

לדרכו של השופט המנוח פרופ' מנחם אלון בהעצמת המשפט העברי: יחסי הורים וילדים כמשל

מאת: ישראל צבי גילת

א. פרשנותו של מנחם אלון ליחסי הורים וילדים בדיני התורה

אין אחד בדורנו המזוהה כל כך עם הטמעתה של ההלכה היהודית בציבוריות הישראלית בכלל ובעיני המשפטנים בפרט כמו השופט פרופ' מנחם אלון ז"ל. שיטתו הייחודית שנפרסה בפסקיו, במאמריו בהרצאותיו ובספרו המונומנטלי המשפט העברי – מקורותיו ותולדותיו ומקורותיו¹ הוסברה על ידו בפירוט רב. דומה כי גם היום, מנחם אלון משמש השראה לכל מי שנזקק למציאות המורכבת של "יהדות ודמוקרטיה" שבה משמשים בכפיפה אחת "משפט והלכה". מנחם אלון, שטרם הגיעו לעולם המשפט, היה חניך של שני בתי מדרשות הפכיים: ישיבת "כנסת ישראל", שיסודה בסלבודקא שבליטא, המכונה "חברון" שבירושלים, מחד גיסא, והחוג לתלמוד שבאוניברסיטה העברית בירושלים, מאידך גיסא, השכיל לבנות מסילות בלבם של אנשים הרחוקים מדת וממסורת - שאינם רגילים בדואליות של "מחקר טהור" עם "תורה לשמה" – להסכיך ולקבל את יציקת תכניה של ההלכה היהודית העתיקה בכליו של המשפט המודרני הנוהג בישראל. במפעלותיו הרבים – תחילה, כמשנה ליועץ המשפטי לממשלה לענייני חקיקה בתחום המשפט העברי, בהמשך, כפרופסור בפקולטה למשפטים וכמיסדו של המכון למשפט עברי והעומד בראשו, וכשופט בית משפט עליון ומשנה לנשיא עד לפרישתו לגמלאות – הביאו לכך שקיים מנחם אלון למעשה מה שהגו ברעיונם אנשי חברת המשפט העברי בכינוסם הראשון בבית הכנסת הגדול במוסקבה, להציע סינתזה של דין לאומי עצמאי המשלב מסורת יהודית עתיקה, קנאית באורחותיה, במסורת משפטית אזרחית, ליברלית חילונית.

¹ (מהד' 3, ירושלים: הוצאת מאגנס), = M. Elon, *Jewish Law: History, Sources, Principles* (Philadelphia and Jerusalem: 1994).

ישראל צבי גילת, פרופסור-חבר בבית הספר למשפטים שליד המכללה האקדמית נתניה, מלמד דיני משפחה וירושה, משפט עברי ותחיקה סוציאלית. כמו כן מלמד בבית הספר לחינוך באוניברסיטת בר-אילן דיני המינהל החינוכי. גילת כתב את ספרו: דיני משפחה: יחסי הורים וילדים (2000) וכן מאמרים בכתבי עת ובספרים מדעיים. בשנים 2002-2003 עמד גילת בראש וועדת ייעוץ ציבורית לשר העבודה והרווחה דאז "בעניין וועדות החלטה" והתנהלותם של פקידי הסעד למיניהם מולן" ('וועדת גילת').

תרומתו של מנחם אלון ראוייה למחקר מעמיק וקוהרנטי, וחוששני כי קרובים אנו מדי אליו בכדי להעריך את מפעלו בפרספקטיבה היסטורית.² אך בקעה קטנה אחת, דוגמאטית, אני מעוניין להתגדר בה, והיא הערתו עלי בספרו האחר מעמד האישה. שם כותב אלון:³

...לדעת גילת אין להשוות את עמדתו של המשפט העברי בנושא זה להוראת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות גם לפי הגישה שחלה בעולמה של ההלכה בימינו לפי המקורות שעמדת עליהם לעיל... אך עדיין נראה לי, גם סביר וגם ראוי, להביא למגמה משותפת של האמור בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות והגישה בעולמה של ההלכה בימינו, כפי שהיא באה לכלל ביטוי בפסקי הדין האמורים, כ"פרשנות יוצרת" העולה מתוך המקורות גופם (הדגשה במקור – יצ"ג)....

הערתו של מנחם אלון מתייחסת לפסק דין מנומק היטב שכתב בפרשת נגר נ' נגר.⁴ שם הגן אלון על כבודו של בית הדין הרבני במעטפת הפרוצדוראלית (התנגד לשלילת פסקיו על ידי בית המשפט המחוזי ב"תקיפה עקיפה"), תוך ביקורת לא מוסווית על תוכנו המהותי של פסק הדין הרבני שקבע כי לאב, ולא לאם, הזכות הבלעדית לקבוע את מקום החינוך של ילדיהם. באותה פרשה היה סכסוך ממושך בין שני הורים שנסב, בעיקרו, על דרך חינוכם של ילדיהם. ההורים מתחילה היו חילוניים באורחותיהם ושלחו את ילדיהם לבית ספר ממלכתי כללי. לימים האב, חזר בתשובה, וחפץ היה להוציא את ילדיו מבית-הספר שבו למדו, ולהכניסם לבית-ספר מהזרם הממלכתי-דתי. האם, שילדיה היו בהחזקה, רצתה שילדיה ימשיכו ללמוד בזרם החינוך הממלכתי הכללי. האב פנה לבית הדין הרבני וביקש לצוות על מקום חינוכו של הילד.

בית-הדין הרבני שדן בעניינם קבע שהילדים ילמדו לפי רצון האב בבית הספר הממלכתי-דתי, ובלשונם:⁵

מאחר ובהתאם לדין על האב מוטלת חובת החינוך של בניו, מוצא בית הדין שהוא הוא הזכאי לקבוע את צורת החינוך של ילדיו. לאור זאת פוסק בית הדין: על הנתבעת (האם – יצ"ג) להכניס את שני בניהם המוחזקים אצלה לבית ספר דתי בסביבת מקום מגוריה, רמת גן. התובע זכאי לפעול בעיריית רמת גן לבצע החלטת בית הדין.

² (השופט) אליקים רובינשטיין, "על השופט מנחם אלון: אנושיות, משפט עברי במדינה יהודית וצדק במדינה יהודית ודמוקרטית" הסניגור 192, 4 (2013); אביעד הכהן "מנחם אלון: חכם המשפט וחכם במשפט" שערי משפט ו 9 (תשע"ה).

³ (תל-אביב: הוצאת הקיבוץ המאוחד, 2005) בע' 104-105, ה"ש 17.

⁴ ביד"מ 1/81, פ"ד לח(1) 365.

⁵ תיק 13355/שם מיום 31.8.80

האם פנתה לבית המשפט המחוזי בתל-אביב ובקשה מתן צו שיוורה על רישום ילדיה בבית הספר הממלכתי הכללי בו למדו בשנים עברו עד פרוץ הסכסוך. האב התנגד. השופט חיים פורת שישב בעניינם, תקף החלטה זו של בית-הדין הרבני והורה לרשום את הילדים כרצון האם, כשבין יתר נימוקיו – כי בית הדין הרבני חרג מסמכותו ולא שקל את טובתם של הילדים כראוי. ובלשונו:⁶

שחייבים להגיע למסקנה, שבית-הדין הרבני לא דן בענייניו בחינוך ולימוד כענף של אפוטרופוסות, אלא בזכות הורית - זכות האב על-פי ההלכה לקיים מצות תלמוד תורה. בענין זה חזקה על בית-הדין שישקף את עמדת ההלכה, אך הוא לא דן ולא פסק בענין של 'אפוטרופוסות', וממילא דן ופסק בעניין שלא הוסמך לדון על-ידי המחוקק (החילוני), פסקו חסר נפקות משפטית...⁷

כאמור, השופט אלון ישב בראש ההרכב של בית הדין המיוחד, ומעבר להכרעתו שיש לדחות את "התקיפה" של בית המשפט המחוזי על בית הדין הרבני (מטעמים פרוצדוראליים, שאינם לענייניו), תמה על ניסוח הכרעתו של בית-הדין הרבני, שנטה לרצונו של האב לחייב את הילדים ללמוד בבית ספר ממלכתי-דתי נגד רצונה של האם רק בשל זכאותו של האב על פי ההלכה לחנך את ילדיו, ובלשונו:⁸

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 יכולה שתתעורר

⁶ תמ"א 342/81, נגר נ' היועמ"ש, פ"מ תשמ"ג(1) 232, 242 (1981).
⁷ ניתן לומר שההנחה של השופט פורת הייתה כי בית הדין הרבני לא עסק באפוטרופוסות הילד משום שלא דן ב'טובת הילד' משמע שלא התחשב בשיקול זה בכלל. אך דומה כי השופט פורת הלך אחר גישתו של השופט זילברג כי כל דיון בענייניו של ילד חייב להתור אחר שיקול יחיד בלעדי והוא טובת הילד, וכלשונו של השופט זילברג בפרשת ע"א 209/54, שטיינר נ' מד"י, פ"ד ט 241, 242 (1955):

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 'אובייקט' של שמירה והחזקה להנאתו או לטובתו של אחד ההורים אלא הוא עצמו 'סובייקט', 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 מישור 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...

⁸ שם, עמ' 407.

במקרה הפוך - שהאב אינו שומר תורה ומצוות, והאם חזרה לאורח חיים דתיים, האם גם במקרה אחרון זה היה כבוד בית-הדין הרבני האזורי משתמש בכלל, שחובת החינוך של הבן מוטלת על האב, ולכן הוא זכאי לקבוע את צורת החינוך?

אך מעבר לתמיהתו, אלון קבע כי בית הדין הרבני שגה בקביעה כי חובת החינוך חלה רק על האב וכי מצות תלמוד תורה אינה שייכת לאם. לשם כך נזקק אלון למקורות הלכתיים, מהם ראשוניים, לאשש את הנחתו כי עמדתה של ההלכה אינה קופאת על שמריה וכי ניתן ליישב אותה עם אורח החיים המודרני, שבה לאם ולאב יש זכות שווה לעצב את חינוכם של ילדיהם. פסק דין נגר הוזכר הרבה בפסיקה המאוחרת, וגם אלון עצמו מצטט פסק דין זה באריכות בספרו המשפט העברי, בפרקים "המשפט העברי במערכת המשפט הכללי", ו"המעמד האישי והמשפט העברי במדינה"⁹. דומה בעיני כי פסק הדין היא פרדיגמה ממנה ניתן להבין כיצד השופט והחוקר, באישיותו של אלון, מפרנסים זה את זה. הן בפרשה זו והן במקומות אחרים אלון מדגיש את היטמעותם של דיני התורה ביחסי ההורים והילדים עם הוראות חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות, תשכ"ב-1962 ועם חוק לתיקון דיני משפחה (מזונות), תשי"ט-1959 עד כדי הפיכתם ל"בשר אחד". כך סבור אלון כי ההורים הם "אפוטרופוסים טבעיים" לא רק לפי חוק הכשרות אלא גם לפי ההלכה, מאחר שלפי ההלכה אין הקטנים יכולים לזכות ולהתחייב בעצמם וכי גם בהלכה "טובת הילד" היא "עיקרון-על" ו"חזקת הגיל הרך" לקוח מ"כבשונה של ההלכה"¹⁰. מכאן גם הגיע אלון בפרשת ניר נ' ניר, לפריזומציה הבאה:¹¹

דומה עלי, אפוא, כי אין מקום להבחין בסוגיה זו בין עמדת המשפט העברי לדבר המחוקק בסעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות. נראה לי, שלא זו בלבד שלא קיים הבדל מהותי בין גישת שתי מערכות משפטיות אלה, אלא דעתי נוטה לומר שאף מבחינת הרמת בטל הראייה אין משום הבדל של ממש ביניהם; בשתייהן הכלל הגדול הוא, ששומה על בית המשפט לבדוק, מיוזמתו הוא, בכל מקרה ומקרה טובת הילד מהי, ואין לו להסתפק בהסתמכות על הנחה זו או אחרת ולפסוק על-פיהן בלבד, ללא כל בדיקה נוספת (הדגשות שלי – יצ"ג).

דרכו זו של אלון מחייבת את בחינתם של דיני התורה עצמם, האם מקורות ההלכה העוסקים ביחסי הורים וילדים, הם "כפטיש יפוצץ סלע, מה פטיש זה מתחלק לכמה ניצוצות אף מקרא אחד מתחלק לכמה טעמים"¹², ומכאן שניתן לדרוש מבתי הדין הרבניים לעגן את פסיקתם, בפרשנות יצירתית של המקורות, כפי שהיטיב אלון לעשות? או שמא

⁹ עמ' 1398-1399, 1479-1488, 1508-1515, 1534-1535.

¹⁰ שם, עמ' 1398, הערה 173. המכתם הוא מפיו של שר המשפטים דאז, פנחס רוזן, בעת הבאת הצ"ח לקריאה ראשונה בד"כ 32 (תשכ"ב), 48.

¹¹ ע"א 458/79, פ"ד לה(1) 518, 523 (1980).

¹² סנהדרין, לד ע"א.

יש בפרשנותו של אלון "שבירת כלים" היינו, העמדתה של אלטרנטיבה מודרנית בכסות עתיקה, שאז ניתן לראות בקריאתו מעין "תקיפה ישירה" על דיני התורה בשל חריגתם מהתקנות הליברלית הרווחת בישראל? כדי לענות על שאלה זו חייבים אנו לפנות למקורותיהם של דיני התורה בטהרתם, החל מהספרות התלמודית והמשך בפסיקותיהם ובביאוריהם של חכמי ההלכה הראשונים והאחרונים, ולא רק במופיעיהם בפסיקות בתי הדין הרבניים הממלכתיים בישראל. על עמדתה הטהורה של ההלכה הרבנית עמדתו בספרי דיני משפחה – יחסי הורים וילדים ומכאן שהפניות למקורות ההלכה ולניתוחם יובאו בצמצום ובקצרה בהערות השוליים.¹³

ב. גישתה הטהורה של ההלכה בעניין יחסי הורים וילדים

1. האפוטרופוס אינה תיאור הזיקה בין הורים לילדיהם

במקורות התלמודיים לא נמצא את המונח אפוטרופוס 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. לרוב, האפוטרופוסות שבתלמודים היא השגחתו של אדם על נכסי יתומים, שבאה לו אם מכוח מינויו של אבי היתומים לפני מותו, אם מכוח מינויו של בית-הדין ואפילו מכוח סמיכתם של היתומים אליו, שהוא מינוי למעשה. יחד עם זאת מצינו בכמה מקומות בתלמודים שאדם ממנה אפוטרופוס מטעמו לפקח על נכסיו בעודו בחיים ולתפקד כשלוחו לביצוע המשימות שיוטלו עליו. ניתן איפוא 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.¹⁴

אף מתוך עיון בראשונים, שנזקקו למונחי "אפוטרופוס האב" כדי לתאר את היחסים הממוניים שבין האב ובין בניו ובנותיו, עולה בבירור 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

¹³ (תל-אביב: חושן למשפט, 2000)(להלן: ספרי).

¹⁴ ראו בהרחבה שלום אלבק יסודות בדיני הממונות בתלמוד (רמת-גן: אוניברסיטת בר אילן, תשנ"ד) 210, 215 [=מחקרי משפט ט (תשנ"ב) 7, 13, 17]. בתרגומים מצינו אפוטרופוס גם כפקיד ממונה בשמו של המלך, ראו: תרגום ירושלמי בראשית, מא, מ; שם, שם, לד. כן ראו סוכה, כז ע"א "אפוטרופוס של אגריפס המלך". פסיקתא דרב כהנא (מגדלבוים) נספחים, פרשה ה; ספר העיטור אות פא (רמא"י, ע' עח). ועיינו משנה כתובות ט:ד, כתובות, פו ע"ב; אנציקלופדיה תלמודית: בערכו כרך ב, עמ' קכא; יעקב ק' רייניץ "האפוטרופוסים מכוח יתומים שסמכו אצל בעל הבית" מחקרי משפט א (תש"ם) 219

שיעשה האב בנכסי בניו הוא עשוי ואין בית דין מדקדקין אחריו", כלשון הרא"ש.¹⁵ כלומר, בית-דין רשאי להאמין לאב שינהג בתבונה ובהיגיון בנכסים של בניו ובנותיו ויפעל למענם. אך אין באמירה זו כדי להטיל חובה קטיגורית על האב לנהוג כך. הריטב"א אף שולל אפריורית את מינוי האב לאפוטרופוס על נכסי בניו מן הטעם שהאב הינו "קרוב הראוי ליורשו" את הקטן. וכמו ש"אין מורידים קרוב בנכסי קטן", כך אין ממנים את האב לאפוטרופוס על נכסי בניו.¹⁶

2. חובת האב לזון את ילדיו תמורת זכויותיו הממוניות בהם - גמול למתנדב

מאחר שאין האב משמש כאפוטרופוס לבניו ולבנותיו, ולא כל שכן שאין הוא נחשב לאפוטרופוס טבעי על ילדיו הקטנים לפי ההלכה היהודית, על מה נסבה אחריותו ההלכתית כלפי בניו ובנותיו? נפתח ונאמר שבמקורות העוסקים במזונות 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, הטפל לזכויותיו הממוניות של האב בבניו ובבנותיו. חיובו של האב לזון את בניו ובנותיו נובע מזכותו לקבל רווחים שהפיקו ממעשה ידיהם, ממצואות שמצאו, או אף משלומי נזק שהגיעו להם. ויכול אפוא 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.¹⁷

דומני שאחריות האב הולכת וסובכת 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. לפי אסכולה

¹⁵ תשובות הרא"ש, כלל פז, סימן א. ברוח זו ראו גם תשובותיו, כלל פב, סימן ב, שכתב "וששאלת עם מי תשב הבת אצל אביה או אצל האפוטרופוס שהוא אבי אמה, דבר זה ראוי להתברר על מי שמכירין את שניהם, אבל לכאורה נראה שהבת יש לה קורת רוח אצל אביה והממון יישאר ביד האפוטרופוס אבי אמה אם יראה לדיינים שהממון שמור יפה בידו. ואם האב בעל אחריות שיוכל למשכן קרקעות כדי ממון הבת טוב הוא שנתן הכל לידו ויפרנסנה וישיאנה באותו ממון". ראו פירוש תשובה זו בדרכי משה, חו"מ, סימן רצ, ס"ק ה; הגהות רמ"א, חו"מ, סימן רפה, סעיף ה; סמ"ע, שם, שם, ס"ק לג. ראו גם תשובות זכרון יהודה (לר' יהודה בן הרא"ש) תשובה לה. גם מתרומת הדשן, חלק התשובות, תשובה ש, עולה דבר דומה. אך שם הוא מוסיף: "... דכיוון דאביו קיים עדיין אין בית דין מצווין לפקח על נכסיו ד'ארוד ילדה ואביה"ד דינא שדיה' ולא כל הימנו שישקט את עצמו ויטיל את הטורה על בי דינא ... נראה שדברים אלו אינם מראים על חובה משפטית אלא על דבר הראוי שיעשה. וראו גם רבצמ"ח עוזיאל ש"ר עוזיאל חלק א, שער א, פרק ב, סעיף א והערה א.

¹⁶ תשובות הריטב"א (קאפח), תשובה קסב. מובא בשינויי נוסח בב"י, חו"מ, סימן רצ.

¹⁷ עיינו בספרי, עמ' 155-163 והמקורות המשוקעים שם.

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.¹⁸ 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 ברווחיהם 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 ממצאיה 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 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 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.¹⁹ 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 אפוא העומדת בבסיסן של ההלכות השונות, ואין חכמי ההלכה כופין את האב להתחייב כלפי בניו ובנותיו מעבר למה שאבות גומרים בדעתם להתחייב כלפי בניהם ובנותיהם.²⁰

¹⁸ בב"מ, יב ע"ב; ירושלמי בב"מ פ"א ה"ה; ירושלמי פאה פ"ד ה"ה(1); רש"י בב"מ, יב ע"ב, ד"ה 'אדר' חייא'. טעמו של הסמ"ע חו"מ, סימן רע, ס"ק ב.

¹⁹ על מובאות ומראי מקום מדויקים עיינו בספרי, עמ' 71-101.

²⁰ גם האסכולה האחרת, התולה את זכויותיו הממוניות של האב ברווחיהם של בניו ובנותיו הקטנים בהיעדר הדעת של הבנים והבנות הקטנים לזכות לעצמם, אינה עניין לאפורופסות, 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. עיינו בספרי, עמ' 62-70.

3. עיצומה של חובת האב לזון את בניו ובנותיו - חיוב משלים

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 אפוטרופסית של האב, הבאה להיטיב עם הילד בלבד, אלא, בעיקרה, קיום מצוות צדקה על-ידי האב. כפי שעמדתי במקום אחר,²¹ 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, לאמיתו של דבר, באומד דעתו האמיתית של הנותן: האחד, כשאדם נדר לתת צדקה מממונו, כופין את המסרב לתת את הסכום שנדר מטעם של מצוות "מוצא שפתיך תשמר ועשית".²² 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 שהם 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.²³ ומן הכלל אל הפרט. לפי המקורות התנאיים, מזונות הבנים הקטנים הם מצווה דתית של צדקה, ותו לא. מהפסוק "עשה צדקה בכל עת", שדרשו "רבתינו 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".²⁴ וכשם שאלה האחרונים, לא נשמע מעולם שניתן לאכוף אדם את עשייתם, אף מצוות הזנת הבנים כן. 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". 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 הבת-תלמודיים אם חובת הצדקה משלימה את תקנת אושא או מחליפה אותה, אם יש הבדל בין מזונות בנים 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

²¹ "האמנם מצות צדקה 'שמתן שכרה בצידה' אין בית דין מצווה על קיומה?", סיני קיד (תשנ"ד) ריז, עמ' רכא-רכז.

²² דברים, כג:כד.

²³ עיינו ר' שלום אלבק, דיני ממונות בתלמוד (תל-אביב: דביר, תשל"ו), עמ' 514-515.

²⁴ כל הציטטות הן מבבלי כתובות, נ ע"א. הפסוק מתהלים, קו:ג.

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, ואינו תלוי בעושרו של האב, מאחר שאומד דעתו של האב לדחוק עצמו ביותר ולזון 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.²⁵

ולא רק עיקר החיוב של האב תלוי באומד דעתו האובייקטיבית, 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. 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.²⁶

ניתן איפוא 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 לסמכם ולא לזכות בממונם.²⁷

²⁵ ועיינו בספרי, עמ' 196-200.

²⁶ 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; בעל הטורים, אבן העזר, סימן עא. ועיינו כיצד מבארים האחרונים בשיטותיהם השונות בספרי, עמ' 179-181 ומה שנראה לעניות דעתי, שם, עמ' 200-202.

²⁷ מאחר שחיוב המזונות הוא חיוב משלים ונובע מטעם צדקה, קיימים הבדלים בין מקרים שונים בהם לא מבדילים בין מזונותיהם של קטנים לקטני קטנים, ועיינו בפרוטרוט במובאות שבספרי, עמ' 199-200, 206-207.

4. טיב היחסים הממוניים שבין האב לבתו הקטנה והנערה - "רשות"

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 ברשותו, כפי שהאשה ברשות בעלה והעבד ברשות רבו, נתפרשו זכויות אלה - הממוניות ושאינן ממוניות - אצל חכמים כביטוי לאומד דעתו של האב. 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. 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. ביחס למציאת הבת הקטנה והנערה ולמתנה שקיבלה מצאנו מחלוקות 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. אף על תשלומי הנזק המשתלמים עקב חבלת הבת מצינו חילוקים מסועפים בין האמוראים בתלמוד לבין הראשונים בשאלת זכאותו של האב בהם, ונראה ששורשם של החילוקים הללו בא מראיית נזקי הבת כחבלה ב"שבח נעוריה".²⁸

מעיקרו של הדין, זכותו של האב לקבל את מעשה ידי בתו היתה חד-צדדית, ללא קשר לזכות הבת להיות ניזונה ממנו. אלא שמהמורה זו נרפאה במקצת על-ידי תנאי כתובה עתיק שהתחייב אדם לאשתו לפני הנישואין: "בנן נקבן דיהוויין ליכי מנאי, יהוין יתבן בביתי ומתזנן מנכסי, עד דיתנסבן לגברין" (= בנות נקבות שיהיו לך ממני יהיו יושבות בביתי וניזונות מנכסי עד שיילקחו לאנשים).²⁹ 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 הייתה כלפי הבנות דווקא, לזונן ולפרנסן, משום שרק הן היו 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. ברם, גם תנאי זה איבד הרבה מתוקפו, שכן באינטרפרטציה יוצרת - "מדרש דרש" - ביאר ר' אלעזר בן עזריה את תנאי

²⁸ עיינו מאמרי, "זכויותיו הממוניות של האב בבתו הקטנה והנערה - סיבותיהן והשלכותיהן" שנתון המשפט העברי כ עמ' 101-49 (1995-1997).

²⁹ משנה כתובות, ד:יא.

הכתובה הזו שלא כפשוטו - כמחייב את יורשי האב לזון את הבנות רק לאחר מיתת האב, בצמצום, עקב צוק העיתים.³⁰ דרשנות-פרשנות זו לא היתה יחידה בהיקפה, שכן כמה מתנאי הכתובה פורשו בצמצום עקב צוק העיתים.³¹ רק במקורות האמוראיים בבבלי מצינו כי זכות למעשה ידי הבת היא קורלטיבית - רק למקרים שהאב זן את בנותיו אלה.³²

5. מעמדה של האם ביחס לבניה ולבנותיה - חוסר בהירות

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 ולמלאכות 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 היא משועבדת לבעלה כלל, אין היא גומרת בדעתה לזון ולפרנס את בניה אפילו בתמורה לקבלת רווחיהם מהם, שכן האם, כאישה, רוצה בכל שעה ושעה להינשא בשנית ולהשתעבד למי שיכניסה לרשותו.³³

ההנקה, שהיא אקט נשי מובהק, התפרשה במקורות ההלכתיים בעיקרה כחובה של האם הנשואה כלפי בעלה, חובה שאינה ישירה של האם כלפי תינוקה. האם, כל עוד היא נשואה לאבי התינוק, משועבדת לו למלאכת ההנקה.³⁴ שעבודה של האם לבעלה, אם לאביהם של הילדים ואם לאדם אחר לאחר נישואיה בשנית, גרם להדגשת פטורה המוחלט של האם מהזנת בניה. אין האם חייבת לזון את בניה ובנותיה, בין קטנים ובין קטני

³⁰ משנה כתובות, ד: ועיינו חנוך אלבק השלמות, 842; בירושלמי כתובות פ"ד ה"ח (ליברמן, 68) מובאת דעתו של ר' יוחנן בן ברוקא לפיה חיוב האב מתחיל עוד בחייו, אך בבבלי כתובות מט ע"א-ע"ב מובאת גירסה שונה שלפיה אין ר' יוחנן בן ברוקא חולק על דרשתו של ר' אלעזר בן עזריה. ועיינו שאול ליברמן, תוספתא כפשוטה, כתובות, עמ' 245

³¹ עיינו אמו"ר יצחק ד' גילת "מדאורייתא לדרבנן" ספר זיכרון לפרופ' ב' דה-פריס (ירושלים, תשכ"ט) 84 (=פרקים בהשתלשלות ההלכה (רמת-גן: אוניברסיטת בר-אילן, תשנ"ב)), 242 והמקורות שהביא בהערות 11-12.

³² כתובות מג ע"א. ועיינו במובאות נוספות בספרי, עמ' 111-113, 125-127 והמקורות המשוקעים שם.

³³ עיינו שם, עמ' 244-248.

³⁴ זו היא דעת בית הלל. לדעת בית שמאי אין האישה משועבדת ש"אין אישה אלא ליופי". כך עולה מתוספתא כתובות פ"ה ה"ה (ליברמן, 73); מכתובות נט ע"ב; מירושלמי כתובות, פ"ה ה"ו. הלכך "אין להטריחה בטורה קשה כזה לטחון ולאפות ולהיניק, כל הנך דכתיבי במתניתין, לפי שיופיה מתמעט", כלשון ר"ש משנץ בתוספותיו, כתובות נט ע"ב (ליס, עמ' קס), ד"ה 'אין אישה'.

קטנים.³⁵ נמצא שאם התגרשה מבעלה, אינה חייבת להיניק.³⁶ ויתר על-כן, אם נישאה בשנית, בעלה השני יכול למנוע אותה מלהיניק את בנה "שיש לה מאיש אחר", כלשון בעל הטורים.³⁷

מחוץ לשעבודה לבעלה, הטילו חכמים חיוב על האם להיניק את ילדה שמכירה וחש קרבה אליה "מפני הסכנה", היינו שאם יימנע מלינוק מאישה אחרת שאינו מכירה יסתכן בחייו. מלכתחילה הוחל האיסור בתוספתא ובברייתות על כל מינקת שנשכרה להיניק, ואין האם שאינה משועבדת לבעלה יוצאת מכלל זה.³⁸ 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 אֵם שאסורה להינשא לאדם אחר, גם אם אינה מיניקה בפועל, י"ח חודשים מיום הולדת התינוק, משום גזרה.³⁹ מעבר להנקה, אין האם מחויבת לזון את הבנים והבנות אם אינה רוצה בהם, אלא "משלכת אותן לקהל, אם אין להם אב והן מטפלין בהם", כלשון הרמב"ם.⁴⁰ מדברים אלה ניתן אפוא להסיק שחיוב הנקת הילדים הוא חיוב המוטל על האב באופן בלעדי.

באחד מפסקי הדין של בית הדין הרבני הגדול חידש הדיין ר' שאול ישראלי (שהיה דעת מיעוט), כי לאור הגישה השוויונית בין המינים הנהוגה בישראל, כאשר אימהות נשואות ולא נשואות מתנהלות בעצמאיות כלכלית, "אכן כשזה (המזונות – יצ"ג) מדין צדקה יש לברר גם את אפשרויותיה של האם, שכן גם האישה מחויבת מדין צדקה ובמקרה שגם היא אמידה, יש לדון על חלוקה נאותה של חיוב זה שמדין צדקה שעל האב והאם כאחד".⁴¹

³⁵ ראו למשל רמב"ם, אישות, פכ"א הי"ה.

³⁶ עיינו בספרי, עמ' 209-215.

³⁷ טור, אבן העזר, סימן פ. ועיינו גם בית יוסף, שם, ד"ה ומ"ש רבנו, בשם הרמב"ם; וב"ח, שם, שם.

³⁸ תוספתא נדה, פ"ב ה"ב וההלכות האחרות בהמשך בעלות הזיקה ביניהן: שם (מהד' צוקרמנדל, 642-643); בבלי כתובות, ס, ע"א-ע"ב.

³⁹ וראו בספרי, תיאור השתלשלות ההלכה מהתנאים לאמוראים ומהאמוראים לראשונים, עמ' 215-244 והמקורות המשוקעים שם.

⁴⁰ רמב"ם, אישות, לעיל הערה 34. דעה שונה במקצת היא של רבנו ירוחם, מישרים, נתיב כג, ה (נח ע"א). דברי רבנו ירוחם הובאו בהגהת הרמ"א על השולחן ערוך, אבן העזר, סימן פב, סעיף ה. ועיינו ביאוריהם של ר' יהונתן אייבשיץ, בני האהובה על הלכת הרמב"ם ור' מאיר פוזנר, בית מאיר על השו"ע.

⁴¹ ערעור תשל"ג/39 פד"ר ט 251, 263. דעתו של ר"ש ישראלי נדחתה על ידי שאר דיני ההרכב: ר' יוסף קאפה ור' מרדכי אליהו.

6. "מצות האב על הבן" - אינה אפוטרופסות

רשימת "מצות האב על הבן" כמו "למולו, לפדותו, ללמדו תורה"⁴² אינה רשימה של ענייני אפוטרופסות 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 גישתה של ההלכה. 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.⁴³

כך ניתן להסיק שאדם מישראל מחויב למול את בנו בעצמו ואין הוא מחויב לשכור לבנו מוהל.⁴⁴ 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.⁴⁵ 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. משום כך נראה כי אין האב מחויב לשכור מלמד מיומן לבנו שילמד את בנו במקומו.⁴⁶ ויתר על-כן,

⁴² תוספתא קידושין פרק א, הלכה יא (ליברמן, 279); בבלי שם, כט ע"א; ירושלמי קידושין פ"א, ה"ז; מכילתא דר' ישמעאל, בא, פרשה יח, (מה' האראוויטץ-רבין, עמ' 73); מכילתא דרשב"י, יתרו כ, י, (מהד' אפשטיין-מלמד, מה' בובער עמ' 150); ספרא אמור, פרשה א, ז, (מהד' וויס צד ע"א); מדרש תנחומא, במדבר, שלח, כו, (בובער, עמ' 71); במדבר רבה פרשה יז, א. "להשיאו אישה, ללמדו אומנות" הן מצוות שלא ממש כתובות בתורה אלא הם דרשות חכמים מפסוקי נביאים וכתובים.

⁴³ עיינו מאמרי, "מצות האב על הבן" - מאי משמע?" ספר השנה למדעי היהדות והרוח אוניברסיטת בר-אילן כח-כט, עמ' 371-408 (2001).

⁴⁴ דין קיום מצוות מילה כדין הפרשת תרומה. כשם שיש מצוה על כל אדם להפריש תרומה ומעשר מתבואתו בנפרד מן החובה שהתבואה תהיה מותרת ומעושרת, 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, ס"ק (ב). ועל השפעת דעת הש"ך למעשה עיינו: תשובות דובב מישרים, חלק א, סימן סז; תשובות ציץ 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, שם, ס"ק יא, שמתנגד למסקנת הרמ"א, בניגוד מפתיע לעמדתו שלו באשר למצוות המילה, נימוקיו; וכן פתחי תשובה, שם, שם.

⁴⁵ פסקי הרא"ש חולין, פרק שישי, סימן ח. עיינו גם באור זרוע, חלק ב, הלכות מילה, קז, ה; פסקי ריקאנטי (ד"צ ירושלים, תשל"א), סימן תקצב. אך עיינו מה שמובא בספר מהרי"ל, הלכות מילה (ד"צ ירושלים, תשל"ח, ע' סו, א).

⁴⁶ 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

אם האב רוצה ללמד את בנו בעצמו, אין האם, בית-הדין או כל אדם אחר יכולים לחטוף מצווה זו ממנו. הבנים הם איפוא מושאן של חובות האב, ואינם "בעלי זכויות" כשלעצמם. לפיכך אין פרטי החיובים של האב במצוות אלה נמדדים לפי נחיצותם לבן, אלא, כשאר המצוות, לפי כוחו ויכולתו של האב לקיימן בעצמו.

רק בראשונים, ובראשם הרמב"ם,⁴⁷ מופיעה לראשונה חובת האב לשכור מלמד לבנו. וכמה תירוצים נאמרו מפי חכמי ההלכה מהיכן נובעת חובה זו.⁴⁸ בספרי שיערתי שחובה זו של שכירת מלמד היא פיתוחה של חובת הצדקה. אותה חובת צדקה שעליה הושתתה "פרנסת הגוף" של הבנים היא העומדת בבסיסה של "פרנסת הנפש ללמדו חוקי אלוהים ותורתיו", כלשון החת"ם סופר.⁴⁹ וכשם שהחיוב בפרנסת הגוף של הבנים תלוי באומד דעתו של האב, כפי שביארנו לעיל, אף עניין שכירת המלמד כן. משום כך תלה ר' מאיר הלוי המובא בטור את החובה של שכירת המלמד ב"מנהג המדינה", או ביכולתו של האב לממן את לימודי בנו, כלומר, באמידותו של האב.⁵⁰ נוסף על כך הרחיבו את החובה של שכירת המלמד לא רק ללימוד מקרא, כפי שהבבלי 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 ציצית, לולב, והן מצוות לא תעשה כגון להפריש את הבן הקטן מאיסורי תורה של מאכלות אסורים או מעשיית מלאכות בשבת, שהן באופיין חובות אפוטרופסיות, לא נמנתה ברשימת "מצות האב על הבן", מאחר שלעניות דעתי, לא הוטלה חובה זו במקורה על האב דווקא, אלא כל אדם בישראל מחויב להשתדל שחברו יקיים את המצוות וימנע מלעבור עבירות, והוא בבחינת ערבותו של כל יהודי לזולתו. השערתי 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).⁵¹ לפיכך, לא הייתה מצווה זו של חינוך למצוות ודאגה להפרשת הקטין מאיסור מיוחדת לאב עצמו ביחס לבנו הקטן יותר מאשר לאם, לקרוב משפחה, לבית-דין

היה עולה ולמד", נראה שכך היה המנהג לשלוח אף שלא היתה חובה מן הדין. החובה של העמדת מלמדי תינוקות היתה חובה ציבורית כשאר צורכי העיר החיוניים, עינו: בבלי שבת, קיט, ב; ירושלמי חגיגה, פרק א, הלכה ז.

⁴⁷ רמב"ם, תלמוד תורה, א, ג; טור, יורה דעה, סימן רמה.

⁴⁸ לחם משנה, תלמוד תורה, פרק א, ז המביא את סברת המהר"ק; הגהות מיימוניות. תלמוד תורה, א, א, בשם מהר"ם מרוטנבורג.

⁴⁹ ספרי, עמ' 301-312. חידושי חת"ם סופר, בבא בתרא, כא, א ד"ה 'והנלפע"ד בזה'; הנ"ל, נדרים, לז, א ד"ה 'מה'.

⁵⁰ יורה דעה, סימן רמ"ה.

⁵¹ "בן שלוש עשרה למצוות?" מחקרי תלמוד א (תש"ן) 39 (=פרקים בהשתלשלות ההלכה לעיל הערה 31, עמ' 19).

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.⁵² מסיבה דומה לא נמנתה "מצוה לזון את הבנים" "מצוה לזון את הבנות" ברשימת מצוות "האב על הבן" מאחר שלדעתם של התנאים, כנראה, לא הייתה מצווה זו יותר מאשר הנהגה ראויה של צדקה אך לא חיוב דתי בנפרד.

7. "טובת הילד" אינה שיקול "מכריע ועליון" בסכסוכי משמורת

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. כלומר, לעיתים היה האב יכול להיפטר ממזונות בניו ובנותיו בתואנה שאינם אצלו, ולעיתים היה האב מחויב במזונותיהם אף-על-פי שאינם אצלו. בין הגאונים וחכמי הראשונים אנו מוצאים התייחסויות לסוגיה זו, אך לכלל משנה סדורה לא הגיעו. אפילו הלכת הרמב"ם, שנחשבת כיום אבן פינה לכללי החזקת ילדים, לא עסקה לאמיתו של דבר בענייני החזקת הילדים, אלא בטענות אפשריות של האב להיפטר ממזונות בנו.⁵³ רק החל מתקופת ראשוני האחרונים (שנדחקו בדבריו ופירשו את הרמב"ם כעוסק בענייני משמורת) התגבשו כללי החזקת הילדים לחובה אפוטרופוסית מובהקת העומדת בפני עצמה, באופן הבא:⁵⁴

א. 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

⁵² תפקידו של האב בהפרשת בנו מן האיסורים כעניין של חינוך לפי ההשקפה האמוראית, נעשה בעייתי ושנוי במחלוקת גם בימי התלמוד וגם בספרות שלאחר התלמוד. ועל מקצת הבעיות עמדתי בספרי, עמ' 331-333 ועיינו עוד מאמרי "נאמנות החבר והשלכתה על נאמנותם של בניו ובנותיו" סיני קכב (תשנ"ח) עמ' פג-צג.

⁵³ ביאור הלכת הרמב"ם ימצאו המעיינים בספרי, עמ' 391-396, 202-202. ביאורי נסמך בין היתר על תשובת ראי"ה קוק בעזרת כהן, נז:

אבל באמת, לשיטת הרמב"ם, אין לנו שום הלכה מקובלת ע"ד כפי' לאיזה צד שיהי' ביותר מכן שש, והכל תלוי בראות עיני ב"ד, אלא שחובת האב ליתן לו מזונות קבעו רק כשהוא אצל אביו, ואם אמו מעכבת היא חייבת ליתן המזונות, ואם אין לה, או שאינה רוצה ליתן לו מזונות, בודאי שלא יניחו את הילד לרעוב ומחזירין אותו אצל אביו, כדי שיגדלו ויתפרנס.

⁵⁴ על ניתוח תשובותיהם של חכמי ההלכה בעיצוב כללי החזקת הילדים עיינו בספרי, עמ' 439-397.

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 ובלוט. 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? באותה מידה התפרש הכלל "הבת אצל האם לעולם" ככלל פונקציונלי שאינו משקף "אמת מוחלטת".

ב. בד בבד עם המבחן שהצגנו בסכסוך שבין ההורים עצמם, התפתחה בדיני התורה 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 משפחה. 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) אפטרופוס על כל נכסיו", "שנתן לו כוחו ורשותו", כלשון הרשד"ם וחכמי דורו,⁵⁵ כי אז זכותם של האפטרופוסים

⁵⁵ תשובות הרשד"ם, אבן העזר, סימן קכג. אלון בפרשת ניר נ' ניר קובע כי "גם לפי המשפט העברי חייב בית הדין לפסוק בענייני הורים וילדים לפי עקרון-העל של טובת הילד" בהסתמכו על ציטוט מהבא:

וכלל דמלתא כי כל זכות שאז"ל בדבורם הבת אצל האם לעולם לא אמרו כן לחוב לאחריהם אלא במה שאין כופין אותה לדור אצל האחים ושאינן האחים יכולים לומר אם את אצלנו יש לך מזונות כו' אלא שיתנו לה מזונות אפי' שהיא בבית אמה ובזכותה דברו לא בזכות האם...

אך המעיין לכל אורך תשובת הרשד"ם יראה את זכותו העדיפה של האב, בסוף התשובה (הדגשות שלי – יצ"ג):

...ומטעם אחר וגדול הוא בעיני אני אומר שמה שאמרו הבת היא אצל האם לעולם אינו ר"ל שיש לה כח להוציאה ולהוליכ' למקום שתמצ' האם שהרי שנינו בפ' נערה שנתפתת' האב זכאי בבתו בקדושי' בכסף בשטר ובביא' זכאי במציאת' ובמעש' ידיה ובהפרת נדריה כו' וכל אלו הזכיות הם מן התור' לבד מציאתה שהיא תקנת רבנן משום איב' ורשאי למוסר' מה"ת למנוול ומוכה שחין ואח' אשר הודיע לנו ה' את כל זאת פליא' דעת ממני מי הוא זה אשר יעל' על דעתו לומר שהתור' זכת' לאב בכל אלו הזכיות ואתה רוצ' לבטלן בהבל תקנה שאמר רב חסד' זאת אומרת כו' מדיוקא דמתנ' ותרצ' לבטל המשנה השלימה הנז' והתורה השלימה שאמרה בנעוריה בית אביה כל שבח נעורים ברשות אביה ואני שמעתי ולא אבין דעת הרוצי' לתקן כל זה בקש אשר ידפנו רוח שאומרי' שכבר יוכל לזכות בכל זה אפי' תהיה היא במ"ה

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 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".⁵⁶

ג. 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 הייתה עשויה לנכות 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

והאב במקום רחוק ממנה ואני משיב להם הנה שראובן גרש את אשתו והיה לו בת ממנה וחביבה אצלו ואתה נותן רשות לאם שיוליכנה לעבר הים ולמקום שתרצה ובאותו מקום שהאם הולכת אינו מקו' תוכל הבת להרויח דבר ואם תעמוד במקום האב תרויח ה' לבנים או יותר בכל יום ואתה אומר להפסיד לאב זכות זה שהתורה זכהו...
בתיק (ת"א) תשי"ד/226 שעובדותיו יובאו להלן בהערה 55 פסק ר' אליעזר גולדשמידט בדברים הבאים (עמ' 157):

והסבר הדברים הוא, כי ההלכות בדבר החזקת ילדים אינן הלכות בטובת ההורים, אלא הלכות בטובת הילדים, אין הבן או הבת חפץ לזכויות אב או אם. אין כאן זכויות לאב או לאם, רק חובות עליהם ישנן כאן, שמחויבים הם לגדל ולחנך את ילדיהם. ובבוא ביה"ד לקבוע בדבר מקומו של הילד, בדבר המגע בינו ובין הוריו, רק שיקול אחד נגד עיניו והוא, טובתו של הילד אצל מי תהיה ובאיזו אופן תהיה, אבל זכויות אב ואם, זכויות כאלו לא קיימות כלל.

ברם עיון בעובדות המקרה מצביע בעליל כי לא "טובת הילד" כפשוטה הייתה כאן אלא הדרת תובע מהסדרי ראייה בשל אי ההכרה באבהותו.

תשובות הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סימן לה. גם תשובה זו, המצוטטת על ידי התומכים בדעתו של אלון, מצביעה בעליל על ניגוד בין ההלכה למוסכמה של המשפט המודרני לפיה זכות האם כהורה גוברת על זכויותיו של כל מי שאינו הורו של הילד. גם הציטוט של אלון מדברי הרדב"ז בתשובתו חלק א, קכג "כללא דמילתא, הכל תלוי בראות בית דין, באי זה מקום יש תקנה לולד יותר" אינה מלמדת בהכרח על דרכו של הרדב"ז שכן בתשובתו בחלק ג, סימן תתנא, עולה ההיפך שלאב יש זכות יתרה על משמורת הבן מאשר לאם, בין היתר בהנמקה הבאה: "דהא מאי דאמרינן הבן אצל אמו כל זמן שהוא צריך לאמו מדרבנן בעלמא הוא דמן התורה 'לבית אבותם' אמר קרא והאם כלי בעלמא" (הדגשה שלי - יצ"ג).

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.⁵⁷

ג. הניתן להתאים את "דיני התורה" בסוגיות יחסי הורים וילדים לימינו?

ניתן אפוא להניח כי מנחם אלון במפעלותיו ביקש להטעים את ההלכה היהודית המסורתית למשפטנים המודרניים ולתת לה "פנים שוחקות" של מכובדות ליברלית דמוקרטית, ולשם כך חתר בכל פסקי הדין שכתב ל"אקטיביזם" שבו יתיישבו המסורות העתיקות של דיני התורה עם אסכולות מודרניות במשפט.⁵⁸ ברצוני לטעון כי גם אם נקבל את הצורך בשינוי

⁵⁷ ראי"ה קוק בתשובות עזרת כהן, נז קובע הדברים הבאים באשר לדרך קביעת משמורת הילד בסכסוך שבין הוריו:

שכל הדברים לשיטת הרמב"ם והשו"ע לא נאמרו כ"א ע"ד חובת המזונות וסילוק החובה, אבל בעצם הכפי' לא נאמרו דברים ע"ז בדברי רבותינו ז"ל. ומ"מ ראוי לסמוך ע"ד הח"מ שהבן יותר ראוי שיהי' אצל האב, שהוא שייך לו בעניני חובותיו על חנוכו ולמודו, אבל לקבוע בזה מסמרים א"א, כגון אם יראו ב"ד שאצל האב יתקלקל הבן בעניני יהדות, ואצל האם יחונך ביהדות, וכיו"ב בשארי ענינים, אז אפי' אם נפקק אם ב"ד יכולים להוציא את הילד מאביו, אבל עכ"פ אין ב"ד נזקקים לעזור לאביו בזה. השיקול הדתי עולה בעקיפין מערעור 1/2/704, אוסף פסקי הדין, כח (הרכב: הרבנים עוזיאל, הרצוג, קלמס) שם נקבע (בע' לב) שהמשמורת תהא אצל האב וכי "אין החלטה זו עומדת בניגוד להלכה, כי הדין שילד זכר של למעלה משש שנים הולך אחרי האב... הרי דין זה מכיל רק הסדר כללי ואינו נוטל מידי ביה"ד רשות לסדר השארת הילד באופן אחר". ברם עיון בעובדות שהניעו את ביה"ד להכריע כפי שהכריע, מראה כי אישיותו של האב - כפי שתואר בפסק הדין הנ"ל (ע' כח): "הוא שונא את בנו, מכה אותו בלי שום סיבה... גם יחסו של הנתבע לגבי דת הוא שלילי... שהנתבע הוא כופר בעיקר וקרקפתא דלא מנח תפילין ואינו מתפלל לעולם אפילו בחגים ובימים נוראים, אוכל נבילות וטריפות ומחלל שבת בפרהסיא ואולם היא התובעת שומרת דת היא ומחנכת את בנה ברוח זו" - היא זו שהכריעה את הכף.

⁵⁸ כך נהג בע"א 1354/92 פלוני נ' היועמ"ש, פ"ד מח(1) 711 (1994) בו אסר בדיקת רקמות בשל חשש של ממזר הילד, אף שנטען כי המידע ישמש רק לשם קביעת זכאותה של הילדה למזונות. אלון חשש "פיצול הסטאטוס" של אבהות, למרות שגם אלון מודה בהכרעתו כי בתי הדין הרבניים עצמם היו אמורים שלא להסתמך על בדיקת רקמות כראיה לשם קביעת ממזרות. לענ"ד אלון בחששו מרעיון האבהות המפוצלת הביע עמדה טהרנית יותר מפסיקת בתי הדין הרבניים. לשם השוואה עיינו בפרשת תיק (ת"א) תשי"ד/226 פד"ר א 145. (הדיינים: אליעזר גולדשמידט, קרליץ, בבליקי). מדובר היה באישה נשואה שקיימה יחסי אישות גם עם גבר זר. היא עברה לגור עם הגבר הזר, ומפעם לפעם הייתה מתראת עם בעלה ומקיימת יחסי אישות גם עימו. האישה ילדה בת ואחרי שהיא נולדה היא התגרשה מבעלה, והמשיכה לחיות עם הגבר יחד עם הבת. לאחר מספר שנים היא הסתכסה גם עם הגבר, ואז הגישו הגבר והאישה תביעות הדדיות: האישה תבעה בשם בתה מזונות מאותו גבר בבית-הדין הרבני, והגבר הגיש תביעה בה הוא מבקש שהבת תצא מרשות האם ותעבור לפנימייה כדי שהוא יוכל להתראות עימה יותר זמן. גם הגבר וגם האישה טענו שהבת הזו היא פתם. בית-הדין הרבני פסק שהוא איננו יכול להוציא את הילדה מהאם ואינו יכול לצוות שהילדה תראה את הגבר משתי סיבות משלימות: האחת "רוב בעילות אחר הבעל" - היא נולדה לפני

ההלכה, לא ניתן לטעון כי חל שינוי ב"עולמה של ההלכה בימינו". כפי שיראה המעיין בפרק הקודם, הלכות עתיקות ונידחות ששום אדם בעל מסורת ליברלית יכול להסכין להן, הן הן התשתית להכרעות בבתי הדין הרבניים בתחום יחסי ההורים וילדים. מנגד, מונחים בסיסיים הרווחים בשיטת המשפט בישראל, כמו "אפוטרופוסת ההורים", "טובת הילד", "חזקת הגיל הרך", "אימוץ ילדים", "ציות להורים תוך כדי כיבוד ההורים", "חינוך הילד" או שהם אינם קיימים כלל בדיני התורה אף בימינו, או שקיימים אך במשמעות אחרת, רדיקלית, של ערכים דתיים שאינם מתפשרים.⁵⁹ גם השופט מנחם אלון היה מודע בפסקיו לקשיים ההלכתיים ביישום מונחים אלו בפרשנותם המודרנית.⁶⁰

שהאישה התגרשה מבעלה, והם מפעם לפעם התראו. השנית, אומנם גם הגבר וגם האישה אמרו שהיא בתם, אך בעניין זה הכלל בהלכה היהודית הוא כי "אין אדם משים עצמו רשע". ברם, לגבי תביעת המזונות אמר בית-הדין שמאחר ומזונות היא תביעה ממונית, והגבר הודה שהבת הזו היא בתו : "הודאת בעל דין כמאה עדים דמי", ולכן עליו לשלם לה מזונות. כלומר לבת קטנה יש שני אבות סימולטנית: אב אחד לעניין הסדרי הראייה (שהיא סניף של החזקת הילדים) ואב אחר לעניין מזונות.

⁵⁹ ראו מה שכתבתי בפרק לעיל. על כיבוד אב ואם עיינו מאמרי, "עד היכן כיבוד אב ואם? - על סובייקטיביות ואובייקטיביות באשר לחובות הילדים כלפי הוריהם" עיונים וביירוים במצות כיבוד אב ואם, עמ' 229-244 (אלון שבות, 2005). המעניין הוא כי גם מונחי המשפט משתנים עקב שינוי הערכים. הנה בעקבות אמנת האו"ם בדבר זכויות הילד שנעשתה בשנת 1990, ואושרה בישראל ביום 2 לנובמבר 1991 הוקמה ועדת ייעוץ שבראשותה הועדה שמונתה על-ידי שר המשפטים "לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט" הגישה דו"ח מפורט (דו"ח ועדת רוטלוי) בו הוצעה רפורמה מקפת של הדין הישראלי ובראש ובראשונה בהטמעתן של "זכויות הילד" בתור אנטיתזה להגמוניה של עקרון "טובת הילד" ברוח זו המליצה הועדה להמיר את המונח "אפוטרופוסת ההורים" "אפוטרופוסת טבעית" בעל קונוטציה 'אדנותית' של ההורים לילדיהם הקטינים, במונח "אחריות הורית". גם "חזקת הגיל הרך" שאלון ראה בה מורשת יהודית (מכלליו של הרמב"ם) עומדת להשתנות בעקבות דו"ח הועדה לבחינת ההיבטים המשפטיים של אחריות ההורים בגירושין" (דו"ח ועדת שניט). על הרנסנס של ההלכה היהודית בעקבות שינוי הערכים ראו מאמרי: "The renewed insights of the U.N. Convention on Children's Rights: The Renaissance of "Ancient Jewish law," *Jewish Law Association Studies: The Bar-Ilan Conference, 2006, Vol. 18, pp. 88-101*(2008)

⁶⁰ כך בפרשת בג"ץ 268/80, ינסן זוהר נ' זוהר פ"ד לח(1) 1 (1980)בו נחטף ילד שנוולד לאב יהודי ואם גורת שנישאו בישראל והגרו לנורבגיה ומשם חטף האב את ילדיו לישראל תוך שהוא מטיח אשמות באם על רצון להחזיר את ילדה לחיק הנצרות, קבע השופט אלון כי "כאשר מרכז חייו של הקטין הוא בישראל, והוא נלקח על ידי הורה אחד, שלא בהסכמת ההורה האחר ממקום מגוריו שבחוץ לארץ, הרי עם כל הסלידה שיש לסלוד ממעשה זה של עשיית דין עצמית, חסר כאן האלמנט של חטיפת קטין מהמקום, שבו נולד וגדל לארץ זרה לו, כי אם להפך – שב הוא למרכז חייו". "מרכז חייו" של הילד הם שיקולי הזהות הלאומית של הילד לעומתו, השופט בייסקי מכריע כי הייתה חטיפה בשל הרחקתו של הילד מ"מרכז חייו" שהוגדר בלשונו: "...כי כשם שמרכז חייו של יונק הוא לצד שד אמו - כך מרכז חייו לילד בגיל רך, בו המדובר כאן, הוא קרוב לחיק אמו ולידה המלטפת. ולא רק מבחינה מליצית וסנטימנטלית. עקירת פעוט מחיק אמו היא גם עקירה מרכז חייו". לענ"ד שיקולים דתיים

נחזור אפוא לפרשת נגר נ' נגר. קביעתו של אלון כי "המגמה המקובלת בעולמה של ההלכה בימינו" מצדדת בזכותה של האם לקבוע את חינוך ילדיה, נוסחה על ידו בלשון הבאה:

סיכמו של עיון. כפי שראינו, ההלכה, שהאב חייב ללמד את בנו תורה והאישה פטורה מכך, יסודה בהלכה, שהאב חייב בעצמו בלימוד 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 אישש את מסקנתו כי חל שינוי באסמכתאות שונות, כפי שיראה המעיין.⁶¹ 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

דבר זהותו של הילד הם שהכריעו את אלון ליצור זיקה משפטית בינלאומית-פרטית בלתי מקובלת. בפרשת ניר נ' ניר, לעיל קבע השופט אלון כי "חזקת הגיל הרך" נוסח החוק אינה הולכת אחר ההלכה הקובעת ש"הבת אצל אימה לעולם". ובע"א 488/77 פלוני ופלונית נ' היוע"מ"ש, פ"מ לב(3) 421 (1978) קבע השופט אלון כי האימוץ החוקי בישראל אינו עוקב אחר כללי ההלכה.

61 ואלו המקורות שהביא השופט אלון (כפי שהוזכרו שם): מאירי בית הבחירה נזיר, כח ע"ב; רש"י, חגיגה ב, ע"א ד"ה איזהו קטן; תוספות, עירובין, פב ע"א ד"ה קטן בן שש; חיי אדם, הלכות תפילות וברכות, כלל סו, ב; ערוך לנר, סוכה, ב ע"ב; אגרת התשובה (לר"י גירונדי) אות עב; של"ה, שער האותיות אות דרך ארץ; רבנו ירוחם, נתיב כג, ג; ערעור לג/39, פד"ר ט 251, 259; תיק תשכ"ד/42, פד"ר ז 10, 17; קידושין, כט ע"ב; רמב"ם, תלמוד תורה א:א, א:יג; משנה סוטה, ג:ד; בבלי סוטה, כא ע"ב; תוספתא, כלים ב"ק, ד:ז; משנה ב"מ, א:ו; בבא בתרא, קיט ע"ב; סיבוב הרב פתחיה מרגענסבורג (קלעטער) ג, ב; תשובות רשב"ץ, חלק ג, עה; תשובות מהרש"ל, כט; שם הגדולים (לחיד"א), מערכת גדולים, קונטרס אחרון, ערך: רבנית; שולחן ערוך יורה דעה, סימן רמו, סעיף ו; ר' שמשון ב"ר רפאל הירש, ספר חורב, פרק עה; ליקוטי הלכות (לר' ישראל מאיר הכהן מראדין) סוטה, כא; תשובתו של הנ"ל התפרסמה על-ידי אהרן גרינבאום, "החינוך הדתי לבנות בישראל" בשבילי החינוך (ניו-יורק, תשכ"ו) 24, 35; ר' זלמן סורוצקין, מאזניים למשפט (תשט"ו), סימן מב; ר' בן-ציון פירר "בענין לימוד תורה לבנות" נעם ג (תש"ך) עמ' קלא; תשובות מקוה המים (לר' משה מלכה), חלק ג, יורה דעה, כ; תשובות עשה לך רב (לר"ד הלוי) חלק א, סימן מא; ר' אהרן ליכטנשטיין האשה וחינוכה (כפר סבא, תש"ם) 158-159, 345; אליקים ג' אלינסון, בין האשה ליוצרה (ההסתדרות הציונית העולמית, מהדורה 2, תשמ"ב), 143-165. אציין את מאמרו של שמחה פרידמן, "תלמוד תורה לנשים בימינו" הגות (מאסף למחשבה יהודית, תשמ"ג) 53.

שהאם שותפה למעשה החינוך של הבן מבחינה מציאותית, מאחר שהיא נמצאת שעות רבות בבית עם בנה, אף יותר מאשר האב עם בנו.⁶² גם המקורות שקבעו כי יש חובה לחנך את הבת לקיום מצוות או ללימוד תורה לא קבעו זאת אלא כדי להציל את הבת מהתדרדרות דתית ו"להשריש אמונה טהורה",⁶³ 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 לאב לחנך את הבנים והבנות וללמדם, אינה משקפת את דרכם של חכמים אלה, אלא היא "פרשנות יוצרת" של השופט אלון עצמו.⁶⁴

אפשר היה ליישב את דרכו של אלון בפרשת נגר עם המסורת הרבנית, בתובנה שעומדת ביסודה של הבנת הרמב"ם והרמ"ה המובא בטור, כי חובת האב לשכור מלמד לילדיו היא משתלשלת מחובת המזונות שחייב האב לילדיו, לפרנסם ב"פרנסת הנפש" ללמדם "חוקי אלוהים ותורותיו",⁶⁵ על כן בימינו שנשים נשואות, קל וחומר אימהות שאינן נשואות, עומדות ברשות עצמן ומפרנסות עצמן ממעשה ידיהן, מחויבות אף הן באותה צדקה רוחנית לילדיהן, כפי שמחויב האב.⁶⁶ משום כך לא רק הבן מחויב בלימוד תורה אלא גם הבת. לא רק איש מישראל יכול לעסוק באותה צדקה רוחנית, אלא גם אישה, שלעתים מיומנת במתן סעד רוחני יותר מהאיש. אך בפרשת נגר לא עצם זכותו של האב ללמד את ילדיו בעצמו עמדה בבסיס המחלוקת, שייתכן שלא היה בר-הכי, ואפילו לא "שכירת מלמד" לילדיו, אלא רק רישום הילדים בבית ספר ממלכתי-דתי, שהוא מוסד מוכר ורשמי וששכר לימוד ההוראה נשען על תקציב המדינה באופן בלעדי. אך אלון בהמשך פסק דינו בפרשה, קובע כי לפי ההלכה "טובת הילד" היא עיקרון-על, וכי על בית הדין הרבני היה להתחשב ברצונם של הילדים ובעצם באיבתם כלפי שינוי מקום לימודיהם. בזו הלשון מובאת קביעתו:

⁶² מהשל"ה ומר"י גירונדי לא ניתן ללמוד על נורמה הלכתית, שכן ספרים אלו נכתבו כספרי יראים, המלמדים דרך-ארץ ומוסר, אך לא באו לחרוץ קביעה על הזכות ההלכתית של האם לחנך את בנה. קשה אפוא להסיק מהם קביעה נורמטיבית שהאם עדיפה במקרים של יריבות עם האב.

⁶³ הציטוטים מר"ז סורוצקין, בהערה קודמת, סוף דבריו.

⁶⁴ השופט אלון מסתמך גם על שני פסקי-הדין הרבניים: תיק תשכ"ד/42, פד"ר ז, 10; ותיק לג/39, פד"ר ט 251. באשר לתיק הראשון דומה כי ר"א שפירא חזר למעשה מעמדתו הנחרצת שצוטטה בפסק-הדין נגר, בע' 403, והביע עמדה מתונה יותר בסוף פסק-דינו הקובעת שלו היה האב חפץ באמת ללמד בניו תורה בעצמו ולא רק להיפטר ממזונותיהם, הייתה לו לאב זכות עדיפה. באשר לפסק-הדין השני, שם דובר בבני זוג חילוניים ולכן שיקול החינוך למצוות לא תפס אצלם. משום כך לא הועדף בן-זוג אחד על פני האחר. עיינו לעיל הערה 48.

⁶⁶ ראו דעתו של הדיין ר' שאול ישראלי לעיל הערה 40.

קנה המידה האחד והיחיד לפתרונה של בעיה קשה וסבוכה מעין זו, שנוגעת בכבת עיניהם של הורים וילדים, הרי הוא רק ביישום נכון ונכון של עקרון טובת הילדים, שהן בית הדין הרבני והן בית המשפט האזרחי מצווים עליו ודנים לפיו. יישומו של עיקרון זה הרי הוא בראש ובראשונה עניין שבקביעת ממצאים ועובדות - כיצד ישפיע שינוי מגמת החינוך על נפשם של הילדים, מהו גילם של הילדים, מה טיב בית הספר שלמדו בו עד עתה ואיזהו בית הספר שמוצע להם מכאן ואילך, וכיצא באלה שאלות, שלהכרעתן ייעזר בית המשפט ובית הדין בחוות-דעתם של מומחים לכך. במקרה שלפנינו מצויות חוות-דעת שונות וסותרות; יש המצביעים על הנזק שעלול להיגרם לילדים כתוצאה משינוי מגמת החינוך, בפרט שנמצאים הם בחזקת האם שאינה מקיימת אורח חיים דתי, ויש המצביעים על החיוב שבלימודם בבית-ספר דתי, שבאווירתו הכללית תואם הוא את אורח חיי הילדים בני גילם בכל סוגי בתי הספר, פרט לעניין שמירת מצוות וקיומן, כשעל-ידי כך יישמר הקשר בין הילדים לבין אביהם, המקפיד על אורח חיים דתי, ובחינוכם לא תתקפח "דמות האב", דבר שחינוכי הוא בגידולו ובחינוכו התקינים של הילד.

בכך לענ"ד העביר השופט אלון על מידתם של דיני התורה המסורתיים. מסתבר אפוא כי לפי ההלכה, אין לראות ב"טובת הילד" עקרון-על מכריע ובלעדי.⁶⁷ אכן, "טובת הילד" היא עיקרון חשוב הרווח בספרות ההלכתית מתקופת הגאונים ועד זמננו, אך אין היא חזות הכל. לצידו של שיקול "טובת הילד", אף בפירושו ההלכתי, קיים שיקול עצמאי נוסף, והוא השיקול הדתי.⁶⁸ השיקול הדתי המשמעותי ביותר, הוא הפרשתו של הקטין מאיסורים ומעבירות על מצוות הדת, מניעתו מלעבור איסורי תורה, כגון חילול שבת ואכילת מאכלות אסורים. זו, כפי שהצבענו בפרק הקודם, אינה חובתו הפרטיקולרית של אב, אלא היא מוטלת על כל אדם מישראל המחויב להפריש את הקטן מאיסורי תורה. סכסוכים אלה סביב "השיקול הדתי" מתבררים בערכאות שיפוטיות שונות בין הורים שנפרדו דרכיהם או שעומדים לפני פירוד. לעיתים הם אומנם פרי יריבות אידיאולוגית

⁶⁷ על קביעה זו של השופט אלון יצא עורר ר' יוסף קאפח שישב בהרכב בפרשת נגר, בעמ' 412, שקבע כי "קשה לי להסכים לגמרי עם קביעה פסקנית זו, נראה כי אין ההורים חפץ דומם".

⁶⁸ בגישה אחרת מתאר פנחס שיפמן במאמרו, "טובת הילד" בבית הדין הרבני" משפטים ה (תשל"ד) 421, 429, את גישתם השונה של בתי הדין הרבניים מזו של בתי המשפט האזרחיים: "...השאלה מה היא טובת הילד במקרה המסוים היא הכרעה ערכית לגביה יתכנו חילוקי דעות עקרוניים בין השופט האזרחי והדיין הדתי, שסולם הערכים שלהם אינו זהה כיוון שהמחוקק מסר את השיפוט בענייני אפוטרופסות לסמכותם המקבילה של שתי הערכאות, עלינו לומר, כי אף המושג טובת הילד הוא מושג רחב, מסגרת, הכולל תכנים שונים. מושג זה מתאר את המטרה אליה יחתור בית המשפט או בית-הדין, אך לא את שיקוליו במקרה הקונקרטי." כן ראו בספרו, דיני המשפחה בישראל (מהדורה 2, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש סאקר, תשמ"ט), בע' 250.

קשה, כגון שהורה אחד "חזר בתשובה" ובגלל זה נפרד מבן-זוגו שנשאר עיקש ב"חילוניותו", אך לרוב, נימוקים "אידיאולוגיים" אלה מאולצים לפי טקטיקה שהורה 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,⁶⁹ 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, 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 שהקטן יקבל חינוך לתורה ולקיום מצוות, ובאופן מיוחד למנוע בכל כוחו את הקטן מלעבור עבירות או מלהפר איסורים דתיים. ניתן לחלק "שיקול דתי" זה בין שתי קבוצות-גיל עיקריות:

- קטין שלא הגיע לגיל החיוב במצוות, דהיינו בן שהוא למטה מגיל י"ג שנים ובת שהיא למטה מגיל י"ב שנה (בהלכה מכונה בן זה – קטן).
- קטין שהגיע לגיל החיוב במצוות.

אם הקטין לא הגיע לגיל החיוב במצוות, ההלכה הרווחת מזמנם של האמוראים היא ש"קטן האוכל נבילות אין בי"ד מצוין להפרישו".⁷⁰ הלכה זו שוללת לכאורה את הנחתנו, שביית-הדין מחויב לפסוק בענייני המשמורת או החינוך לטובת ההורה שנחזה לקיים תורה ומצוות ולחובתו של ההורה שאינו שומר תורה ומצוות.

⁶⁹ ע"א 238/88, יחזקאל לי נ' יחזקאל פ"ד מג(2) 467 (1989).

⁷⁰ במות, קיג, ע"ב-קיד, ע"ב.

ברם המעיין בספרות ההלכתית, הן במקורותיה של ממרה זו והן בפרשנותה ההלכתית על-ידי חכמי ההלכה בדורות מאוחרים, ייווכח לדעת כי לא רק שממרה זו אינה שוללת את חובתו של בית-הדין להפריש את הקטין מאיסור, אלא שהיא אף מסייעת לעמדתנו מהנימוקים הבאים, אם במצטבר ואם לחלופין:

א. דינו של "קטן אוכל נבלות" היה שנוי במחלוקת בתקופת האמוראים הראשונים. בעוד ר' יוחנן "ספוקי מספקא ליה",⁷¹ ומכוח ספק זה היה ניתן לחייב את בית-הדין להפריש את הקטן מאיסור, הרי שמפסק-דינו של רבי פדת, במעשה שבא לפניו, השתמע כי אין חובה להפריש קטין מאיסור.

כך היה המעשה שהובא לפני רבי פדת:⁷²

"רב יצחק בר ביסנא אירכס ליה מפתחי דבי מדרשא ברשות הרבים בשבתא, אתא לקמיה דרבי פדת. אמר ליה זיל דבר טלי וטליא וליטיילו התם, דאי משכחי להו מייתי להו."

(- לרב יצחק בר ביסנא אבדו מפתחות בית-המדרש, ברשות הרבים בשבת. בא לפני רבי פדת. אמר לו (רבי פדת), לך קח קטן וקטנה שיטיילו שם, שאם ימצאו (המפתחות) יביאו אותם.)

לפנינו אירוע חד-פעמי. הוראתו של רבי פדת באה לפתור בעיה שהתעוררה בדיעבד, ואשר לפתרונה נזקקו באי בית-המדרש והלומדים בו. מסיפור הדברים נראה כי רבי פדת לא התכוון לקבוע הלכה לדורות, שהרוצה להעביר חפץ ברשות הרבים יוכל להשתמש בקטן לצורך כזה. לפי זה אין להסיק כלל ממעשהו של רבי פדת לענייננו. חובתו של בית-הדין הרבני להפריש את הקטן מאיסורים שהוא עלול לעבור עליהם שנים רבות על-ידי קביעת משמורתו או חינוכו אצל ההורה שומר תורה ומצוות.

כך קבע מפורשות ר' יחזקאל לנדא בספרו "נודע ביהודה"⁷³ שעה שדן בבעיה מה לעשות בקטן שנוולד מחויץ לנישואין להורים חסרי יכולת שלא חפצו להחזיק בוולדם. החשש היה "כי יצא הפקודה ליקח הילד לבית עניים שלהם עפ"י דתיהם, שכל ולד שאין מי שיחזיקנו יוקח שמה". וזה לשונו:

"לענ"ד נראה דאף דבר זה דאין ב"ד מצווין להפרישו לא מצינו רק באיסור שהוא לשעתו, אבל איסור שאנחנו יודעים שאם יבוא לזה בקטנותו ישאר בזה לעולם, היכן מצינו שאין ב"ד מצווין להפרישו תיכף".⁷⁴

⁷¹ שם, קיד ע"א. אך ראו ב"י, טור או"ח, סימן שמג, שסבור היה, כי לבעל הטורים הייתה גרסה אחרת לפיה לא ר' יוחנן הוא זה שהסתפק.

⁷² שם, קיג ע"ב.

⁷³ תשובות נודע ביהודה (תנינא), אהע"ז, סימן לד.

⁷⁴ יצוין כי בסוף התשובה שאירר ר"י לנדא את ההכרעה בענין מסירת התינוק לשיקול דעתו של השואל, מאחר שהיו שם כמה עניינים אחרים שאינם רלוונטיים לכאן.

ב. קביעה דומה נמצאת בתשובות מלמד להועיל⁷⁵ לר' דוד צבי הופמן שעה שנידונה שם שאלת הפרשת קטן מאיסור שבת.

"שדווקא במילתא דלא שכיחא, כמו איבוד מפתח וכיוצא בו מתירין משום מצוה, אבל במקום דשכיחא מילתא כמו במקום שאין כאן תיקוני הצרות ומבואות ועירוב ושיתוף ובכל שבת צריכין לעשות כן, הוי מילתא דקביעא, דחיישינן דילמא אתי למיסרך."⁷⁶

כלומר, מלבד ההבדל בין ארעיות האיסור על מעשה המבוצע על-ידי הקטן לבין קביעות הביצוע, עליו העיר ר' יחזקאל לנדא, רד"צ הופמן מדגיש את תכליתו של מעשה הקטן: אם "מעשה האיסור" בא לשם מצווה, כמו לימוד בבית-המדרש, שיש מקום להתיר; אך אם מעשה הקטן בא רק לספק את הנאתו של הבוגר, מצויים אנו להפרישו. לאור זאת ניתן לשאול: איזו מצווה מוטלת על בית-הדין למסור את הקטן למשמורתו של ההורה שאינו שומר תורה ומצוות או לחינוכו?

ג. בסוגיית הבבלי ביבמות⁷⁷ ובשבת⁷⁸ התעוררה שאלת התאמתה של הלכת רבי פדת להלכה שבמשנה "קטן שבא לכבות אין שומעין לו, מפני ששביתתו עליהן".⁷⁹ התשובה לשאלה זו היא: הלכת רבי פדת עוסקת בקטנים שאינם יודעים כלל כי הם עוברים איסורי שבת וכי העצה "זיל דבר טלי וטליא וליטיילו התם דאי משכחי להו מייתי" נאמרה כשהקטנים לא יודעים על אובדן המפתח; לעומת זאת, ההלכה שבמשנת שבת דנה "בקטן העושה על דעת אביו",⁸⁰ כלומר, בקטן שיודע להבחין שהכיבוי נוח לאביו ועושה בשבילו, "דהוה כאילו מצווהו לעשות".⁸¹ כך מבחין המאירי בחיבורו:⁸²

"כל קטן שראינוהו עושה על דעת אביו או על דעת איזה גדול, כגון שהיה אביו עומד על גביו וראינוהו לתינוק צופה לאביו ומביטו ותנועותיו מורות שהוא מכיר שנוח לאביו בכך אסור, שהרי הוא כמי שמצווהו לעשות ... (ולא שרינן אלא באינו

75 תשובות מלמד להועיל, מחברת ראשונה, סימן נח, 72.

76 שם, 75.

77 יבמות קיג ע"ב.

78 שבת קכא ע"א.

79 משנה שבת, ז:ו.

80 שבת, קכא ע"א.

81 רש"י שם, ד"ה על דעת אביו.

82 מאירי בית הבחירה, יבמות, קיד ע"א (אלבק, 426).

עושה על דעת אביו)⁸³ וכמעשה של מפתחות שזכרנו שלא הודיעו לתינוק שנאבדו שם שלא יתבוננו שנוח לו בכך...⁸⁴

נדמה כי רוב המקרים בהם בית-הדין הרבני פוסק בענייני משמורת הילד או בקביעת מקום חינוכו ביריבויות שכאלה רחוקים מן הסיטואציה של הלכת רבי פדת.

ד. הלכתו של רבי פדת נאמרה רק לגבי קטן שלא הגיע לגיל חינוך, אך בשום פנים ואופן אין ללמוד ממנה על קטן שהגיע לכלל חינוך. כך קובעים מפורשות התוספות בשבת:⁸⁵

"דבאיסורא דרבנן מוכח בפרק חרש דאין בי"ד מצווין להפרישו ונראה דמיירי בקטן שלא הגיע לחינוך, דבהגיע לחינוך כיון שחייב לחנכו כ"ש (כל-שכן) דצריך להפרישו שלא יעשה עבירה".

ה. ישנם מן החכמים הסוברים⁸⁶ שחידושו של רבי פדת נאמר דווקא לגבי איסורי שבת, אבל לא לגבי איסורי טומאה כגון טומאת כוהנים, טומאת שרצים או טומאה של אכילת דם.⁸⁷ בשלושת האיסורים הנ"ל, ובאלה בלבד, נדרשו הפסוקים הן בספרא והן בבבלי "להזהיר גדולים על הקטנים",⁸⁸ ועל-כן יש חובה על בית-הדין או על כל אדם החייב במצוות להפריש את הקטנים מאיסור. העובדה שאיסורי הטומאה עומדים בפני עצמם מוסברת על-ידי ההנחה שהחכמים בכל הדורות סברו כי עשייתם על-ידי הקטן יכולה להזיק לו באופן נפשי ורוחני, ולכן יש למונעו מהם מעל ומעבר למשקלן ההלכתי של עבירות אלה.⁸⁹

⁸³ השלמה של ר"ח אלבק, שם.

⁸⁴ כך גם כותב רבינו ירוחם, ספר תולדות אדם וחוה נתיב א, א: "קטן אוכל נבלות אין בי"ד מצווין עליו להפרישו וה"ה לשאר איסורין ודוקא כשעושה על דעת עצמו, אבל אם מוכח מילת' שעושה ע"ד (על דעת) גדול, שמבין הקטן שגדול נחת רוח לו בכך, אסור ומצווין עליו להפרישו", כל גדול במשמע, לאו דוקא אביו.

⁸⁵ שבת, קכא ע"א ד"ה שמע מינה קטן אוכל נבלות.

⁸⁶ ראו תשובות רא"ם, סימנים עט-פ.

⁸⁷ ראו יבמות, קיד ע"א.

⁸⁸ ראו שם, שם. וכן ספרא דבי רב (א"ה וויס) שמיני, פרשה יב (ב) שם, אחרי מות פרשה ח, (1).

⁸⁹ כך למשל רש"ל בים של שלמה, יבמות, פרק יד, סימן ז (ד"צ ירושלים, 69) סובר שיש להפריש קטן מאיסור בענייני טומאה אפילו טרם הגיעו לחינוך, וזה בניגוד לשאר איסורים. רש"ל מסתמך, בין היתר, על חכמי הקבלה שכתבו "שאכילת שקצים ודומיהם מטמטמין הלב והשכל", כן בתשובות חת"ם סופר (לר"מ סופר) או"ח, סימן פג, בתשובה לשאלה אם מותר להכניס קטן שוטה שלא הגיע למצוות למוסד של נכרים שיש חשש שיאכילוהו אוכל בלתי כשר. אף-על-פי שלדעתו אין בהכנסתו של ילד כזה למוסד ספיה של איסור, נטה לאסור בהנמקה הבאה: "... ומ"מ העידו קדמונינו ז"ל שע"י מאכלות אסורות בנערות מטמטם הלב ומוליד לו טבע רע, עדיין אני אומר מוטב שיהיה שוטה כל ימיו וכו".

ו. מן האמור לעיל יוצא כי בית-הדין מצווה באופן ישיר להפריש את הקטן מאיסור, וכי יש בהימנעותו של בית-הדין מלקבוע שהילד יהיה במשמורת ההורה שומר תורה ומצוות משום אי-הפרשתו של הקטן מאיסור.

הנחות אלה מבוססות על שיוכן של ההלכות הבאות לסוגיית "קטן אוכל נבלות". כך נאמר: "בן חבר שרגיל לילך אצל אבי אמו עם הארץ אין חוששין שמא יאכילנו דברים שאינם מתוקנים. מצא בידו פירות - אין זקוק לו";⁹⁰ "בן חבר כהן שרגיל לילך אצל אבי אמו כהן עם הארץ אין חוששין שמא יאכילנו תרומה טמאה. מצא בידו פירות - אין זקוק לו".

בשתי הלכות אלה לא נאמר מי הוא הפטור מלחשוש להאכלתו של הקטן באיסור. סביר להניח שאילו הייתה קיימת חובה להפריש קטן מאיסור, הייתה חובה זו מוטלת גם על בית-הדין, ולא רק על האב; וחובה זו לא הייתה מצטמצמת רק לסיטואציות בהן "מצא בידו פירות",⁹¹ אלא הייתה מקיפה גם מקרים שהיה בהם חשש שהקטן ילך לאבי אמו עם-הארץ.

אך גם אם נניח, כהשקפת האמוראים, שרק האב הוא המחויב לחנך את בנו הקטן, ומכוח זה הוא המחויב הבלעדי להפרישו מאיסור, החובה מוטלת עדיין על בית-הדין להפריש את הקטן מאיסור - לא בגלל הקטן, אלא כדי שההורה שאינו שומר תורה ומצוות לא יחטא בילד. כך הסיק הרדב"ז⁹² מהלכותיו המרובות של הרמב"ם בסוגיה זו, שנראה כסותרות זו את זו:

"נמצאת למד ג' דינין בקטן. אם הוא עובר על דברי תורה אין ב"ד מצווין להפרישו, אבל מצוה על אביו לגעור בו. הרי שלא גער בו אלא הניחו, ב"ד ממחין ביד האב, ואומרים לו מדוע אין אתה גוער בבנך שלא יחלל שבת. ואם עובר בדברים שאין בהם אלא משום שבות, אעפ"י שמצוה על אביו לגעור בו מ"מ אם הניחו לעשות, אין ב"ד נזקקין לאב, כיון דאיסורו מדברי סופרים הקלו. ולהרגילו בידים, אסור אפילו באיסורין דרבנן, ואם האב הרגילו בכך, ב"ד ממחין בידו של אב, דהא איסורא עבד להרגילו".⁹³

⁹⁰ יבמות, קיד ע"א. בתוספתא דמאי, פ"ג ה"ג (ליברמן, 74) קיימת מקבילה: "בן חבר שהיה הולך אצל אבי אמו עם הארץ אין אביו חושש שמא מאכילו דברים שאינן מתוקנים, היו בידו פירות אינו חושש שמא אינן מתוקנים. אומר לו האכילנו מעשר ומאכילו."

⁹¹ "מצא בידו פירות" היא הסיפא של שני האירועים שהובאו כאן "בן חבר" ו"בן חבר כהן".
⁹² תשובות הרדב"ז, חלק חמישי, סימן אלף תלב.

⁹³ תירוך דומה מובא על-ידי ר' יוסף קארו בב"י, או"ח, סימן שמג בשם חותנו ר' חיים אבן אלבלג; כסף משנה, שבת, כד, יא; שם, מאכלות אסורות, יז, כז-כח. אך ראו ב"ח, או"ח, סימן שמג, שדחה תירוך זה.

רעיון זה למד ר' חיים עוזר גרודז'ינסקי גם מממרתו של רבינו ירוחם בספר תולדות אדם וחוה,⁹⁴ לפיה הפטור מלהפריש את הקטן מאיסור הוא: "... ודוקא דלא שייך בר חיובא באיסור הקטן, אבל שייך בר חיובא באיסור הקטן מצווין עליו להפרישו". וכך ביאר רח"ע גרודז'ינסקי ממרה זו:⁹⁵ הפטור מלהפריש את הקטן מאיסור על-ידי בית-הדין הוא דווקא אם הקטן עושה זאת מעצמו, ואין אדם גדול המאכיל אותו את הקטן. ברם אם הגדול מאכיל את הקטן "בכה"ג (=בכ"ה) ששייך בזה בר חיובא על-ידי שהוא ספה האיסור לקטן, וב"ד מצווין להפריש הקטן בכדי להציל את הגדול מאיסור לא תאכילום".⁹⁶

ז. אך דומה, כי אף-על-פי שהנחנו עד כה הכרעתו של בית-הדין לא למסור את הקטין לידי ההורה שאינו שומר תורה ומצוות היא הפרשה מאיסור או אף פחותה מזו, מביאורם של חכמים אחרים עולה כי הכרעתו האפשרית של בית-הדין למסור את הקטין לידי ההורה שאינו שומר תורה ומצוות, תיחשב לספייה בידיים.

כך, למשל, כותב ר' יצחק בלאזר בתשובות פרי יצחק:⁹⁷

אולם, לענ"ד נראה דלומר לעובד כוכבים להאכיל לקטן דבר איסור... גם זה הוי כמו דספי ליה בידיים ממש. דהנה בעיקר הדבר דילפינן מקרא דלהזהיר הגדולים על הקטנים ומוקי לה בגמרא דלא ליספו להו בידיים אין הכוונה להאכיל אותם בידיים ממש 'ליספו להו כתורא', אלא דאף לומר להו שיאכלו אסור וכמבואר בסוגיה שם לא יאמר אדם לתינוק הבא לי מפתח, וכ"כ בראשונים ... ועיין במ"ל (=במשנה למלך) סוף הלכות מאכלות אסורות דאפילו להטעות לקטן ולומר על דבר איסור שהוא היתר אסור, דהוי כמו ספי ליה בידיים ועכ"פ הרי דכל שיאכל התינוק ע"י גרמתו הוי ג"כ כמו דספי ליה בידיים.

הבסיס עליו משתית ר"י בלאזר את חידושו זה, כפי שהוא עצמו אומר, כתוב בראשונים ומצוי אף בתירוצים שהבאנו לעיל. אך דומה שר"י בלאזר מגדיר לראשונה כי "ספיה" פירושה גרימת אכילה, אפילו כשהקטין מקבל בפועל את מאכלו מצד שלישי, הוא הנכרי.

⁹⁴ ספר תולדות אדם וחוה נתיב א, א.

⁹⁵ ר' חיים עוזר גרודז'ינסקי, תשובות אחיעזר, חלק שלישי, סימן פא, ס"ק ט.

⁹⁶ באותו קטע שם, "וא"כ כשנתן (גדול - יצ"ג) האיסור לקטן אף דמצד הקטן קיי"ל דאין בי"ד מצ"ל (מצריך ליה) מ"מ יהיה מצ"ל (מצריך ליה) מצד הגדול המאכיל שתבטל הספיה ולא יעבור על האיסור".

⁹⁷ תשובות פרי יצחק, חלק א, סימן יב, (ע' כא).

דבריו אלו של ר"י בלאזר הינם דברי פולמוס כנגד עמדתו של ר"מ סופר בתשובות חת"ם סופר,⁹⁸ שקבע על-סמך הלכתו של מהר"ם מרוטנבורג⁹⁹ (כפי שצוטטה בים של שלמה), כי אין באמירה לנכרי שיאכיל את הקטן דבר איסור משום ספייה בידיים. הלכתו של ר"מ מרוטנבורג הנ"ל כפי שצוטטה בים של שלמה היא כדלקמן:¹⁰⁰

תינוק, נראה שאסור לסוך גופו בחלב וחזיר שאין זה אלא תענוג אבל יניח לעכו"ם לסוכו ולהאכילו, ולהזהיר גדולים על הקטנים אין אסור אלא דוקא כי ספו להו בידים.

ברם ר"י בלאזר מבאר אותה כך:¹⁰¹

מה שכתב הסמ"ג בשם רבינו ברוך אבל יניח לעובד כוכבים לסוך ולהאכילו, אינו רוצה לומר שיהיה מותר לומר לעובד כוכבים לסוכו ולהאכילו, דזה בודאי אסור, כנ"ל. אולם הכוונה הוא דאם העובד כוכבים מעצמו סוך ומאכילן יניח לו.

האם קביעת בית-דין רבני כי הקטין יהיה במשמורתו של ההורה שאינו שומר תורה ומצוות, או שיתחנך בזרם ממלכתי אין בה משום ספייה בידיים, בדומה לאמירה לגוי להאכיל הקטן איסורים? שהרי זו כזו גורמות ישירות לקטין שיעבור על איסורי תורה. יתר על-כן, סמכותו של בית-הדין הרבני לפי החוק בישראל, לפיה הכרעתו של בית-הדין מחייבת, גורמת שכל הכרעה של בית-הדין שהילד יהיה במשמורת ההורה שאינו שומר תורה ומצוות יש בה ממש ספייה בידיים.

כאשר הקטין הגיע לגיל החיוב במצוות, הרי הוא גדול, וכשם שיש חובה ומצווה על אדם מישראל למנוע מחברו לחטוא, אם יש בידו לעשות זאת, כך בית-הדין מצווה למנוע בכל כוחו קטין כזה מלעבור על איסורים, ומוטלת עליו החובה להפרישו מאיסורים.¹⁰² מקורה של הלכה זו הוא או משום הלאו של "ולפני ענך לא תתן מכשול"¹⁰³ או משום האיסור לסייע לעובר עבירה. האיסור לסייע לעוברי עבירה אינו ברור כשלעצמו, ורבו עליו הביאורים של החכמים.¹⁰⁴

98 תשובות חת"ם סופר, לעיל הערה 89.

99 שם, ע' כט.

100 יבמות, פרק יד, בשם הסמ"ג.

101 לעיל הערה 93, שם.

102 על יחס זה בין חובתו של אדם מישראל להפריש את חברו מאיסור לבין חובתו של בית-הדין ראו בהרחבה שלום אלבק בתי הדין בימי התלמוד (בר אילן, תשמ"א), 19-25, והערות השוליים שם.

103 ויקרא, יט, יד, על היקף האיסור ראו תשובות הר צבי (לרצ"פ פרנק) יו"ד, סימן קכה.

104 עיינו למשל, רא"ש שבת, פרק א, הלכה א. תשובות מלמד להועיל מחברת ראשונה, סימן לד, נו. ר"מ פיינשטיין דברות משה, שבת, סימן ב, ועוד.

דומה שמכל האמור במאמר זה יש כדי לשער כי לו בפרשת נגר היה האב ההורה שאינו שומר תורה ומצוות והאם היא הייתה ה"חוזרת בתשובה", בית-הדין הרבני היה קובע את מקום החינוך והמשמורת של הילדים נשוא הסכסוך אצל האם השומרת תורה ומצוות.

ד. מפעלו של מנחם אלון: בין פרשנות 'יצירתית' ל'יצירה פרשנית'

נחזור לראשית המאמר, הקריאה ה"הרמוניסטית" שהציע אלון בהשגה עלי למציאת "מגמה משותפת" בין דיני התורה לבין המשפט הנוהג בישראל היא מאלפת ומלמדת על דרכו. אין מנחם אלון קורא את המקורות בקריאת אומן, ואין הוא משתדל ליישב את הכתובים רק מכוחם, אלא מתוך השקפה אזרחית ובעיקר מתוך מגמה יישומית של דיני התורה בישראל המודרנית. כך רעיון "אפוטרופסות ההורים", שאלון מחשיבו מאוד, לא הוכר מעולם בהלכה, "חזקת הגיל הרך" לקוחה "מכבשונה של ההלכה" היא לא הכרחית והרבה חכמים סברו כי בכלל אין לאב זכות לדרוש משמורת הבן לכשעצמו אלא הוא תלוי ברצונה של האם, או של הבן והבת הקטנים. מכאן גם ניתוחו של אלון כי קיים גיל בגרות קבוע בהלכה של שתיים עשרה/שלוש עשרה שנה ורק לצורך עניינים כלכליים הוקדם הגיל לגיל שש או שבע, אינה מדויקת. ומעניין לעניין, קביעתו של אלון כי אין לערוך כלל בדיקת רקמות לקטינה שאימה הרתה אותה בעת היותה נשואה בשם "טובת הילד" – בשל החשש שיצא עליה קול שהיא ממזרה – למרות היותה בשל תביעת מזונות בממונית, היא מוסרנית מודרנית, אך ההלכה הטהורה מכילה בקרבה ללא כל רגש אבהות "דיפרנציאלית": יש אב למזונות ויש אב לצורך הכרה בסטטוס.

במבט לאחור, גישתו של אלון הופכת להיות אט אט מיושנת. כך באמנת האו"ם בדבר זכויות הילד שהרבה מדינות חתומות עליה, ביניהן ארצה"ב וישראל, הומרה ה"אפוטרופסות" ההורית ב"אחריות הורית". כך גם "חזקת הגיל הרך" בוטלה בהרבה שיטות משפט מודרניות הסבורות כי אין להעדיף את החזקת הילד בגיל הרך אצל האם על פני החזקתו אצל האב, וגם בישראל קמים קולות רבים הדורשים את ביטולה של חזקה זו.

"אין עושין נפשות לצדיקים דבריהם הם זכרונם", אמרו בירושלמי. לא קבלת קביעותיו של מורה הדרך השופט פרופ' מנחם אלון המנוח, ללא עוררין, כ"נפש", ראויה למורשתו. דווקא העיון והדיון בדבריו הוא הזיכרון האמתי של דמותו החיה והפועמת