

## נייר עמדה בנושא חזקת הגיל הרך

### מטעם המרכז לקידום מעמד האשה ע"ש רות ועמנואל רקמן באוניברסיטת בר אילן

1. תודה על הזמנתכם לכתוב ניירות עמדה לוועדה ועל הסכמתכם לדחות את מועד הגשתם כדי שיהיה סיפק בידינו לסיים את כתיבת נייר העמדה מטעם מרכז רקמן לקידום מעמד האשה, בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר אילן. נייר עמדה זה נכתב על ידי עו"ד רוברט ליכט-פטרן, היועץ המקצועי של מרכז רקמן, בהנחייתה ובסיועה של ד"ר רות הלפרין-קדרי, ראש מרכז רקמן, ויו"ר הוועדה המייעצת לרשות לקידום מעמד האשה במשרד ראש הממשלה. נשמח לעמוד לרשותכם ככל שיידרש.
2. הנושא של משמורת ילדים בפרט ואפטרופסות ילדים בכלל הוא אחד הנושאים החשובים והקשים ביותר בסכסוכי גירושין בין הורים, אשר מטבע הדברים כוללים שורה ארוכה ולעתים בלתי ניתנת להפרדה של נקודות מחלוקות בין ההורים. כפי שנפרט להלן, עמדתנו, המתבססת הן על המצב המשפטי בישראל והן על המחקר האמפירי ואקדמי במדינות המערב שבהן בוטלה חזקת הגיל הרך, הינה כי ביטול חזקת הגיל הרך בישראל תביא לנזקים כבדים ביותר, הן לילדים והן לאמהות, וזאת ללא יתרונות של ממש. מדינות אחרות אשר זנחו את חזקת הגיל הרך מתוך תקווה לשוויון בטיפול בילדים, והחליפו אותה בחזקות משפטיות אחרות (כגון חזקת המשמורת המשותפת, חזקת ההורה הידידותי או חזקת ההורה המטפל העיקרי) התאכזבו לגלות לאחר תקופת מה, כי לא זו בלבד שחלוקת הטיפול בילדים בין אבות לאמהות כמעט ולא השתנתה, אלא שההליכים המשפטיים התארכו תוך גרימת נזק ברור לכל הצדדים ובמיוחד לילדים, ותוך מתן אפשרות לסחטנות של נשים בהליכי גירושין על רקע הליכי משמורת אלו. טענתנו הינה כי אם כך במדינות המערב הרי שבישראל כאשר הליך הגירושין תלוי קודם כל בהסכמתו של האיש ובפיקוחו של בית הדין הרבני, ותופעת סחטנות האשה באמצעות אי-מתן הגט היא דבר של יום ביומו, ביטולה של חזקת הגיל הרך רק יוסיף מרכיב סחיטה חדש, ויביא, מקל וחומר, לנזקים החמורים שהתרחשו במדינות המערב, כאמור. גם כיום ילדים סובלים בשל סכסוכי הגירושין בין הוריהם בישראל, וגם כיום חורשים הורים הצהובים זה לזה על גבם של הילדים, ועושים בהם שימוש בהליכים השונים, ותופעה זו רק תגבר במקרה של ביטול חזקת הגיל הרך. ביטול חזקת הגיל הרך תגביר משמעותית את החשש האמור, והיא עלולה להגדיל את הפגיעה הישירה בילדים הרלבנטיים להליך משפטי הספציפי (על ידי התמשכות ההליכים, ריבוי המאבחנים, הגברת הסכסוך בין ההורים, ועוד) ובמיוחד את הפגיעה העקיפה בכלל הילדים בסכסוכי גירושין (ביטול חזקת הגיל הרך, כמו שליטתו של הגבר על הגט, הינם גורם רקע קבוע בשיקולים המשפטיים בכל

משא ומתן לגירושין בין הורים ועל כן הוא יביא להקטנת חלקה של האשה ברכוש, להקטנת סכום מזונות הילדים ושאר זכויותיהם).

3. זאת ועוד, יש להבהיר כי בחלק ניכר מהמדינות המעבר למשמורת משותפת לא היה בנושא המשמורת ("החזקה") הפיזית אלא בנושא המשמורת המשפטית, שהוא מושג הקרוב יותר למושג האפוטרופסות במשפט הישראלי, אשר היא משותפת אצלנו בין שני ההורים מלכתחילה בהתאם לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות. מכאן שהטענה שיש ללכת בעקבות מגמת הגברת השוויון המגדרי כפי שנעשה במדינות אחרות הינה שגויה, שהרי האפוטרופסות המשותפת ממילא קיימת אצלנו מקדמא דנא. יתר על כן, במקרים רבים המעבר למשמורת משפטית משותפת הותיר על כנו את המשמורת הפיזית הבלעדית של האם (כולל האחריות הטיפולית השוטפת), ואילו סכום מזונות הילדים שנפסק היה נמוך יותר, לאור המשמורת המשפטית של האב עצמו, אף שאין לו אחריות טיפולית על הילדים. החשש הוא אם כן כי מטרתם של חלק מן הדוגלים בביטול חזקת הגיל הרך בישראל היא להביא לאותה מגמה של הפחתת סכומי המזונות הנפסקים לילדים.

4. עמדתנו הבסיסית כפי שתפורט להלן הינה כי לא ניתן להפריד בין נושא המשמורת של ילדים לבין שאר הסוגיות המשפטיות בהליכי גירושין, כגון הגירושין עצמם, מזונות ילדים, מזונות אשה ואיזון רכושי, וכן כי לא ניתן להפריד בין ההכרעות המשפטיות בנושא המשמורת או בנושאים האחרים לבין המציאות הכלכלית, החברתית והתרבותית הקיימת והמשליכה במישרין על יכולת השימוש האפקטיבית בהכרעות המשפטיות האמורות. כמו כן, יש להביא בחשבון את הקשר שבין בני המשפחה השונים, ובמיוחד לענייננו, את העובדה כי טובת הילדה (או טובת הילד) מושפעת מאיזון הוגן וראוי של האינטרסים הכוללים שלה ושל הוריה. בהתחשב בקשר הקיים בין הסוגיות השונות, כגון נושא הגירושין, לבין נושא משמורת הילדים, עמדתנו הינה כי שינוי חד צדדי ונקודתי של ההסדר המשפטי הנוהג כיום בנושא משמורת הילדים מבלי לנקוט בשינויים מוקדמים או לפחות מקבילים בשאר הסוגיות השונות<sup>1</sup>, עלול לפגוע פגיעה קשה במצבן של נשים בסכסוכי גירושין, ועל ידי כך גם במצבם של הילדים עצמם. בהקשר יש יצוין, כי השאיפה לכלל משפטי ניטרלי מבחינה מגדרית אינה מוגשמת בתחום של דיני משפחה בראש ובראשונה לאור העובדה שקיימת אפליה ברורה ובוטה כנגד נשים בתחום הגירושין והנישואין<sup>2</sup>. לאור אפליה בוטה וברורה זו, ובמיוחד לאור השלכותיה הקשות על נשים ולאור מצבן הכלכלי, חברתי ותרבותי הקשה של נשים, במיוחד ביחס לגברים, יהא זה טרגי אם השאיפה לשוויון פורמאלי ולכלל משפטי ניטרלי תבוא לידי ביטוי דווקא בעדיפותה המשפטית הכמעט יחידה ובודדה של האשה – אם בכלל – קרי בביטול חזקת הגיל הרך.

5. לבסוף, ובמצטבר לאמור לעיל, בהתחשב בקשר ההדוק שבין ילדים להוריהם במשפחה, ובמיוחד הקשר שבין הילדים לבין ההורה אשר עיקר הטיפול בילדים נעשה על ידו, ובדרך כלל המדובר

<sup>1</sup> למשל, על ידי ביטול או לכל הפחות צמצום היכולת של גברים ל"מכור" לנשותיהם את הגט, על ידי ביטול התלות של הגט בהסכמתו של הגבר, על ידי הגברת הסנקציות של גברים סרבניים, על ידי קביעת נישואין ו/או גירושין אזרחיים בישראל, על ידי קביעת עוולה נזיקית רחבה בפק' הנזיקין בגין עיגון אשה וכו'. לחילופין, כפתרון ביניים ניתן להורות כי בהליכי משמורת של ילדים, וכחלק מעקרון טובת הילד, הורה המעגן את משנהו לא יהיה זכאי להגיע תביעות למשמורת או להסדרי ראייה עד שלא יתן גט למשנהו (חקיקה דומה השוללת זכויות משפטיות אזרחיות קיימת במדינות שונות על רקע סירוב ליתן גט דתי, כגון בצרפת, קנדה וארה"ב).

<sup>2</sup> על כך ראו לאחרונה בהרחבה רות הלפרין-קדרי, מזונות אישה: מתפישה של שונות לתפישה של (אי)-שוויון, משפט וממשל ז' 767, 801-811 (2004).

באם, ולאור היותו של תחום משמורת הילדים תחום אשר הוודאות בו מעטה יחסית והיכולת לקיים דיון משפטי ראייתי מוגבלת יחסית<sup>3</sup>, עמדתנו הינה כי שינוי חד צדדי ונקודתי כאמור יגרום לפגיעה קשה ביותר במספר רב ביותר של ילדים, אשר ברוב המקרים יגררו להליכים משפטיים קשים וממושכים, להליכים טיפוליים או אבחוניים מיותרים ומזיקים, ולסכסוכים משפחתיים והוריים קשים ומרים, ללא תועלת של ממש ולו למיעוטם, אשר בסופו של דבר יהיו במשמורת אחד ההורים אשר יכולותיו ההוריות אינן שונות בהרבה מאלו של משנהו, בדרך כלל במשמורת האם ולא במשמורת האב.

.6

התייחסותנו להסדר המשפטי הקיים בנושא משמורת ילדים תהיה מבוססת על ההנחות הבאות:

א. חזקת הגיל הרך הקבועה בסעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות הקובעת כי ילדים עד גיל 6 יהיו עם אימם אם אין סיבות מיוחדות להורות אחרת הינה חזקה מהותית ולא רק חזקה ראייתית, כלומר היא מעניקה עדיפות לאם גם במקום שבו טובת הילד היא לכאורה להיות עם אביו. מהשוואה בין נוסח החוק לבין נוסח הצעת החוק, ברור כי מעבר לקיומה של חזקה ראייתית כי אמהות מסוגלות לטפל בילדים רכים טוב יותר מאבות, קיימת עדיפות לאם המתבטלת רק מקום שישנן "סיבות מיוחדות" – להבדיל מטובת הילד באופן כללי וסתמי – "להורות אחרת".

ב. במשפט הישראלי קיימת זכות להסדרי ראייה של ההורים עם הילדים, ולא חובה של ההורים לקיים הסדרי ראייה עם הילדים<sup>4</sup>. אין התחשבות באי קיום הסדרי הראייה של האב בדרך כלל עם הילדים לצורך הגדלת מזונות הילדים, אלא להיפך, במקרים מסוימים יש בכך התחשבות להקטנת מזונות הילדים חרף הפגיעה הכפולה שיש בכך בנשים הן במישור של הקטנת כושר השתכרותן והן במישור של הגדלת הוצאותיהן הישירות על הילדים.

ג. משמורת הילדים היא למעשה בעלת משמעות משפטית פחותה מזו שנוטים לייחס לה בדרך כלל, ומשמעותה המדויקת הינה רק מקום המגורים של הילדה (או, בלשון החוק, ה"חזקה" של הילדה), וזאת במובחן מקביעת מקום המגורים של הילדה ובמובחן מחינוכה של הילדה (משמורת רוחנית) אשר הינן חלק מענייני האפוטרופסות ואינן חלק מהמשמורת הפיזית. אולם הלכה למעשה היא משפיעה על שאר ההסדרים השונים כגון מזונות ילדים, הסדרי ראייה ובמידה פחותה יותר על הגירה, חינוך, בריאות, קביעת מקום המגורים ושאר ענייני האפוטרופסות, השפעה שהינה יותר מעשית ממשפטית. ההבחנה בין "אפוטרופסות" שהינה משותפת בין שני ההורים בישראל לבין "משמורת" (שהינו כאמור רק נושא אחד קטן מענייני האפוטרופסות) דומה להבחנה בין "משמורת משפטית" לבין "משמורת פיזית" במדינות המערב שבהן כאמור לעיל המעבר ממשמורת בלעדית של האם למשמורת משותפת של שני ההורים, התרחש בעיקר בתחום המשמורת משפטית (האפוטרופסות לפי השוואה זו) ולא בתחום המשמורת הפיזית.

<sup>3</sup> בפרט אם זונחים חזקה ראייתית ישירה כמו חזקת הגיל הרך, או שלא מאמצים חזקה ראייתית עקיפה המתמקדת בעבר כמו חזקת ההורה העיקרי, אלא מגדילים את החלק של הערכות לעתיד בחיזוי טובת הילד.

<sup>4</sup> אם כי ניתן לדעתנו להסיק חובה כזו גם במשפט הנוהג ועוד בטרם התקבלו המלצות וועדת רוטלוי, וזאת מכוח פרשנות חובות ההורים בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות וחוקים אחרים המשליכים על היקף חובתם כלפיהם ילדיהם

7. עמדתנו לגבי ההסדר המשפטי בנושא משמורת הילדים הינה מורכבת והיא מביאה בחשבון את האינטרסים של כל הגורמים המעורבים על רקע המציאות הבלתי שיוויונית, על רקע ההסדרים המשפטיים בסוגיות המשפטיות השונות ועל רקע הזיקה האימננטית שבין הורים לילדים.

א. מצד אחד, חזקת הגיל הגיל הרך פוגעת לכאורה בנשים, שכן היא מטילה על אמהות אחריות חברתית ותרבותית ומשחררת אבות מהאחריות לטיפול בילדים, ובפרט בילדים רכים, ואחריות מוגברת זו פוגעת בנשים במגוון דרכים ובפרט בשוק העבודה<sup>5</sup>. חזקת הגיל הרך לכאורה פוגעת באותם גברים שהינם משמורנים טובים יותר ומעוניינים בטיפול או בהמשך הטיפול בילדים, ובפרט בילדים רכים בכך שהיא מגבילה אותם במאבקם לזכות במשמורת הילדים. וחזקת הגיל הרך אף פוגעת לכאורה בילדים עצמם באשר היא עלולה להעביר את המשמורת לידי האם העלולה להיות בנסיבות העניין, ההורה שהינו המשמורן הפחות טוב מבחינת טובתו הצרופה של הילד.

ב. מצד שני, יש להעמיד טענות אלו לגבי חסרונותיה של חזקת הגיל הרך תחת שבת הביקורת. לצד הנזק הסימבולי שנגרם לנשים ברור שיש בחזקת הגיל הרך יתרון מטריאלי ממש<sup>6</sup> לנשים המנהלות מאבק גירושין כולל בתנאים ברורים של נחיתות, לרבות נחיתות כלכלית; הגברים המעוניינים באמת ובתמים בטיפול בילדים, שהינם לכל הדעות מיעוט קטן מכלל הגברים, לא נפגעים בדרך כלל מחזקת הגיל הרך, היות וגברים אלו במקרים רבים מגיעים להסכמים לגבי משמורת משותפת, או משמורת שלהם על הילדים בכפוף להסדרי ראייה של הילדים עם האם, או אפילו מסתפקים בהסדרי ראייה רחבים ומשמעותיים עם הילדים אשר לאור התוכן הרזה יחסית של זכות המשמורת לעומת הזכות להסדרי ראייה אינו משנה בהרבה את מצבם מבחינה מהותית<sup>7</sup>; הילדים לא נפגעים מחזקת הגיל הרך היות ובמקרים שבהם האם הינה חסרת מסוגלות הורית או במקום שיש פערים ברורים בין היכולות ההוריות של שני ההורים, יש ממילא "נסיבות מיוחדות" המאפשרות "להורות אחרת", ואילו כשהיכולות ההוריות של שני ההורים הן פחות או יותר זהות או יש עדיפות לאם ביכולותיה ההוריות, חזקת הגיל הרך דווקא מגנה על הילדים מפני הליכים משפטיים, הליכים טיפוליים וסכסוכים הוריים רבים ומיותרים הגורמים לכשעצמם נזק כבד לילדים ולהוריהם.

8. אכן, אין ספק כי נשים, גברים וילדים ייצאו נשכרים מהגברת המעורבות של גברים בטיפול בילדים. אולם עמדתנו הינה כי הגברה חשובה זו אין להשיג במחיר של ביטול חזקת הגיל הרך אלא על ידי אמצעים שונים שנועדו להבטיח את הגברת האחריות של גברים כלפי ילדיהם, עוד בתקופת הנישואין ולא רק לעת גירושין, למשל על ידי קביעת הטיפול בילדים והסדרי ראייה עם

<sup>5</sup> למותר לציין, כי בעניין זה משמש החוק רק אחד המכשירים של העברת המסר החברתי – תרבותי, לצד גורמים רבים אחרים, כגון התקשורת, התרבות העממית, דיספלינות מדעיות, הדתות השונות, האמונות העממיות וכו'.

<sup>6</sup> יתרון ממש וכמעט יחיד. ברוב מקריע של הסכסוכים הכרוכים בתביעות גירושין בין בני זוג, באופן ממוצע ידם של גברים על העליונה, ובפרט אמורים דברים במתן הגט הנמצא בשליטה של הגבר ובסמכות בית הדין הרבני ובנושא הרכוש המצוי בשליטתו האפקטיבית של הגבר.

<sup>7</sup> כמו כן, יש לציין, כי מבחינה חברתית הסנקציה על אם שאינה משמורנית גדולה עשרות מונים מהסנקציה על אב שאינו משמורן, ואפילו מהסנקציה על אב שאינו מקיים קשר טיפולי ופסיכולוגי כלשהו עם ילדיו.

הילדים כחובה הורית ולא כזכות הורית.<sup>8</sup> אין לבטל את חזקת הגיל הרך לטעמנו לכל הפחות כל עוד נמשכת הנחיתות המשפטית, הכלכלית, התרבותית והחברתית של נשים בסכסוכי הגירושין. אכן, גם לדעתנו, קיים אינטרס חברתי לשינוי מידת האחריות והטיפול של אבות בילדים, אולם, הן מבחינה משפטית מהותית והן מבחינה תועלתנית אינסטרומנטלית, אין לנקוט בביטול חזקת הגיל הרך לצורך כך. לדעתנו, עצם קיום חזקת הגיל הרך בדיני הגירושין אינו משפיע מבחינה תרבותית על התנהגות הגברים כלפי הילדים, ולבטח אין הוא גורם תרבותי משמעותי בעניין זה, לעומת השפעתם האיתנה של הגורמים המצוינים לעיל.<sup>9</sup> ברוב המקרים, כאמור, כלל אין מודעות להסברים המשפטיים המדויקים בהקשר זה, ועל כן, ההנחה כאילו ההסדר המשפטי בנושא המשמורת (שכלל אינו שולל לכשעצמו מעורבות כמעט מלאה של האב בחיי הילד למעט מקום המגורים של הילד, כאמור לעיל) משפיע ex ante על ההתנהגות של אבות כלפי ילדיהם בעת הנישואין על ידי תמריץ שלילי נראית בעינינו מסופקת ביותר.

9. לדעתנו, גם לאחר תיקון אי השיוויון של נשים בהליכים המשפטיים השונים בסוגיות השונות המוזכרות לעיל בסכסוכי גירושין, וגם לאחר ביטול הפער הגדול שבין האידאולוגיה הליברלית השיוויונית לבין המציאות הלא שיוויונית, יש מקום לשמור על חזקת הגיל הרך ואף להרחיבה לחזקת עדיפות נשים על גברים בסכסוכי משמורת באופן כללי גם לגבי ילדים שמלאו להם 6 שנים.<sup>10</sup> חזקת הגיל הרך משרתת מטרות משפטיות חשובות ביותר – היא מצמצמת ומקצרת סכסוכים משפטיים, היא מאפשרת הכרעה קלה במקום שבו שני ההורים פחות או יותר שקולים, היא חוסכת הוצאות כספיות על מומחים ומומחים נוגדים בתחומים שבהם קיימות עמדות רבות ביותר ואסכולות שונות, היא מאזנת ולו במעט את הנחיתות העצומה של אמהות בסכסוכי גירושין, ועוד. חזקת הגיל הרך משרתת גם מטרות ערכיות חשובות ביותר – היא מקנה עדיפות לנשים על גברים – לפחות כל אימת שמבחינת היכולות ההוריות שלהם אין הבדלים מהותיים בין האם לאב – בתמורה לחלקה הגדול יותר של האם בהבאת הילדים לעולם. חזקת הגיל הרך לא רק שאינה פוגעת בילדים אלא שהיא משרתת נאמנה את האינטרסים של רוב הילדים, במיוחד במערכת משפטית וכלכלית בלתי שיוויונית כמו זו בישראל.

10. התחום של סכסוכי גירושין בין גברים לנשים אינו שיוויוני גם במדינות שבהן קיים שיוויון פורמלי בין גברים לנשים בדיני המשפחה, וקל וחומר, שאינו שיוויוני בישראל כאשר קיים אי שיוויון בוטה וחמור בדיני הגירושין כמו בישראל, כאשר בסופו של דבר, במקרים רבים נשים נאלצות

<sup>8</sup> ובדרכים נוספות, כגון הסברה וחינוך. חשיבותן של דרכים אלו הינה בשינוי ההתנהגות ההורית מן היסוד ולא רק לעת הגירושין, מה שעלול להביא לכשעצמו גם לפגיעה בטובת הילד על ידי ערעור היציבות שאליה הורגל הילד מבחינה טיפולית (אלא אם תוחלף חזקת הגיל הרך בחזקת ההורה המטפל העיקרי) בדיוק בתקופה שהילד ממילא ניזוק על ידי הגירושין של הוריו. יצוין כי מהכתיבה המחקרית העדכנית הסוקרת מחקרים אמפיריים שנערכו על אוכלוסיות של גירושין והסדרים משפטיים שונים שהחליפו את חזקת הגיל הרך במדינות אלו, כגון חזקת המשמורת המשותפת, עולה כי המחקר האמפירי אינו חד משמעי באשר ליתרונות ההורות המשותפת של שני ההורים וההגברה הבלתי מבוקרת של הקשרים האישיים שבין שני ההורים לבין הילד, ללא קשר עם כמות ואופן הטיפול במהלך הנישואין, ויש אף חסרונות רבים בהגברה בלתי מבוקרת כאמור. (ראו למשל, Penelope E. Bryan, "Symposium on Unfinished Business", 75 *Chicago-Kent L. Rev.* (2000) 713, Martha Albertson Fineman *The Illusion of Equality: The Rhetoric and Reality of Divorce Reform* (Univ. of Chicago Press 1991), Milton C. Regan, "Law and Society: Divorce Reform and the Legacy of Gender (1992 Survey of Books Relating to the (Law)", 90 *Mich. L. Rev.* (1992) 1453, 1472-1478).

<sup>9</sup> ראו הערה 5 לעיל.

<sup>10</sup> בכל מקרה יש לפעול לביטול חזקת הבן הולך עם אביו לאחר הגיעו לגיל 6 הנוהגת בבית הדין הרבני, אשר מנותקת לכשעצמה מתקופתנו ואשר בוודאי ובוודאי שפגיעתה בטובת הילדים (ובטובתן של האמהות) גדולה לאין שיעור מנזקיה הנטענים של חזקת הגיל הרך.

לקנות את הסכמתו של האיש ליתן להן גט בויתורים כספיים או אישיים מפליגים מעבר לאלו שהן מנת חלקם במדינות אחרות והנובעים מנחיתותן הכלכלית ומשונותן התרבותית. אי שיוויון זה כלפי נשים אינו פוגע רק בנשים עצמם אלא בעקיפין הוא פוגע בילדים הנמצאים כאמור ברוב מכריע של המקרים במשמורת האם, ויש להניח כי בכל עתיד קרוב מצב זה יימשך.

נשים סובלות ממגוון של בעיות ומצוקות האופייניות להן, וכל שינוי בהסדר המשפטי בנושא משמורת והסדרי הראיה של הילדים חייב להביא זאת בחשבון, הן כדי למנוע את הפגיעה העקיפה אך המשמעותית בילדים והן כדי לנהוג בהגינות כלפי נשים מבחינת ההסדר המשפטי הכולל של דיני הגירושין:

א. נשים באופן ממוצע סובלות מהעדר משאבים כלכליים בעת הנישואין ובמיוחד בעת הגירושין (בישראל חוק יחסי ממון הקובע על פי הדעה הרווחת מנגנון של הפרדה רכושית במהלך הנישואין מחזק את נחיתותה הכלכלית של האשה במהלך הנישואין ובמיוחד לקראת הסכסוך);

ב. נשים באופן ממוצע סובלות מהעדר ייצוג משפטי בסכסוך הגירושין (בישראל - בפרט בבתי הדין הרבניים בהם בחלק ניכר מהמקרים בעלי הדין אינם מיוצגים ונשים רבות המטופלות בילדים אינן זוכות לסיוע ממשלתי בשל אופן החישוב של הזכאות) או מפער משמעותי באיכות הייצוג המשפטי בין גברים ונשים (גם נשים הזכאיות לסיוע זוכות בסופו של דבר לסיוע משפטי פחות איכותי מייצוג פרטי);

ג. נשים באופן ממוצע סובלות מהעדר יכולת לנהל הליך משפטי לאורך זמן ומהעדר יכולת ליזום הליכים משפטיים או הליכי עזר להליכים המשפטיים, כגון גילוי מסמכים, הטלת עיקולים ומעקב אחריהם, חקירה כלכלית (או פעולות אחרות בתביעות רכושיות כגון חישובים אקטואריים למיניהם), מינוי מומחים (הן בתביעות למשמורת (למשל מתחום בריאות הנפש או לבחור את המומחה היקר מהאסכולה המתאימה בנסיבות הענין) והן בתביעות אחרות) וכו';

ד. נשים באופן ממוצע סובלות מהעדר יכולת פסיכולוגית (חשש ממערכות אדברסריות) ומשפחתית (החובה לטפל בילדים) לנהל הליך משפטי, פורמלי ואדברסרי (נשים באופן ממוצע רגילות פחות למערכות אדברסריות ופורמליות, והן בבית המשפט לענייני משפחה ובמיוחד בבית הדין הרבני לאור העדר נשים ממנגנוני ההכרעה והשיפוט, הן סובלות מנחיתות ראייתית, מנחיתות בייחוס המהימנות, מיחס של הטרדה וזלזול וכו' המונעים מהן את מימוש הפוטנציאל של עניינן המשפטי);

ה. נשים באופן ממוצע סובלות מהעדר יכולת להביא לחלוקה שווה של המשאבים שנצברו במהלך הנישואין, שנמצאים ברוב המקרים בשליטתו האפקטיבית של האיש, וזאת לאור מגוון דרכים הכולל חוסר ידיעה על היקף הרכוש, חוסר הבנה של בעלויות פורמליות בנכסים שונים, הברחת נכסים ערב סכסוך ועוד, לרבות ובעיקר נכסי קריירה של האיש שנצברו במהלך הנישואין בין היתר בזכות עבודתה במישור הביתי, והינם בעולם המודרני הנכס העיקרי הנצבר במהלך חיי הנישואין;

1. נשים באופן ממוצע אחראיות לפרנסת הילדים. סכום מזונות הילדים נפסק על פי הדין האישי אשר מצד אחד אמנם מטיל סכום גבוה יותר על האיש (גזרת הצרכים ההכרחיים) אך מצד שני בנוי סביב צרכיו המוכחים של הילד בעת הליך המשפטי, ולא סביב רמת החיים של המשפחה, ועל כן, כל עלייה בהכנסות של האיש לאחר הגירושין לא תבוא לידי ביטוי בהעלאת סכום המזונות לילדים אלא אם נוצרו צרכים חדשים מוכחים לילדים (למשל, טיסות לחו"ל, לימודים אקדמיים, שיעורי העשרה, מזון נוסף או איכותי יותר וכו' אינם צרכים מוכרים) וזאת מעבר לעובדה שסכום מזונות הילדים שנפסק בבתי המשפט לענייני משפחה, ובמיוחד בבתי הדין הרבניים הוא על הצד הנמוך (וזו בלשון המעטה) וכל צורך נוסף חייב להיות ממומן על ידי האם;
2. העדר פיקוח נאות על קיום הסדרי הראיה של אבות עם הילדים לאחר הגירושין והעדר התחשבות באי קיום הסדרי הראיה להגדלת מזונות הילדים לאור הפגיעה הכלכלית הכפולה בנשים עקב כך: הוצאות גדולות יותר בעת שהילדים עימן, והקטנת כושר השתכרותן לאור העדר זמינות תעסוקתית מלאה מצידן, ועוד.
3. האידאולוגיה הליברלית או הליברטריאנית של שוויון פורמלי, של זהות בין האיש לאשה לכל דבר ועניין ושל חשיבותה של "פרידה נקיה", מתעלמות מאי השוויון המהותי, מהשונות המשמעותית בין האיש לאשה במיוחד במסגרת של הנישואין, הגירושין והמשפחה בכלל, ומהסכנה של "פרידה נקיה" עבור נשים שהיו תלויות מבחינה כלכלית ואולי גם מבחינות אחרות בבני זוגן במהלך הנישואין.
4. כעקרון מבחינה עיונית ראוי היה שסכסוכי משמורת יוכרעו רק על פי עקרון טובת הילד. אולם, כל עוד לא התקבלו המלצות וועדת רוטלוי ועקרון טובת הילד עדיין מקנה שיקול דעת רחב ביותר לבית המשפט מבלי להנחותו בקריטריונים הראויים, מהווה עקרון עמום זה דווקא סכנה הן לטובתם האמיתית של הילדים והן לטובתן של נשים. עקרון טובת הילד ללא הבניה חקיקתית עלול לפגוע בנשים במגוון דרכים: כך למשל, מחקרים מלמדים כי בתי המשפט דורשים מנשים רמה מוסרית גבוהה יותר מאשר מגברים, כך שאשה המנהלת רומן עם גבר זר עלולה להיתפס כמשמורנית פחות טובה מאשר גבר המנהל רומן עם אשה זרה. כך באותה מידה נתפסת עבודה של האשה מחוץ לבית (שהיא נדרשת לעשותה בפרט במערכת משפטית שאינה מכירה במזונות אשה לאחר הגירושין) כמצויה בסתירה לחובותיה כאם משמורנית בעוד שלגבי גברים נטייה זו חלשה בהרבה, ואולי להיפך, עבודתו מחוץ לבית מלמדת על נורמטיביות ויציבות. לאב העובד מייחסים בתי המשפט הכנסה גבוהה ויכולת להעניק לילדים מסגרת יציבה ובטוחה ואילו לנשים מייחסים חוסר יכולת להשקיע בילדים די הצורך. קיים חשש של העברת המשמורת מאמהות לאבות שנישאו במיוחד אם נשותיהם עקרות בית ואינן צריכות לעבוד לפרנסתן.
5. בהמשך לאמור לעיל, קיימת במערכת המשפטית חוסר רגישות מספקת ולעתים חוסר אמון לדיווחיהן של נשים על אלימות במשפחה ואף התחשבות בבריחה של נשים מבית אלים ללא הילדים דווקא כנגד הנשים הבורחות בסכסוכי המשמורת. לאור היותה של תופעת האלימות במשפחה רווחת ביותר יש לשים לב לקושי הרב בשילוב בין חזקת ההורה

הידידותי למציאות של אלימות במשפחה שכן במדינות אחרות הוברר כי חזקת ההורה הידידותי הרעה מאד את מצבן של נשים וילדים החיים במשפחות אלימות אשר הוגבר חששן מפעולות להפסקת האלימות על ידי גירושין או מדיווח עליה בעת הגירושין מחשש לאבדן המשמורת עקב חזקת ההורה הידידותי. כמו כן, לאור השאיפה הליברלית להתעלמות מהאשם בנישואין בעת קביעת ההסדרים השונים בעת סכסוך הגירושין קיימת התעלמות יחסית מאלימות שלא כוונה כלפי הילדים עצמם וטרם הופנם הרעיון שאלימות כלפי האם היא אלימות עקיפה כנגד הילדים וחשוב שתהווה שיקול מכריע בעת קביעת המשמורת.

יא. אחד הגורמים הטקטיים המרכזיים שבהם עושים גברים שימוש בהליכי גירושין הינו איום על נשותיהם במאבק על משמורת הילדים אם לא יסכימו להצעה הכספית שהועברה להן במישור תשלומי המזונות והאיזון הרכושי בעת הגירושין. במדינות אחרות הוכח כי אשה מקבלת בממוצע רק כשליש מהרכוש בלבד בעוד שעל פי חוק היא זכאית לפחות למחצית הרכוש, וכי לאחר שבוטלה חזקת הגיל הרך ירד בממוצע חלקה של האשה ברכוש המשותף, היות ונאלצה במקרים רבים גם "לקנות" את ויתורו של האיש על ניהול מאבק משפטי בנושא משמורת הילדים.

11. על כל אלה, בישראל יש להוסיף כאמור פרמטר כבד משקל ומכריע: שליטתו של האיש על הליך הגירושין בבית הדין הרבני, ותלותה של האשה בהסכמתו של האיש ליתן לה גט כתנאי לא רק לחירות אישית ומשפחתית אלא גם לזכויותיה הממוניות לאיזון משאבים או לזכויותיה הסוציאליות כאם חד הורית. שני הפרמטרים של סחטנות גט וסחטנות על רקע משמורת הילדים באים ידי ביטוי בולט בנתונים לגבי מספר תביעות המשמורת של גברים בבית הדין הרבני בצמוד וב"כרוך" לתביעות גירושין מצידם ואופן הכרעתם<sup>11</sup>. שני הפרמטרים של סחטנות גט וסחטנות על רקע משמורת הילדים מאוזנים במידה מעטה על ידי קיומה של חזקת הגיל הרך. ביטול חזקת הגיל הרך יביא לביטול אפילו איזון מועט זה ויותר נשים חשופות לחלוטין לסחטנות זו. לא ניתן להתעלם מעובדות אלו כאשר מתכננים שינוי בהסדר המשפטי לגבי משמורת ילדים.

12. **מטרת ההסדר המשפטי בעניין משמורת הילדים:** היות והמטרה העיקרית של ניהול הליכי המשמורת בין הורים היא בניית הסכמות בין ההורים ומניעת התדיינות משפטיות ארוכות ומתישות במתכונת אדברסרית העלולים לגרום את המערכת המשפטית כולה להסלמה, יש חשיבות רבה בחזקה משפטית ישירה (להבדיל מעקיפה) שאינה תלויה לצורך הוכחתה בהוכחת תשתית עובדתית מורכבת (כגון מיהות ההורה המטפל, מיהות ההורה הפסיכולוגי וכיו"א) אלא די בהוכחת מין ההורה לקימומה. מבחינה סטטיסטית בעולם המערבי גם לאחר ביטול חזקת הגיל הרך, ובישראל עם חזקת הגיל הרך, 90% מהילדים נמצאים במשמורת אימם (או במשמורת משותפת אשר בחלק גדול מהמקרים נותרה משמורת מעשית לאם) ורק 10% במשמורת אביהם. במקרים שבהם עולה יכולתו ההורית על אב באופן משמעותי עם יכולתה ההורית של האם, טובת

<sup>11</sup> הנתונים האמפיריים שנמסרו על ידי בית הדין הרבני מדברים על כ- 27% תביעות משמורת מקרב תביעות הגירושין של גברים ובהנחה שלפחות מחצית ממקרי הגירושין הינם בין בני זוג צעירים ונטולי ילדים או בין בני זוג מבוגרים שילדיהם מבוגרים, ניתן להניח כי למעלה ממחצית המקרים שבהם גברים מגישים תביעות משמורת בבית הדין הרבני, הם מצרפים לתביעותיהם את עניין משמורת הילדים, כאשר בסופו של דבר ברוב מכריע של המקרים האלו (כמו בבית המשפט לענייני משפחה) הם אינם מקבלים את המשמורת אלא הם מוותרים על תביעתם לאחר שתנאי הגירושין סוכמו לשביעות רצונם (נשים ומשפחה בישראל, דו-שנתון סטטיסטי, 2005, הוצאת מרכז רקמן, פרק 2).



הילד מחייבת הטלת המשמורת לאב, וחזקת הגיל הרך ממילא תופרך. יצוין כי חלק מהאסכולות הפסיכולוגיות חזרו בהן מהקביעה לגבי עדיפות נשים לגבי יכולותיהן ההוריות אולם חלק מהגישות הפסיכולוגיות<sup>12</sup> עדיין תומכות בעדיפות מסוימת לנשים על גברים במיוחד בגיל הרך. יצוין, כי אין אסכולות פסיכולוגיות הגורסות עדיפות לאב ביכולות ההוריות אלא לכל היותר דמיון ביכולות ההוריות באופן א-פריורי וחשיבות הקשר של הילדים עם שני הוריהם אשר בוודאי שאינה נפגעת כהוא זה במשפט הנוהג בישראל<sup>13</sup>.

13. **שימוש בחוות דעת מומחים:** שימוש בחוות דעת מומחים חשוב ביותר במקום שבו יש טענות להעדר מסוגלות הורית של אחד ההורים או במצב שבו קיים הורה המסכן את הילדים בכל דרך שהיא, אולם ברוח הטיעונים של פוקו אין להפוך הליך משפטי נורמטיבי להליך של רגולציה איבחוני וטיפולית. ממילא לא ניתן ברוב המקרים לכמת את היכולות ההוריות של שני ההורים במדויק ולהעניק להם ציון כאשר הגבוה מבין השניים זוכה במשמורת בילדים, וזאת הן לאור קשיי איבחון והן לאור קשיי הערכה והעדר אמות מידה. הכרעה במשמורת הילדים חייבת להיות הכרעה נורמטיבית המביאה בחשבון את האינטרסים הרחבים של אמהות ואבות ולא רק את ההבדלים הזעומים בטובתו של ילד – ודוק, במקום שבו קיימים הבדלים שוליים בין ההורים, כלל לא ניתן לומר בוודאות כי טובת הילד מחייבת שיהיה במשמורתו של אותו הורה – כאמור לעיל – שכן למשל אילו היתה מובאת מומחית מאסכולה אחרת התוצאה יכולה היתה להיות שונה בתכלית השינוי, במיוחד כאשר מדובר בחיזוי העתיד ולא בקביעת העבר<sup>14</sup>. לא ראוי כי ההכרעה הנורמטיבית החברתית – בדבר עדיפות אמהות בגידול ילדים, הקשורה גם לערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית, וגם לטובתן (ולו המינימלית) של נשים וילדים באופן כללי – תהפוך להיות הליך איבחוני או טיפולי במסגרתו עוברים ההורים מבחן פסיכודיאגנוסטי כזה או אחר, זוכים לציון – וכל דמרבה גבר, מי שציונו גבוה יותר מקבל את המשמורת בילדים.

14. **סיכומו של דבר:** חזקת הגיל הרך נקבעה על ידי המחוקק בסעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות הן כדי לבטא חזקה ראייתית שטובת הילד מחייבת ברוב המקרים שהילדים יהיו עם אימם, והן כדי לבטא העדפה מהותית לנשים על גברים בגידול ילדים. העדפה זו מוצדקת הן מסיבות ביולוגיות, הן מסיבות סוציולוגיות ובוודאי מתחייבת מהמצב הסוציו-אקונומי-משפטי בתחום דיני המשפחה והגירושין. ביטול חזקת הגיל הרך בישראל עלולה להביא לתוצאות קשות אפילו יותר מאלו שהיו מנת חלקן של מדינות המערב, וזאת לאור כוח המיקוח הגדול הרבה יותר של גברים בישראל, כמפורט לעיל. ביטול חזקת הגיל הרך אשר נועד להרבות את האחריות ההורית של גברים כלפי ילדים, הביא הלכה למעשה להותרת עיקר הטיפול בילדים בידי האמהות אשר עתה הן עניות הרבה יותר וחלשות הרבה יותר, תוך פגיעה ברורה ומובהקת בילדים שעליה נועד הביטול של חזקת הגיל הרך להגן. באותה מידה וביתר שאת צפוי כי בישראל תמשכנה נשים לקנות את הגט ואת המשמורת של הילדים בויתורים כספיים מפליגים על זכויותיהן הרכושיות או

<sup>12</sup> למשל, הפסיכולוגיה ההתפתחותית.

<sup>13</sup> כאמור לעיל חזקת הגיל הרך אך ורק עוסקת במקום המגורים של הילד ולא בשאר התכנים העשירים והמגוונים של האפוטרופסות אשר בכל מקרה הינם משותפים בין ההורים ואין כל מניעה שהיא, בניגוד גמור לביקורת הבלתי מבוססת בעניין זה, כאילו המשמורת לאם פוגעת בקשר שבין האב לילדים. יש לציין, למטה מענייננו, כי בחלק מהמקרים דווקא הגירושין ודווקא מתן המשמורת לאם וקביעת הסדרי הראיה לאב, יוצרים לראשונה קשר טיפולי ופסיכולוגי בין האב לילדים, שלא היה קיים כלל בעת הנישואין עצמם לאור עבודתו של האב או מסיבות אחרות.

<sup>14</sup> אם תוחלף חזקת הגיל הרך בחזקת ההורה העיקרי – חשש זה יצומצם היות והיא מתמקדת באירועי העבר ולא בתחזיות לעתיד.

על מזונות הילדים תוך החרפת מצבן הכלכלי הקשה ומצבן הכלכלי הקשה של ילדיהן. במקרים אחרים יביא ביטול חזקת הגיל הרך להליכים משפטיים, הליכים טיפוליים וסכסוכים הוריים רבים ומיותרים המחריפים את הנזק שנגרם לבני המשפחה ממילא מהגירושין עצמם. אין בעמדתנו כדי לשלול הגברת המעורבות והאחריות הטיפולית הממשית של אבות בחיי ילדיהם – להיפך – לדעתנו הגברה זו ככל שהיא נעשית ומתמקדת בתקופת הנישואין ולא לעת הגירושין וככל שהיא נתמכת בשורה של צעדים משפטיים תומכים (לרבות סנקציות מתאימות) יכולה להביא לשינוי אמיתי באופן שישפר הן את מצבם של הילדים, הן את מצבן של הנשים והן את מצבם של הגברים בעת סכסוכי הגירושין ועוד לפני כן.