



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

הנדון: מזכר משפטי - חזקת הגיל הרך

מדובר זה בוחן את מעמדה הניתנת לחזקת הגיל הרך המועוגנת בסעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, נוכח הפער המתהווה בין לשון החוק המחייב לבין אופן יישומה בפסיקה לאורך השנים. המשמק יסקור את התשתית החקיקתית וההיסטוריה של החזקה, ניתח את גבולות החירג הקבוע בחוק בדבר "סיבות מיוחדות", ויבחן את אופן הפעלת עקרון טובת הילד בפועל, במקרים שבהם ישומו עלול להביא לסתיטה מנוקדת המוצאת סטוטורית. תכלית המזכיר היא לחדד את גבולות הפרשנות השיפוטית הלגיטימית, לעגן את עקרון החזקיות 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 ממכלול קודיפיקטיבי מרכזי בעיצוב דיני המשפחה בישראל, במטרה לעגן מסגרת אזרחית מחייבת להסדרת כשרונות משפטיות, אפוטרופסות וזכויות קטינים. על רקע העדר קודיפיקציה אזרחית אחידה בתקופת המנדט ועולם נורמטי מפוץ, עוגנה בחוק הגנה סטוטורית ייעודית לקטינים,צד פגיעה וחסר ייצוג עצמאי. במסגרת תפוקה רוחנית בדבר חלוקת התפקידים החוריים, נקבעה בסעיף 25 חזקת הגיל הרך, הקובעת כי ילדים עד גיל שש יהיו אצלם, אלא אם מתקיימות סיבות מיוחדות להורות אחרת. החזקה נועדה לשמש נקודת מוצא סטוטורית ברורה להכרעה, להבטיח יציבות, ודאות והגנה התפתחותית לקטינים בגיל הרך, תוך קביעת חריג מפורש המאפשר סטייה מבוקרת מטעמי טובת הקטין. ההקשר החקיקתי מבahir כי שינוי בנקודת האיזון שנקבעה בחוק אינו יכול להיעשות בדרך פרשנית בלבד, אלא מחייב הכרעה חקיקתית מפורשת של המחוקק.

2. לשון החוק - נקודות המוצה שלא השתנה

סעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, קובע מסגרת נורמטטיבית 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 סטוטוררי מפורש שלפיו ילדים עד גיל שש יהיו אצלם, אלא אם קיימות סיבות מיוחדות להורות אחרת. מדובר בבחירה חקיקתית מודעת ומואזנת, הכוללת נקודת מוצא מחייבת הצד חריג מוגדר, ולא בנוסח פתוח הנתנו 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 בnorma Chakikatit Chaya ומחייבת החלה על כל ערכאה שיפוטית. כל דיוון בהחזקת קטינים בגיל הרך חייב להיפתח מנקודת מוצא זו, כאשר סטייה מן הכלל אפשרית רק בהתקיים הצדקה קונקרטית ומנומקת, הנשענת על תשתיית ראייתית מספקת ועל קשר ברור לפגיעה בטובת הקטין. פרשנות החרוגת מלשון הסעיף ותכליתו חותרת תחת עקרון החזקיות, פוגעת בוודאות המשפטית ומטשטשת את גבולות הסמכות בין הרשות השופטת למחוקקת.



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

3. בין חוק לפסיקה - הפער שנוצר עם השניהם

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

4. טובת הילד - עקרון על או מפתח עוקץ חוק

עקרון טובת הילד הוא עקרון יסוד בדיני המשפט, אך אין הוא פוטר את בית המשפט מהחובב לפעול במסגרת לשון החוק. יישומו מהיבן הנמקה קונקרטית ותשתיית עובדתית ברורה הקושרת בין נסיבות המקורה לבין הצורך לסתות מן הכלל הסטוטורי. שימוש בעקרון זה כעילה כלילית לסתיטה מהחזקת הגיל הרך, ללא הצבעה על "סיבות מיוחדות" במובן הקונקרטי, עלול לרוקן את ההסדר החקיקתי מתוכנו ולהפוך את החיריג לכלל.

האתגר המשפטי אינו בבחירה בין טובת הילד לבין לשון החוק, אלא ביחסם טובת הילד בתחום המсмерת הנורמטטיבית שקבע המחוקק. כל עוד סעיף 25 לחוק הקשרות המשפטית והאפוטרופסות עומד בתוקפו, טובת הילד מחייבת פרשנות המעניקה לחזקה משמעות אופרטיבית ממשית, ולא פרשנות העוקפת אותה באמצעות הרחבה בלתי מבוקרת של החיריג. גבולות פרשנים ברורים הם תנאי לשמירה על עקרון החוקיות, הוגדות המשפטית ואמון הציבור בהכרעות הנוגעות לקטינים בגיל הרך.

5. סיבות מיוחדות - גבולות החיריג לחזקת הגיל הרך

המושג "סיבות מיוחדות" בסעיף 25 לחוק הקשרות המשפטית והאפוטרופסות קובע רף סטיה גבוהה ומוצומצם מן הכלל הסטוטורי, ואינו מKENNA שיקול דעת פתוח. סטיה מהחזקת הגיל הרך מחייבת תשתיית ראייתית כבדת משקל והنمקה קונקרטית בדבר פגיעה ממשית בטובת הקטין אם תחול החזקה. מסוגיות הורית, מעורבות הורית או תפיסות שוויוניות כליליות אין מקומות שלעצמם סיבה מיוחדת. תסקרים וחוות דעת מקצועיות הם כלי עוז בלבד, שאינם יכולים להחליף את נקודת המוצא החקיקתית או להצדיק סטיה ממנה ללא ממצאים עובדתיים ברורים. גם ניכור הורית עשוי להצדיק חיריגה רק במקרים חריגות ורוכחות. שינוי טרמינולוגיה, ובכללן המעבר ל"אחריות הורית", אינם משנה את הדין ואין יכולם לשמש תחליף לשינוי חקיקה. גבולות החיריג הם תנאי יסוד לשמירה על עקרון החוקיות וההגנה הסטוטורית על קטינים בגיל הרך.

6. עדת שנייט - המלצות שלא עוגנו בדיין

ועדת שנייט, שמונהה בשנת 2005, המליצה לבטל את חזקת הגיל הרך ולאMESS מודל של אחריות הורית משותפת, אך המלצתה לא עוגנו בחקיקה מחייבת. רף שיח ציבורי רחב וניסיונות חקיקה



סיגלה בנון 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 שתיהה, אינה מחוקק, והמלאכותיה אינן יוצרות נורמה מחייבת כל עוד לא עוגנו בחוק. אימוץ שיטתני של המלצות אלו בפסיכיקה, ללא תיקון חוקיקה, חורג מסגרת פרשנית גילה ועלול להביא לשחיקת דה-פקטו של חקיקה ראשית. לפיכך, כל שינוי מהותי בנקודות האיזון שנקבעה בחוק מחייב הכרעה חוקית גלויה ומפורשת, ולא התפתחות שיפוטית עקיפה.

7. המודל היישומי - הורות משותפת בגיל הרך

בפרקтика השיפוטית ניכרת מגמה של החלט מודלים של הורות משותפת וחולקת זמני שהות הכוללת לינות תכופות גם ביחס לקרטינים בגיל הרך, ולעתים כתבניות יישומית אחת. ישום זה מעורר קושי, שכן בגיל הרך יציבות, רציפות ודמות מטפל מרוכזת הן צרכים התפתחותיים יסודים, ומעברים תכופים בין בתים עלולים לגרום בתחרות הביטחון של הקטין, במיוחד במצב קונפליקט הורי או היעדר תיאום. הורות משותפת אינה פסולה כשלעצמה, אך אינה יכולה לשמש נקודת מוצא אוטומטית. ישומה מחייב בוחנה קונקרטית ומנמקת של טובת הקטין, תוך התייחסות לגילו, לדפוסי הטיפול בפועל טרם הפרידה, לרמת הקונפליקט הורי ולהשפעה המצתברת של המUberים. בהיעדר בוחנה כזו, קיים חשש שהמודל היישומי יסתה מתכליתו ויגע בקטין דזוקא בשלב ההתפתחותי הרגיש ביותר.

8. שינוי חברותי, שוויון והורות בעידן החדש

השינוי הפסיכטי נשען על תמורה חברותיות עמוקות בדפוסי המשפחה וההורות, ובראשן עליה משמעותה במערכות אבות בגדילILD וילדיהם והשתלבותם כוברת של נשים בשוק העבודה. לפי גישה זו, טובת הילד נבחנת באמצעות שמירה על קשר ממשועתי ויציב עם שני הורים, והורות משותפת נקבעת כביטוי לשווון מגדרי ולהכרה באבותות פעילה, גם בגיל הרך. זהו טיעון בעל משקל, המשקף ערכיים חברותיים רואויים, אך עצם קיומו של שינוי חברותי אינו מצדיק כשהעצמו החלפת הסדר הקיים קיימים באמצעות פרשנות שיפוטית. קו השבר מצוי בין ההכרה בלגיטימיות של השינוי לבין השאלה המוסדית כיצד יש לישמו: באמצעות תיקון חוקה מפורש הקובלם כללים ומגנוני הגנה, או בדרך של ישום שיפוטי מרחיב העולל להוביל לאחדות שאינה רגישה להבדלים בין מקרים.

9. היעדר הבחנה מספקת בין מקרים

הकשי המרכזי אינו בעצם מערכות האב או בחשיבות הקשר הורי, אלא בהיעדר הבחנה מספקת בין מצבים שונים המכובדים התייחסות משפטית וההתפתחותית מובחנת. לעתים מি�שפטשת הבחנה בין תינוק או פועל חזוק לרציפות טיפולית ודמות מטפל מרוכזת, בין ילד בוגר יותר בעל יכולת הסתגלות גבוהה; בין הורה ששימוש מטפל עיקרי בפועל לבן הורה מעורב באופן משני; בין הורות מתפרקת ושיתופית לבין מערכת יחסים רוויתית קונפליקט; ואף בין הורה נורמטיבי לבין הורה פוגעני או מסוכן. טשטוש הבחנות יסוד אלה עלול להפוך את טובת הילד לסייעת כללית, במקומות לכלי הכרעה פרטני וمبוסס, ולהוביל ליישום תבניות אחדות שאינן רגישות לצרכים ההתפתחותיים הקונקרטיים של הקטין. טובת הילד מחייבת ניתוח אינדיבידואלי של נסיבות חיווי והשפעת ההכרעה עליו בטוחה הקצר והארוך, ולא החלט אוטומטית של מודלים אחדים בשלב חיים רגיש ופגיע במיוחד.



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

10. נשים, שוויון וההקשר החברתי הרוחב

השיח על שוויון מגדרי בדיי המשפחה מתקיים מתוך מציאות חברתית שבה נשים ממשיכות לשאת בנהיותם מבנית, לרבות ערי שכר, פגעות כלכליות והשלכות ארוכות טווח של הורות, פרידה וירושים. הchèלה פורמלית וסימטרית של מודלים שוויוניים, ללא בינה של יחס הכוחות המשניים ובלא מגנוני הגנה שלילמים, עלולה דזוקא להעמיק פערים קיימים. בפועל, נשים נושאות לעתים קרובות בנפל הטיפולי הרציף והיוםומי, גם כאשר השיח המשפטי מדובר בשפט שוויון, ומעבר למודלים של הורות משותפת בגיל הרך ללא עיגון כלכלי ותעסוקתי מספק עלול להוותיר את האחריות אצל האם, בעוד הזכויות מתחולקות באופן שוויוני על הנער בלבד. שוויון שאינו רגיש להקשר החברתי והכלכלי שבו הוא מושם אינו שוויון מהותי, ועלול להפוך לאשליה משפטית. לפיכך, האתגר בדיי המשפחה אינו בהצהרה על שוויון, אלא בעיצוב הסדרים והירויים המשלבים בין שוויון, הגנה ורגשות למציאותם של נשים וקטיניהם כצדדים פגיעים.

11. מערכת סגורה ללא פיקוח ציבורי

בתדי המשפט לענייני משפחה פעילים בדლתיים סגורות לשם הגנה על פרטיותם קטינים ובני משפחوتיהם, תכילת ראייה והכרחית. ואולם, היעדר שיקיפות, בצירוף עומס מערכתי ומחסור בשופטים, מנסה על בקורת ציבורי, מחקר שיטתי ויזיהו מגמות פסיקתיות לאורך זמן. הכרעות הנינטות בהליכים חסויים מעצבות את חייו האישי ומשפחתו לשנים רבות, ולפיכך מחייבות רמת זהירות, עקבות והנמקה גבוהה במיוחד. היעדר פיקוח ציבורי אינו מצדיק רפיון נורמטיבי, אלא מחייב אחריות שיפוטית מוגברת, ישום נאמן לשון החוק והבחנה שיטית בין מקרים. רק כך ניתן למנוע שנות בלתי מוסברת, ש恵קה שקטה של נורמות חוקיות, ולהבטיח הגנה אמיתית על טובת הקטין במערכת שפועלת הרחק מן המבט הציבורי.

12. השאלה שנותרה פתוחה

הדיון בחזקת הגיל הרך חורג ממחלוקת משפטית גרידא ונוגע בלבית האחריות החברתית להגנה על קטינים חסרי קול ובחירה. השאלה אינה אם שוויון הורי הוא ערך ראוי, אלא האם יישומו נעשה מתוך בינה פרטנית, רגשה ובסיסת של טובת הילד הקונקרטי, או באמצעות מודלים אחידים הנשענים על שיקולים מערכתיים ואידיאולוגיים. בגיל הרך, שבו הקטין תלוי לחלוון במישמריע בעניינו, קיים סיכון ממשי שתובתו תיטשטש מתוך שיח מופשט. בסופה של דבר, ההכרעה אינה ערכית בלבד אלא מוסדית: מהו הדין המחייב כאן ועתיו, ומהם גבולות הפרשנות הלאומית כל עוד החוק קלא שינה את נקודת האיזון שקבע בחוק. שאלה זו מחייבת הכרעה ברורה, ולא הורתה במתח פרשני מתמשך.

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

השאלת אינה אם שוויון הורי הוא ערך ראוי, אלא מי מוסמך להפוך אותו לנקודת מוצא מחייבת ובאיזה מנגנון נורמטיבי. סעיף 25 לחוק הנסיבות המשפטיות והאופטופסיות קבוע כלל בורר בצד חריג מצומצם, ושינוי נקודת האיזון שקבע החוק אין יכול להיעשות בדרך פרשנית בלבד, אלא מחייב הכרעה חוקית מפורשת. הביטוי "סיבות מיוחדות" קבוע רף ראייתי גבוה ואני מושג ממש הנתון למילוי לפי מגמות רוחב או תפיסות ערכיות כלליות;مسؤولות הורות ומערכות רגשית,



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

חשיבותם של עצמן, אין מקומות כשלעצמם עיליה לטטייה מן החזקה. סטייה מחייבת הוכחה קונקרטית לפגיעה בטובת הקטין או לצורך בהסדר חלופי המבטיח יציבות והגנה התפתחותית ממשית. לשם שמיירה על הקטין בגיל הרך, נדרש שילוב בין נאמנות לשון החוק לבין יישום חריג זהיר, מבוקר ומנומך, המבוסס על ראיות כבדות משקל והבחנה שיטית בין מקרים. רק כך נשמר האיזון הרואי בין טובת הקטין, עקרון החוקיות והאחריות המוסדית של בית המשפט.

בכבוד רב, ובברכה,
עו"ד סיגלה בנון-שמילה
