

נושא העבודה

חלוקת משמורת בין בני זוג

תאריך : טבת תשע"ז (ינואר 2017)

העבודה מוגשת בחסות העמותה של נוער שוחר משפט עברי

תוכן עניינים

3הקדמה אישית

4מבוא

פרק ראשון: עקרון טובת הילד

5-7משפט ישראלי

8-10משפט עברי

פרק שני: משמורת

11-14	משפט ישראלי.....
15-16	משפט עברי.....

פרק שלישי: התבטאות עקרון טובת הילד בחלוקת המשמורת

18	פסיקה במשפט הישראלי.....
19	פסיקה במשפט העברי.....
20	השוואה.....
21	סיכום.....
22	ביבליוגרפיה.....

הקדמה אישית

בחרתי בנושא זה לעבודתי עקב דיון ולמידה עליו בכיתה. הוא עורר בי תהיות רבות וסקרנות להעמיק בו ולדעת עוד, הרגשתי שאינני מעמיקה מספיק בנושא בהשוואה לסקרנותי הרבה אודותיו. בעבודה זו ארצה להביא תובנות והבנות נוספות בנוגע לנושא הנבחר- חלוקת משמורת בין בני זוג- בנוסף, ארצה להבין מה הם הגורמים המנחים את בית המשפט בשיקוליו כאשר פוסק איזה הורה יקבל את המשמורת על ילדיו, והאם מלכתחילה ישנה עדיפות לאמא או לאבא לקבל את המשמורת ואם כן מדוע.

יתרה מכך, ארצה להבין מהי עמדת המשפט העברי בנוגע למשמורת ילדים ומהם הגורמים המנחים את המשפט העברי בפסיקתו בנוגע למשמורת והאם הם שונים או דומים לגורמים המנחים את המשפט הישראלי.

מבוא

בחברה בה אנו חיים כיום נושא הגירושים הינו דבר שכיח ועקב כך נושא משמורת הילדים הינו נושא העולה בתדירות רבה על סדר היום הציבורי ומעסיק רבים מן ההורים הגרושים. נושא המשמורת הינו נושא וחשוב ואף קריטי מאוד בתהליך הגירושים. תהליך זה משפיע רבות על עתידם של הילדים.

כל זמן שהילדים הינם קטינים מוטלת על ההורים באופן שווה חובת האפוסטרופסות הכוללת את חינוכם, גידולם, דאגה למקום מגורים ולרווחתם הפיזית והנפשית.¹ נושא משמורת הילדים בא לידי ביטוי כאשר זוג נשוי בעל ילדים מחליט להתגרש והם אינם מצליחים להגיע להבנות ביניהם בנוגע למשמורת הקטינים. במקרה כזה יכול כל אחד מן הצדדים להגיש תביעה לבית הדין הרבני או לבית הדין לענייני משפחה בנוגע

¹ סעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופסות, תשכ"ב-1962.

למשמורת על ילדיו.

כאשר ניגש בית המשפט לדון בנושא משמורת ילדים, בוחן בית המשפט את עיקרון טובת הילד במשמורת- באיזה צורה יוכל הילד לקבל את הטוב ביותר עבורו. על מנת שבית המשפט יוכל יפסוק על פי טובת הילד הוא בודק כמה קריטריונים וביניהם:

עקרון זמינות ההורה- מהי מידת הזמינות אשר יכול להעניק כל אחד מן ההורים לילד במידה ויקבל את המשמורת. כדי לבדוק סוגיה זו יבדוק בית המשפט מי ההורה אשר יותר קרוב לילד, מספק לו חום ואהבה ומעורב יותר בחייו. בנוסף, יתחשב בית המשפט במידה רבה גם ברצונו של הילד. עם זאת יבדוק השופט האם רצונו של הילד הוא אכן מבחירתו החופשית או שישנם גורמים שליליים אשר מפעילים מניפולציות על רצונות החופשי.

עקרון

טובת הילד

עקרון טובת הילד במשפט הישראלי

טובת הילד היא עקרון חשוב במשפט הישראלי הנזכר בחוקים אחדים. טובתו של הקטין מוגדרת בחוק כחובתם של ההורים לנהוג לטובת הקטין כדרך שהורים מסורים היו נוהגים בנסיבות העניין. קביעה זו מהווה קנה מידה לחובתם של ההורים כלפי ילדיהם.²

עפ"י המשפט הישראלי, אין השווה להורים הביולוגים באפוטרופסות הטבעית על ילדיהם. כפי שנוסח בחוק

- "האם והאב כאחד הם האפוטרופסים הטבעיים על ילדיהם; מת אחד ההורים, הנשאר בחיים

הוא האפוטרופוס הטבעי."³

בנוסף, מתוך הכרתו של בית המשפט באפוטרופסים הטבעיים כהורים שאין שווה להם מאפשר החוק

² סעיף 17 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962.
³ סעיף 3(א) לחוק שיווי זכויות האישה, תשי"א-1951.

להורים אלו הבוחרים לחיות בנפרד לקבוע בעצמם הסכם על פיו יוחלט כיצד תתחלק בין ההורים האפוטרופסות בנוגע לקטין, מי מהם יהיה זה אשר יחזיק בקטין ומה יהיו זכויותיו של ההורה אשר לא יחזיק בקטין. הסכם כזה יובא לאישור לידי בית המשפט ויאושר רק כאשר ישוכנע בית המשפט שהסכם זה הינו לטובתו של הקטין. משאושר ההסכם חייבים ההורים החתומים בהסכם לקיימו, ודין ההסכם הינו כדין כל קביעה אחר של בית המשפט.⁴

מתוך עקרון זה ממשיך החוק וקובע שכאשר ההורים-אפוטרופוסים טבעיים, החיים בנפרד מגיעים להסכם משמורת ביניהם אשר פוגע בטובת הקטין, או כאשר פרטי ההסכם אשר נקבע ע"י בית המשפט או ע"י ההורים עצמם אינו מתקיים כדין יהיה רשאי בית המשפט לקבוע או לאכוף את פרטי ההסכם הקיים לפי ראות עיניו, וכפי שיראה לנכון לטובתו של הקטין, כאמור בחוק-

- "לא באו ההורים לידי הסכם כאמור בסעיף 24, או שבאו לידי הסכם אך ההסכם לא בוצע, רשאי בית- המשפט לקבוע את העניינים האמורים בסעיף 24 כפי שייראה לו לטובת הקטין."

יחד עם זאת, ממשיך החוק וקובע:

- "ובלבד שילדים עד גיל 6 יהיו אצל אמם אם אין סיבות מיוחדות להורות אחרת"⁵
- זוהי הוראה שלקוחה מתוך כללי ההלכה, כפי שנראה להלן בסעיף הבא בפרקנו.

עפ"י ניסוח החוק נאמר: "...אם אין סיבות מיוחדות להורות אחרת"

אם כך, מהן הסיבות בהן כן תתקיים הורות אחרת?

על פי האמור קודם לכן, חובתם של ההורים היא לנהוג על פי עקרון טובת הילד בכל החלטה, כשם שהורים מסורים היו נוהגים בנסבות העניין, מכאן, שהורות אחרת תתקיים במצב בו יוכח שההורים פעלו בחוסר תום לב או פגעו בקטין מבלי להביא בחשבון את טובתו. במקרה כזה, קיימת עילה לרשלנות מצידם. כמו כן, פגיעה פיזית או גופנית בילד או אי התחשבות בצרכיו ובטובתו באופן הגורם לו נזק עלולה גם כן ליצור עילה לתביעה כנגד ההורים ולדרישת קיומה של הורות אחרת שתגן ותפעל על פי טובתו של הקטין. בנוסף, רשאי בית המשפט לשלול את אפוטרופסותו של הורה על קטין במקרה בו הקטין הינו

⁴ סעיף 24 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962.

⁵ סעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962.

נוקק⁶, כלומר, האפוטרופוס אינו מסוגל למלא את צרכיו של הקטין על פי חוק שהם כאמור:

"לדאוג לצרכי הקטין, לרבות חינוכו, לימודיו, הכשרתו לעבודה ולמשלח-יד ועבודתו, וכך שמירת נכסיו, ניהולם ופיתוחם..."⁷.

בנוסף, על מנת לשמור בצורה הטובה ביותר על טובת הילד נוטה בית המשפט בד"כ שלא להפריד בין אחים מתוך הכרה באחוות אחים, בה יכולים להיעזר האחים אחד בשני ברגעי משבר, ובחשיבות הגדולה שיש לקשרים בין האחים לצורך התפתחות תקינה ובריאה של הילדים מבחינה רגשית.⁸ יתרה מכך, בית המשפט מכיר בחשיבותו הרבה של הקשר של הילד עם ההורה שלא קיבל את המשמורת ועם משפחתו, ולכן מנסה לשמור על קרבה בין ההורים הגרושים מבחינת מקום מגורים על מנת לספק לילד נגישות של שני הוריו. אך בכל זאת פוסק בית המשפט כל מקרה לגופו ולכן, כאשר משוכנע בית המשפט שאין זה טובת הילד לגור בסימוכין להורה שאינו במשמורת או שאין זה בטובתו להישאר יחד עם אחיו, יפסוק בית המשפט גם על הפרדת אחים אפילו שפסיקה זו אינה נפוצה.

עקרון טובת הילד במשפט העברי

עקרון טובת הילד נזכר הרבה במשפט העברי. כללי החזקת הילדים במשפט העברי הם תוצאה של השקפת העולם של חכמי המשפט העברי באשר לטובת הילד. לדוגמה, ילד יונק יהיה בחזקתה של אימו מתוך ההנחה שהוא זקוק לטיפולה המסור של אמו ואין להפרידו ממנה כשהיא מניקה. אולם כלל משפטי זה אינו מוחלט, כיוון שאם יוכח שטובת הילד דורשת את החזקתו בידי האב, אם לדוגמה האם חולה במחלה גופנית או נפשית ואינה יכולה לטפל בו כראוי ולספק לו את צרכיו הגופניים והנפשיים, תינתן הזכות להחזיק בילד לאב.⁹

בנוסף, התלמוד הבבלי אומר-

"הייתה מניקה פוחתין לה ממצעשה ידיה ומוסיפין לה על מזונותיה"¹⁰.

⁶ סעיף 26 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות, תשכ"ב-1962.

⁷ סעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות, תשכ"ב-1962.

⁸ מחוזי – ת"א, 98/1010 פלזניט נ' פלוני.

⁹ רמב"ם, משנה תורה, הלכות אישות, כ"א, ט"ז.

¹⁰ תלמוד בבלי, כתובות, סה ע"ב.

עפ"י הלכה זו, בתקופה שהאישה מניקה יש להקטין את היקף "מעשה ידיה" של האישה שהיא חייבת לתת לבעלה ולהגדיל את היקף המזונות שבעלה חייב לתת לה. ומדגיש הר"ן - כדי שתוכל להניק את בנה כראוי. התוספת למזונות האם היא עבור ילדיה, משום שהדאגה לתזונתם של הילדים מוטלת עליה, ונימוקו:

"שכיון שהם נגררים אחריה, אי אפשר לה להעמיד עצמה שלא תזון אותו".¹¹

גם לאחר ההנקה על פי משפט העברי על הבת להישאר אצל אמה שנאמר – "והבת אצל אמה לעולם"¹², מכאן לומד הרב משה מטראני¹³ כי על הבת להיות אצל האם משום טובתה ולא משום זכויותיה של האם, שגם אם תרצה האם לתת את בנותיה לאב הוא יהיה חייב להחזירן.¹⁴

הרעיון שכיוונו חכמים לזכות הילד ולא לזכות ההורה נאמר אף בשו"ת:

"למדנו מכאן שתגדל הבת אצל אמה, שתלמוד לה אומנות נשים וצניעות ודרך נשים... כי מה שאמר: הבת אצל

אמה, לא בשביל קירוב ואהבת האם לבת יותר מן האב נגעו בה, אלא לתיקון הבת, תלמוד דרך ארץ עם אמה."¹⁵

מן האמור במקורות הללו, הסיק בית הדין הרבני- שכל דין מקום החזקת הילדים איננה שאלה של זכות האם או זכות האב, אלא טובת הילד היא שקובעת.¹⁶

עיקרון טובת הילד נפסק על-ידי הרמ"א¹⁷. על קביעתו של ה-שולחן ערוך' לפיה הבת נשארת במשמורת אמה גם לאחר גיל 6 מוסיף לכך הרמ"א (בשם המהר"ם), וכך גם שאר גדולי הפוסקים מורים- "ודוקא שנראה לבית דין שטוב לבת להיות עם אמה, אבל אם נראה להם שטוב לה יותר לישיב עם בית אביה, אין האם יכולה לכופף שתהיה עמה".¹⁸

כלומר, יש לבחון כל מקרה לגופו על פי טובת הילד. ואם יראה לבית הדין שטוב יותר לבת לחיות ולגור עם אביה יש לפסוק למשמורתו של האב ואין האם יכולה לאכוף שתהיה ביתה עמה.

¹¹ פירוש הר"ן לכתובות סה ע"ב (כח ע"ב בדפי הרי"ף), ד"ה בעירוב אמו.

¹² שולחן ערוך, אבן העזר, פב ז.

¹³ משה בר יוסף מטראני (המבי"ט), היה ראש ישיבה ופוסק הלכה, מחכמי צפת במאה ה-16, כתב את הספר שו"ת המבי"ט.

¹⁴ שו"ת המבי"ט, חלק ב, סימן סב.

¹⁵ בשו"ת המבי"ט, ח"ב, סימן סב.

¹⁶ פד"ר ג, עמ' 353 ו-358.

¹⁷ רבי משה בן ישראל איסרליש (הרמ"א), פוסק, ראש ישיבה, פילוסוף. גדול פוסקי אשכנז במאה ה-16.

¹⁸ אה"ע פב, ז.

כללי החזקת ילדים שנאמרו בהלכה תקפים רק כאשר בחינה של טובת הילד מלמדת ששני ההורים יכולים לפעול לטובת הילד במידה שווה. רק בנסיבות אלו, כללי החזקת הילדים במשפט העברי מטים את כפות המאזניים לכאן או לכאן.¹⁹

על מקרה של צורך בהפרדת אחים אמרו הדיינים בבית הדין הרבני- הרב ישראל שחור, הרב מימון נהרי והרב יצחק מרוה-
 "אמנם ידוע כי מקובל אצל בעלי המקצוע שטובת הילדים תמיד להיות יחד, אך לדעתנו זאת אינה 'תורה מסיני'.
 אדרבה – ההלכה קובעת כי הבת אצל האם והבן לאחר גיל שש אצל אביו"

ואכן באותו המקרה שהובא לפניהם הפרידו הדיינים בין שני האחים כאשר קבעו כי -
 לגבי הבת- "קיימת חזקת הגיל הרך. יתרה מכך, על פי ההלכה "בת – לעולם אצל האם" – זה המקום הטבעי שבו תגדל, וזאת טובתה."

לגבי הבן קבעו – "טובתו של הבן [ש'] להישאר ב[ג'] לשנת הלימודים הנוכחית עם חבריו, וללמוד בבית הספר שאליו נרשם".²⁰

פסק דין זה מבטא באופן ברור ביותר את עקרון טובת הילד כעקרון המרכזי העומד בפני הדיינים. בנוסף, מבטא גם את הדמיון הרב בין המשפט הישראלי למשפט העברי בנוגע לעקרון טובת הילד, עליו יוסבר בהמשך.

¹⁹ בשו"ת ציץ אליעזר, חלק יז, סימן נ.
²⁰ (ת"א) 1022695/3 פלונית נ' פלוני.

משמורת

משמורת במשפט הישראלי

ככלל, נושא משמורת הילדים בישראל מתייחס להיבט של החובה החלה על ההורים לדאוג לכל הצרכים של ילדיהם המשותפים הקטינים, תוך דאגה לשלומם ולבריאותם הפיזית והנפשית.²¹ הערכאות היחידות המוסמכות לדון בנושא משמורת ילדים קטינים בישראל הינם בית המשפט לענייני משפחה²² ובית הדין הרבני (בהסכמת הצדדים בלבד).²³

המונח משמורת במשפט הישראלי מתחלק לשניים:

- משמורת פיזית- כלומר, החזקת הילדים הקטינים לאחר פרידה ו/או גירושין, מתייחסת למקום הפיזי בו יתגורר, ילון ויחיה הילד.
- משמורת משפטית- כלומר, הוריו הביולוגיים של הקטין הם האפוטרופוסים הטבעיים שלו מבחינה משפטית, והם אחראים לעניין צרכיו של הקטין וכן גם לקבלת כל ההחלטות המהותיות באשר

²¹ סעיפים 15 ו- 17 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962.

²² סעיף 78 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב- 1962 וגם סעיף 1(6)ג לחוק בית המשפט לענייני משפחה, תשנ"ה- 1995.

²³ סעיפים 9 ו-3 לחוק שיפוט בתי דין רבניים, תשי"ג- 1953.

לעניין גידולו, חינוכו ועתידו של ילדם המשותף.

קיימות שלוש אפשרויות לגבי משמורת ילדים:²⁴

- משמורת מלאה- האם/האב הינו ההורה המשמורן, הילדים נמצאים בחזקתו ומתגוררים איתו כדרך קבע, כאשר ההורה הלא משמורן מקבל את הילדים אליו לביקורים לפי ימים ושעות שנקבעו והוסכמו מראש בהסכם המשמורת בין ההורים.
- משמורת משותפת- המשמורת מתחלקת באופן שווה בין שני ההורים.
- משמורת מפוצלת- מצב של הפרדת המשמורת בין הילדים להורה אחד. כלומר, ילד אחת במשמורת האם ואילו השני במשמורת האב.

קיימים גם הסכמי משמורת המושגים מחוץ לבית המשפט. לעיתים מגיעים הורים גרושים להסכמי משמורת בינם לבין עצמם מבלי להביא את ההסכמים לפסיקתו של בית המשפט. בד"כ בית המשפט נוהג לכבד הסכמים אלו, אך אם יסבור בית המשפט כי יש בהסכמים אלו פגיעה בעקרון טובת הילד רשאי בית המשפט לפסול הסכם זה מבחינה משפטית ולקבוע הסדרים אחרים על פי ראות עיניו של בית המשפט.²⁵

המושג 'משמורת', למרבה הפלא, אינו מוזכר כלל בחוק המרכזי המסדיר את יחסי ההורים וילדיהם- חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, במקום מושג זה, משתמש החוק במושג- "החזקת הילד" כמושג בעל משמעות זהה למושג משמורת,²⁶ אך גם המושג של החזקת הילד אינו מוגדר באופן ברור בחקיקה או בפסיקה, ולפיכך, משמעות המושגים, משמורת והחזקת הילד, נותרה עמומה ונתונה לפרשנות. אמנם, המושג 'משמורת' אכן מוזכר במשפט הישראלי בכמה חוקים בהקשר של דיני משפחה ובהם, חוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים)²⁷ וחוק הסכמים לנשיאת עוברים.²⁸

המקור למושג המשמורת וההחזקה בא מן המשפט הפלילי והמשפט הקנייני, כאשר בהקשר הפלילי

²⁴ סעיף 24 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962.

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

²⁶ סעיפים 15, 24 ו-38 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962.

²⁷ חוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים), התשנ"א-1991.

²⁸ סעיף 10 לחוק הסכמים לנשיאת עוברים, התשנ"ו-1996.

משמורת הינה הגבלת תנועתו של אדם²⁹, ובהקשר הקנייני משמורת היא למעשה החזקה של נכס.³⁰ משני מישורים אלו ניתן לפרש את הגדרת המושגים 'משמורת' ו-'החזקה' כזכות קניינית אשר מעניקה לבעליה זכות מסוימת בנכס. דברים אלו נכונים גם באנגלית שבה המילה "**custody**" מבטאת מעצר או תפיסה של עציר ולפעמים גם של חפצים.

פירוש מושג המשמורת הבא דווקא בדיני משפחה יכול להיתפס כהתייחסות של הילד כאל רכוש, אשר יש לקבוע מי מן ההורים זכאי לקבלו, ואכן רבים הביעו את דעתם על גישה זו וביניהם גם עו"ד יואב מזא"ה הטוען במאמרו -

"... במושגים של משמורת והחזקה, שהם יצירים של שיח פלילי קנייני, שיח המתייחס אל מושא המשמורת – הילד... כאל אובייקט שהדין בו סובב סביב בעלות עליו או סביב הגבלת חירותו. המשגה זו מעודדת... תחרותיות ועימות.... ואילו רווחתו של הילד נדחקת לשוליים."

בנוסף, מציע עו"ד מזא"ה פיתרון לעניין באומרו כי ילד אינו צריך להימצא אצל הורה אחד וכי יש להימנע משימוש במונחים כמו "משמורת" ו-"החזקה" לגבי ילדים.³¹

כיום, אמנם מבחינה משפטית משתמשים במושגים אלו אך טובת הילד הינה עקרון העל המנחה את הדיינים והגישה הרואה בילד רכוש של הוריו התחלפה בגישה הרואה בילד אדם עצמאי אשר יש לשקול את טובתו כשיקול עליון.³²

²⁹ תקנות בתי הסוהר, התשל"ח-1978.

³⁰ תקנה 388 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984.

³¹ יואב מאז"ה, "משמורת ילדים"-מושג מהותי או כותרת חלולה, תשע"ג-2012.

³² סעיף 3 לאמנה בדבר זכויות הילד, 1990.

משמורת במשפט העברי

בפרשת שמות מסופר על המיילדות העבריות, שפרה ופועה, שהמרו את גזר דינו של מלך מצרים, וסרבו להמית את ילדי העבריים כפי שציווה פרעה: "ותחייץ את הילדים"³³.

הגמרא אף משבחת המיילדות: "לא דייץ שלא המיתו אותן, אלא שהיו מספיקות להם מים ומזון"³⁴.

כלומר, לא די שלא הרגו את הילדים, אלא אפילו השתדלו להחיות, להציל ולהזין את התינוקות כשיצאו מבטן אמם, באופן שהצליחו להחיות את הילדים ועשו ההפך הגמור ממה שציווה אותם פרעה.

הגמרא אף דורשת את שמות המיילדות לשבח, ללמד על המעשים הטובים שעשו עם ילדי העבריים: שפרה, על שם שהייתה "משפרת את ההולד", ופועה על שם שהייתה "פועה ומוציאה את ההולד"³⁵. רש"י³⁶ מפרש שהייתה "משעשעת אותו, כדרך שמשחקים לתינוקות בדברים ערבים לשעשעו".

³³ שמות א, יח.

³⁴ סוטה, י"א, ב. ראה גם, מדרש שמות רבה, א', ט"ו.

עניין המיילדות המוזכר בפרשה, מוכיח את החיבור המיוחד המיוחס לנשים עם ילדים, ובפרט לאם עם ילדיה.

לפיכך, בנוגע למשמורת ילדים המשפט עברי נותן העדפה ברורה לטובת האם בכל הנוגע לילדים בגיל הרך – עד שהם בני 6. העדפה זו עולה בין היתר גם מתוך הלכת תחום שבת, בה נקבע כי ילד מתחת לגיל שש עדיין קשור לאמו, ולכן מקומו בשבת נקבע יחד עם אמו.³⁷ על אותה הדרך יש ללמוד מהלכות סוכה, בהן נקבע שבן "הצריך לאמו" אינו חייב בחינוך למצוות סוכה.³⁸ בגמרא נקבע שהגיל המתאים להתפתחות זו, הגיל בו לא יחשב עוד הילד כילד "הצריך לאמו", הוא כאשר הילד כבן חמש או שש, וכך נפסק ברמב"ם³⁹ וב'שולחן ערוך'.⁴⁰

בנוסף, בנוגע לבנות, נאמר בפירוש בגמרא שישנה העדפה למשמורת האם. הגמרא מבססת את הקביעה על-פי שאלת המזונות המועלית במשנה. לפי מסקנת הגמרא, הכלל שמעדיף את משמורת האם עבור בנות נאמר בכל גיל, ולא רק בבנות קטנות.⁴¹

בנוגע לבנים פוסקים מאוחרים יותר מניחים שהמשמורן העדיף הוא דווקא האב, ולא האם, מפני שחובת האב היא ללמד את בנו תורה ולחנכו למצוות. הרמב"ם פוסק בעניין זה-

"שלמו חדשיו וגמלתו: אם רצתה המגורשת שיהיה בנה אצלה, אין מפרישין אותו ממנה עד שיהיה בן שש שנים גמורות. אלא כופין את אביו ונותן לו מזונות, והוא אצל אמו. ואחר שש שנים יש לאב לומר: אם הוא אצלי – אתן לו מזונות, ואם הוא אצל אמו – לא אתן לו מזונות. והבת אצל אמה לעולם ואפילו לאחר שש".⁴²

כלומר, אם רצתה האם שבנה יהיה אצלה אין לקחת אותו ממנה עד גיל שש, ובמשך זמן זה חייב אביו לתת לאם מזונות בכדי לכלכל את בנה. לאחר שמלאו לבן 6 שנים ניתן להעבירו לאביו אם רוצה בכך, אך הבת נשארת לעולם עם אמה.

³⁵ סוטה, שמות רבה, א, י"ג.

³⁶ רבי שלמה בן רבי יצחק ירחי (רש"י), היה תלמיד חכם צרפתי נודע. נחשב לגדול מפרשי התנ"ך והתלמוד.

³⁷ משנה תורה, ספר זמנים, הלכות שבת, כ"ז.

³⁸ משנה, סוכה, כ"ח, א.

³⁹ רבי משה בן מימון (רמב"ם), היה מגדולי הפוסקים בכל הדורות, פילוסוף, איש אשכולות, מדען, רופא, חוקר ומנהיג.

⁴⁰ רמב"ם, עירובין ו', כ"א. ראה גם, שולחן ערוך, אורח חיים, תרמ א-ב.

⁴¹ גמרא, יבמות, קב, ב.

⁴² רמב"ם, משנה תורה, הלכות אישות כא, יז.

לעומת זאת חולק הראב"ד⁴³ וכמוהו גם הרא"ש⁴⁴ על הרמב"ם. לדעתם, האב חייב בחינוך בנו כבר מהגיל הרך, שהרי האב יכול לחנך וללמד את הבן תורה ומצוות, ואם יעבור הבן למשמורת האם הרי שלא יוכל לקיים את מצוותו. אולם, בסופו של דבר פסק הראב"ד שיכול האב לחנך וללמד את בנו בשעות שהוא שוהה עמו, ולשם כך אין צורך להוציא את הבן ממשמורת האם, ופסק לבסוף כדרכו של הרמב"ם⁴⁵. אולם, הרא"ש פוסק הלכה זו אפילו לבן מתחת לגיל 6.

⁴³ רבי אברהם בן דוד מפּוֹשְׁקֵי רַה (ראב"ד), פרשן תלמוד ומקובל.

⁴⁴ רבי אשר בן יחיאל (הרא"ש), מגדולי פרשני התלמוד והפוסקים ובעל השפעה מכרעת על עיצוב ההלכה היהודית.

⁴⁵ שולחן ערוך, אה"ע, פב, ז. ראה גם "מגיד משנה".

התבטאות עקרון

טובת הילד

במשמורת ילדים

פסיקה בעניין משמורת ילדים על פי עקרון טובת הילד במשפט הישראלי

על פי הנחיית הרבנות הראשית לישראל, בתי הדין הרבניים מחייבים בני זוג המתגרשים ואינם מסכימים ביניהם בעניין החזקת ילדיהם להמציא חוות דעת של מומחים, כגון עובדים סוציאליים או פסיכולוגים על טובת הילד. המומחים קובעים את עמדתם לפי הדעות הרווחות בזמננו בעקבות מחקרים בתחום מדעי ההתנהגות. החשיבות שהדיינים מייחסים לחוות הדעת של מומחים משתקפת היטב בפסיקתם.

דוגמה מובהקת לכך ניתן לראות בפסק דין שהובא בפני בית הדין הרבני האזורי בנתניה, באחד מהמקרים העוסק בעניין משמורת ילדים שהובא בפניו. במקרה זה, שני הצדדים החליטו להתיר את קשר הנישואין ביניהם והם מתנגדים בכל תוקף למשמורת משותפת. בסופו של דבר פסק בית הדין כי משמורת הקטינים תמשיך להישאר אצל האם למשך שנה אחת בלבד, וזאת בעקבות המלצת מכון "נעמן התמודדות" וחקירות המשטרה בגין 2 מקרי אלימות שייתכן וביצעה האם נגד בנה. בתום תוצאות החקירה יפסוק בית הדין מחדש בעניין משמורת הקטינים. וכך כותבים הדיינים-

בית הדין קורא לשני הצדדים: "אל תחטאו בילד". על ההורים לידע כי להם חובות כלפי הילדים ואין הילדים בחזקת נכס שיש להורים זכויות בו.

על כן עליהם להתגמש ולנהוג בתבונה ולא תמיד צריכים להיות צודקים, יש להיות חכמים כדי שילדיהם לא יינזקו על מנת להגיע למצב שבו בית הדין יוכל לתת בתיק זה משמורת משותפת שהוא טובת הילדים וממילא גם ההורים ירוויחו מזה.⁴⁶

מכאן, שטובת הילד אינה רק עקרון העל המנחה את הדיינים והשופטים על פי חוק בעניין פסיקת משמורת ילדים, אלא שגם בפועל בתי הדין אוכפים בנוקשות עקרון זה על מנת לספק לילדים אפשרות לעתיד הטוב ביותר ומתוך דאגה לבריאותם הנפשית והפיזית ואף לאושרם האישי של הילדים.

פסיקה בעניין משמורת ילדים על פי עקרון טובת הילד במשפט העברי

בשו"ת ר"י מיגאש⁴⁷ דן המחבר בעניינו של אב, שהיה רגיל לצאת מן הארץ הרבה לתקופות ממושכות. אב זה, ביקש להוציא את בתו מחזקת אמה ולהעבירה אליו. בתשובתו לסוגיה זו, נשען הר"י מיגאש על תקדימים מכמה גאונים כדי להורות שעל הבת להישאר במשמורת אמה-

⁴⁶ (נתניה) 3/282374 פלוני נ' פלונית.

⁴⁷ רבי יוסף מאיר הלוי אבן מיגאש (ר"י מיגאש), גדול תלמידי החכמים בספרד בדורו, ראש ישיבה ופוסק הלכה ספרדי נודע.

“כשיתאמת אצלנו תועלת הבת בזה. להיות שהאם על כל פנים יותר משמרתה מהאב. היא מלמדת אותה ומדריכתה במה שיצטרכו הבנות להתלמד ולהרגיל בו, כמו הטויה והפקוח בצרכי הבית, וכל כיוצא בזה, וללמד אותה דרך הנשים ומנהגם. וכל זה אינו ממלאכת האב ולא מטבעו. והראוי שלא יניחו ראובן זה להוציא הבת מאמה, אבל תשאר אצלה כאשר היתה בתחלה”⁴⁸.

כלומר, המחבר דבק בדברי הפוסקים הגדולים מהדורות הקודמים ופוסק שמשמורת האם עדיפה על משמורת האב כיוון שהאם יכולה להדריך אותה וללמדה את דרך הנשים, מה שהאב מטבעו אינו יכול ללמדה. טעם זה נכתב בתשובה כטעם עיקרי, ומתוך כך, מורה טעם זה שהכללים שנוסחו בחז"ל ובפוסקים בענייני משמורת ילדים נובעים מתוך חתירה לטובתו של הילד, ומכיוון שטובתה של בת להיות אצל אמה, המשמורנית הטבעית על בת הינה האם.

מכאן, שגם על פי המשפט העברי בכל הנוגע למשמורת ילדים, טובת הילד הינה העיקרון המנחה את בית הדין בהחלטותיו. על כן, גם אם ההלכה מורה אחרת בנוגע לעניין מסוים, יש לבחון כל מקרה לגופו, כמו במקרה שהובא לעיל, ובמידה וטובת הילד מורה על צורך בפסיקה שונה מזו הקובעת ההלכה בדרך ככל, טובת הילד היא המכרעת ויש לפסוק על פיה.

השוואה

לפי כל המובא עד כה, ניתן לראות דמיון רב בין יחסו של המשפט העברי ויחסו של המשפט הישראלי בסוגיית משמורת הילדים.

⁴⁸ שו"ת ר"י מיגאש, סימן עא.

בשני סוגי המשפט עקרון טובת הילד הינו עיקרון חשוב מאוד ועליון בשיקולי בית המשפט בנוגע לחלוקת המשמורת בית ההורים.

במשפט הישראלי אף על פי שהמושג משמורת אינה מוזכרת בחוק בעניין החזקת קטינים, ניתן לראות השוואה וזיקה מאוד גדולה אל המשפט העברי. הן המשפט העברי והן המשפט הישראלי נותנים עדיפות מאוד ברורה לאם כל עוד הילד עדיין בחזקת הגיל הרך (עד גיל 6). אולם, במשפט הישראלי העדפת האם במשמורת אינה קשורה לעניין מין הילד, בעוד שבמשפט העברי העדפת האם למשמורת היא רק בעניין בנות. בעניין המשמורת על הבנים המשפט העברי נותן עדיפות דווקא לאב לגידול בנו, למרות שקיימת מחלוקת בין הפוסקים מאיזה גיל יכול האב לקבל משמורת על בנו.

כמו כן, גם על פי המשפט העברי וגם על פי המשפט הישראלי חייב ההורה שאינו במשמורת לתת מזונות להורה השני אשר נמצא במשמורת והילד נתון בחזקתו ואין זה משום זכות ההורה שבמשמורת אלא משום טובת הילד בלבד!.

הדין במשפט הישראלי בנוגע למשמורת ילדים נובע מתוך הדין במשפט העברי ועל כן אין הבדל מהותי בין השניים.

מכל מקום, על פי שני המשפטים על בתי הדין לפסוק כל מקרה לגופו ולאור-

"מה שנראה בעיניהם שזהו טובתם של הילדים, ללא כל שיקול אחר... לשקוד על תקנת הילדים וטובתם בלבד, וזהו שעומד תמיד לנגד עיני בתי הדין בישראל."⁴⁹

סיכום

משפט ישראלי-

⁴⁹ פד"ר יא, עמ' 366, ו-369.

כל זמן שהילדים הינם קטינים מוטלת על ההורים חובת האפטרופסות באופן שווה הכוללת דאגה לגידול הילד, מקום מגוריו, לינתו, חינוכו ודאגה לבריאותו הפיזית והנפשית. חובה זו כוללת גם קבלת החלטות משותפות בנוגע לעתידו של הילד תוך דאגה לטובתו כשם שהורים מסורים היו נוהגים בנסיבות העניין. כאשר זוג מתגרש מתחלקת ביניהם חובת האפטרופסות באופן שווה הבאה לידי ביטוי בהסכם המשמורת כאשר ההורה שהילד אינו במשמורתו יחויב במזונות להורה השני. עד שהקטין מגיע לגיל 6 (חזקת הגיל הרך) נותן המשפט הישראלי עדיפות לאם בכל הנוגע לגידולו. חוקי המשפט הישראלי בנושא משמורת ילדים מציבים את טובת הילד כערך עליון לפיו יש לקבוע את חלוקת המשמורת בין הורי הקטין. במידה והורי הקטין אינם מצליחים להגיע לעמק השווה בנוגע לחלוקת המשמורת ביניהם או שהסכמי המשמורת ביניהם פוגעים בטובתו של הקטין רשאי בית המשפט לפסוק הסכם משמורת כראות עיניו תוך התחשבות בטובת הקטין, ברצונו, ובטענות שני הצדדים שיובאו לפניו בדיון. המושג משמורת במשפט הישראלי אינו כתוב ומוגדר בכל הנוגע לדיני משפחה, הגדרתו נתונה לפרשנות ומעלה חילוקי דעות בנוגע להשלכות משמעותו על הילדים ועל תהליך חלוקת המשמורת בין בני זוג.

משפט עברי-

פסיקת ההלכה בנושא חלוקת המשמורת בין בני זוג נובעת מתוך התחשבות בטובת הילד והצבתו כערך עליון. המשפט העברי נותן העדפה ברורה לחזקתה של האם בכל הנוגע לילדים בגיל הרך. על פי ההלכה טובתה של הבת היא להיות לעולם בחזקת אמה כיוון שיכולה ללמדה את דרכם של הנשים מה שמטבעו של האב אין ביכולתו לעשות. בנוגע לבנים ההלכה היא שטובתם עד גיל 6 היא להיות בחזקת אדם כיוון שהם נחשבים כילד ה"צריך לאמו" ולאחר גיל 6 לעבור לחזקת אביהם על מנת שילמדו ויחנכו לדרך תורה ומצוות. בעניין זה ישנה מחלוקת בין הפוסקים, יש הסוברים כי טובתו של הבן היא להיות עם אביו גם לפני גיל 6 וכך יוכלו להתחנך למצוות כבר מהגיל הרך. גם המשפט העברי בדומה לישראלי מחייב את האב במתן מזונות לאם אם הילדים בחזקתה ואף מקטין את מחויבותה כאשר היא מניקה ומגדיל את מזונותיו של הבעל בתקופה זו. שאלת חלוקת משמורת הילד היא אינה זכותו של האב או זכותה של האם, אלא טובת הילד היא שקובעת, ויש לבחון כל מקרה לגופו.

חקיקה-

חוק שוויון זכויות האישה תשי"א- 1951

חוק שיפוט בתי דין רבניים תשי"ג- 1953

חוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופסות תשכ"ב- 1962

תקנות בתי הסוהר תשל"ח- 1978

תקנות סדר הדין האזרחי תשמ"ד 1984

האמנה בדבר זכויות הילד 1990

חוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים) תשנ"א- 1991

חוק בית המשפט לענייני משפחה תשנ"ה- 1995

חוק הסכמים לנשיאת עוברים תשנ"ו 1996

פסיקה-

פד"ר- ג' עמ' 353 ו- 358, יא עמ' 366 ו- 369

מחוזי ת"א 98/1010 פלונית נ' פלוני

מחוזי נתניה 282374/3 פלוני נ' פלונית

מאמרים-

יואב מאז"ה, "משמורת ילדים"-מושג מהותי או כותרת חלולה?, תשע"ג- 2012

מקורות-

שמות פרק א פסוק יח

ספרות פסיקה-

גמרא, יבמות קב ב

דפי הרי"ף כח עב

משנה, סוכה, כח א

סוטה, שמות רבה יא ב, א יג

רמב"ם, משנה תורה- אישות, כ"א טז, יז, ספר זמנים, הלכות שבת כ"ז, עירובין ו כא

שולחן ערוך-אבן העזר פב ז, אורח חיים תרמ א-ב

תלמוד בבלי, כתובות סה עב

ספרות השו"ת-

שו"ת המב"ט- חלק ב סימן סב

שו"ת ציץ אליעזר חלק יז סימן נ

שו"ת ר"י מיגאש סימן עא