



סיגלה בנן שמילה | משרד עורכי דין Sigla Banon Shamila | Law Firm

הנדון: מזכר משפטי - חזקת הגיל הרך

מזכר זה בוחן את מעמדה הנורמטיבי של חזקת הגיל הרך המעוגנת בסעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, נוכח הפער המתהווה בין לשון החוק המחייבת לבין אופן יישומה בפסיקה לאורך השנים. המסמך יסקור את התשתית החקיקתית וההיסטורית של החזקה, ינתח את גבולות החריג הקבוע בחוק בדבר "סיבות מיוחדות", ויבחן את אופן הפעלת עקרון טובת הילד בפועל, במקרים שבהם יישומו עלול להביא לסטייה מנקודת המוצא הסטטוטורית. תכלית המזכר היא לחדד את גבולות הפרשנות השיפוטית הלגיטימית, לעגן את עקרון החוקיות בהכרעות הנוגעות לקטינים בגיל הרך, ולהבהיר את המסגרת המשפטית המחייבת החלה כל עוד לא שונה הדין על ידי המחוקק.

1. רקע משפטי לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות

חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, נחקק בראשית שנות השישים כחלק ממהלך קודיפיקטיבי מרכזי בעיצוב דיני המשפחה בישראל, במטרה לעגן מסגרת אזרחית מחייבת להסדרת כשרות משפטית, אפוטרופסות וזכויות קטינים. על רקע היעדר קודיפיקציה אזרחית אחידה בתקופת המנדט ועולם נורמטיבי מפוצל, עוגנה בחוק הגנה סטטוטורית ייעודית לקטינים, כצד פגיע וחסר ייצוג עצמאי. במסגרת תפיסה תפקודית רווחת בדבר חלוקת התפקידים ההוריים, נקבעה בסעיף 25 חזקת הגיל הרך, הקובעת כי ילדים עד גיל שש יהיו אצל אמם, אלא אם מתקיימות סיבות מיוחדות להורות אחרת. החזקה נועדה לשמש נקודת מוצא סטטוטורית ברורה להכרעה, להבטיח יציבות, ודאות והגנה התפתחותית לקטינים בגיל הרך, תוך קביעת חריג מפורש המאפשר סטייה מבוקרת מטעמי טובת הקטין. ההקשר החקיקתי מבהיר כי שינוי בנקודת האיזון שנקבעה בחוק אינו יכול להיעשות בדרך פרשנית בלבד, אלא מחייב הכרעה חקיקתית מפורשת של המחוקק.

2. לשון החוק - נקודת המוצא שלא השתנתה

סעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, קובע מסגרת נורמטיבית ברורה למקרים שבהם אין הסכמה בין הורים באשר להחזקת קטינים. הסעיף מסמיך את בית המשפט להכריע בענייני האפוטרופסות והחזקת הקטין בהתאם לטובתו, תוך קביעת כלל סטטוטורי מפורש שלפיו ילדים עד גיל שש יהיו אצל אמם, אלא אם קיימות סיבות מיוחדות להורות אחרת. מדובר בבחירה חקיקתית מודעת ומאוזנת, הכוללת נקודת מוצא מחייבת בצד חריג מוגדר, ולא בנוסח פתוח הנתון לפרשנות חופשית.

לשון הסעיף לא בוטלה, לא תוקנה ולא שונתה מאז חקיקתו. חרף שיח ציבורי, אקדמי ושיפוטי מתמשך, המחוקק בחר להותיר את ההסדר על כנו, ומשכך מדובר בנורמה חקיקתית חיה ומחייבת החלה על כל ערכאה שיפוטית. כל דיון בהחזקת קטינים בגיל הרך חייב להיפתח מנקודת מוצא זו, כאשר סטייה מן הכלל אפשרית רק בהתקיים הצדקה קונקרטית ומנומקת, הנשענת על תשתית ראייתית מספקת ועל קשר ברור לפגיעה בטובת הקטין. פרשנות החורגת מלשון הסעיף ותכליתו חותרת תחת עקרון החוקיות, פוגעת בוודאות המשפטית ומטשטשת את גבולות הסמכות בין הרשות השופטת למחוקקת.



סיגלה בנן שמילה | משרד עורכי דין Sigla Banon Shamila | Law Firm

3. בין חוק לפסיקה - הפער שנוצר עם השנים

לצד לשון חוק מפורשת ויציבה, התפתחה לאורך השנים פרקטיקה פסיקתית המרחיבה את יישום מודלי האחריות ההורית המשותפת גם ביחס לקטינים בגיל הרך, ולעיתים כנקודת מוצא יישומית. פער זה אינו תוצר של תיקון חקיקה, אלא של שינוי יישומי הנשען על תפיסות חברתיות מתחדשות, ללא עיגון סטטוטורי מחייב. בכך נוצר מתח בין הסדר חקיקתי ברור לבין יישום שיפוטי המשנה הלכה למעשה את נקודת האיזון שנקבעה בחוק. תוצאה זו פוגעת בוודאות המשפטית ומטשטשת את גבולות הסמכות בין הרשות השופטת למחוקקת. כל עוד לא תוקן הדין, חזקת הגיל הרך עומדת בתוקפה כנורמה מחייבת, ושינוי בה מחייב הכרעה חקיקתית מפורשת ולא פרשנות מצטברת.

4. טובת הילד - עקרון על או מפתח עוקף חוק

עקרון טובת הילד הוא עקרון יסודי בדיני המשפחה, אך אין הוא פוטר את בית המשפט מהחובה לפעול במסגרת לשון החוק. יישומו מחייב הנמקה קונקרטית ותשתית עובדתית ברורה הקושרת בין נסיבות המקרה לבין הצורך לסטות מן הכלל הסטטוטורי. שימוש בעקרון זה כעילה כללית לסטייה מחזקת הגיל הרך, בלא הצבעה על "סיבות מיוחדות" במובן הקונקרטי, עלול לרוקן את ההסדר החקיקתי מתוכנו ולהפוך את החרגה לכלל.

האתגר המשפטי אינו בבחירה בין טובת הילד לבין לשון החוק, אלא ביישום טובת הילד בתוך המסגרת הנורמטיבית שקבע המחוקק. כל עוד סעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות עומד בתוקפו, טובת הילד מחייבת פרשנות המעניקה לחזקה משמעות אופרטיבית ממשית, ולא פרשנות העוקפת אותה באמצעות הרחבה בלתי מבוקרת של החרגה. גבולות פרשניים ברורים הם תנאי לשמירה על עקרון החוקיות, הוודאות המשפטית ואמון הציבור בהכרעות הנוגעות לקטינים בגיל הרך.

5. סיבות מיוחדות - גבולות החרגה לחזקת הגיל הרך

המונח "סיבות מיוחדות" בסעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות קובע רף סטייה גבוה ומצומצם מן הכלל הסטטוטורי, ואינו מקנה שיקול דעת פתוח. סטייה מחזקת הגיל הרך מחייבת תשתית ראייתית כבדת משקל והנמקה קונקרטית בדבר פגיעה ממשית בטובת הקטין אם תחול החזקה. מסוגלות הורית, מעורבות הורית או תפיסות שוויוניות כלליות אינן מקימות כשלעצמן סיבה מיוחדת. תסקירים וחוות דעת מקצועיות הם כלי עזר בלבד, שאינם יכולים להחליף את נקודת המוצא החקיקתית או להצדיק סטייה ממנה ללא ממצאים עובדתיים ברורים. גם ניכור הורי עשוי להצדיק חריגה רק בנסיבות חריגות ומוכחות. שינויי טרמינולוגיה, ובכללם המעבר ל"אחריות הורית", אינם משנים את הדין ואינם יכולים לשמש תחליף לשינוי חקיקתי. גבולות החרגה הם תנאי יסוד לשמירה על עקרון החוקיות וההגנה הסטטוטורית על קטינים בגיל הרך.

6. ועדת שניט - המלצות שלא עוגנו בדין

ועדת שניט, שמונתה בשנת 2005, המליצה לבטל את חזקת הגיל הרך ולאמץ מודל של אחריות הורית משותפת, אך המלצותיה לא עוגנו בחקיקה מחייבת. חרף שיח ציבורי רחב וניסיונות חקיקה



סיגלה בנן שמילה | משרד עורכי דין Sigla Banon Shamila | Law Firm

לאורך השנים, הכנסת לא שינתה את סעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות ולא קבעה הסדר סטטוטורי חלופי. ועדה ציבורית, חשובה ככל שתהיה, אינה מחוקק, והמלצותיה אינן יוצרות נורמה מחייבת כל עוד לא עוגנו בחוק. אימוץ שיטתי של המלצות אלו בפסיקה, ללא תיקון חקיקה, חורג ממסגרת פרשנית רגילה ועלול להביא לשחיקה דהפקטו של חקיקה ראשית. לפיכך, כל שינוי מהותי בנקודת האיזון שנקבעה בחוק מחייב הכרעה חקיקתית גלויה ומפורשת, ולא התפתחות שיפוטית עקיפה.

7. המודל היישומי - הורות משותפת בגיל הרך

בפרקטיקה השיפוטית ניכרת מגמה של החלת מודלים של הורות משותפת וחלוקת זמני שהות הכוללת לינות תכופות גם ביחס לקטינים בגיל הרך, ולעיתים כתבנית יישומית אחידה. יישום זה מעורר קושי, שכן בגיל הרך יציבות, רציפות ודמות מטפלת מרכזית הן צרכים התפתחותיים יסודיים, ומעברים תכופים בין בתים עלולים לפגוע בתחושת הביטחון של הקטין, במיוחד במצבי קונפליקט הורי או היעדר תיאום. הורות משותפת אינה פסולה כשלעצמה, אך אינה יכולה לשמש נקודת מוצא אוטומטית. יישומה מחייב בחינה קונקרטית ומנומקת של טובת הקטין, תוך התייחסות לגילו, לדפוסי הטיפול בפועל טרם הפרידה, לרמת הקונפליקט ההורי ולהשפעה המצטברת של המעברים. בהיעדר בחינה כזו, קיים חשש שהמודל היישומי יסטה מתכליתו ויפגע בקטין דווקא בשלב ההתפתחותי הרגיש ביותר.

8. שינוי חברתי, שוויון והורות בעידן החדש

השינוי הפסיקתי נשען על תמורות חברתיות עמוקות בדפוסי המשפחה וההורות, ובראשן עלייה משמעותית במעורבות אבות בגידול ילדיהם והשתלבות גוברת של נשים בשוק העבודה. לפי גישה זו, טובת הילד נבחנת באמצעות שמירה על קשר משמעותי ויציב עם שני ההורים, והורות משותפת נתפסת כביטוי לשוויון מגדרי ולהכרה באבהות פעילה, גם בגיל הרך. זהו טיעון בעל משקל, המשקף ערכים חברתיים ראויים, אך עצם קיומו של שינוי חברתי אינו מצדיק כשלעצמו החלפת הסדר חקיקתי קיים באמצעות פרשנות שיפוטית. קו השבר מצוי בין ההכרה בלגיטימיות של השינוי לבין השאלה המוסדית כיצד יש ליישמו: באמצעות תיקון חקיקה מפורש הקובע כללים ומנגנוני הגנה, או בדרך של יישום שיפוטי מרחיב העלול להוביל לאחידות שאינה רגישה להבדלים בין מקרים.

9. היעדר הבחנה מספקת בין מקרים

הקושי המרכזי אינו בעצם מעורבות האב או בחשיבות הקשר ההורי, אלא בהיעדר הבחנה מספקת בין מצבים שונים המחייבים התייחסות משפטית והתפתחותית מובחנת. לעיתים מיטשטשת ההבחנה בין תינוק או פעוט הזקוק לרציפות טיפולית ודמות מטפלת מרכזית, לבין ילד בוגר יותר בעל יכולת הסתגלות גבוהה; בין הורה ששימש מטפל עיקרי בפועל לבין הורה מעורב באופן משני; בין הורות מתפקדת ושיתופית לבין מערכת יחסים רוויית קונפליקט; ואף בין הורה נורמטיבי לבין הורה פוגעני או מסוכן. טשטוש הבחנות יסוד אלה עלול להפוך את טובת הילד לסיסמה כללית, במקום לכלי הכרעה פרטני ומבוסס, ולהוביל ליישום תבניות אחידות שאינן רגישות לצרכים ההתפתחותיים הקונקרטיים של הקטין. טובת הילד מחייבת ניתוח אינדיבידואלי של נסיבות חייו והשפעת ההכרעה עליו בטווח הקצר והארוך, ולא החלה אוטומטית של מודלים אחידים בשלב חיים רגיש ופגיע במיוחד.



סיגלה בנן שמילה | משרד עורכי דין Sigla Banon Shamila | Law Firm

10. נשים, שוויון וההקשר החברתי הרחב

השיח על שוויון מגדרי בדיני המשפחה מתקיים בתוך מציאות חברתית שבה נשים ממשיכות לשאת בנחיתות מבנית, לרבות פערי שכר, פגיעות כלכלית והשלכות ארוכות טווח של הורות, פרידה וגירושים. החלה פורמלית וסימטרית של מודלים שוויוניים, בלא בחינה של יחסי הכוחות הממשיים ובלא מנגנוני הגנה משלימים, עלולה דווקא להעמיק פערים קיימים. בפועל, נשים נושאות לעיתים קרובות בנטל הטיפול הרציף והיומיומי, גם כאשר השיח המשפטי מדבר בשפת שוויון, ומעבר למודלים של הורות משותפת בגיל הרך ללא עיגון כלכלי ותעסוקתי מספק עלול להותיר את האחריות אצל האם, בעוד הזכויות מתחלקות באופן שוויוני על הנייר בלבד. שוויון שאינו רגיש להקשר החברתי והכלכלי שבו הוא מיושם אינו שוויון מהותי, ועלול להפוך לאשליה משפטית. לפיכך, האתגר בדיני המשפחה אינו בהצהרה על שוויון, אלא בעיצוב הסדרים זהירים המשלבים בין שוויון, הגנה ורגישות למציאותם של נשים וקטינים כצדדים פגיעים.

11. מערכת סגורה ללא פיקוח ציבורי

בתי המשפט לענייני משפחה פועלים בדלתיים סגורות לשם הגנה על פרטיות קטינים ובני משפחותיהם, תכלית ראויה והכרחית. ואולם, היעדר שקיפות, בצירוף עומס מערכתי ומחסור בשופטים, מקשה על ביקורת ציבורית, מחקר שיטתי וזיהוי מגמות פסיקתיות לאורך זמן. הכרעות הניתנות בהליכים חסויים מעצבות את חיי הקטין ומשפחתו לשנים רבות, ולפיכך מחייבות רמת זהירות, עקביות והנמקה גבוהה במיוחד. היעדר פיקוח ציבורי אינו מצדיק רפיון נורמטיבי, אלא מחייב אחריות שיפוטית מוגברת, יישום נאמן של לשון החוק והבחנה שיטתית בין מקרים. רק כך ניתן למנוע שונות בלתי מוסברת, שחיקה שקטה של נורמות חקיקתיות, ולהבטיח הגנה אמיתית על טובת הקטין במערכת שפועלת הרחק מן המבט הציבורי.

12. השאלה שנותרת פתוחה

הדיון בחזקת הגיל הרך חורג ממחלוקת משפטית גרידא ונוגע בליבת האחריות החברתית להגנה על קטינים חסרי קול ובחירה. השאלה אינה אם שוויון הורי הוא ערך ראוי, אלא האם יישומו נעשה מתוך בחינה פרטנית, רגישה ומבוססת של טובת הילד הקונקרטי, או באמצעות מודלים אחידים הנשענים על שיקולים מערכתיים ואידאולוגיים. בגיל הרך, שבו הקטין תלוי לחלוטין במי שמכריע בעניינו, קיים סיכון ממשי שטובתו תיטשטש בתוך שיח מופשט. בסופו של דבר, ההכרעה אינה ערכית בלבד אלא מוסדית: מהו הדין המחייב כאן ועכשיו, ומהם גבולות הפרשנות הלגיטימית כל עוד המחוקק לא שינה את נקודת האיזון שקבע בחוק. שאלה זו מחייבת הכרעה ברורה, ולא הותרתה במתח פרשני מתמשך.

13. עקרון החוקיות, גבולות הפרשנות, והקו שמגן על קטינים בגיל הרך

השאלה אינה אם שוויון הורי הוא ערך ראוי, אלא מי מוסמך להפוך אותו לנקודת מוצא מחייבת ובאיזה מנגנון נורמטיבי. סעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות קובע כלל ברור בצד חריג מצומצם, ושינוי נקודת האיזון שקבע המחוקק אינו יכול להיעשות בדרך פרשנית בלבד, אלא מחייב הכרעה חקיקתית מפורשת. הביטוי "סיבות מיוחדות" קובע רף ראייתי גבוה ואינו מושג גמיש הנתון למילוי לפי מגמות רוחב או תפיסות ערכיות כלליות; מסוגלות הורית ומעורבות רגשית,



סיגלה בנן שמילה | משרד עורכי דין
Sigla Banon Shamila | Law Firm

חשובות כשלעצמן, אינן מקימות כשלעצמן עילה לסטייה מן החזקה. סטייה מחייבת הוכחה קונקרטית לפגיעה בטובת הקטין או לצורך בהסדר חלופי המבטיח יציבות והגנה התפתחותית ממשית. לשם שמירה על הקטין בגיל הרך, נדרש שילוב בין נאמנות ללשון החוק לבין יישום חריג זהיר, מבוקר ומנומק, המבוסס על ראיות כבדות משקל והבחנה שיטתית בין מקרים. רק כך נשמר האיזון הראוי בין טובת הקטין, עקרון החוקיות והאחריות המוסדית של בית המשפט.

בכבוד רב, ובברכה,

עו"ד סיגלה בנן שמילה