

24 בינואר, 2021
יא' שבט תשפ"א

נייר עמדה – חזקת הגיל הרך

1. בחודשים האחרונים אנו עדים לניסיונות לבטל את חזקת הגיל הרך ולייצר מציאות משפטית חדשה בדרך שעשויה לפגוע בזכויותיהן של נשים וילדים בגיל הרך – בין אם באמצעות חקיקה ובין אם באמצעות השפעה על גיבוש מדיניות ממשלתית. לפיכך, להלן נייר עמדה עדכני אודות חזקת הגיל הרך, הנשען על מחקרים ומידע עדכני מישראל ומחול, שגובש על ידי מרכז רקמן, נעמת ואמונה. אנו תקווה שנייר זה ישמש ארגונים נוספים ואת כל העוסקים בעניין, וכן שיועיל לקובעי מדיניות ודרג מקבלי ההחלטות בבואם להכריע בסוגיות אלה.

הגופים הכותבים

2. מרכז רקמן לקידום מעמד האישה ע"ש רות ועמנואל רקמן בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן הינו מרכז אקדמי-חברתי הפועל בתחום דיני המשפחה ומטרתו להביא לביעור האפליה נגד נשים ולחיזוק מעמדן בחברה הישראלית, באמצעות תרגום ידע ומחקר אקדמי לפעילות מעשית ויישומית. פעילותנו רבת השנים, עוסקת בתחומים המורכבים ביותר של קידום זכויות נשים בנישואין וגירושין וייצוגן בהליכים בבתי הדין הרבניים ובבתי המשפט למשפחה, מניעת אלימות במשפחה, סיוע לנשים עגונות ועוד. אנו פועלות בין באמצעות מתן ייצוג משפטי בחינם לנשים ומשפחות מעוטות יכולת כלכלית ובין באמצעות קידום חקיקה ומדיניות ציבורית בתחום דיני המשפחה.

3. תנועת נעמת הינה עמותה ללא מטרת רווח, הפועלת מזה עשרות שנים (למעשה לפני קום המדינה), לקידום מעמד האישה ושוויון מגדרי. במסגרת פעילותה, נעמת מפעילה, בין השאר, מעון לנשים נפגעות אלימות וילדיהן, מחלקה למניעת אלימות, במסגרתו ניתנים, בין השאר יעוץ וטיפול לנשים נפגעות אלימות ולגברים אלימים. לאחרונה אף הוקם מרכז ייחודי לאבות, שמטרתו לקדם הורות מיטבית בקרב גברים, וכן לסייע לגברים במצבי משבר כגון גירושין ופרידה, למעלה מ-20 לשכות משפטיות הפרושות בכל רחבי הארץ ונותנות יעוץ משפטי לאלפי נשים מדי שנה, בתחום דיני המשפחה ודיני עבודה, לרבות גישור דיני משפחה והסכמי גירושין. בנוסף נעמת פעילה בתחום הציבורי ובקידום מדיניות והיתה שותפה להליכים משפטיים רבים, כמו גם קידום הצעות חוק ומאבקים ציבוריים לקידום מעמדן של נשים ומשפחות בישראל.

4. אמונה, תנועת האישה הדתית-לאומית, אשר ציינה זה מקרוב 80 שנה לכינונה, הינה הארגון החברתי הגדול ביותר בציונות הדתית ונמנית על שלושת ארגוני-הנשים הגדולים בישראל. חברות אמונה פועלות בין השאר במטרה להעצים את מעמד האישה בחברה ולהרחיב את מעגלי השפעתה בתחומים שונים תוך קידום נושאים ציבוריים רבים. לצד שותפויות רבות, מאז ומתמיד שמרה "אמונה" על הייחודיות שלה כתנועת נשים דתית לאומית, ופעלה להעצמת זהות ייחודית- זהותה של האישה הציונית דתית. בין שלל פעילותה, מפעילה אמונה 15 מרכזים לטיפול במשפחה ומרכזי גישור ויעוץ משפטי בשיתוף האגודה הישראלית לגישור. המרכזים נותנים מענה ותמיכה מקצועית ליחידים, לזוגות ולמשפחות. כמו כן, בין מוסדותיה נמנים מכון "באר אמונה" המשמש מרכז מקצועי להכשרת מנחים ומטפלים לעבודה עם זוגות, הורים ומשפחות בשלבי חיים שונים וכן בתחום האלימות במשפחה מפעילה אמונה את מרכז החירום הראשון והיחיד מסוגו בארץ לנערות מתבגרות, הפעיל באופן רצוף כל ימות השנה, וכן מרכז חירום לילדים המובאים אליו באישון ליל בצו בית משפט.

5. עמדה זו נכתבת מתוך ניסיון השטח שהצטבר בידינו בסוגית חזקת הגיל הרך. בין השאר, נבקש לתאר את המציאות המשפטית שנוצרה בעקבות פרסום מסקנות הוועדה הציבורית לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין, בראשות פרופ' דן שניט (להלן "ועדת שניט"), אשר לטעמנו יצרה כאוס, חוסר אחידות בהחלטות בתי המשפט ביחס לחלוקת האחריות ההורית וזמני השהות, גרמה לעליה באחוז ההתדיינויות ובאופן כללי לא הטיבה את מצבם של ילדים, שהוריהם נמצאים בסכסוך. בנסיבות שנוצרו, מורגשת מאד העדרה של מדיניות מכוונת ומגובשת מצד משרדי הממשלה האמונים על נושא זה ובפרט ישנו צורך במדיניות ברורה, התואמת את המצב החוקי הקיים היום, על ידי משרד הרווחה.
6. נבקש לציין כבר בשלב זה כי עמדתנו הייתה ונותרה, כי אין לבטל את חזקת הגיל הרך ללא הסדרה חוקית חלופית ראויה. ביחסי להסדר חוקי עתידי בחזקת הגיל הרך, לטעמנו יש לגבש עמדה, הכוללת חזקה ישימה, המשקפת את המצב האמיתי בשטח, אשר תסייע לצימצום ככל הניתן של התדיינויות בנושא ותטיב עם ילדים החיים בצל הסכסוך בין הוריהם, תוך מתן התייחסות ייחודית למקרי אלימות במשפחה. הכל כפי שיפורט בנייר עמדה זה.

המצב החוקי השורר כיום והשפעתו על ילדים

7. כזכור, חזקת הגיל הרך הקבועה בסעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות תשכ"ב 1962 (להלן: "החוק"), נועדה לתת מענה למצב שבו ההורים לא הצליחו להגיע לכדי הסכמה בדבר הסדרי השהות וחלוקת הטיפול בילדים.
8. במצב דברים מיטבי, החוק (בסעיף 24), מעודד את ההורים להגיע להסכמה ומותיר **שיקול דעת רחב להורים לקבוע את ההסדרים המיטיבים ביותר עבור משפחתם וילדיהם**. לעומת זאת, במצב בו הסכסוך בין ההורים לא מאפשר הגעה להסכמות, קובע החוק חזקה משפטית שנועדה לבסס את ברירת המחדל לגבי ילדים רכים בשנים בלבד, היא חזקת הגיל הרך. וכך, החוק קובע מפורשות כי ילדים מתחת לגיל 6 יהיו במשמורת הפיזית של אמם במקרה של פירוד וכאשר אין הסכמה בין ההורים ביחס להסדר ההורות.¹
9. חרף ניסיונות חוזרים ונשנים לשנות הלכה למעשה, את המצב החוקי או להביא לביטולה בפועל של חזקת הגיל הרך, חשוב לזכור כי המחוקק **טרם** שינה את החוק. לפיכך על גורמי הטיפול והמקצוע להתנהל במסגרת החוק הקיים. קביעה זו צריכה להוות את נקודת המוצא להנחיות היוצאות למשל לעובדי משרד הרווחה והשירותים החברתיים, בהכשרות לשופטים או לגורמים נוספים. בשדה רווי המאבקים והמורכבויות של סכסוכי הגירושין, ישנה חשיבות רבה לכך שגורמי המקצוע יפעלו לאור הוראות המוסדרות בחוק ולא על פי הלך הרוח הציבורי המשוסע בכיוון זה או אחר.

חשש להתדרדרות התא המשפחתי והיציבות בחיי הילד

10. בבואנו לבחון את האפשרות של גיבוש מדיניות, שינוי חקיקה והצעת **ההסדר העתידי הראוי**, ישנם מספר שיקולים אשר יש להביא בחשבון בטרם יערך כל שינוי **בחוק**. ראשית, מהתפתחויות בסוגיה זו בשורה של מדינות בעולם, עולה שגם לאחר שינויים בכללי הכרעה בשאלת הסדרי השהות, עיקר הטיפול בילדים היה ונותר בידי אימהות² וכן שמצבן הכלכלי של האמהות, הורע בעקבות השינויים הנ"ל ואף קיים חשש כבד להידרדרותן ולהתדרדרות התא המשפחתי למצב של **עוני כתוצאה מהשינוי והפיצול במשק הבית**.³
11. בישראל ניראה שהמגמה דומה, בפרט מאז בע"מ 4919/15 - שעשה קישור ישיר בין המזונות להסדרי השהות - נוצר תמריץ כלכלי ברור לאבות לחלוקת זמני שהות שווה או קרובה לכך, לא בהכרח מטעמים של טובת

¹ לפי סעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

² ראו דפנה הקר ורות הלפרין-קדרי, "כללי ההכרעה בסכסוכי משמורת – על סכנות אשליית הדמיון ההורי במציאות ממוגדרת", *משפט וממשל*, ט"ו (1) (2013), 170-91;

³ ענת הרבסט ועמית קפלן, אוטונומיה שברירית: השלכות של גירושין של שכרן של אימהות בישראל בראי מדיניות הרווחה, ביטחון סוציאלי 103, עמ' 113-135. מחקרים בעולם מראים כי האימהות נשארות במקרים רבים, בפועל, ההורה המשמורן עקב אי קיום הסדרי ההורות הרחבים לאורך זמן אך עם פחות אמצעים בעקבות צמצום דמי המזונות. בנוסף לכך, אימהות חוות קושי בהענקת זכויות והטבות סוציאליות הנקבעות בהתאם להחזקת הילדים, חרף היותן המטפל העיקרי.

⁴ בע"מ 919/15 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו) 19.7.17.

הילד וראיה של צרכיו ורצונותיו, או מתוך רצון אמיתי לקחת חלק שווה בגידול הילדים. בפועל כיום חלוקת זמני שהות, כאמור בפרט מאז בע"מ 919/15 הנ"ל, מביאה עמה פסיקה או הסכמה על סכומי מזונות נמוכים מאוד אך לא בהכרח חלוקה אמיתית בנטל ההוצאות וכתוצאה מכך נוצר מצב שעיקר הנטל הן הפיזי והן הכלכלי נופל בעיקר על כתפי הורה אחד, שהוא המטפל העיקרי בפועל ובד"כ האם. יש לציין עוד שלמרבית הצער, כפועל יוצא, לעיתים, אחד ההורים מתעקש על "חלוקה השווה" בילדים, באופן דווקאני ועקרוני, כאמור לא מטעמים של טובת הילדים, ונעזר בגורמים שלישיים, גם כאשר הורה שני יכול ומוכן לטפל בהם. כתוצאה מכך נוצרים הסדרים, שאינם מיטיבים עם הילדים, ובפרט אלו הרכים בשנים.

המצב בשטח והצורך בביסוס הדין הקיים

12. שנית, לצערנו, המציאות בשטח מעלה תמונה ולפיה נשים רבות, אימהות לתינוקות ופעוטות, מוצאות עצמן "נדחקות לקיר" מאוימות ואף נסחטות לשם קבלת הסדרי חלוקת שהות נרחבים, כאמור בניגוד למצב החוקי, שעדיין נוהג.⁵ כמו כן, פעמים רבות מניסיונו הורים מקבלים מידע שגוי לפיו חזקת הגיל הרך אינה רלוונטית יותר ואינה מנציחה את עמדת גורמי הטיפול בשאלת הסדרי שהות. אנו נתקלות תדיר בהמלצות למשמורת משותפת של עו"ס לסדרי דין בהתעלם מחזקת הגיל הרך, ובמנותק מגילאי הילדים הרכים ומהסיטואציה המשפחתית – ובכלל זה, ממצבי קונפליקט גבוה, אלימות, מגורים מרוחקים, חוסר תנאים מספיקים באחד הבתים ועוד – ובפסיקות בתי המשפט המאשרות אותן. במקביל, מניסיונו ביעוץ משפטי לנשים בהליכי גירושין ובייצוג בתיקים בתחום, פסיקות בתי המשפט לעיתים נמנעות לפעול לפי חזקת הגיל הרך, בניגוד לחוק הנוהג כאמור, ונוטות להעדיף קביעת הסדר של משמורת משותפת, חרף חזקת הגיל הרך, ומורות על חלוקה זהה של זמני שהות גם במצבים שבהם הן טובת הילד והן כוונת המחוקק לא כיוונו לתוצאה הנ"ל. כך, לצערנו המציאות בשטח מעלה שיש התעלמות בוטה אצל חלק מעובדי הרווחה בשטח ושופטי בתי המשפט מהמצב המשפטי הקיים.⁶ מצב זה מוביל לכך שקל לסחוט ולאיים על אימהות לתינוקות וילדים רכים במטרה להשיג הסכמה למשמורת משותפת ולהגיע להסדרים מחוץ לבתי המשפט, גם כשהמצב החוקי מנציח אחרת וגם כשמשמורת משותפת אינה לטובת ילדיהן לאור נסיבות מסוימות. לפיכך, חשוב שתהא התייחסות ברורה בעניין זה מטעם משרד הרווחה, המדיניות כיום צריכה להיות בהתאם לחוק ולחזקת הגיל הרך הקיימת.

הבעייתיות בהעדר חזקה ברורה

13. שלישית, אנו מזהות קושי בשני מצבים קיצוניים חלופיים המוצעים כיום בישראל, הבאים לידי ביטוי הן בפסיקות הניתנות למרות המצב החוקי הקיים, שכאמור טרם שונה, והן בניסיונות לקדם שינויי חקיקה בכנסת. ראשית, מחד גיסא, עולות הצעות לביטול החזקה ללא חלופה – לטעמנו, הסדר המותיר את ההכרעה בשאלת חלוקת הזמן ההורי ללא כל חזקה או כלל מכוון, עלול להביא, ובפועל מביא, לתוצאות קשות של עליה בסכסוכי המשמורת (העלייה בכמות התסקירים לשנה היא אינדיקטור שאכן זה מה שקרה בפועל). העדר כל חזקה, בחזקת "כל מקרה לגופו" ומקסם השווה הטמון בחובו, יוצר עידוד מובהק לסכסוכים ובזבוז המשאבים החשובים ביותר לילדים – רווחתם הנפשית, יציבות, זמן שקט עם הוריהם וביטחון במסגרת הביתית. כמו כן, השארת הבחינה הפרטנית בכל מקרה ומקרה, עלולה להוביל להשלכות קשות יותר בישראל מאלו שהיו מנת חלקן של מדינות אחרות במערב, וזאת נוכח אי השוויוניות המובנית בדיני המשפחה בישראל, המאפשרת כוח מיקוח רב יותר של גברים בישראל בעת מתן הגט, התלות של נשים בהסכמה והחשש המובנה לעגינות וממזרות של ילדים שיוולדו מזוגיות חדשה.⁷ זאת בנוסף לנחיתות כלכלית לנשים רבות במצבי פירוד לעומת בני זוגן. מצב של העדר חזקה, עלול להביא וכאמור כבר היום מביא, להגברת אי-הודאות בתקופה הראשונית של הפירוד, החרפת הסכסוכים ההוריים, וריבוי הליכים אבחוניים ופסיכולוגיים שלא לצורך. נדגיש: ביטול חזקה משפטית, ללא קביעת כל חזקה חלופית והסתפקות במערכת כללים עמומה עלולה לסבך את ההתדיינות המשפטית וליצור חוסר וודאות שיוביל לריבוי התדיינות משפטיות (וכתוצאה מכך אף לייקור ההליכים ולהגברת הנטל על ציבור המתגרשים). בהקשר זה, מיטב חוקרי דיני משפחה בעולם מאוחדים בביקורת קשה על מצבי אי-בהירות חוקית ופגיעותם בעקרון טובת הילד, ומתארים אותם כמעודדים את הסלמת הסכסוך, מגבירים התדיינות ממושכות

⁵ נבקש להפנות למחקרה המקיף של אורית גיקמן-לדאני, "משמורת ומזונות ילדים – כאוס ואקטיביזם שיפוטי בבתי המשפט לענייני משפחה", עבודת גמר לתואר מוסמך במשפטים, אוניברסיטת תל אביב (2020) אשר מיפתה למעלה מ-150 פסקי דין והראתה כי בתי המשפט למשפחה מורים על משמורת פיזית משותפת גם כאשר מדובר בפעוטות וילדים מתחת לגיל 6 וגם כאשר ההורים מצויים בקונפליקט גבוה. על פי מחקרה, לעיתים אף בתי המשפט מציינים שמדובר במשמורת כאשר למעשה הורה על חלוקת זמנים שווה או קרובה לשווה.

⁶ שם. ראו גם רות זפרן, מתוך דבריה במסגרת הכנס השנתי ה-17 לענייני נשים, משפחה ומשפט בישראל בנושא "מקומן של מומחיות/ים וחוו"ד מומחיות/ים בסכסוכי משפחה", מרכז רקמן לקידום מעמד האשה, אוניברסיטת בר אילן 2020.1.1. לפיה המוגמה הניכרת בתחום המשמורת במסגרתה בתי המשפט נוטים יותר ויותר לפסוק משמורת פיזית משותפת.

⁷ הסחטנות כלפי נשים בהליכי גירושין קיימת כיום בשל הוראות הדין הדתי ושילובן בדין הכללי. סחטנות זו מתבטאת באמצעות איום במאבקי משמורת וכן באה לידי ביטוי בפגיעה במצבן הכלכלי של נשים גרושות אשר נאלצות לוותר על זכויות רכושיות המגיעות להן עפ"י דין ולוותר על דמי מזונות ראויים, בכדי להסיר מעליהן, ומעל ילדיהן, איום עגינות.

ומכוערות במיוחד. השפעתם הינה הפוכה לחלוטין לעקרון של "טובת הילד". מחקרי התפתחות הילד מראים כי, מבין הגורמים המרעים ביותר את מצבם של ילדים בעקבות גירושין, להתמשכות הסכסוך המשפטי באופן שמערב את הילדים יש השפעה קשה במיוחד. בסופו של יום הדבר לו זקוקים ילדים ביותר בסיטואציה מורכבת ורגישה זו הוא סיום מהיר ו"נקי" ככל האפשר של הסכסוך. העדר חזקה, כאמור, רק עלול ללבות את הסכסוך ולגזול זמן יקר מחיי הילדים ולפגוע ברווחתם.

משמורת פיזית משותפת לילדים בגיל הרך בהעדר הסכמה

14. מאידך, מן הקיצון השני, עולות הצעות לחזקה משפטית של משמורת פיזית משותפת בגיל הרך עם חלוקת זמנים שווה. חזקה זו הינה בעייתית ובפרט במקרים בהם עסקינן - של העדר הסכמה בין ההורים לילדים רכים, במצבי קונפליקט גבוה וכן במקרים של אלימות מוכחת. ראשית, המשמעות של חזקה משותפת בגיל הרך עלולה להיות קשה בעיקר בהקשר של חוסר יכולת בגיל הזה של הילד להביע את עצמו והקושי בכך שהבחנה מה רצונו של הקטין הופכת לכדי (כמעט) חסרת משמעות בגילאי לידה עד שלוש. זאת ועוד, מחקרים מראים כי ילדים בגילאים הצעירים (עד גיל 4-3) רצוי שיבלו את מירב הזמן עם ההורה שטיפל בהם מרב הזמן טרם הפרידה וימעיטו בלינה מחוץ לבית הורה זה.⁸ מעבר לכך, שמירה על שיגרה יציבה הן מבחינת הטיפול בילד (יציבות רגשית) והן מבחינת הסביבה החינוכית והחברתית, משרתות את טובת הילד גם בגילאים מבוגרים יותר (יציבות סביבתית).⁹

15. יתירה מכך, לא ניתן להתעלם מהעובדה, כי משמורת משותפת דורשת תיאום רב וקשר אינטנסיבי יומיומי מורכב גם במצב נורמטיבי של יחסים תקינים בין ההורים.¹⁰ ואולם, כאשר קיים קונפליקט גבוה, ובפרט כשברקע היחסים ישנה אלימות במשפחה, משמורת משותפת היא סיטואציה קשה ומורכבת ביותר ועד מסוכנת. במצב זה הילד הופך למעשה ל"כלי משחק" בידי ההורה האלים, להמשיך ולהפעיל אלימות ושליטה מרחוק על ההורה השני ולעיתים, בהעדר הגנה של ההורה השני, גם על הילד עצמו.¹¹

16. כמו כן, מניסיון במדינות אחרות למדים כי, להבדיל ממשמורת משותפת המתקיימת בהחלטה משותפת ועם שורת תנאים ברורים, הרי שמשמורת משותפת בכפייה היא ההסדר הגרוע ביותר לילדים שהוריהם התגרשו וכי הסדרי לינה הכרוכים במעבר בין שני בתים של ילדים רכים בשנים (ובפרט מתחת לגיל ארבע) מהווה קושי ונטל על הילדים בשל האילוף בפרידות תכופות. מבחינת יכולות ההסתגלות של ילדי הגיל הרך בדפוסי משמורת שונים לאחר הגירושין¹² נמצא כי משמורת משותפת במצבי קונפליקט גבוה, הינה הסדר פחות יציב לילד מאשר משמורת בלעדית לאחד מההורים. לתבנית הנבחרת של המשמורת השפעה רגשית ישירה על ילדים מתחת לגיל 4. כמו כן, ילדים מתחת לגיל שנתיים, שהיו בהסדרי ראייה שכללו לילה אחד או יותר בשבוע, נטו לשינויים במצבי הרוח (זעפנות, רגזנות, מזג חם).¹³ בנסיבות אלה נדרשות יכולות יוצאות מן הכלל על מנת לספק לילד את היציבות הדרושה לו בגיל זה, תוך שהוא נאלץ לחלק את חייו בין שני בתים, סיטואציה לא פשוטה לאדם מבוגר, קל וחומר לתינוק או פעוט רך בשנים.

⁸ ראו רות זפרן, "הקשיים הכרוכים בחוות'הדעת המקצועיות— טעם נוסף לעיצוב מחדש של הדין בשאלת חלוקתה של האחריות ההורית", עיוני משפט לו תשע"ג.

Tornello, S. L., Emery, R., Rowen, J., Potter, D., Ocker, B. and Xu, Y. (2013), Overnight Custody Arrangements, Attachment, and Adjustment Among Very Young Children. *Fam Relat*, 75: 871–885. doi:10.1111/jomf.12045;

Cashmore, Judith and Parkinson, Patrick, Parenting Arrangements for Young Children: Messages from Research (January 31, 2012). *Australian Journal of Family Law*, Vol. 25, No. 3, pp. 236-257, 2011; Sydney Law School Research Paper No. 12/06.

⁹ Barbara Jameson, et al., Psychologists' Ratings of the Best-Interests-of-the-Child Custody and Access Criterion: A Family Systems Assessment Model, 28 PROF. PSYCH. RES. AND PRAC. 253 (1997); Lamb et al., supra note 1.

¹⁰ כפי שנקבע בבע"מ 919/15, כדי שיוור בית המשפט על משמורת משותפת, עליו לבחון שורה של קריטריונים, כאשר מרכזי שבהם הוא טיב התקשורת וטיב יחסי ההורים. ראו דבריה של כבי' השופטת דפנה ברק ארז בבע"מ 919/15 על התנאים הכרחיים לקביעת משמורת פיזית משותפת, וביניהם כמובן היכולת והצורך הבסיסי לשיתוף פעולה בין ההורים כדי להגן על טובת ורווחת הילדים.

¹¹ ד"ר יענת כרמל, "לכודים" – ילדים חשופים לאלימות ביתית מתיאוריה ליישום (אוניברסיטת חיפה, 2019). כרמל מראה במחקרה כי התופעה של ילדים חשופים לאלימות ביתית הגיעה לממדים אפידמיים בעולם ובכלל זה בישראל. סקר לאומי אחרון שנערך בארה"ב אמד את מספרם של הילדים בכ-17.9%. לפי הסקירה המקיפה בספרה, מחקרים מראים כי ילדים אשר חשופים לאלימות ביתית מצויים בסיכון גבוה לבעיות התנהגותיות, רגשיות, חברתיות וקוגניטיביות לטווח הקצר והארוך.

See also Debra Pogrud Stark, Jessica M. Choplin, Sarah Elizabeth Wellard, "Properly Accounting for Domestic Violence in Child ; Custody Cases: An Evidence-Based Analysis and Reform Proposal", *Mich. J. Gender & L.* 26 (2019), 1-120

¹² B. Smyth, J. McIntosh, R. Emery, & S. L. H. Howarth "Shared-Time Parenting: Evaluating the Evidence of Risks and Benefits to Children" in L. Drozd, M. Saini, & N. Olesen (eds.), *Parenting plan evaluations: Applied research for the family court* (Oxford, Oxford University Press, 2016), pp. 118–69. at 119,121,

<https://doi.org/10.1093/med:psych/9780199396580.003.0006>

א. עקרון הקירוב בקביעת אחריות הורית וחלוקת הזמנים בגיל הרך

17. המסקנה המתבקשת הינה כי ראשית חייבת להיקבע חזקה ברורה, שתשקף את טובת הילד. ה, תציע יציבות והמשכיות מחד גיסא, אך גם תוכל לאפשר את הגמישות הנדרשת בחיי הילדים לנוכח שינוי הנסיבות הכרוך בפרידת הוריהם. בהתאם יש לקבוע חזקות, שמשתנות בהתאם לגיל הילד. ה. באופן שישקף את טובת הילדים בכל שלב בחייהם.

18. **לאור האמור, לאחר דיונים מעמיקים בנושא, לאור ניסיונו ולמידת מחקרים בתחום ובמטרה לתת מענה לקשיים שהוזכרו, עמדתנו לטובת הסדר עתידי בחקיקה היא כי יש להשאיר את חזקת הגיל הרך על כנה עד גיל שלוש-ארבע.** כאמור, ברובן המכריע של המשפחות הדמות ההורית המטפלת בתינוק או בפעוט היא האם, פרידה ממנה בגיל הרך עלולה לפגוע ברווחתו הרגשית של הילד.¹⁴ זאת כמובן תוך שמירה על אפשרות של סתירת החזקה במקרים המתאימים. לא למותר להזכיר כי חזקת הגיל הרך אין משמעה כלל מניעת קשר עם האב וקשר רק עם האם, נהפוך הוא, אין מניעה לשמירה על קשר משמעותי ומיטבי עם האב, תוך הקפדה על בית מרכזי, לטובת יציבות בחייו של תינוק או פעוט עד גיל שלוש. עוד יש לציין את עמדת משרד הרווחה שיש להשאיר את חזקת הגיל הרך לפחות עד גיל 3.¹⁵

19. בד בבד, על מנת להשיג את המטרות החברתיות של הגברת השוויון באחריות ההורית, גם מעבר לגיל ארבע אין להותיר את המצב ללא כל חזקה. **לטעמנו, יש להמיר את החזקה עבור ילדים מעל גיל ארבע בחזקה משפטית חלופית: קרי, חזקה הקובעת כי שמירה בקירוב של חלוקת הזמן בין ההורים קודם הפירוד לתקופה שלאחר הפירוד מגשימה את טובת הילד.** למותר לציין כי בחינה של הסדרים במדינות אחרות מראה שעיקרון מרכזי שאומץ על ידי ה-American Law Institute הוא עקרון הקירוב (Approximation Rule).¹⁶ עקרון הקירוב קובע חזקה משפטית ולפיה טובת הילד היא לשמור בקירוב על חלוקת הזמן בין ההורים טרם הגירושין.¹⁷ הרעיון העומד בבסיסי חזקה זו היא כי טובת הילד היא לשמור בקירוב על האופן בו טיפלו ההורים בילד טרם הפירוד. כלומר, אם ההורים חלקו את הטיפול בילד באופן מלא, גם ההסדר לאחר הפירוד יתבסס על חלוקת זמן הטיפול באותו אופן ואם אחד ההורים הוא זה שטיפל מירב הזמן בילד הוא גם זה שיטפל מירב הזמן בילד לאחר הפירוד. חזקה זו משקפת את הטיפול וחלוקת האחריות על ילדי בני הזוג ערב הפרידה זאת מבלי להתעלם מהעובדה ש"נפל דבר" בחיי המשפחה. חזקה כזו מתאימה גם למציאות החברתית הקיימת בישראל, לפיה נשים עדיין נושאות בעיקר הנטל של גידול הילדים, עובדה שלא ניתן להתעלם ממנה בעת פרידה.

20. **בהתאם, המלצתנו היא כי יתקבל מודל הקירוב ביחס לילדים מגילאי 4 ואילך.** זהו כלל ברור, המאפשר הכרעה קלה ללא צורך במומחים אלא על סמך נתוני העבר, מונע סחטנות בהליכי הגירושין, משקף את חיי השיתוף של בני הזוג ערב הגירושין ומתאים למציאות החברתית הקיימת בישראל לפיה עדיין נשים נושאות בעיקר הנטל של גידול הילדים.

21. כאמור, קיומן של חזקות אלו תאפשרנה יציבות בחיי הילדים והוודאות שתוענק בחוק תפחית ותרכך את הקונפליקט ההורי ותבטל את התמריץ למאבקים הוריים על חשבון טובת הקטינים, וחשובה ביתר שאת לחייהם של פעוטות בגיל הרך.

ב. מודל ההורה המרכז במצבי קונפליקט גבוה

22. בנוסף, לטעמנו, **במקרים של קונפליקט גבוה יש להעדיף את המודל של "הורה מרכז", כפי שנקבע בבע"מ 919/15 לפיו גם במקום בו מתקיימת משמורת משותפת בין הורים בכל הנוגע לילדיהם המשותפים – יהיה הורה מרכז.** השופטת דפנה ברק ארזי יצקה למונח זה תוכן בר יישום. לשיטתה, ההורה אשר ייבחר

¹⁴ ראו ה"ש 8. אחד הגורמים המשפיעים ביותר על רווחת הילד לאחר גירושין על פי מחקרים הוא עצמת הקונפליקט ההורי לאחר הפירוד, ולא מספר השעות שהילד נמצא פיזית אצל כל הורה. קרי, חזקה ברורה תשמר את היציבות ותקטין את החיכוך בין ההורים. יוער כי מחקרים מעידים כי הורות משמעותית תתקיים מחלוקה של 35% של המשמורת הפיזית. גורם משפיע נוסף לחיוב, הינו איכות הקשר שיש לילד עם ההורה שאינו משמורן, ולא משך הזמן שהוא נמצא איתו.

¹⁵ ראו פרוטוקול מס' 2 מיישיבת הוועדה המשותפת לוועדת החינוך, התרבות והספורט ולוועדה המיוחדת לזכויות הילד לדיון בהצעת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות מיום 6.11.2017, בעמדה של הגב' איילת ששון, נציגת משרד הרווחה. כמו גם עמדה זו הובעה בנוסח משותף של משרד המשפטים ומשרד הרווחה לגבי הצעת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות ביחס לאחריות הורית, כפי שהובא לדיון בוועדה מיום 4.12.2017.

¹⁶ ראו רות זפרן, "הקשיים הכרוכים בחוות'הדעת המקצועיות— טעם נוסף לעיצוב מחדש של הדין בשאלת חלוקתה של האחריות ההורית", עיוני משפט לו תשע"ג ומחקרה על חשיבותו ויתרונותיו של כלל השיקוף. במחקרה זה, זפרן מציעה מודל המבוסס על כלל זה בשאלת חלוקת האחריות ההורית בישראל ("כלל שיקוף מותאם").

¹⁷ The American Law Institute Principles of Family Dissolution: Analysis and Recommendation (2000);

כ"הורה המרכז" ייגזר מטובתם של הילדים ומעקרון השוויון. מן ההיבט של טובת הילדים, אמור לשמש בתפקיד זה ההורה המתאים ביותר לתפקיד, על בסיס הניסיון המצטבר ביחס להתנהגותם, לכישוריהם ולאורח החיים המשפחתי. באותם מקרים שבהם שני ההורים הם מיטיבים ומוכשרים לכך, סביר להניח כי ההורה שריכז את מרבית הטיפול בילדים (למשל, דאג לרכישת ביגוד לילדים, לצריכת שירותי רפואה, לאספקה של עזרי לימוד לבתי הספר) יהיה גם ההורה שירכז את הטיפול באספקטים אלה לאחר הגירושין. קביעה זו רלוונטית ביתר שאת במצבי קונפליקט גבוה.

ג. הרעת מצבן של נשים בעקבות טענות לניכור הורי

23. כמו כן, לאור כל הקשיים שמנינו, על המדיניות המתגבשת לקבוע מפורשות כי אי הסכמה של אם לתינוקות ולילדים רכים למשמורת משותפת לא תחשב כפגיעה בקשר ההורי. כאמור, **אין חזקת הגיל הרך משמעותה מניעת קשר של אב עם ילדיו ולרוב היא מאפשרת קשר משמעותי ומיטיב בייחוד כיוון שמדובר בתינוקות וילדים רכים בשנים**. בזירה הקשה של ניכור הורי לה אנו עדות חדשות לבקרים, לא ייתכן כי אי הסכמה של אם לילדים רכים למשמורת משותפת תפגע בה או כי היא תביא לכך שהיא תראה כמי שלא נותנת מקום לאב בחיי הילדים או גרוע מכך תואשם בהסתה ובניכור כלפי האב. **העובדה שאם חושבת שהסדר מסוים יותר מתאים לסיטואציה המשפחתית לא יכולה להיחשב לרעתה ולפגוע בזכויותיה בילדים. ברי כי המחוקק עצמו עודנו סובר כי טובת הילדים עד גיל 6 היא להיות בחזקת אימם.**

24. לצערנו, כולנו עדים לעובדה שיש אסקלציה בטענות של הסתה וניכור הורי ולפגיעה באימהות, ולכן ראוי להקפיד על ניתוק בין ההסדר המשפטי שייבחר והסכמת הצדדים להסדר כזה או אחר בעניין חלוקת הזמנים במקרה של ילדים רכים בשנים.

25. נמליץ כי תהא הנחיה ברורה שמורה לגורמי הטיפול ובתי המשפט שלא לפרש את הרצון של אם והחתיירה לחלוקת זמנים כזו או אחרת על פעוטות כניסיון שלה להסתה או לניכור. כידוע וכפי שתואר לעיל, בגילאים רכים יש למשמורת משותפת חסרונות רבים ולא פשוטים במיוחד בגיל הרך ולא ייתכן כי אם שטוענת שזה לא לטובת ילדיה תיחשב כמי שמדירה את האב. כל קביעה אחרת יש לה משמעות קשה לזכויותיה של אם להגן על ילדיה.

ד. התייחסות למקרי אלימות במשפחה

26. בנוסף, יש חשיבות מרכזית לקבוע הסדר מיוחד המתייחס למקרים של אלימות במשפחה ולהתייחס באופן נפרד לשאלת האלימות. **אלימות במשפחה צריכה להוות שיקול מרכזי בקביעת זכויות הוריות ובהגנה על טובת הקטין בעת קביעת הסדרי שהות ומשמורת משפטית**. קביעה זו נכונה במדינה רבות והוסדרה בחקיקה. ראשית, במחקר של מועצת אירופה עלה כי במספר מדינות עלו מקרים בהם הורים מתעללים ואלים זכו להסדרי ראייה ואף הסדרי שהות אך ורק מן השאיפה להבטיח קשר בין הורה והקטין.¹⁸ ממצאים אלו הביאו לכך כי, מועצת אירופה ביקשה להקדיש לנושא זה התייחסות נפרדת ולהבהיר בצורה חד משמעית כי אמנת מועצת אירופה למיגור אלימות - היא אמנת איסטנבול המהווה את הסטנדרט הבינלאומי בתחום - מורה כי **אלימות נגד הורה אחד צריכה להוות שיקול מרכזי בהחלטות על קביעת זכויות הוריות וכן, שהסדרי ראייה ושהות אסור לעולם שיעמידו בסכנה את ביטחונם של ההורה נפגע האלימות או ביטחון ילדיהם המשותפים**.¹⁹

27. כמו כן, יש להתייחס כבר היום למצב זה וכן לכלול בכל עמדה עתידית המלצה ברורה להימנע מהסדרי לינה במצבי אלימות ובפרט ביחס לילדי הגיל הרך. וכן יש להתייחס לחשש הכבד של אימהות לשלומם של הילדים ולרצונן להגן על הילדים מפני האלימות ובייחוד במצב הקשה של גירושין שבו הן למעשה לא נמצאות להגן על הפעוט מפני התפרצויות זעם.

28. נציין כי גם בארה"ב קיימת התייחסות מפורשת זהה לנושא האלימות בעת קביעת הסדרי משמורת ושהות. במדינות רבות אף קיימת חזקה משפטית ברורה ולפיה הורה לא יקבע כמשמורת (בלעדי או משותף) במקרה שיש ראיות על קיומה של התעללות, הזנחה או אלימות במשפחה, וקביעה אחרת עומדת בניגוד

¹⁸ Raising Awareness Of Children As Hidden Victims Of Domestic Violence And Abuse In Europe ("There have been examples of the abusive parent being granted visitation or even custody rights simply because it was considered to be in the best interest of the child to maintain contact. The Istanbul Convention now clearly establishes that violence against the non-abusive carer or the child itself will always need to factor into decisions on the exercise of parental rights and that the exercise of visitation or custody rights shall never jeopardize the safety of the victims or that of their children." <https://rm.coe.int/children-s-rights-and-the-istanbul-convention-eng/16808c658f>

¹⁹ שם.

לטובת הקטין, אלא אם הוכח אחרת.²⁰ כמו כן, במדינות מסוימות, החוק מבנה את שיקול הדעת השיפוטי במקרים אלו ומורה במפורש לשופטים להתחשב בקיומה של אלימות בעת קביעת משמורת משפטית והסדרי שהות.²¹ כך למשל, בקליפורניה, בעת קביעת הסדרי שהות ומשמורת משפטית, מוטלת על השופטים החובה, בעת קביעת טובת הילד, לשקול, בין גורמים רלוונטיים אחרים, את בריאותו, בטיחותו ורווחתו של הילד, תוך התחשבות בכל היסטוריה של התעללות או אלימות מצד הורה אחד כלפי הילד או כלפי ההורה השני, את היקפו ואופיו של הקשר הקיים בין הילד להורים, וכן שימוש בסמים או באלכוהול על ידי אחד ההורים.²²

29. בהקשר זה יש לציין את האמנה לזכויות הילד אליה מחויבת מדינת ישראל. האמנה קובעת כי טובת הילד היא לקשר מיטיב עם הוריו ולפיה יש להגן על הילד בכל מצב שבו קיים הורה פוגע, ובאיזון בין הצורך בשמירה על קשר בין הילד להורה, לבין הגנה על הילד ורווחתו, שיקול ההגנה על הילד תמיד יגבר.²³

30. יוער כי, חשיפה של קטין לאלימות במשפחה, בין אם באופן ישיר או עקיף, היא פוגענית. ילדים החשופים לאלימות ביתית, ובייחוד לאלימות כלפי אחד מהוריהם, הגם שלא כוונה כלפיהם, נפגעים ברמה הנפשית, ההתנהגותית, האמוציונלית, החברתית והקוגניטיבית. בין היתר, ילדים אלה נוטים לסבול מבידוד חברתי, מהתנהגויות תוקפניות ואנטי-חברתיות, מחרדה, דיכאון, תגובות פוסט-טראומטיות ויכולות אקדמיות נמוכות. בנוסף, מחקרים מראים באופן מובהק כי כאשר ישנה אלימות במשפחה כלפי אחד ההורים, קיימת לצידה אלימות גם כלפי הילדים בני אותה המשפחה וגם הם קורבנות ישירים של ההורה האלים.²⁴

31. לסיום, ללא ספק מדובר בנושא מורכב ומוטלת בידי כל העוסקים בדבר אחריות כבדה ומורכבת. נקווה כי לעמדתנו ולניסיון הרב הנצבר בידינו לאורך השנים הרבות בתחום יינתן המשקל הראוי.

בברכה,

עו"ד קרן הורוביץ, מנכ"לית מרכז רקמן, הפקולטה למשפטים, אוני' בר-אילן

ד"ר כוכב אלקיים-לוי, ראשת היחידה למדיניות וחקיקה, מרכז רקמן, הפקולטה למשפטים, אוני' בר-אילן

עו"ד גלי עציון, מנהלת מחלקת יעוץ וחקיקה, נעמת

עו"ד ציפורה שימל, היועצת המשפטית, אמונה - תנועת האישה הדתית-לאומית

²⁰ Child Custody and Domestic Violence, Harvard Law School Countries surveyed: United States (California, Texas, New York, Florida); E.g. Texas Family Code Sec. 153.004(b), <https://statutes.capitol.texas.gov/Docs/FA/htm/FA.153.htm>

California Family Code § 3011

²¹ שם

²² שם. ראו גם. See *Bianka M. v. Superior Court of Los Angeles County*, 236 Cal.Rptr.3d 610 (2018).

²³ האמנה לזכויות הילד, 1989.

²⁴ Intersection Of Child Abuse And Children's Exposure To Domestic Violence, Herrenkohl Et Al, Trauma, Violence & Abuse, Vol.9, No.2, April 2008, 84-99

Joyanna Silberg & Stephanie Dallam, Abusers gaining custody in family courts: A case series of over turned decisions, Journal of Child Custody, 16(2): 140-169, 142 (2019) צבי איזיקוביץ, פרופ' רחל לב-ויזל, "התעללות, הזנחה, ואלימות כלפי ילדים ובני נוער בישראל: בין שכיחות לדיווח", המרכז לחקר החברה, אוניברסיטת חיפה