



הכנסת

הלשכה המשפטית

תחום חקיקה
ומחקר משפטי

סקירה משפטית

חזקת הגיל הרך בישראל ובעולם

כתיבה: עו"ד נתי פרלמן

אישור:

כ"ח באייר תשע"ב

עו"ד הודיה קין, ממונה (חקיקה ומחקר משפטי)

20 במאי 2012

עריכה לשונית: מערכת "דברי הכנסת"

מסמך זה הוא סקירה משפטית משווה ואינו חוות דעת משפטית

מבוא

מסמך זה נכתב לבקשת חה"כ זהבה גלאון, על רקע המלצות הוועדה הציבורית לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושים בראשות פרופ' דן שניט, אימוצן על-ידי שר המשפטים וההיערכות להכנת תזכיר הצעת חוק בהתאם להן.¹ המסמך עוסק בסקירה משווה שלסוגיית המשמורת ההורית בגירושים ובודק אם קיימת במדינות שונות "חזקת גיל הרך" (Tender Age Doctrine), ולפיה עדיף שילדים רכים יהיו במשמורת האם. המדינות הנסקרות במסמך הן ישראל, אוסטרליה, ארצות-הברית, בריטניה, דנמרק, ניו-זילנד, ספרד וקנדה.

מן הסקירה עולים הממצאים שלהלן:

- חזקת הגיל הרך התפתחה במשפט המקובל במאה ה-19;
- מאז אמצע המאה ה-20 ירדה קרנה של דוקטרינת הגיל הרך והתחזקו דוקטרינות ניטרליות של טובת הילד; כיום, בכל המדינות שנסקרו לא קיימת חזקת הגיל הרך.
- בחלק מן המדינות יש העדפה של משמורת משותפת או אף יש חזקה כזאת. למשל, באוסטרליה יש חזקה של אחריות הורית משותפת (שמשמעה לאו דווקא הוראה לגבי השהייה של הילד עם כל אחד מהוריו פרק זמן שווה), וכך גם בחלק ממדינות ארה"ב.
- בבריטניה רשאים בתי-המשפט להעדיף אימהות על פני אבות בקביעת משמורת, אך זהו רק שיקול אחד במכלול השיקולים של טובת הילד.
- בדמרק, מאז שנת 2007, משמורת משותפת היא ככלל ברירת המחדל, ואפשר לסטות ממנה רק מטעמים מיוחדים. עם זאת, לאחרונה אימץ הפרלמנט הדני יוזמה לשינוי החוק הקיים, ועל-פיה החלטות בדבר משמורת יתבססו על שיקולי טובת הילד, שייקבעו בהערכת מומחים. יוזמה זו גובשה לאחר שהתברר כי בניגוד לכוונת החוק, כפיית המשמורת המשותפת על הורים מסוכסכים גורמת לעתים רבות לפגיעה בילדים.
- בקנדה החוק חותר למעורבות מקסימלית של שני ההורים בגידול הילד. עם זאת, בתי-המשפט עושים שימוש בקריטריון של המטפל העיקרי בילד, וברבים מן המקרים מדובר באם.
- מחקרים מגלים כי גם לאחר ביטול החזקה, במקרים רבים שופטים מעדיפים להעניק משמורת לאימהות.

¹ ראו אתר האינטרנט של משרד המשפטים:

<http://www.justice.gov.il/MOJHeb/YeutzVehakika/NosimMishpatim/VaadatSnit.htm>; אביעד גליקמן, "השר נאמן תומך: ילדי הורים גרושים לא יועברו אוטומטית לאם", **כלכליסט**, 19.1.12: <http://www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3559322,00.html>. תאריך כניסה: 26 בינואר 2012.



1. רקע

טובת הילד היא השיקול המנחה בשאלות משמורת. **חזקת הגיל הרך מבוססת על התובנה כי בשל צרכי הילד בגיל הרך, שהרוך בטיפול האימהי, נחוץ יותר מאשר הטיפול האבהי, ולכן ראוי שהילד ידור עם אמו באותן שנים.**² החזקה התפתחה במשפט האנגלי במאה ה-19:³ בשנת 1839 נחקק בבריטניה ה-Custody of Infants Act,⁴ שעל-פיו יש להעניק לאימהות את המשמורת על ילדים מתחת לגיל שבע.⁵ בשנת 1873 נחקק חוק משמורת ילדים נוסף, אשר האריך את משמורת האם עד גיל 16.⁶

החקיקה האמורה לטובת האימהות היתה מהפכנית לנוכח המצב החוקי שקדם לה במשפט המקובל, שלפיו ניתנה עדיפות מוחלטת לאבות בכל הנוגע לאפטרופסות ולמשמורת על ילדיהם.⁷ גישה זו התבססה על המשפט הרומי, אשר התייחס לילדים כאל רכוש והעניק לאב בעלות מוחלטת עליהם. גישה דומה נהגה בקרב תרבויות עתיקות נוספות.⁸

מאז אמצע 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 זמנן לביתן ולילדיהן. לפיכך,

² ראו למשל: *Helms V. Franciscus*, 2 Bland Ch. [md.] 544 (1830): "Yet even a court of common law will not go so far as to hold nature in contempt, and snatch helpless, pining infancy from the bosom of an affectionate mother, and place it in the coarse hands of the father. The mother is the softest and safest nurse of infancy..."; באתר האינטרנט של ארכיון מדינת מרילנד:

<http://www.msa.md.gov/megafile/msa/speccol/sc2900/sc2908/000001/000201/pdf/am201b--563.pdf>

תאריך כניסה: 26 בינואר 2012.

³ David D. Meyer, "The Constitutional Rights of Non-Custodial Parents", 34 *Hofstra L.Rev.* (2006), 1461–1494, 1467; באתר האינטרנט של אוניברסיטת הופסטר:

http://law.hofstra.edu/pdf/academics/journals/lawreview/lrv_issues_v34n04_cc3_meyer_final.pdf

תאריך כניסה: 29 בינואר 2012.

⁴ 2 & 3 Vict. Stat., ch. 54.

⁵ החוק נחקק לאחר קמפיין ציבורי של קרוליין נורטון, אשת חברה ידועה בלונדון, על רקע ניסיונה האישי. ראו:

Martha J. Bailey, "England's First Custody of Infants Act", 20 *Queen's L. J.* (1994) 391; Sanford N. Katz, "'That They May Thrive' Goal of Child Custody: Reflections on the Apparent Erosion of the Tender Years Presumption and the Emergence of the Primary Caretaker Presumption" 8 *Journal of Contemporary Health Law and Policy* (1992) 123-136, 126-127; Boston College

; http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1043&context=sanford_katz

Ivy Pinchbeck and Margaret Hewitt, *Children in English Society* (University of Toronto Press, 1973), Vol. 2, 362–376.

⁶ Katz, שם.

⁷ ראו: William Blackstone, *Commentaries*, I, 452–453.

⁸ שם; Allan Roth, "The Tender Years Presumption in Child Custody Disputes", 15 *J. Fam. L.* (1976), 423, 425.

בעניין זה ראו עוד: Lloyd DeMause, "The Evolution of Childhood", in Lloyd DeMause ed., *The History of Childhood* (New York, Psychohistory Press, 1974), 25–28; Ruth Oldenziel, "The Historiography of Infanticide in Antiquity", in Josien Blok and Peter Mason (eds.), *Sexual Assymetry: Studies in Ancient Society* (Amsterdam, JC Gieben, 1987), 88.



במדינות שונות הוחלפה דוקטרינת הגיל הרך בדוקטרינות ניטרליות של בחינת טובת הילד בכל מקרה לגופו (Best Interest of the Child).⁹

יש בתי-משפט בארה"ב שאף קבעו כי חזקת הגיל הרך, המעניקה לאימהות העדפה קטגורית על אבות במאבקי משמורת, מנוגדת לזכות החוקתית לשוויון הקבועה בתיקון ה-14 לחוקה (Equal Protection Clause).¹⁰ 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.¹¹

עם זאת, הדוקטרינה של בחינת טובת הילד בכל מקרה לגופו איננה נותנת מענה תיאורטי מלא על שאלות של משמורת ילדים. במקרים של שוויון בין האב לאם בכל יתר הפרמטרים של הורות, עדיין יש צורך בהכרעה ביניהם בעניין מגורי הילד.¹² גם המודל של "משמורת משותפת"¹³ אין בו כדי לייתר את הדיון

⁹ ראו: Martha Albertson Fineman, "Fatherhood, Feminism and Family Law", 32 *McGeorge L. Rev.* (2001), 1031, 1038.

וראו עוד: Andre P. Derdeyn, "Child Custody Contests in Historical Perspective", 133:12 *Am. J. Psychiatry* (December 1976), 1369–1376, באתר האינטרנט של אוניברסיטת פרייבורג: http://ad-teaching.informatik.uni-freiburg.de/zbmed/Germany%20PLC/AJP/Entpackt/ajp_133_12.pdf/1369.pdf. תאריך כניסה: 30 בינואר 2012.

¹⁰ בעניין זה ראו: 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, Linda Henry Elrod, "Child Custody and Visitation", in *Family Law Practice*, (Arnold H. Rutkin ed., 2008) § 32.06(5)(a); James W. Bozzomo, "Note, Joint Legal Custody: A Parent's Constitutional Right in a Reorganized Family", 31 *Hofstra L. Rev.* (2002), 547; Cynthia A. McNeely, "Lagging Behind the Times: Parenthood, Custody and Gender Bias in the Family Court", 25 *Florida State University L. Rev.* 891–956 (1998), באתר האינטרנט של אוניברסיטת פלורידה:

<http://www.law.fsu.edu/journals/lawreview/frames/254/mcnefram.html>. תאריך כניסה: 30 בינואר 2012.

כמו כן ראו: Homer Harrison Clark, Jr., *The Law of Domestic Relations in the United States*, (West Publishing, 1988) §19.4, 800; Holly L. Robinson, "Joint Custody: Constitutional Imperatives", 54 *U. Cin. L. Rev.* (1985) 27; Robb Strom, "Tender Years Presumption: Is It Presumably Unconstitutional?", 21 *San Diego L. Rev.* (1983) 861; Ellen Canacakos, "Note, Joint Custody as a Fundamental Right", 23 *Ariz. L. Rev.* (1981) 785.

וראו עוד: *Devine v. Devine*, 398 So. 2d 686 (1981); *Reed v. Reed*, 404 U.S. 71, 92 S. Ct. 251, 30 L. Ed. 2d 225, (1971); *People Ex Rel Watts v. Watts*, 77 Misc.2d 178, 350 N.Y.S. 2d 285 (Fam. Ct. 1973); Ramsay Laing Klaff, "The Tender Years Doctrine: A Defense", 70:2 *California Law Review* (Symposium: Perspectives on Family Law, Mar., 1982) 335–372, esp. pp. 359–372.

וראו עוד: Martha L. Fineman, Anne Opie, "The Uses of Social Science Data in Legal Policymaking: Custody Determinations at Divorce", 1987 *Wis. L. Rev.* 107.

¹¹ ראו: אופיר בר-זוהר, האו"ם דורש צדק חברתי, הארץ, 15 בדצמבר 2011. <http://www.haaretz.co.il/magazine/1.1591472>. וראו: אתר האינטרנט של ועדת האו"ם לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות: <http://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=11615&LangID=E>. הדבר בא על רקע דיווחים כי אבות גרושים רבים נמצאים במצוקה נפשית וכי יש בקרבם שיעורי התאבדות גבוהים. בעניין זה ראו: אובדנות בישראל, נובמבר 2011, עמ' 38–40, באתר האינטרנט של משרד הבריאות:

http://www.health.gov.il/PublicationsFiles/loss_2011.pdf. תאריך כניסה: 30 בינואר 2012.

¹² בעניין זה ראו: פרק 2.1 ופרק 2.2 להלן, וכן: *Pennington v. Pennington*, 711 P. 2d 254 (Utah 1985). בעניין זה ראו: Minnesota Joint Physical Child Custody Presumption Study Group Report, January 2009, באתר האינטרנט של בתי-המשפט של מדינת מינסוטה:

http://www.mncourts.gov/Documents/0/Public/NewsPostings/MN_Joint_Physical_Child_Custody_Presumpti_on_Study_Group_Report_2009_DSprint.pdf. תאריך כניסה: 30 בינואר 2012.

עוד ראו: Christy M. Buchanan, Parrisa L. Jahromi, "A Psychological Perspective on Shared Custody Arrangements", 43 *Wake Forest L. Rev.* (April 2008) 419–439; Teng Wah Leo, "From Maternal Preference



בחזקת הגיל הרך, שכן מסיבות פרקטיות לא תמיד אפשר לחלק את המשמורת בין האב לאם כך שהילד ידור לסירוגין עם כל אחד מהוריו. מכל מקום, אף בהיעדרה של חזקת הגיל הרך בחוק, בפועל שופטים רבים עדיין מעדיפים להעניק לאימהות את זכויות המשמורת על ילדים רכים.¹⁴

2. ישראל

חזקת הגיל הרך קבועה בסעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב–1962 (להלן בפרק זה: החוק). החוק קובע כי בהיעדר הסכם בין ההורים בדבר האפוטרופסות על קטין, החזקתו והסדרי ראייה וקשר עמו, רשאי בית-המשפט לקבוע "כפי שיראה לו לטובת הקטין, ובלבד שילדים עד גיל 6 יהיו אצל אמם אם אין סיבות מיוחדות להורות אחרת".¹⁵ לעתים קרובות, הוראה זו משפיעה בעקיפין לא רק על ילדים בגיל הרך אלא אף על כלל ילדי המשפחה, במשך כל שנות ילדותם. על-פי רוב, די שאחד מילדי ההורים המתגרשים הוא בגיל הרך להביא לכך שגם אחיו ואחיותיו הבוגרים יותר יהיו במשמורת האם, כדי שלא להפריד ביניהם. כך, הילדים ימשיכו להיות עם אמם גם לאחר מכן, כאשר הילדים כולם בני יותר משש, מכיון שטובתם מחייבת שלא לשנות את ההסדר שהורגלו בו.¹⁶

to Joint Custody: The Impact of Changes in Custody Law on Child Educational Attainment", St. Francis <http://people.stfx.ca/tleo/research/JtCusDEM.pdf> : Xavier University, August 2008

וכמו כן: Cynthia C. Siebel, "Fathers and Their Children: Legal and Psychological Issues of Joint Custody", 40:2 *Family Law Quarterly* (2006) 213–236; Robert Bauserman, "Child Adjustment in Joint Custody Versus Sole-Custody Arrangements: A Meta Analytic Review", 16:1 *Journal of Family Psychology* (2002) 91–102; Dianne Post, "Arguments Against Joint Custody", 4 *Berkeley Women's Law Journal* (1989–90) 316–325; Marcia Mobilia-Boumil, "Joint Child Custody: In Who's Best Interests?", 21 *Suffolk University Law Review* (1987) 1–31; Andrew Schepard, "Taking Children Seriously: Promoting Cooperative Custody After Divorce", 64 *Tex. Law Rev* (1985) 687–788; Susan Steinman, "The Experience of Children in a Joint Custody Arrangement", 51 *American Journal of Orthopsychiatry* (1981) 403–414

¹⁴ ראו עוד: Julie E. Artis, "Judging the Best Interests of the Child: Judges' Accounts of the Tender Years Doctrine", 38 *Law & Soc'y Rev.* (2004) 769, 771; Stephen J. Bahr, Jerry D. Howe, Meggin Moral Mann, Matthew S. Bahr, "Trends in Child Custody Awards: Has the Removal of Maternal Preference Made a Difference?", 28 *Fam. L.Q.* (1994) 247; Regina Graycar, "Gendered Assumptions in Family law : Decisionmaking", 22 *Federal Law Review* (1994) 278–299 <http://www.austlii.edu.au/au/journals/FedLRev/1994/11.pdf>

וכן: Phyllis T. Bookspan, "From a Tender Years Presumption to a Primary Parent Presumption: Has Anything Really Changed? ... Should It?", 8 *Brigham Young University Journal of Public Law* (January 1993); Richard A. Warshak, *The Custody Revolution: The Father Custody and the Motherhood Mystique*, (Simon and Shuster, 1992) 32–33; William Weston, "Putative Fathers' Rights to Custody: A Rocky Road at Best", 10 *Whittier L. Rev.* (1988) 683, 690

וראו עוד: *Custodial Mothers and Fathers and Their Child Support: 2009*, U.S. Census Bureau, (December 2011), 2 (שם נכתב: 17.8%), and about 1 in 6 (17.8%) were fathers, proportions which were not statistically different from 1994 לשכת המפקד של ארה"ב: <http://www.census.gov/prod/2011pubs/p60-240.pdf> . תאריך כניסה: 30 בינואר 2012.

¹⁵ השו: סעיף 33 להצעת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"א–1961 (ה"ח 456 תשכ"א, 170, י' באדר תשכ"א, 26 בפברואר 1961), שלשונו: "...אלא שילדים עד גיל 6 יהיו בידי אמם כל עוד אין סיבות מיוחדות לסטות מכלל זה; והכל כפי שיראה לבית המשפט לטובת הקטין". וראו: עו"ד שמואל מורן, *חזקת הגיל הרך*, מוגש לוועדת המשנה בנושא הילד ומשפחתו, הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה (ועדת רוטלוי), מרס 2002, עמ' 16. יש לציין כי עו"ד מורן היה חבר גם בוועדת שניט. על ועדת רוטלוי ראו אתר האינטרנט של משרד המשפטים:

<http://www.justice.gov.il/MOJHeb/HavaadLeZhuyot/AboutUs.htm> . תאריך כניסה: 31 בינואר 2012.

¹⁶ ראו אתר האינטרנט של משרד המשפטים:

<http://www.justice.gov.il/MOJHeb/Subjects/SubjectsAlpaimVesnone/vaadat+shnit.htm>



הכנסת

תחום חקיקה ומחקר משפטי

מאז הכנסת ה-15 הוגשו כמה הצעות חוק פרטיות אשר ביקשו לבטל את חזקת הגיל הרך.¹⁷ עוד לפני כן נשמעו קריאות באקדמיה ובפסיקה לשנות את החזקה. במאמר של פרופ' דן שניט משנת 1995 מצוטט מחקר שנערך בישראל ובו נטען כי לפקדי הסעד, שהם נשים ברובם, גישה סטריאוטיפית המעדיפה הענקת משמורת לאימהות גם במקרים שאין כל סיבה מקצועית ועניינית לכך, באופן שטובת הילד עשויה להיפגע.¹⁸ פרופ' שניט מציע לבטל את חזקת הגיל הרך כפרזומציה משפטית ולקבוע במקום זאת כי רק במקרים שבהם בית-המשפט מתקשה להכריע בשאלת המשמורת על ילדים שטרם מלאו להם שש שנים על-פי שיקולי טובת הילד, הם יימסרו לאם.¹⁹

בשנת 2000, בעניין ד.ל. נ' כ.ז., פקפק בית-המשפט המחוזי בתל-אביב בצדקת המשך קיומה של חזקת הגיל הרך גם כיום.²⁰ אך בערעור שהוגש לבית-המשפט העליון באותו עניין נקבע כי החזקה צריכה להישאר על כנה.²¹

אכן, אין להמעיט מן האחריות השווה של ההורים כלפי ילדיהם, המתחייבת מן השוויון בין איש לאישה וממציאות החיים במשפחה המודרנית. עם זאת, עדיין בדרך כלל הקשר בין ילדים רכים בשנים לבין אמם חזק מהקשר בינם לבין אביהם. כך עולה ממחקרים עדכניים רבים, הדנים בקשר הפסיכולוגי המיוחד שנבנה בין האם לילדיה ובנזק שעשוי להיגרם לילדים, במיוחד בגיל הרך, כתוצאה מניתוקם מן האם שטיפלה בהם מאז לידתם והעניקה להם חום ואהבה, וזאת אף במקרים שבהם לאב תפקיד משמעותי בחיי הילדים:

Even where the father has participated significantly in the child's daily care, existing evidence indicates that unless the father rather than the mother is the primary caregiving parent or the mother's care

תאריך כניסה: 1 בפברואר 2012.

¹⁷ ראו: פ/3450/15, הצעת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (תיקון – החזקת קטין), התשס"ב–2002; פ/1919/16, הצעת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (תיקון – החזקת קטין), התשס"ד–2004, של חה"כ חמי דורון ו-24 אחרים: <http://knesset.gov.il/privatelaw/data/16/1919.rtf>; פ/4116/16, הצעת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (תיקון – החזקת קטין), התשס"ו–2005 (של חה"כ חמי דורון): <http://knesset.gov.il/privatelaw/data/16/4116.rtf>; פ/2646/17, הצעת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (תיקון – ביטול חזקת הגיל הרך), התשס"ז–2007 (של חה"כ ליה שמטוב): <http://www.knesset.gov.il/privatelaw/data/17/2646.rtf>; פ/2694/17, הצעת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (תיקון – החזקת קטין), התשס"ז–2007 (של חה"כ אורי אריאל): <http://www.knesset.gov.il/privatelaw/data/17/2694.rtf>; פ/3606/18, הצעת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (תיקון – תיקון פרק ב'), התשע"ב–2011 (של חה"כ יוליה שמאלוב-ברקוביץ ואריה אלדד): <http://www.knesset.gov.il/privatelaw/data/18/3606.rtf>.

וראו עוד, פרוטוקולי ישיבות ועדות הכנסת בנושא: <http://www.knesset.gov.il/protocols/data/html/maamad/2005-11-07.html>; www.knesset.gov.il/protocols/data/rf/yeled/2008-07-01.rtf; <http://www.knesset.gov.il/protocols/data/rf/maamad/2011-11-08.rtf>.

¹⁸ Abraham Sagi, Rachel Dvir, "Value Biases of Social Workers in Custody Disputes", 15:1 *Children and Youth Services Review* (1993) 27–42; Orna Cohen & Dorit Segal-Engelchin, "Suzi and Mr. S.: Gender Role Stereotyping in Social Workers' Court Reports in Custody and Access Cases", 70:3 *Smith College Studies in Social Work* (2000) 475–500; Bilha Davidson-Arad, Orna Cohen, "Custody Recommendations of Israeli Social Workers: Child's Expected Quality of Life and Child's Preference", 1:4 *Journal of Child Custody* (2004) 9–26.

¹⁹ ראו: דן שניט, "חזקת הגיל הרך ביישוב סכסוכי משמורת ילדים: המשכיות, שינוי או ביטול", **עיוני משפט** יט(1) (תשנ"ה) 185–203.

²⁰ ראו: ע"מ (ת"א) 1125/99, 1026/99, 1006/99, ד.ל. נ' כ.ז., דינים מחוזי 2000(4) 837, פס' 22–25 (28.5.00), השופטים חיים פורת, שנתן את ההחלטה, אביגדור מישאלי וסבינה רטלוי.

²¹ ראו: רע"א 4575/00, **פלונית נגד אלמוני**, פ"ד נה (2) 321, פס' 12 (8.1.01), השופטים אליהו מצא, מישאל חשין ודליה דורנר, שנתנה את ההחלטה.



הכנסת

תחום חקיקה ומחקר משפטי

has been significantly deficient, there is greater disruption and risk of immediate and long range emotional damage for the child in separation from its mother than from its father.²²

על כן, דעתי היא, כי אף כיום אין להמעט במשקלה של חזקת הגיל הרך, הקבועה בסעיף 25 לחוק.²³

2.1. ועדת רוטלוי

ביוני 1997 מינה שר המשפטים צחי הנגבי ועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה. הוועדה מונתה בעקבות הצטרפות ישראל לאמנת האו"ם בדבר זכויות הילד (להלן: האמנה),²⁴ המעניקה לילדים מעמד כנושאי זכויות עצמאיים בחברה ובמשפחה. האמנה נכנסה לתוקף ביום 2 בספטמבר 1990. מדינות העולם, רובן ככולן, הצטרפו לאמנה.²⁵ האמנה נחתמה על-ידי ישראל ביולי 1990, אושרה באוגוסט 1991, ונכנסה לתוקף בנובמבר 1991.²⁶

בראשות הוועדה עמדה השופטת סביונה רוטלוי מבית-המשפט המחוזי בתל-אביב. הוועדה התבקשה לבחון מחדש את מכלול החקיקה הישראלית המסדירה את התייחסות החברה ורשויות המדינה לילדים, כדי להבטיח עמידה של מדינת ישראל בהתחייבויותיה על-פי האמנה. הוועדה סיימה את עבודתה בסוף שנת 2003, והיא הגישה, נוסף על הדוח הכללי,²⁷ חמישה דוחות של ועדות משנה בנושאים אלה: הקטין בהליך הפלילי, חינוך, הילד ומשפחתו, השמה חוץ-ביתית של ילדים וייצוג נפרד לילדים בהליכים

²² ראו: Ramsay Laing Klaff, "The Tender Years Doctrine: A Defense", 70:2 *California Law Review* 335–372, p. 347 (Symposium: Perspectives on Family Law, Mar., 1982). יש לציין כי המחבר מגן על חזקת הגיל הרך בעיקר מפני שאימהות הן על-פי רוב המטפל העיקרי, ולדבריו היא ניתנת לסתירה על בסיס טובת הילד ללא צורך בהוכחת חוסר כשירות של האם.

בעניין זה ראו עוד: Carol Brophy, "Child Care and the Growth of Power: The Status of mothers in Custody Disputes", in Julia Brophy & Carol Smart, *Women in Law: Explorations in law, Family and Sexuality* (Routledge & Kegan Paul, London 1985).

²³ בעניין זה ראו עוד: אהרון לוקסמבורג, "חזקת הגיל הרך בראי הפסיקה והתקופה", נבו, אוגוסט 2007.

²⁴ האמנה בדבר זכויות הילד, **כתבי אמנה** 1038, כרך 31 עמ' 221. באתר האינטרנט של משרד המשפטים:

<http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/A61B12B0-D8F6-402D-8B34-3EA3AF5B7F97/15582/CRC2.pdf>

וראו אתר האינטרנט של האו"ם: <http://www2.ohchr.org/english/law/pdf/crc.pdf>

בעניין זה ראו עוד: מרכז המחקר והמידע של הכנסת, פעולות ישראל ליישום האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות הילד, כתבה אתי וייסבלאי, 13 בדצמבר 2010: <http://www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m02734.pdf>; State of Israel, Ministry of Justice and Ministry of Foreign Affairs, Second Periodic Report Concerning the Implementation of the Convention on the Rights of the Child, 2010, באתר האינטרנט של האו"ם:

<http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-ISR-2.pdf> תאריך כניסה: 1 בפברואר 2012.

²⁵ ראו אתר האינטרנט של האו"ם:

http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtldsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en

תאריך כניסה: 1 בפברואר 2012.

²⁶ ראו אתר האינטרנט של משרד המשפטים: <http://www.justice.gov.il/MOJHeb/HavaadLeZhuyot/Amana.htm>

וראו עוד: פ/2281/16, הצעת חוק האמנה בדבר זכויות הילד, התשס"ד–2004 (של חה"כ רוחמה אברהם):

<http://www.knesset.gov.il/privatelaw/data/16/2281.rtf> תאריך כניסה: 1 בפברואר 2012.

²⁷ ראו אתר האינטרנט של משרד המשפטים: <http://www.justice.gov.il/MOJHeb/HavaadLeZhuyot/DochKliali>

תאריך כניסה: 1 בפברואר 2012.



אזרחיים. דוח ועדת המשנה בנושא הילד ומשפחתו, בראשות עו"ד תמר מורג, הוגש בפברואר 2003. בדוח נבחנה, בין היתר, סוגיית חזקת הגיל הרך.²⁸

הוועדה לא נקטה עמדה בנושא, אך הציגה טיעונים בעד ונגד החזקה.²⁹ להלן **הטיעונים המרכזיים התומכים בביטול החזקה:**

1. חזקת הגיל הרך פוגעת בזכותם של ילדים לקשר משמעותי עם אביהם;
 2. היא מפריעה לבתי-המשפט להחליט החלטות המותאמות לכל ילדה וילד באופן אינדיבידואלי;
 3. לחזקת הגיל הרך השלכה על קביעת המשמורת של אחים בוגרים יותר, גם לאחר שהילדים כבר אינם בגיל הרך;
 4. חזקת הגיל הרך פוגעת בעקרון ההסכמה בין ההורים ומשפיעה גם על גיבושם של הסכמים בין הורים, בודעם כי זוהי ברירת המחדל של בתי-המשפט;
 5. החזקה אינה מאפשרת התפתחות המשפט והתאמתו לשינויים החברתיים בתפיסת האבהות;
 6. היא מבטאת נורמה חברתית מגדרית, ולפיה האחריות המרכזית לגידול הילדים מוטלת על האם;
 7. חזקת הגיל הרך מגבילה את היכולת של אבות להשתתף במידה רבה יותר בגידול ילדיהם לאחר הגירוש;
 8. היא עשויה ללבות התדיינות משפטית ולעורר הקצנה בטיעוני אבות המבקשים לסתור את החזקה, עקב הקביעה כי רק מסיבות מיוחדות יש לסטות ממנה.
- הטעמים בעד קיומה של חזקה ממקדים את טענותיהם בטרונותיה, כמפורט להלן; חלקם תומכים בהחלפת חזקת הגיל הרך בחזקה שלפיה המשמורת תינתן להורה שהוא המטפל העיקרי, ואחרים טוענים בעד השארתה של חזקת הגיל הרך על כנה.

הטיעונים המרכזיים בעד קביעתה של החזקה:

1. ביטול חזקת הגיל הרך יביא להגברת ההתדיינות המשפטית בין הורים, אשר יש בה כדי לגרום לנזק ממשי לילדים;
2. אם שני ההורים הם הורים כשירים, אין בידי מומחים מתחום מדעי ההתנהגות כלים המאפשרים לקבוע מי מהם עדיף כמשמורן;
3. החזקה יוצרת אחידות משפטית ושוויון רב יותר בין ילדים שונים.

²⁸ ראו: הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה, דוח ועדת המשנה בנושא הילד ומשפחתו, חלק שלישי, סעיף 5.1, עמ' 224-228. באתר האינטרנט של משרד המשפטים: <http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/6CB85B58-07BF-496E-A073-2CC87F9C67D4/0/HayeledVeamishpaha.pdf>. וראו עוד:

<http://www.justice.gov.il/MOJHeb/HavaadLeZhuyot/HayeledVemishpato>. תאריך כניסה: 1 בפברואר 2012.

²⁹ בענין זה ראו עוד: דניאל גוטליב, "חזקת הגיל הרך: חזקה או חלשה? רטרופקט או רקוויאום?", **רפואה ומשפט** 38, יוני 2008, באתר האינטרנט של האגודה לרפואה ולמשפט: <http://www.ismal.co.il/imgs/uploads/refua-umishpat-38-157.pdf>. תאריך כניסה: 1 בפברואר 2012.



2.2. ועדת שניט

במרס 2005 מינתה שרת המשפטים דאז ציפי לבני **ועדה ציבורית לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושים** (להלן: הוועדה). בראש הוועדה עמד פרופ' דן שניט, וחבריה היו שופטת בית-המשפט לענייני משפחה ברמת-גן חנה רוטשילד; הדיין הרב אברהם שרמן, דיין בית-הדין הרבני הגדול; עו"ד איאד זחאלקה, מנהל בתי-הדין השרעיים, ושמונה חברים נוספים מן האקדמיה, מן הפרקטיקה ומארגונים אזרחיים בתחומי המשפט והפסיכולוגיה.

הוועדה התבקשה לבחון את הכללים הקיימים לחלוקת האחריות ההורית ולשיתוף ההורי בתקופת הגירושים ולאחריה, כפי שהם קבועים בחוק וכפי שהם מיושמים בבתי-המשפט לענייני משפחה ובבתי-הדין הדתיים. **בפרט התבקשה הוועדה ליתן המלצותיה לעניין הצידוק להמשך תחולתה של חזקת הגיל הרך**. כמו כן, התבקשה הוועדה להציע דרכים לשכלול הכללים העומדים לרשות בתי-המשפט ובתי-הדין הדתיים לשם קביעת טובת הילד בהסדרי משמורת וקשר, ולקידום מימושם ולאכיפתם של הסדרים אלה. הקמת הוועדה נועדה להשלים את הסדרת נושא האחריות ההורית, אשר לא נכללה בדוח ועדת רוטלוי, **ברוח אמנת האו"ם בדבר זכויות הילד ועקרון טובת הילד** הקבוע בסעיף 3 לאמנה.³⁰

הסוגיות המרכזיות שהוועדה העמידה במוקד דיוניה:

- התפיסה המשפטית הייחודית של מדינת ישראל נוכח הדין האישי הנוהג בענייני גירושים, והשפעתה על חלוקת האחריות ההורית לאחר גירושים;
- השפעת רוח האמנה על המשך תחולתה של חזקת הגיל הרך;
- כינון הסדר משפטי ראוי שיוביל ליישום מושג האחריות ההורית על-פי עקרון טובת הילד.

באפריל 2008 הגישה הוועדה לשר המשפטים דניאל פרידמן דוח ביניים ובו המלצותיה בכל הנוגע לחלק הראשון של כתב המינוי – ההסדרה המשפטית של הקשרים בין הורים ובין ילדיהם – כדי לאפשר קבלתן של תגובות מהציבור לטיוטת הצעת החוק הכלולה בדוח.³¹ בספטמבר 2011 פרסמה הוועדה דוח סופי,³² ובדצמבר 2011 השלימה הוועדה את עבודתה והגישה את המלצותיה לשר המשפטים יעקב נאמן.³³ מעבר לשינויים שנעשו בטיוטת הצעת החוק, לנוכח התגובות שהתקבלו לאחר פרסום דוח הביניים, הדוח

³⁰ ראו סעיף 3, **כתבי אמנה** 1038, כרך 31, 221, 224 (לעיל הערה 24), שלשונו:

1. בכל הפעולות הנוגעות לילדים, בין אם ננקטות בידי מוסדות רווחה סוציאלית ציבוריים או פרטיים ובין בידי בתי משפט, רשויות מנהל או גופים תחקיקתיים, תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה.
2. המדינת החברות מקבלות על עצמן להבטיח לילד הגנה וטיפול ככל שיידרש לטובתו, תוך התייחסות לזכויות וחובות הוריו, אפטרופסים חוקיים או אישיים אחרים האחראיים משפטית לו או לה, ולשם כך ינקטו צעדים מתאימים, תחקיקתיים ומנהליים.
3. המדינות החברות יבטיחו כי מוסדות ושירותים האחראיים לטיפול או הגנה על ילדים, וכיוצא באלה מיתקנים, יעמדו בתקנים הנקבעים בידי הרשויות המוסמכות, בפרט בתחום הבטיחות, הבריאות, מספר עובדיהם וכשירותם, והפיקוח הנאות.

³¹ ראו אתר האינטרנט של משרד המשפטים: <http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/F8171E9C-03DE-4FF5-9439-13AEC429BD2E/10149/dochShnit3.pdf>. תאריך כניסה: 1 בפברואר 2012.

³² ראו אתר האינטרנט של משרד המשפטים: <http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/5772B626-A9B5-4E1E-B270-41D1BA9195FB/33182/DochSofi.pdf>. תאריך כניסה: 1 בפברואר 2012.

³³ ראו אתר האינטרנט של משרד המשפטים: <http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/5772B626-A9B5-4E1E-B270-41D1BA9195FB/33183/HaslamatAv.pdf>. תאריך כניסה: 1 בפברואר 2012.

בעניין פיצול הדוחות ומשמעותם, ראו: גילי כהן, "ועדת שניט לא הצליחה להכריע בוויכוח על חזקת ילדים", **הארץ**, 13.09.2011: <http://www.haaretz.co.il/news/law/1.1471664>. תאריך כניסה: 1 בפברואר 2012.



הסופי עוסק בעיקר בחלק השני של תפקיד הוועדה על-פי כתב המינוי – גיבוש כלים לקביעת טובת הילד בהסדרי משמורת וקשר הורי.

2.2.1. דוח הביניים

בדוח הביניים הציגה ועדת שניט, על דעת רוב חבריה, לשנות את ההסדר החוקי הקיים, המבוסס על מושג האפטרופסות, ולבסס את האחריות ההורית על חובת ההורים להבטיח את זכויות ילדיהם.³⁴ הוועדה גם המליצה **לבטל את חזקת הגיל הרך** ולחתור לגיבושה של נוסחה מאוזנת, אשר תיתן אפשרות שווה לשני ההורים לממש את אחריותם ההורית באופן מלא, כדי להבטיח את טובת הילד. עמדה זו מנוגדת לתפיסה הקיימת כי טובת הילד מחייבת הימצאותו במשמורת של אחד ההורים, ועל אחד מבני-הזוג לוותר באופן מלא או חלקי על המשמורת הפיזית של הילדים ולהסתפק בהסדרי קשר וראייה עמו – הסדר שבו ההורה המשמורן יכול לקבוע במידה רבה את אופן מימוש זכויות הילד לקשר עם ההורה האחר.

זאת ועוד, כאמור לעיל, המציאות מוכיחה כי ברוב המקרים כאשר אחד הילדים הוא בגיל הרך, כל הילדים שוהים במשמורת האם, כדי שלא להפריד ביניהם. גם כאשר הילדים גדלים הם נותרים בדרך כלל עם האם, כדי שלא לפגוע בהם בעצם שינוי ההסדר שהתרגלו אליו. הוועדה קבעה כי מצב דברים זה אינו מתיישב עם תפיסת האחריות ההורית שבסעיף 18 לאמנה, ולפיה לשני ההורים יש אחריות משותפת לגידול הילד ולהתפתחותו.

השפעה נוספת של חזקת הגיל הרך היא ליבוי מאבקים בין ההורים, שכן כל אחד מהם נדרש להוכיח את התאמתו שלו ואת אי-התאמתו של ההורה האחר לתפקיד המשמורן. מאבקים אלה עשויים לגרום לפגיעה בילד ולהביא לתופעות קשות כגון ניכור הורי, חטיפת ילדים ואף אלימות במשפחה. כמו כן, לקיומו של קשר סדיר וישיר בין הילד לשני הוריו חשיבות רבה בהתפתחותו התקינה של הילד, ומכאן שחזקת הגיל הרך אינה עולה תמיד בקנה אחד עם עקרון טובת הילד המעוגן בסעיף 3 לאמנה.

במהלך דיוניה שמעה הוועדה עמדות נוספות, כמוצג להלן:

- המרכז לקידום מעמד האשה על שם רות ועמנואל רקמן באוניברסיטת בר-אילן סבור שיש להותיר את חזקת הגיל הרך על כנה, על רקע החלשתן המשפטית, הכלכלית והרגשית של נשים בסיטואציה של גירוש, וכדי שלא לגרום לריבוי התדינויות משפטיות ולפגיעה בילדים;
- ועדת החקיקה לנושא מעמד האשה של לשכת עורכי-הדין טענה כי יש להותיר את חזקת הגיל הרך על כנה עבור ילדים עד גיל שלוש, ומגיל שלוש ומעלה יש לקבוע שאימהות הן על-פי רוב המטפל העיקרי של הילד – כחזקה עובדתית, ולא כחזקה משפטית, המשקפת את המצב הראוי;
- המועצה הלאומית לשלום הילד טענה כי מסיבות פרקטיות של יציבות וודאות, ומאחר שגם אם תבוטל החזקה האם תהיה המשמורנית ברובם המוחלט של המקרים, נכון להשאיר את החזקה על כנה ולמנוע מבני-משפחה שאינם ההורים לדרוש מעמד בקשר לילד;
- ארגוני אבות הציגו עמדה התומכת בביטול החזקה;

³⁴ בענין זה ראו עוד: הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה, דוח ועדת המשנה בנושא הילד ומשפחתו (לעיל הערה 28), חלק ראשון.



• ארגוני נשים תמכו בקיום החזקה לנוכח היתרון שהמשפט הישראלי מקנה לגברים בגירושם, ומחשש לפגיעה בנשים משכבות סוציו-אקונומיות נמוכות אשר יפסידו את דמי המזונות ואף יימנעו מלצאת לעבודה כדי שלא ייפגע מעמדן כמטפל העיקרי;

• סבים וסבתות קראו להסדיר בחוק את מעמדם בנוגע לקשר עם נכדיהם, בדומה לחיובם במזונות נכדיהם;³⁵

הוועדה גם בחנה ספרות מקצועית בנושא האחריות ההורית ומרכיביה והשפעת הקשר עם שני ההורים על התפתחות הילד. חברי הוועדה פרופ' אבי שגיא-שורץ וד"ר תרצה יואלס קבעו כי חזקת הגיל הרך מבוססת על דוקטרינה פסיכולוגית מיושנת, אשר איננה נתמכת במחקר כלל ועיקר.

בין היתר, המליצה הוועדה:³⁶

- לפרט בחוק את המרכיבים של טובת הילד;³⁷
- לא לאפשר להורים להסכים ביניהם לפטור אחד מהם מאחריותו ההורית או להגבילה;³⁸
- לעגן בחוק במפורש את זכות הילד לשמירת קשר ישיר עם שני הוריו;³⁹
- לכלול בחוק את זכותו של הילד לקשר משפחתי עם אחיו ואחיותיו ועם הורי-הוריו;
- לעודד הסכמות ושיתוף פעולה בין ההורים;⁴⁰
- לבטל את חזקת הגיל הרך, לקבוע במקומה קווים מנחים לקביעת טובת הילד על-ידי בית המשפט ולהשתמש בפרמטר של המטפל העיקרי בילד כנתון מכריע במקרים של שוויון בין ההורים בשאר הפרמטרים של הורות;⁴¹
- להסדיר את שיקולי בית-המשפט בעניין העתקת מגורים של ההורה המשמורן;⁴²
- לתת כלים בידי בית-המשפט לאכיפת האחריות ההורית ולקבוע את הפרתה כעוולה בנוזקין.⁴³

בדוח הוועדה מובאת דעת מיעוט של ד"ר דפנה הקר,⁴⁴ עו"ד גלית סנה-לוריה ועו"ד גלי עציון, המתנגדות לביטול החזקה. לטענתן, ביטול החזקה יפגע בפועל בשוויון המהותי בין גברים לנשים בהתחשב במצב

³⁵ ראו: חוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), תשי"ט-1959, סעיפים 4-5; סעיפים אלו מחייבים סבים במזונות נכדיהם כאשר הנכד נצרך לכך והם בעלי יכולת כלכלית מספקת. בעניין זה ראו עוד: ישראל דורון וגליה לינצ'יץ, "זכות העמידה של סבים וסבתות לקשר עם נכדיהם", **משפחה במשפט** ב (תשס"ט) 147-205, באתר האינטרנט של מכללת "שערי משפט":

<http://www.mishpat.ac.il/files/650/2911/2927/2928.pdf>; מרכז המחקר והמידע של הכנסת, **זכות הילד לקשר עם סבו וסבתו**, כתבה אתי וייסבלאי, 19 בפברואר 2007: <http://www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m02542.pdf>.

³⁶ המלצות נוספות היו להפריד בחקיקה בין תחום מעמדו של הילד וזכויותיו ובין תחום ההגנה על פסולי דין והאפוסטרופות עליהם, ולבטל את חובת הילד לציית להוריו ולהחליפה בחובת כיבוד ומשמעת בכל עניין הנוגע לאחריות ההורים.

³⁷ סעיף 3 לטיטוט הצעת החוק של הוועדה.

³⁸ סעיף 6, שם.

³⁹ סעיף 9(ב)(7), שם.

⁴⁰ סעיף 5 ו-8, שם. הצעת החוק אף כוללת טופס מפורט שעל-פיו יוכלו ההורים, באישור בית המשפט, לחלק ביניהם את אופן מימוש אחריותם ההורית.

⁴¹ סעיף 9(ב)(6), שם.

⁴² סעיף 10, שם.



החברתי בישראל וייחודיות דיני הגירוש במשפט הישראלי, יוביל לריבוי התדיינויות, ויפגע בילדים כלכלית ונפשית. לדעתו, ראוי שהחוק ייתן עדיפות לאם כמטפלת העיקרית, כיוון שבמציאות הישראלית זהו המצב בפועל ברובם המקרים.⁴⁵

דעת מיעוט נוספת המובאת בדוח היא מטעמו של עו"ד איאד זחאלקה, מנהל בתי-הדין השרעיים, המתנגד לביטול החזקה ומבקש לאפשר לבתי-הדין השרעיים לעשות שימוש בחזקות נוספות הקיימות בדין השרעי, ולא לכפות עליהם לסטות מן הדין הדתי.⁴⁶

2.2.2. הדוח הסופי

כאמור, הדוח הסופי עוסק בעיקר בכלים העומדים לרשות בית-המשפט לשם קביעת טובת הילד מן הצד המקצועי, כגון חוות דעת של עובדים סוציאליים, הסתייעות באנשי מקצוע בתחום התפתחות הילד ובריאותו הנפשית ומינוי מומחים על-ידי בית המשפט. בדוח הסופי הוכנסו כמה תיקונים קלים לטיוטת הצעת החוק של הוועדה ולטיוטת הטופס להסכמת ההורות שבתוספת. השינוי המהותי העיקרי הוא השמטת סעיף 12 להצעה, הקובע את הפרת האחריות ההורית כעוולה בנזיקין. גם בסעיף 9 להצעה, המבטל את חזקת הגיל הרך, אין שינוי של ממש, מעבר להוספת הבטחת היציבות בחייו של הילד כשיקול שעל בית-המשפט להביא בחשבון בקביעת הסדר הורות על-פי טובת הילד.

2.3. השלמת עבודת הוועדה

לאחר השלמת השלב השני של עבודת הוועדה כאמור, עדיין נותרו חילוקי דעות בין חברי הוועדה, והיא **לא הצליחה להגיע להסכמה מלאה בסוגיית ביטול חזקת הגיל הרך וקביעת הסדרי הורות על-ידי בית המשפט** שבסעיף 9 לטיוטת הצעת החוק של הוועדה. משום כך חידש שר המשפטים, ב-6 באוקטובר 2011, את מינוי הוועדה לתקופה נוספת של שלושה חודשים, כדי שבמהלכם תנסה הוועדה להגיע להסכמה מרבית ולגבש המלצות סופיות.

במסגרת זו תוקן סעיף 9 לטיוטת הצעת החוק של הוועדה, ונוספו לו שני תת-סעיפים. תת-הסעיף הראשון קובע כי במקרים שבהם בית-המשפט אינו מצליח להכריע על-פי השיקולים המנחים שבחלקו הראשון של הסעיף, כלומר במצב של שוויון בין שני ההורים בכל הפרמטרים של הורות, ייתן בית-המשפט משקל מכריע לשיקולי שמירת היציבות בחייו של הילד ולאופן ולמידה שבהם הוא טופל על-ידי כל אחד מהוריו במהלך חייו עד למתן ההחלטה – כל זאת בלי שהדבר יפגע בשיקול של שמירת הקשר של הילד עם שני הוריו, תוך עידודם לשיתוף פעולה ביניהם ותוך שמירה על עקרון טובת הילד כעיקרון-העל.

מלבד קביעת היתרון להורה שהיה המטפל העיקרי של הילד במצבים של שוויון כאמור, נוסף להצעה גם תת-סעיף המבהיר כי אחריות הורית משותפת אין משמעותה בהכרח זמן מגורים שווה של הילד עם כל אחד מהוריו.

⁴⁴ יש לציין כי ד"ר דפנה הקר התפטרה מחברותה בוועדה על רקע חילוקי הדעות בה. בעניין זה ראו: גילי כהן, "ועדת שניט לא הצליחה להכריע בוויכוח על חזקת ילדים", **הארץ**, 13.09.2011, <http://www.haaretz.co.il/news/law/1.1471664>. תאריך כניסה: 7 בפברואר 2012.

⁴⁵ ראו: עמ' 62–61 לדוח הביניים (לעיל, הערה 31), על קיומן של דעות חלוקות בעניין זה.

⁴⁶ בעניין זה ראו עוד: מוסה אבו רמדאן, "התפתחויות אחרונות באחזקת ילדים בבתי-הדין השרעיים", **משפחה במשפט ב** (תשס"ט) 69–105.



אך למרות המאמצים, הניסיון להגיע להסכמה המקובלת על רוב מוצק של חברי הוועדה כשל.⁴⁷ ד"ר דפנה הקר התפטרה מחברותה בוועדה, וכמו כן נותרה על כנה דעת המיעוט של עו"ד איאד זחאלקה. להמלצות הסופיות אף צורפו חוות דעת החולקות על השינויים המוצעים מכיוונים שונים. לדעת עו"ד גלי עציון לא די בתיקונים המוצעים, ובשלב זה יש להותיר את המצב הקיים על כנו.⁴⁸ לדעת ד"ר תרצה יואלס, פרופ' אבי שגיא וד"ר פרץ סגל, ההוספות האמורות מיותרות והן יפגעו בעיקרון של האחריות ההורית המשותפת.

3. סקירה משווה

בפרק זה נסקור בקצרה את ההסדרים החוקיים בנושא משמורת ילדים בכמה מדינות בעולם, בדגש על קיומה או היעדרה של חזקת הגיל הרך או חזקה דומה. המדינות שנסקרו הן אוסטרליה, ארצות-הברית, בריטניה, דנמרק, ניו-זילנד, ספרד וקנדה.⁴⁹

3.1 אוסטרליה

אין בחוק האוסטרלי חזקה המעדיפה את משמורת האם. בשנת 2006 אף נחקק באוסטרליה ה-Family Law Amendment (Shared Parental Responsibility) Act,⁵⁰ שבא לתקן את ה-Family Law Act 1975 (להלן בפרק זה: החוק),⁵¹ ונקבעה בו חזקה של אחריות הורית משותפת. נקבע כי טובת הילד

⁴⁷ ראו אתר האינטרנט של משרד המשפטים : <http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/5772B626-A9B5-4E1E-B270-41D1BA9195FB/33179/8.pdf>. תאריך כניסה : 7 בפברואר 2012.

⁴⁸ עו"ד עציון מסתמכת בדבריה, בין היתר, על מחקרים חדשים שמהם עולה כי חלוקת לינה בין שני בתים בגילאים הצעירים פוגעת בבניית ההתקשרות והביטחון של הילד, כי ניתן ליצור קשר משמעותי עם ההורה האחר גם ללא לינה וכי לאימהות יש יכולת רבה יותר להיות הורה מיטיב ומכיל לילדים בגיל הרך מאשר לאבות. ראו : 49:3 *Family Court Review*, July 2011.

⁴⁹ עוד לגבי המדינות בלגיה, גרמניה, דנמרק, הולנד, צרפת ושבדיה ראו : דוח הביניים של ועדת שניט (לעיל הערה 31), עמ' 15-12. מהדוח עולה כי גם במדינות אלה לא קיימת חזקת הגיל הרך. ראו עוד : 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 ; [http://meshulav.biu.ac.il/staff/bugush/bestinterestschild\(1\).pdf](http://meshulav.biu.ac.il/staff/bugush/bestinterestschild(1).pdf) ; אוניברסיטת בר-אילן ; Martin Kornel, "Parental Custody Disputes: Criteria Used by the Courts in Central Europe", July 2009 באתר האינטרנט של (SSRN) Social Science Research network :

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1520564. תאריך כניסה : 7 בפברואר 2012.

⁵⁰ ראו אתר האינטרנט של ממשלת אוסטרליה : <http://www.comlaw.gov.au/Details/C2006A00046/Html/Text> . תאריך כניסה : 5 בפברואר 2012.

⁵¹ ראו אתר האינטרנט של ממשלת אוסטרליה : http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/fla1975114/ . תאריך כניסה : 5 בפברואר 2012.



(Best Interests of the Child) היא השיקול העליון בהחלטות הנוגעות אליו.⁵² השיקולים העיקריים בבחינת טובת הילד הם:⁵³

- התועלת שיש לילד מקשר משמעותי עם כל אחד מהוריו ;
- הגנה על הילד מפני נזק פיזי או פסיכולוגי בשל התעללות, הזנחה או אלימות במשפחה ;
- רצונותיו של הילד ומשקלם לנוכח מידת הבגרות שלו ;
- אופי הקשר של הילד עם כל אחד מהוריו ועם אחרים (כולל סבים או קרובים אחרים) ;
- המוכנות והיכולת של כל אחד מההורים לאפשר ולעודד קשר קרוב ורצוף בין הילד להורה האחר ;
- ההשפעה של שינויים על הילד, כולל ניתוק מכל אחד מהוריו או מכל ילד או אדם אחר (כולל סבים או קרובים אחרים) שהתגורר עמם ;
- 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 ;
- הבגרות, המין, אורח החיים והרקע של הילד ושל כל אחד מהוריו וכל מאפיין רלוונטי אחר;⁵⁴
- ההתייחסות כל אחד מההורים לילד ולחובות ההוריות.

החוק קובע כי בעת מתן צו הורות, על בית-המשפט להפעיל חזקה כי טובת הילד היא ששני הוריו יישאו באחריות הורית משותפת כלפיו. חזקה זו נוגעת לאחריות ההורים, ולא דוקא לזמן שבו ישהה הילד עם כל אחד מהם.⁵⁵ לגבי עניין זה, על בית-המשפט לשקול בנפרד אם חלוקת המשמורת והשהייה באופן שווה היא אכן לטובת הילד ואם הדבר אפשרי באופן סביר, ורק אז לצוות על כך. אם אי-אפשר לקבוע חלוקה שווה במשמורת ובשהייה, יבחן בית-המשפט את האפשרות לקבוע שהילד ישהה עם ההורה האחר פרק זמן משמעותי (substantial and significant time).⁵⁶

3.2. ארה"ב

בכל 50 המדינות בארה"ב, וכן במחוז קולומביה, יש חוק המסדיר את קביעת המשמורת על ילדים על-ידי בית-המשפט בעת גירושים או פירוד. בחוקיהן של רוב המדינות של ארה"ב יש התייחסות לאפשרות כלשהי של שיתוף במשמורת, והם מייצגים מגוון רחב של דעות בנוגע לחיוב או לשלילה שבמשמורת משותפת. בחלק מן המדינות יש חזקה או העדפה של משמורת משותפת הן לגבי זוגות מתגרשים והן לגבי

⁵² סעיף 60CA לחוק.

⁵³ סעיף 60CC, שם.

⁵⁴ ראו: פרק 3.3 להלן, וכן: *Gronow v. Gronow*, 144 Commowelath Law reports 513, 528 (1979).

⁵⁵ סעיף 61DA, לחוק. וראו עוד: סעיף 61C, שם.

⁵⁶ סעיף 65DAA, שם.



זוגות לא נשואים, בחלקן יש חזקה או העדפה כאמור רק לגבי זוגות מתגרשים, ובחלקן אין חזקה או העדפה כאלה כלל.⁵⁷

מאז שנות ה-70 של המאה ה-20 בוטלה חזקת הגיל הרך ברוב מדינותיה של ארה"ב.⁵⁸ כאמור, בחלק מן המדינות אף מצויה החזקה או ההעדפה הסותרת, של משמורת משותפת. בחוקיהן של המדינות המנויות להלן אף 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), ג'ורג'יה, דלוור, ויומינג, וירג'יניה (לגבי זוגות נשואים), מיזורי, מיין, מרילנד, ניו-ג'רזי, ניו-יורק, צפון דקוטה, צפון קרוליינה,⁵⁹ קולרדו, קונטיקט, קליפורניה וקנטקי.⁶⁰

אומנם בכמה מדינות עדיין יש חזקה המעדיפה את האם, אך רק כאשר היא איננה נשואה: אוהיו, אינדיאנה, ארקנסו, דרום-דקוטה,⁶¹ וירג'יניה, טנסי, מסצ'וסטס ונברסקה.⁶² בחלק ממדינות אלה החזקה האמורה קיימת לצד חזקה או העדפה של משמורת משותפת לגבי זוגות שהיו נשואים.

3.3. בריטניה

כאמור, חזקת הגיל הרך התפתחה במקור בבריטניה. אך כיום אין בבריטניה חזקה המעדיפה אימהות על פני אבות. סעיף 1 ל-Children Act 1989 (להלן בפרק זה: החוק)⁶³ 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).⁶⁴ בבחינת טובת הילד, בית-המשפט מביא בחשבון את השיקולים שלהלן:⁶⁵

- רצונותיו ורגשותיו של הילד (בהתאם לגילו ולהבנתו);

⁵⁷ 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 האנטרנט של אוניברסיטת מערב ניו-אנגלנד, <http://assets.wne.edu/170/familylaw.pdf>. תאריך כניסה: 2 בפברואר 2012. במאמר יש נספח המציג בקצרה את החוקים והפסיקה הרלוונטיים של כל המדינות בארה"ב. וראו עוד: הערה 10 והערה 13 לעיל.

⁵⁸ ראו: עמ' 604–605, שם.

⁵⁹ וראו: עמ' 652, שם; וכן: *Greer v. Greer*, 624 S.E.2d 423, 428–29 (N.C. Ct. App. 2006).

⁶⁰ ראו: נספח, שם. וראו עוד: §402, Uniform Marriage and Divorce Act, ודברי ההסבר שם, באתר האינטרנט של National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (NCCUSL):

<http://www.nccusl.org/Act.aspx?title=Model%20Marriage%20and%20Divorce%20Act>;

כמו כן ראו: §201, Uniform Child Custody Jurisdiction and Enforcement Act (1997), והערה 2 בדברי ההסבר שם, באתר האינטרנט של אוניברסיטת פנסילבניה:

<http://www.law.upenn.edu/bll/archives/ulc/uccjea/final1997act.htm>. תאריך כניסה: 5 בפברואר 2012.

⁶¹ בעניין זה ראו: Cuadra (לעיל, הערה 57), עמ' 656.

⁶² וראו עוד: עמ' 654, שם, לגבי מדינת אורגון.

⁶³ ראו אתר האינטרנט של ממשלת בריטניה: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41/contents>. תאריך כניסה: 5 בפברואר 2012.

⁶⁴ בעניין זה ראו: סעיף 11(4) 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. תאריך כניסה: 6 בפברואר 2012. הפסיקה אף קבעה כי היעדרם של יחסים הרמוניים בין ההורים איננה סיבה למנוע משמורת משותפת, כבעבר, וראו שם.

⁶⁵ סעיף 1(3), שם.



- צרכיו הפיזיים, הרגשיים והחינוכיים ;
- השפעתם הצפויה של שינויים עליו ;
- גילו, מינו, רקעו וכל תכונה רלוונטית אחרת ;
- נזק שנגרם לו או עשוי להיגרם לו ;
- המסוגלות של הנוגעים בדבר לספק את צרכיו.

אם אביו ואמו של הילד היו נשואים בעת לידתו, יש לשניהם אחריות הורית כלפיו.⁶⁶ אם ההורים לא היו נשואים בעת לידתו, לאם לבדה יש אחריות הורית כלפיו, עד שאביו ימלא אחר הוראות החוק בדבר קבלת האחריות ההורית.⁶⁷

למרות היעדרה של חזקה המעדיפה אימהות על אבות כבעבר, החוק מאפשר לשקול גם את גילו ואת מינו של הילד בהחלטה על המשמורת. בהתאם לכך, **בית הורדים הכיר בלגיטימיות של הקביעה כי עדיף לילדים רכים להיות עם אמם, אך זאת רק כשיקול אחד בכלל שיקולי טובת הילד, ולא כחזקה או עיקרון:**⁶⁸

To determine what is in the best interests of a very young child regard must necessarily be had to its relationship with the mother with whom it is living. To suggest that any recognition of the normal mother's natural ability to look after a very young child amounts to sexual discrimination is absurd. Nature has endowed men and women with very different attributes and it so happens that mothers are generally better fitted than fathers to provide for the needs of very young children. This is no more discriminatory than the fact that only women can give birth. ...

To summarise, the advantage to a very child of being with its mother is a consideration which must be taken into account in deciding where lie its best interests in custody proceedings in which the mother is involved. It is neither a presumption nor a principle but rather recognition of a widely held belief based on practical experience and the workings of nature. Its importance will vary according to the age of the child and to the other circumstances of each individual case such as whether the child has been living with or apart from the mother and whether she is or is not capable of providing proper care. Circumstances may be such that it has no importance at all. Furthermore it will

⁶⁶ סעיף 1(2), שם.

⁶⁷ סעיף 2(2), שם, וראו: סעיף 4, שם.

⁶⁸ ראו: *Brixey v Lynas* [1996] 2 FLR 499, 504–505. וראו עוד: החלטת בית המשפט של הונג קונג, FCMP 10 /2010 (19 may 2011). וכן: אהרון לוקסמבורג, "חזקת הגיל הרך בראי הפסיקה והתקופה", **נבו**, אוגוסט 2007, עמ' 37–38.



always yield to other competing advantages which more effectively promote the welfare of the child. However, where a very young child has been with its mother since birth and there is no criticism of her ability to care for the child only the strongest competing advantages are likely to prevail.

3.4. דנמרק

בדנמרק אין חזקה המעדיפה את משמורת האם. בשנת 2007 אף נחקק בדנמרק ה- Parental Responsibility Act (להלן בפרק זה: החוק),⁶⁹ אשר קבע **משמורת משותפת כברירת מחדל** במקרים שבהם ההורים לא הגיעו להסכמה אחרת. קביעה משנה את המצב המשפטי הקודם, אשר על-פיה המשמורת בדרך כלל ניתנה לאם. החוק נחקק על-פי המלצת ועדה של 14 חברים, ובהם, מלבד אנשי משפט, סוציולוג ונציגי ארגונים לזכויות אבות, לזכויות ילדים ולזכויות נשים. באותה שנה גם נקבע בחוק כי עניינים של פירוד, גירושים ואחריות הורית יטופלו על-ידי הרשות המחוזית,⁷⁰ ורק במקרים שבהם היא איננה מצליחה להגיע לפתרון, הדבר יובא להכרעת בית-המשפט.⁷¹

החוק קובע כי החלטות המתקבלות על-פיו יתבססו על טובת הילד (Child's Best Interests).⁷² כמו כן הוא קובע כי בכל עניין הנוגע לילד יש לשקול את דעותיו, בהתאם לגילו ולמידת הבגרות שלו.⁷³ ילד מעל גיל 10 אף יכול ליזום בעצמו דיון במשמורת עליו, במגוריו ובהסדרי הקשר שלו עם הוריו, ולקבל לשם כך ייעוץ מקצועי.⁷⁴

בנוגע למשמורת החוק קובע כלהלן:

- אם הורי הילד נשואים בעת לידתו או נישאו לאחר מכן, תהיה להם משמורת משותפת על הילד.⁷⁵
- משמורת משותפת תינתן גם כאשר הורי הילד היו נשואים בעשרת החודשים שלפני לידתו.⁷⁶
- אם ההורים פרודים בעת לידתו של הילד, תינתן משמורת בלעדית לאם, אלא אם כן התקיים אחד מאלה:⁷⁷

⁶⁹ ראו: 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. תאריך כניסה: 16 במאי 2012.

⁷⁰ דנמרק מחולקת לחמישה מחוזות. להסבר על הרשויות המחוזיות בדנמרק ראו: The Regional State Administration, באתר האינטרנט של ממשלת דנמרק: <http://statsforvaltning.dk/site.aspx?p=6410>. תאריך כניסה: 16 במאי 2012.

⁷¹ על ההיסטוריה החקיקתית בעניין זה בדנמרק ראו: C.G. Jeppesen de Boer, *Joint Parental Authority, Intersentia*, 2008, חיבור לשם קבלת תואר דוקטור באוניברסיטת יוטרקט, באתר האינטרנט של אוניברסיטת יוטרקט: <http://igitur.archive.library.uu.nl/dissertations/2008-0526-200535/jeppesendeboer.pdf>. תאריך כניסה: 16 במאי 2012.

⁷² סעיף 4 לחוק.

⁷³ סעיפים 5, 34 שם.

⁷⁴ סעיף 35, שם.

⁷⁵ סעיף 6(1), שם.

⁷⁶ סעיף 6(3), שם.



○ הבעל הוכר כאבי הילד או שאבהותו נקבעה בצו של בית-משפט.

○ ההורים הגישו הצהרה הדדית המעידה על רצונם בכך.⁷⁸

ההורים רשאים להסכים ביניהם על משמורת משותפת או בלעדית,⁷⁹ ולהודיע על הסכמתם לרשות המחוזית.⁸⁰ אם אין הסכמה בין ההורים יכריע בכך בית המשפט. הנחת היסוד של החוק היא כי לילד יש הזכות להורות של שני הוריו, וכי להורים אחריות משותפת לטפל בילדם. **בית-המשפט מוסמך לקבוע משמורת בלעדית רק כאשר יש סיבות המחייבות זאת (compelling reasons),**⁸¹ כגון אלימות של אחד ההורים כלפי ההורה האחר או כלפי הילד, או כאשר אחד מן ההורים חסר מסוגלות הורית בשל מחלת נפש או שימוש מופרז באלכוהול או בסמים.⁸²

אף שיש קשר בין הדברים, יש להבחין בין סוגיית המשמורת (custody) לסוגיית המגורים והקשר עם ההורים. המשמורת המשותפת איננה מחייבת חלוקה שוויונית בעניין מגורי הילד (residence).⁸³ מאידך גיסא, גם כאשר המשמורת נתונה בידי אחד מן ההורים, עדיין יש שאיפה שיישמר קשר מרבי בין הילד להורה האחר.⁸⁴ על-פי החוק, **אפשר להחליט שהילד יהיה עם ההורה שאיננו המשמורן פרק זמן של עד שבעה מתוך 14 ימים.**⁸⁵

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. היוזמה החדשה נועדה להתמקד בזכויות הילד ובטובתו ולפטור ילדים מן הסבל הנגרם להם במצבים של חוסר שיתוף פעולה בין ההורים.⁸⁶

על-פי ההסדר המוצע, שיקולי טובת הילד, אשר ייבדקו על-ידי בעלי מקצוע, הם שיקבעו למי תינתן המשמורת עליו. אם שני ההורים לא יסכימו לשתף פעולה למען טובת הילד, לא תיכפה עליהם משמורת משותפת. כמו כן, על-פי היוזמה תוטל מגבלה על האפשרות של הורה לתבוע משמורת על הילד, להבדיל מן המצב הקיים שבו הורה יכול להגיש תביעת משמורת חדשה מייד לאחר שתביעתו הקודמת נדחתה.

⁷⁷ סעיף 6(2), שם.

⁷⁸ ראו: סעיפים 7–9, שם.

⁷⁹ סעיפים 9–10, שם.

⁸⁰ ראו: Custody and Residence, באתר האינטרנט של ממשלת דנמרק <http://statsforvaltning.dk/site.aspx?p=6398>.

תאריך כניסה: 16 במאי 2012.

⁸¹ סעיף 11 לחוק. וראו עוד: סעיף 12–14, שם.

⁸² ראו: אתר האינטרנט של הוועדה לזכויות הילד של האו"ם, **דיווח של משלחת דנמרק לוועדת זכויות הילד של האו"ם**, 22 בינואר 2010, עמ' 11: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC.C.DNK.4.doc>. תאריך כניסה: 17 במאי 2012.

⁸³ ראו: סעיף 17 לחוק; משרד המשפטים והמשרד לענייני משפחה של דנמרק, *Putting the Child First*, באתר האינטרנט של ממשלת דנמרק:

<http://www.statsforvaltning.dk/sfdocs%5CPublikationer%5CLeaflet/Leaflet%20Putting%20the%20Child%20of%20first.pdf>. תאריך כניסה: 17 במאי 2012.

⁸⁴ סעיף 19 לחוק.

⁸⁵ סעיף 21(2), שם. וראו עוד: סעיף 22, שם.

⁸⁶ ראו: Jennifer Buley, "Parliament to End 50-50 Child Custody Rule", *The Copenhagen Post*, February 13, 2012, באתר האינטרנט של ה-Copenhagen Post: <http://cphpost.dk/news/national/parliament-end-50-50-child-custody-rule>. תאריך כניסה: 17 במאי 2012.



על-פי היוזמה החדשה, הרשות המחוזית תבחן אם השתנו נסיבות המקרה במידה המצדיקה דיון מחודש ואם הדיון המחודש איננו פוגע בטובת הילד, בטרם תאשר הגשת תביעת משמורת מחודשת.

3.5. ניו-זילנד

ביוני 2005 נכנס לתוקפו Care of Children Act 2004 (להלן בפרק זה: החוק),⁸⁷ אשר עיצב מחדש את נושאי האפוסטרופסות והמשמורת ההורית במשפט הניו-זילנדי. החוק שם דגש על זכויות הילד, מציב את טובת הילד (Welfare and Best Interests of the Child) בעדיפות ראשונה, מחייב להיוועץ בילד בנוגע להחלטות המשפיעות עליו⁸⁸ ומתמקד באחריות ההורים כלפי ילדיהם במקום בזכויות ההורים על ילדיהם.⁸⁹

בבחינת טובת הילד, על בית-המשפט לשקול את היעדים שלהלן:⁹⁰

- הטלת עיקר האחריות לילד על הוריו ואפוסטרופסיו, ועידודם להגיע להסדרים מוסכמים בנוגע לטיפולו, התפתחותו וגידולו;⁹¹
- המשכיות ויציבות בהסדרים האמורים ובקשריו עם משפחתו ושבתו, ובפרט עם כל אחד מהוריו;
- התייעצות קבועה בין כל הנוגעים לטיפולו, להתפתחותו, ולגידולו של הילד;
- שמירה על קשריו של הילד עם משפחתו ושבתו ועידודם להשתתף בטיפולו, התפתחותו וגידולו;
- הגנה על ביטחון הילד, בפרט מפני כל סוגי האלימות;
- 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 השיקולים האמורים, בעת מתן צו הורות אשר יקבע את המשמורת של הילד ואת הסדרי הראייה.⁹² החוק גם קובע כי יש לתת לילד הזדמנות להביע את עמדתו בנושאים הנוגעים לו ולהתחשב

⁸⁷ ראו אתר האינטרנט של ממשלת ניו-זילנד :

<http://www.legislation.govt.nz/act/public/2004/0090/22.0/DLM317233.html>. תאריך כניסה: 6 בפברואר 2012.

⁸⁸ ראו: סעיפים 3, 4 לחוק.

⁸⁹ ראו אתר האינטרנט של ממשלת ניו-זילנד: An Introduction to the Care of children Act 2004 :

<http://www.justice.govt.nz/courts/family-court/documents/pdf-pamphlets/courts002.pdf>

תאריך כניסה: 6 בפברואר 2012.

⁹⁰ סעיף 5 לחוק.

⁹¹ ראו: סעיפים 39–43, שם.

⁹² ראו אתר האינטרנט של ממשלת ניו-זילנד: Parenting Orders : [http://justice.govt.nz/courts/family-court/what-](http://justice.govt.nz/courts/family-court/what-family-court-does/documents/pdf-pamphlets/court005.pdf)

[family-court-does/documents/pdf-pamphlets/court005.pdf](http://justice.govt.nz/courts/family-court/what-family-court-does/documents/pdf-pamphlets/court005.pdf). תאריך כניסה: 6 בפברואר 2012.



בעמדותיו.⁹³ על בית-המשפט למנות עורך-דין שייצג את הילד בנושאים שיידונו בבית-המשפט הנוגעים למשמורת שלו ולקשר עמו, והוא רשאי לעשות כן גם בנוגע לנושאים אחרים.⁹⁴

בדרך כלל יהיו אביו ואמו של הילד אפוטרופסים (Guardians) משותפים עליו.⁹⁵ אם אמו של הילד לא היתה נשואה לאביו ולא דרה עמו במשותף כל תקופת ההיריון, לא ייחשב אביו אפוטרופסו של הילד אלא אם כן יירשם כאביו בתעודת הלידה או באמצעות צו בית-משפט.⁹⁶

3.6. ספרד⁹⁷

בעבר נהגה בספרד חזקת הגיל הרך. ילדים עד גיל שבע היו עם אמם, וילדים מעל גיל שבע היו במשמורת של ההורה שלא היה אשם בפירוק הנישואים. בהיעדר אשמה של שני ההורים, בנים היו עם האב ובנות עם האם. ביולי 1981 נחקק חוק הקובע את טובת הילד כקריטריון לקביעת המשמורת, ללא קשר לאשמה בפירוק הנישואים. עד שנת 1990 קבע החוק כי ילדים עד גיל שבע יישארו בטיפול של האם אלא אם כן קבע בית-המשפט אחרת, מסיבות מיוחדות. בשנת 1990 בוטלה חזקת הגיל הרך.

מאז שנת 2000 יש בספרד מגמה של הענקת משמורת משותפת. בשנת 2005 נחקק תיקון לקוד האזרחי הספרדי, אשר קבע כי תינתן משמורת משותפת כאשר שני ההורים מסכימים לכך;⁹⁸ לפני כן נחשבה משמורת משותפת לדבר חריג, וההנחה היתה שהדבר עשוי לפגוע ביציבות הדרושה לטובת הילד.⁹⁹ 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.¹⁰⁰ היציבות בחיי הילד שוב איננה נבחנת על-פי מגוריו במקום קבוע בלבד אלא על-פי קיומה של יציבות נפשית ורגשית בחייו, בכך שהוריו שומרים על הרמוניה

⁹³ סעיף 6(2)(a), (b) לחוק.

⁹⁴ ראו: סעיף 7, שם. וראו אתר האינטרנט של ממשלת ניו-זילנד: Lawyer for the Child: <http://justice.govt.nz/courts/family-court/documents/pdf-pamphlets/courts007.pdf> תאריך כניסה: 6 בפברואר 2012.

יש לציין כי משרד המשפטים עורך לאחרונה בדיקה מקיפה והתייעצות ציבורית בנוגע ליעילות ולנגישות של בתי-המשפט למשפחה במדינה. ראו אתר האינטרנט של משרד המשפטים של ניו-זילנד: Family Court Review: <http://www.justice.govt.nz/policy/justice-system-improvements/family-court-review> תאריך כניסה: 6 בפברואר 2012.

⁹⁵ סעיף 17 לחוק. וראו: סעיף 17(3) וסעיף 20, שם. בעניין זה ראו אתר האינטרנט של ממשלת ניו-זילנד: Guardianship: <http://justice.govt.nz/courts/family-court/documents/pdf-pamphlets/guardianship.pdf> תאריך כניסה: 6 בפברואר 2012.

⁹⁶ ראו: סעיפים 18, 19, שם.

⁹⁷ 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. http://www.indret.com/pdf/795_en.pdf תאריך כניסה: 6 בפברואר 2012.

⁹⁸ סעיף 92(5) לקוד.

⁹⁹ Agurtzane Gorien Lekue, "Legal Discourse and Gender Neutrality in Child Custody Reform in Spain", in Mavis Maclean (Ed.), *Parenting after Partnering: Containing Conflict after Separation*, Onati International Series in Law and Society, (Hart Publishing, Oxford 2007) 95–106, 101. STS 1st, 8.10.2009.



מינימלית בטיפול בו. בחלק מן הממשלות האוטונומיות בספרד אף יש מגמה של קביעת המשמורת המשותפת כחזקה.¹⁰¹

3.7. קנדה

בחוק הקנדי אין חזקה המעדיפה את האם, והוא אף חותר למעורבות מקסימלית של שני ההורים בגידול הילד. סעיף 16 לחוק הגירושים הקנדי קובע:¹⁰²

- במתן צו, ישקול בית-המשפט את טובת הילד (Best Interests of the Child) בלבד, בהתאם לנסיבות, לאמצעים ולצרכים של הילד ;
- במתן צו, לא ישקול בית-המשפט התנהגות עבר של שום אדם, אלא אם כן זו רלוונטית ליכולתו של אותו אדם לשמש הורה לילד ;
- 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 מוכנתו של אותו הורה לאפשר זאת. בבדיקת טובתו של הילד נבחנים נתונים שעשויים להשליך על כך, כגון :
 - יחסי הילד עם כל אחד מהוריו ;
 - בריאותו הנפשית והמוסרית של הילד ;
 - רצונו של הילד ;
 - הימנעות מהפרדה בין אחים ;
 - מוכנתו של כל הורה לאפשר לילד להיות בקשר עם ההורה האחר ;
 - הימנעות מזעזועים בחיי הילד ;
 - שימור המצב הקיים.

בחלק מן הפרובינציות בקנדה שיקולי טובת הילד נחקקו במפורש, ובחלקן הם התגבשו בפסיקה. קריטריון מרכזי ששופטים רבים עושים בו שימוש בנושא זה הוא המטפל העיקרי (Primary Caregiver), והוא מבוסס על ההנחה כי טובתו של הילד היא שימשיך לחיות עם ההורה שהיה המטפל העיקרי בו. על-פי רוב, מדובר באימהות. יש לציין כי התדיינות משפטית בנושאי אפטרופסות ומשמורת היא נדירה יחסית בקנדה, ורוב הזוגות מגיעים להסכמות בעניין זה.¹⁰³

¹⁰¹ ראו : Hayden (לעיל הערה 97), עמ' 12–16.

¹⁰² ראו : § 16(8)-(10) (Divorce Act (R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.)), באתר האינטרנט של משרד המשפטים של קנדה : <http://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/D-3.4.pdf>. תאריך כניסה : 5 בפברואר 2012.

¹⁰³ ראו : Kristen Douglas, *Divorce Law in Canada*, Parliamentary Information and Research Service, Revised 30 September, 2008, באתר האינטרנט של הפרלמנט של קנדה : <http://www.parl.gc.ca/Content/LOP/ResearchPublications/963-e.htm#dcustody>. תאריך כניסה : 5 בפברואר 2012.

