

# טובת ילדים לאחר גירושין: תמורות חברתיות ומשפטיות

## דניאל גוטליב

יחזרו לגור יחד. גם מתבגרים, אשר במישור השכלתני מבינים כי אין לכך סיכוי, לא מוכנים להיפרד מהפנטזיה הזו. עבור ילדים, גירושי ההורים נחווים כאובדן – אובדן של שלמות המשפחה, של הנורמטיביות, של האמון שההורים יגנו מפני כל קושי, של התמימות, של השגרה, של זמן איכות עם שני ההורים וכן אובדת תחושת הביטחון הבאה ממשפחה שלמה. במקרים שבהם שוררת עוינות קשה בין ההורים, נוסף על כל ההתמודדויות האלו, מתווסף משבר נאמנות. הילד נדרש, גם אם לא במילים, להפגין את הנאמנות שלו למי מבין ההורים, לפעמים על חשבון הקשר עם ההורה האחר. הילד מושלך למצב של דיסוננס קוגניטיבי. אין הוא יכול לאהוב, כפי שאהב תמול שלשום, שני אנשים שהיום שונאים האחד את השני. על מנת לשרוד, הילד חייב לסגת, ולו קצת, מאהבה שהוא חש, או לפחות מזו שהוא מפגין כלפי אחד מההורים. במקרים קיצוניים הילד נדרש לעשות הפרדה מלאכותית בין שני המעגלים בחיים שלו, זה של העולם של האם וזה של העולם של האב. אם במצב משפחתי תקין קיימת חפיפה רבה בין שני המעגלים המאפשרת לילד לעשות אינטגרציה בריאה בין שני ההורים – על ייחודם, על ההבדלים שביניהם, על יתרונם ועל חסרונותיהם היחסיים – הרי שכאשר קיימת עוינות בין ההורים, כבר אין חפיפה בין המעגלים והילד נדרש לעשות מעין הפרדה (split) בין שני העולמות. כאשר הוא נמצא בעולם של הורה אחד, עליו להשיל מעצמו סממנים של העולם של ההורה השני כגון שיתוף חוויות, אמירות חיוביות, שיחות טלפון, ביגוד, צעצועים, הנהגות דתיות ולעתים אפילו שם. במקרים הקיצוניים ביותר, הילד נדרש ליצור מעין פרסונות שונות – אחת שהיא השתקפות של עולם המושגים והערכים של האם ואחת שהיא השתקפות של עולם המושגים של האב. אין ספק כי במצב שכזה, קשה לילד לפתח עבור עצמו אישיות אינטגרטיבית, קבועה ויציבה. מבחינה היסטורית, ילדים תמיד היו הצלע הכי חלשה של משולש הגירושין, אמא-אבא-ילד. לילדים אין שדולה של עצמם בכנסת. ברוב המקרים גם אין להם ייצוג עצמאי בבית המשפט. עם זאת, יש לציין שתי תופעות שנהיו שכיחות יותר בשנים האחרונות: האחת, מינוי אפוטרופוס לדיון עבור

נדמה כי קצב השינויים החברתיים, ואולי גם הערכיים, העוברים על המשפחה בעידן הנוכחי מהיר מכפי היכולת של עולם הפסיכולוגיה להבין את המשמעות ארוכת הטווח של השינויים השונים או של המערכת המשפטית למלא את תפקידה כמי שאמורה להסדיר את מערכות היחסים בתוך המשפחה. כך, לדוגמה, במהלך 150 השנים האחרונות חלו תמורות בתפיסות החברתיות והמקצועיות לגבי טובת הילד. במאה ה-19 רווחה הדעה כי בהקשר של גירושין טובתם של ילדים הייתה להיות ברשות אביהם, מתוך תפיסת הילדים כרכוש או מתוך הבנה כי האב יוכל להעניק להם עתיד כלכלי בטוח יותר. בתחילת המאה ה-20, עם עלייתה של הפסיכולוגיה הפרוידיאנית שהביאה להבנה כי טובתם של ילדים, במיוחד ילדים צעירים, היא דווקא לגדול עם אמהותיהם, תפסה חזקת הגיל הרך את מקומה כמרכזית בסכסוכי גירושין. חזקת הגיל הרך מתבטאת בין היתר בכתבים של אנה פרויד (Goldstein, Freud & Solnit, 1973), p. 170; 1979, p. 288; Goldstein, Freud, Solnit & Goldstein (1986, p. 236), אך המקור קדום הרבה יותר, וכתוב בתלמוד הבבלי: "עד בן שש בצוואת דאימיה ניחא ליה" (עירובין, פ"ב א'). בשני העשורים האחרונים לערך אנו עדים לנסיגה מעמדה זו לטובת גישה שבוחנת את טובת הילד בכל מקרה לגופו. נדמה כי גישה זו תואמת את העולם הפוסט-מודרני שבו אנחנו חיים. עקרונות ואמונות שפעם נחשבו לאבסולוטיים, מובנים מאליהם ואף מקודשים הם כעת מוקד של שאלות, אתגור ואף נטישה וחילול. אכן, ככל שהגישה הפוסט-מודרנית משפיעה על המשפחה – נורמות, הרכב, תוחלת ותפקידים – כך מתעצם אתגר עבור פסיכולוגים, לא רק להבין את אשר עובר על ילדים, אלא גם לייעץ לגורמים משפטיים לגבי האופן הראוי לשמר את טובתם שעה שהוריהם אינם מצליחים לעשות זאת, אם מתוך מגבלות נפשיות וקוגניטיביות ואם מתוך מצוקה אישית זמנית כגון אלה שמופיעות בגירושין בקונפליקט גבוה. כאשר מסתכלים על גירושין מנקודת מבטם של ילדים, עולה בצורה ברורה כי מדובר באירוע שנכפה עליהם בעל כורחם. ברוב המקרים ילדים היו רוצים כי הוריהם הפרודים או הגרושים



משפחתי ועל ההשלכות של גירושין ושל כל עניין אחר בסכסוך משפחתי על הצדדים ועל ילדיהם, ובכלל זה השלכות משפטיות, רגשיות, חברתיות וכלכליות.

(2) מתן מידע לצדדים על הדרכים שיש בהן כדי לסייע להם ליישב את הסכסוך בהסכמה ובדרכי שלום ולהתמודד עם השלכותיו, לרבות ייעוץ, גישור, טיפול משפחתי או זוגי, ועל השירותים הניתנים לשם כך ביחידת הסיוע שליד הערכאה השיפוטית, בקהילה ובמגזר הפרטי.

(3) היכרות עם הצדדים כדי להעריך יחד איתם את צורכיהם ורצונותיהם, ולעניין ילדיהם – טובתם, רצונותיהם וזכויותיהם בעניינים הנוגעים אליהם, לסייע להם לבחון דרכים ושירותים שעשויים לתרום ליישוב הסכסוך ביניהם בהסכמה ובדרכי שלום, והאפשרות להתמודדות עם השפעות הסכסוך ולתאם עימם תוכנית מתאימה להמשך התהליך.

(4) קביעת הסדרים זמניים בהסכמה בעניין מזונות או החזקת ילדים וסדרי קשר לתקופות כאמור בסעיף קטן (ה) או מתן המלצה לצדדים ולגורם שאליו הם יופנו להמשך הליך יישוב הסכסוך.

בהמשך קובע החוק לוחות זמנים לקיום המפגשים ולקבלת החלטות לגבי האופן שבו יש להתקדם.

על פי הדיווחים, באמצעות התהליך שהחוק מפרט ומחייב, הורים רבים אכן מצליחים להגיע לפתרונות מוסכמים ללא צורך בהליכים משפטיים ממושכים, יקרים ועוינים. אין ספק כי יש בכך להטיב עם הילדים ולאפשר תכנון ענייני יותר להמשך הדרך.

## 2. חזקת הגיל הרך

נושא חזקת הגיל הרך משמעותי ביחס של החברה לילדים להורים גרושים (גוטליב, 2008). מקור החזקה בשנות השישים מהמאה הקודמת, והיא שהנחתה במשך שלושה או ארבעה עשורים את תהליך קבלת ההחלטות בין ילדים להורים גרושים. חזקה זו מצאה אחיזה בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות תשכ"ב 1962 –

”סעיף 24

היו הורי הקטין חיים בנפרד – בין שנישואיהם אויבו, הותרו או הופקעו בין שעדיין קיימים ובין שלא נישאו – רשאים הם להסכים ביניהם על מי מהם תהיה האפוטרופסות לקטין, כולה או מקצתה, מי מהם יחזיק בקטין, ומה יהיו זכויות ההורה שלא יחזיק בקטין לבוא עמו במגע; הסכם כזה טעון אישור בית המשפט והוא יאשר לאחר שנוכח כי ההסכם הוא לטובת הקטין, ומשאור, דינו – לכל ענין זולת ערעור – כדין החלטת בית המשפט.

ילדים במקרים מסוימים, והשנייה, מפגשים של שופטים עם ילדים בנוכחות עובדת סוציאלית. בדרך כלל, כל הורה, באמצעות עורך הדין שלו, טוען כי הוא זה שמביע את רצונו האמיתי של הילד ומייצג את טובתו. על פניו, ההורים טוענים בכנות כי "טובת הילד" היא נר לרגליהם. אולם מנגד, הם עושים דברים נעדרי הלימה עם עיקרון נעלה זה. גם הורים שמצליחים להבחין בסתירה בין הנעשה לנאמר, אינם יכולים תמיד לנקוט צעדים נדרשים כדי שהמעשה יעלה בקנה אחד עם הנאמר. לפרצה הזאת נכנסים מוסדות הרווחה והמשפט שאמונים להעניק הגנה לילדים שעה שתפקיד זה חומק קצת מידיהם של ההורים.

## מבחינה היסטורית, ילדים תמיד היו הצלע הכי חלשה של משולש הגירושין, אמא-אבא-ילד

### תמורות חברתיות ומשפטיות

לאחרונה חלו מספר שינויים שיש בהם כדי להשפיע על ילדים בתהליכי הגירושין. אבקש לעמוד בקצרה על שלושה מהם.

1. חוק להסדר התדיינות בסכסוכי משפחה (הוראת שעה), התשע"ה-2014

החקיקה משנת 2014 נכנסה לתוקפה בשנת 2015. מטרתה "לסייע לבני זוג ולהורים וילדיהם ליישב סכסוך משפחתי ביניהם בהסכמה ובדרכי שלום, ולצמצם את הצורך בקיום התדיינות משפטית, מתוך התחשבות במכלול ההיבטים הנוגעים לסכסוך ובטובתם של כל ילדה וילד".

על פי החוק, אשר אושר לשלוש שנים, ההורים המבקשים להגיש תביעה של סכסוך משפחתי חייבים קודם להגיש בקשה ליישוב הסכסוך. על סמך הבקשה הזאת ההורים מוזמנים ליחידת הסיוע שליד בית המשפט או בית הדין לארבע פגישות מידע, היכרות ותיאום (מהו"ת), שמטרתן להסביר להורים את המהות של תהליך הגירושין, כולל השפעתו על הילדים, וכן לבחון איתם אפשרות של הגעה לפתרון מוסכם באמצעות תהליך של גישור. על פי החוק, פגישות המהו"ת יכללו –

(1) מתן מידע על ההליכים המשפטיים לעניין סכסוך

סעיף 25

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

ועמות "הורות משותפת=טובת הילד" שקוראות לביטול חזקת הגיל הרך ולקביעת אמות מידה שוויוניות. ביו היתר נטען כי בשנים האחרונות גברים מעורבים יותר בגידולם של ילדיהם ונוטלים חלק פעיל יותר בכל מטלות הבית שבעבר נחשבו כשייכות לנשים. מחאת הגברים לבשה צורות שונות, בהן גם צורה תוקפנית כמו בקבוצת "א' זה אבא".

מהצד השני, קבוצות הנשים הביעו התנגדות קשה לשינוי בחזקת הגיל הרך בטענה כי במציאות המשפטית שבה ידן של הנשים על התחנות ובה הדין העברי הוא הבסיס לדיני משפחה ובכך, לדעתן, קיימת אפליה נגד נשים, חזקת הגיל הרך הוא המקום היחיד שבו ניתן לנשים יתרון על פני גברים, וכי ביטול החזקה תחליש את הנשים עוד יותר. עמדה זו מבטא מכון רקמן (המרכז לקידום מעמד האישה במסגרת הפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן). נראה כי נוסף לטענות בענין מעמד הגברים לעומת מעמד הנשים מסתתר משהו פרוזאי, הוא העניין הכלכלי. נראה שקיימת היום מגמה להתאים את גובה דמי המזונות לזמן שהייה של הילדים אצל כל אחד מההורים. ככל שהילד שווה יותר זמן עם האב, כך יש נטייה לחייבו בשיעור נמוך יותר של מזונות.

המאבק על חזקת הגיל הרך לא הסתיים. היו ניסיונות להגיע לפתרונות כגון הצעה של שרת המשפטים דאז ציפי ליבני להחיל את חזקת הגיל הרך על ילדים עד גיל שנתיים, אך הצעה זו לא קרמה עוד וגידים, ככל הנראה משיקולים פוליטיים. אולם בשונה מהמישור המשפטי, במישור הפסיכולוגי אין משמעות רבה לחזקת הגיל הרך, היות ומדובר בחזקה הניתנת לסתירה, כך שכשפסיכולוג מתבקש להמליץ על משמורת והסדרי ראייה, אין כל מניעה להמליץ על האב גם כאשר הילדים מתחת לגיל שש.

ביום 5 במרץ 2018 פורסמה הצעת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (תיקון מס' 19) (שינוי חזקת הגיל הרך) מטעם הוועדה המשותפת לוועדת החינוך, התרבות והספורט ולוועדה המיוחדת לזכויות הילד לדיון בהצעת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות התשע"ח-2018. הצע להחליף את סעיפים 24 ו-25 ולהוסיף את סעיף 25 א, וזאת כדלקמן:

"הסכם הורות בין הורים בפירוד

.24

(א) התגלעו חילוקי דעות בין הורים בפירוד בעניין אופן מימוש אפוטרופסותם אחריותם ההורית, יפעלו ההורים להגיע להסכמה ביניהם בדרכי שלום, בעצמם או באמצעות צד

משמעות החזקה היא כי עבור ילדים מתחת לגיל 6 קיימת חזקה להיות במשמורת של האם. החשיבה מאחורי החזקה הזאת נבעה מתפיסות פסיכולוגיות ודפוסים חברתיים ששלטו במחצית הראשונה של המאה הקודמת, כשדמות האם נחשבה למרכזית בחייהם של הילדים, בתקופה שבה נשים עדיין לא השתלבו בכוח העבודה בהיקף רחב וברוב המקרים נשים והחברה בכלל ראו בגידול הילדים ובבית את מקומן של הנשים.

בשנים האחרונות, גורמים במדינת ישראל מבקשים ללכת בעקבות שאר העולם המערבי ולבטל את חזקת הגיל הרך ובמקומה לאמץ את העיקרון של "טובת הילד" בקביעת החלטות בענייני ילדים ללא כל דעות קדומות מגדריות. בשנת 2005 קמה ועדת שניט, הוועדה הציבורית לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין. המלצות הוועדה התייחסו, בין היתר, לנושאים הקשורים בקביעת אחריות הורית משותפת לשם מימוש זכויות ילדיהם, זכותו של הילד לקשר משפחתי עם אחיו ואחיותיו ועם הורי הוריו. הוועדה העמידה את "טובת הילד" בראש מעייניהם באופן שיהווה שיקול ראשון במעלה בכל פעולה שההורים נוקטים בענייניו של קטין, והדגישה את החשיבות של עידוד שיתוף הפעולה בין ההורים וצמצום ההתדיינות והגדרת הקווים המנחים לקביעת טובת הילד.

## ההורים טוענים בכנות כי "טובת הילד" היא נר לרגליהם. אולם מנגד, הם עושים דברים נעדרים הלימה עם עיקרון נעלה זה

תהליך העבודה של ועדת שניט, וכן המלצות הביניים וההמלצות הסופיות שלה, לוו בלא מעט תסיסה חברתית. מצד אחד עמדו קבוצות פוליטיות של נשים ומהצד השני קבוצות פוליטיות של גברים. בתקופה זו קמו תנועת "הורות=שווה"



בהסכם ההורות או בהסדר ההורות, לפי העניין, וכן להורות על נקיטת אמצעים אלו: (1) הפניה ליחידת הסיוע של בית המשפט לשם גיבוש דרכים למימוש הסכם ההורות או הסדר ההורות; (2) מינוי צד שלישי שילוה את ההורים במימוש הסכם ההורות או הסדר ההורות, לרבות קביעה בעניין ההוצאות הכרוכות בכך; צד שלישי כאמור יהיה תואם לאורח חייהם של ההורים; (3) חיוב ההורה שהפר הפרה חוזרת ונשנית את הסכם ההורות או את הסדר ההורות להשתתף בהדרכה וטיפול מקצועיים מאת גורם שיקבע בית המשפט ולשאת בהוצאות הכרוכות בכך; גורם כאמור יהיה תואם לאורח חייו של ההורה; (4) חיוב ההורה שהפר את הסכם ההורות או את הסדר ההורות בתשלום להורה השני, ובכלל זה פיצויים בשל נזק שנגרם לו".

יוצא כי הצעת החוק נועדה להבנות מנגנון חדש של חשיבה על מקומם של ילדים לאחר גירושין תוך כדי הישענות על מונחים של זמני שהייה עם ההורים במקום המונחים השגורים כיום של החזקת ילדים ומשמורת. כמו כן, הצעת החוק מתייחסת למיסוד דרכים לאכיפת החלטות של בית המשפט וזאת בהינתן הקשיים המשמעותיים שעולים לעתים ביישום החלטות בית המשפט בעניין חלוקת הזמן של ילדים בין ההורים.

### 3. משמורת משותפת

בשנים האחרונות חלה תפנית משמעותית בבתי המשפט בעולם בכלל ובארץ בפרט בעניין קביעת חלוקת הזמן של ילדים לאחר הפירוד של ההורים. כך, לדוגמה, מדינות רבות בארצות הברית בוחרות להעדיף משמורת משותפת על פני משמורת אב או משמורת אם, וזאת כל עוד ולא הוכח כי הדבר מנוגד לטובתו של הילד. מגמה זו מוצאת לעצמה ביטוי ברור בפסיקות של בית המשפט לענייני משפחה בישראל בהחלטות העולות בקנה אחד עם תפיסות חברתיות שוויוניות שעניינן הימנעות מאפליה על בסיס מגדרי.

בניגוד למה שמקובל לחשוב, אין משמעותה של משמורת משותפת בהכרח חלוקה שווה מתמטית בין ההורים. הורים רבים, בעיקר אבות, הדורשים חלוקה כזאת, עושים זאת מתוך היענות לצורכיהם ולא תמיד מתוך הבנת צורכי הילדים. כאשר הורים נמצאים בתהליך הפרידה - הן הכלכלי והן הפסיכולוגי - במובן מסוים נראה זה הגיוני לחלק הכול חצי-חצי, ואכן כך קובע החוק בנושאים הכלכליים. אין ספק כי מבחינת התחושה של כל אחר מההורים, אם הוא כבר נדרש לוותר על חלק מהזמן שלו עם הילד, דבר שהוא מחויב

שלישי, ובכלל זה מטפל מקצועי או מגשר. (ב) הגיעו הורים בפירוד להסכמה בעניין אופן מימוש אפטרופסותם, ובכלל זה בעניין חלוקת הזמן שבו ישהה הקטין עם כל אחד מהם וחלוקת הטיפול בצרכיו השונים יערכו ביניהם הסכם הורות לפי טופס שיקבע השר בתקנות (להלן - הסכם הורות); בהסכם הורות יקבעו הצדדים, ככל האפשר, מנגנון המקובל עליהם ליישוב מחלוקות עתידיות ביניהם לעניין אופן יישום ההסכם ולביצוע התאמות הנובעות משינוי נסיבות, ובכלל זה מטפל מקצועי או מגשר. ...

### קביעת הסדר הורות על ידי בית המשפט

25. ...

(ב) בבואו לקבוע הסדר הורות יביא בית המשפט בחשבון את טובת הקטין כשיקול ראשון במעלה, ובכלל זה יתחשב בכל אלה: (1) מצבו הגופני והנפשי של הקטין, צרכיו ההתפתחותיים וכישוריו המשתנים בהתאם לגילו, ואם הוא ילד עם מוגבלות - גם צרכיו המיוחדים; ...

(2)<sup>1</sup> זכותם של הורי הקטין למימוש אפטרופסותם המשותפת כך שחלוקת הזמן שבו ישהה הקטין עם כל אחד מהם תהיה שווה ככל האפשר ותענה על הצורך של הקטין לגדול עם שני הוריו; על פי ההסדר המוצע הורים החיים בנפרד יפעלו להגיע להסכמה ביניהם לעניין אופן מימוש אפטרופסותם, ובכלל זה לעניין חלוקת הזמן שבו ישהה הקטין עם כל אחד מהם וחלוקת הטיפול בצרכיו השונים (להלן - אופן מימוש האפטרופסות). אם ההורים הגיעו לידי הסכמה כאמור, הם יערכו ביניהם הסכם הורות לפי טופס שיקבע שר המשפטים בתקנות. הסכם הורות כאמור טעון אישור של בית המשפט, וזה יאשרו לאחר שנוכח כי ההסכם הוא לטובת הקטין. אם ההורים לא הגיעו להסכמה לעניין אופן מימוש האפטרופסות, רשאי כל אחד מהם לפנות לבית המשפט בבקשה לקבוע הסדר הורות שבו ייקבע אופן מימושה. בבקשה כאמור ובתשובה עליה יצרף כל הורה לפי העניין הצעה לקביעת הסדר ההורות ... בקביעת הסדר ההורות יביא בית המשפט בחשבון כשיקול ראשון במעלה את טובת הקטין...

### הפרת הסכם הורות או הסדר הורות

25 א.

(א) הפר הורה הסכם הורות או הסדר הורות, רשאי בית המשפט לקבוע הסדר הורות או לשנות הסדרים הקבועים

<sup>1</sup> לפסקה (2) שתי גרסאות, הבאתי את הראשונה.

14. מעמד ההורים

ההורים הם האפוטרופסים הטבעיים של ילדיהם הקטינים.

15. תפקידי ההורים

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

18. שיתוף בין ההורים

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

עולה כי אל לו להורה אחד לפעול ביחס לילד בכל תחום משמעותי ללא ידיעתו וללא הסכמתו של ההורה השני (צדיק, גוטליב, ליבק ואופיר, 1998). יוצא כי גם מבלי לקרוא לדבר בשמו, הרי שממילא קיימת משמורת משפטית משותפת. ביולי 2017 חלה תפנית באופן שבו הפסיקה מתייחסת לילדים להורים גרושים, אם כי לא בצורה ישירה. תחילתו של הסיפור היה בבית המשפט לענייני משפחה בראשון לציון, שם פסק כב' השופט (בדימוס) יעקב כהן כי כאשר הורים גרושים בעלי הכנסות דומות, וכאשר הזמן של הילדים מתחלק בין שני ההורים באופן שווה, פחות או יותר, הרי שיש לחרוג מההלכה הקובעת כי במקרים של גירושין, על האב לשלם לאם דמי מזונות עבור הילדים. פסק דין זה עורר מהומה ובסופו של דבר העניין הגיע לבית המשפט המחוזי שהפך את הפסיקה, והגיע בהמשך להרכב מורחב של שבעה שופטים בבית המשפט העליון אשר בסופו של דבר הותיר את החלטת השופט כהן על קנה.

בפסק דינו הזכיר כב' השופט ע' פוגלמן את מסקנותיהן של ועדות שיפמן ושניט, לפיהן:

"המסקנה המשותפת של שתי הוועדות היא, שהאחריות הטיפולית והכלכלית בילדים מן הדין שתחול עקרונית בשווה על שני ההורים, אף אם אינה מתחלקת ביניהם למעשה בשווה, ויש לזנוח את התפיסה המגדרית על פיה גידולם של ילדים מוטל על נשים וכלכלתם מוטלת על גברים."

מעצם הגירושין ומה שמעורר אצלו תחושת אובדן, הרי שקשה לו מבחינה פסיכולוגית לוותר על יותר מ-50 אחוזים מהזמן. אין זה אומר כי הורה המבקש חלוקת זמן שוויונית באמת מסוגל להיות נוכח בצורה כה אינטנסיבית בחיים של הילד, אולם במקרים רבים הורים פועלים יותר מהרגש ופחות מהשכל. הם מחפשים צדק, גם אם מחיר הצדק הוא גזירת גזירה עצמית שאין הם יכולים לעמוד בה.

כאשר הורים מנסים להסתכל על הדברים דרך העיניים של הילדים, הם עדיין סבורים כי שוויון מתמטי הוא הסידור הכי בריא עבור הילד. עם זאת, לעיתים קרובות, חשיבה זו פשטנית ומתעלמת ממרכיבים אחרים האמורים להשפיע על חלוקת הזמן של הילדים כגון הקשר שלהם עם כל הורה, זמינות ההורים לטיפול היומיומי בילדים, מרחק המגורים שבין שני ההורים, הרגלי העבודה של ההורים, ודברים הקשורים לילדים כגון גיל, תפיסת הזמן, טמפרמנט והצרכים החינוכיים שלהם.

משמורת משותפת מוגדרת ככל סידור שבו הילדים נמצאים בין 35-50 אחוזים מהזמן עם כל אחד מההורים. זו גם פחות או יותר הנורמה אשר ממילא השתרשה בארץ במשך השנים, גם ללא שהדבר נקרא בשמו. יש להדגיש כי קיים הבדל בין equal (שווה) ל-equivalent (שווה ערך). ילד זקוק לכך שהזמן שלו עם כל הורה יהיה שווה ערך. כאשר מסתכלים על הדברים דרך הצרכים של הילדים, חשוב כי הקשר עם כל הורה יהיה משמעותי, קבוע, עקבי וניתן לצפייה מראש. כמות הזמן אמנם חשובה, אבל אין כל מחקר שמעיד על כך שילדים מסתגלים טוב יותר כאשר הם נמצאים עם כל הורה בדיוק 50 אחוזים מהזמן לעומת מצבים שבהם הם נמצאים קצת פחות עם אחד מההורים. במקרים רבים, הורים שנאבקים על מספר השעות לא נותנים את הדעת די הצורך על התוכן שיצליחו לצקת אל תוך הזמן שלהם עם הילדים. כמו כן, הורים לא תמיד נותנים את הדעת להשפעה של מעברים תכופים מבית לבית על הילדים.

בפועל, בכל מקרה של גירושין, באופן אוטומטי הילדים נשארים במשמורת המשפטית המשותפת של שני ההורים. פעמים רבות, הורים הדורשים משמורת משותפת עושים זאת מתוך רצון להיות מעורבים בתהליך קבלת ההחלטות בעניין ילדיהם גם לאחר הגירושין, וסבורים כי מאבק על משמורת משותפת הוא זה שיבטיח את הזכות הזאת. בכך הם, ופעמים רבות גם עורכי הדין שלהם, מתעלמים מדברים מפורשים המופעים בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות: