

חזקת הגיל הרך

תאריך : ינואר 2017

העבודה מוגשת בחסות העמותה של נוער שוחר משפט עברי

הקדמה אישית

ככלל, דיני משפחה, הינו ענף בעולם המשפט שמסקרן אותי מאוד. היות ובתוך דיני המשפחה, נכללים נושאים שנוגעים אל רובנו בשלבים כאלו ואחרים במהלך חיינו (כגון נישואין, גירושין, אפוטרופסות...), חשוב לי להכיר נושא זה ולחקור אותו לכל רבדיו. בפרט, חזקת הגיל הרך, שהיא חלק מדיני המעמד האישי, דיני משפחה- מעניינת אותי מאוד.

חייו של ילד מושפעים באופן מוחלט מהסביבה בה הוא גדל. שכן, במידה וזוהי סביבה מקבלת, מחבבת, המפתחת את הקטין- הוא יגדל ויצמח באופן בריא. ולא, הקטין יחיה באופן שאינו ראוי, ויפגע מכך הן בחייו כקטין והן בחייו כבגיר. בעת שנתקלתי במקריות בכתבה על ביטול חזקת הגיל הרך, העניין סיקרן אותי מאוד ורציתי ללמוד ולקרוא עוד על הנושא. עקב סקרנותי הרבה, בחרתי לעסוק בעבודה זו בנושא שאני רואה כמרתק, המאפשר לי להתבטא ולהביע את דעותי.

נהייתי מכתיבת העבודה ומההזדמנות לצלול אל תוך נושא הקרוב לליבי, להיחשף לכתבים אקדמיים, אל פסקי דין נרחבים, ולצבור ידע רב.

תוכן עניינים

5	מבוא	פרק ראשון
6	גישת המשפט העברי	פרק שני
10	גישת המשפט הישראלי	פרק שלישי
15	השוואה בין שתי שיטות המשפט	פרק רביעי
17		ביבליוגרפיה

מבוא

מצב של פרידת הורים, הינו רגיש במיוחד עבור ילדים בגיל הרך, שכן הם זקוקים לסביבה חמה ורכה, שתגדל אותם בצורה המיטבית. אך כאשר נפרדים ההורים, עולה השאלה: לצד איזה הורה יגדל הילד?

סעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות¹, קובע כי בהעדר הסכמה בין ההורים לעניין משמורת הקטין, רשאי בית המשפט לקבוע את משמורת הקטין לפי טובת הקטין, "ובלבד שילדים עד גיל שש יהיו אצל אמם אם אין סיבות מיוחדות להורות אחרת...". כלל דומה נקבע במשפט העברי, הלוא הוא שילדים עד גיל שש יהיו עם אמם, ולאחר גיל שש, הבנים יעברו אל אביהם, ואילו הבנות יישארו עם אימם, כאשר טובת הילד היא השיקול המרכזי.

מה יקבע בית המשפט, או בית הדין, במצב בו הסביבה המיטבית בשביל הקטין בגיל הרך הוא אצל האבא? הרי חזקת הגיל הרך קובעת שכל עוד הקטין מתחת לגיל שש, יגדל הוא עם אמו ולא עם אביו, בהעדר סיבות מיוחדות להורות אחרת. סיבות אלה אינן קבועות בחוק באופן ברור ומפורש, ולא מגדירות מצב חריג מסוים.

בעבודתי אעסוק בשאלה המשפטית, האם עקרון טובת הילד עולה בקנה אחד עם חזקת

¹ חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962

הגיל הרך? אחקור את מקורות חזקת הגיל הרך, הן במשפט העברי והן במשפט הישראלי, אציג את הניגודיות שבין שתי שיטות המשפט, אתייחס לביקורות ולמאמרים העוסקים בחזקת הגיל הרך, וכן אוסיף פסקי דין ממרוצת השנים, שהושפעו מחזקה זו.

חזקת הגיל הרך במשפט העברי

חזקת הגיל הרך, איננה מזכרת בתורה, המקור הקדום והראשוני של המשפט העברי. הפעם הראשונה שמופיע אזכור לחזקת הגיל הרך במשמעותה של החזקה, ולא דווקא במינוח המסוים שנקרא "חזקת הגיל הרך", ונמצאת בתלמוד.

עקרון טובת הילד כאבן הבוחן היחידה בשאלת משמורת

אמר הרב אסי: "קטן כי בן שש יוצא בעירוב אמו"². כלומר, עד שהילד בן שש, הוא צריך להיות עם אמו. רב אסי לא נימק מדוע ילד בן שש יוצא בעירוב אמו, אך יש להסיק שאמרה זו נאמרה עקב צרכים תפקודיים-בריאותיים של תינוק, שזקוק לחלב אמו ולטיפול המסור.

עוד נאמר: "עד בן שש בצוותא דאימיה ניחא ליה"³. אמירה זו מחזקת את דברי הרב אסי. גם כאן מוזכר העיקרון לפיו לילד עד גיל שש נוח להיות עם אמו. מכאן, שהתלמוד מתמודד עם שאלת מקומו של הילד, בעזרת עקרון טובת הילד. לפי עקרון זה, טובתו של הילד היא אבן הבוחן היחידה, היא שתכריע. כאשר גילו של הילד הוא עד שש שנים, קובעים החכמים, שטוב לו עם אמו, הרי הוא זקוק לחלבה ולטיפול המסור.

²תלמוד בבלי מסכת כתובת סה ע"ב.
³תלמוד בבלי מסכת עירובין פב ע"א.

חבר בית הדין הגדול, הגר"א גולדשמידט זצ"ל, הדגיש את חובת ההורים כלפי ילדיהם, כן את משמעותו המרכזי של עקרון טובת הילד: "אין הבן או הבת "חפץ" לזכויות אב או אם, אין כאן זכויות לאב או לאם, רק חובות ישנן כאן, שמחויבים הם לגדל ולחנך את את ילדיהם. ובבוא בית הדין לקבוע בדבר מקומו של הילד, רק שיקול אחד נגד עיניו, והוא טובתו של הילד אצל מי תהיה ובאיזה אופן תהיה"⁴.

מקומם של הילדים לאחר גיל שש

בהמשך, מתעסק הרמב"ם עם מה שקורה לילדים לאחר גיל שש: "אם רצתה המגורשת שיהיה בנה אצלה אין מפרישין אותו ממנה עד שיהיה בן שש שנים גמורות... והבת אצל מאה לעולם אפילו לאחר שש"⁵.

הרמב"ם מצדיק את רצון האם להיות עם ילדיה הפעוטים עד גיל שש, וכן את הצורך בשהות הקטנים עם אמם. הוא קובע כי לאחר גיל שש, הבנים הולכים אל אביהם, והבנות נשארות אצל אמן.

קביעה זו, מושפעת מכך, שכאשר האב נמצא עם בניו, הוא ילמדם אמנות, תורה, וכן ילמד אותם לשחות. בעוד שהאם תלמד את בנותיה את דרך הנשים, הלוא היא לעבוד את הבית, לנקות ולסדר.

בקביעה זו, יש שראו כטובת הילד לטווח הרחוק, היות ובאותה העת שהיא נקבעה, תפקידי הנשים והגברים היו קבועים וברורים; האישה עקרת בית, והאב מפרנס את המשפחה ולומד תורה. לכן, מן ההיגיון שאישה תלמד את בתה את דרך הנשים בצורה טובה יותר משהאב, ועל כן גם האב ילמד את בנו את דרך הגברים בצורה טובה יותר משהאם תוכל ללמדם, וכך יבטיחו שילדיהם יבצעו את המוטל עליהם בצורה הנכונה.

⁴חבר בית הדין הגדול, הגר"א גולדשמידט זצ"ל, בספרו "עזר משפט" סימן א'.

⁵ הלכות אישות פרק כ"א הלכה י"ז.

הנימוק שמאחורי הקביעה

הרשב"א נימק את הטעם להמצאות האב עם בניו והאם לעולם עם בנותיה (לאחר גיל שש) באופן הבא: "הבת לעולם אצל האם... והטעם: כדי שתרגיל האם לבת, ותלמדנה דרך נשים, ושלא תרגיל עצמה בפריצות. והבן יותר ראוי להיות אצל האנשים הקרובים (האב). שהם ירגילוהו וילמדוהו דרך הלימוד. ודרך אנשים יותר מן האם..."⁶. דהיינו, שכאשר האם נמצאת עם בתה, היא יכולה ללמד אותה את דרך הנשים בצורה הטובה ביותר, וכך גם כאשר האב נמצא עם בנו, הוא ילמד אותו את דרך הלימוד, הלוא היא דרך הגברים, בצורה טובה יותר משהאם תלמדוהו.

שולחן ערוך, עוסק בין היתר, במצב בו הבן נגמל מיניקה בעוד שגילו קטן משש שנים. נקבע, כי גם במצב כזה, אם רצתה המגורש שבנה יישאר אצלה- לא מונעים זאת ממנה, בעוד שהאב משלם לה מזונות. כמו כן, נאמר כי הבת נשארת לעולם אצל האם, אפילו לאחר גיל שש: "שלמו חודשיו וגמלתו אם רצתה המגורשת שיהיה בנה אצלה אין מפרישין אותו ממנה עד שיהיה בן שש גמורות, אלא כופין את אביו ונותן לו מזונות והוא אצל אמו והבת אצל אמה לעולם אפילו לאחר שש"⁷.

קביעת משמורת בנות אצל האב- פסק דין בית הדין האזורי חיפה

בית הדין האזורי חיפה, ערך דיון בבקשת אב לקבל את המשמורת על שתי בנותיו הקטינות⁸

הבעל הטיח באשתו טענות קשות, וביניהן, שהיא נוהגת באלימות פיזית ומילולית קשה, מטלטלת את הבנות, לא מטפלת בהן, ואף השליכה עליו סכין. כנגד, טענה האישה כי הבעל מתנשא מעליה, מזלזל בה ואינו מתחשב ברגשותיה.

⁶ שו"ת הרשב"א, המיוחסות לרמב"ן סימן ל"ח.
⁷ שולחן ערוך, אבן העזר פ"ב, הלכות כתובת סעיף ז'.
⁸ בית הדין האזורי חיפה, 586034/4, פלוני נ' פלונית.

הבעל שכר פסיכולוג שחווה את דעתו בעניין. הפסיכולוג המליץ שיש לתת עדיפות לאב על פני האם, בעוד ששני ההורים אינם נחשבים מסוכנים, ולכן אינם פסולים מלשמש כהורים.

למרות חזקת הגיל הרך וההלכה שקובעת כי בנות אצל אמן לעד, קבע בית הדין את המשמורת על שתי הבנות לאב.

בית הדין, התבסס בין היתר בפסיקתו, על קביעת הרמ"א, שקובע סייג על הקביעה לפיה בנות אצל אמן לעד: "ודווקא שנראה לבית הדין שטוב לבת להיות עם אמה, אבל אם נראה שטוב לה יותר ליישב עם בית אביה, אין האם יכולה לכופ שתהיה עמה".⁹ ניתן מכך, שבית הדין התבסס בצורה זו או אחרת על עקרון טובת הילד, היות ולמרות שעל פי ההלכה הבנות אצל אמן לעד, ולמרות שהאם רוצה שבנותיה יישארו אצלה- נקבע כי לבנות טוב יותר בבית אביהן, ולכן המשמורת עליהן תהיה של האב.

⁹ שו"ת מהר"ם פדואה (סימן נג').

חזקת הגיל הרך במשפט הישראלי

חזקת הגיל הרך, מעוגנת בסעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות¹⁰, וקובעת כי כאשר ההורים אינם מגיעים להסכמה, או לא מבצעים את ההסכם שנקבע בעניין משמורת ילדיהם במקרה של פירוד או גירושין, רשאי בית המשפט לקבוע את הסדרי ההורות של הקטין, "ובלבד שילדים עד גיל 6 יהיו אצל אמם, אם אין סיבות מיוחדות להורות אחרת".

עקרון טובת הילד מול חזקת הגיל רך

מחד גיסא, עקרון טובת הילד, מהווה שיקול מרכזי העומד לבית המשפט בבואו לבחון סוגיות הנוגעות למשמורת ילדים. מאידך גיסא, ניצבת לפני בית המשפט חזקת הגיל הרך, שכאמור, משליכה את המשמורת על ילדים מתחת לגיל 6 אל האם, באופן כמעט אוטומטי, שכן, בהעדר סיבות מיוחדות להורות אחרת. מושג זה הינו מעורפל ואינו מוגדר באופן מפורש בחוק.

ועדת שניט

בשנים האחרונות, מועברת על חזקת הגיל הרך ביקורת רבה, שבבסיסה, הטענות כי חזקת בגיל הרך איננה שוויונית, מיושנת ולא תואמת את רוח ימינו, וכן סותרת במקרים מסוימים את עקרון טובת הילד.

ועדת שניט,¹¹ הוקמה במרץ 2005, במטרה לבחון את הכללים הקיימים לחלוקת

¹⁰ חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962.

¹¹ הועדה הציבורית לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין- ועדת שניט.

האחריות ההורית בתקופת הגירושים ואחריה, ובפרט, מונתה הועדה במטרה לתת המלצות לצידוק המשך תחולתה של חזקת הגיל הרך.

ועדת שניט, בראשות פרופסור דן שניט, כללה אנשי מקצוע שונים וייחודים, במגוון התחומים, כגון שופטים, דיינים, מנהל ביתי דין שרעיים, פסיכולוגים ועוד.

דעת רוב הועדה, סברה כי חזקת הגיל הרך מנוגדת לממצאים פסיכולוגיים, הקובעים כי ילד זקוק לקשרים יציבים עם שני הוריו, במטרה להתפתח בצורה תקינה. דהיינו, הקשר עם אמו בלבד אינו די והותר.

באפריל 2008, פרסמה ועדת שניט דו"ח ביניים, שבין היתר, המליץ לבטל את חזקת הגיל הרך, ולקיים במקומו אחריות הורית משותפת ושווה מבחינה משפטית, מתוך התפיסה כי זוהי טובת הילד.

בשנת 2011 הגישה הועדה את המלצותיה הסופיות, שלפיהן יש לבטל את חזקת הגיל הרך ובמקומה להנהיג משותפות הורית למימוש זכויות הילד, ברוח אמנת האו"ם בדבר זכויות הילד ועקרון טובת הילד¹², הקובע בסעיף 3 כי בכל הפעולות הנוגעות לילדים, תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה. מדינת ישראל אשררה את אמנת זכויות בספטמבר 1991.

המלצות ועדת שניט נדחו, ולא אומצו כחוק. אף על פיכן, המלצות הועדה משפיעות רבות על הפסיקה, באופן בו יש אלו שטוענים כי משמורת משותפת, בה תמכו בוועדת שמיט, הינה הכלל ולא החריג במשמורת ילדים.

את הביקורת הבולטת על חזקת הגיל הרך, כתב ד"ר יואב מזא"ה במאמרו¹³.

בבסיס דבריו, טוען מזא"ה כי המושג "משמורת", הינו כותרת חלולה המעודדת את הצדדים להילחם עליה, תוך פגיעה קשה בילדים. הוא טוען כי יש להסיר את המושג

¹² אמנת האו"ם בדבר זכויות הילד, 1989.

¹³ יואב מזא"ה, "משמורת ילדים": מושג מהותי או כותרת חלולה?

”משמורת” מסדר היום, היות והוא איננו מלווה בסמכויות או בהסדרת יחסי הורים, אלא בעיקר מתמרץ את ההורים לצאת למלחמה הפוגעת בילדיהם. לדעתו של מזא”ה, טובת הילדים היא שיהיו להם שני הורים מעורבים, גם לאחר הגירושין. לכאורה, אמורה המערכת לעודד הורים להגביר את מעורבותם בנוגע לגידול ילדיהם ולנשיאה משותפת בטיפול ילדיהם, אך בא המושג משמורת, שמגדיר הורה אחת כמשמורן, ואת ההורה השני כלא משמורן. חזקת הגיל הרך, מגדירה את האם כהורה המשמורן לילדים מתחת לגיל שש. בכך, ניכר מדבריו של מזא”ה, שנוצר כאוס במעגל המשפחתי, הכולל פגיעה בילדים, שנגרם כתוצאה ממלחמת ההורים על משמורת ילדיהם.

פסק דין ניר נ’ ניר:

פסק דין ניר נ’ ניר¹⁴, עסק במקרה בו היה הבעל מטריד את אשתו ואת בנותיהם הקטינות, בין היתר, בכך שהחליף את מנעולי הדירה שבה היו דרות, וכן הזמין אנשים בלא ידעתה של האישה, להגיע אל הדירה במטרה לקנותה. בכך, חרג בהתנהגותו מהסדרי הטיעון שקבע בית המשפט המחוזי, ואף לא הגיע לדיונים בבית המשפט העליון. בית המשפט, התבסס בקביעתו הן על המשפט העברי והן על המשפט הישראלי, ובדק מהי טובת הילד.

נפסק, כי האישה היא הזכאית היחידה והמוחלטת להחזיק בבנותיה הקטינות, וכן שלמרות התנגדותו האגרסיבית של הבעל בנוגע לשהותן של האישה והבנות בבית, הן זכאיות להמשיך להתגורר שם.

מכאן, שבמקרה זה, חזקת הגיל הרך, הקובעת כי עד גיל שש הילדים נמצאים אצל האם, כן המשפט העברי, שקובע גם הוא את אותו הכלל- אכן עולים בקנה אחד עם עקרון טובת הילד.

¹⁴ע”א 458/79, שמחה ניר נ’ יהודית ניר.

דניאל גוטליב, במאמרו "חזקת בגיל הרך: חזקה או חלשה? רטרופקט או רקוויאום?",

מתייחס להמלצות וועדת שניט¹⁵ בדבר ביטול חזקת הגיל הרך. גוטליב מציג את יתרונותיה וחסרונותיה של החזקה, וביניהם, מחד גיסא, פוגעת החזקה ביכולת לקשר משמעותי בין הילד והאב, וכן שהיא מפריעה לבתי המשפט לקבל החלטות המותאמות לכל ילד וילדה. מאידך גיסא, חזקת הגיל הרך מנועת מאבקים משפטיים, ובלעדיה יהיו יותר מאבקים בין הורים.

אולם, טוען גוטליב כי לא קיים מושג של משמורת אוטומטית בכל גיל, היות ו"חזקה" איננה מחייבת בתי משפט, אלא רק מכוונת אותם. על כן, מחויבים בתי המשפט לדון בטובתו של הילד באופן ספציפי, ולא להיאחז בחזקת הגיל הרך באופן מוחלט. גוטליב מוסיף, כי גם על סמך הנוסח הנוכחי של החוק¹⁶, "יתכן מצב בו המשמורת תיקבע אצל אב, גם אם האם אינה סובלת ממצב נפשי קשה או משתמשת בסמים". גם אם חזקת הגיל הרך תקפה וגם אם לא- טוען גוטליב, כי הילד יהיה היכן שעקרון טובת הילד מחייב, בין אם אצל האב, ובין אם אצל האם. עוד בכך, גוטליב מוכיח בעזרת סקירת הספרות הפסיכולוגית, שלא ניתן למצוא כל הצדקה מדעית להמשך קיומה של חזקת הגיל הרך, אשר מבוססת על הנחות שאינן עדכניות לימינו אנו. בסיכומו של דבר, ניתן במאמרו של גוטליב, שהעיקרון המנחה היחידי שראוי שיהיה בקביעת משמורת ילדים, הוא עקרון טובת הילד.

פסק דין תמ"ש מ.ש. נ' א.ק.

פסק דין תמ"ש מ.ש. נ' א.ק.¹⁷, דן בשאלה, האם יש להורות על החזרת קטין בגיל הרך לאזור מגוריו בצפון הארץ, במצב בו בזמן בירור תביעות הוריו למשמורת הקטין, האם עברה לדור למרכז הארץ?

¹⁵ הועדה הציבורית לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושים- ועדת שניט.

¹⁶ חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות התשכ"ב 1962.

¹⁷ תמ"ש 24310-12-09 מ.ש. נ' א.ק.

תחילה, קבע בית המשפט משמורת זמנית של הקטין בידי האם, וכן נקבע הסדר ראייה שלפיו הקטין אכן יראה את אביו וילון אצלו פעם בשבוע.

אולם, מבדיקה למסוגלות הורית, הומלץ על קיום משמורת משותפת. על כן, שב בית המשפט לדון במשמורת הקטין.

במהלך הדיון, נודע לבית המשפט כי האם עברה עם הקטין אל מרכז הארץ, בלא הסכמה של האב. עוד בכך, האם רשמה את בנה הקטין, בלא הסכמת או ידיעת האב, לפעוטון דובר רוסיית בלבד.

בית המשפט בפסיקתו, התייחס לחזקת הגיל הרך כאחד מהשיקולים, ולא כשיקול הבלעדי; "אולם המשקל שיינתן לחזקה לא צריך להיות מוגזם ויש לתת משקל גם לכל שאר השיקולים בבואנו לבחון את טובת הילד הספציפי. המציאות כיום שונה מהמציאות שבמסגרתה גובשה הדוקטרינה של חזקת הגיל הרך"¹⁸.

נפסק, כי האם תחזור לגור יחד עם הקטין במקום מגורה הקודם שבצפון הארץ, וכן אסר בית המשפט על האם לשלוח את הקטין לפעוטון דובר הרוסית, אלמלא זה נעשה תחת הסכמתו של האב, כל זה תוך התבססות על עקרון טובת הילד.

ניכר מפסק הדין הנ"ל, שיש לבחון כל מקרה לגופו, תוך התייחסות אל חזקת הגיל הרך כאחד מהגורמים המכריעים, ולא כגורם הבלעדי. עקרון טובת הילד יהיה העיקרון המנחה בשאלת משמורת.

¹⁸ ע"מ (בש"י) 99/1125 ד.ל. נ' כ.ז. (28/05/2000) [פורסם בנבו].

השוואה בין המשפט העברי למשפט הישראלי

שתי שיטות המשפט, הן המשפט העברי והן המשפט הישראלי, מקבלות תוקף במדינת ישראל, בעניין קביעת משמורות. שכן, אדם הרוצה לתבוע את בן/ בת זוגו, בעניין משמורת ילדיהם, יכול לפנות אל בית המשפט לענייני משפחה, או לבית הדין הרבני. סביר להניח, כי ההבדל בין הפניה אל בית המשפט לענייני משפחה, לבין הפניה אל בית הדין הרבני, יהיה בעקבות ההנחה כי בית המשפט לענייני משפחה, ייתן עדיפות לאם, בעקבות חזקת הגיל הרך, ואילו בבית הדין הרבני, תינתן עדיפות לאב, בעקבות בהשפעת רוח המשפט העברי, הנותן עדיפות לגבר על פני אישה¹⁹.

שני מוקדים אלו, המתדיינים בין היתר, במשמורות ילדים, עוסקים בדיני המעמד האישי, אלו רגישים מאוד.

יש הטוענים, כי לא קיים הבדל מהותי בין גישת המשפט העברי, לבין גישת המשפט הישראלי, בעניין קביעת משמורת הקטין.

אחת מהמצדדים לדעה זו, היה השופט מנחם אלון, כפי שמתבטא בפסק דין ניר נ' ניר²⁰, שבו, בין היתר, הציג את דעתו בנוגע זהות וההתאמה בין שתי שיטות המשפט לעניין קביעת משמורת הילד; "נראה לי, שלא קיים הבדל מהותי בין גישת שתי מערכות משפטיות אלה, אלא דעתי נוטה לומר אף מבחינת הרמת נטל הראיה, אין שום הבדל של ממש ביניהן; בשתייהן הכלל הגדול הוא, ששומה על על בית- המשפט לבדוק, מיוזמתו הוא, בכל מקרה ומקרה טובת הילד מהי. אין לו להסתפק בהסתמכות על הנחה זו או אחרת, ולפסוק על פיהן בלבד, ללא בדיקה נוספת"²¹.

¹⁹ כל זאת כמובן, בהסתמך על דעתי האישית.

²⁰ ערעור אזרחי מס' 458/79 שמחה ניר נ' יהודית ניר.

²¹ ראה ע"א 458179 ניר נ' ניר, פ"ד לה ב, עמוד 518, 523-524.

אולם, אני טוענת כי אכן קיים הבדל בין גישת המשפט הישראלי, לבין גישת המשפט העברי בעניין קביעת משמורות.

ההבחנה במגדר הקטין בקביעת משמורת

סעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית האפוטרופסות, חזקת הגיל הרך, אינו מבדיל בין הבן אל הבת אלא קובע ככלל שקטין מתחת לגיל שש, בין אם הוא זכר ובין אם הוא נקבה-תהא משמורתו אצל אמו.

לעומת זאת, הרמב"ם קובע כי אמנם עד גיל שש, הקטין, בין אם זכר ובין אם נקבה, יהיה אצל אמו, אך לאחר גיל שש, הבן יעבור אל האב, ואילו "הבת אצל אמה לעולם"²². דבר נוסף הוא, שהמשפט העברי אינו מחייב במשפט הישראלי, אלא רק מנחה במקרים מסוימים. ניתן לקחת ממנו השראה אך הוא אינו בלתי מעורער.

הפסיקה בבית המשפט לענייני משפחה, תתבסס במלואה על החוק, בעוד המשפט העברי יהווה מקור השראה בלתי מחייב, ואילו בית הדין הרבני, יתבסס על ההלכה.

²²הרמב"ם בהלכות אישות, פרק כא הלכה יז.

רשימה ביבליוגרפית

משפט ישראלי

חקיקה

חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות התשכ"ב- 1962

פסיקה

ע"א 458/79 שמחה ניר נ' יהודית ניר

תמ"ש 24310-12-09 מ.ש. נ' א.ק.

ספקות מחקר

מאמרים

גוטליב ד', חזר הגיל הרך" חזקה או חלשה? קטרוספקט או רקוואיום? רפואה ומשפט 38

(תשס"ט), עמ' 157-165

מזא"ה י', "משמורת ילדים": מושג מהותי או כותרת חלולה?, מחקרי משפט כח

(התשע"ג), עמ' 207-257

משפט עברי

ספרות הפסיקה

רב אסי, כתובות ס"ה ע"ב

רמב"ם, הלכות אישיות, פרק כ"א הלכה י"ז

עירובין פ"ב ע"א

שולחן ערוך, אבן העזר פ"ב הלכות כתובות סעיף ז'

ספרות השו"ת

חבר בית הדין הגדול, הגר"א גולדשימדט זצ"ל בספרו עזר ומשפט סימן א'.

שו"ת הרשב"א, המיוחסות לרמב"ן סימן ל"ח

שו"ת מהר"ם פדואה, סימן נ"ג

פסיקה

בית הדין האזורי חיפה, 586034/4, פלוני נ' פלונית