

ד"ר שלמה רומי, ד"ר נורית לוי, ד"ר ישראל צבי גילת

והילד מה הוא אומר?

המודלים המסורתיים של טובת הילד בהליכי השיפוט
האזרחיים והרבניים, והצורך בהעצמת קולו של הילד בהם

ראשי פרקים

תקציר

- א. האמנם טובת הילד היא שיקול אקסקלוסיבי בעיני המשפט?
 - ב. יניקתה של טובת הילד מרעיון אפוטרופוסות ההורים
 - ג. עיקריה של טובת הילד במשפט האזרחי הישראלי
 - ד. עקרון טובת הילד בהלכה היהודית
 - ה. גילוייה המעשי של טובת הילד
 - ו. המשמורת מנקודת מבטו של הילד
 1. פערים בהתפתחותו וביכולותיו של הילד
 2. תפישת עולם אגוצנטרית-ילדית
 3. תפישה ילדית של זמן ומרחב
 4. רצונו של הילד לעומת טובתו
- סיכום



תקציר

ענייני המעמד האישי בכלל ומשמורתם של קטינים בפרט נידונים בשתי ערכאות משפטיות המתקיימות בישראל במקביל ומתנהלות כל אחת על פי אידיאולוגיות, תיאוריות ומערכת חוקית שונה: מחד – בית המשפט למשפחה, שהוא חלק ממערכת בית משפט השלום; מאידך – בית הדין הרבני, שגם לו מבנה של מערכת היררכית וגם בה נידונים ענייני משמורת המגיעים לשיפוטו.

שתי המערכות עוסקות בהכרעות הנוגעות לסדרי חייהם של קטינים במקרים בהם הוריהם מתגרשים, ומתייחסות בהקשר זה למושג **טובת הילד** כאחד מן השיקולים המרכזיים שמנחים את החלטותיהם השיפוטיות. אלא שקיים לדעתנו הבדל עקרוני בין הפרשנות האזרחית-הליברלית לבין הפרשנות הדתית-היהודית למושג זה.

דברים שאין להם שיעור
מכון צומ"ת, אלון שבות תשס"ה

בית המשפט האזרחי רואה את הילד כישות עצמאית ואת טובתו כמכלול האינטרסים והצרכים הגופניים והפסיכולוגיים של הקטין. לשם כך הוא בוחן באמצעות שירותי הרווחה ואנשי מקצוע טיפוליים את איכות הקשר עם כל אחד מההורים, את המסוגלות ההורית של כל אחד מהם ואת איכות המשאבים שיכול כל אחד מהם להעמיד לרשות הילד. כמו-כן, הוא בוחן את מידת הנכונות של כל אחד מההורים לאפשר קשר עם ההורה השני ומשפחתו, וכשגילו ורמת התפתחותו מאפשרים זאת, הם מנסים להעריך את רצונו של הילד.

לעומת זאת, שיקולי טובת הילד המצויים בפסיקה הדתית הרבנית מתחשבים לדעתנו בעיקר בשיקולים רוחניים, ערכיים וגם כאלו הצופים פני עתיד רחוק יותר. הם מפרשים את ערכי טובת הילד כמשתלבים בערכים דתיים אינדיבידואליים וקולקטיביים. מעבר לכך, לצדו של שיקול טובת הילד בפירושו ההלכתי קיים שיקול עצמאי נוסף, שהוא גם השיקול המשמעותי יותר, והוא הפרשתו של הקטין מאיסורים ומעבירות על מצוות הדת, כגון חילול שבת ואכילת מאכלות אסורים. חובה זו – של מניעת הקטין מלעבור על איסורי הדת – אינה פרטיקולרית של האב דווקא, אלא מוטלת על כל אדם מישראל.

השיקול הדתי אינו מסתיים בשקילת זכויותיהם וחובותיהם של ההורים בינם לבין עצמם, אלא גם בזכויותיו וחובותיו של הדיין עצמו. לאמור, בניגוד לשיקול העוסק בטובת הילד, בו השופט מצווה להינתק מן ההורים היריבים ולשוות לנגד עיניו את טובתו של הקטין, הרי בשיקול הדתי הדיין מחויב להינתק הן מן הקטין והן מן ההורים היריבים, ולשקול מהי חובתו הדתית שלו בקביעת עתידו הרוחני הדתי של הילד. שכן, אם יכריע הדיין ביחס לילד משהו המנוגד לערכי הדת, הוא עצמו עלול לחטוא בחטא דתי, שלפעמים יהא זה "מעוות לא יוכל לתקון". הדיין היושב בהרכב בסכסוך כזה, מצווה באופן אישי מבחינה דתית לדאוג שהקטן יקבל חינוך לתורה ולקיום מצוות, ובאופן מיוחד למנוע בכל כוחו את הקטן מלעבור עבירות ומלהפר איסורים דתיים.

מאמר זה בוחן את העקרונות המנחים של שתי הגישות האידיאולוגיות המשפטיות, ומוסיף את חשיבות ההתייחסות לנקודת מבטו של הקטין עצמו – שאיננה באה לידי ביטוי מופגן באף אחת מהן.

א. האמנם טובת הילד היא שיקול אקסקלוסיבי בעיני המשפט?

יחסי הורים וילדים נעים בין הילד הטוען לזכויותיו ושואף לאוטונומיה מהוריו וממשפחתו, לבין ההורים – ביחד ולחוד – המפקחים עליו ומגבילים אותו. בציר זה נוטים לראות יחסי הורים וילדים, כמו כל מערכת יחסים תוך-משפחתית, כתלויית-תרבות, זמן ומקום וכשונה ממשפחה למשפחה. רוב ההורים פועלים ללא הדרכה או השתלמויות פורמליות אלא מתוך מה שראו ולמדו במשפחות המוצא שלהם. כמוהם גם השופטים, המכריעים בסוגיות שבין הורים וילדים, נשענים יותר על סולם הערכים האישי שלהם לגבי הורות ופחות על הכלים המשפטיים שברשותם.

ניתן להבחין ביחסים שבין הורים וילדים בשני צירים החותכים זה את זה, משיקים זה לזה ולעיתים אף מקבילים זה לזה. הצייר האחד הוא הנורמטיבי, המשקף תהליכים התפתחותיים וחינוכיים. בציר זה מתנהל מאבק מתמיד המעמיד את הילד כבעל זכות, ואת ההורה מנגד כבעל חובה בלבד, שאחריותו לספק את כל צרכי הילד. אלא שמאבק של ילד מול הוריו נראה גם היום כקוריוז, ואין מערכת המשפט ממהרת לקבוע הלכות קבועות בסוגיה זו. הצייר השני מתקיים כאשר המשפחה מתפרקת, ומתפתח מאבק בין שני ההורים על ילדיהם. בציר זה ההורה האחד הוא בעל דינו של ההורה השני, ואילו הילד אינו אלא מושא התייחסות ולא הנושא. ברוב הסכסוכים המתבררים בבתי המשפט אין הילד אלא כלי משחק במאבק שמנהלים ההורים.

בבתי המשפט בישראל, קיימת פסיקה שאין זכות ההורה ביחס לילדו עומדת לכשעצמה, אלא היא מעין סמכות עזר של ההורה לבצע את חובותיו כלפי ילדו. כלומר, הסכסוך שבין שני הורים על ילדיהם אינו סכסוך אגואיסטי על מימוש זכויות משפטיות של ההורים ביחס לילדיהם, אלא סכסוך אלטרואיסטי בין האב והאם, מי ישרת את הילד ואת זכויותיו טוב יותר. הורה הטוען כי אינו חייב לשלם מזונות לילדו או לקבוע את דרך חינוכו, אינו שם את הילד ליריבו ולרוב אינו מנסה לקצץ בזכויותיו של הילד, אלא נאבק על זכותו שלו אל מול זכותו של ההורה האחר להחליט ולעשות בעניין ילדם.

הגדיל עשות בדבר זה שופט בית המשפט העליון המנוח פרופ' מ. זילברג בפרשת שטיינר נ. היועמ"ש, שכתב את הדברים הבאים: "מבחן טובת הילדים, לדעתי,

לא יימלט בו אחד מן השניים: או שאינו שיקול רציני כלל, או שמתחשבים בו ובו בלבד. פשרה לא תיתכן כלל: הוא אינו ניתן לחלוקה, ואין למזגו ולערבבו באיזה שהוא שיקול אחר... לכן צדק המחוקק הישראלי בקבעו – וזהו לדעתנו מובנו הנכון של סעיף 3(ב) – כי טובת הילדים תהא השיקול הסופי והמכריע הן בהתנגשה עם זכות האפוטרופסות האמורה בסעיף 3(א) והן בהתנגשה עם הוראות חוק זר...¹.

אכן, השופט זילברג מייחס את בלעדיותו של עקרון "טובת הילד" גם בסכסוך המתנהל בין שני הורים למחוקק עצמו. ברם, אם נעיין בסעיף 3(ב) לחוק שיווי זכויות האישה, תשי"א - 1951, ניווכח לדעת כי השופט זילברג דיבר מנהמת ליבו. כפי שיראה המעיין בחוק שיווי זכויות האישה עצמו, כל שביקש המחוקק שם הוא להשוות בין הגבר לאשה, בין האב לאם. יושם אל לב כי בפסק דינו של השופט זילברג, שניתן שנים אחדות לפני חקיקת סעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב - 1962 (להלן: החוק), ישנה אמירה כללית של התחשבות בלעדית ב"טובת הילד" אך אין בה תוכן ממשי. כך למשל, לא ברור מדבריו מה מעמדה של האם בסכסוך עם האב באשר למשמורת ילדם מתחת לגיל שש. מה צריכה להיות גישתו של השופט שעה שמובא בפניו הסכם גירושין, כלום אין הוא חייב להשתכנע כי הסכם זה משקף את טובת הילד באופן "סופי ומכריע"? או, כפי שצינו, מה מעמדם של ההורים הטבעיים ביחס לאנשים אחרים, זרים או קרובי משפחה רחוקים. גם ההפניה של סעיף זה ל"כל בית דין מוסמך לדון בענייני המעמד האישי" (כאמור בסעיף 7) לא הייתה ברורה, והיה מקום לומר שניתנה "אוטונומיה שיפוטית" לכל ערכאה לפרש את טובת הילד לפי דרכה.

עם הופעת סעיף 25 לחוק דומה שנפתרו מעט מן השאלות הללו. ראשית, נקבעה בסעיף זה מסגרת בה מוכרח השופט להתחשב ב"טובת הילד", והיא כש"לא באו ההורים לידי הסכם כאמור בסעיף 24, או שבאו לידי הסכם אך ההסכם לא בוצע". לאמור, אם הגיעו ההורים לידי הסכם ביניהם – אין השופט מחויב לפקפק בדבר חוסר התאמתו של ההסכם ל"טובת הילד". יצוין, כי לשופט קיימת סמכות אינהרנטית או "סמכות כללית לאמצעי שמירה" מכוח סעיף 68 לחוק, לפסול הסכם שכזה אם לדעתו אינו משרת היטב את טובת הילד; אך דא עקא,

1. ע"א 209/54 שטיינר נ. היועץ המשפטי, פ"ד ט 241, 242.

אין זו סמכות שבחובה אלא סמכות הנתונה לשיקול דעתו. שנית, המחוקק אינו מסתפק בהכרזה ערטילאית של "טובת הילד" אלא מעניק לה פרמטרים אחדים, כמו העדפת האם בהחזקת ילדה מתחת לגיל שש על פני האב. ומכאן, שלילה מוחלטת של העדפה אפריורית שכזו בילד מעל לגיל שש. ושוב, לו טובת הילד הוא עקרון סופי ומכריע, מה הטעם בהצבתם של הפרמטרים הללו. יצוין שבשיטות משפט מודרניות אין הבחנה כזו בנמצא. ושלישית, אמנם לא במפורש אך במכללא, אין ההתחשבות בטובת הילד כשיקול "סופי ומכריע" גורפת, אלא רק בהעדפת הורה אחד על משנהו. אך אין השופט מסוגל משמו של שיקול זה להעדיף באופן "סופי ומכריע" אדם שלישי על פני ההורים.

להלכה ולמעשה אין "טובת הילד" נשקלת כשיקול "סופי ומכריע", אלא רק בסכסוך בין שני ההורים על ילדם. ברם בסכסוכים בין ההורים לבין רשויות הרווחה למיניהן אין שוקלים את טובת הילד כשיקול "סופי ומכריע", אלא כשיקול נגדי שלא לכבד את זכות ההורים על ילדיהם. אם השיקול של טובת הילד בסכסוך שבין שני ההורים על ילדם הוא מקסימליסטי, לאמור – היכן לילד יהיה טוב יותר, הרי שיקול טובת הילד בסכסוכים אחרים הוא מינימליסטי, לאמור – האם לילד כל כך רע שיש הכרח בלתי נמנע להוציאו ממשמורתו החוקית.

ולא זו בלבד, אלא לעיתים גם סכסוכים בין ההורים לבין עצמם מוכרעים שלא על סמך טובת הילד המקסימליסטית אלא על סמך טובת הילד המינימליסטית. למשל, ביצוע פסק דין בהליכי ההוצאה לפועל. אכיפת פסק הדין תתבצע שם לא רק במידה שההורה המשמורן משרת את טובת הילד באופן מקסימליסטי, אלא להיפך; האכיפה לא תתבצע רק אם שהות אצל ההורה המשמורן עלולה להביא לנזק גופני או נפשי חמור. במידה דומה גם בהליכי חטיפות ילדים. זכותו של ההורה שממנו נחטף הילד (בין אם היה כבר פסק דין שהילד יהיה במשמורתו ובין אם לא) היא קבועה וברורה, וטובת הילד עלולה לשלול את זכות ההורה שממנו נחטף הילד רק היכן שתוכח סכנה מוחשית ומיידית לילד. כיום הדברים מצוינים בפירוש בסעיף 13(ב) לתוספת שבחוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים), תשנ"א - 1991, אבל בשעתו לפני עשרים שנה ומעלה, כשמעשי חטיפה נידונו כעתירות פרטיות בבג"ץ, היו לא מעט שופטים בבית המשפט העליון שסברו שעקרון טובת הילד הוא שיקול סופי ומכריע גם כשמדובר בהפרה גסה של החוק הבינלאומי.

העמדת שיקול טובת הילד במרכז היריבויות שבין ההורים על ילדם והעלמת יריבויות שבין ההורים על זכויותיהם לכשעצמן, יצרו לעיתים תגובות אבסורדיות. כך, למשל, כשעלתה השאלה אם יכולים ההורים להסכים ביניהם על הענקת סמכות לבית הדין הרבני (כאמור בחוק) לדון בעניין החזקת הילדים או שמא נדרשת אף הסכמת הקטין עצמו, פתר השופט ש.ז. חשין המנוח את הבעיה בנימוק הבא:

על שאלה זו אין אנו מהססים להשיב בחיוב. את התביעה לבית הדין הרבני הגיש האב. כיוון שלהורים, כפי שאמרנו לעיל, אין זכויות משל עצמם בתביעה להחזקת ילדם המשותף, הרי תבע האב מכוח הילדה. נמצא האב, שהוא אפוטרופוס הטבעי של הילדה, ודאי הסכים לשיפוטו של בית הדין. ובשם מי הסכים אם לא בשם הקטינה? שהרי לו אין זכויות משלו, כי אם חובות בלבד. והוא הדין באם².

2. בג"צ 98/58, דרעי (נחום) נ. יר"ר הוצ"פ, פ"ד ט 1938. יצוין שגישה זו השתנתה לאחרונה בפסק דין בבית המשפט העליון בבג"ץ 2898/03 (שניתן מפי השופטת בייניש ובהסכמתו של הנשיא ברק והשופט אדמונד לוי), המאיין את הלכת וינטר נ' בארי. באותו פסק דין נידונה עתירה של אם כנגד בית הדין הרבני על שראה עצמו מוסמך להכריע בסכסוך שהתגלע בין ההורים לאחר הגירושין בעניין סמכותה של האם (שבינתיים נישאה לאחר) להגר מ ישראל לארצות הברית יחד עם הבנות המשותפות. האב התנגד ופנה לבית הדין הרבני בטענות שונות של "סמכות נמשכת", היינו שלבית הדין הרבני הוקנתה סמכות לדון בעניין הגירת הבנות מכוח הסכם הגירושין שערכו הצדדים בבית הדין הרבני בנתניה. בנוסח הסכם משמורת בבית הדין הרבני מופיע הסעיף כי "מוסכם בזאת, שכל עניין הכרוך בשאלות מהותיות כגון חינוך הילדים, בריאותם וכיוצ"ב, ייעשה וייקבע ע"י בני הזוג, ובכל מקרה של מחלוקת בין ההורים תובא להכרעת בית הדין הרבני". לאחר שהתגלע הסכסוך הגיש האב מצדו תביעה חדשה לבית הדין הרבני לדון בנושא המשמורת (ההגירה), בשל כך שבמסגרת הליך הגירושין הסכים האב שהבנות תהיינה במשמורת האם בתנאי מפורש שהבנות תישארנה בישראל. על-כן טען כי הסמכות שקנה בית הדין בתביעת הגירושין המקורית כ"כרוכה" באופן טבעי, "נמשכת" גם לאחר הגירושין עקב הסכם הגירושין.

בית המשפט העליון קבע כי ההסכם שנערך בין ההורים לא נחתם בשם הקטינות ו"ספק אם הם התיימרו לייצג את הבנות כאפוטרופוסים שלהן". ועוד דבר: "הלכה פסוקה כי ככלל, קטינים אינם כבולים לתוכן הסכמים שנערכו בעניינם במסגרת הליך גירושין בין ההורים, ואין הם קשורים לערכאה השיפוטית שנבחרה על ידי הוריהם". בית המשפט העליון אמר בפירוש כי הוא סוטה מההלכה הפסוקה הקיימת, שבה צומצמה אי-כבילות הקטינים להסכם בין ההורים רק באשר למזונות הילדים (שיתוארו מייד בסימן הבא), אך סטייה זו משתי סיבות: האחת "מטבע הדברים, החשש מפני ניגוד אינטרסים בין ההורים לבין הילד במסגרת

מכל הנימוקים שהבאנו עד כה, כמו רבים אחרים שלא הבאנו מקוצר היריעה, נראה שאין היחסים שבין ההורים וילדיהם נשענים מנקודת המבט המשפטית על טובת הילד באופן בלעדי, אלא על עקרון אחר של אפוטרופסות ההורים כלפי ילדיהם³.

ב. יניקתה של טובת הילד מרעיון אפוטרופסות ההורים

נראה שטובת הילד איננה חזות הכל, וכי העיקרון הראשי הרווח בשיטות המשפט השונות הוא אפוטרופסות ההורים.

בגישות המשפטיות שרווחו עד לעת החדשה לא היה מקובל רעיון אפוטרופסות ההורים. המשפט הרומי חרת על דגלו את רעיון שלטון האב על בנו, שתוכנו היה בעצם שלטון החיים והמוות, ואילו המשפט הגרמני של ימי הביניים ראה באב עם בנו מעין יחידת משק חקלאית-ביתית שלאב זכות ניהול בה. האב ובנו היו חיים ביחד מתוך ניהול מאמץ משותף, אך ברצותו יכול היה האב להדיח את בנו ממנה. גם הבנים יכלו לפרוש מצורת החיים של חיים ביחד ולעמוד על דעתם בכוחות עצמם. רק בשיטות המשפט המודרניות התפתחה גישה שונה, לפיה אין האב שליט כל יכול, ואף אינו מנהל או חי ביחד. לא ביום אחד נשתנתה הגישה באשר לקביעת תפקיד ההורים, אלא בהתפתחות איטית ומדורגת. לידתה של 'אפוטרופסות' ההורים במקום הגישות העתיקות הוא נושא המעורר עניין רב בקרב העוסקים בחקר ההיסטוריה של המשפט בארצות השונות⁴.

הליך הגירושין מתעורר לא רק בנוגע למזונות הילדים אלא גם בנוגע להחזקתם ולסדרי ראייתם; השנית, קליטתה של האמנה בדבר זכויות הילד משנת 1989 למשפט הישראלי הפנימי בשנת 1991, בצד חקיקתו של חוק יסוד: חוק האדם וחירותו, "מחזקים את ההכרה בקטין כבעל-דין עצמאי, בעל זכויות ואינטרסים נפרדים משל הוריו". לדעת בית המשפט העליון הסכמים בין ההורים על ילדיהם "לא יחייבו את הקטין אם טובתו לא נבחנה במעמד הצדדים כעניין העומד לעצמו, בנפרד מיתר סוגיות הגירושין".

3. להרחבה של הרקע המשפטי ההיסטורי, עיינו ישראל צבי גילת, דיני משפחה: יחסי הורים וילדים (חושן המשפט, תשס"א - 2000), 21-44.

4. מגמתם של היחסים שבין הורים וילדים בדיני התורה וטמיעתם במשפט הנוהג בישראל, מאזני משפט א' (תש"ס) 297, 300-309.

על שני נדבכים עיקריים, השלובים זה בזה, נשענים יחסי הורים וילדים:

1. יחסי הורים וילדים נועדו בראש ובראשונה לטובתו של הילד. כלומר, אין הזכויות שיש להורה בבניו ובבנותיו אלא תנאים לקיום חובותיו כלפיהם. נמצא שקיום חיוביו של ההורה כלפי בניו הם עיקר ותכלית – כדי לספק את צורכיהם הגשמיים והנפשיים של הילדים.

2. חובתו של ההורה אינה תלויה רק בחיובו מרצון, ולא כל שכן שאינה לפי התנדבותו. אין האב יכול להעביר את בניו לפיקוחם של אחרים ולהשתחרר בכך מחיוביו כלפי בניו, כפי שראינו בשיטות משפט עתיקות; אלא הוא תלוי ברצונו של הריבון. לפי גישתן של שיטות המשפט האירופאיות, אין יחסי האב כלפי בניו אלא יחס של אפוטרופסות, כממונה עליהם מטעמו של הריבון. האפוטרופסות של ההורה על בניו אינה תלויה ברצונו הטוב, כפי שתלויה האפוטרופסות של אדם שאינו הורה להתמנות על מאן דהו שאינו בנו. אפוטרופסות האב היא מכוח החוק, והיא נקראת **אפוטרופסות טבעית**. לאמור, הריבון רואה עצמו, לפי שיטות משפט אלה באמצעות מוסדות השיפוט שלו, כממונה עיקרי על טובתם ושלמותם של הבנים, ואין ההורים אלא מורשים מטעמו לדאוג לצורכיהם של הילדים ולרווחתם.⁵ מבחינה אטימולוגית היה נהוג לראות באפוטרופסות מקבילה ל-*Guardianship* ואת ההורים כ-*Natural guardianship*, אבל באנגליה ויתרו מכבר על המונח, שנראה בעיניהם כמזכיר אדנות על מקרקעין ומיטלטלין, ואפילו את המונח "זכויות וחובות של ההורים" המירו שם ב"אחריות ההורים" (*Parental responsibility*).⁶

5. ראו את הספרות המשפטית הבאה: Holdsworth, *A History of England Law* 648 (by Burke ed., Vol. V, London, 1972), שם אבחן המחבר בין גישת ה-Common Law לבין גישת ה-equity. דברים דומים עיין גם:

Bromley Eversley's *Law of the Domestic Relations* (5th ed. Canada, 1937) 459-460; Family Law (4th. ed. London, 1971) 263-265; Eekelaar, *Are Parents Morally Obligated to Care for their Children?*, *Parenthood in Modern Society* (Netherlands, 1993), 51-64. המשפט הרומי הולנדי עיינו: Donaldson, *Minors in Roman-Dutch Law* (Durban, 1955) 60. המשפט הגרמני ראו: Schuster, *The Principles of German Civil Law* (Rep. Darmstadt, 1979) 546-556. למשפט האירי עיינו: Duncan, *The Constitutional Protection of Parental Rights*, *Parenthood in Modern Society* 431-455.

6. Cretney and Masson, *Principles of Family Law* (6th ed. London, 1997) 609-610.

לא רק עצם קביעת האחריות של ההורה לבניו הייתה נתונה בידי הריבון, אלא גם היקפה וטיבה. תחילה העדיפו מדינות רבות את אפוטרופוסות האב וראו בו אפוטרופוס בלעדי, מורשת מימים עברו של שלטון האב על בניו, כשהאם כשירה לשמש אפוטרופסית רק אם מת האב, הוגלה או איבד את כושרו השכלי. ברם, בסוף המאה התשע-עשרה השווה המשפט האנגלי את זכות האם לאפוטרופוסות לזו של האב⁷, ובעקבותיו הלכו מדינות אירופיות אחרות⁸. החוקרים תלו שינוי זה בהשפעה האידיאולוגית של שוויון המגדרים.

הוא הדין בהיקף החיוב עצמו. אם בשיטות משפט קדומות לא ראו בחיוב המזונות אלא חיוב מוסרי, שמידת אכיפתו הוטלה בספק והאב היה יכול להשתחרר ממנו כשירצה, מעתה אין הדבר כן. ההורה מחויב במצות המחוקק לזון ולכלכל את בניו ובנותיו שנולדו לו (במסגרת הנישואין) עד לגיל מסוים וקבוע, ואין הוא יכול להיפטר מחובת המזונות לפני הגיע המועד, אלא בהסכמתו של הריבון. מאידך גיסא, אם במשפט הקדום היה האב מחויב לזון את בניו ובנותיו אפילו אחרי שבגרו והיו מסוגלים לעמוד ברשות עצמם אם המשיכו לחיות בביתו והיו סמוכים על שולחנו, לפי גישות משפט מודרניות אלה אין ההורה חייב כלל ועיקר במזונות בניו ובנותיו, אלא עד שיגיעו לגיל הבגרות, שהרי מכאן ואילך, כך מניח הריבון, יוכלו לעמוד ולהתפרנס מעצמם.

יתר על-כן, הריבון הרואה עצמו, לפי שיטות משפט אלה, כממונה עיקרי על טובת הילדים הוא המוסמך לקבוע את אמת-המידה של טובתם. לרוב, המחוקק מעדיף שיקולים חומריים ונפשיים הנצרכים באופן מיידי להתפתחותו של הקטין, וכמעט שזונח שיקולים ייחודיים כיתתיים, כגון שיקולים רוחניים, לאומיים ודתיים⁹, ואין אומד דעתו של האב ביחס לבניו מעלה או מוריד. כך,

7. Pettit, *Parental Control and Guardianship*, A Century of Family Law 1857-1957 (Graveson, Crane ed. London, 1957), 56-87.

8. וראו גם: Neuhaus, *Christian Family Law*, The International Encyclopedia of Comparative Law Vol. IV, Chap. 11, (Tuebingen, 1983) para. 58; Krause, *Creation of relationship of kinship* (op. cit., Chap. 6) para. 131.

9. בשנות השישים החלו המלומדים, בעיקר מתחום הפסיכולוגיה, לפקפק במידת יכולתו והתאמתו של בית המשפט לקבוע את טובתו האמיתית של הילד. עיינו בעיקר: Goldstein, *Freud and Solnit Behind the Best interest of the Child* (New York, 1964). וראו גם בעניין

לדוגמה, בתי-המשפט בשיטות משפט אירופיות מסרבים לכרוך את חיוביו של האב בציותו של הבן. רק במקרים חמורים של מרדנות, החוק מרשה לאב לפנות לבית-המשפט ולבקש להקל מעליו כמה מחיוביו כלפי בנו¹⁰.

נראה אפוא שהריבון, לפי שיטות משפט אלה, מגן על הקטין מפני הוריו, ואין ההורים יכולים לטפל בקטין אם הריבון סבור שהוא עלול להיפגע על-ידי ההורים, בכוונה או שלא בכוונה¹¹. כך, יכולים בתי-המשפט לשלול את משמורת ההורים, לתקופה קצובה או לחלוטין, אם סבורים הם כי לילד יבולע אם ימשיך להימצא במשמורת הוריו. בשם עיקרון זה של הגנת הקטין מפני הוריו, אין ההורים מוסמכים לבצע עסקאות מסוימות בשמו של הקטין מבלי שקיבלו אישור מראש מבית-המשפט. מצד אחר, המחוקק סבור שהורה יכול לתבוע בשמו של הקטין ולהיתבע כמייצגו אם אין הדבר פוגע באינטרסים של הקטין¹².

ג. עיקריה של טובת הילד במשפט האזרחי הישראלי

בישראל, כבשיטות המשפט המערביות המודרניות, החוק אינו מגדיר את האפוטרופסות באופן ממצה, אלא כאמור – סעיף 15 לחוק קובע כי היא "כוללת את החובה והזכות לדאוג לצרכי הקטין... וצמודה לה". יתר על כן, החוק רואה בהורים אפוטרופוסים טבעיים על ילדיהם, וזאת להבדיל מאפוטרופוסים המתמנים על ידי בית המשפט. כפי שאמרנו לעיל, מבחינה אטימולוגית נהוג לראות במונח אפוטרופסות, שהוא מונח שאול מן היוונית העתיקה, מקבילה ל-*Guardianship* ואת ההורים כ-*Natural Guardianship*. אבל לאמיתו של דבר, אין האפוטרופסות הנזכרת פעמים רבות בספרות התלמודית והרבנית שלנו אלא

זה: פ' שיפמן, דיני משפחה בישראל (כרך שני, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש סאקר, תשמ"ט) 228-217.

10. על המצב המשפטי במשפט האנגלי באשר לטיב אחריות ההורים בסוגיות השונות, ראו: Hoggot, Parents and Children, The Law of Parental Responsibility (3rd ed., London, 1987) 7-17.

11. ראו: Eversley, On Domestic Relations (5th ed., Canada, 1937) 458-460.

12. לא רק יחסי הממון שבין הורים וילדים הנם שפיטים, אלא גם עניינים שבנפש וברוח. בתי-המשפט, בסיועם של רשויות הרווחה, רשאים להוציא את הילד ממשמורת הוריו לאומנה או לאימוץ על-אף התנגדות ההורים.

שליחות. שליחות שאדם מבצע עבור חברו, וכבר מצאנו בתלמוד שאדם ממנה את אשתו אפוטרופא בלי לרמז על חוסר כושר שכלו או נכותו הנפשית של הבעל המשלח. משום כך, אין חובות האפוטרופסות יוצאות מגדרי אחריותו של שליח. רק בימינו נתפרשה האפוטרופסות באופן שונה, והופרדה באופן דיכוטומי מן השליחות על ידי החכם השלם פרופ' טדסקי, כדלקמן: הן האפוטרופסות והן השליחות עוסקות בעניין אחד, אלא שהאפוטרופסות יוצרת סטטוס בעיני המשפט, ואילו השליחות – לא. השליחות היא אובליגטורית.

אם ההורים הם בעצם שליחים מי הוא המשלחם? הווה אומר, המדינה על כל מוסדותיה. לאמור, האפוטרופסות באה לציין את כפיפותם של ההורים ולמעשה את היקף יכולתם לטפל בילדיהם. אין ההורים יכולים לנקוף אצבעם למטה כלפי ילדיהם אם לא הכריזו עליהם מלמעלה. אין להורים אלא קונצסיה מטעם המחוקק להשגיח ולפקח על ילדיהם. הריבון לא רק קובע את ההורים כאפוטרופסים אלא קובע גם את הדרך בה ינהלו ההורים את שליחותם – באופן שתשרת את טובתו של הילד. כך למשל, קובע המחוקק מצד אחד כי ההורה הוא בעל "החובה והזכות לדאוג לצורכי הקטין, לרבות חינוכו", אבל מצד שני מחייב את ההורה לרשום את הבן במוסד חינוכי מוכר ולפקח על ביקוריו שם. להורה אין כמעט חירות בקביעת חינוכו של הבן, אלא רק לבחור באופן כללי באחד מזרמי החינוך המוכרים ולפעמים באיזור רישום מסוים, כפי שמתירות הוראות המינהל החינוכי. מכאן שההתחשבות בטובת הילד אינה עיקרון על ובלעדי "סופי ומכריע", אלא הוא משתנה לפי מדיניותו המפותלת של המחוקק ולפי מדיניותם הפרשנית של השופטים הממונים מטעמו.

מאיך גיסא, ניתן להעיז ולטעון (בניגוד לדעתם של מלומדים אחרים המוזכרים לעיתים קרובות בפסיקה הישראלית) כי ההורה אינו רק בעל חובה ואחריות כלפי ילדו אלא הוא גם בעל זכות כלפי ילדו. לפחות במישור היחסים שבין הקטין לצדדים שלישיים, הכרעת ההורה באישור פעולה משפטית היא זכותו ומחייבת את הקטין לשנים ארוכות לאחר בגירותו. לפחות באחד המקרים שנידונו בבית המשפט העליון (בג"צ 709/79, עמיר כהן נ. שר הביטחון) עלתה הבעיה בחריפותה: מה דינה של חתימתו של קטין על הסכם עם שירותי הביטחון על הכנסתו לפנימייה צבאית תוך הבטחה לשרת שלוש שנים שירות קבע לאחר שירות החובה. הפתרון המשפטי ידוע מראש, אך הנה דברי המליצה שכתב השופט חיים כהן:

היתכן שקטין יתחייב – ולו גם בהסכמת הוריו – לעבוד את בעל חוזהו כעבד נרצע... וכי ימכור איש את בנו לעבד או את בתו לאמה, לא יוכלו לצאת משהיו לבגירים, אפילו כצאת העבדים העבריים?

היחסים שבין הורים וילדים בנויים מטאפורית מקליפה ומתוך. הקליפה היא האפטרופסות – היא הקונצסיה, ההרשאה מטעם הריבון; ואילו התוך הוא עקרון טובת הילד. טובת הילד אינו רעיון אבסולוטי ומוחלט אלא משתנה לפי מדיניותו של הריבון. המחוקק עצמו, מלבד כמה פרמטרים כלליים, אינו מדריך מה נחשב בעיניו לטובת הילד ומה אינו נחשב. מתוך הפסיקה הלא-מעטה שעסקה בטובת הילד עולה בבירור שישנם ערכים שאסור להתחשב בהם, כמו שיקולים דתיים, לאומיים וחלוציים. אסור גם להכניס שיקולי אשמה, כמו: "מי אשם בחורבן הבית?", ובבירור אין להכניס שיקולים לטווח ארוך, כמו: היכן יהא לילד סיכוי טוב יותר להתקבל לבית ספר למחשבים אוניברסיטאי או לבית ספר ללימודי במה ואופנה. מה שנותר, לפי הפסיקה, הם בדרך כלל מינימום שיקולים נפשיים, עכשוויים וחומריים. כלומר, היכן עכשיו יהא לילד טוב ביותר. סיבת הצטמצמות הערכים היכולים לבוא בחשבון נעוצה כנראה בהשקפה שפסקי הדין בענייני משמורת הילד ומזונותיו לרוב הם הדירים, וניתן לשנותם מפעם לפעם כשמשתנות הנסיבות. הכנסתם של שיקולים ערכיים יותר, ארוכי טווח, עלו בעבר מפעם לפעם על ידי שופטי בית המשפט העליון בעתירות של *habeas corpus*, מאחר ששם נראה כי הכרעות בית המשפט, לכאן או לכאן, למרות שאינן יוצרות "מעשה בית דין", הן בלתי-הדירות לאור הנסיבות המיוחדות.

אפטרופסות ההורים מטעמה של המדינה ומוסדותיה מאפילה לעיתים על זכויותיו של הילד עצמו כלפי המדינה ומוסדותיה. כך למשל, אין חובה אבל יש המלצה מטעם המחוקק למנות אפטרופוס לדין לכל קטין שעניינו נידון בהליכים המשפטיים המתנהלים בסכסוך שבין ההורים, ואין צורך לומר בשעה שעורכים הסכם אודותיו. ההנחה היא אפוא שההורים כאפטרופסים דורשים ממילא את טובת ילדם, והם נקיים מכל מיני מחשבות וחישובים העלולים לפגוע בילד או בטובתו. אפילו הזכות ל"חופש החינוך", שיש לה ביסוס כלשהו במגילת העצמאות, התפרשה לאחרונה על ידי כב' השופט אור כ"באה להבטיח חירות ובחירה בחינוך של ההורים בין הזרמים השונים, "אך הזכות ל'חופש

החינוך' לכשעצמה אינה כוללת את חובתה של המדינה לספק חינוך זה או אחר¹³.

ד. עקרון טובת הילד בהלכה היהודית

הגישה הרווחת כיום בין הדיינים בבתי הדין הרבניים ובין כמה מן המלומדים היא הגישה המסבירה את השוני בין הדין הדתי-היהודי לבין המשפט האזרחי בהגדרת המונח טובת הילד. גישה זו מניחה כי אכן קיים שוויון פורמלי בין שתי שיטות המשפט באשר לעליונותו של עקרון טובת הילד ובלעדיותו, אך אם קיים, בסופו של דבר, שוני בין שיטות המשפט השונות באשר ליישומו של כלל זה בסכסוכים שבין הורים על החזקת ילדיהם וחינוכם, הרי שהוא נובע מהפירוש המשתנה שניתן בשיטות משפט אלה למונח טובת הילד. טובת הילד מתפרשת אפוא בהתאם לערכי היסוד של שיטת המשפט המפעילה אותה. יש שיטת משפט הרואה בערכים דתיים ולאומיים את ערכי היסוד שלה, ויש הרואה את הערכים האזרחיים הבורגניים או הסוציאליסטיים כערכים המנחים את דרכה¹⁴; ובכלל, המונח "טוב" מבחינה פילוסופית אינו מתפרש באופן אבסולוטי, אלא תלוי במידה רבה בסולם ערכיו של המשתמש בו¹⁵.

באופן קונקרטי, השוני מתבטא כך: בעוד השופט בבית המשפט האזרחי הדין בענייני החזקה, לימוד וחינוך מתחשב במסגרת ההגדרה של טובת הילד בעיקר בשיקולים פסיכולוגיים, עכשוויים וחומריים, הדין בבית הדין הרבני רואה לנגד עיניו שיקולים רוחניים, עתידיים, ומבכר אותם על השיקולים האחרים. הווה

13. בג"צ 1554/95, עמותת גיל"ת נ. שר החינוך, פ"ד נ(3) 2, 27.

14. בגישה זו נוקט פרופ' שיפמן במאמרו, 'טובת הילד בבית הדין הרבני', משפטים ה (תשל"ב) 284, המתאר, את הסטייה כך: "...השאלה מה היא טובת הילד במקרה המסוים היא הכרעה ערכית, לגביה ייתכנו חילוקי דעות עקרוניים בין השופט האזרחי והדיין הדתי, שסולם הערכים שלהם אינו זהה. כיוון שהמחוקק מסר את השיפוט בענייני אפוסטרופות לסמכותם המקבילה של שתי הערכאות, עלינו לומר כי אף המושג טובת הילד הוא מושג רחב, מסגרת, הכולל תכנים שונים. מושג זה מתאר את המטרה אליה יחתור בית המשפט או בית-הדין, אך לא את שיקוליו במקרה הקונקרטי". ראו גם את סקירתו של ש' מירון, "החינוך כגורם בקביעת בית-דין את מקום החזקת הילדים", תורה שבעל פה כג (תשמ"ב) ע' צה.

15. Eduard (ed.), *The Encyclopedia of Philosophy*, Vol. 3 (2nd ed. New York, 1972): The Good, 367-369; Bentham, *The Theory of Legislation* (London, 2nd ed., 1950) 2-4.

אומר, לפי המשפט העברי, למשל, טובת הבת היא שתגדל אצל אמה במטרה ל"מיאלפא לה צניעות ודרך ארץ"¹⁶, ואילו הבן, שחובתו לכשיגדל לעבוד את ה', ללמוד תורה, לשמור מצוות ולהתפרנס ממלאכתו, כאדם מן היישוב – טובתו היא שיהא אצל האב הראוי ללמדו תורה ומלאכה. פרשנות זו מיטיבה להסביר מדוע בתי-הדין הרבניים מעדיפים את ההורה הדתי ואת החינוך הדתי על אלה האחרים. גישה זו היא הגישה הרווחת בפסקי-הדין הרבניים¹⁷. הדיינים מדגישים בפסקי הדין את נאמנותם לעקרון טובת הילד, ומצהירים שהם רואים בו שיקול מכריע ועליון; אלא שבשמן של אותן הצהרות והבהרות הם מגיעים למסקנות הסותרות את אלה העולות מעקרון טובת הילד בפסיקתם של בתי המשפט האזרחיים בישראל¹⁸.

ברם, גם אם בית-הדין הרבני צודק מבחינת ההלכה בהעדיפו שיקולים רוחניים ערכיים, שיקולים הצופים פני עתיד, כמו היכן יוכשר הילד יותר, אין גישה זו מקובלת בפסיקה האזרחית בסוגייה זו, ובייחוד לא על פסיקת בית המשפט העליון, והיא מפרשת את טובת הילד כמכילה שיקולים חומריים עכשוויים. אם כן, מה פשר המאבק הגלוי הקיים בפסיקת בתי הדין הרבניים שלא לילך אחר פרשנות הפסיקה האזרחית בענייני טובת הילד? שהרי סופו של המאבק נידון

16. ב"ח על הטור, אבה"ע סי' פב, ד"ה ומ"ש דהבת.

17. למקורות הרבניים, עיינו: ישראל צבי גילת בספרו (לעיל הערה 4) 486-499.

18. בערעור תשי"ט/170, פד"ר ג 353 (בהרכב הרבנים: הדאיה, בן מנחם, הדס), קבע בית-הדין שאין לקבל את חוות-הדעת של הרופאה בכל הנוגע לילד, וזאת מאחר שהרופאה נימקה את קביעתה בכך שהחזקתו אצל האב "מתנגד לצרכים הטבעיים של הילד, שבחיי האדם העיקרית חייבת להיות אצל האם". שואל על כך בית-הדין (הציטוט מעמ' 360): "והאם נסמוך על זה, מה שהוא נגד הלכה פסוקה וברורה, שעל הסתם הילד מו' שנים ואילך הוא אצל האב?". נראה שדברים אלה מבהירים את הפרובלמטיקה של בתי הדין הרבניים בבואם להסתמך על חוות דעת מקצועית. ועיינו בטובת הילד, שם, בעמ' 346-347, על-סמך איזו "טובת הילד" הכריעו את הסכסוך נגד האם. גם פרופ' שיפמן במאמרו, לעיל הערה 14, בהערה 25, קובע שאכן יש מקרים קיצוניים בהם "הקשר בין טובת הילד לבין השיקול הדתי (אותו ראה, כאמור לעיל, כשיקול 'טובת הילד' הערכי - יצ"ג) רופף מדי. למשל, אם בית-הדין שלל מאחד ההורים את החזקה בילד רק בשל עבירה דתית שעבר אותו הורה. כלומר, גם לדעתו של פרופ' שיפמן, אין הפרשנות הערכית לסטייה יכולה להסביר את כל החלטותיה של הפסיקה הרבנית.

מראשיתו לכישלון, אם בתקיפה ישירה – היינו בבית המשפט העליון בשבתו כבג"צ, והן בתקיפה עקיפה – היינו בפסיקת בית המשפט לענייני משפחה.

זאת ועוד, מדוע טובת הילד הרוחנית היא אכן מושא החפץ של דיני בית הדין הרבני יותר מאשר השיקולים החומריים העכשוויים? הרי אלה כאלה מהווים נדבכים חשובים בטובתם של הילדים.

מסתבר אפוא כי לפי ההלכה, אין לראות בטובת הילד עקרון-על מכריע ובלעדי. אכן, טובת הילד היא עיקרון חשוב הרווח בספרות ההלכתית מתקופת הגאונים ועד זמננו, אך אין היא חזות הכל. לצדו של שיקול זה, אף בפירושו ההלכתי, קיים שיקול עצמאי נוסף, והוא השיקול הדתי. השיקול הדתי יש בו שני פנים: הפן האחד הוא זכותו של האב לקיים את המצוות המוטלות עליו כאב, מצוות שאינן מוטלות על אף אדם אחר, כולל אמו של הקטין. בסכסוכים מסוג זה, היריבות בין ההורים מתמקדת, במידה רבה, בשאלה למי משניהם קיימת הזכות לחנך את הקטין באופן אישי או למי משניהם הרשות לקבוע את הזרם החינוכי הדתי המיוחד, במקרה שיש על כך מחלוקת בין ההורים.

אך הפן האחר הוא המשמעותי יותר, והוא הפרשתו של הקטין מאיסורים ומעבירות על מצוות הדת, מניעתו מלעבור איסורי תורה, כגון חילול שבת ואכילת מאכלות אסורים. כפי שהצבענו במקום אחר, אין חיוב הפרשת הקטן מאיסורים פרטיקולרי לאב דווקא, אלא הוא מוטל על כל אדם מישראל, ואם האב עצמו אינו מפריש בנו מן האיסורים – חובתה של האם או של כל אדם מישראל להפריש אותו קטן מן האיסורים. החובה אינה רק לגבי קטין שכבר הגיע לגיל שלוש-עשרה ונחשב בעיני ההלכה לגדול ומחויב במצוות ככל אדם מישראל, שאז יש חובה להפרישו, אלא אפילו אם הבן או הבת קטינים, ולא הגיעו לגיל החיוב במצוות, דהיינו בן שהוא למטה מגיל י"ג שנים ובת שהיא למטה מגיל י"ב.

סכסוכים אלו סביב השיקול הדתי מתבררים בערכאות שיפוטיות שונות בין הורים שנפרדו דרכיהם או שעומדים לפני פירוד. לעיתים הם אמנם פרי יריבות אידיאולוגית קשה, כגון שהורה אחד חזר בתשובה ובגלל זה נפרד מבן-זוגו שנשאר עיקש בחילוניותו, אך לרוב, נימוקים אידיאולוגיים אלה מאולצים לפי טקטיקה שההורה האחד בוחר לו נגד ההורה האחר, אם מדעת עצמו ואם בעקבות עצה שנטל מעורך דינו. תכליתה של יריבות זו היא לסבר את אוזני

השופט או הדיין כי אכן קיים מתח אידיאולוגי בין בני-הזוג, שאינו ניתן לפשרה, מאחר שכל פשרה עלולה להזיק להתפתחותו הנפשית של הילד; שהרי, למשל, לא יוכל להתחנך בזרם חינוכי דתי או חרדי אם תהא החזקתו אצל ההורה שאינו שומר תורה ומצוות.

אך אם ערכאות השיפוט האזרחיות מגלות יחס אדיש כלפי עניינו של השיקול הדתי ורואות בו רק סניף לשאלת ההיזק הנפשי שיבוא עקב ההכרעה בסוגיות אלה¹⁹, הדיינים בבית-הדין הרבני מחשיבים עד למאוד את השיקול הדתי הזה, ומכריעים בענייני ההחזקה, הלימוד והחינוך לטובת ההורה האמון על קיום תורה ומצוות, תוך שלילת זכותו של ההורה החילוני להטביע את חותמו על עיצוב אישיותו של בנו הקטין ועל לימודו וחינוכו.

ברם, השיקול הדתי אינו מסתיים בשקילת זכויותיהם וחובותיהם של ההורים בינם לבין עצמם, אלא גם בזכויותיו וחובותיו של הדיין עצמו. לאמור, בניגוד לשיקול העוסק בטובת הילד, בו השופט מצווה להינתק מן ההורים היריבים ולשוות לנגד עיניו את טובתו של הקטין, בשיקול הדתי הדיין מחויב להינתק הן מן הקטין והן מן ההורים היריבים, ולשקול מהי חובתו הדתית שלו בקביעת עתידו הרוחני הדתי של הילד. שכן, אם יכריע הדיין ביחס לילד משהו המנוגד לערכי הדת, הוא עצמו עלול לחטוא בחטא דתי, שלפעמים יהא מעוות לא יוכל לתקון. הדיין היושב בהרכב בסכסוך כזה מצווה באופן אישי מבחינה דתית לדאוג שהקטן יקבל חינוך לתורה ולקיום מצוות, ובאופן מיוחד למנוע בכל כוחו את הקטן מלעבור עבירות או מלהפר איסורים דתיים.

אך שיקול דתי מסוג זה אין לו זכר בפסיקה הרבנית; הוא רק משתמע ממנה בניתוח זהיר של מערכת העובדות בכל אירוע ואירוע כפי שהם באו לידי ביטוי בפסקי הדין. נקל לנבון לדעת כי אין העלמה זו של השיקול הדתי מצביעה על אי-קיומו, אלא על אימתו של בית הדין הרבני מפני הלכותיו של בית המשפט העליון בסוגיה זו של טובת הילד בכלל ושל הליכי בג"צ – שבתי-הדין הרבניים מופיעים בהם כמשיבים – בפרט. ממלכתיותו של בית הדין הרבני מניעה אותו להסתיר פנים זה ולהחלפתה של ההנמקה האמיתית בהנמקה אנמית מבחינה

19. ע"א 238/88 יחזקאלי נ' יחזקאלי, פ"ד מג(2) 467.

דתית, שאינה מוצלחת תמיד ולעיתים אף מופרכת על פניה. נציין שני מקרים לדוגמא, שבהם הוכרע סכסוך המשמורת על סמך השיקול הדתי.

במקרה הראשון המובא בפסיקת בתי הדין הרבניים הממלכתיים בישראל **בערעור תשי"ח/ח/141**²⁰, בני זוג הסתכסכו וחיו בנפרד. הבעל תבע את מסירת הילדים להחזקתו. את בנו בן השבע דרש האב למסור למוסד דתי, וכך יהיה יותר ברשותו ותחת השפעתו, ולא יהיה ברשותה של האם. האב נימק את דרישתו בפגמים הקיימים בהתנהגותה הדתית של האם. בית הדין האזורי הכריע כי יש להשאיר את הבן אצל האם, מאחר שהאב לא רוצה להחזיקו אצלו אלא למוסרו למוסד.

בית הדין הגדול לערעורים הפך את הכרעת בית הדין הרבני האזורי על פניה, בקבעו²¹:

...אמנם הלכה זו, שיש להעדיף את בית אחד ההורים על פני מוסד, נאמרו ונשנו בכמה פסקי דין בבתי הדין בארץ, ונעשה להלכה קבועה ופסוקה שאין להרהר אחריה. ברם, לדעתנו הדבר טעון בירור, ויש לשקול... אם למשל אחד ההורים מציע להכניס את הילד בפנימייה על יד בית חינוך שלא נוסד לשם מחסה עבור ילדים עזובים, אלא הורים מכובדים החיים חיי משפחה תקינים שולחים את ילדיהם להתחנך שמה... הרי שיש לבכר את המוסד הזה על הטיפול של אחד ההורים... ובמקרה דנן, שהאב מעוניין למסור את הילד למוסד שיחנכו בדרך התורה **לפי רוחו של האב** (הדגשה של המחברים), הרי "ל (יש לומר) שגם זה בכלל מה שאמרו "הבן אצל אביו".

המקרה השני הינו ערעור תשי"ט/ט/199²², בו היה הסכם גירושין בין אב לאם, שקבע כי משמורת הבן תהא אצל האם. לאחר הגירושין תבע האב את שינוי מקום החזקת הבן מפני שגרשותו, אם הילד, חיה ללא חופה וקידושין עם כהן.

20. ערעור תשי"ח/ח/141, פד"ר ד 66 (הרכב: הרבנים בן מנחם, הדס, אלישיב).

21. שם, 74.

22. ערעור תשי"ט/ט/199, (הרכב: הרבנים בן מנחם, הדס, אלישיב) פד"ר ד 332.

ביה"ד הכריע על סמך טובת הילד שמקומו יהיה אצל אביו, ולא אצל אמו, וזו הייתה הנמקתו:

...והנה, חיי משפחה על-ידי חופה וקידושין כדת משה וישראל הם מהדברים המקודשים בחיי העם הישראלי ומקובלים גם על אלה אשר אינם משומרי מסורת. גם אנשים מסוג זה... רואים חיי משפחה ללא עריכת חופה וקידושין כחיי פריצות והפקר, והואיל והמערערת חיה עם גבר בלי חופה וקידושין – הרי זכאי האב לדרוש שילדו הרך לא ימצא בקביעות בבית בו רומסים ברגל גאוה חוקי ישראל ומוסריו...²³

שוב נראה, כי השיקול המוסרי הדתי הכריע את הכף לטובת האב, למרות ההסכם שנערך קודם בין בני הזוג.

ה. גילוייה המעשי של טובת הילד

בתי המשפט האזרחיים משתמשים בחוות דעת של מומחים לצורך קביעת מיקום המשמורת. מעורבים בכך בדרך כלל מומחים מתחום בריאות הנפש, כגון: פסיכולוגים, עובדים סוציאליים ופסיכיאטרים, אשר מבצעים תהליך אבחוני שבית המשפט איננו יכול לעשות בעצמו. תהליך ההערכה מתייחס לעולמם הפנימי של הילד, של הוריו ושל האחרים המשמעותיים הרלבנטיים בסביבתו הקרובה. ההערכה מתמקדת בעולמם הנפשי, הסמוי לעיתים קרובות, של הנוגעים בדבר, וממצאיה משמשים בסיס להחלטת בית המשפט. מומחים אלו יכולים להוות גשר ייחודי בין חייהם ועולמם של הילד והוריו שמחוץ לבית המשפט לבין הטיעונים וביסוסם כפי שעולה מההתנצחויות בתוך בית המשפט.²⁴

23. שם, 336-335. ראה לשם ההשוואה את השקפת הרוב בביהמ"ש העליון על מוסד ה"ידועה בציבור" בע"א 384/61 מד"י נ' פסלר, פ"ד טז 102.

24. פירוט והרחבה על תפקידו של צוות רב-מקצועי בהערכת משמורת ילדים ניתן למצוא ב-Romi, S. & Levi, N. (2000). A multi-disciplinary professional team to clarify the dilemmas in children's custody, In N.N. Singh, J.P. Leung and A.N. Singh (Eds.), International Research and Practice in Child and Adolescent Mental Health, Elsevier Science Ltd.: Oxford, U.K., Chapter 21, 357-379. על היבטים שונים המקובלים כיום בתחום האבחון הפסיכודיאגנוסטי במשמורת ילדים: Romi, S. & Levi, N. (2003), Children's Custody Assessment, *Encyclopedia of Psychological Assessment*, 1 (A-L),

למרות השונות והאמביוולנטיות הקיימים בתהליך קבלת ההחלטות והשיקולים המנחים לגבי משמורת קטינים, ניתן להצביע כיום על מספר קריטריונים המקובלים על מרבית אנשי הטיפול והמשפט בעולם המערבי²⁵. העיקרון הראשון הוא עקרון טובת הילד, שבו נדון בהרחבה בהמשך. השני הוא **בטחון והמשכיות**. על פי עיקרון זה, יש עדיפות למסגרת שתבטיח לילדים המשכיות של אורח החיים, הסביבה והקשרים הראשוניים²⁶ החיוניים להתפתחותם התקינה של ילדים ולתחושת יציבות, ביטחון והגנה. העיקרון השלישי הוא **עקרון הרע במיעוטו**. לעיתים קרובות מדי אין מנוס מלהכריע בין כמה אפשרויות שאינן אופטימליות, אך ניתן להצביע על אלמנטים שהופכים אחת מהן לפחות גרועה, מנקודת ראותו וצרכיו של הילד. והעיקרון הרביעי הוא **הקשר של הילד עם ההורה הלא-משמורן ומשפחתו**. מידת הנכונות והפתיחות לאפשר קשר עם ההורה הלא-משמורן מצביעה על רגישות לצורכי הילד, ועל מסוגלותו של הורה להעדיף את צורכי הילד על צרכיו הוא, המתבטאת ביכולת לשמור על מקומו ותפקידו של ההורה הלא-משמורן בחייו.

קריטריונים אלו נשקלים לצד קריטריונים משפטיים ברורים המגדירים את הנושאים החוקיים הרלוונטיים, כגון: אפוטרופסות טבעית, הפקעת זכויותיהם של האפוטרופוסים הטבעיים (השמה חוץ-ביתית ואימוץ), אחריות כלכלית ופיזית, הגדרת ילדים בסיכון וכו'.

178-182, SAGE Publications. על דילמות שונות המאפיינות את התחום ניתן למצוא ב: ש' רומי, נ' לוי (1998), מהו "בית מועדף" כשהבית אינו קיים עוד – דילמות וקריטריונים, בתוך: "חברה ורווחה", רבעון לעבודה סוציאלית 18(3), עמ' 384-406. וכן: נ' לוי, ש' רומי (1998), צוות מומחים רב-מקצועי לבירור השמתם המועדפת של ילדים במשמורת – נחיצות קריטית או מותרות? בתוך: שיחות – ז'ורנל ישראלי לפסיכותרפיה, עמ' 185-193.

25. לעיון נוסף ניתן לקרוא אצל דן שניט (1988), חוק הפרט ושירותי הרווחה, הוצאת מאגנס, ירושלים. וכן אצל: Kaslow, F., (1990), Life after Divorce, Family Advocate, Vol. 13. No. 1.

26. על תיאוריית ההתקשרות (Attachment), העוסקת בחשיבות הקריטית של הקשר שבין הילד והמטפל שלו, ניתן לקרוא אצל: Bowlby, J. (1988), A Secure base: clinical applications of attachment theory, London; Routledge. Cassidy, J. & Shaver, P. (ed.) (1999), Handbook of attachment, New-York, Guilford.

1. המשמורת מנקודת מבטו של הילד

אחת הפרדיגמות המרכזיות שדרכה ניתן להסביר את נקודת המבט של ילדים על חייהם בכלל ועל אירועים דרמטיים כגון התפרקות המשפחה בפרט, היא זו העוסקת בבחינת צורכיהם ההתפתחותיים של ילדים²⁷, ובתפישתם את התפקיד אותו הם ממלאים במשפחתם. מכאן ברור שכל דיון בעניינם של קטינים נשען גם על עקרון הכשרים המתפתחים, שמשמעותו היא יש לקחת בחשבון שצורכיהם ויכולותיהם של ילדים משתנים בהתאם לגילם ולקצב התפתחותם, ולכן יש להתאים את ההתייחסות אליהם ולעדכן אותה בחלוף הזמן.

פרדיגמה נוספת, המקובלת כיום מאוד בקרב גורמי טיפול ואבחון היא זו הנשענת על תיאוריית ההתקשרות (Attachment). על פי תיאוריה זו, קיימת אצל כל ילד "נטייה מולדת ואוניברסאלית להתקשר אל מי שמכונן קשרים עם הילד. מדובר בקשר רגשי נמשך בין הילד לבין המטפל, המתפתח במשך שנת החיים הראשונה וממשיך להתגבש בתקופת הפעוטות, הילדות ואף מעבר לזה". גירושין בהגדרתו הוא אירוע שתוצאותיו הן פגיעה משמעותית בתהליכי ה-Attachment, ולכן חשוב לאמוד את הנזק הנגרם לכל ילד לגופו של עניין²⁸.

עבור מרביתם של הילדים, בני כל הגילים, מהווה התפרקותה של המשפחה משבר קשה, לעיתים טראומטי ממש, בעל השלכות מרחיקות לכת בכל תחומי חייהם. רובם של הילדים מעדיפים שהמסגרת המשפחתית תישאר בשלמותה גם אם מצב זה גורם להם לצער, לפחד ולכאב מתמידים. מעטים הם הילדים שרואים את פרידת ההורים כברירת מחדל חיובית. רק בדיעבד, בבגרותם, מתוך פרספקטיבה של זמן, מסוגלים חלק מהם לנתח את האירוע באופן רציונאלי

27. להרחבה ניתן לקרוא את ש' סולברג (1994), פסיכולוגיה של הילד והמתבגר: מבוא לפסיכולוגיה התפתחותית, משכל: הוצאת ספרים מאגנס האוניברסיטה העברית, ירושלים; וכן אצל צ' בר-אל, מ' נוי מאיר (1996), מפגשים עם הפסיכולוגיה, מפגש שני, הוצאת רכס אבן יהודה; וכן אצל: Sorensen, E.D., & Goldman, J. (1990), Custody determination and child developments: A review of the current literature, *Journal of Divorce* 13 (4), 53-67. כמו כן, ראה גם: Wall, J.C & Amadio C (1994) An integrated approach to child custody evaluation: Utilizing the *best interest* of the child and family systems frame works, *Journal of Divorce and Remarriage* 21(3/4)39-57; שגיא, א' (2004). פסיכו-אקטואליה, "טעויות שיפוטיות בנושא אימוץ", 30-39.

28. שגיא-שורץ, א' (2004), פסיכואקטואליה, טעויות שיפוטיות בנושא אימוץ עמ' 30-39.

יותר מאשר באופן אמוציונאלי – ולהיווכח כי היה זה מעשה נכון / מוצדק / חיובי גם עבורם.

אחד הצרכים הבסיסיים והמובהקים ביותר של ילדים הוא תחושה של ביטחון קיומי ורגשי. אלה מושגים, בין השאר, באמצעות קביעות האובייקט – דהיינו, קשר קבוע עם דמויות מיטיבות, סביבה יציבה, סדר יום קבוע ושגרה. דבקותם של ילדים בטקסים הקשורים בכל פעילות לאורך היום נובעת מהצורך שלהם לחוש שהם נמצאים במקום מוכר ובטוח. החזרה הקבועה על פרטי הפעילות מאפשרת לילד לדעת למה לצפות, מה עומד לקרות, איך זה עומד להתרחש, מה נדרש ממנו ומהו התגמול. כל אלו מקנים לו תחושה מרגיעה של שליטה במצב. מכאן, שהתפרקות המשפחה עבור ילד משמעותה, בנוסף לכל האובדנים הקונקרטיים, גם אובדן של שגרה, הן מבחינת הקשר עם הדמויות הקבועות בחייו והן מבחינת הסביבה ושגרת היום-יום.

כאשר בית המשפט בא להעריך את צרכיו, רצונותיו וטובתו של הילד שומה עליו להתייחס למספר נקודות המאפיינות את תפישת העולם של הילד, השונה מתפישת העולם של המבוגר. על פי השקפה זו, אין די שהערכאה המוסמכת – היינו בית המשפט לענייני משפחה או בית הדין הרבני – תראה חובה לעצמה לעסוק בטובת הילד, אלא עליה להקפיד על התייחסות להצגת צרכיו האוטנטיים של הילד כישות נפרדת²⁹, מבלי לערב את טובת ההורים והמשפחה, כפי שיפורט להלן.

29 החקיקה והפסיקה בישראל מגלות רגישות לעקרונות אלו, אולם קיימות בהן – כמו גם בחקיקה של מדינות אחרות – סתירה מהותית, כאשר ערכים אחרים כמו שיתוף פעולה בינלאומי עומדים למבחן. דוגמא מובהקת לכך היא אמנת האג (החזרת ילדים חטופים) תשנ"א - 1991. אמנה זו באה להסדיר את הנהלים המשפטיים והחוקיים שבין מדינות החתומות על האמנה, במקרים שבהם נחטפים ילדים ומוצאים מהמדינה שבה מתגורר הילד עם ההורה המשמורן למדינה אחרת. הרעיון המובע הוא שהמשמורת של הילד צריכה להיקבע במקום המגורים הקבוע שלו. אין לקחת או להעביר ילד לחו"ל ללא הסכמה מוקדמת של שני ההורים, או של אדם אחר שמוסמך על פי החוק לתת את הסכמתו לכך. נקודת המוצא של האמנה היא הצורך לשמור או להגן על זכויות המשמורת של ההורה הנפגע. לפי חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב - 1962, הורה הוא האפוטרופוס הטבעי של ילדו ובעל הזכות לקבוע, בין השאר, את מקום המגורים של הילד. לכן, גם אם להורה הנפגע יש זכויות ביקור בלבד ולא זכות משמורת, באפשרותו לבקש את החזרת הילד

בהקשר זה ראוי להזכיר כי בפני הכנסת מונחת הצעת חוק בנושא ייצוג נפרד לילדים בהליכים אזרחיים, שעניינה המלצה "להעניק לילד הזדמנות להישמע בכל הליך שיפוטי הנוגע אליו", באמצעות נציג או בא-כוח שייקבע בחוק. הצעה זו מבוססת על גישה משפטית-מודרנית שהתפתחה בשנים האחרונות במרבית המדינות, ומבטאת את ההכרה ההולכת וגוברת בראיית הילד כישות משפטית עצמאית בכל הנוגע להליכים משפטיים הנוגעים לו או הקובעים את גורלו³⁰.

אחד הביטויים המעשיים המבטאים גישה זו היא הנורמה הנוהגת בשנים האחרונות שלפיה אין בית המשפט מקבל החלטה בלא שהשופט פגש את הקטין בפועל והתרשם מדמותו של הילד שאת גורלו הוא חורץ. מדובר בילדים שמבחינת התפתחותם ניתן לשוחח עמם וכאלה המסוגלים להבין את משמעות המפגש עם השופט בלא חשש שאירוע זה יהיה למעלה מכוחם הנפשי. במקרים בהם עוסקים בילדים צעירים יותר, מקפיד בית המשפט לקבל דיווח מפורט מגורמים מתווכים אודות רצונם של הילדים נושאי הדיון.

להלן נתייחס לכמה תחומים מרכזיים שימחישו את נקודת המבט של הילד מן ההיבט הפסיכולוגי-חינוכי-התפתחותי. אלו יוכלו לשמש מחד כרקע עיוני לדיון בנושא, ומאידך כנקודות ציון עליהן צריכה הערכאה המשפטית הדנה בגורלו של ילד בעקבות גירושי הוריו לתת את הדעת בבואה לשקול את טובתו. יש לזכור שבדיקת הנושא רק בהקשר של הילד הינה טעות, כיוון שבדרך כלל – ולפחות עד לשלב הגירושין – טובות הילד, המשפחה וההורים נכללות בנשימה אחת, ללא יכולת להפריד ביניהם.

1. פערים בהתפתחותו וביכולותיו של הילד

כדי להבין את משמעותה של תופעת הגירושין מנקודת מבטו של הילד, יש כאמור לאבחן תחילה את השלב ההתפתחותי שבו הוא נמצא: יש לזכור כי

לפי אמנת האג. טובתו של הילד איננה מוזכרת כלל בהקשר זה, ולא במקרה. המיקוד באמנה הוא באופן מובהק בשמירה על זכויות ההורה, גם אם הן עומדות בסתירה לטובתו של הילד.

30 דו"ח ועדת המשנה בנושא ייצוג נפרד לילדים בהליכים אזרחיים, הועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומן בחקיקה, בעריכת עו"ד שרון פרימור וד"ר תמר מורג, משרד המשפטים, ירושלים, פברואר 2003; וכן אצל: Amendt, G. (2004), *Scheidungsvater*. Institute für Geschlechter und Generationenforschung, Wien.

תפישת עולמו של הילד מותנית בכישוריו הקוגניטיביים, הרגשיים והפיזיולוגיים, שאינם מתפתחים תמיד בקצב אחיד³¹. כלומר, ילד יכול להיראות גדול וחזק מגילו הכרונולוגי, אך להיות בעל כשרים קוגניטיביים מתאימים לגילו או אף נמוכים קמעה. מצב כזה עשוי ליצור רושם מוטעה, שכן ההתייחסות הראשונית נקבעת לרוב על סמך ההתרשמות הויזואלית, וזו עשויה לעורר ציפיות שלעיתים אינן תואמות את מצבו ההתפתחותי האמיתי. במיוחד מטעה מצב שבו היכולת הרגשית של הילד איננה מדביקה את התפתחותו הקוגניטיבית ואז אנו עשויים לפגוש ילד ששפתו עשירה, ידיעותיו מרשימות והוא יוצר רושם בוגר ומפותח, אך כישוריו הרגשיים נמוכים יותר, ולמרות ההתרשמות מיכולת הביטוי מתברר שתגובותיו הרגשיות ילדותיות ומגבלות יותר מכפי שניתן היה לצפות. מצבים אלה עשויים להופיע בכל גיל ואין הם מצביעים בהכרח על בעיה, אלא שיש לאתר אותם בזהירות כדי לתקשר עם הילד באופן הולם.

2. תפישת עולם אגוצנטרית-ילדית

הנחה חשובה נוספת שיש לזכור אותה היא כי נקודת המבט של ילדים היא מטבעה אגוצנטרית: הדרך שבה הם תופשים את העולם מאופיינת בחוויה שלפיה הם מפעילים את העולם והם הציר שסביבו סובבים חיים, מעשיהם ורגשותיהם של כל האחרים. מתוך תחושה זו הם גם לומדים לצפות שכל עוד צרכיהם נענים, לעיתים אפילו עוד לפני שהספיקו לבטא אותם באופן ברור – זהו הסימן שהם אהובים, טובים ורצויים, ושהעולם – כלומר, הוריהם או המבוגרים המשמעותיים המטפלים בהם, נהנים למלא את מבוקשם ללא הסתייגות. הם לומדים חיש מהר לקרוא את הסימנים שהופכים ל"חיזוקים חיוביים", כלומר, להבחין מהן התנהגויות הגורמות שמחה ונחת, ולעומתן את ההתנהגויות הגורמות לכעס ולגינוי, ולומדים להתנהל כך שהתנהגותם תרצה ותפעיל את היחסים המתגמלים, הממלאים את רצונותיהם וצורכיהם.

כאשר מסיבה כלשהי הם חווים עיכוב במילוי משאלותיהם או שצורכיהם אינם מסופקים, מתחילים ילדים לדאוג שמא זהו סימן של דחייה, של גינוי, של אובדן המקום המיוחד בלבם של ההורים, ושמא הם אינם אהובים עוד. בעולם

31. לשם הרחבת הנושא, ניתן לעיין במוסן, קונג'ר, קאגאן והסטון (1998), התפתחות הילד ואישיותו, הוצאת ספרים לדורי, מהדורה עברית חדשה.

הדיכוטומי של ילדים קטנים קיימים רק קצוות: טוב ורע, אהוב או שנוא. לכן, ילד בן 4-5 לא מעלה על דעתו שאביו לא מגיע בסופו של יום הביתה בגלל נסיבות חייו-הוא, או בגלל סיבה שאינה קשורה ישירות למידת אהבתו את הילד. מכאן, שילדים רואים עצמם גם אחראים לאירועים מסוג זה, שכן 'אם אבא אינו בא, אין זאת אלא כי הוא אינו אוהב אותי עוד – סימן שאני רע ולא ראוי לאהבתו'.

3. תפישה ילדית של זמן ומרחב³²

פעמים רבות קורה שהשיחה עם ילדים מתגלית בדיעבד כאי-הבנה, למרות שבזמן השיחה נראה שהילד מבין דברים לאשורם. נכון הדבר במיוחד כשמדובר במושגים של זמן ומרחב. ילד בן שלוש יודע למנות את כל ימי השבוע, יודע אפילו לומר "איזה יום היום" כשהסימנים שלו נשענים על פרטים קבועים בסדר היום, כגון: "היום יום שלישי כי היה חוג ריתמיקה בגן"; "היום יום ראשון כי סבתא אספה אותי מן הגן"; "היום יום שישי כי הייתה קבלת שבת". אולם אין זאת אומרת כי הוא מבין את משמעותם של עבר-הווה-עתיד. לראיה, ילד עשוי להשתמש בזמנים בצורה משובשת, כגון: "מחר הלכתי לגן חיות", או: "אתמול אבא יבוא לקחת אותי".

כפי שאין הילד הקטן מבחין בין שבוע, חודש ושנה, אין הוא מבחין גם בין מושגים של קרוב ורחוק, בארץ ובחו"ל, וכדומה. מכאן, שקשה להסביר לילד קטן מה משמעותם של הסדרי משמורת בהם יראה את האב פעמיים בשבוע ויבלה אתו סוף-שבוע אחת לשבועיים. מבחינתו של הילד, העובדה שאינו רואה את אבא יום-יום, שאינו פוגש אותו כשהוא פוקח את עיניו בבוקר וכשהוא הולך לישון לעת ערב – היא המשמעותית. כשילד נפרד מהורה, חווית האובדן, הגעגועים והדאגה שמתעוררים אצלו היא המשמעותית. רק עם עבור הזמן, ובתנאי שהסדרי הראייה מתקיימים בקפדנות תוך שמירה על זמנים מדויקים – ייהפכו גם אלה לשגרה ויתארגן סדר חדש שהילד יכול לסמוך עליו ולהפיק ממנו ביטחון.

32. סרוף, קופר ודהארט (1998), התפתחות הילד טבעה ומהלכה, מהדורה שלישית, האוניברסיטה הפתוחה. עריכה מדעית של המהדורה העברית, רות בייט מרום.

מכאן החשיבות בקיומם של הסדרי ראייה קבועים: גם אם להורים נדמה שהספונטאניות והפתיחות יפצו את ילדיהם על הפרידה, חשוב לדעת כי לפחות בגילאים הצעירים – טובתו של הילד דורשת דווקא הקפדה על זמנים מתואמים החוזרים על עצמם.

4. רצונו של הילד לעומת טובתו

יכולתו של ילד להבין את משמעותה של הבחירה "עם מי הוא רוצה לחיות" מוגבלת משני טעמים לפחות: מבחינה קונקרטית – אין לצפות מילד צעיר שיהיה מסוגל להעריך באופן מקיף את מכלול הנתונים שיש לשקלל כדי לקבל תמונה מערכתית, רב-מימדית, של האלמנטים המגדירים את טובתו. מבחינה נוספת, יש בכך משום דרישה להבחין בין נתונים קוגניטיביים-עובדתיים לבין נתונים אמוציונאליים, משימה שגם מבוגרים מתקשים בה, ואילו ילדים עשויים לבלבל ביניהם מתוך חוסר מודעות.

נקודה נוספת נוגעת לכך שסף הסיפוק של ילדים הוא נמוך והם מגבשים את יחסם לאנשים ולאירועים על פי מידת הסיפוק או התסכול שחוו. כמו כן, נקודת ההתייחסות של הילד מתבססת על זיכרון-קצר-מועד, על החוויה האחרונה בקשר, ולא דווקא על המכלול או על ההשלכות לטווח הארוך. כלומר, מי שממלא את מבוקשם ללא דיחוי, מי שנמנע מלהגביל אותם, מי שאינו מפעיל סמכות הורית – עשוי להיתפש כהורה הטוב והמועדף ועשוי להיתפש על ידי הילד כהורה תומך, ותרן ומפנק, שמבטיח יותר את צרכיו כיוון שאינו מתעמת עם הילד. ואילו הורה תובעני וקפדן יותר, המציב גבולות ודורש דחיית סיפוקים, המציב בפני הילד סף ביצוע גבוה יותר ועומד בעקביות על דרישותיו, עשוי להיתפש על ידי הילד כהורה קשה לריצוי, נוח פחות לתמרון ולכן מועדף פחות.

במילים אחרות: רצונו של הילד מצביע יותר על הקריטריונים הילדותיים שעל פיהם הוא מגבש את העדפותיו, מאשר על הבנה של משמעות טובתו. על כן, המידע חשוב אמנם בכך שהוא מספק מידע רלוונטי, אך אינו יכול להכריע את הדיון.

סוגייה נוספת בהקשר זה היא מידת האוטנטיות של הילד בבואו לבטא את העדפותיו. יש לזכור כי בגלל תלותם המוחלטת של ילדים בהוריהם או במבוגרים אחרים בסביבתם, הם שבויים לעיתים קרובות, ובוודאי במצבי משבר ומצוקה, בצורך לרצות כדי להבטיח את מקומם הבטוח. מסיבה זו יש לקחת

בחשבון מצבים בהם ילד מבטא העדפה כלשהי, לא כיוון שזהו באמת רצונו אלא כדי לרצות וכדי לנסות לקלוע לציפיותיהם של הבוגרים בהם הוא תלוי ולא להתעמת איתם.

סיכום

נקודות המבט השונות על טובת הילד שהוצגו במאמר אכן מחדדות את הפער הקיים בנושא בין שתי שיטות המשפט הקיימות בישראל, ומצביעות על הנחיצות לתת את הדעת גם לנקודת מבטו של הילד, בין אם עניינו נדון בבית המשפט האזרחי ובין אם הוא נידון בפני בית הדין הרבני.

למרות התפתחויות שניתן לאתר בפסיקה האזרחית וההלכתית כאחת, עדיין אין זה מובטח שתהיה התייחסות נפרדת לצרכיו של הילד.

הסוגיות שהובאו במאמר הינן רק חלק ממכלול הדילמות העומדות בפני הערכאות המשפטיות.