

מבוא

נושא העבודה הנו גירושין. בחרתי להתמקד בנושא הסדרי הראייה והמשמורת. בעבודה בחנתי את עקרון טובת הילד וחזקת הגיל הרך במשפט העיברי ובמשפט הישראלי ומה נלקח מהמשפט העיברי לישראלי. בחרתי להתמקד בנושא זה כיוון שבנושא הגירושין למרות הקושי ההורים מתגייסים לטובת הילד ולהכרעת בית המשפט ישנה השפעה משמעותי ורבה על חיי הילדים.

פרק ראשון - משפט עיברי

מרב המקורות ההלכתיים עולה כי מקום משמרו הטבעי והחוקי של הילד הוא אצל אביו, משום שלאב ישנה זכות משפטית הלכתית בלעדית על ילדיו הן אם הם בנים והן אם בנות. חלק מזכויות הילד זו היא המשמרות על הילד אבל, מאחר שמוכרח המציאות לא כל האבות מוכשרים להחזיר במשמורת ילדיהם במקרים של גירושין. על פי המשפט העברי טובת הילד יכולה לשלול את משמורת הקטין מאביו ולקבוע אותם אצל אדם אחר-אצל אמו הטבעית של הקטין או אצל גורם זר אחר שאינו אביו ולא אמו הטבעיים של הקטין.

זה אומר ששיקול טובת הילד על פי המשפט העברי, הנו שיקול נגדי, לא למסור את הקטין לידי אביו אם האב אינו ראוי לכך על אף זכותו החוקית וההלכתית בבנו או ביתו. קיימים מספר מצבים:

1) כאשר האם משלימה את תפקידה (להניק את הילד) או נמצאת בלתי ראויה להחזיק בילדה, חוזרת החזקה לאב.

2) טובת הילד יכולה לקבוע כי משמורת הקטין תהא באחריותו של אדם אחר שאינו אמו הטיבעית של הקטין.

לפי המשפט העיברי האב יכול לדורש כי בנו או ביתו יהיו אצל אמו זקנתו של הקטין או אצל אחותו.

3) אם האב אינו בחיים אפשר שבנו או בתו יימסרו לאפוטרופוס שמינה האב ובתנאים מסוימים יתכן אפילו שזכותם למשמורת הילד תגבר על זכותה של האם הטבעית.

על פי המשפט העיברי אין טובת הילד בעיקרה טובה פסיכולוגית, המתרכזת בצרכי ההתפתחות העכשוויים של הקטין (למעט תקופת ההנקה של הקטין) אלא זוהי טובה התחשבת בעתידו הרוחני והכלכלי לעתיד לבוא לכשיגדל.⁽¹⁾

⁽¹⁾ גוטליב דניאל- נושאים דתיים בקביעת משמורת ילדים וסדרי ראייה. רפואה ומשפט,

אם טובת הבת שתגדל אצל אמה במטרה ל"מיאלפא לה צניעות ודרך ארץ" (1), אך אם האם פרוצה או עוברת על מצוות הדת או אם בעצם הימצאות בנה אצלה נשללת מהאב הזכות לחנך את בנו לייעודו אז חוזרת אל האב זכות המשמורת על הקטין. (2)

הרי שכן בחובתו לכשיגדל לעבוד, ללמוד תודה, לשמור מצוות ולהתפרנס ממלאכתו כאדם מן היישוב טובתו היא שיהא אצל האב הראוי ללמדו תודה ומלאכה ואף מחויב לכך.

שיקולים דתיים וחינוכיים על פי המשפט העיברי כמעט תמיד גוברים שיקולים פסיכולוגיים.

כאשר יש מחלוקת בין ההורים לגבי חינוכו הדתי או החילוני של הילד בעיני הדיין הדתי החינוך הדתי נתפס כשיקול חשוב במסגרת השיקולים הקובעים את טובתו של הילד, כי בעיניו טוב לילד שינהג לפי הליכת הדת.

שיקוליו של בית הדין הדתי יכולים להתחשב כחורגים מעקרון טובת הילד, רק אם נצא מתוך הנחה שבית הדין הדתי קשור לפירושו של בית המשפט האזרחי למושג זה.

1 ראה ב"ח, אהע"ז, פב, ד"ה "ומ"ש דהבת".

2 מחקרי משפט כרך ח' - כלום "טובת הילד" הוא שיקול - על לפי המשפט העיברי בסכסוך שבין הורים על משמורת ילדם -? ישראל צבי גילת. עמודים: 297-347.

פרק שני – טובת הילד המשפט העיברי

טובת הילד אלה הסטנדרטים לפיהם נבחנת כל החלטה אשר בית המשפט נאלץ לקבל לגבי חייהם של הקטינים, כולל קביעת משמורת והסדרי ראייה.

בהקשר של מאבקי משמורת נבדקים היכולות של כל אחד מההורים להיות קשוב לצרכים הנפשיים, הרגשיים של הילד, לספק את צרכיו הבסיסיים, לעודד אותו לקיים קשר עם ההורה השני, לדאוג לטיפולו הפסיכולוגי (במידת הצורך) ולהיות מסוגל להפריד בין מאבק עם בן הזוג לבין התפקיד ההורי.⁽¹⁾

קיים ניגוד בין עקרון "טובת הילד" לבין הלכת המשפט העיברי שלפיה בנים מעל גיל שש הם עם אביהם.

התלמוד הבבלי מקטין את היקף "מעשה ידיה" של האישה שהיא חייבת לתת לבעלה בתקופה שהיא מניקה ומגדיל את היקף המזונות שבעלה חייב לתת לה, כדי שתוכל להניק את בנה כראוי. אף נקבעה תוספת יין לאישה המניקה את בנה מפני "שהיין יפה לחלב".

הר"ן הדגיש שהתוספת למזונות האם היא עבור ילדיה, משום שהדאגה לתזונתם של הילדים מוטלת עליה, ונימוקו: "שכיון שהם נגררים אחריה, אי אפשר להעמיד עצמה שלא תזון אותם".

כללי החזקת הילדים במשפט העברי הם בבואה של השקפת העולם של חכמי המשפט העברי באשר לטובת הילד.

⁽¹⁾ גוטליב דניאל- נושאים דתיים בקביעת משמורת ילדים וסדרי ראייה. רפואה ומשפט,

16 (אפריל 1997).

ילד יונק זקוק לטיפול המסור של אמו ואין להפרידו ממנה כשהוא יונק, וההנחה היא הילד שהוא צריך להיות בחזקתה אולם כלל משפטי זה אינו מוחלט, כי אם יוכח שטובתו דורשת החזקתו בידי האב (כגון שהאם חולה במחלה גופנית או נפשית ואינה יכולה לטפל בו כראוי ולספק לו את צרכיו הגופניים והנפשיים), תינתן הזכות להחזיק בילד לאב. רבים מחכמי ההלכה סבורים שכלל זה חל על הילד, בין זכר ובין נקבה, עד גיל שש, מפני הילד זקוק בגיל הרך לאמו, במיוחד כדי שתספק את צרכיו הנפשיים ואם היא יכולה לספק את צורכי הילד בגיל זה, זכות ההחזקה בילד תימסר לה.

השאלה האם בתי הדין הדתיים קשורים לפירוש החילוני של המושג "טובת הילד" או שהם רשאים למלא למושג תוכן משלהם על פי השיקולים שמצויים בבתי הדין הדתיים נדונה בבג"צ (1) :

בעל ואישה התדיינו בבית הדין הרבני על עסקי גירושין ועל זכות החזקה בשלושת ילדיהם הקטנים. בית הדין הרבני האזורי פסק, על פי חוות הדעת הפסיכולוגית שהובאה בפניו, כי טובתם של הילדים דורשת את מסירתם לידי האב, בית הדין הרבני חיזק את פסיקתו מההלכה שלפיה בנים מעל גיל שש עם האב. האם הגישה ערעור בבית משפט הגבוה לצדק בטענה שבית הדין הרבני חרג מסמכותו מפני שפסק מתו התעלמות מחוק המדינה אשר מחייב אותו לפסוק לפי טובת הילד בלבד, חובה שלטענתה מונעת מבית הדין להסתמך על הלכת המשפט העיברי, שלפיה הבנים מעל גיל שש הם אצל אביהם.

העותרת ביקשה לבסס על יסוד סעיף 25 לחוק הכשרות והאפוסטרופסות תשכ"ב 1962 הקובע כי בית המשפט רשאי לקבוע מי מבין ההורים החיים בפירוד יחזיק בקטין - "כפי שיראה לו לטובת הקטין ובלבד שילדים עד גיל שש יהיו אצל אמם אם אין סיבות מיוחדות להורות אחרת".

א בג"צ 72\128 נאצר נ' בית הדין רבני הגדול לערעורין, פד"י כ"ו (2) 403.

ההלכה היהודית אינה מסתפקת בהנחה שילדים מתחת לגיל שש הם אצל אימם היא מוסיפה ואומרת כי בנים מעל גיל שש אצל אביהם, ובנות מעל גיל שש אצל אימם. העותרת טענה כי לגבי ילדים מעל גיל שש לא קיבל המחוקק את עמדת ההלכה ולכן אין רשות להשתמש בהלכות לכאן או לכאן אלא יש לפסוק על פה טובת הילד כפי שהיא מתבררת על ההוכחות המובאות בכל מקרה לחוד.

בית המשפט הגיע למסקנה שבמקרה שלפניו אין הוא נדרש לפסוק לגבי טענה זו שכיוון שבית הדין הרבני קבע לגבי טובתם של הילדים ומספקי היה בו כדי להצדיק את מסירתם לידי האב ולכן פסק הדין הרבני היה יכול לעמוד ללא חיזוק טענתו ממקור ההלכה.

הנחות תיאורטיות לגבי טובת הילד- המחוקק הישראלי לא אימץ לעצמו את הדין היהודי בנושא זה בשלמותו אלא קיבל את ההנחה לגבי ילדים מתחת לגיל שש ולפי טובת הילד בדרך כלל היא שיהיו אצל אימם.

מכאן ניתן להסיק שהמחוקק פטר את בית המשפט מן החובה לנהוג על פי ההנחות הנוספות של הדין היהודי לגבי ילדים מעל גיל שש, חובה שאם לא היה ניתן לטעון שהיא נוהגת גם בבית המשפט האזרחי.

פרק שלישי - משפט ישראלי

בעת פרידה, מצויה בידי ההורים היכולת לגבש הסכם עצמאי ביחס לענייני המשמורת הפיזית. לרוב אם הערכאה השיפוטית מוצאת כי ההסכם תואם את טובת הקטינים שההסכם יאושר, וינתן לו תוקף של פסק דין.

בהיעדר הסכם בין ההורים, הסמכות ניתנת לערכאה השיפוטית לקביעת המשמורת סעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית והאוטורופסות מדגיש כי יש לשקול את טובת הילד וכי ילדים עד גיל 6, בהיעדר "סיבות מיוחדות להורות אחרת", יתגוררו עם אמם (עקרון המכונה "חזקת גיל הרך").

לעקרון חזקת הגיל הרך מספר היבטים, חיוביים ושלייליים.

יתרונות חזקת הגיל הרך:

בכל מקרה של פירוד או גירושין עשויה להתעורר שאלת המשמורת הטבעי של הדברים. זהו מקור להתדיינויות רבות ולא טובות לבני-הזוג ולילדים. קיומה של חזקה המציעה פתרון ידוע מראש חוסך התדיינויות מיותרות.

בנוסף, הורה יכול שתהיינה לו התלבטויות קשות אם היאבק על משמורת ולא מתוך חשש כי ילדו יחשוב שוויתר עליו או שאינו אוהב אותו מספיק.

החזקה מאפשרת את צפיית הדין, תוך פתרון ההתלבטות במקרים מסוימים.

ההוראה ייחודית למדינת ישראל ומקורה בדין העברי לפיו עד גיל 6 על הבן והבת להיות אצל האם, ומגיל 6 הבת אצל האם והבן אצל האב. הנימוק ההלכתי לכך הוא שהאב צריך ללמד את בנו תורה.

בפועל בתי הדין לענייני משפחה בישראל מחילים רק החלק הראשון של ההלכה בדבר העברת ילדים מתחת לגיל 6 למשמורת אוטומטית אצל האם, למעשה לטענת מבקרי חזקת הגיל הרך, יוצרת החזקה מציאות לפיה בפועל הילדים ללא כל קשר לגילם בסופו של דבר תמיד יישארו בחזקת אימם. גם לאחר גיל 6, אם מכיוון שאחיהם הקטנים ימסרו לחזקת האם ובית הדין לא ירצה להפריד בין אחים ואם מכיוון שלאחר שהילדים יעברו את גיל 6 בית הדין לא ירצה להעבירם לחזקת אביהם בטענה שהם כבר הסתגלו לסביבה בה גדלו וגם מכיוון שבבתי הדין השופטים החלו להבין כי האם הנו טובת הילד

ללא קשר לגיל.

חסרונות חזקת הגיל הרך:

פגיעה בעקרון השוויון – כאשר יש שני הורים בעלי מסוגלות טובה, אין סיבה לפגוע מראש באב. החזקה נוטה מראש לטובת האם, ופוגעת באב. החזקה אומנם מתייחסת לילדים עד גיל 6, אך בפועל במקרים רבים – לאחר שהילדים היו במשמורת האם עד גיל 6 – נוצר טעם טוב לא לשנות את הסדרי המשמורת גם בגילאים מאוחרים יותר.

עקב החזקה נוצרת פגיעה באב ואפליה.

יש מקרים שבהם האב יהיה משמורן טוב יותר מהאם, גם אם האב יהיה במעט יותר טוב לילד, אין מקום להנחה מוקדמת לטובת האם.

מצויה הוראה המורה לבית-המשפט להגיע לתוצאה שלפיה בסכסוכי משמורת ילדים על עד גיל 6 יהיו במשמורת של האם. ההוראה אינה מנוסחת כחזקה, אך היא פורשה בפסיקה כחזקת הגיל הרך.

במרץ 2005 קמה ועדת שניט שדנה בעניין חזקת הגיל הרך וקראה לביטול עיקרון חזקת הגיל הרך.

לפי דו"ח שפורסם באפריל 2008 אשר קבע כי יש לקיים אחריות הורית משותפת ובכך ליצור "הסדר נורמטיבי חדש של יחסי הורים וילדיהם" ושוויון משפטי בתחום. בנוסף להמלצה לבטל חזקת הגיל הרך המליצה הוועדה לקבוע בחוק אחריות הורית למימוש זכותו של ילד לקשריו עם אחיו ואחיותיו וכן עם הסבים והסבתות. חברי הוועדה קבעו כי "חזקת הגיל הרך" מנוגדת לממצאים הפסיכולוגיים שמוכיחים כי לצורך התפתחותו התקינה של ילד יש חשיבות מרבית לקשריו עם שני הוריו.

"הואיל ונקודת המשען של החוק המוצע היא עקרון 'טובת הילד' כשיקול ראשון במעלה, נכון לבטל את חזקת 'הגיל הרך'. חזקת 'הגיל הרך' מנוגדת לממצאים הפסיכולוגיים, שמוכיחים כי לצורך התפתחות התקינה של הילד יש חשיבות מרבית לכך שיהיו לילד קשרים יציבים עם שני הוריו. למעט מקרים קיצוניים של סכסוך חריף בין ההורים, המחקרים מוכיחים כי ילד שקשריו עם שני הוריו לאחר הגירושין תקינים מתפתח באופן דומה לילד שהוריו לא נפרדו, לעומת ילדים שהיו בקשר עם הורה אחד בלבד. על כן לדעת הוועדה על החוק לעודד הידברות בין ההורים, באמצעות גישור או ייעוץ משפחתי,

שתאפשר את מימוש זכותו הבסיסית של הילד לקשר מיטבי עם שני הוריו ואת

התפתחותו התקינה".

לקראת פרסום מסקנות הועדה פרצה מחלוקת בין חבריה גרמה לפרישה של אחת מחברי

הועדה.

בינואר 2012 החליט השר למשפטים יעקב נאמן לאמץ את החלטות הועדה ומשרדו

גיבש הצעת חוק ברוח המלצותיה של הועדה.

פרק רביעי - עקרון טובת הילד במשפט הישראלי

פוסקי ההלכה: "כללא דמילתא, הכל תלוי בראות בית דין באיזה מקום יש תקנה לוולד יותר".⁽¹⁾

מן הבחינה ההיסטורית, הנחותיה של ההלכה ביטאו תחילה את הכללים היחידים השוררים בה לגבי החזקת הילדים ורק מאוחר יותר התרומם מעליהם עקרון טובת הילד כעקרון על.. אבל הקובע הנו גיבושה המאוחר של ההלכה.

עקרון טובת הילד וזכויותיו עומד מול כל השיקולים והחזקות. העקרון מציין כי הורים זכאים לתבוע החזקת ילדם לא מכוח עצמם אלא מכוח הילד, שזכותו כי יוחזק אצל ההורה המתאים ביותר שיבטיח את טובתו של הילד. זאת אומרת כי זכות ההורים משועבדת לזכות הילדים לגדול ולהתפתח בתנאים הכרחיים לבריאות הגופנית, הנפשית והרוחנית (מחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות תשכ"ב).

בטובת הילד נבדקים היכולות של כל אחד מההורים להיות קשוב לצרכים הנפשיים, הרגשיים של הילד, לספק את צרכיו הבסיסיים, לעודד אותו לקיים קשר עם ההורה השני, לאפשר לילד לקיים המשכיות בחייו, לדאוג לטיפולו הפסיכולוגי (במידת הצורך) ולהיות מסוגל להפריד בין מאבק עם בן הזוג לבין התפקיד ההורי.

עוד גורמים המשפיעים על טובת הילד הנו רצון הילד וגילו, כמו בכל נושא אחר הקשור בקבלת החלטות עבור הילד יש לתת משקל לרצונותיו של הילד.⁽²⁾ הדבר מתחייב מאמנת האומות המאוחדות לזכויות הילד (1989) אשר ישראל חתומה עליה.

1 רמ"א, אה"ע סי' פ"ב סעיף ז': "ודווקא שנראה לבית דין שטוב לבת להיות עם אמה אבל אם נראה להם שטוב לה יותר לישוב עם בית אביה אין האם יכולה לכוף שתהיה עמה".

2 גוטליב דניאל - נושאים דתיים בקביעת משמורת ילדים וסדרי ראייה. רפואה ומשפט, 16 (אפריל 1997) עמודים 82-92.

ההתייחסות לרצונות של הילדים בהקשר למאבקי המשמורת הוא נושא סבוך שנידון בכמה מקומות.

ככל שהילד גדול יותר, יש לתת משקל לרצונותיו, אבל אין זאת אומר שהוא יודע מה טובתו כיוון שיש אפשרות שהילד מוסת או מביע עמדה מסוימת מתוך הערכת השפעה של עמדתו על הוריו, לא מתוך דאגה עניינית לצרכיו. גילו של הילד הנו משתנה חשוב בקביעת ההשפעה עליו עם זאת יש להתייחס לבגרותו הנפשית של הילד, לפעמים ילד בן 8 בגרותו הנפשית הרבה יותר גבוהה משל ילד בן 10, לכן גם לגילו וגם לבגרותו הנפשית יש ששים דגש.

בשיקול שופט את טובת הילד עליו לנתק עצמו מכל שיקול אידיאולוגי, כי אין בית המשפט יכול להחליט עבור הילד איזו השקפה הוא יאמץ לעצמו כשיתגבר, שאלה זו אינה מצטמצמת דווקא בזיקה שבין הגורם הדתי לבין טובת הילד אותה שאלה ממש מתעוררת לגבי האפשרות לשיקול אידיאולוגיים אחרים. (כגון השיקול ה'לאומי', לפיו טובתו של ילד יהודי מחייבת שיגדל בארץ ישראל דווקא. שיקול זה הובא לבית המשפט והוא נאלץ לפסוק בסכסוך לגבי החזקת ילד בין הורה הנמצא בארץ לבין הורה שנמצא בחוץ לארץ), ברוב המקרים מאבקי המשמורת הנושא של הדת אינו מהווה גורם המחייב התייחסות נוספת כיוון שרוב האנשים בוחרים לעצמם בני זוג לנישואין שהם בני אותה דת או אותה רמת דתיות ובמהלך חיי הנישואים כל אחד מבני הזוג מסגל לעצמו אורח חיים הדומה מבחינה עקרונית ומעשית לבן זוגו. ביסודו של דבר כללי ההלכה הם פרי השקפה חינוכית, אשר מפרידה בין מטרות החינוך הניתן לשני המינים לאחר הגיל הרך לבין מין ההורה אשר 'מוכשר' ביותר לחנך את הילדים ביני מינו. השקפה זו אינה צמודה דווקא לחינוך בעל תוכן דתי וייתכן להמליץ עליה גם מן ההיבט הפסיכולוגי הבוחן את התנאים החשובים להתפתחות אישיותו של הילד.

עצם החובה לפסוק על פי טובת הילד מצריכה פסיקה על פי שיקול דעתו של השופט
והיא דוחה הסדר נורמטיבי, כללים מוכנים מראש לסיטואציה נדונה.⁽¹⁾

עקרון טובת הילד דורש בחינת טובתו של הילד המסויים העומד לפני בית המשפט
וטובתו האישית של הילד עלולה לעמוד לעיתים בניגוד להנחה תיאורטית וכללים מוכנים
מראש בדבר טובתם של ילדים בדרך כלל ולפיכך, הנחתו של המשפט העיברי כי טובתם
של בנים מעל גיל שש היא שיהיו אצל אביהם והבנות מעל גיל שש אצל אימם, הייתה
הנחה נוקשה שלעולם אין לסטות ממנה ואחריה ולא כלום.

כל ילד מתבגר זקוק במידה רבה להורה שהוא בן מינו כדמות וכסמל להזדהות עמו
וכאמצעי לטיפוח אישיותו.

ניתן לטעון שהמפלט העיברי נוגד את חובתו של השופט להפעיל את שיקול דעתו
בקביעת טובת הילד לגבי כל מקרה לחוד על פי נסיבותיו.

⁽¹⁾ משפטים- כרך ה'- פנחס שיפמן " טובת הילד" בבית הדין הרבני (בג"צ 128/72 נאצר נ' בית
הדין הרבני הגדול לעירעורין, פד"י כ"ו (2) 403, עמודים 421-423.

פרק חמישי – מעבר הורה משמורן

מאבקי המשמורת בין הורים מתגרשים מתאפיינים לעיתים לא רק בשאלות הקשורות לטובת הילד אלא גם בשאלות הנוגעות לזכויות של הורים.

טובת הילד היא המכריעה, אבל אי אפשר להתעלם מזכויות ההורים, אם מבחינה משפטית ואם מבחינה חברתית פוליטית.

כאשר ההורה המשמורן מבקש להעתיק את מגוריו לחוץ לארץ או למקום מרוחק בארץ קשה לעשות הפרדה בין טובת הילד לבין טובת ההורה.

במציאות הנוכחית, לא ניתן להתעלם מההשפעות של חוקי יסוד כמו חוק כבוד האדם וחירותו והאמנת האומות המאוחדות בעניין זכויות ילדים 1989, שישראל חתומה עליה. על אף הנחת היסוד כי מותר להורה משמורן להעתיק את מגוריו לרשות אחרת, חייבים תמיד לשקול את הזכות הזאת מול זכות הילד לקשר רציף ובריא עם ההורה הלא-משמורן.

לא ניתן לעשות הבחנה חדה וחלקה בין טובת הילד לבין טובת ההורה, ההחלטה להביא ילדים לעולם נובעת ממילוי צרכים אישיים של ההורים, כך גם ההחלטות שההורים מקבלים במהלך גידול הילדים נובעות לא רק מחיפוש אחר טובת הילד אלא גם מתוך שיקולים של טובת ההורה. כאשר מדובר המצליחים להגיע להסכם ביניהם ללא מאבקים משפטיים אין בחרה (באמצעות בית המשפט) זכות להתערב בשיקולים הריבוניים האוטונומיים של ההורים כפי שהחוק מקנה להם.

רק כאשר ההורים אינם מסוגלים לקבל החלטות נבונות עבור ילדיהם או כאשר שני ההורים חולקים ביניהם על טובת הילד, אז מוסדות החברה צריכות להתערב ולקבוע מהי טובת הילד.

בית המשפט צריך לעשות את האיזון בין התנגשות זכויות ההורה המשמורן לבין אלה של הילדים.

סוגית העתקת מגורים לאחר הגירושין היא סוגיה מורכבת בשל ההיבטים הפסיכולוגיים, המשפטיים והחברתיים הרבים שנמצאים בה. כאשר ההכרעה בין רצונותיהם וצרכיהם של שני ההורים מגיעה עד לשערי בית המשפט, קשה להגיע לפתרון שלא יאכזב לפחות את אחד הצדדים, לכן רצוי להאיץ בזוגות הנקלעים לדילמות הקשות האלה לנסות להגיע לפתרון באמצעות גישור שיתמקד במתן מענה לצרכים של כל אחד- האב, האם והילד, לא רק בעמדות שלהם.¹⁾ היות ובמקרים רבים המטען הרגשי של הורים אינו מאפשר להם לקיים משא מתן ענייני אשר מרכזו הוא טובת הילד וצרכי הילד, המערכת המשפטית צריכה להיות ערוכה לתת פתרונות לילדים המוטלים בתווך בין הרצונות מנוגדים של ההורים. במקרים אלה קשה להסתמך על מבחן סטנדרטי הנהוג ומקובל בהכרעות משמורת "רגילה", הגדרת טובת הילד אינה מאשרת פתרון הולם לדילמות קשות אשר עולות במקרים מסוימים ואותם יש לבחון מהיבטים שונים. במקרה כזה יש לבחון את טובת הילד (גיל הילדים, מצבם הנפשי, קשר קודם עם שני ההורים היכולת של כל הורה לספק את הצרכים הנפשיים הבסיסיים של הילדים כמו צורך לקשר טוב ועקבי עם שני ההורים, תחושת ביטחון ושייכות..) ואף להרחיב את ההגדרה ולראותה בהקשר הרחב של כל המשפחה (איזה הורה יכול לענות על צרכיו של הילד).

ילדים אשר עברו טראומה התפרקות המסגרת המשפחתית הצרה, הדבר הכי טוב בשבילם ששני ההורים ימשיכו לחיות בקרבת מקום, תוך שיתוף פעולה בין ההורים שיאפשר לילדים להמשיך בחייהם היומיומיים, אך עם זאת אי אפשר להתעלם בשינויים שהתחוללו בשנים האחרונות הכוללים שינויים חברתיים וטכנולוגיים אשר שינו את אורחי חייהם של האנשים ומידת ניידותם- החברה הפכה ניידת יותר וישנה מודעות גדולה יותר לזכויות הפרט. אנשים מחליפים מקומות מגורים והמרחקים נהיים גדולים יותר ויותר.

¹ רפואה ומשפט- גיליון מספר 22 (אפריל 2000)- דניאל גוטליב- העתקת מגורים לאחר

הגירושין: הגדרת טובת הילד. עמודים 113-105.

כאשר אחד ההורים מבקש להעתיק את המקום מגוריו ואת מגורי הילדים אי אפשר לדבר על טובת הילד, צריך לדבר על המציאות האלטרנטיבה הכי פחות מזיקה. הבעיה בהעסקת המגורים תמיד קשה ומחייבת בדיקה של שאלות משפטיות פסיכולוגיות ערכיות וחברתיות. בסופו של דבר טובתו של הילד הספציפי היא זו שמכריעה ועל כן צריך לדון בכל מקרה לגופו מבלי שיהיו כללים משפטיים נוקשים המנחים את בית המשפט.

בסופו של דבר אי אפשר לשנות את המציאות ולכן המערכת המשפטית חייבת לפתח כלים כדי לתת מענה לצרכים ולזכויות של הילדים וההורים כאחד ויתמקדו בשאלה איך ניתן לשמור על קשר טוב בין הילדים לשני ההורים יהיה ניתן להגיע לפתרונות אשר יתנו מענה לצרכים של ההורים ושל הילדים כאחד.

פרק שישי – השוואה בין המשפט הישראלי למשפט העיברי

המשפט העיברי- טובת הילד במשפט העיברי נוקשה. מרוב המקורות ההלכתיים עולה כי מקום משמרו הטבעי והחוקי של הילד הוא אצל אביו, כיוון שלאב ישנה זכות משפטית הלכתית בלעדית על ילדיו הן אם הם בנים והן אם בנות.

המשפט הישראלי- עקרון טובת הילד וזכויותיו עומד מול כל השיקולים והחזקות. העקרון מציין כי הורים זכאים לתבוע החזקת ילדם לא מכוח עצמם אלא מכוח הילד, שזכותו כי יוחזק אצל ההורה המתאים ביותר שיבטיח את טובתו של הילד. זאת אומרת כי זכות ההורים משועבדת לזכות הילדים לגדול ולהתפתח בתנאים הכרחיים לבריאות הגופנית, הנפשית והרוחנית.

בטובת הילד נבדקים היכולות של כל אחד מההורים להיות קשוב לצרכים הנפשיים, הרגשיים של הילד, לספק את צרכיו הבסיסיים, לעודד אותו לקיים קשר עם ההורה השני, לאפשר לילד לקיים המשכיות בחייו, לדאוג לטיפולו הפסיכולוגי (במידת הצורך) ולהיות מסוגל להפריד בין מאבק עם בן הזוג לבין התפקיד ההורי. עוד גורמים המשפיעים על טובת הילד הנו רצון הילד וגילו, כמו בכל נושא אחר הקשור בקבלת החלטות עבור הילד יש לתת משקל לרצונותיו של הילד

המשפט העיברי- לפי הדין העברי עד גיל 6 על הבן והבת להיות אצל האם, ומגיל 6 הבת אצל האם והבן אצל האב. הנימוק ההלכתי לכך הוא שהאב צריך ללמד את בנו תורה.

המשפט הישראלי- בבתי הדין לענייני משפחה בישראל מחילים רק החלק הראשון של ההלכה בדבר העברת ילדים מתחת לגיל 6 למשמורת אוטומטית אצל האם בעת הפרידה.

המשפט העיברי- טובת הילד יכולה לשלול את משמורת הקטין מאביו ולקבוע אותם אצל אדם אחר, אצל אמו הטבעית של הקטין או אצל גורם זר אחר שאינו אביו ולא אמו הטבעיים של הקטין.

זה אומר ששיקול טובת הילד על פי המשפט העברי, הנו שיקול נגדי, לא למסור את הקטין לידי אביו אם האב אינו ראוי לכך על אף זכותו החוקית וההלכתית בבנו או ביתו.

המשפט הישראלי - מצויה בידי ההורים היכולת לגבש הסכם עצמאי ביחס לענייני המשמורת הפיזית. לרוב אם הערכאה השיפוטית מוצאת כי ההסכם תואם את טובת הקטינים שההסכם יאושר, וינתן לו תוקף של פסק דין.

בית הדין הדתי עשוי לתת עדיפות להורה הנותן חינוך דתי על פני ההורה האחר שאינו שומר תורה ומצוות.

לעומת זאת שופט בבית משפט אזרחי השיקול הדתי, אינו נכלל בהחלטתו לטובת הילד וניתן להתחשב בעניין הדת רק שהוא מתחייב מתוך שיקולים אחרים לטובת הילד. שיקולים כאלה יכולים להיות שיקולים פסיכולוגיים הדרושים (כמו לשמור על הרמוניה נפשית ורציפות חינוכית), תוך כך שעיקר המטרה למנוע קונפליקט בנפשו של הילד העלול להיווצר כתוצאה מהחינוך שניתן לו נוגד את הרגלי סביבתו, חינכו הקודם, דת הוריו או החינוך הניתן לו במקום אחר

סיכום

החלטה שיפוטית בעניין משמורת משפיעה באופן מהותי וכולל על טובתו של הקטין בהווה ועל תפקודו בעתיד. החלטה זו קובעת לשנים רבות מיהו ההורה המשמורן שאחראי לספק לקטין את צרכיו בכל התחומים (בריאותי, ריגשי, לימודי, חברתי וכו'..). הורה משמורן שאינו מסוגל לדאוג לצורכי הקטין באופן סדיר ותקין פוגע בהתפתחותו התקינה וביכולתו להשתלב בחברה (כילד, כבוגר, כהורה, במעגל הלימודים, בעבודה, בחברה והמשפחה).

הורה משמורן שלא מבין את חשיבות הקשר בין הקטין להורה הלא משמורן ואינו מסוגל לשתף פעולה עם ההורה הלא משמורן בעניין הקטין פוגע בטובת הילד ופוגע בקשר ובתקשורת בין הקטין להורה הלא משמורן, לעיתים עד כדי ניתוק הקשר ביניהם. מצב זה פוגע בהתפתחותו התקינה של הילד מבחינה ריגשית וביכולת שלו ליצור קשרים תקינים עם סביבתו.

כדי למנוע מצב כזה שהגירושין יגרמו לנזק לילד בית המשפט קובע משמורת שמבוססת על טובת הקטין, תוך הגדרת טובת הקטין, שיתוף הקטין ומתן משקל לרצונו (בהתאם לגילו ולרמת בגרותו)

ביבליוגרפיה

1. ולרסטין. ג. קלי. ג. (1984) אחרי הגירושין. הוצאת זמורה ביתן.
2. אילון. ע. (1983) איזון עדין – התמודדות במצבי לחץ במשפחה, ספרית הפועלים עמודים 142-195.
3. גוטמן. י. (1990) גירושין- השפעות על ילדים ותפקיד בית ספר בהסתגלותם עמודים 159-173.
4. סימילנסקי. מ. (1991) אתגר ההתבגרות, כרך ה' – צרכים, לחצים והתמודדות, עמוד 165-207, הוצאת רמות.
5. כתובות קב ע"ב-קג ע"א, רמב"ם, הלכות אישות, פרק כא, הלכה יז.
6. משפטים כרך ה- פנחס שיפמן- "טובת הילד" בבית הדין הרבני. עמודים 421-430.
7. ברק, א. (2001). ילדים להורים גרושים. מסמך רקע מוגש לוועדה לקידום מעמד הילד, מרכז מחקר ומידע - ישראל: הכנסת
8. ברקאי, מ. ומאסס, מ. (1998). משמעות המושגים "מסוגלות הורית" ו"טובת הילד". ירושלים, האונברסיטה העיברית.
9. גוטליב דניאל (1997). נושאים דתיים בקביעת משמורת ילדים וסדרי ראייה. רפואה ומשפט, 16 (אפריל 2000).
10. גוטליב, ד. (2005), חזקת הגיל הרך: מאבק פוליטי או בירור פסיכולוגי? רפואה ומשפט, 33, 152 – 154.
11. פרישטיק, מ. (2005). השיקולים המנחים את פקידת הסעד בבית המשפט למשפחה בנושא המשמורת על ילדים. בטחון סוציאלי, 69, 91 – 115.
12. פרישטיק, מ. ויגלניק, צ. (2007). השיקולים המנחים את בתי המשפט לענייני משפחה בקביעת משמורת על ילדים. חברה ורווחה, כ"ז (1), 9 – 36.

13. אלמגור, מ. (1999). הערכת מסוגלות הורית בהחלטת בית משפט לגבי משמורת

ילדים: מקומו של הפסיכולוג הקליני. פסיכולוגיה, ח (1), 34–49.

14. ברקאי, מ. ומאסס, מ. (1998). משמעות המושגים "מסוגלות הורית" ו"טובת הילד"

האוניברסיטה העברית ירושלים.

15. משרד המשפטים – ועדת המשנה בנושא הילד ומשפחתו, דו"ח ועדת המשנה,

תשס"ג:

<http://justice.gov.il/MOJHeb/HavaadLeZhuyot/Hayeled Vemishphto>

16. משרד המשפטים – ועדה לזכויות הילד:

<http://justice.gov.il/MOJHeb/HaVaadLeZhuyot/Default.htm>

17. משרד המשפטים – חזקת הגיל הרך והצורך בביטולה או שינוייה:

<http://justice.gov.il/MOJHeb/HaVaadLeZhuyot/Hayeled/Vemishphto>

18. הורות משותפת שווה – הוועדה לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית

בגירושין (ועדת שניט).

<http://www.mishmoret.org.il>