

מגמתם של היחסים שבין הורים וילדים בדיני התורה וטמיעתם במשפט הנוהג בישראל

ישראל צבי גילת*

א. מבוא: היחסים שבין הורים וילדים באספקלריה משפטית ב. **המגמות הרווחות ביחסים הורים וילדים בשיטות משפט זרות** 1. המשפט הרומי 2. המשפט הגרמני 3. גישתן של שיטות המשפט המערביות בעת החדשה ג. **עיקרי ההסדר האזרחי הנוהג במדינת ישראל** 1. האפוטרופסות כמסגרת משפטית ליחסים שבין הורים וילדים 2. האומנם "טובת הילד" היא תוכנה הבלעדי של האפוטרופסות? 3. האפוטרופסות כעיקרון תוכני בהכרעות בסכסוכים שבין הורים וילדים 4. התפשטותו של עקרון "טובת הילד" כמכריע בסכסוכים בינדתיים 5. עקרונות החיוב של ההורים במזונות ילדיהם 6. חוסר זיקתם של הילדים להוריהם מעבר לענייני אפוטרופסות ד. **מגמתם של היחסים שבין הורים וילדים בדיני התורה** 1. הקשיים המתעוררים בחקר מגמתם של היחסים שבין הורים וילדים בהלכה (א) הקשיים האובייקטיביים (ב) הקושי הסובייקטיבי 2. הצעה לפשר היחסים שבין הורים וילדים בהלכה היהודית (א) האפוטרופסות אינה זיקה בין הורים וילדיהם (ב) טיבה של הקורלציה שבין חובת האב לזון את ילדיו לזכויותיו הממוניות בהם (ג) עיצומה של חובת האב לזון את בניו ובנותיו (ד) טיב היחסים הממוניים בין האב לבתו הקטנה והנערה (ה) מעמדה של האם ביחס לבניה ולבנותיה (ו) "מצות האב על הבן" האומנם אפוטרופסות? (ז) זכויות ההחזקה של האב והאם בילדיהם ומידת ההתחשבות ב"טובת הילד" (ח) כיבוד אב ואם וחיוב הזנתם ה. **יחסי הורים וילדים בדיני התורה ובמשפט הנוהג בישראל האומנם "התנגשות הדינים"?** 1. מקורות המשפט הישראלי המאפשרים קליטתם של דיני התורה בסוגייתנו (א) מסירת ההכרעה לבתי-הדין הרבניים (ב) אימוצם של דיני התורה כ"דין האישי" של המתדיין (ג) פרשנות המונחים האזרחיים "טובת הילד" ו"אפוטרופסות ההורים" בהתאם לדיני התורה 2. העצמתו של "השיקול הדתי" בהכרעות בענייני החזקת הילד, לימודו וחינוכו (א) הפרשנות ההיסטורית ליריבות (ב) הפרשנות הערכית ליריבות (ג) השיקול הדתי בסיבת היריבות 3. הסתגלותם של דיני התורה בסוגיית מזונות - הילדים למשפט הנוהג בישראל (א) תקנות הרבנות הראשית בענייני מזונות - מאמץ להרחיב את חיוב האב מעבר לאומד דעתו (ב) הטלת חובה על האם לזון את ילדיה - מאמץ להשוואת מעמד האם למעמד האב (ג) התניית חיוב מזונות הילדים בשיקול דעתו של בית הדין - מאמץ להחדרת רעיון האפוטרופסות ליחסים שבין הורים וילדים (ד) המעטת כוחו של האב לזכות במעשה ידיהם וברווחיהם של ילדיו כתנאי לחיובו במזונות ילדיו - מאמץ להשוות את דיני התורה למוסכמות החברתיות בישראל

* מרצה בכיר, המכללה האקדמית נתניה.

א. מבוא: היחסים שבין הורים וילדים באספקלריה משפטית

אין לך תחום מתחומי החיים שאינו נוגע במערכת היחסים שבין הורים לילדים. הספרות, השירה, האמנויות השונות, הפילוסופיה והדת - כולן נוגעות במרקם זה של החיים: יחסי ההורים לצאצאיהם, כל אחת ממבטה היא. היחסים בכל אחד מן התחומים מתוארים מנקודות-מבט שונות ואף מנוגדות, החל ביחסים הרמוניים של חיי משפחה, דוגמת הכתוב בספר תהלים: ¹ "אשתך כגפן פוריה בירכתי ביתך, בניך כשתלי זיתים סביב לשלחנך... שלום על ישראל", וכלה ביחסים דיסהרמוניים ואף טרגיים, דוגמת המסופר בתנ"ך על אבשלום שמרד בדוד אביו ולבסוף מת מיתה משונה, או דוגמת המסופר בטרגדיות היווניות על אוידיפוס המלך שהרג את אביו לאיוס מלך תיבאי, נשא את אימו יוקאסטה לאשה והוליד ממנה בנים ובנות, ובמעשיו העלה את חמת האלים עליו ועל בני עירו.

המשפט, כתחום מתחומי החיים, מתייחס אף הוא בהרחבה למערכת זו של יחסים שבין הורים לילדיהם. מטבעו של המשפט שאין הוא מתעניין ביחסים ההרמוניים שביניהם, אלא דווקא ביחסים הדיסהרמוניים, שעיקרם יריבויות שבין ההורים לילדיהם ויריבויות שבין ההורים עצמם על ילדיהם. עניינו של המשפט הוא איפוא להציב גבולות נורמטיביים של זכויות וחובות בין כל הצדדים המעורבים במסכת זו.

התייחסותו של המשפט למסכת זו של יחסי הורים וילדים, כמו בשאר תחומי המשפט, יש בה דבר והיפוכו: מצד אחד, המשפט הוא אוסף של נורמות המורות כיצד ראוי לנהוג ומה ראוי שייעשה, ואין הוא דיסקריפטיבי, אינו בא לתאר תופעות טבע החוזרות על עצמן ללא יוצאת מן הכלל, או תופעות מסתברות בתחום מדעי ההתנהגות האנושית. ומן הצד האחר, המשפט הוא אוסף של נורמות הבאות ליישב סכסוכים המתעוררים בכל חברה אנושית, בכל מקום ובכל זמן. בתכליתן של הנורמות תלוי סוד קיומן, לאמור: נורמה משפטית שאינה מצליחה לפתור סכסוך חברתי אנושי, משום שהיא מנוגדת לערכים, לאמונות ולאידיאלים או למציאות הכלכלית והסוציולוגית של אותה חברה, אין לה זכות קיום, והיא מתבטלת. משום כך אין הנורמות המשפטיות בכל שיטת משפט אלא השתקפותה של המציאות החברתית, התרבותית והכלכלית שהביאה לידי יצירתן.

¹ תהלים, קכח, ג ו-ה.

יהא נכון לומר גם שכשם שהערכים, האמונות והאידיאלים משתנים מחברה לחברה, ואף באותה חברה עצמה מתקופה לתקופה, כך יכולות הנורמות המשפטיות להשתנות מחברה לחברה ומתקופה לתקופה.²

עולה מדברינו כי מחקרן של הנורמות המשפטיות בכל סוגיה, וסוגייתנו בכלל, סובב סביב שני מעגלים: פנימי וחיצוני.

המעגל הפנימי - הוא לימודן של הנורמות המשפטיות ובחינת דרך הפעלתן הן לגבי מקרים שאירעו בעבר ושנוקקו להן בפועל והן לגבי מקרים שלא אירעו כלל בעבר וספק אם יאירעו בעתיד, אך קיומם האפשרי של אותם מקרים מצריך פתרונות משפטיים.

המעגל החיצוני - הוא עיון בשורשן של ההלכות ובטעמיהן תוך כדי ניסיון להסיק ממכלול ההלכות וטעמיהן על הרקע שהביא לידי היווצרותן של הנורמות. הרקע להיווצרותן של הנורמות המשפטיות ייתכן שהוא קיים בתחום אחר של המשפט, וייתכן שהוא מצוי בתחום שמחוץ לעולם המשפט, כגון בתחום הכלכלה, החברה או הדת. שכן, כפי שרמזנו, הנורמה המשפטית אינה אלא חלון-ראווה לערכים לאמונות ולאידיאלים הרווחים באותה חברה הנוהגת לפי אותן נורמות.

מאמרנו יעסוק בנגיעתם של דיני התורה בזכויות ובחובות ההדדיות שבין ההורים והילדים בחייהם (ולא אלה הנוצרות לאחר מיתה³), תוך עימותם עם הדינים הנוהגים בשיטת המשפט האזרחית של מדינת-ישראל. עיסוקנו בדיני התורה הוא במשמעותם המקובלת בפסיקה הרבנית ואף בפסיקה האזרחית שבדיני המשפחה - משנתם של התנאים והאמוראים והמשתלשל הימנה בספרות הפרשנות, הפסיקה והתשובות שמתקופת הגאונים ועד לזמננו אנו, בין חכמי דורנו; כלומר, ההלכה האורתודוקסית בתפארתה, שדְּפָרִיה ראו עצמם "מעתיקי השמועה איש מפי איש מפי משה רבנו"⁴. מכאן שהמקורות המקראיים שנוכר בדיוננו ישמשו רק כאילוסטרציה פרשנית לדבריהם של חכמי התורה שבעל-פה לדורותיהם.⁵ מכמה

² על היחס שבין המציאות לבין מקורות המשפט וההלכה עיינו בהרחבה ר"ש אלבק **דיני הממונות בתלמוד** (דביר, תשל"ו) 13-65.

³ לא נעסוק אפוא בזכויות הירושה של הילדים מהוריהם או של ההורים מילדיהם. ראו על ענייני ירושה וצוואה ר"ש אלבק "יסודות דיני הירושה והצוואה בתלמוד" **מחקרי משפט ז** (תשמ"ט) 7. כמו-כן לא נעסוק בזכותן של הבנות למוזנות לאחר מיתת האב.

⁴ רמב"ם, תלמוד תורה, פרק א, הלכה ט. בשינויי גרסה בהקדמת הרמב"ם למשנה תורה.

⁵ על גישתו של המשפט העברי בתקופת המקרא, תוך השוואה לשיטות משפט מזרחיות עתיקות ולשיטת המשפט הרומי עמד מ' א' ראבלו "על שלטון האב במשפט הרומי ובמשפט העברי" **דיני ישראל ה** (תשל"ד) 85 ואילך. י' פליישמן **הורים וילדים במשפטי המזרח הקדום ובמשפט המקרא** (מאגנס, תשנ"ט). במחקרו מנתח פליישמן טקסטים משפטיים של שיטות משפט מזרחיות עתיקות שלא זכו לההדרה מדעית עד כה.

טעמים לא נדון כאן בדיני התורה כפי שהובנו על-ידי חכמים מזרמים יהודיים אחרים, כגון חכמי הקראים, הרבנים הרפורמיים והניאולוגיים או מיצגיה של היהדות הקונסרבטיבית, להם ראוי שתיקבע ברכה בפני עצמה.

ב. המגמות הרווחות ביחסי הורים וילדים בשיטות משפט זרות

כפי שהקדמנו, הנורמות המשפטיות השונות אינן אלא חלון-ראווה לאמונות, לערכים ולאידיאלים שרווחו בזמן יצירתן. הנחתנו היא שחלון-ראווה אינו רק תיאור היסטורי של הריאליה המשפטית, אלא בעצם מושא החפץ של כל משפטן הנזקק לנורמות המשפטיות כדי להתוות דרך לשואלים בעצתו כיצד יש לנהוג וממה יש להימנע. לאמור, אין אדם יכול להזדקק לשיטת משפט פוזיטיבית כלשהי, להלכה ולמעשה, רק על-סמך קריאתה של נורמה משפטית חרותה, מבלי לחדור למשמעות החבויה מעבר למילים של נורמה זו. המשמעות החבויה מכונה בלשון מליצית "רוח החוק", והיא, לדעתם של כל העוסקים בחוכמת המשפט, הבאר ממנה השופט או החכם שואבים את פרשנותם של פרטי החוק החרות כבואם להכריע על-פיו במחלוקת המובאת לפניהם.⁶ ולא זו בלבד, אלא "רוח החוק" משמשת להם במידת הצורך חומר-גלם להסדיר עניינים שלא הותוו בחוק החרות.⁷ כידוע, נחלקו ביניהם חכמי המשפט לדורותיהם בביאור מהותה ותכליתה של אותה "רוח החוק", ובעיקר באשר לדרך גילוייה והשגתה, ואנו לא "נכניס ראשונו בין ההרים הרמים" בנקודות אלה.⁸

ומן הכלל אל הפרט. אף מערכת היחסים המשפטית שבין הורים וילדים שבכל שיטת משפט זקוקה לגילוי המשמעות הבסיסית, למציאת הטעם הנכון והיסודי, שיהווה אבן-תשתית לפרשנותם של כל פרטי הדינים השונים בסוגיה זו על-ידי חכמי המשפט. יש בכך איפוא סחרור של "רצוא ושוב". לאמור, דרך דקדוקי ההלכות השונות הרווחות בסוגיית יחסי הורים וילדים שבדיני התורה יהא ניתן להשיג רציונל, אותו טעם מרכזי. ומאותו טעם מרכזי יתבארו כל דקדוקי ההלכה

⁶ עיין למשל א' ברק "פרשנות ספר החוקים (הקודקס) האזרחי 'נוסח ישראל'" ספר זיכרון לגר טדסקי (תשנ"ה) 115 ואילך.

⁷ ח"ה כהן המשפט (מהדורה שנייה, מוסד ביאליק, תשנ"ז), 220-221.

⁸ א' ברק פרשנות במשפט (כרך ראשון, הוצאת נבו) 261-423.

הנוהגת. חיפוש הרציונל אינו דרישה יוצאת מן הכלל, והוא נדרש בכל שיטה משפטית שהיא. אחת המתודות הרווחות בחקר גילוי של הטעם הנאות מאחורי הדינים הפוזיטיביים היא ההשוואה; לאמור, השוואתן של שתי שיטות משפט בסוגיה משפטית כלשהי. ושתי מטרות רווחות בין הנוקטים בדרך ההשוואה: האחת קונסטרוקטיבית - הנוהגת בין יועצי חקיקה ואף בין כמה מן השופטים בפסיקתם כבואם להמליץ על תיקון חקיקתי - חפצה ללמוד משיטת משפט אחת על רעותה וממהרת "ליתן את האמור בזה בזה". והאחרת דיקונסטרוקטיבית - המצויה יותר בין אנשים הרואים עצמם פרושים מן העשייה - באה להשליך, עד כמה שניתן, מן ההבדלים בפרטי החוקים על עיצומו של הרציונל הנבדל שבכל הסדר.⁹ אך דומני שלדעת הכל יש לפרש את ההלכות השונות ברובד הזמן של יצירתן, ומכאן שבנוגע לדיני התורה לא יהא זה נכון מצידנו להסתפק בהשוואת פרטיה של ההלכה היהודית בסוגיה זו למצוי בדיניהן של שיטות משפט אחרות בנות-זמננו, אלא יש להשוותם גם לשיטות משפט עתיקות, מהן שרווחו במחוזותיה של ההלכה היהודית למן ימי המשנה והתלמוד, המשך בזמנם של חכמי ההלכה הראשונים וכלה בתקופתם של חכמי ההלכה שבימינו.

ראשית חוכמה נתמקד איפוא בשלוש גישות משפט שונות שחוקרי המשפט יכולים להסיק מן המקורות המשפטיים שלהן על מודל התייחסות בשאלת יחסי הורים וילדים - נשוא מאמרנו, והן: גישתו של המשפט הרומי בעת העתיקה, גישתו של המשפט הגרמני עד לסוף ימי-הביניים וגישתן של שיטות המשפט המערביות בעת החדשה.

1. המשפט הרומי בעת העתיקה¹⁰

⁹ שם, בע' 134-135; 196-195; כרך שני (נבו, 1993), בע' 362-363; כרך שלישי (נבו, 1995), בע' 668-667, והמקורות המשוקעים בהערות-השוליים.

¹⁰ לתיאור היחסים במשפט הרומי נעזרתי בספרות הבאה: ראבלו, לעיל הערה 5, בע' 89-117; ש' אייזנשטרט **המשפט הרומאי תולדותיו ותורתו** (המשפט, 1953) 205-209; " פוקרובסקי **תולדות המשפט הרומאי** (ספרייה משפטית בעריכת י' ינוביץ, תרפ"ח) 364-369. F. Schulz *Classical Roman Law* (Rep. Oxford, 1969) 142-161; R. Sohm *The Institutes, History and System of Roman Private Law* (Rep. N.J., N.Y., 1970) 479-488; H.F. Jolowicz *Historical Introduction to the Study of Roman Law* (Rep. Cambridge, 1965) 118-120; A. Kirschenbaum, *Sons Slaves and Freedmen in Roman Commerce* (Magnes, 1987) 31-88.

לפי המשפט הרומי, בני-חורין (שאינם עבדים) נחלקים לשניים. אלה העומדים ברשות עצמם ואלה הנתונים למרות אדם אחר (*alieni juris*). בין הנתונים למרות אחר גם ילדי האב: בניו ובנותיו, וכן בני בניו (ולא בני בנותיו). יחסו של האב כלפי הנתונים למרותו היה דומה ליחסו של שליט לנתיניו, יחס של שלטון, הנקרא *patria potestas*. שלטון זה היה רחב ביותר, והוא קרוי "שלטון החיים והמוות" (*vitae necisque potestas*).

בספרו של ההיסטוריון היווני דיוניסוס מהליקרנסוס, בספר השני של ההיסטוריות, שלטון האב מתואר כדלהלן (התרגום הוא של פרופסור מ' ראבלו¹¹):
 "...אך רומולוס (המחוקק של הרומיים) נתן כוח כמעט מלא לאב על בנו, וזאת משך כל זמן החיים, בין שחשב (האב) לנכון לאסור אותו, להלקות, לשים בכבלים, ולהעביד בשדות, או להמית. הוא איפשר לאב גם למכור את הבן; יתר על כן, גם זה הרשה לאב, שירכוש דרך הבן עד למכירה השלישית (של הבן, מצד האב)¹²; אכן לאחר המכירה השלישית ישתחרר הבן מן האב."

כפיפותם של הבנים לאביהם היתה גדולה עד כדי כך שלא היה אפשר לתבוע את הבן בגין חובותיו או נזקיו. היה אפשר לתבוע רק את האב ישירות בגין נזקיו של הבן הכפוף או בגין חובותיו, שכן ראו בבנים הכפופים לאב תוספת לרכושו של האב. לפעמים היה הבן הכפוף לאב נמסר לניזוק בגלל נזק שגרם, עד לאחר שטרח קצת בהטבת הנזק.

זאת ועוד, הבן הכפוף לשלטון אביו לא היה זכאי לעשות כל קניין לעצמו. כל זכויותיו היו של האב, אלא שבזמנם של הקיסרים הרומאיים נחקקו כמה חוקים שנועדו להקל על שעבוד זה. כך נקבע תחילה בחוק מיוחד שנכסם שהבן רוכש בזמן שירותו הצבאי נחשבים לפקוליום צבאי. האב היה הבעלים הרשמי של הנכסים הללו, אך היה מותר לבן להעבירם בצוואה. האב לא היה יכול להדיח את בנו

¹¹ לעיל הערה 5, בע' 92. כן ראו ר' ירון **מחקרים במשפט רומי** (אקדמון, תשכ"ח) - 123. כמו-כן נעזרתי בספרים

הבאים: W.W. Buckland *A Textbook of Roman Law* (Cambridge, 1966) 101-106; H.J.S. Maine *Ancient Law* (Rep. London, 1959) 113-127.

¹² Carry *The Roman Antiquity of Dionysius of Halicarnassus* (Vol. 1, Rep London, 1960) 391: 12 "...he even gave leave to the father to make a profit by selling his son as often as three times, thereby giving greater power to the father over his son than to the master over his slaves. For a slave who has once been sold and has later obtained his liberty is his own master ever after, but a son who had once been sold by his father, if he became free, came again under his father's power, and if he was a second time sold and a second time freed, he was still, as at first, his father's slave; but after the third sale he was freed from his father" ..

מנכסים אלה ולשלול בכך את זכותו לצוות. כעבור זמן נתקן שהבן יכול להעביר את נכסי הפקוליום אף בחייו, ולא רק לאחר מיתה. במרוצת הזמן נוצר אף "פקוליום מעין-צבאי", שכלל הכנסות של אדם כעורך-דין או שצבר בשירות המדינה או אף ממתנות הקיסר או מאשתו.

כפקוליום מסוג מיוחד¹³ הוגדרו אותם נכסים שהעביר האב לניהולו של בנו הבוגר שלא היה גר עימו יותר. לרוב ניתנו הנכסים הללו בתמורה לעבודת הבן. הבן שהיה מנהל נכסים אלה היה זוכה ברווחיהם ומתחייב בחיוביהם. האב היה הבעלים החוקי, אלא שבניגוד לפקוליום הצבאי ולפקוליום המעין-צבאי, היה האב יכול לשלול מהבן את ניהולם של הנכסים בכל עת.

נכסים אלה שהועברו לניהולו של הבן שימשו ערובה לקיום התחייבויות הבן. בתקופה הקלסית היה הבן שתחת שלטון האב יכול להתחייב בחיובים שונים ולהיתבע על כך, אלא שלא היה אפשר לגבות בפועל מהבן מאחר שלא היו לו כל נכסים משלו. במקרים שקיבל הבן נכסים מאביו לשם ניהולם, היה הפרטור מרשה לבעלי החוב לתבוע את האב ישירות בגין חיוביו של הבן.¹⁴ בתחום הנישואים היו לאב סמכויות מרחיקות-לכת לגבי בניו ובנותיו. בתקופה הקדומה היתה לו גם סמכות לצוות על גירושי הבן או הבת מבני-זוגם. שלטון האב לא היה פוקע עם בגרותם של הבנים או הבנות, אלא רק בשלוש הדרכים כדלקמן:

- *מותו של האב בעל השלטון*: מי שהיה כפוף אליו ישירות נעשה בן-חורין, אך מי שהיה כפוף לאדם שהיה כפוף לאב בעל השלטון רק הועבר שלטונו. למשל: בניו של האב שמת עברו לשלטון אביהם, שהשתחרר משלטון סבם.
- *שחרור מזיקתו של האב בדרך של emancipatio*: שחרור זה, שהיה בעצם מכירה של הבן על-ידי האב, הכיל בעיקרו פעולה פורמלית וטקסית הבנויה על הנחות משפטיות רבות.¹⁵ מאוחר יותר נעשה השחרור פשוט יותר: בדרך של הצהרה לפני שופט.
- *שינויים במעמד האב או הבן*. לעומת שלטון האב, היתה האפוטרופסות מכוונת לכל מי שלא היה אביו של החסוי. חסויים היו פעוט (שלא הגיע לגיל בגרות), תינוק (פעוט מוגבל ביותר) או

¹³ על תולדותיו של פקוליום זה, הנקרא גם *peculium profecticium*, ועל ייחודו ומקורותיו, ראו בהרחבה: Shulz, *supra* note 10, at pp. 154, 156-157.

¹⁴ על תולדותיו של המושג פקוליום במשפט הרומי ותרומתו לחיי המסחר והכלכלה, ראו בהרחבה רבה: Kirschenbaum לעיל הערה 10.

¹⁵ ראו גם ירון, לעיל הערה 11, בע' 13-25.

קטן (שעבר את גיל הבגרות, אך היה נתון לפיקוח).¹⁶ סמכויותיה של האפוטרופסות היו מוגבלות בהרבה מאלה של האב, והן התייחסו לנכסיו של החסוי, למקום מגוריו או לדרך חינוכו.¹⁷

2. המשפט הגרמני בימי הביניים¹⁸

בראשיתו היה המשפט הגרמני העתיק דומה בעניין שלטון האב למשפט הרומי. לאב היה שלטון (*Munt*) על בניה של אשתו (גם אם לא נולדו ממנו), כל עוד היתה אשתו כפופה לו (*in mundio*). הוא היה אחראי לגורל בניו שתחת שלטונו: ברצונו היה יכול לגרום למותם וברצונו היה יכול לכלכלם. הוא היה יכול למוכרם לעבדות וכן היה רשאי להשיא את בנותיו מבלי לקבל את הסכמתן. הוא היה יכול להקדיש את בניו לנזירות או לכפות עליהם עיסוק במקצוע כלשהו מבלי להתחשב ברצונם. האב היה מעביר לבניו את לאומיותו ודתו. כן היה קובע את מקום מגוריהם ואת דרך חינוכם. הוא היה האחראי הבלעדי למעשי בניו, והיה יכול, מאידך גיסא, לנקום בפוגע בהם. הבנים שתחת שלטון האב היו חסרי כושר להתחייב בחוזה, לתבוע או להיתבע, ורק אביהם היה יכול לתבוע או להיתבע בגין מעשיהם ופעולותיהם. לבנים לא היה כל רכוש משלהם, וכל מה שבא להם תחת שלטונו של האב נטמע בנכסי המשפחה ונוהל על-ידי האב. גופם ונפשם של הילדים היו איפוא כפופים לשלטונו של האב.

שלטונו של האב על בניו בנוסחו של המשפט הגרמני העתיק לא נפסק עם בגרותו של הבן, אלא רק עם שחרורו. תחילה היה אב יכול לשחרר את בניו משלטונו אף שלא לרצונם; לאחר-מכן היה הבן יכול להשתחרר גם בעצמו בהסכמתו הנלווית של האב. ברם, לבסוף היה הבן יכול להשתחרר מעצמו גם ללא הסכמת האב כל אימת שעזב את בית אביו וחי באופן נפרד תקופה מסוימת, אפילו אם היה שב לבית אביו לאחר זמן וממשיך לחיות עימו מבלי להיות סמוך על שולחנו.

¹⁶ על חלוקת הגילים במשפט הרומי תוך הסתמכות על המקורות ראו בנספח העברי, B. Cohen, *Jewish and Roman Law* (N.Y., 1966) Vol. II, 1-3.

¹⁷ על הבחנה זו עיינו במקורות לעיל הערה 10.

¹⁸ בתיאור המשפט הגרמני העתיק והתפתחותו נעזרתי: R. Huebner *A History of the Germanic Law* (Rep. N.Y., 1969) 657-670; J.B. Brissaud *A History of French Private Law* (Rep. N.J., 1969) 178-201; *The Progress of Continental Law in the Nineteenth Century* (by Various Authors, Rep. N.J., 1969) 201, 203, 219-221.

לכאורה יכלו הבנים להתערב בעסקות שעשה האב ברכוש המשפחה, שכן מבחינה משפטית היתה לבנים "בעלות משותפת" עם אביהם. אף-על-פי-כן לא היוותה התערבות זו של הבנים איום על שלטונו של האב בנכסי המשפחה, שכן, כל אימת שחשש מהתערבות בניו בדרך ניהולו, היה האב יכול להפקיעם משלטונו באופן חד צדדי על-ידי שחרורם.

לאחר תקופה ראשונה זו באה תקופה של ריכוך בהשפעת המשפט הנוצרי. שלטונו של האב צומצם בהדרגה ובאיטיות, עד שנהפך לזכות של אפוטרופוסות בלבד.

וכך תיארו ההיסטוריונים של המשפט הגרמני את זיקתו של הבן לאביו:¹⁹
 "The general idea was that it was not created for the benefit of the father, and that it was no more than a power of protection developed in the interest of the child."

הענקת זכויות לאב בילדיו באה אם-כן כדי שיהא בידו הכוח להגן עליהם ולגדלם. האב היה בעל זכות פיקוח בלעדית על בניו כל עוד נזקקו לכך, ברם, כשגדלו הבנים ויכלו לדאוג לעצמם, פסקה סמכותו. אם מת האב, הוגלה, נאסר או נעשה חסר כושר משפטי, הועברה סמכות הפיקוח לאם. גם הבן עצמו, עוד בהיותו תחת שלטון אביו, נעשה בעל אישיות משפטית עצמאית לשם ביצוע כמה מן העסקות, אלא שנכסים שרכש לעצמו היו משועבדים לאב באופן מוחלט ושימשו כעין השבת ההוצאות על כלכלתם של הבנים. עצמאותו של הבן תחת "שלטון" אביו שינתה את מעמדו של האב כלפי חוץ. מאז ואילך לא היה האב אחראי למעשיו המזיקים של בנו ולא היה יכול להיתבע בגינם.

אך גם כאשר צומצם שלטון האב והוא נהפך משליט כל-יכול למעין אפוטרופוס, לא היה ברור אם הגנת הילדים, דאגה למזונותיהם, חינוכם והחזקתם הם זכותו של האב לפי רצונו, או שמא הוטלו עליו כחובה שאינו יכול לחמוק ממנה. חלק מחוקרי המשפט הגרמני, שהתחבטו בנקודה זו, הסיקו מהעובדה שהאב היה יכול לשחרר את בנו כל אימת שרצה, ואף נגד רצונו של הבן וללא צורך בפיקוח בית-המשפט, כי החובות שהוטלו על האב אינן אלא חובות מוסריות, שלא ניתן לכפותן ממש.

¹⁹ ראו, Various Authors. דברים דומים: Sohm, *supra* note 10, at p. 479.

רק מאוחר יותר, כאשר הועברה סמכותו של האב לפיקוחה של המדינה וניתנה לבית-המשפט סמכות להתערב ביחסים שבין ההורים לילדים, הושלם המעגל, ושלטונו של האב, שהיה בעבר כל-יכול, התבטא מאז ברשימת חובות שהיה חייב למלאן בקפידה בפיקוחם הישיר של מוסדות המדינה.²⁰

3. גישתן של שיטות המשפט המערביות בעת החדשה

המעבר בין הגישות המשפטיות הקדומות לגישות הרווחות בעת החדשה הוא נושא המעורר עניין רב בקרב העוסקים בחקר ההיסטוריה של המשפט האירופי בארצות השונות. אנו, שעיקר עיסוקנו הוא בדוגמות המשפטיות הנוגעות ביחסים שבין הורים וילדים, נדלג על שלבי התהוותן של הגישות בשיטות המשפט המערביות השונות בעת החדשה, ונסתפק בהצגתן של שיטות משפט אירופיות, ובמיוחד שיטות משפט אנגלו-אמריקאיות, כפי שבוארו בספריהם של המלומדים למן תחילת המאה שעברה.²¹

על שני נדבכים עיקריים, השלובים זה בזה, נשענים יחסי הורים וילדים באותן שיטות משפט:

(א) יחסי הורים וילדים נועדו בראש ובראשונה לטובתו של הילד; כלומר, אין הזכויות שיש להורה בבניו ובכנותיו אלא תנאים לקיום חובותיו כלפיהם. נמצא שקיום חיוביו של ההורה כלפי בניו הם עיקר ותכלית - כדי לספק את צורכיהם הגשמיים והנפשיים של הבנים.

אך מהו מקור חיובו של ההורה כלפי בנו? דומני שהסבר נאות מביא בלקסטון ב-*Commentaries*,²² בבארו את חיוב ההורה במזונות בנו:

“The duty of parents to provide for the maintenance of their children, is a principle of natural law; an obligation, laid on them not only by nature herself, but by their own proper act, in bringing them into the world: for they would be in the highest manner injurious to their issue, if they only gave their children life, that they might afterwards see them perish. By begetting them, therefore, they have entered into a

²⁰ ראו, Brissaud, *supra* note 18, at p. 200.

²¹ על ההיסטוריה של המשפט האנגלי ראו: F. Pollock and F. W. Maitland *The History of the English Law* (Vol. II, Rep. Cambridge, 2nd ed., 1968) 438;

Blackstone's Commentaries (Vol. II, by Tucker ed., Rep. N.J., N.Y., 1969) 452²².

voluntary obligation, to endeavour, as far as in them lies, that the life which they have bestowed shall be supported and preserved. And thus the children will have a perfect right of receiving maintenance from their parents.”

מכאן הסברו לתפקידו השונה של האב בנכסי בניו ובנותיו מאלה של שיטות משפט עתיקות:²³

“The power of parents over their children is derived from the former consideration, their duty; this authority being given them, partly to enable the parent more effectually to perform his duty, and partly as a recompense for his care and trouble in the faithful discharge of it. A father has no other power over his son`s estate, than as his trustee or guardian; for though he may receive the profits during the child`s minority, yet he must account for them when he comes of age.”

(ב) אך חובתו של ההורה אינה תלויה רק בחיובו מרצון, ולא כל שכן שאינה לפי התנדבותו, ואין האב יכול להעביר את בניו לפיקוחם של אחרים ולהשתחרר בכך מחיוביו כלפי בניו, כפי שראינו בשיטות משפט עתיקות; אלא הוא תלוי ברצונו של הריבון. לפי גישתן של שיטות המשפט האירופיות, אין יחסי האב כלפי בניו אלא יחס של אפוטרופסות, כממונה עליהם, אך האפוטרופסות של ההורה אינה תלויה ברצונו הטוב, בניגוד לזו של האפוטרופוס שאינו הורה. אפוטרופסות האב היא מכוח החוק, והיא נקראת “אפוטרופסות טבעית”. לאמור, הריבון רואה עצמו, לפי שיטות משפט אלה, באמצעות מוסדות השיפוט שלו, כממונה עיקרי על טובתם ושלמותם של הבנים, ואין ההורים אלא מורשים מטעמו לדאוג לצורכיהם של הילדים ולרווחתם.²⁴ מבחינה אטימולוגית היה נהוג לראות באפוטרופסות מקבילה

²³ Ibid, at p. 452

²⁴ ראו את הספרות המשפטית הבאה: W. Holdsworth *A History of England Law* (by Burke ed., Vol. V, London, 1972) 648 Common Law-הגישה בין גישת Eversley`s *Law of the Domestic Relations* -הגישה equity. דברים דומים עיינו גם: (5th ed., Canada, 1937) 459-460; P.M. Bromley *Family Law* (4th ed., London, 1971) 263 - 265; J. Eekelaar “Are Parents Morally Obligated to Care for their Children?” *Parenthood in Modern Society* (Netherlands, 1993) 51-64 M. Donaldson *Minors in Roman - Dutch Law* המשפט הרומי הולנדי עיינו:

ל-*Guardianship*, ואת ההורים כ-*Natural guardianship*, אבל באנגליה ויתרו מכבר על המונח, שנראה בעיניהם כמזכיר אדנות על מקרקעין ומיטלטלין, ואפילו את המונח של "זכויות וחובות של ההורים" המירו שם ב"אחריות ההורים" (*Parental responsibility*).²⁵

ולא רק עצם קביעת האחריות של ההורה לבניו היתה נתונה בידי הריבון, אלא גם היקפה וטיבה. תחילה העדיפו מדינות רבות את אפוטרופסות האב וראו בו אפוטרופוס בלעדי, מורשת מימים עברו של שלטון האב על בניו, כשהאם כשירה לשמש אפוטרופסית רק אם מת האב, הוגלה או איבד את כושרו השכלי. ברם, בסוף המאה התשע-עשרה השווה המחוקק האנגלי את זכות האם לאפוטרופסות לזו של האב,²⁶ ובעקבותיו הלכו מדינות אירופיות אחרות.²⁷ החוקרים תלו שינוי זה בהשפעה האידיאולוגית של שוויון המגדרים.

הוא הדין בהיקף החיוב עצמו. אם בשיטות משפט קדומות לא ראו בחיוב המזונות אלא חיוב מוסרי שמידת אכיפתו הוטלה בספק, והאב היה יכול להשתחרר ממנו כשירצה, מעתה אין הדבר כן. האב מחויב במצוות המחוקק לזון ולכלכל את בניו ובנותיו שנולדו לו (במסגרת הנישואים) עד לגיל מסוים וקבוע, ואין הוא יכול להיפטר מחובת המזונות לפני הגיע המועד, אלא בהסכמתו של הריבון. ומאידך גיסא, אם במשפט הקדום היה האב מחויב לזון את בניו ובנותיו אפילו אחרי שבגרו והיו מסוגלים לעמוד ברשות עצמם אם המשיכו לחיות בביתו והיו סמוכים על שולחנו, לפי גישות משפט מודרניות אלה אין האב מחויב כלל ועיקר במזונות בניו ובנותיו, אלא עד שיגיעו לגיל הבגרות, שהרי מכאן ואילך, כך הריבון מניח, יוכלו לעמוד ולהתפרנס מעצמם.

יתר על-כן, הריבון הרואה עצמו, לפי שיטות משפט אלה, כממונה עיקרי על טובת הילדים הוא הוא המוסמך לקבוע את אמת-המידה של טובתם.

E.J. Schuster *The Principles of German* (Durban, 1955) 60

Civil Law (Rep. Darmstadt, 1979) 546-556

למשפט האירי עיינו: Duncan "The Constitutional Protection of Parental Rights" *Parenthood in Modern Society* 431-455

S.M. Cretney and J.M. Masson *Principles of Family Law* (6th ed., London 1997) 609-610 .²⁵

Pettit "Parental Control and Guardianship" *A Century of Family Law 1857-1957* (Graveson, Crane ed., London, 1957) 56-87.²⁶

P.H. Neuhaus "Christian Family Law" *The International Encyclopedia of Comparative Law* (Vol. IV, Chap. 11, Tuebingen, 1983) para. 58;²⁷ וראו גם:

.H.O. Krause "Creation of relationship of kinship" (op. cit., Chap. 6) para. 131

לרוב, המחוקק מעדיף שיקולים חומריים ונפשיים הנצרכים באופן מידי להתפתחותו של הקטין, וכמעט שזונח (אם לא מאיין) שיקולים ייחודיים כיתתיים, כגון שיקולים רוחניים, לאומיים ודתיים,²⁸ ואין אומד דעתו של האב ביחס לבניו מעלה או מוריד. כך, לדוגמה, בתי-המשפט בשיטות משפט אירופיות מסרבים לכרוך את חיוביו של האב בציותו של הבן. רק במקרים חמורים של מרדנות החוק מרשה לאב לפנות לבית-המשפט ולבקש להקל מעליו כמה מחיוביו כלפי בנו.²⁹

נראה אפוא שהריבון, לפי שיטות משפט אלה, מגן על הקטין מפני הוריו, ואין ההורים יכולים לטפל בקטין אם הריבון סבור שהוא עלול להיפגע על-ידי ההורים, בכוונה או שלא בכוונה.³⁰ כך, לדוגמה, אין ההורים מוסמכים לבצע עסקות מסוימות בשמו של הקטין מבלי שקיבלו אישור מראש מבית-המשפט. מצד אחר, המחוקק סבור שהורה יכול לתבוע בשמו של הקטין ולהיתבע כמייצגו אם אין הדבר פוגע באינטרסים של הקטין.

ג. עיקרי ההסדר האזרחי הנוהג במדינת-ישראל

המשפט הישראלי צועד בהתייחסותו לקשרים שבין הורים וילדים אחר הגישות האירופיות המודרניות, שאת עיקרן הבאנו לעיל, ורואה את היחסים בין ההורים והילדים כאפוטרופסות, מזה, ואת "טובת הילד" כעיקר, מזה. אלא שייחודו של המשפט בישראל שהוא משלב עם ההוראות הפוזיטיביות המודרניות בענייני הורים וילדים דינים אישיים פרטיקולריים שמוצאם מהשקפות דתיות עתיקות. יתר על-כן, הוא מעניק סמכות שיפוט בכמה מן העניינים שבין הורים וילדים לבתי-הדין הדתיים, שדייניו רואים את עצמם כפופים להנחותיו של הדין הדתי באופן בלעדי.

²⁸ על השיקולים הנשקלים כאשר מכריעים בעניין טובת הילד ומהם השיקולים שמתעלמים מהם ראו: Bromley, *supra*, note 24, at pp. 276-280. בשנות השישים החלו המלומדים, בעיקר מתחום הפסיכולוגיה, לפקפק במידת יכולתו והתאמתו של בית המשפט-לקבוע את טובתו האמיתית של הילד. Goldstein, Freud and Solnit *Behind the Best interest of the Child* (New York, 1964). וראו גם בעניין זה פ' שיפמן **דיני משפחה בישראל** (כרך שני, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש סאקר, תשמ"ט) 217-228.

²⁹ על המצב המשפטי במשפט האנגלי באשר לטיב אחריות ההורים בסוגיות השונות, ראו: B.M. Hogget *Parents and Children, The Law of Parental Responsibility* (3rd ed., London, 1987) 7-17.

³⁰ ראו: W.P. Eversley *On Domestic Relations* (5th ed., Canada, 1937) 458-460.

נניח כעת לדינים האישיים הפרטיקולריים, ונעסוק בעיקרי ההסדר האזרחי הנוהג במדינת-ישראל כפי שהוא בא לידי ביטוי בחקיקה ובהלכות הפסוקות של בתי-המשפט האזרחיים.

1. האפוטרופסות כמסגרת משפטית ליחסים שבין הורים וילדים

רוב הנורמות המשפטיות בישראל החלות על יחסי הורים וילדים מופיעות בפרק השני לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב1962- (להלן: החוק). חוק זה הוא אזרחי טריטוריאלי, ואינו מפלה בין המשתייכים לעדות השונות או בין בעלי זהות דתית כלשהי.

בראש ובראשונה החוק מצהיר כי יחסם של ההורים לילדיהם הקטינים (כלומר, עד הגיעם לגיל שמונה-עשרה שנה) הוא יחס של אפוטרופסות - אפוטרופסות טבעית, כלומר, שאינה זקוקה למינוי מטעם המדינה ומוסדותיה ואינה טעונה הסכמתו של ההורה, ושקיים שוויון בין ההורים בכל הנוגע באפוטרופסותם.³¹ האפוטרופסות מוגדרת בסעיף 15 לחוק כך:

"אפוטרופסות ההורים כוללת את החובה והזכות לדאוג לצורכי הקטין, לרבות חינוכו, לימודיו, הכשרתו לעבודה ולמשלח ידו ועבודתו וכן שמירת נכסיו, ניהולם ופיתוחם וצמודה לה הרשות להחזיק בקטן ולקבוע את מקום מגוריו והסמכות לייצגו."

כפי שעולה מן ההגדרה, עיקרה של האפוטרופסות הוא דאגה לצרכיו של הקטין. אכן, כבר העירו כמה מלומדים שלמרות האמור בסעיף זה, כי "אפוטרופסות ההורים כוללת את החובה והזכות...", "לאמיתו של דבר אין כל זכות הורית מעבר לחובה לדאוג לצרכיו של הקטין. תימוכין לדבריהם הם מוצאים, בראש ובראשונה, בקביעה שההורים הם האפוטרופסים הטבעיים של ילדיהם הקטינים, ופירושו של דבר הוא שאין ההורה יכול להשתחרר מאפוטרופסתו על ידו הקטין כל אימת שיחפוץ.³² גם ההוראות החוקיות הבאות מחזקות את העמדה בדבר עיקרה של האפוטרופסות: ההורים מחויבים כאפוטרופסים "לנהוג לטובת הקטין כדרך שהורים מסורים היו נוהגים בנסיבות העניין";³³ וכן מוטלת עליהם אחריות כלפי הקטין ורכושו. החוק מחייב את ההורים בתשלום בעבור נזקים שיגרמו לקטין או לרכושו "אם פעלו אלו שלא בתום לב או לא נתכוונו לטובת הקטין".³⁴

³¹ סעיף 14 לחוק, והשוו לסעיף 33 שם. וראו סעיף 3(ב) לחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א1951.-

³² ראו גם א"ח שאקי "עיון מחודש בטיבה של זכות ההורים למשמורת ילדיהם הקטינים" עיתון משפט ט (תשמ"ג-תשמ"ד) 59, 84-90; 92-94. וראו גם ההוראות העונשיות המשלימות את חובת ההורים

בחוק העונשין, תשל"ז1977-, סעיפים 361-367.

³³ סעיף 17 לחוק.

³⁴ סעיף 22 לחוק.

אפוטרופוסות ההורים באה לידי ביטוי בשליטתם של ההורים באופן די מוחלט בפעולות משפטיות שבנם הקטין עושה: הן בעסקות משפטיות רגילות והן בעסקות מקח באשראי, ההורים יכולים להתנגד לקיום החיוב ולהמשך ביצועו. אין ההורים מתחייבים לשלם שכר ראוי בעבור נהנתנותו של בנם עד לשעת הביטול. הרבה מן הפעולות המשפטיות שבחיי היומיום של הקטין הן באשראי, כך שהתערבות ההורה אינה מוגבלת בחוסר-ידיעה על קיומה של העסקה עם הקטין, וכן אין זה משנה אם עסקה מעין זו דרכם של קטינים לעשות כמותה או אם "טעותו" של הצד לעסקה במראהו של הקטין הינה סבירה.³⁵

פעולות משפטיות אחדות אין ההורים מוסמכים לעשות "בלי שבית המשפט אישון מראש",³⁶ כגון העברה, שעבוד, חלוקה או חיסול של יחידה משקית, בחקלאות, בתעשייה, במלאכה או במסחר או בדירה; כל פעולה שתוקפה תלוי ברישום בפנקס המתנהל על-פי חוק; נתינת מתנות שלא לפי המקובל ונתינת ערבות. התערבות זאת של בית-המשפט מצביעה על אי-ריבונותם של ההורים על נכסי ילדיהם.

מאחר שההורים שווים בזכותם לאפוטרופוסות על ילדם הקטין, החוק מתווה את הדרך בה יישבו ההורים את חילוקי-הדעות שיתגלעו ביניהם באשר לניהול האפוטרופוסות, והיא בפנייתם לבית-משפט שיכריע ביניהם בכל עניין הנדרש.³⁷ כמו-כן החוק מקנה לבית-המשפט סמכות להשעות הורים שאינם ראויים לשמש אפוטרופוסים לבנם, אם למקצת מענייני האפוטרופוסות ואם לכולם, ולמנות אדם זר נוסף עליהם או במקומם.³⁸

ולא זו בלבד: במקרים שההורים חיים בנפרד, אם מחמת שנישואיהם אוינו, הותרו או הופקעו, ולא יכלו להגיע לכלל הסכמה מי מהם יהיה אפוטרופוס על בנם הקטין ומי מהם יחזיק בו ומה יהיו זכויות ההורה שלא יחזיק בקטין לבוא עמו במגע, בית-המשפט מחויב אז "לקבוע את העניינים האמורים... כפי שייראה לו לטובת הקטין, ובלבד שילדים עד גיל 6 יהיו אצל אימם, אם אין סיבות מיוחדות להורות אחרת" (סעיף 25 לחוק).³⁹

³⁵ בסוגיה זו עיינו: י' אנגלרד חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות, תשכ"ב-1962 - (פירוש לחוקי החחים בעריכת ג' טדסקי, מהדורה שנייה, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש סאקר,

תשנ"ה) סעיפים 1-13, 97-112.

³⁶ סעיף 20 לחוק, כן ראו סעיף 31, שם.

³⁷ סעיף 19 לחוק.

³⁸ סעיפים 26, 28, 29 לחוק הנ"ל.

³⁹ סעיף 25 קובע: "לא באו ההורים לידי הסכם כאמור בס' 24, או שבאו לידי הסכם אך ההסכם לא בוצע..." אך גם סעיף 24 קובע שאין ההסכם בין ההורים תופס אלא רק כשאושר על-ידי בית-המשפט, "ומשאושר, דינו.... כדין החלטת בית המשפט".

בחוקים רבים ניתנה הרשות לבתי-המשפט, באמצעות פקידי הסעד, להגביל את אפטרופוסות ההורים ואף לשלול מהם את הקטין על-ידי שלילת אפטרופוסותם והוצאתו הפיטית של הקטין ממשמורתם, וזאת "אם ראה בית המשפט שאין דרך אחרת להבטיח את הטיפול וההשגחה".⁴⁰

2. האומנם "טובת הילד" היא תוכנה הבלעדי של האפטרופוסות?

למעשה, היחסים שבין הורים וילדים נעים על שני צירים החותכים זה את זה לפעמים, משיקים זה לזה לעיתים, ובמידה מסוימת אף "מקבילים" זה לזה. *הציר האחד* הוא הילד כשלעצמו, זכויותיו ואחריותו. בציר זה מתנהלים מאבקים מתמידים וממושכים בין הילד הטוען לזכויותיו לבין ההורה המפקח ומשגיח עליו. בציר זה נוטים לראות את הילד כבעל זכות ואת ההורה, מנגד, כבעל חובה בלבד, שאחריותו לספק את צורכי הילד האמיתיים. סוג זה של מאבקים דומה לזכותו של הקטין למימוש רצונו נגד כל צד שלישי, אם אזרח פרטי ואם רשות ציבורית. אלא שמאבק של ילד מול הוריו נראה גם כיום כקוריוז, ואין מערכת המשפט ממהרת לקבוע הלכות קבועות בסוגיה זו.

הציר השני, לעומת זאת, הוא המאבק בין שני ההורים על ילדיהם. בציר זה ההורה האחד הוא בעל-דינו של ההורה האחר, ואילו הילד כשלעצמו הוא מושא ההתייחסות, ולא הנושא. לגופו של עניין, ברוב הסכסוכים המתבררים בבתי-המשפט, אין הילד, כשלעצמו, אלא צריח או רץ במשחק השחמט שההורים מנהלים על גבו בעזרתם האדיבה של עורכי-דינם. הורה הטוען כי אינו חייב לשלם מזונות לילדו או שברצונו להחזיק בילדו או לקבוע את דרך חינוכו. אינו שם את הילד ליריבו ולרוב אינו מנסה לקצץ בזכויותיו של ילדו, אלא נאבק על זכויותיו שלו מול ההורה האחר.

אף-על-פי-כן קיימת פסיקה רבה וארוכה, בת עשרות שנים, לפיה אין זכות ההורה ביחס לבנו עומדת כשלעצמה, אלא היא מעין סמכות-עזר של ההורה למילוי חובותיו כלפי בנו. כלומר, הסכסוך שבין שני הורים על ילדיהם אינו סכסוך אגואיסטי על מימוש זכויות משפטיות של ההורים ביחס לילדיהם, אלא סכסוך אלטרואיסטי בין האב והאם בשאלה מי ישרת טוב יותר את הילד ואת זכויותיו.

⁴⁰ חוק הנוער (טיפול והשגחה), תש"ך-1960, סעיף 3(4).

הגדיל עשה בדבר זה השופט המנוח זילברג בפרשת **שטיינר נ' היועמ"ש** שכתב את הדברים הבאים:⁴¹

"מבחן טובת הילדים, לדעתי, לא ימלט בו אחד מן השניים: או שאינו שיקול רציני כלל או שמתחשבים בו ובו בלבד. פשרה לא תתכן כלל: הוא אינו ניתן לחלוקה, ואין למזגו ולערבבו באיזה שהוא שיקול אחר. כי משהתרומם המחוקק לדרגת התפיסה המודרנית - ובתפיסה מודרנית זו נוקטים חכמי ישראל זה עידן ועידנים - כי הילד אינו 'אוביקט' של שמירה והחזקה להנאתו או לטובתו של אחד ההורים אלא הוא עצמו 'סוביקט', הוא גופו 'בעל דין', בשאלה חיונית זו, הרי לא יתכן להתעלם מן האינטרסים שלו בשום צירוף מסיבות שהוא, ולא יתכן כי נדחה אותם מפני 'זכות' של מישהו אחר, ויהא זה האב או האם שלו. לכן צדק המחוקק הישראלי בקבעו - וזהו לדעתנו מובנו הנכון של סעיף 3(ב) - כי טובת הילדים תהא השיקול *הסופי והמכריע* [הדגשה שלי - יצ"ג] הן בהתנגשה עם זכות האפוטרופוסות האמורה בסעיף 3(א) והן בהתנגשה עם הוראות חוק זר..."

אכן, השופט זילברג מייחס את בלעדיותו של עקרון "טובת הילד", גם בסכסוך המתנהל בין שני הורים, למחוקק עצמו. ברם, אם נעיין בסעיף 3(ב) לחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א 1951-, ניווכח לדעת כי השופט זילברג דיבר מנהמת ליבו. כפי שיראה המעיין בחוק שיווי זכויות האשה עצמו, כל שמבקש המחוקק שם הוא לשנות את מורשת המג'לה, לפיה רק האב הוא האפוטרופוס הטבעי,⁴² ולהשוות בין האב לאם. נוסף על כך המחוקק רואה לנכון ליתן סמכות של שיקול-הדעת לבית-המשפט, לפיה יוכל שופט להעדיף, היכן שנראה לו, את אפוטרופוסות אחד ההורים על זו של האחר, או אף להעדיף גורם זר על הוריו. ואילו השופט זילברג פירש סעיף זה כמעניק סמכות שבחובה (ואולי אף סמכות שבכפייה) לשקול שיקול "סופי ומכריע" של טובת הילד מבלי לערב כל שיקול אחר, כולל, אולי, גם קדימותם של ההורים עצמם לאחרים.

⁴¹ ע"א 209/54, פ"ד ט 241, 242.

⁴² לפי **המג'לה** (תרגום: השופט ג' פרומקין, ירושלים, תרפ"ח) ספר תשיעי, שער ראשון, פרק שני, סעיף 974. לפי ההלכה הפסוקה המנדטורית, היו הוראות המג'לה כלליות, וחלו בשווה על כל בני העדות הדתיות השונות. על המצב המשפטי של סוגייתנו בזמן השלטון העות'מני ובזמן המנדט הבריטי, עיינו:

E. Vitta *The Conflict of Laws in Matters of Personal Status in Palestine* (1947) 183-189.

יושם אל לב כי בפסק-דינו של השופט זילברג, שניתן שנים אחדות לפני חקיקת סעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, יש אמירה כללית של התחשבות בלעדית ב"טובת הילד", אך אין בה תוכן ממשי. כך, למשל, לא ברור מדבריו מהו מעמדה של האם בסכסוך עם האב באשר למשמורת ילדם שמתחת לגיל שש. מה צריכה להיות גישתו של השופט שעה שמובא לפניו הסכם גירושין, כלום אין הוא חייב להשתכנע כי הסכם זה משקף את טובת הילד באופן "סופי ומכריע"? או כפי שציינו, מהו מעמדם של ההורים הטבעיים ביחס לאנשים אחרים, זרים או קרובי משפחה רחוקים? גם ההפניה של סעיף זה ל"כל בית דין מוסמך לדון בענייני המעמד האישי" (כאמור בסעיף 7) לא היתה ברורה, והיה מקום לומר שניתנה "אוטונומיה שיפוטית" לכל ערכאה לפרש את טובת הילד לפי דרכה. עם הופעת סעיף 25, דומני שנפתרו מעט מן האנומליות הללו.

דאשית, נקבעה בסעיף זה מסגרת בה השופט חייב להתחשב ב"טובת הילד", והיא כש"לא באו ההורים לידי הסכם כאמור בסעיף 24, או שבאו לידי הסכם אך ההסכם לא בוצע". לאמור, אם הגיעו ההורים לידי הסכם ביניהם, אין השופט מחויב לפקפק בדבר חוסר התאמתו של ההסכם ל"טובת הילד". יצוין כי לשופט יש סמכות אינהרנטית, או "סמכות כללית לאמצעי שמירה", מכוח סעיף 68 לחוק לפסול הסכם כזה אם לדעתו אין הוא משרת היטב את טובת הילד. אך דא עקא, אין זו סמכות שבחובה, אלא סמכות הנתונה לשיקול-דעתו. אילו הייתה דעתו של השופט זילברג שלטת במלוא תוקפה, מה טעם בהבחנה כזו?

שנית, המחוקק אינו מסתפק בהכרזה ערטילאית בדבר "טובת הילד", אלא מעניק לה פרמטרים אחדים, כגון העדפת האם על האב בהחזקת ילד שמתחת לגיל שש. ומכאן, שלילה מוחלטת של העדפה אפרוורית כזו בילד שמעל לגיל שש. ושוב, אילו הייתה טובת הילד עיקרון סופי ומכריע, מה הטעם בהצבת הפרמטרים הללו? יצוין שבשיטות משפט מודרניות אין הבחנה כזו בנמצא, וכבר עמד על כך פרופסור דן שניט במאמרו המצוין.⁴³

ושלישית, אומנם לא במפורש, אך במכללא, אין ההתחשבות בטובת הילד כשיקול "סופי ומכריע" גורפת, אלא רק בהעדפת הורה אחד על אחר, ואין השופט מסוגל משמו של שיקול זה להעדיף אדם שלישי על ההורים.⁴⁴

⁴³ ד' שניט "חזקת הגיל הרך" ביישוב סכסוכי משמורת ילדים: המשכיות, שינוי או ביטול "עיתי משפט יט (תשנ"ד) 185 ואילך.

⁴⁴ בפסקים רבים נאמר שאין מוציאים את הילד ממשמורת הוריו רק בשל "טובתו" בלבד, אלא רק אם קיימת עילה שבדין להוצאתו. לעניין דומה עיינו: ע"א 137/66 פליגלטאוב נ' פליגלטאוב, פ"ד (כ3) 621, 624; ע"א 577/83 היועמ"ש נ' פלונית, פ"ד לח(1) 461, 468-469; ע"א (ב"ש) 783/81, ב"ש

נקודה אחרונה זו מניעה אותנו לפקפק במכלול קביעתו של השופט זילברג. הלכה למעשה, אין "טובת הילד" נשקלת כשיקול "סופי ומכריע", אלא רק בסכסוך בין שני ההורים על ילדם אם הוא בן שש ומעלה. ברם, בסכסוכים בין ההורים לבין רשויות הרווחה למיניהן אין שוקלים את טובת הילד כשיקול "סופי ומכריע", אלא כשיקול נגדי שלא לכבד את זכות ההורים על ילדיהם. אם השיקול של "טובת הילד" בסכסוך שבין שני ההורים על ילדם הינו מקסימליסטי, לאמור: היכן יהיה לילד טוב יותר? הרי שיקול "טובת הילד" בסכסוכים אחרים הוא מינימליסטי, לאמור: האם לילד רע עד כדי כך שיש הכרח בלתי-נמנע להוציאו ממשמורתו החוקית? ולא זו בלבד, אלא לעיתים גם סכסוכים בין ההורים בינם לבין עצמם מוכרעים שלא על סמך "טובת הילד המקסימליסטית", אלא על-סמך "טובת הילד המינימליסטית". טול, למשל, ביצוע פסק-דין בהליכי ההוצאה לפועל. אכיפת פסק-הדין תבצע שם לא רק במידה שההורה המשמורן משרת את "טובת הילד" באופן מקסימליסטי, אלא להיפך: האכיפה לא תבצע רק אם שהות אצל ההורה המשמורן עלולה לגרום נזק גופני או נפשי חמור. במידה דומה, גם בהליכי חטיפות ילדים: זכותו של ההורה שהילד נחטף ממנו (בין אם היה כבר פסק-דין שהילד יהיה במשמורתו ובין אם לאו) הינה קבועה וברורה, ו"טובת הילד" עלולה לשלול את זכות ההורה שהילד נחטף ממנו רק מקום שתוכח סכנה מוחשית ומיידית לילד. הדברים מצוינים כיום במפורש בסעיף 13(ב) לתוספת שבחוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים), תשנ"א—1991, אבל לפני עשרים שנה ומעלה, כשמעשי חטיפה נידונו כעתירות פרטיות בבג"צ, היו מעט שופטים בבית-המשפט העליון שסברו כי עקרון "טובת הילד" הוא שיקול "סופי ומכריע" גם כאשר מדובר בהפרה גסה של הדין הבינלאומי.⁴⁵

228/83 פלונים נ' אלמוני, פ"ד לט(2) 1, 8-9; ע"א 212/85, 224/85 פלונים נ' פלונים, פ"ד לט(4) 315, 309.

⁴⁵ בג"צ 391/71 פלוני נ' אלמוני, פ"ד כו(1) 85; בג"צ 71/80 סלייח נ' ארשייד, פ"ד לה(1) 100. אך עיינו בדעתה של השופטת בן-פורת, שהתנגדה לדעה זו, בפרשת בג"צ 446/85 צלוק נ' צלוק, פ"ד מ(1) 516, 526. אף-על-פי-כן ניתן להתרשם שהעתירה הוכרעה שם לטובת האם החוטפת, מאחר שמטרתה היתה כנראה לכופף את הבעל לבוא ולהתדיין בישראל על סיום נישואיהם כדת משה וישראל. לאחר האמנה עיינו: ע"א 4391/96 רו נ' רו (יעקובוביץ), פ"ד נ(5) 338.

"טובת הילד" פורשה בפסיקה כעיקרון המביא בחשבון שיקולים מידיים לגבי צורכי הילד, כגון שיקולים פסיכולוגיים, רפואיים, סוציאליים, ולא שיקולים רוחניים הצופים פני עתיד, כגון השיקול להכניס את הילד תחת השפעת אביו מתוך הכרה שרק אצלו יקבל הקטין השכלה אקדמית או תורנית כאשר יגדל, ושרק אצלו יוכל להגשים ערכים חלוציים, דתיים או אחרים.⁴⁶

3. האפוטרופסות כעיקרון תוכני בהכרעות בסכסוכים שבין הורים וילדים

מכל הנימוקים שהבאנו עד כה, כרבים אחרים שלא הבאנו, נראה שאין היחסים שבין ההורים וילדיהם נשענים על "טובת הילד" באופן בלעדי, אלא על עיקרון אחר של אפוטרופסות ההורים כלפי ילדיהם.

מהו אפוא עקרון האפוטרופסות כשלעצמו וביחסי הורים וילדים בפרט? החוק אינו מגדיר את האפוטרופסות באופן ממצה, אלא כאמור, סעיף 15 לחוק קובע שהיא "כוללת את החובה והזכות לדאוג לצורכי הקטין, לרבות ... וכן... וצמודה לה". יתר-על-כן, החוק רואה בהורים "אפוטרופסים טבעיים" על ילדיהם, להבדיל מאפוטרופסים המתמנים על-ידי בית-המשפט. כבר הבאנו לעיל שמבחינה אטימולוגית היה נהוג לראות באפוטרופסות מקבילה ל-*Guardianship*, ואת ההורים כ-*Natural guardianship*, אבל באנגליה המירו מונח זה מזמן ב-*Parental responsibility*. לאמיתו של דבר, אין האפוטרופסות בספרות המקורות שלנו אלא שליחות, שאדם מבצע למען חברו, וכבר מצאנו בתלמוד שאדם ממנה את אשתו אפוטרופא מבלי לרמוז על חוסר כושר שכלו או נכותו הנפשית של הבעל המשלח.⁴⁷ משום כך אין חובות האפוטרופסות יוצאות מגדרי אחריותו של שליח. רק בימינו התפרשה האפוטרופסות באופן שונה מן השליחות על-ידי החכם פרופסור טדסקי.⁴⁸ האפוטרופסות יוצרת סטטוס בעיני המשפט, ואילו השליחות אינה עושה כן.

אם ההורים הם בעצם שליחים, מי משלחם? הווה אומר: המדינה על כל מוסדותיה. לאמור, האפוטרופסות באה לציין את כפיפותם של ההורים, ולמעשה את היקף יכולתם לטפל בילדיהם. אין ההורים יכולים לנקוף אצבעם למטה, כלפי ילדיהם, אם לא הכריזו עליהם מלמעלה. אין להורים אלא קונצסיה מטעם המחוקק

⁴⁶ עיינו למשל ע"א 352/80 צוקרמן נ' צוקרמן, פ"ד לד(4) 689, 695, וכן פסקי-הדין המוזכרים להלן בהערה 51.

⁴⁷ עיינו למשל משנה כתובות, ט, ד; בבלי, שם, פו, ב.

⁴⁸ ג' טדסקי מסות במשפט (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי, תשל"ח) 334-369.

להשגיה ולפקח על ילדיהם. הריבון קובע לא רק את ההורים כאפטרופסים, אלא גם את הדרך בה ינהלו ההורים את שליחותם - באופן שתשרת את טובתו של הילד. כך, למשל, המחוקק קובע, מצד אחד, כי ההורה הוא בעל "החובה והזכות לדאוג לצרכי הקטין, לרבות חינוכו", אבל מצד אחר, מחייב את ההורה לרשום את הבן במוסד חינוכי מוכר ולפקח על ביקוריו שם. להורה אין כמעט חירות בקביעת חינוכו של הבן, אלא, באופן כללי, רק לבחור באחד מזרמי החינוך המוכרים, ולפעמים רק באיזור רישום מסוים, כפי שמתירות ההוראות של המינהל החינוכי. מכאן שההתחשבות בטובת הילד אינה עקרון-על ובלעדי ו"סופי ומכריע", אלא הוא משתנה לפי מדיניותו המפותלת של המחוקק ולפי מדיניותם הפרשנית של השופטים הממונים מטעמו.

מאידך גיסא, הייתי מעז לטעון, בניגוד לדעתו של פרופסור שאקי במאמריו,⁴⁹ כי ההורה אינו רק בעל חובה ואחריות כלפי ילדו, אלא הוא גם בעל זכות כלפי ילדו. לפחות במישור היחסים שבין הקטין לצדדים שלישיים, הכרעת ההורה באישור פעולה משפטית היא זכותו, והיא מחייבת את הקטין לשנים ארוכות לאחר בגירותו. לפחות באחד המקרים שנידונו בבית-המשפט העליון, **עמיר כהן נ' שר הביטחון**,⁵⁰ עלתה הבעיה בחריפותה. מה דינה של חתימת קטין על הסכם עם שירותי הביטחון על הכנסתו לפנימייה צבאית תוך הבטחה לשרת שלוש שנים שירות קבע לאחר שירות החובה. הפתרון המשפטי ידוע מראש, אך הנה דברי המליצה שכתב השופט חיים כהן:

⁴⁹ "עיון מחודש בטיבה של 'זכות ההורים למשמורת ילדיהם הקטינים'" **עיוני משפט ט** (תשמ"ג) 59, 118; "אפיונים בדיני משמורת קטינים - תוך דגש על יישום עקרון 'טובת הילד'" **עיוני משפט י** (תשמ"ד) 5. לאחרונה עסק בית המשפט העליון, בע"א 2266/93 **פלוגי (קטין) נ' פלוגי**, פ"ד מט(1) 221, 234-239, בזכויותיהם של ההורים ביחס לילדיהם. הנשיא שמגר הסיק כי "ההורים הם אוטונומיים בקבלת החלטות בכל הנוגע לילדיהם... והתערבות החברה והמדינה בהחלטות אלה היא בבחינת חריג שיש ליתן טעם להצדיקו..." ולהלן: "...השאיפה לצמצם את התערבותה של המדינה ברורה - התערבות מסיבית של המדינה בתחום יחסי הורים וילדים תרוקן מתוכן את רעיון הסמכות ההורית; ההימנעות מהתערבות מדגישה את העובדה שהילד חי בראש ובראשונה [הדגשה במקור] - יצ"ג] בחסות הוריו ובאחריותם, וכי מעמד המדינה או החברה משני במעמדם, אלא אם כן מתברר שדרושה התערבות המדינה לשם הגנה על הילד... דומני שהנשיא שמגר הפריז בקביעתו. נכון שאין המדינה ממחרת להתערב במעשיהם של ההורים, אך קשה לומר שהכרעות ההורים הינן אוטונומיות וכי המדינה הינה משנית במעמדה. לעניות דעתי, המדינה היא הגורם הראשי, והחלטות ההורים תקפות רק מכוח הרשאתה.

⁵⁰ בג"צ 709/79, פ"ד לד(2) 467, 474.

"היתכן שקטין יתחייב ולו גם בהסכמת הוריו - לעבוד את בעל חוזהו כעבד נרצע... וכי ימכור איש את בנו לעבד או את בתו לאמה, לא יוכלו לצאת משהיו לבגירים, אפילו כצאת העבדים העבריים?"

כאמור, היחסים שבין הורים וילדים בנויים מקליפה ותוך. הקליפה היא האפוטרופסות - היא הזיכיון, ההרשאה מטעם הריבון, ואילו התוך הוא עקרון "טובת הילד". "טובת הילד" אינה רעיון אבסולוטי ומוחלט, אלא משתנה לפי מדיניותו הנפתלת של הריבון. המחוקק עצמו, מלבד כמה פרמטרים כלליים, אינו מודריך מה נחשב בעיניו ל"טובת הילד" ומה אינו נחשב. ואילו מתוך הפסיקה הלא-מעטה שעסקה בטובת הילד עולה בבירור שיש ערכים שאסור להתחשב בהם, כגון שיקולים דתיים, לאומיים, חלוציים.⁵¹ אסור גם להכניס "שיקולי אשמה", כגון

⁵¹ על הגדרתה של טובת הילד בפסיקה האזרחית עמד השופט חשין בע"א 159/55 ד.ג. ג' ה.ג. פ"ד יא 262, 267-268, הקובע, בין היתר: "טובת הילד פירושה דאגה לצרכיו החומריים של הילד, למלבוש נקי, למזון מבריא, לקורת גג ולכלי מיטה; פירושה יחס אבהי ואמהי, מילה טובה, לטיפת יד רכה, חיוך לבבי, יצירת הרגשה בלב הילד, שאין הוא זר ואין הוא מיותר בבית בין האנשים הסובבים אותו, שיש מי שרוצה בו ושהוא שייך למקום שהוא נמצא. אך אין זה הכל: טובת הילד כוללת גם חינוך טוב, הכשרת הלב לנימוסים נאים, לדרך ארץ בפני אנשים, קרובים ורחוקים, וביחוד לכיבוד אב ואם, ההורים חייבים להיות אנשי המעלה בעיני הילד ויהיו היחסים ההדדיים בינם לבין עצמם אשר יהיו." בהגדרה זו אין שיקולים רוחניים לעתיד לבוא, אין בה שיקולים דתיים ואין בה הצבעה על אשמה בדרדור היחסים בין בני-הזוג כגורם לקביעת מקום החזקתו של הקטין, אלא כל כולה מכוונת לשלב העכשווי והמידי בדרך הטיפול בקטין. בפרשת ע"א 503/60 וולף ג' וולף, פ"ד טו 761, 763, העלה השופט ויתקון בקביעתו כי אין השיקול הלאומי לגיטימי בפני עצמו, אלא רק אם כתוצאה מנאמנותו הלאומית של הילד תיפגע נפשו אם יורד מהארץ אליה ראה עצמו קשור. בע"א 86/90 מרטינסון ג' בחזו, פ"ד מ(3) 498, 503, הועדף השיקול העכשווי החומרי על השיקול הלאומי. הילדים היו בני אב יהודי ישראלי ואם נוצרייה שוודית. שם הועדפה חזקת האב על זו של האם בגלל אי-יכולתה של האם לתפקד בעבר, אף-על-פי שבית-המשפט הניח שבעתיד ייווצרו משברים בעניין זהותם הדתית. בע"א 630/77 בולשטיין ג' בולשטיין, פ"ד לב(1) 378, הוכרעה הבעיה הלאומית של בנים לבני-זוג מעורבים על-סמך שיקולים פסיכולוגיים של חוסר התועלת בהפרדת אחים. וזה גם המצב לגבי השיקול החלוצי; ראו ת"א (י-ם) 661/83 פלוגי ג' פלוגי, פ"מ תשמ"ה (2) 353, 366. כן ראו לגבי שאלת האשמה, ע"א 659/85 שינגרוס ג' באור, פ"ד לט(4) 610, 612, כי "בקביעת טובתה של הקטינה לא ניתן להתבסס, ובוודאי לא באופן בלעדי, על חלוקת האשם בין ההורים, אלא יש לבחון את נתוני ההווה ואת מה שצפוי בעתיד". בע"א 772/89 פת ג' פת, פ"ד מה(2) 297, 299, נקבע שעצם התחברותה של האשה ליריד, וזאת כאשר שבע שנים ומעלה חיה האשה בנפרד מבעלה - כפי שהוא כי בנפרד ממנה - אינה נראית כעילה סבירה לשינוי המשמורת של בנות קטינות.

"מי אשם בחורבן הבית?", ובכירור אין לערב שיקולים לטווח ארוך, כגון היכן יהא לילד סיכוי טוב יותר להתקבל לבית-ספר אוניברסיטאי יוקרתי או ללימודי במה ואופנה. מה שנותר, לפי הפסיקה, הם בדרך-כלל שיקולי מינימום של סיפוק צרכים חומריים, נפשיים ועכשוויים, כלומר, היכן יהא לילד טוב ביותר עכשיו.

הסיבה להצטמצמות הערכים היכולים לבוא בחשבון נעוצה כנראה בהשקפה שפסקי-הדין בענייני משמורת הילד ומזונותיו הם הדירים לרוב, וניתן לשנותם מפעם לפעם כאשר הנסיבות משתנות.⁵² הכנסתם של שיקולים ערכיים יותר, ארוכי-טווח, עלתה בעבר מפעם לפעם על-ידי שופטי בית-המשפט העליון בעתירות של *habeas corpus*, מאחר ששם נראה כי הכרעות בית-המשפט, לכאן או לכאן, אף-על-פי שאינן יוצרות מעשה-בית-דין, הן בלתי-הדירות לנוכח הנסיבות המיוחדות.⁵³

אפורופסות ההורים מטעמה של המדינה ומוסדותיה מאפילה לעיתים על זכויותיו של הילד עצמו כלפי המדינה ומוסדותיה. כך, למשל, אין חובה מטעם המחוקק למנות אפורופוס לדין לכל קטין שעניינו נידון בהליכים המשפטיים המתנהלים בסכסוך שביניהם, ואין צורך לומר בשעה שעורכים הסכם על-אודותיו. ההנחה היא איפוא שההורים כאפורופסים דורשים ממילא את טובת ילדם, והם נקיים מכל מיני מחשבות וחישובים העלולים לפגוע בילד או בטובתו.⁵⁴ אפילו הזכות ל"חופש החינוך", שיש לה ביסוס כלשהו במגילת העצמאות, התפרשה לאחרונה על-ידי השופט אור כ"באה להבטיח חירות ובחירה בחינוך" של ההורים בין הזרמים השונים, "אך הזכות ל'חופש החינוך', לכשעצמה, אינה כוללת את חובתה של המדינה לספק חינוך זה או אחר".⁵⁵ במידה מסוימת לא הכריעה הפסיקה בפרשת ע"א 2266/93 בשאלה עד כמה קיימת זכותו של הילד להיחשף לאמונות ודעות נון-קונפורמיסטיות שאחד מהוריו מחזיק בהן מול התנגדותו של ההורה האחר. ההבדל שבין דעות השופטים שדנו בעניין היטשטש בגין חומר העובדות

⁵² י' זוסמן סדר הדין האזרחי (מהדורה שביעית, 1995) 21-22; נ' זלצמן מעשה-בית-דין בהליך אזרחי (רמות, תשנ"א) 281-292.

⁵³ בג"צ 95/62 רואי נ' רואי, פ"ד טז 1384; בג"צ 391/71 פלנית נ' אלמתית, פ"ד כו(1) 85; בג"צ 268/80 ינסן זוהר נ' זוהר, פ"ד לה(1) 1, 15. והשוו לסיעף 19 לתוספת שבחוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים), תשנ"א 1991-.

⁵⁴ על שאלת הייצוג של הקטין בסכסוך שבין הוריו, עיינו ע"א 42/49 משקה נ' משקה, פ"ד ג 88, 92.

⁵⁵ בג"צ 1554/95 עמותת גילית נ' שר החינוך, פ"ד נ(3) 2, 27.

הקונקרטי שהיה ביסודו של הערעור בפרשה זו, והוא מסוגלותה של האם לגדל ולחנך את ילדיה מעבר להטפה לאמונתה.⁵⁶

4. התפשטותו של עקרון "טובת הילד" כמכריע בסכסוכים בינודתיים

העמדת השיקול של "טובת הילד" במרכז היריבויות שבין ההורים על ילדם והעלמתן של יריבויות שבין ההורים על זכויותיהם כשלעצמן יצרו לעיתים תגובות אבסורדיות. כך, למשל, כשעלתה השאלה אם ההורים יכולים להסכים ביניהם על הענקת סמכות לבית-הדין הרבני (כאמור בחוק) לדון בעניין החזקת הילדים, או שמא נדרשת אף הסכמת הקטין עצמו, פתר השופט חשין המנוח את הבעיה בנימוק הבא:⁵⁷

"על שאלה זו אין אנו מהססים להשיב בחיוב. את התביעה לבית הדין הרבני הגיש האב מכיוון שלהורים, כפי שאמרנו לעיל, אין זכויות משל עצמם בתביעה להחזקת ילדם המשותף, הרי תבע האב מכוח הילדה. נמצא האב, שהוא אפוטרופסה הטבעי של הילדה, ודאי הסכים לשיפוטו של בית הדין. ובשם מי הסכים אם לא בשם הקטינה? שהרי לו אין זכויות משלו, כי אם חובות בלבד. והוא הדין באם. הסעיף 3 לחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א 1951, השווה את מעמדה של האם למעמדו של האב לענין אפוטרופסות טבעית על ילדיהם. לפיכך, בבוא המבקשת להתדיין עם בעלה - לשעבר לפני הרבנים, לא על זכותה שלה באה להגן - שהרי גם לה אין זכויות משלה - כי אם על זכות הקטינה. לה, לאם, אין מעמד בדיון על החזקת הקטינה, מחוץ למעמדה כאפוטרופא טבעית על הילדה. נמצא, היא יצגה את הקטינה, והקטינה דיברה מתוך גרונה..."

[הדגשות שלי - יצ"ג]

דברים כדורבנות. המעיין יראה את הנסיבות החמורות של האירוע שהשפיעו על השופט חשין המנוח להמליץ טוב על שיפוט בית-הדין הרבני. אך מתוך הכרח השעה יצר, אולי שלא במתכוון, הלכה לדורות מופרכת מתוכה.

⁵⁶ לעיל הערה 49, בע' 246-260 (דעתו של הנשיא שמגר); בע' 266-271 (דעתה של השופטת

שטרסברג-כהן). במקום אחר נרחיב את הדיבור בעניין זה.

⁵⁷ בג"צ 86/55 דרעי (נחום) נ' יו"ר הוצל"פ, פ"ד ט 1938, 1944.

בפרשת אל-צפדי נ' בנימין המפורסמת⁵⁸ השתמש השופט חיים כהן בשיקול "טובת הילד" להכריע בשאלת סמכות השיפוט של ילדה כפולת-דת לפי מצבה האישי. המדובר בילדה שאימה היהודייה מתה עליה עוד בשנתה הראשונה, ועכשיו האב, שהוא מוסלמי, ודודה של האם ניצים עליה. הילדה מסכנה, אך לא חסרת אמצעים, מאחר שאימה המנוחה היתה זכאית לתשלומי פיצויים מגרמניה. בית-המשפט המחוזי קבע שהילדה יהודייה, ובית-הדין השרעי קבע שהילדה מוסלמית. השופט חיים כהן השתמש במבחן של "הדת האפקטיבית" באופן שונה מן המקובל. לא לשם ברירת הדין, שהיא נקלטה מטמורפוזה אצלנו ממבחן "האזרחות האפקטיבית" שבמשפט הקונטיננטלי, אלא לשם ברירת סמכות שיפוט. אבל עוד חידוש מבית-מדרשו של השופט חיים כהן: את "הדת האפקטיבית" באותה פרשה אין הוא מגלה כפי שחייבים לגלות על סמך עדויות על אורח חייו של הפרפוזיטוס בעבר, אלא כלשונו:

"כשיש לך, לגבי קטין, ברירה בין דיני שתי דתות או שתי אזרחויות, עליך לברור את הדין שפעולתו תצמיח לקטין טובה יתירה: לא רק מפני שבין כה וכה מחוייב אתה להעלות את טובת הקטין על ראש שיקולך, אלא גם מפני שיכול אתה להעמיד את הקטין בחזקתו שאילו היה כוחו יפה לפעולה רצונית ומחושבת, היה מתנהג ומתבטא, ועל ידי כך מעניק את האפקטיביות לאותה הדת או האזרחות אשר ממנה תצמח לו הטובה הגדולה ביותר."

דברי השופט חיים כהן הם שפתיים יישק. רק חבל שגם בסכסוכים רגילים שבין בני-זוג יהודיים על מקום הדיון בגורל ילדיהם אין מכריעים לפי מבחן של איזו ערכאה הכרעתה תביא טובה גדולה יותר לילד, או אם תרצו, לפי מה שהקטין היה מחליט בנסיבות דומות אילו היה אדם רציונלי. לעניות דעתי, מעולם לא נטען בבמה מכובדת אקדמית או שיפוטית כי היהדות רציונלית ונאורה עד כדי כך שכל אדם "רציוני ומחושב" היה מבכר אותה על פני האיסלם. אפילו גדולי הרבנים בעבר ובהווה מדגישים את שייכותם ליהדות כאמונה, ולא כהיגיון. באותה פרשה נתן השופט זילברג פסק-דין בהנמקה שונה.⁵⁹ ודי לחכימא ברמיזא.

5. עקרונות החיוב של ההורים במזונות ילדיהם

חיוב המזונות של ההורים כלפי ילדיהם, המוסדר בחוק לתיקון דיני משפחה (מזונות), תשי"ט 1959-, נשען בראש ובראשונה על הדין הדתי המהווה את דינו

⁵⁸ בג"צ 86/63, פ"ד יז 1921, 1926.

⁵⁹ שם, בע' 1428-1430. ועיינו גם י' בן-אור "על משמעות המושג 'טובת הילד' הפרקליט כט (תשכ"ט) 608, 614-621. שאלה דומה התעוררה לאחרונה בבית-המשפט לענייני משפחה, תמ"ש (י-ם) 15530/97 אבו נגיב נ' אבו נגיב [טרם פורסם], ולא כאן מקומה.

האישי של ההורה, אלא שהמחוקק פתח פתח לחיוב מזונות אזרחי מטעם החוק בכל מקרה בו ההורה "אינו חייב במזונות הילדים הקטנים שלו או של בן זוגו לפי הוראות הדין האישי החל עליו, או שלא חל עליו דין אישי". הווה אומר, אב יהודי שיש לו בן מאשה שאינה יהודייה חייב במזונות כלפי בנו אף שדינו האישי היהודי שולל את עיקר ייחוסו של בן זה אליו. בשם עיקרון זה הרחיבה הפסיקה לאחרונה את מעגל החייבים. לא רק אבות יהודיים או אנשים שאינם חברי עדה דתית אחרת עשויים להתחייב במזונות ילדיהם בניגוד לדינם הדתי, אלא אף אבות מוסלמיים, שהסמכות לדון בעניין מזונות ילדיהם נמסרה באופן בלעדי לבתי-הדין השרעיים, יכולים להתחייב במזונות "אזרחיים" אלה בבתי-משפט לענייני משפחה כלפי בנים שנולדו להם מחוץ לנישואים, וזאת רק משום שאין הדין השרעי מייחס בנים אלה לאבות מולדיהם.⁶⁰

ולא זו בלבד, אלא שהפסיקה בדעת הרוב הכריעה שיש להחיל בבתי-המשפט האזרחיים את ההוראות הפרוצדורליות הכתובות בחוק גם על מי שמחויב במזונות ילדיו לפי דינו האישי-הדתי. כך, ההוראות בדבר ההסכמים הנעשים בין ההורים כאשר למזונות ילדיהם, או ההוראות בדבר הבטחת המזונות או באשר לסמכות ההענקה של מזונות זמניים, הן הוראות פרוצדורליות מובהקות הבאות להסדיר את מתן המזונות כחטיבה בפני עצמה.

גישה זו של הפסיקה מעוגנת במסורת הדיכוטומית של הפסיקה למן ראשית שנות המדינה, לפיה אין מחילים אלא את הדין המהותי הדתי, ולא את כללי הפרוצדורה שבו.⁶¹

ברם, הפסיקה לא הכריעה עדיין באופן סופי בשאלה מה דינן של הוראות מהותיות נלוות הכתובות בחוק, שכוונת המחוקק היתה כנראה להחילן על כל החייבים, אלא שלא אמר זאת במפורש. כך, למשל, הוראת סעיף 3 לחוק זה, המטילה חובת שוויון בנשיאה בנטל הפרנסה של הילדים בין האב לבין האם המסוגלת לפרנסם "מכל מקור של הכנסתה",⁶² השופטים והמלומדים חלוקים בדעותיהם אם יש להחילה גם על מי שיש לו חבות עקרונית לפי דינו האישי.

⁶⁰ ע"א 3077/90 פלזניץ נ' פלוני, פ"ד מט(2) 578.

⁶¹ ע"א 26/51 קוטק נ' וולפסון, פ"ד ה 1341. מ' שאוה הדין האישי בישראל (מהדורה שלישית, מסדה, תשנ"ב) 138-144 (להלן: שאוה בספרו); מ' שאוה "על השיפוט בענייני מזונות של מוסלמים ונוצרים ועל מידת תחולת ההוראות הפרוצדורליות שבחוק המזונות" הפרקליט לז (תשמ"ה) 464, 470-473. ועיינו גישתו השונה של השופט אלון, בע"א 250/83 עומרי נ' זועבי, פ"ד לט(2) 113, 136-140.

⁶² על פרשנות של חובת ההורים, ראו ב"צ שרשבסקי דיני משפחה (מהדורה רביעית, מס, תשנ"ג) 390-370; שאוה בספרו, שם, 738-749; שיפמן, לעיל הערה 28, בע' 254-257.

מנימוקי החולקים עולה ובאה ההסכנות הרבה בדבר דחיקתן של נורמות דתיות פרטיקולריות מפני הסדרים אזרחיים חדשים.

6. חוסר זיקתם של הילדים להוריהם מעבר לענייני אפטרופסות

מחוץ לענייני אפטרופסות ומזונות, אין המחוקק מטיל חובות מיוחדות על ההורים ביחס לילדיהם ואינו מעניק להם זכויות. כך, למשל, בעניין הנישואין, אין לאב זכות לקבוע את נשואי בניו או למנוע אותם מלהינשא. המחוקק רק מגביל את גיל הנישואין.⁶³ בדומה לכך, אין החוק מטיל חובה על ההורה להעניש את בנו, ואף שולל ממנו זכות-יתר זאת.⁶⁴

לעומת זאת, החוק מעניק לבתי-המשפט הממלכתיים סמכויות מיוחדות לעסוק בכך בסיועם של אנשי מקצוע מיוחדים.⁶⁵ אף החובה של ההורה לחנך את בנו מוגבלת לדאגה שהילד יירשם לבית-ספר מוכר ושייבחר בשבילו הזרם החינוכי הרצוי להורה.⁶⁶ אך לעולם אין ההורה ריבוני לטעון לזכותו הוא לחנך את בנו מחוץ למוסדות החינוך המוכרים.⁶⁷

יתר על-כן, גם ההוראה המופנית לקטין החוסה באפטרופסות הוריו, הקובעת כי "הקטין חייב תוך כיבוד אב ואם, לציית להוריו בכל עניין הנתון לאפטרופסותם", אינה מטילה חובה של כיבוד אב ואם כשלעצמה, אלא רק במידה שהיא נוגעת באפטרופסות הקטין. לנוכח חובתם של ההורים לנהוג באפטרופסותם לטובת הקטין, לא יהיה זה בלתי-מדויק להסיק כי חובתו של הקטין לציית להוריו היא רק במידה שהם פועלים לפי אמות-המידה המחמירות של "טובת הילד". עוד יצוין שזכויותיהם הממוניות של ההורים כלפי ילדיהם מצומצמות לפי החוק: לגבי רווחיו של הקטין הסמוך על שולחן הוריו הבאים לו כהכנסות מכל מקור שהוא, נאמר:⁶⁸ "הכנסותיו ישמשו במידה נאותה, לפי הנהוג בנסיבות דומות, לקיום משק הבית

⁶³ ראו הוראת חוק גיל הנישואין, תש"ו1950-.

⁶⁴ ראו למשל סעיף 368ב וסעיף 368ג לחוק העונשין, תשל"ז1977-, המחמירים בעונשם של הורים התוקפים את בניהם חסרי הישע מתוך היותם אחראים לשלומם יותר מאשר אחרים שאינם אחראים על הקטינים.

⁶⁵ סעיף 27 לחוק. חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), תשל"א1971- ובמיוחד סעיפים: 24, 26, 29, 28.

⁶⁶ ראו חוק לימוד חובה, תש"ט1949-, ובמיוחד סעיפים 3, 4, וראו גם חוק חינוך ממלכתי, תשי"ג1953-.

⁶⁷ ראו סעיף 5 לחוק לימוד חובה, תש"ט1949-, שניתן לקבל פטור מיוחד או כללי משר החינוך מחובת הלימוד במוסד חינוך מוכר "מטעמים מיוחדים... והילד או הנער מקבל באופן פרטי לימוד שיטתי המניח את דעת השר, או השר משוכנע שאין הילד או הנער מסוגל ללמוד באופן סדיר במוסד חינוכי מוכר".

⁶⁸ סעיף 23 לחוק. וראו מה שכתבנו, להלן הערה 313, לגבי כוונת המחוקק.

המשפחתי ולסיפוק צרכי הקטין עצמו. ואילו לגבי יכולת המימוש של נכסי הקטין נקבע שהם ישמשו את הוריו רק "במידה שבית המשפט אישר שההורים אינם יכולים לקיים את משק הבית המשפחתי".⁶⁹

נזכיר לבסוף כי החובה היחידה המוטלת על בן שאינו קטין כלפי הוריו היא חובת ההזנה של הוריו, ואף זאת רק אם אין בידם לפרנס את עצמם למרות מאמציהם, ובמידה שיש בידו לעשות כן לאחר סיפוק הצרכים שלו ושל משפחתו, לאמור: אשתו וילדיו.⁷⁰ דומה שחובתו המצומצמת של הבן כלפי הוריו לפרנסם נובעת מן ההנחה כי פרנסתם של אותם הורים מוטלת ברובה על מוסדות הרווחה השונים שבמדינת-ישראל.⁷¹

ד. מגמתם של היחסים שבין הורים וילדים בדיני התורה

1. **הקשיים המתעוררים בחקר מגמתם של היחסים שבין הורים וילדים בהלכה**
בבואנו להציב את גישתה העקרונית של ההלכה היהודית באשר ליחסים שבין הורים וילדים, נתקלנו בשני סוגים של קשיים: אובייקטיבי-מתודי באשר לגופם של הדינים וההלכות; וסובייקטיבי - הרי הם חילוקי ההשקפות של חכמי ההלכה עצמם באשר לטיבם של היחסים שבין הורים וילדים. נפרט להלן את הקשיים.

(א) הקשיים האובייקטיביים

בשיטות משפט שונות הנוהגות בעולם, וביניהן בזו הנוהגת במדינת-ישראל, יחסי הורים וילדים מהווים ענף בדיני המשפחה לצד ענף אחר - היחסים בין בני-זוג, בעל ואשה. בדיני ישראל, בהשוואה, לא זכו יחסי הורים וילדים בעדנה שכזו.

⁶⁹ שם, שם.

⁷⁰ סעיף 4 לחוק לתיקון דיני משפחה (מזונות), תשי"ט 1959-, וראו את מידת החיוב בסעיפים 5 ו-61, על פרשנות החיוב ראו שאוה בספרו, לעיל הערה 61, בע' 344-348, והמקורות שבהערות-השוליים שם.

⁷¹ ראו חוק הבטחת הכנסה, תשמ"א 1980-, במיוחד פרקים שני ושלישי; חוק דמי מחלה, תשל"ו 1976-; חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשכ"ח 1968-. כמו-כן יש לציין את ההוראות המיטיבות השונות, אם בביטוחי חובה שונים, כגון חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ג 1973-, ואם במענקים, כמו חוק נכי מלחמה בנאצים, תשי"ד 1954-, חוק נכי רדיפות הנאצים, תשי"ז 1957-; חוק הנכים (תגמולים ושיקום) [נוסח משולב], תשי"ט 1959-; חוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה, תשל"ו 1970-, ועוד.

במיוחד אם משווים את ספרות ההלכה ביחסים שבין הורים וילדים לזו העוסקת ביחסים שבין בעל ואשה, נוכחים לדעת כי היחסים שבין הורים לילדים רחוקים מאוד מתיאור מקיף ושיטתי. דבר זה בא לידי ביטוי בעניינים דלהלן:

(1) בעוד שזיקת הנישואין יוצרת במשפט העברי זכויות וחובות ייחודיות, בין הבעל לבין האשה ובינם לבין אחרים, שהינן מעל ומעבר לזכויותיהם וחובותיהם של כל אחד מבני-הזוג, כבני-אדם, כבני דת ולאום או כבעלי דעת, הרי שבחלק נרחב מן הזכויות והחובות שבין הורים וילדים לא ברור אם הן נובעות מזיקתם ההדדית של ההורים וילדיהם, או שמא הן נשענות על ההנחה שרוב הילדים הינם קטנים, חסרי דעת וחסרי ניסיון, וזו סיבת זיקתם המרובה להורים המטפלים בהם. ההפרדה בין הבן הקטן כאדם חסר דעת לבין הקטן כבן להוריו היתה נושא להתדיינות בהלכות שונות עוד בתקופתם של האמוראים.⁷²

(2) זאת ועוד, הנישואין בהלכה היהודית יוצרים בדרך-כלל מערכת אחת של זכויות וחובות הדדיות בין הבעל לאשה. ההבדלים להלכה שקיימים במקרים מסוימים בין בני-זוג נובעים בעיקר מהתניות מיוחדות שהתנו ביניהם בני-הזוג על זכויותיהם וחובותיהם. ואילו במסכת זו של הורים וילדים קיימות בה מלכתחילה קבוצות בעלות סיווג הלכתי שונה. קבוצה ראשונה של הלכות מפרידה בין בנים ובנות קטנים לבין בנים ובנות גדולים;⁷³ קבוצה שנייה מפרידה בין דיני הבת הקטנה והנערה לבין דיני הבת הבוגרת;⁷⁴ וקבוצה שלישית מבחינה בעניינים שונים בין

⁷² המחלוקת היא בין שמואל לר' יוחנן בבבלי ב"מ, יב, א-ב, בדבר פירושה של המשנה שם, א, ה; בין רבנו תם (בספר הישר (חלק החידושים) סימן קכו (שלזינגר, 93)) לבין ר' שמשון הזקן (אור זרוע, הלכות עירובין, סימן קפב) והרמב"ן, (ב"מ, יב, ב, ד"ה פליגא) בשאלת היקף חידושו של ר' יוחנן; בין המאירי בחידושו (עירובין, ע"ט, ב (ברוידא, ע' רפא) לבין ר' בצלאל אשכנזי (בתשובותיו, סימן לה) לבין ר' אפריים נבון (מתנה אפרים, הלכות זכייה ומתנה, סימן ב) בדבר פירושה של דעת רבנו תם, ועיינו בנימוקיהם של חכמים אלה.

⁷³ ראו משנה ב"מ, א, ה; משנה ב"מ, ז, ו; משנה בעירובין, ז, ו; משנה מעשר שני, יד, ד; תוספתא פסחים, פרק ז, הלכה ד (ליברמן, 177); ברייתא בבבלי עירובין, פב, ב.

⁷⁴ משנה כתובות, ד, א; שם, ג, ג; ברייתא שבבבלי כתובות, לח, א; משנה בכתובות, ד, ב; שם, שם, ד; תוספתא כתובות, פרק ד, הלכה א-ב (ליברמן, 66); ברייתא בבבלי כתובות, מז, א; בבלי קידושין, טז, ב.

בנים לבין בנות.⁷⁵ המעיין בהלכות השונות ייווכח לדעת כי העובדה שסוגי ילדים אלה ממוינים בקבוצות שונות שאינן משתלבות זו בזו מקשה במיוחד.

(3) מלבד זאת קיים קושי בריכוז החומר הספרותי ההלכתי. בעוד שהזכויות והחובות העולות מן הנישואין נידונו בספרות התלמודית במסכתות מיוחדות, והן מופיעות כחטיבה בפני עצמה בספרות ההלכה, רובם המכריע של היחסים המשפטיים שבין הורים לילדים נידונים אגב-אורחא, אם כטפלים לחיובים הדדיים שבין הבעל לבין האשה ואם כ"מקרים פרטיים" בדיני ממונות, דיני איסור והיתר וכדומה.⁷⁶

(4) כמו-כן יש אי-התאמה בין ההלכות האמוראיות שבתלמודים וכן בפסיקתם של הראשונים באשר לחובותיו של האב לזון את בניו ובנותיו: לעיתים היא מותנית לחלוטין ביכולתו וברצונו של האב לזכות ברווחיהם הממוניים של בניו,⁷⁷ לעיתים היא מופיעה כחובה העומדת בפני עצמה ואינה תלויה בדבר.⁷⁸ לפעמים חבות זו מדורגת לגיל מסוים של הבנים ולפעמים אינה כן.⁷⁹

⁷⁵ ברייתא בבלי ב"ק, פז, ב: "החובל בבנו גדול - יתן לו מייד. בבנו קטן - יעשה לו סגולה. החובל בבתו קטנה - פטור, ולא עוד אלא אחרים שחבלו בה - חייבין ליתן לאביה"; תוספתא ב"ק פרק ט, הלכות ח-י (ליברמן, 44); משנה כתובות, ד, ו; ברייתא בבבלי כתובות, מט, א.

⁷⁶ רבות מן ההלכות נידונו בספרות התלמודית כטפלות ליחסים שבין הבעל לבין האשה. כך, למשל, חובת ההנקה של האם נידונה בעיקרה כחובתה של אשה נשואה המשועבדת לבעלה. פטורו של האב מלזון את בתו הקטנה בחייו נדרש (במשנה כתובות, ד, ו) על-סמך תנאי כתובה עתיק, וגם חיובים של יורשיו לזון אותה לאחר מותו נדרש על-סמך תנאי אחר של הכתובה (שם, שם, יא). גם הלכות אחרות נשנו במשנה כטפלות לעניין אחר. היחסים הממוניים שבין האב לבתו נשנו אגב ההשוואה לרשות הבעל על אשתו (משנה, כתובות, ד-ה). יכולתו של האב להפר נדרי בתו נשנתה במשנה (גדרים, יא) אגב דיון בכוחה של הפרת נדרים ותוך השוואה בין יכולתו של האב ליכולתו של הבעל. דיני אמה עברייה נידונו רק כסניף לדינו של עבד עברי (משנה קידושין, א, ב), ויכולתו של האב לקדש את בתו הקטנה או הנערה נשנו אגב לימוד דיני השליחות (משנה קידושין, ב, א); אפילו לימוד חובותיו של האב כלפי בנו והבן כלפי אביו נשנו במשנה כעניין צדדי לנושא הרחב של ההבדלים בין חיובי האישי מול חיוביה של האשה (משנה קידושין, א, ז). בספרות האמוראית שבתלמודים יש סוגיות מיוחדות העוסקות בזכויות וחובות ההדדיות שבין ההורים לילדיהם, אך גם הן מועטות בהיקפן לעומת היחסים שבין הבעל לבין אשתו.

⁷⁷ דעת ר' יוחנן, בבבלי ב"מ, יב, ב, ופרשנות רש"י, שם, שם, ד"ה אדרבי חייא; סמ"ע חושן משפט, סימן רע, ס"ק ב; בבלי ב"ק, פז, ב; תוספות, שם, שם, ד"ה קתני; רבנו תם ומפרשיו שהובאו לעיל הערה 72.

⁷⁸ בבלי, כתובות, מט, ב; שם, סה, ב; ירושלמי כתובות, פרק ד, הלכה ח.

⁷⁹ הבבלי בערה קודמת מבחין בין קטנים לקטני קטנים, הירושלמי, שם - לא. בבבלי עצמו אין מדרג של חיובים בסוגיה בכתובות, מח, א. ועיינו בתירוציהם של הראשונים והאחרונים לעניין זה: תוספות

(5) סיבה נוספת הראויה לציון היא שאין הדיון בספרות ההלכתית ביחסים שבין הורים לילדים שווה. זכויות, כגון מכירת הבת הקטנה לאָמָה עבריינה, ייעודה לאדונה וכן קבלת דמי בושטה ופגמה שיש עליהן דיון רב בספרות התלמודית, אָ-על-פי

שלא נהגו למעשה כבר מזמנם של התנאים⁸⁰; זכויות אלה נשארו בגדר "דרוש וקבל שכר", ולא נידונו כמעט הלכה למעשה בספרות הפסיקה והתשובות. גם הסוגיות הרבות בעניין זכויותיהם וחובותיהם הממוניות של הבנים והבנות מהוריהם לא נדרשו למעשה בספרות הבתר-תלמודית.⁸¹ לעומתן, יש זכויות, דוגמת מזונות הילדים, שהם "כהררים התלוין בשערה" - ספרות תלמודית מועטת ביותר וספרות בתר-תלמודית מרובה.⁸² ואילו דיני החזקת ילדים "אין להם על מה שיסמכו" בספרות התנאית והאמוראית,⁸³ אבל הם כמעין המתגבר במשך הדורות, החל

כתובות, מח, א, ד"ה ולא; מגיד משנה, אישות, יב, יז; ר"ן על הרי"ף כתובות, מט, ב (בדפוס: יח, א), ד"ה בעל כרחיה; בעל הטורים, אבן העזר, סימן עא.

⁸⁰ לפי הרמב"ם, עבדים, א, י, לא נהגו דיניהם של האמה העבריינה והעבד העברי "אלא בזמן שהיובל נוהג". והיובלות בטלו עם חורבן בית ראשון (הלכות שמיטה ויובל, י, ח-ט). הרמב"ם מסתמך בעיקר על מסורת הגאונים, מסורת המסתמכת בעיקר על מקורות בבבלי, כמו שם ערכין לב, ב. אך יש סימוכין לכך שבארץ-ישראל לא בטלה העבדות על חוב גם בסוף ימי בית שני ובתקופת התנאים. עיינו א"א אורבך "הלכות עבדים כמקור להיסטוריה חברתית בימי הבית השני ובתקופת המשנה והתלמוד" **ציון** כה (תשכ"ב) 141. ועל סיבתה של המשכת העבדות וזיקתה לשאלה של שמיטת כספים ביובל עיינו אמו"ר, ר"ד גילת "האם יובל משמט כספים?" **תרכ"ז** סד (תשנ"ה) 229, 233.

⁸¹ רוב המקורות הבתר-תלמודיים שעסקו בנושא זה הם פירושים וחיידושים על המקורות התלמודיים. המקורות היחידים העוסקים בבעיה "ריאלית" הם תשובות הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סימן קה; תשובה המובאת במרדכי בבא מציעא, פרק א, סימן רמא; תשובות הרשד"ם, חושן משפט, שצו; ותשובות ר' בצלאל אשכנזי, סימן לה. מעיון בהם עולה כי שניהם עסקו באותה בעיה ממש. כמו-כן תשובות מהרש"ם מברזן, חלק ג, שיג. בבית-הדין הרבני נידון הנושא לעיצומו פעם אחת בלבד, בערעור/תש"ל/101, 125, פד"ר ח 325.

⁸² המקורות התלמודיים המחייבים מזונות הם: בבלי כתובות, מט, ב; שם, סה, ב; ירושלמי כתובות, פרק ד, הלכה ת. ואף בכל אלה מידת החובה מוטלת בספק רב. מקורות תלמודיים ששמעו שישנה חובה מוסרית בלבד, ולא נורמה אכיפתית, הם: בבלי כתובות, נ, א; שם, מט, א. שאר המקורות פוטרים את האב מלזון: משנה כתובות, ד, ו; שם, מח, א. מהמקורות לא ברור אם החובה התקבלה להלכה. כמו-כן לא ברור אם יש הבדל בגילם של הקטנים. רק החל בתקופת הראשונים אנו מוצאים פוסקים רבים המתייחסים לחבות המזונות של האב, למידת החבות ולתנאיה.

⁸³ המקורות היחידים הם בבלי כתובות, סה, ב; שם, קב, א. לפי פשוטם, אין הם עוסקים ישירות בענייני החזקת ילדים, ואף הדיוק שלמדים ממנו היה שנוי במחלוקת רבה בין חכמי ההלכה שלאחר התלמוד. כך, לדוגמה, בעוד שבספרות הגאונים הסיקו מכתובות, קב, א, לגבי סכסוך שבין הורים על ילדיהם

בתקופתם של הגאונים וכלה בזמננו. הפועל היוצא הוא שפסיקתם של בתי-הדין הרבניים בישראל, המתמקדת בעיקרה במזונות ילדים ומשמורתם, אינה מעוגנת כמעט במקורות הקלאסיים של ההלכה. דומה שחוסר אחידות זה עליו הצבענו מקשה על התפיסה הכוללת של טיב היחסים המשפטיים שבין הורים לילדים.

(ב) הקושי הסובייקטיבי

אם לא די בקשיים האובייקטיביים שהערנו עליהם עד כה, מתברר שגם בין תופסי התורה אין תמימות דעים באשר למגמתה של ההלכה באשר ליחסים המשפטיים שבין הורים וילדים, ו"זה אומר בכה וזה אומר בכה", לפי הנראה בעיניו.⁸⁴

אפתח בדעותיהם השונות זו מזו של שניים מרבני זמננו, ר' בן ציון מאיר חי עוזיאל ז"ל, שכהן כרב הראשי לארץ-ישראל, ור' נתן גשטעטנער, מרבניה המובהקים של העיר בני-ברק.

ר' בן ציון מאיר חי עוזיאל קובע באחת מתשובותיו,⁸⁵ בצורה נחרצת ביותר: "דבר ברור ומוחלט הוא שאין הבנים או בנותיו של אדם קנויים לו כמו שקנויים לו נכסיו הממוניים או בהמותיו הקנויים לו או שנוולדו ברשותו, אבל הבנים והבנות הם נחלת ד' לאבותיהם כדי לגדלם, לחנכם בתורה ומצוות ובדרך החיים".

לעומתו סבור ר' נתן גשטעטנער, בספרו "להורות נתן"⁸⁶:

"...שכל החיובים כלפי הבן מוטלים רק על האב בלבד, ולא על האם, כי הבנים הם קניינו של האב." [הדגשה שלי - יצ"ג.]

הוא מבסס את דעתו על כמה מקורות תלמודיים ורבניים קדומים, הקובעים שהבן והבת הקטנים הם סירכא של אביהם.⁸⁷ כך, למשל, רבן גמליאל סבור בתוספתא

(שערי צדק, חלק ד, שער ד, מו), ביארו רש"י על אתר, ד"ה יוצא בערוב), אומר ר"י מיגש בתשובותיו, סימן עא, שהמדובר שם בסכסוך בין אלמנה ליורשי בעלה.

⁸⁴ השופט ד"ר י' קיסטר במאמרו "זכויות ההורים בילדיהם במשפט העברי ובמשפטי אומות העולם" (הוצאת המחלקה ליחסי ציבור, אוניברסיטת בר-אילן), כשבא לדון בטיבן של זכויות האב לפי המשפט העברי, התקשה להגיע להשקפה כוללת בדבר טיב זכויותיו של האב. תחת זאת בחר להראות על-סמך דיני החזקת ילדים וחינוכם, שאין לאב אלא רק חיובים. וכך כתב בסוף דבריו על עמדת המשפט העברי: "ראינו אפוא מה מצומצם כוחו של האב לגבי בנו מבחינת ההלכה. ואם נביא בחשבון שדין אמה עבריה אינו נוהג, וכן לאור האמור שאין לקדש בת קטנה, הרי למעשה אין לאב זכויות בילדיו אלא חובות כלפיהם." וראו ביקורתו של פרופסור מ' ראבלו, לעיל הערה 5, בע' 128, והערה 128, על דבריו של קיסטר.

⁸⁵ משפטי עוזיאל, אהע"ז (מוסד הרב קוק, תשכ"ד) צא (ע' שנח).

⁸⁶ חלק ג, אהע"ז, פח, ס"ק (ו).

סנהדרין ש"קטנים בני רשעי ארץ אין להם חלק לעולם הבא", בניגוד לדעתו של ר' יהושע שם, ואילו ר' אליעזר אף נותן משמעות מעשית לדבר ש"קטני בני אנשי עיר הנדחת שהודחו עמה... נהרגין", ודינם שונה משאר הקטנים שאינם כשלעצמם בני-עונשין.

הרמב"ם קובע על-סמך דעות התנאים הללו, בהלכות תשובה, באופן קטיגורי, כי "יש חטא שהדין נותן שנפרעים ממנו על חטאו בעולם הזה בגופו או בממונו או בבניו הקטנים, שבניו של אדם הקטנים שאין בהם דעת ולא הגיעו לכלל מצוות *קניינו הן*, וכתוב: 'איש בחטאו יומת' - עד שיעשה איש."⁸⁸ [ההדגשה שלי - יצ"ג.]

אך דומני שאין הערכות אלה שיצאו מתחת ידם של החכמים שהבאנו מדבריהם לעיל מתארות נאמנה את מכלול היחסים שבין הורים וילדים. מצד אחד, ברור שאין הילדים, אפילו הקטנים ביותר, קניינו של האב כנכסיו או כבהמותיו, ואין הוא יכול להמיתם לפי רצונו ואסור לו להענישם בעונשי גוף שלא על-פי רשות בית-הדין.⁸⁹ להיפך, האב חייב לזון את בניו ובנותיו ולפרנסם, לחנכם למצוות וללמדם תורה ומלאכה, ואינו יכול למלט עצמו מקיום חובות אלה כלפיהם. מה עוד שההשקפה הגורסת שהבנים הם קניינו של האב הייתה שנויה במחלוקת כבר בימי התנאים. מצד אחר, ההערכה שאין האב אלא ממונה על בניו רק כדי "לגדלם ולחנכם בתורה

⁸⁷ מקור אחר עליו הסתמך ר' נתן גשטעטנער היה הטלת חובה באופן בלעדי על האב להנך את בניו ופטור האם ממטלה זו. על משמעותה של חובה זו נעמוד להלן בטקסט להערות 100-102.

⁸⁸ על סמך התוספתא סנהדרין, פרק יד, הלכה ג (צוקרמנדל, 463), ובשינויי נוסח, בבלי סנהדרין, ק, ב. וראו על עניין זה תשובות חכמי לונגיל וכן מגדל עוז, שם, שם.

⁸⁹ ראו משנה מכות, ב, ב; תוספתא ב"ק, פרק ט, הלכה יא (ליברמן, 44); בבלי מכות, ח, א-ב; רמב"ם, הלכות רוצח, ה, ה. כנראה ההיתר של האב להכות את בנו היא בגין רשות מכללא של כל אב ללמד את בנו תורה ומלאכה. זו דעת הר"ח במכות, ח, ב. אבל ייתכן שההיתר של האב הורחב גם בכדי לייסר את בנו עיניו תוס' שם, שם ד"ה והא אמרת. מתרומת הדשן, סימן ריב, משמע שרשות להכות נתונה גם לבעל "ששמע אשתו מקללת ומזלזלת באביה ואמה והוכיחה בדברים על זה כמה פעמים ולא הועיל", וכן "כל מי שהוא תחת ידו של אדם ורואה בו שעושה דבר עבירה רשאי להכותו ולייסרו כדי להפרישו מן העבירה..." וראו גם, פתחי תשובה, חושן משפט, סימן תכד, ס"ק ד. על גדריו של המזיק ברשות ואופן תחולתו ראו ר"ש אלבק **פשוט דיני הנוזקין בתלמוד** (דביר, תשכ"ה) 84-86. השפעה אפשרית עקיפה של ההורים להעניש את בניהם מטעמים חינוכיים היא מצוות התורה באשר לבן סורר ומורה, אבל גם השפעה עקיפה זו נשללה על-ידי חכמים. ועיינו מה שכתבתי "לתוקפה של חובת ההתראה במשפט העונשין העברי" **מחקרי משפט** ו (תשמ"ח) 217, 238, 257. על ההבדל בין דיני המקרא לפרשנות חז"ל בפרשה זו עיינו גם מ' הלברטל **מהפכות פרשניות בהתהוותן** (מאגנס, תשנ"ז) 46-47.

ומצוות ובדרך החיים", כפי שקבע רבצמ"ח עוזיאל, אף היא אינה מדויקת, בלשון המעטה.

טלו, למשל, את עניינן של הבנות - הקטנה והנערה שהן ברשות אביהן. האב יכול לקדשן ולהשיאן למי שירצה, "אפילו למנוול ומוכה שחין", ומתי שירצה, אפילו קודם לידתן, מבלי להזדקק להסכמתן להינשא.⁹⁰ כמו-כן הוא זכאי למכור את בתו הקטנה לאמה עבריייה, על כורחה, ולזכות בכסף מכירתה.⁹¹ ובכלל, האב זכאי בכל הרווחים וההנאות הבאים "משבח נעוריה" של בתו הקטנה והנערה.⁹² קשה איפוא לראות איזו טובה עשויה לצמוח לבנות אלה מהזכויות הרבות והרחבות שיש לאביהן בהן, זכויות שאין להן מקבילות אצל אימן או אצל אחרים המטפלים בהן בפועל.

אך גם כאשר לבנים שאינם ברשות האב, קשה לומר שהאב ממונה עליהם רק מתוך דאגה כנה לטובתם. הנה החובה המרכזית של האב - לזון את בניו ולפרנסם. חובה זו אינה מוחלטת, ובמקרים רבים האב יכול להיפטר ממנה לגמרי, כגון אם האב מוותר על זכויותיו הממוניות המגיעות לו מבניו, מרווחים שבאו לידיהם וממציאה שמצאו;⁹³ או כאשר האב טוען שהבן אינו שומע בקולו להיות אצלו, ומשום כך אינו רוצה לפרנסו.⁹⁴ אילו הסתכם תפקידו של האב בגידולם של הבנים ובחינוכם, מה טעם היה בכל טענותיו של האב ומענותו? היה אולי מקום לקבוע, כבשיטות משפט אחרות, כגון המשפט הגרמני המודרני או האנגלי, חובה מוחלטת של מזונות, שבכל השאלות שיתעוררו בדבר התנהגותו הנלווה של הבן או בדבר

⁹⁰ בבלי כתובות, מ, ב; שם, נז, ב; תוס' כתובות, מז, א, ד"ה משום איבה; שיטה קדמונית על מסכת קידושין, ג, ב (הילמן, 11) ועוד מקורות רבים.

⁹¹ שמות, כא, ז-יא; בבלי קידושין, יח, א; ירושלמי קידושין, פרק א, הלכה ב, ועוד מקורות.

⁹² בבלי כתובות, מז, ב. זכויות ממוניות אלה הן: I. קבלת כסף קידושיה (משנה כתובות, ד, ד; בבלי קידושין, ג, ב); II. זכות למעשה ידיה של בתו (בבלי כתובות, מז, א; שם קידושין, ג, ב); III. מציאת הבת (משנה כתובות, ד, ד; בבלי כתובות, מז, א). IV. תשלומי נזק (משנה כתובות, ד, א; בבלי כתובות, מ, ב; בבלי ב"ק פז, א-ב; ירושלמי כתובות, פרק ד, הלכה א, ועוד מקורות). V. כתובת הבת משעת אירוסיה (משנה כתובות, ד, ב; בבלי כתובות, מג, ב); VI. מתנות והענקות הניתנות לבת (בבלי קידושין, טז, ב; בית יוסף, אורח חיים, סימן שסו ד"ה וכתב הרא"ש; תשובות הרשב"א, חלק ג, סימן קמג). על המעבר מפרשנות המקרא לפרשנות התנאית הדרשנית עיינו הלברטל, לעיל הערה 89, בע' 81-84.

⁹³ עיינו במקורות המובאים בהערה 72. נראה מפשט התלמוד שהקביעה שבן "סמוך על שלחן אביו" או שאינו כן, אינה תקנה אלא נתון להתנהגות ההרדית של האב וילדיו.

⁹⁴ עיינו למשל רמב"ם, אישות, כא, טז-יח.

זכויותיו הממוניות יכריעו החכמים והדיינים לפי זה שיראו הם את טובתו של הילד.⁹⁵

גם המטלות המכוננות במקורות התלמודיים "מצות האב על הבן", כגון חובת האב למול את בנו או לפדות את בנו, אינן בהכרח חובות אפוטרופסיות במובן הדתי, ובוודאי לא במובן המוכר לנו משיטות משפט סקילוריות, שכן איזו טובה צומחת לבן הקטן אם יהא מהול, הרי אין בן זה שלא נימול על-ידי אביו מחויב למול עצמו אלא רק כשיגדל.⁹⁶ החובה הדתית הרובצת על הקהילה למול את הבן הקטן אף היא אינה נובעת מ"טובת הילד" במובן הדתי, אלא מחיוב עצמאי שבא במקום חיובו של האב.⁹⁷ הדברים נכונים שבעתיים במצות פדיון הבן, שאינה יותר מאשר אחת מ"מתנות כהונה", שתכליתה הודאת האב לאלוהים על הולדת בנו "שהיה הראשון לפתוח רחם אימו", כלשון בעל ספר החינוך.⁹⁸ במצוות פדיון הבן, פוסקי הלכה רבים סבורים שאין על הקהל או בית-הדין לפדות את הבן במקומו של האב, וכי מצווה זו יש על הבן לעשותה כשיגיע לגיל חיובו במצוות.⁹⁹ אף המצווה הדתית שהאב חייב ללמד את בנו תורה אינה חורגת מן המצווה הכללית של לימוד תורה.¹⁰⁰ וכשם שאין אדם מישראל מחויב מעיקר הדין ללמוד תורה באופן מובנה ולשכור לעצמו מלמד

⁹⁵ עיינו לעיל במקורות המובאים בהערה 29. בישראל: סעיף 9 לחוק לתיקון דיני משפחה (מוזנות), תשי"ט 1959-.

⁹⁶ רמב"ם, מילה, פרק א, א; פירוש המשניות לרמב"ם, שבת, יט, ו (קאפח, ע' נג).

⁹⁷ עיינו למשל ברמב"ם, שם, שם; פסקי הרא"ש, פרק שישי, סימן ח.

⁹⁸ מצווה שצב. פדיון הבן כמתנת כהונה. את שורשי המצווה הוא מפנה למצווה ית. עיינו תוספתא חלה,

פרק ב, הלכות ז-ט (ליברמן, 281); רמב"ם, בכורים, א, א.

⁹⁹ אור זרוע, חלק א, תקיד; ספר מהרי"ל, הלכות פדיון הבן (ד"צ ירושלים, תשל"ח, ע' סח, א); תשובות חת"ם סופר, יורה דעה, רצה; רפ"צ פרנק, הר צבי, יורה דעה, סימן רמב; ר"ע יוסף, יביע אומר, חלק ז, יורה דעה, סימן רלא.

¹⁰⁰ עיינו בסמיכות העניינים בין מצוות תלמוד תורה כשלעצמה ללימודה לבנים על-ידי האבות. סמיכות זו עקבית בכל ספרי הפוסקים, כגון הרמב"ם, תלמוד תורה, טור ובעל השולחן ערוך, יורה דעה, סימן שמה.

מיומן שילמדהו, אלא לומד מעצמו לפי כוח תפיסתו,¹⁰¹ כך חיוב האב ללמד בנו תורה אינו מעיקר הדין, אלא חובה אישית ללמד לפי כוחו ויכולתו, ואין היא צוררת בכנפיה חובה למצוא מלמד מיומן, כפי שקיימת חובה כזו במדינות מודרניות, השוללות לרוב מן ההורים את החופש ללמד את בניהם בעצמם.¹⁰²

מצד אחר, מצוות אחדות שיש להן זיקה לאפוטרופסות על הבן לא נמנו ברשימה זו. כך לא נמנתה חובת האב לחנך את בנו לקיום מצוות אף לפני הגיעו לגיל החיוב,¹⁰³ אף שמירת השבת על-ידי הבן והבת (=שבתה), שנמנתה במקרא כמצווה פרטיקולרית של האב,¹⁰⁴ לא נשנתה בתלמודים כ"מצוות האב על בן".¹⁰⁵ שלא לומר שחובת המזונות, שנשנתה בכמה מקומות כ"מצווה לזון את הבנים... מצווה לזון את הבנות",¹⁰⁶ אף היא לא קמה ברשימת "מצוות האב על הבן", והדבר אומר דרשני.

¹⁰¹ על תוכנו של הלימוד הראוי בתור מצוות תלמוד תורה עיינו בספרי דברים, פסקה מח (פינקלשטיין, 113), שם נאמר: "...שלא תאמר למדתי הלכות דיי, תלמוד לומר: 'מצווה', 'המצווה', 'כל המצווה', - למוד מדרש הלכות והגדות וכן הוא אומר: 'כי לא על הלחם לברו יחיה האדם' - זה מדרש, 'כי על כל מוצא פי ד' - אלו הלכות והגדות." [ההדגשות שלי - יצ"ג]. לעומת זאת דומה שבבבלי מנחות, טז, ב הגישה שונה, שם מדייק ר' אמי בדבריו של התנא ר' יוסי "אפילו לא שנה אדם אלא פרק אחד שחרית ופרק אחד ערבית קיים מצוות 'לא ימוש ספר התורה הזה מפין'. וגם ר' יוחנן, האומר דבר זה משמו של ר"ש בן יוחאי, מוסיף: 'ודבר זה אסור לאומרו בפני ע"ה." ורבא אמר: "מצווה לאמרו בפני ע"ה." וראו גם דעת הרמב"ם, תלמוד תורה, פרק א, הלכה יב, שמסייג את חובת לימוד הגמרא באופן הבא: "בד"א בתחילת לימודו של אדם אבל כשיגדיל בחכמה, ולא יהא צריך ללמוד תורה שבכתב ולא לעסוק תמיד בתורה שבעל פה, יקרא בעיתים מזומנים תורה שבכתב ודברי השמועה כדי שלא ישכח דבר מדברי דיני תורה ויפנה כל ימיו לגמרא בלבד לפי רוחב שיש בלבו וישוב דעתו." על מונחי-היסוד בהלכות תלמוד תורה לרמב"ם, כגון ההבדל בין תורה שבכתב לבין תורה שבעל-פה ובין תורה שבעל-פה לבין תלמוד תורה, עמד בהרחבה החכם פרופסור י" פאור בספרו **עיונים במשנה תורה לרמב"ם - ספר המדע** (מוסד הרב קוק, תשל"ח) 177-182.

¹⁰² עיינו למשל בדבריו של רי"י קנייבסקי, בקובץ **שם עולם** (ישיבת טלז, אוהיו, תשמ"ה) 421-422.

¹⁰³ כך בתוספתא קידושין, פרק א, הלכה יא (ליברמן, 279); בבלי קידושין, כט, א, ירושלמי קידושין, פרק א, הלכה ז; ובמדרשי ההלכה השונים לא הובא החינוך למצוות כמטלה כשלעצמה. רק במקורות מאוחרים במדרשי האגדה תנחומא, מהדורת באבער, במדבר, שלח, כו (ע' 71); במדבר רבה, פרשה יז, א, הובא "ללמדו מצוות" לצדו של החיוב "ללמדו תורה".

¹⁰⁴ שמות, כ, י; דברים, ה, יד.

¹⁰⁵ משנה שבת, טז, ו. ועיינו מה שהרגיש מרן בעל החפץ חיים במתח שבין המקרא למשנה בספרו משנה ברורה, סימן שלד, שער הציון, אות נד.

¹⁰⁶ תוספתא כתובות, פרק ד, הלכה ח (ליברמן, 68); בבלי כתובות, מט, א; ירושלמי כתובות, פרק ד, הלכה ח.

בהלכה היהודית אין לאם כל מעמד ביחס לבניה. היא אינה מחויבת לזון את בניה ובנותיה ולפרנסם, אלא ברצונה מפרנסתן וברצונה "משלכת אותם לקהל והם מטפלין בהם", בנוסחו של הרמב"ם.¹⁰⁷ אפילו חובת ההנקה אין האם מחויבת בה כשלעצמה, אלא רק במסגרת שעבודה לבעלה ל"מלאכות הבית".¹⁰⁸ מכאן שאם אין האם נשואה לאבי התינוק, אין היא מחויבת כלל להיניק את בנה, אלא רק "מחמת הסכנה" שמא יימנע היונק מלינוק מאשה אחרת.¹⁰⁹ ואף חיוב זה "מפני הסכנה" אינו אלא כשהאב משלם לה שכר ראוי בעבור מיניקותה, כך שאם אין האב בנמצא או שאינו משלם, האם פטורה לפי דעתם של חכמים רבים, מלהיניק את ולדה כל עוד אינה מקבלת שכר ראוי בעבור מיניקותה מיורשי האב או מבית-הדין, כלומר, מהקופה הציבורית.¹¹⁰ בדומה למזונות, האם פטורה במפורש מכל "מצות האב על הבן" - מלמול את בנה, מלפדותו ומללמדו תורה,¹¹¹ ולדעתם של ראשונים רבים אינה מחויבת להשתדל לעשותם כלל ועיקר.¹¹² אילו היו אלה חובות אפוטרופסיות, מה טעם היה ל"אפלייתה" של האם מן האב?

2. הצעה לפשר היחסים שבין הורים וילדים בהלכה היהודית מהי איפוא גישתה של ההלכה באשר ליחסים שבין הורים וילדים?

(א) האפוטרופסות אינה זיקה בין הורים וילדיהם

אכן, במקורות התלמודיים לא נמצא את המונח *אפוטרופסות* כבא לתאר את היחס המשפטי של האב כלפי בניו ובנותיו. אין האפוטרופוס בדיני התלמוד אלא שליח שמונה להשגיח על נכסי הזולת, שחייב, כנאמן, לנהלם לטובת האיש שמינהו.¹¹³ לרוב, האפוטרופסות שבתלמודים היא השגחתו של אדם על נכסי יתומים, שבאה לו אם מכוח מינויו של אבי היתומים לפני מותו, אם מכוח מינויו של

¹⁰⁷ רמב"ם, אישות, פרק כא, הלכה יח.

¹⁰⁸ משנה כתובות, ה, ה; תוספתא כתובות, פרק ה, הלכה ד (ליברמן, 72) והלכה ה (שם, 73); ירושלמי

כתובות, פרק ה, הלכה ו;

¹⁰⁹ בבלי כתובות, נט, ב.

¹¹⁰ שם, שם; שם, צו, א; תשובות הגאונים (קרוניל), עו; רמב"ם, אישות, פרק, כא, הלכה יח; מגיד

משנה, אישות, יח, ו.

¹¹¹ בבלי קידושין, כט, א-ב. מתוך המקורות עולה שהאם פטורה גם מלהשיא את בנה, מללמדו אומנות

ומלהשיטו בנהר.

¹¹² אור זרוע, הלכות מילה, צו. לעומת זאת עיינו במהר"ח אור זרוע, יא (ד"צ ירושלים, תשל"ב, ע' ו, ב).

גם האחרונים התלבטו בנקודה זו ואין כאן מקומו.

¹¹³ עיינו ר"ש אלבק "השליחות בדיני התלמוד" *מחקרי משפט* ט (תשנ"ב) 7, 13, 17.

בית-הדין ואם אפילו מכוח סמיכתם של היתומים אליו, שהוא מינוי למעשה.¹¹⁴ יחד עם זאת מצינו בכמה מקומות בתלמודים שאדם ממנה אפוטרופוס מטעמו לפקח על נכסיו בעודו בחיים ולתפקד כשלוחו לביצוע המשימות שיוטלו עליו.¹¹⁵ ניתן אפוא לשער שאין האב ממונה מטעם בית-דין על נכסיהם של בניו ובנותיו, ומשום כך אין הוא מחויב לפעול בהם כפי שמחויב האפוטרופוס בנכסיהם של היתומים או בעבור כל מי שהוא נתמנה לפעול לטובתו.¹¹⁶

אף מתוך עיון בראשונים, שנוקקו למונחי "אפוטרופוסות האב" כדי לתאר את היחסים הממוניים שבין האב ובין בניו ובנותיו, עולה בכירור שאין האב משמש אפוטרופוס טבעי, כפי שהוא משמש בשיטות משפט מודרניות, וממילא אין מוטלת עליו חובה לנהוג בנאמנות כלפי נכסי בניו כזו המוטלת עליו בשיטות המשפט המודרניות, אלא במקרה הצורך, כשיש לקטין רכוש או איזו זכות המגיעה לו, "אין בית דין נזקקין לקטן שיש לו אב אלא כל מה שיעשה האב בנכסי בניו הוא עשוי ואין בית דין מדקדקין אחריו", כלשון הרא"ש.¹¹⁷ כלומר, בית-דין רשאי להאמין לאב שינהג בתבונה ובהיגיון בנכסים של בניו ובנותיו ויפעל למענם. אך אין באמירה זו כדי להטיל חובה מהותית קטיגורית על האב לנהוג כך. חכם אחד אף שולל אפירורית את מינוי האב לאפוטרופוס על נכסי בניו מן הטעם שהאב הינו "קרוב הראוי ליורשו" את הקטן.¹¹⁸ וכמו ש"אין מורידים קרוב בנכסי קטן", כך אין ממנים את האב לאפוטרופוס על נכסי בניו.

(ב) טיבה של הקורלציה שבין חובת האב לזון את ילדיו לזכויותיו הממוניות בהם
מאחר שאין האב משמש כאפוטרופוס לבניו ולבנותיו, ולא כל שכן שאין הוא נחשב לאפוטרופוס טבעי על ילדיו הקטנים לפי הלכת המשפט העברי, על מה נסבה אחריותו ההלכתית כלפי בניו ובנותיו? נפתח ונאמר שבמקורות העוסקים במזונות

¹¹⁴ משנה גיטין, ה, ו; בבלי גיטין, נב, א; אנציקלופדיה תלמודית, בערכו; רייניץ "האפוטרופוסות ליתומים במשפט העברי" (חיבור לשם קבלת דוקטור במשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, תשמ"ד) XXXI-I; רייניץ "האפוטרופוסות מכוח יתומים שסמכו על שולחן בעל הבית" מחקרי משפט א (תש"ם) 219.

¹¹⁵ משנה כתובות, ט, ד; בבלי כתובות, פו, ב. עיינו גם ע"א 50/55 הרשקוביץ נ' גרינברגר, פ"ד ט 791, 796-799; ע"א 201/57 הרשקוביץ נ' פרקליט מחז חיפה, פ"ד יג 492, 499-502.

¹¹⁶ עיינו מה שכתבנו, "כלום זכויותיו הממוניות של האב בבניו ובנותיו לפי ההלכה נובעות מן האפוטרופוסות שלו עליהם?" מחקרי משפט יב (תשנ"ה) 119, 157-163 (להלן: זכויות ממוניות).

¹¹⁷ תשובות הרא"ש, כלל שמונים ושבעה, סימן א.

¹¹⁸ תשובות הריטב"א (קאפח) תשובה קסב. התשובה מובאת בשינויי נוסח בבית יוסף, חושן משפט, סימן רצ.

הילדים יש שניות לכאורה. יש מקורות המטילים על האב לזון ולפרנס את בניו ובנותיו כחובה עצמאית, אם מתקנת אושא ואם מטעם צדקה. ויש סוגיות תלמודיות לא-מעטות שעולה מהן כי חיוב האב לזון את בניו ובנותיו הוא חיוב משני, טפל לזכויותיו הממוניות של האב בבניו ובנותיו. חיובו של האב לזון את בניו ובנותיו נובע מזכותו לקבל רווחים שהפיקו ממעשה ידיהם, ממצאיאות שמצאו, או אף מתשלומי נזק שהגיעו להם. ויכול איפוא האב לוותר על זכויות נרחבות אלה, ולו רק כדי להיפטר מן החובה לזונם ולפרנסם. חיוב האב, לפי סוגיות אלה, נתון לרצונו הסובייקטיבי, והוא יכול להיפטר ממנו בהינף יד בכל שעה שירצה. המקורות התלמודיים עצמם וכן פרשני ההלכה הבתר-תלמודית סותמים ואינם מבארים את פשרה של שניות זו.¹¹⁹

דומני שאחריות האב הולכת וסוכבת סביב ציר אחד - חפצו של האב לדאוג לבניו ולבנותיו, לזונם ולכלכלם. לאמור, בבסיסם של יחסי הממון של האב עם בניו ובנותיו אין האב אלא מתנדב לעשות טוב עם בניו ובנותיו, לזונם ולפרנסם לפי רצונו.¹²⁰ לפי אסכולה אחת בבבלי ובירושלמי, שהתקבלה על דעתם של פוסקים רבים, כדי להמריץ את האב לזון ולפרנס את בניו ובנותיו, קבעו חכמים שהאב "העושה טוב" עם בניו ובנותיו יהיה זכאי בזכויות הממוניות שיפלו לידי הבנים והבנות כל עוד הם סמוכים על שולחנו. אך גם תקנה-המרצה זו אינה "גזרת הכתוב", אלא היא נשענת על גמירות-הדעת של האב, מתי בדעתו לסמוך את הבנים על שולחנו, לזונם ולפרנסם, רק אם יזכה ברווחיהם הממוניים, ומתי בדעתו לזון ולכלכל את בניו ובנותיו אף אם לא יזכה ברווחים הממוניים. התנדבותו של האב אינה נמדדת לפי דעתו הסובייקטיבית של כל אב ואב לחוד, אלא לפי אומד הדעת הכללי של האבות. חכמי ההלכה, בתקנותיהם ובגזרותיהם, ירדו איפוא לסוף דעתו של האב, מתי, במה ובאילו תנאים הוא גומר בדעתו להתחייב כלפי בנו. כך קבעו, למשל, שהאב מקפיד על רווחי הבנים והבנות הבאים ממצאיאה שמצאו, שאם לא יזכה בהם, יימנע מלסומכם על שולחנו. ומשום כך מציאת הבנים והבנות הללו - לאביהם. לעומת זאת, בתשלומי נזק המגיעים לבנים, בניגוד למציאה, האב מוכן לא לזכות מהנימוק שתשלומי נזק "אית להו (=לבנים) צערא דגופייהו" [=יש להם לבנים צער הגוף], ומשום כך אין האב נמנע מלפרנס את בניו ובנותיו גם אם לא יזכה בתשלומי נזקם. אך גם בתשלומי נזק עצמם יש להבחין אם אותם תשלומים באים מגורם שלישי שהזיק לבנים או אם אלה תשלומי נזק שהאב מחויב לשלם בעבור מה

¹¹⁹ עיינו מה שכתבנו: "חילוקי הדינים בעניין חובת המזונות של אב לילדיו על פי ההלכה - הצעה למודל" מחקרי משפט יג (תשנ"ז) 507, 510 (להלן: חילוקי הדינים).

¹²⁰ עיינו זכויות ממוניות, לעיל הערה 112, בע' 132-157. עם המובאות שם.

שהוא הזיק בעצמו לבניו, שכן "כי קא קפיד במידי דחסר...". כלומר, האב מקפיד מאוד על חסרון ממונו אף אם בנו מצטער, ומהחשש שמא יימנע מלסמוך את בנו על שולחנו, פטרוהו חכמים מלשלם לבנו דמי נזקו. מכאן שהבן יכול להחליט שאין הוא מעוניין להיות סמוך על שולחן אביו, ולו רק מן הטעם שהוא רוצה לקבל דמי נזקו. מכל האמור עולה שאין הזכויות הממוניות של האב בבניו ובבנותיו עומדות בפני עצמן כביטוי לאדנותו של האב על בניו, אלא הן רק משפיעות על האב לגמור בדעתו להתחייב בחיובים שונים כלפי בניו ובנותיו. דעתו של האב להתחייב כלפי בניו היא איפוא העומדת בבסיסן של ההלכות השונות, ואין חכמי ההלכה כופין את האב להתחייב כלפי בניו ובנותיו מעבר למה שאבות גומרים בדעתם להתחייב כלפי בניהם ובנותיהם.

גם האסכולה האחרת, התולה את זכויותיו הממוניות של האב ברווחיהם של בניו ובנותיו הקטנים בהיעדר הדעת של הבנים והבנות הקטנים לזכות לעצמם, אינה עניין לאפורטרופסות, אלא נובעת מן הנוהג הכללי שהקטן המוצא מציאה "בשעה שמוצאה מריצה אצל אביו ואין מאחר בידו". משום כך, כשהבן הקטן הוא בן שש או בן שבע (ולדעות אחרות בגיל מאוחר יותר - מהגיעו לגיל עשר), ודעתו חריפה, מציאה שמצא שייכת לעצמו, ולא לאביו.¹²¹

(ג) עיצומה של חובת האב לזון את בניו ובנותיו

מנגד, קיימים מקורות המטילים על האב חובה לזון את בניו ובנותיו, חובה שאינה תלויה במידת "התנדבותו" של האב לזון ולפרנס כדי לזכות ברווחים הנופלים לידי בניו ובנותיו. אף חובה זו אינה חובה ראשית, הנובעת מחובה אפורטרופסית של האב, הבאה להיטיב עם הילד בלבד, אלא, בעיקרה, קיום מצוות צדקה על-ידי האב. כפי שעמדתי במקום אחר,¹²² מצוות צדקה בכללה היא חיוב דתי שאינו ניתן לאכיפה, מאחר שהיא כולה אחוזה ודבוקה ברצונו למי ייתן וכמה ייתן, ומכאן שאין לעני הנזקק כל זכות תביעה לקבלתה. רק בשני מקרים ניתן לכפות על הצדקה, ואף שניהם תלויים לאמתו של דבר באומדן דעתו האמיתית של הנותן:

¹²¹ עיינו שם, שם, בע' 124-131. בעניין זה דנתי שם בנימוק מדוע זוכה האב לבדו ולא כל אחד אחר, כגון רווחיו של יתום שנסמך על שולחנו של בעל הבית שאין לבעל הבית כל זכות ברווחי היתום.

¹²² "האמנם מצות צדקה 'שמתן שכרה בצידה' אין בית דין מצווה על קיומה?" סיני קיד (תשנ"ד) עמ' ריז, רכא-רכז. (להלן: מצות צדקה).

האחד, כשאדם נדר לתת צדקה מממונו, כופין את המסרב לתת את הסכום שנדר מטעם של מצוות "מוצא שפתיך תשמר ועשית"¹²³. והאחר, כאשר הצדקה ניתנת כחלק מחיובי אנשי העיר והם כאותם תנאים סוציאליים שמתנים אנשי העיר, אלה עם אלה, לתת לקופה של צדקה לצורכי ביטחון ולשאר הצרכים החיוניים ביותר. וכשם שאין צורך בהסכמה סובייקטיבית של כל בני העיר לתת לצורכי הביטחון של אנשי העיר, מכיוון שיש הסכמה מאומדת של רובם המוחלט של אנשי העיר, הנמצאים בעיר נהנים מכך.

אף בעניין מתן צדקה לקופה של צדקה יש אומד הדעת של רובם המוחלט של אנשי העיר שהם מסכימים לכך מאחר שהם נהנים מקופה של צדקה אם יירדו מנכסיהם.¹²⁴

¹²³ דברים, כג, כד.

¹²⁴ מצוות הצדקה היא מעשה התלוי בנדיבות-הלב ונקבע לפי רצון הנותן, ולכן אין לכופף מתן צדקה על אדם שאינו חפץ לקיימה, ומובן שאין לאכוף אותו עד שיאמר "רוצה אני". לעומת זאת מצינו שניתן לאכוף על מתן הצדקה מי שנדר בפיו לתת צדקה מממונו, כפי שנדרש בכבלי ראש השנה, ו, א, ובספרי דברים, פסקה רסה (פינקלשטיין, 286), על הפסוק "מוצא שפתיך תשמר ועשית כאשר נדרת לה' אלהיך נרבה אשר דברת בפיו" (דברים, כג, כד): "ועשית' אזהרה לב"ד שיעשוך 'בפיו' זו צדקה". מאחר שצדקה זו אין יסודה בנדיבות-לב בעלמא, אלא בנדר שקיבל אדם על עצמו, ניתן לאכוף אותו לשלם את הצדקה. שהרי אותו אדם שנדר לתת צדקה מממונו גמר בדעתו להתחייב, ומרגע שנדר, מוטל עליו לקיים את מוצא שפתיו. משום כך ניתן לאכוף אותו למתן הצדקה, כמו על כל מי שמאחר לשלם את נדרו. ועיינו רמב"ם, מתנות עניים, ח, א. הוא הדין צדקה הניתנת כחלק מחיוביהם של בני העיר. ניתן לאכוף את המסרב ליתן צדקה כשם שניתן לאכוף את המסרב לשלם כל חיוב שהטילו בני אותה עיר, לפי האמור בתוספתא פאה, פרק ד הלכה ט (ליברמן, 57), ובברייתא שבכבלי בבא בתרא, ח, א. הסברו של פרופסור ר"ש אלבק **דיני ממונות בתלמוד** (דביר, תשל"ו) 514-513, באשר ליכולתו של הרוב לכפות את היחיד המסרב ליתן צדקה לקופת הצדקה של בני העיר הוא: "...שאינן כופים את היחיד, אלא שמן הסתם נהנה וגמר בדעתו לשלם בשביל הנאתו כדעת רוב בני המדינה... אימתי יכולים רוב בני העיר לכופף את המיעוט להשתתף? כשהחיוב מוטל על כולם בשווה. כיוון שהרוב נהנה מן הסדרים בעיר, הרי מן הסתם גם המיעוט נהנה, ומי שאינו נהנה בטלה דעתו אצל כל אדם, וישלם כמו הרוב". אכן, כבר הרמב"ם עומד על כך שענייני הצדקה חיוניים ביותר, כפי שהוא כותב בהלכותיו, מתנות עניים ט, א: "כל עיר שיש בה ישראל חיבין להעמיד מהם גבאי צדקה..." ולהלן: "מעולם לא ראינו ולא שמענו בקהל מיראל שאין להן קופה של צדקה... (הרמב"ם מבדיל בין קופה של צדקה לבין תמחוי ש"יש מקומות שנהגו בו ויש מקומות שלא נהגו בו)". מאחר שכך, ברור שאין המיעוט יכול לגלות בדעתו שמסרב הוא ליתן. אם הצדקה היא חיוב

ומן הכלל אל הפרט. לפי המקורות התנאיים, מזונות הבנים הקטנים הם מצווה דתית של צדקה, ותו לא. מהפסוק "עשה צדקה בכל עת", שדרשו "רבותינו שביבנה", "זה הזן בניו ובנותיו כשהן קטנים", דרשו גם "זה המגדל יתום ויתומה בתוך ביתו ומשיאן", "זה הלומד תורה ומלמדה", "זה הכותב תורה ונביאים וכתובים ומשאלין לאחרים"¹²⁵ וכשם שאלה האחרונים, לא נשמע מעולם שניתן לאכוף אדם את עשייתם, אף מצוות הזנת הבנים כן.¹²⁶ ברם, במקורות האמוראיים התגבש חיוב של האב לזון את בניו ובנותיו. מכמה מן המקורות - לא מכולם - עולה שזו מתקנת אושא, אך גם מהמקורות המאזכרים זאת אין הדבר ברור אם תקנה זו התקבלה להלכה פסוקה, אם תקנה זו תופסת לגבי כל הבנים הקטנים, או רק לאותם "קטני קטנים"¹²⁷. ההנחה האחרת, סמויה יותר, היא שחיוב האב הוא מטעם צדקה, ומכאן שיש להבחין בין אב אמיד לבין אב שאינו אמיד. אלא שלא הוברר אף בין פוסקי ההלכה הבתר-תלמודיים אם חובת הצדקה משלימה את תקנת אושא או מחליפה אותה, אם יש הבדל בין מזונות בנים קטני קטנים עד גיל שש למזונות בנים מעל גיל זה. שיערנו איפוא, במקום אחר, שחיוב האב לזון את בניו הוא העתקה של חיוב בן עיר לתת צדקה לקופה של צדקה. חיוב הצדקה הוא תקנת חכמים לפי אומד דעת האב, כנהוג בין הבריות, מאחר שדעתו קרובה אצל בניו הקטנים. ואף הדירוג בין חיוב האב לזון את בניו הקטנים לבין חיובו לזון את בניו קטני הקטנים תלוי באומד דעתו המשתנה של האב. חיוב האב לזון את בניו קטני הקטנים הינו מוחלט,

המוטל על כל בני העיר, וניתן לכפות עליה את המיעוט המסרב ליתן, הרי ששיעורה מוטל על כל בן עיר לפי אומדן ממונו על-ידי גבאי צדקה, כשם שלשאר החיובים אומדים את ממונו של הנותן ומטילים עליו לפי כוחו. (בעניין זה עיינו תשובות הרמ"ה, רמא. ומה שכתב ר"ש אלבק "יסודות משטר הקהילות בספרד עד הרמ"ה (1180-1244)" ציון כה (תש"ך) 93, 95-97). להלן נושא ונותן הבבלי בבא בתרא, ח, ב, בעניין: "... מאי שררותא? דאמר רב נחמן אמר רבה בר אבבה: לפי שממשכנין על הצדקה ואפילו בע"ש. איני, והא כתיב: 'ופקדתי על כל לוחציו' ואמר ר' יצחק בר שמואל בר מרתא משמיה דרב ואפילו על גבאי צדקה? לא קשיא: הא דאמיד הא דלא אמיד. כי הא דרבה אכפיה לרב נתן בר אמי ושקיל מיניה ארבע מאה זוזי לצדקה." הווה אומר שחיובו של בן העיר ליתן צדקה הוא מוחלט לפי מה שאמדהו גבאי הצדקה. יחד עם זאת, גבאי הצדקה מוזהרים לא לדחוק ולא ללחוצו, אלא את מי שיכול ליתן ולא את מי שאין בכוחו ליתן צדקה. כדברים האלה כותב המאירי על גבאי הצדקה, בבאורו לבבא בתרא ח, ב (סופר, 60), "ד"ה אע"פ: "וכל מי שלוחץ ודוחק בכך מי שאין סיפק בידו לעשות, הרי זה רשע ובכלל פרנס המטיל אימה שלא לשם שמיים... ומי שמתבונן בכך ואינו מכריח מי שאינו ראוי לכך, וכן שאינו נמנע מלכוף זה שהוא ראוי לכך, הרי הוא בכלל שופטי צדקה הדנין דין אמת לאמיתו, זכן הדין בכל גוביינות שבציבור." [הדגשה שלי - יצ"ג].

¹²⁵ כל הציטטות הם מבבלי כתובות, נ, א.

¹²⁶ עיינו חילוקי הדינים, לעיל הערה 119, בע' 520-521.

¹²⁷ שם, בע' 523-539.

ואינו תלוי בעושרו של האב, מאחר שאומד דעתו של האב לדחוק עצמו לזון את בניו קטני הקטנים מכיוון שאינם יכולים לצאת ולהתפרנס בעצמם ממעשה ידיהם. לא כן בבנים קטנים שיכולים לצאת ולהתפרנס בדוחק ממעשה ידיהם, אפילו מהכנסות מזדמנות, אין אומד דעת של האב לזון ולפרנס אותם אלא רק אם יש לו משלו, אך לא כשהוא דחוק בעצמו. לפיכך, רק אב שהוא אמוד לנו בעשירותו כופין אותו לזון את בניו הקטנים, ואין כופין את האב שאין לנו אומד על עשירותו.¹²⁸

ולא רק עיקר החיוב של האב תלוי באומד דעתו האובייקטיבי, אלא אף שיעור החיוב במזונות הבנים והבנות תלוי באומדן זה. דעתו של אדם לדחוק עצמו לזון את בניו קטני הקטנים, ולשם כך הוא מוכן להשכיר עצמו למלאכה נוספת - רק באשר לצורכיהם ההכרחיים ביותר. אך מעבר לכך, בענייני מותרות, אין דעת האב לדחוק עצמו כל-כך, וממילא אין לחייבו לצאת ולהתפרנס ממלאכה נוספת.¹²⁹ הדבר הברור מרובם הגדול של פוסקי ההלכה (כולל מדעתו של מהר"ם מרוטנבורג) הוא שכל אימת שיש לבנים אף קטני הקטנים נכסים משלהם, נכסים שיכולים להרוויח מהם, אין האב חייב לזון ולפרנס אותם משלו, אלא הם מתפרנסים משלהם.¹³⁰ ניתן אפוא לשער שחיוב האב בדיני התורה לזון את בניו לעולם אינו חיוב העומד בפני עצמו, כשהזכויות הממוניות של האב בבניו ובבנותיו טפלים לו, דוגמת הקיים במשפט האנגלי וביתר שיטות המשפט המודרניות, אלא הוא חיוב המשלים את פרנסת הבנים כשאין להם משלהם. שכן, כשיש לבנים משלהם, האב יכול, לפי בחירה, לסומכם על שולחנו, לזונם ולפרנסם, ולזכות בשל כך בזכויותיהם הממוניות; ויכול להיפטר מהם ולהעדיף לא לסומכם ולא לזכות בממונם.

(ד) טיב היחסים הממוניים בין האב לבתו הקטנה והנערה

לא רק בבנים ובבנות שאינן מצויות ברשות האב מתפרשות הזכויות שיש לאב לפי אומד דעתו, אלא אף זכויותיו המרובות של האב בבנותיו הקטנה והנערה שהן

¹²⁸ שם, בע' 540-548.

¹²⁹ שם, בע' 547-549.

¹³⁰ בתשובות הרשב"א, חלק שני, תשובה שצא - הדברים נאמרו במפורש. אך הדבר עולה גם מתשובות מהר"ם מרוטנבורג (דפוס ברלין) (בלאך), רמב, 241—242; ובקיצור מופיעה תשובה זו בפסקי הרא"ש, כתובות, פרק ד, סימן יד; טור, אבן העזר, סימן עא. ועיינו מה שמבארים האחרונים הובא בחילוקי הדינים, שם, בע' 530-532, ומה שנראה לעניות דעתי, שם, בע' 545-546.

ברשותו, כפי שהאשה ברשות בעלה והעבד ברשות רבו, התפרשו זכויות אלה - הממוניות ושאינן ממוניות - אצל חכמים כביטוי לאומד דעתו של האב.¹³¹ אין גדרן והיקפן של זכויות אלה נקבע אלא לפי אומד דעתו של האב, במה הוא סבור לזכות מבנותיו אלה ובמה אין הוא סבור. מכיוון שהבת ברשות אביה לקדשה ולהשיאה לכל מי שירצה מבלי לקבל את הסכמתה, הרי שכל "שבח הבא מחמת גופה", כלומר, ממעלות גופה ונפשה, שייכים לאב, ולא לבת. משום כך האב זוכה בכסף קידושי בתו ובמעשה ידיה, שהם זכויות הנובעות במובהק ממעלות גופה ונפשה של הבת הקטנה והנערה.¹³² לעומתן, מן הצד האחר, זכות "אכילת פירות" (שיש לכל בעל בנכסי אשתו) אינה קיימת לאב, מאחר ששבח זה אינו בא ממעלות גופה, אלא מחמת נכסיה.¹³³ ביחס למציאת הבת הקטנה והנערה ולמתנה שקיבלה מצאנו מחלוקת בין הראשונים והאחרונים. יש הרואים באלה זכויות צדדיות שהגיעו לבת באקראי ואין הן נובעות משבח נעוריה של הבת, ולכן אין האב זכאי בהן. חכמים אחרים סוברים לעומתם שגם מציאה ומתנה שייכות לאביה, שכן סגולות אלה לחפש ולמצוא מציאות או לשאת-חן בעיני נותני המתנה אף הן בעקיפין "שבח נעוריה" הבא ממעלות גופה ונפשה של הבת.¹³⁴ אף על תשלומי הנזק המשתלמים עקב חבלת הבת מצינו חילוקים מסועפים בין האמוראים בתלמוד לבין הראשונים בשאלת זכותו של האב בהם, ונראה ששורשם של החילוקים הללו בא מראיית נזקי הבת כחבלה ב"שבח נעוריה".¹³⁵

מעיקרו של הדין, זכותו של האב לקבל את מעשה ידי בתו היתה חד-צדדית, ללא קשר לזכות הבת להיות ניזונה ממנו.¹³⁶ אלא שמהמורה זו נרפאה במקצת על-ידי תנאי כתובה עתיק שהתחייב אדם לאשתו לפני הנישואין: "בנן נקבן דיהוין ליכי מנאי, יהוין יתבן בביתי ומתזנן מנכסי, עד דיתנסבן לגברין" (=בנות נקבות שיהיו לך ממני יהיו יושבות בביתי וניזונות מנכסי עד שיילקחו לאנשים).¹³⁷ התנאי הזה נהג כהתחייבות מפורשת בכתובה שכתב אדם לפני שכנס את אשתו, אלא שבמשך הדורות נעשה תנאי זה נפוץ ומקובל על הכל כ"תנאי בית דין", כלומר, כחיוב מכללא. ההתחייבות היתה כלפי הבנות דווקא, לזונן ולפרנסן, משום שרק הן היו

¹³¹ עיינו מה שכתבתי: "זכויותיו הממוניות של האב בבתו הקטנה והנערה - סיבתן והשלכותיהן" שנתון המשפט העברי כ (תשנ"ה-תשנ"ז) 49 (להלן: זכויות האב בבתו).

¹³² שם, בע' 74-58.

¹³³ שם, בע' 89-91, והמובאות בהערות-השוליים.

¹³⁴ שם, 75-81 (באשר למציאת הבת); בע' 92-100 (באשר למתנות הניתנות לבת). בכלל נתינת המתנות היא מצוות ההענקה לבת הקטנה שנמכרה לאמה עברייה).

¹³⁵ שם, בע' 81-89. ועיינו הערה 152, שם.

¹³⁶ על עניין זה עמדתי שם, בע' 60-61.

¹³⁷ משנה כתובות, ד, יא.

משועבדות לאביהן, ליתן לו את מעשה ידיהן מבלי יכולת להשתחרר ממנו לפני בגרותן. לא כן הבנים הסמוכים על שולחן אביהם, שאין הם מחויבים למסור את מעשה ידיהם לאביהם, ויכולים להעדיף להתפרנס מעצמם ולא למסור לו מעשה ידיהם - לא ניתקנה תקנה זו כלפיהם.¹³⁸ ברם, גם תנאי זה איבד הרבה מתוקפו, שכן באינטרפרטציה יוצרת - "מדרש דרש" - ביאר ר' אלעזר בן עזריה את תנאי הכתובה הזו שלא כפשוטו — כמחייב את יורשי האב לזון את הבנות רק לאחר מיתת האב, בצמצום, עקב צוק העיתים. דרשנות-פרשנות זו לא היתה יחידה בהיקפה, שכן כמה מתנאי הכתובה פורשו בצמצום עקב צוק העיתים.¹³⁹ רק במקורות האמוראיים בבבלי מצינו כי זכות למעשה ידי הבת היא קורלטיבית - רק למקרים שהאב זן את בנותיו אלה.¹⁴⁰

(ה) מעמדה של האם ביחס לבניה ולבנותיה

מאחר שזכויות האב משמשות מניעים לגמירות-דעתו לזון את בניו ובנותיו ולפרנסם, לא נתקנו כל זכויות לאם, מפני שהאם, כל עוד היא נשואה לאביהם, משועבדת היא לו למעשה ידיה, למלאכות הבית, ואף מנכסיה שקיבלה במתנה או בירושה — הבעל אוכל את פירותיהם. משום כך, מדרך הטבע, אין האם גומרת בדעתה לזון ולפרנס את בניה, ומצד אחר, אין היא זוכה בזכויות הממוניות בבניה ובבנותיה כדרך שהאב זוכה. אך גם אם מת האב, אין האם זוכה בכל זכות ממונית מבניה, אלא הבנים יורשים את אביהם, ואין הם זקוקים לה ואין מזונותיהם תלויים בה. ולהיפך, היא האלמנה זכאית לעיתים לתבוע את מזונותיה מהם. וגם במקרה שהתגרשה האם ואין משועבדת לבעלה כלל, אין היא גומרת בדעתה לזון ולפרנס את בניה אפילו בתמורה לקבלת רווחיהם מהם, שכן האם, כאשה, רוצה בכל שעה ושעה להינשא בשנית ולהשתעבד למי שיכניסה לרשותו.¹⁴¹

שעבודה של האם לבעלה, אם לאביהם של הילדים ואם לאדם אחר לאחר נישואיה בשנית, גרם להדגשת פטורה המוחלט של האם מהזנת בניה.¹⁴² אין האם חייבת לזון את בניה ובנותיה, בין קטנים ובין קטני קטנים. אפילו ההנקה, שהיא אקט נשי מובהק, וישנן ממרות המדברות במפורש על חיובה של האם, התפרשה

¹³⁸ עיינו בחילוקי הדינים, לעיל הערה 119, בע' 517-520.

¹³⁹ שם, בע' 518-519. על עניין הדרשנות כמפחיתה מחיובי הבעל כלפי אשתו בכלל עיינו אמור"ר רי"ד גילת "מדאורייתא לדרבנן", ספר זכרון לרי"ב דה- פריז (תשכ"ט) 84, 87-89 (=פרקים בהשתלשלות ההלכה (בר-אילן, תשנ"ב) 239-242).

¹⁴⁰ על התופעה והסברה עיינו בזכות האב בביתו, לעיל הערה 131, בע' 70-74, 87-89.

¹⁴¹ עיינו בזכויות הממוניות, לעיל הערה 116, בע' 163; "על מי מוטלת חובת ההנקה?" דיני ישראל יה (תשנ"ה-תשנ"ו) שכא, שסו-שסז (להלן: חובת ההנקה).

¹⁴² שם, שם.

במקורות ההלכתיים כחובה צדדית של האם, חובה שאינה ביריבות עם היונק. האם, כל עוד היא נשואה לאבי התינוק, משועבדת לו למלאכת ההנקה. נמצא שאם התגרשה מבעלה, אינה חייבת להיניק. ויתר על-כן, אם נישאה בשנית, בעלה השני יכול למנוע אותה מלהיניק את בנה "שיש לה מאיש אחר", כלשון הטור.¹⁴³

מחוץ לשעבודה, האשה חייבת להיניק אותו תינוק שמכירה וחש קרבה אליה "מפני הסכנה".¹⁴⁴ מלכתחילה הוחל האיסור בתוספתא ובברייתות על כל מינקת שנשכרה להיניק, ואין האם שאינה משועבדת לבעלה יוצאת מכלל זה.¹⁴⁵ גם המינקת וגם האם מחויבות להיניק רק אם שילמו להן שכר ראוי. ברם, בזמן האמוראים הבדילו בין המינקת שאסורה להינשא כל עוד היא מיניקה בפועל לבין אם שאסורה להינשא משום גזרה עד שנה וחצי מיום הולדת התינוק.¹⁴⁶ מעבר להנקה, אין האם מחויבת לזון את הבנים והבנות אם אינה רוצה בהם, "אלא משלכת אותן לקהל, אם אין להם אב והם מטפלין בהם", כלשון הרמב"ם.¹⁴⁷ מדברים אלה ניתן איפוא להסיק שחיוב הנקת הילדים הוא חיוב המוטל על האב באופן בלעדי.¹⁴⁸

(ו) "מצות האב על הבן" - האומנם אפטרופסות?

אף "מצות האב על הבן" אינה רשימה של ענייני אפטרופסות שהאב מחויב בהם כלפי בניו ובנותיו. במרכז חיוביו של האב כלפי בנו ובתו עומדים בשיטות משפט מודרניות הבן והבת וטובתם, ואין ההורה אלא הערובה הטובה לביצועם של חיובים אלה כלפיהם. לא כן גישתו של המשפט העברי. במרכזן של "מצות האב על הבן" עומד האב עושה המצווה, המחויב בקיומה, ולא הנהגה. נכון שאם ילמד הבן תורה ומלאכה, ייפדה ויהא נימול, הוא ייצא נשכר עד למאוד, אך התכוונותה של "מצות הבן על האב" היא כמו התכוונותה של כל מצווה דתית אחרת - לאב עושה המצווה, וכל העולה ממנה לבן ולבת הנהנים הוא טפל לחלוטין.

¹⁴³ טור, אבן העזר, סימן פ. ועיינו גם בית יוסף, שם, ד"ה ומ"ש רבנו, בשם הרמב"ם; וב"ח, שם, שם.

¹⁴⁴ עיינו מה שכתבנו בחובת ההנקה, לעיל הערה 141, בע' שכט-שלה.

¹⁴⁵ תוספתא נדה, פרק ב, הלכה ה וההקשר לשאר ההלכות השונות שם (צוקרמנדל, 642-643); בבלי כתובות, נט, ב.

¹⁴⁶ עיינו על השתלשלותו של האיסור של האם להיניק בחובת ההנקה, שם, בע' שלה-שמה.

¹⁴⁷ רמב"ם, אישות, פרק כא, יח. דעה שונה במקצת היא של רבנו ירוחם, מישרים, נתיב כג, ה (ע' נח, א). דברי רבנו ירוחם הובאו בהגהת הרמ"א על השולחן ערוך, אבן העזר, סימן פב, סעיף ה. ועיינו מה שהתקשו האחרונים בדברי רבנו ירוחם: ר' יהונתן אייבשיץ, בני אהובה, אישות, כא, ס"ק טז, ור' מאיר פוזנר, בית מאיר, שולחן ערוך, פב, ס"ק ה.

¹⁴⁸ ועיינו על דרכם של שאר הראשונים, חובת ההנקה, לעיל הערה 141, בע' שמה-שסא.

כך ניתן להסיק שאדם מישראל מחויב למול את בנו בעצמו, ואין הוא מחויב לשכור לבנו מוהל.¹⁴⁹ ויתר על-כן, אם רצה האב למול את בנו בעצמו, אין האם, בית-הדין או כל אדם אחר מישראל יכולים למנוע אותו מכך, ואסור להם לחטוף מצווה זו ממנו אפילו אם טובתו של הבן דורשת שיהא נימול על-ידי אחר.¹⁵⁰ הוא הדין שהחובה המוטלת על האב ללמד את בנו תורה אינה אלא שילמדה בעצמו לפי כוחו ויכולתו, ממש כשם שחובתו של כל אדם ללמוד תורה בעצמו היא מעיקרה להגות בתורה לפי כוחו ויכולתו.¹⁵¹ משום כך נראה כי אין האב מחויב לשכור מלמד מיומן לבנו שילמד את בנו במקומו.¹⁵² ויתר על-כן, אם האב רוצה ללמד את בנו בעצמו, אין האם, בית-הדין או כל אדם אחר יכולים לחטוף מצווה זו ממנו.¹⁵³ הבנים הם אפוא מושאן של חובות האב, ואינם "בעלי זכויות" כשלעצמם. לפיכך אין פרטי

¹⁴⁹ דין קיום מצוות מילה כרין הפרשת תרומה. כשם שיש מצווה על כל אדם להפריש תרומה ומעשר מתבואתו בנפרד מן החובה שהתבואה תהיה מותרת ומועשרת, ואין כל חובה למנות שליח במקומו, כך מצוות המילה. יתר על-כן, מדברי כמה מן האחרונים עולה כי חובת האב למול את בנו היא מצווה אישית שאינה ניתנת להתבצע על-ידי שליח. עיינו ש"ך, חושן משפט, סימן שפב, ס"ק ד; קצות החושן, שם, שם, ס"ק ב. ועל השפעת דעת הש"ך למעשה עיינו: תשובות דובב מישרים, סימן סז; תשובות צ"ץ אליעזר, חלק יט, סימן לו. לענין פדייה מצינו כי הרמ"א בהגהתו על השולחן ערוך, יורה דעה, סימן שה, סעיף י, סבור ש"אין האב יכול לפדות על ידי שליח". ועיינו ש"ך, שם, ס"ק יא, שמתנגד למסקנת הרמ"א, בניגוד מפתיע לעמדתו במצוות המילה. ועיינו נימוקיו ופתחי תשובה, שם, שם.

¹⁵⁰ פסקי הרא"ש חולין, פרק שישי, סימן ח. עיינו גם באור זרוע, חלק ב, הלכות מילה, קה; פסקי ריקנאטי (ד"צ ירושלים, תשל"א), סימן תקצב. אך עיינו מה שמובא בספר מהרי"ל, הלכות מילה (ד"צ ירושלים, תשל"ח, ע' סו, א).

¹⁵¹ על תוכנו של הלימוד הראוי בתורת מצוות תלמוד תורה עיינו בספרי דברים, פסיקה מח, (פינקלשטיין, 113) נאמר: "...שלא תאמר למדתי הלכות דיי, תלמוד לומר: 'מצוה', 'המצוה', 'כל המצוה', - **למוד מדרש הלכות והגדות** וכן הוא אומר: 'כי לא על הלחם לבדו יחיה האדם' - זה מדרש, 'כי על כל מוצא פי ד' - אלו הלכות והגדות". לעומת זאת דומה שבבבלי מנחות, צט, ב הגישה שונה, שם מדייק ר' אמי בדבריו של התנא ר' יוסי "אפילו לא שנה אדם אלא פרק אחד שחרית ופרק אחד ערבית קיים מצות 'לא ימוש ספר התורה הזה מפניך'. וגם ר' יוחנן האומר דבר זה משמו של ר"ש בן יוחאי מוסיף 'ודבר זה אסור לאומרו בפני ע"ה". ור"ב אמר "מצוה לאמרו בפני ע"ה".

¹⁵² תקנתו של יהושע בן גמלא, בבבלי בבא בתרא, כא, א; שם כתובות, נ, א, נועדה בעיקרה למי שאין לו אב, אלא לפי המסופר ש"עדיין מי שיש לו אב היה מעלו ומלמדו, מי שאין לו אב לא היה עולה ולמד", נראה שכך היה המנהג לשלוח אף שלא הייתה חובה מן הדין. החובה של העמדת מלמדי תינוקות הייתה חובה ציבורית כשאר צרכי העיר החיוניים, עיינו: בבלי שבת, קיט, ב; ירושלמי חגיגה, פרק א, הלכה ז.

¹⁵³ עיינו לעיל הערה 149, המקורות המשוקעים שם.

החייבים של האב במצוות אלה נמדדים לפי נחיצותם לבן, אלא, כשאר המצוות, לפי כוחו ויכולתו של האב לקיימן בעצמו.¹⁵⁴

רק בראשונים, ובראשם הרמב"ם,¹⁵⁵ מופיעה לראשונה חובת האב לשכור מלמד לבנו. וכמה תירוצים נאמרו מפי חכמי ההלכה מהיכן נובעת חובה זו.¹⁵⁶ במקום אחר שיערתי שחובה זו של שכירת מלמד היא פיתוחה של חובת הצדקה.¹⁵⁷ אותה חובת צדקה שעליה הושתתה "פרנסת הגוף" של הבנים היא העומדת בבסיסה של "פרנסת הנפש ללמדו חוקי אלוהים ותורותיו", כלשון החת"ם סופר.¹⁵⁸ וכשם שהחייב בפרנסת הגוף של הבנים תלוי באומד דעתו של האב, כפי שביארנו לעיל, אף עניין שכירת המלמד כן. משום כך תלו הראשונים את החובה של שכירת המלמד ב"מנהג המדינה", או ביכולתו של האב לממן את לימודי בנו, כלומר, באמידותו של האב. נוסף על כך הרחיבו את החובה של שכירת המלמד לא רק ללימוד מקרא, כפי שהבלי מציין, אלא גם ל"משנה ותלמוד הלכות ואגדות", כשלימוד המקרא הוא בכל תנאי, ואילו לימוד תורה שבעל-פה תלוי ביכולתו של האב לשכור מלמד לבנו. מאידך גיסא, חובת חינוך הבן לקיום מצוות, הן מצוות עשה של יציאת, לולב, והן מצוות לא תעשה, כגון להפריש את הבן הקטן מאיסורי תורה של מאכלות אסורות או מעשיית מלאכות בשבת, שהן באופיין חובות אפורופסיות, לא נמנתה ברשימת "מצוות האב על הבן", מאחר שלעניות דעתי, לא הוטלה חובה זו במקורה על האב דווקא, אלא כל אדם בישראל מחויב להשתדל שחברו יקיים את המצוות

¹⁵⁴ גם טעמי מצוות אינם מצביעים בהכרח על "טובת הילד". פדיון הבן הוא בעצם מתנה מ"מתנות הכהונה" שאדם נותן כהודאה על הולדת בנו הבכור, עיינו ספר החינוך, מצווה שמב. למצוות מילה אין טעם ברור. הרמב"ם במורה נבוכים כותב שאחד מטעמיה "למעט המשגל ולהחליש זה האיבר כפי היכולת". אך הרשב"א בתשובותיו, חלק ד, תשובה רנג, דוחה בחריפות את דבריו של הרמב"ם, ומסיים במילים: "...והוין מכבוד הרב ז"ל אין משגיחים בטעמים האלה, וברוך היודע טעם גזירותיו." גם תלמוד תורה לפי התלמודים (קידושין, ל, א) מחויב האב ללמד את בנו רק מקרא בלבד, ולא משנה ותלמוד.

¹⁵⁵ רמב"ם, תלמוד תורה, פרק א, ה"ג; טור, יורה דעה, סימן רמה.

¹⁵⁶ לחם משנה, תלמוד תורה, פרק א, ה"ד המביא את סברת המהרי"ק; הגהות מימוניות. תלמוד תורה, פרק א, א, בשם מהר"ם מרוטנבורג.

¹⁵⁷ "לאופיה של חובת האב ללמד את בנו תורה", יפורסם בדברי הקונגרס העולמי השנים-עשר למדעי

היהדות.

¹⁵⁸ חידושי החת"ם סופר, בבא בתרא, כא, א, ד"ה והנלפע"ד בזה; הנ"ל, נדרים, לז, א, ד"ה מה.

ויימנע מלעבור עבירות, והוא בבחינת ערבותו של כל יהודי לזולתו.¹⁵⁹ השערת נסמכת איפוא על דעתו של אמו"ר, רי"ד גילת, שבימי התנאים לא היה גיל אחיד לתחילת החיוב במצווה, ואף הקטנים היו מחויבים במצוות - כל מצווה היה הקטן מחויב לפי כוחו ויכולתו (אף אם לא נענש אם עבר עליה או לא קיימה).¹⁶⁰ לפיכך, לא היתה מצווה זו של חינוך למצוות ודאגה להפרשת הקטין מאיסור מיוחדת לאב עצמו ביחס לבנו הקטן יותר מאשר לאם, לקרוב משפחה, לבית-דין או לכל אדם מישראל. ברם, מזמנם של האמוראים, כאשר התגבשה ההלכה ש"בן שלוש עשרה למצוות", נעשה הקטן שמתחת לגיל שלוש-עשרה פטור מעשיית המצוות, ואינו מחויב באיסורי תורה. משום כך, לעניות דעתי, נהפכה מצוות החינוך למצווה פרטיקולרית של האב כלפי בנו - להרגילו בקיום המצווה או להימנע מאיסורי תורה אף שאין הקטן מחויב בה כשלעצמו.¹⁶¹ מסיבה זו לא נמנתה מצוות האב לזון את בניו הקטנים מאחר שלדעתם של התנאים, כנראה, לא היתה חובת המזונות של הבנים הקטנים יותר מאשר הנהגה ראויה של צדקה.¹⁶²

(ז) זכויות החזקה של האב והאם בילדיהם ומידת ההתחשבות ב"טובת הילד"

החזקתם של הבנים והבנות (Custody), שהיא חובה אפוטרופוסית מובהקת בשיטות המשפט המודרניות, שיש לשקול בה את "טובת הילד" בלבד, נידונה בספרות ההלכה במשך תקופה ארוכה כזכות טפלה של האב לחיובו במזונות.¹⁶³ כלומר, לעיתים היה האב יכול להיפטר ממזונות בניו ובנותיו בתואנה שאינם אצלו, ולעיתים היה האב מחויב במזונותיהם אף-על-פי שאינם אצלו.¹⁶⁴ בין הגאונים וחכמי הראשונים אנו מוצאים התייחסויות לסוגיה זו, אך לכלל משנה סדורה לא הגיעו. אפילו הלכת הרמב"ם, שנחשבת כיום יסוד מוסד לכללי החזקת ילדים, לא עסקה לאמיתו של דבר בענייני החזקת הילדים, אלא בטענות אפשריות של האב

¹⁵⁹ עיינו: "על מי מוטלת החובה לחנך את הבן הקטן לקיים מצוות?" סידרא יא (תשנ"ה) 21 (להלן: קיום מצוות).

¹⁶⁰ רי"ד גילת, "בן שלוש עשרה למצוות?" מחקרי תלמוד א (תש"ן) 39 (=פרקים בהשתלשלות ההלכה (אוניברסיטת בר-אילן, תשנ"ב) 19).

¹⁶¹ תפקידו של האב בהפרשת בנו מן האיסורים כעניין של חינוך לפי ההשקפה האמוראית נעשה בעיית ושוני במחלוקת גם בימי התלמוד וגם בספרות שלאחר התלמוד. ועל מקצת הבעיות הטקסטואליות עיינו קיום מצוות, לעיל הערה 159, בע' 28-36.

¹⁶² ועיינו לעיל, בטקסט הסמוך להערות 125-128.

¹⁶³ עיינו: "כלום טובת הילד' הוא שיקול - על-פי המשפט העברי בסכסוך שבין הורים על משמורת ילדם?" מחקרי משפט ח (תש"ן) 297, 301-314 (להלן: טובת הילד).

¹⁶⁴ עיינו שם, שם.

להיפטר ממזונות בנו.¹⁶⁵ רק החל בתקופת ראשוני האחרונים התגבשו כללי החזקת הילדים לחובה אפוטרופסית מובהקת העומדת בפני עצמה, באופן הבא:¹⁶⁶

• ההלכה היהודית מכירה בזכותו הבלעדית של האב על ילדיו, הן בנים והן בנות, בעניינים רבים, ובכללם גם זכותו לקבל משמורת על ילדיו. אם הוכרה זכותה של האם להחזיק בילדיה, הרי שזו זכות פונקציונלית, כלומר, הזכות קיימת רק אם היא משרתת את טובת הילדים מבחינה גופנית ורוחנית. זכות פונקציונלית זו של האם אינה אלא שיקול נגדי שלא לילך אחר זכותו הבלעדית של האב על ילדיו. מטבע הדברים, שיקול זה של "טובת הילד" אינו יכול להכריע את זכותו הבלעדית של האב, אלא אם - כן הוא ברור וכולט.

טובת הילד אינה נשקלת באופן מקסימליסטי, לאמור, היכן יהא לילד טוב יותר, אלא באופן מינימליסטי, כשיקול נגדי: האם הפגיעה בילד מצדיקה את מסירתו לאם תוך שלילת זכות האב?

מתוך המקורות ההלכתיים עולה שההבדל בין בן קטן מתחת לגיל שש לבין בן שמעל לגיל זה אינו משמעותי מבחינה אפריורית, אלא סיכווייה של האם לזכות בהחזקה נאמדים לפי חומר העובדות: האם הילד זקוק לאימו? גם הכלל ש"הבת אצל אמה לעולם" התפרש ככלל פונקציונלי ובהחלט אינו מהווה זכות מוחלטת של האם.

• בד בבד עם המבחן שהצגנו בסכסוך שבין ההורים עצמם, התפתחה במשפט העברי אמת-מידה כפולה לקביעת משמורת הילדים בסכסוך שבין אחד ההורים לבין צד שלישי שאינו הורה הילד. לאמור, כאשר האם מתה והאב דורש את החזקת ילדיו אצלו, הוא גובר על כל הטענות של קרובי משפחתה. אך אם האב מת והאם דורשת את החזקת בניה ובנותיה, זכותה אינה מוחלטת. לאמור, אם היריבות היא בינה לבין אדם שלישי שאינו בא מכוח האב, הסכסוך מוכרע תוך שקילת האינטרסים המועדפים של הקטין נשוא ההליך, מעין "טובת הילד המקסימליסטית" המוכרת לנו מן הפסיקה האזרחית. ברם, אם היריבות היא בינה לבין אדם שהוא קרוב משפחתו של האב, "דעשאו (האב) אפוטרופוס על כל נכסיו", "שנתן לו כוחו ורשותו", כלשון הרשד"ם וחכמי דורו,¹⁶⁷ כי אז זכותם של האפוטרופוסים עדיפה, ואמת-המידה להוצאת הבנים מחזקתם זהה לאמת-המידה של הוצאת הבנים והבנות ממשמורת האב עצמו. עוד יצוין שהשיקולים אם להשאיר את הילדים אצל אימם אינם בהכרח חומריים עכשוויים, כמקובל בפסיקה האזרחית, אלא הם באים חשבון עם עתידם הגשמי

¹⁶⁵ ביאור הלכת הרמב"ם בחילוקי הדינים, **לעיל** הערה 119, בע' 546.

¹⁶⁶ עיינו טובת הילד, **לעיל** הערה 163, בע' 315-347. המסקנות מופיעות בע' 347-349.

¹⁶⁷ תשובות הרשד"ם, אבן העזר, סימן קכג.

והרוחני של הילדים, כפי שהרשב"א כותב שהבת אצל האם ש"תלמדה דרך נשים ושלא תרגיל עצמה בפריצות אבל הבן יותר ראוי להיות אצל אנשים הקרובים, שהם ירגילוהו וילמדוהו דרך הלימוד ודרך האנשים יותר מן האם, שבני האלמנה דרכם דרך זר".¹⁶⁸

• מסוף המאה השמונה-עשרה ניתן להצביע במקורות הלכתיים שונים על מבחן שונה, הוא מבחן האשמה. כלומר, מן ההורה "האשם" בפירוקו של התא המשפחתי נשללת הזכות למשמורת על ילדיו. שינוי גישה זה של המשפט העברי התהווה באופן הדרגתי ומתון. תחילה דובר על מבחני אשמה לפי קנה-מידה ערכי דתי, מבחנים הקשורים ישירות למידת "תרומתו" של בן-הזוג "האשם" לפירוקו של התא המשפחתי. אך לאחר-מכן הורחב מבחן האשמה כך שכל עבירה על מצוות הדת שעבר ההורה האחד היתה עשויה לזכות את ההורה האחר במשמורת הילד.

הנוסחה להפעלתו של מבחן האשמה מצביעה על הרצון להיצמד למבחנים המסורתיים של ההלכה בסוגיה זו, ונעשתה באופן הבא: כאשר האב שומר תורה ומצוות והאם אינה כזאת, חכמי ההלכה מדגישים את זכותו העקרונית והבלעדית של האב; ואילו כאשר האב הוא פורק עול תורה ומצוות והאם נחזית להיות אחרת, מודגשת יותר ויותר יכולתם וזכותם של הדיינים לשקול אם למסור את הילדים למשמורת האם.

מבין השיטין נמצאנו למדים ששורשם של ההבדלים בין הלכת המשפט העברי להסדרים בדין האזרחי נעוץ בהבנתו השונה של עקרון "טובת הילד". נראה איפוא שגם קביעותיו של השופט זילברג בפסק-דינו, שעקרון טובת הילד "אינו ניתן לחלוקה, ואין למזגו ולערבבו באיזה שהוא שיקול אחר... ולא יתכן כי נדחה אותם מפני 'זכות' של מישהו אחר, ויהא זה האב או האם שלו..."¹⁶⁹ - אינה מקובלת על דעת חכמי ההלכה.

(ז) כיבוד אב ואם וחיוב הזנתם

¹⁶⁸ תשובות הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סימן לח.

¹⁶⁹ הלכת שטיינר, לעיל הערה 41, שם.

כשם שחיובי האב כלפי ילדיו אינם נובעים מן האפוטרופסות שלו עליהם, אף חיוב הבן והבת לכבד את אביהם ואימם אינו נובע מכוח היותם סמוכים על שולחנם או מכוח שעבודם. כיבוד אב ואם הוא מצווה נמשכת כל חייהם של ההורים, ובמובנים מסוימים גם לאחר מותם.¹⁷⁰

יתר על-כן, אין המצוות שבתורה, "כבד את אביך ואת אמך" ו"איש אמו ואביו תיראו" דומות לדרישת החוק הישראלי מהקטין לציית להוריו. הציווים האלוהיים של כיבוד ההורים ומוראם הם אלטרואיסטיים, ומכוונים כלפי ההורים עצמם מושאי הכיבוד, ואילו חובת הכיבוד והציית האזרחית היא אגואיסטית, ומכוונת בעיקר לתועלתו של נושא החיוב - הקטין עצמו. לאמור, הקטין עצמו (ודווקא קטין) מחויב במצוות המחוקק להישמע להוריו רק במסגרת חובתם שלהם כלפיו כאפוטרופסים לפעול לטובתו "כדרך שהורים מסורים היו נוהגים בנסיבות הענין",¹⁷¹ בהלכה היהודית הכיבוד הוא - "מאכיל ומשקה, מלביש ומכסה, מכניס ומוציא", ואילו המורא הוא - "לא עומד במקומו ולא יושב במקומו ולא סותר את דבריו ולא מכריעו".¹⁷² בתלמודים מודגשת הסובייקטיביות של חובת הכיבוד לפי דעתם של האב והאם, כך שבכלל כיבוד הוא ציות לאותם מעשים משונים שההורים עושים לפי יופי דעתם, ככתוב בבבלי "כדי שיטול (=האב) ארנקי ויזרקנו לים בפניו ואינו מכלימו",¹⁷³ או כמסופר בירושלמי על אימו של רבי ישמעאל שקבלה על בנה שאינו מכבדה כראוי מכיוון שאינו מניח לה לרחוץ את רגליו לעיני תלמידיו ולשתות את המים לאחר-מכן. וחכמים גוערים בו בר' ישמעאל באומרם: "הואיל והוא רצונה הוא כבודה".¹⁷⁴ כל-כך סובייקטיבית היא מצוות כיבוד ההורים, עד שכמה מן האמוראים השתבחו בכך שלא ראו את הוריהם, שכן שיערו בעצמם שלו ראו את הוריהם, לא היו יורדים לסוף דעתם והיו נכשלים בכבודם.

בכלל הכבוד גם חיוב הבן לזון את הוריו, אלא שבבבלי קידושין האמוראים מתדיינים אם חיוב הבן לזון הוא משל בן או משל אב, והתלמוד אינו מכריע. לעומת זאת, מהמובא בירושלמי פאה עולה שכיבוד אב ואם הוא על הבן, שכן הירושלמי מבדיל בין מתנות עניים ש"אם יש לך אתה חייב בכולן ואם אין לך אין אתה חייב באחת מהן", לבין כיבוד הורים, שנוהגת "בין שיש לך הון בין שאין לך הון... ואפילו אתה מסבב על הפתחים". ולא זו בלבד, אלא שהובאה עדותו של ר' יוסי בי

¹⁷⁰ בבלי קידושין, לא, א-ב; שם כתובות, קג, א; רמב"ם, ממרים, ו, ה. שלחן ערוך, יו"ד, סימן רמט. על החשיבות המוסרית של כיבוד אב ואם לאחר מותם, עיינו: מסכת שמחות, פרק ט, כא (היגער, 177); דברים רבה, פרשה צו, ה; רלב"ג, שמות, כ, יב.

¹⁷¹ עיינו לעיל, בטקסט בין הערות 67-68, סעיפים 16 ו-17 - לחוק.

¹⁷² בבלי קידושין, לא, ב; ירושלמי פאה, פרק א, הלכה א.

¹⁷³ שם, לב, א.

¹⁷⁴ ירושלמי, שם, שם.

ר' בון, האומר שם: "הלוואי הוון כל שמועתה בריר לי כהדא שכופין את הבן לזון את האב."¹⁷⁵

אם נלך אחר דעת הירושלמי, שהחובה של פרנסת האב היא משל הבן, עדיפה איפוא הזנת ההורים מהזנת הבנים הקטנים. שכן, הזנת ההורים היא, כאמור בירושלמי, בין שיש לבן הון ובין שאין לו הון, והיא סובייקטיבית לפי שביעות-רצונו של ההורה, ואילו הזנת הבנים הקטנים היא אובייקטיבית, לפי דעתו של האב הנותן: אם הוא אמיד, הוא מחויב לתת לפי כוחו ויכולתו, ואם אינו כזה, אינו חייב לחזור על הפתחים. אך גם פוסקי ההלכה, כמו בעל השאלתות וכן כמה מבעלי התוספות,¹⁷⁶ שהולכים אחר נטיית הבבלי לחייב את הבן לפרנס את האב

"משל אב", מדגישים ש"אם אין לאב ממון והבן יש לו", על הבן לפרנס את הוריו משלו, שהרי לא גרע כוחו של האב משאר אדם מלקבל צדקה מבנו. לפיכך נראה שבניגוד להוראות החוק בישראל, אין זכות ההורים שאין להם משלהם להתפרנס מבנם פחותה בערכה מזכות הבנים הקטנים להתפרנס מאביהם, והדבר תלוי באומדן הדעת הסובייקטיבי של כל חייב לפי נסיבות החיים של הנצרכים לו.

ה. יחסי הורים וילדים בדיני התורה ובמשפט הנוהג בישראל – האומנם "התנגשות הדינים"?

בפרק הקודם העלינו שטיב היחסים שבין הורים וילדים במשפט הנוהג בישראל אינו דומה כלל ועיקר לטיבם בדיני התורה. במרכזם של היחסים שבין הורים וילדים במשפט הישראלי, בדומה לשיטות משפטיות מודרניות רבות, עומדים הילדים, ואין ההורים ביחס אליהם אלא אפוטרופוסים, ממונים מטעם הריבון לדאוג ולפקח על הילדים במצוות המחוקק - לטובתם, ובמקרים רבים - לטובתם בלבד. ואילו מרכז החיוב בדיני ישראל הוא האב (והאב דווקא), שלפי רצונו המאומד הוא סומך את בנו על שולחנו, זנו ומפרנסו; לפי *חמלתו* על בניו ובנותיו משלם דמי מזונותיהם אף אם אינם סמוכים על שולחנו; לפי *כושזו ויכולתו* הוא מקיים בבנו את המצוות המוטלות עליו כאב: מל את בנו בעצמו, מלמדו תורה בעצמו. הווה אומר, אין חיוב האב בדיני התורה כלפי בנו ובתו בגין אפוטרופסותו עליהם, ובוודאי שאין האב מחויב לשמש אפוטרופוסם אם אינו חפץ בכך. חיובי האב לפי ההלכה כלפי בנו

¹⁷⁵ על המקורות עיינו מצוות הצדקה, לעיל הערה 122, בע' ריט-רכ.

¹⁷⁶ תוס' קידושין, לא, א, ד"ה כבר; תוספות שם, לב, א, ד"ה אורו. ועיינו גם רמב"ם, ממרים, ו, ג.

ובתו הם עשיות של מצווה, אם מן התורה ואם כתולדה של תקנות חכמים, וכשאר המצוות שבהלכה, עניינו של "המצווה ועושה" הוא תכליתם.¹⁷⁷ העיסוק בדיכוטומיה זו - בין כלליה של ההלכה בסוגייתנו לבין ההסדר האזרחי הנוהג במדינת-ישראל - אינו עניין לשעשוע אינטלקטואלי גרידא, אלא יש לו השלכות מעשיות רחבות, זאת מאחר שתחולתם של דיני התורה ביחסי הורים וילדים היא ממשית, ולא רק "הלכתא למשיחא", בנוסח פרשנות הפסיקה לסעיף 1 שבחוק יסודות המשפט, תש"ם1980.¹⁷⁸ תחולתם הממשית של דיני התורה בישראל במטריה זו הניבה בעבר שתי תוצאות מנוגדות: במישור הפרקטי, מחד גיסא, ובמישור העיוני, מאידך גיסא. במישור הפרקטי הצמיחה הדיכוטומיה התדייניות רבות בין צדדים יריבים, בינם לעצמם, כשצד אחד, הרואה עצמו נפגע מתחולת הדין היהודי על עניינו, רוצה לחמוק ממנו. מאידך גיסא, במישור העיוני באה תגובה פרשנית קיצונית בין המחוקקים ואף בין כמה מן השופטים והחוקרים, לפיה אין הפרש בין כללי ההלכה בסוגיה זו לבין ההסדר האזרחי, ואין לדבר על דיכוטומיה אמיתית, ובוודאי שאין לדבר על "התנגשות הדינים", אלא על התאמה והשלמה של דיני התורה להסדר האזרחי שבסוגיה זו. דומני שתערובת של חמלה על אותם ילדים קטינים המצויים בעין-המריבה שבין הוריהם ושל אפולוגטיקה מוסרנית הניעה כמה מן השופטים וההוגים לנהות אחר המסקנה הקיצונית הזאת שאין בין הדין היהודי העתיק, המבוסס על מסורת דתית עמוקה, לדין הישראלי האזרחי הסקולרי בסוגייתנו ולא כלום. ומכאן, לדעתם של בעלי אסכולה זו, אין ההתדייניות המרובות בין הצדדים על מקום השיפוט - ברבני או באזרחי - נובעות אלא מבורותם של הצדדים המתדיינים בטיבה של ההלכה היהודית או ממניפולציות שעורכי-הדין נוקטים כדרך טיפול. יתר-על-כן, לדעתם, אף פסקי-הדין הרבניים שאינם עולים יפה עם כללי ההסדר האזרחי, או פסקיהם של שופטים במערכת השפיטה האזרחית הקובעים את עמדת ההלכה כנוגדת את ההסדר האזרחי, טועים בהבנתה של ההלכה לעיצומה, ומציגים את דיני התורה בצורה חסרת אחריות לפני הציבור הישראלי.¹⁷⁹

¹⁷⁷ י. קיסטר, **לעיל** הערה 84. עיסקנו הוא ב"התנגשות דינים" אפשרית בין דיני התורה למשפט הנוהג במדינה. באשר למצבו של הדין האיסלמי במשפט הנוהג במדינה, עיינו: J. Meron "Parents and Children under Moslem Law" 10 *The Jewish Law Annual* (1990) 214–233.

¹⁷⁸ א' ברק "חוק יסודות המשפט ומורשת ישראל" **שנתון המשפט העברי** יג (תשמ"ז) 265. על הניסיון להרחיב את תחולתם של דיני התורה עיינו מ' אלון "עוד לעניין חוק יסודות המשפט ומורשת ישראל" **שנתון המשפט העברי** יג (תשמ"ז) 227; ש' שילה "על חוק יסודות המשפט - הערות והארות" **שנתון המשפט העברי** יג (תשמ"ז) 351; א' שוחטמן "על ההיקש כדרך פסיקה במשפט העברי ובזיקה לחוק יסודות המשפט, תש"ם1980" **שנתון המשפט העברי** יג (תשמ"ז) 307, 308-315, 347-350.

¹⁷⁹ מ' אלון **המשפט העברי** (מהדורה שלישית, מאגנס, תשנ"ב) 1392-1402, 1598-1607, 1613-1629.

מאחר שדעתנו היא שאין דיני התורה עולים בקנה אחד עם ההסדר האזרחי, שומה עלינו לדון בבעיית הקונפליקט הנוצר בעקבות תחולתה של ההלכה היהודית במשפט הנוהג בישראל, ולשאל עצמנו כיצד יש לפתור "התנגשות דינים" זו. כלום יש מקום ביריבות שכזו להתאים ולסגל את שיטות המשפט השונות אחת לרעותה? ושוא כל ניסיון לגישור נידון מראש לכישלון, ומשום כך יש להסיג את גבולו של הדין הדתי העתיק מפני ההסדר האזרחי המודרני?¹⁸⁰

אך ראש דיוננו בסימן זה יישוב על השאלה הפרלמנטרית: כיצד ובאילו מצבים יכולה להיווצר במדינת-ישראל סיטואציה בה הדין הדתי, במטריה של יחסי הורים וילדים, יעמוד בקונפליקט עם תחולתו של ההסדר האזרחי? דומני שכדאי לתת את הדעת על המקורות המגוונים מהם תחולתם של דיני התורה מתאפשרת במשפט הנוהג בישראל בימינו.

1. מקורות המשפטי הישראלי המאפשרים קליטתם של דיני התורה בסוגייתנו

דיני התורה במערכת היחסים שבין הורים וילדים נקלטו בחלקם במשפט הנוהג בישראל באחת משלוש הצורות הבאות: (א) על-ידי מסירת ההכרעה לבתי-הדין הרבניים; (ב) באמצעות אימוצה של ההלכה הרבנית בחוק האזרחי כ"דין האישי" של המתדיין או המתדיינים; (ג) דרך פרשנותו בעבר של ההסדר האזרחי או מונח ממנו באופן שיעלה בקנה אחד עם עיצומו של הדין הדתי. אין צורך לומר שקליטה זו באחת משלוש הצורות היא לחלופין או במצטבר. נציג את הדרכים הללו בקצרה בטרם נבוא לעיקר ענייננו.

(א) מסירת ההכרעה לבתי-הדין הרבניים

לפי המשפט הנוהג בישראל, ההכרעות בענייני החזקת ילדים ובענייני אפוטרופסותם נמסרו בדרך-כלל לבתי-המשפט האזרחיים,¹⁸¹ ולעתים לבתי-הדין

¹⁸⁰ י' אנגלרד "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי" משפטים ב (תשל"ל) 268; שם, בע' 510; משפטים ד (תשל"ב) 31; משפטים ו (תשל"ה) 5. דיון מקיף וממצה, הבוחן נושא זה של הקונפונטציה שבין הדת ודיניה לחוקי המדינה הסקולרית בצדדים המשפטיים והתיאולוגיים ומידת התאמתם של הפתרונות הלוקחים משיטות משפט זרות לשיטת המשפט בישראל, ימצא המעיין במאמרו של ד"ר א' מעוז "הרבנות ובתי הדין" שנתון המשפט העברי טז-יז (תש"ן-תשנ"א) 416-289. מעוז מתאר את החיכוך המתמיד "ללא כחל וסרק", ודומני שהדוגמות הרבות שהביא מאששות בנקל את השקפתו הפסימית.

¹⁸¹ עיינו הוראות סימן 47 לדבר-המלך במועצתו 1947-1922, חא"י, כרך ג (ע) 2738, וכן סעיף 79 לחוק.

הדתיים.¹⁸² ככל שמדובר בגורל ילדיהם של בני-זוג יהודיים,¹⁸³ בית-הדין הרבני יכול להתערב בסכסוכים שבין הורים על החזקת ילדיהם באחת משתי הסיטואציות הבאות: (1) אם הסכימו ההורים להתדיין בבית-הדין הרבני בדבר מקום ההחזקה;¹⁸⁴ (2) אם לא הוגשה תביעה לבית-משפט אזרחי בעניין החזקת הילדים, ואחד ההורים הגיש תביעת גירושין לבית-הדין הרבני נגד בן-זוגו - ההורה האחר. במקרה כזה, השאלה של החזקת הילדים נכרכת באופן אוטומטי בתביעה,¹⁸⁵ בהיותה "עניין אשר לפי עצם טיבו וטבעו כרוך בתביעה של גירושין".¹⁸⁶ אולם בענייני אפטרופסותם: לימודם וחינוכם של הילדים והטיפול בענייני רכושם, השלטת סמכותו של בית-הדין הרבני מחויבת לקבל את הסכמתם של שני בני-הזוג.¹⁸⁷

¹⁸² ראו סימן 51 לדבר-המלך במועצתו. ליתר דיוק, "בתי הדין של העדות הדתיות". וראו בתוספת השנייה לדבר-המלך במועצתו את רשימת העדות הדתיות. בתי-דין דתיים נוספים הם בתי-הדין המוסלמיים הדתיים, לפי סימן 52 לדבר-המלך במועצתו (המוסלמים אינם "עדה" לפי הקונסטרוקציה של דבר-המלך במועצתו), ובתי-הדין הדתיים הדרוזיים לפי חוק בתי הדין הדתיים הדרוזיים, תשכ"ג-1962.

¹⁸³ על סמכותם של בתי-הדין לדרון בין יהודים ועל התנאים הנוספים לתחולת סמכותם של בתי-הדין ראו בהרחבה מ' שאוה "תנאי הסמכות של בית הדין הרבני בעניני נישואין וגירושין" הפרקליט לב (תשל"ב) 39; מ' שאוה "על נישואין וגירושין בין יהודים שנערכו מחוץ למדינה (נישואי מקסיקו)" הפרקליט לג (תש"ם-תשמ"א) 347; מ' שאוה "על משמעות ב'ישראל' שבחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953" הפרקליט לה (תשמ"א-ב) 251; מ' שאוה "המוסמך בית הדין הרבני לדרון בהסכמה בעניני נישואין וגירושין מכח ס' 9 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953" הפרקליט כז (תשל"א) 479.

¹⁸⁴ בסימן 53(2) לדבר-המלך במועצתו נאמר: "כשכל הצדדים מסכימים לקבל את שיפוטם." הסכמה זו התפרשה בפסיקה המנדטורית כמצריכה לקבל את הסכמתם של הקטינים עצמם, ראו: *Kawas v. Kawas C.A 40/40, P.L.R. 7, 411; Kawas v. Kawas P.C. 41/42 (1943) A.L.R. 161 S.C.J. (1941) 24/41 H.C. Zaadeh v. C.e.o.* 487, 490. אך גם אז רוכך הצורך לקבל את הסכמת הקטינים עצמם על-ידי הלכת ה"טפילות", ראו להלן, בהערה הבאה.

¹⁸⁵ ראו ביד"מ 1/60 **וינטר נ' בארי**, פ"ד טו 1457. בזמן המנדט רווח הסדר אחר, והוא עקרון ה"טפילות", לפיו כל דבר שהיה טפל לענייני נישואין וגירושין היה בסמכותו הבלעדית של בית-הדין הדתי. על ההבדל בין מבחן הכריכה לבין מבחן ה"טפילות" עיינו מ' שאוה "על 'כרוך' ועל 'כנות', היפסק מירוץ הסמכויות בעניני מזונות בין בית המשפט המחוזי לבין בית הדין הדתי" **עיוני משפט** ב (תשל"ב-ל"ג) 719 (להלן: שאוה במאמרו) 722; ע"א 155/83 **ברמן נ' ברמן**, פ"ד לב(2) 132, 134.

¹⁸⁶ הציטוט מע"א 8/59 **גולדמן נ' גולדמן**, פ"ד יג 1085, 1091.

¹⁸⁷ סעיף 9 לחוק שיפוט בתי הדין הרבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953.

סכסוכים שלא באו במסגרתם של מצבים אלה נמצאים בסמכותם הבלעדית של בתי-המשפט האזרחיים.¹⁸⁸

שופטי בית-המשפט העליון נדרשו פעמים רבות לבאר מהו אותו "עניין אשר לפי עצם טיבו וטבעו כרוך בתביעה של גירושין", שבשל כך הוא בסמכותם השיפוטית של בתי-הדין הרבניים. מלכתחילה נקבע שאינה דומה כריכת מזונות האשה אחר תביעת גירושין לכריכה של ענייני החזקת ילדים, היא המשמורת. כריכת המשמורת אינה צריכה לעבור את "המבחן המשולש" - של כנות בתביעה העיקרית, היא תביעת הגירושין, כריכה בפועל וכנות בכריכה - אלא הגשתה של תביעת גירושין לבית-הדין הרבני, אף מבלי שהוזכר בה עניין קיומם של הילדים, דיה למנוע את "מירוץ הסמכויות" המביש. ולא זו בלבד שאין הצד שכרך את עניין החזקת הילדים עם תביעת הגירושין חייב להצטדק על העדפתו את בית-הדין הרבני על בית-המשפט האזרחי, במובן זה שאינו חייב להוכיח את כנות תביעתו, אף הגשת תביעת גירושין אנמית, שאינה מגלה הרבה, היא תכסיס כשר וראוי לחסום את בעל-הדין שכנגד מלתבוע החזקה בערכאות האזרחיות.¹⁸⁹ ולא זו אף זו, החסימה פועלת לא רק כלפי היריב, אלא גם כבומרנג נגד המגיש עצמו. לאמור, אם אחד מבני-הזוג רוצה להגיש תביעת גירושין, אך הוא מעדיף להתדיין באזרחי בעניין החזקת הילדים, עליו להקדים ולפתוח תיק החזקת ילדים באזרחי בטרם יפנה לבית-הדין הרבני, שאם ינהג להיפך, תידחה תביעתו באזרחי מחוסר סמכות.¹⁹⁰ מכאן שבניגוד למזונות האשה, שקיימת לאשה הבררה לתבוע ברבני או באזרחי, לפי רצונה, הבררה בהחזקת ילדים אינה כה גדולה.

במובן אחר הורחבה סמכותו של בית-הדין הרבני בעניין החזקת ילדים מאשר בעניין מזונות האשה - הסמכות הנמשכת. בניגוד למזונות אשה, שעילתה מסתיימת עם אקט הגירושין, ובניגוד לענייני חלוקת הרכוש, שעילתם נובעת מן הקשר שנוצר בין בני-הזוג במשך חיי הנישואין, בענייני החזקת הילדים הסמכות הולכת ונמשכת גם לאחר הגירושין בין ההורים, גם כאשר הסכסוך שביניהם עילתו באירועים שלאחר הנישואין. מכאן שזריזות רגעית של בעל-דין יכולה לקבוע את עתידו של הקטין שנים רבות עד לבגרותו.¹⁹¹ בניסיון לצמצם את סמכותם הנמשכת של בתי-הדין הרבניים, נקבע בפסקים מאוחרים יותר שגם חוסר מעש מצד אחד

¹⁸⁸ הסמכות השיורית של בית-המשפט נלמדת מסימן 53(2) לדבר-המלך במועצתו, וכיום מסעיף 40 לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), תשמ"ד-1984.

¹⁸⁹ על הכריכה המהותית של ענייני החזקה, שלא ככריכה הדיניית, נאמר בע"א 184/75 דויטש נ' דויטש, פ"ד כט(2) 525, כי אין צורך אפילו בכנותה של התביעה העיקרית, היא תביעת הגירושין, מלבד אי-הצורך בכנות ה"כריכה". וראו גם ע"א 296/7 פיינברג נ' פיינברג, פ"ד לא(3) 831, 835.

¹⁹⁰ הלכת וינטר נ' בארי, לעיל הערה 185.

¹⁹¹ בג"צ 637/77 פריזנד נ' בית הדין הרבני, פ"ד לב(2) 488.

מבעלי-הדין, כמו אי-התייצבות לדיונים או יציאה מן הארץ, יכול להעביר את הסמכות לבית-המשפט האזרחי.¹⁹² ברם, הצמצום המשמעותי של סמכות הכריכה התבטא בהפרדתו של סכסוך המשמורת משאר ענייני האפוטרופסות, וביניהם חינוך הילדים והכשרתם. כלומר, אם הגיש אדם תביעת גירושין נגד בן-זוגו, אין הצד האחר מנוע מלהתדיין באזרחי בשאלת קביעת מקום חינוכו של הילד ושאר ענייני אפוטרופסות. את הנימוק להפרדה זו תלו השופטים בדקדוקי מילים של סעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב 1962-, המגדיר את המשמורת כ"צמודה לה" לאפוטרופסות. קרוב לוודאי שכוונת המחוקק בחוק מהותי זה, בפשטותה ובדרשנותה, לא היתה לעניין זה של לוליינות פרוצדורלית, שמטרתה צמצום חסימתו של בעל-הדין היריב מלפנות לבתי-משפט אזרחיים בנושא השנוי במחלוקת של קביעת מקום חינוכו של הילד;¹⁹³ אך הפרדה זו בין משמורת וחינוך היא חד-כיוונית. בית-המשפט העליון קבע באחד מפסקי-הדין האחרונים שהגשת תביעה בעניין משמורת לבית-המשפט האזרחי מונעת כריכה מאוחרת יותר של ענייני החזקת ילדים, חינוך ושאר ענייני אפוטרופסות אחר הגשת תביעת הגירושין לבית-הדין הרבני.¹⁹⁴

באשר למזונות הילדים, מלכתחילה היה השופט זילברג סבור כי דין כריכתם של מזונות הילדים הוא כדין כריכתם של ענייני החזקת הילדים, שזו כזו היא כריכה מהותית וטבעית, על המשתמע מכך.¹⁹⁵ אלא שמהפסיקה המאוחרת יותר בענייני

¹⁹² ע"א 811/80 בלום נ' שטרן, פ"ד לה (3) 757, 761. ע"א 159/82 וינוסקי נ' רידר, פ"ד לו (4) 757. ועיינו באנלוגיה מה שהסיק פרופסור שאוה במאמרו, לעיל הערה 185, בע' 736-740.

¹⁹³ ראו בג"צ 181/68 פלורסהיים נ' בית הדין הרבני, פ"ד כב (2) 723; בג"צ 181/81 מור נ' בית הדין הרבני, פ"ד לז (3) 94, 106; וראו ביקורתם של בתי-הדין הרבניים על כך תיק תש"ס/ 15526 פד"ר יב 30, 32 (הרכב: הרבנים קולין, נרב, ליפשיץ). בבג"צ 552/83 שליו נ' ביה"ד הרבני האזורי, פ"ד לח (2) 67, העלה אחד הצדדים הצעה לקבוע כי "במקרים של כריכה כנה של גירושין שהחזקת ילדים מצויה בסמכות בית הדין הרבני, ימצא בסמכות בית הדין הרבני גם ענין החנוך". בית-המשפט דחה זאת בנימוק שלפי חומר העובדות, לא היה מקום להכריע בעניין זה. אך עם זאת השופט גולדברג רומז כי יש מקום לשיקול-דעת נוסף בנקודה זו.

¹⁹⁴ בג"צ 5507/95 אמיר נ' בית הדין האזורי, פ"ד נ (3) 321.

¹⁹⁵ בהלכת וינטר נ' בארי, לעיל הערה 185, קבע השופט זילברג שגם מזונות הקטינים כרוכים טבעית ומהותית בתביעה העיקרית לגירושין. אך שם, בע' 1468, משתמע מפסק-דינו כי החזקת ילדים כרוכה מהותית יותר מאשר תביעה למזונות הילדים. נוכח הדרקוניות של הכריכה האוטומטית, הביע השופט זילברג משאלה שהמחוקק הישראלי יקבע שכל עניין הילדים, "שסודר בהסכם גירושין שלזוג לא יהא לו תוקף חוקי כלפי הילד, בלתי אם פקיד הסעד... הופיע כנציג הילד בדיון הגירושין של הזוג ונתן את

מזונות הילדים עולה כי לא זו בלבד שאין הכריכה מהותית, אלא שקשה בכלל לכרוך, אפילו פרוצדורלית, את ענייני מזונות הילדים אחר תביעת הגירושין כפי שניתן לכרוך את מזונות האשה. דרישת האשה לקבל מזונות ילדיה בבית-הדין הרבני מתפרשת כתביעת מזונותיה היא, לאמור, שכר ראוי בעבור טיפול בילדים. אך אין בכך כדי למנוע את הילדים עצמם, באמצעות אימם, מלתבוע מאביהם בבית-המשפט האזרחי.¹⁹⁶

לענייננו, מאחר שסעיף 9 לחוק שיפוט בתי דין רבניים, תשי"ג—1953, המשיך את סמכותו המקבילה של בית-הדין הרבני לדון בעניין "לאחר שכל הצדדים הנוגעים בדבר הביעו הסכמתם לכך", הרי שגם כיום, עקרונית, ההורים רשאים להתדיין בבית-הדין הרבני. השאלה שהתחבטו בה פסקי-דין רבים היא: עד כמה הסכמתו של ההורה להתדיין בבית-הדין הרבני מחייבת את הבן עצמו ומונעת אותו או את נציגו מלתבוע דיון נוסף בבתי-המשפט האזרחיים?

הלכה פסוקה היא שבית-הדין הרבני, ככל בית-דין דתי אחר, הולך אחר דינו הדתי, הוא דין התורה. ממילא, כל מקום שניתנה לבית הדין הרבני הסמכות לדון ביחסים שבין הורים וילדים, הוא דן לפי דיני התורה. הפעלתם של דיני התורה בבתי-הדין הרבניים הינה מושלמת: לא רק הדין המהותי הדתי, אלא גם כללי הפרוצדורה ודיני הראיות הנוהגים בו. מכאן נובעת המסקנה שאם התבקש בית-הדין הרבני לדון בכל אחד מן הנושאים הללו של מערכת היחסים שבין הורים וילדים, הוא מכריע לפי עיצומו של הדין הדתי; אלא שהפסיקה בישראל פירשה כמה הוראות חוק בענייני אפוסטרופסות ומזונות הילדים כבאות להורות לבית-הדין הרבני לנהוג כמותן על-אף היותן מנוגדות לעקרונות ההלכתיים, בהם נדון להלן.

(ב) אימוצם של דיני התורה כ"דין האישי" של המתדיין

כאמור לעיל בפרק הקודם, דיני התורה בסוגיית מזונות הילדים נקלטו בישראל גם כהוראות חוק מהותיות, כגון סעיף 3 לחוק לתיקון דיני משפחה (מזונות), תשי"ט 1959-, המחיל על החייב תושב ישראל את דינו האישי, הוא דינו הדתי. רק כאשר אין ההורה "חייב במזונות הילדים שלו ... לפי הוראות הדין האישי החל עליו, או שלא חל עליו דין אישי", הוא מחויב במזונות ילדו מכוח חיוב אזרחי שסעיף זה עצמו יוצר. יחד עם זאת אין הדין האישי מוחל בבית-המשפט האזרחי באופן מושלם, אלא רק החלק המהותי שבו. סדרי-הדין המיוחדים של הליך קביעת

הסכמתו לאותו הסדר". אך ראו עמדתו של השופט מ' אלון בביד"מ 1/81 נגר נ' נגר, פ"ד לח (1) 365,

387.

¹⁹⁶ עיינו למשל, ע"א 118/80 גבעולי נ' גבעולי, פ"ד לד (4) 155, 158.

המזונות הקבועים בחוק חלים גם על אלה שדינם האישי המהותי הוא דין תורה. ואין צורך לומר שקיומה של חובת המזונות לפי הדין האישי בכל מקרה ושיעורה מתבררים בבתי-המשפט האזרחיים לפי דיני הראיות האזרחיים.¹⁹⁷ השאלה שלא באה עדיין על פתרונה בפסיקה היא: האם סעיף 3א, המשווה בין אב ואם בחיובם להעניק מזונות לבנם הקטין "בשיעור יחסי למזונותיהם מכל מקור שהוא", חל גם על מי שיש לו דין אישי, או רק על מי שאין לו? המחלוקת נתלית בדקדוקי ניסוח של החוק, כפי שיראה המעיין בפסיקה ובמחקריו המרובים של פרופסור שאוה בנושא.¹⁹⁸ דא עקא, המשמעות המהותית היא עצומה. השוואת חיוביהם של האב והאם סוטה באופן ברור מן ההשקפה המסורתית של דיני התורה, כפי שביארנו לעיל.

(ג) פרשנות המונחים האזרחיים "טובת הילד" ו"אפוטרופסות ההורים"

בהתאם לדיני התורה

סעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, נראה לחברי הכנסת ולשר המשפטים דאז, פנחס רוזן, כלקוח מכבשונה של ההלכה.¹⁹⁹ קריטריון-העל של "טובת הילד", שעל בית-המשפט להתחשב בו בראש ובראשונה, תאם לדעתם ממרה תלמודית המופיעה פעמים רבות, שבית-הדין הוא "אביהם של יתומים",²⁰⁰ ו"כללא דמילתא הכל תלוי בראות בית דין באי זה מקום יש תקנה לולד יותר".²⁰¹ יתר על-כן, ההבחנה בין בן קטן מתחת לגיל שש לבין בן מעל לגיל זה היתה זהה, לדעתם, עם האמור בספר הלכותיו של הפוסק הגדול רמב"ם, שהבחין, לדעתם, הבחנות שכאלה. כל-כך היו משוכנעים שסעיף 25 תואם את דברי הרמב"ם, עד שח"כ וורהפטיג העלה הצעה להוסיף הוראה משלימה לסעיף 25 הנ"ל, שבמקרים של לקונה לא יודקק השופט לסימן 46 לדבר-המלך, אלא לדיני התורה.²⁰²

¹⁹⁷ "הדין האישי" המופעל לפי חוק המזונות הוא "דין דתי ... כפי תקפם במדינה" (סעיף 1 לחוק הפרשנות, תשמ"א-1981), וככזה הוא "כמפורסמות שאינן צריכות ראייה" (עיינו סעיף 33 לפקודת הפרשנות (נוסח חדש). על השלכותיה הרחבות של קביעה זו עיינו בהרחבה שאוה בספרו, לעיל הערה 61, בע' 512-536. דעה שונה, לפיה הדין האישי המוחל במדינה אינו כדין אזרחי ממש, עיינו אנגלרד, לעיל הערה 180, ב, בע' 510.

¹⁹⁸ שאוה בספרו, שם, בע' 252-254, 738-755 ופסקי-הדין המשוקעים בהערותיו.

¹⁹⁹ ד"כ 32 (תשכ"ב), 48.

²⁰⁰ בבלי גיטין, לו, א; בבא בתרא, קלז, א. ועיינו תשובות הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סימן לח.

²⁰¹ לשון הרדב"ז בתשובותיו, חלק א, קכג.

²⁰² ד"כ 32 (תשכ"ב), 57. גם לגבי חוק המזונות הציג ח"כ וורהפטיג הצעה דומה מאותו טעם (ד"כ 26 (תשי"ט) 1147). בעניין סמוך ונראה של כיבוד אב ואם היתה דעתו של ח"כ וורהפטיג שונה. לדעתו,

(הצעה זו הועלתה הרבה לפני ביטול סימן זה בחוק יסודות המשפט, התש"ס-1980 -

גם פרשני המשפט, שופטים ומלומדים הציגו גישה די אחידה באשר לעמדת ההלכה. לדעתם, אין סעיף 25 יוצא מגדרה של ההלכה היהודית כפי שהתנסחה בימי-הביניים. והדעה הרווחת בין כמה משופטי בית-המשפט העליון היא שעקרון "טובת הילד", כשיקול מכריע ויחיד, לקוח כולו מכבשונה של ההלכה.²⁰³ אפילו את הקביעה של הרמב"ם ש"הבת אצל אימה לעולם" לא ראו כנורמה מחייבת, אלא כמדריכה על-סמך "נסיון החיים" של ההלכה היהודית.²⁰⁴

התערבות המחוקק בעניין זה מזכירה לו מעשייה, שבקהילה אחת הכניסו לפנקס הקהילה את עשרת הדברות, בתקווה שאת הכתוב בפנקס הקהילה אולי יקיימו. ועל כך הוא מעיר: "...לשם מה לחזור על עשרת הדיברות ועל ידי כך, תסלחו לי, להוריד את הציווי הנצחי מהרמה שלו לאיזה חוק עובר?" (ד"כ 32 (תשכ"ב), 58). ביקורת על גישתו של ח"כ וורהפטיג ימצא המעיין בדבריו של ח"כ מ' אונא, ד"כ 35 (תשכ"ב), 3078; במאמרו של פרופסור ג' טדסקי "משבר המשפחה וחסדי המסורת" **מחקרי משפט לזכר אברהם רוזנטל** (מאגנס, תשכ"ד) 282, 283-290. אלון, לעיל הערה 179, בע' 1598-1601. הביקורת יצאו מנקודת-ההנחה שדעתו של ח"כ וורהפטיג נכונה, לפיה המחוקק עוקב אחר ההלכה היהודית בנושא כיבוד ההורים. ברם, לדעתנו, **לעיל** בפרק הקודם (בטקסט ליד הערות 170-176), יש הפרש רב בין כוונת המחוקק הישראלי באשר לכיבוד ההורים לבין זו המחויבת בידי ישראל, כך שלמעשה, קביעת המחוקק בעניין כיבוד אב ואם היא יצירה חקיקתית חדשה בטרמינולוגיה מוסווית הלקוחה מן המקורות ההלכתיים.

²⁰³ כמה משופטי בית-המשפט העליון והדיינים השתבחו בפסקי-דינם בגישתו המתקדמת של המשפט העברי הרואה באב רק אפוטרופוס על בנו. השופט זילברג בפרשת **שטיינר נ' היועמ"ש**, לעיל הערה 41, (בתוקף דבריו עסקנו **לעיל**, בטקסט ליד הערות 44-45), קובע: "...כי משהתורום המחוקק לדרגת התפיסה המודרנית - ובתפיסה מודרנית זו נוקטים חכמי ישראל זה עידן ועידנים [ההדגשה שלי - יצ"ג] כי הילד איננו 'אוביקט' של שמירה והחזקה להנאתו או לטובתו של אחד ההורים, אלא הוא עצמו 'סוביקט'. הוא גופו 'בעל דין, בשאלה חיונית זו, הרי לא יתכן להתעלם מן האינטרסים שלו בשום צירוף מסיבות שהוא, ולא יתכן כי נדחה אותם מפני 'זכות' של מישהו אחר, ויהא זה האב או האם שלו".

²⁰⁴ ע"א 127/52 רונק נ' דאומן, פ"ד ו 722, 726-724; ע"א 768/81 נאור נ' נאור, פ"ד לו(2) 380, 382.

יתר עליהם הדיין ר"א גולדשמידט, שקבע בפסק-דינו בפרשת וינטר נ' בארי²⁰⁵ כי המשפט העברי עולה על המשפט הכללי בדאגה לטובת הילד. לדעתו, בעוד שבמשפט הכללי "טובת הילד" היא שיקול עיקרי בלבד, הרי "שלפי השקפת דין תורה, זהו השיקול היחיד, זה ותו לא". כדי לאשש את מסקנתו, הביא את פסק-דינו בתיק 226/תשי"ד. באותו פסק-דין הסתמך ר"א גולדשמידט על תשובותיהם של ראשונים ואחרונים, כגון תשובות הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, לח; ותשובות הרשד"ם, אה"ע"ז, קכג, כדי להגיע למסקנה כי לבית-הדין הרבני "רק שיקול אחד נגד עיניו והוא טובתו של הילד אצל מי תהיה ובאיזו אופן תהיה"²⁰⁶.

אומנם, איני ראוי להשיג על חוכמתו של ר"א גולדשמידט, אבל תורה היא ולימוד היא צריכה. לעניות דעתי, אין פסק-הדין הרבני של ר"א גולדשמידט בתיק 226/תשי"ד עולה בשיטה אחת עם מסקנתו בפרשת וינטר נ' בארי. באותה פרשה, שהתבררה בבית-הדין הרבני לפני ר"א גולדשמידט, דובר על אשת איש שעזבה את בעלה וחייתה בקביעות עם גבר אחר. לאחר כמה שנות חיים עם אותו גבר, נולדה לה בת. במשך כל אותו זמן שחייתה עם הגבר הזר, היתה מתראה עם בעלה הראשון מפעם לפעם. לאחר שנולדה הבת, התגרשה מבעלה והמשיכה לחיות עוד כמה שנים עם הגבר האחר, עד שעזבה. כעת הגבר האחר תובע בבית-הדין הרבני שיינתן צו לסידור הילדה במוסד, כדי שתהיה לו אפשרות קלה להיפגש עימה. יצוין כי הן האשה-האם והן הגבר האחר הודו בבית-הדין הרבני כי זו בתם. על כך אמר בית-הדין הרבני כי אין הודאתם בעניין בתם יכולה לסתור את הכלל הידוע ש"רוב בעילות אחר הבעל", מאחר שהודאתם עלולה לפסול את הבת בגין ממזרות.²⁰⁷ מכוחה של דחיית ההכרה באבהות האב קבע בית-הדין שאין להיענות לתביעת הגבר האחר להיפגש עם בתו, שכן "איך ייתכן לצוות על פגישות בתור אב ובת אם אין לקבוע כי הילדה היא בתו?" מאחר שכך, התייחס בית-הדין ליריבות זו כאל יריבות בין האם לאדם זר, ובשל כך הכריע רק על-סמך "טובת הילדה המקסימליסטית". כפי שיראה המעיין, המקורות שהביא בית-הדין הרבני מן הראשונים והאחרונים אינם עוסקים ביריבות פשוטה שבין אב ואם על משמורת ילדם.²⁰⁸

²⁰⁵ לעיל הערה 1485, 185.

²⁰⁶ פד"ר א 145 (הרכב הרבנים: אליעזר גולדשמידט, קרליץ, בבליקין).

²⁰⁷ ברם, לגבי תביעת מזונותיה של הבת קבע בית-הדין שם, בע' 153-157, כי אותו גבר שהודה שבת זו היא בתו מחויב במזונותיה על-פי הכלל של "הודאת בעל דין כמאה עדים דמי". ועיין גם מה שכתב ש' אטינגר, "הודאת בעל דין במשפט העברי" מחקרים בהלכה ובמחשבת ישראל (מוגשים לכבוד הרב פרופסור מ"ע רקמן) (אוניברסיטת בר-אילן, תשנ"ד) 143; 154-153.

²⁰⁸ בפרשה אחרת ער/ תש"ס/ 182, פד"ר יא 366, קבע בית-הדין (בע' 368) (הרכב הרבנים: גורן, קאפה, אליהו): "כלל גדול הוא בהלכה היהודית מדור דור, ויסוד מוסד הוא בבתי הדין בארץ ישראל

אף המשנה לנשיא לשעבר, פרופסור מ' אלון, שהוא התומך העקבי ביותר בפרשנותם של חיקוקים אזרחיים בהתאם לדיני התורה, חיווה את דעתו בסוגיית "טובת הילד" בפרשת ניר נ' ניר, וזו קביעתו:²⁰⁹

"גם לפי המשפט העברי חייב בית הדין לפסוק בענייני הורים וילדים לפי העקרון העל של 'טובת הילד', שלא זו בלבד שלא קיים הבדל מהותי [הדגשה במקור - יצ"ג] בין גישת שתי מערכות משפטיות אלה [הערכאה האזרחית מחד גיסא ובית-הדין הרבני מאידך גיסא - יצ"ג] אלא שאף מבחינת הרמת נטל הראייה אין משום הבדל של ממש ביניהם. בשתיהן הכלל הגדול הוא ששומה על בית משפט לבדוק מיזמתו הוא בכל מקרה ומקרה טובת הילד מהי, ואין לו להסתפק בהסתמכות על הנחה זו או אחרת ולפסוק על פיה בלבד."

השופט אלון מאשש את קביעתו באסמכתאות²¹⁰ מן המקורות, מתוכן עולה, לדעתו, שקיימת גמישות בהפעלת כללים בעניין החזקת קטנים, וכי גמישות זו נבעה מהצורך להתחשב בראש ובראשונה בטובתו של הקטן, שאינה שונה בעיקרה ובמהותה מ"טובת הילד" האזרחית החילונית.²¹¹

כי כל שיקול והחלטה בנוגע לקביעת מקום החזקת הילדים חייב להתבסס על מה שהוא טוב יותר לילדים "... אך המעיין בעובדות המקרה שם ייווכח לדעת שלא שיקולים של "טובת הילד המקסימליסטית" בנוסחה של הפסיקה האזרחית עמדו לנגד עיניהם, אלא שאלת יכולת האם להרחיק את הילדים מארץ-ישראל, מקום מגורי האב.

²⁰⁹ ע"א 458/79, פ"ד לה (1) 518, 523.

²¹⁰ בין היתר מאמרו של פרופסור א' שוחטמן "למהותם של כללי ההלכה בסוגיית החזקת ילדים" שנתון המשפט העברי ה (תשל"ח) 284. פרופסור שוחטמן מתפלמס במאמרו עם מסקנתו של פרופ' שיפמן במאמרו: "טובת הילד" בבית הדין הרבני, "משפטים" ה (תשל"ד) 421, 427, שם שיפמן כותב, בע' 427: "אמנם מן הבחינה ההיסטורית אין להתעלם מכך, שהנחותיה של ההלכה ביטאו תחילה את הכללים היחידים, השוררים בה לגבי החזקת ילדים, ורק מאוחר יותר התרומם מעליהם עקרון 'טובת הילד' כעקרון על, אך מבחינה דוגמאטית קובע עבורנו גיבושה המאוחר של ההלכה, ולא שלב קדום בהתפתחותה." [הדגשה במקור - יצ"ג] על דברים אלה חזר בספרו, לעיל הערה 28, בע' 246.

²¹¹ ראו גם ד"ר י' קיסטר, לעיל הערה 84, שסבור "כי כלל אין לאב או להורים זכות לחזקה לפי המשפט העברי". ראו מ"א ראבלו "על שלטון האב במשפט הרומי ובמשפט העברי" דיני ישראל ד (תשל"ד) 58, שהסתייג מקביעה זו. שם המחבר המלומד מנתח את זכותו של האב על בניו לפי המשפט המקראי תוך השוואה לשיטות משפט מזרחיות עתיקות ולמשפט הרומי.

במקום אחר עמדתי על המקורות ההלכתיים לעיצומן, וניסיתי להוכיח שלא בכל מקורות ההלכה קיימת גמישות בהפעלת הכללים, וכי גם ההגמשה הקיימת במקומות אחדים אינה נובעת מן ההשקפה שיש לשקול את "טובת הילד" כעקרון-על²¹² במובנה המודרני. אך לא זו אף זו, דומה שהלכת הרמב"ם, שהרבה ראו בה מקור השראה לסעיף 25 לחוק,²¹³ אינה כזו כשלעצמה ואף לא בפרשנותה על-ידי רוב חכמי ההלכה שעסקו בה.

וזו לשון הרמב"ם:

"שלמו חודשיו וגמלתו אם רצתה המגורשת שיהיה בנה אצלה אין מפרישין אותו ממנה עד שיהא בן שש שנים גמורות, אלא כופין את אביו ונותן לו מזונות והוא אצל אימו. ואחר שש שנים יש לאב לומר: אם הוא אצלי אתן לו מזונות ואם הוא אצל אימו לא אתן לו מזונות. והבת אצל אימה לעולם ואפילו לאחר שש."

נראה שהרמב"ם שצוטט כאן שונה מן ההסדר האזרחי בנקודות הבאות:

(1) בעוד שבסעיף 25 אין הבדל בין הבת לבן, אלא רק בגילאיהם: פחותים מגיל שש או מעליו, בהלכה היהודית ההבדל הגילאי מופנה רק כלפי הבנים, ואילו "הבת אצל אימה לעולם."²¹⁴

(2) בעוד שלפי חוק לתיקון דיני משפחה (מזונות), תשי"ט 1959-, והלכות הפסיקה אין קורלציה בין זכות הילד למזונותיו לבין ההכרעה בעניין המשמורת, בהלכה היהודית יש גם יש. כפי שהשופטים מורגלים לעיפה, הילד זכאי לדרוש את מזונותיו מאביו אף שאינו גר עימו, ואפילו אם יש באמתחתו של האב פסק-דין הקובע שמשמורת בנו אצלו. רק במקרים יוצאים מן הכלל האב רשאי לתבוע הפחתת מזונותיו של הבן עקב "מרדותו" של הבן כלפיו, וגם אז יש להימנע מלהביא את הבן לידי "חרפת רעב". ואילו לפי ההלכה שהבאנו, האב יכול, ללא כל עוררין, להתנות: "אם הוא אצלי אתן לו מזונות, ואם הוא אצל אימו לא אתן לו מזונות."

²¹² במאמרי "טובת הילד", לעיל הערה 153. ועיינו לעיל בטקסט ליד הערות 166-169.

²¹³ אישות, פרק כא, הלכות טז-יח.

²¹⁴ קשה אפוא לומר שהכלל משתלב עם המשפט המודרני, שכן קביעה של "חזקת הגיל הרך" מלמדת כי אין להפלות מעבר לגיל זה.

(3) בעוד שבמשפט האזרחי בישראל, כמו במשפטים של מדינות אחרות, האב יכול לדרוש ולקבל פסקי-דין הצהרתיים וכן צווי עשה שהבן יהיה במשמורתו אם טובת הבן דורשת זאת, הרי שלפי ניסוחו של הרמב"ם, כל שיש לאב לומר הוא ש"אם הוא אצל אימו - לא אתן לו מזונות". יוצא איפוא שאם תווהר האם על קבלת דמי מזונותיו של הבן, אין בית-דין יכול לתת צווי עשה או פסקי-דין הצהרתיים שהבן יהיה אצל האב אפילו אם יתברר שזה לטובת הבן.

(4) הרמב"ם חותך את דינם של הבנים לשלושה: בן מתחת לגיל שש, בן מעל גיל זה ובת בכל גיל. מדוע אין הרמב"ם נכנס לשיקול של התאמת ההורה לגידול ילדו בשם "טובת הילד", כפי שפירטו בתקופת הגאונים?²¹⁵ או מה יקרה לפי הרמב"ם במשפחה דמיונית שיש בה בן מעל גיל שש ובת (נניח תאומים), כלום נפריד את האח מאחותו בשרירות-לב?

(5) הוסף לדברים שהבאנו את השגת הראב"ד על הרמב"ם:

"כתב הראב"ד ז"ל: אין הדעת סובלת שנכוף את האב להפריש בנו ממנו עד שיהא בן שש והלא הוא חייב לחנכו בתורה בן ארבע ובן חמש ואיך יחנכנו והוא גדל בין הנשים?"

נראה לעניות דעתי מכל ההשוואות שעשינו וכן מהשגותיהם של חכמי ההלכה, אותם פירטנו במקום אחר, כי אין דבריו של הרמב"ם באים לקבוע הלכה בעניין קביעת מקום משמורת הילדים, ואין החלוקה הגילאית באה לחתוך את המשפחה קרעים קרעים. כל שבא הרמב"ם לקבוע הוא זכותם של הבנים והבנות לתבוע מזונות מאביהם, שאז אין דינו של בן קטן כמו של בן גדול, ואין דין הבן הגדול כדינה של הבת. משום כך הצטמצם הרמב"ם לטענת "אם הוא אצל אימו לא אתן לו מזונות", ולא נכנס לשיקולי ההתאמה האישית של האב או של האם, כפי שנכנסו הגאונים בתשובותיהם, וכמו-כן לא חילק בין הבנים בגיל מוקדם יותר, כפי שהציע הראב"ד, שכן במזונות, הבן "קטן קטנים" עד בן שש זכאי יותר משזכאי הבן הקטן מעל גיל שש.

מה שאמרנו היה לעניות דעתנו.²¹⁶ ברם הרבה מחכמי ההלכה האחרונים, כולל רבני זמננו, הבינו שהרמב"ם כיוון בהלכותיו לכללי החזקה עצמם. עם זאת, לכמה

²¹⁵ על השקפת הגאונים עיינו במקורות שהבאתי בטובת הילד, לעיל הערה 163, בע' 304-308.

²¹⁶ מאמרי טובת הילד, שם, בע' 310-314. ועל פשר תנאו של האב בבן מעל שש מול הבת עיינו מאמרי,

חילוקי הדינים, לעיל הערה 119, בע' 546.

מהם הייתה המסקנה העולה לכאורה מן הרמב"ם - שאין האב יכול לדרוש מביית-הדין שהבן יהא אצלו, אלא רק לאיים בשלילת מזונות - לצנינים בעיניהם, והם ניסו לתרצו באופנים שונים. היו שאמרו שהרמב"ם עסק בסיטואציה בה האב אינו מעוניין לקחת את בנו, אלא רק רוצה להיפטר מן המזונות. אך לו היה האב מעוניין במשמורת בנו, הוא היה זכאי לדרוש את הילד לבד. והיה מי שהוסיף ופירש שלדעת הרמב"ם, אב החפץ בבנו יכול לדרוש את משמורתו אפילו בגיל פחות ממש.²¹⁷

אך ברצוני להביא את פרשנותו של בעל חלקת מחוקק לדבריו של הרמב"ם, פרשנות שהיו לה הדים בספרות ההלכה של הדורות האחרונים, ואלה דבריו:²¹⁸

"יש לדקדק דמשמע אם האם מוחלת לו המזונות תוכל להחזיק בנה אצלה על כרחו וזה הוא נגד המושכל למה תוכל לכופו והיא אין לה שייכות בכך והוא מצווה עליו בכמה דברים בפרט ללמדו תורה? ויש לישב בדוחק שהבן אינו רוצה להפרד מאימו, יש לאב לומר אין עלי חיוב צדקה לפרנסו כל זמן שאין שומע לקולי להיות אצלי ללמוד תורה ושאר דברים." [הדגשה שלי - יצ"ג.]

מעניינת תגובתם של שניים מחכמי זמננו, רבצ"מ עוזיאל²¹⁹ ור' אברהם יצחק הכהן קוק, על פרשנותו של בעל חלקת מחוקק את דברי הרמב"ם. רבצ"מ עוזיאל אינו מקבל את פרשנותו של בעל חלקת מחוקק, והוא משיג על פרשנותו בדברים חריפים. ואלה דבריו:

"ואנא דאמרי אם קבלה נקבל ואם לדין יש תשובה. דאין זה נגד המושכל אלא כן השכל מחייב שהאם קשורה באהבה אל בניה, שהם עצמה ובשרה, וקשה לה פרידתה מהם, וזה אפילו בבעלי חיים וזה

²¹⁷ שלוש אסכולות פרשניות להלכת הרמב"ם: בתשובות ר"מ אלשיך, לח, בתשובת ר' יצחק די מולינא מובאת מכת"י זרע אנשים (נדפסה בקרית ספר, מד (תשכ"ט) 557, 558, ובדורנו בתשובות מקווה המים (לר"מ מלכה), אבן העזר, טו, סבורים שלדעת הרמב"ם אין לאב כל יכולת לתבוע את החזקת ילדו אצלו בניגוד לרצון האם, אלא רק לאיים בשלילת המזונות. בתשובות המבי"ט, חלק א, קסה, וכן מנתיבות המשפט על ספר מישרים (לר"ח אלגזי) (ד"צ ירושלים, תש"ל) נתיב כג, ט (ע' רסג) סבורים שאין דברי הרמב"ם אלא בסיטואציה בה האב מעוניין רק להיפטר ממזונות בנו, ואין הוא מעוניין בהחזקתו. בסיטואציה שונה, בה האב מעוניין לקחתו, יש זכות לאב להחזיק בבנו מעל גיל שש. קיצונית מכולם היא פרשנות הרשד"ם בתשובותיו, אבן העזר, קכג, לפיה לא נאמר גיל שש אלא לגבי מזונות, אבל אב המעוניין בהחזקת בנו, כשהאם אינה גרה באותה עיר, יכול לקחתו גם בפחות מגיל שש.

²¹⁸ אבן העזר, סימן פב, ס"ק ט.

²¹⁹ משפטי עוזיאל, אבן העזר, תשובה צא (מוסד הרב קוק, תשכ"ד), ע' שנח.

טעם שילוח הקץ... ואם כן מוצדק מאוד מה שהדין השאיר את הברירה בידי האם להחזיק בניה אצלה גם אחרי שש.²²⁰ הראי"ה קוק²²⁰ אף הוא אינו מקבל את פרשנותו של בעל חלקת מחוקק, ובניגוד לרבצמ"ח עוזיאל, הוא מפרש את הרמב"ם כחסר כל התייחסות לעניין החזקת הילדים:

כי... לשיטת הרמב"ם אין לנו שום הלכה מקובלת על דרך כפייה לאיזה צד שיהיה ביותר מבין שש... שכל הדברים לשיטת הרמב"ם והשולחן ערוך לא נאמרו כי אם על דרך חובת המזונות וסילוק החובה, אבל בעצם הכפייה לא נאמרו דברים על זה... ומכל מקום ראוי לסמוך על דעת החלקת מחוקק שהבן יותר ראוי שיהא אצל האב, שהוא שייך לו בענייני חובותיו על חינוכו ולימודו... אבל לקבוע בזה מסמרים אי אפשר כגון שאם יראו בית דין שאצל האב יתקלקל הבן בענייני יהדות, ואצל האם יחונך ביהדות וכיוצא בזה בשארי עניינים... וכשהדבר ביחוד מגיע לילד בן שש שנים ומעלה, הוא צריך להיות דבר המסור לבית דין לפי ראות עיני הדיינים, לפי המצב של ההורים, בענייני החיים בכלל ובענייני היהדות בפרט.²²¹

[הדגשה שלי - יצ"ג.]

בפרשת נגר נ' נגר²²¹ המשיך השופט אלון באותו קו, ופירש את החובה האזרחית של ההורים לדאוג לחינוך בניהם, מכוח היותם אפוטרופוסים שווי-זכויות על ילדיהם, כתואמת את דיני התורה, בקובעו שגם לפי המשפט העברי קיים שוויון במטלה זו בין האב לאם. וזו לשונו:

"שעצם הקביעה החד משמעית של בית הדין הרבני, שעל האב מוטלת חובת החינוך על בניו, ולכן זכאי הוא בלבד לקבוע את צורת חינוכם... לא זו בלבד שקביעה זו נוגדת היא הוראת חוק שיווי זכויות אשה בדבר אפוטרופסות שווה לאב ולאם שפירושה הוא זכות דעה שווה לאב ולאם בעניין דרך חינוכם של ילדיהם, אלא שנראה לי, עם כל הכבוד, שקביעה זו גם אינה עולה יפה עם המגמה המקובלת בסוגיה זו בעולמה של ההלכה בימינו."

את "המגמה המקובלת בעולמה של ההלכה בימינו" ניסח השופט אלון באותה פרשה כדלהלן:

"סיכומו של עיון. כפי שראינו, ההלכה, שהאב חייב ללמד את בנו תורה והאשה פטורה מכך, יסודה בהלכה, שהאב חייב בעצמו בלימוד

²²⁰ עזרת כהן, תשובה נז.

²²¹ ביד"מ 1/81, לעיל הערה 195, בע' 402.

תורה והאישה פטורה מלימוד עצמי, על פי הכלל שכל החייב ללמוד - חייב ללמד. בימינו אנו, משחל שינוי כה מהותי, שלא רק שאין איסור, אלא אף נקבע חיוב האישה בלימוד תורה, והאישה לא רק שלומדת היא לעצמה אלא מלמדת היא אף בניהם של אחרים, דומה שמתבקשת מכך גם המסקנה, שהחיוב ללמד הבן תורה צריך שיהא מוטל שווה על האב ועל האם, על פי העקרון ההלכתי היסודי, שכל החייב ללמוד - חייב ללמד."

השופט אלון מאשש את מסקנתו כי חל שינוי באסמכתאות שונות, כפי שיראה המעיין.²²²

ברם, לעניות דעתי, המקורות שהביא השופט אלון לא קבעו נורמה הלכתית המעניקה זכות לאם לחנך את בנה בדומה לזכותו של האב, ולא הניחו שיש לאם חובה ללמוד תורה באותה מידה שחובה כזו קיימת לגבי האב. כל שהניחו שם המקורות הוא שהאם שותפה למעשה החינוך של הבן מבחינה מציאותית, מאחר שהיא נמצאת שעות רבות בבית עם בנה, אף יותר מאשר האב עם בנו.²²³ גם המקורות שקבעו כי יש חובה לחנך את הבת לקיום מצוות או ללימוד תורה לא קבעו

²²² ואלה המקורות שהביא: מאירי בית הבחירה נזיר כח ב; רש"י, חגיגה, ב, ד"ה "איזהו קטן"; תוספות, עירובין, פב, א, ד"ה "קטן בן שש"; חיי אדם, הלכות תפילות וברכות, כלל סו, ב; ערוך לנר, סוכה, ב, ב; אגרת התשובה (לר"י גירונדי) אות ע"ב; של"ה, שער האותיות אות דרך ארץ; רבנו ירוחם, נתיב כג, ג; ערעור לג' 39, פד"ר ט 251, 259; תיק תשכ"ד 427, פד"ר ז 10, 17; קידושין, כט, ב; רמב"ם, תלמוד תורה א, א, יג; משנה סוטה, ג, ד; בבלי סוטה, כא, ב; תוספתא, כלים ב"ק, ד, יז; בבלי ב"מ, א, ו; ב"ב, קיט, ב; סיבוב הרב פתחיה מרגענסבורג (קאלטר) ג, ב; תשובות רשב"ץ, חלק ג, עו; תשובות מהרש"ל, כט; שם הגדולים (לחיד"א), מערכת גדולים, ערך; רבנית; שולחן ערוך, יורה דעה, סימן רמו, ו; רש"ר הירש, ספר החורב, פרק עה; ליקוטי הלכות (לר' ישראל הכהן מראדין) סוטה, כא; תשובתו של הנ"ל התפרסמה על-ידי א' גרינבאום "החינוך הדתי לבנות בישראל" בשבילי החינוך (ניו-יורק, תשכ"ו) 24, 35; ר"ז סורוצקין מאזניים למשפט (תשט"ו) סימן מב; רב"צ פירר "בענין לימוד תורה לבנות" נעם ג (תש"ך) קלא; תשובות מקוה המים (לר"מ מלכה), חלק ג, יורה דעה, כ; תשובות עשה לך רב (לרח"ד הלוי) חלק א, סימן מב; ר"א ליכטנשטיין האישה וחניוכה (כפר-סבא, תשכ"ב) 158-159; ר"א אלינסון בין האישה ליוצרה (ההסתדרות הציונית העולמית, מהדורה שנייה, תשמ"ב). אציין שסקירה מאוזנת יותר ימצא הקורא במאמרו של ש' פרידמן "תלמוד תורה לנשים בימינו" הגות (מאסף למחשבה יהודית, תשמ"ג) 53.

²²³ מהשל"ה ומר"י גירונדי לא ניתן ללמוד על נורמה הלכתית, שכן ספרים אלה נכתבו כספרי יראים, המלמדים דרך-ארץ ומוסר, אך לא באו לחרוץ קביעה על הזכות ההלכתית של האם לחנך את בנה. קשה איפוא להסיק מהם קביעה נורמטיבית שהאם עדיפה במקרים של יריבות עם האב.

זאת אלא כדי להציל את הבת מהתדרדרות דתית ו"להשריש אמונה טהורה",²²⁴ אך אין להסיק מהם כי הבת מחויבת ללמוד כמו הבן, ושזכותה וחובתה של אם לחנך וללמד את בנה שוות-ערך לזכותו ולחובתו של האב. ההסתמכות על דבריהם של החכמים, כר' ישראל מאיר הכהן מראדין בעל "החפץ חיים" או ר' זלמן סורוצקין, כדי לאשש מסקנה כי לאם זכות שווה לזו של האב לחנך את הבנים והבנות וללמדם אינה משקפת את דרכם של חכמים אלה, אלא היא "פרשנות יוצרת" של השופט אלון עצמו.²²⁵

2. העצמתו של "השיקול הדתי" בהכרעות בענייני החזקת הילד, לימודו וחינוכו
בפרק הקודם ביארנו את עניין זכותו הראשונית של האב לחנך את בנו וללמדו,²²⁶ ועדיפותו על אחרים, כולל אימם של הבנים.²²⁷ ביארנו גם שלמן תקופת ראשוני האחרונים רווחה הדעה שלאב יש עדיפות בקביעת מקום ההחזקה של הילדים. מכאן שאין "טובת הילד" בדיני התורה שיקול סופי ומכריע "שמתחשבים בו ובו בלבד", כפי שהוא קיים בפסיקתם של בתי-המשפט האזרחיים. אך גם אם אין נזקקים למקורות ההלכה של המשפט העברי עצמם, אלא מתבוננים רק בפסיקתם של בתי-הדין הרבניים בישראל, ניתן להסיק, לעניות דעתי, שגישתם של דיני בתי-הדין הרבניים אינה עולה בקנה אחד עם גישתן של החקיקה והפסיקה האזרחית.²²⁸

יתר על-כן, לפי הפסיקה הרווחת בבית-המשפט העליון, סעיף 25 הנ"ל הוא "הוראה מהותית המצויה בחוק המדינה והמופנית במפורש גם לבית הדין הדתי".²²⁹

²²⁴ הציטוטים מר"ז סורוצקין, לעיל הערה 222.

²²⁵ השופט אלון מסתמך גם על על שני פסקי-הדין רבניים: תיק תשכ"ד 42/4, פד"ר ז, 10; ותיק לג 39/, פד"ר ט 251. באשר לתיק הראשון, דומה כי ר"א שפירא חזר בו למעשה מעמדתו הנחרצת שצוטטה בפסקי-הדין נגר נ' נגר, לעיל הערה 195, בע' 403, והביע עמדה מתונה יותר בסוף פסק-דינו, הקובעת שיש לאב זכות עדיפה כשהוא מעוניין לחנך את בנו באופן אישי. ועיינו להלן, בטקסט ליד הערות 304-307. באשר לפסקי-הדין השני, שם דובר בבני-זוג חילוניים, ולכן שיקול החינוך למצוות לא תפס אצלם, משום כך לא הועדף בן-זוג אחד על האחר.

²²⁶ לעיל בטקסט ליד הערות 148-158.

²²⁷ לעיל בטקסט ליד הערות 149, 153.

²²⁸ עיינו בפסקי-הדין הרבניים שהבאתי בטובת הילד, לעיל הערה 153, בע' 329-347.

²²⁹ ראו ע"א 807/77 סובל נ' גולדמן, פ"ד לג(1) 789, 799. עמדה זו התבססה על בג"צ 128/72 נאצר נ' ביה"ד הרבני הגדול, פ"ד כו(2) 304, שם הניחו השופטים מכללא כי אין לבית-הדין לסטות מהוראת סעיף 25 לחוק, מאחר שהוא כפוף אליו. על הנחה זו מתח ביקורת פרופסור פ' שיפמן, לעיל הערה 210, בע' 422-425.

מסקנה זו, שגם השופט אלון שותף לה, מבוססת על ההנחה שסעיף 79 לחוק אינו רק מקנה סמכויות שפיטה לבתי-הדין הרבניים, אלא גם כופה את ההסדר הפוזיטיבי הקבוע בסעיף 25 לחוק. עוד יצוין שכפיפות זו של בתי-הדין הרבניים, אליבא דבית-המשפט העליון, אינה רק להוראת סעיף 25 גופה, אלא גם לפרשנותה של הוראה זו על-ידי הפסיקה,²³⁰ במיוחד זו של בית-המשפט העליון. ואם דעתו של בית-המשפט העליון כבית-משפט אזרחי אינה נוחה מהכנסתם של שיקולים דתיים או לאומיים למסגרתו של עקרון "טובת הילד", משום שאין היא רואה בהם רלוונטיות לטובת הילד, אף בתי-הדין הרבניים אינם רשאים לחרוג ולקבוע שיקולים פרטיקולריים שאינם מזוהים עם השקפתו של בית-המשפט העליון.

אך למרות ההפניה במפגיע קיימים פסקים רבים של בית-המשפט העליון היושבים על המדוכה ושוקלים אם לתקן פסקי-דין רבניים שניתנו בסוגיות אלה או לאשרם,²³¹ וכן קיים מאבק מרובה בין הצדדים על סמכויות השיפוט בין הערכאות ה"מתחרות".²³² עניינים אלה מראים באופן גלוי שקיים מתח רב בין גישתו של המשפט העברי אליבא דבית-הדין הרבני לבין גישתו של בית-המשפט האזרחי, שאף היא, לדעתו, כאמור, עולה בקנה אחד עם גישת ההלכה במשפט העברי. אם למרות "ההוראה המפנה" קיים שוני בין הפעלתו של עקרון "טובת הילד" לפי החקיקה והפסיקה האזרחית בישראל לבין הפעלתו של עקרון זה בהלכה ובפסיקתם של בתי-הדין הרבניים בישראל, מן הראוי שתישאל השאלה: יריבות זו על שום מה?

²³⁰ ד"נ 10/69 בורנובסקי נ' הרבנים הראשיים לישראל, פ"ד כה(1) 7, 15; א' רוזן-צבי דיני המשפחה בישראל (פפירוס, תש"ן) 90-91; מ' דרורי "מי מוסמך לפרש הוראות חוק חילוני המופנות לבית דין דתי?" עיוני משפט ג (תשל"ד) 941.

²³¹ ראו פסקי-הדין הבאים: בג"צ 86/55 דרעי נ' יו"ר ההוצ"ל, לעיל הערה 57; בג"צ 181/68 פלורסהיים נ' ביה"ד הרבני, לעיל הערה 193; ע"א 425/68 משכיל לאיתן נ' משכיל לאיתן, פ"ד כג(1) 319; נאצר נ' ביה"ד הרבני הגדול, לעיל הערה 229; בג"צ 181/81 מור נ' ביה"ד הרבני, לעיל הערה 193; ע"א 289/82 דאובה נ' דאובה, פ"ד לו(4) 625; בג"צ 7/83 ביארס נ' ביה"ד הרבני, פ"ד לב(1) 673; נגר נ' נגר, לעיל הערה 195; תמ"א (ת"א) 2749/81 פלונית נ' פלוני, פ"מ תשמ"ג (1) 433; ב"ש (י-ם) 1052/83 אמיר נ' אמיר, פ"מ תשמ"ד (2) 82, 87.

²³² פסקי-הדין בהערה הקודמת וכן בג"צ 49/57 כהן נ' כהן, פ"ע ל 26; המ' 94/57 עיצון נ' ביה"ד הרבני ת"א, פ"ע כט 504; וינטר נ' בארי, לעיל הערה 185; דויטש נ' דויטש, לעיל הערה 189; ע"א 556/75 צביק נ' צביק, פ"ד לא(1) 7; ע"א 296/77 פיינברג נ' פיינברג, לעיל הערה 189; בג"צ 566/81 עמרני נ' ביה"ד הרבני, פ"ד לו(2) 1; ע"א 159/82 וינצסקי נ' רידר, לעיל הערה 192, בע' 763; ע"א 198/82 דותן נ' דותן, פ"ד לח (1) 4; בג"צ 552/83 שליו נ' ביה"ד הרבני האזורי, לעיל הערה 193; ע"א 680/84 שני נ' שני, פ"ד לט(2) 444; ע"א 241/88 קדוש נ' קדוש, פ"ד מג(1) 705; ע"א 675/88 פדילוב נ' פדילוב, פ"ד מג(1) 813; ת"א (ת"א) 697/49 גרינברג נ' זליקוביץ, פ"מ ב 444; ת.ב. 149/65/8 שויביץ נ' שויביץ, פ"מ מב 157, 166.

(א) הפרשנות ההיסטורית ליריבות

ניתן אולי לתלות את טיבו של השוני ברקע הרוחני וההיסטורי השונה של שתי שיטות המשפט נשוא דיוננו. לאמור, אין הרקע להתהוותה של הלכת המשפט העברי בסוגיות אלה דומה לזה של שיטת המשפט האזרחי הנוהגת כיום בישראל. שוני זה אינו מפתיע אם מעיינים בדרך הולדתו של העיקרון המשפטי הישראלי בן-זמננו של "טובת הילד" בסוגיות של החזקת הבנים, לימודם וחינוכם.²³³

עיקרון זה בא, כידוע, לשנות את המצב המשפטי ששרר בארץ עקב מורשת המשפט העות'מני, בו הועדפה אפוטרופסות האב בתור אב על זו של האם.²³⁴ ההסדר המשפטי בו "טובת הילד" היא שיקול-על, ללא העדפת ההורה האחד על האחר, הוא איפוא עיקרון חדש. גם במשפטיהן של מדינות אחרות, כגון אנגליה, התגבש עקרון "טובת הילד" כעקרון-על רק באמצע המאה התשע-עשרה.²³⁵ וכמובן שלא היה עיקרון זה רווח כעקרון-על בימים ראשונים בזמן יצירתה של הנורמה ההלכתית. בדרך זו ביקשו מלומדים אחדים להסביר את השוני, שעה שהשוו את

²³³ עד לחקיקת חוק שיווי זכויות האישה, תשי"א 1951-, לא הייתה כל הוראה פוזיטיבית בנידון מאת המחוקק האזרחי. ההחזקה הייתה נחתכת לפי סימן 51 לדבר-המלך לפי הדין האישי הדתי. אף-על-פי-כן ביקרו בתי-המשפט המנדטוריים את פסקי-הדין הדתיים כאשר לא התחשבו בעיקרון של טובת הילד. ראו: *Brown v. Natanson* C.D.C. Ha. 38/22, SCDC 41. גם חקיקת חוק שיווי זכויות האשה כשלעצמה לא באה לפתור את עקרון טובת הילד בסכסוך שבין הוריו. מעיון בדברי הצעת-החוק הנ"ל (ה"ח (תשי"א), 190, 191) ובדברי הכנסת, 9 (תשי"א), 2004, 2005, עולה שכל מטרת החוק היא להכריז על שוויון בין האב לאם באפוטרופסות על הילדים. יתר על-כן, בקריאה השנייה, (שם, בע' 2178-2179), נדחתה הצעתם של ח"כ בר-יהודה ורחל כהן לקבוע איך יהא על בית-המשפט להכריע במקרים של סכסוך בין הורים. היתה זו פסיקת בית-המשפט שפירשה כי מטרת החוק הנ"ל היא לקבוע את טובת הילד כ"שיקול על". ראו שטיינר נ' היועמ"ש, לעיל הערה 41.

²³⁴ עיינו בטקסט לעיל, ליד הערה 42. *Hasan v. Dehan* C.A. 236/43, A.L.R. (1943) 822.

82

²³⁵ עיינו לעיל בהערה 26.

שיטתו של המשפט העברי בקשר לסוגיות של יחסי הורים וילדים, זכויות וחובות, לאלה שנהגו בשיטות משפט עתיקות אחרות, ובמיוחד בשיטת המשפט הרומי.²³⁶ ברם, דומה שהסבר היסטורי זה אין בו מענה מלא לשאלתנו, מכיוון שניתן להצביע על מגמות היסטוריות חברתיות הפוכות שהתפתחו. מצד אחד, מעמדה של האשה בחברה היהודית עלה עד למאוד במשך הזמן, והיא מוכשרת כיום, עקב החינוך המודרני והדתי שהיא מקבלת, לחנך את בניה ובנותיה כבעלה,²³⁷ כך שהצידוק להעדפת החינוך על-ידי האב על החינוך על-ידי האם, וכן הצידוק להעדפת ההחזקה בגין סיבה זו, מוטלים כיום בספק. מצד אחר, מאז החל תהליך חילונה של יהדות אירופה, במפנה המאות השמונה-עשרה והתשע-עשרה, עולה ובא מוטיב "האשמה", לאמור, בן-זוג שבעטיו פורק קשר הנישואין מן הראוי שלא ייהנה מפירות מעשיו. במקורות ההלכה של התקופות האחרונות הלך והתעצם מוטיב האשמה בקביעה שכל עבירה על מצוות הדת של הורה אחד יכולה לזכות את ההורה האחר, המקיים תורה ומצוות, בהחזקת הבנים ובקביעת דרך לימודם וחינוכם.²³⁸ התפתחות זו מראה בעליל כי אין לדבר כלל על שוויון בין ההלכה לבין זו של שיטת המשפט האזרחית בישראל, והוא הדין שאין לדבר על "סבל ירושה", אלא על משהו עקרוני יותר.

(ב) הפרשנות הערכית ליריבות

הגישה האחרת היא הגישה המסבירה את השוני בהגדרת המושג "טובת הילד". גישה זו מניחה כי אכן קיים שוויון פורמלי בין שתי שיטות המשפט באשר לעליונותו של עקרון "טובת הילד" ובלעדיותו, אך אם קיים, בסופו של דבר, שוני בין שיטות המשפט השונות באשר ליישומו של כלל זה בסכסוכים שבין הורים על החזקת ילדיהם וחינוכם, הרי שהוא נובע מהפירוש המשתנה שניתן בשיטות משפט אלה למונח "טובת הילד". "טובת הילד" מתפרשת איפוא בהתאם לערכי-היסוד של שיטת המשפט המפעילה אותה. יש שיטת משפט הרואה בערכים דתיים ולאומיים את ערכי-היסוד שלה, ויש הרואה את הערכים האזרחיים הבורגניים או הסוציאליסטיים כערכים המנחים את דרכה;²³⁹ ובכלל, המונח "טוב" מבחינה

²³⁶ ראו לעיל בטקסט ליד הערות 10-20. יצוין שאף מדברי הרמ"א, בהגהתו לשולחן ערוך, אבן העזר, סימן פב, ז, אין משתמעות עליונותו ובלעדיותו של עקרון "טובת הילד". בעניין דברי הרמ"א עסקתי

בטובת הילד, לעיל הערה 153, בע' 325-326, ובהערה 122.

²³⁷ ראו דעת השופט אלון לעיל בטקסט הסמוך להערות 221-222, ובקובץ המקורות שהביא לאישוש עמדתו בהערה 222 שם.

²³⁸ עיינו לעיל בטקסט הסמוך להערות 163-169. ובטובת הילד, לעיל הערה 153, בע' 334-345.

²³⁹ בגישה זו נוקט פרופסור שיפמן במאמרו, לעיל הערה 210, המתאר את הסטייה, בע' 429, כך: "...השאלה מה היא טובת הילד במקרה המסוים היא הכרעה ערכית לגביה יתכנו חילוקי דעות

פילוסופית אינו מתפרש באופן אבסולוטי, אלא תלוי במידה רבה בסולם ערכיו של המשתמש בו.²⁴⁰

באופן קונקרטי השוני מתבטא כך: בעוד השופט בבית-המשפט האזרחי הדין בענייני החזקה, לימוד וחינוך מתחשב במסגרת ההגדרה של "טובת הילד" בעיקר בשיקולים פסיכולוגיים, עכשוויים וחומריים,²⁴¹ הדין בבית-הדין הרבני רואה לנגד עיניו שיקולים רוחניים, עתידיים, ומבכר אותם על השיקולים האחרים.²⁴² הווה אומר, לפי המשפט העברי, למשל, טובת הבת היא שתגדל אצל אימה במטרה ל"מיאלפא לה צניעות ודרך ארץ",²⁴³ ואילו הבן, שחובתו לכשיגדל לעבוד את ד', ללמוד תורה, לשמור מצוות ולהתפרנס ממלאכתו, כאדם מן היישוב - טובתו היא שיהא אצל האב הראוי ללמדו תורה ומלאכה. פרשנות זו מיטיבה להסביר מדוע בתי-הדין הרבניים מעדיפים את ההורה הדתי ואת החינוך הדתי על אלה האחרים. גישה זו היא הגישה הרווחת בפסקי-הדין הרבניים.²⁴⁴ הדיינים מדיגישים בפסקי-הדין את נאמנותם לעקרון "טובת הילד", ומצהירים שהם רואים בו שיקול מכריע ועליון; אלא שבשמך של אותן הצהרות והבהרות הם מגיעים למסקנות הסותרות את אלה העולות מאותו עקרון "טובת הילד" בפסיקתם של בתי-המשפט האזרחיים בישראל.²⁴⁵

עקרוניים בין השופט האזרחי והדין הדתי, שסולם הערכים שלהם אינו זהה, כיוון שהמחוקק מסר את השיפוט בענייני אפטרופסות לסמכותם המקבילה של שתי הערכאות, עלינו לומר, כי אף המושג טובת הילד הוא מושג רחב, מסגרתו, הכולל תכנים שונים. מושג זה מתאר את המטרה אליה יחתור בית המשפט או בית הדין, אך לא את שיקוליו במקרה הקונקרטי. "כן ראו בספרו, לעיל הערה 28, בע' 250. ראו גם את סקירתו של ש' מירון "החינוך כגורם בקביעת בית דין את מקום החזקת הילדים" **תורה שבעל פה** כג (תשמ"ב) צה.

Eduard (ed.) *The Encyclopedia of Philosophy* (Vol. 3, 2nd ed. New York, 1972): The Good, pp. 367-369; J. Bentham *The Theory of Legislation* (London, 2nd ed., 1950) 2-4.²⁴⁰

²⁴¹ עיינו דברינו לעיל בהערה 51, ובטקסט הסמוך לה.

²⁴² עיינו מה שכתבנו לעיל, בטקסט ליד הערות 167-168.

²⁴³ ב"ח, טור, אבן העזר, סימן פב, ד"ה "ומ"ש רהבת".

²⁴⁴ ראו המקורות הרבניים שהבאנו בסימן הקודם. כן ראו בטובת הילד, לעיל הערה 163, בע' 334-347, את פסקי-הדין הרבניים שהבאנו שם.

²⁴⁵ בתיק תשי"ד/252 (י-ם), פד"ר א 65 (הרכב: הרבנים עדס, אלישיב, זילטי) נאמר: "אולם כל דיון בהחזקת ילדים, היא לא זכות האב או זכות האם, אלא טובת הילדים...." הסכסוך הוכרע לטובת האם רק על-סמך הקביעה כי יש חשש שיאונה לילדים רע אם יגורו אצל סבם, אבי אביהם, מאחר שהאב הלוקה בהתקפי שיגעון יבוא לבקרו למרות פסק-דין שיאסור עליו. בית-הדין הדגיש כי "ברור הדבר, שאם אבי הבעל היה גר בעיר אחרת, ולא באותה העיר שבה נמצא בנו, והיה דורש שימסרו לו את

ברם, תורפה של גישה זו היא בחוסר הצידוק שבה, שכן גם אם בית-הדין הרבני צודק מבחינת ההלכה בהעדיפו שיקולים רוחניים ערכיים, שיקולים הצופים פני עתיד, כמו היכן יוכשר הילד יותר, אין גישה זו מקובלת בפסיקה האזרחית בסוגיה זו, והיא ומפרשת את "טובת הילד" כמכילה שיקולים חומריים עכשוויים. אם-כן, מה פשר המאבק הגלוי הקיים בפסיקת בתי-הדין הרבניים שלא לילך אחר פרשנות הפסיקה האזרחית בענייני "טובת הילד"? שהרי סופו של המאבק נידון מראשיתו לכישלון.

זאת ועוד, מדוע "טובת הילד" הרוחנית היא אכן מושא החפץ של דייני בית-הדין הרבני יותר מאשר השיקולים החומריים העכשוויים? הרי אלה כאלה מהווים נדבכים חשובים בטובתם של הילדים.

(ג) השיקול הדתי כסיבת היריבות

מסתבר איפוא כי לפי ההלכה, אין לראות ב"טובת הילד" עיקרון על מכריע ובלעדי. אכן, "טובת הילד" היא עיקרון חשוב הרווח בספרות ההלכתית מתקופת הגאונים ועד זמננו, אך אין היא חזות הכל. לצדו של שיקול "טובת הילד", אף בפירושו ההלכתי, קיים שיקול עצמאי נוסף, והוא השיקול הדתי. השיקול הדתי יש בו שני פנים: הפן האחד הוא זכותו של האב לקיים את המצוות המוטלות עליו כאב, מצוות שאינן מוטלות על אף אדם אחר, כולל אימו של הקטין. אך הפן האחר הוא המשמעותי יותר, והוא הפרשתו של הקטין מאיסורים ומעבירות על מצוות הדת,

הילד לחנכו היה הדין עמו להוציא את הילד מרשות האם ולמסרו לאבי אביו...". בערעור תשי"ט/170, פד"ר ג 353 (הרכב: הרבנים: הראיה, בן מנחם, הדס), קבע בית-הדין שאין לקבל את חוות-הדעת של הרופאה בכל הנוגע בילד, וזאת מאחר שהרופאה נימקה את קביעתה על כך שהחזקתו אצל האב "מתנגד לצרכים הטבעיים של הילד, שבחיי האדם העיקרית חייבת להיות אצל האם". שואל על כך בית-הדין (הציטוט מע' 360): "והאם נסמוך על זה מה שהוא נגד הלכה פסוקה וברורה שעל הסתם הילד מו' שנים ואילך הוא אצל האב?" נראה שדברים אלה מבחירים את הבעייתיות של בתי-הדין הרבניים בבואם להסתמך על חוות-דעת מקצועית. ועיינו בטובת הילד, שם, בע' 346-347, על-סמך איזו "טובת הילד" הכריעו את הסכסוך נגד האם. גם פרופסור שיפמן במאמרו, לעיל הערה 210, בהערה 25, קובע שאכן יש מקרים קיצוניים בהם "הקשר בין טובת הילד לבין השיקול הדתי [אותו ראה, כאמור לעיל, כשיקול "טובת הילד" הערכי - יצ"ג] רופף מדי. למשל, אם בית הדין שלל מאחד ההורים את ההחזקה בילד רק בשל עבירה דתית שעבר אותו הורה". כלומר, גם לדעתו של פרופסור שיפמן, אין הפרשנות הערכית לסטייה יכולה להסביר את כל החלטותיה של הפסיקה הרבנית.

מניעתו מלעבור איסורי תורה, כגון חילול שבת ואכילת מאכלות אסורים. כפי שהצבענו לעיל, אין זו חובתו הפרטיקולרית של אב, אלא היא מוטלת על כל אדם מישראל.

סכסוכים אלה סביב "השיקול הדתי" מתבררים בערכאות שיפוטיות שונות בין הורים שנפרדו דרכיהם או שעומדים לפני פירוד. לעיתים הם אומנם פרי יריבות אידיאולוגית קשה, כגון שהורה אחד "חזר בתשובה" ובגלל זה נפרד מבן-זוגו שנשאר עיקש ב"חילוניותו", אך לרוב, נימוקים "אידיאולוגיים" אלה מאולצים לפי טקטיקה שההורה האחד בוחר לו נגד ההורה האחר, אם מדעת עצמו ואם בעקבות עצה שנטל מעורך-דינו. תכליתה של יריבות זו היא לסבר את אוזני השופט או הדיין כי אכן קיים מתח אידיאולוגי בין בני-הזוג, שאינו ניתן לפשרה, מאחר שכל פשרה עלולה להזיק להתפתחותו הנפשית של הילד; שהרי, למשל, לא יוכל להתחנך בזרם חינוכי דתי או חרדי אם תהא החזקתו אצל ההורה שאינו שומר תורה ומצוות.

אך אם ערכאות השיפוט האזרחיות מגלות יחס אדיש כלפי עניינו של השיקול הדתי ורואות בו רק סניף לשאלת ההיזק הנפשי שיבוא עקב ההכרעה בסוגיות אלה,²⁴⁶ הדיינים בבית-הדין הרבני מחשיבים עד למאוד את השיקול הדתי הזה, ומכריעים בענייני ההחזקה, הלימוד והחינוך, לעניות דעתי במידת האפשר, לטובת ההורה האמון על קיום תורה ומצוות, תוך שלילת זכותו של ההורה ה"חילוני" להטביע את חותמו על עיצוב אישיותו של בנו הקטין ועל לימודו וחינוכו.

ברם, השיקול הדתי אינו מסתיים בשקילת זכויותיהם וחובותיהם של ההורים בינם לבין עצמם, אלא גם בזכויותיו וחובותיו של הדיין עצמו. לאמור, בניגוד לשיקול העוסק ב"טובת הילד", בו השופט מצווה להינתק מן ההורים היריבים ולשוות לנגד עיניו את טובתו של הקטין,²⁴⁷ בשיקול הדתי הדיין מחויב להינתק הן מן הקטין והן מן ההורים היריבים, ולשקול מהי חובתו הדתית שלו בקביעת עתידו הרוחני הדתי של הילד. שכן, אם יכריע הדיין ביחס לילד משהו המנוגד לערכי הדת, הוא עצמו עלול לחטוא בחטא דתי, שלפעמים יהא "מעוות לא יוכל לתקון". הדיין היושב בהרכב בסכסוך כזה מצווה באופן אישי מבחינה דתית לדאוג שהקטין יקבל חינוך לתורה ולקיום מצוות, ובאופן מיוחד למנוע בכל כוחו את הקטן מלעבור עבירות או מלהפר איסורים דתיים.

אך שיקול דתי מסוג זה אין לו זכר בפסיקה הרבנית; הוא רק משתמע ממנה בניתוח זהיר של מערכת העובדות בכל אירוע ואירוע כפי שהם באו לידי ביטוי

²⁴⁶ ראו לעיל הערה 222. וכן ע"א 238/88 יחזקאלי נ' יחזקאלי, פ"ד מג(2) 467.

²⁴⁷ ראו שטיינר נ' היועצ"ש, לעיל הערה 41, בע' 242. בפרשת וינטר נ' בארי, לעיל הערה 185, בע' 1985, נאמר כי אין להורים כל זכויות משל עצמם. אך ראו פסק-דינו של ר"י קפאח בעניין נגר נ' נגר, לעיל הערה 195, בע' 412, שקבע: "קשה לי להסכים לגמרי עם קביעה פסקנית זו, נראה כי אין ההורים חפץ דומם."

בפסקי-הדין. נקל לנכון לדעת כי אין העלמה זו של השיקול הדתי מצביעה על אי-קיומו, אלא על אימתו של בית-הדין הרבני מפני הלכותיו של בית-המשפט העליון בסוגיה זו של "טובת הילד" בכלל ושל הליכי בג"צ - שבת-הדין הרבניים מופיעים בהם כמשיבים - בפרט. "ממלכתיותו" של בית-הדין הרבני מניעה אותו "להסתר פנים" זה ולהחלפתה של ההנמקה האמיתית בהנמקה אנמית מבחינה דתית, שאינה מוצלחת תמיד, ולעיתים אף מופרכת על פניה.

נדגים את דברינו שוב באמצעות פרשת נגר נ' נגר,²⁴⁸ שעוררה בשעת פרסומה הדים רבים. שם היה סכסוך ממושך בין שני הורים שנסב בעיקרו על דרך חינוכם של ילדיהם. האב, שחזר בתשובה, חפץ להוציא את ילדיו מבית-הספר של הזרם הממלכתי בו למדו, ולהכניסם לבית-ספר מהזרם הממלכתי-דתי. האם, שילדיה היו בהחזקה, רצתה שילדיה ימשיכו ללמוד בזרם החינוך הממלכתי. בית-הדין הרבני שדן בעניינם קבע:

"מאחר ובהתאם לדין על האב מוטלת חובת החינוך על בניו, מוצא

בית הדין שהוא הזכאי לקבוע את צורת החינוך של ילדיו"

בית-המשפט המחוזי, שישב בעניינם, תקף החלטה זו של בית-הדין הרבני בתקיפה עקיפה, כשבין יתר נימוקיו הייתה הקביעה הבאה:

"שחייבים להגיע למסקנה, שבית הדין הרבני לא דן בעניינינו בחינוך ולימוד כענף של אפטרופסות, אלא בזכות הורית - זכות האב על פי ההלכה לקיים מצות תלמוד תורה. בעניין זה חזקה על בית הדין שישקף את עמדת ההלכה, אך הוא לא דן ולא פסק בענין של 'אפטרופסות', וממילא דן ופסק בענין שלא הוסמך לדון על ידי המחוקק (החילוני), פסקו חסר נפקות משפטית..."

עניין זה נידון גם בבית-דין מיוחד 1/81,²⁴⁹ שם תקף גם השופט אלון (כתוארו אז), את ניסוח הכרעתו של בית-הדין הרבני (הגם שהצדיק את מסקנתו מטעמים אחרים), ובלשונו:

"בכך עדיין לא בא הפתרון למקרה המסוים שלפנינו, אשר בו אירעו ובאו דברים לידי כך, שלכל אחד מההורים אורח חיים שונה מבחינת שמירת תורה ומצוות, ומתוך כך שונות הם תוכן הלימוד וצורת החינוך, שכל אחד מהם מבקש להנחיל לילדים, במקרה זה חזר האב לחיי תורה ומצוות; אבל אותה בעיה יכול שתתעורר במקרה הפוך - שהאב אינו שומר תורה ומצוות, והאם חזרה לאורח חיים דתיים, האם גם במקרה אחרון זה היה כבוד בית הדין הרבני האזורי משתמש

²⁴⁸ הערכאה הראשונה בבית-המשפט המחוזי, תמ"א 342/81, פ"מ תשמ"ג (1) 232, 242, 256.

²⁴⁹ נגר נ' נגר, לעיל הערה 195.

בכלל, שחובת החינוך של הבן מוטלת על האב, ולכן הוא זכאי לקבוע את צורת החינוך?²⁵⁰

אכן, לשיטתו של השופט אלון, כי "לא קיים הבדל מהותי בין גישות שתי מערכות משפטיות אלה", דהיינו, בין השיטה האזרחית לבין דיני התורה, וכי "אף מבחינת הרמת נטל הראיה אין משום הבדל של ממש ביניהם"²⁵⁰ קושייתו שהקשה על בית-הדין הרבני היא קושייה שאין עליה פירכא. ברם, אם נביא בחשבון את השיקול הדתי כגורם-על, מעבר לשיקול "טובת הילד", הרי שבמקרה ההיפותטי שהציג השופט אלון יבכרו בתי-הדין את האם על האב. שכן, בתי-הדין הרבניים מחויבים למנוע את הקטין מלעבור על כל איסור דתי שהוא. דומני שלו היה המקרה הפוך, שהאם היתה חוזרת בתשובה והאב היה נשאר חילוני, היה בית-הדין הרבני מדגיש את כוחו ויכולתו לשיקול את "טובת הילד", ובשם זה היה משאיר את הבן בחזקת אימו.

השקפתו של השופט אלון בדבר אחידות הדינים בין ההסדר האזרחי לבין הדין הדתי השפיעה עליו כנראה לנטות אחר המסקנה שסעיף 79 לחוק הוא "הוראה מפנה", זאת אף-על-פי שאין הדבר כן מבחינת לשונו הפשוטה של סעיף זה. דברים מפורשים נגד גישת בתי-הדין הרבניים בהכרעותיהם בעניין משמורת הילדים ימצא המעיין בפרשת **ביארס נ' בית הדין הרבני**,²⁵¹ שם עתרה האם לבג"צ נגד בית-הדין הרבני, שהחליט בפסק-דין קצר, בלתי-מנומק, כשהראיות עליהן התבסס נשמעו בהרכב חסר, להעביר את הילדים מרשות אימם לרשות אביהם לפי דרישת האב, וזאת מאחר שהאשה הודתה שהיא חיה דרך אישות עם גבר לא-יהודי. החלטת בית-הדין הרבני הותקפה ונפסלה על-ידי בג"צ מכמה טעמים חלופיים שלא נעסוק בהם. אך לגבי הטענה של בא-כוח האם, שבית-הדין הרבני שקל שיקולים דתיים פסולים, כגון מתן חינוך דתי, אמר השופט בייסקי כדלהלן:²⁵²

"אין מקום להתייחס לטענת ב"כ העותרת, כי השיקול של מתן חינוך דתי לילדים דנן, או השיקול של הרחקתם מקרבת אדם לא רצוי שיקולים פסולים הם. כל שניתן לומר הוא, כי שיקולים כאלה עשויים, בנסיבות מסוימות, להיות בעלי משקל רב או אפילו דומינאנטי. אך במה אמורים הדברים? כאשר טובת הילדים נבחנה ונשקלה מכל האספקטים הנוגעים לעניין, והערכאה השיפוטית מגיעה למסקנה, כי

²⁵⁰ הציטוטים הובאו לעיל בטקסט ליד הערה 209.

²⁵¹ בג"צ 7/83, פ"ד לח(1) 673. דוגמה אחרת יראה המעיין בפרשת בג"צ 181/81 מור נ' בית הדין הרבני, לעיל הערה 193. וראו גם דברי השופט ויתקין בעניין שונה במקצת בבג"צ 103/76 בית אל מישן נ' שר הסעד, פ"ד כא(2) 325.

²⁵² שם, בע' 685. על שאר הפגמים ראו א' שוחטמן "דיון בהרכב חסר ופסיקה לקויה בשאלת טובת הילד בבית הדין הרבני - עילה להתערבות בג"צ?" **משפטים** טו (תשמ"ה) 287.

בתוך מכלול השיקולים יש לתת משקל מכריע לשיקולים אלה; למשל כאשר מדובר בילד שחונך על ערכי דת ומבקר בבית ספר דתי, וניסיון אחד ההורים להעבירו מערכים אלה עלול להשפיע עליו מבחינה נפשית.

כלומר, אליבא דהשופט בייסקי, השיקול הדתי של חינוך ילדים הינו כשלעצמו בעל משקל קטן, ולכן בטל ש'ברו בעיניה של הערכאה האזרחית, אך משקל רב יש לתת להיבטים הנפשיים כתוצאה מהמעבר מזרם חינוכי אחד לאחר. פה החינוך הדתי יכול שיהא לו משקל מכריע בהערכת הנזק הנפשי.

על-סמך דברים אלה שאמר השופט בייסקי, ניתן להבין את מסקנתו הסופית באותה פרשה, כדלהלן:²⁵³

"לא שמענו, כי הילדים חונכו עד כה חינוך דתי. עם כל החשיבות שיש לייחס לערכי דת למי שדבק בהם, הרי המעבר הפתאומי מבתי-ספר של חינוך ממלכתי למוסד דתי טעון אף הוא בדיקה והתייחסות כיצד הוא ישפיע על הילדים; ...אך הדבר טעון שיקול בדיקה והתייחסות, ולא יתכן כי שיקול זה בלבד, תוך התעלמות מכל יתר השיקולים המתחייבים יהא השיקול המכריע, אשר יקבע לגבי מקום אחזקת ילדים. וכאשר זהו השיקול היחיד, בלי חקירה ודרישה של כל מכלול הבעיות המורכבות... אין לומר, כי קיימו מצות המחוקק והפסיקה בדבר שיקול טובת הילדים."

השופט בייסקי הסתמך בפסק-דינו על דברי השופט אלון בפרשת נגר נ' נגר, אך שם הזהיר השופט אלון: "...שלא יתנו לשיקולים הערכיים משקל חריג ומוגזם, שאינו סביר במכלול השיקולים, בעת יישום עקרון 'טובת הילד' במקרה אשר לפניכם."²⁵⁴ ואילו השופט בייסקי נתן לשיקול הדתי משקל בעל ערך מועט ביותר.

²⁵³ שם, בע' 684.

²⁵⁴ שם, בע' 409. יצוין כי ה"שיקול הדתי" מבצבץ במוסווה גם מפסיקתם של הרכבים אחרים של בתי-הדין הרבניים. עיינו, למשל, תיק 8437/תשל"ה, פד"ר יג 335. ועיינו הביקורת שהשמיע בית-המשפט העליון על "השיקול הדתי" בבג"צ 5182/96 לוי נ' בית הדין הרבני, פ"ד מח(1) 7. "שיקול דתי" במובן אחר שקל בית-המשפט העליון בפרשת ע"א 630/77 בולשטיין נ' בולשטיין, לעיל הערה 51. באותה פרשה נסב הסכסוך על מקום המשמורת בין האב, שהיה יהודי, לבין האם, נוצרית קתולית. בני-הזוג עלו מארגנטינה לישראל וראו בה את ביתם. ילדיהם, נשואי המריבה, נולדו בישראל. לאחר פרוץ הסכסוך בין בני-הזוג, רצתה האם לחזור לכוור-מחצבתה, לארגנטינה, יחד עם ילדיה. האב התנגד, בין היתר מחשש שהאם חזרה להיות דבקה באמונתה הנוצרית. הכרעת בית-המשפט העליון (שם, בע' 380-381) התקבלה גם על-סמך השקפתה של הדת היהודית במובנה האורתודוקסי לגבי יהדותם של הילדים. לדעת בית-המשפט, מאחר שהילדים ייחשבו לנוכרים לפי הלכות הדת היהודית, טובתם לא תרשה הכרעה נגד דרישת האם להחזירם לארגנטינה.

3. הסתגלותם של דיני התורה בסוגיית מזונות הילדים למשפט הנוהג בישראל

אם בענייני אפוטרופסות ומשמורת ההבדל בין הדין הדתי לבין ההסדר האזרחי מעצים ונהפך להתנגשות גלויה בין נושאי הדגל - בית-הדין הרבני מזה ושופטי בתי-המשפט האזרחיים מזה - בעקרונות החיוב של מזונות הילדים המצב שונה. לא זו בלבד שאין בתי-המשפט האזרחיים חשים כל סתירה בהישענם על ההלכה היהודית בלבד ואינם נזקקים להוראות החוק המשלימות, אלא שגם בתי-הדין הרבניים אינם מעוררים התנגדות בפסיקותיהם. בניגוד לשפעת העתירות נגד פסקים שניתנו בבתי-הדין הרבניים בעניין משמורת הילדים, גידולם וחינוכם, בעניין החיוב במזונות הילדים לא התפרסמה כל עתירה. הדבר עשוי להפתיע אם נשווה את "ההוראות המפנות", כלומר, הוראות חוק המורות לבתי-הדין הרבניים לילך אחר הוראת החוק האזרחית. בעוד שסעיף 79 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, היא "המצאה" פרשנית של הפסיקה, סעיף 19 לחוק לתיקון דיני משפחה (מזונות), תשי"ט-1959, היא הוראה גלויה המורה במפורש לבית-הדין הדתי "להוסיף על זכויות המזונות הנתונות על פי כל דין שבית דין דתי דן לפיו".²⁵⁵ היה ניתן לתרץ שוני זה בהפרש הזדמנויות שבין שני הנושאים: אם החזקת ילדים היא בסמכות בית-הדין הרבני בכפייה, בעניין מזונות גם הסכמת בני-הזוג לא תשלול תמיד תביעה נוספת בשם הילד עצמו בבתי-משפט אזרחיים.²⁵⁶ אך דומני שבתי-הדין הרבניים התאימו את הדין הדתי וסיגלוהו לעקרונות הרווחים בשיטות משפט אזרחיות.

נסקור את הסוגיות השונות בהן התהווה מפנה בהפעלתו של דין תורה בבתי-הדין הממלכתיים שבישראל.

(א) תקנות הרבנות הראשית בענייני מזונות - מאמץ להרחיב את חיוב האב מעבר לאומד דעתו

בשנת תש"ד הותקנו כמה תקנות של הרבנות הראשית לארץ-ישראל, וביניהן תקנה "בדין מזונות הבנים והבנות". תקנה זו, ש"הגביהה" את גיל החיוב עד לגיל חמש-עשרה שנה, נומקה על-ידי מכוונניה, הרבנים הראשיים דאז, בשני נימוקים משלימים: הנימוק האחד, פנימי, שהכפייה המוסרית מעל גיל שש אינה מספיקה

²⁵⁵ המעניין הוא שהטענה הועלתה לאחרונה רק כלפי בתי-הדין של העדות הנוצריות (הלכת **צומרי נ' זועבי**, לעיל הערה 61, וכן במובלע נגד בתי-הדין השרעיים (הלכת ע"א 3077/90, לעיל הערה 60, בע' 612-614).

²⁵⁶ עיינו לעיל בטקסט הסמוך להערה 196.

כיום במדינה מודרנית לחיוב מזונות: "ובימינו אלה אפילו ילדים מבוגרים, קודם שהגיעו לגיל של חמש עשרה סכנות מוסריות גדולות צפויות להם (לבנות וגם לבנים) אם פרנסתם לא תהיה מובטחת על יסוד משפטי." והנימוק האחר, חיצוני, שלפי המצב המשפטי דאז לא הייתה לבתי-דין רבניים סמכות לדון בעניין מזונות ילדים אפילו מתחת לגיל שש, ובתי-המשפט המנדטוריים שנזקקו לדיני ישראל לא התחשבו בדיני הצדקה, מאחר שלדעתם, הצדקה באה רק בהתנדבות, "וכדי בזיון וקצף".

דומה שמכונניה של תקנה זו, שראו בה "תקנה כללית לכל ארץ ישראל", הסתמכו בסופו של דבר על הסכמתם המוקדמת של הרבנים וועדי הקהילות שבארץ-ישראל עובר להתקנת התקנה, וכבר תמה רא"ח פריימן על הצורך בהסכמתם של הרבנים.²⁵⁷ לדעתו, אם היה צורך בהסכמה, היה מן הראוי לפנות לגורם מרכזי, כגון אסיפת הנבחרים והוועד הלאומי, ולבקש את הסכמתם, כשם שבעבר "נתקנו תקנות של ועד ארבעה הארצות ושל שאר המדינות שלא היו מעמידין אותן להצבעה בפני אותן קהילות". דומה שההליך הזהיר שנקטו הרבנים הראשיים נועד למנוע ערעור על תוקפה. אך כל אלה לא הצליחו למלט את התקנה מן המחלוקת. בפסקי-הדין הרבניים השונים ניתנו פירושים שונים לתקנה זו. היו ששללו תקנה זו מכל וכל, היו שחייבו אותה וראו בה חיוב גמור, והיו שראו בה שביל-זהב בין שתי הדעות האחרות.²⁵⁸ עד שבשולי פסק-דין רבני אחד²⁵⁹ נכתבה ביקורת על-ידי אחד הדיינים בדבר המצב הבלתי-ברור מתוך תקווה שתימצא פשרה בין האסכולות השונות. דבר זה לא נעשה עד לימינו אלה. בין היתר נכתב שם שיש להגדיל את גיל החיוב עד לגיל של שמונה-עשרה שנה, וכן לשתף את האם עתירת-הנכסים שמרוויחה היטב בהזנת בניה. אכן, הרבנות הראשית לישראל דנה בבעיה זו והחליטה בשנת תשל"ו להגדיל את גיל החיוב עד לגיל שמונה-עשרה שנה. אך הראשון לציון דאז, ר' עובדיה יוסף, התנגד להחלטת הרבנות, מאחר שלדעתו, "תקנה כזאת צריכה להיות על ידי כל דייני ורבני ישראל וגדולי התורה, וכך נהגו רבותינו הגאונים נשיאי הרבנות הראשית לישראל... בזמן שתיקנו התקנה לחייב במזונות הילדים עד גיל חמש עשרה, אחרת אין לתקנה כזאת שום תוקף לפי ההלכה".

²⁵⁷ במאמרו "התקנות החדשות של הרבנות הראשית לארץ ישראל בדיני וועדי הקהילות אישות" סיני יד (תש"ד) רנד, רנד-רנח.

²⁵⁸ סקירת פסקי-הדין ואזכוריהם ימצא המעיין במאמרים הבאים: ר"ז ורהפטיג "למקורות החובה למזונות הילדים" תחומין א (תשמ"מ) 255; שאוה בספרו, לעיל הערה 61, בע' 582-772; צ' אליאש "החקיקה הרבנית בפסיקה הרבנית - התעלמות ושיברה" דיני ישראל 10-11 (תשמ"א-תשמ"ג) קעז, קעט-קצ; ר"ש דיכובסקי "הצדקה כחיוב משפטי" תורה שבעל פה לא (תש"ן) קיב, קט-קכ.

²⁵⁹ תיק 290/תשל"ח, פד"ר יא 209, 214, 215.

לאחרונה חיווה דעתו בעניין ר' אברהם שפירא, שכיהן עד לאחרונה כרבה הראשי של ישראל. לדעתו, יש מקום כיום לחייב את האב במזונות ילדיו עד הגיעם לגיל שמונה-עשרה לפי ההלכה, שכן, בכהונתו אישרה הרבנות הראשית את העלאת גיל החיוב בהסכמת כל מועצת הרבנות. אך כדאי לתת את הדעת על הנעימה החדשה המובלעת בדבריו כנגד דעתו של ר"ע יוסף, שעמד, כזכור, על הצורך בהסכמתם של כל "דייני ורבני ישראל וגדולי התורה", ואלה דבריו:²⁶⁰

"...בשעתו לפני הקמת המדינה, הסמכות לתקן תקנות כאלו הייתה בידי הרה"ר בהסכמת המועצות העירוניות המקומיות. ולכן חזרו גם על הקהילות הקטנות... שיסכימו לתקנה זו של מזונות... אבל כיום, ב"ה יש כנסת המייצגת ייצוג גמור את כל תושבי המדינה, ומייצגת גם את היהודים שומרי הדת, שגם הם הסכימו לתקנה שתיקנו שחלה חובה על האב לזון את ילדיו עד גיל יח. לזה מספיק רק שהרבנות הראשית תסכים, כדי שלא נגיד שזה מנוגד להלכה היהודית, ולזה מספיקה כל מועצת הרבנות הראשית גם כשהיא בנושאותו של הרב גורן בלבד - ועם כל הכבוד מועצת הרה"ר חזרה על כך גם כשהיא בתקופת נשיאותי ביחד עם כב' הראשל"צ הרב אליהו שליט"א. הסכימו על כך כל הנציגים הדתיים שבכנסת, וזה מוכיח שאין זה בניגוד להלכה, וזה מחייב את כל היהודים לזון את ילדיהם עד גיל י"ח."

אילולא דמסתפינא, הייתי מעז לומר שחוק לתיקון דיני משפחה (מזונות), תשי"ט1959-, על כל תיקוניו (כולל סעיף 3א), הוא עצמו מביא, לפי ההלכה, לידי גמירות-דעתם של כל האבות במדינת-ישראל לפרנס את בניהם עד לגיל שמונה-עשרה שנה לפי שיעור יחסי של הכנסותיהם.²⁶¹

²⁶⁰ תיק ביה"ד הגדול, תשנ"ב46 / (= פורסם כמאמר "מזונותיו של בן מרדן" תחומין טז (תשנ"ו) 71, 85).

²⁶¹ רעיון דומה מביע ר' משה פיינשטיין בעקיפין, בספרו אגרות משה, יורה דעה (תשי"ט), סימן קמג. שם נשאל חכם זה אם מותר לזון את ילדיו מכספי מעשר כספים (שהוא בעצם מילוי חובת נדר של צדקה). על כך השיב כדלהלן: "ולכן נראה לע"ד ברור שהיכא שהאם דרה יחד עם בניה אף שהם יותר משש ברצון האב ואף שהם גדולים כל זמן שאין הדרך שבנים כאלו ילכו להרוויח לפרנס עצמן שיתחייב האב לזון גם אותם מדין מזונות אשתו דלא גרעי מארחי ופרחי והם ארחי ופרחי קבועים שהאב קבעם אצלה... ולכן ברוב בני אדם בזמן הזה ובפרט במדינתנו שדרים כולם יחד חייב האב במזונות בניו ובנותיו אף הגדולים מצד חיוב מזונות שלה עד שיהיו כפי הדרך שהולכים להרוויח. ואם בני משפחתו או בני משפחתה אין הולכים להרוויח עד נישואיהן אז מדין עולה עמו ואינה יורדת

(ב) הטלת חובה על האם לזון את ילדיה - מאמץ להשוואת מעמד האם למעמד האב

במקורות התנאיים והאמוראיים העוסקים בחובת המזונות לא הוזכר כלל שהאם מחויבת לזון את בניה ובנותיה. האב הוא המחויב לזון את בניו ובנותיו אם מטעמה של תקנה, דוגמת תקנת אושא, ואם מטעם צדקה, לפי עושרו ולפי צורכיהם של בניו ובנותיו, ואין האם מחויבת לזון את בניה ובנותיה שלא על דרך ההנקה מכל טעם שהוא. גם המקורות התלמודיים העוסקים בחובת ההנקה של האם מחייבים אותה להיניק את בנה רק במסגרת התחייבותיה כלפי בעלה, אבי הבן - התחייבויות הקשורות ליחסי האישות שביניהם והמשתלשל מהם.²⁶² אפילו המקורות המחייבים את האם להיניק את בנה מפאת סכנה מוחשית שעלולה להיגרם לבנה אם תימנע מלהיניקו התנו חיוב זה בקבלת שכר בעבור מיניקותה.²⁶³ לפיכך אין הגרושה חייבת להיניק את בנה, אפילו אם הוא מכירה, ויש סכנה בדבר אם תימנע מלהיניקו, כל עוד לא שילם הבעל או מישהו מטעמו את שכר הנקתה. יתר על-כן, אם אין בנה היונק מכירה, הגרושה יכולה לסרב להמשיך להיניק את בנה אף-על-פי שבעלה, אבי הבן, מעוניין שתיניקו בשכר.²⁶⁴ קיים איפוא קשר ברור בין פטורה של האם לזון את בנה ולפרנסו לבין אי-חיובה להיניק את בנה כחיוב עצמאי, אפילו מטעם צדקה. קשר זה מובלט יפה בהלכותיו של הרמב"ם. כאשר להנקה, הרמב"ם פוסק:²⁶⁵

"האשה שנתגרשה... ואם לא רצתה נותנת לו את בנו והוא מטפל בו. בד"א שלא הניקה אותו עד שהכירה, אבל אם הכירה... אין מפרישין אותו ממנה מפני סכנת הולד, אלא כופין אותה ומניקה אותו בשכר עד כ"ד חודש." ולגבי מזונות, הרמב"ם פוסק:²⁶⁶ "...ואם לא רצתה היא שיהיו בניה אצלה אחר שגמלתן, אחד זכרים ואחד

עמו חייב במזונותיהן כל הזמן שדרים עמהם יחד. וממילא אין יכול לזונם מכסף המעשר שהוא כחוב." על פרשנותם של דבריו עיינו מאמרי חילוקי הדינים, לעיל הערה 119, בע' 547, וכן הערה 221. על מידת השפעתו של החוק הישראלי על ההלכה היהודית הפנימית עמד בהרחבה פרופסור א' שוחטמן "הכרת ההלכה בחוקי מדינת ישראל" שנתון המשפט העברי טז-יז (תש"ן-תשנ"א) 500-501. וראו בהרחבה את דעתם של ד"ר ר"ז ורהפטיג ושל ר"ש דיכובסקי, לעיל הערה 258, שביארו עניין זה בדרך שונה.

²⁶² ראו בחובת ההנקה, לעיל הערה 141, בע' שכט-שלה.

²⁶³ ראו לעיל בטקסט ליד הערות 142-148.

²⁶⁴ ראו במקורות שהובאו לעיל בהערה 145.

²⁶⁵ אישות, כא, טז.

²⁶⁶ שם, שם, יח.

נקבות, הרשות בידה ונותנת אותן לאביהן, או משלכת אותן לקהל, אם אין להן אב, והן מטפלין בהן.”
הרמב”ם דוגל איפוא בגישה שאין האם מחויבת כלל במזונות בניה ובנותיה ובהנחתם אפילו מטעם צדקה. לעומתו סבור רבנו ירוחם²⁶⁷ שהאם אינה פטורה תמיד מלהניק את בניה ובנותיה מטעם צדקה, אלא: “נתגרשה אינו כופה דווקא כשמוצא מניקה, אבל אינו מוצא, או שאין שכר המניקה - כופה ומניקתו אפילו אינו מכירה.”

²⁶⁷ מישורים, נתיב כג, ה.

דבריו של רבנו ירוחם, המובאים גם בהגהת הרמ"א על השולחן ערוך,²⁶⁸ מעוררים שתי שאלות, ועל שתיהן עמד כבר בעל חלקת מחוקק: ראשית, מהו היסוד לחיובה העודף של האם להיניק את ולדה, ובלשונו: "לא ידעתי טעם לדין זה, ובמה נתחייבה היא יותר משאר נשים? ולמה לא יתנו לה ב"ד שכר הנקה כשם שעל ב"ד לפרנס הולד לאחר שגמלתן?"²⁶⁹ שנית, אם אכן מוטלת על האם חובה עודפת להיניק את תינוקה, מדוע היא יכולה להשליכו לקהל לאחר גמילתו, ואין היא מחויבת להמשיך לזונו ולפרנסו?²⁷⁰ שתי שאלות אלה ניסו ר' יהונתן אייבשיץ, בכיאוורו בני אהובה לרמב"ם,²⁷¹ ור' מאיר פוזנר,²⁷² בכיאוורו בית מאיר על השולחן ערוך, ליישב בדרך דומה. נביא את ר' יהונתן אייבשיץ בלשונו: "נראה דווקא אם האשה עשירה אף לאחר כ"ד חודשים, כופין האשה לזון את בנה. דהא אין כופין על הצדקה, ואין לך צדקה יותר מזה. ואם כן היא שיש לה חלב בדדיה ותוכל להניק, הרי היא עשירה לדבר הזה, וכופין אותה כמו שכופין על הצדקה."

ברם, דבריהם של חכמים אלה טעונים ביאור משני טעמים: ראשית, לפי ניסוחו של הרמב"ם, זכותה של האם לזון את בניה ובנותיה הינה מוחלטת. ברצותה, היא יכולה להחזיקם ולפרנסם, וברצותה, היא יכולה להשליכם לקהל כדי שהקהל יפרנסם. ואילו מדבריהם של החכמים הללו מחויבת האשה עקרונית לזונם מטעם מצוות הצדקה, ורק מפני שאינה אמידה אין היא מחויבת לפרנסם בפועל.²⁷³

שנית, מהלכותיו של הרמב"ם שהבאנו ומתשובות רבות אחרות עולה בבירור שהאם זכאית לשכר הנקה. ואילו לפי דבריהם של ר' יהונתן אייבשיץ ור' מאיר פוזנר, האשה מחויבת להיניק את בנה גם ללא שכר, מטעם צדקה, משום ש"סתם אשה עשירה בחלב".²⁷⁴ מדוע אם-כן האשה זכאית לשכר בעבור הנקתה?

נראה איפוא שאין חובת האם לזון את בנה היונק תקנה או גזרה ללא טעם, אלא דומה היא לחיובו של האב לזון ולפרנס את בניו הקטנים מדיני הצדקה. כפי שעמדתי במקום אחר,²⁷⁵ אין חיוב הצדקה ניתן להיאכף כשאר חיובי התורה,²⁷⁶

²⁶⁸ אבן העזר, סימן פב, סעיף ה.

²⁶⁹ שם, שם, ס"ק ו.

²⁷⁰ שם, שם, ס"ק יב.

²⁷¹ אישות, פרק כא, ס"ק טז.

²⁷² שם, סימן פב, ס"ק ה.

²⁷³ אומנם, הצדקה היא מצווה, אך אין חיוב שכופים עליו. עיינו במצוות הצדקה, לעיל הערה 122,

בע' ריז-ריח.

²⁷⁴ לעיל הערה 272, שם.

²⁷⁵ במצוות הצדקה, לעיל הערה 122, בע' רכא-רכז.

אפילו לא כאותן מצוות עשה הדורשות את רצון מקיימן כתנאי לתקפותן.²⁷⁷ שכן, מצוות הצדקה, מעצם מהותה ואופיה, תלויה כולה ברצונו של הנותן, למי ייתן, וכמה ייתן, ואין לשום עני כל זכות תביעה כלפי הנותן שייתן דווקא לו או שייתן לו כשיעור הרצוי לו.²⁷⁸

²⁷⁶ הנה בשאר מצוות עשה שנינו בברייתא שבבבלי כתובות, פו, א; שם חולין, קלב, ב: "...אבל במצות עשה, כגון שאומרים לו: עשה סוכה ואינו עושה, ואינו עושה, לולב ואינו עושה מכין אותו עד שתצא נפשו..."

²⁷⁷ מצוות עשה שיש צורך לעשותן מתוך רצון חופשי פסולות הן אם נעשו שלא מתוך רצונו החופשי של העושה. למרות זאת ניתן לעיתים לאכוף על עשייתן. למשל, בהבאת קורבנות נאמר: "יקריב אותו לרצונו" (ויקרא, א, ג). רצון זה נדרש בברייתא שבבבלי (ראש השנה, ו, א; שם, יבמות, קו, א; שם, קידושין, ז, א; שם, בבא בתרא, מז, ב; שם, ערכין, כא, א. בנוסח מקוצר עיינו במשנה ערכין, ה, ו) כדלהלן: "יקריב אותו מלמד שכופין אותו. יכול בעל כרחו? ת"ל 'לרצונו'. הא כיצד? כופין אותו עד שיאמר רוצה אני" כיוצא בו גט אשה תקף רק אם ניתן על-ידי הבעל מרצונו החופשי, שנאמר: "והיה אם לא תמצא חן בעיניו... וכתב לה ספר כריתת, ונתן בידה, ושלחה מביטו." (דברים, כד, א) מכאן שהאיש אינו מוציא אלא לרצונו (עיינו בבבלי יבמות, קיג, ב). והנה במשנת ערכין ה, ו, שנינו: "...וכן אתה מוצא בניטי נשים כופין אותו עד שיאמר רוצה אני" ועל ההסבר של רצון מתוך כפייה עיינו: רש"י קידושין, נג, א, ד"ה מצוה לשמוע; רשב"ם, בבא בתרא, מח, א ד"ה דילמא, וכן אור שמח, ב, כ. לפי המעשים המובאים בתלמודים ומדרשי האגדה העדיפו חכמים לעיתים לתת צדקה מממונם ²⁷⁸ לאנשים שלא היו עניים בהכרח מנקודת-ראות אובייקטיבית. אך למרות אופיה של מצוות הצדקה הכללית, שהיא נדבה ותלויה ברצון הלב של הנותן, לפי שיקול-דעתו, דרשו בה חכמים סדר של קדימויות. כך נשנה בספרי דברים, פסקה קטז (פינקלשטיין, 174-175): "כי יהיה כל ולא באחרים, אביון תאב (= זה האביון המתאוה ואינו יכול למלא אחר תאוותו) קודם, אחיך זה אחיך מאביך, כשהוא אומר מאחד אחיך מלמד שאחיך מאביך קודם לאחיך מאמך, באחת שעריך יושבי עירך קודמים ליושבי עיר אחרים. בארצך יושבי הארץ קודמין ליושבי חו"ל... באחת שעריך היה יושב במקום אחד אתה מצווה לפרנסו. היה מחזור על הפתחים אין אתה זוקק לכל דבר..." דומה סדר העדיפויות שנמנה בספרי אינו מראה על חובה כלשהי ליתן לפי סדר זה, אלא רק הנהגה ראויה בעיניהם של חכמים לפי מה ששיערו חכמים בדעתם של נותני הצדקה. מנהגו של עולם הוא שנותן הצדקה מפרנס את קרוביו קודם שיוזן את הרחוקים יותר ממנו, וכן מקובל שנותן הצדקה זן את אנשי עירו שרואה אותם בעוניים ומרחם עליהם טרם שיוזן אנשי עיר אחרת. כמו-כן אין כל חיוב על הנותן להעדיף ולתת לאביון, הוא העני התאב, קודם שיוזן את העני שאינו מחזור על הפתחים, אלא העדפת האביון היא עניין של אומדן דעת, שאדם נותן צדקה מממונו למי שמבקש ממנו במפגיע יותר מאשר למי שהוא ספון בביתו ובוש מלבקש. באותו מובן אין כל חיוב להעדיף את העני היושב במקום אחד על זה שמחזור על הפתחים, דעתו של נותן הצדקה קרובה למי שמראה עצמו נצרך בעירו מאשר לאותו עני המסבב במקומות אחרים, שמן הסתם ימצא גם באותם מקומות את פרנסתו.

מאחר שמהותה של מצוות הצדקה היא מעשה התלוי בנדיבות-הלב ונקבע לפי רצון הנותן, אין לאכוף מתן צדקה על אדם שאינו חפץ לקיימה.²⁷⁹ ברם, נדיבות-הלב נאמדת גם באופן אובייקטיבי, לפי מה שמשערים חכמי ההלכה בדעתו של הנותן.²⁸⁰

²⁷⁹ המקרים שניתן לאכוף בהם על הצדקה הם: א. כשאדם נדר לצדקה, שאז ניתן לעשותו כדי שיקיים את נדרו. ב. כשהצדקה היא חלק מחיוביהם של בני העיר. ועל סיבתם של אותם יוצאים מן הכלל, עיינו בחובת ההנקה, לעיל הערה 141, בהערה 171.

²⁸⁰ קדימויות נשנו גם במשנה הוריות, ג, ז-ח: "האיש קודם לאשה להחיות ולהשיב אבידה, והאשה קודמת לאיש לכסות ולהוציאה מבית השבי... כהן קודם ללוי, לוי לישראל וישראל למזמר... אם היה ממזר תלמיד חכם, כהן גדול עם הארץ, ממזר ת"ח קודם..." והרי כל אלה ענייני צדקה. נראה ששיקולי קדימויות אלה אינם אלא בצדקה של ציבור, ולא ביחיד, כך שהשיקולים הם שיקולים ערכיים ולא כל-כך של קרבת הדעת. ברם, בצדקה של יחיד אין כל הכרח להעדיף לפי הסדר הזה. נראה שהרמב"ם בהלכותיו, מתנות עניים, מחלק בין צדקה של ציבור לצדקה של יחיד גם בעניין הקדימויות. בפרק ז, יג, שונה רק קדימויות של קרבה, כגון "עני שהוא קרובו, קודם לכל אחד. עני ביתו קודמין לעניי עירו, עניי עירו קודמין לעניי עיר אחרת...". ואילו בפרק ח מדבר על צדקה שאינה תלויה רק בהתנדבות היחיד, כמו צדקה על-ידי נדר (הלכה א) או צדקה של ציבור (הלכה יא), ושם שונה את הקדימויות ששינו במשנה בהוריות (הלכות טו-יח, במיוחד ראו הלכה יז). וראו הערת ר"ח אלבק **בהשלמות** על משנה זו, בע' 506. לעומת מקורות אלה, ראו בתוספתא הוריות, פרק ב, הלכה ה (צוקרמנדל, 476), שנשנו כל הקדימויות בערבוביה של קרבת הדעת ושל שיקולים ערכיים. בבבלי הוריות יג, א, מובאת ברייתא: "תניא רשב"י אומר: בדין הוא שיקדים עבד משוחרר לגר, שזה גדל עמנו בקדושה וזה לא גדל עמנו בקדושה, אלא זה היה בכלל ארור וזה לא היה בכלל ארור." נימוק אחר להעדפת גירות על משוחררת הובא שם: "זו היתה בחזקת שמור וזו לא היתה בחזקת שמור." אך נראה שהטעם האמיתי הוא כפי שמובא בהמשך: "הכל רצין לישא גירות ואין הכל רצין לישא משוחררת." כלומר, גם השיקולים הערכיים נגועים בקרבת הדעת של הבריות במה הם חפצים יותר, וראו טור ושולחן ערוך, יורה דעה, סימן רנא. על ההבדל בין שני סוגי הצדקות לעניין העדיפות ראו ר"מ פיינשטיין, אגרות משה, יורה דעה (תשי"ט), סימן קמד, וזו לשונו: "...הנכון לעניות דעתי שיש חילוק בזה בין היחיד על הצדקה שלו, לגבאי על כיס של צדקה. דיחיד על צדקה סתם שלו יש לו טובת הנאה לתתה למי שירצה מאותן שרשאים לקבל צדקה, והוא כמו טובת הנאה דמתנות כהונה שהזכות שבידו הוא ליתן לכל כהן שירצה ואין חילוק איזה כהן צריך יותר להמתנות... וכ"כ הוא בצדקה סתם שלו שיש לו בהן טובת הנאה יכול ליתן לכל מי שירצה מאלו שרשאים ליקח צדקה אף שאחד יותר צריך, ואף למי שחסר לו כסות אף שיש עני שצריך למזונות. אבל גבאי על כיס של צדקה שאין לו בהם וגם לא להנותנים זכות טובת הנאה כדאיתא בסימן רנא, סעיף ה, אלא הוא דין על הקהל לעשות בהם הטוב בעיני אלוקים ואדם... והגבאים הם הממונים מהקהל לעליהו נאמר דינים להקדים ליתן מתחילה להנחוי יותר ושלאכילה קודם לכסות וכדומה..." וראו ספר הפלאה, קונטרס אחרון, הלכות כתובות, סימן עא, ס"ק (ב), מה שכתב לעניינו.

חכמים ירדו לסוף דעתם של הבריות שרוצים הם לפרנס את ילדיהם הקטנים שאין בכוחם להתפרנס מעצמם, ולכן אם יאמר האב שאינו חפץ בכך, משונה הוא, ובטלה דעתו אצל דעת כל האבות. יתר על-כן, גם שיעור המזונות שהאב מחויב לבניו הקטנים משוער לפי אמידותו, כלומר, לפי אומד דעתו של האב עד כמה הוא מוכן לדחוק את עצמו ולזון ולפרנס את בניו ובנותיו. ברור מאליו שאומד דעתו האובייקטיבי של האב משתנה לפי עושרו, מצד אחד, ולפי חוסר יכולתם של הבנים להתפרנס משלהם, מצד אחר.²⁸¹

אף חיובה האפשרי של האם להיניק את בנה נשען על אומד דעתה של האם, מתי גומרת היא בדעתה להיניק את בניה ובנותיה ומתי אין בדעתה לעשות כן. שורש המחלוקת שבין הראשונים בעניין חיובה של האם להיניק, אף ללא נטילת שכרה מהבעל או מהקהל, סובב והולך סביב אומד דעתה של האם. הרמב"ם וההולכים עימו²⁸² סבורים שאין האם גומרת בדעתה להיניק את בניה ובנותיה דרך קבע מעבר לחיובי האישות שלה כלפי אביהם, או מעבר לחשש שמא הימנעותה מלהיניק תסכן את ולדותיה. שהרי ממה נפשך, אם נישאה האם בינתיים לאחר, הרי היא תלויה בדעת בעלה, ויכול בעלה לעכבה מלהיניק את בניה ובנותיה מאיש אחר,²⁸³ ולא כל שכן שהוא יכול למונעה מלזון את בניה ובנותיה, שהרי הוא זכאי במעשה ידיה²⁸⁴ וכן ברווחים הבאים מנכסיה.²⁸⁵ ואם אין האם נשואה, הרי היא משועבדת לעיתים ליורשי בעלה. וגם אם אינה נשואה וגם אינה משועבדת ליורשי בעלה, היא נמנעת מלהיניק את בניה ובנותיה בעצמה ללא נטילת שכר, שהרי טורח הוא לה לצאת ולהתפרנס כדי שיהא לה חלב בדדיה. ולא זו בלבד, מלאכת ההנקה קשה היא משאר מלאכות הבית, שעליהן נאמר בהקשר אחר ש"אין להטריחה [את האישה שהכניסה לבעלה שפחות -יצי"ג] בטורח קשה כזה לטחון ולאפות, כך הנך דכתיבי במתניתין, לפי שיופיה מתמעט".²⁸⁶ נמצא שמכל הטעמים הללו, אין להניח שאומד דעתן של כל הנשים להיניק את בניהן ובנותיהן שלא בשכר. ויכולה איפוא אשה לגלות את דעתה שאינה חפצה במתן צדקה זה, ואין היא משונה, אלא ששייכת למיעוט ניכר שיש להתחשב בדעתו.

²⁸¹ עיינו למשל בתשובות הרשב"א, חלק שני, שצא; הג"ל, חלק ג, רצב. תשובה אחרונה זו מובאת בבית

יוסף, יורה דעה, סימן רנא, ד"ה כתב הרשב"א.

²⁸² ראו תשובות מהר"י ווייל, פסקים סימן יא; רשד"ם, אבן העזר, סימן קצג.

²⁸³ ראו לעיל סמוך להערה 143.

²⁸⁴ ראו לעיל סמוך להערה 141.

²⁸⁵ ראו משנה כתובות, ד, ד; תוספתא כתובות, פרק ד, הלכה א (ליברמן, 66); רמב"ם, אישות, טז, א-ב;

טור אבן העזר, סימן פה.

²⁸⁶ תוס' ר"ש משנן, כתובות, נט, ב (ליס, ע' קס) ד"ה אין אשה.

רבנו ירוחם סובר לעומתו שאומנם, בדרך-כלל, אין אשה גומרת בדעתה להיניק את בניה ובנותיה, אך כאשר האב אינו מוצא מי שייניק את בנו או שאין לו כסף לשלם את שכר מיניקתו, האם גומרת בדעתה להיניק את בנה בעצמה כל כ"ד חודש. וכל זאת למה? לפי שבניגוד למזונות הרגילים שהאם צריכה לצאת ולטרוח אחריהם, הרי האם המינקת "שיש לה חלב בדדיה ותוכל להניק כשהיא עשירה לדבר הזה".²⁸⁷ משום כך היא גומרת בדעתה להיניק אף ללא תמורה.

אך גם לדעה האחרונה, שיש חובה על האם להיניק את בניה מטעם צדקה, הרי זה רק כשאין לאב ממה לשלם בעבור הנקתה, או שאין לו כסף לשכור מינקת אחרת. ברם, מפסקי-הדין הרבניים בישראל נושבת רוח חדשה. כך כותב ר"ש ישראלי בדעת מיעוט בערעור תשל"ג²⁸⁸: "אכן כשזה מדין צדקה יש לברר גם את אפשרויותיה של האם, שכן גם האשה מחוייבת מדין צדקה ובמקרה שגם היא אמידה, יש לדון על חלוקה ניאותרת של חיוב זה שמדין צדקה שעל האב והאם כאחד." [הדגשה שלי - יצ"ג] דומה לעניות דעתי שדעתו של ר"ש ישראלי, שאין לה תקדים בספרות ההלכתית, נכונה כשלעצמה, מאחר שהיא פרי אומד דעתן של רובן המוחלט של הנשים בימינו, המנהלות אורח חיים עצמאי לחלוטין, עובדות בעבודות רווחיות (שאינן בהכרח "מלאכות" במובן המסורתי של המלה) ומשתכרות בפני עצמן ופעמים יותר מבעליהן. נשים אלה אינן מרגישות עצמן משועבדות לבעליהן כבעבר. משום כך צודק ונכון להימשך אחר אומד דעתן ולחייבן בהזנת ילדיהן הקטנים לפי אמידותן.²⁸⁹

ולא זו בלבד, אלא דומה שחוק אורחי זה, המשווה בין האב לאם באשר לחיובם במזונות ילדיהם, משפיע על הדין הדתי לסטות מדרכו הישנה ולחייב בשווה, ולו רק מטעם צדקה, גם את האם העומדת ברשות עצמה ושאינה נותנת מעשה ידיה לבעלה.

²⁸⁷ בני אהובה, לעיל הערה 171.

²⁸⁸ פד"ר ט 251, 263. על השפעת פסק-דינו של ר' שאול ישראלי על הפסיקה האזרחית, עיינו, למשל,

ע"א 4523/90 קאהן נ' קאהן (קטינה), פ"ד מה(5) 529.

²⁸⁹ בנקודה אחרונה זו ראו דעתו של פרופסור מ' שאוה בספרו, לעיל הערה 61, בע' 288-289 והערות

225-227; שם, 743-742 וההערות בסמוך אליהן; ובניגוד אליו את דעתו של ב"צ שרשבסקי דיני

משפחה, לעיל הערה 62, סעיף 60, הערה 7. דומני שגישתו של פרופסור שאוה נשענת על הפסיקה

הרבנית המחדשת, כמו של ר"ש ישראלי. בערכאות אזרחיות היא הגישה הנכונה מבחינת אומד

דעתה של האם. תימוכין נוספים מוצא פרופסור שאוה, שם, מן הפסיקה האזרחית, שפירשה את כללי

ההלכה באופן דומה. למשל, ע"א 426/65 רינת נ' רינת, פ"ד כ(2) 21, 25-26.

(ג) התניית חיוב מזונות הילדים בשיקול-דעתו של בית הדין – מאמץ להחזרת

רעיון האפוטרופסות ליחסים שבין הורים וילדים בדיני התורה

גם דברי הרמב"ם, שיוכל האב להתנות את חיובו לזון ולפרנס את בנו מעל גיל שש בתנאי שיהיו בניו אצלו,²⁹⁰ נראה שתלויים הם בדעתו של האב. כידוע, חילק הרמב"ם את דינם של הבנים לשלוש: בן מתחת לגיל שש "אין מפרישין אותו ממנה... אלא כופין את אביו ונותן לו מזונות והוא אצל אימו". בן מעל שש "יש לאב לומר 'אם הוא אצלי אתן לו מזונות, ואם הוא אצל אימו לא אתן לו מזונות'".²⁹¹ והבת אצל אימה לעולם ואפילו לאחר שש. "הרבה מן הראשונים והאחרונים התקשו מאוד בחילוקים אלה - מדוע חילק הרמב"ם בין בן מתחת לשש לבין זה שמעל שש, "והלא הוא חייב לתנו בתורה בן ארבע ובן חמש ואיך יחנכנו והוא גדל בין הנשים?"²⁹² או מדוע לא סייג הרמב"ם את זכות האם להחזיק בילדיה, כפי שסייגו הגאונים בתשובותיהם, רק בתנאי שהיא שומרת על צניעות, ורק בתנאי שלאב אין אשה אחרת, הקרובה לבתו כסבתא, כאחות, שאז חוזרת ההחזקה לאב?²⁹² אך מעל לכל, סגנון הלכתו של הרמב"ם העלה את הספק אצל רבים ממפרשי הרמב"ם: כלום האב יכול לדרוש את הבן מעל גיל שש שיהיה אצלו, או שמא הוא יכול רק "לאיים" בשלילת המזונות מן הבן, כך שהברירה אצל האם אם לוותר על החזקת הבן או לוותר על תשלום המזונות מן האב? תמיהות אלה, היוצאות מנקודת-ההנחה שכללי הרמב"ם עוסקים בענייני החזקת ילדים, גרמו לכך שכללי הרמב"ם יתפרשו בכמה פנים.²⁹³

כבר שיערתי במקום אחר,²⁹⁴ בעקבות דבריו של הראי"ה קוק,²⁹⁵ שאין הרמב"ם דן בענייני החזקת הילדים כלל, אלא בענייני מזונות בלבד. משום כך הרמב"ם תופס את גיל שש כציון-דרך, ולא את גיל ארבע או חמש. מאותה סיבה אין הרמב"ם מתנה את כלליו בהתאמת האם להחזיק בילדיה או בטענות הבעל לחלופות שונות בהן יוחזק הילד, כפי שהתנו הגאונים. לפי דרכנו, לא ניתן להסיק דבר על יכולתו של האב לדרוש שילדיו יהיו עימו מעבר ל"איום" בהפסקת מתן מזונות לבנו; אך עדיין

²⁹⁰ רמב"ם, אישות, כא, יז.

²⁹¹ הראב"ד, שם, שם.

²⁹² עיינו, למשל, בתשובות הגאונים שערי צדק (דפוס ירושלים, תשכ"ו), חלק ד, שער ד, מו (= אוצר

הגאונים (לרב"מ לוי) כתובות, חלק התשובות, תשצו); תשובות הגאונים הקצרות (מאסקאוויטש)

צג; תשובות הגאונים (מרמרשטיין) ח (= גנזי קדם (לרב"מ לוי). ספר שלישי (תרפ"ה), 62, (1) 23).

²⁹³ על האסכולות הפרשניות להלכת הרמב"ם, עיינו לעיל הערה 217. בהלכת משכיל לאיתן נ' משכיל

לאיתן, לעיל הערה 231, בע' 315, כתב השופט קיסטר: "...כפי שרואים מלשונו של הרמב"ם, אין

דברים אלו הוראה מפורשת למקרה בו האב מעונין לגדל את הילד, אך לא בביתו, אלא במוסד".

²⁹⁴ בטובת הילד, לעיל הערה 163, בע' 310-314.

²⁹⁵ תשובות עזרת כהן, נז.

יש לבאר: מהיכן לקח הרמב"ם את הטענה "המאימת" של האב לגבי בן מעל שש, טענה שאינה מוזכרת בתלמודים? ומדוע אין טענה זו תופסת בבן מתחת לשש או בבת גם מעל גיל שש? נראה שסברת הרמב"ם יוצאת מנקודת-ההנחה שדעת האב קרובה לבניו ולבנותיו לזונם ולפרנסם. אולם כאשר מדובר בבנים שמעל גיל שש, שיש בהם דעת לצאת ולהתפרנס ממעשה ידיהם ולזכות ברווחים ממוניים שיפלו לידם, האב רוצה שיהיו סמוכים על שולחנו כדי שיוכל הוא עצמו לזכות ברווחים שיפלו לידיהם ושמהם יוכל גם לפרנסם.²⁹⁶ לא כן בבנים עד גיל שש, שטבעו של עולם שאין הם מסוגלים לצאת ולהתפרנס מעבודתם, ואין בהם דעת לזכות ברווחים, אין האב מקפיד על בנים אלה, והוא יזון אותם ויפרנסם גם אם יהיו אצל אימם. ואף אם יש אב הטוען שהוא חפץ שבניו קטני הקטנים יהיו אצלו, אחרת לא יפרנסם, הרי הוא משונה, ובטלה דעתו אצל דעת כל אדם. הוא הדין בבת שמעל גיל שש, ש"היא אצל אמה", אין האב יכול לטעון שלא יפרנסה אלא רק כשתהיה אצלו; שכן, גם אם אין הבת הקטנה או הנערה סמוכה על שולחנו, האב זוכה ממנה ב"שבח הבא מחמת גופה". משום כך, גם אם יטען שאינו רוצה לזונה אלא כשתהיה אצלו, הוא משונה, ובטלה דעתו אצל דעת כל אדם.

אך גם מפרשי הרמב"ם, שביארו את כללי הרמב"ם ככללי החזקה, הניחו שיכולת ההתנאה הינה מוחלטת. כפי שכותב בעל חלקת מחוקק באשר לבן מעל גיל שש:²⁹⁷ "...כשהבן אינו רוצה להפרד מאימו יש לאב לומר: אין עלי חיוב צדקה לפרנסו כל זמן שאין שומע לקולי להיות אצלי ללמוד תורה ושאר דברים." ואין הדבר תלוי אם אותו אב מסוגל לחנך לתורה או להחזיק בבנו.

אם גישתנו נכונה, עולה בבירור שאין שלילת המזונות תלויה בשיקול-דעת של בית-הדין לגבי השאלה אם סרבנות האב מוצדקת אם לאו, אם היא משרתת את "טובת הילד" אם לאו. כמו-כן נכון לשער שאין מקום להכריז על הבן כעל בן מורד כדי לשלול את מזונותיו, שכן כל אימת שאין הבן הולך אחר דעתו של האב, אין כל אומדן לגבי דעתו של האב לזונו ולפרנסו. הכרזת המרדות היתה נכונה אלמלא היה חיוב המזונות מדיני הצדקה, אלא קבוע וברור דוגמת חיוב הבעל לזון את אשתו.

לעומת הגישה ההלכתית המתנה את חיוב האב בקיום תנאי החזקה, המחוקק הישראלי סבור שאין חיוב האב לזון את בניו ובנותיו הקטנים תלוי בעובדת הימצאם אצלו או במידת יכולתו להשפיע על חינוכם ולימודם, אלא הכל תלוי בשיקול-דעתה של הערכאה הדנה בעניין. בתי-המשפט הם המוסמכים לקבוע, במקרים של סכסוך בין ההורים, היכן יהא הילד, היכן יתחנך ואצל מי ילמד. בית-המשפט יכול לקבוע שמקום ההחזקה, הלימוד והחינוך יהא אצל האם ובהשפעתה, ואילו האב יזון את בניו ובנותיו; ומעשים של יומיום יעידו על כך. גישה זו של המחוקק מתקיימת

²⁹⁶ לעיל בטקסט הסמוך להערות 119-121.

²⁹⁷ אבן העזר, סימן פב, ס"ק ט. ועיינו ניתוח דבריו בטובת הילד, לעיל הערה 163, בע' 329-330.

בערכאות האזרחיות גם בסכסוכים בין בני-זוג יהודיים למרות הפעלתו של הדין היהודי כ"דינו האישי" של החייב. אין זאת אלא שלדעת הפסיקה האזרחית, חיוב המזונות לפי דיני התורה אינו תלוי באומד דעתו של האב, אלא - כבשיטות משפט מודרניות - חיוב זה קבוע ורק שיקול-הדעת של השופט יכריע אם להקל את חיובו.²⁹⁸

במיוחד בעניין בן המסרב להיפגש עם אביו למרות קביעת בית-המשפט עצמו, או המסרב לציית להוראותיו, המחוקק קובע בחוק כי "...רשאי בית המשפט, אם הוא סבור שמן הצדק והיושר לעשות כן", לפטור את האב מחובתו לזון "...כולה או מקצתה מחמת התנהגות מחפירה שהזכאי במזונות התנהג כלפיו". הפסיקה פירשה פרווילגיה זו בצמצום רב למקרים בודדים בהם אין לסרבנות כל הצדק, וגם אז לא התירה להביא את הבן הקטין לידי "חרפת רעב" בשל מרידתו באביו.²⁹⁹ ושוב, כאמור לעיל, הופעלה נורמה זו גם על מי שדינו האישי הוא ההלכה היהודית.

אבל המעניין ביותר הוא שגם בפסיקת בתי-הדין הרבניים בישראל מצאנו פנים חדשות שאינן בנמצא במקורות קודמים. רבים מפסקי-הדין שניתנו בבתי-הדין הרבניים, כשכותרתם הייתה קביעת מקום החזקה או מקום לימודו של הבן או הבת שענינם נידון לפניהם, נסבו למעשה בעיקרם על שאלת מחויבותו של האב במזונות בנו או בתו שאינם נשמעים לו.³⁰⁰ בעניין זה הלכו בתי-הדין הרבניים אחר מסורת מבוססת של פוסקים שונים שנדרשו לסוגיה של החזקת הילדים, ואף הם דנו בה כסניף לשאלת הפטור של האב ממזונות בנו או בתו.³⁰¹ חידושם איפוא של בתי-הדין הרבניים הוא בכונותם לסטות מהעקרונות ההלכתיים שהבאנו לעיל, לפיהם אין כל עצה נגד האב הרוצה להיפטר בטענה "אם הוא אצלי אתן לו מזונות, ואם הוא אצל אימו לא אתן לו מזונות", והגבלתה של טענה זו לשיקול-דעתו של בית-הדין הדן בעניין.

²⁹⁸ עיינו לעיל בטקסט הסמוך להערה 95.

²⁹⁹ ע"א 199/77 חרירי נ' חרירי, פ"ד לב(1) 458, 462; ע"א 690/79 ניסנקורן נ' ניסנקורן, פ"ד לד(2) 360, 357; ע"א 244/83 לב נ' לב, פ"ד לח(4) 154, 158. בשלושת פסקי-הדין הנ"ל נקבע שזו עמדת המשפט העברי. עיינו גם בספרו של פרופסור פ' שיפמן דיני המשפחה בישראל, לעיל הערה 28, בע' 254-257. בע"א 66/84 למברג נ' למברג, פ"ד לח(3) 315, הודגש שגישתו של בית-המשפט בעניין זה נובעת מהחשש שמא האב גורם בהתנהגותו שהבן או הבת לא ישמעו בקולו.

³⁰⁰ עיינו למשל תיק תשט"ו 3301/, תשט"ז 22701/ (ת"א), פד"ר ב 298; תיק תשכ"ד 42/ (י-ם), פד"ר ז 10, 21-22.

³⁰¹ עיינו, למשל, בתשובות רשב"ץ, חלק ג, קמד; תשובות הרדב"ז, חלק ג, תנא; תשובות ר"מ אלשיך, לח; תשובות המבי"ט, אבן העזר, מה; תשובות מהרשד"ם, אבן העזר, קכג; תשובות פרח מטה אהרון, חלק ב, סימן קי, ועוד.

כיצד פרנסו בתי-הדין הרבניים את חידושם זה? בפסק-הדין תשי"ב/2496³⁰² הבחין בית-הדין הרבני בין מקרה בו הבן הוא זה שנמנע ביוזמתו מלעבור לחזקת אביו, אזי יש לאב שיקול-דעת מוחלט שלא לפרנסו, לבין מקרה בו "המניעה היא מצד בית הדין, שביה"ד קובע שלטובת הילד הוא צריך להיות במקום אחר, לא אצל האב. במקרה זה אין האב יכול לטעון 'אם אין שומע לקולי להיות אצלי אין עלי חיוב לפרנסו'". לעניות דעתי, אין לחידושם כל תימוכין בספרות ההלכה שלפניהם.³⁰³

בתיק תשכ"ד/42³⁰⁴ עמדה השאלה אם האב יכול להיפטר ממזונות בנו בן הי"ג, שעזב את ישיבת סאטמר למרות רצון האב שימשיך ללמוד שם, ועבר, בעידודה של האם, גרושת האב, ללמוד בישיבת פוניבז'. האב טען כי היות שהבן אינו שומע בקולו ואינו רוצה להמשיך בדרכו המיוחדת, לאמור, שיטת לימוד חסידית ובשפת היידיש, אלא חפץ ללמוד בישיבת פוניבז', שלומדים שם "בלה"ק" (בלשון הקודש) - הרי הוא פטור מלזון את בנו בטענה "אם הוא אצלי אתן לו מזונות". לפי ענייניו של התיק, המזונות שנדרש האב לשלם היו דמי כלכלתו של הבן בהיותו בישיבה ושכר לימודו.

ר' מרדכי אליהו פסק שם³⁰⁵ כי מאחר שלפי הלכות כיבוד הורים "אין הבן חייב לשמוע בקול אביו, אלא ללמוד במקום שליבו חפץ", הרי ש"חזר הדין שאין האב יכול לומר לו: 'אם אינך עמי איני זנך', כי כל הטעם הוא שאינו רוצה לשמוע בקולו, אבל כאן הדין עם הבן, שאינו רוצה ואינו ממרה בזה פי האב, ואדרבה על האב חובה ללמדו תורה במקום ובאופן שליבו חפץ, ועליו לעזור לו ולסייעו בזה, ולכן על האב לפרנסו ולזונו ולתת לו כל מחסורו במקום שהוא לומד שם". כבר הערנו במקום

³⁰² תיק תשי"ב/2496, תשי"ג/2567. (ת"א), פד"ר א 55.

³⁰³ יש הרואים בתשובות המהרש"ם (לר' שלום מרדכי מברזין), חלק ב, רלו, תקדים לחידוש זה. אך המהרש"ם פסק לגבי מזונות למפרע, ואין כל ביטחון שהיה פוסק שם על תשלום מזונות מכאן ולהבא. כמו-כן הוא מדבר במפורש על בן קטן למטה מגיל שש, שאז, כפי שהוא כותב: "כיוון שהיא אמו של הילד ויש לה זכות בדין תורתנו הקדושה לכופו שיהא הולד אצלה לא גרע כוחה ... כלום דברי המהרש"ם יתפסו גם בבן בגיל שהוא למעלה משש? בהמ' 1696/60 רון נ' קפלן, פ"מ כד 329, 340, 341, ניסה השופט קיסטר לאשש חידוש זה על הגר"א בהגהותיו, אבן העזר, סימן סב, ס"ק יא; על הרדב"ז, חלק א, תכט; ועל הרשב"ץ, חלק ג, ריח. לעניות דעתי, אין בכל המקורות הללו תימוכין לחידושו של בית-הדין. על דעת הרדב"ז, עיינו בטובת הילד, לעיל הערה 163, בהערה 74, וכן מה שכתבנו שם בהערה 196.

³⁰⁴ תיק תשכ"ד/42 (י-ם), פד"ר ז 10.

³⁰⁵ שם, בע' 32

אחר³⁰⁶ שיש בדברי ר"מ אליהו חידוש רב המצריך עיון. כל מה שנאמר שהבן אינו חייב לשמוע בקול אביו ורשאי ללמוד במקום שליבו חפץ - נאמר רק לעניין מצוות כיבוד הורים, אך מהיכן ניתן להסיק מהרמב"ם או ממקורות אחרים כי זכות זו של הבן לסרב לאב ולא לשמוע בקולו טומנת בחובה גם זכות לבן הסרבן להתפרנס מן האב, ושהאב חייב לממן את שכר הלימוד של הבן במקום שהבן חפץ? מה עוד שחייב האב ללמד את בנו תורה אינה דווקא בשכירת מלמד לבנו.

אכן, ר' אברהם שפירא, שישב אף הוא בהרכב, היה מסויג יותר בפסק-דינו, וכך קבע:³⁰⁷ "...נחזור לטענות האב שמכיוון שאין הבן אצלו עליו להיות פטור ממזונותיו, הנה לפי סברת חלקת המחוקק בדעת הרמב"ם, שהאב צודק משום שצריך להיות אצלו ללמוד תורה י"ל שזה דווקא בתובע שיהיה אצלו והבן מסרב, אבל במקרה ששניהם מסכימים, שלא יגור אצל האב אלא במקום אחר, כיוון שאין כאן טענה שרוצה שילמד תורה מפיו, אין הכרח שהאב יהא פטור ממזונות, ..." ניתן איפוא לשער שלו רצה האב שם ללמד את בנו תורה בעצמו, לא היה בית-הדין רשאי לחייבו לזון את בנו למרות סירובו המוצדק של הבן ורצונו ללמוד במקום אחר.³⁰⁸ לא רק מזונותיו של הבן מעל גיל שש עברו שינוי צורה בפסיקת בתי-הדין הרבניים, אלא גם מזונותיה של הבת. לפי דרכנו, הרמב"ם, בקובעו ש"הבת אצל אימה לעולם", התכוון לומר שדעתו של האב לזון את בתו הקטנה והנערה אף שהיא אצל אימה, ואין הוא מקפיד שהבת תהא אצלו בהחזקתו מאחר שמעשה ידיה של בתו זו תמיד שלו. אך גם אחרוני הראשונים, שראו בכלל זה של הרמב"ם עניין של החזקה, לא דנו אלא ביריבות שבין האם לבין יורשי הבעל או האפוטרופוסים שמונו מטעמו לפני מותו. משום כך, מחלוקת ראשוני האחרונים אם הכלל "הבת אצל אימה לעולם" הוא כלל נוקשה, שאין לשנות ממנו, או שהוא כלל שמטרתו היא טובת הבת, ויכולים היורשים לטעון שהבת צריכה להיות אצלם, ולא אצל אימה, לא דן בזכותו העקרונית של האב לשלול את מזונותיה של בתו אם התנהגותה של בתו כשהיא אצל אימה אינה נראית לו.³⁰⁹

³⁰⁶ "לטיבו של השיקול הדתי ההלכתי בסכסוכים שבין הורים על משמורת ילדיהם ועל דרך חינוכם" דיני ישראל טז (תשנ"א-תשנ"ב) קלג, קנב-קנד.

³⁰⁷ שם, בע' 28.

³⁰⁸ ברם, בתחילת דבריו ר"א שפירא קובע דבר שונה. ועל עניין זה עיינו במאמרי, שם, הערה 86.

³⁰⁹ ועיינו בטובת הילד, לעיל הערה 163, בע' 321-325, בעניין דעותיהם החלוקות של הריב"ל ושל מהר"ם מפדובה, מהרשד"ם והמבי"ט.

ברם מפסקי-הדין הרבניים נושבת רוח חדשה, לפיה הכלל ש"הבת אצל האם" אינו מונע את בית-הדין מלשקול שלילת מזונות מן הבת אם אינה שומעת בקול אביה ואינה חפצה לבקרו. חידושם זה של בתי-הדין הרבניים נומק בדרכים שונות. ר' עובדיה יוסף משווה את עניינה של בת זו לשאלה עתיקת היוםין אם האם יכולה להוציא את הבת מעירו של האב ולהרחיקה ממשפחת בעלה שמת, ומכריע על סמך הספק בטענת "קים לי"; לעומתו, רא"י וולדינברג סבור שיש להכריע על שלילת מזונות הבת בשל השחיתות המוסרית של אותה בת שאינה רוצה להיפגש עם אביה. לדעתו ולדעת דיינים אחרים מהרכבים אחרים, יש שחיתות מוסרית בכך שהבת מסרבת לבקר אצל אביה, שכן "גם כאשר האב אינו שומר מצוות", יש לכבדו.³¹⁰

(ד) המעטת כוחו של האב לזכות במעשה ידיהם וברווחיהם של ילדיהם לחיובו במזונות ילדיו - מאמץ להשוות את דיני התורה למוסכמות החברתיות בישראל

שינוי חשוב נוסף ביישומם של דיני התורה בסוגיה זו הוא המעטת כוחו של האב לזכות ברווחיהם ובמעשה ידיהם של ילדיו. אם ההלכה היהודית הצרופה רואה בחיוב האב לזון את ילדיו עניין שווה-ערך לזכויות האב בנכסי בניו, שכן "היה נראה ישר בעיני חכמים לשלם טוב לעושה הטוב שמזין אותו, אף שלא חייב לפרנסו", כלשון בעל הסמ"ע, הרי שבפסיקת בתי-הדין הרבניים יש הגבלות חדשות על זכייה זו של האב, הגבלות שאין להן, למיטב ידיעתי, תקדים בעולמה של ההלכה.

נצביע על דוגמה אחת הלקוחה מפסק דין רבני, ערעור תש"ל / 101, 125:³¹¹ באותו מקרה שנידון שם תבע אב מבתו השבת דמי כלכלתה שהוציא עליה מאחר שבתו עבדה והרוויחה כסף רב מעבודתה. הכסף שהרוויחה הופקד בחשבון בנק שהיה רשום על שמה. האב קיבל מבתו ייפוי-כוח למשוך כספים מחשבון זה. הוא ניצל את ייפוי-הכוח והוציא כספים, וטען שהכסף שהוציא בא להשיב לו את הוצאות כלכלתה. מנגד טענה הבת שאביה הבטיח לה שהכספים שהוציא מחשבונה ישמשו לנדונייתה.

³¹⁰ על דעותיהם עיינו במאמרי, שם, הערות 207-209.

³¹¹ פר"ד ח 325.

שתי הכרעות חלוקות ניתנו בשאלות המגוונות שהתעוררו, אך בענייננו, בשאלת זכיית האב במעשה ידי בתו, הייתה דעת כולם שאין האב זוכה במעשה ידי בתו, אם כי מטעמים שונים.

דעתו של ר' יוסף שלום אלישיב סברה שיש להבחין בין רווח סתם מזדמן שהגיע לידי הבת לבין הכנסה חודשית מעבודה, וזה ההסבר:³¹²

"ומ"ש התוס' ב"מ דף י"ב: 'דלא שייך איבה אלא בבנו שדרכו לזוננו תמיד ואם לא יפרנסו אביו לא יפרנסו אחר', התוס' לא מיירי אלא בילדים דלית להו מגרמייהו מידי אלא שבדרך מקרה מצאו מציאה... או כשהרוויחו באופן ארעי. עכ"פ באופן שאיננו עובד קבוע במשכורת שיש בו כדי לכסות כל צרכיו, ודווקא בכה"ג תיקנו חז"ל לזכות האב במציאת בנו ובמעשה ידיו - כשהוא סמוך על שולחן אביו, שאל"כ קיים חשש של איבה ויפסיק מלפרנסו... אך כשיש לו רכוש משלו שיכול להתפרנס ממנו או כשהוא מרוויח כדי מחייתו ואף למעלה מזה בגוונא דא לא דיברו התוס' כלל - ולא עלה על לב, שמכיוון שהבן מבוסס במעמדו, מסודר בעבודה ומרוויח את לחמו, ואת צרכיו הדרושים לו כשאר בני אדם, בכי האי גוונא הרי אין טעם לתקנה זו שהרי אין בזה משום איבה... (אין בו דין סמוך על שולחן אביו, שהרי האב גובה ממנו דמי החזקתו וכנ"ל וליכא איבה, ואין האב זוכה במותר מעשה ידיו)."

הבחנה זו, שיש לה בסיס הגיוני רב המושתת על אומדן הדעת ההדדי - של האב המפרנס ושל הבן והבת המתפרנסים ממנו וסמוכים על שולחנו - היא חידוש רב שאין לו שום מקור בהלכה. להיפך, מן המקורות עולה שכל מעשה ידיהם של הבנים והבנות ורווחיהם, כל עוד הם סמוכים על שולחן אביהם, שייכים לאביהם. בצדק העיר ר' שאול ישראלי, בפסק-דינו הנפרד, שחילוק זה שבין רווחים מזדמנים לרווחים קבועים אינו מדברי התוס' עצמו ואינו משתמע מהכרעת הרמ"א, ואף לא ניתן למצוא לו תימוכין בתשובותיהם של חכמים שונים. לעניות דעתי, עיגונה של סברה זו הוא ברצון להתאים את ההשקפה המודרנית לגבי זכות ההורים להשתמש בממונם של בניהם לזו של ההלכה היהודית.³¹³

³¹² שם, בע' 333.

³¹³ שאלת הרווחים הממוניים שהבן זוכה בהם עלתה לדין בין חברי הכנסת שעה שדנו בסעיף 23 לחוק הכשרות. ח"כ שלמה בן-מאיר הציע להוסיף לסעיף זה את ההוראה כדלקמן: "על אף האמור בסעיף זה רשאי הקטן להקדיש את הכנסותיו להוצאות לימודיו." ברם ח"כ אונא, שהיה יושב-ראש

אף ר' שאול ישראלי עצמו פוטר את הבת מלתת מעשה ידיה לאביה בהסתמך על גישתו המשוערת של בעל הגהות מרדכי - שלא נפסקה להלכה על-ידי הרמ"א, שהבת "... דמשבגרה אין לאביה רשות בה, ואפילו סמוכה על שולחנו, ולא שיין למימר שיהא לאב מטעם איבה..."³¹⁴. כלומר, רק בבנים ניתן לומר שהאב זוכה במעשה ידיהם בגלל החשש שאם לא יזכה, יימנע מלזונם, אך בבת בוגרת אין האב מקפיד, שכן הוא רוצה שרווחיה יהיו "לפרנסת נישואיה"³¹⁵.

במידה זהה מסתמך ר' שאול ישראלי על שני נימוקים פורמליים נוספים: ראשית, שתביעת האב לא נוסחה כדבעי - לזכות במעשה ידיה - אלא הייתה תביעה להשבת הוצאות כלכלתה. תביעה כזו אין לה מקום בספרות ההלכה, מאחר שהאומדנא היא שהאב זן את ילדיו בחינם, ומשום כך זיכוהו חכמים במעשה ידי הבנים והבנות כדי שימשיך בנוהגו זה, אבל אין השבת הוצאות כלכלתה כשלעצמה עילת-תביעה. ושנית, לפי חומר העובדות, רווחיה של הבת מעבודתה הופקדו בבנק בחשבון רשום על שמה. ואף שהאב משך כספים אלה בפועל, מכוח יפוי-כוח שנתנה לו, היא, הבת, נחשבת מוחזקת בכספים אלה. אשר על-כן המחלוקות העובדתיות וההלכתיות שנתגלעו בין הבת לאביה הוכרעו לטובתה. דומני שפורמליות זו יש בה להצביע בבירור על אי-הנחת מהאפשרות שהאב יזכה ברווחיהם של בניו ובנותיו.

ועדת חוקה, חוק ומשפט, התנגד להצעה זו, וטען שפתרון זה אינו עומד בהכרח במבחן המוסר. עיינו

ד"כ 35 (תשכ"ב) 3090.

³¹⁴ הגהות נוספות המרדכי, בבא מציעא, אות תמו. הרמ"א בהגהותיו אינו מבדיל הבדל כזה בין בנות

גדולות לבנים. וראו פרשנותו בשכות יעקב, אבן העזר, סימן קה.

³¹⁵ לעיל הערה 311, בע' 342.

פתחנו ואמרנו שאין הנורמה המשפטית אלא חלון-ראווה לערכים, לאמונות ולאידאילים הרווחים באותה חברה הנוהגת לפי אותה נורמה. דיינו אם הצבענו במאמר זה על השינויים הפרשניים והתמורות שחלו בתפיסתן של הזכויות והחובות שבין ההורים לילדים, כדי לרמוז לקורא על השינויים שחלו בערכים, באמונות ובאידאילים, שהעיסוק בהם כשלעצמו חורג מנושא מאמרנו.³¹⁶

³¹⁶ על ההשפעות ההיסטוריות של חיי החברה באנגליה על מערכת היחסים שבין הורים לילדים במשפט ראו: J. Eekelaar "The Emergence of Children Rights" 6 *Oxford Journal of Legal Studies* (1986) 161; E. Hopkins *Childhood transformed - Working-class children in nineteenth-century England* (Man, 1994). ועל הגישות במשפט המודרני ליחסים שבין הורים וילדים בעקבות הגישות השוויוניות שבין המינים עיינו: M.A. Fineman *The Illusion of Equality: the rhetoric and reality of divorce* (Chicago, 1991) 95-169. על העת העתיקה וימי הביניים עיינו בכתביהם של ההיסטוריונים: ז' ספראי "מבנה המשפחה בתקופת המשנה והתלמוד" מלאה א (תשמ"ג) 129; ש' שחר *ילדות בימי הביניים* (דביר, תש"ן); J.A. Schulz *The Knowledge of Childhood in the German Middle Ages, 1100 - 1350* (Philadelphia, 1995).