

'אימהות', 'אבהות', 'משפחה': בין אינטואיציה להלכה פסוקה

דפנה הקר ורונן שמיר*

*"Contested custody cases are absolutely hard cases.
I am playing God... You can do extreme damage.
Usually before a decision I do not sleep. My stomach hurts.
I would rather send someone to life in the penitentiary"*

(מתוך ריאיון עם שופט ממדינת קולורדו בתוך: Pearson & Rign, 1982-1983, p. 722)

תקציר. מאמר זה עוסק בהכרעתן של שלוש ערכאות שיפוטיות בנוגע לזכותה של אם גרושה להגר ללונדון עם בנה למרות התנגדותו של האב. המאמר מנתח את ההכרעות השונות בכלים סוציו-משפטיים. הוא מתמקד בשני היבטים מרכזיים הנוגעים להכרעות בדבר משמורת ילדים. האחד – האופן שבו הכרעות אלה מושפעות מתפיסות תרבותיות עמוקות בנוגע להורות בכלל ולאימהות בפרט. השני – המידה והצורה שבהן הכרעות בנוגע למשמורת ילדים, המתמקדות במושג 'טובת הילד', נשענות על תפיסות של מומחים טיפוליים שונים, הפועלים לצדם של בתי-המשפט. ניתוח פסקי-הדין מלמד שלמרות ההבדלים ביניהם, שלושת פסקי-הדין מתבססים על תפיסה שמרנית בנוגע לתפקידה של האישה במשפחה ובחברה. המאמר מבליט את הפער בין הנוכחות התרבותית העמוקה של הבניות מגדריות של תפקידים הוריים ושל ההבנות בנוגע לטובת הילד, לבין העדר התייחסות כמעט מוחלטת לידע סוציולוגי הנוגע למשפחה בעידן העכשווי, והן לשיח הפמיניסטי העוסק בדילמות המתעוררת בעקבות הצורך להכריע עם מי והיכן יחיו הילדים לאחר גירוש הוריהם.

הקדמה

הטקסט השיפוטי, על דגשיו ושתיקותיו, הוא מקור לחקירה סוציולוגית באשר ליחס בין המשפט לסדר החברתי. טענות התוקף של הטקסט המשפטי וגופי הידע שהוא נשען

* החוג לסוציולוגיה ולאנתרופולוגיה, אוניברסיטת תל-אביב.

תודתנו לד"ר רות הלפרין-קדרי, ד"ר דן גבתון, גב' יופי תירוש וגב' ליאת בן-מאיר על הערותיהם. אנו מודים לעו"ד שמואל מורן ולעו"ד אביגדור פלדמן על עזרתם. עם זאת, מובן שהאחריות לכתוב במאמר זה היא שלנו בלבד.

עליהם, המידה שבה קיימים בו אמפתיה וחמלה או כעס ואיבה, השיטה שעליה פיה הדרמה האנושית מומרת למונחים משפטיים, והצורה שבה המרה זו נהפכת להלכה כללית ומחייבת, כל אלה הם רכיבים במהלך סוציו-תרבותי, המשקף עמדות סמכותיות בנוגע לסדר החברתי הראוי. לשיטתנו, הטקסט השיפוטי נכתב לנוכח אופק תרבותי מסוים ומשקף תפיסות ערכיות ביחס לשאלות של זהות חברתית ויחסים חברתיים. יתר על כן, הטקסט השיפוטי נוטל חלק בכינונה של המציאות החברתית ובהכוונתם של בני-אדם להתנהגויות ולפעולות העולות בקנה אחד עם מה שיוצרו רואים כנכון, כרצוי וכאפשרי. לפיכך, חשיבותו של הטקסט השיפוטי חורגת מתוצאתו המעשית במקרה המסוים שהוא דן בו.¹

מאמר זה בוחן שלושה פסקי-דין, שניתנו בשלוש ערכאות שונות בסכסוך בין הורים גרושים, לגבי בקשת האם להגר עם בנם הפעוט. ההסדר המקורי שנקבע במסגרת הסכם הגירושין כלל מסירת הילד למשמורת אמו והסדרי ראייה בין האב לבנו. שבעת השופטים והשופטות שדנו בסכסוך, החל בבית-המשפט לענייני משפחה וכלה בבית-המשפט העליון, נדרשו להכריע אם להתיר לאם לשנות את ההסדר שנקבע ולקחת עמה את בנה ללונדון, למרות התנגדותו של האב. בית-המשפט לענייני משפחה ענה על שאלה זו בחיוב והתיר לאם להגר עם בנה, עם קביעת מפגשים דו-חודשיים בין האב לבנו.² בית-המשפט המחוזי הפך את פסקי-הדין, קבע כי הילד יישאר בישראל בחזקת אביו, והחזיר את התיק לבית-המשפט לענייני משפחה לשם קביעת הסדר המפגשים בין הילד לבין אמו.³ בית-המשפט העליון הפך את החלטת בית-המשפט המחוזי והשיב על כנו את פסקי-הדין של הערכאה הראשונה.⁴ בקשתו של האב לדיון נוסף בבית-המשפט העליון נדחתה על-ידי נשיא בית-המשפט, אהרן ברק.⁵

- 1 להצגה תמציתית של התאוריה העומדת בבסיס הבחירה המתודולוגית של ניתוח פסקי-דין כטקסט סיפורי, המכיל שיפוט תלוי תרבות של המציאות ותורם להבנייתו מחדש, ראו: תירוש, 2001; ברקאי ומאסס, 1998. לדוגמות נוספות ליישום מתודולוגי של תאוריה זו, ראו: רימלט, 2001; קמיר, 1999; הראל, 1998; בילסקי, 1997; שמיר ושראיי, 1996.
- 2 תמ"ש (משפחה ת"א והמרכז) 6173/95 פלונית נגד אלמוני (לא פורסם); תמ"ש (משפחה ת"א והמרכז) 6173/95 פלונית נגד אלמוני (פסק-דין משלים) (לא פורסם).
- 3 ע"מ (מחוזי ת"א) 1125/99 פלוני נגד אלמונית (לא פורסם).
- 4 רע"א 4575/00 פלונית נגד אלמוני, פ"ד נה(2) 321.
- 5 דנ"א 354/01 פלוני נגד אלמונית (לא פורסם). הנשיא ברק קובע כי אף-על-פי שפסיקתו של בית-המשפט העליון במקרה הנדון היא הלכה חדשה, אין הצדקה לקיום דיון נוסף. זאת מכיוון שהקביעה התקדימית שנפסקה, ששאלת הכרח ההגירה אינה רלוונטית, נשענת על עקרון טובת הילד, שהוא עיקרון המעוגן בחקיקה ובפסיקה קודמת. הנשיא ברק אינו מתייחס לחזקת הגיל הרך, המקבלת אישור מחודש על-ידי בית-המשפט העליון לאחר שבית-המשפט המחוזי ניסה להחלישה. זאת אף-על-פי שקביעת הלכה גורפת כמו חזקת הגיל הרך אינה עולה בקנה אחד עם טענתו של הנשיא ברק כי "בעניינים כגון אלה, אין מקום לקביעתם של כללים נוקשים, או חזקות מוקדמות, אלא יש לבחון את השיקולים השונים ומשקלם היחסי בנסיבות המקרה". הנשיא ברק מתעלם בהחלטתו מהנושאים ומהדילמות הקשורים להורות ולמשפחה בעידן הנוכחי, העולים מפסקי-הדין שעסקו בבקשת ההגירה הנדונה ויוצגו במאמר זה, ומסרב להקדיש להם דיון נוסף.

הפרשה כולה היכתה גלים בשדה המשפטי העוסק בעיצוב הסדרי משמורת של ילדים עם גירושי הוריהם ולאחריהם. תחילה עורר הדים פסק-דין החדשני של בית-המשפט המחוזי, אשר מחליש את חוקת הגיל הרך הקבועה בחוק, שעל-פיה טובתם של ילדים עד גיל שש דורשת שיהיו עם אמם. אחריו פורסם בתקשורת וגדון בפורומים שונים פסק-הדין של בית-המשפט העליון, אשר מתווה בפעם הראשונה הלכה סדורה באשר לדרך ההכרעה בבקשות הגירה של הורה משמורן. פסק-דין זה קובע כי חוקת הגיל הרך שרירה וקיימת, ומהווה את אבן הבוחן המרכזית בבקשות הגירה, כמו גם בסכסוכי משמורת בהליכי גירושין.⁶ השאלה עם מי יגור הילד לאחר הגירושין היא אחת השאלות המורכבות ביותר, מבחינה רגשית ונורמטיבית, שהמשפט מתמודד עמן. מורכבות זו נובעת לא רק מהדאגה לילדים והאחריות הכרוכה בהכרעות הנוגעות לגורלם, אלא גם מההכרה בכך שגירושין אינם מביאים את קשרי המשפחה אל סיומם. הפרידה בין ההורים מחייבת יצירת מערכת של יחסי הורות בלי יחסי זוגיות ומיסוד היחסים במשפחה שלאחר-הגירושין (postdivorce family) (Thompson & Amato, 1999). הן בני המשפחה והן המוסדות החברתיים המעורבים בהליך הגירושין נדרשים להמשיג את היחסים בין ההורים לבין ילדיהם ובין ההורים לבין עצמם לאחר הגירושין. בקשת הגירה של הורה משמורן טורפת את קלפי ההסדר שהושג בהליך הגירושין ומעוררת את הצורך למסד מחדש את יחסי המשפחה, תוך כדי הכרעה מחודשת בדבר טיב היחסים בין האם, האב וילדיהם.

הצורך להכריע בהליכי גירושין ובבקשות הגירה לגבי מבנה היחסים בין הורים לילדיהם מחייב התמודדות עם מה שנתפס כחיי השגרה כמובן מאליו. התמודדות זו יוצרת שקיפות יחסית של השחקנים הנוטלים בה חלק ומאפשרת את בחינת עמדותיהם לגבי 'אימהות', 'אבהות', 'זוגיות' ו'משפחה'. המקרה שמאמר זה עוסק בו מהווה הזדמנות יוצאת דופן לבחון את עמדותיהם של העוסקים במלאכת השפיטה לגבי מושגים אלה בשל התדיינות ההורים לגבי משמורת בנם מהערכאה הנמוכה ועד לערכאה הגבוהה ביותר. נוסף על כך,

6 סקירת המצב המשפטי בסוגיית ההגירה של הורה משמורן ובסוגיית המשמורת לפני מתן פסק-הדין הגדון חורגת ממסרת מאמר זה. סקירה של פסקי-דין ישראליים העוסקים בסוגיית ההגירה אפשר למצוא בפסק-הדין של השופטת שטופמן בפרשה הנדונה בהערה 2 לעיל. דיון מקיף בסוגיית ההגירה, לרבות במשפט הנוהג במדינות אחרות, אפשר למצוא בפסק-הדין של השופט פורת, מ"א 2069/92 פלונית נ' פלוני, דינים מחוזי (1) 420, שהיווה פסק-דין מנחה בסוגיית ההגירה עד למתן פסק-הדין של בית-המשפט העליון הגדון במאמר זה. באשר לסוגיית המשמורת, ראו ספרו של עו"ד סעדיה שמואל משמורת קטינים (1992). ככלל, בתי-המשפט נוטים ליישם את חוקת הגיל הרך הקבועה בסעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962, ולייחס לה משקל מכריע בהחלטותיהם. ראו, כדוגמה, ע"א 268/80 זהר נ' זהר, פ"ד לה (1) 1. יתרה מכך, פסיקות הקובעות שככלל אין לשנות מצב קיים ואין להפריד בין אחים הופכות את משמורת האם להסדר המועדף גם כאשר הילדים מבוגרים מגיל שש (שיפמן, 1995). עם זאת, ישנם שופטים המערערים על מרכזיות חוקת הגיל הרך בהכרעה לגבי "טובת הילד" במקרה של גירושי ההורים, ופונים לשיקולים נוספים בבואם להכריע בסכסוכי משמורת. ראו, כדוגמה, ע"א 458/79 ניר נ' ניר, פ"ד לה (1) 518. פסק-דינה של השופטת דורנר, הגדון במאמר זה, מחזק את המגמה הכללית של אימוץ חוקת הגיל הרך כגורם המרכזי והמכריע לגבי משמורת ילדים להורים גרושים.

ואולי חשוב מכך, מקרה זה מהווה הזדמנות טובה לבחון את עמדות השופטות והשופטים ביחס למשפחה ולמגדר, מכיוון שבערכאה הנמוכה הוגשה חוות-דעת פסיכולוגית נדירה למדי, אשר קבעה כי לשני ההורים מסוגלות הורית טובה וכי שניהם מעורבים בחיי ילדם. בהעדר עדיפות מובהקת של אחד ההורים, ההחלטות בשלוש הערכאות השונות מאפשרות לחשוף את מערך השיקולים המהותיים שמפעילים השופטות והשופטים. שיקולים אלה כוללים השקפות תרבותיות בנוגע לסדר החברתי הראוי לגבי הורות, זוגיות ומשפחה. העניין בחשיפת השקפות אלה גובר לנוכח התרבות הממצאים הסוציולוגיים המראים כי התקופה העכשווית מתאפיינת בריבוי צורות של משפחתיות, בהפיכתה של המשפחה הגרעינית הקלאסית לעוד מקרה פרטי מני רבים, בשינויים בזהויות ובתפקידים הוריים, ובשינויים במעמדן של נשים בהתמודדותן עם הסדר החברתי הפטריארכלי. הדיון בהשקפות העולות מפסקי-הדין לגבי סוגיות אלה חשוב במיוחד לנוכח דלות הידע הסוציולוגי הן לגבי משפחות ומשפחתיות בישראל בעידן הנוכחי והן לגבי יחס המשפט הישראלי לסוגיות הקושרות משפחה ומגדר.⁷

חשוב להדגיש כי איננו מבקשים לנקוט עמדה באשר להכרעה הרצויה במקרה הנדון ואין כוונתנו לתפקד כאן כערכאת ערעור נוספת. מטרתנו אינה להציג את 'ההכרעה הראויה', אלא להתחקות אחר המהלכים הנרטיביים והלוגיים שביצעו השופטים השונים, לאתר את הבחירות הערכיות שלהם, להתמודד עם הגיון החברתי של ההכרעות השונות, ולעמוד על טיבה של המומחיות המדעית שמכוחה ביססו השופטים השונים את הכרעותיהם. עם זאת, ייאמר מיד כי איננו מבקשים לנהוג כעומדים מן הצד וכנטולי השקפות ועמדות ערכיות משלנו ביחס לסוגיה שהתבררה לפני בתי-המשפט. עמדתנו העקרונית היא שלמשפט צריך להיות תפקיד בקידום מעמדן החברתי של נשים ובשינויו של הסדר החברתי הפטריארכלי לקראת סדר חברתי המאפשר לנשים ולגברים בחירות ביוגרפיות במנותק מזהותם המינית. עמדה זו מארגנת בעבורנו את הדיון שלהלן: אילו מסרים גלויים וסמויים מעבירים פסקי-הדין לשדה המעצב יחסי הורים-ילדים בהליכי גירושין ולחברה בכלל בנוגע לזהותם ולתפקידם של אימהות ושל אבות? האם אפשר ליישב בין זרמים שונים בהגות הפמיניסטית לבין פסקי-הדין או חלקים מהם, וכיצד? אילו דילמות מתעוררות כתוצאה מן המפגש בין ההגות הפמיניסטית לבין הידע הסוציולוגי לגבי המשפחתיות בישראל והמשפט, והאם וכיצד השופטים והשופטות מתמודדים עמן?

שתי תובנות מרכזיות עולות מהניתוח המוצע במאמר זה. התובנה הראשונה היא שבסופו של דבר, למרות ההבדלים בין ההכרעות השיפוטיות השונות ויחסן השונה לאבהות, שלוש ההכרעות משקפות תפיסות שמרניות בנוגע לזהותן ולמעמדן של נשים בחברה ובמשפחה. התובנה השנייה היא שבתי-המשפט מייחסים משקל מכריע לידע הפסיכולוגי וליכולתו לייצר ולנבא 'אמת' בקשר למשפחה שלאחר-הגירושין. וזאת תוך כדי התעלמות מידע סוציולוגי ומהדילמות הפמיניסטיות המתעוררות לנוכח השינויים המשמעותיים המתרחשים בתחום ההורות והזוגיות במודרניות המאוחרת. בחלקו האחרון של המאמר אנו טוענים כי בשל התפיסות המיניות הנוכחות בבתי-המשפט ובשל ההישענות על הידע הפסיכולוגי כגוף הידע היחיד הרלוונטי לשאלת היחסים בין הורים לילדים לאחר הגירושין, דיני המשפחה

7 מן המעט הקיים, ראו: פוגל-ביוז'אוי, 1999; הלפרין-קדרי, 1997; קמיר, 1996; ברק-ארו, 1996;

בישראל, לפחות בשלב זה, נוטים לבלום התפתחויות חברתיות אשר עשויות לסמן שינוי בדפוסים המסורתיים המבחינים בין נשים לגברים בכל הנוגע לזהויות ולתפקידים ההוריים.

השתלשלות האירועים

איילת ורמי⁸ נישאו בנובמבר 1995 לאחר מספר שנים של זוגיות משותפת. כשבעה חודשים לאחר מכן נולד כנס, עידו, וכעבור שנה נוספת הם התגרשו. הליך הגירושין היה מלווה בעימותים רבים. איילת טענה כי רמי התעמר בה נפשית במהלך הנישואים, ואף התעלל בה גופנית בתקופת ההיריון ולאחר הלידה. רמי הכחיש טענות אלה מכל וכל. בהסכם הגירושין, שגובש לבסוף, נקבע כי עידו יישאר בחזקת אמו וכי רמי יראה את עידו פעמיים בשבוע ובכל סוף שבוע שני. עוד נקבע כי בעת שאחד ההורים ישהה בחו"ל, יהיה הילד אצל ההורה האחר.

חמישה חודשים לאחר הסדרת הגט בבית הדין הרבני, פנתה איילת לבית המשפט לענייני משפחה ברמת גן בתביעה לאפשר לה להגר עם בנה ללונדון. זאת בעקבות קשר זוגי עם יוחאי, ישראלי שחי באנגליה זה שמונה שנים ועובד שם כמנכ"ל של חברה מסחרית. באותה עת היה יוחאי גרוש ואב לילד בן שתיים-עשרה, שחי בישראל ושאותו היה מבקר תדיר. רמי התנגד לבקשתה של איילת ודרש כי לא תותר הגירתו של עידו עם אמו. במהלך הדיונים בבית המשפט לענייני משפחה נישאה איילת ליוחאי, ושלושה חודשים לאחר מתן פסק הדין בערכאה זו נולדה להם בת. במהלך תקופה זו שהה עידו לפרקים אצל אביו, עקב נסיעותיה של אמו ללונדון, נסיעות שהיו תכופות וממושכות לעתים.

בעת ההתדיינות בבית המשפט לענייני משפחה יוצגו הצדדים על-ידי עורכי דיין המתמחים בהליכי גירושין. לבקשת הצדדים מינתה השופטת יהודית שטופמן, שדנה בתיק, את פרופ' רחל לוי-שיף, מומחית לפסיכולוגיית ילדים, לתת חוות דעת בדבר בקשתה של איילת. לאחר מפגשים עם איילת, רמי, יוחאי וגרושתו, תצפיות במפגש בין כל אחד משלושת הראשונים עם עידו, עריכת מבחני אישיות לרמי ולאילת ושיחה עם הגננת של עידו, הגישה הפסיכולוגית את חוות הדעת. בחוות הדעת נאמר כי שני ההורים בעלי מסוגלות הורית טובה, וכי פרידה מכל אחד מהם תסב לעידו נזק. שישה ימים לאחר הגשת חוות הדעת זו, הגישה הפסיכולוגית חוות דעת שנייה, שבה הוסיפה כי "על-פי הדעה המקובלת בין המומחים להתפתחות הילד בגיל הרך", עדיפה האפשרות של משמורת אם עם ביקורים תכופים וממושכים אצל האב. בינואר 1999 פסקה השופטת שטופמן כי האם תוכל להגר עם בנה, וכי עידו ישהה עם אביו בין יום חמישי לראשון פעם בחודש בישראל ובין יום חמישי למוצאי שבת פעם בחודש בלונדון. כמו-כן, עידו ישהה עם אביו בישראל שבוע בחנוכה, שבוע בפסח ושבועיים בחופש הגדול.⁹

הן רמי והן איילת ערערו על פסק הדין של השופטת שטופמן לבית המשפט המחוזי.

8 שמות אלה בדויים, כולל שמותיהם של הילד ושל בן-הזוג החדש של האישה. שמות המעורבים או קיצוריהם הוחלפו בשמות בדויים גם בציטוטים מתוך ההכרעות השיפוטיות.

9 אף-על-פי שהדבר לא נאמר במפורש, אפשר להבין מפסק הדין כי איילת נדרשת לממן את נסיעותיו של עידו לישראל ורמי נדרש לממן את עלות מפגשיו עם עידו בלונדון.

רמי ערער על מתן ההרשאה לאיילת להגר עם עידו, ואיילת ערערה על תכיפות הסדרי הביקורים שנקבעו. הרכב בית-המשפט המחוזי, שכלל את השופטים חיים פורת, אביגדור משאלי וסביונה רוטלוי, הפנה את התיק בחזרה לבית-המשפט לענייני משפחה, להשלמת דיונים וראיות לגבי שתי שאלות: האם יש אפשרות שיוחאי יחזור להתגורר בישראל במקום שאיילת ועידו יהגרו ללונדון; והאם ייתכן שהסדר הביקורים מכביד ואינו מתאים לילד כה צעיר כעידו (שהיה כבן שלוש באותה עת). לאחר חמישה חודשי התדיינות נוספים בבית-המשפט לענייני משפחה, וקבלת חוות-דעת נוספת של פרופ' לוי-שיף לגבי שאלות אלה, נתנה השופטת שטופמן פסק-דין משלים, שלא שינה את הכרעתה הראשונה, הן לעניין ההגירה והן לעניין הסדרי הראייה. רמי ערער על פסק-דין זה לבית-המשפט המחוזי. ביום שבו נשמע הערעור, הודיעה איילת לבית-המשפט, באמצעות בא-כוחה, כי בכוונתה להגר ללונדון גם אם ייפסק שאינה יכולה לקחת עמה את עידו. במאי 2000 ניתן פסק-הדין של בית-המשפט המחוזי מפי השופט פורת ובהסכמת שני השופטים האחרים. פסק-הדין הפך את פסק-הדין של בית-המשפט לענייני משפחה וקבע כי עידו יישאר בישראל וכי בית-המשפט לענייני משפחה יקבע את הסדרי הראייה בין איילת לבנה.

איילת ערערה על פסק-הדין של בית-המשפט המחוזי לבית-המשפט העליון. אל עורך-הדין שייצג אותה עד כה צורף עורך-דין נוסף, המתמחה בייצוג בערכאה זו. הרכב בית-המשפט העליון, שכלל את השופטים דליה דורנר, מישאל חשין ואלהו מצא, הפך את החלטת בית-המשפט המחוזי וקבע, על-פי הצעתה של השופטת דורנר, כי פסק-הדין של בית-המשפט לענייני משפחה יושב על כנו בשני שינויים: האחד – שאיילת תתחייב שעידו ילמד באנגליה במוסדות חינוך יהודיים, והשני – שבתוך שנתיים יוכל רמי לפנות שוב לבית-המשפט לענייני משפחה ולהגיש בקשה לבחינה מחודשת של הסדר המשמורת. בקשתו של רמי לקיום דיון נוסף נדחתה, ואיילת היגרה עם בנה לאנגליה.

הורות, משפחה ומגדר בפסקי-הדין

לאחר דיון ארוך ברקע לבקשת ההגירה, במערכת היחסים הקשה בין הצדדים, במסגולותם ההורית הטובה, בפסקי-דין שניתנו בבקשות הגירה אחרות, ובחוות-הדעת של הפסיכולוגית, ניסחה השופטת שטופמן בבית-המשפט לענייני משפחה את עמדתה העקרונית: "נקודת המוצא היא כי טובתו של עידו וזכויותיו כקטין, מחייבות קביעת משמורתו אצל אמו. מנגד, יש לכבד את זכותה של איילת לבנות משפחה חדשה, לחיות חיי משפחה שלווים עם בעלה והילד העתיד להיוולד לה. נראה לי כי יהיה זה בלתי סביר, בלתי אנושי ובלתי הוגן לחייב את איילת לחיות בנפרד מבעלה, ולחיות, למעשה, כאם חד הורית לשני ילדים. עוד אינני סבורה כי יוחאי הוא זה אשר עליו לוותר על מקום עבודתו ומשרתו הבכירה, במסגרת הסכסוך שבין איילת לרמי. לא סביר בעיני כי בסכסוך אשר בין רמי לאיילת, יוחאי הוא זה שיידרש לשלם את מחיר ההסדר שיתאים לכל הצדדים, על ידי שינוי מרכז חייו, וויתור על מקום עבודתו מזה כעשר שנים." ¹⁰ [ההדגשה במקור]

10 לעיל הערת-שוליים 2, בע' 22 לפסק הדין.

בעמדה זו יש שלושה אלמנטים מרכזיים, שיעמדו לביקורת סוציולוגית בהמשך המאמר:

- א. נקודת המוצא שלפיה טובת הקטין מחייבת משמורת אם.
- ב. כריכת רצונה הפרטי של האשה - במובחן מתפקידה כאם - עם שאיפתה לתפקד כרעיה במסגרת של משפחה גרעינית קלסית, המוזהה אינהרנטית כמקור של יציבות, תמיכה רגשית ואושר פרטי.
- ג. מעמדו הבלתי מעורער של הגבר כמי שמחויבותו לקריירה בשוק העבודה עומדת מעל מחויבויותיו האחרות.

כפי שנראה בהמשך, פסקה זו מקפלת בתוכה בדיוק נמרץ גם את עמדתה של השופטת דורנר בבית המשפט העליון. לפיכך, לא נתעכב בשלב זה על משמעותה של עמדה זו ונחזור אליה בהמשך, לאחר דיון בהכרעתו המנוגדת של השופט פורת בבית המשפט המחוזי. השופט פורת, שהפך את הכרעת בית המשפט לענייני משפחה והעביר את המשמורת על עידו לידי אביו, כתב החלטה חדשנית. השופט פורת דחה את המלצת הפסיכולוגית וביסס את הכרעתו על עקרון השוויון בין המינים בכל הנוגע לזכויות הוריות. השופט פורת פתח את פסק-דינו בסקירת מקורות משפטיים המצביעים על שוויון בין הורים בזכותם לגדל את ילדם וקבע כי -

"שוויון זה שבין ההורים הוא שיקול בסיסי וראשוני שחייבים לראותו אף כשיקול בסיסי וחשוב מבין השיקולים אשר נשקלים כדי להגיע לטובת הילד."¹¹

השופט פורת הדגיש כי נוכחות שני ההורים בחיי הילד חשובה במיוחד כאשר מדובר בילד רך בשנים:

"בעבר תפיסת העולם השכיחה של האב במערכת החברתית משפטית ואף בקרב בני המשפחה עצמם הייתה של אב מפרנס ולא של הורה העוסק בגידול הילדים הרכים. לעומתו, הובלטה חשיבותה המרכזית והבלעדית של האם. דפוס זה אינו בלעדי עוד. שינויים חברתיים ואידיאולוגיים הבליתו עד כמה הוזנח מקום האב בניתוח ההליכים העוברים על המשפחה, ועד כמה מכירים כיום במרכזיות האב וחשיבותו לילד במיוחד בגיל הרך."¹²

השופט פורת מקדיש פרק שלם בפסק-דינו לחזקת הגיל הרך,¹³ שבו הוא חוזר על טענתו כי שינויים חברתיים קעקעו את חלוקת התפקידים המסורתית שעליה האם מטפלת בילדים והאב מפרנס. שינויים אלה, התרבות הדעות בדבר מרכזיות האב בחיי ילדיו וביטול חזקת הגיל הרך במדינות אחרות, מחייבים, לטענת השופט פורת, התייחסות לחזקת הגיל

11 לעיל הערת-שוליים 3, בע' 6 לפסק הדין.

12 שם, בע' 9 לפסק הדין.

13 השופטת שטופמן אינה מתייחסת כלל לחזקת הגיל הרך, מכיוון שהיא בונה "מסגרת נורמטיבית" המתבססת בעיקרה על תקדים של בית המשפט המחוזי בדבר הכרעה בבקשות הגירה שאינו כולל חזקה זו (מ"א 2069/92 פלונית נגד פלוני, לעיל הערה 6). השופט פורת מתייחס לחזקת הגיל הרך כחלק מתקיפת חוות הדעת של פרופ' לוי-שיף, המסתמכת על התפיסה כי לילדים רכים עדיף להיות במשמורת אמם. השופטת דורנר, לעומת זאת, מתייחסת לחזקת הגיל כמבחן הרלוונטי להכרעה הן בתיקי משמורת והן בבקשות הגירה.

הדרך כאל שיקול אחד מני שיקולים רבים המשפיעים על ההכרעה בדבר טובת הילד, ולא כאל שיקול-על המגביל את מרחב שיקול הדעת של מומחים טיפוליים ושל שופטים. עמדתו של השופט פורת עולה בקנה אחד עם ממצאים סוציולוגיים באשר לשינויים בזהויות ובתפקידים הקשורים להורות של גברים ושל נשים במודרניות המאוחרת. בשנים האחרונות החלה להתפתח ספרות סוציולוגית המצביעה על תהליך עקבי של גידול במספרם של 'אבות חדשים' (new fathers). 'האב החדש', בין אם במסגרת זוגית ובין אם לאחר פרידה, הוא גבר המודע לצד הרגשי שלו, הרוצה להעניק מעצמו לאהובים עליו, והמעוניין להיות בחברת ילדיו ולקשור עמם קשרים נפשיים משמעותיים. זהו גבר היוצר סדר עדיפויות חדש, המאפשר לו לחלוק עם אמם של ילדיו את הטיפול וההשקעה בילדים (Lupton & Barclay, 1997; Coltrane, 1996; Burghes et al., 1997). דימוי 'האבות החדשים' נוכח בתוכניות טלוויזיה, סרטים ומגזינים (Bronstein, 1988; Furstenberg, 1988), כמו גם בשיח הטיפולי שהחל לייצר מחקרים המצביעים על חשיבות מעורבותו הרגשית והטיפולית של האב בהתפתחות התקינה של ילדיו (שגיא וקורן-קריא, 1988; Gottman, 1998). לטענתה של פוגל-ביד'אוי (1999), גם בישראל ישנם 'אבות חדשים', שלמרות חוסר האפשרות להעריך במדויק את מספרם, הם נוכחים דיים ולפיכך נתפסים על-ידי חלק מהגברים הישראלים כאיום על מקומם בחברה ובמשפחה.

השיח הפמיניסטי, המתייחס לאבהות בכלל ול'אבות חדשים' בפרט, מצוי בחיתוליו.¹⁴ ישנן הטוענות כי בניגוד לנוכחותם הגוברת של 'האבות החדשים' בשיח הטיפולי ובתוצרי התרבות הפופולריים, מספר הגברים שמאמצים בפועל פרקטיקות התואמות דגם זה הוא קטן עד זניח. יתרה מכך, השיח על הגברים הרגשיים, אשר משתתפים בעבודות הבית ובטיפול בילדים, ממסך את הסדרגציה התפקודית ואת יחסי הכוחות הפטריארכליים שעדיין קיימים בין נשים לגברים בבית ומחוצה לו (Lewis & O'Brien, 1987). בהתאם לכך, מאחורי קריאתם של ארגוני גברים לביטול חוקות המעדיפות משמורת אם בשם הזכות לשוויון, אין למעשה מוכנות אמיתית לחלוק באופן שווה את האחריות והעבודה הכרוכה בגידול הילדים (Bertoia & Drakich, 1993). אל מול טענות אלה אפשר להציג ממצאים אמפיריים, המצביעים על כך שהטיפול בילדים הוא המשימה שבה הצטמצם הפער בין המינים באופן המשמעותי ביותר. כיום, נשים מטפלות בילדיהן פחות שעות מאשר טיפלו בהן אימותיהן, ואילו גברים מטפלים בילדיהם יותר מאשר טיפלו בהם אבותיהם (Coltrane, 1997, p. 54; Burghes et al., 1996). אולריך בק ואליזבת בק-גרנשיים (Beck & Beck-Gernsheim, 1995) רואים בהתרחשויות בתהליכי גירושין סימן נוסף לתלות הרגשית של גברים בילדיהם, הקיימת לטענתם בעידן הנוכחי. הם מציינים את הגידול במספר המקרים שבהם אבות נאבקים על משמורת, את תחושת האובדן שאבות לא-משמורנים רבים חשים לאחר גירושין ואת הגידול במספר חטיפות ילדים על-ידי אבות שלא קיבלו משמורת, כאותות למקום הרגשי המרכזי שילדים ממלאים בחיי אבותיהם.

גם הממעיסות בחשיבותה ובמרכזיותה של תופעת 'האבות החדשים' אינן יכולות להתעלם מכך שאי אפשר לדבר עוד על דפוס משפחתי אחד ויחיד של משפחה הטרוסקסואלית, שבה האב מפרנס והאם מטפלת בילדים. בארצות-הברית, לדוגמה, דפוס

14 דוגמה נדירה בהיקפה לעיסוק פמיניסטי באבהות בעידן העכשווי הוא ספרה של גנסי דאוד (Dowd,

משפחתיות זה תואם רק כחמישית מהמשפחות (Coltrane, 1996). מחקרים סוציולוגיים שונים מלמדים כי גם בישראל ישנו מגוון משפחתי הכולל אופני חלוקת תפקידים שונים בין אימהות לאבות, כולל דפוסים מסורתיים של חלוקה מגדרית מובהקת ודפוסים שוויוניים, שבהם שני ההורים מפרנסים ומטפלים בילדים (אורן, 2001; מרקס ודורון, 1988; Benjamin, 1997). המגוון בדפוסי חלוקת התפקידים בין אימהות לאבות בעידן העכשווי מעורר שאלות באשר ליחס המשפטי הראוי לגבי קשרי הורים-ילדים לאחר הגירושין: כיצד המשפט צריך להתייחס להורות בעידן העכשווי? האם עליו להישען על חוקות דוגמת חוקת הגיל הרך, ובכך להכיר בעובדה שנשים עדיין נוטלות את החלק הארי בגידול ילדים, או שמא על המשפט להכיר ברב-גוניות בין משפחות שונות ולנטוש חוקות קבועות מראש? האם על המשפט לחזק את ניצני השינוי החברתי ולהוביל אותו בכך שיתיר לאבות, או אף ינסה לעודד אותם, לקחת חלק מרכזי בחיי ילדיהם לאחר הגירושין? האם עמדה פמיניסטית צריכה להגן על חוקות בדבר עדיפות האם כהורה, ובכך להוקיר את השקעותיהן של נשים במשפחתן במהלך הנישואים ולהכיר במרכזיותה של האימהות בחייהן, או אולי דווקא לעודד מעורבות של אבות אחרי הגירושין בנשיאת עול הטיפול בילדים וביצירת קשרים משמעותיים של נתינה רגשית?

התשובות לשאלות אלה נגזרות לא רק משאלת היחס והעמדות כלפי האבהות, אלא גם מהאופן שבו נתפסות חוויות האימהות והשפעתה על מעמדן של נשים בחברה. סקירת הספרות הפמיניסטית העוסקת באימהות מגלה כי חלק ניכר ממנה מדגיש את הקשיים הנובעים מחוויות האימהות ואת הקשר בין מחויבותה הרגשית, המעשית והנורמטיבית של האישה לילדיה לבין שעתוק נחיתותה החברתית. היריון, לידה והנקה מתוארים בעיקר כחוויות פיזיות ונפשיות קשות, המטשטשות את גבולות העצמי של האישה. טיפול ודאגה לילדים מוצגים כנטל וכעול, ועבודות הבית מוצגות כמשימות משעממות ובלתי מתגמלות. מוסד האימהות המודרני נתפס כאמצעי מרכזי להמשך דיכוייה של האישה בחברה הפטריארכלית והעצמת תלותה בגבר. האימהות מצטיירת כבעיה שעל נשים להתמודד עמה ולגבור עליה כדי לתת מקום לאני המשוחרר שלהן, שיכול להתממש בראש ובראשונה בתחום הציבורי, כלומר, בשוק העבודה בשכר או בפוליטיקה (ראו, לדוגמה: Firestone, 1963; Friedan, 1963; De Beauvoir [1949] 1989). מפרספקטיבה זו אפשר לגזור עמדה המצדדת ביצירת שוויון בזכויות ובחובות בין גברים לנשים בתחום הפרטי, לרבות ביחס להורות. בדיוק כפי שנטען ביחס לתחום הציבורי, יש להתייחס באופן שוויוני ליכולות ולרצונות של נשים ושל גברים לגבי משפחתם במנותק מזהותם הביולוגית. הכרה ביכולתם של גברים ליטול אחריות שווה בגידול הילדים ועידודם לעשות זאת הם תנאי הכרחי לשינוי חלוקת העבודה המסורתית הן בתחום הפרטי והן בתחום הציבורי. משמעותה של גישה כזאת במשפט היא, בין השאר, ששוב אין מקום להחלטה של חוקה המניחה כי מקומם הטבעי של ילדים לאחר גירושין הוא עם אמם.¹⁵

כאמור, על בסיס עיקרון שוויוני זה (אם כי בלי דיון בספרות הסוציולוגית הרלוונטית ואגב התעלמות מהגות פמיניסטית כלשהי) מבטל השופט פורת, למעשה, את חוקת הגיל הרך הקבועה בחוק. נוסף על כך, השופט פורת מגלם בהחלטתו מערכת ציפיות התואמת

15 כפי שיוצג בהמשך, ישנן גישות פמיניסטיות אחרות הרואות באימהות מקור כוח וסיפוק לנשים, והמצדדות בתורת משפט המוקירה את הקשר המיוחד שבין אימהות לילדיהן.

את דגם 'האב החדש'. ראשית, הוא אינו מקבל את הטענה כי יוחאי, הגבר החדש בחייה של האישה, מנוע מלעבור לישראל. לדידו, יוחאי לא עשה ניסיונות רציניים למצוא עבודה בישראל, ניסיונות שהיה עליו לעשות גם אם הדבר מנתק אותו מהקריירה הנוכחית שלו. זאת במיוחד לנוכח העובדה שהוא ישראלי, אשר שוהה בישראל מאה ימים בשנה כדי לבקר את בנו מנישואים קודמים.¹⁶ מסקנתו, העקיפה לפחות, היא שעדיף היה אילו הייתה האם נשארת בישראל כשבנה בחזקתה, ואילו בן-זוגה החדש היה חוזר לישראל. שנית, כאשר אפשרות זו נשללת על-ידי האם, מחליט השופט פורת כי על הילד להישאר בחזקת אביו, וכי אב זה מסוגל לספק את כל צורכי ילדו. משתי בחינות אלה יוצר השופט פורת השוויות חובות בין גברים לנשים, מטיל על גברים חובות העומדות מעל צווי שוק העבודה, ומצפה הן מהאב והן מהגבר שהאישה נישאה לו בשנית לתפקד כ'אבות חדשים'.

אך למרות רטוריקת השוויון שנוקט השופט פורת, בחינה מדוקדקת של הכרעתו המסוימת מצביעה על כך שהיא אינה עולה בקנה אחד עם העקרונות התאורטיים שהוצגו לעיל. השופט פורת נוקט בלשון "הורה" ואינו מבדיל בין אימהות ואבות המבקשים להגר. אך המשמעות המגדרית של פסיקתו מתבהרת כאשר מבינים את ההקשר המשפטי-חברתי של בקשות הגירה של "הורה". למעשה, על-פי רוב, המסגרת המשפטית שבה מתקיים דיון בבקשתו של הורה להגר היא בקשה של הורה משמורן להוציא את הילדים מן הארץ למרות התנגדותו של ההורה הלא-משמורן. הצורך והרצון של ההורה שעמו חיים הילדים לקחת אותם עמו במקרה של מעבר למדינה אחרת, הם המצרים את חופש התנועה של ההורה המשמורן. מכאן שההגבלות על הגירתו של הורה הן למעשה הגבלות על ההורה המשמורן ולא על ההורה הלא-משמורן.¹⁷ מכיוון שברובם המכריע של המקרים ההורה המשמורן הוא האם, ההגבלה על חופש התנועה של "הורה" והטיעונים בזכות הגבלה כזאת הם, למעשה, הגבלת חופש התנועה של אימהות ולא של אבות.

ההיבטים המגדריים של נכונותו של השופט פורת להגביל את חופש ההגירה של הורה משמורן, כלומר, של אימהות, מתחדדים כאשר בוחנים את מערכת הדימויים המשמשת בסיס להכרעתו. בחינה זו מלמדת כי בלב ההכרעה עומדת למעשה תפיסה של האישה כאם בלתי ראויה. תפיסה זו מתגבשת בתגובה ישירה להצהרות באיכותה של האישה באשר לתוכניותיה. כמעט בפתח ההחלטה, בפסקה מודגשת, מציין השופט פורת את העובדות הבאות מפרוטוקול הדיון בבית-המשפט המחוזי:

ביום בו שמענו את הערעור הודיע לנו עו"ד שובר (בא-כוח איילת):
'יוחאי לא יעבור לחיות במדינת ישראל זה מבחינתו חד וחלק. ...איילת היא בתהליך של מעבר לחיות באנגליה, אין לה אפשרות יותר לחלק את חייה בין

16 לעיל הערת שוליים 3, בע' 35 לפסק הדין.

17 הגבלות על הגירתו של הורה לא-משמורן ביוזמת ההורה המשמורן יכולות להיקבע במקרה של חובות כספיים של ההורה הלא-משמורן להורה המשמורן או לילדיו. תאורטית, הורה משמורן יכול להתנגד להגירתו של הורה לא-משמורן גם בטענה שההגירה פוגעת בסובת הילד בשל הנתק שייווצר בין ההורה הלא-משמורן לבין ילדיו. עד כמה שידוע לנו, תביעה מסוג כזה טרם נדונה בבית-משפט ישראלי וראו סקירתו של השופט פורת במ"א 2069/92, לעיל הערה 6, שממנה אפשר ללמוד כי גם שיטות משפט אחרות מתרכזות בזכות להוציא ילדים מחוץ לגבולות ארצם ובכך, למעשה, מכירות במגבלות הגירה על הורה משמורן ולא על הורה לא-משמורן.

ישראל לאנגליה, על רקע זה היא שווה כשלושה חודשים באנגליה... כשהיא חוזרת לאנגליה (לאחר ביקור בארץ - ח' פ') הילד נמצא אצל האב... היום הסטטוס חדש מבחינתה והיא מתכוונת להתגורר באנגליה בכל מקרה... אם לא תאושר הגירתו של הילד, הרי שיצטרך להשאר אצל האבא'." [הדגשה ונקודות קטיעה במקור].

לדעתנו, פסקה עובדתית-הצהרתית זו היא שמנחה את השופט פורת בהחלטתו לגופו של עניין:

"מצופה מאם לילד אשר מתכננת את עתידה שתתחשב בו, בצרכיו ובקשריו עם ההורה האחר ושתהא מוכנה לויתורים מסוימים שמעמדה כאם ילדים מחייבה לעשותם, זאת במיוחד שעה שעוסקים בילד בגיל הרך, גיל שבו שמירת הקשר עם שני הוריו משמעותית להתפתחותו ולעצם זכירתו את ההורה האחר. בענייננו, האם ובעלה החדש נראים כשקועים בענייניהם בלא שהתחשבו בתכנון עתידם בקטין. כחמישה חודשים בלבד לאחר גירושי ההורים, עתרה האם לבית המשפט ובקשה רשות הגירה עם הגבר איתו החל להרקם הקשר רק מספר שבועות לאחר הגירושין. לאחר זמן כה קצר החליטה האם כי ברצונה להגר עם בנה, שעה שהקשר טרם היה יציב ובטרם יכלה להווכח בביסוס הקשר לעתיד. אמנם כעת הזוג נישא והקים משפחה, אך הגשת בקשת ההגירה בשלב כה מוקדם מעידה על נקיסת הליכים פזיזים מצד האם ותכנון עתידה בלא שתשקול את טובת ילדה."¹⁸

השופט פורת מצטט שנית מהצהרת בא-כוחה של האישה בדבר כוונתה להגר גם אם תאבד את המשמורת על בנה, ומאפיין הצהרה זו כ"מטילת צל" על התנהגותה: "הורה המודיע כי הוא מהגר בכל מקרה, גם ללא ילדו, מציג עצמו למעשה כמי שכבר הכריע בדילמה, הוא מוכן לעזוב את ילדו, ומתכחש לצרכיו בגלל אי הנוחות הנגרמת לו עצמו, מבלי לשקול את טובת הילד. בכך מעלה אותו הורה סימני שאלה בנושא מסוגלותו ההורית."¹⁹

השופט פורת מתאר את תוכניתה של איילת להגר עם בנה ללונדון כ"פזיזה" וכזאת שמטרתה הבלעדית היא להשביע את עקשנותו של בן-זוגה החדש של האם להמשיך ולעבוד בחו"ל. איילת מצטיירת בפסק-הדין של בית-המשפט המחוזי כאישה תלוית, אשר מקבלת החלטות לא-רציונליות עקב להיטותה להיכנס לקשר חדש עם גבר שזה עתה הכירה. התייחסות זו לאיילת ולבחירותיה מתיישבת עם הדיכטומיה ההיררכית המוכרת, המקשרת בין נשיות, רגשנות ואימפולסיביות, והמנגידה קישור זה כנחות מן הקישור בין גבריות, שכלתנות וקור רוח. השופט פורת אינו מתלבט ואינו שוקל דרך אחרת להבין את איילת, דרך אשר יכולה להצביע, לדוגמה, על כך שאיילת ביצעה מהלך הגיוני ונחוץ של ניסיון התרחקות מקשר קודם שגרם לה סבל, וניסיון לחזק קשר חדש המסב לה אושר. דרך נוספת

18 לעיל הערת-שוליים 3, בע' 4-5 לפסק הדין.

19 שם, בע' 13 לפסק הדין.

20 שם, בע' 15 לפסק הדין.

שבה אפשר לייחס היגיון ושיקול דעת להחלטתה של איילת להגר, גם אם לא יותר לה לקחת את בנה, היא שקלול דבר קיומה וצרכיה של בתם של איילת ויוחאי, שנולדה לפני הכרעת בית המשפט המחוזי. השופט פורת בוחר להתעלם מהיותה של איילת אם לילדה נוספת ומהאפשרות שהחלטתה להגר בכל מקרה היא החלטה רציונלית, המבקשת לשמר את הקשר בין הבת שזה עתה נולדה לבין אביה, דווקא מתוך ההכרה, שהשופט פורת מצדד בה, בחשיבות אבות בחיי ילדיהם הדכים.

ההתעלמות מקיומה של הבת הנוספת הכרחית לצורך המהלך שנוקט השופט פורת בהבנייתו את איילת כאימא לא טובה ואת ה'אימהות' כתפקיד טוטלי: איילת נמצאת בלתי ראויה לחזקה על בנה בשל אי-נכונותה לוותר על רצונותיה האנוכיים (המתבטאים לכאורה ב"עקירה"²¹ לארץ אחרת) לטובת המחויבות הנובעת מאימהותה, האמורה לקשור אותה לישראל כדי שהילד ייהנה מסביבה תומכת יומיומית של שני ההורים. בשל אנוכיותה זו צריכה איילת לשלם את מחיר העברת המשמורת של בנה לידי אביו. שקלול קיומה של הבת ובחינת האפשרות כי ההגירה היא ויתור של איילת על מולדתה למען ילדתה היו מקשים על הבניית איילת הן כאם אנוכית, המרוכזת בצרכיה ומתעלמת מצורכי ילדיה, והן ככזאת שאינה מסוגלת לעשות ויתורים למענם.

כך, במעבר מהדין הכללי אל המקרה הפרטני, מבצבצת מבעד לרטרוריקה השוויונית באשר לזכויותיהם ולחובותיהם של הורים, אבות ואימהות כאחד, תפיסה שמרנית, הן של האישה כתלותית, פזיזה ובלתי רציונלית, והן של ה'אימהות' כמהות המחייבת ויתורים על שאיפותיה האינטרסנטיות של האישה, לרבות שימור קשר זוגי חדש.²² כאמור, הכרעתה של השופטת דורנר בבית המשפט העליון ביטלה את פסיקתו של השופט פורת. עורכי הדין של איילת השקיעו בשכנוע בית המשפט כי העמדה הנאורה והמתבקשת היא זו המכירה באישיותה הנפרדת של האישה ומכבדת את רצונותיה והעדפותיה הפרטיות, וכי גישה זו היא שעולה בקנה אחד עם הגישה הפמיניסטית הראויה. אכן, לכאורה נראה כי פסק הדין שכתבה השופטת דורנר מבטא את העמדה שלפיה יש לבחון את מעשי האישה וזכויותיה במובחן מתפקידיה המסורתיים כאם וכרעיה. עמדה זו אינה מנוסחת באופן ישיר, אלא עולה מעמדתה הנחרצת של השופטת דורנר כי "שאלת ההכרח בהגירה ככלל אינה רלוונטית".²³ נקודת המוצא של השופטת דורנר היא כי עצם הזכות של הורה משמורן להגר אינה יכולה להיות שנויה במחלוקת, וכי יש לנתק בין שיקולי ההגירה לבין

21 בשלב מסוים בפסק הדין השופט פורת ממיר את המושג "הגירה" ל"עקירה", ראו שם, בע' 32 לפסק הדין.

22 גישתו של השופט פורת מזכירה נטייה שכיחה בפסיקה האמריקאית, שעל-פיה אם עלולה לאבד את החזקה על ילדיה בשל סטיית מדגם "האם הראויה" בשל התנהגותה המינית, לרבות קשר חדש עם גבר (Becker, 1992, pp. 175–177; Fineman, 1995, p. 78). דוגמה נוספת לסכנה הטמונה בגישתו של השופט פורת לנשים החורגות מהציפיות החברתיות כלפיהן היא פסק דינו בבקשת בנות-זוג לסביות לאמץ זו את ילדיה של זו. בפסק הדין מתייחס השופט פורת לפסק דינו הנידון במאמר זה, ורואה בחריגות הזוג הלהסבי ובחשיבותו של אב בחיי ילדיו (אף-על-פי שמדובר בילדים שנולדו מתרומות זרע) כשיקולים מנחים בסירובו לקבל את בקשות האימוץ, ראו ע"מ 10/99 (מחוזי ת"א) פלונית ופלמונית נגד היועמ"ש, דינים מחוזי לב(2) 31.

23 לעיל הערת-שוליים 4, בע' 332 לפסק הדין.

הקריטריונים שלאורם יש לבחון את סוגיית המשמורת. בכך מסרבת השופטת דורנר לשפוט הורים משמורניים (כלומר, אימהות) הבוחרים להגר למדינה אחרת ומסרבת לפשפש במניעיהם. השופטת דורנר מכירה בזכותן של נשים, ובזכותה של איילת בכלל זה, לבחור את בחירותיהן, לרבות הגירה למדינה אחרת, כזכות הקיימת בלי קשר להיותן אימהות. בד בבד עם ההכרה בעצמאותה של האישה, השופטת דורנר אינה מוכנה לוותר על חזקת הגיל הרך, הקובעת כי בהעדר הוכחות בדבר מסוגלות הורית נמוכה, עדיף כי ילדים קטנים יישארו במחיצת אמם:

"עדיין בדרך-כלל הקשר בין ילדים רכים בשנים לבין אמם חזק מהקשר בינם לבין אביהם. כך עולה ממחקרים עדכניים רבים הדנים בקשר הפסיכולוגי המיוחד שנבנה בין האם לילדיה ובנוק שכלול להגרם לילדים, במיוחד בגיל הרך, מניתוקם מן האם שטיפלה בהם מאז לידתם והעניקה להם חום ואהבה, וזאת אף במקרים שבהם לאב תפקיד משמעותי בחיי הילדים."²⁴

מבחינה זו אפשר לטעון כי החלטתה של השופטת דורנר קרובה לעמדה המנוסחת על-ידי רובין ווסט (West, 1988), תאורטיקנית פמיניסטית המחפשת דרכים ליישב בין גישות פמיניסטיות שונות ומנוגדות לאימהות. ווסט טוענת כי למרות חזקה של הגישה שהוצגה קודם, הרואה בזיהוי בין נשיות לאימהות בסיס מרכזי להמשך דיכוין של נשים, יש להביא בחשבון גם את העובדה שאימהות היא לעתים חוויה מעצימה וחיונית, אשר ניטרולה מהקשרה המגדרי עלול לגזול מנשים עוגן קיומי וחוויתי מרכזי. התבוננות שונה זו על האימהות מתקשרת לעמדה הרואה בדאגה ובהענקה לילדים ערכים נעלים בפני עצמם, הנחוצים לקיומה של חברה מתוקנת. על-פי עמדה זו, האימהות מהווה מקור לתחושות חיוביות לנשים, כגון אהבה וסיפוק, ומקור לאתיקה אלטרנטיבית לאתיקה הגברית, האינדיבידואליסטית והתחרותית, הכוללת, בין היתר, אכפתיות, אחריות, ענווה, חברות והקשבה (ראו, לדוגמה: Gilligan, 1982; Ruddick, 1980). עמדה זו מצדדת בכללי משפט המכירים בקשר המיוחד הנוצר בין אימהות לילדיהן ומגנים עליו (Fineman, 1995). דוגמאות בולטות לכללים משפטיים כאלה הן חזקת הגיל הרך או חזקת העדפת האם, המכירות בכך שברובם המכריע של המקרים האם היא זו הדואגת לצרכיו הפיזיים והנפשיים של הילד ויוצרת עמו את הקשר המשמעותי יותר במהלך הנישואים, ועל כן חזקה כי טובת הילד שיישאר עם אמו לאחר הגירושין (Becker, 1992). לטענתה של ווסט, שתי הגישות הפמיניסטיות ביחס למשמעותה של האימהות מתארות משהו אמיתי לגבי מציאות החיים של נשים. נשים יכולות, בזמנית, להעריך אינטימיות ולפחד ממנה, לחשוש מפרידה ולשאוף אליה. בהתאם, האימהות היא גם חוויה נעימה, מספקת ומעצימה, וגם חוויה מדכאת, כואבת ומגבילה.²⁵ ווסט קוראת לתורת משפט שתכיר ותוקיר את הערכים הנובעים

24 שם, בע' 331-332 לפסק הדין.

25 דוגמה מקומית ועכשווית לדיון במורכבות החוויה האימהית אפשר למצוא בכתבה על ד"ר תמר הגר, המתארת את קשייה כאם תוך כדי מיקומם בהקשר היסטורי-תרבותי, ותגובות של אימהות אחרות, תומכות ומסתייגות מעמדה זו, שהתפרסמו במגזין הורים וילדים, 2001, גיליונות 166, 167. ראו גם הגר (2001).

מחוויות הקשר של נשים, לרבות האימהות, ובה בעת תכיר ותיאבק בסכנות הנובעות מחוויות אלה. הקשבה לקולותיהן של נשים מקבוצות אתניות ומעמדות שונות יכולה להוסיף נדבך נוסף לתאוריה של ווסט. חשוב להבין כי ישנן נשים המפיקות מאימהות סיפוק, הנאה וכוח בצורה רבה או שונה מנשים אחרות, וכי הבדלים אלה נעוצים לא רק במאפייניה האישיותיים של האם, אלא גם בכוחות החברתיים והתרבותיים המעצבים את החברה שהיא חיה בה (McClain, 1996).

במובן מסוים, פסק-דינה של השופטת דורנר נענה לאתגר שמציבה ווסט, ומייצר דגם הכרעה המשלב הערכה לטיפול ולדאגה שאימהות מעניקות לילדיהן עם הכרה בזכותה של האישה לממש את חירותה על-ידי הגירה למדינה אחרת, גם אם היא אם גרושה. בסירוב לבחון את שיקולי ההגירה מחד גיסא, ובשימור חוקת הגיל הרך מאידך גיסא, מוקירה השופטת דורנר את הקשר המיוחד הנוצר בין האם לילדה, ובה בעת היא מכירה בסכנות הכרוכות בקשר זה לעצמאותה של האם וליכולתה לתפקד כישות נפרדת מהילד, והיא נאבקת בסכנות הללו.

אך לשיטתה של דורנר, מהי החירות שאיילת מבקשת לעצמה? בדומה להכרעתו של השופט פורת בבית-המשפט המחוזי, השקפותיה המהותיות של דורנר אינן מתגלות רק בעמדותיה ה"תאורטיות" (כללי המשפט וממצאים מדעיים), אלא במשתני הקשר ה"עובדתיים", המטים את הכף לטובתה של איילת. במעבר מעקרונות ליישומם, גם השופטת דורנר מתגלה כבעלת השקפות שמרניות ומוגבלות ביחס להורות ולמשפחה.

השקפותיה של השופטת דורנר מקבלות את הביטוי המובהק ביותר באופן שהיא קושרת בין טובת הילד – עקרון-העל האמור, לשיטתה, להנחות את ההכרעה בבקשות הגירה שדינן כסכסוך משמורת, לבין קיומו של תא משפחתי המבוסס על חפיפה בין הורות לזוגיות. בעניין זה השופטת דורנר היא חד-משמעית: פרידתם של הורים זה מזה פוגעת בילדים וגורמת להם נזק. נקודת המוצא לדיון במשמורת במצב זה היא בכל מקרה "תפיסת הרע במיעוטו". מבחינתה של השופטת דורנר קיימת זהות ברורה בין טובת הילדים לבין המשך קיומה של המשפחה הגרעינית הקלסית. מבנה משפחתי זה מזוהה בתודעתה עם ערכים כגון יציבות ותמיכה רגשית, ובכל מקרה הוא המסגרת האידאלית לגידול ילדים. במילותיה של השופטת: טובתם של ילדים "מחייבת כי יגדלו במחיצת אביהם ואמם במסגרת תא משפחתי יציב ואוהב".²⁶ השקפה עקרונית זו היא שמנחה בפועל את הכרעתה של השופטת דורנר לטובת איילת, מכיוון שזו בחרה להקים "משפחה חדשה":

"המציאות בענייננו היא כי האב והאם נפרדו. הילד נמסר למשמורת האם, והאם הקימה משפחה חדשה עם י... ובמהלך ההליכים בפני הערכאות קמא הם נישאו, ואף נולדה להם בת. [...] על יסוד האמור לעיל אף ניתן להבין את עמדת האם, שלפיה אין ביכולתה להמשיך ולחלק את זמנה בין אנגליה לארץ, כמונעת על ידי הרצון ליצור תא משפחתי יציב ומתפקד שיפעל, באופן עקיף, לטובת הילד."²⁷

26 לעיל הערת-שוליים 4, בע' 331 לפסק הדין. עדות נוספת למרכזיות שהשופטת דורנר מייחסת ל"יציבות משפחתית" היא השימוש התכוף שהיא עושה בשם התואר "יציב", המופיע שתיים-עשרה פעמים בפסק-

הדין בויקה לקשרים משפחתיים.

27 שם, בע' 334 לפסק הדין.

בהתאמה, השופטת דורנר מפתחת היגיון זה ומציגה את אפשרות הישארותה של האם בארץ ככזאת אשר הייתה יוצרת לילדיה "תא משפחתי בלתי יציב". חוסר יציבות זה נובע מעצם העובדה שבארץ הילדים לא ייהנו מ"תמיכתו" של זוג הטרוסקסואלי החי עמם תחת קורת גג אחת. כך, בסופו של דבר, ולמרות הניתוק המושגי שביצעה השופטת דורנר בין ההחלטה להגר (אישיותה העצמאית של האישה) לבין שיקולי טובת הילד (האישה כאם), ההכרעה עצמה דווקא מבוססת על קשר כזה, אך תוך כדי עיצוב מסקנה הפוכה מזו שבית המשפט המחוזי הגיע אליה. בית המשפט המחוזי הסיק מהכוונה להגר שהמסוגלות ההורית היא נמוכה. השופטת דורנר, לעומת זאת, בקושרה בין טובת הילדים לקיומו של תא משפחתי הכולל זוג הטרוסקסואלי נשוי, מסיקה מהכוונה להגר שהמסוגלות ההורית היא תקינה, לנוכח הרצון לספק לילד תא משפחתי יציב ומתפקד.

מעניין לציין כי השופטת דורנר, כמו גם השופטים בערכאות הנמוכות, נוטה לדבר על 'משפחה' אך ורק בהקשר מצומצם, הנשען על דגם המשפחה הגרעינית המתמקד בבני-זוג בוגרים וילדיהם. אין צורך להיות מומחה לענייני משפחה כדי לדעת כי נוכחותם של סבים וסבתות, דודים ודודות, אחיינים ואחייניות, חשובה ביותר בכל הנוגע ליכולת לספק סביבה תומכת, חמה ומגנה לילדים. אך אלה אינם נדונים ואינם נשקלים במסגרת שיקולי טובת הילד שבחנה השופטת דורנר. לגבי השופטת דורנר, המשפחה נותרת מעין חללית קטנה, המכילה רק זוג נשוי עם ילדים, והמרחפת כאי של יציבות בעולם שבו ההקשר החברתי והמשפחתי הרחב יותר אינו רלוונטי כלל וכלל.²⁸

הצגתה של המשפחה הגרעינית הקלאסית – אישה, גבר וילדים החיים תחת קורת גג אחת – כאי של יציבות קשורה גם לחלוקת תפקידים מגדרית ברורה, כפי שעולה מהאופן שהשופטת דורנר משרטטת את דמותם של איילת, יוחאי ורמי. אבהותו של רמי כמעט שאינה זוכה בהתייחסות. יתרה מכך, יחסיו הטובים עם בנו מיוחסים בעקיפין לאיילת, שכן השופטת דורנר אינה רואה בהם הוכחה ליכולות האבהיות של רמי, אלא הוכחה לכך שהאיבה בין איילת לרמי לא הניעה אותה לנכר את עידו מאביו. לעובדה שרמי הוא זה שטיפל בעידו במהלך התקופות הממושכות שאיילת שהתה בלונדון עם יוחאי ובתם מקדישה השופטת דורנר חצי משפט, והיא אינה רואה בה יסוד מספיק לסתירת הקביעה כי איילת עדיפה כמשמורנית. בניגוד לרמי, שהוא נפקד יותר מאשר נוכח בפסק-הדין, דמותו של יוחאי, הגבר החדש בחייה של האם, מוצגת בהרחבה יחסית וכהתגלמות של ביטחון ויציבות. גבר זה הוא עמוד התווך שעליו נשען "תא משפחתי מתפקד ויציב" חדש. כבר בתחילת פסק-הדין כותבת השופטת דורנר כי יוחאי "מכהן כמנכ"ל חברה בריטית לסחר בחומרי גלם" וכי מדובר "בתפקיד ניהולי בכיר שהכנסה גבוהה בצדו". לעומת זאת, עיסוקיו של רמי, כמו גם עיסוקיה של איילת בישראל ובלונדון, אינם נידונים כלל. השופטת דורנר לומדת מחוות-הדעת של הפסיכולוגית כי יוחאי "הביע נכונות לתמוך כלכלית ורגשית באם ובילד" וכי הוא מהווה גורם מייצב ומאזן לא רק ביחס למשפחה החדשה כי אם גם ביחסים שבין איילת לבעלה לשעבר. בניגוד לשני פסקי-הדין של הערכאות הנמוכות, פסק-הדין של בית-המשפט העליון אינו מזכיר כי יוחאי גרוש ואב לילד הגר בישראל,

28 זאת למעט הכרה בחשיבות שמירת הוויקא של הילד ל"ארץ בה נולד", המביאה את השופטת דורנר לחייב את האם לשלוח את בנה "למוסדות חינוך יהודיים" באנגליה, ראו שם, בע' 336 לפסק הדין.

שאותו הוא מבקר לעתים תכופות, ואינו דן כלל באפשרות שיוחאי ילך אחר איילת וישוב להתגורר בישראל. יוחאי מוצג בראש ובראשונה באמצעות תפקידו כמפרנס המחויב למקום עבודתו. העלמת דמותו של האב ובן-הזוג לשעבר תוך כדי שרטוט דמות הגבר החדש כמפרנס וכמקור של יציבות וביטחון ושרטוט דמות האישה כתלותית וכחסרת תעסוקה, שישותה מצטמצמת להיותה אם ורעיה, מבנים את הגירתה של איילת כמובנת מאליה, כמי שהולכת אחר משענתה הכלכלית והרגשית. הן אימהותה של איילת והן היותה בת-זוגו של יוחאי עומדות איתן אל מול הנזק שייגרם לעידו ולרמי מהמרחק שיווצר ביניהם בעקבות הגירתה של איילת.²⁹

השופטת דורנר מבנה את הקשר בין יוחאי לאיילת כקשר שיתפתח ל"תא משפחתי יציב", למרות העובדה שבני-הזוג טרם חיו יחד במשך תקופה רצופה וממושכת, למרות המעבר של איילת למדינה חדשה, למרות ביקוריו התכופים של יוחאי בישראל והסדר הביקורים של עידו, הכולל נסיעות רבות לישראל, ולמרות נתונים סטטיסטיים המצביעים כי שיעורי הגירושין בקרב בני-זוג הנישאים בשנית גבוהים אף יותר משיעורי הגירושין בנישואים ראשונים.³⁰ היציבות המשפחתית, העומדת בלבה של ההכרעה המהותית של השופטת דורנר, עולה בקנה אחד עם השבת היציבות המשפטית שעורערה על-ידי בית-המשפט המחוזי. כפי שחזקת הגיל הרך עומדת שרירה וקיימת למרות שינויים חברתיים, אידאולוגיים ומדעיים, כך אימהותה המועדפת של איילת עומדת איתן למרות יכולות ההורות של בן-הזוג לשעבר. הפער בין דימוי היציבות שמייצרת השופטת דורנר לבין נתוני משפחתה החדשה של איילת מצביעים כי מדובר בקידוש דגם המשפחה הגרעינית הקלסית יותר מאשר ביציבות מוכחת. זו המשפחה המכילה זוג הטרוסקסואלי נשוי וילדיו, ואשר בה מתנהלת חלוקת תפקידים ברורה, שעל-פיה האב מפרנס והאם מטפלת בילדים. התוצאה המצטברת היא שלמרות ניסיונה של השופטת דורנר להעמיד את האישה כפרט בעל זכויות ואינטרסים עצמאיים, היא לא הצליחה לפתח עמדה שתנתק את האישה מהזווית ומתפקידיה

29 השופטת דורנר אינה מתייחסת בהרחבה לנזק שייגרם לקשר בין רמי לבנו בשל הגירתה של איילת, ומסתפקת בקביעתה של הפסיכולוגית כי נזק זה יקטן בזכות הביקורים התכופים של האב באנגליה ושל הילד בישראל, המתאפשרים בזכות מצבם הכלכלי. אין ספק כי טיסות דו-חודשיות, כפי שמתחייב מפסקי-הדין, הן עול כלכלי שמעטים יכולים לעמוד בו. עדות נוספת למצבם הכלכלי האיתן של איילת ורמי אפשר למצוא בהתארכות המחלוקת ביניהם ובנחישותם למצות את כל ההליכים המשפטיים האפשריים. קריירה כה ארוכה של מחלוקת, המלווה בשירותיהם של עורכי-דין ידועי שם בתחומם, מחייבת משאבים כלכליים אדירים, שאינם מצויים בדרך-כלל ברשות צדדים מסוכסכים. (ולעניין הקשר בין משאבים כלכליים ואחרים לבין התפתחות קריירה של מחלוקת, ראו שמיר ושמיר, 1996). בניגוד לשופטת שטופמן, המרחיבה לגבי הנסיבות הייחודיות של המקרה הנדון, לרבות מצבם הכלכלי של הצדדים והרלוונטיות שלו להכרעתה, פסקי-הדין של בית-המשפט העליון מובנה כתקף למכלול של משפחות, בלי קשר למצבן הכלכלי, גם במקרים שבהם המשאבים הכלכליים אינם מאפשרים קשר תדיר בין האב לילדיו.

30 על-פי כץ ופרס (1996), שיעור המתגרשים חלקי שיעור הנישאים ב-1990 עמד על 0.36 כאשר שני בני-הזוג היו גרושים לפני הנישואים, לעומת 0.22 כאשר שני בני-הזוג היו רווקים. שיעורי גירושין גבוהים יותר בקרב נישאים בשנית נמצאו גם במדינות אחרות (Gibson, 2000).

כאם וכרעיה. סירובה לייחס יכולות הוריות טיפוליות לאבות יוצר עולם דימויים פטריארכלי נוקשה עוד יותר מזה העולה מפסק־דינו של השופט פורת.

מעמד של תחומי המומחיות הטיפוליים בהליכים המשפטיים

השופט שטופמן מבית־המשפט לענייני משפחה, שם נדון סכסוך המשמורת בראשיתו, הסבירה את פנייתה ל"מקורות אובייקטיביים", כלומר, לתסקירי פקידות סעד ולחוות־דעתה של פסיכולוגית הילדים פרופסור לוי־שיף, ככורך שנבע מהמחלוקת העמוקה בין הצדדים, אפילו לגבי הפרטים הקטנים ביותר. "מקורות אובייקטיביים" אלה, ובמיוחד חוות־הדעת של הפסיכולוגית, ליוו את המחלוקת עד לבית־המשפט העליון. בית־המשפט לענייני משפחה ביסס את החלטתו על המלצתה של הפסיכולוגית. בית־המשפט המחוזי דחה את מסקנותיה של הפסיכולוגית והתייחס לחוות־דעתה ועדותה באריכות ובפרוטרוט. בית־המשפט העליון חזר לעמדתו המקורית של בית־המשפט לענייני משפחה, ואישר את הצורך להסתמך על המלצתה של הפסיכולוגית. היציבות המשפטית שהשופט דורנר חתרה אליה, ואשר גדונה קודם, מצאה את ביטוייה גם בעמדתה העקרונית ביחס למשקלן של חוות־דעת של מומחים בסכסוכי משמורת. לטענתה של השופטת דורנר, בחינת האפשרויות הקיימות לגבי משמורתו של קטין עם פרידת הוריו –

"צריכה להתבסס על תשתית עובדתית נאותה. חשיבות רבה במיוחד יש לחוות־דעת של מומחים הן בשל יכולתם לבחון את השאלות המתעוררות בכל מקרה בעין מקצועית והן בשל היותם גורם ניטרלי לעומת ההורים היריבים. [...] על כן, בהעדר ראיות בעלות משקל לסתירת האמור בחוות־דעת המומחים ייטה בית־המשפט לאמץ את מימצאי חוות־הדעת ומסקנותיהן."³¹

המומחים שהשופטת דורנר מתייחסת אליהם הם מומחים השייכים לתחומי המומחיות הטיפוליים. הסתמכות על תסקירים של עובדים סוציאליים, חוות־דעת של פסיכולוגים ותוצאות של מבחנים פסיכו־דיאגנוסטיים של "מסוגלות הורית", היא פרקטיקה נפוצה במחלוקות משפטיות לגבי משמורת קטנים בהליכי גירושין ולאחריהם. לשאלתנו מדוע ביקשו הצדדים מבית־המשפט למנות פסיכולוגית למתן חוות־דעת בתיק ענה עו"ד מורן, שייצג את רמי, כי הדבר נעשה כעניין שבשגרה. התפיסה המקובלת היא כי הפסיכולוגים הם בעלי הכישורים לבדוק מסוגלות הורית ולקבוע מהי טובת הילד. לטענתו, תיקים שיש בהם מחלוקת לגבי משמורת ילדים אינם מוכרעים בלי חוות־דעת פסיכולוגית.³² בשלושת פסקי־הדין בולטת ההתייחסות אל חוות־הדעת של הפסיכולוגית דווקא לנוכח העדר התייחסות כלשהי לבני המשפחה באופן בלתי אמצעי. גם כאשר נאמר כי איילת טוענת כך ורמי טוען אחרת, נדמה כי מדובר בטענות שפורטו בכתבי ידין, בתצהירים, או בעל־פה על־ידי עורכי־הדין. כל אלה מנוסחים בלשון משפטית והם פרי עיבוד של עורכי־הדין והאופן שבחרו לנסח את הדברים.³³ באף אחד מפסקי־הדין איננו שומעים

31 לעיל הערת־שוליים 4, בע' 331 לפסק הדין.

32 ריאיון עם עו"ד שמואל מורן, 3.9.01.

33 למרכזיותם של עורכי־דין בהליכי גירושין, ראו Griffiths, 1986.

באופן ישיר את דבריהם של איילת ורמי ואיננו לומדים כיצד בית המשפט התרשם מדבריהם ומהופעתם. כך גם בערכאה הראשונה, האמורה לשמוע ראיות, וכנראה לא שמעה את עדויותיהם של הצדדים באופן בלתי אמצעי, ולפיכך גם בערכאות הגבוהות יותר, האמורות להישען על הראיות שנגבו בערכאה הראשונה. ההתרשמויות של הערכאות השיפוטיות מאישיותם של בני-הזוג לשעבר, מבן-זוגה החדש של איילת, מהיחסים ביניהם ובינם לבין עידו, כולן מתווכות דרך תסקירים של פקידות סעד ושתי חוות-הדעת של הפסיכולוגית. ההתייחסויות הרבות לחוות-הדעת הפסיכולוגיות בפסקי-הדין, יחד עם ההקרה של איילת ורמי מההליך המשפטי ומתוצריו בשל העדר אינטראקציות ישירות בינם לבין שופטיהם, מהווים ביטוי להפקעת כוחם של הצדדים, ובמידה לא מבוססת להפקעת כוחו של בית-המשפט לגבי ההליך, ומסירת השליטה בו למומחים הטיפולים.

השולטנות (דומיננטיות) של השיח הטיפולי בפסקי-הדין הנדונים בפרט, ובתיקי משמורת והגירה בכלל, הם ביטוי להישענותו הגוברת של המשפט על שיחים ממשמעים כדוגמת הפסיכולוגיה והרפואה. לטענתו של מישל פוקו (1996 [1976]), החוק המודרני "נסוג לרקע" ומשמש יותר ויותר ככלי לגיטימציוני, המאפשר הפצה יעילה של טכנולוגיות ידע/כוח חדשות, לרבות שיחים טיפוליים:

"החוק פונה תמיד לעבר החרב. אבל כוח שמישמתו היא הדאגה לחיים זקוק למנגנונים מתמשכים, מווסתים ומתקנים. לא מדובר עוד בכך שהמוות מובא לשחק בשדה הריבונות, אלא בהקצאת החי בתחום הערך והתועלת. על כוח כזה להיות מסוגל לאייך, למדוד, להעריך, לסדר בהיררכיה, יותר מאשר להופיע בפרץ רצחני; אין לו צורך לשרטט את הקו המפריד בין אויבי הריבון מן הנתינים הצייתנים; הוא מחלק ומקצה סביב הנורמה. אין ברצוני לומר שהחוק מתפוגג או שמוסדות הצדק נוטים להיעלם; אלא שהחוק מתפקד יותר ויותר כנורמה, ושהמוסד השיפוטי משתלב יותר ויותר בתוך רצף של מכשירים (רפואיים, מנהליים וכו'), שתפקידם הוא בראש ובראשונה לווסת. חברה מנרמלת היא התוצאה ההיסטורית של טכנולוגיית כוח שבמרכזה החיים. בהשוואה לחברות שהכרנו עד למאה ה-18, נכנסנו לשלב של נסיגת המשפט; החוקות שנכתבו בעולם כולו מאז המהפכה הצרפתית, אוספי החוקים שנערכו ושוכתבו, וכל אותה פעילות תחקיתית מתמדת ורועשת, כל אלה אינם צריכים להשלותנו: אלה הן צורות שמאפשרות את התקבלותו של כוח, שבעיקרו של דבר הוא כוח מנרמל." (ע' 97).

אלן האנט (Hunt, 1992) סבור כי פוקו הרחיק לכת. האנט מבקש להכיל את תובנותיו של פוקו באופן המאפשר את החזרת המשפט לזירה החברתית כבעל משמעות בפני עצמו, תוך כדי בחינת שאלת הזיקות בין המשפט לבין שיחים אחרים. האנט מקעקע את הדיכטומיה שפוקו יוצר בין המשפט לבין כוח ממשמע, וטוען כי המשפט הוא סוכן מרכזי בקידום צורות כוח חדשות ומהווה מופע ייחודי של צורת הפעולה שלהן. לטענתו, פוקו מתעלם מהעיסוק המרכזי של משפט המדינה ברכישת שליטה או הימנעות משליטה במנגנוני משמוע שונים. לדוגמה, האנט מזכיר כי עד לאחרונה הותיר המשפט את המשמוע במשפחה מחוץ לתחום השיפוט שלו. התוצאה ההיסטורית הייתה שזירה זו נותרה ב"ריבונותו" הבלעדית כמעט של הגבר והמשיכה להיות ממושמצת (disciplined) על-פי נוהלי הסדר החברתי הפטריארכלי. רק בעידן העכשווי הפך תחום המשמוע המשפחתי לזירת מאבק שהמשפט

נוטל בה תפקיד משמעותי. דוגמה זו רלוונטית לענייננו. עד המאה התשע-עשרה המשפט נמנע מהתערבות בשאלות משמורת קטינים ובכך הכיר בבעלותו של האב על ילדיו לאחר הגירושין, כמו במהלך הנישואים (סעדיה, 1992). רק במהלך המאה העשרים החל המשפט ליצור חזקות משפטיות המעדיפות את האם כהורה משמורן. כיום מתרבות המדינות שבהן מתבטלות חזקות אלה לטובת דגמים נייטרליים מבחינה מגדרית; דגמים כדוגמת 'ההורה המטפל', 'משמורת משותפת', ו'אחריות הורית' (Crippen, 1990; Cochran, 1985; Fine & Fine, 1994; Friedman, 1995). הסדרה משפטית בנושא זה, בין בחקיקה ובין בפסיקה, מהווה מסר ממשמע באשר לתפקידים ולזהויות של אימהות ושל אבות, נשואים ולא-נשואים.

הדינים העוסקים בסוגיית המשמורת של ילדים עם גירושי הוריהם ולאחריהם מהווים דוגמה מצוינת לטענתו של האנט בדבר חשיבותה של בחינת היחס בין המשפט לבין שיחים ממשמעים אחרים, ובחינת האופנים שבהם המשפט מהווה שיח ממשמע בעצמו. בניגוד לדין הפלילי שפוקד מתמקד בו בהגותו לגבי המשפט, ואשר בנוי על מערך ברור פחות או יותר של איסורים המלווים בסנקציות, הרי שדיני המשמורת חולשים על זירה חברתית דינמית, הן במובן הנורמטיבי והן במובן חיי היומיום (שאקי, 1983). אין מדובר בהתנהגות מסוימת שהתרחשה בעבר ובשאלה אם יש להעניש בגינה אם לאו, אלא בניסיון להעריך את מהות יחסי המשפחה בעבר, תוך כדי התייחסות לרצונות בני המשפחה בהווה וניסיון לצפות את מצב המעורבים בעתיד. הכרעות משמורת והגירה אינן (או אינן אמורות להיות) בגדר הענשה על סטייה חברתית, אלא גרמול המערך המשפחתי שלאחר הגירושין. פסקי-הדין בעניינם של רמי, איילת ובנם מלמדים באיזו מידה אין לשופטים כלים למתן הכרעה מנרמלת כזאת. השיח המשפטי חסר את הרטוריקה הדרושה להצדקת הכרעה בעניין שאין בו צבעי שחור-לבן, הצובעים לכאורה את ההליך הפלילי, ובעניין המחייב התמודדות עם מערכת יחסים מורכבת ודינמית יותר מאשר עם התנהגות התחומה בעבר. "מכאן ברורה יותר הפנייה וההישענות על הידע הפסיכולוגי. הישענות זו מבטאת את האמונה הנפוצה בימינו כי לתחומי המומחיות הטיפולי יש תשובות מדעיות לשאלות האישיות ביותר ופתרונות לבעיות המעשיות הסבוכות ביותר, בין היתר בקשר למשפחה" (Freeman, 1984; Herman, 1995).

כבר לפני יותר מעשרים שנה עמד דן שניט (1978) על הפער בין הציפייה של מערכת המשפט לתשובות חד-משמעיות מהמומחים הטיפוליים, בין היתר בתיקים העוסקים במשמורת ילדים, לבין יכולתם לספק תשובות כאלה. לטענתו, פער זה יוצר לחץ על פקידות סעד ופסיכולוגיות ומניב חוות-דעת שטחיות ומתייגות. למרות הביקורת הזאת ולמרות מחקרים המצביעים על הטיה סטריאוטיפית לטובת אימהות בקרב פקידות סעד בישראל (Sagi & Cohen and Segal-Engelchin, 2000; Dvir, 1993), ממשיכים בתי המשפט לבקש חוות-דעת טיפוליות בתיקים שאין בהם הסכמה בין ההורים לגבי משמורת ילדיהם (ואף במקרים שיש בהם הסכמה כזאת, אך היא חשודה בעיני בית-המשפט), ולרוב הם מאמצים את מסקנותיהן (גופנא-פינטו, 1996).

34 על העיוורון המשפטי הנוצר בעקבות ההתייחסות לעבירות פליליות בצבעי שחור-לבן תוך כדי הימנעות מדיון מעמיק בהקשרים החברתיים, לרבות המשפחתיים, שבהן מתבצעות התנהגויות פליליות, ראו, לדוגמה, רימלט, 2001; תירוש, 2001.

המחוקק הישראלי תרם לאשליה כי אפשר למצוא את התשובה הנכונה באמצעות פנייה לתחומי המומחיות הטיפוליים בכך שאסר על צד להליך בבית-משפט לענייני משפחה להביא מומחה מטעמו במקרה של מינוי מומחה מטעם בית-המשפט, אלא אם בית-המשפט אישר זאת.³⁵ ואכן, ברוב תיקי הגירושין וההגירה שמוגשת בהם חוות-דעת טיפוליות, היא אינה מוגשת מטעם מי מהצדדים, אלא מטעם מומחה שבית-המשפט ממנה. ההיגיון העומד מאחורי הוראה זו נובע מהידיעה כי כמעט תמיד יימצא המומחה שייתן חוות-דעת התומכת בעמדתו של צד מעוניין. מכאן שאם תתאפשר הגשת חוות-דעת מטעם כל אחד מהצדדים, ימצא עצמו בית-המשפט בפני חוות-דעת סותרות, שיעמידו אותו במצב שבו עמד מלכתחילה. כדי להימנע ממצב זה, בתי-המשפט, בגיבוי המחוקק, מעדיפים להסתמך על חוות-דעת אחת, "נייטרלית", המייצרת מצג כוזב בדבר קיומה של אמת מדעית אחת. מבחינה זו, המחוקק, בתי-המשפט והמומחים הטיפוליים שותפים ליצירת מצג שוא של "גילוי האמת המדעית" בדבר המחלוקת הנדונה, אשר לבית-המשפט לא נותר אלא לאמצה.

אלמגור (1999) בוחן את הכלים העומדים לרשותו של הפסיכולוג הקליני בבואו להעריך מסוגלות הורית בהליכי גירושין ומצביע על מוגבלותם, במיוחד במקרים ששני ההורים "אינם עונים על התנאים הקיצוניים של אי-מסוגלות", בדומה למקרה הנדון של איילת ורמי. אלמוג מציין את ההטיה הנובעת מרצון הצדדים להרשים את הפסיכולוג ומהלחץ הנפשי שהם מצויים בו, את הקושי הנובע מהעדר אמת מידה להשוואת שני ההורים, ואת הבעייתיות מבחינת המהימנות והתקפות של הריאיון הקליני ושל מבחנים שונים שהמומחים הטיפוליים משתמשים בהם בבואם לחוות את דעתם במקרה הנדון בבית-משפט. אלמגור מוסיף כי שימוש במספר כלים אינו פותר את הבעיה, "מכיוון שצירוף של כלים לאיתקפים אינו הופך את הממצאים לתקפים אפילו (אם) הם עקביים" (ע' 42). אלמגור מסכם ואומר שהכלים הקיימים יכולים לשמש להעלאת השערות בלבד, השערות החייבות להיבחן, בין השאר, על-ידי ריכוז מידע מגורמים נוספים, דוגמת פקידות סעד, מורים ויועצים. אנו נוסיף כי השערות אלה יכולות להיבחן גם בעזרת חוות-דעת מטעם הצדדים והתרשמותו הבלתי אמצעית של בית-המשפט מכל אחד מהצדדים. התייחסות זו לתפקידו וליכולותיו של הפסיכולוג בבואו להעריך מסוגלות הורית רחוקה מאוד מהאופן שבו הם נתפסים בשדה המשפטי הן בסכסוכי משמורת והגירה (לאזהרות נוספות בדבר מגבלותיהם של תחומי המומחיות הטיפוליים בהכרעות בבקשות הגירה של הורה משמורן, ראו: Austin, 2000; Warshak, 2000).³⁶

הנטייה להציג את המומחיות הרלוונטית כמדויקת וחד-משמעית מוצאת ביטוי גם באופן שבו התייחסה השופטת דורנר לידע המדעי הקיים לגבי אימהות ואבהות בעידן

35 חוק בית משפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995, סעיף 8(ג).

36 ברוס אניס ותומס ליטווק (Ennis & Litwack, 1974) תוקפים במאמר מקיף, המתבסס על מחקרים שנכתבו על-ידי אנשי מקצוע טיפוליים, את הישענות בתי-המשפט בארצות-הברית על חוות-דעת פסיכיאטריות בדיונים לגבי אשפוז כפוי. לטענתם, חוות-דעת אלה הן בלתי אמינות (unreliable) ואינן תקפות (invalid). הביקורת של הכותבים מעוררת חשיבה גם במספר נקודות הקשורות לענייננו, וביניהן הקושי של עורכי-הדין לערוך חקירה נגדית של העד המומחה בשל בורות בתחום או העדר מידע על אופן איסוף המידע שהמומחה התבסס עליו, נטיית המומחים להציג רק את הממצאים התומכים בהמלצתם הסופית, השפעת הרקע הסוציו-אקונומי של המומחה ושל הנבדק על תוכן ההמלצות, ועוד.

העבשווי. לחיזוק טענתה בדבר המרכזיות והרלוונטיות של חוקת הגיל הרך גם בתקופתנו, השופטת דורנר מסתפקת בציטוט ממאמרו של רמסיי קלאף (Klaff, 1982), שפורסם כעשרים שנה לפני מתן פסק-הדין. המאמר, כפי שכותרתו "The Tender Years Doctrine: A Defence מעידה עליו, מהווה כתב הגנה על חוקת הגיל הרך לנוכח המתקפות שספגה מכותבים רבים באותה תקופה בארצות-הברית. בשל עמדתו זו, הכותב מייחס משקל דווקא למחקרים המחזקים את טענתו שעדיף לילדים קטנים להיות במשמורת אמם. כותבים בעלי גישות אחרות לגבי דגם המשמורת המועדף מגייסים מחקרים אחרים התומכים בעמדותיהם. וויליאם בנדר (Bender, 1994), לדוגמה, מגייס מחקרים המעידים על הסתגלות טובה יותר של ילדים לגירוש הוריהם כאשר נשמר קשר עם שני ההורים, על חשיבותו של 'המטפל המשני' להתפתחותו התקינה של הילד, ועל מתאם חיובי בין קשר עם ההורה לבין נכונותו לתמוך כלכלית בילד, כדי לחזק את טענתו בדבר הצורך במשמורת פיזית משותפת. אין כל קושי לגייס ממצאים אמפיריים לטובת עמדות סותרות בדבר הדגם המשפטי המועדף לקביעת משמורת וזאת בזכות שפע המחקרים שנעשו על ילדים להורים גרושים, מחקרים המסיקים מסקנות שונות בדבר הקשרים המצויים והרצויים בין הורים גרושים לילדיהם (ראו, לדוגמה, סקירות מחקרים אצל, Amato & Keith, 1991; Hetherington et al., 1998). התעלמותה של השופטת דורנר ממגוון הגישות התאורטיות ומשפע המחקרים האמפיריים בדבר המצוי והרצוי לגבי ילדים להורים גרושים עולה בקנה אחד עם שאיפתה ליציבות משפטית התלויה, בין השאר, בהמצאת אמת מדעית חד-משמעית אחת באשר ל'אימהות' ול'אבהות'.

המקרה של איילת, רמי ועידו מעניין במיוחד מכיוון שדווקא במקרה זה חוות-הדעת ועדותה של הפסיכולוגית הציבו אתגר לפני בית-המשפט. פרופ' לוי-שיף קבעה כי לשני ההורים מסוגלות הורית טובה וגמנעה מהבעת עמדה חד-משמעית כי טובתו של עידו מחייבת כי יגדל עם אמו. לטענתו של עו"ד מורן, העדר עמדה חד-משמעית היא נדירה וחריגה בנוף חוות-הדעת בתיקי משמורת והגירה. לרוב, חוות-הדעת מצדדת באופן נחרץ במשמורת אצל אחד ההורים. רק הכרה חריגה זו במסוגלות ההורית הטובה של שני ההורים היא שאפשרה לרמי להמשיך ולהילחם על קבלת המשמורת. בשלב ראשון הגישה פרופ' לוי-שיף חוות-דעת שקבעה כי –

"לשני ההורים, לאם ולאב, יכולת לתפקד כהורים. שניהם מסורים מאוד לילד משקיעים בו הרבה ומטפלים בו יפה כל אחד בסגנונו. שניהם עונים על הצרכים הפיזיים, הרגשיים והאינטלקטואליים של הילד. שני ההורים מסוגלים להעניק ומעניקים לילד מסגרת חיים טובה (במגבלות האובייקטיביות של המצב) התואמת את צרכיו ומעניקה לו הרגשה שהוא רצוי ואהוב. [...] שני ההורים מתאימים ומסוגלים להעניק לילד קביעות, יציבות בקשר, המשכיות, בטחון, הרגשת שייכות והרגשה שהוא רצוי ואהוב, להעניק לו חום, אהבה והתייחסות, להקנות לו גרויים ונורמות התנהגות גורמטיביות בהתאם לשלבי התפתחותו."³⁷

אך בשלב מסוים, ומבלי שהתבקשה על-ידי בית-המשפט או על-ידי מי מהצדדים, מסרה הפסיכולוגית חוות-דעת שנייה לבית-המשפט, שבה הוסיפה פסקה מכלילה:

37 לעיל הערת-שוליים 2, בע' 6 לפסק הדין.

"על פי הדעה המקובלת בין המומחים להתפתחות הילד בגיל הרך, האפשרות של משמורת לאם וביקורים תכופים ויותר ממושכים של האב או אצל האב, היא האפשרות שסביר להניח שתגרום פחות נזק לילד בהשוואה לאלטרנטיבות אחרות."³⁸ (ההדגשה במקור).

כאשר נשאלה פרופ' לוי-שיף במהלך עדותה בבית-המשפט לענייני משפחה מדוע הגישה את חוות-הדעת השנייה, השיבה כי הגיע לידה מאמר מ-1994, המדווח על שאלון שהופנה ל-400 מומחים, שהשיבו כי בין משמורת אם למשמורת אב עדיפה הראשונה. עם זאת, גם במהלך עדותה זו, חזרה הפסיכולוגית על עמדתה כי לשני ההורים מסוגלות הורית טובה ומספקת. היא מוסיפה ומתארת את המתח שחשה בין חובתה לתת לבית-המשפט את "הידע הצבור" בתחום, ותחושתה שבחוות-הדעת הראשונה לא הבהירה מספיק את העמדה המקובלת בדבר עדיפות האם כהורה משמורן בגיל הרך, לבין תחושתה כי ההכרעה במקרה המסוים קשה ביותר. כדי לפתור את המתח הזה פנתה המומחית לסקר של מומחים, שממנו עולה 'אמת' לגבי 'אימהות' ו'אבהות' שלא היה אפשר לאתר מבדיקה ואבחון של המעורבים במקרה המסוים.

פסק-הדין של השופטת שטופמן בערכאה הראשונה, שבה ניתנה עדות זו, לא התייחס לייסורי הנפש של הפסיכולוגית ולקושי שלה לתת חוות-דעת חד-משמעית לגבי המקרה המסוים. פסק-הדין מצניע את העובדה כי המלצת הפסיכולוגית נשענה על חזקה חיצונית וסקר כללי יותר מאשר על תוצאות בחינת בני המשפחה עצמם. חוות-הדעת מובנית כעמדה מוצקה וברורה ביחס למקרה הנדון, המחייבת את המסקנה כי עידו צריך להישאר במשמורתה של איילת גם בהגירתה ללונדון. השופטת דורגה חזרה ואישרה הבניה זו של חוות-הדעת: "בענייננו נקבעו הממצאים העובדתיים על ידי בית-המשפט לענייני משפחה, אשר בדין העניק משקל רב לחוות-הדעתה של פרופ' לוי-שיף. ממימצאים אלה עולה באופן חד-משמעי כי טובתו של הילד מחייבת את השארתו עם האם על-ידי מתן היתר ההגירה המבוקש."³⁹ (ההדגשה שלנו).

תיאורו של השופט פורת את חוות-הדעתה של פרופ' לוי-שיף ויחסו אליהן שונים מאוד מאלה של הערכאה התחתונה והערכאה העליונה. נקודת המוצא של השופט פורת היא כי "חוה"ד אינן אלא כלי עזר הניתן בידי השופט. הוא אינו חייב לאמץ את כולן או איוז מהן".⁴⁰ כאמור, העמדה המקובלת בבתי-המשפט בסכסוכי משמורת והגירה שונה מעמדה זו, וגורסת כי יש לאמץ חוות-הדעת פסיכולוגית, אלא אם קיימות נסיבות מיוחדות וחריגות המצדיקות את דחייתה. מנקודת מבט סוציולוגית, משמעותה של עמדה זו היא כי בכך מובטחים יחסי תן-וקח יציבים בין המומחיות המשפטית למומחיות הפסיכולוגית: הישענותו של המשפט על חוות-הדעת פסיכולוגית תורמת ללגיטימציה (אם לא להגמוניה) של הפסיכולוגיה כמדע מדויק, ואילו הפסיכולוגיה, בתפקידה כעמוד התווך של ההכרעה

38 לעיל הערת-שוליים 2, בע' 8-9 לפסק הדין.

39 לעיל הערת-שוליים 4, בע' 335 לפסק הדין.

40 לעיל הערת-שוליים 3, בע' 20 לפסק הדין.

המשפטית, מספקת גושפנקה מדעית למשפט ופוטרת את השופטים מאחריות להכרעה.⁴¹ הכרעתו של השופט פורת חתרה תחת יחסי הגומלין הללו. השופט פורת הדגיש כי בחוות הדעת הראשונה לא נקטה הפסיכולוגית עמדה ברורה, וסירב לקבל את המלצתה בחוות דעתה השנייה. השופט פורת פנה למאמריה של פרופ' לוי-שיף עצמה, שבהם הכירה במרכזיותו של האב בחיי ילדיו, במיוחד בגיל הרך. כמו-כן פנה השופט פורת לקטעים מתוך חוות הדעת והעדויות בעל-פה של הפסיכולוגית, שמהן עלה הקושי להכריע איזו אפשרות היא הרעה פחות. השופט פורת אף תקף חזיתית את חוות הדעת, וטען לשיקול דעת מוטעה של הפסיכולוגית.⁴² בכך "נטל" לעצמו השופט פורת תפקיד של מומחה עצמאי לענייני טובת הילד, כחלק מתפקידו כמשפטן מומחה, וערער על ההסדר הקיים בין משפט המשפחה לפסיכולוגיית המשפחה. הסדר המקובל הושב על כנו על-ידי השופט דורנר, שהפכה את החלטתו של השופט פורת והחזירה את המומחיות הפסיכולוגית למעמד הבכורה שלה בתיקי משמורת והגירה.

אימון חוות הדעת של פרופ' לוי-שיף על-ידי השופטות שטופמן ודורנר, תוך כדי הבנייתן כחות דעת חד-משמעיות, ולעומת זאת יחסו הביקורתי של השופט פורת כלפי חוות הדעת תוך כדי שימוש בידע פסיכולוגי אחר, מהווים דוגמא ליחס המורכב שבין המשפט לשיח הטיפולי. בחיפוש אחר ודאות במקום שאינה קיימת, המשפט מייצר מסגרת נורמטיבית ביחס להורות, שבה פועלים כוחות ממשמעים ומגרמלים. ההבדלים בין פסיקת בית המשפט לענייני משפחה ובית המשפט העליון לבין פסיקת בית המשפט המחוזי מצביעים על כך שבניגוד לטענתו של פוקו, יותר מכפי שהמשפט הוא כלי המאפשר התקבלות של צורות כוח מגרמלות דוגמת השיח הטיפולי, השיח הטיפולי הוא כלי בידי המשפט להעצמת הלגיטימיות שלו ככוח מגרמל. בכל מקרה מדובר ביחסים מורכבים של מתן "תוקף" הדדי.

41 אין אנו טוענים כי "הסדר" זה קיים בכל תחומי המשפט. לעניין זה תורמת אבחנתו של עו"ד אביגדור פלדמן, שייצג את איילת בהליך בבית המשפט העליון. לטענתו, שופטים פוסקים בניגוד לחוות הדעת פסיכולוגיות בהליכים פליליים כעניין שבשגרה. לעומת זאת, שופטים נוטים לאמץ חוות דעת טיפוליות בתיקים הדנים במשמורת ילדים. עו"ד פלדמן סבור כי בענייני חפות ואשמה השופטים מרגישים כי יש להם כלים להכריע, וכי למומחים הטיפוליים אין יתרון המצדיק הישענות על המלצותיהם. בתיקי משמורת, לעומת זאת, השופטים חשים שהכלים המשפטיים אינם מתאימים להכרעה, ומעדיפים שהמומחים הטיפוליים יקחו את האחריות על ההחלטה. ריאיון עם עו"ד אביגדור פלדמן, 4.9.01.

42 עו"ד מורן טוען כי התייחסות זו לחוות הדעת טיפוליות הייתה אופיינית לשופט פורת (שפרש בינתיים מכס השפיטה), והיא בגדר חריג בהשוואה ליחסם של רוב השופטים, שאינם חוקרים לעומק את חוות הדעת ועורכיהן ואינם נוהגים לתקוף ממצאים של מומחים טיפוליים. מריאיון שהתקיים עם השופט בדימוס חיים פורת לצורכי מחקר על הורות, גירושין ומשפט, עולה כי גם השופט פורת מצדד בהישענות על תחומי המומחיות הטיפוליים במקרי מחלוקת בדבר יחסי הורים-ילדים. עם זאת, השופט פורת מקפיד על קריאת מספר כתבי-עת אקדמיים העוסקים בדיני משפחה, נוכח כמארגן, כמשתתף וכצופה בכנסים העוסקים בתחום, ובמשך שנים רבות היה חבר בקבוצת דיון אינטר-דיסציפלינרית שדנה בנושאים שונים הקשורים למשפחה ולמשפט, לרבות בתאוריות טיפוליות בדבר התפתחות ילדים והתמודדות ילדים במצבי פרידה של הוריהם. דומה כי הידע שרכש הקנה לשופט פורת ביטחון עצמי, שאולי חסר לשופטים ולשופטות אחרים, ואפשר לו לבחון באופן ביקורתי חוות דעת טיפוליות שהוגשו בתיקים שדן בהם. ריאיון עם השופט חיים פורת, 26.12.01.

וזאת במיוחד במצבים שבהם שאלת ה'אמת' אינה בינארית (כפי שהיא מוצגת לפעמים בהליך הפלילי), אלא שאלה של צירי התייחסות ויחסים הולכים ונמשכים. מכיוון שפסק הדין של בית המשפט המחוזי הוא יוצא הדופן ביחסו לחוות הדעת של הפסיכולוגית, אפשר לשער כי השיח המשפטי והשיח הטיפולי מתכנסים בדרך כלל לכדי מבט ממשמע אחד, המבנה את ה'אימהות' כגבדלת מן ה'אבהות' וכבעלת יכולות הוריות טובות יותר.

סוף דבר

במאמר זה ביקשנו לחשוף את האופק התרבותי שמולו עוצבו שלושת פסקי הדין בעניינם של איילת, רמי ובנם עידו. מעבר להבדלים בין ההכרעות השיפוטיות השונות שעמדנו עליהם, הצענו ניתוח המחלץ את עולם הדימויים הפטריארכלי העומד בבסיסן. הראינו כי בית המשפט המחוזי מבקש ליצור שוויון בין אימהות לאבות בקשר לחובותיהם ולזכויותיהם ביחס לילדיהם, אך בה בעת מייצר דימוי נשי תלתי ולא־רציונלי, וכן דימוי של 'האם הטובה' האמורה להקריב את רצונה הפרטי למען ילדה. בית המשפט לענייני משפחה, ובמידה בולטת יותר בית המשפט העליון, מכירים בזכותה של האישה לממש את חירותה להגר אל מעבר לים, אך בו־זמנית יוצרים דיכוטומיה בין 'אימהות' ל'אבהות', תוך כדי מתן עדיפות מובנית לאימהות, צמצום דמותה של האישה לאם ולרעה, והבניית 'המשפחה הטובה' כמשפחה הגרעינית הקלסית.

נוסף על כך ביקשנו להצביע על ההישענות הרווחת של השופטים על תחומי המומחיות הטיפוליים בכל הקשור ליחסי הורים-ילדים, ועל שיתוף הפעולה בין מומחי המשפט לבין מומחי הנפש ביצירת מצג שוא בדבר אמת מדעית אחת, המאפשרת את חיזוי 'טובת הילד' בסכוכי משמורת. ההישענות על גוף הידע הפסיכולוגי בולטת לנוכח ההתעלמות המוחלטת כמעט מגופי ידע רלוונטיים אחרים, לרבות הספרות הסוציולוגית העוסקת בשינויים המתרחשים במשפחה בעידן העכשווי וההגות הפמיניסטית העוסקת באימהות, באבהות ובמשפחה, שהתייחסנו אליהן ככל שהתאפשר לנו במסגרת מצומצמת זו.

אחד הניסיונות המעניינים לפתח דגם הכרעה, במקרים המעוררים שאלות בדבר יחסי הורים-ילדים, שאינו משעתק את הסדר החברתי הפטריארכלי ואינו מבקש להפקיע את אחריות ההכרעה מידי המשפט ולהפקידו בידי תחומי המומחיות הטיפוליים, הוא הדגם של קרול סמארט וברן ניל (Smart & Neale, 1999).⁴³ הדגם מורכב מארבעה עקרונות: עקרון האקטואליות, שהוא כמעט אנטי־עקרון במובן זה שהוא מבקש כי ההכרעות לא ייעשו על־פי מושגים מופשטים כגון 'טובת הילד', אלא על־פי מציאות החיים של המשפחה המסוימת הנדונה; עקרון הדאגה/טיפול (care) – עיקרון המציב את הילד וצרכיו במרכז, בדומה לעקרון טובת הילד, אך ממקם את הילד ברשת של יחסים עם אחרים, מתוך הבנה שאי אפשר להפריד בין טובתו לבין טובת האנשים הדואגים לו והקשורים אליו; עקרון ההכרה בעצמיות – המבקש למנוע רדוקציה של אימהות ואבות לתפקיד ולזהות ההוריים שלהם ולהכיר בכך שהצדדים להליך הם ישויות יחידניות (אינדיבידואליות); ועקרון ההכרה

43 דגם זה נשען הן על תאוריות פמיניסטיות בדבר האתיקה של הדאגה והן על מחקר אמפירי שנערך באנגליה בקרב הורים גרושים בין השנים 1994–1996.

באובדן - הנותן מקום לתחושת האובדן שחש הורה לא־משמורן, כלומר, האב ברוב המקרים. עיקרון זה מוביל לתמיכה בהורה שחוה אובדן ולעידוד יצירת ערוצי תקשורת שיאפשרו קשר רצוני בין בני המשפחה.

דגם זה אינו בחזקת 'נוסחת קסם', אך הוא מעניין וחשוב בשל התמודדותו עם מורכבות היחסים המשפחתיים לאחר הגירושין. ייחודו, בין היתר, הוא בהכרה כי אי אפשר ואין זה רצוי לקבוע מסמרות בנושא מורכב ודינמי כל־כך. הכרה זו חשובה מבחינה פמיניסטית, בין השאר, בשל מה שליאורה בילסקי (1997) מכנה "בעיית חרב הפיפות". בעיה זו, המשותפת לתאוריות פמיניסטיות שונות והעולה במגוון נושאים, נובעת מהצורך לפעול בזמנית הן במישור המעשי (לענייננו - להכריע בשאלות משמורת והגירה במציאות שבה האם היא המטפלת העיקרית בילדים ברוב המקרים) והן במישור הסמלי (לענייננו - שינוי השיח המשפטי המייצר זהויות הוריות מגדריות מסורתיות ומקובעות). הדגם של סמארט וניל, על הרגישויות שיש בו לצורכיהם של כל בני המשפחה, לשונו הנייטרלית מבחינה מגדרית, ופתיחותו להסדרים מגוונים בהתאם למאפייני המשפחה המסוימת, ממזער את המתח הנובע מכך שהעדפת המישור המעשי עלולה לקבע חלוקת תפקידים מסורתית ולחסום שינויים חברתיים המטשטשים גבולות מגדריים בין 'אימהות' ל'אבהות', ומכך שהעדפת המישור הסמלי עלולה לפגוע בנשים מסוימות, שלגביהן האימהות היא מקור לסיפוק ולעוצמה. גם אם בתי־המשפט שדנו בעניינם של רמי, איילת ובנם היו מיישמים את עקרונות הדגם של סמארט וניל, מתוך בירור מעמיק של השאלות הנובעות ממנו, ייתכן שהיו מגיעים לאותן מסקנות: בית־המשפט לענייני משפחה ובית־המשפט העליון היו פוסקים כי איילת רשאית להגר עם עידו, ובית־המשפט המחוזי היה פוסק כי עידו יישאר בישראל במשמורת אביו. אך בכל זאת היה הבדל משמעותי בין פסקי־דין כאלה לבין פסקי־הדין שניתנו בפועל. בבית־המשפט לענייני משפחה עדיין מודגש הקושי להכריע ומודגשת הייחודיות של המקרה הנדון. ככל שהערכאה גבוהה יותר, המשקל מוסט מהמקרה המסוים אל הכללות, התקפות לכאורה בכל תיקי ההגירה, ולדעת בית־המשפט העליון גם בכל תיקי המשמורת. על־פי בית־המשפט המחוזי, כל האבות מסוגלים לטפל בילדיהם באותה מידה ובאותה איכות טיפול שמעניקות כל האימהות, ועל־פי בית־המשפט העליון, כל האימהות עדיפות על כל האבות בטיפול בילדים. הכללות אלה מתעלמות מהייחוד של כל משפחה ומהמגוון המשפחתי הקיים כיום בחברה הישראלית. פסקי־דין שהיו נשענים על עקרונות הדגם היו פסקי־דין מסוימים הרבה יותר, פסקי־דין המכירים במגוון העכשווי של תפקידים וזהויות הוריים, וכן בסכנה הנובעת מקביעת כללים נוקשים בדבר אבהות, אימהות, ויחסי הורים - ילדים.

44 נקודה נוספת המצביעה על הפער בין העקרונות המוצעים על־ידי סמארט וניל לבין פעולת מערכת המשפט במקרה הנדון היא לגבי האלימות שיתכן שהייתה בין בני־הזוג במהלך הנישואים. בניגוד לטקטיקה שנקטו עורכי־הדין, של הצנעת הטענות בדבר אלימות שעלו מצד איילת בהליך הגירושין, בניגוד לפסיכולוגיה שהתייחסה לאפשרות שרמי היה אלים כלפי איילת במהלך הנישואים כלא־רלוונטית לשאלת יכולתו להיות משמורן, ובניגוד לבתי־המשפט שהתעלמו משאלת האלימות במהלך הדיונים ובפסקי־הדין, הרי שעל־פי הדגם של סמארט וניל (Smart & Neale, 1999, pp. 147-153), מסכת של אלימות בחיי הנישואים בין בני־הזוג, אם הייתה כזאת, היא גורם מכריע בשיקולי עיצוב היחסים בין ההורים לילד לאחר הגירושין, עד כדי מניעת קשר בין בן־הזוג האלים לבין ילדו.

במאמרו על משמורת קטינים טוען אבנר שאקי (1983) כי יש מתח בין המורכבות, הדינמיות, האינטימיות והייחודיות של היחסים בין הורים לילדיהם לבין שאיפת המשפט ליצור כללים היצוניים גורפים וכופים, כדי למשטר את היחסים הללו. למענתו, מתח זה והממד הערכי של ההכרעה מובילים להכרעות, שברוב המקרים הן מקריות, זמניות ולא יותר מאשר ניחוש או ניבוי. ממד הערכיות שמציין שאקי אינו זוכה להכרה מספקת מצד השופטות והשופטים בשלוש הערכאות שדנו בבקשת ההגירה של איילת ובהתנגדותו של רמי, וממד המקריות אינו זוכה להכרה כלל. פסקי-הדין מציינים את ההכרעה השיפוטית כפי שהיא נתפסת על-ידי הציבור הרחב, כפרי של מהלך לוגי, המתבצע על-ידי שופטים אובייקטיביים ונייטרליים (Kairys, 1982). ניתוח פסקי-הדין שהצענו, הן לאורן של תאוריות פמיניסטיות והן מתוך מבט ביקורתי על הפנייה למקצועות הטיפוליים, מלמד כי מלאכת הפסיקה רחוקה מלהיות יישום של כללים נוקשים שקיימים מראש על-פי ממצאים הנחשפים בחקירה אובייקטיבית. ייתכן שהשופטות והשופטים סבלו מייסורי הנפש שמתאר השופט האמריקאי המצוטט בתחילת המאמר. אך חרף ההתחבטויות וההתלבטויות, אם היו כאלה, או אולי בגינן, הם מבנים את פסיקתם בהתאם ל'דגם האידאלי' של השופט המקצועי וחסר הפניות, הקובע הלכה מלומדה הניתנת ליישום בכל מקרה שעתידי לבוא לפני ערכאה שיפוטית. הבניה זו היא בעייתית משתי בחינות לפחות. מן הבחינה הראשונה היא יוצרת תקדימים שעלולים למנוע חיפוש אחר פתרונות מסוימים ויצירתיים במקרים אחרים. מן הבחינה השנייה היא אינה מעודדת דיון ציבורי פתוח וביקורתי סביב הנושאים הנידונים בפסיקה, דוגמת התפקידים ההוריים של נשים וגברים, זכות ההגירה של הורים גרושים, המשפחה הגרעינית והמשפחה החד-הורית. במקרה זה, נכונותם של הצדדים להיאבק עד הערכאה הגבוהה ביותר והביטול שכל ערכאה נהגה בפסק-דינה של הערכאה הקודמת חשפו את הפער בין הכרזת השופטים על פסק-דין "אובייקטיבי" המתחייב מנסיבות העניין לבין המהלך שנקטו בפועל.

אכן, הפרשה שדנו בה מדגימה את הקשר בין הערכים שבהם מחזיקים העוסקים בשפיטה לבין הטקסט השיפוטי היוצא מתחת ידיהם, ומכאן – את חשיבותו של המשפט בשימור או בשינוי סדר חברתי קיים. במקרה הנוכחי, ההתדיינות המשפטית תמה בפסק-דינו של בית-המשפט העליון, אשר התווה דרך העלולה לחסום התפתחויות חברתיות המטשטשות את האבחנות המסורתיות בין נשים לגברים בהיבטים שונים הקשורים להורות. חסימה זו מתבצעת לעתים בשלביו המוקדמים של התהליך שבמסגרתו נכנסת המשפחה לשדה המשפטי. כבר בשלב שבו ההורים הפרודים פוגשים בראשונה את עורכי-הדין, במטרה למסד את יחסי המשפחה שלאחר-הגירושין, הם נתקלים במסגרת משפטית קיימת, שאינה אוהדת ניסיונות חידוש. עורכי-דין, כעניין שבשגרה, מרתיעים הורים מפני ההשלכות שעלולות לגבוע מחריגה מהסכמי המשמורת ה"סטנדרטיים", שבהם מוקנית לאישה משמורת בלעדית על הילדים ולגבר מוקנות זכויות 'ביקור' ו'ראייה' בהיקפים משתנים (והשלכות כגון אי-אישור הסכם "חריג" בבית-המשפט, הפניה לקבלת תסקיר פקידת סעד, או חיוב הצדדים במבדקי מסוגלות הורית).⁴⁵ בפסיקת בית-המשפט העליון בפרשה הנוכחית, שלח בית-המשפט מסר

45 ממצאים באשר לקיומן של פרקטיקות אלה עולים ממחקר שאנו עורכים בימים אלה בנוגע להורות, גירושין ומשפט, אשר במהלכו אנו מראיינים שחקנים מרכזיים הלוקחים חלק בעיצוב הסדרי משמורת וראייה של קטינים בעת גירושי הוריהם.

המחזק מנגנון הרתעה זה ומונע חלחול של דגמים חדשניים כדוגמת 'משמורת פיזית משותפת', 'אחריות הורית' והסדרים יצירתיים אחרים. בכך אישר בית המשפט העליון את תקפותו של דגם חלוקת העבודה המסורתי בין המינים ואת האבחנות המגדריות המקובלות לגבי הורות, לפני הגירושין ואחריהם. תוצאות אלה עומדות בעינין בין אם עמדתו של בית המשפט נובעת מכך שבת המשפט מפגרים אחר התפתחויות חברתיות רלוונטיות, ובין אם היא נובעת מעמדה אידאולוגית המבקשת לחסום התפתחויות אלה בשם קידוש ערכי המשפחה הגרעינית הקלסית.

מקורות

- אורן, ענת (2001). "סטרוקטורציה" של אי-שיון בין המינים בשוק העבודה. חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, אוניברסיטת תל-אביב.
- אלמגור, משה (1999). הערכת מסוגלות הורית בהחלטת בית המשפט לגבי משמורת ילדים: מקומו של הפסיכולוג הקליני. פסיכולוגיה, ח(1), 34-49.
- בילסקי, ליאורה (1997). נשים מוכות: מהגנה עצמית להגנת העצמיות. פלילים, ו, 5-64.
- ברק-ארו, דפנה (1996). על סימטריה וניטרליות: בעקבות פרשת נחמני. עיוני משפט, כ(1), 197-219.
- ברקאי, מירה ומאסס, מילי (1998). משמעות המושגים 'מסוגלות הורית' ו'טובת הילד' בפסקי דין של בית המשפט העליון הדנים באימוץ קטינים. ירושלים: המכון למחקרי חקיקה.
- גופנא-פינטו, טל (1996). משמורת וסדרי ראייה של ילדים לאחר הגירושין - המלצות בתסקיר פקיד הסעד, ההחלטות המשפטיות, הביצוע ע"י המשפחה והקשר הורה לא-משמורן-ילד. עבודת גמר לקראת תואר מוסמך בעבודה סוציאלית, אוניברסיטת תל-אביב.
- הגר, תמר (2001). אמא וילד, בתוך בועה. פנים, 17, 98-110.
- הלפרין-קדרי, רות (1997). שניים שהם אחת, אחת שהיא שניים: יחס אם-עובר ושימוש בסמים על ידי נשים הרות. פלילים, ו, 261-338.
- הראל, אלון (1998). בתי המשפט והומוסקסואליות - כבוד או סובלנות? משפט וממשל, ד, 785-791.
- כץ, רות ופרס, יוחנן (1996). מגמות הגירושין בישראל והשלכותיהן לטיפול משפחתי. חברה ורווחה, טז(4), 483-502.
- מרקוס, יהודה ודורון, נעמי (1998). משפחות צעירות בישראל. תל-אביב: צ'ריקובר.
- סעדיה, שמואל (1992). משמורת קטינים (תל-אביב: בורסי).
- פוגל-ביו'אוי, סילביה (1999). משפחות בישראל: בין משפחתיות לפוסט מודרניות. בתוך: גיורא רוזן (עורך), מין מיגדר פוליטיקה (ע' 107-166). תל-אביב: הקיבוץ המאוחד.
- פוקו, מישל (1996 [1976]). תולדות המיניות I הרצון לדעת. תל-אביב: הקיבוץ המאוחד.
- קמיר, אורית (1996). לכל אשה יש שם. משפטים, כז(2), 327-382.
- קמיר, אורית (1999). ארץ מאלתרת אסונותיה - על סיפור ה"סמוך" בתרבות ובמשפט הישראליים. תרבות ודמוקרטיה, 1, 137-179.

- רימלט, נווה (2001). כאשר נשים נעשות אלימות. פלילים, י, 277-326.
- שאקי, אבנר (1983). עיון מחודש בטיבה של "זכות ההורים למשמורת ילדיהם הקטינים". עיוני משפט, ט(1), 59-120.
- שגיא, אברהם וקורן-קריא, נינה (1988). אבהות בשנות השמונים ובעתיד, התפתחויות חדשות ומגמות עולות. חברה ורווחה, ח, 344-350.
- שיפמן, פנחס (1995). משמורת ומוזנות ילדים. בתוך: פרנסיס רדאי, כרמל שלו ומיכל ליבן קובי (עורכות), מעמד האשה בחברה ובמשפט (ע' 545-534). ירושלים: הוצאת שוקן.
- שמיר, רונן ושטראי, מיכל (1996). שוויון הזדמנויות בבית הדין לעבודה: לקראת סוציולוגיה של ההליך השיפוטי. שנתון משפט העבודה, ו, 287-307.
- שניט, דן (1978). יחסי הגומלין בין מומחים במדעי ההתנהגות לבין מערכת המשפט. הפרקליט, לב, 365-385.
- תירוש, יופי (2001). "סיפור של אונס, לא יותר" - על הפוליטיקה של ייצוג טקסטואלי בע"פ, 98/3031 מדינת ישראל נ' דן שבתאי. משפטים, לא(3), 579-622.
- Amato, Paul R. & Keith, Bruce (1991). Paternal divorce and the well-being of children: A meta-analysis. *Psychological Bulletin*, 110, 26-46.
- Austin, William G. (2000). Relocation law and the threshold of harm: Integrating legal and behavioral perspectives. *Family Law Quarterly*, 34(1), 63-82.
- Beck, Ulrich & Beck-Gernsheim, Elizabeth (1995). *The normal chaos of love*. Cambridge: Polity Press.
- Becker, Mary (1992). Maternal feelings: Myth, taboo, and child custody. *Southern California Review of Law and Women's Studies*, 1, 133-224.
- Bender, William N. (1994). Joint custody: The option of choice. *Journal of Divorce & Remarriage*, 21(3/4), 115-131.
- Benjamin, Orly (1997). Self-development in Israel: Does it affect women's attempts to increase partner's domestic participation? *Israel Social Science Research*, 12(2), 97-122.
- Bertoia, Carl & Drakich, Janice (1993). The father's rights movement: Contradictions in rhetoric and practice. *Journal of Family Issues*, 14(4), 592-615.
- Bronstein, Phyllis (1988). Marital and parenting roles in transition: An overview. In Phyllis Bronstein & Cowan Carolyn Pape (Eds.), *Fatherhood today: Men's changing role in the family* (pp. 3-10). NY: John Wiley & Sons.
- Burghes, Louie, Clarke, Lynda & Cronin, Natalie (1997). *Fathers and fatherhood in Britain*. London: Family Policy Studies Center.
- Cochran, Robert F. (1985). The Search for guidance in determining the best interests of the child at divorce: Reconciling the primary caretaker and joint custody preferences. *University of Richmond Law Review*, 20(1), 1-65.
- Cohen, Orna & Segal-Engelchin, Dorit (2000). Suzi and Mr. S.: Gender roles stereotyping in social workers' court report in custody and access cases. *Smith College Studies in Social Work*, 70, 475-500.

- Coltrane, Scott (1996). *Family man*. N.Y.: Oxford University Press.
- Crippen, Gary (1990). Stumbling beyond best interests of the child: Reexamining child custody standard-setting in the wake of Minnesota's four year experiment with the primary caretaker preference. *Minnesota Law Review*, 75, 427-503.
- De Beauvoir, Simone (1989 [1949]). *The Second sex*. N.Y.: Vintage Books.
- Dowd, Nancy E. (2000). *Redefining fatherhood*. N.Y.: New York University Press.
- Ennis, Bruce J. & Litwack, Thomas R. (1974). Psychiatry and the presumption of expertise: Flipping coins in the courtroom. *California Law Review*, 62, 693-752.
- Fine, Mark A. & Fine, David R. (1994). An examination and evaluation of recent changes in divorce laws in five western countries: The critical role of values. *Journal of Marriage and Family*, 56, 249-263.
- Fineman, Martha Albertson (1995). *The neutered mother, the sexual family and other twentieth century tragedies*. N.Y.: Routledge.
- Firestone, Shulamith (1970). *The Dialectic of Sex*. N.Y.: Bantam Books.
- Freeman, Michael D.A. (1984). Questioning the delegatization movement in family law: Do we really want family court? In John M. Eekelaar & Sanford N. Katz (Eds.), *The resolution of family conflict* (pp. 7-25). Toronto: Butterworth.
- Friedan, Betty (1963). *The feminist mystique*. N.Y.: Dell.
- Friedman, Debra (1995). *Towards a structure of indifference: The social origins of maternal custody*. N.Y.: Aldine De Gruyter.
- Furstenberg, Frank F. Jr. (1988). Good dads-bad dads: Two faces of fatherhood. In Andrew J. Cherlin (Ed.), *The changing American family and public policy* (pp. 193-218). Washington D.C.: The Urban Institute Press.
- Gibson, Colin (2000). Changing family patterns in England and Wales over the last fifty years. In Sanfors Katz, John Eekelaar & Mavis Maclean (Eds.), *Cross currents family law and policy in the US and England* (pp. 31-55). Oxford: Oxford University Press.
- Gilligan, Carol (1982). *In a different voice psychological theory and women's development*. Cambridge: Harvard University Press.
- Gottman, John Mordechai (1998). Toward a process model of men in marriage and families. In Alan Booth & Ann C. Crouter (Eds.), *Men in families: When do they get involved? What difference does it make?* (pp. 149-192). N.J.: Lawrence Erlbaum Associates.
- Griffiths, John (1986). What do Dutch lawyers actually do in divorce cases? *Law & Society Review*, 20, 135-175.
- Hacker, Daphna (2001). Single and married women in the law of Israel: A feminist perspective. *Feminist Legal Studies*, 9, 29-56.
- Herman, Ellen (1995). *The romance of American psychology*. Berkeley: University of California Press.
- Hetherington, Mavis E., Bridges, Margaret & Insabella, Glendessa M. (1998). What matters? What does not? Five perspectives on the association between marital transition and children's adjustment. *American Psychologist*, 53, 167-184.

- Hunt, Alan (1992). Foucault's expulsion of law: Towards a retrieval. *Law and Social Inquiry*, 17(1), 1–38.
- Kairys, David (1982). Introduction. In David Kairys (Ed.), *The politics of law: A progressive critique* (pp. 1–8). N.Y.: Pantheon Books.
- Klaff, Ramsay Laing (1982). The tender years doctrine: A defense. *California Law Review*, 70, 335–372.
- Lewis, Charlie & O'Brien, Margaret (1987). Constrains on fathers: Research, theory and clinical practice. In Charlie Lewis & Margaret O'Brien (Eds.), *Reassessing fatherhood new observations on fathers and the modern family* (pp. 1–19). London: Sage.
- Lupton, Deborah & Barclay, Lesley (1997). *Constructing fatherhood*. London: Sage.
- McClain, Linda C. (1996). "Irresponsible" Reproduction. *Hastings Law Review*, 47, 339–453.
- Pearson, Jessica & Rign, Maria A. (1982–3). Judicial decision-making in contested custody cases. *Journal of Family Law*, 21, 703–724.
- Ruddick, Sara (1980). Maternal thinking. *Feminist Studies*, 6(2), 342–367.
- Sagi, Abraham & Dvir, Rachel (1993). Value biases of social workers in custody disputes. *Children and Youth Services Review*, 15, 27–42.
- Smart, Carol & Neale, Bren (1999). *Family Fragments?* Cambridge: Polity Press.
- Thompson, Ross A. & Amato, Paul R. (1999). The postdivorce family: An introduction to the issues. In Ross A. Thompson & Paul R. Amato (Eds.), *The Postdivorce family children, parenting and society* (pp. xi–xxiii). California: Sage.
- Warshak, Richard A. (2000). Social science and children's best interests in relocation cases: Burgess revisited. *Family Law Quarterly*, 34(1), 83–113.
- West, Robin (1988). Jurisprudence and gender. *University of Chicago Law Review*, 55, 1–72.