

משמורת ומזונות ילדים: אקטיביזם וכאוס בבתי המשפט לענייני משפחה

מאת

אורית ג'קמן-לדאני* ודפנה הקר**

תקציר

מאמר זה מדווח על ממצאי מחקר אמפירי חלוצי ומקיף, הראשון שבוחן באופן שיטתי את הפסיקה העכשווית של בתי המשפט לענייני משפחה בישראל בשתי סוגיות ליבה בהליכי גירושים של הורים: משמורת פיזית ומזונות ילדים. הממצאים חושפים אקטיביזם שיפוטי מלמטה, המתעלם מהדין הקיים עלי ספר ויוצר אי בהירות והעדר אחידות. אלה מותירים את השדה המשפטי בתחום דיני המשפחות ללא כללי משפט מכוונים בשתי סוגיות מרכזיות אלה. בתוך כך, המחקר מהווה תיעוד אמפירי ראשון של המהפכה השיפוטית בתחום דיני ההורות בישראל שבאה לידי ביטוי הן בדומיננטיות חסרת תקדים של מודל המשמורת הפיזית המשותפת בפסיקה, הן בהצטמקות סכומי המזונות הנפסקים כיום בהשוואה לעבר. ממצאי המחקר מהווים קרקע פורייה לדיון בשאלת דיני ההורות הרצויים, כמו גם לדיון בתפקידו הראוי של בית המשפט לענייני משפחה בפרט, ושל ערכאות דיוניות בכלל.

6	מבוא
7	א. סימנים מקדימים
9	1. משמורת ילדים
11	2. מזונות ילדים
14	ב. מערך המחקר

* עורכת דין המתמחה בדיני משפחה וירושה. מאמר זה מבוסס על עבודת התזה של הכותבת הראשונה, בהנחיית הכותבת השנייה.

** פרופ' מן המניין, הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן והתוכנית ללימודי נשים ומגדר בשיתוף NCJW, אוניברסיטת תל אביב.

אנו מודות לשופטות ולשופטים על ההערות המועילות, ולד"ר אורי אהרונסון, פרופ' רות הלפרין-קדרר, פרופ' רות זפרן, פרופ' יששכר (איסי) רוזן-צבי וד"ר שרון שקרג' על תרומתם לדיון המופיע בסוף המאמר. האחריות על תוכן המאמר היא, כמובן, שלנו בלבד.

16	ג. ממצאים
16	1. משמורת פיזית
16	(א) מהפכת המשמורת המשותפת
20	(ב) כאוס מושגי
22	(ג) התעלמות מתנאים שהציבו הערכאות העליונות
25	(ד) תנאים עקיבים
26	(ה) משמורת אב
26	2. מזונות קטינים
26	(א) משתנים משפיעים
29	(ב) שחיקת חובת האב לזון את ילדיו
33	(ג) כאוס בפסיקת מזונות
37	(ד) מזונות במשמורת אב
37	(ה) שינוי נסיבות
42	ד. דיון

מבוא

למעלה מעשור שהשרדה המשפטי החולש על גירושי הורים בישראל הינו כמרקחה. המשפט עלי ספר, והמסמרות שלכאורה הוא קובע בנוגע למשמורת ולמזונות ילדים, הולך ומאבד ממרכזיותו. המלצות של שתי ועדות ממשלתיות לעדכן את החוק לא יושמו, ובכנסת ובציבור נמשכים דיונים סוערים על אודות דיני ההורות הרצויים. בינתיים, חלק משופטי המשפחה לקחו על עצמם לעדכן את החוק, לכאורה בשם טובת הילד והשוויון המגדרי. הגם שהקהילה האקדמית דנה במתרחש בעשור האחרון בתחום דיני המשמורת¹ והמזונות,²

1 בשנתיים האחרונות התעצמה המגמה הפסיקתית, שהייתה רק בחיתוליה בתקופת המחקר, להטמיע מושגים משפטיים חדשים – "אחריות הורית", "תוכנית הורית" ו"זמני שהות" – כתחליפים למונח "החזקה" הקבוע בחוק ולמושג "משמורת" שאומץ קודם לכן בפסיקה. זאת, בטענה שאלו מונחים "חלולים" הגורמים נזק לילדים נשואי המאבק, ומתוך התייחסות לתקנות בית המשפט לענייני משפחה (סדרי דין), התשפ"א-2020. ראו דיון בעמ"ש (תל אביב-יפו) 13008-02-21 א' ק' נ' מ' ע' ק' (נבו 18.5.21). ראו גם תמ"ש (י-ם) 27170/06 ו' א' ע' (קטיין) נ' ו' א' (נבו 25.1.2009) (להלן: עניין ו' א' ע' (קטיין) נ' ו' א'); תמ"ש (טב') 5782-08-09 א.ק. נ' נ.ק. (נבו 23.10.2011). על הריבוי המושגי הקיים כיום בשדה המשפטי ועל הצורך בשפה משפטית אחידה ראו דפנה הקר ורות זפרן, "אחריות הורית", עבודה בתהליך. כמאמר זה אנו ממשיגות את שאלת חלוקת הזמנים בין ההורים כ"משמורת פיזית", בהינתן שזה היה המושג השולט בשדה בזמן המחקר.

2 ראו, בין היתר, רות הלפרין-קדרי "מזונות אישה: מתפישה של שונות לתפישה של (אי)-שוויון" משפט וממשל ז 767, 793-800 (2004) (להלן: הלפרין-קדרי "מזונות אישה"); דפנה הקר ורות הלפרין-קדרי "כללי הכרעה בסכסוכי משמורת – על סכנותיה של אשליית הדמיון

טרם נערך מחקר מקיף ועדכני הממפה ומנתח באופן שיטתי את פסיקות בתי המשפט בשתי סוגיות ליבה אלו. את הלקונה המשמעותית הזו ביקש המחקר המדווח כאן למלא. המחקר מיפה את כל פסקי הדין שפורסמו כהכרעות בסכסוכי משמורת וסכסוכי מזונות בתקופה הנדונה, וניתח אותם באופן כמותני ואיכותני. המחקר כחן האם ניתן לאתר בפסקי הדין שפורסמו כללים מכוונים על אודות משמורת פיזית ומזונות הילדים, ואת שאלת הראי על אודות קיומו והשלכותיו של אקטיביזם שיפוטי שאינו משקף את החוק ואת פסיקות הערכאות הגבוהות יותר, ובראשן בית המשפט העליון, בשתי סוגיות הליבה הללו. ממצאי המחקר מלמדים על אקטיביזם שיפוטי מהפכני של שופטי המשפחה בקשר לדין החולש על סכסוכי משמורת. אקטיביזם זה בא לידי ביטוי בדומיננטיות של הכרעות המורות על משמורת פיזית משותפת על הילדים, המלווה במגמה מתפתחת של פסיקת סכומי מזונות נמוכים יותר גם במצבים של משמורת אם. בה בעת, המחקר מראה כיצד פסיקות סותרות בין שופטים שונים בנסיבות דומות, ואף של אותו שופט או שופטת, הן בסכסוכי משמורת והן בסכסוכי מזונות, מובילות לכאוס³ המקשה על חילוף כללי משפט מכוונים ומותיר הורים מתגרשים, כמו גם עורכי דין ומגשרים, ללא צילו של המשפט (shadow of the law). במבוא למאמר נסקור את האינדיקציות שקדמו למחקר המדווח כאן ושלפיהן נוצר פער ניכר בין החוק עלי ספר לבין המשפט בפעולה החולש על משמורת ומזונות ילדים. לאחר מכן נציג את שיטת המחקר ואת ממצאיו העיקריים.⁴ נחתום את המאמר בדיון במשמעות ממצאי המחקר לשאלת תפקידם הראוי של בתי המשפט לענייני משפחה, לאור הספרות התאורטית העוסקת בהיקף שיקול הדעת האופטימלי של ערכאות דיוניות, ותוך קישור תמציתי בין שאלה זו לבין שאלת דיני האחרייות ההוריות (parental responsibilities) הרצויים.

א. סימנים מקדימים

המושג "אקטיביזם שיפוטי" טרם זכה להגדרה קונצנזואלית,⁵ אך לרוב מושג זה מסמך מצב שבו היושבים על כס המשפט יוצרים מציאות משפטית חדשה שלא הייתה קיימת קודם לכן, קרי, שאינה מעוגנת בחקיקה של הכנסת ואינה מהווה המשך להלכה קודמת, לעיתים תוך ביטול מדיניות משפטית קיימת.⁶ כידוע, בשיטת המשפט הישראלית בית המשפט העליון הוא הערכאה המוסמכת לנקוט אקטיביזם, בין בכובעו כערכאה עליונה המכתיבה תקדימים

ההורי במציאות ממוגדרת" משפט וממשל טו 91 (התשע"ג) (להלן: הקר, הלפרין-קדרי "כללי הכרעה").

3 הכוונה במושג "כאוס" היא לאי סדר בטקסטים השיפוטניים, הנוצר מהתייחסות שונה לדין הקיים, לרבות התעלמות מהדין, מגוון פרשנויות לחוק הקיים, ומקורות השראה חלופיים להכרעה בסוגיות דומות. ראו John Dewar, *The Normal Chaos of Family Law*, 61 Mod. L. Rev. 467, 468 (1998).

4 להתעמקות בממצאי המחקר כולם, ראו אורית ג'קמן-לדאני משמורת ומזונות ילדים – כאוס ואקטיביזם שיפוטי בבתי המשפט לענייני משפחה (עבודת גמר לקראת התואר "מוסמך במשפטים", אוניברסיטת תל אביב 2020).

5 זאב סגל וליילך ליטור אקטיביזם ופסיביזם שיפוטי 17-19 (2008).

6 אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית (2004) (להלן: ברק שופט בחברה דמוקרטית).

פרשניים מחייבים ובין כבית דין לצדק המוסמך לבטל חקיקה.⁷ ערכאות נמוכות, לעומת זאת, אמורות לברר את עובדות המקרה הנדרן בפניהן, ולפסוק לגביו בהתאם לחוק הקיים ולתקדימי הערכאות הגבוהות יותר.⁸ לא פלא, אם כן, שהספרות המשפטית העוסקת במושג "אקטיביזם שיפוטי" בישראל מתייחסת בדרך כלל רק לפסיקות בית המשפט העליון,⁹ וכך גם המחקרים האמפיריים והדינונים הציבוריים בנושא.¹⁰

עם זאת, החל מסוף שנות ה-70 של המאה הקודמת המחקר הסוציו-משפטי חושף את האופנים השונים שבהם ערכאות דיוניות יצרות משפט באופן אקטיביסטי.¹¹ המחקר המובא כאן ממשיך את המסורת הסוציו-משפטית הזו, ומפנה את הזרקור לבתי המשפט לענייני משפחה הפועלים כבתי משפט שלום.¹² מחד גיסא, האקטיביזם של שופטי ושופטות המשפחה, ככל שיימצא, יכול להעיד על פער לא רצוי בין החוק לבין המציאות החברתית המשתנה, שהערכאות הנמוכות מבקשות לצמצם.¹³ בה בעת, דפוס פעולה שיפוטי זה עלול לייצר חוסר אחידות פסיקתית, לפגוע בעקרון השוויון, לערער את היציבות בתחום, ולהחליש את

7 בג"צ 98/69 אהרן ברגמן נ' שר האוצר ומבקר המדינה, פ"ד כג(1) 693; ע"א 6821/91 בנק המזרחי המאוחד ואח' נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221; ראו לעניין תפקידן של הערכאות הדיוניות בהקשר זה, אורי אהרונסון "אי-קיום החלטות בג"ץ ככשל מוסדי: הצעה למודל של אכיפה שיפוטית" משפט ועסקים יט 1271 (2016).

8 ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 6, עמ' 124.

9 בהקשר של דיני משפחה ראו, למשל, שחר ליפשיץ השיתוף הוגי (2016); יחיאל קפלן "דיני המשפחה בעידן של מדיניות חדשה: מחקיקה שיפוטית לחקיקה שהיא מלאכת מחשבת" דין ודברים ו 259 (2011); רות הלפרין-קדרי "דיני משפחה אזרחיים נוסח ישראל – לקראת השלמה: על הכבוד, הצדק, השוויון והכוונה יושתתו מעתה דיני המשפחה" מחקרי משפט 17 (2001) 105.

10 אהרן ברק "על השקפת עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי" עיוני משפט 17 475 (1993); עמרי ידלין "שיקול דעת שיפוטי ו'אקטיביזם שיפוטי' כמשחק אסטרטגי" מחקרי משפט יט 665, 687-689 (2003); עמיר פוקס ומרדכי קרמניצר ביזור סמכויות ולא הפרדת רשויות – על מניעת כוח מוחלט מרשויות השלטון 34-40 (המכון הישראלי לדמוקרטיה 2019); רות גביון "מעורבות ציבורית של בג"ץ: מבט ביקורתי" אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד – מקומו של בג"צ בחברה הישראלית 69 (רות גביון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן עורכים 2000); בג"ץ 5853/07 אמונה-תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה ואח' (נבו 6.12.2007), פסק דינו של השופט גרוניס.

11 ראו Marc Galanter, Frank S. Palen & John M. Thomas, *The Crusading Judge: Judicial Activism in Trial Courts*, 52 S. CAL. L. REV. 699 (1979), והדיון אצל רות הלפרין-קדרי "שיקולי מוסר בדיני משפחה וקריאה פמיניסטית של פסיקת המשפחה בישראל" עיונים במשפט, מגדר ופמיניזם 651 (דפנה ברק-ארז ואח' עורכות 2007).

12 שם; דפנה הקר "אקטיביזם שיפוטי בדיני משפחה" ICON-S-IL Blog (1.5.2018) (להלן: הקר "אקטיביזם שיפוטי").

13 לדיון בהצדקות הלכאוריות לשינויים בדיני משמורת ילדים כמבקשים לצמצם את הפער שבין החוק לבין שינויים חברתיים, משפטיים ומדעיים, והפרכתן, ראו דפנה הקר "מהפכת זמני השהות השווים בצילוי של כשל שיפוטי בצריכת ידע אמפירי" מעשי משפט יד 49 (2023) (להלן: הקר "מהפכת זמני השהות"). ראו גם את פרק הדיון.

היכולת של הורים מתגרשים להעדיף משא ומתן על פני ליטיגציה,¹⁴ ובמילים אחרות: לפגוע במטרות שהובילו להקמת הטריבונל האזרחי הייחודי לתחום דיני המשפחה.¹⁵ כאמור, המחקר התמקד בפסיקות שופטי המשפחה בשתי סוגיות ליבה בהליכי גירושים של הורים: משמורת פיזית ומזונות ילדים. בטרם נפנה למחקר עצמו, נסקור את ההתרחשויות שקדמו לו ושהובילו להבנה כי הוא נחוץ.

1. משמורת ילדים

עד לתחילת שנות ה-2000 שררו בשדה הגירושים בישראל יציבות וודאות משפטיות בנוגע למשמורת ילדים. הכלל המשפטי הקבוע בחוק שלפיו ילדים מתחת לגיל 6 יהיו אצל אימם אם אין סיבות מיוחדות להורות אחרת (להלן: "חוקת הגיל הרך"), נהנה מציות כמעט מוחלט של כל השחקנים בשדה המשפטי,¹⁶ ופרקטיקות שיפוטיות ששללו הפרדה בין אחים ושנמנעו משינוי הסדרי משמורת קיימים, למעט במקרים קיצוניים, הובילו במרבית המקרים לפסיקת משמורת אם גם לילדים מעל לגיל שש.¹⁷ מחקר הדוקטורט של הכותבת השנייה הראה שגם הסכמים שהתגבשו בצילו של המשפט בשלהי שנות ה-2000 כללו הסדרי משמורת פיזית לאם בלמעלה מ-90% מהמקרים.¹⁸ עוד נמצאה במחקר ההוא התנגדות גורפת להסדר של משמורת פיזית משותפת של שני ההורים מצד שופטים, דיינים, עורכי דין ואנשי המקצועות הטיפוליים, שטענו כי מודל זה פוגע בילדים, ובייחוד בצורך שלהם ביציבות.¹⁹

14 על השפעתם של דינים ברורים או עמומים על המשא ומתן המתנהל בצילם בכלל, ובהקשר של דיני משפחות בפרט, ראו Robert H. Mnookin & Lewis Kornhauser, *Bargaining in the shadow of the Law: The case of Divorce*, 88 YALE L. J. 950 (1979) (להלן: Mnookin & Kornhauser, "In the shadow").

15 "ריכוז סמכויות ייעל את המערכת, ימנע כפילויות בדיון ובהכרעות שיפוטיות, יאפשר פתרון שיטתי ומגובש יותר, יקצר את ההתדיינות, וכפועל יוצא יביא לפתרונות טובים יותר", מתוך המבוא להצעת חוק לתיקון דיני המשפחה (ריכוז סמכויות השיפוט), התשנ"ה-1994; משרד המשפטים דוח הוועדה לבחינת יישום דיני המשפחה (התשמ"ו) (להלן: "דו"ח ועדת שינויים"). במאמר זה נשתמש במושג "דיני משפחה" המקובל יותר, ו"דיני משפחות", שאנו סבורות שצריך להחליף אותו, לחלופין. ראו דפנה הקר "מה נשתנה השנה? דיני משפחות – בין הכאוטי להרמוני" דין ודברים ט 295 (2015) (להלן: "הקר דיני משפחות").

16 ס' 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962, ס"ח 25 (להלן: "חוק הכשרות"); ראו דפנה הקר ורונן שמיר "אימהות", 'אבהות', 'משפחה': בין אינטואיציה להלכה פסוקה" סוציולוגיה ישראלית ה 311 (2003) (להלן: הקר, שמיר "אימהות, אבות, משפחה"); דן שניט "חוקת הגיל הרך" ביישוב סכסוכי משמורת ילדים: המשכיות, שינוי או ביטול" עיוני משפט יט 185 (1994).

17 דפנה הקר הורות במשפט: מאחורי הקלעים של עיצוב הסדרי משמורת וראייה בגירושים פרק 1 (2008) (להלן: הקר הורות במשפט).

18 שם.

19 שם. רק בחמישה מביין 360 תיקי הגירושים שנבחנו במחקר הוחל הסדר של משמורת פיזית משותפת, שנקבע בהסכמת שני ההורים.

כשני עשורים חלפו מאז אותו מחקר, והשדה המשפטי השתנה לכלי היכר. כפי שניתן היה ללמוד כבר מדו"ח מבקר המדינה שפורסם ב-2019, סכסוכי משמורת קטינים הפכו לשכיחים הרבה יותר מבעבר, וכך גם המקרים שבהם האב תובע משמורת פיזית משותפת; המבקר גם תיעד כיצד הסדר זה, שבעבר היה נקבע במשורה ורק בהסכמה של שני ההורים, נקבע כיום גם כאשר קיים קונפליקט בעוצמה גבוהה בין ההורים.²⁰ נקודת ציון משמעותית בתהליך השינוי הרמטי הזה הייתה המלצותיה של ועדת שניט שמונתה ב-2005 לבחון את הסוגיות המשפטיות הכרוכות באחריות הורית בגירושים. בשנת 2008 המליץ דו"ח הביניים של הוועדה על ביטול חזקת הגיל הרך ועל המרתה ברשימת שיקולי הכרעה ללא חזקה. המלצות אלו נכללו גם בדו"ח הסופי של הוועדה שפורסם ב-2011.²¹ חרף העובדה שהמלצות הוועדה לא אומצו על ידי המחוקק עד היום (פברואר 2023), וחרף העובדה שהוועדה עסקה ב"אחריות הורית משותפת" ללא המלצה על חלוקת זמנים שווה בין בתי ההורים, השיח הציבורי והשיח השיפוטי השתנו, ונמצאו שופטי משפחה שפסקו בניגוד לחזקת הגיל הרך, תוך התעלמות מחלוקת התפקידים בין ההורים טרם הפרידה, ויצירת חפיפה בין אחריות הורית משותפת לבין משמורת פיזית משותפת.²²

ב-2001 בלם בית המשפט העליון ניסיון של בית המשפט המחוזי להחליש את חזקת הגיל הרך, ובפסק דין ידוע הזכיר כי חזקת הגיל הרך עורנה הדין, וקבע כי אסור לבתי המשפט להתעלם ממנה.²³ כעשור לאחר מכן, ולאחר פרסום המלצות ועדת שניט, הזכיר השופט עמית כי "חזקת הגיל הרך היא עניין למחוקק לענות בו",²⁴ וכך חזר וקבע השופט רובינשטיין בפסק דין מ-2014: "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".²⁵ בהתאם, פסקי דין מנחים מבית המשפט המחוזי הביעו, פעם אחר פעם, ביקורת על התעלמות שופטי המשפחה מחזקת הגיל הרך, והזכירו כי פרשנות חוק אינה יכולה לסתור הוראת חוק מפורשת.²⁶

- 20 מבקר המדינה משרד העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים טיפול המדינה במשפחות בהליכי גירושין ופירוד 1414-1415 (2019) (להלן: דו"ח מבקר המדינה, 2019).
- 21 משרד המשפטים דוח הוועדה לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין (2011) (להלן: "ועדת שניט").
- 22 הקר, הלפרין-קרדי "כללי הכרעה", לעיל ה"ש 2, עמ' 93.
- 23 רע"א 4575/00 פלונית נ' אלמוני, נה(2) 321, עמ' 331 (2001). לביקורת על פסק הדין הזה, ראו הקר ושמיר "אימהות, אבות, משפחה", לעיל ה"ש 16.
- 24 בג"ץ 2111/11 אדם זר נ' משרד הרווחה, פסקה 4 לפסק דינו של השופט עמית (נבו 18.9.2011).
- 25 בע"מ 1858-14 פלוני נ' פלונית, פס' לג לפסק דינו של השופט רובינשטיין (נבו 3.4.2014) (להלן: עניין פלוני נ' פלונית (2014)).
- 26 עמ"ש (תל אביב-יפו) 55785-02-12 ק.ש נ' ע.ש (נבו 20.9.2012) (להלן: עניין ק.ש נ' ע.ש); רמ"ש (מרכז) 11820-12-13 פלוני נ' פלונית (נבו 11.12.2013); עמ"ש (נצ') 38844-10-13 פלונית נ' פלוני (נבו 10.2.2014) (להלן: פלונית נ' פלוני (2014)); עמ"ש (נצרת) 38844-10-13 פלונית נ' פלוני (נבו 10.2.2014); בע"מ 1858/14 פלוני נ' פלונית (נבו 3.4.2014); עמ"ש (חיפה) 18463-10-19 ס.מ. נ' ש.מ. (נבו 18.8.2020); עמ"ש (חיפה) 51165-07-20 א.ב. נ' ג.ד. (נבו 30.11.2020); רמ"ש (חיפה) 12371-02-21 פלוני נ' אלמונית (נבו 11.2.2021); עמ"ש

ברם, חרף הביקורת מצד הערכאות הגבוהות, וכפי שיפורט בפרק הממצאים, ישנם שופטי משפחה הממשיכים להתעלם מחזקת הגיל הרך. ברו"ח מבקר המדינה המוזכר לעיל הוגדר המצב בקשר לסוגיית המשמורת כ"מצב משפטי לא ברור שגרם לאי-יודאות בקרב הציבור ואצל גורמי המקצוע בתחום הרווחה". בהתאם, המבקר דרש משרד הרווחה ומשרד המשפטים "לנקוט את כל הפעולות הנדרשות על מנת לתקן את אי-הבהירות הנורמטיבית שנוצרה"²⁷. שאלת ההסדרה של כללי ההכרעה בסכסוכי משמורת אינה יורדת מסדר היום, ולא אחת הכנסת סוערת, וכלי התקשורת עימה, סביב הצעה בנוסח זה או אחר לביטול חזקת הגיל הרך.²⁸ בהינתן האות, חברי כנסת ונציגים מארגוני הגברים והנשים נערכים בלהט לקרב נוסף, משל השדה המשפטי קופא על שמריו וממתין לדבר המחוקק. כפי שנראה בפרק הממצאים, למעשה, הסוסים עזבו מזמן את האורווה והאקטיביזם השיפוטי של שופטי המשפחה הפך את החוק עלי ספר לאות גוססת, אם לא מתה.

2. מזונות ילדים

כידוע, החוק האזרחי העוסק במזונות ילדים מפנה לדין האישי המטיל על האב חובה מגוברת לזון את ילדיו.²⁹ האקטיביזם השיפוטי בסוגיית מזונות הילדים החל בהדרגה, על

(תל אביב-יפו) 13008-02-21 א' ק' נ' מ' ע' ק' (נבו 18.5.2021). להבדיל, ב"עמ"ש (מרכז) 19292-11-20 פלוני נ' פלוני (נבו 23.5.2021) ציון ש"השימוש בחזקת הגיל הרך יעשה כאשר בית המשפט אינו מוצא אפשרות משמורנית טובה יותר לקטינים"; ב"רמ"ש (חיפה) 16507-02-21 מ.ב.נ' א.ב. (נבו 25.3.2021) הובאה התייחסות לדו"ח ועדת שניט, ול"רוחות המנשבות זה זמן רב, מצד האקדמיה, מערכת המשפט והמחוקק, בדבר חזקת הגיל הרך וצמצומה".

רו"ח מבקר המדינה, 2019, לעיל ה"ש 20, עמ' 1401, 1404. 27

ארבע הצעות חוק הוגשו לביטול חזקת הגיל הרך: הצעת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (תיקון – ביטול חזקת הגיל הרך), התשס"ז-2007 (פ/2646/17); הצעת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (תיקון – שינוי חזקת הגיל הרך), התשע"ז-2017 (פ/4427/20); הצעת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (תיקון מס' 19) (שינוי חזקת הגיל הרך), התשע"ח-2018, ה"ח הכנסת 767; הצעת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (תיקון מס' 20) (שינוי חזקת הגיל הרך), התשע"ח-2018, ה"ח הכנסת 799. במסגרת הצעת החוק האחרונה הובאו שתי גרסאות שונות לביטול חזקת הגיל הרך: על פי הגרסה האחת, הדגש הוא על חלוקת זמן שהייה של הילד עם כל אחד מהוריו באופן שווה, ככל האפשר, תוך הבאה בחשבון של יכולתו של כל אחד מההורים לספק את צרכיו של הקטין. הגרסה האחרת מתייחסת לחלוקת התפקידים ההורית טרם הפירוד והמשכיות הטיפול בקטין, כשיקול המרכזי.

ס' 3 (א) לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), תשי"ט-1959 (להלן: חוק המזונות); ע"א 591/81 פורטוגו נ' פורטוגו, פ"ד לו (3) 449 (1982); בע"מ 8719/13 פלוני נ' פלוני (נבו 5.2.2014) (להלן: פלוני נ' פלוני (2014)); עמ"ש (נצ') 41385-03-15 י.ג. (קטינה) נ' מ.ג. (נבו 1.16.21). יש הסבורים כי חובת האב חלה עד גיל 18, בהתבסס על תקנת הרבנות הראשית משנת תשל"ו, ראו (נת' 9132421 פלונית ואח' נ' פלוני (נבו 12.1.2015) (בפסקה יח לפסק הדין הובא לשון התקנה, כך: "הוחלט פה אחד כדלהלן: בעקבות תקנת הרבנות הראשית לארץ-ישראל משנת תש"ד בנושאותם של הגאונים מרנן ורבנן מרי דארעא דישראל נוחי נפש הגרא"י הרצוג זצ"ל והגרבי"ץ מאיר חי עזיאל זצ"ל שקבעו לחייב את האב במזונות ילדיו עד גיל חמש-עשרה שנה מאותם הנימוקים והטעמים שפורטו בתקנה הנ"ל כפי שהתפרסם בחוזר נשיאי הרה"ר

ידי בית המשפט העליון, שכבר בשנות השישים של המאה הקודמת צמצם את חובת האב המוחלט לזון את ילדיו לצורכיהם ההכרחיים בלבד. צורכי הילדים שאינם בגדר צרכים הכרחיים הוטלו גם על כתיפי האם.³⁰ השלב הבא בהחלשת משמעותם של דיני המזונות עלי ספר, הסתמן בתחילת שנות ה-2000, בהחלטות שניתנו בבית המשפט העליון בדין יחיד, שבהן נקבע כי חיוב הורים במזונות ילדיהם יתבסס על עקרונות הצדק והשוויון גם במקום שחל בו הדין האישי.³¹ בכך, וכבררך אגב, התווה בית המשפט העליון את הדרך לחיובן של אימהות במזונות ילדיהן, בניגוד לדין האישי. ועדיין, נכון לאותה עת, עצם חיוב המזונות (להבדיל מגובה המזונות שהלך ופחת) הוטל על אבות.

חלק משופטי המשפחה סירבו לקבל את האפליה הגלומה בחוק כנגד אבות, וניסו להתאים את הוראות הדין הדתי לעקרון השוויון הפורמלי. אף נמצא מי שקבע כי החלת הדין האישי בענייני מזונות חסרת הצדקה ואינה רלוונטית עוד, ומכאן ש"אין ליישם את הסיפה לסעיף 3(א) לחוק ויש להחיל על שני ההורים את החובה לשאת במזונות ילדיהם על-פי חלוקה אקוויטבילית ביניהם..."³². ברם, גישה זו נדחתה על ידי ערכאת הערעור שקבעה ש"אפילו שופט בית המשפט לענייני משפחה איננו בן חורין להוציא מקרא מפשוטו, ולפרש את סעיף 3 פרשנות שאיננה עולה בקנה אחד עם הוראותיו הברורות של החוק".³³

הקריאות שנשמעו לתיקון חוסר השוויון בחובת המזונות בין ההורים, ולצידן חוסר האחידות שנוצר בפסיקות במזונות הילדים, היו הסיבות העיקריות להתכנסותה של ועדת שיפמן. הוועדה ישבה על המדוכה במשך שש שנים, ובשנת 2012 הגישה את המלצותיה שבמסגרתן הומלץ על ביטול ההפניה לדין הדתי, ואימוץ נוסחה ניטרלית מבחינה פורמלית לחישוב מזונות המבוססת על הכנסתם היחסית של שני ההורים ועל ימי הטיפול שכל אחד מהם מקדיש לילדים המשותפים.³⁴ תוצרי הוועדה עוררו ויכוח ציבורי ואקדמי. הטענה המרכזית נגד ההמלצות הייתה ששיעור דמי המזונות לפי הנוסחה שנקבעה נמוך במידה ניכרת מסכומי המזונות שנפסקו אז, וזאת בעיקר "עקב עמידה על חיוב אריתמטי דווקני שגוזר את חלוקת נטל המזונות אך ורק מן החלק היחסי של כל הורה בהכנסה המשותפת

מתאריך כ"ט טבת תש"ד. לאור הנסיבות המוסריות, החינוכיות והכלכליות בזמננו מחליטים להעלות את גיל חיוב האב למזונות ילדיו עד גיל שמונה-עשרה שנה". לפי הדין הדתי החל על מוסלמים בישראל, הוא הדין השרעי, רק האב מחויב במזונות ילדיו. לפי הדין הנוצרי, החל על בני העדות הקתוליות, האב מחויב במזונות ילד, אלא במקרים חריגים, ראו משרד המשפטים דוח הוועדה לבחינת נושא מזונות הילדים בישראל 18-20 (2012) (להלן: "ועדת שיפמן").

30 ע"א 166/66 גולרמן נ' גולרמן פ"ד כ(2) 533 (1966).

31 בע"מ 2433/04 צינובוי נ' צינובוי (נבו 2.10.2005); ע"מ 5750/03 אוחנה נ' אוחנה (נבו 8.6.2005).

32 תמ"ש (ת"א) 86791/97 י.נ. נ' א.נ. (נבו 15.6.2003).

33 ע"מ (ת"א) 1150/03 י.נ. נ' א.נ. (נבו 19.1.2004).

34 ועדת שיפמן, לעיל ה"ש 29, בראשותו של פרופ' פנחס שיפמן, מונתה בחודש יוני 2006 על ידי שר המשפטים דאז חיים רמון, ובאוקטובר 2012 הגישה את מסקנותיה לשר המשפטים יעקב נאמן.

ובזמני ההורות, ללא כל שיקול נוסף.³⁵ עוד נטען שהפחתת המזונות לפי הנוסחה עלולה להוביל לעוני של ילדים ושל אימותיהם.³⁶ בנוסף, הקר והלפריין-קדרי טענו כי "המלצות ועדת שיפמן מותירות את הילד ללא הורה אחד שאחראי לרכישת הטובין הנדרשים לו ופותח פתח רחב ביותר לסכסוכים בין ההורים בשאלת הצורך ברכישת פריט זה או אחר ובסוגיית ההורה שיישא בעלויות הרכישה". בנוסף התריעו החוקרות שביסוס סכום המזונות על "ימי הורות" עלול להוות תמריץ לאבות להתעקש על הסדרי שהות מורחבים, גם אם הסדר תובעני זה חסר היתכנות מעשית ואינו משרת את טובת הילדים (למשל, כתוצאה ממרחק גאוגרפי בין בתי ההורים, שעות עבודה ארוכות של האב שיצריכו הפקדת הטיפול בילדים בידי צד ג' וכיוצא באלה).³⁷ מכל מקום, בדומה להמלצות ועדת שניט, גם המלצות ועדת שיפמן לא התגבשו לכדי תיקון לחוק, והוראות הדין האישי המגולמות בחוק הקיים מוסיפות לעמוד כמקור הנורמטיבי המחייב, לכאורה, לפסיקת מזונות ילדים.

אלא שאל מול הקיפאון החקיקתי המשיכו ערכאות הדיון, ולאחריהן גם ערכאות הערעור, להפיק מגוון לא מבוטל של פסיקות סותרות, והדברים אמורים בעיקר לגבי פסיקת מזונות בהסדרי משמורת פיזית משותפת – הסדרים שהתרכו במהלך השנים באופן דרמטי והצריכו מענה. במאמרם של הלפריין-קדרי, הורוביץ וזילברברג הראו המחברים כי גובה המזונות שנפסקו במצבי משמורת משותפת בתחילת שנות ה-2000 נע בין ביטולם המוחלט לבין הפחתה של 25%.³⁸ ביולי 2017 נדרש בית המשפט העליון לשאלת החלוקה של נטל המזונות בין הורים בהסדר של משמורת פיזית משותפת והכנסות דומות.³⁹ פסיקתו בהקשר זה הוגדרה כהלכה "משנה סדרי עולם בדיני מזונות בין יהודים",⁴⁰ "אשר שינתה מהיסוד את כל הקשור לפסיקת מזונות ילדים בגילאים שבין גיל 6 לגיל 15".⁴¹ במסגרת ההלכה נקבע לראשונה על ידי בית המשפט העליון כי החבות במזונות ילדים בגילאי 6-15 היא מדין צדקה, ומכאן שהחייב במזונות יחול על שני ההורים בהתאם ליכולתם הכלכלית ובאופן אי-מגדרי.⁴² פסיקה זו נתמכה בעמדת היועץ המשפטי לממשלה ובחוות דעת מטעם המחלקה למשפט עברי במשרד המשפטים, שלפיהן זו הפרשנות הראויה לדין האישי. לפי פרשנות זו, שוב לא תחול חבות מוחלטת של האב בצורכיהם ההכרחיים של ילדיו מגיל 6 ועד גיל 15 שנים, לפחות כאשר מדובר בהסדר של משמורת פיזית משותפת (להלן: "הלכת 919/15").

35 רות הלפריין-קדרי, קרן הורוביץ ושי זילברברג "על הכאוס בקביעת דמי מזונות במצבי משמורת משותפת: מבט ביקורתי על הפסיקה ועל המלצות ועדת שיפמן" **משפט ועסקים** יט 1235 (2016) (להלן: קדרי, הורוביץ, זילברברג "על הכאוס במזונות"), עמ' 1240.

36 שם, בעמ' 1259.

37 הקר, הלפריין-קדרי "כללי הכרעה", לעיל ה"ש 2, עמ' 158-160.

38 קדרי, הורוביץ, זילברברג "על הכאוס במזונות", לעיל ה"ש 35. ראו, גם, עמ"ש (מחוזי ת"א) 1180-05-14 א.א. נ' מ.א. (נבו 26.3.2015) (להלן: "עניין א.א. נ' מ.א."); עמ"ש (מחוזי ת"א) 41769-10-13 פלוני נ' מ.כ.פ. (נבו 27.8.2015).

39 בע"מ 919/15 פלונית נ' פלוני (נבו 19.7.2017), (להלן: הלכת 919/15).

40 תמ"ש (נצ') 46640-01-15 ק.ו. נ' ש.ו. (נבו 27.12.2017).

41 עמ"ש (ת"א) 33549-04-16 פלוני נ' פלונית (נבו 2.11.2017).

42 הלכת 919/15, לעיל ה"ש 39.

בצד הקביעה הדרמטית הזו, שאלות רבות נותרו פתוחות באשר לדרך יישומה של ההלכה המהפכנית. בין היתר, לא היה ברור האם ההלכה מהווה שינוי נסיבות שבגיניו ניתן לפתוח הליכים שהסתיימו בפסקי דין חלוטים;⁴³ האם ההלכה חלה בכל הסדרי המשמורת או שמא יש ליישמה רק כשמתקיימת משמורת פיזית משותפת; כיצד יש לחשב את מצבו הכלכלי של כל הורה, ועוד. סימני השאלה הרבים שהותר בית המשפט העליון בפסיקתו, ופסיקות סותרות של שופטי המשפחה שבאו בעקבותיה, יצרו חוסר ודאות ואחידות קשה בשדה המשפטי. הגיעו הרבנים לכדי כך שגם בהקשר של מזונות ילדים דרש מבקר המדינה ממשרד המשפטים, בדו"ח המוזכר לעיל, לעשות כל שניתן כדי לבצע את ההסדרה הדרושה לצמצום חוסר הודאות המשפטית.⁴⁴

כפי שניתן לראות, הן בסוגיית המשמורת הפיזית והן בסוגיית המזונות, קדמו למחקר אינדקציות חזקות כי נוצר פער ניכר בין המשפט בספר החוקים לבין המשפט בפעולה. המחקר המוצג כאן ביקש לצעוד מעבר לאינדקציות אלו ולדיון שהתקיים בהן בכתיבה אקדמית קודמת, ואף מעבר לדו"ח מבקר המדינה שפורסם במהלך המחקר. המחקר המוצג כאן, בהן, לראשונה, בצורה אמפירית, יסודית ושיטתית – במגבלות המתודולוגיות הקיימות לאור מדיניות פרסום הפסיקה החלקי בתחום – את היקפם ואת טיבם של השינויים הללו.

ב. מערך המחקר

מערך המחקר כלל סקירה כמותנית ואיכותנית של: (1) כל פסקי הדין שניתנו ופורסמו בבתי המשפט למשפחה בישראל בסכסוכי משמורת ילדים פיזית בשנים 2008-2018, קרי, החל משלוש שנים טרם פרסום הדו"ח הסופי של ועדת שניט ובמהלך עשור לאחר פרסומן של המלצות הביניים; (2) כל פסקי הדין שניתנו ופורסמו בסכסוכי מזונות ילדים, מ-2009 ועד אוגוסט 2019, קרי העשור שהחל שלוש שנים טרם פרסום המלצות ועדת שיפמן ועד כשנתיים לאחר פסיקת הלכת בית המשפט העליון ב-9.19/15.⁴⁵

43 כשלוש שנים לאחר מתן הלכת 919/15 ניתן ביום 20.1.2021 פסק הדין בבית המשפט העליון שבו נידונו השלכותיה של הלכת 919/15 על "פתיחת" פסקי דין חלוטים במזונות, שניתנו עוד טרם ההלכה, "סדר שהיה נחוץ לנוכח פסיקות סותרות ומגוונות של הערכאות הדיוניות", כפי שיפורט בהמשך. ראו בע"מ 7670/18 פלוגית נ' פלוני (נבו 20.1.2021) (להלן: עניין פלוגית נ' פלוני (2021)).

44 דו"ח מבקר המדינה, 2019, לעיל ה"ש 20, עמ' 1414-1416.

45 יצוין שחוסר הבהירות בנוגע לדין החל בשדה המזונות אינו מצטמצם רק לבתי המשפט, ומתעצם גם נוכח פסיקות בתי הדין הרבניים, אשר חלקן התעלמו משינוי הדין. כך, למשל, שבוע ימים בלבד לאחר מתן הלכת 919/15 דחה בית הדין הרבני האזורי בבאר שבע תביעה לביטול מזונות, וקבע כי על פי הדין האישי-דין תורה מחויב האב במזונות ילדיו, גם בהסדר משמורת משותפת והכנסות זהות, בניגוד מוחלט להלכת 919/15, ראו תיק (אזורי ב"ש) 147728/12 פלוני נ' פלוגית (נבו 24.7.2017); במקום אחר, שוב תוך התעלמות מהלכת 919/15, דחה בית הדין הרבני האזורי בתל אביב תביעה לחיוב אם במזונות ילדיה, חרף העובדה ששלושת הילדים היו מעל לגיל שש ונמצאו במשמורת אביהם, בפסיקה המבוססת על הדין האישי, בלי להתייחס להכנסות כל אחד מההורים ו/או לצורכי הילדים, ראו תיק (אזורי ת"א) 1121918/8 פלוני נ'

ראשית, אותרו באמצעות חיפוש במאגר "נבו", ונסקרו כמותית, 4,915 הכרעות שבהן הוזכרו המילים "משמורת" או "מזונות", ומתוכן נמצאו רלוונטיים 538 פסקי דין של שופטי המשפחה ונותחו במחקר – 176 שעסקו במשמורת (תוך התמקדות ב־169 מתוכם שבהם ניתנה הכרעה)⁴⁶ ו־362 שעסקו במזונות.⁴⁷ פסקי הדין שעסקו במשמורת נותחו בעזרת סטטיסטיקה תיאורית, ואילו פסקי הדין שעסקו במזונות ילדים, וכללו את מלוא הנתונים ($n=264$)⁴⁸ הצריכו ניתוח מורכב יותר שנעשה באמצעות מבחן ANOVA רב־כיווני, בסיוע תוכנת JMP (SAS Institute, 2000).⁴⁹ באמצעות מודל זה נבחנו הבדלים בגובה המזונות בין משתנים איכותיים (מחוז, שופט, קבוצת גיל, הסדר משמורת), ובנוסף נבחו מתאם בין גובה המזונות לבין גורמים כמותיים (שנה, מספר ילדים, הכנסת האם והכנסת האב וההכנסה הכוללת למשפחה). לאחר מכן בוצע ניתוח שיח איכותני של כל פסקי הדין, שכלל חילוץ ההצדקות לפסיקה, והשוואת ההצדקות בהתאם לנסיבות המקרה הנדון, לגבי כל שופט ושופטת ובתוך כל מחוז, תוך התייחסות לממד הזמן, ובשים לב להשפעות הוועדות הממשלתיות שמונו על פסקי דינם של שופטי המשפחה.

פלוניתי (פסקדין, 27.5.2019). מהקולות העולים מהשטח ברי שגם בשאלת משמורת הילדים נוצרים פערים בין בתי המשפט לענייני משפחה ובתי הדין הרבניים, עד כי נשמעת הטענה כי לראשונה בתולדות המשפט הישראלי, עורכי דין ממליצים ללקוחותיהן האימהות לפנות לבית הדין הרבני בסוגיות של משמורת ומזונות ילדים.

46 הקריטריונים המסננים למיפוי פסקי הדין שעסקו במשמורת היו כדלקמן: תביעות של הורים ביולוגיים, לא בהכרח נשואים, אשר להם ילד אחד לפחות, הצעיר מגיל 18; דיון והכרעה במשמורת פיזית ולא במשמורת משפטית; פסקי דין בלבד ולא החלטות ביניים; כולל תביעות להגירה פנים־מדינתית וחוץ־מדינתית, ובלבד שכרוכה בהן תביעה למשמורת; לא כולל תביעות על פי אמנת האג; לא כולל משמורת שנקבעה בהסכמה, רק הכרעה בסכסוך משמורת; לא כולל תביעות לשינוי הסדרי ראייה, כשאין תביעה למשמורת. בנוסף יצוין שגם בפסקי הדין שבהם בחרו השופטים להשתמש במונחים אחרים, כגון "הסדרי שהות", "אחריות הורית" וכו', הוזכרה המילה "משמורת", כך שאלה נכללו במחקר, ככל שעמדו בקריטריונים המסננים דלעיל, אך ייתכן שנשמטו פסקי דין רלוונטיים אחדים. ב־66 פסקי דין מתוך 176 פסקי הדין שעסקו במשמורת היה מעורב, לכל הפחות, קטין אחד שגילו מתחת לגיל שש שנים.

47 הקריטריונים המסננים למיפוי פסקי הדין שעסקו במזונות היו כדלקמן: תביעות של הורה לקביעת מזונות קטינים יהודים, לרבות תביעות להגדלה, הקטנה וביטול מזונות; פסקי דין בלבד, ולא החלטות ביניים; לא כולל תביעות לביטול/הפחתה/הגדלת מזונות בשל סרבנות קשר; לא כולל מזונות שנקבעו בהסכמה, רק הכרעה בסכסוך מזונות.

48 גיל ילדים; משכורות של כל אחד מההורים; הסדר המשמורת.

49 JMP Statistics and Graphics Guide, Version 5. SAS Institute Inc., Cary, NC

<https://community.jmp.com>. תודתנו הרבה נתונה לד"ר תמי קריכלי כץ ולפרופ' דפנה יואל על העזרה הרבה, ולד"ר יטבה לביא ולגב' יסמין אלקלעי ז"ל על העבודה המקצועית שנדרשה לביצוע הניתוחים הסטטיסטיים. המשתנה התלוי הוא סכום המזונות, והמשתנים הבלתי תלויים הם: נתוני התיק (שנה, מחוז, שופט); נתוני המשפחה (מספר הילדים במשפחה, משכורת האם, משכורת האב, הכנסה כוללת למשפחה); גיל הילדים; הסדר המשמורת. יצוין כי נעשו ניתוחים סטטיסטיים נוספים לצורך המאמר שחשפו ממצאים נוספים על אלה המצוינים בתזה.

כאשר מבצעים מחקר אמפירי של פסקי דין בדיני משפחות, יש להידרש לאנומליה הקיימת בתחום זה בהשוואה לענפי משפט אחרים הנעוצה בנגישות המוגבלת לפסקי הדין, שרובם חסויים עקב סירוב השופטים להסיר את הפרטים המזהים של הצדדים ולפרסם אותם באופן שיטתי.⁵⁰ ועדיין, אין להסיק מכך שסקירת הפסיקה במאגרי המידע חסרת ערך. פסקי הדין הזוכים להתפרסם מקבלים מעמד מועצם, ועצם פרסומם מקנה להם נוכחות והשפעה בקרב סוכני המשפט ונמעניו.⁵¹ עם זאת, יש להדגיש כי המחקר לא יכול היה, ואינו מתיימר, למפות את כלל פסקי הדין שניתנו בעשור הגדון בענייני משמורת פיזית ומזונות ילדים, אלא רק את אלו שהותרו לפרסום ופורסמו באתר "נבו".

ג. ממצאים

1. משמורת פיזית

(א) מהפכת המשמורת המשותפת

169 פסקי דינים של שופטי המשפחה שפורסמו בין השנים 2008–2018 והכריעו בתביעות משמורת פיזית סווגו, ראשית, על פי כותרתם כפי שניתנה בפסק הדין (ללא פרשנות מחקרית): "משמורת אם"; "משמורת אב"; "משמורת פיזית משותפת".⁵² נמצא כי במחצית מפסקי הדין

50 ס' 68(ה) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד–1984, קובע כי ענייני מעמד אישי וענייני משפחה יידונו, ככלל, בדלתיים סגורות, אלא אם כן הורה השופט או הדיין אחרת. בנוסף, ס' 70(א) לחוק בתי המשפט מורה כי לא יפרסם אדם דבר על דיון שהתנהל בבית משפט בדלתיים סגורות, אלא ברשות בית המשפט. כך נקבע בסעיף המקביל ביחס לבית הדין הרבני, ראו ס' 1א(א) לחוק בתי דין דתיים (כפיית ציות ודרכי דיון), התשט"ז–1956. שילוב סעיפי החוק הללו מביא לכך שרוב פסקי הדין בענייני משפחה הינם חסויים. כמו כן ראו רינה בוגוש, רות הלפרין קררי ואיל כתבן "הפסקים הסמויים מן העין": השפעתם של המאגרים הממוחשבים על יצירת גוף הידע המשפטי בדיני המשפחה בישראל" עיוני משפט לד' 603 (2011) (להלן: בוגוש, קררי, זילברברג "הפסקים הסמויים"); הקר "דיני משפחות", לעיל ה"ש 15, עמ' 296; עתירה לבית המשפט העליון בבקשה שיורה על הנגשה נרחבת ושיטתית של פסקי הדין בתחום דיני המשפחות, ולו לצורכי מחקר, נמחקה בהסכמת העותרים תוך שמירת זכותם לשוב ולעתור אם הנהלת בתי המשפט לא תעמוד בפשרה שהוצעה על ידה ושכללה שתי התחייבויות: "קידום צעדים פנימיים שיציפו את הצורך והחשיבות של פרסום פסקי דין של בתי המשפט לענייני משפחה תוך הסרת פרטים מזהים" וכן "מסלול לטיפול בשתי בקשות המחקר של העותרים". ראו בג"ץ 19–8001 צבי טריגר נ' מנהל בתי המשפט (נבו) 30.11.2020). למיטב ידיעתנו שני חלקי הפשרה אינם מקוימים, חרף העובדה שהם קיבלו תוקף של פסק דין, וחרף פניות חוזרות ונשנות של העותרים להנהלת בתי המשפט.

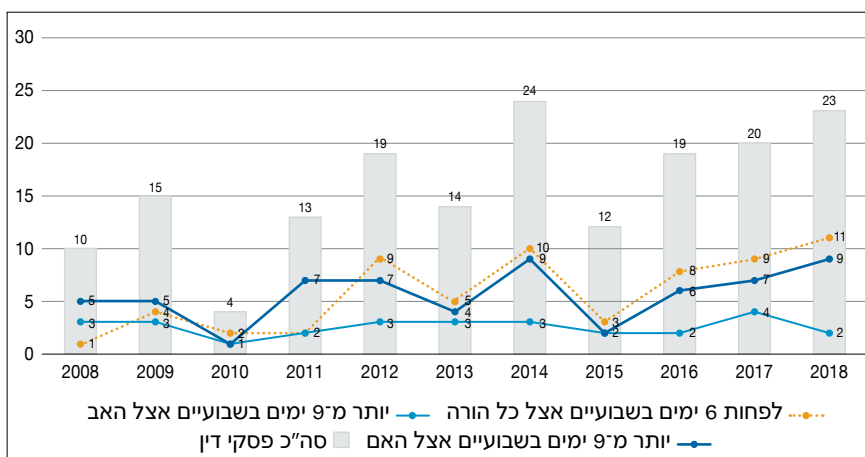
51 הלפרין-קררי "מזונות אישה", לעיל ה"ש 2, עמ' 792–793.

52 ניתוח זה לא כלל פסקי דין שבהם לא ניתנה הגדרה של משמורת כלל (n=7) (נמצאו פסיקות שבהן היעדר קביעת משמורת נעשה באופן מכוון תוך התעלמות מהמונח; כסנקציה בשל התנהלות ההורים; ילדים בגילאי עשרה; ובמקרה אחד שבו גרו ההורים תחת אותה קורת גג).

נקבעה המשמורת לאם (85 פסקי דין), ברבע מפסקי הדין נקבעה משמורת פיזית משותפת (45 פסקי דין), וב-16% מפסקי הדין נקבעה משמורת אב בלעדית.⁵³

עם זאת, הניתוח האיכותני לימד על צורך לבחון את זמני השהות שנקבעו בפסק הדין למעשה, במנותק מהכותרת הפורמלית שניתנה להם על ידי השופט או השופטת.⁵⁴ לשם כך נבחנו פסקי הדין שוב, הפעם בראייה ביקורתית-מהותית, בשים לב לזמני השהות שנקבעו לכל אחד מההורים, כולל לינה. לצורך כך נוסחו ההגדרות הבאות: "משמורת אם" ו"משמורת אב" – משמורת שבה הסדרי השהות הינם למעלה מתשעה ימים ולילות אצל האם או האב, בהתאמה, בטווח של שבועיים (14 יום); "משמורת פיזית משותפת" – משמורת שבה הילדים שוהים לכל הפחות שישה ימים ולילות אצל כל אחד מהוריהם, בטווח של שבועיים.⁵⁵

לוח 1: התפלגות הסדרי המשמורת מהותית, על פי הסדרי השהות



כפי שניתן לראות בלוח 1, החל משנת 2012, ארבע שנים לאחר פרסום המלצות הביניים ושנה לאחר פרסום ההמלצות הסופיות של ועדת שניט, הפך להיות מודל המשמורת המשותפת, במובן של חלוקת זמנים שווה או דומה מאוד בין בתי ההורים, לנפוץ ביותר בפסיקת שופטי המשפחה. למעשה, בחינת חלוקת הזמנים המהותית וסיכום הפסיקה בעשור הנבחן כולו

53 ביתר ההכרעות ניתנו כותרות שונות: 3% הוכתרו כ"משמורת מפוצלת" ו-6% הוכתרו כ"אחריות הורית משותפת". פסקי הדין הללו נכללו בניתוח הכותרתי והמהותי שיבואר בהמשך.

54 ישנן הגדרות שונות בספרות למשמורת פיזית משותפת. בעוד שברוב הספרות המשפטית מקובל להתייחס להסדרים של משמורת פיזית משותפת כחלוקת זמנים שווה או דומה בין בתי ההורים, יש המכנים הסדר כהסדר של משמורת פיזית משותפת גם כאשר הילדים שוהים רוב הזמן בבית אחד מההורים. כך, במיוחד, במחקרים פסיכולוגיים המגדירים כהסדר של משמורת פיזית משותפת כל הסדר שבו הילדים שוהים לפחות 30% מהזמן בבית כל אחד מההורים. ראו הקר "מהפכת זמני השהות", לעיל ה"ש 13, עמ' 67-68.

55 ניתוח זה לא כלל את פסקי הדין שבהם אושרה הגירה של אחד ההורים לחו"ל (n=15) או משמורת מפוצלת (n=3), אשר נכללו בניתוח ההגדרות הפורמליות.

חשפו כי הסדר שבו הילדים מצויים לפחות שישה ימים אצל כל אחד מהוריהם נפוץ יותר ממשמורת אם (64 פסקי דין, 42%, לעומת 61 פסקי דין, 40%). שכיחות הענקת משמורת בלעדית לאב נותרה ללא שינוי בהשוואה בין הכותרת שניתנה להסדר בפסק הדין לבין חלוקת הזמנים המהותית שנקבעה. מכאן שמחקר זה הוא הראשון שמראה בשיטתיות כי הטענות הנשמעות בשדה על שינוי דרמטי בפסיקות משמורת, ועליית הסדר המשמורת המשותפת על חשבון משמורת אם, אכן מבוססות. יתרה מזאת, מתברר כי מודל משמורת אם שהיה נפוץ עד לשנות ה-2000 דועך לא רק נוכח עליית מודל המשמורת הפיזית המשותפת, אלא גם בשל צמיחתו של מודל משמורת אב בלעדית, שאינו מוזכר כלל בשיח הציבורי והאקדמי על השינוי בשדה. למעשה, המחקר מעיד על כך שחזקת הגיל הרך שרירה וקיימת ככלל מכוון מובהק ואחיד רק בפסקי דין העוסקים בבקשות של אם להגירה אל מחוץ לישראל, עם קטינים מתחת לגיל שש. בשמונה מתוך תשעת פסקי הדין שעסקו בבקשות כאלה הן התקבלו, תוך ציון חזקת הגיל הרך.

דוגמה לשינוי הדרמטי בפסיקות, מדומיננטיות בלתי מעורערת של משמורת אם לפסיקת משמורת פיזית משותפת בשיעורים גבוהים, נחשפת ממעקב אחר פסקי הדין של השופטת ורדה בן שחר, שניתנו ופורסמו בתקופה הנחקרת. בשנת 2009 פורסמו שני פסקי דין של השופטת בן שחר. בשניהם נקבעה משמורת אם בהישען על ברירת מחדל, כמעט אוטומטית, המבוססת על גיל הקטינים ועל חזקת הגיל הרך. זאת, הגם שבמקרים הנדונים היו מעורבים גם ילדים מעל גיל שש, והגם שצוין כי האבות פעילים ומעורבים. באף אחד משני פסקי הדין הללו לא הועלו אפשרויות להסדרי הורות אחרים.⁵⁶ עם זאת, מאז 2010, בשישה מתוך שבעת פסקי הדין של השופטת בן שחר שפורסמו ונבחנו במסגרת המחקר, נקבעה משמורת פיזית משותפת (בפסק הדין החריג נקבעה משמורת מפוצלת, נוכח רצון הילדים),⁵⁷ תוך הבעת הסתייגות ממשית מהסדר של "משמורת אם", שהוגדר כעת על ידי בן שחר כהסדר העלול לגרום ל"ניכור של ההורה האחר".⁵⁸ בניגוד לפסקי הדין משנת 2009, גיל הקטינים וחזקת הגיל הרך לא שימשו עוד משתנים רלוונטיים להכרעה.⁵⁹ בתוך כך, משמורת פיזית משותפת נקבעה גם במקרה שבו דובר בפעוטות בני שנתיים ותשעה חודשים,⁶⁰ במקרים שבהם קיים היה קונפליקט עז בין ההורים,⁶¹ וגם כאשר האב הורשע בפלילים בגין אלימותו

56 כש"א (ראשל"צ) 207/09 נ.מ. נ' נ.מ. (נבו 12.1.2009); תמ"ש (ראשל"צ) 37671/08 ש.מ. נ' א.מ. (נבו 20.12.2009).

57 תמ"ש (ראשל"צ) 22800/99 ל.ש. נ' א.ש. (נבו 17.6.2012).

58 על הקלות שבה שופטי משפחה בישראל מייחסים בשנים האחרונות לאחד מההורים "ניכור", ראו רות הלפרין-קדרי ורות זפרן "ניכור מטריד" נקודת מפגש 22, 51-52 (2022).

59 תמ"ש (ראשל"צ) 53472-12-11 ש.א. (קטיין) נ' א.א. (נבו 12.3.2014); תמ"ש (ראשל"צ) 30615-10-12 ס.ש. נ' מ.ג.צ. (נבו 13.7.2014); תמ"ש (ראשל"צ) 7856-02-10 ש.א. נ' ס.י.א. (נבו 23.7.2012).

60 תמ"ש (ראשל"צ) 28951/09 א.ג.ג. נ' ת.ג. (נבו 7.1.2010).

61 תמ"ש (ראשל"צ) 7856-02-10 ש.א. נ' ס.י.א. (נבו 23.7.2012) (בנוסף לחזקת הגיל הרך שחלה נוכח גילו של אחד הילדים, צוין בפסק הדין שבין ההורים קונפליקט, חוסר תקשורת ואלימות מילולית); תמ"ש (ראשל"צ) 53472-12-11 ש.א. (קטיין) נ' א.א. (נבו 12.3.2014) (בנוסף לחזקת הגיל הרך שחלה, צוין שבין ההורים קונפליקט ותקשורת לקויה).

כלפי האם (בפסק הדין צוין שהשופטת נאלצה פעמיים להפסיק דיון באמצעו בגלל מריבות בין הצדדים, וכי כל מגע ביניהם גורם להסלמה),⁶² ולמרות התנאי שנקבע בפסיקה מנחה לקיומו של קשר טוב בין ההורים לצורך החלת הסדר של משמורת פיזית משותפת.⁶³ אכן, ניתן למצוא בפסקי הדין כמה שופטים המתעלמים מתוקפה החוקי של חזקת הגיל הרך ויוצרים בכוחם השיפוטי את המשמורת הפיזית המשותפת, במובנה המהותי כחלוקת זמנים שווה או דומה בין בתי ההורים, כברירת מחדל וכהסדר שאינו מחייב הצדקה מיוחדת גם כאשר מדובר בילדים צעירים מגיל 6.6⁶⁴ לדוגמה, כבר ב־2008 יצרה שופטת המשפחה מאיה לוי חזקה חלופית של משמורת פיזית משותפת, שנטל ההוכחה מוטל על המתנגדת לה: "...סבורה אני כי המשמורת המשותפת היא, היא דרך המלך [...] עקרונות השוויון בתפקוד ובאחריות ההורית, אשר לחלו בדיני משפחה בשנים אחרונות מחייבים את בתי המשפט לענייני משפחה, להתייחסות שוויונית בין אב לאם, בכל הקשור לתפקיד ההורי המוטל עליהם. התייחסות שוויונית זו, משקפת גם את טובת הקטינים, אשר יזכו בקשר שוטף ורצוף עם שני ההורים, הגם שאלה בחרו להיפרד זמ"ז. לפיכך, לדידי, אין צורך להוכיח כי טובת הקטינים היא לגדול במסגרת של משמורת משותפת. אדרבא, הטוען כי מן הראוי שלא לאפשר במקרה קונקרטי משמורת משותפת, על אף שמתקיימים התנאים המוקדמים של תקשורת תקינה וקרבה פיזית בין ההורים, עליו הנטל להוכיח זאת."⁶⁵

דוגמה נוספת לריקון חזקת הגיל הרך ממשמעותה החוקית לשם אימוץ הסדר של משמורת פיזית משותפת ניתן למצוא בלוליינות השיפוטית, שלא לומר סתירה לוגית, של השופט ארז שני, אשר קבע, במסגרת סכסוך משמורת על פגוע בן שנתיים, שחזקת הגיל הרך אינה סותרת משמורת פיזית משותפת:

"חזקת הגיל הרך והשפעתה על קביעת משמורת נבחנת אך בהיבט של קביעת משמורת בלעדית למי מההורים ולא באספקלריה של קביעת משמורת משותפת. עוד בהקשר זה אומר כי, קביעת משמורת משותפת אינה מבטלת את חזקת הגיל הרך, שכן קביעה שכזו לא שוללת מן האם את המשמורת בקטין, שעודנה נותרת המשמורתית על הקטין, אך יחד עם האב. קביעת משמורת משותפת אין בה כדי לקבוע או כדי להצביע על פגם ביכולותיה ההוריות של האם ומסוגלותה ההורית."⁶⁶

-
- 62 תמ"ש (ראשל"צ) 19391-09 ט.ק.ס נ' פ.ט (נבו 13.2.2014).
- 63 ע"מ (חי') 384/06 ר' א' נ' ו' (ז') מ' (נבו 27.3.2007); עניין ק.ש נ' ע.ש, לעיל ה"ש 26; עמ"ש (ת"א) 49158-07-13 ע' ש' ב' נ' ק' ש' (נבו 11.5.2014); רמ"ש (חי') 24238-06-16 א.ה.נ' י.ס (נבו 19.7.2016); עמ"ש (חי') 1472-02-17 נ.כ.נ' א.כ. (נבו 31.8.2017).
- 64 ברומה, טריגר ופוגל-ביזאווי מצאו כי ישנם שופטי משפחה המורים על משמורת משותפת גם במצבים של תינוק יונק, ואינם נרתעים מהסדר זה גם אם משמעותו הפסקת ההנקה ומעבר להזנה בבקבוק. צבי טריגר וסלביה פוגל-ביזאווי "עליית הניכור ההורי ודעיכת חזקת הגיל הרך" (בהכנה).
- 65 תמ"ש (קריות) 10440/07 פלונית ואח' נ' פלוני, פס" 5 לפסק הדין (נבו 28.9.2008).
- 66 תלה"מ (תל אביב-יפו) 29666-04-19 ח.נ' א.ח. (נבו 20.4.20).

(ב) כאוס מושגי

הנתונים המוצגים לעיל גם מקעקעים השערה רווחת בשדה שעל פיה קיימת מגמה בפסיקה לקביעת "משמורת פיזית משותפת" ככותרת היוצרת מצג של הורות שוויונית, בעוד שההסדר בפועל מגלם מצב שבו יש לילדים הורה מטפל עיקרי אחד, שהוא האם.⁶⁷ מתברר שישנם יותר מקרים שבהם המצב הפוך: הכותרת הניתנת להסדר היא "משמורת אם", כאשר בפועל הסדרי השהות הם 7/7 או 6/8 במהלך שבועיים.⁶⁸ לדוגמה, השופט אליאס מבית המשפט לענייני משפחה בפתח תקווה קבע "משמורת אם" בהסדר שבו הילדים שוהים שישה ימים לפחות עם כל אחד מההורים במהלך שבועיים, הסדר המוגדר, לרוב, כ"משמורת פיזית משותפת".⁶⁹ למעשה, מדובר בכאוס מושגי שנוצר מסימון אותו הסדר במושגים משפטיים שונים, לרבות על ידי שופטים שונים באותו מחוז ובאותה שנה. לדוגמה, נקבעה כותרתית "משמורת פיזית משותפת" בהסדר של חמישה ימים לאב ותשעה ימים לאם (5/9),⁷⁰ ואף בהסדר של שלושה ימים לאב ו-11 ימים לאם, ולהפך.⁷¹ זאת, כאשר אותם הסדרים ממש, בפסקי דינם של שופטים אחרים באותו מחוז (מרכז), ובאותן שנים, הוגדרו כהסדר של "משמורת אם" (הסדרי שהות של 5/9,⁷² וודאי של 3/11,⁷³ אב/אם).

המחקר חשף גם כאוס מושגי בפסקי דין של אותו שופט או שופטת. דוגמה לכך עלתה מניתוח פסקי הדין שניתנו ופורסמו על ידי השופטת שפרה גליק. השופטת גליק פסקה "משמורת פיזית משותפת" על שלושה קטינים (בגילים חמש, שבע ותשע), בהסדרי שהות של שמונה ימים לאם ושלושה ימים לאב, בשבועיים (8/6).⁷⁴ חודש בלבד לאחר מכן, ובהינתן אותם הסדרי שהות (8/6), קבעה השופטת גליק כי פעוטה בת שלוש תהיה ב"משמורת אם".⁷⁵ ההנמקה לפסק הדין זה הייתה כי חזקת הגיל הרך לא נסתרה, וכי אין מקום לקביעת משמורת משותפת נוכח הקונפליקט העמוק ביחסי הצדדים. ברם, קביעת הסדרי שהות כמעט שווים תחת כותרת של "משמורת אם" מעלה קושי בהכנת ובהצדקת ההכרעה. הנימוק הנוסף להכרעה – קיומה של חזקת הגיל הרך – מטריד במיוחד, שכן הוא מרוקן את חזקת הגיל

- 67 הקר, הלפרין-קדרי "כללי הכרעה" לעיל ה"ש 2, עמ' 107.
- 68 יואב מזא"ה "משמורת ילדים": מושג מהותי או כותרת חלולה?" מחקרי משפט כח 207 (2013). הטענה בבסיס המאמר היא שיש לבטל את המונח "משמורת", היות שמדובר במושג "חלול וריק מתוכן", שאינו מבטא את האחריות ההורית כלפי הילדים. לתמיכה בטיעון הוצגה במאמר דוגמה הממחישה את השיבוש והכאוס המושגי בין הכותרת למהות, בפסיקה שבה נקבעה משמורת פיזית לאחד ההורים אך קבעה הסדרי שהות שלפיהם הילדים נמצאים זמן רב יותר עם ההורה השני.
- 69 תמ"ש (פ"ת) 16-03-4542 א' נ' ב' (נבו 1.7.2018).
- 70 תמ"ש (ראשל"צ) 09-19391 ט.ק.ס נ' פ.ט (נבו 13.2.2014).
- 71 תמ"ש (ראשל"צ) 16-07-11985 ע.ע נ' נ.ע (נבו 21.11.2017) (להלן: עניין ע.ע נ' נ.ע); תמ"ש (כ"ס) 03/11657 א.א.י נ' א.ב. (נבו 16.6.2011), (הסדרי השהות נקבעו ל-3 ימים לאם ו-11 ימים לאב בשבועיים, ככותרת של "משמורת משותפת").
- 72 תמ"ש (ראשל"צ) 11-03-11115 פלוני נ' פלונית (נבו 20.7.2014).
- 73 תמ"ש (פ"ת) 15-05-54107 פלונית נ' פלוני (נבו 31.12.2017).
- 74 תמ"ש (ת"א) 12-02-43398 נ.ב. נ' ע.ב.נ.ט (נבו 24.7.2013).
- 75 תמ"ש (ת"א) 12-06-27088 ש.ב.ע נ' ח.ס.א (נבו 22.8.2013) (להלן: עניין ש.ב.ע נ' ח.ס.א).

הרך מתוכן, ומלמד כי החזקה הפכה במקרה זה ללא יותר מעלה תאנה. בפסק דין נוסף של אותה שופטת, שניתן כשנה לאחר מכן, שוב עלה הצורך להכריע לגבי המשמורת על פעוטה בת שלוש.⁷⁶ הפעם פסקה השופטת גליק תוך הלימה בין הכותרת, "משמורת פיזית משותפת", לבין התוכן – חלוקת זמני שהות של שישה ימים לאב ושמונה לאם. בפסק דין זה חזקת הגיל הרך לא הוזכרה כלל, ולא נסתרה, כנימוק להכרעה, חרף גילה של הקטינה. יתרה מכך, המשמורת הפיזית המשותפת על הפעוטה נקבעה אף על פי שהתנאים הפיזיים יקשו על קיום הסדר כזה נוכח המרחק בין בתי ההורים, שעמד על 30 קילומטרים. שנתיים מאוחר יותר קבעה השופטת גליק בפסק דין נוסף "משמורת אם" לקטינים בני שנתיים וחמש, תוך אזכור חזקת הגיל הרך כנימוק להכרעה, אך בניגוד מוחלט לה פסקה הסדרי שהות כמעט שוויוניים, של שמונה ימים לאם ושישה לאב.⁷⁷ כפי שניתן לראות, בארבעה פסקי דין שניתנו בפרק זמן קצר ביותר של כשלוש שנים, על ידי אותה שופטת, לא רק שישנה התעלמות מהדין הקיים ואזכורים סותרים או שתיקות ביחס לחזקת הגיל הרך, שעדיין קיימת עלי ספר, אלא שאותו הסדר של שמונה ימים אצל האם ושישה ימים אצל האב זוכה להגדרות משפטיות שונות של סוג המשמורת.

דוגמה נוספת להעדר עקיבות מושגית בפסקי דין של אותה שופט ניתן למצוא בין פסיקותיו של השופט יהורם שקד. כך, בפסק דין שבו נידון עניינה של פעוטה בת שנתיים נקבעה "משמורת אם", תוך הרחבת הסדרי הראייה עם האב והקבלתם להסדר של משמורת פיזית משותפת (8/6).⁷⁸ שני הצדדים ערערו על פסק הדין לבית המשפט המחוזי, וערעורם התקבל. פסק הדין הוחזר לדיון מחדש,⁷⁹ וכך נדרש השופט שקד שוב למשמורתה של הקטינה, שכעת גדלה והייתה לכת שלוש וחצי. לאחר קבלת תסקירים והוספת נימוקים הותיר השופט שקד את הכרעתו על כנה – "משמורת לאם", וקביעת הסדרי ראייה המקבילים להסדר של משמורת פיזית משותפת. כך, ואף על פי שנמצא ונקבע כי האב הוא הורה מטיב והורותו אינה נופלת מזו של האם, נפסק כי שינוי בהגדרת האם כמשמורנית עלול לפגוע בהורותה ולגרום לה להרגיש "מוחלשת".⁸⁰

ברם, בפסיקה מאוחרת אך כמעט, לקטינה באותו גיל (3.5), ובאותם הסדרי שהות (8/6), פסק השופט שקד "משמורת פיזית משותפת", בקובעו נחרצות כי "הלכה למעשה" הסדרי שהות של 8/6 הינם "הסדרי ראייה שוויוניים", אשר "המשמעות המעשית לכך היא אחת; קביעת משמורת משותפת".⁸¹ ייתכן שבאותו מקרה לא היה צורך להעצים אם "מוחלשת", אך ספק אם תחושות של מי מההורים מצדיקות לקרוא לאותו הסדר הורי בשם משפטי שונה בתכלית. זאת, בין היתר, מכיוון שלהמשגה המשפטית "משמורת אם" או "משמורת

76 תמ"ש (ת"א) 13-04-28076 מ.א.נ' ת.א. (נבו 13.7.2014) (להלן: עניין מ.א.נ' ת.א.).
 77 תמ"ש (ת"א) 16-05-44472 ג.א.ד.נ' כ.ד. (נבו 19.7.2016).
 78 תמ"ש (ת"א) 11-06-8309 ק.ש.נ' מ.ע.ב. (נבו 9.2.2012).
 79 עניין ק.ש.נ' ע.ש, לעיל ה"ש 26.
 80 תמ"ש (ת"א) 11-06-8309 ק.ש.נ' ע.ש.ב. (נבו 7.7.2013).
 81 תמ"ש (ת"א) 13-11-1745 פלונית נ' פלוני (נבו 17.8.2014).

משותפת" השלכות עתידיות, בין היתר בנוגע לחלוקת נטל מזונות הילדים,⁸² להטבות סוציאליות⁸³ ולבקשות הגירה.⁸⁴

(ג) התעלמות מתנאים שהציבו הערכאות העליונות

לצד שחיקת חזקת הגיל הרך, ובדרך שסוללים חלק משופטי המשפחה לקביעת משמורת פיזית משותפת כברירת המחדל, יש הנוטים להתעלם גם מתנאים שקבעו הערכאות הגבוהות לקיום הסדר של משמורת פיזית משותפת. בחינה של המרחק בין בתי ההורים ושל רמת הקונפליקט ביניהם גילתה כי לא קיימים כללים מנחים משותפים של הערכאות הנמוכות בנוגע לרלוונטיות של משתנים אלה להכרעות לגבי משמורת פיזית. זאת, על אף קיומם של כללים מנחים שהותו בפסיקות הערכאות הגבוהות לקיומה של משמורת פיזית משותפת בתנאים של קרבה גאוגרפית בין בתי ההורים, ורמת קונפליקט נמוכה בין ההורים.⁸⁵ לגבי התנאי האחרון, ממצאי המחקר מלמדים כי בכמחצית מפקסי הדין שבהם נמצא קונפליקט עז בין ההורים פסקו שופטי המשפחה משמורת פיזית משותפת מהותית, לרוב בהלימה עם המלצת העובדת הסוציאלית. יתרה מכך, מסתבר שהרצון לציית, לפחות ברמה הרטורית, לפסיקה המנחה של הערכאות הגבוהות בנוגע לתנאי טיב היחסים בין ההורים, ובה בעת לפסוק חלוקת זמנים שווה או דומה בין בתי ההורים, תורם לקביעת כותרות שונות ומגוונות להסדרי שהות המקבילים להסדר של משמורת פיזית משותפת, כמפורט לעיל. כך נימק השופט אתי כץ את פסק "משמורת אם" בהסדרי שהות של 6/8: "העדר התקשורת בין ההורים שהוא מרכיב מרכזי בכל קביעה של משמורת משותפת אינו מאפשר קביעת משמורת כזו ולא תהיה לטובתם של הקטינים".⁸⁶ בדומה, השופטת שיפרה גליק מבארת את פסקה "משמורת אם" בהסדרי שהות של 6/8: "אין מקום לקביעת משמורת משותפת, נוכח הקונפליקט העמוק ביחסי הצדדים".⁸⁷

בדרך זו הוכנסו לשדה המשפטי הגדרות נוספות כגון "טיפול שוויוני" ("לא מדובר במשמורת משותפת"),⁸⁸ "אחריות הורית משותפת" ("נכון הוא לעשות כל מאמץ, לסיים את המאבק או לפחות להרגיעו... ע"י שינוי הכותרת הקרויה משמורת/חזקה בדרך של חיזוק האחריות המשותפת של ההורים"),⁸⁹ "משמורת מחולקת" ("אין כל תקשורת בין ההורים, ומשכך לא יכול להיות ביניהם תיאום ולו מינימאלי... לא ניתן לקבוע משמורת

82 כפי שיפורט ויודגם בהמשך המאמר.

83 לדוגמה ראו חוק סיוע למשפחות שבראשן הורה עצמאי, תשנ"ב-1992; קצבת הילדים ומענק לימודים מהמוסד לביטוח לאומי משולמים להורה המשמורן (ס' 69 ו-74 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשנ"ה-1995); הנחה בארנונה בגובה 20% מוענקת להורה משמורן (ס' 2 (א) (10) לתקנות הסדרים במשק המדינה (הנחה מארנונה), תשנ"ג-1993).

84 ראו למשל בע"מ 741-11 פלונית נ' פלוני (נבו 17.5.2011); עמ"ש (תל אביב-יפו) 12-19311-15 פלוני נ' פלונית (נבו 01.05.2019).

85 ראו לעיל ה"ש 63 וכן הלכת 919/15, לעיל ה"ש 39.

86 עניין ר' א' ע' (קטיין) נ' ר' א', לעיל ה"ש 1.

87 עניין ש.ב.ע נ' ח.ס.א., לעיל ה"ש 75.

88 תמ"ש (י-ם) 27272/01 ע.ש נ' ש.ש. (נבו 19.5.2009).

89 תמ"ש (ראשל"צ) 29024/06 ט.ל נ' א.ל. (נבו 23.02.2012).

משותפת").⁹⁰ הכול ובלבד שלא להשתמש בשם המפורש "משמורת פיזית משותפת",⁹¹ ואף על פי שכולם גם יחד קובעים הסדרי שהות המקבילים להסדר של משמורת פיזית משותפת. ברור כי המהלך הזה כושל מעיקרו, שהרי הערכאות הגבוהות לא התכוונו לכותרת, אלא למהות ההסדר. חלוקת זמנים שווה או דומה מחייבת, להבנת שופטי המחוזי והעליון, תקשורת תכופה ובריאה בין ההורים, ובהעדר תקשורת כזו יש לקבוע הסדר שאינו מחייב תיאום יומיומי והדוק בין ההורים בשל חשש מפגיעה בטובת הילדים.

יש שופטים שאינם מסתירים מאחורי כותרות מטעות ופועלים באופן גלוי בניגוד להנחיית הערכאות הגבוהות, תוך שהם מצהירים שניתן לקבוע משמורת פיזית משותפת במצבי קונפליקט עז בין ההורים מתוך מה שמוגדר על ידם כ"טובת הקטין". הם אף מצביעים על תחילתה של "מגמה" בפסיקת משמורת פיזית משותפת "אף במקרים בהם קיים חיכוך, מחלוקות ותקשורת הורית שאינה במיטבה וזאת מתוך עקרון ראיית טובתו של הקטין הספציפי".⁹² כך קבע שופט המשפחה יחזקאל אליהו: "יש לטעמי במתן משמורת משותפת לתובע כדי להעביר לצדדים מסר חד וברור לפיו אין למי מהם עדיפות במשמורת על הקטינים וכי המשך המאבק ביניהם הינו עקר, יקר, מזיק לצדדים ובעיקר לקטינים החשופים למאבק ביניהם".⁹³ בדומה, השופטת בן שחר זנחה לחלוטין את התנאי לקיומה של תקשורת תקינה: "מסקנה נוספת אליה הגעתי במהלך השנים לאחר קביעת משמורת משותפת בלא מעט מקרים [היא] שאין להעמיד את התקשורת החיובית וההערכה ההדדית בין ההורים כתנאי לקיומה". זאת, מתוך סברה כי הצד המסתייג ממשמורת משותפת יסכלה במתכוון, ומתוך הנחה שאם מדובר בהורים בעלי מוסגלות הורית טובה תתפתח ביניהם "תקשורת סבירה ועניינית" לאחר מתן פסק הדין.⁹⁴

מנגד נמצאו שופטים שקובעים, בהתאם להנחיות הערכאות הגבוהות, שאין לקבוע משמורת פיזית משותפת במצבי קונפליקט גבוה בין ההורים. לדוגמה, השופט פאול שטרק דחה המלצה של העובדת הסוציאלית למשמורת משותפת נוכח מה שהוגדר על ידו כ"חוסר התקשורת והשנאה בין הצדדים":

"כאשר מדובר במשמורת פיסית משותפת, אזי הסיכון לחיכוך משמעותי בין ההורים לעיני הקטינים הינו מוגבר, זאת נוכח ריבוי ההזדמנויות שעל ההורים להיות בקשר ביניהם. סיכון זה אינו מבוטל ומהווה סכנה של ממש לשלוות הקטינים. בכל שאלת משמורת יש להעדיף כל דרך שתעניק לקטינים ביטחון פסי והחשוב מכל חיזוק נפשי".⁹⁵

90 תמ"ש (ת"א) 16291-09-10 ר.ש נ' נ.י. (נבו 03.04.2013).

91 מחקרם של טריגר ופוגל-ביזאווי חושף הסבר נוסף לשלל המונחים שהחליפו את המונח "משמורת משותפת". מסתבר כי ארגוני אבות מחו נגד השימוש במילה "משמורת", כמו גם "הסדרי ראייה", בין היתר במכתבי תלונה על שופטים ועורכי דין שעשו שימוש במונחים אלה. מחאתם הובילה את נציגי התלונות על שופטים ואת לשכת עורכי הדין להציע מושגים אחרים דוגמת "זמני שהות", ראו טריגר ופוגל-ביזאווי, לעיל ה"ש 64. כאמור, מושג זה גם אומץ לאחרונה בתקנות, ראו ה"ש 1 לעיל.

92 תמ"ש (ת"א) 53471-03 פלוני נ' פלונית (נבו 12.1.2014) (להלן: עניין פלוני נ' פלונית).

93 ש.ם.

94 תמ"ש (ראשל"צ) 53472-12-11 ש.א (קטין) נ' א.א. (נבו 12.3.2014), בעמ' 6.

95 תמ"ש (ת"א) 36621/06 ט.מ נ' ע.מ. (נבו 25.11.2009).

בפסק דין אחר שבו נדון סכסוך משמורת על שני קטינים (8, 10) הומלץ בתסקיר העובדת הסוציאלית על משמורת פיזית משותפת, חרף קיומה של בעיית תקשורת חריפה בין ההורים המצויים בסכסוך "עמוק ורווי במתח. אין כמעט כל תקשורת בין ההורים". השופט נפתלי שילה דחה את ההמלצות וקבע כי חוסר תקשורת כזה אינו מאפשר משמורת משותפת באשר זו דורשת מידה רבה של שיתוף פעולה בין הצדדים. משמורת הקטינים נמסרה לאם, ונקבעו הסדרי שהות של חמישה ימים לאב ותשעה לאם (בשבועיים).⁹⁶

כך, נוצרת אי אחידות בקרב שופטי המשפחה בשאלת הפגיעה או התרומה של חלוקת זמנים שווה או דומה בין בתי ההורים ב"טובת הילד" במצבי קונפליקט הוריים. כאן המקום לציין כי עמדת הערכאות הגבוהות, ושופטי המשפחה הפועלים לאורה, תואמת את ההסכמה הרחבה בקרב הקהילה המחקרית שחשיפה לקונפליקטים הוריים היא גורם סיכון מרכזי לילדים להורים גרושים, וכי יש להימנע מהסדר משמורת שחושף את הילדים לקונפליקטים אלה באופן יומיומי ומתמשך.⁹⁷

כאמור, תנאי נוסף שנקבע בפסיקת בתי המשפט המחוזיים והעליון לכינון משמורת פיזית משותפת הוא מגורי ההורים בסמיכות. עם זאת, השאלה מהו מרחק מגורים "סביר", ומהי "סמיכות", נתונה לשיקול דעתו של כל שופט. השופט ארוז שני סבור כי מגורי הורים בגבולות אותה עיר, או לכל היותר מרחק של עשרה קילומטרים סביבה, הוא המרחק המקסימלי שהסדר של משמורת פיזית משותפת יכול לשאת.⁹⁸ השופטת גליק, לעומת זאת, סבורה כי מרחק של שלושים קילומטרים בין בתי ההורים אינו בלתי סביר ומאפשר את קיומה של משמורת פיזית משותפת.⁹⁹ נמצאה אף פסיקה הקובעת כותרתית (אך לא מהותית) משמורת משותפת בהינתן מרחק של 100 קילומטרים בין בתי ההורים.¹⁰⁰ בפסיקות רבות אחרות שבהן נקבעה משמורת פיזית משותפת, בכותרת או במהות, לא נמצא לנכון להתייחס למרחק הגאוגרפי. זאת חרף הוראות הפסיקה המנחה, ועל אף החשיבות הקריטית שיש לנתון זה להיתכנות הסדר של משמורת פיזית משותפת והשפעתו על העומס המוטל על ההורים ועל הילדים

96 תמ"ש (ת"א) 35944-02-11 פלונית נ' אלמוני (נבו 14.3.2013).

97 ראו Tommie Forslund et al., *Attachment Goes to Court: Child Protection and Custody Issues*, 24 ATTACH. & HUM. DEV. 1, 15 (2022); Milfred Dale, "Still the One": *Defending the Individualized Best Interests of the Child Standard from Equal Parenting Time Presumptions* 34(2) J. AM. ACAD. MATRIM. LAW. 307 (2022); Robert E. Emery, *Psychological Perspectives on Joint Physical Custody*, in SHARED PHYSICAL CUSTODY: INTERDISCIPLINARY INSIGHTS IN CHILD CUSTODY ARRANGEMENTS 37, 38, 42-43 (Laura Bernardi & Dimitri Mortelmans eds., 2021); Nicole E. Mahrer et al., *Does Shared Parenting Help or Hurt Children in High-Conflict Divorced Families?*, 59 J. DIVORCE REMARRIAGE, 324, 347 (2018); Zoë Rejaän, Inge van der Valk & Susan Branje, *Postdivorce Coparenting Patterns and Relations with Adolescent Adjustment*, J. FAM. ISSUES 1 (2021).

98 יס (ת"א) 38572-08-16 פלונית (קטינה) נ' פלונית (נבו 19.8.2016).

99 עניין מ.א. נ' ת.א. לעיל ה"ש 76.

100 עניין ע.ע. נ' ג.ע. לעיל ה"ש 71. נקבעה כותרתית משמורת משותפת, בהסדרי שהות של 3/11, כשהאב גר בחיפה והאם (עם הילדים) בחולון בדירת המשפחה. נקבע שכשתימכר הדירה, יעבור האב להתגורר בסמיכות לילדים.

כתוצאה מהמעברים התכופים בין בתי ההורים שהסדר זה מחייב, הגדל ככל שהמרחק בין הבתים גדול יותר וככל שעומסי התנועה במקומות מגורי ההורים כבדים יותר.

(ד) תנאים עקיבים

המחקר גילה רק שני משתנים שמשפיעים באופן עקיב על ההכרעות השיפוטיות: המלצות התסקירים של העובדות הסוציאליות לסדרי דין, ורצון הילדים. לגבי התסקירים, כפי שנמצא גם במחקרים קודמים,¹⁰¹ ישנו שיעור גבוה של הלימה בין הכרעת המשמורת על ידי בית המשפט לבין ההמלצות. במחקר זה, כ-81% מהמקרים הייתה הלימה בין הכותרת שניתנה להסדר על ידי השופטים לבין הכותרת שעליה המליצה העובדת הסוציאלית בתסקירה.¹⁰² כפי שתועד במחקרים אחרים, בסוף העשור הראשון של המאה הנוכחית החלו העובדות הסוציאליות לסדרי דין להמליץ על הסדרים של משמורת משותפת,¹⁰³ ומגמה זו הלכה והתחזקה לאחר מכן.¹⁰⁴ ברי, אם כן, שיש זיקה הדוקה בין השינוי במדיניות העובדות הסוציאליות לבין השינוי הדרמטי שנמצא במחקר זה בפסיקות שופטי המשפחה – אלו גם אלו הפכו את המשמורת המשותפת להסדר דומיננטי במגוון נסיבות חרף קיומה של חזקת הגיל הרך עלי ספר, וחרף הנחיות הערכאות העליונות בקשר לתנאים הנדרשים להסדר זה. לגבי רצון הילדים, נמצא שבמקרים שבהם הוא הובא בפני השופטים באופן ישיר או עקיף (n=74) הוא נמצא בהלימה לתוצאה הסופית.¹⁰⁵ מחלק מפסקי הדין אף עולה במפורש שרצון הילד השפיע על הפסיקה גם כשעמד בניגוד להוראות החוק והפסיקה. כך, למשל, בפסק דין שבו נידון סכסוך משמורת של ילד בן ארבע, אשר לאור גילו לא נשאל ישירות לרצונו, מצא השופט אסף זגורי, על סמך חוות דעת מומחה, כי הילד מעדיף להיות עם אביו באופן ברור. לצד זה, ולאחר ביקורת על "היעדר זמינות ונגישות של האם לילד", וחרף חזקת הגיל הרך, השופט קבע את משמורת הילד אצל אביו.¹⁰⁶ בפסק דין אחר נקבעה

101 הקר הורות במשפט, לעיל ה"ש 17, עמ' 195-212; ורד סלונים-נבו צוות בדיקה בנושא: עבודתן של פקידות הסעד לסדרי דין (2008).

102 בשונה מהבדיקה המהותית של הכרעות המשמורת בפסקי הדין (להבדיל מכותרתן) בהשוואה להמלצות העובדות הסוציאליות, לא התאפשרה בדיקה מהותית משום שברוב פסקי הדין לא צוינו הסדרי השהות שהומלצו אלא הכותרת בלבד (משמורת אם/אב/משותפת/מפוצלת). עם זאת, בפסקי הדין שבהם כן צוינו ההמלצות להסדרי השהות עלה שיבוש מושגי בנטייה להכתיב כ"משמורת אם" הסדרי השהות המקבילים להסדר של משמורת פיזית משותפת (6/8) (יחס נמוך יותר נמצא בכל האמור להמלצות המבקשות להגדיר "משמורת פיזית משותפת" עם הסדרי השהות של למעלה מתשעה ימים אצל האם או אצל האב). בפועל, כמעגל קסמים, ההמלצות, שבחלקן נמצא שיבוש מושגי כאמור, מאומצות על ידי שופטי המשפחה בלמעלה מ-80% מפסקי הדין, ובכך השיבוש משוכפל, מועתק ויוצר את הפער שנמצא ונסקר דלעיל.

103 הקר, הלפרין-קרדי "כללי הכרעה", לעיל ה"ש 2, עמ' 103.

104 צבי טריגר וסילביה פוגל-ביזוואי, לעיל ה"ש 64.

105 השופט ניצן סילמן אף טען כי רצון הילד הוא בבחינת "פרמטר כמעט בלעדי", ראו תמ"ש (קריית) 1681-10-10 פלוני נ' פלונית (נבו 27.4.2011).

106 תמ"ש (טב) 23494-01-10 א.ק.נ' מ.ש (נבו 29.8.2013). ערעור שהגישה האם על פסק הדין התקבל. בית המשפט המחוזי קבע שחזקת הגיל הרך לא נסתרה, ומסקנות השופט זגורי נדחו,

משמורת פיזית משותפת למרות קונפליקט עז בין ההורים, לאחר שנמצא כי הקטינים (בני 15 ו-17) מביעים נאמנות לשני ההורים.¹⁰⁷

(ה) משמורת אב

לבסוף, כפי שצוין לעיל, מגמה נוספת שנמצאה במחקר, ושטרם זכתה להתייחסות בספרות המחקרית ובשיח הציבורי, מצביעה על עלייה דרמטית בקביעת הסדר של משמורת אב. בעוד שעד תחילת שנות ה-2000 הייתה פסיקת משמורת אב נדירה ביותר,¹⁰⁸ כ-16% מבין פסקי הדין שנבחנו במחקר זה נקבעה כותרתית "משמורת אב", וכ-17% מפסקי הדין שנבחנו ניתנה מהותית המשמורת לאב, עת נקבעו אצל האב הסדרי שהות של למעלה מ-9 ימים בשבועיים. בחינת נסיבות פסקי הדין העלתה שהסדר זה נקבע גם כאשר היו במשפחה ילדים צעירים מגיל 6, ושכ-70% מפסקי הדין עמדה מנגד תביעת משמורת של אם נורמטיבית, מתפקדת ונוכחת. זאת בניגוד למצב המשפטי עד תחילת שנות ה-2000, שבו משמורת אב נפסקה רק במצבי קיצון של אם מזניחה או לא מתפקדת.¹⁰⁹ יש להמשיך ולחקור את השינוי הדרמטי הזה ואת ההסדר החדש שהוא הצמיח, ולבחון את הסיבות לו מעבר לשחיקת חזקת הגיל הרך,¹¹⁰ שנמצאה במחקר זה, כמו גם את השלכותיו על כל בני המשפחה.

2. מזונות קטינים

(א) משתנים משפיעים

בשלוש השנים הראשונות שנסקרו במחקר, נדיר למצוא בפסקי הדין העוסקים במזונות אזכור של הסדר המשמורת או זמני השהות הנוהגים בין ההורים לילדיהם. נדמה כי עד לשנת 2012 הייתה נקודת המוצא של השופטים שהמשמורת מסורה לאם, התובעת בשם ילדיה את מזונותיהם, כעניין מובן מאליו שאינו מצריך בירור או הצהרה. בנוסף, לא יוחסה בתקופה זו

הן באשר למסוגלות ההורית של האם הן באשר לזמינותה לקטין. ראו עמ"ש (מחוזי נצ') 13-10-38844 פלוגית נ' פלוני (נבו, 10.2.2014). בקשת רשות ערעור שהגיש האב לבית המשפט העליון נדחתה בבע"מ 14-1858 פלוני נ' פלוגית (נבו, 3.4.2014).

107 עניין פלוני נ' פלוגית, לעיל ה"ש 92.

108 כפי שנמצא במחקר של הקר, בראשית שנות ה-2000 עמד הסדר של משמורת פיזית לאב על 3.9% בלבד מהמקרים שנבחנו, ובעיקר נקבע כתוצאה מוויתור על המשמורת מצד האם, בשל חוסר יכולת תפקודית או חוסר רצון, ולא כבחירה ראשונה של האב או של מערכת המשפט. ראו הקר הורות במשפט, לעיל ה"ש 17, פרק 1.

109 שם, פרקים 1-2.

110 גם במדינות אחרות נמצאה עלייה בפסיקת משמורת אב לאחר ביטול חזקת הגיל הרך ואימוץ עמדה המקדמת הורות משותפת, למשל בשוודיה. ראו Anna Singer, *Active Parenting or Solomon's Justice? Alternating Residence in Sweden for Children with Separated Parents*, 4 ULR. 35 (2008). הסבר אפשרי נוסף שיש לתת עליו את הדעת הוא עליית שיח זכויות הגבר והאב, ראו Daphna Hacker, *Men's Groups as a New Challenge to the Israeli Feminist Movement: Lessons from the Ongoing Gender War over the Tender Years*, 18 ISRAEL STUD. 29 (2013).

נפקות לזמני השהות כעילה להפחתת המזונות, ומכאן, כך ניתן להניח, ששופטי המשפחה לא ראו צורך לציין נתון זה בפסקי דינם. עם זאת, בשנים האחרונות שסקר המחקר, ובייחוד החל מ-2014, חל שינוי ניכר בגישה השיפוטית שיצר קשר הדוק בין הסדר המשמורת ואופן חלוקת זמני השהות לבין שאלות החיוב וסכומי המזונות. זאת, בהלימה לשינוי השיח בעקבות ועדת שיפמן שהוצג במבוא, ולשינוי הדרמטי בתכנים של הסדרי המשמורת שהוצג לעיל. חיפוש אחר כללים אחידים ומנחים להכרעה בפסיקת מזונות בעשור שנבחן במחקר (2009–2019) העלה כי קיימים משתנים המשפיעים על פסיקת מזונות ילדים. עם זאת, בעוד שחלק מהמתאמים שנמצאו, כגון בין מצב כלכלי לבין סכום המזונות שנקבע, עולים בקנה אחד עם הדין עלי ספר ומתקבלים על הדעת, מתאמים אחרים מצביעים על אקטיביזם שיפוטי הנוגד את החוק, ועל פסיקות שונות במצבים דומים. כאמור לעיל, השיפת המשתנים הרלוונטיים הצריכה ניתוח סטטיסטי מורכב יותר מאשר הסטטיסטיקה התיאורית שנדרשה בסוגיית המשמורת, כמו גם דיון ארוך יותר בממצאים האיכותניים. להלן ממצאי המחקר העיקריים בהקשר זה. נציין כי בכל הניתוחים שלהלן, דמי המזונות חושבו עבור כל ילד, ושוקללו בצירוף דמי המדור שנפסקו:

- (א) נמצאו הבדלים מובהקים בין מחוזות השיפוט שבהם ניתנו פסקי הדין לבין גובה המזונות שנפסקו ($P=0.0047$). במחוז צפון נקבעו דמי מזונות נמוכים באופן מובהק בהשוואה למחוזות ירושלים, תל אביב ומרכז, שבהם נפסקו המזונות הגבוהים ביותר. ההבדלים בין המחוזות יכולים לנבוע מהפערים בעלויות הדיור, הכנסה, רמת שירותים והוצאות משק הבית בין חלקי המדינה.¹¹¹
- (ב) נמצא הבדל מובהק בין סוג הסדר המשמורת¹¹² לבין סכום המזונות ($P<0.0001$). כצפוי, פסיקת המזונות במשמורת אם גבוהה באופן מובהק מפסיקת מזונות במשמורת משותפת (בכ-720 ש"ח לילד). כמו כן, פסיקת המזונות במשמורת משותפת גבוהה באופן מובהק מפסיקת מזונות במשמורת אב הנקבעת לאם (בכ-750 ש"ח לילד). מכאן, שאימהות אינן נושאות בסכומי מזונות דומים לאלו שאבות נושאים בהם, בהסדר של משמורת בלעדית לאחד מההורים. ממצא זה מוסבר, בין היתר, בפערי השכר בין ההורים, כמפורט להלן, אך ייתכן שהוא מלווה גם באפליה לרעה של אבות שאינה ניתנת לזיהוי בשל מספר התיקים הקטן של הסדר זה.
- (ג) נמצא מתאם מובהק בין הכנסת האב לבין סכום המזונות ($P<0.0001$). כל עלייה של כ-1,000 ש"ח בהכנסת האב הביאה לעלייה מתונה של כ-40 ש"ח בגובה המזונות לכל ילד בהסדר של משמורת אם ובהסדר של משמורת משותפת. לעומת זאת, המתאם בין הכנסת האם לסכום המזונות היה שונה בין הסדרי המשמורת השונים ($P=0.0056$): במשמורת אב נמצא כי האם הויבה במזונות גבוהים יותר

111 פסיקת המזונות במחוז חיפה ובמחוז דרום נמצאה ממוצעת בהשוואה ליתר המחוזות. מחקרים שבחנו את העלות של גידול ילדים בישראל מצאו כי ההוצאה על גידול ילדים במחוזות מרכז ותל אביב היא הגבוהה ביותר, בעוד שבמחוז צפון העלות של גידול ילדים היא הנמוכה ביותר. ראו אריאל קרלינסקי ומיכאל שראל "אמידת עלות גידול הילדים בישראל" הרבעון לכלכלה 63, 103, 128 (2019).

112 בכל הניתוחים שלהלן הסדר המשמורת נבחן מהותית כמוסבר לעיל, להבדיל מהכותרת הפורמלית של הסדר המשמורת.

ככל שהכנסתה נמצאה גבוהה יותר. כל עלייה של 1,000 ש"ח בהכנסת האם הביאה לעלייה של כ-80 ש"ח בגובה המזונות לכל ילד, בעוד שהכנסת האב לא השפיעה על גובה חיוב האם במזונות.¹¹³ במשמורת משותפת נמצא כי ככל שהכנסת האם גבוהה יותר חובי האב במזונות נמוכים יותר: כל תוספת של כ-1,000 ש"ח בהכנסת האם הביאה לירידה של כ-80 ש"ח בגובה המזונות לכל ילד. במשמורת אם לא נמצא מתאם מובהק בין הכנסת האם לסכום המושת על האב. ממצאים אלה מעידים על כשל שיפוטי ביצירת זיקות עקיבות בין הכנסת כל אחד מההורים לבין סכומי המזונות שאחד מהם נדרש להעביר למשנהו. יתרה מכך, הממצאים מעלים את שאלת המזונות כסכום אבסולוטי או כסכום המותאם למעמד הכלכלי של ההורים,¹¹⁴ והאם, למשל, עלייה של 4% בדמי המזונות לכל 1,000 ש"ח נוספים במשכורת האב היא עלייה סבירה בהינתן תפקידם של מזונות הילדים לשמור, ככל שניתן, על רמת החיים של הילד.

(ד) נמצא מתאם שלילי מובהק בין מספר הילדים במשפחה לבין סכום המזונות לכל ילד ($P < 0.0001$). כל ילד נוסף במשפחה נמצא בהלימה לירידה של יותר מ-200 ש"ח בממוצע בפסיקת מזונות לכל ילד, בשלושת הסדרי המשמורת. ממצא זה עומד בהלימה יחסית לכלל ההוצאה השולית הפוחתת המוכר בפסיקה, שלפיו בהינתן מספר ילדים במשפחה לא מבוצעת מכפלה של צורכי ילד אחד במספר הילדים הכולל.¹¹⁵

(ה) לא נמצא הבדל מובהק בין סכומי המזונות שנפסקו עבור ילדים בקבוצות הגיל השונות. זאת, אף על פי שניתן היה לצפות לסכום גבוה יותר במידה ניכרת לילדים מתחת לגיל 6, לאור הוראות הדין האישי שאינן שנויות במחלוקת גם לשיטת המצדדים בפרשנות החדשה שלו לאחר גיל זה, כמפורט במבוא לעיל. בדומה, גם לא נמצאה עדות למודעות השופטים לממצאים שעל פיהם עלות גידול ילד בגילים 10-18 כפולה מעלות גידול ילד בגילים 0-9.¹¹⁶

113 כ-16 מבין 264 פסקי הדין שנותחו במחקר הסטטיסטי חל הסדר של משמורת אב, מתוכם נבחנו מזונותיהם של 31 ילדים. נוכח גודלו המצומצם של המדגם לא נערך במחקר ניתוח סטטיסטי מלא במזונות במשמורת אב, כפי שנעשה בהסדרי המשמורת האחרים. אך, על מנת להשלים מידע חסר על משמורת אב, בוצע ניתוח רגרסיה של גובה המזונות כתלות בהכנסת האב בכל אחד מהסדרי המשמורת בנפרד. זאת, בנוסף לניתוח תיאורי של פסיקות המזונות שניתנו בהסדר של משמורת אב.

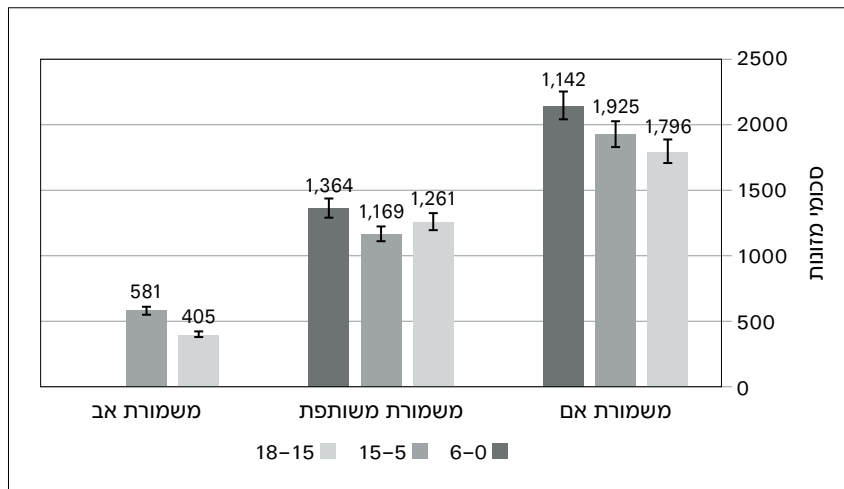
114 יואב מזא"ה "מזונות ילדים – בין מיתוס למציאות: הדין הדתי, הפסיקה ומה שביניהם" דין ודברים יא 501, 532-546 (2015).

115 הרציונל הוא שאם מדובר בכמה ילדים במשפחה, חלק מצורכיהם הבסיסיים חופפים ולכן הסכום הכולל פוחת (ככלל חלקו של הילד הצעיר יהיה גדול יותר, שכן הוא האחרון שנותר במשק הבית), ראו ע"א 552/87 ורד נ' ורד, פ"ד מב(3), 599 (1988); בג"ץ 4407/12 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול (נבו 7.2.2013) (פס' 24 לפסק דינו של השופט עמית).

116 ראו קרלינסקי ושראל "גידול הילדים בישראל", לעיל ה"ש 111, עמ' 113, 120-125. אין עדות להפנמת הנתונים האלה על ידי שופטי המשפחה.

פסיקת המזונות, בחלוקה לשלוש קבוצות גיל, ובכל אחד מהסדרי המשמורת, מתוארת בלוח 2 (n=538).¹¹⁷

לוח 2: סכום מזונות בש"ח לילד, לפי קבוצות גיל והסדר המשמורת



(ב) שחיכת חובת האב לזון את ילדיו

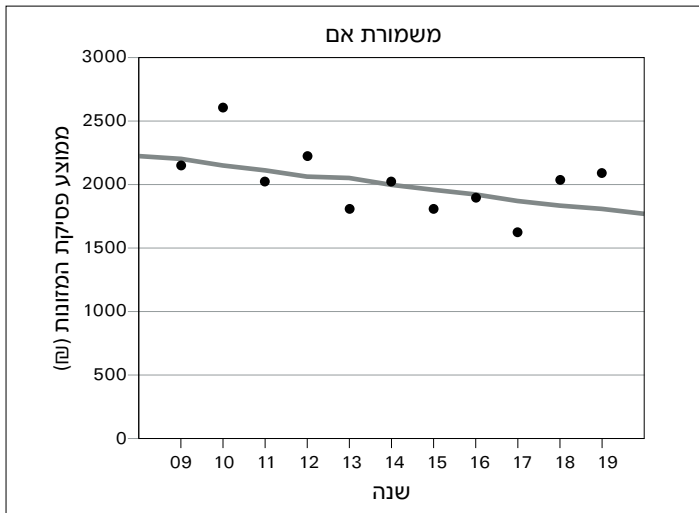
בנוסף למשתנים המשפיעים שפורטו לעיל נמצא מתאם מובהק בין השנה שבה ניתן פסק הדין לבין גובה המזונות במשמורת אם ($P=0.0457$) ובמשמורת משותפת ($P=0.0236$), אך לא בפסיקת מזונות במשמורת אב. חלה ירידה בסכום המזונות בהסדר של משמורת אם ובהסדר של משמורת משותפת לאורך השנים, לעומת עלייה (קלה ולא מובהקת) בפסיקת המזונות בהסדר של משמורת אב (כשהאם מחויבת לשאת במזונות הילדים לידי האב). כאשר מדובר במשמורת אם, נמצא כי בכל שנה פוחתים דמי המזונות בכ-32 ש"ח בממוצע לילד. היינו, לפי ממצאי המחקר, משנת 2009 ועד לשנת 2019 חלה ירידה של כ-15% (למעלה מ-300 ש"ח) במזונותיו של כל ילד המצוי במשמורת אם, בכל הגילים. זאת, בעוד שיוקר המחיה עלה בשנים אלה ביותר מ-14%.¹¹⁸ כאשר מדובר במשמורת משותפת, נמצא כי בכל שנה פחתו דמי המזונות בממוצע בכ-67 ש"ח לילד. היינו, בעשור שנבחן במחקר

117 במשפחות שלהן היה מספר ילדים באותה קבוצת גיל הובא בחשבון ממוצע פסיקת המזונות לילד באותה קבוצת גיל. במשפחות שבהן היו ילדים בקבוצות גיל שונות, נותחו מזונותיו של כל ילד על פי קבוצת הגיל. בפסקי הדין שנותחו במחקר בפרק זה לא נמצאו ילדים בגילים 6-0 בהסדר של משמורת אב.

118 על פי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה מ-1/2009 ועד ל-1/2019 עלה מדד המחירים לצרכן ב-13.84%. עם זאת, נתון זה, שמצביע לברו על התייקרות המוצרים והשירותים הבסיסיים במשק, משקף תמונה חלקית בלבד של עלות המחיה בישראל, ואינו כולל את העלייה במחירי הדיור וגורמים נוספים. אדריאן פילוט "אם הכל כל כך יקר, איך זה שמדד המחירים לא עולה?" <https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5473815,00.html> (5.3.2019) Ynet

חלה ירידה של למעלה מ-35% (כ-670 ש"ח) במזונותיו של כל ילד המצוי במשמורת פיזית משותפת, ללא קשר לגילו. הירידה בסכומי המזונות לאורך השנים בהסדרי משמורת אם מתוארת בלוח 3 (n=342)¹¹⁹.

לוח 3: ממוצע סכום המזונות לאורך השנים לילדים במשמורת אם



גם מהסקירה האיכותנית של שופטי המשפחה מתבהרת המגמה הברורה של ירידה בסכומי המזונות שאבות מחויבים בהם לאורך העשור שנבחנו. אם בעבר הכירו שופטי המשפחה בחובת האב להעביר לאם את דמי מזונות הילדים, למצער אלה ההכרחיים, הדרושים לקיום צורכיהם הבסיסיים, בשנים האחרונות ישנה שחיקה בהכרה הזו, לרבות במצבים של משמורת אם ובקטני קטנים. שינויים אלה מהווים אקטיביזם שיפוטי שאינו עולה בקנה אחד עם החוק עלי ספר. נביא דוגמאות לכך מפסיקותיו של השופט אסף זגורי. בפסק דין מדצמבר 2010 פסק השופט זגורי סך של 1,525 ש"ח למזונותיו של פעוט בן שנתיים, כולל מדור וחינוך, ונקבעה הפחתה במזונותיו לסך של 1,250 ש"ח עם הגיעו לגיל שלוש. בפסק הדין הזה לא צוינו הסדרי השהות, משל נטל גידול הילד המשותף אינו נתון רלוונטי בפסיקת מזונותיו. באשר להכנסות ההורים, נמצא ונקבע כי הכנסת האב כמעט כפולה מהקצבאות שהאם נשענת עליהן למחייתה (2,700 ש"ח לאם ו-5,000 ש"ח לאב). בפסק הדין לא צוין מדוע האם נזקקת לקצבאות ומדוע אין היא עובדת, ונקבע, לכאורה במנותק ממציאאות זו, כי האם היא "אשה צעירה ובעלת יכולת לפרנס את עצמה", וכי היא "בעלת השכלה בניהול חשבונות" ומכאן שיכולה "להשלים את מימון הוצאות הקטין

119 מלוא הסכומים, ובהם דמי המזונות והכנסות ההורים, שוערכו בהתאם למדר לשנת 2019 על פי מחשבון המדר של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה. הריבועים השחורים המסומנים בלוח 3 מסמנים את ממוצעי המזונות בכל שנה בטווח השנים שנסקר במחקר, בפסיקת מזונות לילדים במשמורת אם.

וצרכיו, בוודאי אלו שמדין צדקה". לגבי האב, לעומת זאת, הוזכר כי הוא משלם להוצאה לפועל מדי חודש 1,000 ש"ח בגין חובות, כמו גם 1,500 ש"ח בחודש עבור מזונות לילדים אחרים, ואף על פי שהוא אדם צעיר ובריא נקבע שהוא "נעדר יכולת השתכרות העולה על סך של 5,000 ש"ח לחודש".

בהמשך פסק הדין סקר השופט זגורי את "המגמה" שקיימת "בחלק מפסקי הדין לעניין חיוב במזונות, שלפיה יש להתחשב לצד הדין האישי גם בעקרונות של צדק, יושר, הגינות ושוויון", תוך ציטוט מפסיקתו של השופט שאול שוחט, הגם שבפסק הדין המצוטט, ובנסיבות דומות, קבע השופט שוחט מזונות על סך 1,950 ש"ח לפעוט.¹²⁰ השופט זגורי סיכם את סקירת הדין בקובעו ש"ברור שהפסיקה מאפשרת צמצום חיוב בצרכים הכרחיים חרף תחולת הדין האישי או לצדו, הכול בעיני המתבונן".¹²¹ קביעה זו סותרת את ההלכה באותה עת לגבי חוק המזונות שלפיה נטל הצרכים ההכרחיים מוטל על האב בלבד, והחלוקה השווה חלה רק על צרכים שמעבר לכך. בכך הגביר למעשה השופט זגורי את הנטל הכלכלי על כתפי האם המשמורנית, ובהתאמה תוצאת פסק הדין – קביעת סכום נמוך מהרף המינימלי המקובל בפסיקה למזונותיו של הפעוט.¹²²

חודש אחד לאחר מכן שוב פסק השופט זגורי מזונות מינימליים, במקרה של שלושה קטינים, בהם בן 8.5 שאובחן כאוטיסט, המצויים במשמורת אימם ובנתק מהאב המסרב לקיים את הסדרי השהות. הפערים בהכנסות ההורים היו ניכרים: הכנסת האם עמדה על 1,964 ש"ח (והועמדה על סך 5,200 ש"ח לאחר תוספת קצבת הבן הנכה וקצבת הילדים), והכנסת האב על סך 6,000 ש"ח.¹²³ בנוסף, חרף ההכרה הברורה בכך שמלוא נטל גידול הילדים מוטל על האם, לרבות הטיפול התובעני בבן בעל הצרכים המיוחדים "הזקוק לטיפול מיוחד ולהשגחה מתמדת של האם, ובגין רכיב זה נכון היה לחייב האב בתשלום דמי טיפול", שלל השופט זגורי את מזונותיו נוכח קיומה של קצבת נכות המתקבלת עבורו מהמוסד לביטוח לאומי. לפי השופט זגורי, מאחר שהאם עובדת "הרי שלא הוכח שנטל הטיפול בקטין גדע את עבודתה בפועל או בכוח". נימוק זה מעורר אי נוחות רבה נוכח העובדה שהאם עובדת בסיעוד, "שעות עבודתה מועטות", והיא משתכרת 1,964 ש"ח בהתאם, ונוכח ההתעלמות ממרכיב הטיפול השוטף והתובעני מחוץ לשעות העבודה, שלא הוצמד לו ערך כלכלי או

120 תמ"ש (ת"א) 50770/03 כ.י. נ' כ.א. (נבו 8.11.2005) (פעוט בן שנתיים. הכנסת האב שם עמדה על 5,500 ש"ח נטו, והכנסת האם הוערכה ב-5,000 ש"ח. הסדר המשמורת והסדרי השהות לא צוינו בפסק הדין, ומהנסיבות מובן כי מדובר במשמורת אם).

121 תמ"ש (טב') 6489-08-09 י.ב.ס. נ' ש.ב.ס. (נבו 5.12.2010).

122 על פי הפסיקות נכון לאותה תקופה, הרף המינימלי למזונות בפסיקות בתי המשפט למשפחה, ללא צורך בראיות מיוחדות, עמד על סך שנע בין 1,150-1,300 ש"ח לכל קטין, לא כולל מדור, חינוך והוצאות חריגות ו/או הוצאות מדין צדקה, ראו: בר"ע (ת"א) (1895/02) ב' י' נ' ב' נ' (נבו 20.1.2003); ע"מ (י-ם) 789/05 ע' ד' נ' ע' י' (נבו 16.1.2006).

123 לבן החייל נפסקו 300 ש"ח מזונות; לבן 16, השווה במסגרת פנימייה, נפסקו 450 ש"ח מזונות; לבת 11 נפסקו 1,200 ש"ח מזונות; לבן 8.5 לא נפסקו מזונות כלל (נקבע כי מזונותיו מקוויזים מקצבת הנכות העומדת על סך 2,360 ש"ח). בנוסף נפסק מדור בגובה 1,250 ש"ח, ונקבע שעם פירוק השיתוף יעמוד המדור על תקרה של 1,000 ש"ח + 700 ש"ח הוצאות מדור עבור כל הילדים.

אחר. כמו כן, נדמה שקצבת הנכות חושבה פעמיים לצורך הפחתת נטל המזונות של האב – פעם כחלק מהכנסותיה של האם, ופעם כמזונות הקטין.¹²⁴ כפי שניתן לראות משתי פסיקותיו אלה של השופט זגורי, תוקף הוראות הדין האישי המחייבות אבות במזונותיהם ההכרחיים של ילדיהם נשחק על ידי שופטי המשפחה, ועימו צומצמה חובת המזונות אל מתחת למינימום, גם כשמדובר בקטני קטנים, גם בהסדר של משמורת אם, וגם כאשר הכנסת האם אינה מספיקה לכדי כיסוי צרכיה שלה. תהליך זה המשיך ביתר שאת עם פרסום המלצות ועדת שיפמן בספטמבר 2012, שהיו בבחינת רוח גבית עבור השופט זגורי ושופטי משפחה נוספים לפסיקה "שוויונית" במזונות ילדים, באופן המנוגד לדין האישי. באותה עת, מהלכים אלו נעשו שלא באופן מוצהר, ולכאורה שלא "בניגוד לחוק המחייב", אלא "באמצעות כלים פרשניים שונים".¹²⁵ ברם, לא חלף זמן רב וגם התמרונים הרטוריים נזנחו והילד נקרא בשמו, במה שנראה כיצירת דין חדש על ידי שופט ערכאה דיונית נמוכה. החל מ־2015, ובשורה של פסיקות אקטיביסטיות, החיל השופט זגורי דין חדש במזונות ילדים "באשר לחלוקת החיוב מדין צדקה בין שני ההורים (שוויוני פורמלי) כאמצעי להשגת שוויון מהותי בין ההורים".¹²⁶ בכך, למעשה, הוא צמצם

124 תמ"ש (טב') 10-01-7112 ט.ח.נ' י.ח. (נבו 14.1.2011). בצד העובדה כי מתן פטור לאב ממזונותיו של בנו הנכה בן ה־8.5 היווה סטייה ברורה מהוראות הדין האישי המחייבות אב במזונות ילדיו, יש בפסיקה זו כדי להדגים את עמדותיהם הקוטביות של שופטי המשפחה בדבר אופן השימוש בקצבת נכות, והאם היא באה במקום תשלום המזונות, או בנוסף לו. ראו תלה"מ (י-ם) 16-10-31125 פ'ח'נ'ע'א' (נבו 19.8.2018), השופט איתי כץ פטר אב מחובת מזונות בנו בן השנתיים בשל קיומה של קצבת נכות בגובה 2,569 ש"ח עבור הפעוט. באותו חודש, בתלה"מ (פ"ת) 16-11-35401 פלונית נ' פלוני (נבו 28.8.2018), פסקה השופטת אילת גולן תבורי מזונות בגובה 1,500 ש"ח לילד בן חמש, חרף קיומה של קצבת נכות בגובה 2,561 ש"ח המשולמת עבורו. כך גם קבע השופט טל פפרני בתמ"ש (חד') 16-03-34740 מ.מ.ב.נ' י.ב. (נבו 24.10.2017), עת פסק מזונות בגובה 1,500 ש"ח לכל אחד משני ילדים (7, 9) שאובחנו כאוטיסטים, בנוסף לקצבת נכות בגובה 3,842 ש"ח המשולמת עבור כל אחד מהם. להבריל, השופט מנחם הכהן פטר אב ממזונות בנו נוכח קיומה של קצבת נכות על סך 2,550 ש"ח המשולמת עבורו, בתמ"ש (י-ם) 16-03-54093 ל'ס'נ'א'ס' (נבו 21.1.2018). באותה קלחת מצויה גם פסיקתו של השופט נפתלי שילה, שבתמ"ש (ת"א) 13-06-41194 מ'נ'א' (נבו 23.3.2014) (להלן: עניין מ'נ'א') קבע מזונות על סך 1,500 ש"ח לילד בן 12 בנוסף לקצבת הנכות (נקבע כי הקצבה תועבר לחשבון בנק נפרד ותשמש להוצאותיו הרפואיות). כך שלשאלה הפשוטה לכאורה – האם קצבת הנכות באה במקום מזונות או בנוסף להם – לא קיים מענה ברור, ופסיקות שופטי המשפחה נעות בין פטור מלא מחובת המזונות לבין פסיקת מזונות משמעותיים.

125 תמ"ש (נצ') 11-02-14993 ר.ד. (קטיין) נ' מ.ד., פס' 31 לפסק דינו של השופט זגורי (נבו 1.1.2013), בהתייחסו לרו"ח ועדת שיפמן: "מדובר בהמלצות דו"ח ועדה חשובה ונכבדה ולא בשינוי המצב המשפטי הנוהג. הפסיקה קובעת בהקשרים דומים, כי כל עוד לא הפכה 'הצעת החוק' לחוק מחייב, מחויב בית המשפט לפעול על פי המצב המשפטי והחקיקתי הנוהג בעת מתן פסק הדין".

126 תמ"ש (נצ') 13-05-35921 ש.ל.ג.נ' מ.ג. (נבו 1.2.2015) (להלן: עניין ש.ל.ג.נ' מ.ג.).

את תחולת הדין האישי, המחייב אב במזונותיהם ההכרחיים של ילדיו עד גיל 15, והורה כי כבר מגיל שש יחול חיוב שווינוי בין האב לאם.¹²⁷

כפי שניתן לראות, עוד לפני שינוי הדין עם מתן הלכת 919/15, חלה שחיקה בהכרה בחובתו של אב לשאת במזונותיהם ההכרחיים של ילדיו, גם בהסדר של משמורת אם, בקטני קטנים, וכאשר הכנסת האב נמצאה גבוהה במידה ניכרת משל האם. שחיקה משמעותית עוד יותר בגובה המזונות, אך גם בעצם החיוב במזונות, נמצאה בפסיקת מזונות בהסדרים של משמורת פיזית משותפת. כך, לדוגמה, קבע השופט יעקב כהן, עוד לפני הלכת 919/15, כי בהסדר של משמורת פיזית משותפת שני ההורים חבים באופן שווה במזונות ילדיהם מגיל שש ומעלה. באמצעות שימוש בכללים הלכתיים מהדין העברי הוא פטר אב ממזונות ילדיו כליל, משנמצא שהכנסת האם גבוהה משלו.¹²⁸ שופטים אחרים צמצמו את רכיב הצרכים ההכרחיים אל מתחת למינימום, ועל ידי כך הגדילו את השתתפות האם בצורכי הילדים, גם לילדים מתחת לגיל שש. דוגמה למקורות מסוג שלישי ניתן למצוא בפסיקתו של השופט יהורם שקד מאוגוסט 2013, שפטר אב ממזונות שלושת ילדיו כשהכנסת האם נמצאה גבוהה מהכנסת האב (18,333 ש"ח לאם ו-13,282 ש"ח לאב). השופט שקד העמיד את יחס ההכנסות הפנויות בין ההורים על 80% לטובת האם ו-20% לאב, ובהתאמה לכך גזר את חיוב ההורים בצרכים מדין צדקה. התוצאה הייתה שחיוב האב במזונות ההכרחיים קוּוּז מתשלום הצרכים מדין צדקה, שברובם חויבה האם, "ובשים לב לסכום הזעום שעל האב להעביר לאם" לא נקבעו מזונות כלל.¹²⁹

(ג) כאוס בפסיקת מזונות

הניתוח היצירתי של השופט שקד זכה להתייחסות אוהדת מצד השופט נפתלי שילה, שקבע בפסק דין ממרץ 2014 שהוא "תואם את הדין האישי ומביא לתוצאה צודקת וראויה". עם זאת, לצד אמירה זו, כמו גם האמירה כי "יש לראות באב המטפל בילדים מחצית

127 שם. פסיקותיו האקטיביסטיות של השופט זגורי נישאו על גבי פסיקת בית המשפט המחוזי במחוז מרכז מ'2015, אך זאת תוך הרחבתה מעבר לגבולותיה. ויובהר, בפסיקת המחוזי הוצגה פרשנות חדשה לדין האישי עת נקבע כי חיוב במזונות לאחר גיל שש הוא מדין צדקה, אולם קיימת חובה מוגברת על האב בגילאים אלה, וחובה משנית בלבד על האם. פסיקת המחוזי נעשתה תוך סטייה מפורשת מפרשנות הדין האישי של בית המשפט העליון, אשר קבעה כי חיוב אב במזונות ילדיו עד לגיל 15 הוא חיוב מוחלט מכוח הדין. בה בעת, עדיין הוטלה האחריות העיקרית במזונות על האב, גם בהינתן משמורת פיזית משותפת, ראו עמ"ש (מחוזי מר') 14-01-50603 ל'ר' נ' ד'ר' (נבו 6.1.2015). בפסק הדין נקבע כי ראוי לאמץ את הפרשנות החלופית של תקנת תש"ר, ולקבוע כי בין הגילים 6-15 חבים שני ההורים במזונות ילדיהם מדין צדקה (להלן: "פסיקת מחוזי מרכז").

128 תמ"ש (ראשל"צ) 16785-09-2012 ס.ר (קטיין) נ' ד.ר. (נבו 11.12.2013). יצוין כי פרשנותו האקטיביסטית של השופט כהן לדין נדחתה בערעור שהוגש לבית המשפט המחוזי, ראו פסיקת מחוזי מרכז, שם (על פסק הדין דנא הוגש ערעור לבית המשפט העליון, שתוצאתו הלכת 919/15). לביקורת על פסק הדין ראו, הלפריין-קדרי, הורוביץ, זילברברג "על הכאוס במזונות", לעיל ה"ש 35, בעמ' 1245-1247.

129 תמ"ש (ת"א) 10-10-49165-10 ס.ע נ' ס.ת. (נבו 5.8.2013).

מהזמן ונושא בהוצאותיהם, כאשר הכנסתו מינימאלית, כאדם שאינו יכול לזון אותם מעבר להשתתפותו בהוצאותיהם כשהם אצלו", תוצאת פסק הדין של השופט שילה הלכה בתלם. בשונה מפסיקותיהם של השופטים כהן ושקד שהובאו לעיל, ובנסיבות דומות – קיומה של משמורת פיזית משותפת, ויחס הכנסות שנטה לטובת האם – פסק השופט שילה לכל אחד משני הילדים (7, 12) מזונות בגובה 1,500 ש"ח לאחר הפחתה של 25% מהוצאותיהם בשל קיומם של זמני שהות שווים.¹³⁰ הפערים בסכומי המזונות בפסיקות השונות – אפס מזונות לעומת 1,500 ש"ח לכל ילד – מלמדים על הכאוס שנוצר בגין האקטיביזם של שופטי המשפחה, הכולל היעדר אחידות, חוסר ודאות וחוסר שוויון בין ילדים בנסיבות דומות. כפי שתואר במבוא, מה שהחל כאקטיביזם שיפוטי של שופטי המשפחה המשיך בפסיקות לכאורה מנחות, אך סותרות, של בתי המשפט המחוזיים.¹³¹ העדר האחידות בבתי המשפט המחוזיים תרם לכאוס בפסיקת הערכאות הנמוכות, שגם בנסיבות דומות ובאותה תקופת זמן הפיקו פסיקות שונות בתכלית.¹³² בניסיון להסדיר את הכאוס בפסיקות ניתנה ביולי 2017 הלכת 919/15, שבה נקבע לראשונה שבנסיבות של משמורת פיזית משותפת יחולו דמי המזונות של ילדים מעל גיל שש על שני ההורים, בהתאם ליכולתם הכלכלית וללא הבדל על בסיס מין. עם זאת, נוכח עמימותו של פסק הדין והיעדר התייחסות שופטי העליון למכלול ההיבטים הנובעים משינוי הדין שהם אימצו, הלכת 919/15 תרמה את תרומתה לכאוס השיפוטי שהיה קיים, כאמור, עוד קודם לכן בפסיקות לגבי מזונות קטינים.

130 עניין מ' נ' א', לעיל ה"ש 124.

131 פסיקת מחוזי מרכז, לעיל ה"ש 127 (חיוב שני ההורים במזונות מגיל שש ומעלה תוך הטלת חבות מוגברת על האב, ובהינתן הסדר של משמורת פיזית משותפת הפחתה של 50% מדמי המזונות והמדור); ע"מ (מחוזי חי) 318/05 פלוני נ' פלונית (נבו 30.1.2006). (להלן: "פסיקת מחוזי חיפה"). הפחתה של 25% מדמי המזונות בהינתן הסדר של משמורת פיזית משותפת ותשלום מלוא רכיב המדור; עניין א.א. נ' מ.א., לעיל ה"ש 38 (להלן: "פסיקת מחוזי תל אביב"). שימוש בנוסחה המקוזת את רכיב הצרכים ההכרחיים בזמני שהות עם האב, עד כדי פטור מוחלט לילדים מעל גיל 15, בהינתן זמני שהות שווים. לביקורות על פסקי הדין ראו הלפריך-קדרי, הורוביץ, זילברברג "על הכאוס במזונות", לעיל ה"ש 35, בעמ' 1241-1253.

132 כדוגמה ניתן לראות את פסקי דינם של השופט דניאל טפרברג מבית המשפט למשפחה בירושלים והשופט אסף זגורי מבית המשפט למשפחה בנצרת, שניתנו בהפרש של חודשיים. בפסק דין שניתן באפריל 2015 על ידי השופט טפרברג נפסקו מזונותיהם של שלושה ילדים (11, 13, 17) בהסדר של משמורת פיזית משותפת והועמדו על סך של 1,875 ש"ח לכל ילד, כולל רכיב הוצאות מדור, בפער עצום בהכנסות ההורים (7,500 ש"ח לאם ו-50,000 ש"ח לאב). זאת, בהתבסס על פסיקת מחוזי חיפה, לאחר הפחתת 25% מצורכי הילדים למזונותיהם, וחיוב ברכיב המדור, ראו תמ"ש (י-ם) 508-09-12 מ.ז. נ' ש.ז. (נבו 15.4.2015). חודשיים קודם לכן, בנסיבות דומות: שלושה ילדים (11, 12, 17), הסדר של משמורת פיזית משותפת ופער גבוה בהכנסות ההורים (8,500 ש"ח לאם ו-40,000 ש"ח לאב), פסק השופט זגורי מזונות על סך 1,300 ש"ח לכל ילד, ללא חיוב בדמי מדור, בהתבסס על פסיקת מחוזי מרכז, ראו עניין ש.ל.ג. נ' מ.ג., לעיל ה"ש 126. כך נוצר מצב שבו לשתי משפחות, בנסיבות דומות ובאותה תקופת זמן, נפסקו מזונות בפערים משמעותיים של למעלה מ-30% לכל ילד.

המחקר מגלה כי שופטי משפחה רבים יישמו את הלכת 919/15 גם בנסיבות שונות מאלו שבגינן היא ניתנה.¹³³ ניתוח פסקי הדין מלמד כי מצב דברים זה הביא להפחתת שיעורי המזונות באופן דרמטי במקרים מסוימים, בחוסר הלימה למאפייני המשפחה המתדיינת, ולעיתים במנותק מהעקרונות שנקבעו במפורש בהלכת 919/15. בשטח, אם כן, הכאוס בפסיקות גבר.

כך, למשל, בפסק דין שניתן באוקטובר 2017, על ידי השופט יהורם שקד מבית המשפט למשפחה בתל אביב, הופחתו מזונותיהם הזמניים של שלושה ילדים בכ-80% – מסך של 7,000 ש"ח, שנקבע כמזונות זמניים ערב הלכת 919/15, ל-1,500 ש"ח לשלושת הילדים ביחד. היינו, 500 ש"ח לילד ורק עד גיל 18, מבלי שנקבע חיוב במדור. זאת, "בהלימה ברורה לבע"מ 919/15", ואף על פי שנמצא כי פער ההכנסות עומד על פי 1.5 לטובת האב, ושלושת הילדים (12, 15, 18) שוהים במקצת יותר אצל האם (6/8 לטובת האם). בהתייחסו לכך קבע השופט שקד כי השהייה העורפת של הילדים אצל האם "הנגרמת לנוכח עבודתו של האב" אינה מפרה את האיזון, וכי המשמעויות הכלכליות הכרוכות בכך "זניחות עד לא קיימות".¹³⁴ חשוב מכך, פער ההכנסות הניכר לטובת האב לא גרם לחיוב מזונות משמעותי, בניגוד להלכת 919/15. חודש לפני פסק דינו של שקד נפסקו מזונותיהם של שלושה ילדים (8, 12, 15) באותו בית משפט, באותם הסדרי שהות (6/8 לטובת האם), בפער הכנסות שעמד על פי 2.5 לטובת האב. כאן פסקה השופטת שפרה גליק 2,847 ש"ח כמזונות ומדור לכל אחד מהילדים, כשגם פה הוחלה, לכאורה, הלכת 919/15. בשונה מהשופט שקד, לשיטת השופטת גליק הסדרי השהות (הזהים בשני המקרים) אינם נחשבים ל"משמורת משותפת", ובכלל "כימות" הזמנים אינו מספיק, "שכן משמורת משותפת נמדדת באופן מהותי, על מידת המעורבות של כל אחד מההורים בחיי ילדיו, וכן שיתוף של ממש בנשיאה, בהוצאות היום, אם כמו ביגוד והנעלה, ובאופן שמטיל נטל כלכלי שווה על כל אחד מההורים".¹³⁵ כפי שניתן לראות, צילה של הלכת 919/15 לא מנע פרשנויות שונות לאותם הסדרי שהות, מתן משקל שונה לחלוטין לזיקות שבין זמני השהות לבין סכומי המזונות, והתעלמות מהקווים המנחים של בית המשפט העליון לעניין הזיקות שיש ליצור בין פערי ההכנסה בין ההורים לבין סכומי המזונות.

גם במצבים של הכנסה דומה של ההורים לא נוצרה פסיקה אחידה וכללים מכוונים. כך, למשל, הכנסות זהות של הורים, בגובה 11,500 ש"ח, והסדר של משמורת פיזית משותפת, הביאו את השופט ניצן סילמן, באוגוסט 2018, לחייב אב ב-170 ש"ח למזונותיו של כל אחד משני ילדיו (13, 16). בפסק הדין התקבלה תביעת האב להפחתת מזונות שנקבעו בהסכם גירושים (סכום המזונות שנקבע בהסכם לא צוין בפסק הדין), ומכאן נערכה בחינה מחודשת של דמי המזונות, תוך שקלול צורכי הילדים מול זמני השהות. כך, ובשים לב לכך שבפועל

133 לדוגמה ב"תמ"ש (ראשל"צ) 25893-07-14 ל.מ.צ.נ' י.מ. (נבו) 20.9.2017). בפסק הדין נידונו מזונותיה של קטינה בת 8.5 שנים, שהייתה במשמורת אם. השופטת ורדה בן שחר החילה את הלכת 919/15, וקבעה שהשלכותיה של ההלכה אינן חלות רק במצבים שנקבעת משמורת משותפת לשני ההורים ויש להשתמש בעקרונותיה "בכל עת שנפסקים מזונות קטינים".

134 תמ"ש 21810-06-16 פלונית נ' פלוני (נבו) 9.10.2017 (בנוסף לדמי המזונות נקבע שהאב יישא בעצמו בהוצאות עבור תספורת, כרטיסי נסיעה, הוצאות טלפונים סלולריים ודמי כיס).

135 תמ"ש (ת"א) 16207-01-16 ש.ד.נ' א.ד. (נבו) 14.9.2017).

הבן שוהה אצל האב זמן רב יותר, ומנגד נקבע שהאם היא ההורה המרכזי בחיי הילדים, נפסקו 170 ש"ח למזונותיו של כל ילד.¹³⁶ חמישה חודשים קודם לכן, בנסיבות דומות – הכנסות זהות של הורים, הפעם בגובה 10,000 ש"ח, הסדר של משמורת פיזית משותפת וילדים באותה קבוצת גיל – הובילו את השופטת ענבל קצב קרן לחייב אב ב-1,200 ש"ח למזונותיהן של כל אחת משתי בנותיו (6.5, 9). גם במקרה זה התקבלה תביעת האב להפחתת מזונות שנקבעו בהסכם (שעמדו על סך 1,700 ש"ח לכל ילדה, ולאחר שנמצא כי חל שינוי בהכנסות ההורים), אלא שכאן, להבדיל מפסק דינו של השופט סילמן דלעיל, לא נערך דיון חדש בפסיקת המזונות לאורה של הלכת 137,919/15 אלא נקבע במפורש כי "אין עסקינן בבחינה מחודשת של פסיקת דמי המזונות כי אם בבחינת השפעת השינוי בנסיבות שחל על סכום המזונות עליו הסכימו הצדדים".¹³⁸ הבדל זה באופן שבו נערך חישוב המזונות בין השופטים הביא, כך נראה, לפער של 600% בפסיקות במזונות הילדים בנסיבות דומות, ובאותה תקופת זמן. נסיבות דומות הביאו שופט שלישי לתוצאה שונה בתכלית. בפסק דין שניתן בינואר 2019 על ידי השופט עובד אליאס, בתביעת אב להפחתת מזונות שני ילדיו (10, 12), בהסדר של משמורת פיזית משותפת, והכנסות הורים דומות (19,500 ש"ח לאם ו-20,000 ש"ח לאב), הופחתו המזונות ביותר ממחצית והועמדו על 750 ש"ח לילד, הגם שברור היה כי האם "היא הדומיננטית בכל הקשור להוצאות שאינן תלויות שהות וכי היחס האריתמטי בזמני השהות אינו מלמד על היחס האמיתי בנשיאה בהוצאות הילדים".¹³⁹ כפי שניתן לראות, בתוך פחות משנה, נסיבות דומות הובילו שלושה שופטים שונים לפסיקת מזונות בטווח שנע בין 170 ש"ח ל-1,200 ש"ח. באופן פרדוקסלי, חיוב המזונות הגבוה ביותר הוטל דווקא על האב בעל המשכורת הנמוכה מבין השלושה.¹⁴⁰

136 תלה"מ (קר') 17-10-18283 פלוני נ' אלמונית (נבו 1.8.2018) (להלן: "עניין פלוני נ' אלמונית (2018)).

137 שם (בפס' 48 לפסק הדין ציין השופט סילמן כך: "פתיחת הליכים להתדיינות מחודשת המשמעות – מקום בו נקבע כי חלו שינויי נסיבות, נפתח הפתח להתערבות בגובה המזונות; משנפתח הפתח [פתחו לי פתח כחודרו של מחט, ואני אפתח לכם פתח כפתחו של היכל], ניתן להחיל העקרונות והחישובים כאמור בבע"מ 919/15").

138 תמ"ש (חי') 16-07-29972 ר' ס' נ' ש' ס' (נבו 20.3.2018).

139 תמ"ש (ראשל"צ) 18-01-68210 פלוני נ' אלמונית (נבו 21.1.2019) (עניין: פלוני נ' אלמונית (2019)) (בפסק הדין נקבע כי מתקיים שינוי הנסיבות, שהושתת על נישואיה השניים של האם, והעובדה כי אינה נדרשת עוד למדור. יצוין כי דמי המדור שנקבעו בהסכם הגירושים היוו שליש מסך המזונות לכל ילד, 600 ש"ח מתוך 1,650 ש"ח).

140 פסיקות אחידות לא נמצאו גם בנסיבות מובהקות יותר, שבהן הכנסת האם נמצאה גבוהה יותר מזו של האב, בהסדרי שהות דומים, ונמצאו פסיקות הנעות בין פטור מוחלט מתשלום המזונות (ראו לדוגמה תמ"ש (טב') 15-03-50603 פלונית נ' אלמוני (נבו 28.12.2017), לחיוב מלא במזונות (ראו לדוגמה תמ"ש (פ"ת) 16-08-52402 פלונית נ' פלוני (נבו 6.1.2019), שבו נקבעו מזונות ע"ס 1,100 ש"ח לכל אחת משתי ילדות בנות 16 ו-8).

(ד) מזונות במשמורת אב

האקטיביזם השיפוטי והכאוס הנלווה אליו באים לידי ביטוי גם במצבים של משמורת אב. הגם שלא נמצא מתאם סטטיסטי מובהק בין שנת מתן פסק הדין לבין גובה המזונות בהסדר זה, כפי שפורט לעיל, הבחינה האיכותנית מעלה שינוי דרמטי בפסיקה לאחר הלכת 919/15, הגם שזו עסקה במצבים של משמורת משותפת. בעוד שערב הלכת 919/15 לא נמצאו פסיקות המחייבות אם במזונות הילדים הנמצאים במשמורת פיזית בלעדית של האב, בהינתן פערי שכר לטובת האב, לאחר הלכה זו נמצאו חיובי מזונות כלפי האם, גם כשהכנסת האב נמצאה גבוהה במידה ניכרת מזו של האם. נדגים שינוי משמעותי זה דרך השוואת פסקי דינם של השופטים נחשון פיישר ופליקס גורודצקי, שניתנו בהפרש של יום, במהלך חודש ינואר 2019:

בפסק דינו של השופט פיישר חויבה אם לשאת בסך של 650 ש"ח כמזונות עבור כל אחד משלושת ילדיה (16, 15, 11), כאשר הפער בין הכנסות ההורים עמד על פי שניים לטובת האב המשמורן (5,000 ש"ח לאם ו-10,000 ש"ח לאב), ובהתחשב בהסדרי הראייה המצומצמים עם האם ("מתוך תקווה כי השתתפותה בדמי המזונות תאפשר את שיקום מערכת היחסים בינה לבין הקטינים"). בפן המשפטי התבסס השופט פיישר על הלכת 919/15, וכן על עקרון השוויון.¹⁴¹ יום למחרת, בפסק דין שניתן על ידי השופט גורודצקי, חויבה אם במזונות בגובה 990 ש"ח לילד, בנסיבות דומות: שלושה ילדים (גילם לא צוי), הסדרי ראייה מצומצמים עם האם, ופער גדול עוד יותר בין הכנסות ההורים: פי שישה לטובת האב המשמורן (1,481 ש"ח לאם ו-9,802 ש"ח לאב). השופט גורודצקי העריך את צורכי הילדים "על דרך האומדנא", התבסס גם הוא על הלכת 919/15 ועל עקרון השוויון, וקבע כי בהינתן גילי הילדים, חלוקת נטל המזונות חלה מדין צדקה על שני ההורים. לצורך כך, הוא העמיד את פוטנציאל השתכרותה של האם בגובה שכר מינימום, נוכח השכלתה ו"היקף המפגשים המצומצם" בינה לבין הילדים.¹⁴² כפי שניתן לראות, שני השופטים התבססו על הלכת 919/15 ועל עקרון השוויון, אך הגיעו לתוצאות שונות בתכלית, בפער לא מבוטל של כ-35% ודווקא לרעת האם, שנמצאת בנחיתות כלכלית גדולה הרבה יותר בהשוואה לאב.

(ה) שינוי נסיבות

לסיום נתייחס גם להתפתחויות שחלו בתביעות להפחתת סכום המזונות בשל "שינוי נסיבות", הממחישות יותר מכול את תרומת בית המשפט העליון ובתי המשפט המחוזיים לכאוס הקיים בבתי המשפט למשפחה בתחום זה. כידוע, פסק דין במזונות ילדים לעולם אינו מהווה מעשה בית דין, בין אם פסק הדין ניתן כהכרעה שיפוטית ובין אם הוא ניתן כתוקף להסכמת הצדדים, ובמקום שיימצא שינוי נסיבות ניתן יהא לפתוח את שנקבע לדיון מחדש.¹⁴³ הגם שהמושג "שינוי נסיבות" הינו מושג עמום, בית המשפט העליון נתן בו סימנים מחייבים, כבר לפני כארבעה עשורים:

141 תלה"מ (ראשל"צ) 17-08-7890 אלמוני נ' פלונית (נבו 15.1.2019).

142 תלה"מ (י-ם) 17-08-34761 י.כ.נ' ח.כ. (נבו 16.1.2019).

143 ע"א 363/81 פייגה נ' פייגה, ל"ו (3) 187 (1982).

ההלכה מגבילה ומצמצמת את הדיון החוזר האמור רק לאותם מקרים, בהם חל שינוי מהותי בהשוואה למצב שבעבר. שינוי בלתי משמעותי על תוצאותיו צריך להיספג על-ידי הצדדים להתדיינות הקודמת, והם חייבים להתאים עצמם למשמעותו בלי לשוב ולפנות לערכאות.¹⁴⁴

ואכן עד לאחרונה, בפסיקה אחידה יחסית של שופטי המשפחה, נקבע שלצורך שינוי חיוב המזונות על מבקש השינוי להוכיח את שלושת התנאים המצטברים שנקבעו על ידי בית המשפט העליון: המצב ששרר בעבר, השינוי המהותי שחל מני אז, והטעם שבגיננו לא יהא זה צורך להותיר את ההכרעה או הסיכום הקודמים על כנם.¹⁴⁵ בהתאם, מרבית התביעות לשינוי דמי מזונות, בהתאם לפסקי הדין שנותחו במחקר זה, נדחו (87 מתוך 115). הנימוק העיקרי לדחיית התביעות התבסס על היעדר קיומו של שינוי נסיבות עובדתיות מהותי ובלתי צפוי, המצדיק התדיינות חוזרת בשאלת המזונות.

היציבות היחסית שרווחה בפסיקות שופטי המשפחה בסוגיה זו התערערה עם מתן הלכת 919/15. בצד הקביעה הרשמית על אודות החלת חובת מזונות משותפת, לא התייחס בית המשפט העליון לשאלת החלת ההלכה החדשה רטרואקטיבית – כלומר, לשאלה האם פסק הדין עצמו מהווה שינוי הנסיבות לצורך דיון מחדש בשיעור המזונות, והאם רק אם אלו נפסקו בהכרעה שיפוטית, או גם במקרים של הסכמות שקיבלו תוקף של פסק דין. ביקורות נשמעו מכל עבר, גם בקרב חלק משופטי המשפחה, וכפי שציינה השופטת אלה מירז: "היושבים בדין, שבעה במספר, [בחרו] שלא לתת דעתם לשאלה הקריטית שכמו עולה מאליה עם בוא ההלכה החדשה לעולם – האם מזונות שנקבעו טרם פרוסום ההלכה יעמדו לבירור מחדש נוכח שינוי ההלכה ובעקבות הסתת מרכז הכובד לבחינת שיעור המזונות, מכתפי האב אל הנסיבות כולן, החל מהכנסת האם וכלה בחלוקת זמני השהות? ומה דינם של מזונות שנקבעו בהסכם שאושר כדין עובר לפרסום ההלכה? ועוד; בהינתן כי שינוי מזונות קטינים טומן בחובו הוכחתו של שינוי נסיבות מהותי, נדרשו הערכאות הדיוניות

144 שם; ע"א 177/81 גלעדי נ' גלעדי, לו(3) 179 (1982); ע"א 442/83 קס נ' קס, פ"ד לח(1) 761 (1984).

145 ראו, למשל, תמ"ש (ב"ש) 2642/05 ג.ג. נ' ג.ג. (נבו 25.6.2009); תמ"ש (ב"ש) 61089-07-13 פלוני נ' אלמונית (נבו 10.7.2014); תמ"ש (ב"ש) 11170-11-14 פלוני נ' פלונית (נבו 26.2.2016); תמ"ש (ב"ש) 5962-04-14 י.י. נ' מ.נ.ב. (נבו 2.5.2016); תמ"ש (ב"ש) 64114-12-14 י.ד. (קטינה) נ' י.ש.ד. (נבו 16.2.2017); תמ"ש (נצ') 47050-03-11 ס.ס. (קטינה) נ' א.א.ס. (נבו 2.4.2013); תמ"ש (נצ') 52645-02-15 ק.ע. (קטינ) נ' י.ק. (נבו 11.1.2016); תמ"ש (נצ') 8879-12-15 י.ר.ר. (קטינ) נ' ד.ר. ("האם") (נבו 14.2.2016); תמ"ש (נצ') 10578-01-16 מ.ד. נ' ד.ג.ד. (נבו 11.7.2016); תמ"ש (נצ') 1622-11-11 ו.ש. נ' ע.ש. (נבו 25.12.16); תמ"ש (י-ם) 11179-10-10 ח.ל. נ' ש.ל. (נבו 11.4.2011); תמ"ש (י-ם) 6789-04-12 פלוני נ' אלמוני (קטינ) (נבו 6.2.2015); תמ"ש (ת"א) 12500/07 ג.י. נ' ד.א. (נבו 6.7.2009); תמ"ש (ת"א) 46342/08 א.ש. נ' נ.ש. (נבו 28.3.2011); תמ"ש (ת"א) 45419-05-10 פלוני נ' אלמונית (נבו 27.3.2012); תמ"ש (ת"א) 13494-01-12 א.מ. נ' ג.ל. (נבו 20.2.2013); תמ"ש (ת"א) 49323-06-11 פלוני נ' פלונית (נבו 6.10.2013).

לשאלה האם שינוי ההלכה כשלעצמו מהווה שינוי נסיבות מהותי שדי בו על מנת לעמוד בנטל ההוכחה, תוך אבחנה בין מזונות פסוקים לבין אלה שנקבעו בהסכם.¹⁴⁶ הפסיקה המהפכנית, ביחד עם אי הבהירות בנוגע לשאלת תחולתה הרטורואקטיבית, יצרה מוטיבציה בקרב אבות להגיש תביעות לשינוי ולביטול מזונות שנקבעו קודם לכן. ואכן, סקירת פסקי הדין במחקר זה העלתה כי בקרב פסקי הדין של שופטי המשפחה המתפרסמים חלה עלייה של 300% בתביעות לשינוי דמי מזונות בהשוואה לתקופה שלפני מתן הלכת 919/15.¹⁴⁷

המשוואה, שבצידה האחד עלייה במספר התביעות לשינוי מזונות ובצידה האחר היעדר קווים מנחים להכרעה, הביאה לפסיקות סותרות בקרב שופטי המשפחה גם בשאלת החלת הלכת 919/15 רטורואקטיבית. לא חלף זמן רב והסוגיה הגיעה לפתחו של בית המשפט המחוזי בחיפה. דא עקא שבפסיקת המחוזי דנא ננקטה לשון עמומה בלבד, עת נקבע כי שינוי ההלכה הוא "מעין שינוי נסיבות שאולי מצדיק בחינה מחדשת של סוגיית המזונות".¹⁴⁸ התיבות "מעין" ו"אולי" לא הוסיפו לבהירות ולא הועילו לצמצום הכרעותיהם הסותרות של שופטי המשפחה. בעוד שהיו שופטי משפחה שקבעו באופן גורף שאין בשינוי ההלכה כדי להוות שינוי נסיבות,¹⁴⁹ אחרים קבעו כי שינוי הפסיקה מהווה כשלעצמו שינוי נסיבות שדי בו כדי לבטל חיוב אב במזונות ילדיו.¹⁵⁰ היו אחרים שהבחינו בין חיוב פסוק במזונות שמקורו בפסק דין – או אז תהווה הלכת 919/15 לכדה שינוי נסיבות ותחול למפרע, לבין חיוב במזונות שמקורו בהסכם גירושים, שבגיננו עדיין יידרש שינוי נסיבות עובדתי.¹⁵¹ כן

146 תלה"מ (חי) 50245-05-17 ז. ב.ה. נ' ש.פ. פס' 5 לפסק הדין (נבו 23.12.2018).

147 ייתכן שיש בכך משום הסבר, ולו חלקי, לנתוני הנהלת בתי המשפט המצביעים על עלייה של אלפי תיקי משפחה בשנים 2017-2018 בהשוואה לשנים שקדמו להן: הנהלת בתי המשפט מערכת בתי המשפט בישראל (1.7.2011-31.12.2011); הנהלת בתי המשפט הרשות השופטת – דו"ח חצי שנתי – מחצית 1 (2012); הנהלת בתי המשפט הרשות השופטת בישראל – דו"ח שנתי 2012 (2012); הנהלת בתי המשפט הרשות השופטת בישראל – דו"ח שנתי 2013 (2013); הנהלת בתי המשפט הרשות השופטת בישראל – דו"ח שנתי 2014 (2014); הנהלת בתי המשפט הרשות השופטת בישראל – דו"ח שנתי 2015 (2015); הנהלת בתי המשפט הרשות השופטת בישראל – דו"ח שנתי 2016 (2016); הנהלת בתי המשפט הרשות השופטת בישראל – דו"ח שנתי 2017 (2017); הנהלת בתי המשפט הרשות השופטת בישראל – דו"ח שנתי 2018 (2018). ראו דו"חות באתר הנהלת בתי המשפט: <https://tinyurl.com/ms8rf223>.

148 רמ"ש (חי) 39577-05-18 פלוני נ' פלונית (נבו 17.5.2018).

149 תלה"מ (ת"א) 38034-09-17 פלוני נ' פלונית סעיף 31 לפסק הדין (נבו 11.3.2018). "בע"מ 919/15 לא שינה את ההלכה הקיימת לגבי הדרישה לשינוי נסיבות מהותי בתביעה נוספת למזונות".

150 עניין א' נ' ב', לעיל ה"ש 69, פס' 24ח' לפסק הדין: ("בע"מ 919/15 לא חל איפוא על תיקים שהסתיימו מכח תחולה רטורוספקטיבית של דין חדש על עניינים שהסתיימו, אלא הוא חל מכח היותו, לכשעצמו, שינוי נסיבות המצדיק שינוי בשיעור המזונות, ועפ"י הכללים הרגילים הנהוגים לעניין שינוי נסיבות").

151 תלה"מ (נצ) 10726-05-18 א.ק. נ' ע.ק. בפס' 35 לפסק הדין (נבו 6.9.2018).

נמצאו פסיקות שהלכו בדרך רביעית, שלפיה יש לבחון את השינוי העובדתי במסגרת הרבה יותר, תוך הורדת הרף הראייתי הנדרש לבחינת שינוי הנסיבות.¹⁵² כך, פסיקותיהם הסותרות של שופטי המשפחה הובילו שוב לערכאת הערעור, הפעם לבית המשפט המחוזי במחוז מרכז, אשר פסק כי הלכת 919/15 אינה מהווה שינוי נסיבות המצדיק שינוי מזונות שנקבעו בהסכם. עם זאת, נקבע כי שינוי נסיבות עובדתי, ככל שיוכח, ייבחן "בעין מקילה", בשונה מהמבחנים הפסיקטיים שנקבעו בהלכות הקודמות של בית המשפט העליון.¹⁵³ ברם, חודשיים לאחר מכן, ומשל לא השתנה השדה המשפטי עם מתן הלכת 919/15, דחה בית המשפט המחוזי בחיפה תביעת אב להפחתת מזונות משנמצא שלא הוכח שינוי נסיבות מהותי שאותו, נקבע, יש לפרש באופן "דווקני", "מהותי" ו"שורשי", תוך יישום המבחנים הפסיקטיים הקודמים. רק בסיפא של פסק הדין הובאה התייחסות לשאלה האם די בהלכת 919/15 כדי להוות שינוי נסיבות מהותי או שמא דרוש שינוי עובדתי נוסף, אך שוב נמנע בית המשפט המחוזי בחיפה מלהביע עמדתו בסוגיה.¹⁵⁴

בהינתן שתי פסיקות מנחות סותרות – האחת קובעת שיש לבחון את שינוי הנסיבות "בעין מקילה" והאחרת קובעת שנדרש שינוי נסיבות "דווקני, מהותי ושורשי" – לא נמצאה לשופטי המשפחה דרך אחת ללכת בה. בהתאמה, פרשנותם של שופטי המשפחה למושג "שינוי נסיבות" נעה על ספקטרום רחב ולא אחיד שייצר פסיקות סותרות ותוצאות לא שוויוניות בעליל בנסיבות דומות. כך, למשל, בפסק הדין שניתן בינואר 2019 על ידי השופט עובד אליאס התבררה תביעת אב להפחתת מזונות שנקבעו בהסכם גירושים על סך 1,600 ש"ח לכל אחד משני ילדים (10, 12), בהסדר של משמורת פיזית משותפת. השופט אליאס קיבל את התביעה, הפחית את המזונות במידה ניכרת, והעמידם על 750 ש"ח לכל ילד. כל זאת בנימוק שנדרש שינוי נסיבות "קל" בלבד כדי לפתוח דיון מחדש על גובה מזונות שנקבעו בהסכם גירושים.¹⁵⁵ בפסק דין שניתן יומיים בלבד לאחר מכן דחתה השופטת אלה מירז תביעה להפחתת מזונות שנקבעו בהסכם גירושים על סך 1,800 ש"ח למזונותיו של ילד בן שבע. הפעם קבע בית המשפט כי נדרש "שינוי נסיבות מהותי", תוך שהודגש כי "אין המדובר בשינוי של מה בכך, אלא שינוי נסיבות משמעותי ובלתי צפוי הנוגע למסדים מרכזיים שבבסיס ההכרעה או ההסכמה". כך, אף על פי שנמצא כי משכורתה של האם עולה על זו של האב (6,950 ש"ח לאם ו-6,000 ש"ח לאב), ואף על פי שהוכח "כי במועד חתימת ההסכם שררה חלוקת זמני שהייה מצומצמת לעומת החלוקה המורחבת לפיה פעלו הצדדים בעקבות תביעת המשמורת", המהווה, למעשה, משמורת פיזית משותפת.¹⁵⁶ המצב

152 עניין פלוני נ' אלמונית (2018), לעיל ה"ש 136, בפס' 40 לפסק הדין: "יש עדיין לחייב בשינוי נסיבות, אך שינוי נסיבות קל משמעותית מזה שנדרש בעבר בפסיקה".

153 עמ"ש (מרכז) 17-10-62263 ע.ל.נ' ס.ק. (נבו 17.9.2018) (להלן: "מחוזי מרכז 2018"). ערעור על פסק הדין התקבל בבית המשפט העליון, ראו עניין פלונית נ' פלוני (2021), לעיל ה"ש 43.

154 עמ"ש (חי') 18-03-53288 פלוני נ' פלונית (נבו 13.11.2018).

155 עניין פלוני נ' אלמונית (2019), לעיל ה"ש 139, משנמצא שסכום המזונות שנפסק בהסכם כלל מדור, ואילו האם נישאה בשנית ומתגוררת בדירת בן זוגה, קבע השופט עובד אליאס שיש בכך שינוי נסיבות. בפסק הדין חזר בו השופט אליאס מפסיקתו הקודמת בעניין א' נ' ב', לעיל ה"ש 68, שלפיה הלכת 919/15 מהווה לבדה עילה לשינוי נסיבות המצדיקה שינוי בשיעור המזונות.

156 תמ"ש (חי') 16-03-18941 א.כ.נ' ל.ב. (נבו 23.1.2019).

המשפטי מסתבך עוד יותר כאשר בוחנים את פסיקתו של השופט יהורם שקד, אשר פסק בדומה לשופטת מירו כי נדרש "שינוי נסיבות מהותי היורד לשורשו של ההליך", אך בניגוד אליה קבע כי שינוי בהסדרי השהות נחשב לשינוי נסיבות מהותי, וכפועל יוצא מכך הפחית ביותר ממחצית את סכום המזונות שנקבע בהסכם הגירושים, עד לביטולם כליל עם הגיעו של הילד לגיל 12.¹⁵⁷

תרומת הערכאות הגבוהות לכאוס בבתי המשפט לענייני משפחה בסוגיית שינוי הנסיבות הובילה לפסיקות סותרות גם אצל אותו שופט בסמיכות זמנים ובאותן נסיבות. כך, למשל, בפסק דין מאוקטובר 2017 קיבלה השופטת מירה רום פלאי תביעה של אב להפחתת מזונות בתו והפחיתה את סכום המזונות מ־2,400 ש"ח ל־240 ש"ח. זאת, בלי שנמצא שינוי נסיבות עובדתי מהותי, פרט לעובדה שהילדה עברה את גיל שש (שינוי שאין צפוי ממנו). להפך, נקבע כנתון שהכנסת האב עלתה ושצורכי הילדה לא השתנו. וכך, בהסתמך על שינוי ההלכה המשפטית עם מתן הלכת 919/15, התקבלה התביעה ומזונות הילדה הופחתו לעשירית מהסכום שהורגלה בו אצל אימה.¹⁵⁸ נסיבות עובדתיות דומות הביאו את השופטת רום פלאי לפסיקה הפוכה, ובפסק דין ממרץ 2019 היא דחתה תביעת אב להפחתת מזונות שנקבעו בהסכם גירושים, כשבמקרה זה הסתמכה השופטת על פסיקת מחוזי מרכז 2018 שהובאה לעיל. בפסק הדין הזה נמנעה השופטת מלהגדיר מהו לדידה שיעורו של שינוי הנסיבות הנדרש, ואף נמנעה מלציין את סכום המזונות המקורי שנקבע בהסכם, שאותו סירבה לפתוח לדיון מחדש, בקובעה כך:

"גם לאחר בע"מ 919/15 לא כל שינוי מצדיק פתיחתה של התדיינות מחודשת לעניין גובה המזונות. גם אם נאמר כי ההלכה החדשה פתחה מעט יותר את שער הכניסה להתדיינות חוזרת, הרי שאין מדובר בשער פרוץ הקורא להתדיינות המונית חוזרת. יש לחקור ולברוק האם מצבו של מבקש ההפחתה אכן השתנה לרעה באופן ממשי, או מצבה של זו שלה מבקשים להפחית את המזונות השתנה באופן משמעותי לטובה, או צרכי הקטין השתנו באופן לא סביר ובלתי צפוי. רק במקרים בהם האיזון הופר בשל נסיבות שהשתנו שינוי ההלכה, מאפשר לבית המשפט לפתוח עבור המבקש להפחית או לבטל, את השער, ולאמור מחדש את מזונות הקטין בהתאם להלכת 919/15."¹⁵⁹

פסיקותיהם הסותרות של שופטי המשפחה, והדרכים החלופיות שסללו בתי המשפט המחוזיים, הובילו לבסוף שוב לבית המשפט העליון, וזה נדרש להשלים את החסר ולקבוע הנחיות ברורות ליישום השלכותיה של הלכת 919/15 על "פתיחת" פסקי דין חלוטים במזונות שניתנו עוד טרם ההלכה. בית המשפט העליון קבע כי תחולת הלכת 919/15 על תביעות לשינוי דמי מזונות שנקבעו בפסקי דין חלוטים טרם שנפסקה ההלכה תיעשה בכפוף למבחן שינוי הנסיבות המהותי, באופן זהיר ומתוחם לרכיב שהשינוי מתייחס אליו. וכך, שלוש שנים לאחר מתן הלכת 919/15 ושפע של "פסיקות סותרות ומגוונות של הערכאות

157 תלה"מ (ת"א) 55934-03-17 פלוני נ' אלמונית (נבו 11.2.2018).

158 תמ"ש (ראשל"צ) 48528-04-15 ר.י. נ' ש.י.ר. (נבו 25.10.2017).

159 תלה"מ (ראשל"צ) 17172-05-18 פלוני נ' פלונית (נבו 12.3.2019).

הדינניות", הובהרה הסוגיה על ידי בית המשפט העליון.¹⁶⁰ הזמן יעיד האם בכך בכדי להביא להאחדת הפסיקות בסוגיה.

כפי שניתן לראות בפרק הממצאים כמכלול, בשתי סוגיות ליבה בדיני האחריות ההורית – משמורת פיזית ומזונות ילדים – אקטיביזם שיפוטי מלמטה יצר פער גדול בין ספר החוקים והלכות של הערכאות הגבוהות לבין פסיקות בתי המשפט לענייני משפחה. הגיעו הדברים לכדי כך שמתדיינים, ועורכי דינם, אינם יכולים לחזות את תוצאות ההליך המשפטי בקשר לשתי סוגיות ליבה אלו, אפילו לא כהשערה גסה, אך מבוססת. זאת בשל שילוב של חקיקה ארכאית, העדר פסיקות מנחות בכלל, וברורות בפרט, של הערכאות העליונות, וסירוב של חלק משופטי המשפחה לציית לחוק ולתקדימים מחייבים, או למצער מנעד פרשנויות נרחב של שופטי משפחה שונים וחוסר עקיבות אישי של שופט או שופטת מסוימים.

ד. דיון

כאורה, ממצאי המחקר חושפים את המופעים הישראליים של מה שפרופ' ג'ון דוואר (John Dewar) כינה כבר לפני יותר משלושה עשורים, בהקשר של דיני המשפחה האנגלו-אוסטרליים, "הכאוס הנורמלי של דיני המשפחה". לטענתו, דיני המשפחה בזמננו רוויים באי-סדר, בחוסר עקיבות ובסתירות (לרבות כאלו שלא ניתן ליישב – אנטינומיות). אך, לשיטתו, לא מדובר ב"משבר" אלא במצב נורמלי של תחום שמבקש להסדיר אהבה, תשוקה, אינטימיות, מחויבות ובגידה בעזרת זכויות, חובות, ערכים ויישוב סכסוכים, תוך הפעלת שיקול דעת בתוך מערכת כללים דינמית, הכוללת מושגים עמומים, ובראשם "טובת הילד".¹⁶¹ ייתכן שדוואר צודק, ומידה של כאוס היא בלתי נמנעת ו"נורמלית" לתחום דיני המשפחות, בייחוד בעידן "הכאוס הנורמלי של האהבה" שבו, בין היתר, המשפחה היא מרחב לימנילי מבחינה נורמטיבית, של "כבר לא, אך טרם" (no longer but not yet), כהגדרתם של הסוציולוגים אולריך בק ואליובת בק-גרנשהיים.¹⁶² עם זאת, אנו מבקשות לטעון כי הכאוס שנמצא במחקר מיצה את יתרונותיו הזמניים, שיידונו להלן. כעת, עוצמת הכאוס היא כבר מעבר לגבול שמערכת משפט מתפקדת יכולה להרשות לעצמה, ומתקרבת בצורה מסוכנת ומסכנת למצב אנרכי שבו אין יותר "דיני" בדיני המשפחות. לכן, הגיעה העת למתן את האקטיביזם השיפוטי של שופטי המשפחה ולמצער את נזקיו העכשוויים, המשמעותיים והמצטברים, כמו גם לייצב את דיני המשמורת והמזונות בדרכים נוספות.

ממצאי המחקר מעוררים שתי שאלות מרכזיות: מה תוכנם הראוי של דיני משמורת ומזונות ילדים, ומה מידת האקטיביזם השיפוטי הראויה של שופטי בתי משפט שלום בכלל, ושל שופטי בית המשפט לענייני משפחה בפרט. כפי שפורט במבוא למאמר, השאלה הראשונה זכתה לדיון ציבורי ער ולדיון מחקרי משמעותי. השאלה השנייה, לעומתה, לא זכתה לתשומת הלב הציבורית והמחקרית הנדרשת,¹⁶³ ועל כן נתמקד בה כאן. בה בעת,

160 עניין פלונית נ' פלוני (2021), לעיל ה"ש 43.

161 Dewar, לעיל ה"ש 3.

162 ULRICH BECK & ELISABETH BECK-GERNSHEIM, THE NORMAL CHAOS OF LOVE 63 (1995)

163 עם זאת, פרופ' רות הלפרין-קדרי תיעדה אקטיביזם שיפוטי בתי המשפט לענייני משפחה כבר בשנות הפעילות הראשונות שלהם, ראו הלפרין-קדרי "מזונות אישה", לעיל ה"ש 2, עמ'

ממצאי המחקר מוסיפים ידע רלוונטי מאוד לדיון בשאלה הראשונה, ולכן נתייחס גם אליה, תוך הצבעה על הקשר בין שתי השאלות.

השאלה מה מרחב שיקול הדעת והחירות השיפוטית שיש לאפשר לשופטי הערכאות הדיוניות בשיטות המשפט המקובל היא שאלה במחלוקת.¹⁶⁴ ניתן לזקק מהספרות העוסקת בשאלה זו שלוש עמדות מרכזיות, ונכנה אותן לצורך הפשטות: העמדה ההיררכית, העמדה הביזורית והגישה הריאליסטית.¹⁶⁵

על פי העמדה ההיררכית, מאפיין מרכזי של המשפט המקובל הוא מבנה מוסדי היררכי וריכוזי. בהתאם, מבנה מערכת בתי המשפט הוא בצורת פירמידה שבה כל ערכאה נתונה לפיקוח ולביקורת של הערכאות שמעליה, ונדרשת לציית לתקדימיהן.¹⁶⁶ על פי הגישה הזו, תפקידם של שופטים בערכאות הדיוניות הוא לברר את עובדות המקרה כפי שהן מובאות על ידי הצדדים, ולהכריע בהתאם לדיון הקיים הכולל את החוק עלי ספר ואת התקדימים שעוצבו על ידי הערכאות הגבוהות מהן. על שופטי הערכאות הנמוכות לפעול כידן הארוכה של הערכאות הגבוהות יותר, וכאשר הם נתקלים בלקונה משפטית עליהם לשים עצמם בנעלי בית המשפט העליון ולפסוק כפי שהם סוברים ששופטי בית המשפט העליון היו פוסקים בעניין.¹⁶⁷

התומכים בעמדה ההיררכית סבורים כי סדר היררכי וריכוזי זה הוא תנאי הכרחי ליציבות, לאחידות ולהסתמכות משפטית, כמו גם להבטחת ערכי יסוד דמוקרטיים הכוללים הפרדת רשויות, הליך הוגן ושוויון בפני החוק.¹⁶⁸ אכן, סבסטיאן לואיס טען לאחרונה כי ערכים אלה כה מרכזיים לשיטת המשפט המקובל עד שניתן לסכם אותם במושג "שלטון החוק" (Role of Law).¹⁶⁹ בנוסף, תומכי השיטה ההיררכית טוענים כי היא מבטיחה תיקון טעויות של

Sharon Shakargy, "Whose Law Is It Anyway? The Case of Matrimonial Property in Israel", 23 *Til.* 165 (2022)

Kim Pauline, *Lower Court Discretion*, 82 *N.Y.U. L. Rev.* 383, 434 (2007) 164

רוב הספרות האמריקאית בתחום עוסקת ביחסים שבין ערכאות נמוכות לבין בית המשפט העליון, וזונחת את הדיון בערכאות הביניים ואת הדיון במצבים שבהם שופטי הערכאות הנמוכות מתעלמים מהחוק הכתוב ולא רק מתקדימים. ספרות זו גם מתמקדת, לרוב, במשפט חוקתי. ראו גם אורי אהרונסון "הטיעון הדמוקרטי בזכות ביקורת שיפוטית ביזורית" **משפט וממשל** טז 9 (2015) (להלן: אהרונסון "הטיעון הדמוקרטי"). בדיון כאן אנו מתאימות את הטיעונים הקיימים בספרות האמריקאית גם לדיון במצבים של שופטי בתי המשפט המחוזיים הפועלים בניגוד להנחיות ברורות בחוק, כמו גם לתחום דיני המשפחות.

יששכר רוזן-צבי "ביזור מערכת השפיטה בישראל התפקיד הנסתר של סדרי הדין" **משפטים** מז' 717, 718-719 (2018); Kischel Uwe, *Comparative Law* 227-358 (Kischel Uwe and Andrew Hammel eds., 2019) 166

Doni N. Gewirtzman, *Lower Court Constitutionalism: Circuit Court Discretion in a Complex Adaptive System*, 61 *Am. U. L. Rev.* 457, 495 (2012) 167

Evan H. Caminker, *Why Must Inferior Courts Obey Superior Court*; 469 **שם**, בעמ' 469 *Precedents*, 46 *Stan. L. Rev.* 817, 849-854 (1994) 168

Sebastian Lewis, *Precedent and the Role of Law*, 41 *Oxford J. Legal Stud.* 873, 874 (2021) 169

שופטי הערכאות הנמוכות¹⁷⁰ על ידי שופטי הערכאות הגבוהות, העדיפים עליהם בהקשר זה, הן בשל התמחותם בעיצוב הדין¹⁷¹ הן בשל העובדה שלרוב הם יושבים כמותב ולא כדן יחיד.¹⁷² ניתן לטעון כי גם שיקולי יעילות מחייבים מבנה היררכי שבו הערכאות הנמוכות מציינות לחוק הכתוב ולתקדימים של הערכאות הגבוהות יותר. זאת, מכיוון שהעדר ציות כזה יקשה על צדדים לנהל משא ומתן בצילו של המשפט,¹⁷³ ומכאן שהוא יגדיל את שיעור ההתדיינות, ויוביל ליותר ערעורים וליותר החזרות של תיקים מערכאות הערעור לערכאות הנמוכות. תוצאות אלו יובילו לעומס קשה על מערכת המשפט, להתמשכות הליכים, ולעינוי דין.¹⁷⁴ העומס על בתי המשפט שהעדר הציות ייצר יוביל, בתורו, לניתוב מסיבי של תיקים להליכי יישוב סכסוכים מחוץ לכותלי בית המשפט, תוך הפרטת מערכת המשפט,¹⁷⁵ והפקרת הצדדים החלשים יחסית.¹⁷⁶

כדי שהשיטה ההיררכית תגשים את מטרתה בהצלחה החוק צריך להיות ברור, תיקים עם שאלות משפטיות עקרוניות צריכים להגיע תדיר לערכאות העליונות, פסקי הדין של הערכאות העליונות צריכים להיות ברורים, ושופטי הערכאות הנמוכות צריכים לפסוק בהתאם לדין, או לשלם מחיר בגין מריינות שיפוטית (לדוגמה בעיכוב קידום, החזרת התיק לדיון נוסף, ואיבוד השם המקצועי הטוב).¹⁷⁷

בשונה מהעמדה ההיררכית, לשיטתה של העמדה הביזורית יש לאפשר לערכאות הנמוכות לתרום בצורה משמעותית לעיצוב המשפט, תוך גילויי אוטונומיה פרשנית של החוק, פלורליזם פסיקתי, והתנגדות לתקדימים של ערכאות גבוהות. עמדה זו סבורה כי המשפט צריך להיות תוצר של דיאלוג בין הערכאות ולא רק של תכתיבים מלמעלה. הערכאות הנמוכות הן מעין "מעבדות" משפטיות, והנעשה בהן צריך לפעפע (percolate) כלפי מעלה, כך ששופטי הערכאות העליונות ילמדו מהניסיון, מהכישורים ומהתובנות של שופטי הערכאות הנמוכות.¹⁷⁸ תהליך לימודי זה, מלמטה למעלה, חשוב מכיוון ששופטי הערכאות הנמוכות נחשפים לכמות תיקים גדולה ומגוונת הרבה יותר משופטי הערכאות הגבוהות; מכיוון שהוא עוזר למשפט לצמצם פערים בין שינויים חברתיים, טכנולוגיים ואידאולוגיים מהצד האחד לבין המשפט עלי ספר ותקדימי הערכאות הגבוהות מהצד השני; ומכיוון שהוא מעודד את

170 Gewirtzman, לעיל ה"ש 167.

171 Caminker, לעיל ה"ש 168, עמ' 845.

172 שם, בעמ' 847.

173 Mnookin & Kornhauser, לעיל ה"ש 14.

174 Caminke, לעיל ה"ש 168, בעמ' 840, 844.

175 רוזן-צבי, לעיל ה"ש 166.

176 רינה בוגוש, רות הלפרין-קדרי ויעל רונן "מגדר וגישור בהליכי גירושין" המשפט ז 335 (2002).

177 Lawrence Baum, *Lower-Court Response to Supreme Court Decisions: Reconsidering A Negative Picture*, 3 JUST. SYS. L. 208 (1978).

178 Gewirtzman, לעיל ה"ש 167, עמ' 482; Deborah Beim, *Learning in the Judicial Hierarchy*, 79 THE J. POL. 591 (2017).

אכן, ממצאים מחקרניים מלמדים כי שופטי בית המשפט העליון בארה"ב לומדים מפסקי הדין של הערכאות הנמוכות. ראו, למשל, Pamela C. Corley, Paul

M. Collins Jr. & Bryan Calvin, *Lower Court Influence on U.S. Supreme Court Opinion Content*, 73 J. POL. 31 (2011).

שופטי הערכאות הנמוכות להתייחס לתפקידם ברצינות רבה יותר.¹⁷⁹ לבסוף, נטען כי גם שיקולי יעילות תומכים בעמדה הביזורית מכיוון שעלות הטעות בערכאות הנמוכות קטנה יותר – כל החלטה חלה רק על הצדדים לתיק המסוים. מכאן ששופטי הערכאות הנמוכות יכולים לקחת לעצמם מידה גדולה יותר של "חירות להפגין יצירתיות בפירוש הדין ובפיתוחו, לעשות שימוש תדיר בהנמקות המבוססות בחוש צדק כללי, וגם לחשוף טיות אידאולוגיות ומרחבי ניצול לרעה של הדין".¹⁸⁰ בהתאם, על שופטי הערכאות העליונות לעודד את תהליך הניסוי והטעייה המתרחש בערכאות הנמוכות, בייחוד כאשר הם עדיין מתלבטים באשר לפתרון המשפטי הכולל הרצוי, או חסרים את הידע הדרוש לפיתוחו. זאת, בעזרת התחמקות מהכרעות תקדימיות ועל ידי ניסוח עמום של תקדימים.¹⁸¹

חשוב לציין שגם העמדה הביזורית מבקשת לשרטט דרכי פעולה שתמנענה שרירותיות ואנרכיה מוסדית.¹⁸² המטרה היא לייצר "מערכת אקולוגית" חסינה ומסתגלת שבה מתפתחים פתרונות אופטימליים, תוך הבטחת מידה סבירה של יציבות וודאות. לשם כך יש צורך בלמידה ובבחינה נמשכת של תוצאות דרכי הפרשנות השיפוטיות השונות, ובמחויבות עמוקה ומשותפת של כל הפועלים בשדה המשפטי לשלטון החוק.¹⁸³ המצב האופטימלי, לשיטת המצדדים בעמדה הביזורית, הוא מצב של על קצה גבול הכאוס (edge of chaos), שאינו חוצה את הגבול (without going over the brink).¹⁸⁴ מצב זה מאזן בין שרירותיות לנוקשות,¹⁸⁵ ובין שינוי תכופ מדי של הדין על ידי הערכאות הנמוכות, שמחבל באפשרות להגיע ליציבות כלשהי, לבין הכפפה פזיזה מדי של הערכאות הנמוכות לתקדימי הערכאות הגבוהות, באופן שמחבל באפשרות של פיתוח המשפט הרצוי.¹⁸⁶

הגישה הריאליסטית מוסיפה את התובנה שגם מי שמאמצים את העמדה ההיררכית חייבים להבין שהמשפט בפעולה כולל יצירת משפט מהותי על ידי הערכאות הנמוכות הנדרשות, ככורח בל יגונה, להפעיל שיקול דעת לכל אורך ההליך המשפטי. החוק עלי ספר, כמו גם הלשון של תקדימי הערכאות הגבוהות, לעולם אינם "טקסט סגור", והם אינם מצליחים אף פעם לחזות מראש ולהתייחס לכל התרחישים הרלוונטיים, מכאן שהם מחייבים תמיד שיקול דעת פרשני ויישומי של הערכאות הנמוכות.¹⁸⁷ כפי שד"ר אורי אהרונוסון מבאר, תהליך הפעלת שיקול הדעת מתרחש, כמובן, כאשר שופטי הערכאות הנמוכות פועלים בהתנגדות ובכפירה גלויה או מוסווית כנגד תקדימי הערכאות הגבוהות, תוך אימוץ מודע או לא מודע של העמדה הביזורית; אך גם כאשר הם פועלים בתום לב, ותוך אימוץ העמדה

179 Gewirtzman, לעיל ה"ש 167, עמ' 484.

180 אורי אהרונוסון "המשפט מערכאות הדין" מעשי משפט ט 135, 142 (2017) (להלן: אהרונוסון "המשפט מערכאות הדין").

181 Pauline, לעיל ה"ש 164, בעמ' 415. יש לציין כי הכותבת מתייחסת בכתיבתה בעיקר לשיקול הדעת של בתי המשפט המקבילים לבתי המשפט המחוזיים, ולא של בתי המשפט השלום.

182 Gewirtzman, לעיל ה"ש 167, עמ' 463.

183 שם, בעמ' 499, 503-504.

184 שם, בעמ' 520.

185 שם, בעמ' 508.

186 שם, בעמ' 510.

187 Pauline, לעיל ה"ש 164, עמ' 411-413.

ההיררכית, הם מייצרים משפט מתוקף הצורך לפרש את הדין וליישמו על המקרה הקונקרטי שבפניהם.¹⁸⁸ הגישה הריאליסטית גם מדגישה כי הרוב המכריע של התיקים מנוהלים¹⁸⁹ על ידי הערכאות הנמוכות. ביחד עם החסמים השונים הקיימים להגשת ערעור בכלל, ולבית המשפט העליון בפרט, והצורך בסעדי ביניים מיידים המתבררים כסעד חירום בערכאות הנמוכות, נוצר מצב עובדתי שבו רובו הגדול של המשפט נוצר בערכאות הנמוכות.¹⁹⁰ לבסוף, הגישה הריאליסטית מזכירה כי גם אם מדובר בטעות משפטית, כל עוד ההחלטה של הערכאה הנמוכה לא התהפכה בערעור, היא תקפה.¹⁹¹ אכן, בהתאם לטענות של הגישה הריאליסטית, מחקרים אמפיריים מארה"ב מראים כי סטייה של שופטי ערכאות נמוכות מתקדימים של הערכאות הגבוהות היא פרקטיקה נפוצה יותר מזו שהעמדה ההיררכית מצפה לה.¹⁹² בה בעת, ובשונה מהתמונה שעשויה להתקבל מהעמדה הביזורית, נמצא כי לפחות בארה"ב שופטי הערכאות הנמוכות פועלים, ככלל, בהתאם להנחיות התקדימיות של הערכאות הגבוהות.¹⁹³

הספרות על אודות העמדות ההיררכית והביזורית והגישה הריאליסטית מלמדת על מספר הסכמות ולקונות, שמתוכן נבקש להדגיש הסכמה אחת ולקונה אחת. ההסכמה שאנו סבורות שצריכה להנחות את כל העוסקים בשאלת היחס למידת האקטיביזם השיפוטי שיש לאפשר לשופטי השלום בכלל, ולשופטי בתי המשפט לענייני משפחה בפרט, היא כי המושג "שיקול דעת שיפוטי" מסמן סוג מסוים של חירות לבחור בין יותר מאפשרות אחת. החירות הזו אינה כוללת פרשנות או יישום הדין באופן שרירותי, רנדומלי או מנותק מהדין הקיים, אלא עליה להיעשות באחריות, תוך בחירה מתוך אפשרויות המעוגנות בתרבות המשפטית כפי שהיא משורטטת על ידי מסורת המשפט המקובל, ומערכת המשפט כולה, בעזרת חוקים,

188 כמו כן, ישנם הסבורים כי חובה על שופטי הערכאות הנמוכות שלא לציית לנורמה משפטית לא חוקתית, לרבות אם היא נקבעה על ידי המחוקק, ראו אהרונסון "המשפט מערכאות הדיון", לעיל ה"ש 180, עמ' 139-140.

189 שופטי הערכאות הדיוניות עוסקים ב"ניהול התיק", ופועלים לסיום הסכסוך במגוון דרכים שהכרעתו בפסק דין היא רק אחת מהן. ראו רוזן-צבי, לעיל ה"ש 166; Ayelet Sela, Nourit; Zimerman & Michal Alberstein, *Judges as Gatekeepers and the Dismaying Shadow of the Law: Courtroom Observations of Judicial Settlement Practices*, 24 HARV. NEGOT. L. REV. 83 (2018). כך גם בהליכי משפחה, ראו הקר הורות במשפט, לעיל ה"ש 17.

190 אהרונסון "המשפט מערכאות הדיון", לעיל ה"ש 180, בעמ' 137; רוזן-צבי, לעיל ה"ש 166, עמ' 741-752. המחוקק הישראלי אסר על ערעורים בסוגיות מסוימות, ראו צו בתי המשפט (סוגי החלטות שלא תינתן בהן רשות ערעור), התשס"ט-2009. בנוסף, צדדים רבים אינם יכולים להרשות לעצמם את עלויות הליך ערעור הביניים, ויש גם שיחששו מלייצר אנטיגוניזם מצד השופט או השופטת במהלך הליך תלוי ועומד.

191 אהרונסון "המשפט מערכאות הדיון", לעיל ה"ש 180, עמ' 139-140.

192 Chad Westerland, Jeffrey A. Segal, Lee Epstein, Charles M. Cameron & Scott Comparato, *Strategic Defiance and Compliance in the U.S Courts of Appeals*, 54 AM. J. POL. SCI. 891 (2010).

193 Gewirtzman, לעיל ה"ש 167, בעמ' 477.

תקדימים, סטנדרטים, הנחיות וערכים משותפים.¹⁹⁴ הלקונה היא העדר הבחנה מספקת בספרות בין ערכאת הדיון הנמוכה ביותר לבין ערכאות דיון גבוהות יותר הפועלות גם כערכאות ערעור. לשיטתנו יש להבחין ביניהן, ובהקשר הישראלי יש להטיל חובת זהירה וריסון גדולה יותר ביצירת המשפט על בתי משפט השלום, לרבות בתי המשפט לענייני משפחה, מאשר על בתי המשפט המחוזיים ביושבם כערכאת דיון. זאת, בשל שני טעמים עיקריים: הראשון, בשל חשיבותם של בתי המשפט המחוזיים בייצוב הדין, הנובעת מהקושי להגיע לבית המשפט העליון מבית המשפט השלום ומכאן על יצירת תקדים מחייב של הערכאה העליונה ביותר. השני, בשל העובדה שבית המשפט המחוזי פועל כמותב, וממילא נדרש לדיאלוג בין השופטים שממזער את הנזק של חריגה מהתרבות המשפטית.

לכאורה, שיטת המשפט הישראלית אימצה מאז ומתמיד את העמדה ההיררכית ואת האידאולוגיה הריכוזית שבבסיסה, כפי שמתאר פרופ' יששכר רוזן-צבי: "המבנה המוסדי של בתי המשפט מבוסס על פירמידה בת שלוש ערכאות – בבסיסה בית משפט השלום, בתווך בית המשפט המחוזי, ובחלק העילי בית המשפט העליון – כאשר כל ערכאה נתונה לביקורת ולפיקוח של הערכאה המצויה מעליה באמצעות מוסד הערעור. האידאולוגיה הריכוזית באה לידי ביטוי, בין היתר, בעקרון התקדים המחייב, שהוא מאפיין מרכזי של כל שיטות המשפט במסורת המשפט המקובל, אשר השיטה הישראלית שייכת אליה".¹⁹⁵ כך גם עולה בבירור מחוקק יסוד: השפיטה.¹⁹⁶

אך, למעשה, החלק של מערכת המשפט הישראלית החולש על דיני משפחות, שהוא מענייננו כאן, הוא מבוזר, בשני מובנים – פורמלי ובלתי פורמלי. מבחינה פורמלית, משמעות המושג "ביזור" היא מצב שבו לערכאות שיפוטיות שונות יש סמכות מקבילה לקבל החלטות באותם סוגי עניינים.¹⁹⁷ כידוע, על דיני המשפחות בישראל חלות שתי מערכות משפט מקבילות – האזרחית, של בתי המשפט לענייני משפחה שמעליהם בתי המשפט המחוזיים הכלליים כערכאות ערעור ובית המשפט העליון, והדתית, של בתי הדין של הדתות השונות, ערכאות הערעור הדתיות, ובית המשפט העליון כמפקח מתוקף שבתו כבית דין גבוה לצדק. כפי שהגישה ההיררכית מתריעה, מבנה ביזורי זה מקשה, כשלעצמו, על יצירת אחידות וודאות משפטית, על כל הרעות החולות הנלוות לכך: אי שוויון בפני החוק, מירוץ סמכויות, העצמת הסכסוך ועיוני דין.¹⁹⁸ כפי שמסביר פרופ' רוזן-צבי, משמעות נוספת של המושג "ביזור" היא מצבים שבהם, בלי עיגון פורמלי, אך למעשה, "הסמכות לקבל החלטות שיפוטיות מחייבות ניתנת לערכאות הדיוניות – בין אלו הכלליות ובין אלו המומחיות – והחלטות אלה 'חסינות' (אם לחלוטין ואם במידה רבה) מפני ביקורת ערעורית של ערכאה

194 Pauline, לעיל ה"ש 164.

195 רוזן-צבי, לעיל ה"ש 166, בעמ' 718; ראו גם Uwe, לעיל ה"ש 166.

196 ס' 2, 20 לחוק יסוד: השפיטה, התשמ"ד-1984. ראו גם מיכל טמיר "עלותו השקועה של התקדים" דין ודברים א' 211, 232 (2005).

197 רוזן-צבי, לעיל ה"ש 166, עמ' 723.

198 "דו"ח ועדת שינבוים", לעיל ה"ש 15; אריאל רוזן-צבי דיני המשפחה בישראל בין קודש לחול שער ראשון (1990); אריה אולמן ואריאל פינקלשטיין פתרון למירוץ הסמכויות – הצעת המכון לאסטרטגיה ציונית (2014).

שיפוטית גבוהה יותר".¹⁹⁹ כך קורה, בין היתר, כאשר בית המשפט למשפחה מאשר הסכם הורות שעוצב, למעשה, בהשפעת המידע שהיה לצדדים על עמדתו של השופט הדין בתיק, למשל ביחס למשמורת משותפת, בין אם לאור פסיקות קודמות של אותו שופט ובין אם לאור התבטאויותיו במהלך הדיון שהוביל להבשלת ההסכם.²⁰⁰ ברי שאף אחד מהצדדים לא יוכל לערער על תוכן ההסכם.

אכן, כפי שעולה ממצאי המחקר, המצב הביזורי מאפיין מרכיבים מרכזיים בדיני משמורת ומזונות ילדים. זאת, בין אם הסמכות "ניתנה" לבתי המשפט לענייני משפחה, כחלק מתהליך ביזור שכלל מערכת השפיטה הישראלית עוברת בעשורים האחרונים,²⁰¹ וכתוצאה מסיבות נוספות דוגמת תקדימים עמומים של בית המשפט העליון במקרים המעטים שבהם הוא נדרש להתערב,²⁰² ובין אם הסמכות נלקחה על ידי שופטי המשפחה ללא רשות פורמלית או בלתי פורמלית. כפי שתואר בפירוט בפרק הממצאים, ישנם שופטי משפחה שמתעלמים, בגלוי ובסמוי, מחזקת הגיל הרך ומההנחיה הברורה בחוק לקבוע כי האם תחזיק בילדים צעירים מגיל 6, למעט בנסיבות מיוחדות. בנוסף, הם מתעלמים מהנחיה מפורשת ומחייבת של בית המשפט העליון שלא להתעלם מחזקת הגיל הרך, ומפסיקות מנחות בהקשר זה של בתי המשפט המחוזיים המזכירות כי פרשנות חוק אינה יכולה לסתור הוראת חוק מפורשת. יתרה מכך, חלק משופטי המשפחה פיתחו דין חדש, יש מאין – חזקה של חלוקת זמנים דומה מאוד או זהה בין בתי ההורים, שהם מחילים גם לגבי ילדים צעירים מגיל 6, וללא הצבעה על נסיבות מיוחדות, ותוך התעלמות מקווים מנחים שנקבעו לגבי משמורת פיזית משותפת על ידי ערכאות הערעור. בדומה, דיני מזונות הילדים עברו שינויים דרמטיים תחת ידי שופטי המשפחה עוד לפני, ובמקביל, לכאוס שתרמו ערכאות הערעור. חלק משופטי המשפחה התעלמו מהחוק ומתקדימים מחייבים ומנחים בנוגע לפרשנותו, באופן שהוביל לצמצום

199 רוזן-צבי, לעיל ה"ש 166, עמ' 724.

200 על השפעת השופטים על התכנים של הסכמי הורות, ראו: הקר הורות במשפט, לעיל ה"ש 17, עמ' 158-176.

201 מחקרו של פרופ' יששכר רוזן-צבי מצביע על שתי תמורות שהובילו לביזור מערכת השפיטה, במובן השני: "האחת היא המעבר מ'שיפוט' ל'ניהול תיקים', אשר כתוצאה ממנה מספר התיקים האזרחיים שבהם מתנהל הליך הוכחות הלך וירד באופן דרמטי וברוב המכריע של התיקים (94%) ההליך מגיע לכלל סיום שלא באמצעות פסק דין מנומק. השנייה, היא המגמה בחקיקה ובפסיקה לצמצם את שיקול הדעת של ערכאות הערעור במתן רשות ערעור על החלטות ביניים של הערכאות הדיוניות. השילוב של שתי תמורות אלה, הביא לכך שמרבית ההחלטות שניתנות על ידי הערכאות הדיוניות, המכריעות את גורל התיקים, אינן עוברות תחת שבט הביקורת של ערכאות הערעור". רוזן-צבי טוען כי "ביזור מערכת השפיטה לא נעשה לאחר תהליך חשיבה מעמיק ומסודר מצד המחוקק ובתי המשפט כאשר ליתרונות ולחסרונות הגלומים בו. הוא התהווה כתוצאה, לא מכוונת בעיקרה, של סדרה ארוכה של תיקוני חקיקה וחקיקת משנה, טכניים וניהוליים למראית עין, בתחום סדר הדין האזרחי, ומספר רב של פסקי דין המפרשים אותם ונותנים להם תוקף". לעיל ה"ש 166, בעמ' 717.

202 רות זפרן "מירוץ הסמכויות 'חי ובעט': מ'ניצחון' בנקודות' של מערכת השיפוט האזרחית בענייני משפחה להתעצמות מחודשת של מערכת בתי הדין הרבניים" משפטים מג 571, 601-623 (2013).

הסכומים המשולמים על ידי אבות עבור ילדיהם, הן בהסדרים של משמורת משותפת הן בהסדרים של משמורת אם. כפי שהראינו, לא מדובר בשופט אחד או שניים, או ב"מעבדה" זמנית שמקבלת את הדין לאחר שערכאת הערעור דנה בחידוש המוצע ודוחה אותו, אלא בקבוצה משמעותית של שופטים שלאורך זמן מתעלמים מהחוק ומתקדימים, ושוקדים על פרסום פסקי הדין שלהם ברבים באופן שמשפיע על דיני ההורות ועל המשאים והמתנים המתנהלים בצילם, הרבה מעבר להשפעה שאמורה להיות לשופטי שלום על המקרה הבודד. בנוסף, ישנם שופטים שפועלים באופן אקלקטי ממש – בחזקת כאוס אישי, ופוסקים בצורה שונה מאוד בנסיבות דומות.

ברי שמצב דברים זה נוגד ניגוד מוחלט את העמדה ההיררכית וחושף את מחירי נטישתה, לרבות יצירת כאוס שיפוטי קשה ומתמשך המוביל לחוסר יציבות וודאות ולריבוי סכסוכים, החרפת מערך הכוחות המגדרי של דיני המשפחה בישראל הפוגע בנשים, יצירת סיכונים נפשיים וכלכליים לילדים ללא הכרעה פוליטית של הכנסת בעניין, ואפליה בין מתדיינים ובין ילדים בנסיבות דומות. לטענתנו, המצב המתואר בפרק הממצאים אינו מתקבל על הדעת אפילו לשיטת העמדה הביזורית. הוא מהווה פגיעה בבסיס שיטת המשפט, מכיוון שנקודת האיזון בין שינוי ליציבות הופרה, כמו גם המחויבות להפרדת הרשויות. המצב הוא כל כך כאוטי, וההתעלמות מהחוק ומהתקדימים כל כך בוטה ומתמשכת, עד שניתן לטעון כי שופטי בתי המשפט לענייני משפחה הובילו את דיני המשפחות אל מעבר לקצה גבול הכאוס. למעשה הגיעו הדברים לכדי כך שיש לשקול את הרלוונטיות של המושג "אנרכיה" למצב,²⁰³ בייחוד לגבי דיני משמורת ילדים.

המצב המשפטי שמתבהר ממצאי המחקר מעלה שאלות בסיסיות על קיומו של שלטון החוק והפיכת מערכת המשפט ל"מערכת שופטים", שבה "כל שופט עושה כרצונו בלא לראות עצמו מחויב לפעול על פי תקדימים מחייבים".²⁰⁴ תרחיש מטריד זה אינו רחוק

203 המילה "אנרכיה" נגזרת מהשורש היווני *(anarchos) άναρχία* שמשמעותו "ללא שליט" (without authority). המונח "אנרכיה" מסמן כיום מצבי העדר משילות קיצוניים, כמו גם אידאולוגיות המצדדות בהתנגדות לסמכות פוליטית ולמרות שלטונית. ראו George Woodcock, Martin A. Miller & Franklin Rosemont "anarchism". ENCYCLOPEDIA BRITANNICA, 20 Sep. 2022, <https://www.britannica.com/topic/anarchism>. אנו מבקשות לסמן במונח "אנרכיה שיפוטי" את המצב שבו שופטי ערכאות נמוכות מסרבים לקבל את המרות של חוק המדינה ושל ערכאות גבוהות יותר. ד"ר שרון שקרגי הציעה מונח רלוונטי נוסף, "מרד שיפוטי" (judicial mutiny), ראו Shakargy, לעיל ה"ש 163. אין לעשות שימוש קל דעת במונח "אנרכיה" כדי לתאר מצב שיפוטי, ואנו מזכירות את המונח הזה כאן רק כחומר למחשבה וכהזמנה לדיון מעמיק נוסף במשמעויות ובהשלכות של ממצאי המחקר.

204 כפי שנקבע בעניין אחר ברע"א 3749/12 בר-עוז נ' סטר, סו(1) 678 (2013). (פס' 19-20 לפסק דינו של השופט גרוניס: "עדיין נשאלת השאלה האם ערכאה שאינה בית המשפט העליון, רשאית לפעול כאילו הייתה היא בית המשפט העליון, היינו לבטל הלכה שקבע בית המשפט העליון או להתעלם ממנה. התשובה לשאלה זו הינה, כמובן, שלילית. אם נשלים עם מצב בו ערכאות נמוכות מחליטות, ביום בהיר, לבטל הלכה של הערכאה העליונה, תהפוך מערכת המשפט שלנו ל'מערכת שופטים', בה כל שופט עושה כרצונו בלא לראות עצמו מחויב לפעול על פי תקדימים מחייבים [...] שופט הסבור כי הלכה של בית המשפט העליון מעוררת

מתיאור פסיקותיהם של שופטי המשפחה האקטיביסטים, שמפסקי דינם עולה שבתפיסתם את תפקידם השיפוטי הם רואים עצמם מחויבים פחות לציית לכללי המשפט הקיימים, ויותר כאחראים להגשים מדיניות מהותית ועקרונות על ראויים.²⁰⁵ כזה הוא עקרון "טובת הילד", אשר בשמו הם מנמקים תכופות את בחירתם שלא לפסוק על פי הכלל המשפטי הקיים – חזקת הגיל הרך. כזה הוא גם "עקרון השוויון", אשר בפסיקות במזונות ילדים מהווה נימוק עיקרי שבגיננו הם מוצאים לנכון שלא לפסוק מזונות על פי החוק הקיים, אלא להחיל דין אחר, המבוסס על תחושתם לגבי מה צודק ומה ראוי. האם פסיקות כאלה מתיישבות עם "טובת הילד"? האם יש בהן כדי לקדם שוויון מהותי בין ההורים? כפי שנפרט להלן בקליפת אגוז, אנו סבורות שהתשובה לשתי השאלות הללו שלילית. בכל מקרה, הטענות כבדי המשקל נגד המהלכים שמקדמים חלק משופטי המשפחה מלמדים עד כמה מדובר בסוגיות הרות גורל ושנויות במחלוקת. מהותן זו מחזקת את טענתנו כי הסדרת דיני האחריות ההוריות צריכה להיעשות על ידי המחוקק ותקדימים מנחים ומחייבים של הערכאות הגבוהות ביותר, ולא על ידי אקטיביזם כאוטי ומתמשך של שופטי הערכאות הנמוכות.

המהלך שנסקר במחקר זה מלמד על אימוץ הנחה שיפוטיה הרואה במשמורת פיזית משותפת ברירת מחדל, תוך התעלמות מהיתכנותו של ההסדר התובעני ומאופי התפקידים ההוריים ערב ההליכים המשפטיים. המשכו של המהלך בשחיקה בסכומי דמי המזונות לילדים, בפרט בהסדר של משמורת פיזית משותפת, לעיתים עד כדי ביטולם המוחלט. כבר נכתב על הסכנות הטמונות בקידום חלוקת זמנים שווה של שהות בין בתי ההורים, לרבות כאשר ההורים לא קיימו הורות זהה במהותה עובר לפרידה, כאשר ההורים נמצאים בקונפליקט גבוה, כאשר מדובר באב אלים, וכאשר המצב הכלכלי אינו מאפשר שני בתי

בעייתיות רשאי, כמובן, ליתן לעמדתו ביטוי בפסק הדין או בהחלטה היוצאים תחת ידו. הוא רשאי, ואף מחויב, להסביר ולנמק את עמדתו. עליו לעשות כן בדחילו ורחימו, תוך התחשבות במבנה ההיררכי של מערכת המשפט, ובאופן מכובד ומכבד. ניתן להניח, כי אם קיימת בעיה בהלכה כלשהי שפסק בית המשפט העליון, ייתן בית המשפט העליון את דעתו לכך בעקבות פסיקה של הערכאות האחרות [...]. אך כל עוד לא נעשה כן, על ידי בית המשפט העליון, ברור הוא כי שופטי הערכאות האחרות אינם אמורים לסטות מהלכותיו של בית המשפט העליון (אלא אם נחקק חוק המבטל את אותה הלכה). בוודאי שהם אינם רשאים להכריז על בטלותה של הלכה מחייבת [...]. הכרעות שיפוטיות כגון אלה, אשר אינן עולות בקנה אחד עם עקרון התקדים המחייב, עלולות לגרום אחריהן תקלות חריפות הצפויות לפגוע, בראש ובראשונה, בציבור המתדיינים [...]. אל לנו להגיע למצב בו ציבור המתדיינים המתרפק על דלתות בתי המשפט, יהיה נתון במצב של חוסר ודאות, בכל הנוגע לזהותה של הדלת אשר דרכה ניתן להיכנס, בשל כך שביט משפט שאינו בית המשפט העליון מתימר לבטל החלטה שנפסקה בערכאה העליונה".

205 במחקר החלוצי על אודות המשפט בפעולה של שופטי ערכאות דיוניות, שופטים כאלה תוארו כמי שנוקטים "אקטיביזם יזמי" (entrepreneurial activism), ראו Galanter, Palen & Thomas, לעיל ה"ש 11.

מגורים הולמים לילדים, ולא נרחיב כאן על כך.²⁰⁶ נדגים את חומרת משמעות המגמה שמובילים חלק משופטי המשפחה בהקשר של מזונות הילדים.²⁰⁷ ממצאי המחקר מאשימים את החששות שנשמעו בספרות, והוכחו במבוא למאמר, שהסדרים או פסיקות הכוללים חלוקת זמנים שווה או דומה בין ההורים ילוו בביטול מוחלט של העברת מזונות ילדים מהאב לאם, או בקביעת סכומי מזונות נמוכים מאוד, העלולים להוביל לעוני של ילדים ושל אימותיהם. זאת, מהטעם העיקרי שהסדרי שהות שווים אינם מתורגמים בהכרח לתמיכה כלכלית ישירה ולחלוקת נטל שוויונית בצרכים ובהוצאות של הילדים.²⁰⁸ זאת, בפרט כאשר הסדר המשמורת המשותפת נקבע בהכרעה שיפוטית ולא בהסכמה הורית. שהרי נסיבות של התדיינות משפטית בערכאות מלמדות על קונפליקט בעצימות גבוהה שבגינה לא סביר לצפות שההורים ינהלו ביניהם מערכת סדורה והוגנת של התחשבויות כלכליות על צורכי הילדים, שחורגות מעבר לצורכי הקיום הבסיסיים שכל הורה מספק לילדיו בביתו (כמזון ולינה). לא פחות חמור הממצא הנוסף שנחשף במחקר זה המראה שישנה ירידה ניכרת בסכומי המזונות גם במקרים של משמורת אם. ממצא זה מלמד על שחיקה בהגנה הכלכלית ששופטי משפחה נותנים לילדים בכלל. ממצאי המחקר המובא כאן מקבלים משנה תוקף לאור מחקרים המלמדים כי בישראל נשים גרושות חוות מצוקה כלכלית גדולה יותר מגברים גרושים,²⁰⁹ וכי עצם הגירושים מהווה גורם סיכון לעוני של נשים, אך מקטין את הסיכון לעוני אצל גברים.²¹⁰ ברי שהמשמעות המעשית של ביטול ההעברה של דמי מזונות ילדים מהורה אחד לאחר, או למצער קביעת העברת דמי מזונות נמוכים, היא פטור משמעותי להורה שהיה

206 בין היתר ראו הקר והלפרין-קדרי "כללי הכרעה", לעיל ה"ש 2; Daphna Hacker, *Post-Divorce Parental Norms in the Age of Fake News and Discursive Violence: The Israeli Case in a Comparative Context*, in *EXPLORING NORMS AND FAMILY LAWS ACROSS THE GLOBE* 125, 125–147 (Melissa Breger ed., 2022) וההפניות שם; הקר "מהפכת זמני השהות", לעיל ה"ש 13, וההפניות שם.

207 ראו גם הלפרין, הורוביץ וזילברברג "על הכאוס במזונות", לעיל ה"ש 35.
208 הלפרין-קדרי "מזונות אישה", לעיל ה"ש 2, עמ' 801–811; הקר, הלפרין-קדרי "כללי הכרעה", לעיל ה"ש 2, עמ' 157–159; הלפרין-קדרי, הורוביץ, וזילברברג "על הכאוס במזונות", לעיל ה"ש 35, עמ' 1256–1265. פרופ' שניט עצמו הדגיש כי לא ניתן לזלזל בעוצמת הטענות שהועלו נגד המלצות הוועדה בראשותו. בפועל אין שוויון בהכנסות בין הורים, אין שוויון במערכת המשפט הישראלית ובדין העברי, ואין שוויון בטיפול בילדים בבית. כך שלדבריו, השימוש במושג "שוויון" בלי לראות את התמונה כולה אינו ריאלי ועומד בסתירה למציאות החברתית של המשפחה בישראל. מחוז תל אביב לשכת עורכי הדין "כנס בנושא: המהפכה המתחוללת בדיני המשפחה בישראל" יוטיוב <https://www.youtube.com/watch?v=O2fGeuUDFx&t=2390s>.

209 Alica C. Lewin & Haya Stier, *Marital Status, Gender and Material Hardship: Evidence from Israel*, 35 *ADV. LIFE COURSE RSCH.* 46 (2018)

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

המפרנס העיקרי במהלך הזוגיות מאחריותו ההורית הכלכלית, והגדלת הנטל הכלכלי על מי שהיה ההורה המטפל העיקרי, או, הותרת הילדים בלי המענה הכלכלי הנדרש לסיפוק צורכיהם. מכיוון שברוב המשפחות בישראל נהוגה חלוקת תפקידים מגדרית,²¹¹ אימהות וילדים נדרשים לשלם את מחיר חוסר השוויון הכלכלי בין ההורים, הפעם בחסות פסיקות לכאורה שוויוניות. בה בעת, ממצאי המחקר גם מצביעים על עלייה ניכרת בהסדר של משמורת בלעדית לאב, ועל האפשרות שקיימת אפליה נגד אבות אלה, ופגיעה בילדים בשל אי פסיקת מזונות לחובת האם, או פסיקת מזונות נמוכה מאוד, גם במצבים שהיא יכולה לתרום לרווחה הכלכלית של ילדיה.

בנוסף, ממצאי המחקר מצביעים על האפליה החמורה בין בני משפחות שונות. ילדים באותן נסיבות זוכים לסכומי מזונות שונים מאוד, ובדומה, הורים בנסיבות דומות נדרשים לשלם, או לקבל, מזונות עבור ילדיהם בסכומים שונים מאוד. אין צורך להרחיב על אודות ההשלכות המשמעותיות שיש לסכומי מזונות על הרווחה ועל המחסור הכלכליים של כל אחד מבני המשפחה, על כל המשתמע מכך.

לבסוף, הן בהקשר של משמורת והן בהקשר של מזונות, מה שהחל מדחף שיפוטי "לעשות צדק" וגבר על החובה של שופטי ערכאות נמוכות לציית לחוק ולתקדימים, יצר כאוס ועמימות משפטית ברמה כזו שהורים אינם יכולים לקבל תשובה ברורה לשאלות בסיסיות הכרוכות בפרידתם, ונאלצים לנהל הליך משפטי שגובה משאבים יקרים של זמן וכסף. מצב דברים זה, כשלעצמו, פוגע בילדים כלכלית ונפשית, כמו גם בהורה החלש יותר כלכלית, ומכאן שהוא דווקא פוגע בצדק. כידוע, ככל שהסכסוך המשפטי בין ההורים ממושך יותר וכולל התדיינות בבתי משפט, הוא יקר יותר ומדלדל את משאבי המשפחה שלאחר-גירושים. סכנה זו קריטית ממש, בפרט בכל האמור למשפחות המצויות בשליש הסוציאו-אקונומי הנמוך בישראל. על פי מחקרן של קפלן והרבסט, שיעור הגירושים בקרב משפחות אלו כפול מזה של השליש הגבוה.²¹² היינו, הסיכוי של ילדים להורים עניים לחוות את גירושי הוריהם כפול מזה של ילדים להורים אמידים, ומכאן שהעדר כללי משפט מכוונים, כמו גם הפחתה בסכומי המזונות, מסכנים במידה הגדולה ביותר דווקא את הילדים הפגיעים ביותר. פרט לפגיעה הכלכלית, קיימת הסכמה רחבה בקרב פסיכולוגים, הנשענת על מחקרים אמפיריים, כי היחשפותם של ילדים לקונפליקטים הוריים היא אחד מגורמי הסיכון החמורים ביותר לרווחתם הנפשית של ילדים להורים גרושים.²¹³ יתרה מכך, בעת האחרונה ילדי הגירושים חשופים אף יותר מתמיד לנזקים נפשיים חמורים, בחסות העלייה הדרמטית בתביעות שעניינן "ניכור הורי". כפי שציינו פרופ' רות הלפרין-קדרי ופרופ' רות זפרן, העלייה בשיח הניכור ההורי נישאת על גבי המגמה לפסיקת משמורת פיזית משותפת בשיעורים גבוהים, לרבות כאשר בין ההורים קיים קונפליקט עז, וכן מושפעת מהסלמת

211 הקר "אקטיביזם שיפוטי", לעיל ה"ש 12.

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

213 הקר והלפרין-קדרי "כללי הכרעה", לעיל ה"ש 2, בעמ' 153.

סכסוכי המשמורת, הנגרמת עקב חוסר הבהירות בנוגע להשפעת הסדרי משמורת וזמני שהות על חלוקת נטל מזונות הילדים.²¹⁴

היעדר כללי משפט ברורים מעצים את הסכסוך ומגדיל את נכונותו של הצד החזק יותר כלכלית ליטול סיכונים גדולים יותר באמצעות התדיינות משפטית חלף הגעה להסכמות. כך נוצר ומוחרף אי השוויון בין בעלי הדין, וכשמדובר בבני זוג לשעבר, הורים בהווה, מדובר בפרקטיקה הרסנית.²¹⁵ מיותר לציין את עוצמת החשיבות של עידוד הסכמות בכלל, והסכמות הוגנות בפרט, בקרב הורים, ובייחוד עבור הילדים.²¹⁶ חשיבות זו נמצאת בלב ההצדקה לטריבונל ייעודי לסכסוכי משפחה שבתוכו יחידת סיוע,²¹⁷ הניסיון לחולל מהפכת גישור בתחום,²¹⁸ והרפורמה שהחוק ליישוב התדיינות בסכסוכי משפחה מבקש לחולל.²¹⁹ ברם, מצב הדברים המתואר במאמר זה מקשה על מימוש הפוטנציאל הטמון בחוק ליישוב התדיינות בסכסוכי משפחה. הגם שיש נתונים מעודדים על שיעורים לא מבוטלים של תיקים שמסתיימים ביחידות הסיוע ובמסגרת גישור מחוץ לכותלי בית המשפט, עדיין מקרים רבים נדרשים להתדיינות משפטיות.²²⁰ ניתן להניח שחוסר אחידות פסיקתית וחוסר בהירות בנוגע לכללי המשפט תורמים לכך באופן משמעותי.

- 214 רות הלפרין-קדרי ורות זפרן, לעיל ה"ש 58.
- 215 "In the shadow", Mnookin & Kornhauser, לעיל ה"ש 14.
- 216 אחד המשתנים המשפיעים ביותר לרעה על הסתגלות ילדים לפרידת הוריהם הוא חשיפה לקונפליקטים הוריים. ראו Nina Maxwell, Julie Doughty & Jonathan Scourfield, A Review of Recent Research Evidence on the Outcomes of Court-Imposed Shared Residence for Children Following Divorce or Separation (2014) (unpublished manuscript), (on file with authors).
- 217 ר"ח ועדת שינבוים, לעיל ה"ש 15, טריבונל ייעודי שיגשים באופן מרבי את המטרות שלשמן הוקם בית המשפט לענייני משפחה.
- 218 הקר הורות במשפט, לעיל ה"ש 17, בעמ' 212-215.
- 219 החוק להסדר התדיינות בסכסוכי משפחה (הוראת שעה), התשע"ה-2014. מטרת החוק, שנכנס לתוקפו ביולי 2016, היא לסייע ביישוב סכסוכים משפחתיים בהסכמה וברכי שלום מחוץ לכותלי בית המשפט. החוק מחייב את הצדדים להשתתף בפגישת מהו"ת (מידע, היכרות ותיאום) עם עובדת סוציאלית ביחידת הסיוע, במטרה לבחון חלופות לניהול הסכסוך המשפחתי מחוץ לכותלי בית המשפט.
- 220 בהתאם לעדכון משרד העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים לוועדת חוקה חוק ומשפט על יישום החוק להסדר התדיינות בסכסוכי משפחה, התשע"ה-2014, מיום 26.7.2021, בשנה החולפת (1.7.2020-30.6.2021) מתוך 16,289 תיקים, ב-12% מהתיקים הסתיים הסכסוך במסגרת הליך המהו"ת, וב-24% מהתיקים הייתה הסכמה להמשיך ליישב את הסכסוך בהליכים חלופיים (ללא התדיינות משפטית). ב-42% מהתיקים לא הגיעו הצדדים להסכמה על המשך יישוב הסכסוך; ב-22% אין נתונים על החלטת הצדדים. יצוין כי ממצאים מעודדים יותר התקבלו במחקר ארצי שהוזמן על ידי משרד העבודה והרווחה, באמצעות מכון מאירס-ג'וינט-ברוקדייל, לבחינת יישום חוק המהו"ת ביחידת הסיוע. לפי ממצאי המחקר, בתקופת ההטמעה של החוק ב-58% מן המשפחות הסתיים הסכסוך המשפטי תוך שלושה חודשים מסיום מפגשי המהו"ת ולרוב בררכי שלום והסכמה; ב-26% מן המשפחות המשיך הסכסוך המשפחתי להתנהל בדרך חלופית להכרעה שיפוטית; בשאר המשפחות (16%) הסכסוך המשפטי לא נפתר ולא דווח

מערך דיני המשפחה בישראל והקיפאון החקיקתי שחל בשדה, בין היתר נוכח מאבקים פוליטיים בנושאי דת-מדינה, אחראים במידה רבה לכאוס שתואר. העובדה שסוגיית המזונות נשלטת על ידי חוק משנת 1959, וסוגיית המשמורת נשלטת על ידי חוק משנת 1962, כשבשני החוקים לא בוצעו תיקונים הרלוונטיים להסדרי מזונות ומשמורת ילדים, היא תעודת עניות למחוקק. אם בכך לא די, יש להוסיף למשוואה את העובדה ששתי ועדות ממשלתיות הוקמו, התכנסו, דנו והגישו את המלצותיהן בשתי הסוגיות הבערות. ההמלצות של שתי הוועדות עוררו סערות ציבוריות, אך לא קיבלו מענה מהמחוקק.

אל הקיפאון החקיקתי יש להוסיף את מיעוט ההלכות המחייבות בתחום בחסות מדיניות "היד הקמוצה" המופעלת בבית המשפט העליון למתן רשות ערעור,²²¹ והעמימות הקיימת בתקדימו,²²² כמו גם ההלכות היצירתיות, אך לעיתים הסותרות, שיוצאות מבתי המשפט המחוזיים, על ששת מחוזותיהם. הלכות סותרות אלו מאפשרות, ולעיתים אף מאלצות, את שופטי המשפחה לבחור בין "דרכים חלופיות",²²³ ולעיתים, כפי שנמצא במחקר, אף לסלול דרכים חדשות. ממצאי המחקר מלמדים עד כמה דחוף הצורך בערכון דיני המשמורת ומזונות הילדים, ועד כמה נחוצים תיקוני חקיקה שיבטלו את האפליות המגדריות בדיני המשפחה. בניגוד לחלקים נכבדים מהפסיקה האקטיביסטית של שופטי המשפחה, על תיקוני החוק לקדם שוויון מהותי וצדק חלוקתי, תוך התחשבות בחלוקת התפקידים המגדרית בין ההורים טרם הפרידה, ולאחריה.²²⁴ ממצאי המחקר מלמדים גם כי תיקוני החקיקה אינם יכולים להסתפק בעקרונות-על דוגמת "טובת הילד", ועליהם להנחות את היושבים על כס השיפוט בתחום, לרבות בעזרת קריטריונים לקביעת אחריות הוריות וחלוקת זמני שהות, ונוסחאות כלליות לחישוב דמי מזונות.²²⁵ אחרת, יש בסיס אמפירי להניח שהכאוס ימשך ואף יגדל. לבסוף, לא ייתכן שיתקנו רק הדינים המפלים לרעה גברים, מבלי שדיני המשפחה הפוגעים בנשים,

על ניהולו בדרך חלופית כלשהי. עם זאת יוער כי המחקר דגם 240 זוגות בלבד, ותוצאותיו מייצגות אך את האוכלוסייה הנחקרת. טלי באייר טופילסקי ויואה שורק יישום חוק המהותית ביחידות הסיוע – מחקר ארצי (מכון מאיר-סג'וינט-ברוקדייל 2019) (דמ-792-19).

221 ר"ע 103/82 חניפה בע"מ נ' מצת אור (הדר חיפה) בע"מ, פ"ד לו(3) 123 (1982).

222 מיכל בן-שבת, בנימין שמואלי, רונה שור, איילת בלכר-פריגת ורונה קפלן "שולחן (משפחתי) עגול – עשור לבית המשפט לענייני משפחה: חזון ומציאות" משפחה במשפט ב 1, 8, דברי השופטת דליה דורנר (2009) (במסגרת הכרך נערך סיכום כנס שהתקיים לציון עשור לבית המשפט לענייני משפחה, לצורך השוואה בין היעדים שהותוו עם כינון בית המשפט למשפחה, השגתם והתאמתם למציאות המשתנה בחלוף עשור).

223 שאול שוחט "בית המשפט לענייני משפחה – האמנם בית?" משפחה במשפט ב 375, 381 (2008).

224 דפנה הקר "פמיניזם דילמתי ומודל המשמורת הפיזית הרצוי בגירושין" עיונים במשפט, מגדר ופמיניזם 699 (דפנה ברק-ארז ואח' עורכות 2007); רות זפרן "הקשיים הכרוכים בחוות-הדעת המקצועיות: טעם נוסף לעיצוב מחדש של הדין בשאלת חלוקת האחריות ההורית" עיוני משפט לו 269 (2013); הקר והלפריין-קדרי "כללי הכרעה", לעיל ה"ש 2.

225 בעניין זה יש לציין את תזכיר חוק אחריות כלכלית של הורים לילדיהם, התשפ"ב-2022. על פי התזכיר, מטרת החוק היא "לקבוע את התמיכה הכלכלית בילד ואת חלוקתה בין הוריו, תוך שמירה על עקרון טובת הילד ויצירת הוגנות בחלוקה בין ההורים. החוק נועד ליצור אחדות,

לרבות דרך סחטנות גט והעדר מזונות משקמים, יישארו על כנם.²²⁶ כפי שנמצאה הדרך לעדכן את הדין היהודי לעניין חובת האב האבסולוטית לזון את ילדיו, צריכה להימצא גם הדרך לעדכן את הדין היהודי הארכאי במקומות שבהם הוא פוגע בנשים ובאימהות. עד שהמחוקק ימלא את התפקיד המוטל עליו, שופטי משפחה שדעתם אינה נוחה מהדין הקיים יכולים לסמן את אי הנחת שלהם לצדדים, לערכאות הערעור ולמחוקק, מבלי לתרום לכאוס בתחום מזונות הילדים, ולכאוס רדיקלי הגובל באנרכיה בתחום משמורת הילדים. למשל, הם יכולים לשים דגש על הסכמות ההורים – בין בדרך של אישור של הסכמים שאינם עולים בקנה אחד עם חזקת הגיל הרך, ובין בפסיקת משמורת משותפת במקרים שבהם ההורים הסכימו על חלוקת תפקידים שוויונית ביניהם במהלך הזוגיות; והם יכולים לכתוב בפסק הדין שלדעתם אבד הכלח על חזקת הגיל הרך, ובכך לעודד את הצד שביקש הסדר אחר לערער לבית המשפט המחוזי ואף לבית המשפט העליון, ואף להפעיל לחץ על המחוקק. הם אפילו יכולים להעניק פרשנות של חזקת הגיל הרך הקבועה בחוק שעל פיה המילה "אמם" (של הילדים) המופיעה בחוק כוללת את אביהם, אם מילא תפקיד חברתי-אימהי בחיי ילדיו. בכל הדרכים האלו חובה עליהם לפעול להבטחת רמת החיים שהילדים הורגלו בה, עד כמה שניתן, כי אין מחלוקת שפגיעה ברמת החיים הזו פוגעת בטובת הילדים.²²⁷ במקביל, שופטי ערכאות הערעור, המחוזי והעליון, צריכים למזער את הכאוס שנמצא במחקר, ולפעול נגד שופטים שחורגים מ"קצה גבול הכאוס". זאת, על ידי מתן פסקי דין ברורים המנבאים את תגובת הערכאות הנמוכות בתחום דיני המשפחות לפסיקה עמומה, ועל ידי דה-לגיטימציה מקצועית לשופטים מריינים. העובדה ששופטים שפוסקים בניגוד ברור לחוק ולתקדימים אינם חוששים מפרסום פסקי דינם, אומרת דרשני. השינוי אינו צריך כמובן להוביל לפסקי דין הניתנים במחשכים. נהפוך הוא, ממצאי המחקר הם עדות נוספת לצורך הדחוף במאבק במדיניות בתי המשפט לענייני משפחה שמתנגדת כבר שנים לפרסום שיטתי ומקיף של פסקי דינם.²²⁸

שקיפות וודאות בדמי מזונות הילדים בישראל ולהוביל להפחתת ההתדיינות המשפטיות בין ההורים בעניינים אלה".

226 הלפרין-קדרי "מזונות אישה", לעיל ה"ש 2, עמ' 768. כפי שציינה הלפרין-קדרי בהתייחסה למגמה לקידום השוויון והצדק המגדרי בפסיקותיהן של הערכאות השיפוטיות, בהקשר אחר: "הכשל החמור של מגמה זו, הוא ההתעלמות המוחלטת משליטת הדין הדתי המפלה והבלתי-שוויוני בתשתית דיני הגירושין, והדחיקת אי-השוויון הכלכלי המעצב את תשתית מציאות הגירושין. ההתעלמות וההדחקה האלה גורמות לכך שכל פיתוחו של מבנה דינים חדש, "שוויוני" ככל שיהא, נשען על בסיס רעוע, בלתי-שוויוני ומפלה בעליל. לטעמי, יש בכך כדי להכשיל את המהלך כולו".

227 הקר "אקטיביזם שיפוטי", לעיל ה"ש 12.

228 ראו לעיל ה"ש 50 וההפניות שם.

