספיק כדי לקיים את מצוות המחוקק. למקרא הנימוקים אין אנו יודעים כלום נתנו הדיינים את דעתם לשאלות אלה, הן לגבי האב והן לגבי האם”.

על תפיסת ההלכה בשאלת טובת הילד בסכסוכי משמורת ופרשנותה בבתי הדין הרבניים נרחיב בפרק העוסק במודל ההכרעה בדין העברי.

¹²³ שם, שם.

¹²⁴ בג”צ 128/72 נאצר נ’ נאצר, פ”ד כו(2), 403, 407.

¹²⁵ בג”צ 181/81 מור נ’ ביה”ד חיפה, פ”ד לז(3) 94,107.

לסיכום:

סעיף 25 לחוק הכשרות, קובע כי בית המשפט יכריע בענייני משמורת על פי טובת הילד, אולם, המחוקק לא הגדיר את עקרון טובת הילד, לא קבע מה הם הקריטריונים הראויים להכרעה והשאיר לבית המשפט שיקול דעת בדרך להכרעתו בסוגיה.

העדר השיקולים המובנים בחקיקה מביא מחד, ליישום כמעט אוטומטי וגורף של "חזקת הגיל הרך". ומאידך, לחוסר אחידות בהפעלת ויישום קריטריונים אחרים להכרעה בשאלת טובת הילד. אנו עדים להדגשים שונים במקרים שונים, לערוב של שיקולים אישיים, ערכיים ומוסריים הלקוחים מהשקפות עולם שונות ולעיתים קרובות אנו עדים למצב בו המבוכה מביאה את השופט לאמץ כחותמת גומי את חוות דעתו של המומחה או פקיד הסעד.

למשפטן הסביר קשה ללמוד מפסקי הדין מהי אותה "טובת הילד" וכיצד ימלא אותה תוכן השופט שבפניו הובא התיק, כמו כן לא ברור מהי אותה רשימת שיקולים שמתוכה בוחר השופט את השיקולים הרלוונטים למקרה, ואיזה דגש שם הוא על כל שיקול ושיקול, שכן אין משקל שיקול ההמשכיות כמשקל הבת אחר האם.

מסקנתי היא כי מאחר וקיימת בפסיקה הגדרה רחבה וכללית מדי של עיקרון "טובת הילד" נוצר מצב של חוסר אחידות וחוסר מובנות בישום עקרון טובת הילד בפסיקה, ולכן אין מנוס מלהגדיר את עיקרון טובת הילד כך, שיכלול פרמטרים ברורים להבניית שיקול דעת קבוע כמודל הכרעה בסכסוכי משמורת.

הכרעה בסכסוכי משמורת בדין העברי

ניתוח מרתק בדבר מודל ההכרעה במשפט העברי ניתן למצוא בהשוואה בין מחקרים שעשו חוקרים ישראלים המרבים לכתוב בסוגייה זו של כללי ההלכה בסוגיית המשמורת בדין העברי.

אליאב שוחטמן במאמרו¹²⁶ מסכם את מודל ההכרעה בהלכה היהודית על פי העקרונות הבאים:

א. בהלכה שורה של כללים מנחים אולם כללים אלה (בניגוד למקובל לחשוב) אינם יוצרים חזקה במובנה המשפטי ובמישור דיני ראיות. כללים אלה הם פרמטרים מנחים אולם הפעלתם תעשה אך ורק אם הם עולים בקנה אחד עם טובת הילד.

בית דין יסטה ביוזמתו מהכללים אם יתרשם כי אינם לטובת הילד ומדובר רק בהנחות כלליות.

ב. הכללים הם:

1. דינו של יונק - הנקת הילד היא אחת המלאכות שהאשה חייבת בהן לבעלה. טעמו של דבר הוא שכל עוד הילד יונק הוא זקוק ביותר לטיפול המסור של אמו, וניתוקו ממנה עלול להוות סכנה ממשית.
- כל הפוסקים מסכימים כי בשלב זה של חייו, הילד זקוק לאמו ושום שיקול לא יכול לגבור כאן על הצורך שיש לילד בקרבתה, פרט למקרה בו האם חולה ואינה מסוגלת למלא תפקידיה כלפי הילד.
2. עד גיל 6 הבן אצל אמו - כלל זה מקורו בתלמוד הבבלי. מאידך, נמצא בספרות הגאונים כי בן יכול שיעבור לאביו אפילו פחות מבן שש.
- עיון בספרות ההלכה מלמד, כי חובת אב לחנך בנו לתורה היוותה גורם חשוב במערכת השיקולים של הפוסקים, ומשקבע הרמב"ם את הכלל כי מקומו של הבן עד גיל 6 אצל אמו, השיב עליו הראב"ד וכתב "אין הדעת סובלת לכופ את האב להפריש את בנו ממנו עד שיהיה בן שש והלא חייב הוא לחנכו בתורה בן ארבע, בן חמש ואיך יחנכו והוא גדל בין נשים?"¹²⁷. פוסקים אף הורו שאם בעקבות גירושין מבקשת האם לעבור לעיר אחרת, זכאי האב להחזיק בילד גם לפני גיל 6.
- שוחטמן קובע כי אין יסוד לקביעה שהכלל על פיו ילד עד גיל 6 אצל אמו הוא חזקה חלוטה ויש לה סייגים ומתנגדים.
3. מעל גיל 6 הבן אצל אביו - הטעם לכך שעל הבן להיות אצל אביו כדי שילמד מה שראוי לו - תלמוד, תורה ומקצוע.

¹²⁶ א' שוחטמן, "למהותם של כללי ההלכה בסוגיית החזקת ילדים", שנתון המשפט העברי ה' (תשל"ח), עמ' 285.

¹²⁷ הילכות אישות כ"א יז השגות הראב"ד.

שוחטמן טוען, כי גם כאן לא מדובר בכלל נוקשה ומביא דוגמאות של פוסקים אשר קבעו כי אם האב חי לבדו (ללא אשה או אחות בוגרת), אין הוא זכאי לדרוש שהילד יגדל אצלו וכן אם האב אינו מסוגל ללמד את בנו, או שהוא יכול ללמוד אצל אמו יותר מאשר אצל אביו, לא יאכפו כלל זה בנוקשות. שוחטמן אומר כי בשום אופן אין ליחס לכלל זה מעמד של חזקה.

4. הבת לעולם אצל אמה - הכלל הוא כי אין דרכו של אב לישוב ולשמור על בת... שאין צניעות הבת אלא אצל אמה. אולם גם כלל זה אינו חזקה נוקשה והופעל בהתאם לשיקולים שנראו לפוסקים כמתיישבים עם שיקולים אחרים בדבר טובת הילד.

שוחטמן מסכם ואומר בעמ' 113¹²⁸:

"לסיכום פרק זה ייאמר, שלאור כל המקורות שנידונו לעיל, אין כל יסוד לקביעה שמבחינה היסטורית ביטאו אי פעם הנחיותיה של ההלכה את הכללים היחידים ששררו בה. בדרך כלל אין הנחה המוסכמת על דעת הכל, וגם ההנחות המקובלות אינן יוצרות כל חזקה, בודאי לא בתור כלל מהותי, וגם לא בתור כלל ראייתי. הנחות אלו מבוססות על מה שנחשב, לכאורה, לטובת הילד, והן מנחות את בית הדין בשיקוליו, וזה יכול מיוזמתו הוא, לסטות מהן, לאור נסיבותיו של כל מקרה ומקרה.

גם פרופ' שרשבסקי בספרו "דיני משפחה"¹²⁹ מסכים עם שוחטמן וכותב:

"אך בהפעלת כללים אלה יש תמיד לשים לב לעקרון הנ"ל של טובת הילדים כי להשגת מטרה עליונה זו בלבד הם מיועדים ואין ללכת לפיהם אלא אם ועד כמה שמטרה זו עשויה להתקבל בכל מקרה ומקרה לפי ראות עיני בית הדין או בית המשפט." (שו"ע פ"ב ז' הרמ"א)..

...כלל דמילת א כי כל זכות שאמרו הבת אצל אמה לעולם בזכותה (של הבת) דברו ולא בזכות האם וכן בבן עד שש בזכות הבן דברו ולא בזכות האם" (שו"ת מהרש"ד, חלק אבן העזר סימן קכ"ג)

¹²⁸ שוחטמן, לעיל הערה 126, בעמ' 113.
¹²⁹ שרשבסקי, לעיל הערה 36, עמ' 400-401.

פרופ' ראבלו¹³⁰ קובע כי במשפט העברי מקומו הטבעי של הילד אצל אביו משום שלאב "זכות" משפטית הלכתית בלעדית על ילדיו.

מאידך, היות ולעיתים יקרה שהאב אינו תמיד מוכשר להחזיק בילדיו, יפעל השיקול הנגדי של טובת הילד. מכאן "זכותה" של האם למשמורת עשויה להיות מוכרת רק כזכות פונקציונאלית המותנית בטובתו של הילד ורק כאשר יתרונה יהא גדול ובולט. על כן מקום שיש כלל הקובע כי טובת ילד להיות אצל אמו מותנה הדבר בראות בית הדין בדבר טובת הילד.

ד"ר צבי גילת בספרו "דיני המשפחה יחסי הורים וילדים"¹³¹ מייחס חשיבות רבה לשיקולים דתיים חינוכיים ורוחניים בקביעת טובת הילד ורואה בהם משקל רב בהרבה משיקולים פסיכולוגיים. ד"ר גילת מוסיף למערכת השיקולים כללים כגון חינוך דתי, קדושת ארץ ישראל ועדיפותה על כן מקומות אחרים ומסכם את השיקולים כך:

"ניתן לסכם את עמדת ההלכה במשפט העברי בארבע נקודות:

א. ההלכה היהודית מכירה בזכותו הבלעדית של האב על ילדיו, הן בנים והן בנות, בעניינים רבים, ובכללם גם זכותו לקבל את המשמורת על ילדיו. אם הוכרה זכותה של האם להחזיק בילדיה בהלכה, אין זאת אלא זכות פונקציונלית. כלומר הזכות קיימת רק אם היא משרתת את טובת הילדים מבחינה גופנית ורוחנית. זכות פונקציונלית זו של האם אינה אלא שיקול נגדי, שלא לילך אחר זכותו הבלעדית של האב על ילדיו. מטבע הדברים, שיקול זה של "טובת הילד" אינו יכול להכריע את זכותו הבלעדית של האב, אלא אם כן הוא ברור ובולט.

"טובת הילד" אינה נשקלת באופן מקסימליסטי כבשיטת המשפט האזרחית, אלא רק באופן מינימלי, בתורת שיקול נגדי שלא לכבד את זכות האב, ולכן כינינו שיקול זה כ"טובת הילד המינימליסטית".

ב. גישתה של ההלכה היהודית מתקופת הגאונים נמשכה והלכה עד לסוף תקופת ראשוני האחרונים. אך מאז ועד לימינו ניתן להצביע במקורות ההלכתיים המגוונים, על מבחן אחר, הוא **מבחן האשמה**, כלומר, מההורה ה"אשם" בפירוקו של התא המשפחתי נשללת הזכות למשמורת על ילדיו.

שינוי גישה זו התהווה באופן הדרגתי ומתון. בתחילה דובר על מבחני אשמה לפי קני מידה ערכי דתי, מבחנים הקשורים ישירות למידת "תרומתו" של בן הזוג "האשם" לפירוקו של התא המשפחתי. אך לאחר מכן, עקב סיבות היסטוריות הורחב מבחן האשמה כך שכל עבירה על מצוות הדת שעבר ההורה עשויה היתה לזכות את ההורה האחר במשמורת ילדיהם.

¹³⁰ פרופ' ראבלו, על שלטון האב במשפט הרומי ובמשפט העברי, **דיני ישראל** ה' (תשל"ד) 85.
¹³¹ ד"ר צ' גילת, **דיני המשפחה יחסי הורים וילדים**, פרק 13 "הכרעות בסכסוכי משמורת בדיני תורה - האומנם "טובת הילד"?"

הפורמולה להפעלתו של מבחן האשמה מצביעה אף היא על הרצון להיצמד למבחנים המסורתיים של ההלכה היהודית בסוגייה זו, ונעשתה באופן הבא: כאשר האב שומר תורה ומצוות והאם אינה כזאת, מדגישים חכמי ההלכה את זכותו העקרונית והבלעדית של האב; ואילו כאשר האב הוא הפורק עול תורה ומצוות והאם נחזית להיות אחרת מודגשת יותר יכולתם וזכותם של היושבים על מדין לשקול אם למסור את הילדים למשמורת האב.

ג. בד בבד עם המבחנים שהיצגנו בסעיפים א' ו-ב', שעניינם סכסוך שבין הורים על משמורת ילדם, התפתחה בהלכה היהודית אמת מידה שונה לקביעת משמורת הילד בסכסוך שבין הצדדים שאין להם זכות בלעדית על הקטין. סכסוך זה, הכולל גם יריבות שבין האם לבין כל אדם שאינו אביו של הקטין, או שלא בא מכוחו של אבי הקטין, נפתר בצורה שונה, תוך שקילת האינטרסים המועדפים של הקטין נשוא ההליך. "טובת הילד המקסימלית" הזו היא מעין המוכרת לנו מן הפסיקה האזרחית במדינת ישראל. אם כי בשינוי התכנים.

ד. עניין נוסף העולה מן המקורות ההלכתיים המגוונים שראוי ליתן עליו את הדעת, הוא בעוד שעקרונות העל בסוגיית משמורת קטינים מופיעים לרוב בשיטתיות, באופן ובצורה כפי שהצגנו אותם בסעיפים א-ג, **הרי שביישומם של העקרונות הללו למקרים הספציפיים לא זכו לגיבוש שיטתי בספרות ההלכה**, כפי שזכו לכך במשפט האזרחי, אלא נידונו רק למקומם ולשעתם, וכך שאלות כמו התחשבות ברצונו של הקטין נשוא המחלוקת, או זכויות הביקור של ההורה הלא-משמורן לא נפתרו באופן שיש בו כדי ללמד על מקרים אחרים, אלא נידונו כמקרים פרטיים שפתרונם נובע מעקרונות העל שבסוגייה זו.

פסיקת בתי הדין הרבניים:

פסקי הדין של בתי הדין הרבניים הולכים בעקבות ההלכות שפורטו לעיל. פסקי הדין חוזרים ומצטטים את הכלל, כי טובת הילד וזכויותיו הם עיקר העיקרים, אולם בפרשנותו של עקרון טובת הילד אנו מוצאים העדפה של שיקולי חינוך דתי, לימוד מקפיד של תורה ומצוות ואיסור יציאה מארץ ישראל. עם זאת נראה כי בדרך כלל בית דין קובע כי בן עד גיל 6 יהא אצל אמו¹³², אלא אם כן יש חשש כי עקב גורמים הקשורים באורח חיים ובסטייה מכללי הדת תפגע טובתו של הקטין.

בפסק דין של הרב ולדנברג¹³³ נקבע כי ילד גם כשהוא פחות מגיל 6 יכול שיעבור לאביו אם אצל אמו לא תוכל לחנכו כי "יצאה לתרבות רעה".

¹³² תיק שטי"ז 1738 חיפה פד"ר 2, ר"מ.
¹³³ כמובא בציץ אליעזר סי' ז' תשמ"ג עמ' קל"ד.

בערעור 240 / תשמ"ב¹³⁴, הורה בית הדין הגדול בדעת הרב כי אם ברצון האם לעקור מישראל עליה להעביר את המשמורת בבת לאב שכן הכלל בת לעולם אצל אמה אינו בא להצדיק ניתוק מהאב ומעבר לחו"ל.

מנגד, **בתיק 64 / ט"ו¹³⁵** פד"ר א' 173 פסק בית הדין כי ילד בן 3 ישאר אצל אביו ולא יעבור לאמו על אף שברצון האב לצאת לחו"ל. בין היתר נאמר שם כי טובת הילד שלא לטלטלו בין שני הוריו גוברת על טובתו שיהא אצל אמו. לאחר שבית הדין התרשם כי אביו יגדלו ויחנכו כראוי לו התיר את נסיעת האב לחו"ל עם הילד (לא כהגירה תמידית אלא כנסיעה קצובה).

¹³⁴ ערעור 240 / תשמ"ב פד"ר יג' 17.
¹³⁵ בתיק 64 / ט"ו פד"ר א' 173

משפט משווה

מטרתו של פרק זה בחיבורנו היא לבחון את הדוקטרינות המקובלות במספר מדינות אחרות כמודל הכרעה בסכסוכי משמורת. האם "חזקת הגיל הרך" כמודל הכרעה קיימת במדינות אחרות ואם לא - מה מודל ההכרעה הקיים.

משפט אנגלי

המשפט האנגלי הקדום (בדומה למשפט הרומי) העניק לאב את זכויות המשמורת על ילדיו בכל גיל וכמעט באופן אבסולוטי¹³⁶. בשנת 1839 נחקק ה-Tolford Act שקבע חזקה, על פיה ילדים עד גיל 7 יהיו אצל אמם. אולם בתי המשפט לא תמיד פסקו על פי חזקה זו¹³⁷.

בשנת 1925 נחקק Guardianship of infant act שביטל את החזקה, קבע שוויון לשני המינים וקבע כי לעניין משמורת שיקול העל הוא טובתו של הילד. בתי המשפט באנגליה בישמו את עיקרון טובת הילד נטו להעדיף את האם בעיקר לגבי ילדים של טרום בית ספר, וזאת בהתבסס על מציאות חברתית ועל תיאוריות פסיכולוגיות שראו באם את הדמות העדיפה. ראה למשל: Allington (1985) FLR 586 שם בעמ' 593 אומר בית המשפט¹³⁸:

"... There was not really any status quo at all to justify depriving the child of the mother's care which at this age Prima Facie, she needs..."

גישה זו הייתה אופיינית וניתן למצאה בפסקי דין רבים עד סוף שנות ה-80 ואף בתחילת שנות ה-90.

ב-1989 נחקק ה-Child Act הקובע את עיקרון העל של טובת הילד (Welfare Principle) ובס' 1 נקבע כי טובת הילד תהא שיקול על של בית המשפט. החוק אינו קובע עדיפות לאחד ההורים אלא מונה רשימה של שיקולים בהם צריך בית משפט להתחשב בבואו להכריע בסכסוכי משמורת (Statutory Checklist). לא מדובר ברשימה סגורה והפסיקה קובעת כי בכל מקרה ומקרה יחליט בית המשפט על פי עקרון טובת הקטין. השיקולים שמונה החוק האנגלי כשיקולים מנחים לבתי המשפט הם:

א. מאוויו, משאלותיו והרגשותיו של הילד השנוי המחלקת (לאור גילו והבנתו).

¹³⁶ ראו: ראבלו, לעיל הערה 130.
¹³⁷ In re Parte Finn (1848) ch. 2, DG.

- ב. צרכיו הפיזיים הרגשיים והחינוכיים של הילד.
- ג. ההשפעה הצפויה על הילד בשל כל שינוי הנסיבות חייו.
- ד. גילו של הילד, מינו, רקעו וכל מאפיין נוסף שלו הנראים רלוונטים בעיני בית המשפט.
- ה. כל פגיעה שהילד סבל בעבר או שהינו בסיכון לגביה לעתיד.
- ו. כשירותו ויכולתו של כל אחד מן ההורים וכל אדם לגביו יסבור בית המשפט כי השאלה רלוונטית.

משמעות ההוראה הנוגעת לגילו של הילד אינה ברורה כל צרכה, אם אינה באה על רקע הנחה, לפיה יש מתאם כלשהו בין גיל הילד למינו של ההורה המשמורן. יתכן כי כאן השאיר המחוקק בידי בית המשפט הרשות לשקול את חזקת הגיל הרך. אם כי בניגוד למצב ששרר קודם, כוחה של החזקה נראה פחות בהרבה היות והינה בשה"כ שיקול אחד מני רבים שבית המשפט מחוייב לשקול בבואו להכריע בסכסוך המשמרת האינדיבידואלי.

בבית הלורדים נקבע כי עתה אין להפעיל כל חזקה הקובעת את טובת הילד ויש לדון בצורה עניינית וחסרת פניות בכל מחלוקת אינדיבידואלית.
 כדברי השופט הלורד Butler Sloss בעניין aminor¹³⁹:

"It used to be thought many years ago that young children should be with mother... such presumptions, if they ever were such, do not, in my view exist today."

בפסקי דין נו ספים נראים גם ביטויים לגישות הפסיכולוגיות החדשות בדבר הורות פסיכולוגית¹⁴⁰, והולך ופוחת כוחה של חזקת הגיל הרך לא רק בחקיקה (שם נעלמה כליל) אלא גם ביישומה בפסיקה.

1. קנדה

בחוק הקנדי לא מופיעה חזקת הגיל הרך.

"בחוק הגירושין" הקנדי שהינו חוק פדארלי נקבע בס' 16 לחוק כי בעת הגירושין יחליט בית המשפט בשאלות הנוגעות למשמורת בעת הגירושין ולזכויות הביקור ובבואו להחליט על כך יפעיל את עיקרון טובת הילד על פי ההנחיות הבאות:

Factors (8) In making an order under this section, the court shall take into consideration only the best interests of the child of the marriage as determined by reference to the condition, means, needs and other circumstances of the child.

¹³⁸ Allington (1985) FLR 586, 593.

¹³⁹ In re s Aminor: Custody 1991 2 FLR, 388.

¹⁴⁰ ראה למשל: A.V.A (Custody of Children) 1988 FCR, 205.

Past conduct (9) In making an order under this section, the court shall not take into consideration the past conduct of any person unless the conduct is relevant to the ability of that person to act as a parent of a child.

Maximum contact (10) In making an order under this section, the court shall give effect to the contact principle that a child of the marriage should have as much contact with each spouse as is consistent with the best interests of the child and, for that purpose, shall take into consideration the willingness of the person for whom custody to facilitate such contact.

הפרובינציות השונות של קנדה החילו בשינויים אלה ואחרים את אותם קריטריונים ואף ביתר הרחבה, תוך הקפדה על עיקרון טובת הילד כשיקול על ושמירת השוויון בין ההורים. כך למשל החוק במדינת אונטריו¹⁴¹ קובע את הכללים הבאים:

(1) The merits of an application under this Part in respect of custody of or access to a child shall be determined on the basis of the best interests of the child. R.S.O. 1990, C.12, s. 24 (1).

Best interests of child

(2) In determining the best interests of a child for the purposes of an application under this Part in respect of custody of or access to a child, a court shall consider all the needs and circumstances of the child including,

(a) the love, affection and emotional ties between the child and,

(1) each person entitled to or claiming custody of or access to the child,

(2) other members of the child's family who reside with the child, and

(3) persons involved in the care and upbringing of the child,

(b) the views and preferences of the child, where such views and preferences can reasonably be ascertained,

(c) the length of time the child has lived in a stable home environment,

Children Law Reform Act¹⁴¹

- (d) the ability and willingness of each person applying for custody of the child to provide the child with guidance and education, the necessities of life and any special needs of the child,
- (e) any plans proposed for the care and upbringing of the child,
- (f) the permanence and stability of the family unit with which it is proposed that the child will live, and
- (g) the relationship by blood or through an adoption order between the child and each person who is a party to the application. R.S.O. 1990, c. C.12, s. 24 (2).

גם הפסיקה בקנדה מתייחסת לעיקרון טובת הילד על בסיס של שוויון בין המינים, תוך הפעלת ההגיון וניסיון החיים ובכלל זה דוקטרינה של המשכיות והורה עיקרי¹⁴². לאחרונה הכינה והגישה לשכת עורכי הדין בקנדה לשלטונות מסמך ובו המלצה לבטל את המושג CUSTODY ולקבוע בחוק את **חלוקת האחריות ביחס לילד**, חלוקת הזמן של הילד עם שני הוריו והפסקת השימוש במושג משמורת הן משום שהוא מקצין סכסוכים, והן משום שבעידן זכויות הילד אין מקום להתייחסות אל הילד כמושא "הנמסר" למי מהוריו, אלא כיישות עצמאית שזכויותיה ייקבעו בהתאם לטובתה ולא "שייכת" לאיש.

2. ארצות הברית

את עיקר הפרק ההשוואתי נקדיש למשפט האמריקאי המאפשר לנו בחינה מגוונת של הגישות השונות במדינות ארה"ב.

כמו במשפט האנגלי, גם במשפט האמריקאי נקשרו מבחינה היסטורית זכויות המשמורת עם זכויותיו של אב וחובותיו בתשלום מזונות.

בסוף המאה ה-19 התהפכה המגמה והתגבש כלל העדפת האם כמשמורנית בסכסוכי משמורת¹⁴³ (The maternal preference rule).

142

Macdonald V. Macdonald, 240 Rep. Of family law, 2d 327 (1981)

Hualey V. Hualey 29 Rep of family low 2d 177 (1982)

Garska V. Mc Coy W. Va 278 S.E. 2d 357 (1981)

Kramer, **Legal rights of children**, shepard's 1994 P. 31.¹⁴³

ב- 1900 הפך כלל זה לחוק במספר רב של מדינות, כאשר בחלק מהחוקים היתה העדפה זו מעין חזקה בדבר טובת הילד, ובחלק אחר פשוט העדפת האם. כלל זה נבע בד"כ מהמצב החברתי כלכלי, חלוקת התפקידים בחברה האמריקאית ותפיסה פסיכולוגית-פילוסופית על חשיבותה של אהבת אם בחייו של ילד. העדפתה של האם פותחה עם השנים לדוקטרינה השואבת את הרציונאל שלה מעיקרון טובת הילד והקובעת כי חזקה היא שטובת הילד הרך (בעיקר) להיות במשמורת אמו (The tender years doctrine).

חזקה זו פורשה בפסיקה האמריקאית באופנים שונים:

- א. -חזקה ראייתית- אם לא הצליח האב להרים נטל של שכנוע (כבד) כי האם אינה מתאימה כמשמורנית - תימסר החזקה לאם¹⁴⁴.
- ב. הנחה הפועלת לטובת האם יחד עם שיקולים נוספים ואינה אוטומטית. מדובר בעדיפות מה בשקילת האפשרויות¹⁴⁵.
- ג. חזקה הפועלת רק כאשר הנתונים מאוזנים לשני ההורים, שווים ביכולתם לגדל את הילדים, רק אז תהא עדיפות לאם¹⁴⁶.

בעשורים האחרונים חל שינוי מרחיק לכת הן בחקיקה והן בפסיקה, הושם דגש על עקרון השוויון בין ההורים, ובוטלה השפעת חזקת הגיל הרך לטובת עיקרון טובת הילד כעיקרון על יחיד בסכסוכי משמורת.

כיום, ברוב המדינות נשלל תוקפה של חזקת הגיל הרך והיא לכל היותר שיקול מיני רבים¹⁴⁷. עיקרון העל של טובת הילד שולט בחקיקה הפדראלית בארה"ב וחקיקה זו משפיעה על החקיקה במדינות השונות. זה שנים יש ל- UCCJA הפדראלי Uniform Child Custody Jurisdiction Act השפעה מכרעת מאוד על החקיקה המדינתית והעקרונות של ה- UCCJA בדבר התחקות אחר טובת הילד מקוימים במדינות השונות רובן ככולן:

- א. גילו ומינו של הילד.
- ב. רצון הילד.
- ג. האינטראקציה והקשרים שיש לילד עם הוריו ודמויות משמעותיות בחייו.
- ד. התאמה והסתגלות הילד לבית, בית ספר וקהילה.
- ה. בריאותם ומסוגלותם הנפשית של כל הצדדים המעורבים.

חוק פדראלי נוסף Uniform Marriage and Divorce Act UMDA מגדיר גם הוא חמישה קריטריונים לביסוס עיקרון טובת הילד:

¹⁴⁴ *Simons V. Simons*, 211, SE2D 555 1975
¹⁴⁵ *Jones, The tender years doctrine: Survery and analysis* 16J FAML 695, 701-724
¹⁴⁶ *Pedington V. Pedington*, 711 P2D 254 1985
¹⁴⁷ *Jones V. Jones* 577 SW2D43 1979
¹⁴⁷ *Seibert V. Seibert* 584 NE2D, 41 (1990) (פסה"ד במדינת אוהיו)

1. The wishes of the child's parent or parents as to his custody.
2. The wishes of the child as to his custodian.
3. The interaction and inrerrelationship of the child with his parent, his siblings, and any other person who may significantly affect the child's best interests.
4. The child's adjustment to his home, school, and community.
5. The mental and physical health of all individuals involve.

בהסתמך על החקיקה הפדראלית קבע למשל החוק של **מישיגן** כי בבוא בית המשפט להכריע בסכסוכי משמורת יקח בחשבון את הפרמטרים הבאים על מנת לזהות את עיקרון טובת הילד ולהבטיחו כעיקרון על¹⁴⁸:

- (a) The love, affection, and other emotional ties existing between the parties involved with the child.
- (b) The capacity and disposition of the parties involved to give the child love, affection, and guidance and to continue the education and raising of the child in his or her religion or creed, if any.
- (c) The capacity and disposition of the parties involved to provide the child with food, clothing, medical care or other remedial care recognized and permitted under the laws of this state in place of medical care, and other materia needs.
- (d) The length of time the child has lived in a stable, satis factory environment, and the desirability of maintaining continuity.
- (e) The permanence, as a family unit, of the existing or proposed custodial home or homes.
- (f) The moral fitness of the parties involved.
- (g) The mental and physical health of the parties involved.
- (h) The home, school, and community record of the child.

Michigan Child Custody Act, MCLA 722.23¹⁴⁸

- (i) The reasonable preference of the child, if the court deems the child to be of sufficient age to express preference.
- (j) The willingness and ability of each of the parties to facilitate and encourage a close and continuing parent-child relationship between the child and the other parent or the child and the parents.
- (k) Domestic violence, regardless of whether the violence was directed against or witnessed by the child.
- (l) Any other factor considered by the court to be relevant to a particular child custody dispute.

המלומד **Robert Hhenley Woody** בספרו¹⁴⁹ מונה רשימה של פקטורים המקובלים במדינות השונות בארה"ב כשיקולים לזיהוי מירב טובתו של קטין בסכסוכי משמורת:

1. איכות הקשר של ההורה עם הילד.
2. בריאות הנפש של ההורה.
3. גישה חינוכית של ההורה.
4. היסטוריית הטיפול בילד.
5. התנהגות אישית.
6. בריאות פיזית.
7. אישיות.
8. היסטוריית חיים כללית.
9. מוסר.
10. אינטליגנציה.
11. עבר פלילי.
12. ידע ומודעות בהתפתחות הילד.
13. הכנסה.
14. יציבות במקום חיים.
15. שאיפות לעתיד.
16. חינוך והשכלה.
17. גיל.

¹⁴⁹ Robert Hhenley Woody, **Child Custody** PRP-2000

התנהגות מינים.	18.
דת.	19.
מקצוע.	20.

החוק **במדינת פלורידה** מורה לבית המשפט לבצע הערכה של רשימת שיקולים (factors) על מנת להגיע לזיהוי טובת הקטין ומונה רשימה ארוכה ולא סגורה של השיקולים וההערכות הבאות¹⁵⁰:

- (a) The parent who is most likely to allow the child frequent and continuing contact with the nonresidential parent.
- (b) The love, affection, and other emotional ties existing between the parents and the child.
- (c) The capacity and disposition of the parents to provide the child with food, clothing, medical care or other remedial care recognized and permitted under the laws of this state in lieu of medical care, and other material needs.
- (d) The length of time the child has lived in a stable, satisfactory environment and the desirability of maintaining continuity.
- (e) The permanence, as a family unit, of the existing or proposed custodial home.
- (f) The moral fitness of the parents.
- (g) The mental and physical health of the parents.
- (h) The home, school, and community record of the child.
- (i) The reasonable preference of the child, if the court deems the child to be of sufficient intelligence, understanding, and experience to express a preference.
- (j) The willingness and ability of each parent to facilitate and encourage a close and continuing parent-child relationship between the child and the other parent.

Florida Statute 61.13 [3]¹⁵⁰

(k) Evidence that any party has knowingly provided false information to the court regarding a domestic violation proceeding...

(l) Evidence of domestic violence or child abuse.

(m) Any other fact considered by the court to be relevans

החוקים במדינות השונות מתבססים על עיקרון השוויון ועיקרון טובת הילד וחלקם מדגישים זאת במפורש.

בלואיזיאנה Louisiana Civil Code Act 157 קובע כי " בעת פירוד או גירושין תימסר המשמורת לבעל או לאישה תוך התחשבות בשיקולי טובת הילד בלבד".

בויסקונסין קובע ה- 1971 F.S.A. 61 13 (2) Wiss State

"In determining the parent with whom a child shall remain the court shall consider all facts in the best interest of the child and shall not prefer one parent over the other solely on the basis of the sex of the parent".

בפלורידה קובע ה- 1971 F.S.A. 61 12 (2) Fla. Stot.

"The court shall award custody and visitation rights in minor children of the parties as part of proceeding for dissolution of marriage in accordance with the best interests of the child.

Upon considering all relevant factors, the father of the child shall be given the same consideration as determining custody".

וכן גם **בקולורדו** Colorado Rev States 46-1-5 (7)

"No party shall be presumed to be able to serve the best interest of the child better than any other party because of sex".

שינוי בתפיסת החזקה כאמור משתקף גם בפסיקת בתי המשפט המדינתיים, וכיום רווחת הגישה כי בד"כ אין מקום להיעזר בחזקת הגיל הרך. זאת ממס' נימוקים:

א. השמטת הבסיס החברתי לחזקה והשינוי בתפקידי ההורים במשפחה המתבטא ביציאת אימהות רבות יותר לעבודה מחוץ לבית - כך נקבע באילינוי בעניין סטיוונס¹⁵¹, כי בכלל אין להיזקק לחזקה כאשר מדובר באם העובדת מחוץ לבית.

ב. החלפת דוקטרינת הגיל הרך גורסת כי טובת הילד הקטן אצל אמו בדוקטרינת ההורה המטפל הראשוני (Preliminary care provider doctrine) ובדוקטרינת ההורה הפסיכולוגי (Psychological parent doctrine).

ג. שלילת החזקה מפאת היותה מפלה בין המינים¹⁵² ופסק הדין מניו יורק בעניין **Watts V. Watts** אותו כבר הזכרנו וצטטנו בהרחבה כבעל משמעות רבה. זהו פסק דין מקיף ונחרץ השולל את חזקת הגיל הרך מכל וכל. השופטת קובעת כי למרות היות האב והאם שווים מבחינת זכותם למשמורת, הרי ברוב המקרים (90%) מעניקים בתי המשפט את המשמורת דווקא לאם. מצב זה של העדפת האם סותר לדעת השופטת את חוק המדינה של ניו יורק. השופטת סוקרת פסיקה וחקיקה ממדינות שונות (בהן סעיפי החוק המוזכרים לעיל) המחזקות את מסקנתה, כי אין להעדיף את האם על האב כבעלת הזכות למשמורת בכל גיל. באשר לאפליה שיוצרת החזקה על רקע מיני אומרת השופטת כי הפעלת החזקה סותרת את התיקון ה-14 לחוקה באשר:

"... The tender years presumption would deprive respondent of his right equal protection of the law under the fourteenth amendment to the united states constitution".

תוצאת המשפט היתה מסירתם של הקטינים למשמורת אביהם וזאת משום שלדעת השופטת היה זה לטובת הילדים באותו עניין¹⁵³.

מתוך השיקולים הרבים שמונה החקיקה (והפסיקה) האמריקאית ניתן לזהות משקל יתר בעיקר לארבעה **פקטורים מרכזיים**¹⁵⁴:

¹⁵¹ In re: Stevens 538 NE2D 1279 (1989)
¹⁵² Devine V. Devine 398 SO2D 686 (1981)
¹⁵³ Watts V. Watts 350 N.Y. S2D 285 (1973)
¹⁵⁴ Family LAW, D. Kelly Weisberg 1999

א. ההורה העיקרי - Primary Caretaker ¹⁵⁵

הפקטור מופיע במרבית המדינות כפקטור מרכזי ובירג'ינייה המערבית ובוורמנט אומץ כחזקה ממש.

על פי מודל זה טובת הילד תובטח ביתר הצלחה אצל ההורה הראשוני המרכזי שמטפל בו ויש לקבוע זאת אם אין סיבות מיוחדות אחרות.

כיצד נבחנת השאלה מי הוא ההורה העיקרי? על ידי בדיקה "בשטח" של מי מההורים הוא ההורה העיקרי דהיינו מי:

מכין ארוחות

רוחץ

דואג לשמרטף

מחתל

מלביש

קונה בגדים

מכבס

דואג לרפואה

מסיע לחברים ולפעילויות לאחר יום לימודים

דואג למסגרות חברתיות ומעורב בהן

משכיב בלילה

קם בלילה

מטפל במשמעת

דואג לחינוך השוטף (קריאת חשבון)

מלמד מיומנויות חברתיות

וכיוצ"ב.

כאמור מדובר בפקטור מרכזי ובחלק מהמדינות כחזקה אולם ברור כי אם יוכחו נסיבות כמו מחלת נפש או סכנה לגרימת נזק נפשי או פיזי או באין כלל הורה ראשוני בר זיהוי - חופשי ומשוחרר בית המשפט מלפסוק על פי מרכיב זה.

¹⁵⁵ **Garska V. Mc. Coy** 278 S.E. 2d 357-363 (1981)

Brendt V. Brendt 292 N.W. 2d 1 Minn (1980)

Pikula V. Pikula N.W. 2d 705 Minn (1980)

ב. ההורה הפסיכולוגי - המשכיות

פקטור חשוב ומרכזי נוסף הוא מי מההורים נתפס בעיני הילד כהורה הפסיכולוגי, דהיינו הדמות היציבה והמרכזית בעיני הילד המסמל עבורו המשכיות, יציבות וחוסר טלטול. פקטור זה הושפע רבות מתחקיריהם של פרויד, סולינט וגולדטיין שפורסמו בסדרה של ספרים בדבר טובת הילד ואשר לאחר פרסומיהם העדיפו בתי המשפט ליתן משקל יתר לשמירת יציבות חייו של הילד והמשכיות הקשר שלו עם ההורה עמו שהה וראו בכך הבטחה מקסימאלית של טובת הילד¹⁵⁶.

ג. שיקול ההורה המבטיח יותר קשר עם ההורה האחר (Friendly parent Provision)

מדינות רבות (פלורידה למשל) קבעו בחקיקה ובפסיקה כי השיקול של מי הוא ההורה אשר אצלו ובמשמורתו ישמור הילד על קשר טוב יותר עם ההורה האחר הוא שיקול מכריע. לא מדובר בחזקה אולם מדובר בדוקטרינה המדגישה את זכות השוויון וזכות הקשר של הילד עם שני הוריו. הורה אשר מבטיח שמירה על קשר כזה מבטיח יותר את טובת הילד. הורה אשר מסכל קשר של הילד עם ההורה האחר, פוגע בטובת הילד וניתן לשלול ממנו את המשמורת¹⁵⁷.

ד. רצון הילד

רוב מדינות ארה"ב חוקקו בחוקים את הכלל בדבר התחשבות ברצון הילד בתיקי משמורת.

ניתן לזהות 4 סוגים של הוראות חוק :

- א. התחשבות ברצון הילד כשיקול בין שאר השיקולים (UMDA).
- ב. התחשבות ברצון הילד כשיקול לאחר שנמצא כי הוא בגיל מנטאלי מספק.
- ג. התחשבות ברצון הילד רק כשבית משפט סבור שהדבר ראוי.
- ד. משקל מכריע לרצון הילד ואי פסיקה בניגוד לרצונו החל מגיל מסוים.

יש גם שוני בין המדינות השונות בדרך בה בוחנים את רצון הילד :

- א. עדות ילד בפני בית משפט בדלתיים פתוחות.
- ב. עדות אחרים על רצון הילד בדלתיים פתוחות.
- ג. ראיון אישי של השופט עם הילד (לבדו או עם אנשי מקצוע).
- ד. ראיון אישי כנ"ל אולם עם עריכת פרוטוקול.

מעבר לארבעת הפקטורים הנ"ל מובן כי בית המשפט מונחה על פי רשימה ארוכה יותר שיקולים מנחים הקבועים בחוק כפי שהובהר לעיל.

¹⁵⁶ Coltharp V. Coltharp 368 SO2D 794
Brackman V. Brackman 322 SO2D314

¹⁵⁷ ראה: מחקריו של ריצארד גרנר בדבר "הניכור ההורי" ומאמרים שנכתבו גם בישראל על ידי חוקרים שונים כגון: ברנמן, ויצטום, לויטה ואחרים על תיאוריות התנכרות להורה.

חשוב לציין עוד, כי במדינות השונות בארה"ב קיימת מגמה כללית על פיה טובת הילד תובטח גם אם יתקיימו **הפרוצדורות** הבאות:

א. **גישור בטרם משפט** - מדינות רבות בארה"ב מחייבות קיומם של הליכי גישור בטרם פתיחת משפט. בחלק מהמדינות מדובר בהליך חובה ובחלק אחר הליך מומלץ שבית משפט מעודדו בטרם פתיחת ההליך.

אדם יכול להשתחרר מההליך אם לא צלח או עקב חוסר התאמה (מנטאלית, כלכלית, אינטלקטואלית) או עקב פערים גדולים הפוגעים בשוויון. מכל מקום משרת מודל זה את הרעיון הכללי של צמצום מקסימאלי של קונפליקטים וחתירה להסכמה כערך המשרת את טובתו של הקטין ושל המשפחה בכלל.

ב. **מינוי אפוטרופוס לדין** - במרבית מדינות ארה"ב קיים העיקרון על פיו רשאי בית המשפט ואף מפעיל ברו ב המקרים את סמכותו למינוי נציג מיוחד המייצג את אינטרס הילד במשפט בנפרד מהוריו.

המינוי נועד בעיקרו להבטיח כי טובת הילד כשיקול על תושג ללא מניעים ואינטרסים זרים של ההורים המתדיינים על נושאים שונים במסכת פירוק התא המשפחתי.

ג. **מומחים מקצועיים** - במרבית מדינות ארה"ב מקובל כי בסכסוכי משמורת נוטלים חלק פסיכולוגים, פסיכיאטריים ועובדים סוציאליים כבעלי מיומנות במדעי הנפש אשר תפקידם להעניק לשופט מימד על הבריאות הנפשית של ההורים, מסוגלותם ההורית וצרכיהם הנפשיים של הילדים.

מינוי מומחה מקצועי הוא בסמכותו של בית המשפט ואף הצדדים רשאים להציג מומחים מטעמם. עקב מגוון הגישות התפיסות והדעות בתחום מדעי הנפש (שאינו מדע מדויק) נוטים בתי המשפט בדר"כ לאפשר הצגת חוות דעת מטעם שני הצדדים (ששניהם נחשפים הדדית למומחים משני הצדדים), על מנת שלשופט תהיינה כל הדעות האפשרויות בקבלת ההכרעה הנדרשת לטובת הקטין.

לסיכום:

מודל ההכרעה במשפט האמריקאי מושתת על עיקרון טובת הילד תוך ניסיון להבנות רשימת שיקולים מהם מרכזיים ומהם מרכזיים פחות על מנת לאפשר לבית המשפט לקבל הכרעה על פי מירב האינטרסים של הקטין.

חזקת הגיל הרך כשיקול מרכזי עברה מן העולם ואת מקומה, אף כי לא כחזקות חלוטות בדר"כ, תפסו שיקולים אחרים של הורה עיקרי, המשכיות, רצון הילד והבטחת קשריו עם שני הוריו. ניתן לומר כי פקטורים אלה מתיישבים עם עקרונות האמנה לזכויות הילד ומשרתים את מה שמוגדר כזכויותיו של קטין.

אוסטרליה

- בחוק האוסטרלי (משנת 1995) קיימת התייחסות לעיקרון טובת הילד ובו פרק נפרד העוסק בהבניית שיקול הדעת להכרעה בשאלת טובתו של קטין בסכסוכי משמורת. החוק קובע מספר פרמטרים שבית המשפט חייב לשקול בקביעת טובת הילד. הפרמטרים החשובים הם:
- א. רצונותיו של הילד.
 - ב. טיב יחסי ילד הורה.
 - ג. השפעתו של שינוי על הילד (המשכיות).
 - ד. מסוגלות הורית, התאמה הורית ומילוי חובות הורה כלפי ילדו.
 - ה. גילו של הילד, מינו והרקע החברתי.
 - ו. הגנה מפני פגיעה בילד מכל סוג.
 - ז. סופיות הדיון ומניעת צורך בהמשך התדיינות.
 - ח. קשיים מעשיים ומיוחדים של כל ילד וילד והתאמת ההורה לספק להן הכוון.
 - ט. "סעיף סל" - כל עובדה או נסיבה שבית משפט סבור כי הן רלוונטיות.

בית המשפט מחויב כאמור בשקילת מכלול הפרמטרים אלא אם כן כל נוגעים בדבר מסכימים להימנע משקילת פרמטרים מסוימים.

בלגיה, צרפת, סקוטלנד

מדינות אלה מוזכרות בהערה בלבד כדוגמא למדינות בהן טובת הילד ורווחתו מוגדרות בחקיקה באופן כללי תוך הנחיה לבתי המשפט לפעול על פיהן, אולם ללא פירוט של שיקולים ופרמטרים להבניית שיקול הדעת בשאלה מה היא טובת הקטין.

היבטים פסיכוכברתיים בנושא הגיל הרך

הן המקורות בהלכה והן המחוקק ובתי המשפט האזרחיים יוצאים מתוך נקודת הנחה כי בגיל הרך טובת הילד לגדול בחיק אמו ולזכות בטיפולה האימהי "הטבעי", ומכאן- במקרה של פירוד בין ההורים, מקומם "הטבעי" של ילדים רכים הינו אצל האם.

המשפט הישראלי אימץ תפיסה זו כידוע במסגרת סעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית¹⁵⁸.

השאלה הינה - מה מקורה העיוני של תפיסה זו והאם תפיסה זו עדיין תקפה בימינו?

במשך רוב המאה ה-20 שלטה גישה סטריאוטיפית בכל הנוגע לעמדות כלפי תפקידם של הורים בחיי ילדיהם- "מיתוס האימהות"¹⁵⁹, לפיו האימהות הן אוהבות באופן מוחלט, חסרות כל אנוכיות וחזקות בצורה מיטיבה, קרי: כי האימהות היא אינסטינקטואלית וכי האם היא הדמות המטפלת הטובה ביותר עבור ילדיה.

גישות ותיאוריות שונות ניסו במהלך השנים להגדיר ולעצב מודלים שונים שיציעו הסברים למהותו ולהתפתחותו של הקשרים בין הילד להוריו. תיאוריות אלו, בשל אותה גישה סטריאוטיפית מיננית, שמו את הדגש על תפקידה של האם בשנים הראשונות לחייו של הילד וממילא- ביססו את הגישה הפסיכולוגית השמרנית שבצורתה המשפטית הביאה לקביעת חזקת הגיל הרך.

תיאוריות יחסי האובייקט

יחסי האובייקט אינה גישה אחידה והיא מורכבת מגישות רבות בעלות עקרונות הדומים בחלקם, כאשר המרכיב העיקרי בהתייחסותה של הגישה, בנוגע להתפתחות מוקדמת, הוא הדגשה של חשיבות יחסי הגומלין המוקדמים, שיוצר התינוק עם האובייקטים המשמעותיים בחייו, כאשר האובייקט אינו עוד אמצעי להשגת סיפוק אלא מטרה בפני עצמה¹⁶⁰.

מלני קליין¹⁶¹ טענה שדחפי התינוק מעצם הגדרתם מכוונים וקשורים לאובייקטים. בכך הניחה את היסוד לגישת "יחסי האובייקט" שהציעה הבנות חדשות באשר לדרך ההתפתחות מערכת היחסים אם-ילד. התפתחות הקשר של התינוק עם האם נשלטת ע"י מנגנונים של הפנמות והשלכות, כאשר כשהשד מספק הוא אובייקט "טוב" וכאשר הוא מתסכל הוא "רע".

¹⁵⁸ סעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות התשכ"ב-1962.

¹⁵⁹ בן דוד אימהות וג'נדר, מערכה מיוחדת של המיתוס בטיפול משפחתי, (1992) שיחות ז' עמ' 14-19.

¹⁶⁰ ראה: ע. בקר, קשרי גומלין בין דגמי יחסים סין אישיים של אימהות לבין דפוסי הצמידות של ילדיהן, חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, אוניברסיטת ת"א (1995).

¹⁶¹ ראה: מ. ניר, הקשר בין תפיסות היסטוריות ההתקשרות עם ההורים בילדות, עבודה וצורך קבלת תואר מוסמך, אוניברסיטת ת"א (1997), שם ציטט את מלני קליין.

האם הופכת לאם "טובה" דרך הנקה טובה ומשביעה והתינוק אוהב אותה ע"י בליעתה והפנמתה. היא הופכת לאם "רעה" כאשר היא מתסכלת אותו. שלב זה מכונה שלב "העמדה הפרונאידיית-סכיזואידיית" - כאשר התינוק מפצל בין 2 חלקים אלו של האם. הפיצול לדעת קליין הוא מנגנון, מוקדם, ראשוני וההפרדה באובייקטים מתרחשת לפני ההפרדה ב"אני".

בשלב זה ישנו פיצול בין 2 חלקים: הטוב והרע. התינוק משליך על האם את החלק הרע שבתוכו שאותו אינו יכול לשאת וממנו חרד שיהרוס אותו. לדבריה, האם שתכיל בתוכה חלקים מושלכים אלו מתינוקה, תאפשר לו בעתיד לעשות אינטגרציה בין "הטוב" ל"רע" ולשאת את הטוב והרע שבו ובאימו כשלם¹⁶².

בהמשך, כאשר ההתפתחות היא תקינה, יש לתינוק יותר חוויות טובות עם האובייקט "הטוב", פחות חוויות עם האובייקט "הרע" ופחות הצורך בפיצול האובייקט. התינוק לומד שהאובייקט הוא שלם, על כל חלקיו ונוצר מצב של איחוד. אולם, לאחריו מגיע שלב חדש, שלב "העמדה הדיכאונית", בו חש התינוק חרדה ואימה כאשר הוא כועס על האם כתוצאה מההרס הדימויני ותוקפנותו שלו עצמו ועליו להתמודד עם רגשות אלו. יכולת נוספת באם היא יכולתה לאפשר לתינוק לחוות היעדר האינטגרציה הראשונית שבו באופן רגוע יחסית וללא צורך בהתארגנות הגנתית מצד התינוק. תפקידה של האם לספק תמונת השתקפות של יכולת לארגן את העולם אשר תשתקף בעיני התינוק כעולם מאורגן¹⁶³.

מרגרט מהלר עסקה רבות בתצפיות על ילדים בעיקר במסגרות קליניות. היא הציעה תיאוריית שלבים שונה לחלוטין מזו של פרויד; היא הציעה כי שלבי ההתפתחות נובעים מהתפתחות הקשר בין התינוק לבין האם שהיא האובייקט המרכזי. מהלר הדגישה היבטים של היחסים כפי שהם באים לידי ביטוי במציאות של הילד ואת התנאים הבין אישיים המקדמים את התפתחות האגו.

שלבי ההתפתחות על פי מהלר מוגדרים במונחים של שלבים ביחסי האובייקט:

שלב "האוטיזם הנורמלי" - בשלב האוטיסטי לא קיים קשר מובחן בין התינוק לבין דמות אנושית והקשר עם האם מתפתח ומתבסס בשלב הסימביוטי ומתבטא בכך שהתינוק מעדיף אותה על פני דמויות אחרות.

שלב "הספרציה - אינדיבידואציה" נמשך בתת שלבים עד גיל שלוש. תת השלב הראשון הוא של "דיפרנציאציה" ובו מתרחשת יציאה מהסימביוזה. בשלב זה מתחילה פעילות תפיסתית המכוונת כלפי חוץ והתינוק מגלה מידה הולכת וגוברת של עירנות ועניין בסביבה שמחוץ לאם.

תת השלב השני הוא "אמון", שבו מספק הילד את סקרנותו בחקירה של אובייקטים דוממים ונהנה מתפקוד עצמאי.

לצורך כך הילד מתחיל להתרחק פיזית מהאם, אך היא ממשיכה לשמש עבורו מקור סיפוק וחיזוק רגשי. למרות שתהליך הספרציה בעיצומו, פועל הילד כאילו האם היא חלק ממנו וזהו השלב בו מגיעה לשיאה תחושת הנרקסיסטיות ואומניפוטנציה.

¹⁶² שם, שם.

¹⁶³ שם, שם.

בתת השלב השלישי, קיים תהליך של "התקרבות מחדש", המתרחש מאמצע השנה השנייה לחיים, מתעורר בילד צורך ההולך וגובר בשפה, מאפשר לאם ולילד לנהל אינטראקציה ברמה סימבולית גבוהה יותר. הילד חווה בשלב זה אף אמביוולנטיות, הנובעת מהצורך בתלות באם לבין צורך חזק להיות עצמאי ולפעול בנפרד, הדבר מתבטא בחששו של הילד באיבוד אהבת האם אך גם מחזרה לשלב הסימביוטי.

כיוון שהילד חווה תסכולים רבים הוא נאלץ לוותר על האשליה האומניפוטנטית שלו ובמקביל לוותר גם על חווית האומניפוטציה של אימו. האם אינה נחוית עוד כחלק אינטגרלי מה"אני" שלו, הילד מפתח קביעות אובייקט המתבטאת בתפיסה יציבה של "האני" ו"האחר".

ויניקוט¹⁶⁴ הדגיש גישה שונה כאשר הדגש הוא על השפעת הסביבה הבין אישית על התפתחות הילד.

ויניקוט טען כי מלידה יש לתינוק דחף לחיפוש אובייקט ולכן אין דבר כזה תינוק, כלומר, לא ניתן לראות את התינוק כיחידה מבודדת אלא כחלק ממערכת בה מתרחשים תהליכים לא רק בתינוק אלא גם בקשר שלו עם מטפלו.

כאשר רוצים ללמוד דבר מה על התינוק יש להתייחס ליישות הפסיכולוגית השלמה הכוללת אותו ואת האם. ויניקוט הגדיר את המושג "תחום ביניים" (TRANSITIONAL SPACE), תחום זה לדבריו מתפתח בשנה הראשונה לחייו של התינוק שבה נעשה שימוש באובייקטים רכים כגון: דובי, שמיכה וכו'.

הוא קרא לאובייקטים אלו, אובייקטים של מעבר (TRANSITIONAL OBJECTS), מושגים אלו מאפשרים להבין תהליכים התפתחותיים בהתארגנות האגו ליציאה משלב של חוסר דיפרנציציה עם האם ליחסים מובנים עמה כאובייקט מופרד.

לדבריו, לאם תפקיד משמעותי בהסתגלותה לצורכי התינוק הנמצא בשלב של תלות מוחלטת¹⁶⁵. התינוק מתחיל את חייו במצב של חוסר אינטגרציה והאם היא המספקת את הארגון לחוויות המנטליות והגופניות ובכך מאפשרת את בניית "האני". ארגון זה מתרחש ע"י האם אותה הגדיר ויניקוט במונח - THE GOOD ENOUGH MOTHER - אם זו מספקת את צורכי התינוק בצורה מתקבלת על הדעת אך לעיתים גם גורמת לו תסכולים אשר מאפשרים לו להתמודד עם קשיים, להינתק מהסימביוזה, מתחושת האשליה של איחוד עמה ולצור "אני" מובחן.

ויניקוט ממקם את תפקידה של "האימהות המספיק טובה" באמצעות רגישות לתהליכים התפתחותיים הפועלים בחיי התינוק, האם תדע לא רק לשמר את הילד מפני הסכנות בסביבתו, אלא תדע גם לחשוף אותו בפני התמודדויות של גירויים ומצבי תסכול, וזאת במינון שאותו יכול התינוק לשאת. על האם לספק לתינוק סביבה "חובקת" (HOLDING ENVIRONMENT) ויחד עם זאת מאפשרת לו קשר עם העולם. זוהי מסגרת היחסים שמספקת האם להכלת חייו של תינוקה כאשר חסרה לו אינטגרציה ומבניות¹⁶⁶.

בתחילת הקשר כאשר האם עסוקה רק בתינוק הוא חווה עצמו כאומניפוטנט, חוויה זו משמשת בסיס להתפתחות בריאה וחזקה של "האני".

¹⁶⁴ ראו: בקר, לעיל הערה 160, שם איזכר את ויניקוט.

¹⁶⁵ ראו: ניר, לעיל הערה 161, שם איזכר את ויניקוט.

¹⁶⁶ שם, שם.

הקשר של האם עם התינוק בנוי על אמפטיה, על צפייה מראש של צורכי הילד ועל עיתוי מדויק ומותאם של צרכיו¹⁶⁷.

האם משמשת כראי (MIRRORING) לתינוקה כמעין מראת למידה, התגובות שלה ישקפו לתינוק את הידע הראשוני על עצמו, מספקת לתינוק שיקוף של חוויותיו ורמזיו. עם זאת, מכיוון שלתינוק יש פוטנציאל לאינדיבדואליות, על האם להימנע ליד התינוק באופן שלא יפריע להתפתחותו הספונטנית.

בראייה של ויניקוט זוהי מעין משימה התפתחותית הניצבת בפני התינוק ומותנית באיכות הטיפול האימהי בו.

תיאורית ההתקשרות של Bowlby

ההתקשרות היא כל התנהגות שמשיגה ומשמרת קירבה לאחר המועדף, אשר נתפס כחזק או כחכם. ההתקשרות מלווה לאורך כל מעגל החיים, מהלידה ועד המוות אך היא עוצמתה בתקופת הניקות.

מאפייני ההתקשרות הם:

- א. **ספציפיות** - ההתקשרות מכוונת ליחיד או לבודדים מסוימים בסביבת התינוק, אולם דמויות ההתקשרות מתרחבות ויכולות להשתנות לאורך מעגל החיים.
- ב. **עוצמה רגשית** - עוצמתה הרגשית של ההתקשרות משתנה בסיטואציות כגון: התאהבות, איבוד פרטנר וכדומה¹⁶⁸.

תיאוריית ההתקשרות של Bowlby¹⁶⁹ מבוססת על 3 הנחות מרכזיות:

ההנחה הראשונה, תינוקות נולדים עם אוצר התנהגויות המכוונות לשמר קרבה "לאחר" משמעותי, העוזר להם לשרוד ומגן עליהם מפני זרים. כלומר הצורך בקרבה הוא צורך ראשוני ומהווה חלק מהפוטנציאל הפסיכולוגי המולד.

הנחה שנייה, טוענת כי שימור קרבה תלוי לא רק במערכת ההיקשרות של הפרט אלא גם בזמינות של "האחר" לצורכי התקשרות זאת.

הנחה שלישית, התנסויות עם "אחרים" משמעותיים מופנמת ל"דגמי עבודה פנימיים, של העולם ושל העצמי ומוכללות למערכות יחסים חדשות¹⁷⁰.

על פי Bowlby¹⁷¹ מתחלק תהליך ההתקשרות לארבעה שלבים התפתחותיים:

¹⁶⁷ ראו: בקר, לעיל הערה 160.

¹⁶⁸ Boelby J bonds. British journal of psychiational, 130, 201-210. (1979) The making and breaking of Affectional.

¹⁶⁹ ראה: מ. מיקולינסר, (1999) סגנון היקשרות בבגרות ואסטרטגיות של ויסות רגשות, **פסיכולוגיה**, ז(1) 48-33 שם איזכר את בולבי.

¹⁷⁰ Bowlby (1979) The making breaking of Affectional bonds British journal of psychiatry, 130, 201-210)

¹⁷¹ שם, שם.

1. נמשך מהלידה עד גיל חודשיים ומאופיין על ידי מצב של טרום התקשרות. ניתן להבחין במגוון רחב של התנהגויות המכוונות להתקשרות, אך אלה אינן פונות באופן אישי לדמות מסוימת בסביבה. בגיל זה התינוק מוכן להסתכל ולחייך לכל אחד ללא הבחנה ולכן, כל מי שרוצה בכך יכול לטפל בו, מבלי שהדבר יעורר מחאה מיוחדת מצדו.
2. שלב זה מתחיל בגיל חודשיים ונמשך בערך עד גיל חצי שנה. ניתן לראות ביטויים שונים של התקשרות בהתנהוותה. התינוק מתחיל להבחין עכשיו בין אנשים שונים, מתחיל להכיר את הדמויות הקרובות אליו ומתחיל לגלות העדפות שונות. הוא מנסה להתקרב לאותם אנשים שהוא מכיר במיוחד ומחייך פחות למי שאינו מכיר היטב. לקראת סוף התקופה, התינוק רוצה להיות קרוב לאדם מסוים, בדרך כלל לאם, ומגלה אי שקט וסימנים של פחד מפני זרים.
3. שלב זה נמשך מגיל חצי שנה ועד גיל שנתיים. מופיעים סימנים ברורים המעידים על התקשרות של ממש. התינוק מגלה יוזמה רבה מצדו שמטרתה בבירור, לשמור ככל האפשר על קשר קרוב עם אנשים שונים בסביבה. ההתקשרות מתמקדת בדרך כלל באם, אך לעיתים גם האב, האחים או הסבים והסבתות, יכולים לשמש מטרה להתקשרות עבור התינוק. בשלב זה מופיעים סימנים של חרדת פרידה, עם שובה של האם, התינוק מגיב בדרך כלל בביטויים גלויים של שמחה ובהתקשרות מיוחדת. בתקופה זו הופכת דמות בהדרגה לבסיס בטוח עבור הילד, ולכן הוא מוכן מדי פעם להתרחק ממנה כדי לגלות את העולם מסביב, כל עוד הוא יכול לחזור אליה כשירצה בכך.
4. שלב זה מתחיל בסביבות גיל שנתיים ומכונה "שלב השותפות". הילד מתחיל לגלות הבנה רבה יותר למטרות ותוכניות של אימו ולדרך שבה היא מנסה לממש אותן, וכתוצאה מכך ההתקשרות ביניהם מתחילה לקבל אופי מגובש ויציב יותר.

הספרות, גם תאורטית וגם אמפירית, הצביעה על החשיבות של ההתקשרות המוקדמת עבור התפתחות הילד בעתיד. כל תינוק מעצב התקשרות אך עם זאת ישנם שינויים אינדיבידואליים באיכות התקשרות זו. ההתקשרות יכולה להיות בטוחה או חרדה (חרד - נמנע או חרד - אמביוולנטי).

התקשרות בטוחה מושגת באמצעות הרגישות וההתייחסות של המטפל במפגש עם צורכי התינוק. על מנת שתהייה התקשרות בטוחה האם צריכה להיות קשובה, רגועה וזמינה לצרכים ולמסרים שהילד משדר לה. אם ההתקשרות בטוחה הילד יכול לחקור את סביבתו בצורה בטוחה בנוכחות המטפל ואם הוא מפוחד הוא יכול לחזור אליו על מנת להתנחם ולקבל שוב בטחון. דרך ההתקשרות התינוק יוצר מודלים ייצוגיים של "האחר" ושל "עצמי".

מודלים אלו הוא נושא לאורך החיים והם בעלי השפעה חזקה על הדרך בה הוא קושר קשרים עם אחרים, ניגש לסביבה ופותר נושאים קריטיים בשלבים מאוחרים יותר של ההתפתחות. אדם אשר בנה התקשרות בריאה ובטוחה עם מטפל מגיב, "יכול להפעיל מודל ייצוגי של דמות התקשרות כזמינה, מגיבה ועוזרת וליצור מודל שלם של עצמו כאדם שהינו לפחות רב ערך"¹⁷². הילד בעל התקשרות בטוחה עם ציפיות חיוביות מעצמו ומאחרים, ניגש לעולם עם בטחון וכאשר הוא נתקל במצבים מפחידים פוטנציאליים הוא מנסה לפתור אותם בצורה אפקטיבית או שמבקש עזרה כדי לעשות זאת.

תינוקות שצורכיהם לא סופקו בעקביות, אשר התנהגות ההתקשרות שלהם (קשר פסי, קשר עין, שיתוף רגשי וחיפוש הקרבה של התינוק למטפל) נענתה באופן לא מספק ולא ראוי, רואים את העולם כלא מנחם ובלתי צפוי, הם מגיבים בהרתעות מהעולם. ילדים בעלי התקשרות לא בטוחה פחות מוכנים להתמודד עם חוויות פוגעות מאוחרות יותר, ובדרך כלל נוטים להתנהג בדרכים היוצרות חוויות פוגעות¹⁷³.

התיאוריה אותה פיתח **Bowlby** בדבר סגנונות ההתקשרות נבדקה על ידי Ainsworth באמצעות מערך המחקר של "סיטואציית הזר" (Strange Situation).

Ainsworth¹⁷⁴ מסכמת את ממצאיה בכך, שמידת רגישותה של האם למשימות התפתחותיות ולצורכי ההתקשרות עימם מתמודד התינוק בשנת חייו הראשונה, תקבע את מידת בטחונו בהתקשרות עימה ואת הצלחתה להיות עבורו "בסיס בטוח". הניסוי של Ainsworth וחבריה נערך בחדר משחקים ובמהלכו התינוק נחשף לאפיזודות של פרידות קצרות מאמו. מן התצפיות עולות 3 תפיסות של סגנונות התקשרות:

1. **סגנון בטוח** - יפגינו סימני מחאה עם העלמות האם ויתקשרו עמה מיד עם חזרתה. אמהות טיפוסיות לילדים בעלי דפוס התקשרות בטוח גילו חיבה לילד, מעניקות חום, מעניקות קרבה וקשר פיזי, היו נגישות פסיכולוגית, הגיבו ברגישות לרמזים ולסימנים של ילדן ועודדו אינטרקציה הדדית של "תן וקח" איתו.
2. **סגנון חרד - אמביוולנטי** - ילדים אלו יגיבו במחאה חזקה עם העלמות האם ובחזרתה יגיבו אליה באופן אמביוולנטי (התקרבות והימנעות במקביל). אמהות לילדים בעלי דפוס התקשרות אמביוולנטי גילו חוסר רגישות כלפי ילדן אימהות אלו יגיבו לתינוק באופן לא עקבי. תינוקות אשר מצד אחד גילו התנגדות לקשר קרוב לאם אך מצד שני נטו מדי פעם להיות צמודים אליה סווגו כבעלי התקשרות אמביוולנטית.
3. **סגנון חרד - נמנע** - ילדים אלו יגיבו במחאה להיעלמות האם ויימנעו מקרבה אליה עם חזרתה. אם טיפוסית של תינוק כזה תדחה את בקשות התינוק לקרבה ומגע. אמהות לילדים בעלי דפוס התקשרות חרד - נמנע גילו כעס סמוי לדחייה כלפי ילדן ולא נענו לצרכיו בייחוד כאשר בכה או היה עצוב.

¹⁷² Bowlby 1980

¹⁷³ Bowlby 1982 מתוך Egeland & Erickson

¹⁷⁴ ניר, לעיל הערה 161.

הפיזור של סגנונות ההתקשרות באוכלוסייה הינם: 65% בעלי סגנון התקשרות בטוח, 14% בעלי סגנון התקשרות חרד - אמביוולנטי, 21% בעלי סגנון התקשרות נמנע.

4. **סגנון לא בטוח ולא מאורגן** - סגנון זה מאפיין ילדים מוכים, בנים לאימהות שסבלו מדיכאון פסיכוטי וכו'. סגנון זה כולל בתוכו מאפיינים מהסגנונות של הנמנע, חרד ואמביוולנטי ובנוסף יש סימנים של בלבול ודיסאינטגרציה. התנהגותם של ילדים אלו מאופיינת בניגודים, חיפוש קרבה ולאחריה הימנעות חזקה וכדומה. ילדים אלו היו חסרי אסטרטגיה קוהרנטית להתמודד עם פרידה ובניגוד לילדים מהקבוצות הקודמות. לילדים אלו יש את התנאים המשפחתיים הקיצוניים ביותר. חוסר הארגון של הילדים היה קשור לאבל לא פתור של האם על אובדן דמות ההתקשרות שלה. עבור תינוקות אלו הן הפרידה והן דמות ההתקשרות עצמה מהווים איום¹⁷⁵.

התיאוריות הללו הולכות ומדגישות את משמעות האובייקטים בחיי הילד והשפעתם על התפתחותו, גישתו של ויניקוט רואה את השפעת הגורמים הסביבתיים (האם) על התפתחות התינוק כגורם מכריע. עם זאת, המשותף לכל הגישות היא הקביעה כי ההתנסות הראשונית בין התינוק לבין האם (בין אם מניעה ביולוגיים, פסיכולוגיים) מעצבת את אישיות הילד ומנחה אותו בחייו הבוגרים. תפקידה של האם הינו משמעותי וקריטי להתפתחות התינוק.

התקשרות אב - ילד

עד לשנות ה-50 של המאה הנוכחית התרכזו רוב החוקרים והתאורטיקנים בקשר אם - ילד, וראו בקשר זה מוטיב מרכזי וראשוני בהתפתחות האישיות. התאורטיקנים הושפעו ברובם מהגישה הפסיכואנליטית אשר הדגישה את מרכזיות האם עד לשלב האדיפלי. לאחרונה החלו חוקרים שונים להתייחס לדמות האב ותרומתו להתפתחות הילד מיום היוולדו בצורה שונה, אין רואים בו דמות חליפית אלא האב יחד עם האם נתפס כמרכיב יחידת הורות בעלת משקל ומשמעות.

משתנה חשוב המבדיל בין יחסי אם - ילד לבין יחסי אב - ילד הוא כמות הטיפול שכל אחד מספק. למרות שקיים לרוב הבדל בין כמות הזמן שאבות מבליים עם ילדהם לעומת כמות הזמן שאימהות מבלות¹⁷⁶, גם אבות וגם אימהות הן דמויות משמעותיות בעולם התינוק כבר מגיל מוקדם¹⁷⁷. מחקרים העוסקים בנושא מראים, כי כבר בסוף השנה הראשונה התינוק יוצר התקשרות (Attachment) גם עם אימהות וגם עם אבות, יוצא איפוא כי גם אימהות וגם אבות הן דמויות משמעותיות עבור התינוק, גם כאשר האב לא לוקח אחריות שווה בטיפול¹⁷⁸.

¹⁷⁵ Main & Solomon, 1990, Main & Hesse, 1990.

¹⁷⁶ ר. דביר, תפיסת עובדות סוציאליות ביחס לקביעת חזקה של הורים במשפחות בתהליכי גירושין, חיבור לשם קבלת מוסמך, אוניברסיטת חיפה, חיפה (1983), שם איזכרה את, Russell & Radin, 1983.

¹⁷⁷ שם.

¹⁷⁸ שם.

גרינברג ומוריס¹⁷⁹ היו מראשוני החוקרים אשר בדקו את שני ההורים וראו בהם מרכיבים שווים בהתפתחות ההתקשרות.

הם מציינים את ההתארגנות החדשה של בני זוג בתפקידם החדש כהורים. נושא מחקרם היה השתתפות אבות בתהליך הלידה, המחקר מצא כי אבות אשר היו נוכחים בשעת הלידה יצרו עם ילדיהם קשר חזק ושונה, מאשר אבות שלא השתתפו בלידה. עלה כי האבות טיפלו באופן דומה לטיפול האם בהאכלה מבקבוק, מגע ומשחק.

התופעות אשר נצפו ב-48 השעות הראשונות חזרו בעקביות גם בתצפיות חוזרות, החוקרים סיכמו כי המשתנה המשמעותי לגבי התפתחות קשר אב – ילד, היה השתתפותו של האב בחווית הלידה.

שגיא וקורן - קריא (1988) סיכמו במאמרם מספר מחקרים אודות ההשפעה שיש למעורבות האב על התפתחות הילד. מעורבות האב מקושרת עם הסתגלות פסיכולוגית טובה יותר אצל הילד, מעורבות האב קשורה באופן חיובי להתפתחות המוסר אצל הילד, ותורמת להתנהגות אמפטית אצל הילד. במשפחות בהן האבות הם המטפלים העיקריים נמצא כי הילדים מאופיינים בפתוח אמפטיה, מוקדי שליטה, פיתוח יכולות ותפיסת תפקודי המין אצל ילדים¹⁸⁰.

Emerson & Shaffer¹⁸¹ מניחים כי אין העדפה בין האב והאם כאשר יתר התנאים שווים. המרכיב העיקרי לדעתם הוא ההשקעה של המטפל, התינוק יתקשר אל אביו בתקופת תחילת תהליך ההתקשרות (4-6 חודשים) באותה מידה כמו אל האם אם האב יגיב, יענה, יתייחס ויספק את צרכי הילד. הילד יגיב להורה שיתייחס אל הבכיר, קריאתו אל הסביבה, גם אם לא יקבל טיפול פיזי כמו האכלה למשל.

שגיא ושרון (1983) מציינים כי אומנם בחיי היומיום משקיעים אבות בדרך כלל הרבה פחות בטיפול הישיר בילדיהם, אך אין בסיס אמפירי לדעה כי אימהות טעונות ביכולות בסיסית טובה יותר להענקת חום לילדיהן. הם טוענים כי הנורמות החברתיות ולא תכונות פנימיות הן הגורם לשוני המרכזי בים תפקידי האם והאב.

מחקרים אשר בדקו את תפקודו של האב אכן מצביעים על יכולתו הטיפולית החיובית.

ראסל¹⁸² כותב כי מעט מאוד אימהות ואבות מאמינים כי לאבות חסרה יכולת לטפל בילד.

פרודי ואחרים¹⁸³ מצביעים אף הם על כך, שאבות מסוגלים להיות רגישים כלפי ילדיהם לא פחות מאימהות, למרות שלא תמיד הם מראים זאת כלפי חוץ.

Kutelchuk¹⁸⁴ חקר את הקשר בין אבות וילדים בגיל מאוחר יותר.

¹⁷⁹ ר. זיו, עקביות בין דורית בתפיסת מבנה המשפחה והקשר להסתגלות הילד לגן, חיבור לשם קבלת דוקטור לפילוסופיה, אוניברסיטת ת"א, ת"א (1988). שם איזכר את, גרינברג ומוריס (1974).

¹⁸⁰ Sagi, 1982, Eisikovits & Sagi, 1983, Lamb, 1985

¹⁸¹ זיו, שם.

¹⁸² א. שגיא, וד. שרון, "תפקידו של הגבר במשפחה: שינוי בזווית הראייה והשלכותיו", **חברה ורווחה**, (ה1), 3-14, (1983), שם איזכרו את ראסל 1982.

¹⁸³ שם, שם.

¹⁸⁴ זיו, לעיל הערה 179.

הוא שיחזר את מחקרה של אינסוורת שנערך עם אימהות במקור וביצע אותו עם האבות. האבות נכנסו ל"חדר הזר", נעלמו, והשאירו את ילדם עם האישה הזרה. בהשוואה למחקרה של אינסוורת שנערך עם אימהות, נמצא שהיו פחות תגובות בכי להיעלמות האב מאשר היו להיעלמות האם. בשלב הראשון במחקר נצפו ילדים בגיל 7-8 חודשים.

בשלב השני נצפו אותם ילדים בגיל 15 חודשים, תופעות הבכי התגברו עם "היעלמות" האב, יחסית לשלב הראשון וכן גם יחסית למקרה של אינסוורת עם אימהות. לדעתו של החוקר, בשלב מתקדם, לאחר גיל שנה, יש הבדל בין תגובות הילד לפרידה מהאם ומהאב.

הפרידה מהאב בגיל 15 חודשים קשה יותר לילדים מאשר פרידה מהאם בשלב זה. הוא מציין כי ילדים אשר גודלו ע"י אבות במשפחות חד הוריות הראו יותר נוחות בנוכחות זרים, אם כי המחקר מצא כי בגיל 15 חודשים עם "היעלמות" האב, הילדים במשפחות חד הוריות היו בעלי זמן בכי ממושך יותר מאשר במשפחות אשר גודלו ע"י שני ההורים.

¹⁸⁵Lamb בדק את היווצרות ההתקשרות לאב. בניגוד לתיאוריות המסורתיות, שהתינוקות מסוגלים להתקשרות רק עם דמות אחת, נמצא כי ילדים בגיל הרך יוצרים התקשרות דומה גם עם האב. נמצא כי ההתקשרות לאב הייתה קשורה למעורבות הטיפולית והמשחק המשותף של האב עם ילדו, וכי ברוב המקרים אין התינוק מעדיף את אחד ההורים. עם זאת נראה כי התינוק מעדיף את האב כחבר למשחק ואת אמו בשעת מצוקה ולחץ, לכן התינוק מחפש את קרבת האם במצב דחוק גם כאשר האב בסביבה.

¹⁸⁶Chibucus מצא במחקרו עם ילדים בני שנה כי אין העדפה בין אבות ואימהות במצבים שהיו מורכבים ונוחים כמו בהיותם בבית, אך הוא מצא ההעדפה לאב בנוכחות זרים, או במצב שנתפס כחדש ולא מוכר, כלומר, ילדים העדיפו אב על אם במצב חדש. המסקנה הנגזרת מתוך כך היא כי השפעת האב היא מעבר ליחסים הישירים בין האב לילד, ההשלכות הן לגבי התייחסויות לסביבה הרחבה יותר ולא רק בתוך המשפחה.

ערכו מחקר ארוך בארץ בקבוצת ילדים בקיבוץ. הקבוצה נבדקה לראשונה בהיותם בני 11-13 חודשים, הילדים סווגו לתינוקות בעלי התקשרות בטוחה ובלתי בטוחה. מטרת המחקר הייתה לבדוק תקופות של סיווג התקשרות והקשר למשתנים פסיכוסוציאליים בגיל 5.

תוצאות המחקר לא הצביעו על קשר בין התקשרות בטוחה עם אימהות, כפי שנמדדה בגיל 11 חודשים. לבין מדדים פסיכוסוציאליים.

נמצא כי קיים קשר בין התקשרות בטוחה עם אבות ומדדים פסיכוסוציאליים כמו: עצמאות, הישגיות, דומיננטיות וגילוי אמפטיה רבה יותר לעמיתים. כלומר, התקשרות ראשונה בינקות עם אבות (ולא עם אימהות) איפשרה ניבוי היבטים בהתפתחות מאוחרת יותר. אופנהיים וחבריו ציינו כי ממצאים אלו היו עקביים לממצאי מחקרים אמריקאיים דומים.

¹⁸⁷Clarke - Stewart חקרה את תרומתם של כל אחד מההורים בנפרד ויחד, להתפתחותם של ילדיהם, היא צפתה ב-14 ילדיהם בביתם.

¹⁸⁵ ר. לוי-שיף, "אבהות בגיל הרך", הרבעון הישראלי לפסיכולוגיה, 4 (1986), שם איזכרה את Lamb 1977

¹⁸⁶ זיו, לעיל הערה 179.

¹⁸⁷ שם, שם.

נצפו מצבים בלתי מובנים או מובנים למחצה, התצפית נערכה בגילאים שונים, 15 חודשים, 20 חודשים ו-30 חודשים, נבחנו 3 אינטראקציות, אב-ילד, אם-ילד, ושני ההורים וילדם. התוצאות הראו כי פעילות האבות היתה גבוהה יותר מאשר בצירוף עם האם (מצב שלישי), בפעילות המשותפת עיקר האינטראקציה הייתה בין האבות לילדים והאימהות היו פסיביות יותר.

במחקר אחר של ¹⁸⁸Clarke - Stewart מצאה כי אצל ילדים בני שנתיים הייתה קיימת העדפה למשחק עם אבות יותר מאשר עם אימהות.

¹⁸⁹Parke טוען כי לשני ההורים תפקיד משמעותי במשחק המשותף עם הילד, אם כי ההשפעה על ההתפתחות היא שונה אך משלימה; הגירויים הפיזיים של האב משלימים את הגירויים המילוליים של האם. כמו כן הוא מציין, שיש הבדל במידת העידוד לסקרנות. אבות מעודדים יותר את הילדים לחקור ולהתנסות המצבים שונים, אימהות זהירות יותר ונוטות להגביל את נטיית הילדים לחקרנות ובדיקת מצבים חדשים. הוא טוען כי לגברים יש יכולת לפתח פוטנציאל של אבהות מטפחת (nurturing father).

נערכו מחקרים הבודקים את מי דת רגישותם של אבות לשינויים החלים אצל התינוק (חיוך, בכי) תוך ניסיון לברר האם מקור התגובה הוא חברתי או ביולוגי.

חלק מהחוקרים מצא שהאינטראקציה אב-ילד דמתה לאינטראקציה אם-ילד.

במחקרים אחרים נמצאו הבדלים בין נשים וגברים בתגובותיהם לאיתותיו של התינוק, נשים התגלו כחמות יותר, החוקרים טוענים כי מקור ההבדלים קשור בגורמים חברתיים שבאים לידי ביטוי תחת לחץ חברתי¹⁹⁰.

בלום, פשבך ואחרים¹⁹¹ בדקו הסתגלות של ילד לגן בהתייחס לדפוסי התקשרות שונים. נמצא שוני בדפוסי ההתקשרות בין אבות לאימהות כלפי ילדיהם, אימהות נטו יותר לגעת פיזית ולהתייחס מילולית לילדיהם. האבות עסקו בפעילות אינסטרומנטלית, משחקי חוץ ובנייה.

החוקרים מדגישים כי המצב האופטימלי הוא גמישות המעבר בין תפקידי האם והאב המאפשר לילדים לפתח יותר חופשיות וספונטניות מחוץ למשפחה. חילופי התפקידים מאפשרים פיתוח מיומנויות של למידה, התקרבות וקומוניקציה אצל ילדים מחוץ לגבולות המשפחה.

החוקרים הדגישו כי ההתקשרות ביחסים אינה רק בין אם-ילד אלא לאב חלק פעיל.

האב מתקשר עם ילדו גם דרך מגע פיזי, באופן מילולי ודרך פעילות משותפת. השפעת היחסים של הילד עם אביו היא בתחומי חיים רבים: זהות מינית, תפקוד קוגניטיבי, מוטיבציה, הישגיות והתפתחות חברתית. ממצאים אחרים נוספים¹⁹² הצביעו על ההשפעות שיש לאב בתחומים של התפתחות הזהות המינית והתפתחותו האינטלקטואלית.

מקור מידע אחר בדבר התפקיד הייחודי לכל הורה נלקח מתוך המחקר על משפחות חד הוריות, המחקר הופנה בעיקר למשפחות חד הוריות בהן חסר האב.

¹⁸⁸ שם, שם.

¹⁸⁹ שם, שם.

¹⁹⁰ לוי- שיף, לעיל הערה 185.

¹⁹¹ זיו, לעיל הערה 179.

¹⁹² דביר, לעיל הערה 176.

¹⁹³ **Biller** חקר השפעות הנובעות מחסרונו של אב. הוא טוען, כי ילדים שגדלו רק עם אימותיהם היו תלתיים יותר, תוקפניים, פסיביים, ההתפתחות המוסרית והשליטה בדחפים נפגעה אף היא, הילדים נמצאו כפחות פעילים בקשרים חברתיים עם בני גילם.

אצל הבנים שגדלו ללא האב התופעות היו חריפות יותר מאשר אצל הבנות ונמצא כי הם בעלי דימוי עצמי נמוך.

הוא ציין כי מעורבות האב היא בעלת השפעה חיובית במיוחד על פיתוח קשרים קוגניטיביים וחברתיים. לאבות תפקיד חשוב בפיתוח תפקוד עצמאי ואחראי.

נמצא כי נוכחות אבות משמעותית בעיקר לגבי מיומנויות של הילד בהתמודדות עם מצבים חדשים ובהתמודדות ביחס לאירועים בלתי צפויים או ידועים. לדעתו של **Biller**, היעדר אב בשנות החיים הראשונות הוא משמעותי במיוחד.

היעדר אב גרם לפגיעות בתפקוד הרגשי, החברתי והקוגניטיבי, שבאו לידי ביטוי גם בגילאים מאוחרים יותר. במקרים אחרים בהם נבדק היעדר אב לאחר גיל 5 לא ניכרו חסכים באותה עוצמה שנמצאו אצל ילדים צעירים יותר.

מחקרו של **Biller** זכו לביקורות רבות עקב בעיות מתודולוגיות, עם זאת, המסקנה מתוך המחקר כי השפעת האב על התפתחות הילד היא בשלב מוקדם מאוד.

אורתנור ואחרים¹⁹⁴ אשר חקרו צורות שונות של אבהות, אבות שהם הורים יחידים או מטפלים עיקריים. הם ציפו כי לאבות אלו תהיינה בעיות של הסתגלות למציאות של היותם הורה עיקרי אולם הם לא העלו כל ממצא המראה מגבלה כלשהי.

לא נמצאה כל בעייתיות בתפקודם לא במשק הבית ולא בגידול הילדים.

Gasser & Taylor¹⁹⁵ מצביעים אף הם, כי רבים מאבות, שהם הורים יחידים, מעורבים מאוד בגידול ילדיהם, ולא זקוקים בהכרח לעזרה מצד קרובים או מטפלת. נראה איפוא שכאשר הנסיבות מחייבות זאת הפוטנציאל הטמון באב לידי ביטוי באופן בולט.

Pruett & Litzenberger (1992) ערכו מחקר ארוך בן 8 שנים ועקבו אחר 17 משפחות אשר בהן האבות היו מטפלים, מטפחים בחיים המוקדמים של הילד. הדגש במחקר היה על ההשלכות ההתפתחותיות שיש לכך אצל הילד.

הבדיקה הראשונה נערכה אצל התינוקות בגילאי 12-2 חודשים. התינוקות נמצאו פעילים, נמרצים ביותר, בריאים, חסונים ומשגשגים. כמו כן, הם אובחנו כבעלי כישורים ויכולות.

רוב התינוקות במחקר נמצאו מעל הנורמות הצפויות בחלק מן המבחנים ההתפתחותיים, כמו כן מרבית התינוקות נמצאו כבעלי כישורים חברתיים המוקדמים לגילם. מעבר לתוצאות הכמותיות, היבט אחר שנצפה אצל אותם תינוקות הוא הנוחות והביטחון, שחשו אל מול גירויים חיצוניים מהסביבה.

החוקרים טענו כי האבות היו ערים ביותר לתינוק, "קראו" והבינו את צרכיו של התינוק, האכילו, החליפו, החזיקו בהם, תגובותיהם סיפקו מענה לכל צרכי התינוק. האבות הפגינו דפוס של התקשרות עמוקה לתינוק. העומק והמהירות של התקשרות האבות לתינוקם הפגיעה אפילו את האבות עצמם.

¹⁹³ לוי-שיף, לעיל הערה 185.

¹⁹⁴ שגיא ושרון, לעיל הערה 182.

¹⁹⁵ שם, שם.

בדיקה נוספת אחרי שנתיים הראתה כי ילדים אלו הפגינו גמישות רגשית. גמישות עלתה כמאפיין למרבית תחומי החיים אצל ילדים אלו, כמו כן מעבר קל יחסית בין התנהגויות נשיות וגבריות (התנהגות בלבד ולא מעבר בין זהויות!).

הם תפסו את האבות בעניין ותשומת לב רבה יותר והחשיבו אותם כיוצרים של חיים יחד עם האימהות.

לאחר 8 שנים, בבדיקה נוספת, לא עלה שום ספק או שאלה הנוגעת ליכולת ההתפתחותית של אותם ילדים. זהות הגינדר נשארה קבועה, חיובית ויציבה. המשפחות דיווחו כי הילדים הם עצמאיים ומעורבים בהחלטות המתקבלות במשפחה. ילדים אלו נצפו כבעלי יכולות תקשורת גבוהות ורבות הבעה (הן מילולית והן באופן לא מילולי), ילדים אלו דווחו כאמפטיים וכבעלי יכולות לחלוק עם הזולת את התנסויותיו.

כל הילדים דיווחו, כי הם מגדלים בעל חיים כלשהו ודווחו כבעלי יחס חם לחי ולצומח. כל הילדים היו ערים לכך כי החוויה הראשונית שלהם עם האבות היתה ייחודית, והביעו הערכה רבה לאבותיהם ולאופן תפקודם.

Grossman & Grossman (1991) מצאו במחקר אורך, שנערך בגרמניה כי ילדים עם דפוסי התקשורת בטוחים עם שני ההורים קיבלו את הציונים הגבוהים ביותר בנוגע לניבוי כשירות חברתית. כמו כן הם מצאו כי ילדים בעלי דפוס התקשורת בטוח ביחס לאביהם יזמו יותר משחק עם אחרים, טיפלו בקונפליקטים באופן יעיל יותר ונטו יותר לעצמאות ולסמוך על עצמם. מחקרים מדגישים את הדמיון וההשלמה בתפקידי אימהות ואבות והשפעתם על התפתחות הילד בתחומים שונים.

אין לראות את ההתקשורת כמבנה של אינטראקציה בשניים אם-ילד, אלא לבחון זאת כאינטראקציה רב מימדית הכוללת נוכחות של אב¹⁹⁶.

האב ומקומו במשפחה בגיל הרך עוברים תהליך של הערכה מדעית מחודשת ושופכים אור מחודש על האבהות¹⁹⁷.

דביר¹⁹⁸ כותבת כי ככל שלאב ניתנת הזדמנות להיות מעורב בטיפול בילד ההבדלים בין המינים מצטמצמים ואפילו במקרים אחרים נעלמים.

ישנם מחקרים וידע המוכיחים כי ילדים לקראת סוף השנה השנייה קשורים גם לאם וגם לאב בהתקשורת חזקה ותקינה וכי גם האב וגם האם בעלי יכולת טיפולית טובה וזאת מבלי שיהיה בהכרח יתרון מיני לאם לעומת האב. לידע זה המצביע על תרומת שני ההורים במשפחה השלמה להתפתחות התקינה של הילדים יש חשיבות מכרעת. מידע זה צריך להילקח בחשבון על ידי אלה אשר מתפקידם להכריע ולקבוע על סוג החזקה המתאים בעת משבר גירושין¹⁹⁹.

¹⁹⁶ זיו, לעיל הערה 179.

¹⁹⁷ לוי-שיף, לעיל הערה 185.

¹⁹⁸ דביר, לעיל הערה 176.

¹⁹⁹ ש. פרוכטר, **משקלו של תסקיר פקיד הסעד בהחלטות בתי המשפט**, עבודה לשם קבלת תואר מוסמך, אוניברסיטת בר אילן, ר"ג, (1983).

חוות דעת פסיכולוגית

במשפט הישראלי אין דרישה בחוק המחייבת את בית המשפט לפנות למומחים במקרה של סכסוכי משמורת. נטיית בתי המשפט הינה לפנות לפקיד סעד לצורך הגשת תסקירים- כדבר שבשגרה כמעט בכל סכסוך משמורת הבא לפניהם, ואילו פניה למומחים אחרים (פסיכולוגיים, פסיכאטריים) נעשית במקרים נדירים ביותר.

הקשיים בהכרעה בתיקי משמורת מחייבים את המסקנה, לפיה השופט יבקש לשמוע עוד ועוד אודות טובתו של הילד מפי מומחים לדבר²⁰⁰ וברור כי מומחים בתחום הפסיכולוגיה, ובעיקר- הפסיכולוגיה של הילד, הינם בעלי כישורים וכלים יעילים לצורך סיוע למלאכתם של בתי המשפט. אולם, יש תמיד לזכור כי הגם שביהמ"ש לא יתעלם מעמדותיהם של מומחים, הרי שעמדותיהם הינן שיקול אחד במכלול השיקולים, אשר נבחן על רקע התשתית העובדתית כולה אשר נפרשת בפניהם.

במילים אחרות- חוות הדעת הינם רק כלי עזר הניתן בידי השופט, הוא אינו חייב לאמץ את כולן או איזו מהן, הוא רשאי להעדיף אחת על פני רעותה²⁰¹ והוא כמובן רשאי לקבוע כי הן מוטעות²⁰². ברור אם כן, כי חוות דעת מומחים המוגשות במסגרת תיקי משמורת אינן בבחינת "תורה למשה מסיני", אין הן מחייבות את בית המשפט ואל למסקנותיהן להיות שיקול בלעדיו אין להכרעה, כשהן מנותקות ממכלול הדברים וממסקנות (לעיתים הפוכות) של חומר מקצועי אחר, כגון: תסקירי סעד.

כך למשל, יתכן כי בית המשפט יפצל את חווה"ד המונחת לפניו וישתמש רק בחלקים ממנה, כגון המימצאים העובדתיים של המומחה אך לא המסקנות שהוסקו מהן. כך למשל, במקרה בו סבור בית המשפט כי המומחה לא התייחס כראוי למטרייה שבמסגרתה נדרשה חוות הדעת, שהרי ברור כי אין דינה של חוו"ד אשר ניתנת לצורך סכסוך משמורת, כדינה של חוו"ד הניתנת בתיקי הגירה ובוודאי לא כדינה של חוו"ד הניתנת בתיקי אמנת האג (חטיפה).

וכך קבע למשל ביהמ"ש המחוזי בפסק דינו **בת.מ.א 2898/92**²⁰³ ואושר בביהמ"ש העליון בהתייחס לחוו"ד מומחה בתיק אמנה:

" המומחית הגישה חוות דעת מפורטת מאוד ונחקרה על דוכן העדים. אקדים ואומר כי אינני חולק על אמיתות מראה עיניה ומשמע אוזניה וחלק מהתרשמויותיה, אלא על המסקנות המתחייבות מאלה לצורך יישום חוק אמנת האג. מסקנותיה מתאימות אולי לדיונים של תיק משמורת בו יש לבחור משמורן בין שני הורים- משמורת במובן המקובל במשפטי משמורת שאין בהם הכרח פגיעה בזכויות אפוטרופסות משפטית מעבר למשמורת במובנה המעשי... אולם שיקולים אלו בפירוש פסולים ואינם רלוונטים כאשר דנים בחוק אמנת האג."

²⁰⁰ בג"צ 1842/92 בלויגרונד נ' ביה"ד הרבני הגדול, פ"ד מו(3), 423.

²⁰¹ ע"א 2591/92 גולדפיין נ' גולדפיין, פ"ד מז(2), 195..

²⁰² ע"א 456/86 היועמ"ש נ' פלונים, פ"ד מ(4) 498.

²⁰³ מ"א 2898/92 פוקסמן נ' פוקסמן (לא פורסם).

אולם, מעבר להתייחסות הספציפית לחוו"ד מומחה בתיקים העוסקים במטרייה מסויימת, קיימת התייחסות סקפטית לחוות דעת- באשר הן, ועל כך נאמר **בת.מ.א. 2976/85**²⁰⁴ בו עסק ביהמ"ש בבחינת שאלה שמשקלה של חוו"ד מומחה ומחוייבות ביהמ"ש להמלצותיה:

"הספרות והפסיקה מסתייגים ממשקל היתר אשר מנסים לייחס לחוות דעת פסיכולוגיות/ פסיכאטריות בקביעת משמורת ילדים בין הורים. הפקפוק הוא כה רב עד כדי שיש הסבורים (ואינני מונה עצמי עליהם) שאין להתיר הגשת חוות דעת כאמור תוך חשיפת ילדים "רגילים" למבדקים פסיכאטריים אשר אולי יוצרים סטיגמה של "מופרע" וזאת כאשר נציג הילד מתנגד לעריכת חוו"ד.

הדעה שהתגבשה בספרות האנגלית היא כי אין להפריז בחשיבותה של חוות הדעת הפסיכולוגית, פסיכולוגיה אינה מדע מדויק, יש אסכולות ועמדות אף במקצוע זה ולא אחת עמדה פסיכולוגית של בעל אסכולה אחת תהא נוגדת עמדת מומחה מאסכו לה אחרת או מושפעת מגישה חברתית או פילוסופית לאו דווקא "מדעית".

מוסיף ביהמ"ש ואומר:

"יש להתייחס בביקורת לכל חוות דעת, לבחון אותה ולא ללכת שבי אחרי כל חוות דעת באשר היא חוות דעת. בנדון זה יש להבחין בין הממצאים העובדתיים שניתן לדלות ולאסוף מחוות הדעת לבין המסקנות המוסקות מן העובדות יתכנו מקרים שהממצאים מקובלים יותר והמסקנות מקובלות פחות ויש שהמסקנות אכן תהינה מקובלות".

חוות דעת בנושא של משמורת ילדים מעצם טיבען הינן מסויגות בכך שמדובר בשאלה דינמית ומשתנה שהרי המשמורת נקבעת על בסיס נתונים קיימים במועד ההערכה המתיימרים לנבא מצב עתיד, ובעניין זה קבע ביהמ"ש **בת.מ.א. 2715/90**²⁰⁵:

"גם המומחה שבמומחים יכול לטעות. ועל אף כי חוות הדעת הראשונה היתה של מומחים מהשורה הראשונה התברר כי גם אם כל הניתוחים הפסיכולוגיים היו נכונים, הרי ההתנהגות בשטח היתה מעבר למצופה עד שהביאה לתוצאות שונות לחלוטין. לכן, עם כל הכבוד לחווה"ד הראשונה, יתכן כי כל הממצאים היו נכונים אולם התחזית או התקווה התבדו במידה מסויימת (בלשון המעטה) ומצדיקים בירור חוזר".

עמדות אלו אינן נחלתם של בתי המשפט בלבד, אלא אף של המומחים בתחומי הפסיכולוגיה עצמה, אשר מזהירים מיחוס משקל רב מדי למבדקים הפסיכודיאגנוסטיים ה"מסורתיים", כאשר הם מיושמים בסכסוכי משמורת, ומציבים קווים מנחים על מנת להימנע מטעויות ומהתבססות שגויה על חוות דעת כנ"ל²⁰⁶.

המאמר הנ"ל מציין, כי קיימים שלושה מרכיבים המשמשים בהערכות מקצועיות, הניתנות בסכסוכי משמורת:

²⁰⁴ ת.מ.א. 2976/85 זמיר נ' זמיר (לא פורסם).

²⁰⁵ ת.מ.א. 2715/90 פלוני נ' פלונית (לא פורסם).

²⁰⁶ Robert henley woody, child custody, professional resource press u.s.a

1. תצפיות וראיונות של הורים וילדים הכוללים איסוף מידע ממקורות חיצוניים (בדרך כלל- באמצעות תסקירי סעד).
2. בדיקות פסיכולוגיות מסורתיות.
3. בדיקות פסיכולוגיות ספציפיות של משמורת.

הבדיקות הפסיכולוגיות הספציפיות למשמורת מיועדות להערכה של הפקטורים האישיים והמשפחתיים המשפיעים על טובתו "הפסיכולוגית" של הילד, והן מתמקדות בשאלות- מהם הצרכים הפסיכולוגיים, הרגשיים וההתפתחותיים של הילד. מהם הכישורים, היכולת והתרומה שיש לכל אחד מההורים לתת לילד את צרכיו אלו, ומי מההורים יוכל לעשות כן בצורה הטובה ביותר. במילים אחרות- הבדיקה של המבנה הנפשי "הכללי" של ההורה הינה משנית יחסית לצרכי הילד ולאפשרותו של אותו הורה לספקם. הבדיקה אינה קובעת דווקא את "בריאותו הנפשית" של ההורה אלא את מסוגלותו ההורית.

העוסקים בתחום בריאות הנפש, ובעיקר- פסיכולוגים ופסיכיאטרים, נוטים ליחס משקל רב מדי ולעיתים- מכריע, לבדיקות הפסיכולוגיות המסורתיות, גם אם אלו הינן בעלות אמינות או תוקף מקצועי מועט בהיבט של בחינת משמורת ילדים. על אחת כמה וכמה אמורים הדברים כאשר מטרתה של חווה"ד הינה לאו דווקא קביעת מסוגלות הורית של מי מההורים, אלא המלצה על הסדרי ביקור ולוחות זמנים.

ועדת מומחים²⁰⁷ אשר נתכנסה לצורך הכנת חקיקת חוק מאוחד בנושא אימוץ מדינתי (זיהוי) קבעה בעניין זה גישה מאוד מחמירה וקבעה:

" מחקרים פסיכולוגיים היכולים להיחשב כרלוונטים וכמסייעים בסוגיות של קביעת משמורת הם מינימליים... וכך- פסקי דין המבוססים על מבדקים פסיכולוגיים של ההורה והילד אינם יכולים להיחשב כסבירים שכן ישנן ראיות מועטות בלבד לכך כי תוצאות מבדקים כנ"ל היו בעלי השלכה כלשהי על התנהגותו בפועל של הנבדק, אותו דבר נכון גם לגבי הערכות פסיכולוגיות שנערכו ע"י פסיכולוגים או פסיכיאטרים".

האמור לעיל אינו מביא כמובן למסקנה, כי יש לזנוח מכל וכל את המבדקים הפסיכולוגיים ככלי בהכרעה בסכסוכי משמורת, אלא כי יש לאזן את המשקל הניתן להערכות הפסיכולוגיות (בעיקר אלו המסורתיות) עם סוגים נוספים של מידע ונתונים ובעיקר- ממצאי תצפיות אשר נערכות ע"י גורמים מהימנים חיצוניים (פקידי סעד, מטפלים בתחום בריאות הנפש וכיו"ב), הכוללות בחינת אינטראקציה בין הורים לילדם, ביקורי בית, קבלת מידע ממוסדות חינוך וכיו"ב.

²⁰⁷ elsworth & levy,1969,p.198.

שאלה נוספת העולה בנושא הערכות פסיכולוגיות אינה רק מה המשקל שיש ליחס להן בסכסוכי משמורת אלא אף האם יש להורות בכלל על ביצוען, כפי שמוזכר אף בפסה"ד בעניין זמיר²⁰⁸ הנ"ל-קיימת גישה לפיה נזקיהן של הערכות פסיכולוגיות רבים מתועלתן ובהעדר הסכמה על עריכתן- אין מקום להורות על כך.

ההחלטה אם לאפשר ביצוע הערכה פסיכולוגית נשארת תמיד- עניין שבשיקול דעת בית המשפט- אין מקום לגישה גורפת- לא זו אשר קובעת שלילה של עריכת הערכות ולא זו אשר קובעת כי בכל מקרה של סכסוך משמורת- תתבצע הערכה פסיכולוגית. ההחלטה צריכה להתבסס על הנתונים הספציפיים של המקרה- על מצבו של הילד שבנדון ועל התרומה שניתן יהיה לקבל מהערכה כנ"ל. אין ספק, כי ישנם מקרים בהם לא מודגם כלל הצורך בהערכה פסיכולוגית וישנם מקרים בהם הערכה כנ"ל היא חיונית.

גם במקרה בו נדרשת הערכה פסיכולוגית על בתי המשפט לשקול את סוגה והיקפה- האם יש לערוך מבדקים פסיכולוגיים מסורתיים (רגילים) או כאלה המתייחסים ספציפית למשמורת? האם יש להורות במקביל על תצפיות עובדתיות? ותמיד יש לזכור- אין להשתמש באותם מבדקים ובאותן שיטות- בכל סכסוך משמורת אלא להתאימן לנסיבות.

במסגרת הערכת משקלן של חוות דעת פסיכולוגיות ככלי לקביעת משמורת, על בתי המשפט לקחת בחשבון מספר שיקולים וסייגים המשפיעים על המשקל, לרבות- העובדה כי מקצועו או תפקידו או כישוריו של הבודק/המערך ישפיעו על הערכתו (קיים הבדל ודאי בהערכה של פסיכולוג, פסיכיאטר, עובד סוציאלי, יועץ משפחה וכיו"ב) והעובדה היא כי גם בתוך אותה קבוצה של בעלי מקצוע קיימים הבדלים מקצועיים העשויים להשפיע על אופי ההערכה (פסיכולוג קליני, פסיכולוג חברתי, פסיכולוג משפחתי).

מעבר לכך- אין שום דיסציפלינה או שיטה פסיכולוגית אשר הוכרה כ"עליונה" על פני אחרות בנושא קביעת משמורת. השיטות והמבדקים הנהוגים בהערכות פסיכולוגיות משתנים במהלך התקופה. כך למשל במחקר שנערך על שימוש במבחנים בין השנים 1986 לשנים 1996 עלה כי השימוש במבחן בנדר ירד בצורה משמעותית. לעומתו, השימוש במבחן השלמת משפטים גבר בצורה ניכרת, מבחן הרורשך ירד, ומבחנים הקשורים למשימות ציורי השלכה (כמו בית-עץ-אדם או ציור המשפחה הקינטית) עלה.

יש להתייחס איפוא בספק לתקפות מבחנים פסיכולוגיים המתעלמים מהשינויים בתפיסות ובכלים המקצועיים ובעיקר יש להטיל ספק בתקפותם של שימוש במבדקים מסוימים לכל סוגי הנבדקים ובכל הנסיבות.

²⁰⁸ ת.מ.א. 2976/85, לעיל הערה 204.

יצוין, כי קיימות גישות שונות בדבר היתרונות והחסרונות של שימוש במספר חוות דעת במסגרת הליך קביעת משמורת, קרי- כאשר כל אחד מההורים מציג חוות דעת מטעמו (יצוין כי במסגרת חוק בתי המשפט לענייני משפחה נשללה אפשרות זו, באמצעות קביעת הסדר של מינוי מומחה אחד מטעם ביהמ"ש). לכאורה, מאחר ועל בית המשפט לקבל את מלוא המידע הנוגע לטובת הילד מפי מומחים לדבר²⁰⁹, הרי שקבלת דעות וגישות של פסיכולוגים שונים אמורה לסייע באבחון מירב טובתו של הקטין ובקביעת המשמורת. מאידך, הדבר אינו יעיל, ריבוי חוות דעת אינו מאפשר הערכה מאוחדת של כל הנתונים הרלוונטים.

ניתן לטעון, כי לעיתים חוות דעת הינה חלקית, והדבר עלול להפוך את סכסוך המשמורת ל"סכסוך בין מומחים". וביהמ"ש מתקשה יותר בבחירה בין חוות הדעת. בשלב זה, אין אנו מבקשים להביע את עמדתנו בדילמה זו, אלא רק להעלותה לדיון.

שיקולים נוספים שעל בית המשפט לקחת בחשבון בהערכת חו"ד מקצועית, הינה מידת מעורבותו של המומחה העלולה להביא לפרשנויות בלתי מובססות לממצאיו, ולקבל על עצמו תפקיד של "עורך דין" במקום מומחה נייטרלי (ולכך מכוונת אמירתו של ביהמ"ש בפס"ד זמיר בדבר הפרדת הממצאים העובדתיים מהמסקנות), העדפות אישיות (קרי- חוץ מקצועיות) של המומחה, ובעיקר- עמדתו או גישתו המקצועית.

אין חולק כי הערכה ותוצאה של חו"ד מומחה עלולה להיות מושפעת מהדיסציפלינה או הגישה המקצועית של הבודק, במקרה כזה לא מדובר כמובן בהעדפה אישית שלו אלא בדעה מקדימה מקצועית. אחת הדוגמאות המובהקות לכך הינה בהשפעה של גישת הבודק לתפקידי אב-אם בחיי הילד בהתאם לגילו, על תוצאות חו"ד באמצעות מתן משקל שונה לממצאים העובדתיים- מקצועיים "הנייטרליים" של בדיקותיו.

גופנא-פינטו (1996) מצאה במחקר שערכה בנושא כי ב- 85% מהתסקירים וחוות הדעת אשר הוגשו בסכסוכי משמורת בבית המשפט הומלץ על משמורת האם ב- 11% על משמורת האב וב- 2.8% על משמורת משותפת.

דביר (1983) במחקר מוקדם יותר מצאה ממצאים דומים.

על פי המחקר עולה כי רוב פסקי משמורת מאמצים את המלצות חו"ד וממילא האב זוכה במשמורת על ילדיו בכ- 10% מהמקרים בלבד, כאשר בחלק ניכר מהמקרים הני"ל, האב זוכה במשמורת לא בשל דגש מיוחד על כישוריו, אלא מפני שהאם נמצאה בלתי מתאימה או בלתי מסוגלת. קרי- גם במקרים שהאב זוכה במשמורת עדיין התוצאה מוכתבת על פי הגישה הסטריאוטיפית, לפיה הדגש הינו על האם- היא זו אשר נקבע כמתאימה או כלא מתאימה ולא משווה בין שני ההורים מנקודת פתיחה שווה.

²⁰⁹ בג"צ 1842/92 בלויגרונד נ' ביה"ד הרבני הגדול, פ"ד מו(3), 423.

ביטוי לכך ניתן למצוא בע"א 878/96²¹⁰, שם הוגשה תביעת משמורת של אב כאשר שירותי הרווחה תמכו בתביעתו ומסרו דיווחים שליליים ביותר על העדר מסוגלות הורית של האם. ביהמ"ש ציין מפורשות בהחלטתו על העברת המשמורת, כי הדבר נעשה כפתרון של "הרע במיעוטו", ובשל העובדה כי אצל האם הבנות מצויות בסיכון, ולא על פי השוואה בין תכונות ההורים ויכולתו של כל אחד מהם לספק צרכי הילדים.

בתי המשפט בנקודה זו- מנציחים למעשה את הנטייה של אנשי בריאות הנפש לחזק את תפקידי המין הסטריאוטיפיים של ההורים²¹¹. העדפה ברורה של מין אחד המחזקת את הסטריאוטיפים המסורתיים עלולה לגרום לסיכון, לא רק באמצעות השמת הילד בטיפולו של הורה הפחות מתאים, אלא גם לכך שהאם תילחם על המשמורת למרות שהיא יודעת שהאב מתאים יותר, רק בשל החשש מהסטיגמה של אם לא כשירה²¹².

מחקרים שנעשו בשאלת ההטייה המינית אצל עובדות סוציאליות גילו, כי התייחסותן למקרים שהובאו בפניהן היתה באוריינטציה אימהית ונשענה על הנחות מוקדמות, ולא על ידע עדכני בתחום המשפחה והתפתחות הילד, וההחלטה על קביעת משמורת אצל האם לא נקשרה כלל לבחינת יכולתו ומסוגלותו של האב- אלא רק על זו של האם²¹³. כך גם במחקרה של **דביר**²¹⁴ שבדקה תפיסתן של עובדות סוציאליות בתחום חזקה על ילדים בגירושין ומצאה כי העובדים הסוציאליים מאופיינים בראיה מסורתית לפיה האם היא הדמות היחידה או לפחות העדיפה היכולה לדאוג לילד עם משבר הגירושין.

מן המצטבר ניתן לסכם

כדלקמן:

חוות דעת פסיכולוגיות נותרו כלי משמעותי במסגרת קביעת משמורת בבתי המשפט. יחד עם זאת על בתי המשפט להתייחס לחוות דעת הנ"ל כמרכיב אחד מבין שאר הנתונים העובדתיים והמקצועיים המונחים בפניהם כסיוע לקביעת המשמורת. במסגרת זו יש לקחת בחשבון את המגבלות והסייגים של חוות דעת כאמור, הן מהסייגים "הכלליים" הנוגעים לכל חוות דעת פסיכולוגית מקצועית, והן לאלו הספציפיים לחוות דעת המוגשות במסגרת סכסוכי משמורת. בהתייחס לעניינינו שלנו- יש לקחת בחשבון כי לא כל מומחה בתחום בריאות הנפש בקיא או מכיר בחשיבות ההתפתחויות שחלו בתפיסת תפקידם של ההורים ויחסיהם עם ילדם במהלך השנים, ולחשיבות ההולכת וגוברת של הכרה בתפקידו השווה של האב בטיפול בילד.

²¹⁰ ע"א 878/96 פוזילוב נ' פוזילוב, פ"ד נ(5) 208.

²¹¹ ע. בן דוד, אימהות וגינדר: הערכה מחודשת של המיתוס בטיפול משפחתי, שיחות ז'(1) (1992) 14.

²¹² שיפמן, לעיל הערה 14.

²¹³ ש. רומי, ונ. לוי, מהו "הבית המועדף" כשהבית אינו קיים עוד- דילמות וקריטריונים בנושא משמורת ילדים, משפט ורווחה י"ח(3) (1998) 389-407.

דיון ומסקנות

תכליתה של ההכרעה בסכסוכי משמורת היא קבלת החלטה, שיש בה הגשמת העיקרון של הגנה על הילד ודאגה מירבית לטובתו.

עיקרון זה אינו בגדר רעיון פילוסופי או שאיפה מוסרית אלא הגשמת זכות המשפטית של קטין כי בהכרעה בעניינו, תהא טובתו שיקול ראשון במעלה (ס' 3 לאמנה לזכויות הילד). מול זכות המשפטית של הקטין קיימת חובתם של האחראים עליו (הוריו) ושל בתי המשפט הדנים בסכסוכי משמורת לקבל הכרעות על פי מודל שיגשים את זכותו זו של הילד:

- א. דברנו על זכות אנו מדברים על ערך משפטי המשיג אובייקטיביות.
- ב. דברנו על זכות אנו מגינים על הילד מפני "שרירות" שמקורה בתפיסות סובייקטיביות, ערכיות ואישיות של אחרים (שופטים, דיינים, מומחים וכיו"ב) בדבר "הצודק", "הראוי", "המוסרי" בשמירה על טובת הילד.
- ג. דברנו על זכות אנו קובעים תנאי מינימום להגשמת הזכות ויוצרים "גבולות אדומים" לגישות מוסריות ופטרנליסטיות של אחרים בדבר טובת הילד.
- ד. דברנו על זכות אנו מחויבים לכל ילד וילד באופן ספציפי ופרטני ולא לטובת רעיונות אוניברסאליים של טובת הילד הכללית.
- ה. דברנו על זכות תבחן טובת הילד האקטואלית ולא נלך שבי אחרי גישות שזמנן עבר.

האמנה בדבר זכויות הילד משנת 1989 מגדירה זכויות של ילדים ובהן הזכות לחיים (ס' 6), הזכות לשם ולאזרחות (ס' 7), הזכות לקשר עם ההורים (ס' 10), זכות לדעה (ס' 12) חופש ביטוי (ס' 13), חופש מחשבה מצפון ודת (ס' 14), חופש התנגדות (ס' 15), הגנת פרטיות כבוד ושם טוב (ס' 16), זכות לחינוך (ס' 28).

גיי וולף (משפטן אנגלי) במאמרו²¹⁵ מ טעים וקובע כי בזכויות הילד ובשמירה עליהן יש משום מתן תוכן וקביעת פרמטרים להגשמת הזכות הראשונה במעלה, והיא שמירה על "טובת הילד".

כאשר מדברים על טובת הילד אי אפשר להגדירה ללא שמירה על זכויות היסוד של הילד. ממש כשם שזכויות היסוד של כל אדם בחוקות של מדינות דמוקרטיות (או זכויות היסוד שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בישראל) הינן הגדרה של ערכים שהוגדרו כזכות שיש להבטיח קיומה לכל אדם, כך גם זכויות הילד מהוות "קווים אדומים" להגדרת טובתו והבטחת הגשמתה.

²¹⁴ דביר, לעיל הערה 176.

²¹⁵ J. Wolf "The Concept of the 'Best Interest' in Terms of the UN Convention on the Rights of the Child" *The ideologies of children rights* (ed. By M. Freeman & Veerman, 1992) 125.

מהלכה - למעשה - מסקנות

אנו מבקשים להסיק שש מסקנות-המלצות עיקריות כסיכום לנייר עמדה זה:

מסקנה 1

אנו סבורים כי יש לבטל את חזקת הגיל הרך:

חזקת הגיל הרך נשענה בעת שנקבעה (1962) על רציונאליים שאינם תקפים עוד: מציאות חברתית וחלוקת תפקידים בחברה, גישות פסיכולוגיות, אימוץ חלקי של ההלכה העברית ושיקוף של משפט זר מראשית המאה (ובעיקר המשפט המקובל).

הרציונאליים הנ"ל, כפי שהראנו, אינם מתקיימים:

- א. החברה המודרנית בימינו שינתה בפועל את המבנה המסורתי של חלוקת התפקידים, ומקומה של אשה אינו עוד "מאחורי הסירים" במטבח או בחדר הילדים.
- ב. הגישות הפסיכולוגיות-חברתיות ששררו בשנות ה-50-60 עברו שינויים מרחיקי לכת, ומחקרים חדשים משווים את חשיבותו של האב לחשיבותה של אם גם בגיל רך.
- ג. כפי שראינו גם במשפט העברי פסיקה של פוסקים בני דורנו, כמו גם השגות הראב"ד והראש"י מצמצמת מאוד את החזקה.
- ד. משפטי העמים ובכלל זה של מדינות המשפט המקובל מחקו מספרי החוקים את החזקה.

חזקת הגיל הרך (כמו כל חזקה משפטית) עומדת בסתירה לעיקרון הזכות של כל ילד כי טובתו הספציפית תהא שיקול ראשון במעלה.
ילד זכאי לכך כי טובתו תוכרע ללא עקרונות אוניברסאליים שחובה להגשימם וזכאי הוא כי רק טובתו שלו תכריע ולא עקרונות כלליים.

חזקת הגיל הרך מכרסמת לא רק בזכות הילד אלא גם בעקרונות של שוויון בין הורים, ובזכות הילד לקשר עם שני הוריו.

לחזקת הגיל הרך חסרונות רבים נוספים:

- א. היא משליכה על הכרעה בסכסוכי משמורת גם מעבר לגיל 6 ע"י יצירה מדומה של שיגרת גידול אצל האם ושמירה על רצף המשכי, שמקורו בנוי על "רעיון" ולא על בדיקת טובת הילד.
- ב. היא גורמת להטיה סטריאוטיפית אצל מומחים ושופטים.
- ג. היא נוגדת לזכות יסוד של שוויון בין המינים, ומנציחה חלוקה שמרנית וסטריאוטיפית של תפקידים בין גברים ונשים בחגרה.
- ד. היא מנציחה סטיגמה חברתית קשה כלפי אימהות שאינן רוצות או מסוגלות להיות הורה משמורן יחיד בגיל הרך (ואף מעבר לכך).
- ה. היא מהווה "קלף מיקוח" בסכסוכי גירושין.
- ו. היא מצמצמת שיקול דעת של מומחים ושופטים בדבר קביעת טובת הילד.

מנגד, המתנגדים לביטול ולחזקה טוענים כי היא מקטינה סכסוכים, תורמת לאחידות, יציבות וציפיות התוצאה בסכסוכים משפטיים וכי אין לבטלה שכן היא מאזנת יתרונות אחרים שיש לגברים ביחס לנשים בדיני המשפחה בישראל.

על חסרונות אלה אנו מבקשים להשיב כדלקמן:

א. הקטנת סכסוכים ו/או אחידות יציבות ויכולת צפייה, אינם סיבה מספקת לפגיעה בזכות הילד.

זאת ועוד, מחקריהם של מנוקין ומקובי (ראה: נספח 1) מוכיחים כי אין שוני משמעותי בהגדלת הסכסוכים גם לאחר ביטול החזקה.

ב. ביחס לפגיעה בנשים עקב חוסר השוויון בתחומים אחרים בדיני המשפחה והגירושין, אנו מסכימים כי קיים חוסר שוויון וכי יש לתקן חוסר שוויון זה. מאידך, ספק אם הקושי הרב בעריכת רפורמה בכלל דיני המשפחה מצדיקה עיכוב בשינוי החקיקה, דווקא בתחום זה, ונשאלת השאלה מדוע טובת הילד וזכותו צריכה "לשלים" את מחיר חוסר השוויון?!

אנו סבורים כי עד לשינוי החקיקה יש לפתח בפסיקה את החריגים והסייגים ("סיבות מיוחדות להורות אחרת") שבס' 25 סייפא לחוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופוסות באופן שיתאים לשמירה על זכותו של ילד כי טובתו תהא שיקול ראשון במעלה ובאופן התואם לשינויים הפסיכו-חברתיים שהתרחשו מאז קביעת החזקה ועד ימינו.

מסקנה 2

אנו סבורים כי הגשמת עיקרון טובת הילד (כזכות הילד) בסכסוכי משמורת

מחייב קביעת קריטריונים-פרמטרים, אשר ינחו את בית המשפט ויסייעו

בהבניית שיקול הדעת לקביעת טובת הילד.

כפי שראינו, בהעדר קריטריונים לקביעת טובתו של ילד, הופכת טובתו ל"סיסמה" אשר תוכנה מושפע מהיבטים ערכיים, מוסריים ואישיים, או לחלופין, בשל ערטילאותו של המושג והקושי בקביעתו, מאמץ השופט כ"חותמת גומי" חוות דעת של איש מקצוע ורואה בה חזות הכל.

כבר אמרנו כי טובתו של ילד כזכות, מטרתו בין השאר להשיג אובייקטיביות ולשרטט "גבולות אדומים" לגישות פטרנליסטיות ואוניברסאליות.

לקביעת פרמטרים לשיקול דעת יש ערך רב הן מהבחינה **החינוכית** - שכן יש בהם הנחייה לשופט ולדיין מה הם המרכיבים המינימאליים שעליהם לשקול, והן מהבחינה של שמירת אובייקטיביות שכן שופט/דיין/ מומחה לא יוכלו לקבוע את טובת הילד על פי גורם אחד ויחיד אשר לדעתם מכריע, אלא יצטרכו לשכלל את התוצאה על פי שורה של שיקולים.

נשאלת השאלה מה הם הפרמטרים הראויים לקביעה בהבניית שיקול הדעת, והאם יש ליתן עדיפות לפרמטרים מסוימים על פני אחרים.
 התשובה לשאלה זו צריכה, לדעתנו, להינתן ע"י אימוץ פרמטרים משלושה מקורות עיקריים:
 א. זכויות הילד ראויות להוות יסודות בהבניית שיקול דעת בדבר טובת הילד.
 ב. מחקרים פסיכולוגיים בדבר שיקולים המבטיחים טובתם של ילדים ראויים להילקח בחשבון באופן כללי בעת בחינת טובת הילד.
 ג. זכויות יסוד כלליות כגון שוויון, הגנה על התא המשפחתי, זכויות הורים וכיו"ב גם להם משקל בהבניית שיקול הדעת.

בהתבסס על המקורות הנ"ל ומתוך שדלינו הן מעקרונות האמנה בדבר זכויות הילד, הן ממחקרים פסיכולוגיים והן מחוקים במדינות דמוקרטיות בהן ערכנו מחקר השוואתי, אנו סבורים כי מן הראוי לקבוע כי **על בית המשפט חובה** בבואו להכריע בטובת הקטין לשקול, לפרט ולבחון **לכל הפחות** את 7 הפרמטרים הבאים:

1. **רצון הילד והעדפתו** - לפרמטר זה חשיבות מיוחדת שכן כידוע "טובת המבוגר" היא - **רצונו**. עלינו לשאוף ככל האפשר להשוואת זכויותיו של קטין לאלו של מבוגר. בנקודה זו אנו סבורים כי קיימות מספר אפשרויות שיש להכריע בהן:
 - א. קביעה כללית בדבר התחשבות ברצון הקטין בהתאם לגילו הכרונולוגי והמנטאלי.
 - ב. קביעה ספציפית הקובעת חזקה הניתנת לסתירה כי רצונו של קטין מגיל מסוים (למשל 15) משקפת את טובתו.
 - ג. קביעה האוסרת על פסיקה בניגוד לרצון קטין, מגיל מסוים (למשל: מגיל 16).

לדעתנו, קיימת חשיבות **בקביעת הוראה חוקית** המחייבת את בית המשפט **לברר את רצונו של הקטין** ולשמוע את דעתו החל מגיל בו ראוי לעשות כן (גיל 6, גיל 7, גיל 8?), ודרישה מבית המשפט לברר את רצונו של הקטין גם באמצעות **שמיעה ישירה** (ולא רק באמצעות מומחים), לשם הגשמת זכות **הכבוד** של הקטין ולשם **התרשמות ישירה ממנו** - אלא אם כן יש **נסיבות מיוחדות, שינומקו**, - להורות אחרת. יש לקבוע בחוק כי השמיעה תעשה בלשכת השופט, בנוכחות איש טיפול (יחידת סיוע), ולהותיר בידי השופט את שיקול הדעת בדבר מידת הדיווח בפרוטוקול על תוכן השיחה.

2. **דאגה מרבית לשמירה על קשר עם שני ההורים** - גם לפרמטר זה חשיבות מיוחדת שכן הינו חלק מזכויות הילד ומוכר כטובתו בכל המחקרים הפסיכולוגיים החשובים. אנו סבורים כי יש לקבוע העדפה להורה המבטיח כי לילד ישמר קשר הוגן, ראוי ומאוזן עם שני הוריו.

עוד אנו סבורים, לאור ריבוי מקרי ההסתה, סרבנות הקשר והקושי להתמודד עם התופעה, כי יש לקבוע הוראה מפורשת בחוק על פיה הפרות חוזרות ונשנות של הסדרי ראייה יהיו עילה לבחינה מחודשת של המשמורת.

3. המשכיות ויציבות בחיי הילד ובקשריו עם הדמויות המשמעותיות בחייו:

- א. זהו פרמטר מרכזי המקובל במדינות רבות, ומטרתו לשמר את טובת הילד למען יחווה את מינימום הזעזועים בחייו, ולמען יחווה את משבר פירוק התא המשפחתי במינימום פגיעה, ותוך שאינו נפרד ממרבית הדמויות המרכזיות בחייו ושאר הגורמים החשובים בחייו. העיקרון הוא שמירה על **המשכיות**.
- ב. במסגרת פרמטר זה תישקל שאלת "**ההורה הפסיכולוגי**" אשר מלווה את הילד בעיקר הפעילויות בחייו על מנת לשמר עבורו את הקשר המשמעותי עם הורה זה. יתכן ויש לפרט בחוק את הפרמטרים לקביעת ההורה הפסיכולוגי (הכנת ארוחות, רחיצה, הלבשה, טיפול יומיומי, רפואה, דאגה לשעות פנאי, השכבה, טיפול במשמעת, חינוך, מיומנויות חברתיות, זמן כמותי וכיו"ב).

4. בריאותם הנפשית של ההורים, רצונם ומסוגלותם ההורית לספק את צרכי הילד

פרמטר זה כמו גם הפרמטר הקודם יאותר בעזרת אנשי מקצוע (פסיכולוגים, עו"ס ופסיכיאטרים) ומבדקי מסוגלות הורות מקובלים.

5. השאיפה לשמר את קשריו הרגשיים של הילד עם הוריו, אחיו ואחיותיו ודמויות משמעותיות אחרות בחייו

6. גילו ומינו של הילד והשפעתם על קביעת משמורתו

בפרמטר זה יש משום התייחסות למקרים מיוחדים כגון יונק או בת בגיל ההתבגרות אשר יתכן כי יש חשיבות להעדפתה של אם כמשמורנית בתקופות חיים אלה.

7. סביבתו החברתית של הילד, בית הספר, הקהילה בה חי וצרכיו המיוחדים וכל נסיבה רלוונטית אחרת.

לפרמטר זה חשיבות רבה הן משום שהוא "סעיף סל" המאפשר בחינת נושאים נוספים והן לגבי ילדים בגילאים מתבגרים כאשר נלקחת בחשבון האפשרות כי שמירה על יציבות **חברתית וקהילתית** תורמת למניעת זעזועים ומבטיחה את טובת הילד.

אנו סבורים כי מן הראוי שהחוק ידרוש מבית המשפט **כחובה** לפרט בכל הכרעה שיפוטית את השיקולים שהנחו אותו בקביעתו לכל הפחות על פי הפרמטרים הנ"ל.

מסקנה 3

אנו סבורים כי יש לקבוע בחוק אמצעים אשר יסייעו בהגשמת השמירה על עיקרון טובת הילד כשיקול ראשון במעלה.

ואלה האמצעים אשר אנו סבורים כי יש להבטיח בחקיקה:

א. גישור - אנו סבורים כי יש להבטיח ולקבוע כי בטרם יזקק בית משפט להליך של הכרעה שיפוטית יהא על הצדדים לעבור תהליך של גישור על מנת לנסות ולהשיג הסכמה בשאלת המשמורת.

הגישור בסיוע צד ג' (מטפל, עובד יחידת סיוע, עו"ד) מבטיח כי שני ההורים בהנחיה ראויה, יעשו מאמץ להימנע מקונפליקט ולהגיע לידי הסדר מוסכם אשר עצם השגתו (בהסכמה) מקיימת את טובת הילד.

הגישור מאפשר לא רק להקטין את הסכסוך וליישבו, אלא אף מגביר את הסיכוי להבטחת השוויון בין ההורים ואת ההשקעה בחיפוש אחר פתרונותיה המתאימים עם טובת הילד.

בגישור יש גם משום חיזוק ועידוד לעקרונות השוויון בין ההורים וההסכמה אשר יש לשמר ולבסס. כמובן שיש לקבוע דרכים לפתור צדדים מגישור או להפסקת גישור במקרים ראויים.

ב. מינוי מומחים - אנו סבורים כי ראוי להסדיר בחקיקה את שאלת מינוי המומחים באופן שונה מההסדר הקיים.

יש לשקול האם ראוי להותיר על כנה את ההוראה בחוק בית המשפט לענייני משפחה ותקנותיו, על פיה ימונה רק מומחה אחד מטעם בית המשפט וזאת לאור המסקנות שפרטנו בפרק העוסק במעמדה של חוות דעת.

כפי שראינו מדעי בריאות הנפש אינם מדעים מדויקים, וקיימות דעות וגישות שונות אשר יכולות להביא למסקנות שונות, כשהן מנותחות ע"י בעלי אסכולות שונות. יש להבדיל בין ממצאים לבין הסקת מסקנות, אשר צריכה להיות מלאכתו של השופט באופן אינטגרטיבי עם שאר הראיות, ואין ללכת שבי אחר מסקנת המומחה באשר הוא מומחה.

יש לשקול האם אין זה ראוי כי ייקבעו בחוק הכללים הבאים או חלק מהם:

א. בסכסוכי משמורת ימונו מומחים לשם הערכת בריאותם הנפשית ומסוגלותם ההורית של ההורים, וכן לשם הערכת צרכיו הרגשיים של הילד, והתאמתם של כל אחד מההורים לספקם.

ב. מינוי מומחה מטעם בית המשפט ייעשה במידת האפשר ע"י מינוי צוות רב מקצועי, וחוות דעת שתוגש תוכל לעמוד לביקורת של חקירה (כולל החומר הגולמי), כאשר ניתן יהא להעזר במומחים מטעם הצדדים לשם חקירת המומחה מטעם בית המשפט.

- ג. ביהמ"ש יונחה לשקול במצבים מיוחדים ומתאימים האם לאפשר לכל אחד מההורים להציג ולהגיש חוות דעת של מומחה מטעמו (וההורה השני יצטרך להסכים להיבדק אצל אותו מומחה), על מנת שלפני בית המשפט יונחו מגוון של דעות, גישות ושיקולים. (המומחים יהיו רק מומחים מתוך מאגר אנשי מקצוע שיתחייבו בכתב לאובייקטיביות ומקצועיות (המודל האמריקאי)).
- ד. הוראת חוק תקבע כי חוות הדעת שתוגש היא רק חלק ממכלול הראיות ויש לשכללה עם שאר הראיות במשפט.

ג. ייצוג נפרד לילדים

יש לדעתנו לקבוע בהוראת חוק הנחייה על פיה, במידת הצורך, ילדים העומדים במרכז סכסוכי משמורת יזכו לייצוג נפרד. אין בכוונתי להרחיב בנושא זה, אלא כדי ציון הצורך לייצוג נפרד, המשתלב עם אינטרס השמירה על זכותו של הקטין, כי עניינו יזכה להגנה עצמאית, בנפרד מאינטרסים אחרים, ובאופן בו החקירה בדבר טובת הילד תעשה תוך הקפדה על הקריטריונים שנקבעו בחוק, תוך הגנה על זכויות היסוד של הקטין ותוך האפשרות לבחון באופן ענייני את מסקנות והמלצות המומחים.

במתן ייצוג נפרד לקטינים יש כמובן משום פגיעה בזכויות ההורים ובאוטונומיית התא המשפחתי ועל כן יש להקפיד כי הייצוג הנפרד יעשה במקרים המתאימים תוך הגדרת גבולותיו של הייצוג הנפרד ותוך הנחייה כי המייצג ישאף לשיתוף פעולה עם ההורים ושילובם המלא בתהליך הייצוג.

מסקנה 4

יש לקבוע בחוק קריטריונים לשינוי פסקי דין בענייני משמורת.

- לדעתנו עיקרון ההגנה על ילדים ושמירת טובתם האקטואלית מחייבת איזון בין שתי מטרות:
- א. המטרה כי הכרעה בעניינם של ילדים לעולם לא תהא סופית וכי בשינוי נסיבות מתאים ניתן יהא להעריך את טובתם של הילדים מחדש ולקבל החלטות מעודכנות.
- ב. המטרה כי תשמר ככל האפשר היציבות וההמשכיות בחיי הילד מבלי שייחשף חדשות לבקרים להליכים חוזרים ונשנים של בדיקת טובתו, שכן עצם קיומם של קונפליקטים והכרוך בהם (בדיקות, מתחים וכיו"ב) מהווים זעזוע בחיי הילד.

לדעתנו, איזון בין המטרות צריך להביא לניסוחו של כלל, על פיו רשאי בית המשפט לשנות כל החלטה וכל פסק דין שניתנו בעניינו של קטין, כאשר יוכח בפניו כי טובת הילד דורשת זאת אך מאידך, אם תוגש בקשה לשינוי פסק משמורת בתוך פחות משנה (או שנתיים) ממתן פסק הדין הקודם, לא יזקק לה בית המשפט אלא אם כן תפרט הבקשה נסיבות מיוחדות ויוצאות דופן לעשות כן.

לניסוחו של כלל מעין זה ישנה גם משמעות חינוכית לציבור המתדיינים.

מסקנה 5

יש לקבוע בחוק קריטריונים לסוגיה של שינוי מקום מגורים של ההורה המשמורן ממדינה למדינה.

- שינוי מקום מגורים - הגירה - של קטין מארץ לארץ הינו נושא בעל חשיבות רבה במיוחד לעניין טובתו של הקטין. שינוי כזה טומן בחובו זעזוע קשה בכמה יסודות חושבים של טובת הקטין:
- א. שינוי סביבת חיים ופגיעה מהותית ביציבות ובהמשכיות הנוהגים בעבר ובהווה (לרבות: שפה, חברים, תרבות השפעה על העתיד וכיו"ב).
 - ב. פגיעה בקשר עם ההורה האחר וחוסר יכולת לשמר קשר הדוק קבוע ותכוף עם אחד ההורים.
 - ג. פגיעה בזכות השוויון שבין ההורים.
 - ד. משמעויות כלכליות כבדות משקל עבור ההורים (טיסות וכיו"ב).
 - ה. חשיפה לשיטת משפט שונה ואובדן סמכות השיפוט הישראלית.
- חמשת הגורמים המרכזיים הנ"ל מחייבים התייחסות מיוחדת בחוק לשאלת טובת הילד וקביעתה במה שמכונה "תיקי הגירה".
- לדעתנו, יש להרחיב את הפרמטרים הכלליים להבניית שיקול הדעת בנושא טובת הילד בתיקי משמורת ולקבוע פרמטרים מיוחדים במקרים בהם שאלת המשמורת כרוכה גם בהגירה.
- לדעתנו, יש להגדיר בחוק רשימה של פרמטרים רלוונטים להבניית שיקול דעת בקביעת טובת הילד וקביעת כללים במקרה של הגירה, כגון:
- א. חובה למתן הודעה מראש על כוונת הגירה של לפחות 90 יום.
 - ב. על ההורה המבקש את הגירת הקטין להוכיח, כי התועלת שתהא לקטין מההגירה עולה או שקולה כנגד הנזק שיגרם לו עקב כך.
 - ג. על ההורה המבקש את ההגירה להוכיח, כי הסיבה להגירה אינה רצון לנתק את הקשר של הקטין עם ההורה האחר או לחבל בו.
 - ד. על ההורה המבקש את ההגירה להציג מראש תוכניות הגירה מגובשות לרבות מגורים, מוסד חינוכי, קהילה, רפואה וכיו"ב.
 - ה. על ההורה המבקש את ההגירה להציע תוכנית ביקורים ואפשרויותיו למימון הביקורים של ההורה השני והילד.
 - ו. על ההורה המבקש את ההגירה להציע ערבויות מתאימות לקיומו של פסק הדין בעניין ההגירה, לרבות הבאת הילד לביקורים וקיום שאר תנאי ההגירה.
 - ז. בכל בקשה להגירה ישקול בית המשפט את עמדתו ורצונו של הילד ביחס להגירה.
 - ח. בכל בקשת הגירה ישקול בית המשפט את ההשלכות שתהיינה על ההורה המשמורן בסירוב להגירה וכן את השאלה האם ההורה הלא משמורן יכול לשמש כהורה משמורן במקרה ובית המשפט יסרב לאפשר הגירת הקטין וההורה האחר יחליט להגר בכל זאת.

מסקנה 6

אנו סבורים כי עיקרון האפוטרופסות המשותפת הקבועה בחוק עיקרון השוויון בין ההורים ועידודם להסכמה בכל ענייני האפוטרופסות הינם עקרונות ראויים שיש לשמרם ולבססם בצד העיקרון כי טובת הילד היא השיקול הראשון במעלה.

המסקנה האחרונה בנייר עמדה זה היא כי עיקרון האפוטרופסות הטבעית הקבועה בחוק השוויון ההורי ועידוד ההסכמה בין ההורים עולים בקנה אחד עם טובת הילד וזכויותיו ומהווים איזון נאות והולם גם לערכים המשיקים לזכויות הילד דהיינו: מעמדם של ההורים, אוטונומיה של התא המשפחתי, שוויון ועידוד הסכמת הורים לטובת ילדם.

מן הראוי כמובן כי בצד עקרונות אלה ישמר הכלל שנקבע עוד בחוק שיווי זכויות האשה תשי"א 1951, על פיו השיקול המכריע במקרה של התנגשות בין העקרונות יהא תמיד שיקול טובת הילד.