

## ראשי פרקים

מבוא	3
טובת הילד	4
הזכות לבית קבוע	8
מרכז חייו של הילד	8
אורח חיים דתי	9
גידול בישראל	11
טובת התא המשפחתי	11
רצון הילד	12
משפט משווה	18
ארה"ב	18
הדין העברי	20
סיכום	23
ביבליוגרפיה	25

## מבוא

החשיבות וההשלכות לשאלה היכן הילד יגדל ואיזה הורה יקבל את תפקיד ההורה המשמורן חשובות וקריטיות, על פי מחקרים שהתפרסמו, ניתן לראות את ההשלכות החמורות שגורם הגירושין להליך התפתחותו של הילד ולעיצוב חייו בעתיד. משמורת הילדים איננה דבר שמה בכך, וכי בעת הבאת הסוגיה לפתחו של בית המשפט על בית המשפט לנקוט משנה זהירות בנסותו לתת פיתרון לנקודה רגישה זו שכן מצד אחד - עומדת בפניו טובת הילד ודאגה לשלומו היכן יוכל להמשיך את חייו כרגיל מבלי לגרום לו זעזועים נוספים אשר ישפיעו עליו לאורך כל חייו ואילו מצד שני - טובת כל הורה אשר מגיע לו את מלוא זכויותיו כאדם במדינה דמוקרטית אשר בין היתר הזכות לגדל את בנו ולשמש לו כהורה כזכות הנגזרת מחוק יסוד כבוד האדם וחירותו<sup>1</sup>.

בעבודתי אעסוק ואדון בנושא משמורת ילדים, מהו המצב המשפטי הקיים בחוק ובפסיקה וכיצד בהמ"ש נוטה לפסוק, איזה ערכאה מוסמכת לדון בנושא ואיזה דין יחול, איזה הורה לרוב יזכה בתפקיד ההורה המשמורן ואיזה שיקולים ומניעים גורמים לבית המשפט לקבל את החלטותיו. כמו-כן אבקש להשוואות בין המשפט הישראלי לבין הדין העברי תוך התייחסות לשני היבטים. הראשון - כיצד מתייחס הדין העברי לנושא רגיש זה? השני - ההבחנה בין שני הדינים תוך השמת דגש על ההבדלים בניהם.

מעבר לסקירת המצב המשפטי הקיים בין שני הדינים בנושא, אדון גם בנקודות נוספות הקשורות לעניין אשר יתכן ויש בהן כדי להשפיע על הדין כולו. כך למשל אדון האם המצב המשפטי הקיים מפלה בין בני הזוג ופוגע בזכות לשוויון של אחד מהם? האם האבחנה שהמשפט עושה בין גבר לאישה בנושא יכולת גידול ילדים כך שבאופן טבעי ברוב המקרים הילדים נשארים אצל האם רלוונטית להיום? האם בבוא בהמ"ש לפסוק את פסוקו יש לתת מקום לרצון הילד? כלומר האם יש לתת משקל ולהתחשב ברצונו של הילד הבוחר אצל איזה הורה ברצונו להיות שכן הילד הינו אדם קטן המגיע לו את מלוא זכויותיו כמו לכל אזרח אחר החיי במדינה דמוקרטית. כך גם האם ניתן להגיד כי רצון הילד נגזר מעקרון טובת הילד או שמא אין לתת מקום לרצון הילד עקב גילו הצעיר וחוסר מודעות למצב הקיים.

לסיום אפנה לבחון דרכים אחרות היכולות לתת מענה הולם יותר לסוגית משמורת ילדים ואשר לעניות דעתי יש בהן כדי לשפר את המצב הקיים ולפגוע פחות בזכות לשוויון של אחד ההורים ובכך למלא אחר תנאי המידתיות אשר נדרש לקיום כאשר נדרשים לפגוע בזכויות. בחלק זה אעסוק בעיקר בשני נושאים עיקריים. האחד - השמת דגש חזק יותר על עיקרון טובת הילד כאשר בית המשפט נדרש לדון בנושא משמורת ילדים ועולה בפניו השאלה איזה הורה יקבל את תפקיד ההורה המשמורן. השני - הורות משותפת. כאשר שני ההורים משתתפים בגידול הילד אזי כל הצדדים מרוויחים. הילד זוכה לגדול עם שני הוריו, המצב הטבעי האמור להיות, וההורים זוכים לגדל את ילדם ובכך נשמרות זכויותיהם.

## טובת הילד

החוק האנגלי משנת 1989, למשל, מחייב להביא את רצונו של הילדים לפני קבלת החלטות חשובות בנוגע אליהם. באותה שנה (1989) קיבלה עצרת האו"ם אמנה מיוחדת לזכויות ילדים. האמנה משתמשת במונחים טובת הילד והיכולת המתפתחת, המשקפים את הפגיעות המיוחדת ואת הצרכים המשתנים של אדם הנמצא בעיצומו של תהליך צמיחה. המונח טובת הילד, The best interest of the child, מדגיש את מרכזיותו של הילד בכל שיקול הקשור בו. היכולת המתפתחת, The evolving capacity, מתמקד ביכולתו הגדלה של הילד לנווט את דרכו באופן עצמאי ולהשתתף בהחלטות הקשורות לחייו.

עקרון טובת הילד מהווה את השיקול המרכזי של בתי המשפט טוען כי עובדי רווחה מצהירים שהעיקרון המנחה אותם בהחלטה לגבי הוצאת ילד מביתו הוא עיקרון טובת הילד. עקרון זה הינו מונח משפטי אותו טבע השופט קורודיזה בשנת 1925<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. (מאגר נבו)

<sup>2</sup> ט' ליכטנשטיין, "תהליך קבלת החלטות להוצאת ילד מהבית, השפעות סמויות וגלויות", **חברה ורווחה**, יא', שבט תשנ"א. עמוד 45

עקרון טובת הילד בא להדגיש שלילדים זכויות להשגת צרכיהם ולפעמים זכויות אלו עדיפות על הזכות של ההורים לגדלם. טובת הילד הינה עיקרון מנחה בבתי המשפט ובתי הדין הרבניים במקרים שיש צורך להחליט מי יחזיק בילד או האם יש להוציא את הילד מרשות הוריו נגד רצונם. עיקרון טובת הילד מדגיש את הצורך להתייחס אל טובת הילד כאל גורם מכריע בקבלת החלטות וישנו קריטריון אובייקטיבי המפרט תנאים פיזיים או פסיכולוגיים שמייצגים את טובת הילד. חוק הנוער<sup>3</sup>, למשל, מגדיר קטין נזקק כמי ששלמו הגופני או הנפשי נפגע או עלול להיפגע מכל סיבה אחרת אולם, אינו מפרט את תוכנם של הגדרות אלו.

מלומדים דוגמת גולדשטיין הציעו שהחלטות על עתיד הילדים תתבססנה על עיקרון האלטרנטיבה הפחות גרועה. גולדשטיין טוען שהמונח טובת הילד מתעלם מהמציאות המרה ולעיתים בשל זכויות הורים או ליקויים חברתיים ההחלטה על עתיד הילד אינה הטובה ביותר עבורו<sup>4</sup>.

ניתן לראות כי הן בחוק והן בפסיקה השמת הדגש על טובתו של הילד בעת הכרעת שאלת החזקה הינה בבחינת עיקרון על. עיקרון זה הלך וצבר תאוצה בחלוף השנים והפך לאחד מהשיקולים המרכזיים והמכריעים בהחלטה היכן ישהה הקטין. כך למשל: סעיף 3 לחוק זכויות האישה<sup>5</sup>. סעיפים 17,24,25 לחוק הכשרות המשפטית<sup>6</sup>. סעיף 2 לחוק האימוץ<sup>7</sup>. כך גם בפסיקה נראה כי עיקרון טובת הילד הינו שיקול מכריע בהחלטת בית המשפט בשאלה היכן יחזק הילד. בפסק הדין ביארס נאמר בשמו של השופט זילברג כי עקרון טובת הילד אינו ניתן לערבוב או למיזוג עם עיקרון אחר וכי לא ייתכן להתעלם משיקוליו ואינטרסיו של הקטין או שנדחם מפני שיקולים של אדם אחר ויהיה זה אף אביו או אימו<sup>8</sup>. לדעת פרופסור אבנר חי שאקי מטרתו של עיקרון זה היא להבטיח את שלומו, טובתו, חינוכו, אושרו וצרכיו של הקטין<sup>9</sup>.

<sup>3</sup> חוק הנוער (טיפול והשגחה) התש"ך-1960.

<sup>4</sup> Goldstein J., "Beyond The Best Interests Of The Child", P 36

<sup>5</sup> סעיף 3 לחוק שיווי זכויות האישה, התשי"א-1951.

<sup>6</sup> חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962.

<sup>7</sup> סעיף 2 לחוק אימוץ ילדים, תשמ"א-1981.

<sup>8</sup> בג"ץ 7/83 מסודי ביארס (לשעבר לוין) נ' בית הדין הרבני האזורי חיפה לח (1) 673 עמוד 683.

<sup>9</sup> א' ח' שאקי "אפיונים בדיני משמורת קטינים – תוך דגש על ישום עקרון טובת הילד" עיוני משפט י (תשמ"ד) 5 עמוד 14.