

מביטול חזקת הגיל הרך למודל השיקוף – בין דיני משפחה ובין דיני חוזים

מאת

יחזקאל מרגלית*

בשלהי שנת 2017 נדחתה על הסף עתירה שהוגשה לבג"ץ בשם **עמותת אבות למען צדק נ' מדינת ישראל** בתביעה לבטל הן את הדוקטרינה של חזקת הגיל הרך והן את חובת המזונות המגדרית, המוטלת באופן "מסורתי" על האבות. ללא כל ספק, מדובר בשיאו של גל שאותו מובילים ארגוני הגברים השונים הפועלים בארץ בקריאה להתמודד בצורה ראויה יותר עם אי־השוויון המגדרי המגולם, אולי יותר מכול, בשני עניינים אלו, שעל פי ההלכה היהודית, ובעקבותיה בגזירת המחוקק, מפלים לרעה את הגבר. רוח גבית איתנה לקריאה לשוויון מגדרי זה אפשר למצוא בפסק דינו התקדימי של בית המשפט העליון מקיץ שנת 2017, שניתן בעניין תשלום מזונות שוויוני יותר במשמורת משותפת של ילדים. המאמר שלפנינו ישוב ויידרש לשאלה הראשונית והראשית בסוגיה זו, ביטול חזקת הגיל הרך, לאחר שסוגיה זו נדונה פעמים מספר הן באקדמיה והן בפרקטיקה השיפוטית, ויציע את המודל הנורמטיבי הראוי לדעתי להחליפה – מודל השיקוף. מודל זה ראשיתו בכתיבה מחקרית כבר לפני שנות דור בארצות הברית, ולימים אומץ הן בארצות הברית והן בארץ וכיום ניצב בבסיס הצעת חוק המונחת, נכון לכתיבת שורות אלו, על שולחן הכנסת. המאמר נכתב בעקבות פסק הדין המנחה, שהכיר בצורך החיוני בשוויון מגדרי בתשלום מזונות ילדים, ומכאן חדשנותו ומשנה חשיבותו. בפתח הדברים אסקור את המצב המשפטי הכאוטי הקיים כיום בארץ בעקבות הניסיון להשיג שוויון מגדרי בשתי סוגיות אלו. לאחר שאסקור את הקריאות השונות בחקיקה, בפסיקה ובספרות המחקר לבטל את חזקת הגיל הרך, אסקור את התחליפים המוצעים בספרות המחקר לחזקה זו ואת האתגרים והדילמות הכרוכים על עקבם. עיקר חידושו של המאמר הינו תיקוף חשיבותו ומרכזיותו של מודל השיקוף לאור אחת מהדוקטרינות המרכזיות של דיני החוזים המודרניים – חוזה היחס, ההולך

* ד"ר למשפטים; מרצה בכיר באקדמית נתניה ומרצה מן החוץ באוניברסיטת בר־אילן; חוקר אורח בבית הספר למשפטים, אוניברסיטת ניו יורק (N.Y.U.) (2011–2012); מחבר הספרים: (2017) *THE JEWISH FAMILY – BETWEEN FAMILY LAW AND CONTRACT LAW*; (2019) *ANALYZING LEGAL PARENTAGE – BETWEEN FAMILY LAW AND CONTRACT LAW*. אני מבקש להודות מקרב לב לסוקרים/סוקרות האנונימיים/האנונימיות על הערות והארות מחכימות ומלומדות. כמו כן, אני מבקש להודות למערכת כתב העת **דין ודברים** על עבודת מערכת יסודית ומעמיקה.

וצובר לו מקום ומעמד בעת המודרנית בדיני החוזים בכלל, ובפרט בהסדרה חוזית של מערכת היחסים הזוגית וההורית כאחד. לבסוף, אבקש להראות כיצד יישומו של מודל השיקוף, הניצב בתפר שבין דיני משפחה לדיני חוזים, עשוי לסייע בדינו להמיר את חזקת הגיל הרך במודל א-מגדרי, שוויוני, גמיש, פשוט וקל ליישום, שבכוונו להלום, יותר מכל מודל אחר, את טובת הילד ושמירת זכויותיו השונות. בשולי הדברים, אחתום את המאמר בקריאה למחוקק לאמץ בשתי ידיים את הצעת החוק המיישמת מודל ייחודי זה – הצעת חוק הורים וילדיהם, התשע"ו–2016 – בכל האמור ביישום בפועל של המודל.

א. הצגת הדיון. ב. סקירת הקריאות לביטול חזקת הגיל הרך בחקיקה, בפסיקה ובספרות המחקר; 1. כללי; 2. החקיקה המוצעת; 3. פסיקה בתי המשפט; 4. ספרות המחקר. ג. סקירת המודלים המוצעים תחת חזקת הגיל הרך; 1. משמורת משותפת; 2. חזקת ההורה המטפל העיקרי. ד. הצעת המודל הנורמטיבי – מודל השיקוף. ה. התשתית התאורטית למודל השיקוף; 1. קביעת הורות משפטית בהסכמה; 2. חוזה היחס; 3. גיוון בסטטוס ההורות במהלך חיי השיתוף הזוגי; 4. טובת הילד ושמירת זכויותיו. ו. מן התאוריה אל המעשה – מודל השיקוף – בין דיני משפחה ובין דיני חוזים. ז. סיכום וקריאה למחוקק.

א. הצגת הדיון

בתחילת נובמבר 2017 דחה בית המשפט העליון עתירה שהוגשה לבג"ץ בידי "עמותת אבות למען צדק" בתביעה כפולה – ביטולן של חזקת הגיל הרך ה"מסורתית" ושל "חובת המזונות המוחלטת".¹ חזקת הגיל הרך קובעת כי בהיעדר הסכמה בין ההורים המתגרשים בדבר אופי המשמורת שיונהג ביניהם לאחר הגירושין, וזאת גם אם הגיעו להסכם בעניין אך הוא לא בוצע, חזקה שילדים עד גיל שש יהיו במשמורת האם, אלא אם כן יש סיבות מיוחדות להורות אחרת. חובת מזונות הילדים ה"מוחלטת" נהוגה בארץ בעקבות הדין הדתי, הן היהודי, הן המוסלמי והן הנוצרי, המטיל את תשלום מזונות הילד בעיקר על כתפי האב.² הדברים ודאי אמורים כאשר הילדים קטנים, לכל הפחות, בהלכה היהודית, עד גיל שש. ללא כל ספק, מדובר בשיאו של גל שאותו מובילים ארגוני הגברים השונים הפועלים בארץ בקריאה להתמודד בצורה ראויה יותר עם אי־השוויון המגדרי

1 בג"ץ 2511/17 עמותת אבות למען צדק נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2017).
2 ראו: דו"ח הוועדה לבחינת נושא מזונות הילדים בישראל, עמ' 12-20 (2012). לביקורת והערכת הדוח, ראו למשל: רות הלפרין-קדרי, קרן הורוביץ ושי זילברברג, "על הכאוס בקביעת דמי מזונות במצבי משמורת משותפת: מבט ביקורתי על הפסיקה ועל המלצות ועדת שיפמן", משפט ועסקים יט (תשע"ז) 1235.

המגולם, אולי יותר מכול, בשני עניינים אלו.³ כידוע, על פי ההלכה היהודית, ובעקבותיה בגזירת המחוקק, מוטל תשלום מזונות הילדים רובם ככולם על כתפי הגבר בלבד, בין היתר, בשל ברירת המחדל שלפיה ילדים עד גיל שש חזקה שישוהו אצל אימם.⁴ טענת חוסר השוויון המגדרי, הבאה מצידם של ארגוני גברים, והקריאה לביצור זכויות הגבר בסופו של העשור השני במילניום השלישי זכו לאחרונה בלבד להתייחסות נרחבת במחקר, ולכן אסתפק בסקירת העניין ממעוף הציפור.⁵ באופן פרקטי ניתן לראות את המאבק לקידום זכויות הגבר בתחומים המרכזיים הבאים: זכות הגבר לאיתורו לפני

- 3 על מיעוט העיסוק המשפטי בזכויות הגברים עד לאחרונה, ראו למשל: "זכויות הגבר? בארצות הברית", נגה 2 (1981) 7; יעקב שלוסר, **זכויות הגבר במשפחה** (תשנ"ו); אלימות אילמת: גברים כקורבנות (יעל וילצ'יק-אביעד ויואב מזא"ה – עורכים, תשע"ד). לחשש הפמיניסטי מפני התגברות כוח הגברים בעקבות שינוי תפסתי של מקום האב ביחידה המשפחתית-הורית, ראו: יפעת ביטון, "הריון זה לא מחלה" תיעול מחדש בתעלת הלידה של נזקי אבדן העובדה או פגיעה בה", **מחקרי משפט** כט (תשע"ג) 107, בעמ' 138-139. ייתכן שחלל זה בא למלא במעט הכרך הבא, המוקדש כולו לגברים וגבריות במשפט **עיוני משפט** לט(ג) (תשע"ז). לספרות לועזית המתייחסת לנעשה לארץ, ראו למשל: Daphna Hacker, "Divorced Israeli Men's Abuse of Transnational Human Rights Law", 28 *Canadian Journal of Women and the Law* (2016) 91; Daphna Hacker, "Men's Groups as a New Challenge to the Israeli Feminist Movement: Lessons from the Ongoing Gender War Over the Tender Years Presumption", 18 *Israel Studies* (2013) 29; Karin C. Yefet, "Feminism and Hyper-Masculinity in Israel: A Case Study in Deconstructing Legal Fatherhood", 27 *Yale J. L. & Feminism* (2015) 47.
- 4 על בולטות המקור ההלכתי של חזקה אזרחית זו, ראו: אשר מעוז, "הרבנות ובתי הדין – בין פטיש החוק לסדן ההלכה", **שנתון המשפט העברי** טז–יז (תש"ן–תשנ"א) 289 בעמ' 374 ה"ש 301. על היות חזקה זו חזקה בהלכה היהודית גם בהענקת המשמורת לאם, הגם שנישאת לאחר גירושיה לאיש אחר, ראו במקורות ההלכתיים והפסיקתיים בעליון המנויים אצל: בנציון שרשבסקי, **דיני משפחה** (מהדורה רביעית, תשנ"ג) בעמ' 400 ה"ש 4–5. להשתרשותה של חזקה זו הן בפסיקות בתי המשפט לענייני משפחה והן בבתי הדין הרבניים, ראו: אריה סאמרלי, **משמורת ילדים בעין המשפט: הלכה ומעשה** (תשס"ז) בעמ' 17–38; שמואל סעדיה, **משמורת קטינים** (תשנ"ב) בעמ' 53–67. בהיבט האזרחי, ראו על כך: סעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב–1962, ס"ח 120, הקובע כך: "[...] רשאי בית המשפט לקבוע את הענינים האמורים בסעיף 24 [הסכם בין הורים החיים בנפרד – י"מ] כפי שייראה לו לטובת הקטין, ובלבד שילדים עד גיל 6 יהיו אצל אמם אם אין סיבות מיוחדות להורות אחרת". בפועל הדברים מורכבים ומפלים הרבה יותר, שכן חזקה זו אינה רלוונטית רק בנוגע לקטינים בני שש ומטה, אלא היא נוגעת גם לאחיהם הגדולים יותר. כמו כן, ברגע שנקבעה כבר משמורת אם לאור החזקה, הסיכוי לשינוי מאוחר יותר בדפוס המשמורת נמוך מאוד, ראו על כך: פינחס שיפמן, **דיני המשפחה בישראל** (כרך ב, תשמ"ט) בעמ' 232–234.
- 5 לסקירה מלאה יותר של התגברות זכויות הגבר, ראו: לאחרונה יחזקאל מרגלית, "מ"גניבת" זרע ועד ל"יזהר התורם" – מטובת הילד לזכויות הגבר? בפרק ה.2. (טרם פורסם). ובצורה כללית יותר, ראו: Yefet (לעיל, הערה 3); קארין כ' יפת, "בשם האם: על מהות האימהות במשפט הישראלי", **משפטים** מח (תשע"ט) 521, בעמ' 564–569.

שבת זוגו מחליטה על דעת עצמה למסור את ילדם לאימוץ;⁶ מעמד הגבר וזכותו לדרוש את הפסקת ההיריון של בת זוגו או המשכו בפרט, ובכלל זכות הגבר לאי-הורות כנגד זכות האישה להורות;⁷ יש אי-שוויון בכל הקשור לקבלת הטבות, כמו קצבת ילדים מהמוסד לביטוח לאומי ונקודות זיכוי במס הכנסה, שלהן זכאית האישה בלבד בגין אימהותה; קבלת מידע בכל הנוגע לרישום הילד למעונות ועוד.⁸ מנגד, בתחומים אחרים ניתן לראות כבר כעת כיצד מיושם שוויון מהותי יותר במערכת היחסים המגדרית, הן בהקשר של תביעות בגין הפרת הבטחת נישואין והן בתביעות נזיקיות, כנגד בעל ואישה שבהתאמה מסרבים לתת או לקבל גט. במילים אחרות, בעוד בעבר הגבר נתפס כמגדר המעוול היחיד, הן כמי שמפר הבטחת נישואין לאישה והן כמי שמסרב לתת לאשתו את גיטה ולפיכך פיצויי נזיקין נפסקו כנגדו בלבד, כיום ניתן לראות שגם נשים נתבעות בשתי עילות תביעה אלו.⁹

רוח גבית איתנה לקריאה לשוויון מגדרי זה ניתן למצוא בפסק דינו התקדימי של בית המשפט העליון מקיץ שנת 2017.¹⁰ בפסק דין זה נפסק פה אחד, בהרכב מורחב של שבעת שופטי בית המשפט העליון, כי תשלום מזונות ילדים קטנים בגילים 6–15 הנמצאים במשמורת משותפת יחולק בין שני ההורים באופן שווה מדין צדקה; החלוקה

- 6 על חוסר סימטריה זה עמד כבר: שיפמן (לעיל, הערה 4) בעמ' 184 ה"ש 31.
- 7 ע"א 413/80 **פלוגית נ' פלוגי**, פ"ד לה (3) 57, בעמ' 63 (1981), בהקשר של מעמד הגבר לעניין המשך/הפסקת ההריון; דב פרימר, "מעמדו של הבעל בהפלת העובר במשפט העברי והשקתו למשפט הישראלי", **הלכה ומשפט: ספר הזיכרון למנחם אלון** (אריה ארעזי ואח' – עורכים, 2018) 559. כן ניתן להפנות בהקשר זה לזכות הגבר שלא ייעשה שימוש בזרעו אותו תרם לבנק זרע כנגד זכות האישה להמשיך ולעשות שימוש בזרע ממנו נולד לה כבר פרי בטן, ראו על כך: בג"ץ 4077/12 **פלוגית נ' משרד הבריאות**, פ"ד סו (1) 274 (2013). נוסף על כך, יש לציין את ההקשר של סכסוך בין בני זוג פרודים סביב ביציות מופרות. באופן כללי יותר יפה לעניין זה קביעתו של שיפמן, שם, בעמ' 184: "ניתן להבחין כי תכנון המשפחה הוא אחד מן הנושאים שבהם ניתן לאשה כח רב יותר משל האיש לאחר הכניסה להריון".
- 8 על זכותה הבלבדית של האם לקבל את קצבת הילדים ועל היותה נוספת על מלוא חובות הגבר בתשלום מזונות הילדים, ראו למשל: תמ"ש (י-ם) 10424-05-10 **א.ק. (קטיין) נ' מ.ד.**, בפס' 7 (פורסם בנבו, 2011); תמ"ש (ת"א) 35431-06-11 **ר.ג. נ' נ.ח.**, בפס' 81 (פורסם בנבו, 2013); תמ"ש (נצ') 52057-05-15 **נ.ד. נ' ג.ב.ע.**, בפס' 30–31 ופס' 43 (פורסם בנבו, 2016). לדחייה על הסף של עתירה לבג"ץ בשל האפליה הקיימת בקבלת נקודות זיכוי בגין הילדים לאישה בלבד, ראו: בג"ץ 7455/13 **עמותת הורות משותפת = טובת הילד נ' רשות המסים בישראל** (פורסם בנבו, 2015).
- 9 למצב הא-סימטרי שהיה קיים בעבר, ראו למשל: פנחס שיפמן, **דיני המשפחה בישראל** (כרך א, תשנ"ה) בעמ' 201–202. לשינוי המגדרי שחל בעניין, ראו: עופר גרוסקופף וסלה חלבי, "הפרה של הבטחת נישואין: מדגם 'הפיתוי הגברי' לדגם 'שברון הלב' – משפטים על אהבה (תשס"ה) 107. לשינוי מגמה אחרון זה, ראו: בנימין שמואלי, "סרבנות גט – עילה נשית, גברית או עצמאית המאפשרת לפצות גם גברים מסורבי גט? בין צדק חלוקתי, צדק מתקן והגברת כוח המיקוח של המסורב/ת", **עיוני משפט** לט (ג) (תשע"ז) 545.
- 10 בע"מ 919/15 **פלוגי נ' פלוגית** (פורסם בנבו, 2017) (להלן: עניין פלוגי).

ביניהם תיקבע על פי יכולותיהם הכלכליות היחסיות מכלל המקורות העומדים לרשותם, זאת לרבות שכר עבודה, בהינתן חלוקת המשמורת הפיזית בפועל, ובשים לב למכלול נסיבות המקרה.¹¹ המצב המשפטי שהיה קיים בארץ לפני מתן פסק הדין, לכל הפחות בנוגע לתשלום מזונות ילדים הנמצאים במשמורת משותפת, הוגדר "כאוטו", "בוקה ומבולקה" ו"כאוס" ואף נמנו שלוש אסכולות שונות של בתי המשפט המחוזי בסוגיה זו.¹² שלוש האסכולות הינן חיפה, מרכז ותל אביב, כל אחת מהן מציעה היקף שונה של הפחתת תשלום מזונות הילדים המוטל על האב כאשר יש משמורת משותפת על הילדים, ובהתאמה – הפחתה ברבע, במחצית או באופן שונה.¹³

אומנם דומה שבית המשפט העליון אמר את דברו בקול רם וצלול בדבר הצורך העז בהשגת שוויון מגדרי בנושא, אך בו זמנית הוא הותיר שאלות ודילמות רבות מאוד כשהן פתוחות. בתי המשפט, בעיקר בתי המשפט לענייני משפחה וגם בתי המשפט המחוזיים, מתקשים למצוא את הפתרון לקשיים ודילמות אלו, ביניהן: האם ההלכה המנחה נאמרה אך ורק בנוגע לקטינים בני 6–15 או שמא הדברים אמורים גם בקטיני קטנים, הצעירים מגיל 6?; כיצד יש ליישם את פסק הדין כאשר אין מדובר במשמורת שווה לגמרי מבחינת זמני השעות או בהכנסה שאינה זהה במדויק?; האם בהלכה המנחה יש משום שינוי נסיבות שבעטייו ניתן לפתוח את קביעת גובה המזונות מחדש? ועוד.¹⁴ מאז כתיבת עניין

11 בשולי הדברים יצוין ששוויון מגדרי בתשלום מזונות ילדים ניתן למצוא בארץ כבר עשרות שנים, בהסדרה האזרחית של תשלום הקבועה בסעיף 3א לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), תשי"ט–1959, ס"ח 276, העושה שימוש בנוסחה מתמטית ואינו נותן כל משקל למגדר ההורה המשלם. וזו לשון הסעיף: "(א) אביו ואמו של קטין חייבים במזונותיו. (ב) בלי להתחשב בעובדה בידי מי מוחזק קטין יחולו המזונות על הוריו בשיעור יחסי להכנסותיהם מכל מקור שהוא". באופן דומה, גם לאחר חיקוקו של תיקון חקיקתי זה עשתה הפסיקה שימוש בעקרונות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח 1391, הכולל את עקרון השוויון. ראו על כך, בין היתר: מנשה שאוה, "מזונות ילדים קטינים: היחס בין תחולת דיני הצדקה שבמשפט העברי לבין תחולת חוק לתיקון דיני משפחה (מזונות), תשי"ט–1959, **דיני ישראל** ד (תשל"ג) 181; מנשה שאוה, "מזונות ילדים קטינים במשפט העברי ובמשפט הפוזיטיבי", **עיוני משפט** ז (תש"ס) 316; מנשה שאוה, "היחול סעיף 3א לחוק המזונות על הורים יהודים? (ע"א 591/81 פורטוגו נגד פורטוגו)", **הפרקליט** לה (תשמ"ג–תשמ"ד) 58; עניין **פלוגי**, שם.

12 ראו על כך בהתאמה דפנה הקר, "מה נשתנה השנה? דיני משפחות – בין הכאוטי להרמוני – סקירת דין, **דין ודברים** ט (תשע"ה) 295; "בוקה ומבולקה בדיני המשפחה בישראל", כותרת הכנס השנתי השלושה עשר של מרכז רקמן לקידום מעמד האישה, שהתקיים באוניברסיטת בר-אילן בשנת 2016.

13 הלפרין-קדרי ואח' (לעיל, הערה 2). לפסקי הדין המרכזיים התומכים בכל אסכולה, ראו בהתאמה: ע"מ (חי') 318/05 **פלוגי נ' פלוגית** (פורסם בנבו, 2006); ע"מ (מרכז) 25027-02-14 **פלוגים נ' פלוגית** (פורסם בנבו, 2014); ע"מ (ת"א) 1180-05-14 **א.א' נ' מ.א'** (פורסם בנבו, 2015).

14 למען סבר את האוזן, לאחר שעניין **פלוגי** ניתן במהלך פגרת הקיץ, בחודשיים הימים הראשונים של שנת המשפט תשע"ח ניתנו בעקבותיו תריסר פסקי דין, ומאז ועד כתיבת מאמר זה ניתנו עוד מאות פסקי דין בנושא (וליתר דיוק למעלה ממאתיים במספר). לדיון

פלוני ועד למועד כתיבת שורות אלו, במשך למעלה משנתיים ימים, אוזכר פסק הדין ונדון ביותר מ־240 פסקי דין בערכאות השונות. ועדיין, חרף פסיקתו המנחה של העליון בעניין, כפות המאזניים עדיין שקולות בשאלה אם וכמה צריך להפחית ממזונות הילדים כאשר מדובר במשמורת משותפת, בייחוד כאשר השתכרותם של ההורים אינה שווה.¹⁵ שלעצמי, כלל איני בטוח שהמצב הפוזיטיבי כיום הינו כאוטי פחות מזה ששרר לפני מתן פסק הדין בידי בית המשפט העליון. הואיל והדיון בהיקף תשלום מזונות הילדים חולק ברכה לעצמו,¹⁶ הדיון בעניינו חורג מתחומו של מחקר זה, ומן הראוי לעסוק בו במחקר עצמאי ועתידי.

אחד הלקחים הפרקטיים הראשוניים של פסיקה זו הינו ניסיון של גברים להשיג משמורת משותפת על ילדם בכל מצב ובכל מחיר, בניסיון להקטין את היקף חבותם בתשלום מזונותיהם,¹⁷ הגם שמבחינה כלכלית ניתן בהחלט להשיג על כדאיותה הכלכלית של המשמורת המשותפת לגבר. לדעתי, עוד קודם לעיסוק בדילמה בדבר חלוקת הנטל של תשלום מזונות הילדים הראוי בין ההורים המתגרשים, יש לדון בדילמת ביטול חזקת הגיל הרך. סוגיה שלא זו בלבד שהיא קודמת כרונולוגית בזמן לסוגיה בדבר חלוקתם של מזונות הילדים, אלא קשורה אליה בטבורה בקשר אמיץ והדוק;¹⁸ שהרי כאשר ברירת המחדל הינה משמורת אם, ולא משמורת משותפת, ממילא ניטל העוקץ

-
- אקדמי בפסק הדין ובדילמות ובקשיים שהוא מעורר, ראו למשל: שחר ליפשיץ וענת ליפשיץ, "מזונות ילדים בגילים 6 עד 15, בעקבות בע"מ 919/15", **מחקרי משפט לב** (תשע"ט) 545; יואב מזא"ה, "מהפכת מזונות הילדים: בעקבות פסיקת בית המשפט העליון בבע"מ 919/15", **הארת דין יב** (תשע"ח) 1.
- 15 למסקנה מחקרית קרובה, ראו: רם ריבלין, "דיני הסכמי גירושין: לקראת פיקוח על טווח המיקוח", **משפטים** מח (תשע"ט) 333, בעמ' 394 ה"ש 204. לפסקי הדין המחוזיים הסוקרים את המצב המשפטי הקיים נכון לשנת 2019, ראו למשל: עמ"ש (מחוזי ת"א) 40627-10-16 **פלוני נ' פלונית** (פורסם בנבו, 2019) (לא די בעניין פלוני כשינוי נסיבות אלא יש צורך בשינוי נסיבות מהותי, הגם שדי בדרישת הוכחה קלה יותר); עמ"ש (מחוזי חי') 20634-04-18 **פלוני נ' פלונית** (פורסם בנבו, 2019) (בעניין פלוני נקבעו עקרונות בלבד, וחזקה על בתי המשפט קמא שידעו למלאם בתוכן).
- 16 ראו על כך, לעת עתה: ליפשיץ וליפשיץ (לעיל, הערה 14); מאז"ה (לעיל, הערה 14) וראו גם: יואב מזא"ה, "מזונות ילדים – בין מיתוס למציאות: הדין הדתי, הפסיקה ומה שביניהם", **דין ודברים יא** (תשע"ח) 501.
- 17 לקביעה מחקרית עדכנית כזו, ראו למשל: ריבלין (לעיל, הערה 15), בעמ' 360 ו־395 ה"ש 207. דוגמאות בולטות לדרישת אב לקביעת משמורת משותפת במגמה להקטין את היקף תשלום המזונות שישלם לגרושתו ניתן למצוא, בין היתר, בפסקי הדין הבאים: תלה"מ (ת"א) 53712-11-16 **פלונית נ' פלוני** (פורסם בנבו, 2017); תמ"ש (ת"א) 30291-07-16 ס. **צ נ' י. צ** (פורסם בנבו, 2018); עמ"ש (ת"א) 40627-10-16 **פלוני נ' פלונית** (פורסם בנבו, 2019).
- 18 יפה לעניין זה הקביעה הבאה: "היות שנושא המשמורת ונושא מזונות הילדים קשורים זה לזה בקשר הדוק", הלפריין-קדרי ואח' (לעיל, הערה 2) בעמ' 1237.

מתביעת הגברים לתשלום מזונות שוויוני יותר.¹⁹ ואולם, ממועד הגשתן של המלצות הביניים בשנת 2008 על ידי ועדת שניט,²⁰ שדנה בסוגיית ביטול חזקת הגיל הרך, ועד היום, הולכת המשמורת המשותפת וזוכה למעמד מיוחד. כלשונו של כב' השופט שני הדבר נעשה כ"אוטומט", גם במקום שבו יש תקשורת לקויה ובעייתית ביותר בין ההורים, הגם שהדבר אינו עולה בקנה אחד עם טובת הילד, כפי שאעמוד על כך בהרחבה בפרק ג.1.²¹ כך בהתאמה, אנו נתקלים יותר ויותר הן במשמורת המשותפת והן בדרישה לשוויון מגדרי בתשלום מזונות הילדים, הנגזר ממנה.

במאמר שלפנינו אשוב ואדרש לשאלה הראשונית והראשית בסוגיה זו – דילמת ביטול חזקת הגיל הרך והמודל הנורמטיבי הראוי בעיניי להחליפה.²² במחקר קודם עסקתי בקצרה בהצעתו של מודל השיקוף כמודל הראוי ביותר בעיניי.²³ מודל זה ראשיתו בכתיבה מחקרית בארצות הברית כבר לפני שנות דור, ולימים אומץ הן בארצות הברית והן בארץ וכיום הוא ניצב בבסיס הצעת חוק המונחת, נכון לכתיבת שורות אלו, על שולחן הכנסת.²⁴ עיקר חידושו של המאמר יהיה תיקוף חשיבותו ומרכזיותו של מודל השיקוף לאור אחת מהדוקטרינות המרכזיות ביותר של דיני החוזים המודרניים – חוזה

19 ראו על כך קביעתו של כב' השופט פוגלמן לפיה: "במשך שנים רבות לא עוררה חלוקה זו של נטל המזונות קושי מיוחד, שכן היא התיישבה עם מצב הדברים השכיח בשעתו שלפיו נמסרה המשמורת הפיזית הבלעדית לידי האם [...] יוער כי גם היום הסדר של משמורת פיזית לא משותפת הוא הרווח, וזאת בין היתר, עקב חזקת הגיל הרך [...] הרי שלחזקת הגיל הרך כוח משמעותי יותר מכפי שנראה במבט ראשון והיא נוטה לקבע הסדרי משמורת פיזית בלעדית בידי האם לאורך זמן", עניין פלוני (לעיל, הערה 10, בפס' 57 לחוות דעת כב' השופט פוגלמן).

20 דוח הביניים של הוועדה הציבורית לנושא אחריות הורית בגירושין – משרד המשפטים (2008) (להלן: ועדת שניט).

21 ראו על כך, לעת עתה, הלפרין-קדרי ואח' (לעיל, הערה 2) בעמ' 1236-1237, 1251.

22 יפה לעניין זה הקביעה הבאה: "במידה מסוימת, יש להצטער על כך שהשאלה היישומית של פסיקת המזונות הגיעה לדיון קודם לבחינה שיטתית של השיקולים החלים על ההחלטה להענקת משמורת משותפת, החלטה הנמצאת ביסוד הדברים. לכאורה, אלה הן שאלות נפרדות, אולם בחיי המעשה עשויה להיות ביניהן זיקה [...]", עניין פלוני (לעיל, הערה 10), בפס' 3 לחוות דעת כב' השופט ברק-ארז. על השפעתו הכללית של הליך הגירושין על מכלול היבטיו, לרבות סכסוכי ההורים על היבטים כלכליים, על הילדים, ראו: הילה מלר-שלו, "המרחב ה'משפטיפולי': מופעי המפגש בין ה'משפטי' ל'טיפולי' בעבודת יחידות הסיוע ובתי המשפט לענייני משפחה", המשפט כג (תשע"ז) 87, בעמ' 101.

23 ראו על כך: יחזקאל מרגלית, קביעת הורות משפטית בהסכמה (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור בפילוסופיה", אוניברסיטת בר-אילן, התשע"א), בעמ' 163-164, 186.

24 ראו על כך בהתאמה: Elizabeth S. Scott, "Pluralism, Parental Preference, and Child Custody", 80 Calif. L. Rev. (1992) 615 American Law Institute, *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations* (2002) (להלן: ALI); רות זפרן, "הקשיים הכרוכים בחוות הדעת המקצועיות – טעם נוסף לעיצוב מחדש של הדין בשאלת חלוקתה של האחריות ההורית", עיוני משפט לו (תשע"ג) 269, בעמ' 303-315; הצעת חוק הורים וילדיהם, התשע"ו-2016, פ' 3084/20 (טרם פורסם).

היחס. דוקטרינה זו קונה לה שבת בעולם כולו בעשרות השנים האחרונות הן בדיני החוזים והן דיני המשפחה, בייחוד בהסדרה חוזית של מערכת היחסים הזוגית וההורית כאחד. המאמר נכתב בעקבות עניין פלוני, שהכיר בצורך החיוני בשוויון מגדרי בתשלום מזונות ילדים, ומכאן חדשנותו ומשנה חשיבותו.²⁵ יודגש כי במאמר זה אני עוסק אך ורק בהצעת המודל הנורמטיבי הראוי בעיניי להחלפת חזקת הגיל הרך, וזאת תוך ביסוסו על אדני חוזה היחס. דוקטרינה זו, ללא כל ספק, הינה אחת המרכזיות בעידן המודרני, והיא הולכת וצוברת תאוצה במשפט הישראלי בצורה משמעותית ונרחבת הרבה יותר מאשר במשפט האמריקאי, כור מחצבתה של הדוקטרינה. בכך אני מבקש לבסס רפורמה זוטא אגב קריאה לפתרון נקודתי זה, המרתה של חזקת הגיל הרך במודל השיקוף, ואין מדובר ברפורמה כוללת בתחום דיני ההורים וילדים, שכן, כאמור, אני עוסק במחקר זה בהסדרתו של עניין תשלום מזונות הילדים, הזוקק מחקר עצמאי.²⁶

"מפת הדרכים" של המאמר הינה כדלקמן: בפרק א של המאמר סקרתי בקליפת אגוז את הרקע הסוציולוגי-משפטי למצב המשפטי הכאוטי הקיים כיום בארץ, בעקבות הניסיון להשיג שוויון מגדרי בשתי הסוגיות הנ"ל. בפרק ב אמנה את הקריאות השונות, המושמעות יותר ויותר, לביטול חזקת הגיל הרך הן בחקיקה, הן בפסיקה והן בספרות המחקר. בפרק ג אסקור את התחליפים המוצעים לחזקה זו: משמורת משותפת וחזקת ההורה המטפל העיקרי, ואת האתגרים והדילמות הנגזרים מכך. בפרק ד אציע את המודל הנורמטיבי הראוי בעיניי להחליף את חזקת הגיל הרך – מודל השיקוף. פרק ה הוא מרכז חידושו של המאמר, שכאמור לעיל, מבקש לחדש דברים על הדיון הקיים בנושא מודל השיקוף, בכך שיוצדק על ידי דוקטרינת חוזה היחס, הנחשבת לאחת הדוקטרינות המרכזיות של דיני החוזים המודרניים. בפרק זה אסקור את שורשו המשפטיים-סוציולוגיים של חוזה היחס ואת יישומו במתחם השוק ולאחרונה גם במתחם המשפחתי, בעיקר בדיני הזוגיות. כמו כן, אבקש להראות כיצד יישומו גם ביחסי הורים-ילדים בכלל ובהקשר של קביעת המשמורת הרצויה בפרט, עשוי, לדעתי, למקסם את ההליך כולו הן להורים והן לילדים. בפרק ו אעבור מהתאוריה למעשה ואחשוף כיצד יישומו של מודל השיקוף, הניצב בתפר שבין דיני משפחה לדיני חוזים, עשוי לסייע בידינו להמיר את חזקת הגיל הרך במודל א-מגדרי, שוויוני, גמיש, פשוט וקל ליישום,

25 ראו על כך: עניין פלוני (לעיל, הערה 10). על יישומו של חוזה היחס בדיני הזוגיות, ראו למשל: Elizabeth S. Scott & Robert E. Scott, "Marriage as Relational Contract", 84 Va. L. Rev. (1998) 1225 (להלן: "Scott & Scott, 'Marriage as Relational'"); Elizabeth S. Scott & Robert E. Scott, "From Contract to Status: Collaboration and the Evolution of Novel Family Relationships", 115 Colum. L. Rev. (2015) 293; שחר ליפשיץ, **השיתוף הזוגי** (תשע"ו) בעמ' 71–74.

26 ראו על כך במחקרים השונים המובאים על ידי: לעיל, בהערה 11, 14.

שבכוחו להלום את טובת הילד ושמירת זכויותיו השונות יותר מכל מודל מוצע אחר.²⁷ בשולי הדברים, בפרק ז, אחתום את המאמר בקריאה למחוקק לאמץ בשתי ידיים את הצעת החוק המיישמת בפועל מודל ייחודי זה – הצעת חוק הורים וילדיהם, התשע"ו–2016, בכל האמור ביישום בפועל של המודל.

ב. סקירת הקריאות לביטול חזקת הגיל הרך בחקיקה, בפסיקה ובספרות המחקר

1. כללי

נתונים מארצות הברית ומיתר מדינות העולם המערבי מלמדים על אודות אחוזי גירושין הולכים וגואים ובהתאמה על מספר ילדים הולך וגדל המעורב בסכסוכי משמורת בין הוריהם. דבר פשוט הוא כי עירובם של ילדים בסכסוך על אודות משמורתם עשוי לפגוע קשות בשלומם וברוחותם, ולכן יש לעשות כל מאמץ למצוא מודל שיצמצם עד למינימום את החשיפה הבעייתית לסכסוך הורי הולך ומתמשך. ואולם, לרוע המזל, גם במילניום החדש טרם נמצא מודל מוסכם כזה.²⁸ אם אלו הם פני הדברים בחו"ל, בארץ המצב מורכב וסבוך פי כמה וכמה, לאור עיגונה של חזקת הגיל הרך בספר החוקים הישראלי. הגנה על חזקה זו לאור מקורות ההלכה היהודית ניתן למצוא בדברי אחד מחברי ועדת שניט, הדיין אברהם שרמן, שטען שההלכה היהודית מחייבת ואינה מזכה את האם לגדל את ילדיה עד להגיעם לגיל שש.²⁹ בשולי הדברים יצוין כי ייתכן שבכך

27 על היות המודל הנורמטיבי המוצע על ידי עיוור מגדר ולכך שווינו, ראו: Scott (לעיל, הערה 24), בעמ' 618 ("An approximation framework offers a more modest but more effective endorsement of the goal of egalitarian gender roles"); Shahar Lifshitz, "The Liberal Transformation of Spousal Law: Past, Present and Future", 13 *Theoretical Inquiries in Law* 15 (2012) p. 44 ("Within the realm of child custody, the ALI adopts the egalitarian 'genderblind' model").

28 ראו על כך בעיקר בהקשר האמריקאי בהתאמה: Laura Sack, "Women and Children First: A Feminist Analysis of the Primary Caretaker Standard in Child Custody Cases", 4 *Yale J.L. & Feminism* (1992) 291, pp. 327–328; Robert F. Cochran, "The Search for Guidance in Determining the Best Interests of the Child at Divorce: Reconciling the Primary Caretaker and Joint Custody Preferences", 20 *U. Rich. L. Rev.* (1985) 1, p. 65; Gary Crippen, "Stumbling Beyond Best Interests of the Child: Reexamining Child Custody Standard-Setting in the Wake of Minnesota's Four Year Experiment with the Primary Caretaker Preference", 75 *Minn. L. Rev.* (1990) 427, p. 50.

29 ועדת שניט (לעיל, הערה 20) בעמ' 9. להבדלים המהותיים שבין שיח הזכויות האזרחי ובין שיח החובות ההלכתי, ראו: יחזקאל מרגלית, "משאבים רפואיים (בלתי) מוגבלים – הורות בכל גיל, בכל מחיר ובמימון המדינה?", *מאזני משפט* ט (תשע"ד) 267, בעמ' 296–297. על הצורך של המשפט הישראלי למצב בין המשפט העברי הנוקשה בתפיסת החובה בלבד

הקדימו הדין הדתי ובתי הדין הרבניים את המערכת האזרחית בהבניית משמורת הילדים, במושגים של חובה ואחריות ולא של זכות הורית. דוגמה אפשרית נוספת להקדמה כזו ניתן למצוא בפסיקת מזונות ילדים ממוצעים ולא גבוהים על האב בידי בית הדין הרבני, כפי שכותב בדם ליבו אחד הדיינים.³⁰

ישראל צבי גילת היטיב לבטא את הקושי בחוסר השוויון המגדרי האינהרנטי הן בחזקה זו והן בחובת המזונות המוחלטת בקובעו:

רק בשני מקומות חרת המחוקק על דגלו את אי השוויון שבין בניהוזג. האחד בגלוי והשני בדרך ההבלעה. בגלוי – מצווה המחוקק בסעיף 25 לחוק הכשרות כי בית המשפט יכריע בענייני אפוטרופסות ומשמורת – באין הסכמה בין ההורים – "[...] כפי שייראה לו לטובת הקטין, ובלבד שילדים עד גיל 6 יהיו אצל אימם אם אין סיבות מיוחדות להורות אחרת". בהבלעה – קובע המחוקק בסעיף 3 לחוק המזונות, את חובתו של אדם במזונות ילדיו וילדי בן זוגו "לפי הוראות הדין האישי החל עליו".³¹

אם כן, חזקת הגיל הרך מגלמת בקרבה, לדעת מבקרים שונים, אי־שוויון חרות על ספר החוקים הישראלי, וזאת כמקרה חריג ויוצא דופן ביחס לאפליה המגדרית הכרוכה, במובלע בלבד, בתשלום מזונות הילד בידי אביו. ייתכן מאוד שבצד השורשים ההלכתיים של חזקה זו הדבר עולה בקנה אחד עם ההבניה החברתית הכללית, הרואה בדמות האם את מיתוס האם הטובה, הכוללת אימהות טבעית, אינסטינקטיבית המובנת מאליה. לפיכך אין זה פלא שהאם, ולא האב, היא הנתפסת כדמות ההורית החשובה בגידול הילדים ושעליה מוטלת מלוא האחריות לגידולם, ולכן חזקה היא שטוב לילד להיות אצל אימו, לכל הפחות עד גיל שש.³² חוסר הנחת מאי־שוויון מגדרי זה בא היטב

לבין שיטות משפט זרות המדגישות את זכות ההורים, ראו: אבנר ח' שאקי, "עיון מחודש בטיבה של 'זכות ההורים למשמורת ילדיהם הקטינים'", **עיוני משפט** ט (תשמ"ג) 59. להגנה מחקרית ואזרחית של חזקת הגיל הרך, ראו גם: Ramsay L. Klaff, "The Tender: Years Doctrine: A Défense", 70 *Calif. L. Rev.* (1982) 335.

30 (בתי־הדין הרבניים באר שבע) 147728/פלוני נ' פלונית, בפס' 53 (פורסם בנבו, 2017). על קריאה זו שב וחזר אותו בית דין רבני בשתי פסיקות נוספות, נכון לכתיבת שורות אלו. ראו על כך: (בתי־הדין הרבניים ב"ש) 969697/פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 2017); (בתי־הדין הרבניים ב"ש) 1140557/פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 2018).

31 ישראל צ' גילת, **דיני משפחה: יחסי הורים וילדים: מזונות, יחסי ממון, משמורת וחונך** (תשס"א) בעמ' 520.

32 ראו על כך: הילה מלר־שלו, **אמהות בראי המשפט: תפיסת האמהות על־ידי בית המשפט בסכסוכי משמורת קטינים במקרים בהם ניתנה המשמורת לאב** (חיבור לשם קבלת תואר מ.א. למשפטים, אוניברסיטת בר־אילן, 2006). על האפשרות שאפליית האישה לטובה בנושאים אלו מאזנת במעט את האפליה השלילית של האישה בתחום דיני המשפחה בישראל, דבר הגורם לאישה, בעקבות הדין הדתי, להימצא בצורה כוללת במצב של נחיתות ביחס לגבר, ראו: אריאל רוזן־צבי, **דיני משפחה בישראל בין קודש לחול** (תש"ן) בעמ' 165, 384.

לידי ביטוי הן בהצעות חקיקה שונות, הן בפסיקה והן בספרות המחקר, שאותן אסקור להלן.

2. החקיקה המוצעת

חזקת הגיל הרך קבועה בסעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית, שנחקק עלי ספר כבר בשנת 1962.³³ חוק זה מסדיר, בצד עניין הכשרות המשפטית והאפוסטרופוסים על פי מינוי, בפרקו השני את כלל ההיבטים של הורים וילדיהם הקטינים. הגם שחלפו שנות דור מאז פרסום החוק ועד למועד כתיבת שורות אלו, וחרף העובדה שדיני המשפחה, הן בהיבט הזוגי והן בהיבט ההורי, עברו שינויים משמעותיים ביותר, לא מצא המחוקק לנכון לשנות הלכה למעשה ולו קצת מסעיפי החוק השונים. הדבר שונה מיתר סעיפי החוק, שבמסגרת תיקון מס' 18, שנערך בשנת תשע"ו–2016, עברו רויזיה משמעותית ביותר בהקשר של עשיית שימוש בייפוי כוח מתמשך בידי אדם בגיר שהוא בעל כשירות, הרשאי למנות אדם אחר שיהיה מוסמך לפעול ולייצגו בעניינים שונים.³⁴ רק כדי לסבר את האוזן, החוק האמריקאי האחיד והמקביל המופנה לכלל מדינות ארצות הברית, המסדיר את יחסי הורים וילדיהם הקטינים, והמכונה Uniform Parentage Act (UPA), נחקק לראשונה בשנת 1973 וכבר הספיק לעבור כמה רויזיות חשובות ומקיפות: הראשונה בשנת 2000, שנתיים מאוחר יותר שונה בשנית, ולבסוף, בקיץ 2017, שונה בשלישית לאור הפסיקה התקדימית שניתנה בארצות הברית בידי בית המשפט העליון בשנת 2015 בנוגע להכרה בנישואים חד-מיניים.³⁵

השקט היחסי שאפיין את המשפט הישראלי בנושא זה במשך עשרות שנים הופר החל משנת 2005 לערך.³⁶ בקיעים עמוקים ביותר בחוזקתה של החזקה ניתן למצוא במסקנות הוועדה הציבורית שמינתה שרת המשפטים דאז, ציפי לבני, לצורך בחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין. הוועדה, שבראשה עמד דן שניט, מונתה במרץ 2005, הגישה את מסקנותיה בדוח משלים וסופי בספטמבר 2011 ואילו בדצמבר 2011 הגישה את המלצותיה הסופיות לשר המשפטים. בכתב המנדט שלה התבקשה

33 ראו: חוק הכשרות המשפטית.

34 סעיף 32 לחוק הכשרות המשפטית, שהינו למעשה פרק שני בחוק הכשרות המשפטית, מסדיר את נושא ייפוי הכוח המתמשך.

35 ראו על כך בהתאמה: Yehezkel Margalit, "Artificial Insemination from Donor (AID) – From Status to Contract and Back Again?", 21 *B.U. J. Sci. & Tech. L.* (2015) 69, pp. 85–87; Uniform Parentage Act (2017); *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. 644, 135 S. Ct. 2584 (2015).

36 על אודות הפרת שקט יחסי זה, ראו: דפנה הקר, **הורות במשפט: מאחורי הקלעים של עיצוב הסדרי משמורת וראייה בגירושים** (תשס"ח) בעמ' 275. לתיעוד חוסנה של חזקת הגיל הרך במשפט הישראלי ואת תחולתה עד לסביבות שנה זו, ראו: דפנה הקר ורות הלפרין-קדרי, "כללי ההכרעה בסכסוכי משמורת – על סכנותיה של אשליית הדמיון ההורי במציאות ממוגדרת", **משפט וממשל טו** (תשע"ג) 91, בעמ' 92.

הוועדה לבחון את אופן יישומם של הכללים הקבועים בחוק הכשרות המשפטית בנוגע למימוש ההורות ולקביעת המשמורת והסדרי הראייה בעת הגירושין בכלל. בהקשר של דיונו, היא התבקשה גם ליתן את המלצותיה לעניין הצידוק להמשיך את תחולתה של חזקת הגיל הרך. נוסף על כך התבקשה הוועדה להסדיר את נושא האחריות ההורית על פי אמנת האו"ם בדבר זכויות הילד, 1989, שאותה אשררה המדינה בשנת 1991. במסגרת המליצה הוועדה בדעת הרוב, בין היתר, לבטל את חזקת הגיל הרך ולהמיר את שיח זכויות ההורים בשיח אחריות הורית, האמורה להיות משותפת לשני ההורים במימוש זכויות ילדיהם. כך, לדעת הוועדה, ניתן לתת משקל-על לעקרון טובת הילד בהליך קביעת משמורתם הן בידי ההורים והן בידי המדינה, והיא אף הציעה כמה קווים מנחים לקביעתה, אגב קריאה לעידוד שיתוף פעולה בין ההורים וצמצום ההתדיינות בענייני הילדים.³⁷

בעקבות קבלת המלצות הוועדה ואימוצן הפיץ בשעתו משרד המשפטים את תזכיר חוק הורים וילדיהם, התשע"ב–2012,³⁸ ונוסף על כך פורסמו הצעות חוק פרטיות לא מעטות, שלאורך השנים ביקשו לאמץ את עיקרי ההסדר שהומלץ על ידי הוועדה. לא למותר לציין שהקריאה לבטל את חזקת הגיל הרך נתמכת רבות במשפט המשווה, והיא בוטלה כבר לפני למעלה מחצי עשור במספר רב של מדינות, כאוסטרליה, ארצות הברית, בריטניה, דנמרק, ניו זילנד, ספרד וקנדה.³⁹ ואולם, ניסיון זה לא הבשיל לכדי חקיקה,

37 זאת בשונה מדעת המיעוט של שלוש חברות הוועדה, שגרסה שיש להמשיך ולדבוק בקיומה של חזקת הגיל הרך, בין היתר, בשל החשש לגרימת עוני לנשים וילדים, החמרת אי-השוויון המגדרי הקיים בשל דיני המשפחה ההלכתיים בארץ וריבוי התדיינות משפטיות ועוד. לתיאור מלא יותר של הרקע ומסקנות הוועדה, ראו באתר המרשתת: <http://www.justice.gov.il/Units/YeutzVehakika/NosimMishpatim/Pages/VaadatSnit.aspx>; לסקירת דעת המיעוט, ראו: נתי פרלמן, **חזקת הגיל הרך בישראל ובעולם** (2012) בעמ' 11-10, <https://www.knesset.gov.il/LegalDept/heb/docs/Survey200512.pdf>; הקר והלפרין-קדרי, שם, בעמ' 96-101. לביקורת והערכה שיפוטית של מסקנות הוועדה, ראו למשל: עניין פלוני (לעיל, הערה 10) בפס' 68 לחוות דעת כב' השופט פוגלמן; תמ"ש (ראשל"צ) 29024/06 ט. ל' נ' א.ל, פס' 63-69 (פורסם בנבו, 23.02.2012) וברבים אחרים. ראו על כך באתר המרשתת: תזכיר חוק הורים וילדיהם, תשע"ב–2012.

38 www.justice.gov.il/Publications/Articles/Documents/41383_x_AttachFile.doc

לדחיית עתירה לאמץ בחקיקה את מסקנות ועדת שניט הקוראות לבטל את חזקת הגיל הרך ולמצער לדרוש משרת המשפטים לנמק מדוע לא יאומצו ההמלצות, ראו בהתאמה: בג"ץ 7251/16 שמיר נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 2017); בג"ץ 7441/14 פלוני נ' משרת ישראל (פורסם בנבו, 2015).

39 לסקירה מלאה יותר של המצב המשפטי הקיים במדינות אלו, ראו: פרלמן (לעיל, הערה 37). לסקירה עדכנית יותר, נכון לשנת 2019, ראו למשל: Daniela Vuri, "Joint Custody Law and Mothers' Labor Market Outcomes: Evidence From the USA", 31 *Journal of Population Economics* (2018) 1203, pp. 1206-1207; Angela Marie Caulley, "Equal Isn't Always Equitable: Reforming the Use of Joint Custody Presumptions in Judicial Child Custody Determinations", 27 *B.U. Pub. Int. L.J.* (2018) 403, pp. 414-442;

נכון לכתבת שורות אלו.⁴⁰ כך, רק בתקופה האחרונה ניתן למצוא שפע של הצעות חוק המבקשות ליישם הלכה למעשה את מסקנות ועדת שניט בדבר ביטול חזקת הגיל הרך. למען לא יהיה הנייר חסר, אסתפק בסקירה של עיקר הצעות החוק הבאות שהוצעו רק במהלך שנת 2017: הצעת חוק הדוגלת בזניחת המושג "אפוטרופסות" והעדפת הבחנה בין אחריות וסמכות הורית לבין משמורת פיזית (כמו כן, ההצעה מבקשת לטעון שמשמורת פיזית משותפת איננה ברירת המחדל, והיא תיקבע רק במקרים שבהם נסיבות החיים של שני ההורים והילדים מאפשרות זאת); הצעה המתקנת קצרות את סעיף החוק בו קבועה חזקת הגיל הרך כך – "במקום 'עד גיל 6' יבוא 'עד גיל שנתיים'".⁴¹ גם בשנת 2018 שבו ועלו שתי הצעות חוק פרטיות, אם כי זהות, כאלו.⁴²

3. פסיקת בתי המשפט

בית המשפט העליון נדרש במהלך השנים לסוגיית ביטול חזקת הגיל הרך בצורה ברורה ומפורשת וקבע נחרצות ש"עניין הוא למחוקק לענות בו",⁴³ ועד אשר החזקה לא תבוטל בידי המחוקק כוחה רב לה.⁴⁴ וכך קבע הוא נחרצות:

Shawn McCall, "Bringing Specificity to Child Custody Provisions in California", 49 *Golden Gate U. L. Rev.* (2019) 141, p. 153.

40 לסקירת ההיסטוריה החקיקתית של ניסיונות אלו עוד קודם לוועדת שניט, ראו: אבישי אנטוובסקי, "הפסיכולוגיה ומערכת המשפט – התילכנה השתיים יחדיו? על תרומת הידע על הטבע האנושי (המצוי) לתהליך עשיית הצדק (הרצוי)", **שערי משפט** ה' (תש"ע) 11, בעמ' 31 ה"ש 13; יהודית מייזלס, "על הדבש ועל העוקץ – דיון בהסדר המשמורת הקיים במשפט הישראלי", **זכויות הילד והמשפט הישראלי** (תמר מורג ורכת, תש"ע) 519, בעמ' 520.

41 בהתאמה: הצעת חוק סמכות ואחריות הורית (משמורת), התשע"ז–2017, פ/4420/20 (טרם פורסם); הצעת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (תיקון – שינוי חזקת הגיל הרך), התשע"ז–2017, פ/4212/20 (טרם פורסם).

42 ראו על כך בהתאמה: הצעת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (תיקון מס' 19) (שינוי חזקת הגיל הרך), ה"ח תשע"ח 126. לפרוטוקולים השונים של הוועדה המשותפת לוועדת החינוך, התרבות והספורט לוועדה המיוחדת לזכויות הילד לדיון בהצעת החוק דנן, הכנסת ה-20, ראו באתר המרשתת הבא: <https://oknesset.org/committees/2034.html>; הצעת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (תיקון מס' 20) (שינוי חזקת הגיל הרך), ה"ח תשע"ח 250. לסקירה עדכנית של ההיסטוריה של הצעות חקיקתיות אלו, ראו: מבקר המדינה, **טיפול המדינה במשפחות בהליכי גירושין ופירוד – דין וחשבון שנתי 69 משרד העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים** (2019) בעמ' 1399, 1416.

43 כדוגמת בג"ץ 2111/11 אדם זר נ' **משרד הרווחה**, בעמ' 3 (פורסם בנבו, 2011); בג"ץ 5771/12 משה נ' **הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים**, בפס' נב לחוות דעת השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 2014); בבע"מ 7141/15 **פלונת נ' פלונת**, בפס' 18 לחוות דעת השופט מזוז (פורסם בנבו, 2016) ועוד בהקשרים נוספים ביחסי הורים–ילדים.

שנית, איננו מתעלמים מן הקולות – לרבות דוח ועדת שניט – הקוראים לשינוי בחזקת הגיל הרך, נוכח תהליכים חברתיים [...] ואולם, אנו אין לנו אלא החוק כמות שהוא, ולפיו חלה בענייננו, בקטין שטרם מלאו לו שש, חזקת הגיל הרך. לסתירת חזקה זו מסיבות מיוחדות, על פי סיפת סעיף 25 לחוק, יש צורך בראיות כבדות משקל, מטבע הדברים. כאלה אינן מתקיימות דיין בענייננו.⁴⁵

לדעת חוקרים שונים, חזקה זו כה חזקה בעיני בית המשפט העליון, עד שהינה החזקה היחידה שאותה משווה הוא לנגד עיניו בקובעו את משמורת הקטין, וזאת בשונה מכל חזקה אחרת, דתית או אזרחית, שאינה כה חזקה ויציבה בעיניו ולכך ניתן לזנוחה במידת הצורך.⁴⁶ הדברים מגיעים עד כדי כך שרק במקרים קיצוניים, שבהם לא ניתן מסיבות שונות להעניק את משמורת הילדים לאימם בעקבות החזקה, יקבל הגבר את הילד למשמורתו.⁴⁷ החזקה, ששורשיה דתיים, ניצבת בבסיסה של תפיסת המשפחה הישראלית, הן היהודית, הן המוסלמית והן הנוצרית גם בתקופה המודרנית. היות שהחברה הישראלית רובה ככולה הינה חברה פמליסטית, המקדשת עד מאוד את

- 44 ראו למשל: רע"א 4575/00 **פלוגי נ' אלמוני**, פ"ד נה(2) 321 (2001). בכך שבה ואושררה החזקה לפחות הצהרתית בפסיקת בית המשפט העליון, ראו על כך: רות זפרן, "שיח היחסים כתשתית להכרעה בסוגיות מתחום המשפחה – מספר הערות על דאגה וצדק", **משפטים על אהבה** (ארנה בן-נפתלי וחנה נוח עורכות, תשס"ה) 605, בעמ' 648 ה"ש 192.
- 45 בע"מ 1858/14 **פלוגי נ' פלוגי**, בעמ' 11 (פורסם בנבו, 2014). בקשה לדין נוסף בעניין נדחתה על הסף בידי הנשיא (כתוארו דאז) כב' השופט גרוניס תוך שהוא קובע ברורות: "הכרעתו של בית המשפט בעניין מושא העתירה נסמכה בראש ובראשונה על לשון החוק, שהיא ברורה (חזקת הגיל הרך הקבועה בסעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962)..." דנ"א 2792/14 **פלוגי נ' פלוגי** (פורסם בנבו, 2014).
- 46 לקביעה זו, אם כי בהקשר של הדין המוסלמי, ראו: מוסה אבו רמזאן, "התפתחויות אחרונות באחזקת ילדים בבתי הדין השרעיים", **משפחה במשפט ב** (תשס"ט) 69, בעמ' 96, 104. לקביעות "רכות" יותר של העליון בנוגע לאפשרות שחזקת הגיל הרך אינה חזקה חלוטה, ראו למשל: "גילם הרך של הילדים – כשיקול למסירתם לאם – אינו שיקול בלעדי": ע"א 493/85 **פרידה נ' פרידה**, פ"ד לט(3) 578, בעמ' 584 (1985); "כרגיל, מקומו של ילד בן שלוש הוא בחיק אמו, אך אין זה כלל בל יעבור": בג"ץ 672/84 **אברבך נ' אברבך**, פ"ד לט(1) 57, בעמ' 65 (1985).
- 47 מקרה קיצוני כזה עלה בעניינו של תינוק השווה מאז היוולדו בפגייה. מחד גיסא, חוסר היכולת של האם, המוכרת כנכה בשיעור 100%, לטפל בעצמה בתינוק ללא עזרה חיצונית מנעה את אפשרות ההליכה אחר החזקה, ומאידך גיסא, האב היה מוכן לקבל את התינוק לידי לאלתר. ועם כל זאת, המדובר היה בהחלטה זמנית בלבד. ראו על כך: י"ס (י-ס) 7167-10-17 **האב נ' האם** (פורסם בנבו, 2017). למקרה ייחודי נוסף שבו נקבעה משמורת אב תוך הדגשה שקביעת משמורת אמורה להיקבע אך ורק על פי טובת הילד בהווה ולא "זכות ההורה" או טענות על אודות העבר, ראו על כך: תיק רבני (ת"א-יפו) 338311/28 **פלוגי נ' פלוגי** (2017).

הנישואין והולדת הילדים,⁴⁸ ממילא תפיסת העומק הזו מזינה את המשך ההיצמדות לחזקה "מסורתית" זו.

ואולם, נראה שקריאה ותפיסת עולם אלה של בית המשפט העליון נפלו על אוזניים ערלות, שכן בתי המשפט לענייני משפחה מיהרו לבטל חזקה זו, ואין הם, כמצופה מהם שיפוטית, עושים בה שימוש. וכך, בשנת 2011 בית המשפט לענייני משפחה מעיד כי "כיום קיימת נטייה ברורה בפסיקת בתי המשפט לקבוע משמורת משותפת היכן שמתקיימים תנאים המאפשרים זאת".⁴⁹ ואם לא די בכך, רק שנה לאחר מכן, בשנת 2012, מתעלם כליל כב' השופט שקד מהחזקה: "כבר בפתח הדברים מבקש אני להודיע כי אין בדעתי ליתן כל חשיבות לחזקת הגיל הרך [...]".⁵⁰ שופטים אחרים מצהירים כי אבד הכלל על חזקה זו בקובעם: "אלא שראיית בית משפט זה את חזקת הגיל הרך, בדומה לראיית רוב בתי המשפט לענייני משפחה היא, כי מדובר בחזקה שאכן אבד עליה הכלל וחלף זמנה".⁵¹ הדברים מגיעים לאחרונה עד כדי קביעת משמורת משותפת וזניחת חזקת הגיל הרך על דרך ה"אוטומט", כפי שמצר על כך כב' השופט שני.⁵² מאידך גיסא, ניתן לציין פסיקות הופכיות הן של המחוזי והן של בתי המשפט לענייני משפחה, שלפיהן החזקה בעינה עומדת כל עוד לא קבע המחוקק אחרת.⁵³

4. ספרות המחקר

קריאה ולו שטחית בספרות המחקר בארץ תגלה כי רובה ככולה מצדדת בצורך העז בביטול חזקת הגיל הרך בשל היותה מתאימה, אם בכלל, לעבר ולמודל המשפחה

48 על הפמליסטיות הישראלית, ראו בעיקר: סילביה פוגל-ביז'אוי, "משפחות בישראל – בין משפחתיות לפוסט-מודרניות", **מין מיגדר פוליטיקה** (עוזי שביט ואח' עורכים, 1999), 107, בעמ' 160-161; סילביה פוגל-ביז'אוי, "האישי, הלאומי, הגלובלי: מבט עכשווי על משפחות בישראל", (צפוי להתפרסם ב**מאזני משפט** יג, תש"פ).

49 תמ"ש (כ"ס) 11657/03 א.א. י' נ' א.ב, בפס' 20 (פורסם בנבו, 2011).

50 תמ"ש (ת"א) 8309-06-11 ק.ש נ' מ.ע.ב, בפס' 6 (פורסם בנבו, 2012). פסק הדין נהפך בערעור במחוזי: עמ"ש (ת"א) 55785-02-12 ק.ש. נ' ע.ש. (פורסם בנבו, 2012). חרף הפיכת הקביעה במחוזי, שב והחזיק בה בית המשפט לענייני משפחה בתמ"ש (ת"א) 56724-11-13 ט.ה. נ' ל.מ. ע, בפס' 55 (פורסם בנבו, 2014).

51 תמ"ש (נצ') 19190-07-14 הקטינה מ.ו.ב נ' האם, פס' 55 לחוות דעת כב' השופט זגורי (פורסם בנבו, 2014) (להלן: עניין הקטינה מ.ו.ב נ' האם). והשוו לדבריו גם בתמ"ש (טב') 24310-12-09 מ.ש. נ' א.ק, פס' 31.3 (פורסם בנבו, 2011) בדבר ירידת קרנה של החזקה.

52 תלה"מ (משפחה ת"א) 55746-03-17 ב' נ' מ.ה, פס' 11 (פורסם בנבו, 2017).

53 לפסיקה מייצגת, ראו בין היתר: עמ"ש (נצ') 38844-10-13 פלוני נ' פלוני (פורסם בנבו, 2014); עמ"ש (ת"א) 55785-02-12 ק.ש. נ' ע.ש. (פורסם בנבו, 2012); תמ"ש (ב"ש) 41741-03-16 ע.ב. נ' מ.מ, בפס' 56 (פורסם בנבו, 2017). לשלילת רציות היותה של המשמורת המשותפת דרך המלך, בשל פגיעה אפשרית בטובת הילד, ראו למשל: עמ"ש (מחוזי חי') 1472-02-17 נ.כ. נ' א.כ, בפס' 37 לחוות דעת כב' השופט סארי ג'וסי (פורסם בנבו, 2017).

וההורות הפטריארכלי. ואולם, כיום, מחד גיסא, נשים רבות יותר ויותר יוצאות לעבוד מחוץ לבית, ומאידך גיסא, תופעת הגברים ה"חדשים", הממלאים תפקידים הוריים בבית, הולכת וגדלה. מן המקובץ עולה כי חזקה זו נתפסת בשנים האחרונות כמפלה, אי-שוויונית,⁵⁴ ארכאית ואנכרוניסטית ומובילה לתוצאות לא צודקות.⁵⁵ וכך בספרות המחקר ניתן למצוא קולות שונים מדיסציפלינות מגוונות המצדדים בכך שיש לבטל את חזקת הגיל הרך מכול וכול בשל היותה, בין היתר, בלתי נתמכת מחקרית כלל ועיקר. קריאה ראשונית כזו ניתן למצוא כבר בשנת 1995 בכתביו של מי שלימים יעמוד בראש הוועדה שתיקרא על שמו ושתצדד בביטול חזקת הגיל הרך – דן שניט.⁵⁶ קריאה כזו ניתן למצוא גם בספרות המחקר הפסיכולוגית, פרי עטם של שני חוקרים שהיו בדעת מיעוט בוועדת שניט, תרצה יואלס ואבי שגיא-שורץ. מלומדים אלו ממעיטים בערך חשיבותן של חזקות משפטיות בכלל וחזקת הגיל הרך בפרט ותחת זו מעדיפים את רציפות הקשר של הילד עם שני הוריו מתוך תפיסת עולם של אחריות הורית. וכך כותבים הם:

מזווית הראייה של טובת הילד [...] יש צורך בהתערבות שמדגישה **אחריות הורית שווה**, ובררת המחדל היא שבמרבית המקרים לכל אחד מן ההורים מסוגלות הורית טובה דייה. עוד יש לציין כי חזקת הגיל הרך [...] מושתתת על דוקטרינה פסיכולוגית מיושנת ולא נתמכת-מחקר. בהסתמך על ידע שנובע ממדעי ההתפתחות היישומיים, אין ספק שיש לבטל את חזקת הגיל הרך.⁵⁷ (ההדגשה במקור – י"מ)

54 ראו על כך: גילת (לעיל, הערה 31). על הקושי להתגבר על החזקה ולמעשה היות אפשרות זו פיקציה בלבד ועל אי-הנחת מהסדר משמורת קיים זה, ראו: מייזלס (לעיל, הערה 40) בעמ' 539-524.

55 ראו למשל: מיכאל קוריאלי, "היש ליישם את עקרון השוויון בדיני הורים וילדים?", **קריית המשפט** ב (תשס"ב) 131, בעמ' 152-154; יאיר רונן, "זכות הילד לזהות כזכות להשתייכות", **עיוני משפט** כו (תשס"ב-תשס"ג) 935, בעמ' 972; דפנה ברק-ארז, "פתח-דבר: לשים את האדם במרכז – על מקומו של האדם במשפט", **עיוני משפט** לט (2016) 5, בעמ' 38. על החזקה כחריג לעקרון האפטרופוסות השווה, ראו: אבנר ח' שאקי, "אפיונים בדיני משמורת קטינים – תוך דגש על ישום עקרון טובת הילד", **עיוני משפט** י (תשמ"ד) 5, בעמ' 25-26.

56 דן שניט, "חזקת הגיל הרך" בשוב סכסוכי משמורת ילדים: המשכיות, שינוי או ביטול", **עיוני משפט** יט (תשנ"ה) 185. לדידו, ניתן להמשיך ולעשות שימוש בחזקה אך ורק כאשר כפות המאזניים מעוינות והשופט מגיע למבוי סתום ביכולת להכריע איזו משמורת הורית מיטיבה יותר עם הילד.

57 ראו על כך: תרצה יואלס ואבי שגיא-שורץ, "אמא, אבא, ומה איתי? אני זקוק לשניכם: עובדות, מיתוסים ותקוות בהסדרי הורות במקרים של גירושין", **דין ודברים** ו (תשע"ב) 375, בעמ' 375. לתיקופה של קביעה זו לאור הביקורת המדעית הפסיכולוגית, המגובה במסמך הסכמה בין-לאומי חתום בידי 110 פסיכולוגים המתנגדים לקיומה של החזקה, ראו: אבי שגיא שורץ ודן שניט, "חזקת הגיל – פרשנות בית המשפט העליון סותרת את טובת הילד", **פסיכואקטואליה** (יוכי בן-נח' ואח' עורכים, 2014) 35. מאידך גיסא, לטיעון

לאחר שסקרתי בפרק זה את הקריאות השונות לביטול חזקת הגיל הרך הן באקדמיה, הן בחקיקה והן בפסיקה, וקודם שאציע בפרק ד את המודל הנורמטיבי המיטבי בעיניי להחליפה, אעבור בפרק הבא לסקירת המודלים השונים המוצעים באקדמיה ובפרקטיקה השיפוטית.

ג. סקירת המודלים המוצעים תחת חזקת הגיל הרך⁵⁸

1. משמורת משותפת

בעבר, עד לפני כעשור שנים, המלצות וקביעות שיפוטיות למשמורת משותפת, שבמסגרתה מוגשמת הלכה למעשה זכות היסוד של הקטינים להמשיך ולחיות כל אחד מהוריהם כהורה משמורן ולגדול עימם,⁵⁹ לא היו בבחינת חזון נפרץ.⁶⁰ מסקנות הביניים והמסקנות הסופיות של ועדת שניט, שהוגשו בהתאמה בשנת 2008 ובשלהי 2011, קראו לבטל את חזקת הגיל הרך ולהמירה באחריות ובמשמורת הורית משותפת, כפי שסקרתי לעיל בפרק ב.2. בעקבות קריאה זו הפכה המשמורת המשותפת לדרך המלך בפסיקות בתי המשפט לענייני משפחה ובבית המשפט המחוזי. הדברים מגיעים עד כדי כך שיש

כי לדירו של הפסיכולוג המשך החזקה או ביטולה אינו מעלה או מוריד, שכן ממילא טובת הילד היא הנר לרגליו, ראו: דניאל גוטליב, "חזקת הגיל הרך: חזקה או חלשה? רטרופקט או רקוויאום?", **רפואה ומשפט** 38 (2008) 157. מובן שניתן להשיג משפטית על תובנה זו, שכן עיגונה של החזקה בספר החוקים יצריך הוכחת נסיבות חריגות ומהותיות ביותר כדי להתגבר באמצעות טובת הילד על החזקה. ראו למשל: קביעת בית המשפט העליון המובאת בטקסט הסמוך לה"ש 45 לעיל.

58 לסקירת החלופות שהוצעו עד לפני קרוב לעשור שנים, ראו: מיזלס (לעיל, הערה 40) בעמ' 538–558.

59 כהגדרת בית המשפט בתמ"ש (אי') 1701/05 ג.ה נ' ג.ד, בפס' 99 (פורסם בנבו, 2008), צוטט בהסכמה בתמ"ש (טב') 12148-04-10 ג.ס נ' ע.ג, בפס' 58 (פורסם בנבו, 2011) (להלן: **ג.ס נ' ע.ג**).

60 ראו על כך את הקביעות השיפוטיות הבאות: "המלצות למשמורת משותפת לא מוגשות כדבר שבשגרה": תמ"ש (י-ם) 19660/07 **פלונת נ' אלמונית**, בפס' 17 (פורסם בנבו, 2008); "נכון להיום הסדר מסוג משמורת משותפת אינו מתקיים כדבר שבשגרה בסכסוכי משמורת קטינים": תמ"ש (ת"א) 30541/04 **פלונת נ' אלמונית**, בפס' 17 (פורסם בנבו, 2008). כן ראו: הקר (לעיל, הערה 36) בעמ' 261, המונה דעות שלפיהן משמורת משותפת עלולה לפגוע בילדים ולא לתרום לרווחתם, טיעון המתוקף במחקרים אמפיריים. על זורתו של דפוס משמורת זה בתקופה מוקדמת זו, לרבות האפשרות שהסכמה חוזית מפורשת של הורים לא הייתה מכובדת אלא רק לאחר שנחה דעת בית המשפט לאור קבלת חוות דעת מומחה חיצוני שהדבר עולה בקנה אחד עם טובת הילד, ראו: מיזלס (לעיל, הערה 40) בעמ' 542.

הרואים בה כמעט באופן אוטומטי את החזקה השיפוטית החדשה שעל פיה יש לקבוע בסכסוכי משמורת.⁶¹

בעולם כולו ניתן לראות מעבר מזניחתה של חזקת הגיל הרך אל עבר מתן אפשרות למשמורת משותפת, ובמדינות מספר אף נקבעה חזקה שלפיה בכך ניתן להגשים בצורה מיטבית את עקרון טובת הילד.⁶² היתרונות של מהלך זה ברורים, שכן דפוס משמורת כזה מאפשר, מחד גיסא, לאימהות גרושות להתפנות לפיתוח הקריירה האישית שלהן, בלא לפגוע במיתוס של האם הטובה, ומאידך גיסא, מודל זה מאפשר להכניס יותר ויותר את הגברים למעגל האבהות. למצער, בכוחו של מודל זה, גם אם ייכפה על אבות, לשדר להם ולחברה כולה מסר ערכי בדבר החשיבות העליונה למעורבותם הרבה יותר בהליך גידול הילד, גם, ואולי בייחוד, לאחר הפירוד מבנות זוגם.⁶³ מודל שוויוני זה עולה בקנה אחד עם החשיבות העליונה הידועה לנו כיום על (המשך) קיום קשר רציף ומלא בין הילד ובין שני הוריו, ועל כך שמידת הפגיעה בילד מושפעת רבות מהיקף היוותותו של הילד

61 ראו על כך את האמירות השיפוטיות המובאת לעיל בצד הטקסט של הערות 49, 52. על היות המשמורת המשותפת דרך המלך כיום בפסיקות בתי המשפט, ראו למשל, בפסיקה ובמחקר בהתאמה: תמ"ש (קריית) 17120/07 **פלוני נ' פלוני** (פורסם בנבו, 2010) (להלן: **עניין פלוני נ' פלוני**); איילת בלכר-פריגת, "מזוגיות להורות משותפת – מסגרת משפטית להסדרת היחסים הכלכליים בין הורים במשותף", **משפט ועסקים** יט (תשע"ו) 821, בעמ' 849. עדות למרכזיותה של המשמורת המשותפת כיום ניתן להסיק, בין היתר, גם מריבוי האזכורים והדיונים המשפטיים במאות רבות של פסקי דין וכן בעשרות מאמרים וספרים. ראו למשל: דניאל גוטליב, "משמורת משותפת – הבטים פסיכולוגיים, משפטיים וחברתיים", **רפואה ומשפט** 46 (2012) 223; משה זכי, "מחשבות על משמורת משותפת – מאבק הורים בתיקי גרושין על חזקת ילדיהם", **רפואה ומשפט** 46 (2012) 218.

62 ראו על כך: דפנה הקר, "פמיניזם דילמתי ומודל המשמורת הפיזית הרצוי בגירושין". **עיונים במשפט מיגדר ופמיניזם** (דפנה ברק-ארו ואח' עורכות, תשס"ז) 699, בעמ' 704 ו-707. שיפמן (לעיל, הערה 4) בעמ' 274 עסק כבר בשנת 1989 במשמורת המשותפת, ייתכן וזאת בעקבות הפיכת מודל זה לפופלרי בארצות הברית במהלך שנות השמונים, ראו על כך: מייזלס (לעיל, הערה 40) בעמ' 542. לדיוק לשוני לפיו למינוח זה במשפט הישראלי אין מקום, שהרי סעיפים 17 ו-18 לחוק הכשרות המשפטית, לצד הוראות אחרות שבחוק, מדגישים כי תפקיד האפוטרופסות משותף לשני ההורים, ראו: פיליפ מרכוס, "מחויבויות הוריות: ניסוח הפרדיגמה החדשה ליחסי הורים-ילדים", **רפואה ומשפט** 48 (2015) 121, בעמ' 122. להבחנה מושגית דומה, ראו: מייזלס (לעיל, הערה 40) בעמ' 523–522, 542.

63 שם, דפנה הקר, בעמ' 711, "Joint Custody", Katharine T. Bartlett & Carol B. Stack, "Feminism and the Dependency Dilemma", 2 *Berkeley Women's L.J.* (1986) 9 המחקרים המובאים אצל מייזלס (לעיל, הערה 40) בעמ' 548. לפקוק פרקטי בהנחה זו שלפיה משמורת משותפת תחזק את הקשר בין האב לילד ותאפשר תשלום מזונות מקיף יותר, ראו: Katharine T. Bartlett, "U.S. Custody Law and Trends in the Context of the ALI Principles of the Law of Family Dissolution", 10 *Va. J. Soc. Pol'y & L.* (2002) 5, p. 51.

בקשר מלא ופעיל עם הוריו, עד כמה שהדבר אפשרי בעקבות פרידת ההורים וגירושיהם.⁶⁴

מנגד, יש מחקרים הדנים בקושי לקבוע ממצאים חיוביים ודאיים מבחינת טובת הילד החי במשמורת משותפת, ויש אף ספרות מחקרית לא מבוטלת הסוקרת את החסרונות הקיימים בדפוס זה. אלה נובעים מכך שהילדים ממילא חווים טלטלה וחוסר ביטחון בעקבות גירושי הוריהם, ודפוס החיים החדש עשוי להקטין את תחושת הביטחון וההשתייכות של הילד לכל אחד מהוריו ולמקום מגוריו עימו. הדבר עלול לגרום לבלבול וחוסר יציבות דווקא בתקופה שבה בעיות אלו הן ממילא מנת חלקם.⁶⁵ נוסף על כך, יש קשיים פרקטיים לא מבוטלים ביישום המשמורת המשותפת הלכה למעשה, למשל: כאשר רמת הקונפליקט בין ההורים גבוהה, והחשש הוא שחשיפת הילד לכך לאורך זמן עלולה להיות הרסנית; כאשר יש היסטוריה או איום באלימות פיזית או מילולית, וכיום ייתכן שגם כלכלית;⁶⁶ כאשר מגורי ההורים נמצאים בערים שונות ואין הם גרים בסמיכות מקום, מה שלא מאפשר מעבר קל וחלק של הילד בין בתי הוריו ועוד.⁶⁷ הדברים מגיעים עד כדי הקביעה כלפיה "ההנחה שמשמורת משותפת היא ברוב המקרים הסדר ראוי או אפשרי אינה מציאותית", ויש אף החוששים מיצירת נזקים פסיכולוגיים של ממש לילד אם תיכפה עליו משמורת משותפת במקום שאינו מתאים לכך.⁶⁸

בפסיקה, ובעקבותיה בספרות המחקר, ניתן למצוא כמה תנאי סף מצטברים, שאינם בבחינת רשימה סגורה וממצה, כדי שניתן יהיה להורות הלכה למעשה על משמורת משותפת: מסוגלות הורית טובה, דומה או שווה של שני ההורים; רמה גבוהה של שיתוף פעולה וטיב התקשורת בין ההורים; רצון הילד; מעורבות רבה של שני ההורים בחיי הילד; קיומו של קשר טוב ותקין בין שני ההורים לבין כל אחד מהילדים; מגורי ההורים

64 ראו על כך למשל, שפע המחקרים הנזכרים אצל: יואב מזא"ה, "אכיפה של הסדר ראייה", **הפרקליט נא** (תשע"א) 227, בעמ' 232 ה"ש 13–14; יואב מזא"ה וגיא מירון, "מאבקי ההורות והמשמורת בישראל, השיח הפמיניסטי וגבולות השוויון המגדרי", **תרבות דמוקרטית** 16 (תשע"ה) 81, בעמ' 98 ה"ש 55.

65 לסקירה מלאה יותר ולקביעה שרמת הקונפליקט, וממילא היעדר התקשורת, בין ההורים חשובים יותר לרווחת הילד מאשר דפוס הסדר המשמורת שבו הוא חי, ראו: מייזלס (לעיל, הערה 40) בעמ' 544–545.

66 לחשש הכללי של המשך אלימות במצב של משמורת משותפת, ראו: רינה בוגוש, רות הלפרין קדרי ויעל רונן, "מגדר וגישור בהליכי גירושין", **המשפט** ז' (תשס"ב) 335, בעמ' 342. על האלימות הכלכלית באופן כללי יותר, ראו לאחרונה: אריאן רנן-ברזילי ושיירלי יוסרי, "אלימות כלכלית במשפחה – בין דומיננטיות גברית לגבריות נכפית?", **עיוני משפט** לט(ג) (תשע"ז) 613.

67 ראו על כך בהתאמה: ישראל אורון, "טובת-הילד, מסוגלות-הורית ושלילת-אב בסיכסוכי הורים על משמורת ילדיהם", **רפואה ומשפט** 24 (2001) 86, בעמ' 93–94; דפנה הקר (לעיל, הערה 62) בעמ' 725; הקר והלפרין-קדרי (לעיל, הערה 36) בעמ' 148.

68 ראו על כך בהתאמה: מייזלס (לעיל, הערה 40) בעמ' 547; שם, הקר והלפרין-קדרי בעמ' 150–155.

בסמיכות זה לזה ותפיסת שני הבתים על ידי הילדים כבתים מרכזיים בחייהם.⁶⁹ ממילא נמצאנו למדים שאם יש תהום פעורה בין ההורים הגרושים ויכולת שיתוף הפעולה והתקשורת ביניהם אינה טובה דיה, אין מקום להורות על משמורת משותפת.⁷⁰ תובנה זו משותפת הן לבתי המשפט לענייני משפחה והן לבית הדין הרבני.⁷¹ על הקושי הרב הכרוך מעצם טיבה וטבעה של המשמורת המשותפת ביישומה בפועל, ובין היתר החשש לפגיעה בנשים ובילדים ואפשרות דרדורם אל מתחת לקו העוני, עמדו לאחרונה גם בית הדין האזורי בבאר שבע וגם בית הדין הגדול, שדחו את הבקשה שהובאה בפניהם למשמורת משותפת.⁷²

בשולי הדברים יובהר שהמשמורת הפיזית המשותפת דנה בשאלה בחזקת מי יהיה הילד – אם מדובר בחזקת הורה משמורן יחיד, האם או האב, או אם אכן מדובר במשמורת פיזית משותפת. בשונה מכך, האחריות ההורית המשותפת הינה בעצם אפוטרופוסות הורית משותפת, הנהוגה דרך קבע בארץ. הבחנה זו שונה באופן מהותי מהמצב הנהוג במדינות שונות כארצות הברית, שם כרוכות המשמורת המשפטית והפיזית זו בזו, כך שבעל המשמורת המשפטית הינו גם בעל המשמורת הפיזית וכדומה.⁷³ בהמשך המאמר יובהר כי האחריות ההורית המשותפת, שהוצעה גם במסגרת

69 ראו על כך: עניין ס.ג. נ' ע.ג. (לעיל, הערה 59) בפס' 54–84; בן ציון שרשבסקי ומיכאל קורניאלדי, **דיני משפחה** (מהדורה חדשה, מעודכנת ומורחבת, כרך ב', תשע"ז) בעמ' 901–902. לאשרורם של תנאים אלו ולהרחבה בעניין התנאי השני, המצריך תקשורת ושיתוף פעולה בין ההורים, ראו: תמ"ש (טב') 5782-08-09 א.ק. נ' נ.ק. (פורסם בנבו, 2011). גם הצעות חוק פרטיות שונות מעגנות, ברמה כזו או אחרת, רכיבים אלו, ראו על כך למשל: הצעת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות (תיקון) – קביעת בית המשפט באין הסכם בין ההורים, התשע"ז–2016, פ/3517/20 (טרם פורסם); סעיף 11 להצעת חוק הורים וילדיהם, התשע"ו–2015, פ/2323/20 (טרם פורסם) ובהצעות קרובות נוספות.

70 למקרים שבהם חרף קיומה של תקשורת לקיחה בין ההורים או העובדה שהיחסים בין הצדדים עכורים נקבעה משמורת משותפת, ראו על כך בהתאמה: למשל, תמ"ש (פ"ת) 6639-08-13 **פלונית נ' פלונני** (פורסם בנבו, 2016); עניין **פלונית נ' פלונני** (לעיל, הערה 61).

71 עניין **ר.ב. נ' מ.ה.** (לעיל, הערה 52) בעמ' 12. לשלילת משמורת משותפת בשל חוסר התקשורת והשנאה בין הצדדים, ראו בין היתר: תמ"ש (ת"א) 36621/06 **ט.מ., קטין נ' ע.מ.** (פורסם בנבו, 2009). מנגד, נקבע כי כאשר התפקוד ההורי סביב הקטינים תקין והקטינים יצאו נשכרים ממשמורת משותפת, אך נותר מתח בין ההורים, יכולים הם להיעזר במתאם הורי, ראו על כך: (ראשל"צ) 26751/09 תמ"ש (ראשל"צ) 26751/09 **נ.ל. נ' ע.ל.** (פורסם בנבו, 2013). באופן דומה הסתפק בית המשפט בציפייה לתקשורת סבירה שתלך ותשתפר לאחר ההכרעה השיפוטית תוך מתן הדרכה לשני ההורים לתיאום הורי, ראו על כך: תמ"ש (ראשל"צ) 7856-02-10 **ש.א. נ' ס.י.א.** (פורסם בנבו, 2012).

72 ראו על כך בהתאמה: תיק רבני (ב"ש) 120850-19 **פלונני נ' פלונית** (18.7.2017); תיק רבני (גדול) 1142916/1 **פלונני נ' פלונית** (ללא תאריך), www.dintora.org/assets/files/84051544698094.pdf.

73 כך הוא המצב בארצות הברית ובשונה מכך באוסטרליה ובדנמרק, בדומה לישראל, נהוג להפריד בין המשמורת המשפטית המשותפת שאינה בהכרח מצריכה משמורת פיזית משותפת או למצער שווה. ראו על כך: פרלמן (לעיל, הערה 37) בעמ' 1, 11, 13, 17. חוסר

דוח ועדת שניט, עולה בקנה אחד עם המודל הנורמטיבי שאציע לקמן בפרק ד של המאמר, מודל השיקוף, שאף הוא מצדד בשיתוף הורי כזה, אם כי בהיקף משתנה, לאור מידת השקעתו של ההורה בילדו במהלך חיי הנישואין ולמצער השיתוף הזוגי.

2. חזקת ההורה המטפל העיקרי

חזקה זו מצדדת בכך שטובת הילד הינה שיהיה במשמורת ההורה ששימש במהלך חיי הנישואין וקודם לגירושין כמטפל העיקרי בו, שהשקיע השקעה רבה יותר בביצוע החובות ההוריות השונות וממילא יצר עימו את הקשר ההורי המיטבי. קולות שנשמעו בארצות הברית כבר בשנות השמונים של המאה הקודמת מנו את מעלותיה של חזקת ההורה המטפל העיקרי. ואכן, תובנה זו מצאה את ביטוייה בפסיקות של בתי המשפט האמריקאיים החל מאמצע שנות התשעים, ומאוחר יותר אף בחקיקה מדינתית שם.⁷⁴ באופן דומה, קריאה להמיר את חזקת הגיל הרך בחזקת ההורה המטפל העיקרי ניתן למצוא בארץ בכתביה של דפנה הקר.⁷⁵ במחקר סוציולוגי מקיף שכתבה בשנת 2008, בד בבד עם חברותה בוועדת שניט שבה כתבה את אחת מחוות דעת המיעוט, קראה לבטל את חזקת הגיל הרך ותחתיה לקבוע את חזקת ההורה המטפל העיקרי. צידוד בחזקה זו רלוונטי עוד יותר, לדידה של הקר, בייחוד במקרים של כיבוד הסכמי משמורת משותפת שנחתמו בין ההורים המתגרשים או על פי תביעת האם.⁷⁶ במאמר

הבחנה זה הינו עיקר הביקורת במאמר, שכל עניינו הינו העמידה על ההבדל המהותי הנוהג בפרקטיקה המשפטית בארץ ובחו"ל בעניין זה. ראו על כך: הקר והלפרין-קדרי (לעיל, הערה 36) בעיקר בחלק השלישי של המאמר. לחידודה של הבחנה זו, ראו גם: הלפרין-קדרי ואח' (לעיל, הערה 2) בעמ' 1236-1237.

74 ראו על כך למשל: Richard Neely, "The Primary Caretaker Parent Rule: Child Custody", 3 *Yale L. & Pol'y Rev.* (1984) 168 Marcia O'Kelly, ; and the Dynamics of Greed", 63 *Blessing the Tie That Binds: Preference for the Primary Caretaker as Custodian*, 63 *Cochran; N.D. L. Rev.* (1987) 481 (לעיל, הערה 28) בעמ' 440-452 מונה את מעלותיו השונות של המודל – שמירה על קשרי הורים-ילדים, קידום ודאות, הדבר עולה בקנה אחד עם ניטרליות מגדרית והאינטרסים השונים של הילד. לקביעה האחרונה ראו: Gaia Bernstein & Zvi H. Triger, "Over-Parenting", 44 *UC Davis L. Rev.* (2011) 1221, p.1242.

75 בין פסקי הדין המנחים שניתנו על פי המודל, ראו למשל: *Lamb v. Wenning*, 600 N.E.2d (Ind. 1992); 96 (N.D. 1989); 438 N.W.2d 170 (Roen v. Roen). בין המדינות שאימצו מודל זה בחקיקתן ניתן למנות את: (c) 9:2-4 Ann. § 26.09.187(3)(a)(i) (West, 2007); Wash. Rev. Code N.J. Stat. Ann. § 26.09.187(3)(a)(i) (West, 2007).

76 ראו על כך: הקר (לעיל, הערה 36) בעמ' 277.

77 מסקנה העולה בקנה אחד עם כתיבתה המוקדמת יותר, ראו: דפנה הקר (לעיל, הערה 62) בעמ' 727. על הקריאה להמיר את חזקת הגיל הרך בחזקת ההורה המטפל העיקרי חזרה היא גם במאמר נוסף שלה, מה נשתנה השנה? (לעיל, הערה 12) בעמ' 305. לביקורת על

משותף שפרסמה חמש שנים מאוחר יותר עם רות הלפרין-קדרי, ביססו שתיהן את ביקורתה של הקר על מסקנותיה הסופיות של ועדת שניט, תוך שהן מונות אחד לאחד את הפגמים במסקנות הוועדה ותחתייהם מונות את מעלותיה של חזקת ההורה המטפל העיקרי.⁷⁷ ואכן, ניתן למצוא בספרות המחקר, לפחות בחו"ל, ספרות ענפה המצדדת בקביעת מודל המשמורת המועדף על בסיס חזקת ההורה המטפל העיקרי, כזה שקיים קשר קבוע ומתמשך, ולא רק קשר מזדמן ובלתי רציף, עם הילד קודם לגירושין. מגמה זו ניתן למצוא גם במדינות המשפט המקובל, שאט אט החלו לעבור בהדרגה לאימוץ מודל זה, מי בחקיקה ומי בפסיקה.⁷⁸

מעלותיו של מודל זה מבחינת טובת הילד ברורות, שהרי הוא יהיה בקשר רציף שבו יוכל להמשיך לשמר ולקיים את קשריו הטובים עם הדמות ההורית הדומיננטית בחייו עד לפירוד של הוריו. בכך ייחנה הוא מהיציבות והקביעות הגלומות בקביעה זו, דבר העשוי לשמש לו עוגן רגשי, משמעותי וחשוב בסערת הגירושין שהתרגשה על המשפחה. טובת הילד נשכרת באופן ברור כאשר ההורה העיקרי, העשוי לא אחת להיות גם ההורה המיטבי לילד במהלך חיי הנישואין, ימשיך לשמש בעבורו כדמות המרכזית בחייו לאחר הפירוד. יודגש כי חזקת ההורה העיקרי מתיימרת לקבוע את ההורה הדומיננטי, הכולט והמשפיע ביותר על הילד עד לגירושין, ואילו ההורה המיטבי הוא מי שנחזה להיות ההורה הטוב ביותר לקביעת משמורת הילד בחזקתו.⁷⁹ לבסוף, אמת מידה ברורה זו, בשונה מאמות מידה עמומות ואמורפיות כדוגמת טובת הילד, תקצר ואולי אף תיתר את

הפרקטיקה הנוהגת, שלפיה התנגדות האם למשמורת המשותפת תסכל בהכרח אפשרות זו, ראו: מזא"ה ומירון (לעיל, הערה 64) בעמ' 138–139. על המחקרים הפסיכולוגיים העדכניים, בשונה מהמיושנים, המעניקים מקום רב יותר לאבות בחיי ילדיהם, ראו: מיזלס (לעיל, הערה 40) בעמ' 522, 543–544.

77 ראו על כך: הקר והלפרין-קדרי (לעיל, הערה 36). למסקנות ועדת שניט, ראו: משרד המשפטים – דין וחשבון הוועדה הציבורית לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין (2011).

78 לסקירת ההסדר האנגלי בנוגע להסדרתה של סוגיית מזונות ילדים בהקשר של ההורה המטפל העיקרי, ראו: עניין פלוני (לעיל, הערה 10) בפס' 111 לחוות הדעת של כב' השופט פוגלמן. כן ראו בהתאמה בהקשר של המשפט האמריקאי והאוסטרלי בספרות המובאת לעיל בהערה 74; Rachael Field, "Equality Based Provisions of the Family Law Act and the Invisibility of Women", 15 *Queensland U. Tech. L.J.* (1999) 93.

79 ה"הורה המיטבי", למרות היותו ביטוי כה טריוויאלי, הינו ייחודי למאמר זה ואינו נמצא כלל בפסיקה הענפה של בית המשפט. גם בספרות המחקר ניתן למוצאו, למיטב בדיקתי, רק במאמר ערגה קפולניק, יונתן אנסון ווורד סלונים-נבו, "פרדה וגירושין: הסתגלות רגשית והסתגלות הורית", *ביטחון סוציאלי* 101 (תשע"ז) 41, בעמ' 72.

ההתדיינות המשפטית מצד בן הזוג שאינו המטפל העיקרי של הילד, עניין שמעלותיו ברורות ומרכזיות להמשך ההתפתחות התקינה של הילד בעיתות משבר.⁸⁰ מבחינה ציבורית, למודל זה יש יתרון רב-חשיבות באפשרות להכיר בגבר ולא באישה כמטפל העיקרי בילד. בכך, המודל מאפשר להתמודד עם אי-השוויון שנוצר בין גברים לנשים טרם הגירושין, שעליו עמדתי בהרחבה בפתח מאמרי. הוא מאפשר גם לגברים להמשיך ולמלא את חלקם בחיי הילד בהלימה אחת, והוא גם מאפשר שהאב ולא האם ייקבע כהורה המשמורן המרכזי לאחר הפירוד, דבר העשוי להתמודד עם אי-השוויון המגדרי ולהעשיר את המנעד של מבני המשמורת ההורית לאחר הגירושין. נוסף על כך, האישה, שכרוב המקרים הינה המטפלת העיקרית בילדים, תהיה נתונה פחות ללחץ וסחיטה במשא ומתן לקראת הגירושין, שכן ברירת המחדל הינה שהמשמורת של הילדים תיוותר בחזקתה, אם כי הדבר עלול להעצים דווקא את הסחטנות הגברית-כלכלית בנוגע לקבלת גט האישה.⁸¹

ואולם, גם לפתחו של מודל זה מוצבים קשיים לא מבוטלים. ראשית, מודל זה מניח במשתמע הנחת עבודה שלפיה בכל משפחה יש הורה מטפל עיקרי. ואולם, טענה זו נסתרת גם אמפירית וגם ערכית, שכן אין מקום להנחה שלפיה בכל משפחה אחד ההורים, לרוב הגבר, התרשל במהלך חיי הנישואים במילוי חובותיו ההוריות ביחס להורה שהינו המטפל העיקרי.⁸² שנית, יש חשש שגברים יילחמו על קבלת המשמורת המשותפת גם במקום שאינם הורים מיטיבים לילד ופעמים אף אלימים, וכל זאת בשל היותם בעמדת מיקוח טובה יותר במסגרת המשא ומתן לקראת הגירושין ובשם הרצון למזער את היקף חובתם בתשלום מזונות הילדים.⁸³ שלישית, בכוחו של המודל לבחון בכלים משפטיים

80 לתמיכה מחקרית ביתרונות אלו, ראו שפע המקורות המובאים אצל מייזלס (לעיל, הערה 40) בעמ' 548–549. על החקיקה בוויירג'יניה המערבית ועל היותה המדינה הראשונה בארצות הברית לקבוע בחקיקה לפני שנת 2002 חזקה זו, ראו בהתאמה: W. Va. Code. Ann. 48-9-206 (Michie, 1999). Bartlett ; (לעיל, הערה 63) בעמ' 16. למעבר ממשמורת אם יחידנית לחזקת ההורה המטפל העיקרי במשפט האמריקאי, ראו: Mary Ann Mason & Ann Quirk, "Are Mothers Losing Custody?: Read My Lips: Trends in Judicial Decision Making in Custody Disputes: 1920, 1960, 1990 and 1995", 31 *Fam. L.Q.* (1997) 215, p.224.

81 הקר (לעיל, הערה 36) בעמ' 277-278. לדעה החולקת, ראו על כך בהתאמה באופן כללי ובהקשר של נשוא דיוננו: בנימין שמואלי, "מי רוצה לקנות את הגט שלי? הבטים משפטיים וכלכליים של סחירות (COMMODIFICATION) הזכות להתגרש", **מחקרי משפט** לא (תשע"ז) 107; זפרן (לעיל, הערה 24) בעמ' 306–307. על הצורך להציב גבולות חוזיים ואתיים ברורים להסכמות הזוגיות שאליהן מגיעים זוגות המבקשים להתגרש בבתי הדין הרבניים, ראו בהתאמה: Yehezkel Margalit, *Bargaining in the Shadow of Get*; *Refusal: How Modern Contract Doctrines Can Alleviate This Problem* (טרם פורסם); ריבלין (לעיל, הערה 15).

82 ראו על כך: הקר (לעיל, הערה 36) בעמ' 728.

83 ראו על כך: שם, בעמ' 729; Lenore J. Weitzman, *The Divorce Revolution – The Unexpected Social and Economic Consequences for Women and Children in America*

פשוטים ונוחים את מה שהפרופסיה המשפטית רגילה לעשות – לבדוק עובדתית מיהו ההורה שבילה את מרבית הזמן עם הילד.⁸⁴ ואולם, המדובר במאפיין טכני בלבד, ואין ביכולתם של בתי המשפט לבחון את איכות הקשר וטיבו, שברור שהינו מהותי ומשמעותי הרבה יותר.⁸⁵

לא למותר לציין שמודל זה לא התקבל עד כה בארץ, והוא נזכר בצורה מצומצמת ביותר בפסיקה.⁸⁶ מכאן הצורך העז במציאת מודל חלופי, שייתן אמת מידה ברורה לקביעה מיטבית של משמורת הילדים, מחד גיסא אגב שמירתן של טובת הילד וזכויותיו השונות, ומאידך גיסא בצורה צודקת והוגנת, כלפי ההורים, בהתאם לתפקוד ההורי שלהם בפועל. לאחר שסקרתי בפרק זה את שתי ההצעות המרכזיות להמרתה של חזקת הגיל הרך, אעבור להלן להצעתו של המודל הנורמטיבי המיטבי הראוי לדעתי.

ד. הצעת המודל הנורמטיבי – מודל השיקוף

מודל זה הובא בידי אליזבת סקוט (Elizabeth S. Scott) במסגרת מאמר שאותו פרסמה בשנת 1992.⁸⁷ המודל מבקש להקנות אמות מידה פשוטות ונוחות ככלי ישים ויעיל

310–318 pp. (1985); הקר (לעיל, הערה 12) בעמ' 307 ה"ש 58; הקר והלפרין-קדרי (לעיל, הערה 36) בעמ' 157 ה"ש 268. על תפיסת המשמורת המשותפת באופן כללי ככזו המחלישה את האישה, ראו: בוגוש (לעיל, הערה 66), בעמ' 347.

84 ראו למשל: Bartlett (להלן, הערה 96) בעמ' 25.

85 ראו למשל: Jo-Ellen Paradise, "The Disparity Between Men and Women in Custody: Disputes: Is Joint Custody the Answer to Everyone's Problems", 72, *St. John's L. Rev.* 517 (2012). לסקירה מלאה יותר של הביקורת על אודות המודל בארצות הברית ובארץ ראו Paul L. Smith, "The Primary Caretaker Presumption: Have We Been Presuming Too Much?", 75 *Ind. L. J.* (2000) 731, pp. 739–745 ("the primary caretaker presumption is sexist entrenches gender stereotypes; is difficult for judges to apply; grants judges too much discretion; does not necessarily place the child with the better 'unimpeded patterns of litigation,') 495–452 בעמ' Crippen; parent") an imprecise definition of caretaking, broad interpretations of exceptions to the (40 הערה, לעיל, הערה 40) בעמ' 552–551.

86 ראו על כך באזכור המודל בפסקי הדין הבאים בלבד: עניין פלוני (לעיל, הערה 10) בפס' 136, 111 לחוות דעת כב' השופט פוגלמן ובפס' 52 לחוות דעת כב' השופטת ברק-ארז; עניין ס.ג. נ' ע.ג. (לעיל, הערה 59) בפס' 225; עניין הקטינה מ.ו.ב. נ' האם (לעיל, הערה 51); תמ"ש (י-ם) 3481-09 א.ק. נ' ל.ק. (פורסם בנבו, 2011); רמ"ש (י-ם) 9081-11-16 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 2017).

87 Scott (לעיל, הערה 24). ליישום ראשוני שלו בארץ, ראו: זפרן (לעיל, הערה 24) בעמ' 305–303. לדיון במודל זה והערכתו ראו אצל: Don R. Ash, "Current Trends in Tennessee Family Law: Bridge Over Troubled Water: Changing the Custody Law in

לקביעת היקפה של משמורת ילדים לאחר פרידת הוריהם, דבר שבאופן מובהק עשוי להקטין את היקף הסכסוך ההורי סביב משמורת הילדים ולקצרו. לאור מודל זה, בהתאם להיקף הזמן שהורה השקיע בילדו או בילה עימו לפני הגירושין, הוא ימשיך לעשות כן גם לאחר הפרידה, ביחס שווה. ממילא אם הורה מסוים, האב או האם, מילא את עיקר התפקוד ההורי קודם לגירושין, בשיקוף בקירוב הוא ימשיך לעשות כן תוך קביעתו כהורה המרכזי לילד לאחר הגירושין. במילים אחרות, הטיפול המרכזי בילד ימסר להורה שמילא תפקיד מרכזי בגידול הילד ושהה במחיצתו שעות רבות יותר, ובהלימה עם מידת השקעה זו ייגזר ההיקף לאחר פרידת ההורים או גירושיהם.⁸⁸ כך, על רקע הקריסה ואי-ההתאמה של יתר המודלים המסורתיים שהוצעו בספרות המחקר, כדוגמת משמורת אם, משמורת משותפת ועקרון טובת הילד, ניתן להציע מודל שוויוני וא-מגדרי המבקש לשקף את העבר בבואו לקבוע את דפוס המשמורת המיטבית.

בשל הקושי העז הטבוע בקביעת טובת הילד, מחד גיסא, ובכירור של העדפות ההורים האמיתיות ולא אלו הנטענות במסגרת המשא ומתן לגירושין, מאידך גיסא, אין כל ספק שהסתמכות על העבר מסייעת לבית המשפט לקבוע את היקף המשמורת הטובה ביותר בנסיבות העניין. הואיל ואין חכם כבעל הניסיון, יש לראות בהתנהלות ההורית לפני הפירוד והגירושין את השתקפותם של רצונותיהם וכוונותיהם האמיתיים כלפי הילד בשעתוק היקפה של המשמורת שלהם בפועל לזו העתידית.⁸⁹ באופן דומה, ניתן להניח שהילד התרגל זה מכבר לדפוס המסוים של היקף מילוין של החובות ההוריות, וממילא המשך קיומו עולה בקנה אחד עם טובתו. בתקופה של בוקה ומבולקה משפחתית, כאשר הקבוע, הרגיל והמוכר כבר אינם מנת חלקו של הילד עם גירושי הוריו, המשך קיומו של דפוס ההורות המוכר לו עולה בקנה אחד עם טובתו ושמירת זכויותיו השונות, בניסיון ליצור מקסימום של יציבות, הגנתיות והמשכיות בחייו. מודל זה אינו בלעדי ואקסקלוסיבי כמודל הקובע את אחד ההורים בלבד כהורה משמורן, אלא מבקש להמשיך ולשמר את הקשר שרקם הילד עם שני הוריו לפני גירושיהם וגם לאחריהם, בבחינת מה שהיה הוא שיהיה. בכך, המודל מאפשר גם לגברים להמשיך ולמלא את

David D. Meyer, "What ;Tennessee", 27 U. Mem. L. Rev. (1997) 769, pp. 796–797
 Constitutional Law Can Learn from the ALI Principles of Family Dissolution", 2001
 BYU L. Rev. (2001) 1075, pp. 1089 n.67, 1099 n.113
 Karen Czapanisky, "Interdependencies, Families, and :ראו: "interdependency theory"
 Children", 39 Santa Clara L. Rev. (1999) 957, pp. 972–973

88 זפרן (לעיל, הערה 24) בעמ' 303 וראו בשפע המקורות המובאים שם על ידיה.

89 למניית הגורמים השונים המובילים הורים לדרוש דפוס משמורת שאינו מתאים להם בשל שיקולים טקטיים בלבד, ראו: Scott (לעיל, הערה 24) בעמ' 625–632.

חלקם בחיי הילד בהלימה אחת עם היקף מילוי חובותיהם האבהיים במהלך חיי הזוגיות עם אם הילד.⁹⁰

מחקרים שונים מלמדים כי לא זו בלבד שגירושין פוגעים בקשר של הילדים עם כל אחד מהוריהם לאורך ימים ושנים, אלא הדבר פוגע בייחוד בקשר עם האבות. על רקע מחקרים אלה, ספרות המחקר הפסיכולוגית של השנים האחרונות הולכת ונותנת משקל גדול יותר להמשך קיומו של הקשר ההורי של הילד עם שני הוריו, לשם שמירה על רווחתו הנפשית של הילד.⁹¹ כך למשל, לאורו של מחקר מטה-אנליזה שבחן את תוצאות 40 מחקרים נקבע בצורה נחרצת כי משמורת משותפת ששני ההורים שותפים לה מביאה לתוצאות חיוביות יותר אצל ילדים בכל הגילאים, וזאת במישור הרגשי, ההתנהגותי ובריאות הנפש. הדברים נכונים כל עוד אין היסטוריה של אלימות או כאשר הילדים אינם אוהבים את אביהם או אינם מסתדרים עימו. וכך סוכם מחקר זה:

Overall the children in shared parenting families had better outcomes on measures of emotional, behavioral, and psychological well-being, as well as better physical health and better relationships with their fathers and their mothers, benefits that remained even when there were high levels of conflict between their parents.⁹²

גם מחקר קודם ומקיף שבחן את רווחתם של ילדים לאחר גירושין הוריהם בקרב 944 משפחות העלה מסקנה דומה, שלפיה כאשר ההורים משתפים פעולה ביניהם, הילדים סובלים פחות מבעיות התנהגות ונוטים לפתח קשר אמיץ יותר גם עם אביהם.⁹³ אין זה פלא אפוא שתובנה זו מכה שורשים גם במשפט המשווה, עד שבכמה מדינות נקבעה אף חזקה שלפיה המשמורת צריכה להיות משותפת, אלא אם כן יש נסיבות אחרות המלמדות על הצורך לסטות מברירת מחדל זו.⁹⁴

90 ראו על כך בהתאמה: שם.

91 ראו על כך בהתאמה ולמשל במחקר העדכני ביותר בארץ: Marco Albertini & Anna Garriga, "The Effect of Divorce on Parent-Child Contacts: Evidence on Two Declining Effect Hypotheses", 13 *European Societies* (2011) 257; Matthijs Kalmijn, "Long-Term Effects of Divorce on Parent-Child Relationships: Within-Family Comparisons of Fathers and Mothers", 29 *European Sociological Review* (2013) 888; דניאל גוטליב, "טובת ילדים לאחר גירושין: תמורות חברתיות ומשפטיות", **פסיכואקטואליה** (2018) 48, בעמ' 51–52.

92 Linda Nielsen, "Shared Physical Custody: Summary of 40 Studies on Outcomes for Children", 55 *J. of Divorce & Remarriage* (2014) 613.

93 ראו על כך: Paul R. Amato et al., "Reconsidering the 'Good Divorce'", 60(5) *Fam. Relations* (2011) 511.

94 ראו על כך בסקירה של המשפט המשווה לפני יותר מחצי עשור בחלק ממדינות ארצות הברית, אוסטרליה, דנמרק, המובאת אצל: פרלמן (לעיל, הערה 37) בעמ' 1, 13–14, 16–17, 19.

לדעתי, מודל השיקוף שונה בשניים מחזקת ההורה המטפל העיקרי, וסבורני כי בכך ניתן לראות גם שניים מיתרונותיו המרכזיים ביותר: הראשון, בעוד החזקה האחרונה מפקיעה בהכרח את המשמורת של ההורה האחר (שכן היא מאפשרת לילד להיות במשמורת המשפטית של ההורה העיקרי בלבד), מודל השיקוף מאפשר את המשך הקשר המשפטי עם שני הוריו גם יחד. מכאן נובע היתרון השני, והוא שמודל השיקוף מאפשר להתמודד עם אי-השוויון ה"מסורתי" הקיים בין גברים לנשים עם גירושיהם, ומאפשר לשני ההורים גם יחד להמשיך ולמלא את חלקם בחיי הילד. נוסף על כך, גם ההורה האחר, האב או האם, ייהנה מזכויות הוריות שונות, אם כי ייאלץ להסתפק בזכויות הוריות חלקיות בלבד, בהתאם למידת השקעתו בילד קודם לגירושיהם. כמו כן, בעוד על פי חזקת ההורה המטפל העיקרי הופך להיות ההורה המשמורן הפיזי היחיד וממילא ההורה האחר הינו בעל זכויות ביקור בלבד, במודל השיקוף, כאמור, גם ההורה האחר ממשיך לשאת בזכויות הוריות שונות ונרחבות יותר.

פחות מעשר שנים לאחר שהוצע לראשונה המודל, הוא אומץ בהמלצות ה־American Law Institute (להלן ה־ALI).⁹⁵ הפרויקט השאפתני של ה־ALI התחיל בשנת 1989 ועבר מספר רב של שלבים ודוחות. מטרתו המרכזית הייתה לפתח סטנדרטים שיספקו תוצאות בטוחות, מהירות וודאיות יותר כאשר משפחות מתפרקות.⁹⁶ פרויקט זה זכה לדברי מלומדים להיות הניסיון הגורף והשאפתני ביותר לעריכת רפורמה בדיני המשפחה ברבע המאה לפני כתיבתו, והוא מתיימר לדון מחדש בשאלות המהותיות ביותר שיש בדיני המשפחה בהקשר של גירושין, ידועים בציבור, זוגיות חד־מינית והורות. ההמלצות אומצו בשנת 2000 ופורסמו בקול תרועה רמה בשנת 2002, וקהל היעד שלהן היה הן מחוקקים והן הרשות השופטת.⁹⁷ לצד מדינות שונות בארצות הברית,⁹⁸ אפשר למצוא כמה קריאות נוספות מסביב לעולם לאמץ מודל ייחודי זה כמודל

95 Robert F. (לעיל, הערה 24). לסקירת המודל כפי שהוצע בהמלצות אלו, ראו למשל: Robert F. Kelly & Shawn L. Ward, "Allocating Custodial Responsibilities At Divorce: Social Science Research and the American Law Institute's Approximation Rule", 40 *Fam. Ct. Rev.* (2002) 350.

96 Katharine T. Bartlett, "Preference, Presumption, ראו: Predisposition, and Common Sense: From Traditional Custody Doctrines to the American Law Institute's Family Dissolution Project", 36 *Fam. L.Q.* (2002) 11, pp.11-12.

97 Michael R. Clisham & Robin F. Wilson, "American Law Institute's ראו על כך: Principles of the Law of Family Dissolution, Eight Years After Adoption: Guiding Principles or Obligatory Footnote?", 42 *Fam. L.Q.* (2008) 573. לביקורת והערכת יישומו של מודל זה ב־ALI, ראו: ALI (לעיל, הערה 24) בעמ' 574-575.

98 Michael Abramowicz & Sarah ראו בעיקר: Michael Abramowicz, "Bifurcating Settlements", 86 *The Geo. Wash. L. Rev.* (2018) 376, 400-401; Michael Lanci, "In the Child's Best Interests? Rethinking Consideration of

המיטבי להסדרת דפוס של משמורת ילדים.⁹⁹ כבר בשנת 2011, במסגרת מחקר מקיף שכתבתי, קראתי לאמץ מודל זה גם בארץ והציתי על כך שדוח הביניים של ועדת שניט העניק לפרמטר מילוי החובות ההוריות עדיפות משנית לחלוטין;¹⁰⁰ לאחר מכן ניתן למצוא קריאה ראשונית שכזו גם אצל רות זפרן, שביקשה לאמץ את מודל השיקוף כמודל הראוי בעיניה להמיר את חזקת הגיל הרך.¹⁰¹

יודגש כי זפרן מציגה את המודל בקצרה בלבד, אך ורק כמענה אפשרי לבעייתיות המרכזית שעליה היא עומדת במאמרה, העוסק, כעולה מכותרתו, בקשיים הכרוכים בחוות הדעת שמספקים העובדים הסוציאליים בכל הקשור לקביעתו של דפוס משמורת הילדים. הואיל והקביעה המקובלת כיום של טובת הילד היא שתכתוב במשמורת של מי מהוריו יהיה הילד לאחר גירושיהם, יש הסתמכות רבה, רבה מדי, על חוות דעת מקצועיות אלו.¹⁰² כדי לצמצם את הבעייתיות הקיימת שבמסגרתה נדרשת המערכת השיפוטית לעזרתה של המערכת הסוציאלית-מקצועית, זפרן מציעה לאמץ את מודל השיקוף, שמעצם טיבו משקף בצורה טכנית פשוטה ונוחה את היקף המשמורת שיקבל כל הורה כשיקוף של המצב שהיה קיים קודם לגירושיו. בכך, לדידה, המודל מסיט את הדיון והוויכוח המר שבין ההורים משאלת המהות – מיהו ההורה המיטיב יותר עם הילד מבחינת טובתו – לשאלה הטכנית – מיהו ההורה שמילא את צרכיו השונים של הילד ובילה עימו היקף שעות רב יותר. קביעה טכנית כזו תיתר את הצורך להישען על חוות דעת מקצועיות, שאת פגמיהן מנו המלומדים זפרן וברשק.¹⁰³ בשונה ממחקר זה, מאמרי

; Physical Disability in Child Custody Disputes", 118 *Colum. L. Rev.* (2018) 875
Caulley (לעיל, הערה 39) בעמ' 429–432.

99 לסקירה עדכנית של קבלת המודל בראי המשפט המשווה, ראו למשל: Philip Marcus, "Parental Responsibilities: Reformulating the Paradigm for Parent-Child Relationships Part 2: Who Has Responsibilities to Children and What are These Responsibilities?", 14(2) *Journal of Child Custody* (2017) 106
"Rights and Professional Practice: How to Understand Their Interconnection", *Human Rights in Child Protection* (Asgeir Falch-Eriksen & Elisabeth Backe-Hansen eds, 2018) pp. 39, 49–53.

100 ועדת שניט (לעיל, הערה 20) בפס' 3.1.9.3 לדוח הביניים וכן בסעיף 9(ב)(6) להצעת תיקון פרק ב' של חוק הכשרות המשפטית.

101 ראו על כך: זפרן (לעיל, הערה 24) בעמ' 303–305. כן ראו את סקירת המודל המובא בתמציות אצל: הקר והלפרין-קדרי (לעיל, הערה 36) בעמ' 166 ואצל: ליאור ברשק, "כבוד האדם בבית המשפט למשפחה: ביקורות נוספות על חוות הדעת המקצועיות", *דין ודברים* יב (תשע"ט) 71, בעמ' 129–130.

102 לבעייתיות אינהרנטית זו ראו שוב לאחרונה בלבד: ברשק, שם.

103 יפה לענייננו קביעתה הבאה זפרן (לעיל, הערה 24) בעמ' 302: "הפעלת המודל המוצע תספק מענה, כך אני מאמינה, גם לקושי הטמון כיום בשימוש בחוות הדעת מקצועיות, שכן היא תצמצם במידה רבה את הצורך להסתייע בהן במסגרת עיצובם של הסדרי חלוקת האחריות ההורית או למצער תשנה באופן מהותי את תפקידן".

מבקש לחזק ולבסס את מודל השיקוף על אדני חוזה היחס, שלהשקפתי מציל את המודל מהקשיים השונים שהושמעו נגדו בספרות המשפטית והכללית ושאותם אסקור בפסקאות הסמוכות.

למודל זה יש ללא ספק מספר לא מבוטל של יתרונות. ראשית, טובת הילד וזכויותיו השונות נשמרות בצורה המיטבית. ספרות ענפה נכתבה בחו"ל ובארץ על הצורך העז שלא להותיר את בתי המשפט עם סטנדרטים בלתי מוגדרים בדמות טובת הילד. הדברים אמורים באופן כללי בכל הקשר שבו על השופט להכריע מהי טובת הילד המסוים הניצב לפניו, והדברים בוודאי אמורים בהקשר של דיונו, שבו התא המשפחתי מתפרק ויש לקבל החלטות קשות ביותר בשאלה למי תינתן משמורתם של הילדים. בשונה מכך, במודל זה אנו ממירים את הדוקטרינה הכללית והקשה לניבוי של טובת הילד בהעדפות והנחות שבתי המשפט יכולים לבחון אותן בקלות לאור התנהגות ההורים קודם לגירושין, תוכנות העשויות למקסם בצורה בטוחה וודאית יותר את טובת הילד.¹⁰⁴

בכך גם נשמרות טובת הילד וזכויותיו, שהרי אם ייוותר במשמורת ההורה שהיה הדמות המרכזית והמשמעותית בחייו מבחינת היקף ההשקעה האיכותית, ולא דווקא הזמנית-כמותית, שהשקיע בו לפני הגירושין, הרי, שמחד גיסא, ההמשכיות והרצף בחיי הילד יישמרו, ומאידך גיסא, הטלטלה שיחווה לרגל פרידת הוריו תהיה פחותה בצורה ניכרת.¹⁰⁵ נוסף על כך, כלי העזר המרכזי המקובל כיום במספר רב של מדינות הינו עקרון טובת הילד.¹⁰⁶ ואולם, בדומה לביקורתה הנ"ל של זפרן, בחינה שיפוטית של עיקרון זה מצריכה את בתי המשפט להסתמך באופן נרחב על חוות דעת מקצועיות של אנשי מקצוע. הבעיה בכך היא שהדבר מצריך הסתמכות יתר על הפרופסיה הטיפולית המקצועית, וזאת במקום שבו הבסיס המדעי לעריכת הערכות אלו נתון במחלוקת רבתי בין המלומדים. מודל השיקוף פוטר את הצורך והקושי הנעוצים בהסתמכות רבה מדי על ידע מדעי, שלא אחת אינו עדכני או מוסכם.¹⁰⁷

104 ראו על כך: Scott (לעיל, הערה 24) בעמ' 637–638; Bartlett 2 (לעיל, הערה 96) בעמ' Marygold S. Melli, "The American Law Institute Principles of Family; 12 Dissolution, the Approximation Rule and Shared-Parenting", 25 N. Ill. U. L. Rev. 347, pp. 353–354 (2005).

105 ראו על כך: Czapskiy (לעיל, הערה 87) בעמ' 973.
106 על מרכזיותו של עיקרון זה ברובן המכריע של מדינות העולם, ראו בעיקר בספרות המחקר המנחה הבאה בהקשר של קביעת משמורת הילדים: Henry H. Foster, "Adoption and Child Custody: Best Interests of the Child", 22 Buff. L. Rev. (1972) 1; Andrea Charlow, "Awarding Custody: The Best Interests of the Child and Other Fictions", 5 Yale L. & Pol'y Rev. (1987) 267; Claire Breen, *The Standard of the Best Interests of the Child: A Western Tradition in International and Comparative Law* (2002).

107 ראו על כך: 1, "When Noble Aspirations Fail: Why We Need the Approximation Rule", Shelley A. Riggs, "Is the Approximation Rule in the Child Dev. Perspect. (2007) 129 Child's Best Interests? A Critique from the Perspective of Attachment Theory", 43

שנית, מודל זה עשוי לתמרץ הורים למלא את חובותיהם ההוריות כלפי הילד במהלך חיי הנישואין, וזאת בהתאם לכישורים שלהם ולא בהתאם למגדר שלהם, מתוך ידיעה שפעולה זו עשויה לסייע להם למלא את חובתם גם לאחר פרידתם מבני זוגם. במילים אחרות, גם גבר יכול בהחלט לשמש כהורה מיטבי לילד, וממילא אם ישקיע זמן, אמצעים ומאמצים ויטפל בילד במהלך הזוגיות, הוא עשוי להמשיך וליהנות מכך גם לאחר הפרידה, וזאת בשונה מתוצאות יישומה של חזקת הגיל הרך. הדברים אמורים באופן כללי, ובייחוד כאשר בני הזוג כבר צופים פני גירושין. מלומדי משפט לא מעטים טוענים שבאופן כללי ניתן לראות קונצנזוס סביב התובנה שדאגת הורה לילדו נובעת בראש ובראשונה מכוח חיוב/ציווי מוסרי גרידא. תובנה זו היא מושכלות ראשוניות ברוב המדינות בארצות הברית ומחוצה להן.¹⁰⁸ ואולם, המחקר הסוציולוגי-אמפירי של דיני המשפחה מלמד שהטבע האנושי מורכב יותר; לא אחת הורים אינם ממלאים את חובתם הטבעית והמוסרית כלפי ילדם, ולא תמיד הקשר הרגשי המבטיח הגנה על הצאצאים נובע מהיסוד הגנטי ועובדת ההולדה. בדרך כלל הקשר הביולוגי אכן יוצר בסיס חזק למחויבות רגשית לטובת הילד, אך ודאי שלא ניתן לבסס את חובת ההורים כלפי ילדם על בסיס סבירות כזאת בלא ודאות, והדברים אמורים בייחוד בזמן שלאחר גירושין ההורים והתפרקות המשפחה.¹⁰⁹ יש לפיכך משנה חשיבות למודל המוצע על ידיי בהמרצת ההורים למלא את מלוא חובתם ההורית כלפי ילדם גם, ובייחוד, לאחר הפירוד. יש מתאם הגיוני בין מילוי החובות ההוריות ובין פיתוח רווחה אצל הילד, דבר העולה בקנה אחד עם הרצון הכללי של החברה לכבד בחירות שהורים עושים בנוגע לילדיהם.¹¹⁰ וכך, קביעת היקפה של משמורת ההורה לאחר גירושין מבין זוגו בהתאם להיקף ההשקעה שלו בילד לפני הפרידה עשויה להוסיף נדבך יעיל מאוד להליך קביעת המשמורת בצורה מיטבית מהתשקופת (פרספקטיבה) של הילד. ההורה שהוכיח את עצמו זה מכבר כהורה המסור והדואג במהלך חיי הזוגיות, יוכל להמשיך ולעשות זאת גם לאחר הפרידה, דבר שבוודאי עולה בקנה אחד עם טובת הילד ושמירת זכויותיו השונות. נוסף על כך, מודל זה ישים וצודק גם מנקודת מבטם של ההורים ברמת המיקרו, ומבחינת השוויון המגדרי ברמת המיקרו, בהקשר החשוב של מתן אפשרות לשני ההורים, בייחוד

481 *Family Court Rev.* (2005); זפרן (לעיל, הערה 24) בעמ' 287–295; הקר והלפרין-קדרי (לעיל, הערה 36) בעמ' 119–121.

108 זאת מסקנת המחקר: Jane C. Murphy, "Rules, Responsibility and Commitment to Children: The New Language of Morality in Family Law", 60 *U. Pitt. L. Rev.* (1999) 1111, pp. 1195–1197, 1127–1130, 1204.

109 ראו על כך בהרחבה לאחרונה בלבד: Yehezkel Margalit, *Determining Legal Parentage: Between Family Law and Contract Law* (2019) pp. 79–82.

110 ראו על כך: Bartlett (לעיל, הערה 63) בעמ' 52; Czapaniskiy (לעיל, הערה 87) בעמ' 976; Bartlett (לעיל, הערה 96) בעמ' 18.

לאב, להישאר מעורבים בגידול הילד גם לאחר הגירושין. בכך ניתנת אפשרות נרחבת יותר של משמורת משפטית משותפת, בלא לדחוק מהמשך תמונת ההורות את ההורה האחר למעמד הנמוך יותר של בעל זכויות ביקור בלבד.¹¹¹ הדבר שונה, כאמור, ממודל חזקת ההורה המטפל העיקרי, שהינו בינארי ובבחינת הכול או כלום, שהרי רק הורה אחד יכול להיות עיקרי עבור הילד, וממילא ההורה האחר יוצא, ברמה כלשהי, מהמשך תמונת ההורות ביחס להורה העיקרי.¹¹² הדבר עשוי, בוודאי במציאות הישראלית, להחריף את הקונפליקט ההורי.¹¹³

שלישית, המודל מדרבן שיתוף פעולה והגעה להסכמה בין ההורים, חרף גירושיהם, וזאת כנגד המציאות הלעומתית שבה נמצאות יתר השיטות המנסות להכריע על פי עקרון טובת הילד בשאלה מי מן ההורים יקבל את המשמורת על הילד. בכך משפר המודל את התוצאות ההרסניות לילד בעקבות חשיפתו לסכסוך ההורי המתמשך בעניינו.¹¹⁴

רביעית, המודל אינו מבקש לכפות על ההורים בצורה פטרנליסטית את מודל המשמורת הראוי בעיני המחקר, תוך ביטול הפלורליזם הקיים כיום בדיני המשפחה בנוגע למבני הזוגיות וההורות הקיימים לפני פרידת ההורים ואחריה. המודל מאפשר להורים את המשך קיומו של דפוס הזוגיות וההורות האינדיווידואלי שבו בחרו לגדל את ילדיהם, אגב עידוד עדין לארגון מחדש של תפקידי ההורים בכיוונה של הרפורמה הרצויה בידי המשפט.¹¹⁵

חמישית, וגם ברמה הפרקטית, יתרונותיו השונים של המודל בולטים בהיותו חשוף פחות לקשיים השונים הניצבים לפתחם של מודלים אחרים, כגון: חוסר יציבות בקשר בין ההורים וקושי ביישום הסדר המשמורת במצב של רמת קונפליקט גבוהה בין ההורים

111 ראו על כך: Melli (לעיל, הערה 104); Margaret F. Brinig, "Feminism and Child Custody under Chapter Two of the American Law Institute's Principles of the Law of Family Dissolution", 9 *Duke J. Gender L. & Pol'y* (2001) 304, p.304; שם, Czapanskiy, בעמ' 977-976. על החשיבות של האב בחיי ילדיו בראי השיח הפסיכולוגי העכשווי, ראו: הקר והלפרין-קדרי (לעיל, הערה 36) בעמ' 116-119.

112 ראו על כך: Scott (לעיל, הערה 24) בעמ' 638; Ash (לעיל, הערה 87) בעמ' 796.

113 ראו על כך: הקר והלפרין-קדרי (לעיל, הערה 36) בעמ' 99 ה"ש 31 ובהפניות השונות המובאות שם.

114 לבעייתיות זו, ראו המקורות המובאים אצל זפרן (לעיל, הערה 24) בעמ' 306 ה"ש 188.

115 לשתי מעלות אלו, ראו בהתאמה: Scott (לעיל, הערה 24) בעמ' 619, 641-643, 671-672. לשלוש מעלות מרכזיות, בייחוד על רקע המציאות הייחודית של דיני המשפחה בישראל, ראו: זפרן (לעיל, הערה 24) בעמ' 303-305. להרחבה על אודות המעלה האחרונה, ראו: Katharine T. Bartlett, "Child Custody in the 21st Century: How the American Law Institute Proposes to Achieve Predictability and Still Protect the Individual Child's Best Interests", 35 *Willamette L. Rev.* (1999) 467, pp. 482-483 (לעיל, הערה 87) בעמ' 1099. על היות המודל מהיר, פשוט וקל ליישום ולכך בכוחו לקצר באופן ניכר את היקף הסכסוך ההורי על אודות משמורת ילדם והתמשכותו, ראו: Riggs (לעיל, הערה 107). על היות המודל זרז למניעת חוסר כבוד ועזרה מצד ההורה האחד למשנהו, ראו: Czapanskiy (לעיל, הערה 87) בעמ' 973-974.

או מרחק גיאוגרפי בין מקומות המגורים שלהם. קשיים אלו הם בעיקר מנת חלקו של המודל המצדד במשמורת משותפת, שם חלוקת הזמנים שוויונית ולפיכך מעבר הילד בין שני בתי הוריו נעשה בתדירות גבוהה, משום שהילד נדרש להחליף מספר רב של פעמים, ולעיתים אף פעמים מספר בשבוע, את מקום מגוריו למגורי אחד מהוריו. בשונה מכך, בהקשר של המודל דנן, ייתכן מאוד שמדובר יהיה בסופו של דבר במשמורת של הורה אחד בלבד. למצער, לוגית וסטטיסטית, החלוקה של זמני המשמורת על פי רוב לא תהיה שווה בשווה,¹¹⁶ ולכן הקשיים של מעבר הילד מהורה משמורן אחד לאחר יהיו קלים יותר וממילא יפחת הקושי ליישום המודל. סביר להניח שאם מדובר במשמורת של הורה אחד, או למצער כאשר הילד שווה רוב הזמן רק אצל אחד מהוריו, מספר הפעמים שיעזוב מקום מגורים זה קטן באופן יחסי.

מודל זה יכול לבחון גם את איכות הזמן שבו ההורה שימש הלכה למעשה כהורה בפועל של הילד ולא רק את היקפו. זהו קריטריון חשוב מאוד, שעמדתי עליו לעיל.¹¹⁷ לדעתי, בנדון דנן, לא נכונה האמירה שלפיה "כמות עושה איכות",¹¹⁸ ולכן יתרונו של המודל נעוץ ביכולתו להתחקות באופן מעמיק אחר מערכת היחסים בין הילד ובין הוריו. בעוד חזקת ההורה המטפל העיקרי עשויה לתת משקל רב יותר להיבט הכמותי של מילויים הטכני של צורכי הילד, המודל נשוא דיוננו יכול לבחון את הדברים בצורה מעמיקה ויסודית יותר. בין היתר, מדובר באיתורו של ההורה הממלא בצורה איכותית ומיטבית את חובותיו כלפי הילד וקושר עימו קשרי אהבה וחיבה, דבר העולה בקנה אחד עם טובת הילד ושמירת זכויותיו. קביעה טכנית גרידא של היקף שעות עשויה לא אחת לחטוא לאמת, למשל כאשר ההורה המיטבי לילד אינו יכול להשקיע את אותה כמות השעות שמשקיע ההורה האחר. ראו לדוגמה זוג שבו הורה זה משמש בתפקיד תובעני, הגוול ממנו שעות רבות מחוץ לבית, ואילו ההורה האחר עובד בעבודה המאפשרת לו גמישות והימצאות שעות רבות יותר בבית עם הילד. ללא כל ספק, יש להעדיף את האיכות של הקשר שהצליח ההורה המיטבי לקשור עם הילד חרף מיעוט השעות שהיה בידיו להשקיע בילד על פני הכמות הרבה של השעות שההורה המיטבי פחות בילה במחיצת הילד.¹¹⁹

116 כפי שקובע נחרצות מחקרה של הילה מלר-שלו (לעיל, הערה 32), אם כי לפני למעלה מעשור.

117 ראו את דיוני לעיל בתת הפרק ג.2. בטקסט הסמוך להערה 85.

118 לביטוי זה בספרות המחקר ובפסיקה, ראו למשל: רונן מנדלקרן, "הפוליטיקה של הפרטה חלקית של שירותים חברתיים בישראל: המקרה של מעונות לאנשים עם פיגור שכלי", **ביטחון סוציאלי** 90 (תשע"ג) 121, בעמ' 126; שמואל בכר ומשה גלברד, "חוק החוזים האחדים: עיון מחודש בעקבות תיקוניו", **חוקים** ה' (2013) 19, בעמ' 36 ה"ש 55; בג"ץ 5016/96 **חורב נ' שר התחבורה**, פ"ד נא(4) 1, בעמ' 146 (1997).

119 אני מודה מקרב לב לדרך שניט, שסייע לי רבות בחידודו של עניין זה.

ולבסוף, לדידי, היקף המחלוקת העשויה להתגלות בין ההורים בדבר הזמן המדויק שהשקיע כל אחד מהם בילד טרם הגירושין מצומצם ביחס לבחינת השאלה מיהו ההורה המטפל העיקרי או בחינתה של טובת הילד בהקשר של משמורת משותפת. טובת הילד הינה דוקטרינה בלתי מוגדרת וקשה מאוד לקביעה באופן כללי, בדומה לקושי לקבוע את ההורה המיטבי לילד,¹²⁰ קביעה שבהכרח תפקיע את זכות ההורה האחר להיות אף הוא ההורה המשמורן. בשונה מכך, לדעתי, קביעת היקפה של ההשקעה של כל הורה בילד, כאשר ברוב המקרים ימשיכו שני ההורים לשמש כהורים משמורנים הינה דרמטית פחות ותמשוך פחות אש משני ההורים. אשר על כן, החששות להתארכות ההתדיינות באורח ניכר, הטלת עומס על מערכת המשפט או הפגיעה האפשרית בטובת הילד אמורים להיות זניחים יותר, ומכאן תימוכין נוספים לכדאיות מודל זה לעומת המודלים האחרים המוצעים.¹²¹

מאידך גיסא, למודל זה יש גם כמה בעיות לא פשוטות שעמן עליו להתמודד. ראשית, בספרות המחקר ניתן למצוא כתיבה ענפה על אודות בעיית ה"הורות האינטנסיבית" (intensive parenting), שהינה הקדשת זמן מרבית, פעמים אף מוגזמת, למקסום יכולותיו של הילד ומימוש מלוא הפוטנציאל שלו.¹²² המלומדים ברנשטיין וטריגר עומדים במאמר שהקדישו לנושא "הורות-היתר" (over-parenting) על כך שמבלי משים, המשפט כבר ממלא תפקיד מרכזי ביותר בשינוי הדרמטי שיש כיום לפרקטיקה של גידול הילדים.¹²³ אם בעבר ההנעה (המוטיבציה) המרכזית של ההורות הייתה דאגה כנה ואמיתית לטובת הילד, כיום הורות-יתר באה לידי ביטוי, בין היתר, בכך שהמשפט, הן בחקיקה והן בפסיקה, יוצר בסכסוכי משמורת נורמות של הורות אינטנסיבית, דבר

120 על הקשיים והאתגרים של קביעת טובת הילד, ראו למשל: יחזקאל מרגלית, "על קביעת הורות משפטית בהסכמה כמענה לאתגרי קביעת ההורות המשפטית בעת החדשה", **דין ודברים** ו (תשע"ב) 553, בעמ' 586–587.

121 ראו על כך בספרות שאזכרה לעיל לאורכו של תת-פרק זה בטקסט הערות 87–117.

122 ראו על בעיה זו בספרות המחקר המנחה הבאה: Glenda Wall, "Mothers' Experiences With Intensive Parenting and Brain Development Discourse", 33(3) *Women's Studies International Forum* (2010) 253; Fiona Shirani et al., "Meeting the Challenges of Intensive Parenting Culture: Gender, Risk Management and the Moral Parent", 46(1) *Sociology* (2011) 25; Charlotte Faircloth, "Intensive Parenting and the Expansion of Parenting", in *Parenting Culture Studies* (Charlotte Faircloth et al., eds., 2014) 25.

123 Trigger & Bernstein (לעיל, הערה 74). ליישום בארץ של תובנה זו, ראו למשל: נילי קרקור-אייל, "אתוס ההולדה בתביעות מיילדות וגניקולוגיה", **ספר אליהו מצא: קובץ מאמרים לכבודו של השופט אליהו מצא המשנה לנשיא בית המשפט העליון בדימוס** (אהרן ברק ואח' – עורכים, 2015) 847, בעמ' 861 ה"ש 78; בנימין שמואלי, "בין רייטינג לזכויות הילד, בין סופר נני, בית ספר למוסיקה ומאסטר שף ילדים ל-Kid Nation: אסדרת השתתפותם של ילדים בתכניות מציאות (ראליטי)", **דין ודברים** ח (תשע"ח) 491, בעמ' 523–524; שלי קרייצר לוי, "שיתוף במגורים: המקרה של ילדים בגירים המתגוררים עם הוריהם", **מחקרי משפט** ל (תשע"ו) 591, בעמ' 630 ה"ש 158.

העלול בסופו של דבר להתגלות כהורות-יתר. המדובר בהצפת הילד בשיחות טלפון או מסרונים, יצירת קשר מוגזם עם מורי הילד ומחנכיו, רישום ההורה כמי שמביא את הילד לבית הספר ולחוגים השונים שלו והחזרתו מהם ודאגה להשאיר כל "טביעת אצבע" אפשרית כדי ליצור את הרושם כאילו מדובר בהורה דאוג, שרק הילד בראש דאגותיו. הדברים אמורים בהקשר של דיונונו כאשר בתי המשפט בוחנים, בין היתר לאור מודל השיקוף, את היקף ההשקעה ההורית בילד קודם לגירושין כדי לקבוע את דמות ההורה המשמורן לאחר הגירושין ואת היקף המשמורת שלו על הילד.¹²⁴

שנית, המודל משעתק את המצב שהיה קיים קודם לגירושין ומשליך אותו על דפוס המשמורת שתהיה לאחר הגירושין. ואולם, לא אחת יכול כל אחד מבני הזוג, בעיקר הגבר בהינתן העובדה הרווחת שפעמים רבות ההורה המרכזי בפועל הינה האם,¹²⁵ להחליט בעת גירושיו שהוא מבקש לשנות את דפוס ההורות שלו כלפי ילדו ולהשקיע בו זמן, משאבים ותשומת לב רבים יותר. יוצא שהמודל אולי צופה היטב פני עבר, אך במקרה זה עשוי לחטוא ביכולתו המדויקת לצפות את פני העתיד, העשוי להשתנות בלא שהדבר יבוא לידי ביטוי בהיקף המשמורת של אותו הורה.¹²⁶

124 רסקירה של בעיות נוספות הניצבות לפתחו של מודל זה ראו למשל: Richard A. Warshak, "Punching the Parenting Time Clock: The Approximation Rule, Social Science, and the Baseball Bat Kids", 45 *Fam. Ct. Rev.* (2007) 600 (מנקודת המבט של מחקר התפתחות הילד – מודל זה לא ימקסם את טובת הילד, הוא קשה ליישום ונתפס כמוטה מגדר, הוא יוצר מיקוד חדש למאבקים בין ההורים, ממעיט בערך של תרומה משמעותית אך לא מוחשית של ההורה לילד ונותן תת-הערכה לתרומת ההורים לטובת ילדם ועוד); Richard A. Warshak, "Parenting By the Clock: The Best-Interest-of-the-Child Standard, Judicial Discretion, and the American Law Institute's Approximation Rule", 41 *U. Balt. L. Rev.* (2011) 83, pp. 162–163 (המודל אינו קיצור דרך מקובל לקביעת טובת הילד, אין כל הוכחה לכך ששיקוף של השקעת העבר של ההורה בילד יצמצם את היקף ההתדיינות בין ההורים על המשמורת וחשיפת הילד לקונפליקט זה, יש משתנים מהימנים יותר שעליהם צריכים שופטים לסמוך); Richard A. Warshak, "The Approximation Rule, Child Development Research, and Children's Best Interests After Divorce", 1(2) *Child Dev. Perspect.* (2007) 119 (אין כל הוכחה לכך שהשקעה בעבר בילד תהפוך את ההורה למיטיב יותר עימו. יש לבחון קשת רחבה יותר של מדדים. תחת המודל יש לאמץ באופן נרחב יותר קריטריונים אחידים לקביעת טובת הילד ורפורמות המעוררות פתרון אינדיבידואלי ולא אדוורסרי של סכסוכי משמורת); Michael E. Lamb, "The 'Approximation Rule': Another Proposed Reform That Misses the Target", 1(2) *Child Dev. Perspect.* (2007) 135 (המודל מחליף בטעות את החשיבות של כמות הזמן שהורה השקיע בילדו בהתחייבות הורית ומחמיץ את הקשיים הטבועים בכימותם של היבטים חשובים אחרים של מעורבות הורית וחשיבות העניין לילד). למענה חלקי להשגותיו של Warshak, ראו: O'Connell (לעיל, הערה 107).

125 ראו על כך: הילה מלר-שלו (לעיל, הערה 32).

126 ראו על כך: Czapanaskiy (לעיל, הערה 87) בעמ' 974; Neely (לעיל, הערה 74) בעמ' 186. לביקורות נוספות, ראו: זפרן (לעיל, הערה 24) בעמ' 306–307.

כשלעצמי, סבורני שרבים יתרונותיו של מודל זה על פני חסרונותיו הנטענים. הדברים אמורים בייחוד בהשוואת מודל זה למודלים אחרים, על חסרונותיהם ופגמיהם, שאותם סקרתי לעיל בפרק הקודם. יתר על כן, גם החסרונות השונים של מודל זה אינם כה חזקים וחד־משמעיים. אעמוד על כך בהרחבה בפרק ו של המאמר, שבו אציע את יישומו הראוי, לדעתי, של מודל השיקוף הלכה למעשה, זאת, בין היתר, לאור מודל חוזה היחס, שאותו אסקור בהרחבה להלן בתת־הפרק ה.2.

בשולי הדברים יצוין שלאור שינוי החקיקה משנת 2014 בארץ, שקבע כחובה את ההליך להגשת בקשה ליישוב סכסוך, יש דיווחים שלפיהם זוגות רבים שמתגרשים מצליחים להגיע לפתרונות מוסכמים ביניהם, דבר המייתר את הצורך לפנות לערכאות בעניין.¹²⁷ הליך זה מבורך מאוד לכשעצמו, שכן הדבר עולה בקנה אחד היטב עם טובת הילד ושמירת זכויותיו השונות. זאת שכן, בין היתר, ההליך הינו קצר יותר וטעון פחות בסכסוכים ובמריבות בין ההורים, מה שמאפשר יישומם בפועל של ההסכמה ההורית הראשונית לאורך ימים ושנים. לטעמי, הדבר מתאים מאוד למודל השיקוף, המבקש אף הוא, רצוי מאוד בהסכמה שתושג מחוץ לכותלי בית המשפט, לקבוע את שני ההורים של הילד כמי שימשיכו להיות הוריו המשפטיים, ולא רק את אחד מהם. קביעה זו דורשת תכנון ענייני ושקול לתקופת זמן לא מבוטלת, ולמצער עד הגיע הילד לבגרות. במשפחה, בייחוד בתקופה המודרנית, יש ריבוי של שינויי נסיבות ותרשישים בתוכה ומחוצה לה, שאותם ההורים לא תמיד הביאו בחשבון במועד הסכמתם על אודות דפוס משמורת ילדיהם, בשל קשיים קוגניטיביים שונים. יש אפוא צורך במנגנון גמיש, יעיל וקל ליישום, בדמות חוזה היחס שיאפשר התמודדות מושכלת עם אתגרים לא מבוטלים אלו.

ראשית דבר, אסקור בקצרה את המודל הנורמטיבי של קביעת הורות משפטית בהסכמה ואת הגיון בסטטוס ההורות, שהמודל מאפשר אותו במהלך חיי השיתוף הזוגי. גיון זה מצדד בביטול הבינאריות הקיימת כיום בסטטוס ההורות המשפטית, כך שלא יהיה עוד בבחינת "הכול או לא כלום" וינתן אך ורק לשני הורים הטרוסקסואלים. הגיון יאפשר מספר גדול יותר של דמויות הוריות, שכל אחת מהן לא בהכרח תקבל את מלוא

¹²⁷ ראו על כך בהתאמה: חוק להסדר התדיינות בסכסוכי משפחה (הוראת שעה), התשע"ה–2014, ס"ח 116; גוטליב (לעיל, הערה 91). בתחילת אפריל 2019 פרסם משרד המשפטים את תזכיר החוק להסדר התדיינות בסכסוכי משפחה, התשע"ט–2019, תוך שהוא מבקש לקבל את תשומות הציבור בעניין. לנוסחו ראו באתר המרשתת: https://www.nevo.co.il/law_html/Law11/45067.htm. בדברי ההסבר שם מובא כי הניסיון המוכח במדינות רבות ברחבי העולם מלמד עד כמה מנגנון ליישוב סכסוכים משפחתיים בהסכמה מצמצם את הצורך להיזקק לערכאות המשפטיות, דבר המאפשר לצדדים לממש באופן הדדי את הרצונות והאינטרסים שלהם. לחיבור של הפרופסיות המשפטיות והטיפוליות בתחום חד־ישן זה, ראו: מלר־שלו (לעיל, הערה 22). לתיעוד בארץ ובעולם של האחוזה הגבוהים מאוד שבהם מסתיימים סכסוכי גירושין בהסכמה, ראו לאחרונה: ריבלין (לעיל, הערה 15) בעמ' 337–338 ובשפע המקורות המובאים שם על ידיו.

אגד החובות והזכויות של סטטוס זה וזאת בלא כל קשר למגדר שלהם, נטייתם המינית או מעמדם האישי כנשואים. בכך אבקש להניח את התשתית התאורטית לטענתי שהבניית מודל השיקוף על יסוד תאוריית חוזה היחס תיתן בידינו כלים להתמודד נכונה עם חסרונותיו הנטענים של המודל.

ה. התשתית התאורטית למודל השיקוף

1. קביעת הורות משפטית בהסכמה

במחקר קודם ומקיף שלי ובסדרת מאמרים שכתבתי בעקבותיו עמדתי על מרכזיותו של יסוד הכוונה, הרצון וההסכמה להפוך להיות להורה משפטי, במודל שאותו כיניתי "קביעת הורות משפטית בהסכמה"¹²⁸. זהו גורם מרכזי ומשמעותי ביותר האמור לכונן, לדעתי, את ההורות במופעיה השונים, בראש ובראשונה בהולדת ילדים באמצעות טיפולי הפוריות השונים. הורות הסכמית היא הכרה משפטית, לעת הזו שיפוטית בלבד, בהורותו של פרט מסוים כהורה משפטי לילד מכוח כוונתו, רצונו והסכמתו בלבד, העשויה להכיר בסטטוס ההורות המשפטית כבר עובר ללידת הילד.¹²⁹ במחקריי השונים ביקשתי להתמודד עם התובנה המשפטית-חברתית הנהוגה וההבנות המושמעות בדין הקיים, המתנגדות לקביעת ההורות המשפטית בהסכמה הן במישור הנורמטיבי והן במישור הפוזיטיבי. מבחינה נורמטיבית, להשקפתי, יש להכיר באפשרות נוספת, לגיטימית וחשובה לרכישת ההורות המשפטית: קביעתה בהסכמה. טענתי הייתה שהמודל הנורמטיבי המוצע על ידי הוא המודל הגמיש, הצודק והנוח ביותר ליישום בדילמות השונות בנוגע לקביעת ההורות המשפטית, וייתכן שאף בלידת ילד כדרך כל הארץ. סבורני שאת ניצניו הראשונים של יישום מודל זה ניתן למצוא כבר היום בחקיקה,¹³⁰ בפסיקה ובמחקר.

¹²⁸ ראו על כך בהתאמה: מרגלית – עבודת דוקטורט (לעיל, הערה 23) וביתר המחקרים הנזכרים לאורכו של מאמר זה, שעליהם ניתן להוסיף את יחזקאל מרגלית, "הורות משפטית מן הדין ומן הצדק – גבולותיו הנורמטיביים הראויים של צו ההורות הפסיקתי", **משפטים** מז (תשע"ח) 113; Yehezkel Margalit & John Loike, "The New Frontier of Advanced ; 113 Reproductive Technology: Reevaluating Modern Legal Parenthood", 37 *Harv. J.L. & Gender* (2014) 107; Yehezkel Margalit, "From Baby M to Baby M(anji): Regulating International Surrogacy Agreements", 24(1) *JL & Pol'y* (2016) 41, pp. 59–62 (להלן: (Margalit).

¹²⁹ עוד על ההורות ההסכמית, ראו: מרגלית (לעיל, הערה 120); יחזקאל מרגלית, "ככה לא בונים הורות הסכמית", **המשפט ברשת: זכויות אדם – מבוקי הארות פסיקה** 46 (2015) 5.

¹³⁰ להוראות חקיקתיות המכירות בקביעת ההורות המשפטית בהסכמה והמאפשרות להעביר את ההורות המשפטית לידי הורים לא ביולוגיים המבקשים להיות מוכרים כהורים משפטיים של הילד באימוץ, תרומת זרע, תרומת ביצית ו"פונדקאות", ראו בהתאמה: סעיף

מלומדים שונים בארץ ובעולם¹³¹ עמדו על מקומה של הכוונה וההסכמה לשמש כהורה משפטי כמכוננות את ההורות המשפטית בהסכמה בדומה למודל הנורמטיבי שאני מציע.¹³² באופן דומה, הדוקטרינה של קביעת הורות משפטית בהסכמה מחלחלת את אט לפסיקות השונות של בתי המשפט, לרבות אלה של בית המשפט העליון.¹³³ מן

16 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981, ס"ח 293; סעיף 32 לתזכיר חוק בנקי הזרע, התשע"ז-2016. התזכיר נמצא, נכון לכתיבת שורות אלו, בהכנה להפיכתו להצעת חוק; סעיף 42(א) לחוק תרומת ביציות, התש"ע-2010, ס"ח 2242; סעיף 11-13 לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילד), התשנ"ה-1996, ס"ח 176.

131 ראו בין היתר: Anne Reichman Schiff, "Arising from the Dead: Challenges of Posthumous Procreation", 75 *N.C. L. Rev.* (1997) 901; Gloria J. Banks, "Traditional Concepts and Nontraditional Conceptions: Social Security Survivor's Benefits for Posthumously Conceived Children", 32 *Loy. L.A. L. Rev.* (1999) 251; Amanda Horner, "I Consented to Do What?: Posthumous Children and the Consent to Parent After-Death", 33 *S. Ill. U. L. J.* (2008) 157; Raymond C. O'Brien, "The Momentum of Posthumous Conception: A Model Act", 25 *J. Contemp. Health L. & Pol'y* (2009) 332, pp. 371-375; Morgan Kirkland Wood, "It Takes a Village: Considering the Other Interests at Stake When Extending Inheritance Rights to Posthumously Conceived Children", 44 *Ga. L. Rev.* (2010) 873; Benjamin C. Carpenter, "A Chip Off the Old Iceblock: How Cryopreservation Has Changed Estate Law, Why Attempts to Address the Issue Have Fallen Short, and How to Fix It", 21 *Cornell J. L. & Pub. Pol'y* (2011) 347, p.429; Jane Marie Lewis, "New-Age Babies and Age-Old Laws: The Need for an Intent-Based Approach in Tennessee to Preserve Parent-Child Succession for Children of Assisted Reproductive Technology", 43 *U. Mem. L. Rev.* (2012) 479; Brooke Shemer, "Estate Planning for the Posthumously Conceived Child: A Blueprint for the Sperm Donor", 42 *U. Balt. L. Rev.* (2012) 181.

132 ראו על כך, בין היתר, אמנון בן-דרור, **אימוץ ופונדקאות** (תשנ"ד) בעמ' 294; כרמל שלר, **דיני פוריות וזכות הפרט להיות הורה**, **מעמד האשה בחברה ובמשפט** (פרנסס רדאי ואח' – עורכות, תשנ"ה) בעמ' 503, 515-523; יעל ויילר, **"האם הפונדקאית והשינויים בתפיסת ההורות: פיצול – הפשטה – איון"**, **אסיא טו (א-ב)** (התשנ"ז) 141, בעמ' 155-163, 165, 168; מיכאל קוריןאלדי, **דיני אישים, משפחה וירושה בין דת למדינה: מגמות חדשות** (תשס"ד) בעמ' 52 ובעמ' 85-102 לאפשרות להכיר באבהות חוקית של בעלה של הנזרעת; יוסי גרין, **פרו ורבו' בעידן המודרני: משפט והלכה** (תשס"ח) בעמ' 217-218.

133 ראו למשל: תמ"ש (ראשל"צ) 58503-05-16 **פלוגית נ' אלמונית** (פורסם בנבו, 2018); בג"ץ 781/15 **ארד-פנקס נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים** (פורסם בנבו, 2017); תמ"ש (ת"א) 28398-10-12 **נ.ש נ' ק.ש** (פורסם בנבו, 2016); אמ"ץ (ת"א) 245-01-14 **ס.א.א. נ' היועמ"ש**, בפס' 9 (פורסם בנבו, 2014); תמ"ש (ת"א) 21182-04-13 **א.ל.נ' היועמ"ש** (פורסם בנבו, 2014); בג"ץ 566/11 **ממט מגד נ' משרד הפנים פ"ד סו** (3) 493 (2014); תמ"ש (ת"א) 35043-06-12 **אלמוני נ' היועמ"ש** (פורסם בנבו, 2013); תה"ס (ת"א) 855-10-13 **פלוגי נ' פולטורצקי** (פורסם בנבו, 2013); בג"ץ 5020/08 **פולטורצקי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 2013) (להלן: **עניין פולטורצקי**); תמ"ש (ת"א) 21910-02-10 **פלוגית נ' אלמונית** (פורסם בנבו, 2013) (להלן: **עניין פלוגית נ' אלמונית**), והשוו עמ"ש (מחוזי

המקובץ ניתן להסיק כי קביעת הורות משפטית בהסכמה היא דרך לגיטימית וחשובה הן כמודל עצמאי והן כתוספת והשלמה למודלים אחרים המשמשים בדין הקיים.¹³⁴ לפיכך, כל מי שהתכוון, רצה והסכים לשמש הורה משפטי של הילד זכאי לממש את זכותו זו, ואסור למדינה להערים קשיים על נגישותו של פרט זה לטיפול הפוריות. דווקא רצונו וכוונתו הראשוניים להפוך בדרך זו להורה של הילד הם המצדיקים יותר מכול את זכותו לפיריון ולהורות. בשולי הדברים יצוין כי זכות זו, לדעתי, עשויה להיות אף חזקה יותר מאשר זו הנתונה לבני זוג נשואים, שהביאו ילד לאוויר העולם לא אחת בלא כל כוונה ורצון, ולדידם מדובר בלא פחות מהיריון, וייתכן שאף ילד "לא רצוי". אם כן, לאור מודל נורמטיבי זה, כאשר המדובר במי שהוליד את ילדו באמצעות טיפול פוריות, שם הכוונה, ההסכמה והרצון הראשוני לשמש כהורה משפטי של הילד ברורים וחזקים יותר, יש משנה חשיבות לעגן את ההכרה בו כהורה המשפטי של הילד ולתת לכך ביטוי משפטי. בסיומו של תת-פרק זה, וקודם שאכנס לדיון בפרטי מודל חוזה היחס והאופן שבו ניתן ליישמו בהקשר של הורים וילדים בייחוד לשם קביעת משמורתם, ראשית דבר, עלי לחדד ולהבהיר את היות הסדרה חוזית זו, לדעתי, בבחינת חוזה לטובת צד שלישי – הקטין. חוזה כזה מוסדר חקיקתית בסעיפים 34–38, המהווים את פרק ד לחוק החוזים.¹³⁵ לצורך דיוני אסתפק בציטוט סעיף 34, הרלוונטי ביותר לענייננו – "חוב שבתחייב אדם בחוזה לטובת מי שאינו צד לחוזה (להלן – המוטב) מקנה למוטב את הזכות לדרוש את קיום החיוב, אם משתמעת מן החוזה כוונה להקנות לו זכות זו".¹³⁶ במילים אחרות, הקטין יוכל, בבוא היום, לדרוש את קיום החוזה בעצמו או באמצעות הוריו, שהינם האפוטרופוסים הטבעיים שלו. לדידי, סעיף זה הינו תיקוף נוסף להצעתי הנורמטיבית, שלפיה יש לראות בחוזה היחס את המודל הטוב ביותר להסדרת קביעתה של משמורת הילדים לעת פרידת הוריהם, שכן הילדים הינם בבחינת צד שלישי, שהרי חוזה זה נכרת בין הוריהם ואין הם צד ישיר לו.

ב"ש (59993-07-13 פלונית נ' פלונית (פורסם בנבו, 2014); תמ"ש (ב"ש) 50399-12-12 א. מ.י. נ' פלונית (פורסם בנבו, 2013).

¹³⁴ ראו על כך: מרגלית (לעיל, הערה 129). לסקירה עדכנית של קביעת ההורות המשפטית בישראל, ראו לאחרונה: שרשבסקי וקורניאלדי (לעיל, הערה 69) בעמ' 749–1013.

¹³⁵ חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, ס"ח 694. לדיון אקדמי בחוזה לטובת צד שלישי, ראו למשל: נילי כהן, "חוזה לטובת אדם שלישי", חוזים (כרך ג, הניאל פרידמן ונילי כהן – עורכים, תשס"ד) בעמ' 93–225; גבריאלה שלו, דיני חוזים – החלק הכללי (תשס"ה) בעמ' 573–613.

¹³⁶ לדיון בסעיף זה ראו למשל: נילי כהן, "דין חוזים ודין ערבות", עיוני משפט ז (תשל"ט-תש"ס) 225, בעמ' 227; דרורה פלפל, "חוזה לטובת צד שלישי – על פי חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973", הפרקליט לג (תשמ"א) 222, בעמ' 223; יצחק עמית, "עסקת קומבינציה – מבט על זכותו של רוכש דירה", הפרקליט לח (תשמ"ח-תשמ"ט) 598, בעמ' 610.

לאור לשונו הברורה של הסעיף, חוזה שכזה מקנה להם, כמוטבי הזכות, את זכותם לדרוש את קיום החיוב ההורי כלפיהם. הבחנה קרובה בין האפשרות שהילדים הם מוטבי הזכות החוזית של הסכמת הוריהם לבין האפשרות שהם בעלי דין ישירים ניתן למצוא בפרקטיקה שהתפתחה בשנים האחרונות על ידי בית המשפט העליון, שלפיה לא ניתן לכרוך כל תביעת מזונות ילדים ישירה בתביעת גירושין המתנהלת בפני בית הדין הרבני. הדבר עומד כנגד לשונו הברורה של המחוקק, שקבע באופן גורף, לכאורה, שניתן לכרוך תביעה שכזו. וזו לשון סעיף החוק: "הוגשה לבית דין רבני תביעת גירושין בין יהודים, אם על ידי האשה ואם על ידי האיש, יהא לבית דין רבני שיפוט ייחודי בכל ענין הכרוך בתביעת הגירושין, לרבות מזונות לאשה וילדי הזוג".¹³⁷ כל שניתן לכרוך בתביעת מזונות שכזו הוא אך תביעה להשבת מזונות עבר בין בני הזוג, שלא שולמו כנדרש. ואולם, תביעת מזונות עצמאית של הילדים לא ניתן לדרוש בבית הדין הרבני, שכן הילדים צריכים להיות בעלי זכות תביעה עצמאית ולא מוטבי הזכות החוזית של הסכם הגירושין של הוריהם, שהסדיר, בין היתר, גם את תשלום מזונות הילדים.¹³⁸

ואכן, יצחק כהן עמד במאמרו על המתח שבין היות הילד עצמאי ואוטונומי לדרוש את מלוא זכויותיו השונות (חרף הסכמת הוריו הראשונית בעניינו) ובין הרצון לעודד את הוריו לסיים בהסכמה את נישואיהם וגם עמד על הערך של "חוזים צריך לקיים" ו"סופיות הדיון".¹³⁹ לדידו, המדובר בלא פחות מאשר פיתוחה של חזקה משפטית של ממש בדמות "חזקת הזנחת אינטרס הקטין" על ידי המערכת האזרחית, וזאת כדי "לגנוב סוסים" מבית הדין הרבני. הוא סבור שזוהי חזקה פיקטיבית לחלוטין, המצריכה החלת זכויות נוספות שאינן מן העניין בשל מעמדו העצמאי של הילד. לדידו מדובר אפוא בפגיעה קשה מאוד בביטחון החוזי ובסופיות הדיון, בצד ערכים נוספים כדוגמת בזבוז זמן שיפוטי, החרפת המתח בין הערכאה האזרחית והדתית וכן הנצחת המאבקים ההוריים בשם טובת הילד, כביכול. אני מסכים עם הבעייתיות המועלית במאמר, ולדידי אין צורך בהמצאה פיקטיבית כזו, שכן גם בלא ביצור מעמדו העצמאי של הקטין יכול

137 סעיף 3 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953, ס"ח 134. תפיסה גורפת שכזו של סמכות השיפוט מיישמים בתי הדין הרבניים גם כיום, חרף הבג"צים השונים שניתנו בעניין. ראו על כך למשל: (רבני) תיק מס' 818062/5 הדין והדין 40, עמ' 10 (טרם פורסם, 23.3.2015).

138 לכל עניין זה, ראו: בר"ע 120/69 שרגאי נ' שרגאי, פ"ד כג(2) 171 (1969); דנג"ץ 6454/14 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 2014); בג"ץ 5796/19 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי בתל אביב (פורסם בנבו, 2019); בע"מ 7628/17 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 2019).

139 יצחק כהן, "מעמדו העצמאי של הקטין בדיני המשפחה – תהליכים, מגמות ודרכים לאיזון מחודש", משפטים מא (תשע"א) 255.

ורשאי הוא לתבוע את מלוא הזכויות המגיעות לו מהוריו, לאור היותו המוטב של ההסכמה הראשונית, שהינה חוזה לטובת צד ג.¹⁴⁰

הואיל ואין כל ספק שאכן מדובר ברצון ההורים המשותף להקנות להם זכויות וחובות הוריות במסגרת הסכמה זו, כל שנותר להורים להסכים ביניהם הוא על אודות היקף חלוקתה של האחריות ההורית ביניהם במילוי צורכיהם הרגשיים והפיסקליים של ילדיהם.¹⁴¹ יודגש כי תיקוף חוזי זה לאחריות ההורים נוסף על החובה החוקית הקבוצה בחוק, שלפיה הורה משפטי של הילד חייב לו, בין היתר, בדאגה "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". לצד זאת, הקטין "חייב, תוך כיבוד אב ואם, לציית להוריו בכל ענין הנתון לאפטרופסותם".¹⁴² הדברים אמורים כמובן בין שההורים נשואים ובין שהם פרודים וגרושים. תיקוף נוסף זה רצוי ביותר, שכן הוא מחזק באמצעות קונסטרוקציה חוזית את האחריות והמחויבות ההוריות שיש להורים במילוי חובותיהם ההוריות כלפי ילדם, הקבוצות גם כך בחוק הכשרות המשפטית. בכך נמצאות זכויות הילד וטובתו מבוצרות ומשומרות גם בתשקופת (פרספקטיבה) חוזית ולא רק חוקית, מכוח מערכת היחסים של הורים וילדים.¹⁴³

140 טיעוני עולה היטב בקנה אחד עם הפסיקה שאימצה את ביקורתו של כהן שיצא כנגד החזקה הפיקטיבית הזו. ראו על כך, בין היתר: בג"ץ 4407/12 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים, פ"ד סו(1) 369 (2013), צוטט בהסכמה בירי תמ"ש (ת"א) 6935-08-12 ג' נ' ע', בפס' 86 (פורסם בנבו, 2013); תמ"ש (ת"א) 18817-12-12 ש.י. נ' ח.י. (קטין), בפס' 22 (פורסם בנבו, 2013).

141 לדיון בהסכמים שהינם בבחינת חוזה לטובת צד שלישי בין הורים בנוגע לילדיהם הקטינים, ראו למשל: תמ"ש (ראשל"צ) 10300/07 תובע 1 נ' הנתבע, בפס' 52 (פורסם בנבו, 2009); תמ"ש (ראשל"צ) 28280-08 מ.א. (ד') נ' נ.ג., בעמ' 6-10 (פורסם בנבו, 2012); תמ"ש (ת"א) 46219-06-17 פלוני נ' אלמוני, בפס' 36-44 (פורסם בנבו, 2018).

142 ראו על כך בהתאמה: סעיף 15, 16 לחוק הכשרות המשפטית.

143 ראו על כך: סעיף 14 לחוק הכשרות המשפטית; 3(א) לחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951, ס"ח 380; יצחק אנגלרד, חוק הכשרות המשפטית והאפטרופסות, תשכ"ב-1962, ס' 13-1 (תשל"ב); דניאל פרידמן ונילי כהן, חוזים (כרך ב, תשנ"ב) בעמ' 1037.

בשולי הדברים יצוין שאין מקום להקשות על דעתי מקביעה חוקית אחרת, הקובעת כך: "פעולה משפטית של קטין טעונה הסכמת נציגו", שהרי בסיפא של סעיף זה הוסף ונאמר כך: "ההסכמה יכולה להינתן מראש או למפרע לפעולה מסוימת או לסוג מסוים של פעולות" (סעיף 4 לחוק הכשרות המשפטית). לדעתי, עצם כניסת ההורה לחוזה יחס שכזה מגלמת בתוכה את מתן ההסכמה הנדרשת לפעולה המסוימת או הסוג המסוים הדרושים כדי שגם הקטין ייחשב כמי שהינו צד להסכם זה. במילים אחרות, הקביעה החוקית הנ"ל, שכמעט ולא נדונה לא בפסיקה ולא בספרות המחקר, עוסקת בעיקר במצב שבו הקטין אמור להתקשר עם צד ג', זר, ולכן בשל הרצון לשמור על זכויות הקטין, העלולות להיפגע קשות עקב גילו הרך, יש לקבל את ההסכמת נציגו. בשונה מכך, הואיל ובנדון דנן המדובר בהסכם עם הוריו, שהינם האפטרופוסים הטבעיים שלו, ההסכמתם נתונה מיניה וביה.

2. חוזה היחס

כאמור, עיקר חידושו של המאמר הינו תיקופו של מודל השיקוף כמודל המועדף להמיר בארץ את חזקת הגיל הרך, וזאת לאור השתתתו על תאוריית חוזה היחס. חוזה היחס נותן משקל גדול יותר למערכות היחסים האינטימיות החוץ-חוזיות המתלוות להסכמה החוזית הכלכלית, הקרה והמנוכרת. כך יש אפשרות רבה יותר לתת ביטוי להיבטים האנושיים של החוזה: הכרה בחוסר האפשרות הקוגניטיבי שיש למתקשרים החוזיים, בעיקר בתקופה המודרנית, לחזות מראש את התרחישים השונים העשויים לסכל את ההתקשרות החוזית, דבר הזקק אפשרות רחבה יותר לניהול משא ומתן מתחדש או הסמכת בתי המשפט להתאים את החוזה לנסיבות המשתנות; מקום רחב יותר להיפוך הלב והרצון של אחד המתקשרים החוזיים לסגת מהסכמתו הראשונית וכדומה.¹⁴⁴

לדידי, הבניית מערכת היחסים ההורית במישור היחסים האנכי, בינם ובין ילדם, במהלך חיי הנישואין של ההורים כחוזה יחס עשויה לתת בידונו תשתית נורמטיבית ליישומו של מודל השיקוף בצורה מיטבית, אגב "הצלתו" מהביקורות השונות שהוטחו בו בספרות המחקר, שאותן מניתי לעיל. אציג בפני הקורא בתמציתיות את התשתית הרעיונית והמחקרית של דיני החוזים בכלל, ובפרט את ההבדלים שבין דיני חוזים קלאסיים ובין דיני חוזים מודרניים, שהינם התשתית הרעיונית לתאוריית חוזה היחס.¹⁴⁵

תאוריית חוזה היחס (relational contract) צמחה בשנות השבעים של המאה העשרים בתגובה למגבלות של דיני החוזים הקלאסיים, ויש מי שמכנה אותה "תמונת מראה" שלהם, ונטען כי היא התשובה הראויה למתקפה הקהילתנית, המזוהה יותר מכול עם מחקריו של Ian R. Macneil.¹⁴⁶ לאורם של מחקרי פרופ' Macneil ולאור מחקרים אמפיריים נוספים נמצאו למדים שקיים פער בין הזכויות והחובות החוזיות שנקבעו בחוזה במועד כריתתו ובין הזכויות והחובות שנוצרו הלכה למעשה עם ביצועו בפועל.

144 לתיאור מלא ורחב יותר של כלל דיני החוזים המודרניים ובאופן פרטני יותר דוקטרינת חוזה היחס, ראו בהתאמה: דניאל פרידמן ונילי כהן, **חוזים** (כרך א, מהדורה שנייה, תשע"ח) בעמ' 45–79; ע"א 465/12 **רשות הפיתוח מינהל מקרקעי ישראל נ' חברת הדרי החוף מספר 63 בע"מ** (פורסם בנבו, 2014); ע"א 483/16 **חביבה יהודאי נ' חלמיש – חברה ממשלתית – עירונית לדיור שיקום ולהתחדשות שכונות בתל אביב** (פורסם בנבו, 2017) וביתר הספרות הענפה שתובא על ידי בהמשך תת-פרק זה.

145 להבדלים שבין דיני החוזים הקלאסיים ובין דיני החוזים המודרניים הוקדשה ספרות רחבה מאוד בארץ ובחו"ל. ראו למשל: דניאל פרידמן ונילי כהן, **חוזים** (כרך א, תש"ן) בעמ' 32–77; אלעד פינקלשטיין, **המשטר המשפטי של הליך הגישור** (תשס"ח) בעמ' 95–111.

146 ראו במחקריו המנחים של Macneil, "The Many Futures of Contracts", 47 *S. Cal. L. Rev.* (1974) 691, pp. 738–740; Ian Macneil, "Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law", 72 *Nw. U. L. Rev.* (1978) 854; Ian Macneil, *The New Social Contract: An Inquiry into Modern Contractual Relations* (1981) Ian Macneil, *Relational Contract ; Inquiry into Modern Contractual Relations* (1981) *Theory: Selected Works of Ian Macneil* (David Campbell eds., 2001).

מחקרים פסיכולוגיים וסוציולוגיים מלמדים על גורמים חוץ-משפטיים המשפיעים על אופן ביצועו של החוזה, והעיקריים לענייננו הם חשיבות קיומן של הבטחות, התחשבות בזולת ונכונות לשיתוף פעולה עימו.¹⁴⁷

הדברים בוודאי אמורים במקום שבו אין מדובר בחוזה עסקה בדידה (discrete – transactional contract) וקצרת מועד בין שני מתקשרים חוזיים מזדמנים, אלא בעסקה ארוכת טווח. עסקה כזאת מגלמת קשר ממושך ביניהם מחוץ לקשר החוזי, הגוזר אינטרסים, ציפיות משותפות לעתיד ותלות הדדית. קשר ארוך טווח כזה יוצר, בשל מאפייניו הייחודיים, תלות הדדית המנביטה צורך בשיתוף פעולה הדוק. הוא עשוי להיות מושפע גם משיקולי הוגנות וערכי חברה ומוסר, כגון: ערכי צדק, סבירות, סולידריות, אמון הדדי ומתן משקל לקשרים חברתיים ורגשיים ולעתים אף מוטיבציות אלטרואיסטיות.¹⁴⁸ הדבר מתבטא בנכונות לקבל חובות שונות אגב זניחת היבטיו המשפטיים של החוזה, הנחשב מוצא אחרון להסדרת היחסים, אם הם יעלו על שרטון.¹⁴⁹ הסתמכות הדדית זו מנביעה מתן משקל פוחת והולך לתכנון הראשוני כפי שמתבטא בחוזה ומתן משקל רב יותר להתנהגות גמישה, הדדית וסולידרית של הצדדים. במילים אחרות, הסכמה היא מושג דינמי ומשתנה, ולכן יש לבחון אותה לא רק במועד כריתת החוזה אלא גם במשך חיי קיום החוזה. כאשר הנסיבות משתנות, על הצדדים להתחשב זה בזה ולא לעמוד על קיום דווקני של ההסכם חרף שינוי הנסיבות; ממילא התאמת החוזה לשינוי הנסיבות – סמכות בית המשפט לסטות מההסכמה החוזית

147 לכינוי mirror image, ראו: Melvin A. Eisenberg, "Why There Is No Law of Relational Contracts", 94 *Nw. U.L. Rev.* (2000) 805, p.812. לכלל עניין זה, ראו: Ewan McKendrick, "The Regulation of Long-Term Contracts in English Law", *Good Faith and Fault in Contract Law* (Jack Beatson & Daniel Friedmann eds., 1995) 305 pp. 305, Stuart Macaulay, "Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study", 28 *Am. Sociol. Rev.* 55 (1963) Robert W. Gordon, "Macaulay, Macheil, and the Discovery of Solidarity and Power in Contract Law", 1985 *Wis. L. Rev.* (1985) 565, p.570. להערכת תרומתו של Macneil לפיתוחה של התאוריה החוזית, ראו במחקרים המובאים אצל: Mary Keyes & Kylie Burns, "Contract and the Family: Whither Intention", 26 *Melbourne U. L.R.* (2002) 577, p.585 n.51. לסקירה עדכנית של מחקרים פסיכולוגיים וסוציולוגיים אלו, ראו במחקריו של: Stewart Macaulay ובשאר המחקרים המובאים אצל פינקלשטיין (לעיל, ה"ש 145), בעמ' 178 ה"ש 41.

148 לסקירה מקיפה יותר, ראו: שחר ליפשיץ, **הסדרה חוזית של יחסים זוגיים במשפט האזרחי** (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בר-אילן, תשס"ב) 480–482, ובשפע המקורות המובאים שם.

149 לעניין האחרון, ראו: Richard E. Speidel, "Court-Imposed Price Adjustments under Long-Term Supply Contracts", 76 *Nw. U.L. Rev.* (1981) 369; John Bell, "The Effect of Changes in Circumstances on Long Term Contracts: English Report", *Contract Law Today* (Donald Harris & Denis Tallon eds., 1989) 195 (פרדי) רונן, **התאמת חוזים לנסיבות משתנות** (תשס"א) בעמ' 28–29.

הראשונה ולהתאים את החוזה לנסיבות החדשות, שאותן הצדדים לא צפו במועד כריתת החוזה – מבטאת את הדינמיות שלו ואת גמישותו.¹⁵⁰ במחקר נכתב רבות על אודות הגדרת מהותו של חוזה היחס, ונראה שמקובל להגדירו על דרך השלילה יותר מאשר למצוא הגדרה פוזיטיבית ממצה. לבד מזה קשה מאוד לדבר היום על תאוריה אחת, וניתן למצוא במחקר מארג של תאוריות שפיתחו חוקרים שונים.¹⁵¹ הטיעון העיקרי הוא שבכל חוזה ניתן למצוא היבטים מסוימים של חוזה היחס, כאשר על קו הרצף שבין חוזה העסקה הבדידה לחוזה היחס, הרי ככל שהחוזה ידמה יותר לחוזה היחס לאור מאפיינים שונים, יש להתייחס אליו יותר ככזה ופחות כחוזה עסקה בדידה.¹⁵² החוקרים חלוקים בשאלה אם חוזה היחס זקוקים להסדרה ייחודית שלא כדיני החוזים הקלאסיים ואולי אף במובחן מדיני החוזים המודרניים,¹⁵³ או שמא ניתן להבליע את ייחודיותו של חוזה זה בדיני החוזים המודרניים הכלליים.¹⁵⁴ עוד חלוקים הם בשאלה כיצד יש ליישם את תאוריית חוזה היחס, וכיצד על הדין לנהוג בתופעה זו מבחינה נורמטיבית.¹⁵⁵ מכל מקום, חרף הספרות המחקרית הרבה, תאוריה זו טרם זכתה לפיתוח ויישום מלאים. עיקר יישומה הפסיקתי לפי שעה הוא חוזים ארוכי טווח,¹⁵⁶ אף כי כמה חוקרים צופים שמעמדה של תאוריה זו ילך ויתחזק ככל שתגבר ההשפעה האתית

- 150 לקביעה האחרונה, ראו: אורית גיירמן, **כפייה בדיני חוזים – מפגם ברצון לפערי כוחות** (חיבור לתואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בר-אילן, תשס"ט) בעמ' 18.
- 151 Ian R. Macneil, "Relational Contract Theory: Challenges and Queries", 94 Nw. U.L. Rev. (2000) 877. לסיכום הניסיונות המחקריים להגדרת חוזה היחס, ראו המחקרים המובאים אצל: רונן (לעיל, הערה 149) בעמ' 17–22 ובעמ' 33–37 על היחס שבין חוזה ארוך טווח לחוזה היחס. ליישום תאוריית חוזה היחס על חוזים ארוכי טווח, ראו: שי שגב, **הבאתם לקיצם של חוזים ארוכי טווח** (חיבור לתואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בר-אילן, תשס"ח) בעמ' 64–65.
- 152 ראו על כך: מחקריו השונים של Macneil (לעיל, הערה 146). לסקירת המחקרים הרבים שמהם ניתן להסיק עד כמה רבה השפעתה של תאוריה זו על החשיבה התאורטית של דיני החוזים המודרניים, ראו: פינקלשטיין (לעיל, הערה 145) בעמ' 176, ה"א 39; ליפשיץ (לעיל, הערה 148) בעמ' 129, ה"ש 194.
- 153 כדעת: Eisenberg (לעיל, הערה 147) בעמ' 291; מחקריו השונים של Ian R. Macneil, שם.
- 154 כדעת Mckendrick (לעיל, הערה 147) בעמ' 332, Eisenberg; שם, Robert E. Scott, "The Case for Formalism in Relational Contract", 94 Nw. U.L. Rev. (2000) 847.
- 155 לסקירה ראשונית של מחלוקות אלו, ראו: רונן (לעיל, הערה 149) בעמ' 37–48 ויתר פירוט ועדכון אצל פינקלשטיין (לעיל, הערה 145) בעמ' 180–187.
- 156 ראו על כך, בין היתר: רע"א 1185/97 **יורשי ומנהלי עיזבון המנוחה מילגרם הינדה נ' מרכז משען**, פ"ד נב(4) 145 (1998); ע"א 9784/05 **עיריית תל אביב יפו נ' גורן** (פורסם בנבו, 2009); ע"א 9495/06 **בנק מזרחי טפחות בע"מ נ' נגר כרמלה ובניה בע"מ** (פורסם בנבו, 2012).

שהתאוריה מבקשת להנחיל.¹⁵⁷ גם בארץ ניתן למצוא יישומים פרקטיים של תאוריית חוזה היחס ביחסים משפטיים באופן כללי, בפרט בחוזי ביטוח, גישור ועוד.¹⁵⁸ בשולי הדברים אך לא בשולי חשיבותם, אציין כי היישום האחרון של חוזה היחס בהקשר של תחום הגישור חשוב מאוד ככלי נוסף שניתן לעשות בו שימוש לשם יישוב סכסוך משפחתי באופן כללי, ובפרט, לצורך המשך דיונו, בכל הקשור לקביעת דפוס של משמורת הילדים לאחר גירושי הוריהם.¹⁵⁹ בעוד בדיני החוזים הקלסיים התפיסה הבסיסית של המתקשרים החוזיים הינה של יריבים משפטיים, ממילא התפיסה ה"מסורתית" קידשה את הפנייה לערכאות באמצעות תביעה בגין הפרת חוזה, לאור ראיית החוזה כזירת התגוששות בינארית של מנצח/מנוצח. בשונה מכך, בתפיסה המודרנית של דיני החוזים, כפי שהדבר בא היטב לידי ביטוי בדוקטרינה נשוא דיונו, התפיסה של המתקשרים הינה דווקא של שותפים, המבקשים לסייע זה לזה במצבי מצוקה שאלהם נקלעו לאורך קיומו של החוזה. אשר על כן, יש צורך עז במציאת דרכים חלופיות ליישוב הסכסוך ביניהם מחוץ לכותלי בית המשפט, כדוגמת הליכי פישור וגישור.¹⁶⁰ הדברים אמורים בייחוד בהקשר המשפחתי, שבו, מחד גיסא, אומנם יש ריבוי סכסוכים ומתחים זוגיים ומשפחתיים, אך מאידך גיסא, יש אינטרס חזק מאוד, מסיבות ונימוקים שונים, ליישב את הסכסוך המשפחתי בתוך המשפחה ולא להזיק לערכאות הדתיות והאזרחיות.¹⁶¹ אם כן, יישומה של דוקטרינת חוזה היחס בהקשר המשפחתי

- 157 ראו על כך למשל: שגב (לעיל, הערה 151); רונן (לעיל, הערה 149).
- 158 ליישום מודרני כזה, ראו: Jay M. Feinman, "The Insurance Relationship as Relational Contract and the 'Fairly Debatable' Rule for First-Party Bad Faith", 46 *San Diego L. Rev.* (2009) 553, pp. 556–559. על יישום כללי זה בארץ, ראו: פינקלשטיין (לעיל, הערה 145) בעמ' 187–189. להתמודדות עם שינוי נסיבות וסיכונים חוזיים בלתי צפויים באמצעות תאוריה זו, ראו המקורות המובאים אצל משה גלברד, "הפרה צפויה של חיוב בהצעת הקודקס האזרחי החדש", **מאזני משפט** ה' (תשס"ב) 229, בעמ' 253 ה"ש 80; בגישור ראו: פינקלשטיין (לעיל, הערה 145) בעמ' 190–206 וביתר המקורות המובאים על ידיי להלן בה"ש 212.
- 159 על האפשרות ליישם מודל זה בהקשר של שינוי החקיקה בארץ בחמש השנים האחרונות בכל הנוגע לקביעת החובה של הגשת בקשה ליישוב סכסוך, ראו: לעיל בטקסט הצמוד לה"ש 127.
- 160 דבר הבא היטב לידי ביטוי בסעיפים 79א' ו-79ג' של חוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד–1984, ס"ח 1123, העוסקים בהתאמה בפשרה ובגישור. התחזקות הליכי הגישור בראי דיני החוזים המודרניים הינו עיקר הספר של פינקלשטיין (לעיל, הערה 145). על הראייה המודרנית של המתקשרים החוזיים כשותפים, ראו: אריאל פורת, **הגנת אשם תורם בדיני חוזים** (תשנ"ז) בעמ' 77; Yehezkel Margalit, "In Defense of Surrogacy", 20 *Wm. & Mary J. Women & L. Agreements: A Modern Contract Law Perspective*, (2014) 423, pp. 443–444.
- 161 למניית המאפיינים הייחודיים של החוזה הזוגי, הגורמים לרצון ליישב את הסכסוך המשפחתי שלא בצורה בינארית ושיפוטית, כדוגמת ההיבט האינטימי, יחסי האמון, המצב

עולה בקנה אחד עם התכלית המודרנית של יישוב סכסוך משפחתי בלא להיזקק למערכת השיפוטית.

בספרות המחקר, שתובא להלן, ניתן למצוא בשנים האחרונות תובנה הולכת ומתעצמת של ראיית מערכת היחסים הזוגית כחוזה יחס. מעניין שבמחקריו הראשונים דגם Macneil את חוזה היחס בחוזה הנישואין.¹⁶² ואכן, ניתן למצוא במחקר תימוכין לתובנה זו, בין השאר לאור המאפיינים הבאים: היחסים הזוגיים הם ארוכי טווח ודינמיים, והרכיב הכלכלי אינו בהכרח החשוב שבהם; יחסים אלו מאופיינים ביחסי שיתוף, תלות כלכלית ומוטיבציות אלטרואיסטיות; מערכת יחסים זו כוללת במפורש ובמשמע ערכים חברתיים והבניות תרבותיות.¹⁶³ מלומדים שונים בחו"ל ובארץ אכן יישמו את תאוריית חוזה היחס בהסדרת יחסים משפחתיים שונים: הסדרים חוזיים בין בני זוג, ידועים בציבור ויחסי רכוש בין בני זוג,¹⁶⁴ ואף בהסדרת יחסים בזוגיות חד-מינית.¹⁶⁵ למען לא יהיה הנייר חסר, אציין כי במחקר שפורסם לאחרונה, בשלהי

הנפשי והקושי לצפות פני עתיד, ראו: שחר ליפשיץ, "הסדרת החוזה הזוגי במשפט הישראלי – מתווה ראשוני", **קריית המשפט** ד (תשס"ד–תשס"ה) 271, בעמ' 295–291.
 162 Macneil, Contracts (לעיל, הערה 146) בעמ' 857–858, 894. אף כי בכתיבתו המאוחרת גורס הוא שמערכת היחסים האינטימית היא מעבר לדיני חוזים, ראו: Macneil, The New Social (לעיל, הערה 146) בעמ' 13. על המשגת כלל חוזי היחס בתאוריות של Macneil ו-Macaulay כנישואין, ראו: Gordon (לעיל, הערה 147) עמ' 569.
 163 Marriage as Relational, Scott & Scott (לעיל, הערה 25) (ניתוח כלכלי של חוזה היחס ויישומו לחוזה הנישואין); Robert Leckey, "Relational Contract and Other Models of"; John Wightman, "Intimate Relationships; Marriage", 40 Osgoode Hall L.J. (2002) 1 Relational Contract Theory, and the Reach of Contract", 8 *Feminist Legal Studies* 93 (הבדלים בין יישום תאוריה זו לחוזים מסחריים ולהסכמות אינטימיות).
 164 Marjorie M. Shultz, "Contractual Ordering of Marriage: A New Model For" (למשל, לעיל, הערה 148), בעמ' 301–302, 70 *Cal. L. Rev.* (1982) 204, pp. 301–302; ליפשיץ (לעיל, הערה 148), בעמ' 479–484 וביתר הרחבה ליפשיץ (לעיל, הערה 161); שחר ליפשיץ, **הידועים בציבור: בראי התאוריה האזרחית של דיני המשפחה** (תשס"ה) בעמ' 128–131 (להלן: ליפשיץ, "ידועים בציבור"); שחר ליפשיץ, "על נכסי עבר, על נכסי עתיד ועל הפילוסופיה של חזקת השיתוף", **משפטים** לד (תשס"ה) 627. ליישום של תאוריית חוזה היחס בארץ על יחסי ידועים בציבור, ראו למשל: תמ"ש (י-ם) 21423/04 ס' נ' ע' (פורסם בנבו, 2008); תמ"ש (ת"א) 51940/98 **פלוגית נ' אלמוני** (2002); תמ"ש (משפחה ת"א) 51941/98 **פלוגית נ' פלוגי** (פורסם בנבו, 2002). פסק דין זה צוטט ואובחן בידי השופט שוחט בתמ"ש (ת"א) 6640/04 **נ' א.ט.** (פורסם בנבו, 2006).
 165 Craig W. Christensen, "Legal Ordering of Family Values: The Case of Gay and Lesbian Families", 18 *Cardozo L. Rev.* (1997) 1299, pp. 1334–1338, 1348. תמיכה ביישום כזה ניתן למצוא ב"תחיית המתים" של נכונותן של לסביות להשתמש בחוזה גם במרקם הביתי, ראו: Kellye Y. Testy, "An Unlikely Resurrection", 90 *Nw. U.L. Rev.* (1995) 219, pp. 228–229. תאוריות פמיניסטיות לתאוריית חוזה היחס, ראו: Peter Linzer & Patricia A. Tidwell,

2018, הוצע לעשות שימוש בתאוריה חדשה של חוזה יחס פמיניסטי (Feminist Relational Contract Theory) בכל הקשור להסכמי ממון, ושם ניתן למצוא יישום פרקטי של התאוריה בפסיקות בתי המשפט באנגליה ובאוסטרליה.¹⁶⁶ לדידו של מחקר זה, לא די ביישום הכללי של חוזה היחס בהקשר האינטימי-הביתי, שכן ההסכמים המשפחתיים השונים אומנם נגועים בהבדלים דרמטיים בין המתקשרים החוזיים, אך לא ניתן דגש מספיק לכך שהבדלים אלו נובעים מהבדלים מגדריים, המטים את רציונותה וכדאיותה של ההסדרה הפרטית לטובת הגברים על חשבון הנשים כפרט וכמגדר. גם המאמר שלפנינו מבקש לעשות שימוש שכזה בחוזה היחס, אם כי לא מהזווית הפמיניסטית הנדונה במאמר הנ"ל.

אם נכונה הקביעה שבספרות המחקר שהובאה בפסקה הקודמת גילו רק לאחרונה את הפוטנציאל הגלום ביישומה של תאוריית חוזה היחס בזיקה לדיני משפחה כלליים,¹⁶⁷ סבורני שהדברים בוודאי אמורים בהסדרה חוזית של קביעת הורות משפטית בהסכמה בדילמות השונות, וזאת גם אם לא קיימת זיקה משפטית מחויבת המציאות בין קשר הזוגיות לקשר ההורות.¹⁶⁸ מערכת יחסים זו, המערבת גורמים שאינם בהכרח בני זוג נשואים, עשויה להתאים ביותר למרקם יחסים ייחודי זה, שכן במערכת יחסים זו, יותר מאשר במערכת היחסים בין בני זוג, מדובר במערכת סובייקטיבית ומורכבת, קרובה

"The Flesh-Colored Band Aid – Contracts, Feminism, Dialogue, and Norms", 28 *Hous. L. Rev.* (1991) 791, pp. 794-800; Debora L. Threedy, "Feminists & Contract Doctrine", 32 *Ind. L. Rev.* (1999) 1247, pp. 1257-1259; (יש הפרדה הדדית בין שתי תאוריות אלו, בייחוד עם הפמיניזם התרבותי). לטענה שפמיניזם ותאוריות חוזיות חולקות במשותף הרבה ממה שנהוג לחשוב, ראו: Martha M. Ertman, "Book Review: Legal Tenderness: Feminist Perspectives on Contract Law", 18 *Yale J.L. & Feminism* (2006) 545, pp. 570-571.

166 ראו על כך: Sharon Thompson, "Feminist Relational Contract Theory: A New Model for Family Property Agreements", 45(4) *J. L. & Soc.* (2018) 617. להצעה קודמת של חוקרת זו, ראו: Sharon Thompson, *Prenuptial Agreements and the Presumption of Free Choice: Issues of Power in Theory and Practice* (2015) pp. 129-162; Russell Sandberg & Sharon Thompson, "Relational Autonomy and Religious Tribunals", 6 *Oxford J. L. & Relig.* (2017) 137. בפסיקה המנחה הבאה של בית המשפט העליון האוסטרלי נעשה שימוש במודל זה: *Thorne v. Kennedy* [2017] HCA 49.

167 שחר ליפשיץ, "נשואים בעל-כורחם? ניתוח ליברלי של מוסד הידועים-בציבור", **עיוני משפט** כה (תשס"ב) 741, בעמ' 814.

168 לקריאה להמיר את הגדרת המשפחה המודרנית ככזו המיוסדת על קשרי הזוגיות לטובת קשרי הורים וילדים, ראו: Merle H. Weiner, *A Parent-Partner Status For American Family Law* (2015); בלכר-פריגת (לעיל, הערה 61); Ayelet Blecher-Prigat, "Conceiving Parents", 41 *Harvard J. L. & Gender* (2018) 119.

ואישית ביותר, העשויה להיות ארוכת טווח, שפעמים רבות לא ברור מהו מועד מימושה או פקיעתה.¹⁶⁹

קשר זה עשוי להשתכלל, ללבוש צורה ולפשוט צורה חליפות ולהשתנות לאור התפתחויות שונות, כגון: גירושין כאשר בני הזוג היו נשואים או פירוד כאשר חיו כידועים בציבור; איבוד כשרות משפטית; מוות של אחד הצדדים ולחלופין הצלחה בהבאת ילדים לעולם מניסיונות שונים או באמצעות בן זוג או בת זוג אחרים. בשולי הדברים אציין שאיני רואה כל הבדל בין משפחות נשואות ובין ידועים בציבור בהקשר של יישומו האפשרי של המודל. בעוד המעמד האישי של הנשואים חזק וברור והוא נגזר מסטטוס הנישואים, הרי שכל ההסדרה הזוגית של הידועים בציבור הינה חוזית בעיקרה, וממילא היא עולה בקנה אחד עם המודל הנורמטיבי שאני מציע, המבוסס אף הוא על יסודות חוזיים איתנים.¹⁷⁰ ציפיות הדדיות, הסתמכות והתחייבות של הצדדים עשויות להשתנות במשך הזמן, וקשה ביותר לצפותן ולתכננן. עיקרם של חוזים אלו נועד להסדיר מערכת יחסים אישית ומורכבת ביותר, שאינה רכושית-כלכלית מעצם טיבה וטבעה, וגלומים בה צרכים חברתיים, אישיים ופסיכולוגיים עמוקים ביותר. קשה למדוד ולכמת את ה"תמורה"; החיובים החוזיים אינם ניתנים תמיד להעברה לאחר, הם נתמכים במערכת תמיכה חברתית בעלת משקל רב בשל הערך העצום המיוחס בארץ לפיריון

169 על האפשרות שדיני הירושה הינם למעשה המשך קיומה ואולי אף מימושה של מערכת היחסים בין הורים לילדים הבנויה על חוזה היחס, ראו בייחוד: Melanie B. Leslie, "Enforcing Family Promises: Reliance, Reciprocity, and Relational Contract", 77 N.C. L. Rev. (1999) 551; יחזקאל מרגלית, "על חופש החוזים, על חופש הציווי וההורשה ומה שביניהם" (טרם פורסם). לכתיבה קרובה, ראו: שלי קרייזר-לוי, "איהכרה בחוזי ירושה – האומנם כלל חסר ערך?", **חוקים** ד (2012) 5, בעמ' 26–34 ובהרחבה לאחרונה בלבד שלי קרייזר-לוי, "חידת הירושה: רצון, המשכיות ומחויבות", 165 (צפוי להתפרסם **במשפט ועסקים** כב, תשע"ט).

170 להבניית מערכת היחסים הזוגית שבין ידועים בציבור על אדנים חוזיים ובייחוד על תאוריית חוזה היחס, ראו בהתאמה: ע"א 52/80 **שחר נ' פרידמן**, פ"ד לח(1) 443 (1984); ליפשיץ (לעיל, הערה 167) וביתר הרחבה, ליפשיץ, "ידועים בציבור" (לעיל, הערה 164); Leckey (לעיל, הערה 163). על יישומו העשיר הכללי של מודל חדשני זה בהקשרים השונים של דיני משפחה בראי המשפט המשווה, ראו בטקסט בצד ה"ש 162–167. עם זאת, לא צפוי שבתי הדין הרבניים יעשו שימוש כלשהו בדוקטרינה חוזית חדשנית זו. שכן, לידם, כלל לא ברור שהמשפט העברי מכיר בתוקפו של חוזה באופן כללי, והדברים הינם בבחינת קל וחומר בהקשר הפרטני והחדשני של דיוני. על תפיסתו של המשפט העברי בעניין זה, ראו בין היתר: ברכיהו ליפשיץ, "מדוע אין המשפט העברי אוסף קיומה של הבטחה?", **משפטים** כה (תשנ"ה) 161; איתמר ורהפטיג, **ההתחייבות: תוקפה, אופיה וסוגיה** (2001) בעמ' 3–8 ובשפע המקורות המובאים אצל: Yehezkel Margalit, *The Jewish Family – Between Family Law and Contract Law* (2017) p. 43 n.10.

ולהורות, ¹⁷¹ ולכן החשיבות של שיתוף הפעולה רבה ביותר, ויש נכונות אף לאלטרואיזם. ¹⁷²

3. גיוון בסטטוס ההורות במהלך חיי השיתוף הזוגי

בהמשך לדיון הקצר שערכתי לעיל בתת-הפרק ה-1., ובדומה מאוד למודל השיקוף נשוא דיוננו, לדעתי ההורות המשפטית צריכה, אפריורי, להינתן לפרט שרצה, התכוון והסכים לשמש הורה משפטי לילד. הדבר שונה מתפיסת העולם הרווחת במשפט הפוזיטיבי, שלפיה קיימים שני סוגי סטטוס של הורות משפטית לכל היותר: סטטוס הורות מלא וסטטוס היעדר הורות. לגיشتי, אם התכוון אדם ורצה לשמש הורה משפטי לכל דבר ועניין, הוא יקבל את סטטוס ההורות המלא, אך אם בחר לשמש הורה משפטי חלקי בלבד במסגרת ההסכמה הראשונית, ייחנה מזכויות הוריות חלקיות בלבד בהתאם למידת השקעתו בילד. בטרמינולוגיה חוזית, מידת ההשקעה שהשקיע ההורה בילד בעבר גוזרת את היקף חוזה היחס שיקבע לעתיד לבוא, לעת גירושי ההורים, את הדפוס וההיקף של סטטוס ההורות המשפטית שיוענקו להורה זה. היקפו המדויק של סטטוס ההורות, על החובות והזכויות שינבעו ממנו, אומנם ייקבע בהסכמה פרטית בין הצדדים, אך הסכמה זו צריכה להיות כפופה לפיקוח שיפוטי או אדמיניסטרטיבי, שיבחן את טובת הילד. הדבר נובע מרצוננו ליצור תמריץ א־מגדרי, שאינו תלוי לא בנטייה המינית ולא בסטטוס הנישואין, ולפיו רק פרט שימלא את כל צרכיו של הילד יכול לעשות כן כהורה משפטי לכל דבר ועניין.

להשקפתי, מי שיבחר למלא את החובות ההוריות בהיקף חלקי, יתאפשר לו לעשות כן בהתאם להיקף תפקודו כהורה משפטי של הילד ביחס שווה למידת השקעתו בילד. אם הוא משמש לילד כהורה לכל דבר ועניין במילוי מלוא צרכיו ומזונותיו, הוא שצריך להיות מוכר כהורה משפטי, לרבות כל הזכויות הכרוכות בכך. אם מדובר במילוי חלקי של החובות ההוריות השונות, ממילא עליו לקבל סטטוס של הורות משפטית חלקית וממילא גם זכויות חלקיות בלבד. לבסוף, מי שאינו רוצה כלל למלא את החובות ההוריות, אם אין הדבר פוגע בטובת הילד וזכויותיו, ¹⁷³ יקבל סטטוס של היעדר הורות

¹⁷¹ על הפרונטליזם הישראלי, ראו במקורות המובאים על ידי להלן בהערה 215. עליהם ניתן להוסיף את המקורות הבאים: מרגלית (לעיל, הערה 29) בעמ' 269–270; יפת (לעיל, הערה 5).

¹⁷² איל זמיר, **חוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974** (תשנ"ה) בעמ' 391–394. על הקשר הייחודי שנרקם בין ההורים המזמינים, בעיקר האם, לבין האם הנושאת, קשר שלא אחת הינו חזק ואמין עוד יותר מהקשר של הראשונה עם בן זוגה, ראו: נופר ליפקין ואיתי סממה, "ממעשה הרואי למוצר־מדף: נורמטיביזציה וזחלת של פונדקאות בישראל", **משפט וממשל טו** (תשע"ג) 435.

¹⁷³ על האופן הראוי בו צריכים בתי המשפט או הרשות האדמיניסטרטיבית לבחון דוקטרינות מרכזיות ויסודיות אלו, ראו למשל: מרגלית – עבודת דוקטורט (לעיל, הערה 23) בעמ'

בלא כל זכויות. הצעתי עולה בקנה אחד עם המצב המשפטי הקיים, שלפיו כל הורה שאינו רוצה או אינו יכול למלא את חובותיו ההוריות כלפי הילד, הורותו המשפטית מופסקת, הילד מוצא מחזקתו ונמסר לידי הורים חלופיים שימלאו את צרכיו, בשל רצוננו לשמור על טובת הילד וזכויותיו.¹⁷⁴

לדעתי, יש להבחין בשלוש רמות של הורות משפטית: סטטוס של הורות מלאה, סטטוס של הורות חלקית וסטטוס של היעדר הורות. הקנייתו של סטטוס ההורות המשפטית במלואו רק להורה הממלא בפועל את חובותיו כלפי הילד וקושר עימו קשרי אהבה וחובה עולה בקנה אחד עם טובת הילד ושמירת זכויותיו, כפי שאעמוד על כך בהרחבה בתת-הפרק הסמוך, ולפיכך היא עשויה לחזק דוקטרינות חשובות אלו ולא להחלישן.¹⁷⁵ אחת ממטרות העיקריות של מודל קביעת ההורות המשפטית בהסכמה היא הרחבת מעגל ההורות. לפיכך, גבר שלא ידע שהוא הורה גנטי של ילד, שכן זרעו "נגנב" ממנו,¹⁷⁶ ולחלופין אדם המתחרט על סטטוס היעדר ההורות שבחר בו ומבקש להיות הורה משפטי מלא או חלקי של הילד, מבוקשו יינתן לו. אדם זה יוכר בכל זאת כאביו המשפטי של הילד, בשל רצונו, כוונתו והסכמתו המאוחרים לשמש כאב משפטי, בייחוד כשהדבר עולה בקנה אחד עם טובת הילד ושמירת זכויותיו. באופן דומה אצדד ביישומה של דוקטרינת חוזה היחס בהקשר של היקף הענקתה של המשמורת ההורית בפרק הבא.

לדעתי, היכולת העקרונית להכיר בסטטוס הורות חלקית מעניקה לילד אפשרות חשובה (להמשיך) ליהנות מקשר רגשי וכלכלי עם הורה נוסף, בלא כפייתו של סטטוס

252–256; יחזקאל מרגלית, "לקראת קביעת הורות משפטית בהסכמה בישראל", **משפטים** מב (תשע"ב) 835, בעמ' 894–899.

174 כדוגמת היכולת בארץ להפסיק הורות משפטית מחמת הזנחה או התעללות של ההורה ולהכריז על הקטין כבר-אימוץ כלפי הוריו, כקבוע בסעיף 13 לחוק האימוץ. לעניין הוצאת ילדים מבתי הוריהם, ראו: יאיר רונן וישראל צ. גילת, "האומנם הגנת הילד רווחת במשפט הישראלי?", **משפט ועסקים** יט (תשע"ו) 1143. ליכולת הכללית יותר להפסיק קשרי הורות בראי המשפט המשווה, ראו: Tali Marcus, "Cutting Off the Umbilical Cord – 583 Reflections on the Possibility to Sever the Parental Bond", *JL & Pol'y* (2016).
175 לטיעון קרוב לעניין הקניית זכות המשמורת, ראו: Shoshana L. Gillers, "A Labor Theory of Legal Parenthood", 110 *Yale L.J.* (2001) 691, p. 718. וביתר הרחבה בפרק ה של המאמר שלפנינו.

176 כדוגמת המקרה הביזארי של תמ"ש (י-ם) 22317-08-11 מ.ג. נ' צ. שו. (פורסם בנבו, 2013). לדיון בפסק-הדין, ראו: נילי כהן, "חוזים בין הבית ובין השוק – ספורן של רותי נחמני וזהבה כנען כמקרי מבחן", **ספר שטרסברג-כהן: קובץ מאמרים לכבודה של השופטת טובה שטרסברג-כהן** (אהרן ברק ואח' עורכים, 2017) 419, בעמ' 456; יפת (לעיל, הערה 5) בעמ' 597–602; מרגלית (לעיל, הערה 5).

הורות מלא על מי שאינו חפץ בכך.¹⁷⁷ הואיל והמשפט הפוזיטיבי הקיים אינו מכיר במעמד ביניים כזה, לא אחת הורים אפשריים נוספים בוחרים לוותר על הורותם המשפטית בשל סטטוס ההורות המלא שייכפה עליהם, הכולל את מלוא החובות ההוריות. לחלופין, הם נאלצים לדרוש הכרה בהורותם המלאה, שאינה עולה בהכרח בקנה אחד עם טובת הילד וטובת הצדדים המשמשים זה מכבר הורים משפטיים של הילד בפועל, וכך נגררים כולם לסכסוכים ודיונים משפטיים קשים ומרים. ראוי לציין שכמו גירושין, למוות או לאיבוד הכשרות המשפטית של אחד מבני זוג במבנה הורי ביו-נורמטיבי "מסורתי", שלפיו לכל ילד יש אם אחת ואב אחד בלבד, יש השלכות דרמטיות, ולכן בהקשרים הטרגיים הללו יוכל הפרט שקיבל סטטוס הורות חלקי להיכנס בנעליו של ההורה הקודם ולקבל עליו את מלוא סטטוס ההורות.¹⁷⁸ מובן שאפשרות זו קיימת כאשר החוק מכיר בהורות המשפטית, שאפשרית רק אם נכיר במעמד ביניים ייחודי זה ברוח הצעתי הנורמטיבית.¹⁷⁹

דעה קרובה ודומה לחידושי בדבר היקף סטטוס ההורות המוענק ניתן למצוא בהצעות של כמה חוקרות המצדדות אפריורי בהקנייתו של סטטוס ההורות המשפטית והזכויות ההוריות הנגזרות מכך בהיקף הנגזר ממידת מילוין של החובות. דוגמאות בולטות הן הצעתה של Martha M. Ertman, שבדילמות השונות הקשורות ליחסי הורים-ילדים, הן בתא נישואין מסורתי והן מחוצה לו, יש להכיר בתוקפה של הסדרה חוזית ולהשתמש בה.¹⁸⁰ לדבריה, רק כך יוכלו הצדדים להתאים את מערך הזכויות והחובות שלהם בהתאם לרצונות הצדדים הראשוניים ובהתאם למילוי חובותיהם

177 למניית יתרונות כלכליים אלו, בראש ובראשונה זכויות תמיכה, ירושה ואף אזרחות, ראו: *A.A. v. B.B.* [2007] 220 O.A.C. 115, P 14 (Can.). לטיעון העקרוני שלפיו עוד הורים הם עוד תמיכה כלכלית בילד, ראו בקצרה במקורות המובאים אצל: Susan F. Appleton, "Parents by the Numbers", 37 *Hofstra L. Rev.* (2008) 11, p.20 n.55. הרחבה: Melanie B. Jacobs, "More Parents, More Money: Reflections on the Financial Implications of Multiple Parentage", 16 *Cardozo J.L. & Gender* (2010) 217, pp. 233-235. (הקניית זכות הירושה וזכויות כלכליות של תלויים כאשר המפרנס שלהם נפגע או נפטר).

178 זאת בדומה לאפשרות הקבועה ברישת סעיף 28 לחוק הכשרות המשפטית, שלפיה כאשר אחד ההורים נפטר, ההורה האחר הופך להיות הורה משפטי יחיד של הילד.

179 לקריאה מחקרית נוספת לגיוון בסטטוס ההורות המשפטית מעבר למחקרים שיובאו בפסקה הסמוכה, ראו: Sarah H. Ramsey, "Constructing Parenthood for Stepparents: Parents by Estoppel and De Facto Parents Under the American Law Institute's Principles of the Law of Family Dissolution", 8 *Duke J. Gender L. & Pol'y* (2001) 285; Mary Coombs, "Insiders and Outsiders: What the American Law Institute Has Done for Gay and Lesbian Families", 8 *Duke J. Gender L. & Pol'y* (2001) 87; Helene S. Shapo, "Assisted Reproduction and the Law: Disharmony on a Divisive Social Issue", 100 *Nw. U. L. Rev.* (2006) 465, pp. 470-471.

180 Martha M. Ertman, "Mapping the New Frontiers of Private Ordering: Afterword", 49 *Ariz. L. Rev.* (2007) 695.

ומערכת היחסים הנרקמת בפועל. הרטמן מדמה זאת ל-dimmer switch, המאפשר לווסת בין סטטוס הורות מלא, על מלוא החובות והזכויות הכרוכות בו, ובין סטטוס של היעדר הורות, המשולל כל זכות או חובה.¹⁸¹ ראוי לציין שהצעתה עולה בקנה אחד עם הצעתי הנורמטיבית. הצעה זו היא כמובן גמישה ויעילה יותר, ובכוחה להשיג גמישות, ודאות וצדק בהיבט החברתי והכלכלי באופן כללי. באופן פרטני, בכוחה לסלול למערכת המשפטית את הדרך להסדרה הרצויה, העדיפה, לדעתי, מההסדרה הרגולטורית הנוקשה והמונוליטית הקיימת, שלא בהכרח עולה בקנה אחד עם טובת הילד וזכויותיו.¹⁸² דוגמה בולטת נוספת הינה דעתה של Melanie B. Jacobs, שצידדה במחקריה באפשרות קיומם של relative rights for parents, כלומר היקף הזכויות והסמכות ההורית יינתנו ביחס שווה למידת ההשקעה בילד והיקף מילויין של החובות ההוריות כלפיו.¹⁸³

כאמור, בפרק הבא, פרק ו, אעסוק בחלק היישומי של מודל השיקוף בהקשר של קביעת ההיקף של המשמורת ההורית לאחר גירושי ההורים. בפרק זה אבקש לערוך אנלוגיה בין קביעת הורות משפטית בהסכמה והגיוון בסטטוס ההורות הכרוך בה במהלך חיי הזוגיות של ההורים ובין האפשרות לקביעת סטטוס הורי חלקי לאחר גירושי הצדדים. תובנה כזו חשובה עד מאוד לצורך המשך דיוני. לדידי, בדומה למנעד הקיים בקביעת סטטוס ההורות המשפטית האפשרי במהלך חיי הזוגיות, כך יתקיים מנעד רחב של חלוקת הסמכות, החובות והזכויות ההוריות לאחר גירושי הצדדים, בהלימה אחת עם היקף הביצוע בפועל של חובות וזכויות הוריות אלו במהלך חיי הזוגיות. ממילא, אם אחד ההורים, האב או האם, ממלא במהלך חיי הזוגיות את מלוא החובות ההוריות כלפי הילד, כך בהתאמה אמור הוא לקבל, לאור מודל השיקוף, את מלוא החובות והזכויות הללו לאחר הפרידה.

מנגד, לדעתי, אם אחד הצדדים אינו ממלא כל חובה כזו לפני הגירושין, יש לקבוע שהוא אינו יוכל ליהנות מסטטוס ההורות המשפטית. בשונה ממלומדים שונים הגורסים שאין כל תלות בין קיום החובות ההוריות ובין מתן הזכויות ההוריות, אני סבור כי יש לגזור את היקף הזכויות בהלימה למילוי החובות.¹⁸⁴ וכך, בדומה להיקף של מילוי

181 שם. לשימוש אפשרית בתובנה זו שלא בתחום דיני משפחה, ראו למשל: Yuval Shany, "Binary Law Meets Complex Reality: The Occupation of Gaza Debate", 41 *Israel L. Rev.* (2008) 68, p.70 n.24.

182 לקריאה דומה להכיר בגיוון בסטטוס ההורות כדי שיהיה אפשר להכיר משפטית בגיוון של סוגים ודרגות של תרומה הורית בכוח ובפועל כלפי הילד מבין כמה הורים פוטנציאליים, ראו: Alison H. Young, "Reconceiving the Family: Challenging the Paradigm of the Exclusive Family", 6 *Am. U. J. Gender & Law* (1998) 505, pp. 515–516.

183 Melanie B. Jacobs, "Why Just Two? Disaggregating Traditional Parental Rights and Responsibilities to Recognize Multiple Parents", 9 *J. L. Fam. Stud.* (2007) 309, pp. 335–332.

184 לתמיכה מחקרית נוספת בדעתי, ראו למשל: Appleton (לעיל, הערה 177) בעמ' 23–35; Jacobs (לעיל, הערה 177) בעמ' 226; Young (לעיל, הערה 182).

ההורות המשפטית בפועל קודם לגירושין ולפירוד הצדדים, כן ישוקף לאחר הפרידה היקפו של סטטוס ההורות המשפטית שיינתן להורה זה. שהרי, כאמור, לאור דוקטרינת חוזה היחס ומודל השיקוף סטטוס ההורות שיינתן לאחר גירושין ההורים נגזר בהתאם להיקף מילוי החובות ההוריות כפי שקבעו ההורים במעשיהם במהלך חיי נישואיהם. סבורני שגיוון וגמישות אלו אפשריים ואף מחויבי המציאות בייחוד לאור התאוריה של קביעת ההורות המשפטית בהסכמה, המאפשרת את מנעד הגיוון במתן סטטוס ההורות המשפטית ומכירה בשלוש הקטגוריות השונות, הן בטרם הפירוד בין בני הזוג והן לאחריו.

4. טובת הילד ושמירת זכויותיו

כאמור, לדעתי, מודל השיקוף הינו המודל המיטבי הן לשימור טובת הילד והן לשמירה על זכויותיו השונות בהליך של קביעת משמורתו, וזאת ביחס לכל מודל אחר שהוצע עד כה תחת חזקת הגיל הרך. בתת-פרק זה אסקור את שורשיהן של דוקטרינות טובת הילד וזכויות הילד, ובפרק הבא, פרק ו, אבקש ליישמן אגב הבניית מודל השיקוף על אדני המודל של חוזה היחס. בכך אבקש לטעון שדווקא גמישותו, יחסיותו וקלות יישומו של מודל חוזה זה, לרבות יכולת התאמתו לנסיבות המשתנות של המשמורת, הן מצד ההורים והן מצד הילדים, שומרות היטב על הדוקטרינות של טובת הילד וזכויות הילד, וזאת לא רק במועד גירושין ההורים וקביעת דפוס המשמורת המיטבי לילד, אלא גם לאורך זמן וחרף שינויי הנסיבות האפשריים. בשל החשיבות המרכזית של שתי הדוקטרינות הללו, במחקרים קודמים שלי קראתי להכפיף להן כל קביעת הורות משפטית, וכך אני מבקש לעשות גם כעת.¹⁸⁵ להשקפתי, גם יישומו של מודל השיקוף חייב להיות בכפוף לדוקטרינות אלו ובהלימה עימן, כפי שביקשתי לטעון שמודל זה עולה עימן בקנה אחד כאשר מניתי בפרק ד את יתרונותיו.

ראשית עלייתו של עקרון טובת הילד מתוארכת כבר למהלך המאה התשע עשרה, נתון העשוי ללמד עד כמה הוא נתפס כמרכזי וחשוב לכל אורך התקופה המודרנית. יש הרואים בעיקרון זה משום תגובת-נגד לתפיסה המסורתית של הילדים כרכוש הוריהם ולתפיסות המגדריות השונות שחליפות העדיפו את השמת הילדים אצל אביהם, ובתקופה מאוחרת יותר דווקא אצל אימותיהם.¹⁸⁶ ואכן, כאמור, בעת החדשה הולך עקרון טובת הילד ומתחזק, בצד שמירת זכויותיו, בשיח המשפטי, האקדמי, הפסיקטי והחקיקתי

185 למחקרים אלו, ראו למשל, במקורות המובאים על ידי לעיל בהערה 128 וביתר המחקרים שלי המובאים לאורכו של מאמר זה.

186 Julie E. Artis, "Judging the Best Interests of the Child: Judges' Accounts of the Tender Years Doctrine", 38 *Law & Soc'y Rev.* (2004) 769 (לעיל, הערה 96) בעמ' 12.

כאחד. עיקרון זה, שמאות מאמרים ועשרות ספרים הוקדשו לו,¹⁸⁷ חולש זה כמה עשרות שנים על ענפיהם של דיני הורים וילדים, וניכר שרוב המדינות משתמשות בו באופן תדיר לקביעת ההורה המשמורן שיקבל חזקה על הילד, בשל שמירת טובתו של האחרון. ראוי לציין שביקורות נוקבות נמתחו על עיקרון זה,¹⁸⁸ ואף על פי כן התובנה המדגישה את מרכזיות הילד, טובתו וזכויותיו כדמות מרכזית בתא המשפחתי עדיין זוכה לעדנה גם במהלך השנים האחרונות.

גם בארץ ניתן למצוא דיונים נרחבים ביותר על אודות עיקרון זה הן בספרות המחקר,¹⁸⁹ הן בחקיקה¹⁹⁰ והן בפסיקה בתי המשפט.¹⁹¹ כך הוכרה טובת הילד כדוקטרינה מרכזית החולשת על הסדרת סכסוכים בדיני הורים וילדים הן במשפט האזרחי והן בהלכה היהודית.¹⁹² כפי שטען שחר ליפשיץ, ראוי שתחולתה תשתרע גם על דיני הזוגיות.¹⁹³

187 בין המאמרים הרבים העוסקים בעיקרון זה, ראו למשל: Janet L. Dolgin, "Suffer the Children: Nostalgia, Contradiction and the New Reproductive Technologies", 28 *Ariz. St. L.J.* (1996) 473; Katharine T. Bartlett, "Rethinking Parenthood as an Exclusive Status: The Need for Legal Alternatives when the Premise of The Nuclear Family has Failed", 70 *Va. L. Rev.* (1984) 879; *All Our Families: New Policies for a New Century* 236 (Mary A. Mason et al. eds., 1998).

188 ראו למשל בשפע המקורות המובאים בהפנייה: מרגלית (לעיל, הערה 120).

189 לסקירת התעצמות טובת הילד, ראו למשל: בלהה כהנא, **חבות של הורים בנוזקין כלפי ילדיהם וסוגיות בנוזקין בהקשר לקטינים וצדדים שלישיים** (תשס"ח) בעמ' 38–43, 77–81; שולמית אלמוג ואריאל בנדור, "טובת ילדים, זכויות האדם", **ספר יצחק זמיר: על משפט, ממשל וחברה** (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, תשס"ה) בעמ' 93, 97–102; עדי ניב־יגודה ועדנה כצנלסון, "היבטים משפטיים ופסיכולוגיים של קבלת החלטות בנוגע לטיפול רפואי בילדים במצבי מחלוקת בין ההורים", **המשפט טו** (2) (תשע"א) 551; מרדכי קרמניצר ואח', **החובה לבחון את השפעות החקיקה על זכויות ילדים** (תשע"ד); אלון רוזס, "טובת הילד? על קציבת מזונות קטין בהליכי פשיטת רגל", **הפרקליט** נד (תשע"ו) 247, בעמ' 249–263.

190 ראו למשל, בסעיף 17, 24–25, 28א–ב, 30, 35(ב), 64(ה) לחוק הכשרות המשפטית; סעיף 3–4, 25(א), 29(1), 30(ב), 38(ב), 42(ב), 43(ז), 49(א)4(ג), 49(א)6, בתתי סעיפיו השונים של סעיף 64, 92(א) לחוק אומנה לילדים, תשע"ו–2016, ס"ח 586, וביותר מעשרה דברי חקיקה אחרים.

191 עקרון טובת הילד נמצא במאגרים המשפטים ביותר מ־500 פסקי דין שונים, שהמרכזיים שביניהם הינם: ע"א 2266/93 **פלונים נ' אלמוני**, פ"ד מט(1) 221 (1995); דנ"א 7015/94 **היועמ"ש נ' פלונית**, פ"ד נ(1) 48 (1995).

192 על היחס שבין טובת הילד לשיקולים דתיים, ראו: שיפמן (לעיל, הערה 4) בעמ' 241–253; להשוואה בין טובת הילד בבתי המשפט האזרחיים לבתי הדין הרבניים, ראו: יחיאל ש' קפלן, "טובת הילד בישראל – בין קודש לחול", **ספר מנשה שאוה: מחקרים במשפט לזכרו** (אהרן ברק ואח' – עורכים, תשס"ו) 427. לפקפוק במרכזיות טובת הילד בהלכה היהודית בסכסוכי משמורת, ראו: ישראל צ' גילת, "כלום 'טובת הילד' הוא שיקול־על לפי המשפט העברי בסכסוך שבין הורים על משמורת ילדם?", **מחקרי משפט ח** (תש"ן) 297.

193 שחר ליפשיץ, "יחסי משפחה וממון – אתגרים ומשימות בעקבות תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון", **חוקים א** (2009) 227, בעמ' 306–310. לסקירת התעצמותו של העיקרון בזיקה

באופן דומה, רק בשנים האחרונות ניתן למצוא דיונים ערים בנוגע ליישומה של דוקטרינה זו כמנעד רחב ביותר של סוגיות: יישום שוויון מגדרי הן בביטול חזקת הגיל הרך והן בתשלום מזונות ילדים; אימוץ;¹⁹⁴ זוגיות חד-מינית;¹⁹⁵ שימור אנונימיות של תורם זרע שממנו נולד הילד;¹⁹⁶ יישומו המצוי והרצוי של חוק הנוער (טיפול והשגחה) וסיוע לאישה במקלט לנשים מוכות;¹⁹⁷ במשפט הבין-לאומי הפרטי¹⁹⁸ ובהקשרים רבים נוספים.

- ליחסי הזוגיות ולקריאה לקדשו כעיקרון מנחה גם בהקשר מודרני זה, ראו במחקריו של ליפשיץ (לעיל, הערה 148) וביתר הרחבה במאמר שהקדיש לנושא זה: Shahar Lifshitz, "The Best Interests of the Child and Spousal Laws", *The Case for the Child: Towards a New Agenda* (Yair Ronen & Charles W. Greenbaum eds., 2008) 45. בשולי הדברים יוער שקריאה כזאת לקידושה של טובת הילד בכל שאלה של חלוקת רכוש בגירושין ניתן למצוא כבר לפני יותר משני עשורים במאמר: Mary A. Glendon, "Symposium: Family Law: Family Law Reform in the 1980's", 44 *La. L. Rev.* (1984) 1553, pp. 1558–1565. על טובת הילד בהקשר של אימוץ ילדים, ראו למשל: מירה ברקאי ומילי מאסס, **משמעות המושגים "מסוגלות הורית" ו"טובת הילד" בפסקי דין של בית המשפט העליון הדנים באימוץ קטינים** (תשנ"ח) בעמ' 20–24, 179–282; מילי מאסס, **בשם טובת הילד: אובדן וסבל בהליכי האימוץ** (תש"ע); אורי גורן, **סוגיות בסדר דין אזרחי** (מהדורה שתיים עשרה, תשע"ה) 1346, בעמ' 1349–1350 ובהקשר של זוגיות חד-מינית, ראו: צבי טריגר ומילי מאסס, **"לקראת הצבת הילד במשפחתו במוקד סוגיית האימוץ: מפנה חיוני להרחבת האימוץ להורי להט"בים"**, **זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית** (אלון הראל ואח' עורכים, 2016) 437.
- ¹⁹⁵ ראו על כך בשפע המאמרים שהתפרסמו בספר **זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית** (אלון הראל ואח' עורכים, 2016), כדוגמת המאמרים הבאים: אילת בלכר-פריגת ורות זפרן, **"ילדים זה שמחה"**: הורות בסיוע טכניקות הולדה מלאכותיות על ידי בני זוג בני אותו מין, **זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית** (אלון הראל ואח' עורכים, 2016) 395, בעמ' 401–403; פנחס שיפמן, **"מעמדם המשפטי של זוגות בני אותו מין"**, **זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית** (אלון הראל ואח' עורכים, 2016) 309; יותם זעירא וברק מדינה, **"לא שווים לבד: נטייה מינית, זהות מגדרית והזכות לשוויון"**, **זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית** (אלון הראל ואח' עורכים, 2016) 159; יהודית מייזלס, **"זרקור: בג"ץ 566/11 ממת-מגד נ' משרד הפנים, עתירה לרישום שני אבות כהוריו של קטין ללא הליך של אימוץ"**, **זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית** (אלון הראל ואח' עורכים, 2016) 469.
- ¹⁹⁶ ראו למשל: מיכאל בירנהק, **מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה** (תשע"א) 277. בשונה מכך, כאשר מדובר בתורם זרע ידוע, בשם טובת הילד על התורם להתחייב למלא את כל צורכי הילד, ראו על כך: בג"ץ 4645/18 **פלונית נ' שר הבריאות** (פורסם בנבו, 2019). לאחרונה נדחתה בקשה לדיון נוסף וכן בספרות המחקר נמתחה ביקורת על אודות מסקנת הדברים, ראו בהתאמה: דנג"ץ 3192/19 **פלונית נ' משרד הבריאות** (פורסם בנבו, 2019); מרגלית (לעיל, הערה 5).
- ¹⁹⁷ ראו על כך בהתאמה: דליה שילי-יריחובר וטלי גל, **"על בקבוקים, יינות וכרמים: חוק הנוער (טיפול והשגחה) בראי המשפט הטיפולי, המשפט כב (תשע"ו) 9"**; מיכל גולד,

בצד התגברות הדוקטרינה של טובת הילד, ניתן למצוא הכרה, בין-לאומית וישראלית, בדוקטרינת זכויות הילד. כך הוכרו באמנות בין-לאומיות שונות, בראש ובראשונה אמנת האו"ם בדבר זכויות הילד משנת 1989,¹⁹⁹ מגוון של זכויות ילד, וביניהן: הבטחת הגנה וטיפול ככל שיידרש לטובתו של הילד; הכרה בזכותו הטבעית של כל ילד לחייו, להישרדותו ולהתפתחותו; התחשבות בטובתו של הילד כשיקול ראשון במעלה; כיבוד זכותו של הילד לשמירה על זהותו, לרבות אזרחות, שם וקשרי משפחה, כמוכר בחוק והבטחה שילד לא יופרד מהוריו בניגוד לרצונם;²⁰⁰ זכות הילד לזהות ולאזרחות; זכות הילד להכיר את הוריו ולהיות מטופל על ידיהם ועוד.²⁰¹

גם בספרות המחקר בארץ הוכרו זכויות נוספות ושונות של הקטין, דבר המלמד עד כמה בתקופה המודרנית דוקטרינות טובת הילד ושמירת זכויותיו השונות הן מרכזיות בכל הקשור ליחסי הורים-ילדים. כך, בין היתר, הוכרו הזכויות הבאות: זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים; זכותו לזהות ולהשתייכות; זכותו לייצוג ולהשתתפות בדיון הנערך בעניינו; זכותו לתבוע את הוריו בגין התעללות נפשית או פיזית.²⁰² כמו כן

"דרוש מודל עבודה סוציו-משפטי – סיוע לאשה במקלט לנשים מוכות כאב טיפוס",
המשפט כב (תשע"ו) 77.

198 סיליה וסרשטיין פסברג, **משפט בין-לאומי פרטי (תשע"ד)**, עפ"י המפתח בערך "טובת הילד".

199 לפקפוק ביכולת המשפט הישראלי, בעקבות האמנה הבין-לאומית, להגן הגנה מקיפה וממשית מפני כל פגיעה בשלום הילד תוך שקילת טובת הילד כשיקול אקסקלוסיבי, ראו: רונן וגילת (לעיל, הערה 174).

200 לסקירה מלאה יותר של זכויות הילד הקבועות באמנה זו ובאמנות הבין-לאומיות נוספות, כדוגמת Declaration of the Rights of the Child (Nov. 20, 1959), ראו למשל: Margalit (לעיל, הערה 128).

201 ראו על כך: סעיף 17(1) לאמנת זכויות הילד, 1989 (כ"א 31, עמ' 205). לנוסח העברי של האמנה, שהינו תרגום רשמי של משרד המשפטים, ראו: <http://cms.education.gov.il/EducationCMS/Units/Zchuyot/ChukimVeamanot/amanot/AmnaOom.htm>. זכויות יסוד אלו הוכרו בפסיקות בית המשפט העליון הבאות: ע"א 3077/90 פלוני נ' פלוני, פ"ד מט(2) 578, בעמ' 593 (1995); דנ"א 6211/13 היועץ המשפטי לממשלה - משרד הרווחה והשירותים החברתיים נ' פלוני בעמ' 57 (פורסם בנבו, 2013) ובעשרות פסקי דין נוספים אחרים.

202 לסקירת ראשית המעבר במשפט הישראלי לשיח זכויות הילד, ראו: יחיאל ש' קפלן, "זכויות הילד בפסיקה בישראל – ראשית המעבר מפטרנליזם לאוטונומיה", **המשפט ז (תשס"ב) 303**; לסקירת המעבר מזכויות הורים לזכויות ילדים ולסקירת עקרונות זכויות הילד, ראו: כהנא (לעיל, הערה 189) בעמ' 32–36, 42–46. לסיכום עדכני ופרקטי של זכות הילד באופן כללי ובפרט לייצוג, ראו בהתאמה: אהרן ברק, **כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה (תשע"ד)**, על פי המפתח בערך 'חיי משפחה' 'זכויות ילדים'; תמר מורג וקרני פרלמן, "יישמע קולי – תורת המשפט הטיפולית ושיתוף ילדים בבתי המשפט למשפחה בישראל", **המשפט כב (תשע"ו) 49**; על זכות הילד לתבוע את הוריו בשל התעללות נפשית או פיזית, ראו: יחיאל ש' קפלן, "זכות הילד לתבוע את הוריו בגין התעללות נפשית", **מגמות בקרימינולוגיה (2003) 463**; בנימין שמואלי, "ציווי משפטי על אהבת הורה לילדו

הוכרו בפסיקה הזכויות הבאות: זכות הילד להביע את רצונו בהליך קביעת משמורתו או שינוי מקום מגוריו של ההורה המשמורן;²⁰³ עריכת בדיקת רקמות כדי לגלות את זהות אביו הביולוגי, דבר שעשוי לעלות בקנה אחד עם זכותו לדעת את שורשיו הגנטיים, אך עם זאת יש חשש כבד לחשיפתו כממזר;²⁰⁴ דילמת הטלת עונש של מאסר עולם על קטין שביצע מעשה רצח;²⁰⁵ שינוי שם משפחתו של הקטין לבקשתו;²⁰⁶ אי-אפליית ילדיהם של מבקשי מקלט בישראל בקבלה למסגרות החינוך הרגילות הקיימות;²⁰⁷ הוצאת צו עיכוב יציאה מהארץ לאב גרוש המתגורר בחו"ל, שאינו משלם מזונות ילדים.²⁰⁸ סקרתי בפרק זה את הרקע התאורטי למודל השיקוף ואפשרות הבנייתו על יסודות חוזה היחס. לשם כך דנתי, בין היתר, בקביעת ההורות המשפטית בהסכמה, חוזה היחס, גיוון בסטטוס ההורות במהלך חיי השיתוף הזוגי ושתי הדוקטרינות המרכזיות שביחסי הורים וילדים, טובת הילד ושמירת זכויותיו. בשלב זה שומה עליי לעבור ליישום הפרקטי של מודל השיקוף ולהראות כיצד הדיון התאורטי מקנה בידינו כלים מיטביים ליישומו הלכה למעשה של המודל הנורמטיבי שאני מציע.

ו. מן התאוריה אל המעשה – מודל השיקוף – בין דיני משפחה ובין דיני חוזים

דוקטרינת חוזה היחס יובאה למשפט הישראלי והכתה שורשים בפסיקה החל משלהי המילניום הקודם, ובספרות המחקר בעיקר החל מהמחצית השנייה של העשור הראשון למאה העשרים ואחת.²⁰⁹ מאז ועד מועד כתיבתן של שורות אלו עשו בתי המשפט

ופיצוי בגין הזנחה רגשית: האם ילך משפט המדינה בעקבות משפט הטבע? "משפטים על אהבה (ארנה בן-נפתלי וחנה נווה עורכות, תשס"ה) 269 וביתר הרחבה: כהנא (לעיל, הערה 189).

203 למשל, תמ"ש (ת"א) 107060/99 ד' נ' K, פ"מ תשס"א (2001) 208 (2001); ע"מ (י-ם) 477/09 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 2009); תמ"ש (נצ') 42164-07-14 א.ל. נ' צ.ל. (פורסם בנבו, 2014); עניין הקטינה מ.ו.ב. נ' האם (לעיל, הערה 51).

204 בר"ע (ת"א) 1364/04 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית (פורסם בנבו, 2006); תמ"ש (ראשל"צ) 36002/02 ח.ג. נ' ח.ש. (פורסם בנבו, 2006); תמ"ש (ת"א) 87471/00 פלוני (קטין) נ' פלוני, פ"מ תשס"א (2001) 801 (2004). לכל עניין זה, ראו לאחרונה בלבד: יחזקאל מרגלית, "אמת ויציב – אמת עדיף? – ושוב לדילמת עריכת בדיקת רקמות לקטינים בישראל", (צפוי להתפרסם בחוקים יג, 2020).

205 ע"פ 9937/01 חורב נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(6) 738 (2004).

206 ש"ש (קריות) 47597-07-11 י.ד. נ' פרקליטות מחוז חיפה (פורסם בנבו, 2012); א"פ (נצ') 21702-05-13 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 2013).

207 עת"מ (ב"ש) 29883-07-11 מאנג'אן נ' עיריית אילת (פורסם בנבו, 2012).

208 בר"ע (י-ם) 3284/07 פלמן נ' פלמן (פורסם בנבו, 2008).

209 ראו למשל: פסקי דין המובאים על ידי לעיל בהערה 144 ובהערה הבאה.

שימוש בדוקטרינה זו ביותר מ-320 פסקי דין, ואילו בספרות המחקר היא מאוזכרת בעשרות רבות של מאמרים וספרים. בין היתר, הכיר בית המשפט העליון בהסדרים החוזיים הבאים כחווה יחס: חווה למתן שירותי "דיוור מוגן"/"דיוור בבית אבות; התקשרות בין עירייה ובין עורך דין; חווה עבודה; חווה אחיד לפתיחת חשבון עו"ש; יחסי בנק – חברת בנייה; יחסי המוסד לביטוח לאומי – חברת ביטוח.²¹⁰ בספרות המחקר יש כתיבה ערה על אודות דוקטרינה זו בעיקר בתחום החוזי הכללי,²¹¹ אך גם בתחום יחסי העבודה ועוד.²¹² לצורך המשך דיוננו חשובה עוד יותר הספרות המכירה ביחסי הזוגיות כחווה יחס,²¹³ בשל הרצון ליישם דוקטרינה ייחודית זו בהקשר של יחסי הורים-ילדים.

לדעתי, ביצורו של מודל השיקוף והבנייתו על דוקטרינת חווה היחס עשויים לסייע בידינו ליישם הלכה למעשה את המודל בצורה מיטבית ולהצילו מהביקורת המוטחת בו בספרות המחקר. תאוריית חווה היחס, בשונה מדיני החוזים הקלאסיים, הנוקשים,

210 ראו על כך בהתאמה: רע"א 617/08 מלון עדן נהריה בע"מ נ' קסל (פורסם בנבו, 2014); ע"א 3894/11 דלק – חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' בן שלום (פורסם בנבו, 2013); ע"א 6916/04 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 2010); רע"א 8429/06 הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 2007).

211 כדוגמת המחקרים הבאים: פורת (לעיל, הערה 160), במפתח בערך 'דיני החוזים המודרניים', 'חווה יחסים'; אהרון ברק, **פרשנות במשפט** (כרך רביעי – פרשנות החווה, תשס"א) בעמ' 101–102; אהרון ברק, **פרשנות תכליתית במשפט** (תשס"ג) בעמ' 380–381; גבריאלה שלו (לעיל, הערה 135) בעמ' 104–105; מנחם מאוטנר, 'התערבות שיפוטית בתוכן החווה ושאלת המשך התפתחותם של דיני החוזים של ישראל', **עיוני משפט** כט (תשס"ה–תשס"ז) 17; מנחם מאוטנר, 'כיצד מתפתחים דיני החוזים של ישראל?', **עיוני משפט** לד (תשע"א) 527, בעמ' 562; שחר ליפשיץ ואלעד פינקלשטיין, 'מבט הרמנויטי על פרשנות חוזים', **משפטים** מג (תשע"ג) 55. הדברים אמורים בייחוד בתקופה המודרנית, שבה חוזים רבים הינם חוזים ארוכי טווח ומורכבים ולכן חשופים יותר לפגעי הזמן, הן פנימיים כהיפוך הלב והן חיצוניים כשינוי נסיבות, ראו על כך למשל: מנחם מאוטנר, 'תום לב ותנאים מכללא', **חוזים** (כרך ג, דניאל פרידמן ונילי כהן עורכים, תשס"ד) בעמ' 313, 348–350; משה גלברד, **הפרה צפויה בחוזים** (תשס"ו), עפ"י המפתח בערך 'חווה יחס'.

212 כדוגמת הדרה בר-מור, 'חווה עבודה כ'חווה יחסים'', **ספר אליקה ברק-אוסוסקין: לכבודה של השופטת אלישבע (אליקה) ברק-אוסוסקין, סגנית נשיא בית הדין הארצי לעבודה בשנים 2000-2006** (סטפן אדלר ואח' עורכים, 2012) 281; שלומית יניסקי רביד, 'היגור זאב עם כבש? יחסים פסיכולוגיים במקום העבודה', **ספר אליקה ברק-אוסוסקין: לכבודה של השופטת אלישבע (אליקה) ברק-אוסוסקין, סגנית נשיא בית הדין הארצי לעבודה בשנים 2000-2006** (סטפן אדלר ואח' עורכים, 2012) 233 וביתר המחקרים המובאים על ידי לעיל, בהערה 158.

213 ראו על כך בעיקר בכתיבתו של שחר ליפשיץ, כדוגמת מחקריו לעיל בהערות 25, 164. עליהם ניתן להוסיף את צבי טריגר, 'חובות אמון בדיני חוזים', **חובות אמון בדין הישראלי** (רות פלאטורשנער ויהושע (שוקי) שגב – עורכים, תשע"ו) 65, בעמ' 85, ("חווה הזוגיות, שהוא חווה היחס האולטימטיבי") וביתר הרחבה: שרון שקרג', **כללי ברירת הדין בענייני נישואין וגירושין לאור השינויים שחלו בדין המהותי** (תשע"ה) 264–271.

הפורמליים והמקדשים אך ורק את המילה החוזית הכתובה, מבקשת לתת משמעות חוזית גם ל"משפט הסמוי מן העין" ולמערכות יחסים אישיות ואינטימיות שאינן בהכרח חלק ממתחם השוק הקר והמנוכר. מערכות יחסים אלו נמצאות באופן מסורתי במתחם הביתי, הן במישור היחסים האופקי בין בני הזוג והן במישור היחסים האנכי, בינם ובין ילדיהם.²¹⁴ מערכת היחסים בין הורים לילדים, הן לאורך חיי השיתוף ההורי והן לאחר פרידתם, הינה מערכת יחסים קלסית להגדרת חוזה היחס.

מערכת יחסים זו הינה אישית ואינטימית, עיקר עניינה אינו היבטים כלכליים או כל תמורה כספית וממילא לא ניתן להעריכה, להמירה בערכי השוק או לסחור בה ולהסיבה לאחר. יחסי הורים-ילדים מגלמים, אולי יותר מכול, צרכים חברתיים, אישיים ופסיכולוגיים עמוקים ביותר. הדברים אמורים בייחוד בחברה הישראלית, שהינה חברה פמליסטית ופרונטליסטית במובהק,²¹⁵ וממילא חיי זוגיות והולדת ילדים הינם בבחינת מושכל ראשון חברתי לרוב ישראלים. אשר על כן, תפיסת ההורות במדינת ישראל מיוסדת על מערכת תמיכה חברתית בעלת משקל רב, בשל הערך העצום שהחברה והפרט מייחסים לפיריון ולהורות. מכאן שהחשיבות לשיתוף פעולה בכל הקשור לקיומם של יחסי הורות מיטביים הינה מרכזית ביותר; אומנם יש נכונות אף לאלטרואיזם משני הצדדים, אך כדרכו של עולם בראש ובראשונה מצד ההורים כלפי ילדיהם.²¹⁶

בכך בעצם מתפתח מצב של תלות הדדית הקיימת אך ורק בין ההורים ובין ילדם, ובמושגי השוק החופשי נוצר מעין מונופול הדדי בין צדדים אלו בלבד. ברור מתי מערכת יחסים זו מתחילה, עם לידת הילד, אך כלל לא ברור אם היא אכן תסתיים ואימתי, שהרי תקופת החיוב בחובות הפורמליות של הורים כלפי ילדיהם כתוצאה של מערכת יחסים זו

214 על המשפט הסמוי מן העין באופן כללי ועל ההקשר החברתי-תרבותי של דיני החוזים המודרניים בכלל ובהקשר של חוזה היחס בפרט, ראו בהתאמה: מנחם מאוטנר, **משפט ותרבות** (תשס"ח) בעמ' 200–224, 281–284. על הזיקה ההדוקה שבין דיני החוזים המודרניים ובין המתחם הביתי, ראו: הילה קרן, **דיני חוזים מפרספקטיבה פמיניסטית** (תשס"ה) עפ"י המפתח בערכים 'ילדים', 'הסכמי זוגיות'.

215 פרונטליזם הוא אידאולוגיה מעודדת ילודה, המגלמת מערך של עמדות, אמונות ופרקטיקות המרוממות את מקום הילודה, המאדירות את מקומה של ההורות ומעצימות את היתרונות שבהולדת ילדים וגידולם. ראו על כך: אורנה דונת, "פרונטליזם סדוק: גרסאות של הולדה ואי-הולדה בישראל", **סוציולוגיה ישראלית** יא(2) (תש"ע) 417, בעמ' 418. על מאפיינים משפחתיים אלו של החברה הישראלית, הן היהודית והן הערבית, יש ספרות ענפה.

216 בשולי הדברים, יצינו כמה חוקרות שתיארו את תפיסת ההורות דווקא כ"שגר ושכח", המסירה דווקא את האחריות מכתפי ההורים. ראו: אריאן רנן-ברזילי, "הורים א/עובדים: רב-ממדיות והפמיניזם החברתי של מעמד הפועלות – תשתית תיאורטית לשילוב משפחה ועבודה בישראל", **עיוני משפט** לה (תשע"ג) 307, בעמ' 320–326; יפת (לעיל, הערה 5) בעמ' 570 ה"ש 230.

רק הולכת ומתמשכת, פעמים אף לאחר הגיע הילד לבגרות.²¹⁷ ממילא מערכת יחסים סובייקטיבית ומורכבת, קרובה ואישית זו, אולי יותר מכל מערכת יחסים אינטימית אחרת, כרוכה בתלות הדדית והיא תימשך לאורך תקופת זמן ארוכה וממושכת; יכולת הצדדים להתנתק ממנה כמעט אינה קיימת, שהרי היכולת של ההורים או של הילדים להתנתק אלה מאלה הינה קשה ביותר ולא בהכרח תלויה בהם.²¹⁸ גם הפנייה לערכאות לאורך שנות קיומם של יחסי ההורים והילדים, ודאי כל עוד הילדים קטנים, אינה שכיחה, ולרוב הצדדים כולם יעדיפו להסדיר את ענייניהם בינם ובין עצמם ולא ימהרו לפנות לבתי המשפט.²¹⁹

כאמור לעיל, בפרק זה אבקש לבסס את טיעוני הנורמטיבי בדבר כדאיות יישומו של חוזה היחס במשפחה בכלל וביחסי הורים-ילדים בפרט. לצורך המשך דיונונו, הדברים אמורים בייחוד בהקשר של קביעת המשמורת לעת פרידת הוריהם. בפסקאות הבאות אבקש לטעון שדווקא תכונותיו הייחודיות של מודל חוזה זה, כגמישותו, יחסיותו וקלות יישומו בפועל, לרבות יכולת התאמתו לנסיבות המשתנות של המשמורת, הן מצד ההורים והן מצד הילדים, הינו המתאים ביותר לשמירת טובת הילד וזכויותיו השונות. וזאת לא רק במועד הראשוני של גירושי ההורים וקביעת דפוס המשמורת הראשוני והמיטבי לילד, אלא גם לאורך כל תקופת הזמן שלאחר מכן וחרף שינויי הנסיבות האפשריים במהלכה. ניתן להיווכח בנקל כי מאפיינים ייחודיים אלו אינם מתאימים להסדרה חוזית לאור דיני החוזים הקלסיים.²²⁰ דוקטרינת חוזה היחס המשקפת תאוריה

217 ראו על כך בהצעות החוק הבאות, הממשיכות את חובת התמיכה הכלכלית של ההורים בילדיהם גם לאחר הגיעם לבגרות: הצעת חוק תמיכה כלכלית של הורים בילדיהם, התשע"ז-2017, פ/4528/20 (טרם פורסם); הצעת חוק סמכות ואחריות הורית (מזונות), התשע"ז-2017, פ/4439/20 (טרם פורסם). למקרה ביורי שבו נתבקש תשלום מזונות ילדה שבמועד הבקשה כבר הייתה בת 52, ראו: Family Law Prof Blog, "Woman Collects Child Support Arrearage for Now 52-Year-Old Daughter", *Family Law Prof Blog* 23.03.19, https://lawprofessors.typepad.com/family_law/2019/03/woman-collects-child-support-arrearage-for-now-52-year-old-daughter.html.

218 לתקדים נדיר ועולמי בדבר יכולת הילד "להתגרש" מהוריו ועל הקושי לשני הצדדים "לחתוך את חבל הטבור" ולנתק את קשרי ההורות, ראו בהתאמה: *Kingsley v. Kingsley*, 623 So. 2d 780 (Fla. Dist. Ct. App. 1993) (לעיל, הערה 174).

219 זהו בסופו של דבר הרציונל הניצב בבסיס החוק החדש האוסר על בני משפחה, בני זוג כהורים וילדיהם, לפנות לערכאות, אזהרות או דתיות, קודם שהם מנסים, בגזירת המחוקק, להסדיר את הסכסוך המשפחתי שהתגלע ביניהם בדרכי שלום, ראו על כך: סעיף 1 לחוק להסדר התדיינויות בסכסוכי משפחה, המעגן את מטרתו הרשמית – "מטרתו של חוק זה לסייע לבני זוג ולהורים וילדיהם ליישב סכסוך משפחתי ביניהם בהסכמה ובדרכי שלום, ולצמצם את הצורך בקיום התדיינויות משפטיות, מתוך התחשבות במכלול ההיבטים הנוגעים לסכסוך ובטובתם של כל ילדה וילד".

220 בכך אני מסכים עם ביקורתה של דפנה הקר על קוצר ידם של דיני החוזים, אם כי הקלסיים בלבד, להסדיר את מערכת היחסים המשפחתית בעידן של המשפחה הגלובלית, ראו על

חוזית גמישה ומתחשבת, הערה לייחודיותם של "מתקשרים חוזיים" ייחודיים אלו ולסובייקטיביות שלהם, עשויה להתאים להסדרה חוזית הראויה של קביעת ההיקף של המשך קיומה של ההורות המשפטית בפועל גם לאחר פרידת ההורים וכן את דפוס המשמורת לאור מודל השיקוף.

יש לעמוד בהקשר זה על שתי מערכות יחסים משפחתיות שאותן, לדידי, ניתן לראות כחווה יחס – הן במישור האופקי, בין שני ההורים לבין עצמם, כפי שדנתי בהרחבה לעיל בתת-הפרק ה-2, והן במישור האנכי, בין ההורים ובין ילדיהם המשותפים. לדידי, אין כל הבדל אם מדובר בילד אחד בלבד או בכמה ילדים ואם מי מהם הינו בעל צרכים מיוחדים; בסופו של יום הרציונל החוזי קיים באופן עצמאי בין כל אחד מהילדים ובין הוריו, וזאת בין אם הוא ילד יחיד ובין אם יש לו אחים ואחיות, בין אם מדובר בילד "רגיל" או בעל צרכים מיוחדים. מדובר, הלכה למעשה, בשתי מערכות יחסים המשלימות זו את זו. לפיכך, יש משנה חשיבות למערכת ההסכמית המפורשת או המשתמעת שנרקמה בין ההורים במהלך חיי הזוגיות שלהם, המקרינה על היקפו של סטטוס ההורות המשפטית שאותו יקבלו לאחר גירושיהם, לאור מודל השיקוף.

באופן דומה, גם במישור היחסים שבין הורים לילדים מדובר בחווה יחס, שלפיו בהתאם להיקף של מילוי החובות ההוריות כפי שהיה קיים בפועל במהלך חיי הזוגיות, כן יוקנה להם המשך מילוי של חובות אלו לאחר פרידת ההורים. כך או כך, לאור דוקטרינה זו יש להמשיך הלכה למעשה את היקף ההורות המשפטית הראשונית, זו שעליה הסכימו ההורים עם לידת הילד, גם לאחר פרידתם, וזאת כל עוד לא חלו שינויי נסיבות, או שינוי דעת או היפוך הלב של אחד הצדדים, המבקש לעת פרידה להרחיב או לצמצם את היקף הורותו המשפטית על הילד.²²¹ יודגש כי אין המדובר במעין הטלת וטו של אחד הצדדים על המשך קיומו של דפוס המשמורת הקיים, שבכוחו להכריח באופן חד צדדי את הצד האחר להסכים לו; מדובר אך ורק בבקשה לשנות את המצב הקיים, שיוסכם עליו במסגרת משא ומתן מתחדש שעל הצדדים לנהל כעת.

כמו כן, אם הצדדים לא הסכימו מפורשות על היקף סטטוס ההורות במהלך חיי השיתוף ההורי ביניהם, אלא פעלו כברירת המחדל של רוב הזוגות האחרים במסגרת של משמורת משותפת, משפטית או פיזית, ניתן להקיש מהיקף מילוי של החובות ההוריות שלהם על היקף תפקודם כהורים משפטיים של הילד גם לאחר גירושיהם. זאת ניתן להסיק מן ההורות התפקודית בפועל של כל אחד מהורי הילד, העולה כדי חווה מפורש

כך: Daphna Hacker, *Legalized Families in the Era of Bordered Globalization* (2017) pp. 73–116.

²²¹ לבעיה קשה זו בתקופה המודרנית בהקשר של ההורות המשפטית בכלל, ובפרט בהקשר של הסכמים לנשיאת עוברים ולדוקטרינות שאותן מעמידים לנו דיני החוזים המודרניים להתמודדות נאותה עימה, ראו בהתאמה: מרגלית – עבודת דוקטורט (לעיל, הערה 23) בעמ' 93–95, 156–166 Margalit; (לעיל, הערה 160) בעמ' 433–436, 450–458.

ולמצער משתמע, כפי שעמדו על כך מלומדים שונים בספרות המחקר.²²² תימוכין לתובנה ייחודית זו ניתן למצוא בהקשר הישראלי, הקובע שחווה יכול להיכרת גם בהתנהגות ואף בעל פה. בהתאם לכך קובע סעיף 23 לחוק החוזים: "חווה יכול שיעשה בעל פה, בכתב או בצורה אחרת, זולת אם הייתה צורה מסוימת תנאי לתקפו על פי חוק או הסכם בין הצדדים".²²³

חווה ההורות יכול אפוא להיכרת הלכה למעשה גם בלא כל חווה ערוך או הסכמה מפורשת שעוגנה עלי כתב, וזאת בעקבות קיום החובות ההורות של ההורה כלפי ילדו, דבר העשוי להקנות לו את ההורות המשפטית בעקבות ההורות החברתית/פסיכולוגית של קיום בפועל של יחסי הורים-ילדים. כידוע, הורות חברתית הינה הורות שאינה רואה בבילוגיה חזות הכול, אלא דווקא מקנה את ההכרה המשפטית, לרוב פסיקתית, אך לעיתים גם באמצעות חקיקה, בהורות מכוח מילוי החובות ההורות כלפי הילד במשך תקופת זמן קצובה של כשנתיים ימים לאחר לידת הילד, ומכוח זה יינתן סטטוס ההורות המשפטית.²²⁴ הואיל ומודל אחרון זה אינו רואה בהולדה ובהורות הבילוגית, הגנטית או הפיזיולוגית סיבה מספקת לקביעת הורות משפטית, יש לקובעה רק בעקבות מילוי התחייבותו של ההורה כלפי ילדו בפועל. לגישתי, ולאור מודל חווה היחס, הממשפט גם מערכת יחסים אינטימית ואישית זו, נמצאנו למדים שבהלימה למידת ההשקעה ההורית בילד במהלך חיי הזוגיות של ההורים, יקנה כל אחד מההורים את היקף המשמורת ההורית שתלווה אותם גם, ואולי בייחוד, לאחר הפרידה הזוגית שלהם.

בעולם המודרני, אחת הבעיות המרכזיות שיש בהסדרה חוזית, בייחוד בהקשר של חוזים ארוכי טווח, שלא אחת הם חוזי יחס, הינה שינוי הנסיבות. ספרות מחקרית ענפה נכתבה בנושא זה, ושתי הדוקטרינות המרכזיות שהוצעו הינן קיומו של משא ומתן

222 ראו למשל: Katharine K. Baker, "Bargaining or Biology? The History and Future of Paternity Law and Parental Status", 14 *Cornell J.L. & Pub. Pol'y* (2004) 1, pp. 31-38; Katherine M Swift, "Parenting Agreements, The Potential Power of Contract, And the Limits of Family Law", 34 *Fla. St. U.L. Rev.* (2007) 913, pp. 932-939.

223 ראו על כך: **הפירוש הקצר לחוקים במשפט הפרטי** (איל זמיר ואח' עורכים, תשנ"ו) בעמ' 139-140. על הסכם בעל פה ואכיפתו בסוגיות משפחתיות שונות, כדוגמת שיתוף בנכס "חיצוני"; אכיפת הסכם ממון שלא אושר על ידי בית המשפט וחייב במזונות אורחיים, ראו על כך: יהורם שקד וענת הלר כריש, "מזונות ילדים בראי מודל הסכמי" **נבו** (2016) 1, בעמ' 6-11. לפסיקה מנחה, ראו בין היתר: ע"א 5578/93 **נרב נ' הנאמן על נכסי פושט הרגל אליעזר נרב**, פ"ד מט(2) 459 (1995) ובייחוד בהקשר של חיוב מזונות ילד שנולד מתרומת זרע מגבר זר ובחזקת השיתוף, ראו על כך בהתאמה: דנ"א 1558/94 **נפסי נ' נפסי**, פ"ד נ(3) 573 (1996); ע"א 449/79 **סלמה נ' סלמה**, פ"ד לד(2) 779 (1980).

224 על ההורות החברתית, ראו: טלי מרכוס, "על הורטון, בת פרעה והברידי באנץ' – האפשרות להעניק מעמד משפטי להורה חברתי", **מאזני משפט** יא (תשע"ו) 435. לאימוץ מודל זה בפסיקת בתי המשפט בקשר של קביעת ההורות המשפטית ראו למשל: עניין **פולטורצקי** (לעיל, הערה 133) בפס' 11 לחוות דעת השופטת ברק-ארז; עניין **פלוגית נ' אלמונית** (לעיל, הערה 133), בפס' 3.2.11-3.2.12.

מתחדש או התאמת החוזה לשינוי נסיבות.²²⁵ ואולם, אם יש תחום שבו שינויי נסיבות מצויים באופן מובנה בחיי החוזה, הרי שזהו, ללא כל ספק, התחום המשפחתי. הדברים אמורים בראש ובראשונה בהקשר של הסכמי ממון, ולצורך המשך דיוננו – קביעת משמורת ילדים או קביעת היקף תשלום מזונותיהם בידי הוריהם. מערכות היחסים המשפחתיות הינן כה אישיות וסובייקטיביות, עד שיש מקום להסדיר אותן בצורה עדינה ומתחשבת, אגב מתן אפשרות לעדכן את ההסכמות המשפחתיות ולהתאימן לנסיבות המשתנות.²²⁶

למען סבר את האוון, לדעת Lenore J. Weitzman, דיני החוזים המודרניים, ובייחוד הדוקטרינה של התאמת החוזה לנסיבות משתנות, מאפשרים את החלת דיני החוזים הכלליים גם בחוזים זוגיים שונים.²²⁷ גם בהמלצות ה-ALI נקבע שבהקשר המשפחתי יש קושי גדול לצפות שינוי נסיבות, ולכן יש צורך רב במדיניות שתאפשר את התאמת החוזה לנסיבות משתנות.²²⁸ ואכן, מחקרים הראו שיש לבחון חוזים אלו לאור הנסיבות המשתנות דווקא ולא לאור הנסיבות המקוריות.²²⁹ באופן פרקטי, בחו"ל²³⁰ ובארץ ניתן למצוא את יישומה של הלכת שינוי הנסיבות בהסכמי מזונות ובהסכמי ממון.²³¹ תובנה זו מטעים שחר ליפשיץ בכך שבני זוג, שלא כאנשי עסקים, אינם מקבלים ייעוץ משפטי

225 לדוקטרינה הראשונה, ראו על כך, בין היתר: גלברד (לעיל, הערה 211) בעמ' 223–227; פינקלשטיין (לעיל, הערה 145) בעמ' 129–133; רונן (לעיל, הערה 149) בעמ' 176–179; זמיר (לעיל, הערה 172) בעמ' 421–426; מיגל דויטש, "על מסוימות החוזה העסקי", **עיוני משפט טז** (תשנ"ב) 337, בעמ' 346–348. לדוקטרינה השנייה, לספרות המנחה בעברית, ראו בין היתר: רונן (לעיל, הערה 149); זמיר (לעיל, הערה 172) בעמ' 429–434; פרידמן וכהן (לעיל, הערה 145) בעמ' 295–308.

226 ראו על כך: רונן, שם בעמ' 22. מערכות יחסים ייחודיות נוספות הינן יחסי עבודה ויחסים חוזיים-עסקיים.

227 Lenore J. Weitzman, *The Marriage Contract: Spouses, Lovers, and the Law* (1981) pp. 249–250. על גמישותם של דיני החוזים המודרניים והתאמתם למרקם האינטימי של הבית, ראו: Shultz (לעיל, הערה 164) בעמ' 291–293.

228 ALI (לעיל, הערה 24) בעמ' 987.
229 Thomas J. Oldham, "Premarital Contracts are Now Enforceable, Unless", 21 *Hous. L. Rev.* (1984) 757; Barbara A. Atwood, "Ten Years Later: Lingering Concerns about the Uniform Premarital Agreement Act", 19 *J. Legis.* (1993) 127.

230 על יישומה של דוקטרינת שינוי הנסיבות בהסכמי משמורת ומזונות ילדים, ראו פסקי דין המובאים אצל: Cheri L. Wood, "Childless Mothers? The New Catch-22: You Can't Have Your Kids and Work for Them Too", 29 *Loy. L.A. L. Rev.* (1995) 383, pp. 393–396; Marsha Garrison, "Law Making for Baby Making: An Interpretive Approach to the Determination of Legal Parentage", 113 *Harv. L. Rev.* (2000) 835, p. 893 n.270.

231 ליישום הדוקטרינה בהסכמי מזונות ילדים, ראו למשל: עניין **וינטר נ' בארי** (להלן הערה 234); נינה זלצמן, **מעשה בית דין בהליך אזרחי** (1991) בעמ' 283; תה"ס (נצ') 8743-01-10 **א.א.נ' ע.א.** (פורסם בנבו, 2016).

שוטף, ולכן יש מקום נרחב יותר לשנות ולעדכן הסכמים זוגיים במקום שבו שינוי הנסיבות זקק זאת.²³²

דוקטרינה זו מיושמת פעמים רבות בהקשר של קביעת גובהו של תשלום מזונות הילדים.²³³ וכך קובע סעיף 13 לחוק המזונות: "(א) בית המשפט רשאי לשנות את אשר נקבע בהסכם, בויתור ובפסק-דין, אם ראה לעשות כן על סמך נסיבות שנועדו למבקש או שנשתנו אחרי ההסכם, הויתור או פסק-הדין".²³⁴ באופן דומה, גם קביעת היקפה של משמורת ההורים לאחר גירושיהם עשויה להיות כפופה לשינויי נסיבות.²³⁵ אשר על כן, בכך ניתן, לדעתי, להשיב על שני החסרונות המרכזיים של מודל השיקוף, שאותם מניתי בפרק ד. החיסרון הראשון היה בעיית ה"הורות האינטנסיבית" והחשש שמא ההורים יבצעו מחטף בתקופה הסמוכה להליך הפרידה שלהם ויהפכו את עצמם, ובעל כורחו של הילד, להורה בעל היקף משמורת גדול יותר, זאת בשל רצונם "לשפר עמדות" לקראת הפרידה הצפויה מבן זוגם. כך, בעיית ה"הורות-היתר" עלולה לשבש את יכולתנו לצפות נכונה מהו היקף המשמורת הראוי.

ואולם, שתי תשובות לדבר, האחת טכנית והאחרת מהותית. טכנית, אם לא נבחן אך ורק את החודשים הסמוכים להליך הגירושין, אלא נצפה פני עבר בצורה עמוקה ומשמעותית יותר, כדוגמת 24 החודשים שקדמו לפרידה ולמועד קביעת המשמורת, העניין עשוי להקל בעיה זו באופן ניכר. מהותית, אין מתאים מחוזה היחס האמור לבחון את עצמו לאורך כל חיי קיום החוזה ולהתאים את עצמו, במידת הצורך, לנסיבות המשתנות.²³⁶ כידוע, ההסדרה החוזית המקובלת נוטה לקדש את המילה הכתובה בחוזה, וכל סטייה מהמוסכם בחוזה נתפסת כחתימה תחת העיקרון המקודש של חופש החוזים

232 לתובנה זו, ראו: ליפשיץ (לעיל, הערה 164) בעמ' 351 ובעמ' 349–353 לסקירת פסקי דין שבהם עסקו בארץ בשינוי נסיבות בחוזים זוגיים. לעניין שינוי הנסיבות בהסכמי מזונות, ראו: רוזן-צבי (לעיל, הערה 32) בעמ' 390–394.

233 בשולי הדברים יצוין שיישום אפשרי נוסף ניתן למצוא בהקשר של הסכמים לנשיאת עוברים, הניצבים אף הם בתפר שבין דיני משפחה ובין דיני חוזים. ראו על כך: סעיף 13 לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ו–1996, ס"ח 176 הקובע כך: "(א) ביקשה אם נושאת לחזור בה מהסכם לנשיאת עוברים ולהחזיק בילד, לא יאשר זאת בית המשפט אלא אם כן נוכח לאחר קבלת תסקיר עובד סוציאלי לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים, כי חל שינוי בנסיבות שיש בו כדי להצדיק חזרתה של האם הנושאת מהסכמתה, וכי אין בכך כדי לפגוע בטובת הילד".

234 יפה לעניין זה קביעת בית המשפט העליון בעניין חוסר הסופיות של הסכמי מזונות ילדים, בייחוד לאור שינוי נסיבות, ראו על כך: בד"מ 1/60 וינטר נ' בארי, פ"ד טו(2) 1457, עמ' 1472 (1980).

235 לסקירת העמימות שיש בדוקטרינת שינוי הנסיבות הן בהקשר של מזונות והן בהקשר של משמורת ילדים, ראו: יצחק כהן, "הסטנדרט המעורפל של שינוי הנסיבות – עיון מחודש בדיני המשפחה", הפרקליט נד (תשע"ו) 275.

236 לצורך העז בהסדרי הורות גמישים המותאמים לאירועים חריגים ולשינויים בחייהם של בני המשפחה, ראו: הקר והלפרין-קדרי (לעיל, הערה 36) בעמ' 168.

וערעור הנגזרת המרכזית שלו, שלפיה חוזים יש לקיים,²³⁷ דבר הבא לידי ביטוי בהשקפה על סעד האכיפה כסעד הראשון במעלה.²³⁸ בשונה מכך, בחוזה היחס, ההסכמה החוזית אינה מתחילה ומסתיימת במועד כריתת החוזה, אלא נתפסת כהסכמה מתמשכת, הנבחנת לכל אורך חיי החוזה; מדובר בעיגון חוזי אינהרנטי של עקרון "אי-סופיות הדיון",²³⁹ בכל הנוגע לדפוס משמורת הילדים ומן הסתם גם להיקף של קביעת מזונותיהם. כך ניתן לקבוע פרק זמן קבוע של אחת לשנתיים לבחינה חוזרת של היקף המשמורת הרצוי, וממילא אם אחד ההורים ערך "מקצה שיפורים" ערב הגירושין ואינו עומד במילוי החובות ההוריות לאחר הגירושין, ניתן לצמצם בהתאמה את היקף המשמורת שתינתן בידיו.²⁴⁰

בשולי הדברים יצוין כי אין יסוד לטיעון שאין כל צורך ביישום ייחודי זה של חוזה היחס בהקשר של מודל השיקוף, שהרי ממילא סמכות שיפוטית זו קיימת לאור סעיף 74 לחוק הכשרות המשפטית, הקובע כך: "בית המשפט רשאי לשנות או לבטל החלטותיו לפי חוק זה אם נשתנו הנסיבות או נתגלו עובדות נוספות לאחר שנתן החלטתו". מנגנון מנהלי זה מצומצם מאוד בהיקפו ומוגבל אך ורק לשני התנאים המנויים בו מפורשות – שינוי נסיבות וגילוי עובדות נוספות – ואין הוא מאפשר כלל ועיקר בחינה תקופתית של גורמים שונים ומגוונים העשויים לשנות את היקף המשמורת הראשונית. גם מיעוט הפסיקה היחסית שניתנה בעניין יכול ללמד עד כמה יש מקום לאפשר את הרחבת יישומו של העיקרון שאני מציע, הן מבחינת תדירות הבחינה והן מבחינת התנאים המתחייבים ליישומה.²⁴¹

- 237 ראו על כך למשל: דליה אבן, "משמעותה של ה"זכות" לתרופות בגין הפרת חוזה", **עיוני משפט** ו (תשל"ח-תשל"ט) 121, בעמ' 129; איל זמיר, **עקרון ההתאמה בקיום חוזים** (תש"ן) בעמ' 189, 203-206; איל זמיר, **חוק חוזה הקבלנות, תשל"ד-1974** (גד טדסקי – עורך, תשנ"ה) בעמ' 402, 426.
- 238 לדיונים המנחים על אודות עיקרון זה, ראו: ע"א 620/89 **חושנגי נ' חיה אמגר**, פ"ד מו(1) 588 (1992); ע"א 5131/10 **אזימוב נ' בנימיני** (פורסם בנבו, 2013); רע"א 1516/05 **למיט אחזקות בע"מ נ' מנשה ח. אלישר בע"מ** (פורסם בנבו, 2005). כן ראו לאחרונה: שלי אביב ייני, "פיצויים עונשיים סמויים בגין פיטורים שלא כדין המהווים הפרת חוזה עבודה", **מחקרי משפט** לא (תשע"ח) 449, בעמ' 460.
- 239 עיקרון דומה ניתן למצוא גם בהקשר של ביטוח הנכות. ראו על כך למשל: עב"ל (ארצי) 364/05 **בהלקנר נ' המוסד לביטוח לאומי** פס' 5 (פורסם בנבו, 2006); בר"ע (ארצי) 37656-07-15 **בן לולו נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 2016).
- 240 קביעת שנתיים הימים מעוגנת בווריאנטים השונים של ההורות החברתית המקובלים במשפט האמריקאי. להצעה דומה בהקשר הישראלי לעריכת דיון מחודש בקביעת ההיקף של משמורת הילדים הרצויה דווקא לאחר פרק כזה, אם כי באופן חד-פעמי לאחר גירושיו ההורים, ראו: הקר והלפרין-קדרי (לעיל, הערה 36) בעמ' 168.
- 241 על הצמצום שבו יושם סעיף זה, ראו למשל: ד"נ 17/75 **נחול נ' לוי**, פ"ד ל(2) 113, בעמ' 125 (1976); רע"א 3006/91 **אברהמי נ' רובין** (פורסם בנבו, 1991); תמ"ש (ת"א) 37842-07-15 **א.ע. נ' נ.ע.** בפס' 17 (פורסם בנבו, 2016). לדעות המלומדים בדבר הצורך לפרש סעיף זה בצמצום, ראו למשל: פרידמן וכהן (לעיל, הערה 145) בעמ' 1066; יצחק

לדידי, בכך ניתן להציל את המודל גם מהביקורת השנייה שהוטחה נגדו בספרות המחקר.²⁴² החשש שהושמע הינו, כאמור, שהמודל אולי צופה היטב פני עבר, אך אינו צופה נכונה פני עתיד.²⁴³ המודל משעתק את המצב שהיה קיים קודם לגירושין ומשליך אותו על דפוס המשמורת שתהיה לאחר הגירושין. ואולם, ניתן להפריך קושי זה, שכן אם הורה מסוים, בעיקר האב,²⁴⁴ יבקש להגדיל את היקף משמורתו, עליו להוכיח את רצינותו ואת טיב כוונותיו במשך שנתיים ימים. הדבר ישפיע על קביעת היקפה של המשמורת המתחדשת בנקודת הזמן הבאה הקבועה לכך. לדעתי, אין חשיבות לשאלה אם הסדר המשמורת נקבע בהחלטה שיפוטית, כיצד הורה יכול לבלות עם ילדיו מעבר לזמן שנקבע בהחלטת בית המשפט, שכן, כידוע, לא אחת החלטתו הפורמלית של בית המשפט לחוד והמציאות בשטח לחוד. לא אחת, אין הלימה בין הקביעה הנורמטיבית ובין ביצועה הלכה למעשה.²⁴⁵ הקושי הרב הניצב לפתחו של אי-קיום צווי המשמורת נדון רבות בפסיקה ובספרות המחקר, דבר המלמד יותר מכל עד כמה הורה החפץ בכך יכול לבלות זמן רב יותר ובצורה איכותית יותר עם ילדיו בחיי היומיום. עם זאת, לצערנו הרב, ניתן לסכל את החלטות בית המשפט בנקל וכלל לא להתייצב לפגישות עם הילדים וודאי שלא לקיימן בצורה ראויה ומיטבית.²⁴⁶

אנגלרד, "סמכות האפוטרופוס לייצג את החסוי ואישור בית המשפט", **משפטים** ח (תשל"ז-תשל"ח) 479, בעמ' 485. אך ראו: אבנר שאקי, "עיון מחודש בטיבה של 'זכות ההורים למשמורת ילדיהם הקטינים'", **עיוני משפט** ט (תשמ"ג-תשמ"ד) 59, בעמ' 98, הגורס: "נכון לדעתנו לשמור את סמכות השינוי או הביטול של החלטות כאלה, על-ידי בית המשפט, לארדווקא למקרים של שינוי נסיבות או גילוי עובדות חדשות", טיעון העולה בקנה אחד עם הצעתי.

242 ראו על כך לעיל בטקסט בצד הערות 125–126.

243 ראו על כך בקביעה הבאה: Scott (לעיל, הערה 24) בעמ' 639 "Translating evidence about past parental care and responsibility into a plan for future custody will often be a formidable task that is prone to error".

244 נכון לכתיבת שורות אלו רוב המטפלים המרכזיים בילד הם עדיין נשים, וממילא דפוס המשמורת יטה באופן מובהק לתת את המשמורת בהיקף גדול יותר לנשים ולא לגברים. ראו על כך: הילה מלר-שלו (לעיל, הערה 32). על הנטייה המגדרית הכללית של נשים לשמש בתפקידים טיפוליים בבית, ולא רק כלפי ילדיהן, ראו: גליה הילדסהיימר, "היי לי אם ואחות: המערכת הטיפולית הביתית בראייה מגדרית" (צפוי להתפרסם ב**מאזני משפט** יג, תש"ף).

245 יפה לענייננו הקביעה הבאה: Scott (לעיל, הערה 24) בעמ' 641 "To be sure, error will inevitably result when courts make the often complex evidentiary judgments necessary (to determine the correct custody category)".

246 ראו על כך, למשל: מזא"ה (לעיל, הערה 64). להחלטות שיפוטיות בעניין, ראו למשל: רמ"ש (חי') 21619-03-17 **ש.מ.נ' א.מ.**, בפס' יח-כא (פורסם בנבו, 2017); תמ"ש (קריית) 37245-07-13 **פלונית נ' פלוני** (פורסם בנבו, 2014); תמ"ש (ת"א) 58470-10-13 **א.ד.נ' י.ד.** (פורסם בנבו, 2016).

רק באמצעות מודל השיקוף ניתן, לדעתי, לשמר בצורה הטובה ביותר את טובת הילד ולשמור על זכויותיו השונות, תוך התאמת היקף המשמורת הרצוי בעיני הילד להמשך שמירת הקשר עם שני הוריו לאחר פרידתם (בהלימה למידת השקעתם הראשונית בו במהלך חיי הזוגיות). קביעה פונקציונאלית כזו עשויה לדרבן את שני ההורים להמשיך ולהשקיע בילד לא רק לפני הפרידה, אלא גם לאחריה ולכל אורך קיומה של משמורת הילדים. שיקוף מדויק זה אפשרי אך ורק לאור המודל נשוא דיוננו, שיושגת על מודל חוזי גמיש, אינטימי ואישי, שבכוחו להתאים את עצמו בקלות יחסית לשינויי נסיבות מעין אלו – חוזה היחס.

אשר על כן, וכתוצאה המתבקשת לאור דיוני במאמר זה, יש לדעתי לאמץ בשתי ידיים, לכל הפחות בכל האמור ביישום בפועל של המודל, את הצעת חוק הורים וילדיהם. הצעה חקיקתית זו קובעת שאם הורים, לרבות, ואולי בעיקר אלו החיים בפירוד, לא הצליחו להגיע בכוחות עצמם להסכמה בעניין אופן מימושה של אחריותם ההורית, רשאי כל אחד מהם או ילדם לבקש מבית המשפט לקבוע את אופן המימוש הרצוי של אחריותם ההורית, כפי שדבר קבוע כבר כיום בסעיפים 24–25 לחוק הכשרות המשפטית. במסגרת פנייה זו על כל הורה לצרף לבקשה או לתגובה לבקשת צד אחר הצעה להסכם הורות, ובמסגרת זו עליו להמציא, בין היתר, "פרטים ביחס לחלוקת זמני השהות של הילדה או הילד עם כל אחד מההורים בעשרים וארבעה החודשים שקדמו לפירוד [...]".²⁴⁷

בהמשך הצעת החוק נכתב כי משמורת ילדים בטווח הגילים 4–10 תיקבע בידי בית המשפט "[...] תוך שמירה בקירוב על חלוקת הזמן, אופן הטיפול ומידת הטיפול של ההורים בילד או הילדה בעשרים וארבעה החודשים שקדמו להגשת הבקשה להסדר הורות, אם אין סיבות להורות אחרת".²⁴⁸ באופן דומה, הסדר משמורתם של ילדים שגילים מעל גיל 10 ייקבע "בהתאם לשיקולים המנויים בסעיף קטן (ג) ובטיפול שהעניק כל אחד מההורים לילדה או לילד עד למועד קביעת בית המשפט".²⁴⁹ בין יתר הגורמים המנויים בסעיף הקטן הנ"ל ניתן למצוא את אמות המידה הבאות: המצב הגופני והנפשי של הילד; רצון הילד וזכויות שונות של הילד. בסעיף העוקב לו, סעיף קטן (ד), נקבע כי הבית העיקרי לצורך ניהול ענייניו של הילד ייקבע כבית של ההורה אשר הילד שוהה בו מרב הזמן, ואם מדובר בחלוקת שהות זהה, יקבע בית המשפט על פי שיקול דעתו. בדבריי ההסבר נכתב:

בקביעתו של בית המשפט את הסדר ההורות בין הצדדים ישקול כשיקול ראשון את טובת הילד או הילדה ויקבע, אם אין סיבות מיוחדות להורות אחרת, שהאחריות ההורית

247 ראו על כך: סעיפים 10–11 להצעת חוק הורים וילדיהם. הציטוט לקוח מסעיף 11(א).

248 סעיף 11(ב)(3) להצעת חוק הורים וילדיהם.

249 ראו על כך: סעיף 11(ב)(4) להצעת חוק הורים וילדיהם. יודגש, לגישתי, יש לדחות את הניסיון של הצעת החוק לשמר את חזקת הגיל הרך לכל הפחות עד הגיע הילד לגיל ארבע, זאת שכן, לדידי, גם בגיל רך שכזה יש לפעול על פי מודל השיקוף, וכאמור לא להמשיך ולדבוק בחזקת הגיל הרך.

תהיה משותפת לשני ההורים [...] עוד מוצע כי במקרים שבהם לילד או הילדה טרם מלאו ארבע שנים הם (! – כך במקור – י"מ) ישהו הילד או הילדה רוב הזמן עם אמם תוך הבטחת קשר קבוע משמעותי ורציף עם האב, אם אין סיבות מיוחדות להורות אחרת, ולגבי ילדים מעל גיל ארבע יחול עקרון הקירוב (Approximation Rule), אשר משמעותו כי טובת הילד היא שמירה בקירוב על חלוקת הזמן בין ההורים טרם הגירושין. לצורך חלוקת זמני השהות הצדדים יגישו הרצאת פרטים בדבר החלוקה שהתקיימה ב־24 חודשים שקדמו לפירוד.²⁵⁰

בהמשך מבארים דברי ההסבר,²⁵¹ בדומה מאוד ליתרונות המודל שאותם מניתי לעיל בפרק ד, כי מדובר בכלל ברור, המאפשר לבית המשפט הכרעה שקולה ופשוטה, המבוססת על נתונים עובדתיים המייתרים את הצורך הבעייתי בהסתמכות על מומחים. כלל זה מאפשר את שמירת היציבות בחיי הילד בהתאם לאופן הטיפול שקיבל מכל אחד מהוריו קודם לגירושין ומידתו. נוסף על כך, כלל זה מונע ריבוי והתמשכות של התדיינות משפטיות הפוגעות בילד, מונע סחטנות בהליכי הגירושין ומשקף הלכה למעשה את אופן חיי השיתוף שהיה בין ההורים ערב פרידתם.

ז. סיכום וקריאה למחוקק

דיני המשפחה, בארץ כבעולם כולו, עוברים בעשרות השנים האחרונות טלטלות של ממש. חוסר ההסכמה על דפוס הנישואין וההורות הרצוי, על מעמדה הרצוי של האישה, הן בתוככי הבית פנימה והן במתחם הציבורי, כרעיה וכאם, במהלך חיי הזוגיות ולעת פרידה וגירושין – כל אלה מטלטלים את המוסכמות החברתיות והמשפחתיות במדינות רבות. השקט המתוח והיחסי שהיה מנת חלקו של המשפט הישראלי, הן בנושא של קביעת משמורת הילדים והן בנושא של היקף תשלום מזונותיהם בידי הוריהם, הופר לפני כעשור שנים, עת מונתה ועדת שניט לדון ברלוונטיות ובכדאיות של המשך קיומה של חזקת הגיל הרך. בד בבד עם התקדמות עבודתה של הוועדה גברו קולות המצדדים והמתנגדים לשינוי הסטטוס־קוו הקיים בארץ, בעקבות ההלכה היהודית ובעיגון החזקה, כמו גם "חובת המזונות המוחלטת", על ידי המחוקק.

פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין פלוני מקיץ 2017, שהורה על ביטולה של חובה אחרונה זו, והתקווה שפסיקה ברורה ומחייבת כזו תעצור ולמצער תצמצם את היקף הבוקה ומבולקה השוררת בתחום בישראל נגוזה חיש מהר, וכלל לא ברור אם המצב הכאוטי שהיה קיים קודם לפסק הדין של בית המשפט עליון כלל השתפר.²⁵² אשר

250 דברי ההסבר להצעת חוק הורים וילדיהם, התשע"ו–2016 בעמ' 18.

251 שם, בעמ' 18–19.

252 עניין פלוני (לעיל, הערה 10). ליישום בפועל של ביטול חובת תשלום המזונות המגדרית של הגבר ואף חיוב האישה בתשלומם, ראו למשל: תלה"מ (ראשל"צ) 7890-08-17 אלמוני

על כן, שלוחה קריאתי בזאת אל המחוקק לומר את דברו בקול רם וצלול בהקדם האפשרי, הן בנושא של אופן קביעתה של המשמורת הרצויה בענינו והן באשר להיקף המזונות שישלם, אם בכלל, הורה אחד למשנהו, שכן אם לא עכשיו אימתי?²⁵³ כולי תקווה שביום שנזכה להסדרה חקיקתית מקיפה שכזו יהיה מודל השיקוף נר לרגלי המחוקק, לאור המתווה הנורמטיבי המוצע במאמר זה. לדעתי, מודל השיקוף, המבוסס על יסוד חוזה היחס, הינו המודל השוויוני והא-מגדרי הגמיש, היעיל, הצודק וההוגן ביותר, בראש ובראשונה בנוגע לשמירה על טובת הילד וזכויותיו השונות, אך גם כלפי ההורים, שלא ייאלצו להמשיך ולהתגושש בערכאות השיפוטיות בעניין של קביעת משמורת ילדם.

נ' פלוגית (פורסם בנבו, 2019). לאחרונה אף פורסם בכלי התקשורת בארץ שיש מעין "מרד" של שופטי בתי המשפט לענייני משפחה שאינם מוכנים לקבל עליהם את פסיקת העליון לפיה את מזונות הילד יש לחשב בצורה אריתמטית בלבד. ראו על כך: משה גורלי, "שופטי המשפחה נגד העליון: מזונות לא קובעים עם מחשבון" כלכליסט (5.5.2019), <https://www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3761509,00.html>.
 253 לקריאה קודמת שכזו, שכן רק אמירה נחרצת של המחוקק עשויה להשפיע על המצב המשפטי הקיים כיום, המאופיין בשינויים דרמטיים בשדה משפטי ייחודי ורגיש זה, ראו: הקר והלפריץ-קדרי (לעיל, הערה 36) בעמ' 107.