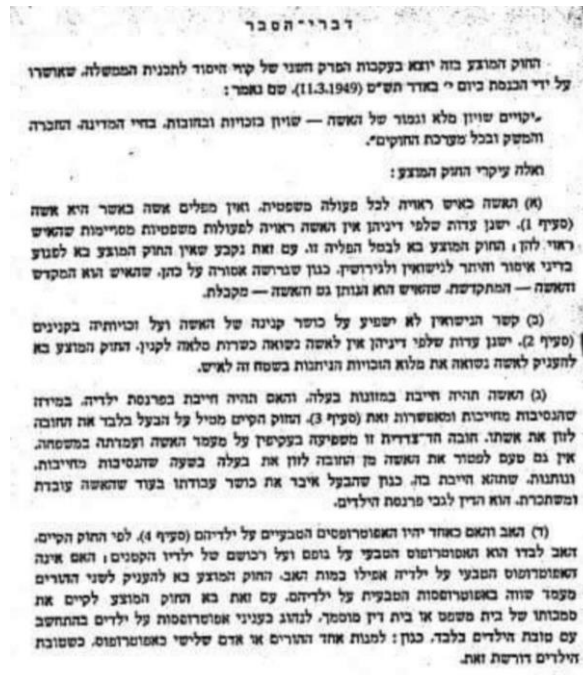


ח' באלול תשע"ה
23 באוגוסט 2015

חזקת הגיל הרך ומשמורת משותפת בארץ ובעולם נייר עמדה משלים לנייר עמדה בנושא "חוק הורים וילדיהם" מיום 6 ביולי 2015



מתוך דברי הסבר לחוק שיווי זכויות האישה, התשי"א - 1951

כתיבה: עו"ד מירית ענתבי

תוכן העניינים

עמודים

3-6	רקע	א
6-8	מסמך הקונצנזוס של 111 מומחים-ראיה מדעית בביטול חזקת הגיל הרך	ב
8-13	סטטוס חזקת הגיל הרך בישראל וברחבי מדינות העולם	ג
13-21	מציאות דה-יורה (De-jure) בעקבות מציאות דה-פקטו (De-facto) בארץ ובעולם	ד
21-27	מיתוסים בהקשר לחזקת הגיל הרך	ה
27-28	סיכום	ו
29-30	בביליוגרפיה	
31-34	הערות והארות לנוסח החוק המוצע ("נוסח 2015")	נספח "א"

א. רקע

1. בשנת 1962 (תשכ"ב) חוקק חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות¹ (להלן: "חוק הכשרות המשפטית"). על-פי סעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית, כאשר הורים אינם מגיעים לידי הסכמה לגבי הסדר ההורות במקרים של פירוד או גירושין או בין שלא נשאו, יקבע בית המשפט את התכנית ההורית על-פי עקרון טובת הילד. דא עקא, מרחב שיקול הדעת של בית המשפט, בקביעת מהות הסדר ההורות המיטבי לילד הוגבל בחוק כאשר מדובר בילד בגיל הרך; אם טרם מלאו לילד 6 שנים, מונחה בית המשפט לפעול על-פי חזקה משפטית המעניקה לאם את המשמורת על הילד ומותירה בידי האב זכויות "ראייה וביקור" בלבד. את היתרון המובנה בחוק לאם בהסדר ההורות של ילדים בגיל הרך אפשר לבטל רק אם מצא בית המשפט "סיבות מיוחדות להורות אחרת" אשר מצדיקות, לדעתו, סטייה מהכלל המחייב.
2. ודוק: הכינוי "חזקת הגיל הרך" מתייחס להעדפת האם כ"משמורנית" יחידה במקרה של פרידת ההורים. העדפה המעוגנת בחוק לגבי ילדים שטרם מלאו להם 6 שנים (Tender Years Doctrine).
3. למעלה מ-60 שנה, לא נעשה כל שינוי ו/או תיקון מהותי בנושא, במדינת ישראל. זאת בעוד שבועלם וגם בארץ חלו תמורות בחברה בכלל, ובתא המשפחתי בפרט.
4. נייר העמדה המשלים מטרתו להציג את תמונת המצב ברחבי העולם בהקשר ל"חזקת הגיל הרך"; נקדים ונציין, כי התמונה שנגלית הינה שדוקטרינת הגיל הרך הוחלפה בדוקטרינות ניטראליות של בחינת טובת הילד בכל מקרה ומקרה - "Best Interest of the Child".
5. לא זו אף זו: בהתאם לאמנות בינלאומיות; האמנה בדבר זכויות הילד,² 1989; האמנה בינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות,³ 1966 וסעיף 8, פרק א', באמנה האירופאית להגנת זכויות אדם וחירויות יסוד⁴, מחובתה של מדינת ישראל לבטל את חזקת הגיל הרך, וכן להפחית את דמי המזונות המושטים על אבות גרושים, כדי שיתאפשר להם קיום בכבוד.
6. החל מאמצע המאה ה-20 ירדה קרנה של חזקת הגיל הרך בעולם. השינוי התרחש על רקע התפתחות מגמות אידיאולוגיות של שוויון בין המינים ושל שלילת האפליה ביניהם, ומגמות פרקטיות של יציאה מוגברת של נשים לעבודה, בניגוד לפרדיגמה של אימהות המקדישות את כל זמן לביתן ולילדיהן. חל שינוי רבתי בשיח החברתי והתרבותי, והתפיסה על-פי הדין הדתי, לפיה האשה היא עקרת בית והבעל הוא המפרנס, פסה לה מן העולם.
7. במציאות של עשרות שנים ללא כל שינוי בהיבט החקיקתי, המלצת ועדת שניט⁵ הטילו "פצצה" – המלצה לבטל את "חוק חזקת הגיל הרך"; אותו חוק אי-שוויוני המקנה משמורת אוטומטית

¹ חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962.

² האמנה בדבר זכויות הילד, 1989, כרך 31, 1038, (221-248).

³ האמנה בינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, 1966, כרך 31, 1037, (205-2019).

⁴ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocol no. 14 (cets no.194) 1.7.2010.

⁵ דו"ח המלצות סופי של הוועדה הציבורית לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין, 27 בדצמבר 2011.

לאמהות בהליך הגירושין (לילדים בגיל הרך, עד גיל 6). ביטול החוק יעמיד את שני ההורים באופן שווה, בזכויות ובאחריות ההורית כלפי ילדיהם לדרוש ולקבל את זמני השהות במידה שווה.

8. ה"פצצה" לא הוטלה בחלל ריק, להיפך - לא זו בלבד, שבהתאם להתפתחויות וממצאי המחקרים, ברי ונהיר, כי חזקת הגיל הרך היא בדיה משפטית, והיא מייצרת קביעות עובדתיות ללא בסיס מדעי ואמפירי, אלא שזו הופרכה דה-פקטו באמצעות התא המשפחתי המודרני המתקיים בשיויון מוחלט בין האב והאם באשר לטיפול בילדיהם מגיל ינקות, ובעקבות זאת הופרכה דה-יורה על-ידי הרשות השופטת, אשר התאימה עצמה למציאות שהשתנתה, באמצעות פסיקה נרחבת של משמורת משותפת, אולם תחת המגבלות הקיימות בחוק.

9. דע עקא, על אף ידע שנובע ממדעי ההתפתחות היישומיים, המציאות דה-פקטו והמציאות דה-יורה, חזקת הגיל הרך עדיין מקובעת בחוק, והיזומות לביטולה בחוק הישראלי, כפי שנהגו מרבית מדינות העולם המערבי, טרם צלחו, וגם המלצות ועדת שניט לביטול חזקת הגיל הרך טרם יושמו, הלכה למעשה; הכל כפי שיפורט להלן.

10. כאמור, חזקת הגיל הרך מבוססת על תפיסה פסיכולוגית מיושנת, בלתי תקפה ושאינה נתמכת מחקר. גישה זו רווחה בעת שנחקק החוק לפני למעלה מ-60 שנה, לפיה טובתם של ילדי גירושין בגיל הרך הוא שהקשר העיקרי שלהם יישמר עם האם שערוכה רגשית ופסיכולוגית טוב יותר מהאב לספק את צרכי התפתחותם התקינה. כאמור, תפיסה זו אינה מקובלת כיום, כפי שעולה ממדעי ההתפתחות היישומיים – דיסציפלינה שלמה המבוססת מחקר אמפירי בחקר התפתחות הילד, שעוסקת, בין השאר, בהתפתחות נורמטיבית שמתרחשת גם בעת משבר כמו גירושין.

11. אי-תקפותה הפסיכולוגית של חזקת הגיל הרך נדונה רבות במהלך השנים⁶, ולאחרונה אף פורסם מסמך קונצנזוס בינלאומי שבאופן חסר תקדים הצטרפו אליו 111 מומחים בינלאומיים⁷, כפי שיפורט להלן.

12. ודוק: הרוחות החדשות המנשבות בין כותלי בית המשפט מניבות הלכות מופלאות המדגישות את ערך העל - טובת הילד, ובהתאם, למרות המגבלות בדין הקיים, פוסקות משמורת משותפת וביטול חזקת הגיל הרך. כאמור, אחד מיסודותיו של הבסיס לשינוי הוא המציאות האמפירית:

"יש להביא בחשבון כי בשנים האחרונות התפתחה והתגבשה גישה חדשה אשר מבקשת לדחוק את התפיסה המשפטית העוסקת בהחזקת קטינים ובקביעת הורה משמורן ובמקומה להנחיל עקרונות משפטיים חדשים אשר מתבססים על מודל של אחריות הורית, על רקע שאיפה לאחריות הורית משותפת המביאה לידי ביטוי את האפוטרופסות המשותפת שנקבעה בחוק הישראלי. מודל זה מתבסס על ממצאי מחקרים שהצביעו על חשיבות תפקידם של שני ההורים בהתפתחות ילדיהם. חשיבות שהופכת למשמעותית עוד יותר כאשר ההורים מתגרשים. מסקנותיהם של אותם מחקרים היו שככל שאבות היו מעורבים בחיי ילדיהם וניתנה להם הזדמנות להעניק לילדים תמיכה רגשית ובטחון והם סייעו במתן מענה לצרכיהם הלימודיים, התפקודיים והחברתיים, אותם קטינים תפקדו ברמה חברתית טובה יותר והסתגלו למצב שנוצר בעקבות הגירושין, טוב יותר מאלו שלא זכו בשני הורים תומכים ושותפים לגידולם... עוד נמצא שמתן עדיפות

⁶ תרצה יואלס ואבי שגיא-שורץ, "אמא, אבא, ומה איתי? אני זקוק לשינכם": עובדות מיתוסים ותקוות בהסדרי הורות במקרי גירושין, דין ודברים ו, התשע"ב.

⁷ Social Science and Parenting Plans for Young Children: A Consensus Report, by Richard A. Warshak and 110 others, Psychology, Public Policy, and Law, vol 20, No. 1, 46 – 67, 2014.

להורה אחד על פני האחר על ידי קביעתו כהורה המשמורן מעניקה לאותו הורה יתרונות ביכולת ההשפעה על הילדים, ביחס שלהם כלפי ההורה האחר עד כדי יצירת ניכור בין הילדים להורה האחר.⁸

13. אין תימה, כי הגישה הרווחת היום הינה כי חובתה של האם, כפי שחובתו של האב בעת גירושין ו/או פירוד אינה סותרת את חובתם ההדדית להבטיח כי תישמר זכותו של הילד לקיים קשר ישיר ומשמעותי עם שני הוריו. החובה להעמיד במרכז את הדאגה לטובתו של הילד, היא אבן היסוד המחייבת את ההורים לפעול ולעשות הכל, גם תוך ויתור אישי על רצונותיהם האישיים, קל וחומר רצונות המונעים מאי ראיית טובת הילד, נקמנות ועוד. בהקשר זה יפים דבריו של הש' זגורי⁹:

"כאשר מביאים אנו, כהורים, ילדים לעולם, "מוותרים" אנו על זכויות רבות - נשללת מאתנו פרטיות, חופש מסוים, שלוה מסוימת, וזוכים אנו בהנאות רבות; הוויתור הינו מודע, כחלק מאחריותנו ההורית, יכולת השיקום, וניהול החיים לא נשללים אוטומטית, אלא שכפופים הם לטובת הקטין".

14. יודגש: למרות הרלוונטיות הרבה של גישה זו לילדי גירושין, היא איננה מיוצגת דיה בחיבור החשוב כל כך בין ילדים, הורים, גורמי הרווחה ומערכת המשפט בישראל, קל וחומר בהחלטות בית המשפט העליון, זאת בניגוד לניסיונות רבים לשינוי הגישה בבתי המשפט לענייני משפחה.

15. לא זו אף זו: חזקת הגיל הרך לא נועדה, בשום אופן, להפקיד בידי האם כוח בלתי מוגבל לקבוע על פי רצונה את התנאים והגבולות לשיתופו של האב בגידולו של הילד. אלא מאי, בנסיבות של הדין הקיים, הפקדת חופש החלטה לאם מעניק יתרון בלתי הוגן לאם כמשמורנית. ואם בכך לא סגי, המצב הנוכחי מעניק לאם כוח להכתיב מצבי ניתוק שרירותי של אבות מילדיהם.

16. חוק הורים וילדיהם¹⁰ מעבר לקביעותיו החשובות, צריך להנחות את בתי המשפט לאמץ במכלול השיקולים גם את הזווית שמזהה את "ההורה הידידותי" כלפי הילד, כלומר זה שמתחשב במקומו של ההורה השני בחיי הילד, בדומה להנחייתו של כבוד השופט זגורי בפסק דינו לעיל. זהו קריטריון הכרעה חשוב אשר יסייע לשופטים להגיע להחלטות הרואות את טובת הילד לנגד עיניהם, במקרים בהם התנהלותה של האם הינה כשל הורה "לא ידידותי", קרי אינה דואגת לצורכי ילדיה לשמירת קשר רציף ומשמעותי עם האב, לרבות אך לא רק, במקרים של ניכור הורי, "הגירה בתוך הארץ" ועוד.¹¹

17. לא מן הנמנע להדגיש, כי ביטול חזקת הגיל הרך בחוק הורים וילדיהם והחלפתה ב"זכויות הילד"/"אחריות הורית", חייבת להיות מלווה במקביל ב"חובות הילד"/"ב"זכויות ההוריות". יובהר: המשפט הוא מערכת של כללים המקנים זכויות ומטילים חובות על הפרטים בחברה. המוסכמה במשפט היא שמול כל זכות עומדת חובה ומול כל חובה עומדת זכות של אותו פרט.

⁸ תמ"ש (אשד" 13620-07-12 ש.ג. נ' ג.ג. (פורסם באתר – נבו, 6 בינואר 2015).

⁹ תמ"ש (קריות) 3461/05 פלונית נ' פלוני (פורסם באתר – נבו), מיום 14 באוגוסט 2008.

¹⁰ הצעת חוק הורים וילדיהם, התשע"ד-2014, הצ"ח 903, 26 בנובמבר 2014; הצעת חוק הורים וילדיהם, התשע"ה-2015, 591/20/פ, מסי' פנימי 562382.

¹¹ תלונות שווא על אלימות ומין במשפחה: אלימות משפטית, חוות דעת ומתווה לפתרון כולל, עו"ד מירית ענתבי, 31 ביולי 2015.

הזכות להורות הינה זכות יסוד, על-פי סעיף 8 לאמנה האירופאית לזכויות אדם וחירויות יסוד. מן הראוי לאמץ גם את הזכות להורות בנוסחו של החוק המוצע, כפי שנהוג ברחבי העולם, שכן ברי ונהיר כי זכויות ואחריות שלובים זה בזה, ואין מטילים אחריות הורית בלבד, ללא זכות בצידה.

18. יאמר ללא כחל וסרק, ביטול חזקת הגיל הרך מגלם, בראש ובראשונה, את עיקרון העל – טובת הילד זכות הילד להיות עם הוריו ולגדול עמם מגיל ינקות ואחריות המדינה למימוש זכויותיהם; המשכה של התועלת בתרומתה לשוויון המגדרי בחברה, תוך העצמת הזהות הנשית והגברית כאחד, הפחתה ניכרת בתופעות נוראיות בחברה הנוצרות עקב האי-שוויון כמפורט לעיל; והמשכה – בתועלת הגלומה למדינת ישראל הן בפן הכלכלי והן בפן החברתי.

ב. מסמך הקונצנזוס של 111 מומחים-ראיה מדעית בביטול חזקת הגיל הרך

19. לא זו בלבד שחזקת הגיל הרך נשללה באופן חד-משמעי וגורף על-ידי מומחים בינלאומיים, אלא שבמסמך הקונצנזוס מועלית אף הסכמה כי תינוקות ופעוטות זקוקים לטיפול לילי של שני ההורים לאחר פרידה או גירושין.

20. הספרות המקצועית ומחקרים מזה עשרות שנים תומכים בבטלות חזקת הגיל הרך. החריג בנוף התמיכה היה מחקרה של Jennifer McIntosh¹² האוסטרלית, עליה סמכו ידיהם המתנגדים לבטלותה של חזקת הגיל הרך. אלא מאי, נפל דבר חשוב, וזו נאלצה להודות, בעקבות ביקורת נוקבת מצד מומחים ברחבי העולם על מחקרה וממצאיה, כי המחקרים שביצעה היו לא מדויקים וחסרי תקפות אמפירית. בין השאר, נטען נגדה כי הפיצה טענה שהאונה הימנית של נשים מפיקה נירונים הקולטים אותות מצוקה של פעוטות, ולטענתה האונה הימנית של הגברים פגומה. מאז, כאמור, היא חזרה בה ממסקנותיה וממחקרה.

21. אם בכך לא סגי, אזי 111 חוקרים ומומחים מרחבי העולם התקבצו ופרסמו מאמר משותף החותם את הגולל על הוויכוח המלאכותי הנוגע לטובת הילד (להלן: "מסמך הקונצנזוס").

22. פרופ' אבי שגיא-שורץ, במאמרו הנושא את הכותרת: "חזקת הגיל הרך – פרשנות בית המשפט העליון סותרת את טובת הילד"¹³, מפרט על מחקרם של 111 המומחים ומצטט מקביעתם, לפיה:

"כפי שאנו מעודדים שיתוף כל הורה בגידול הילד במשפחות עם שני הורים נורמטיביים, שהראיות המחקריות מאירות את הצורך בשיתוף כל הורה בעתות גירושין. צריכה להיות הנורמה לילדים בכל הגילים, גם מתחת לגיל שש, כולל חלוקת זמן בלילות עם כל הורה, אף שאין הכרח כי חלוקת הזמן תהיה שווה, יש מקום להתחשב באורח החיים של ההורים" [ההדגשות אינן במקור – מ.ע.].

23. יודגש: המומחים החתומים על מסמך הקונצנזוס הביעו את דאגתם כי קבלה חסרת ביקורת של עמדות לא מבוססות, והשענות על מחקרים נטולי תוקף לגבי תכניות הורות עבור ילדים צעירים מסכנת מאד את רווחתם של הקשרים בין ההורים והילדים.

¹² McIntosh, J. & the Australian Association for Infant Mental Health. (2011, Nov 26). Infants and overnight care – post separation and divorce: Clinical and research perspectives. Retrieved from: http://www.aaimhi.org/inewsfiles/AAIMHI_Infants_and_overnight_care.pdf.

¹³ אבי שגיא-שורץ ודן שניט, "חזקת הגיל הרך – פרשנות בית המשפט העליון סותרת את טובת הילד", פסיכואקטואליה, יולי 2014 (35-43).

24. יתרה מכך, המומחים מתריעים במסמך הקונצנזוס מפני הטיית הציבור, מערכת המשפט ובעלי מקצוע המעורבים בתהליך קבלת ההחלטות, כפי שעשתה J. McIntosh באמצעות מחקרה.

25. חשוב להדגיש, כי מסמך הקונצנזוס מכיל המלצות, אשר יושמו, הלכה למעשה, בכל המדינות בהן בוטלה חזקת הגיל הרך. שימת לב במיוחד להמלצות אלו:

25.1. בדיוק כפי שאנו מעודדים את שני ההורים במשפחות שלמות לחלוק טיפול בילד, אנו סבורים כי הראיות של מדעי החברה ביחס להתפתחות יחסי הורה-ילד בריאים והתועלת לטווח ארוך של יחסים אלו תומכות בכיוון דומה גם במצבי פרידה. לכן, הורות המבוססת על חלוקת זמן שווה פחות או יותר צריכה להיות הנורמה עבור תכניות הורות לילדים בכל הגילים, כולל ילדים צעירים מאוד. אנו גם מכירים בכך שמקצת ההורים והמצבים אינם מתאימים להורות על פיה כל הורה הוא שותף שווה כפי שעולה גם להלן.

25.2. ילדים צעירים יוצאים נשכרים כאשר שני הורים בעלי מסוגלות נוהגים על פי תכנית הורות המספקת להם קשר מאוזן ומשמעותי עם כל אחד מהם, תוך הימנעות מתבנית אחת הקוראת לחלוקה ספציפית של זמן הנכפית על כל המשפחות. התנהגות הורית יציבה, צפויה ורגישה, המביעה חיבה, היא תנאי חשוב להבטחת יחסי הורה-ילד משמעותיים, בטוחים ובריאים. בספרות המבוססת על מחקר תקף אין כיום שום בסיס לדרג באופן מגדרי האם אבות או אמהות הן דמויות עיקריות או שניוניות בעניין חשיבותן להתפתחות הבריאה של ילדיהם.

25.3. באופן כללי, התוצאות של המחקרים שעליהם מתבסס מסמך זה תומכות בתוכניות הורות המאזנות באופן שווה יותר את זמנם של ילדים צעירים בין שני הבתים. תיאוריות של התפתחות רגשית-חברתית ונתוני מחקר סביב תיאוריות אלה מוכיחים כי תינוקות יוצרים בדרך כלל התקשרות לשני ההורים, כי היעדרותו של הורה מסוים לתקופות ממושכות מסכנת את היכולת לפתח התקשרות בטוחה עם אותו הורה. ראיות בנוגע למשך זמן הורות במשפחות שלמות ובנוגע להשפעתם של מעונות יום מראות כי שהייה עם ילדים ותינוקות במשך מחצית מזמן היממה היא בהחלט די והותר כדי לתמוך בצורכי הילד. לפיכך, על מנת לספק לילד את מרב ההזדמנויות ליחסים טובים ובטוחים עם כל אחד מן ההורים, אנו מעודדים את שני ההורים להעניק זמן מרבי של שהות עם ילדיהם. אין להורים כל סיבה לדאגה אם הם חולקים שווה בשווה את זמן ההורות כאשר זה תואם ללוגיסטיקה של לוח הזמנים של כל אחד מן ההורים.

25.4. מחקר על לינות לילה של ילדים עם אבות תומך בכך שילדים מתחת לגיל ארבע יכולים להיות מטופלים בלילה על-ידי כל אחד מן ההורים, במקום להיות כל לילה רק בבית אחד. אנו מוצאים כי עבור רוב הילדים הצעירים השיקולים התיאורטיים והמעשיים לטובת לינות לילה בשני בתים הם משכנעים יותר מאשר דאגות כי לינות לילה בחלוקה שכזו עלולות לסכן את התפתחותם של הילדים. שיקולים מעשיים נעשים רלוונטיים כאשר מתאימים תכנית הורות עבור ילדים צעירים לנסיבות של ההורים.

25.5. תכניות הורות המספקות לילדים קשר של לא יותר משישה ימים בחודש עם אחד מן ההורים ומחייבות את הילדים להמתין יותר משבוע בין המפגשים, גובות מחיר מיחסי הורה-ילד. תכנית מעין זו שמציעה קשר מוגבל מהווה גורם סיכון לביסוס הקשר בין ההורה והילד. תכנית כזו יוצרת חסך שעלול למנוע מהילד את אופי היחסים והקשרים אשר מרבית הילדים זקוקים להם ורוצים לכוון אותם עם שני ההורים.

25.6. אין כל ראיות התומכות בכך שצריך לדחות את לוח הזמנים בביסוס מעורבות סדירה ותכופה, כולל לינות לילה, של שני ההורים עם תינוקותיהם וילדיהם הצעירים מאוד. פיתוח יחסי התקשרות עם כל אחד מן ההורים הוא שיקול חשוב מאין כמוהו כאשר מפתחים תכניות הורות. ההסתברות של ביסוס יחסי התקשרות אלה גוברת על-ידי הפחתת זמני הפרידה של הילד מכל הורה וגם דרך הבטחת זמן הורות נאות לכל הורה. הסדרים כאלה מאפשרים לכל הורה ללמוד טוב יותר את הצרכים הייחודיים של הילד ולשפר מיומנויות הוריות המתאימות לכל שלב התפתחותי.

25.7. המלצותינו ישימות בנסיבות רגילות, לרוב הילדים עם רוב ההורים. העובדה שישנם גם הורים עם מגבלות משמעותיות ביחס ליכולת הטיפול שלהם בילדיהם כגון הורים מזניחים או מתעללים והורים שמפניהם הילדים זקוקים להגנה ואולי אף להרחקה, אסור שעובדה זו תכתוב מדיניות עבור מרבית הילדים שהוריהם מגדלים אותם באופן נורמטיבי, הגם שהם חיים בנפרד זה מזה.

26. מחקר שפורסם ממש לאחרונה בכתב העת *Journal of Epidemiology & Community Health*¹⁴, נדונה הסוגיה: האם קיים קשר בין משמורת פיסית משותפת ובעיות פסיכוסומטיות אצל ילדים. המחקר בוצע בשבדיה באמצעות סקר לאומי בקרב תלמידי בתי ספר בכיתות ו' ועד ט', מטרתו היתה לחקור את הקשר בין בעיות פסיכוסומטיות של ילדים לבין הסדרי מגורים - ילדים המצויים במשמורת פיסית משותפת לעומת ילדים החיים ומתגוררים עם אחד מההורים לעומת ילדים החיים במשפחות גרעיניות.

נמצא כי ילדים המצויים במשמורת פיסית משותפת סבלו מבעיות פסיכוסומטיות בשיעור נמוך באופן משמעותי לעומת ילדים החיים בעיקר או רק עם אחד ההורים.

ג. סטטוס חזקת הגיל הרך בישראל וברחבי מדינות העולם

27. ודוק: ברוב מדינות העולם, חזקת הגיל הרך בוטלה. הסיבות לכך רבות, ובין היתר ניתן למנות את אמנות האו"ם הנזכרות לעיל; אמנת האו"ם לזכויות הילד, 1989, אמנת האו"ם בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, 1966, וסעיף 8 באמנה האירופית להגנת זכויות אדם וחירויות יסוד, הקובע [בתרגום חופשי]:

לכולם שמורה הזכות לכיבוד חייהם הפרטיים, חיי משפחתם, ביתם והתכתבותיהם. חלק מיישום זכות זו, לא תהא התערבות מצד כל רשות ציבורית, למעט במקרים של התאמה עם החוק, כחלק מחברה דמוקרטית ומתוך אינטרסים של ביטחון לאומי, בטחון הציבור או הרווחה הכלכלית של המדינה, למניעת אי סדרים או פשע, להגנה על הבריאות או על מידות טובות, או להגנה על הזכויות ועל חופש האדם של האחר.

משתמע מכך, כי לכל ילד זכות לקשר משמעותי עם שני הוריו, ושגבר ואישה שווים זה לזה גם במישור של דיני משפחה.

28. בחינת השיטות המשפטיות ברחבי העולם מעלה, כי כמעט בכל מדינות העולם ניתן ל"אתגר" את פסקי הדין של בית המשפט העליון בערכאות בינלאומיות, כגון: בית המשפט האירופי לזכויות אדם בשטרסבורג או בית המשפט של איגוד היבשת האמריקאית. בישראל, בית המשפט העליון הוא הרף

J. of Epidemiology Community Health 2015; 69:769-774 doi:10.1136/jech-2014-205058
<http://jech.bmj.com/content/69/8/769.full?sid=71171e52-538e-4a55-9dd2-7504dcbf2c74>

הגבוה, ובין היתר בכך טמון הטעם להעדר יכולת השפעה של הערכאות השיפוטיות לשינוי חוקים במדינת ישראל.

29. שימת לב, שבישראל כבר בשנת 2012, נערך מסמך פנימי בכנסת ישראל, המכיל סקירה משפטית בנושא: **"חזקת הגיל הרך בישראל ובעולם - אתר הכנסת¹⁵"**: מסקנתו פשיטא - **כל הניסיונות לאתר מדינה אחת שבה החזקה נהוגה נכשלו**. להגינותו של הכותב תיזקף העובדה כי אוזכר שם במפורש כי האו"ם התייחס לבעייתיות של חוקי המשמורת הישראלים בנובמבר 2011¹⁶:

"הוועדה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות של האו"ם אף קראה לאחרונה לישראל לבטל את חזקת הגיל הרך וכן להפחית את דמי המזונות המושגים על אבות גרושים, כדי שיתאפשר להם קיום בכבוד"¹⁷.

במסמך זה נאמר מפורשות כי זה הטעם לכתיבתו: **"הדבר בא על רקע דיווחים כי אבות גרושים רבים נמצאים במצוקה נפשית וכי יש בקרבם שיעורי התאבדות גבוהים"¹⁸.**

30. בממצאי הסקירה המשפטית נקבע, כי ההסדרים החוקיים בנושא ביטול חזקת הגיל הרך ומשמורת ילדים, במדינות; אוסטרליה, ארצות-הברית, בריטניה, דנמרק, ניו-זילנד, ספרד וקנדה - בוטלו. נמצא כי בכל אותן מדינות קיימת הנחת היסוד שעל ההורים לקיים מערכת של הורות משותפת, תוך ביטול חזקת הגיל הרך, כאשר טובת הילד עומדת כערך עליון.

31. להלן יובאו דוגמאות של מדינות בהן בוטלה חזקת הגיל הרך, לרבות תיאור בקליפת האגוז של המצב המשפטי הנהוג שם.

32. אוסטרליה

בשנת 2006 נחקק (Family Law Amendment Act (Shared Parental Responsibility)¹⁹, הקובע חזקה של אחריות הורית משותפת. נקבע כי עקרון טובת הילד ("Best Interests of the Child") הוא השיקול העליון בהחלטות הנוגעות לגביו, כאשר השיקולים העיקריים אשר יובאו בבחינת טובת הילד כלהלן:

- 23.1 התועלת לילד מקשר משמעותי עם כל אחד מהוריו;
- 23.2 הגנה על הילד מפני נזק פיזי או פסיכולוגי בשל התעללות, הזנחה או אלימות במשפחה;
- 23.3 רצונותיו של הילד ומשקלם לנוכח מידת הבגרות שלו;
- 23.4 אופיו של הקשר של הילד עם כל אחד מהוריו ועם אחרים (כולל סבים או קרובים אחרים);
- 23.5 המוכנות והיכולת של כל אחד מההורים לאפשר ולעודד קשר קרוב ורצוף בין הילד להורה האחר;
- 23.6 ההשפעה של שינויים על הילד, כולל ניתוק מכל אחד מהוריו או מכל ילד או אדם אחר (כולל סבים או קרובים אחרים) שהתגורר עמם;

¹⁵ עו"ד נתי פרלמן, "חזקת הגיל הרך בישראל ובעולם", הלשכה המשפטית, מרכז המידע בכנסת, תחום חקיקה ומחקר משפטי, 20.5.2012; מסמך שנערך לבקשת חה"כ זהבה גלאון.

¹⁶ שם, עמוד 3.

¹⁷ אופיר בר-זוהר, "האו"ם דורש צדק חברתי", הארץ, 15 בדצמבר 2011.

¹⁸ נתונים בנושא זה הועברו על-ידי הח"מ במסגרת חוות דעת בנושא: תלונות שווא על אלימות ומין במשפחה: אלימות משפטית, חוות דעת ומתווה לפתרון כולל, שהוכנה לבקשת שרת המשפטים, הגב' איילה שקד וחה"כ יואב קיש.

¹⁹ ראו אתר האינטרנט של ממשלת אוסטרליה: <http://www.comlaw.gov.au/Details/C2006A00046/Html/Text>.

23.7 הקושי והעלות של השהייה עם ההורה האחר, ומידת החשש שהדבר יפגע פגיעה ניכרת בזכותו של הילד לשמור על קשר אישי וישיר עם כל אחד מהוריו ;

23.8 הבגרות, המין, אורח החיים והרקע של הילד ושל כל אחד מהוריו וכל מאפיין רלוונטי אחר. למעשה, החוק יצר חזקה חדשה שמשמורת משותפת שווה בזמני השהייה היא טובת הילד.

33. ארצות הברית

בכל 50 המדינות בארה"ב, וכן במחוז קולומביה, קיים חוק המסדיר את קביעת המשמורת על ילדים על-ידי בית-המשפט בעת גירושים או פירוד. מאז שנות ה-70 של המאה ה-20 בוטלה חזקת הגיל הרך ברוב המדינות ברחבי ארה"ב.

יודגש: בחלק מן המדינות אף מצויה החזקה או ההעדפה הסותרת, של משמורת משותפת²⁰. בחוקיהן של המדינות המנויות מודגש במפורש כי אין להעדיף את האם או את האב בשל מינם: אינדיאנה (לגבי זוגות נשואים), אוהיו (לגבי זוגות נשואים), אריזונה, ארקנסו (לגבי זוגות נשואים), מיזורי, מיין, מרילנד, ניו-ג'רזי, ניו-יורק, צפון דקוטה, צפון קרוליינה, קולורדו, קונטיקט, קליפורניה וקנטקי.

המדינה האחרונה בארה"ב שבה הייתה נהוגה חזקת הגיל הרך הייתה מערב וירג'יניה, אולם בשנת 1979 בערכאת הערעור קבע בית המשפט כי קביעה לפי החזקה מהווה הפרה של זכויותיו של האב לשוויון, והחזיר את הדיון לערכאה הראשונה. בהתאם, בהמשך החוק שונה והוחלף בקריטריון עיוור למגדר, עקרון טובת הילד, ומדינות רבות הצטרפו למהלך וחוקקו חוקים המעגנים את חזקת השוויון במשמורת.

כיום בארה"ב, ברוב מדינות ארה"ב נהוג קריטריון "עיוור" למגדר, והוא טובת הילד, ואף במספר גדול של מדינות מוגדרת במפורש המשמורת המשותפת גם בזמני שהייה שווים, כטובת הילד.

34. בריטניה

חזקת הגיל הרך התפתחה במקור בבריטניה. אולם, כיום, אין מתקיימת בבריטניה חזקה המעדיפה אימהות על פני אבות. סעיף 1 לחוק Children Act 1989 (להלן – "החוק")²¹ קובע שטובת הילד - "Welfare of the Child" הוא העיקרון המנחה את בית המשפט בהחלטות הנוגעות לגידולו.

אף יש בפסיקה האנגלית מגמה של הענקת משמורת משותפת (Shared Residence Order)²². בבחינת טובת הילד, בית-המשפט מונחה להביא בחשבון את השיקולים, שלהלן:

34.1 רצונותיו ורגשותיו של הילד (בהתאם לגילו והבנתו);

34.2 צרכיו הפיזיים, הרגשיים והחינוכיים;

34.3 השפעתם הצפויה של שינויים עליו;

²⁰ ראו: Bernando Cuadra, "Maternal and Joint Custody Presumptions for Unmarried Parents: Constitutional and Policy Considerations in Massachusetts and Beyond", 32 Western New England L. Rev. 599-659, באתר האינטרנט של אוניברסיטת מערב ניו-אנגלנד, <http://assets.wne.edu/170/familylaw.pdf>. במאמר יש נספח המציג בקצרה את החוקים והפסיקה הרלוונטיים של כל המדינות בארה"ב.

²¹ ראו אתר האינטרנט של ממשלת בריטניה: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41/contents>.
²² בעניין זה ראו: סעיף 4(11) לחוק; Adrina Hayden, "Shared Custody: A Comparative Study of the Position in Spain and England", InDret 1/2011, Revista Para El Analisis Del Derecho (Barcelona, January, 2011), 18-21, באתר האינטרנט של InDret: http://www.indret.com/pdf/795_en.pdf. הפסיקה אף קבעה כי היעדרם של יחסים הרמוניים בין ההורים איננה סיבה למנוע משמורת משותפת, כבעבר, וראו שם.

34.4. גילו, מינו, רקעו וכל תכונה רלוונטית אחרת;

34.5. נזק שנגרם לו או עשוי להיגרם לו;

34.6. המסוגלות של הנוגעים בדבר לספק את צרכיו.

צא ולמד: אביו ואמו של הילד שהיו נשואים בעת לידתו, יש לשניהם אחריות הורית שווה כלפיו. אם ההורים לא היו נשואים בעת לידתו, לאם לבדה יש אחריות הורית כלפיו, עד שאביו ימלא אחר הוראות החוק בדבר קבלת האחריות ההורית.

דנמרק .35

בדנמרק אין חזקה המעדיפה את משמורת האם. בשנת 2007 אף נחקק בדנמרק ה- Parental Responsibility Act (להלן – "החוק")²³, המעגן את המשמורת המשותפת כברירת מחדל, בהיעדר הסכמה אחרת בין ההורים.

החוק קובע כי החלטות המתקבלות על-פיו יתבססו על טובת הילד (Child's Best Interests). כמו כן הוא קובע כי בכל עניין הנוגע לילד יש לשקול את דעותיו, בהתאם לגילו ולמידת הבגרות שלו. ילד מעל גיל 10 אף יכול ליזום בעצמו דיון על נושא המשמורת, מגוריו והסדרי הקשר עם הוריו, ולקבל לשם כך ייעוץ מקצועי.

בנוגע למשמורת החוק קובע, כלהלן:

24.1. אם הורי הילד נשואים בעת לידתו או נישאו לאחר מכן, תהיה להם משמורת משותפת על הילד;

24.2. משמורת משותפת תינתן גם כאשר הורי הילד היו נשואים בעשרת החודשים שלפני לידתו;

24.3. אם ההורים פרודים בעת לידתו של הילד, תינתן משמורת בלעדית לאם, אלא אם כן התקיים אחד מאלה: הבעל הוכר כאבי הילד או שאבהותו נקבעה בצו של בית המשפט או ההורים הגישו הצהרה הדדית המעידה על רצונם בכך.

לאחרונה אימץ הפרלמנט הדני יוזמה לביטול ברירת המחדל של המשמורת המשותפת הקבועה בחוק. היוזמה גובשה לאחר שהתברר כי אף-על-פי שכוונת החוק היתה לעודד קשר אופטימלי בין הילד לשני הוריו ולחייבם לשתף פעולה בגידולו, במקרים רבים תוצאותיו היו שהילדים נחשפו לסכסוכים מתמשכים בין ההורים.

ניו-זילנד .36

בחדש יולי 2005 נכנס לתוקפו Care of Children Act -2004 (להלן – "החוק")²⁴, אשר עיצב מחדש את נושאי האפוטרופסות והמשמורת ההורית. החוק שם דגש על זכויות הילד, מציב את טובת הילד (Welfare and Best Interests of the Child) בעדיפות ראשונה, מחייב להיוועץ בילד הנוגע להחלטות המשפיעות עליו ומתמקד באחריות ההורית כלפי ילדיהם במקום בזכויות ההורים על ילדיהם.

בבחינת טובת הילד, בית המשפט מונחה לשקול את השיקולים, כלהלן:

²³ראו: The Danish Act on Parental Responsibility, באתר האינטרנט של ממשלת דנמרק: http://www.familiestyrelsen.dk/fileadmin/user_upload/Engelsksprogede_filer/Danish_Act_on_Parental_Responsibility.pdf

²⁴ראו אתר האינטרנט של ממשלת ניו-זילנד: <http://www.legislation.govt.nz/act/public/2004/0090/22.0/DLM317233.html>

- 36.1. הטלת עיקר האחריות לילד על הוריו ואפוטרופוסיו, ועידודם להגיע להסדרים מוסכמים בנוגע לטיפולו, התפתחותו וגידולו ;
- 36.2. המשכיות ויציבות בהסדרים האמורים ובקשריו עם משפחתו ושפטו, ובפרט עם כל אחד מהוריו ;
- 36.3. התייעצות קבועה בין כל הנוגעים לטיפולו, להתפתחותו, ולגידולו של הילד ; שמירה על קשריו של הילד עם משפחתו ושפטו ועידודם להשתתף בטיפולו, התפתחותו וגידולו ;
- 36.4. הגנה על ביטחון הילד, בפרט מפני כל סוגי האלימות ;
- 36.5. שמירה על זהותו של הילד (כולל תרבותו, שפתו, קבוצת הדת שלו ומנהגיו הדתיים).

אין בחוק חזקה המעדיפה אימהות על אבות. על בית המשפט לבחון את טובת הילד בכל מקרה לגופו, על-פי שיקולים האמורים, בעת מתן צו הורות אשר יקבע את המשמורת של הילד ואת הסדרי הראייה. החוק גם קובע כי יש לתת לילד הזדמנות להביע את עמדתו בנושאים הנוגעים לו ולהתחשב בעמדותיו. בדרך כלל יהיו אביו ואמו של הילד אפוטרופוסים (Guardians) משותפים עליו. אם אמו של הילד לא היתה נשואה לאביו ולא דרה עמו במשותף כל תקופת ההיריון, לא ייחשב אביו אפוטרופוסו של הילד, אלא אם כן ירשם כאביו בתעודת הלידה או באמצעות צו בית משפט.

37. ספרד²⁵

בשנת 1990 בוטלה חזקה הגיל הרך. מאז שנת 2000 יש בספרד מגמה של הענקת משמורת משותפת. בשנת 2005 נחקק תיקון לקוד האתי הספרדי, אשר קבע כי תינתן משמורת משותפת כאשר שני ההורים מסכימים לכך ; לפני כן נחשבה משמורת משותפת לדבר חריג, וההנחה היתה שהדבר עשוי לפגוע ביציבות הדרושה לטובת הילד. בשנת 2009 הבהיר בית-המשפט העליון של ספרד כי הטענה של פגיעה בטובת הילד בשל היעדר יציבות איננה סיבה יסודית או מכרעת למנוע משמורת משותפת. היציבות בחיי הילד שוב איננה נבחנת על-פי מגוריו שמקום קבוע בלבד אלא על-פי קיומה של יציבות נפשית ורגשית בחייו, בכך שהוריו שומרים על הרמוניה מינימלית בטיפול בו. בחלק מן הממשלות האוטונומיות בספרד אף יש מגמה של קביעת המשמורת המשותפת כחזקה.

38. קנדה

בחוק הקנדי אין חזקה המעדיפה את האם, והוא אף חותר למעורבות מקסימלית של שני ההורים בגידול הילד. סעיף 16 לחוק הגירושין הקנדי קובע :

- 38.1. במתן צו, ישקול בית המשפט את טובת הילד ("Best Interests of the Child") בלבד, בהתאם לנסיבות, לאמצעים ולצרכים של הילד²⁶ ;
- 38.2. במתן צו, לא ישקול בית המשפט התנהגות עבר של שום אדם, אלא אם כן זו רלוונטית ליכולתו של אותו אדם לשמש הורה לילד ;
- 38.3. במתן צו, בית המשפט יישם את העיקרון כי על הילד להיות בקשר מרבי עם כל הורה ככל שהדבר עולה בקנה אחד עם טובתו, ולשם כך ישקול את מוכנותו של אותו הורה לאפשר זאת.

²⁵ ראו : Adrina Hayden, "Shared Custody: A Comparative Study of the Position in Spain and England", InDret 1/2011, Revista Para El Analisis Del Derecho (Barcelona, January, 2011), 8–12.

²⁶ ראו : §16(8)-(10) (Divorce Act (R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.)), באתר האינטרנט של משרד המשפטים בקנדה : <http://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/D-3.4.pdf>.

בחירת טובתו של הילד תעשה על-פי קריטריונים כגון: יחסי הילד עם כל אחד מהוריו; בריאותו הנפשית והמוסרית של הילד; רצונו של הילד; הימנעות מהפרדה בין אחים; מוכנותו של כל הורה לאפשר לילד להיות בקשר עם ההורה האחר; הימנעות מזעזועים בחיי הילד; שימור המצב הקיים.

39. מענין לציין, כי אף **בחוק הסיני משנת 2001**²⁷, שהוא כמובן תוצר של חשיבה קומוניסטית, שבו לכל פועל ופועלת זכויות שוות, חוק המשפחה ודיני המשמורת שוויוניים לחלוטין, למעט תקופת הינקות.

40. **ציילה** הייתה המדינה האחרונה שבה נהגה חזקת הגיל הרך, כנראה מסיבות של שמרנות קתולית. דווקא מקרה²⁸ שבו הוענקה המשמורת לאב, רק בגלל שהאם לסבית (קארן אטאלה) הביא את המקרה לפתחו של בית המשפט של ארגון המדינות האמריקאיות - OAS, ושם נקבע שציילה פגעה בזכות האם להורות שווה, גם לאור הזכויות שבאמנה האמריקאית לזכויות אדם לשוויון בין גבר לאישה, וגם לאור העובדה שהפעלת חזקה שטובת הילד היא במסגרת הטרנסקסואלית פגעה בזכות העותרת למשפט הוגן.

41. לגבי המדינות **בלגיה, גרמניה, דנמרק, הולנד צרפת ושבדיה** נתנה התייחסות בדו"ח הביניים של ועדת שניט²⁹. מהדו"ח עולה כי גם במדינות אלה לא קיימת חזקת הגיל הרך³⁰.

ד. מציאות זה-יורה (De-jure) בעקבות מציאות זה-פקטו (De-facto); בארץ ובעולם

42. התמורות שחלו בעולם בעניין ההורות המשותפת וביטול חזקת הגיל הרך, תרמו רבות לשינוי החברתי והתרבותי גם במדינת ישראל. במציאות המשפטית נוצר ואקום משפטי בין החוקים הארכאיים משנות ה-50 לבין המציאות החברתית-תרבותית. המחולל שתרים לשינוי הפסיקה בבתי המשפט לענייני משפחה, בעשור האחרון, היו המלצות ועדת שניט. אלא מאי, הערכאות השיפוטיות, בתי המשפט לענייני משפחה, בתי המשפט המחוזיים ואף בית המשפט העליון, נותרו כבולים לדין הקיים, מאחר ולא נעשה כל שינוי קונסטיטוציוני אשר התאים את המצב למציאות החדשה.

43. הרשות השיפוטית אשר לא אחת הביעה דעתה כי החלטותיה בהתבסס על הדין הקיים נוגדות את עקרונות השוויון והצדק, ולפיכך זו נדרשה לפתרונות יצירתיים במטרה, אך תחת המגבלות הקיימות בדין האישי, שאין בהם ליתן פתרון מלא למציאות החדשה בישראל. מציאות של תא משפחתי מודרני, של הורות שוויונית, שבבסיסה מחקרים מדעיים מהעולם ומהארץ, המצדדים בחשיבות של הורות משותפת, אחריות הורית, חשיבות מעורבות האב בגידול ילדיו מגיל ינקות, שחלקן מצדדים בביטול חזקת הגיל הרך ועוד.

<http://www.international-divorce.com/d-china.htm> 27

<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2008eng/Chile1271.04eng.htm> 28

<http://www.cidh.oas.org/demandas/12.502ENG.pdf>

²⁹ דו"ח ביניים של הועדה הציבורית לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין, עמודים 12-15, אפריל 2008.

³⁰ ראו: Christopher L. Blakesley, "Child Custody and Parental Authority in France, Louisiana and Other States of the United States: A Comparative Analysis", 4: 2 Boston College International & Comparative L. Rev. (1981) 283-359; Hung-En Liu, "Mother or Father, Who Received Custody?: The Best Interests of the Child Standard and Judges Custody Decisions in Taiwan", 15 International Journal of Law, Policy and Family (2001) 185-225.

44. הנה כי כן, נפל דבר, ואין עסקינן עוד רק בשוויון ובצדק כלפי שני המגדרים, אלא בחשוב מכל ובעליון – טובת הילד.
45. בשורה ארוכה מאד כל פסקי דין והלכות מופלאות שנכתבו על-ידי שופטי בית המשפט העליון, הוכר הקשר שבין הורה לילדו כזכות טבעית, כערך עליון וכערך חוקתי שאין לפגוע בו אלא מטעם אחד – פגיעה בטובת הילד.
46. לצורך הדוגמא, יובאו מספר ציטוטים מפסקי דין הדנים בעניין משמורת משותפת בין ההורים תוך ביטול חזקת הגיל הרך, ומפאת חשיבותם של הדברים בלשונם של כב' השופטים:

46.1. "המשפט רואה בקשר שבין הורה לילדו זכות טבעית בעלת ממד חוקתי, שלה שני פנים: האחד – זכותו של כל ילד להיות נתון למשמורת הוריו ולגדול ולהתחנך על-ידיהם; השני – זכותו של הורה, מכוח קשר דם, לגדל ולחנך את ילדו במשמורתו ולקיים כלפיו את חובותיו כהורה. בצד החובה לדאוג לבריאותו ולרווחתו של ילדו קנויה להורה זכות כי הוא ולא אחר יקיים את החובות הללו. סעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, קובע כי אפוטרופסות ההורים כוללת את החובה והזכות לדאוג לצרכיו של הקטין, וצמודה לה הרשות להחזיק בקטין ולקבוע את מקום מגוריו. אכן, זכותו המשפטית של ההורה היא כי הוא, ולא אחר, יקיים את החובות כלפי ילדו... זכות זו של ההורים היא זכות קונסטитуטיבית חשובה, שכן היא מהווה ביטוי לקשר הטבעי – 'קול-הדם'... – שבין הורים לילדיהם..." (דברי השופט ברק בע"א 577/83 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית [10], בעמ' 467).

זכויות הילדים לקשר של הורות וזכויות וחובות ההורים כלפי ילדיהם יוצרות מערכת משולבת של זכויות וערכים אשר הביאו להכרה המשפטית באוטונומיה של המשפחה – הכרה השוללת התערבות חיצונית בשלמות התא המשפחתי אלא בעילות מוגדרות המוכחות היטב. הדין מגן על התא המשפחתי הטבעי ממכלול שיקולים, ובהם לטובת הילד ולזכויות ההורים הטבעיים מעמד כבד משקל (ראה ע"א 232/85 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה [11]).

עומקו ועוצמתו של קשר ההורות האוצר בתוכו את זכותם הטבעית של הורה וילדו לקשר חיים ביניהם הפכו את האוטונומיה המשפחתית לערך בעל מעמד משפטי מן הדרגה הראשונה, אשר הפגיעה בו נסבלת רק במצבים מיוחדים וחריגים ביותר. כל ניתוק ילד מהורה הוא פגיעה בזכות טבעית, ולכן יש לפרש את היוצאים מן הכלל המאפשרים שלילת הזכות, בין לצמיתות ובין לזמן מוגדר, בזהירות יתרה ועל דרך צמצום רב.³¹

46.2. "משפט הטבע הוא, שאם ואב מן הטבע יחזיקו בבנם, יגדלו אותו, יאהבו אותו וידאגו למחסורו עד אם גדל והיה לאיש. זה יצר הקיום וההישרדות שבנו – 'קול הדם', ערגת קדומים של אם לילדה – ומשותף הוא לאדם לחיה ולעוף. 'גם-תנין (תנים - מ' ח') חלצו שד היניקו גוריהן" (איכה, ד, ג [ד]) (ראו עוד ע"א 549/75 [5], בעמ' 462-463). קשר זה חזק הוא מכל חזק, והוא מעבר לחברה, לדת ולמדינה. תנאי המקום והזמן – הם והנפשות המעורבות – יקבעו את מועד הפרידה של ילדים מהוריהם, אך עמדת המוצא תישאר כשהייתה. משפט המדינה לא יצר את זכויות ההורים כלפי ילדיהם וכלפי העולם כולו. משפט המדינה בא אל המוכן, אומר הוא להגן על אינסטינקט מולד שבנו, והופך הוא "אינטרס" של הורים ל"זכות" על-פי דין, לזכויות של הורים להחזיק בילדיהם. השוו ע"א 1212/91 קרן לב"י ואח' נ' פי בינשטוק ואח' וערעור שכנגד [35], בעמ' 723. יפה קבע סעיף 14 לחוק הכשרות, כי "ההורים הם האפוטרופסים הטבעיים של ילדיהם הקטינים" (ההדגשה שלי - מ' ח'). הטבע הוא שיצר

³¹ רע"א 3009/02 פלונית נ' פלוני, פ"ד נ(4) 872, 894-89 (פורסם באתר – נבו, 20 יוני 2002).

אפטרופסות זו ואילו משפט המדינה לא בא אלא בעקבות הטבע וספג אל קרבו את חוק הטבע.

כך מצדם של הורים כלפי ילדיהם, וכך מצדם של ילדים כלפי הוריהם: משפט הטבע הוא שילד יוחזק בידי הוריו, בביתם של הוריו יגדל, אותם יאהב, ומחסורו יהיה עליהם. חוק טבע זה אף הוא נספג אל משפט המדינה, וכך הפך "אינטרס" של ילדים ל"זכות" על-פי דין. להורים זכות לגדל את ילדיהם, ולילדים זכות כי הוריהם יאהבו אותם ויספקו להם את מחסורם. זכות כנגד זכות וזכויות כנגד חובות (לשני הצדדים). תירגומם של אלה לשפת המשפט ינוסח, בין השאר, על דרך של חזקה: חזקה על-פי חוק היא, ש"טובתו" של ילד תימצא בבית הוריו; מי כהורים שיאהבו את ילדם וידאגו למחסורו, וקטנים יחזירו אהבה ויתלו עצמם בצווארי הוריהם".³²

46.3. "אמנם, בעשורים האחרונים, לאור הטמעת דוקטרינת זכויות הילד בפסיקתנו, מתפתחת התפיסה המשפטית והרעיונית המתבססת על מודל של "אחריות הורית משותפת". גישה זו מבקשת לדחוק את התפיסה המשפטית העוסקת בהחזקת קטינים ובקביעת "הורה משמורן". ברם, לגישת בימ"ש זה, כל עוד החקיקה הנוכחית בעינה עומדת (ובפרט חוק הכשרות), ולא חל שינוי או תיקון בטרמינולוגיה החקיקתית, שיקול הדעת השיפוטי לקרוא את הפרשנות של "האחריות ההורית" לתוך הדיבור "משמורת" ולא כל שכן "החזקה", הינו מוגבל ואינו מאפשר זאת. יחד עם זאת, במסגרת פסק הדין שנכתב על ידי ביהמ"ש, עליו לשאוף לכך שההסדרים שנקבעים על ידו (באמצעות קביעת המשמורת וההחזקה של הקטין), יאפשרו מימוש האחריות ההורית של שני ההורים לטובת הקטין". [ההדגשות אינן במקור – מ.ע.].³³

46.4. "היסודות לגיבוש הסדר של הורות ומשמורת משותפת: המגמה הנוהגת כיום במשפטנו הינה כי 'דרך המלך' הינה קביעת משמורת משותפת, היכן שקיימים תנאים שמאפשרים זאת. המשמורת המשותפת מגשימה הלכה למעשה את זכות היסוד של הקטינים לחוות כל אחד מהוריהם כהורה משמורן ולגדול עמם. הדברים מוצאים משנה תוקף ומשקל בענייננו שעה שמדובר באב שמילא חלק מרכזי ביותר (אם לא החלק הארי) בטיפול בקטינים מאז לידתם ולא ניתן למחוק טיפול ממושך זה באחת. יש להתחשב בטיפול המסור שהעניק האב לילדיו בעבר ובהווה גם לצורך קביעת המשמורת העתידית. ודוק, ההתחשבות אינה באב ובפועלו אלא בילדים ובמקום שאביהם תפס ומשמש בחייהם בשל אותו טיפול מסור מאז לידתם... בהתאם לפסיקה, התנאים המרכזיים לכינון הסדר משמורת משותפת (אשר אינם מהווים רשימה סגורה) הם: א. מסוגלות הורית טובה דומה או שווה של שני ההורים; ב. רמה גבוהה של שיתוף פעולה בין ההורים וטיב התקשורת ביניהם; ג. רצון הילד; ד. מעורבות רבה של שני ההורים בחיי הילדים; ה. קיומו של קשר טוב ותקין בין שני ההורים לבין כל אחד מהילדים; ו. מגורי ההורים בסמיכות זה לזו, ותפיסת הילדים את שני הבתים כבתים מרכזיים בחייהם.

הרכיב שענייננו תקשורת ושיתוף פעולה ברמה גבוהה הפכו לתנאי הדגל של הסדר המשמורת המשותפת. יחד עם זאת, בשל הבעייתיות בשיתוף הפעולה ההורי והתקשורת ההורית, עת מצויים הם במשבר ובסכסוך גירושין, ביהמ"ש סבור כי יש לבחון את התקשורת ההורית בתקופות שקדמו לקונפליקט לשם איתור פוטנציאל לשיתוף פעולה הורי לאחר סיום ההליך המשפטי. בנוסף, לגישת ביהמ"ש, לאור אופיה של תקופת הגירושין, יש לרכז את דרישת התקשורת האידיאלית בין ההורים לרמה של תקשורת פונקציונלית.

³² דני"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד (1) 048, 102 (פורסם באתר – נבו, 15 באוגוסט 1995).

³³ תמ"ש (טב') 5782-08-09 א.ק נ' נ.ק (פורסם באתר – נבו, 23 באוקטובר 2011).

באופן גס ניתן לחלק את שיתוף הפעולה ההורי והתקשורת ביניהם לשני רכיבים מרכזיים:
א. רכיב פעיל (אקטיבי) של שיתוף פעולה, החלפת מסרים (גם אם מדובר בדוא"ל או מסרונים), גילוי גמישות בכל הנוגע לטיפול בקטינים, שינוי חלוקת זמן הורי במידת הצורך, יידוע הדדי אודות הקטינים וכיו"ב; ב. רכיב סביל (פאסיבי) של הימנעות מיצירת מתחים, הימנעות מחשיפת הקטינים לקונפליקט הזוגי, הימנעות מניהול ויכוחים בין ההורים בנוכחות הקטינים והימנעות מהבאת שדה הקוצים הזוגי לגן השושנים ההורי. בכל מקרה ומקרה, המשקל שיינתן לכל אחד מהרכיבים ישתנה על פי הנסיבות, על פי אופיים של ההורים ושל הילדים ועל פי מידת הצלחת הסדר המשמורת המשותפת הלכה למעשה. עם זאת, לגישת ביהמ"ש, הרכיב הסביל הינו התנאי ההכרחי (אך אולי אינו מספיק) להצלחת הסדר של משמורת משותפת. כלומר, ככל שמתקיים הרכיב הסביל בגדרו אין הקטינים נחשפים לדינמיקה של קונפליקט בין ההורים וקיים גרעין של תקשורת המאפשרת תפקוד הורי משותף סביר, די בכך כדי שרכיב הכרחי זה בקביעת המשמורת המשותפת יתקיים...
ביהמ"ש מוצא לנכון לסטות מהמלצת המומחה הפסיכולוגי ליתן משמורת בלעדית לאם ולהתיר המעבר לשרון ולאמץ את חו"ד העו"ס לסדרי דין. הן לגוף הנימוקים עליהם התבססה חוות דעתו של המומחה, שכן המומחה נתן משקל רב (בניגוד למשקל הראוי לגישת ביהמ"ש) להצהרות הצדדים בדבר נכונות ההקרבה שלהם למען הילדים; הן כיוון שלמומחה אג'נדה הנוגדת הסדר משמורת משותפת ללא קשר לנסיבות המקרה; הן בשל התנגדות המומחה לסיכויי הצלחה של הסדר משמורת משותפת בנסיבות המקרה כיוון שהאם מתנגדת לקיומה של משמורת משותפת.

בנוסף, קיים חשש מפני פגיעה בטובת הקטינים בשל שינויים ומשברים נוספים. הגם שיינתן והקטינים יוכלו לעמוד במעבר לשרון ובשינוי נוסף בחייהם, מדובר "בניסוי" מיותר. החשש של ביהמ"ש והעו"ס לסדרי דין הוא כי ההתמודדות של הילדים תצטרך להיות לא רק עם השינוי הגיאוגרפי (בבית המגורים, סביבת המגורים, בית הספר/גן חדש, חברים חדשים לכיתה), אלא גם אבדן חווית האב בעולמם כפי שהכירו אותה. אובדן שכזה אינו מתיישב עם טובת הקטינים...

לסיום קובע ביהמ"ש, כי חזקת הגיל הרך (לאור העובדה שהקטינה כבת 4) איננה אמורה להביא לתוצאה שונה. חזקת הגיל הרך, היא רק אחד השיקולים הנשקלים, ולא השיקול הבלעדי והיא אינה מונעת דיון ענייני בטובת הקטינה. כמו-כן בעניינינו מדובר על משמורתם של שני קטינים, כאשר הקטין מעל לגיל חזקת הגיל הרך (בגיל 8 בקירוב) וברור שעל הסדר המשמורת בנסיבותינו להימנע מהפרדה בין הילדים. זאת ועוד, יש להטיל ספק האם חזקת הגיל הרך נפגעת מקום שנקבעת משמורת משותפת שכן בכך ניתנת המשמורת גם לאם" [ההדגשות אינן במקור – מ.ע.].³⁴

46.5. "מצאתי לברר הסוגיות שבמחלוקת, מבלי להידרש להגדרות של "משמורת" ו"חזקה", אלא לחלק את האחריות ההורית בין ההורים, כמו גם את חלוקת זמני שהות הילדים אצל כל אחד מהוריהם, והכל מתוך תקווה להביא לסיום המאבק בין הצדדים, שכן למדתי מבירור התובענה בכלל ומפגש עם שתי בנותיהן הקטינות של הצדדים בפרט, כי הוא גורם לכל בני המשפחה קושי רב וצער גדול...

יש להביא בחשבון כי בשנים האחרונות התפתחה והתגבשה גישה חדשה אשר מבקשת לדחוק את התפיסה המשפטית העוסקת בהחזקת קטינים ובקביעת הורה משמורן ובמקומה להנחיל עקרונות משפטיים חדשים אשר מתבססים על מודל של אחריות הורית, על רקע

³⁴ תמ"ש (טב"י) 12148-04-10 ס.ג. נ' ע.ג. (פורסם באתר – נבו, 28 באפריל 2011).

שאיפה לאחריות הורית משותפת המביאה לידי ביטוי את האפוטרופסות המשותפת שנקבעה בחוק הישראלי. מודל זה מתבסס על ממצאי מחקרים שהצביעו על חשיבות תפקידם של שני ההורים בהתפתחות ילדיהם. חשיבות שהופכת למשמעותית עוד יותר כאשר ההורים מתגרשים. מסקנותיהם של אותם מחקרים היו שככל שאבות היו מעורבים בחיי ילדיהם וניתנה להם הזדמנות להעניק לילדים תמיכה רגשית ובטחון והם סייעו במתן מענה לצרכיהם הלימודיים, התפקודיים והחברתיים, אותם קטינים תפקדו ברמה חברתית טובה יותר והסתגלו למצב שנוצר בעקבות הגירושין, טוב יותר מאלו שלא זכו בשני הורים תומכים ושותפים לגידולם...

עוד נמצא שמתן עדיפות להורה אחד על פני האחר על ידי קביעתו כהורה המשמורן מעניקה לאותו הורה יתרונות ביכולת ההשפעה על הילדים, ביחס שלהם כלפי ההורה האחר עד כדי יצירת ניכור בין הילדים להורה האחר...

לפיכך, מצאתי לקבוע לאחריות הורית משותפת, כפי שאף קובע החוק במדינת ישראל ובמקביל לקבוע חלוקת זמני שהות באופן שיבא לידי ביטוי את המורכבות המשפחתית, את רצונות הילדים והמצב בו מצויה נכון להיום המשפחה...

במקרה דנן, אני סבורה כי אחרייות הורית משותפת, בה יידרשו שני ההורים למידה שווה של מעורבות, אחרייות, אכפתיות ותפקידים הוריים, תביא לכך שילדי הצדדים יוכלו לראות את שני הבתים, זה של אמא וזה של אבא כבתים עבורם ויוכלו אט אט לוותר על ההגדרות של "בית עיקרי" ל"בית מארח" [ההדגשות אינן במקור – מ.ע.].³⁵

46.6. "הגורמים המקצועיים צריכים ליתן המלצתם למשמורת עפ"י שיקול אחד בלבד והוא טובת הקטין הספציפי שלפניהם ובמנותק מחזקת הגיל הרך. בבוא ביהמ"ש ליתן החלטתו יהא מקום לבחון כיצד תיושמה המלצות פקידת הסעד באשר לטובתה של הקטינה, בשים לב לדיני מדינת ישראל. לפיכך, ובשים לב לכך כי הלכה למעשה, פק"ס המליצה על הסדרי ראייה שוויוניים ועל חלוקת זמן שווה של הקטינה עם כל אחד מהוריה, המשמעות המעשית לכך היא אחת; קביעת משמורת משותפת... בבוא בית המשפט ליתן החלטתו, יהא מקום להביא בחשבון מכלול שיקולים וביניהם הדינים הקיימים במדינת ישראל. מילים אחרות: בעת כתיבת ההחלטה, יהא מקום לבחון כיצד תיושמה המלצות פקידת הסעד באשר לטובתה של הקטינה, בשים לב לדיני מדינת ישראל. אולם, אל לעורכת התסקיר להעמיד לנגד עיניה את חזקת הגיל הרך בבואה ליתן המלצות באשר לטובתה של הקטינה. אציין, כי חזקת הגיל הרך, כשמה, חזקה היא. קרי, ניתנת היא לסתירה במקרים מסוימים בהם טובתו של הקטין לסטות ממנה. מכאן, כי ברי שהגורמים המקצועיים הבוחנים את טובתו של קטין צריכים ליתן המלצתם במנותק מהחזקה" [ההדגשות אינן במקור – מ.ע.].³⁶

46.7. "בהתאם לחזקת הגיל הרך, קטין מתחת לגיל 6 יהיה במשמורתה של האם. ברם, עקרון זה איננו מוחלט. ביהמ"ש הנדרש לסוגיית משמורת קטינים צריך לשקול כל מקרה לנסיבותיו ולהכריע ביחס לטובת הילד הספציפי אשר בעניינו הוא דן, מהי טובתו הקונקרטיית. שכן, עקרון טובת הילד הוא העיקרון המנחה את ביהמ"ש בבואו לקבוע משמורתם של קטינים. בשנים האחרונות החלה להתפתח גישה חדשה אשר מבקשת לדחוק את התפיסה המשפטית העוסקת בהחזקת קטינים ובקביעת הורה משמורן ובמקומה להנחיל עקרונות משפטיים חדשים אשר מתבססים על מודל של אחרייות הורית, כשהשאיפה היא לאחריות הורית משותפת. מודל זה מתבסס על ממצאי מחקרים שהצביעו על חשיבות תפקידם של שני ההורים בהתפתחות ילדיהם. חשיבות שהופכת למשמעותית עוד יותר כאשר ההורים מתגרשים. עוד נמצא שמתן עדיפות להורה אחד על פני האחר על ידי קביעתו כהורה המשמורן מעניקה לאותו הורה יתרונות ביכולת ההשפעה על הילדים, ביחס שלהם כלפי

³⁵ תמ"ש (אשד' 13620-07-12 ש.ג. נ' ג.ג. (פורסם באתר – נבו, 6 בינואר 2015).

³⁶ תמ"ש (ת"א 1781-11-13 פלונית נ' פלוני (פורסם באתר – נבו, 17 באוגוסט 2014).

ההורה האחר עד כדי יצירת ניכור בין הילדים להורה האחר" [ההדגשות אינן במקור – מ.ע.]³⁷

46.8. בבוא ביהמ"ש להכריע בעניין המשמורת עליו לראות לנגד עיניו את עקרון טובת הילד. עקרון זה נשקל בהתאם לילד הספציפי אשר עניינו נדון לפני ביהמ"ש. במקרה דנא, מתקיימת ביחס לקטין חזקת הגיל הרך אך חזקה זו ניתנת לסתירה. בנוסף, בשנים האחרונות, החלה להתפתח גישה משפטית חדשה ביחס למושג המשמורת המבקשת לדחוק את התפיסה המשפטית העוסקת בהחזקת קטינים ובקביעת הורה משמורן ובמקומה להנחיל עקרונות משפטיים חדשים המתבססים על מודל של אחריות הורית כשהשאיפה היא לאחריות הורית משותפת וחלוקת זמן רחבה של שני ההורים עם ילדיהם. גישה זו מועדפת בנסיבות בהן קביעה כזו הולמת את טובת הילד. במקרה דנא, בעקבות ממצאי פקידת הסעד והמלצותיה נקבעה אחריות הורית משותפת לשני ההורים והסדרי ראייה מורחבים של הקטין אצל אביו. בהקשר זה הובהר בין היתר, כי באיזון בין שיקום רב ואינטנסיבי (בעיקר פיזי) לקטין מעבר לתוכנית השיקום המבוקרת שהוא מקבל בגן וקשר עיקרי עם אמו, לבין מידה פחותה במידת מה של שיקום פיזי עודף ומתן מענה לצרכים רגשיים נוספים שלו ובעיקר קשר רחב ומשמעותי גם עם אביו ביהמ"ש מעדיף את החלופה השנייה ולקבוע משמורת משותפת והסדרי ראייה מורחבים".³⁸

46.9. הרוחות החדשות הנושבות מבין כותלי בית המשפט, כאמור, מניבות שורה ארוכה של פסקי דין בהם בתי המשפט מנסים בכל דרך אפשרית לקדם את המשמורת המשותפת ולבטל את חזקת הגיל הרך.³⁹

47. בעולם של ביטול חזקת הגיל הרך וקביעת משמורת משותפת של ההורים, נדרשים בתי המשפט, כמתחייב, לדיון במזוונותיהם של הקטינים. לאמור: לא זו בלבד שבתי המשפט קובעים הלכות חדשות בנושא משמורת משותפת, אלא שהם צועדים צעד נוסף קדימה ונדרשים לנושא המזוונות. להלן דוגמאות ספורות:

47.1. יזמני השהות של האב עם ילדיו, שהמשמורת עליהם נמסרה לאם, אמורים להילקח בחשבון עת מחייבים אותו במזוונותיהם. בזמן שהותם עמו הוא נושא ישירות במזוונותיהם ובסיפוק צרכי מדורם...קל וחומר במשמורת משותפת בה זמני השהות של הילדים עם כל אחד מההורים שווים. עם זה, בכל הסדר משמורת, גם במשמורת משותפת, יש לקבוע את המזוונות בהתאמה לדיון האישי, כדין המחייב בנושא זה (בהתאם להוראות חוק המזוונות וככל שלחייב יש דין אישי שאינו פוטר אותו מתשלום)...עם זה, מאחר שמחצית הזמן הם שוהים אצלו אמור הוא להיות מחויב אך בתשלום מחציתם לאם בגין פרק הזמן בו שוהים הקטינים עמה. משכך, גם כאשר הכנסות שני ההורים שוות, אין זה נכון לקבוע כי כל אחד מהם ישא במלוא הוצאות "צרכי הקטינים, לרבות מזונם, ביגודם, מדורם, הוצאות החזקת מדורם וכיו"ב בעת שהותם של הקטינים עמו (כמו למשל תמ"ש (ראשלי"צ) 16785-09-12 ל.ר. ואחי"נ ל.ר.; 11.2.2013), שכן, "חובתו המוחלטת של האב לשאת בצרכים ההכרחיים של ילדיו הקטינים חלה בין אם המשמורת על הילדים נמסרה לאם, בין אם היא נמסרת לאב ובין אם ניתנת במשותף לשני ההורים" (בע"מ 2561/08 פלונית נ' פלוני; 20.7.2008, שם אושר חיובו של אב

³⁷ תמ"ש (ראשלי"צ) 53472-12-11 ש.א. (קטיין) נ' א.א. (פורסם באתר – נבו, 12 במרץ 2014).

³⁸ תמ"ש (ראשלי"צ) 30615-10-12 ס.ש נ' מ.ג.צ (פורסם באתר – נבו, 13 ביולי 2014).

³⁹ תמ"ש (אשדוד) 22549-06-15 פלוני נ' אלמונית (לא פורסם, 28 ביולי 2015).

תמ"ש (תי"א) 28076-04-13 מ.א. נ' ת.א. (פורסם באתר – נבו, 13 ביולי 2014).

תמ"ש (ראשלי"צ) 28951/09 א.ג. נ' ת.ג. (פורסם באתר – נבו, 7 ינואר 2010).

תמ"ש (י-ם) 16422/08 ג.מ. נ' מ.מ. (פורסם באתר – נבו, 21 באוקטובר 2009).

תמ"ש (י-ם) 19660/07 פלונית נ' אלמוני (פורסם באתר נבו, 3 בספטמבר 2008).

לספק את צרכי בתו הקטינה בזמן שהיא שוהה אצל אמה הגם שהוא "בעל המשמורת על הקטינה" – לשון בית המשפט). העובדה, כי הקטינים שוהים עם האב מחצית החודש ובפרק זמן זה נושא הוא בצרכיהם ההכרחיים ישירות, לא פוטרת אותו מליתן בידי האם את העלות בגין פרק הזמן של המחצית האחרת שהקטינים שוהים עמה". כבוד הש' שוחט התייחס בפסק הדין גם לטענה של החשש שהאב לא ימלא את חלקו במחויבות ההורית שלו, וכך השיב: "לא ניתן להטביע אות קין על מצחם של האבות ולהניח מראש שהם לא ימלאו את חלקם ולכן לחייבם מראש בסכום גבוה יותר. כשופט משפחה נתקלתי לא אחת בתאים משפחתיים שבהם דווקא האם היתה זו שלא מילאה את חלקה ולא רכשה מהכספים שניתנו בידיה את מלוא צרכי הילדים שנמסרו למשמורתה הבלעדית" [ההדגשות אינן במקור – מ.ע.].⁴⁰

47.2. "הדין העברי החל בעניין מזונות קטין יהודי אינו דין שוויוני, ולמעשה מפלה לרעה את האב לעומת האם. יתרה מזו, הדין העברי בסוגיית מזונות קטין, אינו מתאים לרוח התקופה השוויונית בה אנו חיים ולשינויים בתא המשפחתי אשר התחוללו במרוצת השנים. אוסיף כי החוק לתיקון דיני משפחה (מזונות) יוצר חוסר שוויון בסוגיית המזונות בין הורים יהודיים שאז חיוב המזונות הינו לפי הדין העברי מכוח סעיף 3 (א) לחוק, לבין הורים שלא חל עליהם הדין האישי ואז חיוב המזונות הינו מכוח סעיף 3 א לחוק, כמו כן סעיף 3 (א) לחוק לתיקון דיני משפחה (מזונות) יוצר אי שוויון בין קטין יהודי לבין קטין מוסלמי עת הוא מחיל על הוריהם דין אישי שונה. ראה לעניין זה פסק דיני מיום 19/11/12 בתמ"ש 32288/04/12 עת השוויתי בין צרכיו הבסיסיים של קטין מוסלמי לצרכיו הבסיסיים של קטין יהודי. לאור זאת, פיתחה הפסיקה מספר דרכים לצמצם את אי השוויון המגדרי הקיים בדין העברי בסוגיית המזונות ולהתאימה למציאות הקיימת בחברה הישראלית. כך לדוגמא, צמצמה הפסיקה את צרכיו ההכרחיים של קטין (המוטלים לפתחו של האב על הגיע הקטין לגיל 15) כאותם הוצאות מינימום הכרחיות לקיומו של הקטין. כן קבעה הפסיקה כי מוחלטותו של החיוב אין משמעותה הותרת האב חסר כל ויש להותיר בידיו "מינימום של קיום אנושי" כן הונהג מטבע הלשון של "איזון כולל של הכנסות המשפחה מכל המקורות" אשר משמש את בתי המשפט ככלי כדי להקל את הנטל המוטל על האב. לגישת בימ"ש זה, כל עוד לא אמר המחוקק את דברו, צמצום אי השוויון המגדרי בעניין מזונות של קטין יהודי תוך הפעלת שיקול הדעת השיפוטי יכול ויעשה רק מתוך ובתוך הדין העברי ולא מחוצה לו וזאת לרבות במקרה של משמורת משותפת. עם זאת, ברור כי זמני השהות של האב עם ילדיו, ובוודאי במקרה של משמורת משותפת וחלוקת זמן שוויונית, צריכים להילקח בחשבון, שכן בפרקי זמן אלו האב נושא ישירות במזונותיהם ובטיפולם בצרכיהם השונים. ולכן בפרק זמן זה אין מכוח הדין העברי חובה על האב לשלם לאישה בגין מזונות הקטין. ביהמ"ש קובע כי ביחס לקטין יהודי המשתייך לקבוצת הגיל השנייה (בין 6 שנים ל 15 שנים, כבענייננו) והנמצא במשמורת משותפת אצל הוריו ובחלוקת זמן שוויונית, יחול הכלל כדלקמן: האב אינו פטור מלשאת בהוצאותיו ההכרחיות של הקטין עבור פרק הזמן שבו הוא שוהה אצל האם. לכן, האב חייב לשלם לאם עבור מחצית צרכיו ההכרחיים של הקטין (שכן במחצית האחרת הוא נושא בעצמו כאשר הקטין שוהה אצלו). הצרכים ההכרחיים אינם אותם צרכים להם הורגלו הקטינים אלא מדובר באותם צרכים בסיסיים שבלעדיהם אין ילד יכול להתקיים, ואשר עומדים כיום על סך של כ-1300-1400 ₪ בחודש (לא כולל מדור, אחזקת מדור וחינוך). לעניין המדור ואחזקת מדור נפסק: "... וגישה שלישית, שנראה כי הינה הגישה המובילה והמנחה כיום, גורסת כי כאשר מדובר בחלוקת זמן הורית שוויונית יש לחייב את האב רק במחצית חלקו של הקטין בהוצאות המדור והארנונה, בדיוק כפי שיש לעשות ביחס להוצאות האחרות שהינם בגדר צרכיו ההכרחיים של הקטין. ביהמ"ש שותף לגישה זו, אשר לשיטתו,

⁴⁰ עמ"ש (ת"א) 1180-05-14 א.א. נ' מ.א. (פורסם באתר – נבו, 26 במרץ 2015).

מעבר להיותה גישה שוויונית אשר עומדת ברוח התקופה בה אנו חיים, עולה בקנה אחד עם הדין העברי" [ההדגשות אינן במקור – מ.ע.].⁴¹

47.3 "תביעת המזונות של הילדים: הצדדים יהודים, אחת מהילדים היא מעל גיל 6 והשני מתחת לגיל 6. כפי שסיכם השופט זגורי בעבר, בנוגע לפרשנות הדין העברי בסוגיית המזונות: א. עד גיל 6, החיוב בצרכים הכרחיים של ילדים הוא לפתחו של האב בלבד, אך קיים שק"ד שיפוטי ליושב בדין הפועל בשני מישורים לשם צמצום ההפליה האפריורית בין אבות לאמהות: מישור אחד הוא צמצום כפול של מעגל צרכים הכרחיים: ראשית, צמצום מבחינת טיב הצרכים שביהמ"ש קובע, כי הם 'הכרחיים' ולא ניתן לקיים קטין בלעדיהם (בד"כ – מזון, ביגוד, הנעלה, מדור והחזקתו וחינוך בסיסי). שנית, צמצום מבחינת עלות הצרכים אשר ביהמ"ש קובע כי הם המינימום שבמינימום ומעבר להם, העלות בגין אותו צורך תיחשב לעלות מדין צדקה. מישור שני הוא חיוב בצרכים מדין צדקה של שני ההורים לפי הכנסות פנויות ולאחר שביהמ"ש מתחשב בחיוב שהוטל על האב בגין הצרכים ההכרחיים. יש להותיר בצריך עיון אפשרות חיוב האם במזונות הכרחיים של הילדים, מכוח חוק המזונות והאפשרות הפרשנית שהובאה בפסק הדין או ליישמה במקרים חריגים שיוצרים תוצאות מעוותות ובלתי הגיוניות; ב. מעל גיל 6, החיוב אינו מוחלט עוד כבעבר ואינו מוטל כולו על האב; החיוב נובע מתקנת תש"ד של הרבנות הראשית וככזה הוא חיוב מדין צדקה ולא מעיקרו של הדין; ג. הן עד גיל 6 והן לאחריו, חבות שני ההורים בצרכים מדין צדקה חייבת להיות זהה מבחינה עקרונית (בכך שונה גישתו מגישת ביהמ"ש המחוזי בעניין ל.ר. שקבע כי החובה לזון מדין צדקה היא חובה מוגברת של האב וחובה משנית של האם). כן ראוי לציין כי ככלל קיימת חזקה שבעובדה כי צרכיו ההכרחיים של הקטין אינם נופלים מ-1,400 ש"ח בחודש, אך נפסק, לרבות לאחרונה, כי אין מדובר בחזקה חלוטה ובהחלט ייתכנו מקרים בהם יוכח כי הצרכים ההכרחיים יהיו למטה מסכום זה, או כי יש לחשבם כסכום נמוך יותר כחלק מאיזון נכון בין הכנסות המשפחה והצורך לשפר מצב האב החב לבדו במזונות הילדים".⁴²

47.4 "בשנים האחרונות חלו תמורות חברתיות ביחס לאחריות ההורית. כאשר הגישה המועדפת היא אחריית הורית משותפת ואף זמני שהות שווים של הקטינים אצל כל אחד מההורים, גם כאשר הקטינים הם מקטני קטינים. תמורות אלו משליכות על פסיקת המזונות. ביהמ"ש סוקר את הגישות השונות שהובאו בפסיקת בתי המשפט לענייני משפחה ובתי המשפט המחוזיים ביחס לפסיקת מזונות כאשר נקבעת אחריית הורית משותפת ומציין שטרם התגבשה עמדה אחידה בעניין ובמיוחד כאשר מדובר בקטינים שהם מקטני קטינים, כשהחיוב האבסולוטי בסיפוק צרכיהם הבסיסיים הוטל מתוקפו של הדין האישי על האב. (ביהמ"ש סבור כי הגיע השעה שביהמ"ש העליון יאמר את דברו ביחס לגישה בה יש לנקוט)" [ההדגשות אינן במקור – מ.ע.].⁴³

47.5 "אין קיום בלי מזונות. אין מזונות אלא מכוח נורמה משפטית. הנורמה המשפטית, אינה אלא חלון-ראווה לערכים, לאמונות ולאידאליים הרווחים באותה חברה הנוהגת על פי אותה נורמה. פרשנות ואכיפה של נורמה משפטית מתבצעים בבית המשפט במסגרת הליך משפטי. ככל שגיל הטקסט (של הנורמה המשפטית) מזדקן, כך נטיית בית המשפט תהיה לפרש אותו פרשנות תכליתית שיכולה להתרחק מכוונת הלשון המקורית ולהתקרב לערכי השיטה והחברה הנוכחיים. ערכי השיטה ומטרות ההליך המשפטי הינן עשיית צדק, קידום השוויון המהותי והגנה על ילדים וזכויותיהם.

⁴¹ תמ"ש (ב"ש) 58090-06-13 פלוני נ' פלוני (פורסם באתר – נבו, 7 באוגוסט 2015).

⁴² תמ"ש (נצ"י) 27143-09-14 מ.א. נ' ש.ק.א. (פורסם באתר – נבו, 7 באפריל 2015).

⁴³ בתמ"ש (ראשלי"צ) 28398-07-11 מ.ש. נ' ד.ד. (פורסם באתר – נבו, 7 במאי 2015).

הנורמה המשפטית נשוא הדין האישי העברי בעניין חיוב הורים במזונות ילדיהם ועיקרון השוויון אינם מתיישבים עם הקביעה השיפוטית/משפטית שברוב מוחלט של המקרים יחוב רק האב לשלם לאם דמי מזונות עבור ילדיו, בוודאי לא במקרים שבהם הילדים במשמורת פיזית מלאה ומצבם הכלכלי של הצדדים דומה. פרשנות הנורמה המשפטית ואכיפתה שלא באופן שוויוני לא תשיג צדק. והרי אין צדק בלי הגינות. ואין הגינות בלי שוויון. מכאן שהשוויון הוא מכשיר להשגת תוצאה צודקת תוך התאמת הפרשנות התכליתית של הדין האישי והכפפתה לעיקרון השוויון. אך לא השוויון 'הטכני' או 'הפורמלי' הוא הראוי להגנה, אלא 'השוויון המהותי', דהיינו שוויון בין שווים.

שוויון מהותי בין הורים בישראל אינו רק בר השגה או "חב השגה". וזאת כיצד? ראשית באמצעות פרשנות תכליתית של הנורמה משפטית כנורמה שוויונית במהותה (בין אם חיוב במזונות מכוח דין אישי ובין אם חיוב מכוח חוק המזונות) ושנית באמצעות הפעלת שיקול דעת שיפוטי נרחב של היושב בדין באופן, שתוצאת הפסק תוביל לשוויון מהותי ולסיפוק מלא צרכי הילדים".⁴⁴

47.6. תיקצר היריעה מלפרט את כל פסקי הדין, ולפיכך יובאו אך מספר איזכורים מיני רבים של פסקי דין בנושא.⁴⁵

ה. מיתוסים בהקשר לחזקת הגיל הרך

48. בועדת שניט ישבו, בכל הכבוד, מספר נשים אשר פעלו ללא ליאות, להקהות את נחיצותו ועוצמתו של השינוי. חלקן טענו טענות שהן, בכל הכבוד הראוי, קלישאות וסיסמאות לא מבוססות כחלק מהתנגדותן לביטולה של חזקת הגיל הרך. טענות אלו משויכות לפמיניזם הראדיקלי, שמסרב לקבל את העובדה שאין מתקנים עוולה ביצירת עוולה אחרת, ובכך למעשה מקדמים תפיסה חד-ממדית, צרה ופוגענית. הזרם הפמיניסטי "הישן", אליו הח"מ משתייכת, איננו מקבל גישה זו, ולפיכך אבקש במסגרת זו כאם, כאשר, כבעלת רקע אקדמאי גם בתחום הפסיכולוגיה וכמשפטנית, לנפץ מספר מיתוסים, באמצעות ראיות אמפיריות ועובדתיות.

49. מיתוס 1: בגיל צעיר נודעת חשיבות התפתחותית מכרעת לקשר האימהי בלבד

49.1. במחקרים הוכח שוב ושוב כי ילדים זקוקים לקשר עם שני ההורים, ואף ייזקו אם לא יזכו בקשר עם הורה לא משמורן במצבי גירושין (דוגמא אחת מיני רבות, מחקר בנדר, 1994). מיתוס זה נדון גם בהרחבה על-ידי חברי ועדת שניט, ולא נמצאה כל אחיזה לטענה שהקשר לאם הוא בעל חשיבות התפתחותית:

"העבודה המשמעותית ביותר היא הסקירה המטה-אנליטית [של בראוזרמן]⁴⁶ אודות הסתגלות ילדים להסדרי משמורת משותפת לעומת משמורת יחידנית. זהו מחקר-על שמאחד בתוכו באופן סטטיסטי את כל

⁴⁴ תמ"ש (נצי) 35921-05-13 ש.ל.ג. נ' מ.ג. (פורסם באתר – נבו, 1 בפברואר 2015).

⁴⁵ עמ"ש (מרכז) 25027-02-14 פלוניס נ' פלונית (פורסם באתר – נבו, 4 בינואר 2015).

תמ"ש (אשדוד) 53490-09-12 האב נ' האם (פורסם באתר – נבו, 10 בנובמבר 2014).

תמ"ש (קריות) 4375-05-13 פלונית נ' פלוני (פורסם באתר – נבו, 27 במאי 2014).

תמ"ש (י"ם) 21412-09-11 ס.ש. נ' מ.ש. (פורסם באתר – נבו, 5 בנובמבר 2013).

תמ"ש (תי"א) 49165-10-10 ת.ס. ואח'י נ' ע.ס. (פורסם באתר – נבו, 5 באוגוסט 2013).

תמ"ש (ראשלי"צ) 16785-09-12 ס.ר. (קטיין) נ' ד.ר. (פורסם באתר – נבו, 11 בדצמבר 2013).

⁴⁶ Bausreman, Robert, Child adjustment in joint-custody versus sole-custody arrangements: A meta-analytic, Journal of Family Psychology, Vol 16(1), Mar 2002, 91-102.

המחקרים הזמינים בתחום ומביא להכללה מעבר למחקרים ספציפיים. החוקר בראוזרמן השווה תוצאות של 33 מחקרים שונים, שבדקו אלפי מקרים של משמורת הורית משותפת, משמורת יחידנית ומשפחות שלמות, והסיק שלמשמורת הורית משותפת יתרונות בתחומי תפקוד רבים של הילד על פני משמורת של הורה אחד. מתברר שילדים, הנמצאים באחריות משותפת של הוריהם, דומים בתפקודם והתפתחותם לילדים הגדלים במשפחות שלמות".

49.2. מחקרים רבים בתחום מבססים ממצא זה, כי קיימת חשיבות מכרעת למעורבות שני ההורים בחייו של הילד. מהמחקרים עולה שלא בהכרח התקשרותם הראשונה של ילדים היא לאם, וכי ילדים מתקשרים רגשית ובאופן ראשוני למספר דמויות. כן מתברר, כי לא הובאה כל ראייה לכך שההתקשרות לאם היא שונה מזו לאב⁴⁷. בישראל, על-פי סוזי שנפלד (2007)⁴⁸:

"המחקר האפדימיולוגי של הטרינגטון, קוקס וקוקס [הוא] אחד המחקרים המצוטטים ביותר בספרות, אודות התנהגותם של הורים גרושים והשפעות התנהגות זו על יחסיהם עם ילדיהם, מציין כי התפתחותו התקינה של ילד קשורה הדוקות לחשיפה ולזיקה בו-זמנית לשני ההורים".

50. מיתוס 2: אין בישראל בעיה ממשית של ניתוק ילדים מאבותיהם

50.1. התופעה השכיחה של מרכזי הקשר בישראל מעידה על מגפה של ניתוק ילדים מאבותיהם. 62 מרכזי קשר, בעלות בסך 4.5 מיליון ש"ח מטפלים בכ - 2,100 משפחות וכ - 3,500 ילדים בשנה. ילדים אלה אינם זוכים לקשר אמיתי ומשמעותי עם אב. הילדים פוגשים את אבותיהם בחדר קטן, "לא ביתי", כשעה או שעתיים בשבוע, במקרה הטוב, כאשר מאחורי זכוכיות חד-כיווניות עובדים סוציאליים נותנים "הוראות הפעלה". אבות רבים מתייאשים ומוותרים מטעמים רבים; הפגישות נקבעות בדרך כלל על חשבון זמני עבודה, ממילא לא יכול להיווצר כל קשר אמיתי ביניהם לבין הילדים, ההשפלה קשה ועוד ועוד. אבות רבים נאלצים להמתין ברשימות המתנה של עובדים סוציאליים ל"תסקיר". בתל אביב מדובר בהמתנה של 7-8 חודשים לתחילת טיפול ובנוסף כ - 2-3 חודשים להשלמת התסקיר הראשון. בדרך כלל נדרשים 2-3 תסקירים משלימים. התהליך מתיש ומשפיל, ונועד מלכתחילה לגרום לאבות להרים ידיים ולוותר.

50.2. למיטב ידיעתנו, משרד הרווחה על אף שנתבקש לכך, איננו מוכן לחקור ולאסוף נתונים לגבי מידת שביעות הרצון ממרכזי הקשר הן מאבות, והן מילדים בוגרי מרכזי הקשר. לשם השוואה בישראל כ- 20%-25% מהאבות נשלחים למרכזי קשר, לעומת השיעור בארה"ב, העומד על 1% עד 2% בלבד.

51. מיתוס 3: הניתוק של ילדים מאבות, ככל שהוא קורה בישראל, מתייחס לשולי החברה, לאבות עבריינים ואלימים

⁴⁷ Kelly, J.B., & Lamb, M.E. (2000). Using child development research to make appropriate custody and access Decisions for young children. Family and Conciliation Courts Review 38(3), 297-311.

⁴⁸ סוזי שנפלד, "חזקת הגיל הרך והשפעתה על קביעת משמורת וסדרי ראייה ועל הקשר של האבות עם ילדיהם לאחר גירושין – האם הגיעה העת לבטל חזקה זו?", עבודת סכום לתואר מוסמך במסלול ללא תזה אוניברסיטת תל אביב, אוקטובר 2007.

51.1. התופעה של ניתוק ילדים מאבותיהם מקיפה את כל שכבות החברה, ובין האבות ניתן למצוא; שופטים, דיינים בבתי הדין הרבניים, רופאים בכירים, עורכי דין מצליחים, פרופסורים, אנשי היי-טק ועוד. נגד כולם מוגשות אין ספור תלונות אלימות במשפחה. נוכח הקלות הבלתי נסבלת של הגשת תלונה על אלימות במשפחה במשטרה, כאשר כל תלונה קלה וזוטרא, כגון: דחיפה, קללה או התבטאות "מאיימת" נחשבת כניסיון או איום פלילי (תקיפת סתם)⁴⁹, וגוררת תיוג וטיפול של אבות כחשודים בעבירות אלימות במשפחה, ובמקביל העדר טיפול בתופעת הגשת תלונות שווא, מצביעים כביכול על נתוני האלימות במשפחה בישראל אשר לוקים בגוזמא יתרה, בפרט, כאשר אבות נורמטיביים ביותר, לרבות שופטים, פרופסורים, שוטרים מצטרפים בבת אחת לסטטיסטיקת האלימות במשפחה, ולפתע פתאום מנותקים מילדיהם, ולרוב מסולקים מביתם, מאבדים רשיונות עבודה, רשיונות נהיגה, נאסרים ונפגעים באופן אנוש הן נפשית והן כלכלית.

51.2. בפועל נוצרה תהודה בקרב הציבור ואף אצל חלק מנבחריה, כי החשש לרצח נשים מחייב טיפול בעבירות אלימות במשפחה קלה כחמורה בנסיון למגר את התופעה, ואולם הנתונים הסטטיסטיים מעידים על ההיפך הגמור; מספר הרציחות בין בני זוג הוא שווה, והמספרים האבסולוטיים אינם מעידים על תופעה חמורה כפי שנטען. בשנת 2007 ארגון אישה לאישה פרסם כי נרצחו 33 נשים, אולם מתוכן כמעט שליש מהמגזר הערבי (על רקע חילול כבוד המשפחה), 18% זונות נרצחו, 18% שלא על-ידי בעל או בן זוג. מתוך 11 המקרים הנותרים, מחציתם הם עולים חדשים, כך שמקרי הרצח במשפחה ישראלית (ללא נתוני מיעוטים ועולים חדשים) עומדים על כ- 5 מקרים. מנגד לפחות מספר זהה של גברים נרצחים, וכ- 150 כל שנה מתאבדים.

52. מיתוס 4: טובת הילדים מחייבת את חזקת ההורה העיקרי, לפיה מי שטיפל בילדים לפני הגירושין הוא זה שיטפל בהם אחרי הגירושין

52.1. נתונים עדכניים מארה"ב מגלים שכיום, הפער בין הזמן שמושקע בטיפול בילדים על-ידי האם לעומת האב עומד על 20 דקות ביום, וכולל גם ביצוע מטלות שוטפות של משק הבית. בשנות השמונים, ובעיקר בשנות התשעים, חלו שינויים עמוקים, הן בתא המשפחתי והן ביחסי המגדר. הספרות הסוציולוגית החלה להצביע על תהליך עקבי של גידול במספרם של "אבות חדשים". "האב החדש", בין אם במסגרת זוגית ובין אם לאחר פרידה, הוא גבר המודע לצד הרגשי שלו, בעל אינטליגנציה רגשית גבוהה, מעוניין להעניק מעצמו לאהובים הסובבים אותו, ומעוניין להיות בחברת ילדיו ולקשור עמם קשרים נפשיים משמעותיים. זהו גבר היוצר סדר עדיפות חדש, מאפשר לו לחלוק עם אמם של ילדיו את הטיפול וההשקעה בהם⁵⁰.

52.2. דוגמא למגמת שינוי זה הינה תהליך מעורבותו של האב בלידה. קיימת נוכחות הולכת וגדלה של אבות בחדר הלידה. הנתונים מצביעים שבין 60%-80% מהאבות נוכחים במהלך לידת ילדם (ראסל ורדוייביץ', 1992). גם בתחום מעמד האישה חלו תמורות כאשר יותר נשים נשואות בוחרות לצאת לעבודה מחוץ למשק הבית, ובמקביל, גדל מספרם של גברים הלוקחים חלק פעיל יותר בפעילות משק הבית ובטיפול בגידול וחינוך הילדים.

⁴⁹ ראה הי"ש 10.

Lupton, D., & Barclay, L. (1997). Constructing fatherhood. London: Sage Publications Maccoby, E.E. ⁵⁰ (1992). The role of parents in the socialization of children: An Historical overview. Developmental Psychology, 28(6), 1006-17.

52.3. ממצאים אמפיריים מצביעים על כך שהטיפול בילדים הוא המשימה שבה הצטמצם הפער בין המינים באופן המשמעותי ביותר. כיום, נשים מטפלות בילדיהם פחות שעות מאשר טיפלו בהן אימותיהן, ואילו גברים מטפלים בילדיהם יותר מאשר טיפלו בהם אבותיהם (בורגס, קלארק וקרונין, 1997⁵¹). האבות החדשים נאבקים על החזקת ילדיהם בזמן פירוד בטענה שהם זמינים לטיפול בילד לא פחות מן האימהות היוצאות לעבודה ומפתחות קריירה מחוץ לבית.

52.4. על-פי רחל לוי שיף (1978)⁵² הממצאים מעידים כי דפוס אבהות "תומכני" (שמאופיין על-ידי קבלה ומתן אוטונומיה) יוצר אינטראקציה חיובית עם הילד שעונה על צרכיו בתחומים שונים. ילד לאב תומכני מגלה מידה סבירה של תלות, מתמודד עם מצבי פרידה, מגלה עצמאות ויזומה, מסתגל למסגרות משמעותיות ואינו תוקפני. באופן כללי הסתגלותו האמוציונלית תקינה. בנוסף עוזר הקשר הטוב עם האב לפיתוח תחושת עצמאות ואינדיבידואליות אצל הילד, בכך שהאב מייצג עבור הילד גורם חשוב המעודד למגע עם המציאות, להתמודדות איתה ולאוטונומיה אישית. האב מייצג את הכוח הנגדי להשפעתה הבלעדית של האם, ונוכחותו מאפשרת התפתחות תקינה של ה"אני" כישות נפרדת מהאם ובעלת זהות עצמית משלה. לצורך התפתחות אופטימאלית של הילד זקוק הילד לדמות אב חמה, מקבלת, תומכת ומעודדת שתתפוס מקום חשוב בחייו לצד האם.

53. מיתוס 5: רוב האבות מנסים להתחמק מהטיפול בילדיהם ואינם מעוניינים במשמורת משותפת

53.1. טענה המופרכת מיסודה. ודוק: מנתונים העולים במחקרים, ובנוסף ניסיון החיים, מצביעים על כך שגברים מעוניינים בהגדלת זמני השהייה שלהם עם ילדיהם. מחקר שנעשה באוניברסיטת תל-אביב, על-ידי ד"ר דפנה הקר ופרופסור רונן שמיר קובע, על סמך מאות ראיונות וניתוח משפטי וסוציולוגי, שרובם המכריע של האבות מעוניין מאוד במשמורת על הילדים. מחקרים שנעשו באוניברסיטת חיפה מצביעים על כך שכמיהה עזה לילדים מצויה אצל יותר מ-95% מהגברים ההטרסקסואליים ללא ילדים.

53.2. יאמר, כי לחלק לא מבוטל בציבור הגברים הגרושים, נשללת מהם זכות יסוד ולא ניתנת להם כלל האפשרות לממש את זכותם להיות עם ילדיהם. ברוב המקרים, האם מקבלת משמורת זמנית אוטומטית, וכך מתקבעת עובדה בשטח, שלרוב לא תשונה בהמשך. בכל המקרים בהם קיימת מחלוקת בין הצדדים, שופטי בית המשפט למשפחה נוהגים להעביר את האחריות השיפוטית לנציגי משרד הרווחה ולפקידות הסעד, אשר מתוקף תפקידן מונחות להתערב בכל תיק ותיק, משמשות כ"קצינות מבחן" לאב, אשר נאלץ להיכנע לתכתיביהן שכן על-פיהן ישק הדבר, קרי אם "יורשה" לראות את ילדיו שלו.

53.3. גם במקרים בהם נקבעים זמני שהייה זמניים, בכוחה של האישה לבטלם בכל תרוץ ו/או אמצעי, דוגמת: זימון משטרה בתואנה של "חשש לאלימות", "חשש לפגיעה בילד" וכיו"ב, וכך מיד נמנע מהאב מלהתקרב אליה ולילדיו, מחשש פן יבולע לו.

53.4. יודגש, במקרים אלה על אבות מופעל מכבש לחצים אדיר של המערכת; שופטים, עובדים סוציאליים, אנשי מקצוע, ואף עורכי דין, להימנע מלדרוש משמורת (בלעדית או משותפת) ורבים נכנעים ומוותרים מראש על המאבק. ניסיון החיים מורה שאבות שבכל זאת מנסים

Burghes, L., Clarke, L., & Cronin, N. (1997). Fathers and fatherhood in Britain. London Family Policy Studies Center. ⁵¹

רחל לוי שיף, "תפקיד האב בגיל הרך", עבודה לתואר דוקטור לפילוסופיה, האוניברסיטה העברית, 1978. ⁵²

לדרוש את המגיע להם – משמורת משותפת - משלמים מחיר אישי וכלכלי כבד. אגב, נזכיר את המובן מאליו, כי הכמיהה לילדים אינה "מתחילה" עם הגירושין אצל אבות.

53.5. במקרים רבים נדרשים אבות גרושים לממן בדיקות מסוגלות הורית, שעלויותיהן כ- 15-20 אלף ש"ח, למרות שהוכח כי אין למבחנים אלה כל תוקף מדעי או מקצועי, ולמרות שמדובר בהוצאה כבדה; גברים נענים לדרישה זאת רק כדי לאשר את זכותם הטבעית לאבהות. לאחרונה התפרסם בתקשורת סיפורו של אב ששילם רבע מיליון שקלים בהליכים משפטיים יקרים כדי לאפשר לו משמורת משותפת, וקיימים מקרים נוספים למכביר.

54. מיתוס 6: "חזקת הגיל הרך" מקורה בכך שאבות אינם מסוגלים לטפל בילדים, למצער לא כמו אמהות

54.1. חזקת הגיל הרך, כפי שפורט בהרחבה, איננה תוצר של מחקרים פסיכולוגיים, אלא ביטוי לתפיסות חברתיות סטריאוטיפיות שמקורן לפני כ- 60 שנה. יודגש, אין כל ביסוס מדעי לטענה שגברים אינם יודעים או אינם מסוגלים לטפל בילדים, ואין ביסוס מדעי לטענה כאילו יש לאמהות יתרון כלשהו לעומת אבות בגידול ילדים; ההיפך הוא הנכון - אפילו "שדולת הנשים" קובעת במסמך רשמי מטעמה (2008) כי "...שדולת הנשים סבורה שהן אבות והן אמהות יכולים לגדל את ילדיהם באותה המידה".

54.2. זאת ועוד: המחקרים ונתונים סטטיסטיים מורים כי מספר המקרים של התעללות בילדים על-ידי אמהות גדול ממספר מקרי ההתעללות על-ידי אבות. המחקרים מורים כי הורות משותפת, היא הדרך הטובה ביותר לגדל ילדים, הן בתא משפחתי רגיל והן בתא משפחתי פרוד.

54.3. הטענה שאבות אינם יודעים לטפל בילדים היא קלישאה וסטריאוטיפ שחלפו מן העולם ואינם רלוונטיים לעידן המודרני. מדובר בארגומנטציה שאין לה תכלית, ומטרתה להתריס.

54.4. הרשות המחוקקת מצווה לבער סטריאוטיפים מסוג זה. לא רק מן הטעם שחברה מודרנית לא יכולה להתקיים על בסיסם, אלא גם מתוקף אמנת האו"ם לביעור האפליה נגד נשים לכל צורותיה. האמנה, עליה חתמה מדינת ישראל, ואושררה על-ידה, קובעת כי חובה על מדינת ישראל להילחם בכל סוג של סטריאוטיפ מגדרי, וכי הצגה של מין אחד כעליון על האחר היא אסורה.

55. מיתוס 7: ביטול חזקת הגיל הרך זה "חוק של גברים" למען גברים וכל הפמיניסטיות מתנגדות

55.1. ודוק: היה רוב נשי ברור בועדת שניט אשר המליצה על החוק החדש, ובטלות חזקת הגיל הרך. לא רק שהיה בועדה רוב נשי, רוב זה הוא רוב של פעילות פמיניסטיות שחלקן מופיעות בשם ארגוני הנשים השונים (בעוד שנציגים של ארגוני אבות או גברים לא נכללו בין חברי הוועדה) וחלקן מופיעות תחת כובעים נוספים. עוד נזכיר, כי הוועדה מונתה על-ידי אישה, שרת המשפטים דאז, ציפי לבני, אליה הצטרפו נשים נוספות.

55.2. מרבית הציבור סבור שכל ילד זקוק לשני הורים, וכי אין לתת עדיפות אוטומטית לאחד המינים. ממחקר של מינה צמח, אשר פורסם ב-Ynet⁵³ ובאתר "הורות=שווה", עולה כי רוב הנשים הן בעד הורות משותפת, למעט מיעוט פמיניסטי קולני שהתאוריות שלהן בדבר "הגמוניה גברית" אינה מקובלת על רוב הנשים. אנו שומעים יותר ויותר קולות פמיניסטיים המברכים על החוק החדש, תוך הדגשת הבשורה שהתיוג של נשים כמטפלות בילדים יוסר, בזכות החוק החדש.

55.3. לקיחת חלק מנטל האחריות ההורית על-ידי גברים תקדם, ללא כל ספק, את יכולתן של נשים לצאת לעבודה ולהתפתחות אישית בניגוד למצב בו מוטלת עליהן אחריות בלעדית על הילדים.

56. מיתוס 8: ביטול חזקת הגיל הרך יגדיל את העומס על המערכת המשפטית

56.1. חזקת הגיל הרך היא זו שגורמת למשפטיזציה. כך, למשל, נאמר בדו"ח ועדת שניט: **"השפעה נוספת של החזקה הקיימת הינה ליבוי המאבק בין ההורים. במצב המשפטי הנוכחי נאלץ כל אחד מן ההורים להביא ראיות להתאמתו לתפקיד ובו בזמן ראיות לאי-התאמתו של ההורה השני במטרה להוכיח את התקיימותן או אי-התקיימותן של "סיבות מיוחדות להורות אחרת כאמור בסעיף 25 לחוק הכשרות".**

ודוק, זוג מתגרש מנהל בממוצע שני תיקים משפטיים מלאים בענייני ילדים. הבעל נדרש להגיש תביעה להסדרי ראייה או משמורת, וכתב הגנה נגד תביעת האישה. מנגד, האישה נדרשת להגיש תביעה משלה, וכתב הגנה מול הגבר. נדרשות בקשות להסדרים זמניים, בקשות לשמיעת קטין, לזימון עדים, למינוי פקידת סעד, לזירוז פקידת סעד ולחקירת פקידת סעד. ברוב המקרים התסקיר של פקידת הסעד איננו מלא, ועל כן מתחיל הליך נוסף דרך הצורך בהגשת "תסקיר משלים". ענייני הילדים מחזיקים בחלק הארי של מלאי התיקים של בית המשפט למשפחה.

56.2. העומס המוטל על המערכת הציבורית עקב חזקת הגיל הרך, אינו מצטמצם לערכאות השיפוטיות בלבד. פקידי הסעד מגישים בממוצע לפחות שני תסקירים על כל אבא מתגרש - בעלויות ישירות ועקיפות של אלפי שקלים לקופה הציבורית, כאשר כל תסקיר דורש כ- 30 שעות כעבודה, ביקורי בית, וציפייה מורטת עצבים להגשת התסקיר. אותן פקידות סעד עוסקות בחקירת זוגות נורמטיביים, במקום לעסוק בתיקים אותנטיים של מקרי סעד.

56.3. אין תימה, שמבחינת כל ארצות המערב בהן בוטלה החזקה, עולה כי הביטול הביא להפחתה של הדיונים המשפטיים. בארה"ב, למשל, הסדרי האחריות ההורית במצבי פרידה נעשים בפרק זמן של שבועות בלבד, לאחר ששני ההורים מציעים את התכנית ההורית שגיבשו במשותף, ללא דיונים משפטיים, וללא הזדקקות לפקידות סעד.

56.4. בהתאם, בישראל, ביטול חזקת הגיל הרך הוא רק נדבך אחד מתוך כלל שינויי החקיקה המוצעים בחוק הורים וילדיהם, ועיקרם עוסק בדרכים של גישור, טיפול ותכניות הורות, שיפחתו באופן משמעותי ביותר את המחלוקות המשפטיות.

⁵³ דנה ספקטור, "סקר גירושין בישראל: היד הקלה (מד) על ההדק", Ynet, מיניות ויחסים, 25 ביולי 2005
www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3117756,00.html

56.5. ברי ונהיר, כי עריכת הסכם הורות בין הצדדים יתרום רבות לקיצור ההליכים ויחסוך מזמנו היקר של בית המשפט. הקטנת התלות בתסקירי פקידות הסעד ימנע חיכוכים ולחצים בין הצדדים (בתל אביב, למשל, יש רשימת המתנה של 8 חודשים), ויתרום רבות לשיתוף הפעולה.

56.6. במצב הקיים, חזקת הגיל הרך גורמת לגידול משמעותי בכמות הדיונים, כאשר אבות רבים אינם משלימים עם הניתוק הנורא מילדיהם ונאבקים בכל האמצעים העומדים לרשותם עד חורמה ובעלויות כספיות גבוהות למען זכותם הטבעית.

56.7. ברי ונהיר, כי תוצאת ביטול חזקת הגיל הרך תהיה הפחתה משמעותית של כמות ההתדיינות, תאיין את המחלוקות בין הצדדים ותמנע את החשוב מכל – פגיעה בטובת הילדים.

57. מיתוס 9: גברים חפצים במשמורת משותפת במטרה להקטין את דמי המזונות

57.1. אין לטענה זאת כל אחיזה במציאות. ברי ונהיר, כי אחריות הורית משותפת, בעלת זמני שהייה שווים בין ההורים, מטילה על האב אחריות וחובה לשאת בהוצאות גבוהות יותר על הילד, בנוסף לסכום המזונות שנדרש לשלם לאם.

57.2. יתרה מזו, במקרים אלה יידרש האב לרכוש דירה או לשכור דירה גדולה יותר על מנת להעניק לילד את כל צרכיו; רכישת ריהוט חדש, קניית לבוש והנעלה נוספים על אלו שאצל האם, הוצאות כלכלה, הוצאות אחזקת מדור, ובנוסף הוצאות רכב או הסעה למסגרות פורמליות, חוץ פורמליות, טיפולים רפואיים ועוד.

57.3. יוצא, איפוא, שהוצאות האב יעלו באורח ניכר על דמי המזונות, שאותם, במרבית המקרים, ימשיך לשלם, במלואם או כמעט במלואם.

57.4. יתרה מכך, על מנת לעמוד בזמני שהייה אליהם התחייב כלפי ילדו, יאלץ לעזוב את מסגרת עבודתו מוקדם יותר, וההשלכות הברורות הנובעות מכך הינן פגיעה ברמת הכנסותיו החודשיות.

ו. סיכום

58. מזה אלפי שנים הייתה האימהות אחד המרכיבים החשובים ביותר, ואולי המרכיב העיקרי, בהגדרת הזהות הנשית.

59. דע עקא, היום נמצא מיתוס האימהות ומשמעויותיו החברתיות והפסיכולוגיות בליבו של השיח הפמיניסטי, מצד אחד, ומנגד מועלות טענות מצד הגברים בצורך בשוויוניות מגדרית אשר אינן פוגעות באימהות, מצד שני.

60. כאמור, תפיסה זו אינה מקובלת כיום, כפי שעולה ממדעי ההתפתחות היישומיים - דיסציפלינה שלמה המבוססת מחקר אמפירי בחקר התפתחות הילד, שעוסקת בין השאר בהתפתחות נורמטיבית שמתרחשת גם בעת משבר כמו גירושין.

61. ודוק: לא רק שחזקת הגיל הרך נשללת באופן חד-משמעי וגורף על-ידי מומחים בינלאומיים, אלא שבמסמך הקונצנזוס של 111 המומחים מועלית אף הסכמה כי תינוקות ופעוטות זקוקים לטיפול לילי של שני ההורים אחרי פרידה או גירושין, מגיל ינקות.
62. במדינת ישראל, למרות הרלוונטיות הרבה של גישה התפתחותית זו לילדי גירושין, היא לא מיוצגת מספיק בחיבור החשוב כל כך בין ילדים, הורים, מערכת הרווחה ומערכת המשפט בישראל, קל וחומר בהחלטת בית המשפט העליון. כל אותם גופים, אינם שמים באמת את טובת הילד כערך עליון, אלא מנסים לתת פתרון להליך הגירושין המתנהל בין ההורים.
63. כפי שפורט בהרחבה בפרק ג' לעיל, רוב מדינות העולם הפנימו ויישמו, הלכה למעשה, את האחריות ההורית המשותפת באמצעות בטלות חזקת הגיל הרך, בהיבט החקיקתי, תוך מתן מענה ראוי לטובת הילד כערך עליון באמצעות הסכם הורות בין ההורים, בהיבט המשפטי.
64. המטען הרגשי העמוק שמביאות איתן הנשים למאבק על הותרת סעיף החזקת הגיל הרך על כנו, במודע או שלא במודע, הינו ניסיון לדון על הזהות הנשית ולא על טובת הילד. יודגש: אין בביטול חזקת הגיל הרך כדי לגרוע או לבטל ההכרה בזכותה של האם לממש את אימהותה על ילדיה.
65. **חשוב להדגיש, כי בביטול החזקה תהא תרומה עצומה להעצמה הנשית באמצעות הרחבת גבולות ההגדרה העצמית של הנשים, באופן שלא יתפסו את עצמן רק כאימהות ועקרות בית. זאת ועוד, השותפות המלאה בגידול הילדים מגיל ינקות, בנוסף לחשיבות בכך שאבות יטלו חלק בגידול וחינוך ילדיהם, תרומתה בשיפור מיקומן החברתי והמקצועי של הנשים.**
66. מכל המקובץ לעיל עולה, כי לאור מחקרים מדעיים מוכחים בעולם, ולאור אמנות האו"ם - חזקת הגיל הרך הינה חזקה שאין לה כל תוקף חוקי. משנה תוקף, עם התחייבויות מדינת ישראל כלפי האו"ם, וכלפי אזרחיה במגדר הגברי.
67. מדינת ישראל מחויבת לדווח לאו"ם בעוד כשנה על התקדמותה לביטול כל צורות ההפליה בחקיקה בין גברים לנשים (ICCPR); ופירושו של דבר, גם בנושא ביטול ההפליה המגדריות בתחום דיני המשפחה. חזקה זו יוצרת תחושה בקרב האבות שהמדינה אינה עושה דייה לביטול ההפליה אלא חמור מכך, גורמת להם לנזקים נפשיים וכלכליים, ומונעת מהם את הקשר עם ילדיהם האהובים ומונעת מהם את הזכות הטבעית להורות.
68. לפני סיום, לא מן הנמנע לציין, כי העמדת חזקת הגיל הרך על גיל שנתיים, איננה מבוססת על כל קריטריון מוכר לצורך הבחנה בין זכויות האמהות לבין זכויות אבות, שכן גיל שנתיים הוא גיל מלאכותי בדיוק כפי שגיל שש או ארבע הינם גילאים מלאכותיים (ראה מסמך הקונצנזוס שאומץ ברוב המדינות כמפורט לעיל).
69. ולסיום, ביטול חזקת הגיל הרך בחוק הורים וילדיהם והחלפתה ב"זכויות הילד"/"אחריות הורית", חייבת להיות מלווה במקביל ב"חובות הילד"/"זכויות ההוריות". יובהר: המשפט הוא מערכת של כללים המקנים זכויות ומטילים חובות על הפרטים בחברה. המוסכמה במשפט היא שמול כל זכות עומדת חובה ומול כל חובה עומדת זכות של אותו פרט.
70. הזכות להורות הינה זכות יסוד על-פי סעיף 8 לאמנה האירופאית לזכויות אדם וחירויות יסוד. מן הראוי לאמץ גם את הזכות להורות בנוסחו של החוק המוצע, כפי שנהוג ברחבי העולם; זכויות ואחריות משולבים זה בזה, ואין מטילים אחריות הורית בלבד ללא זכות בצידה.

בביליוגרפיה

1. האמנה בדבר זכויות הילד, 1989, כרך 31, 1038, (221-248).
2. אמנה בינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, 1966, כרך 31, 1037, (205-219).
3. חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962.
4. "אמא, אבא, ומה איתי? אני זקוק לשניכם": עובדות מיתוסים ותקוות בהסדרי הורות במקרי גירושין, תרצה יואלס ואבי שגיא-שורץ, דין ודברים ו, תשע"ב.
5. תמ"ש (קריות) 3461/05 פלונית נ' פלוני (פורסם באתר – נבו), מיום 14 באוגוסט 2008.
6. פסיכואקטואליה, "חזקת הגיל הרך – פרשנות בית המשפט העליון סותרת את טובת הילד", אבי שגיא-שורץ ודן שניט, יולי 2014 (43-35).
7. "חזקת הגיל הרך בישראל ובעולם", הלשכה המשפטית, מרכז המידע בכנסת, תחום חקיקה ומחקר משפטי, עו"ד נתי פרלמן, 20.5.2012.
8. "תלונות שווא על אלימות ומין במשפחה: אלימות משפטית, חוות דעת ומתווה לפתרון כולל, עו"ד מירית ענתבי, 31 ביולי 2015.
9. דו"ח ביניים של הועדה הציבורית לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין, עמודים 12-15, אפריל 2008.
10. דו"ח המלצות סופי של הועדה הציבורית לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין, 27 בדצמבר 2011.
11. "חזקת הגיל הרך והשפעתה על קביעת משמורת וסדרי ראייה ועל הקשר של האבות עם ילדיהם לאחר גירושין – האם הגיעה העת לבטל חזקה זו?", עבודת סכום לתואר מוסמך במסלול ללא תזה אוניברסיטת תל אביב, סוזי שנפלד, אוקטובר 2007.
12. **Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocol no. 14 (cets no.194) 1.7.2010**
13. Bernardo Cuadra, "Maternal and Joint Custody Presumptions for Unmarried Parents: Constitutional and Policy Considerations in Massachusetts and Beyond", 32 Western New England L. Rev. 599–659.
14. Adrina Hayden, "Shared Custody: A Comparative Study of the Position in Spain and England", InDret 1/2011, Revista Para El Analisis Del Derecho –(Barcelona, January, 2011), 18-21.
15. The Danish Act on Parental Responsibility

- Adrina Hayden, "Shared Custody: **A Comparative Study of the Position in Spain and England**", InDret 1/2011, Revista Para El Analisis Del Derecho (Barcelona, January, 2011), 8–12. .16
- Divorce Act (R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.)) §16(8)-(10). .17
- Christopher L. Blakesley, "**Child Custody and Parental Authority in France, Louisiana and Other States of the United States: A Comparative Analysis**", 4:2 Boston College International & Comparative L. Rev. (1981) 283–359; Hung-En Liu, "Mother or Father, Who Received Custody?: The Best Interests of the Child Standard and Judges Custody Decisions in Taiwan", 15 International Journal of Law, Policy and Family (2001) 185-225. .18
- Bausreman, Robert, **Child adjustment in joint-custody versus sole-custody arrangements**: A meta-analytic Journal of Family Psychology, Vol 16(1), Mar ,2002, 91-10. .19
- Kelly, J.B., & Lamb, M.E. (2000). **Using child development research to make appropriate custody and access Family and Conciliation Courts Revier** 38(3), 297-311. .20
- Lupton, D., & Barclay, L. (1997). **Constructing fatherhood. London: Sage Publications** Maccoby, E.E. (1992).The role of parents in the socialization of children: An Historical overview Developmental Psychology, 28(6), 1006-17. .21
- Burghes, L., Clarke, L., & Cronin, N. (1997). **Fathers and fatherhood in Britain.** .22
London Family Policy Studies Center.
- Social Science and Parenting Plans for Young Children: A Consensus Report, by Richard A. Warshak and 110 others, Psychology, Public Policy, and Law, vol 20, No. 1, 46 – 67, 2014. .23