

# פסיכולוגיה ומשפט

## העתקת מגורים לאחר גירושין: הגדרת טובת הילד

המשכיות בחייו<sup>1</sup> דבר המוצא ביטוי בתחומים שונים, כמו מתן מענה לצרכים יומיומיים: אוכל, לבוש, הכנת שעורי בית, מסגרת חינוכית, אורח חיים דתי<sup>2</sup>, קשר עם שני ההורים ומגורים. יהיה זה תמים לחשוב כי ניתן להתגרש מחד ומאידך להשאיר את כל מערך החיים כפי שהיה, אולם נזכור כי השינוי ההכרחי, כפועל יוצא מעצם הגירושין, כל כך עצום ומרחיק לכת, עד כי יש לחתור למזער - ככל הניתן - את השינויים האחרים. עצם הרצון של הורים - או לפחות הורה אחד - להתגרש מעיד גם על הרצון או על הצורך לשינוי בחיים. אולם מה שטוב להורים אינו בהכרח טוב לילדים, לפחות לא בתודעה המיידית שלהם. לדוגמא, חלק ניכר מהילדים - במיוחד הקטנים - אשר הוריהם עומדים על סף גירושין מביעים עמדת התנגדות לגירושין אלא רוצים כי ההורים יחזרו לחיות ביחד בשלווה. מאחורי כמיהה כזאת עומדת מידה לא מבוטלת של נאיביות אשר משקפת את הצורך של הילדים לשמר מצב נתון, במיוחד בכל מה שקשור לדמויות פסיכולוגיות. אמנם ייתכן מאד כי טובת הילדים בטווח הארוך היא שהורים הנמצאים במערכת יחסים פתולוגית אכן יתגרשו, אולם בתפיסה המיידית שלהם הילדים מתקשים להשלים עם הפירוד והשינוי.

אחת הסוגיות הכואבות אשר קשורות לגירושין נוגעת להעתקת המגורים של ההורה המשמורן למקום הרחוק ממקום מגורי ההורה הלא-משמורן. בספרות המשפטית-פסיכולוגית האמריקאית הסוגיה ידועה בשם relocation או move-away. היא מעלה שאלות הקשורות לטובת הילד, לזכויות של הורים וילדים, לטובתם של הורים ולצורך לבחור בין צרכים וזכויות מתנגשים ואף סותרים.

מאמר זה מנסה לסקור כיצד מטופל הנושא בספרות המשפטית הישראלית, האמריקאית והיהודית וכן בספרות הפסיכולוגית, על מנת לקבוע את אמות המידה שיש לבחון בבואנו להכריע בין שני הורים בדבר תביעות מוסריות, הגיוניות וצודקות אבל סותרות. אבל תחילה, מספר מלים על הרקע החברתי וההקשר בו מתקיימות התדיינות כאלה היום.



דניאל גוטליב

### הקדמה

גירושין מהווים תמיד אבן דרך משמעותית ביותר בהתפתחות של משפחה ככלל ועבור ילדי המשפחה בפרט ולמעשה מהווים האירוע היותר משמעותי בילדות של ילדים אלה.

גירושין, יותר משהם מסמלים פרידה בין הורים, הם מהפך, מחייבים שינוי ומאיימים לפגוע ברצף של חיי הילדים. השינוי הפיזי במבנה המשפחה גורר שינוי מבני המשפיע על חלוקת תפקידים וסמכויות, על הנגישות והזמינות של ההורים לילדים, על התפיסה הכלכלית של המשפחה ועל חלוקת משאבים כמו זמן, כסף וכו'. למעשה, לא הפרידה הפיזית היא שגורמת לשינויים המשמעותיים: במקרים רבים עוד בטרם הפרידה הפיזית, מסגלים לעצמם שני ההורים אורחות חיים נפרדים ומקבילים על אף שהם ממשיכים להתגורר תחת קורת גג אחת.

גירושין מעלים תמיד שאלות קשות וכואבות לגבי המשך חיי ילדים, ושאלות אלה מתחדדות והופכות דילמות איומות כאשר שני ההורים אינם מצליחים להגיע לפתרון מוסכם ומשותף.

השיקולים המשפיעים על קביעת המשמורת - רבים. אחד המרכזיים ביניהם הוא היכולת של כל הורה לאפשר לילדו

ד"ר דניאל גוטליב, פסיכולוג. סגן מנהל מכון שינוי לטיפול מערכתי במשפחה ובפרט

רפואה ומשפט גיליון מס' 22 - אפריל 2000

## המישור הפוליטי – חברתי

בסוף המאה ה-18 לא היו מאבקי משמורת. כאשר זוג נפרד, ילדי הזוג עברו בצורה אוטומטית למשמורת של אביהם מתוך הנחת היסוד כי הם רכוש אביהם.

כפי שלא היו מאבקי משמורת, כך ניתן גם לנחש שלא היו מאבקים משפטיים כאשר ההורה המשמורן ביקש להעתיק את מגוריו ביחד עם הילד למקום רחוק ממגורי ההורה הלא-משמורן. כאשר הילדים נחשבו רכוש אביהם, הוא היה רשאי לעשות אתם כראות עיניו.

במאה העשרים התחולל שינוי תפיסתי, ומקומה של האם בתור דמות פסיכולוגית מרכזית בתהליך ההתפתחות של הילד – באופן מיוחד הילד הצעיר – צבר תאוצה. הדוקטרינה של "חזקת הגיל הרך" תפסה את מקומה של הדוקטרינה של "רכוש". עם זאת, ככל שהחברה היתה פחות ניידת (mobile), כך פחתו הסיכויים שאשה תעתיק את מקום מגוריה לאחר גירושין למקום רחוק. לא זו בלבד, אלא שאם היו לה הרצון והאמצעים לעשות כן, ייתכן והדבר היה מעורר פחות התנגדות מצידם של אבות אשר רק בשלושים השנים האחרונות החלו - כקבוצה - לקחת חלק פעיל יותר בגידול הילדים ואף לראות את עצמם בתור שווים לנשים כאשר התעורר צורך להחליט איזה הורה מתאים יותר לגדל את הילדים.<sup>3</sup>

מאבקי משמורת בין הורים מתגרשים מתאפיינים לעיתים לא רק בשל שאלות הקשורות לטובת הילד אלא גם בשאלות הנוגעות לזכויות של הורים. אמנם טובת הילד היא המכריעה בסופו של דבר<sup>4</sup>, אבל אי אפשר להתעלם מזכויות ההורים, אם מבחינה משפטית ואם מבחינה חברתית-פוליטית. כאשר ההורה המשמורן מבקש להעתיק את מגוריו לחו"ל או למקום מרוחק בארץ קשה לעיתים לעשות הפרדה ברורה בין טובת הילד ובין טובת ההורה. במציאות הישראלית העכשווית, אי אפשר להתעלם מההשפעות של חוקי יסוד כמו **חוק כבוד האדם וחירותו** או אמנת האו"ם בענין זכויות ילדים (1989) שישראל חתומה עליה.

## הרקע המשפטי בישראל

נושא העתקת מגורים נדון מספר פעמים בבתי משפט<sup>5</sup>. בפסק דין ארוך ומפורט (מ. א. 2069/92 **פלוני נגד פלוני** בבית המשפט המחוזי בת"א) דן כבי' השופט פורת, כיום סגן הנשיא, בבקשה של אם להוציא שני ילדים - ילד בן עשר וילדה בת שבע – למרכז נופש בעיר קולונה בקולומביה הבריטית (קנדה),

שם היה בן זוגה החדש אמור לשמש בתפקיד בכיר בבית מלון. על פי הסכם הגירושין בין ההורים, היו לאב הסדרי ראייה נרחבים ובפועל הוא נטל חלק פעיל מאד בחיי הילדים ושילם מרצונו דמי מזונות גבוהים. בפסק הדין, סוקר השופט פורת את הגישות השונות לענין עקירה למקום מגורים חדש המופיעים בפסיקה האמריקאית ומציין שלש גישות עיקריות:

- א. עקירה וחופש תנועה העולות בקנה אחד עם טובת הילד "אלא אם כן ההורה הלא-משמורן, ונטל ההוכחה עליו, יוכיח שעקירה אינה לטובת הילד,"
- ב. עקירה מנוגדת לטובת הילד (הגישה במדינת ניו-יורק בשעתו) אלא אם כן ההורה המשמורן יכול להביא סיבות מיוחדות ומכריעות להצדקת העקירה.
- ג. גישה אמצעית האומרת כי ההגירה עולה בקנה אחד עם טובת הילד כל עוד יש להורה המשמורן "סיבה לגיטימית".

בהמשך פסק הדין מתמקד כבי' השופט פורת במספר מרכיבים אותם ראוי לבחון. סגן הנשיא שטופמן מסכמת מרכיבים אלה (תמ"ש 6173/95) כדלהלן:

1. האם טובת הקטין בהגירה?
2. כאשר הקטין נמצא במשמורת ההורה המהגר, האם יהיה זה לטובתו להישאר במשמורת של אותו הורה?
3. האם טובת היחידה המשפחתית החדשה בהגירה?
4. מהי סיבת ההגירה?
5. מהו המרחק אשר ייווצר בין הילד לבין ההורה הלא-משמורן?
6. האם קיימים משאבים כלכליים שיוכלו לאפשר ביקורים?
7. האם ההורה המשמורן מביע נכונות לאפשר המשך קשר בין הילד להורה הלא-משמורן?
8. האם ההסדר המוצע יציב וקבוע?
9. השפעת שיקולי תרבות וחינוך.

לאחר שקילת כל המשתנים דלעיל פסק בית המשפט כי "העקירה אינה מוצדקת ואיננה סבירה היא נעשית תוך התעלמות מהילדים." (עמוד 98 בפסה"ד).

בפסק דין אשר ניתן בשנת 1998 בתמ"ש 14622/97, בבית המשפט לעניני משפחה בירושלים, דנה כבוד השופטת נילי מימון בעניינן של שתי ילדות בנות 13 ו-10 אשר הוריהן התגרשו ואמן עברה איתן לחו"ל על פי הסכם בינה לבין האב. לאחר כשנה פנה האב לבית המשפט ותבע שינוי משמורת, כלומר, העברת הבנות אליו בארץ. בפסק הדין מתמקדת כבי' השופטת מיימון על עניני זכויות הילד במשפט הישראלי ועומדת ארוכות על רצונן של הבנות. בסיכום קובעת השופטת: "באיוון בין הזכויות, נוטה הכף לטובת האם-הנתבעת ממספר

טעמים והם:

1. האם היא ההורה המשמורן.
2. הבנות נמצאות במשמורתה מאז הגירושין.
3. עיקר עול הטיפול עוד לפני הגירושין היה מוטל על האם.
4. בשל גיל הבנות עדיף שהן תהיינה במשמורת האם.
5. עוד קודם לתביעה הסכים האב "לפגיעה במימוש המקסימלי של מימוש הורות."
6. האב לא הגיע למיצוי סדרי הראיה.
7. הבנות נקלטו כבר בחו"ל.
8. השארת הבנות בארץ תאלץ את האם לוותר על בניית משפחה חדשה, מה שעלול לפגוע בטובתן של הבנות.
9. השארת הבנות בארץ תפגע בהתפתחותה המקצועית של האם.

10. הפגיעה באב עקב משמורת אצל האם תהיה פחותה.
  11. אישור נסיעת הבנות לחו"ל ימנע פגיעה בזכותן.
  12. רצונן של הבנות לצאת לחו"ל וכן טובתן "מצביעות על הטיית האיזון שבין זכויותיהן מול זכויות אביהן".
- אי לכך קבע בית המשפט כי האם תוכל להוציא את הבנות למגורים לחו"ל עם הסדרי ביקורים לאבי.

באוקטובר 1998 דן בית המשפט המחוזי בתל אביב (תיק ע"מ 90/97) בערעור על פסק דין של בית המשפט לענייני משפחה אשר התיר לאם להוציא ילד כבן 12 לחו"ל לתקופה של שנתיים, לצורך השתלמות רפואית של האם ובעלה החדש - שניהם רופאים במקצועם. במקרה זה נסב הדיון על הבעת רצונו, לכאורה, של הבן שלא להצטרף לאמו בנסיעתה לחו"ל. על פי חוות דעת של פסיכולוגית, "רצונו" שלא להצטרף לאם הוא תוצאה של תסמונת ההתנכרות להורה (Parental Alienation Syndrome) וכי ניתוקו של הילד מאמו, איננו תואם את טובתו. בית המשפט אימץ את מסקנותיה של הפסיכולוגית המומחית ופסק בהתאם. לאחר דיון ארוך בנושא זכויות הילד לרבות זכות הילד להישמע בבית המשפט, החליט בית המשפט המחוזי לדחות את הערעור ולהתיר לאם להוציא את הבן לחו"ל.

באותו עניין עסק גם תמ"ש 4440/98 (בית המשפט לענייני משפחה בירושלים) בו הותר לאם להוציא ילדה כבת שש לחו"ל ללא הגבלת זמן עם הסדרי ראיה וקשר. בפסק דין מינואר 1999 (תמ"ש 6173/95 בית המשפט לענייני משפחה בתל אביב) קבעה סגן הנשיא כבוד השופטת שטופמן כי האם יכולה להעתיק את מגורי הקבע שלה ושל בנה ללונדון עם הסדרי ראיה של סוף שבוע ארוך אחד לחודש וכן גם בזמן חופשות.

מכאן שעל אף שהחקיקה הישראלית דלה ביותר ולמעשה איננה מתייחסת לכל עניין העתקת מגורים, הנושא נדון מספר פעמים בבתי משפט. נעיר כי כמות הפסיקה מעטה והנושא טרם נבחן בצורה יסודית בבית המשפט העליון.

ניתן לקבוע כי הפסיקה הישראלית כיום הינה די מקילה כלפי הורה המבקש להוציא ילד מהארץ, בכך שלא מוטל על אותו הורה להוכיח "נסיבות יוצאות דופן" על מנת לגבור על הנחת יסוד שעדיף לילד להישאר באשר הוא. אדרבה, במקום שיהיו הנחות יסוד משפטיות כגון הגישה התלת רמתית האמריקאית (ראה להלן), הרי כל מקרה נשקל לגופו על פי אמות מידה שבסופו של דבר קשורות יותר לפסיכולוגיה מאשר לתחום המשפט.

גם בתי הדין הרבניים מתמודדים עם שאלות כאלה<sup>6</sup>, אולם מנקודת מבט שונה קצת. "טובת הילד" אכן מנחה את בית הדין אולם ניתן שם משקל לא מבוטל לחזקות כמו "הבן אצל האב"<sup>7</sup>, "הכל מעלין לארץ ישראל לירושלים ואין הכל מוציאין"<sup>8</sup> וכן גם הערך של תלמוד תורה. לא נרחיב את הדיבור על הטיפול של בתי הדין<sup>9</sup> ונסתפק באיזכור של דיון אשר התקיים לפני למעלה מ-400 שנה, והמובא בשו"ת (שאלות ותשובות) המבי"ט (רב משה בן יוסף טרני - 1580-1500). מדובר במקרה של איש אשר נפטר והותיר אחריו שני ילדים קטנים. אלמנתו רצתה לעקור למקום אחר ואילו הורי האב טענו כי חובתם לחנך את הילדים ועל כן אינם מעוניינים כי הילדים יורחקו מהם. פסק המבי"ט כדלהלן:

נראה דהכל לפי ראות (ראיית) בית דין מה שהוא תקנתן של יתומי (טובת הילדים) ובנדון זה אם יראה לבית דין שהיא תקנה (טוב) ליתומים אלו שיעמוד אצל אבי אביהן (שיהיו במשמורת סבם) יכופו (יכריחו) אותה (האם) שתעמוד (שתגור) בעיר עד הגמל הנער והבן שהוא כבן ה (חמש) שנים. נראה דבר פשוט שאם תרצה היא לצאת מן העיר שלא תוכל להוליכו עמה כמו שכתבתי וכל שכן להוציאו מארץ ישראל לחוץ לארץ ויש סכנת דרכים לילדים יותר מן האנשים וכל שכן כשרואין בית דין שיש תקנה ליתומים (שיהיה טוב לילדים) לעמוד (לגור) במקום אבי אביהן. (ההסברים בסוגריים - שלי, ואינם מופיעים במקור. ד.ג.)

## המצב בארצות הברית

הגישה לשאלות של העתקת מגורים, relocation, בארצות הברית שונה ממדינה למדינה<sup>10</sup> ובחינה של הסוגיה שונה

לערך של חיזוק ויצוב המשפחה החדשה שנוצרה לאחר הגירושין.

בערעור בענין Tropea v. Tropea קבע בית המשפט כי הדרך המשפטית אשר הייתה מקובלת עד לאותו זמן ליישוב סכסוכים כאלה אינה מאפשרת התמקדות מספקת בטובת הילד הספציפי:

The most commonly used formula involves a **three-step analysis that looks first to whether the proposed relocation would deprive the noncustodial parent of "regular and meaningful access to the child"** (e.g., Lavane v Lavane, 201 AD2d 623; Lake v Lake, 192 AD2d 751; Radford v Propper, 190 AD2d 93; Schaefer v Brennan, 170 AD2d 879; Cassidy v Kapur, 164 AD2d 513; Schouten v Schouten, 155 AD2d 461; Blundell v Blundel, 150 AD2d 321; Murphy v Murphy, 145 AD2d 857; Zaleski v Zaleski, 128 AD2d 865; Klein v Klein, 93 AD2d 807). **Where a disruption of "regular and meaningful access" is not shown, the inquiry is truncated, and the courts generally will not go on to assess the merits and strength of the custodial parents' motive for moving** (see, e.g., Bennett v Bennett, 208 AD2d 1042; Partridge v Meyerson, 162 AD2d 507; Lake v Lake, supra). **On the other hand, where such a disruption is established, a presumption that the move is not in the child's best interest is invoked and the custodial parent seeking to relocate must demonstrate "exceptional circumstances" to justify the move** (e.g., Lavelle v Freeman, 181 AD2d 977; Rybicki v Rybicki, 176 AD2d 867; Hathaway v Hathaway, 175 AD2d 336). **Once that hurdle is overcome, the court will go on to consider the child's best interests.**

The premise underlying this formula is that children can derive an abundance of benefits from "the mature guiding hand and love of a second parent" (Weiss v Weiss, supra, at 175; accord, Radford v Propper, supra, at 99) and that, consequently, geographic changes that significantly impair the quantity and quality of parent-child contacts are to be "disfavored" (see, Farmer v Dervay, 174 AD2d 857, 858; Matter of Pasco v Nolen, 154 AD2d 774, 776; Matter of Towne v Towne, 154 AD2d 766, 767). While this premise has much merit as a tenet of human dynamics, the legal formula that it has spawned is problematic and, in many respects, unsatisfactory. (see, Miller, Hon. S., Whatever Happened to

ממדינה למדינה. במדינות רבות - ובראשן קליפורניה, קיימת בחוק, ובהמשך לכך בפסיקה, הנחה לכאורה כי אין מקום לבית המשפט להתערב בהחלטת הורה משמורן הרוצה להעתיק את מגוריו למקום אחר. גישה זו מוצאת ביטוי ברור ובולט בפסק דין של בית המשפט העליון בקליפורניה במקרה של *In re Marriage of Burgess*<sup>11</sup>. הנחת היסוד היא כי אל לו לבית המשפט להתערב בהחלטות האישיות שהורה המשמורן מקבל, וכל עוד לא הוכח כי יש במעבר המוצע בכדי לפגוע בילד פגיעה קשה, אין למחות בידי אותו הורה משמורן. החקיקה והפסיקה סוברות כי יש לתת קדימות ועדיפות לקשר בין הילד להורה המשמורן על פני הקשר בין הילד להורה הלא משמורן. ההורה המשמורן נבחר לכתחילה עקב היותו מתאים יותר מן ההורה האחר. ובסיכומו של דבר, טובת אותו הורה, כמוה בטובת הילד.

עם זאת, על אף הנחת היסוד כי מותר להורה משמורן להעתיק את מגוריו לרשות אחרת, חייבים תמיד לשקול את הזכות הזאת מול זכות הילד לקשר רציף, תכוף ובריא עם ההורה הלא-משמורן. האיזון בין שתי הזכויות שונה במקצת ממדינה למדינה והמבחנים על פיהם יש להכריע בהתנגשות בין זכויות ההורה המשמורן לבין אלה של הילד שונים. המדינות נבדלות זו מזו לגבי ההורה הנחשב "המוציא מחברו", כלומר ההורה עליו מונח נטל ההוכחה, burden of proof. כמו כן, המדינות שונות זו מזו בענין מידת הנזק אשר ההורה הנתבע חייב להוכיח, כלומר, האם עליו להוכיח כי יהיה זה לרעת הילד להעתיק מגוריו למקום אחר או שמא מספיק להוכיח כי לא יהיה לילד טוב יותר.

עד לאחרונה עמדה מדינת ניו יורק בקצה השני של ארצות הברית לעומת קליפורניה בסוגיית ה-relocation, לא רק מבחינה גיאוגרפית אלא מבחינה אידיאולוגית. מדינת ניו יורק דגלה בגישה מחמירה מאד כלפי הורה המבקש להעביר ילד למדינה אחרת וראתה באותו הורה "המוציא מחברו" אשר "עליו הראיה", כלומר ההורה המבקש היה צריך להוכיח כי הדבר הכרחי לטובתו של הילד וכי התועלת תעלה על הנזק אשר ייגרם, במיוחד בכל הנוגע לקשר עם ההורה-הלא משמורן.

בעקבות החלטת בית משפט בערכאה ראשונה ואח"כ החלטת בית המשפט לערעורים בענין Tropea v. Tropea ובענין Browner v. Kenward<sup>12</sup> חל שינוי מהפכני בכך שטובת הילד היא אשר עמדה במרכז הדיונים, דבר אשר איפשר מתן משקל לזכויות של משפחתו הראשונית החדשה (ראה לדוגמה *Karner*<sup>13</sup>). פסק דין זה נתן משקל משמעותי עבור הילדים

the children's everyday life at the expense of the custodial parent's efforts to start a new life or to form a new family unit. In some cases, the child's interests might be better served by fashioning visitation plans that maximize the noncustodial parent's opportunity to maintain a positive nurturing relationship while enabling the custodial parent, who has the primary child-rearing responsibility, to go forward with his or her life. In any event, it serves neither the interests of the children nor the ends of justice to view relocation cases through the prisms of presumptions and threshold tests that artificially skew the analysis in favor of one outcome or another.

יוצא איפוא, כי מסקירה של החקיקה והפסיקה העכשווית בארה"ב עולה כי קיימת נטיה ברורה במדינות המובילות להתיר להורה משמורן להעתיק את מגוריו מרשות אחת לשניה מבלי שיהיה מוכרח לוותר על המשמורת. יש מדינות הרואות בהורה המשמורן "המוציא מחברו" ועל כן "עליו הראיה" ואילו במדינות אחרות ההורה הלא משמורן, המבקש למנוע את המעבר, הוא בגדר "המוציא מחברו". בתי המשפט אינם אטומים לצורך של הילדים להמשך קשר בריא וסביר עם ההורה הלא משמורן אולם כל עוד אין בעצם המעבר כדי לפגוע בקשר הזה אין בתי המשפט נוטים להתערב בשיקוליו של ההורה המשמורן. מהפסיקה בארה"ב ניתן ללמוד כי בתי המשפט סבורים כי העובדה שילד יראה את ההורה הלא משמורן לעיתים רחוקות יותר, לעיתים עם הפסקות של פרקי זמן ארוכים ולא במהלך השבוע ובסוף כל שבוע אין בה כדי לפגוע בקשר הפסיכולוגי של הילד להורה ועל כן אין בכך כדי להוות עילה לדחות בקשת הורה למעבר לרשות אחרת.

ניתן לסכם את הנסיון האמריקאי כך:

1. אין מקום להתערבות של בית המשפט בהחלטת הורה משמורן להעתיק את מגוריו לרשות אחרת בתנאי שהתמלאו שני תנאים:
  - א. המעבר לא נועד לנתק את הילד מן ההורה הלא משמורן אלא בכדי לשפר את מצבו הכלכלי, התעסוקתי או המשפחתי של ההורה המשמורן.
  - ב. יתאפשר קיום סדרי ראייה סבירים גם אם מדובר בטרחה מסוימת לא רק להורה אלא גם לילד.
2. יש לתת עדיפות לרצונו של ההורה המשמורן. לאחר שההורה הזה נמצא מתאים לגדל את הילד בדרך הכי טובה, יש לכבד החלטות של אותו הורה - גם בענין מעבר למקום אחר כאמורות להיות לטובת הילד.
3. יש לפעול בזהירות רבה בכל הקשור לתביעות-נגד להעברת משמורת. אם הורה נבחר להיות הורה משמורן על פני

the "Best Interests" Analysis in New York Relocation Cases?, 15 Pace L Rev 339).

אי לכך קבעו השופטים:

On a more fundamental level, the three-tiered test is unsatisfactory because it erects artificial barriers to the courts' consideration of all of the relevant factors. Most moves outside of the noncustodial parent's locale have some disruptive effect on that parent's relationship with the child. Yet, if the disruption does not rise to the level of a deprivation of "meaningful access," the three-tiered analysis would permit it without any further inquiry into such salient considerations as the custodial parent's motives, the reasons for the proposed move and the positive or negative impact of the change on the child. Similarly, where the noncustodial parent has managed to overcome the threshold "meaningful access" hurdle, the three-tiered approach requires courts to refuse consent if there are no "exceptional circumstances" to justify the change, again without necessarily considering whether the move would serve the child's best interests or whether the benefits to the children would outweigh the diminution in access by the noncustodial parent.

Accordingly, rather than endorsing the three-step meaningful access-exceptional circumstance analysis that some of the lower courts have used in the past, we hold that each relocation request must be considered on its own merits with due consideration of all the relevant facts and circumstances and with predominant emphasis being placed on what outcome is most likely to serve the best interests of the child. While the respective rights of the custodial and non-custodial parents are unquestionably significant factors that must be considered (see, *Strahl v Strahl*, 66 AD2d 571, affd 49 NY2d 1036, supra), it is the rights and needs of the children that must be accorded the greatest weight, since they are innocent victims of their parents' decision to divorce and are the least equipped to handle the stresses of the changing family situation.

Like Humpty Dumpty, a family, once broken by divorce, cannot be put back together in precisely the same way. The relationship between the parents and the children is necessarily different after a divorce and, accordingly, it may be unrealistic in some cases to try to preserve the noncustodial parent's accustomed close involvement in

משנהו, כנראה שהיו סיבות טובות לכך ואין בהכרח מדצונו של אותו הורה לעבור לרשות אחרת כדי לשנות את המציאות הזאת.

## ההיבט הפסיכולוגי

הספרות הפסיכולוגית דלה יחסית בהתייחסות לנושא של הגירה. קיימת אמנם התייחסות ספציפית להשפעה של גירושין על ילדים<sup>14</sup>, התייחסות להשפעה של מערכת היחסים בין הורים על סדרי ראייה<sup>15</sup>, והשפעה של גירושין על יחסים בין אבות לילדים<sup>16</sup>. במאמר מקיף מנסה Gindes<sup>17</sup> להקיש מלבד (extrapolate) מהמחקר על השפעות של גירושין על ילדים, העדרות אב, וההשפעה של המעבר על ילדים לנושא של relocation. קיימת התייחסות ישירה לנושא של הגירה בספר של Maccoby & Mnookin<sup>18</sup>, או במאמר של Wallerstein & Tanke<sup>19</sup> המבוסס על חוות הדעת העקרונית<sup>20</sup> אשר ניתנה בענין Burgess, וכן במאמר של Gardner<sup>21</sup> המהווה תגובה וביקורת חריפה על חוות הדעת של Wallerstein.

Wallerstein מבססת את עמדותיה על מחקרים שעשתה בענין השפעת הגירושין על ילדים ומשפחות. ממצאי המחקר הנוגעים לענין הגירה מסתכמים כך:

1. עבור ילד אשר כבר חווה את הטראומה של גירושיו הוריו, ההגירה מהווה טראומה נוספת, שניה ולפעמים גם שלישית. שלא כמו ילדים אשר הוריהם חיים בצוותא, לילדים של זוגות פרודים אין התמיכה **משני** ההורים הנדרשת על מנת להבטיח את היציבות ותחושת ההגנה בזמן של מהפך וחוסר וודאות.
2. במציאות החברתית והכלכלית היום, ילדים רבים שהוריהם גרושים חווים מעבר ואין זה מציאותי לצפות כי ילד יישאר באותו מקום לאורך זמן. כמו כן, ילד להורים גרושים יחווה שינויים אחרים הקשורים לנישואין שניים: אחים תורגים חדשים וחצאי-אחים.
3. על פי המחקר של Wallerstein הפרוגנוזה לילדים של הורים גרושים היא, כי טוב יותר כאשר יש קשר קרוב ובטוח עם הורה משמורן בריא בנפשו, כאשר אין עימות בין ההורים והם אף משתפים פעולה וכאשר לילד אין מועקות פסיכולוגיות אשר מקורן עוד לפני הגירושין. כאשר בתי המשפט מתערבים בצורה שמפריעה או פוגעת בקשר בין הילד לאותו ההורה, יכול להיגרם נזק לילד.
4. אופי וטיב הקשר עם ההורה הלא-משמורן, ולא תדירות הקשר, הם הקובעים את איכות הקשר והם המשפיעים על ההסתגלות של הילדים. כמו כן, מעברים רבים בין

בית אחד למשנהו יכולים להיות לילד לרועץ כאשר קיימת מערכת יחסים רווית מתח בין ההורים<sup>22</sup>.

5. מטבע הדברים, גירושין פותחים את הדרך בפני שני ההורים לבנות חיים חדשים בניפרד. התערבות של בית המשפט הקובעת מגורים קרובים של הורים גרושים נוגדת את החלטת ההורים להתגרש ולבנות חיים עצמאיים ונפרדים. הורה הנאלץ לוותר על הזדמנות לשפר את איכות חייו עלול לחוות תחושה קשה של מועקה ודיכאון.

לנוכח ממצאים אלה, Wallerstein מגיעה למסקנה כי יש לאפשר להורה המשמורן או להורה אשר אצלו נמצאת משמורת המגורים (residential custody) או המשמורת הפיזית (physical custody) להעתיק את מגוריו ואת מגורי הילדים אלא אם כן קיימות נסיבות מיוחדות המהוות אינדיקציה הפוכה. הקו המנחה הוא לא לערער את היציבות של המשפחה בה הילד גדל ובה הוא מרגיש טוב.

Gardner הגיב בחריפות לחוות הדעת של Wallerstein. עמדתו מסתכמת כך:

1. אין להמעיט בחשיבות הקשר בין הילד להורה הלא-משמורן. הפרדה גיאוגרפית בין הילד לאותו הורה עלולה בהחלט לגרום להחלשת הקשר.
2. Wallerstein אמנם מציינת כי אין לאפשר הרחקת הילד כאשר הנימוקים קטנוניים ו/או נועדו בכוונה מראש לפגוע בקשר בין הילד להורה אולם אין היא נותנת ביטוי לסיבות נוספות בגללן יש לדחות בקשות להגירה כגון: חוסר תובנה של ההורה המבקש להגר לגבי חשיבות הקשר עם ההורה השני, תלות פתולוגית על בני משפחה במקום אליו ההורה מבקש להגר, הפרעות אישיות של ההורה המבקש ופנטזיה של אותו הורה כי "משנה מקום משנה מזל".
3. אין Wallerstein שמה דגש חזק מספיק להשפעות השליליות של המעברים התכופים מהורה להורה.
4. יש להיזהר בהתייחסות לרצונות של ילדים. יש לקחת בחשבון את האפשרות שילדים מוסיפים על ידי הוריהם<sup>23</sup>.

עמדתם של Maccoby & Mnookin עולה בקנה אחד עם עמדתה של Wallerstein.

לא ניתן לעשות הבחנה חדה וחלקה בין "טובת הילד" לבין "טובת ההורה". כשם שהחלטה להביא ילדים לעולם ולגדלם נובעת לא רק ממניעים אלטרואיסטיים טהורים אלא גם ממילוי צרכים אישיים של ההורים, כך גם ההחלטות שהורים מקבלים במהלך גידול הילדים נובעות לא רק מחיפוש בלתי נלאה אחרי טובת הילד אלא גם מתוך שיקולים של טובת

ההורה. כאשר מדובר במשפחה סטנדרטית בה שני הורים המתפקדים בצורה נורמטיבית, או אפילו כאשר מדובר בהורים גרושים המצליחים להגיע להסכם ביניהם ללא מאבקים משפטיים, אין החברה (באמצעות בית המשפט) רואה לנכון – וגם אין לה זכות – להתערב בשיקולים הריבוניים והאוטונומיים של ההורים כפי שהחוק מקנה להם. עם זאת, כאשר הורים אינם מסוגלים לקבל החלטות נבונות עבור ילדיהם (ראה חוק הנוער וחוק האימוץ) או כאשר שני ההורים חלוקים ביניהם לגבי טובת הילד (ראה חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות תשכ"ב-1962 סעיף 19) אז, רק אז, שומה על מוסדות החברה להתערב ולקבוע מהי טובת הילד.

עבור הילד, תהליך הגירושין, כולל כל מה שקדם לעצם הגירושין – הינו תהליך טראומטי מאד בו הילד מאבד לא רק את המסגרת המשפחתית אותה הכיר אלא את הקביעות, היציבות והביטחון אשר אותה מסגרת העניקה לו. כאשר בית המשפט בא לקבוע אצל מי משני ההורים ימשיך הילד לגדול הוא נותן משקל למספר מרכיבים. בין היתר המשכיות, כלומר, משמורת אצל איזה הורה תבטיח לילד רמה גבוהה ביותר של המשכיות בחייו היומיומיים (Goldstein, Freud, & Solnit, 1973)<sup>24</sup>. אין ספק, כי ככל שהילד יוכל להמשיך להתגורר באותו בית או לפחות באותה שכונה, ככל שיוכל להמשיך את לימודיו באותו ביי"ס, ככל שיוכל להמשיך את אותן חברויות וככל שיוכל להמשיך את הקשר שלו עם בני המשפחה המורחבת, כך ייטב לו.

דבריהם של Goldstein, Freud, & Solnit (1973) ראויים לציון:

Once it has been determined who will be the custodial parent, it is that parent, not the court, who must decide under what conditions he or she wishes to raise the child. Thus the non-custodial parent should have no legally enforceable right to visit the child, and the custodial parent should have the right to decide whether it is desirable for the child to have such visits. What we have said is designed to protect the security of an ongoing relationship - that between the child and the custodial parent. (page 38)

Goldstein, Freud, & Solnit אינם מתנגדים לביקורים הדדיים בין ילד לבין ההורה הלא משמורן ואין הם ממעיטים בחשיבות המשך הקשר, אולם עמדתם היא כי במצב של מתח בין הורים, אין זה לטובת הילד שבית המשפט יכפה סדרי ראיה. Goldstein, Freud, & Solnit הודו שעמדה זאת היא היותר מקובלת מכל העמדות האחרות שלהם (ראה עמוד

116) אולם בכל זאת הם עומדים על דעתם בענין.

ניתן, אם כן, לקבוע מספר אמות מידה לפיהן יש לבדוק בקשות להגירה על מנת לקבוע אם הבקשה עולה בקנה אחד עם טובת הילד או שמא היא מנוגדת לה:

1. האם הבקשה וההתנגדות כנות או שמא אחד ההורים מנסה לנגח את משנהו?
2. מה הסיבות להגירה המוצעת? האם כוונת ההורה המהגר לנתק את הקשר בין הילדים לבין ההורה הלא-משמורן?
3. האם ניתן לקיים סדרי ראיה אשר יאפשרו אמנם להורה להגר אולם במקביל יאפשרו לילד להמשיך ולקיים קשר קבוע ומשמעותי עם ההורה הלא-משמורן?
4. מה יהיו אורח החיים ואיכות החיים של ילד אם בקשת הגירה תאושר?
5. מה תהיה ההשפעה של הגירה על הקשר של הילד עם המשפחה המורחבת?
6. מה טיב מערכת היחסים בין ההורים?
7. איך ישפיע המעבר על הקשר עם ההורה הלא-משמורן?
8. באיזה מידה תגרום ההגירה לשיפור איכות החיים של הילד ושל ההורה המשמורן?
9. מה הסיכויים כי ניתן יהיה לשמר את הקשר בין הילד להורה הלא-משמורן באמצעות ביקורים?

## דיון

סוגית העתקת מגורים לאחר גירושין היא סוגיה מורכבת בשל ההבטים הפסיכולוגיים, המשפטיים והחברתיים הרבים הגלומים בה. מטבע הענין, כאשר ההכרעה בין רצונותיהם וצרכיהם של שני הורים מגיעה עד לשערי בית המשפט, קשה לצפות לפתרון שלא יאכזב לפחות אחד מהצדדים. אם הכרעה רגילה בענין משמורת ילדים היא – במצב הטוב – בבחינת הרע במיעוטו, הרי כאשר מדובר בהכרעה כה מרחיקת לכת לא רק בחיי הילדים אלא גם באלה של ההורים, לא ניתן לצפות לפתרון כפוי שיטיב עם כולם. אי לכך, רצוי להאיץ בזוגות הנקלעים לדילמות הקשות האלה לנסות להגיע לפתרון באמצעות גישור שיתמקד במתן מענה לצרכים של כל אחד – האב, האם והילד – ולא רק בעמדות שלהם.<sup>25</sup>

מאידך, היות ובמקרים רבים המטען הריגשי של ההורים אינו מאפשר להם לקיים משא ומתן ענייני אשר בראש מעייניו צרכי הילדים, המערכת הפסיכו-משפטית חייבת להיות ערוכה לתת פתרונות לילדים המוטלים בתווך בין רצונות מנוגים של הוריהם. קשה במקרים כאלה להסתמך רק על יישום אמות המידה הסטנדרטיות הנהוגות והמקובלות בהכרעות

על המערכת המשפחתית. נכון שההגיון מכתוב כי טובת הילד מחייבת הישארות בקרבת שני ההורים, אולם אין בתדירות הקשר לקבוע בהכרח את איכות הקשר. לפעמים ניתן לשמור על קשר טוב גם ממרחקים. לא זו בלבד, אלא שאם הורה נבחר להיות ההורה המשמורן, חזקה עליו כי נבחר לתפקיד בשל כישוריו לגדל את הילד ועל כן ייתכן ועצם המשמורת צריכה להקנות לו זכויות יתר בכל הקשור להחלטות מהסוג הזה.

## סיכום

כמו במקרים רבים בהם גורלו של ילד נקבע על ידי בית המשפט, כך במקרים בהם הורה אחד מבקש להעתיק את מגוריו ואת מגורי הילד אי אפשר לדבר על "טובת הילד" אלא על מציאת האלטרנטיבה הכי פחות מזיקה (the least detrimental alternative). הבעיה של העתקת מגורים תמיד קשה וכואבת ומחייבת בדיקה של שאלות משפטיות, פסיכולוגיות, ערכיות, וחברתיות. אבל בסופו של דבר "טובתו" של הילד הספציפי היא שצריכה לקבוע ועל כן צריך לדון בכל מקרה לגופו מבלי שיהיו כללים משפטיים נוקשים המנחים את בית המשפט. אם הורים הנמצאים בדילמה קשה כזו יתמקדו יותר בשאלה איך ניתן לשמר קשר טוב בין הילד לשני ההורים, ולא מי "ינצח", ניתן יהיה להגיע לפתרונות אשר יתנו מענה לצרכים של ההורים ושל הילדים כאחד.

משמורת "רגילות". הגדרה צרה של טובת הילד איננה מאפשרת מתן פתרון הולם לדילמות הקשות העולות במקרים אלה. יש, כמובן, לבחון כל מקרה לפי אמות המידה הרגילות של טובת הילד אם כי יש להרחיב את ההגדרה ולראותה בהקשר הרחב יותר של כל המשפחה. הצרכים הנפשיים הבסיסיים של ילדים, כמו הצורך לקשר טוב ועקבי עם שני ההורים, תחושת בטחון ושייכות, – לא השתנו הרבה במשך השנים. עם זאת, אי אפשר להתעלם מהווצרות תהפוכות חברתיות-טכנולוגיות ומכך שנורמות חברתיות ואורח החיים של אנשים עברו שינויים משמעותיים בארבעים השנים האחרונות. אין ספק כי ילדים אשר עברו טראומה של התפרקות המשגרת המשפחתית הצרה, הדבר הכי טוב עבורם הוא ששני ההורים ימשיכו לגור בקרבת מקום, ותוך שיתוף פעולה יאפשרו לילדים להמשיך בחייהם היומיומיים, כולל קשר מרבי עם שני ההורים. בו בזמן לא ניתן להתעלם מהמציאות של שחר המילניום החדש: החברה הפכה ניידת יותר וישנה מודעות יותר גדולה לזכויות הפרט. במציאות החדשה אנשים מחליפים מקומות מגורים בתדירות גבוהה והמעברים עצמם יכולים להיות למרחקים גדולים יותר. את המציאות הזאת לא ניתן לשנות לכן חייבת המערכת הפסיכו-משפטית לפתח כלים כדי לתת מענה מערכתי לצרכים ולזכויות של הילדים וההורים כאחד. כל החלטה בענין העתקת מגורים צריכה לקחת בחשבון את הצרכים הנפשיים של הילד הספציפי – גיל, מצב נפשי, קשר קודם עם שני ההורים וכי – אולם לא לשכוח גם את ההשפעות של המעבר או אי-המעבר

## מקורות והערות:

בארץ עם המשפחה המאמצת, קבע בית המשפט כי יש להחזירה להוריה הביולוגיים בגלל שהוצאה מידיהם שלא כדן.

5. ראה מאמר סקירה של עו"ד שמואל מורן, הגירת קטינים מישראל: גיבוש קריטריונים משפטיים <http://www.psakdin.co.il/mishpaha/private/art adu.htm>

6. ראה נימוקים בפסק דין של בית הדין הרבני בצפת (תמוז תשנ"ח) הדין בשאלה אם ניתן לאפשר לילד לצאת לחו"ל לבקר אצל אמו.

7. ראה שו"ת נודע ביהודה (מהדורה תנינא-אה"ע סימן פט ד"ה ועל דבר): וכתבתי הלכה למעשה שאם אחר הגירושין אין המגרש והמתגרשת בעיר אחת אז הדין שישאר הבן אצל האב אפי' פחות מבן שש כדי לחנכו וללמדו.

8. מסכת קידושין דף קי.

1. Goldstein, A., Freud, A. & Solnit, (1973). Beyond the Best Interests of the Child. New York: Free Press.
2. גוטליב, ד. (1997) התייחסות הפסיכולוג לנושאים דתיים בקביעת משמורת וסדרי ראייה. רפואה ומשפט, 16.
3. בענין אבות הדורשים זכויות שוות בכל הקשור לילדים ראה:  
Gorenberg, C.A. (1997-98) Father's rights vs. children's best interests: Establishing a predictable standard for California adoption disputes. Family Law Quarterly, 31, 169-214.
4. דוגמה ברלטה של מקרה בו טובת הילד לא היתה הגורם המכריע, היה המקרה של ברוננו קרולין, הילדה אשר נחטפה מידי הוריה הביולוגיים, ואומצה ע"י משפחת תורגימן. על אף שהפסיכולוגים קבעו כי טובתה להישאר



21. Gardner, R.A. The Burgess Decision and the Wallerstein Brief. (1998). J. Ame. Acad of Psychiatry and Law, 26(3), 425-31.

22. בענין ההשפעה של מעברים על ילדים ראה:

Nick Sheff, My Turn: My Long-Distance Life. Newsweek, February 15, 1999.

מדובר במאמר אשר נכתב על ידי בחור בן 16 אשר הוריו התגרשו בהיותו בן 4 ובעקבות זאת נאלץ לטוס בתדירות גבוהה מרחק של 1100 ק"מ בכדי לבקר את אביו. להלן קטע קצר מהמאמר:

What's the tool of this arrangement? I'm allways missing somebody. When I'm in northern California, I miss my mom and stepdad. But when I'm in L.A., I'm missing out with my friends, my other set of parents and little brother and sister. After all those back-and-forth flights, I've learned not to get too emotionally attached. I have to protect myself.

Many of my friends' parents are divorced. The ones whose mom and dad live near each other get to see both their parents more. This kids can go to school plays and dances on the weekends, and see their friends when they want. But others have custody arrangements like mine. One friend whose dad moved to New Hampshire sees him at Christmas and for one month during the summer. My girlfriend's dad lives in Alaska. They know what I know: it's not fair.

No child should be subjected to the hardship of long-distance joint custody. To prevent it, maybe there should be an addition to the marriage vows: Do you promise to have and to hold, for richer and poorer, in sickness and in health, as long as you both shall live? And if you ever have children and wind up divorced, do you promise to stay within the same geographical area as your kids? Actually, since people often break those vows, maybe it should be a law: if you have children, you must stay near them. Or how about some commonsense? If you move away from your children, you have to do the traveling to see them.

23. ראה גם Gardner, R.A. (1998). The Parental Alienation Syndrome, Second Edition. Cresskill, NJ: Creative Therapeutics, Inc.

24. ראה 1 לעיל.

25. Fisher, R., Ury, W. & Patton, B. (1991) Getting to Yes. New York: Houghton Mifflin Company.

9. להתייחסות של בתי הדין הרבניים לנושא ראה לדוגמה:

שו"ת ציץ אליעזר חלק ט"ו סימן נ ד"ה יתר על כן:

פסקי דין רבניים חלק ה' עמוד קפג ד"ה הרי מבוואר;

פסקי דין רבניים חלק ז' עמוד ג ד"ה אך ממ"ש.

10. למאמר סקירה מקיף על הגישה במדינות השונות ראה:

Bruch, C.S. & Bowermaster, J.M. (1996) The relocation of children and custodial parents: Public policy, past and present. Family Law quarterly, 30(2), pp. 245.

ראה גם:

Shear, L.E. (1996) Life stories, doctrines and decision making: Three high courts confront the move-away dilemma. Family and Conciliation Courts Review 34 439-458.

11. In re Marriage of Burgess, 913 P.2d 473 (Cal 1996).

12. In the matter of **Tammy Louise Tropea**, respondent, v. **John Peter tropea**, appellant. In the matter of **Jacqueline Browner**. Respondent, v. **Andrew Kenward**. Appellant. 87 N.Y. 2d 727, 665 N.E.2d 145, 642 N.Y.S.2d 575 (1996).

13. Kerner, C.S. (1997) Relocation: What Ought to Be. Family Advocate, 20(2) Washington: American Bar Association.

14. Wallerstein, J. & Kelly, J. (1980) Surviving the Breakup - How Children and Parents Cope. New York: Basic Books.

15. Johnston, J.R. et al. (1989) Ongoing Post Divorce Conflict: Effects on Children of Joint Custody and Frequent Access. American Journal of Orthopsychiatry, 59, 92-576.

16. Healy, J.M. et al. (1990). Children and Their Fathers After Parental Separation. American Journal of Orthopsychiatry, 60, 531-543.

17. Gindes, M. (1998). The Psychological Effects of Relocation for Children of Divorce. Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers, 15, 119-148

18. Maccoby, E. E. & Mnookin, R. H. (1992) Dividing the child : Social and Legal Dimensions of Custody.

19. Wallerstein, J.S. & Tanke, T.J. (1996) To Move or Not to Move: Psychological and Legal Considerations in the Relocation of Children Following Divorce. Family Law Quarterly, 30(2), 305-331

20. Wallerstein, J.S. (1995). **Amica Curiae Brief re Burgess v. Burgess**. Filed Dec. 12, 1995, Supreme Court, State of California.