

"משמורת ילדים": מושג מהותי או כותרת חלולה?

יואב מזא"ה

תקציר ♦ **מבוא** ♦ א. שורשיו של מושג המשמורת ♦ ב. מיפוי השדה המשפטי: אפוטרופסות, זמני שהות ומשמורת 1. אפוטרופסות 2. זמני שהות ♦ ג. נפקיוות המשמורת 1. משמורת ומזונות ילדים 2. משמורת ומעבר דירה 3. משמורת והפרת זמני שהות 4. משמורת ככלי להדירה ♦ ד. עיון ביקורתי בהמלצות ועדת שניט ♦ ה. הדין המוצע ♦ סיכום

תקציר

המושג "משמורת" הוא כר נרחב למאבקים טעונים עד מאוד במסגרת דיני המשפחה בישראל. המאמר בוחן את המושג ומראה, כי יותר מאשר מדובר במושג מהותי בעל השלכות, מדובר בכותרת חלולה אשר מעודדת את הצדדים להילחם עליה, תוך פגיעה קשה בילדים. הטענה הנטענת במאמר היא, כי המושגים המעצבים את ההורות שלאחר הגירושין הם האפוטרופסות וזמני שהות, מושגים אשר מעצם טבעם הם טעונים פחות ממושג המשמורת. מושג המשמורת, לעומת זאת, אינו נושא עמו השלכות מעשיות בעלות משמעות, מלבד יכולתו של ההורה המשמורן לנצל את המשמורת על מנת להדיר את ההורה הלא-משמורן.

מעבר לכך, המאמר מראה כי מושג המשמורת נעדר כל עיגון בחקיקה בנוגע להסדרת ההורות שלאחר הגירושין, ולפיכך בתי המשפט אינם נדרשים להשתמש במונח זה כאשר הם באים להסדיר את מערך ההורות של זוגות שהתגרשו. על רקע זה, הצעת המאמר היא כי בתי המשפט יפסיקו להשתמש במושג המשמורת. לשם כך, כנטען במאמר, אין למעשה צורך בשינוי חקיקתי. במקביל המאמר מתייחס להמלצות ועדת שניט (אשר אומצו בתזכיר חוק הורים וילדיהם, התשע"ב-2012) ומראה, כי המלצות הוועדה לבטל את מושג האפוטרופסות והמשמורת גם יחד ולהחליפם במושג האחריות ההורית מביאות בשורה חיובית של ביטול מושג המשמורת; ואולם בה בעת ייתכן שהן גם יגרמו נזק, שכן ביטול מושג האפוטרופסות עלול להרחיב את שדה המחלוקת בין ההורים ולהחריפו.

* ד"ר יואב מזא"ה, הפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית אונו; עמית במכון ון ליר בירושלים.
** תודתי נתונה לפרופ' גיא מירון על תרומתו למאמר זה ולעוזרי המחקר זוהר הר נוי ואור אהרונן על מסירותם יוצאת הדופן.

אחד הנושאים הטעונים ביותר בדיני המשפחה עוסק באופן שבו יוסדר הטיפול בילדים לאחר הגירושין. נקודת המוצא של מאמר זה היא, כי הדין המסדיר את יחסי ההורים לאחר גירושיהם צריך לשים את טובת הילד במרכז ולבנות את ההסדרים המשפטיים סביב טובה זו.¹ מחקרים רבים מצאו שוב ושוב, שטובת הילד דורשת כי חרף גירושי ההורים הוא יוכל להיות בקשר יומיומי עם שניהם.² מחקרים שונים מצביעים על כך, כי מידת הטראומה שממנה עשוי הילד לסבול, יכולתו לשקם את חייו לאחר גירושי הוריו, מידת ביטחונו העצמי, סיכוייו ליצור מערכת יחסים זוגית לכשיגדל ופרמטרים רבים אחרים מושפעים במידה מובהקת מן השאלה, אם הקשר של הילד עם שני ההורים לאחר הגירושין היה סדיר ויומיומי או אם נוכחותו של אחד ההורים בחייו הייתה חלקית בלבד (כך למשל כאשר הקשר עם הורה זה היה מקוטע, בסופי שבוע בלבד וכיוצא באלה).³

על רקע זה, סוגיית המשמורת בדיני המשפחה היא אחת הסוגיות הבעייתיות והקשות ביותר. כפי שנראה בהמשך הדברים, הוויכוח סביב סוגיית המשמורת – הן כאשר הוא מתעורר במסגרת הליכי גירושין, בין אנשים פרטיים, והן כאשר הוא עולה בשית הציבורי – נוטה להיות אמוציונלי מאוד. מבחינתם של הורים רבים, משמורת הילדים היא אחת הסוגיות הטעונות במסגרת הליכי גירושין.⁴ פעמים רבות מצליחים בני-זוג להגיע להסכמות בנוגע

- 1 ע"א 2266/93 פלוני נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221 (1993) (להלן: ע"א 2266/93); ע"א 5532/93 גונדורג נ' גרינולד, פ"ד מט(3) 282 (1993); דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד נ(1) 48 (1994) (להלן: דנ"א 7015/94); בג"ץ 5227/97 דויד נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד נה(1) 453 (1997); רע"א 4575/00 פלוני נ' אלמוני, פ"ד נה(2) 321 (2000) (להלן: רע"א 4575/00).
- 2 JUDITH S. WALLERSTEIN & JOAN B. KELLY, SURVIVING THE BREAKUP: HOW CHILDREN AND PARENTS COPE WITH DIVORCE (1980); E. Mavis Hetherington, Martha Cox & Roger Cox, *Long-Term Effects of Divorce and Remarriage on the Adjustment of Children*, 24 JOURNAL OF THE AMERICAN ACADEMY OF CHILD AND ADOLESCENT PSYCHIATRY 518 (1985).
- 3 Joan B. Kelly, *The Determination of Child Custody*, 4(1) THE FUTURE OF CHILDREN: DIVORCE AND CHILDREN 121 (1994); Anne B. Smith & Megan M. Gollop, *What Children Think Separating Parents Should Know*, 30 NEW ZEALAND JOURNAL OF PSYCHOLOGY 23 (2001); Paul R. Amato & Frieda Fowler, *Parenting Practices, Child Adjustment and Family Diversity*, 64 JOURNAL OF MARRIAGE AND FAMILY 703 (2002); William V. Fabricius, *Listening to Children of Divorce: New Findings that Diverge from Wallerstein, Lewis, and Blakeslee*, 52(4) FAMILY RELATIONS 385 (2003); Marsha Kline Pruett, Rachel Ebling & Glendessa Insabella, *Critical Aspects of Parenting Plans for Young Children*, 42 FAM. CT. REV. 39 (2004); Joan B. Kelly, *Children's Living Arrangements Following Separation and Divorce: Insights from Empirical and Clinical Research*, 46 FAMILY PROCESS 35 (2006).
- 4 אבנר חי שאקי "אפיונים בדיני משמורת קטינים תוך דגש על ישום עקרונות טובת הילד" עיוני משפט 5 (1984); מרדכי פרישטיק וציפי יגלניק "השיקולים המנחים את בתי המשפט לענייני משפחה בקביעת

"משמורת ילדים": מושג מהותי או כותרת חלולה?

להיבטים השונים של הגירושין, אולם משעולה שאלת משמורת הילדים מוצאים את עצמם הורים אלה נאבקים זה בזה בחירוף נפש, מה שמוביל במקרים רבים לסחרור ולתוך מלחמת גירושין כוללת.⁵ ההורים מפרשים את מושג המשמורת כסטטוס המעניק להורה המשמורן זכויות נכרות בנוגע לילדים,⁶ ולכן הורים רבים מוכנים להילחם עליו עד חרמה.⁷ הורים המעוניינים להיות גורם משמעותי בחיי ילדיהם גם לאחר הגירושין חשים במקרים רבים, כי על מנת לבסס את מעמדם ביחס לילדיהם חובה עליהם לקבל את המשמורת על הילדים, ואם יש צורך בכך – להילחם עליה.⁸ כדברי השופט יצחק עמית, "אבדן משמורת משמעו הפקעת זכותו הטבעית של ההורה 'המפסיד' לגדל את ילדו והפקעת זכותו של הילד להיות מטופל על ידי אותו הורה".⁹

על רקע דברים חריפים אלה, לא רק מאבקים פרטיים בין הורים בנוגע למשמורת על ילדיהם הם טעונים מאוד, אלא השיח הציבורי העוסק בעיצוב הכללים שיסדירו את המשמורת בין ההורים (ובכלל זה השיח המגדרי בדבר השאלה, אם סוגיית המשמורת צריכה

משמורת על ילדים" *חברה וזוהה* כז' 9 (2007); דן שרון "שיקולים מנחים בסוגיות משמורת בסדרי ראייה" *קובץ מאמרים לפקדי סעד (משרד העבודה והרווחה)* 33 (2007); Robert E. Emery, *Interparental Conflict and the Children of Discord and Divorce*, 92 PSYCHOL. BULL. 310 (1982).

5 R.A. Haine, I.N. Sandler, S.A. Wolchik, J. Y. Tein & S.R. Dawson-McClure, *Changing the Legacy of Divorce: Evidence from Prevention Programs and Future Directions*, 52 FAMILY RELATIONS 397 (2003); Joan B Kelly, *Psychological and Legal Interventions for Parents and Children in Custody and Access Disputes: Current Research and Practice*, 10 VA. J. SOC. POL'Y & L. 129 (2002); K. Kramer, J. Arbutnot, D. Gordon & J. Hosa, *Effects of Skill-Based Versus Information-Based Divorce Education Programs on Domestic Violence and Parental Communication*, 35 FAMILY AND CONCILIATION COURTS REVIEW 9 (1998).

6 שלמה רומי ונורית לוי "מהו 'בית מועדף' כשהבית אינו קיים עוד – דילמות וקריטריונים בנושא משמורת ילדים" *חברה וזוהה* יח 389 (1998); אריה סאמרלי *משמורת ילדים בעין המשפט – הלכה ומעשה* (2007); שרונה מנדל "תפיסת התפקיד של האב הגרוש ללא משמורת ומעורבותו בחיי ילדיו" *סוגיות חברתיות בישראל* 4 86 (2007) (להלן: מנדל "תפיסת התפקיד של האב הגרוש"); בג"ץ 181/68 פלורסהיים נ' בית הדין הרבני, פ"ד כב(2) 723 (1968).

7 למחקרים המראים את הנזק הקשה הנגרם לילדים כתוצאה ממלחמות המשמורת, ראו Graham S. Saayman & Venessa R. Saayman, *The Adversarial Legal Process and Divorce: Negative Effects upon the Psychological Adjustment of Children*, 12 J. DIVORCE 329 (1989); Gregory Firestone & Janet Weinstein, *In the Best Interests of Children: A Proposal to Transform the Adversarial System*, 42 FAM. CT. REV. 203 (2004); ענח ענבר, חיה נבו וסוזן להמן "יחידות הסיוע ליד בחי המשפט לענייני משפחה – עשור לפעילותן" *המשפחה במשפט* כ 25 (2008).

8 שמואל סעדיה *משמורת קטינים* (1992); דפנה הקר *הורות במשפט: מאחורי הקלעים של עיצוב הסדרי משמורת וראייה בגירושין* 157 (2008) (להלן: הקר *הורות במשפט*). ראו גם למשל ע"א 808/76 זמורה נ' זמורה, פ"ד לא(2) 351 (1977); ע"א 768/81 נאור נ' נאור, פ"ד לו(2) 380 (1982).

9 ע"מ (מחוזי חי') 1384/06 נ' ז.מ. (טרם פורסם, 28.3.07) (ההדגשה שלי – י.מ.).

להיות מוטא מגדרית או ניטרלית) נוטה אף הוא להיות שיח טעון מאוד.¹⁰ בנקודה זו משתלב הדיון הנוגע לביטול "חזקת הגיל הרך" (כמכונה בעגה המקצועית). הפרשנות המקובלת של חזקת הגיל הרך היא, כפי שיובהר בהמשך, כי חזקה זו קובעת שבמצבי גירושין אשר בהם אין הסכמה בין ההורים מי מהם יקבל את המשמורת על הילדים, ההורה המשמורן ייקבע בידי בית המשפט "כפי שייראה לו לטובת הקטין, ובלבד שילדים עד גיל 6 יהיו אצל אמם אם אין סיבות מיוחדות להורות אחרת".¹¹ במילים אחרות, החוק מעניק העדפה מובנת מאליה למשמורת אם, אמנם פורמלית רק עד גיל שש, אך מחקרים שונים מצאו כי העדפה זו נמשכת גם לאחר גיל זה.¹²

סביב חזקה זו מתנהל ויכוח ציבורי סוער, המתרכז בעיקרו בשאלה אם ראוי שהחוק יעניק העדפה מובנית לאמהות בנוגע למשמורת הילדים או שמא ראוי לבטל את חזקת הגיל הרך.¹³ מובן שעוצמות הדיון מבטאות במובלע את התפיסה, שמושג המשמורת הוא מושג יסוד חשוב בדיני משפחה. אחרי הכול, אנו כל תוכנה של חזקת הגיל הרך הוא קביעת כללי הכרעה בסוגיית המשמורת, הרי החשיבות שמייחסים הצדדים לדיון הנוגע לביטולה של חזקת הגיל הרך מבטאת את המשקל שמייחסים הצדדים למושג המשמורת עצמו.

בנקודה זו חשוב להדגיש, כי מושג המשמורת אינו מבטא את מידת הקשר של כל אחד מן ההורים אל הילדים. ממחקר המקיף של מרדכי פרישטיק וציפי יגלניק עולה, כי המשמורת אינה מלמדת – לא על כישוריהם ההוריים של כל אחד מן ההורים ולא על מידת המרכזיות של כל אחד מהם בחיי הילדים.¹⁴ שני החוקרים בחנו מאות תיקי משמורת והגיעו למסקנה, כי ההורה שמקבל את המשמורת אינו בהכרח הראוי יותר, המשמעותי יותר עבור הילד או שניהם גם יחד. כך למשל ממצאי המחקר מלמדים, שב-27% מן המקרים אשר בהם הקשר הרגשי של הילד אל האב גדול יותר, בכל זאת האם היא שתקבל את המשמורת. כך גם כאשר האב היה מי שטיפל בילדים עד פרוץ המשבר בין ההורים (ב-23% ממקרים אלה, כך על פי המחקר – האם תקבל את המשמורת). כפי שמצאו מחקרים רבים, לקביעת המשמורת בישראל הטיה מגדרית מובהקת,¹⁵ ומכל מקום היא אינה משקפת את מידת המעורבות של כל

10 להלן הערה 13.

11 ס' 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962.

12 דן שניט "חזקת הגיל הרך ביישובי סכסוכי משמורת ילדים: המשכיות, שינוי או ביטול" עיוני משפט 185 (1995); פנחס שיפמן "משמורת ומזונות ילדים" מעמד האישה בחברה ובמשפט 534 (פרנסים ורדאי, כרמל שלו ומיכל ליבן-קובי עורכות, 1995).

13 דניאל גוטליב "חזקת הגיל הרך: מאבק פוליטי או בירור פסיכולוגי?" דפנה ומשפט 33, 152, 154-152 (2005); דפנה הקר "פמיניזם דילמתי ומודל המשמורת הפיזית הרצוי בגירושין" עיונים במשפט מגדר ופמיניזם 699 (דפנה ברק-אדור עורכת, 2007); נורית רימלט "פמיניזם המשפטי מתיאוריה למעשה: המאבק לשוויון בין המינים בישראל ובאמצעות הברית 253-251 (2010).

14 פרישטיק ויגלניק, לעיל הערה 4.

15 באשר לאופן המוטה שבו נקבעת המשמורת בישראל, ראו פנחס שיפמן דיני המשפחה בישראל כרך ב 232 (להלן: שיפמן דיני המשפחה בישראל); שניט, לעיל הערה 12; הקר הודות במשפט, לעיל

"משמורת ילדים": מושג מהותי או כותרת חלולה?

אחד מן ההורים בחיי הילדים¹⁶ אלא היא בגדר סטטוס משפטי כלשהו. תוכנו והשלכותיו של סטטוס זה הם שאלות חשובות לדיון זה.

אל תוך המלכודת הטעונה של מושג המשמורת נפלה, או נכון יותר – הוטלה – ועדת שניט. הוועדה (ששמה המלא הוא "הוועדה לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין") הוקמה בשנת 2005 על מנת לבחון את הסדרי המשמורת במשפט הישראלי. בשנת 2008 המליצה הוועדה בהמלצות הביניים שלה על ביטול מושג המשמורת ועל החלפתו במושג אחר – מושג "האחריות ההורית".¹⁷ המלצות אלה עוררו ויכוח ציבורי נוקב,¹⁸ אשר בא לידי ביטוי בין השאר בדעת המיעוט בדוח הביניים, שהתנגדה לביטול מושג המשמורת.¹⁹ דוח ביניים זה, על דעת הרוב ועל דעת המיעוט שלו, בשינויים מסוימים, קיבל לא מכבר מעמד של דוח סופי, עת פרסמה הוועדה את המלצותיה הסופיות, אשר בהן נשמרו חילוקי הדעות העיקריים בין דעת הרוב לדעת המיעוט. לאחרונה יושם הדוח בתזכיר חוק הורים וילדיהם, התשע"ב-2012.²⁰ המאמר ידון בהרחבה הן בדוח עצמו והן בביקורת שתועלה במאמר על המלצותיו. ואולם כפי שנראה, הוויכוח הציבורי שהתעורר – בין השאר בעקבות הדוח – סביב שאלת המשמורת מושתת על הבנה מובלעת – וכאילו מובנת מאליה – באשר למשמעותו של מושג המשמורת ובאשר להשלכותיו. אי-בהירות זו היא נקודת המוצא למאמר זה. הטענה הנטענת במאמר היא, כי על מנת לערוך דיון ציבורי בעל משמעות בנוגע לביטול מושג המשמורת יש להקדים ולבחון מהו מושג המשמורת.

הערה 8, בעמ' 15, 28-29; קרן ארקין עמדות וערכים של שופטים לגבי שוויון וחלוקת תפקידים בין המינים בפסקי דין בנושא משמורת קטינים (עבודת גמר לתואר "מוסמך במשפטים", אוניברסיטת תל אביב – הפקולטה למשפטים, התשס"ה); ולאחרונה, יואב מוא"ה וגיא מירון "מאבקי ההורות והמשמורת בישראל, השיח הפמיניסטי וגבולות השוויון המגדרי" (צפוי להתפרסם במרחבות דמוקרטית 16, 2013).

16 שרונה מנרל הקשר בין זהות התפקיד ההורי של האב הגרוש ללא משמורת לבין מעורבותו בחיי הילד (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור", אוניברסיטת חיפה – הפקולטה למדעי הרווחה והבריאות, 2003).
17 הוועדה לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין דוח ביניים (2008) (להלן: דוח הביניים של ועדת שניט).

18 יהודית מייזלס "על הדבש ועל העוקץ – דיון בהסדר המשמורת הקיים במשפט הישראלי" זכויות הילד והמשפט הישראלי 501, 542 (תמר מורג עורכת, 2010); טליה לבני "ביטול חוקת הגיל הרך, כפי שמציעה דעת הרוב בוועדת שניט מכה קשה לנשים וילדים" (2011) img2.tapuz.co.il/forums/1_116006494.doc; רות זפרן "הקשיים הכרוכים בחוות הדעת המקצועיות – טעם נוסף לעיצוב מחדש של הדין בשאלת חלוקת האחריות ההורית" (צפוי להתפרסם בעיוני משפט לו, התשע"ג).

19 דוח הביניים של ועדת שניט, לעיל הערה 17, בעמ' 49.

20 לרות הסופי, ראו הוועדה לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין דין וחשבון (שלב ב – דוח משלים, 2011) www.justice.gov.il/MOJHeb/Subjects/DochVaadatSnit.htm (להלן: הדוח הסופי של ועדת שניט). לתזכיר חוק הורים וילדיהם, התשע"ב-2012, ראו <http://www.justice.gov.il/MOJHeb/Subjects/TazkirChokHorimVeyaladim.htm>.

מפתיע ככל שיהיה, לא רק השיח הציבורי החמיץ את העיון במשמעות המשמורת (אם אכן ישנה משמעות קונקרטית למושג זה); גם השיח המשפטי, ובכלל זה דוח שניט עצמו, נעדר דיון משמעותי בהשלכותיו המעשיות של מושג זה. למרות הצורך החיוני בהגדרת מושג המשמורת, הספרות והפסיקה בישראל לא כהנו בצורה אמיתית את משמעותו ואת השלכותיו. ישנן הנחות מסוימות, המובלעות בפסיקה בהקשרים מסוימים, באשר למשמעות המשמורת – כגון שההורה המשמורן הוא ההורה העיקרי, שלהורה זה זכויות גלעניות בנוגע לילד, וכדומה.²¹ אלא שהנחות אלה לא הוצגו באופן שיטתי ורואי שלא עמדו למבחן רציני ומהותי. במובן זה, במקום שמושג המשמורת יסדיר את יחסי ההורים בנוגע לילדיהם לאחר התפרקות התא המשפחתי, הוא יוצר בלבול הן אצל ההורים והן אצל בית המשפט באשר לחובות ולזכויות של כל אחד מן ההורים.

כפי שנראה, הורים רבים מבינים את מושג המשמורת כמושג המסדיר את יחסי ההורים והילדים באופן שההורה המשמורן (בדרך כלל האם) הוא האחראי לטיפול בילדים וההורה הלא-משמורן לעומתו (בדרך כלל האב) פטור מאחריותו לטיפול בילדים. במילים אחרות, רבים מפרשים את מושג המשמורת כמקנה להורה המשמורן סמכות לפקח על הקשר של ההורה הלא-משמורן עם הילדים, כך שהקשר של ההורה הלא-משמורן עם הילדים כפוף להסכמתו ולאישורו של ההורה המשמורן, המשמש שומר הסף.²² באופן טבעי, תפיסה זו של מושג המשמורת גורמת לפגיעה חמורה בילדים – בראש ובראשונה בידי אמהות המנצלות את מושג המשמורת על מנת להקטין את מעורבות האב בחיי הילדים ולהפכו לדמות שולית בחייהם, ובמידה מסוימת גם בידי אבות הנמנעים מלממש את אבהותם בשל המסר המדיר אשר הם מייחסים להיותם לא-משמורנים. נמצא אפוא, כי מושג המשמורת אינו מאפשר להורה המשמורן לטפל בילד בצורה טובה ומקיפה יותר, אלא הוא מסתכם ביצירת יחסי כוח בין ההורים, מה שגורם לפגיעה בילד במקום להגן עליו. על רקע זה העמדה המוצגת במאמר זה היא, כי רק לאחר בחינת תפקידו של מושג המשמורת בדין הפוזיטיבי יהיה אפשר לבחון אם ובאיזה אופן ראוי להשתמש במושג זה במישור הנורמטיבי.

לפיכך ועל מנת להבין את תפקידו של מושג המשמורת בדין הקיים, המאמר יפתח בבחינת מקורותיו של מושג המשמורת והשדה המשפטי אשר בו צמח מושג זה. בהמשך המאמר ייערך מיפוי של השדה המשפטי אשר בו פועל מושג המשמורת – כלומר יוצג מכלול המושגים המשפטיים המסדירים את יחסי ההורים עם ילדיהם במסגרת דיני המשפחה. רק לאחר הנחת תשתית זו, אשר תכלול את בירורים של המושגים המרכזיים האחרים בהקשרים אלה ובראשם האפטרופסות וזמני השהות (או בשמם האחר – הסדרי הראייה), יעמוד

21 ראו את הדיון להלן בסמיכות להערה 99.

22 מנדל "תפיסת התפקיד של האב הגרוש", לעיל הערה 6, בעמ' 97; אף הקר משתמשת בהקשר זה במונח "שומרת השער" (ראו הקר הודות כמשפט, לעיל הערה 8, בעמ' 61); תמ"ש (משפחה י-ם) 23723/05 ה.ס. 7' נ' ד.ס., פס' 20 (טרם פורסם, 22.2.2011) (להלן: תמ"ש 23723/05); תמ"ש (משפחה ראשל"צ) 28951/09 א.ג.ג. נ' ת.ג., (טרם פורסם, 7.1.2010) (להלן: תמ"ש 28951/09).

"משמורת ילדים": מושג מהותי או כותרת חלולה?

המאמר על משמעותו של מושג המשמורת ועל התפקיד שהוא ממלא בדין הקיים. על בסיס דברים אלה והתובנות שיעלו מניתוח תפקידו של מושג המשמורת בדין הפוזיטיבי, המאמר יציע כי במישור הנורמטיבי בתי המשפט יפסיקו להשתמש במושג המשמורת. לשם כך המאמר יציג את המלצותיה של ועדת שניט, אך יעמוד על ההבדלים המהותיים שבין הצעת המאמר להמלצות הוועדה, תוך הבהרת יתרונותיה הניכרים של הצעת המאמר לעומת המלצות ועדת שניט.

א. שורשיו של מושג המשמורת

חשוב לציין בתחילת הדיון במושג המשמורת, כי למרבה ההפתעה המושג אינו מוזכר כלל בחוק המרכזי המסדיר את יחסי ההורים וילדיהם – חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.²³ אפילו סעיף החוק המובהק ביותר בהקשר זה, סעיף 25 לחוק, הקובע את חזקת הגיל הרך המעניקה העדפה מובנית לאם, קובע כי "ילדים עד גיל שש יהיו אצל אמם" מבלי שהוא מזכיר את מושג המשמורת. אמנם מושג המשמורת מוזכר בכמה חוקים אחרים בהקשר של דיני משפחה, ובהם חוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים),²⁴ חוק הסכמים לנשיאת עובדים²⁵ ואחרים;²⁶ ואולם סעיפים אלה עוסקים במצבים שוליים יחסית, כגון חטיפת ילדים ופונדקאות. בהקשר הכללי יותר של החוק, המסדיר את ההורות במצבי גירושין סטנדרטיים (הוא חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות), מושג המשמורת אינו מוזכר כלל. עם זאת יש לציין, כי המושג התאום של משמורת – "החזקת הילדים" – מוזכר בסעיפי חוק נוספים בהקשר של דיני משפחה, ובכלל זה אף בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.²⁷ אכן ישנה זיקה חזקה בין שני המושגים, ובתי המשפט משתמשים תדיר בשני מושגים אלה – המשמורת והחזקת הילדים – כמושגים חליפיים בעלי משמעות זהה.²⁸ אלא שלמרבה הצער גם המושג של החזקת ילדים אינו מוגדר באופן פוזיטיבי בחקיקה או בפסיקה, ולפיכך משמעותם של שני המושגים – המשמורת והחזקת הילדים – נותרת עמומה ולא-מוגדרת.

23 חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, החשכ"ב-1962, ס"ח 380.

24 חוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים), התשנ"א-1991, ס"ח 1355.

25 ס' 10 לחוק הסכמים לנשיאת עובדים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996, ס"ח 2264.

26 ראו גם את ס' 6 ו-10 לחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995, ס"ח 1537; חוק הסעד (טיפול במפגרים), החשכ"ט-1969, ס"ח 558; חוק הנוער (טיפול והשגחה), החש"ך-1960, ס"ח 311; תקנות 1258 (3), 292 ו-295ג(ב) (1) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 וברומה.

27 ס' 15, 24 ו-38 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, החשכ"ב-1962; חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981, ס"ח 1028.

28 ע"א 443/81 ארשד (סלייח) נ' סלייח, לו (4) 1 (1981); בג"ץ 444/81 פלוני נ' פלונית, פ"ד לה(4) 658 (1981); ע"א 2266/93, לעיל הערה 1; בג"ץ 5507/95 אמיר נ' בית הדין הרבני האזורי בחיפה, פ"ד נ(3) 321 (1996) (להלן: בג"ץ 5507/95); שיפמן דיני המשפחה בישראל, לעיל הערה 15, בעמ' 65.

על רקע הצורך לעמוד על משמעותם של מושגים אלה, נראה שהמקור למושג המשמורת וההחזקה אינו מתחום דיני המשפחה אלא משני תחומי משפט אחרים – המשפט הפלילי והמשפט הקנייני. בהקשר הפלילי משמורת היא הגבלת תנועתו של אדם (הכוללת בין השאר מאסר ואו מעצר), וכך הוא גם מונח ההחזקה. כך למשל סעיף 114 לחוק השיפוט הצבאי קובע, כי "חייל שעצר אדם שלא כדין או החזיקו במשמורת שלא כדין, דינו – מאסר שלוש שנים" (ההדגשה שלי – י"מ).²⁹ במישור הקנייני משמורת היא למעשה החזקה של נכס. כך למשל תקנה 388 לתקנות סדר הדין האזרחי קובעת, כי "הוגשה בקשה למינוי כונס נכסים, רשאי בית המשפט... לסלק כל אדם מהחזקת הרכוש או ממשמורתו, [או – י"מ] להעמיד את הרכוש להחזקתו, למשמורתו או לניהולו של כונס הנכסים" (ההדגשות שלי – י"מ).³⁰

נראה שדברים אלה כמו גם סעיפים נוספים במגוון רחב של חוקים המשתמשים במונחים של משמורת והחזקה,³¹ עשויים להסביר במידת מה את העובדה, כי בתי המשפט אינם מבחינים בין מושג המשמורת למושג ההחזקה גם בהקשר של דיני משפחה. שני מושגים אלה שאובים בין השאר מדיני הקניין, ובמישור הקנייני הן מושג המשמורת והן מושג ההחזקה מבטאים זכות קניינית אשר מעניקה לבעליה – המחזיק בנכס – זכויות מסוימות בנכס. אני סבור כי נקודה זו אינה בגדר עניין סמנטי גרדא, כי אם עניין מהותי. במקום שדיני המשפחה יסדירו את מערכת היחסים שבין ההורים לילדיהם באמצעות מושגים המבטאים מחויבות של ההורים לדאוג לצורכי הילד, הם משתמשים במושגים של משמורת והחזקה, שהם יצירים של שיח פלילי-קנייני; שיח זה מתייחס אל מושא המשמורת (או ההחזקה) – אל הילד – במידה רבה כאל אובייקט שהדיון בו סובב סביב בעלות עליו או סביב הגבלת חירותו. המשגה זו מעודדת מעצם טבעה תחרותיות ועימות בין בעלי הזכויות והאינטרסים באובייקט זה, ואילו רוחתו של הילד עצמו נדחקת לשוליים מעצם המשגה זו.

על רקע זה מתעוררת השאלה, מדוע דווקא מושגים אלה של המשמורת וההחזקה משמשים בדיני משפחה להגדרת מערכת היחסים שבין ההורים לילדיהם. נדמה שהסבר לכך נמצא בתפיסה ההיסטורית של יחסי ההורים וילדיהם, ושוורשו הם בהתייחסות המשפטית אל

29 ס' 111(3), 64, ר-115-118 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, ס"ח 189; תקנות בתי הסוהר (קביעת תפקיד של נוחני שירות במקום משמורת מיוחד), התשס"ג-2003, ק"ת 6224.

30 תקנה 388 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, ק"ת 4685; צו כלי הירייה (קביעת דמי משמורת ועמילות), התשל"ד-1974, ק"ת 3148.

31 לחקיקה המשתמשת במושג ההחזקה במונח הקנייני, ראו את ס' 8 ו-14 לחוק נכסי גרמנים, התש"י-1950, ס"ח 56; ס' 3 לחוק החכרת מקרקעין (הוראות-שעה), התשי"ט-1959, ס"ח 290; ס' 15 לפקודת מחלות בעלי חיים [נוסח חדש], התשמ"ה-1985, ס"ח 1141; ס' 1 לתקנות רישום ציוד וגיוסו לצבא-הגנה לישראל, התשמ"ח-1987, ק"ת 5070; ס' 3 לחוק השאלת נכסי תרבות (הגבלת סמכות שיפוט), התשס"ז-2007, ס"ח 2085; ס' 6 ו-8 לחוק חסינות מדינות זרות, התשס"ט-2008, ס"ח 2189. ראו בהרחבה יהושע ויסמן דיני קניין: החזקה ושימוש (2005).

"משמורת ילדים": מושג מהותי או כותרת תלויה?

הילד כאל רכוש אשר יש לקבוע מי מן ההורים זכאי לקבלו.³² תפיסה זו, כך נראה, היא שאפשרה לדיני המשפחה לייבא את מושג המשמורת מן הדין הפלילי והקנייני ולקבוע אותו כאחד המושגים המרכזיים המסדירים את יחסי ההורים וילדיהם. השימוש במושג המשמורת או ההחזקה בהקשר של דיני משפחה מבטא אם כן את עולם המושגים שממנו צמחו מושגים אלה – התפיסה שלפיה הילד הוא נכס או אף רכוש אשר יש להסדיר את המשמורת ואת ההחזקה שלו בין בעלי העניין הנוגעים לדבר.³³ רברים אלה נכונים גם באנגלית, שבה המילה "custody" מבטאת מעצר או תפיסה של עציר ובמקרים מסוימים גם של חפצים. ואכן, גם בארצות הברית הושמעה ביקורת נוקבת כלפי השימוש במושג זה בנוגע ליחסי הורים וילדים:³⁴

The child is not some indivisible "thing" over which a person is to have "custody" or not. Custody is for criminal suspects, not children.

אכן, הגישה הרואה בילד אובייקט רכושי של הוריו התחלפה כידוע בגישה הרואה בילד אדם עצמאי, בעל זכויות, אשר יש לשקול את טובתו כשיקול ראשון במעלה.³⁵ השיח הכללי

- J. Montgomery, *Children as Property?*, 51 MODERN LAW REVIEW 323 (1988); Stuart Hart, *From Property to Person Status: Historical Perspective on Children's Rights*, 46 AMERICAN PSYCHOLOGIST 53 (1991); Barbara Bennett Woodhouse, 'Who Owns the Child?': *Meyer and Pierce and the Child as Property*, 33 WM. & MARY L. REV. 995 (1992); David Archard, *Do Parents Own Their Children?*, 1 INTERNATIONAL JOURNAL OF CHILDREN'S RIGHTS 293 (1993); Kevin Noble Maillard, *Rethinking Children as Property: The Transitive Family*, 32 CARDOZO L. REV. 101 (2010)
- Andre P. Derdeyn, *Child Custody Contests in Historical Perspective*, 133 AMERICAN JOURNAL OF PSYCHIATRY 1369 (1976); Thomas Brook, *Michael Grossberg's Telling Tale: The Social Drama of an Antebellum Custody Case*, 23 LAW & SOC. INQUIRY 431 (1998)
- Everett William Johnson, *Shared Parenthood in Divorce: Parental Covenant and* 34
Donald R. Ash, *Bridge Over Troubled Custody Law*, 2 J.L. & RELIG. 85 (1984)
Water: Changing the Custody Law in Tennessee, 27 U. MEM. L. REV. 769, 801 (1997);
Martha Fineman, *Dominant Discourse, Professional Language, and Legal Change in Child Custody Decisionmaking*, 101 HARV. L. REV. 727 (1998)
- ס' 3 ו-9 לאמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 31, 221. וראו גם אריאל בנדור "שיקול-הדעת של בית-המשפט הגבוה לצדק – מה הדין?" משפטים 161 (1991); יונתן יוכל "יד קלה על ההדק – רטוריקה ואידיאולוגיה של ידע בשית המשפטי של אימוץ כפוי" משפט וממשל 259 (2001); מיכאל קורניאלדי "היש ליישם את עקרון השוויון בדיני הורים וילדים?" קריית המשפט ב 131 (2002) (להלן: קורניאלדי "היש ליישם"); יחיאל ש' קפלן "המגמה החדשה בעניין ענישה גופנית של ילדים לצורכי חינוך" קריית המשפט ג 447 (2003); מילי מאסס "על התערבות המדינה בקשר שבין ילדים להוריהם – המקרה של אימוץ כפוי בשל היעדר מסוגלות הורית" מאזני משפט ד 589 (2005); Kim H.

השתנה משיח הרואה בילד רכוש ההורים לשיח המתרכז בטובת הילד³⁶ ובזכויותיו.³⁷ גם האמנה לזכויות הילד ובעקבותיה ועדת רוטלוי קראו להפסיק ולהתייחס אל הילד כאל אובייקט במכלול זכויות ההורים ובמקום זאת להביא בחשבון את טובת הילד כשיקול המכריע, אשר ממנו ייגזרו מחויבויות ההורים ואחריותם כלפיו.³⁸

ברוח דברים אלה אפשר לראות במגמה של ביטול מושג המשמורת ביטוי לשינוי המהותי שחל ביחס אל הילד; שהרי ביטול מושג המשמורת (וההחזקה) נראה צעד מתבקש במסגרת המעבר מן התפיסה של הילד כרכוש ההורים לתפיסה של הילד כאדם עצמאי, אשר תפקיד ההורים לראווג לרווחתו, ובכלל זה לקשר מיטיב עם שני ההורים. צעד זה אף התממש במדינות שונות אשר ביטלו את מושג המשמורת. כך למשל בבריטניה,³⁹ באוסטרליה,⁴⁰ ובחלק ממדינות ארצות הברית.⁴¹ מעניין לציין כי בסינגפור אמנם המליצה ועדה שבחנה את

McGavin, *Child Custody and Visitation in Maryland: In The Best Interests of The* Firestone & Weinstein; *Child*, 26 U. BALT. L.F. 3 (1995). לעיל הערה 7.

36 ע"א 2266/93, לעיל הערה 1; עניין גונזבנדג, לעיל הערה 1; דנ"א 7015/94, לעיל הערה 1; עניין

דויד, לעיל הערה 1; רע"א 4575/00, לעיל הערה 1. ראו גם Jim McCoy, *Reunification – Who*

Knows the Child's Best Interests, 53 JOURNAL OF THE MISSOURI BAR 40 (1997); Julie E.

Artis, *Judging the Best Interests of the Child: Judges' Accounts of the Tender Years*

Doctrine, 38 LAW & SOC'Y REV. 769 (2004); Jennifer K. Smith, *Putting Children Last:*

How Washington has Failed to Protect the Dependent Child's Best Interest in

Visitation, 32 SEATTLE U. L. REV. 769 (2009).

37 הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה בראשות השופטת סביונה

רוטלוי *דין וחשבון* (2003) (להלן: דוח ועדת רוטלוי); תמר מורג "השפעת הוועדה לבחינת עקרונות

היסוד בתחום הילד והמשפט על תפישות העומק של הפסיקה הישראלית" *משפחה במשפט* ג-ד 67

(2009); יחיאל קפלן "מטובת הילד לזכויות הילד – ייצוג עצמאי של קטינים" *משפטים* לא 623

(2001) (להלן: קפלן "מטובת הילד"); מיכאל קוריןאלדי "מגמות חדשות בדיני החזקה ילדים"

המשפט ז 300, 283 (2002).

38 האמנה בדבר זכויות הילד, לעיל הערה 35 (האמנה נפתחה לחתימה ב-1989, נחתמה בידי מדינת

ישראל ב-3.7.1990 ואושרה ב-4.8.1991). דוח ועדת רוטלוי, לעיל הערה 37.

39 Children Act, 1989, c.41, § 1 (Eng.). יש לציין כי מושג חדש שהוכנס לדין הבריטי בחוק החדש

הוא מושג Residence. אולם במסגרת מאמר זה לא נוכל לעמוד על משמעותו של מונח זה, נושא

המצדיק דיון נפרד במסגרת אחרת. ראו Stephen Cretney, *The Children Act 1989 – All The*

Law?, 1998 ALL ENGLAND ANNUAL REVIEW 1 (1998).

40 J. Dewar, *The Family Law Reform Act 1995*. וראו: Family Law Reform Act, 1995 (Cth)

(Cth) and the Children Act 1989 (UK) Compared – *Twins or Distant Cousins?*, 10

AUSTRALIAN JOURNAL OF FAMILY LAW 18, 18–34 (1996); James Colin George, *Winners and Losers: The Father Factor in the History of Australian Child Custody*

Law, AUSTRALIA & NEW ZEALAND LAW & HISTORY E-JOURNAL 1 (2005).

41 שם בוטל מושג המשמורת (או לכל הפחות הומלץ בידי גורמים רשמיים לבטלו). ראו Nina Gardner, *Report of the Task Force on Family Law*, 45 N.H. B.J. 20 (2005); Linda D. Elrod &

Robert G. Spector, *A Review of the Year in Family Law: Working Toward More*

Wash. *Uniformity in Laws Relating to Families*, 44 FAM. L.Q. 469 (2011).

"משמורת ילדים": מושג מהותי או כותרת חלולה?

הנושא לבטל את מושג המשמורת,⁴² אך השינוי הגיע מלמטה דווקא, מבחי משפט אשר החליטו כי מושג המשמורת מיותר ואף מזיק. על כן הכריעו בתי משפט אלה בכמה פסקי דין כי אין כל צורך להגדיר את אחד ההורים משמורן, ונתנו צו של "no custody order".⁴³ שאלה החורגת ממסגרת דיון זה אך הראויה לדיון עצמאי היא, מהם המושגים שהחליפו את מושג המשמורת בשיטות המשפט השונות ואיזו השפעה הייתה לחילופי מושגים אלה. לא אוכל להיכנס במאמר זה לעובי הקורה בשאלה ההשוואתית בהקשר זה. לפיכך אסתפק באמירה, כי התמורות שחלו במדינות שביטלו את מושג המשמורת מייצגות מגמה רחבה יותר, שלפיה זוגות את המושגים המתייחסים אל הילד כאל אובייקט.⁴⁴ אמנם ישנם כספרות שיקולים נוספים לביטול מושג המשמורת,⁴⁵ אך נראה כי את הפסקת השימוש במושג יש לראות כחלק מרכזי ממגמה רחבה יותר, אשר בה טובת הילד עוברת למרכז הזירה והאינטרסים של ההורים מקבלים מעמד זניח, אם בכלל. אל מול מגמות בינלאומיות אלה ישראל עורנה מתקשה במידת מה להיפטר ממושג המשמורת ולשים את הילד במרכז הזירה. כבר בשנת 2001 הביע השופט מרכוס את דעתו על כך שיש לבטל את מושג המשמורת:

פעמים אחדות הבעתי דעתי שהמילה "חזקה", כמו המילה "משמורת", יש להן השלכות שעלולות לפגוע בילדה. קטין איננו חפץ שאפשר לאחוז בו ולהחזיק בו; ילד לא צריך להמצא במשמורת אצל הורה אחד, ולא במשמורת הורה שני... לו דעתי תשמע, ניתן יהיה להמנע משימוש במונחים כמו "משמורת" ו"החזקה" לגבי ילדים.⁴⁶

Laws 2015-42 (codified as Wash. Rev. Code 26.09 and following) (the "Parenting Act", 1987)

Review of Child Custody Law in Singapore (Law Reform and Revision Division of the Attorney-General's Chambers, Singapore, 2005) 42

C.X. v. C.Y. (minor: custody and מסוימת Re G. [2003] S.G.H.C. 265 43
[2005] S.G.C.A. 37 .access)

ISAIAH BERLIN, FOUR ESSAYS ON LIBERTY 131 (1969) 44
ספר זה אוזכר ברוח ועדת רטלוי, לעיל הערה 37; W. Ronald & D. Fairbairn, *Steps in the Development of an Object-Relations Theory of the Personality*, 22 BRITISH JOURNAL OF MEDICAL PSYCHOLOGY 26 (1949)

Debbie S. L. Ong, *Parents בשיח בסינגפור, ראו and Custody Orders – A New Approach*, 1999 SINGAPORE JOURNAL OF LEGAL STUDIES 205; Debbie S. L. Ong, *Making No Custody Order: Re G (Guardianship of an Infant)*, 2003 SINGAPORE JOURNAL OF LEGAL STUDIES 583; Wai Kum Leong, *A Communitarian Effort in Guardianship and Custody of Children After Parents' Divorce*, in INTERNATIONAL SURVEY OF FAMILY LAW 375 (Andrew Bainham & Bart Rwezaura eds., 2006) 45

תמ"ש (משפחה י"ם) 3734/97 פלוגי נ' אלמונית, פס' 8 (לא פורסם, 12.11.2001). 46

ואולם למרבה הצער דברים אלה לא הביאו לשינוי ממשי. מושג המשמורת המשיך להיות גורם משמעותי, לפחות ככל שהדבר נוגע לדינמיקה שבין ההורים המתגרשים, ובחלק מן המקרים גם באינטראקציה שבין ההורים לגורמים אחרים.⁴⁷ את הבשורה על כך שיש לבטל את מושג המשמורת גם בישראל הביאה כאמור ועדת שניט. אלא שכפי שנראה בהמשך, ועדת שניט הציעה את ביטול מושג המשמורת כחלק ממכלול רחב יותר של מעבר לשימוש במושג האחריות ההורית. נכון לעכשיו שר המשפטים אימץ את המלצותיה של ועדת שניט בתזכיר חוק הורים וילדיהם, התשע"ב-2012. ואולם כידוע תזכיר הוא בגדר המלצה לשינוי בחקיקה, אשר טרם יושמה בחקיקה מחייבת, תהליך העלול לארוך זמן רב, אם בכלל יעבור במסלול. לפיכך אעבור בנקודה זו לבחון את הדין הפוזיטיבי בישראל – את מהות תפקידו של מושג המשמורת וכיצד משתלב מושג זה עם מושגי יסוד אחרים בתחום, המסדירים את יחסי ההורים וילדיהם.

ב. מיפוי השדה המשפטי: אפוטרופוסות, זמני שהות ומשמורת

ראינו אם כן, כי מושג המשמורת מוביל במקרים רבים למאבק עיקש בין ההורים, מאבק אשר עצם קיומו, ובמקרים רבים גם אופן ניהולו, פוגע בילדים ומזיק להם.⁴⁸ אולם באופן אבסורדי מושג המשמורת והזכויות והחובות הנובעים ממנו אינם מוגדרים בחוק או בפסיקה בדרך פוזיטיבית, ונדונים רק דרך השתמעויות. לפיכך כטרם אדון במאבקי המשמורת עצמם, חשוב לבחון בבחירות ותוך השתחררות מן הדימויים המקובלים מהי המשמורת במשפט הישראלי ומהן השלכותיה בדין הפוזיטיבי. כאן המקום לציין כי בשונה ממה שרבים סבורים, מערכת היחסים בין ההורים לילדיהם אינה נקבעת רק על פי מושג המשמורת, אלא היא מעוצבת בעיקר באמצעות זוג נוסף של מושגים אשר עליהם נעמוד עתה – אפוטרופוסות וזמני שהות.

47 מנרל "תפיסת התפקיד של האב הגרוש", לעיל הערה 6; אריאלה גלין קולה של החוויה האבהית כמעבר להיות אב לא משמורן, סיפורה יול האבהות הלא משמורנית בישראל מנקודת מבט פסיכולוגית חברתית (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור", אוניברסיטת בן-גוריון בנגב – הפקולטה למדעי החברה, התשס"ט). באשר לאופן המוטה שבו נקבעת המשמורת בישראל, ראו לעיל הערה 15.

48 C. David Bargamian, *Intentional Infliction of Emotional Distress in the Child Custody Context: A Series of Proposed Guidelines*, 36 WAYNE L. REV. 125 (1989); J. L. Pedro-Carroll, E. Natchnikian & G. Mintes, *Court Affiliated Parent Education: Assisting Children Through Transition: Helping Parents Protect their Children from the Toxic Effects of Ongoing Conflict in the Aftermath of Divorce*, 39 FAMILY COURT REVIEW (2001) 377. ראו למשל תמ"ש (משפחה י"ם) 6420/02 ה.ש.נ.א.ל. (טרם פורסם, 7.1.2008); תמ"ש (משפחה חי') 14363/01 פלוני נ' פלונית (טרם פורסם, 29.8.2006); תמ"ש (משפחה י"ם) 6351/04 בש"א 55049/05 פלוני נ' פלונית (טרם פורסם, 17.8.2005); תמ"ש (משפחה חד') 3521/04 פלונית נ' פלוני (טרם פורסם, 26.7.2006) (להלן: תמ"ש 3521/04).

"משמורת ילדים": מושג מהותי או כותרת תלולה?

1. אפוטרופסות

מושג המפתח הראשון בהקשר זה הוא האפוטרופסות. בפתח הדברים ייאמר, כי בשונה ממושגי המשמורת וההחזקה אשר כאמור מתייחסים אל הילד כאל אובייקט – מושא המשמורת וההחזקה – ומתוך כך אינם מתרכזים בטובת הילד אלא בבעלי הזכויות, בהורים, מושג האפוטרופסות מעצם טיבו מבטא אחריות טיפולית של האפוטרופוס כלפי מי שנמצא בחסותו. אמנם לאפוטרופוס ישנן זכויות מסוימות,⁴⁹ אך עיקר ההגדרה של תפקידי האפוטרופוס מתרכזת בחובותיו של האפוטרופוס לדאוג למי שנמצא תחת האפוטרופסות שלו. כפי שניסח זאת השופט פיליפ מרכוס בתמ"ש 23723/05:⁵⁰

בנוגע [לאפוטרופסות – י"מ] לילדים המבנה החקיקתי אכן מדבר על זכויות, אך הדגש הוא על חובות... כפי שנאמר בע"א. 212/85 פלונים נ' אלמונים פד"י ל"ט (4) 312: "הזכות שיש להורים בחינוך, בלימוד ובכל ענייני האפוטרופסות היא הזכות למלא את תובתם כאפוטרופסים כלפי ילדיהם – שמע – הזכות שהמדינה ואחרים לא יתערבו במילוי החובה על ידיהם". (הדגשה שלי פ.מ.)

על רקע זה קשה להבין את דוח שניט, הקובע כי השימוש במושג האפוטרופסות מבטא תפיסה קניינית, הרואה את הילד כקניינם של הוריו.⁵¹ נהפוך הוא; הגדרת יחס ההורים אל ילדיהם הקניינים כיחס של אפוטרופסות מבטאת את התפיסה, כי תפקידם של ההורים הוא לדאוג לרווחתם של ילדיהם וכי רק מסיבה זו מקבלים ההורים לידיהם סמכויות רלוונטיות, אשר יאפשרו להם לעשות כן. ברוח דברים אלה, אפוטרופסות ההורים מוגדרת בסעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות באופן הבא:

אפוטרופסות ההורים כוללת את החובה והזכות לדאוג לצרכי הקטין, לרבות חינוכו, לימודיו, הכשרתו לעבודה ולמשלח-יד ועבודתו, וכן שמירת נכסיו, ניהולם ופיתוחם; וצמודה לה הרשות להחזיק בקטין ולקבוע את מקום-מגוריו, והסמכות לייצגו.

מן הדברים עולה לפיכך, כי מושג האפוטרופסות – ולא המשמורת – הוא המושג המרכזי המגדיר את האחריות ההורית. האפוטרופסות היא המעניקה להורה את הזכות להחליט בנוגע לטיפול הרפואי בילד, את החובה ואת הזכות לדאוג לצרכיו השונים, כמו גם

49 ראו בהמשך הדברים על אודות ס' 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962.

50 תמ"ש 23723/05, לעיל הערה 22.

51 דוח הביניים של ועדת שניט, לעיל הערה 17, בעמ' 36. ע"א 209/54 שטיינר נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ט 241 (1955); דנ"א 7015/94, לעיל הערה 1, בעמ' 80-81; בע"מ 377/05 פלוגית ופלוגי ההורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגיים, פ"ד ס(1) 124, פס' 45 לפסק דינו של הנשיא ברק (2005); קפלן "מטובת הילד", לעיל הערה 37.

לנכסיו של הילד, להתליט על מוסדות הלימוד שלו, לקבוע את סוג החינוך שיינתן שלו, (כגון אם יהיה זה חינוך דתי או חילוני) וכן הלאה.

בהקשר זה עלתה סוגיית החינוך לדיון מקיף בפרשת *פלורסהיים*.⁵² בעניין זה דובר בזוג שהתגרש, אשר בהסכם הגירושין שלו נקבע כי האם תקבל את ההחזקה (כלומר את המשמורת) על הילדים. כשעלתה השאלה של קביעת מוסדות החינוך של הילדים, הניחה האם כי מהיותה משמורת נגזרת גם זכותה לקבוע באופן חד-צדדי את מקום הלימוד של הילדים. האב לעומתה טען, כי העובדה שהאם היא המשמורת אינה מעניקה לה את הזכות לקבוע לבדה את מקום החינוך של הילדים וכי סוגיה זאת נותרת במסגרת הסוגיות שבהן על ההורים להחליט במשותף מתוקף היותם אפוטרופסים משותפים של הילדים. בשאלה זו קיבל בג"ץ את טענתו של האב וקבע, כי "גירושי ההורים משאירים את דין האפוטרופסות בעינו ועדיין יש לשני ההורים דעה לגבי חינוך ילדם... חינוכו של קטין ולימודיו עניין הם לשני האפוטרופסים לענות בו".⁵³

נמצא אם כן, כי בעוד שרבים סבורים שהמשמורת היא המעניקה להורים את הסמכויות בנוגע לילדיהם, הרי בפועל האפוטרופסות היא שמעניקה להורים את הסמכויות, לרבות הזכויות והחובות.⁵⁴ נקודה זו היא בעלת חשיבות, היות שמבחינה משפטית האפוטרופסות נותרת של שני ההורים, בלי קשר לשאלה מי יהיו ההורה המשמורן.⁵⁵ אפשר אמנם להפקיע את האפוטרופסות מאחד ההורים, אך מדובר כמצב חריג מאוד, אשר השימוש בו הוא במקרים יוצאי דופן ובנסיבות קיצוניות.⁵⁶ ברוב המקרים של המקרים האפוטרופסות נותרת של שני ההורים במידה שווה, כלומר ההורה המשמורן וההורה שאינו משמורן שווים לעניין האפוטרופסות.⁵⁷

- 52 עניין *פלורסהיים*, לעיל הערה 6. לפסקי דין נוספים, אשר בהם חרף המשמורת של האם נדרש בית המשפט להכריע בסוגיית החינוך, ראו בג"ץ 181/81 מוד נ' בית הדין הרבני האזורי חיפה, פ"ד לה(3) 94 (1983); בג"ץ 552/83, ר"ע 563/83 שליו נ' בית הדין הרבני האזורי בירושלים, פ"ד לח(2) 67 (1984); בג"ץ 5507/95, לעיל הערה 28; ר"נ 6490/96 אמיר נ' אמיר, פ"ד נ(5) 55 (1996); בג"ץ 7395/07 פלוגית נ' בית הדין הרבני הגדול (טרם פורסם, 21.1.2008).
- 53 עניין *פלורסהיים*, לעיל הערה 6. ראו גם את עניין מוד, לעיל הערה 52; עניין שליו, לעיל הערה 52; בש"א (משפחה ת"א) 8124/99 פלוגי נ' פלוגית (טרם פורסם, 10.10.99).
- 54 תמ"ש (משפחה טב') 12148-04-10 ס.ג. נ' ע.ג. (טרם פורסם, 28.4.11); תמ"ש (משפחה כ"ס) 11657/03 א.א.י. נ' א.ב. (טרם פורסם, 16.6.2011) (להלן: תמ"ש 11657/03); תמ"ש (משפחה ת"א) 79184/98 א.א.י. נ' כ.ע. (טרם פורסם, 29.08.2006); בש"א (משפחה ת"א) 6617/98 מ.פ. נ' ג.א. (טרם פורסם, 29.8.2006) (להלן: בש"א 6617/98).
- 55 ראו את ס' 3 ו-14 לחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951, וכן את עניין *פלורסהיים*, לעיל הערה 6.
- 56 ס' 27 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962. ראו גם בנדור, לעיל הערה 35; מילי מאסס בשם טובת הילד: אוכדן וסכל בהליכי אימוץ 13-18 (2010).
- 57 ראו תמ"ש (משפחה ר"ג) 99/107060 ש.ד. נ' L.K., פ"מ התשס"א 208, פס' 15 (2001) (להלן: תמ"ש 99/107060): "כאשר נופלת מחלוקת בין שני ההורים באשר למשמורתו של בנם או לעניין אחר הנתון לאפוטרופסותם ולא באו לידי הסכמה, יכריע בעניין בית-המשפט, ואזי כאשר זכויות שני

"משמורת ילדים": מושג מהותי או כותרת חלולה?

דוגמה מעניינת בהקשר זה היא פסק הדין בעניין תמ"ש 23723/05.⁵⁸ בעניין זה דובר באב אשר קיבל משמורת זמנית על בתו והתנגד לכך שהמשמורת הקבועה תהיה משותפת, מתוך התפיסה שאם המשמורת תהיה משותפת הדבר ישפיע על סמכויותו הטיפוליות. השופט מרכוס דחה טענה זו, תוך שהוא הבהיר לאב שהאפטרופסות היא שקובעת את חובות ההורים ואת סמכויות הטיפול שלהם ולא המשמורת. על רקע זה, קבע בית המשפט, ממילא אין השפעה מהותית לשאלה אם האב משמורן או אם האם משמורתית:

כפי שכבר בואר לעיל, האב זקוק לאישור האם לגבי כל פעולה משמעותית בענייני בריאות, רפואה, חינוך וקביעת מקום מגורים של הקטין, וזאת משום שהאם היא האפטרופוס הטבעית והתוקפת של הקטין כמו האב, וזאת אף אם יוכרז הוא משמורן, וכן להיפך, אם תוכרז האם כמשמורתית.⁵⁹

כפי שניסח זאת השופט ויצמן בתמ"ש 11657/03, "ההורים כאפטרופסים לקטין מחויבים בשיתוף פעולה ביניהם בכל ענין הנתון לאפטרופסותם ואין זה משנה כלל אם אחד מהם מוגדר כמשמורן והאחר לא... אחריותו של הורה כלפי הקטין – על צד החובה ועל צד הזכות שבה – מקורה בעיקרה דווקא באפטרופסותו של ההורה על הקטין ולא במשמורתו".⁶⁰ לפיכך המסקנה היא, כי חלק גדול ממה שמוביל הורים אל מלחמת המשמורת – כלומר האמונה כי עם המשמורת יקבל ההורה המשמורן את האחריות הבלעדית על הילדים – נעוץ בחוסר הבנה בסיסי של המושגים. נראה שההורים סבורים כי המשמורת תעניק להם את האחריות על הילדים ואת היכולת לקבל החלטות חשובות הנוגעות לילדיהם, בעוד שלמעשה עניינים אלה נקבעים לפי האפטרופסות, אשר תיוותר ממילא בידי שני ההורים.⁶¹

בפועל, בגלל תפיסה לא-נכונה של המציאות, שהיא גם נחלתה של החברה הרחבה ולא רק של ההורים עצמם, במקרים רבים אפטרופסים שאינם משמורנים אינם מנצלים את הזכויות ואף אינם ממלאים את מחויבותם למעורבות בחיי ילדיהם בתחומים שונים. לעומתם הורים משמורנים מניחים לא-פעם, כי המשמורת שבידיהם מעניקה להם יותר זכויות ממה שהיא אכן מעניקה, ובחלק מן המקרים אף מנצלים זאת להדרת ההורים הלא-משמורנים. מצב זה נובע מחוסר הבנה של החוק. לפיכך, הרבה יותר משגורם לכך החוק, המציאות היא

ההורים כאפטרופסים טבעיים הינן שוות, ישקול בית-המשפט את טובת הילד כשיקול-על ראשון במעלה ועל-פיו יכריע בסוגיה – סעיף 25 לחוק הכשרות".

58 עניין תמ"ש 23723/05, לעיל הערה 22.

59 שם, בפס' 19 לפסק הדין.

60 תמ"ש 11657/03, לעיל הערה 54, בפס' 17 לפסק הדין.

61 ראו למשל את עניין פלורסהיים, לעיל הערה 6.

למעשה שמעבירה מסר מטעה שמעצים את משמעות המשמורת ואגב כך גם מדיר פעמים רבות את ההורים שאינם משמורנים.⁶²

2. זמני שהות

המושג השני שיש לדון בו הוא "זמני שהות". זמני שהות קובעים את חלוקת הזמן של הילדים עם כל אחד מן ההורים.⁶³ זכויות אלה מכונות לעתים גם "הסדרי ראייה" או "זכויות ביקור".⁶⁴ במובן הצר אפשר לפרש את המושגים הסדרי ראייה וזכויות ביקור כמתייחסים לזכות ההורה הלא-משמורן להיפגש עם הילדים במועדים מסוימים.⁶⁵ אלא שלמונחים אלה ישנה קונוטציה ההופכת את ההורה הלא-משמורן לשולי, ולפיה על בית המשפט להסדיר את הזמנים שבהם ההורה הלא-משמורן יוכל לראות את ילדיו או שבהם הילדים באים לבקר את ההורה הלא-משמורן; לפיכך נתייחס במאמר זה למושג הניטרלי יותר – זמני שהות – המבטא את המועדים שבהם כל אחד מן ההורים יהיה עם הילדים.⁶⁶ זמני שהות מקובלים במובן זה הם, למשל, שהילדים יהיו עם האם בימי ראשון, שלישי וחמישי, בעוד שבמימי שני ורביעי הם יהיו עם האב; שישי ושבת נחשבים "סוף שבוע", אשר בהם מקובל כי ההורים עורכים רוטציה של שבוע – שבוע: בשבוע אחד הילדים נמצאים עם האם בסוף השבוע ובשבוע שלאחריו הילדים נמצאים בסוף השבוע עם האב.⁶⁷ עם זאת יש לציין, כי על אף שזמני שהות כגון אלה מקובלים מאוד – לפחות במגזרים מסוימים – הם אינם בבחינת "תורה מסיני" אשר מיושמת בכל המקרים, ובתי המשפט מנסים להתאים את זמני שהות לכל מקרה

62 הקר הורות במשפט, לעיל הערה 8, בעמ' 131-137.

63 Steven L. Novinson, *Post-Divorce Visitation: Untying the Triangular Knot*, 2003 U. ILL. 121; Ayelet Blecher-Prigat, *Rethinking Visitation: From a Parental to a Relational Right*, 16 DUKE J. GENDER L. & POL'Y 1 (2009); Meredith Larson, *Child Custody, Visitation & Termination of Parental Rights*, 10 GEO. J. GENDER & L. 713 (2009).

64 למאמר אשר בו חטאתי והשתמשתי במונח "הסדרי ראייה", ראו יואב מזא"ה "אכיפה של הסדרי ראייה הפרקליט נא 227 (2011) (להלן: מזא"ה "דסדרי ראייה").

65 ראו גם את ההתייחסות הפוגענית שבס' 24 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962, המדבר על "זכויות ההורה שלא יחזיק בקטין לבוא עמו במגע".

66 אני מודה בהקשר זה לרותי דניאל ועל רבנויה, במסגרת הכנס "הורות בפרקטיקה ובמשפט – טרמינולוגיה, רטוריקה, מחקר וחקיקה" אוניברסיטת חיפה (13.05.12) וכן לשופטת מרינה לוי, אשר האירו לי נקודה זו.

67 ראו למשל ע"מ (מתווי ת"א) 1125/99 ד.ל. נ. ג.ג. (טרם פורסם, 28.05.2000); תמ"ש (משפחה ת"א) 1242/04 פלוני נ' פלונית (טרם פורסם, 21.05.2005); ע"מ (מתווי ת"א) 1242/04 פלוני נ' פלונית (טרם פורסם, 23.5.2005); תמ"ש (משפחה י"ם) 12820/06 ג.ק. נ' ע.ק. (טרם פורסם, 16.8.2006) (להלן: תמ"ש 12820/06); תמ"ש (משפחה י"ם) 127170/06 א.ע. נ' ז.א. (טרם פורסם, 25.1.2009); תמ"ש (משפחה ת"א) 20543-09 פלוני נ' אלמונית (טרם פורסם, 17.4.2012). וכן הקר הורות במשפט, לעיל הערה 8, בעמ' 105, 280.

"משמורת ילדים": מושג מהותי או כותרת תלויה?

ומקרה על פי נסיבותיו.⁶⁸

לענייננו חשוב להבהיר, כי שאלת המשמורת היא שאלה נפרדת מסוגיית זמני השהות. היות שההכרעה בסוגיית המשמורת היא הליך מסובך וארוך ואילו את זמני השהות צריך לקבוע – לפחות זמנית – באופן מיידי משעה שנפרדו בני-הזוג, הפרקטיקה המקובלת היא כי זמני השהות – ולו זמניים – נקבעים זמן רב לפני שנקבע מי מההורים יהיה ההורה המשמורן.⁶⁹ במובן זה, הפער הכרונולוגי שבין ההכרעה בסוגיית זמני השהות, המתבצעת בשלב מוקדם של התהליך, לבין ההכרעה בסוגיית המשמורת, המתבצעת בשלב מאוחר, ממחיש את העובדה כי זמני השהות נקבעים על פי רוב בטרם יודעים הצדדים ובטרם יודע בית המשפט מי יהיה ההורה המשמורן. ייתכן כי המקור לבלבול ולדעה המקובלת המקשרת בין משמורת לזמני השהות נרחבים הוא בכך, שעל פי רוב האם מקבלת הן זמני השהות נרחבים והן משמורת בלעדית על הילדים.⁷⁰ אולם העובדה שישנו מתאם סטטיסטי בין שתי התופעות אינה מעידה על כך שיש ביניהן קשר הכרחי.⁷¹

מבחינה מהותית, הנושאים שעומדים על הפרק בשתי סוגיות אלה הם שונים במהותם: זמני השהות עוסקים בחלוקת זמן הטיפול בילדים – באלו ימים יהיו הילדים בכל בית; שאלת המשמורת, לעומת זאת, נתפסת כפי הנראה כעוסקת בסמכויות ובזכויות מסוימות אשר ניתנות להורה המשמורן, בלי קשר לשאלה מתי יהיו הילדים בביתו שלו ומתי אצל ההורה האחר. חיזוק לכך אפשר למצוא במקרים אשר בהם דווקא ההורה הלא-משמורן קיבל זמן רב יותר עם הילדים.⁷² כך למשל, בתמ"ש 1886/04 דובר בזוג שלו ארבעה ילדים, אשר התגרש.⁷³ שלוש הבנות הגדולות סירבו להיות בקשר כלשהו עם האם וגרו בפועל אצל האב. בכל זאת קבע בית המשפט כי המשמורת על הבנות תהיה משותפת, אף שבפועל לאם לא היה קשר מעשי אל הבנות. דוגמאות מעין אלה מעלות את השאלה בדבר משמעותה של המשמורת. בדומה לכך בתמ"ש 3521/04 נקבע כי המשמורת על הבת תהיה בידי האב, אך לאם תהיה אפשרות להרחיב את זמני השהות שלה כך שהילדה תהיה מרבית הזמן אצלה (ובמילים

68 תמ"ש (משפחה ת"א) 6680/02 פלוני נ' פלוני (טרם פורסם, 8.6.2003); ע"מ (מחוזי ת"א) 1155/03 פלוני נ' פלוני (טרם פורסם, 26.12.2005); תמ"ש (משפחה ת"א) 54297/02 פלוני נ' אלמונית (טרם פורסם, 1.7.2007); תמ"ש (משפחה י-ם) 2471/05 ל.א. נ' צ.י. (טרם פורסם, 3.7.2011); תמ"ש (משפחה ת"א) 8309-06-11 ק.ש. נ' מ.ע.ב. (טרם פורסם, 9.2.2012).

69 ראו למשל ע"א 5166/98 פלוני נ' אלמוני (טרם פורסם, 5.1.99); בג"ץ 6860/05 פלוני נ' בית הדין השדעי לערעורים (טרם פורסם, 26.12.05); בע"מ 6632/07 א' פלוני נ' פלוני (טרם פורסם, 1.8.07); בע"מ 1536/09 פלוני נ' פלוני (טרם פורסם, 3.3.09).

70 ראו הקר הורות במשפט, לעיל הערה 8, בעמ' 35-28.

71 ראו Dominique Drouet-Mari & Samuel Kotz, Correlation and Dependence (2001).

72 ראו למשל תמ"ש (משפחה א"י) 1724/00 ק.ד. נ' ק.י. (טרם פורסם, 20.3.2008) (להלן: תמ"ש 1724/00).

73 תמ"ש (משפחה י-ם) 1886/04 א.ל. נ' פ.ל. (טרם פורסם, 8.8.06).

אחרות, המשמורת תהיה בידי האב, חרף העובדה שהבת תהיה מרבית הזמן אצל האם).⁷⁴ באותו אופן, בע"מ 1099/06 דובר בזוג ירושלמי שהתגרש ולו שני ילדים, אשר עליהם קיבלה האם את המשמורת.⁷⁵ עם זאת בשונה מן האב, אשר היה זמין לילדים, האם עברה שעות ארוכות ובשלב מסוים אף החלה לעבוד באזור המרכז, מה שגרם לה להיות זמינה אף פחות לילדים. בעקבות זאת הילדים – ובעיקר הבת – שהו מרבית הזמן עם האב. בין בני-הזוג כלל לא היה ויכוח באשר לזמני השהות. למעשה אילוץ העבודה של האם הכתיבו שבמרבית הזמן הילדים יהיו בבית האב. למרות זאת, כאשר ביקש האב כי המשמורת הפורמלית תשונה, בטענה שעליה לבטא את היקף הזמן שהילדים נמצאים אצל כל אחד מן ההורים, דחה בית המשפט את בקשתו, הן בית המשפט לענייני משפחה והן בערעור בבית המשפט המחוזי. אחד הנימוקים המרכזיים של בית המשפט לדחייתו היה, שהמשמורת אינה חייבת לשקף את מידת הזמן שבו כל אחד מן ההורים מטפל בילדים.⁷⁶

פסק דין מרתק בהקשר זה הוא בעניין תמ"ש 11657/03. דובר שם במקרה, שבו עקב מתחים קשים בין הילדות לאמן נקבעה משמורת אב (תוך שבית המשפט קבע זמני שהות אשר על פיהן שהו הבנות עם האם פעמיים בשבוע – ובכלל זה לינה אחת בלבד – ובכל סוף שבוע שני ללא מוצאי שבת). כעבור זמן הגישה האם בקשה כפולה – הן כאשר להרחבת זמני השהות, דהיינו הוספת לינה אחת בשבוע, והן כאשר לשינוי המשמורת, כך שהמשמורת תוגדר משמורת משותפת. על פי הגישה הרואה קשר מסוים בין זמני השהות לסוגיית המשמורת, היה אפשר אולי לצפות כי בית המשפט יקשור בין הדברים. אלא שהשופט ויצמן במקרה זה דחה את הבקשה לשינוי זמני השהות, אך בה בעת קיבל את בקשת האם לשינוי המשמורת וקבע, כי המשמורת על הבנות תהיה משותפת.

לאחר שדחה השופט ויצמן את הבקשה להרחבת זמני השהות הוא התייחס לסוגיית המשמורת והסביר, כי למעשה אין לסוגיה כמעט כל השלכות מעשיות, ודאי שלא כאשר לזמני השהות. לפיכך, חרף העובדה שהשופט ויצמן סירב להרחיב את זמני השהות, בכל זאת הוא החליט לקבל את התביעה לשינוי המשמורת כך שהיא תהיה משותפת. החלטתו נבעה מן התפיסה שמשמורת היא בגדר כותרת בלבד, אך למשמורת משותפת יתרון בכך שיש בה כדי ליצור הרגשה טובה ותחושת מעורבות אצל שני ההורים ולשנות את יחסו של הילד אל ההורה השני. ובלשונו:

74 תמ"ש 3521/04, לעיל הערה 48. בעניין זה נקבע, כי כנקודת מוצא הילדה תשהה אצל האב בימים א, ג ו-ה ובכלל סוף שבוע שני ואצל האם בימים ב ו-ד ובכלל סוף שבוע שני. ואולם נקבע עוד, כי לאחר שהאם תעבור הדרכה הורית היא תוכל לקבל את הילדה ליום נוסף בכל שבוע, מה שיגרום לכך שחלוקת הזמנים בין ההורים תתהפך.

75 ע"מ (מחוזי י"ם) 1099/06 פלוני ז' פלונת (טרנו פורס, 10.4.07) (להלן ע"מ 1099/06).

76 שם. שיקולים נוספים שציין בית המשפט הם למשל שהעברת המשמורת אל האב תפגע במעמד האם בעיני הילדים, מאחר שההליכים בין בני-הזוג מוזיקים לילדים, ועוד.

77 תמ"ש 11657/03, לעיל הערה 54.

"משמורת ילדים": מושג מהותי או כותרת חלולה?

אני מדגיש כי [סוגיית המשמורת היא – "מ" הרכיב השני, ולא הראשון, ולא בִּכְדִי, שכן בנסיבות הענין שלפנינו, אחר שקבענו את מתכונת הסדרי הראיה בפועל ואת חלוקת הזמן ההורי שבין הצדדים הרי ש"הכותרת" באשר לחלוקה זו הינה מישנית וחשובה פחות... ואולם, בצד דברים אלו, גם ל"תוית" ול"כותרת" יש את חשיבותן שלהן שעיקרה בתחושה שהיא מעניקה להורים ולקטין.⁷⁸

נמצא אפוא, כי הטענה שלפיה מושג המשמורת קובע את היקף חלוקת הזמנים של כל אחד מן ההורים בטעות יסודה. "זמני השהות" קובעים את חלוקת הזמנים שבה שוהים הילדים עם כל אחד מן ההורים, ואילו "משמורת" היא כותרת כלשהי, אשר אינה מעידה בהכרח על היקף המעורבות של כל אחד מן ההורים ואשר את משמעותה ואת תוכנה יש עוד צורך לברר.

טענה אחרונה שיש להזכיר בהקשר של משמעות המשמורת היא טענה הנשמעת לא-פעם, ולפיה משמעות המשמורת היא שביתו של ההורה המשמורן הוא "הבית" או "הבית המרכזי" של הילד.⁷⁹ גם טענה זו בטעות יסודה. הילד, כפי שראינו, מחלק את זמנו בין ביתו של האם לביתו של האב בהתאם לזמני השהות שנקבעו. על רקע זה ראינו, כי העובדה שהורה הוא משמורן אינה מעידה בהכרח על כך שהילד ישהה בביתו מרבית הזמן. כאמור ייתכן שהורה יהיה משמורן ובכל זאת הילד עשוי לשהות חלק גדול מן הזמן ולעתים אף מרבית הזמן בביתו של ההורה האחר. האם יראה הילד את אחד הבתים כביתו הבלעדי או המרכזי, ואילו את הבית השני כבית שבו הוא מתארח, או האם הוא יראה את שני הבתים כבתיו? שאלה זו היא שאלה סובייקטיבית, והיא תוכרע על פי מה שישדרו לילד הוריו כמו גם על פי תחושותיו של הילד עצמו.⁸⁰ מה שברור הוא, כי זוהי איננה שאלה משפטית. לפיכך הטענה הפופולרית שלפיה המשמורת קובעת היכן יהיה ביתו של הילד – או למצער היכן יהיה ביתו העיקרי של הילד – אף היא מבוססת על חוסר הבנה.

נמצאנו למדים, כי מושג המשמורת הוא מושג שלו השלכות פחותות בהרבה ממה שנדמה. סמכויות ההורים בעניינים בעלי משמעות נקבעות מבחינה משפטית על פי האפוטרופסות, מושג שהוא שונה ושאינו תלוי בשאלת המשמורת. המציאות בשטח והקשר היומיומי עם הילדים, כמו גם מרכזיות כל אחד מן הבתים עבור הילדים והיקף הזמן שבו

78 שם, בפס' 15-17 לפסק הדין. יש לציין עם זאת, כי השופט ויצמן אינו עקיב באופן שבו הוא מתייחס למושג המשמורת, ובפסק הדין עצמו ישנן התנסחויות נוספות בנוגע למושג המשמורת, אשר קשה ליישבן בצורה קוהרנטית (ראו שם, בפס' 15-24 לפסק הדין).

79 ראו אורנה כהן "תחושת רווחה – אמהות ואבות גרושים, המגדלים את ילדיהם בעצמם" *חברה ורווחה* טו 379 (1995); רומי ולוי, לעיל הערה 6; וראו גם אבנר חי שאקי: "עיון מחודש בטיבה של זכות ההורים למשמורת ילדיהם הקטנים", *עיוני משפט* ט 59 (1983) (להלן: שאקי "עיון מחודש").

80 Michael Lamb & Joan Kelly, *The Continuing Debate About Overnight Visitation: Using the Empirical Literature to Guide the Development of Parenting Plans for Young Children: A Rejoinder to Solomon and Biringen* 39 FAMILY COURT REVIEW 365 (2001).

שוהים הילדים בכל בית נקבעים על פי זמני השהות, וגם כאן כאמור למשמורת אין בהכרח תפקיד.

אם כך, השאלות המתעוררות הן מהי משמעותו של מושג המשמורת, מה קובע מושג זה ומהי תכליתו. מצד אחד, מושג המשמורת, בראש ובראשונה בגלל הממד ההיררכי הטמון בו, הוא גורם מרכזי בזירת הגירושין בישראל. השפעתו ניכרת הן במאבק הטעון מאוד בין ההורים – מי מהם יקבל את המשמורת על הילדים ומי את הסטטוס המודר והמדיר של ההורה הלא-משמורן (הלכה למעשה "ההורה המושני") – והן בשיח הציבורי, אשר בו שאלת המשמורת בכללותה (וחזקת הגיל הרך בפרט) היא מקור למאבקי כוח משמעותיים בין ארגונים שונים בעלי אג'נדה מגדרית. ואולם מצד אחר, קשה להבין מאין שואב מושג המשמורת את המשמעות שהצדדים מייחסים לו למרות חוסר המשמעות המהותי שלו.

נראה כי מושג המשמורת יובא ארצה משיטות משפט זרות, ובראשן שיטת המשפט האנגלית והאמריקנית.⁸¹ בשנות החמישים והשישים הזכירו פסקי דין מסוימים מונחים אנגליים ובהם "אפוטרופסות",⁸² "זכות שמירה",⁸³ "זכות פיקוח",⁸⁴ "משמר",⁸⁵ "זכות הגישה לילד",⁸⁶ "שמירת הילד",⁸⁷ "חזקת קטנים",⁸⁸ "פיקוח והשגחה",⁸⁹ "החזקת ילדים"⁹⁰ ואחרים. עם הזמן הלכה וגברה ההפניה למושפט האמריקני ולמונח "משמורת" בצורה כללית יותר, מתוך תפיסה כי בארצות הברית המושג משמורת (custody) משמש מושג היסוד המרכזי בכל הנוגע להגדרת זכויות וחובות ההורים ביחס לילדיהם.⁹¹ על רקע זה השתמשו

- 81 ראו למשל Leslie Joan Harris, *Symposium Jazzing Up Family Law: The Basis For Legal Parentage and the Clash Between Custody and Child Support*, 42 IND. L. REV. 611 (2009). אך ראו גם Justice Booth, *Child Legislation Custody: Its Judicial Interpretation*, 3 STATUTE L. REV. 71 (1982); Leong, *and Statutory Definition*, לעיל הערה 45.
- 82 בג"ץ 85/47 שובלי נ' שובלי, פ"ד ג(1) 142 (1950).
- 83 בג"ץ 125/49 אמאדו נ' מנהל מחנה העולים בפידס חנה, פ"ד ד(1) 1 (1950).
- 84 בג"ץ 113/50 דימון נ' דימון, פ"ד ד(1) 178 (1950).
- 85 בג"ץ 36/50 גוטליב נ' גוטליב, פ"ד ה(1) 57 (1950).
- 86 שם.
- 87 ע"א 7/50 שיינגרטן נ' שיינגרטן, פ"ד ה(1) 708 (1950).
- 88 ע"א 50/55 הרשקוביץ נ' גרינברגר, פ"ד ט 791 (1955).
- 89 שם.
- 90 בג"ץ 86/55 דרעי(נחום) נ' יו"ר ההוצאה לפועל ירושלים, פ"ד ט 1938 (1955).
- 91 ד"ר 23/72 גולדשטיין נ' גולדשטיין, פ"ד כו(2) 197 (1973); בג"ץ 201/76 מסארוזה נ' מסארוזה, פ"ד ל(3) 288 (1976); בג"ץ 367/76 דיוויס נ' קופלנד, פ"ד לא(1) 459 (1976); בג"ץ 71/80 סלייח נ' ארשיד (סלייח), פ"ד לה(1) 100 (1980); ע"א 577/83 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד לח(1) 461 (1983); ע"א 740/87 פלונית נ' אלמוני פ"ד מג(1) 661 (1989); ע"א 546/89 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מה(1) 185 (1990).

"משמורת ילדים": מושג מהותי או כותרת חלולה?

משפטנים ישראליים במושג זה משך עשרות שנים, מבלי לבחון אם מושג משפטי זה משתלב – ואם כן כיצד הוא משתלב – בשיטת המשפט הישראלית.⁹² אלא שכידוע הסכנה בייבוא מושגים משפטיים משיטות משפט זרות היא, שמושג שמתאים לשיטת משפט אחת לא בהכרח יתאים לשיטת משפט אחרת.⁹³ ייתכן שסכנה זו אכן התממשה בהקשר של ייבוא מושג המשמורת לשיטת המשפט הישראלית. כך למשל, בשיטת המשפט האמריקנית ישנם למעשה שני מושגים של משמורת – משמורת פיזית ומשמורת משפטית. המשמורת הפיזית קובעת היכן יהיה הילד: עם מי הוא יגור, כיצד הוא יחלק את הזמן בין בית האם לבית האב וכיוצא באלה.⁹⁴ המשמורת המשפטית קובעת מי מהורים יהיה בעל הסמכות לקבל החלטות והכרעות בנוגע לילד: קביעת מקום מגוריו, החינוך, טיפול רפואי וכדומה.⁹⁵ נדמה כי מושגים אלה תואמים במידה רבה את המושגים הישראליים של זמני שהות ואפוטרופסות. מה שמכונה בארצות הברית משמורת פיזית הוא למעשה זמני השהות הישראליים,⁹⁶ ואילו מה שקרוי בשיטת המשפט האמריקנית משמורת משפטית הוא בפועל מושג האפוטרופסות בשיטת המשפט שלנו.⁹⁷ לאור דברים אלה נראה, כי ההתייחסות הישראלית אל מושג המשמורת כאל מושג נוסף על צמד מושגי היסוד "זמני שהות" ו"אפוטרופסות" עשויה לשקף חוסר הבנה בסיסי של

- 92 ראו למשל את בג"ץ 301/71 דק"ן נ' קהן, פ"ד כה(2) 372 (1971); בג"ץ 128/72 נאצר ואח' נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים, פ"ד כו(2) 403 (1972); עמוס שפירא "משמורת קטינים – 'טובת הילד' והכרה בפסקי-דיווח" משפטים ד 291 (1973); שאקי "עיון מחודש", לעיל הערה 79.
- 93 ראו Assaf Likhovski, *Argonauts of the Eastern Mediterranean: Legal Transplants and Signaling*, 10 THEORETICAL INQUIRIES IN LAW 619 (2009); Michele Graziadei, *Legal Transplants and the Frontiers of Legal Knowledge*, 10 THEORETICAL INQUIRIES IN LAW 723 (2009).
- 94 Mark D. Matthews, *Curing The "Every-Other-Weekend Syndrome": Why Visitation Should Be Considered Separate and Apart from Custody*, 5 WM. & MARY J. WOMEN & L. 411 (1999); Matthew A. Kipp, *Maximizing Custody Options: Abolishing The Presumption Against Joint Physical Custody*, 79 N.D. L. REV. 59 (2003) וראו גם Family Code, §§ 3002-04 (1994).
- 95 Robert G. Spector, *The Oklahoma Law of Child Custody and Visitation: Present Positions and Future Trends*, 45 OKLA. L. REV. 389 (1992).
- 96 Suzanne Reynolds, *Lee's North Carolina Family Law* § 13.2 (5th ed. 1999); Hilary Lewis & Michael Wilson, *Child Custody, Visitation and Termination of Parental Rights*, 12 GEO. J. GENDER & L. 449 (2011). יצוין, כי גם בארצות הברית מוכר מושג של visitation, אולם על ההבדל שבין physical custody ל-visitation ניאלץ להרחיב במקום אחר. באשר למשמעות מושג המשמורת באוסטרליה לפני תיקון החוק, ראו J. Thomas Oldham, *Lessons from the New English and Australian Child Support Systems*, 29 VAND. J. TRANSNAT'L L. 691 (1996) (להלן: Oldham, *Lessons*).
- 97 Ash, לעיל הערה 34, בעמ' 788; Suzanne Reynolds, Catherine T. Harris & Ralph A. Peebles, *Back to the Future: An Empirical Study of Child Custody Outcomes*, 85 N.C. L. REV. 1629 (2007) וכן Lewis & Wilson, לעיל הערה 96; מייזלס, לעיל הערה 18, בעמ' 522.

מושג המשמורת (הפיזית והמשפטית) בארצות הברית, כמו גם של המושגים של זמני שהות ואפורטרופסות בשיטת המשפט הישראלית. ייבוא זה של מושג המשמורת אל שיטת המשפט הישראלית הכניס לזירה גורם נוסף, אשר אינו מביא כל תועלת וכפי שנראה אף גורם נזקים לא-מבוטלים.

ג. נפקדות המשמורת

ראינו אפוא כי בשם מושג המשמורת, ההורים מנהלים מאבק טעון מאוד זה בזה על מה שהם תופסים כדבר המעניק את הסטטוס של ההורה החשוב יותר בחיי הילד. אלא שבשיטת המשפט הישראלית כאמור, זכויות ההורים וחובותיהם בנוגע לילדיהם (כמו גם היקף הזמן שבו יהיו הילדים עם כל אחד מן ההורים) נקבעות באופן בלעדי כמעט על פי צמד המושגים "אפורטרופסות" ו"זמני שהות". מהי אפוא המשמעות המעשית שקיבל מושג המשמורת בזירה המשפטית הישראלית, מושג שאין לו הלכה למעשה כל נפקות חוקית כמעט? אכן, חמקנותו של מושג זה אתגרה במקרים מסוימים את בתי המשפט, וחלק מן השופטים ניסו – לא בהצלחה יתרה – להגדיר את מושג המשמורת באופן פוזיטיבי ולהאיר את השלכותיו.⁹⁸ פסק דין עקרוני בסוגיה זו ניתן בפרשת ע"א 2266/93.⁹⁹ בעניין זה נדונה שאלת סמכויותיו של ההורה המשמורן, ובמסגרת זו ניסה הנשיא שמגר (כתוארו אז) להגדיר את מושג המשמורת. תחילה קבע הנשיא כי שאלת המשמורת היא שאלה חשובה; לפיכך, כאשר ההורים נפרדים עולה הצורך לקבוע מי מן ההורים יהיה ההורה המשמורן (או, בשמו האחר, ההורה שמחזיק בילד) ומי מהם יהיה ההורה הלא-משמורן, בין השאר משום שהמשמורת מעניקה להורה המשמורן את הזכויות ה"גלעיניות" בנוגע לילד. כדברי הנשיא שמגר:

משמחליטים האב והאם לסיים את תיהם המשותפים ולהיפרד זה מזו, קם ההכרח להעניק משמורת פיזית על הילד לאחד מהם, והאחר זוכה בזכויות ביקור בלבד. הזכות להחזיק בילד מתפצלת בנסיבות כאלה משאר ענייני האפורטרופסות. אין ספק כי הזכות להחזיק בילד היא הזכות ה"גלעינית", ולכן ניטשים סביבה מרבית המאבקים בעת פרידת ההורים.¹⁰⁰

אלא שבהמשך קבע הנשיא שמגר, שחרף העובדה שהורה אחד מוגדר הורה משמורן והשני מוגדר לא-משמורן, בכל זאת ההכרעות החשובות נותרות בידי שני ההורים:

98 ראו למשל את עניין פלורסהיים, לעיל הערה 6, בעמ' 727; 292 P.2d; 795, 799 (Or. 1956); Burge v. City & County of San Francisco, 41 Cal.2d 608, 262 P.2d 6 (1953); Spencer v. Spencer 567 P.2d 112 (Okla. Ct. App. 1977).

99 ע"א 2266/93, לעיל הערה 1.

100 שם, בעמ' 236.

"משמורת ילדים": מושג מהותי או כותרת תלולה?

המשפט הישראלי אינו מעניק זכות יחיד להורה המשמורן על כלל ענייני האפטרופסות, והענקת החזקה למי מן ההורים משיירת זכויות עורפות המוסיפות להיות נתונות לשני ההורים גם יחד.¹⁰¹

מקריאת ההתנסחות העמומה של הנשיא שמגר בדבר הזכות ה"גלעינית" של ההורה המשמורן מתקבל הרושם, כי להורה המשמורן עומדות זכויות מהותיות אשר אינן עומדות להורה האחר. אלא שלמקרא המשך הדברים הבלבול רק מתגבר:

ברור שלהורה המשמורן נתון שיקול הדעת לקבל החלטות שהן טפלות או אינהרנטיות לזכות למשמורת, בלא צורך להיוועץ בהורה האחר... קשה לגדור את קו הגבול בין אותם נושאים שהם טפלים ונגזרים אחר המשמורת, לבין הנושאים שההכרעה בהם נותרת בידי שני ההורים, אך נראה כי ניתן להכליל ולומר שמדובר בהחלטות עקרוניות הנוגעות לזכות-חובתו הכללית של ההורה כלפי הילד: דאגה לחינוכו הכללי והדתי של הקטין, פיקוח על רכושו, דאגה לבריאותו של הקטין. בכל הנושאים הללו על ההורים להחליט תוך שיתוף פעולה והסכמה... הגיונה של גישה זו נעוץ בכך שחובותיו וזכויותיו של הורה כלפי ילדיו אינן מתמצות אך בזכות להחזיק בו, ואינן מסתיימות משנמסרת החזקה בו להורה האחר, ולהפך. גישה המעניקה מונופול להורה המשמורן פוגעת לא רק בזכויותיו של ההורה האחר אלא גם בילד. נניח, לדוגמה, שהמשמורת נמסרת לאם, והאב חייב במזונותיו; האם יעלה על הדעת שרק חובות יהיו לו כלפי ילדיו, אך לא זכויות – מזכויות ביקור ועד שיתוף בהכרעות בדבר חינוך? איזה קשר יכול להיווצר בין אב שכל הזיקה בינו לבין ילדו מתבטא בתשלומי המזונות המשולמים לידי אמו?¹⁰²

נרמה כי בניסיונו לתחום את קו הגבול ולהגדיר את תחומי האחריות הייחודיים להורה המשמורן, הנשיא שמגר הצליח לעמוד על הבעייתיות של תיחום זה אך לא תרם דבר להתרתה. מהם בעצם תחומי האחריות העורפים של ההורה המשמורן? מצד אחד, הדעת נותנת כי החלטות טפלות הנובעות מן הטיפול היומיומי בילד יוכרעו בידי ההורה אשר אצלו נמצא הילד באותו זמן, ולפיכך הן ייקבעו למעשה על פי זמני השהות. מובן שכאשר הילד נמצא אצל מי מן ההורים, אותו הורה רשאי – ואולי אף חייב – לעצב את חיי הילד בכל ענייני היומיום (או העניינים ה"טפלים" בלשוננו של הנשיא שמגר) בזמנים שבהם הילד נמצא אצלו. יהיה זה גם מגוון וגם לא-מעשי לומר, כי ההורה המשמורן יכריע בדברים אלה גם כאשר הילד נמצא אצל ההורה השני. את דבריו של הנשיא שמגר יש לפרש כך, שכל הורה יכריע בעניינים הטיפוליים במועדים שבהם הילד נמצא תחת השגחתו. ברור שהרגלי התזונה

101 שם.

102 שם, בעמ' 236-237.

של הילד, מחויבותו ללימודים, שעת ההשכבה ותרבות הפנאי של הילד ייקבעו בידי האם בכל הנוגע לימים שבהם הילד נמצא תחת השגחתה ובידי האב בימים שבהם הילד נמצא תחת השגחתו.¹⁰³ חלוקה זו בין הזמנים שהילד נמצא בהשגחת האם לזמנים שהוא בהשגחת האב נקבעת, כאמור, על פי זמני השהות.

מצד אחר, גם אליבא דנשיא שמגר הדולטות עקרוניות נשארות במסגרת האפוסטרופות, ולפיכך הן אינן מסורות בלעדית להורה המשמורן. מהן אפוא אותן החלטות גלעיניות המסורות בידי ההורה המשמורן רק מעצם היותו משמורן? אכן, תהייה זו הביע השופט בן ארי אטינגר במשפט אשר בו נלחמו שני ההורים על משמורת הילדה:

כבר בפתיחת דברי אציון, כי הסדרי הראייה שנהגו (ונוהגים) בין ההורים מעוררים את השאלה "פולי האי למה לי"? דהיינו, מה בעצם רוצה כל אחד מהם באמת? הן בפועל נמצאת הילדה אצל שני ההורים משכי זמן כמעט זהים, כך על פי מה שנהגו בני הזוג משך 5-6 שנים, וכך גם על פי מה שהם נוהגים היום. מה היא אם כך משמעותה של דרישת המשמורת? הן לא נשמעה מפי מי מהם טענה על כי יש לצמצם את פרקי הזמן שהילדה שוהה עם ההורה השני. מה אפוא רצונם של התובעים שמשני הצדדים להשיג?¹⁰⁴

משמעות אחת של המשמורת נוגעת להטבות שלהן זכאי ההורה המשמורן מתוקף היותו "חד-הורי", סטטוס המוענק רק להורה המשמורן, ולא להורה שאינו משמורן.¹⁰⁵ בין אלה כלולות הטבות מסוימות הנוגעות לדיור ולמעונות יום, נקודת זיכוי במס הכנסה, קצבאות המוסד לביטוח לאומי, הנחה בארנונה וכדומה.¹⁰⁶ ואולם עם כל הכבוד להטבות אלה, שוויון הכלכלי הוא למרבה הצער מצומצם. קשה להניח כי הורים נאבקים על המשמורת רק לשם קבלת הטבות אלה, היות שרק המחיר הכלכלי של מאבק המשמורת עלול להאפיל בקלות על שווי ההטבות, עוד בטרם יובאו בחשבון המחירים העקיפים והלא-כלכליים של מאבק המשמורת.¹⁰⁷ מעבר לכך, במישור הנורמטיבי היה ראוי להעניק את ההטבות הסוציאליות

103 ראו למשל את תמ"ש (משפחה כ"ס) 2820/09 פלגני נ' פלוגית (טרם פורסם, 3.3.10), שם אומר השופט יעקב כהן כי "לאב ולאם שיקול דעת אוטונומי ומוחלט בענין ניהול שהות הקטין עימם כל עת שלא הוחלט אחרת ע"י ביהמ"ש".

104 תמ"ש (משפחה ת"א) 36000/06 נ.ד. נ' ש.ד.מ., פס' 2 (טרם פורסם, 15.7.2009) (להלן: תמ"ש 36000/06).

105 ס' 1 לחוק משפחות חד-הוריות, התשנ"ב-1992, ס"ח 1390.

106 ס' 149 לחוק מיסוי מקרקעין (שכר ורכישה), התשכ"ג-1963, ס"ח 405; חוק הבטחת הכנסה, התשמ"א-1980, ס"ח 991; חוק דמי מחלון (בשל העדרות ילד), התשנ"ג-1993, ס"ח 1426; חוק הביטוח הלאומי (נוסח משולב), התשנ"ה-1995, ס"ח 1522; תק' (10)2 לתקנות הסדרים במשק המדינה (הנחה מארנונה), התשנ"ג-1993, ק"ת 5503; תקנות משפחות חד-הוריות (התחשבות בהכנסת הורה יחיד בחישוב דמי אחזקה ילד במעון יום), התשנ"ח-1998, ק"ת 5878.

107 Saayman & Saayman, לעיל הערה 7.

"משמורת ילדים": מושג מחותני או כותרת תלולה?

להורה שהיקף הטיפול שלו בילדים גדול יותר או שהוא זקוק להן יותר מבחינה כלכלית, ולא להעניק את אגד ההטבות הסוציאליות האלה להורה שמחזיק במה שהוא תואר חסר משמעות אינהרנטית (כפי שנראה בהמשך). על רקע דברים אלה, אעבור כעת לדון בזכויות נוספות שמושג המשמורת מעניק לכאורה להורה המחזיק בו ואבחן אותן בביקורתיות.

1. משמורת ומזונות ילדים

אחד הטיעונים המרכזיים באשר למשמעות המעשית של מושג המשמורת נוגע להשפעה שיש למושג המשמורת על היקף החיוב במזונות ילדים.¹⁰⁸ בהקשר זה אציין, כי סוגיית מזונות הילדים היא אחד הנושאים המרתקים והמורכבים בדיני המשפחה, ולא אוכל להיכנס במסגרת מאמר זה לעיון מעמיק וכולל בשאלת החקיקה והפסיקה בדיני המזונות בישראל.¹⁰⁹ החיוב במזונות ילדים נקבע במדינת ישראל כידוע על פי הדין האישי, הוא הדין הדתי של הצדדים.¹¹⁰ עם זאת קבע בג"ץ, כי הסמכות לדון במזונות ילדים – לכל הפחות בנוגע ליהודים – שמורה אך ורק לבתי המשפט האזרחיים ואינה מסורה לבית הדין הרבני.¹¹¹ אמנם בית הדין הרבני רשאי לדון במזונות ילדים מתוקף הסכמה של שני בני-הזוג,¹¹² אולם גם במקרים אלה

108 פרוטוקול ישיבה מס' 110 של הוועדה לקידום מעמד האישה ופרוטוקול מס' 144 של הוועדה לזכויות הילד, הכנסת ה-18, (8.11.2011); וכן ראו למשל ע"מ 1099/06, לעיל הערה 75; מעניין לציין שבכמה פסקי דין ציינו השופטים במפורש, כי במקרה הנדון בפניהם, המוטיבציה של האב לתביעת המשמורת אינה הרצון להפחית מתשלומי המזונות. ראו למשל, ע"מ (מחוזי חי') 318/05 פלוני נ' פלוני, (טרם פורסם, 30.1.06) (להלן: ע"מ 318/05); תמ"ש (משפחה קר') 10440/07 פלוני נ' פלוני, (טרם פורסם, 28.9.08) (להלן: תמ"ש 10440/07); תמ"ש (קר') 17120/07 פלוני נ' פלוני, (לא פורסם, 22.8.10) (להלן: תמ"ש 17120/07). אלא שדווקא הצורך לציין, כי במקרים אלה המוטיבציה לתביעת המשמורת של האב אינה נובעת מרצונו להפחית את חובת המזונות, מעיד אולי על התפיסה, כי במקרים רבים אחרים המאבק על המשמורת דווקא מושפע מאינטרסים הנוגעים למזונות.

109 לדיון על מזונות ילדים, ראו יעקב בוק "חובת האם לזון את ילדיה על פי המשפט העברי" הפדקליט לב 361 (התשל"ט); תיאודור אוריין "עור לעניין חובת האם להשתתף במזונות ילדיה" הפדקליט לו 309 (התשמ"א); קורין אלדי "היש ליישם", לעיל הערה 35; יאיר שיבר "מזונות ילדים קטינים – מגמות חדשות" משפחה במשפט ג-ד 227 (2011).

110 ס' 3(א) לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט-1959, ס"ח 72; ראו זרח ורהפטיג "למקורות החובה למזונות הילדים" תחומין א 255 (התש"ס); מנשה שאוה "מזונות קטינים במשפט העברי ובמשפט הפוזיטיבי" עיוני משפט ז 316, 583 (התש"ס); הלל חבשוש מזונות ילדים – חיוני הורים (2003).

111 יצוין כי על פי החוק, הסמכות לדון במזונות ילדים נתונה הן לבתי הדין הרבניים והן לבתי המשפט לענייני משפחה, והערכאה אשר תדון בתביעה תהיה הערכאה אשר אליה תוגש התביעה ראשונה. (ס' 3 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953, ס"ח 134). עם זאת בעניין שרגאי קבע בית המשפט העליון, כי הסמכות לדון במזונות ילדים נתונה אך ורק לבתי המשפט לענייני משפחה, למעט במקרים שבהם שני בני-הזוג מסכימים ביניהם כי הדין יתקיים בבית הדין הרבני וכן במקרים חריגים נוספים (ראו כר"ע 120/69 שרגאי נ' שרגאי, פ"ד כג(2) 171).

112 ס' 9 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953, ס"ח 134; עניין שרגאי, לעיל הערה 111; בג"ץ 8638/03 אמיד נ' בית הדין הרבני הגדול כירושלים, פ"ד מח(4) 591 (2003); תמ"ש

יוכל ההורה הזכאי למזונות ילדים להגיש בשם הילדים לבית המשפט לענייני משפחה בקשה להגדלת מזונות, ואז כאמור יידון הנושא בבית המשפט לענייני משפחה.¹¹³ במאמר מוסגר ייאמר, כי השילוב של הדין הדתי מחד עם סמכות בלעדית לערכאה האזרחית-חילונית לפרש דין זה מאידך יוצר יציר כלאיסם בעייתי מאוד: דין שהוא דתי במהותו, אך המפורש באופן שהוא מנותק מעקרונות הדין הדתי.¹¹⁴

יריעה זו קצרה מלהכיל תיאור ממצה של הדין האישי הנוגע למזונות ילדים. על פי ההלכה, חובת האב לפרנס את ילדיו רחבה בצורה ניכרת מחובתה של האם – דבר אשר משקף תפיסה פטריארכלית מובהקת. זאת ועוד, חיובו של האב במזונות הילדים על פי הדין הדתי נקבע במשטר אשר בו האב קיבל לידיו את כל הרכוש שנצבר במהלך הנישואין, ולכן אך טבעי היה כי יחילו עליו את החיוב במזונות הילדים. על רקע זה – התפיסה הפטריארכלית המהותנית והחלוקה הלא-שוויונית של הרכוש שנצבר במהלך הנישואין – קבעה ההלכה קביעה גורפת ולפיה האב הוא שחייב לדאוג לצורכיהם ההכרחיים של הילדים, מבלי להתייחס לשאלה אם מצבו הכלכלי של האב טוב ממצבה של האישה.

הדין המהותי בנוגע לחלוקת הרכוש השתנה, וכיום החוק קובע כי הרכוש שנצבר במהלך הנישואין מתחלק שווה בשווה בין בני-הזוג; הרף עובדה זו, בתי המשפט ממשיכים גם כיום לחייב אבות בתשלום מזונות ילדיהם גם כאשר האם מרוויחה יותר מן האב.¹¹⁵ אך חשוב מכך, התפיסה שלפיה האב מחויב במזונות הילדים באופן רחב בהרבה מחובת האם אינה נוגעת רק למצבים שבהם האחריות הטיפולית על הילדים מוטלת כולה או אף ברובה על האם; תפיסה זו חלה גם במצבים שבהם האחריות הטיפולית וזמני השעות הם שוויוניים וכאשר ישנה משמורת משותפת על הילדים. הדין האישי, הקובע כי האב חייב במזונות ילדיו, מבוסס מעיקרו על תפיסה מהותנית של תפקידו של הגבר באשר הוא גבר – כלומר כמפרנס – ולפיכך

(משפחה ת"א 72541/99 ש.א. נ' ש.ד. (טרם פורסם, 11.4.05); תמ"ש (משפחה ת"א 26716/02 ש.א. נ' ש.ד.מ.א. (טרם פורסם, 27.7.06); בש"א 6617/98, לעיל הערה 54; תמ"ש (משפחה י"ם 21962/02 ח.ש. נ' י.ש., תק-מש 2010 (2) 89 (2010)).

113 ראו: ע"א 42/49 משקה נ' משקה, פ"ד ג(1) 88 (1950); ע"א 404/70 עברון נ' עברון, פ"ד כה(1) 373 (1971); ע"א 411/76 שר נ' שר, פ"מ לב(1) 449 (1977); ע"א 289/82 דאובה נ' דאובה, פ"ד לו(4) 625 (1982); ע"א 544/82 חממי נ' חממי, פ"ד לח(3) 605 (1984).

114 ראו ישראל צבי גילת "חילוקי הדינים בעניין חובת המזונות של אב לילדיו על-פי ההלכה – הצעה למודל מחקרי משפט יג 507 (1996); קורניאלדי "היש ליישם", לעיל הערה 35; שיבר, לעיל הערה 109; בכמה פסקי דין היו אמנם ניסיונות למתן אח השפעת הדין הדתי על יישומם של מזונות ילדים, אולם יריעה זו אינה המקום להסביר את השפעתם המצומצמת של פסקי דין אלה. ראו בע"מ 5750/03 אוחנה נ' אוחנה (טרם פורסם, 8.6.2005); בע"מ 2433/04 פלוני נ' פלונית (טרם פורסם, 2.10.2005); ע"מ (י"ם) 590/04 פלוני נ' אלמונית (טרם פורסם, 15.2.05) (להלן: ע"מ 590/04); תמ"ש (י"ם) 19660/07 פלונית נ' אלמוני (טרם פורסם, 3.9.08) (להלן: תמ"ש 19660/07).

115 ראו למשל ע"מ 590/04, לעיל הערה 114; תמ"ש (משפחה ראשלי"צ) 14711/01 פלונית נ' אלמוני (טרם פורסם, 12.1.06); תמ"ש (משפחה י"ם) 6032/02 ב. נ' מ. (טרם פורסם, 7.2.08); תמ"ש (משפחה ת"א 42990/06 ח.נ. נ' י.ק., (טרם פורסם, 28.1.09).

"משמורת ילדים": מושג מהותי או כותרת חלולה?

מיושם בכל מצב, גם כאשר שני ההורים משתכרים באופן שווה וגם כאשר מוטלת עליהם אחריות טיפולית שווה.¹¹⁶

נמצא אם כן, כי התפיסה שלפיה המשמורת היא מה שמעניק את הזכות לקבלת תשלומי מזונות הילדים אינה מדויקת כלל וכלל, בוודאי ככל שהדברים נוגעים לדין המהותי ובמידה לא־מבוטלת גם ברמה המעשית. דיני מזונות ילדים נקבעים על פי הדין הדתי, או ליתר דיוק – על פי הפרשנות החילונית של הדין הדתי. הדין הדתי מחיל כאמור את חיוב המזונות על האב בין אם הוא המפרנס העיקרי ובין אם לאו וחשוב יותר לענייננו – בין אם הוא מעורב בטיפול בילדים באופן שוויוני (ואף מעבר לכך) ובין אם לאו. למושג המשמורת, אשר לכאורה אמור לבטא מידה זו או אחרת של מעורבות בטיפול בילדים, אין בהכרח משמעות מהותית בנוגע לחיוב האב במזונות הילדים. אחד הביטויים לקשר הבעייתי שבין שאלת המשמורת לבין מזונות הילדים עולה, כאשר בוחנים מקרים של משמורת משותפת. על פי הגישה הגורסת כי מושג המשמורת מבטא את מידת האחריות של כל אחד מן ההורים לטיפול בילדים וכי מזונות ילדים נועדו לבטא את חלוקת התפקידים בין האם לבין האב, במובן זה שהאם המשמורתית אחראית לטיפול בילדים והאב לפרנסת הילדים, הרי במקרים של משמורת משותפת היה אפשר לצפות שלא תקום עילה לחיוב האב בתשלומי מזונות ילדים. שכן אם מושג המשמורת מבטא את מידת האחריות הטיפולית של כל אחד מן ההורים, הרי במצב של משמורת משותפת הילדים נמצאים בשני הבתים ושני ההורים אחראים לילדים בצורה שווה. המסקנה היא לכן, כי במצב כזה קשה להצדיק את חיובו של האב בתשלום מזונות הילדים, לכל הפחות במקרים שבהם הכנסות האם והאב שוות או דומות.

סוגיה זו מצריכה מחקר אמפירי אשר אין כאן המקום לערכו, אולם בדיקה של פסקי הדין שבהם הוסכם או נפסק שתהיה משמורת משותפת מעלה, כי בדרך כלל האב מחויב במזונות ילדיו גם כאשר ישנה משמורת משותפת.¹¹⁷ כיוצא מן הכלל שאינו מעיד על הכלל נביא את פסיקתה של השופטת רבקה מקייס בתמ"ש 28102/05.¹¹⁸ בעניין זה דובר בזוג הורים אשר חלקו בנטל הטיפול בבנות, ונקבע כי המשמורת תהיה משותפת. בית המשפט השתכנע כי לכל אחד מן ההורים יכולת כלכלית לדאוג לצורכי הבנות כאשר הן נמצאות אצלו. לפיכך קבעה השופטת מקייס, כי שני ההורים יחלקו באופן שווה בעלויות החינוך של הבנות, ומעבר

116 ראו למשל ע"מ 1099/06, לעיל הערה 75.

117 ראו למשל בג"ץ 805/80 שטיין נ' שטיין, פ"ד לה(4) 512 (1981); בר"ע (מחוזי חי') 636/06 פלוני נ' אלמוני (טרם פורסם, 28.9.06); תמ"ש 10440/07, לעיל הערה 108; תמ"ש (משפחה ת"א) 52946/97 ג.א. נ' ג.ב.א. (טרם פורסם, 30.3.2009); בר"ע (מחוזי ב"ש) 677/08 פ.ח. נ' פ.ל. (טרם פורסם, 1.7.2009); תמ"ש (משפחה קר') 6902/06 פלוני נ' אלמונית (טרם פורסם, 04.03.2010); תמ"ש 17120/07, לעיל הערה 108; תמ"ש (משפחה ים) 3640/10 א.ב. נ' צ.ב. (טרם פורסם, 15.05.2012).

118 תמ"ש (משפחה כ"ס) 28102/05 פלוני נ' פלוני (טרם פורסם, 14.2.10).

לכך "כל אחד מההורים יישא בהוצאות הקטינות במועד בו הן שוהות עמו, לרבות הוצאות כלכלה, ביגוד, מדור והוצאות מדור".¹¹⁹

אלא שפסק דין זה הוא החריג ולא הכלל. למרות ההיגיון הרב של פסק הדין והעובדה כי הוא מבטא חלוקה הוגנת של הנטל בין האב לאם, הרי החוק הפורמלי קובע כי מזונות ילדים נקבעים במדינת ישראל על פי הדין הדתי; דין זה מטיל את החיוב במזונות הילדים על האב, וכאמור אינו מבדיל בין מקרים של משמורת אב למקרים של משמורת משותפת. בהתאם לכך ראינו, כי במישור המעשי הרוב המכריע של פסקי הדין שעוסקים במשמורת משותפת ממשיכים לחייב את האב במזונות הילדים, חרף העובדה שהוא שותף מלא לאחריות הטיפולית בילדים, עד כדי משמורת משותפת.

סוגיה שההכרעה בה אינה מוחלטת היא, אם ברמה המעשית יש בעובדה שההורים מקיימים ביניהם משמורת משותפת על הילדים כדי להשפיע על גובה המזונות שבהם יחויב האב. פסק דין מעניין בהקשר זה הוא פסק דינה של השופטת וילנר מבית המשפט המחוזי בחיפה. בע"מ 318/05 קבעה השופטת וילנר, כי משמורת משותפת עשויה אמנם במקרים מסוימים לגרום להפחתה מגובה המזונות עד כדי 25%; ואולם בה בעת קבעה השופטת, כי דברים אלה נכונים רק באשר לתשלומים שיעביר האב ישירות אל האם. עם זאת, באשר לנטל הכלכלי הגלובלי של הילדים שבו על האב לשאת קבעה השופטת וילנר, כי משמורת משותפת צריכה דווקא להגדיל את הנטל הכלכלי הרובץ על האב:

איני רואה דופי בכך כי הנטל הכלכלי הכולל המוטל על האב בהסדרי משמורת משותפת, יהיה גבוה יותר לעומת דמי המזונות המוטלים עליו בהסדר משמורת בלעדית אצל האם, וזאת כאשר משקללים את דמי המזונות עם ההוצאות בהן האב נושא באופן ישיר.¹²⁰ (ההדגשה שלי – י.מ.).

המסקנה היא אם כן, כי קשה להגיע לממצאים חד-משמעיים בנוגע להשלכותיה של סוגיית המשמורת המשותפת על היקף החיוב במזונות ילדים. מה משמעותם של דברי השופטת וילנר? מצד אחד קבעה השופטת כי במקרים מסוימים (אשר את טיבם היא לא פירטה) המשמורת המשותפת עשויה לגרום להפחתה של עד כ-25% מגובה המזונות; אך מן הצד האחר היא טענה כי המשמורת המשותפת עשויה לגרום להגדלת הנטל הכלכלי שיוטל על האב בנוגע לצורכי הילדים. קשה להבין כיצד יש ליישם דברים אלה וברמה המעשית – מה תהיה (אם תהיה) השפעת המשמורת על סוגיית המזונות. נקודת מבט מעניינת במיוחד, הממחישה את היעדר הקשר הישיר בין שאלת המשמורת לשאלת מזונות הילדים, אפשר

119 שם, בפס' 85 לפסק הדין (ההדגשה שלי – י.מ.).

120 ע"מ 318/05, לעיל הערה 108, בפס' 14 לפסק הדין; ראו למשל את תמ"ש 19660/07, לעיל הערה 114, שם ציטט השופט גרינברגר בשבתו בבית המשפט לענייני משפחה בהסכמה את דבריה של השופטת וילנר.

"משמורת ילדים": מושג מהותי או כותרת חלולה?

למצוא בצורה מובהקת בפסקי הדין שבהם נפסקו מזונות ילדים כאשר ההכרעה במשמורת הייתה הכרעה מסוימת, אך לאחר מכן שונתה. בפסקי דין אלה הייתה לא-פעם קביעה מפורשת של בתי המשפט, כי אין בשינוי המשמורת כדי לשנות את ההכרעה באשר למזונות ילדים.

כך למשל בתמ"ש 17120/07 נפסק, כי על האב לשלם לאם מזונות ילדים בסך 2,650 שקלים חדשים בחודש.¹²¹ קביעה זו ניתנה כאשר משמורת הבנות הייתה בידי האם. אולם כעבור זמן, משנקבע כי המשמורת תהיה משמורת משותפת, השאיר בית המשפט את סכום המזונות על כנו, תוך שהוא קבע כי אין בשינוי המשמורת כדי להצדיק שינוי כלשהו בסכום המזונות.¹²² מקרה קיצוני אף יותר הוא תמ"ש 1181/04.¹²³ בעניין זה נקבע תחילה הסדר לא-שגורתי של "משמורת לסירוגין", אשר על פיו הילדים יגורו בדירה שבה גרו בני-הזוג בטרם הקרע המשפחתי ואילו ההורים יבצעו רוטציה ביניהם וישוהו עם הילדים ברירת המגורים לסירוגין, כל אחד בתורו. על פי הסדר זה, הטיפול בילדים התחלק בין ההורים בצורה שוויונית, ולפיו המשמורת על הילדים היא בידי כל הורה בימים שבהם הוא מטפל בילדים. בשלב זה בהתאם להסדר המשמורת לסירוגין נקבע, כי האב ישלם מזונות ילדים (ובכלל זה את תשלום המשכנתה – אשר שיקף את רכיב המדור) בסך כולל של 3,450 שקלים חדשים לחודש.¹²⁴ עם זאת, משהשתנתה קביעת בית המשפט בעניין המשמורת ונקבע כי האם תקבל משמורת בלעדית על הילדים, נפסק כי האב ישלם מזונות נמוכים יותר.¹²⁵ במילים אחרות, במקביל לכך שהאם קיבלה משמורת בלעדית על הילדים ובאותו פסק דין עצמו, נקבעה הפחתה מסוימת במזונות שהיא קיבלה ביחס לסכום המזונות ששילם האב כאשר הייתה משמורת לסירוגין. נמצא אם כן כי ברמה המעשית, קשה לבסס את הטענה שסוגיית המשמורת משפיעה באופן מובהק על היקף החיוב במזונות ילדים.

אך מעבר לאמור לעיל, על מנת להצדיק את מושג המשמורת לא מספיק לטעון כי ברמה המעשית – הפרוטיבית – ישנה השפעה כלשהי של סוגיית המשמורת על היקף החיוב במזונות. אם אמנם ישנה השפעה כזו, ייתכן שיש צורך לפעול על מנת לבטלה. מבחינה נורמטיבית השאלה הרלוונטית היא, אם ראוי שמזונות ילדים יושפעו מסוגיית המשמורת. ברמה הנורמטיבית, מזונות ילדים נועדו למנוע מצב שבו אחד ההורים מתנער מאחריותו

121 תמ"ש 17120/07, לעיל הערה 108.

122 שם.

123 תמ"ש (משפחה חד') 1181/04 פלזניץ נ' פלזניץ (טרם פורסם, 16.10.05).

124 סכום זה כלל את חלקו של האב במזונות הילדים, מחצית הסכום של 2,500 שקלים חדשים שבה חויב האב. כן חויב האב במלוא תשלום המשכנתה בסך 2,200 שקלים חדשים. יצוין כי מעבר לכך חויב האב גם ב-600 שקלים חדשים מזונות אישה.

125 הסכום שנקבע הוא 3,260 שקלים חדשים. סכום זה כלל מזונות בסך 2,900 שקלים חדשים וכן תוספת מדור בסך 360 שקלים חדשים כל עוד האם תגור בדירה המשותפת או אף אם היא תרכוש מן האב את חלקו בדירה. נקבע, כי במקרה שהאם תעבור לדירה אחרת בשכירות, רכיב המדור יוגדל ל-800 שקלים חדשים.

הכלכלית לילדים וגורם להורה האחר לשאת לבדו בעלויות הילדים כולן (מה שיפגע לא רק בהורה האחר, אלא כמובן גם בילדים).¹²⁶

בהקשר זה ישנן תאוריות רבות המצדיקות תשלומי מזונות לילדים, ומטבע הדברים קצרה יריעה זו מלהביאן בצורה ממצה. על קצה המזלג ממש ייאמר כי הגישה הפטריארכלית, המשתקפת בדין הדתי, רואה באם אחראית לטיפול בילדים ובאב אחראי לפרנסתם, והו מקור חיובו של האב במזונות הילדים.¹²⁷ גישות אחרות ממשיכות קו זה אך בניטרליות מגדרית וגורסות, כי בין ההורים צריכה להתבצע חלוקת תפקידים שבה הורה אחד משקיע את הזמן ואת האנרגיה בטיפול בילדים, ואילו ההורה שאינו מטפל בילדים בפועל צריך לשאת באחריות הכלכלית לצורכיהם.¹²⁸ גישות אחרות מתרכזות בצורכי הילד, ולכן גורסות כי ההורה שבידיו האמצעים הכלכליים צריך לדאוג לצורכי הילד, ואם לשני ההורים יכולת כלכלית – האחריות הכלכלית צריכה להיות משותפת.¹²⁹ ולבסוף ישנן גישות הגורסות, כי ההורה אשר אצלו נמצאים הילדים מוציא את ההוצאות הישירות על הילדים, ולכן ההורה אשר הילדים אינם נמצאים אצלו צריך לשפות את ההורה האחר על הוצאותיו.¹³⁰ ייאמר כי גישות אלה אינן בהכרח מנוגדות האחת לשנייה, ובהחלט אפשר לשלב ביניהן.

- Marsha Garrison, *The Goals and Limits of Child Support Policy*, in CHILD SUPPORT: THE NEXT FRONTIER 16 (J. Thomas Oldham & Marygold Shire Melli eds., 2000); Scott Altman, *A Theory of Child Support*, 17 INT'L J. L. POL'Y & FAM. 173 (2003) לדעות אחרות ולדיון מרתק, ראו John Eekelaar, *Are Parents Morally Obligated to Care for Their Children?*, 11 OXFORD JOURNAL OF LEGAL STUDIES 340 (1991).
- 127 בזק, לעיל הערה 109; ורהפטיג, לעיל הערה 110; שלמה ריכובסקי "מזונות הבנים תקנת חכמים בדיני צדקה" תחומין טז 97 (התשנ"ו); אך ראו מאידך גישה פמיניסטית, המתנגדת לכך: SUSAN MOLLER OKIN, JUSTICE, GENDER AND THE FAMILY 180 (1989); Karen Czapanskiy, *Volunteers and Enlistees: The Struggle for Parental Equality*, 38 UCLA L. REV. 1415 (1991).
- 128 Virginia W. Knox & Mary Jo Bane, *Child Support and Schooling*, in CHILD SUPPORT AND WELL BEING 287 (Irwin Garfinkel, Sara S. McLanahan & Philip K. Robins eds., 1994); Brian Jay Nicholls, *Reduction in Child Support*: 96 Oldham, *Lessons*; 1994) *for Extended Visitation in Utah: Extra-Credit or Financial Time-Out?*, 11 J. L. & FAM. STUD. 193 (2008).
- 129 Catherine Moseley Clark, *Parental Income in Child Support Determinations: What Price for a Child's Best Interest*, 49 CATH. U. L. REV. 167 (1999); J. Thomas Oldham, *The Appropriate Child Support Award When The Noncustodial Parent Earns Less than the Custodial Parent*, 31 HOUS. L. REV. 585 (1994). גם במשפט העברי ישנה התייחסות נרחבת לסוגיה זו, בכל הנוגע לחיוב מזונות ילדים מכוח צדקה: ראו בזק, לעיל הערה 109; ורהפטיג, לעיל הערה 110; ריכובסקי, לעיל הערה 127.
- 130 בזק, לעיל הערה 109; ורהפטיג, לעיל הערה 110; ריכובסקי, לעיל הערה 127; וכן Jo Michelle Beld, *A Minnesota Comparative Family Law Symposium: Improving Child Support Guidelines In Minnesota: The "Shared Responsibility" Model for the Determination of* Oldham, *Lessons*; Child Support. 28 WM. MITCHELL L. REV. 791 (2001).

"משמורת ילדים": מושג מהותי או כותרת חלולה?

המושג לכל התאוריות דלעיל, העוסקות בחלוקת האחריות הכלכלית לילדים, הוא שאף אחת מהן אינה מייחסת משמעות מהותית לשאלת המשמורת. הגישה הפטריארכלית מטילה את האחריות על האב מתוקף היותו אב, ואינה מייחסת משמעות למושג המשמורת.¹³¹ הגישה של חלוקת התפקידים בוחנת איזה הורה מטפל בילדים בפועל (ומטילה על ההורה האחר את האחריות הכלכלית), ולכן מחייבת לקבוע מי מטפל בילדים בפועל; כפי שראינו, עניין זה מושפע מזמני השהות אך לא בהכרח מסוגיית המשמורת.¹³² הגישה הבוחנת את היכולת הכלכלית של ההורים ודאי שאינה מתייחסת לסוגיית המשמורת.¹³³ הגישה הרואה במזונות הילדים תשלומי שיפוי בוחנת איזה מן ההורים הוציא בפועל הוצאות עבור הילדים.¹³⁴ בהקשר זה יצוין כי ועדת שיפמן, העוסקת בהכנת המלצות לרביזיה בסוגיית מזונות הילדים, משלבת בין היבטים שונים בגישות דלעיל וגורסת, כי מזונות הילדים צריכים להיקבע על פי שקלול מסוים של היקף זמני השהות של כל אחד מן ההורים בשילוב עם היכולות הכלכליות של כל אחד מהם.¹³⁵ נמצאנו למדים כי בכל הגישות האלה – למשמורת אין כל תפקיד משמעותי. הגישה הפטריארכלית תומכת באופן קטגוריאלי בכך שהאב ישלם עבור עלות הילדים. לפי הגישות האחרות יש לבחון את היכולות הכלכליות של שני ההורים, את מידת המעורבות שלהם בטיפול בילדים ומי משניהם נושא בעלויות הכספיות של צורכי הילדים. משמורת הילדים אם כן אינה אמורה להיות פרמטר לקביעת מזונות ילדים, ואם היא בכל זאת משפיעה על היקף החיוב במזונות ילדים, הרי היא בגדר שיקול לא-ראוי.

ראינו שבסיסי ההצדקה לחיוב במזונות ילדים על פי התאוריות שסקרנו הם, שהמזונות ייקבעו על פי מידת המעורבות של כל אחד מן ההורים בטיפול בילדים, על פי היכולת הכלכלית של כל אחד מן ההורים ועל פי הקביעה מי מן ההורים הוא שמוציא בפועל את ההוצאות עבור הילדים. לעומת זאת השימוש במשמורת לקביעת החיוב במזונות ילדים עלול לגרום לכך, שהורה משמורן יקבל מזונות ילדים גם אם מצבו הכלכלי טוב יותר והילדים נמצאים יותר אצל ההורה האחר או חרף העובדה שההורה הלא-משמורן הוא ההורה שגם כך נושא ישירות בחלק ניכר של הוצאות הילדים.

מכל האמור לעיל עולה, כי ברמה הפוזיטיבית נראה שלמשמורת אין בדרך כלל השפעה ממשית בולטת על היקף החיוב במזונות, אם כי חשוב לציין שקשה לאמוד נקודה זו במדויק. אך הטענה הנוספת והחשובה יותר היא, כי אף אם ברמה הפוזיטיבית ישנו קשר כלשהו בין

131 דיכובסקי, לעיל הערה 127.

132 לעיל הערה 128; ראו למשל שני פסקי דין אשר בהם קבע השופט זגורי, כי היקף חובת המזונות צריך לשקף את זמני השהות יותר מאשר את ההגדרה הפורמלית של המשמורת: תמ"ש (משפחה טב') 21460-06-10 ז.א.7. (טרם פורסם, 24.2.2011); תמ"ש (משפחה טב') 12107-04-10 ז.ע.ג. (לא פורסם, 25.1.2011).

133 לעיל הערה 129.

134 לעיל הערה 130.

135 ועדת שיפמן לבחינת נושא מזונות הילדים במדינת ישראל. במועד כתיבת מאמר זה המלצות ועדת שיפמן טרם פורסמו. הדברים מתבססים על ראיונות שערכתי עם חלק מחברי הוועדה.

סוגיית המשמורת להיקף המזונות, הרי ברמה הנורמטיבית אין הצדקה לקישור בין מזונות הילדים לסוגיית המשמורת, מה שמערער עוד יותר את הצורך במושג המשמורת.

2. משמורת ומעבר דירה

נראה, כי אחד התחומים העיקריים אשר בהם הייתה עד לאחרונה משמעות מעשית למשמורת הוא בכל הנוגע לזכות ההורה המשמורן ליציבות דירה למקום מרוחק ולקחת עמו את הילדים. בפתח הדברים חשוב לציין, כי סעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות קובע שקביעת מקום מגורים של הקטין היא חלק מאגד הזכויות של אפוטרופסות ההורים. לפיכך, על פי החוק, להורה המשמורן – מתוקף היותו משמורן – אין סמכות להחליט באופן עצמאי היכן יגורו הילדים, ובעניין זה צריכים שני ההורים – האפוטרופסים – להחליט במשותף.¹³⁶ אלא שכאשר שני ההורים אינם מגיעים להסכמה, יכול אחד ההורים לפנות אל בית המשפט; בעבר, כאשר התבקשו בתי המשפט לאשר מעבר מגורים של הורים עם ילדיהם, הם העניקו משקל מכריע לשאלה מיהו ההורה המשמורן, כך שכאשר ההורה המשמורן ביקש לעקור עם הילדים למקום מגורים מרוחק, נהגו בתי המשפט לאשר מעברים אלה.¹³⁷

הקושי בגישה זו נובע מכך, שכפי שראינו מושג המשמורת אינו נושא עמו משמעות רבה בהקשרים אחרים. כפי שהראו פרישטיק ויגלניק במחקרם, העובדה שהורה אחד מוגדר משמורן והאחר לא-משמורן אינה מלמדת על מרכזיותם של כל אחד מן ההורים בחיי הילדים, על היקף הטיפול של ההורים או על הקשר הרגשי של הילדים אל שני ההורים.¹³⁸ לפיכך נשאלת השאלה, מדוע ייחסו בתי המשפט משמעות מכרעת למשמורת בהקשר זה, כך שהתאפשר להורה המשמורן לעקור את הילדים למיקום גאוגרפי רחוק ובכך להפריד ביניהם לבין ההורה השני; שהרי העובדה שהורה אחד הוא משמורן וההורה השני אינו משמורן אין פירושה שההורה המשמורן הוא האמון על הדאגה לצורכי הילדים ועל האחריות לצורכיהם. מחויבות זו, כפי שראינו, היא פונקציה של האפוטרופסות. כאותו אופן, המשמורת אף אינה מבטאת את מידת המעורבות בפועל בטיפול בילדים במובן של חלוקת הזמן בין ההורים. פרמטר זה נקבע על פי זמני השהות, ולפיכך ייחסו משמעות מכרעת לסוגיית המשמורת בהקשר זה אינה נראית במקום.

136 ראו תמ"ש 36000/06, לעיל הערה 104; תמ"ש (משפחה קר) 4331/08 פלוני נ' פלונית (טרם פורסם, 21.7.09) (להלן: תמ"ש 4331/08); תמ"ש 99/107060, לעיל הערה 57; תמ"ש (משפחה קר) 7910/05 ג.ש. נ' ב.ש., פדאור 06(38) 845 (2006).

137 ראו למשל בש"א (משפחה ים) 53517/01 (טרם פורסם, 28.2.01); ע"מ (משפחה ים) 1061/06 פלוני נ' פלונית (טרם פורסם, 07.11.06); תמ"ש (משפחה ת"א) 35245/02 ג.נ. נ' ג.א. (טרם פורסם, 25.9.08).

138 פרישטיק ויגלניק, לעיל הערה 4.

"משמורת ילדים": מושג מהותי או כותרת חלולה?

דוגמה הממחישה את גישתו המסורתית של בית המשפט אפשר למצוא בתמ"ש 1724/00.¹³⁹ בעניין זה דובר בזוג מאילת שהתגרש כאשר שני הילדים הקטנים היו בני שלוש וארבע. בהסכם הגירושין נקבע כי המשמורת תהיה של האם, אולם האב יהיה רשאי לקבל את הילדים בכל יום בין השעה ארבע אחר הצהריים לשבע וחצי בערב ובכל סוף שבוע שני. במשך הזמן החלה האם לנסות ולחבל במפגשים של האב עם הילדים בדרכים שונות, ובכלל זה תלונות חוזרות ונשנות לרשויות הרווחה על כך שהאב פוגע בילדים. תלונות אלה נמצאו משוללות יסוד, ולאחר הערכות של כל הגורמים המעורבים בעניין נקבע, כי האב הוא דמות חיונית לילדים ומיטיבה עמם וכי הקשר של האב עם הילדים משמעותי עבורם ותורם להם. כעבור זמן, כשנתיים וחצי לאחר הסכם הגירושין, החליטה האם לעבור למרכז הארץ. האב התנגד למעבר בטענה שהוא עלול לפגוע בקשר שלו עם הילדים, ואכן פסיכולוג מומחה שמינה בית המשפט קיבל טענתו זו. הפסיכולוג קבע כי המעבר למרכז הארץ עלול להשפיע השפעה דרמטית על הקשר של הילדים עם אביהם, שהוא דמות מרכזית מאוד בחייהם. לפיכך קבע הפסיכולוג כי העדיפות הראשונה מבחינת טובת הילדים היא, שהאם תימנע מן המעבר למרכז ותאפשר לילדים להמשיך וליהנות מן הקשר היומיומי עם שני ההורים. הפסיכולוג המשיך וקבע כי במקרה שהאם תסרב לאפשרות הזו, הרי בבחירה שבין משמורת האם במרכז הארץ למשמורת האב באילת, טובת הילדים היא כי המשמורת תהיה אצל האב באילת. למרות קביעה זו של המומחה פסקה השופטת אשקלוני, כי המשמורת תישאר בידי האם אשר תהיה רשאית לעבור למרכז הארץ ולקחת עמה את הילדים, מכיוון שהמשמורת הייתה עד כה בידיה ועקרון ההמשכיות מחייב להשאיר את המצב הקיים על כנו. יצוין כי פסק דין זה אושר ברוב דעות בבית המשפט המחוזי.¹⁴⁰ דעת הרוב (השופטת צפת) הסתמכה במידה רבה על כך, שהעובדה שהאם היא המשמורתית מלמדת ש"האם היא הדמות הדומיננטית בחיי יומיום של הילדים ובעולמם הפנימי, הם רואים בה את ההורה המגדל העיקרי והיא המשמורתית המועדפת עבורם".¹⁴¹ חשוב עם זאת לציין, כי לדומיננטיות זו של האם ולמשמעות הנלוות של מושג המשמורת אין זכר בחוות הדעת של הפסיכולוג שבחן את המשפחה, אלא זוהי הפרשנות של השופטת צפת למושג המשמורת. פרשנות כזו, כפי שראינו, אינה נכונה, ודאי שבמקרה כגון זה שבו משמורת האם לא נקבעה בעקבות בחינת הדומיננטיות של כל אחד מן ההורים בחיי הילדים אלא בהסכם בין ההורים, הסכם שגם קבע כי האב יהיה רשאי לקבל את הילדים אחר הצהריים בכל ימות השבוע ובכל סוף שבוע שני. נגד דעת הרוב יצא השופט ניל הנדל, בכותבו כי חוות דעת המומחה בחנה לעומק את טובת

139 תמ"ש 1724/00, לעיל הערה 72.

140 ע"מ (מחוזי ב"ש) 119/08 פלוני נ' פלונית (לא פורסם, 13.8.08).

141 שם.

הילדים, תוך התייחסות למרכזיות של כל אחד מן ההורים בחיי הילדים, וכי המומחה קבע שטובת הילדים היא להישאר עם האב באילת ולא לעבור למרכז הארץ עם האם.¹⁴²

יש להדגיש את האבסורד שבפסיקת השופטת אשקלוני ודעת הרוב בבית המשפט המחוזי. הרקע לדיון היה שהן לפי הסטטוט קו והן לפי ההסכם בין ההורים, שני ההורים גרו באילת; פורמלית אמנם הייתה המשמורת לאם, אך האב היה רשאי לקבל את הילדים בכל ימות השבוע ובכל סופשבוע שני. האם הביאה מצב דברים זה לקיצו כאשר היא הודיעה באופן חד-צדדי שהיא מתכוונת לעבור למרכז הארץ. מהי משמעותו של עקרון ההמשכיות, כאשר כל אחת מן האפשרויות היא שינוי דרסטי של מה שהיה? הרי מבחינה מהותית, עקרון ההמשכיות היה אמור להותיר את המצב הקיים בחיי הילדים על כנו, ולכן בהחלט היה אפשר לומר שיישומו של עקרון ההמשכיות הוא להותיר את הילדים באילת ולאפשר את המשך מעורבותו היומיומית של האב בגידולם. אולם בית המשפט השתמש בעקרון ההמשכיות בצורה פורמליסטית וצרה (שלא לומר צינית) והביא הלכה למעשה ליצירתו של שינוי דרמטי בחיי הילדים. כדבריו של השופט הנדל: "מתן הכשר ל[אם – י' מ'] ליישם תוכנית זו [של העברת הילדים למרכז הארץ – י' מ'] יפגע בהמשך יציבות הקשר בין המערער לילדיו. זהו פן אחר של עיקרון ההמשכיות שחשוב לא פחות".¹⁴³

פסק דין זה, כמו רבים אחרים, ממחיש את הבעייתיות של מושג המשמורת.¹⁴⁴ מצד אחד, מדובר במושג חלול וריק מתוכן אשר זיינו מבטא הרבה בנוגע לחיי הילדים ולחלוקת האחריות ההורית בין ההורים; ומן הצד האחר בתי המשפט משתמשים בו ככלי מרכזי שבאמצעותו הם נוטים לאשר מעבר מגורים, שהוא אחד הצעדים הדרמטיים ביותר מבחינת היקף השפעתו על מידת הקשר של הילד עם ההורה השני.

יש להניח כי אנומליה זו הייתה הרקע למגמה חדשה של פסקי דין, אשר בהם פסקו בתי המשפט כי אמהות משמורניות אינן רשאיות לעבור דירה עם הילדים למקום מגורים רחוק, כיוון שאין בעובדה שהן משמורניות כדי לאשר להן להרחיק את הילדים מאביהם.¹⁴⁵ עם זאת, עדיין קשה לקבוע כי סוגיה זו הוכרעה באופן סופי וכי לסוגיית המשמורת לא יינתן משקל כאשר בית המשפט יבוא לבחון את סוגיית מעבר הדירה.

142 בקשת עיכוב ביצוע של פסק דין זה נדחתה בידי השופטת פרוקצ'יה, משום שער שהגיע אליה הדיון בבקשת עיכוב הביצוע עברו כבר הילדים עם האם למרכז הארץ. בש"א 7359/08 פלזני נ' פלזנית (טרם פורסם, 28.9.08).

143 שם.

144 תמ"ש (משפחה י"ם) 39564-08-10 א.א. ג' א.א. (טרם פורסם, 26.06.2011); תמ"ש (משפחה י"ם) 1053/97 פלזנית נ' אלמוני (טרם פורסם, 07.12.99); תמ"ש (משפחה י"ם) 3991/04 ג.ג. ג' א.א. (טרם פורסם, 25.04.2005).

145 תמ"ש 12820/06, לעיל הערה 67; בש"א (משפחה י"ם) 54727/09 מ. ג' ע. (טרם פורסם, 03.09.2009); תמ"ש (משפחה י"ם) 3838-12-10 ג.ג. ג' ע.מ. (טרם פורסם, 17.8.11); ראו גם תמ"ש 4331/08, לעיל הערה 136 (אם כי שם אושר בסופו של דבר מעבר הקטינה לרומניה).

"משמורת ילדים": מושג מהותי או כותרת חלולה?

סוגיה טעונה זו, יחד עם משמעותו הבעייתית של מושג המשמורת, מקבלת משקל קיצוני יותר ככל שהדברים נוגעים לבקשות של ההורה המשמורן לעבור עם הילדים לחו"ל.¹⁴⁶ נושא מורכב זה מצריך התייחסות נפרדת, ולא יהיה אפשר להיכנס במסגרת מאמר זה לעיון מעמיק וכולל בסוגיה זו. עם זאת, שאלות מהותיות העולות בהקשרים אלו הן, מהי משמעות המשמורת כאשר לשאלות הגירה ואם יש בעובדה שהורה אחד מוגדר משמורן והאחר לא-משמורן כדי לאפשר להורה המשמורן להגר לחו"ל עם הילדים המשותפים, על כל המשתמע מכך.

נקודת ציון חשובה בהקשר זה היא ע"א 4575/00.¹⁴⁷ בעניין זה דובר בזוג שהתגרש בהסכם, תוך שבהסכם הגירושין שלו נקבע כי המשמורת תהיה לאם, אך לאב יהיו זמני שהות נרחבים עם הילד בכל שבוע; כן נקבע בהסכם כי כאשר אחד מההורים יהיה בחו"ל – הילד יישאר בארץ בהשגחת ההורה שנשאר בארץ. יש להניח כי במקרה הנדון האב לא ראה טעם להיאבק על תואר המשמורת, לאור העובדה שהוא ממילא נותר אפוטרופוס וקיבל זמני שהות נרחבים וכן לאור ההסכם, שלפיו הבן יהיה עמו כאשר האם תהיה בחו"ל; יש להניח שהוא גם ראה לנגד עיניו את טובת הילד, המושגת בכך שההורים מגיעים לידי הסכם. אלא שכחמישה חודשים לאחר ההסכם הגישה האם בקשה להגר לאנגליה – צעד שהיה שם קץ לזמני שהות שעליהם סוכם ופוגע באופן בלתי-הפיך בקשר של האב עם בנו. פסיכולוגית אשר מונתה מטעם בית המשפט קבעה, כי לשני ההורים מסוגלות הורית טובה וכי האב כשיר להיות משמורן, אך בשל חזקת הגיל הרך היא המליצה כי המשמורת תישאר אצל האם וכי היא תורשה לעקור עם הבן לאנגליה. בהתאם לחוות דעת זו אישר בית המשפט למשפחה את בקשת האם.¹⁴⁸ בערעור שהוגש לבית המשפט המחוזי השתנתה הפסיקה: בית המשפט דחה את בקשת האם ואף קבע, כי העובדה שהאם הודיעה שבכל מקרה היא תהגר לאנגליה – בין אם יותר לה לקחת את הילד ובין אם לאו – מעוררת שאלות בנוגע למידת המחויבות שלה לילד:

הורה המודיע כי הוא מהגר בכל מקרה, גם ללא ילדו, מציג עצמו למעשה כמי שכבר הכריע בדילמה, הוא מוכן לעזוב את ילדו, ומתכחש לצרכיו בגלל אי הנוחות הנגרמת לו עצמו, מבלי לשקול את טובת הילד. בכך מעלה אותו הורה סימני שאלה בנושא מסוגלותו ההורית.¹⁴⁹

146 ראו רונה שור "זכויות ילדים חטופים: האם חוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים), תשנ"א-1991, עולה בקנה אחד עם דוקטרינת זכויות הילד?" מחקרי משפט כ 421 (2004).

147 רע"א 4575/00, לעיל הערה 1.

148 תמ"ש (משפחה ת"א) 6173/95 פלזני נ' פלזני (טרם פורסם, 5.1.99).

149 בע"מ (מחוזי ת"א) 1026/99 פלזני נ' פלזני (טרם פורסם, 28.5.00).

עוד קבע בין המשפט המחוזי כי לאור האיבה שהאם רוצשת לאב, סביר להניח שאם יותר לה לקחת עמה את הילד לאנגליה היא תגרום לניכור בינו לבין האב, ועל כן יתעצמו הפגיעות בילד הכרוכות באפשרות זו. על רקע דברים אלה קבע בית המשפט המחוזי כי האם רשאית להגר לאנגליה, אך היא אינה רשאית לקחת עמה את הילד. למעשה פסיקת בית המשפט המחוזי כבר שיקפה את המציאות עוד לפני פסק דינו של בית המשפט המחוזי, היות שבינתיים האם השאירה את הבן עם האב בישראל ועברה להתגורר באנגליה, תוך שהיא מבקרת בישראל מדי פעם.

אלא שבכך לא הסתיימה הפרשה. האם פנתה לבית המשפט העליון, ושם הפכה השופטת דורנר את החלטת המחוזי ושבה ואישרה לאם להגר לאנגליה עם הילד. מבחינתה של השופטת דורנר, לא הייתה חשיבות לכך שבחורות הדעת הפסיכולוגית נקבע בשעתו שלשני ההורים ישנם כישורים הוריים שווים וששניהם ראויים לשמש משמורנים; לא הייתה משמעות לכך שהאם, כפי שנקבע בבית המשפט המחוזי, התעקשה לעבור לחו"ל, גם כאשר משמעות הדבר הייתה לעבור ללא הילד; לא הייתה משמעות לכך שלפי הסטטוס קוו בפועל שהה הילד מרבית הזמן עם האב ושהאב הוא שגידלו, ושלכן תואר המשמורת שבו החזיקה האם היה למעשה תואר ריק מתוכן ברמה המעשית. על פי השופטת דורנר, העובדה שהאם החזיקה בתואר המשמורת החירה לה לעבור לחו"ל ולקחת עמה את הילד, מעצם היותה משמורנית. למעשה, חלק מרכזי מפסק דינה של השופטת דורנר מוקדש לכך שלשיטתה, הורה משמורן רשאי להגר לחו"ל ולקחת עמו את הילדים (מה שיפגע כמובן אנושות בקשר של הילדים עם ההורה הלא-משמורן), גם כאשר להורה המשמורן אין כל צורך בהגירה והוא עושה זאת ללא כל אילוף או הכרח.¹⁵⁰

העובדה שהשופטת דורנר ייחסה משמעות כה גדולה לכך שהאם היא אשר מוגדרת ההורה המשמורן ובשם כך אישרה לה להגר עם הילד לאנגליה מעוררת שאלות רבות, בעיקר כאשר מביאים בחשבון שבמקרה הנדון המשמורת לא ניתנה לאם לאחר שבית המשפט בחן בעיון מי מההורים ראוי להיות משמורן. המשמורת ניתנה לאם כחלק מהסכם בינה לבין האב, אשר כלל התייחסות מפורטת לזמני שהות נרחבים בכל שבוע, כמו גם התייחסות שקבעה שאם מי מההורים ייסע לחו"ל – הילד יישאר בארץ עם ההורה האחר. לפיכך היתכנות למשמורת בהקשר זה, כאשר האם למעשה הפרה את ההסכם אשר מכוחו קיבלה היא את המשמורת, היא בעייתית מאוד.

פסק דין זה מדגים את חלילתו של מושג המשמורת: בעת גירושי ההורים ניתנה המשמורת לאם לא בעקבות בחינה של כישורי ההורים, אלא בעקבות הסכם ביניהם. אולם הסכם זה קבע, כי לאב יהיו זמני שהות נרחבים עם הילד באופן סדיר וכי אם אחד ההורים ייסע לחו"ל, הילד יישאר בארץ עם ההורה האחר. על פי הסטטוס קוו במקרה זה, האב הוא שטיפל בילד מרבית הזמן, ואילו האם שהתה רוב הזמן באנגליה ללא הילד ובאה ארצה

150 רע"א 4575/00, לעיל הערה 1, בפס' 13 לפסק הדין.

"משמורת ילדים": מושג מהותי או כותרת חלולה?

לביקורים בלבד. ואולם עם זאת נראה, כי מבחינתה של השופטת דורנר מושג המשמורת נתפס כמושג מיתי אשר אליו היא יוצקת תכנים עלומים. לפיכך הצדיק מבחינתה של השופטת דורנר מושג המשמורת את האפשרות שהאם המשמורתית תוכל להגר עם הילד לאנגליה, אפשרות שעמדה בניגוד מוחלט להסכם אשר העניק לה את המשמורת ותוך שהיא שמה לאל את זמני השהות המוסכמים של האב, ובאופן עמוק יותר – את הקשר שבין הילד לבין אביו. מעבר להשלכותיו הרמתיות של פסק דין זה על המקרה הספציפי, פסק דינה של השופטת דורנר יצר בהקשר זה אפקט רחב בהרבה. בשורה של פסקי דין יישמו בתי משפט שונים – ובכלל זה בית המשפט העליון – את פסק דינה הבעייתי של השופטת דורנר. מתוך כך אפשרו בתי המשפט לאמהות משמורתיות להגר עם הילדים לחו"ל מבלי שהם דורשים מהן להציג הצדקה סבירה למעבר זה ותוך שהם מתעלמים מכך – או אינם מייחסים משקל מתאים לעובדה – שמשמעותו המעשית של המעבר לחו"ל היא ניתוק בין הילד לאב, או לכל הפחות פגיעה אנושה בקשר שביניהם.¹⁵¹

נמצא אם כן, כי בעוד שלמושג המשמורת אין משמעות מהותית בכל הנוגע לתפקידי ההורים, אחריותם וזכויותיהם באשר לילד, והוא אף אינו משקף כלל ועיקר את רמת הקשר של כל אחד מן ההורים עם הילד, בפסיקה הוא קיבל משמעות מכרעת ככל שהוא נוגע למעבר דירה, ובעיקר למעבר לחו"ל. אני סבור כי פסיקות אלו הופכות את מושג המשמורת, על כל עמימותו בחיי היומיום, למושג המקנה להורה המחזיק בו סמכות שרירותית על גורל הילדים ועל הקשר ביניהם לבין ההורה האחר. במילים אחרות, התוכן שיצקה הפסיקה לתוך מושג המשמורת בהקשר זה מעמידה את ההורה המשמורן כשומר הסף, הרשאי למשטר את הקשר שבין ההורה הלא-משמורן לבין הילדים על פי רצונו.

3. משמורת והפרת זמני שהות

משמעות מעשית נוספת שיש למשמורת היא טיפול הרשויות בכל הנוגע להפרת זמני שהות שקבע בית המשפט. הפרת זמני שהות נוגעות למצבים אשר בהם אחד ההורים חורג מן הזמן שהקצה לו בית המשפט להיות עם הילדים ואינו מעביר את הילדים אל ההורה האחר בזמן

151 תמ"ש (משפחה ת"א) 85795/01 א.מ.ל. נ' ז.ב., (טרם פורסם, 22.11.06) (השופטת עליסה מילר, אישור לאם לעקור עם הילד לצרפת); תמ"ש (משפחה ת"א) 52121/05 ט.ב.י. נ' ע.ב.י., (טרם פורסם, 26.7.2009) (השופטת שפירא גליק, אישור לאם לעקור עם הילדים לגאנה); בע"מ 27/06 פלוני נ' פלונית (טרם פורסם, 1.5.2006) (אישור לאם לעקור עם הילדים לאנגליה); בע"מ 9358/04 פלונית נ' פלוני (טרם פורסם, 2.5.2005) (אישור לאם לעקור עם הילדות לארצות הברית); תמ"ש (משפחה י"ס) 23903/06 ח.ג. נ' ח.ג., (טרם פורסם, 11.10.2009) (השופט איתי כץ, אישור לאם לעקור עם הילד לקולומביה, תרף הסכם גירושין הקובע כי שני ההורים יגורו ברדיוס של שלושים קילומטרים מירושלים).

שנקבע לכך.¹⁵² מצבים אלה נפוצים מאוד במקרים שבהם הורה אחד מעוניין לחבל בקשר של הילדים עם ההורה האחר.

במחקר נפרד שערכתי בנושא זה עלה כי הרשויות, ובכלל זה המשטרה, הפרקליטות ובתי המשפט אינם מתייחסים באופן שווה למצבים אשר בהם ההורה המשמורן הפר את זמני השהות לעומת מצבים שבהם ההורה הלא-משמורן הוא שהפר את זמני השהות.¹⁵³ מתברר, כי כאשר ההורה הלא-משמורן מפר את זמני השהות והוא מסרב להעביר את הילדים אל ההורה המשמורן במועד שנקבע לכך, רשויות האכיפה מתערבות באופן אקטיבי ונמרץ; שוטרים עשויים להגיע אל בית ההורה הלא-משמורן – לרוב האב – ולהעביר בפועל את הילדים אל ההורה המשמורן. במקביל יינקטו הליכים נגד ההורה הלא-משמורן ובמקרים מסוימים יוגש נגדו כתב אישום.¹⁵⁴ לעומת זאת, כאשר ההורה המשמורן – על פי רוב האם – הוא שמפר את זמני השהות ומסרב לאפשר להורה הלא-משמורן לקבל לידי ילדיו את הילדים במועדים שנקבעו לכך, רשויות האכיפה מתייחסות לכך בצורה סלחנית, גם כאשר הפרות אלה מתבצעות בעקבות משך שנים. המחקר העלה כי כאשר התלונה היא נגד ההורה המשמורן, המשטרה מסרבת לפעול בעניין. אם תוגש תלונה למשטרה – היא ככל הנראה לא תטופל.¹⁵⁵ כתב אישום לא יוגש בעניין,¹⁵⁶ ואף במקרים אשר בהם ההורה הלא-משמורן יפנה לבית המשפט בבקשה לנקוט הליכים של ביזיון בית המשפט, יזכה הורה זה בסעד במקרים נדירים בלבד.¹⁵⁷ בכך שונה המצב הישראלי מן המצב במדינות אחרות כגון צרפת, אוסטרליה וחלק ממדינות ארצות הברית, אשר בהן קבועים בחקיקה הסעדים שיינתנו להורה (ובכלל זה להורה הלא-משמורן) במקרה שההורה האחר יפר את זמני השהות.¹⁵⁸ אלא שבישראל, כאמור, ישנה

152 מצבים אלה אינם נדירים כלל; Amy Koel ואחרים טוענים, כי עשרות אחוזים מן האמהות המשמורניות מפרות את זמני השהות: Ruth, Susan C. Clark, Robert B. Straus, Amy Koel, Rotundo Whitney & Barbara B. Hauser, *Patterns of Relitigation in the Postdivorce Family*, 56 JOURNAL OF MARRIAGE AND THE FAMILY 265 (1994).

153 מנא"ה "הסדרי ראייה", לעיל הערה 64.

154 ראו לדוגמה את כתב האישום בח"פ 358/08 מדינת ישראל נ' פלוני (ראו גם פ"א אשדוד 10652/07); ואולם יש לציין שבמקרה זה, בעקבות נסיבות המקרה, כאשר הגיעו הצדדים לבית המשפט ניסתה התביעה לחזור בה מהגשת כתב האישום.

155 ראו דוגמאות לתלונות שנסגרו בכמה תיקים: 225085/07; א.ל. 328267/07; א.כ. 291501/07; א.ל. 483595/08; ד.פ. 250664/09; ד.פ. 254260/09 (המקור שמור בידי כותב המאמר).

156 כך למשל בתיקי המשטרה הבאים: פ.מ. ים 1256/06/14; א.כ. 3348/06; א.כ. 6743/05 (המקור שמור בידי כותב המאמר).

157 ראו למשל תמ"ש (משפחה חי') 27821/97 ים נ' ים, פדאור 02(13) 257 (2002); תמ"ש 12820/06, לעיל הערה 67; בש"א (משפחה ים) 54231/07 ג.ג. נ' ג.ג., פדאור 08(23) 501 (2008); למקרים החריגים אשר בהם ניתן סעד כגין הפרת זמני שהות, ראו בש"א (משפחה ת"א) 11610/02 מ.א.ב. נ' א.ע., פ"מ משפחה התשס"א 673 (2002); בש"א (משפחה ים) 51183/09 פלוני נ' אלמונית (טרם פורסם, 30.4.2009).

158 ראו למשל את החוק הצרפתי: Australian Family Law Act, §13; Penal Code, § 227-5 (2005); ומדינות בארצות הברית אשר בהן ישנה דרישה זו, הן: (1975); 750 ILCS 5/607.1 (1999) (מדינת

"משמורת ילדים": מושג מהותי או כותרת חלולה?

סובלנות ממסדית למקרים שבהם ההורה המשמורן מפר את זמני השהות שקבע בית המשפט ומונע מן ההורה האחר להיפגש עם הילדים.

המשמעות המעשית של הדברים היא, שמעמד ההורה המשמורן מאפשר לו לשמש שומר סף, המווסת את הקשר של ההורה הלא-משמורן עם הילדים. אכן קשה להסביר מצב עניינים זה, היות שאת זמני השהות של כל אחד מן ההורים קובע בית המשפט לאחר דיונים, חוות דעת, וכל שמצריך המקרה שלפניו. ואולם במציאות המעשית מעמד המשמורת בכל זאת מעניק להורה המשמורן כוח לסכל באופן חד-צדדי – ובניגוד להחלטת בית המשפט – את מימושם של זמני השהות, מבלי שהמשטרה, הפרקליטות ובדרך כלל גם בתי המשפט ינקטו סנקציות תקיפות נגד הפרות אלה.

על רקע זה ניתן להבין את החלטת בית המשפט בתמ"ש 23723/05, אשר בו סירב השופט מרכוס להעניק משמורת בלעדית לאם בטענה ש"קביעת משמורת בלעדית על הקטינות אצל האם עשויה להתפרש על ידי האם כמתן לגיטימציה לפגיעה בהסדרי הקשר של האב עם הקטינות".¹⁵⁹ נמצא אפוא, כי מצב אשר בו אחד ההורים מוגדר משמורן וההורה האחר מוגדר לא-משמורן מאפשר להורה המשמורן לפגוע בקשר של ההורה הלא-משמורן עם הילדים.

הצד השני של המטבע הוא, שמושג המשמורת גורם נזק גם בכיוון ההפוך, בכך שהוא מתפרש במקרים רבים כפטור להורה הלא-משמורן מכל אחריות טיפולית. כיוון שזמני השהות של ההורה הלא-משמורן נתפסים כזכות ולא כחובה, במקרים לא-מעטים גישתם של הורים אלה היא כי מעצם היותם לא-משמורנים נגזרת המסקנה שאין להם כל חובה לטפל בילדם ושהם אפילו אינם חייבים לממש את זמני השהות שלהם במועדים שאינם נוחים להם. השלכותיה של תופעה זו הן כפולות. ראשית, התנהגות זו פוגעת בילדים. מצב שבו ההורה הלא-משמורן אינו מחויב לטפל בילדים, אפילו לא בזמני השהות שנקבעו לו, מותירה את הילדים במצב של אי-ודאות ובמקרים קיצוניים אף בתחושת נטישה. שנית, המצב שבו ההורה הלא-משמורן אינו מחויב לטפל בילדים במועדים שנקבעו לכך פוגעת גם בהורה המשמורן, אשר אינו יכול לכלכל את צעדיו בהסתמך על מעורבותו של ההורה האחר.

בעניין זה ובמורכבות של הטיפול במקרים אלה דנתי בהרחבה במקום אחר.¹⁶⁰ אציין כי גם ועדת שניט התייחסה לסוגיה זו וציינה, כי אכן אחת ההשלכות של השימוש במושג

אילינוי); 19-A M.R.S. § 1653 (2009) (מדינת מיין); 13 Del. C. § 728(b)(5) (2009) (מדינת דלוור); R.S.Mo § 452.400(6)(I) (2009) (מדינת מיזורי); 23 Pa.C.S. § 4346 (2009) (מדינת פנסילבניה).

¹⁵⁹ תמ"ש 23723/05, לעיל הערה 22, בפס' 20 לפסק הדין.

¹⁶⁰ מזא"ה "הסדרי ראייה", לעיל הערה 64, בעמ' 230-235.

המשמורת היא שהאחריות הטיפולית של ההורה הלא-משמורן נתפסת כזכות ולא כחובה, תפיסה המשחררת את ההורה הלא-משמורן מכל אחריות טיפולית, אם יחפוץ בכך.¹⁶¹ מן הדברים עולה, אם כן, כי מושג המשמורת יוצר שתי בעיות בנוגע להורים שאינם מקיימים את זמני השהות. מצד אחד, ההתייחסות הממסדית אל מושג המשמורת מאפשרת להורה המשמורן למנוע מן ההורה הלא-משמורן לקיים את זמני השהות שנקבעו לו, ובכך לחבל בקשר של הילדים עם הורה זה. מצד אחר, מושג המשמורת מאפשר להורה הלא-משמורן שלא לממש את זמני השהות שנקבעו לו ולהתנער מאחריותו לילדים. שתי תופעות לא-רצויות אלה, אשר באות כמובן על חשבון הילדים, הן תולדה של מושג המשמורת.

4. משמורת ככלי להדרה

ראינו עד כה כי למושג המשמורת יש מעט מאוד השלכות הנוגעות לסמכויות הטיפוליות של ההורים. במובן זה, הורה אשר חשוב לו לטפל בילדיו, להיות מעורב בחייהם ולהיות מוסמך להכריע הכרעות הנוגעות אליהם אינו צריך להיות מוגדר משמורן על מנת לעשות כן. הסמכויות ההוריות והטיפוליות נובעות מתוקף היותם של ההורים אפוטרופסים משותפים של הילדים, וחלוקת הזמן שעל פיה כל אחד מן ההורים יהיה עם הילדים נקבעת על פי סוגיית זמני השהות. למשמורת אין תפקיד בכל אלה.

ואולם המשמורת בכל זאת מקבלת משמעות, כאשר אחד ההורים מעוניין לפגוע בקשר של ההורה האחר עם הילדים או להגביל את הקשר. במובן זה, מעמד המשמורת המסור בידי אחד ההורים מעניק להורה המשמורן הלכה למעשה את המעמד של שומר הסף הממשטר והמווסת את הקשר של ההורה האחר עם הילדים. הדבר נובע בראש ובראשונה מההפנמה של שני הצדדים את ההיררכיה שנוצרה ביניהם כהורים כתוצאה מהענקת המשמורת הבלעדית לאחר מהם ומשלילתה מן ההורה האחר והזגרתו לא-משמורן. במאמר מוסגר ייאמר, כי היררכיה זו מתעצמת נוכח העובדה שההורה המשמורן מוגדר "חד הורה"¹⁶² – מושג שמעצם טבעו מגדיר את ההורה המשמורן כהורה היחיד, ובכך מדיר ואף מאיין במידה רבה את ההורה השני.

מעבר לכך כפי שראינו, ברוח פסק דינה של השופטת דורנר בע"א 4575/00¹⁶³ בתי המשפט מאפשרים להורה המשמורן להגר לחו"ל עם הילד אף מבלי לבחון את הטעם להגירה זו, רק משום שהורה זה מוגדר משמורן. ולבסוף, כפי שראינו לעיל, כאשר אחד ההורים מפר את ההכרעות השיפוטיות הנוגעות לזמני השהות ומונע מן ההורה האחר להיות עם הילד

161 ס' 11 להצעת החוק שבדוח הסופי של ועדת שניט ודברי ההסבר שם, לעיל הערה 20, בעמ' 64. כמו כן, ראו למשל תמ"ש (משפחה חד') 3426/02 י.ס.א., (טרם פורסם, 29.8.07).

162 ס' 1 לחוק משפחות חד הוריות, התשנ"ב-1992.

163 רע"א 4575/00, לעיל הערה 1.

"משמורת ילדים": מושג מהותי או כותרת חלולה?

במועדים שקצב לו בית המשפט, מגלה המערכת על פי רוב סלחנות מפליגה כלפי ההורה המפר ככל שמדובר בהורה המשמורן; בכך היא מעניקה להורה המשמורן חסינות ומטילה עליו סנקציות במקרים חריגים בלבד בגין פגיעתו בקשר של ההורה האחר עם הילדים. נמצאנו למדים, כי מושג המשמורת אינו מעניק להורה המשמורן סמכויות טיפוליות המאפשרות לו לטפל בילד טוב יותר. במקום זאת, מעמד המשמורת מציב את ההורה המשמורן בעמדת כוח ושליטה אל מול ההורה האחר, אשר כל השלכותיה הן בכך שהיא מאפשרת להורה המשמורן, אם יחפוץ בכך, לחבל בקשר של ההורה האחר עם הילדים. בהקשר זה אציין, כי גם דפנה הקר מתייחסת בספרה למשמעות מרכזית זו של המשמורת. על פי הקר, הענקת המשמורת לאחד ההורים מאפשרת להורה המשמורן לפגוע בקשר של ההורה האחר עם הילדים. פגיעות מסוג זה עלולות להתרחש בין במקרים שבהם ההורה המשמורן מעליל עלילות על פגיעות שההורה הלא-משמורן לכאורה פגע בילדים, בין בהערמת קשיים דינוניים ואחרים על קיומם של זמני השהות של ההורה הלא-משמורן עם הילדים ובין בדרכים אחרות.¹⁶⁴

המסקנה היא אפוא כי מושג המשמורת מאפשר למעשה להורה המשמורן לשמש שומר הסף, המסדיר את הקשר שבין ההורה הלא-משמורן לבין הילדים.¹⁶⁵ לנקודה זו התייחס למשל גם השופט מרכוס, כפי שראינו לעיל, כאשר סירב להעניק משמורת בלעדית לאם בטענה שמשמורת כזו תעודד את האם לפגוע בקשר של האב עם הילדות.¹⁶⁶ בצורה כללית יותר קבעה השופטת ורדה בן שחר בתמ"ש 28951/09 כי "מתן עדיפות להורה אחד על פני האחר על ידי קביעתו כהורה המשמורן מעניקה לאותו הורה יתרונות ביכולת ההשפעה על הילדים, ביחס שלהם כלפי ההורה האחר עד כדי יצירת גיכור בין הילדים להורה האחר".¹⁶⁷ היבט נוסף שעולה כאן ובו יש למושג המשמורת משמעות הוא מה מושג זה משדר לילדים עצמם. בתי המשפט התייחסו לעניין זה בשורה של פסקי דין תוך שהם קבעו, כי יותר משמושג המשמורת משפיע על סמכויות ההורים הרי הוא משפיע על האופן שבו יתפסו הילדים את תפקידו של כל אחד מהוריהם: "הקניית משמורת בלעדית להורה אחד עלולה להתפרש על ידי הקטנת כשלילת דמותו של ההורה האחר, ויש להמנע מכך אלא במקרים חריגים ביותר".¹⁶⁸

בצורה דומה, כפי שראינו, התייחס השופט ויצמן בתמ"ש 11657/03 למושג המשמורת והגדירו כותרת ריקה. עם זאת השופט ויצמן סירב להגדיר את אחד ההורים משמורן ואת

164 הקר הודות במשפט, לעיל הערה 8, בעמ' 60-65.

165 ראו מנדל, לעיל הערה 6, בעמ' 97; אף הקר משחמשת בהקשר זה במונח "שומרת השער", ראו הקר הודות במשפט, לעיל הערה 8, בעמ' 61.

166 תמ"ש 23723/05, לעיל הערה 22, בפס' 20 לפסק הדין.

167 תמ"ש 28951/09, לעיל הערה 22.

168 תמ"ש 23723/05, לעיל הערה 22, בפס' 20 לפסק הדין.

השני לא-משמורן, מן הטעם שחרף חלילתו של מושג זה, יש במושג המשמורת כדי לשדר להורים – וחשוב מזאת, לילד – על מרכזיותו של כל אחד מן ההורים בחייו:

מעט שקבענו את הסדרי הראיה והחלוקה ההורית בין הצדדים, ה"כותרת" שנעניק לחלוקה זו הינה בעלת חשיבות מישנית. ואולם, בצד דברים אלו, גם ל"תוית" ול"כותרת" יש את חשיבותן שלהן שעיקרה בתחושה שהיא מעניקה להורים ולקטין... הכתרת מתכונת ההחזקה והסדרי הראיה עם הקטינים כ"משמורת משותפת" יש בה להעביר מסר מחנך לקטין באשר לנוכחותם של שני ההורים בחייו נוסף למתן תחושה נוחה יותר לכל אחד מההורים כי הורניתו לא נפגמה או "הופקעה" על אף הפרידה מבן זוגו.¹⁶⁹

הנה כי כן, מושג המשמורת אינו מעניק למי שמחזיק בו יתרונות מעשיים בכל מה שנוגע לטיפול בילדים; אך במקרים שבהם הורה אחד מוגדר משמורן והשני מוגדר לא-משמורן, המשמורת מעניקה למי שמחזיק בה את היכולת להדיר את ההורה האחר, להרחיקו מן הילד ובה בעת להשפיע על האופן שבו תופסים הילדים את ההורה הלא-משמורן – דהיינו כרמות שולית וזניחה במהלך חייהם.

פתרון אחד לבעיה זו היא להגדיר את שני ההורים משמורנים – כלומר יצירת משמורת משותפת. אך פתרון ראוי יותר הוא ההפנמה, שמושג המשמורת אינו משמש כל מטרה פונקציונלית או כזו אשר משפיעה על הסמכויות או על אופן הטיפול בילד. משמעותו המעשית של מושג זה היא יצירת היררכיה בין ההורים, אשר משמעותה היחידה היא האפשרות שהיא מעניקה להורה המשמורן למשטר את הקשר של ההורה הלא-משמורן עם הילד ובמקרים שבהם ההורה המשמורן חפץ בכך – לפגוע בקשר זה.

ד. עיון ביקורתי בהמלצות ועדת שניט

על רקע זה יש לבחון את המלצות ועדת שניט. ועדת שניט הוקמה בשנת 2005 על מנת לבחון את הסדרי המשמורת בדין הישראלי. בשנת 2008 פרסמה הוועדה את המלצות הביניים שלה,¹⁷⁰ המלצות אשר בהשלמות מסוימות הפכו להמלצות הסופיות בשנת 2011 ואשר אומצו כאמור בתזכיר חוק הורים וילדיהם, התשע"ב-2012.¹⁷¹ הוועדה בחנה היבטים מסוימים של מושג המשמורת, אך חשוב לציין כי היא כמעט שלא בחנה את הפונקציה של מושג המשמורת בדין הפוזיטיבי מבחינה משפטית, ומשכך לא התייחסה התייחסות של ממש

169 תמ"ש 11657/03, לעיל הערה 54, בפס' 17-18 לפסק הדין; וראו גם תמ"ש (משפחה טב') 5782-08-09 א.ק.ג. נ.א., פס' 98 (טרם פורסם, 23.10.2011) (להלן: תמ"ש 5782-08-09).

170 דוח הביניים של ועדת שניט, לעיל הערה 17.

171 הדוח הסופי של ועדת שניט, ותזכיר החוק, לעיל הערה 20.

"משמורת ילדים": מושג מהותי או כותרת חלולה?

לתוכנו או לחליליתו של מושג זה על פי הדין הקיים. עם זאת מצאה הוועדה, כי סוגיית המשמורת מעצימה את הסכסוך בין ההורים במובן זה שהיא מעודדת אותם להילחם על התווית של ההורה המשמורן. בהסתמך בין השאר על חוות דעתם של הפסיכולוגים אבי שגיא-שוורץ ותוצה יואלס ועל המחקרים הרבים שהראו את הדינמיקה ההרסנית של מושג המשמורת בהקשר למאבקי הכוח בין ההורים, הסבירה הוועדה כיצד המאבק על הבכורה ההורית (או על ההיררכיה ההורית) אינו משרת את טובת הילד אלא פוגע בו.¹⁷² לפיכך, על רקע זה ובין השאר על בסיס חוות דעתו של מחבר מאמר זה,¹⁷³ המליצה הוועדה על ביטול מושג המשמורת.

אלא שחשוב לעמוד על כך שהמלצות הוועדה היו רחבות הרבה יותר. למעשה המליצה הוועדה לא רק על ביטולו של מושג המשמורת, אלא גם על ביטולו של מושג האפוטרופסות ועל החלפתם של שני מושגים אלה במושג כללי יותר של "אחריות הורית".¹⁷⁴ על פי המלצות הוועדה, מושג האחריות ההורית יבטא את כלל מיני האחריות של ההורים כלפי ילדיהם. בין אלה נכללים החובה והזכות להחליט בענייניו, בזכויותיו ובמכלול צרכיו של הילד על פי טובתו, כמו גם הבטחת שלומו הגופני והנפשי, כלכלתו, בריאותו, התפתחותו הגופנית, הנפשית, הרוחנית, המוסרית והחברתית התקינה, חינוכו ופיתוח יכולותיו וכישוריו, מקום מגוריו וכן הבטחת קיומו של קשר אישי, ישיר וסדיר בין הילד לבין הוריו ושל קשר בין הילד לבין בני-משפחתו האחרים.¹⁷⁵ במילים אחרות, מושג האחריות ההורית יחליף את מה שמכונה היום אפוטרופסות ומשמורת גם יחד.

על פי המלצות הוועדה, על ההורים יהיה לנסות ולהגיע ביניהם להסכם אשר בו הם יקבעו כיצד הם יחלקו את האחריות ההורית ביניהם – מי מהם יקבל איזו סמכות, באילו סמכויות הם יחזיקו יחד וכן מה יהיו זמני השהות של כל אחד מן ההורים עם הילדים.¹⁷⁶ אך במקרים שבהם לא יצליחו ההורים להגיע להסכם כאמור, יובא הדבר להכרעתו של בית המשפט. הדוח אף מונה שורה של קריטריונים ופרמטרים שעל פיהם יכריע בית המשפט כיצד יש לחלק את האחריות ההורית בין ההורים.¹⁷⁷ לכאורה יש בהמלצות הדוח בשורה חיובית; מושג המשמורת, על כל הבעייתיות שבו והנזקים שהוא גורם יבוטל, ובמקומו יהיה שימוש במונח הידידותי הרבה יותר של האחריות ההורית. אולם למעשה ישנו חשש לא-מבוטל כי המלצותיה של ועדת שניט עלולות להרע את המצב במקום לשפרו.

172 ראו את ס' 2.5 לדוח הביניים של ועדת שניט, לעיל הערה 17.

173 מחבר מאמר זה הופיע בפני הוועדה והגיש לה חוות דעת אשר בה המליץ על שורה של צעדים נחוצים, ובהם גם ביטולו של מושג המשמורת.

174 ס' 3 לדוח הביניים של ועדת שניט, לעיל הערה 17, בעמ' 37.

175 ס' 2 לחוק המוצע, שם.

176 ס' 8 לחוק המוצע, שם, בעמ' 38.

177 ס' 9 לחוק המוצע, שם, בעמ' 38-39, וראו בעיקר את ס' 9(ג) שם.

במצב הקיים מצד אחד, מושג האפוטרופסות מעניק לכל אחד מן ההורים ביטחון כי מעמדו כאפוטרופוס של ילדיו לא ייפגע – על כל ההשלכות של מושג זה – מעמד הכולל היקף רחב של סמכויות ושל מיני אחריות. אך מן הצד האחר, במצב המשפטי הקיים הורים "נדחפים" למלחמה מיותרת על תיוגם כהורים משמורנים, מלחמה אשר כמעט שאין בה תועלת ממשית ואשר בדרך כלל מבטאת מאבק מיותר על היררכיה בין שני ההורים.

לעומת זאת על פי המלצות ועדת שניט, אשר ממליצה על החלפת מושג האפוטרופסות והמשמורת במושג האחריות ההורית, יבוטל התיוג של "הורה משמורן" ושל "הורה לא-משמורן", ונראה שלא יהיה עוד צורך להילחם על תיוג זה. ואולם בהיעדר הסכמה בין ההורים, מי שייצוק את תוכן אחריותו ההורית של כל הורה יהיה בית המשפט. עובדה זו מעלה את החשש, שחרף החלפת המינוח, במקרים רבים תישמר ההיררכיה בין ההורים, במובן זה שיהיה הורה בעל אחריות הורית מרכזית ומולו הורה בעל אחריות הורית שולית. מן הדברים עולה אפוא שהחלפת מושג המשמורת במושג האחריות ההורית עשוי להיתפס כשינוי סמנטי גרידא, אשר לא יהיה בו כדי לבטל את מלחמת ההורים על ההיררכיה ביניהם.

אך יותר מכך, הטענה במאמר זה היא, כי העובדה שעל פי המלצות ועדת שניט מושג האחריות ההורית יכלול גם את מה שנמצא היום תחת כותרת האפוטרופסות עלולה ליצור מצב, אשר בו הצורך של ההורים להילחם על מעמדם וחרף במקום שיצומצם. חשוב לזכור, כי במסגרת הליכי הגירושין והיום אין להורים צורך להיאבק ביניהם בשאלות כגון מי מהם יקבע את מקום הלימוד של הילדים, היות שסוגיות כגון זו נכללות באופן מובהק במסגרת האפוטרופסות,¹⁷⁸ ולכן על פי החוק הקיים הן במסגרת הסמכות המשותפת של שני ההורים.¹⁷⁹ דין זה חל גם כאשר לטיפול הרפואי בילדים, כאשר לסמכות לייצג את הילד בהליכים משפטיים נגד צד ג, כאשר לניהול נכסיו וכולי.¹⁸⁰ כל הסוגיות האלה נמצאות על פי הדין הקיים במסגרת האפוטרופסות ולפיכך במסגרת הסמכות המשותפת של שני ההורים, ולכן כיום הן אינן נושא למאבק בין ההורים. כפי שראינו, סוגיית המשמורת על פי הדין הקיים היא אבן מחלוקת מרכזית בין ההורים. אלא שלעובדה כי ההכרעה בסוגיית המשמורת לא תשפיע על הנושאים הכלולים במסגרת האפוטרופסות ישנה מידה מסוימת של השפעה ממתנת, במובן זה שההורים יודעים כי גם אם יפסידו במלחמת המשמורת הרי אפוטרופסות על ילדיהם לא תיפגע.

ואולם מאחר שעל פי המלצות ועדת שניט מושג האחריות ההורית יכלול בתוכו הן את המשמורת והן את האפוטרופסות, ובהיעדר הסכמה בין ההורים בית המשפט הוא שיכריע באופן שבו תתחלק האחריות ההורית, הרי ייווצר מצב שבו להורים יהיה הרבה יותר על מה

178 ס' 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962, ס"ח 380; עניין פלודסהיים, לעיל הערה 6; עניין שלי, לעיל הערה 52; עניין מור, לעיל הערה 52.

179 ס' 18 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962, ס"ח 380.

180 שם, בס' 15.

"משמורת ילדים": מושג מהותי או כותרת חלולה?

להילחם במסגרת המאבק על האחריות ההורית. מרגע שיוצאו סמכויות האפוטרופסות ממסגרת משפטית זו ויכללו במושג האחריות ההורית, הן יהפכו לנושא מאבק חדש. הורים שיימצאו במאבק גירושין במסגרת המשפטית המוצעת בדות ועדת שניט לא יוכלו להישען על הידיעה, כי סמכויות מסוימות – ולמעשה הסמכויות המהותיות יותר – יישארו משותפות ממילא. זו תהיה מלחמה של הכול מכול כול. שום דבר לא יהיה מובן מאליו, ועל הכול יהיה צורך להילחם. אך מעבר לכך, לא רק שגזרת המלחמה תורחב, אלא שברור שכלל שיונח יותר על כפות המאזניים, כך גם יועצמו החרדות והאמוציות המעורבות בדבר, מה שממילא יחריף את המאבק וילבה את הלהבות במקום להרגיען.

אמנם ניכר כי מטרותיה של ועדת שניט היו מטרות ראויות, ובהן ביטול מושג המשמורת ועמו ביטול הצורך של ההורים להיאבק על תיוגם כהורים משמורנים או לא-משמורנים; ואולם בפועל העובדה שוועדת שניט הציעה מושג חלופי של אחריות הורית כמו גם העובדה, שהמלצות הוועדה העבירו את תוכנו של מושג האפוטרופסות לתוך מושג חלופי זה, עשויות לגרום לאפקט ההפוך מן האפקט שאליו התכוונו חברי הוועדה.

ה. הדין המוצע

על רקע דברים אלה אפשר להבין טוב יותר את עמדתו של מאמר זה. המאמר אינו מציע כי מושג המשמורת יבוטל וכי במקומו יוכנס אל השיח מושג חדש של אחריות הורית, אשר יבלע לתוכו גם את מושג האפוטרופסות על כל תכניו. הצעתו של המאמר היא כי מושג האפוטרופסות יישאר על כנו וכי מושג זמני השהות יישאר על כנו. הטענה במאמר היא כי למושג המשמורת אין כל תפקיד מהותי בעל משמעות בדין הקיים, ועל כן מוצע להפסיק את השימוש בו. על פי ההצעה מושג האפוטרופסות יישאר על כנו, על כלל הביטחונות שהוא מעניק לצדדים לכך שמעורבותם בחיי ילדיהם לא תישלל מהם. זמני השהות יישמרו אף הם, ובעניינם ההורים (ובהיעדר הסכמתם – בית המשפט) יקבעו את חלוקת הזמן ביניהם. השינוי היחיד שיידרש לדין הקיים הוא שמושג המשמורת, אשר כפי שראינו אינו מלווה בסמכויות או בהסדרת יחסי ההורים אלא בעיקר מאפשר את הדרת ההורה הלא-משמורן ומתמרץ את ההורים לצאת למלחמה הפוגעת בילדיהם, ירד מסדר היום.

לכך יש להוסיף הבדל חשוב נוסף בין המלצותיה של ועדת שניט להצעתו של מאמר זה. על פי ועדת שניט, על מנת ליישם את שינוייה המוצעים של הוועדה יש צורך לערוך שינוי מקיף בחקיקה, אשר יכלול בין היתר שינויים בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות. שינויים אלה אינם עניין של מה בכך. אזכיר שוועדת שניט מונתה בשנת 2005, ונכון לכתיבת מאמר זה – בשלהי שנת 2012 – יש אמנם תזכיר חוק שמאמץ את המלצות הוועדה, אך בפועל טרם נערך כל שינוי מחייב בחקיקה. את מרבית העיכוב יש אמנם לזקוף לחובת מלאכתה האיטית של הוועדה, אולם האמת היא שעיכוב זה נבע במידה רבה מחששותיה של הוועדה באשר לאפשרות ליישם את המלצותיה בכנסת. על מנת ליישם את המלצותיה של ועדת שניט יש צורך שהכנסת תאמץ בחוק את התזכיר. כך למשל, בפסק הדין בתמ"ש

5782-08-09 שנתן השופט אסף זגורי בחורש אוקטובר 2011 הוא התייחס להמלצות ועדת שניט.¹⁸¹ השופט דן בהרחבה במושג המשמורת, הראה את הבעייתיות שלו ואת היתרונות שבהפסקת השימוש בו, כפי שהציעה ועדת שניט. אלא שבסופו של דבר מצא השופט זגורי, כי כל עוד המלצות ועדת שניט אינן מיושמות בחקיקה הוא אינו רשאי ליישמן, ולכן נאלץ בית המשפט לקבוע איזה מן ההורים יהיה משמורן, חרף העובדה שבית המשפט סבר שמושג המשמורת הוא מושג שאינו ראוי:

כל עוד החקיקה הנוכחית בעינה עומדת (ובפרט חוק הכשרות), ולא חל שינוי או תיקון בטרמינולוגיה החקיקתית, אין בית המשפט בר חורין להעלים "ישן מפני חדש", להתעלם לחלוטין מלשון החוק כאילו אינה קיימת, או ליתן לה משמעות לשונית ו/או משפטית שהטקסט אינו יכול לשאת... אילו היה מתוקן חוק הכשרות או מוחלף בהצעת חוק אחריות הורית, והיה מוטמע בשגרת הלשון והפסיקה מונח השסתום "אחריות הורית", לא היה כלל צורך בתביעה הנוכחית, שכן לא ניתן היה ליתן צו למשמורת קטין או לפסוק בחזקת איזה הורה הקטין יהיה. אך לא זה המצב המשפטי הנוכחי כאמור.¹⁸²

לעומת זאת, טענתו של מאמר זה היא כאמור שמושג המשמורת הוא נטע זר בדין הישראלי וכי למעשה הוא אינו מעוגן בחקיקה בכל הנוגע לחלוקת המשמורת בין ההורים.¹⁸³ לפיכך, אף אם המחוקק יבקש לבטל את מושג המשמורת, שאלה מעניינת היא כיצד יעשה זאת, היות שאין חוק אשר קובע כי הורה אחד יוגדר הורה משמורן ואשר מגדיר את מושג המשמורת ואת השלכותיו. המשמעות המעשית היא, כי על מנת ליישם את המלצותיו של מאמר זה ולהפסיק את השימוש במושג המשמורת אין צורך בשינוי חקיקתי. יש צורך בשינוי קונספטואלי של בתי המשפט ובאומץ כדי ליישם את הצעת המאמר – ולהפסיק את השימוש במושג זה.

דוגמה מאלפת ליישום העמדה המוצעת במאמר זה אפשר למצוא בפסק דינה של השופטת חגי שירה מבית המשפט לענייני משפחה בראשון לציון.¹⁸⁴ בתיק האמור דובר בזוג שהתגרש, כאשר תחילה קיבלה האם את המשמורת הזמנית על הילדה, אולם בעקבות הסתה חמורה ונמשכת מצדה של האם הועברה המשמורת הזמנית אל האב. עם זאת, כאשר באה השופטת להכריע בסוגיית המשמורת באופן קבוע, החליטה השופטת שירה לבטל את המשמורת הזמנית של האב ולקבוע כי אף אחד מן ההורים לא יקבל משמורת. אף שהשופטת שירה הזכירה את המונח אחריות הורית, למעשה היא יישמה בפסק דינה את המלצותיו של

181 תמ"ש 5782-08-09, לעיל הערה 169.

182 שם, בפס' 92-91 לפסק הדין; ראו גם תמ"ש (משפחה י"ם) 3481-09 א.ק. נ' ל.ק. (טרם פורסם, 28.4.2011).

183 כפי שראינו לעיל, ישנה התייחסות מסוימת למשמורת בהקשרים אחרים. ראו לעיל הערות 24-26.

184 תמ"ש (משפחה ראש"צ) 29024/06 ט.ל. נ' א.ל. (טרם פורסם, 23.02.2012).

"משמורת ילדים": מושג מהותי או כותרת חלולה?

מאמר זה וקבעה, כי סמכויותיהם של ההורים נקבעות על פי דיני האפוטרופסות, כי חלוקת הזמן בין ההורים נקבעת על פי זמני השהות וכי ועל רקע זה אין צורך להשתמש במושג המשמורת ולהגדיר הורה אחד משמורן ואת האחר מי שאינו משמורן:

לטעמי, ההגדרה המשפטית של "משמורת" או חזקה, איננה משמעותית לא בכלל ולא כאן. ולא רק שאיננה משמעותית אלא שהיא מהווה בשל הנפח הלא נכון שניתן לה בציבור, לעיתים גם בפסיקה, בסיס למאבקי כח וכבוד בין ההורים. החשיבות שביחסי הורים – ילדים איננה בהגדרה אלא בתוכן ובמימוש. הזמן בו שוהים הילדים עם כל אחד מההורים הוא משמעותי, מעורבותם של ההורים בחיי הילדים, נטילת אחריות, אחריות יום יומית אישית, כלכלית, והמקום הנותן להורה האחר ולמשפחה המורחבת – היא העיקר. כפי שכתב ד"ר מאז"ה [כך במקור – י' מ'] המשמורת נתפסת בעיני רבים כמתירה להורה המשמורן, להדיר את ההורה האחר ולהרחיק מהילד ומצד שני כפסור של ההורה הלא משמורן מאחריותו הטיפולית בילד.

משכך, ולמרות שבהחלטה הזמנית נקטתי במונח של העברת משמורת זמנית, מהאם שהיתה ההורה המשמורן עד אותה החלטה, לאב, בבואי היום, לתת הכרעה סופית במסגרת פסק הדין, בנסיבות תיק זה לא אעשה עוד שימוש במונחים אלה. מצאתי לנכון, לצאת מההגדרות המעצימות הורה אחד ומדירות את האחר ולהביא לחלוקת האחריות ההורית בין ההורים, בתקווה להביא לסיום המאבק.¹⁸⁵

בפסק דינה השתחררה השופטת שירה מן הקיבעון המחשבתי הגורס כי יש צורך במושג המשמורת והראתה, כי למעשה מושג זה אינו תורם מאומה להסדרת ההורות בין שני ההורים. למעשה, היות שכאמור מושג המשמורת אינו נושא עמו סמכויות יתר של ההורה המשמורן ואף אינו מכריע בדבר חלוקת הזמן של כל אחד מן ההורים עם הילדים, קשה להבין את הנימוקים נגד ביטול מושג המשמורת. מבחינתם של בתי המשפט ויכולתם להעניק שירות לציבור, הרי הם רק ייבנו מכך שמאבקי המשמורת ירדו מסדר יומם העמוס. אמנם יש להניח כי הורים שמעוניינים להתכתש ימצאו זירות אחרות למאבק; נראה שזאת לא יהיה אפשר למנוע. אולם הציבור הלא-מבוטל שנאבק על המשמורת כיוון שהוא סבור באמת ובתמים כי זהו מושג מעצב יוכל להימנע ממלחמה מיותרת זו. דברים אלה עומדים בניגוד לטענות מסוימות הנשמעות בשיח הציבורי, אשר על פיהן ביטול מושג המשמורת יגביר את הליטיגציה.¹⁸⁶

אכן אפשר להבין את הטענה כי ביטול חזקת הגיל הרך – תוך השארת מושג המשמורת – עלול להגביר את ההתדיינויות המשפטיות, משום שיתכן שהורים רבים יותר ייאבקו על המשמורת. במידה שווה אפשר גם לטעון כלפי ועדת שניט, כי המלצותיה עלולות אף הן

185 שם, בפס' 71 לפסק הדין.

186 ראו למשל את דעת המיעוט בדוח הביניים של ועדת שניט, לעיל הערה 17, בעמ' 49-60.

להגביר את הליטיגציה, היות שנושאי האפוטרופסות ייפתחו לוויכוח. לעומת זאת, הצעתו של המאמר להשאיר על כנו את מושג האפוטרופסות – עם כל היציבות שמושג זה יוצר – ובמקביל לבטל את מושג המשמורת תפחית את הליטיגציה באופן ניכר. הטעם לכך הוא שאמנם מושג המשמורת, כפי שראינו, אינו מסדיר מאומה ביחסי ההורים, אך בכל זאת הוא יוצר תחרותיות קשה בין ההורים באשר לזהות המשמורן. לפיכך, אם יבוטל מושג המשמורת ומושג תחרותי זה ירד מסדר היום, הדבר יביא להפחתה בליטיגציה שבין ההורים.

אך חשוב מזאת, הנהנים העיקריים מביטול המאבק התחרותי הנוגע למשמורת יהיו הילדים. כידוע הראו מחקרים רבים שוב ושוב עד כמה מוזיקים לילדים הם המאבקים המשפטיים שבהם כל הורה מנסה להוכיח את היעדר היכולת ההורית של ההורה האחר.¹⁸⁷ אמנם מאבקים אלה לא בהכרח יפחתו בעקבות המלצותיה של ועדת שניט, אך הם יפחתו במידה ניכרת בהתאם להצעתו של המאמר, שלפיה לא יהיה צורך להוכיח את עדיפותו ההורית של הורה אחד על פני ההורה השני. זאת ועוד, מאחר שמושג המשמורת משמש כאמור פעמים רבות להדרת אחד ההורים או להתנערות הורה מתפקידיו ומחובותיו כהורה, הרי הצעת המאמר תועיל גם כאן בכך שהיא תגדיל את סיכויי הילדים ליהנות מקשר מלא עם שני הוריהם.

מבחינתם של ההורים – אלה שמחויגים כיום כ"לא-משמורנים" – הם ייבנו מכך שהמסר כלפיהם לא יהיה מסר מדיר, אלא מסר שמעודד את מעורבותם. ייתכן שיחלוף זמן עד שחלק מהורים אלה יפנימו את המסר ויגדילו את מעורבותם. אך ביטול מושג המשמורת ועמו הטרימינולוגיה המדירה את ההורים הלא-משמורנים עשוי עם הזמן (בליווי הסברה וחינוך) לאפשר להורים, שעד כה לא היו מעורבים בגידול הילדים, לשאת בחלק גדול יותר של נטל גידול הילדים ולהיות דמות מרכזית בחיי ילדיהם וכן לעודדם לכך.

לבסוף, חשוב לא פחות כי גם הורים משמורנים ייבנו מכך שמושג המשמורת יבוטל. אחת הטענות הנפוצות של הורים משמורנים היא, שההורים הלא-משמורנים אינם משתתפים מספיק בגידול הילדים וכי הנטל אינו מתחלק בצורה ראויה בין ההורים. אלא שראינו שתופעה נפוצה זו נובעת במידת מה ממושג המשמורת עצמו, אשר משרד להורים הלא-משמורנים כי אין להם כל אחריות טיפולית לילדיהם. לפיכך, ביטול מושג המשמורת ייטיב עם ההורים המשמורנים בכך, שהוא יעודד את ההורים המוגדרים כיום לא-משמורנים להגדיל את מעורבותם ובכך שבמידת הצורך יהיה אפשר לבוא חשבון עם אלה שיתנערו מאחריותם. בהקשר זה אציין, כי במדינות אשר בהן בוטל מושג המשמורת היו גם מי שהשמיצו דברי ביקורת. כך למשל, החוקרת האוסטרלית ג'ניפר מקינטוש בלטה בשנים האחרונות

187 Emery, לעיל הערה 4; Bargamian, לעיל הערה 48; Pedro-Carroll, Nalchikian & Mintes, לעיל הערה 7. Firestone & Weinstein, לעיל הערה 7; ענבר, נבו ולהמן, לעיל הערה 7.

"משמורת ילדים": מושג מהותי או כותרת חלולה?

בהתנגדותה לביטול מושג המשמורת.¹⁸⁸ גישה זו, שביטוייה הראשוני היה בטענה כי ביטול מושג המשמורת באוסטרליה לא היה צעד רצוי היות שלילדים עד גיל ארבע עדיף להיות במשמורת בלעדית של אחד ההורים, משמשת בשנים האחרונות מקור מרכזי לעמדותיהם של מתנגדי מהלך זה במדינות שונות ולאחרונה גם בישראל.¹⁸⁹ אולם חשוב לעמוד על כך, שממצאיה של מקינטוש והמתודולוגיה שלה עוררו ביקורת רבה אצל חוקרים ברחבי העולם. למעשה מקינטוש עצמה הודתה, כי המחקר שלה מבוסס על מדגם קטן שאינו בעל תקפות סטטיסטית. יתרה מזו, ממצאיה התבססו באופן מרכזי על דיווחים שקיבלה מן האמהות שבמדגם, עובדה שמעלה חשש להטיה של ממש בנתונים. זאת ועוד, מבקריה של מקינטוש וביניהם אדאורד קרוק, לינדה גילסון, מייקל לאם ואחרים הצביעו על כך, שהמדגם שבו השתמשה כלל רק מקרים של "קונפליקט גבוה" (high conflict cases) ובדגש על טענות לאלימות במשפחה, ולפיכך גם מסיבה זו אין לראותו כמייצג.¹⁹⁰ אך מעבר לכך, ביקורתה של מקינטוש על ביטול מושג המשמורת מבוססת במישור המהותי על עמדתה, שלפיה במקרים שבדקה (של ילדים עד גיל ארבע ובדגש על טענות לאלימות במשפחה) טענו האמהות שנשאלו כי ביטול המשמורת אינו רצוי, משום שרצוי שהילד ישהה מרבית הזמן אצל האם וכי לאם יהיו הסמכויות לקבל החלטות חשובות הנוגעות לחיי הילד. אך בכל הכבוד הראוי, אף לו היו טענות אלה נכונות ואף לו היו בעלות תוקף מתודולוגי, קשה להבין כיצד הן רלוונטיות לשיח הישראלי. במאמר זה ראינו, כי בדין הישראלי הן חלוקת הזמן והן סמכויות ההורים אינן נקבעות על פי המשמורת, אלא על פי זמני השהות והאפורטרופסות. ממילא יוצא, כי ביקורתה של מקינטוש על ביטול מושג המשמורת אינה רלוונטית כלל למציאות הישראלית.

אציין עוד, כי אף שיש להניח כי ביטול מושג המשמורת יגביר את הנשיאה המשותפת בנטל גידול הילדים, יהיה זה לא-ראוי לצפות כי בעקבות מהלך זה יישאו כל ההורים באופן שוויוני לחלוטין בנטל גידול ילדיהם. בעוד שבנוגע לשכבות מסוימות באוכלוסייה יהיה אפשר לראות את השפעת ביטול המשמורת באופן מיידי, הרי בנוגע לאחרות ייתכן שהתהליך

Jennyfer McIntosh & Richard Chisholm, *Cautionary Notes on the Shared Care of Children in Conflicted Parental Separations*, 14 JOURNAL OF FAMILY STUDIES 37 (2008)

ראו למשל את הוועידה השנתית ה-9 לענייני נשים, משפט ומשפחה בישראל, *אנטיכרטיטת כד-אילן*, 3 ינואר 2012.

Edward Kruk, *A Model Equal Parental Responsibility Presumption in Contested Child Custody*, 39 AMERICAN JOURNAL OF FAMILY THERAPY 375 (2011); Linda Nielsen, *Shared Parenting After Divorce: A Review of Shared Residential Parenting Research*, 52 JOURNAL OF DIVORCE AND REMARRIAGE 586 (2011); Michael E. Lamb, *Critical Analysis of Research on Parenting Plans and Children's Well-Being*, in PARENTING PLAN EVALUATIONS: APPLIED RESEARCH FOR THE FAMILY COURT (Leslie Drodz & Kathy Kuehnle eds., 2012)

יהיה ממושך יותר והדרגתי. על רקע זה חשוב להבהיר, כי גם במקרים שבהם אחד ההורים יהיה מעורב יותר מן השני בגידול הילדים, בכל זאת אין בהצעה לבטל את מושג המשמורת כדי להרע את מצבו של ההורה המעורב יותר. שכן בסופו של דבר, רק אחרי שמבינים את משמעותו ואת תוכנו של מושג המשמורת אפשר להעריך את מידת הפגיעה (אם ישנה כזו) במי שביטלו את מעמדו כהורה משמורן. אך היות שראינו שמושג המשמורת אינו מעניק להורה המשמורן סמכויות יתר ביחס להורה הלא-משמורן (מלבד סמכויות ההדירה אשר אינן מועילות לילד), ממילא ביטול מושג המשמורת אינו פוגע או מרע את מצבו של ההורה שהוגדר עד כה משמורן.

נמצא אם כן, כי גם כאשר חלוקת הנטל בין ההורים אינה שוויונית, הרי הורה מעורב יותר אשר אינו מנסה לפגוע בקשר של הילד עם ההורה האחר יוכל להמשיך ולדאוג לצורכי הילדים באותה מידה בדיוק, בין אם הוא מוגדר משמורן ובין אם לא. ביטול מושג המשמורת לא יפגע כהוא זה בהורה המעורב יותר. ואולם בה בעת ביטול מושג המשמורת יביא להפסקת המסר המדיר והדוחק לשוליים את ההורים המוגדרים לא-משמורנים וממילא יעודד אותם ויאפשר להם להגביר את מעורבותם, מה שכאמור ייטיב מאוד עם הילדים.

סיכום

נקודת המוצא לדיון זה היא הנזקים הכרוכים בשימוש במושג המשמורת. מושג המשמורת מעודד תחרותיות בין ההורים כאשר לזהותו של ההורה בעל הסטטוס המועדף. מאבקים אלה, כפי שקבעו מחקרים רבים, לא רק שאינם משרתים את טובת הילדים אלא פוגעים בהם במישורים רבים. זאת ועוד, מושג המשמורת משמש במקרים רבים כלי להדרת ההורה שמוגדר לא-משמורן. עצם הגדרתו של אחד ההורים לא-משמורן משדרת לו מסר שמשחרר אותו מאחריותו, שמציב אותו כדמות שולית בכל הנוגע לאחריות הטיפולית בילד ובמקרים רבים מאפשר להורה המשמורן לשמש שומר סף בכל הנוגע לקשר שבין ההורה הלא-משמורן לבין הילדים, על כל המשתמע מכך.

שוב ושוב הוכח במחקר, כי טובת הילדים היא שיהיו להם שני הורים מעורבים גם לאחר הגירושין. אך במקום שהמערכת תעודד הורים להגביר את מעורבותם בכל הנוגע לגידול הילדים ולנשיאה משותפת באחריות הטיפולית שלהם, בא מושג המשמורת ומגדיר את אחד ההורים משמורן ואת האחר לא-משמורן, הגדרה המשדרת הן להורה הלא-משמורן, הן להורה המשמורן והן לסביבה עד כמה שולי ולא-נחוץ הוא ההורה הלא-משמורן.

במישור המעשי בחנתי את השלכותיו המעשיות של מושג המשמורת. נמצא, כי מעבר להטבות מסוימות שניתן להסדירן אף ללא השימוש במושג המשמורת, למושג זה אין למעשה השלכות מעשיות מובנות מלבד יכולת ההדרה של ההורה המשמורן את ההורה שאינו משמורן. במאמר ראינו שמושג המשמורת הוא מושג ארכאי ומזיק, שריד לתקופה שבה ראו את הילד כאובייקט קנייני השייך להוריו, ולפיכך מושג המשמורת יורד מסדר היום בעוד ועוד מדינות. אמנם ועדת שניט תמכה בגישה זו והמליצה על ביטולו של מושג המשמורת; אלא

"משמורת ילדים": מושג מהותי או כותרת חלולה?

שעל פי הורעדה מושג המשמורת אמנם יבוטל, אולם במקומו ייכנס לתוקף מושג האחריות ההורית, אשר יכיל בתוכו אף את מושג האפוטרופסות. מנגד, גישתו של מאמר זה היא כי מושג האפוטרופסות, הקובע את סמכויות ההורים בעניינים החשובים בחיי ילדיהם, צריך להישאר על כנו ובכך לשמש גורם המרגיע את שני ההורים והמבטיח להם שאיש אינו עומד לשלול מהם את מעורבותם בחיי ילדיהם. אך בה בעת, את מושג המשמורת, אשר כאמור איננו מסדיר דבר בנוגע לזכויות ולחובות ההורים, ראוי להוריד מסדר היום ולהפסיק את השימוש בו. יתרונה של עמדת המאמר הוא בכך שהיא אינה דורשת שינוי חקיקתי, ולמעשה בתי המשפט מסוגלים ליישם את הגישה המוצעת כבר עתה, אם רק ישכילו להשתחרר מן הקיבעון המחשבתי האופף את התייחסותם אל מושג המשמורת.

