
האגודה לרפואה ולמשפט בישראל

רפואה ומשפט

תדפיס מתוך: גיליון 46 – יולי 2012

עמ' 223-240

משמורת משותפת: היבטים פסיכולוגיים, משפטיים וחברתיים

מאת

דניאל גוטליב



המרכז הבינלאומי לבריאות, משפט ואתיקה



משמורת משותפת: היבטים פסיכולוגיים, משפטיים וחברתיים

דניאל גוטליב*

"שניים אוחזין בטלית, זה אומר: 'אני מצאתיה', וזה אומר:
'אני מצאתיה'; זה אומר: 'כולה שלי', וזה אומר: 'כולה שלי'
– זה יישבע שאין לו בה פחות מחציה, וזה יישבע שאין לו בה
פחות מחציה, ויחלוקו."
(משנה בבא מציעא א: א')

תקציר

בשנים האחרונות נדונה בבתי המשפט בארץ ביתר תדירות אפשרות של משמורת משותפת בתור פתרון לחלוקת הזמן – בין ההורים – של ילדים להורים גרושים. הדיון הציבורי בנושא לוחט לפעמים ומתקיים על רקע הדיון בנושא רחב יותר והוא מעמדם וכוחם היחסיים של נשים וגברים בחברה בכלל ובדיני משפחה בפרט. מאמר זה סוקר את ההתייחסות למשמורת משותפת בספרות הפסיכולוגית, בחקיקה בארצות הברית ובחקיקה ובפסיקה בארץ. מובאים הטענות בעד ונגד משמורת משותפת, ומוגשת הצעה איך לבחון את מידת ההתאמה של משמורת משותפת למקרה המסוים באופן שתעלה בקנה אחד עם העיקרון של טובת הילד תוך ניסיון לבחון מחדש חלק מהטענות העיקריים נגד משמורת משותפת.

מילות מפתח: משמורת, גירושין, ילדים.

מבוא

משמורת משותפת כפתרון אפשרי במאבקי משמורת בין הורים מתגרשים נדון בשנים האחרונות ביתר תכיפות בבתי המשפט בישראל (ראו לדוגמה תמ"ש (ח"י) 11850/03 ה.ק. קטינה נ' י.ק. (פורסם בנבו, 5.12.2005); ע"מ (מחוזי חי) 318/05 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 30.1.2006); תמ"ש (כ"ס) 5580/02 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 13.5.2004); תמ"ש (י-ם) 3991/04 י.ג. נ' א.ג. (פורסם בנבו, 25.4.2005); תמ"ש (ת"א) 7760/96 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 25.1.2005)¹ (ראו גם ערעור על החלטה זו – ע"מ (מחוזי ת"א) 1086/05 פלוני נ' פלונית, פ"מ תשס"ד(1) 456 (2005); תמ"ש (ראשלי"צ) 28951/09 א.ג.ג. נ' ת.ג. (פורסם בנבו, 7.1.2010); תמ"ש (ת"א) 36621/06 ט.מ. קטין נ' ע.מ. (פורסם בנבו, 25.11.2009); תמ"ש (קריות) 17120/07 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 22.8.2010); תמ"ש (טבי) 12148-04-10 ס.ג. נ' ע.ג. (פורסם בנבו, 28.4.2011) ולאחרונה תמ"ש (טבי) 5782-08-09 א.ק. נ' נ.ק. (פורסם בנבו, 23.10.2011)). עם זאת סוגיית משמורת משותפת טרם נדונה דיון ממצה בבית המשפט העליון.

אף על פי שלמונח "משמורת משותפת" אין הגדרה אחידה בספרות המקצועית, ולמעשה הוא אף אינו מופיע בחקיקה הישראלית, הוא עולה בתיקי משמורת רבים, אם בתור פתרון מעשי להמשך הקשר בין הילדים לבין שני

* פסיכולוג קליני ומטפל משפחתי מוסמך, מנהל קליני מכון שינוי: המרכז הישראלי להליכי שינוי במשפחה בפרט ובארגון, הרצליה. dgotlieb@netvision.net.il

1 למען הגילוי הנאות, חוות הדעת בתיק זה ניתנה על ידי.

ההורים ואם בתור עמדה אסטרטגית של אחד מההורים המנסה להשיג דברים אשר אינם בהכרח קשורים למשמורת או אפילו לטובת הילדים.

כמו נושאים אחרים הקשורים למעמדם המשפטי של ילדים, כגון אימוץ ילדים וחזקת הגיל הרך, גם הנושא של משמורת משותפת יוצר תהודה ציבורית המשתקפת בעמדות קוטביות של גורמים שונים בחברה. ארגוני הגברים (ראה לדוגמה: הורות שווה² ו-Dominus³ דוגלים במשמורת משותפת כפתרון המבטיח את מעמדו של האב (הגבר) בחייהם של הילדים, ואילו ארגוני נשים (ראה לדוגמה: גיל⁴, שחר⁵ ולביא⁶ רואים במשמורת משותפת מצב אשר נועד להחליש עוד יותר את מעמדה המוחלש ממילא של האישה בחברה.

היות שבת המשפט בארץ נדרשים היום להתמודד עם תביעות למשמורת משותפת בתדירות גבוהה יותר, יש מקום לבחון את מהות המשמורת המשותפת, את הטיעונים המקצועיים בעד ונגד ואת ההשלכות על הילדים, כדי לקבוע אמות מידה להתאמתה למקרים ספציפיים.

במסגרת מאמר זה אבחן את המצב של משמורת משותפת מההיבטים האלו:

1. משמורת משותפת בארצות הברית: היבטים פסיכולוגיים ומשפטיים
2. משמורת משותפת בחקיקה ובפסיקה הישראלית
3. התמודדות עם הקשיים שמשמורת משותפת מציבה
4. גיבוש אמות מידה ישראליות להחלת משמורת משותפת

1. משמורת משותפת בארצות הברית: היבטים פסיכולוגיים ומשפטיים

א. משמורת משותפת בספרות הפסיכולוגית

אם במאה התשע-עשרה נחשבו ילדים רכושם של אביהם, ובמקרה של גירושין הם נשארו – באופן אוטומטי – במשמורת של האב, הרי שבתחילת המאה העשרים עם גיבוש "חזקת הגיל הרך" (ראו גוטליב)⁷ ולאחר מכן עם גיבוש הסטנדרט של "טובת הילד"⁸ חל שינוי דרמטי שבעקבותיו ידיהן של האימהות במאבקי משמורת על העליונה ואשר העדיף את המשמורת אצלן על משמורת אצל האב Poll.⁹ עם זאת מאז תחילת המאה העשרים, במיוחד בעקבות המהפכות החברתיות של שנות השישים והשבעים, חלו שינויים נוספים בתפיסה המקצועית והחברתית אשר להורות בכלל ולמעמד האישה ומעמד הגבר בפרט. מחד גיסא נשים הצליחו לממש יותר את זכויות השוויון שלהן בשכר, בגישה למקומות עבודה ובייצוג פוליטי, ואילו גברים החלו – אם כי במידה פחותה יותר – לדרוש או אולי להידרש לשוויון רב יותר בתפקידים הוריים בתוך המשפחה. בעקבות תהליכים אלו קיימת כיום בפתח המאה העשרים והאחת נטייה חזקה וברורה יותר לראות באבות הורים טובים ומתאימים לא פחות מהאימהות, ואשר

2 <http://www.horut-shava.org.il>

3 S. Dominus, *The Fathers' Crusade*, N.Y. TIMES MAG., May 8 26 (2005)

4 "גיל, הרך - הנזק קשה משמורת והסדרי ראייה במדינת ישראל" (2005) <http://www.nfc.co.il/archive/003-D-12319-00.html?tag=8-41-34>

5 שחר "אבסורד המשמורת המשותפת" דעות, הארץ 19.11.2005.

6 <http://www.e-mago.co.il/Editor/feminism-507.htm>

7 ד' גוטליב "חזרת הגיל הרך" רפואה ומשפט (2008).

8 J. GOLDSTEIN, A. FREUD, AJ SOLNIT, BEFORE THE BEST INTERESTS OF THE CHILD (1979)

9 E. Poll, *The Evolution of Joint Custody*, FAMILY COURT REVIEW 19(2) 53-59 (1981)

לנשים, שיעורן בשוק העבודה גבוה היום בהרבה ומגיע בישראל עד כמחצית כוח העבודה.¹⁰ עם זאת נדמה כי לצד גידול מספר הנשים בשוק העבודה עדיין לא חל גידול דומה במספר הגברים אשר נושאים בחלק הארי, או אפילו בחלק שווה, של הטיפול היום-יומי בילדים.

תמורות חברתיות השפיעו גם על תפיסות ההוריות ומקומו של כל הורה בחיי ילדיהם המשותפים. בהקשר זה משמורת משותפת זכתה לתשומת לב רבה בספרות המקצועית, אולם הדעות באשר ליעילותה חלוקות. כל עוד השמחה שורה במעונם של הורים והם חיים באהבה, אחווה, שלום ורעות, שני הורים הם בפועל בעלי משמורת משותפת, ואין הורה אחד מערער על יכולותיו ההוריות של משנהו. נשאלת השאלה אם יש משהו במעשה הגירושין אשר יש בו כדי לערער את הנחת היסוד כי שני ההורים ראויים ונחוצים בחייהם של הילדים.

אמנם Goldstein, Freud & Solnit¹¹ עסקו בנושא המשמורת בלא לנקוב בשמו, אך הם הביעו עמדה ברורה מאוד ואף קיצונית בעד מתן זכות הכרעה בלעדית להורה המשמורן בכל הדברים הקשורים למשמורת והסדרי ראייה. לעומת זאת לפי Poll¹² יש להאיץ בבתי המשפט שיעדיפו פתרונות של משמורת משותפת גם כאשר אחד מההורים מביע התנגדות לכך. עם זאת כדי להרחיק את המאבק שבין ההורים מזירת הילדים, הוא סבור כי כאשר תהיה נטייה ברורה יותר של בתי משפט להעדיף משמורת משותפת, יעדיפו מתדיינים להציע לבית המשפט פתרונות משלהם ברוח משמורת משותפת, ובכך תרד רמת הקיצוניות במאבקי משמורת.

הטענה העיקרית נגד משמורת משותפת היא כי אין לכפות על הורים מצב המחייב רמות גבוהות של שיתוף פעולה שעה שקיימים ביניהם עוינות רבה וחוסר תקשורת. הסברה היא כי הנזק שייגרם לילדים בגלל חוסר ההערכה, העוינות וחוסר היכולת לשתף פעולה רב מהתועלת שבקשר התדיר עם שני ההורים (ראה לדוגמה Turket, 2002).¹³

במאמרם של Wallerstein and Lewis¹⁴ דווח על המעקב אחרי 131 ילדים בני 3 עד 18 שעה שהוריהם התגרשו בשנות השבעים למאה הקודמת. החוקרים מציינים כי גירושין איננו מצב מתח אקוטי נקודתי שהילד מתאושש ממנו כי אם חוויה המלווה אותו לאורך שנים ומשנה את חייו. הם מציינים כי אפילו ילדים אשר לא חוו מאבקים מתמשכים בין ההורים ואשר היו בקשר מתמיד עם שניהם פחדו בהגיעם לגיל הבגרות כי מערכות היחסים הרומנטיות שלהם תיכשלנה.

בהסתמכה על המחקר שעשתה גם Kelly¹⁵ מביעה את תמיכתה במשמורת משותפת כדרך לשמר את הקשר בין הילדים לבין שני ההורים לאחר גירושין. היא מביעה פקפוק בעמדה האומרת כי אין לקבל החלטה לטובת משמורת משותפת כאשר אחד מההורים מביע התנגדות לכך. היא ציינה מחקרים אשר העידו כי במדינות אשר חוקקו חוקים בעניין משמורת משותפת שיעור הילדים שבמשמורת פיזית משותפת גבוה מבמדינות אחרות.

Bauserman¹⁶ (אשר עשה 33 מחקרים אחרים בנושא) מצא במחקרו כי ילדים הנמצאים בסידור של משמורת משותפת תפקדו טוב יותר במדדים של הסתגלות כללית, יחסים בתוך המשפחה, דימוי עצמי, הסתגלות רגשית והתנהגותית והסתגלות לגירושין. כמו כן דווח כי הורים שהיה ביניהם סידור של משמורת משותפת דיווחו על מתח פחות – הן בהווה והן בעבר – מזה של הורים שהמשמורת הייתה אצל אחד מהם בלבד. המסקנה הייתה כי משמורת משותפת יכולה להועיל לילדים בחלק מהמקרים, אולי באפשרה המשך מעורבות חיובית של שני ההורים

10 ראו: משרד ראש הממשלה - הרשות לקידום מעמד האשה: נשים ותעסוקה - ריכוז נתונים עבור התמי"ת – מאי 2008. <http://www.pmo.gov.il/NR/rdonlyres/1191EA6C-DA87-4BF8-8442-D90D3E135EBA/0/052008.doc>

11 לעיל הערה 5.

12 לעיל הערה 10.

13 D.I. Turkat, *Share Parenting Dysfunction*, AMERICAN JOURNAL OF FAMILY THERAPY 30(5) 385-393 (2002)

14 J.S. Wallerstein, J.M. Lewis, *The Unexpected Legacy of Divorce: Report of a 25-Year Study*, PSYCHOANALYTIC PSYCHOLOGY 21 353-370 (2004)

15 J.B. Kelly, *Children's Living Arrangements Following Separation and Divorce: Insights From Empirical and Clinical Research*, FAMILY PROCESS 46(1) 35-52 (2007)

16 R. Bauserman, *Child Adjustment in Joint-Custody Versus Role-Custody Arrangements A Meta-Analytic Review*, JOURNAL OF FAMILY PSYCHOLOGY 16(1) 91-102 (2002)

בחיי הילדים. Bauserman סבור כי ממצאי המחקר שלו עולים בקנה אחד הן עם עמדתם של אלו אשר בשנות התשעים סגרו על חזקה של משמורת משותפת וכן עם העובדה שרוב המדינות בארצות הברית כבר החלו בחקיקה אשר תאפשר משמורת משותפת כאופציה או אפילו תהפוך אותה לחזקה הניתנת להפרכה (rebuttable presumption). יצוין כי המחקרים אשר נבדקו במחקר הזה אינם תומכים בטענות של המתנגדים למשמורת משותפת ואינם מעידים כי ילדים במשמורת משותפת חשופים למאבקים בין ההורים יותר מילדים במשמורת יחידנית, או כי יש סכנה להתפתחות של בעיות הסתגלות רבות יותר בשל הצורך להתרגל לשני בתים.

לפי Maccoby¹⁷ ההתמודדות של מתבגרים במשמורת פיזית משותפת הייתה טובה לא פחות מזו של מתבגרים המתגוררים בעיקר עם הורה אחד. במחקר אשר עקב אחרי 917 משפחות במשך שלוש שנים ואז עקב אחרי המתבגרים מהמחקר הזה התגלה יתרון קל למשמורת משותפת אצל מתבגרים על פני משמורת אצל האם או אצל האב גם כאשר הביאו בחשבון את ההשוואה את מערכת היחסים שבין ההורים

מסקירת הספרות בנושא היחס הראוי להבעות הרצון של ילדים בהקשר של מאבקי משמורת מביע Warshak¹⁸ את תמיכתו בפתרון של משמורת משותפת אם כי הוא מזהיר כי אין פתרון זה נכון לכל ילד.

במאמרם של Ackerman & Pritzl¹⁹ נערכה השוואה בין ממצאים שעלו ממחקרם משנת 2008 לבין ממצאי מחקר אחר משנת 2007. במחקרים נשאלו אנשי מקצוע מהן הנסיבות אשר לדעתם מצדיקות, או לא מצדיקות, משמורת משותפת. הנשאלים הביעו העדפה למשמורת משותפת כאשר הורים יכולים לשתף פעולה (56.7%), כאשר להורים מיומנויות שוות (48.8%), כאשר טובתו של הילד במשמורת משותפת (48.8%), וכאשר הוא נדרשת לשמירתה או מקסומה של מערכת היחסים בין ילד להורה (13.4%). הנשאלים לא ראו במשמורת משותפת את האופציה המועדפת כאשר היה היעדר תקשורת בין ההורים ורמת הקונפליקט הייתה גבוהה (76.8%), כאשר היו רמות שונות של מיומנויות הוריות (36.8%), כאשר הייתה התעללות פיזית/מינית או מילולית (21.6%), כאשר המרחק הגאוגרפי בין שני הבתים היה גדול יחסית (021.6%), וכאשר אחד ההורים (או שניהם) צרכו סמים או אלכוהול (17.6%).

כמו כן הם דיווחו על העדפות של פסיכולוגים באשר לסידור המשמורת. במוצע העדיפו פסיכולוגים משמורת משותפת. ההעדפה הממוצעת של פסיכולוגים למשמורת משותפת הייתה 4.29 על סקלה של 1 עד 5, ואילו העדפה למשמורת יחידנית הייתה 2.94 בלבד. אותם פסיכולוגים העדיפו גם סידור של 50/50 ב-5.9% מהמקרים. עם זאת נטען כי בשנים האחרונות מתקיימת התרחקות מסוימת ממודל של חלוקה מדויקת של 50/50 אשר נראה "מונח משפטי" יותר ממונח פסיכולוגי. במקום זאת מתפתחת תפיסה של "שוויון משמעותי", כלומר סידור שבו יחשו הילדים כי הם שוהים שהות שווה עם כל אחד משני ההורים גם אם החלוקה לא תהיה מדויקת, כלומר 182 יום עם האב ו-182 יום עם האם.

במאמרה של Semple²⁰ נמצא כי המלצות של עובדות סוציאליות למשמורת משותפת התקבלו אצל שופטים בפחות משלושים אחוז מן המקריים שנדונו. הובאו שתי השערות לממצא זה: האחת כי קיים פער יסודי בדבר משמורת משותפת בין שופטים ועובדים סוציאליים. ההשערה האחרת היא כי פער הזמן בין מתן ההמלצה לבין הדין המשפטי – משך המשפט בבית המשפט ואם ההורים אינם מצליחים להגיע להסכמה ביניהם לאחר מתן ההמלצות ובחרים בכל זאת להמשיך בהתדיינות בבית המשפט, הדבר מעיד לכאורה כי משמורת משותפת אינו הפתרון הנכון; בית המשפט סבור כי משמורת משותפת אינה עולה בקנה אחד עם טובתו של הילד אם ההורים אינם מצליחים להסתדר ביניהם.

17 E.E. Maccoby, C.M. Buchanan, R.H. Mnookin, S.M. Dornbusch, *Postdivorce roles of mothers and fathers in the lives of their children*, JOURNAL OF FAMILY PSYCHOLOGY 7(1) 24-38 (1993)

18 R.A. Warshak, *Payoffs and Pitfalls of Listening to Children*, FAMILY RELATIONS 52(4) 373-84 (2003)

19 M.J. Ackerman, T.B. Tracy, *Child Custody Evaluation Practices: A 20-Year Follow-Up*, FAMILY COURT REVIEW 49(3) 618-628 (2011)

20 N. Semple, *In the eye of the beholder: Professional opinions about the best interests of the child*, FAMILY COURT REVIEW 49(4) 760-775 (2011)

ב. סקירה קצרה של המצב המשפטי בארצות הברית

על פי לשכת עורכי הדין בארצות הברית,²¹ ברוב המדינות משמורת משותפת היא אופציה העומדת לרשות בית המשפט אם כי אין בית המשפט מחויב לפסוק משמורת משותפת. ב-11 מדינות קיימת חקיקה המעדיפה משמורת משותפת על פני משמורת יחידנית. אף על פי כן מצוין כי הסיבה השכיחה ביותר לאי-קביעת משמורת משותפת היא חוסר היכולת של הורים לשתף פעולה ביניהם. צוין גם כי התנגדות של הורה למשמורת משותפת יכולה להאיר באור שלילי את המסוגלות ההורית שלו ואף להוביל לקביעת משמורת יחידנית אצל ההורה השני. כמו כן לשכת עורכי הדין בעצמה פרסמה עוד בשנת 1989 נייר עמדה בעד משמורת משותפת.²²

להלן דוגמאות של חקיקה בארצות הברית

1. החקיקה במדינת פלורידה (הדגשות שלי, ד"ג):

Title VI, Chapter 61, 61.13. Custody and support of children; visitation rights; power of court in making orders.

5(2)(b)...It is the public policy of this state to assure that each minor child has frequent and continuing contact with both parents after the parents separate or the marriage of the parties is dissolved and to encourage parents to share the rights and responsibilities of childrearing....

2. The court shall order that the parental responsibility for a minor child be shared by both parents unless the court finds that shared parental responsibility would be detrimental to the child....

3.(3) For purposes of shared parental responsibility and primary residence, the best interests of the child shall include an evaluation of all factors affecting the welfare and interests of the child, including but not limited to:

(a) The parent who is more likely to allow the child frequent and continuing contact with the nonresidential parent.

(c) The capacity and disposition of the parents to provide the child with food, clothing, medical care or other remedial care recognized and permitted under the laws of this state in lieu of medical care, and other material needs.

(j) The willingness and ability of each parent to facilitate and encourage a close and continuing parent-child relationship between the child and the other parent.

2. 2. מדינת קליפורניה (הדגשות שלי, ד"ג):

Family Code Section

3040. Order of preference.

(a) Custody should be granted in the following order of preference according to the best interest of the child as provided in 3911: (1) To both parents jointly pursuant to Chapter 4 (commencing

<http://public.findlaw.com/abaf/g/flg-3-4h-4.html> 21

<http://www.abanet.org/child/custody-support.shtml> 22

with 3080) or to either parent. In making an order granting custody to either parent, the court shall consider, among other factors, which parent is more likely to allow the child frequent and continuing contact with the noncustodial parent, subject to 3011, and shall not prefer a parent as custodian because of that parent's sex.

3080. Presumption of joint custody.

There is a presumption, affecting the burden of proof, that joint custody is in the best interest of a minor child, subject to 3011, where the parents have agreed to joint custody or so agree in open court at a hearing for the purpose of determining the custody of the minor child.

3082. Statement of reasons for grant or denial.

When a request for joint custody is granted or denied, the court, upon the request of any party, shall state in its decision the reasons for granting or denying the request. A statement that joint physical custody is, or is not, in the best interest of the child is not sufficient to satisfy the requirements of this section. IOWA: Title XV, Subtitle 1, Chapter 598

598.41 Custody of children

1.a. The court, insofar as is reasonable and in the best interest of the child, shall order the custody award, including liberal visitation rights where appropriate, which will assure the child the opportunity for the maximum continuing physical and emotional contact with both parents after the parents have separated or dissolved the marriage, and which will encourage parents to share the rights and responsibilities of raising the child unless direct physical harm or significant emotional harm to the child, other children, or a parent is likely to result from such contact with one parent.

c. The court shall consider the denial by one parent of the child's opportunity for maximum continuing contact with the other parent, without just cause, a significant factor in determining the proper custody arrangement.

2.b. If the court does not grant joint custody under this subsection, the court shall cite clear and convincing evidence, pursuant to the factors in subsection 3, that joint custody is unreasonable and not in the best interest of the child to the extent that the legal custodial relationship between the child and the parent should be severed.

אפשר לראות כי מדינות מסוימות בארצות הברית רואות יתרון לכאורתי במשמורת משותפת על פני סוגים אחרים של משמורת.

ג. ההקשר הרחב יותר

במאמר מערכת אשר הופיע בכתב העת CONCIILIATION COURT REVIEW בשנת 1988²³ מתריעה המערכת כי המלחמה על משמורת משותפת משקפת את המלחמה המתנהלת על הילדים, וכי ההורים נותנים העדפה לזכויות שלהם על אלו של הילדים, מתוך דאגה מצדן של הנשים כי משמורת משותפת תכרסם בתפקיד המסורתי שלהן בגידול ילדים, ואילו הגברים ראו בה דרך להפחתת דמי המזונות. נקבע במאמר כי משמורת משותפת היא פתרון מעולה למשפחות וילדים רבים, אולם לעתים היא פתרון גרוע ביותר. מאמר המערכת קובע כי קיים צורך במחקר בעניין אילו תכניות

משמורת מתאימות לילדים יותר. כמו כן המאמר מצביע על הצורך בחשיבה צלולה על משמורת משותפת ועל הצורך להתעלות על רטוריקה מחד ולשמור על צורכיהם של הילדים מפני הזכויות של ההורים מאידך.

קשה לנתק את הפן החברתי מהפן הכללי של נושא מכמה סיבות: הראשונה, הוויכוח על משמורת משותפת נוגע למוסכמות חברתיות בנושאי הורות ותפקידים של גברים ונשים, המצויות במרכז דיון חברתי-פסיכולוגי-משפטי-סוציולוגי. השנייה, אי אפשר להתעלם מכך כי לעתים נורמות חברתיות הן אשר קובעות בסיכומו של דבר את ההגדרה של "טובת הילד", וכי עם השנים חלים שינויים באיזון בין זכויותיהם של ההורים לטובתם של ילדים וזכויותיהם. אף על פי שכל מקרה צריך להיות נדון לגופו, אי אפשר לנתקו לגמרי מההקשר הפוליטי והחברתי.

2. משמורת משותפת בחקיקה ובפסיקה הישראלית

א. חקיקה

המונח "משמורת משותפת" (כמוהו אף המונח "משמורת") אינו מוזכר בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962. החוק בסעיף 24 מגדיר את ההסכם בין ההורים החיים בנפרד, ולשונו:

"24. הסכם בין ההורים החיים בנפרד

היו הורי הקטין חיים בנפרד – בין שנישואיהם אוינו, הותרו או הופקעו ובין שעדיין קיימים – רשאים הם להסכים ביניהם על מי מהם תהיה האפוטרופסות לקטין, כולה או מקצתה, מי מהם יחזיק בקטין, ומה יהיו זכויות ההורה שלא יחזיק בקטין לבוא עמו במגע; הסכם כזה טעון אישור בית המשפט, ומשאושר, דינו – לכל ענין זולת ערעור – כדין החלטת בית המשפט."

כך גם החוק בסעיף 25 קובע מה לעשות אם ההורים לא באו לידי הסכם, וזה לשון הסעיף:

"25. קביעת בית המשפט באין הסכם בין ההורים

לא באו ההורים לידי הסכם כאמור בסעיף 24, או שבאו לידי הסכם אך ההסכם לא בוצע, רשאי בית המשפט לקבוע את הענינים האמורים בסעיף 24 כפי שייראה לו לטובת הקטין, ובלבד שילדים עד גיל 6 יהיו אצל אמם אם אין סיבות מיוחדות להורות אחרת."

בסעיף 14 החוק אומר אמירה קצרה ומדויקת:

"ההורים הם האפוטרופוסטים הטבעיים של הקטינים."

סעיף 15 של החוק, הדין בתפקידי ההורים, מוגדר "המהות של האפוטרופוס", וזה לשונו:

"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."

יוצא כי באופן טבעי שני ההורים הם האפוטרופוסטים של ילדיהם, וכי – על פי האמור בסעיף 24 – אין בעצם הפירוד או הגירושין כדי לשלול את האפוטרופסות של מי מבין ההורים, אלא שההורים "רשאים הם להסכים ביניהם על מי מהם תהיה האפוטרופסות על הקטין, כולה או מקצתה, מי מהם יחזיק בקטין ומה יהיו זכויות ההורה שלא יחזיק

בקטין לבוא עמו במגע". כלומר, לאחר פירוד או גירושין האפוטרופסות – על מה שנכלל בסעיף 15 כגון דאגה לצורכי הקטין וחינוכו – תוכל להישאר מקצתה או כולה בידיהם של שני ההורים גם אם אחד מההורים הוא שמחזיק – כלשון החוק – בילד בפועל. אכן בפועל ברוב רובם של המקרים – להערכתי ב-99.9% מהמקרים – אין נשללת האפוטרופסות – או אפילו חלק ממנה – אף לא מאחד מההורים המתגרשים. אי לכך נוצר מצב שבו הילד מצוי במשמורת הפיזית של אחד מההורים, ואילו כל הנושאים הנובעים מהאפוטרופסות נשארים בסמכותם ובאחריותם המשותפת של שני ההורים, מה שבפועל יוצר מצב של משמורת משותפת מוגבלת. יוצא כי בפועל יוצר החוק הבחנה בין משמורת פיזית (ההורה המחזיק בילד), אשר איננה בהכרח משותפת, לבין משמורת משפטית, שהיא משותפת אלא אם נקבע אחרת על ידי ההורים או בית המשפט. כך לפי סעיף 18 בעניין שיתוף בין ההורים:

"בכל ענין הנתון לאפוטרופסותם חייבים שני ההורים לפעול תוך הסכמה; הסכמתו של אחד מהם לפעולתו של רעהו יכולה להינתן מראש או למפרע, בפירוש או מכללא, לענין מסויים או באופן כללי; וחזקה על הורה שהסכים לפעולת רעהו כל עוד לא הוכח היפוכו של דבר. בענין שאינו סובל דיחוי רשאי כל אחד מההורים לפעול על דעת עצמו".

אי לכך, ועל פי האמור בסעיף 18 על שיתוף בין ההורים, "בכל עניין הנתון לאפוטרופסותם, חייבים שני ההורים לפעול תוך הסכמה." מכאן שבנושאים הנתונים לאפוטרופסותם של ההורים – כגון טיפול רפואי או טיפול פסיכולוגי – נדרשת הסכמת שניהם לפעולות שכאלו גם לאחר פירוד או גירושין וללא קשר למשמורת הפיזית.

יצוין כי נוסף על משמורת פיזית ומשמורת משפטית בית המשפט העליון (ע"א 2266/93 פלוני, קטין נ' פלוני) מכיר בעוד סוג של משמורת והוא "משמורת רוחנית". במקרה מפורסם ומתוקשר אשר הגיע לבית המשפט העליון היו שני הורים חלוקים על האופן הראוי לחנך את ילדיהם מבחינה דתית. נקבע כי יש להבחין בין המשמורת הפיזית על הילד אשר ניתנה לאם לבין המשמורת הרוחנית על הילד אשר ניתנה באופן בלעדי לאב. בכך למעשה שלל בית המשפט מהאם חלק מזכויותיה בתור אפוטרופא לילדים.

מהנאמר לעיל, ניתן להגיע למסקנה כי גם אם לא נאמר כך בצורה מפורשת, לא רק שהחוק הישראלי מכיר במשמורת משותפת משפטית, אלא שסידור כזה הינו ברירת המחזל וברוב רובם של המקרים בית המשפט בגשתו לדון בנושא משמורת נדרש, למעשה, לדון רק במשמורת הפיזית, כלומר מה תהיה חלוקת הזמן של הילד בין ההורים.

חשוב להבדיל בין משמורת משפטית משותפת לבין משמורת פיזית משותפת. במשמורת משפטית משותפת שני ההורים שותפים לקבלת החלטות חשובות בעניינו של הילד כגון חינוך, בריאות ונושאים הקשורים לדת וכן גם עניינים כמו חוגים, בילויים בחופש הגדול, נסיעות לחו"ל, לימוד נהיגה ואולי גם סוג השירות הצבאי. החלטות רבות בעניין משמורת משותפת קובעות מנגנון לפתרון בעיות אם יהיו חילוקי דעות בין ההורים. לעומת זאת **משמורת פיזית משותפת** מתייחסת לזמן שהילד שווה במחיצת כל אחד מההורים. חלוקת הזמן איננה חייבת להיות שווה, ובכל מקרה ומקרה נקבע סידור שונה, המושפע בין היתר מהמרחק הגאוגרפי שבין מקומות המגורים של ההורים, אילוצי העבודה של ההורים, הקשר של הילד עם כל הורה וגילו של הילד. אי לכך ייתכן מצב שבו המשמורת המשפטית משותפת אלא שהילד שווה זמן רב יותר עם אחד ההורים ופחות עם ההורה האחר. לעומת זאת קיימים מקרים שבהם זמנו של הילד מתחלק חלוקה שווה בין ההורים, למשל יומיים עם הורה אחד, יומיים עם ההורה השני וחוזר חלילה, או שבוע עם ההורה האחד ושבוע עם האחר וכו'.

יצוין כי קיימים היבטים כלכליים למשמורת משותפת,²⁴ אולם אלו חורגים מהיקף מאמר זה.

24 ראו לדוגמה ב"ל (אזורי ת"א) 2737/05 מנדלר נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 30.5.2007) בעניין תביעתו של התובע, גרוש ואב לשני ילדים קטינים הנמצאים במשמורתם המשותפת של שני ההורים, לקצבת ילדים ולמענק לימודים.

ב. פסיקה

משמורת משותפת בפסיקה הישראלית

כאמור לעיל, בשנים האחרונות בתי המשפט בישראל דנים יותר ויותר בסוגיה של משמורת משותפת.

בהחלטה של כבוד השופט סלימן (תמ"ש (קריות) 17120/07) חלק השופט על קביעתו של השופט שטרק כי "כי מקום בו צדדים לימדונו על חוסר תקשורת, אין יכולה משמורת משותפת לדור במעונם".

ובהמשך קבע כי –

"... מקום בו קיימת מסוגלות נאותה, מקום בו ניסיון העבר מלמד על חלוקת נטל הגידול והטיפול, ומקום בו קיים רצון להמשיך לחלוק בעול הטיפול, (וכל אלו הנם פרמטרים שיש לבחון ביחס למקרה הקונקרטי), תהיה המשמורת המשותפת 'דרך המלך'. ודוק – אלו הם המקרים אשר ממילא הסדרי הביקור בהם יהיו רחבים וחלוקת הזמן תהיה חצינית או קרובה לכך; לטעמי, בברירה בין 'כותרת' כזו או אחרת, יש להעדיף את ברירת המשמורת המשותפת, על מנת למנוע את תחושת ה'הפקעה' או תחושת ה'הפסד'. מקום בו קיימים התנאים לעיל, יש להעביר נטל שלילת ההסדר המשותף, לשכמו של הטוען כנגד."

הוסיף וקבע –

"לא יעלה על הדעת ליתן במה לשאלת התקשורת (כתנאי בלעדיו אין), ובכך לעודד חוסר תקשורת בין הורים, ע"י קביעה כי תנאי לקיומה של משמורת משותפת הנה התקשורת האופטימלית הבין הורית; היעלה על הדעת כי צד אשר אינו חפץ במשמורת משותפת, יחבל בעצמו בתקשורת, יחטא בפגיעה בטובת הקטינים, ואף יזכה לפרס."

לאחרונה, לאחר דיון ארוך ורחב היקף בהיבטים המשפטיים והפסיכולוגיים של משמורת משותפת, קבע בית המשפט לענייני משפחה בטבריה²⁵ כי יש לקבל את בקשתו של אב למשמורת משותפת ובכך גם לדחות את בקשתה של אם אשר רצתה להעתיק את מגוריה ומגורי הילדים מצפון הארץ, שם התגוררה במשך זמן מסוים מתקופת הנישואין, למרכז הארץ, שם מקום עבודתה ושם מתגוררים בני משפחתה. בפסק דינו, ובהסתמכו על פסקי דין קודמים, קובע השופט זגורי תנאים מקדימים להחלטת משמורת משותפת:

א. מסוגלות הורית טובה דומה או שווה של שני ההורים;

ב. רמה גבוהה של שיתוף פעולה בין ההורים וטיב התקשורת ביניהם;

ג. רצון הילד;

ד. מעורבות רבה של שני ההורים בחיי הילדים;

ה. קיומו של קשר טוב ותקין בין שני ההורים לבין כל אחד מהילדים;

ו. מגורי ההורים בסמיכות זה לזו, ותפיסת הילדים את שני הבתים כבתים מרכזיים בחייהם.

בהמשך פסק הדין השופט התעכב ארוכות על המשקל שיש לתת לתקשורת לקויה בין הורים בבוא בית המשפט לשקול משמורת משותפת. ובהסתמכו על פסק הדין של השופט סלימן קבע כי:

25 תמ"ש (טב') 12148-04-10 ס.ג. נ' ע.ג. (פורסם בנבו, 28.4.2011).

"...תקשורת ושיתוף פעולה הפכו לתנאי הדגל של הסדרה משמורת המשותפת...יש והדבר מחייב פרספקטיבה מחדשת ביחס לדיבור 'שיתוף פעולה ותקשורת הורית' אף כאן יש לגשר בין המשפט למציאות, בין האידיאל חיי היום-יום".

על פסק הדין הוגש ערעור לבית המשפט המחוזי בחיפה, אשר קבע כי על בית המשפט לענייני משפחה לשקול שוב את העניין. לאחר שקילת העניין מחדש התיר בית המשפט את המעבר.²⁶ עם זאת בהחלטתו השנייה (זאת שלאחר הערעור) ציין השופט:

"11. יוער, כי החלטת הערעור לא התערבה בקביעת בית משפט זה, לפיה הסדר המשמורת המשותפת הוא הסדר המשמורת שמגשים את טובת הילדים באופן האופטימלי (עמ' 8 שורות 19, 24, עמ' 11 שורות 25-26).

12. ויודגש, אף אליבא דמומחה, דר' גוטליב, זהו פתרון המשמורת הראוי וההולם ביותר עבור הקטינים (עמ' 13 פסקאות 3-4 לחוות הדעת). זוהי כמובן גם עמדת העו"ס לסדרי דין שעודה מחזיקה בדעתה."

יוצא כי החלופה של משמורת משותפת נדון בתיקים רבים, אלא שהיעד תקשורת טובה בין ההורים הוא במקרים מסוימים מכשול ליישום חלופה זו.

משמורת משותפת ואמנת האו"ם לזכויות ילדים

אמנת האו"ם בדבר זכויות הילד (להלן "האמנה") אשר אומצה בשנת 1989 ואושררה על ידי מדינת ישראל בשנת 1991 איננה עוסקת באופן ספציפי בילדים להורים גרושים או בקביעת משמורת. מטרתה של האמנה היא להתוות קווים כלליים בעניין ההתייחסות הראויה לילדים במצוקה, במיוחד ילדים אשר הוריהם או החברה שבקרבה הם חיים אינם יכולים להעניק להם את ההגנות הראויות להבטחת שלומם הפיזי והנפשי.

אי לכך בגשתנו להתוות מדיניות בשביל ילדים להורים גרושים ראוי בהחלט להביא בחשבון שמא הוריהם אינם יכולים תמיד להפעיל מערכת שיקולים נבונה כדי להגן על הצרכים והזכויות שלהם. בהתחשב בכך ראוי לציין כמה סעיפים באמנה אשר יכולים להיות נר לא רק לרגלי קובעי המדינות בענייני ילדים להורים גרושים אלא גם לרגלי מקבלי החלטות המעשיות בעניינם. כך לדוגמה אומרת האמנה בסעיף 9:

"1. המדינות החברות יבטיחו כי ילד לא יופרד מהוריו בניגוד לרצונם, אלא רק כאשר קובעות רשויות מוסמכות, הכפופות לביקורת משפטית, בהתאם לדינים ונוהלים הנוגעים לעניין, כי הפרדה כאמור נדרשה למען טובת הילד, קביעה כאמור יכול שתידרש במקרה מסוים, כגון מקרה של התעללות או הזנחת הילד על-ידי ההורים, או כאשר חיים ההורים בנפרד ונדרשת החלטה באשר למקום מגורי הילד.

2. בהליכים שעל-פי סעיף קטן 1 בסעיף זה, תינתן לכל הצדדים בעלי העניין הזדמנות להשתתף בהליכים ולהודיע את השקפותיהם.

3. מדינות חברות יכבדו את זכות הילד המופרד מאחד מהוריו או משניהם לשמור על יחסים אישיים ומגע ישיר עם שני ההורים על בסיס סדיר, זולת אם מנוגד הדבר לטובת הילד."

²⁶ למען הגילוי הנאות, חוות הדעת בתיק זה ניתנה על ידי.

כמו כן בסעיף 10(2) מציינת האמנה:

"ילד אשר הוריו מתגוררים במדינות שונות יהיה זכאי לקיים על בסיס סדיר, בלתי אם בנסיבות יוצאות מהכלל, קשרים אישיים ומגעיים ישירים עם שני הוריו גם יחד."

יוצא כי לא רק שהאמנה מכירה בזכותו של ילד להמשך קשר עם שני ההורים גם לאחר גירושין אלא שהיא מכירה גם בצורך למתן הזדמנות לילד להשתתף בתהליכים ולהביע את רצונו וכן להיות בקשר סדיר עם שני הוריו.

משמורת משותפת וועדת שניט

הוועדה הציבורית לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין²⁷ של משרד המשפטים (להלן – ועדת שניט או הוועדה), ברשותו של פרופ' דן שניט, מונתה בתאריך 2.3.2005 על ידי שרת המשפטים דאז הגב' ציפי לבני.

בסקירתה של ד"ר דפנה הקר (עמוד 9 לדוח הוועדה) מובא מעבודת הדוקטור שלה ממצא משנת 2003, המעיד כי מתוך 360 תיקי גירושין אשר נבדקו נקבעה משמורת בלעדית לאם ב-98% מהמקרים, משמורת לאב ב-3.9% מהמקרים, משמורת משותפת ב-1.4% מהמקרים, משמורת מפוצלת ב-1.4% מהמקרים ומשמורת מותנית ב-2.5% מהמקרים. בעניין הזה מציין דוח ועדת שניט: "נמצא כי חלופת משמורת משותפת היא זניחה וכי אין כמעט מאבקים משפטיים סביבה". הניסיון מלמד כי חל שינוי מאז ליקוט הממצאים בשנת 2003 וכיום הנושא של משמורת משותפת עולה בתדירות גבוהה יותר, ונראה (גם אם אין בידי ממצאים סטטיסטיים) כי עלה שיעור המקרים שבהם נקבעת משמורת משותפת – אם מתוך הסכמה ואם מתוך הכרעה – לעומת התקופה שבה עסק הדוח. עוד צוין בדוח כי "משמורת האם מתקבלת לרוב בהסכמה גורפת", ומבחינה חברתית קיימת עדיפות שאימהות תטפלנה בילדים וכי פתרון של משמורת משותפת פוגע באם כי היא לא תוכר כאם "חד-הורית", ומשכך תפסיד הטבות כלכליות.

ראוי גם להפנות תשומת להב לעמוד 18 בדוח: "יתר על כן, בשל ההעדפה המתקנת הקיימת כלפי אמהות הן פועלות למניעת משמורת משותפת, ולהעדר שיתוף פעולה עם האבות – דרך המעניקה לאם כוח משפטי רב מדי, המופעל בסופו של יום, לרעת הילד".

עוד מציין הדוח (עמוד 52): "גם הסדרי משמורת משותפת ניתן לקיים כיום במקרים שבהם שני הצדדים מעוניינים בכך. "הסדרי משמורת משותפת לא מתאימים לכל מצב ובמיוחד עלולים לפגוע בטובת הילדים במצבי קונפליקט בין-הורי גבוה, פחות לצורך מימוש הסדרים אלה באופן המיטיב עם הילדים נדרשים שיתוף פעולה תקין בין ההורים ונכונות הדדית של שני ההורים לשאת בעול ולגלות את הגמישות המתבקשת, מצב שאינו שכיח בקרב הורים גרושים בקונפליקט גבוה.

בסעיף 9 (ב) להצעת החוק אמנם אין התייחסות למשמורת משותפת, אולם נקבעו אמות מידה כלליות לקביעת משמורת. בדוח נאמר:

"בבוא בית המשפט לקבוע הסדר הורות על פי טובת הילד כאמור בסעיף, 3 יביא בין היתר בחשבון, בהחלטה מנומקת, את מכלול העניינים הבאים:

1. צרכיו ההתפתחותיים המשתנים של כל ילד בהתאם למצבו, לגילו וצרכים מיוחדים ככל שהם קיימים;

<http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/F8171E9C-03DE-4FF5-9439-13AEC429BD2E/10149/dochShnit3.pdf> 27

2. רצון הילד, ככל שכשריו המתפתחים מאפשרים לבררו, תום מתן משקל מתאים להם לפי גילו ומידת בגרותו;

3. נכונותם של ההורים, יחד ולחוד, לשתף פעולה למימוש האחריות ההורית והבטחת זכויותיו של הילד;

4. זכותו של הילד לקשר משמעותי, אישי, ישיר וסדיר עם שני הוריו;

5. כישוריו של כל אחד מההורים לממש את האחריות ההורית;

6. המידה שבה טיפל כל אחד מההורים בילד;

7. זכותו של הילד לקשר משפחתי ומידת הנכונות והיכולת של כל אחד מההורים לאפשר את מימוש הקשר.

יוצא כי אף על פי שוועדת שניט לא ערכה דיון ממצה בנושא משמורת משותפת, היא בהחלט העלתה חלק מהסוגיות השנויות במחלוקת, ובהצעת החוק שלה קבעה אמות מידה שאפשר ליישמן בבחינת מידת ההתאמה של משמורת במקרה ספציפי.

3. משמורת משותפת: הלכה למעשה

על ההחלטה כי רצויה משמורת משותפת להיעשות לא בדיעבד וגם לא כדי להוציא את כל אחד מההורים עם חצי תאוותו בידו כי אם מתוך ניסיון לתת את המענה ההולם ביותר את צורכי הילדים. לדוגמה, אפשר לאמץ את ההנחיות של בית המשפט במדינת אריזונה, המחייב את ההורים להגיש תכנית של משמורת משותפת אשר תתייחס לכמה נושאים, כדלהלן:

1. המיקום הגאוגרפי של ההורים, המרחק בין בתיהם ומידת הקביעות של מקום מגוריהם.
2. הסידור הספציפי של חלוקת הזמן של הילדים בין ההורים – באילו ימים ושעות יהיו עם כל אחד מההורים.
3. הסידור של חלוקת הזמן של הילדים בחגים וחופשות.
4. תכנית ההורים בעניין קבלת החלטות בנושא חינוך הילדים, כולל חינוך לא פורמלי ותשלומים.
5. תכנית ההורים בעניין הסעת הילדים מבית אחד לשני.
6. תכנית ההורים בעניין קבלת החלטות בעניין טיפול רפואי – איך ההחלטות תתקבלנה, מי ישלם את דמי הביטוח שלהם, איך ישלמו את הדברים שאינם מכוסים על ידי הביטוח, איך יהיה התשלום לטיפול שיניים ו/או אורתודונט.
7. תכנית של ההורים לתשלום הוצאות חריגות בשביל הילדים.
8. הסידור בין ההורים בעניין החלטות על חינוך דתי בשביל הילדים.
9. תכנית של ההורים להתמודד עם אפשרות של נישואין מחדש של אחד מההורים.
10. תכנית ההורים להסדר לפיו עובר הילד ממשורת הורה אחד למשנהו, וחוזר חלילה העברה חוזרת תקופתית של התכנית.
11. הצהרה של ההורים כי הם יודעים שמשמורת משותפת איננה מחייבת בהכרח חלוקת זמן שווה.

מהנאמר לעיל עולה כי תכנית של משמורת פיזית משותפת צריכה להתחשב בצרכיהם של הילדים וביכולתם של ההורים לספק צרכים אלו. משמורת משותפת לא נועדה לספק את צורכי ההורים, לא להקל עליהם את האבדן בעקבות הגירושים ולא לצאת מהמאבק בהרגשה שהצדק, מבחינתם, ניצח. זאת ועוד, מטרתה של משמורת משותפת איננה "לחלק את העוגה", לא לאפשר להורה אחד לשלם פחות דמי מזונות ואף לא לחלק בהכרח באופן שווה את הזמן שהילד מבלה עם כל הורה.

משמורת משותפת בהיעדר מערכת יחסים טובה בין ההורים

מהנאמר לעיל עולה כי קיימות דעות – הן בספרות הפסיכולוגית והן בפסיקת בית המשפט – אשר רואות במשמורת משותפת פתרון לא ראוי ולא רצוי במקרים של עוינות קשה בין ההורים. אליבא דאופן דעות, משמורת משותפת יכולה להתקיים רק כאשר יש שיתוף פעולה – וחשוב יותר תקשורת טובה – בין ההורים. עם זאת הדעות אינן אחידות ואינן גורפות. אף על פי שבעצם הסידור של משמורת משותפת יש אמירה לכאורה באשר לנכונות – או ההכרח – של ההורים לשתף פעולה ביניהם, הרי שבפועל גם כאשר אין משמורת משותפת הורים נדרשים להגיע לשיתוף מסוים מכוח החובות המוטלות עליהם בחוק הכשרות והאפוטרופסות. החובה והצורך לשיתוף פעולה בבחירת רופא או בית ספר זהים ללא קשר לסוג המשמורת.

קשה לדבר על משמורת משותפת כסידור המתאים לכול אלא יש לבחון אותה בהקשר של גיל הילדים. ככל שהילדים קטנים יותר, נדרש תיאום טכני יום-יומי רב יותר בין ההורים, ולכן הילדים חווים בצורה מידית ומוחשית יותר את העוינות שבין ההורים. לעומת זאת ככל שהילדים גדלים, השיתוף הנדרש מההורים הוא הרבה פחות ברמה הטכנית והיומיומית ויותר ברמה האסטרטגית – רמת שיתוף המתבקשת ללא קשר לכותרת המשמורת.

זאת ועוד, ספק אם השיקול של מערכת יחסים סבירה בין ההורים צריך להיות השיקול העיקרי או הראשוני לקביעת משמורת משותפת; קיימים מקרים שבהם אנו נדרשים לפתרון של משמורת משותפת אף על פי שאין שיתוף פעולה ביניהם ואף כאשר יש ביניהם עוינות. לדוגמה, במקרים שבהם הילד קשור מאוד לשני ההורים – ללא קשר לטינה השוררת ביניהם – יש מקום לשקול משמורת משותפת, במיוחד בכל מה שקשור לחלוקת הזמן של הילד. במקרים כאלה ייתכן שצרכיו הנפשיים וההתפתחותיים של הילד מחייבים קשר תדיר יותר עם שני ההורים גם אם אין הם מסוגלים להידבר ביניהם. על החשש שהעוינות המתמשכת בין ההורים תשפיע על הילדים אפשר להתגבר בדרכים שונות: ראשית, אפשר להבנות חלוקת זמן אשר תמנע חיכוך או מגע בין ההורים ואשר תבטיח לילדים רצף ארוך ככל האפשר עם כל אחד מההורים. לדוגמה, כאשר מדובר בילדים גדולים יותר, אפשר לשקול סידור שבו הילדים יהיו שבוע אחד עם ההורה האחד ושבוע אחד עם ההורה האחר כל עוד ההורים מתגוררים בקרבת מקום. כשמדובר בילדים צעירים יותר, אפשר לחשוב על הסידור של חלוקת השבוע לשניים באופן שיהיה מעברים פחותים ככל האפשר בין ההורים. שנית, אפשר למגר את עצמת הוויכוחים (גם אם לא את העוינות) על ידי מינוי מתאם הורי על ידי בית המשפט אשר יתווך בין ההורים. במקרים מסוימים בתי המשפט יכולים למגר את העוינות בין ההורים גם במתן החלטות מהירות, ברורות וחותרות למכלול הנושאים השנויים במחלוקת. נוסף על אלו, ייתכן שבית המשפט יכול לסייע במיגור רמת העוינות בהטלת סנקציות נגד אותו הורה אשר נושא בעיקר האחריות ליצירת העוינות. אכן, אליבא דאלו הסוברים כי משמורת משותפת איננה מתאימה במקרים של קונפליקט קשה, יכול להיווצר מצב שבו יוצא חוטא נשכר אם ההורה אשר איננו מעוניין במשמורת משותפת יוצר עוינות כדרך לסכל את המשמורת המשותפת.

4. גיבוש אמות מידה ישראליות להחלת משמורת משותפת

מכל הנאמר לעיל עולה כי יהיה זה פשטני מדי לקבוע כי משמורת משותפת "טובה" או "רעה". אי אפשר לאמץ את עמדותיהם של קבוצות גברים הדוגלים באופן גורף במשמורת משותפת כפי שאי אפשר לאמץ את אלו של קבוצות הנשים המתנגדות התנגדות גורפת למשמורת משותפת. עיון במחקר מעיד כי קבלת החלטה בעניין משמורת מסובכת ומורכבת מדי ואיננה מאפשרת הסתמכות על סיסמאות או על אגידות פוליטיות ואף לא על משוואות פשוטות או אפילו חזקות (לדוגמה, חזקת הגיל הרך). לא נותר אפוא אלא לנסות ולקבוע אמות מידה שלפיהן יהיה

אפשר לבחון כל מקרה לגופו כדי להגיע לפתרון אשר יהלום בצורה המרבית את טובת הילדים הספציפיים. אכן, אי אפשר לאמץ גישה של "מידה אחת מתאימה לכולם" אלא יש לבחון כל מקרה לגופו בצורה מקצועית ובצורה שהיא נקייה מאג'נדות פוליטיות-חברתיות. אכן אפילו בארצות הברית, שם במדינות רבות קיימת חזקה כי משמורת משותפת טובה יותר מסידור אחר לילדים, מדינות מעטות קובעות משמורת משותפת מחייבת במקרים של גירושין (ראה GOLDHILL).²⁸

כמו בדילמות ונושאים אחרים הקשורים לילדים, כך גם כאשר אנו דנים במשמורת משותפת אי אפשר להגיע לכללים התקפים בכל מקרה. גם כאשר טובת הילד משמשת נר לרגלנו, בסופו של דבר אין הוא השיקול היחיד ולעתים הוא אף נשקל ומשתקלל עם עקרונות פסיכולוגיים ומשפטיים אחרים. עם זאת ייתכן כי קביעת קווי מתאר ברורים תקל את המבחן של מידת ההתאמה של משמורת משותפת בכל מקרה ומקרה. נראה כי יש לבחון כמה פרמטרים, וזאת כדלהלן:

1. **מידת הקשר בעבר**: יש לבדוק את אלה: באיזו מידה היה ההורה המבקש משמורת משותפת מעורב בעבר בגידול היום-יומי של הילד, אם הקדיש לו פרקי זמן ניכרים בעקיבות ובקביעות, אם היה מעורב בקבלת ההחלטות בענייניו של הילד, אם הפגין נוכחות ונכונות בכל מה שקשור לטיפול הרפואי והחינוכי של הילד, אם הילד רואה בו דמות קבועה, יציבה ומיטיבה, אם הוא טיפל בילד פיזית, למשל אם גזר את ציפורניו. כל עוד ההורה המבקש משמורת משותפת עשה כל אלו, ייתכן שמשמורת משותפת עולה בקנה אחד עם טובתו של הילד, בהבטיחה המשכיות בנוכחותו של אותו הורה מבקש בחייו של הילד.

2. **כנות הבקשה**: כמו בקשות אחרות בדיני משפחה – שלום בית, צווי מניעה, צווי הרחקה, שינויים בגובה המזונות וכו' – לעתים הבקשה נועדת לא רק להשיג את הדבר המבוקש אלא גם, ואף בעיקר, להשיג משהו אחר, ליצור לחץ, להציק ולהטריד או ליצור יתרון טקטי לאחד מההורים. במקרים שכאלו ספק אם משמורת משותפת היא פתרון העולה בקנה אחד עם טובתו של הילד, מה גם שיתכן כי במקרים שכאלו ההורה המבקש משמורת משותפת אינו רוצה כלל משמורת משותפת כי אם דבר אחר, ועל כן משמורת משותפת יכולה להיות מנוגדת לטובתם של הילדים.

3. **מה מוכן ההורה המבקש להקריב כדי לקבל ממשורת משותפת**: לעתים כדי להגיע לסידור של משמורת משותפת אשר ייטיב עם הילדים, צריך להקריב משהו. לפעמים צריך להעתיק מגורים, לפעמים לעשות ויתור כלכלי ולעתים להקריב שעות עבודה. במקרים שבהם הורה אחד מבקש משמורת משותפת ראוי לבחון אם הוא באמת מוכן להקריב משהו מאלה או שמא הוא מצפה או דורש כי כל ההקרבה תבוא מצדו של ההורה האחר. כאשר הורה אינו מוכן להקריב, נראה שהוא גם אינו מבין מספיק את צורכי הילדים ואיננו מסוגל להפריד בין צורכיהם לצרכיו שלו.

4. **קרבת המגורים של ההורים**: משמורת פיזית משותפת מחייבת את ההורים לגור בקרבת מקום לא רק כדי למנוע טלטול הילדים מבית אחד לאחר אלא גם כדי לאפשר להם ללמוד בבית ספר שהוא קרוב לבית של שני ההורים ולבנות בבית הספר מערך של חברים המתגוררים באותה שכונה. סמוך לפירוד הורים יכולים לגור זה בקרבתו של זה, ולא זו בלבד אלא יכולים גם להצהיר כי בכוונתם להמשיך להתגורר בשכונת גם בעתיד. עם זאת מציאות החיים היא כזאת שכאשר הורים יוצרים קשרים זוגיים חדשים, לעתים הם רוצים או נאלצים להעתיק את מגוריהם אף על פי שסמוך לפירוד הביעו רצון לגור בשכונת. כמו כן אין ספק כי ייתכן מצב שבו לאחד מההורים המגורים במקום מסוים הם סוג של ויתור או אפילו הקרבה. כאשר אנו באים לבחון את כוונתו של ההורה המבקש משמורת משותפת, אחד המבחנים צריך להיות נכונותו לעבור למקום אחר או להישאר לגור במקום שבו מתגורר ההורה האחר. יוצא כי משמורת משותפת יכולה להיות מתאימה לתקופה שבה ההורים גרים בסמיכות מקום, אך לאחר שינוי מקום מגורים של האחד, משמורת משותפת – או לפחות אותה משמורת משותפת – כבר איננה מתאימה.

N. Goldhill, *The Perils of Joint Custody*, In POVERTY LAW MANUAL FOR THE NEW LAWYER 28 <http://www.povertylaw.org/poverty-law-library/research-guides/poverty-law-manual/goldhill.pdf>

5. **תשלום דמי מזונות:** אי אפשר להתעלם מההשפעה של משמורת פיזית משותפת על תשלום דמי מזונות ילדים. אם הנוסחה המנחה את בית המשפט בקביעת שיעור דמי המזונות מושתתת על משך הזמן אשר הילד מבלה עם כל אחד מההורים ועל עלות החזקתו, הרי ששינוי מהותי בחלוקת הזמן של הילד בין שני ההורים יכול להיות עילה לבקשה לשינוי שיעור מזונות הילדים. במקרים רבים סוגיה זו עומדת במרכז ההתדיינות – האב מבקש משמורת משותפת כדי להפחית את דמי המזונות, ואילו האם מתנגדת למשמורת משותפת כדי לשמור על אותה רמה של דמי מזונות. עם זאת אין כל ספק כי הורה המבקש משמורת משותפת ואשר מוכן להמשיך ולשלם את דמי המזונות באותו שיעור מעיד על עצמו כי הבקשה למשמורת משותפת נועדה להיטיב עם הילד ולא לגרור בעקבותיה שיפור במצבו הכלכלי של ההורה המבקש (בעניין זה ראה את ההתייחסות של בית המשפט בתיק תמ"ש (משפחה טב') 12107-04-10).

6. **"הסכם רדיוס":** אף על פי שבדרך כלל הסכמי רדיוס – על כל הבעייתיות שבהם – נועדו למנוע מההורה המשמורן להרחיק את מקום מגוריהם של הילדים מעבר לרדיוס מוסכם, כאשר מדובר במשמורת משותפת נשאלת השאלה אם קיימת התחייבות של הורה המבקש שלא להעתיק את מגוריו מעבר לרדיוס מסוים ממקום מגוריו של ההורה האחר ואף להעתיק את מגוריו אם ההורה השני יחליט לעשות זאת.

7. **היעדר תביעות:** קשה לראות בבקשה למשמורת משותפת בקשה תמימה שנועדה להיטיב עם הילדים אם היא מגיעה בהקשר של תביעות משפטיות אחרות. גם אם אין בהכרח קשר בין התביעות, וגם אם עצם קיומן של תביעות אין בו כדי להשפיע על הילדים, הרי שכאשר קיימת אווירה של תביעות, יש לשאול אם הבקשה למשמורת משותפת נעשית בתום לב.

8. **יכולתו של ההורה לעודד את הילדים לקשר עם ההורה האחר:** מרכיב זה הוא מרכזי בכל דיון על משמורת והסדרי ראייה לא רק בשל ההשפעה על הילד כי אם משום שהוא משקף משהו חשוב מאוד ביחס ובהסתכלות של ההורה. הורה אשר אינו מסוגל לעודד את הילד לקשר עם ההורה האחר – וכמוהו הורה אשר אינו רואה דברים טובים בהורה האחר – איננו יכול להיות בקשר של משמורת משותפת. עוינות כלפי ההורה שאתו הוא מבקש לקיים משמורת משותפת מבטלת לגמרי את המסר החיובי אשר אמור להיות מועבר לילדים בעניין רצון ההורים לשתף פעולה. אמנם קיימים מצבים שבהם ההורה המתנגד למשמורת משותפת אינו מסוגל לראות דברים חיוביים אצל ההורה האחר, אולם על ההורה המבקש משמורת משותפת להיות מסוגל לראות דברים חיוביים אצל משנהו, שאם לא כן נופל פגם בכנות הבקשה שלו למשמורת משותפת.

9. **מה מאזן הכוחות בין ההורים? מלבד ההשפעה הישירה על הילדים של משמורת משותפת, יש להביא בחשבון את ההשפעה המערכתית של סידור זה. לדוגמה, יש מקום לשקול משמורת משותפת כאשר ההורה המבקש אותה נמצא במעמד נחות בשל פועלו של ההורה האחר, כגון במצבים שהייתה חטיפת ילד או כאשר יש ניסיון להסית ילד נגד ההורה המבקש. כמו כן כאשר מצבו הנפשי של ההורה המבקש שפיר בהרבה מזה של ההורה האחר, גם אם לא ברמה שבה טובתו של הילד מחייבת העברת המשמורת אליו, יש לשקול משמורת משותפת. זאת ועוד, ייתכן שקביעת משמורת משותפת על ידי בית המשפט תהיה מסר לשני ההורים כי אין בית המשפט רואה לנכון לדון בכל הסיפורים, התלונות והטענות שבהם הורים מסוימים דשים בצורה אובססיבית.**

10. **קיום מסוגלות הורית:** מובן מאליו שקביעת משמורת משותפת מחייבת מסוגלות הורית סבירה אצל שני ההורים. אין צורך שהמסוגלות שלהם תהיה שווה, אולם שניהם צריכים להגיע לרף מסוים. חשוב לזכור כי במקרים שבהם הורה משמורן נפטר, בתי המשפט נותנים עדיפות ברורה וכמעט אוטומטית להורה הלא משמורן המפגין מסוגלות הורית סבירה – גם על פני קרובי משפחה בעלי מסוגלות טובה יותר שאף יש להם היתרון שהם היו פעילים יותר בגידולו של הילד. כמו כן חשוב לזכור שברוב המקרים לפני תחילת תהליך הגירושין היו שני ההורים בחזקת מסוגלים – גם זה בעיני זה – ואין לראות בהתחלת הליכים משפטיים משהו אשר גורע מהמסוגלות הבסיסית של שני ההורים.

11. **התאמה בסיסית באורח החיים, העקרונות והערכים של שני ההורים:** ככל שקיימת התאמה טובה יותר בין עולם הערכים של ההורים ועקרונות החינוך שלהם, כך קל יותר ליישם פתרון של משמורת משותפת. לעומת זאת כאשר השקפות העולם של ההורים שונות מאוד זו מזו, לדוגמה כאשר האחד דתי והאחר אינו דתי – קשה מאוד ליישם פתרון של משמורת פיזית משותפת בשל הקונפליקט המובנה באורחות החיים בין ההורים וחיפתם של הילדים בתדירות גבוהה מאוד להבדלים האלו. אמנם כאמור לעיל, בית המשפט העליון קבע הלכה כי מלבד

המשמורת המשפטית והמשמורת הפיזית אפשר לקבוע גם את המשמורת הרוחנית אצל אחד מההורים, אלא שנראה כי בפועל ניסיון לעשות זאת הוא בגדר של גזרה שאין רוב הציבור יכול לעמוד בה.

מכשולים בדרך לאימוץ מדיניות פתוחה יותר למשמורת משותפת

לפי שעה קשה להחיל, או אפילו להעדיף, משמורת משותפת החלה רחבה יותר בשל כמה מכשולים, חלקם מערכתיים ותפיסתיים ולא דווקא קליניים או משפטיים. אם יהיה אפשר להסיר מכשולים אלו, ייתכן שבמקרים מסוימים יהיה קל יותר לאמץ פתרון של משמורת משותפת:

1. **התנגדות עקרונית למשמורת משותפת:** קיימות דרכים אחדות להתמודד עם ההתנגדות העקרונית למשמורת משותפת. ראשית, יש להבין כי החוק הישראלי – לעומת מערכות חוקים אחרות – ממילא מכיר במשמורת משפטית ורוחנית²⁹ משותפת אוטומטית, גם אם אין משמורת פיזית משותפת. יוצא כי בניגוד לדעה הרווחת בקרב הציבור הרחב, אין להורה המשמורן יתרון רב בקביעת צביון החיים החינוכי או הדתי של הילד. כך גם בכל הקשור לטיפול הרפואי והפסיכולוגי בו. אם משמורת משפטית ממילא קיימת, ראוי לתת לכך ביטוי בפסקי הדין. זאת ועוד, היות שקיים מספר לא מבוטל של אנשי מקצוע המדברים בעד משמורת פיזית משותפת – גם אם אין היא מתאימה לכל ילד³⁰ – ייתכן שעל בתי המשפט ובתי הדין לפחות לשקול אפשרות זו – גם אם בסופו של דבר הם דוחים אותה, דוגמת החיוב לשקול אימוץ פתוח בכל תיק אימוץ עוד בערכאה הראשונה.³¹

2. **שיקולים כספיים:** גם בעניין זה ייתכן שבית המשפט יוכל לסייע בהחלת משמורת משותפת במקרים רבים יותר על ידי קביעת מדיניות חדשה בעניין תשלום דמי מזונות. ייתכן שקביעת מפתחות חדשים לקביעת שיעור דמי המזונות תקל את התחושות של הורים החושבים או החוששים כי הם עומדים להתעשר? או להיעשות עניים בשל שיעור דמי המזונות אשר ייקבע. אם אפשר יהיה לנטרל את הגורם הכספי הקשור למשמורת משותפת, ייתכן שיהיה אפשר להגיע לדיון ענייני יותר באשר לטובתו של הילד הספציפי. כמו כן דרך אחת לבחון את כנות הבקשה של אב למשמורת משותפת תהיה בחינת היחס שלו לתשלום דמי המזונות.

3. **שיקולים גאוגרפיים:** המרכיב הגאוגרפי בגירושין הוא בעייתי ביותר היות שאי אפשר כלל לדעת בעת הגירושין מה ילד יום מבחינת קביעותו ש מקום המגורים של ההורים. משתנים כמו עבודה, כלכלה, תמיכה משפחתית ומערכות יחסים חדשות מאיימים תמיד לגרום לאחד מההורים או לשניהם לרצות לשנות את מקום מגוריהם או אלו של הילדים. שיקולים אלו הופכים להיות בעלי משקל רב יותר כאשר לקראת הנישואין אחד מבני הזוג הגיע לגור במקום מגוריו של האחר ולשם כך עזב או עירו או אפילו את ארצו, וכעת לאחר הגירושין אותו אחד נותר בתחושה של זרות והרגשה כי כבר אין לו כל זיקה למקום, וכי עתה נפשו חפצה לחזור למקום מוכר יותר שבו מערכות תמיכה מוכרות ומוכחות, לחזור לכור מחצבו.

4. **החינוך בין ההורים:** אכן, אחד מהטיעונים הנכבדים והמושמעים ביותר נגד משמורת משותפת הוא הקושי לשיתוף פעולה שעה שמערכת היחסים בין ההורים עכורה ורווית מתח ומריבות. המחקר מעיד כי טיב מערכת היחסים בין ההורים לאחר הגירושין הוא המשתנה החשוב באופן התמודדות הילדים,³² אולם בין שיש משמורת משותפת ובין שאין, על שני ההורים לקבל החלטות יחד ולתקשר זה עם זה, לפחות באופן מינימלי. משמורת פיזית משותפת, במיוחד במדינה כמו בישראל, שבה ממילא קיימת משמורת משפטית משותפת, לא איננה צריכה להביא לידי חיכוכים מוגברים בין ההורים. אפשר למזער את המגע בין ההורים בכך שכל הורה יאסוף את הילדים מבית הספר ויחזיר אותם לשם, וההורים לא ייפגשו כלל. כמו כן אפשר למנות מתאם הורי³³ אשר יוכל לתווך בין ההורים לעת הצורך.

29 ראו ע"א 2266/93 פלוני, קטין נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221 (1995).

30 L.L. Schwartz, *Joint custody: Is it right for all children?* JOURNAL OF FAMILY PSYCHOLOGY 1(1) 120-134 (1987)

31 ראו ע"א 2169/98 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נג(1) 241 (1999).

32 ראה לדוגמה Julie S. Linker, J.S. et al., *Family Communication as a Mediator of Child Adjustment to Divorce*, JOURNAL OF DIVORCE & REMARRIAGE 30, 1-2 (1999)

33 ד' גוטליב "מתאם הורי – PARENTING COORDINATOR: מודל ליישוב סכסוכים להורים הגרים בנפרד" רפואה ומשפט 36 126-118 (2007).

5. **מברך ונמצא מקלל**: מניעת משמורת משותפת במצבים של רמת קונפליקט גבוהה יכולה ליצור מצב שבו הילד שעליו התכוונו להגן, ניזוק. אכן יכול להיווצר מצב שבו בשל חוסר יכולתם של הורים להגיע להידברות בריאה ביניהם, הילד נענש כשאין מתאפשרת לו התדירות והנמרצות בקשר שלו הוא זקוק עם שני ההורים. יתרה מזו, יכול להיווצר מצב שבו הורה המתנגד למשמורת משותפת יפעל להחרפת מערכת היחסים עם משנהו ובכך ימנע אפשרות של משמורת משותפת. במצב כזה החוטא יוצא נשכר.

על אף ההיגיון לכאורה שבניסיון להמעית את המגע בין הורים יריבים, יש לזכור כי לעתים קרובות ההבדל המעשי בין משמורת משותפת למשמורת יחידנית מתבטא במפגש אחד בשבוע בלבד.

6. **הגדרת "תקשורת טובה"**: יש לבחון את קריטריון התקשורת הטובה במציאות הישראלית השונה מהמציאות האמריקאית וכן לנסות ולהגדיר תקשורת לקויה ולבחון אם אין, אולי, דרגות שונות של תקשורת לקויה ולא דרגה אחת שהיא בגדר "מידה אחת המתאימה לכולם". כאמור לעיל, המשמעות של "משמורת" שונה בחלק ממדינות העולם לעומת מדינת ישראל. ברוב המדינות בארצות הברית וכן גם בפרובינציות של קנדה אין אפוטרופוסות משותפת אוטומטית להורים מתגרשים כפי שחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות מעניק להורים. במקרים רבים המשמורת הפיזית – מה שמכונה בארץ "משמורת" – וכן המשמורת המשפטית – מה שמכונה בארץ "אפוטרופוסות" – הולכות יד ביד אלא אם החליט בית המשפט לעשות מעשה פוזיטיבי ולהעניק זכויות של משמורת משפטית ו/או פיזית לשני ההורים. יוצא כי אם בית המשפט בחו"ל נדרש לשאלה של משמורת משפטית משותפת, בין שאר השיקולים שוקל בית המשפט את טיב התקשורת בין ההורים, מתוך הנחה שבמקרה של תקשורת בעייתית בין הורים יהיה לילד טוב יותר אם הורה אחד יהיה אמון על קבלת החלטות החשובות בעניינו. אלא שאפשר לשאול אם הבחינה הזאת של טיב התקשורת בין ההורים היא בעלת אותה רלוונטיות במדינת ישראל כאשר הדיונים על משמורת משותפת נסבים על משמורת פיזית משותפת ולא על משמורת משפטית משותפת, שהרי משמורת משפטית משותפת מוקנית להורים מכוח החוק, ורק במקרים נדירים ביותר היא נשללת – בחלקה או בכליותה – מאחד ההורים. יוצא כי בפועל החקיקה והפסיקה הישראלית מציבות רף גבוה ביותר לשלילת האפוטרופוסות של הורה בתיק גירושין, ולכן רק במיעוט שבמיעוט של המקרים נוצר מצב של משמורת משפטית יחידנית. נשאלת אפוא השאלה הזאת: אם מבחן התקשורת מקומו בדיון על משמורת פיזית משותפת, שמא כאשר בית המשפט דן במשמורת פיזית משותפת, הרלוונטיות של מבחן זה מצומצמת, לכל היותר, ואולי אף לא רלוונטית.

7. **מהות התקשורת הלקויה**: כמעט כל מקרה של משמורת משותפת המגיע לדלתו של בית המשפט מאופיין בחוסר הסכמה בין ההורים ובחוסר יכולת להגיע לסוג ההידברות ביניהם שלו היא הייתה אפשרית, הייתה נמנעת הפנייה האדברסלית לבית המשפט. יוצא כי אם קשיי תקשורת, עוינות או מאבקים משפטיים היו השיקול היחיד, או לפחות העיקרי, בבחינת משמורת משותפת, הרי שכמעט היה נוצר מצב אבסורדי שבו כל בקשה המופנית לבית המשפט למשמורת משותפת הייתה נדונה מראש, וגם משום שהבקשה הופנתה לבית המשפט לדחייה. כדי לא להיקלע למצב אבסורדי שכזה, ייתכן שקיים צורך לבחון את המרכיב של היעדר תקשורת בין ההורים גם מעבר לרלוונטיות של נתון זה לשאלה של משמורת פיזית. נראה אפוא שיש להבחין בין סוגים שונים של קשיים בתקשורת. יש מקום לשקול אם ראוי להבחין בין חוסר תקשורת רגיל, המאפיין הורים גרושים רבים – כעסים, מידה מסוימת של עוינות, קושי לקבל החלטות משותפות, היעדר אמון והערכה וויכוחים גדולים על דברים קטנים – לבין המקרים שבהם יש חשש לדברים קשים יותר כמו אלימות, שימוש בסמים ואלכוהול, עבריינות, הטרדות והתנהגות אובססיבית של אחד מההורים ביחס לשני. במקרים מהסוג השני לא רק משמורת משותפת אינו הפתרון הראוי אלא שראוי גם לשקול אם אין לצמצם את סדרי הראייה או אפילו לקיימם בהשגחה במרכז קשר. לעומת זאת במקרה של חוסר תקשורת "רגיל" לא ברור כלל איך הסדרי ראייה מורחבים קצת יותר מהסדרי ראייה של פעמיים בשבוע וכל שבת שנייה יכולים לפגוע בילדים גם אם התקשורת בין ההורים לקויה. אם קיים חשש מפני חשיפת הילדים לתקשורת הלקויה, הרי שאפשר להבנות את הסדרי הראייה באופן שיהיה מינימום של חיכוך בין ההורים, כגון מצב שבו כל הורה אוסף את הילדים מהמסגרת החינוכית ומחזיר אותם אליה למחרת. אם התקשורת הלקויה בין ההורים מקשה עליהם לקבל החלטות ענייניות בשביל הילדים, הבעיה הזאת קיימת ללא קשר לתדירות שבה הילדים נפגשים עם כל אחד מההורים.

8. **בעיית מינוח**: חלק מהקושי לקבל משמורת משותפת כפתרון הולם נובע מעצם המינוח. הספרות החדשה מלמדת כי יש להתרחק מתוויות, ובמקום לדבר על "משמורת" יש לדבר על "תכנית הורית" (Tompkins, 1995),³⁴

34 R. Tompkins, *Parenting Plans. A Concept Whose Time Has Come*, FAM. CT. Rev. 33(3) 286-297 (1995)

ותחת המונח "הסדרי ראייה" יש לדבר על "חלוקת זמן של הילדים" (בעניין זה יש גם לראות את המינוח בדוח ועדת שניט המוזכר לעיל). המינוח הישן נושא עמו נימה של מתן דברים – אולי פרסים – לאחד מההורים שעה שמהורה האחר נלקח משהו. ניסוח שכזה רק מעמיק את המצוקה של הורים אשר ממילא חווים תחושה קשה של אבדן בעקבות תהליך הגירושין ואשר ממילא נמצאים במאבק על חלוקת רכוש והצלת כבוד אבוד. שינוי המינוח איננו שינוי סמנטי וקוסמטי בלבד כי אם שינוי המשקף שינוי תפיסתי יסודי יותר. יש בהחלט מקום לסברה כי עצם המינוח של משמורת משותפת יש בו כדי להעביר מסר של פיוס, שיתוף פעולה והערכה הדדית של ההורים והילדים.

מהאמור לעיל עולה כי על אף הקשיים המובנים בסידור של משמורת משותפת קיימות דרכים להתגבר עליהם ולאפשר ביתר קלות סידור זה לאותם ילדים שלהם הוא מתאים.

סיכום

הדברים היו פשוטים לו היה אפשר לקבוע עמדה ברורה בעד משמורת משותפת או נגדה, אלא שסוגיית המשמורת המשותפת סבוכה מכדי למצוא לעצמה הכרעה פשוטית שכזאת. התשובה האמתית מצויה בבחינת כל מקרה לגופו, ברתיעה מסטרטגיית פיוס ומאמיתות גורפות ובהקפדה על הפרדה בין שיקולים חברתיים-פוליטיים לבין שיקולים מקצועיים-קליניים, לטובת האחרון.

עם זאת במבחן האמתי לא סוג המשמורת חשוב מבחינת הילדים כי אם מהות מערכת היחסים שבין ההורים ומהות הקשר שבין כל הורה לבין הילדים. הכותרת "משמורת משותפת" איננה חייבת לגרור בעקבותיה כל משמעות כספית, כפי שהכותרת "משמורת אצל האם" איננה חייבת לגרור בעקבותיה כל משמעות באשר למשך הזמן שהילדים נמצאים עם האב. התנהגותם והתנהלותם של ההורים, ולא הכותרות המשפטיות או הפסיכולוגיות, הן שבסופו של דבר שמשוות את הצביון לחיים של הילד והן שבסופו של דבר מכריעות אם הילדים יהיו בריאים בנפשם אם לאו. יוצא כי למעשה במידה רבה הקביעה של משמורת משותפת – כמו כל כותרת אחרת – היא כשלעצמה חסרת משמעות פסיכולוגית-מעשית, ובנסיבות שלנו בעלת משמעות כלכלית ותדמיתית רבה יותר. לא זו בלבד אלא שמקרים רבים המאבק לכאורה על משמורת הוא מאבק בסיסי יותר של בני זוג על דברים כמו צדק, אבדן, פגיעה ובגידה. אין בכוחן של כותרות לתת מענה למצוקות ולמועקות מסוג אלו.

אי לכך יש להחליף את שפת השיח על ילדים לאחר גירושין לשפה המתמקדת בצרכים שלהם, בחלוקת הזמן ובחלוקת האחריות ובתכניות הוריות, ולהפריד את הדיון הזה מהדיון על פירוק השיתוף וקביעת שיעור דמי מזונות, מזונות אישה ומדור.

במקרים שבהם בית המשפט מחליט כי משמורת משותפת אכן עולה בקנה אחד עם צרכי הילדים, אין להפוך אותה לאמצעי שבה הורה אחד יוכל לשלוט בחייו של משנהו, לאסטרטגיה אשר מטרתה העיקרית היא הישג כלכלי או מעין עסקת טיעון אשר נועד לרכז בשביל אחד מההורים את תוצאות הגירושין. גם במקרים שבהם אין הסכמה בין הורים באשר למשמורת משותפת, חשוב תמיד להתמקד בטובת הילדים, משימה שהיא קשה מאוד להורים הנמצאים בעין הסערה של הגירושין. להורים המבקשים משמורת משותפת, הזמן להתחיל ב"מאבק" אינו בעת הגשת כתב תביעה כי אם ברגע שבו נולד הילד. כבר מאז על ההורה להפגין מעורבות בחיי הילד ונכונות לחלוק באחריות לגידולו.

ברור כי יכולות להיות בעיות רבות בסידור של משמורת משותפת – קושי של הורים להגיע לשיתוף פעולה ביניהם ולגבש דעות אחידות ובעיות המתעוררות בעקבות רצון של הורה להעתיק את מגוריו למקום אחר – אולם בקצת יצירתיות ובהרבה רצון טוב אפשר בהחלט לבנות הסכם אשר יסדיר את מערכת היחסים בין ההורים, יפחית עד מינימום את נקודות הממשק והחיכוך בין ההורים ואשר בסופו של דבר ייטיב לא רק עם הילדים אלא גם עם ההורים. עם זאת עדיין קיים צורך להתמודד עם אחד מהמכשולים הגדולים – גם אם אין "קוראים לילד בשמו" – והוא הנושא הכלכלי ותשלום דמי מזונות, אשר במקרים רבים הוא מכשול גדול בפני החלת הסדר של משמורת משותפת.

הערת מערכת: מאמרו של משה זכי עוסק גם הוא בהיבטים מסוימים של משמורת משותפת, וכך מתייחד הצורך בהערות למאמר של דניאל גוטליב.