

**”אמא, אבא, ומה איתי? אני זקוק לשניכם”:
עובדות, מיתוסים ותקוות בהסדרי
הורות במקרים של גירושין***

מאת

תרצה יואלס ואבי שגיא-שורץ

כשעוסקים בהסדרי הורות בעתות משבר גירושין חשוב להישען על פרדיגמה מקצועית מעודכנת הכוללת תאוריה וכלי עבודה נתמכי-מחקר. את הכלים המתאימים ביותר מספקים מדעי ההתפתחות היישומיים, המדגישים התפתחות נורמטיבית שמתרחשת גם בעת משבר כמו גירושין. מוצעת כאן המשגה חדשה של המונח “מסוגלות הורית”, שעל פיה אין צורך ב”רישיון להורות”, שכן מרבית ההורים מאופיינים במילא בהורות נורמטיבית ותפקוד ראוי, גם במקרים קשים של גירושין. מחקרים מראים את חשיבות שני ההורים להתפתחות הילד ואת הצורך בשמירה על זכות הילד לשני הוריו. כיום ברור שאי-מימוש זכות זו הוא גורם סיכון התפתחותי לילד. מזווית הראייה של טובת הילד, סכסוכים בין הורים מצריכים טיפול שונה מהנהוג כיום במערכת הרווחה והמשפט בישראל, קרי יש צורך בהתערבות שמדגישה אחריות הורית שווה, ובררת המחל היא שבמרבית המקרים לכל אחד מן ההורים מסוגלות הורית טובה דייה. עוד יש לציין כי חזקת הגיל הרך, שעדיין מחויבת על פי החוק בישראל, נותנת עדיפות מוחלטת לאם כהורה לילדים עד גיל 6. חזקה זו מושתתת על דוקטרינה פסיכולוגית מיושנת ולא-נתמכת-מחקר. בהסתמך על ידע שנובע ממדעי ההתפתחות היישומיים, אין ספק שיש לבטל את חזקת הגיל הרך. לבסוף, אחד האתגרים המרכזיים עוסק בדרכי הפעולה הנחוצים, במיוחד במצבי קונפליקט גבוהים – אלה נידונים בהרחבה במאמר.

* מושתת על חומרים והרצאות של פרופ' אבי שגיא-שורץ וד"ר תרצה יואלס בפני הוועדה לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין (“ועדת שניט”) ובהשתלמות לשופטים בנווה אילן (16.7.2003), השתלמות לשופטי משפחה בנווה אילן (21.12.2004), כנס לשכת עורכי הדין לענייני משפחה באילת (6.1.2005), כנס בתי דין רבניים בחיפה (14.12.2006), כנס בנושא: הסדרי הורות בהליכי גירושין, הפקולטה למשפטים, המכללה האקדמית נתניה, 25.11.2008, כנס בנושא: יחסים משפטיים בין הורים וילדים, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה, 13.5.2009. תודות לטל שחף שסייע בשכתוב חלק מהחומרים. סדר שמות המחברים אלפביתי ותורמתם שווה. מכיוון שחלק מקהל הקוראים איננו משתייך לתחום הדעת של מדעי ההתנהגות, אנו נספק הערות שוליים לחלק מהמושגים שיוצגו בעבודה זו.

פתח דבר. א. חשיבותם של תאוריה וכלי עבודה נתמכי-מחקר (evidence based). ב. פרדיגמה מקצועית מעודכנת: מדעי ההתפתחות היישומיים. ג. זווית הראייה של הילד. ד. מה מציעים לנו ארגונים מקצועיים מובילים בתחום? ה. הזיקה בין בית המשפט למומחים – ניתוח מצב באמצעות מקרה של שינוי מקום מגורים והגירה (relocation). ו. טעויות שיפוטיות: כשבת המשפט מאמץ חוות דעת מומחים שאינן נתמכות בראיות מחקריות. ז. מודל מוצע לטיפול מערכתי בגירושין – שינוי עולם המושגים. ח. תקפותה של דוקטרינת חזקת הגיל הרך. ט. חזקת הגיל הרך מול עקרונות השוויון, ההסכמה וטובת הילד. י. מיפוי מצבי קונפליקט עיקריים ודרכי פעולה. יא. מקומו של ידד לילד במצבי קונפליקט קשים. יב. אפילוג.

פתח דבר

אשר להסדרי הורות בעתות משבר גירושין הספרות הפסיכולוגית המקצועית המעודכנת ביותר (State-of-the-art) מביאה בחשבון גורמים התפתחותיים ומערכתיים של הילד והיא מציעה מודלים שונים של פתרונות, כשמאחורי כולם עומדת הנחת עבודה המציבה אחריות הורית משותפת של שני ההורים כמטרת-על (ראה סקירת ספרות של Kelly, 2007)¹. לתפיסתנו, זו צריכה להיות גם מטרת-העל במסגרת חקיקה נאורה במדינת ישראל שמתחשבת בטובת הילד ובצרכיו התחשבות מרבית. דרכי הטיפול וההחלטות שמתקבלות במערכת הרווחה והמשפט (תסקירים של פקידי סעד, הערכות מסוגלות הורית של פסיכולוגים, פסיקות בתי המשפט) הן קריטיות לעתידם של הילדים. בשל כך אנו מבקשים לבדוק כמה שאלות יסוד הקשורות בהחלטות שמתקבלות במערכות אלה בנוגע לילדים שהוריהם נפרדים או מתגרשים תוך התמקדות בחזית המחקר הפסיכולוגי-ההתפתחותי ותוך ראייה מערכתית בהקשר הישראלי: (1) האומנם טובת הילד היא כיום במרכז הדיון? (2) האם זווית הראייה של הילד מובנת לכל הנוגעים בדבר? (3) האם צרכיו של הילד מוגנים כהלכה בבית המשפט? לצורך זה, נדון בשאלות הקשורות זו לזו ונבקש להציע פרדיגמה מקצועית מעודכנת לדרכי ההתייחסות לילדים ולהורים גרושים ולדרכי קבלת החלטות בעניינם, כולל הצעת מודל להסדרי הורות במקרים של גירושין. הדיון יכלול אפוא את ראשי הפרקים האלה: א. חשיבותם של תאוריה וכלי עבודה נתמכי-מחקר;

1 Joan B. Kelly, "Children's Living Arrangements Following Separation and Divorce: Insights from Empirical and Clinical Research", 46 *Family Process* (2007) 35, pp. 35-52.

עובדות, מיתוסים ותקוות בהסדרי הורות במקרים של גירושין

- ב. הצורך בהצגת פרדיגמה מקצועית מעודכנת: מדעי ההתפתחות היישומיים, תרומתה של תאוריית "ההתקשרות";
- ג. מקומה של זווית הראייה של הילד;
- ד. מה מציעים לנו ארגונים מקצועיים מובילים בתחום;
- ה. הזיקה בין בית המשפט למומחים – מקרה של שינוי מקום מגורים והגירה (relocation);
- ו. הסיכוי לטעויות שיפוטיות כשמאמצים חוות דעת מומחים שאינן נתמכות בראיות מחקריות;
- ז. מודל מוצע לטיפול מערכתי בגירושין – שינוי עולם המושגים;
- ח. תקפותה של דוקטרינת חזקת הגיל הרך;
- ט. חזקת הגיל הרך מול עקרונות השוויון, ההסכמה וטובת הילד;
- י. מיפוי מצבי קונפליקט עיקריים ודרכי פעולה;
- יא. מקומו של ידיד לילד במצבי קונפליקט קשים;
- יב. אפילוג.

א. חשיבותם של תאוריה וכלי עבודה נתמכי-מחקר (evidence based)

תחום הידע הפסיכולוגי הוא אחד היסודות החשובים לקביעת טובתו של הילד. בתי המשפט נסמכים על חוות דעתם של פסיכולוגים (בעיקר קליניים), וכך גם מערכת הרווחה וההורים עצמם. פסיכולוגים שמתמנים על ידי בית המשפט להגיש חוות דעת חייבים לוודא בכל עת, מתוך מודעות לאחריות הרבה המונחת על כתפיהם, שהם מכירים היטב את התחום ואת החומר המקצועי העדכני ביותר ורק על סמך היכרות זו לנתח ולהעריך את המצב בדרך הנכונה ביותר לטובתו של הילד.

נדין קסלואו (Nadine Kaslow), שכינה כנשיאת החברה לפסיכולוגיה קלינית של ההסתדרות הפסיכולוגית האמריקנית (APA), עוסקת רבות בהגדרת תחום היכולות המקצועיות של הפסיכולוג. היא מתייחסת ליכולות הליבה של הפסיכולוג ומציינת: "קיים קונצנזוס שלפיו על כל הפסיכולוגים המקצועיים לנקוט דרך חשיבה מדעית, שמקנה את היכולת לגשת לידע המדעי וליישמו נכונה, לתרום לידע, להעריך הערכה ביקורתית התערבויות ותוצאותיהן, לבחון בדריכות את השפעתם של משתנים חברתיים-תרבותיים על היישום המדעי ולהעמיד ללא הרף את עבודתם לביקורתם של

העמיתים והציבור".² האם הפסיכולוג שהתבקש לחוות דעה על המקרה ועל טובת הילד פועל לפי המלצותיה של קסלואו? במרבית המקרים התשובה שלילית. חטיבת הפסיכולוגים המשפטיים בהסדרות הפסיכולוגים האמריקאית והאקדמיה האמריקאית לפסיכולוגיה משפטית כוננו בשנת 1991 ועדה להכנת הנחיות אתיות לעבודה עם מערכת המשפט (Committee on Ethical Guidelines for Forensic Psychologists). מוצגים כאן חלק מהכללים האתיים שנקבעו, המנחים את הפסיכולוג המשפטי בעבודתו עם בית המשפט:

- מחובתו של פסיכולוג המכין את חוות הדעת לשמור על רמת ידע עדכני בתחום הספציפי ולהשתמש בשיטות וכלים מדעיים העומדים בסטנדרטים הקליניים והמדעיים המקובלים.
- מחובתו של הפסיכולוג להכיר במגבלות השיטה ומחובתו ליידע את בית המשפט באשר ליתרונות והמגבלות של הכלים שבהם הוא משתמש לצורך מתן חוות הדעת.

אנו נמחיש כאן באמצעות דוגמה פרטית ומוכרת מאוד כיצד שני כללים אלה אינם מוקפדים כלל ועיקר בישראל. אמנם מדובר בהנחיות שפותחו על ידי אגודות אמריקאיות, אולם אלה אגודות מנוסות ומובילות שלעתים תכופות משמשות סמן ימני משמעותי לרבים מאתנו. אנו ערים לכך כי מועצת הפסיכולוגים בישראל, הפועלת במסגרת משרד הבריאות, הוציאה גם היא קווים מנחים ראשוניים בעניין לכתיבת חוות דעת פסיכולוגית לבית המשפט, ושמהים על כך.³ נמחיש זאת באמצעות מה שמתואר על ידינו כ"כפטיש הפסיכופתולוגיה מכזיב".

"פטיש הפסיכופתולוגיה מכזיב"⁴

אחת הבעיות העיקריות שמאפיינת פסיכולוגים בהערכות של מסוגלות הורית היא השימוש בתאוריות פסיכודינמיות⁵ שאינן רלוונטיות למושא הדיון ומתוך כך גם בכלי

2 Nadine J. Kaslow, "Competencies in Professional Psychology", 59 *American Psychologist* (2004) 774, pp. 774-781.

3 הסטנדרטים חוברו על ידי ועדה שמינו מועצת הפסיכולוגים, ועדת אתיקה והוועד המרכזי של הסדרות הפסיכולוגים לשם ניסוח סטנדרטים לכתיבת חוות דעת פסיכולוגית בשביל בית המשפט. הוועדה המנסחת כללה את ד"ר גבריאל וייל, ד"ר דוד יגיל ואת ד"ר יהושע וייס והסתייעה ברבים. הסטנדרטים אומצו על ידי מועצת הפסיכולוגים, הוועד המרכזי של הסדרות הפסיכולוגים וועדת אתיקה של הסדרות הפסיכולוגים ב-1/2008.

4 פסיכופתולוגיה או פסיכולוגיה אבנורמלית היא מונח המתאר את ביטוין של התנהגויות וחוויות פסיכולוגיות החורגות מהנורמה והעשויות להצביע על הפרעה נפשית אצל האדם, וכן זהו שמו של תחום המחקר העוסק בחקר התנהגויות והפרעות נפשיות אלו. ניתן לציפיה באתר: <http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%A4%D7%A1%D7%99%D7%9B%D7%95%D7%A4%D7%AA%D7%95%D7%9C%D7%95%D7%92%D7%99%D7%94> (נצפה באחרונה באוגוסט 2010).

עובדות, מיתוסים ותקוות בהסדרי הורות במקרים של גירושין

מדידה שאינם תקפים ולא נועדו להערכת מסוגלות הורית. לדוגמה, מבחנים נפוצים כמו רורשך ו-TAT לא נועדו למטרה זו. לדעתנו מרבית הפסיכולוגים הקליניים הנעזרים בכלים אלה אף אינם מיידעים את בית המשפט בדבר מגבלותיהם של כלים אלה. מבלי להיכנס כאן לבעייתיות שבשימוש במונח "מסוגלות הורית" (נדון בכך בהמשך) כדאי לזכור כי גם אם מדובר בכלים בעלי מהימנות – כלומר, מראים תוצאה דומה בבדיקה חוזרת – לתוצאות אין תוקף. אפשר להשוות את התופעה למאזניים מקולקלים: נניח כי אדם שמשקלו 90 ק"ג עולה על מאזניים אלה שוב ושוב, והתוצאה תראה בכל פעם שמשקלו 55 ק"ג בלבד. מהימנות המדידה כאן מושלמת, אולם התוצאה אינה תקפה. הדברים יפים גם לבדיקות של מסוגלות הורית הנעשות לעתים קרובות, על ידי אותם בודקים, לפי אותן הנחיות מקצועיות, ולא פעם ללא התחדשות מדעית, ולכן אין זה מפתיע כי אנו עדים להרבה דוחות שמופקים על ידי אותו הפסיכולוג בשביל הורים שונים והדוחות דומים מאוד אלה לאלה בתבנית שלהם, לעתים עם תוצאות ומסקנות דומות לאנשים שונים, בעלי צרכים שונים, אולם ללא כל תוקף מבחינה.



מבחן רורשך הוא דוגמה פרטית טובה לכך. הפסיכיאטר השווייצרי הרמן רורשך הציג אותו בשנת 1921: הצגת כתמי דיו לנבדק וניתוח האסוציאציות שיש לנבדק באשר לכל כתם. כיום אנו יודעים שהמבחן אינו מגלה את רוב הפרעות הפסיכולוגיות, קל וחומר שאינו מזהה תכונות אישיות ובוודאי שאינו מאתר יכולת לקיים יחסי הורה-ילד. הליקוי העיקרי של מבחן רורשך הוא

ה-False Positive: מתברר שהוא שוגה ומזהה כ-75% מקבוצות אוכלוסייה נורמטיביות כמופרעים מבחינה רגשית.

הפופולריות של מבחן רורשך ודאי שאינה נובעת מהוכחות מחקריות לתקפותו. למעשה, הנתונים המחקריים אינם מצדיקים את השימוש בו למטרת הערכת מסוגלות הורית. מחקרים מבוקרים לא הצליחו להראות יכולת אבחנה וניבוי. גם עבודתו של אקסנר (Exner), שארגן מחדש את המתודולוגיה של רורשך, לא הביאה לתוצאות תקפות. ווד, נוורסקי, גארב ולייליאנפלד (Wood, Nezworski, Garb, & Lilienfeld), העלו במחקרם כי תוצאותיו של אקסנר אינן מדויקות ונוטות להציג אנשים נורמטיביים כבעלי הפרעות פסיכולוגיות. החוקרים, שהשוו תוצאות של 32 מחקרים בנושא זה, ממליצים לחדול משימוש במבחני רורשך לצרכים קליניים או משפטיים עד לבניית מערכת תקפה ומהימנה.⁶

5 גישה פסיכודינאמית משקפת זרם בפסיכולוגיה שהתפתח משיטת הטיפול של זיגמונד פרויד המוכרת כ"פסיכואנליזה". גישה זו מדגישה בין היתר את חשיבותו של פיתוח תובנה ומודעות לתהליכים לא-מודעים המשפיעים על האדם.

6 James M. Wood, M. Teresa Nezworski, Howard N. Garb, and Scott O. Lilienfeld, "The Misperception of Psychopathology: Problems with the Norms of the

ובכל זאת פסיכולוגים בישראל משתמשים שימוש נרחב במבחני וורשך כמו גם במבחנים לא תקפים אחרים, מה שממחיש באופן מטפורי את חוק המכשיר (Law of the instrument)⁷ של הפילוסוף האמריקאי-ישראלי אברהם קפלן, האומר: "תן לילד פטיש, והוא יגלה שכל מה שהוא נתקל בו טעון חבטה". במקרה שלפנינו המקבילה לילד החובט בפטיש הם אותם פסיכולוגים שמעריכים באמצעות כלים בלתי תקפים. קפלן מציין כי "מצוידים בפטיש הפסיכופתולוגיה, בכל מקום בקליניקות שלנו ובחדרי המתנה אנו תופסים בעיקר הפרעות, סימפטומים ואת הדינמיקה שלהם. וכך אנו דופקים בפטיש הפתולוגיה אף על פי שאנו מעוניינים בבריאות נפש ובהסתגלות תקינה ולא בהפרעות מנטליות".

נמצא שכאשר מבקשים להעריך את יחסי ההורה עם הילד, מבחנים פסיכולוגיים השלכתיים כגון וורשך או TAT מספקים מידע מועט ולא רלוונטי בקשר לשאלה אם ההורה "טוב דיו" או "מתאים ביותר" למטרת הורות. הגם שבמקרי גירושין רבים אין נדרשים בסופו של תהליך לחוות דעת פסיכולוגיות, במשפחות הנתונות בקונפליקט קשה, כשאין הסכמות בין ההורים, פונים לעתים לשם קבלת תסקיר של פקיד סעד לסדרי דין, שלעתים יסתייע בפסיכולוג קליני או פסיכיאטר. יש לציין שגם במרבית מקרים אלה עדיין מדובר באוכלוסייה נורמטיבית ללא הפרעות נפשיות. מדוע אפוא לחבוט בהם בפטיש הפסיכופתולוגיה? מדוע להיעזר בכלים שאינם מזהים כלל ועיקר את איכות הקשר הרגשי בין הורה לילד? גם כאשר אנו עוסקים בזוג הורים נורמטיביים הנתונים בקונפליקט קשה ושעלולים לפגוע בילדם בגין היותם במשבר, עדיין אין במבחנים הפסיכולוגיים כדי לנבא את ההורות שלהם בשלבים מאוחרים יותר.

ב. פרדיגמה מקצועית מעודכנת: מדעי ההתפתחות היישומיים

מה היא אפוא הדרך הראויה לבחינה והערכה של יחסי הורים וילדים בעת גירושין? אנו טוענים כי את הכלים המתאימים ביותר מספקים מדעי ההתפתחות היישומיים.⁸ מדובר בדיסציפלינה שלמה של חקר התפתחות הילד, שעוסקת בין השאר בהתפתחות

Comprehensive System for the Rorschach", *Clinical Psychology* 8 (2001) 350, pp. 350-373. James M. Wood, M. Teresa Nezworski, Scott O. Lilienfeld, & Howard N. Garb, "The Rorschach Inkblot Test, Fortune Tellers, and Cold Reading", 61 *Skeptical Inquirer* (2003) 29, pp. 29-33. Excerpted by the authors from *what's wrong with the Rorschach? Science confronts the controversial Inkblot Test* (2003)

7 Abraham Kaplan, *The conduct of inquiry: Methodology for behavioral science* (1964) p. 428

8 Renee Peltz Dennison, S Lee, and Bonnie, L. Barber, "Divorce and its Impact on Children", *Encyclopedia of Applied Developmental Science* (Celia, B. Fisher and Ricard M. Lerner – eds, 2005)

עובדות, מיתוסים ותקוות בהסדרי הורות במקרים של גירושין

נורמטיבית שמתרחשת גם בעת משבר כמו גירושין. למרות הרלוונטיות הרבה שלה לילדי גירושין, היא כמעט איננה מיוצגת בחיבור החשוב כל כך בין ילדים, הורים, מערכת הרווחה ומערכת המשפט.

המחשה למעמדה של הפסיכולוגיה ההתפתחותית אפשר לראות ברשימת 20 העבודות שחוללו מהפכה בתחום הפסיכולוגיה של הילד,⁹ הנשענת על רשימת מחקרים ומאמרים בתחום שנבחרו על ידי מדגם של 1,500 משתתפים מקרב חברי החברה לחקר התפתחות הילד – (Society for Research in Child Development – SRCD). כל אחת מעבודות אלה תרמה את חלקה להבנה יסודית בהתפתחות הילד, צרכיו ודרכי הטיפול בו. העבודות פורצות הדרך של ג'ון בולבי (John Bowlby) ומרי איינסוורת' (Mary Ainsworth), מייסדי תאוריית ההתקשרות, ממוקמות במקום השלישי והרביעי מתוך 20 עבודות אלה, בהחלט מקום של כבוד ליד ענקי המאה הקודמת כגון פיאז'ה, ויגוצקי וחומסקי (Piaget, Vygotsky, & Chomsky). אנו מדגישים את מרכזיותה של תאוריית ההתקשרות גם בגלל מעמדה בקרב הקהילה ההתפתחותית וגם משום שאנו במרכז לחקר התפתחות הילד בחיפה שותפים זה כ-30 שנה בבניית תשתית הידע של התאוריה תוך התאמתה למגוון סוגיות יישומיות, כמו למשל גירושין. עם זאת אפשר לומר כי ברוב רובם של המקרים עבודות אלה או עבודות רבות אחרות שנשענות על ידע התפתחותי-נורמטיבי-נתמך-מחקר אינן חלק מהארסנל המקצועי של פסיכולוגים בישראל המספקים חוות דעת וסיוע מקצועי.

מדעי ההתפתחות היישומיים מציעים לנו פרדיגמה מקצועית מעודכנת והמשגה אחרת של המונח "מסוגלות הורית". על פי הגישה ההתפתחותית אין צורך ב"רישיון להורות", כלומר ההורה הנורמטיבי איננו נבחן ביכולתו ואין מקום למדוד את ביצועיו. בדרך כלל אנו מגלים כי מרבית ההורים מאופיינים בהורות נורמטיבית ובתפקוד ראוי גם במקרים קשים מאוד של גירושין. יש לזכור כי ערב לפני המרוץ של בעל פגוע אל בית הדין הרבני עקב בגידה של אשתו סביר להניח כי גם היא וגם הוא היו הורים נורמטיביים לחלוטין. עצם פתיחת תיק בבית המשפט והעצמתה לעתים להליך אדוורסרי ותוקפני, תגרוור מעורבות של פסיכולוגים (קליניים בדרך כלל) שיתבקשו להעריך את המסוגלות ההורית של ההורים, לתת "רישיון הורי". מעצם הכשרתם יש להניח שהם יעשו זאת על סמך תאוריה לא רלוונטית, ולפיכך באמצעות שימוש בכלים בלתי רלוונטיים כמו וורשך. במרבית המקרים הקשים בענייני גירושין אותם "שדים" שיוצאים מהארונות הם תוצאה של מכלול סיבות (לחץ, חשש, חוויה של כישלון, עורך דין, שופט) שאינן רלוונטיות לשאלת המסוגלות ההורית. במבנה הנוכחי של המערכת היא תורמת לא מעט להעצמת הקונפליקט ולבניית מעגל קסמים לקוי, שבו שותפים גם פסיכולוגים לא מעטים החובטים בפטיש הפסיכופתולוגיה. זאת כשהנחת העבודה המרכזית צריכה לכוון

⁹ Warren E. Dixon, "20 Studies That Revolutionized Child Psychology", *Society for Research in Child Development: Developments* (April 2002) 45(2)

ולהנחות את ההורים לקראת איזון במשקלם ובמעמדם, וברוב המקרים, גם הקשים, אין נדרשת לשם כך הערכת מסוגלות הורית, וכשהיא נדרשת, בוודאי לא באמצעות שיטות קליניות-דינמיות-השלכתיות חסרות תוקף מחקר.

אנשי שטח לא מעטים מתחום הפסיכולוגיה והפסיכיאטריה אינם מכירים בהכרח מודל נורמטיבי-התפתחותי ואינם מורגלים בשימוש בו. לעתים אין מודעות מספקת לחשיבות המחקר, בעיקר עקב היעדר הכשרה, ואז אין הסתמכות על נתונים מחקריים שנצברו בעולם הרחב ושהתחילו לחולל שינויים בדגשים בענייני משמורת. למשל, פסיכולוגים רבים בישראל מנסים בדרכים שונות לקבוע מי הוא ההורה שמתאים להיות משמורן. שכיחים פחות הם פסיכולוגים שיהיו נחושים ויעמדו על כך שיש לשאוף לשותפות באחריות ההורית כאשר נתבקשו על ידי בית המשפט להמליץ מי עדיף שיהיה ההורה המשמורן. לעומת זאת מחקרים מראים את חשיבותם של שני ההורים להתפתחות הילד, ולכן על פי עבודות אלה יש להדגיש את טיפוח זכות הילד לשני הוריו. אנו מבינים כיום יותר ויותר כי אי-מימוש זכות זו הוא גורם סיכון התפתחותי לילד.¹⁰

זכות זו היא גם חלק מהאמנה הבין-לאומית בדבר זכויות הילד. פירוט כל ההיבטים הקשורים לאמנה ושנידונו בהרחבה בפרסומים שונים (קפלן) יחרוג אל מעבר למרחב דיוננו.¹¹ נציין רק שוועדת רוט-לו¹² נתנה דעתה על העניין ונקבע כי האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות הילד היא מסמך בין-לאומי בעל היקף נרחב, ואולי החשוב ביותר בתחום זכויות הילדים. גם ישראל חתמה על האמנה וקיבלה תוקף סופי בשנת 1991. לאמנה מעמד משפטי, ושכזו היא חלק מן המשפט הבין-לאומי. האמנה הולכת מעבר להצהרות ציבוריות בעניינם של ילדים, ולמעשה היא מחייבת את כל המדינות שחתמו עליה. על האמנה חתמו מרבית מדינות העולם, עובדה המחזקת כשלעצמה את ערכה בזירה הבין-לאומית. לאמנה אין מעמד חוקי בישראל, ולכן אי אפשר לאכוף את מרכיביה; לשם כך נדרשת חקיקה. עם זאת בתי משפט החלו להישען על האמנה במתן פרשנויות ופסקי דין. לענייננו בסוגיות שבהן אנו דנים במאמר זה עיקר ערכה של האמנה

10 Constance Ahrons, "Family Ties After Divorce: Long-Term Implications for Children", 46 *Family Process* (2007) 53, pp. 53-65. Jeffrey T. Cookston, Sanford L. Braver and William A. Griffin, "Effects of the Dads for Life Intervention on Interparental Conflict and Co-parenting in the Two Years After Divorce", 46 *Family Process* (2007) 123, pp. 123-137. Carolyn Pape Cowan, Philip A. Cowan, Marsha Kline Pruett and Kyle Pruett, "An Approach to Preventing Co-parenting Conflict and Divorce in Low-Income Families: Strengthening Couple Relationships and Fostering Fathers' Involvement", 46 *Family Process* (2007) 109, pp. 109-121

11 יחיאל ש' קפלן, "מטובת הילד לזכויות הילד – ייצוג עצמאי של קטינים" משפטים לא (3) (תשס"א) 623.

12 ראו: הועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומן בחקיקה – בראשות השופטת סביונה רוטלוי – דו"ח הועדה חלק כללי" מדינת ישראל – משרד המשפטים (2004).

עובדות, מיתוסים ותקוות בהסדרי הורות במקרים של גירושין

הוא בשינוי מערכת הערכים הנוגעים למעמדם של ילדים ולזכויותיהם בחברה. בתוך כך הילד הוא בעל זכויות, ואלה מוענקות לו בזכות ולא בחסד. הפועל היוצא של גישה זו הוא חובתם של ההורים ושל המדינה למצוא כל דרך אפשרית לקידום יישומן של זכויות אלה. האמנה מאגדת מגוון של זכויות, בין השאר זכות ייחודית של הילד לקשר עם שני ההורים.

בהקשר זה ומזווית הראייה של טובת הילד וזכויותיו, הסכסוכים בין ההורים מצריכים טיפול שונה מהנהוג כיום במערכת הרווחה והמשפט בישראל, קרי טיפול שעוקף את הקונפליקט הזוגי ומדגיש את האחריות ההורית, בהניחו כי בדרך כלל קיימת מסוגלות הורית לכל אחד מן ההורים. יתרה מכך, על פי תאוריית ההתקשרות (שאותה נציג מיד), נודעת חשיבות רבה להבטיח קיומו של קשר נמשך עם שתי דמויות ההתקשרות ההוריות של הילד.

תרומתה של תאוריית ה"התקשרות"

בבסיס תאוריית ההתקשרות עומדת התובנה שלכל ילד נטייה מולדת ואוניברסלית להתקשר אל כל מי שזמין לו בכל עת ושדואג לצרכיו הבסיסיים. כאמור, אבי התפיסה ג'ון בולבי אמר: "לומר על ילד שהוא קשור אל מישהו, או שיש לו התקשרות אל מישהו, משמעותו שהוא נוטה לחפש קרבה או מגע עם דמות ספציפית זו, והוא עושה זאת בסיטואציות מסוימות, במיוחד כאשר הוא מפוחד, עייף או חולה"¹³. עוד הוא מוסיף: "קשר רגשי נמשך בין הילד למטפל. קשר רגשי זה מתפתח במשך שנת החיים הראשונה וממשיך להתפתח ולהתגבש במשך תקופת הפעוטות, הילדות ואף מעבר לזה". ההתקשרות בין הפעוט להורה המטפל מושתתת על עצם היותו של ההורה זמין בשבילו. רק במקרים נדירים אין מתפתחת התקשרות, ומצבים קשים אלה נצפים בעיקר בקרב יתומים שמושמים בבתי יתומים ללא דמויות טיפול יציבות וקבועות. החידוש בתאוריית ההתקשרות הוא שמעצם הנטייה המולדת של ילדים לכונן קשרים קרובים עם דמויות ראשוניות כמו אם ואב. קשרים אלה נחשבים ראשוניים (primary). זאת בניגוד לגישות פסיכודינמיות מסורתיות שראו בצורך של הילד לקבל מזון – ראשוני (בדרך כלל באמצעות הנקה), ורק באמצעותו נוצר הקשר עם ההורה שהוא שניוני בבסיסו (secondary).

כיום ברור לנו שהילד יוצר התקשרות גם לאב וגם לאם באופן בלתי תלוי זה בזה. אם שניהם נוכחים בחייו, הוא מקיים שתי התקשרויות בד בבד, ושתיהן חשובות להתפתחותו. במילים פשוטות, הילד זקוק לקשר מתמיד עם שני הוריו, ופגיעה בקשר זה עשויה להפכו לילד בסיכון. ככל שהקשר עם אחד מן ההורים משתבש מוקדם יותר בחייו

John Bowlby, *Attachment and loss* (1984) (Attachment, Vol. 1) 13

של הילד, כך דרגת הסיכון גבוהה יותר.¹⁴ לפיכך לילד יש צורך בשני הוריו, ומכוח עקרון-העל של טובת הילד יש לו זכות לקשר עם שניהם. לכן כשמדובר בהליך גירושין, מחובתה של המערכת המקצועית המסייעת להורים לאפשר לילד לממש קשר זה מבלי לתת מעמד מועדף להורה אחד על פני ההורה האחר. במתן העדפה שכזו המערכת המקצועית למעשה מקדמת מצבי סיכון אצל הילד ואיננה מסייעת בקידום התפתחות רגשית תקינה שלו.

למיטב ידיעתנו תכונות משולבות אחדות הופכות את תאוריית ההתקשרות למתאימה יותר מתאוריות אחרות להבנת תהליכי הורות וצורכי הילד במצבי גירושין: היא מושתתת על בחינה מדעית של ההתפתחות הרגשית-חברתית של ילדים, היא עוסקת ישירות ביחסי הורה-ילד, היא עוסקת בתגובות רגשיות של ילדים לפרדה, יש לה ביסוס מחקרי רב, יש לה כלי מדידה מחקריים ויישומיים, והיא גם מספקת אופני התערבות.

ג. זווית הראייה של הילד

אכן, כמה סוגיות כרוכות בדילמות מקצועיות ואתיות לא קלות במצבי גירושין. קל להיתפס למאבק בין שני ההורים כדילמה הכרוכה בטובת הילד וזכויותיו כאילו הוא הבעיה הדורשת פתרון, אלא שברוב המקרים מייצגים שני ההורים עמדות מנוגדות בדילמה של טובת הילד וזכויותיו. דיון מזווית הראייה של הילד, כפי שמתבקש מתאוריית ההתקשרות, הוא הדרך הנכונה להתמודד עם הדילמות המתעוררות במצבי גירושין. על פי זה הדילמות השכיחות ביותר הן אלה: צורכי ההורה מול צורכי הילד, זכויות ההורה מול זכויות הילד, רצון ההורה מול טובת הילד, ועתיד ההורה מול עתיד הילד.

כיום הגורמים במערכת – עובדים סוציאליים, פסיכולוגים, עורכי דין, שופטים – מעדיפים בדרך כלל להכריע במחלוקת שבין ההורים ולבחור לצורך החלטה באחד מהם, והדבר עשוי לעתים להקשות את מעורבותו של ההורה השני. זה פתרון "קל" ונוח, אלא שהוא מחטיא את המטרה: האומנם טובת הילד הסתייעה, או שמא טובתו של ההורה המועדף על ידי המערכת? התוצאה לטווח רחוק של החלטה שכזו היא פגיעה אפשרית ביחסים שבין ההורה הלא מועדף לבין ילדו. מקומו של אותו הורה בחיי ילדו עשוי להצטמצם והוא עלול לאבד את מעמדו כהורה בעל חשיבות מרכזית. מצב זה עלול

Joan B. Kelly and Michael E. Lamb, (לעיל הערה 10). Constance Ahrons 14
 "Developmental Issues in Relocation Cases Involving Young Children: When,
 .Whether, and How?" *Journal of Family Psychology* 17 (2003) 193, pp. 193-205

עובדות, מיתוסים ותקוות בהסדרי הורות במקרים של גירושין

להוביל את הילד לסיכון התפתחותי, כולל חשש לתחושת ניכור כלפי ההורה הלא משמורן, במקרים הקשים.¹⁵

בהקשר זה ראוי להתייחס לכמה עבודות מרכזיות בכל הנוגע למחקר על טובת ילדים שהוריהם מתגרשים. העבודה החשובה ביותר היא הסקירה המטה-אנליטית של הסתגלות ילדים להסדרי משמורת משותפת לעומת משמורת יחידנית (זה הוא מחקר על שמאחד בתוכו באופן סטטיסטי את כל המחקרים הזמינים בתחום, ובכך הוא מאפשר הכללה ולא רק הסתכלות במחקרים ספציפיים).¹⁶ החוקר השווה תוצאות של 33 מחקרים שונים שבדקו אלפי מקרים של משמורת הורית משותפת, משמורת יחידנית ומשפחות שלא חוו גירושין, והגיע למסקנה שלמשמורת הורית משותפת יתרונות בתחומי תפקוד רבים של הילד לעומת משמורת של הורה אחד. מתברר שילדים באחריות משותפת של הוריהם דומים בתפקודם ובהתפתחותם לילדים הגדלים במשפחות שלא חוו גירושין. מחקרים נוספים בתחום מבססים אף הם ממצא זה – כי קיימת חשיבות מכרעת למעורבות שני ההורים בחייו של הילד.¹⁷ ממצאים אלה הולכים יד ביד עם הכיוונים שמוצעים בתאוריית ההתקשרות.

ד. מה מציעים לנו ארגונים מקצועיים מובילים בתחום?

על רקע זה כדאי לבחון את הנחיות האקדמיה האמריקאית לפסיכיאטריה של ילדים ומתבגרים (AACAP) בנוגע לראיון הורים. הנחיות אלה קובעות כי יש להתייחס לאלה: תיאור היסטוריית הנישואין והפרדה, תפיסת ההורה את יחסיו עם הילד, הבנת ההורה ילדיו ורגישותו לצורכיהם הייחודיים, התכניות הספציפיות של ההורה לקראת העתיד למקרה שתינתן או שלא תינתן לו משמורת הילד, ההיסטוריה של ההורה, כולל משפחת המוצא, היסטוריה חברתית, התנסויות טיפוליות, הרקע ההתפתחותי של הילד, שגרת חייו של הילד ובמה ההורה מעדיף להתמקד, וממה הוא מתעלם. ההנחיות אינן מפנות את המעריך להשתמש בכלים דיאגנוסטיים מתוך המדריך הדיאגנוסטי של ההפרעות הנפשיות (DSM-IV) אצל ההורים. ברוב המקרים מבחנים פסיכולוגיים אינם נחוצים ואינם נדרשים.

בנוסף, הנחיות הסתדרות הפסיכולוגים האמריקאית (APA) כוללות בין השאר את הנחיה 11 באשר לחשיבות ריבוי שיטות באיסוף נתונים: "יש לנקוט את השיטות

15 לעיל הערה 8.

Robert Bauserman, "Child Adjustment in Joint-Custody versus Sole-Custody 16 Arrangements: A Meta-Analytic Review", 16 *Journal of Family Psychology* (2002) 91, pp. 91-102.

17 Constance Ahrons (לעיל הערה 10).

המתאימות ביותר תוך הישענות על ריבוי שיטות, במיוחד כאשר יש ספקות באשר לתוקף השיטה ומהימנותה. למשל, יש לאסוף נתונים מבית הספר, רופאים, מטפלים, ראיונות עם המשפחה המורחבת, ידידים וכיו"ב". הנחיה 12 מזהירה את הפסיכולוג שלא יגזים במתן פרשנות לנתונים ולא לפרש פירושו לא מתאים נתונים קליניים ומידע שנאסף: "על הפסיכולוג להימנע מלהגיע למסקנות שאינן נתמכות בנתונים".

יתרה מזו, כיום בתי המשפט נעזרים בחוות דעתו של המומחה כדי למצוא את נקודת "שובר השוויון" שעשויה לעתים להפלות לרעה את אחד ההורים בכך שמעמדו ביחס לילד יהיה נחות משל ההורה האחר, מה גם שטובתו של הילד תפגע. בכך מתקבל לכאורה הרושם שחוות דעתו של המומחה שמה קץ למאבק בהפכה להיות "כזה ראה וקדש", וגורלות של ילדים נחרצים בין השאר על סמך מערכת מקצועית המצוידת בכלים ללא תוקף ומהימנות, ובכלל מתעורר ספק באשר לערכי אתיקה מקצועית מעצם הגשת ההמלצה. בהקשר זה נציג עתה לדוגמה תיק שהתנהל בכל שלוש הערכאות, שמשתקפים בו כל הקשיים הכרוכים בתוקפה של ההמלצה המקצועית, שהיא בעלת השפעה (שלילית) פוטנציאלית רבה על עתיד הילדים, מושא הדיון.

ה. הזיקה בין בית המשפט למומחים – ניתוח מצב באמצעות מקרה של שינוי מקום מגורים והגירה (relocation)

במרבית המקרים חוות דעת המומחה כבר כוללת את דרכי הפעולה, וכל שנשאר לבית המשפט הוא לאמץ את חוות הדעת. סטרשנוב¹⁸ אומר כי "עם התפתחות המדע והטכנולוגיה בעידן שלנו, נוטים בתי המשפט להסתמך יותר ויותר על חוות דעת של מומחים בתחומים שונים ולבסס עליהן את ממצאיהם והחלטותיהם. במקרים לא מעטים יעדיפו בתי המשפט חוות דעת של מומחה מדעי, בין מומחה רפואי ובין אחר, על פני עדויות ראייה או עדויות אחרות, אפילו עדויות ישירות לאירוע... ראיות מדעיות הינן בדרך כלל ראיות אובייקטיביות ואמינות, ועל כן עדיפות על בית המשפט כבסיס לקביעת ממצאים ולהכרעה במחלוקות שבין הצדדים". וכך בהקשר זה קבע בית המשפט בערעור¹⁹ בעניין המקרה שיתואר כאן בהרחבת-מה כי "חוות דעתם של מומחים מהווה מכשיר חשוב בו מסתייע ביהמ"ש בבואו להכריע בשאלות הנוגעות לטובתו של הקטין וככלל, אף יאמץ ביהמ"ש את המלצת המומחים שאותם מינה, אלא אם כן קיימים טעמים נכבדים ובעלי משקל ממשי, המצדיקים סטייה מאותה המלצה".

18 אמנון סטרשנוב, "ראיות מדעיות ועדויות מומחים בבית המשפט" רפואה ומשפט, גיליון היובל 25 (תשס"א) 177.

19 ע"מ (מחוזי ת"א) 1152/04 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 27.9.2004) (להלן – עניין פלוני).

עובדות, מיתוסים ותקוות בהסדרי הורות במקרים של גירושין

הבה נבדוק איזו מן הערכאות פעלה, לאור דעתנו המקצועית, באופן המיטיב ביותר עם שתי הילדות מושא הדיון, שעוסק בסוגיה הקשה והמורכבת של מתן היתר לאחד מן ההורים להגר עם ילדיו לארץ אחרת (relocation), ובעקבות זאת הם מופרדים כמעט כליל מן ההורה שנתר בארץ המוצא. הגירה היא מקרה קיצוני שבו מופרת הזכות של הילד לקשר עם שני הוריו. הורה שיוזם שינוי מקום מגוריו והגירה מפר זכות זאת מתוך שיקולים שלו, שאינם תואמים בהכרח את טובת הילד. במקרים מעין אלה מוקצנות העמדות של כל הצדדים, לעתים גם של הילדים, הפתרונות שמציעים מומחים למעשה אינם פותרים את הבעיה, ולפעמים אף מחדדים ומעצימים אותה. סוגיות אלו מחייבות למידה מעמיקה וחשיבה מחודשת בקרב כל הנוגעים בדבר. כמובן כשההגירה נעשית בהסכמה מלאה תוך בניית תכנית הורית מתואמת בין שני ההורים ושמטיבה עם הילד, המצב שונה בתכלית. הבעיה נעשית מורכבת ביותר כשאחד מן ההורים יוזם הגירה ללא תיאום עם ההורה השני, וזה נושא דיונו כאן. נראה כי כשמומחים אינם נשענים על ראיות מחקריות קיים סיכוי רב יותר להמלצות שתתמוכנה בהגירה גם אם היא איננה לטובת הילד. הדוגמה שאנו נוקטים לצורך הדיון היא אחת מני רבות, אך היא מיוחדת מספיק כדי לספק מידע חשוב לדיון.

מדובר בערעור של אב על פסק דין של בית המשפט לענייני משפחה²⁰ שהתיר הגירה לארצות הברית של שתי בנותיו עם גרושתו. הערעור נדון בבית המשפט המחוזי בתל-אביב בפני השופטים רוטלוי, שנלר ושילה,²¹ והם החליטו לא לאפשר את ההגירה. בהמשך ערערה האם על פסיקת בית המשפט המחוזי, ובית המשפט העליון חזר ואישר את ההגירה.²² אנו נציע כאן כי החלטתו של בית המשפט המחוזי היא ההחלטה הנכונה, ובית המשפט העליון טעה בהחלטתו לאמץ את המלצות המומחית ובכך אפשר את ההגירה.

הנה שתיים מקביעותיו של בית המשפט המחוזי בפסיקתו: (1) טובת הילד מורכבת ממכלול הזכויות, הצרכים והאינטרסים של הילד. במקרה דנן בית המשפט לענייני משפחה, בבואו לשקול את טובת הקטינות, לא שקל כדבעי את כל הרכיבים היוצרים את המושג "טובת הילד"; (2) אין לנתק את הבנות מהסביבה המשפחתית, החברתית, החינוכית והתרבותית שבה הן חיות, אלא אם קיים שיקול מכריע לעשות כן. שיקול שכזה לא נמצא במקרה דנן.

פסיקתו של בית המשפט המחוזי הייתה בניגוד להמלצותיה של המומחית שמונתה לבדוק את המקרה. כאמור, אין זה עניין של מה בכך לדחות המלצות מומחה, כפי שכבר הודגש קודם לכן. בית המשפט המחוזי מנמק בפסק דינו, ולדעתנו במוחאמות מקצועית, את הסיבות לדחיית המלצות המומחית. הבה נבחן את הנימוקים:

20 תמ"ש (משפחה ת"א) 107752/00 ל.ש.ס נ' י.ס. (פורסם בנבו, 24.2.2004).

21 עניין פלוני (לעיל הערה 19).

22 בע"מ 9358/04 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 2.5.2005) (להלן – עניין פלונית).

מטרת המינוי, כפי שהמומחית עצמה תיארה במבוא לחוות הדעת שערכה, הייתה כדלקמן:

"להשיב לשאלה אם טובתן שתהגרנה עם אמן ובן זוגה לארה"ב, תשאונה בארץ במשמורת האב, או איתה בארץ ביחד עם שני ההורים... כמו-כן נתבקשתי לפרט את התאמתו של כל אחד מההורים כמשמורן לבנות, ואת סדרי הראייה ההולמים לאחר קביעת המשמורת".

אם כן, בחוות הדעת בחנה המומחית שלוש אפשרויות: (1) הישארותה של האם עם משפחתה החדשה בישראל; (2) השארת הבנות בחזקתה של האם והגירתן לארצות הברית; (3) הגירת האם תוך העברת החזקה על הבנות לאביהן. יש להדגיש כי המומחית בדקה את המסוגלות ההורית גם של האם וגם של האב ומצאה "ששניהם מסוגלים לגדל את הבנות במידה שווה".²³ כמו כן מצאה את בני זוגם טובים ומתאימים לבנות וראויים להיות חלק מהתא המשפחתי שבו יגדלו. המומחית הסכימה עם טענתו של האב שלמרות הסדרי הראייה שנקבעו בהסכם היו הבנות נתונות במשמורת משותפת וחלקן את חייהן עם שני ההורים במידה שווה. אם כן, איזו מבין שלוש האפשרויות מתאימה במקרה זה? המומחית פסלה את האפשרות שהאם תישאר בישראל מפני שהגיעה למסקנה שהאם ובעלה "רואים את מקומם כיום כבולטימור (ארה"ב) וכל ניסיון לעכב אותם פה 'לטובת הילדות' יעמיס על גב הילדות אחריות כבדה, ללא הצדקה". כמו כן דחתה המומחית את האפשרות שהבנות יועברו לחזקתו של האב, ושהאם תהגר עם משפחתה החדשה מהחשש שהבנות יחוו זאת כנטישה. בנסיבות אלה הגיעה המומחית למסקנה שיש להתיר את הגירתן של הבנות עם האם ובעלה. וכך סיכמה המומחית את חוות דעתה והמלצתה:

"לאור כל האמור לעיל, אני ממליצה לאפשר לבנות להגר עם אימן ובעלה לארה"ב. אין בכך הסתייגות מינימאלית מהורותו של האב או חברתו אלא אילוץ, שיהא עליו להתמודד אתו. להערכתו, הקושי עבורו יהיה גדול יותר מאשר עבור הבנות (וכך היה גם אם הבנות היו נשארות כאן – הקושי המרכזי היה עבור האם)".

שופטת בית המשפט לענייני משפחה דנה בטענות הצדדים, ובסופו של דבר החליטה לאמץ את המלצותיה של המומחית ולהתיר את הגירתן של הבנות. עמדתו של בית המשפט המחוזי הייתה שונה מקצה לקצה. בפסק הדין מונה השופטת רוטלוי את זכויותיהן של שתי הילדות על פי אמנת האו"ם בדבר זכויות הילד:²⁴ הזכות להתפתחות (סעיף 6 לאמנה), הזכות לגדול בחיק משפחה (סעיפים 18 ו-20 לאמנה), הזכות לקשר עם שני הורים במקרה של פירוד ביניהם (סעיף 9(3) לאמנה), הזכות לחינוך

23 (ההדגשה שלנו – ת"י וא"ש).

24 אמנת האו"ם בדבר זכויות הילד, 1993(כ"א 1038, כרך 31, עמ' 221).

עובדות, מיתוסים ותקוות בהסדרי הורות במקרים של גירושין

(סעיף 28 לאמנה), הזכות לזהות (סעיף 8 לאמנה), הזכות להישמע ולהביע דעה – זכות ההשתתפות (סעיף 12 לאמנה). היבט נוסף הוא צורכי הילד, במקרה זה צורכי הקיום הבסיסיים והצורך בקשר רגשי להורים ולבני משפחה אחרים.

וכך כותבת השופטת בפסק הדין: "מאחר שהורי הקטינות התגרשו זו מזו וכל אחד מהם בנה לו קן חדש, כאשר האם החליטה²⁵ לבנות אותו בחו"ל, מתעוררים קשיים ביכולת הקטינות לממש חלק מזכויות אלה במלואן. הנתק הפיסי בין ההורים הוא בשלב זה נתון, שאיננו ניתן לשנוי, בין שהקטינות תימצאנה בישראל או בחו"ל. כפי שכבר ציין השופט שילה, הסיכוי של הקטינות לממש את זכויותיהן, צרכיהן והאינטרסים שלהן בישראל הינו גבוה מזה הצפוי בארה"ב".

שני עקרונות מאפיינים את ההבדל בין החלטת בית המשפט לענייני משפחה לבין החלטת בית המשפט המחוזי: "דוקטרינת הנסיבות המשתנות" (changed circumstances doctrine) ולצדה – "דוקטרינת טובת הילד" (best interest of the child doctrine). ההבדל רלוונטי מאוד לדיון הנוכחי.²⁶ בבתי המשפט בישראל כיום "עקרון הנסיבות המשתנות" מצמצם לעתים את "עקרון טובת הילד". טובת הילד היא המנדט הבסיסי של בית המשפט על פי החוק, ולמרות זאת צמח לו עקרון הנסיבות המשתנות המנסה להתאים עצמו למציאות החדשה של ההורה ופחות לצרכים של הילד וטובתו. גישה זו מייצגת מעין "פתרון" של המציאות החברתית והמשפטית הנוחה לבית המשפט (ולאחד מההורים), אך לעתים עומדת בסתירה לטובת הילד. החלטתה של שופטת בית המשפט לענייני משפחה איננה תואמת את ממצאי המחקר והיא מונעת מעקרון הנסיבות המשתנות, קרי רצון האם להגר לארץ אחרת. לעומת זאת שופטי בית המשפט המחוזי לא אפשרו את ההגירה מתוך הבנה שתהיה כאן פגיעה בטובת הילדות, וכך גישתם תואמת את ממצאי המחקר, המדגישים את עקרון טובת הילד.

בדרך כלל כאמור עומדות בפני בית המשפט כמה אפשרויות בבואו להכריע בסוגיית מעבר דירה או הגירה, ובה דנה המומחית: (1) לאפשר להורה המשמורן (על פי רוב האם) לעבור או להגר עם הילד; (2) להעביר את המשמורת להורה השני וכך להשאיר את הילד בסביבתו הנוכחית; (3) להשאיר את המשמורת בידי ההורה המבקש להגר, אך לאסור עליו את המעבר; (4) להשאיר את המשמורת בידי ההורה המבקש להגר בתנאי שלא יהגר, ואם בכל זאת יבקש להגר להעבירה להורה השני. אין מחלוקת בין החוקרים שמעבר דירה, לא כל שכן הגירה, הוא אירוע קשה לילד הדורש הכנה והסתגלות. כאשר מתלווה לזה גם ניתוק מאחד ההורים, מדובר באירוע קשה במיוחד, המזמין הסתגלות מורכבת ביותר תוך חוויה קשה של פרדה מדמות משמעותית.

25 (ההדגשה שלנו - ת"י וא"ש).

26 Leslie Ellen Shear, Joan B. Kelly and Donald S. Eisenberg, *Amicus Curia brief. A letter to the Supreme Court of California, Marriage of Lamusaga* (2002).

בהקשר זה מחקרם של ברבר, אלמן ופבריציוס (Braver, Ellman and Fabricius) על אודות "שינוי מקום מגורים של ילדים לאחר גירושים וטובת הילד"²⁷ איתר וניתח את הסיכונים הקשורים בשינוי מקום מגורים או הגירה, שכוללים בין השאר: הסתגלות אישית נמוכה, הסתגלות רגשית נמוכה, היעדר דמויות התייחסות הוריות, תחושה של מתח רב בגלל גירושי ההורים ואבדן הייצוג הרגשי של ההורה השני בשל היעדר קשר. סיכונים נוספים הקשורים בשינוי מקום מגורים או הגירה מתוארים על ידי התרינגטון וסטנלי-הייגן (Hetherington and Stanley-Hagan):²⁸ התפתחות סרבנות קשר בגלל חוסר יכולתו של הילד לשמר קשר עם ההורה השני ופגיעה בהתפתחות הייצוג של ההורה הלא-משמורן (בדרך כלל האב) אצל ילדים שהופרדו ממנו.

ברצוננו להדגיש שלמרות בעיות אלה וחרף העובדה שבית המשפט המחוזי נשען כמצופה ממנו על עקרון טובת הילד ולא על עקרון הנסיבות המשתנות, כפי שנהג בית המשפט לענייני משפחה, החליטו שופטי בית המשפט העליון פה אחד²⁹ להישען גם הם על עקרון הנסיבות המשתנות ולקבל את ערעורה של האם. השופטים קבעו כי "בקשת הגירה של הורה עם ילדיו תיבחן לאור עיקרון טובת הילדים בלבד. אין על כן מקום להעניק במקרים אלה משקל עצמאי לשיקולים אחרים, כגון השאלה האם ההגירה 'מוצדקת' אם לאו". עוד קובעים שופטי בית המשפט העליון כי המושג "טובת הקטין" הוא מושג כללי ורחב, ובתי המשפט נדרשים מעת לעת לצקת בו תוכן ולעצב קריטריונים לצורך יישומו במקרה הקונקרטי העומד לדיון. ליד זאת מציינים השופטים כי בפסיקה הותוו כמה קריטריונים כלליים שיש להביאם בחשבון לצורך ההכרעה בשאלה מהי "טובת הקטין" במקרים של הגירתו מישראל עם הורה שבידו המשמורת. אלה הם הקריטריונים שמנה בית המשפט: דעת הילדים, איכות הקשר בין הילדים לכל אחד מן ההורים, היכולת לשמירת קשר בין הילדים להורה שהמשמורת לא בידיה אם תאושר הגירת הילדים ונכונות ההורה השני לסייע בקיומו של קשר זה, מסוגלות הילדים להיקלט בסביבה שאליה מתבקשת ההגירה. עוד קבע בית המשפט העליון כי אמות מידה אלה יישקלו לאור נסיבותיו המיוחדות של כל מקרה.

וכך במסגרת בניית הרציונל להחלטתם ציינו שופטי בית המשפט העליון כי "חוות דעתם של מומחים מהווה מכשיר חשוב בו מסתייע ביהמ"ש בבואו להכריע בשאלות הנוגעות לטובתו של הקטין וככלל, אף יאמץ ביהמ"ש את המלצת המומחים שאותם

Sanford L. Braver, Ira Mark Ellman and William V. Fabricius, "Relocation of Children after Divorce and Children's Best Interests: New Evidence and Legal Considerations", 17 *Journal of Family Psychology* (2003) 206, pp. 206-219.

Mavis E. Hetherington and Margaret M. Stanley-Hagan, "The Adjustment of Children With Divorced Parents: A Risk and Resiliency Perspective", 40(1) *Journal of Child Psychology and Psychiatry and Allied Disciplines* (1999) 129, pp. 129-140.

29 פלוגית (לעיל הערה 22).

עובדות, מיתוסים ותקוות בהסדרי הורות במקרים של גירושין

מינה, אלא אם כן קיימים טעמים נכבדים ובעלי משקל ממשי, המצדיקים סטייה מאותה המלצה (ראו: עניין פלוגית, שם; ראו גם: עניין דויד, 463, והשוו לעניין חוות דעתו של מומחה רפואי: ע"א 2160/90 רז נ' לאץ ואח' פ"ד מז(5) 170)... במקרה דנן, המומחית שמונתה מטעם ביהמ"ש לענייני משפחה, המליצה, הן בחוות הדעת שהוגשה לביהמ"ש לענייני משפחה והן בחוות הדעת המשלימה שהוגשה לאחר הגשת הערעור, לאפשר למבקשות להגר עם האם לארה"ב. המלצה זו מנומקת היטב, והיא ניתנה לאחר שהמומחית התרשמה באופן ישיר מן 'הנפשות הפועלות' ובחנה באופן יסודי ומעמיק את כל ההיבטים הצריכים לעניין. בניגוד לעמדתו של ביהמ"ש המחוזי, לא קיים טעם המצדיק לסטות מהמלצתה זו של המומחית. על כן, יש לקבל את הערעור, לבטל את פסק דינו של ביהמ"ש המחוזי, ולאפשר את הגירת המבקשות לארה"ב יחד עם האם".

באיזון כולל יש לדעתנו כאן סתירה משמעותית ואף חוסר קוהרנטיות בין הרישה של הנימוק ששמה את טובת הילד, בצדק, במרכז הדיון כערך שגובר על שיקולי הגירה חד-צדדיים של הורה אחד, לבין הסיפה במתן הנימוקים שמאמצת את עמדת המומחה, אף על פי שהמומחית למעשה לא סיפקה הסבר מבוסס וראוי להעדפת ההגירה למרות מסקנותיה כי שני ההורים ראויים במידה שווה (לפרטים מלאים יותר ולדיון נרחב יותר ראה הכרעת הדין).³⁰

כאמור אנו ערים לכך שהלכה מקובלת היא בקרב שופטי בית המשפט, במיוחד כשהמחלוקת היא קשה, לאמץ את חוות דעתם של מומחים כמכשיר חשוב המסייע בשאלות הנוגעות לטובתו של הקטין. לפיכך אנו מדגישים כי מכיוון שזו נטיית הלב של בתי המשפט, חלה על המומחה אחריות מכופלת ומשולשת להיות זהיר בהמלצותיו ולתמוך בהן רק בידע מבוסס ולא על סמך פרשנויות לא-נתמכות מחקר. כאשר מומחה מטה את השופט לכיוון מסוים קיים סיכון לטעות שיפוטית. באפשרות זו נדון בפרק הבא.

ו. טעויות שיפוטיות: כשבית המשפט מאמץ חוות דעת מומחים שאינן נתמכות בראיות מחקריות

הנחיות הסתדרות הפסיכולוגים האמריקאית (APA)³¹ כוללות בין השאר את הנחיה 12, המזהירה את הפסיכולוג לא להגזים במתן פרשנות לנתונים ולא לפרש נתונים קליניים ומידע שנאסף פירוש לא מתאים. וכך נקבע: "על הפסיכולוג להימנע מלהגיע

30 שם.

31 American Psychiatry Association, Committee on Ethical Guidelines for Forensic Psychologists, 1991.

למסקנות שאינן נתמכות בנתונים". ולמרות אזהרה זו של ארגון מקצועי וחשוב זה הגיעה המומחית במקרה דנן למסקנה, שאינה נתמכת בנתונים, כי יש לאפשר לאם להגר עם הילדות לחו"ל אף על פי ששני ההורים מתאימים מאוד להיות הורים, וכאמור בית המשפט העליון אימץ גישה זו ולו רק בגלל השקפת עולמו כי יש להישמע לדעתו של מומחה ברוב המקרים. לדעתנו ראוי לאמץ עמדה זו רק כאשר חוות דעת המומחה מלווה בתימוכין מחקריות למסקנותיו. אימוץ חוות מומחה שאינה כזו עשוי לגרור טעויות שיפוטיות ובתוך כך לפגוע בעקרון טובת הילד.³² אילו גילה בית המשפט ערנות רבה יותר לקריטריון מנחה זה והיה דורש מהמומחה להתייחס אל קיומם או אי קיומם של תימוכין מחקריות באופן ישיר וברור, הרי שאז ההתייחסות של בית המשפט אל חוות דעת המומחה הייתה זהירה יותר, והיו מצטמצמות טעויות שיפוטיות, כפי שלדעתנו שגה כאן בית המשפט העליון בהחלטתו במקרה לעיל.

לדעתנו, במקרה המנותח במאמר ההתייחסות לחוות הדעת הייתה רבה מדי ולא זהירה מספיק, במיוחד מכיוון שהיא לא הקפידה לשמור על הנחיה 12 של ה-APA. כמו כן פסק הדין³³ נשען כמעט לחלוטין על חוות דעת המומחה, ובית המשפט קובע כי "ככלל, לאור חשיבותן הגדולה של חוות דעתם של מומחים במקרים כגון זה שלפנינו, נוטים בתי המשפט לאמץ את הממצאים שאותם קבעו המומחים בחוות דעתם ואת מסקנותיהם של המומחים הנגזרות מממצאים אלו. ואולם, יתכנו מקרים בהם אין מנוס מהכרעה המנוגדת לאמור בחוות הדעת, כאשר קיימות ראיות בעלות משקל מהותי המצדיקות זאת [רע"א 4757/00 הנ"ל, עמ' 331]. יתר על כן, בית המשפט הוא שמכריע בסופו של יום בשאלת ההגירה, ולא המומחה שהעניק את המלצתו, מקצועית ואובייקטיבית ככל שתהיה". עוד נאמר בהקשר זה כי "ההכרעה השיפוטית מתחת ידו של השופט היא יוצאת, לא מתחת ידו של המומחה המקצועי [...] אין בית המשפט משמש 'חותמת גומי' לעמדת המומחה המקצועי, אין הוא רואה בה עובדה מוגמרת אלא המלצה אשר ככלל יש ליתן לה משקל רב ביותר, אך לא מכריע". הנימוק שמעלה בית המשפט לאי-היותה של המלצת המומחה בבחינת "כזה ראה וקדש" נעוץ בכך ש"האחריות בקבלת ההכרעה מוטלת אפוא כולה על כתפי בית המשפט ואין חולק בנטל האחריות עם כל מומחה [...] משהונחה בפני בית המשפט חוות דעת מומחה... אין בית המשפט פטור מהפעלת שיקול דעת שיפוטי עצמאי בגיבוש הכרעתו... תוך שהוא נעזר בחוות דעת הגורמים המקצועיים שמונו על ידי בית המשפט, בראיות נוספות אשר הובאו בפניו ואשר את המשקל שיש ליתן להן הוא בוחן, באמות המידה שהתווה המחוקק, בפסיקת בתי המשפט, ואולי יותר מכל – תוך שהוא מדריך עצמו בניסיון

32 אברהם שגיא-שורץ, "טעויות שיפוטיות בנושא אימוץ", פסיכו-אקטואליה אוקטובר (תשס"ד) 30.

33 בע"מ 10060/07 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 2.10.2008).

עובדות, מיתוסים ותקוות בהסדרי הורות במקרים של גירושין

החיים, בשכל ישר, ברגישות ובהבנה למצבו המורכב של כל אחד מן המעורבים בעניינים אלה".

סדרת נימוקים זו אכן ראויה מאוד ונשענת על רקע וניסיון שיפוטי של בית המשפט. הנה לנו דוגמה טובה שבה בית המשפט המחוזי לא שימש חותמת גומי להמלצתה של הפסיכיאטרית, ודווקא בית המשפט העליון נקט עמדה נוקשה יותר בעניין זה, ולכן לעניות דעתנו אף שגה. שלא כמו שופטי בית המשפט המחוזי, שופטי בית המשפט העליון התחשבו בחוות דעת מוטית של פסיכיאטרית-מומחית שנעזרה בפסיכולוגית קלינית שהפעילה מערכת מבחנים פסיכודיאגנוסטיים נטולי תוקף בכלל ובאשר להורים נורמטיביים בפרט. אין אנו בטוחים אם ועד כמה נחשפו שופטי בית המשפט העליון קודם לכן לתחום דעת מקיף ונתמך-ראיות מחקריות הקשור לגישה שהצגנו, גישה השואבת ידע מתחום מדעי ההתפתחות היישומיים שמדגישים את הצורך במתן חוות דעת נתמכת-ידע מבוסס. קיים כאן פער דיסציפלינרי בין הרקע המקצועי של השופטים ובין זה של מקצועות בריאות הנפש ומדעי ההתפתחות, ולכן מוטלת על המומחה חובה מקצועית ממדרגה ראשונה להציג בהמלצותיו את התשתית התאורטית-מחקרית שעומדת מאחורי המלצתו כמו גם את מגבלותיה.

אנו מתקשים מאוד להבין את שיקוליהם של המומחית והצוות המקצועי שעבד עמה שהביאו אותם למסקנה כי יש לאפשר את ההגירה אף על פי שלא מצאו הבדל בין היכולות ההוריות של האב והאם והתאמתם לשמש הורים. בית המשפט המחוזי אכן נקט עמדה שבצדק מתייחסת אל טובת הילד כבררת המחדל העיקרית מבלי לתת משקל יתר לרצונו של אחד ההורים להגר אל ארץ אחרת. חוות הדעת המקורית של המומחית התקשתה למעשה "לשבור את השוויון" מבחינת הנתונים שהיו זמינים, ולכן המלצתה לאפשר את ההגירה התקבלה כבלתי מתאימה על ידי בית המשפט המחוזי, ובצדק. חוות דעת זו מעלה שאלה מרכזית – האם האם היא בבחינת "הורה ייחודית" לצורכי הילדות לשמור על קשר קבוע עם האב, במיוחד משום שהחליטה שיהיה אשר יהיה היא תהגר לארצות הברית לטובת חייה החדשים? בית המשפט העליון בחר לתת משקל-יתר לחוות הדעת של המומחית ואף ביקש ממנה לספק חוות דעת משלימה ובה היא ציינה:

"הבנות אמנם מסוגלות להיקלט בארצות הברית, והן מתייחסות בצורה נבונה, הן קונקרטיית והן רגשית, למעבר אפשרי. הן אף מכינות את עצמן לאפשרות שלא יגורו ברעננה אם יישארו כאן... הן מכינות את עצמן לכל אחת מהפרידות שצפויה להן, כולל מהחיים בארץ. ברור שהחיים כאן הם המוכרים להן, ושמוקד החיים שלהן היה בארץ. אולם בתחושתן, ארצות הברית איננה מקום זר לחלוטין, לא מבחינת המגורים עם האם ולא מבחינת חיי חברה, לימודים וכו'. יש להן תשתית טובה לעשות את המעבר, ואינני יכולה לבסס את ההמלצות על עצם המעבר. ה'מעבר' של

פרידה מהאם יהיה יותר קשה, כפי שבמעבר לארצות הברית אני רואה בפרידה מהאב את הקושי העיקרי".

עוד ציינה המומחית:

"לאור כל האמור לעיל, אני רואה העדפה בהשארת הבנות עם אימן, וזאת – כפי שצוין כבר רבות – מבלי לשלול כהוא זה את הורותו של האב. אני מעריכה שהשכנוע העמוק של האב שמקומן של הבנות כאן, ללא כל ספקות, מהווה לחץ סמוי על הבנות; אני מעריכה שדווקא היכולת של האם לפקפק ולחשוב על מגורי הבנות כאן, למרות כל הכאב עברה, מאפשר[ת] לה להכיל אותן ולהרגיע אותן".

כאמור אלה הן אינטרפרטציות של המומחית ואין להתעלם מן העובדה שהיא כתבה חוות דעת קודמת בשביל בית המשפט לענייני משפחה שתומכת בהגירה, ולכן הסיכוי שהיא תשנה את דעתה היה קטן מלכתחילה, ואין אפוא להוציא מכלל אפשרות שיסוד המסקנה בדוח המשלים, שהוא נחרץ וחסר פשרות, מחזק את עצמו מתוך היעדר תשומת לב מספקת לצורך לשקול את ממצאי איסוף הנתונים המקצועיים מנקודת מבט של טובת הילדות, וגם מתוך חוסר התייחסות לכך שרצונותיה של האם הם למעשה שיקול לא־ידידותי מעצם יזמתה ונחישותה, עובדה שעשויה לשבש את שגרת הקשר עם האב. כדי להצדיק את מסקנותיה בחרה המומחית להתמקד בלחצים של האב ולהציגם כמגבלות קשות מאלה שהאם מציבה, ולכן מנקודה זו ואילך היכולת להתייחס אל מסקנותיה של המומחית כראויות נחלשת מאוד.

אנו מבקשים לציין כאן שוב שקיים הבדל חד בין בירור מקצועי של טובת הילד לבין בירור שאלות רחבות יותר ואינטרסים נוספים, כמו אלה של ההורה שמבקש להגר. קשה להבין כיצד מומחה מציין מצד אחד שטובת הילד היא הקשר השגרתי והנמשך עם שני הוריו, כשמצד אחר ובלית ברירה הוא ממליץ על הגירה. הדילמה במקרה שלפנינו – טובתן של הילדות לעומת זכותה האישית של האם להקים משפחה חדשה ולבקש את אושרה בחו"ל – לדעתנו אינה בתחום סמכותו של המומחה. יכול בית המשפט לחשוב שצריך להעדיף את האינטרסים של האם, יהיה זה לגיטימי או לא, אבל דיון מעין זה מוציא עצמו ממרחב טובת הילד, בוודאי כשמומחה עושה זאת, וגולש אל תחומי זכויותיהם של הורים כמבוגרים בעלי צרכים משלהם. חשוב ביותר לדעת שמדעי ההתפתחות היישומיים מדגישים במפורש שטובתו של הילד היא הבטחתו של קשר נמשך ושגרתי עם כל אחד מן ההורים, קל וחומר כשקשר זה היה מיטיב עד יום פרוץ הסכסוך. מומחה שממליץ בחוות דעתו לאפשר את ההגירה צריך להבהיר שלא את טובת הילד הוא מקדם אלא את טובת אמו, ויש לזכור כי מינוי בית המשפט הוא לברר את טובת הילד ולא את טובת ההורה.

עובדות, מיתוסים ותקוות בהסדרי הורות במקרים של גירושין

עוד ראוי להזכיר כי המומחית העלתה בדיון כמה אפשרויות בעניין ההגירה: א. לאפשר להורה המשמורן (בדרך כלל האם) להגר עם הילד; ב. לקבוע כי ההורה שנשאר בארץ יהיה המשמורן ובכך להשאיר את הילד בסביבתו הנוכחית; ג. לאפשר להורה להמשיך ולהיות המשמורן אך לאסור עליו מעבר לארץ אחרת. אם מביאים בחשבון את שגרת חייו של הילד עד פרוץ הסכסוך, שהייתה מיטיבה עם כל אחד מן ההורים, ומצמצמים את שיקולי ההורה שמבקש להגר, שכן מדובר כאן בזכות ההורה אך לא בזכות הילד לשמור על קשר נמשך עם שני הוריו, הרי שבית המשפט היה צריך לשקול את האפשרות שמדגישה את המשך החיים במסגרת השגרה שקדמה לפרוץ הסכסוך, ובכך למנוע ככל שאפשר את הדילמה שהיא כמעט בלתי פתירה מעצם יזמת ההגירה של אחד ההורים. במקרה המפורסם של לה־מוסגה במדינת קליפורניה זו הייתה בסופו של תהליך האפשרות שבה בחר בית המשפט, במיוחד על סמך המלצות מבוססות שניתנו על ידי "ידידי בית משפט" מהמובילים בתחומם (Amici Curiae³⁴). החלטה זו שנפלה בקליפורניה שמה את טובת הילד כערך עליון מול זכויות ההורה.

מתן העדפה להורה שמבקש להגר הוא "פתרון" נוח וקל יחסית לבית המשפט מכיוון שבכך הוא אינו ממש מתמודד עם האתגר המורכב להביא את האם מצד אחד אל מימוש הורותה (שהייתה טובה על פי המומחית) ומצד אחר למסור לה מסר ברור כי עליה לשקול את האפשרות להמשיך ולהיות הורה משמורן בישראל, בניגוד לרצונה, תוך שהיא נדרשת לתכנן את חייה שלה כנדרש. אם האם אכן הייתה מחליטה לחיות את חייה בישראל זו הייתה עדות חדה יותר שלמרות הכול רצונה להיות עם בנותיה הוא אכן ללא תנאים, שכן איש לא מונע ממנה להגר כל עוד הילדות נשארות בארץ. ראוי לציין עוד בהקשר זה שוויתור על משהו אישי חשוב לטובת הילדים, למשל משרה מפתה בחו"ל, טיול בעולם, אהבה בלתי מושגת, היא מצב מוכר להורים נורמטיביים רבים. הרי הורים נאלצים לוותר ללא הרף על תכניות שונות למען הילדים. לפיכך הישארות בישראל כדי למנוע פגיעה בילד היא דבר מובן ושגרת. יתר על כן, הרגשתו של ההורה שוויתר על טובתו האישית לטובת ילדיו טובה בגלל המטרה שלשמה ויתר. האם העדפת הוויתור האישית היא בת השוואה לזו שמאפשרת ניתוק הילד מההורה האחר, שהיא ללא ספק טראומה עמוקה יותר אצל הילד?

ואולם, בית המשפט העליון בישראל נוטה לא פעם להניח במשפטי הגירה שכוונת ההגירה מוחלטת, ולכן כל שנותר הוא להכריע על פי הסיטואציה שההורה המהגר יוצר (בדרך כלל אימהות). לדעתנו חובה עלינו להביע את דעתנו החולקת על גישה הזו. ההגירה איננה יכולה להיות אכסיומטית, לפחות מזווית הראייה של טובת הילד. יש לבחון היטב את מידת "ידידותה" של אם כלפי ילדיה כאשר היא מבקשת להגר "יהיה מה

Richard A. Warshak, Sanford L. Braver, Joan B. Kelly and James H. Bray, et al. 34
Amici Curiae Brief, In re the Marriage of LaMusga, Supreme Court of California
(2004).

שיהיה". את טובת הילד בית המשפט אמון לברר, ולא את הדרכים להתמודדות עם החלטתה של האם להגר (שהופכת אז את השופט למעין מטפל שנדרש רק להציע הסדרי ראייה בין-יבשתיים). ייתכן שאם כזו צריכה להיחשב בעלת הורות לא מיטיבה, ולו מהסיבה שהיא מכפיפה את טובת הילד להחלטה מוקדמת שהיא קיבלה, ושהכול צריך להיבחן על פי החלטה זו. אם בית המשפט יצא מנקודת מבט זו, של ידידותיות כלפי הילד ומקומו של ההורה השני בחיי הילד, יהיה לו קל יותר להכריע בעד השארת הילד בארץ, שזו לדעתנו העמדה הראויה במקרים מעין אלה.

ז. מודל מוצע לטיפול מערכתי בגירושין – שינוי עולם המושגים

מה אפוא נכון לעשות אם טובת הילד וצרכיו עומדים בראש סדר העדיפויות, גם במקרים של קונפליקט קשה ביותר, כולל במקרה של הגירה כפי שהצגנו לעיל? ראשית יש "לפרק את המוקשים" שקיימים כיום במערכת. אחד מהם הוא אוצר המילים והמונחים המקצועיים הלא מתאימים. לכן, יש למזער את השימוש במונחים בעלי השלכות הרסניות ולהזדקק להם רק במקרים קיצוניים. לא עוד "מסוגלות הורית", לא עוד "משמורת", לא עוד "הסדרי ראייה".

במקום כל אלה בא המונח "אחריות הורית" והתהליכים הכרוכים בו: החלטות מושכלות על יסוד חוות דעת מקצועית באשר לדרך "חלוקת אחריות הורית" וחלוקת זמן שהייה של הילד אצל כל הורה על פי זה. היבט נוסף בגישה המוצעת הוא העדפת "ההורה הידידותי" – הורה המכיר בחשיבות מימוש האחריות ההורית בשיתוף עם ההורה השני, ומאפשר לילד להיות בקשר משמעותי עם ההורה השני. למתן עדיפות להורה הידידותי בשיקולי המערכת יש חשיבות רבה, שכן היא מעודדת את שני ההורים לשתף זה את זה באחריות ההורית. בנוסף, כאשר הורה אחד שומר על ייצוג חיובי של ההורה השני אצל הילד הוא מחזק בכך את אמצעי המגן שלהם זקוק הילד כדי להתמודד בצורה מיטבית עם משבר הגירושין.³⁵ זאת לעומת הגישה הנוכחית בישראל המעודדת את ההורים להיאבק זה בזה ולהציג היבטים שליליים זה של זה מתוך כוונה לזכות ב"תואר" ההורה המועדף.

לסיכום, המודל המוצע לטיפול בסוגיות גירושין ואחריות הורית מושתת על כמה הנחות עבודה: (1) טובת הילד אומרת כי הילד זקוק לשני הוריו; (2) ברוב המקרים לשני ההורים יש "מסוגלות הורית"; (3) זכותו של הילד ששני הוריו יממשו את הורותם; (4) על שני ההורים מוטלת אחריות הורית במידה שווה; (5) יש הרבה סגנונות הוריים ואין יתרון לסגנון זה או אחר.

35 Constance Ahrons (לעיל הערה 13).

עובדות, מיתוסים ותקוות בהסדרי הורות במקרים של גירושין

במסגרת סוגיות אלה נדרשת גם התייחסות לעניין חזקת הגיל הרך, שכן כפי שהיא קיימת כיום בישראל, היא עומדת בסתירה מוחלטת לדין עד כה.

ח. תקפותה של דוקטרינת חזקת הגיל הרך

חזקת הגיל הרך, שנותנת עדיפות מוחלטת לאם כהורה לילדים עד גיל 6, מושתתת על דוקטרינה פסיכולוגית מיושנת ולא-נתמכת-מחקר כלל ועיקר, המוכרת כ"דוקטרינת הגיל הרך"³⁶ מאז התמסדותה של דוקטרינה זו במאה ה-19 אין שום גיבוי מחקרי לתקפותה. נהפוך הוא, הדוקטרינה נמצאת בסתירה גמורה לנתונים מחקריים³⁷ והיא גם אינה תואמת את ממצאי תאוריית ההתקשרות המושתתת כולה על מאות ואולי אלפי מחקרים סדורים ושיטתיים. לפיכך אלה המאמצים את דוקטרינת חזקת הגיל הרך עושים זאת אם מתוך אי-הבנת התחום, אם על יסוד דעות קדומות וסטראוטיפים לא מבוססים, אם מתוך שיקולים פוליטיים ואם משיקולים טקטיים שמונחים על ידי עורכי דין. שיקולים כאלה מחזקים את קיומה של דוקטרינה היוצרת סיכונים למכביר לילד.

כדאי לשים לב בעניין זה גם לטרמינולוגיה. כך, בעלי מקצוע המונחים על ידי עולם ידע נתמך-מחקר משתמשים במונח "תאוריה" והשערות שנגזרות ממנה, ואלה תמיד נדרשים לספק אישוש מחקרי. אלה לא יזכו לעמוד על במות פרסום מכובדות ויוקרתיות ללא הוכחה סדורה ושיטתית של טענותיהם. לעומת זאת המונח "דוקטרינה" משמעותו אמונה או אידאולוגיה, ולכן בעלי מקצוע רציניים לעולם לא ישתמשו בו. תאוריה רצינית ניתנת לאישוש או הפרכה, ולכן כל עוד אפשר ליישמה בשיטות מחקר מדידות היא תישקל בקרב בעלי מקצוע רציניים. דוקטרינה, מעצם היותה אמונה, אידאולוגיה, איננה ניתנת להפרכה באמצעות שיטות מחקר, ולכן לעולם לא תתקבל על ידי בעלי מקצוע טובים ובקרב חוקרים. מכאן נובעות הבעיות העיקריות שכרוכות בחזקת הגיל הרך: ראשית, אין תאוריה פסיכולוגית רצינית מאחוריה, ושנית, בהיעדר תאוריה גם אי אפשר שיהיו ממצאי מחקר שתומכים בדוקטרינה זו. דוקטרינת הגיל הרך מושתתת כל כולה על השקפות עולם ודעות קדומות במקרה הטוב ועל שיקולים פוליטיים-טקטיים במקרה הפחות טוב.

כדי להבין היטב את הדברים ראוי לראות את דוקטרינת הגיל הרך בפרספקטיבה היסטורית, לדעת כיצד נולדה, תוך התבוננות במרכיבים הלא-מחקריים שמאחוריה. בימי רומי הייתה לאבות משמורת מלאה על ילדיהם משום היותם קניינם. בתוך מציאות זו לאימהות לא הייתה שום זכות על הילדים, ובמקרה של פרדה, היה ברור שהילדים

Joan B. Kelly, "The Determination of Child Custody In The Future of Children", 4(1) 36 *Children and Divorce* (1994) 121, pp. 121-142.

Joan B. Kelly, "Current Research on Children's Postdivorce Adjustment: No Simple Answers", 31(1) *Family and Conciliation Courts Review* (1993) 29, pp. 29-49.

נשארים רכוש האב. באנגליה, בשנת 1839, נחקק חוק המדגיש את החשיבות של גידול ילדים בגיל הרך מתחת לגיל 7 על ידי האם. תומס נון טאלפורד (Thomas Noon Talfourd), עורך דין בריטי, הוא שקידם את חזקת הגיל הרך בחוק האנגלי.³⁸ כוונתו הייתה בעיקר לאפשר לאם לטפל בילדים עד שיגדלו דיים ויחזרו אל האב. הוא סבר כי ילדים זקוקים לאמם בגיל צעיר, אולם בבגרותם הם יכולים להיות בחזקת אביהם. כמובן בתקופה זו לא היו תאוריה ומחקרים שתמכו בדעתו זו, ושינוי החוק היה פרי תפיסת העולם של אותו עורך דין. בשנת 1860 נכנסה חזקת הגיל הרך גם אל מסגרת החוק במדינת ניו-ג'רסי מתוך הנחה כי טובת הילד בגיל הרך דורשת את טיפול אמו דווקא. כמובן להשקפה זו אין שום תמיכה תאורטית-מחקרית.

עם כניסתה של התאוריה הפסיכואנליטית בשנת 1940 אל מרחב הדיון, הטענה כי אימהות מתאימות יותר מאבות לגדל את ילדיהן הצעירים קיבלה חיזוק אינטלקטואלי בתורתו של פרויד. התורה יצאה מנקודת הנחה שהאם היא ייחודית והיא אובייקט האהבה הראשוני והחזק ביותר שיהווה את הפרוטוטיפ לכל האהבות בהמשך החיים. גישה זו נעדרת תמיכה מחקרית היות שהיא מושתתת על גישות פסיכודינמיות לא מחקריות שכעיקרון רואות בקשר אם-ילד שניוני (secondary) בהתפתחותו ולא ראשוני (primary).³⁹ התאוריה היחידה שמראה כי קשרים, עם האם והאב כאחד, הם ראשוניים ביסודם היא תאוריית ההתקשרות.⁴⁰

מאז התפתחה דוקטרינת הגיל הרך מתקיים דיון נוקב בעניינה, ותיאור מקיף בנושא הוא מעבר למרחב הדיון במסגרת סיכום זה (לפירוט נרחב יותר ראה מורן).⁴¹ רק נציין כי בשנת 1973 טענה שופטת בית המשפט לענייני משפחה בניו יורק סיביל הארט קופר (Sybil Hart Kooper) במקרה של Watts versus Watts שחזקת הגיל הרך שוללת את זכותו השווה של האב, ובכך מהווה הפרה של סעיף 14 בחוקה האמריקאית (זה גם נוגד כמה סעיפים בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות שיידונו בהמשך במסגרת עקרון השוויון).

לסיכום הדיון הנוכחי, בהסתכלות היסטורית דוקטרינת הגיל הרך היא תולדה של אידאולוגיה נטולת יסוד תאורטי-מחקרי ולמעשה מבטאת "זרם" שנבע וסחף מתוך אמונה כי כך טוב הוא. מקורה של הדוקטרינה הזאת הוא גם באי-הבנות באשר ליסוד הפסיכולוגי-התפתחותי נתמך-תאוריה מחקרית, בשיקולים פוליטיים, בשיקולים טקטיים

38 Kelly (לעיל, הערה 36).

39 Mary D.S. Ainsworth, "Object Relations, Dependency, and Attachment: A Theoretical Review of the Infant-Mother Relationship", 40(4) *Child Development* (1968) 969, pp. 969-1025.

40 Mary D.S. Ainsworth, "Attachment: Retrospect and prospect", *The place of attachment in human behavior* (Colin Murray Parkes & Joan Stevenson-Hinde eds. 1982) 3, p. 3-30.

41 שמואל מורן. חזקת הגיל הרך, נייר עמדה לוועדת המשנה בעניין הילד ומשפחתו, הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה (2002).

עובדות, מיתוסים ותקוות בהסדרי הורות במקרים של גירושין

ובעוד שיקולים אחרים שאינם מייצגים את טובתם האמתית של ילדים רכים. גם בישראל חזקת הגיל הרך התעצמה בהיעדר מערכת איזונים מתאימה שתבלום את תהליך קליטתה והתבססותה. השפעה רבה הייתה לפרסומים בתחום⁴² של גולדשטיין, פרויד וסולניט (Goldstein, Freud & Solnit). הפרסומים הם כולם נגזרות של התאוריה הפסיכואנליטית הנעדרת תשתית מחקרית כלשהי. מיקומו האיתן של עקרון חזקת הגיל הרך במובן החקיקתי (סעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית ואפוטרופסות)⁴³ עומד בסתירה מדהימה, ללא שום קשר לוגי, לשלושה עקרונות אחרים שיש להם יסוד מקצועי ומחקרי והם אינם מוטי מגדר ודעות קדומות.

ט. חזקת הגיל הרך מול עקרונות השוויון, ההסכמה, וטובת הילד

א. עקרון השוויון, שחוזק דרך סעיפים אחדים בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962: שוויון מלא בחובות ובזכויות של אב ואם (ס' 14), שוויון באפוטרופסות ובתפקידים ההוריים (ס' 15), שיתוף בקבלת החלטות (ס' 18) ושיתוף באחריות (ס' 22).

ב. עקרון ההסכמה בין ההורים, שגם הוא מחוזק על ידי כמה סעיפים בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, כמו למשל: שיתוף בקבלת החלטות (ס' 18), שיתוף באחריות (ס' 22), הסכמה על מי תהא האפוטרופסות לקטין כולה או מקצתה, מי מהם יחזיק בקטין ומה יהיו זכויות ההורה אשר אינו מחזיק בקטין לבוא עמו במגע (ס' 24). המחוקק הישראלי מעדיף (בצדק) ומעודד הסכמה בין ההורים בסוגיות משמורת, וההיגיון שהנחה את המחוקק אף תואם את כל הדיון הפסיכולוגי-מערכתי שמאפיין מאמר זה. באין הסכמה בין ההורים, בית המשפט הוא שמכריע במקום ההורים על פי עקרון טובת הילד.

ג. עקרון טובת הילד שבא ליד ביטוי באלה: חוק שיווי זכויות תשי"א-1951 ס' 3(ב): "אין בהוראות סעיף קטן (א) כדי לפגוע בכוחו של בית המשפט או בית דין מוסמך לנהוג בענייני אפוטרופסות על ילדים, הן על גופם והן על רכושם, בהתחשב עם טובת הילדים בלבד", וחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962 ס' 17: טובת הילד היא קנה מידה למילוי חובת ההורים כלפי ילדם.

כידוע, המחוקק הישראלי לא הגדיר את עקרון טובת הילד באופן אופרטיבי, אולם הפסיקה מנסה לצקת בו תוכן, כמו למשל: רצון הילד, התנהגות ההורים (מוסר, אורח חיים וכיו"ב), בריאותם הנפשית ומסוגלותם ההורית של שני ההורים, מין הילד, שיקולים דתיים, שיקולים לאומיים, גיל הילד, חוות דעת מקצועית כגורם מכריע, יציבות

Joseph Goldstein, Anna Freud and Albert J. Solnit, *Beyond the best interests of the child* (1973)

43 חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, ס"ח 120.

והמשכיות בטיפול בילד, הבטחת קשר עם ההורה האחר, גורמים כלכליים, חברתיים וחינוכיים, עקרון אי-ההפרדה בין אחים ועוד.

וגם כאן בהיעדר הסכמה בית המשפט הוא שמכריע במקום ההורים במסגרת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, ס' 25 כשהרישה קובעת: "לא באו ההורים לידי הסכם כאמור בס' 24 או שבאו לידי הסכם אך ההסכם לא בוצע, רשאי בית המשפט לקבוע את העניינים האמורים בס' 24 כפי שייראה לו לטובת הקטין". וכפי שאנו יודעים, הסיפה מתייחסת אל חזקת הגיל הרך.

ד. עקרון חזקת הגיל הרך מתבטא כאמור בסיפה של חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, ס' 25: "...רשאי בית המשפט לקבוע את העניינים האמורים בס' 24 כפי שייראה לו לטובת הקטין, ובלבד שילדים עד גיל 6 יהיו אצל אימם אם אין סיבות מיוחדות להורות אחרת". בהסתכלות כוללת, חזקת הגיל הרך במשפט הישראלי היא סיפה של סעיף שהרישה שלו חשובה מאוד, ואותה סיפה חסרת ביסוס תאורטי ומחקרי היא למעשה בעלת העצמה הרבה ביותר בגלל אופייה המכומת והחד-משמעי. עצמתה כה רבה עד שהיא מכרסמת בשאר העקרונות המאוזנים ונתמכי-התאוריה והמחקר שבמשפט הישראלי, ובתוך כך היא בעיקר גורמת לפגיעה בילד.

בשם הפלורליזם האקדמי-אינטלקטואלי אנו לעתים נוהגים לדבר על גישות מנוגדות כביכול שמחדדות את השאלה בדבר יתרונותיה וחסרונותיה של חזקת הגיל הרך. זו הצגה שגויה של המצב, ובמידה מסוימת אף ניצול חסר יושרה מקצועית של הפתיחות שמזמין פלורליזם דיוני. למעשה, על פי ידע שנשען על תאוריה רלוונטית לנושא (למשל התקשרות) ואשר מגובה בממצאי מחקר מצטברים ועדכניים – הדיון הלגיטימי כביכול הופך להיות חסר תוקף מחקרי, שכן מלכתחילה מדובר בהנגדה מטפורית בין "פירות" (תאוריה נתמכת-מחקר שאיננה תומכת בחזקת הגיל הרך) לבין "חיות" (דוקטרינת חזקת הגיל הרך שהיא לא יותר מאידאולוגיה נטולת יסוד תאורטי ואמפירי). אין כל ספק כי יש לבטל בישראל את חזקת הגיל הרך. נשאר אז השאלה בנוגע לדרכי הפעולה שיש לנקוט בכלל כמו גם דרכי הפעולה הראויים לרגל ביטולה של חזקה שגויה זו, במיוחד במצבי קונפליקט קשים.

י. מיפוי מצבי קונפליקט עיקריים ודרכי פעולה

התחום מציע טיפולוגיות מגוונות לאפיון מצבי קונפליקט בין הורים (ראה סקירה מפורטת, כהן, לוקסנבורג, דאטנר ומץ (Cohen, Luxenburg, Dattner & Matz).⁴⁴ מתוך

Orna Cohen, Aharon Luxenburg, Naomi Dattner and David E. Matz, "Suitability of 44 Divorcing Couples for Mediation: A Suggested Typology", 27(4) *The American Journal of Family Therapy* (1999) 329, pp. 329-344

עובדות, מיתוסים ותקוות בהסדרי הורות במקרים של גירושין

בחינת הטיפולוגיות השונות אנו מציעים ארבעה מצבים עיקריים כשבאים לבחון את דרך מימושה של האחריות ההורית המשותפת:

1. אין קונפליקט בין ההורים – האחריות ההורית המשותפת היא בת השגה באמצעות משא ומתן ישיר בין ההורים, גישור, ייעוץ מקצועי וכיו"ב ולא באמצעות הליך אדוורסרי.

2. הקונפליקט בין ההורים הוא ברמה נמוכה – מימוש האחריות ההורית המשותפת קשה יותר להשגה, אולם משא ומתן ישיר בין ההורים, גישור, ייעוץ מקצועי וכיו"ב עשויים לסייע מאוד במימושה. במקרה שבכל זאת נפתח הליך אדוורסרי, וכשאינן הסכמה על דרך מימוש האחריות ההורית למרות התערבות מקצועית, אפשר להיעזר ב"ידיד לילד" שיוצג בהמשך כאפשרות שיש בה כדי לתרום לדינמיקה מחודשת של שיתוף פעולה בין ההורים ומתוך כך תוביל את בני הזוג לשקול מחדש את המצב ולאמץ תכנית הורות משותפת בהסכמה הדדית.

3. הקונפליקט בין ההורים הוא ברמה גבוהה – מימוש האחריות ההורית המשותפת איננו בר השגה, ולכן קיימת נטייה חזקה לפעול על פי מודל אדוורסרי. במצב זה וכשהתערבות הגורמים המקצועיים אינה משיגה תוצאות רצויות, המציאות שנוצרת פועלת נגד טובת הילד והקונפליקט הזוגי אינו מאפשר פיתוח ואימוץ תכנית הורית משותפת. הסתייעות במוסד "ידיד לילד" שתוצע בהמשך מתאימה למצב זה.

4. מצב של חוסר תפקוד של אחד מן ההורים – במידה כזו שאינו מאפשר בנקודת זמן זו מימוש אחריות הורית משותפת. במצבים קשים מעין אלה, שבהם אי אפשר להגיע לשום פתרון מוסכם על ידי שני ההורים, אין מנוס ממעורבות של בית המשפט ובהפעלת התערבות סמכותית-מקצועית, כולל מינוי "ידיד לילד".

יא. מקומו של "ידיד לילד" במצבי קונפליקט קשים⁴⁵

מאחורי ההצעה למינוי "ידיד לילד" עומדות הנחות עבודה שמנחות גם מצבים שהם פחות טעוני קונפליקט, כלומר מצבים שבהם שני ההורים מבינים את חשיבותו של רעהו לטובת הילד, בהקפידם לשמור על איזון וסימטריות מרביים במעמדם כהורים לאחר הגירושין ובהבנה כי אף לאחד מהם אין מעמד מועדף בחייו של הילד.

1. קונפליקט קשה בין ההורים מוביל לשימוש במודל אדוורסרי. בין שנרצה ובין שלא, המחקר והניסיון בפרקטיקה מלמדים כי קונפליקט קשה בין ההורים מוביל בדרך כלל את אחד מהם להשתמש במודל אדוורסרי. במקרים אלה נדרשת התערבות כזו

45 בישראל ממנים במצבים קיצוניים אפוטרופוס לדין שהוא בדרך כלל עורך דין במקצועו. כפי שאפשר לראות, אנו מציעים להשתמש ב"ידיד לילד" שיהיה בעל הכשרה באחד ממקצועות של בריאות הנפש או מדעי ההתנהגות.

או אחרת של בית המשפט ושל גורמים מקצועיים נלווים (למשל יחידות סיוע, פקידי סעד לסדרי דין). כדי להבטיח התערבות מהירה ודחופה של כל אחד מגורמים אלה על פי עקרון-העל של טובת הילד, יש לנסות ולהביא בתחילה לפתרון מוסכם, ובהיעדרו ימונה לאלתר "ידיד לילד". לשם כך יהיה צורך לצייד את הגורמים המקצועיים בכלים שיאפשרו להם סינון ראשוני (screening) להערכת תפקוד ההורים על פי האפיונים האלה: א. הורה ידידותי – ההורה שמוכן להביא בחשבון – או ללמוד להביא בחשבון – את מקומו וחשיבותו של ההורה השני בחיי הילד; ב. הורה פסיכולוגי – ההורה שמאופיין ביכולת הבנה אמפתית, תובנה הורית וזמינות רגשית לצורכי הילד.

2. עקרון האיזון והסימטריות. התפתחה הנחת עבודה בפרקטיקה הישראלית כי בעת קונפליקט קשה שאינו פתיר אין מנוס מלהעניק משמורת לאחד מן ההורים (בדרך כלל האם) תוך ציפייה שההורה הלא משמורן ילמד להסתגל להסדר זה. על פי המחקר, יצירת חוסר סימטריות רק מעצימה את עצמת הקונפליקט ואיננה פותרת דבר. עד כמה שזה יישמע פרדוקסלי, לדעתנו, אחת הדרכים להתמודד עם מצבי קונפליקט קשים היא באמצעות שמירה מוסדרת ומפוקחת על האיזון בין ההורים מבלי להעניק לאיש מהם זכויות-יתר ויתרון שיעצימו את מעמדו כהורה לעומת ההורה האחר. הנחת עבודה זו מנסה למנוע מעמד עודף או נחות של אחד ההורים והעברת מסר ברור ממערכת המשפט ומהמערכת המקצועית לכיוון זה.

אנו סבורים כי כשהורים ועורכי דין ידעו כי אלו הנחות העבודה המנחות את בית המשפט במצבי קונפליקט קשים, יהיה אפשר לאכוף תכנית הורית זמנית על ידי בית המשפט, לפחות אצל חלק מההורים. והיה וגם התערבות ראשונית זו לא תישא פירות, אז ימונה "ידיד לילד". כאמור אין זה סביר להפעיל חזקה כזו או אחרת במצב קונפליקט קשה ללא התערבות של בית המשפט והיחידות המקצועיות הקשורות אליו (יחידות סיוע, פקידי סעד). בדיוק כמו שהיום אלה פועלים על פי המודל הקיים, כך יפעלו כדי להביא להסדר/אכיפת תכנית הורית זמנית על פי ההערכות הראשוניות שייעשו באמצעות הכלים שיועמדו לרשותם. במצבים קשים במיוחד ממילא נתקשה למנוע את כניסת בית המשפט ל"משחק", ולכן יש לצייד אז את בית המשפט בתכנית שתאלץ את שני ההורים לשקול מחדש את צעדיהם, והתערבות זו כשלעצמה תשמור על איזון בין שני הצדדים ולא תיתן יתרון להורה אחד על פני ההורה השני.

תכנית מעין זו למקרים של קונפליקט קשה שהמערכות המקצועיות מתקשות לטפל בו (תכלול: 1) מינוי "ידיד לילד", בעל מעמד של אפוטרופוס לדין, בעל הכשרה מקצועית-טיפולית מתאימה בתחום; 2) "ידיד הילד" ייפגש עם ההורים והילדים, יעשה הערכות ראשוניות, יסתייע במידת הצורך בבעלי מקצוע נוספים, יקבע תכנית הורית זמנית ובהמשך תכנית הורית קבועה; 3) העלות תושט על ההורים, בדיוק כמו שכיום מושטת עליהם עלותם של מבחני מסוגלות הורית.

עובדות, מיתוסים ותקוות בהסדרי הורות במקרים של גירושין

כאמור, על פי המיפוי שלעיל ועל סמך הנחות העבודה שפורטו, הסדרי משמורת לא סימטריים רק ינציחו את הקונפליקט שבו מצויים ההורים, את תחושת הקיפוח של הורה אחד ואת תחושת העליונות של ההורה השני, והכול על חשבון טובת הילד. ובאשר למקרה ההגירה שתיארנו קודם לכן: במציאות שכזו יש להפעיל תכנית ברורה שמנטרלת עד כמה שאפשר מניפולציות של עורכי דין ושל הורים ומגנה על טובת הילד באמצעות ידיד בעל סמכות מקצועית ומשפטית. הצעה זו משקפת את המציאות הקשה שקיימת בחיי הזוג והילד, ולכן מציבה לכל אחד מן ההורים (ועורכי הדין שלהם) אתגר "להתכוונן" לכיוון טובת הילד.

יב. אפילוג

לסיכום, ניסינו להראות כי כאשר המשפחה הגרעינית מתפרקת בגלל גירושין, וכשמתחייבת אז בניית הסדרי הורות במצב החדש, יש צורך להישען על הספרות הפסיכולוגית המקצועית המעודכנת ביותר שמביאה בחשבון גורמים התפתחותיים ומערכתיים של הילד. גישה זו מציעה מודלים שונים של פתרונות, וחשוב להדגיש כי הנחת העבודה ליצירת הסדרי ההורות מציבה אחריות הורית משותפת של שני ההורים כמטרת-על. וכך על חקיקה נאורה במדינת ישראל לראות זאת, כפי שבא לידי ביטוי בדוח של הוועדה הציבורית לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין (ועדת שניט)⁴⁶. חשיבות רבה נודעת לפרדיגמה מקצועית מעודכנת הכוללת תאוריה וכלי עבודה נתמכים-מחקר (evidence based). אנו טוענים כי את הכלים המתאימים ביותר מספקים מדעי ההתפתחות היישומיים. מדובר בדיסציפלינה שלמה של חקר התפתחות

46 הוועדה נתבקשה לבחון את הכללים הקיימים באשר לשיתוף ולחלוקה של האחריות ההורית בתקופת הגירושין ולאחריה אשר קבועים בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962 (להלן – חוק הכשרות), ואת יישומם בפרקטיקה הקיימת בבתי המשפט לענייני משפחה ובבתי הדין הדתיים השונים. בפרט יש ליתן את המלצותיה לעניין הצידוק להמשך תחולתה של "חזקת הגיל הרך" שבסעיף 25 לחוק הכשרות, בד בבד עם בחינת הצורך לעיגון סטטוטורי של הסדרים אלטרנטיביים באשר לחלוקה ולשיתוף באחריות ההורית בגירושין. כן נתבקשה הוועדה להציע דרכים לשכלול הכלים העומדים לרשות בתי המשפט ובתי הדין הדתיים לשם קביעת טובת הילד בנוגע להסדרי משמורת וקשר הורי, ולבסוף לבחון דרכים למימושם ואכיפתם של ההסדרים המוצעים על ידיה ולהמליץ על הטובות שבהן (ראו: כתב המינוי של הוועדה, נספח א'). הקמת הוועדה נועדה להשלים את הסדרת האחריות ההורית בגירושין על פי אמנת האו"ם בדבר זכויות הילד, 1989 (להלן – האמנה), אשר לא נכללה בדוח "הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה", בראשות כבוד השופטת סביונה רוטלוי, פברואר 2003 (להלן – ועדת רוטלוי). ועדת רוטלוי אמנם עסקה בהיבטים חוקיים שונים הנוגעים ליישום זכויותיהם של ילדים על פי אמנת האו"ם, אולם המלצותיה לא נגעו לתחום הסדרת האחריות ההורית בגירושין.

הילד, שעוסקת בין השאר בהתפתחות נורמטיבית שמתרחשת גם בעת משבר כמו גירושין.

מדעי ההתפתחות היישומיים מציעים לנו פרדיגמה מקצועית מעודכנת והמשגה אחרת של המונח "מסוגלות הורית". על פי הגישה ההתפתחותית אין צורך ב"רישיון להורות", כלומר ההורה הנורמטיבי לא נבחן ביכולתו ואין מקום למדוד את ביצועיו. בדרך כלל אנו מגלים כי מרבית ההורים מאופיינים בהורות נורמטיבית ובתפקוד ראוי, גם במקרים קשים מאוד של גירושין. מחקרים בתחום מראים את חשיבותם של שני ההורים להתפתחות הילד, ועל פיהם יש להדגיש את טיפוח זכות הילד לשני הוריו. אנו מבינים כיום יותר ויותר כי אי-מימוש זכות זו הוא גורם סיכון התפתחותי לילד. מזווית הראייה של טובת הילד, הסכסוכים בין ההורים מצריכים טיפול שונה מהנוהג כיום במערכת הרווחה והמשפט בישראל, קרי טיפול שעוקף את הקונפליקט הזוגי ומדגיש אחריות הורית בהניחו כי בדרך כלל לכל אחד מן ההורים מסוגלות הורית.

כמו כן קיים צורך בחריש עמוק כדי לעקור מהיסוד דברים רבים שהושרשו עם השנים בתחום הגירושין. ראשית, יש לבחון ולהגדיר מחדש את עניין המומחים ואת הדרך שבה ישתמשו בהם בבית המשפט. גם ועדת שניט נתנה דעתה על העניין והגיעה למסקנה כי יש לצמצם את מקומם במידה רבה. ייתכן שתהליך שינוי זה צריך להתחיל דווקא בבנייה מחדש של הסטטוס של פקידי הסעד כדי שאלה ייתפסו הן בעיני הציבור והן בעיני מערכת המשפט כאנשי מקצוע מובילים. ואז אם מערכת המשפט תמצא לנכון להשתמש בחוות דעת נוספת של מומחה פסיכולוג או פסיכיאטר, יש לשקול הכשרה ספציפית בתחום חוות הדעת לבית משפט ובתחום התפתחות ילדים לכל מי שעוסק במלאכה חשובה ואחראית זו. גם על נושא זה נתנה ועדת שניט את דעתה. לסיום, יש להעדיף את רציפות הקשר של הילד עם שני הוריו תוך חינוך לאחריות הורית משותפת. מכאן שאין חשיבות לחזקות בכלל ולחזקת הגיל הרוך בפרט.