

חזקת הגיל הרך - מסורת או מיתוס רומנטי?

פרופ' פרנסיס רדאי- יו"ר קונקורד, מרכז מחקר לקליטת המשפט הבינלאומי בישראל, המכללה למנהל המסלול האקדמי ומומחית מטעם מועצת זכויות האדם של האו"ם בעניין אפליה נגד נשים

המצב הקיים:

עקרון טובת הילד מוסדר כיום בחוק הקיים בשני שלבים; ראשית, החוק מאפשר להורים לקבוע מי מבניהם יקבל את האפוטרופסות ואת החזקה של הילד. שנית, רק בהיעדר הסכמה, יפעיל בית המשפט את שיקול דעתו לקבוע את האפוטרופסות והחזקה על פי עקרון טובת הילד. בהפעלת שיקול דעתו, על בית המשפט ליישם את הוראות החוק ולפעול לפי חזקת הגיל הרך (בהיות הילד עד גיל שש) ואת עקרונות היציבות וההמשכיות, ביניהם את חשיבות איחוד אחים ואחיות גם אחרי גיל שש.

ההצעה:

בשנת 2011, המליצה וועדת שניט לבטל את "חזקת הגיל הרך" הקיימת כיום בסעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות. עם זאת, לאחר ביקורת של חלק מארגוני הנשים, הוועדה הוסיפה אלמנט ממתן והוא עקרון שובר שוויון – כאשר שני ההורים מתאימים באותו מידה, המשמורת תלך לאם. בעקבות המלצות הוועדה, הוגשה הצעת חוק המבוססת על שותפות באחריות ההורית בכל הנוגע למימוש זכויות הילד, כאשר השיקול המנחה והמכריע בקביעת אחריות זו הוא טובת הילד.

מגמת הביטול של חזקת הגיל הרך התבססה בעיקרה בכל מדינות המערב על האמנה הבינלאומית לזכויות הילד. וועדת שניט הסיקה כי מן הראוי שישראל – אשר אישרה את האמנה – תסדיר בחקיקה את מימוש האחריות ההורית כפי שנעשה במדינות אחרות.

נקודת הפתיחה בהמלצות הוועדה היא שותפות שווה באחריות ההורית; שני ההורים שותפים בכל החלטה מהותית הנוגעת לילדם, ללא קשר לחלוקת זמני השהות של הילד עם מי מהם. שותפות זו מבוססת גם על הזכות לשוויון בין המינים המוגנת באמנה לביעור כל צורות ההפליה נגד נשים, אמנה נוספת אשר ישראל אישרה.

אך האם ביטול חזקת הגיל הרך אכן הוא הדרך שתביא אותנו לעידן אוטופי של טובת הילד והשוויון בין המינים בתחום ההורות, גם יחד?

הטעונים לביטול החזקה:

את הטיעון לטובת ביטול חזקת הגיל הרך, בדבר שוויון בין המינים, ניתן למצוא הן בספרות פמיניסטית והן בניירות עמדה של ארגוני זכויות הגבר, כאחד.

בבואנו לבחון את הגישה הרצויה לשתי הסוגיות, ברצוני להוסיף פרספקטיבות שאינן מובאות, או לפחות, שאינן מודגשות דיין בשיח על הצעת החוק לביטול חזקת הגיל הרך.

לעניין הטעון הפמיניסטי:

על פי הטענה הפמיניסטית, ההנחה שהאם היא האחראית הראשית על תפקיד ההורות – מנציחה סטראוטיפיים ופוגעת בשוויון ההזדמנויות של נשים בחיים הציבוריים והכלכליים.

הרקע ההיסטורי מראה שזכות הנשים לאפטרופסות ומשמורת באה עם ההכרה בזכות הנשים לשוויון, וכי היא איננה שריד של גישה פטריארכאלית שמטילה את נטל האמהות על נשים. עד המאה העשרים בתקופה הפרה-פמיניסטית במדינות נוצריות, האם לא זכתה באפטרופסות או במשמורת, והמיתוס של הבתולה הקדושה – אם התינוק ישו – נותר סמלי ואין לו קיום במציאות. דוגמה מפורסמת היא של Charles Dickens.

אשה שאיננה מעוניינת בנטל יכלה תמיד לוותר על המשמורת לאב שרוצה בה.

לעניין הטעון של ארגוני זכויות הגבר:

על פי ארגוני הגברים, חזקת הגיל הרך פוגעת בזכות הגברים לשוויון בתפקידי הורות. האם ביטול חזקת הגיל הרך יביא לשוויון בין המינים בישראל?

מדובר בילדים עד גיל 6- בימינו הרבה אמהות מניקות עד גיל שנה או אפילו שנתיים – דבר שמבחין בין המינים באופן שמצדיק את החזקה לפחות בשנים אלה.

מן הרקע הסוציולוגי ניתן ללמוד שגם בעידננו אנו, ברובן המכריע של המשפחות נשים משקיעות יותר זמן בטיפול בילדים ובבית מאשר גברים. החלוקה הקיימת שוררת על אף השתתפותן של נשים בכוח העבודה. יש כבר מגמה בבתי משפט למשפחה לסתור את החזקה במשפחות חריגות, בהן משקיע האב יותר בגידול הילדים ושאינן מסכים לוותר על המשמורת.

לעניין טובת הילד:

טובת הילד חייבת להוות את השיקול המכריע בכל הקשור למשמורת. אך איך משיגים את טובת הילד כשהילד צעיר מדי לבטא את רצונו ובין ההורים אין הסכמה.

אין ספק שטובת הילד המקסימלית דורשת מעורבות שני ההורים בהרמוניה – קול האשה וקול הגבר. לכן, אין ספק שיש להעניק להורה שאיננו מקבל/ת את ההחזקה את זכויות ההשתתפות בגידול הילד בכל המובנים האפשריים. אך ניתן היה להשיג זאת בלי לבטל את חזקת הגיל הרך - השאלה נשאר- מי מבין שני ההורים יחזיק בילד אם אין אפשרות של משמורת משותפת? החלטה זו תעשה על ידי ההורים עצמם או על ידי מגשר, בורר או שופט בעקבות אי הסכמתם. כשהחלטה לעניין משמורת נלקחת באווירה של משא ומתן או של הכרעה במסגרת סכסוך הגירושין, היא מהווה אחת מכל מיני שאלות במחלוקת בעניין מזונות ורכוש.

הרקע המשפטי בישראל משתית את הגירושין על אי שוויון תהומי בין גברים ונשים כשהדין מעניק לבעל יהודי את הכוח האבסולוטי לסרב לתת גט לאשתו.

גם לגבי נשים מוסלמיות שורר מצב של חוסר שוויון, כשהבעל יכול לגרש את אשתו בגירושין חד צדדיים, תוך שהאם הגרושה או האלמנה מאבדת כל זכות למשמורת על ילדיה אם היא מחליטה להתחתן מחדש. לכן כוח המיקוח של נשים בהעדר חזקת הגיל הרך הוא פחות בהרבה מבחינה משפטית מזה של הגבר.

במצב אי השוויון זה, בהעדר חזקת הגיל הרך, יתכן וויתור של אימהות על החזקת הילד רק על מנת להשתחרר מהנישואין או, לחילופין, וויתור על רכוש ומזונות על מנת להשיג גט ולשמור על הילדים. וויתורים כאלה של אימהות כתוצאה מחולשתן במסגרת הפטריארכלית הנכתבת בדין הישראלי מסכנים את טובת הילד.

החזקה – אצל אם או אב?

הקושי הטראגי בשאלה הזאת מודגמת היטב בסיפורו של שלומו המלך במשפט שתי האימהות.

הראיות אינן ממחישות את התזה שביטול חזקת הגיל הרך יביא לשוויון בין המינים או לטובת הילד במצב תחילה של חוסר שוויון במשפט ובפועל. מה שניתן ללמוד הוא ששוויון אמתי לאשה בחיים הציבוריים ובמשפחה ובחלוקת תפקידים בפועל בין אם ואב בשני המישורים יכול להצדיק ביטול החזקה ובתנאים אלה להביא לטובת הילד. בהעדר שוויון, יש לחשוש בניסיון לתקן את אי השוויון במשמורת "לרעת האב" מבלי לטפל בהפליה ואי שוויון נגד האישה בבסיס הגירושין.

לכן, ביטול חזקת הגיל הרך צריך להיות השלב האחרון בהשגת האוטופיה של שוויון בין ההורים במשמורת, ולא הראשון.