

כללי ההכרעה בסכסוכי משמורת – על סכנותיה של אשליית הדמיון ההורי במציאות ממוגדרת

דפנה הקר* ורות הלפרין-קדרי**

מאמר זה בוחן את שאלת הכללים המשפטיים הרצויים לגבי אחריות הורית בגירושים. שאלה זו נמצאת בלב הוויכוח הציבורי הסוער סביב המלצותיה של ועדת שניט לבטל את חזקת הגיל הרך ולהמיר את המושגים "אפוטרופסות", "משמורת" ו"הסדרי ראייה" במושגים "אחריות הורית משותפת" ו"זמני הורות". הטענה שבבסיס המאמר היא כי אימוץ כללי משפט המתעלמים מהמציאות המגדרית בספּרה הפרטית, בשוק העבודה בשכר ובמשפט יוביל לפגיעה ברווחתם הנפשית של ילדים ולעוני של ילדים ונשים. בחלקו הראשון של המאמר נציג את המלצותיה של ועדת שניט, ולצידן את השינויים המשמעותיים שהתחוללו בשנים האחרונות בתסקיריהן של העובדות הסוציאליות ובפסיקה, אשר מחלישים את חזקת הגיל הרך חרף העובדה שהיא קיימת עדיין בספר החוקים. בחלקו השני של המאמר נבחן, אחת לאחת, את ההצדקות הנשמעות מפי התומכים בכללי משפט המתעלמים מקיומו של הורה מטפל עיקרי, ונראה כי הן אינן נתמכות במחקר הסוציולוגי והפסיכולוגי. בחלק השלישי נסקור את כללי האמנה בדבר זכויות הילד ואת השינויים שהתחוללו במדינות אחרות בקשר להסדרת היחסים בין הורים גרושים וילדיהם, ונראה כי גם מדינות המערב לא אימצו חזקה התומכת במשמורת פיזית משותפת,

* מרצה בכירה, הפקולטה למשפטים על-שם בוכמן והתוכנית ללימודי נשים ומגדר בשיתוף NCJW, אוניברסיטת תל-אביב.

** פרופסור, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן, ראש המרכז לקידום מעמד האשה ע"ש רות ועמנואל רקמן, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן.
אנו מודות לעוזרות-המחקר עינת מיטל, ספיר אליהו ומיכל בלומנטל, וכן לעו"ד ברק שורץ ולעו"ד שלי פיירשטיין-טייר. תודתנו לד"ר איילת בלכר-פריגת, לעו"ד הילה מלר, לד"ר שרון פריילינג, לעו"ד רוני ליברזון, לעו"ד עדי בלוטנר, לחברי הסגל של הפקולטה למשפטים של אוניברסיטת בר-אילן, לשופטת האנונימית, לחברי המערכת ולעורך הלשוני על הערותיהם המועילות לטיטות קודמות

אלא אך במשמורת משפטית משותפת, אשר נוהגת במשפט הישראלי מאז ומתמיד. בחלקו הרביעי של המאמר נביא ממצאים ממדינות שבהן בוטלה חזקת הגיל הרך, כמרגם ממצאים לגבי מאפייניה של החברה הישראלית, כדי לבסס את טענתנו כי ביטול החזקה בישראל לא יוביל להורות שוויונית. בחלקו החמישי של המאמר נצביע על הסכנות הטמונות באימוץ כלל משפטי ללא חזקה עובדתית המכירה ביתרונותיו של ההורה שטיפל בילדים עד לפרידה כהורה משמורן פיזי. לבסוף נציע הסדרה משפטית שתבטיח כי ילדים להורים גרושים יוכלו ליהנות מקשר משמעותי עם שני הוריהם המיטיבים, תוך מזעור הסכנות לנזקים נפשיים, להיחשפות לקונפליקטים הוריים, ולעוני.

מבוא. א. ערעור חזקת הגיל הרך: 1. המלצותיה של ועדת שניט והצדקותיהן; 2. שינויים בשדה המשפטי הישראלי. ב. היש חדש תחת השמש? 1. שינויים במשפחה; 2. שינויים בשיח הפסיכולוגי. ג. כללי ההכרעה במשפט הבין-לאומי ובשיטות משפט זרות: 1. האמנה בדבר זכויות הילד; 2. משפט משווה. ד. מגבלות המשפט בהנדוס משפחתי. ה. נזקי הרפורמות המשפטיות: 1. נזקים פסיכולוגיים בגין משמורת פיזית משותפת; 2. נזקים פסיכולוגיים בגין היחשפות לקונפליקטים הוריים; 3. עוני; 4. הסכנות בהקשר הישראלי. ו. היש מקום לשינוי משפטי? ז. אפילוג.

מבוא

נכון למועד כתיבתן של שורות אלה ספר החוקים הישראלי כולל את חזקת הגיל הרך. חזקה זו קובעת כי במקרה של פרידה בין ההורים, ובהעדר נסיבות מיוחדות המצדיקות הסדר אחר, טובתם של ילדים¹ היא להיות במשמורת הפיזית של אמם עד הגיעם לגיל שש.² עד אמצע העשור הראשון של שנות האלפיים תיעדו מחקרים את חוסנה של חזקת הגיל הרך במשפט הישראלי ואת תחולתה – בגין פרשנות ופרקטיקה שיפוטיות – גם על ילדים

1 לאורך המאמר אנו משתמשות במילים "ילד" ו"ילדים" לצורכי נוחות ולנוכח מגבלותיה של השפה העברית, וחרף המחיר הפמיניסטי המוזכר אצל רוברט ליכט-פטרן "קבלת החלטה בעניינה של ילדה – לקראת השלמה בין טובת הילדה לזכויות הילדה" המשפט 22, 73 (2006).

2 ס' 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962, ס"ח 380. החוק משתמש במושג "חזקת הקטין", ולא "משמורת פיזית", אך כפי שיוסבר בהמשך, מושגים אלה חופפים במשמעותם המעשית.

מבוגרים יותר שגילם גדול משש.³ היו אף שטענו, וביניהם הכותבת הראשונה, כי חזקת הגיל חזקה מדי, וכי הפרשנות השיפוטית מעניקה לה משמעות מוחלטת כמעט, החוסמת הסדרי הורות מגוונים ויצירתיים.⁴

בשנים האחרונות חל שינוי עמוק בשדה המשפטי בקשר לחזקת הגיל הרך, עד כדי כך ששופט בית-המשפט לענייני משפחה יורם שקד נטל לעצמו חירות להכריז, בפסק-דין שניתן בפברואר 2012, כי "אין בדעתי ליתן כל חשיבות לחזקת הגיל הרך".⁵ התבטאות זו היא רק דוגמה אחת להחלשתה המשמעותית של חזקת הגיל הרך ולא ימוץ רטוריקה של זהות ושוויון פורמלי בין ההורים כנקודת מוצא להכרעה בסכסוכי משמורת. החלשה זו נגרמה, בין היתר, בעקבות המלצות-הביניים של "הוועדה הציבורית לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין", בראשות פרופ' שניט, שהוקמה בשנת 2005 (להלן: ועדת שניט). המלצות-הביניים של הוועדה, אשר פורסמו בשנת 2008 וכללו המלצה לבטל את חזקת הגיל הרך, חלחלו אל השיח המשפטי והשפיעו על תוצאותיהם של סכסוכי משמורת, חרף היותן המלצות-ביניים שפורסמו כדי לקבל משוב מן הציבור, וחרף המשך קיומה של החזקה בספר החוקים.⁶ בשלהי שנת 2011 פורסמו ההמלצות הסופיות של ועדת שניט. כפי שיפורט להלן בהרחבה, ההמלצות הסופיות שונות ורחבות יותר מהמלצות-הביניים, אך גם בהן כלולה ההמלצה לבטל את חזקת הגיל הרך. הצהרתו של שר המשפטים כי הוא יאמץ את המלצות הוועדה הסופיות ויגישן כהצעת חוק ממשלתית, תזכיר משרד המשפטים שאכן מאמץ את המלצותיה של ועדת שניט,⁷ וכן ביטויי תמיכה בביטולה של חזקת הגיל הרך בפרסומים שונים בתקשורת שהופיעו לאחר פרסום ההמלצות הסופיות⁸ –

3 פנחס שיפמן דיני משפחה בישראל כרך ב 232 (1989); דפנה הקר הורות במשפט: מאחורי הקלעים של עיצוב הסדרי משמורת וראייה בגירושים 28 (2008) (להלן: הקר הורות במשפט).

4 דן שניט "חזקת הגיל הרך" ביישוב סכסוכי משמורת ילדים: המשכיות, שינוי או ביטול? עיוני משפט יט 185 (1994); יהודית מייזלס חזקת הגיל הרך: את מי היא מחזקת? מחשבות לקראת החלפת מודל המשמורת הקיים בישראל (עבודת-גמר לתואר "מוסמך במשפטים", אוניברסיטת תל-אביב – הפקולטה למשפטים, 2009); דפנה הקר ורוני שמיר "אימהות", 'אבהות', 'משפחה': בין אינטואיציה להלכה פסוקה" סוציולוגיה ישראלית ה 311 (2003).

5 תמ"ש (משפחה ת"א) 8309-06-11 ק.ש. נ' מ.ע.ב. (פורסם בנבו, 9.2.2012). בספטמבר 2012, עם השלמת כתיבתו של מאמר זה, התקבל ערעור על פסק-הדין, שכלל ביקורת על התעלמותו של בית-המשפט קמא מחזקת הגיל הרך. ראו עמ"ש (מחוזי ת"א) 55785-02-12 ק.ש. נ' ע.ש. (פורסם בנבו, 20.9.2012).

6 עדי רז "משמורת משותפת – התפתחות הפסיקה ובחינת המצוי והרצוי" עת סיוע: בטאון האגף לסייע משפטי 2 (2012) old.justice.gov.il/MOJHeb/SuaMishpati/Newsletter2/Mishpacha/MBMB.htm

7 ראו להלן ה"ש 33 ו-34 והטקסט שלידין.

8 למשל, דנה ספקטור "גברים במלכודת" ידיעות אחרונות – 7 ימים 27.1.2012, 86.

כל אלה מחזקים את הרושם כי חזקת הגיל הרך לא תשרוד עוד זמן רב בספר החוקים הישראלי.

לכאורה, המלצותיה של ועדת שניט והלשון הניטרלית מבחינה מגדרית שבה הן מנוסחות, כמו-גם השינויים בשדה המשפטי המערערים על עדיפותה של האם כהורה משמורן פיזי, הם התממשות החזון הפמיניסטי של הורות א-מגדרית, שבה נשים וגברים חולקים באופן שווה וזהה את החרוה והנטל הכרוכים בגידול ילדים. במאמר זה נבקש להצביע על כך שאימוץ כללי משפט העוסקים באחריות הורית בגירושים⁹ במנותק מחלוקת התפקידים בין ההורים שקדמה לפרידה, או תוך כפייה של חלוקת זמנים שווה בין בתי ההורים, אינו מהלך שישחרר נשים מעבודות הפטריארכייה ויבטיח לילדים הורות שוויונית; נהפוך הוא, מהלך זה יוביל לפגיעות נפשיות בילדים ולעוני של ילדים ואמותיהם. תוצאות קשות אלה הן דוגמה לסכנות הטמונות בקידום שיח משפטי א-מגדרי המאמץ את עקרון השוויון הפורמלי¹⁰ במציאות חברתית, משפחתית ומשפטית ממוגדרת.¹¹

את התנגדותנו לדעת הרוב של חברי ועדת שניט כבר הבענו בעבר – הן בדעת המיעוט של דוח-הביניים, שעליו חתומה הכותבת הראשונה יחד עם שתי חברות ועדה נוספות,¹² והן בנייר עמדה שהוגש לוועדת שניט על-ידי מרכז רקמן,¹³ שבראשו עומדת הכותבת השנייה. חלק מהסכנות הטמונות בכללים משפטיים המדמים הורות זהה ושווה בגירושים אף הוצגו

- 9 במאמר זה נעסוק באחריות הורית בגירושים, בדומה לוועדת שניט, אך הדיון רלוונטי גם להורים ידועים בציבור שנפרדו ולהורים שמעולם לא חלקו קורת-גג משותפת.
- 10 דוגמאות נוספות הן רטוריקת השוויון שחלחלה לדיון במזונות אישה. ראו רות הלפרין-קדרי "מזונות אישה: מתפישה של שונות לתפישה של (אי)-שוויון" משפט וממשל ז' 767, 782–800 (2004) (להלן: הלפרין-קדרי "מזונות אישה"). כן ראו רטוריקת השוויון בקשר למזונות ילדים, שתידון בהמשך המאמר.
- 11 ראו גם נויה רימלט "אמא טובה, אמא רעה, אמא לא רלוונטית: הורות במשפט בין אידאל השוויון למציאות האימהית" משפטים לט 573 (2010); יהודית מייזלס "על הדבש ועל העוקץ: דיון בהסדר המשמורת הקיים במשפט הישראלי" זכויות הילד והמשפט הישראלי 519 (תמר מורג עורכת, 2010) (להלן: מייזלס "על הדבש ועל העוקץ"). אורית קמיר "חזקת הגיל הרך: המלחמה על כבשת הרש" במחשבה שנייה 7.11.2005 www.2nd-25.1.2012 ynet ; אסתר הרצוג "המניפולציות של ועדת שניט" 25.1.2012 ynet ; www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4180169,00.html
- 12 דפנה הקר, גלית סנה-לוריה וגלי עציון "דעת מיעוט" דו"ח-הביניים, להלן ה"ש 16, בעמ' 49–62 (להלן: דעת המיעוט).
- 13 ראו דוח-הביניים, להלן ה"ש 16, בעמ' 15–16, שם הוצגו עיקרי עמדתו של המרכז לקידום מעמד האשה ע"ש רות ועמנואל רקמן, שלפיה "אין מקום לשינוי המצב המשפטי הקיים בסוגיית המשמורת והסדרי ביקור וראיה, אלא אם יערך שינוי כללי ומקיף בדיני המשפחה הנוהגים ויטופל חוסר השוויון הקיים בין בני הזוג בגירושין". נוסף על כך ראו "עמדת המרכז לקידום האשה ע"ש רות ועמנואל רקמן בנוגע להמלצות ועדת שניט בעניין ביטול חזקת הגיל הרך" (נייר עמדה שהוגש לוועדת הכנסת לזכויות הילד, 7.12.2012) (להלן: נייר העמדה).

בעבר בכתיבה אקדמית שלנו ושל אחרות.¹⁴ חידושו של מאמר זה טמון, ראשית, ברוחב היריעה הנפרשת – לראשונה בהקשר הישראלי – לגבי ההיבטים המרכזיים הקשורים לכלל ההכרעה בסכסוכי משמורת בגירושים, תוך מיפוי ההתפתחויות המשפטיות בישראל ובחוץ-לארץ והמחקרים הסוציולוגיים והפסיכולוגיים העדכניים ביותר. תקוותנו היא כי עבודה אקדמית מעמיקה ומוקפדת זו תהא לעזר לעוסקים בתחום, ללא קשר לעמדתם הנורמטיבית. שנית, מאמר זה מציג עמדה נורמטיבית שונה מזו שהוצגה בדעת המיעוט של דוח-הביניים של ועדת שניט. אנו עומדות על חשיבות שימורו של המושג "משמורת פיזית", מכירות באפשרות של פיצול האחריות ההורית, ומציעות להמיר את המושג "אחריות הורית" ב"סמכות הורית", ולא רק מתנגדות לביטול החזקה המעניקה עדיפות בחלוקת הזמנים להורה המטפל העיקרי. התפתחויות אלה בעמדתנו הנורמטיבית נובעות מהידע שצברנו לגבי המתרחש במדינות שונות בתקופה האחרונה, אשר לא עמד לנגד עיניהם של חברי ועדת שניט, ומסירובנו לתמוך בכלל משפטי שיעצים עוד יותר את שקיפותה (transparency) של עבודת האימהות.

בפרק א של המאמר נשרטט את הסדקים העכשוויים המחלישים את חזקת הגיל הרך. ראשית, נפרט את המלצותיה של ועדת שניט ואת ההצדקות שתמכו בהן כפי שהופיעו במסמכי הוועדה. שנית, נצביע על השינויים המשמעותיים שהתחוללו בארבע השנים האחרונות בהמלצותיהן של העובדות הסוציאליות לסדרי דין ובהכרעותיהם של השופטים. נראה כי בעוד ועדת שניט מסתפקת בביטולה של חזקת הגיל הרך ללא המלצה על משמורת פיזית משותפת, בשדה המשפטי שורר בלבול בין "אחריות הורית משותפת", שהיא בבסיסה משמורת משפטית משותפת או "אפוטרופסות", לבין משמורת פיזית משותפת, שמשמעה חלוקת זמנים שווה בין בתי ההורים.¹⁵ בפרק ב של המאמר נבחן את הסדקים ששורטטו בפרק הקודם ואת הצדקותיהם לנוכח עוצמתם וטיבם של השינויים שהתחוללו בשני תחומים הקשורים להכרעה בסכסוכי משמורת. בתחום חברתי-המשפחתי נראה כי אין שינויים משמעותיים בחלוקת התפקידים המגדרית המסורתית במשפחה, מחד גיסא, ואין בעיה חברתית של התנתקות ילדים מאבות שאינם משמורנים, מאידך גיסא, אשר מצדיקים מהפכה משפטית בכלל החולש על יחסי הורים-ילדים בגירושים. בתחום הרווחה הנפשית והתפתחות ילדים נציג את השינויים שהתחוללו בשיח הפסיכולוגי, ונראה כי לצד ההכרה הגוברת בחשיבותו של הקשר עם האב קיימת הסכמה רחבה בדבר מרכזיותו של הקשר עם ההורה המטפל העיקרי, ומכאן שגם בשינויים אלה אין משום הצדקה למהפכה משפטית

14 מיזלס "על הדבש ועל העוקץ", לעיל ה"ש 11; דפנה הקר "פמיניזם דילמתי ומודל המשמורת הפיזית הרצוי בגירושין" עיונים במשפט מגדר ופמיניזם 699 (דפנה ברק-ארו, שלומית יניסקי-ריבד, יפעת ביטון ודנה פוגץ' עורכות, 2007) (להלן: הקר "פמיניזם דילמתי").

15 כפי שיובהר בהרחבה בהמשך, במשפט הישראלי הנוהג קיימת הבחנה בין משמורת פיזית, המתייחסת לשהייה הפיזית של הילד בביתו של מי מן ההורים, לבין משמורת משפטית, שמשמעותה הסמכות והאחריות ההורית במובן של קבלת ההחלטות הקשורות לגידול הילד.

שתתעלם מקשר זה. בפרק ג נסקור את כללי האמנה בדבר זכויות הילד ואת השינויים המשפטיים שהתחוללו במדינות אחרות, ונראה כי הדין הישראלי הקיים אינו סותר את כללי האמנה, ומתיישב עם עידוד משמורת משפטית משותפת ומעורבות של שני ההורים בחיי ילדיהם – שני נושאים המצויים בלב הרפורמות המשפטיות בחוק-לארץ. בפרק ד נביא ממצאים ממדינות שבהן בוטלה חזקת הגיל הרך, כמו גם ממצאים לגבי מאפייניה של החברה הישראלית, כדי לבסס את טענתנו כי ביטול החזקה בישראל לא יוביל להורות שוויונית. בפרק ה נצביע על הסכנות הטמונות באימוץ כלל משפטי ללא חזקה עובדתית המכירה ביתרונותיו של ההורה שטיפל בילדים עד לפרידה כהורה משמורן פיזי. לבסוף נציע הסדרה משפטית שתבטיח כי ילדים להורים גרושים יוכלו ליהנות מקשר משמעותי עם שני הוריהם המיטיבים, תוך מזעור הסכנות לנזקים נפשיים, להיחשפות לקונפליקטים הוריים, ולעוני.

א. ערעור חזקת הגיל הרך

1. המלצותיה של ועדת שניט והצדקותיה

לאחר שישיבה על המדוכה קרוב לשש שנים, המליצה ועדת שניט על רפורמה משמעותית בדינים החולשים על יחסי הורים-ילדים לאחר גירושם.¹⁶ ראשית, במקום המושגים "אפוטרופסות" ו"משמורת משפטית", הקיימים בחוק ובפרקטיקה, הוועדה ממליצה על המושג "אחריות הורית", תוך שהיא מדגישה כי מדובר באחריות משותפת של שני ההורים.¹⁷ האחריות ההורית, המוגדרת בדוח הוועדה כ"חובה" וכ"סמכות" של ההורים, כוללת, בין היתר, את האחריות להבטיח את שלומו הגופני והנפשי של הילד, את כלכלתו

16 תוצריה של ועדת שניט הם: הוועדה הציבורית לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין דו"ח ביניים (2008) (לעיל ולהלן: דוח-הביניים); הוועדה לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין שלב ב' – דוח משלים (2011) (להלן: הדוח המשלים); ומכתב מד"ר פרץ סגל, מרפז הוועדה לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין, אל יעקב נאמן, שר המשפטים (27.12.2011), ומסמכים נלווים למכתב (להלן: המכתב לשר המשפטים). דוח-הביניים כלל דעת רוב ושתי דעות מיעוט, והדוח המשלים כלל מכתב של יושב-ראש הוועדה שמסביר כי חברי הוועדה לא הצליחו לגבש הסכמה לעניין כלל ההכרעה בסכסוכים הקשורים לאחריות ההורית, וכן חלק חדש – שלא נדון בשלב-הביניים – לעניין הכלים העומדים לרשות בתי-המשפט לשם קביעת טובת הילד. שר המשפטים הורה לוועדה לשוב ולהתכנס כדי לגבש עמדה משותפת בעניין. הוראה זו הובילה לגיבוש דעת רוב להצעת חוק עם שינויי נוסח בהשוואה להצעת החוק שהוצעה בשלב-הביניים, יחד עם שתי דעות מיעוט ושתי הסתייגויות, שנלוו למכתב מדצמבר 2011.

17 ראו הצעת חוק הורים וילדיהם הקטינים, נספח למכתב לשר המשפטים, לעיל ה"ש 16, בעמ' 5–6 (להלן: הצעת החוק). כפי שיובהר בהמשך, תזכיר חוק הורים וילדיהם, התשע"ב–2012, נוסח על בסיס הצעת חוק זו.

ובריאותו, את התפתחותו הגופנית, הנפשית, הרוחנית, המוסרית והחברתית התקינה, את חינוכו ופיתוח יכולותיו וכישוריו, את מקום מגוריו, ואת קיומם של קשר אישי, ישיר וסדיר בין הילד לבין הוריו וכן קשר משפחתי בין הילד לבין בני משפחתו האחרים.¹⁸ למעשה, וכפי שיפורט בהרחבה בהמשך, בעניין זה אין מדובר בהצעה לתוכן שונה של הסדרת יחסי הורים-ילדים בגירושים, אלא בשינוי מינוחי החופף בתוכנו את מושג האפוטרופוסות הקיים כיום בדין הישראלי ואת הפרקטיקה הרווחת של הכרה בשני ההורים כאפוטרופוסים של הילדים ללא קשר להיותם נשואים או גרושים. הוועדה מעגנת את השינוי המינוחי הזה באמנה בדבר זכויות הילד, הקובעת כי לשני ההורים יש אחריות משותפת (common responsibilities) לטיפוחו ולהתפתחותו של ילדם (upbringing and development),¹⁹ מתוך עמדה, שאנו שותפות לה, הממירה את התפיסה כי להורים יש זכויות בנוגע לילד בתפיסה המכירה בזכויותיהם של קטינים ובחובות ההורים כלפי ילדיהם.²⁰

מהלך משמעותי יותר של ועדת שניט הוא הימנעותה גם מהמושגים "החזקת הקטין", "משמורת פיזית" ו"הסדרי ראייה" או "הסדרי ביקור", והמלצתה כי חלוקת זמני השהייה של הילדים עם כל אחד מההורים תפורט בטבלה דו-שבועית של "זמני הורות", ובטבלת חגים וחופשות, שיהוו חלק מהסכם ההורות, אם יתגבש, או מפסק-הדין שיתקבל בהעדר הסכמה בין ההורים. בהמלצותיה אלה הוועדה מתעקשת לסמן את שני ההורים כבעלי מעמד משפטי שווה וזהה ביחס לילד, ללא קשר לחלוקת התפקידים בין ההורים לאחר הגירושים. על-פי הצעת הוועדה, לא יסומן אחד ההורים כ"משמורן פיזי" או כ"הורה מטפל עיקרי", גם אם חלוקת "זמני הורות" בפועל תגלם הסכמה או הכרעה כי אחד ההורים יישא באחריות לטיפול היומיומי בילדים יותר מאשר ההורה האחר. חברי הוועדה מסבירים כי ביטול ההבחנה בין הורה משמורן פיזי לבין הורה שאינו משמורן פיזי ואשר מקיים הסדרי ראייה עם הילדים יקדם את זכותם של הילדים לקשר מיטיב עם שני הוריהם. זאת, משום שהוא ימנע מההורה המשמורן את האפשרות לקבוע את אופן מימושה של זכות הילד לקשר עם ההורה האחר,²¹ ויסמן את הקשר עם שני ההורים כחובה של ההורים, בניגוד לסימון הסדרי הראייה כזכותו של ההורה הלא-משמורן. נוסף על כך, אי-סימונו של אחד ההורים כהורה משמורן פיזי ישכך את עוצמת הסכסוך בין ההורים, כי הם לא יידרשו להביא ראיות

18 הצעת החוק, שם, ס' 2.

19 ס' 18 לאמנת האו"ם בדבר זכויות הילד, כ"א 31, 221 (נפתחה לחתימה ב-1989).

20 דוח-הביניים, לעיל ה"ש 16, בעמ' 2-3, 26-27.

21 חשוב להדגיש כי המשפט הישראלי מעולם לא אפשר להורה משמורן לקבוע את אופן מימוש הקשר בין הילדים לבין ההורה הלא-משמורן. הקשר בין ההורה הלא-משמורן לבין הילדים נקבע בהסכם או בפסק-דין, וכולל כמעט תמיד משמורת משפטית משותפת והסדרי ראייה שהאב זכאי לממש. ראו הקר הורות במשפט, לעיל ה"ש 3. יש להניח כי הצגת הדברים המוטעית לגבי קביעת הקשר מתייחסת, למעשה, לטענה כי עצם המגורים בבית ההורה המשמורן – בדרך-כלל האם – מקנים לו שליטה רבה יותר בחינוך הילדים ובסדר-יומם.

להתאמתם לתפקיד זה. שיכוך הקונפליקט ייטיב עם ילדים בכלל, ואף ימנע, לטענת הוועדה, מצבים של ניכור הורי, חטיפת ילדים ואלומות במשפחה.²²

מהלך דרמטי נוסף של ועדת שניט הוא הצעתה לבטל את חזקת הגיל הרך הקבועה כיום בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות. כאמור, חזקה זו קובעת כי טובתם של ילדים היא להיות במשמורת הפיזית של אמם עד הגיעם לגיל שש, בהעדר נסיבות מיוחדות המצדיקות הסדר אחר.²³ במקום חזקה זו, הוועדה מציעה רשימה של אמות-מידה שינחו את היושבים על כס המשפט בהכרעות הקשורות לחלוקת האחריות ההורית. אמות-מידה אלה כוללות את הצרכים ההתפתחותיים המשתנים של הילד, את רצון הילד, את זכותו לקשר משמעותי, אישי, ישיר וסדיר עם שני הוריו, את נכונותם של ההורים לשתף פעולה, את כישוריהם של כל אחד מההורים, את הטיפול שכל אחד מההורים העניק לילד, ואת זכותו של הילד לקשר עם משפחתו המורחבת.²⁴ אם מכלול השיקולים הללו לא ייתן מענה מספק לשאלת חלוקתם של זמני השהייה של הילד עם כל אחד מהוריו, הוועדה מציעה כי בית-המשפט ייתן "משקל מכריע לשיקולי שמירת היציבות בחייו של הילד ולאופן ולמידה בהם טופל על ידי כל אחד מהוריו במהלך חייו עד מתן ההחלטה, בלי שהדבר יפגע בשיקול שמירת הקשר של הילד עם שני הוריו".²⁵ הוועדה מוסיפה הבהרה כי "אחריות הורית משותפת אין משמעותה בהכרח חלוקת זמן מגורים שווה של הילד עם כל אחד מהוריו".²⁶

מצב דברים זה הוא תוצר של פשרה בין חברי הוועדה בקשר למחלוקת הקשה ביותר שפילגה ביניהם – ביטולה או שימורה של חזקת הגיל הרך והכלל המשפטי שיבוא תחתיה. מחלוקת זו הובילה לפרישתה של הכותבת הראשונה מהוועדה, לשתי דעות מיעוט של שני חברי ועדה המתנגדים לביטולה של חזקת הגיל הרך, להסתייגויות של שלושה חברי ועדה מהסעיף בהצעה המבקש לתת משקל מכריע ליציבות בחיי הילד ולאופן שבו הוא טופל על-ידי כל אחד מההורים לפני הפרידה, ולהסתייגות נוספת של אחד מחברי הוועדה הן מסעיף זה והן מהסעיף המדגיש כי אחריות הורית משותפת אין משמעה חלוקת זמנים שווה בין בתי ההורים. מכאן שבנוסח הפשרה תמכו ללא סייג רק שישה מבין שנים-עשר חברי הוועדה החתומים על הדוח הסופי.²⁷

תמיכתם של רוב חברי הוועדה בביטולה של חזקת הגיל הרך נעוצה בעמדה שעל-פיה עקרון טובת הילד מחייב הכרעה בכל מקרה לגופו, ללא חזקות קבועות מראש,²⁸ כמו-גם בנימוקים שפורטו לעיל לביטול המושגים "משמורת" ו"הסדרי ראייה" – חיזוק הקשר עם

22 דוח-הביניים, לעיל ה"ש 16, בעמ' 4-5.

23 ס' 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

24 הצעת החוק, לעיל ה"ש 17, ס' 9(ב).

25 שם, ס' 9(ג).

26 שם, ס' 9(ד).

27 המכתב לשר המשפטים, לעיל ה"ש 16.

28 הצעת החוק, לעיל ה"ש 17, הסברים לס' 9.

שני ההורים וצמצום קונפליקטים. הוועדה מחזקת את עמדתה בדבר הצורך בכיטולה של חזקת הגיל הרך גם על-ידי ציון העובדה שבמדינות אחרות בוטלה חזקה זו תוך מעבר לכללי הכרעה בדבר טובת הילד הספציפי.²⁹

אלה מבין חברי הוועדה התומכים בסעיף הנותן משקל מכריע לחלוקת התפקידים במשפחה לפני הפרידה מדגישים כי אין מדובר בחזקה חדשה, אלא בשיקול נוסף שנועד לאפשר הכרעה מקום שבית-המשפט מתקשה לגבש הסדר על-פי הנתונים והשיקולים האחרים.³⁰ המתנגדים טוענים כי מתן משקל מכריע ליציבות בחיי הילד ולאופן שבו הוא טופל על-ידי כל אחד מההורים מהווה, למעשה, העדפה אוטומטית של ההורה המטפל, ויוביל להחרפת הקונפליקטים ההוריים.³¹ יתר על כן, שלושה מחברי הוועדה טענו כי הסעיף הנותן משקל מכריע לאופן שבו טופל הילד לפני פרידת ההורים פוגע באימהות ובנשים. זאת, משום שהוא נשען על תפיסה חברתית דתית או מהותנית לגבי תפקידה של האישה, מצדיק את הדין הדתי הפטרנליסטי, ומגביל את השתתפותן של נשים בשוק העבודה בשכר.³²

כך, מצד אחד, רוב חברי הוועדה מכירים ברלוונטיות של שאלת האופן שבו טופל הילד על-ידי כל אחד מההורים בטרם נפרדו, ואף מעניקים לשיקול זה "משקל מכריע" בהצעת החוק שגיבשה הוועדה. כמו-כן, הוועדה נמנעת מלהמליץ על חלוקת זמנים שווה בין שני בתי ההורים (הסדר שמקובל לכנותו "משמורת פיזית משותפת") כבררת-מחדל. מן הצד האחר, ביטול המושג "משמורת", העדרה של חזקה המעניקה עדיפות לאימהות כהורה משמורן בגיל הרך, והדגש המושם באחריות ההורית המשותפת ובחשיבות הקשר המשמעותי, האישי, הישיר והסדיר של הילד עם כל אחד מההורים – כל אלה מחלישים מאוד את "המשקל המכריע" של חלוקת התפקידים במשפחה לפני פרידת ההורים בעיצוב הסדרי ההורות שלאחר-גירושים.

בחודש ינואר 2012 הודיע שר המשפטים יעקב נאמן כי הוא מאמץ את המלצותיה של ועדת שניט ומתעתד להגישן כהצעת חוק ממשלתית.³³ אכן, בספטמבר 2012 הופץ, לצורך קבלת תגובות מן הציבור, תזכיר חוק הורים וילדים, התשע"ב–2012, ובו הצעת חוק שניסח

29 דוח-הביניים, לעיל ה"ש 16, בעמ' 5.

30 הצעת החוק, לעיל ה"ש 17, הסברים לס' 9.

31 טל שחף "הסתייגות לתוספת סעיף 9(ג) ו-9(ד) להצעת החוק שבדוח הביניים" נספח למכתב לשר המשפטים, לעיל ה"ש 16, בעמ' 2; מכתב מד"ר תרצה יואלס ופרופ' אבי שגיא-שורץ אל יעקב נאמן, שר המשפטים, נספח למכתב לשר המשפטים, לעיל ה"ש 16.

32 תרצה יואלס, אבי שגיא-שורץ ופרץ סגל "חוות דעת בעניין סעיף 9(ג) להצעת החוק מטעם הוועדה" נספח למכתב לשר המשפטים, לעיל ה"ש 16, בעמ' 5.

33 אביעד גליקמן "נאמן תומך: ילדי גרושים לא יועברו אוטומטית לאם" ynet 19.1.2012
www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4177935,00.html

משרד המשפטים בהתאם להמלצותיה של ועדת שניט.³⁴ בעוד המלצות משמעותיות של הוועדה, כגון הפחתת מעורבותן של הפרופסיות הטיפוליות בהליכי גירושים,³⁵ לא זכו בהד ציבורי כלל, ההמלצה לבטל את חזקת הגיל הרך זכתה בתשומת-לב תקשורתית וציבורית רבה, ומסתמנת כמלחמה בין המינים³⁶ וכמוקד הפעילות המרכזי של ארגוני הגברים בישראל.³⁷ בעוד יש המבקשות לשמר את חזקת הגיל הרך,³⁸ יש המבקשים לקבוע בחוק אחריות הורית שווה וזהה כבררת-מחדל³⁹ או לחלופין לאמץ את המלצותיה של ועדת שניט

34 ראו www.justice.gov.il/MOJHeb/Subjects/TazkirChokHorimVeyaladim.htm (להלן: התזכיר).

35 ראו את הדיון להלן בחלק 2(ב).

36 מלחמה בין המינים על הכלל המשפטי לגבי הורות בגירושים וכן דומיננטיות של ארגוני גברים בשיח הציבורי והפוליטי קיימות במדינות מערביות רבות. ראו FATHERS' RIGHTS ACTIVISM AND LAW REFORM IN COMPARATIVE PERSPECTIVE (Richard Collier & Sally Sheldon eds., 2006); CHILD CUSTODY AND THE POLITICS OF GENDER (Carol Smart & Selma Sevenhuijsen eds., 1989); Ray Graycar, *Family Law Reform in Australia, or Frozen Chooks Revisited Again?*, 13 TIL J. 241 (2012).

37 פעילותם של ארגוני הגברים בישראל בקשר לביטולה של חזקת הגיל הרך מצדיקה מחקר נפרד. ראו Daphna Hacker, *Men's Groups as a New Challenge to the Israeli Feminist Movement: Lessons from the Ongoing Gender War over the Tender Years Presumption*. (will be published at ISRAELI STUDIES)

כאן נציין רק את פנייתם של גופים אלה לוועדת האו"ם המפקחת על יישום האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, אשר הניבה המלצה לממשלת ישראל לשנות את חזקת הגיל הרך הקבועה בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות – ראו www.ccfisrael.org/wp-content/uploads/2011/12/Excerpts-Conclusions-of-the-47th-session.pdf; את שתי התביעות שהוגשו לבתי-משפט זרים בגין הפליה לכאורית של אבות בהליכי גירושים בישראל – ראו www.docstoc.com/docs/97633571/Weisskopf-v-Yaakov-Neeman-Wisconsin-WD-11CV00665 וכן www.israelnationalnews.com/News/News.aspx/155685#.TWgepGE71Ushared-parenting.co.il/%D7%95%D7%A2%D7%93%D7%AA-%D7%A9%D7%A0%D7%99%D7%98/; את התמיכה במועמדותה של חברת-הכנסת יוליה שמאלוב-ברקוביץ, שהגישה הצעת חוק לביטולה של חזקת הגיל הרך, לתפקיד שרת הרווחה – ראו israblog.nana10.co.il/blogread.asp?blog=808367&blogcode=13256269; ואת הניסיון לפגוע בשמן הטוב של מי שנתפסות על-ידיהם כאיום לעמדתם – ראו, למשל, <http://zik.co.il/37i> וכן www.nrg.co.il/online/17/ART2/335/057.html.

38 ראו, למשל, את עמדתו של ארגון נעמת "נעמת תאבק נגד אימוץ המלצות וועדת שניט ע"י הכנסת" www.naamat.org.il/news.php?cat=0&incat=&read=466.

39 ראו, למשל, את עמדתו של ארגון הורות=שווה "עמדת הורות שווה בוועדת שניט – פרדיגמה חדשה לאחריות הורית לאחר גירושים" www.sulcha.co.il/content/ArticleMain.asp?maamar_id=337.

מבלי להעניק משקל מכריע לאופן שבו כל אחד מההורים טיפל בילד ומבלי להבהיר כי התיקון המוצע לא נועד לעודד משמורת פיזית משותפת.⁴⁰ בימים אלה מתקיימים בכנסת דיונים בנושא, ועתידן של המלצות ועדת שניט טרם הוכרע.⁴¹ עם זאת, השדה המשפטי אינו ממתין להכרעת המחוקק, וכפי שיורחב בחלק הבא, הוא החליש מאוד בשנים האחרונות את חזקת הגיל הרך, ואימץ תחתה רטוריקה המתייחסת לאימהות ולאבהות כאל תפקידים זהים.

2. שינויים בשדה המשפטי הישראלי

חרף העובדה שחזקת הגיל הרך קיימת עדיין עלי ספר, כבר כיום מתרחשות תמורות משמעותיות בפסיקתם של בתי-המשפט לענייני משפחה כמו-גם בעבודתן של העובדות הסוציאליות לסדרי דין, המופקדות על עריכת תסקירים לגבי המשפחה וגיבוש המלצות בנוגע להסדרי ההורות בעבור בתי-המשפט ובתי-הדין. נראה כי חלק משופטי המשפחה וכן חלק לא-מבוטל מקרב העובדות הסוציאליות לסדרי דין מושפעים מן המסר שעלה מעצם הקמתה של ועדת שניט ומהלך-הרוח הציבורי שמהלך זה שיקף, כמו-גם מן המגמה שהסתמנה בדוח-הביניים, ויש ביניהם אף הנוהגים כאילו חזקת הגיל הרך אינה תקפה עוד ואף הומרה בהעדפה של משמורת פיזית משותפת.⁴²

אנו מודעות היטב למגבלותיו של כל מחקר העוסק בפסיקותיהם של בתי-המשפט לענייני משפחה, לנוכח שיעורם הזעום של פסקי-הדין אשר רואים אור ונגישים לציבור.⁴³ עם זאת, אלה החומרים העומדים לרשותנו, כמו-גם לרשות אנשי-המקצוע האחרים בתחום זה, כולל שופטי המשפחה עצמם וכמובן גם העובדות הסוציאליות לסדרי דין ומומחי בריאות הנפש שאליהם פונים שופטי המשפחה לשם קבלת חוות-דעת. כך שעל-אף החשש מפני ההטיות העלולות להיווצר עקב הישענות רק על פסקי-הדין המפורסמים במאגרי המידע השונים, אלה פסקי-הדין המשפיעים על השדה – מהם כל הגורמים המקצועיים גוזרים מסקנות מעשיות, ובהתאם להם עורכי-הדין הפועלים בשדה מכלכלים את מהלכיהם. בדיקה מעמיקה של פסיקת המשפחה הנגישה למחקר חושפת את השינוי ההדרגתי שחל בקרב שופטי המשפחה לאורך העשור האחרון, שבמהלכו הוקמה כזכור ועדת שניט

40 ראו הצעת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (תיקון – תיקון פרק ב'), התשע"ב–2011, פ/3765/18, ח"כ מאיר שטרית.

41 ראו ישיבה משותפת של הוועדה לזכויות הילד, פרוטוקול ישיבה מס' 165, והוועדה לקידום מעמד האישה, פרוטוקול ישיבה מס' 127, הכנסת ה-18 (7.2.2012).

42 ראו גם רז, לעיל ה"ש 6.

43 רינה בוגוש, רות הלפרין-קדרי ואייל כתבן "הפסקים הסמויים מן העין": השפעתם של המאגרים הממוחשבים על יצירת גוף הידע המשפטי בדיני המשפחה בישראל" עיוני משפט לד' 603 (2011).

ופורסמו המלצות הביניים שלה.⁴⁴ אם בשלוש השנים 2002–2004 הופיעה ההתייחסות לאפשרות של משמורת פיזית משותפת בפסק-דין אחד בלבד, וגם בו דחה אותה בית-המשפט, מתחילת שנת 2008 ועד סוף מרס 2012 בחנו בתי-המשפט אפשרות של משמורת פיזית בעשרים מקרים שפורסמו, ובאחד-עשר מתוכם אכן פסקו בתי-המשפט הסדרים של חלוקת זמנים שווה או דומה מאוד בין ההורים.⁴⁵ בתי-המשפט מקדישים מקום ניכר לתיאור יתרונותיה של המשמורת הפיזית המשותפת כמבטאת את השוויון המהותי;⁴⁶ כמגשימה הלכה למעשה את זכות-היסוד של הקטינים לחוות את כל אחד מהוריהם כהורה משמורן ולגדול עימו;⁴⁷ כמעבירה מסר מחנך לילד בנוגע לנוכחות הוריו בחייו, וכמעניקה תחושה נוחה יותר לכל אחד מן ההורים כי הורותם לא נפגמה.⁴⁸ בכמה פסקי-דין מועלית אף האפשרות כי אין סתירה בין הסדר של משמורת פיזית משותפת לבין חזקת הגיל הרך,⁴⁹

44 הבדיקה נערכה במאגרים נבו, פסקדין, פדאור ותקדין, וכללה את מילות החיפוש הבאות: וועדת שניט או ועדת שניט / חזקת הגיל הרך / משמורת משותפת / אחריות הורית משותפת / תביעת משמורת מצד האב / משמורת קטינים וגם הסדרי ראייה (או ראייה) ולא חוק הנוער. הבדיקה הקיפה את כל פסקי-הדין שפורסמו מראשית שנת 2008 ועד לסוף חודש מרס 2012, וכן את כל פסקי-הדין שפורסמו בשנים 2002–2004. הבדיקה כללה אף פסקי-דין המופיעים באתר "הורות שווה", אשר חלקם אינם מופיעים במאגרים הדיגיטליים.

45 בפסקי-הדין הבאים נפסקו הסדרים של חלוקת זמנים שווה או דומה מאוד: תמ"ש (משפחה י-ם) 19660/07 פלונית נ' אלמוני (פורסם בנבו, 3.9.2008) (להלן: פלונית נ' אלמוני (2008)); תמ"ש (משפחה קר) 10440/07 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 28.9.2008) (להלן: פלונית נ' פלוני (2008)); תמ"ש (משפחה אי) 1701/05 ג.ה. נ' ג.ד. (פורסם בנבו, 12.2.2008); תמ"ש (משפחה ת"א) 36000/06 נ.ר. נ' ש.ר.מ. (פורסם בנבו, 15.7.2009); תמ"ש (משפחה י-ם) 16422/08 ג.מ. נ' מ.מ. (פורסם בנבו, 21.10.2009); תמ"ש (משפחה כ"ס) 28102/05 ר.ג. נ' א.נ. (לא פורסם, 14.2.2010); תמ"ש (משפחה קר) 17120/07 פלונית נ' אלמוני (פורסם בנבו, 22.8.2010) (להלן: פלונית נ' אלמוני (2010)); תמ"ש (משפחה י-ם) 23723/05 ה.ס. נ' ר.ס. (פורסם בנבו, 22.2.2011); תמ"ש (משפחה טב) 12148-04-10 ס.ג. נ' ע.ג. (פורסם בנבו, 28.4.2011); תמ"ש (משפחה כ"ס) 33770-08 (לא פורסם, 29.11.2011); תמ"ש (משפחה ראש"צ) 29024/06 ט.ל. נ' א.ל. (פורסם בנבו, 23.2.2012). בפסקי-הדין הבאים נדונה האפשרות של חלוקת זמנים שווה ונדחתה: תמ"ש (משפחה ב"ש) 15991/06 ר.ס. נ' ר.ב.מ. (פורסם בנבו, 24.9.2009); תמ"ש (משפחה ת"א) 36621/06 ט.מ. נ' ע.מ. (פורסם בנבו, 25.11.2009); תמ"ש (משפחה ראש"צ) 28951/09 א.ג.ג. נ' ת.ג. (פורסם בנבו, 7.1.2010); תמ"ש (משפחה י-ם) 3481/09 א.ק. נ' ל.ק. (פורסם בנבו, 28.4.2011); תמ"ש (משפחה כ"ס) 11657/03 א.א.י. נ' א.ב. (פורסם בנבו, 16.6.2011); תמ"ש (משפחה טב) 24310-12-09 מ.ש. נ' א.ק. (פורסם בנבו, 26.6.2011); תמ"ש (משפחה י-ם) 39564-08-10 מ.א. נ' א.א. (פורסם בנבו, 26.6.2011); תמ"ש (משפחה טב) 5782-08-09 א.ק. נ' נ.ק. (פורסם בנבו, 23.10.2011); תמ"ש (משפחה טב) 39341-08-10 א.מ. נ' א.מ. (פורסם בנבו, 25.12.2011).

46 פלונית נ' אלמוני (2008), שם.

47 ג.ה. נ' ג.ד., לעיל ה"ש 45.

48 א.א.י. נ' א.ב., לעיל ה"ש 45.

49 מ.ש. נ' א.ק., לעיל ה"ש 45; ס.ג. נ' ע.ג., לעיל ה"ש 45.

ובאחרים השופטים מתבטאים בביקורת נגד חזקת הגיל ה⁵⁰. כפי שהוזכר במבוא, לאחרונה אף הכריז אחד השופטים בהכרעת הדין כי "כבר בפתח הדברים מבקש אני להודיע כי אין בדעתי ליתן כל חשיבות לחזקת הגיל ה⁵¹... המציאות בה מתפקדת המשפחה הישראלית בשנות האלפיים אינה עולה עוד בקנה אחד עם המציאות, שבמסגרתה גובשה הדוקטרינה של חזקת הגיל ה⁵¹." הביטוי "משמורת משותפת היא דרך המלך" חוזר על עצמו בכמה וכמה פסקי-דין,⁵² וכאמור, התדירות שבה בתי-המשפט מורים על הסדרי משמורת פיזית משותפת הולכת וגוברת. יתרה מזו, בתי-המשפט מורים על הסדרי משמורת פיזית משותפת אף במקרים שבהם גיל הילדים קטן משש,⁵³ וכן במקרים שבהם עולה בבירור כי התקשורת בין ההורים לקויה ושיתוף-הפעולה ביניהם בעייתי.⁵⁴

גם בהמלצותיהן של העובדות הסוציאליות לסדרי דין המוזכרות בפסקי-הדין ניכר שינוי מקביל: אם בשנים 2002–2004 הומלץ בתסקיר על משמורת משותפת במקרה אחד בלבד,⁵⁵ מתחילת 2008 ועד סוף מרס 2012 נרשמו המלצות למשמורת משותפת בשישה מקרים.⁵⁶ אכן, גם נתונים רשמיים של משרד הרווחה אינם מותירים מקום לספק בדבר השינוי שכבר מתרחש בעבודתן של העובדות הסוציאליות לסדרי דין. בין השנים 2008 ו-2010 הוכפל (ואף יותר מכך) שיעור ההמלצות למשמורת משותפת, ועלה מ-309 ל-778 ושיעור ההמלצות למשמורת בלעדית של האם קטן (גם אם לא באותו יחס).⁵⁷

-
- 50 פלונית נ' פלוני (2008), לעיל ה"ש 45; תמ"ש (משפחה ת"א) 22020/06 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 21.4.2010) (להלן: פלונית נ' פלוני (2010)); ס.ג. נ' ע.ג., לעיל ה"ש 45; מ.ש. נ' א.ק., לעיל ה"ש 45. ראו גם להלן, הטקסט ליד ה"ש 60.
- 51 ק.ש. נ' מ.ע.ב., לעיל ה"ש 5.
- 52 פלונית נ' אלמוני (2010), לעיל ה"ש 45; פלונית נ' פלוני (2008), לעיל ה"ש 45; ס.ג. נ' ע.ג., לעיל ה"ש 45.
- 53 פלונית נ' אלמוני (2008), לעיל ה"ש 45; ג.מ. נ' מ.מ., לעיל ה"ש 45; פלונית נ' אלמוני (2010), לעיל ה"ש 45; ס.ג. נ' ע.ג., לעיל ה"ש 45.
- 54 ס.ג. נ' ע.ג., לעיל ה"ש 45; פלונית נ' אלמוני (2010), לעיל ה"ש 45; ג.מ. נ' מ.מ., לעיל ה"ש 45.
- 55 תמ"ש (משפחה כ"ס) 5580/02 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 13.5.2004) (להלן: פלונית נ' פלוני (2004)).
- 56 פלונית נ' אלמוני (2008), לעיל ה"ש 45; ג.מ. נ' מ.מ., לעיל ה"ש 45; ט.מ. נ' ע.מ., לעיל ה"ש 45; ר.ג. נ' א.ג., לעיל ה"ש 45; מ.ש. נ' א.ק., לעיל ה"ש 45; א.א.י. נ' א.ב., לעיל ה"ש 45.
- 57 יש לציין כי הלשון שגורמי הרווחה הרשמיים נוקטים הינה עמומה, ואי-אפשר להבין ממנה מהו התוכן המדויק של ההמלצות. בתשובה לפנייתם של ארגונים אזרחיים נמסר כי "בשנת 2009 ניתנו 309 המלצות להורות משותפת המהווים 7% מכלל ההמלצות, בעוד שבשנת 2010 ניתנו 778 המלצות להורות משותפת המהווים 16% מכלל ההמלצות... בשנת 2008 היו 2,788 המלצות למשמורת האם שהיו 79% מכלל ההמלצות, בעוד שבשנת 2009 ו-2010 היו כ-3,100 המלצות למשמורת האם, המהווים 70% מכלל ההמלצות" (מכתב ממוטי וינטר, סמנכ"ל משרד הרווחה, אל שפרה ביטון, נציגת חד-הוריות ממאהל שכונת התקווה, עו"ד קרן

החפיפה בין מועד תחילתם של השינויים בפסקי-הדין ובחוות-הדעת של העובדות הסוציאליות לבין מועד פרסומן של המלצות-הביניים של ועדת שניט אינה מקרית. כבר באמצע דצמבר 2008, כחצי שנה לאחר פרסום דוח-הביניים של ועדת שניט, התייחס השופט בן-ארי להלך-הרוח החדש שעל-פיו חזקת הגיל הרך היא רק שיקול אחד מני רבים שיש לשקלל בקשר לטובת הילד:

זה המקום להזכיר את השינוי המתחולל בישראל בימים אלו ממש, בדבר מעמדה של "חזקת הגיל הרך" בחוק. אף כי לא בהכרח תבוטל חזקה זו מכל וכל (ואף אין כוונה לכך), ניראה להניח כי קיומה בחוק כגורם מחייב בשיקולי בית המשפט יבוטל או ימותן בצורה ניכרת.⁵⁸

החל בשנת 2010 כבר ניתנים פסקי-דין קיצוניים הרבה יותר, הנשענים, בין היתר, על דוח-הביניים של ועדת שניט. כך, למשל, השופט סילמן מתעלם לחלוטין מחזקת הגיל הרך בבואו להכריע בסכסוך בדבר המשמורת של תאומות בנות ארבע וחצי. המושג "חזקת הגיל הרך" וסעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, הקובע את החזקה, אינם מוזכרים בפסקי-הדין כלל, והשופט יוצר למעשה חזקה הפוכה של משמורת פיזית משותפת:

לפיכך, לדידי, אין צורך להוכיח כי טובת הקטינים היא לגדול במסגרת של משמורת משותפת. אדרבא, הטוען כי מן הראוי שלא לאפשר במקרה קונקרטי משמורת משותפת, על אף שמתקיימים התנאים המוקדמים של תקשורת תקינה וקרבה פיזית בין ההורים, עליו הנטל להוכיח זאת.⁵⁹

זאת, תוך ציטוט מתוך חוות-הדעת של ד"ר תרצה יואלס ופרופ' אבי שגיא-שורץ, שנכללה בדוח-הביניים של ועדת שניט, הטוענת כי הסדרי משמורת פיזית לא-סימטריים מעצימים את הקונפליקט ההורי. בהתאם למשנתו, הורה השופט על משמורת פיזית משותפת לילדות חרף התנגדות האם.

שמ-פרלמוטר, מנהלת עמותת איתך-מעכי, ועו"ד דפנה רובינשטיין, חברת הקואליציה להרחבת חזקת הגיל הרך (29.11.2011). מדברים אלה קשה לגבש מסקנה חד-משמעית באשר להסדרי המשמורת המומלצים, שכן למונח "הורות משותפת" המופיע במכתב אין משמעות משפטית מוגדרת, ואין לדעת אם הכוונה בו היא להמלצה שהילד ישהה זמן שווה בביתו של כל אחד מן ההורים או שמא הכוונה היא לכותרת שמטרתה להשמיע שוויוניות בין ההורים, בעוד בפועל אחד הבתים מסומן כמקום המגורים העיקרי של הילד, כפי שמתואר להלן בה"ש 70 ובטקסט שאחריה. כך גם מסתפק הכותב בהתייחסות ל"המלצות למשמורת האם", מבלי לציין האם הכוונה למשמורת פיזית או משפטית, אלא שבהסתמך על ניסיון העבר, יש להניח כי הכוונה כאן הינה למשמורת פיזית.

58 תמ"ש (משפחה ת"א) 1111/07 פלונית נ' פלוני, פס' 30 לפסק-דינו של השופט בן-ארי (פורסם בנבו, 15.12.2008).

59 פלונית נ' אלמוני (2010), לעיל ה"ש 45.

גם מפסק־דינו של השופט זגורי ניתן ללמוד על פיחות דרמטי במעמדה של חזקת הגיל הרך, הן בקרב השופטים והן בקרב מומחי הטיפול, ועל הקשר שבין פחות זה לבין המלצותיה של ועדת שניט:

כידוע, קרנה של "חזקת הגיל הרך" נשוא סעיף 25 לחוק, ירד[ה] לאחרונה והתעורר דיון ציבורי מעמיק בשאלה האם יש להורות ביטולה של החזקה והחלפתה במבחנים אחרים אם לאו (ראה בהקשר זה דו"ח הביניים של ועדת שניט)... כך או אחרת, אין חולק, כי "חזקת הגיל הרך", היא רק אחד השיקולים הנשקלים, ולא השיקול הבלעדי... הפיחות במעמדה של חזקת הגיל הרך הסיט אותה איפוא, ממרכז הבמה והפך אותה לשיקול נוסף שבתי המשפט שוקלים בענייני משמורת... אף חלק ניכר מהמומחים כיום בתחום הפסיכולוגיה, המתמנים בידי בתי המשפט לענייני משפחה לשם מתן המלצות בעניין משמורת, נוהגים להתעלם מחזקת הגיל הרך וטוענים כי המלצתם מבוססת על מבדקי מסוגלות הורית, הערכות אישיותות, תצפיות וכיו"ב כלים שבידיהם על מנת לחוות דעת בדבר טיב ההורות של [כל] אחד מההורים.⁶⁰

גם הרוח הסופי של ועדת שניט כבר הוזכר בתסקירים ובפסיקה כמקור נורמטיבי רב השפעה. לדוגמה, בתסקיר שניתן לאחרונה מבהירה העובדת הסוציאלית כי חרף עמדתן של פקידת הסעד המחוזית וקולגות נוספות כי יש לקבוע אחריות הורית משותפת על שני הילדים ומשמורת פיזית בלעדית של האם, היא סבורה כי יש לקבוע משמורת פיזית משותפת, בין היתר, "לאור המלצות ועדת שניט". השופטת ורדה בן־שחר אכן פסקה במקרה זה משמורת פיזית משותפת, חרף אלימות מילולית של האב כלפי האם, פרסומים שלו נגדה במרשתת וחוסר שיתוף־הפעולה שלו עם תוכנית הטיפול שעליה הורתה השופטת.⁶¹ דוגמה נוספת היא פסק־דינה של השופטת חני שירה, הקובעת כי "המלצות ועדת שניט טרם הפכו לחוק מחייב והנן כאמור בגדר המלצות, אך לאמור בהן ראוי כי יינתן משקל רב". השופטת מביאה בהרחבה מהמלצות הוועדה, ובהתאם להן מסרבת לנקוט לשון של "משמורת", "החזקת הקטין" ו"הסדרי ראייה", בהסבירה כי "לטעמי, ההגדרה המשפטית של 'משמורת' או חזקה, איננה משמעותית לא בכלל ולא כאן".⁶²

השופטת רוטשילד, שהייתה חברה בוועדת שניט, מסכמת בפסק־דינה מאפריל 2012 את המצב המשפטי החדש כפי שהיא מבינה אותו:

60 מ.ש. נ' א.ק., לעיל ה"ש 45.

61 תמ"ש (משפחה ראשל"צ) 7856-02-10 ש. א. נ' ס. י. א. (פורסם בנבו, 2012.7.23).

62 ט.ל. נ' א.ל., לעיל ה"ש 45.

כפי שהודגש בשורה ארוכה של פסקי דין אשר ניתנו לאחרונה, מגמת הפסיקה כיום הינה להעניק משקל רב יותר לפתרון שיאפשר שמירת הורותם של שני ההורים, תוך בחינה חיובית של האפשרות לקביעת משמורת משותפת, ובלבד שיוכח, כי הסדר כאמור ישרת את טובת הילד.⁶³

יש אומנם שופטים שמזכירים עדיין את קיומה של חזקת הגיל הרך עלי ספר ואת העובדה שהמלצותיה של ועדת שניט טרם נהפכו לחוק, כפי שעושה השופטת מימון:

אף שמסקנות ועדת שניט בנושא זה זכו להד תקשורתי נרחב, הדברים טרם עברו תחת ידו של המחוקק וטרם עוגנו בהסדר חקיקתי כולל. משכך, ההסדר החקיקתי אשר היה קיים ואשר עדיין קיים במשפט הישראלי, הינו זה הקבוע בסעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962, והוא ההסדר המכונה "חזקת הגיל הרך".⁶⁴

אך ככלל השופטים מסכימים כי לכל-הפחות יש מחלוקת בקרבם באשר למקום שיש לתת לחזקת הגיל הרך, וכי יש מקום לשקול בכובד-ראש את האפשרות של משמורת פיזית משותפת בכל מקרה ומקרה חרף קיומה של החזקה.⁶⁵ משיחות לא-פורמליות שערכנו עם ארבעה עורכי-דין ומגשרת אחת המתמחים בדיני משפחה עולה כי המחלוקת הזו בין השופטים, המובילה להחלשתה של חזקת הגיל הרך, משנה את אופיים של המשאים-ומתנים המתרחשים כיום בין זוגות מתגרשים. מסתבר שהורים ועורכי-דין אינם עיוורים למגמה המסתמנת לאחרונה בתסקירים ובפסיקה, אשר נוטים יותר ויותר להתייחס למשמורת פיזית משותפת כאל הסדר הבא בחשבון במגוון של נסיבות, וכי אבות דורשים כדבר שבשגרה משמורת על ילדיהם. כך, בניגוד לעבר לא-רחוק, שבו שאלת המשמורת הפיזית הייתה "לא שאלה",⁶⁶ כיום שאלה זו פתוחה למשא-ומתן בין ההורים, ומהווה סוגיה נוספת שעלולה לבוא לפתחו של בית-המשפט.⁶⁷ ספק אם פסק-הדין של בית-המשפט המחוזי בתל-אביב בעניין ש. נ' ב., שהתקבל סמוך לירידתו של מאמר זה לדפוס, ובו ביקורת כלפי התעלמותו של בית-המשפט קמא מחזקת הגיל הרך, יצליח לסתום את הסכר הפרוץ. השופט שנלר מדגיש בעניין זה כי דוח ועדת שניט הוא בגדר "המלצות בלבד, שטרם קיבלו עיגון כלשהו בדבר חקיקה" וכי "על המחוקק ועל המחוקק לבדו, לומר דברו,

63 תמ"ש (משפחה ת"א) 56651/04 ט.מ. נ' ד.ב. (פורסם בנבו, 23.4.2012).

64 א.ק. נ' ל.ק., לעיל ה"ש 45.

65 למשל, פלונית נ' פלוני (2010), לעיל ה"ש 50; ר.ס. נ' ר.ב.מ., לעיל ה"ש 45. ראו גם רו, לעיל ה"ש 6.

66 הקר הורות במשפט, לעיל ה"ש 3, פרק ב.

67 ראו גם יהודית מייזלס "התבטאות בתגובה למושב הרצאות במהלך הכנס השנתי בנושא משמורת ילדים" (המרכז לקידום מעמד האשה ע"ש רות ועמנואל רקמן, ינואר 2012).

דהיינו האם יבחר לשנות את הוראת סעיף 25 לחוק או להותירה על כנה.⁶⁸ התרשמותנו היא כי השינויים בשדה המשפטי משמעותיים עד כדי כך שרק אמירה נחרצת של המחוקק לכאן או לכאן תוכל להשפיע על כללי-המסגרת של המשאים-ומתנים, אשר לוקים כיום בעמימות ובאי-ודאות.

חשוב לציין כי הן שופטים⁶⁹ והן עובדות סוציאליות לסדרי דין⁷⁰ כוללים בהכרעותיהם ובהמלצותיהם למשמורת פיזית משותפת גם הסדרים שאינם כוללים חלוקת זמנים שווה או דומה מאוד בין בתי ההורים. לדוגמה, השופט זגורי סוקר בהסכמה את סירובם של השופטים להיצמד להגדרה הקיימת בספרות ל"משמורת פיזית משותפת", ואומר: "משמורת פיזית משותפת" (Joint Physical Custody) הינה הסדר בו מוגדרים שני ההורים כמשמורנים על ילדיהם, ובהתאם לכך חולקים ביניהם באופן שווה את נטל גידול הילדים והטיפול בהם... חרף ההגדרה האמורה לעיל של 'משמורת פיזית משותפת', נקבע בפסיקה כי ניתן לתייג שני ההורים בתווית של 'משמורת משותפת', אף במקום ובנסיבות שבהן אין חלוקת זמן וטיפול שווה (או דומה) בין ההורים.⁷¹ בכך נעשה שימוש במושג משפטי המעניק לשני ההורים מעמד הורי זהה ויוצר מצג של הורות שוויונית, בעוד ההסדר מגלם למעשה מצב שבו יש לילדים הורה מטפל עיקרי, שהוא האם.

חשוב להדגיש כי השינויים במדיניות השיפוטית מובילים לא רק לפסיקה תקדימית של משמורת פיזית משותפת בהעדר הסכמה, אלא גם לפסיקה של משמורת פיזית בלעדית של האב, אפילו כאשר אמם של הילדים נוכחת ומתפקדת.⁷² זאת, בניגוד למציאות המשפטית בעבר הלא-רחוק, שאפשרה הסדר של משמורת פיזית בלעדית של האב רק במצבים שבהם האם לא רצתה או לא הייתה מסוגלת להיות משמורנית יחידנית או משותפת.⁷³

68 ראו ש. נ' ב., לעיל ה"ש 5.

69 א.ג.ג. נ' ת.ג., לעיל ה"ש 45; א.א.י. נ' א.ב., לעיל ה"ש 45; פלונית נ' פלוני (2004), לעיל ה"ש 55.

70 להבנתה של פקידת סעד ראשית, סימונה שטייניץ, ניתן להמליץ על משמורת פיזית משותפת יחד עם "בית עיקרי", ומכאן שאין מדובר בהכרח בהמלצה של העובדות הסוציאליות על חלוקת זמנים שווה בין בתיהם של שני ההורים. הרצאה שניתנה ביום-עיון "עבודה סוציאלית רגישת מגדר במצבי גירושין", ירושלים, 18.9.2011. ראו גם את ההמלצות בתיקים פלונית נ' פלוני (2004), לעיל ה"ש 55; פלונית נ' אלמוני (2008), לעיל ה"ש 45; א.א.י. נ' א.ב., לעיל ה"ש 45.

71 א.ק. נ' נ.ק., לעיל ה"ש 45.

72 ראו, למשל, תמ"ש (משפחה כ"ס) 17961/06 מ.ה. נ' א.ה., (פורסם בנבו, 7.3.2010); מ.ש. נ' א.ק., לעיל ה"ש 45 (אם תסרב האם להישאר באזור הצפון, יעבור הקטין למשמורת האב חרף גילו הרך); א.מ. נ' א.מ., לעיל ה"ש 45. גם במדינות אחרות הוביל ביטולה של חזקת הגיל הרך לעלייה בפסיקות המורות על משמורת בלעדית של האב. ראו להלן ה"ש 227.

73 הקר הורות במשפט. לעיל ה"ש 3. בעמ' 89–101: הילה מלר אמהות בראי המשפט: תפיסת האמהות על-ידי בתי המשפט בסכסוכי משמורת קטינים במקרים בהם נתנה המשמורת לאב

אנו מתנגדות להמלצותיהם של רוב חברי ועדת שניט ולמגמת הפסיקה העכשווית, המובילות להימנעות מהמושג "משמורת" ומכל סימון של הורה מטפל עיקרי במשפחה שלאחר-גירושים, גם כאשר בפועל יש כזה. אנו מתנגדות גם ללחץ מערכתי, משפטי וטיפולי לגיבוש הסדר של חלוקת זמנים שווה בין בתי ההורים, וסבורות כי הסדר כזה מתאים רק בנסיבות שהן החריג לכלל. לדעתנו, אין להמיר את המושג "אפורופסות" במושג "אחריות הורית", אלא לפצל את האפורופסות ל"סמכות הורית" ולמשמורת פיזית. פיצול זה יבהיר כי ככלל רק הסמכות ההורית שווה, למעט במקרים חריגים המצדיקים חלוקת סמכות לא-שוויונית בסוגיות מסוימות הקשורות לגידול הילדים, מחד גיסא, ולמעט במצבים שבהם גם המשמורת הפיזית שווה, מאידך גיסא. נוסף על כך, אנו תומכות בחזקה משפטית שעל-פיה הילדים צריכים להתגורר בביתו של ההורה המטפל העיקרי, ובסימונו של הורה זה כהורה משמורן או של ביתו כבית העיקרי של הילד. חלקי המאמר הבאים מוקדשים להצגת הידע הסוציולוגי, הפסיכולוגי והמשפטי שעליו אנו מבססות את התנגדותינו למגמה המתהווה שתוארה בפרק זה, ולדיון בהצעותינו החלופיות.

ב. היש חדש תחת השמש?

למשפט, ולדיני המשפחה בכלל זה, יש תפקיד חברתי הכולל עיצוב התנהגות, יישוב סכסוכים ותיעול משאבים.⁷⁴ עיצוב ההתנהגות מושג באמצעות כללי המשפט, המהווים מסגרת רטורית המסמנת את הנורמלי, הרצוי והמוסרי. כך, גם מי שאינם פונים למערכת המשפט כדי ליישב סכסוך מושפעים מתוכני המשפט.⁷⁵ במדינה דמוקרטית וליברלית כללי המשפט אמורים לשקף את הנורמות החברתיות הרווחות.⁷⁶ המחוקק במדינות כאלה יכול גם לנסות להשתמש בחוק כדי לקדם חזון חברתי דמוקרטי וליברלי, במטרה להשפיע על פרקטיקות ותפיסות שאינן עולות בקנה אחד עם חזון זה.⁷⁷

(עבודת-גמר לתואר "מוסמך במשפטים", אוניברסיטת בר-אילן – הפקולטה למשפטים, 2006).

74 דפנה הקר סוגיות משפחתיות בעיניים משפטיות פרק ב (2012).

75 איילת בלכר-פריגת "מה למשפט ולמשפחה?" האם המשפט חשוב? 275 (דפנה הקר ונטע זיו עורכות, 2010); Robert H. Mnookin & Lewis Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, 88 YALE L.J. 950, 950-996 (1979).

76 זאת, תוך הכרה בפלורליזם נורמטיבי של קבוצות מיעוט, כל עוד אין מדובר בהפרת זכויות אזרח וזכויות אדם. לדיון בגבולותיה של הסובלנות הפלורליסטית בהקשר המגדרי ראו SUSAN M. OKIN, IS MULTICULTURALISM BAD FOR WOMEN? (Joshua Cohen, Matthew Howard & Martha C. Nussbaum eds., 1999).

77 דוגמה בולטת בהקשר זה במשפט הישראלי היא החוק למניעת הטרדה מינית. ראו אורית קמיר "איזו מין הטרדה: האם הטרדה מינית היא פגיעה בשוויון או בכבוד האדם?" משפטים כט 317 (1999). עם זאת, כפי שנציין בהמשך, יכולתו של המשפט להנדס את החברה מוגבלת.

בשניות הזו שבין שיקוף הנורמות החברתיות לבין עיצובן – ותוך הכרה בהשפעת הכללים המשפטיים על התנהלותם של סכסוכים משפטיים – מצויות, בין היתר, החזקות המשפטיות, דוגמת חזקת הגיל הרך. מבחינה היסטורית, החזקות היו יצירה שיפוטית, לנוכח קוצר-ידים של בתי-המשפט בשיטת המשפט המקובל לנקוט דרך של חקיקה שיפוטית לצורך התאמת הדין למציאות החברתית המשתנה. החזקות נועדו אפוא לעקוף מגבלה זו ולאפשר לבתי-המשפט להטמיע שינויים בדין מבלי להצהיר על כך.⁷⁸ תפקידן המקורי של החזקות היה אם כן להתאים את הדין אל המציאות החברתית, ומכאן שהן גם שיקפו אותה. בין יתר הטעמים ליצירתן של חזקות מקובל למנות את הקלת ההתמודדות עם עמימות עובדתית, את קידום הוודאות המשפטית, את היעילות וההיסכון בעלויות משפטיות, ועוד. לא כל החזקות קורצו מאותו חומר; יש ביניהן ראייתיות, יש ביניהן הסתברותיות ועוד.⁷⁹ חזקת הגיל הרך נמנית עם החזקות שצידוקן הוא הסתברותי, ומטרתן יצירת מעין "קיצור-דרך" המאפשר להניח את הרגיל ולחייב את הטוען לבלתי-רגיל להביא ראיות התומכות בגרסתו.⁸⁰ בחזקות מעין אלה, במיוחד, טיעון לביטול החזקה מחייב הוכחה כי פני הדברים השתנו עד כדי כך שאין עוד הצדקה לשימוש בחזקה.⁸¹ כפי שראינו, בקרב חלק משופטי המשפחה רווחת לאחרונה הדעה כי אכן כך הדבר, והמציאות החברתית הקיימת כיום בישראל השתנתה באופן שמבטל את ההצדקה להמשך קיומה של החזקה.⁸² האמת היא שדעה נחרצת כזו הושמעה לראשונה כבר בשנת 2000 על-ידי השופט חיים פורת, אשר כיהן שנים רבות כשופט הערעורים המרכזי על פסיקותיהם של בתי-משפט קמא בענייני משפחה באזור המרכז. כבר אז גרס השופט פורת כי –

"חזקת הגיל הרך" נקבעה בסעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות לפני כמעט ארבעים שנה, עת המציאות החברתית היתה שונה. בעבר, היתה מקובלת מציאות בה מילאו נשים בפועל את תפקיד הטיפול בילדים בעוד האבות השקיעו בחיפוש אחר פרנסה. אולם, מגמה זו השתנתה. קיים שוויון בין הורים בכל הנוגע לזכות ולאחריות למילוי תפקיד

כך, גם בהקשר של הטרדה מינית. ראו נויה רימלט "על משפט, פמיניזם ושינוי חברתי: החוק למניעת הטרדה מינית כמקרה לדוגמה" עיונים במשפט מגדר ופמיניזם 985, 1010–985 (דפנה ברק-ארז, שלומית יניסקי-ריבד, יפעת ביטון ודנה פוגץ' עורכות, 2007).

78 Ronald J. Allen, *Presumption in Civil Action Reconsidered*, 66 IOWA L. REV. 843, 862–863 n. 99 (1981).

79 גיא שני חזקות רשלנות: העברת נטל ההוכחה בדיני הנוזיקין 40–49 (2011); Edmund M. Morgan, *Presumption*, 12 WASH. L. REV. & STATE BAR J. 255 (1937).

80 שני, שם; Morgan, שם, בעמ' 258.

81 יש הסבורים כי כל החזקות כולן חולקות אופי בסיסי "כאמצעי הוכחה, לאמור החזקות כולן מציגות 'מסקנות' המתחייבות ממסכת 'עובדות יסוד' המוכחות בראיות או מניסיון החיים שאינו טעון הוכחה". ראו יעקב קדמי על הראיות 1244 (1999).

82 ק.ש. נ' מ.ע.ב., לעיל ה"ש 5.

המשמורנים. זאת בשל השינוי במציאות החיים, שבה חלפה חלוקת התפקידים המסורתית בין ההורים. יתר על כן, גם התרבו דעות המרבית בחשיבותו של האב בחיי הילד...⁸³

בית המשפט העליון סבר בשעתו אחרת. השופטת דורנר קבעה כי "עדיין בדרך-כלל הקשר בין ילדים רכים בשנים לבין אמם חזק מהקשר בינם לבין אביהם", ועל-כן "אף כיום אין להמעיט במשקלה של חזקת הגיל הרך הקבועה בסעיף 25 לחוק".⁸⁴ פסק-דין זה אמור להוות גם כיום הלכה המחייבת את הערכאות הנמוכות יותר, אך כפי שראינו, שופטי משפחה לא-מעטים סוטים ממנה ומתייחסים אל חזקת הגיל הרך כאל כלל משפטי שאבד עליו כלח.

בפרק זה נבחן אם אכן חלו שינויים שמובילים לפיגורו של החוק הישראלי המסדיר את היחסים בין ההורים והילדים בגירושים אחר המציאות החברתית והידע הפסיכולוגי העדכני, ואשר מצדיקים על-כן את ביטולה של חזקת הגיל הרך ואת אימוצם של כללי משפט ללא העדפה בנוגע להורה המטפל העיקרי. בפרק הבא נבחן את השינויים שחלו בשיטות משפט אחרות, ונראה כי ברובן המוחלט – בניגוד לדעה הרווחת ולמוצג בדוח ועדת שניט – אין חזקה בדבר משמורת פיזית משותפת ונשמר סימון של הורה מטפל עיקרי לאחר גירושים. בפרקים הרביעי והחמישי נביא עדויות למגבלותיו של המשפט בהנדוס הורות שלאחר-גירושים ולסכנות הטמונות בניסיון לשרטט חזון הורי א-מגדרי התלוש מן המציאות. נסיים את המאמר בשרטוט השינויים שאנו סבורות כי יש להכניס לכללי ההכרעה בסכסוכי משמורת על-מנת שהאינטרסים והזכויות של ילדים במשפחות שלאחר-גירושים יישמרו על הצד הטוב ביותר.

1. שינויים במשפחה

(א) חלוקת התפקידים בין בני-הזוג

אחת השאלות החשובות ביותר שיש לבחון בהקשר של כללי המשפט הרצויים בנוגע לאחריות ההורית אחרי גירושים היא אם חלו שינויים בחלוקת התפקידים במשפחות בישראל המצדיקים התייחסות אל אימהות ואל אבהות כאל שני תפקידים זהים. בסעיף זה נראה כי חזקת הגיל הרך הקיימת כיום בספר החוקים הישראלי ממשיכה לשקף את חלוקת התפקידים המגדרית הנוהגת ברוב המשפחות בישראל.

83 ע"מ (משפחה ב"ש) 1125/99 ד.ל. נ' כ.ז., פס' 24 לפסק-דינו של סגן הנשיא פורת (פורסם בנבו, 28.5.2000).

84 רע"א 4574/00 פלונית נ' אלמוני, פ"ד נח(2) 321, 331–332 (2001).

נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה (הלמ"ס) מלמדים כי חרף כניסה מסיבית של נשים לשוק העבודה בשכר, חלוקת התפקידים במשפחות בישראל ממוגדרת עדיין מאוד. ברובן המכריע של המשפחות בישראל האם היא האחראית העיקרית לניהולו ולתחזוקו של משק הבית. מהסקר החברתי לשנת 2009 עולה כי בקרב הזוגות הנשואים: 73% מהגברים ו-76% מהנשים מדווחים כי רק האישה עושה את הכביסה, 17% מהגברים ו-15% מהנשים מדווחים כי שני בני-הזוג מבצעים את המטלה הזו, ורק 6% מהגברים ו-4.5% מהנשים מדווחים כי זו מטלה שהגבר מבצע בבית; 54% מהגברים ו-60% מהנשים מדווחים כי נקיון הבית הוא מטלה של האישה בלבד, 30% מהגברים ו-24% מהנשים מדווחים כי שניהם מנקים את הבית, ורק 5% מהגברים ו-3% מהנשים מדווחים כי הגבר הוא שמנקה את הבית; גם בשול והכנת אוכל הם משימות ממוגדרות – 68% מהגברים ו-71% מהנשים מדווחים כי אלה מטלות שרק האישה מבצעת. נתוני הלמ"ס מלמדים כי תיקונים קטנים בבית, כגון החלפת נורה ותליית תמונות, הם מטלות גבריות מובהקות: 78% מהגברים ו-68% מהנשים דיווחו כי רק הגבר מבצע אותן.⁸⁵ בניגוד לכביסה, לניקיון ולהכנת אוכל, תיקונים קטנים בבית הם מטלות חריגות בשגרת המשפחה, שהקשר שלהן לטיפול היומיומי בילדים קלוש. לגבי טיפול ישיר בילדים, 24% מהגברים ו-30% מהנשים אמרו כי רק האם מטפלת בילדים, ו-2.5% מהגברים ו-0.5% מהנשים דיווחו כי האב הוא ההורה המטפל בילדים. נתונים אחרונים אלה מעידים כי היפוך תפקידים מגדרי אינו קיים כמעט בישראל. 61% מהגברים ו-51% מהנשים אמרו כי שני ההורים מעורבים בטיפול בילדים.⁸⁶ אכן, גם מחקרים מחוץ-לארץ מלמדים כי המשימה שבה חל השינוי המשמעותי ביותר בתפקוד ההורי של האבות הצעירים של ימינו, בהשוואה לתפקוד ההורי של אבותיהם, הוא התייחסות-גומלין ישירה עם הילדים.⁸⁷ עם זאת, הסקר של הלמ"ס לא ירד לפרטים בנוגע למידת המעורבות ולטיב המעורבות של שני ההורים, כך שאי-אפשר לדעת על-פיו אם במשפחות שבהן ההורים מדווחים על שיתוף בטיפול הישיר בילדים אכן מדובר בשיתוף שווה וזהה.

קיימות אינדיקציות כבדות-משקל לכך שגם במשפחות שבהן שני ההורים מצהירים כי הם מעורבים בטיפול בילדים, הטיפול בילדים הוא משימה ממוגדרת, והאם היא ההורה המטפל העיקרי. אינדיקציה אחת היא הממצאים שעלו בסקר של הלמ"ס לגבי עמדות הציבור ביחס לחלוקת התפקידים במשפחה: 71% מהגברים ו-69% מהנשים סבורים כי

85 הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה שנתון סטטיסטי לישראל 62 לוח 7.11 (2011).
86 נתונים גולמיים של הלמ"ס שנותחו על-ידי עזרת-המחקר עינת מיטל. ראו surveys.cbs.gov.il/Survey/survey.htm.
87 Suzanne M. Bianchi, *Maternal Employment and Time with Children: Dramatic Change or Surprising Continuity?*, 37 DEMOGRAPHY 401 (2000); SCOTT COLTRANE, *FAMILY MAN* 54 (1996); LOUIE BURGHEES, LYNDA CLARKE & NATALIE CRONIN, *FATHERS AND FATHERHOOD IN BRITAIN* (1999).

ילדים קטנים סובלים לעיתים קרובות כאשר אמם עובדת.⁸⁸ אינדיקציה נוספת היא המאפיינים המגדריים של השתתפותם של נשים וגברים בשוק העבודה בשכר. הקשר בין חלוקת התפקידים בבית לבין ההשתתפות בשוק העבודה בשכר בולט במיוחד בקרב אזרחי ישראל הערבים, המהווים 20% מהאוכלוסייה.⁸⁹ בקבוצה זו, בגילאים 25–54, רק 29% מהנשים עובדות מחוץ למשק-ביתן, לעומת 80% מהגברים,⁹⁰ וכ-80% מן הנשים מקרב גילאי 18–65 שלא השתתפו בשוק העבודה דיווחו כי הסיבה לכך היא הטיפול בבית ובילדים.⁹¹ כאן שריר וקיים מודל עקרת-הבית והמפרנס היחיד.⁹² אך גם בקרב האוכלוסייה היהודית, שבה שיעור התעסוקה של נשים דומה לזה של גברים, אין מדובר בדפוסי תעסוקה א-מגדריים. לענייננו חשובים במיוחד הנתונים המצביעים על כך שנשים עובדות פחות שעות מגברים. הנשים המועסקות בשכר עובדות בממוצע 34 שעות בשבוע, לעומת 43 שעות עבודה שבועיות בקרב הגברים,⁹³ ומצביעות על מחויבויותיהן המשפחתיות כסיבה מרכזית לכך.⁹⁴ הנתונים הללו מהווים ביטוי מובהק למה שמכונה בספרות "המשמרת הכפולה". נשים מסיימות את עבודתן מחוץ לבית, שהיא המשמרת הראשונה, ואז חוזרות הביתה ומתחילות בביצוע מטלות הבית, שהן המשמרת השנייה.⁹⁵ הקשר בין מחויבויות משפחתיות לבין עבודה בשכר של נשים בא לידי ביטוי גם בנתונים המראים כי שיעור השתתפותן של נשים ישראליות פוחת ככל שמספר ילדיהן גדול יותר וככל שילדיהן צעירים יותר.⁹⁶

- 88 שנתון סטטיסטי לישראל 62, לעיל ה"ש 85, לוח 7.10. ראו גם את הממצאים שעלו במחקר מקיף שנערך בראשית שנות האלפיים, במסגרת פרויקט ISSP (International Social Survey Program), לגבי עמדותיו של הציבור הישראלי כלפי תפקידי מגדר וחלוקת עבודה במשפחה ותעסוקת נשים, המלמד על חלוקת תפקידים מגדרית ברורה במשפחה. אניה גליקמן, ענת אורן ונח לויין-אפשטיין "משפחה ישראלית חדשה? תפקידי מין וחלוקת עבודה במשפחה בראשית המאה ה-21" דעות בעם 8, 1 (2003). בימים אלה סקר זה נערך שנית, וממצאיו יפורסמו בקרוב.
- 89 שנתון סטטיסטי לישראל 62, לעיל ה"ש 85, לוח 2.1.
- 90 שם, לוח 12.1.
- 91 נשים ומשפחה בישראל: דו-שנתון סטטיסטי 2009 113 (רות הלפרין-קדרי וענבל קארו עורכות, 2009).
- 92 סילביה פוגל-ביז'אוי "משפחות בישראל: בין משפחתיות לפוסט-מודרניות" דפנה יזרעאלי, אריאלה פרידמן, הנרייט דהאן-כלב, חנה הרצוג, מנאר חסן, חנה נוה וסילביה פוגל-ביז'אוי מין מיגדר פוליטיקה 107 (1999).
- 93 שנתון סטטיסטי לישראל 62, לעיל ה"ש 85, לוח 12.17.
- 94 שם, לוח 12.21. ראו גם נשים ומשפחה בישראל: דו-שנתון סטטיסטי 2009, לעיל ה"ש 91, בעמ' 113–114.
- 95 ARLIE HOCKSCHILD, THE SECOND SHIFT (1989); JOAN WILLIAMS, UNBENDING GENDER: WHY FAMILY AND WORK CONFLICT AND WHAT TO DO ABOUT IT (2000).
- 96 שנתון סטטיסטי לישראל 62, לעיל ה"ש 85, לוח 12.9. ראו גם נשים ומשפחה בישראל: דו-שנתון סטטיסטי 2009, לעיל ה"ש 91, בעמ' 136–144.

העובדה שלכניסתן הגוברת של נשים לשוק העבודה בשכר לא נלוותה כניסה בעלת עוצמה דומה של גברים לספירה הפרטית מובילה לכך שנשים משתכרות בממוצע כשליש פחות מגברים, נתקלות ב"תקרת הזכוכית" במשרות ניהול, ומרוכזות במשרות "צווארון ורוד", אשר מאפשרות טיפול במשפחה אך אינן מובילות לשכר גבוה ולקידום משמעותי במדרג הארגוני.⁹⁷ כל הנתונים שהובאו לעיל מעידים כי החזון של חלוקת תפקידים משפחתית א-מגדרית עודו רחוק מאוד מאורח חייהן של רוב המשפחות בישראל, וכי אבות נשואים אינם משכילים לחלוק עם האם באופן שווה או דומה את הנטל והחירויה של גידול הילדים, ואינם נקנסים בשוק העבודה על תפקודם ההורי כפי שאימהות נקנסות.⁹⁸

(ב) מקומם של אבות גרושים בחיי ילדיהם

אחת ההנצעות (המוטיווציות) לעריכת הרפורמות המשפטיות בקשר למשמורת ילדים בגירושים, דוגמת זו שנעשתה בארצות-הברית, הייתה ממצאים לגבי התרחקותם של אבות לא-נשואים מילדיהם, עד כדי נתק מוחלט. ממצאים אלה הדאיגו את קובעי המדיניות משתי סיבות מרכזיות: האחת, החשש שהילדים ייפגעו מהעדר דמות אב; והאחרת, החשש שהילדים ייפלו למעמסה על משלם המיסים, מכיוון שהאבות המתנתקים נוטים לא לשלם מזונות לילדיהם. המחוקקים במדינות ארצות-הברית השונות קיוו כי ביטולה של חזקת הגיל הרך יגביר את מעורבותם של האבות בחיי ילדיהם.⁹⁹

97 לנתונים בהקשרים אלה ראו הקר סוגיות משפחתיות בעיניים משפטיות, לעיל ה"ש 74, פרק י.
98 לנתונים מאירי-עיניים על-אודות חלוקת התפקידים המגדרית במשפחה, אשר מוסיפה להתקיים כמעט ללא שינוי חרף הגידול שחל בהשתתפותן של הנשים בשוק העבודה בשכר, ולהסברים סוציולוגיים-פסיכולוגיים לכך, ראו שרון פרילינג ניכור הורי – ילד להורה והורה לילד: ההתערבות המשפטית במצבי ניכור הורי ושאלת תפקידו של המשפט ביצירת התנאים למימוש ההורות הרגשית ביחסי הורים וילדים ה"ש 826–831 והטקסט שלידן (עבודת-גמר לתואר "דוקטור למשפטים", אוניברסיטת בר-אילן – הפקולטה למשפטים, התשע"א). על קנס האימהות בשוק העבודה בשכר ראו Vanessa Gash, *Sacrificing Their Careers for Their Families? An Analysis for the Penalty to Motherhood in Europe*, available at www.ccsr.ac.uk/publications/working/2008-18.pdf.

99 Martha L. Fineman, *The Politics of Custody and Gender: Child Advocacy and the Transformation of Custody Decision Making in the USA*, in *CHILD CUSTODY AND THE POLITICS OF GENDER 27* (Carol Smart & Selma Sevenhuijsen eds., 1989). מחד גיסא, הנתונים על-אודות הילדים בארצות-הברית שאינם מקבלים מזונות מאבותיהם מעידים כי התקווה ששינויים בכללי ההכרעה בסכסוכי משמורת יובילו לתשלומי מזונות מלאים של אבות גרושים נכזבה. ראו U.S. Census Bureau, *Custodial Mothers and Fathers and Their Child Support: 2009* (2011), www.census.gov/prod/2011pubs/p60-240.pdf (דיווח על כך שרק 41.2% מההורים המשמורנים (82.2% מהם אימהות) קיבלו את מלוא הסכום של מזונות הילדים שההורה הלא-משמורן היה אמור לשלם). מאידך גיסא, מחקר עדכני מלמד כי במדינות ארצות-הברית שבהן יש העדפה למשמורת משפטית או פיזית משותפת יש סיכוי

בניגוד לממצאים מארצות-הברית, בישראל אין כל אינדיקציה לתופעה של התרחקות ונתק של אבות גרושים מילדיהם. נהפוך הוא, בהשוואה לנעשה בארצות-הברית, הסדרי הראייה של אבות גרושים ישראלים עם ילדיהם רחבים,¹⁰⁰ והם נמצאים איתם בקשר תדיר, שוטף ומשמעותי.¹⁰¹ גם באוסטרליה, חלוצת השיח על הורות משותפת בגירושים, הנתונים לשנת 2004 מורים כי רק 6% מהאבות הגרושים שוהים עם הילדים 30% מהזמן או יותר, 34% מהאבות רואים את הילדים רק כל סוף שבוע שני, 16% רואים אותם רק במהלך ימי החול ובאופן לא-קבוע, 10% רק בחגים ובחופשות, 7% רק פעם בשלושה-שישה חודשים ללא לינה, ו-26% אינם רואים את הילדים כלל או נפגשים איתם רק פעם בשנה.¹⁰² בישראל, לעומת זאת, כבר בעשור האחרון של המאה העשרים, כרבע מהסדרי הראייה שנקבעו בקרב משפחות יהודיות במרכז הארץ כללו לינה בבית האב גם במהלך ימי החול.¹⁰³ סביר להניח שכיום מודל זה נפוץ עוד יותר. אפילו "המודל הסטנדרטי", של מפגשים של האב עם ילדיו פעמיים בשבוע אחר הצהריים ובכל סוף שבוע שני עם לינה אחת, כולל למעשה שהייה של הילדים עם האב במהלך שישה ימים בשבועיים. מכיוון שמשטר החופשות והחגים בישראל הוא הנדיב ביותר בעולם,¹⁰⁴ חלוקת תקופות אלה באופן שווה בין ההורים, כנהוג ברוב הסדרי הגירושים, מגבירה את תכיפות המפגשים ומאריכה את משך שהייה של הילדים עם האב עוד יותר. כך, אב שמקיים את הסדרי הראייה על-פי המודל הסטנדרטי רואה את ילדיו 157 ימים בשנה, קרי, 43% (!) מימות השנה.

לצד הסדרי הראייה הכוללים מפגשים תכופים יש לציין שני מאפיינים נוספים הייחודיים לישראל בהשוואה למדינות דוגמת ארצות-הברית. מאפיין אחד הוא המשפחתיות. ישראל היא מדינה פמיליסטית, המתאפיינת בתפיסה חברתית המייחסת למשפחה מקום מרכזי וכן

גבוה יותר ב-8% שאבות גרושים ישלמו מזונות לילדיהם. ראו Brandeanna D. Allen, John M. Nunley & Richard Alan Seals, *The Effect of Joint Child Custody Legislation on the Child-Support Receipt of Single Mothers*, 32 J. FAM. & ECON. ISSUES 124, 124-129 (2011).

100 הקר הורות במשפט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 107 והמחקרים המובאים שם.
101 שרונה מנדל הקשר בין זהות התפקיד ההורי של האב הגרוש ללא משמורת לבין מעורבותו בחיי ילדו 106-131 (עבודת-גמר לתואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת חיפה – בית-הספר לעבודה סוציאלית, 2003); Pauline I. Erera, Carmelle Minton, Kay Pasley & Sharon Mandel, *Fathering after Divorce in Israel and the U.S.*, 31 J. DIVORCE & REMARRIAGE 55 (1999).

102 Bruce Smyth, *Time to Rethink Time? The Experience of Time with Children after Divorce* (2005), available at www.aifs.gov.au/institute/pubs/fm2005/fm71/bs.pdf

103 הקר הורות במשפט, לעיל ה"ש 3.
104 אורלי אלמגור-לוטן "ימי חופשה בכת-ספר יסודיים לעומת ימי חופשה במשק – סקירה משווה" (הכנסת – מרכז המחקר והמידע, 5.2.2012) www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m03010.pdf

בפרקטיקות משפחתיות המגלמות תפיסה זו, כגון שיעורי גירושים נמוכים יחסית.¹⁰⁵ יש להניח כי המשפחתיות היא אחת הסיבות לכך שברוב המקרים לכל בני המשפחה ברור כי האב ממשיך למלא תפקיד חשוב בחיי ילדיו, גם אם שני ההורים כבר אינם חיים תחת קורת-גג משותפת.¹⁰⁶ מאפיין נוסף הוא גודלה של המדינה. בעוד במדינות אחרות הגירה פנימית מטרפדת לרוב את האפשרות ששני ההורים יהיו בקשר רציף ותכוף על הילדים,¹⁰⁷ בישראל המרחקים הגיאוגרפיים מאפשרים בדרך-כלל מעברים תכופים יחסית של הילדים בין בתיהם של שני ההורים.¹⁰⁸ אכן, לאורך כל דיוניה של ועדת שניט לא הוצג ולו מחקר אחד המעיד על תופעה ישראלית של התרחקות או נתק של אבות גרושים מילדיהם.¹⁰⁹

מכל האמור בסעיף זה עולה כי ברוב המשפחות יש חלוקת תפקידים ברורה בין אימהות לאבות, וכי האימהות הן ההורה המטפל העיקרי, הנושא ברוב מטלות הבית, במחיר השתתפות אינטנסיבית פחות ומתגמלת פחות בשוק העבודה בשכר בהשוואה לאבות. נוסף

- 105 פוגל-ביז'אוי "משפחות בישראל: בין משפחתיות לפוסט-מודרניות", לעיל ה"ש 92; סילביה פוגל-ביז'אוי "משפחות בישראל – מגמות ומאפיינים" כוורת 17, 12, 14–12 (2009).
- 106 במחקרה של שרונה מנדל, למשל, נמצא כי האימהות היו מעוניינות במעורבות רבה יותר של האב בתחום החינוך והתמיכה הרגשית בילד מזו שהאב מעניק בפועל ומזו שהאב מעוניין בה, אף שגם האבות הביעו רצון להיות מעורבים יותר. הילדים שהשתתפו במחקר דיווחו כי רמת מעורבותו של האב קרובה לרמת המעורבות שהם חפצים בה. ראו מנדל, לעיל ה"ש 101, בעמ' 113. זאת, לעומת שיעור גבוה מאוד של אימהות גרושות באוסטרליה הסבורות כי הסדרי ראייה של פעם בשבועיים, מגע מועט ביותר ואף העדר מגע מוחלט של האב עם ילדיו הם הסדרים ראויים. ראו Patrick Parkinson & Bruce Smyth, *Satisfaction and Dissatisfaction with Father-Child Contact Arrangements in Australia*, 16 CHILD & FAM. L.Q. 289, 298 (2004).
- 107 Joan B. Kelly, *Children's Living Arrangements Following Separation and Divorce: Insights from Empirical and Clinical Research*, 46 FAM. PROC. 35, 42 (2006) (מחקרים מראים כי מרחק של יותר מ-120 ק"מ בין בתי ההורים מחבל באופן ברור בקשר של ההורה הלא-משמורן עם הילד; בארצות-הברית מעבר של הורה גרוש (relocation) למרחק של יותר מ-600 ק"מ מההורה האחר אינו נדיר).
- 108 במחקר שכלל 102 משפחות גרושות, מצאה שרונה מנדל כי המרחק הממוצע בין בתי ההורים הוא 28 ק"מ. ראו מנדל, לעיל ה"ש 101, בעמ' 62.
- 109 במסגרת מאבקם לביטולה של חזקת הגיל הרך היו ארגוני גברים שטענו כי 200 גברים גרושים מתאבדים בישראל מדי שנה בשל נתק מילדיהם, הנכפה עליהם על-ידי מערכות המשפט והרווחה. ראו Israeli NGOs for Fathers' Rights, The Coalition for the Children and Family, *Report to the 47th Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights Regarding the Implementation of ICESCR (Israel's 3rd periodic Report)* (15–16.11.2011), available at <http://bringofirhome.org/wp-content/uploads/2011/10/Exhibit-E.pdf>. מנתוני משרד הבריאות עולה כי לטענה זו אין כל שחר. מספר הגברים הגרושים המתאבדים בשנה בישראל, מקרב הגילאים 25–64, הוא 35 בממוצע, והוא כולל גברים שאינם אבות, אבות לילדים בגירים וכן אבות שלא רצו משמורת. משרד הבריאות אובדנות בישראל – התאבדויות 1981–2009, נסיונות התאבדות 2004–2010 (2011) www.health.gov.il/PublicationsFiles/loss_2011.pdf.

על כך, אבות גרושים בישראל נהנים מהסדרי ראייה רחבים בהשוואה למדינות אחרות, נמנעים מהתנתקות מילדיהם לאחר הגירושים, וזו גם אינה נכפית עליהם, למעט במצבים פתולוגיים של סכנה לשלומם של הילד.¹¹⁰ מכאן שלא התחוללו שינויים משפחתיים בישראל, לא במהלך נישואים ולא לאחר גירושים, ואין בעיה חברתית של התרחקות אבות גרושים מילדיהם, ועל-כן אין הצדקה לרפורמה משפטית מרחיקת-לכת בנוגע ליחסים שבין הורים גרושים וילדיהם. חזקת הגיל הרך וסימון אחד ההורים כמשמורן פיזי משקפים את חלוקת התפקידים הקיימת ממילא ברוב המשפחות בישראל. גיבוש הסדרי ראייה הכוללים מפגשים תכופים וקביעת משמורת משפטית משותפת, שעליה נרחיב בהמשך, משקפים את מעורבותם הגבוהה יחסית של אבות גרושים ישראלים בחיי ילדיהם. המשפט הישראלי אינו נדרש להדביק פער בינו לבין מציאות חברתית-הורית שוויונית, ואינו נדרש לטפל בבעיה חברתית-הורית של נתק של אבות מילדיהם, מכיוון ששתי התופעות האלה אינן קיימות בחברה הישראלית.

2. שינויים בשיח הפסיכולוגי

(א) השיבותו של האב בחיי ילדיו

השיח הפסיכולוגי לגבי טובתם של ילדים והקשר הרצוי שלהם עם כל אחד מהוריהם עבר שינויים משמעותיים בעשורים האחרונים, שהשפיעו על רפורמות משפטיות במדינות שונות. חזקת הגיל הרך, אשר חלשה במשך עשרות שנים על הליכים משפטיים של הורים גרושים במדינות המערב, נתמכה בתחילה על-ידי תיאוריות פסיכואנליטיות שגרסו כי האם היא ההורה המשמעותי מבחינת הילד וכי מקומו של האב בהתפתחותו הנפשית התקינה של הילד זניח.¹¹¹ מאוחר יותר התבססה התמיכה בחזקת הגיל הרך על תיאוריית ההתקשרות שפיתח ג'ון בולבי (John Bowlby) בשנות החמישים של המאה העשרים.¹¹² על-פי תיאוריה זו, כל תינוק יוצר קשר עמוק עם הדמות ההורית המטפלת בו, וניזוק מפרידה מדמות זו

110 על-פי נתוני משרד הרווחה, כ-13% מהמקרים שבהם נדרשת מעורבות של עובדת סוציאלית לסדרי דין המשפחה מופנית למרכז קשר, שבו המפגש בין ההורה לילד נעשה בפיקוחה של עובדת סוציאלית. כ-92% מהמקרים הללו המשפחה מגיעה למרכז הקשר על-פי צו שיפוטי. ההפניה למרכז קשר מתרחשת במצבים של ניסיון לחדש קשר שנותק בין ילד להורה; במצבים המחייבים הדרכה הורית; ובמצבי סיכון של פגיעה רגשית, פיזית או מינית של ההורה בקטין. נתונים שהתקבלו בדוא"ל מסימונה שטינמן, פקידת סעד ראשית, אל כותבות המאמר (14.2.2012).

111 תרצה יואלס ואבי שגיא-שורץ "אמא, אבא, ומה איתי? אני זקוק לשניכם": עובדות, מיתוסים ותקוות בהסדרי הורות במקרים של גירושין" דין ודברים 1 ו 375 (2012).

112 הפרסום הידוע ביותר בהקשר זה הוא הספר JOSEPH GOLDSTEIN, ANNA FREUD & ALBERT J. SOLNIT, BEYOND THE BEST INTEREST OF THE CHILD (1979).

בשנים הראשונות לחייו.¹¹³ מכיוון שברובן המכריע של המשפחות הדמות ההורית המטפלת בתינוק היא האם,¹¹⁴ פרידה ממנה בגיל הרך עלולה לפגוע ברווחתו הנפשית של הילד. מחקרים שונים שנערכו בעקבות תיאוריה זו מצאו לא רק כי תינוקות חווים מצוקה רגשית כאשר הם מופרדים מאמם, בתנאי שזו יצרה עימם קשר מיטיב, אלא גם שיש הלימה חיובית בין קשר מיטיב כזה עם האם לבין אושר, ביטחון עצמי ויכולת ליצור קשרי חברות וזוגיות בגילים מאוחרים יותר.¹¹⁵

למן שנות השמונים של המאה העשרים מושם דגש גובר במסגרת השיח הפסיכולוגי בחשיבותו של האב בחיי ילדיו. דגש זה נשען בתחילה על ממצאים שהראו כי יש מתאם חיובי בין היעדרות של דמות אב לבין התנהגויות אלימות והתמכרויות,¹¹⁶ וכי ילדים להורים גרושים מציגים הישגים לימודיים וחברתיים נמוכים בהשוואה לילדים שהוריהם אינם גרושים.¹¹⁷ ההכרה בחשיבות של שימור הקשר בין האב לילדיו גברה לנוכח התובנה הפסיכולוגית, המעוגנת במחקר, כי ילדים יוצרים קשרים משמעותיים נוספים לצד הקשר עם ההורה המטפל העיקרי. אין מדובר בקעקוע של תיאוריית ההתקשרות, אלא בהבנה כי נוסף על ההתקשרות המרכזית עם ההורה המטפל העיקרי ילדים נקשרים גם להורה האחר, כמו-גם למבוגרים נוספים הנוטלים חלק בחיי הנפש שלהם.¹¹⁸ לבסוף, השיח הפסיכולוגי של

-
- Mary Main, Erik Hesse & Siegfried Hesse, *Attachment Theory and Research: Overview* 113
with Suggested Applications to Child Custody, 49 FAM. CT. REV. 426, 429–463 (2011)
- 114 ביטוי מובהק לעבודה הממוגדרת בטיפול בתינוקות רכים בישראל הוא העובדה שגם לאחר שתוקן החוק (בשנת 1998) באופן שאפשר לאבות ליטול חופשת לידה, פחות משליש האחוז מנצלים את זכאותם. כך, לדוגמה, בשנת 2007 שולמו דמי לידה ל-246 גברים. זהו מספר-שיא של גברים שנטלו חופשת לידה בשנה אחת, ועם זאת הוא מהווה עדיין כ-0.28% בלבד ממספר חופשות הלידה שנטלו נשים באותה שנה. ראו נשים ומשפחה בישראל: דו-שנתון סטטיסטי 2009, לעיל ה"ש 91, בעמ' 153; ראו גם נדב פרץ לגרום לאבות לטפל: חופשת לידה לאבות בישראל – המלצות למדיניות 12 (2010).
- 115 Main, Hesse & Hesse, לעיל ה"ש 113, בעמ' 434–443.
- 116 ריקי פלח גליל "משמעות היחסים עם האב בתהליך ההתבגרות של הבן" עט השדה 2, 8, 8 – Doris J. James, *Profile of Jail Inmates, 2002* (U.S. Department of Justice, ; (2009) 12 Bureau of Justice Statistics – Special Report, 2004), available at www.bjs.gov/content/pub/pdf/pji02.pdf (39.2% מהאסירים ומהאסירות בארצות-הברית גדלו במשפחות חד-הוריות שבראשן אישה – שם, בעמ' 10).
- 117 Kelly, לעיל ה"ש 107, בעמ' 44.
- 118 תרצה יואלס ואבי שגיא-שורץ, הפסיכולוגים שהיו חברים בוועדת שניט, טענו כי יש לגזור מתיאוריית ההתקשרות אחריות הורית שווה, מבלי לתת להורה אחד מעמד מועדף על רעהו. ראו יואלס ושגיא-שורץ, לעיל ה"ש 111. אולם בניגוד לטענתם זו קיימת הסכמה גורפת בקרב מומחים בתחום כי בגיל הרך נוצרת התקשרות עיקרית עם דמות טיפולית אחת, וכי הסדרי ההורות בגירושים צריכים לשקפה כדי למנוע פגיעה בילדים. ראו Jennifer E. McIntosh, *Guest Editor's Introduction to Special Issue on Attachment Theory, Separation, and Divorce: Forging Coherent Understandings for Family Law*, 49 FAM. CT. REV. 418 (2011), והמאמרים בכרך כולו.

היום מכיר בכך שגם אבות יכולים להיות ההורה המטפל העיקרי, ובעקבות כך להיות הדמות שעזימה נוצרת ההתקשרות העיקרית של הילד הרך בשנים.¹¹⁹ חידוש נוסף במחקר הפסיכולוגי על היחסים שבין הורים גרושים לבין ילדיהם הוא עריכת מחקרים המתמקדים בתחושות אבל, כעס ואובדן של אבות גרושים שאינם נמצאים בקשר משמעותי או מספק מבחינתם עם ילדיהם.¹²⁰ חידוש נוסף בשיח הפסיכולוגי, שעולה בקנה אחד עם הדגש המשפטי הגובר בזכויותיהם של ילדים, לרבות שיתופם בהכרעות בקשר למשפחתם לאחר הגירושים, הוא התייחסות לדיווחים של ילדים להורים גרושים על רווחתם הנפשית.¹²¹ התמקדות זו חושפת את רצונם של רוב הילדים בקשר משמעותי, רצוף וגמיש עם אביהם.¹²² בצד כל אלה, גם כיום, השיח הפסיכולוגי אינו מתעלם מקיומם של אבות גרושים שאינם מעוניינים להיות בקשר עם ילדיהם מסיבות אישיות או בשל קשרים משפחתיים חדשים.¹²³

מכל האמור לעיל עולה כי הממצאים המחקריים הניעו פסיכולוגים לשכלל את תיאוריית ההתקשרות, ולהכיר בחשיבות מעורבותו של אב מיטיב בחיי ילדיו לאחר גירושים במקביל להכרה בשימור הקשר האינטנסיבי בין ההורה המטפל העיקרי לבין הילדים בגיל הרך. מכאן שיש מקום למשמורת פיזית בלעדית של ההורה המטפל העיקרי בגיל הרך בד בבד עם הסדרי הורות שיאפשרו קשר משמעותי ורציף של הילד עם שני הוריו, בהנחה ששניהם הורים מיטיבים. עם זאת, אי-אפשר לחלץ מן התובנות הפסיכולוגיות הללו מתכון קבוע ומדויק של תוכנית הורית או הסדרי ראייה. למעשה, אין עדות אמפירית לכך שחלוקת זמן

119 Main, Hesse & Hesse, לעיל ה"ש 113.

120 ראו, לדוגמה, אראלה גלין קולה של החוויה האבהית במעבר להיות אב לא משמורן (עבודת-גמר לתואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בן-גוריון – המחלקה לפסיכולוגיה, 2008).
121 אחד המחקרים המרכזיים בעניין זה הוא מחקרה של הסוציולוגית קונסטנס אהרונס (Constance Ahrons) משנת 2004, המתיחד בהתמקדותו בבוגרים שהוריהם התגרשו בצעירותם. אהרונס איתרה את הילדים ממאה המשפחות שאותן חקרה במחקרה הראשון משנת 1979, וכ-90% ממאתיים הילדים שבגרו בינתיים הסכימו לשתף פעולה במחקרה החדש, המפריך את המסר העיקרי המזוהה עם ג'ודית ולרשטיין (Judith Wallerstein) וג'ואן קלי (Joan Kelly) בדבר ההשפעות ההרסניות של גירושים על ילדים. ראו CONSTANCE AHORNS, WE'RE STILL FAMILY: WHAT GROWN CHILDREN HAVE TO SAY ABOUT THEIR PARENTS' DIVORCE (2004). בין היתר מצביעה אהרונס על חשיבותה של הגמישות בהסדרי ההורות בעבור הילדים: "Especially as they get older, children want flexibility in their living arrangements... They want to have their needs considered more by their parents and be able to transition between households on their schedules, not their parents'... Most of all, what children want is to have relationships with both of their parents".
בעמ' 66–67.

122 Kelly, אהרונס, שם; לעיל ה"ש 107, בעמ' 43–44; Carol Smart & Neale Bren, 'It's My ; Life Too' – Children's Perspectives on Post-Divorce Parenting, 30 FAM. L. 163 (2000).

123 Kelly, לעיל ה"ש 107.

כזו או אחרת משליכה בצורה חיובית על ילדים להורים גרושים.¹²⁴ יתר על כן, קיימת הסכמה רחבה בקרב המומחים הטיפוליים כי הגורמים שמשפיעים בצורה המשמעותית ביותר על הסתגלותם החיובית של ילדים לגירושי הוריהם, על רווחתם הרגשית ועל הישגיהם הם איכות יחסיהם עם כל הורה, מצבם הכלכלי ועוצמת הקונפליקט ההורי, ולא מספר השעות שהם נמצאים פיזית עם כל אחד מההורים.¹²⁵

(ב) מגבלותיו של האבחון הפסיכולוגי

התפתחות נוספת בשיח הפסיכולוגי אשר רלוונטית להכרעות בסכסוכי משמורת בגירושים היא ההכרה הגוברת במגבלותיהם של האבחונים הפסיכולוגיים. פרקטיקה רווחת בבת-המשפט ובבת-הדין היא להפנות הורים מסוכסכים בסוגיות המשמורת והסדרי הראייה אל עובדת סוציאלית לסדרי דין, על-מנת שזו תבחן את המערכת המשפחתית ותציג לפני בית-המשפט עובדות רלוונטיות להכרעה, כמרגם המלצות מפורטות. במקרים שבהם התסקיר של העובדת הסוציאלית אינו משכך את להט הסכסוך, או במקרים שבהם העובדת הסוציאלית או השופט סבורים כי יש צורך גם בחוות-דעת פסיכולוגית, בני המשפחה נשלחים לאבחון פסיכולוגי. השופטים נוטים להעניק משקל מכריע לחוות-הדעת של המומחים הטיפוליים בפסק-הדין.¹²⁶

University of Oxford, Dep't for Social Policy and Intervention, *Caring for Children* 124
after *Parental Separation: Would Legislation for Shared Parenting Time Help*
Children? 6 FAMILY POLICY BRIEFING 7 (2012) (להלן: *Caring for Children*).

Jennifer E. McIntosh & Bruce Smyth, *Shared-Time Parenting: An Evidence-Based* 125
Matrix for Evaluating Risk, in PARENTING PLAN EVALUATIONS: APPLIED RESEARCH FOR
THE FAMILY COURT 155, 175–176 (Kathryn Kuehnle & Leslie Drozd eds., 2011). ראו גם
Caring for Children, לעיל ה"ש 124, בעמ' 6.

הקר הורות במשפט, לעיל ה"ש 3; יואלס ושגיא-שורץ, לעיל ה"ש 111. ביטוי מפורש לכך
ניתן למצוא אף בפסיקתו של בית-המשפט העליון. ראו, למשל, בג"ץ 5227/97 דויד נ' בית
הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד נה(1) 453 (1998), שבו הבהיר בית-המשפט כי רק
במקרים יוצאי-דופן יסטה בית-המשפט מהמלצותיהם של מומחים ואנשי טיפול. הדבר אף
עלה בדוח של צוות בדיקה בראשות פרופ' ורד סלונים-נבו שהוקם במשרד הרווחה, בינואר
2006, לשם בחינת עבודתן של פקידות הסעד לסדרי דין. בין נתוני-הרקע למסקנותיו של צוות
הבדיקה, מדגישים חברי הוועדה כי "בתי המשפט לענייני משפחה מייחסים בדרך כלל הערכה
מרובה לפקידות הסעד ובמרבית המקרים הם נוטים לקבל באופן מלא את כל הקביעות
וההמלצות שנכללות בתסקיריהן. זאת ועוד, לא פעם נתקלות פקידות הסעד גם בציפייה או
בתביעה, מפורשת פחות או מפורשת יותר, להכריע בכל הדילמות והספקות שמוצגות על ידן
בתסקיר, ולא להעבירן להכרעת בית המשפט". ראו צוות בדיקה בנושא: עבודתן של פקידות
הסעד לסדרי דין וחישובן (2008).

לפני ועדת שניט הוצגו חוות-דעת של פסיכולוגים,¹²⁷ אשר הצטרפו לספרות הקיימת בתחום¹²⁸ בביקורת על הפרקטיקה הרווחת של הפניה לאבחונים פסיכולוגיים. מסתבר כי בהעדר פתולוגיה של מי מההורים או של הילד, האבחון הפסיכולוגי מיותר, ואין בו כדי לתרום באופן מקצועי להכרעה בעניין חלוקת האחריות ההורית. ברוב המצבים הילד או מי מהוריו אינם לוקים בהפרעה נפשית המשפיעה על יחסיהם. במצבים שכוחים אלה פְּלִי האבחון הפסיכולוגיים הקיימים אינם יכולים לנבא איזה הסדר משמורת או איזו תוכנית הורית ישרתו את טובת הילד על הצד הטוב ביותר. יתר על כן, ההפניה לאבחון פסיכולוגי לא רק שאינה עוזרת, אלא עלולה אף לגרום נזקים: החל בהתמשכות ההליכים, המשך בעלות הכלכלית של האבחון, וכלה בחוויות קשות של השפלה, לחץ ותחושת כישלון של ההורים.¹²⁹ מכאן שבמקרים רבים ההפניה לאבחון פסיכולוגי אינה אלא ניסיון של שופטים לחסוך בזמן שיפוטי ולהסיר מעל עצמם את האחריות להכרעה בסכסוך בין ההורים.¹³⁰ ההכרה במגבלותיהם של הכלים הפסיכולוגיים, כמו-גם ההבנה כי גם הפניה לעובדת סוציאלית לשם קבלת תסקיר מעכבת את ההליכים המשפטיים ופוגעת בפרטיותם של בני המשפחה, הניעו את ועדת שניט להמליץ פה אחד על נקיטת משנה זהירות לפני קבלת החלטה בדבר הפניית המשפחה למומחה טיפולי. הוועדה ממליצה על הפניה כזו רק במקרים שבהם יש עדות להפרעה נפשית של מי מההורים או של מי מהילדים, או במצבים של קונפליקט בעוצמה גבוהה במיוחד. בכל מקרה, על בית-המשפט לשקול אם התועלת הצפויה מחוות-הדעת עולה על הנזקים הצפויים לבני המשפחה מהליך ההערכה.¹³¹ לדעתנו, להתפתחות הרפלקסיבית בשיח הפסיכולוגי, כמו-גם להמלצותיה של ועדת שניט לעניין המומחים הטיפוליים, יש שתי השלכות משמעותיות בנוגע לשאלה בדבר כללי ההכרעה בסכסוכי משמורת. ראשית, ברור כי כללי ההכרעה הללו צריכים להיות בעיקרם משפטיים, ולא טיפוליים. כשם שאין בידע הפסיכולוגי המחקרי כדי לעזור בעיצובם של

127 הדוח המשלים, לעיל ה"ש 16, חלק 2.3.

128 משה אלמגור "הערכת מסוגלות הורית בהחלטת בית-המשפט לגבי משמורת ילדים: מקומו של הפסיכולוג הקליני" פסיכולוגיה ח 34 (1999); דן שניט "יחסי הגומלין בין מומחים במדעי ההתנהגות לבין מערכת המשפט" הפרקליט לב 365 (1987); יואלס ושגיא-שורץ, לעיל ה"ש Michael Freeman, *Questioning the Delegalization Movement in Family Law: Do We Really Want a Family Court?*, in *THE RESOLUTION OF FAMILY CONFLICT 7* (John M. Eekelaar & Sanford N. Katz eds., 1984); Janet M. Bowermaster, *Legal Presumptions and the Role of Mental Health Professionals in Child Custody Proceedings*, 40 *Duq. L. Rev.* 265 (2002).

129 הדוח המשלים, לעיל ה"ש 16; יואלס ושגיא-שורץ, לעיל ה"ש 111.

130 הקר ורות במשפט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 208.

131 הוועדה ממליצה גם שהפניה לפסיכולוג תיעשה רק בהמלצת עובדת סוציאלית, שחוות-הדעת תכלול פירוט של כל פְּלִי האבחון והבריקה וכל מקורות המידע שעליהם התבסס המומחה, שיעשה שימוש זהיר ומושכל במבחנים פסיכו-דיאגנוסטיים, ושתגובש תוכנית להכשרת מומחים המגישים חוות-דעת לבתי-המשפט לענייני משפחה. ראו הדוח המשלים, לעיל ה"ש 16, בעמ' 46-49.

הסדרי הורות, מעבר להכרה במרכזיותו של הקשר עם ההורה המטפל העיקרי ובחשיבותם של הקשרים עם דמויות אחרות שהילד נקשר אליהן, כפי שנדון לעיל, כך אין גם באבחון הפסיכולוגי של המשפחה הספציפית כדי לעשות זאת, למעט במצבי-קיצון של פתולוגיה שעלולים להוביל להרחקת הילד מהורה מסוים או להגבלת הקשר איתו ופיקוח עליו. במצבים הנורמטיביים שני ההורים "טובים דיים", והילד זקוק לקשר משמעותי עם שניהם. התשובה לשאלה כיצד בדיוק יתורגם קשר זה לחלוקת האחריות ההורית אינה נמצאת באבחון הטיפולי הפרטיקולרי, אלא בהכרעה הנורמטיבית-המשפטית, המביאה בחשבון את הידע הפסיכולוגי המצטבר, את מכלול הזכויות והאינטרסים של בני המשפחה המעורבים, וכן את טובת החברה כולה.

שנית, בהעדר "תרופת-פלא" בדמות המלצות של גורם טיפולי בקשר למשפחה הקונקרטית, מערכת המשפט נותרת עם שתי אפשרויות: האחת, לא לקבוע כללים מכוונים, ולהותיר שיקול-דעת רחב לכל שופט ושופטת להכריע בסכסוכי המשמורת המובאים לפניהם על-פי העיקרון העמום של "טובת הילד";¹³² והאחרת, לייצר כללים מכוונים לשופטים. כפי שיורחב בהמשך, אנו תומכות באפשרות השנייה, וזאת מסיבות רבות, ביניהן הצורך למתן את פוטנציאל הקונפליקט ההורי, אשר הוכר במחקרים פסיכולוגיים כאחד מגורמי הסיכון המשמעותיים ביותר לרווחתם של ילדים להורים גרושים.¹³³ דומה כי גם חברי ועדת שניט שותפים לגישה המעדיפה גיבוש כללים מכוונים לשופטים, אלא שלשיטתם הכלל המכוון הקבוע כיום בסעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, בדמותה של חזקת הגיל הרך, אינו ראוי עוד, ויש להמירו בשורה של אמות-מידה מנחות להתחקות אחר טובת הילד בכל מקרה ומקרה, כפי שהובא בפתח הדברים. בטרם נשוב לשאלת הכלל הראוי, נבחן את כללי המשפט הבין-לאומי בנושא וכן את השינויים שחלו בכללי ההכרעה בסכסוכי משמורת במדינות אחרות.

ג. כללי ההכרעה במשפט הבין-לאומי ובשיטות משפט זרות

1. האמנה בדבר זכויות הילד

אמנת האו"ם בדבר זכויות הילד תופסת מקום מרכזי בדוח ועדת שניט. כאמור לעיל, נקודת המוצא של דעת הרוב בדוח-הביניים, אשר אומץ בדוח הסופי ונהפך לחלק ממנו, היא כי ההסדר המשפטי הקיים בנוגע למשמורת ילדים עומד בניגוד לעקרונות האמנה בדבר זכויות הילד, ועל-כן יש להציע שינויים משפטיים שיתאימו להנחיות האמנה.¹³⁴ לשם בחינה

132 על עמימותו של המושג "טובת הילד" ראו, למשל, ה.ס. נ' ר.ס., לעיל ה"ש 45; תמ"ש 22800/99 (משפחה ראשל"צ) ל.ש. נ' א.ש. (פורסם בנבו, 17.6.2012).

133 ראו דיון להלן בתת-פרק ג.1.

134 דוח-הביניים, לעיל ה"ש 16, בעמ' 4-5.

מוקפדת של עמדת הוועדה יש לבחון את הבסיס לטענה הגורפת כי ההסדר המשפטי הקיים אינו עולה בקנה אחד עם תפיסת האחריות ההורית שבסעיף 18 לאמנה, שלפיה ראוי כי שני ההורים יישאו באחריות כלפי ילדם וידאגו במשותף למימוש זכויותיו. מה במצב המשפטי הקיים סותר את לשון הסעיף בדבר "הכרה בעיקרון כי לשני ההורים אחריות משותפת לגידול הילד והתפתחותו"?

הוועדה מניחה כי "תנאי ראשוני לכך ששני ההורים יוכלו לממש את זכויות ילדם הוא קיום קשר מיטבי ומירבי של הילד עם שני הוריו".¹³⁵ להבנתנו, אין דבר במצב המשפטי הקיים כיום – כולל קיום חזקה המסייעת בקביעת זהותו של ההורה העיקרי – המונע את התקיימותו של תנאי זה. חזקת הגיל הרך אינה סותרת את עקרון האחריות ההורית המשותפת, אשר קיימת מלכתחילה ובכל מקרה בשיטת המשפט הישראלית, והפעלתה אף אינה מונעת "קיום קשר מיטבי ומירבי של הילד עם שני הוריו", אשר יעלה בקנה אחד עם סעיף 18 לאמנה.

לאמיתו של דבר, הסעיף המרכזי יותר באמנה בהקשר של מצבי פירוד בין הורים הוא סעיף 9(3), המורה למדינות החברות כי עליהן להבטיח שמירת קשרים אישיים ומגע ישיר של ילדים עם הוריהם במצבים אלה, כל עוד אין הדבר נוגד את טובתם. בהתאם לכך הנחתה ועדת האו"ם לזכויות הילד את המדינות החברות באמנה לכלול בדיווחיהן פירוט על-אודות הוראות החוק, הפסיקה וההסדרים המנהליים הבאים להבטיח קשר של ילדים עם שני הוריהם על בסיס קבוע, להוציא במקרים שהדבר נוגד את טובתם.¹³⁶ עם זאת נמנעה ועדת האו"ם מלנקוט עמדה בדבר תוכנו המהותי של ההסדר המשפטי המדויק להגשמת זכותו של הילד לקשר קבוע עם שני הוריו, ובשום אופן אין לגרוס כי האמנה מכתיבה הסדר של הורות משותפת במונח של משמורת פיזית משותפת.¹³⁷ במונח זה אימצה ועדת האו"ם לזכויות הילד את גישתו של בית-הדין האירופי לזכויות אדם בדבר מרחב שיקול-הדעת (margin of)

135 שם, בעמ' 4.

136 לגרסה העדכנית של הנחיות הדיווח ראו - Committee on the Rights of the Child, Treaty-specific guidelines regarding the form and content of periodic reports to be submitted by States parties under article 44, paragraph 1 (b), of the Convention on the Rights of the Child, CRC/C/58/Rev.2 (2010), available at www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.58.Rev.2.doc.

137 ראו Natalie Nikolina, *The Influence of International Law on the Issue of Co-Parenting: Emerging Trends in International and European Instruments*, 8 UTRECHT L. REV. 122, 127 (2012): "This means that while the CRC prescribes a minimum of regular contact after separation, it does not go as far as to make shared care (in the form of co-parenting) compulsory". על המונחים השונים המשמשים בערכוביה בתחום זה נעמוד בחלקים הבאים של המאמר.

138 (appreciation) הנתון למדינות החברות בקביעת התכנים של הכללים המשפטיים הספציפיים בנושא זה, כל עוד הם עולים בקנה אחד עם העקרונות של אמנות זכויות האדם, ובראשם עקרון טובת הילד, וכל עוד לא נמנע כליל הקשר עם אחד ההורים.¹³⁹ מקרה מייצג של גישה זו הוא החלטה שנתנה ועדת האו"ם בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות בתלונה שהגיש אזרח הולנד נגד מדינתו, בטענה כי זו הפרה את הוראת סעיף 23(4) לאמנה, הקובעת הגנה על זכותם של ילדים לחיי משפחה במקרה של פירוד הוריהם. באותה פרשה הוענקה משמורת פיזית בלעדית על הבן לאמו, ללא כל קביעה של הסדרי ראייה לאב, לנוכח התנגדות האם לכל קשר בין הבן לבין האב. על-אף ההחלטה הסופית לא להתערב בקביעתו של בית-המשפט בהולנד, מצאה הוועדה לנכון לציין כי התחשבות בשיקולים המידיים של מתיחות בין ההורים באותו מקרה, תוך הקרכת האינטרסים ארוכי-הטווח של הקשר בין האב לבן, אינה מבטאת בהכרח את התפיסה הגלומה בסעיף 23 לאמנה. אף-על-פי-כן, כאמור, הותירה הוועדה את החלטתו של בית-המשפט המקומי על כנה.¹⁴⁰ זוהי, כאמור, דוגמה מייצגת לגישה המותירה למדינות עצמן טווח נרחב של שיקול-דעת בקביעת המדיניות הספציפית והכללים המעשיים להבטחת טובת הילד והקשר עם הוריו לאחר פירוד. אולי יותר מכל חשוב לציין כי בנוגע למדינת-ישראל לא מצאה ועדת האו"ם לזכויות הילד לנכון להביע הסתייגות או ביקורת כלשהי בקשר לחזקת הגיל הרך. הדוח הרשמי הראשון של מדינת-ישראל במסגרת האמנה בדבר זכויות הילד, משנת 2002, כלל מידע מפורט על-אודות ההסדרים המשפטיים ביחס לילדים לאחר פירוד, והובאה בו, כמובן, ההוראה בנוגע לחזקת הגיל הרך.¹⁴¹ כידוע, עם תום הליך הדיווח והדיאלוג המתקיים בין הוועדה לבין המדינה המדווחת, מוציאה הוועדה המלצות מסכמות שבהן היא מתייחסת לנושאים הטעונים שיפור ותיקון בהתאם להוראות האמנה.¹⁴² ההמלצות המסכמות של

138 על עקרון ה-margin of appreciation ראו Judith Resnik, *Comparative (In)Equalities: CEDAW, the Jurisdiction of Gender, and the Heterogeneity of Transnational Law Production*, 10 INT'L J. CONST. L. 531 (2012).

139 SHARON DETRICK, A COMMENTARY ON THE UNITED NATIONS CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD 167–179 (1999).

140 Hendriks v. the Netherlands, UN Doc. A/43/40, 230 (1988).

141 הדוח של ישראל לוועדת האו"ם לזכויות הילד בנושא זה, CRC/C/8/Add.44, ניתן לצפייה בכתובת www.unhcr.org/refworld/docid/45377e692.html. הדוח שלאחר-מכן (דוח משולב שני, שלישי ורביעי) הוגש ביוני 2010, נדון על-ידי קבוצת-עבודה מצומצמת מטעם הוועדה (pre-session working group) באוקטובר 2012, ועתיד להיות מוצג ולהידון לפני מליאת הוועדה ביוני 2013. דוח זה, CRC/C/ISR/2-4, ניתן לצפייה בכתובת www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-ISR-2-4.pdf.

142 ההערות המסכמות של הוועדה לדוח של ישראל ניתנו באוקטובר 2002. מסמך זה, <http://unispal.un.org/UNISPAL.NSF/0/045B47275DA14A3F85256CC40078FC73>, על הערות מסכמות בעבודתם של גופי אמנה ראו ארנה

הוועדה בעקבות הדוח הרשמי של מדינת-ישראל לא כללו כל התייחסות לנושא הסדרי המשמורת בעקבות פירוד או גירושים. המשמעות היא שהוועדה לא ראתה את ההסדר החוקי הקיים כסותר את עקרונות האמנה בדבר זכויות הילד. לעניין הקשר עם ההורה הלא-משמורן, דוח שניט מצביע בצדק על הבעייתיות הטמונה בכך שבמשפט הישראלי הורה זה "זכאי" לראות את ילדיו אך אינו חייב בכך. חלק זה של ההסדר המשפטי הקיים אכן בעייתי ואינו תואם את עקרונות האמנה, ועל כך עמדה כבר ועדת רוטלוי.¹⁴³ בנושא זה יש לאמץ את המלצותיה של ועדת שניט, הכוללות הפעלת סנקציות כלפי הורה שמפר את חובותיו במסגרת האחריות ההורית.¹⁴⁴ אכן, המלצות אלה זכו בתמיכתם של גורמים שונים,¹⁴⁵ ביניהם כאלה המתנגדים להמלצה המרכזית בדוח-הביניים ובדוח הסופי בנוגע לביטולה של חזקת הגיל הרך.¹⁴⁶

2. משפט משווה

בהמלצתה לבטל את חזקת הגיל הרך, ייחסה דעת הרוב בוועדת שניט משקל רב לשינויים המשפטיים שחלו במדינות אחרות, אשר בא לידי ביטוי אף בפרק של משפט משווה שנכלל בדוח הוועדה.¹⁴⁷ הרושם שנוצר מפרק זה, כפי שהדברים הוצגו בתקשורת, הוא ש"במדינות המערב כבר מזמן ביטלו את חוק 'חזקת גיל הרך' המיושן. בכולן מקדמים את טובת הילד כך שזוכה לשני הורים פעילים בחייו".¹⁴⁸ אלא שבדומה לנטען לעיל לגבי הישענותה של הוועדה על האמנה בדבר זכויות הילד, גם בקשר להישענותה על השינויים המשפטיים שהתחוללו במדינות אחרות יש להעמיד דברים על דיוקם. כל פנייה למשפט משווה במטרה ללמוד מן הנעשה מעבר לים חייבת להיעשות בזהירות מרבית, ובדרך ביקורתית שתביא בחשבון הבדלים בתשתיות המשפטיות-החברתיות המשמשות בסיס לשינויים. כך, למשל,

- בן-נפתלי ויובל שני המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום 230 (2006). ראו גם רות הלפרין-קדרי ותמר מגידו מדריך האמנה בדבר ביטול אפליה נגד נשים לצורותיה 10 (2011).
 143 הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה בראשות השופטת סבינה רוטלוי דוח הוועדה (2003) (להלן: דוח ועדת רוטלוי).
 144 ס' 11(א)(4) להצעת החוק, לעיל ה"ש 17.
 145 דעת המיעוט, לעיל ה"ש 12, בעמ' 58-59; איילת בלכר-פריגת ואח' רב שיח: שוויון מגדרי ושאלת האחריות ההורית (2008). ראו אף את דברינו בהמשך חלק זה.
 146 לעניין זה ראו הצעת חוק אכיפת הסדרי ראייה, התש"ע-2010, פ/2230/18. ההצעה הונחה על שולחן הכנסת על-ידי חברי-הכנסת אורית זוארץ ואורי אורבך ב-15.3.2010, ומטרתה מתן אפשרות להטיל פיצויים וסנקציות כספיות (שיוקצו לילד/ים עם בגרותם) על מי מן ההורים שאינו מקיים את הסדרי הראייה שנקבעו בהסכם או בפסק-דין. את ההצעה יזם מרכז רקמן בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת בר-אילן.
 147 דוח-הביניים, לעיל ה"ש 16, בפרק 2.3.
 148 גיא רוה "ראש בראש: נשים מקדמות אי שוויון?! " (2010) 2nd-ops.com/2ndop/?p=4579

יש חשיבות רבה להבהרת המונחים המשפטיים השונים המשמשים לעיתים בערבוביה, כאשר משמעויותיהם עשויות להשתנות משיטה משפטית אחת לרעותה, כפי שנבהיר מיד. חשיבות רבה עוד יותר יש לדיני הגירושים הייחודיים בישראל, המבוססים על דינים דתיים פטריארכליים ועל מערכת מפוצלת מיסודה – מצב שמביא לידי כך שזירת הגירושים בישראל הינה אדוורסרית ומפלה הרבה יותר מאשר במדינות המפותחות האחרות. כל עוד מודעים לנושאים אלה, הן בפתח ההתבוננות ההשוואתית הן בבחינת יישומה, יש ערך רב להפניית המבט החוצה. חשיבותו של המבט ההשוואתי ניכרת בכמה רמות.¹⁴⁹ ראשית, חשוב לדעת מהו באמת המצב הנורמטיבי בשיטות משפט אחרות כיום, אילו שינויים התרחשו בו, וחשוב אולי אף יותר מכך – אילו שינויים לא התרחשו בו. מעבר לכך, חשוב להבין בעקבות אילו תהליכים התרחשו השינויים במקומות אחרים. רווח נוסף מן המבט ההשוואתי, שאליו נתייחס בפרק הרביעי של המאמר, מתקבל מהמחקרים הפסיכולוגיים-ההתפתחותיים המלווים תהליכים אלה בחלק מן המקומות, במיוחד לנוכח העובדה המצערת שבישראל לא נעשו מחקרים כאלה.

(א) משמורת משפטית

בפתח המבט ההשוואתי יש לעמוד על משמעויותיהם המדויקות של כמה מושגי-מפתח העומדים בבסיס כללי ההסדרה של יחסי הורים-ילדים לאחר גירושים. בישראל חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות נוקט את המונח "אפוטרופסות", ולמעשה אינו משתמש במונח "משמורת" כלל. עם זאת, בפסיקה ובפרקטיקה הנוהגת בישראל נהפך המונח "משמורת" לרווח למדי. "אפוטרופסות" משמעותה למעשה הסמכות והאחריות ההוריות, במובן של קבלת החלטות השוטפות בנוגע לילד, וצמודה לה – כך על-פי סעיף 15 לחוק – הרשות "להחזיק" בילד. במילים אחרות, חוק הכשרות מבחין בין האפוטרופסות לבין ההחזקה הפיזית בילד. המונח "משמורת פיזית", בשימוש הרגיל, הינו חלופי למונח "החזקה פיזית". במילים פשוטות יותר, כאשר מצרפים את המונחים שבחוק למונחים שבשימוש המשפטי הרווח, עולה כי לאחר הסדרתה של סוגיית המשמורת הפיזית על-ידי קביעת ה"החזקה", נותרת האפוטרופסות בשיטת המשפט הישראלית במשמעות של משמורת משפטית.

בשיטות משפט אחרות המונח המרכזי שְׁוּוּחַ עד לאחרונה היה custody, קרי "משמורת", וזאת מבלי לציין בדרך-כלל הבחנה בין משמורת פיזית למשמורת משפטית. הסיבה לכך פשוטה: בחלק ניכר משיטות המשפט כלל צו המשמורת המסורתי את האחריות למגורי הילד ואת האחריות לטיפול היומיומי השוטף בילד, לרבות הסמכויות החוקיות

149 ראו בהקשר זה דפנה ברק-ארוז "משפט השוואתי כפרקטיקה – היבטים מוסדיים, תרבותיים ויישומיים" דין ודברים ד 81 (2008).

ביחס לילד, אשר רוכזו בידי ההורה המשמורן.¹⁵⁰ כתוצאה מכך, במקום שבו התקיימה בחוק העדפה של האם כהורה משמורן, הוקנתה לאם גם המשמורת המשפטית וגם המשמורת הפיזית, והכל תחת הכותרת המושגית custody. גם ועדת שניט מציינת כי להבדיל מן ההסדר הקיים בישראל, "הדין הקיים במדינות רבות מעביר במצב של גירושין את האפוסטרופסות להורה שהילד במשמורתו".¹⁵¹ אין כל ספק שהסדר משפטי כזה אינו עולה בקנה אחד עם סעיף 18 לאמנה בדבר זכויות הילד, הקובע כי "המדינות החברות יעשו כמיטב מאמציהן להבטיח הכרה בעיקרון כי לשני ההורים אחריות משותפת לגידול הילד והתפתחותו". הצטרפות לאמנה חייבה אם כן שינוי של הסדר משפטי מעין זה, כך שהמשמורת המשפטית תיוותר משותפת לשני ההורים.¹⁵² זוהי למעשה משמעות ביטולה של חזקת הגיל הרך במדינות רבות. כלומר, מה שבוטל הוא הצמדת המשמורת המשפטית לפיזית והענקת משמורת משפטית בלעדית לאם מקום שנקבע כי האם היא ההורה המשמורן. כפי שמובהר היטב בדעת המיעוט בדוח הביניים, "במדינות אלה, בוטלה חזקת הגיל הרך כחלק מרפורמה משפטית שנועדה להבטיח משמורת משפטית שווה לאבות, שכאמור קיימת בישראל מאז ומתמיד".¹⁵³

- 150 ראו גם מייזלס "על הדבש ועל העוקץ", לעיל ה"ש 11, בעמ' 522, 542.
- 151 דוח הביניים, לעיל ה"ש 16, בעמ' 27. נבהיר כי השימוש בזמן הווה לתיאור המצב המשפטי בשיטות המשפט האחרות אינו מדויק, מכיוון שברבות מהן אכן חלו שינויים, כפי שמוסבר בהמשך.
- 152 ראו, לדוגמה, Nikolina, לעיל ה"ש 137, בעמ' 128: "The rights enshrined in the CRC can be seen as supportive of joint parental authority over the child and regular contact with the child during the relationship and after separation". להשפעת האמנה על הדינים הפנימיים, במובן של יצירת הסדר של משמורת משפטית משותפת (המכונה לעיתים joint legal custody או joint guardianship (אירלנד) או coparentalite (צרפת) או patria potestad (מקסיקו וארגנטינה), ראו Marianne Blair & Merle H. Weiner, *Resolving Parental Custody Disputes – A Comparative Exploration*, 39 FAM. L.Q. 247, 262–265 (2005); MERLE H. WEINER, D. MARIANNE & BROWER BLAIR, *FAMILY LAW IN THE WORLD COMMUNITY: CASES, MATERIALS, AND PROBLEMS IN COMPARATIVE AND INTERNATIONAL FAMILY LAW* 389–390 (2009).
- הרפורמה המשפטית באנגליה בתחום זה ממחישה זאת היטב: ה-Children Act נחקק בשנת 1989, והאמנה בדבר זכויות הילד אושררה על-ידי אנגליה בשנת 1991. ראו Rebeca Rios Kohn, *Law Reform in Selected Common Law Countries*, in *PROTECTING THE WORLD'S CHILDREN: IMPACT OF THE CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD IN DIVERSE LEGAL SYSTEMS* 34, 42–43 (2008). אכן, להצטרפות לאמנות זכויות אדם בין-לאומיות ולאשרורן קודם בדרך-כלל תהליך של בדיקה מקיפה של המצב המשפטי הקיים, כדי לוודא שהוא תואם את הסטנדרטים הקבועים באותה אמנה שהמדינה מבקשת להצטרף אליה, ובעקבות בדיקה זו נערכים לעיתים קרובות שינויי חקיקה הנדרשים לצורך ההתאמה המתבקשת.
- 153 דעת המיעוט, לעיל ה"ש 12, בעמ' 51.

יתר על כן, ההסדר הישראלי עודנו מרחיק-לכת בהשוואה להסדרים במדינות אחרות לא-מעטות, אפילו לאחר שנעשה בהן מהלך של ביטול חזקת הגיל הרך, שמטרתו הייתה כאמור להבטיח משמורת משפטית משותפת. בהסדר המשפטי הקיים כיום במשפט הישראלי האפוטרופסות המשותפת (שהיא כאמור המשמורת המשפטית המשותפת) מחייבת קבלת החלטות משותפות על-ידי שני ההורים בכל עניין הנוגע בילד, החל ברישום לחוגים וכלה בקבלת טיפול פסיכולוגי או רפואי, בין שמדובר בענייני יומיום ובין שמדובר בשינוי אורחות חיים, וזאת כמובן ללא כל קשר להסדר המשמורת הפיזית.¹⁵⁴ כך הוא גם ההסדר המוצע על-ידי ועדת שניט בהצעת החוק שצורפה לדוח.¹⁵⁵ דבר זה יוצר קושי רב במצבים שבהם הקונפליקט בין ההורים נמשך בעוצמה המקשה שיתוף-פעולה. בפסיקה הישראלית קיימות דוגמאות רבות לסכסוכים ממושכים על ענייני חינוך, למשל, וזכורים לשמצה מקרים שבהם ילדים לא פקדו את בית-הספר במשך חודשים עקב אי-הסכמה בין הוריהם והימשכות ההליכים השיפוטיים בעניינם.¹⁵⁶ בעיות קשות עלולות להתעורר גם במצבים שבהם הילדים זקוקים לטיפול נפשי, וזה אינו ניתן להם בשל חילוקי-דעות בין ההורים באשר לנחיצותו.¹⁵⁷

מסתבר כי במדינות רבות החוק מכיר במפורש בצמצום המשמורת המשפטית של ההורה שהילד אינו גר עימו – דבר שלא יעלה על הדעת בשיטת המשפט בישראל. באותן מדינות, במצבים שבהם המשמורת הפיזית אינה משותפת, קיימת הבחנה בין החלטות חשובות, המחייבות את הסכמתם של שני ההורים, לבין החלטות יומיומיות, שבהן ההורה המשמורן הפיזי רשאי להכריע לבדו. לעיתים אף אין הבחנה כזו כלל, וההכרעה בשני סוגי ההחלטות

154 כך עולה מס' 18 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות: "בכל ענין הנתון לאפוטרופסותם חייבים שני ההורים לפעול תוך הסכמה" (ההדגשה הוספה).
 155 ראו ס' 5 להצעת החוק, לעיל ה"ש 17, שכותרתו "שיתוף פעולה בין הורים", 5(ב): "בכל עניין הנתון לאחריות ההורית חייבים שני ההורים לפעול בשיתוף פעולה" (ההדגשה הוספה).
 156 למשל, בד"ם 1/81 נגר נ' נגר, פ"ד לח(1) 365 (1985).
 157 ראו בע"ם 5710/05 פלוני נ' פלונית, פ"ד סא(2) 663 (2006) (להלן: פלוני נ' פלונית (2006)), שבו קבעה השופטת ארבל כי על ההורה הטוען כי הילד זקוק לטיפול נפשי מוטל נטל הוכחה הקרוב לזה של דרישת טיפול לפי חוק הנוער (טיפול והשגחה), התש"ך-1960. במחקר שבדק תוכנית נסיונית לשיתוף ילדים בהליכים משפטיים בבתי-משפט לענייני משפחה נמצא כי כמחצית מהילדים שהשתתפו במחקר נמצאים במצוקה המצריכה טיפול נפשי. עובדות במחלקות לשיתוף ילדים שהוקמו ביחידות הסיוע שליד בתי-המשפט לענייני משפחה הביעו דאגה מן השכיחות הרבה של בעיות רגשיות בקרב הילדים שפגשו במסגרת המחקר, ודיווחו כי חסרים שירותים המתמחים בסיוע לילדים שהוריהם מתגרשים. ראו יואה שורק ודורי ריבקין הערכת התכנית הניסיונית לשיתוף ילדים בהליכים משפטיים הנוגעים להם בבתי משפט לענייני משפחה – דוח מחקר 59 (2010) brookdaleheb.jdc.org.il/_Uploads/PublicationsFiles/559-10-Participation-REP-HEB.pdf.

מסורה באופן בלעדי להורה שהילד גר עימו.¹⁵⁸ בהולנד, לדוגמה, הסכמתם של שני ההורים נדרשת רק לגבי החלטות חשובות, ואילו לגבי החלטות שוטפות ההורה שהילד גר עימו רשאי להכריע בעצמו.¹⁵⁹ ניסוח דומה קיים גם בסלובניה ובאיטליה.¹⁶⁰ גם בפילנד ובספרד יש להורה בעל המשמורת הפיזית הסמכות לקבל כל החלטה הקשורה לטיפול בילד,¹⁶¹ ובנורווגיה החוק אף קובע מפורשות כי הורה אינו רשאי להתנגד להחלטותיו של ההורה שהילד גר עימו בנושאים הקשורים לטיפול בילד, כגון הליכה למעון-יום.¹⁶² במדינות אחדות (דנמרק, צ'כיה, אירלנד, רוסיה, אנגליה, ספרד, אסטוניה ונורווגיה) ההורה שהילד גר עימו רשאי אף להעתיק את מקום המגורים בתוך תחום השיפוט של המדינה על דעת עצמו/ה, ואין הוא מחויב בקבלת הסכמתו של ההורה האחר לכך.¹⁶³

158 נכון לשנת 2005, באנגליה נדרשת הסכמתם של שני ההורים רק לצרכים המוגדרים בחוק, כגון יציאה מגבולות המדינה, אימוץ, רישום לבית-הספר וצרכים רפואיים; בצרפת קיימת הנחה כי גם בנוגע לצרכים השוטפים של הילדים כל הורה פועל בהסכמתו של ההורה האחר; וברוסיה להורה שהילד גר עימו יש סמכות דה-פקטו לפעול בענייניו לבדו. ראו Blair & Weiner, לעיל ה"ש 152.

159 "In principle, there is no authority to act alone when there is no agreement, but a distinction is made between when the child is living with both parents and when this is not the situation. In the first situation both parents have to agree on all issues. If they cannot reach an agreement, the dispute must be submitted to the court. This rarely happens in practice. In the second situation there is a difference between important decisions and decisions of a daily nature. The non-resident parent with parental responsibilities must agree only on important decisions (school choice, important medical treatment, religious upbringing, choice of profession, place of residence). Matters of a daily nature may be decided alone by the parent the child lives with." KATHARINA BOELE-WOELKI, FÉDÉRIQUE FERRAND, CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS, MAARIT JÄNTERÄ-JAREBORG, NIGEL LOWE, DIETER MARTINY & WALTER PINTENS, PRINCIPLES OF EUROPEAN FAMILY LAW REGARDING PARENTAL RESPONSIBILITIES 21–22 (2007).

160 ראו סיכום הדין הסלובני בנושא האחריות ההורית בכתובת http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_sln_en.htm, ואת סיכום הדין באיטליה בעניין זה בכתובת http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_ita_en.htm.

161 ראו את סיכום הדין בפילנד בנושא האחריות ההורית בכתובת http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_fin_en.htm, ואת סיכום הדין בספרד בעניין זה בכתובת http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_spa_en.htm.

162 ראו Act No. 7 of 8 April 1981 relating to Children and Parents (The Children Act) (Nor.) .sec. 37.

163 BOELE-WOELKI ET AL., לעיל ה"ש 159, בעמ' 139. לסקירת הדין הנוהג בדנמרק למן שנת 2007, כולל התייחסות לשאלת ההגירה הפנימית, ראו Annette Kronborg & Christina G. Jeppesen de Boer, *The CEFL Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities and Danish Law*, in JUXTAPOSING LEGAL SYSTEMS AND THE PRINCIPLES OF EUROPEAN FAMILY LAW ON PARENTAL RESPONSIBILITIES 195, 206 (Jane Mair & Esin

במסגרת מאמציה להביא לידי הרמוניזציה והאחדה של דיני המשפחה באירופה, פרסמה הוועדה לדיני המשפחה באירופה, שנוסדה באוטרכט בשנת 2001, את "עקרונות דיני המשפחה האירופיים בדבר אחריות הורית". עקרונות אלה מסתמכים על בחינה מעמיקה של משפט משווה בעשרים ושתיים מדינות באירופה, ומהווים מודל אשר מוצע לכל מדינות האיחוד האירופי (ולמדינות אירופיות אחרות) לאמצו.¹⁶⁴ מאלף לגלות שגם בעקרונות המוצעים, אף שנקודת המוצא שלהם היא אחריות הורית משותפת ושווה, מובטחת זכות בלתי-מסויגת של ההורה המשמורן הפיזי לפעול באופן עצמאי ביחס לענייני יומיום.¹⁶⁵ נוסף על כך, העקרונות מכירים גם באפשרות של הסכמה בין ההורים בדבר צמצום האחריות ההורית של אחד מהם (בכפוף לאישורה של הרשות המוסמכת ובהתאם לטובת הילד), וכן באפשרות צמצומה בהחלטה של הרשות המוסמכת, וקובעים במפורש כי כן/בת-זוג של ההורה שהילד גר עימו רשאי ליטול חלק בהחלטות יומיומיות, אלא אם כן ההורה האחר מתנגד לכך.¹⁶⁶ אפילו באוסטרליה, המוצגת לעיתים כמובילת המשמורת המשותפת בכל המובנים, לא בכל מקרה יורה בית-המשפט על אחריות הורית משותפת, וגם במקרים שבהם

Örücü eds., 2010). באסטוניה ההורה שהילד גר עימו רשאי להגר אף אל מחוץ לתחום השיפוט ללא קבלת הסכמתו של ההורה האחר. ראו: Liis Hallik, Triin Göttig & Triin Uusen-Nacke, *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities and Their Implications for Estonia*, in JUXTAPOSING LEGAL SYSTEMS AND THE PRINCIPLES OF EUROPEAN FAMILY LAW ON PARENTAL RESPONSIBILITIES 41 (Jane Mair & Esin Örücü eds., 2010).

164 להסברת הפרויקט השאפתני והרציונלים העומדים בבסיסו ראו BOELE-WOELKI ET AL., לעיל ה"ש 159, בעמ' 7 וה"ש 1–4 בעמ' 8–9; Jane Mair & Esin Örücü, *Introductory Overview*, in JUXTAPOSING LEGAL SYSTEMS AND THE PRINCIPLES OF EUROPEAN FAMILY LAW ON PARENTAL RESPONSIBILITIES 3, 6–12 (Jane Mair & Esin Örücü eds., 2010). לעקרונות עצמם ראו BOELE-WOELKI ET AL., לעיל ה"ש 159, בעמ' 281; JUXTAPOSING LEGAL SYSTEMS AND THE PRINCIPLES OF EUROPEAN FAMILY LAW ON PARENTAL RESPONSIBILITIES 307 (Jane Mair & Esin Örücü eds., 2010); וכן בכתובת <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PR-English.pdf> (להלן: עקרונות הוועדה האירופית או העקרונות).

165 בכך העקרונות שונים מן ההסדר הקיים בס' 18(א) לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, אשר נקודת המוצא שבו היא החובה לפעול בהסכמה "בכל ענין הנתון לאפוטרופסות" של ההורים, ואף שההסכמה יכולה להיות מוסקת מכללא, והסעיף אף קובע חזקת הסכמה, חזקה זו יכולה גם להיסתר על-ידי ההורה האחר.

166 באופן תיאורטי, גם ס' 24 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות מאפשר להורים החיים בנפרד "להסכים ביניהם על מי מהם תהיה האפוטרופסות לקטין, כולה או מקצתה", אלא שמחקרים מצביעים על מיעוט מקרים שבהם נעשה שימוש בכך. ראו הקר הורות במשפט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 129. על מעמדם המשפטי המוגבל של בני-זוג של הורים במשפט הישראלי ראו איילת בלכר-פריגת ודפנה הקר "הורים או זרים: מעמדם המשפטי המצוי והרצוי של בני-זוג של הורים" משפטים מ' 5 (2010).

יעשה זאת, אחריות משותפת זו מצומצמת ביחס למצב הקיים בישראל, לנוכח הגדרתה כמחייבת התייעצות רק לגבי עניינים חשובים של הילדים, להבדיל מהחלטות יומיומיות.¹⁶⁷

(ב) משמורת פיזית

דוח שניט אינו עומד על ההבחנות המושגיות שפורטו לעיל, ובכך לא רק שהוא מטשטש את המשמעות של המשמורת המשפטית, שהייתה משותפת בישראל תמיד, אלא אף יוצר רושם שגוי בדבר מעבר למשמורת פיזית משותפת שהתרחש לכאורה במדינות אחרות. רושם זה נוצר, בין היתר, עקב השימוש התדיר במונחים "אחריות הורית" ו"הורות משותפת" מבלי להבהיר מהו תוכנם של מושגים אלה בכל אחת משיטות המשפט הנסקרות. כתוצאה מכך אי אפשר למעשה לעמוד על המצב המשפטי לאשורו אף לא באחת מאותן שיטות. כך, למשל, ביחס להולנד נאמר כי "בשנת 1838 ניתנה הסמכות ההורית לאם בלבד... בשנת 1947 שונה החוק בקובעו כי הסמכות נתונה לשני ההורים... על פי החוק משנת 1995, האחריות [ה]הורית מוטלת על שני ההורים יחד. האחריות ההורית כוללת את הזכות ואת החובה לגדל את הילד ולחנכו, תוך דאגה לרווחתו הגופנית והנפשית..."¹⁶⁸ מתיאור זה קשה מאוד להבין מה בדיוק היה ההסדר המשפטי של המשמורת על שני פניה, ולמעשה אין לדעת דבר לגבי ההסדר הקונקרטי של המשמורת הפיזית. קריאה מדוקדקת במסמך הסוקר את כל היבטי האחריות ההורית בהולנד, שנכתב במסגרת פרויקט האחדת הדינים של הוועדה לדיני המשפחה באירופה,¹⁶⁹ מגלה כי בין חלוקת האחריות ההורית לבין שאלת המשמורת הפיזית בהולנד אין דבר וחצי דבר.¹⁷⁰ לנוכח המידע שבמסמך ההולנדי, נראה כי המעבר שהתרחש בהולנד, לפחות בשלב הראשון, היה מעבר מכלל שקבע בררת-מחדל של אפוטרופוסות בלעדית לאם לכלל של אפוטרופוסות משותפת – ממש כפי שקבוע בחוק

167 JUDI CASHMORE ET AL., SHARED CARE PARENTING ARRANGEMENTS SINCE THE 2006 FAMILY LAW REFORMS: REPORT TO THE AUSTRALIAN GOVERNMENT, ATTORNEY-GENERAL'S DEPARTMENT, SYDNEY 2 (2010).

168 דוח-הביניים, לעיל ה"ש 16, בעמ' 12.

169 ראו לעיל ה"ש 164.

170 Katharina Boele-Woelki, Wendy Schrama & Machteld Vonk, *Parental Responsibilities – National Report: The Netherlands* 21 (question 36), available at <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Netherlands-Parental-Responsibilities.pdf> (להלן: הסקירה ההולנדית). כך, למשל, מחברות הסקירה ההולנדית מבהירות (שם) כי כאשר האחריות ההורית משותפת לשני ההורים, הם נושאים בה באופן שווה, אולם: "...there might be differences in the exercise of these rights and duties due to factual circumstances. For example, when parents with joint parental responsibilities do not live together, the parent who usually lives with the child will have a bigger share of the actual care and daily decision-making process than the non-resident parent, even though he/she has parental responsibilities as well".

הישראלי כבר משנת 1965. יתרה מזו, מקריאת הכתוב בדוח ועדת שניט ביחס להולנד דומה שנוצר הרושם כי החוק המאוחר יותר, משנת 1995, קבע את המשמורת הפיזית המשותפת כבררת-מחדל, בעוד המצב המשפטי, כאמור, שונה לחלוטין.¹⁷¹ באופן דומה, גם סקירותיו של דוח ועדת שניט לגבי אוסטרליה, אנגליה ובמיוחד ארצות-הברית יוצרות את הרושם השגוי, בקרב קוראים חסרי ידע קודם, כי אצל שלושתן התרחש מהלך של קידום משמורת פיזית משותפת כבררת-מחדל. כך, לדוגמה, ביחס לאוסטרליה הדוח מציין כי "[ב]חוק האחריות ההורית המשותפת האוסטרלית [אשר] נכנס לתוקפו בחודש יולי 2006... ההורות המשותפת נקבעת כברירת מחדל..."¹⁷². אלא שזה בדיוק הכלל אשר לא התקבל בחוק, וזאת לאחר דיונים ולבטים רבים. כפי שמובהר בדוח רשמי שהוגש לממשלת אוסטרליה במאי 2010:

The emphasis on the meaningful involvement of both parents in the absence of violence or abuse does not translate into a presumption of shared parenting, and still less, equal time. The most that the legislation imposes by way of presumed outcome is a presumption in favour of equal shared parental responsibility.¹⁷³

כך, גם כאן, ההנחיה היא לגבי האחריות ההורית, כמקבילה לאפטרופסות המשותפת או למשמורת המשפטית המשותפת, הנוהגת כבר כיום במשפט הישראלי. בהמשך הדוח האוסטרלי מובהר עוד כי כאשר נקבעת אחריות הורית משותפת, יש לשקול בחיוב אפשרות של זמן הורות שווה, אך רק כל עוד הדבר אפשרי מבחינה מעשית ובית-המשפט מוצא זאת לנכון, ומעל הכל – רק כל עוד חלוקה זו משרתת את טובת הילד.¹⁷⁴ מכאן שדבר בחוק האוסטרלי אינו מורה על חזקה של זמן הורות שווה. זאת ועוד, חשוב להיות ערים לכך שתוצאה משפטית זו התקבלה באוסטרליה לאחר דיונים רבים, בין היתר במסגרת שתי ועדות פרלמנטריות שקדמו לרפורמות מ-1995 ומ-2006, וכן לאחר בחינה מעמיקה של הרפורמה משנת 1995, אשר הוכחה כלא-מוצלחת,¹⁷⁵ ולאחר שהוועדה הפרלמנטרית

171 בסקירה ההולנדית, שם, אף מובא פסק-דין של בית-משפט אזורי משנת 2001 אשר הפך פסיקה של ערכאה נמוכה שקבעה צו למגורים של הילדים אצל שני ההורים לסירוגין בפרקי-זמן שווים.

172 דוח-הביניים, לעיל ה"ש 16, בעמ' 12–13.

173 CASHMORE ET AL., לעיל ה"ש 167, בעמ' 2.

174 הוראות אלה קבועות ב-, Family Law Amendment (Shared Parental Responsibility) Act, 2006, §§ 61DA, 65DAC, 65DAA.

175 הרפורמה של 1995 התרחשה כתוצאה מפעילות פרלמנטרית נמרצת של ארגוני גברים, אשר הצליחו לעורר בקרב המחוקקים ובציבור תחושת דאגה לאבות שאינם משמורנים. בעקבות חקיקת ה-Children's Act באנגליה, ובעקבות אימוץ האמנה בדבר זכויות הילד, התקבלה הגישה שנועדה לעודד הורים החיים בנפרד לגדל את ילדיהם בשיתוף-פעולה, בין היתר על-

משנת 2003 דווקא המליצה על קביעת משמורת פיזית משותפת כנקודת מוצא לכל הסדר.¹⁷⁶ נוסף על כך, לכל אורך הדרך פעלו ארגוני גברים באמצעים מסיביים ואגרסיביים כדי להשפיע על עבודת החקיקה ולקדם קביעה בחוק של משמורת פיזית משותפת (shared parenting) כברת-מחדל,¹⁷⁷ והעובדה שבסופו של דבר נדחו לחצים אלה הינה משמעותית ביותר.

גם באנגליה נדחו על-ידי המחוקק ועל-ידי ועדות מקצועיות לחצים לקביעת בררת-מחדל של משמורת פיזית משותפת וחלוקה שווה של הזמן ההורי לאחר גירושים, וגם כאן האופן שבו המצב המשפטי מתואר בדוח ועדת שניט מעורר תהייה. בדוח מצוין לגבי אנגליה כי "בחוק החדש משנת 1989, בעקבות האמנה, נקבעה רשימת עקרונות המעודדת הורות פעילה מצד שני ההורים".¹⁷⁸ גם דברים אלה עלולים להתפרש כהעדפה של משמורת פיזית משותפת. אולם בחוק האנגלי משנת 1989 אין כל התייחסות ל"הורות פעילה מצד שני ההורים", ורשימת העקרונות הקבועה בסעיף 1(3) לחוק – המפרטת את השיקולים שעל

ידי שינויים מינוחיים (המרת המונחים custody ו-access במונח parental responsibility) שטמנו בחובם גם שינוי מהותי שלפיו, בהעדר החלטה שיפוטית אחרת, כל הורה נותר לאחר הפרידה עם "parenting powers, responsibilities and authority" (כלומר, משמורת משפטית). קודם לרפורמה מ-1995 נהגו בתי-המשפט באוסטרליה להעניק לאימהות באופן בלעדי את המשמורת המשפטית והפיזית גם-יחד בעת מתן custody orders. ראו: Jennifer McIntosh & Richard Chisholm, *Shared Care and Children's Best Interests in Conflicted Separation: A Cautionary Tale from Current Research*, 20 AUST. FAM. LAWYER 1, 5 (2007) הרפורמה לא הצליחה, בין היתר, עקב העדר משאבים להטמעת השינוי התפיסתי שהיא ביקשה להחדיר בציבור. ראו HELEN RHOADES, REG GRAYCAR & MARGARET HARRISON, *The Family Law Reform Act 1995: The First Three Years* (2000).

176 THE PARLIAMENT OF THE COMMONWEALTH OF AUSTRALIA, EVERY PICTURE TELLS A STORY: REPORT ON THE INQUIRY INTO CHILD CUSTODY ARRANGEMENTS IN THE EVENT OF FAMILY SEPARATION paras. 2.43, 2.86 (2003), available at www.aph.gov.au/binaries/house/committee/fca/childcustody/report/fullreport.pdf

177 Helen Rhoades & Susan B. Boyd, *Reforming Custody Laws: A Comparative Study*, 18 INT'L J. L. POL'Y & FAM. 119 (2004); Helen Rhoades, *The Dangers of Shared Care Legislation: Why Australia Needs (Yet More) Family Law Reform*, 36 FED. L. REV. 279 (2008). ראו גם FATHERS' RIGHTS ACTIVISM AND LAW REFORM IN COMPARATIVE PERSPECTIVE, לעיל ה"ש 36; Rae Kaspiew, *Empirical Insights into Parental Attitudes and Children's Interests in Family Courts Litigation*, 29 SYDNEY L. REV. 131 (2007); Richard Chisholm, *Making It Work: The Family Law Amendment (Shared Parental Responsibility) Act 2006*, 21 AUST. J. FAM. L. 143 (2007); Lucy Daniel, *Australia's Family Law Amendment (Shared Responsibility) Act 2006: A Policy Critique*, 31 J. SOC. WELFARE & FAM. L. 147 (2009) הרפורמה המשפטית שהתרחשו באוסטרליה, תוך ניתוח מעמיק של המהלכים הפוליטיים שהניעו אותם ושל השלכותיהם, ראו פרילינג, לעיל ה"ש 98, בעמ' 310–341.

178 דוח-הביניים, לעיל ה"ש 16, בעמ' 11.

בית־המשפט להביא בחשבון בבואו להחליט, בין היתר, בעניין "צווי מגורים" ו"צווי קשר" – אינה מזכירה עיקרון מעין זה כלל, ואין בה כל העדפה להסדר מגורים כזה או אחר. יתרה מזו, רק לאחרונה הומלץ על־ידי ועדה ממלכתית של משרד המשפטים באנגליה לא לכלול בחוק עצמו כל הדגשה לגבי חשיבותו של קשר משמעותי של הילד עם שני הוריו. ההנמקה שניתנה לכך מאלפת:

[N]o legislation should be introduced that creates or risks creating the perception that there is a parental right to substantially shared or equal time for both parents. For that reason and taking account of further evidence we also do not recommend a change canvassed in our interim report that legislation might state the importance to the child of a meaningful relationship with both parents after their separation where this is safe. While true, and indeed a principle that guides court decisions, we have concluded that this would do more harm than good.¹⁷⁹

אכן, מקובל לפרש את המצב המשפטי הנוהג באנגליה כשואף להבטיח לילדים "קשר משמעותי" עם שני הוריהם בעקבות פירוד, כל עוד הדבר בטוח ועולה בקנה אחד עם טובת הילד,¹⁸⁰ אך קשה לראות זהות מושגית בין השאיפה ל"קשר משמעותי" לבין "הורות שוויונית", ומכל מקום, כאמור, לכל אורך הדרך דחו הוועדות הממלכתיות כל ניסיון לקדם בחוק העדפה למשמורת פיזית משותפת. המונח "קשר משמעותי" אינו מופיע בחוק עצמו, כאמור, אך מגמתם של בתי־המשפט, בהתאם לפרשנות שניתנה לחוק על־ידי אותן ועדות ממלכתיות, היא לשאוף להסדרי ראייה רחבים בין הילד לבין ההורה שאינו גר עימו דרך קבע. כאמור, כפי שפורט לעיל בתת־פרק א2, בישראל נקבעים כבר כיום הסדרי ראייה רחבים מאוד בהשוואה למדינות אחרות.

אך דומה כי התיאור הבעייתי ביותר בפרק המשפט המשווה שבדוח ועדת שניט הוא תיאור המצב בארצות־הברית: "חזקת הגיל הרך שלטה בארה"ב עד לביטולה בשנת 1980. בשנת 1980 שונתה החקיקה במרבית המדינות ובגדר השינוי הוצגה גם אפשרות של הורות משותפת בכפוף לרצון ההורים... הולכת וגוברת בארה"ב התפיסה כי הורות משותפת מתאימה יותר לילד במצב של גירושי הורים... לאחרונה נעשות פעולות במרבית מדינות ארה"ב למען תיקון החקיקה במטרה להבהיר את תנאי ההורות המשותפת כך שהיא תהפוך לברירת המחדל..."¹⁸¹. אצל הקוראים שאינם מצויים ברזי המונחים המשפטיים נוצר

.FAMILY JUSTICE REVIEW – FINAL REPORT 21 para. 109 (2011) 179
GREAT BRITAIN DEPT. FOR CONSTITUTIONAL AFFAIRS, PARENTAL SEPARATION: 180
.CHILDREN'S NEEDS AND PARENTS RESPONSIBILITIES – NEXT STEPS 15 (January 2005)
181 דוח־הביניים, לעיל ה"ש 16, בעמ' 15.

הרושם כי מדובר ברפורמה משפטית בהתהוות שכיחונה הכללי הוא מעבר ממצב משפטי הדומה לזה השורר כיום בישראל אל עבר משמורת פיזית משותפת כברת-מחדל. גם כאן זהו רושם שרחוק מאוד מלהיות מדויק. עד לשנת 1979 לא הייתה כלל בארצות-הברית אפשרות למשמורת משפטית משותפת. השינוי הדרמטי שהתרחש, בעקבות חקיקת ה-Family Law Act במדינת קליפורניה בשנת 1980, היה למעשה הגעה למצב המשפטי הקיים בישראל מקדמת דנא, קרי, הכרה באפשרות (ובהעדפה) של משמורת משפטית משותפת, גם כאשר הילד נמצא במשמורת פיזית של אחד ההורים.¹⁸² יתר על כן, ברוב מדינות ארצות-הברית אין גם כיום כלל משפטי המעדיף חלוקת זמנים שווה בין ההורים או משמורת פיזית משותפת. כך, למשל, הוועדה מביאה, "בין היתר", את טקסט כדוגמה למדינה שבה "החוק מעניק מעמד בכורה להורות משותפת".¹⁸³ אלא שהחוק בטקסט קובע את המשמורת המשפטית המשותפת כברת-מחדל, ואף מציין במפורש כי משמורת משפטית משותפת אין פירושה חלוקה שווה של זמני ההורות.¹⁸⁴

עקרונות הוועדה האירופית מקצים לשאלת המגורים – קרי, לסוגיית המשמורת הפיזית – סעיף אחד בלבד. סעיף זה קובע, בין היתר, כי ניתן לשקול את האפשרות של מגורים עם שני ההורים לסירוגין (alternating residence) – קרי, משמורת פיזית משותפת – במצבים שבהם האחריות ההורית אכן משותפת, ובהתקיים שורה של תנאים, ביניהם קרבת מגורים בין ההורים ובינם לבין בית-הספר.¹⁸⁵ עקרונות הוועדה האירופית מהווים מודל מוצע המבטא סינתזה בין "הבסיס המשותף" לבין "החוק הטוב יותר" בקרב עשרים ושתיים שיטות המשפט שיוצגו בפרויקט ואשר על בסיס סקירת הדין הנוהג בהן (נכון לשנת 2004) גובשו העקרונות.¹⁸⁶ הצגת ההסדר המוצע בעקרונות באשר למגורים לסירוגין פותחת בסקירה השוואתית של הדין הנוהג, שממנה עולה כי נכון לשנת 2004, בולגריה, דנמרק והונגריה לא אפשרו כלל הסדר של משמורת פיזית משותפת, ובמדינות גרמניה, איטליה, הולנד, פורטוגל, רוסיה, ספרד ושווייץ היה זה הסדר נדיר, אף אם אפשרי מבחינה משפטית. עוד צוין כי בבלגיה, בצרפת ובשוודיה המגורים לסירוגין הינם בררת-המחדל, והרשות המוסמכת תורה על הסדר זה אלא אם כן יוכח שהדבר נוגד את טובת הילד. כפי שנראה מייד, תיאור המצב בצרפת לא היה מדויק, ובשוודיה חל מאז שינוי משמעותי, כך שכיום רק החוק בבלגיה כולל בררת-מחדל של משמורת פיזית משותפת. מסקירה מקיפה נוספת של

CAL. CIV. CODE § 4600(b)(1) (1970); Scott Coltrane & Neal Hickman, *The Rhetoric of Rights and Needs: Moral Discourse in the Reform of Child Custody and Child Support Law*, 39 SOC. PROB. 400, 402 (1992).

183 דוח-הביניים, לעיל ה"ש 16, בעמ' 15.

184 TEX. FAM. CODE § 153.135 (2009).

185 ראו עקרונות הוועדה האירופית, לעיל ה"ש 164, ס' 11, 3: 12, 3: 15, 3: 18, 3: 20.

186 Mair & Özücü, לעיל ה"ש 164, בעמ' 6–7.

משפט משווה מחוץ לאירופה עולה כי נכון לשנת 2005, בברזיל, בארגנטינה וביפן הסדר זה אינו מוכר בחוק כלל, ובדרום-אפריקה, בהודו ובסין זהו הסדר נדיר.¹⁸⁷

למן שנת 2004 חלו שינויים, חלקם אף דרמטיים, בכמה וכמה מדינות באירופה – דבר המעיד כשלעצמו על רגישותו הפוליטית-החברתית ומורכבותו של הנושא. השינויים המשמעותיים ביותר לענייננו התרחשו בדנמרק ובשוודיה. בדנמרק נכנס לתוקף חוק האחריות ההורית באוקטובר 2007, שנתיים וחצי לאחר הקמת ועדה ממלכתית שנועדה לבחון רפורמה ביחסי הורים וילדים במטרה לחזק פרספקטיבה של העמדת הילד במרכז בהכרעות בנושאים של סמכות הורית ומגע, ולבדוק אפשרות של כפיית אחריות הורית משותפת ואף משמורת פיזית משותפת (המכונה שם "שיתוף במגורים" – shared residence). החוק שהתקבל בסופו של דבר אכן קובע את האחריות ההורית המשותפת כנקודת מוצא, ואף מאפשר קביעת הסדרי קשר (contact arrangements) העולים כדי משמורת פיזית משותפת גם בניגוד לרצון אחד ההורים. עם זאת, הסדר כזה מחייב קביעת מקום מגורים עיקרי לילד אצל אחד ההורים.¹⁸⁸ במילים אחרות, חלוקת זמנים שווה בין בתי ההורים אפשרית רק לאחר סימון ביתו של אחד ההורים כביתו העיקרי של הילד. נקודה זו משמעותית במיוחד לטיעוננו, ועוד נחזור אליה בהמשך. נושאים אלה לא נזכרו כלל בסקירת המשפט המשווה בדוח-הביניים של ועדת שניט, והרושם הוא שהסקירה התייחסה למעשה למצב המשפטי שקדם לרפורמה של שנת 2007. כך, למשל, בניגוד לנאמר בדוח-הביניים, החלטה בדבר העתקת מקום המגורים של הילד בתוך דנמרק אינה צריכה להתקבל במשותף, והיא מסורה להורה שהילד גר עימו. האפשרות לקבוע חלוקת זמנים שווה או דומה בין בתי ההורים תוך סימון מקום מגורים עיקרי אינה מוזכרת בדוח כלל.

אף שלשוודיה הוקדש דיון קצר בלבד בדוח, דווקא היא חשובה במיוחד לענייננו, שכן המהפך שהתרחש בה – אשר לא נסקר בדוח כלל – מהווה מקרה-בוחן לשינויים הגלובליים הרוחשים בזירה טעונה זו.¹⁸⁹ קודם לרפורמה האחרונה בשוודיה, ובמועד שבו פורסמה סקירתה של הוועדה האירופית לדיני משפחה, שרר בה מצב הפוך לגמרי מן המצב בדנמרק. כפי שצוין קודם לכן, בשנת 2004 אפשר הכלל המשפטי שנהג בשוודיה כפיית משמורת פיזית משותפת, ויש אף שפירשו אותו כקובע זאת כבררת-מחדל. גם שוודיה ידעה עוד קודם לכן סדרה של שינויים בחוק ההורות (Parental Code), החל ברפורמה שנעשתה בשנת 1982, אשר קבעה את הוראת המשמורת המשפטית המשותפת כנקודת מוצא (במונחים של אותו חוק – joint custody); דרך הרפורמה של שנת 1992, שאפשרה קביעת משמורת משפטית משותפת גם בניגוד לרצון אחד ההורים; ועד לרפורמה של 1998, שאפשרה אף קביעת

187 Blair & Weiner, לעיל ה"ש 152, בעמ' 265.

188 Kronborg & Jeppesen de Boer, לעיל ה"ש 163, בעמ' 196–197, 206.

189 ראו Anna Singer, *Active Parenting or Solomon's Justice? Alternating Residence in Sweden for Children with Separated Parents*, 4 UTRECHT L. REV. 35 (2008).

מגורים לסירוגין בניגוד לרצון אחד ההורים. אלא ששינוי אחרון זה בוקר קשות על-ידי גורמים רבים, ביניהם נציב הילדים השוודי (Swedish Children's Ombudsman). מבדיקת מקרים שנדונו לאחר רפורמה זו עולה כי בתי-משפט כפו הסדרי מגורים לסירוגין גם כאשר היה ברור כי הדבר אינו עולה בקנה אחד עם טובת הילדים, והורים שלא היו מסוגלים אף לתקשר זה עם זה מצאו את עצמם חולקים משמורת פיזית של הילדים, ללא כל יכולת להעניק להם תנאי התפתחות מיטיבים במצב כזה. נראה כי אין הדבר מפתיע, לנוכח העובדה ששינוי חקיקתי זה עבר ללא כל עבודת הכנה, ומבלי שהתלוו אליו הנחיות כלשהן לבתי-המשפט בנוגע למצבים שבהם נכון להורות על כך. היו שהעריכו כי מהלך חקיקתי חפז זה נועד בעיקר לשמש מוצא נוח, שנחזה כ"שוויוני", כאשר ההורים אינם מצליחים להסכים ביניהם עם מי הילד יגור.¹⁹⁰ אלא שבדומה לתגובות שנשמעו באוסטרליה ובאנגליה, גם כאן נטען כי הסדר זה העמיד את האינטרסים של ההורים ואת זכויותיהם לקשר עם ילדיהם לפני טובת הילדים, זכויותיהם והאינטרסים שלהם. נוסף על כך, גם כאן הובע חשש שהורים רבים, ובעיקר אימהות, נמנעים מלהעלות האשמות בדבר אלימות במשפחה, פן יתפרש הדבר נגדם, ובכל מקרה תיכפה עליהם משמורת פיזית משותפת. כתוצאה מכך שונה החוק פעם נוספת בשנת 2006, ומאז קובע חוק ההורות בשוודיה כי בעת הערכת טובת הילד, על הרשויות להביא בחשבון, באופן מיוחד, כל סיכון של התעללות או פגיעה בילד או בכן משפחה אחר, וכן סיכון של חטיפה או החזקה לא כדין של הילד. כמו-כן נוספה הוראה שבטורם יורה בית-המשפט על משמורת משפטית משותפת, יש לשקול את יכולתם של ההורים לשותף פעולה זה עם זה. ההערכה היא שהוראה זו תוביל להימנעות של בתי-המשפט מלהורות כך במצבים שבהם שיתוף-הפעולה אינו אפשרי, וכן להפחתה של צווי מגורים לסירוגין כאשר אין הסכמה על כך בין ההורים.¹⁹¹ על רקע החששות העמוקים – הנשענים אף על ממצאים אמפיריים – בדבר אפקט ההימנעות מדיווחים על-אודות אלימות במשפחה כתוצאה מהשימוש הגובר בצווי מגורים לסירוגין,¹⁹² נראה כי הנסיגה שהתרחשה בשוודיה, והזהירות הרבה הנקוטה בה כעת בנוגע להסדרים כאלה, ראויות לשמש דוגמה

190 שם, בעמ' 39.

191 שם. יצוין כי בצד הערכות אלה חוזרת סינגר על הנתונים בדבר העלייה העקבית שחלה בשוודיה בשיעור הילדים להורים פרודים הגרים לסירוגין אצל שני ההורים, מ-4% בראשית שנות התשעים ל-21% בשנת 2005, אך מבהירה כי רובם הגדול של הסדרים אלה הינם תוצאה של הסכמים בין ההורים.

192 ראו את המחקרים המצוטטים אצל BELINDA FEHLBERG & BRUCE SMYTH (WITH MAVIS MACLEAN & CARIDWEN ROBERTS), CARING FOR CHILDREN AFTER PARENTAL SEPARATION: WOULD LEGISLATION FOR SHARED PARENTING TIME HELP CHILDREN? 5 (2011). ההכרה בבעיית אי-הדיווח מחשש להיתפס כ-"unfriendly parent" מובעת ברוח של משרד המשפטים האוסטרלי מנובמבר 2010: *Exposure Draft: Family Law Amendment (Family Violence) Bill 2010 – Consultation Paper 6* (2010).

לחיקוי.¹⁹³ לא למותר להעיר כי על רקע כל זאת, התעלמותם המוחלטת של רוב חברי ועדת שניט ממצבים של אלימות במשפחה, עד כדי אי-הזכרת העניין אף לא כשיקול אחד מבין כלל השיקולים של טובת הילד בסעיף 9(ב) להצעת החוק, מהווה גורם סיכון חמור ביותר לילדים.¹⁹⁴

גם מקומה של צרפת לא נפקד מסקירת המשפט המשווה בדוח ועדת שניט, אלא שגם כאן, למרבה הצער, הצגת הדברים הייתה רחוקה מלהיות מדויקת בכמה וכמה מובנים. ראשית, כפי שכבר הוזכר קודם לכן, גם סקירתה של הוועדה האירופית לדיני משפחה לא דייקה בציינה את צרפת (יחד עם בלגיה ושוודיה) כמי שנוהגת בה חזקה לטובת משמורת פיזית משותפת. נראה כי כאן נפלה גם הוועדה האירופית בפח הבלבול בין המשמורת המשפטית לבין המשמורת הפיזית. המונח שהקוד האזרחי הצרפתי משתמש בו למן שנת 2002 הוא "סמכות הורית", תוך קביעה ברורה שהסמכות ההורית משותפת תמיד, בין אם ההורים נשואים ובין אם לאו, ואף אם לא נישאו מעולם.¹⁹⁵ עם זאת, אין ספק שהחוק מתייחס כאן להיבטים המשפטיים בלבד של המשמורת, במובן של סמכות קבלת ההחלטות בענייני הילד (ובלשון החוק: "אוסף של זכויות וחובות שמטרתן היא האינטרסים של הילד"), ולא במובן של מגורי הילד או הזמן שהוא שווה עם כל הורה. מן הספרות המשפטית עולה כי בתי-המשפט, בחלקם, הם שפירשו את החוק בדרך שנותנת העדפה להסדר של חלוקה שווה של זמני ההורות, לנוכח העובדה שאפשרות זו היא הראשונה

193 כבר כעת ניתן לקבוע כי שוודיה אינה יחידה במגמה זו. באוסטרליה התקבל ממש לאחרונה תיקון רחב ביותר לחוק המשפחה, שעיקרו הגברת מודעותם של בתי-המשפט למצבי אלימות במשפחה ומתן כלים נוספים להתמודדות עימה גם במסגרת מתן צווי הורות. ראו Family Law Legislation Amendment (Family Violence and Other Measures) Bill 2011, available at www.comlaw.gov.au/Details/C2011A00189. מהלך זה התרחש בעקבות אותם מחקרים – AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION, FAMILY VIOLENCE – A NATIONAL LEGAL RESPONSE (ALRC, Sydney, 2010) – שהצביעו על הסכנות הכרוכות בהסדרי ההורות החדשים במצבים של אלימות במשפחה. כך, לדוגמה, חוק המשפחה מורה כעת כי הצורך להגן על ילד מפני נזק פיזי או פסיכולוגי כלפיו, או מפני סכנה שהוא ייחשף להתעללות, להזנחה או לאלימות במשפחה, יהווה אחד משני השיקולים העיקריים שישקול בית-המשפט בבואו להכריע מהי טובת הילד: Family Law Act, 1975, s.60CC(2)(b) (Austl.).

194 התעלמותם של רוב חברי הוועדה מן ההשלכות של אלימות במשפחה על כללי ההכרעה בסכסוכי משמורת אינה תוצר של השמטה לא מדעת, אלא מהלך מכוון שעוצב לאחר דיון בוועדה וחרף עמדת המיעוט. ראו דעת המיעוט של עו"ד גלי עציון במכתב לשר המשפטים, לעיל ה"ש 16.

195 כאן למעשה טמון חידושו הגדול של התיקון לחוק משנת 2002. ראו CANADA, DEPARTMENT OF JUSTICE, FINAL FEDERAL-PROVINCIAL-TERRITORIAL REPORT ON CUSTODY AND ACCESS AND CHILD SUPPORT: PUTTING CHILDREN FIRST 80 (2002), available at www.justice.gc.ca/eng/pi/fcy-fea/lib-bib/rep-rap/2002/flc2002/pdf/flc2002.pdf (להלן: (FINAL REPORT)).

שהחוק מונה מבין ארבעה הסדרים אפשריים שונים, כך שחלק מן הכותבים מתארים את הדין הנוהג בצרפת כ"קרוב" ל"העדפה" של הסדר משמורת פיזית משותפת.¹⁹⁶ זהו, כפי הנראה, מקור התיאור של הוועדה האירופית. מעניין שדבר מכל זאת לא בא לידי ביטוי בסקירה שבדוח ועדת שניט. לעומת זאת, התיאור המופיע בדוח בנוגע לדין בצרפת משתמש במושג "אחריות הורית", ולא "סמכות הורית", בעוד שהחוק הצרפתי – להבדיל מן המגמה בכלל מדינות אירופה ובניגוד להמלצותיה של ועדת שרים של מועצת אירופה משנת 1984 – בחר במודע להשתמש דווקא במושג "סמכות הורית". להבדלים סמנטיים אלה יש משמעות עמוקה, כפי שאכן עולה מהמלצות הוועדה הממשלתית בצרפת (שבעקבותיהן שונה החוק), אשר הבהירה כי המושג "סמכות הורית" מבטא טוב יותר את צמידותן של הזכויות והחובות של ההורים כלפי ילדיהם.¹⁹⁷ חמורה מכך היא ההתייחסות בסקירת המשפט המשווה של ועדת שניט ל"שינוי במגורי ההורה שעימו חי הילד, העשוי להשפיע על הפרקטיקה של חלוקת האחריות ההורית" כמחייב יידוע של ההורה האחר, אשר רשאי לפנות לבית-המשפט במקרה שהוא מתנגד לכך.¹⁹⁸ החומרה נעוצה בכך שדווקא בנקודה זו החוק הצרפתי מהווה דוגמה יוצאת-דופן לתפיסה עמוקה של הורות משותפת, המקרינה על שני ההורים, כך ששינוי במקום מגוריו של מי מהם, בין אם מדובר בהורה שעימו הילד גר באופן קבוע ובין אם לאו (וכמובן כך כאשר מדובר במגורים לסירוגין), ישפיע בהכרח על הילד, ולפיכך מחייב הודעה להורה האחר, אשר רשאי להתנגד ולפנות לבית-המשפט. הדוח המסכם של ממשלת קנדה (אשר יידון להלן) מתאר את הדין בצרפת כך:

Any change of residence by *one of the parents*, when it changes the terms and conditions for exercising parental authority, must first be indicated to the other parent in a timely manner...¹⁹⁹

מצאנו לנכון להדגיש נקודה זו מכיוון שהיה זה אחד הנושאים שבהם הושמעה ביקורת חריפה נגד חוסר העקביות בעמדתה של ועדת שניט, אשר קוראת, מצד אחד, לאחריות הורית משותפת, אך מן הצד האחר מטילה מגבלות קשות רק על הורה המבקש להגר עם הילד, ומתעלמת לחלוטין מהגירתו של הורה המותיר את ילדו בישראל, חרף העובדה שבעקבות זאת הוא לא יוכל מן הסתם למלא את מכלול חובותיו כלפיו.²⁰⁰

196 ראו שם, בעמ' 81–82; Frédérique Granet, *Alternating Residence and Relocation: A View from France*, 4 *UTRECHT L. REV.* 48 (2008).

197 לחשיבות ההבחנה בין שני מושגים אלה בדין הצרפתי ראו FINAL REPORT, לעיל ה"ש 195, בעמ' 12–13, ובעיקר בעמ' 77–78.

198 דוח-הביניים, לעיל ה"ש 16, בעמ' 14 (ההדגשה הוספה).

199 ראו FINAL REPORT, לעיל ה"ש 195, בעמ' 83 (ההדגשה הוספה).

200 ראו, לדוגמה, דעת המיעוט, לעיל ה"ש 12, בעמ' 59.

לסיום חלק זה של המשפט המשווה מצאנו לנכון להביא מנסיונה של קנדה, וזאת מכמה סיבות: ראשית, תהליך הרפורמה המשפטית שהתרחש בקנדה היה ממושך, ונסמך במידה רבה על נסיוןן של מדינות אחרות, דוגמת אוסטרליה, אנגליה וחלק ממדינות ארצות-הברית; שנית, תהליך זה לווה כמה ועדות ממלכתיות, ועבודתן של אלה כללה סקירה מעמיקה של הספרות הסוציולוגית, הפסיכולוגית והמשפטית שהניבו התהליכים המקבילים הנ"ל;²⁰¹ שלישית, פעילותם של ארגוני הגברים בקנדה הייתה בולטת במיוחד, אף מעבר לזו של מקביליהם באוסטרליה ובאנגליה, ואף זכתה בתיעוד ניכר, עד כדי סימונה של קנדה כמעוז "מלחמת המינים" בשדה זה.²⁰² משום-מה, לכל זה לא היה אזכור בדוח ועדת שניט. מעניינת במיוחד העובדה שתהליך הבדיקה המקיף כלל כאמור יותר מוועדה אחת, בעיקר משום חוסר הנחת שחשה הממשלה הקנדית כלפי עבודתה של ועדת החקירה הפרלמנטרית שפעלה במחצית השנייה של 1998. לפני הוועדה הופיעו מומחים, חוקרים ועדים רבים, אך מתייעוד ישיבותיה עולה כי חבריה (ובמיוחד הסנטורית וחברת הוועדה אן קולס (Anne Cools)) הפגינו אהדה בוטה לטיעונים שהועלו על-ידי נציגיהם של ארגוני הגברים, ונדמה היה כי הם מבטלים כלאחר-יד עדויות על מחקרים אמפיריים ומעדיפים דווקא עדויות אישיות.²⁰³ אכן, ממשלת קנדה בחרה לא לאמץ דוח זה, אלא להגיש דוח-תגובה חלקי²⁰⁴

201 ראו FINAL REPORT, לעיל ה"ש 195.

202 ראו Nicholas Bala, *A Report from Canada's "Gender War Zone": Reforming the Child* Related Provisions of the Divorce Act, 16 CAN. J. FAM. L. 163 (1999). ראו גם Rhoades & Boyd, לעיל ה"ש 177; *For the Sake of the Children: Preventing Reckless*; New Laws, 16 CAN. J. FAM. L. 229, 254 (1999).

203 כך, למשל, חבר ועדה אחד לא הסתיר את תדהמתו לנוכח ממצאים אמפיריים המלמדים על שיעור גבוה של אבות אשר מוותרים באופן וולונטרי על מימוש הסדרי הראייה. הדבר מלמד כי לחברי הוועדה הייתה כנראה דעה קדומה, אשר נוצקה מהרטוריקה של ארגוני הגברים, וכי הם הושפעו פחות מהמחקרים שהוצגו לפניהם. נוסף על כך, חברי הוועדה הטילו ספק במהימנותם של הממצאים בדבר שכיחותה הגבוהה של אלימות במשפחה כלפי נשים בהשוואה לאלימות כלפי גברים. לבסוף, הוועדה אף אפיינה את הקבוצות שהציגו ממצאים אלה כ"מייצגי האינטרסים של המבוגרים במשפחות מתגרשות", כאילו אין מדובר באינטרסים של הילדים. ראו Rhoades & Boyd, לעיל ה"ש 177, בעמ' 128. לתיאור מפורט של התנהלות הוועדה, אשר מטיל ספק ביכולת להסתמך על המלצותיה, ראו Laing, לעיל ה"ש 202, הטוענת כי דוח הוועדה מבטא את השפעתם המכרעת של טיעוני האבות, תוך החלשת עמדות מבוססות מבחינה מחקרית של ארגוני הנשים (דוגמת טיעונים הנוגעים באלימות במשפחה), התעלמות מתרומתן של הנשים במרחב הביתי הפנימי וביסוסו של שיח השוויון על מציאות חברתית ותרבותית שבה גברים ונשים מנהלים חיים המעוצבים על-ידי מגדר, תוך חלוקה לא-שווה של כוח והשפעה. ראו שם, בעמ' 236–238. גם באוסטרליה בולטת הישענותם של קובעי המדיניות על אנקדוטות אישיות, ולא על מחקרים מבוססים. ראו Graycar, לעיל ה"ש 36.

204 CANADA, DEPARTMENT OF JUSTICE, GOVERNMENT OF CANADA'S RESPONSE TO THE REPORT OF THE SPECIAL JOINT COMMITTEE ON CHILD CUSTODY AND ACCESS – STRATEGY FOR REFORM (1999), available at www.justice.gc.ca/eng/pi/fcy-fea/lib-bib/rep-

ולעכב את יישום המהלך לצורך התייעצויות ועריכת מחקרים ודוחות סטטיסטיים נוספים על-ידי ועדת חקירה נוספת. בנובמבר 2002 הציגה ועדת חקירה זו את הדוח שלה,²⁰⁵ שהיה בעל אופי אקדמי ומאוזן יותר, ואשר כלל כאמור סקירה של מדינות שונות שבהן נעשה ניסיון להגביר את הקשר של שני ההורים עם הילדים (וושנינגטון, אנגליה, אוסטרליה, צרפת). כך, לדוגמה, סוכם הניסיון המצטבר באותן מדינות:

Changing legal terminology cannot alter attitudes or force parties to abandon confrontation. Indeed, the Australian experience demonstrates that attempts to clarify terminology may increase the potential for litigation and misunderstanding. While there are those who argue for some form of presumption of joint parental responsibility or shared parenting, the Australian experience suggests that jurisdictions be cautious in inserting new terminology given its potential to be misunderstood or to lead to negative results in terms of balancing the interests of children and their parents.

In 1987, Washington State changed to a parenting plan model to try to refocus parents on the needs of the child, but to date the change has had little impact on the reality of post-separation parenting. The changes in the United Kingdom were intended to encourage parents to focus on cooperative arrangements, but the available research indicates that these changes have not succeeded in reducing litigation concerning custody and access. On the contrary, there has been "a dramatic increase in litigation over contact orders."²⁰⁶

הדוח, אשר היווה את הבסיס להצעת חוק חדש בקנדה (Bill C-22), קבע כי הסדרי המשמורת צריכים להיות מבוססים על עקרון טובת הילד, והמליץ לא לאמץ חזקה בדבר הצורך בקיום הסדרי ראייה בהיקף כזה או אחר, אלא להסתפק בקביעה כי טובת הילד היא קיומו של קשר כלשהו עם שני ההורים.

(ג) אחריות הורית

rap/1999/sjcarp
 .02/pdf/sjcarp02
 205 FINAL REPORT, לעיל ה"ש 195.
 206 שם, בעמ' 13.

מלבד הבעייתיות שבסקירה הלא-מדויקת, המטעה והחסרה של המשפט המשווה, דוח ועדת שניט כולל לכל אורכו התייחסויות חוזרת ונשנות לאחריות ההורית המשותפת שיש לשאוף אליה בהתאם לאמנה בדבר זכויות הילד.²⁰⁷ המושג "אחריות הורית" הינו כאמור אחד המושגים שהדוח מבקש לחדש במשפט הישראלי, בהמשך לגישה שהוצעה בוועדת רוטלוי,²⁰⁸ במטרה להחליף את המושג "אפוטרופסות" המדרגי (ההיררכי) ולהמירו בתפיסה שלפיה "קשרי הגומלין בין הילד לבין הוריו הם הדדיים – כאשר לילד זכויות שהאחריות למימושן מוטלת על הוריו".²⁰⁹ הדוח מציע לקבוע בחוק כי משמעותה של האחריות ההורית, יחד ולחוד, היא "החובה והסמכות להחליט ולפעול בענייניו, בזכויותיו ובמכלול צרכיו של ילדו על פי טובת הילד".²¹⁰

אין חולק כי האמנה מקדמת תפיסה דמוקרטית וראויה יותר של יחסי משפחה, בעוד התפיסה המובעת בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות הינה אכן מדרגית ואנכרוניסטית. אין גם ספק שבמסגרת המחויבות הבין-לאומית שמדינת ישראל נטלה על עצמה עם הצטרפותה לאמנה, עליה להבטיח כי התפיסה המובעת בחוק המרכזי בתחום זה של יחסי הורים וילדים במשפחה תעלה בקנה אחד עם התפיסה המובעת באמנה.²¹¹ כפי שהיה אפשר להתרשם גם מן החלק הקודם של סקירת המשפט המשווה, המעבר לשימוש במושג "אחריות הורית" מהווה מגמה כללית בקרב המדינות המפותחות. כדאי לשים לב שבעקרונות המוצעים על-ידי הוועדה האירופית לדיני משפחה המושג משמש בלשון רבים (כלומר: responsibilities), ואילו בצרפת, כפי שראינו לעיל, הועדף באופן מודע המושג "סמכות הורית".²¹² מכל מקום, השאיפה להניח מאחור את המונחים המזוהים עם ראיית הילד כקניין משותפת לכל המדינות המפותחות, וכך גם הרצון לקדם את ההכרה באוטונומיה של הילד ואת העמדתו במרכז.²¹³ גם עלינו מקובלת העמדה כי יש לנטוש את המושג "אפוטרופסות". עם זאת, דווקא המונח "משמורת" בעברית (להבדיל מן המונח "החזקה") מגלם בחובו משמעות חשובה שאינה קיימת במונח custody המקביל, המבטא בעיקר קונוטציות קנייניות: ה"משמורת" בשפה העברית מעבירה את המסר שיש לשמור את

207 ראו למשל, דוח-הביניים, לעיל ה"ש 16, בעמ' 2-4.
 208 דוח ועדת רוטלוי, לעיל ה"ש 143. הדוח משקף תפיסה חדשה של מעמדם של ילדים וילדות בחברה, של ילדותם ושל זכויותיהם. תפיסה זו גובשה בהתבסס על האמנה בדבר זכויות הילד.
 209 דוח-הביניים, לעיל ה"ש 16, בעמ' 3.
 210 ס' 2(א) להצעת החוק, לעיל ה"ש 17.
 211 ראו על כך בהרחבה בספר זכויות הילד והמשפט הישראלי (תמר מורג עורכת, 2010), ובעיקר במאמרים הבאים שבו: תמר מורג "עשרים שנה אחרי: תפיסת זכויות הילד על פי האמנה בדבר זכויות הילד" 15; סביונה רוטלוי "אחריות המדינה בקידום זכויות ילדים" 63.
 212 ראו לעיל ה"ש 196-197 והטקסט שליידן. להבהרת העדפתה של הוועדה האירופית לנקוט את המונח "אחריות" בלשון רבים ראו Mair & Özücü, לעיל ה"ש 164, בעמ' 8-12.
 213 ראו, לדוגמה, BOELE-WOELKI ET AL., לעיל ה"ש 159, בעמ' 25-31.

הילד מכל משמר. זהו מסר חשוב מאין כמוהו, שאין לו מקבילה בתרגום לשפות אחרות, ואנו חוששות שהוא עלול לאבוד במעבר למונח "אחריות הורית".

נוסף על כך, הגם שהמלצותיה של ועדת שניט לעניין המינוח של "אחריות הורית" נובעות משינוי קונספטואלי משמעותי, שינוי זה מתייחס כל-כולו למערכת היחסים שבין ההורים לבין ילדיהם, ואינו משליך כלל על מערכת היחסים שבין שני ההורים. במילים אחרות, אין הוא משנה דבר לעניין חלוקתם של התפקידים, הסמכויות או רכיבי ההורות בין ההורים עצמם. מבחינה זו, ממש כשם שהאפוטרופסות משותפת, כך גם האחריות ההורית ממילא משותפת.²¹⁴ לפיכך, אם נחזור לדוח ועדת שניט, יש הטעיה מסוימת בהדגשת השאיפה לאחריות הורית משותפת ובהצגתה כיעד נכסף, כאילו אין הדברים כך כבר ממילא בדין הנוהג כיום בישראל. אכן, כפי שהראינו בתת-פרק 2, ההדגשה החוזרת ונשנית של "אחריות הורית משותפת" בדוח, כאילו מדובר בשינוי תוכני דרמטי, כבר מתפרשת בשדה המשפטי באופן המוטעה, המבלבל בין שוויון בקבלת ההחלטות בקשר לילד לבין משמורת פיזית שוויונית, והדבר מביא לידי גידול בשיעור ההמלצות וההוראות להסדרי משמורת פיזית משותפת מבלי שיהיה לכך כל בסיס נורמטיבי. לנוכח בלבול זה אנו מציעות להמיר את המושג "אחריות הורית" במושג "סמכות הורית", כפי שנעשה בצרפת, וזאת כדי להבהיר כי מדובר בסמכות לקבל את ההחלטות בכל הקשור לחיי הילד, ולא באחריות לטיפול היומיומי בו.

השלכה בעייתית נוספת של הדרך שבה בחרה ועדת שניט לאמץ את המושג "אחריות הורית", ואשר אינה מתחייבת ממנו כלל, היא טשטוש מוחלט בין ההורה שהילד גר עימו דרך קבע, או שלפחות מתפקד כהורה המטפל העיקרי, לבין ההורה האחר. כאמור, אין זה פועל יוצא מן המעבר למונח "אחריות הורית", אך נראה כי לשיטתה של ועדת שניט, מעבר זה, יחד עם אימוץ הרעיון בדבר התוכנית ההורית, שאותו הציעה הוועדה ככלי מרכזי בהבניית הסדרי הורות שלאחר-פירוד, מוליכים בהכרח לתוצאה זו של אי-סימון ההורה שהילד גר עימו דרך קבע. אי-סימון זה יוצר מצג-שווא של הורות שווה וזהה גם במצבים השכיחים בקרב משפחות שלאחר-גירושים, שבהם חלוקת התפקידים בין ההורים אינה זהה

214 לאמיתו של דבר, מבחינה רעיונית, התכנים המהותיים של המושג "אחריות הורית" הינם אותם תכנים המרכיבים את המושג "אפוטרופסות", אף אם אין מדובר ברשימה זהה, שהרי יש לזכור כי רשימת הרכיבים המופיעה בס' 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות גובשה בשנת 1962. השוו לרפורמה הקודמת שנעשתה בחוק האוסטרלי בשנת 1995, שבמסגרתה הומר המושג guardianship במושג parental responsibility, ותחומי האחריות שהיו קשורים למושג "אפוטרופסות" (guardianship) הוגדרו כ"אחריות הורית" (parental responsibility): The Family Law Reform Act, 1995, sec. 31, repeal of Part VII and substitution of new part: §§ 60B, 61B, 64B, 65E, 68F (Austl.) ראו גם פריילינג, לעיל ה"ש 98, ה"ש 1673 והטקסט שליידה.

ואינה שווה. אכן, כפי שיפורט להלן, בשיטות משפט אחרות החוק דורש במפורש, או מניח במשתמע, את סימון ביתו העיקרי של הילד או של ההורה המטפל העיקרי.

(ד) תוכנית הורית ו(אי)קביעת מקום מגורים עיקרי

כאמור, ועדת שניט ממליצה על גיבוש תוכנית של חלוקת זמני הורות, ואף צירפה להמלצותיה "טופס להסכם/הסדר הורות", הכולל התייחסות לכל הסוגיות שיש ליתן להן את הדעת בעת גיבושה של התוכנית ההורית.²¹⁵

המסקנה העולה מהתבוננות מעמיקה על הספרות הסוקרת את הסדרי ההורות שלאחר-פירוד היא שלמרות המעבר האחד למדי למונחים של "אחריות הורית" במקום "משמורת", בשיטות משפט רבות נותר עדיין סימון של מה שמכונה אצלנו "ההורה המשמורן" – גם אם בשינוי מינוחי, כך שבמקום הכינוי custodial parent בא כעת המונח residential parent, או שבמקום התייחסות להורה עצמו יש כעת התייחסות למקום המגורים העיקרי של הילד. כך, למשל, בעקרונות הוועדה האירופית לדיני משפחה, בסעיף היחיד הדין בשאלת מגוריו של הילד, נקבע בפשטות: "If parental responsibilities are exercised jointly the holders of parental responsibilities who are living apart should agree upon with whom the child resides".²¹⁶

הכלי של "תוכנית הורית" קבוע כיום בחוק בחלק ממדינות ארצות-הברית, דוגמת מונטנה, ניו-המפשייר וטנסי, שהלכו בעקבות מדינת וושינגטון, חלוצת הרעיון, אשר אימצה אותו לחוק עוד בשנת 1987.²¹⁷ מעניין שמדינת וושינגטון אינה נסקרת בפרק המשפט המשווה שבדוח-הביניים. אילו נסקרה, היה על הסקירה לכלול גם התייחסות לממצאים המאכזבים שעלו במחקרים אשר עקבו אחר הניסיון בושינגטון, שמהם עולה כי בפועל לא חלו כמעט שינויים בהסדרים הנוגעים במגורי הילדים בעקבות המעבר ל"תוכנית הורית", ושיעורי ההתדיינויות המשפטיות בין ההורים לא רק שלא פחתו, אלא אף גברו.²¹⁸ בדומה לכך, בתארו את הדין הנוהג בגרמניה, מתייחס פרקינסון ל"parent with whom the child usually lives as a result of either the agreement of the other parent or a judicial decision".²¹⁹

215 המכתב לשר המשפטים, לעיל ה"ש 16.

216 ראו עקרונות הוועדה האירופית, לעיל ה"ש 164, ס' 20:3.

217 ראו 47-48 PATRICK PARKINSON, FAMILY LAW AND THE INDISSOLUBILITY OF PARENTHOOD (2011). ראו גם את סקירת ההליך שהתרחש בושינגטון בדוח המסכם של ממשלת קנדה – FINAL REPORT, לעיל ה"ש 195, בעמ' 75.

218 John E. Dunne, Eduard W. Hudgins & Julia Babcock, *Can Changing the Divorce Law Affect Post-Divorce Adjustment?*, 33 J. DIVORCE & REMARRIAGE 35 (2000).

219 PARKINSON, לעיל ה"ש 217, בעמ' 60.

באורגון החוק קובע כי בעת מתן צו "משמורת משותפת" בית-המשפט רשאי לציין את אחד הבתים כמקום מגוריו העיקרי של הילד, ולמנות את אחד ההורים כבעל הסמכות הייחודית לקבל החלטות בענייני יומיום, בעוד לשני ההורים שמורה הזכות והאחריות השווה בכל ההחלטות האחרות.²²⁰ בפלורידה החוק קובע כי בעת מתן צו "אחריות הורית משותפת" ניתן להקצות לאחד הצדדים את האחריות למקום המגורים העיקרי של הילד.²²¹ גם בטקסס, הנסקרת בדוח-הביניים כדוגמה לכאורה למדינה שבה "החוק מעניק מעמד בכורה להורות משותפת",²²² החזקה שבחוק מתייחסת למשמורת משפטית בלבד (המוגדרת כ-"joint managing conservators"), והחוק קובע במפורש כי "Joint managing conservatorship does not require the award of equal or nearly equal periods of physical possession of and access to the child to each of the joint conservators" ואף מתייחס לקביעת הורה משמורן במונח "a parent named as a possessory conservator".²²³

גם החוק החדש בצרפת, המונה ראשית את המשמורת הפיזית המשותפת (alternating residence) כהסדר אפשרי, מבנה את ההסדר האפשרי האחר כהסדר של סמכות הורית משותפת עם קביעת מקום המגורים העיקרי של הילד. במילים אחרות, החוק החדש נמנע במודע מלהשתמש במונחי המשמורת (custody), אך מקפיד לסמן את אחד הבתים (וכפועל יוצא מכך את ההורה הגר באותו בית) כביתו העיקרי של הילד.²²⁴ ההסדר החדש בדנמרק, כפי שהוסבר קודם לכן, מאפשר מגורים לסירוגין בין בניהם של שני ההורים רק לאחר סימון של אחד ההורים כהורה משמורן.

קולורדו היא אחת המדינות היחידות בארצות-הברית שזנחו לחלוטין את המונח "משמורת" (custody) והחלו להשתמש במונחים כגון "allocation of parental responsibilities" וכן "parenting time".²²⁵

ניתן אם כן לסכם את דברינו בסקירה המשפטית שבתת-פרק זה ולומר כך: ראשית, במצב המשפטי הקיים בישראל בנוגע להסדרה ההורית בגירושים, על חזקת הגיל הרך שבו, אין משום סתירה לעקרונות האמנה בדבר זכויות הילד; שנית, מה שנחזה כמהלך כוללני ומקיף של זניחת חזקת הגיל הרך (באופן המוכר אצלנו) בכל מדינות העולם המערבי לא היה בדרך-כלל אלא מעבר מהסדר שבו המשמורת המשפטית (קרי, האפוטרופסות) הוצמדה

.OR. REV. STAT. § 107.169 (I) (2011) 220

.FLA. STAT. § 61.13(2)(c)2a. (2009) 221

דוח-הביניים, לעיל ה"ש 16, בעמ' 15. 222

223 (2009) §153.131, 153.135, 153.252. TEX. FAM. CODE יצוין כי החוק בטקסס אף קובע במפורש כי מקום שקיימת היסטוריה מוכחת של אלימות או התעללות במשפחה שהורה מעורב בהן, אין זו טובת הילד למנותו כמשמורן משפטי או פיזי או אף כבעל זכויות ראייה כלשהן. שם, ס' 153.004.

FINAL REPORT, לעיל ה"ש 195, בעמ' 82. 224

PARKINSON, לעיל ה"ש 217, בעמ' 55; COLO. REV. STAT. § 14-10-123 (2010); 225

אוטומטית למשמורת הפיזית אל עבר הסדר שבו המשמורת המשפטית תהא משותפת תמיד, בדומה להסדר המשפטי הקיים ממילא בשיטת המשפט בישראל מקדמת דנא, ואילו העדפת האם כהורה בעל המשמורת הפיזית הומרה כהסדרים המכירים בכך שברוב המקרים יגדל הילד אצל ההורה שהיה המטפל העיקרי קודם לפירוד; שלישית, למיטב ידיעתנו, רק במדינה אחת (בלגיה) קיים כיום הסדר של משמורת פיזית משותפת כבררת-מחדל, ובמדינות אחרות, דוגמת שוודיה, שבהן התקיים לתקופת-מה הסדר כזה חלה בו נסיגה; רביעית, התכנים המעשיים המרכיבים את המושג החדש "אחריות הורית" תואמים את ההסדר המשפטי הקיים כבר כיום לפי חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, והם ממילא משותפים כאמור לשני ההורים; חמישית ואחרונה, למרות המעבר האחיד למדי למונחים של אחריות הורית במקום משמורת, שיטות משפט רבות מכירות עדיין בצורך לסמן את מקום המגורים העיקרי של הילד או את ההורה שעימו הוא שוהה זמן רב יותר.

כפי שראינו בפרק א, השינויים שהתחוללו במשפט הישראלי החלישו את חזקת הגיל הרך הקבועה בחוק, ואין מדובר עוד בפרשנות שיפוטית ההופכת את החזקה ל"חזקה מדי" 226 ומונעת משמורת פיזית משותפת כאשר זו משרתת את טובת הילד. הקלשה זו מצטרפת אל הדין הישראלי המכיר באפוטרופסותם המשותפת של ההורים ואל הפרקטיקה – הרווחת בשדה המשפט הישראלי כבר יותר מעשור – של הסדרי ראייה רחבים מאוד יחסית לנהוג במדינות המערב. כל אלה מבטיחים קשר ישיר, משמעותי ותכוף בין ילדים גרושים לבין שני הוריהם המיטיבים. בכך המצב המשפטי בישראל תואם את דרישות האמנה בדבר זכויות הילד, ומייתר רפורמות משפטיות שהתרחשו במדינות אחרות, שבליבן עידוד משמורת משפטית משותפת וקשר משמעותי עם שני ההורים (ללא חזקה של משמורת פיזית משותפת). בפרקים הבאים נעמוד על כך שלא רק שביטול חזקה המסמנת את עדיפותו של ההורה המטפל העיקרי אינו נדרש, אלא שהוא טומן בחובו קשיים וסכנות משמעותיים ביותר.

ד. מגבלות המשפט בהנדוס משפחתי

כפי שהוזכר לעיל, במדינות דמוקרטיות המחוקק יכול לנסות להשתמש במשפט כדי לקדם ערכים ליברליים, גם אם אלה טרם הוטמעו בציבור הרחב. בשיח שליווה את ביטולה של חזקת הגיל הרך במדינות שונות בלטה הטענה כי ביטול זה יוביל להורות פעילה ושוויונית של שני ההורים. היו גם שדרשו ללוות את ביטולה של חזקת הגיל הרך באימוץ כלל משפטי הקובע משמורת פיזית משותפת כבררת-מחדל. גם בקשר לדרישה זו – אשר לא התקבלה, כאמור בפרק הקודם, ברובן המכריע של המדינות – הטענה המרכזית הייתה כי בררת-מחדל

226 ראו לעיל ה"ש 4 והטקסט שלידה.

של הורות שוויונית תוביל להורות כזו גם באותם מקרים שבהם היא לא התקיימה לפני הפרידה.²²⁷ כך, ניתן לכאורה לטעון כי אף-על-פי שחזקת הגיל הרך הקיימת כיום בדין הישראלי משקפת את ההווה המשפחתית-החברתית העכשווית בישראל, יש לבטל אותה ולאמץ את חזקת המשמורת הפיזית המשותפת כדי לשנות את ההווה הזו. חזקת המשמורת הפיזית המשותפת תוביל להורות שוויונית בגירושים, ואף תסמן לכלל המשפחות בישראל כי הגיעה העת לבטל את חלוקת התפקידים המגדרית במשפחה.

רוב חברי ועדת שניט לא השתכנעו כי אימוץ כלל משפטי הכולל חזקה של חלוקת זמנים שווה בין בניהם של שני ההורים אכן יוביל להורות שוויונית בישראל.²²⁸ כאמור, הם אף מצאו לנכון להדגיש בהצעת החוק מטעמם כי "אחריות הורית משותפת אין משמעותה בהכרח חלוקת זמן מגורים שווה של הילד עם כל אחד מהוריו".²²⁹ אף-על-פי-כן יש מקום להתמודד עם טענות בדבר הצורך בחזקת אחריות הורית לא רק משותפת, אלא גם זזה, מכיוון שטענות אלה קיימות גם בשיח הישראלי,²³⁰ וכבר החלו, כפי שתואר לעיל, לחלחל לשדה המשפטי הישראלי.

מוסד המשפחה הוא אחד המוסדות החברתיים החסינים ביותר מפני ניסיון להגדוס משפטי.²³¹ מדובר במוסד שמושגת על תפיסות-עומק תרבותיות ומשוקע בפרקטיקות יומיומיות הקשורות לשדות חברתיים אחרים, לרבות השדה הכלכלי והשדות הלאומי והדתי. דוגמה בולטת בהקשר זה היא זוגיות חד-מינית. מצד אחד, חקיקה שמכירה בזכותם של זוגות חד-מיניים אינה מובילה לגיטימציה של זוגיות חד-מינית בקרב ציבורים הרואים בה חטא כלפי האל וכלפי הטבע. מצד אחר, חוק שאוסר נישואים של זוגות חד-מיניים אינו

227 על השיח בהולנד ראו Nora Holtrust, Selma Sevenhuijsen & Annick Vernraken, *Rights for Fathers and the State: Recent Developments in Custody Politics in the Netherlands*, in CHILD CUSTODY AND THE POLITICS OF GENDER 51 (Carol Smart & Selma Sevenhuijsen eds., 1989) *The Interest of the Child' and the Regulation of the Post-Divorce Family*, in CHILD CUSTODY AND THE POLITICS OF GENDER Susan B. Boyd, על השיח בקנדה ראו, 78 (Carol Smart & Selma Sevenhuijsen eds., 1989) *From Gender Specificity to Gender Neutrality? Ideologies in Canadian Child Custody Law*, in CHILD CUSTODY AND THE POLITICS OF GENDER 126 (Carol Smart & Selma Sevenhuijsen eds., 1989) *COMPARATIVE PERSPECTIVE*, לעיל ה"ש 36.

228 דעת המיעוט, לעיל ה"ש 12, בעמ' 52-53.

229 הצעת החוק, לעיל ה"ש 17, ס' 9(ד).

230 למשל, בדעת המיעוט של שחף, לעיל ה"ש 31, נאמר: "נקודת המוצא לקביעת הסדר הורות תהיה, ששני ההורים ישאו בתחומי האחריות ההורית במידה שווה... קבע בית המשפט חלוקה לא שוויונית של האחריות ההורית ינמק את החלטתו". ראו גם לעיל ה"ש 39.

231 Rita J. Yehezkel Dror, *Law and Social Change*, in THE SOCIOLOGY OF LAW 663-680 (Simon ed., 1968); הקר סוגיות משפחתיות בעיניים משפטיות, לעיל ה"ש 74, פרק ב; בלכר-פריגת, לעיל ה"ש 75.

מונע זוגות כאלה מלממש את אהבתם ולחיות יחד. כך גם לגבי הכלל העוסק בהכרעות משמורת. מצד אחד, כפי שיפורט להלן, כלל שאינו מכיר במקומו הייחודי של ההורה המטפל העיקרי בחיי הילד לא יוביל להיעלמותו של דפוס המשפחתיות הרווח, שבו יש הורה מטפל עיקרי והוא בדרך-כלל האם. מצד אחר, כלל שמכיר בקיומו ובמרכזיותו של הורה מטפל עיקרי לא ימנע הורות משותפת ושוויונית בקרב מעט המשפחות המעוניינות בהסדר זה ויכולות להתמיד בו.²³²

הממצאים מלמדים כי ביטולה של חזקת הגיל הרך במדינות אחרות, וכן נסיונות של מחוקקים שונים לעודד הורות משותפת אחרי גירושים, לא הובילו למהפכה בחלוקה הממוגדרת של האחריות ההורית. אומנם, שיעורי המקרים שבהם נקבעת משמורת פיזית בלעדית של האם נמוכים במדינות אלה יחסית לישראל, אך גם בהן רובם המכריע של הילדים גדלים בעיקר עם אמם, והורות שוויונית אחרי גירושים היא החריג לכלל.²³³ יתר על כן, כאשר נקבעת הורות שוויונית, היא פרי הסכמה של הורים שהיו מגיעים אליה גם ללא הכוונת המחוקק.²³⁴ אם זה המצב במדינות האנגלו-סקסיות ובמדינות אירופה, מקל וחומר שהמשפט יתקשה לשנות את המציאות המשפחתית בישראל, המתאפיינת בתפיסות ובפרקטיקות שמרניות ומסורתיות יחסית.²³⁵

אינדיקציה נוספת לכך שגם אם תבוטל חזקת הגיל הרך בישראל, וגם אם יאומץ כלל הכרעה שמעודד הורות שוויונית, ברוב המשפחות שלאחר-גירושים ימשיכו נשים למלא את תפקיד ההורה המטפל העיקרי היא מאפייניו של שוק העבודה הישראלי. מן המאפיינים שפורטו לעיל בתת-פרק ב1 ניתן ללמוד כי נשים לאחר גירושים יתקשו להשתלב בשוק העבודה בשכר כהורה נטול אחריות עיקרית לטיפול בילדים, מכיוון שבמשך שנות הנישואים התמקמו רבות מהן בפוזיציות תעסוקתיות מוגבלות שקשה להיחלץ מהן.²³⁶ באופן דומה, אבות שמילאו את תפקיד המפרנס העיקרי יתקשו לשנות את דפוס עבודתם מבלי לשלם מחיר של פיטורים או ירידה חדה בהכנסה. קשיים אלה נובעים, בין היתר,

232 כבר לפני יותר מעשור הצליחו הורים שהתעקשו על הסדר של משמורת פיזית משותפת להשיג את אישורה של מערכת המשפט, חרף רתיעה כללית מהסדר זה בשדה המשפטי הישראלי. ראו הקר הורות במשפט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 258–274.

233 ראו, למשל, *Caring for Children*, לעיל ה"ש 124, בעמ' 2; Mark A. Fine & David R. Fine, ; *An Examination and Evaluation of Recent Changes in Divorce Laws in Five Western Countries: The Critical Role of Values*, 56 J. MARRIAGE & FAM. 249 (1994). נתונים משוודיה מלמדים שכאשר יש סכסוך בין ההורים, תוצאתו היא לרוב משמורת פיזית בלעדית, ולא משותפת. כך, גם לאחר רפורמה שעודדה הורות משותפת נמצא כי בתי-המשפט בשוודיה פסקו ב-51% מהמקרים משמורת אם, ב-34% מהמקרים משמורת אב, ורק ב-15% מהמקרים משמורת משותפת. ראו Singer, לעיל ה"ש 189.

234 RHOADES, GRAYCAR & HARRISON, לעיל ה"ש 175.

235 פוגל-ביז'אוי "משפחות בישראל: בין משפחתיות לפוסט-מודרניות", לעיל ה"ש 92.

236 על הפליית אימהות בשוק העבודה בשכר ראו Selley J. Correll, Stephen Benard & In Paik, *Getting a Job: Is There a Motherhood Penalty?*, 112 AM. J. SOCIOL. 1297 (2007).

ממיקומה הירוד של ישראל במדד האיזון בין בית לעבודה.²³⁷ בישראל נהוגה תרבות העסקה הדורשת שעות עבודה ממושכות יחסית לנדרש במדינות אחרות, ו-22.7% מהישראלים עובדים 50 שעות ויותר בשבוע.²³⁸ בעוד עבודה בהיקף של משרה חלקית מאפשרת טיפול משמעותי בילדים, אשר רובם מסיימים את מסגרות הלימודים בשעות הצהריים, ובעוד עבודה במשרה מלאה מאפשרת לכל-הפחות לטפל בילדים אחר הצהריים, עבודה בהיקף של 50 שעות ויותר אינה מתיישבת עם הורות פעילה ועם הצורך של ילדים בטיפול יומיומי.²³⁹ על-מנת שתתקיים הורות שווה וזהה, שני ההורים צריכים להיות פנויים לטיפול משמעותי בילדים על בסיס יומיומי ובאופן קבוע ויציב. חלוקת התפקידים המגדרית שעוצבה ברוב המשפחות במהלך הנישואים וציפייתו של שוק העבודה הישראלי שהעובדים יהיו מחוסרי אחריות הורית יומיומית לא יאפשרו פניות כזו ללא ירידה משמעותית ברמת החיים, אשר ניזוקה גם כך בעקבות הגירושים.²⁴⁰ בסופו של יום יישארו הילדים עם פחות משאבים כלכליים, ולכך יש השלכות דרמטיות על רווחתם, כפי שיפורט בהמשך.

העובדה שביטולה של חזקת הגיל הרך ואימוץ רטוריקה א-מגדרית לא הובילו במדינות אחרות לעלייה משמעותית בהסדרי המשמורת הפיזית המשותפת נובעת גם ממורכבותו של הסדר זה בהשוואה להסדר של משמורת פיזית בלעדית. בפרק הבא נעמוד על הפגיעות שנגרמות לילדים בעקבות משמורת פיזית משותפת בגיל הרך, אבל חשוב להבין כי הסדר זה אינו מתאים לרוב המשפחות גם כאשר הילדים מבוגרים יחסית. כדי שהסדר של משמורת פיזית משותפת, הכולל חלוקת זמנים שווה או דומה מאוד בין בתיהם של שני ההורים, ייטיב עם הילדים, על ההורים לגור קרוב מאוד זה לזה, להיות בעלי אמצעים שמאפשרים החזקה של שני בתים עם ציוד מלא לחיי יומיום של ילדים, ולתקשר באופן שוטף ובונה בקשר לילדים. לגבי משפחות רבות הצורך והרצון של ההורים בחופש תנועה, המצב הכלכלי, רמת הקונפליקט בין ההורים והרצון לבסס חיי משפחה חדשים הופכים את ההסדר הזה לבלתי-אפשרי.²⁴¹

237 במדד ה-OECD דורגה ישראל במקום ה-31 מבין 34 המדינות שנבחנו, קרי, רביעית מהסוף. ראו הילה ויסברג "הנתונים המטרידים של OECD: אתם לא מבליים ולא ישנים – רק עובדים" **TheMarker** 4.1.2012 www.themarker.com/career/1.1608681 שם.

238 על המושג "הורות פעילה" ראו דפנה הקר ומיכל פרנקל "הורות פעילה ושוויון הזדמנויות בעבודה: הצורך בשינוי מאפייניו של שוק העבודה" עבודה, חברה ומשפט יא 275 (2005).

240 כל גירושים מחייבים פיצול של משק-בית אחד לשניים, ועל-כן כרוכים בהכרח בעלויות כלכליות גבוהות יותר בהשוואה לתקופת הנישואים.

241 קיים הסדר נוסף שיכול לאפשר הורות שוויונית לאחר גירושים ואשר אינו מחייב הגבלת מרחק בין בתי ההורים ושיתוף-פעולה יומיומי ביניהם. מדובר במודל הקינון (nesting). בהסדר זה הילדים נשארים בבית המשפחה, וההורים עוברים לדירה אחת או לשתיים נפרדות, ומגיעים לטפל בילדים בבית המשפחה, לפי זמנים קבועים מראש, בחלוקה שווה או לא-שווה. אין מדינה שקיבעה את ההסדר הזה בחוק, אבל יש בתי-משפט, כולל בישראל, שקיבלו אותו בנסיבות מסוימות. ראו, למשל, תמ"ש (משפחה ת"א) 32748-01-12 א.ל. נ' ד.ל. (פורסם

כאן חשוב לחזור להצעה של רוב חברי ועדת שניט. הגם שהמלצות הוועדה נמנעות במודע מעידוד של חלוקת זמנים שווה בין בתי ההורים, הן חוזרות ומדגישות את מעמד המשפטי השווה והזהה של שני ההורים. שוויון וזהות אלה יושגו, לשיטתם של חברי הוועדה, על-ידי ביטול המושג "משמורת" וסימון שני ההורים כאחראים לילד, גם אם בפועל חלוקת הזמנים תשקף חלוקת תפקידים שבה יש הורה אחד מטפל עיקרי. באופן דומה, יואב מזא"ה קורא לאחרונה לבטל את המושג "משמורת" ולהסתפק במושג "הסדרי ראייה" כדי להסדיר את אחריותם של ההורים לילדיהם.²⁴² לדעתנו, קונסטלציות משפטיות אלה לא רק שלא יעודדו הורות שוויונית, אלא עלולות אף לעכב התפתחות של הורות פעילה של אבות. האב זוכה, על-פי ההצעה, בהכרה חברתית ומשפטית כהורה שווה-מעמד לאם לכל דבר ועניין גם אם הוא אינו נוטל על עצמו אחריות משמעותית לטיפול בילדיו. המסר שיעביר כך המשפט הוא שאבות אינם צריכים לשנות את דפוסי ההורות הלא-מעורבת שלהם – לא לפני הגירושים ולא אחריהם. למסר בעייתי זה יש לא רק השלכות סמליות החותרות תחת הרצון לעודד הורות פעילה של שני ההורים, אלא גם השלכות אופרטיביות, כפי שנפרט בפרק הבא.

ה. נזקי הרפורמות המשפטיות

בפרק הקודם הצבענו על העדויות לכך שכלל משפטי שלא יכלול הכרה במקומו ובתפקידו הייחודי של ההורה המטפל העיקרי לא יוביל להורות שוויונית בישראל. אילו כלל כזה רק לא היה מביא תועלת, למעט שיכוך כעסם של אבות פגועים,²⁴³ אולי היה אפשר להשלים עימו. הבעיה הקשה היא שכלל כזה טומן בחובו סכנות של פגיעה ברווחה הרגשית של הילד ודרדרור של ילדים ואמותיהם לעוני.

בנבו, 25.1.2012). גם הסדר זה אינו מתאים לרוב המשפחות, מכיוון שהוא מחייב משאבים רבים יחסית ונכונות של ההורים לוותר על חופש התנועה ועל הסיכוי להקים משפחה נורמטיבית חדשה.

242 יואב מזא"ה, הרצאה שניתנה במסגרת הכנס "הורות בפרקטיקה ובמשפט – טרמינולוגיה, רטוריקה, מחקר וחקיקה", אוניברסיטת חיפה, 13.5.2012.

243 מחקרים על השיח של ארגוני גברים בחוץ-לארץ מעיד כי פעמים רבות אין מדובר באבות שרוצים ליטול חלק שווה בטיפול בילדיהם, אלא באבות שרוצים לקבל בחזרה את ההכרה הסמלית בהם כראש המשפחה. ראו, לדוגמה, Helen Reece, *The Degradation of Parental Responsibility, in RESPONSIBLE PARENTS AND PARENTAL RESPONSIBILITY* 85 (Rebecca Probert, Stephen Gilmore & Jonathan Herring eds., 2009). ריס מדגימה במאמרה כיצד שופטים החלו להודות בהדרגה כי במעבר לצווי אחריות הורית משותפת מדובר למעשה בשיכוך הפגיעה באבות ובהיענות לצורך שלהם לקבל, בלשונה, "לגיטימציה" פסיכולוגית או סמלית לאבהותם הנמשכת, ולא דווקא בקידום אינטרסים של הילדים.

1. נזקים פסיכולוגיים בגין משמורת פיזית משותפת

הפסיכולוגים שהיו חברים בוועדת שניט, פרופ' אבי שגיא-שורץ וד"ר תרצה יואלס מאוניברסיטת חיפה, טענו לפני הוועדה כי יש לבסס הכרעות לגבי טובת הילד על ידע אמפירי תקף ומעודכן. כמקור האמפירי המרכזי לתמיכה בעמדתם כי יש לבטל את חזקת הגיל הרך, הם הציגו לפני הוועדה את סקירת-העל (meta-analysis) של רוברט באוזרמן (Robert Bauserman)²⁴⁴. סקירה זו כללה 33 מחקרים מהשנים 1982–1999 שבחנו את הסתגלותם של ילדים להורים גרושים בהסדר של משמורת משותפת בהשוואה להסדר של משמורת יחידנית.²⁴⁵ באוזרמן הסיק מסקירתו כי מכל הבחינות, למעט הישגים לימודיים, ילדים במשמורת משותפת מסתגלים טוב יותר מאשר ילדים במשמורת בלעדית, ובכלל זה בהיבטים של יחסים במשפחה, ביטחון עצמי, רווחה רגשית והתנהגות.²⁴⁶ לכאורה אכן מדובר בעדות אמפירית מרשימה בדבר הצורך בביטולה של חזקת הגיל הרך ובהמתנה בבררת-מחדל של משמורת פיזית משותפת. אולם מומחים שונים הצביעו על הפגמים המתודולוגיים החמורים של הסקירה, שבעטיים אין היא יכולה להוות בסיס מדעי איתן לטענות בדבר כלל ההכרעה הראוי לעניין משמורת פיזית בגירושים.²⁴⁷ ראשית, מתוך 33 המחקרים, רק 22 בחנו משמורת פיזית משותפת, בעוד שהשאר התייחסו למשמורת משפטית משותפת והשוו אותה למשמורת משפטית בלעדית,²⁴⁸ אשר קיימת כאמור בחוק-לארץ אך לא בישראל. שנית, רק מיעוט מבין המחקרים שעליהם נשען באוזרמן פורסמו בכתבי-עת מדעיים, כלומר, עברו בוודאות שיפוט אנונימי על-ידי מומחים בתחום. 22 מחקרים לא פורסמו, והיו למעשה עבודות של תלמידי מחקר.²⁴⁹ באוזרמן עצמו מודה כי רבים מהמחקרים שכלל בסקירתו לוקים בדיווח חסר של הממצאים הסטטיסטיים, המקשה את הערכתם, וכן במדגמים קטנים המעוותים את המשמעות הסטטיסטית של הנתונים.²⁵⁰ לבסוף, ההיסטוריה החקיקתית והממצאים לגבי הסדרי המשמורת בארצות-הברית בשנים שבהם נערכו המחקרים²⁵¹ מובילים למסקנה כי רובם המכריע של הסדרי המשמורת הפיזית המשותפת שתועדו בסקירתו של באוזרמן גובשו בהסכמה, ולא כתוצאה של פסק-דין כופה.

- 244 דוח-הביניים, לעיל ה"ש 16, בעמ' 21–22. ראו גם יואלס ושגיא-שורץ, לעיל ה"ש 111.
 245 Robert Bauserman, *Child Adjustment in Joint-Custody Versus Sole-Custody Arrangements: A Meta-Analytic Review*, 16 J. FAM. PSYCHOL. 91 (2002).
 246 שם, בעמ' 97.
 247 FEHLBERG & SMYTH, לעיל ה"ש 192, בעמ' 6; *Caring for Children*, לעיל ה"ש 124, בעמ' McIntosh & Smyth; 6, לעיל ה"ש 125, בעמ' 161.
 248 Bauserman, לעיל ה"ש 245, בעמ' 95.
 249 שם, בעמ' 94.
 250 שם, בעמ' 99.
 251 ELEANOR E. MACCOBY & ROBERT H. MNOOKIN, *DIVIDING THE CHILD: SOCIAL AND LEGAL DILEMMAS OF CUSTODY* (1992).

מחקרים מלמדים כי במקרים אלה מדובר בהורים משכילים ומבוססים יחסית²⁵² ועם רמת קונפליקט נמוכה בהשוואה להורים עם הסדר של משמורת פיזית בלעדית.²⁵³ מכאן שהסתגלותם הטובה יותר של הילדים יכולה לנבוע מרווחה כלכלית, מהון אנושי של ההורים ומאיי-היחשפות לקונפליקטים הוריים, ולא דווקא מהסדר המשמורת הפיזית המשותפת.

למרבה הצער, המחקר האמפירי על רווחתם הנפשית של ילדים החיים בהסדר של משמורת פיזית משותפת דל. מדובר בקבוצה קטנה יחסית, והדבר מקשה יצירת מערכי מחקר הכוללים מדגמים גדולים מספיק למחקר סטטיסטי.²⁵⁴ מחקרים שונים המתיימרים לחשוף את השלכותיה של המשמורת הפיזית המשותפת על הילדים לוקים בבעיות מבעיות שונות: הם בוחנים למעשה הסדרים שאינם כוללים חלוקת זמנים שווה בין ההורים; הם אינם מבודדים ומפקחים על משתנים רלוונטיים, דוגמת רמת הגמישות שבה ההורים מתנהלים; הם נשענים בעיקר על דיווח סובייקטיבי של ההורים, ולא על דיווחים של הילדים עצמם או של צדדים שלישיים (מורים, למשל) או על בדיקת תוצאות של מבחני התפתחות; הם אינם כוללים קבוצת-ביקורת; והם אינם מהווים מחקרים ארוכי-טווח הבוחנים השלכות לאורך זמן.²⁵⁵ כמו-כן, לא מעט מן המחקרים נוטים עדיין לא להבחין בין משמורת פיזית

252 באזורמן אינו מדווח על מעמדן החברתי-הכלכלי של המשפחות במחקרים שסקר, אך ראו שם, בעמ' 76, וכן Liz Trinder, *Shared Residence: A Review of Recent Research Evidence*, 22 *CHILD & FAM. L.Q.* 475, 481–483 (2010).

253 באזורמן מלין על כך שבמחקרים רבים מבין אלה שסקר לא נבדקה רמת הקונפליקט בין ההורים, ומציין כי במחקרים שהתייחסו לכך נמצא כי הורים עם הסדר של משמורת משותפת דיווחו על רמת קונפליקט נמוכה יותר בהליך הגירושים מאשר הורים בהסדר של משמורת בלעדית (כמו בכל שאר חלקי הסקירה, הוא אינו מבחין כאן בין משמורת פיזית לבין משמורת משפטית). ראו Bauserman, לעיל ה"ש 245, בעמ' 98. ראו גם Trinder, לעיל ה"ש 252, בעמ' 481.

254 McIntosh & Smyth, לעיל ה"ש 125, בעמ' 157.

255 ג'ואן קלי, אחת הדוברות הבולטות בזכות משמורת פיזית משותפת, מבססת את טענתה כי הסדר זה מיטיב עם ילדים יחסית למשמורת בלעדית על שלושה מחקרים. אחד מהם הוא סקירת-העל של באזורמן, שנדונה לעיל, והשניים האחרים הם מחקרים מקליפורניה משנת 1992 (MACCOBY & MNOOKIN, לעיל ה"ש 251) ומשנת 2002 (Lee, להלן). ראו Kelly, לעיל ה"ש 107, בעמ' 46. בשני המחקרים האחרונים אכן נמצא כי ילדים במשמורת משותפת מסתגלים טוב יותר לגירושי הוריהם מאשר ילדים במשמורת בלעדית. דא עקא, שבשני המחקרים הוגדרה משמורת משותפת כמצב שבו הילדים שווים בביתו של כל אחד מההורים לפחות 4 ימים מתוך 14. זהו רף חלוקת זמנים לא-שוויוני, אשר בישראל היה נתפס כמתן משמורת בלעדית לאם עם הסדרי ראייה מצומצמים יחסית לאב. מכאן שאין בהם כדי לזרות אור על טובתם של ילדים בהסדרים הכוללים חלוקת זמנים שווה בין בתי ההורים. יתר על כן, בשני המחקרים נמצא כי המשתנה החשוב ביותר בהשפעתו החיובית על הסתגלות הילדים הוא הקשר של הילדים עם האם, וכי ההשפעה החיובית של הסדרי משמורת משותפת, כפי שהיא מוגדרת במחקרים אלה, יכולה להיעלם אם הילדים נחשפים לקונפליקטים בין-הוריים.

משותפת לבין משמורת משפטית משותפת, או בין הסדרים של משמורת פיזית משותפת שהגיעו אליהם באופן עצמאי לבין כאלה שהם תוצאה של הכרעה שיפוטית.²⁵⁶ חמור מכך, בדומה לבאזורמן לשגיא-שורץ וליואלס, יש הממהרים להסיק מהממצאים האמפיריים מסקנות נורמטיביות בדבר הדין הרצוי שאינן עולות מהם כלל ועיקר.²⁵⁷ המחקרים הערכניים המהימנים ביותר על הסדרי משמורת בגירושים נערכים באוסטרליה. זאת, משום שהממשלה מלווה את הרפורמות התדירות והמהפכניות שנעשו שם בשנים האחרונות בהקצאת משאבים רבים למחקר מלווה.²⁵⁸ אחד מן המחקרים הללו בחן את ההשלכות הנפשיות של משמורת פיזית משותפת (שהוגדרה במחקר כלפחות 35% מהלילות בביתו של כל אחד מההורים) בהשוואה למשמורת בלעדית. המחקר כלל 2,059 ילדים בני שלושה חודשים עד חמש שנים, שהיוו מדגם מייצג של כלל האוכלוסייה באוסטרליה, ועשה שימוש בראיונות פנים-אל-פנים, בתצפיות קצרות ובסקר בכתב של ההורים ושל גורם חינוכי, דוגמת גננת או מורה. קבוצת המשפחות שבהן חיו הילדים במשמורת פיזית משותפת של ההורים היוותה כ-5% מכלל המדגם (כ-100 משפחות). בין 20% ל-35% מהילדים שהו בבית ההורה הלא-משמורן לילה או שני לילות במהלך השבוע (התדירות גוברת ככל שגיל הילדים עולה), והשאר לא לנו בבית האב כלל או לנו בתדירות נמוכה יותר.

ממצאי המחקר העלו כי ילדים עד גיל שנתיים שלנו לילה אחד או יותר בשבוע בביתו של כל אחד משני ההורים (כלומר, הסדרים של משמורת פיזית משותפת או הסדרי ראייה הכוללים לינה) הציגו רמות גבוהות יותר של חוסר שקט (לרבות קשיי שינה, קושי להירגע מבכי, ובכי כאשר נשארים לשחק לבד), של דריכות כאשר לא ראו את ההורה בסביבתם ושל קשיי נשימה (אם כי ממצא אחרון זה לא היה מובהק סטטיסטית) בהשוואה לילדים אשר לנו רק בביתו של אחד מההורים. לגבי ילדים בני שנתיים עד שלוש, אלה שחיו במשמורת פיזית משותפת הציגו בעיות התנהגות קשות יותר (בכי וסירוב להיפרד מהורה, רצינות ודאגה, סירוב לאכול, אלימות כלפי הורה) וגילו קושי רב יותר להתמיד במשימות לאורך זמן. באשר לילדים בני ארבע עד חמש לא נמצאה במחקר השפעה של הסדר המשמורת על מדדי הרווחה שנבדקו. על-פי המחקר, אחרי גיל ארבע, כאשר הילדים מפתחים תפיסה של זמן, מעברי הלינה מבית האם לבית האב ולהפך אינם פוגעים ברווחתם הנפשית של הילדים.²⁵⁹

-
- ראו Mo-Yee Lee, *A Model of Children's Postdivorce Behavioral Adjustment in Maternal- and Dual-Residence Arrangements*, 23 J. FAM. ISSUES 672 (2002).
- Jay Folberg, *Custody Overview*, in JOINT CUSTODY AND SHARED PARENTING 3 (2nd ed., 256 Jay Folberg ed., 1991).
- McIntosh & Smyth, לעיל ה"ש 125, בעמ' 158, 160-172.
- שם, בעמ' 159.
- Jennifer McIntosh, Bruce Smyth & Margaret Kelaher, *Overnight care patterns and psycho-emotional development in infants and young children*, in POST-SEPARATION 259

יש לקוות כי בשנים הקרובות ייערכו מחקרים נוספים עם מדגמים משמעותיים של ילדים השהים במשמורת פיזית משותפת, תוך שימת לב דקדקנית לכשלים המתודולוגיים של מחקרים שנעשו בעבר. עד אז אנו נותרים עם מחקר תקף, מקיף ועדכני אחד בלבד, המעיד כי משמורת פיזית משותפת והסדרי ראייה הכוללים לינה מסכנים את רווחתם הנפשית של ילדים מתחת לגיל ארבע.

2. נזקים פסיכולוגיים בגין היחשפות לקונפליקטים הוריים

חברי ועדת שניט היו ערים להסכמה הרחבה בקרב מומחי הפסיכולוגיה, המגובה במחקרים אמפיריים, כי היחשפות של ילדים לקונפליקטים הוריים היא אחד מגורמי הסיכון החמורים ביותר לרווחתם הנפשית של ילדים להורים גרושים.²⁶⁰ חלק מחברי הוועדה סברו כי ביטולה של חזקת הגיל הרך ואימוץ המינוח של "אחריות הורית משותפת" ו"זמני הורות" יצמצמו את הקונפליקטים ההוריים, מכיוון שלא תהיה תחרות סביב השאלה מי מההורים טוב יותר. אחרים סברו כי ביטולה של חזקת הגיל הרך חשוב עד כדי כך שיש לשלם את מחיר העלייה המצופה בשיעור הסכסוכים בין ההורים.²⁶¹ רוב חברי הוועדה ביקשו לצמצם את הסכנה של הליכי-סרק החושפים את הילדים לקונפליקטים הוריים, באמצעות "שובר השוויון" של מתן "משקל מכריע לשיקולי שמירת היציבות בחייו של הילד ולאופן ולמידה בהם טופל על ידי כל אחד מהוריו".²⁶²

לסברה כי ביטולה של חזקת הגיל הרך יוביל למזעור קונפליקטים הוריים אין כל בסיס; נהפוך הוא, הממצאים מאנגליה ומאוסטרליה מלמדים כי הותרת הדין ללא כלל מכוון למעט עידוד של הורות משותפת דווקא הגבירה את ההתדיינויות המשפטיות בין ההורים.²⁶³

PARENTING ARRANGEMENTS AND DEVELOPMENTAL OUTCOMES FOR CHILDREN: COLLECTED REPORTS 85 (Jennifer McIntosh, Bruce Smyth, Margaret Kelaher, Yvonne Wells & Caroline Long eds., 2010) (Report to the Australian Government Attorney-General's Department, 2010)

260 דוח-הביניים, לעיל ה"ש 16, בעמ' 32. ראו גם Lee, לעיל ה"ש 255.

261 ראו דיון בדוח-הביניים, לעיל ה"ש 16, פרק 3.1.8; הסתייגותו של טל שחף, המצורפת למכתב לשר המשפטים, לעיל ה"ש 16.

262 הצעת החוק, לעיל ה"ש 17, ס' 9(ג) ודברי ההסבר.

263 מייד בעקבות הרפורמה באוסטרליה בשנת 1996 הוכפלו (ואף יותר מכך) התביעות בבתי-המשפט למשפחה בעניין "צווי קשר". ראו: Helen Rhoades, *The 'No Contact Mother'*; Reconstuctions of Motherhood in the Era of the 'New Father', 16 INT'L J. L., POL'Y & FAM. 71, 72 (2002). דיור ופרקר הסבירו כי הרפורמה העצימה את האפשרות של ההורה הלא-משמורן להטריד את ההורה המשמורן ולשלוט בו באמצעות הגשת תביעות והליכים משפטיים. ראו John Dewar & Stephen Parker, *The Impact of the New Part VII Family Law Act 1975*, 13 AUST. J. FAM. L. 96 (1999). ראו על כך בהרחבה גם אצל פרילינג, לעיל ה"ש 98, והטקסט שלידה. לסיכום ולדיון בממצאים בדבר העלייה שחלה

ממצאים אלה אינם מפתיעים לנוכח המודל התיאורטי המפורסם של רוברט מנוקין ולואיס קורנהאוזר, אשר חוזה, בקשר למשא-ומתן בגירושים, כי ככל שהכלל המשפטי יהיה עמום יותר כן תגדל נכונותם של הצדדים ליטול סיכונים גדולים יותר באמצעות התדיינות משפטית, ולא להתפשר.²⁶⁴ כפי שניתן ללמוד מהתזה של איילת בלכר-פריגת בדבר תפקידם המחנך והמעצב של דיני המשפחה,²⁶⁵ כללים משפטיים עמומים מקשים על בני המשפחה לעצב ולתאם ציפיות באשר לתפקידיהם המשפחתיים. כך במהלך הזוגיות, וכך מקל וחומר, לעת פרידה.

יתר על כן, ממצאים מחקרניים מלמדים כי כאשר הורים השרויים בקונפליקט מוכנים להסכים על חלוקת זמנים שווה או לכבד הכרעה משפטית כזו רק מפאת לחץ של מערכת המשפט ושל העובדות הסוציאליות, הדבר מסכן את רווחתם הנפשית של הילדים. ההסדר השוויוני אינו מוביל לשיכון הקונפליקט, אלא דווקא להעצמתו.²⁶⁶ בהתאם, ילדים בהסדרים של משמורת פיזית משותפת מדווחים – בשיעורים גבוהים הרבה יותר מאשר ילדים במשמורת פיזית בלעדית – כי הם חשים לכודים בתוך הסכסוך ההורי.²⁶⁷ אכן, במצבים של קונפליקט גבוה בין ההורים, ילדים נפגעים מהסדרים המחייבים מגע תכוף בין ההורים, והדבר בא לידי ביטוי בממדי הסתגלות נמוכים בהשוואה לילדים בהסדר של משמורת פיזית בלעדית, וכן בהיפראקטיביות. טובתם של ילדים אלה מחייבת הסדרים של משמורת פיזית בלעדית עם הסדרי ראייה הכוללים מפגשים לא-תכופים, שאינם מחייבים מגע בין ההורים (דוגמת איסוף הילד על-ידי ההורה הלא-משמורן פעם בשבוע מהמסגרת החינוכית והחזרתו למחרת בבוקר אל המסגרת החינוכית).²⁶⁸ נוסף על כך, מחקרים איכותניים שבחנו את שביעות-הרצון של ילדים מהסדרים של משמורת פיזית משותפת גילו כי במצבים של קונפליקט הורי משמעותי ילדים סובלים מהנטל הארגוני הכרוך במעברים התכופים בין בתי ההורים, מתגעגעים לאחד ההורים, אינם מרגישים בבית אצל אחד ההורים, ומתקשים להסתגל למציאות של זוגיות חדשה של מי מההורים. ילדים התקשו להסתגל להסדר של חלוקת זמנים שווה במיוחד במקרים שבהם הם לא שותפו בהכרעה על הסדר זה.²⁶⁹ נוסף על הנזקים הנגרמים לילדים, אימהות מדווחות על רמות גבוהות של

בהתדיינות המשפטיות באוסטרליה ובאנגליה ראו, Felicity Kaganas & Christine Piper,

Shared Parenting – A 70% Solution?, 14 CHILD & FAM. L.Q. 365, 369 (2002).

Mnookin & Kornhauser, לעיל ה"ש 75. 264

בלכר-פריגת, לעיל ה"ש 75. 265

Rae Kaspiew, Matthew Gray, Ruth Weston, ; 483–482 בעמ' 252, לעיל ה"ש 252, Trinder 266

Lawrie Moloney, Kelly Hand, Lixia Qu & the Family Law Evaluation Team, *The Australian Institute of Family Studies' Evaluation of the 2006 Family Law Reforms: Key Findings*, 24 AUST. J. FAM. L. 5, 23–24 (2009).

McIntosh & Smyth, לעיל ה"ש 125, בעמ' 174. 267

Kelly, לעיל ה"ש 107, בעמ' 44–45; McIntosh & Smyth, לעיל ה"ש 125, בעמ' 176–177. 268

Trinder, לעיל ה"ש 252, בעמ' 485–488. 269

חרדה לשלום הילדים ועל המשך שליטה של בן-זוג אלים לשעבר במצבים שבהם נכפתה עליהן חלוקת זמנים שווה עם האב.²⁷⁰

הממצאים הללו חשובים במיוחד לנוכח העובדה שכלל ההכרעה בסכסוכי משמורת מיועד בראש ובראשונה להורים השרויים בקונפליקט בעוצמה גבוהה. הורים שהקונפליקט ביניהם ברמה נמוכה יצליחו ברובם המכריע של המקרים לגבש הסכמות, תוך שימת טובת ילדיהם במרכז, ללא צורך בהתערבות טיפולית או שיפוטית. מכאן שדווקא לקבוצה הנזקקת ביותר להכרעה שיפוטית חשוב במיוחד שייקבע כלל הכרעה עם חזקת הורה מטפל עיקרי, אשר מצמצמת התדיינויות משפטיות ומונעת משמורת פיזית משותפת במקרים שבהם היא כרוכה בחשיפת הילדים לקונפליקטים הוריים.

3. עוני

סכנה נוספת שטמונה במהלך של ביטול חזקת הגיל הרך ואימוץ רטוריקה של שוויון פורמלי בהורות שלאחר-גירושים היא עוני של ילדים ואמותיהם. במחקר פורץ-הדרך תיעדה לינור ויצמן ירידה ברמת החיים של נשים בשיעור ממוצע של 73% ועלייה ברמת החיים של גברים בשיעור ממוצע של 42% לאחר גירושים.²⁷¹ על מחקרה זה נשמעו אומנם ביקורות מתודולוגיות, אך גם המבקרים מסכימים כי המגמה שתיעדה ויצמן נכונה, ומחקרים מאוחרים יותר תיעדו פער של 20%–50% ברמת החיים של נשים וגברים גרושים, לטובת הגברים.²⁷² גם בישראל יש אינדיקציות לכך שנשים גרושות סובלות מהשלכות כלכליות קשות יותר של הגירושים בהשוואה לגברים,²⁷³ אם כי חסרים מחקרים עדכניים, מקיפים וארוכי-טווח שיזרו אור על טיבן ועוצמתן של השלכות, על השינויים בהשלכות לאורך זמן ועל המשתנים המשפיעים על השלכות אלה.²⁷⁴

270 McIntosh & Smyth, לעיל ה"ש 125, בעמ' 174.

271 LENORE J. WEITZMAN, THE DIVORCE REVOLUTION, THE UNEXPECTED SOCIAL AND ECONOMIC CONSEQUENCES FOR WOMEN AND CHILDREN IN AMERICA ch. 10 (1985).

272 ראו דיון אצל הקר הורות במשפט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 54 וההפניות שם.

273 סיגל ליכט ההשלכות הכלכליות של גירושין בישראל (עבודת-גמר לתואר "מוסמך במדעי החברה", אוניברסיטת חיפה – הפקולטה למדעי החברה, 2004). על-פי נתוני המוסד לביטוח לאומי, שיעור העוני בקרב משפחות חד-הוריות שבראשן אישה גבוה יותר מאשר בקרב משפחות חד-הוריות שבראשן גבר. ראו HodaoIfonut.aspx. לסקירת מאמרים על דיווחיהן של נשים ישראליות בנוגע לקשייהן הכלכליים לאחר גירושים ראו הקר הורות במשפט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 56.

274 לדיון מקיף במצבן הכלכלי של נשים בישראל בעקבות גירושים ולאפקט המצטבר של נחיתותן המשפטית של נשים נשואות, אשר בא לידי ביטוי כואב בעת הגירושים, ראו הלפרין-קדרי "מזונות אישה", לעיל ה"ש 10.

מבין ההסברים הרבים המופיעים בספרות לפערים הכלכליים בין נשים לגברים אחרי גירוש, ²⁷⁵ אלה שרלוונטיים גם לישראל כוללים חלוקת תפקידים מגדרית במשפחה בזמן הזוגיות והפליית נשים בשוק העבודה, המובילות להכנסה נמוכה יחסית של האם; ²⁷⁶ משמורת פיזית בלעדית של האם, אשר מונעת מהאם את האפשרות להשתלב בשוק העבודה ומחייבת דירה גדולה וציוד רב יחסית; ²⁷⁷ סכומי מזונות ילדים לא-מספקים ²⁷⁸ ואי-עמידה בתשלומי המזונות מצד האבות; ²⁷⁹ שיעור גירוש גבוה יחסית בקרב המעמדות הנמוכים; ²⁸⁰ ומדיניות ממשלתית שאינה כוללת רשת ביטחון סוציאלי מספקת. ²⁸¹ בהקשר

Keren C. Holden & Pamela J. Smoke, *The Economic Costs of Marital Dissolution: Why Do Women Bear a Disproportionate Cost?*, 17 ANNUAL REV. SOCIOLOGY 51 (1991); ליכט, לעיל ה"ש 273, בעמ' 4.

276 גלית אהרון בחנה שינויים לאורך זמן בתלות הכלכלית של האישה הנשואה בישראל, בהתבסס על נתונים מתוך סקרי ההכנסות הישראלים לשנת 1980 ולשנת 2000, ומצאה כי הגם שחלה ירידה בשיעור הנשים התלויות כלכלית באופן מוחלט בבני-זוגן, רוב הנשים הנשואות בישראל בשנת 2000 (71%) היו תלויות עדיין כלכלית בבני-זוגן. בהקשרנו מעניין במיוחד הממצא שתלותן הכלכלית של נשים נשואות קטנה לאורך הזמן במידה מועטה יחסית דווקא בקרב משפחות שבהן שני בני-הזוג עובדים. בכל מקרה, לממצאים אלה יש משקל ניכר בעת הגירושים. ראו גלית אהרון "אי-שוויון במשק הבית: תלות כלכלית של נשים נשואות בישראל לאורך זמן" סוציולוגיה ישראלית ח 87 (2006).

277 אחד הקשיים שמשפחות גרושות בישראל צריכות להתמודד עימם הוא העדרן של דירות קטנות יחסית. רובן המכריע של הדירות הנבנות כיום בישראל הן של ארבעה חדרים ויותר. ראו שנתון סטטיסטי לישראל 62, לעיל ה"ש 85, לוח 22.12.

278 בפסיקה נקבע הסכום 1,250 ש"ח לחודש לילד כסכום הדרוש לסיפוק צורכי הילד הבסיסיים. ראו בר"ע (מחוזי ת"א) 1895/02 ב.י. נ' ב.נ. (פורסם בנבו, 20.1.2003). לאחרונה הועלה סכום-הסף, לפחות באזור המרכז, ל-1,400 ש"ח (עמ"ש (מחוזי ת"א) 1057/09 ש.ת. נ' ד.ג. (פורסם בנבו, 17.10.2010), פסק-דין של השופט שנלר; אושר בע"מ 8542/10 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 29.12.2010), על-ידי השופט דנציגר). אין בנמצא נתונים על סכומי המזונות אשר מוסכמים, נפסקים ומשולמים בישראל בפועל. הקר מצאה במחקרה מסוף שנות האלפיים כי סכומי המזונות המאושרים בהסכמי גירוש אינם אחידים ונבדלים במאות אחוזים, וכי הסכומים המאושרים בבתי-הדין הרבניים נמוכים באופן מובהק מאלה שמאושרים בבית-המשפט לענייני משפחה, גם כאשר מפקחים על המשתנה של מעמד כלכלי. הקר הורות במשפט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 141, 168.

279 בשנת 2011 שילם המוסד לביטוח לאומי מזונות בכ-19,000 מקרים במקום החייב (ברוב המכריע של המקרים מדובר באבות שאינם משלמים את דמי המזונות שהוסכמו או שנפסקו בעבור ילדיהם). ראו אסתר טולידנו "נשים המקבלות דמי מזונות באמצעות המוסד לביטוח לאומי בשנת 2011" (2012) www.btl.gov.il/Publications/survey%5CPages/saker_236.aspx.

280 יש אינדיקציות לכך שזה המצב גם בישראל. ראו ליכט, לעיל ה"ש 273, בעמ' 26.

281 על שחיקתה של רשת הביטחון שמדינת-ישראל מעניקה למשפחות חד-הוריות בשנים האחרונות ראו עינת אלבין "דיני הבטחת הכנסה והשלכתם על זכותן של נשים עניות לשוויון בשוק העבודה" עבודה, חברה ומשפט יא 155 (2005).

הישראלי חשוב להוסיף כי העדרם של מזונות אישה לאחר גירושים²⁸² וסחטנות כלכלית בגט, כפי שיפורט להלן, מעצימים את הסכנה לעוני של נשים לאחר גירושים. בעבר הכירו בתי-המשפט בחובת האב להעביר לאם את סכומי מזונות הילדים, לפחות אלה הדרושים לצורכיהם הבסיסיים, מתוך הכרה שכך הדין מחייב וכי מהלך זה מבטיח את צורכי הקטין בחיי היומיום.²⁸³ בשנים האחרונות חלה שחיקה בהכרה זו, אשר באה לידי ביטוי בכמה אופנים. ראשית, בתי-המשפט החלו להתחשב בהכנסתה של האם לצורך חישוב סכום המזונות שעל האב לשלם, ובכך הטילו למעשה על האם חלק יחסי מהעלויות של גידול הילדים.²⁸⁴ שנית, בתי-המשפט החלו לקבל תביעות של אבות שדרשו לשלם סכומים נמוכים יחסית של מזונות בטענה שהילדים שוהים אצלם פרקי-זמן משמעותיים בשבוע.²⁸⁵ יש חשש שמגמה אחרונה זו תגבר, ושהסדרים או פסיקות הכוללים חלוקת זמנים שווה או דומה בין ההורים ילוו ויתור מוחלט על העברת מזונות ילדים מהאב לאם או קביעת סכומי מזונות נמוכים מאוד.

חוקרות וחוקרים רבים מחוץ לישראל הצביעו על הירידה בדמי המזונות שבתי-המשפט מטילים על האב, כתוצאה מהעלייה בפסיקת חלוקה שווה או דומה של הזמן ההורי, וחלקם אף התריעו כי הפחתת דמי המזונות מהווה הַנְיֵעָה עיקרית במאבקם של ארגוני גברים לקידום משמורת פיזית משותפת.²⁸⁶ חשש זה מתחזק לנוכח המגמה המסתמנת בקרב

282 על-פי הדין העברי המחייב, חובת הגבר לזון את האישה פוסקת עם הסדרת הגט. ראו אליאב שוחטמן "מעמד האשה בדיני נישואין וגירושין" מעמד האשה בחברה ובמשפט 380, 401 – 407 (פרנסס רדאי, כרמל שלו ומיכל ליבן-קובי עורכות, 1995).

283 אריאל רוזן-צבי דיני המשפחה בישראל בין קודש לחול 160–161 (1990).
284 ראו בע"מ 5750/03 אוחנה נ' אוחנה (פורסם בנבו, 8.6.2005); בע"מ 2433/04 ג.צ. נ' ד.צ. (פורסם בנבו, 2.10.2005).

285 פסק-הדין המנחה בעניין זה ניתן לפני שנים אחדות על-ידי בית-המשפט המחוזי בתל-אביב – יפו, בתביעת מזונות בקרב בעלי דין אישי-יהודי שהסכימו ביניהם להידון לפי החוק האזרחי (החוק לתיקון דיני משפחה (מזונות) התשי"ט–1959, ס"ח 276, ובעיקר ס' 3א שבו). לפי השופט שנלר, חלוקת נטל המזונות בין שני ההורים צריכה להיעשות באופן יחסי על-פי הכנסתם הפנויה, ובהתאם למשך הזמן שהקטין שוהה אצל כל אחד מהם (זאת, מתוך הנחה שבאותם ימים שבהם הקטין שוהה אצל ההורה, אותו הורה נושא בנטל מזונותיו באופן מלא). ראו ע"מ (מחוזי ת"א) 1098/07 פלוני נ' אלמוני (פורסם בנבו, 31.8.2008). כמה וכמה שופטי משפחה כבר פסקו לאורו של פסק-דין זה, אף שס' 3א אמור לחול רק על חסרי דין אישי. ראו, לדוגמה, תמ"ש (משפחה נצ') 5151/06 ש.א. (קטין) נ' א.א. (פורסם בנבו, 1.2.2011); תמ"ש (משפחה ת"א) 25361-11-10 י.ד. נ' י.ח. (פורסם בנבו, 24.5.2011).

286 Singer, לעיל ה"ש 189; PARKINSON, לעיל ה"ש 217, בעמ' 222–237; Belinda Fehlberg, Christine Millward & Monica Campo, *Post-Separation Parenting Arrangements, Child Support and Property Settlement: Exploring the Connections*, 24 AUST. J. FAM. L. 214 (2010); Christine Skinner & Jacqueline Davidson, *Recent Trends in Child Maintenance Schemes in 14 Countries*, 23 INT'L J. L. POL'Y & FAM. 25 (2009); SUSAN BOYD, CHILD CUSTODY, LAW AND WOMEN'S WORK (2003); Susan Boyd, *Robbed of Their Families?*,

שופטי המשפחה, בעקבות פסק-דינה של השופטת וילנר בבית-המשפט המחוזי בחיפה, להפחית כדבר שבשגרה 25% מדמי המזונות המוטלים על האב כאשר נפסקת משמורת פיזית משותפת.²⁸⁷ נוסף על כך, במקביל לוועדת שניט החלה לפעול בשנת 2006 גם "הוועדה לבחינת נושא מזונות הילדים במדינת ישראל" בראשותו של פרופ' פנחס שיפמן (להלן: ועדת שיפמן). ועדה זו מונתה, בין היתר, כדי לבחון את דרך חישובם של סכומי מזונות הילדים בישראל. בחודש אוקטובר 2012 פרסמה הוועדה את המלצותיה. בצד שקלול "דמי טיפול" להורה בגין טיפול בין השעות 8:00–17:00 בילדים עד גיל שתיים-עשרה או בילדים עם צרכים מיוחדים, הוועדה קובעת כי יש להפחית בדמי המזונות של הורה המליץ את ילדו יותר מארבעה לילות במהלך שבועיים. שיעור ההפחתה פותח ב-35% מדמי ההורות, והוא הולך וגדל בהתאם למספר "ימי ההורות", שבהם ההורה אוסף את הילד מהמסגרת החינוכית ומחזיר אותו אליה למחרת היום.²⁸⁸ נראה לנו כי עצם פעולתן המקבילה של שתי ועדות רשמיות מטעם משרד המשפטים באותו שדה חברתי-משפטי כה רגיש, ללא כל דרך ממוסדת לבחינת קשרי-הגומלין וההשפעות ההדדיות של פעולתן וללא יצירת תיאום ביניהן, מעידה על חוסר הבנה ואף על התעלמות מן ההשלכות הקשות העוללות להיות לאפקט המצטבר של שתי הוועדות גם-יחד.²⁸⁹

לכאורה יש הצדקה להפחתת סכומי המזונות שהאב צריך לשאת בהם אם הילדים שוהים אצלו פרקי-זמן משמעותיים, שהרי הוא מממן את עלותם בפרקי-זמן אלה, ועלות זו נחסכת מן האם. אולם בפועל הפחתת המזונות עלולה להוביל לעוני של ילדים ושל אמותיהם. ראשית, ברור שרמת החיים שאליה הורגל הילד תיפגע אם ההורה שתפקד כמפרנס העיקרי במהלך הזוגיות, ואשר ממשיך מן הסתם להשתכר יותר מההורה האחר, לא יעביר סכומים משמעותיים בעבור הילדים להורה האחר. הגם שוועדת שיפמן התייחסה בהמלצותיה להבדלי השתכרות בין ההורים, מדובר בהתייחסות להבדלים הקיימים בהווה, ללא שקלול

in FATHERS' RIGHTS ACTIVISM AND LAW REFORM IN COMPARATIVE PERSPECTIVE 27 (Richard Collier & Sally Sheldon eds., 2006).

287 ראו ע"מ (מחוזי חי') 318/05 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 30.1.2006). לא למותר לציין כי השופטת וילנר התייחסה בפסק-דינה גם לפעילותה של ועדת שניט כגורם העשוי לשנות את הזירה המשפטית. לפסקי-דין שיישמו הנחיה זו ראו, לדוגמה, תמ"ש (משפחה טב') 10-06-21460-ג.ד. (קטין) נ' א.ד. (פורסם בנבו, 24.2.2011); תמ"ש (משפחה טב') 11-02-20194-מ.ד.פ. נ' י.פ. (פורסם בנבו, 27.5.2011). אולם ראו, לדוגמה, תמ"ש (משפחה י-ם) 1886/04 א.ל. נ' פ.ל. (פורסם בנבו, 9.8.2006).

288 דוח הוועדה לבחינת נושא מזונות הילדים בישראל 69–70 (ס' 3 ו-4 להצעת החוק) (2012).
289 לעניין זה ראו את דבריו הנחרצים של פטריק פרקינסון, ממובילי הרפורמות בתחום דיני המשפחה באוסטרליה, בסיום פרק בספרו שבו הוא עורך סקירה השוואתית של דיני מזונות ילדים בהסדרים שונים של הורות שלאחר-פירוד (PARKINSON, לעיל ה"ש 217, בעמ' 236): "The nexus between levels of care and child support payments makes it imperative that legislative policy on child support is coordinated with legislative policy on parenting after separation"

האפשרות הסבירה לגדילת פערי השכר בעתיד לטובת ההורה המפרנס העיקרי. שנית, הלנה של ילד אינה מיתרגמת באופן הכרחי וישיר לתמיכה כלכלית בו. אב יכול להלין את ילדו בביתו ולספק לו ארוחת-ערב, אך אין קשר בין הוצאה שולית זו לבין רכישת ציוד לבית-הספר, קניית בגדים, מתן כסף לבילויים ועוד. המלצות ועדת שיפמן מותירות את הילד ללא הורה אחד שאחראי לרכישת הטובין הנדרשים לו, ופותרות פתח רחב ביותר לסכסוכים בין ההורים בשאלת הצורך ברכישת פריט זה או אחר ובסוגיית ההורה שישא בעלויות הרכישה. שלישי, ממחקרים שנעשו באוסטרליה עולה כי אחוזים ניכרים מהסדרי המשמורת הפיזית המשותפת שנקבעו בהליך הגירושים, וכן מהסדרים אחרים שבהם התחייב האב כי הילדים יהיו בביתו פרקי-זמן משמעותיים, אינם שורדים לאורך זמן, ומשתנים כך שהאם חוזרת למעשה להיות ההורה המטפל העיקרי בילדים.²⁹⁰ לא בכל המקרים הללו יש לאם המשאבים לפנות לבית-המשפט ולבקש דמי מזונות או את העלאתם של סכומי מזונות נמוכים שנקבעו בגין ההנחה של חלוקת זמנים שווה או דומה בין בתי ההורים. כך הילדים ואמותיהם נותרים עם פחות משאבים מכפי שהיו להם אילו גילמו ההסדרים מלכתחילה את מציאות הטיפול ההורי הממוגדר.²⁹¹ כאן חשוב להדגיש את ההשלכות הכלכליות שעלולות להיות לאימוץ רטוריקת שוויון לגבי האחריות ההורית גם על המשאים-ומתנים הכלכליים בין ההורים, ולא רק על פסקי-הדין. ממצאים מאוסטרליה מלמדים כי רטוריקה זו הובילה לשחיקה בכוון היחסי של אימהות במשא-ומתן הכלכלי. רביעית, עצם ההצמדה של סכום המזונות ל"ימי הורות" עלולה להוות תמריץ לאב להתעקש על לינת הילדים בביתו לפחות חמישה לילות בשבועיים, גם אם הסדר זה אינו לטובת הילדים – למשל, בגין פגיעה בקשר עם ההורה המטפל העיקרי, בגין ריחוק גיאוגרפי בין בתי ההורים או בגין סדר-יום של האב שיצריך הפקדה של הטיפול בילדים בידי גורם שלישי.

לבסוף, יש קשר בין סכנת התגברותן של ההתדיינויות המשפטיות לבין סכנת ההידרדרות לעוני. ככל שהסכסוך המשפטי בין ההורים ממושך יותר וכולל התדיינויות בבתי-משפט, הוא יקר יותר ומדלדל את משאבי המשפחה שלאחר-גירושים.²⁹² כאמור, העדרו של כלל משפטי מכוון הכולל חזקת הורה מטפל עיקרי, בצירוף אימוצו של כלל חדש הקושר בין ימי הורות לבין דמי המזונות, יגבירו את ההתדיינויות המשפטיות בין ההורים, ובכך יתרמו לדלדול משאבי המשפחה.

290 McIntosh & Smyth, לעיל ה"ש 125, בעמ' 172; CASHMORE ET AL., לעיל ה"ש 167, בעמ' 9–10, 139–140.

291 Kaspiew et al., לעיל ה"ש 266, בעמ' 17; Zvi Triger & Gaia Bernstein, *Over-Parenting*, 44 U.C. DAVIS L. REV. 1221, 1248 (2011). על הקשיים במימוש זכויות משפטיות בשל מצב כלכלי ראו יובל אלבשן זרים במשפט: נגישות לצדק חברתי (2005).

292 על העלויות הכרוכות בניהול הליכים בבתי-משפט, בהשוואה לגישור, ראו הקר הורות במשפט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 178.

ככל שיידלדלו משאבי המשפחה בכלל ומשאביו של ההורה המטפל העיקרי בפרט, כן תיפגע הסתגלותם של הילדים ורווחתם הנפשית. פגיעה זו תנבע לא רק מאפשרויות גישה פחותות למשאבים כלכליים ולהזדמנויות החיים שהם מאפשרים, אלא גם מהמתח הנפשי שהמצוקה הכלכלית תגרום להורים, מהיאלצותם של ההורים להפקיד את הטיפול בילדים בידי אחרים בשל הצורך הקיומי להשתתף באופן אינטנסיבי בשוק העבודה בשכר, ואולי אף ממעבר כפוי מהסביבה המוכרת לילדים בגין אילוצי פרנסה. ככל שהאם אכן הייתה ההורה המטפל העיקרי בילדים לפני הפרידה, הנזקים הללו מחמירים, מכיוון שהם מחבלים בקשר המשמעותי שנרקם בינה לבין הילדים וביכולת שלה להמשיך לספק את צורכיהם הרגשיים והטיפוליים.²⁹³ מכאן שיש יסוד סביר להניח, ברמת ודאות גבוהה, כי כלל המסמן הורות שוויונית – על הנטייה הנלווית אליו לא להטיל תשלומי מזונות משמעותיים על ההורה שהיה המפרנס העיקרי במהלך הזוגיות – יוביל להחמרת סכנת העוני של ילדים ושל נשים במשפחות שלאחר גירושים,²⁹⁴ וכן לפגיעה רגשית משמעותית בילדים, לרבות בגין חבלה בקשר שבינם לבין ההורה המטפל העיקרי.

4. הסכנות בהקשר הישראלי

אם בעולם המערבי הרחב הפוליטיקה המגדרית של סוגיית המשמורת ברורה,²⁹⁵ בישראל היא ברורה על אחת כמה וכמה, שכן אי-אפשר לנתקה מן ההקשר הכולל של שדה הגירושים בישראל, אשר נשלט בליבתו על-ידי הדין הדתי, המתאפיין בהפליה קשה נגד נשים. מערכת דיני הנישואים והגירושים בישראל מבנה את נחיתותה המשפטית של האישה, שאלה מצטרפת הנחיתות הכלכלית שכבר עמדנו עליה קודם לכן, וזו התשתית שעליה מתקיימים המשאים-ומתנים וההתדיינות המשפטיות בנוגע לילדים.²⁹⁶ נשים מוסלמיות

293 WEITZMAN, לעיל ה"ש 271, בעמ' 318–331; Lee, לעיל ה"ש 255, בעמ' 691.
294 כבר כיום תחולת העוני בקרב משפחות חד-הוריות שבראשן אישה היא 42.5% לפני תשלומי העברה ו-22.3% אחרי תשלומי העברה. ראו www.btl.gov.il/About/newspapers/Pages/nashimHodaotItonut.aspx.

295 כבר בסוף שנות השמונים של המאה העשרים יצא אוסף מאמרים של כותבות פמיניסטיות ממדינות מערביות שונות שהוכתר בכותרת "משמורת ילדים והפוליטיקה של המגדר": CHILD CUSTODY AND THE POLITICS OF GENDER, לעיל ה"ש 36. עשר שנים לאחר-מכן שאלה סוזן בויד, אחת החוקרות המרכזיות בתחום, אם הדין בתחום משמורת ילדים יכול לנוע אל מעבר לפוליטיקה של המגדר: Susan Boyd, *Can Child Custody Law Move Beyond the Politics of Gender?*, 49 U.N.B. L.J. 157 (2000). ובאמצע העשור הקודם ניתנה לכך תשובה בדמות אוסף מאמרים הסוקר את מקומם של ארגוני האבות במגמת הרפורמות המשפטיות בתחום זה שפשטה בעולם המערבי כולו: FATHERS' RIGHTS ACTIVISM AND LAW REFORM IN COMPARATIVE PERSPECTIVE, לעיל ה"ש 36.

296 הלפרין-קדרי "מזונות אישה", לעיל ה"ש 10; רות הלפרין-קדרי "סוד הנשים הנעלמות: על הפער בנתוני היקף בעיית מסורבות הגט בישראל" להיות אשה יהודייה 83 (מרגלית שילה

מצויות תחת האיום המתמיד של אובדן המשמורת על ילדיהן אם יקימו זוגיות חדשה.²⁹⁷ ביטויה החרף ביותר של נחיתותן המשפטית של הנשים היהודיות הוא תופעת העגונות ומסורבות-הגט.²⁹⁸ נשים יהודיות תלויות לחלוטין בבעליהן לצורך סיומו של קשר הנישואים, ומציאות הגירושים היא כזו שסחיטת ויתורים מן הנשים בתמורה למתן הגט הינה בגדר מעשה של יומיום.²⁹⁹ כל זה מתרחש על רקע מירוץ הסמכויות הידוע לשמצה, המשמש כבר כיום בסיס למניפולציה בידי גברים, אשר מגישים תביעות טקטיות למשמורת ילדים בכורכם אותן בתביעות גירושים בבתי-הדין הרבניים, וזאת רק כדי להשיג יתרון דיוני על בנות-זוגן, שיאפשר להם לסחוט מהן ויתורים נוספים בתמורה למתן הגט.³⁰⁰ החשש מריבוי התדיינות משפטיות ומסחטנות ממונית באמצעות מאבק על ההסדר ההורי או איום במאבק כזה, אשר הוזכר בספרות גם בקשר למדינות אחרות,³⁰¹ גדול אם כן

- עורכת, (1999) (להלן: הלפרין-קדרי "סוד הנשים הנעלמות"); רינה בוגוש ורחל דון-יחיא מגדר ומשפט: אפליית נשים בבתי המשפט בישראל (1999).
 297 דעת המיעוט, לעיל ה"ש 12.
 298 הלפרין-קדרי "מזונות אישה", לעיל ה"ש 10, בעמ' 804; רות הלפרין-קדרי ותמר אדלשטיין-זקבן חוק בתי דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין) 11–21 (1995). ראו גם שם, בעמ' 20–21, את ההתייחסות לממצאי סקר שנערך מטעם מרכז רקמן בשנת 2004 במטרה לעמוד על ממדי התופעה של סרבנות-גט בישראל, שממנו עולה כי 40% מהנשים המצויות בהליכי גירושים נתונות בנקודת זמן כלשהי במצב של סרבנות-גט, 16% חשופות לסחטנות על רקע סרבנות-גט, ו-7% אינן מתגרשות בסופו של דבר בגלל סרבנותו של הבעל.
 299 הלפרין-קדרי "סוד הנשים הנעלמות", לעיל ה"ש 296; עמיהי רדוינר "מלבוב לתל אביב: פסיקות גט מוטעה בשל הפרת הסכם הגירושין בבתי הדין הרבניים – בעקבות תיק (אזורי ת"א) 1-29-9322 (19.3.06) ואחרים" משפטים 155 (2009); סוזן וייס "בשלוש דרכים האישה מתגרשת" ארץ אחרת 13 (31.12.2002) &168?cmd=articles.168&act=read&id=846; נייר העמדה, לעיל ה"ש 13.
 300 בקרוב לשליש מתביעות הגירושים שהוגשו על-ידי גברים בשנת 2003 בבתי-דין רבניים נכרכו גם תביעות למשמורת ילדים, בעוד שמכלל תביעות הגירושים שהגישו נשים באותה שנה בפחות מ-8% נכרכו תביעות משמורת. לנוכח התפיסות הרווחות בציבור בדבר הבדלי הגישות בין בתי-הדין הרבניים לבין בתי-המשפט לענייני משפחה בנושא משמורת ילדים, ניתן להניח כי מטרתן של רוב תביעות המשמורת הנכרכות בתביעות הגירושים היא טקטית בלבד, לשם הפעלת לחץ מצד הגברים להשיג מנשותיהם ויתורים שונים תמורת מתן גט. ראו נשים ומשפחה בישראל: דו-שנתון סטטיסטי 2009, לעיל ה"ש 91, בעמ' 61–62.
 301 לחשש זה, כמו-גם לטענות בדבר נזקים ממוגדרים נוספים שגרם ביטולה של חזקת הגיל הרך במדינות אחרות, ראו CHILD CUSTODY AND THE POLITICS OF GENDER, לעיל ה"ש 36; Martha A. Fineman, *Dominant Discourse, Professional Language, and Legal Change in Child Custody Decisionmaking*, 101 HARV. L. REV. 727 (1988); Nancy D. Polikoff, *Why Are Mothers Losing: A Brief Analysis of Criteria Used in Child Custody Determinations*, 7 WOMEN'S RTS. L. REP. 235 (1982); Katharine T. Bartlett & Carol B. Stack, *Joint Custody, Feminism and the Dependency Dilemma*, 2 BERKELEY WOMEN'S L.J. 9 (1986); Barbara Stark, *Divorce Law, Feminism, and Psychoanalysis: In Dreams Begin Responsibilities*, 38 UCLA L. REV. 1483 (1991); Mary Becker, *Strength in*

במיוחד בהקשר הישראלי. בקשר לרפורמה באוסטרליה משנת 2006, הצביעה לוסי דניאל על הבעייתיות הטמונה בניטרליות המגדרית ובהתייחסות לשני הצדדים כאל שווים לחלוטין, תוך התעלמות מחלוקת התפקידים המגדרית לפני הפירוד ומפערי צרכים מגדריים לאחר הפירוד.³⁰² אימוץ הניטרליות המגדרית בישראל הינו מעושה ומסוכן עוד הרבה יותר, על רקע התשתית המשפטית-הפורמלית הלא-שוויונית בעליל.

ו. היש מקום לשינוי משפטי?

כפי שתארנו בראשית המאמר, רוב חברי ועדת שניט המליצו על רפורמה משפטית מרחיקת-לכת, הכוללת ביטול של המושגים "אפוטרופסות", "החזקת הקטין" ו"הסדרי ראייה" והמתם במושגים "אחריות הורית משותפת" ו"זמני הורות", וביטולה של חזקת הגיל הרך לטובת רשימה של אמות-מידה, עם עדיפות מסוימת לתוכנית הורית שתשקף את האופן שבו טופל הילד על-ידי הוריו לפני הפרידה. במסגרת הדיון הציבורי על הצעות אלה הועלו הצעות נוספות, דוגמת בררת-מחדל של משמורת פיזית משותפת,³⁰³ בררת-מחדל של הסדרי ראייה רחבים³⁰⁴ והורדת הגיל בחזקת הגיל הרך לגיל ארבע.³⁰⁵

כאמור, המעבר מהמושג "אפוטרופסות" למושג "אחריות הורית" הוא מעבר מבורך, העולה בקנה אחד עם המעבר מתפיסה קניינית של הילד לתפיסה השמה במרכז את חובותיהם של ההורים כלפי ילדיהם. עם זאת, כפי שהראינו לעיל, הסכנה הטמונה במעבר זה היא יצירת בלבול בין ההכרה באחריות ההורית המשותפת של שני ההורים לבין חיוב שהיית הילד בבתייהם של שני ההורים בחלוקת זמנים שווה. בלבול זה אכן נוצר בישראל, כמו גם במדינות אחרות,³⁰⁶ והוביל להבהרה חשובה בדוח ועדת שניט כי אין לגזור בהכרח מהאחריות ההורית המשותפת חלוקת זמנים שווה בין בתי ההורים.³⁰⁷ אנו סבורות כי הבהרה זו אינה מספיקה, וכי עדיף להמיר את המושג "אפוטרופסות", ככל שהוא חופף את

Diversity: Feminist Theoretical Approaches to Child Custody and Same-Sex Relationship, 23 STETSON L. REV. 701 (1994); SUSAN B. BOYD, CHILD CUSTODY, LAW, AND WOMEN'S WORK (2003).

302 Daniel, לעיל ה"ש 177.

303 למשל, הצעת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (תיקון מס' 1) (שוויון בין הורים), התשע"א-2011, שגיבשה הקואליציה למען הילדים והמשפחה. ראו www.short.urls.co.il/cb03v6.

304 למשל, הצעת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (הסדרי ראייה רחבים) (הוראת שעה), התשע"ב-2012, פ/4029/18 (הונחה על שולחן הכנסת ב-13.2.2012).

305 כך, למשל, הציע יושב-ראש ועדת הכנסת לזכויות הילד, חבר-הכנסת זבולון אורלב. ראו www.short.urls.co.il/t5vg06.

306 ראו לעיל בטקסט שליד ה"ש 173 ו-179.

307 ראו הצעת החוק, לעיל ה"ש 17, ס' 9(ג).

המושג "משמורת משפטית", במושג "סמכות הורית משותפת", כפי שנעשה בצרפת. מהמושג "סמכות הורית" ברור יותר כי אין מדובר באחריות משותפת ושווה לכל היבטי הטיפול בילדים, אלא בזכות ובחובה של שני ההורים לקבל את ההחלטות הקשורות לחיי ילדיהם.

אנו סבורות כי הבלבול בין "משותפת" לבין "שווה", הנובע מהמלצותיה של ועדת שניט בקשר לאחריות ההורית המשותפת, בעייתי גם לנוכח נסיון החיים והמשפט לעניין קבלת ההחלטות הקשורות לחיי הילדים. בעוד לפי החוק הקיים הורים יכולים להחליט כי סוגיות מסוימות יהיו באחריותו של אחד מהם (או לשיטתנו – בסמכותו של אחד מהם),³⁰⁸ רוח ההצעה של ועדת שניט והדיון הציבורי בה הופכים החלטה כזו ללא-לגיטימית. אחת הסוגיות הבלוטות בהקשר זה היא טיפול נפשי לילדים. אחת התוצאות המפתיעות של התוכנית הנסיונית שהתקיימה בבתי-המשפט לענייני משפחה לשמיעת ילדים בהליכי גירושים היא אבחנתן של העובדות הסוציאליות כי שיעורים גבוהים מאוד מבין הילדים היו נשכרים מהתערבות טיפולית, וכי הם אינם נמצאים בטיפול חרף העובדה שמצבם הנפשי מצדיק זאת.³⁰⁹ ניתן להניח כי אחת הסיבות לכך היא אי-הסכמה בין ההורים לגבי הצורך בטיפול נפשי ולגבי אופן מימונו.³¹⁰ אנו סבורות כי אין לקדש אחריות הורית או סמכות הורית שווה וזהה בכל הסוגיות, ויש להבין שלעיתים טובת הילד מחייבת חלוקת אחריות בסוגיות מסוימות³¹¹ או לכל-הפחות מנגנון הכרעה מידי, נגיש וזול יחסית, דוגמת מתאם הורי שילווה את ההורים גם אחרי ההליך המשפטי.³¹²

גם בהצעתה של ועדת שניט לוותר על סימון מכל צורה של הורה מטפל עיקרי טמונות סכנות, ואף משמעותיות יותר מאלה הגלומות במינוח המתמקד באחריות הורית משותפת. בעוד המושג "החזקת הקטין" הוא מושג ארכאי שמהדהד החזקה בחפץ יותר מאשר טיפול הורי, המושגים "משמורת פיזית" ו"הורה משמורן" הם מושגים ראויים בעינינו, המסמנים את הצורך לשמור על ילדים. תוכנית הורית שמחלקת את זמני הילד בין בתיהם של שני ההורים אינה יכולה להוות תחליף לסימון של הורה משמורן פיזי מכמה סיבות. ראשית,

308 ס' 24 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

309 שורק וריבקין, לעיל ה"ש 157, בעמ' viii.

310 מערכת המשפט מעצימה את המצוקה כאשר היא מטילה על ההורה המבקש לאפשר לילדו טיפול נפשי נטל הוכחה כבד. ראו פלוני נ' פלונית (2006), לעיל ה"ש 157.

311 ראו לעיל בטקסט שליד ה"ש 158–165. גם ה-ALI American Law Institute (ALI) אינו מניח משמורת משפטית משותפת ושווה, אלא מאפשר להורים ולבתי-המשפט לחלק את המשמורת המשפטית בין ההורים, תוך התחשבות בפרמטרים שונים, כגון מי ההורה המשמורן הפיזי, מעורבותו של כל הורה בקבלת ההחלטות במהלך חיי הילד, שיתוף-הפעולה בין ההורים ועוד. ראו: THE AMERICAN LAW INSTITUTE, PRINCIPLES OF THE LAW OF FAMILY DISSOLUTION: ANALYSIS AND RECOMMENDATIONS 236 (2003) (להלן: ALI).

312 שם, בעמ' 249–251. ראו גם ס' 9(ה) ל"טופס להסכם/הסדר הורות" הנספח להצעת החוק, לעיל ה"ש 17.

חשוב לסמן הורה שיהווה בררת-מחדל כאשר ההורה האחר אינו עומד בתכתיביה של התוכנית ההורית. החיים חזקים מכל תוכנית הורית, וצופנים אירועים לא-מתוכננים וקשיי יישום אשר שום חלוקה דקדקנית מראש לא תמנע. חשוב שאחד ההורים ייטול מראש אחריות למצבים הללו, ויסומן כמי שנושא באחריות זו. זאת, למשל, כדי שהילדים לא ייוותרו מחוץ למוסד החינוכי מבלי שאיש דואג שהם יגיעו הביתה. שנית, כפי שעולה מדינונו לעיל, ברובן המכריע של המשפחות ממילא ימשיך הורה אחד להיות ההורה המטפל העיקרי, ובביתו ישהו הילדים רוב הזמן. במצבים שכחים אלה, העדר סימון של הורה מטפל עיקרי מעלים את ההכרה המשפטית והחברתית בעבודת הטיפול שאותו הורה עושה, ויוצר מצג-שווא של אחריות הורית זהה. כך, למשל, אותו הורה ייאלץ להיאבק על ההטבות הניתנות למשפחות חד-הוריות, ולא יוכל ליהנות מהן כדבר מובן מאליו כפי שהוא יכול לעשות כיום על-פי המצב המשפטי הקיים.³¹³ סימון ההורה המטפל העיקרי יכול להיעשות בצורה שלא תאיים על מקומו של ההורה האחר באופן שיוביל למאבקי סטטוס ויוקרה. כך, ניתן לקבוע בחוק כי בתוכנית ההורית יצוין שמו של ההורה המטפל העיקרי. רק במקרים שבהם חלוקת הזמנים בין בתי ההורים שווה יצוין כי שני ההורים הם המשמורנים הפיזיים של הילד.³¹⁴

המשך קיומו של הורה מטפל עיקרי ברוב המשפחות ומיעוט המשפחות שבהן משמורת פיזית משותפת אפשרית ואכן תשרת את טובת הילד, כפי שפורט לעיל, מניעים אותנו לצדד בחזקה משפטית הקובעת כי טובת הילדים מקבלת את המענה הטוב ביותר על-ידי תוכנית הורית שמשקפת את אופן הטיפול בילדים קודם לפירוד. חזקה זו עולה בקנה אחד עם תיאוריית ההתקשרות, עם הממצאים לגבי חלוקת התפקידים במשפחות, עם הממצאים בדבר הצורך הקריטי למזער את היחשפותם של הילדים לקונפליקטים הוריים, ועם הרצון למנוע ירידה ברמת החיים של ילדים ושל נשים בגין תביעות לחלוקת זמנים שווה אשר הִגְנִיעָה בבסיסן היא הפחתת מזונות וסחטנות ממונית.

דרך אחת להבטיח חזקה כזו במשפט הישראלי היא להשאיר את חזקת הגיל הרך על כנה. לנוכח העובדה שברוב המכריע של המשפחות האם היא ההורה המטפל העיקרי, אפשרות זו תבטיח את טובתם של הילדים,³¹⁵ תמנע היחשפות מיותרת שלהם לקונפליקטים הוריים,³¹⁶ ותמנע תחרות בין ההורים לאחר הפרידה.³¹⁷ זאת, בתנאי שהעובדות

313 חוק משפחות חד-הוריות, התשנ"ב–1992, ס"ח 1390.

314 בכל המקרים יש לתת את הדעת לצורך לקבוע כתובת עיקרית לילד, ולו מסיבות ביורוקרטיות. אין בכך כדי להפחית מחשיבות חיובן של הרשויות ליידע את שני ההורים בכל עניין הקשור לילדים. ראו הצעת חוק כתובת נוספת למשלוח דואר לקטין (תיקוני חקיקה), התשע"א–2011, www.knesset.gov.il/Laws/Data/BillKnesset/388/388.pdf.

315 ראו גם Susan B. Boyd, *Autonomy for Mothers? Relational Theory and Parenting Apart*, 18 FEM. LEG. STUD. 137 (2010).

316 ראו לעיל תת-פרק ה2.

הסוציאליות והשופטים יכבדו את החזקה, ולא יבחרו להתעלם מן החוק הקיים, כפי שמתרחש בשנים האחרונות.³¹⁸ העובדה שאין מדובר בחזקה מוחלטת, והפתיחות הגוברת להסדרים מגוונים במשפחות שבהן חלוקת התפקידים אינה החלוקה המגדרית הנפוצה, יאפשרו במקרים המתאימים קביעה של משמורת פיזית משותפת או של משמורת פיזית בלעדית של האב. המציאות המשפטית הייחודית בישראל, אשר מחלישה את הנשים בהליכי גירושים כמפורט לעיל, כמו גם המשפחתיות העוצמתית יחסית והקרבה הגיאוגרפית, המבטיחות המשך קשר משמעותי של הילדים עם אבותיהם גם אם הם מצויים במשמורת פיזית של אמם, הופכות את האפשרות של שימור חזקת הגיל הרך לרלוונטית בישראל חרף ביטולה במדינות אחרות.

דרך נוספת להבטיח את שימור הזיקה שבין טובת הילדים לאחר גירושים לבין האופן שבו הם טופלו במהלך חייהם היא להמיר את חזקת הגיל הרך בחזקת ההורה המטפל העיקרי. יתרונה של דרך זו הוא השוויון הפורמלי שהיא מבטיחה להורים, ללא קשר למינם. כך, אב שהיה ההורה המטפל העיקרי לא יצטרך להתגבר על חזקה שמסמנת את האם כהורה המטפל העיקרי. חסרונה של דרך זו, בהשוואה לשימור חזקת הגיל הרך, הוא שהיא פותחת פתח רחב יותר להתדיינות משפטיות, מכיוון שהשאלה מי מבין ההורים היה ההורה המטפל העיקרי נשארת פתוחה וללא חזקה מכוונת. את החיסרון הזה ניתן למזער על-ידי רשימת פרמטרים שיבהירו למה הכוונה במושג "הורה מטפל עיקרי". עו"ד יהודית מייזלס מציעה לכלול בחוק הגדרה שעל-פיה ההורה המטפל העיקרי הוא זה אשר עד לפרוץ הסכסוך ההורי בילה עם הילד את עיקר זמנו, ביצע את עיקר הטיפול הפיזי בילד, היה בקשר עם מטפלים נוספים של הילד, בחר אותם ופיקח עליהם, שהה עם הילד בעת מחלות וחופשות, והיה בקשר עם מוסדות חינוך, עם גורמים רפואיים וכיוצא בהם.³¹⁹ אנו מסכימות עם מייזלס כי אלה הפרמטרים הרלוונטיים, כמו גם עם טענתה כי הבנה זו של המושג "הורה מטפל עיקרי" תייתר הפניה לפרופסיות טיפוליות, ותחזיר ברוב המקרים את הדיון להכרעה משפטית-עובדתית פשוטה.³²⁰ אם בתי-המשפט לא יאפשרו דיוני הוכחות

317 Triger & Bernstein, לעיל ה"ש 291, בעמ' 1244–1248 (כללים משפטיים שמשקללים את האופן שבו כל אחד מההורים טיפל בילדים לפני הפירוד כדי לקבוע את הסדר המשמורת, אך ללא חזקת הגיל הרך, וכן כללים משפטיים שיוצרים זיקה בין סכום המזונות לבין הזמן שהילד שוהה עם כל הורה יוצרים תחרות בין ההורים על הטיפול בילדים בעת הליך הגירושים, ומניעים בעיקר את ההורה שלא טיפל בילדים במהלך הזוגיות לנסות ליצור מראית-עין של מעורבות הורית).

318 ראו לעיל ה"ש 42–57 והטקסט שלידן.

319 מייזלס "על הדבש ועל העוקץ", לעיל ה"ש 11, בעמ' 570. ה-ALI מציע רשימת פרמטרים מפורטת יותר, אשר כוללת, בין היתר, הזנה, השכבה לישון והשכמה, היגיינה, הלבשה, משחק, הסעות, משמעת, עזרה בפיתוח קשרים עם אחרים ופיתוח ביטחון עצמי. ראו ALI, לעיל ה"ש 311, בעמ' 108–109.

320 מייזלס "על הדבש ועל העוקץ", לעיל ה"ש 11, בעמ' 553.

מיותרים ומסורבלים, יעבור המסר אל השדה המשפטי, וחזקת ההורה המטפל העיקרי תעודר בניית תוכניות הוריות בהסכמה, לטובת הילדים, וללא סכסוכים משפטיים.³²¹ במצבים שבהם שני ההורים טיפלו בילדים באופן דומה מאוד אפשר לשקול משמורת פיזית משותפת, בהתקיים שאר התנאים המבטיחים כי הסדר מורכב זה ישרת את טובת הילדים.³²² מובן שכאשר שני ההורים מסכימים על חלוקת תפקידים שונה לאחר הפרידה, אין מניעה לאשר תוכנית הורית שתשקף את השינוי, ובלבד שאין בה כדי לפגוע בטובת הילדים.

דרך שלישית להכיר בזיקה שבין טובת הילדים לבין הטיפול ההורי שהם קיבלו במהלך חייהם היא חזקת השיקוף. על-פי חזקת השיקוף, שאומצה כמודל הראוי על-ידי ה-American Law Institute (להלן: ALI), בהעדר הסכמה בין ההורים לגבי התוכנית ההורית, יעצב אותה בית-המשפט כך שתשקף את החלוקה של זמני הטיפול בילדים שהייתה נהוגה בין ההורים לפני הסכום.³²³ ה-ALI מסביר כי חזקת השיקוף מתגברת על חוסר הוודאות שנוצר עקב הותרת "טובת הילד" כמבחן היחיד להכרעה בסכסוך משמורת, מקטינה את ההתערבות באוטונומיה ההורית ומכבדת את בחירות ההורים לאורך חיי הילד, מונעת הפניות למומחים טיפוליים, משקפת את הקשרים הנפשיים שיצרו הילדים עם הוריהם, ומקדמת את מימד היציבות בחיי הילד.³²⁴

להבנתנו, יש שני הבדלים מרכזיים בין חזקת השיקוף לבין חזקת ההורה המטפל העיקרי. הבדל אחד הוא שחזקת השיקוף אינה מניחה קיומו של הורה מטפל עיקרי אחד,

321 מיזלס מוסיפה להצעתה חזקה כי ההורה המטפל העיקרי היה האם, ומעבירה את נטל ההוכחה למי שמבקש לטעון אחרת. היא גם מוסיפה דרישה שבית-המשפט, בטרם יקבע משמורת פיזית משותפת, יבחן תחילה את רצונם ויכולתם של ההורים ואת מידת שיתוף-הפעולה ביניהם, וכן הוראה שלפיה אין בשינוי המשפטי המוצע לעניין כללי המשמורת משום שינוי כלשהו בדני המזונות. שם, בעמ' 570.

322 הקר מציעה כי הסדר של משמורת פיזית משותפת לא יוביל להפחתת מזונות בשנתיים הראשונות, ורק לאחר שיוכח כי במהלך השנתיים הללו התמיד האב בטיפול השווה בילדים, תישקל הפחתת מזונות, תוך הבטחת רמת החיים שאליה הורגלו הילדים. ראו הקר "פמיניזם דיילמתי", לעיל ה"ש 14, בעמ' 727–729.

323 הנחיות ה-ALI כוללות גם התייחסות למצבים שבהם אחד ההורים לא שהה עם הילד לפני ההכרעה פרקי-זמן שמאפשרים יצירת קשר משמעותי, שאז התוכנית ההורית צריכה לאפשר היווצרותו של קשר כזה; הנחיה לא להפריד בין אחים למעט בנסיבות מיוחדות; התחשבות ברצון הילד; חריגה מהכלל במקרים שבהם ההורה ששהה עם הילד פרקי-זמן ממושכים יותר אינו יכול להיענות לצרכיו הנפשיים של הילד; התייחסות למצבים שבהם אחד ההורים היגר, ועוד. קיימת כמובן גם התייחסות מיוחדת ומפורטת למצבים של אלימות והתנהגויות מסוכנות אחרות, כגון התמכרות לסמים. ההצעה אוסרת התייחסות למין, לגזע, לנטייה מינית, להכנסה של כל הורה ולגורמים דומים נוספים בעת בניית התוכנית ההורית. ראו ALI, לעיל ה"ש 311, פרק 2.

324 שם, בעמ' 182–183. לדיון בחסרונותיו של המודל, ובדרכים להתמודד עימם מבלי לוותר עליו, ראו רות זפרן "הקשיים הכרוכים בחוות-הדעת המקצועיות – טעם נוסף לעיצוב מחדש של הדין בשאלת חלוקתה של האחריות ההורית" (עתיד להתפרסם בעיוני משפט לו, 2013).

ואינה מחייבת סימון של הורה כזה. בכך היא פתוחה יותר למנעד של אופני חלוקת זמנים בין בתי ההורים, ומונעת במידה רבה שיח תחרותי בין ההורים. ההבדל השני הוא אמת-המידה בבניית התוכנית ההורית. בעוד חזקת ההורה המטפל מגדירה כמה אמות-מידה שעל-פיהן יש לבנות את התוכנית ההורית, לרבות סוגי המטלות הטיפוליות שביצע כל הורה, חזקת השיקוף קובעת כי הפרמטר המרכזי, והיחיד כמעט, הוא הזמן שהילד שהה עם כל הורה במהלך הטיפול ההורי. דוגמה להבדל שנובע מכך הוא ההתייחסות למטלת התיאום עם גורמים מטפלים אחרים. בעוד על-פי חזקת ההורה המטפל השאלה מי היה אחראי לתיאומים אלה – עם המטפלת, עם השמרטף, עם הסב, עם אמו של החבר ועם כל שאר הגורמים האחרים שמטפלים בילדים כאשר ההורים נעדרים – רלוונטית לבניית התוכנית ההורית, מטלה זו אינה משוקללת על-פי חזקת השיקוף, מכיוון שההורה המתאם לא שהה בהכרח עם הילד בזמן התיאומים (אלא היה, למשל, במקום העבודה).³²⁵

לשיטתנו, האיזון הראוי בין הצורך לאפשר לאבות שנטלו אחריות יומיומית לטיפול בילדיהם להמשיך להיות הורים פעילים, מחד גיסא, לבין הצורך להגן על הקשר שנוצר בין הילדים לבין ההורה המטפל העיקרי, למנוע קונפליקטים הוריים ולמנוע עוני של ילדים ושל נשים, מאידך גיסא, מוביל לאימוצה של חזקת ההורה המטפל העיקרי. חזקה זו נחלצת מהדיכטומיה של אימהות טוטלית ואבהות התנדבותית,³²⁶ ומאפשרת פלורליזם משפחתי כאשר הוא קיים, אך אינה מתעלמת מחלוקת התפקידים המגדרית הקיימת בקרב רוב המשפחות ומהשלכותיה על רווחתם הנפשית והכלכלית של בני המשפחה.

את החזקה הזו יש ללוות בחקיקה שתחייב פגישת מהו"ת³²⁷ והדרכה הורית בקשר להשלכות של גירושים על ילדים. מהלכים אלה יעודדו הורים לסיים את הסכסוך ביניהם בעזרת גישור, ויעזרו להם להבין את צורכי ילדיהם, לרבות חשיבותה של שמירת קשר משמעותי ומיטיב עם שני ההורים.³²⁸ יש גם לעודד הורים להסכים על "מתאם הורות", שיעזור בעיצוב הסדרי ההורות לאור שינויים שעשויים לחול בצרכים, ברצונות, באפשרויות

325 דוגמה נוספת היא תיאום פעילויות של ילדים מתבגרים אחר הצהריים, שגם הוא משימה ממוגדרת. ראו Demie Kurz, *Work-Family Issues of Mothering of Teenage Children*, 23(4) QUAL. SOCIOLOG. 435 (2000).

326 הקר הורות במשפט, לעיל ה"ש 3. זאת, במיוחד כאשר הסדרי הראייה או התוכנית ההורית מחייבים גם את ההורה שאינו המטפל העיקרי, כפי שממליצה ועדת שניט ובניגוד למצב הקיים כיום, שבו הסדרי הראייה מוגדרים רק כזכותו של ההורה הלא-משמורן, ולא גם כחובתו. ראו ס' 11 לתזכיר, לעיל ה"ש 34.

327 ועדה בראשותו של השופט יצחק שנהב המליצה כי כל סכסוך משפחתי בבתי-המשפט לענייני משפחה ובבתי-הדין הדתיים ייפתח בבקשה ליישוב סכסוך ובהפניה ליחידת הסיוע לפגישת מהו"ת – מידע, היכרות ותיאום. למרבה הצער, המלצה זו טרם אומצה על-ידי המחוקק. ראו תזכיר הצעת חוק להסדר התדיינות בסכסוכי משפחה (יישוב מוקדם של הסכסוך), התשס"ו–2006, www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/51D2B374-F75A-46B9-98D7-D7B4FC97D819/0/sichsocey_mishpacha.pdf.

328 Kelly, לעיל ה"ש 107, בעמ' 40.

ובאילו ציפים של כל אחד מבני המשפחה. המחקר מלמד כי ילדים והורים יוצאים נשכרים מהסדרי הורות גמישים המותאמים לאירועים חריגים ולשינויים בחייהם של בני המשפחה.³²⁹ בהעדר יכולת של ההורים להסכים על ההתאמות הנדרשות, יש להיעזר בגורם ניטרלי שיוביל להכרעה מיידית, נגישה וזולה, וייתר פנייה לבית המשפט.

אנו תומכות גם בעידוד ההורים להגיע להסכמה על הגבלת מרחק. מחקרים מצביעים על כך שילדים סובלים מן הצורך לנדוד בין בתי ההורים כאשר אלה אינם נמצאים בסמיכות.³³⁰ אנו מבינות את הצורך להתחשב באילו ציפים פונסה ומשפחה, כמו גם בחופש התנועה של הורים, אך על ההורים להבין שריחוק בין בתיהם מקשה מאוד על הילדים לשמר קשר תכוף ויומיומי עם שני ההורים מבלי לשלם מחירים כבדים.³³¹

אנו מסכימות עם המלצתה של ועדת שניט להפוך את כל ההיבטים של האחריות ההורית למחייבים. המלצה זו נועדה לשנות את האנומליה המשפטית שעל-פיה המגע בין ההורה הלא-משמורן לבין ילדיו הוא זכותו של אותו הורה, ולא של הילדים או של ההורה האחר. עם זאת, אנו חוששות שהמלצת הוועדה תוביל לקונפליקטים הוריים ולפנייה תכופה לבתי המשפט.³³² מכאן שנוסף על קביעת מתאם הורי כאמור, שיכול לעזור גם במקרים של הפרת האחריות ההורית, יש לעודד קביעת פיצוי מוסכם על הפרת התוכנית ההורית. כפי שהראינו לעיל, יש חשש שאבות ייטלו על עצמם אחריות לטיפול יומיומי בילדים שהם לא יוכלו או לא ירצו לעמוד בה. במקרים כאלה יש לאפשר מנגנון פיצוי מוסכם שלא יחייב הליכים משפטיים מורכבים.

מנגנון משפטי מומלץ נוסף שישכך קונפליקטים הוריים ויעודד הסדרים מציאותיים בין ההורים הוא בחינת הסדרים ההוריים לאחר כשנתיים. אנו סבורות כי מועד הפרידה בין ההורים הוא בעייתי לקביעת תוכנית הורית נוקשה. במועד זה ההורים שרויים עדיין במערבולת הנפשית והכלכלית הכרוכה בגירושים, ולעיתים משתנים קריטיים, כגון מקום מגוריו של האב, טרם התבססו. לאחר שנתיים, עם שוך הסכסוך והתבהרות השלכותיהם של הגירושים על כל בני המשפחה, יש סיכוי לגיבוש תוכנית הורית בהסכמה רחבה יותר ובהתאמה מדויקת יותר לרווחתם של כל בני המשפחה.

לבסוף, אנו סבורות כי כל שינוי משפטי משמעותי בקשר ליחסי הורים-ילדים בגירושים צריך להיות מלווה על-ידי מחקרים שיעמדו על השלכותיו הנפשיות והכלכליות על כל בני המשפחה, כמו גם על העומסים שהוא מטיל על המערכת הטיפולית ומערכת המשפט. למעשה, מכיוון ששינוי דרמטי בשדה המשפטי כבר מתרחש, כפי שהראינו, אף שהמשפט הפורמלי טרם שונה, יש מקום למחקרים כאלה כבר עתה.

329 McINTOSH, SMYTH, WELLS & LONG, לעיל ה"ש 259, בעמ' 51-55.

330 *Caring for Children*, לעיל ה"ש 124, בעמ' 6.

331 ראו גם הקר הורות במשפט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 124-126.

332 ראו לעיל ה"ש 263 והטקסט שלידה.

ז. אפילוג

במהלך החודשים האחרונים, כאשר הצגנו את הטיעונים המרכזיים במאמר זה לפני קהלים שונים של משפטנים, חזרנו ונשאלו הכיצד שתי פמיניסטיות מצדדות בכללי הכרעה שמרניים, ולא בכללי הכרעה חדשניים, דוגמת משמורת פיזית משותפת או אחריות הורית משותפת ותוכנית הורית. לשיטתם של השואלים, דווקא נשים הדוגלות בשוויון לנשים צריכות לקדם כללים שאינם מסמנים טיפול בילדים כמשימה של אחד ההורים. בסיום מאמר זה נבקש לחדד נקודות אחדות המנחות אותנו במסענו האינטלקטואלי.

ראשית, אין אנו שבויות במיתוס הקדמה, שעל־פיו כל החדש בהכרח טוב יותר מן הישן. ההיסטוריה האנושית רוויה דוגמאות שבהן נעשו עוולות איומות בשם פיתוח טכנולוגי או רעיון חדשים. הפמיניזם למד מזמן כי לשון משפטית "נאורה" היא פעמים רבות מסך עשן וכלי לשימור פגיעות בנשים. לשיטתנו, עדיפה רפורמה זהירה, המאזנת בין חזון ארוך־טווח וקשה להשגה לבין צורכיהם של בני המשפחה כאן ועכשיו.

שנית, החזון הפמיניסטי שלנו אינו כולל תבנית אחת של פרקטיקות הוריות זהות של נשים ושל גברים. תבנית זו הינה בבחינת סד מגביל כמו כל תבנית חברתית נוקשה אחרת. לכן המושג "שוויון הורי" בעייתי, כי הוא מסמן שוויון פורמלי במונח של יחס דומה לדומים (ולו מדומים). להבנתנו, מושג עדיף הוא "הורות א־מגדרית", קרי, הורות שגובשה החל בבוא הילד לעולם, במנותק מן השאלה כיצד החברה מתייחסת למין ההורים. זהו חזון של עיצוב ביוגרפיות משפחתיות ללא חסמים והטיות מגדריות. בעוד חזקת הגיל הרך היא חסם כזה, חזקת ההורה המטפל העיקרי היא חזקה א־מגדרית המסמנת טיפול כערך.

סימון טיפול כערך קשור לסירובנו לציית להבחנות המקובלות בספרות בין הזרמים הפמיניסטיים השונים. בדומה לרובין וסט,³³³ אנחנו תופסות טיפול באחרים כערך מוסרי נעלה, ובה־בעת כסכנה לנשים העלולה להותיר אותן תלויות כלכלית בגבר או במדינה. מכאן שנוסף על הזכות והאינטרס של ילדים בקשר משמעותי עם שני הוריהם, ונוסף על הזכות והאינטרס של אבות בהורות פעילה, אנו רואות במעורבותם של אבות לאורך כל חי ילדיהם תנאי הכרחי לחיים עצמאיים של נשים. מכאן שיש לעודד גברים ליטול אחריות לילדיהם. דא עקא, שהמציאות החברתית ממוגדרת עד כדי כך שדרושים שינויי־רוחב מרחיקי־לכת כדי להבטיח מעורבות יומיומית של אבות בחיי ילדיהם. אכיפת חוקי עבודה שמכבדים את זכותם של נשים וגברים כאחד להורות פעילה, ובניית דיור ציבורי שיעזור להורים גרושים להלין את ילדיהם בשתי דירות הראויות למגורי ילדים, הן שתי דוגמאות למהלך הרוחבי הדרוש על־מנת להבטיח קשר ישיר, משמעותי, תכוף, סדיר וא־מגדרי בין שני ההורים לבין ילדיהם – הן במהלך הנישואים והן לאחר גירושים. לעומת זאת, אי־סימון הורה מטפל עיקרי יש כזה, ולחץ לכיוון של חלוקת זמנים שווה בין בתי ההורים

³³³ Robin West, *Jurisprudence and Gender*, 55 U. CHI. L. REV. 1, 53–55 (1988)

בניגוד לרצון ההורה שנטל על עצמו את האחריות העיקרית לטיפול בילדים לפני הפרידה, הם מהלכים אשר מוחקים את ההכרה בעבודת הטיפול כעבודה מוסרית, ומתעלמים מצורכיהם של ילדים הזקוקים לטיפול הזה.