

## הקשיים הכרוכים בחוות־הדעת המקצועיות – טעם נוסף לעיצוב מחדש של הדין בשאלת חלוקתה של האחריות ההורית

מאת  
רות זפרן\*

### תקציר

מאמר זה יעסוק במעורבותם של אנשי מקצועות הרווחה בהליכים משפטיים המתנהלים לפני בית־המשפט לענייני משפחה סביב שאלת האחריות ההורית – קביעת הסדר המשמורת וסדרי הביקורים. הוא יבחן את מעורבותם של אלה באמצעות הכלי שהם מספקים לבתי־המשפט – חוות־הדעת המקצועית, לרבות תסקירי הסעד. המאמר יעמוד על מאפייניה של חוות־הדעת, על מעמדה ומשקלה בהכרעותיו של בית־המשפט לענייני משפחה, על הבעיות האינהרנטיות הכרוכות בה ועל אלה הנובעות מאופן השימוש הרווח בה. לצד הביקורת, יבקש המאמר להציע חלופות לפתרון. נוסף על שרטוט פתרונות אפשריים, שמטרתם להתמודד עם הקשיים שמציב השימוש בחוות־הדעת המקצועית, יציע המאמר חלופה למודל ההכרעה הרווח בסכסוכי המשמורת. בניגוד למודל המופעל כיום – אשר מדגיש, לצד חזקת הגיל הרך, את עקרון טובת הילד ומצדיק כביכול פנייה מוגברת לסיועם של מומחים – מודל ההכרעה החלופי שיוצע מספק, לצד יתרונות אחרים, גם מענה לקושי הטמון כיום בשימוש בחוות־הדעת, וזאת על־ידי צמצום הצורך בשימוש בהן. שרטוטו של פתרון זה יאפשר היכרות עם "מודל השיקוף המותאם", המוצע כאן לראשונה בהשראת מודל אמריקני דומה. הצגת מודל השיקוף המותאם נועדה לתרום לדיון הציבורי הרוחש סביב הסדרתה של שאלת האחריות ההורית ושאלת המשך קיומה (או ביטולה) של חזקת הגיל הרך (בין היתר על רקע פרסום דוחותיה של ועדת שניט), וכקריאה לבדיקה משמעותית של הדברים בעתיד. מדובר בהצעה לרוויזיה בדין המסדיר את שאלת האחריות ההורית, אשר תוביל, כחלק ממכלול השלכותיה, לשינוי בתפקידם של המומחים ולצמצום מהותי של הצורך להסתייע בחוות־הדעת.

---

\* ד"ר רות זפרן, מרצה בכירה, בית־ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. ברצוני להודות לחנן גולדשמידט על חשיבה משותפת וליווי בכתביה המאמר. תודה לנמרוד אביעד, לאיילת בלכר־פריגת, לרוני ליברזון, למילי מאסס, להילה מלר, לאלון קלמנט, לרותי ריזל, לאירית רייכמן ולאמנון רייכמן על שניאותו לקרוא גרסות קודמות של מאמר זה, להעיר ולתרום ממומחיתם לגיבושו. תודה גם למערכת עיוני משפט, ובראש ובראשונה לרומי מרטין, על עבודה מקצועית ונעימה. תודה מיוחדת לדסי אנדרמן, לאורלי חרס ולשחר פרידמן על עזרה מצוינת במחקר.

**מבוא****א. חוות־דעת מקצועיות בהליכים המתנהלים לפני בית־המשפט לענייני משפחה**

1. ייחודם של הליכים המתנהלים לפני בית־המשפט לענייני משפחה
2. תסקירי סעד וחוות־דעת מומחים בהקשרן של מחלוקות הנוגעות בחלוקת האחריות ההורית
3. הסתמכותם של בתי־המשפט לענייני משפחה על חוות־הדעת
4. תכלית הסתמכותם של בתי־המשפט על חוות־דעת

**ב. הקשיים הגלומים בחוות־הדעת המקצועיות ובאופן השימוש בהן**

1. ביקורת תוך־פרופסיונלית – בעיות של תוקף האבחונים ומהימנותם
2. אורגן מעין־שיפוטי המשוחרר מכללי פרוצדורה ומכללי ראיות נוקשים
3. זהות המומחים והשתייכותם – חוות־דעת "מטעם" במסווה של אובייקטיביות ומקצועיות

**ג. כיצד ניתן להתמודד עם הקשיים האמורים – הצעות חלופיות במסגרת הדין הקיים בסוגיית האחריות ההורית**

1. כללי
2. פתרונות על רקע ההסדרה הנוכחית של סוגיית האחריות ההורית
- ד. עיצוב מחדש של הדין בדבר חלוקתה של האחריות ההורית – צמצום הצורך בחוות־דעת מקצועיות
  1. כללי
  2. כלל שיקוף
  3. ביקורת על כלל השיקוף
  4. המודל המוצע להסדרת סכסוכים בשאלת חלוקתה של האחריות ההורית בישראל – כלל שיקוף מותאם
  5. מקומם של מומחים במסגרת כלל השיקוף המותאם
  6. מודל השיקוף לנוכח הצעותיה של ועדת שניט

**הערה לסיכום****מבוא**

המושג "הורות משפטית" לא זכה בהגדרה ברורה בדין הישראלי.<sup>1</sup> המושג מושפע מהנורמות החברתיות הרווחות, והוא עבר שינוי לאורך השנים. אחד השינויים המשמעותיים

1 כך, למשל, חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962, אשר אמור להנחות את התנהגות ההורה, מספק רק הנחיה כללית ועמומה, שאינה מתאימה למציאות המשפחתית דהיום. החוק מציין, בס' 14, כי הורים הם האפוטרופוסים הטבעיים של ילדם, ולעניין האפוטרופסות הוא מציין, בס' 15, כי היא כוללת את "החובה והזכות לדאוג לצרכי הקטין,

הרלוונטיים בהקשרנו נוגע בחלוקת התפקידים בין ההורים. עקב שילובן של נשים בשוק העבודה והיהפכות הקריירה ליעד נכסף גם לגביהן, מקומן של האימהות במסגרת התא המשפחתי משתנה,<sup>2</sup> ותפקיד האב נעשה במקביל מרכזי יותר. תפיסת ההורות שהייתה מקובלת עד לפני כמה עשורים, שבמסגרתה התפקיד ההורי היה נתון באופן בלעדי כמעט בידי האם, נהפכת יותר ויותר לתפיסה של הורות משותפת, שבה לשני ההורים יש תפקיד הורי משמעותי.<sup>3</sup> האב והאם כאחד נוטלים חלק בגידול הילדים, אם כי גם כיום לא באופן שוויוני.<sup>4</sup>

עם הפרידה בין ההורים, והפיצול המתחייב מכך לשני משקי-בית, עשויה להתעורר מחלוקת ביחס לאופן מילויים של תפקידי ההורות בנסיבות המשפחתיות החדשות שנוצרו. מחלוקת זו, שהתעוררה מן הסתם גם בעבר עם פרידתם של הורים, עשויה להחריף בהיקפה כיום, באשר מעורבותם של האבות בגידול ילדיהם גברה, כאמור.<sup>5</sup> בהתאם צפויים להתגבר אף רצונם של האבות ורדישתם להמשיך במעורבות האמורה גם לאחר הפרידה. ארזא עלולה להינטש מלחמה על גבולות האחירות ההורית, וזאת במסגרת מה שנהוג לכנות "תביעת

לרבות חינוכו, לימודיו, הכשרתו לעבודה ולמשלח יד ועבודתו, וכן שמירת נכסיו, ניהולם ופיתוחם; וצמודה לה הרשות להחזיק בקטין ולקבוע את מקום מגוריו, והסמכות לייצגו". כן ראו ס' 323 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

2 סילביה פוגל-ביז'אווי "משפחות בישראל: בין משפחתיות לפוסט-מודרניות" רפנה יזרעאלי ואח' מין מיגדר פוליטיקה 107 (1999); פרנסס רדאי "על השוויון" מעמד האישה בחברה ובמשפט 19, 44-56 (פרנסס רדאי, כרמל שלו ומיכל ליבן-רובי עורכות, 1995); רבקה בר-יוסף "ניהול משק הבית בשני טיפוסים של משפחות בישראל: יישום דגם ארגוני למחקר השוואתי" משפחות בישראל 169 (לאה שמגר-הנדלמן ורבקה בר-יוסף עורכות, 1991); ברברה ס' אוקן ועמליה ל' אוליבר "עבודה בשכר ומבנה המשפחה: מחקר לאורך זמן בקרב נשים יהודיות בישראל" סוציולוגיה ישראלית י 307 (2008-2009).

3 פוגל-ביז'אווי, שם; סילביה ביז'אווי "משפחות בישראל: מגמות ומאפיינים" כוורת 17, 12 (2009).

4 בחברה המערבית, ובכלל זה בחברה הישראלית, יש נטייה גדולה יותר לשיתוף האב במטלות הוריות אשר בעבר היו נחלתה הבלעדית של האם. ראו אניה גליקמן, ענת אורן ונח לוין-אפשטיין "משפחה ישראלית חדשה? תפקידי מין וחלוקת עבודה במשפחה בראשית המאה ה-21" דעות בעם 8, 1 (2003); דפנה הקר ומיכל פרנקל "הורות פעילה ושוויון הזדמנויות בעבודה: הצורך בשינוי מאפייניו של שוק העבודה" עבודה, חברה ומשפט יא 275, 278 (2005).

5 לאינדקסיה להתרבות סכסוכי המשמורת בישראל ראו רותי סיני "10,000 ילדים בסיכון עקב סכסוכי הורים" הארץ Online 23.3.2008 [www.haaretz.com/hasite/pages/ShArt.jht?itemNo=967815&contrassID=0&subContrassID=16](http://www.haaretz.com/hasite/pages/ShArt.jht?itemNo=967815&contrassID=0&subContrassID=16). לעמדה הקושרת בין התרבות הסכסוכים לבין מעורבותם של האבות בחיי ילדיהם ראו ענת ענבר, חיה נבו וסוזן להמן "חידות הסיוע ליד בתי המשפט לענייני משפחה – עשור לפעילותן" משפחה במשפט ב 25, 44-45 (התשס"ט). לגבי המצב בחוץ-לארץ ראו: Robert E. Emery et al., *Divorce: Mediation: Research and Reflections*, 43 FAM. CT. REV. 22 (2005); Robert E. Emery et al., *A Critical Assessment of Child Custody Evaluations*, 6(1) PSYCHOL. SCI. PUB. INT. 1 (2005).

משמורת פיזית".<sup>6</sup> ברוב המקרים לא תתעורר בשלב זה מחלוקת ביחס לעצם המסוגלות ההורית, ושני ההורים ישמרו את מעמדם כ"אפוטרופוסים הטבעיים של ילדיהם".<sup>7</sup> המאבק שיתנהל, במקרים שבהם יתנהל,<sup>8</sup> ייסב על סימונו של ההורה "העיקרי", "המשמורן", להבדיל מן ההורה האחר, "המבקר".<sup>9</sup> מאבק משני שיתנהל בהקשר זה יהיה על עיצובה הקונקרטי של חלוקת האחריות בין שני ההורים, קרי, בנוגע להיקפם ולסדריהם של המפגשים בין הילד לבין ההורה המבקר, ולעיתים גם ביחס לשאלות הנוגעות בטיב החינוך ובעיצוב המשמורת הרוחנית.<sup>10</sup>

בסכסוכים הנוגעים בחלוקת האחריות ההורית בית-המשפט פועל מתוך חתירה ל"רע במיעוטו".<sup>11</sup> הוא מניח כי פרידת ההורים, ובוודאי סכסוך סביב שאלת הטיפול בילד, אינם

- 6 הכוונה לתביעות למשמורת פיזית, להבדיל ממשמורת משפטית, שכן בישראל גם לאחר פרידת ההורים שניהם ממשיכים לשמש משמורנים משפטיים ולהיות אחראים יחד ולחוד כלפי ילדיהם. ראו ס' 3 לחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951; ס' 14 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות. ההכרעה נדרשת, אם כן, רק לגבי השאלה מי "יחזיק" בילדים, מי יטפל בהם באופן יומיומי (קרי, מי יהיה בעל המשמורת הפיזית), ובהכרעה זו עוסק המאמר.
- 7 ס' 3 לחוק שיווי זכויות האשה; ס' 14 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות.
- 8 יש לזכור כי רוב המקרים מוכרעים ללא מעורבות בית-המשפט, וזאת במסגרת הסדרה הסכמית. פנחס שיפמן דיני המשפחה בישראל כרך ב 273 (1989); דפנה הקר הורות במשפט – מאחורי הקלעים של עיצוב הסדרי משמורת וראייה בגירושים 153, 158 (חנה נוה, חנה הרצוג ואורלי לובין עורכות, 2008).
- 9 שיפמן, שם, בעמ' 274; אריה סאמרלי משמורת ילדים בעין המשפט: הלכה ומעשה 122-123 (אוצר המשפט, 2007). אפשר שבעתיד – עם מימוש החזון הבא לירי ביטוי ברוחות של הוועדה לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין, בראשות פרופ' דן שניט, לא יהיה עוד מקום למאבק על סימון ההורה המרכזי, אולם כל עוד המציאות מלמדת על דומיננטיות טיפולית של אחד ההורים במהלך חייה המשותפים של המשפחה, וכל עוד בררת-המחדל של הדין היא שימור מרכזיותו של הורה זה בטיפול בילד גם לאחר פרידת ההורים, ימשיכו מאבקים אלה להתקיים. ראו הוועדה לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין דו"ח הביניים של הוועדה (2008), זמין בכתובת [www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/F8171E9C-03DE-4FF5-9439-13AEC429BD2E/10149/dochShnit3.pdf](http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/F8171E9C-03DE-4FF5-9439-13AEC429BD2E/10149/dochShnit3.pdf) (להלן: דוח הביניים של ועדת שניט); הוועדה לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין דוח משלים (2011), זמין בכתובת [www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/5772B626-A9B5-4E1E-B270-41D1BA9195FB/33182/DochSofi.pdf](http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/5772B626-A9B5-4E1E-B270-41D1BA9195FB/33182/DochSofi.pdf) (להלן: הדוח המשלים של ועדת שניט); מכתב מדין שניט, יו"ר הוועדה לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין ליעקב נאמן, שר המשפטים (27.12.2011), זמין בכתובת [www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/5772B626-A9B5-4E1E-B270-41D1BA9195FB/33183/HaslamatAv.pdf](http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/5772B626-A9B5-4E1E-B270-41D1BA9195FB/33183/HaslamatAv.pdf) (להלן: המכתב המשלים של ועדת שניט). לדיון בשלושת המסמכים ראו להלן תת-פרק 6.
- 10 מיכאל קורינאלדי "מגמות חדשות בדיני החזקת ילדים" המשפט ז 283, 300 (2002).
- 11 כפי שקבע לפני שנים רבות השופט חיים כהן בעניין וולף, קביעת טובתו של ילד שהוריו נפרדו אינה אלא קביעת הרע במיעוטו. ראו ע"א 503/60 וולף נ' וולף, פ"ד טו 760 (1961).

ל טובת הילד,<sup>12</sup> וכי אף שטובת הילד הייתה מכוונת להמשך טיפול משותף של שני ההורים באותו בית ומתוך הרמוניה זוגית, המציאות מכתובה אחרת.<sup>13</sup> מכאן שבית-המשפט יכול רק למזער את הנזק על-ידי הכרעה שתתקבל באופן הפחות-מזיק בעבור הילד ואשר תוצאתה תיטיב עימו במידת האפשר.<sup>14</sup>

לנוכח החקיקה הקיימת<sup>15</sup> יוצא בית-המשפט, בהכרעו בסכסוכים אלה, מנקודת-הנחה כי ההורים שווים בזכויותיהם ובחובותיהם כלפי ילדם, וכי עדיף שהם יחליטו בעצמם בשאלת חלוקת האחריות ביניהם.<sup>16</sup> רק אם מסלול ההסכמה נכשל, ייכנס בית-המשפט לנעלי ההורים ויכריע בשאלת חלוקתה של האחריות ההורית על-פי מה שהוא מכנה "עקרון טובת הילד".<sup>17</sup> לנוכח ההנחה שקשה להעריך מהי טובת הילד בכל מקרה ומקרה, הוענק לבית-המשפט כלי לעיצוב הכרעה בדמותה של "חזקת הגיל הרך".<sup>18</sup> חזקה זו העניקה לבית-המשפט כלי נוח להפעלה: כלל שמטרתו לסייע לו בבחירה בין משמורת האם לבין משמורת האב.<sup>19</sup> חזקה זו שיקפה תפיסות ששררו בשנות השישים, עת נחקקה החזקה, שלפיהן הטיפול בילד הינו

Mavis E. Hetherington, *Should We Stay Together for the Sake of the Children? in* 12  
COPING WITH DIVORCE, SINGLE PARENTING, AND REMARRIAGE 93 (Hetherington E. Mavis  
.ed., 1999)

13 על ההשפעות השליליות הקיימות כביכול לגירושים ראו: Paul R. Amato & Bruce B. Keith, *Parental Divorce and the Well-Being of Children: A Meta-Analysis*, 110  
PSYCHOL. BULL. 26 (1991) (הטוענים כי ניתוח מטא-אנליטי של 92 מחקרים מעלה כי ילדים של הורים גרושים לוקים בבעיות חברתיות ופסיכולוגיות יותר מאשר ילדים של הורים לא-גרושים); Nicholas Zill et al., *Long Term Effects of Parental Divorce on Parent-Child Relationships, Adjustment and Achievement in Young Adulthood*, 7(1) J. FAM. PSYCHOL. 91 (1993) (המדווחים כי לילדים של הורים גרושים יש נטייה גדולה יותר לעבריינות-נוער). עם זאת, ראוי לציין כי רוב המחקרים לא הצליחו להצביע על קשר סיבתי בין עצם הגירושים לבין מדרי הרווחה הנמוכים של הילדים.

14 יפים לענייננו דבריה של השופטת ארבל: "משפט הטבע הוא שילד יגדל בבית אביו ואמו. זו זכותם של אב ואם. זו זכותו של הקטין. משהחיים והמציאות הכתיבו אחרת, וההכרעה מובאת לפתחו של בית המשפט, שומה עליו לעשות שימוש בכל הכלים שבידו למזער את הפגיעה בהם ככל הניתן". דנ"א 9201/08 פלוני נ' פלונית, דינים עליון 2009(36) 1108, פסקה ראשונה לפסק-דינה של השופטת ארבל (להלן: עניין פלוני נ' פלונית).

15 חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות; חוק שיווי זכויות האשה.

16 ס' 24 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

17 עקרונית בית-המשפט מעורב גם ככל שמדובר בהסכם בין ההורים. הסכם כזה, המוגש לאישורו של בית-המשפט, נבדק על-ידי (אם כי במידה מוגבלת של מעורבות) ומאושר רק אם הוא תואם את טובת הילד. ראו בהקשר זה ה"מ 413/65 לאהר נ' לאהר, פ"ד יט(3) 151, 153 (1965); ע"א 404/70 עברון נ' עברון, פ"ד כה(1) 373, 376 (1971). כן ראו בנציון שרשבסקי דיני משפחה 289 (1993).

18 ס' 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (אשר קובע במפורש כי ילדים עד גיל שש ייוותרו במשמורת אם אלא אם כן יש סיבות מיוחדות להורות אחרת).

19 תמ"ש (שלום טב') 12148-04-10 ס.ג. נ' ע.ג., תק-מש 2011(2) 113, פס' 246 לפסק-דינו של השופט זגורי (להלן: עניין ס.ג. נ' ע.ג.).

בראש ובראשונה משימה אימהית, והיא אף עלתה בקנה אחד עם עמדת ההלכה היהודית.<sup>20</sup> במשך שנים רבות פורשה החזקה כרוקנות, ומשמורת האם ביחס לילדה הרך לא נשללה אלא לעיתים נדירות ועל רקע נסיבות יוצאות־דופן.<sup>21</sup> עם השנים, ולנוכח שינויי העיתים, שונתה הפרשנות המקובלת של החזקה, והיא נהפכה במקרים רבים לכלי הכרעה בנסיבות שבהן שני ההורים מיטיבים בצורה שווה.<sup>22</sup>

תהא פרשנותה של החזקה אשר תהא, שימוש בה עשוי לפשט את ההליך, ומכאן יתרונו. בהנחה שהליך משמורת המתנהל בצורה קונפליקטואלית בין ההורים מזיק לילד, ושהתמשכותו פוגענית במיוחד,<sup>23</sup> שימוש עקבי בחזקה על־ידי בתי־המשפט עשוי לקצר את ההליך ולפשטו, ולעיתים קרובות לייתרו לחלוטין.

אולם גם קיומה של החזקה אינו מונע לחלוטין את הדיון המשפטי, וצד המתעקש לערער על החזקה ולהוכיח כי הפעלתה בנסיבות המקרה אינה לטובת הילד ייאלץ לעיתים לצאת למאבק קשה וממושך. מאחר שבית־המשפט לא ימנע במישרין מאב את האפשרות לנסות לערער על החזקה,<sup>24</sup> ולנוכח ההנחה כי הכרעה המושתתת על טובת הילד צריכה לשקף את רווחתו הרגשית של הלה, בירור טובת הילד (בוודאי אם הוא מוליך לחריגה מן החזקה) מחייב, כך על־פי המקובל, את מעורבותם של אנשי־המקצוע – עובדים סוציאליים או פסיכולוגים. מאמר זה יעסוק במעורבותם של אנשי מקצועות הרווחה בהליכים משפטיים המתנהלים לפני בית־המשפט לענייני משפחה סביב שאלת האחריות ההורית – קביעת הסדרי המשמורת הפיזית וסדרי הביקורים. לנוכח מודל ההכרעה שתואר כאן בקצרה, תיבחן מעורבותם של אלה באמצעות הכלי שהם מספקים לבתי־המשפט – חוות־הדעת המקצועית, לרבות תסקירי הסעד. אעמוד על מאפייניה של חוות־הדעת, על מעמדה ומשקלה בהכרעותיו של בית־המשפט לענייני משפחה, על הבעיות האינהרנטיות הכרוכות בה ועל אלה הנובעות מאופן השימוש הרווח בה, ואציע חלופות לפתרון. לצד שרטוט פתרונות אפשריים שמטרתם להתמודד עם הקשיים הנקודתיים שמציב השימוש בחוות־הדעת המקצועית – פתרונות שאינם נותנים אלא מענה חלקי לביקורת האמורה – אציע חלופה למודל ההכרעה בסכסוכי המשמורת, אשר בין יתר יתרונותיה, כך אני מקווה, גם מספקת מענה לקושי הטמון כיום בשימוש בחוות־הדעת. חלופה זו תיבחן על רקע דוח־הבנינים והדוחות המשלימים של

20 אבנר חי שאקי "אפיונים בדיני משמורת קטינים – תוך דגש על יסום טובת הילד" עיוני משפט י 5, 25 (1984).

21 להרחבה ראו להלן ה"ש 90 והטקסט שלידה.

22 להרחבה ראו להלן ה"ש 92 והטקסט שלידה.

23 הנחה זו נתמכת במחקרים. ראו ענבר, נבו ולהמן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 43-44; Gregory Firestone & Janet Weinstein, *In the Best Interests of Children: A Proposal to Transform the Adversarial System*, 42 FAM. CT. REV. 203 (2004); Christy M. Buchanan & Parissa L. Jahromi, *A Psychological Perspective on Shared Custody Arrangements*, 43 WAKE FOREST L. REV. 419 (2008); Robert E. Emery, *Interparental Conflict and the Children of Discord and Divorce*, 92(2) PSYCHOL. BULL. 310 (1982).

24 בית־המשפט עשוי לנסות להשפיע על האב לסגת מתביעתו במסגרת קדם־המשפט או במסגרת הדיונים בהליכים המקדמיים הנשמעים לפניו. הדברים מצאו אישוש בשיחות שניהלתי עם עורכי־דין.

הוועדה לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין, בראשות פרופ' דן שניט, ובזיקה לשיח הציבורי והאקדמי הרוחש סביבם.

## א. חוות־דעת מקצועיות בהליכים המתנהלים לפני בית־המשפט לענייני משפחה

### 1. ייחודם של הליכים המתנהלים לפני בית־המשפט לענייני משפחה

חוות־הדעת שמאמר זה עוסק בהן הן אלה המוגשות לבית־המשפט לענייני משפחה בסכסוכים הנוגעים בחלוקת האחריות ההורית. כהערה מקדמית אבקש להסביר את התמקדותי בבתי־המשפט לענייני משפחה. התמקדות זו אינה מובנת מאליה, שהרי ענייני משמורת עשויים להגיע גם לפתחם של בתי־הדין הדתיים. כך, לגבי יהודים הם נכרכים כמו מאליהם בתביעת גירושים שהוגשה לבית־הדין, ואפשר שרק הגשתה של תביעה מוקדמת לבית־המשפט תמנע את סמכותו של בית־הדין לדון בתביעה למשמורת פיזית.<sup>25</sup> למרות כפל הסמכויות, בחרתי להרחיב את הדיון בבית־המשפט דווקא, וזאת משלוש סיבות. ראשית, ביכולתנו לדעת הרבה יותר על המתרחש בבית־המשפט מאשר על המתרחש בבית־הדין, עקב ההבדלים הגדולים בהיקף פרסום הפסיקה ובהיקף המחקר האמפירי שהצטבר ביחס לכל ערכאה.<sup>26</sup> שנית, עושה רושם שבית־המשפט נעזר תדירות באנשי־מקצוע ועושה שימוש נרחב בחוות־הדעת שלהם. על־אף מחסור בנתונים מספריים ברורים, נדמה כי עצם הקמתם של בתי־המשפט לענייני משפחה, כבתי־משפט מקצועיים ובעלי מאפיינים ייחודיים, הגבירה, כפי שיוסבר להלן, את הפנייה לגורמים אלה ואת ההסתמכות על חוות־הדעת שלהם. נוסף על כך, וטעם זה מתלכד עם קודמו, עד לאחרונה התקיימו יחידות סיוע בבתי־המשפט בלבד, ולא בבתי־הדין. אנשי יחידות הסיוע, המהווים צינור להפניה לאנשי־מקצוע חיצוניים, ממלאים – במסגרת הרפורמות המוצעות על־ידי ועלידי אחרים – תפקיד חשוב בשניונים שיש להטמיע במערכת.

על־מנת להבין את ייחודן ואת מורכבותן של חוות־דעת אלה, עלינו להכיר תחילה את ייחודם של הליכי המשפחה המתנהלים לפני בית־המשפט לענייני משפחה. בתי־המשפט לענייני משפחה פועלים בישראל החל באמצע שנות התשעים. ייחודם נעוץ בהיותם ערכאת שיפוט "מקצועית", אשר אמונה על הכרעות בענייני המשפחה ומפעילה לשם כך כלים שונים מאלה המופעלים בערכאות השיפוט הכלליות.<sup>27</sup> ייחודם של בתי־המשפט לענייני

25 ס' 3 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953; בג"ץ 5507/95 אמיר נ' בית הדין האזורי בחיפה, פ"ד (3) 321 (1996); ע"א 159/82 ויז'נסקי נ' ויז'נסקי (רידר, פ"ד לו(4) 757 (1982)).

26 אומנם, גם פרסום פסקי־הדין של בתי־המשפט לענייני משפחה אינו שלם, ויש המבקרים תופעה זו, אולם המצב שם בהיבט זה עדיף עדיין עשרות מונים על המצב בבתי־הדין. לעניין זה ראו רינה בוגוש, רות הלפרין־קדרי ואייל כתבן "הפסקים הסמויים מן העין": השפעתם של המאגרים הממוחשבים על יצירת גוף הידע המשפטי בדני המשפחה בישראל" עיוני משפט לר' 603 (2011).

27 ענייני המשפחה המצויים בתחום סמכותם של בתי־המשפט לענייני משפחה מוגדרים בס' (1)1-6 לחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995 (להלן: חוק בית־המשפט לענייני

משפחה מתבטא בשלושה היבטים מרכזיים: זהות השופטים, המתאפיינים במקצועיות;<sup>28</sup> ריכוז כל ענייניה של המשפחה לפני שופט אחד על-מנת להבטיח פרספקטיבה כוללת ומענה מתואם לצרכיה, בלי קשר לסוג התביעה או לסוג הסעד הנדרש;<sup>29</sup> והתנהלות, דיון והכרעה אדוורסריים פחות מן המקובל בהליכים שיפוטיים אזוריים אחרים.<sup>30</sup> היבט אחרון זה מתגלם הן במאמץ של הערכאה לתיעול חלק ניכר מסכסוכי המשפחה להליכים חוץ-שיפוטיים והן בניהולם של סכסוכים באופן "מרוכך" יחסית להליכים שיפוטיים אחרים. לשם הגשמת יעד זה, השופט מוסמך להפעיל את סמכויותיו השיפוטיות באופן שמשוחרר במידה רבה מסדרי הדין ומדיני הראיות הכלליים, לרבות תוך נטילת יוזמה אינקוויזיטורית. לשם כך נתונות לבית-המשפט סמכויות דיון ייחודיות (הקבועות בחלק 1ג לתקנות סדר הדין האזורי),<sup>31</sup> וההנחה הכללית הקבועה בחוק בית-המשפט לענייני משפחה מאפשרת לו לנהוג בכל עניין של סדרי דין וראיות "בדרך הנראית לו הטובה ביותר לעשיית משפט צדק".<sup>32</sup> נוסף על ההיבטים הפרוצדורליים הללו, בית-המשפט מוסמך אף להגיע להחלטות מהותיות

משפחה). ההגדרה המופיעה שם רחבה, וכוללת מגוון סוגיות קלסיות של ענייני משפחה (כגון משמורת, מזונות או אימוץ) ושאר תובענות אזוריות בין בני משפחה שעילתן סכסוכים בתוך המשפחה. ראו בהקשר זה עמוס זמיר "בית המשפט לענייני משפחה – סמכויותיו הנרחבות, בעקבות רע"א 6558/99 חבס נ' חבס" המשפט ז 463 (2002); רע"א 6558/99 חבס נ' חבס, פ"ד נד(4) 337 (2000); ע"א 1662/99 חיים נ' חיים, פ"ד נו(6) 295 (2002); רע"א 9343/08 פלוני נ' פלונית, תק-על(1)2009:4118.

28 בשנים הראשונות לאחר כינונו של בית-המשפט הקפידו למנות אליו שופטים שבאו מרקע של עריכת-דין בתחום ועם הכשרה מקצועית ייחודית, וזאת בהתאם לס' 2(ג) לחוק בית-המשפט לענייני משפחה. אולם בשנים האחרונות נטען כי היבט זה אינו זוכה בהגשמה מלאה. ראו בהקשר זה חיים פורת "האם התגשם חזונו של השופט אלישע שינבויים? בית המשפט לענייני משפחה במלאת עשור להקמתו" משפחה במשפט ב 271, 275 (התשס"ט).

29 מה שנהוג לכנות "One Family – One Judge". ראו הן ארבל ויהושע גייפמן "חוק בית המשפט לענייני משפחה, תשנ"ה-1995" הפרקליט מג 431 (1997). על היבט הריכוזיות ועל היבט המקצועיות ראו שאול שוחט "בית משפט לענייני משפחה – האמנם בית?" משפחה במשפט ב 375, 376-379 (התשס"ט). לביקורת על ריכוז כל ענייניה של המשפחה לפני שופט אחד ראו: Jane C. Murphy, *Revitalizing the Adversary System in Family Law*, 78 U. CIN. L. REV. 891, 912-913 (2010).

30 ראו את דברי בית-המשפט בבש"א (שלום נצ') 2139/06 ספדי נ' ספדי, תק-של(2)2006:19746, פס' 20(4) לפסק-הדין (להלן: עניין ספדי).

31 נוסף על ההוראות הייחודיות שעוצבו בעבור מגוון דיוני המשפחה בתקנות סדר הדין האזורי, התשמ"ד-1984 (להלן: תקנות סדר הדין האזורי), תק' 258(ב) לתקנות סדר הדין האזורי קובעת כי "בית המשפט רשאי לסטות מהוראות שבפרקים אחרים שבתקנות אלה, ולנהוג בדרך הנראית לו הטובה ביותר לעשיית משפט צדק".

32 ס' 8 לחוק בית-המשפט לענייני משפחה (אשר קובע כי "בכל ענין של דיני ראיות וסדרי דין, שאין עליו הוראה אחרת, לפי חוק זה, ינהג בית המשפט בדרך הנראית לו הטובה ביותר לעשיית משפט צדק"). למגוון השימושים שבית-המשפט לענייני משפחה עושה בסעיף זה ראו שאול שוחט ודוד שאוה "קם היוצר על הגולם" עורך הדין 2, 112 (2009).



שונות מתוך "שיקולי צדק".<sup>33</sup> גם ליחידות הסיוע שלייד בית-המשפט לענייני משפחה<sup>34</sup> שמור מקום מרכזי בקידום הליכים חלופיים ובניהול "מרוכך" של ההליכים.<sup>35</sup> היחידות מעניקות שירותי אבחון, ייעוץ וטיפול למשפחות המתדיינות, בעיקר בסוגיות של משמורת ויחסי הורים-ילדים (אם כי הן אינן מעניקות שירותי אבחון בנוגע ל"מסוגלות הורית"), ומסייעות לבית-המשפט לשלב את הפן הטיפולי בעבודתו המשפטית, תוך התייחסות לתכנים הייחודיים של התדיינות משפטיות אלה ולהשלכותיהן ארוכות-הטווח על המשך היחסים בין בני המשפחה לאחר סיום ההליך המשפטי.<sup>36</sup> נוסף על הסיוע שהן מגישות לבית-המשפט בניהול ההליכים, יחידות הסיוע פועלות – וזהו למעשה תפקידן המרכזי – למציאת מענה חוץ-שיפוטי לתביעות ולבקשות שהובאו לפני בית-המשפט, תוך שימוש בטכניקות של פישור וגישור.<sup>37</sup> מעבר להוראותיו הפורמליות של החוק, ומעבר למכלול התקנות המסדירות את אופן התנהלותם של בית-המשפט לענייני משפחה ושל יחידת הסיוע, נראה שבית-המשפט לענייני משפחה נתפס ותופס את עצמו כערכאה בעלת מאפיינים מעין-טיפוליים.<sup>38</sup>

## 2. תסקירי סעד וחוות-דעת מומחים בהקשרן של מחלוקות הנוגעות בחלוקת האחריות ההורית

שימוש בחוות-דעת<sup>39</sup> מתרחש תדיר בסכסוכי משפחה הנוגעים בטיפול בילדים.<sup>40</sup> דיונו כאן יתמקד בסכסוכים בין הורים ביחס לחלוקת האחריות ביניהם, ובפרט באלה הנוגעים בשאלת קביעת ההורה המטפל ("המשמורן") ובעיצוב קשריו עם ההורה האחר.

- 33 ראו ס' 8 לחוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973; ס' 9 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט-1958; ס' 7 לחוק בית-המשפט לענייני משפחה.
- 34 יחידות הסיוע הוקמו בשנת 1997, סמוך לאחר הקמת בית-המשפט לענייני משפחה, על-פי סעיף 5 לחוק בית-המשפט לענייני משפחה. בשנת 2011 הורחב מערך יחידות הסיוע גם לבתי-הדין הרבניים, בהתאם לחוק בתי דין דתיים (יחידות סיוע), התשע"א-2011.
- 35 ענבר, נבו ולהמן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 25.
- 36 דורית אלדר-אבידן "בין רווחה למשפט: המקרה של יחידות הסיוע שלייד בתי המשפט לענייני משפחה" **העצמה במשפט** 371 (גיא מונדלק ומימי אייזנשטרט עורכים, 2008).
- 37 ראו ענבר, נבו ולהמן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 38.
- 38 ראו את דבריו של השופט פורת בע"א (ת"א) 1751/95 סנגבי נ' סנגבי, פ"מ תשנ"ו(2) 517, 526 (1996). כן ראו עניין ספדי, לעיל ה"ש 30. להיבט אחר, אם כי קרוב, של התפקיד השיפוטי הייחודי של שופט בית-המשפט לענייני משפחה ראו מנחם הכהן "השיח הבינאישי המקופל בדיון המשפטי בבית המשפט לענייני משפחה" **משפחה במשפט** ב 385 (התשס"ט).
- 39 תק' 258 לבית-הדין האזרחי; ס' 8(ג) לחוק בית-המשפט לענייני משפחה.
- 40 שני סוגים מרכזיים של עניינים מגיעים לפתחו של בית-המשפט בהקשר זה – סכסוכים בין הורים הנוגעים בשאלת הטיפול היומיומי בילד ובחלוקת האחריות ביניהם בהקשר זה (שאותם נהוג לכנות "סכסוכי משמורת"); וסכסוכים בין הורים לבין המדינה שבהם המדינה מבקשת להתערב באופן הטיפולי ההורי בילד. בהקשר האחרון מדובר ברצף של סמכויות פיקוח והתערבות, תוך שימוש במגוון אמצעים וחלופות של השמה חוץ-ביתית, אשר הקיצונית מביניהן היא מסירה לאימוץ סגור. יצוין כי חלק מעניינים אלה נידונים ברגיל לפני בית-המשפט לנוער, ולא לפני בית-המשפט לענייני משפחה. להרחבה ראו ישראל צבי גילת "על

בית־המשפט לענייני משפחה, בהכריעו בתובענה התלויה ועומדת לפניו, רשאי, ואף מצופה, להסתייע באנשי־מקצוע.<sup>41</sup> האמצעי המרכזי בהקשר זה הוא "תסקיר סעד". על־פי סעיף 2 לחוק הסעד,<sup>42</sup> בית־המשפט רשאי לצוות על פקיד סעד לחקור בנוגע לקטין ולחוות את דעתו בתסקיר בכתב.<sup>43</sup> לצד פעילותם של פקידי הסעד, הפועלים מטעם המדינה ובמימונה, גם פסיכולוגים עשויים להתבקש להציג את חוות־דעתם ביחס לשאלות אלה. ברוב המקרים בית־המשפט מסתפק בהמלצתו של פקיד הסעד. פנייה לפסיכולוג מן המגזר הפרטי לצורך קבלת חוות־דעת נוספת תיעשה בתיקים מורכבים במיוחד.<sup>44</sup> במקרים אחרים אפשר שהצדדים יבקשו מלכתחילה לפנות לפסיכולוג (ולהימנע מאבחון של פקיד סעד) מסיבות שונות.<sup>45</sup> פנייה זו לפסיכולוג פרטי תיעשה במימונם.<sup>46</sup> על־אף השוני בזהותם של

הכשל המשפטי המובנה באבחון 'טובת הילד' באמצעות מערך שירותי הרווחה" מאזני משפט ה 403, 432 (התשס"ו). אף שבשני סוגי הסכסוכים (בין ההורים לבין המדינה ובין ההורים לבין עצמם) בית־המשפט נוהג להשתמש במינוח דומה, ובעיקר במונח "מסוגלות הורית", פרשנותו של המונח, זהותם של אנשי־המקצוע וסוג ההתערבות שבית־המשפט מפעיל הם שונים, ולא יאפשרו לנו להכליל או להקיש מן האחד אל האחר. להשוואה בין ההקשרים ראו משה זכי "הערכה פסיכולוגית של מסוגלות הורית בתיק משמורת לעומת הערכה פסיכולוגית של מסוגלות הורית בתיק אימוץ: הדומה והשונה" רפואה במשפט 31 (2004).

41 הכוונה בעיקר לפקיד סעד, ובמידה מוגבלת גם לפסיכולוגים מן השירות הציבורי ומהמגזר הפרטי. אנשי יחידת הסיוע, אף שהם כוללים גם עובדים סוציאליים ופסיכולוגים, אינם נותנים דרך שגרה חוות־דעת בעניין "מסוגלות הורית" או בעניין קביעת ההורה המשמורן וחלוקת משך הטיפול ההורי. על תחומי פעילותה של יחידת הסיוע ראו ענבר, נבו ולהמן, לעיל ה"ש 5.

42 חוק הסעד (סדרי דין בעניני קטינים, חולי נפש ונעדרים), התשט"ו-1955.

43 על פעילותם של פקידי הסעד ראו באופן כללי חנה בן־עמי "פקידי הסעד בעידן בית המשפט לענייני משפחה" אוגדן לפקידי הסעד לסדרי דין 15 (רונית צור עורכת, 2001); חיים פורת "על הזיקה בין עבודת פקיד הסעד לעבודת בית המשפט" אוגדן לפקידי הסעד לסדרי דין 17 (רונית צור עורכת, 2001); דן שניט סודיות, פרטיות והזכות לדעת בעבודה סוציאלית 17-19 (2001).

44 לעיתים התסקיר שפקיד הסעד מגיש שנוי במחלוקת או אינו מספק מבחינה מקצועית. במקרים אלה ממנים מומחה מטעם בית־המשפט, בדרך־כלל פסיכולוג, לבדוק את טובת הילד. ראו ע"מ (מחוזי י-ם) 464/03 פלמוני נ' אלמוני, פס' 15-16 לפסק־דינו של השופט דרורי (לא פורסם, 8.8.2004) (להלן: עניין פלמוני נ' אלמוני). ד"ר דפנה הקר מציינת כי לעיתים, במקרים סבוכים שבהם פקיד הסעד מתקשה לתת המלצה, הוא עצמו יזום את הפנייה לפסיכולוג. הקר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 194-195. לעיתים ההפניה אליו נעשית מטעמים טקטיים של בעלי־הדין, שהינם טעמים לא־ענייניים ואף פוגעניים. ראו הרוח המשלים של ועדת שניט, לעיל ה"ש 9, בעמ' 31-33.

45 לדוגמה, בשל רצונם לזרז את התהליך או לשמור על צנעת הפרט ולהימנע מ"רישום" או מתיוג אצל פקידי המדינה. כך גם כאשר המשפחה או ילד מילדיה כבר נתונים בטיפול פסיכולוגי, וההורים מעוניינים בחוות־דעתו של המטפל.

46 תק' 131 לתקנות סדר הדין האזרחי. משיחות שערכתי עם עורכי־דין עולה כי עלות חוות־דעת של פסיכולוג פרטי עשויה להגיע לאלפי שקלים, והצדדים הם שאמורים לשאת בה יחד או

אנשי-המקצוע (האחד פסיכולוג, ואילו האחר פקיד סעד, שהינו עובד סוציאלי), בתוצר שהם מגישים לבית-המשפט (האחד מציג עדות מומחה, ואילו האחר מגיש תסקיר סעד). בשיטת העבודה שלהם ובהשתייכותם המגזרית (האחד משתייך לרוב למגזר הפרטי, והאחר למגזר הציבורי), הדמיון בין חוות-הדעת והתסקיר רב: בשניהם נעשה שימוש בכלים מקצועיים מן התחום הפסיכו-סוציאלי על-ידי גורמים שזו מומחיותם; והתוצרים בשניהם דומים – המלצה מנומקת שנסמכת על המומחיות של עורכיה ואשר תכליתה לסייע לבית-המשפט בהכרעתו בשאלת גיבושם של הסדרי המשמורת.<sup>47</sup> בהמשך הדברים אתייחס לפקירי הסעד ולפסיכולוגים בהכללה, ואכנה אותם "אנשי-המקצוע" או "המומחים". כאשר ארצה להבחין ביניהם, אציין זאת במפורש.

חוק בית-המשפט לענייני משפחה<sup>48</sup> ותקנות סדר הדין האזרחי<sup>49</sup> קובעים כבררת-מחדל נוהל שלפיו חוות-הדעת מוגשת על-ידי מומחה אחד, הממונה על-ידי בית-המשפט (לרוב בהסכמת הצדדים), באופן שמעמיד את חוות-הדעת (ברוב המקרים) כחוות-דעת יחידה שאינה מטעם בעלי-הדין, אלא "מטעמו" של בית-המשפט. חוות-הדעת זו כפופה אומנם לביקורת, כאשר כל צד יכול להגיש איש-המקצוע שאלות הבהרה,<sup>50</sup> ומאוחר יותר אף לזמנו, באישור בית-המשפט, על-מנת להיחקר על חוות-דעתו.<sup>51</sup> אולם בפועל, כך נראה, הצדדים, באי-כוחם והשופטים עצמם ממעטים לתקוף את חוות-הדעת.<sup>52</sup> בדיעבד אין דרך לערער עליה, ואף ערכאת הערעור תסתמך עליה לרוב בהכרעתה.<sup>53</sup>

יוצא שברוב התיקים, להבדיל מן הנהוג בהליכים אחרים (שבמסגרתם מקובל לרוב שכל צד מציג חוות-דעת מטעמו),<sup>54</sup> בשעה שבית-המשפט פונה להכריע בענייניהם של

לחוד. העלות מחולקת בין התובע והנתבע בחלקים שווים או על-פי שיקול-דעתו של בית-המשפט. העובדה שהמינוי נעשה על-ידי בית-המשפט אינה משנה לעניין המימון, אם כי אפשר עקרונית, לנוכח סוג התביעה, שהמימון ייעשה מאוצר המדינה. כן ראו הקר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 198.

47 ראו גילת, לעיל ה"ש 40, בעמ' 422-426, העומד בין השורות גם על השוני בין שני סוגי התוצרים.

48 ס' 8(ג) לחוק בית-המשפט לענייני משפחה.

49 תק' 258 יב לתקנות סדר הדין האזרחי.

50 תק' 258 יב(ד) לתקנות סדר הדין האזרחי.

51 תק' 258 יב(ה) לתקנות סדר הדין האזרחי.

52 הקר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 207.

53 רק לעיתים רחוקות יבקשו ערכאות הערעור לפנות למומחה נוסף ולקבל את חוות-דעתו. הן יעשו זאת לרוב, אם בכלל, בשל חלוף הזמן, לנוכח טענה בעלת משקל כי הנסיבות השתנו או לנוכח חשש כי נפלו בחוות-הדעת המקורית ליקויים של ממש. ראו בע"מ 27/06 פלוני נ' פלוני, תק-על 2006(2) 1055; בע"מ 6014/07 פלוני נ' פלוני, תק-על 2007(3) 2636 (להלן: עניין פלוני נ' פלוני); עמ"ש (ת"א) 7578-07-10 GA נ' CT (טרם פורסם, 29.8.2010).

54 הנוהג למנות מומחה מטעם בית-המשפט קיים בהקשרים נוספים – ראו, למשל, ס' 6א לחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975. אולם בהעדר הסדר מפורש כזה, בררת-המחדל – כקבוע בתק' 126-127 לתקנות סדר הדין האזרחי – היא הגשת חוות-דעת מטעם כל אחד מן הצדדים. ראו יוסף שפירא ודוד נהיר "שיקולים במינוי מומחה מטעם בית המשפט"

ילדי המשפחה, מונחת לפניו חוות־דעת אחת בלבד, אשר אמורה לשקף את דעתו של איש־המקצוע ללא פניות. כפי שאסביר להלן, עוצמתה של חוות־הדעת היחידה רבה, וזאת לנוכח שיעורי ההסתמכות עליה.

### 3. הסתמכותם של בתי־המשפט לענייני משפחה על חוות־הדעת

מנתונים שנאספו במגוון מחקרים עולה כי ברוב המקרים בית־המשפט צועד בנתיב ששרטט בעבורו איש־המקצוע.<sup>55</sup> במחקרה של גופנא־פינטו, למשל, נמצאה התאמה בין המלצותיהם של פקידי הסעד לבין הכרעותיו של בית־המשפט בשאלת זהותו של המשמורן ביותר מ־91% מהתיקים. נוסף על כך נמצא שיעור גבוה של הלימה ביחס לשרטוט תוכנית המפגשים בין הילד לבין ההורה האחר,<sup>56</sup> אם כי בהכרעות אלה שמרו בתי־המשפט על גמישות רבה יותר, ושיעור ההלימה עמד רק על כ־71% מן ההמלצות. נדמה שחלק מירידה זו יכול להיות מוסבר על־ידי העובדה שעניין הסדרי המפגשים הוא עניין שיש בו מקום לגמישות ולשונות בעיצוב ההסדר הקונקרטי. במובן זה חריגה, ולו קטנה, מן ההמלצה נמדדת כאי־הלימה, אף שבפועל נשמר הקו הכללי המוצע בהמלצות. נתונים דומים נמצאו במחקריהם של הקר<sup>57</sup> ושל ארקין.<sup>58</sup>

שיעורי הסתמכות גבוהים אלה מגובים באמירה נחרצת של בתי־המשפט, ובראשם בית־המשפט העליון, בנוגע למחויבותה של הערכאה השיפוטית לחוות־הדעת. כך מצייין בהקשר זה השופט חשין בעניין דויד:

"רק לעיתים נדירות ובנסיבות יוצאות־דופן נמצא בית־משפט פוסק – בעניינים של בריאותו הנפשית והגופנית של ילד – בניגוד לחוות־דעת מומחים... יתר־על־כן, באותם מקרים נדירים וחריגים, נצפה לשמוע מן השופט שהכריע בניגוד

- 
- רפואה ומשפט 38, 28 (2008). מינוי מטעם בית־המשפט עשוי להתקיים בנסיבות שבהן בית־ המשפט מתלבט בין חוות־הדעת שהגישו הצדדים, ומבקש חוות־דעת שלישית שתעזור לו בהכרעה ביניהן. ראו אמנון סטרשנוב "ראיות מדעיות ועדות מומחים" רפואה ומשפט – ספר היובל 177, 185 (עמיחי לוי עורך, 2001).
- 55 צוות הבדיקה בנושא: עבודתן של פקידות הסעד לסדרי דין דין וחשבון 5 (2008) (להלן: דוח סלונים־נבו).
- 56 טל גופנא־פינטו משמורת וסדרי ראייה של ילדים לאחר הגירושין (עבודת־גמר לתואר "מוסמך בעבודה סוציאלית", אוניברסיטת תל־אביב, 1996) (עותק מצוי בידי המחברת).
- 57 ראו הקר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 195–196. בנוגע לקביעת ההורה המשמורן נמצאה תאימות מוחלטת בין ההמלצות לבין פסקי־הדין, ואילו ביחס לעיצוב סדרי המפגשים נמצאה תאימות חלקית בלבד (בשיעור של 50%).
- 58 קרן ארקין עמדות וערכים של שופטים לגבי שוויון וחלוקת תפקידים בין המינים בפסקי דין בנושא משמורת קטינים (עבודת־גמר לתואר "מוסמך במשפטים", אוניברסיטת תל־אביב, 2005). מחקרה של ארקין מלמד על תאימות גבוהה (אם לא מוחלטת) בין המלצותיהם של פקידי הסעד והפסיכולוגים לבין הכרעותיהם של בתי־המשפט.

לחוות-הדעת – ובאורח מפורט ומדוקדק – מה טעם הכריע כפי שהכריע, ומדוע ראה לדחות את המלצת המומחים. חובה זו חובה כבדה היא.<sup>59</sup>

גם הערכאות הדיוניות חוזרות ומצהירות על מחויבות זו, ובלשונו של השופט אסף זגורי מבית-המשפט לענייני משפחה בטבריה:

"...תסקירי הסעד וחוות דעתם של מומחים מהווים אמצעי מרכזי, חשוב ומשמעותי במסכת הראיות שיובאו בפני בית המשפט; התסקירים הינם בבחינת חוות הדעת ההופכות את 'טובת הילד' ממושג ערטילאי ואמורפי, לבעל ממשות ותוכן קונקרטי."<sup>60</sup>

עם זאת, חשוב לציין כי בית-המשפט מדגיש – אם כי לעיתים במישור הרטורי יותר מאשר במישור התוצאתי<sup>61</sup> – כי הוא משמר בידיו את עצמאות ההכרעה:

"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. האחריות בקבלת ההכרעה מוטלת אפוא כולה על כתפי בית המשפט ואין הוא חולק בנטל האחריות עם כל מומחה..."<sup>62</sup>

יוער כי כוחן של חוות-הדעת חורג אל מעבר להכרעתו השיפוטית של בית-המשפט. כפי שמסבירה דפנה הקר, לחוות-הדעת יש השפעה רבה גם על המשא-ומתן בין הצדדים לקראת גיבוש הסכם. מקום שהמשא-ומתן מתנהל בד בבד עם דיון בבית-משפט שבמסגרתו הוגשה חוות-דעת, יש לזו השפעה על ההסדר שיגבשו ביניהם הצדדים בהסכמה – אם יגבשו הסכם כזה – חלף הכרעה שיפוטית.<sup>63</sup>

עם זאת, ראוי לציין כי חרף התאימות הגבוהה בין המלצות המומחים לבין תוכן הפסיקה, ניתן להעלות סימן שאלה ביחס לקשר הסיבתי שמאחורי תאימות זו. ניתן לטעון, באופן תיאורטי לפחות, כי העדיפות הגורפת הקיימת בפסיקה למשמורת האם, וההמלצה הרווחת של המומחים להעדיף משמורת של אימהות, עשויות להיות בלתי-תלויות זו בזו, אף שהן מושפעות מאותם גורמים ערכיים, ובפרט מהתפיסה שלפיה משמורת של אימהות עדיפה על משמורת של אבות בשל כישוריהן הייחודיים של נשים כהורים.<sup>64</sup> טענה זו נחלשת ככל

59 בג"ץ 5227/97 דויד נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד נה(1) 453, 463 (1998) (להלן: עניין דויד). כן ראו בע"מ 5579/07 פלוני נ' פלוני, תק-על 2007(3) 2054, פס' 18 לפסק-דינה של השופטת ארבל.

60 עניין ס.ג. נ' ע.ג., לעיל ה"ש 19; כן ראו תמ"ש (משפחה כ"ס) 17961/06 מ. ה נ' א. ה, תק-מש 2010(1) 412.

61 שהרי המספרים מדברים בעד עצמם – ראו גופנא-פינטו, לעיל ה"ש 56.

62 עניין פלוני נ' פלוני, לעיל ה"ש 53, פס' 15 לפסק-דינה של השופטת ארבל.

63 הקר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 196.

64 ראו בהקשר זה אבישי אנטונובסקי "הפסיכולוגיה ומערכת המשפט – התילכנה השתיים יחדיו? על תרומת הידע על הטבע האנושי (המצוי) לתהליך עשיית הצדק (הרצוי)" **שערי משפט** ה 11, 22 (התש"ע) (המטיל ספק בהנחה כי עדות המומחים כה משמעותית בפסיקתם של בתי-המשפט בענייני משמורת). יש לציין כי לנוכח שינויים המתרחשים ככל הנראה

שבת־המשפט פוסקים בהתאם לחוות־הדעת של המומחה גם כאשר זו מעדיפה את משמורת האב או כאשר היא מצדדת במשמורת משותפת.<sup>65</sup> בהעדר נתונים אמפיריים מספקים, קשה להעריך את נכונותה של הטענה.

#### 4. תכלית הסתמכותם של בתי־המשפט על חוות־דעת

נדמה כי חוות־הדעת משמשות את בתי־המשפט לענייני משפחה בשלושה מישורים. מישור אחד הוא המישור העובדתי. חוות־הדעת מסייעות לבית־המשפט לאסוף מידע על הילד, על משפחתו ועל נסיבות חייהם.<sup>66</sup> הן אמורות לשקף תמונת־מצב נטולת פניות על הילד, אורח חייו, משפחתו וסביבתו.<sup>67</sup>

מישור אחר הוא המישור המקצועי. מעבר לתיאור המציאות, המומחה אמור להציג לפני בית־המשפט את אבחנתו המקצועית – את פרשנותו המוסמכת למציאות.<sup>68</sup> הוא אמור "להעריך" את "מסוגלותם" של ההורים ואת טיב יחסיהם עם הילד,<sup>69</sup> ולאמור את תפקודם העתידי על בסיס מאפייניהם האישיותיים ותפקודם בעבר ובהווה.<sup>70</sup> כאן חוות־הדעת של המומחים נבדלות לפי שיוכן המקצועי. פקידי הסעד, שהכשרתם בתחום העבודה הסוציאלית, מבססים את הערכתם על שני מקורות מרכזיים – תצפיות וראיונות עם בני המשפחה.<sup>71</sup>

בפסיקה בתקופה האחרונה ובפרט לאחר פרסום המכתב המשלים של ועדת שניט, האמירה כי לאמהות קיימת עדיפות גורפת אינה מדויקת עוד. דברים אלה עולים מנתונים שהוצגו על ידי עורכי דין מומחים בדיני משפחה, במפגש פורום המרצים לדיני משפחה שהתקיים בתאריך 17/6/13 במרכז הבינתחומי הרצליה. עם זאת יש להמתין לפרסום עבודות אמפיריות לצורך עמידה על מגמה חדשה, ככל שקיימת.

65 יש להיזהר כמובן מהסקת מסקנות על בסיס דוגמות אנקדוטליות, אולם ראו בכל־זאת, למשל, תמ"ש (משפחה י-ם) 16422/08 ג.מ.נ' מ.מ., תק-מש 2009 (4) 80; תמ"ש (משפחה ב"ש) 15991/06 ר. ס' נ' ר. ב. מ., תק-מש 2009 (3) 275 (אם כי שם קיים פער בין המלצתה של פקידת הסעד לבין המלצת הפסיכולוגית) (להלן: עניין ר. ס' נ' ר. ב. מ.); עניין ס.ג. נ' ע.ג., לעיל ה"ש 19 (אם כי שם קיימות שתי חוות־דעת סותרות); תמ"ש (משפחה ת"א) 9892/01 פלונית נ' פלוני, תק-מש 2004 (3) 224 (להלן: עניין פלונית נ' פלוני).

66 ראו עניין דויד, לעיל ה"ש 59, בעמ' 463.

67 דן שניט "יחסי הגומלין בין מומחים במדעי ההתנהגות לבין מערכת המשפט" הפרקליט לב 365, 368-365 (1979).

68 יש המדייקים יותר ומחלקים את המישור הזה בחלוקת־משנה על־פי טיב האבחנה המקצועית המוצעת. ראו: Timothy M. Tippins & Jeffrey P. Wittmann, *Empirical and Ethical Problems with Custody Recommendations: A Call for Clinical Humility and Judicial Vigilance*, 43 FAM. CT. REV. 193, 207 (2005).

69 לרוב אין מדובר בערעור המסוגלות כמובן של כשרות ההורה לטפל בצאצאו, שהרי על־פי רוב לשני ההורים יש יכולת, אלא רק בקביעה מי עדיף להיקבע כהורה המוביל "המשמורן" שאצלו תרוכז מרבית הטיפול בילד.

70 יורם צ' צדיק "איך להעריך מסוגלות הורית?" רפואה ומשפט – ספר היובל 328, 332-333 (עמיחי לוי עורך, 2001).

71 על דרכי עבודתו של פקיד הסעד בהכינו תסקיר בעבור בית־משפט הדן בהליכי פירוד של הורים ראו תע"ס 3.20 "תפקידו ודרכי עבודתו של פקיד סעד

הם עושים לעיתים שימוש במידע שאספו גם מגורמים חיצוניים למשפחה, ביניהם מוסדות חינוך, בריאות ורווחה בקהילה וכן מטפלים המצויים בקשר עם המשפחה.<sup>72</sup> הפסיכולוגים, לעומתם, מתבססים גם על ממצאים של מבחני אישיות הנערכים לבני המשפחה.<sup>73</sup> מישור שלישי הוא מישור ההמלצות. המומחה אמור להעריך מה יהיה טוב בעבור הילד, ולהציע לבית־המשפט לקבוע עם מי עדיף שהילד ישהה (עם אמו או עם אביו), מה היקף האחריות ההורית שתוטל על כל אחד מהם (בעיקר בהיבט של פרק־הזמן שבו ישהה הילד עם כל אחד מהוריו) ומה אמורים להיות סדרי המפגשים עם ההורה האחר.<sup>74</sup> נדמה כי המלצות המומחה מורכבות משני יסודות: האחד צופה פני עתיד ומבקש להעריך היכן יהיה לילד טוב יותר והיכן תובטח רווחתו; והיסוד האחר, שאינו מנותק מהראשון, אמור לצקת את ההערכה הנבואית האמורה אל הדין או לפחות להתכתב איתו. כך, למשל, בהקשר של זהות ההורה המטפל, המומחה צריך להביא בחשבון את קביעת סעיף 24 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, ולשקלל את קיומה של חזקת הגיל הרך בהמלצתו.<sup>75</sup> שני המישורים הראשונים אינם ייחודיים לבית־המשפט לענייני משפחה. גם חוות־דעת המוגשת לבית־המשפט בתביעת נזיקין, למשל, אמורה לספק שיקוף של המציאות – לתאר את אורח חייו של התובע ואת מגבלות תפקודו, תוך שילוב הערכה מקצועית הנוגעת במידת החומרה של מצבו כיום, באפשרויות השיקום ובהתקדמות הצפויה של המחלה או הנכות.<sup>76</sup>

לחוק הסעד סדרי דין". [www.molsa.gov.il/CommunityInfo/Regulations/SocialRegulations/Documents/%D7%A4%D7%A8%D7%A7%203%20-%20%D7%A4%D7%A8%D7%98%20%D7%95%D7%9E%D7%A9%D7%A4%D7%97%D7%94/3\\_20.pdf](http://www.molsa.gov.il/CommunityInfo/Regulations/SocialRegulations/Documents/%D7%A4%D7%A8%D7%A7%203%20-%20%D7%A4%D7%A8%D7%98%20%D7%95%D7%9E%D7%A9%D7%A4%D7%97%D7%94/3_20.pdf) (להלן: תע"ס 3.20).

72 ראו בהקשר זה ס' 3 לחוק הסעד; ס' 7.1.1 לתע"ס 3.20, לעיל ה"ש 71. ראו גם, לדוגמה, ערעור (גדול) 2950-23-1, תק-רב 2004(2) 58.

73 ראו צדיק, לעיל ה"ש 70, בעמ' 333. על המבחנים השונים ראו משה אלמגור "הערכת מסוגלות הורית בהחלטת בית המשפט לגבי משמורת ילדים: מקומו של הפסיכולוג הקליני" פסיכולוגיה 8, 34, 40-42 (1999).

74 ס' 7.1.5 להוראות תע"ס 3.20, לעיל ה"ש 71. כן ראו שם, נספח ז – "הנחיות לכתבי־תסקיר לטובת ילדים שהוריהם נפרדו או התגרשו" (המנחה את פקיד הסעד מפזרות כי "חובה לגבש המלצה מנומקת וחד משמעית לערכאה משפטית") לעומת זאת, ההנחה המקצועית לפסיכולוגים מטעם הסתדרות הפסיכולוגים בישראל קוראת להם להימנע מלקבוע עמדה בעניין משפטי אשר אמור להיות מוכרע על־ידי בית־המשפט. ראו הסתדרות הפסיכולוגים בישראל "סטנדרטים לכתבי־חוות־דעת פסיכולוגית לבית המשפט" חלק כללי, ס' ה (2008), נגיש בכתובת [www.psychology.org.il/article/63](http://www.psychology.org.il/article/63). בפועל גם הפסיכולוגים – ולא רק פקידי הסעד – חותרים להצגת מסקנות חד־משמעיות. ראו בהקשר זה, למשל, פלמוני נ' אלמוני, לעיל ה"ש 44. כן ראו אודי וולף וגבי שפלר "הפסיכולוג בראי בית המשפט – מקומו כנותן עדות והערות בית המשפט על הופעותיו" רפואה ומשפט 42, 73 (2010).

75 מחויבותו של המומחה להביא בחשבון את חזקת הגיל הרך בעת נתינת המלצתו משתקפת בתמ"ש (משפחה א"י) 1724/00 ק. ד נ' ק. י, תק-מש 2008(1) 936.

76 יחזקאל קישון "חוות דעת רפואית מנקודת ראות הרופא" רפואה ומשפט 27, 125 (2002); יונתן דייזיס ואברהם סהר "חוות דעת מומחים רפואיים בתביעות רשלנות רפואית" רפואה ומשפט 27, 129 (2002).

אולם המישור השלישי המאפיין את חוות־הדעת המוגשות לבית־המשפט לענייני משפחה – מישור ההמלצות האופרטיביות – אינו קיים בחוות־דעת המוגשות תדיר בהליכים אחרים. התבוננות מרוכזת על חוות־הדעת של המומחים הפועלים בבית־המשפט לענייני משפחה מלמדת כי אלה כוללות יסוד מעין־שיפוטי, אשר נתון ברגל לבית־המשפט. המומחה משלב את העובדות, כפי שנגלו באיסוף הנתונים מחיי הילד ומשפחתו, עם פרשנותו המקצועית בנוגע לעובדות ועם הנחיית הדין, ומשרטט לבית־המשפט את שראוי בעיניו לפסוק. בית־המשפט – בהעניקו את התפקיד האמור למומחה אחד,<sup>77</sup> בהנחתו את המומחה לגבי סוג חוות־הדעת שהוא מצפה לקבל (ולגבי רכיב ההמלצה האופרטיבית שהוא מצפה למצוא בה),<sup>78</sup> ובהסתמכו בדיעבד על קביעות המומחה ברוב המקרים – מעביר במידה רבה את הסמכות ואת כוח ההכרעה לידיו של המומחה.<sup>79</sup> בתי־המשפט עצמם אינם נמנעים מלהודות שבדרך־כלל הם לא יהסו לקבל את חוות־דעתו של המומחה, הן בשל בקיאותו בטובתו של הילד והן בשל יכולתו להציג לפני בית־המשפט את הראיות הרלוונטיות ביותר.<sup>80</sup> אף אם בית־המשפט שומר לעצמו את שיקול־הדעת לא לאמץ את חוות־הדעת במקרה נתון, המהלך המקובל בהקשר זה בכללותו מלמד על העברת מוקד הכוח אל איש־המקצוע.<sup>81</sup>

השימוש האמור בחוות־דעת מקצועיות משתלב עם מאפייניו הכלליים של בית־המשפט לענייני משפחה. ההסתמכות על חוות־דעת משקפת את אמונתו של בית־המשפט כי הכלים שראוי להשתמש בהם לצורך הכרעה בסוגיות אנושיות מורכבות, כגון הכרעות בין הורים החלוקים ביחס לטיפול בילדיהם, אינם משפטיים בהכרח, אלא מקצועיים בעיקרם.<sup>82</sup> גם אם לא הצליח בית־המשפט לנווט את התיק לייעוץ מקצועי או להליך גישור ולסיימו בהסכמה של הצדדים (יעד הנמצא כאמור בראש סדר העדיפויות של בית־המשפט לענייני משפחה),

77 להבדיל מהנהוג של הצגת חוות־דעת יחידה לפני בית־המשפט לענייני משפחה, בהליכים אחרים מקובל ברוב המקרים להגיש שתי חוות־דעת מתחרות מטעמם של שני בעלי־הדין. ראו, למשל, תק' 128-129 לתקנות סדר הדין האזרחי. לעיתים מוגשת גם חוות־דעת שלישית מטעמו של בית־המשפט – ראו תק' 130 (ב) לתקנות סדר הדין האזרחי.

78 המומחים נתקלים לא פעם גם בצפייה – ואפילו בתביעה – להכריע בכל הדילמות שהם מציגים בחוות־דעתם, ולא להעבירן להכרעת בית־המשפט. ביחס לתביעה כזו המוצגת לפני פקדי הסעד ראו דוח סלונימבו, לעיל ה"ש 55, בעמ' 5.

79 Daniel W. Shuman, *The Role of Mental Health Experts in Custody Decisions: Science, Psychological Tests, and Clinical Judgment*, 36 FAM. L.Q. 135, 160 (2002); Martha Fineman, *Dominant Discourse, Professional Language, and Legal Change in Child Custody Decisionmaking*, 101 HARV. L. REV. 727 (1988).

80 בג"ץ 7395/07 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים, תק-על 418 (1)2008, פס' 18 לפסק־דינה של השופטת ארבל.

81 בכך טמונה כביכול פגיעה בבית־המשפט מן ההיבט של עצמאותו השיפוטית. ראו סטרשנוב, לעיל ה"ש 54, בעמ' 187. לניתוח נוסף של היבט זה ראו יהודית מייזלס "על הדבש ועל העוקץ – דיון בהסדר המשמורת הקיים במשפט הישראלי" זכויות הילד והמשפט הישראלי 519, 560 (2010). לפירוש דומה של המצב ראו Tippins & Wittmann, לעיל ה"ש 68, בעמ' 207.

82 ראו במיוחד עניין ספדי, לעיל ה"ש 30, פס' 20.



הוא מוצא עצמו נאלץ להכריע שיפוטית, אופן ההכרעה ועיצוב תוכנה מושתתים במידה רבה על עבודתו של איש-המקצוע הטיפולי.

מהלך זה משתלב עם צביעת ההליך השיפוטי בבית-המשפט לענייני משפחה בצבעים אדוורסריים פחות. בניגוד לציפייה מהליך אדוורסרי, שבמסגרתו על השופט להכריע במובא לפניו ולפסוק בין שתי עמדות נוגדות, כאן ננטשת דרך ההתנצחות, ואת האמת אין מצפים עוד לגלות באמצעות מאבק בין גרסות, אלא באמצעות הבאתה של גרסה אחת מקצועית.<sup>83</sup> אין פלא שגם השימוש בחוות-דעת וגם מידת ההסתמכות עליהן התגברו למן שנות השמונים, ונעשו משמעותיים עוד יותר עם הקמת בית-המשפט לענייני משפחה.<sup>84</sup> כאן התלכדו יחדיו שתי מגמות: זו שתוארה לעיל, הנוגעת במאפייניו הייחודיים של בית-המשפט לענייני משפחה; וזו הנוגעת בתוכן ההכרעות בתביעות לחלוקת האחריות ההורית ובהיחלשותה של חזקת הגיל הרך. בתהליך שמקורו בגורמים שונים – ביניהם התגברות מקומם של אבות בחיי ילדיהם,<sup>85</sup> הקריאה לשוויון מגדרי<sup>86</sup> וההכרה בזכויות הילד<sup>87</sup> – נחלשה חזקת הגיל הרך בהליכים השיפוטיים, ומשקל משמעותי יותר הוטל על כתפי העיקרון העמום של "טובת הילד".<sup>88</sup> חזקת הגיל הרך לא בוטלה אומנם, לא פורמלית ולא מהותית, ועוצמתה נותרה בעינה, בפרט ביחס להסכמים המגובשים מחוץ לכותלי בית-המשפט.<sup>89</sup>

83 על הקשר בין הצד המעין-טיפולי לבין הצד המשפטי בכל הנוגע בהליך האדוורסרי ראו שם, פס' 20(2) ו-20(4) לפסק-הדין.

84 על מיעוט השימוש בחוות-דעת בעבר ועל שינוי המגמה ביחס למידת ההסתמכות עליהן ראו הקר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 196-197. לתופעה מקבילה בארצות-הברית ראו Fineman, לעיל ה"ש 79; Murphy, לעיל ה"ש 29.

85 Orna Cohen & Dan Shnit, *Social Workers' Recommendations on the Non-Custodial Father's Visitation Rights with His Preschool Children*, 44(3) INT'L SOC. WORK 311 (2001).

86 רע"א 4575/00 פלונית נ' אלמוני, פ"ד נה(2) 321, 331 (2001) (להלן: עניין פלונית נ' אלמוני).

87 הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה דוח ועדת המשנה בנושא הילד ומשפחתו 226-228 (2003) (להלן: דוח ועדת רוטלוי) [www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/6CB85B58-07BF-496E-A073-2CC87F9C67D4/0/HayeledVeamishpaha.pdf](http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/6CB85B58-07BF-496E-A073-2CC87F9C67D4/0/HayeledVeamishpaha.pdf).

88 ראו עניין ר. ס נ' ר. ב. מ, לעיל ה"ש 65 (שם בית-המשפט מנסה לצקת כללים מנחים ליישום עקרון טובת הילד); תמ"ש (שלום ת"א) 54297/02 פלוני נ' אלמונית, עמ' 6 לפסק-הדין (טרם פורסם, 1.7.2007) (להלן: עניין פלוני נ' אלמונית). כן ראו דוח ועדת רוטלוי, לעיל ה"ש 87, בעמ' 224-227. עם זאת יתכן שבעידן הנוכחי ובפרט לאחר פרסום המכתב המשלים של ועדת שניט, השתנתה המציאות וכיותר מקרים פוסק בית המשפט, בעקבות חוות הדעת המקצועיות, בניגוד לחזקת הגיל הרך. בהעדר ממצאים אמפיריים עדכניים, דברים אלה נכתבים בזהירות המתחייבת ומבוססים בעיקרם על התרשמותם של עורכי דין מומחים בתחום, לעיל ה"ש 64.

89 עוצמתה של החזקה חורגת אל מעבר להכרעות הנוגעות בילדים מתחת לגיל שש. בעקבות שני כללי-משנה שבית-המשפט הקפיד להפעיל – הכלל שאין מפרידים בין אחים אלא בנסיבות חריגות, והכלל המעדיף רצף והמשכיות בטיפול ההורי – הובטחה משמורת האם לאורך שנים, גם לאחר שהילדים או מי מהם חצו את גיל שש. לעניין זה ראו דן שניט "חזקת

אולם מחזקה עובדתית שהאפשרות לחרוג ממנה הייתה בלתי-אפשרית כמעט,<sup>90</sup> הצטמצם מעמדה לזה של לשון-מאזניים. חזקת הגיל הרך נהפכה לשיקול אחד מבין כמה שיקולים שנשקלו בסכסוכי משמורת,<sup>91</sup> ותפקידה המרכזי כיום הוא להוות אמצעי הכרעה במחלוקת בין הורים כאשר יחסייהם עם הילד, מסוגלותם והמקום שלהם בחייו דומים.<sup>92</sup> בנסיבות אלה, כאשר אין עדיפות ברורה למי מהם ושניהם מבקשים להגשים את אחריותם כלפי הילד באופן מוביל, החזקה מופעלת והאם נקבעת כמשמורנית.<sup>93</sup> אולם מלכתחילה הורים הנאבקים ביניהם על התפקיד הטיפולי המוביל צריכים להוכיח מי מהם ראוי יותר, והם עושים כן ללא עדיפות אפריורית מוחלטת לזו או לזה, אלא בהסתמך על עקרון טובת הילד והתכנים שבית-המשפט יוצק אליו. ככל שההכרעה מתרכזת ברקמה הפתוחה של עקרון טובת הילד, בית-המשפט נזהר מלהפעיל את חזקת הגיל הרך באופן גורף. הוא בודק לגופו מהן יכולותיו של כל הורה, מהם מאפייני יחסיו עם הילד והיכן ייטב לו מבחינת רווחתו הרגשית. על רקע זה בית-המשפט מתקשה להכריע באמצעים משפטיים רגילים, ופונה לסיועם של כלים מקצועיים בדמות חוות-הדעת. אלה, כשלעצמן, נעשות זמינות יותר ומשוכללות יותר.<sup>94</sup>

לצד היתרון הברור הגלום בפתרון סכסוכים בסיוע ייעוץ מקצועי, לפנינו יציר-כלאיים בעייתי. מדובר בהכרעה שיפוטית בעלת מאפיינים מעין-טיפוליים אשר מסתמכת על חוות-דעתם של אנשי-מקצוע אך מתקבלת על-ידי שופט שמירת מומחיותו בתחום הטיפולי מוטלת בספק. החשש הוא שלבית-המשפט אין כלים מקצועיים מספקים להעריך את חוות-הדעת (לא כל שכן להפעיל כלים אבחוניים אלה בעצמו), שהרי התחום הפסיכולוגי עמוס ידע ומחייב מיומנות גבוהה. מערך הסיוע שהוקם לצד בתי-המשפט לענייני משפחה, בין היתר לשם כך, היה יכול עקרונית לסיע ולשמש מתווך בין בית-המשפט לבין העולם הטיפולי, אולם אופן תפקודו בשטח – לנוכח תקציביו המוגבלים והיקף כוח-האדם המצומצם המאייש

הגיל הרך ביישובי סכסוכי משמורת ילדים: המשכיות, שינוי או ביטול" עיוני משפט יט 185 (1994); מרדכי פרישטיק וציפי יגלניק "השיקולים המנחים את בתי המשפט לענייני משפחה בקביעת משמורת על ילדים" חברה ורווחה כז 9 (2007); פנחס שיפמן "משמורת ומזונות ילדים" מעמד האשה בחברה ובמשפט 534 (פרנסס רדאי, כרמל שלו ומיכל ליבן-קובי עורכות, 1995).

90 החזקה הובנה במקור כמכתיבה את משמורת האם אלא אם כן היא נעדרת מסוגלות הורית. ראו, למשל, ע"א 808/76 זמורה נ' זמורה, פ"ד לא(2) 351 (1977); ע"א 768/81 נאור נ' נאור, פ"ד לו(2) 380 (1982); מ"א (מחוזי ב"ש) 420/95 פלוני נ' פלונית, תק-מח 1999(1) 374.

91 ע"מ (מחוזי ת"א) 1012/06 פלוני נ' פלונית, פ"מ תשס"ו(2) 885 (2006); ע"א 493/85 פרידה נ' פרידה, פ"ד לט(3) 578 (1985); בג"ץ 672/84 אברבך נ' אברבך, פ"ד לט(1) 57 (1985); תמ"ש (שלום ת"א) 34692/02 ט.ד. נ' ת.א., תק-מש 2006(2) 254 (להלן: עניין ט.ד. נ' ת.א.).

92 עניין ט.ד. נ' ת.א., שם; עניין פלונית נ' פלוני, לעיל ה"ש 65. לעיתים החזקה אף נעלמת מהנמקת בית-המשפט. ראו ע"א 878/96 פוזילוב נ' פוזילוב, פ"ד נ(5) 208 (1997).

93 בשנים האחרונות נמצא כי בנסיבות אלה בית-המשפט עשוי לשיקול לפסוק אף משמורת משותפת. ראו ע"מ (מחוזי ת"א) 1180/05 פלוני נ' פלונית, תק-מח 2006(1) 2360; ע"מ (מחוזי חי') 384/06 ר' א' נ' ו' (ז') מ', תק-מח 2007(1) 13363; תמ"ש (שלום י-ם) 19660/07 פלונית נ' אלמוני, תק-מש 2009(1) 507.

94 הקר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 197.

אותו – אינו מספק.<sup>95</sup> בנסיבות אלה הכלים הטיפוליים שמצויים בידי בית-המשפט לענייני משפחה אינם מאפשרים לו ליטול תפקיד כבד זה על עצמו. אולם מעבר למגבלות הכרוכות ביכולותיו של בית-המשפט, פגמים של ממש עשויים ליפול אף בחוות-הדעת עצמן. אעמוד עליהם בפירוט בחלקים הבאים.

### ב. הקשיים הגלומים בחוות-הדעת המקצועיות ובאופן השימוש בהן

תמונת-מצב זו ביחס לאופיין של חוות-הדעת וביחס לאופן שבו בתי-המשפט משתמשים בהן בסכסוכים סביב שאלות של חלוקת האחריות ההורית מעוררת את שאלת הלגיטימציה של השימוש האמור. שאלה זו מתחדדת על רקע הביקורת הקיימת – וזו שניתן להציג – ביחס לעבודתם של המומחים לגופו של עניין. את הביקורת ניתן לסווג לכמה סוגים: ביקורת אחת נוגעת בהיבטים שמקורם בדיסציפלינה המקצועית שחוות-הדעת מושתתות עליה, ומעמידה בספק את עצם היכולת המדעית לערוך חוות-דעת כאמור; ביקורת אחרת נוגעת באופן עריכתן של חוות-הדעת ובכללים המנחים את עריכתן; והאחרונה כרוכה בזהות המקצועית של אנשי-המקצוע הממונים על עריכתן של חוות-הדעת.

#### 1. ביקורת תוך-פרופסיונלית – בעיות של תוקף האבחונים ומהימנותם

ביקורת זו, הנסמכת בעיקרה על טענות של חוקרים מתחום הפסיכולוגיה, יורדת לשורש היומרה להסתייע באנשי-מקצוע, ומטילה ספק ביחס לאפשרות לייצר חוות-דעת מקצועית אשר תעריך את יכולתם ("מסוגלותם") של ההורים לתפקד בעתיד באופן ראוי, ובפרט תקבע מי משני ההורים ראוי יותר.<sup>96</sup> ביקורת המושמעת מתוך הדיסציפלינה קובלת על המורכבות הכרוכה בהגדרת המונחים "מסוגלות הורית" או "אי-מסוגלות הורית",<sup>97</sup> ומעלה ספק ביחס לכלים המקצועיים המופעלים וביחס לאפשרות להסתמך עליהם לצורך קביעת מסוגלות הורית ושרטוט הסדר משמורת מיטבי.<sup>98</sup>

באופן כללי נטען כי המושג "מסוגלות הורית" אינו מושג פסיכולוגי מוכר,<sup>99</sup> וכי האפשרות "לנבא" התנהגות הינה מוגבלת.<sup>100</sup> ביקורת זו מתחדדת כאשר נסיבות המקרה

95 על הפוטנציאל הלא-ממומש של יחידות הסיוע ראו גילת, לעיל ה"ש 40, בעמ' 428-429.

96 הביטוי החרף ביותר לעמדה זו הושמע, לעניות דעתי, על-ידי ד"ר אביגיל גולומב, הנוטלת בעצמה חלק בכתיבת חוות-דעת מומחים לבתי-המשפט לענייני משפחה בסכסוכים סביב אחריות הורית. ראו הדוח המשלים של ועדת שניט, לעיל ה"ש 9, בעמ' 17-19.

97 דוד יגיל "שיקולים ולבטים באבחון מסוגלות הורית" סוגיות בפסיכולוגיה, משפט ואתיקה בישראל: אבחון, טיפול, שיפוט 183 (דוד יגיל ואח' עורכים, 2008).

98 לביקורת נוקבת ראו Tippins & Wittmann, לעיל ה"ש 68.

99 יש מי שמתנגדים לשימוש במושג "מסוגלות הורית" אף בהקשרנו, ביניהם גם כאלה הנוטלים בעצמם חלק באבחונים כמומחים. ראו הדוח המשלים של ועדת שניט, לעיל ה"ש 9, בעמ' 18 (דבריה של ד"ר אביגיל גולומב).

100 אלמגור, לעיל ה"ש 73; שניט, לעיל ה"ש 67, בעמ' 367-368, 375-376.

גבוליות, קרי, כאשר איש מן ההורים אינו לוקה באופן מהותי בתפקודו ואינו פוגע בילד, וכאשר מסוגלותם של ההורים (תהא הגדרתה אשר תהא) דומה.<sup>101</sup> חלק מן הביקורות מתמקדות באופן ספציפי בכלים שבהם נעשה שימוש.<sup>102</sup> חוות הדעת של הפסיכולוגים מושתתות, בין היתר, על סוללה של מבחני אישיות המשמשים גם לאיתור פתולוגיות, ביניהם מבחן רורשך ומבחן ה-TAT.<sup>103</sup> על-פי הביקורת, הערכתם של המומחים מושתתת, בין היתר, על מבחנים שמהימנותם מוגבלת מלכתחילה,<sup>104</sup> שתקפותם בהקשר ייחודי זה של קביעת מסוגלות הורית לא נבדקה,<sup>105</sup> ואשר לא נעשתה התאמה שלהם לנורמות ישראליות.<sup>106</sup> באופן כללי אין קונסנזוס לגבי אופן ביצוען של הערכות הללו, לגבי הכלים

101 יגיל, לעיל ה"ש 97, בעמ' 200.

102 הרוח המשלים של ועדת שניט, לעיל ה"ש 9, בעמ' 23-25.

103 מבחן רורשך מושתת על סדרה של כתמי דיו מעורפלים שמוצגים לנבחן, המתבקש לומר מה הוא רואה בהם. תגובותיו של הנבחן נרשמות, ולאחר-מכן מצויינות על-ידי הפסיכולוג או באמצעות תוכנת מחשב. הציונים מתורגמים על-ידי הפסיכולוג למסקנה ביחס למצבו הפסיכולוגי של הנבחן ואישיותו. מבחן ה-TAT, אשר אף הוא מבחן אישיות השלכתי, מושתת על סדרה של תמונות המוצגות לנבחן, המתבקש לחבר סיפור שרלוונטי לדמויות המופיעות בתמונות. כרטיסי ה-TAT מתארים סצנות מעורפלות, ומכאן שקיים מגוון רחב של אפשרויות תגובה. על המבחנים והשימוש בהם ראו משה זכי "פסיכודיאגנוסטיקה, משפט ואתיקה: סוגיות מקצועיות ואתיות" סוגיות בפסיכולוגיה, משפט ואתיקה בישראל: אבחון, טיפול, שיפוט 43 (דוד יגיל ואח' עורכים, 2008); אלמגור, לעיל ה"ש 73, בעמ' 40-41; Steven K. Erickson, Scott O. Lilienfeld & Michael J. Vitacco, *Psychological Testing and Child Custody Evaluations in Family Court: A Dialogue: A Critical Examination of the Suitability and Limitations of Psychological Tests in Family Court*, 45 FAM. CT. REV. 157, 164-167 (2007).

104 גבי שפיר "סוגיות אתיות בשימוש במבחנים פסיכולוגיים" סוגיות בפסיכולוגיה, משפט ואתיקה בישראל: אבחון, טיפול, שיפוט 65, 73 (דוד יגיל ואח' עורכים, 2008).

105 ישראל אורון (אוסטר) "טובת הילד, מסוגלות הורית ושלילת-אב בסכסוכי הורים על משמורת ילדיהם" רפואה ומשפט 24, 86, 87-86 (2001); משה אלמגור "כללים לכתיבת חוות דעת מומחה בפסיכולוגיה" סוגיות בפסיכולוגיה, משפט ואתיקה בישראל: אבחון, טיפול, שיפוט 53, 57 (דוד יגיל ואח' עורכים, 2008); שפיר, לעיל ה"ש 104, בעמ' 73; יגיל, לעיל ה"ש 97, בעמ' 187. ביקורת מסוגים דומים הושמעה גם במקומות אחרים. ראו: Janet M. Bowermaster, *Legal Presumptions and the Role of Mental Health Professionals in Child Custody Proceedings*, 40 DUQ. L. REV. 265, 297 (2002); Marjory E. DeWard, *Psychological Evaluations: Their Use and Misuse in Illinois Child Abuse and Neglect Cases*, 54 DEPAUL L. REV. 971, 988 (2005).

106 מבחן רורשך, למשל, מחייב, לצורך הערכת תוצאות הנבדק, השוואה לנתונים הממוצעים שהתקבלו בקרב כלל אוכלוסיית הנבדקים באותה חברה. נהוג לחשוב שתרכויות שונות זו מזו, ולכן נכון להשוות את תוצאותיו של נבחן ישראלי אל הנורמות שהושגו בקרב כלל אוכלוסיית הנבדקים בישראל. בהעדר נתונים כאלה עלול להיות עיוות בממצאים. שפיר, לעיל ה"ש 104, בעמ' 74; RICHARD H. DANA, *HANDBOOK OF CROSS-CULTURAL AND MULTICULTURAL PERSONALITY ASSESSMENT* 127 (2000).

שיש להשתמש בהם ולגבי התיאוריות שעל בסיסן יש לפעול.<sup>107</sup> יש אף המטילים ספק בדבר עצם האפשרות לערוך מבחנים כלשהם בעין סערת הגירושים, כאשר ביצועי ההורים צפויים להיות מושפעים מהמשבר הפוקד אותם.<sup>108</sup>

כיום קיימת הסכמה רחבה שאחת הבעיות העיקריות בנסיונות המקצועיים לתת הערכה פסיכולוגית לגבי יכולות והתנהגויות עתידיות היא "ההטיות הקוגניטיביות", ובעיקר "הטיית האישוש". אחת ההגדרות המודרניות של הטייה זו מופיעה אצל ויקנס והולנרס, המציינים כי "אנשים נוטים לחפש מידע ורמזים שמאשרים את השערתם האינטואיטיבית הראשונה, ולהימנע מלחפש או מלהביא בחשבון מידע שמנוגד להשערה זמנית ראשונה זו".<sup>109</sup> אין משמעות הדבר שאנחנו מתעלמים לחלוטין ממידע הסותר את נטייתנו הראשונה, אלא שאנו נותנים למידע זה משקל פחות, ולעיתים אפסי, בהשוואה למידע התומך בנטייתנו הראשונה. הטייה קוגניטיבית זו קיימת גם אצל מומחים מקצועיים.<sup>110</sup> במקרה של חזקת הגיל הרך – אשר נשענת, בין היתר, על תפיסה פסיכולוגית ותיקה הקובעת באופן חד-משמעי כי טובת הילד אצל אמו עד גיל שש – משמעותה של הטייה זו היא שפסיכולוגים אשר חונכו על ברכיה של אסכולה זו ונשענו על בסיס הנתונים שלה ייטו "ללכת" עם השערה אפריורית זו. במובן זה, האפשרות לסתור את החזקה המשפטית האמורה נהפכת לבלתי-אפשרית כמעט.<sup>111</sup> עמדתו של בית-המשפט – הנסמך כאמור באופן רחב על חוות-הדעת למרות יכולתו המוגבלת לבקר את תוכנו ולמרות הביקורת התוך-פרופסיונלית האמורה – הינה מפתיעה. אם יש ממש בביקורת שהובאה בחלק זה, אשר חלקה מוכרת וידועה, אזי מתעוררת השאלה מדוע בתי-המשפט ממשיכים להסתמך על חוות-הדעת. דפנה הקר מציעה כמה הסברים אפשריים, ומטילה את האחריות על שלושת הצדדים במשוואה: עורכי-הדין, בית-המשפט והמומחים עצמם. הקר מצביעה על חוסר הביטחון של בית-המשפט, המעדיף להסיר מעל עצמו את עול האחריות הכרוך בהכרעה כה קשה. היא סוברת כי גם עורכי-הדין נמנעים מלהטיל ספק במומחים, בין בשל רשלנותם ובין בשל חששם כי יבולע ללקוחם (אם תוצע חוות-דעת משלימה עקב ערעורם על זו הראשונית). גם אנשי-המקצוע מודעים לחולשתו

107 אלמגור, לעיל ה"ש 105.

108 אורון, לעיל ה"ש 105, בעמ' 88; צדיק, לעיל ה"ש 70, בעמ' 334; אלמגור, לעיל ה"ש 73, בעמ' 38.

109 CHRISTOPHER D. WICKENS & JUSTIN G. HOLLANDS, ENGINEERING PSYCHOLOGY AND HUMAN PERFORMANCE (Prentice-Hall, 3rd ed. 2000).

110 ראו, לרונגמה: Raymond Nickerson, *Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises*, 2(2) REV. GEN. PSYCHOL. 175 (1998). נטייה זו כה חזקה שיש מקרים שבהם אנשים מחויבים לעמדתם הראשונה עד כדי כך שהם מתעלמים מהסברים חלופיים של אנשי-מקצוע אחרים או מזוללים בהם. ראו: Gershon Ben-Shakhar et al., *Seek and Ye Shall Find: Test Results are What You Hypothesize They Are*, 11 J. BEHAV. DECIS. MAKING 235 (1998).

111 יש ניסיון מתמיד להפוך את כלי הבריקה, את המבחנים ואת ההערכות לאובייקטיביים, ומכאן ל"מדעיים" יותר. ראו שפּלר, לעיל ה"ש 104, בעמ' 68. אולם המחקר מלמד כי כלי העבודה המקצועיים אינם מצליחים למנוע את ההטייה הקוגניטיבית. ראו שם, בעמ' 75; ובמיוחד Ben-Shakhar et al., לעיל ה"ש 110.

של הכלי, אך נוטים להציג את הממצאים כ"אמת", וזאת על-מנת למנוע בלבול גדול יותר אצל ההורים ולסייע במאמץ להביא את הסכסוך לידי סיום.<sup>112</sup> נוסף על כך הקר סבורה כי הם מונעים משיקולים כלכליים.<sup>113</sup>

חשוב עם זאת לציין כי למרות הביקורת הנוקבת האמורה, כל עוד ההסדר המשפטי נסמך על שיקולים הנוגעים ברווחתו הרגשית של הילד ובמסוגלות של הוריו – אשר מתפרשים כיכולות וכצרכים פסיכולוגיים – אנשי-המקצוע, ובפרט הפסיכולוגים, נמצאים ככל הנראה בעמדה טובה יותר מאחרים ליתן את חוות-הדעת האמורה.<sup>114</sup>

## 2. אורגן מעין-שיפוטי המשוחרר מכללי פרוצדורה ומכללי ראיות נוקשים

ספקות מסוג אחר מועלים לנוכח העדרן של הנחיות מחייבות לגבי אופן יצירתן של חוות-הדעת ואופן פעולתם של העושים במלאכה.<sup>115</sup> חסרונן של אלה, לרבות העדרם של סדרי דין מנחים וכללי ראיות מחייבים, עלול להגביר את מידת הסובייקטיביות הגלומה ממילא בתהליך ההערכה, ליצור אי-אחידות בין המעריכים ולהטיל ספק במהימנותן של ההערכות.<sup>116</sup> הביקורת מתחדדת לנוכח ההסתמכות הנרחבת על חוות-הדעת והיותן דה-פקטו עוגן להכרעתו של בית-המשפט – בוודאי בערכאה הדיונית, ולרוב אף בערכאת הערעור. באופן עקרוני, איש-המקצוע המופקד על הכנת חוות-הדעת חופשי לקיים את הערכתו בהגבלות פרוצדורליות מעטות בלבד,<sup>117</sup> והוא עושה כן לרוב ללא תיווך ומבלי שמסופקת

112 ראו הקר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 207-208. לדוגמה הפוכה, ויוצאת-דופן בנחרצותה, ראו את פסק-דינו של השופט מרכוס בתמ"ש (שלום י-ם) 6501/98 א.א.מ נ' א.א, תק-מש 2003(3) 729 (להלן: עניין א.א.מ) (פסק-הדין קובע כי על בית-המשפט לבדוק באופן מדויק את חוות-הדעת לפני שהוא מסתמך עליהן).

113 להיבט הכלכלי ראו להלן את הטקסט שליר ה"ש 143.

114 בהקשר זה שניים מהפירושים שאעמוד עליהם בפרק ג להלן – האחד שיפור ושכלול של הכלים העומדים לרשותם של אנשי-המקצוע, והאחר ויתור מוחלט על הערכות פסיכולוגיות – יוכלו לסייע בפתרון הבעיות האמורות או בצמצומן. לעמדה הסוברת כי למרות הביקורת על עבודת המומחים, הערכתם בשאלות הנוגעות ב"טובת הילד" עדיפה על זו של בית-המשפט, ראו: Joan B. Kelly & Janet R. Johnston, *Commentary on Tippins and Wittmann's "Empirical and Ethical Problems with Custody Recommendations: A Call for Clinical Humility and Judicial Vigilance"*, 43 FAM. CT. REV. 233, 237 (2005).

115 במהלך השנים החלו להתגבש כמה הצעות להנחיות כאלה. הנחיות "משפטיות" פורסמו על-ידי השופט פורת – חיים פורת "הנחיות בית-המשפט המחוזי לחוות-דעת מומחה לגבי מסוגלות הורית" רשימת הנחיות 1 (1991); הנחיות מקצועיות-אתיות פורסמו על-ידי הסדרות הפסיכולוגים בישראל – ראו "סטנדרטים לכתובת חוות-דעת פסיכולוגית לבית המשפט", לעיל ה"ש 74; וגם ההנחיות המקצועיות לפקדי הסעד התערכנו לאחרונה – ראו הוראות תע"ס 3.20, לעיל ה"ש 71. אולם הנחיות אלה, ככל שהן מיושמות, אינן מצליחות לספק מענה רצוי.

116 ביקורת דומה עולה מן הרוח המשלים של ועדת שניט, לעיל ה"ש 9, בעמ' 24, 49.

117 חלק מאנשי-המקצוע אף מתנגדים לנהלים פורמליים כובלים, וחוששים כי אלה יפגעו בעבודתם המקצועית. לעניין זה ראו שניט, לעיל ה"ש 67, בעמ' 374.

לנבדק הגנה חיצונית כלשהי. כך, למשל, מלשון הסמכתו של פקיד הסעד בס' 3 לחוק הסעד עולה כי הוא רשאי "להיכנס לכל מקום בו נמצא או עשוי להימצא הקטין... ולחקור כל אדם שהוא סבור שיש לו ידיעות הנוגעות לקטין... וחייב הנחקר לענות לפקיד הסעד תשובות כנות ומלאות". חוות-הדעת של איש-המקצוע עשויה להסתמך על עדויות-שמיעה ועל נתונים חיצוניים שאסף ממגוון של מקורות וגורמים.<sup>118</sup> בכך בעל-הדין נחשף מעבר לחשיפה הרגילה שנכפית עליו בהליכים משפטיים אחרים, שבמסגרתם הוא מוגן לא רק על-ידי עורך-דינו, אלא גם על-ידי כללי הפרוצדורה ודיני הראיות. יוצא שלאיש-המקצוע יש סמכות בלתי-מוגבלת כמעט במילוי תפקידו, והוא זוכה ברמת אמון גבוהה, שאינה מוקנית ברגיל אפילו לשופט, אשר מוגבל על-ידי תקנות סדר הדין ודיני הראיות החלים על ההליכים המתנהלים לפניו. יודגש כי החופש בכיצוע ההערכה המקצועית ובכתיבת המסקנות העולות ממנה ניתן לא רק לפקיד הסעד, אלא גם ליתר המומחים הממונים מטעם בית-המשפט לענייני משפחה.

אומנם, איש-המקצוע אינו משוחרר מכבלים אתיים ומקצועיים. נוסף על המגמה ליצור כללי אתיקה וכללי מקצוע תוך-פרופסיונליים,<sup>119</sup> מוטלות על המומחה חובות לא-פורמליות גם מצידו של בית-המשפט, המצפה ממנו למקצועיות ולנאמנות. אולם היקפם של כללים אלה ומידת תוקפם וחיוכם מצומצמים למדי. בדוח חריף מסוגו מתח צוות הבדיקה בראשות פרופ' ורד סלונים-נבו, שעסק בעבודתם של פקידי הסעד לסדרי דין, ביקורת על העדר סטנדרטים מקצועיים בעבודתם של פקידי הסעד ועל החריגות שמצא בעבודתם.<sup>120</sup> כך, למשל, נמצא כי אין אחידות בכתיבת התסקירים; ברבים מהם לא צוין אילו בדיקות נערכו, כמה פגישות התקיימו ועם מי; אין הבחנה מספקת בין עובדות לדעות; ולא פעם לא ברור מה המקור לקביעות עובדתיות שנעשו.<sup>121</sup> דברים דומים נשמעו גם בדוח המשלים של ועדת שניט.<sup>122</sup> ברי כי פגמים אלה מקשים, אם לא מאיינים, את יכולתו של בית-המשפט להעביר את חוות-הדעת תחת שבט ביקורתו.

אומנם, גם התנהלותו של בית-המשפט לענייני משפחה עצמו הינה ייחודית, במובן זה שהוא נהנה, כמתואר לעיל, מגמישות רבה בהפעלתם של כללי הדיון ודיני הראיות. אולם כוחו של איש-המקצוע רב במובן מסוים אף מזה של בית-המשפט, שהרי הכרעתו כמעט סופית, וברוב המכריע של המקרים מעיין-מחייבת (שהרי היא מאומצת כמעט תמיד), ואי-אפשר לערער עליה עצמה לפני ערכאת ערעור, כפי שאפשר לעשות ביחס להכרעות שיפוטיות.<sup>123</sup> גם האפשרות לפסול את איש-המקצוע (אפשרות הקיימת ביחס לשופט) אינה

118 ס' 7.1.6 להוראות תע"ס 3.20, לעיל ה"ש 71.

119 ראו ההפניות המנויות לעיל בה"ש 115. כן ראו: David A. Martindale & Norman M. Sheresky, *Legal and Ethical Issues in Child Custody Evaluation*, in THE SCIENTIFIC BASIS OF CHILD CUSTODY DECISIONS 49 (2nd ed. 2009).

120 דוח סלונים-נבו, לעיל ה"ש 55.

121 שם, בעמ' 13. נוסף על כך הדוח מותח ביקורת על העדר רישום ומעקב אחר דוחות שהוגשו ועל יישומם, באופן שאינו מאפשר בקרה מקצועית ארוכת-טווח. שם.

122 הדוח המשלים של ועדת שניט, לעיל ה"ש 9.

123 אלמגור, לעיל ה"ש 105. על חוסר היכולת לערער על חוות-הדעת נמתחה ביקורת נוקבת בדוח של סלונים-נבו, ואף הוצע שם לתקן את המעוות בדרכים שונות. ראו דוח סלונים-נבו,

מוסדרת מבחינה פורמלית, ובכל מקרה בית-המשפט נרתע ממנה.<sup>124</sup> במובן זה, לעיתים קרובות, גם אם יוגש ערעור על פסק-הדין (המושגת כשלעצמו על חוות-הדעת), תשמם אותה חוות-דעת ממש בסיס להכרעת בית-המשפט בערכאת הערעור. יש לציין, עם זאת, כי לבית-המשפט של ערעור נתונה סמכות לפנות לקבלת חוות-דעת חדשה, והוא אף עשוי לעשות כן אם חלף זמן מאז ניתנה חוות-הדעת המקורית<sup>125</sup> או כאשר מדובר בסכסוך קשה ומורכב.<sup>126</sup>

### 3. זהות המומחים והשתייכותם – חוות-דעת "מטעם" במסווה של אובייקטיביות ומקצועיות

ביקורת אחרת נוגעת ביומרתן של חוות-הדעת של המומחים לא להיות "מטעם" איש מן הצדדים, ובתפיסתן כמייצגות עמדה אובייקטיבית נטולת פניות.<sup>127</sup> לתפיסה זו של איש-המקצוע כנטול פניות יש חשיבות רבה, שכן בית-המשפט, הממנה את המומחה, מתייחס אליו כאל גורם ניטרלי, להבדיל מן ההורים היריבים,<sup>128</sup> ולפיכך מקנה להמלצתו משנה חשיבות. אולם הנחת הניטרליות אינה מוצדקת בהכרח.<sup>129</sup> המומחים מתחלקים כזכור לשני סוגים מרכזיים: פסיכולוגים, לרוב מן המגזר הפרטי; ועובדים סוציאליים, המשמשים פקידי סעד ומגיעים מן המגזר הציבורי. באשר לפקידי הסעד, שההסתייעות בהם נרחבת, ניתן להעלות כמה ספקות עקרוניים. ראשית, הם מהווים חלק ממערך השירותים של המדינה האמור לספק תמיכה וטיפול למשפחות המצויות במשבר,<sup>130</sup> בין היתר למשפחות שלגביהן הם צריכים

לעיל ה"ש 55, בעמ' 10-11.

124 שפירא ונהיר, לעיל ה"ש 54, בעמ' 56-57; תמ"ש (שלום ב"ש) 3450/07 פלוני נ' אלמונית, תק-מש 2008 (1) 1014; ע"מ (מחוזי ב"ש) 104/08 פלונית נ' פלוני (טרם פורסם, 20.2.2008); רע"א 8000/04 רשות הנמלים והרכבות נ' גמליאלי, תק-על 2004 (4) 712, פס' 5 לפסק-דינו של השופט ריבלין. כנגד זה ראו רע"א 9724/07 דן חברה לתחבורה ציבורית בע"מ נ' חביב, תק-על 2008 (1) 2087; עניין פלוני נ' פלונית, לעיל ה"ש 14.

125 ראו עניין פלוני נ' פלוני, לעיל ה"ש 53; והשוו ע"מ (מחוזי י-ם) 749/05 ע.מ. נ' ר.מ. דינים מחוזי 2005 (40) 1436.

126 ראו, למשל, שתי פרשות שזכו בדיון ציבורי נרחב: עניין פלוני נ' פלונית, לעיל ה"ש 14; בע"מ 377/05 פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגיים, דינים עליון 2009 (36) 1108.

127 על הנחת האובייקטיביות הקיימת ביחס למומחה הממונה מטעם בית-המשפט ראו סטרשנוב, לעיל ה"ש 54, בעמ' 187.

128 ראו עניין פלונית נ' אלמוני, לעיל ה"ש 86, בעמ' 331; עניין דויד, לעיל ה"ש 59, בעמ' 462-463; תמ"ש (שלום ת"א) 85795/01 א.ט.ל. נ' ז.ב., דינים משפחה 2006 (66) 577; עניין ר. ס. נ' ר. ב. מ, לעיל ה"ש 65.

129 Fineman, לעיל ה"ש 79.

130 אברהם מנסבך "ביקורת ללא פחד: מבט ביקורתי על העבודה הסוציאלית לנוכח הגותם של קארל מרקס ומישל פוקו" חברה ורווחה כה(2) 167, 169 (2005).



כעת לספק חוות-דעת.<sup>131</sup> אך טבעי הוא שחוות-הדעת שהם ייצרו לא יתעלמו מן האינטרסים של המערך האמור, אשר נטל הטיפול העתידי במשפחה מוטל על כתפיו. טענה אחרת, המושמעת בעיקר על-ידי גברים הזועקים נגד הפלייתם כביכול על-ידי פקידי הסעד, גורסת כי פקידי הסעד (שרובם נשים) מעדיפים באופן גורף את טיפולן של האימהות, ונוטים להמליץ על האישה כעל ההורה המטפל המרכזי.<sup>132</sup> הטענה בנוגע למקור ההעדפה אינה ברורה, קרי, אם ההעדפה נובעת מהזדהות "נשית"; מהיכרות מוקדמת של חלק מפקידות הסעד עם האימהות (במקרה שהמשפחה הייתה נתונה קודם בטיפולן של שירותי הרווחה);<sup>133</sup> מצידוד בעמדות מקצועיות מיושנות, אשר העדיפו כאמור את טיפולן של האימהות; או שמא ממה שפקידי הסעד תופסים כהעדפת השופט (שאותו הם מבקשים לרצות כביכול),<sup>134</sup> בין היתר על רקע ההעדפה שהדין מקנה לאימהות לנוכח חזקת הגיל הרך. גוון חריף יותר של הביקורת עשוי לטעון כי פקידי הסעד יוצקים אל חוות-דעתם את סדר-היום החברתי-הפוליטי של המדינה, שהם סוכניה,<sup>135</sup> ועשויים, במודע או לא במודע, לקדם את מה שנתפס בעיניהם כ"חיי משפחה ראויים"<sup>136</sup> וכחלוקת התפקידים הרצויה במשפחה.<sup>137</sup> המחקר הפסיכולוגי מגוון דיו ורב-קולי, ומאפשר למצוא מקורות הסתמכות שונים לעיגון תפיסת-העולם, תהיה אשר תהיה. בכך אין המומחים שונים מן המשפטנים, אלא שאת קביעותיהם של הראשונים, המעוגנות באסמכתות מדעיות, קשה יותר לערער או לתקוף. כובעו המקצועי של פקיד הסעד (ואולי גם זה של הפסיכולוג) עשוי לסוכך על תפיסה אדיאולוגית וערכית ולהקשות את חשיפתה. התופעה האמורה מתבלטת במיוחד

131 על משמעותו של היבט זה ועל הקונפליקט שהוא עלול ליצור ראו שניט, לעיל ה"ש 67, בעמ' 372.

132 חלק מן הביקורת מושמעת בפורומים סגורים, וחלקה נאמרת בגלוי. ראו, למשל, באתר "התנועה למען ילדנו": [yeladeinu.wordpress.com](http://yeladeinu.wordpress.com). לאישוש מחקרי מסוים של ביקורת זו ראו: Bilhah Davidson-Arad, Orna Cohen & Yochanan Wozner, *Social Workers' Custody Recommendations*, 39 J. DIVORCE & REMARRIAGE 1, 11 (2003); Orna Cohen & Dorit Segal-Engelchin, *Suzi and Mr. S.: Gender Role Stereotyping in Social Workers'* *Court Reports in Custody and Access Cases*, 70 STUD. IN SOC. WORK 475 (2000) כן ראו מייזלס, לעיל ה"ש 81, בעמ' 558-560.

133 רוח סלונים-נבו, לעיל ה"ש 55, בעמ' 9.

134 תופעה זו מכונה "נאמנותו של איש מקצוע למזמין השירות". ראו משה זכי "תרומתה המדעית של הפסיכולוגיה לבתי המשפט" סוגיות בפסיכולוגיה, משפט ואתיקה בישראל: אבחון, טיפול, שיפוט 31, 36 (רוד יגיל ואח' עורכים, 2008). כן ראו אורון, לעיל ה"ש 105, בעמ' 92.

135 להיבטים ביקורתיים על העבודה הסוציאלית כמשרתת את "הסדר החברתי" ראו מנסבך, לעיל ה"ש 130. בהיבט אחר ראו: Iris M. Young, *INTERSECTING VOICES – DILEMMAS OF GENDER*, POLITICAL PHILOSOPHY AND POLICY 86-87 (Princeton University Press 1997).

136 היבט זה הודגם היטב בתחום האימוץ. ראו, למשל, מילי מאסס "טובת הילד" – על הבחירה הערכית ותפקיד המומחים" חברה ורווחה טו(4) 415 (1995); ורד בן-דוד הדרה חברתית ואימוץ בכפייה: ניתוח מאפיינים אישיים ומשפחתיים של ילדים אשר נמסרו לאימוץ, ללא הסכמת הוריהם 15-16, 128-133 (עבודת-גמר לתואר "מוסמך בעבודה סוציאלית", אוניברסיטת חיפה, 2006).

137 מנסבך, לעיל ה"ש 130, בעמ' 170-171.

בתיקים העוסקים בשאלת עצם המשכו של הקשר ההורי<sup>138</sup> ובשאלת שרטוט גבולות המשפחה, אך נכונה גם בהקשר שבו אנו מתמקדים – חלוקת התפקידים בין אימהות ואבות ועיצוב ההסדרים של הטיפול והקשר. ברי כי ללא מחקר אמפירי קשה להעריך בדיוק מהו האינטרס האישי-המקצועי של פקידי הסעד ומהו האינטרס המערכתי שהם מייצגים וכיצד הוא משפיע על פעילותם, אך ברור לא פחות כי תפיסתם כגורם ניטרלי נטול פניות מתערערת.

על טיעוני הביקורת האמורים יש להוסיף את העובדה שאנשי-המקצוע הינם בגדר "שחקנים חוזרים"<sup>139</sup>. בהיותם קבוצה קבועה של מומחים, הכוח המוענק להם בעיצוב עמדתם של בתי-המשפט הוא רב, בין שהם משמשים סוכני שינוי ובין שהם משמרים (כפי שניתן לשער וכפי שנלמד בעקיפין מן המחקר)<sup>140</sup> תפיסה מסורתית ביחס למבנה המשפחה הרצוי וביחס לערכים הראויים לקידום כחלק מן האידיאל החברתי.<sup>141</sup>

בעיה נוספת הכרוכה בהיות המומחים "שחקנים חוזרים" נוגעת באמון שבית-המשפט רוחש כלפיהם, אשר עלול להיות מופרז במידתו. מכיוון שהמומחים מוכרים לו, בית-המשפט עלול להסתמך על חוות-דעתם ללא בחינה ומבלי להפעיל חוש ביקורת. נוסף על כך קיים חשש שבית-המשפט יירתע מלפסול את חוות-דעתו של "מומחה הבית",<sup>142</sup> שהרי בפסילתו יש כדי לערער למראית-עין את הסתמכותו עליו במקרים הקודמים שבהם היה אותו מומחה מעורב בהחלטה.

פן קרוב של הביקורת נוגע בפסיכולוגים מן המגזר הפרטי. אלה עלולים לגלות נאמנות סמויה כלפי מי ששכר את שירותיהם. טענה זו מתחדדת כאשר פרנסתם של המומחים מושתתת ברובה על עריכת חוות-דעת. בנסיבות אלה המומחים חשים כי הם צריכים לְרַצוֹת את מזמין חוות-הדעת, הוא בית-המשפט, על-מנת להבטיח שהוא ישוב וישכור את שירותיהם.<sup>143</sup> במובן זה אנשי-המקצוע עלולים לנסות לכוון אל מה שנתפס בעיניהם כעמדתו של בית-המשפט, בין מבחינת סוג חוות-הדעת (לרבות מסקנות חדר-משמעיות והמלצות אופרטיביות שהם יודעים כי הגורם המזמין מצפה למצוא בחוות-הדעת)<sup>144</sup> ובין מבחינת תוכנה של ההמלצה. כך או כך, השופטים והמומחים מזינים אלה את אלה, ונוצר מעגל שקשה לפרוץ.

138 במיוחד בתיקים העוסקים באימוץ כפוי. לעניין זה ראו מאסס, לעיל ה"ש 136; בן-דוד, לעיל ה"ש 136; מילי מאסס ומירה ברקאי "משמעות המושגים 'מסוגלות הורית' ו'טובת הילד' בפסקי דין של בית המשפט העליון הדנים באימוץ קטינים" *חברה ורווחה* כ(3) 393 (1989); מילי מאסס "הגבולות 'שלהם' – המחויבות 'שלנו': על סמכותם ואחריותם של עובדים סוציאליים בתחום יחסי הורים וילדים" *מגמות* מג(3) 566 (2004).

139 על המושג "שחקנים חוזרים" בליטיגציה באופן כללי ראו: Marc Galanter, *Why the "Haves" Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, 9 *LAW & SOC'Y REV.* 165 (1974).

140 הקר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 203-205.

141 השוו שם, בעמ' 193, 195; אורון, לעיל ה"ש 105. כן ראו, בהקשר אחר, Young, לעיל ה"ש 135.

142 כפי שמכנים זאת שפירא ונהיר, לעיל ה"ש 54, בעמ' 55.

143 צדיק, לעיל ה"ש 70, בעמ' 337.

144 Tippins & Wittmann, לעיל ה"ש 68, בעמ' 216.

יוצא שהחשש המרכזי הכרוך בעבודתם של המומחים נוגע בעוצמה המיוחסת לעמדתם וביכולת להרהר (ולערער) אחריה. מכיוון שהם באים בשם "אמת" מדעית ומציגים עמדה נטולת פניות שאמורה לשקף את "טובת הילד" (או לפחות את רווחתו הרגשית), בתי-המשפט נוטים לקבל את עמדתם כמחייבת. כאמור, בתי-המשפט מסתמכים עליהם ברוב המכריע של המקרים שבהם נדרשת הכרעה בשאלת הטיפול והאחריות ההורית, והפיקוח על ממצאיהם, הנחשבים במידה רבה עניין שבעובדה, מוגבל ביותר אף בערכאת הערעור. נטייתה של ערכאת הערעור לא לבחון את הכרעת המומחה לגופה – קרי, לא לפתוח אותה לדיון או לבחינה – מרדדת את ההליך המשפטי, אשר נהפך במקרים רבים להליך המתנהל למעשה לפני ערכאה אחת בלבד.

### ג. כיצד ניתן להתמודד עם הקשיים האמורים – הצעות חלופיות במסגרת הדיון הקיים בסוגיית האחריות ההורית

#### 1. כללי

בשיטה הנוכחית ההסתייעות באנשי-המקצוע הכרחית, או כך לפחות מקובל לחשוב.<sup>145</sup> התחושה הרווחת בקרב אנשי המשפט היא כי אין לצפות שבתי-המשפט יכריעו בגורלו של ילד ובגורלה של משפחה מבלי לערב את אנשי מקצועות הרווחה. ההכרעה בשאלות הנוגעות באחריותם של הורים לטיפול בילדיהם מחייבת מיומנות גבוהה, ירידה לפרטים, קונקרטיזציה והערכה מקצועית, אשר בית-משפט לא יוכל להשיג – כך על-פי הסברה המקובלת – ללא אנשי-מקצוע, יהיו אלה פסיכולוגים או פקידים סעד.<sup>146</sup> עמדה זו נכונה ככל שההסדר המשפטי קובע (כפי שהוא קובע כיום) את עקרון טובת הילד כקנה-מידה מחייב, ומדגיש (על-פי הפרשנות המקובלת בפסיקה לעקרון טובת הילד) את רווחתו הרגשית של הילד ואת מסוגלותם של הוריו. יסודות של רווחה רגשית ומסוגלות, המסוגלים מבחינה קונספטואלית לתחום מדעי הנפש וההתנהגות, נתפסים כנתונים למומחיותם של אנשי-המקצוע. בטרם אעלה ספקות ביחס להסדר הנוכחי ואנסה להציע אפשרות אחרת, אבקש לבחון אם ניתן לפתור חלק מן הקשיים שהוצגו לעיל ביחס לחוות-הדעת בהינתן ההסדר המשפטי הקיים כיום.

145 יפים בהקשר זה דבריו של השופט חשין בעניין רודי, לעיל ה"ש 59, בעמ' 463: "אבחון מצבו הנפשי והגופני של אדם – לרבות השפעת סביבתו הקרובה על מצבו הנפשי והגופני – הינו עניין לאנשי המקצוע לענות בו. ואני מתקשה לראות כיצד יוכל בית-משפט להכריע בשאלת הטובה והאינטרס של קטין בלא שיעזר בחוות-דעתם של מומחים לדבר. המומחים יאספו את הנתונים שלעניין, ינתחו ויעבדו אותם ויצייגו לפני בית-המשפט, או בית-הדין, את כל אלה לרבות את חוות-דעתם המקצועית."

146 לשיקוף העמדה האמורה ראו, למשל, עניין ספדי, לעיל ה"ש 30, פס' 20; עניין פלוני נ' אלמונית, לעיל ה"ש 88, פס' 24 לפסק-דינו של השופט גייפמן.

## 2. פתרונות על רקע ההסדרה הנוכחית של סוגיית האחריות ההורית

נניח אם כן, תחילה, כי תוכנו של ההסדר החוקי הקיים כיום נותר על כנו, וכי חלוקת האחריות ההורית ועיצוב הקשר בין הילד לבין הוריו נותרים כפי שהם בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות. הסדר זה מכיר בטובת הילד כעקרון הכרעה מוביל, אך נעזר בחזקת הגיל הרך, ומעדיף – כחזקה אשר משקפת את טובת הילד אך ניתנת לסתירה – את משמורת האם בנסיבות שבהן הילד מתחת לגיל שש.<sup>147</sup> שלוש ההצעות לשינוי שיוצגו כאן יתייחסו למידת מעורבותו של בית המשפט בהכרעה, למקומם של המומחים וליחסי הגומלין ביניהם. מראש ייאמר: כל שלוש ההצעות שלהלן אינן נותנות מענה מלא לביקורת שהוצגה לעיל ביחס לעבודת המומחים.<sup>148</sup> הן אף אינן מתיימרות להתמודד עם לב הבעיה, והיא חולשתן של חוות הדעת עצמן. ניתן אומנם לקרוא ליצירת הנחיות עבודה מחייבות ולהכפיף את המומחה לכללי פרוצדורה ואף להגבלות ראייתיות מסוימות, וניתן אפילו לאסור עליו להגיע למסקנות אופרטיביות, אולם בסופו של יום אי אפשר, לעניות דעתי, לתת מענה שלם לבעיה, בשל פגמים הנוגעים בכלים ובמבחנים שבאמצעותם מגבשים את חוות הדעת. עם זאת, בהינתן שאנו נדרשים להסתייע במומחים לצורך קביעת הסדרי האחריות ההורית (לנוכח טיבו של הדין בנושא זה, כאמור), יש בהצעות שיובאו מייד כדי לצמצם את הפגמים הכרוכים בעבודתם.

הצעה אחת קוראת להוציא את הסוגיה מתחומו של בית המשפט ולהעבירה באופן מלא לזירה המקצועית. כחלק מן המגמה הסוברת כי הכלי השיפוטי אינו מיטבי להכרעה בסכסוכי משפחה, וכחלק מהעמקת מעורבותן של יחידות הסיוע וממתן העדיפות לחלופות המעין טיפוליות, מוצע כי הסמכות להכריע באלה תוצא כמעט לחלוטין מידי של בית המשפט ותועבר לידי גורמים מקצועיים.

ההצדקה לפתרון האמור תתחזק עוד יותר ככל שהדין בשאלת האחריות ההורית יתנתק מאמות מידה משפטיות ברורות. כך, למשל, אם וכאשר תאומץ הגישה הקוראת לביטול חזקת הגיל הרך, ובמקומה יגובש הסדר המורכב בעיקרו ממרכיבים פסיכו-סוציאליים הנוגעים במערכות היחסים בין הילד לבין הוריו ובין ההורים לבין עצמם, כפי שהוצע ברוח הביניים של ועדת שניט וברוח המשלים,<sup>149</sup> יגבר הצורך בהכרעה מקצועית ותקטן ההצדקה להתרתה בידיים שיפוטיות.

על-פי ההצעה יכלול המנגנון המקצועי המשוכלל צוותים של אנשי מקצוע. לכל משפחה יוצמד צוות, אשר כל אחד מאנשי המקצוע בו ייצג את צרכיו של אחד הצדדים – האם, האב והילדים. בצוות המקצועי יהיה על-פי ההצעה ייצוג לשני המינים, כך שהוא יכלול לפחות אישה אחת וגבר אחד, וזאת במטרה למנוע תחושת קיפוח סובייקטיבית של הצדדים.<sup>150</sup>

147 ראו לעיל בטקסט שליר ה"ש 19 ואילך.

148 ראו פרק ב לעיל.

149 דוח הביניים של ועדת שניט, לעיל ה"ש 9, בעמ' 90-96; המכתב המשלים של ועדת שניט, לעיל ה"ש 9, בעמ' 6-8 לרברי ההסבר להצעת החוק. לדיון בהצעות ראו להלן תת-פרק 6.

150 להצעה ברוח זו ראו: Yvonne Pearson et al., *Early Neutral Evaluations: Applications*; Program Development and Implementation in to Custody and Parenting Time Cases Hennepin County, Minnesota, 44 FAM. CT. REV. 672, 673 (2006).

תפקידו של הצוות המקצועי יהיה משולש: סיוע בתקשורת בין הצדדים וקיום שיח גישורי שבו ילובנו עמדות הצדדים במטרה לעצב הסדר מוסכם התואם את צורכיהם; גיבוש הערכה מקצועית שתהווה בסיס לעיצוב הסדר, בנסיבות שבהן לא גובשה הסכמה;<sup>151</sup> וליווי המשפחה בשלבים הראשונים של יישום ההסדר, תוך מילוי תפקיד של "מתאם הורות".<sup>152</sup> עבודת-הצוות המוצעת חשובה הן להבטחת רמת המקצועיות (לנוכח הקשיים הקיימים כאמור באבחונים הפסיכולוגיים כיום);<sup>153</sup> הן לנוכח ריבוי התפקידים המוטלים על אנשי-המקצוע בטיפול במשפחה; הן בשל המודל שעבודת-צוות כזו מספקת לבני המשפחה, הנחשפים לתקשורת בונה וליכולת לפתור יחד בעיות; והן על-מנת להקל על אנשי-המקצוע עצמם.<sup>154</sup> יתרונו של המודל המוצע גלום בעבודת-הצוות המאפיינת אותו. לגישתם של פרדס, פינצי וסבר, עבודת-צוות כזו משפרת את תוקפן ומהימנותן של הבריקות, מקטינה את ההטיות הסובייקטיביות של המעריכים (שכן היא אמורה לקזז ביניהן), מאפשרת אינטגרציה של מודלים תיאורטיים שונים ומהווה מקור לשיתוף ולתמיכה בין חברי הצוות.<sup>155</sup> לפתרון זה יש כמה חולשות מרכזיות. ראשית, אם הביקורת שהעליתי לעיל נגד המומחים וחוות-הדעת נכונה, אזי היא עלולה להיות תקפה גם לגבי ההצעה האמורה. משכך, נראה כי העברת הסמכות האמורה לידיהם של אנשי מקצועות הרווחה תחייב, במידת האפשר, שכלול של המנגנון המקצועי: שיפור רמת המקצועיות, לרבות גיבוש הנחיות להכנת חוות-דעת; תיקוף המבדקים ועריכת מחקרי מהימנות ארוכי-טווח; יצירת מנגנון פיקוח פנימי בתוך המערכת המקצועית; ואולי אף יצירת מנגנון ייעודי, נפרד משירותי הרווחה, שיפעל כחלק מיחידת הסיוע, בזיקה למערך השיפוטי, ואשר כל תפקידו יהיה לספק מענה מקצועי

151 ברי כי קיים מתח בין התפקיד הראשון לתפקיד השני, ויהיו רבים שיטענו כי מעורבות בהליך הגישורי תמנע מאנשי-המקצוע את האפשרות ליטול חלק בעיצוב המלצה שמטרתה הסדר כפוי. ראו בהקשר זה להלן את ההצעה המפרידה בין התפקידים.

152 מתאם הורות משמש כתובת זמינה להורים לצורך העברת מידע חיוני הנוגע בטיפול בילדם המשותף, לשם תיאום פעולותיהם בכל הנוגע בטיפול בו ולשם גישור נקודתי במקרה של מחלוקת או קושי סביב עניינים הנוגעים בטיפול היומיומי בו. הוא יכול אף לסייע בעריכת שינויים בהסדר הטיפול שנקבע בהסכמה או בצו בית-משפט, אם התעורר צורך לערוך שינויים כאלה באופן נקודתי או קבוע. עוד על מתאם הורות ראו דוח-הביניים של ועדת שניט, לעיל ה"ש 9, ס' 3.1.7 בעמ' 31; דוח סלונים-נבו, לעיל ה"ש 55, בעמ' 15. כן ראו דניאל גוטליב "מתאם הורי – Parenting Coordinator: מודל לישוב סכסוכים בין הורים הגרים בנפרד" רפואה ומשפט 36, 118 (2007).

153 ראו בת-פרק 11 לעיל.

154 על חשיבותה של עבודת-הצוות ראו זיוה לויטה "גירושין עתירי-קונפליקט: היבטים קליניים ופרקטיים" סוגיות בפסיכולוגיה, משפט ואתיקה בישראל: אבחון, טיפול, שיפוט 237, 249 (דוד יגיל ואח' עורכים, 2008); הדוח המשלים של ועדת שניט, לעיל ה"ש 9, בעמ' 25 (דבריו של ד"ר מרדכי שרי).

155 ראו: Eleanor Pardess, Rivka Finzi & Jonathan Sever, *Evaluating the Best Interests of the Child – A Model of Multidisciplinary Teamwork*, 12 MED. LAW 205 (1993). כן ראו צדיק, לעיל ה"ש 70, בעמ' 335.

לסכסוכים מעין אלה.<sup>156</sup> פתרון זה מחייב מטבעו הגדלה של התקציב שיוקצה ליחידות הסיוע או להקמתו של מערך נפרד כאמור.<sup>157</sup> שנית, על-אף שכלול המנגנון, ברי כי מי שמתנגד למעורבות מקצועית מוגברת ומעדיף הכרעה שיפוטית יתנגד לא פחות – ואולי אף יותר – להצעה האמורה. מי שרואה יתרון בהליך אדוורסרי השומר על גוון פורמלי, וסבור כי הליך כזה מגן טוב יותר על זכויותיו של בעל-הדין, יתנגד לרפורמה המוצעת מכל וכל. טיעון אחר תומך בהמשך מעורבותו של בית-המשפט, כגורם סמכותי המסוגל לכפות (לפחות במידה מסוימת של הצלחה) ציות על צד סרבן.

שלישית, פתרון זה מוציא סוגיה מרכזית מסמכותו של בית-המשפט, ופוגע בהתבוננות הכוללת על ענייני המשפחה.<sup>158</sup> כפי שצוין לעיל, בית-המשפט לענייני משפחה מתנהל מתוך מחויבות לתפיסה של "משפחה אחת – שופט אחד". לפי גישה זו, יש יתרון בכך שענייניה השונים של המשפחה יובאו לפני אותו שופט ויוכרעו במאגד. יש זיקה והשפעה בין הסוגיות השונות, וההכרעה בהן צריכה להיות מתואמת. הוצאת ענייני האחריות ההורית להכרעתו של גורם חוץ-שיפוטית תפגע בהתבוננות הכוללת ובטיפול האחד בענייניה השונים של המשפחה. אם יועברו עניינים נוספים להכרעות לפני גורמים חיצוניים שונים, כפי שנשקל כעת ביחס לסוגיה של מזונות הילדים,<sup>159</sup> אנו עלולים לאבד את אחד היתרונות של בית-המשפט לענייני משפחה, ולמצוא את עצמנו מתנהלים שוב לפני גורמים שונים – הגוף המקצועי-הטיפולי בענייני משמורת, רשם בענייני מזונות ילדים, בית-המשפט בענייני רכוש ובית-הדין בענייני גירושים. פיצול כזה יבזבז משאבים של זמן וכסף (למתדיינים ולמערכת כאחד), ועלול להגביר את הפגיעה הרגשית הכרוכה בניהול ההליכים.

156 יחידות הסיוע במתכונת הנהוגה כיום אינן יכולות לספק את המענה האמור, בהינתן כוח-האדם המצומצם המאייש אותן. לנוכח מיעוט אנשי-המקצוע, יחידות הסיוע מספקות שירותי אבחון רק בנסיבות חירום או במקרים חריגים שבהם אי-אפשר לקבל תסקיר מעובד סוציאלי. ראו סעיף 25)ג) לחוק בית-המשפט לענייני משפחה. על היתרונות שקיימים בהקשר זה ליחידות הסיוע דווקא ראו הרוח המשלים של ועדת שניט, לעיל ה"ש 9, בעמ' 32.

157 משיקולים שונים ספק אם יהיה אפשר לערוך את התיקונים האמורים, בין בשל מגבלות מקצועיות תוך-פרופסיונליות (למשל, לעניין תיקוף המבחנים ושכלול אמצעי האבחון) ובין בשל מגבלות תקציביות כאמור. ברי כי אם יהיה אפשר לערוך את השינויים המוצעים, כך שעבודת המומחים ופירות עבודתם יהיו איכותיים יותר, אזי ראוי לערוך שינויים אלה לאלתר וביחס לשיטה הנהוגה כיום.

158 פתרון זה צפוי אף לעורר את התנגדותם של בתי-הדין הרבניים, אשר יאבדו אחיזה בסוגיה אשר עשויה במקרים מסוימים להתברר לפנייהם במסגרת סמכותם הנכרכת. עם זאת, לנוכח הקמת יחידות הסיוע ליד בתי-הדין הרבניים (ראו לעיל ה"ש 34), אפשר שההצעה להעביר את העניין לטיפול של יחידה ייעודית שתוקם ביחידות הסיוע תתקבל בברכה גם על-ידי מערכת בתי-הדין הרבניים.

159 הוועדה לבחינת נושא מזונות הילדים במדינת ישראל, בראשות פרופ' פנחס שיפמן, המליצה להעביר את ההכרעה הראשונית בנושא מזונות ילדים לרשם. דוח הוועדה לבחינת נושא מזונות הילדים בישראל (2102), זמין בכתובת <http://index.justice.gov.il/Publications/Articles/Documents/DochShifman.pdf>.

לבסוף, ובאופן נקודתי יותר, לא הכל תמימי-דעים בנוגע ליתרונותיה של עבודת-הצוות.<sup>160</sup> כך, למשל, יש הטוענים כי לצד עלותה הגבוהה, כרוכים בעבודתו של צוות קשיי תיאום, מתח פנימי והייררכייה בלתי-נמנעים מול הגורם המקצועי המוביל.<sup>161</sup> אפשר שחלק מקשיים אלה ניתנים לנטרול על-ידי קביעת צוות מאוזן ויצירת מנגנון תיאום משוכלל.

הצעה אחרת, אשר מוצעת אף היא על רקע הדין הקיים כיום בנושא המשמורת, מותירה אומנם את ההכרעה בשאלות המשמורת בידי בית-המשפט, אך מציעה לנקוט שתי פעולות משולבות: האחת, פתיחת הזירה ליותר מאשר איש-מקצוע אחד; והאחרת, החזרת ההכרעה לבית-המשפט והשבת האחראיות לעיצוב פרטי ההסדר לידי. חלופה זו תשמור על מקומו של המומחה בדיונים, תוך שמירת כוח ההכרעה בידי בית-המשפט. לפי גישה זו, בכל סכסוך המחייב הכרעה משפטית יוצגו לפחות שתי חוות-דעת מומחים. המומחים לא יהיו בהכרח מטעמו של איש מן הצדדים, אך בהעדר הסכמה ביחס לזהותם, תהיה לכל צד אפשרות להציע מומחה אחד מתוך רשימה שיציג בית-המשפט. אנשי-המקצוע מצופים, על-פי גישה זו, לנהל דיאלוג ביניהם עד לשכנוע וגיבוש הכרעה משותפת או עד להכרעת בית-המשפט במקרים שבהם לא הצליחו אנשי-המקצוע להשיג הכרעה משותפת. תפקידם של אנשי-המקצוע יתרכז במתן חוות-דעת שיתארו את מצב הדברים העובדתי ואת הערכתם המקצועית בדבר טיב היחסים בין בני המשפחה. התפקיד של עיצוב ההסדר הקונקרטי בזיקה לתוכנו של הדין יישאר בכל מקרה בידי בית-המשפט.

גם כאן, יתרונן של המודל המוצע נעוץ בשיתוף שהוא מכתוב. הפעלת המודל האמור תוביל להכנתן של כמה חוות-דעת מומחים, במטרה שיתנהל בין עורכיהן שיג-ושיח. תוצאה זו תוביל מאליה לשיפור איכותן של ההמלצות הנלוות, ולכן ההסתמכות עליהן תהיה ראויה יותר. יתר על כן, במקרה שלא יהיו המלצות משותפות, יהיו בידי השופט המקצועי חוות-דעת שונות אשר כל אחת מהן מנסה לשכנעו בנכונותה.

לפתרון זה יש כמה חולשות מרכזיות: סרבול השלב המקצועי; הכבדה על בני המשפחה, ובפרט על הילד, שיידרשו לעבור אבחון כפול;<sup>162</sup> ויצירת פתח לדחיית ההכרעה בנושא. אין ספק שבמצב העניינים כיום, לנוכח התקציבים הדלים והסחבת, הדרישה להציג יותר מאשר חוות-דעת אחת תגרום להכבדה מנהלתית ולבזבוז זמן יקר בנסיבות המחייבות מטיבן הכרעה מהירה.

160 ליתרונותיה ולחסרונותיה של עבודת-צוות ראו צדיק, לעיל ה"ש 70, בעמ' 335.

161 על-פי הביקורת שמציג צדיק, שם, הצוות "מתיישר" במקרים רבים לפי הקו של איש-המקצוע הבכיר, בעיקר כאשר הצוות מורכב ממתמחים. כמובן אפשר שלצוות עצמו – לאחר שהתגבש וכבר קלט לשורותיו (כדרכם של צוותי-עבודה) חברים הדומים במאפייניהם לחבריו המקוריים – תהיה הטיה אידיאולוגית/מקצועית. כן ראו נורית לוי ושלמה רומי "צוות מומחים רב מקצועי לבירור השמתם המועדפת של ילדים במשמורת – נחיצות קריטית או מותרות" שיחות (יב) 3(185), 192-193 (1988). מאפיין של הייררכייה קיים גם בעבודתם של פקידי הסעד. לעניין זה ראו דוח סלונים-נבו, לעיל ה"ש 55, בעמ' 13-14.

162 על הנזק הפוטנציאלי הכרוך בהליך האבחון ראו הרוח המשלים של ועדת שניט, לעיל ה"ש 9, בעמ' 33.

ההצעה השלישית המוצעת מושתתת על מנגנון דו-שלבי – שלב מקצועי ושלב דיוני-שיפוטי.<sup>163</sup> על-פי חלופה זו, עם הפנייה לבית-המשפט, ולפני פתיחת הדיונים, יופנו ההורים לגורם מקצועי שתפקידו יהיה כפול. בשלב הראשון יבצע צוות מקצועי הערכה ובדיקה של הנסיבות ונתוני המשפחה, תוך שהוא פועל במתכונת הצוותית המתוארת במסגרת ההצעה הראשונה. לאחר ביצוע ההערכה יציג הצוות המקצועי את חוות-דעתו המשותפת ואת המלצתו לפני ההורים. או-אז יוכלו ההורים, בסיועו של איש-מקצוע אחר (אשר לא היה חבר בצוות המקצועי המעריך), להתדיין סביב ההצעה שגיבשו אנשי הצוות ולעצב יחד פתרון מוסכם.

יתרונו של מנגנון זה, כמו יתרונם של מנגנונים טיפוליים-גישוריים אחרים, ברור לעין.<sup>164</sup> אולם הדילמה המתלווה אליו נוגעת בשאלה מה יהיה באותם מקרים שבהם לא הצליחו הצדדים להגיע להסכמה. האם בנסיבות אלה כל ההליך המקצועי, ובכלל זה חוות-הדעת והמלצות המומחים, יהיו חסויים מפני בית-המשפט – דבר אשר יבטיח כי הצדדים יתנהלו בחופשיות בשלב הגישורי – או שמא הם יהיו גלויים בדיעבד לפני בית-המשפט, שיוכל להשתמש בהם לצורך גיבוש הכרעתו? לעניות דעתי, במצב דברים זה רצוי שעבודת הצוות המקצועי תהיה גלויה לבית-המשפט, אך עבודתו של הגורם המקצועי שניסה לעצב עם בני-הזוג את הפתרון המוסכם בהליך גישורי תהיה חסויה. בצורה כזו העבודה המקצועית העיקרית שנעשתה – האבחון, ההערכה והבדיקה שקיימו הצוות המקצועי – תוכל לשמש את בית-המשפט, ובכך יובטח כי משאבים יקרים לא ירדו לטמיון, אך התהליך של גיבוש פתרון מוסכם יהיה חסוי מפני בית-המשפט, כדי שתתאפשר עבודה יעילה וגלויה בעיצוב פתרון מוסכם הנשען על ההערכה המקצועית הבסיסית.

לצד היתרונות שהמודל מציע בכל הנוגע בשילוב של עבודה מקצועית רצינית ומעורבות שיפוטית, ובריתמת השלב המקצועי לשיפור ההליכים השיפוטיים, פתרון זה לוקה בחלק מן החולשות שצוינו לעיל. בדומה להצעה הראשונה, יעורר המודל את חששם של מי שמסתייגים ממעורבותם המוגברת של אנשי-המקצוע וכן את חששם של אלה המסתייגים מעבודת-צוות. בדומה להצעה השנייה, ברי כי הפעלתו תוביל, במקרים שבהם ייכשל השלב הגישורי, לסרבול ולעיכוב בהכרעה. עם זאת, ההצעה להעמיד לרשות בית-המשפט את הממצאים המקצועיים נוטלת במעט את העוקץ מן הביקורת האמורה. מכל מקום, נדמה כי לנוכח העלות הגבוהה הכרוכה ביישום רפורמה מעין זו, האפשרות שהיא תיקלט אל המשפט הישראלי רחוקה למדי.

163 מנגנון דומה המשלב ליווי של המשפחה במטרה להגיע לפתרון מוסכם, אך בד בבד מספק לבית-המשפט תובנות מקצועיות, הוא המנגנון האוסטרלי הקבוע בחלק השלישי של ה-Family Law Act 1975. כן ראו הרוח המשלים של ועדת שניט, לעיל ה"ש 9, בעמ' 26.

164 על יתרונותיו של הגישור, בפרט בהקשרם של סכסוכי משפחה, ראו סמדר אוטולנגי "פתרון סכסוכים בדרכים חלופיות" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ב-תשנ"ג 535 (אריאל רוזן-צבי עורך, 1992); זידל סוזן "גישה מערכתית ליישוב סכסוכים במשפחות בהליכי גירושין – לקחים מניסיון שנצבר בחו"ל" בהסכמה 4, 20 (2004); רות זפרן "שיח היחסים כתשתית להכרעה בסוגיות מתחום המשפחה" משפטים על אהבה 605, 630 (ארנה בן-נפתלי וחנוה נוה עורכות, 2005).



## ד. עיצוב מחדש של הדין בדבר חלוקתה של האחריות ההורית – צמצום הצורך בחוות־דעת מקצועיות

### 1. כללי

יתרון של שלוש ההצעות שהוצגו בפרק הקודם טמון בחידוד הגבולות בין הפן השיפוטי לפן הטיפולי, ובהגברת המקצועיות של כל גוף בתחומו תוך חתירה למציאת פתרון ייחודי המתאים לצרכיה של כל משפחה ומשפחה. עם זאת, מודלים אלה אינם מסוגלים להתמודד עם הקושי האינהרנטי הטמון בחוות־הדעת, על המגבלות המקצועיות הטמונות בעריכתן והספקות בנוגע למהימנותן ולתקפותן. אלה יזכו במענה, אם בכלל, רק בעתיד, לאחר שהפסיכולוגיה תשכלל את הכלים העומדים לרשותה בהקשר זה. לנוכח זאת ברצוני להציע לזנוח את חוות־הדעת ככלי מרכזי בהכרעה בסכסוכי משמורת, ולגבש מודל חלופי. טעם זה מצטרף לרשימה של טעמים כבדי־משקל המצדיקים התבוננות מחודשת על ההסדר הנוכחי לקביעת האחריות ההורית, אשר מפעיל, כפי שכבר צוין לעיל, את חזקת הגיל הרך לצד עקרון ההכרעה המנחה של "טובת הילד".<sup>165</sup> טעמים מגוונים אלה, שזכו בהתייחסות נרחבת בדוחות שפרסמה ועדת שניט,<sup>166</sup> בשיח הציבורי<sup>167</sup> ובספרות,<sup>168</sup> מתייחסים הן לקושי האינהרנטי הגלום בקנה־המידה של "טובת הילד", בהיותו קנה־מידה עמום,<sup>169</sup> והן בקשיים הגלומים ב"חזקת הגיל הרך", שהינה פגומה מבחינה מהותית ומבחינה תרמיתית כאחד. במובן זה המודל שיוצע כאן חורג באופן מהותי משאלת הערכתן של חוות־הדעת המקצועיות המוגשות בהליכים של קביעת האחריות ההורית, ויורד לעצם ההסדרה של חלוקת האחריות בין ההורים, בעיקר מן ההיבט של עיצוב הסדרי המשמורת הפיזית, קרי, קביעת זהותו של ההורה המטפל המרכזי וסדרי המפגשים עם ההורה האחר. מטרתו של ההסדר המוצע בזאת אינה אך לפתור את הדילמות והקשיים שהעליתי במאמר זה ואשר

165 ראו לעיל את הטקסט שליד ה"ש 19 ואילך.

166 ראו דוח־הביניים של ועדת שניט, לעיל ה"ש 9, בעמ' 33 ואילך; הדוח המשלים של ועדת שניט, לעיל ה"ש 9, בעמ' 62.

167 ראו, למשל, הילה רו "אמצעי סחיטה או שוויון בין ההורים? נאמן מקדם: ילדים לא יעברו באופן אוטומטי לאם לאחר גירושים" *TheMarker* 19.1.2012 [www.themarker.com/](http://www.themarker.com/); סביונה רוטלוי "לא בשלים למשמורת משותפת" *הארץ* Online 29.11.2011 [law/1.1621517](http://law/1.1621517); אבי ידן "הורים במשרה מלאה" *הארץ* Online 29.9.2007 [www.haaretz.co.il/opinions/1.1578316](http://www.haaretz.co.il/opinions/1.1578316); [www.haaretz.co.il/misc/1.1444851](http://www.haaretz.co.il/misc/1.1444851)

168 ראו יואב מזא"ה וגיא מירון "מאבקי המשמורת בישראל, השיח הפמיניסטי וגבולות השוויון המגדרי" (צפוי להתפרסם בתרבות דמוקרטית, 2013); דפנה הקר ורות הלפרין־קדרי "כללי ההכרעה בסכסוכי משמורת – על הסכנות של אשליית הרמיון ההורי במציאות מוגדרת" (צפוי להתפרסם במשפט וממשל טו, 2013); דפנה הקר "פמיניזם דילמתי ומודל המשמורת הפיזית הרצוי בגירושין" *עיונים במשפט מיגדר ופמיניזם* 699 (דפנה ברק־ארו ואח' עורכות, 2007); מייזלס, לעיל ה"ש 81; זפרן, לעיל ה"ש 164.

169 גילת, לעיל ה"ש 40, בעמ' 405; יחיאל ש' קפלן "מטובת הילד לזכויות הילד – ייצוג עצמאי של קטינים" *משפטים* לא 623, 631 (2000); הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישוםם בחקיקה דוח הוועדה (חלק כללי) 132–135 (2003).

כרוכים ביישום הדין הקיים, אשר מצריך כאמור הסתייעות באנשי-מקצוע. מטרת השינוי המוצע חורגת מהסדרת חלוקת התפקידים שבין השופט למומחה. מטרתו להתאים את הדין הקיים כיום, אשר עוצב כזכור בשנות השישים, למציאות של ימינו: יש בו כדי לתת ביטוי למקומם של אבות בחיי ילדיהם, לצרכים המתמשכים של ילדים ולרצונם הכן של אבות להמשיך לשמש הורים משמעותיים גם לאחר הפרידה מבנות-זוגם. במובן זה הוא גם עולה בקנה אחד עם ממצאי המחקר הפסיכולוגי העדכני<sup>170</sup> ועם סטנדרטים בין-לאומיים משפטיים מקובלים.<sup>171</sup> בהינתן המחלוקת הנוקבת סביב שאלת ביטולה של חזקת הגיל הרך,<sup>172</sup> והשיח הער סביב מסקנותיה של ועדת שניט, אשר מתמקדות בהיבט זה (לרבות בהתנגדות לשינוי המושמעת על-ידי ארגוני נשים על רקע הרגולציה של דיני הגירושים בישראל), בחרתי במסגרת זו להתמקד במקומן של חוות-הדעת במסגרת הליכי קביעתה של האחריות ההורית. נוסף על יתרונותיו האחרים, הפעלת המודל המוצע תספק מענה, כך אני מאמינה, גם לקושי הטמון כיום בשימוש בחוות-דעת מקצועיות, שכן היא תצמצם במידה רבה את הצורך להסתייע בהן במסגרת עיצובם של הסדרי חלוקת האחריות ההורית או למצער תשנה באופן מהותי את תפקידן.<sup>173</sup>

Constance R. Ahrons, *Family Ties after Divorce: Long-Term Implications for Children*, 170 46 FAM. PROC. 54 (2007); Paul R. Amato & Joan G. Gilbreth, *Nonresident Fathers and Children's Well-Being: A Meta Analysis*, 61 J. MARR. FAM. 557 (1999); Valarie King & Juliana M. Sobolewski, *Nonresident Fathers' Contributions to Adolescent Well-Being*, 68(3) J. MARR. FAM. 537 (2006); Robert Bauserman, *Child Adjustment in Joint-Custody versus Sole-Custody Arrangements: A Meta-Analytic Review*, 16(1) J. FAM. PSYCHOL. 91 (2002) לעומת זאת, למחקרים פסיכולוגיים המתריעים מפני הסכנות הטמונות בעירוב שני ההורים בהסדרי המשמורת לאחר הפרידה, בפרט לנוכח קיומו של קונפליקט מתמשך בין ההורים ובמיוחד בגיל הרך, ראו: JENNIFER MCINTOSH, BRUCE SMYTH, MARGARET KELAHER, YVONNE WELLS & CAROLINE LONG, POST-SEPARATION PARENTING ARRANGEMENTS AND DEVELOPMENTAL OUTCOMES FOR INFANTS AND CHILDREN: COLLECTED REPORTS (2010); Jennifer McIntosh & Bruce Smyth, *Shared-Time Parenting: An Evidence-Based Matrix for Evaluating Risk*, in PARENTING PLAN EVALUATIONS: APPLIED RESEARCH FOR THE FAMILY COURT 155 (Kathryn Kuehnle & Leslie Drozd eds., Oxford University Press 2011); PARENTING PLAN EVALUATIONS: APPLIED RESEARCH FOR THE FAMILY COURT 155 (Kathryn Kuehnle & Leslie Drozd eds., Oxford University Press 2011).

171 לצד האמנה הבין-לאומית לזכויות הילד, המדברת בשם זכותו של הילד לקשר עם שני הוריו (ס' 9), הדין ברוב המדינות קידם בעשורים האחרונים רפורמות שמטרתן להעמיק את הקשר בין הילד לבין שני ההורים לאחר הגירושים. Joan B. Kelly, *Children's Living Arrangements Following Separation and Divorce: Insights From Empirical and Clinical Research*, 46 FAM. PROC. 35 (2007)

172 ראו בהקשר זה את הדיון להלן ליד ה"ש 203 ואילך.

173 למהלך דומה הקורא לאימוץ כלל משפטי ודאי יותר (השונה מזה המוצע כאן), אשר יצמצם את הצורך להיזקק להערכות עתידיות ביחס לרווחת הילד ולטובתו, ובכך יצמצם את ההסתמכות

## 2. כלל שיקוף

כלל השיקוף, העומד בבסיס הצעתי, הוצע לראשונה על-ידי אליזבת סקוט בתחילת שנות התשעים,<sup>174</sup> ואומץ עשר שנים מאוחר יותר במודל החקיקה שעוצב על-ידי ה-American Law Institute.<sup>175</sup> מודל זה חותר לעיצוב הסדר לחלוקת אחריות הורית אשר ישקף בקירוב (ומכאן שמו בלועזית – The Approximation Rule) את המציאות שקדמה למשבר ויעתיק אותה (בשינויים המתחייבים) לתקופה שלאחר פירוק המשפחה. מודל השיקוף, כפי שהוצע במודל החקיקה של ה-ALI, מתרכז בהתאמת משך הזמן שכל הורה יטפל בילדו למשך זמן הטיפול בו לפני הפרידה, אך לא בהכרח לאופי הטיפול ולסוג הטיפול שהעניק לו או למבנה של חלוקת התפקידים בין ההורים. כך, הטיפול ההורי המרכזי יופקד בידיו של ההורה שמילא תפקיד מרכזי יותר בחיי הילד עובר לפרידה, ומשך הזמן שיבלה הילד עם ההורה האחר ישקף במידת האפשר את משך הזמן שאפיין את יחסיהם קודם לכן. יתרונו של מודל זה כתחליף להסדר הנוכחי משולש.<sup>176</sup> מחד גיסא, הוא עשוי להגביר את מקומם של האבות בחיי ילדיהם לאחר הפרידה, שכן הוא מעביר את מרכז-הכובד מהסדר המושתת על משמורת של הורה אחד (לרוב האם) וביקורים של ההורה האחר בתדירות מוגבלת להסדרים המערבים את שני ההורים במידה רבה, ואף להסדרים של שיתוף, ככל שהדבר אפיין את חיי המשפחה קודם לכן. ביטולה של חזקת הגיל הרך עם אימוץ כלל השיקוף מתחייב, להבנתי, מן הרצון להתאים את הדין למציאות שבה אבות ממלאים חלק הולך וגדל בטיפול בילדים, ולא פחות מכך הוא חיוני לשיטת משפט המבקשת לסמל

על אנשי-המקצוע, הכרוכה כאמור בקשיים שונים, ראו את מאמרה המאלף של פיינמן – Fineman, לעיל ה"ש 79, בעמ' 740-744.

Elizabeth S. Scott, *Pluralism, Parental Preference, and Child Custody*, 80 CAL. L. REV. 615 (1992).

The American Law Institute, *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendation* (2002) (להלן: הצעת ה-ALI); לדיון במודל השיקוף ראו: Katharine T. Bartlett, *U.S. Custody Law and Trends in the Context of the ALI Principles of the Law of Family Dissolution*, 10 VA. J. SOC. POL'Y & L. 5 (2002); Katharine T. Bartlett, *Preference, Presumption, Predisposition, and Common Sense: From Traditional Custody Doctrines to the American Law Institute's Family Dissolution Project*, 36 FAM. L.Q. 11 (2002-2003); Marygold S. Melli, *The American Law Institute Principles of Family Dissolution, the Approximation Rule and Shared-Parenting*, 25 N. ILL. U. L. REV. 347 (2005).

ניתן כמובן להצביע על יתרונות נוספים, אך השלושה שיפורטו כאן הם בעיניי יתרונותיו המרכזיים של המודל, במיוחד על רקע המציאות הישראלית. כך, למשל, יש מי שמדגישים כיתרון מרכזי את העובדה שבשיקוף האמור יש כדי להגשים את ערך האוטונומיה המשפחתית, שכן הכרעת בית-המשפט רק מאמצת את מה שהתרחש בפועל במסגרת אותה משפחה עובר לסכסוך. למגוון יתרונותיו (לצד תיאור מגבלותיו) של המודל, לאו דווקא בהקשר הישראלי, ראו: Richard A. Warshak, *Punching the Parenting Time Clock: The Approximation Rule, Social Science, and the Baseball Bat Kids*, 45 FAM. CT. REV. 600 (2007).

ולעודד שינוי כזה.<sup>177</sup> מאידך גיסא, המודל אינו מפקיר את הזירה להנחיות עמומות (דוגמת ההנחיה הגלומה ביישום "עקרון טובת הילד"),<sup>178</sup> ומספק חזקה חלופית (במקום חזקת הגיל הרך). חזקה חלופית זו מציעה ודאות יחסית וכן את היתרון הנלווה לוודאות – מניעת חלק מתביעות המשמורת וקיצור ופישוט של אלה שמתנהלות.<sup>179</sup> היבט זה מהותי לילד, שכן הליכים משפטיים, בפרט אם הם ממושכים, עלולים להגביר את הפגיעה בו.<sup>180</sup> חשוב עם זאת לציין כי החזקה החלופית אינה מציעה אותה רמת ודאות שמספקת חזקת הגיל הרך, וכפי שאראה בהמשך, היא עלולה בהחלט להגביר את הליטיגציה בהשוואה למצב הקיים כיום. עם זאת, בהשוואה למודלים אחרים, ובפרט למודל העמום של "עקרון טובת הילד", יש בה כדי לספק ודאות רבה יותר. יתרונה השלישי של ההצעה גלום בתוכנה. מבחינה תוכנית-מהותית כלל השיקוף משמר את ההמשכיות והרצף בחייו של הילד, ומצמצם את הטלטלה שהוא נתון בה (יחד עם משפחתו) בעקבות פירוק היחידה המשפחתית. ככזה מקובל לחשוב כי יש בו, בכלל השיקוף, כדי לקדם בעקיפין את רווחת הילד.<sup>181</sup> יודגש כי השימוש

177 על היתרונות והחסרונות הכרוכים בביטול חזקת הגיל הרך ראו מייזלס, לעיל ה"ש 81, בעמ' 549-560.

178 על קושי זה ראו שם, בעמ' 520-524. לביקורת על עקרון טובת הילד מן ההיבט הזה ומהיבטים אחרים ראו Bartlett, לעיל ה"ש 175.

179 יתרון זה הודגש גם בעמדת המיעוט שהובאה במסגרת דוח-הביניים של ועדת שניט על-ידי דפנה הקר, גלית סנה-לוריה וגלי עציון (ראו דוח-הביניים של ועדת שניט, לעיל ה"ש 9, בעמ' 49), אשר קראה לאימוצה של חזקת ההורה המטפל המרכזי בלוויית חזקה שהורה זה הוא האם. לפיתוח מעניין של החזקה המקנה את המשמורת להורה המטפל המרכזי ראו מייזלס, לעיל ה"ש 81, בעמ' 548-552.

180 Graham S. Saayman & Venessa R. Saayman, *The Adversarial Legal Process and Divorce: Negative Effects upon the Psychological Adjustment of Children*, 12 J. DIVORCE 329 (1989).

181 חוקרים וגישות קליניות-התפתחותיות מרכזיות מתחום הפסיכולוגיה והפסיכיאטריה שמו דגש בחשיבותה של ההתקשרות בין הילד הקטן לבין הדמות הקרובה הדואגת לו – שהיא בחלק גדול מהמקרים האם, אך לא בהכרח – וקשרו זאת לטובת הילד במהלך הילדות ולאחר-מכן בחייו הבוגרים. אחת הגישות הבולטות היא תיאוריית ההתקשרות (Attachment Theory) מבית-מדרשו של בולבי: JOHN BOWLBY, MATERNAL CARE AND MENTAL HEALTH (Geneva World Health Organization 1951); 1 JOHN BOWLBY, ATTACHMENT AND LOSS: ATTACHMENT (Basic Books 1969). על-פי תיאוריה זו, ילדים זקוקים לקשרים חמים וקרובים עם הורה זמין ויציב, אשר יספק להם את צורכיהם הפיזיים והרגשיים. תומכיה של גישת ההתקשרות קובעים כי ילדים זקוקים להמשכיות בסביבתם הפסיכולוגית. ברור לכל כי עצם גירושי ההורים הם אירוע לא-פשוט, עם תוצאות שליליות במקרים רבים, בפרט לגבי ילדים צעירים. מאידך גיסא, אין ספק גם שחיים במשפחה שבה ההורים נמצאים בקונפליקט קשה ומתמשך יוצרים לחץ נפשי על ילדים, והנוק שעלול להיגרם להם כתוצאה ממצב זה עלול לעלות על הנוק שייגרם מהאירוע המפחיד של גירושי ההורים. לעניין זה ראו, למשל: Mavis E. Hetherington et al., *What Matters? What Does Not? Five Perspectives on the Association Between Marital Transitions and Children's Adjustment*, 53(2) AM. PSYCHOL. 167-184 (1998); JUDITH S. WALLERSTEIN & SANDRA BLAKESLEE, SECOND

במושג "רווחת הילד" נועד להדגיש את הפן הרגשי – את צרכיו הנפשיים של הילד. מושג זה צר מהמושג "טובת הילד", הכולל בתוכו, נוסף על רווחתו הרגשית של הילד, מגוון של היבטים אובייקטיביים וסובייקטיביים כאחד. טובת הילד כעקרון הכרעה מנחה לא הוגדרה עד היום בחוק, ואף לא הובנתה באופן מלא בפסיקה. הכותבים תמימי־דעים כי מדובר בקנה־מידה עמום, המאפשר להגיע למגוון תוצאות ולצקת לתוכו את השקפת־עולמו של השופט, לרבות ערכיו ואמונותיו.<sup>182</sup> במובן זה עקרון טובת הילד כעקרון הכרעה שונה מן היומרה לקדם את "רווחת הילד" שעליה אני מדברת במודל השיקוף. עם זאת, ברור שגם רווחת הילד עצמה אינה קנה־מידה אובייקטיבי שניתן למדוד אותו ולכמתו באופן מוחלט, וגם בהקשרו ייתכנו דעות לכאן ולכאן. זו הסיבה שהיא אינה מהווה כשלעצמה קנה־מידה במודל המוצע.

לצד שלושת היתרונות הכלליים שהוזכרו, יתרוננו של מודל השיקוף בהקשרנו בולט. הוא מקנה לבית־המשפט קנה־מידה עובדתית להכרעה, שאינו מחייב מיומנות פסיכו־סוציאלית. הוא חוסך ממנו את הצורך "להתנבא" בדבר העתיד ולהעריך את מסוגלות ההורים או את רווחת הילד. מודל זה מפחית את הצורך בחוות־דעת מומחים, ולפיכך אינו לוקה בפגמים שתוארו לעיל, המיוחסים לשיטה המסתמכת באופן כה נרחב על חוות־דעת. נוסף על כך, ניתן לקוות כי שימוש בו יפחית את העוינות והמתח הכרוכים בהליכים. בעוד כיום הצדדים נדרשים למסכת של עדויות וראיות הנוגעות במסוגלות ההורית, בטיב הקשר בין הילד להורה ובתרומתו לרווחתו של הילד כיום ובעתיד – מסכת המתמקדת בחולשותיו של כל הורה וזורעת מתח ועוינות<sup>183</sup> – על־פי המודל המוצע יתמקד הדיון בראיות עובדתיות הנוגעות במשך הזמן הטיפולי וסוגו. דיון כזה, מעצם טבעו, טעון פחות.

CHANCES: MEN, WOMAN AND CHILDREN A DECADE AFTER DIVORCE (Houghton Mifflin Company 1996). במקרים כאלה אין ספק לחוקרים העוסקים בתחום זה כי גירושים הם החלופה המועדפת, גם אם היא קשה מנקודת־מבטו של הילד. אולם לנוכח הלחץ הנפשי הכרוך באירוע הגירושים עצמו, הילד זקוק לדמות המיטיבה – לאותה דמות עיקרית שהייתה לצידו בתקופה שקדמה לגירושים וסיפקה את צרכיו הראשוניים, ואשר עימה נוצרה מרבית התקשרותו. מבחינה זו עדיף לילד שאותה דמות ממש שהייתה שם לפני אירוע הגירושים – האם או האב – תהיה איתו גם בתקופה שלאחר־מכן או לפחות במרבית הזמן. ראו: JUDITH S. WALLERSTEIN & JOAN B. KELLY, SURVIVING THE BREAKUP: HOW CHILDREN AND PARENTS COPE WITH DIVORCE (1980); Judith Wallerstein, *Children of Divorce: Report of a Ten-Year Follow-up of Early Latency Age Children*, 57(2) AM. J. ORTHOPSYCHIAT. 199 (1987). כאשר שני הורים שימשו דמויות הוריות מרכזיות ומיטיבות, אין בתיאוריה האמורה כדי לסתור את התמיכה במודל המשמר את הקשר עם שני ההורים לאחר הגירושים. יש אפילו מי שמסתמכים על תיאוריית ההתקשרות כדי לקדם פתרון של הורות משותפת כבררת־מהדל (פתרון שאיני תומכת בו). בהקשר זה ראו דוח־הביניים של ועדת שניט, לעיל ה"ש 9, בעמ' 88–96 (עמדתם של פרופ' אבי שגיאי־שורץ וד"ר תרצה יואלס).

182 קפלן, לעיל ה"ש 169; גילת, לעיל ה"ש 40.

183 ולכן עלולה לפגוע בשיתוף־הפעולה בין ההורים, אשר נתפס כחיוני הן לצורך גיבוש ההסדר והן לצורך יישומו. ראו Melli, לעיל ה"ש 175, בעמ' 354.

## 3. ביקורת על כלל השיקוף

הפעלת כלל השיקוף אינה נקייה מבעיות, ואף נמתחה עליה ביקורת: באקדמיה – על ידי חוקרים מתחומי המשפט והפסיכולוגיה; ומחוץ לה – בעיקר על ידי אבות.<sup>184</sup> טיעונם היסודי של האבות המתנגדים להפעלת קנה-מידה שעיקרו הוא "מה שהיה הוא שיהיה" הוא שהורים אשר מקומם בחיי הילד היה משני עלולים להידחק מחיי הילד, שהרי ההורה "המטפל" יוכרז כמי שהיה ההורה המוביל לפני המשבר, והזמן שיוקצה להורה האחר יהיה מצומצם.<sup>185</sup> מכאן שהורה אשר שימש בתפקיד משני ייוותר כזה, ולא יוכל להעמיק את הקשר ולהכניס שינוי חיובי ביחסיו עם ילדיו. כלל כזה פוגע באופן טיפוסי בגברים, אשר כורח הנסיבות והציפיה החברתית דורשים מהם להשקיע את מרצם בפרנסת משפחתם. במובן זה נטען כי על-אף ניסוחו הניטרלי של כלל השיקוף, לנוכח המציאות הוא מוטא מגדרית לטובת נשים, ובכך אינו מספק את השינוי המצופה מביטול חוקה המעניקה את הטיפול המוביל לאם.<sup>186</sup>

לפי טיעון ביקורת אחר, המערער אף הוא על היתרונות שהוצגו קודם, אף-על-פי שהמודל מושתת על חוקה שלפיה חלוקת הטיפול לאחר פרידת ההורים תעוצב על-פי חלוקת זמן הטיפול בעבר, חוקה זו רחוקה מלספק ודאות.<sup>187</sup> החשש הוא שמכיוון שהכלל היסודי במודל מושתת על מציאות עובדתית הנדרשת להוכחה, ייתכנו חילוקי-דעות אותנטיים בין ההורים ביחס לאופן שבו הם חילקו ביניהם את הטיפול בילד, או חילוקי-דעות מדומים שכל מטרתם התנגחות או סחיטת יתרונות במישור הממוני. שני פנים לביקורת האמורה: האחד נוגע בחשש שהמודל האמור יגביר את הליטיגציה ובכך יפגע בילד, כאשר רווחתו עלולה להיות מושפעת לרעה מסכסוכים משפטיים מתמשכים;<sup>188</sup> והאחר נוגע בפגיעה האפשרית בהורה ששימש בתפקיד הטיפולי המרכזי במהלך חיי המשפחה – לרוב האם – בדמות

184 קשה להעריך את תוקפם של טיעוני "הבעד והנגד" הנוגעים בפן היישומי של המודל, שכן מודל זה, על-אף הפופולריות שלו בספרות, לא נקלט עד עתה אלא במדינה אחת – ארצות-הברית. על הסיבות לכך ראו: Michael R. Clisham & Robin Fretwell Wilson, *American Law Institute's Principles of the Law of Family Dissolution, Eight Years After Adoption: Guiding Principles or Obligatory Footnote?* 42 FAM. L.Q. 573 (2008–2009).

185 אחת הטענות בהקשר זה היא שכלל השיקוף מוביל לאותה תוצאה שאליה תוביל הפעלת "חוקת ההורה העיקרי". ראו: Patrick Parkinson, *The Past Caretaking Standard in Comparative Perspective*, in RECONCEIVING THE FAMILY: CRITIQUE ON THE AMERICAN LAW INSTITUTE'S PRINCIPLES OF THE LAW OF FAMILY DISSOLUTION 446, 452 (Robin Fretwell Wilson ed., 2006).

186 Shelley A. Riggs, *Is the Approximation Rule in the Child's Best Interests? A Critique from the Perspective of Attachment Theory*, 43 FAM. CT. REV. 481, 489 (2005).

187 Warshak, לעיל ה"ש 176.

188 Susan W. Savard, *Through the Eyes of a Child: Impact and Measures to Protect Children in High-Conflict Family Law Litigation*, 84 FLA. BAR J. 57 (2010); Hon. Donna J. Martinson, *One Case – One Specialized Judge: Why Courts Have an Obligation to Manage Alienation and Other High-Conflict Cases*, 48 FAM. CT. REV. 180 (2010).

היחשפות לסחטנות האמורה.<sup>189</sup> אפשר שבישראל, לנוכח המורכבות הכרוכה בהשגת גט על-ידי נשים יהודיות, סחטנות כאמור אכן תתרחש. על-פי החשש, שקשה להתעלם ממנו, נשים המבקשות לקבל גט, אשר נסחטות כיום במקרים מסוימים במישור הרכושי, עלולות להיחשף ללחצים גם בהקשר של קביעת האחריות לטיפול בילדים.<sup>190</sup> שינוי זה עלול להגביר את פגיעותן של נשים, ובעקיפין לפגוע גם בילדיהן, באשר ההכרעה ביחס לגורלם תושפע ביתר שאת מהמאבק להשגת הגט.<sup>191</sup>

טיעון ביקורת נוסף יורד למידת ההלימה בין המודל לבין רווחת הילד. יתרונו של המודל נעוץ, כפי שהוזכר, בהמשכיות שהוא מספק לילד ובהגנה היחסית שהוא מעניק מפני הטלטלה הכרוכה בפירוד ההורים, שהרי הוא מבקש ליצור הסדר טיפולי הדומה במידת האפשר לזה שהתקיים בעבר. אף שברור כי חיי הילד ישתנו באופן מהותי מעצם הפירוד, הניסיון ליצור הסדר שדמה לזה שנהג בעבר הוא הטוב ביותר שניתן לספק בנסיבות אלה, כאמצעי להבטחת היציבות בחייו. עם זאת, הביקורת טוענת כי קביעה המסתמכת על חלוקת פרקיי-הזמן הטיפולי בין ההורים אינה מבטיחה בהכרח את טובתו מבחינת "טיב" ההורה המטפל, שכן משך זמן הטיפול בילד אינו מעיד בהכרח על איכותו של הטיפול ועל התקשרות בטוחה, ואפשר שדווקא ההורה האחר, הנוכח (פיזית) פחות בחיי הילד, מספק את עוגן ההתקשרות הבטוחה, הנתפס על-פי תיאוריית ההתקשרות כמרכזי להתפתחותם ולרווחתם של ילדים לטווח הארוך.<sup>192</sup>

ביקורת אחרת קובלת על העדר קולו של הילד במודל זה.<sup>193</sup> ככל שהמודל מעתיק בקירוב את המציאות של חיי המשפחה לפני הפרידה אל ההסדר שיופעל אחריה, אין הוא נותן מקום, לכאורה, לרצונו של הילד, אשר עשוי לבקש הסדר החורג מהשיקוף האמור. לגישתם של אלה המבקשים לקדם את זכויות הילד ולהקנות לו מקום בעיצוב ההכרעה הנוגעת בגורלו, ולדעת אלה הסוברים כי קיימת זיקה בין הגשמת רצונו לבין רווחתו, מודל השיקוף האמור אינו מעניק לילד, לזכויותיו ולרצונו מקום מספק.

#### 4. המודל המוצע להסדרת סכסוכים בשאלת חלוקתה של האחריות ההורית בישראל – כלל שיקוף מותאם

הביקורת האמורה אינה מצדיקה בהכרח דחייה מוחלטת של המודל. ניתן – ולגישתי אף רצוי – לערוך במודל כמה התאמות שיהיה בהן כדי להתמודד עם הביקורת האמורה ולשכלל את כלל השיקוף. גם במקורו, במודל החקיקה האמריקני של ה-ALI, לא עוצב

189 טענה זו מושמעת ביחס למודלים החורגים מהקניית עדיפות מובהקת וקטגורית להורה המרכזי, אולם אמיתותה מוטלת בספק. ראו בהקשר זה: Robert H. Mnookin & Eleanor Maccoby, *Facing the Dilemmas of Child Custody*, 10 Va. J. Soc. Pol'y & L. 54, 74 (2002).

190 לבעיה האמורה ראו הקר והלפריין-קדרי, לעיל ה"ש 168.

191 ראו שם, תת-פרק 4ד, הדין בסכנותיה של הרפורמה בהקשר הישראלי.

192 Riggs, לעיל ה"ש 186.

193 Christine M. Szaj, *The Fine Art of Listening: Children's Voices in Custody Proceedings*, 4 J. L. Fam. Stud. 131 (2002).

כלל השיקוף בטהרתו, ונקבעה לצידו רשימת תכליות אשר הפעלתן עשויה להכתיב חריגה ממנו בנסיבות המתאימות.<sup>194</sup> תכליות אלה תואמות בחלקן את הקו המובא בהצעת.<sup>195</sup> על-פי הצעת, לצד קביעת עקרון השיקוף כעקרון הכרעה מנחה, יש לקבוע בחוק כללי-משנה שמטרתם לאפשר לבית-המשפט גמישות בהפעלת העיקרון. כללי-משנה אלה יבטיחו הגשמת יעדים נוספים, שבגרעינם רווחת הילד. נקודת המוצא שלי בהצגתם של כללים אלה להלן תהיה התמודדות עם טיעוני הביקורת השונים שהובאו לעיל. מבין השורות יצוץ מודל השיקוף המותאם, על מורכבותו, אך את מלוא תנאיו ומאפייניו של המודל לא אוכל לפרוש במסגרת מאמר זה.

בניגוד לטענת האבות, הקובלים כי כלל השיקוף לא ישפר את מעמדם כאשר הוא מקנה עדיפות להמשך הטיפול האימהי, קשה להתעלם מן השינוי שכלל השיקוף מציע בהשוואה להסדר הנוכחי, בפרט לנוכח חזקת הגיל הרך. בהשוואה למצב הקיים, כלל השיקוף מגדיל את מקומו של האב בחיי ילדיו לאחר הפרידה (ובלבד שהיה מעורב באופן פעיל בגידולם קודם לכן), ויש בו כדי להגביר את מידת השיתוף בין ההורים בטיפול בילדים. אולם בכל אותם מקומות שבהם הקשר עם האב עובר לפרידה היה דל, מקומו בחיי הילד עלול להצטמצם עוד יותר כתוצאה מהפעלת כלל של שיקוף, שהרי אותה נוכחות סבילה בחיי הילד (שהייתה גלומה במגורי המשפחה יחדיו) לא תוכל להיתרגם במסגרת כלל השיקוף לקשר משמעותי לאחר הפרידה. בשל החשיבות של שמירת קשר עם שני ההורים לרווחת הילד,<sup>196</sup> ובהיותה חלק מזכותו,<sup>197</sup> ראוי לשקול אימוץ של כללי-משנה שיעודד את העמקת הקשר גם עם ההורה המשני,<sup>198</sup> למעט בנסיבות קיצוניות שבהן כרוכה בהתנהגותו של זה פגיעה פיזית או אחרת בילד.<sup>199</sup>

החשש מפני התגברות הליטיגציה ומפני סחיטה של ההורה המטפל על-ידי ההורה האחר הוא מורכב יותר, ומחמיר ככל שנצרך לכלל השיקוף כללי-משנה רבים יותר. ראשית, יש להניח כי ככל כלל חדש, בשלב הראשון של קליטתו תגבר הליטיגציה, עד שיתבהר אופן יישומו על-ידי בית-המשפט ויתגבשו כללי יישום הניתנים לצפייה. אולם נוסף על שלב

194 Melli, לעיל ה"ש 175, בעמ' 356.

195 ברי כי הוספתה של רשימת התכליות וכללי-המשנה מכרסמת ממידת הוודאות המאפיינת את הפעלת כלל השיקוף בטהרתו. בהקשר זה ראו להלן את הטקסט שליד ה"ש 203 ואילך.

196 הממצא הוודאי המרכזי העולה מן המחקרים הוא החשיבות של שמירת הקשר עם שני ההורים אחרי הפרידה, ובלבד שמדובר בקשר טוב ומיטיב. בהקשר זה ראו: Joan B. Kelly, *Developing Beneficial Parenting Plan Models for Children Following Separation and Divorce*, 19 J. AM. ACAD. MATRIMONIAL LAW. 237 (2005). עם זאת, יש להסתייג ולומר כי שאלת הקשר הסיבתי בין רווחת הילד והתפתחותו לבין מידת הקשר שלו עם שני ההורים לוטה בערפל. אפשר שדווקא מה שמאפשר את הקשר האמור – קרי, היחסים הטובים בין ההורים וכישוריהם ההוריים הטובים – הם שמקדמים את רווחתו של הילד, ולא בהכרח הקשר שלו עם שניהם.

197 על זכות הילד לקשר עם הוריו ראו: Ruth Zafran, *Children's Rights as Relational Rights: The Case of Relocation*, 18 AM. U. J. GENDER SOC. POL'Y & L. 163 (2010).

198 הצעת ה-ALI, לעיל ה"ש 175, בעמ' 107-108, 209.

199 שם.



ההתאקלמות הראשון, גם יישומו המתמשך צפוי להיות כרוך ברף ליטיגציה גבוה יותר מזה הקיים כיום. הגשתו של כלל השיקוף גמישה יותר (בהשוואה לחזקת הגיל הרך, הנסמכת על יסוד גילי קטגורי) ופתוחה לחילוקי־דעות. בשל מאפייני זה, כלל השיקוף עלול להביא לידי הגברת הליטיגציה. תוצאה מסתברת זו מעוררת חשש, שכן ליטיגציה מרובה, הכרוכה במתח ובקונפליקט בין ההורים, חותרת כאמור תחת רווחתם של הילדים.<sup>200</sup>

אפשר שהמענה לחשש האמור נמצא, בחלקו, במישור היישומי של המודל. אופן ניהול התביעה עשוי לצמצם מראש את היקף הליטיגציה. כך, למשל, ניתן לקבוע הליך מקדמי של הגשת תצהירים המפרטים את פרקטיקת הטיפול בעבר ובהווה, ומילוי טפסים המפרטים את תוכנית הטיפול ההורית העתידית המוצעת לגורם אדמיניסטרטיבי או שיפוטי (דוגמת רשם), אשר יוסמך להגיש, על בסיס חומרים אלה, המלצה בדבר חלוקת האחריות העתידית, וזאת ללא צורך בניהול הליך משפטי מלא.<sup>201</sup> הליך מקדמי זה עשוי לצמצם את העומס הצפוי בבית־המשפט, ולהקטין את מספר התביעות שיתבררו לפניו במלואן. יודגש כי תוצר עבודתו של הרשם או של הגורם האדמיניסטרטיבי האמור יהיה בגדר המלצה בלבד, ולבעלי־הדין תהיה אפשרות לדחות את ההמלצה ולפנות לבית־המשפט על־מנת לבקש את הכרעתו.<sup>202</sup>

בהינתן קונפליקט בעצימות גבוהה (הקיים במקרים רבים שבהם לא הצליחו הצדדים להגיע להסכם) סביר שהצדדים יבקשו את הכרעת בית־המשפט. אם יקבע בית־המשפט כי המלצת הגורם האדמיניסטרטיבי הייתה ראויה או אם ימצא פער משמעותי בין גרסות הצדדים אשר יתברר כי נבע מהצגה שקרית, תהיה נתונה לבית־המשפט סמכות להטיל הוצאות בשיעור ניכר. בכך יהיה, כך ניתן לקוות, כדי לצמצם את התמריץ לנהל דיון שכל מטרתו ניגוח. נדמה כי ביטולה של חזקת הגיל הרך אכן יתרחש בעתיד הנראה לעין. משכך, עיקר הדיון נסב סביב עיצוב ההסדר הראוי להחליפה. עם ביטולה של חזקת הגיל הרך נאבד ללא ספק ממידת הוודאות הקיימת כיום, ובעיצוב ההסדר החלופי יש לנסות לחתור לצמצום את שולי אי־הוודאות. מבין החלופות ניתן לחשוב על כאלה המייצרות רמת ודאות גבוהה

200 ראו לעיל ה"ש 23.

201 להבדיל מהצדעה לעיל להוציא את ההכרעה בנושא לידי גורמים מטפלים – הצעה שממנה הסתייגתי לעיל, בין היתר, בשל החשש מפני פיצול הדיון בענייניה של משפחה נתונה להליכים המתנהלים לפני גורמים שונים (ראו לעיל את הטקסט שליד ה"ש 159) – בהצעה הנוכחית אין כדי להעביר את הדיון במשפחה לידי גורם אחר. בידי של אותו גורם אחר יופקדו רק סמכויות המלצה מוגבלות יחסית, המושתתות על הצגת חומרים בכתב שיוגשו לו, ואין הכוונה להקנות לו סמכות לשמוע עדויות וטיעונים או לערוך דיון מהותי. במובן זה הביקורת שמקורה בחשש מפני פיצול הדיון בענייני המשפחה להליכים המתנהלים לפני גורמים שונים מתעמעמת־משהו.

202 כאן יהיה צורך לראות אם לא נוצרת הטיה מופרזת להסתמך על ההכרעות המוקדמות של הגורם האדמיניסטרטיבי או של הרשם, בדומה להסתמכות הקיימת כיום על חוות־הדעת של המומחים. מאחר שאין מדובר בחוות־דעת מקצועיות, אלא בהליך מעין־שיפוטי המאפשר ערעור, אין לכאורה סיבה לחשש כזה, מעבר לחשש הרגיל הקיים כתוצאה מאפקט העיגון. על אפקט זה בהקשר של הכרעת הערכאה הדיונית ראו: Francisca Fariña, Ramón Arce & Mercedes Novo, *Anchoring in Judicial Decision-Making*, 7(1) *PSYCHOLOGY IN SPAIN* 56, 60 (2003).

יותר, דוגמת "חזקת ההורה המטפל", אשר מזהה את מי שעל כתפיו הוטלה עיקר האחריות הטיפולית במהלך חיי המשפחה ומגדירה אותו כהורה המשמורן לאחר הפרידה, תוך שהיא מגבילה את מקומו של ההורה האחר לביקורים מוגדרים בהיקף מוגבל;<sup>203</sup> וחלופות המייצרות רמת ודאות נמוכה, דוגמת מודל המסתמך על קנה-מידה עמום ופתוח כ"עקרון טובת הילד". מודל השיקוף – המושתת על כלל שיקוף וכללי-משנה נלווים שיוגדרו מפורשות בחוק – אינו מייצר ודאות מוחלטת, אולם הוא נמנע מקני-מידה עמומים כ"מסוגלות הורית" או "טובת הילד", המופעלים כיום במקרה של מחלוקת כאשר הילדים מעל גיל שש, ומייצר ודאות גבוהה יותר מן ההצעה שעלתה בדוח-הביניים של ועדת שניט.<sup>204</sup> גם באופן מוחלט, ולא השוואתי, מודל השיקוף מספק קנה-מידה עובדתי נהיר למדי, ויישומו באמצעות המנגנון האדמיניסטרטיבי המוצע עשוי לספק בהחלט מידה ניכרת של צפייות. גם אם בהצעה האמורה לא יהיה כדי למנוע את העלייה בהיקף הליטיגציה, ייתכן שמדובר במחיר שראוי לשלמו במטרה להבטיח את זכותו של כל הורה לקשר עם ילדו ואת זכותו של האחרון להמשכיות הקשר עם שני הוריו. עם זאת, לנוכח מידת אי-הוודאות הכרוכה ביישום המודל ובהשפעתו על היקף הליטיגציה ואופייה, מוצע כי ההסדר האמור ייקלט אל השיטה באופן נסיוני והדרגתי.<sup>205</sup>

את הטענה כי המודל האמור אינו מקדם את רווחת הילד באופן מיטבי אני מתקשה לקבל, במיוחד בהשוואה לחלופות האחרות. אומנם לא הוכח קשר חד-משמעי ומתחייב בין משך זמן הטיפול לבין איכותו, אולם הנחה מסתברת קושרת בין שני אלה ככל שמדובר בטיפול הורי נורמטיבי.<sup>206</sup> בנסיבות של פגיעה בילד הכרוכה בהזנחה או באלימות יהיה כמובן מקום לחרוג ממודל השיקוף, אולם בכל שאר המקרים ניתן דווקא להעריך כי קיים קשר בין רצף טיפולי הורי לבין קשר יציב ואיכותי. כך או כך, הביקורת האמורה מחזירה לזירה את הדרישה לנסות להעריך את איכות הקשר ההורי ואת תפקוד ההורה ומסוגלותו, ומשימה זו, כפי שניסיתי להראות במאמר זה, אינה אפשרית לנוכח מגבלותיהם של הכלים המקצועיים. למעשה, אחד היתרונות הגלומים במודל השיקוף המותאם הוא שהוא עוקף את הדרישה לנסות לעמוד על טיב הטיפול (למעט בנסיבות קיצוניות של פגיעה, כאמור) ולהעריך במישרין את רווחת הילד בעתיד. השימוש במבחן העובדתי, הבוחן את התנהלות

James G. Dwyer, *Parents, Self-Determination and Children's Custody: A New Analytical Framework for State Structuring of Children's Family Life*, 54 ARIZ. L. REV. 79, 91–94 (2012).

204 לדיון נרחב בהיבט זה ראו להלן בתת-פרק 6.

205 היבט נלווה לחשש מפני ריבוי ליטיגציה נוגע בעלות יישומו של ההסדר – הן לצדדים והן למערכת. עם זאת, ועל בסיס הערכה גסה בלבד, ספק בעיניי אם המודל המוצע יקר יותר ממודל המושתת על עבודת מומחים. ראו הצעת ה"ALI", לעיל ה"ש 175, בעמ' 9.

206 על הקשר בין המודל לבין רווחת הילד ראו: Robert F. Kelly & Shawn L. Ward, *Allocating Custodial Responsibilities at Divorce: Social Science Research and the American Law Institute's Approximation Rule*, 40 FAM. CT. REV. 350 (2002).

המשפחה עובר לפרידה,<sup>207</sup> הוצע בדיוק מן הטעם שאי־אפשר למדוד באופן מקצועי את מסוגלות ההורה או לנבא אצל מי מהוריו ייטב לילד מבחינה רגשית.

נוסף על הסברה שקושרת בין היקף הטיפול לבין עוצמת הקשר, ואשר מניחה כי הענקת המשמורת להורה שליווה את הילד מרבית הזמן אכן תבטיח שהוא יטופל על־ידי ההורה המספק לו את עוגן ההתקשרות הבטוחה, שתיים מן ההתאמות המוצעות לכלל השיקוף (אשר אינן קיימות במודל האמריקני) מבטיחות אף הן את רווחת הילד. האחת מבקשת לשקף בתוכנית הטיפול העתידית לא רק את משך זמן הטיפול, אלא גם את סוגו ואופיו. אם לפי המודל האמריקני עיקר הדגש מושם בחלוקת הזמנים, כך שהורה שטיפל בילד 80% מן הזמן עובר לפרידה ימשיך לטפל (או להיות אחראי לטיפול) בהיקף דומה גם לאחר פירוק המשפחה, על־פי הצעתי השיקוף צריך להתבטא גם בסוג הפעילות שאפיינה את יחסי הצדדים. כך, למשל, הורה שהיה אחראי לטיפול בילד בשעות הבוקר ולהבאתו למסגרת החינוך עשוי להמשיך בתפקיד זה גם לאחר הפרידה. הורה שליווה ילד לטיפול ייחודי (דוגמת ריפוי בעיסוק) או לחוג או לפעילות ספורטיבית קבועה שחייבו מעורבות פעילה של ההורה, או שנהג לבלות עם הילד בסוג בילוי קבוע, אמור לשמר את הפעילות האמורה גם לאחר הפרידה, עד כמה שהדבר יתאפשר בנסיבות החדשות, לעיתים אף במהלך יום שבו הילד מצוי בטיפול או באחריותו הטיפולית של ההורה האחר. ברי כי שילוב כזה מהווה אתגר להורים ומחייב אותם לשתף פעולה, אך ראוי לחתור אליו כאשר רמת הקונפליקט בין ההורים אינה גבוהה, בסיוע מתאם הורי במידת הצורך.

התאמה נוספת במודל מציעה לשלב גורמים מטפלים נוספים בתוכנית הטיפול העתידית. ככל שגורמים מטפלים נוספים נטלו חלק פעיל בחיי הילד, ובוודאי כאשר לאלה היה תפקיד מרכזי וקבוע, יהיה על התוכנית לשלב אותם באופן שישקף את המציאות של חיי הילדים עובר לפרידה. התאמה זו צפויה לעורר את מירב הביקורת, שכן לגורמים מטפלים אחרים, לרבות סבים ודודים, אין כיום מעמד מוכר בדין. ההתאמה המוצעת אין משמעה כפיית קשר בין אותו גורם לבין הילד כאשר ההורים מתנגדים לקשר זה, אך היא מבקשת ליצור חזקה לשמירת מקומם של אלה בחיי הילד בהיקף ובסגנון שנהגו קודם לכן.<sup>208</sup> הביקורת האחרונה שעיימה ראוי להתמודד היא זו הקובלת על השתקת הילד. ניתן להתמודד עימה על־ידי קביעת כלל־משנה אשר ידגיש את הגשמת רצונו של הילד ואת מקומו בעיצוב תוכן ההכרעה, בוודאי ככל שגילו ומידת התפתחותו עולים.<sup>209</sup>

## 5. מקומם של מומחים במסגרת כלל השיקוף המותאם

לנוכח החולשה האינהרנטית הטמונה בהיעזרות בחוות־דעת לגבי התנהגויות עתידיות ובהכרעות הנורמטיביות הנדרשות לשם נקיטת עמדה במחלוקת בין צדדים, יש יתרון בעיצוב

207 ייתכן שעל־מנת לקבל פרספקטיבה מדויקת יותר ונקייה במידת האפשר ממניפולציות, יהיה נכון להתבונן על התנהלות המשפחה בשנה שקדמה לפרוץ הסכסוך, ועל בסיסה לשקף את יחסי הצדדים.

208 ראו בהקשר זה אילת בלכר־פריגת "על זכויות, גבולות ומשפחה" עיוני משפט כז 539, 556 ואילך (2003).

209 לכלל זה ניתן למצוא הר בהצעת ה־ALI, לעיל ה"ש 175, בעמ' 211.

כלל משפטי שיכריע בשאלת האחריות ההורית על-פי מבחנים עובדתיים. על-פי המוצע, מבחנים אלה, אשר מוכרים לבתי-המשפט ומצויים בתחום המומחיות ה"רגילה" שלהם, יוכרעו על-ידיהם ברוב המקרים ללא צורך בפנייה לאנשי-מקצוע.

הרפורמה האמורה אינה מוציאה את אנשי-המקצוע אל מחוץ להליך המשפטי, אך היא משנה את תפקידם.<sup>210</sup> ברי כי מעורבותם חיונית וחשובה ככל שהצדדים רוצים ויכולים להגיע להסדר מוסכם. לאנשי-המקצוע יש תפקיד חשוב בקידום פתרונות גישוריים, שהינם ללא ספק בררת-המחדל המועדפת, כך שכל הסדר שיחוקק צריך לתמרץ את הצדדים להתחיל את מסעם אצל יועצים משפחתיים ומגשרים. אם הגישור לא צלח, בית-המשפט עצמו עשוי להסתייע באנשי-המקצוע בכמה הקשרים: בתיווך לשם שמיעת הילד; באבחון מסוכנותו של הורה, בנסיבות קיצוניות שבהן נוצר חשש משמעותי לפגיעה בילד; ובשלבם שלאחר עיצוב ההסדר של חלוקת האחריות ההורית, כאשר אנשי-המקצוע ימשיכו (כפי שמתרחש כיום בחלק מן המצבים) ללוות את המשפחה כמתאמים הוריים, "לנהל את המשבר", לתאם בין הצדדים ולייעץ בדבר התאמות נדרשות לנוכח השינויים בצורכי הילד והמשפחה. תפקידים אלה – הן במישור האבחון והן במישור הטיפול – מצויים בגדר מומחיותם של אנשי-המקצוע, ואין עוררין ביחס ליכולתם למלאם על הצד הטוב ביותר. בניגוד לאבחון "מסוגלות הורית", המחייב הכרעה בין שני הורים נורמטיביים ללא פתולוגיות, אבחון טענות בדבר פגיעה בילד נכלל בגדר מומחיותם הרגילה. באופן דומה, גם הובלת בני-הזוג ליישוב הסכסוך או לגיהולו, לאחר שכבר עוצב הסדר-היסוד לחלוקת האחריות ההורית, מצוי בגדר יכולותיהם המוכרות.

## 6. מודל השיקוף לנוכח הצעותיה של ועדת שניט

תזמון פרסומו של המאמר מחייב התייחסות לדוחות שפורסמו מטעמה של ועדת שניט – הוועדה לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין, בראשות פרופ' דן שניט. הוועדה, שהחלה את דיוניה בשנת 2005, פרסמה בשנת 2008 דוח-ביניים.<sup>211</sup> בחלוף שלוש שנים וחצי היא פרסמה דוח משלים,<sup>212</sup> וסמוך לאחריו מכתב משלים,<sup>213</sup> המסכמים את פעילותה ואת המלצותיה. הוועדה עסקה בסוגיית האחריות ההורית ממכלול היבטים, והתייחסה בהצעת החוק שעיצבה לסוגיות רבות, אשר רק את מיעוטן אוכל להזכיר כאן. בהקשרנו יש להרחיב את הדיבור בהמלצת הוועדה בנוגע להסדר שיוחל כאשר אין בין ההורים הסכמה בדבר חלוקת האחריות ההורית. על-פי סעיף 9(ב) להצעת החוק המובאת בדוח-הביניים, אם לא הגיעו הורים לכלל הסכמה בעניין אופן מימושה של האחריות ההורית,

210 להצעה דומה לזו המובאת כאן ראו: Mary Kay Kisthardt & Barbara Glesner Fines, *Commentary on Tippins and Wittmann: Making a Place at the Table: Reconceptualizing the Role of the Custody Evaluator in Child Custody Disputes*, 43 FAM. CT. REV. 229 (2005).

211 דוח-הביניים של ועדת שניט, לעיל ה"ש 9.

212 הרוח המשלים של ועדת שניט, לעיל ה"ש 9.

213 המכתב המשלים של ועדת שניט, לעיל ה"ש 9.

יקבע בית-המשפט לבקשתם את הסדר ההורות על-פי טובת הילד, תוך שהוא מביא בחשבון, בין היתר, את השיקולים הבאים:

"(1) צרכיו ההתפתחותיים המשתנים של כל ילד בהתאם למצבו, לגילו וצרכים מיוחדים ככל שהם קיימים;

(2) רצון הילד, ככל שכשריו המתפתחים מאפשרים לבררו, תוך מתן משקל מתאים להם לפי גילו ומידת בגרותו;

(3) נכונותם של ההורים, יחד ולחוד, לשתף פעולה למימוש האחריות ההורית והבטחת זכויותיו של הילד;

(4) זכותו של הילד לקשר משמעותי, אישי, ישיר, וסדיר עם שני הוריו;

(5) כישוריו של כל אחד מההורים לממש את האחריות ההורית;

(6) המידה שבה טיפל כל אחד מההורים בילד;

(7) זכותו של הילד לקשר משפחתי ומידת הנכונות והיכולת של כל אחד מההורים

לאפשר את מימוש הקשר.<sup>214</sup>

סעיף זה היה אמור, על-פי דוח-הביניים, להחליף את סעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, לבטל את חזקת הגיל הרך ולצקת תוכן לעקרון טובת הילד, אשר נותר עקרון הכרעה מנחה בכל מקרה של מחלוקת בין ההורים.<sup>215</sup> הצעה זו (להלן: הצעת-הביניים) לא נותרה כלשונה, ובמכתב המשלים שפורסם לאחר פרסום הדוח המשלים היא שונתה בחלקה (להלן: ההצעה הסופית). עם זאת, לפני שאתייחס להצעה הסופית, ראוי לעמוד על הקשיים הגלומים בהצעת-הביניים בהשוואה למצב הקיים ובהשוואה למודל השיקוף. הצעת-הביניים ביטלה אומנם את חזקת הגיל הרך, ובכך יתרונה, אולם ההסדר שהיא יצרה כתחליף הינו עמום במידה רבה. היא פָּרְטָה אומנם לפרטים את מה שנתפס בעיניה בהקשר זה כ"טובת הילד" – ובכך היא עדיפה על הוראת סעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית, אשר אינה מגדירה מהו "עקרון טובת הילד" שהיא מצהירה עליו כעיקרון מכריע – אולם במסגרת השיקולים היא קובעת לפחות שני שיקולים המגלגלים את ההכרעה בחזרה לפתחם של המומחים: האחד, המנוי בסעיף-קטן 1, המדבר על צרכיו של הילד, לרבות צרכיו ההתפתחותיים; והאחר, המנוי בסעיף-קטן 5, המדבר על כישוריו של ההורה. שני אלה אינם אלא "המסוגלות ההורית" המשמשת אותנו כיום. גם סעיף-קטן 3, המדבר על נכונותם של ההורים לשתף פעולה, וסעיף-קטן 7, המדבר על יכולתו של כל הורה לאפשר את מימוש הקשר, קוראים לכאורה להכרעת מומחה. עם זאת, ההסדר מציב שני שיקולים נוספים חשובים: הוא מתחייב להתחשב ברצון הילד, ומצהיר על זכותו של כל ילד לקשר משמעותי עם שני הוריו ועם בני משפחתו הקרובים האחרים. על-אף יופייה של הצעת-הביניים, הגלום במחויבותה הרעיונית לשמירת הקשר המשפחתי ולהמשכיות בטיפול שאפיין את חיי המשפחה קודם לכן (סעיף-קטן 6), רוחב היריעה של השיקולים, העמימות של חלקם, העדרו של מדרג פנימי ביניהם והימנעות מהצהרה על קנה-מידה אחד קובע – כל אלה יוצרים הסדר קשה ליישום.

נדמה כי טעמים אלה הניעו בסופו של דבר את הוועדה להמליץ, במסגרת ההצעה הסופית, על הסדר שונה מעט. על-פי ההצעה הסופית, השיקולים שעל בית-המשפט לשקול

214 דוח-הביניים של ועדת שניט, לעיל ה"ש 9, בעמ' 39.

215 עקרון טובת הילד מוגדר בס' 3 להצעת החוק שהובאה בדוח-הביניים. ראו שם, בעמ' 37.

הם בעיקרם אותם שיקולים שהוצעו בהצעת־הביניים (אם כי סדרם שונה מעט, ומיעוטם נוסחו באופן קצת אחר),<sup>216</sup> אך נוסף עליהם שיקול מכריע – "שובר שוויון" – כאשר בית־המשפט מתקשה להכריע. סעיף־משנה ג לסעיף 9 קובע בזו הלשון:

"ככל שלא ימצא בית המשפט במכלול השיקולים האמורים בסעיף קטן (ב) מענה להחלטה הנדרשת כדי להכריע על חלוקת הזמן והמגורים של הילד עם כל אחד מהוריו, ייתן בית המשפט משקל מכריע לשיקולי שמירת היציבות בחייו של הילד ולאופן ולמידה בהם טופל על ידי כל אחד מהוריו במהלך חייו עד למתן ההחלטה, בלי שהדבר יפגע בשיקול של שמירת הקשר של הילד עם שני הוריו ועידודם לשיתוף פעולה ביניהם, והכול תוך שמירה על עקרון טובת הילד כשיקול על."<sup>217</sup>

בדברי ההסבר להצעת החוק<sup>218</sup> מוסבר כי "אין מדובר בחזקה משפטית חדשה שנועדה להגביל את שיקול דעתו של בית המשפט, אלא בשיקול נוסף שנועד לאפשר הכרעה במקום שבית המשפט מתקשה לגבש הסדר על בסיס הנתונים שבפניו והשיקולים המפורטים בסעיף 9(ב)". ההבהרה האמורה מחלישה את משמעותו של התיקון, אולם מותירה עדיין את השיקול האמור כשיקול מכריע, שהרי הוקדש לו סעיף נפרד ועצמאי. כך או כך, ראוי לשים לב כי מלשון סעיף 9(ג) הסתייגו חלק ניכר מחברי הוועדה, מטעמים שונים ומכל קצות הקשת של הדיון – זה שטען בשם ארגוני הגברים, זו שטענה בשם ארגוני הנשים, נציג בית־הדין השרעי, מרכז הוועדה וכן שניים מאנשי הפרופסיה הטיפולית.

הצעה זו מתקרבת במעט למודל השיקוף המוצע כאן. יסוד השיקוף הדל שהופיע בהצעת־הביניים במסגרת ההתייחסות למידת הטיפול שהעניק כל הורה לילדו (סעיף־קטן 6 לעיל) התגלגל במסגרת ההצעה הסופית לשיקול מכריע, וזאת כאשר אי־אפשר לגבש הכרעה על בסיס מכלול השיקולים כולם. השיקול המכריע בהצעה הסופית מזכיר לא רק את מידת הטיפול, אלא גם את אופן הטיפול, ומדגיש את רצינות היציבות וההמשכיות בחיי הילד, המאפיינים גם את מודל השיקוף. עם זאת, ההצעה רחוקה ממודל השיקוף, וכרוכים בה קשיים לא־מבוטלים. ראשית, הפנייה לשיקול המכריע נעשית רק לאחר הפעלת כל אמות־המידה האחרות, הדומות במהותן לאמות־המידה של הצעת־הביניים שהובאה לעיל. לפיכך קיומו של שיקול מכריע העוסק באופן הטיפול ובמידת הטיפול בילד עובר לפרידה אינו מייתר את הפנייה לקבלת חוות־דעת מומחים. שנית, ההצעה כשלעצמה, על מכלול אמות־המידה הקבועות בה, מעצימה את ההיזקקות למומחים. לנוכח ביטולה של חזקת הגיל הרך, מחד גיסא, והעדר חזקה חלופית, מאידך גיסא, ולנוכח ההסדר הקובע כאמור אמות־

216 כך, למשל, מקומם של השיקול השלישי והרביעי הוחלף, ובהצעה הסופית השיקול בדבר נכונות ההורים לשתף פעולה במימוש אחריותם ההורית ניצב אחרי השיקול בדבר זכותו של הילד לקשר עם שני הוריו. שיקול זה בדבר הנכונות לשתף פעולה גם נוסח באופן פשוט וקצר יותר בהצעה הסופית. השיקול השישי, בדבר "המידה שבה טיפל כל אחד מההורים בילד", הוחלף בהצעה הסופית לניסוח אשר אינו כולל את רכיב המידה ומסתפק ב"טיפול שהעניק כל אחד מההורים לילד", וכיוצא באלה שינויים שמשמעותם מוגבלת.

217 המכתב המשלים של ועדת שניט, לעיל ה"ש 9, בעמ' 3.

218 שם, בעמ' 8 (דברי ההסבר לס' 9 להצעת החוק).

מידה משולבות של צורכי הילד וכישורי הוריו, יש למעשה הכרח (או לפחות ציפייה) בכל תביעה לפנות לעצת המומחים. הצעה זו, בדומה להצעת הביניים (אם כי בהקלה מסוימת), מותירה את הזירה פתוחה לליטיגציה מרובה. היא נעדרת חזקה או אמת-מידה אחת מרכזית ומכריעה שאמורה לעצב את ההכרעה מראש, לקצר את הדיונים ולצמצם למינימום את הפנייה למומחים – אותם מומחים, אגב, שדוח-הביניים עצמו מאריך מאוד בהסבר מדוע עבודתם כרוכה בפגמים ולעיתים אף בנוק לבני המשפחה.

## הערה לסיכום

בתי-המשפט נעזרים בחוות-דעת של אנשי-מקצוע כבר תקופה ארוכה, אולם בשנים האחרונות התעצם מקומם של אלה, בד בבד עם הקמת בית-המשפט לענייני משפחה והשינוי שחל בקנה-המידה המופעל בסכסוכים סביב שאלת האחריות ההורית. בימים שבהם הופעלה חזקת הגיל הרך באופן דווקני לא היה צורך של ממש במומחים, שהרי קנה-המידה שנקבע – גיל הילד – הינו אובייקטיבי ואינו מצריך כל מומחיות. חזקה זו השפיעה, כפי שצוין, גם על הכרעות מעבר לגיל הרך.<sup>219</sup> אולם ככל שהוגמשה פרשנותה של החזקה, וקנה-המידה של טובת הילד הקונקרטי נעשה מרכזי יותר, התעורר צורך משמעותי יותר בהתערבות מקצועית. באופן אבסורדי, ובניגוד לתכלית העומדת ביסוד בית-המשפט לענייני משפחה, התחדרו למעשה אף ההיבטים האדוורסריים של ההליכים בהקשר זה.

בית-המשפט, עורכי-הדין, המתדיינים ואנשי-המקצוע עצמם האמינו לאורך השנים כי לאנשי-המקצוע הטיפוליים יש יכולת (או לפחות יכולת טובה משל גורמים אחרים) לאתר את "טובת הילד".<sup>220</sup> במאמר זה הצגתי נתונים העשויים לערער על אמונה זו, שכבר מתחילה למעשה להיסדק מעצמה בקרב המשפטנים ואנשי-המקצוע בתחום, כפי שעולה מן הרוח המשלים של ועדת שניט, שפורסם בשלהי שנת 2011 (ולאחר כתיבתו של מאמר זה). מאחר שספק אם בשיטה המושתתת על טובת הילד ניתן לספק פְּלִי הכרעה מוצלחים יותר (אם כי ניתן ככל הנראה לשכללם), וכן בשל טעמים נוספים, סברתי כי בסופו של דבר ראוי להציע קנה-מידה אחר להכרעה. כלל השיקוף המותאם שהוצע יִתֵּר, ברוב המקרים, את ההסתייעות במבחנים פסיכו-סוציאליים; לא יגביר במידה משמעותית, כך אני מקווה, את עצם הפנייה לבית-המשפט; ובכל מקרה ישתית את ההכרעה השיפוטית (ברוב המקרים) על קני-מידה עובדתיים, המצויים בתחום המומחיות הרגילה והמוכרת של בית-המשפט. אימוצו של כלל זה ישמר ככל הנראה טוב יותר את מעמדו של בית-המשפט, ויבטיח את רווחת המשפחה ובעיקר את זו של ילדיה, אשר נתונים, בעל-כורחם, בלב הסכסוך.

219 ראו לעיל ה"ש 89.

220 הקר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 199.

