

## מהפכת זמני השהות השווים בצילו של כשל שיפוטי בצריכת ידע אמפירי

### דפנה הקר\*

המפנה האמפירי במשפט מחייב את היושבים והיושבות על כס המשפט לצרוך ממצאים מחקריים בצורה מושכלת ואחראית. דוגמה לאתגרים הטמונים בפנייה של המשפט אל המחקר האמפירי כמצע לרפורמות משפטיות היא מהפכת חלוקת זמני השהות השווים שמובילים שופטי המשפחה בישראל, כתחליף לחזקת הגיל הרך שנזנחה חרף שרידותה עלי ספר. המאמר מציג ארבע הנחות מוצא, לכאורה אמפיריות, שתורמות לאקטיביזם השיפוטי בדיני משמורת ילדים: (1) ההסדר של חלוקת זמנים שווה בין בתי ההורים הוא ההסדר הנפוץ במדינות נאורות; (2) המציאות החברתית השתנתה והורים בישראל מטפלים כיום בילדיהם בצורה דומה ולא ממוגדרת; (3) המחקר האמפירי מתחום הפסיכולוגיה מוכיח כי טובתם של ילדים יוצאת נשכרת מהסדר של חלוקת זמנים שווה בין בתי ההורים; (4) קל להנדס משפחתיות שוויונית לאחר גירושין, גם במצבים שבהם הייתה חלוקת תפקידים ממוגדרת בין הורים עובר לפרידה.

על סמך נתונים אמפיריים עדכניים על הסדרי הורות לאחר פרידה במדינות אחרות, ועל חלוקת התפקידים במשפחות ישראליות ומאפיינים נוספים של החברה בישראל, ועל בסיס ניתוח סקירות העל והמחקרים העדכניים ביותר לגבי טובתם של ילדים בהסדרי הורות שונים, המאמר מקעקע את שלוש הנחות המוצא הראשונות ומצביע על חוסר הסבירות של הנחת המוצא

\* פרופ' מן המניין, הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן והתוכנית ללימודי נשים ומגדר בשיתוף NCJW, אוניברסיטת תל אביב. חלקים נכבדים ממאמר זה מבוססים על חוות דעת שהוגשה בדצמבר 2020, במענה לקול קורא שפרסם משרד העבודה והרווחה והשירותים החברתיים, ובו הזמנה לחוות דעת מבוססות מחקר על אודות חזקת הגיל הרך. את חוות הדעת כתבתי בעזרתם של פרופ' רות הלפרין-קדרי, פרופ' רחל לבייזול, פרופ' צבי טריגר, פרופ' רות זפרן, ד"ר ענת הרבסטדבי, ד"ר יפעת כרמל, וד"ר עמית קפלן, שאף חתמו עליה, ביחד עם 14 מומחי משפט ומומחי טיפול נוספים. אני מודה לקבוצת מומחים זו על שיתוף הפעולה ועל תרומתם המכרעת למוצג כאן. תודה מיוחדת לתלמידותי לשעבר, עו"ד יהודית מייזלס, השופטת ד"ר הילה מלר, ד"ר רוני ליברון ועו"ד אורית ג'קמן-לדאני, שעבודותיהן מוזכרות במאמר זה, על שלאורך השנים לימדו אותי רבות על הממשקים שבין דיני משפחות לבין הדיסציפלינות הטיפוליות (פסיכולוגיה ועבודה סוציאלית). לבסוף, אני מודה לפרופ' רות הלפרין-קדרי, פרופ' רות זפרן וד"ר רוני ליברון, לשופטי המאמר ולמערכת "מעשי משפט", על הערותיהם המחכימות.

הרביעית. מקרה הבוחן הנדון במאמר מצביע על התרומה החשובה שיכולה להיות לשקלול ממצאים אמפיריים מבוססים על עיצוב מדיניות משפטית, כמו גם על הסכנות הטמונות בהתייחסות שיפוטית שגויה לידע האמפירי הקיים, וליכולתו המוגבלת והחלקית של ידע זה לעצב את המשפט, גם אם הוא מבוסס ונצרך בקפידה.

## מבוא

דיני משפחות, כמו גם ענפי משפט רבים אחרים, עוברים בשנים האחרונות "מפנה אמפירי" (Empirical Turn)<sup>1</sup>, ומבקשים לבסס נורמות משפטיות על ידע הנובע ממחקר מהימן (Evidence-Based Law)<sup>2</sup>. דא עקא, שבתי הספר למשפטים לא כוללים בין קורסי החובה קורסים על מתודולוגיות אמפיריות, ולא מכשירים את עורכי הדין והשופטים לבצע מחקרים אמפיריים, ואף לא לצרוך בצורה מושכלת, אחראית וביקורתית ידע אמפירי ממחקרים שביצעו אחרים.<sup>3</sup> כך, משפטנים רבים לא מבינים את המורכבות הטמונה בעריכת מחקר אמפירי מהימן ולא יודעים לבחון באופן ביקורתי תוקף ויכולת הכללה של מחקר אמפירי; הולכים שבי אחר "ההתחזות לאמת" של ממצאים אמפיריים; מפרשים אותם באופן שגוי; ומייחסים להם משמעות שאין להם.<sup>4</sup> לא פחות חמורה האפשרות שבהיעדר הכשרה מתאימה, משפטנים בכלל, ושופטים בפרט, לא מנסים להבין ידע אמפירי רלוונטי להכרעותיהם באופן ישיר על ידי קריאת דו"חות מחקר (שלרוב, מתפרסמים כמאמרים בכתבי עת אקדמיים שפיטים), אלא נשענים על מקורות משניים (לרבות חוות דעת מומחים, ניירות עמדה של ארגונים חברתיים, כתבות בעיתון ועוד) שלעיתים מדווחים על ממצאים אמפיריים באופן מגמתי, אינטרסנטי ואף מניפולטיבי.<sup>5</sup>

1. Clare Huntington, *The Empirical Turn in Family Law*, 118 COLUM. L. REV. 227 (2018)
2. דפנה הקר "מחקר אמפירי של המשפט: הערות-אזהרה אוהדות על המגמה העכשווית" עיוני משפט לד' 327 (2011) (להלן: הקר "מחקר אמפירי של המשפט").
3. שם, בעמ' 334; Tommie Forslund et al., *Attachment Goes to Court: Child Protection and Custody Issues*, 24 ATTACH. HUM. DEV. 1, 5 (2022)
4. הקר "מחקר אמפירי של המשפט", לעיל ה"ש 2, בעמ' 338-341; ראו גם John J. Donohue, *Empirical Evaluation of Law: The Dream and the Nightmare*, 17 AM. L. & ECON. REV. 313 (2015).
5. היעדר כלים לצריכה מושכלת של מידע עלול להוביל אף להשפעה של ידיעות כוזב (Fake News) על מעצבי המשפט – מחוקקים ובתי המשפט. לאחרונה פרסם מכון זולת דו"ח חשוב על הסכנות הטמונות בידיעות כוזב לזכויות אדם רבות, ראו מכון זולת לשוויון וזכויות אדם פייק ניוז והפגיעה בזכויות אדם: אתגרים ודרכי התמודדות (2021). בעוד שהדו"ח מתמקד בתכנים המופצים ברשתות החברתיות, המחקר שלי מצביע על התפשטות ידיעות כוזב המשפיעות על דיני המשפחה בישראל גם במרחבים אחרים, לרבות עיתונות ממסדית, דו"חות של ארגוני גברים לאו"ם ועוד. ראו Daphna Hacker, *Divorced Israeli Men's Abuse of Transnational Human Rights Law*, 28 CAN. J. OF WOMEN AND THE L. 91 (2016) (להלן: Hacker – *Divorced*); Daphna Hacker, *Parental Norms in the Age of Fake News and Discursive Violence: The Israeli Case in a*

אחת הסוגיות בדני משפחות שעברה טלטלה דרמטית בשנים האחרונות היא שאלת הסדרי ההורות שלאחר גירושין. כפי שאראה בחלקו הראשון של המאמר, מאז העשור השני של שנות האלפיים, שדה הגירושין עבר מצייות מוחלט לחזקת הגיל הרך הקבועה בחוק אל אקטיביזם שיפוטי של חלק משופטי ושופטות המשפחה, המקדם חזקה חלופית של זמני שהות שווים של הילדים בבית כל אחד מהורים. אקטיביזם זה נתמך בשינוי עמדה של עובדות סוציאליות לסדרי דין, שהחלו להמליץ על הסדר של חלוקת זמנים שווה בשיעורים גבוהים מאוד יחסית לעבר,<sup>6</sup> כמו גם בחברי כנסת המנסים בשנים האחרונות, עדיין ללא הצלחה, לבטל את חזקת הגיל הרך.<sup>7</sup>

כפי שיפורט בחלקו השני של המאמר, המהפך המתהווה הזה, נשען, לפחות בחלקו,<sup>8</sup> על שלוש הנחות אמפיריות שגויות: (1) ההסדר של חלוקת זמנים שווה בין בתי ההורים הוא ההסדר הנפוץ במדינות נאורות; (2) המציאות החברתית השתנתה והורים בישראל מטפלים כיום בילדיהם בצורה דומה ולא ממוגדרת; (3) המחקר האמפירי מתחום הפסיכולוגיה מוכיח כי טובתם של ילדים יוצאת נשכרת מהסדר של חלוקת זמנים שווה בין בתי ההורים. בחלק זה של המאמר אבקש לקעקע את שלוש ההנחות הללו על בסיס מחקרים אמפיריים עדכניים ומהימנים.

**חלקו השלישי של המאמר ידון בהנחה רביעית הקיימת בשדה הגירושין בישראל, שעל פיה קל להנדם משפחתיות שוויונית לאחר גירושין, גם במצבים שבהם הייתה חלוקת תפקידים ממוגדרת בין ההורים עובר לפרידה. נראה כי מאפיינייה של החברה הישראלית מצביעים על חוסר הסבירות של הנחה זו, ועל הצורך להטיל על מי שמבקש לעצב הסדר הורי שוויוני שלא משקף את העבר המשפחתי, את נטל ההוכחה כי הסדר**

*Comparative Context, in EXPLORING NORMS AND FAMILY LAWS ACROSS THE GLOBE* (Melissa Breger ed., forthcoming 2022) (להלן: Hacker – *Post-Divorce Parental Norms*).

6 דפנה הקר ורות הלפרין-קדרי "כללי ההכרעה בסכסוכי משמורת – על סכנות אשליית הרמיון ההורי במציאות ממוגדרת" *משפט וממשל* טו 91, 103 (2013); אורית ג'קמן-לדאני *משמורת ומונחות ילדים – כאוס ואקטיביזם שיפוטי בבתי המשפט לענייני משפחה* 43 (עבודת גמר לקראת התואר "מוסמך במשפטים", אוניברסיטת תל אביב 2020). במחקר זה, נסקרו כל פסקי הדין של בתי המשפט לענייני משפחה שפורסמו בין השנים 2008-2018 (n=169), ראו שם, בעמ' 27.

7 ראו לדוגמה הצעת החוק של חה"כ יואב קיש ואחרים, לביטול חזקת הגיל הרך, וברוח המלצות ועדת שניט להטמעת המושג "הסדר הורות" ללא סימון הורה מטפל עיקרי. הצעת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (תיקון – החלפת סעיף 25), התשע"ו-2016, פ/3075/20; הצעת החוק של חה"כ גרעון סער לצמצום חזקת הגיל הרך ולהחלתה עד גיל שנתיים בלבד "מה שעשוי לאפשר כבר מגיל זה לקבוע משמורת משותפת להורים החיים בנפרד". דברי ההסבר להצעת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (תיקון – שינוי חזקת הגיל הרך), התשפ"א-2020, פ/2106/23.

8 הסברים אחרים למפנה הדרמטי בדני משמורת כוללים, בין היתר, עמדות ערכיות חדשות המצדדות בשוויון פורמלי בין אימהות לאבות, וברצון להעביר מסר של שוויון לילדים וליצור תחושה בקרב ההורים שהורותם לא נפגמה, ראו הקר והלפרין-קדרי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 102 וההפניות שם; צבי טריגר וסילביה פוגל-ביוזאי "עליית הניכור ההורי ודעיכת חזקת הגיל הרך" (בהכנה) (להלן: טריגר ופוגל-ביוזאי בהכנה); כמו גם השפעה של ארגוני הגברים הגרושים, שלא הייתה קיימת בעבר, על שדה הגירושין, ראו Hacker – *Post-Divorce Parental Norms*, לעיל ה"ש 5.

זה ישרת את טובת הילדים בצורה המוצלחת ביותר. בחלק זה נפסע בעקבות ליברזון שמנתחת את תהליך "מידוע דיני המשמורת" לאור התאוריה של פרופ' ג'סנוף.<sup>9</sup> ג'סנוף, חוקרת פורצת דרך בניתוח מקומו של המדע במשפט, מציעה את המושג Serviceable Truths, שליברזון מתרגמת כ"אמיתות שימושיות". על המשפט לשלב אמיתות מדעיות בהכרעותיו, אך זאת תוך הבנה של אובייקטיביות מדעית כתולדה של קונצנזוס בקרב הקהילה המחקרית הרלוונטית, החולקת מתודות וכלי הערכה מוסכמים, ומכאן תוך חשדנות כלפי מי שמתיימרים להציג אמיתות מדעיות אובייקטיביות נטולות הקשר חברתי, ותוך ניתוח ביקורתי של מידת הקונצנזוס ושל האופן שבו גובש; ותוך נקיטת זהירות משפטית מיוחדת כאשר ישנן מחלוקות בתוך הקהילה המחקרית והיעדר ידע אמפירי רלוונטי.

בכך, המאמר המוצג כאן אינו מתנגד למפנה האמפירי בדיני משפחות, אלא הוא חלק ממנו, בהיותו מבוסס מחקר בעצמו. בד בבד, הוא מבקש להצביע על מה שניתן ללמוד מהידע האמפירי הקיים, כמו גם על מה שלא ניתן ללמוד ממנו, בבואנו לעצב כללי הכרעה משפטית ושיפוטית בסכסוכי אחריות הורית, ועל הצורך בהתעמקות ובזהירות בעת צריכת ידע אמפירי. מקרה הבוחן של המהפכה השיפוטית המקדמת זמני שהות שווים בין בתי הורים החיים בנפרד מלמד לא רק על מגבלות השופטים בצריכת ידע אמפירי, אלא גם על מגבלות הידע האמפירי בעיצוב המשפט. בכך, יש בו עדות נוספת לחשיבות הקריאה שלי ושל אחרים אל מעצבי המשפט להכיר במגבלות המפנה האמפירי, ולהימנע מהסרת האחריות המשפטית והשיפוטית על עיצוב המרחב הנורמטיבי הארוך, ומהעברתה למדע בכלל ולנתונים סטטיסטיים (גם אם הם מבוססים) בפרט.<sup>10</sup> לא בכדי הפקידה החברה את עיצוב הנורמות החברתיות הכופות בידי פוליטיקאים. ומשפטנים. ות, ולא בידי מדענים. ות.

## א. מהפכת זמני השהות

פרידה בין זוג הורים לילדים קטינים יוצרת מצב חדש שבו המשפחה מתפצלת ליותר מבית מגורים אחד. שני ההורים כבר לא חולקים את אותו משק הבית, ולא יכולים לטפל בילדיהם כיחידה מרחבית וטמפורלית אחת. מכאן, שנדרשים הסדרים משפטיים שלאחר-

9 רוני ליברזון מידוע דיני משמורת הילדים במשפט הישראלי: על הייצור המשותף של "טובת הילד הפסיכולוגית" פרק 11 (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור למשפטים", אוניברסיטת תל אביב 2019).  
10 הקר "מחקר אמפירי של המשפט", לעיל ה"ש 2; יהודית מייזלס "על הרבש ועל העוקץ: דיון בהסדר המשמורת הקיים במשפט הישראלי" זכויות הילד והמשפט הישראלי 519, 563-558 (תמר מורג עורכת 2010); רות זפרן "הקשיים הכרוכים בחוות-הרעת המקצועיות – טעם נוסף לעיצוב מחדש של הדין בשאלת חלוקתה של האחריות ההורית" עיוני משפט לו 269 (2013); ליברזון, לעיל ה"ש 9; ראו גם: Elizabeth S. Scott & Robert E. Emery, *Gender Politics and Child Custody: The Puzzling Persistence of the Best-Interests Standard*, 77 LAW & CONTEMP. PROBS. 69, 91-100 (2014).

פרידה שיענו, בין היתר, על השאלה מתי ישהה כל אחד מההורים עם מי מהילדים, יטפל בהם, וידאג להיבטים השונים של חיי היום-יום שלהם.

חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות מעניק להורים חירות גדולה בעיצוב הסדרי המגורים והטיפול בילדים לאחר פרידה. במקרה של הסכמה בין ההורים, החוק מסתפק בכרירת מחדל של אפוטרופסות משותפת של שני ההורים,<sup>11</sup> וכך שטריבונל שיפוטי מוסמך יאשר את ההסדרים המוסכמים בדבר ההורה שיחזיק בקטין ובדבר זכות ההורה השני לבוא במגע עם הקטין, כלשון החוק.<sup>12</sup> במקרה של מחלוקת בין ההורים, החוק מסתפק בחזקת הגיל הרך שאמורה לכוון שופטים אל עבר הסדר משפטי המוסר את הילדים לחזקתה הבלעדית של האם, ככל שמדובר בילדים צעירים מגיל 6.<sup>13</sup> מעבר לחזקה זו, החוק מעמיד את עקרון טובת הילד כעיקרון שאמור לכוון את המענה השיפוטי לכל אחת מהשאלות הקשורות לאפוטרופסות ההורים הפרודים, לרבות ההסדרים המהווים את המסגרת המשפטית של "עשיית ההורות" היום-יומית (Doing Parenthood) לאחר הפרידה.<sup>14</sup> הסדרים אלה הומשגו עד לאחרונה כ"משמורת פיזית" וכ"הסדרי ראייה", ומכונים כיום גם "הסדרי הורות" ו"זמני שהות". במאמר זה אשתמש לסירוגין במושגים אלה, כמו גם במושג "אחריות הורית טיפולית".<sup>15</sup>

אכן, הגם שהמשפט הישראלי עלי ספר (Law in Books) בקשר להסדרי ההורות של הורים החיים בנפרד לא השתנה בששת העשורים שחלפו מאז שנחקק החוק, המשפט בפעולה (Law in Action) השתנה לבלי הכר בעשור וחצי האחרונים. במקרים רבים, עובדות סוציאליות לסדרי דין הכותבות את התסקירים במקרי מחלוקת בין הורים, הפסיכולוגים המוסיפים את חוות דעתם במקרי מחלוקת קשים, כמו גם עורכי הדין של הצדדים ושופטי בתי המשפט לענייני משפחה, מתעלמים מחזקת הגיל הרך, ומתייחסים

11 ס' 14 ו-24 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962, ס"ח 380.

12 ס' 24 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

13 ס' 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

14 על משפחתיות כפרקטיקות יום-יומיות ועל חשיבות ההתמקרות ב-being family במקום ב-being family, ראו DAVID H.J. MORGAN, FAMILY CONNECTIONS: AN INTRODUCTION TO FAMILY STUDIES (1996); Janet Finch, *Displaying Families*, 41 SOCIOLOGY 81 (2007).

15 יואב מזא"ה היה הראשון שטען כי יש לוותר על המושג "משמורת" ואף על המושג "אחריות הורית", ולהסתפק בחלוקת "זמני שהות", ראו יואב מזא"ה "משמורת ילדים": מושג מהותי או כותרת חלולה? "מחקרי משפט כח 207 (2012); בסוף שנת 2020 פורסמו תקנות סדר דין חדשות לבתי המשפט לענייני משפחה, ובהן מעוגן המושג "זמני שהות" באופן רשמי. בתקנות נעדר כל אזכור של המושג "משמורת" למעט בהקשר של אימוץ. בדומה, גם המושג "החזקת הקטין" הקיים בחוק, נעלם בתקנות. ראו תקנות בית משפט לענייני משפחה (סדרי דין), התשפ"א-2020, ובמיוחד תק' 15(א)(3). שאלות נוספות שמחייבות הכרעה עם פרידת הורים לילדים קטנים, ושלא יידונו כאן, הן מי מההורים יקבל אילו החלטות בקשר לילדים ("משמורת משפטית"), שאני מבקשת לכנות "אחריות הורית משפטית"), וכיצד יתחלק הנטל הכלכלי הכרוך בגידול הילדים בין ההורים ("מזונות ילדים"), שאני מבקשת לכנות "אחריות הורית כלכלית"). הטיפולוגיה המושגית הזו תפותח במאמר עתידי.

אליה כאילו בוטלה.<sup>16</sup> זאת, חרף פסק דין של בית המשפט העליון משנת 2014 שקבע שלאור העובדה שחזקת הגיל הרך טרם בוטלה על ידי המחוקק, אסור לבתי המשפט להתעלם ממנה, אף אם דעת השופטים אינה נוחה ממנה.<sup>17</sup> בהיעדר ציות לכלל המכוון המצוי בספר החוקים ולפסיקת בית המשפט העליון, ולאור פרשנויות מגוונות של "טובת הילד", נוצר בשנים האחרונות כאוס שיפוטי בקרב הערכאות הדיוניות בקשר לאופני העיצוב וההכרעה של הסדרי האחריות ההורית הטיפולית שלאחר גירושין.<sup>18</sup> הכאוס בתחום כה גדול, עד שגם מבקר המדינה מצא לנכון להתייחס אליו בדו"ח שפורסם במאי 2019, ודרש ממשרד המשפטים וממשרד הרווחה "לנקוט את כל הפעולות הנדרשות על מנת לתקן את אי-הבהירות הנורמטיבית שנוצרה בתחום זה".<sup>19</sup> הכאוס הנורמטיבי החדש אף חוסה תחת מעטה של סודיות והיעדר שקיפות, המעצים אותו. זאת בשל היעדר פרסום שיטתי של פסיקה בדיני משפחות, וסירוב המערכת המשפטית בשנים האחרונות לאפשר עיון בפסקי דין של ערכאות אלה לצורך מחקר אקדמי.<sup>20</sup>

בד בבד עם הכאוס, ומבצע למעטה החשאיות המקשה על המחקר בתחום, הולכות ומצטברות עדויות לכך שבעוד שעד לתחילת המילניום השלישי פירש השדה המשפטי בישראל את חזקת הגיל הרך באופן קשיח מדי, והתעלם ממקומם של אבות מטפלים בחיי ילדיהם,<sup>21</sup> כיום המטוטלת נעה אל עבר התעלמות ממקומן של האימהות בחיי הילדים במקרים הנפוצים שבהם האם הייתה ההורה המטפל העיקרי עובר לפרידת ההורים, לרבות במקרים של ילדים צעירים מגיל 6.<sup>22</sup> ההסדר שבבסיס ההעדפה הזו, שבחלק מהמקרים נכפית כחזקה שיפוטית, היה מכונה בעבר "משמורת פיזית משותפת", ומכונה היום גם בשמות נוספים דוגמת "אחריות הורית משותפת" ו"חלוקת זמני שהות שוויונית".

16 הקר והלפרין-קררי, לעיל ה"ש 6; ג'קמן-לדאני, לעיל ה"ש 6; צבי טריגר וסילביה פוגל-ביזאוי "האם חזקת הגיל הרך מתה? מבחר ציטוטים מראיונות עם עו"ס לסדרי דין" (הרצאה בפני לשכת עורכי הדין מחוז דרום 2021.6.24).

17 בע"מ 1858/14 פלוני נ' פלונית (נבו 3.4.2014).

18 דפנה הקר "אקטיביזם שיפוטי בדיני משפחה" ICON-S-II Blog (1.5.2018); ראו גם ג'קמן-לדאני, לעיל ה"ש 6.

19 מבקר המדינה טיפול המדינה במשפחות בהליכי גירושין ופירוד 1416, 1418 (2019).

20 בג"ץ 8001/19 טריגר נ' מנהל בתי המשפט (נבו 30.11.2020). הגם שהעתירה לפרסום שיטתי והנגשה למחקר של פסקי דין של בתי המשפט לענייני משפחה נמחקה, שופטי בית המשפט העליון הבהירו כי ישנה חשיבות בפרסום פסקי דין של ערכאות אלה, וציינו כי הנהלת בתי המשפט צפויה להודיע על "קידום צעדים פנימיים שיציפו את הצורך והחשיבות של פרסום פסקי דין של בתי המשפט לענייני משפחה תוך הסרת פרטים מזהים".

21 דפנה הקר הורות במשפט – מאחורי הקלעים של הסדרי משמורת וראיה (2008) (להלן: הקר הורות במשפט).

22 ראו ג'קמן-לדאני, לעיל ה"ש 6, בעמ' 36; טריגר ופוגל-ביזאוי, לעיל ה"ש 16. מהלך זה הוא חלק ממהלך רחב יותר של שחיקת האימהות כבסיס להכרה, הוקרה ותגמול במשפט הישראלי. ראו דפנה הקר ויופי תירוש "שחיקת האימהות והתבססות ההדרה במשפט כאיום על מעמדן האזרחי של נשים בישראל" קריאות ישראליות 1, 74 (2022).

הן הפרשנות הנוקשה של חזקת הגיל הרך בעבר, והן ההעדפה הנוכחית להסדרי הורות שווים של חלק מהיושבים והיושבות על כס המשפט, נעשו ונעשים, בין היתר, תוך כדי תהליך שד"ר רוני ליברזון מכנה "מידוע דיני המשמורת". ליברזון מראה במחקרה המעמיק, כי עד לשנות השמונים של המאה הקודמת פנו בתי המשפט בישראל לידע פסיכולוגי רק במצבי חשש לפתולוגיה של מי מההורים, אולם מאז ועד היום "מהווים מחקר ומומחיות מתחומי הפסיכולוגיה ובריאות הנפש (עבודה סוציאלית ופסיכיאטריה) חלק אינטגרלי מהליכי קבלת הכרעות משפטיות בשאלת הטיפול הפיזי בילדים לאחר גירושין".<sup>23</sup> כלומר, ממצב שבו המשפט פונה למומחיות הטיפולית רק בהתעורר חשש להפרעה נפשית של מי מההורים הפוגעת, או עלולה לפגוע, במסוגלות ההורית, הגענו למצב שבו הערכאות השיפוטיות פונות למומחיות הטיפולית בכל מצב של סכסוך בין הורים בקשר להסדרי השהות.<sup>24</sup> הפנייה של המשפט למדעי הנפש נעשית בשני אופנים מרכזיים: <sup>25</sup> (1) הישענות על מחקרים פסיכולוגיים העוסקים בזיקות שבין הסדרי משמורת שונים לבין טובתם של ילדים, הבאה לידי ביטוי מפורש בפסק הדין,<sup>26</sup> או העשויה לעצב את תודעתם של השופטים גם ללא הצהרה מפורשת במקרה נדון; (2) מינוי מומחה (עו"ס לסדרי דין, פסיכולוגית, או מומחה טיפולי אחר) לכחינת טובתם של ילדים מסוימים במסגרת סכסוך הוריהם, ואימוץ המלצות המומחה אל תוך ההסדר המשפטי.<sup>27</sup> למעשה, כיום, בכל מקרה של מחלוקת בין ההורים לגבי משמורת הילדים וזמני השהות, פונה בית המשפט לקבלת תסקיר של עובדת סוציאלית. כאשר בית המשפט מתרשם כי אין בתסקיר די, או לבקשת מי מהצדדים, ניתן למנות מומחה טיפולי, דוגמת פסיכולוגית או פסיכיאטריה, לקבלת חוות דעת נוספת. הגם שמומחי ההערכה הטיפוליים אמורים בשלב זה להתמקד בטובתם של ילדים מסוימים, בהקשר של סכסוך הורי מסוים, גם הם מושפעים מהתורה העכשווית של מדעי הנפש, כפי שהם מבינים אותה.<sup>28</sup>

בעוד שבמשך עשורים רבים הדוקסה של מדעי הנפש כללה קונצנזוס שילדים, ובמיוחד ילדים רכים בשנים, זקוקים להורה משמורן אחד ושלאימהות יש, ככלל, יתרון בתפקיד זה, מאז שנות השמונים של המאה העשרים התחלפה הדוקסה הזו בקונצנזוס על חשיבותם של אבות בחיי ילדיהם, לרבות לאחר פרידת ההורים, ועל יכולתם של

23 ליברזון, לעיל ה"ש 9, בעמ' 3.

24 שם, בפרקים 8-9; ראו גם הקר הורות במשפט, לעיל ה"ש 21, בעמ' 195-201.

25 פניית המשפט לידע טיפולי באה לידי ביטוי גם בהקמת יחידות הסיוע בבתי המשפט לענייני משפחה ובבתי הדין, וביצירת מרחב "משפטיפולי", כפי שהמשיגה זאת הילה מלר-שלו במחקרה. ראו הילה מלר-שלו "המרחב המשפטיפולי: מופעי המפגש בין המשפטי ל'טיפול' בעבודת יחידות הסיוע ובתי המשפט לענייני משפחה" המשפט כג 87 (2017). מרחב זה רלוונטי למאמר הנוכחי ככל שמומחיות הטיפול של יחידות הסיוע מחוות דעתן בסכסוכי משמורת.

26 לדוגמאות לפסקי דין הנשענים על מחקרים פסיכולוגיים ראו ליברזון, לעיל ה"ש 9, בעמ' 6.

27 כפי שתועד במחקר, שופטים נוטים לאמץ את המלצות המומחה הטיפולית. ראו הקר הורות במשפט, לעיל ה"ש 21, בעמ' 196; ג'קמן-לדאני, לעיל ה"ש 6, בעמ' 43-44.

28 ראו הכתוב ליד ה"ש 85 ו-86 להלן.

ילדים ליצור קשר משמעותי עם יותר מהורה אחד.<sup>29</sup> שינוי פרדיגמטי זה חלחל אל המשפט בשני אופני הפנייה למומחיות הטיפולית – בהישענות השופטים על מחקרים פסיכולוגיים ודרך חוות הדעת הטיפוליות, תוך עיוותו כמבסס חלוקת זמנים שווה בין בתי ההורים, והוא מהווה חלק מרכזי משינוי דיני המשמורת בפעולה, גם אם לא עלי ספר. יתרה מכך, גם בשיח הציבורי נעשה שימוש בהפניה למחקר הפסיכולוגי על ידי תומכי ביטול חזקת הגיל הרך, כאילו מחקר זה תומך בתפיסה שוויונית לכאורה שאינה מבחינה בין אימהות לאבות.<sup>30</sup>

הבעייתיות רבת-הפנים הטמונה בפניית בתי המשפט למומחי הטיפול במצבים שלא מערבים פתולוגיה הורית, בתקווה למענה באשר להסדר המשמורת המיטבי ביותר לילדים מסוימים, נדונה כבר בספרות.<sup>31</sup> יתרה מכך, ועדת שניט, שישבה על המדוכה כדי לבחון את ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין בשנים 2005–2011, הייתה תמימת דעים כי אין לפסיכולוגים כלים מדעיים לתרום לעיצוב התוכנית ההורית הטובה ביותר, בהינתן שני הורים ללא הפרעה נפשית, וכי יש להימנע מהפניות מיותרות לתסקירים ולחוות דעת.<sup>32</sup> אי לכך, ואף שהביקורות הרבות טרם הובילו לשינוי הנדרש,<sup>33</sup>

29 ראו הקר והלפרין-קדרי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 116–119. נציגים בולטים של המגמה הזו בישראל, המבקשים להמיר את התובנות הפסיכולוגיות העכשוויות בהעדפה משפטית של אחריות הורית שווה, הם תרצה יואלס ואבי שגיא-שורץ, שהיו חברים בוועדה לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין (להלן: ועדת שניט). ראו תרצה יואלס ואבי שגיא-שורץ "אמא, אבא, ומה איתי? אני זקוק לשניכם": עובדות, מיתוסים ותקוות בהסדרי הורות במקרים של גירושים" דין ודברים 1 ו 375 (2012).

30 ראו לדוגמה יעל גיל "תם עידן המשמורת על הילדים: הצעת חוק זמני שהות בין הורים לילדיהם" כלכליסט (22.3.2021).

31 הבעייתיות כוללת הישענות על מבחנים לא רלוונטיים ולא תקפים, פנייה למומחה אחד שמסווה חילוקי דעות לגיטימיים בתוך הפרופסיה, פגיעה מיותרת בפרטיות של בני המשפחה, התנערות מאחריות שיפוטית, פגיעה בזכות להליך הוגן ועוד. ראו הקר הורות במשפט, לעיל ה"ש 21, בעמ' 202–211; מייזלס, לעיל ה"ש 10; יואלס ושגיא-שורץ, לעיל ה"ש 29; ליאור ברשק "כבוד האדם בבית המשפט למשפחה: ביקורות נוספות על חוות הדעת המקצועיות" דין ודברים יב 71 (2019).

32 הוועדה הציבורית לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין דו"ח משלים (2011) (להלן: דו"ח משלים). הוועדה מצאה כי "מומחים ממונים לעתים גם במקרים בהם ההורים נורמטיביים, ולא מתעוררת שאלה של יכולת הורית". הוועדה מציעה לשנות את החוק, כך שיוסף סעיף הקובע כי "מינוי מומחה מתחום העבודה הסוציאלית, הפסיכולוגיה הקלינית וההינוכית, הפסיכולוגיה ההתפתחותית, הפסיכיאטריה הכללית, פסיכיאטריה של ילדים ומתבגרים או רפואת ילדים של התפתחות הילד (להלן – מומחה), הינו אפקטיבי במצבים בהם מזוהה הפרעה נפשית אצל מי מההורים או הילדים, הפוגעת או עלולה לפגוע פגיעה של ממש במימוש האחריות ההורית, או במצבים בהם הסכסוך בין ההורים הוא בעוצמה גבוהה במיוחד, דבר אשר מקשה על ההיברות בין ההורים בנוגע למימוש אחריותם ההורית. במצבים אחרים מומלץ, לפני שממנים מומחה, לבחון בזווית האם התועלת הצפויה מקבלת חוות הדעת של המומחה לצורך גיבוש הסדר הורות, עולה על הנוזקים הצפויים לילדים ולבני המשפחה מעצם תהליך ההערכה". שם, בעמ' 46–47.

33 ועדת שניט המליצה גם על התקנת תקנות שיוורו כי הורים החלוקים בעניין האחריות ההורית יידרשו להגיע לפגישה ביחידת הסיוע בטרם יגיע התיק לדיון משפטי. בפגישה זו הם יקבלו מידע על הליכי יישוב סכסוכים בהסכמה, במטרה למנוע ליטיגציה; ראו דו"ח משלים, שם, בעמ' 3–6, 40–42.



במאמר זה אתמקד בהיבט הראשון, הנחקר והנדרון פחות, של מידוע דיני המשמורת, קרי ההישענות של מפתחי חזקת זמני השהות השווים בישראל על מחקרים פסיכולוגיים, שלכאורה מגבים אותה. נראה כי הישענות זו, המשפיעה גם על חוות הדעת, היא למעשה חסרת בסיס אמפירי משכנע ומהווה דוגמה לכשלים שיפויים חמורים בצריכת ידע אמפירי ובעיצוב נורמות משפטיות לאורו.<sup>34</sup>

הכשל בהתייחסות השיפוטית לידע אמפירי רלוונטי נוכח לא רק בקשר לידע הפסיכולוגי, אלא גם בקשר למצב המשפטי בעולם ולחלוקת התפקידים במשפחות בישראל. במסגרת ההצדקות שמספקים שופטי המשפחה הבוחרים להתעלם מחזקת הגיל הרך הקבועה בחוק, ולהמיר אותה בחזקת זמני השהות השווים, ניתן לאתר שלוש הנחות מוצא: (1) ההסדר של חלוקת זמנים שווה בין בתי ההורים הוא ההסדר הנפוץ במדינות נאורות;<sup>35</sup> (2) המציאות החברתית השתנתה והורים בישראל מטפלים כיום

בשנת 2014 נחקק חוק המבקש לעודד הגעת ההורים לארבע פגישות מידע, היכרות ותיאום (פגישות מהור"ת) – החוק להסדר התדייניות בסכסוכי משפחה, התשע"ה-2014; בס"ח 2485 בהצעת החוק מוזכרת ועדת שנהב, שהמליצה על פגישות מהור"ת עוד ב-2005, ולא מוזכרת ועדת שניט. ראו הצעת חוק להסדר התדייניות בסכסוכי משפחה, התשע"ד-2014, ה"ח הממשלה 885; רפורמה זו נחשבת להצלחה. ראו מכון מאירס-ג'וינט-ברוקדייל יישום חוק המהור"ת ביחידות הסיוע – מחקר ארצי (2019). עם זאת, אין ברפורמה זו כדי להפחית את ההפניות המיותרות למומחי הטיפול בתיקים שלא מסתיימים בהסכמות במסגרת מפגשי המהור"ת או הגישור הנובע מהם.

34 לתיאור התפתחות דומה באוסטרליה, והפער בין מה שהמחקר האמפירי מראה לבין האופן שבו המחקר והשופטים עושים בו שימוש שם, ראו Zoe Rathus AM, *Social Science or 'Lego-Science'? Presumptions, Politics, Parenting and the New Family Law*, 10 QUTLJ 164 (2010); Zoe Rathus AM, *Mapping the Use of Social Science in Australian Courts: The Example of Family Law Children's Cases*, 25 GRIFFITH L. REV. 352 (2016).

35 נדמה כי הראשון ליצור את הרושם שישנה מגמה גוברת של אימוץ משמורת משותפת כברירת מחדל בכמה שיטות משפט הוא שיפמן, בספרו משנת 1989. שיפמן כותב כי "בשיטות משפט אחדות מורגשת נטייה לעודד הורים להגיע להסדר של 'החזקה משותפת' (joint custody) המחלק ביניהם שווה בשווה את גידולו של הילד והטיפול בו", ראו פנחס שיפמן דיני המשפחה בישראל כרך ב 274 (1989) וראו הפניה לחלק זה בספר, למשל, פס' 28 לפסק הדין של השופט ניצן סילמן בתמ"ש (קריית) 17120/07 פלונית נ' פלוני (נבו 22.8.2010) (להלן: עניין פלונית); ראו גם תמ"ש (ירושלים) 19660/07 פלונית נ' אלמוני, פס' 19 לפסק הדין (נבו 3.9.2008); שיפמן מפנה לשני מאמרים כסימוכין לדבריו, הראשון שעוסק במשפט האמריקני בלבד, ושלא מבחין כדבעי בין משמורת משפטית משותפת למשמורת פיזית משותפת, והשני, שעוסק במשפט הרצוי ולא המצוי. בעוד ששיפמן נוקט לשון זהירה, פרק המשפט המשווה בדו"ח ועדת שניט יוצר רושם שגוי ובעייתי כי חלוקת זמנים שווה הפכה להיות ברירת מחדל בשיטות משפט רבות, אף על פי שלא כך. ראו הקר והלפרין-קדרי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 130-140, וחלק ב.1 להלן.

בילדיהם בצורה דומה ולא ממוגדרת;<sup>36</sup> 3) המחקר האמפירי מתחום הפסיכולוגיה מוכיח כי טובתם של ילדים יוצאת נשכרת מהסדר של חלוקת זמנים שווה בין בתי ההורים.<sup>37</sup>

36 אחד הביטויים המוקדמים להנחה זו הוא פסק דינו של השופט חיים פורת בסכסוך הגירה בין הורים לילד רך בשנים, שזכה להתודה רבה. ראו דפנה הקר ורונון שמיר "אימהות", 'אבהות', 'משפחה': בין אינטואיציה להלכה פסוקה" סוציולוגיה ישראלית ה 311 (2003). עמדתו חסרת הביסוס האמפירי של השופט פורת, שלפיה חל שינוי משמעותי בחלוקת התפקידים במשפחה בישראל, המצדיק התגברות על חזקת הגיל הרך הקבועה בחוק, מוזכרת, למשל בפסק דינו של השופט זגורי, בתמיכה לעמדתו כי יש להעדיף הסדר של משמורת משותפת במקרה הנדון, ולראות בה ככלל את "דרך המלך". זאת אף על פי שמדובר היה במקרה לא שכיח של אב מטפל שווינוי ואולי אף עיקרי. ראו תמ"ש (טבריה) 12148-04-10 ס.ג. נ' ע.ג. (נבו 28.4.2011). השופט זגורי גם מפנה לדבריו של השופט סילמן בעניין פלונית, לעיל ה"ש 35, בעמ' 9-10: "הדור הנוכחי של האבות אינו חרד מהכנת אוכל לילדים, אפילו רכים, רחיצתם, טיול עימם, יחד עם האם ובלעדיה. חלוקת התפקידים המסורתית, בחלוף השנים, הלכה ונשתנתה; אבות החלו נוטלים חלק מהותי יותר ויותר בגידול הילדים ובחיייהם; אם עד לפני דור או שנים, לא הכירו אבות צורת חיתול, חלק ניכר מאבות דור זה לוקח תפקיד בכל היבט בחיי ילדיהם, ובכל צורך מצורכיהם. לאבות אלו, חל דין רצוי של חלוקת זמן הורי, בצורה שוויונית או קרובה לכך". ראו גם פסק דינה, המאוחר יותר, של השופטת נאוה גדיש, המבקש לבטל כליל את המושג "משמורת" ולהסתפק בחלוקת זמני שהות שוויונית או כמעט שוויונית, בין היתר מכיוון שלטענתה, מתחוללת "מהפכה חברתית" ומכיוון ש"כיום, אין זה חריג כי אבות פעילים בחיי ילדיהם, משתתפים באסיפות הורים, מעורבים בחיי הילדים ונוטלים חלק פעיל בכל הנוגע לניהול הבית והמשפחה ואמהות מנהלות קריירה ותורמות לפרנסת הבית, לא פחות מהאבות", תלה"מ (פתח תקווה) 18-10-6306 פ' נ' ר', פס' 31-42 לפסק הדין (נבו 18.5.2021).

37 כך לדוגמה, השופטת ורדה בן שחר טוענת, בפסק דין הקובע משמורת משותפת על תאומים בגיל הרך, כי: "בשנים האחרונות החלה להתפתח גישה חדשה אשר מבקשת לדחוק את התפיסה המשפטית העוסקת בהחזקת קטינים ובקביעת הורה משמורן ובמקומה להנחיל עקרונות משפטיים חדשים אשר מתבססים על מודל של אחריות הורית כשהשאפה היא לאחריות הורית משותפת. מודל זה מתבסס על ממצאי מחקרים שהצביעו על חשיבות תפקידם של שני ההורים בהתפתחות ילדיהם. חשיבות שהופכת למשמעותית עוד יותר כאשר ההורים מתגרשים. מסקנותיהם של אותם מחקרים היו שכלל שאבות היו מעורבים בחיי ילדיהם והיה סיפק בידיהם להעניק להם תמיכה רגשית, בטחון וסייעו במתן מענה לצרכיהם הלימודיים, התפקודיים והחברתיים, אותם קטינים תפקדו ברמה חברתית טובה יותר והסתגלו למצב שנוצר בעקבות הגירושין טוב יותר מאלו שלא זכו בשני הורים תומכים ושותפים לגידולם. עוד נמצא שמתן 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 ניכור בין הילדים להורה האחר". השופטת לא מפנה לאף מקור כדי לתמוך בקביעותיה על אודות הידע האמפירי הרלוונטי לכאורה. ראו תמ"ש (ראשון לציון) 28951/09 א.ג. נ' ת.ג., עמ' 7-8 לפסק הדין (נבו 7.1.2010) (להלן: עניין א.ג. נ' ת.ג.). מהנאמר בפסק דין אחר של אותה השופטת, תמ"ש (משפחה ראשון לציון) 7856-02-10 ש.א. ה' ס.י. א., עמ' 8 לפסק הדין (נבו 23.7.2012), שבו היא מפנה לעניין א.ג. נ' ת.ג. כאסמכתה לקביעת משמורת משותפת חרף קונפליקט בעוצמה גבוהה ביותר בין ההורים, מתברר כי הקביעות הנחרצות הללו נשענו על חוות דעת של אבי שגיא-שורץ, תרצה יואלס ואריק ירמון, שהוגשה מטעם האב. במאמר של שני הראשונים, נשענים המחברים על מחקרים המצביעים על חשיבות הימצאות שני הורים מיטיבים בחיי הילד. מממצאי מחקר אלה גוזרים המחברים עמדה נורמטיבית שנויה במחלוקת אשר אינה מבוססת על ממצאים אמפיריים ויש לה השלכות משפטיות דרמטיות – ולפיה "אין לתת מעמד מועדף להורה אחד על פני ההורה האחר", ראו יואלס ושגיא-שורץ, לעיל ה"ש 29, בעמ' 384. יואלס ושגיא-שורץ נשענים במאמר זה על מטה-אנליזה של רוכרט באזורמן, כדי לבסס את עמדתם וזאת חרף ביקורות קשות שספגה סקירה זו הן בשל הבלבול הקיים בה בין משמורת

כפי שאראה בחלקו הבא של המאמר, שלוש הנחות המוצא הללו שגויות וחסרות בסיס אמפירי.<sup>38</sup> הדיון בשתי ההנחות הראשונות ייעשה רק בקצירת האומר, לאור העובדה שהן כבר נדונו במאמר קודם ורק מצריכות עדכון אמפירי מהשנים האחרונות.<sup>39</sup> אתמקד בהנחה השלישית על אודות הידע הפסיכולוגי, ואחשוף את הכשל השיפוטי בהתייחסות לידע האמפירי הקיים על טובתם של ילדים בהסדרי הורות שונים לאחר פרידת ההורים. חלקו האחרון של המאמר יתייחס גם לסוגיות נוספות שיש לגביהן ידע אמפירי רלוונטי, ויגזור מהמכלול קווים מנחים כלליים שראוי כי יכוונו הן את השדה המשפטי בישראל בהכריעו בסכסוכים בין הורים על אחריותם ההורית הטיפולית לאחר פרידה, והן את המחוקק, שבשלה העת שיסדיר בצורה מעודכנת עלי ספר את כללי ההכרעה בסכסוכי משמורת.

## ב. קעקוע שלוש מהנחות המוצא השיפוטיות

### 1. המצב המשפטי בעולם – ישראל כחריג

כאמור, אחת מהנחות המוצא הרווחת בפסקי דין המקדמים את מהפכת זמני השהות השווים היא שביטול חזקת הגיל הרך שהתרחש בעולם המערבי בסוף המאה העשרים לוה באימוץ חוקי ושיפוטי חלופי של חזקה של חלוקת זמנים שווה בין ההורים. למעשה, רוב העיסוק במשמורת משותפת במדינות המערב קשור במשמורת משפטית משותפת, ולא במשמורת פיזית משותפת או בהסדרי שהייה שווים, והמחקר האמפירי הקיים מלמד כי רוב ההסדרים ההוריים לאחר גירושין במדינות אלה ממשיכים לסמן את האם כהורה המטפל העיקרי.

כפי שפורט בחלק הקודם של המאמר, חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות מתנגד למשמורת פיזית משותפת בגיל הרך, ולא מתייחס להסדר זה גם בקשר לגילים מאוחרים יותר; ובית המשפט העליון חזר והזכיר כי על הערכאות הנמוכות לציית לחזקת הגיל הרך

משפטית למשמורת פיזית, הן בשל הישענות על מחקרים שלא פורסמו והן בשל הטיות שנובעות ממאפייני המשפחות שנחקרו. ראו שם, בעמ' 385 וכן הקר והלפרין-קררי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 150. כפי שמראה ג'קמן-לדאני, השופטת בן שחר הגדילה לעשות ופסקה משמורת משותפת אף במקרה של הרשעת האב באלימות נגד האם. ג'קמן-לדאני, לעיל ה"ש 6, בעמ' 34. גם במקרה זה ניכרת הסתמכות על מחקרים המלמדים כך לטענת בן שחר כי "המסקנה החד משמעית היא שיש לשאוף ליצירת תנאים לאחזריות הורית משותפת וחלוקת זמן רחבה של שני ההורים עם ילדיהם" (הדגשה במקור, ד"ה), וכי "הגישה של בתי המשפט [הינה] לראות במשמורת המשותפת את הדרך המועדפת לשם הבטחת טובת הקטין, ככל שהרבר ניתן", ראו תמ"ש (ראשון לציון) 9-19391-09 ט. ק. ס. ואח' נ' פ. ט., עמ' 9 לפסק הדין (נבו 13.2.2014).

38 מחקר אמפירי הוא "תהליך של איסוף עובדות על העולם באמצעות חושיהם של החוקרים והחוקרות. בניגוד לאנקדוטה, לאינטואיציה, לבדיה או לטענה רטורית, על ממצא אמפירי לנבוע ממחקר שנערך באופן שיטתי, על בסיס מדגם מייצג או על בסיס מקרים המצדיקים התמקדות, ואשר כלל תיעוד מדויק של איסוף הנתונים ועיבוד עקבי שלהם"; ראו הקר "מחקר אמפירי של המשפט", לעיל ה"ש 2, בעמ' 328.

39 הקר והלפרין-קררי, לעיל ה"ש 6.

הקבועה בו. כמו כן, ועדת שניט, שהמליצה על ביטול חזקת הגיל הרך, לא המליצה על אימוץ מודל משפטי המעודד הסדרי הורות שווים, אלא על רשימת פרמטרים הכוללת את רצון הילד, הטיפול שהעניק כל אחד מההורים לילד, שיתוף הפעולה בין ההורים, ועוד. הוועדה הוסיפה כי ככל שלא ניתן יהיה לקבוע את הסדרי ההורות לאור הפרמטרים השונים שהיא שרטטה "ייתכן משקל מכריע לשיקולי שמירת היציבות בחייו של הילד ולאופן ולמידה בהם טופל על ידי כל אחד מהוריו במהלך חייו עד למתן ההחלטה, בלי שהדבר יפגע בשיקול של שמירת הקשר של הילד עם שני הוריו".<sup>40</sup>

יש שופטי משפחה המצייתים לחוק ולפסיקת בית המשפט העליון ככל שמדובר בילדים צעירים מגיל 6, ולא פוסקים משמורת משותפת מתחת לגיל 6 אלא בנסיבות מיוחדות. ברוח המלצות ועדת שניט הם גם מתנים פסיקת חלוקת זמנים שווה בין בתי ההורים לילדים בגילים מבוגרים יותר במכלול תנאים, לרבות הורות דומה במאפייניה של האם ושל האב טרם הפרידה ההורית, תקשורת טובה בין ההורים, קרבה גיאוגרפית בין בתי ההורים, בשלותם של הילדים להסדר המורכב, רצון הילדים ועוד.<sup>41</sup> בה בעת, שופטי משפחה רבים אחרים מתייחסים לחלוקת זמנים שווה בין בתי ההורים לילדים ככל הגילים כמעין חזקה משפטית, יש מאין, שמטילה את נטל ההוכחה דווקא על מי שמבקש שלילדים יהיה בית עיקרי אחד, תוך תשלום מס שפתיים לתנאים מוקדמים כלשהם. ובלשונה של שופטת המשפחה מאיה לוי, כבר בשנת 2008:

[...] סבורה אני כי המשמורת המשותפת היא, היא דרך המלך. [...] עקרונות השוויון בתפקוד ובאחריות ההורית, אשר חלחלו בדיני משפחה בשנים אחרונות מחייבים את בתי המשפט לענייני משפחה, להתייחסות שוויונית בין אב לאם, ככל הקשור לתפקיד ההורי המוטל עליהם. התייחסות שוויונית זו, משקפת גם את טובת הקטינים, אשר יזכו בקשר שוטף ורצוף עם שני ההורים, הגם שאלה בחרו להיפרד זמ"ז. לפיכך, לדידי, אין צורך להוכיח כי טובת הקטינים היא לגדול במסגרת של משמורת משותפת. אדרבא, הטוען כי מן הראוי שלא לאפשר במקרה קונקרטי משמורת משותפת, על אף שמתקיימים התנאים המוקדמים של תקשורת תקינה וקרבה פיזית בין ההורים, עליו הנטל להוכיח זאת [ההדגשות הוספו – ד"ה].<sup>42</sup>

40 מכתב מפרץ סגל, מרץ הוועדה לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין, ליעקב נאמן, שר המשפטים (27.12.2011), ומסמכים נלווים למכתב, בפרט סעיף 9(ב) להצעת החוק של הוועדה. ראו משרד המשפטים דין וחשבון הוועדה ציבורית לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין-ועדת שניט 55 (2013).

41 ראו לדוגמה תמ"ש (צפת) 47947-07-15 ל.ד נ' מ.ד, פס' 60 לפסק הדין ופסקי הדין המאוזכרים שם (נבו 10.10.2017).

42 תמ"ש (קריות) 10440/07 פלונית ואח' נ' פלוני, פס' 5 לפסק הדין (נבו 28.9.2008). כפי שפרופ' רות הלפרין-קדרי ואנוכי הראנו במאמרנו משנת 2013, ניתן לאתר את ניצני מהפכת זמני השהות השווים בתקופה שבה ניתן פסק דין זה, סוף העשור הראשון של שנות האלפיים. בתקופה זו החלה להופיע בתסקירי העובדות הסוציאליות לסדרי דין המלצה ל"הורות משותפת", בתדירות חסרת תקדים. לפי נתוני משרד הרווחה דאז, בין השנים 2009 ל-2010 זינק מספר ההמלצות להורות

מאז דבריה אלה של השופטת לוי, השתרשה נורמת המשמורת הפיזית המשותפת וחלוקת הזמנים השווה עוד יותר, עד שהגענו למצב שבו, למשל, נפסק הסדר של משמורת משותפת לתינוק בן שנתיים בשל סירובה של האם להסדר זה, שהפך אותה, בעיני השופט ארז שני, לחשודה בניכור הורי.<sup>43</sup>

כאמור, בתי המשפט לענייני משפחה מסרבים לפרסם את פסקי הדין שלהם באופן שיטתי ומלא, ואין בידינו אלא מספר מועט של פסקי דין העוסקים במשמורת והסדרי שהות מדי שנה. מחקרה החדש של אורית ג'קמן-לדאני מפה את כל 169 פסקי הדין של בתי המשפט לענייני משפחה, שפורסמו בקשר למשמורת פיזית<sup>44</sup> של ילדים לאחר פרידת הוריהם בשנים 2008-2018, ומצא כי חלוקת זמנים שווה או קרובה לשווה, היא המודל הרווח ביותר בפסקי הדין המפורסמים על ידי שופטי משפחה. הסדר של לפחות שישה ימים בבית כל אחד מההורים במהלך שבועיים נפסק ב-42% מכלל פסקי הדין: 38% מהם קבעו חלוקת זמנים שווה – 7/7, ו-62% קבעו חלוקה קרובה לשווה – 6/8.<sup>45</sup> ב-44% מהמקרים הללו היה לפחות ילד אחד מתחת לגיל 6.<sup>46</sup> הסדר של יותר משמונה ימים בבית האם במהלך שבועיים נפסק רק ב-40% מפסקי הדין, וב-17% מפסקי הדין נקבעו הסדרים שבהם הילדים שוהים עם האב יותר משמונה ימים במהלך שבועיים. באופן לא פחות מפתיע, נמצא כי ב-17% מהמקרים נפסקה משמורת בלעדית לאב.<sup>47</sup> למרבה הצער, אין נמצא מידע על אופי ההסדרים המתעצבים בהליכי מהות וגישור. כאן אין לנו אלא לדווח באופן אנקדוטלי כי משיחות עם עורכי ועורכות דין ומגשרים

משותפת מ-309, שהיו כ-7% מכלל ההמלצות, ל-778 שהיו כ-16% מכלל ההמלצות, ראו הקר והלפרין-קדרי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 103; ראו גם ה"ש 57. הגם שעד היום עובדות סוציאליות לסדרי דין נוקטות לשון של "הורות משותפת" ואף "משמורת משותפת", גם כאשר ההסדר לא כולל חלוקת זמנים שווה בין בתי ההורים, הלשון הזו מסמנת נטייה הולכת וגוברת של הפרופסיות הטיפוליות להמליץ על חלוקת זמנים שווה או דומה מאוד, ראו טריגר ופוגל-ביזאוי, לעיל ה"ש 16. בהתאם, בעוד שעד שנת 2008 כמעט שלא פורסמו בישראל פסקי דין שדנו באפשרות של משמורת פיזית משותפת, וכפי שהראיתי במחקרי, גם הסדרים שגובשו מחוץ לכותלי בית המשפט סמוך לתחילת שנות האלפיים כללו משמורת פיזית משותפת רק ב-1.4% מהמקרים, הרי שבין תחילת 2008 לחודש מרץ 2012 נבחנה האפשרות הזו בעשרים מפסקי דין שפורסמו, וב-11 מהם נפסקה חלוקת זמנים שווה או דומה בין ההורים. בשישה מקרים מבין ה-11, פסק הדין מתייחס לתסקיר עובדת סוציאלית שממליץ על הסדר של משמורת משותפת, ראו הקר הורות במשפט, לעיל ה"ש 21, בעמ' 28-29; הקר והלפרין-קדרי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 102-103.

43 תלה"מ (ת"א) 19-04-29666 י.ח. נ' א.ח. (נבו 20.4.2020). בה בעת השופט שני קובע כי "משמורת משותפת אין בה כדי להוביל בהכרח לזמני שהות שוויוניים", שם, בעמ' 26 לפסק הדין. עמדה זו תורמת לבלבול המושגי בשדה, כפי שמצביעים ממצאיה של ג'קמן-לדאני, לעיל ה"ש 6.

44 המחקר כלל גם פסקי דין ששללו את המושג משמורת ובחרו תחתיו את המושגים "תוכנית הורית" או "אחריות הורית". ראו ג'קמן-לדאני, לעיל ה"ש 6, בעמ' 24.

45 דואר אלקטרוני מג'קמן-לדאני לדפנה הקר, בעניין השלמת נתונים (7.12.2020).

46 דואר אלקטרוני מג'קמן-לדאני לדפנה הקר, בעניין השלמת נתונים (17.3.2022).

47 ג'קמן-לדאני, לעיל ה"ש 6, בעמ' 9-27. זאת לעומת המצב בתחילת שנות האלפיים שבו משמורת בלעדית לאב נתפסה כהסדר חריג מאוד שמתאים רק למקרים של אם לא מתפקדת, ראו הקר הורות במשפט, לעיל ה"ש 21, בעמ' 65-66.

בתחום דיני המשפחה, עולה כי הנורמה החדשה של חלוקת זמני השהות שווים נוכחת לא רק במקרי מחלוקת המגיעים לדיון בבית המשפט, אלא גם במשרדי עורכי דין ומגשרים. לדבריהם, הנורמה חלחלה באופן כה דרמטי לשרדה הגירושין, עד שאבות רבים דורשים במהלך המשא ומתן או הגישור על ההסדרים המשפטיים, ופעמים רבות גם משיגים, חלוקת זמנים שווה או קרובה לשווה, גם אם לקחו חלק זניח בטיפול היום-יומי בילדים במהלך הזוגיות, גם כאשר מדובר בילדים רכים בשנים, ואפילו במקרים של אלימות במשפחה.<sup>48</sup> במקביל, עולה הדרישה של אבות לצמצם את חבותם במזונות הילדים, ואכן כפי שמראה מחקרה של ג'קמן-לדאני, הסכומים הנפסקים (וסביר שאף אלה המוסכמים) כיום נמוכים מאלה שנפסקו בעבר, במיוחד כאשר הסדרי ההורות המשפטיים הם של משמורת פיזית משותפת וזמני שהות דומים, אך גם במשמורת אָם.<sup>49</sup>

מצב דברים זה מעמיד את שיטת המשפט בישראל כחריגה בהשוואה בינלאומית. ברוב שיטות המשפט בעולם המערבי לא אומצה על ידי המחוקק נורמה של חלוקת זמנים שווה בין בתי ההורים, והכלל המשפטי המכוון הוא "טובת הילד", ללא חזקה כזו או אחרת. בשיטות משפט אלה, כאשר נעשה שימוש בחוק כמושג "הורות משותפת" או "משמורת משותפת", הכוונה היא למשמורת משפטית משותפת בלבד וקבלת החלטות משותפת בקשר לילדים, ולא למשמורת פיזית או לחלוקת זמנים. ברוב שיטות המשפט גם לא נקבע קשר משפטי בין הסדר המשמורת לבין סכום המזונות שעל האב לשלם עבור ילדיו.<sup>50</sup> נכון להיום, רק בבלגיה, שוודיה, אריוזונה, קנטקי וארקנסו ישנם חוקים הכוללים חזקה של משמורת פיזית משותפת של שני ההורים.<sup>51</sup>

המצב החוקי בא לידי ביטוי גם בפסקי דין ובהסכמות בין הורים, ובהתאם, ברוב המוחלט של המדינות מסתיימים הליכי גירושין של הורים, ברוב המקרים של המקרים,

48 לדבריה של דנה אייזנר-לביא, מנהלת מרכז זכויות נשים בעיריית ראשון לציון, המטפל בפניות רבות של נשים בהליכי גירושין, כמעט בכל ההסכמים שהיא רואה נקבע הסדר הורי של משמורת משותפת, לרבות במקרים של אלימות האב נגד האם. דואר אלקטרוני מרנה אייזנר-לביא לדפנה הקר (17.3.2022).

49 ג'קמן-לדאני, לעיל ה"ש 6, בעמ' 64-70, 74-77. ראו גם, שי זילברברג, רות הלפרין-קדרי וקרן הורוביץ "על הכאוס בקביעת מזונות הילדים במצבי משמורת משותפת: מבט ביקורתי על הפסיקה ועל המלצות ועדת שיפמן" משפט ועסקים יט 1235 (2016); בבע"ם 919/15 פלוני נ' פלונית ואח' (נבו 19.7.2017) (להלן: עניין פלוני נ' פלונית ואח'), בית המשפט העליון יצר זיקה ישירה בין זמני השהות של הילד אצל האב לבין סכום המזונות שעליו לשלם, כך שבסדרים של משמורת משותפת, בהינתן השתכרות דומה של ההורים, האב יכול לטעון כי אין הוא חייב להעביר סכומי מזונות ילדים כלשהם לאם. כפי שמראה מחקרה של ג'קמן-לדאני, לעיל ה"ש 6, בעמ' 84, פסק הדין הוביל לעלייה של כ-300% בתביעות של אבות להפחתת מזונות, והשפיע על השרדה המשפטית גם במצבים שבהם האב משתכר יותר מהאם, ראו לדוגמה תמ"ש (ת"א) 21810-06-16 פלונית נ' פלוני (נבו 9.10.2017).

50 ראו Hacker – Post-Divorce Parental Norms, לעיל ה"ש 5.

51 Sanford L. Braver & Michael E. Lamb, *Shared Parenting After Parental Separation: The Views of 12 Experts*, 59 J. of DIVORCE & REMARRIAGE. 372, 380 (2018); Sushma Subramanian, *Who Gets the Child?* WASH. POST (Jan.18th, 2022) (להלן: Subramanian).

בהסדר של משמורת פיזית בלעדית (לרוב של האם) עם הסדרי ראייה להורה הלא-משמורן. לדוגמה, באוסטרליה, מחלוצות הקידום של הורות משותפת, רק 16% מהסדרי המשמורת הם הסדרים של חלוקת זמנים שווה או דומה בין בתי ההורים, ובתי המשפט ממעטים לכפות הסדר כזה.<sup>52</sup> כאשר מדובר בילדים בגילי 0-3, כמעט שאין הסדרים של משמורת פיזית משותפת, וגם הסדרים של יותר מ-35% בבית ההורה הלא-משמורן הם נדירים.<sup>53</sup> אפילו בבלגיה ובשוודיה, שבהן, לכאורה, בעקבות הרפורמות המשפטיות יש כיום כ-40% הסדרים של משמורת פיזית משותפת, מדובר בהסדרים שנעים בין חלוקה שווה בין בתי ההורים לבין חלוקה של 67% בבית אחד ההורים (בדרך ככל האם) לבין 33% אצל ההורה השני.<sup>54</sup> אכן, מחקר שפורסם לאחרונה, ושנשען על סקרים בקרב מדגמים של תלמידים בגילי 11, 13 ו-15, שנערכו בשנים 2002, 2006 ו-2010, ב-37 מדינות בצפון הגלובלי (n=92,886), מלמד שחלוקה שווה של הזמנים התקיימה רק בקרב כחמישית מההורים הפרודים בשוודיה, ואף פחות מכך בבלגיה. הממוצע של הסדר משמורת עם חלוקת זמנים שווה בין שני ההורים בכל 37 המדינות שנבדקו עמד על 5.7%.<sup>55</sup> הגם שייתכן שהשיעור הזה עלה במקצת במהלך העשור שחלף מאז שנאספו הנתונים הללו, אין כל אינדיקציה ששופטים במדינות אחרות נטלו את החירות לקדם נורמה של זמני שהות שווים כפי שעשו שופטי המשפחה בישראל, נהפוך הוא.<sup>56</sup>

מכל האמור לעיל עולה כי הנחת המוצא הראשונה שמנחה את השופטים המקדמים את מהפכת זמני השהות השווים בישראל, שמשמורת משותפת עם חלוקה כזו היא ההסדר החוקי והמשפטי הרווח במדינות אחרות – שגויה. למעשה, רק בקומץ שיטות משפט יש חזקה חוקית של משמורת פיזית משותפת, והסדר של שהות משמעותית יותר בבית האם (גם אם הוא לא מכונה משמורת אם), הוא ההסדר הרווח ביותר בכל המדינות האוספות על כך נתונים.

Bruce M. Smyth et al., Shared-Time Parenting: Evaluating the Evidence of Risks and Benefits to Children, in PARENTING PLAN EVALUATIONS: APPLIED RESEARCH FOR THE FAMILY COURT (להלן: סמית'). 118-119, 121 (Lesley Drozd, Michael Saini & Nancy Olesen eds., 2016)

Jennifer McIntosh, Marsha Pruett & Joan Kelly, Parental Separation and Overnight Care of Young Children, Part II: Putting Theory into Practice, 52 FAM. CT. REV. 240, 246 (2014)

Anja Steinbach, Lara Augustijn & Gerrit Corkadi, Joint Physical Custody and Adolescents' Life Satisfaction in 37 North American and European Countries, 60 FAM. PROCESSES. 145, 148 (2020)

שם, בעמ' 151.

ראו למשל בארה"ב, בכתבה שפורסמה לאחרונה מצוטט מיכאל מוסברג, מעורכי הדין המובילים בתחום דיני המשפחה: "But while joint legal custody, which involves shared decision-making about schooling, location, religion and health, is the norm, a 50-50 shared parenting outcome is still the exception", Subramanian, לעיל ה"ש 51.

## 2. חלוקת התפקידים במשפחות בישראל – מגדור בפעולה

החריגות של ישראל בשנים האחרונות, הבאה לידי ביטוי בפסיקה שכופה משמורת משותפת בשיעורים גבוהים ובמגוון נסיבות, בולטת במיוחד לאור חלוקת תפקידים מגדרית ברורה ועמוקה, המקובלת ברוב המשפחות הישראליות, שבה האם היא ההורה המטפל העיקרי והאב הוא המפרנס העיקרי. הממצאים האמפיריים העדכניים על חלוקה זו מקעקעים את הנחת המוצא השנייה של אלה המבקשים לקדם את מהפכת זמני השהות השווים, שעל פיה אימהות ואבות בישראל של היום מתפקדים באופן הורי זהה או דומה. מחקר מקיף שנעשה בשנת 2012, שכלל מדגם מייצג של כלל הזוגות שהם הורים לילדים עד גיל 18 (לרבות הורים שמקדישים את כל זמנם לטיפול בבית וילדים), מצא שאימהות מקדישות 13.6 שעות יותר בשבוע מאבות לעבודות הבית, ו-15.6 יותר שעות בשבוע לטיפול בבני המשפחה. אבות עבדו בשכר 17.1 יותר שעות מאימהות בשבוע. כאשר מצרפים את שעות העבודה בשכר וללא שכר, מסתבר שבממוצע, אימהות בישראל עובדות 12 שעות יותר בכל שבוע, אך מקבלות שכר רק על שליש משעות עבודתן (25.8 שעות עבודה בשכר, לעומת 50.5 שעות עבודות בית וטיפול בילדים).<sup>57</sup> אחת מההשלכות של חלוקת התפקידים המגדרית הזו במשפחות ישראליות היא פער שכר מגדרי קיצוני בהשוואה בינלאומית. נשים המשתתפות בשוק התעסוקה בישראל, משתכרות בממוצע בחודש רק כ-68% מגברים, בעוד שברוב מדינות ה-OECD פער זה קטן הרבה יותר.<sup>58</sup>

מחקר נוסף, העדכני ביותר באשר לחלוקת העבודה במשפחה ובשוק התעסוקה בישראל, נעשה בשנת 2018, בקרב מדגם מייצג של עובדים ועובדות בשוק התעסוקה (n=965) (המדגם לא כלל הורים שמקדישים את כל זמנם לטיפול בילדים, כלומר, בעיקר, אימהות עקרות בית). מחקר זה מלמד כי אימהות שמשותפות בשוק התעסוקה משקיעות, בכל שבוע, 8.1 שעות יותר מאבות בעבודת בית ועוד 5.2 שעות יותר בטיפול בילדים. אבות, לעומת זאת, עובדים בשכר 10 שעות יותר מאימהות עובדות בכל שבוע. רק כ-10% מהאבות דיווחו על חלוקת עבודה שוויונית כמטלות הבית. המחקר גם מצא כי חלוקת העבודה החדה ביותר בין אימהות לאבות קיימת בקרב משפחות עם ילד צעיר מגיל 6 ובקרב משפחות ערביות.<sup>59</sup>

מכלול הנתונים הזה מקעקע את ההנחה השנייה שעל בסיסה המציאו ואימצו שופטי משפחה רבים את חזקת המשמורת המשותפת ואת פרקטיקת חלוקת הזמנים השווה בין בתי ההורים, בדבר שינויים משמעותיים בחלוקת התפקידים במשפחות בישראל

57 ענת הרבסט ועמית קפלן, עיבוד עצמי של נתונים מסקר מדעי שערך מכון ב.י. ולוסיל כהן, במסגרת פרויקט בינלאומי הבוחן חלוקת תפקידים במשפחה (International Social Survey Program) ISSP לשנת 2012.

58 נוגה דגן בוזגלו ויעל חסון "פערי שכר מגדריים בישראל: תמונת מצב 2020" מרכז אדוה (2020.8.3).

59 עמית קפלן ואו' להפוך עבודות שקופות לנראות: חסמים להשתלבות נשים בשוק העבודה (דוח מסכם) פרק ד (2020).



המובילים להורות דומה של אימהות ושל אבות. למעשה, ברוב המשפחות בישראל, אימהות ואבות עושים "עבודת הורות" שונה מאוד. האימהות מתמחות בטיפול בילדים, בתחזוקת הבית, ובקשר עם גורמי הטיפול והמוקדים החברתיים של הילדים, בעוד שהאבות מתמחים בדאגה הכלכלית העיקרית למשפחתם. אבות רבים מייחסים מקום מרכזי לאבהות בזהותם, ואף נמצאים כמגע ישיר עם ילדיהם יותר מאשר היו האבות שלהם איתם, בדור הקודם, אך מכאן ועד לפרקטיקה הורית דומה לזו האימהית, המרחק רב, ובמיוחד בגיל הרך.<sup>60</sup>

יוצא, שהגם שהמחקר האמפירי מלמד כי ישראל מתאפיינת במשפחתיות ממוגדרת מאוד, ושהרוב המוחלט של הילדים מורגל באימא כהורה מטפל עיקרי ובאבא כהורה מפרנס עיקרי, שדה הגירושין הישראלי מאמץ דווקא מודל של הסדר הורות לאחר פרידה שמסמן את שני ההורים כהורים זהים בתרומתם להיבטים הטיפוליים והכלכליים של גידול ילדיהם. מרוב האימהות מצופה לטפל פחות בילדים מאשר בתקופת הזוגיות ולהשתלב באופן משמעותי יותר בשוק התעסוקה, ואילו מרוב האבות מצופה לטפל בילדים בצורה משמעותית הרבה יותר מאשר טיפלו בהם עד הפרידה, דבר שיצריך הפחתה בשעות העבודה שלהם בשכר. זאת, תוך התייחסות לא מספקת לשאלת טובת הילדים הקונקרטי שתידון בפרק הבא, ותוך התעלמות מההתמודדויות המורכבות של ההורים לאור ציפייה לשינוי דרמטי בהגדרת הזהות ההורית לאחר שזו התקבעה חברתית, משפחתית ואישית במהלך חיי ההורים טרם הפרידה,<sup>61</sup> כמו גם ממאפייני שוק התעסוקה המקשים על השתלבות משמעותית ומתגמלת של אימהות לאחר היעדרות מלאה או חלקית,<sup>62</sup> והמקשים על עבודה חלקית יותר של אבות ללא קנס משמעותי בשכר. החריגות של שופטי המשפחה בישראל המקדמים את חזקת זמני השהות השווים בולטת גם בהינתן המורכבות המעשית של הסדר המשמורת המשותפת, והציפייה של שופטי משפחה רבים שילדים, בכל הגילים, ינועו, ישו וילוו, הלוך ושוב, בין שני בתים, ללא התחשבות בטיב הטיפול ההורי שהם מקבלים מכל אחד מהוריהם, טיב היחסים

60 על מכלול התפקידים שאימהות ממלאות בחיי ילדיהן כהורה מטפל עיקרי, ניתן ללמוד ממחקרו של אור ענבי. המחקר, שכלל סקר בקרב אבות לילדים קטנים, מלמד כי תפקידים אלה לא כוללים רק את המדדים המקובלים במחקר, כגון הכנת אוכל, ניקיון וטיפול במקרה של מחלה, אלא גם קשר עם גננות ומורות, טיפוח ושימור קשרים חברתיים, קניית בגדים, הפקה של ימי הולדת ועוד. ראו אור ענבי מעורבות אבהית בזירה הביתית ואידאולוגיות של גבריות בחברה הישראלית (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בראיילן 2019).

61 מכאן נובע, בין היתר, הקושי של אימהות להשלים עם מעורבות רבה של האב לאחר הפרידה, שלעיתים מאיימת על זהותן כאימהות טובות ועל הבנתן את טובת הילדים. ראו הקר הורות במשפט, לעיל ה"ש 21, בפרק הראשון. ייתכן שגם הפער שנמצא במחקר בין הסדרי אבהות אינטנסיבית שנקבעו בהליך המשפטי, לבין מעורבות פחות אינטנסיבית של האב בפועל, נובע מהצורך בהסתגלות משמעותית מדי של האב, ראו להלן ה"ש 106.

62 רות הלפרין-קדרי "מזונות אישה: מתפישה של שונות לתפישה של (אי) שוויון" משפט וממשל ז 767, 805-806 (2004).

בין ההורים, ומגבלות אחרות שהופכות משמורת פיזית משותפת למודל מאתגר שלא מתאים למשפחות רבות.<sup>63</sup>

### 3. הידע הפסיכולוגי – הגדרות, מגבלות, הסכמות ומחלוקות

כעת, אפנה להנחת המוצא השלישית שעליה מתבססת מהפכת זמני השהות השווים, ולפיה המחקר האמפירי מלמד כי הסדר זה מבטיח את ההסתגלות הטובה ביותר של ילדים לפרידת הוריהם. הנחה זו היא החשובה מכולן, כי לכאורה היא מצדיקה את המהפכה גם לאחר קעקוע שתי ההנחות הראשונות, שנעשה לעיל. אם אכן המדע הפסיכולוגי מוכיח כי טובתם של ילדים יוצאת נשכרת מחלוקה שווה בין בתי ההורים, אזי ייתכן שיש מקום להנדס את המשפחה מחדש, אף שהנדוס כזה לא מקובל בשיטות משפט של מדינות אחרות, וגם במקרים הנפוצים שבהם חלוקת התפקידים בין ההורים לא הייתה דומה עובר לפרידה. כפי שאראה, גם את הנחת המוצא הזו יש לנטוש לאור התבוננות מושכלת בידע האמפירי הקיים.

הנחת המוצא שלפיה מחקרים מתחומי מדעי ההתנהגות והנפש מצביעים על קשר סיבתי בין הסדרים של משמורת פיזית משותפת וחלוקת זמני שהות שווים לבין טובתם של ילדים להורים פרודים היא הנחה שגויה ומטעה, מכמה סיבות, כפי שמלמדת בחינה עדכנית ומקיפה של המחקרים המרכזיים, סקירות הספרות, והמטה-אנליזות האמפיריים שפורסמו באנגלית בקשר להסדרי הורות לאחר פרידת ההורים וטובת הילדים, בין השנים 2014-2021:<sup>64</sup>

1. בעוד ש"טובת הילד" הוא מושג משפטי עמום, אך רחב ומעמיק, המצריך בחינה של מכלול חייו של הילד המסוים בעבר ובהווה בניסיון לצפות את העתיד,<sup>65</sup> תוך הבנת

63 בית המשפט העליון נתן דעתו על המורכבות הנעוצה בהסדרים של משמורת פיזית משותפת, לרבות הצורך בשיתוף פעולה בין ההורים ויכולת כלכלית המבטיחה ציוד ראוי בבית כל אחד מההורים, ראו עניין פלוני נ' פלונית ואח', לעיל ה"ש 49, פס' 8 לפסק דינו של השופט מ' מזוז. ראו גם המשתנים המשפיעים על ההסתגלות הילדים להסדרי משמורת שונים, המפורטים בחלק הבא.

64 ראו במאמר שפורסם לאחרונה, Milfred Dale, "Still the One": Defending the Individualized Best Interests of the Child Standard from Equal Parenting Time Presumptions 34 J. AM. ACAD. MATRIMONIAL LAWYERS. 307 (2022). המקורות לצורך הבחינה המדווחת כאן אותרו בעזרת חיפוש של הכותבת ושל חוקרות נוספות המוזכרות בכוכבית שבפתח המאמר, במנועי חיפוש אקדמיים, לפי מילות מפתח דוגמת 'joint-custody' ו-'shared parenthood', והשוואה של המחקרים שנמצאו עם המחקרים שנסקרו במאמרי הסקירה הרבים יחסית שיש בתחום, כדי לוודא שאותרו כל המחקרים הרלוונטיים. למעשה, מספר הסקירות של מחקרים אמפיריים שבוחנים השלכות של הסדרי משמורת על ילדים ועל בני משפחה נוספים, הוא גדול באופן לא פרופורציונלי למספר המחקרים עצמם, ויוצר רושם מוטעה של מחקרים רבים. בפועל, מסתבר כי יש רק כמה עשרות מחקרים אמפיריים בנושא זה, וכפי שיפורט להלן הם סובלים מכשלים משמעותיים, לא מספקים מענה משותף לשאלות בסיסיות, ומותירים שאלות חשובות רבות ללא מענה כלל.

65 שיפמן, לעיל ה"ש 35, בעמ' 232; נתנאל ר' בושרי טובת הקטין סוגיות נבחרות 9-20 (רון בן-ארי עורך (2011).

הקשר שבין טובת הילד לבין טובתם של אחרים משמעותיים בחייו,<sup>66</sup> המחקרים האמפיריים הנערכים בשנים האחרונות בקשר להסדרי הורות שונים בוחנים את מצבם של ילדים בעזרת מדדים צרים דוגמת בעיות רגשיות, בעיות התנהגות, והישגים לימודיים,<sup>67</sup> ויוצרים ממוצעים חישוביים שמעלימים את הייחוד של כל ילד וכל משפחה. מכאן, שמחקרים אלה הם נקודת מוצא צרה ומכלילה מדי להכרעה בשאלת הסדר ההורות המשרת בצורה הטובה ביותר את טובתו של ילד מסוים.<sup>68</sup> חסרים מחקרים המשלבים מתודולוגיות איכותניות (ראיונות עומק ותצפיות) עם כלים כמותניים, ובוחנים את טובתם של ילדים בצורה מעמיקה והקשרית, תוך הצבעה על מדדים משותפים לקבוצות גדולות של ילדים, כמו גם על מאפיינים ייחודיים או תהליכיים שלא ניתן לכמת או להכליל. עושר ומורכבות אמפירית כאלה היו מצביעים על מגבלות הידע האמפירי, בהגדרה, לתת מענה מדויק ליושבים על כס השיפוט לגבי טובתם של ילדים מסוימים.

יתרה מכך, לאור הסיבות הנוספות המפורטות להלן, אין במחקרים הקיימים גם כדי לזקק חזקה משפטית אפריורית בקשר להסדר הורות כזה או אחר, לרבות הסדר של חלוקת זמני שהות שווים, אפילו עבור המחוקק. כל שניתן ללמוד מהם הוא על הצורך בכלל משפטי ובפרקטיקה שיפוטית המבטיחים מעורבות של שני ההורים בחיי הילדים, ובתנאי שמדובר בהורים מיטיבים.

2. הנחה רווחת, ושגויה, בקרב מקדמי מהפכת זמני השהות השווים בישראל, היא שכאשר מחקרים אמפיריים מגדירים הסדר הורות כ"משמורת משותפת" (Joint Physical Custody) או "הורות משותפת" (Shared Parenthood), הם מתכוונים להסדר שבו הילדים נמצאים פרקי זמן שווים או דומים מאוד בשני בתי ההורים. למעשה, המחקר האמפירי הגלובלי בתחום מגדיר "משמורת משותפת" ו"הורות משותפת" ככלל הסדר שבו הילדים שוהים לפחות 30%-35% מהזמן, בבית כל אחד מההורים.<sup>69</sup> חלוקה של

66 CAROL SMART & BREN NEALE, FAMILY FRAGMENTS? (1999)

67 Robert Bauserman, *Child Adjustment in Joint- Custody Versus Sole Custody Arrangements: A meta-Analytic Review*, 16 J. OF FAM. PSYCHOL. 91, 94 (2002)

68 Forslund, לעיל ה"ש 3, בעמ' 5-6.

69 Laura Bernardi, Dimitri Mortelmans, *Introduction: Advances in Research on Shared Physical Custody by Interdisciplinary Approach*, in SHARED PHYSICAL CUSTODY: INTERDISCIPLINARY INSIGHTS IN CHILD CUSTODY ARRANGEMENTS 1, 2, 4 (Laura Bernardi & Dimitri Mortelmans eds., 2021); Kim Bastaitis & Inge Pasteels, *Is Joint Physical Custody in the Best Interests of the Child? Parent-Child Relationships and Custodial Arrangements*, 36 J. SOC. PERS. RELAT. 3752-3772 (2019); Amandine Baude, Jessica Pearson & Sylvie Drapeau, *Child Adjustment in Joint Physical Custody Versus Sole Custody: A Meta-Analytic Review*, 57 J. DIVORCE REMARRIAGE. 338 (2016); Nicole E. Mahrer et al., *Does Shared Parenting Help or Hurt Children in High-Conflict Divorced Families?* 59 J. DIVORCE REMARRIAGE. 324, 327 (2018); ראו סמית', לעיל ה"ש 52, בעמ' 118; יש שמרחיקים לכת במיוחד וכוללים במושגים "משמורת משותפת" ו"הורות משותפת" גם הסדרים שבהם הילדים שוהים לפחות 25% בבית כל אחד

- 30% מהזמן לאחד ההורים משמעה כארבעה לילות בשבועיים, קרי הסדר שמוגדר בישראל כמשמורת בלעדית להורה אחד, והסדרי ראייה מצומצמים יחסית להורה השני;<sup>70</sup> וחלוקה של 35% מהזמן לאחד ההורים משמעה חמישה לילות בשבועיים, קרי הסדר שמוגדר בישראל כמשמורת בלעדית להורה אחד, ובדרך כלל עם הסדרי ראייה הכוללים לינה אצל ההורה השני פעמיים בשבוע ועוד לילה אחד בסוף השבוע אחת לשבועיים. הרוב המכריע של המחקרים האמפיריים ושל סקירות-העל לא מבחינים בין הסדרים של 50%-50% לבין הסדרים של 30%-70%, ומכאן, שלא ניתן להסתמך על הידע האמפירי הקיים כאשר עוסקים במשמורת פיזית משותפת שמשמעה חלוקת זמנים שווה או דומה מאוד בין ההורים, אלא רק בקשר להסדרי הורות שמבטיחים לפחות שליש מהזמן בבית כל אחד מההורים.<sup>71</sup>
3. רוב המחקרים הבוחנים השלכות של הסדרי משמורת שונים על ילדים סובלים מכשלים מתודולוגיים משמעותיים: בין היתר, הישענות על דיווחים של הורים, מורים וילדים, ולא על מדדים חיצוניים או מוסכמים;<sup>72</sup> היעדר הבחנה בין הסדרים שעוצבו בהסכמה וכאלה שנכפו על ההורים;<sup>73</sup> מיעוט מחקר על ילדים קטנים מתחת לגיל 6;<sup>74</sup> ומיעוט מחקר בקרב קבוצות מיעוט והורים החיים בעוני.
4. ברוב המחקרים לא נמצא הבדל מובהק במדדי ההסתגלות בין ילדים ששהו בהסדר של משמורת משותפת (כפי שהוגדרה בכל מחקר), לבין ילדים ששהו בהסדר של משמורת בלעדית, ובמעטים שמצאו הבדל כזה, מדובר בהבדל קטן.<sup>75</sup> נוסף על

מההורים ראו למשל, Robert E. Emery, *Psychological Perspectives on Joint Physical Custody*, in *SHARED PHYSICAL CUSTODY: INTERDISCIPLINARY INSIGHTS IN CHILD CUSTODY ARRANGEMENTS* 37, 38 (Laura Bernardi & Dimitri Mortelmans eds., 2021); Bruce M. Smyth, *Special Issue on Shared-Time Parenting After Separation*, 55 *FAM. CT. REV.* 494 (2017). לאחרונה אף פותחו המושגים 'משמורת פיזית משותפת סימטרית', שבה חלוקת הזמנים שווה, ו'משמורת משותפת א-סימטרית' שבה חלוקת הזמנים כוללת הסדרים של 51%-70% בבית האם, ראו Steinbach, Augustijn & Corkadi, לעיל ה"ש 54.

70 הקר הורות במשפט, לעיל ה"ש 21, בעמ' 77-151.

71 ביקורת על המסקנות המוגבלות שניתן ללמוד מהמחקרים על אודות הסדרי הורות לאחר גירושין, בין היתר בשל השונות הגדולה בהגדרת הסדרי מגורים משותפים, ראו Raket Berman & Kristian, *Children in Dual-Residence Arrangements: a Literature Review*, *J. OF FAM STUD.* 14.5 (2020). יצוין כי זו סקירת-העל העדכנית ביותר, בהקיפה למעלה ממאה מחקרים שפורסמו מאז 1985.

72 Baude, Pearson & Drapeau, לעיל ה"ש 69, בעמ' 354.

73 שם, בעמ' 355-356.

74 שם, בעמ' 354.

75 הבדל מובהק בין שתי קבוצות במשתנה תלוי (למשל, הישגים לימודיים של ילדים) הוא הבדל שהסבירות שיתקבל במקרה ששתי הקבוצות נדגמו מאותה אוכלוסייה נמוך מאוד (למשל, נמוך מ-5%). ומכאן ניתן להסיק שאכן שתי הקבוצות (קבוצת הילדים במשמורת משותפת וקבוצת הילדים במשמורת בלעדית) שונות במשתנה זה. ראו תלמה לויתן ואלונה רביב הסקה סטטיסטית בגובה העיניים פרק 14.5 (2020). רק שלוש מתוך מטה-אנליזות של 19 מחקרים, שבחנו הסתגלות של ילדים מעל גיל 3 לפרידת הוריהם, מצאו שמדדי ההסתגלות של ילדים בהסדרים שכוללים יותר מ-30%

כך, לא מדובר בהוכחה של קשר סיבתי.<sup>76</sup> זאת, בין היתר, מכיוון שבמחקרים רבים לא נעשה פיקוח על משתנים מתערבים דוגמת השכלת והכנסת הורים, מעורבות האב טרם הפרידה, ושיעורי הסכמה ושיתוף פעולה – ומכאן, שייכתן, ואף סביר, שגורמים כגון השכלה והכנסה גבוהות, אבהות פעילה נמשכת, ושיתוף פעולה טוב בין ההורים, ולא דווקא הסדר ההורות המשותפת, הם אלה שהשפיעו על הילדים הנחקרים לטובה.<sup>77</sup> לבסוף, ברוב המכריע של המחקרים שמצאו הסתגלות טובה יותר של ילדים בהסדרי הורות שווה בהשוואה להסדרים אחרים, לא נכללו ילדים בגילים 0-3.<sup>78</sup> נהפוך הוא, במעט המחקרים שבחנו השלכות של לינה בבית שני ההורים על פעוטות, נמצאו השלכות שליליות.<sup>79</sup>

5. אין נמצא מחקרים עדכניים על השלכות של הסדרי משמורת שונים על ילדים בישראל.<sup>80</sup> כפי שיפורט בחלקו האחרון של המאמר, ישנם מאפיינים ייחודיים לחברה הישראלית המעוררים ספק באשר לרלוונטיות של מחקרים אמפיריים שנעשו במדינות אחרות לגבי טובתם של ילדים להורים גרושים, בהסדרי הורות שונים, לילדים בישראל.

נוסף על כך, המחקר האמפירי הקיים ממעט מאוד לעסוק בהשלכות המתמשכות של הסדרי משמורת שונים על אימהות ועל אבות<sup>81</sup> – סוגיה חשובה בפני עצמה וחשובה

בבית כל אחד מההורים, היו במוחק טובים יותר, לעומת מדדי ההסתגלות של ילדים במשמורת של הורה יחיד. הברלים אלה היו טריוויאליים עד קטנים מאוד (ההבדל על פני כל המחקרים היה  $d=0.11$ ). המטה-אנליזה הזו בחנה באופן חריג גם הברלים בין הסדרים של 40%-60% או 50%-50%, בהשוואה להסדרים של 30%-70% ו-35%-65%, ומצאה יתרון קל להסדרים הרחבים –  $d=0.155$ . ראו Baude, Pearson & Drapeau, לעיל ה"ש 69; ראו גם Emery, לעיל ה"ש 69, בעמ' 40; ראו גם Dale, לעיל ה"ש 64, 326-325.

76 קשר סיבתי הוא מצב שבו משתנה בלתי תלוי גורם ישירות להבדלים במשתנה תלוי, ראו רות בייט-מרום שיטות מחקר במדעי החברה: עקרונות המחקר וסגנונותיו 35 (מהדורה ב' מתוקנת, 2014). קשר סיבתי ניתן להוכחה בעיקר בתנאי מעבדה, מכיוון שבנוסף למתאם הסטטיסטי בין שני משתנים, תלוי ובלתי תלוי, נדרשת שליטה בזמנים – שהגורם התלוי יארע לאחר שאירע הגורם הבלתי תלוי, ונדרש פיקוח על גורמים משפיעים ומתערבים אפשריים. מכיוון שמחקרים על ילדים להורים גרושים לא נעשים בתנאי מעבדה, ומכיוון שיתכנו גורמים משפיעים ומתערבים רבים כמפורט לעיל, ניתן לשאוף למציאת מתאמים, אך לא להתיימר למצוא קשרים סיבתיים. ראו סמית', לעיל ה"ש 52, בעמ' 126; Dale, לעיל ה"ש 64, בעמ' 324.

77 Emery, לעיל ה"ש 69, בעמ' 40; סמית', לעיל ה"ש 52, בעמ' 125; Steinbach, Augustijn & Corkadi, לעיל ה"ש 54, בעמ' 8-9.

78 Baude, Pearson & Drapeau, לעיל ה"ש 69, בעמ' 346; סמית', לעיל ה"ש 52, בעמ' 125; McIntosh, Pruett & Kelly, לעיל ה"ש 53, בעמ' 247.

79 Emery, לעיל ה"ש 69, בעמ' 44-45.

80 החיפוש של מחקרים כאלה נעשה גם בעברית ובמאגרי מידע ישראליים, ולא רק באנגלית.

81 Claudia Recksiedler & Laura Bernardi, *Are "Part-Time Parents" Healthier and Happier Parents? Correlates of Shared Physical Custody in Switzerland*, in SHARED PHYSICAL CUSTODY: INTERDISCIPLINARY INSIGHTS IN CHILD CUSTODY ARRANGEMENTS 75 (Laura Bernardi & Dimitri Mortelmans eds., 2021).

גם לאור הזיקות שבין רווחתם של ההורים לרווחתם של הילדים.<sup>82</sup> המחקר האמפירי הקיים גם לא נותן תשובות לשאלות החשובות הבאות:

1. כיצד משפיעה תדירות המעברים בין בתי ההורים על הילדים? קרי, האם עדיפים פחות מעברים ופרקי זמן ארוכים יותר בבית כל אחד מההורים, או דווקא מעברים תכופים יותר אשר מבטיחים פרקי פרידה קצרים יותר.
2. עד כמה הסדרי הורות משפטיים בכלל, והסדרי משמורת משותפת בפרט, שורדים לאחר ההליך המשפטי? ביו היתר, האם ההסדרים מקוימים או מופרים, באיזו מידה, ועל ידי מי ומדוע? ובפרט, האם משמורת משותפת של הורה שלא היה מטפל עיקרי במהלך הזוגיות משמעה לקיחת אחריות מלאה של אותו הורה על מכלול היבטי החיים של הילדים או העברת האחריות הטיפולית לגורם שלישי (הסבתא, בת-הזוג החדשה, או מטפלת בשכר).
3. כיצד הסדרי הורות שונים משפיעים על הילדים לאורך מספר שנים (בשונה מתקופה קצרת מועד מסוימת)? כמעט אין בנמצא מחקרי אורך שבחנו השלכות לאורך חיי הילדים, ולאחר שבגרו.<sup>83</sup>
4. מהן ההשלכות של הסדרי הורות שונים על יחסים בין אחים ועם המשפחה המורחבת?
5. כיצד הצטלבויות של מיקומים חברתיים-כלכליים-אתניים (Intersectionality) משפיעות על ההשלכות של הסדרי הורות שונים על ילדים? (בהקשר הישראלי, כדוגמה, ילדים בעוני, ילדים ערבים, ילדים חרדים, ילדים עם צרכים מיוחדים, וכו').

לאור מגבלות המחקרים והידע החלקי הקיים, לא פלא שאין תמימות דעים בקרב החוקרים ואנשי המקצוע באשר לדגם המשמורת וזמני השהות הרצויים בגירושין. המגבלות של המחקר הקיים כה משמעותיות, עד שהפסיכולוג הנודע פרופ' רוברט אמרי – מומחה מוביל בהשלכות גירושין על ילדים – מסכם לאחרונה ואומר, לגבי הדיון ביתרונות של הסדרי הורות שווים לעומת הסדרי הורות לא שווים, כי מדובר בדיון פילוסופי, ולא אמפירי, וכי אין בנמצא ידע אמפירי על אודות משמורת פיזית משותפת שיכול להוות תשתית מוצקה לעיצוב מדיניות משפטית בהקשר זה.<sup>84</sup>

כיום, קהילת החוקרים ואנשי המקצוע מפוצלת לשתי קבוצות מרכזיות: קבוצה אחת, המצדדת בהורות משותפת כבירית מחדל, לרבות מגיל 0, וגם במצבי קונפליקט. אך, יש לשים לב שקבוצה זו מתייחסת, כמעט ללא יוצאים מן הכלל, להורות משותפת כהסדרים שכוללים חלוקה של לפחות 35% מהזמן בבית כל אחד מההורים, ולא רק כמשמורת

82 SMART & NEALE, לעיל ה"ש 66.

83 Baude, Pearson & Drapeau, לעיל ה"ש 69, בעמ' 356; McIntosh, Prueett & Kelly, לעיל ה"ש 53, בעמ' 250.

84 Emery, לעיל ה"ש 69, בעמ' 38, 46.

פיזית משותפת במובן של זמני שהות שווים או דומים מאוד בין בתי ההורים;<sup>85</sup> וקבוצה אחרת, הסבורה שאין להעדיף אפריורית הסדר אחד, או שיש להעדיף את חזקת השיקוף שעל פיה יש לגבש הסדרי הורות הדומים להסדרים שאליהם הורגלו הילדים טרם פרידת הוריהם, ושיש לנקוט משנה זהירות במיוחד בכפייה של הורות משותפת כאשר מדובר בילדים צעירים ובמצבי קונפליקט הוריים.<sup>86</sup>

חרף מגבלות המחקרים הקיימים, וחרף המחלוקות, ניתן לאתר כמה הסכמות רחבות בקרב קהילת החוקרים בעולם, שעל פיהן:

1. ילדים להורים פרודים זקוקים למעורבות משמעותית של שני ההורים בחייהם (בתנאי שמדובר בהורים מיטיבים).<sup>87</sup>
2. בהמשך לסעיף 1, 35% מזמני השהות אצל כל הורה, שכוללים לינה, מאפשרים מעורבות משמעותית של כל אחד מההורים בחיי הילדים ובשגרת הטיפול בהם, ואין הכרח בחלוקה שווה או דומה מאוד של הזמן.<sup>88</sup> כאשר אחד מההורים לא היה הורה מטפל משמעותי עובר לפרידה, וכאשר מדובר בילדים צעירים, יש להרגיל אותם ללינה בבית אותו ההורה בהדרגתיות.<sup>89</sup>
3. טובת הילדים תלויה באיכות הקשר עם כל אחד מההורים, תקשורת טובה בין ההורים, ותנאי חיים מוגנים מעוני, יותר מאשר בשאלת מספר השעות עם כל הורה בהסדר ההורות.<sup>90</sup>
4. הסדרים שהושגו בהסכמת שני ההורים שורדים יותר זמן מאשר הסדרים שנכפו על אחד מהם.<sup>91</sup>
5. יש לשתף את הילדים בעיצוב ההסדרים ההוריים, לאורך זמן, במיוחד כאשר מדובר בהסדרי הורות שמחייבים מעברים תכופים בין בתי ההורים, וכאשר לאחד מההורים

85 Braver & Lamb, לעיל ה"ש 51, *Joint Versus Sole Physical Custody: Children's Outcomes Independent of Parent-Child Relationships, Income, and Conflict in 60 Studies*, 59 J. OF DIVORCE & REMARRIAGE. 247 (2018); Richard A. Warshak, *Social Science and Parenting Plans for Young Children: A Consensus Report*, 20 PSYCHOL. PUB. POL'Y. & L. 46 (2014); William G. Austin, *Parental Gatekeeping and Child Custody Evaluation: Part III: Protective Gatekeeping and the Overights "Conundrum"*, 59 J. OF DIVORCE & REMARRIAGE. 429 (2018).

86 סמית', לעיל ה"ש 52; Dale, לעיל ה"ש 64; Scott & Emery, לעיל ה"ש 10; Robert Mnookin, *Child Custody Revisited*, 77 LAW & CONTEMP. PROBS. 249 (2014); Nicholas Bala et al., *Shared Parenting in Canada: Increasing Use but Continued Controversy*, 55 FAM. CT. REV. 513 (2017); זפרן, לעיל ה"ש 10.

87 Forslund, לעיל ה"ש 3, בעמ' 11-12.

88 Braver & Lamb, לעיל ה"ש 51, בעמ' 376-377; Warshak, לעיל ה"ש 85.

89 Forslund, לעיל ה"ש 3, בעמ' 14.

90 סמית', לעיל ה"ש 52.

91 Nina Maxwell, Julie Doughty & Jonathan Scourfield, *A Review of Recent Research Evidence on the Outcomes of Court-Imposed Shared Residence for Children Following Divorce or Separation*. 1, 6-7 (לא פורסם).

- יש בן/בת-זוג חדשים. שיתוף הילדים, והקשבה לצורכיהם כפי שהם מבטאים אותם, מבטיחים הסתגלות טובה יותר שלהם לפרידת הוריהם.<sup>92</sup>
6. קהילת המחקר אף מסכימה כי מצבים של קונפליקט הורי גבוה מחייבים משנה זהירות בעיצוב הסדרי ההורות כך שהילדים לא יהפכו לכלי משחק בין ההורים וייחשפו לקונפליקטים ההוריים, וכי הורות משותפת עלולה לסכן את רווחת הילדים במצבים כאלה.<sup>93</sup> בין היתר, מצבים של קונפליקט הורי גבוה, המחייבים התערבות של בית משפט, מתאפיינים בהסדרים לא גמישים שפוגעים בילדים.<sup>94</sup> מעבר לידע הטיפולי, יש גם לזכור שמצבים של קונפליקט גבוה, המצריכים פעמים רבות פניות חוזרות ונשנות לבתי המשפט, כרוכים בהוצאת משאבים משמעותית – משאבים חומריים ומשאבי נפש – וכי האמירה השגורה בפסקי דין רבים, ש"דלתות בתי המשפט פתוחות תמיד" אינה מספקת פתרון מעשי וישים, במיוחד להורה המצוי במצב כלכלי ירוד. העלויות החומריות והלא-חומריות של התדיינות שאינה נגמרת עלולות לגרום להורים להתפשר על טובת הילדים ולוותר על קידומה בגלל ההתשה שהם חווים מההורה האחר, כמו גם לגזול משאבים כלכליים ורגשיים מהילדים.<sup>95</sup> כל אלה מלמדים על הזהירות שיש לנקוט בעיצוב הסדר הורי במצבים של קונפליקט גבוה ועל הצורך, במצבים אלה, לעצב הסדר שממזער את החיכוך בין ההורים, כמו גם על הדחיפות בניסיון לעצב את המשפט כך שלא יסלים סכסוכים הוריים אלא ישכך אותם.
7. נוסף על כך, קהילת המחקר תמימת דעים שהורות משותפת, גם בגרסתה הרזה של חלוקת זמנים של שלישי-שני שלישים, אינה מתאימה במצבים של הורה מזניח או

92 Kelly R. Raley & Megan Sweeney, *Divorce, Repartnering and Stepfamilies: A Decade in Review*, 82 J. MARRIAGE FAM. 81, 88-90 (2020); Raket Berman, *Children's Influence on Dual Residence Arrangements: Exploring Decision-Making Practices*, 91 CHIL. & YOUTH SERVICES REV. 105, 112 (2018).

93 Forslund, לעיל ה"ש 3, בעמ' 15; Dale, לעיל ה"ש 64; Emery, לעיל ה"ש 69, בעמ' 42-43; Mahrer et al., לעיל ה"ש 69, בעמ' 324-347. ראו גם מחקר שפורסם לאחרונה על מתבגרים בהולנד, Zoë Rejaän, Inge E. van der Valk & Susan Branje, *Postdivorce Coparenting Patterns and Relations with Adolescent Adjustment*, J. OF FAM. ISSUES. 1 (2021).

94 Maxwell, Doughty & Scourfield, לעיל ה"ש 91, בעמ' 7-8.

95 לאחרונה ביקשה איימי בכור-בוני להמשיג סוג נוסף של אלימות במשפחה המסמן דפוס קיצוני של קונפליקט הורי – "אלימות באמצעות מערכת המשפט" (Legal Abuse Syndrome). לטענתה, בשדה הגירושין הישראלי ישנה תופעה של הגשת תביעות חסרות בסיס, במיוחד על ידי גברים, במטרה להתעמר בצד השני ולהתיש אותו. היא מספקת דוגמאות ממשרדה לתביעות שווא, ביניהן של תביעה למשמורת מלאה בטענה שהאימא משוגעת, תביעה של אב להכרזה שהילדים ממזורים, תביעה חוב על בסיס הסכם מזויף, ועוד. ראו איימי בכור-בוני "אלימות במשפחה? האלימות שלא מקבלת חשיפה – היא בבית המשפט" Mako (17.2.2022). במחקרי כחנתי סוג אלימות משפטית נוספת שנוקטים גברים גרושים בישראל: תביעות שווא לטריבונלים בארה"ב כנגד שופטים, עובדות סוציאליות וגופים שונים, בטענה להפרת זכויות אדם בהליך הגירושין, ראו Hacker – *Divorced*, לעיל ה"ש 5. גם אם תביעות סרק נדחות בסופו של יום, הן גובות מחיר כלכלי ורגשי כבד, ועלויות לפגוע קשות בילדי ההורים הגרושים, במי שמנסה להגן עליהם ובהורה המטפל בהם.



מתעלל, או מכור לחומרים מסוכנים. במדינות רבות מגבילים ואף שוללים מהורה כזה, לא רק משמורת פיזית, אלא גם משמורת משפטית.<sup>96</sup> משתנים נוספים שמוזכרים בספרות ככאלה שמקשים על הורות משותפת הם ריחוק בין בתי ההורים, סכנה של חטיפת הילד על ידי אחד מההורים, חבלה בקשר עם ההורה השני, וילדים עם צרכים מיוחדים.<sup>97</sup> רבים בקהילת המחקר מתנגדים להורות משותפת גם במצבים של היסטוריה של אלימות של אחד מההורים כלפי האחר וסכורים שיש לצמצם את המגע של הילדים עם ההורה האלים למינימום ההכרחי כדי לשמר קשר, וליצור הסדרי הורות שלא מחייבים מפגש בין ההורים. זאת, הן בשל הנזקים שנגרמים לילדים מחשיפה לאלימות בין ההורים,<sup>98</sup> והן בשל הצורך לשמור על ביטחון ההורה נפגע האלימות.<sup>99</sup>

מכל האמור לעיל עולה כי בניגוד להנחת המוצא השלישית של מקדמי מהפכת זמני השהות השווים, אין תמיכה אמפירית למהפכה זו ואין קונצנזוס מחקרי על הצורך בחלוקת זמנים שווה או דומה מאוד בין בתי ההורים. לעומת זאת, יש תמיכה אמפירית מוגבלת (בתוקפה וברלוונטיות שלה לישראל), ויש קונצנזוס מחקרי רחב, לכך שראוי לקדם הסדרי הורות של כשליש בכית כל אחד מההורים החל מגיל 4, ככל שמדובר בשני הורים מיטיבים שיכולים להתפנות לטיפול בילדים כשאלה עימם; ושיש לקדם ודאות ויציבות משפטיות שימנעו הסלמה בקונפליקט ההורי ובזכו משאבים משפחתיים.

### ג. ההנחה הרביעית והצורך במשנה זהירות

הוויכוח על כללי ההכרעה הראויים בסכסוכי הסדרי הורות בגירושין מתנהל בכנסת, באקדמיה ובשיח הציבורי, ולא רק בערכאות השיפוטיות. במסגרת ויכוח זה נוצרו שני מחנות יריבים: מצד אחד, רוב חברי וחברות הכנסת, ארגוני נשים, ורוב בקרב החוקרות הפמיניסטיות, המתנגדים לשינויים השיפוטיים המפתחים חזקת זמני שהות שווים לאחר פרידה, ומנסים לשמר את חזקת הגיל הרך, או לקדם את חזקת ההורה המטפל העיקרי או את חזקת השיקוף; ומהצד השני, מיעוט חברי וחברות כנסת, ארגוני גברים וחוקרים מסוימים המקדמים ביטול סימון משפטי כלשהו של הורה מטפל עיקרי, גם אם יש הורה

96 לאחרונה התקבל חוק חדש בישראל השולל אפטרופסות ממי שהורשע או הואשם בעבירה פלילית חמורה, ראו חוק הכשרות המשפטית והאפטרופסות (תיקון מס' 19), התשפ"א-2020, ס"ח 2879.

97 Warshak, לעיל ה"ש 85, בעמ' 58.

98 יפעת כרמל לכודים – ילדים חשופים לאלימות ביתית מתיאוריה ליישום 15-26 (2019); Debra Pogrund Stark, Jessica M. Choplin & Sarah Elizabeth Wellard, *Properly Accounting for Domestic Violence in Child Custody Cases: An Evidence-Based Analysis and Reform Proposal*, 26 MICHIGAN J. GENDER & L. 1, 11-20 (2019).

99 Emmaline Campbell, *How Domestic Violence Batterers Use Custody Proceedings in Family Courts to Abuse Victims, and How Courts Can Put a Stop to It*, 24 UCLA WOMEN'S L. J. 41 (2017).

כזה, או חזקה של חלוקת זמנים שווה בין ההורים.<sup>100</sup> בין היתר, נשמעת פליאה בקרב האחרונים, כלפי פעילות וחוקרות פמיניסטיות, הכיחד הן מתנגדות למהפכת המשמורת המשותפת, חרף הפוטנציאל הלכאורי שלה לקדם חזון פמיניסטי של משפחתיות שוויונית וא-מגדרית.<sup>101</sup> מכאן, שישנה הנחה רביעית בקרב מחוללי ותומכי המהפכה השיפוטית, והיא שהמשפט יכול להפוך הורות ממוגדרת להורות שוויונית במסגרת הליך פרידת ההורים, לטובת בני המשפחה כולם. כפי שאראה בחלק זה, האקטיביזם השיפוטי מלמטה, שבמסגרתו חלק משופטי המשפחה מקדמים חזקה של חלוקת זמני שהות שווים, הוא מצב המצריך "זהירות מונעת", במושגיה של ג'סנוף, כפי שנדונו במחקרה של ליברזון, שהוזכר במבוא למאמר. מצב זה מתרחש כאשר "ישנם חוסר ודאות או מחלוקות משמעותיות במדע", כפי שהראיתי בחלק הקודם, "ובמקביל בחירת אפיק הפעולה השגוי צפוי לגרום לנזק משמעותי". במצב כזה, טוענת ג'סנוף, יש להטיל את נטל ההוכחה כי יש להשתמש באפיק הפעולה המוצע, על המציע.<sup>102</sup>

בהיעדר מחקרים עדכניים ומקיפים הבוחנים באופן ישיר וארוך טווח את השלכות מהפכת זמני השהות השווים בישראל, אפנה כאן לידע האמפירי הקיים על מאפייני החברה והמשפט הישראליים, המצביעים על כך שיש סיכוי גדול יותר שמהפכה זו תגרום נזק משמעותי, מאשר שתחולל מהפכת הורות שוויונית. מכאן, שיש להטיל את נטל ההוכחה על אלה המבקשים לסמן דווקא את מועד פרידת ההורים כזמן המתאים להנדרס שוויוני של המשפחה הישראלית, ולא על אלה המבקשות להישען על החוק הקיים או על חזקות המשקפות את המצב המשפחתי טרם הפרידה.<sup>103</sup>

ראשית, לאור המגדור העמוק המאפיין את רוב המשפחות בישראל, שנדון אמפירית בחלק ב.2 של המאמר, יש חשש שהסדר הורות שוויוני הנכפה בהליך משפטי במקרים שבהם ההורים לא חלקו את נטל ההורות בצורה שוויונית במהלך הזוגיות, ובניגוד להבנתו של ההורה המטפל העיקרי את טובת הילד ובניגוד לרצונו, יפגע בטובת הילדים. זאת, הן בשל מיעוט שעות עם ההורה שסיפק את רוב הטיפול בכל מישורי החיים המורכבים של הילדים, וקושי של ההורה שלא היה מטפל עיקרי למלא את כל פונקציות הטיפול

Daphna Hacker, *Men's Groups as a New Challenge to the Israeli Feminist Movement: 100 Lessons from the Ongoing Gender War over the Tender Years Presumption*, 18 ISRAEL STUD. CHILD CUSTODY AND THE POLITICS OF GENDER ראו גם במדיניות רבות אחרות, ראו (2013) 29. (SOCIOLOGY OF LAW AND CRIME) (Carol Smart & Selma Sevenhuijsen eds., 1989); Scott & Emery, לעיל ה"ש 10.

101 ראו למשל יואב מזא"ה ומירון שני "מאבקי ההורות והמשמורת בישראל, השיח הפמיניסטי וגבולות השוויון המגדרי" *תרכות דמוקרטית* 16, 81, 90 (2015).

102 ליברזון, לעיל ה"ש 9, בעמ' 258.

103 כך, במיוחד בהליכים משפטיים קונקרטיים, שבהם יש להטיל את נטל ההוכחה על המבקש הסדר של הורות שוויונית חרף הסדרי הורות לא שוויוניים טרם הפרידה וחרף התנגדות ההורה המטפל העיקרי. בספרות המחקרית הדיון כולל, כמובן, הנחת אדני שכנוע מעמיקים. ראו למשל זפרן, לעיל ה"ש 10; הקר והלפרין-קדרי, לעיל ה"ש 6; דפנה הקר "פמיניזם דילמתי ומודל המשמורת הפיזית הרצוי בגירושין" *עיונים במשפט מגדר ופמיניזם* 699 (דפנה ברק-ארו ואח' עורכות) (2007).

בילדים בזמן שהם אמורים לשהות עימו; הן בשל ירידה ברמת החיים המתחייבת מהפחתת שעות העבודה של ההורה המפרנס העיקרי שנדרש כעת לטפל בילדים, והקושי של ההורה המטפל העיקרי להשתלב בשוק התעסוקה בצורה מוגברת.

שנית, ובהמשך לכך, ידוע שהמשפחה היא מוסד חברתי חסין יחסית מפני הנדוס משפטי (בהשוואה, למשל, להשפעת דיני תאגידים על תאגידים).<sup>104</sup> מכאן החשש שההסדר של משמורת פיזית משותפת לא יתממש במציאות, אלא שהילדים יהיו בפועל יותר שעות עם ההורה שטיפל בהם באופן עיקרי בטרם הפרידה ושהורה זה ימשיך למלא את רוב היבטי הטיפול בהם. לחשש זה יש עדויות אמפיריות.<sup>105</sup> לחלופין, עולה החשש שבזמני השהות שנקבעו עם האב הוא יעביר את הטיפול בהם לגורם שלישי. חשש זה רלוונטי במיוחד לאבות ישראלים, לאור העובדה ששוק התעסוקה הישראלי מתאפיין בשעות עבודה ארוכות בהשוואה בינלאומית, וכי אבות רבים עובדים חמישים שעות ויותר בשבוע.<sup>106</sup> במצב כזה אין רווח של שני הורים מטפלים, אלא כשל בעייתי שבו יש הורה שיכול היה לטפל אבל לא מורשה להיות עם הילדים, והורה שלא מטפל ומעביר את הטיפול בילדים לאדם אחר.

שלישית, מכיוון, שכאמור, הסדר של משמורת פיזית משותפת מלווה, בדרך כלל, בהפחתת מזונות, ודורש עלויות גבוהות יחסית של שני בתים עם ציוד מלא, יוצא שהילדים, במיוחד במצבים שבהם המשמורת המשותפת שנקבעה לא מתממשת, או שאינה מלווה בתמיכה כלכלית שוטפת של האב, עלולים להיות לא רק ללא מענה טיפולי מיטבי, אלא גם ללא מענה מספק לצורכיהם הכלכליים. החשש למצבם הכלכלי של ילדים להורים גרושים חמור במיוחד בישראל, בין שהסדר זמני השהות השווים מקוים על ידי שני ההורים כפי שנקבע, ובין שהוא נשאר כקליפה ריקה. זאת, בשל מדדי העוני ומאפייני המשפחות המתגרשות בישראל. מדדי העוני במדינת ישראל הם הגבוהים ביותר בקרב המדינות המפותחות. בעוד ששיעור העוני במדינות ה-OECD עומד בממוצע על כ-12%, בישראל הוא עומד על כ-18%, ומתקרב ל-50% בקרב חרדים וערבים.<sup>107</sup> חשוב מכך, על פי מחקר של הסוציולוגיות ד"ר ענת הרבסט-דכי וד"ר עמית קפלן, בקרב זוגות שהתגרשו בין 1995-2008, שיעורי הגירושין בקרב השליש החברתי-כלכלי הנמוך בישראל כפולים משיעורי הגירושין בקרב השליש הסוציו-אקונומי הגבוה, 14.7% לעומת 6.5%

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

105 Mnookin, לעיל ה"ש 86, בעמ' 263-264. ראו למשל, ממצאי מחקר בבריטניה שמראה, שאכן הסדרי משמורת משותפת פחות יציבים מאשר הסדרים אחרים, ו-15% מהם הופכים למשמורת אִם בפועל בתוך שנתיים. מקרים אלה מתאפיינים בילדים בשני קצוות קשת הגילים וזוגיות חדשה של האב. ראו Tina Haux, Steve McKay & Ruth Cain, Shared Care after Separation in the UK: Limited Data, Limited Practice? 55 FAM. CT. REV. 572, 579 (2017).

106 יערה מן, שדולת הנשים בישראל נשוב עם צאת הלבנה: אימהות ואבות בשוק התעסוקה 1, 13, תרשים 12 (2019).

107 OECD, OECD Economic Surveys: Israel (2018), [https://doi.org/10.1787/eco\\_surveys-isr-2018-en](https://doi.org/10.1787/eco_surveys-isr-2018-en).

בהתאמה, ודומים לשליש האמצעי – 13.6%<sup>108</sup>. מחקר נוסף, עדכני יותר, מצא אף הוא שזוגות ישראליים עם ההכנסה המשותפת הנמוכה ביותר הם בעלי הסיכוי הגבוה ביותר להתגרש.<sup>109</sup> כלומר, בניגוד לתפיסה הרווחת שגירושין נפוצים יותר בקרב עשירים,<sup>110</sup> בישראל של היום, רוב המתגרשים משתייכים דווקא לקבוצות פגיעות כלכלית יחסית. יתרה מכך, מחקרים אמפיריים שנעשו בישראל בשנים האחרונות חושפים כי אנשים גרושים, ובמיוחד נשים גרושות, חווים מצוקה כלכלית קשה מזו של נשואים,<sup>111</sup> וכי גירושין מהווים גורם סיכון לעוני לאימהות, אך לא לאבות.<sup>112</sup> מכאן החשש כי הסדר של משמורת פיזית משותפת קטין את הסיכוי שלילדים יהיו כל המשאבים הנדרשים לפחות בבית אחד, הן בגלל הצורך בשני בתים מצוידים במלואם הן בשל צמצום חובת המזונות של האב,<sup>113</sup> והיעדר מזונות משקמים לאם.<sup>114</sup> יש לנקוט משנה זהירות ולהימנע מקביעת הסדר הורי שידרדר את המשפחה הענייה לעוני קשה יותר או את המשפחה מהמעמד הבינוני-נמוך לעוני. כפי שצוין לעיל, ירידה ברמת החיים ועוני הם גורמי סיכון חמורים לילדים, הרבה יותר מאשר חלוקת זמנים סבירה כזו או אחרת. רביעית, בניגוד למדינות אחרות שנדרשו לרפורמות משפטיות כדי לעודד אבות גרושים להיות בקשר עם ילדיהם, בישראל אין צורך ברפורמות כאלה, ובטח לא כאלה המבקשות לכפות הורות שוויונית גם במצבים שבהם לא הייתה כזו עובר לפרידת ההורים. זאת, מכיוון שבשונה ממדינות אחרות,<sup>115</sup> תופעה של אבות המתנתקים מילדיהם או רואים אותם פעמים ספורות בלבד במהלך השנה היא זניחה ביותר בישראל. זאת, בין

Amit Kaplan & Anat Herbst, *Stratified Patterns of Divorce: Earnings, Education, and Gender*, 108 32 DEMOGRAPHIC RES. 949, 960 (2015)

Amit Kaplan, Miri Endeweld & Anat Herbst-Debby, *The More the Merrier? The Effect of Children on Divorce in a Pronatalist Society*, in *DIVORCE IN EUROPE* 123, 132 (Dimitri Mortelmans ed., 2020). גם במדינות אחרות נמצא מתאם חיובי בין סיכוי לגירושין לבין מעמד כלכלי נמוך יחסית, ראו למשל בספרד ובשווייץ, Anna Garriga, Jani Turunen & Laura Bernardi, *The Socioeconomic Gradient of Shared Physical Custody in two Welfare States: Comparison between Spain and Sweden*, in *SHARED PHYSICAL CUSTODY: INTERDISCIPLINARY INSIGHTS IN CHILD CUSTODY ARRANGEMENTS* 181, 188-89 (Laura Bernardi & Dimitri Mortelmans eds., 2021).  
110 כך, למשל, טענה באופן שגוי ענבל לאור-צדיק בריאיון לעיתון TheMarker, ראו רותם שטרקמן ואפרת נוימן "עשירים מתגרשים יותר מעניים. גל גירושים לפנינו" TheMarker (25.12.2020). אני נתקלת בסברה השגויה הזו גם בקרב הקהל הרחב בהרצאות שאני נותנת תדיר.

Haya Stair & Alisa C. Lewin, *Marital Status, Gender and Material Hardship: Evidence from Israel*, 35 ADV. LIFE COURSE RES. A. 46, 48-9 (2018)

Miri Endeweld, Anat Herbst-Debby & Amit Kaplan, *Do the Privileged Always Win? Economic Consequences of Divorce by Income and Gender Groups*, 159 SOC. INDIC. RES. 77 (2022)

Anne-Rigt Poortman & Ruban van Gaalen, *Shared Residence After Separation: A review and New Findings from the Netherlands*, 55 FAM. CT. REV. 531, 533 (2017)

114 על היעדרם של מזונות משקמים ברין הדתי, והצורך בפיתוח פסיקטי של הדוקטרינה, ניתן ללמוד מבע"מ 3151/14 פלונית נ' פלוני (נבו) 5.11.2015.

115 כבריטניה, למשל, כרבע מהאבות הפרודים לא נמצאים בקשר עם הילדים, שנתיים לאחר הפרידה. ראו Haux, McKay & Cain, לעיל ה"ש 105, בעמ' 279.

היתר, בזכות היותה של ישראל מדינה קטנה גיאוגרפית ובזכות היות החברה בישראל, על תת-הקבוצות שבה, חברה משפחתית (Familial). בהתאם, כבר בשנות התשעים של המאה העשרים תיעד המחקר שלי הסדרי ראייה רחבים לאבות ישראלים, בהשוואה בינלאומית, שמאפשרים הורות משמעותית ומיטיבה.<sup>116</sup>

חמישית, בישראל ישנו שיעור ילודה מהגבוהים בעולם, והוא הגבוה ביותר מבין מדינות ה-OECD.<sup>117</sup> מכאן שבעוד שבמשפחות רבות במערב מדובר בגירושי הורים לילד אחד, בישראל מדובר, לעיתים קרובות, בגירושי הורים במשפחות עם שני ילדים ויותר.<sup>118</sup> במצבים כאלה, ישנו קושי מיוחד בהסדרים נוקשים של משמורת בכלל, ושל משמורת פיזית משותפת בפרט, לרבות מכיוון שיש סיכוי גדול יותר שאחד הילדים רך בשנים ואף יונק, או שיש במשפחה בני נוער שמעדיפים לנוע בין בתי ההורים בגמישות ובהתאם לפעילויות האחרות שלהם. דווקא בישראל יש חשיבות בפיתוח הסדרים גמישים, המותאמים לכל אחד מילדי המשפחה, ולשינויים לאורך זמן. בתי המשפט לענייני משפחה מעודדים יצירת קונפליקט הורי סביב שאלת ההסדר ההורי בהחלישם את חזקת הגיל הרך הקבועה החוק; בהתעלמותם מההסכמות ההוריות במהלך הזוגיות, שיכלו לקבל ביטוי בחזקת שיקוף שמאפשרת יותר גמישות הן מחזקת הגיל הרך הן מחזקת חלוקת זמנים שווה, ביחד עם ודאות משפטית; ובכפייה של זמני שהות שווים בניגוד לעמדת ההורה המטפל העיקרי. כאמור בפרק הקודם של המאמר, קונפליקטים הוריים הם גורם סיכון לילדים, המובילים להסדרים לא גמישים שגם הם מוכחים כפוגעים בילדים.

לבסוף, הליכי גירושין בישראל מתקיימים בכפוף לדינים ולבתי דין דתיים. מצב זה יוצר פגיעות משפטית (Legal Vulnerability) של נשים, בין היתר לאור תופעות של סרבנות גט אצל היהודים,<sup>119</sup> ריבוי נשים אצל המוסלמים,<sup>120</sup> וסירוב המרת דת לצורך גירושין בקרב נוצרים קתולים.<sup>121</sup> לאור זאת, נשים בכלל ואימהות בפרט, מוצאות עצמן מוותרות על זכויותיהן, ואף עלולות לוותר על האינטרסים של ילדיהן, כדי להשתחרר מקשר נישואין.<sup>122</sup> מצב זה עלול לפגוע בילדים ולא רק באימהותיהן. לאחרונה מופעל כלי סחטנות חדש על אימהות בהליכי גירושין, לרבות בישראל – תלונות שווא של

116 הקר הורות במשפט, לעיל ה"ש 21.

117 OECD, SOCIETY AT A GLANCE 2019: OECD SOCIAL INDICATORS (2019), [https://doi.org/10.1787/soc\\_glance-2019-en](https://doi.org/10.1787/soc_glance-2019-en)

118 בשנים 2008–2010, 22% מההורים המתגרשים בישראל היו הורים לשלושה ילדים ויותר, ראו Endeweld, Herbst-Debby & Kaplan, לעיל ה"ש 112, בעמ' 81, 84.

119 RUTH HALPERIN-KADDAR, WOMEN IN ISRAEL: A STATE OF THEIR OWN ch.11 (2004)

120 ראויה אבו רביעה "הפוליגמיה במשפט הישראלי: לקראת גישה היברידית" מעשׂי משפט יא 53 (2020).

121 Karmit Yefet & Ido Shahaar, *Divorced from Citizenship: Palestinian-Christian Women between the Church and the Jewish State*, LAW & SOC. INQUIRY, 1 (2021)

122 בהקשר של נשים יהודיות ראו: Ruth Halperin-Kaddari *Bargaining in the Shadow of the Law: The Reality of Get Abuse in Israel and Beyond* (Address Before the International Beit Din .Feb. 9, 2020)

האב על ניכור הורי מצד האם.<sup>123</sup> כלי זה מסוכן בכלל, ובמיוחד במצבים של אב אלים כלפי הילדים.<sup>124</sup>

לאור האמור בפרק זה, ברור שארגוני הגברים, החוקרים התומכים בעמדתם, והשופטים המקדמים את חזקת זמני השהות השווים ללא קשר לחלוקת התפקידים שאותה עיצבו ההורים טרם פרידתם, מונעים, במקרה הטוב, מאמונה בלתי מבוססת שפרידת ההורים תאפשר הורות שוויונית לטובת בני המשפחה כולם, ללא מחירים רגשיים וכלכליים לילדים ולמי שהייתה ההורה המטפל העיקרי במהלך הזוגיות. במקרה הרע, המוטיבציות של האבות נטועות ברצון להתחמק מתשלום מזונות ומרצון לשליטה בגרושה. הידע האמפירי שהוצג בחלק זה מצביע על הסכנות הטמונות בעמדה לא מבוססת זו, ועל הזהירות המונעת שיש לנקוט כדי לעצור את המוטטלת חסרת האחריות שיצרו שופטי המשפחה. מי שמבקשים לקדם הורות שוויונית ואי־מגדרית בישראל נדרשים להצטרף למאבקים של ארגונים פמיניסטיים לביסוס שוק תעסוקה ולתמיכה מדינתית, שיאפשרו הורות פעילה ושוויון תעסוקתי הן לאימהות והן לאבות במהלך הזוגיות,<sup>125</sup> ולא בעת פרידה, לאחר שכבר נוצרה הורות ממוגדרת על משמעויותיה לכל בני המשפחה. להבנתי, הידע האמפירי הקיים, כפי שפורט בחלק זה של המאמר ובחלקו הקודם, מוביל למסקנה שעד שהשינוי החברתי השוויוני המיוחל יתרחש, נטל ההוכחה כי טובת הילדים מחייבת חלוקת זמני השהות שווים, חייב להישאר על המבקש, וראוי שברירת המחדל החוקית והשיפוטית תהא חזקת השיקוף.<sup>126</sup>

123 מרכז רקמן סרבנות קשר וניכור הורי: רקע תאורטי, אבחון ושיטות טיפול בראי עקרון טובת הילד (2020); רות הלפרין־קדרי ורות זפרן "ניכור מטריד" נקודת מפגש 22, 51, 54 (2022). תופעה זו מוכרת גם במדינות אחרות, ראו הודעת האיגוד האירופי לפסיכותרפיה בעניין, האוסר על שימוש במושג "ניכור הורי": European Association for Psychotherapy, A Statement from the European Association for Psychotherapy (EAP) on The Concepts Of 'Parent Alienation Syndrome' (PAS) And 'Parental Alienation' (PA) (February 24th, 2018), <https://bit.ly/3NzihA>.

124 Joyanna Silberg & Stephanie Dallam, *Abusers Gaining Custody in Family Courts: A Case Series of Over Turned Decisions*, 16 J. OF CHILD CUSTODY, 140 (2019); NEILSON LINDA, FREDERICTON: PARENTAL ALIENATION EMPIRICAL ANALYSIS: CHILD BEST INTERESTS OR PARENTAL RIGHTS? (2018); Joan S. Meier & Sean Dickson, *Mapping Gender: Shedding Empirical Light on Family Courts' Treatment of Cases Involving Abuse and Alienation*, 35 LAW & INEQ. 311, 316-19 (2017); Joan S. Meier, *U.S. Child Custody Outcomes in Cases Involving Parental Alienation and Abuse Allegations: What Do the Data Show?* 42 J. OF SOC. WELFARE AND FAM. L., 5 (2020); הלפרין־קדרי וזפרן, לעיל ה"ש 123.

125 דפנה הקר ומיכל פרנקל "הורות פעילה ושוויון הזדמנויות בעבודה: הצורך בשינוי מאפייני שוק העבודה" עבודה חברה ומשפט יא 275 (2005).

126 הייתי הראשונה לקרוא לביטול חזקת הגיל הרך, להמרתה בחזקת ההורה המטפל העיקרי, ולקידום הסדרי הורות שווה במקרים שבהם זה היה ההסדר ההורי טרום הגירושין, או שבהם יש הסכמה של שני ההורים. ראו הקר "פמיניזם דיילמתי", לעיל ה"ש 103; ראו גם הקר והלפרין־קדרי, לעיל ה"ש 6. בכך אני מצטרפת לחוקרי משפט מובילים, דוגמת אליזבת סקוט, כמו גם לעמדת ה־American Law Institute. ראו Elizabeth S. Scott, *Pluralism, Paternal Preference, and Child Custody*, 80 COLUM. L. R. 615 (1992); THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *PRINCIPLES OF THE LAW OF*

## סיכום

במאמר זה הראיתי כיצד ארבע הנחות, לכאורה עובדתיות, שעליהן, בין היתר, מושתתת מהפכת זמני השהות השווים המתרחשת בימים אלה בשדה הגירושין הישראלי, הן חסרות תמיכה אמפירית. הרוב המכריע של שיטות המשפט ממשיך לאפשר סימון של בית עיקרי לילדים, שהוא ביתו של מי שהיה ההורה המטפל העיקרי במהלך הזוגיות; אין שינויים משמעותיים בחלוקת התפקידים המגדרית, וברוב המשפחות בישראל האם היא ההורה המטפל העיקרי והאב – המפרנס העיקרי; ואין אינדיקציות אמפיריות משכנעות שחלוקת זמנים שווה בין בתי ההורים משרתת את טובתם של הילדים יותר מאשר חלוקת זמנים של שני שלישים להורה המטפל העיקרי ושליש להורה המפרנס העיקרי. נהפוך הוא, הידע האמפירי על אודות החברה הישראלית, כמו גם מאפייני דיני המשפחה הייחודיים לישראל, מעידים על הסכנות הטמונות בנטישת חזקה המסמנת את ההורה המטפל העיקרי כבעל האחריות הטיפולית העיקרית בילדים לאחר הפרידה. יצירת מצג מטעה על ידי חלק משופטי המשפחה לגבי העובדות החברתיות והפסיכולוגיות המוכחות, כמו גם היעדר ההתייחסות השיפוטית לידע האמפירי הרלוונטי הקיים, הם דוגמה לכשל שיפוטי בצריכת ידע אמפירי.<sup>127</sup>

בהיעדר תמיכה אמפירית למהפכת זמני השהות השווים שמובילים חלק משופטי המשפחה בישראל, נותרנו עם הצורך לעצב הסדרי הורות במקרים מסוימים, כמו גם את כללי החוק הרלוונטיים, על סמך הידע האמפירי החלקי הקיים, כמו גם על סמך אינטואיציה, ניתוח רציונלי, והעדפות ערכיות. בין יתר השאלות שראוי שיכוונו את היושבים בכנסת והיושבים על כס המשפט בהקשר זה: האם יש אינדיקציה טובה יותר לגבי טובת ילדים מסוימים מאשר הסדרי ההורות שעיצבו הוריהם בעודם ביחסים זוגיים? האם בטוח והגון להיענות לדרישה של הורה להורות שוויונית לאחר פרידה, אף על פי שאותו הורה לא עמד בה במהלך הזוגיות ואף שהורה המטפל העיקרי מתנגד? אם ייענו לדרישה הזו, מה המחירים שבהם יידרשו לשאת ההורה המטפל העיקרי והילדים? מה צריך להיות הקשר בין חלוקת זמני השהות לבין תמיכה כלכלית בילדים ובמי שהיה ההורה המטפל העיקרי טרם הפרידה? מהם גבולות האקטיביזם השיפוטי הראוי של

FAMILY DISSOLUTION: ANALYSIS AND RECOMMENDATIONS, CH. 2 (2003); Katharine T. Bartlett, *Prioritizing Past Caretaking in Child-Custody Decisionmaking*, 77 LAW CONTEMP. PROBL. 29 (2014); Scott & Emery, לעיל ה"ש 10; חזקת השיקוף הוצעה גם בספרות הישראלית, כבר בשנת 2013, על ידי ד"ר רות זפרן, ראו זפרן, לעיל ה"ש 10; ראו גם יחזקאל מרגלית "מביטול חזקת הגיל הרך למודל השיקוף – בין דיני משפחה ובין דיני חוזים" דין ודברים טו 15 (2021).  
 127 Donohue, לעיל ה"ש 4; דוגמה נוספת משדה הגירושין הישראלי היא השימוש השגוי בשופטים עושים בתאוריית הניכור ההורי של גרנר, שאינה מבוססת אמפירית, ראו טריגר ופוגל-ביזואי בהכנה, לעיל ה"ש 8; ראו גם דוגמה בקשר לדיני עבודה: Joni Hersch & Blair Druhan Bullock, *The Use and Misuse of Econometric Evidence in Employment Discrimination Cases*, 71 WASH. & LEE L. REV. 2365 (2014).

שופטי ערכאות דיוניות?<sup>128</sup> והאם ראוי וריאלי לעשות שימוש בדיני משפחות למען חזון חברתי-משפחתי עתידי, במחיר פגיעה עכשווית בילדים ובאימהות? מהאמור לעיל ברור מה עמדתי בקשר לשאלות הללו, אך חשוב מכך, ברור שגם מי שלא מסכימים עימי נדרשים לתת תשובות מבוססות ככל שניתן, כמו גם תשובות אינטואיטיביות, נורמטיביות ורציונליות משכנעות, מתוך כנות אינטלקטואלית ומוסרית שלא מתחבאת מאחורי הנחות עובדתיות לכאורה, שאין בהן ממש.

חשוב לציין שוב כי אין במגבלות הידע האמפירי בעיצוב המשפט, שנחשפו כאן, כדי לטעון שיש לנטוש את המדע האמפירי ולנתק אותו מהמשפט. נהפוך הוא, לאור דלות וחלקיות המחקר הקיים שהוצגו כאן, ובמיוחד לאור היעדר מסד נתונים על ילדים להורים גרושים בישראל בהסדרי הורות שונים, עולה הצורך הדחוף בהקצאת המשאבים המדינתיים הדרושים לעריכת מחקרים שישפכו אור על המשתנים השונים המשפיעים על רווחתם של ילדים להורים פרודים, ממגוון קבוצות האוכלוסייה; להנגשת השדות המשפטיים והטיפוליים המעורבים בהליכי גירושין למחקר אקדמי, בכפוף להבטחת פרטיות המתדיינים; ולהכשרת העוסקים במשפט לצריכת ידע אמפירי בצורה מושכלת ואחראית.

עם זאת, גם לאחר שיתקבלו ממצאים עשירים ומהימנים על טובתם של ילדים בהסדרי משמורת שונים בישראל, תיוותר האחריות על עיצוב כללי ההכרעה בסכסוכי משמורת בידי הרשות המחוקקת והרשות השופטת. אחריות זו מחייבת שימוש מושכל בידע האמפירי הרלוונטי, ושילובו במערך שיקולים נורמטיבי השם במרכז, במקרה של דיני משפחות, ערכים של טיפול והוגנות, ומעדיף אותם על פני שוויון פורמלי שאינו משקף שוויון מהותי.<sup>129</sup>

128 עוד בעניין זה ראו אורית ג'קמן-לדאני ודפנה הקר "משמורת ומזונות ילדים – אקטיביזם וכאוס בבתי המשפט לעניינים משפחה" (בהכנה).

129 על ערכי הליכה הראויים של דיני משפחה ראו Daphna Hacker, *Families and the Ethics of the* *Globordered Market*, 27 CORNELL J.L. & PUB. POL'Y. 745, 749-53 (2018).