

# קשר אמיץ

מבט הלכתי על אימוץ ילדים  
ומעמד ההורות



אחוזה - המחלקה למדיניות חברתית

תשפ"ב

**כתיבה:**

הרב עזריאל אריאל, הרב זאב שמע, הרב מיכאל פואה, הרב איתי אליצור

**חברי מערכת:**

הרב פרופ' נריה גוטל, הרב ד"ר אופיר כהן, הרב דוד קהלת, הרב אסף ברלינר

עריכה: הרב עזריאל אריאל

עריכת לשון: שרה המר

עיצוב כריכה: אודליה פרל



**בהוצאת מרכז תורה ומדינה**  
**'אחוזה' - המחלקה למדיניות חברתית**  
**שיחת דקלים ע"ר**

ת.ד. 15 ניצן, מיקוד 7928700

טלפון: 073-2865858

דוא"ל: merkaz@toramedina.org.il

אתר: www.toramedina.org.il

יוצא לאור בסיוע משרד התרבות והספורט  
מנהל התרבות, המחלקה למכונים תורניים

© כל הזכויות שמורות

אלול תשפ"ב | 2022

## תוכן העניינים

מבוא 7

### שער ראשון - אימוץ ילדים בהלכה

א. המצווה לאמץ 15

ב. השלכות האימוץ 17

1. הפקעת ההורות בהלכה • 2. האימוץ במשפטי העמים ובהלכות בני נח • 3. בין משפחה טבעית למשפחה חוקית • 4. המשפחה מול המדינה • 5. "גר שנתגייר כקטן שנולד" • 6. חוקי האימוץ במדינת ישראל • 7. סיכום

ג. אימוץ פתוח מול אימוץ סגור 41

1. סוגי אימוץ בתנ"ך ובדברי חז"ל • 2. העדפת האימוץ הפתוח • 3. מסקנה

### שער שני - הגדרת ההורות בהלכה

מבוא 51

ד. בעלות האב על ילדיו - בדיני בני נח 54

ה. ראיות לקניין האב בילדיו - בדיני ישראל 56

1. דמי וולדות • 2. מצוות פדיון הבן • 3. מצוות מילה • 4. נזירות הבן • 5. בן סורר ומורה • 6. גניבת נפשות • 7. ילדי עיר הנידחת • 8. מסירת הבן למולך • 9. כפיית טיפול רפואי • 10. הכאת ילדים • 11. דעת פוסקים בדורות האחרונים • 12. סיכום

ו. ראיות להעדר קניין האב בילדיו 70

1. עבדות ומעשה ידיים • 2. הקדשת בנו בחרם • 3. תשלומי חבלה • 4. טיפול בנכסי קטן • 5. אחריות לנזיקין • 6. תרומת חלק מגופו • 7. השבת ילד להורות • 8. רקע רעיוני • 9. דעת פוסקים בדורנו • 10. סיכום

ז. קניין האב בבניו - מסקנת הדיון 78

ח. מאפייני קניין ביחסי האב עם בתו 81

1. קידושי הבת • 2. תשלומי אונס ומפתה • 3. איסור מסירה לזנות • 4. מכירת בתו לאָמה • 5. מעשה ידיה של הבת • 6. מענק אמה עבריינה • 7. הפרת נדרים • 8. הורשת הזכויות • 9. "אישות דבתו" • 10. ה"בעלות" כאחריות - מסקנה

- ט. קניין האם בילדיה \_\_\_\_\_ 95
1. קניין האם בבנה • 2. קניין האם בבתה • 3. מסקנה
- י. ההורות כזכות \_\_\_\_\_ 97
1. הסוברים שיש להורים זכויות בילדיהם • 2. הסוברים שאין להגדיר את ההורות כזכות • 3. מסקנה
- יא. ההורות כאפוטרופוס וכפיקדון \_\_\_\_\_ 104
1. 'אפוטרופוס' מהו? • 2. אפוטרופוס בחינוך הילדים • 3. ההורות כפיקדון • 4. מצוות חינוך כמוקד ההורות • 5. חובת האם בחינוך ילדיה
- יב. מעמדה ההלכתי של ההורות \_\_\_\_\_ 117
1. סיכום ביניים • 2. "כרחם אב על בנים" • 3. המשכיות ומשמעות • 4. הורות וזהות • 5. הורות, מהי? • 6. מסקנה
- יג. הסכמת ההורים לאימוץ \_\_\_\_\_ 130
1. "שיח הראינות" • 2. תוקפה של חתימת ההורים • 3. דעת פוסקים בדורנו • 4. חזרה מהסכמה לאימוץ • 5. מסקנה

### שער שלישי - הוצאת ילד מרשות הוריו ומסירתו לאימוץ

- יד. התשתית ההלכתית להוצאת ילד מרשות הוריו \_\_\_\_\_ 143
1. "לא תעמוד על דם רעך" • 2. חובת האדם הפרטי • 3. תפקידם של גופים ציבוריים • 4. שיקולים נדרשים • 5. תקדימים הלכתיים להתערבות מוגבלת • 6. הסמכות להתערב בסכנה מוסרית • 7. התערבות במקרה של הזנחה • 8. סמכותם של גופים ציבוריים
- טו. המשפחה מול הרשויות \_\_\_\_\_ 163
1. התערבות הרשויות בחינוך הילדים • 2. חוק חינוך חובה חנים - בהלכה • 3. סמכותה של המדינה - בתפיסות עכשוויות • 4. סמכותן של רשויות ציבוריות - בהלכה • 5. בית הדין - "אביהם של יתומים" • 6. סיכום

### שער רביעי - בין שיח זכויות לשיח צרכים

- מבוא - דילמת האימוץ \_\_\_\_\_ 193
- טז. שיח הזכויות בדיון המשפטי \_\_\_\_\_ 194
- יז. מוסר של חובות - בהלכה היהודית \_\_\_\_\_ 200
1. חובות האב לילדיו • 2. חובות האם לילדיה • 3. חובת הבן לכבד את אימו • 4. מסקנה
- יח. "שיח הראינות" \_\_\_\_\_ 206
1. "ואהבת לרעך כמוך" • 2. צורכי האם • 3. צורכי הבן

213. **יט. צורכי האם מול צורכי הבן - מי קודם?**  
1. העדפת הבן • 2. שיקולים הלכתיים להעדפת האם • 3. שיקולים מעשיים להעדפת האם • 4. מסקנה

225. **סיכום כללי**

228. **אפילוג: הורות מהי?**

## נספחים

235. **נספח א: הוצאת ילדה מרשות אימה המתעללת בה / הרב יצחק זילברשטיין**  
1. השאלה • 2. פיקוח נפש של האם מול צורכי הבת • 3. הצורך בעדות על התעללות האם בבתה • 4. לסיכום

238. **נספח ב: ביטול אימוץ / הרב יעקב אריאל**

238. **א. חזרה מהסכמה לאימוץ**

240. **ב. ילד אינו ניתן למכירה**

242. **ג. מעמד ההורים הביולוגיים**

244. **ד. טובת הילד**

245. **ה. כשהאם נוכרייה**

246. **ו. גיור קטין**

1. האם יש צורך בהסכמת הוריו הביולוגיים? • 2. לגיור בן מאומץ אין צורך בהסכמתם

250. **ז. הקשר הטבעי**

251. **ח. הפקעת הגיור**

253. **ט. מעמד האב**

1. הצורך בהסכמתו לגיור • 2. חיובו במזונות

256. **י. מסקנה**



## מבוא

שירותי הרווחה נתקלים לעיתים בדילמות קורעות לב הנוגעות לילדים הסובלים מהזנחה קשה או מהתעללות בבית הוריהם. בעבר הייתה נטייה חזקה יותר להשתמש ב"נשק יום הדין" של הוצאת הילד מחזקת הוריו ומסירתו לאימוץ, ואילו הגישה המקובלת כיום זהירה בהרבה ומחפשת פתרונות ביניים. בספר זה ברצוננו לבחון את הגישה של שירותי הרווחה על פי ההלכה היהודית מתוך מבט רחב ומקיף על מושג ההורות בכלל ועל סוגיית האימוץ בפרט, ומתוך כך להתייחס לאתגרים המעשיים.

הספר נכתב בעקבות משפט מבויס שהתקיים בקיץ תשע"ז באוניברסיטת בר אילן מטעם הקליניקה למשפט עברי - בו עלתה בקשתם של המארגנים מן ה"שופטים" להביע דעה מנקודת מבטה של ההלכה היהודית ביחס לדילמה שהועלתה בו. לפני הצגת הדברים נדגיש כי לא מדובר במקרה שהתרחש במציאות, וכפי הנראה, על פי המדיניות הנהוגה כיום במחלקות לשירותים חברתיים, מקרים מעין אלו מוצאים את פתרונם בדרכים אחרות מבלי להגיע לדילמה בינארית כה חריפה בין שתי אפשרויות קיצוניות. גם בתי המשפט למשפחה אינם דנים בסוגיות רגישות אלו בדרך שבה התנהל המשפט המבוים. על כן יש לראות את הדיון הזה כתיאורטי לחלוטין. חשיבותו נובעת דווקא מן הבקשה של מארגני ה"משפט" להכריע באופן עקרוני בין שני קטבים מנוגדים במטרה לזקק את הנקודות העקרוניות, בלי אפשרות לברוח ל'אזור הנוחות' של פתרונות ביניים.

וזהו סיפור הדברים (בשינויים קלים מן הנוסח המקורי):

המקרה עוסק באלמנה חולת נפש המגדלת ילד בן שש שאביו נפטר. האם אוהבת את בנה והבן קשור אליה מאוד. בדיקה של הרשויות העלתה שאף שהאם מטפלת בבנה באהבה ובמסירות, ואף שהוא רוצה להישאר בביתה, מחלת הנפש שלה משפיעה לרעה על מצבו הרגשי וההתפתחותי של הילד, בכך שהיא מונעת ממנו לצאת מן הבית ולשחק עם חברים מתוך חרדה בלתי רציונלית. האם חולקת על חוות הדעת של הרשויות וטוענת שהיא מטפלת בבנה היטב ודואגת לכל צרכיו. הילד אוהב את אימו ואינו רוצה להיפרד ממנה.

לאחר שניסיונות שונים להתערבות לא עלו יפה, ומאחר שהתברר שאין לאם קרובי משפחה היכולים לסייע לה, הועלתה השאלה אם להוציא את הילד מחזקת אימו ולמסור אותו לאימוץ.

נעשו ניסיונות על ידי כמה אנשי מקצוע לשכנע את האם לחתום על הסכמה לאימוץ מתוך הבנה שהדבר הכרחי לטובת הילד, אולם היא דחתה אותם בתוקף.

הדיון בשאלה זו, למרות היותה תיאורטית, הוא כבד מאוד. מנקודת המבט של הרגישות האנושית, כל הכרעה עלולה להיות הרת גורל ואף הרת אסון גם כלפי האם וגם כלפי הבן. נקודת המבט התורנית מעמידה אותנו על הרגישות המיוחדת הנדרשת במקרה כזה, עליה למדנו בפסוקי התורה (שמות כב, כא-כג):

כל אלמנה ויתום לא תענון. אם ענה תענה אותו, כי אם צעוק יצעק אלי, שמוע אשמע צעקתו. וחרה אפי והרגתי אתכם בחרב, והיו נשיכם אלמנות ובניכם יתומים.

ועל כך מרחיב הרמב"ם (הל' דעות פ"ו ה"י):

חייב אדם להיזהר ביתומים ואלמנות מפני שנפשו שפלה למאוד ורוחם נמוכה... שנאמר: "כל אלמנה ויתום לא תענון". והיאך נוהגין עמהן? לא ידבר אליהם אלא רכות, ולא ינהוג בהן אלא מנהג כבוד, ולא יכאיב גופם בעבודה ולבם בדברים קשים... כל המקניטן או מכעיסן או הכאיב להן או רדה בהן... הרי זה עובר בלא תעשה, וכל שכן המכה אותם או המקללן. ולא זו, אף על פי שאין לוקין עליו, הרי עונשו מפורש בתורה...

וכן נאמר בספר תהילים (סח, ה-ו) על הקב"ה:

שירו לאלהים זמרו שמו, סולו לרוכב בערבות, ביה שמו. אבי יתומים ודיין אלמנות, אלהים במעון קדשו.

אנו, הנדרשים ללכת בדרכיו, נתבעים להיות רגישים עד מאוד ולהיזהר מכל פגיעה ביתום או באלמנה. והדברים קשים כפליים כאשר על כפות המאזניים עומדים אלמנה מכאן ויתום (מאביו) מכאן.

עם זאת, הרגישות הנדרשת אינה אמורה למנוע את ההכרעה כאשר היא מתבקשת, גם אם היא קשה וכואבת לאחד הצדדים. וכך כותב הרמב"ם בהמשך ההלכה:



במה דברים אמורים? בזמן שעינה אותן לצורך עצמו, אבל עינה אותם הרב כדי ללמדן תורה או אומנות או להוליכן בדרך ישרה - הרי זה מותר.

על כן, כשהפגיעה הכרחית, מועילה ומוצדקת, היא מותרת. ובכל זאת, יש לקיים את הדיון שלפנינו ברגישות מרבית, כדברי הרמב"ם בסופה של אותה הלכה:  
ואף על פי כן לא ינהוג בהן מנהג כל אדם, אלא יעשה להם הפרש וינהלם בנחת וברחמים גדולים וכבוד...

אנשי המקצוע המטפלים בילדים בסיכון מתלבטים בשאלות מוסריות קשות מאוד. הדילמות נובעות מן המורכבות הרבה של הבעיות ומהיעדר מובנה של ודאות - הן ביחס לנתונים והן ביחס להערכת הסיכויים והסיכונים. הקושי גובר בשל המחיר הגבוה שיש לכל טעות: השארת הילד בבית הוריו עלולה להביא לפגיעה בלתי הפיכה בו, ואילו הוצאת הילד מרשותם עלולה גם היא לגרום נזק קשה - הן לילד עצמו (סוג של יתמות וחויית נטישה), הן להורים (חוויה של שכול בחיים) והן לאחרים (רתיעה של משפחות מקשר נחוץ עם שירותי הרווחה).

להלן נעמוד על המבנה של הספר, המבקש לדון בשאלה זו מן היסוד.

**השער הראשון** של הספר יפתח את הדיון ביחס למושג האימוץ בכללותו.

**השער השני** יתמקד בניסיון שהיה לשכנע את האם להסכים למסירת הילד שלה לאימוץ. ולשם כך נפתח בשאלת המעמד המשפטי של האב והאם ביחס לילדיהם, אם ניתן לראות אותו כסוג של "בעלות" או שההלכה מגדירה אותו אחרת. מתוך כך נדון במשמעות ההלכתית שהייתה יכולה להיות להסכמה זו ואם יש אפשרות לחזור ממנה.

**השער השלישי** יעסוק בהוצאה כפויה של ילד מחזקת הוריו, האם ובאילו מקרים ההלכה נותנת לה מקום ואיזו רמה של התערבות ניתנת להצדקה בנסיבות שונות. מתוך כך נדון גם בשאלת הסמכות הנדרשת לשם כך, ובמעמד ההלכתי של רשויות ציבוריות שונות.

**השער הרביעי** והאחרון של הספר יתמקד בהכרעה בין זכויות האם לזכויות הילד ובין הצרכים השונים והמנוגדים של כל אחד מהם, ובכך יענה על בקשתם של מארגני ה"משפט".

עיקרו של הדיון הוא הלכתי ובכך ייפתחו רוב השערים והפרקים בספר. בהמשך הדיון נשווה בין ההלכה היהודית לבין תפיסות אחרות, ומתוך כך נעמוד גם על מחשבת ההלכה. מדי פעם יבואו דברים הלקוחים מעולם החול כהקדמה לדיון ההלכתי במטרה לחדד את השאלות שההלכה מתמודדת איתן ולהבין את התשובות שלה לעומקן. ולפעמים נבקש להעשיר את הדיון ההלכתי עצמו בעזרת השוואה לדברים שנאמרו בעולם החול.

מאחר שהדיון ההלכתי נוגע בשורשים רעיוניים עמוקים, נגלוש ממנו מדי פעם לדיון במחשבת ההלכה. הדיון יתמקד במהות הקשר שבין ההורים לילדיהם - אם יש להבין אותו במושגים של בעלות וזכויות, במושגים של אחריות וסמכות או כקשר זהותי; וכן בשאלת מקור הסמכות של ההורות, אם הוא המדינה או הבורא. דיון זה יקרין על שאלת הזיקה שבין המדינה לבין המשפחה והלגיטימיות של התערבות המדינה בנעשה בתוך ד' אמותיה של המשפחה תוך פגיעה באוטונומיה שלה.

באמצעות מקרה מבחן כאוב זה נבחין בין התפיסות הרווחות כיום לבין ההלכה היהודית והשקפת העולם העולה ממנה; ובכך נשפוך אור נוסף על החלופה הרעיונית והיישומית שיש לתורת ישראל להציע להן.

### **תודתנו נתונה:**

לד"ר **שפרה מישלוב**, מנהלת הקליניקה לסיוע אזרחי על פי המשפט העברי באוניברסיטת בר-אילן, שארגנה את האירוע והזמינה את נציג מרכז 'אחוזה' להיות חלק מחבר השופטים במשפט המבויים;

**לשופט פיליפ מרכוס**, לשעבר סגן נשיא בית משפט השלום לענייני משפחה בירושלים, שתובנות משמעותיות שלו משוקעות בספר.

**לפרופ' רונה שוז**, מנהלת של המרכז לזכויות הילד והמשפחה במרכז האקדמי שערי מדע ומשפט ועורכת כתב העת "משפחה במשפט", שעברה על חלקים חשובים מן הספר והעירה את הערותיה המחכימות.

**לעו"ס חדווה אריאל**, לשעבר מנהלת המחלקה לשירותים חברתיים בבית אל, ששיתפה אותנו בניסיונה המקצועי.

לד"ר **אורי בגנו**, העומד בראש המחלקה המדעית במרכז תורה ומדינה, שהחכים אותנו בתובנות חשובות מתחום מדעי המדינה.

ועל כולם - תודתנו נתונה לצוות המסור של מרכז תורה ומדינה, והעומד בראשו הרב יגאל קמינצקי שליט"א, ולכל השותפים עמנו בדבר מצווה: לגב' שרה המר שביצעה את העריכה הלשונית, לגב' אודליה פרל על העיצוב הנאה של הכריכה, לגב' פיגא סוויצקי על ההעמדה לדפוס, ועמם לכל התומכים והמסייעים לפעילותו של המרכז. ברכת ה' תבוא על ראש כולכם.

## **עזריאל אריאל**

ט"ו באב תשפ"ב

### **וכמה הערות טכניות המתייחסות לציטוטים ממקורות שונים:**

- א) במקורות המצטטים בספר, נפתחו ראשי תיבות והכתיב הוסב לכתיב המלא המקובל כיום, וכן נוספו בהם ציוני מקורות, סימוני פיסוק וסימון של שלוש נקודות (...) במקום של דילוג.
- ב) ההדגשות בכל הציטוטים אינן במקור ונעשו בידי המערכת.
- ג) תוספת הסבר של הכותבים בתוך ציטוט מופיעה בסוגריים כאשר לפניה הסימן: = .





שער ראשון

◆  
אימוץ  
ילדים  
בהלכה





# שער ראשון

## אימוץ ילדים בהלכה

### א. המצווה לאמץ

אימוץ ילד שאין לו גואל הוא חלק בלתי נפרד ממצוות צדקה.<sup>1</sup> וכך נאמר במסכת כתובות (ג, א):

“אשרי שומרי משפט עושה צדקה בכל עת” (תהילים קו, ג) - וכי אפשר לעשות צדקה בכל עת?... ר' שמואל בר נחמני אמר: זה המגדל יתום ויתומה בתוך ביתו ומשיאן.<sup>2</sup>

ואף שמימרא זו לא מובאת בשו"ע היא מובאת להלכה במקורות רבים אחרים.<sup>3</sup>

משמעותה הרעיונית של מצווה זו עולה מדברי הגמרא במסכת מגילה (ג, א):

ר' שמעון בן פזי, כי הווה פתח בדברי הימים, אמר הכי: “...ואשתו היהודייה ילדה את ירד... ואלה בני בתיה בת פרעה אשר לקח מרד...” (דבהי"א ד, יח). “ילדה”? והא רבויי רביתה! - לומר לך שכל המגדל יתום ויתומה בתוך ביתו מעלה עליו הכתוב כאילו ילדו. “ירד” - זה משה...

ועל חינוך הילד המאומץ לתורה ומצוות נאמר במסכת סנהדרין (צט, ב):

אמר ריש לקיש: כל המלמד את בן חברו תורה מעלה עליו הכתוב כאילו **עשאו**, שנאמר (בראשית יב, ה): “ואת הנפש אשר עשו בחרן”. ר' אליעזר אומר: כאילו עשאו לדברי תורה, שנאמר (דברים כט, ח): “ושמרתם את דברי הברית ועשיתם אותם” וכו', אל תקרי 'אותם' אלא 'אתם'.

1. עיי' בהקדמתו של הר"י אברמסקי ליחזון יחזקאל, מסכת יבמות.
  2. וכן באסתר רבה פר' ו סי' א; מדרש תהילים קו, ג. ועיי' שמות רבה פר' מה סי' ו.
  3. רי"ף כתובות יח, ב; רא"ש כתובות פ"ד סי' יח; פסקי ריא"ז כתובות פרק ו הל' ב אות ז; פסקי הרי"ד כתובות ג, א; יש"ש כתובות פ"ד סי' כז; אורחות חיים דיני צדקה אות ה; ערוך השולחן יו"ד רמט, ז; שו"ת שבט הלוי ח"ו סי' קצו; ועוד.
- הר"ח קנייבסקי (דרך אמונה, הל' מתנות עניים פרק י ס"ק סו) העיר שעל סוגיה זו מתבססים דברי הרמב"ם (שם הי"ז), שכתב: “ציוו חכמים שיהיו בני ביתו של אדם עניים ויתומים... ואם יהיו עניים בני ביתו, בכל שעה ושעה מוסיף זכויות ומצוות”.

וכן שם (יט, ב):

אמר ר' שמואל בר נחמני אמר ר' יונתן: כל המלמד את בן חברו תורה מעלה עליו הכתוב **כאילו ילדו**, שנאמר (במדבר ג, א): "ואלה תולדות אהרן ומשה", וכתוב (שם, פס' ב): "ואלה שמות בני אהרן". לומר לך, אהרן ילד ומשה לימד, לפיכך נקראו על שמו.

ומכאן שמעבר למצווה הגדולה שיש באימוץ ילדים, יש באימוץ ממד של הורות ממשית.<sup>4</sup>

דברים חדים יותר נאמרו במדרש (שמות רבה מו, ה), המביא משל:

ד"א "ועתה ה' אבינו אתה" (ישעיהו סד, ז) - אמר להם הקב"ה: הנחתם אבותיכם אברהם יצחק ויעקב, ולי אתם קוראים אב? אמרו לו: לך אנו מכירים כאב. משל ליתומה שהייתה מתגדלת אצל אפוטרופוס והיה אדם טוב ונאמן, גידלה ושמרה כראוי. ביקש להשיאה, עלה הלב לר לכתוב הכתובה. אמר לה: מה שמך? אמרה: פלנית. אמר לה: ומה שם אביך? התחילה שותקת. אמר לה אפוטרופוס שלה: למה את שותקת? אמרה לו: מפני שאיני יודעת לי אב אלא אותך, **שהמגדל נקרא אב ולא המוליד**.

והמדרש עובר מכאן לנמשל:

כך היתומים - אלו ישראל, שנאמר (איכה ה, ג): "יתומים היינו ואין אב". אפוטרופוס שלהם - הטוב הנאמן - זה הקב"ה. התחילו ישראל קורין אותו 'אבינו', שנאמר: "ועתה ה' אבינו אתה". אמר הקב"ה: הנחתם את אבותיכם ולי אתם קוראים 'אבינו'?! שנאמר (שם נא, ב): "הביטו אל אברהם אביכם!" אמרו לו: ריבון העולם, המגדל אב ולא המוליד, שנאמר (שם סג, טז): "כי אתה אבינו, כי אברהם לא ידענו".<sup>5</sup>

4. וכך כותב המה"ל (חידושי אגדות סנהדרין יט, ב): "כאילו ילדו - כי המגדל מוציא אותו לפועל השלמות לגמרי ע"י פרנסה שלו, ודבר זה כאילו ילדו. וכן זה שאמר המלמד את בן חברו כאילו ילדו, ג"כ בשביל טעם זה עצמו, שהרי האדם חסר ובתורה יושלם, וכאשר נולד אין לו דעת כלל וכאשר משלימו בשביל התורה הוא משלימו; וכל אשר משלים הדבר נקרא כולו על שמו, כי אחר ההשלמה אנו הולכין בכל דבר, ולא אחר המתחיל הדבר".

5. ד"ר יעל ויילר, במאמרה "האם הפונדקאית והשינויים בתפיסת ההורות" (אסיא, כרך יב עמ' 246), מסיקה ממדרש זה שיש להכיר באימוץ, המהווה "הורות פסיכולוגית", כהורות לכל דבר. אולם המקורות ההלכתיים, אותם נביא לקמן (פרק ב, 1), אינם מורים כך.



לעומת המדרש הזה, המגדיר את המאמץ כאב ממש, נאמר במדרש אחר (ויקרא רבה א, ג):

“ואלה בני בתיה בת פרעה” (דבה”א ד, יח), ר’ יהושע דסכנין בשם רבי לוי: אמר לה הקב”ה לבתיה בת פרעה, משה לא היה בנך וקראתו בנך; אף את, לא את בתי ואני קורא אותך בתי, שנאמר: “אלה בני בתיה” - בת יא.

ומכאן שישנה הבחנה בין בן ובת ביולוגיים לבין מי שנקראים בן או בת אף על פי שאינם צאצאים ממש.

## ב. השלכות האימוץ

למרות האמור בפרק הקודם, ההלכה היהודית אינה מכירה במושג האימוץ כפי שהוא נתפס בתודעה הציבורית וברבים ממשפטי העמים, במובן זה שהמאמצים הם “הוריו” של הילד לכל דבר ועניין כאילו ילדו אותו ממש, כאשר ההורות של הוריו הביולוגיים מופקעת מכול וכול.<sup>6</sup> כפי שנראה להלן, ההורות היא מושג טבעי-ביולוגי שדבר אינו יכול להפקיע אותו, ולכן האימוץ יוצר רק מצב מעשי ופסיכולוגי, ואילו ברמה המהותית הוא לא יוצר הורות חדשה.

### 1. הפקעת ההורות בהלכה

לפי ההלכה, אף אם ישנם מצבים שבהם באופן מעשי הילד גדל בבית מי שאינם הוריו הביולוגיים, ההורות הטבעית עצמה<sup>7</sup> אינה ניתנת להפקעה לשום עניין עקרוני - לא לדיני עריות ועדות, לא להלכות כיבוד הורים ומוראם, לא למצוות החינוך, לא למצוות פדיון הבן, ולא לדיני ירושה ואבלות.<sup>8</sup> וכמו כן ההלכה לא מכירה באימוץ כהורות לשום עניין עקרוני.<sup>9</sup>

6. מקור המונח “אימוץ” בהקשר זה הוא הפסוק (תהילים פ, טז): “וכנה אשר נטעה ימינך ועל בן אימצת לך”. הרב צמח מאיר חי עוזיאל (שערי עוזיאל ח”ב שער לט, בהקדמה לפרק א) עומד על כך ש”בלשון המקרא נקראת פעולה זו בשם ‘לקיחה’”. הוא עצמו מציע מונח אחר: “נראה לדעתי לקרוא בנים כאלה, ‘בני אמונים’, ואת המגדלים אותם בשם ‘אומנים’, מלשון ‘יהי אומן את הדסה’ (אסתר ב, ז)”. אולם בסופו של דבר הוא מעדיף שלא לשנות את המינוח המקובל.

7. יוצאים מכלל זה - מצבי מעבר בין גוי ליהודי. עי’ לקמן, סע’ 5.

8. עי’ שו”ת מנחת יצחק ח”ד סי’ מט; שו”ת משנה הלכות חט”ז סי’ נח; הר”י זילברשטיין (במאמרו ‘אימוץ ילדים נגד רצון ההורים’, בס’ ‘על בן אימצת לך’, עמ’ יד, יח-יט); שו”ת תשובות והנהגות כרך ב סי’ תרעז.

9. עי’ בין השאר במאמרו של הרב מאיר שטיינברג (שהיה דיין בלונדון), “בעיות אימוץ ילדים עפ”י ההלכה”, שנדפס בספר היובל תפארת ישראל, עמ’ 261-263.

עם זאת, יש בהלכה הכרה במשמעותו של האימוץ בהקשרים עקרוניים פחות: יש מחלוקת גדולה בנוגע לאיסורי 'ייחוד' ומגע של חיבה, וישנו דיון בעניין מקורה של החובה לכבד את ההורים המאמצים ולהתאבל עליהם, לגבי הדרך לקריאת שמו של הבן המאומץ בעלייה לתורה, בכתובה ובשטרות, וכן לעניין קיום מצוות פרייה ורבייה באימוץ של בן ובת.<sup>10</sup>

עוד כתבו הפוסקים, שהאחריות לפרנס את הילדים<sup>11</sup> ולחנכם לתורה ומצוות קיימת גם בהורים מאמצים, באומנה וכדו'.<sup>12</sup>

על מושג האימוץ כתב גם הרב יעקב אריאל, במאמרו "ביטול אימוץ" (בספר זה, נספח ב, פרק ב):

הקשר בין ילד להוריו לא ניתק עם האימוץ, ולא יכול להינתק. הבן יורש את אביו וחייב על מכתו וקללתו, ולאב אין אפשרות לעקור את מעמדו של בנו היורש... (אלא ע"י מתנה מחיים לאחרים, אולם גם אז מעמדו של היורש כיוורש לא השתנה, רק אין לו מה לרשת). מעמד זה הוא **מציאות טבעית שאינה ניתנת לשינוי**, וכל המשנה נחשב למתנה על מה שכתוב בתורה...

על כך הוא מוסיף:

קשר משפחתי הוא קשר של דם, ואינו ניתן בשום צורה שהיא לביטול. הילד המאומץ חייב בכבוד הוריו הביולוגיים... אמנם כל המגדל יתום בתוך ביתו מעלה עליו הכתוב כאילו ילדו, אולם כאמור, האימוץ אינו תחליף להורות הטבעית. ההורים הטבעיים נשארים הורים לכל דבר ועניין - כגון לפסול לעדות או באשר לאיסור

10. על כל זה ע"י בהרחבה בנשמת אברהם ח"ד, חו"מ סי' מב, עמ' כט-מ, ובילקוט יוסף, הל' כיבוד אב ואם עמ' שכא-שלג.

בחכמת שלמה (אה"ע סי' א סע' א) דן בשאלה אם המאמץ מקיים את מצוות פרייה ורבייה ע"י האימוץ. הוא לא מכריע בשאלה העקרונית, אולם מסיק שמי שהיו לו ילדים ונפטרו וגידל במקומם ילדים מאומצים - אכן קיים את המצווה ממה נפשך.

11. שערי עוזיאל ח"ב שער לט פרק א; מאמר הרב שלמה דיכובסקי, "חובת ההורים לזון את ילדיהם המאומצים", תחומין טו, עמ' 278-291. ועי' שו"ת רץ כצבי, אה"ע ח"א עמ' שצו. הר"ב קרליץ (חוט השני, הל' יו"ט וחווה"מ עמ' רכו) הוסיף שייתכן שכאשר אין לילד המאומץ מזון לחג, מותר למאמץ לעבוד לשם כך בחווה"מ מדין "פועל שאין לו מה יאכל" אף שהדבר אסור במטרה לתת צדקה לעניים שאין מזונותיו עליו.

12. שערי עוזיאל שם, סע' ג, ו; פסקי תשובות סי' שמג אות א והע' 12.

עריות. מעיקר הדין אדם אינו יורש את מאמציו (אלא אם כן יקנה המאמץ את רכושו בחייו לילדו המאומץ), אינו חייב בכבודו (אלא מדין הכרת תודה למגדלו) ואינו חייב לקרוע ולהתאבל עליו (אלא אם כן נגדיר אותו כרבו).

ומסיק בהמשך הדברים (פרק ג):

רק במקרים **קיצוניים ביותר** יכול להינתן צו של ניתוק ילד מהוריו. גם אז הוא יישאר ילדם החוקי לעולם, אלא שהוא הועבר לאימוצם של המאמצים. וכאמור, האימוץ אינו יכול להפקיע את הורותם הטבעית של ההורים הביולוגיים.

משמעות הדבר היא שאומנם ייתכן מצב שבו מתקבלת החלטה **מעשית** על **המסגרת** שבה ישהה הילד בפועל, עם כל ההשלכות הרגשיות העמוקות שיש לכך, אבל לא על **עצם הזיקה** שבינו לבין הוריו הביולוגיים. ההורות אפוא איננה מושג **חוקי** אלא מושג **טבעי**.<sup>13</sup>

עמדה זו אינה מייחדת רק פוסקי הלכה, ואוחזים בה גם חוקרים באקדמיה. וכך כותב פרופ' יעקב בלידשטיין, במאמרו "כיבוד אב ואם בהלכה ובאגדה", בספר "דברים שאין להם שיעור" (עמ' 27 ואילך), פרק ב:

ההלכה דבקה, אם כן, בהגדרה **ביולוגית** לאבהות ולאימהות. כיוון שכיבוד אב מתחייב מתוך הקשר הביולוגי, אין בכוח של פעולה לגאלית-מוסרית (אימוץ) ליצור אבהות, ואין בכוחם של אב או בן לנתק את הקשר הביולוגי. אבהות הלכתית אינה **עובדה רצונית**: הבן אינו בוחר בהוריו. זוהי מקבילה נוספת למעמד האדם כיצור הבורא: "על כורחך אתה נוצר ועל כורחך אתה נולד... ועל כורחך אתה עתיד ליתן דין וחשבון..." (אבות פ"ד מכ"ב). היות האדם ילוד היא **עובדה קיומית**, בדיוק כמו היותו יצור. כאן כמו כאן, נפגש האדם עם העובדה כי קיומו בא לו מבחוץ.

13. מקור לכך נמצא בגמרא (בכורות נו, א), המסבירה מדוע מעשר בהמה נוהג רק בפרטים שנולדו ברשותו של בעל העדר. היא דורשת את הפסוק (שמות כב, כח) "בכור בניך תתן לי, כן תעשה לשורך לצאנך", ואומרת: "מה 'בניך' - אין בלקוח ובמתנה, אף 'צאנך ובקרך' - אינו בלקוח ובמתנה". משמעות הדרשה היא שכשם שבנו של אדם הוא מי שנולד ממנו באופן טבעי ולא נקנה או התקבל במתנה, הוא הדין לוולדות החייבים במעשר בהמה, שמצווה זו נוהגת בהם רק אם נולדו בעדרו של אותו אדם. ומכאן למדנו שדבר פשוט הוא ש"בן" יכול להיות רק בן ביולוגי.

## 2. האימוץ במשפטי העמים ובהלכות בני נח

התפיסה הרווחת של האימוץ ברבים ממשפטי העמים היא שונה לחלוטין, וסוברת שבכוחם של החוק ופסיקת בית המשפט ליצור 'הורות' חדשה. תפיסה זו מבוססת על המשפט הרומי, וכך כותב הרב פרופ' נריה גוטל, במאמרו "יחסי הורות במשפחה: ביולוגיה או פסיכולוגיה, תורשה או חינוך" (ספר 'עמדו'ת' כרך ד - הורות בעין הסערה, עמ' 143-144):

המשפט הרומי גזר את יחס ההורות מעקרון "המשפחה החוקית". בהתאם לכך אדם שמתחתן עם אישה כחוק יוצר משפחה, והילדים הנולדים במסגרת זו הם ילדים "חוקיים". מי שנולד מחוץ למסגרת הנישואין הוא ילד "לא חוקי", והוא אינו מוכר כבנו של האב הביולוגי: אינו מקבל את שם אביו, מזונות מאביו ואת ירושת אביו. במשפט הרומי יש שתי דרכים "להביא" ילדים לעולם: לידה ואימוץ - החוק "מוליד" ילד.<sup>14</sup>

הרב יעקב אריאל, במאמרו "ביטול אימוץ" (בספר זה, נספח ב, פרק ה) מצביע על כך שתפיסת האימוץ במשפטי העמים, שמקורה במשפט הרומי, דומה למה שפסק הרמב"ם על בני נח (הל' עבדים פ"ט ה"ב):

אחד הקונה עבד כנעני מישראל, או מן גר תושב, או מן עכו"ם שהוא כבוש תחת ידינו, או מאחד משאר האומות - יש לו למכור את עצמו לישראל לעבד, והרי הוא עבד כנעני לכל דבר. וכן מוכר בניו ובנותיו, שנאמר (ויקרא כה, מה): "מהם תקנו וממשפחתם אשר עמכם אשר הולידו בארצכם", וכל אחד מאלו הרי הוא כעבד כנעני לכל דבר.<sup>15</sup>

ועל כך כותב הרב אריאל:

הורים נוכריים יכולים אפילו למכור את בנם לעבד (כשהעבדות נהגה בעולם) ובכך לנתק אותו מכל שייכות אליהם. מכירה כזו הייתה בת תוקף מוחלט, ולא ניתנה לחזרה.

14. על התפיסה הרווחת במשפט הרומי ובמשפטי העמים הרחיב הרב צ' חי עוזיאל במבוא לספרו 'שערי עוזיאל', ח"א, עמ' 15-18.

ועי' בהרחבה במאמרו של הרב ד"ר מרדכי הלפרין, "הגדרת הורות וזכות איתור השורשים הביולוגיים" (בספר "דילמות באתיקה רפואית", עמ' 161-188) בראש הפרק "אימוץ במשפט הישראלי".

15. עי' בהרחבה לקמן, פרק ד.

ומוסיף בהערת שוליים (הע' 1):

ואולי על רקע זה יובן יותר חוק האימוץ הרומי, המאפשר ניתוק מוחלט של ילד מהוריו הביולוגיים, והפיכתו לבר זהות חדשה. המשפט הרומי הכיר כנראה בסמכותם של הורים למכור את ילדיהם, ולכן אימץ את מוסד האימוץ כנתק מוחלט. התורה - להבדיל - לא הכירה מעולם בסמכותו של ישראלי למכור את ילדיו, ולכן מוסד האימוץ לא אומץ מעולם ע"י ההלכה על קרבו ועל כרעיו, אלא עבר שינויים המותאמים להלכה.

בהמשך הדברים הוא מעלה את השאלה ביחס לאימוץ אצל אומות העולם בדורנו: ועדיין יש מקום להסתפק בימינו, שהעבדות עברה מרוב רובו של העולם והאנושות התקדמה צעד נוסף קדימה ביחסה אל הילד והתקרבה לעקרונות הצדק של תורת ישראל, שילדים אינם רכוש הוריהם, ואין באפשרותם למכור את ילדיהם. מעתה, מכירת ילד או ויתור עליו, גם אצל אומות העולם, אינם בעלי תוקף... וצ"ע.<sup>16</sup>

על ההיבט הרעיוני של תפיסת האימוץ במשפטי העמים, המתיימרת ליצור הורות גמורה יש מאין, כותב בחריפות הרי"ד סולובייצ'יק (אדם וביתו, עמ' 69):

היהדות לא הכירה במוסד האימוץ בגרסתו הרומית, כיוון שמושג רומי זה בא להמיר עובדה ביולוגית בפיקציה משפטית, וכך ליצור את האשליה בדבר יחס טבעי בין ההורים המאמצים לבין הילד המאומץ. היהדות מבטאת את עמדתה במונחים שאינם משתמעים לשתי פנים: אין להתערב במה שהחליט הבורא להעניק לאחד או לאחר; אין שום היתר לשנות את מערכת היחסים הטבעית. כל התערבות מצד סמכות משפטית כלשהי סופה להגיע להתערבות בתוכניתו המקורית ויודעת-הכול של הבורא.<sup>17</sup>

16. יש להעיר, שעם שינוי התפיסה האנושית ביחס לבעלות האב על ילדיו (מה שעומד גם בבסיסה של אמנת זכויות הילד) נשמטה הקרקע מתחת לרעיון האימוץ עצמו, כפי שנתפס במשפט הרומי, והדבר משליך גם על התפיסה המקובלת של מושג האימוץ בעולם, כשהוא מוגדר כהפקעה של ההורות הביולוגית (בהסכמת ההורים או בצו בית המשפט) ויצירה של הורות חדשה יש מאין.

17. ייתכן שהתפיסה הרומית, המאפשרת הפקעת הורות, היא המונחת בתשתיתה של ההשקפה הנוצרית, כאילו הקב"ה "הפקיע את ההורות" שלו מעם ישראל ואימץ במקומו את הנוצרים. עם ישראל הוא בנו הטבעי של הקב"ה. ה"הורות" הזאת נקבעה בקריאה לאברהם אבינו (בראשית

עם זאת, הוא כותב בנימה חיובית מאוד על ערכו של האימוץ ברמה המעשית, ואף ברמה הרגשית והרוחנית:

האב והאם חשוכי הילדים חייבים להשלים עם עובדת עקרותם הטבעית. ועם זה הם עדיין יכולים להשיג את מלוא חוויית ההורות-של-הברית, לממש את זכותם הבסיסית לילד ולאחדות במסגרת קהילה שיש בה "אני", "אתה" ו"הוא".

לדעת הרי"ד, קהילה זו נוצרת דווקא בתהליך שבו ההורים (ה'אני' וה'אתה') מחנכים את ילדם (ה'הוא') לתורה ולמצוות. קהילת חינוך זו אינה תלויה בהורות הביולוגית אלא בהורות הרוחנית, המחנכת. וכך הוא כותב (בפסקה הקודמת):

כאשר התווספה האות ה"א לשמו של אברם, הוא נעשה ל'אברהם', 'אב המון גויים', אביהם הרוחני של כל אלה שלמדו מפיו. הזוג חשון הילדים איננו זוכה לחזקת 'אברם', של הורות ההולדה הטבעית, אך השגת דרגתו של 'אברהם', ההורות הבוראת, היא אתגר אשר הכול נקראים להתמודד עמו.

וממשיך הרי"ד (בסוף הפסקה שהבאנו למעלה):

אין אדם חייב לעבור תחילה את שלב 'אברם' כדי להיעשות בסופו של דבר ל'אברהם'. הילד הרוחני, ולא הילד הביולוגי, הוא הדבר שאינו בר-שינוי בקיום האנושי; הקהילה בת שלושת החברים מבוססת על אחדות קיומית, לא ביולוגית. ניתן לכרוך באופן שאינו ניתן להפרדה את קיומם של ה'אני' וה'אתה' עם קיומה של מהות שלישית, גם אם היא, במונחים ביולוגיים, זרה להם לחלוטין.<sup>18</sup>

יב, א): "לך לך מארצך וממולדתך ומבית אביך אל הארץ אשר אראך". ומתוך כך מגדיר הקב"ה את עמו כ"בני בכורי ישראל" (שמות ד, כב). ביציאת מצרים הקב"ה יצר את בני ישראל כעם, כפי שנכתב בנבואת ישעיהו (מג, כא): "עם זו יצרתי לי, תהילתי יספרו", וכן (שם מב, ו): "אני ה' קראתיך בצדק... ואצורך ואתנך לברית עם לאור גויים". מכיוון שכך, הקשר שבין הקב"ה לעם בריתו לא ניתן להפקעה בשום מצב ובשום תנאי. וכך אומר ר' מאיר (קידושין לו, א): "בנים אתם לה' אלהיכם - ... בין כך ובין כך אתם קרויים בנים...". וגם אם עם ישראל חוטא בחטאים חמורים, תתקיים בהם נבואת הושע (ב, א): "והיה במקום אשר יאמר להם לא עמי אתם יאמר להם בני אל חי". הנצרות טענה כי מאחר שעם ישראל סירב להאמין במשיחיותו של "אותו האיש", חדל "ישראל שבגוף" להיות בנו של הקב"ה, ובמקומו באו המאמינים הנוצרים, שהם "ישראל שברוח", וההורות החוקית מתיימרת להחליף את ההורות הביולוגית.

18. ועי' בספרו של הרב חיים נבון, "שיעורי בית" (המבוסס על הגותו של הרי"ד), עמ' 143-145, העומד על המורכבות שיש בשיטתו של הרי"ד בסוגיה רגישה זו.

בסעיפים הבאים נדון בתשתית הרעיונית להבדל שבין ההלכה היהודית לבין משפטי העמים.

### 3. בין משפחה טבעית למשפחה חוקית

התפיסה העומדת בבסיסם של חוקי האימוץ במדינות רבות בעולם היא האפשרות להפקעה של ההורות המקורית ויצירת הורות חלופית על ידי הוראה חוקית.<sup>19</sup> האימוץ בתפיסה זו נתפס כפעולה משפטית מובהקת.<sup>20</sup> אולם כפי שכתבנו לעיל, התפיסה היהודית, כפי שבאה לידי ביטוי בהלכה, אינה רואה לנגד עיניה פעולה משפטית של 'אימוץ' אלא פעולה מעשית, בעלת אופי פונקציונלי, שבאה רק להגן על הילד מסכנה ולדאוג לכל צרכיו - הן הגופניים והן הרגשיים. אין להכחיש את המשמעות הפסיכולוגית העמוקה שיש לאימוץ, עד כדי יצירת חוויה מוחשית של הורות, ואין להתעלם מהתרומה העצומה שיש לכך לבריאותו ולהתפתחותו

כיוון חשיבה דומה מופיע בפירושו של הרש"ר הירש לפרשת הייבום, שבה הבן הנולד ליבמה קם על שם הבעל שמת, והוא כותב (דברים כה, ה): "...התרומה הרוחנית והמוסרית ללידתו ולחינוכו של בן נחשבה תחליף לבן והיה בה משום פיצוי לאדם שלא זכה לבנים משלו".

19. למעשה, הפקעת הורות מתבצעת גם בהיריון מתרומת זרע או ביציית, והפקעה זו היא קיצונית עוד יותר במקרים שבהם אין כל רישום של התרומה, כך שלילד לא תהיה לעולם דרך לדעת מיהם הוריו הביולוגיים.

20. התפיסה התומכת במשפחה החוקית - המשפטית-הסכמית, היא התפיסה השלטת במשפט הרומי ועל פיה האדם הוא מרכז העולם והוא זה היוצר את המציאות פרי רוחו. לפי תפיסה זו אין בעצם מציאות אובייקטיבית, אלא כל מציאות היא פרשנות של האדם. בדרך זו יצר האדם את כל דיני הקניין ככללים הסכמיים (ולא כדינים מציאותיים, כפי שהדבר בא לידי ביטוי במשפט התורה), ובדרך זו יוצר האדם קשרים משפחתיים הסכמיים. כך בן שנולד מקשר לא חוקי אינו מתייחס לאביו במשפט הרומי, ואילו במשפט התורה הוא נחשב לבן אף אם הוא ממזר (עי' במאמרו של הרב יהושע בן מאיר, "הורות משפטית והורות גנטית בהלכה", אסיא יב (ג-ד), עמ' 80, ובספרו של פרופ' ישראל גילת, "דיני משפחה, יחסי הורים וילדים: מזונות, יחסי ממון, משמורת וחניון", תל-אביב, תשס"א, עמ' 22-25). כך יוצר החוק המודרני 'משפחות הסכמיות', שבהן האחריות ההורית כלפי הילדים מוטלת על שני גברים או שתי נשים, אישה לבדה או איש לבדו, תוך התעלמות מהוריו הביולוגיים של הילד. לכן קמה האפשרות להפקעה של ההורות על ידי הוראה חוקית. במשפט התורה, לעומת זאת, ההורות היא מציאות טבעית, אותה יצר בורא עולם. ההתערבות של החוק אינה משנה מציאות זו. אכן, ההלכה מחייבת אותנו לדאוג לילד שאין לו הורים היכולים לגדל אותו, אך אין שום אשליה כאילו באמצעות החוק ניתן ליצור מציאות משפחתית חדשה (ההבחנה שבין מציאות טבעית לבין תפיסות הסכמיות חורזת את מאמרו של הרב מיכאל פואה, "הזכויות והאחריות בקניין הנישואין - בין משפט התורה למשפט העמים", פרקים ב-ג, בספר "ראויים לטוב", עמ' 166-167, והוא מרחיב על כך בספרו "בשורת הצדק - לחידוש משפט התורה").

התקינה של הילד. אולם מציאות פסיכולוגית זו אינה יוצרת הורות של ממש, אלא דימוי שלה, אף שבהחלט ניתן לראותו כ"נאמן למקור".

בשורש העניין עומדות שתי תפיסות ביחס למושג המשפחה בכללו: בעוד התפיסה המקובלת במשפט העמים, בעיקר כיום, היא תפיסה של 'משפחה חוקית', המבוססת על תפיסת עולם הסכמית-משפטית - בה מה שמגדיר את קשרי המשפחה הוא החוק, או הסכמה חברתית בחסות המדינה,<sup>21</sup> התפיסה היהודית מקדשת את מושג המשפחה כ'משפחה טבעית'.<sup>22</sup>

21. ד"ר יעל ויילר, במאמרה "האם הפונדקאית והשינויים בתפיסת ההורות" (אסיא, כרך יב עמ' 236-265; גיליון נז-נח עמ' 141-172) משתמשת במונח "הורות מופשטת", המבוססת על מרכיבי הורות משפטיים, חברתיים ופסיכולוגיים.

22. כך כתב עו"ד ערן שילה במאמרו "עוד על תפיסת ההורות בהלכה" (<http://www.daat.ac.il/ivri-mishpat/skirot/2-324.htm>): "קשה להמעיט בחשיבות ההבחנה בין השיטות המשפטיות. לשיטת המשפט העברי, הטבע הוא הקובע את קיומן של זכויות וחובות הוריות, ואילו לשיטות המשפטיות האחרות המשפט הוא הקובע את קיומן של זכויות וחובות אלה". פרופ' שחר ליפשיץ, במאמרו "שליחת הורות בהסכמה" (בכתב העת משפטים, גיליון נא) מכנה את התפיסה הזאת "גישה מוסדית-חברתית".

וכן כתב הרב ד"ר מרדכי הלפרין במאמרו "הורות ביולוגית והורות גנטית" (בתוך: דעת, פר' תזריע, גיליון 231, תשס"ה): "המשפט הרומי וממשיכיו במשפט הקונטיננטלי גוזרים את יחס ההורות, יחס ההורים וצאצאיהם, מעקרון 'המשפחה החוקית', ולפיו מי שנולד מחוץ למסגרת הנישואין נחשב 'לא חוקי' ואינו מוכר כבנו של האב הביולוגי. לעומת זאת, המשפט העברי מאמץ בדרך כלל את תפיסת המשפחה הביולוגית-טבעית וקובע את האבהות ואת האימהות לפי הקשר הביולוגי בין ההורים לצאצא, גם אם אינם נשואים". ועי' בהרחבה במאמרו "הגדרת הורות וזכות איתור השורשים הביולוגיים", בספר "דילמות באתיקה רפואית", עמ' 161.

על כך יש מקום להקשות משרה, רחל ולאה שמסרו את שפחותיהן ליעקב כדי שהילדים שתלדנה יחשבו כילדיהן שלהן. וכך אומרת שרה לאברהם (בראשית טז, ב): "הנה נא עצרני ה' מלדת, בוא נא אל שפחתי, אולי איבנה ממנה". וכן רחל אומרת ליעקב (שם, ל, ג): "הנה אמת בלהה, בוא אליה ותלד על ברכי ואיבנה גם אנוכי ממנה". וכך מוסרת גם לאה את זלפה ליעקב כדי שתלד בשבילה (שם, י-יג). ייתכן שאפשרות זו הייתה קיימת רק לפני מתן תורה, וייתכן שהתאפשרה רק בשפחות, שבניהן אינם מתייחסים אחריהן אלא נחשבים כבני אדונייהם. עוד יש להעיר שלא ברור התוקף החוקי של מהלך זה. אומנם בני בלהה נתפסו בלידתם כשבייכם לרחל, וכך אומרת רחל (שם, ו): "ותאמר רחל, דנני אלהים וגם שמע בקולי ויתן לי בן", אבל בפרשת וישלח (שם, לה, כג-כו) מתייחסים כל בני בלהה וזלפה לאימותיהם ולא לרחל ולאה, וכן בפרשת וישב (שם, לז, ב) ובפרשת ויגש (פרק מו). אף ישמעאל אינו מתייחס בסופו של דבר אל שרה אלא אל הגר, וכך נאמר על שרה בפרשת וירא (בראשית כא, ט-י): "ותרא שרה את בן הגר המצרית... ותאמר לאברהם, גרש האמה הזאת ואת בנה, כי לא יירש בן האמה הזאת עם בני עם יצחק". ואף הקב"ה מכיר בכך ואומר לאברהם (שם, פס' יג): "וגם את בן האמה לגוי אשימנו...". ומכל זה עולה שהתורה אינה מעניקה הכרה חוקית לקשר שבין האם המזמינה לבין מי שנולד מן השפחה שלה, ולכל היותר נוצר ביניהם קשר מעשי, רגשי ורוחני, שניתן לקרוא לו "הורות פסיכולוגית" (על כך עי' במאמרה של ד"ר יעל ויילר, "האם הפונדקאית והשינויים בתפיסת ההורות", אסיא כרך יב



**המשפחה הטבעית** היא אב ואם הנשואים זה לזו לאורך זמן ולהם ילדים ביולוגיים משותפים. גם משקי בית אחרים עשויים להיות מותרים לחלוטין על פי ההלכה, ואף לגיטימיים מבחינה ערכית, כמו נישואין שניים לאחר אלמנות או גירושין; אולם יש להכיר בכך שהקשרים בין כל אחד מבני הזוג לבין ילדיו של האחר אינם קשרים טבעיים אלא קשרים הנובעים מההסכמה שבין הבעל לאישה להינשא וניתנים להתרה עם ניתוק הקשר שבין בני הזוג. גם במקרה של זוג נשוי המביא לעולם ילד בעזרת תרומת זרע מגבר אחר (אם הבעל עקר), בעלה של האישה אינו יכול להיחשב 'אביו' של הילד. הבעל, במקרה זה, לא היה שותף ביולוגי ביצירתו של הילד ולכן הוא יכול להיות לכל היותר אפוטורופוס על הילד. מקרה של תרומת ביצית או פונדקאות (אם האישה עקרה) הוא מורכב יותר, מפני שישנה מחלוקת בין הפוסקים בדורנו בשאלה מיהי אימו של הילד על פי ההלכה.<sup>23</sup> אולם ספק הלכתי זה עצמו יוצא מהנחת היסוד הפשוטה כי השותפות הביולוגית היא הקובעת את האימהות, ובהינתן מצב שבו ישנן שתי שותפות בהליך הביולוגי, עולה השאלה איזה משני המרכיבים הביולוגיים דומיננטי יותר - הביצית או הרחם. להסכמה בין שתי הנשים על כך שאחת מהן תוכר כאימו של הילד אין משקל בדיון ההלכתי, כפי שאין משקל הלכתי להסכמה בין תורם הזרע לבין בעלה של האישה מי מהם יוכר כאביו של הילד.<sup>24</sup> להסכמה ביניהם יכולה להיות השלכה רק לדיני ממונות מסוימים.

עמ' 240, ועמ' 246-247; גיליון נז-נח עמ' 152 ועמ' 159-160).

על ההורות הפסיכולוגית עמד הרש"ר הירש בפירושו לתורה (דברים כה, ה בסופו). כשהוא מתייחס לנעמי, שרה ורחל: "אכן כבר בהנחת היסוד של עמנו פעל הרעיון הבא לידי ביטוי במצוות ייבום, כי התרומה הרוחנית והמוסרית ללידתו ולחינוכו של בן נחשבה תחליף לבן והיה בה משום פיצוי לאדם שלא זכה לבנים משלו".

23. דיון על כך מופיע בין השאר בשו"ת באוהלה של תורה, ח"א סי' ע, בספרו של הרב יצחק שילת, 'רפואה, הלכה וכוונות התורה', עמ' 232-239, ובספרו של הרב צבי רייזמן, שו"ת רץ כצבי, אה"ע ח"א עמ' שעט-שפ, וח"ב, סי' א-ו. סיכום נרחב של הדעות השונות מובא באנציקלופדיה הלכתית רפואית ח"ב, ערך הפריה חוץ גופית, ובספר פוע"ה כרך שני - פוריות, עמ' 383-390 ועמ' 405-406.

24. אם אחד מתהליכים אלו נעשה על ידי גבר או אישה יחידניים, הם מביאים לעולם ילד שהוא 'יתום מהולדה', כשאינו יודע מי אביו או אימו הביולוגיים, ואף אינו יכול לחיות במראית עין כאילו יש לו אב או אם ידועים. על השיקולים המשפטיים בהקשר לכך עי' במאמרו של פרופ' שחר ליפשיץ, "שילת אבהות בהסכמה", בכתב העת 'משפטים', גיליון נא.

לאור זה נחזור לבחון את מושג האימוץ. אין ספק כי במקרים רבים, בהיבט המעשי, האימוץ הוא מצווה גדולה מאין כמוה,<sup>25</sup> ואף אין להתעלם מן ההשלכות הרגשיות העמוקות שיש לו. אולם כאשר דנים במשמעות החוקית שלו, עלינו להבחין הבחנה חדה בין המושג 'הורות', המבטא קשר ביולוגי שנוצר בתהליך טבעי, לבין המושג 'אפוטרופסות', המבטא סמכויות חוקיות ונוצר על ידי חוקי המדינה ומערכת המשפט שלה. ההגדרות החוקיות יכולות לקבוע את האפוטרופסות על הילד בכל הנוגע למה שנקבע בחוקי המדינה, אולם לא את ההורות - אותה קובעת ההלכה היהודית רק על בסיס ביולוגי.<sup>26</sup>

לעומת זאת, תפיסת המשפחה החוקית רואה את הקשר שבין ההורים לילדיהם כמה שנובע מחוקי המדינה (שיכולים לנבוע מן התודעה שלהם ושל סביבתם או מתפיסה משפטית מופשטת).

את הבסיס לתפיסה החוקית ניסח אחד מראשוני החשיבה המדינית הליברלית, ג'ון לוק, ב'מסכת השנייה על הממשל המדיני' (תרגום יוסף אור, ירושלים: מאגנס, תשי"ט, פסקה 65, עמ' 48-49), כשהוא דן בסמכות ההורית:

אכן כה רחוקה סמכות [אבהית] זו מלהיות נתונה בידי האב בתוקף זכות טבעית מיוחדת כלשהי, זולת במידה שהלה אפוטרופוס לבניו - ומשעה שפסק האב מלהשגיח עליהם, בטלה גם סמכותו כלפיהם; סמכות זו עומדת בעינה כל זמן שהוא מכלכל ומחנך אותם, ובכך קשורה היא קשר בל יינתק; וגם מי שאימץ לו לבן אסופי, נתונה היא בידו במידה זו עצמה כמו לאב המוליד. ועצם מעשה ההולדה אינו מקנה לאדם שום סמכות באשר לצאצאיו, אם בכך מצטמצמת דאגתו להם.

25. עי' לעיל, פרק א.

26. לאור זה הוכנה במרכז 'אחוזה' הצעת חוק חדשה שעדיין לא הוגשה לכנסת. הצעה זו באה להגדיר מחדש את המושגים והיא מבקשת לקבוע שלושה דברים: (א) 'הורה' - גבר או אישה השותפים מבחינה ביולוגית ביצירתו של הקטין. (ב): מאמץ לאחר מתן צו אימוץ כמשמעו בחוק אימוץ ילדים התשמ"א-1981, או הורה מיועד לאחר שקיבל צו הורות לפי סעיף 12 לחוק הסכמים לנשיאת עוברים התשנ"ו-1996, יהיה לאפוטרופוס של הקטין כל זמן שהצו תקף. (ג) אין בחוק זה כדי לפגוע בדיני איסור והיתר לענייני נישואין וגירושין.

בהיעדר חוק כזה, מתרחבת התופעה שבה בתי משפט מרבים לתת "צו הורות פסיקתי" למשקי בית שאחד המבוגרים בהם אינו קשור בשום קשר ביולוגי אל הילד, תוך דילוג על ההליכים המקובלים בהוצאה של צו אימוץ. על כך, עי' במאמרם של הרב מיכאל ויהודה פואה, "הורות לפי אופנה", בכתב העת 'השילוח', גיליון 25 עמ' 115-134, ובמאמרו של יצחק בר-זאב, "עולם חדש מופלא?", שם, עמ' 20-24.

את תפיסתו של לוק מנתח לעומקה יוסף א' דוד (בחוברת "המשפחה והפוליטי", בהוצאת המכון הישראלי לדמוקרטיה, ירושלים תשע"ב, עמ' 34-35, הע' 41):

**הורות** עבורו היא **מושג נגזר ממושג האפוטרופסות**, ולא להפך! כמו כן המשמעות המכשירית של הסמכות ההורית מטשטשת את ההבחנה בין הורות ביולוגית להורות מאמצת! אכן בעקבות צמיחתה של נקודת המבט הליברלית, סוגיית אימוץ ילדים מקבלת תפנית כבדת משקל מבחינה רעיונית ומבחינת ההצדקות המוסריות לה. שאלת היחס בין הורות ביולוגית להורות מאמצת עדיין מאתגרת את המחשבה הליברלית והפוסט-ליברלית.

והוא מוסיף (עמ' 37):

כפועל יוצא לטיעוניו של לוק, החשיבות של קשר הדם מתרופפת, וההבחנה בין הורים ביולוגיים להורים מאמצים מיטשטשת.<sup>27</sup>

לעומת זאת, בהלכה, כאמור לעיל, ההורות מוגדרת דווקא על ידי קשרי דם - שהם קשרים ביולוגיים ישירים, הבאים לידי ביטוי בהולדה.<sup>28</sup>

את מקורו של ההבדל בין ההלכה היהודית לבין תפיסות המקובלות כיום במערכת המשפט מסבירה ד"ר יעל וילר, במאמרה "האם הפונדקאית והשינויים בתפיסת ההורות" (אסיא, כרך יב עמ' 246):

בית המשפט החילוני המודרני מבטל, מצמצם או מעלים את הקשר ההורי הביולוגי של הילד, ומעמיד את ייחוסו על בסיס עיקרון חברתי מופשט... כמובן, קיים הבדל בין שתי השיטות המשפטיות. ההבדל ביניהן הוא במשמעות השונה הניתנת להתרת הזיקה הטבעית הביולוגית. המשמעות שנותנת שיטת המשפט העברי היא **המשמעות הדתית הטרונסצנדנטית**. המשמעות שנותנת הפסיקה החילונית המודרנית היא בעיקר **המשמעות של אושר היחיד (individuum)** כחלק מהחברה. הבדלי

27. על כך מרחיב המחבר שם (הערה 48): "יתר על כן, גישה מכשירית למשפחה מערערת את ההבחנה שבין זוגות נשואים ושאינם נשואים, הטרוסקסואליים וחד מיניים".

28. לכך יש השלכה נוספת: לפי התפיסה הליברלית תפקידו של האב הוא רק להביא את הילד לידי עצמאות וכאשר הבן הגיע לעצמאות פג הקשר ביניהם. לעומת זאת, ביהדות, הקשרים שבין ההורים לילדיהם אינם מוגבלים בזמן ובשלב התפתחות. הדבר בא לידי ביטוי גם בהגיע הילד לבגרות, בכך שהוא מחויב עדיין במצוות כיבוד ומורא הורים, וכן באחריותו של האב לסייע בנישואי ילדיו גם לאחר שבגרו.

משמעויות אלו הם שיגזרו את רוב ההבדלים בהחלטות המשפטיות  
המעשיות...

ומתוך כך היא כותבת:

האימוץ הוא מקרה אופייני של יצירת יחסי הורות מופשטים פסיכולוגיים  
על בסיס הרכיב המשפטי, בגיבוי פעיל של המדינה, אשר מקבלים  
לגיטימציה על ידי החברה.

#### 4. המשפחה מול המדינה

העימות הרעיוני שבין ההלכה היהודית ההולכת אחר ההורות הטבעית לבין  
תפיסת ההורות כיצירת כפיו של חוק המדינה הוא עמוק עוד יותר. וכדי להבין  
אותו נביא עמדה קיצונית, שאומנם אינה משקפת את כל הזרמים בהגות  
הליברלית העכשווית, אולם בהחלט מראה עד היכן יכולה תפיסה זו להגיע.  
דברים אלו מופיעים בתקציר של החוברת "המשפחה והפוליטי - על השתייכות  
ואחריות בחברה ליברלית" (בהוצאת המכון הישראלי לדמוקרטיה, עמ' 12):

החיבור... מסרטט שלושה פתרונות המיישבים את המתח שבין מוסד  
המשפחה למחשבה הליברלית - המשפחה כסוכנות של המדינה;  
המשפחה כאורגן של המדינה; או המשפחה כמקום שאינו פוליטי.

תפיסת המשפחה כסוכנות של המדינה משלימה לכאורה עם אובדן  
מעמדה המסורתי של המשפחה ועם קריסתה אל תוך צורת החיים  
הליברלית. בקו אחד עם הדאגה של הליברלים לאזויות הפרט, המשפחה  
לפי תפיסה זו אינה אלא מסגרת מלאכותית וניתנת להחלפה, שייעודה  
הוא לספק את התנאים הבסיסיים לקיומו של הפרט ולשגשוגו...

תפיסת המשפחה כאורגן של המדינה משמרת את ייחודה של המשפחה  
כמסגרת שקיומה והצדקתה אינם תלויים בפוליטי. היא ממקמת את  
המשפחה במערך תומך, שבו אחריותה של המדינה ומחויבותה להגן  
על מוסד המשפחה ולשמר אותו מקנה לה גם סמכות מפקחת על  
המשפחה ועל הנעשה בתוכה...<sup>29</sup>

29. רעיון נוסף שנדון לאחרונה הוא הדרישה ל"רישוי להורות" מטעם המדינה. רעיון זה מנתק את  
הקשר הגורדי שבין הורות ביולוגית לבין גידול הילדים וחינוכם. על כך, עי' בספרו של פרופ'  
סקוט ינור, "להציל את המשפחה", עמ' 203-211.

תפיסת המשפחה כמקום שבו כוחה של המדינה מושהה מעודדת לראות במשפחה מקום "לעומתי" ביחס לפוליטיקה. המשפחה, לפי זה, מאפשרת כינון וניהול יחסים בינאישיים על פי עקרונות פעולה שונים מאלו השולטים בשדה הפוליטי.

התפיסה הרואה את המשפחה כישות הסכמית-משפטית היא אינדיבידואליסטית. היא איננה רואה את המשפחה כ'שלם' שיש בו משהו מעבר לסך חלקיו או בתור ישות שקיומה נושא בתוכו משמעות ערכית כלשהי.<sup>30</sup> המשפחה, לפי תפיסה זו, היא מסגרת טכנית של חיים, אשר נועדה רק לסייע לקיומם ולשגשוגם של הפרטים המרכיבים אותה. על כן יש הצדקה לקיומה של המשפחה, או להשתייכות של הפרט אליה, רק כל זמן שהיא מספקת את הצרכים הללו. ומכיוון שכך, המחויבויות ההדדיות שבין בני המשפחה נושאות אופי של 'חוזה'. אולם לא ניתן לראות את המשפחה כחוזה רגיל הנכרת בין פרטים חופשיים, שכן, ככל שמדובר בילדים, הם אינם יכולים להצטרף למשפחה מרצונם החופשי אלא נולדו לתוכה. ומאחר שההסכמה לא יכולה לבוא מכוחם של הפרטים המרכיבים את המשפחה, היא באה מכוחה של 'מסגרת על' - שהיא המדינה. חוק המדינה הוא המייצר את המשפחה ההסכמית-משפטית. אלא שבשונה מן החוק הרומי, שבו ההסכמה הייתה לראות את הילד כרכושו של האב, בחוקיה של המדינה המודרנית, הבאים מכוחה של תפיסה ליברלית, גם הילד הוא יצור חופשי המהווה צד לחוזה שבין כל בני המשפחה.<sup>31</sup> - חוזה, שבהיעדר מודעות של הילד להיותו שותף לו - קובעת אותו המדינה בשבילו, ובכך הופכת להיות מקור הסמכות של ההורים.<sup>32</sup>

30. כתב על כך בהרחבה הרב חיים נבון, בספרו "שיעורי בית", עמ' 169-188.

31. הרב חיים נבון עמד על כך בספרו "שיעורי בית", עמ' 189-190.

32. על כך העיר ד"ר אורי בגנו, שהניתוח של יוסף א' דוד באשר לליברליזם, ובמיוחד מה שהגדיר בתור 'הגישה הפטרנליסטית' או 'המשפחה כסוכנות', אינו מבוסס דיו. יתר על כן, החוקר הליברלי היחיד שהוא מסתמך עליו הוא וויל קימליקה, שאומר שזו בעצם תאונה שקרתה להגות הליברלית. כמו כן, נראה שהמקום שהוא נותן למדינה הוא שגוי. ליברליזם, בהגדרה, אינו נותן מקום כה נרחב למדינה כפי שהוא קובע. נכון יותר להוציא את המדינה מהמשוואה ולהשאיר רק את החוק. צו בית משפט מתיישב הרבה יותר עם הגישה הליברלית. אולי אפשר לומר שהמדינה נכנסת באופן טבעי לריק שיצר הליברליזם, אבל אי אפשר להגיד שמלכתחילה התפיסה הליברלית מעוניינת שהמדינה תנהל את המשפחה. לפי תפיסות ליברליות מתונות יותר ההתערבות של גופים אחרים במשפחה מוגבלת למצב בו המשפחה נכשלת בתפקידה; ולדעתם, רק במצב כזה קשרי המשפחה בטלים.

עם זאת חשוב לציין, שדברים בכיוון שעמד עליו יוסף א' דוד כתב נשיא בית המשפט העליון לשעבר, השופט מאיר שמגר (ע"א 2266/93 פלוני, קטין נ' פלוני, פ"ד מט (1)230,221(1995)): "עם התפתחות מדינת הרווחה המודרנית האמונה על הגנת אזרחיה, שלומם ורווחתם, ועם

התפיסה היהודית שונה מן הקצה אל הקצה מהתפיסה של המשפחה כסוכנות היונקת את כוחה מן המדינה, אף שקשה להכניס אותה במדויק לאחת משתי הקטגוריות הנוספות שהובאו לעיל. התורה רואה את המשפחה בתור ישות **טבעית-אורגנית**<sup>33</sup> שהיחסים בין בניה נושאים אופי של **ברית**,<sup>34</sup> הסוכבת סביב **מסורת וערכים** משותפים.<sup>35</sup> מכיוון שכך, לא המדינה יוצרת את המשפחה; וכפי שניתן לראות בתורה, המשפחה קדמה למדינה.

התפתחות ההכרה כי למדינה ולחברה יש גם הכוח והסמכות להתערב ביחסי הורים וילדים מזה... החלה הפסיקה לכרסם באוטונומיה המוחלטת של הורים כלפי ילדיהם...". ובפועל, ניתן לראות ששתי התפיסות משמשות בערבוביה בפסקי דין שונים ובהקשרים שונים. עי' לקמן, פרק 2, טו.

33. על כך יש מקום להקשות מן ההבדל בין דיני ישראל לדיני בני נח במה שמגדיר את הקשר הזוגי (עי' שו"ת באוהלה של תורה ח"ד סי' כד אות יב). בדיני בני נח מה שקובע הוא המציאות: אישה מוגדרת כ"אשת איש" אם היא חיה בקביעות עם גבר ומקיימת עימו יחסי אישות (רמב"ם הל' אישות פ"א ה"א; הל' מלכים פ"ט ה"ז-ה"ח), והיא מתגרשת רק על ידי הפסקה בפועל של החיים המשותפים (שם ה"ח); ואילו בדיני ישראל נדרשת סדרה של מעשים חוקיים, שהם: שידוכין (רמב"ם הל' אישות פ"ג הכ"ב), קידושין (שם פ"א ה"ב) וחופה (שם פ"י ה"א-ה"ב). ומסביר הרש"ר הירש (דברים כג, א): "בכך נקבע אופיים המוסרי של הנישואים בישראל. הקידושין הם מעשה של רצון מוסרי המאחד איש ואישה, ורק הקידושין יוצרים קשר בין איש לאישה על כל תוצאות הקורבה הנובעות מכך, ואילו ביאה, שהיא רק היסוד הגופני המיני, איננה יוצרת קשר של קורבה. קידושין בלי ביאה יוצרים 'שאָר', ולא ביאה בלי קידושין". בעקבות דבריו עלינו לומר, שבעוד קשר הנישואין אצל בני נח נותר ברובד המעשי והגופני, בדיני ישראל הקשר עולה לרמה גבוהה יותר, שיש בה גם ממד חוקי ורוחני וגם ממד מעשי וגופני, מה שיוצר סוג של "טבע מטפיזי". בכך נעשה הקשר הזוגי חזק יותר מקשר הדם, כפי שנאמר בתורה (בראשית ב, כד): "על כן יעזוב איש את אביו ואמו ודבק באשתו והיו לבשר אחד".

34. אם נבקש לייחד את מושג ה'ברית' לעומת 'חווה', נמצא את המאפיינים הבאים: (א) נצחיות (לפחות להלכה, גם אם לא תמיד למעשה); (ב) טוטליות (הקפה של רוב תחומי החיים); (ג) דרישה לנאמנות מלאה; (ד) ערכים ומטרות משותפים; (ה) מטען רגשי כבד; (ו) ממד של קדושה. על מושג ה'ברית' בקשר הזוגי ומאפייניו עמד בהרחבה הר"ד סולובייצ'יק בספרו 'אדם וביתו', עמ' 53-67, ועמ' 103-118. תפיסתו מתבררת בספרו של הרב חיים נבון, 'שיעורי בית' (המבוסס על הגותו של הר"ד), עמ' 78-84, ועמ' 188-195. עמד על כך בהרחבה הרב זאב שמע במאמרו: "ודבק באשתו והיו לבשר אחד - שיח זכויות מול מוסר יהודי - החובה ההדדית ליחסי אישות כמקרה מבחן", פרק ד, 2 (בספר 'ראויים לטוב', עמ' 123-129).

35. על כן, מוקד היחסים בין ההורים לילדיהם הוא מערכת המצוות הקשורה ב**זהותם וחינוכם**. עי' לקמן פרק יא, 4. על מרכיב זה בברית הנישואין עומד הרב סולובייצ'יק בספרו 'אדם וביתו', עמ' 65-69. על מקומם המרכזי של ערכים משותפים בברית הזוגית, עי' במאמרם של הרב עזריאל ועו"ס חדווה אריאל, "דרושה אהבה (בין רומנטיקה לתודעת 'אנחנו')", בספר 'משפחה מפעל חיים', עמ' 443.

מוסד המשפחה - כמוסד המכונן את החברה האנושית - מופיע בתורה כבר בפרשת בראשית (ב, יח-כד):

ויאמר ה' אלהים: לא טוב היות האדם לבדו, אעשה לו עזר כנגדו... ויפל ה' אלהים תרדמה על האדם וישן, וייקח אחת מצלעותיו ויסגור בשר תחתנה. ויבן ה' אלהים את הצלע אשר לקח מן האדם לאישה, ויביאה אל האדם. ויאמר האדם: זאת הפעם עצם מעצמי ובשר מבשרי, לזאת ייקרא אישה כי מאיש לוקחה זאת. על כן יעזוב איש את אביו ואת אמו, ודבק באשתו והיו לבשר אחד.

וביתר שאת, בפרשת נח, כאשר ההצלה מן המבול היא לא לפרטים אלא **למשפחות**, כפי שמודגש שם שוב ושוב (בראשית ז, א-ב):

ויאמר ה' לנח: בוא אתה ו**כל ביתך** אל התיבה... מכל הבהמה הטהורה תיקח לך שבעה שבעה, **איש ואשתו**, ומן הבהמה אשר לא טהורה היא **שניים, איש ואשתו**.

אגב כך מלמדת אותנו התורה כי מושג המשפחה כה מעוגן בטבע, עד שהוא קיים, לפחות ברמה העקרונית, גם בין בעלי החיים. התורה חוזרת על כך ביתר הדגשה בשעת היציאה מן התיבה (שם ח, טו-יח):

וידבר אלהים אל נח לאמור: **צא מן התיבה, אתה ואשתך ובניך ונשי בניך** אתך... ויצא נח ובניו ואשתו ונשי בניו אתו.<sup>36</sup> כל החיה, כל הרמש וכל העוף, כל רמש על הארץ, **למשפחותיהם** יצאו מן התיבה.

ולא זו בלבד שלא המדינה היא היוצרת את המשפחה, אלא המשפחה, כשהיא מתרחבת, היא היוצרת את האומה, שהיא היוצרת את המדינה (שם פרק י):

מאלה נפרדו איי הגויים בארצותם איש ללשונו, **למשפחותם בגוייהם**... ואחר נפוצו משפחות הכנעני... אלה בני חם **למשפחותם** ללשוונותם, בארצותם **בגוייהם**... אלה בני שם **למשפחותם** ללשוונותם, בארצותם **לגוייהם**.

---

36. ייתכן כי הפער שבין הציווי האלהי, לצאת מן התיבה כזוגות נשואים, לבין הביצוע, בו יצאו נח ובניו ורק אחר כך נשיהם, הוא העומד ביסודם של המשבר שפרץ במשפחתו של נח במעשהו של חם, ושל חולשת מוסד המשפחה במהלך הדורות.

וכך גם בספרי בראשית ושמות, סיפור יצירתו של העם היהודי בא מתוך הקמתה של משפחת אברהם, ו"עם בני ישראל" נוצר מתוך משפחת "בית יעקב".<sup>37</sup> ומאחר שהמשפחה היא היוצרת את המדינה, לא ניתן לראות אותה כקיימת מכוחו של החוק המדיני אלא יש לראותה כישות טבעית שקדמה למדינה.

תפיסה דומה לתפיסה היהודית מופיעה בהכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם (סעיף 3.12):

המשפחה היא היחידה הטבעית והבסיסית של החברה, והיא זכאית להגנה של החברה והמדינה.

על כך מוסיף יוסף א' דוד, בחוברת 'המשפחה והפוליטי' (עמ' 60, הע' 75):

ארגונים פרו משפחתיים רואים בסעיף זה אישור לאידיאולוגיה השמרנית של 'המשפחה הטבעית', כפי שניתן לראות מהצהרת ג'נבה של הקונגרס העולמי לענייני משפחה...: "המשפחה הטבעית היא היחידה החברתית הבסיסית הטבועה בטבע האנושי וממוקדת באיחוד מרצון של גבר ואישה בברית נישואים לכל חייהם... משפחות חופשיות ויציבות וברוכות ילדים חיוניות לחברה בריאה. עתידה של חברה המתנערת מראיית המשפחה הטבעית כנורמה הוא תוהו ובוהו וסבל... על כל המוסדות החברתיים והתרבותיים לכבד ולקיים את זכויות המשפחה ואת האחריות לה".<sup>38</sup>

לפי תפיסה זו, מאחר שמוסד המשפחה הוא ישות טבעית שקדמה למדינה, אין הוא יכול לקבל את הגדרתו המהותית מחוקיה.<sup>39</sup> מכיוון שכך, חוק המדינה אינו

37. יתרה מזאת. גם מוסדות חברתיים טבעיים אחרים, כמו הקהילה, אינם מקבלים את מעמדם מכוחה של המדינה ויש להם מעמד עצמאי בהלכה. עי' שו"ע חו"מ סי' קסג.

38. הוא מוסיף שם, עמ' 61: "ההכרזה מניחה אפוא שההגנה על זכויות אדם עדיין עולה בקנה אחד עם ראיית המשפחה כאורגן טבעי ויסודי של המציאות החברתית".

הרחבה נוספת של תפיסה זו מופיעה בספרו של פרופ' סקוט ינור, "להציל את המשפחה", עמ' 209-211.

39. יש לחוק תפקיד חשוב במתן הגדרות משפטיות מדויקות למצבים הטבעיים השונים, שמטיבם הם מעורפלים. לדעת רס"ג (אמונות ודעות מאמר ג פרק ג), זוהי הסיבה לכך שהתורה לא הסתפקה בעקרונות של המוסר הטבעי בתחומי הרכוש והמשפחה ונתנה להם הגדרות הלכתיות ברורות (ועי' דרך אמונה שם, סי' ה, 2 - גבולי המצוות השכליות). אבל ככל שמדובר בחוקי המדינה, תפקידו של המחוקק בהקשר זה הוא לתת למציאות הקיימת הגדרות ברורות ושימות, אך אין בכוחו ליצור יש מאין.



יכול ליצור 'הורות' יש מאין, שלא על בסיס ביולוגי, ולכלל היותר הוא יכול לקבוע הסדרים מעשיים של אפוטרופסות לילדים שאין להם הורים או שהוריהם אינם מסוגלים לגדלם כראוי.<sup>40</sup> אומנם כל זה יכול בהחלט ליצור "הורות פסיכולוגית", שאין ערוך לחשיבותה, אולם זו תישאר מובחנת מן ההורות המהותית.

## 5. "גר שנתגייר כקטן שנולד"

בנושא אחד ישנה הסכמה לכאורה בין ההלכה היהודית, ההולכת אחר ההורות הביולוגית הטבעית, לבין תפיסת ההורות החוקית, והוא במקום בו מתנגשת הזהות המשפחתית עם הזהות הלאומית היהודית.

על פי ההלכה, מי שנולד להורים שאחד מהם יהודי והשני גוי מתייחס רק לאימו ואין לו כל זיקה לאביו, כפי שנאמר בגמרא (קידושין סח, ב; יבמות כג, א):

...אמר קרא (דברים ז, ד): "כי יסיר את בנך מאחריך" - בנך הבא מישראלית קרוי בנך, ואין בנך הבא מן העובדת כוכבים קרוי בנך אלא בנה.<sup>41</sup>

גיור מפקיע חלק ניכר ממרכיבי ההורות, כמאמר חז"ל (יבמות סב, א; שם צח, א ועוד): "גר שנתגייר כקטן שנולד דמי".<sup>42</sup> והרמב"ם, בתשובתו לר' עובדיה הגר (שו"ת

40. הבנה זו עולה בקנה אחד עם ההשקפה העולה מן המקורות התורניים, הרואה את המדינה כ'ממלכה מוגבלת' שיש לצמצם ככל האפשר את תחומי פעילותה ואת סמכויותיה, תוך השארת מרחב גדול לגופים חברתיים אחרים, כמו: המשפחה, הקהילה, השבט והאומה. ואכמ"ל.

41. וכך נפסק להלכה, רמב"ם הל' ייבום וחליצה פ"א ה"ג-ה"ו, הל' איסורי ביאה פ"ו ה"ג ופי"ב ה"ז, הל' נחלות פ"א ה"ז ופי"ב ה"ב; הל' אבל פ"ב ה"ג; שו"ע אה"ע סי' ד, סע' ה וסע' יט-כ; שם קנו, ב; יו"ד שעג, ד; שם שעד, ד; חו"מ רעו, ו.

לעומת זאת, אם שני ההורים גויים, הצאצאים מתייחסים לשני הוריהם (רמב"ם הל' איסורי ביאה פ"ו ה"ו; הל' נחלות פ"ו ה"ט). השייכות הלאומית בין שני עמים מאומות העולם נקבעת לעניינים מסוימים רק על פי האב (רש"י יבמות עח, ב ד"ה באומות; רמב"ם שם פי"ב הכ"א; ראב"ד הל' עבדים פ"ט ה"ג; שו"ע אה"ע ד, ז-ח) ולעניינים אחרים על פי שניהם (רמב"ם שם ה"כ; שו"ע שם סע' ו).

42. ובלשון אחרת (יבמות כג, א): "לכי מגיירה גופא אחרינא היא". וכך נפסק להלכה: רמב"ם הל' איסורי ביאה ה"א-ה"ב, הל' נחלות פ"ו ה"י והל' אבל פ"ב ה"ג; שו"ע, יו"ד סי' רסט וסי' שעד סע' ה.

על המשמעות של כלל זה, עי' מש"כ הרב יעקב אריאל, שו"ת באוהלה של תורה ח"א סי' ע אות א-ב.

יש אומרים שכמו כן יהודי שהמיר את דתו ונטש את עמו מאבד בכך גם את קשרי המשפחה שלו. נושא זה נדון בטור אה"ע סי' קנז בשם רב יהודאי גאון; שו"ע והגהת הרמ"א שם סע' ד; שו"ת יביע אומר ח"ט, אה"ע סי' לו.

הרמב"ם ס' רצג) עומד על כך שהמתגייר הוא 'בן אברהם אבינו' במובן הרוחני אף שאינו בנו במובן הביולוגי.

עלינו לומר אפוא כי ההלכה רואה את השייכות לעם היהודי ככזו הגוברת על ההורות הטבעית, אף שהיא קיימת גם בגוי.<sup>43</sup> מצד אחד, ההורות היא מושג טבעי ולא חוקי, ואילו הגיור הוא תהליך בעל אופי חוקי-הלכתי. ומצד שני, מאחר שהגיור יוצר זהות לאומית חדשה אצל הגר, בהצטרפותו לעם היהודי, היא אינה יכולה לעלות בקנה אחד עם שימורה של הזהות המשפחתית הישנה, כשם שמי שנולד לאב גוי ואם יהודייה אינו יכול להיחשב בנו של אביו כאשר זהותו הלאומית נקבעת על פי אימו.

וכך כותב הר"ש ישראלי (חות בנימין ס' סז אות יד):

ומכיוון שגירות פירושה כניסה לעם ישראל, לא רק קבלת תורתו... הרי בפשוט ומובן שבזה מתנתקים כל הקשרים המשפחתיים שקשורים עם הזהות הלאומית הקודמת, שאם הגר הוא בן עם ישראל, אינו יכול להיות בו בזמן גם שייך למשפחה שהיא חוליא אחת של העם שממנו בא.<sup>44</sup>

הרב יעקב אריאל מסייג את העיקרון שהגירון מפקיע את ההורות וכותב במאמרו "ביטול אימוץ" (בספר זה, נספח ב, פרק ז):

למרות האמור לעיל, שע"י הגיור ניתק הקשר בין הילד לאימו והיא אינה יכולה לחזור וליצור אותו מחדש, בכל זאת יש מקום לומר שהקשר הטבעי בין אם לבנה לא ניתק ואינו יכול להינתק לעולם. וזאת למרות ההלכה שהגירון מפקיע את הילד מהוריו הביולוגיים ויוצר לו זהות חדשה. שהרי אין להתכחש למציאות שיש לגר הורים ביולוגיים; ולא רק מבחינה מוחשית, אלא גם מבחינה הלכתית יש עדיין זיקה כל שהיא לצד הביולוגי, למרות שהגירון הופך אותו למי שנולד מחדש להורים

43. בעניין פרייה ורבייה, עי' יבמות סב, א; רמב"ם הל' אישות פ"ו ה"ו; שו"ע אה"ע א, ז. בעניין ירושה, עי' קידושין יז, ב; רמב"ם הל' נחלות פ"ו ה"ט; שו"ע חו"מ רפג, א.

44. והוא מוסיף (אות טו): "ממילא גם מובן, שאין אומרים 'קטן שנולד' אלא במה שנוגע להתייחסות; אבל לדברים אחרים, כגון: נכסים, חיובים וזכויות, וכן עונשים... בכל אלה אין אנו רואים אותו כקטן שנולד, כי רק בנוגע להשתייכות הלאומית, שנובעת מקשרי המשפחה, הוא שנאמר דבר זה, אבל לא לשום ענין אחר זולתו. בזה מובן גם מה שישאל בקבלת התורה לא נאמר במ' כקטן שנולד' גם לענייני משפחה... שכן עם ישראל בקבלת התורה הרי לא נכנס לעם אחר, אלא המשך זהותו, ובתור עם ישראל הוא שקיבל את התורה..."

חדשים... ועיין תוס' סנהדרין עא, ב ד"ה בן נח, שהכלל של 'גר שנתגייר כקטן שנולד דמי' לא חל בכל נושא, ולדברים רבים אין להכחיש את המוחש שהאדם נשאר אותו אדם. וא"כ י"ל לנד"ד, שגם לאחר הגיור האם נשארת אימו והקשר הביולוגי לא ניתק...<sup>45</sup>

ניתן ללמוד את זה גם ממה שנפסק בשו"ע (יו"ד רמא, ט):

גר אסור לקלל אביו העובד כוכבים ולהכותו. ולא יבזהו, שלא יאמרו: באנו מקדושה חמורה לקדושה קלה.

לכאורה, הנימוק לכך הוא מעשי בלבד. אבל מרן הרב קוק זצ"ל (דעת כהן סי' קמח) מוסיף שיש לכך גם ממד עקרוני, והוא כותב:

ומסתבר דעיקר האיסור מדרבנן הוא, שמשום שע"פ הטבע הרי הוא בנו אין להתנהג נגד הנימוס, אף על פי שאין היחש מן התורה; שזהו עומק הפשט של דברי הרמב"ם שם דגר אסור לבזות את אביו הנוכרי, משום שלא יאמרו באנו מקדושה חמורה לקדושה קלה, אף על גב דלא שייך בגיותו באיסורים הבאים מחמת כיבוד אב ואם, אלא משום שהוא מילתא דמסתברא מצד התכונה הטבעית אין ראוי לעקור זה מצד התורה...<sup>46</sup>

והרב מוסיף על כך וכותב:

ואם יצדק דבר זה, נמצא יחש של מידי דרבנן גם בבן נוכרית לאביו אחר שנתגייר...<sup>47</sup>

45. הרב אריאל (שם) מוכיח זאת בין השאר ממה שנפסק ברמב"ם (הל' אישות פט"ו ה"ו) ובשו"ע (אה"ע א, ז): "היו לו בנים בהיותו עכו"ם, ונתגייר הוא והם - הרי זה קיים מצווה זו". והוא מוסיף בשו"ת באוהלה של תורה (ח"א סי' ע אות ב): "ולכאורה עדיין קשה, שהרי אין לו בנים כלל, כי הוא נולד מחדש והם נולדו מחדש, ולכאורה אין שום זיקה ביניהם! אלא מכיוון שאת המוחש אין להכחיש, שאלו ילדיו - לענין פרייה ורבייה הם נחשבים לילדיו...".

כמו כן, מי שהתגייר לאחר שנולדו לו ילדים, הבן הראשון שיוולד לאחר גיורו לא ייחשב כבכור לנחלה, שכן במציאות אינו "ראשית אוננו". עי' יבמות סב, א; רמב"ם הל' נחלות פ"ב ה"ב; שו"ע חו"מ רעז, ט.

בכיוון דומה נפסק בשו"ת אגרות משה (אה"ע ח"ד סי' סד): "באלו שנתגיירו עם בניהם ובנותיהן, מסתבר שליכא איסור ייחוד; דכיוון דהא דליכא תקיפת יצר לאָמו ובתו הוא עניין טבעי, ולא שייך זה למה שלדינא לא נחשבו בדין קרובים מטעם דגר שנתגייר אין לו מה"ת שום קורבא... שהדין לא סילק ענין הטבעי".

46. וכבר רמז לכך רבו, הנצי"ב, בהסכמתו לספר 'אהבת חסד'.

47. עי' שם, סי' קמז: "ועל פי זה אף אנו נאמר, דבישראל שיש לו בן מנוכרית, אע"פ שעל פי דין תורה

על פי עיקרון זה נפסק בשו"ת יחוה דעת (ח"ח, יו"ד סי' ס) על גר שאביו חלה: וגם בנידון דידן שרוצה הגר להתפלל על אביו הגוי שיתרפא מחוליו, רשאי לעשות כן, ואפשר דמצוה נמי איכא, שהרי הוא הביאו לעולם וגידלו עד שנעשה חי נושא את עצמו. ואף על פי שאמרו חכמים "גר שנתגייר כקטן שנולד דמי"... מכל מקום יש זיקה כל שהיא כלפי אביו...<sup>48</sup>

והוא מוסיף:

ואחרי הודיע ה' אותנו את כל זאת, נראה שאחר מות אביו של הגר, וכן לאחר מות אימו, נכון שיאמר עליהם קדיש לעילוי נשמתם...

הרב"צ עוזיאל (שו"ת משפטי עוזיאל ח"ב יו"ד סי' ס) מיישם את אותו עיקרון ביחס לדיני מזונות במי שנולד מאב יהודי ואם גויה:

קרוב לוודאי שגם בנו מן הגויה קרוי בנו לעניין זה שאביו חייב במזונותיו... שלא פטרה התורה ולא פטרו חכמים את האב במזונות בנו מן הנוכרית; לפי שסוף סוף בן זה היא תולדתו של אב והוא הגורם להוצאתו לאוויר העולם. והוא חייב גם בגידולו וקיומו לכל הפחות כדין בריות שמזונותיהם מוטל על האדם המחזיק אותם ברשותו, ולא עוד אלא שקודמים לו; וזו היא דרכה של תורה שדרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום.

וכך הסיק גם הרב יעקב אריאל (שם).<sup>49</sup>

---

אינו בנו לכל דבר, מ"מ הרי אהבה טבעית של אב לבן יש כאן, ואנן סהדי דניחא ליה במאי דעביד אבוהי, וכה"ג מטבילין אותו על דעת בית דין".

48. בהמשך התשובה הוא דן בהקרבת פסח ע"י גר, אם מילת בניו מעכבת אותו מכוח זה שהזיקה ביניהם לא ניתקה לחלוטין. עי' חתם סופר אה"ע ח"ב סי' מא ד"ה ולולי; משך חכמה לפר' בוא על הפסוק (שמות יד, מד) וכל עבד איש, בשם ר' אברהם לופטביר, ועוד. ולעומת זאת עי' תוס' יבמות מח, א ד"ה אלא; בית יצחק אה"ע ח"א סי' כט אות ב.

49. יש להוסיף לכך שישנם כמה דברים שלגביהם הולכים אחר המציאות הביולוגית ובנו של ישראל מן הנוכרית מוכר כבנו:

א. ישנה מחלוקת בעניין מילה של בן שנולד מקשר כזה (שו"ת הר"ע הילדסהיימר ח"א יו"ד סי' רל): לדעת הרצ"ה קאלישר יש למול אותו, ואילו לדעת הר"ע הילדסהיימר אין למול אותו מפני שאינו מתייחס כלל לאביו הביולוגי.

ב. בפד"ר (ח"א עמ' שעה) נדונה השאלה אם האב יכול לגייר את בנו שנולד לו מן הנוכרית (על כך עי' גם שו"ת מטה לוי ח"ב סי' נד; שו"ת משפטי עוזיאל ח"ב, יו"ד סי' נח).

אולם בכל זה מדובר על מאפיינים יוצאים מן הכלל, כאשר הכלל הבסיסי העולה מן ההלכה הוא שהזהות הלאומית היהודית גוברת על הזהות הביולוגית.<sup>50</sup>

על ההיבט הרעיוני של סוגיה זו עמד הרש"ר הירש (שמות יב, מז), כשהסביר את הקפדת התורה על כך שרק יהודי גמור שנימול יוכל לאכול מן הקורבן:

זאת חוקת הפסח - חוק זה בא לקבוע את התכונות האישיות, שהן תנאי לחברות בבית יהודי. על חבריו להשתייך לברית היהודית-לאומית עם ה', מצד ייעודם ואורח חייהם, ועל גופם יהיה מוטבע חותם ברית זו, כפי שקבעו ה'. כי כשם שחפץ ה' לראות את הציבור רק כהשתקפו בבתים, כן ביקש ה' לראות את הבית רק במסגרת הכלל. אל יהיה הבית יחידה בודדת השייכת רק לעצמה, אלא כל בית הוא מקום מטע, בו רוחו הלאומית ותפקידו הלאומי של הכלל יטופחו ויגיעו לידי השלמתם. לכן יצטרף לבית רק המשתייך לאומה. ואולם התפקיד הלאומי הכולל הוא גדול ומגוון. יפתח נא כל בית רק חלק זעיר ממנו, על פי דרכו הוא, ובהתאם לסגולותיו המיוחדות העשירות ברב גווניותן - מצד אופי, תכונות, כשרון ומעמד. שניהם, הכללי והמיוחד, ישתפו פעולה זה עם זה, תוך העמקת הייחודיות והכלליות גם יחד; וכך יזכה הייעוד הלאומי להתמלא בשלמותו...

50. ועי' במאמרו של עו"ד ערן שילה, "עוד על תפיסת ההורות בהלכה", שהרחיב בנושא זה (<http://www.daat.ac.il/ivri-mishpat/skirot/2-324.htm>), במאמרם של הרב יצחק-אבי רונס והרב יואל וולוולסקי, "ייחוסו של הנוולד מפונדקאית נוכרייה לאביו היהודי" ('תחומין' כרך לא עמ' 276-281), ובמאמרו של הרב פרופ' נריה גוטל, "יחסי הורות במשפחה: ביולוגיה או פסיכולוגיה, תורשה או חינוך" (בספר 'אור יקרות' עמ' 299-313; 'עמדו'ת' כרך ד - המשפחה בעין הסערה, עמ' 143-154).

שאלה הדורשת בירור היא ההלכה שנאמרה בעבד כנעני, ש"אין לו יחס". עי' רמב"ם הל' עבדים פ"ט ה"א וה"ג. וגם כאן, הכלל החוקי גובר על ההורות הטבעית אף שלא מדובר במעבר לעם אחר או לדת אחרת. מסתבר, שהלכה זו אינה נובעת מהגדרת ההורות אלא מהגדרת העבדות. ועי' מה שכתב על כך הרב קוק זצ"ל (דעת כהן סי' קמח) על פי דברי הרמב"ם, הל' איסורי ביאה פי"ד הי"ט.

וכן יש לשאול על יחסי האב וילדיו אצל הגויים בכלל, על פי דברי הגמרא (יבמות צח, א): "אין אב למצרי... אפקוריה אפקריה רחמנא לזרעיה". ואכמ"ל.

## 6. חוקי האימוץ במדינת ישראל

חשוב לציין שהגישה של חוק האימוץ במדינת ישראל מורכבת משתי התפיסות, כאשר הבכורה ניתנת לתפיסה העולה מן ההלכה היהודית. וכך נכתב בחוק אימוץ ילדים התשמ"א-1981, סע' 16 (תוצאות האימוץ):

האימוץ יוצר בין המאמץ לבין המאומץ אותן החובות והזכויות הקיימות בין הורים ובין ילדיהם, ומקנה למאמץ ביחס למאומץ אותן הסמכויות הנתונות להורים ביחס לילדיהם; הוא מפסיק את החובות והזכויות שבין המאומץ לבין הוריו ושאר קרוביו והסמכויות הנתונות להם ביחס אליו. ואולם... האימוץ אינו פוגע בדיני איסור והיתר לענייני נישואין וגירושין. הוראות סעיף זה אינן באות לגרוע מהוראות סעיף 16 לחוק הירושה התשכ"ה-1964.

בסעיף המדובר בחוק הירושה נכתב:

(א) מי שאומץ כדין יורש את מאמצו כאילו היה ילדו, וכן יורשים את המאמץ צאצאי המאומץ.

(ב) המאומץ וצאצאיו אינם יורשים על פי דין את קרובי המאמץ; המאמץ יורש את המאומץ כאילו היה הורהו, אולם קרובי המאמץ אינם יורשים על פי דין את המאומץ.

(ג) המאומץ וצאצאיו יורשים את קרובי המאומץ, אולם הורי המאומץ והורי הוריו וצאצאיהם אינם יורשים את המאומץ.

יש לשים לב לכך שהמונחים שהחוק משתמש בהם שאובים כולם מתחום המשפט: זכויות, חובות וסמכויות; ובכך הוא דומה למשפט המקובל ברבות ממדינות העולם המערבי. אולם מצד שני, ניכר כי חוק האימוץ הישראלי מתבסס דווקא על תפיסתה של ההלכה היהודית.

על כך כותב הרב ד"ר מרדכי הלפרין, במאמרו "הגדרת הורות וזכות איתור השורשים הביולוגיים" (בספר "דילמות באתיקה רפואית", עמ' 161-188) בראש הפרק "אימוץ במשפט הישראלי":

עצם הגדרת האימוץ כיוצר **חובות וזכויות** הדדיות ולא כקובע **הורות**, קרובה יותר למשפט העברי מאשר למשפט הקונטיננטלי. אילו היה המחוקק הישראלי רוצה לסטות מכללי ההורות הטבעית ולהחליפה

בהורות משפטית, היה די בפיסקה קצרה בת שלושה עקרונות: (א) קשר ההורות הטבעית מבוטל; (ב) דין המאומץ כילדם של המאמצים לכל דבר; (ג) דין המאמצים כהורים של המאומץ לכל דבר.

העדרן של ההגדרות הללו מחוק אימוץ ילדים היא כמובן משמעותית... החוק מדגיש במפורש כמה אלמנטים של הורות טבעית, שנשמרו גם מבחינה מעשית: (א) קיים רישום שמור וחסוי של פרטי ההורים הטבעיים ב"פנקס האימוצים"; (ב) קיים איסור חוקי על נישואי גילוי עריות בין אחאים טבעיים שנותקו על ידי האימוץ; (ג) קיימת זכות ירושה חד צדדית בין המאומץ לבין קרוביו הטבעיים; (ד) בתנאים מסוימים רשאי המאומץ... לעיין בפנקס האימוצים.<sup>51</sup>

יתרה מכך. החוק הישראלי נותן מקום לזהותו הלאומית של הילד ובכך משמר את ההלימה הנדרשת בין הזהות המשפחתית לבין הזהות הלאומית.<sup>52</sup> ומתוך כך הוא קובע כי יש להקפיד על אימוץ הילד בידי בני זוג שהם בני דתם של ההורים הביולוגיים.<sup>53</sup>

51. בהמשך המאמר (בפרק "זכות איתור השורשים הביולוגיים") כותב הרב ד"ר הלפרין שחובת המדינה לנהל פנקס אימוצים וההכרה בזכותו של הילד המאומץ להכיר את הוריו הביולוגיים היא חידוש מקורי של חוק האימוץ הישראלי, אשר בעקבותיו הלכו מדינות נוספות בעולם. הרחיבו על כך פרופ' יחיאל מיכל בר אילן והרב יהושע וייסינגר במאמרם "פונדקאות, תרומת גמטות והכרת הטוב" (אסיא, גיליון קכא-קכב, עמ' 69-88).

52. עי' לעיל, סע' 5.

כדי להמחיש את המשמעות הכבדה שיש לשאלת הזהות בהקשר הלאומי, נזכיר דילמות קשות ביותר שעלו בעקבות השואה. אלפי ילדים יהודים נמסרו על ידי הוריהם למנזרים או למשפחות נוצריות בכל רחבי אירופה. לאחר השואה נעשו מאמצים כבירים להחזיר את הילדים הללו לעמם ולמשפחותיהם. נתאר לעצמנו זוג הורים שמסר את ילדיו למשפחה נוצרית, ולאחר מכן נשלח לאושוויץ. האב נספה שם, והאם שרדה. לאחר המלחמה, שבה האם - כשהיא אלמנה, חולה בגופה ושבורה בנפשה, וביקשה את ילדיה בחזרה. הילדים, שנקשרו מאוד למשפחה שטיפלה בהם, אפילו לא הצליחו להכיר את אימם (סיפורים קורעי לב, עם דעות לכאן ולכאן, מופיעים באתר 'יד ושם'). האם יעלה על הדעת לפסוק בשם "טובת הילדים" כי ינותקו לנצח מאימם, ניצולת אושוויץ, ומעמם, שבשל ייחודו נספה אביהם בידי המרצחים? למערכת השיקולים יש להוסיף כי המרת דתו של יהודי לנצרות היא ב"ייהרג ואל יעבור" (עי' רמב"ם, הל' יסודי התורה פ"ה ה"ב וה"ו; שו"ע יו"ד קנז, א).

53. עי' 'אסיא' שם, עמ' 74.

גם חוק תרומת ביציות תש"ע, קובע כי רופא רשאי לאשר השתלת ביצית לאחר שקיבל אישור ממאגר המידע כי "התורמת היא בת דתה של הנתרמת...", ובכך אף הוא מכיר למעשה במשמעותה של הזהות הלאומית בהקשר של ההורות.

בהמשך המאמר (בפרק העוסק בפונדקאות) מעיר הרב ד"ר הלפרין שב"חוק הפונדקאות" באה לידי ביטוי דווקא הגישה ההפוכה, והוא כותב:

דומני שהחידוש העיקרי בהכנסת צו הורות הוא בהתקרבות משמעותית לתפישת ההורות המשפטית של המשפט הרומי והקונטיננטלי. החוק קובע בסעיף 12 (א): "עם מתן צו ההורות יהיו ההורים המיועדים **הורים ואפטרופסים בלעדיים** על הילד והוא יהיה ילדם לכל דבר ועניין". הגדרת הורות שכזו, השונה באופן מובהק מהגדרת ההורות המשפטית של הורים מאמצים הינה ללא ספק מהפכה חוקתית שנתקבלה בהיסח הדעת...<sup>54</sup>

## 7. סיכום

ההלכה היהודית קובעת כי ההורות היא טבעית-ביולוגית, ולא נובעת ממערכת מלאכותית של הסכמות חברתיות, חוקי מדינה וכללים משפטיים.

מכאן נובע שמעשה האימוץ אינו יכול להיות פעולה **משפטית** של הפקעה ויצירה של הורות, אלא מציאות **מעשית** בלבד, בה נקבע היכן יגדלו הילדים ומי יטפל בהם בפועל. אומנם האימוץ כולל בתוכו "הורות פסיכולוגית" שיש בה קשר רגשי עמוק בין הצדדים, ואף יש לו השלכות חוקיות-משפטיות בכל הנוגע לסמכויות שונות שהמדינה מעניקה למי שנושא באחריות לטפל בילדים; אולם כל זה נוגע רק לדרך המיטבית לגידולם של הילדים בהיותם קטנים ולא למהותו של האימוץ.

54. הרב ד"ר הלפרין כתב על כך גם במאמרו "שמירת מידע על הורות ביולוגית - הנסיגה מדו"ח הביניים של ועדת אלוני", אסיא, גיליון סה-סו, כרך יז, א-ב, אלול תשנ"ט, עמ' 83-93. ושם הוא מדגיש שוב ושוב את הצורך החיוני של כל אדם בזכות ברורה על ידי הכרת הוריו הביולוגיים. בין השאר הוא מצטט שם את פסיקתו של השופט מאיר שמגר, בהסכמת חבריו להרכב (ע"א 5942/92, פלוני נ' אלמוני ואח', פ"ד מח, חלק שלישי תשנ"ד/תשנ"ה 1994, עמ' 839-846, פסקה 7 (ג) וסיכום הדברים בפסקה 8): "...לקטין שמורה גם כן הזכות לכבוד האדם, וכי, בין היתר, רשאי הוא, לשם שמירת כבודו האישי והאנושי, ולשם הבטחת זכויותיו על פי הדין האישי ועל פי דיני הקניין, שלא לרצות להיחשב לבן בלי-אב-ידוע אלא לדרוש לדעת מי אביו... ההתנגדות של קטין לאלמוניות מוצאו היא סבירה ומקובלת. הרי, יש אף הטוענים כי מותר האדם מן הבהמה, בין היתר, בידיעת האדם על מוצאו. קרי, הזכות לדעת את המוצא הישיר היא חלק מן הדרך להבטחת כבוד האדם...".

הרחיב על כך גם עו"ד ערן שילה במאמרו "עוד על תפיסת ההורות בהלכה" (<http://www.daat.ac.il/mishpat-ivri/skirot/324-2.htm>).



על כך יש להוסיף, כי ניתן לראות אימוץ של ילדים על ידי זוג נשוי כמוסד "נאמן למקור", שכן לעיני המתבונן עומדת משפחה נורמטיבית לחלוטין, כאשר כל זמן שלא ידוע לכול שהילדים מאומצים, ישנה חזקה טבעית שמדובר בילדיהם הביולוגיים של בני הזוג. מציאות זו, שיש להכיר בה דה-פאקטו כמשפחה, שונה לחלוטין מחיקויים חדשים המתרחקים מן המקור, כמו: רווקה היולדת באמצעות תרומת זרע ילד שהוא "יתום מהולדה", וקל וחומר - זוגות שאינם גבר ואישה, המביאים לעולם ילד שלכל היותר יש לו קשר ביולוגי עם אחד מהם. זוהי מציאות המתרחקת מאוד מן המאפיינים המקוריים של המשפחה ומן התפיסה הטבעית של ההורות.

### **ג. אימוץ פתוח מול אימוץ סגור**

ישנם מספר סוגי אימוץ. סוג האימוץ הקיצוני ביותר הוא זה שבו הילד מתנתק לחלוטין מהוריו הביולוגיים, ואם יתבגר ולא יבקש להכיר אותם, לא יהיה ביניהם קשר עד עולם. בקצה השני ישנו אימוץ בידי קרובי משפחה, בו הילד יודע מיהם הוריו הביולוגיים, ואם הם בחיים יש בינו לבניהם קשר באופן טבעי למדי. מצב ביניים, שהשימוש בו מתפתח יותר ויותר בשנים האחרונות הוא "אימוץ פתוח". בדרך זו, אומנם אין קשר משפחתי בין ההורים הביולוגיים לבין המאמצים, אבל נשמרת רמה כזו או אחרת של קשר בין הילד לבין הוריו הביולוגיים על פי המלצת הגורמים המקצועיים.

מכיוון שאנו עוסקים כאן בסוג של דיני נפשות, מובן שאין כאן מקום לפסיקת הלכה גורפת, ויש לדון בכל מקרה לגופו. אולם עדיין עלינו לברר מהי עמדת ההלכה לגבי סדר העדיפויות הראוי ברמה העקרונית.

#### **1. סוגי אימוץ בתנ"ך ובדברי חז"ל**

השאלה נדונה למעשה בין הפוסקים בדור האחרון. ואף שלא ניתן לענות על שאלה זו במישרין מתוך דברי חז"ל והפוסקים הראשונים, ניתן ללמוד על כך בעקיפין מתוך התבוננות בדוגמאות רבות לאימוץ המופיעות בתנ"ך, בגמרא ובמדרשים.

הר"י זילברשטיין, במאמרו "אימוץ ילדים נגד רצון ההורים"<sup>55</sup>, לומד על היחס של היהדות לאימוץ מתוך מגילת אסתר (ב, ז), שם נאמר:

ויהי אומן את הדסה, היא אסתר בת דודו, כי אין לה אב ואם... ובמות אביה ואמה לקחה מרדכי לו לבת.

הוא עומד על כך שאסתר אינה מאבדת בכך את זהותה המשפחתית הקודמת, והיא נקראת שוב ושוב על שם אביה, "בת אביחיל" (אסתר ב, טו; ט, כט). על כך יש להוסיף שהאימוץ של אסתר לא נעשה בידי אדם זר אלא בידי בן דודה, מרדכי. בשו"ת מנחת יצחק (ח"ד סי' מט אות ב) מובאות עוד שתי דוגמאות לאימוץ, שגם בהן ידעו הילדים מי הם הוריהם הביולוגיים (ההדגשות אינן במקור):

...במגדלים יתומים בתוך ביתם, שקוראים להמגדלים בשם אב ואם, אבל ידוע לכול שהם יתומים, וקוראים להמגדלים בשם אב ואם, אבל באותו שעה מזכירים גם הוריהם האמיתיים בשם אב ואם. וכגוונא דאיתא במשה רבינו: "ואלה תולדות אהרן ומשה" וגו', "אלה שמות בני אהרן" וגו' דהתחיל בתולדת אהרן ומשה, ומזכיר רק בני אהרן. ואמרו חכמינו ז"ל: "מלמד שכל המלמד את בן חבירו תורה כאלו ילדו". והאור- החיים הק' כתב, כי ייחשבו בני משה, לצד שהוא התפלל עליהם וחיו... והיינו כי נחשבו אף לבני משה, אבל לא לשלול מהם את אבהות הטבעי, וכמאמר הכתוב, "ואלה תולדות אהרן" וגו' "בני אהרן" וגו' כנ"ל.

וכן בנוסחת תרגום אונקלוס, שתרגם מה דכתיב (בפר' פנחס): "ושם בת אשר שרח" - "ושום בת איתת אשר שרח". וכתב הרמב"ן, דנקראת "בת אשר", על שגדלה כבתו, ומסתייע ליה מדכתיב (בפ' ויגש) "ושרח אחותם", משמע שהייתה אחותם ולא בתו... והובא בתשובת חתם סופר (אה"ע ח"א סי' מא, עו). הרי אף שבפעם אחת קראתו התורה "בת אשר", פרסם במקום אחר, דלא הייתה בתו ממש כנ"ל...

גם בשתי הדוגמאות הללו, מי שגידל את הילדים ונחשב כאביהם (ברמה המעשית, ומתוך כך גם ברמה הרגשית והרוחנית), היה קרוב משפחתם. משה היה דוד של בני אהרן, ואשר היה בעל אימה של שרח.

55. בספר "על בן אימצת לך", עמ' יט.

לאימוץ מסוג זה, בו נשמרת זיקה ממשית להורים הביולוגיים, ניתן למצוא בתנ"ך ובדברי חז"ל עוד כמה דוגמאות.

המפורסמת שבהן היא האימוץ של משה בידי בת פרעה (שמות פרק ב). מצד אחד היא מאמצת אותו, כפי שנאמר (פס' י):

ויגדל הילד ותביאהו לבת פרעה ויהי לה לבן, ותקרא שמו משה, ותאמר: כי מן המים משיתיהו.

אולם מצד שני, אף שבת פרעה אינה מודעת למשמעות הדבר, נשמר הקשר שלו עם אימו הביולוגית (פס' ז-ט):

ותאמר אחותו אל בת פרעה: האלך וקראתי לך אישה מינקת מן העבריות ותיניק לך את הילד? ותאמר לה בת פרעה: לכי, ותלך העלמה ותקרא את אם הילד.

כתוצאה מכך שהקשר של משה אל משפחתו הביולוגית נשמר אף על פי שגדל בבית פרעה, שומר משה על זהותו הלאומית כאחד מבני ישראל. וכך כותב הרש"י הירש (שמות ב, י):

שמו העברי יעלה על לבו תמיד את מוצאו. אין זאת אלא הנסיכה נועצה באימו, כיצד להביע רעיון זה בשפת עבר...<sup>56</sup>

כתוצאה מכך שמשה רבנו שמר על זהותו כבן לעם ישראל, הוא מתייחס לבני עמו בהתאם, כפי שמסופר בתורה (פס' יא):

ויהי בימים ההם, ויגדל משה ויצא אל אחיו וירא בסבלותם, וירא איש מצרי מכה איש עברי מאחיו.

הגמרא (סנהדרין יט, ב) מביאה סדרה של דוגמאות לאימוץ:

...כתיב (שמו"ב כא, ח): "ויקח המלך... ואת חמשת בני מיכל אשר ילדה לעדריאל המחולתי" וגו'. וכי לעדריאל נתנה? והלא לפלטי בן ליש נתנה! דכתיב (שמו"א כה, מד): "ושאול נתן את מיכל בתו אשת דוד לפלטי בן ליש" וגו'!... אמר לך ר' יהושע: וכי מיכל ילדה? והלא מירב ילדה!

56. רמז לכך החזקוני, שם, שכתב: "...הייתה לומדת לשון הקודש על שם הנס שנמשה מן המים, להזכיר כי מן העברים הוא...". לעומת זאת, עי' במה שכתב הרב יונתן זקס, בספרו "פסח על שום מה", עמ' 253.

מירב ילדה ומיכל גידלה, לפיכך נקראו על שמה. ללמדך שכל המגדל יתום בתוך ביתו - מעלה עליו הכתוב כאילו ילדו.<sup>57</sup>

רבי חנינא אומר: מהכא (רות ד, יז), "ותקראנה לו השכנות שם לאמור יולד בן לנעמי". וכי נעמי ילדה? והלא רות ילדה, אלא: רות ילדה ונעמי גידלה, לפיכך נקרא על שמה.

רבי יוחנן אומר: מהכא (דבה"א ד, יח), "ואשתו היהודייה ילדה את ירד אביגדור וגו', ואלה בני בתיה בת פרעה אשר לקח מרד" ... וכי בתיה ילדה? והלא יוכבד ילדה, אלא: יוכבד ילדה ובתיה גידלה, לפיכך נקרא על שמה.<sup>58</sup>

רבי אלעזר אומר: מהכא (תהילים עז, טז), "גאלת בזרוע עמך בני יעקב ויוסף סלה". וכי יוסף ילד? והלא יעקב ילד. אלא, יעקב ילד ויוסף כלכל, לפיכך נקראו על שמו.

בשלושה מבין המקרים הללו מדובר על ילד שגדל בידי קרוב או קרובת משפחתו: מיכל הייתה דודה של בני מירב, נעמי הייתה חמות אימו של עובד ויוסף היה אחיהם של בני יעקב.

בכל המקרים הללו - אף שהילד שגדל על ידי אדם אחר מכונה 'בן' של מי שגידל אותו, נשמרת הזיקה - המעשית (כשהורים בחיים, כמו אצל משה) או התודעתית (אם ההורים נפטרו, כמו אצל אסתר) בין הילד לבין הוריו. תפיסה זו באה לידי ביטוי בהערות של המהרש"א (חידושי אגדות סנהדרין שם):

"ללמדך שכל המגדל יתום בתוך [ביתו]". לאו דווקא יתום, דכל הנהו דמייתי לאו יתומים היו. א"נ יתומים היו, דעובד הנולד לרות היה יתום מאב, כדאיתא במדרש שמת בועז מיד, ועל כן "ותיקח נעמי את הילד וגו' ותהי לו לאומנת ותקראנה לו השכנות", שראו דבר זה שנעמי מגדלו ואמרו "יולד בן לנעמי ותקראנה שמו עובד" וגו' ... וכן בבתיה שגידלה למשה שהיה משה כמו יתום מאב ואם שלא יכלו לגלות כי הוא בנם. וכן ביוסף שהוא כלכל את אחיו גם לאחר מיתת יעקב אביהם.

57. וכן בתוספתא סוטה פ"א ה"כ.

58. וכן במגילה יג, א.

ומאחר ש"לאו יתומים היו", הזיקה הטבעית שלהם אל הוריהם הביולוגיים נשמרה באופן מלא, וגידולם בידי אחרים רק יצר מצב של "כאילו ילדו", ולא הורות ממשית.

מסיבה זו כותב הרי"ד סולובייצ'יק ("אדם וביתו", עמ' 69):

אין כל סיבה למנוע מילד מאומץ מידע על אודות הוריו הטבעיים. צורה חדשה זו של הורות אינה עומדת בסתירה לקשרים הביולוגיים. היא באה לידי ביטוי בממד חדש, אשר ניתן להבחין בינו לבין הממד הביולוגי...

מתוך כל זה מסיק הרי"ד זילברשטיין (במאמרו הנ"ל):

גם אם יוחלט שטובת הילד להרחיקו מהוריו, עדיין אין זה מצדיק למוסרו לאימוץ הנהוג בימינו, דהיינו ניתוק מוחלט של הילד מהוריו לכל חייו, מאחר ואימוץ מסוג זה יש בו משום גניבת נפש... ויש למסרו לידי משפחה אומנת הגונה אך לא לאימוץ.

מכל האמור עולה שיש עדיפות לאימוץ על ידי קרובי משפחה, מאחר שבאימוץ כזה נשמרת יותר זהותו המקורית של הילד,<sup>59</sup> וגם הקשר עם ההורים הביולוגיים נשמר באופן טבעי יותר. ממה שמסופר על אשר, מיכל ומרדכי ניתן ללמוד שזו הייתה ברירת המחדל במקרים בהם ההורים הביולוגיים נפטרו והשאירו יתומים קטנים.<sup>60</sup>

## 2. העדפת האימוץ הפתוח

מכלל המקורות שהבאנו לעיל עולה כי התפיסה הקרובה להלכה היהודית בנושא זה היא הרעיון של 'אימוץ פתוח', בו נשמרת זהותו המקורית של הילד המאומץ, בין אם הוא גדל בידי קרוביו ובין בידי אנשים רחוקים, ובמידה כזו או אחרת נשמר הקשר שבינו לבין הוריו הביולוגיים.<sup>61</sup> כך יוכל הילד, לכשיגדל, לקיים בהם את

59. על המשקל הניתן לנושא הזהות נרחיב לקמן, פרק יב, 4.

60. ברירת מחדל זו עולה גם ממספר תשובות של הרדב"ז: ח"א סי' קכו (מובאת להלכה בפת"ש אה"ע סי' פב ס"ק ז), סי' רסג וסי' שס, מהן משתמעת עדיפות לאימוץ בידי קרובים. ועי' שו"ת מהרשד"ם, אה"ע סי' קכג.

61. בכיוון זה של 'אימוץ פתוח' הולכת גם פרופ' רונה שוז, במאמרה "זכויות הוריות בעידן זכויות הילד" ([http://www.il.ac.huji.law/files/law/iles.../docx.rights\\_parental/](http://www.il.ac.huji.law/files/law/iles.../docx.rights_parental/)), פרק ג, 4, סביב הע' 326-329, והיא כותבת: "במקרים בהם עולה שאלת מסירת הילד לאימוץ, זכותו של הילד להיות

מצוות כיבוד אב ואם, שכן אין בכוחו של הליך חוקי כלשהו להפקיע אותה, כפי שאינו יכול להפקיע השלכות הלכתיות אחרות של ההורות הטבעית. ומכאן עולה שיש מקום להשתמש ב'אימוץ סגור' או 'אימוץ סודי' - שבו הקשר בין הילד לבין הוריו הביולוגיים ניתן לחלוטין - רק במקרים קיצוניים, שבהם כל סוג של קשר בין המאומץ לבין הוריו יגרום לסכנה או לנזק גדול.<sup>62</sup>

מן ההיבט המקצועי יש בסוגיה זו צדדים לכאן ולכאן, וההחלטה המעשית צריכה להיות נדונה בכל מקרה ומקרה לגופו על פי מאפייניו הייחודיים.<sup>63</sup> אולם בתוך

---

מטופל על ידי הוריו עלולה להתנגש עם זכותו של הילד להתפתחות תקינה ועם טובתו של הילד. במקרים שבהם ברור שההורים הביולוגיים אינם מסוגלים לגדל את הילד, אין ספק שזכותו של הילד להתפתחות תקינה תגבר, אבל לא כך במקרים גבוליים. בנוסף, כאשר ההורים הביולוגיים מבקשים לשמור על קשר עם ילדם אחרי האימוץ, על מנת לדעת האם קיימת התנגשות בין זכותם של ההורים לבין אלה של הילד, יש להתחשב במכלול זכויות הילד כולל זכותו להכיר את הוריו הביולוגיים וזכותו לזהות. התעלמות מזכויות אלו ודעה קדומה שטובת הילד בדרך כלל דורשת אימוץ סגור, מבלי לבחון את מכלול הזכויות השונות של הילד, עלולות להוביל למסקנה מוטעית שקיימת התנגשות בין האינטרסים של ההורים לאלה של הילד, כאשר בפועל זכותם של ההורים הביולוגיים לקשר עם הילד משלימה את זכותו של הילד לקשר איתם. פרופ' שוז חוזרת על הצעתה זו גם במאמרה "זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים: לקחים מפרשת תינוק המריבה", משפחה במשפט, כרך א (תשס"ז-2007), עמ' 202 ועמ' 213.

על רעיון זה פורסמה כתבה באתר 'הארץ' (27/10/17):

"רפורמה באימוץ תאפשר ליותר ילדים לשמור על קשר עם הוריהם הביולוגיים" - (<https://www.haaretz.co.il/news/education/.premium-1.4549825>). ובתגובה לכך פורסם שם (<https://www.haaretz.co.il/opinions/>) המאמר "אימוץ פתוח - פצע פתוח" (31/10/17) (<https://www.haaretz.co.il/opinions/.premium-1.4562884>).

62. על כך כתב לי השופט לשעבר פיליפ מרכוס: "אימוץ 'סגור' הוא זר לחלוטין לדיני ישראל, ומלבד מקרים נדירים ביותר, קשר עם ההורים הביולוגיים הוא לטובת כולם. למעשה, מדובר בהעברת חלקים מחיובי האפוטרופסות של ההורים לאנשים אחרים. ככל שנשמר קשר עם ההורים הביולוגיים, יקל על הילד שעלול אחרת להרגיש שהוריו ויתרו עליו, או שהוא לא בסדר או שהורים לא בסדר, או שניהם, על כל ההשלכות על הדימוי העצמי והזהות שלו".

63. דיון נרחב על כך נמצא בחוברת "מאימוץ ילדים לקהילת האימוץ - חקר מקרים: אימוץ עם קשר ואימוץ על-ידי משפחות אומנות", שנכתבה על ידי יואה שורק ופיידא ניג'אם-אכתילאת ויצאה לאור על ידי מרכז אנגלברג לילדים ונוער, ירושלים, כסלו תשע"ג.

הנקודות הבאות נמנות עם היתרונות (שם, עמ' 60-62): היכרות הילד עם שורשיו, צמצום חויית הנטישה, היכולת לדבר בפתחות על נסיבות האימוץ וחשיבות המשך הקשר עם ההורים המולידים. החסרונות הם: בלבול של הילדים ביחס לנסיבות האימוץ, חויית הפער בין ההורים המולידים למאמצים, נאמנות חצויה של הילד, פגיעה בקשר שלו עם ההורים המאמצים, סיכון לחרטה מצד ההורים המולידים, סיכון למתיחות בין שני זוגות ההורים ורגשות אמביוולנטיים של ההורים המולידים כלפי המאמצים.

ועי' במאמרה של ד"ר יעל וילר, "האם הפונדקאית והשינויים בתפיסת ההורות", פרק א, 2, אסיא כרך יב עמ' 241; גיליון נז-נח עמ' 147).

הסבך של הצרכים הרגשיים המנוגדים הנוגעים לסוגיה רגישה זו, נראה כי התפיסה היהודית מעניקה משקל גדול לשאלת הזהות של הילד.

ד"ר מילי מאסס עוסקת בכך במאמרה "על מחקר לגבי אימוץ פתוח", שהוגש כסקירה לבית המשפט לענייני משפחה.<sup>64</sup> בסקירתה היא מביאה דעה אחת האומרת:

**אימוץ פתוח הוא תולדה של אמונה ההולכת וגוברת שלילדים יש קשר עם מולידיהם אפילו לפני הלידה. קשרים אלה אינם יכולים להיות מוכחשים על ידי מסמכים חוקיים. ילדים זקוקים למידע על מוצאם כדי לגבש זהות אישית.**

ומוסיפה עוד דעה:

יתרונן של אימוץ פתוח הוא בשלמות ובאחדות הזהות של הילד (התשובה על השאלה 'מי אני') ולא דווקא בהצעת דמות להזהות (כמו מי אני רוצה להיות). שאלת ההזהות מתייחסת אל העתיד שהוא פתוח, ויכולה לקבל פתרונות חברתיים שונים, גם אם אינם גלומים בהכרח בשורשי קיומו של הילד. לא כך לגבי סוגיית הזהות. זו גלומה בגורמים שנקבעו בעבר, במקורות האישיים, בהיסטוריה המשפחתית, בדמיון ושוני בתכונות מולדות וכו'. אין אני באה לומר שאין אפשרות לפצות על קושי שנוצר כשנקטעת אחדות ההווה, אך יש להבחין בין זהות לבין הזדהות. סוגיית הזהות של מאומצים היא לב העניין.<sup>65</sup>

ניתן לראות כיצד נפגשות שתי נקודות המבט: מצד אחד, נקודת המבט ההלכתית, המעדיפה את האימוץ הפתוח משיקולים עקרוניים וערכיים, ומצד שני, נקודת המבט של אנשי המקצוע התומכים בו, הרואה בו יתרונות פסיכולוגיים משמעותיים.

ככל שממעטים להשתמש בהליכים משפטיים, וככל שמרבים להיעזר בהליכים טיפוליים ו/או גישוריים, כך עולה הסיכוי להגיע לאימוץ פתוח באופן המיטיב עם כל הצדדים הנוגעים בדבר.

64. באתר [http://www.tora.us.fm/tm/xtift\\_yldim/imuc.html](http://www.tora.us.fm/tm/xtift_yldim/imuc.html).

65. על מקומה המרכזי של שאלת הזהות בקשר שבין הורים לילדיהם, עמד הרב ד"ר מרדכי הלפרין, במאמרו "הגדרת הורות וזכות איתור השורשים הביולוגיים" (בספר "דילמות באתיקה רפואית", עמ' 161-188) בראש הפרק "זכות איתור השורשים הביולוגיים". ועי' לעיל, פרק ב, והע' 54. לשאלת מקומה של הזהות, הנעוצה בעבר, מול מקומה של ה'בחרנות', המוכוונת אל העתיד תוך ניתוק מן העבר - מוקדש ספרו של הרב חיים נבון "מכים שורשים".

### 3. מסקנה

אימוץ ילדים שאין להם הורים או שהוריהם אינם מסוגלים לגדלם כראוי הוא מצווה גדולה ביותר; וכאשר האימוץ מצליח ליצור חוויה ממשית של הורות - במובן הרגשי והרוחני, אין מילים היכולות לבטא את חשיבותו וערכו. אולם אין בכוחו של האימוץ להפקיע את הקשרים הטבעיים שבין הילד להוריו הביולוגיים וליצור לו זהות חדשה, אלא לקבוע מעשית מי יגדל אותו ויחנך אותו בדרכו, עם כל ההשלכות הפסיכולוגיות הנובעות מכך.

לאור זה מובנת ההעדפה ל'אימוץ פתוח', שבו נשמר בדרך כזו או אחרת הקשר בין הילד המאומץ לבין הוריו הביולוגיים, על פני 'אימוץ סגור' המנתק את הקשרים הביולוגיים ופוגע ביסוד החיוני של זהותו. ובמסגרת זו ישנה עדיפות רבה עוד יותר לאימוץ על ידי קרובי משפחתו של הילד.

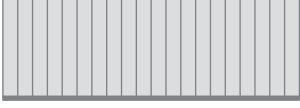
ברמה הרעיונית ניתן לומר כי תפיסה זו רואה את המשפחה כ'קהילת ברית' טבעית ואורגנית ולא כסוג של חוזה מלאכותי בין פרטים בחסות המדינה; ומתוך כך היא נותנת משקל רב לזהותו של הילד כמי שיש לו מעגל שייכות משמעותי ביותר, שהוא משפחתו הביולוגית.

דומה כי אמנת האו"ם לזכויות הילד הולכת אף היא בעקבות ההלכה היהודית (אם כי ללא מודעות לכך) המעדיפה ברמה העקרונית את האימוץ הפתוח. וכך נכתב שם (סעי' 9,3):

מדינות חברות יכבדו את זכות הילד המופרד מהורה אחד או משניהם לשמור על יחסים אישיים ומגע ישיר עם שני ההורים על בסיס סדיר, זולת אם מנוגד הדבר לאינטרסים של הילד.

ניתן לראות כיצד מנסחי האמנה ממשיכים בכך את קו החשיבה היהודי, השולל הן את התפיסה של החוק הרומי, הרואה את הבן כקניינו של אביו וכניתן להעברה כמו כל רכוש אחר, והן זרמים ליברליים שונים, הרואים את קשרי המשפחה כנתונים בלעדית בידי החוק והמדינה.





שער שני



הגדרת  
ההורות  
בהלכה





## שער שני

# הגדרת ההורות בהלכה

### מבוא

בתיאור המקרה שבא לפנינו נכתב שנעשו מאמצים גדולים לשכנע את האם להסכים למסירת בנה לאימוץ, אולם אלה לא צלחו.

ההנחה המובלעת בסיפור היא שהאם מוסמכת לוותר על בנה ושישנה משמעות משפטית לחתימתה על המסמכים הרלוונטיים אילו רק הייתה מסכימה לכך. הנחה זו מתבססת על תפיסה הרואה את הילדים כרכוש של הוריהם. הגישה הרומית (שהוזכרה כבר לעיל פרק ב,2) פירשה את הזיקה שבין האב לילדיו **כבעלות** מוחלטת, כמו בעלות האדון על עבדיו.<sup>1</sup> בימינו, תפיסה שוויונית של ההורות תבקש להחיל את אותו עיקרון גם על האם.

התפיסה, הרואה את ההורות כסוג של בעלות, נחלקת בעולם לשתיים: לפי אחת מהן, הבעלות של ההורים על ילדיהם היא **טבעית**, ונובעת מכך שהם אלה שיצרו אותם; וכשם שהפירות שייכים לחקלאי שנטע את העץ וגידל אותו וכשם שהכלי שייך לאומן שייצר אותו, כך הבנים שייכים לאב שהוליד אותם. ולפי האחרת, הבעלות היא **חוקית**, ונובעת מחוק המדינה, כפי שהיה במשפט הרומי.

בתנ"ך באה תפיסת הבעלות לידי ביטוי במשפט שלמה, שם לא היה דיון על אחריות או על זכויות, אלא על זיקת הבעלות: "**בנך המת ובני החי**" (מל"א ג, כב). גם בימינו מתייחסים הורים רבים לילדיהם כאל "שלהם". תודעת הבעלות הזאת של ההורים על ילדיהם באה לידי ביטוי חריף וכואב בסכסוכי גירושין, בהם כל אחד משני ההורים תובע את הבעלות על הילד לעצמו.

---

1. על כך כתב מרדכי א' ראבילו, במאמרו "שלטון האב במשפט הרומי ובמשפט העברי", דיני ישראל ה (תשל"ד), עמ' 89: "דעה מקובלת בין המלומדים של המשפט הרומי רואה בשלטון האבסולוטי של אבי המשפחה על בניו ונכדיו, אשתו, וכמובן על רכושו שכלל את העבדים... עד כדי שלטון על חיים ומוות".

לעומת זאת, בחוברת "המשפחה והפוליטי", עמ' 38, הע' 51, מעיר יוסף א' דוד, ש"גם בדגמים הקנייניים המובהקים ביותר, כמו במשפחה הרומית, שבה הילדים הוגדרו כקניינו של האב, הוטלו מגבלות על יכולתו לעשות בהם כרצונו".

לפני שנברר את עמדת ההלכה בשאלה זו, נוסיף עוד רקע לדיון מן ההגות המערבית המודרנית.

התפיסה הרואה את ההורים כבעלים של ילדיהם, זכתה לביקורת מצד הפילוסוף ג'ון לוק, שהיה אחד ההוגים המרכזיים של "עידן הנאורות". בספרו "שתי מסכתות על ממשל מדיני", מבקר לוק בחריפות את המבנה הפטריארכלי המסורתי של המשפחה. הוא טוען כי האב לא קיבל זכות לשלטון אבסולוטי על בני משפחתו, ועל כן אין שום בסיס לתפיסה הרואה בקשר שבין ההורים לילדיהם סוג של בעלות מצד ההורים כלפי הילדים.<sup>2</sup>

ואכן, היום רווחת בעולם המערבי גישה אחרת, הרואה בהורות מערכת של חובות וזכויות.<sup>3</sup> אחד המסמכים שבאו להסדיר גישה זו הוא אמנת האו"ם לזכויות הילד (מתאריך 20.11.89). האמנה באה, בין השאר, לשלול מכול וכול את התפיסה המתירה להורים להתעלל בילדיהם או לנצל אותם. מדינת ישראל אשררה אמנה זו בשנת תשנ"א, שנתיים לאחר אישורה באו"ם. ועדת רוטלוי, שעסקה ביישום החלטת האו"ם בנוגע לאמנת זכויות הילד, גיבשה מתוך כך הצעת חוק בנוגע לזכויות ילדים, שבאה להחליף את "חוק הכשירות המשפטית והאפוסטרופסות". הוועדה הציעה כי אחד היסודות לחקיקה בנושא זכויות ילדים הוא אחריות הורית, שהוגדרה באופן הבא:

ביסוד מודל החקיקה עומדת ההכרה בעקרון האחריות ההורית, על פיו להורי הקטין מסורה האחריות הראשונית והחובה לפעול לשם הבטחת טובתו של הקטין. להורי הקטין מוענקות סמכויות ייחודיות לפעולה לשם מילוי אחריותם ההורית.<sup>4</sup>

ועדת רוטלוי רואה את האחריות והסמכויות של ההורים על ילדיהם כדבר המוענק להם מידי המדינה כאמצעי למימוש זכויותיו של הקטין, אולם אינה מזכירה במקביל לכך את "זכויות ההורים" או משהו דומה לזה ואינה עוסקת באיזון שבין זכויותיהם של ההורים עצמם לבין אחריותם למימוש הזכויות של ילדיהם.<sup>5</sup>

2. "המסכת השנייה על הממשל המדיני" (תרגום יוסף אור, הוצאת מאגנס, ירושלים תשי"ט), פרק 1, פיסקה 65, עמ' 48-49. תפיסתו הובאה בהרחבה לעיל, פרק ב, 3.  
3. תיאור כיצד השתנתה הגישה ניתן למצוא בספר "משפחות בראייה סוציולוגית ואנתרופולוגית", מאת מתת אדר בונים (בהוצאת האוניברסיטה הפתוחה), עמ' 169.  
4. מתוך האתר "הילד ומשפחתו" של משרד המשפטים.  
5. על כך עי' בהרחבה במאמרה של פרופ' רונה שוז, "זכויות הוריות בעידן זכויות הילד",

בשער זה של הספר נברר את מעמד המשפטי של ההורים כלפי ילדיהם, כפי שהוא עולה מדיני התורה: האם הוא מבוסס על בעלות, על זכויות, או שיש להגדיר אותו באופן אחר? בפרקים הראשונים (ד-ט) נבחן את האפשרות להגדיר את מעמד ההורים כ'קניין' או 'בעלות' ובפרקים הבאים (י-יב) נבחן חלופות שונות להגדרה זו.

הדיון התורני על אודות בעלותו של אדם מישראל על ילדיו מתחלק לשני חלקים:

א. האם יש לאב קניין בילדיו? בחלק זה של הדיון (פרקים ה-ז) נדון במאפיינים ייחודיים לבניו של האדם, ובמאפיינים משותפים לבניו ובנותיו.

ב. האם יש לאב קניין בבנותיו? בחלק זה (פרק ח) נדון במאפיינים ייחודיים של מעמד הבת מול אביה.

את שתי הסוגיות הללו נידרש לברר גם בהתייחסות אל האם, לה יוקדש פרק מיוחד (פרק ט).

את התשובה לשאלה אם ההלכה מכירה בבעלות ההורים על ילדיהם נבקש באמצעות בחינת מאפיינים שונים של קניין, כאשר נבחן אָם, ועד כמה, הם מתקיימים ביחסי ההורים עם ילדיהם. בהמשך (פרקים י-יא) נבחן חלופות רכות יותר למושג הקניין, כמו זכויות או אפוטרופסות, ולאחר מכן (פרק יב) נבחן חלופה אחרת להגדרתה של ההורות על פי התורה.

לאור כל זה נשוב (בפרק יג) לשאלה שפתחנו בה: האם ישנו תוקף הלכתי לחתימת האם על כך שהיא מוותרת על בנה ומסכימה למסור אותו לאימוץ?

## ד. בעלות האב על ילדיו - בדיני בני נח

אחד המאפיינים הבולטים של בעלות הוא היכולת למכור. ואכן, היו תרבויות שבהן האב היה רשאי למכור את ילדיו לעבדים.<sup>6</sup>

האפשרות למכירת ילדים על ידי אביהם נידונה בדברי הרמב"ם בהתייחסות לאב גוי, וכך הוא כותב (הל' עבדים פ"ט ה"ב):

אחד הקונה עבד כנעני מישראל או מן גר תושב או מן עכו"ם שהוא כבוש תחת ידינו או מאחד משאר האומות. וכן גר תושב או הגוי שהוא כבוש תחת ידינו או אחד משאר האומות - יש לו למכור את עצמו לישראל לעבד, והרי הוא עבד כנעני לכל דבר. וכן מוכר בניו ובנותיו, שנאמר: "מהם תקנו וממשפחתם אשר עמכם אשר הולידו בארצכם", וכל אחד מאלו הרי הוא כעבד כנעני לכל דבר.<sup>7</sup>

מדברי הרמב"ם עולה שבדינים שקבעה התורה לבני נח, נחשבים הילדים כרכוש של אביהם,<sup>8</sup> בדומה לעבדים.<sup>9</sup> אולם גם לדעתו, ישנן מגבלות לבעלות זו, והיא

6. עי' לעיל, פרק ב, 2.

7. בדינים של בנים שנולדו לאב שהתגייר, כאשר הלידה הייתה עוד לפני הגיור, יש לדון על פי דברי רש"י (יבמות מח, א ד"ה עבד איש, ב"לשון אחר ועיקר"). שהם מעכבים אותו מלאכול בקורבן פסח כל זמן שלא נימולו, בדומה לדינו של יהודי שלא מל את עבדיו. בעל זכר יצחק (ח"א סי' ב) סובר כי לדעת רש"י האיסור נובע מכך שהילדים נחשבים כקניינו של האב. אומנם הלכה היא ש"גר שנתגייר קטן שנולד דמי", אולם זה אמור ביחס לדיני עריות ועדות; אולם עובדת ההולדה אינה פוקעת בשעת הגיור ולכן בנו של הגר הרי הוא כעבדו והאב יכול גם למוכרו. בעל אבן האזל (הל' עבדים פ"ח ה"כ) חולק על כך וסובר כי האב אינו יכול לאכול קורבן פסח מפני שהבן מתייחס אחריו לעניין מצוות פרייה ורבייה, ולא משום שיש לאב בעלות על בנו במצב זה. ועי' לעיל, פרק ב, 5, שם הרחבנו על אודות השפעת הגיור על הגדרת ההורות.

8. ישנה מחלוקת בין הפוסקים בדורות האחרונים האם בעלות זו תקפה רק בעוד הילדים קטנים אך משגדלו אין לאב בעלות עליהם או שמא הבעלות היא לעולם. הזכר יצחק (ח"א סי' ב) וכן המקור ברוך (מאת הרב נחום ברוך גינצבורג, ח"ב סי' מ) סוברים כי הבעלות קיימת רק בשעה שהם קטנים. אך השפת אמת (יו"ד רסז, יז) כתב שהגוי יכול למכור לעבד אפילו את בנו הגדול. וכן נראה מדברי המני"ח (מצווה שמז אות א).

9. בתורה יש שני סוגי עבדים: עבד עברי ועבד כנעני. עבד כנעני קנוי לבעליו לכל דבר. עבד עברי אינו רכוש אדוניו, והוא נמכר רק לשש שנים.

גם לגבי תקפותו של הדין בזמן הזה, יש הבדל בין עבד עברי לעבד כנעני: דין עבד עברי אינו נוהג בזמן הזה מכיוון שאין היובל נוהג (רמב"ם הל' עבדים פ"ט ה"א). גם בזמן שחלו דיני עבד עברי, התורה וחז"ל לא ראו זאת באור חיובי, בעקבות דרשת חז"ל: "כי לי בני ישראל עבדים - עבדי הם ולא עבדים לעבדים" (קידושין כב, א; ב"מ י, א).

דיני עבד כנעני נוהגים ברמה העקרונית גם בזמן הזה, אך למעשה במשך דורות רבים אין מי שמשתמש בהלכה זו וקונה עבד כנעני. בסוגיה זו יש דיון ערכי ארוך. הרב קוק זצ"ל (עין אי"ה ברכות ח"א פ"ב טז-יז; אגרות הראי"ה ח"א סי' פט) מתייחס למוסד העבדות בחיוב

אינה כוללת בתוכה היתר לאב להרוג את בנו, שהרי נאסרה על בני נח שפיכות דמים.<sup>10</sup> וזאת בניגוד בולט למה שנקבע במשפט הרומי, שהבן שייך לאביו לחלוטין, עד כדי רשות להורגו.<sup>11</sup> והרב שמואל אליעזר שטרן (מובא בספר 'רץ כצבי' ח"א עמ' שצח-ת) מסתפק אם קניינו של האב הגוי בבנו הוא קניין הגוף ממש או שאינו אלא קניין למעשה ידיו.

לעומת זאת ביחס לבנו של יהודי נאמר במכילתא דרבי ישמעאל (משפטים - מסכתא דנזיקין, פר' ג):

”וכי ימכור איש את בתו... ואינו מוכר את בנו.”<sup>12</sup>

יש לברר אפוא מניין נובע ההבדל בין ישראל לגוי בעניין מכירת הבן לעבד? מדוע הגוי יכול למכור את בנו והיהודי אינו מוסמך לכך?<sup>13</sup>

בעל 'משך חכמה' (בראשית לא, טו) מסביר את ההבדל באופן הבא:

הנה, דע דהתורה שללה ומנעה דין העבדות בעמו ישראל. גם אין האדם רשאי למכור עצמו לעולם: ”עבדי הם” (ויקרא כה, נה) - ולא עבדים לעבדים (ב"מ י, א). וזה היה בהם ידוע מאבינו אברהם... אך התירה התורה מכר לאמן, וזה רק באנשים, אבל בנשים היא אינה מוכרת עצמה כלל... וזה בישראל שקנויים לה' לבדו, והוא אדונם, לא אחר. אמנם בעובדי עבודה זרה הדין דמוכר בניו ובנותיו לשפחות לעולם, כמו שאמר הכתוב (ויקרא כה, מה), ”מהם תקנו וממשפחתם”.

מדברי המשך חכמה מתבאר שהסיבה לכך שאדם מישראל אינו יכול למכור את בנו היא שיהודי הוא עבד של הקב"ה בלבד, וגם את עצמו אינו יכול למכור כעבד כנעני.<sup>14</sup> ברם, עדיין נשאלת השאלה: האם משמעותה של מניעת המכירה היא

מסוים. ולעומתו הר"ש גורן (במאמרו: "חירות האדם לאור התורה" בספר תורת המועדים, עמ' 368-369) מתייחס לכך בשלילה. ועי' במאמרו של הרב שראל ויינברגר, "הזכות לחירות טרם הכניסה לברית, עיון בהלכות עבדים", מופיע באתר האינטרנט של 'מרכז תורה ומדינה'.

10. סנהדרין נו, ב.

11. עי' לעיל, הע' 1.

12. וכן נכתב בשו"ת חתם סופר, ח"ה סי' קיא: "פשוט שאין אב יכול למכור בנו, ולא להקדישו".

13. במכירת הבת נדון לקמן, פרק ח, 4.

14. מכירת האדם את עצמו, אפילו כעבד עברי, מוגבלת מאוד. וכך כותב הרמב"ם, הל' עבדים פ"א ה"א: "...ישראל שהעני ביותר, נתנה לו תורה רשות למכור את עצמו, שנאמר, 'כי ימוך אחיך עמך ונמכר לך'. ואינו רשאי למכור את עצמו ולהצניע את דמיו או לקנות בהם סחורה או כלים או ליתנם לבעל חוב אלא אם כן צריך לאוכלן בלבד. ואין אדם רשאי למכור את עצמו עד שלא יישאר לו כלום ואפילו כסות לא תישאר לו, ואח"כ ימכור את עצמו".

שאינן לאב כל מאפיין של בעלות על ילדיו, או שמא הפקיעה התורה מן האב רק את הסמכות למכור את הבן לעבדות, אך בכל התחומים האחרים היא אכן מכירה בו כבעלים על ילדיו מתוקף העובדה שהוא הוליד אותם?

### ה. ראיות לקניין האב בילדיו - בדיני ישראל

מתוך המקורות ההלכתיים ניתן להביא ראיות לכך שהאב נחשב כסוג של בעלים על ילדיו, ומאידך גיסא מקורות שמהם משתמע שאין לאב בעלות כזו. נפתח בדיון במקורות התומכים בתפיסת הקניין של האב בילדיו באופן כללי, מבלי להבחין בין בנים לבנות.

#### 1. דמי ולדות

התורה (שמות כא, כב) אומרת שמי שנוגף אישה וגורם לה להפיל את העוברים שברחמה משלם על כך לאביהם. וכך גם נפסק להלכה.<sup>15</sup>

רבינו בחיי (ויקרא יב, ב) מסביר כי הסיבה לכך שהתשלום ניתן לאב היא:

ומזה אמר הכתוב (שמות כא, כב): "כאשר ישית עליו בעל האישה" - לא 'כאשר תשית עליו האישה'; כי הילדים שלו והוא הראוי לתת בהם ערך...<sup>16</sup>

ומכאן שהבנים הם קניינו של האב.<sup>17</sup>

ברם, נראה שהבנה זו שנויה במחלוקת, שכן הראשונים נחלקו בשאלה מה דינם של דמי הוולדות במקרה שהנגיפה הייתה לאחר מיתת הבעל. ועל כך כתב הרמב"ם (הל' חובל ומזיק פ"ד ה"ב):

ואם נגפה אחר מיתת הבעל - נותנין אף דמי וולדות לאישה.

---

כמו כן מוגבלת מאוד יכולתו למכור את בתו לאמה. עי' רמב"ם, הל' עבדים פ"ד ה"ב.

15. רמב"ם, הל' חובל ומזיק פ"ד ה"א; שו"ע חו"מ תכג, א.  
16. ובפירושו שם כתב: "ולא 'כאשר תשית עליו האישה', לפי שאין לאישה חלק וזכות בוולדות; שאע"פ שהזכיר 'ילדיה' אין הכוונה שיהיו שלה, אבל הם פיקדון אצלה כאדם המפקיד ברשות חברו פיקדון, כל היכא דאיתיה ברשותיה דמריה איתיה, ולפיכך יש לו לקצוב הדמים כשלו ושייענש החובל כפי דברו...".

17. כך הסיק מכאן בשו"ת משנה הלכות, חט"ז סי' נח. ועי' בדבריו לקמן, סע' 11.  
ועי' אבן האזל לרמב"ם שם, ה"ב, ד"ה אכן.



לעומת זאת פסקו הראב"ד (לרמב"ם שם) ובעלי התוספות (ב"ק מט. א ד"ה אטו) שמשלם ליורשיו של הבעל.

הרי"ד סולובייצ'יק (רשימות שיעורים למסכת בבא קמא, דף כב, ב) ביאר את המחלוקת שבין הרמב"ם לבין הראב"ד ובעלי התוספות באופן הבא:

לדעת הרמב"ם, חיוב דמי וולדות בעיקרו שייך לאישה הנחבלת ולא לבעלה, אלא שבנוגע לגביית החוב יש לבעל האישה זכות קדימה לגבות. במה דברים אמורים? כשנגפה בחיי בעלה; אבל כשנגפה לאחר מיתת בעלה, הואיל ולא הייתה לבעל זכות ממון בעצם הוולדות, משלמים לה ולא ליורשיו.

ומכאן שאין לאב קניין של ממש בגופם של הוולדות, אף שיש לו בהם זכות ממון. ואילו את דברי הראב"ד הסביר הרי"ד באופן הבא:

אליבא דהראב"ד יש לבעל האישה בעלות בוולדות עצמן, והוא מוריש ליורשיו את זכות הממונות שיש לו בוולדותיו.<sup>18</sup>

הרב זלמן נחמיה גולדברג מעלה אפשרות שלישית ביחס לחיוב דמי וולדות:<sup>19</sup> זהו למעשה תשלום דמי נזק העובר המיועד לעובר; וכיון שמת - אביו יורשו. אמנם כל הורג אדם פטור מתשלום דמי הנהרג, שכן אמרינן "קים ליה בדרכה מיניה"; אך בעובר, שאינו חייב עליו מיתה, חובת תשלום הדמים עומדת בעינה.

ולדעתו, אף שתשלום דמי וולדות הוא חיוב ממוני גמור, אין לראות את הוולדות עצמם כקניין של האב.

על כך יש להוסיף, כי גם אם נקבל את הדעה הסוברת שהוולדות שייכים לאב, אין מקום להביא ראיה מחיוב דמי וולדות לכך שהילד נחשב קניינו של אביו גם

18. נראה שמחלוקת זו נובעת ממחלוקת שבין הראשונים בהבנת הסוגיה במסכת ערכין ז, א. נאמר שם במשנה: "האישה שיצאה ליהרג - אין ממתנין לה עד שתלד". ועל כך נאמר בגמרא: "פשיטא, גופה היא! איצטריך, ס"ד אמינא, הואיל וכתוב 'כאשר ישית עליו בעל האישה', ממונא דבעל הוא ולא ליפסדיה מיניה, קמ"ל. ואימא ה"נ! אמר ר' אבהו אמר ר' יוחנן, אמר קרא, 'ומתו גם שניהם' - לרבות את הוולד". לדעת בעלי התוס' (סוטה כו, א ד"ה מעוברת), אכן הוולד הוא ממונו של הבעל, והאישה נהרגת בעודה הרה רק מכוח גזירת הכתוב. ואילו לדעת הרמב"ם (הל' חובל ומזיק פ"ד ה"ב), לומדים מיתור הכתובים "ומתו גם שניהם" שאכן הוולד אינו ממון הבעל אלא חלק מגופה של האישה (עיי' אור שמח לרמב"ם שם).

19. ההסבר של הרז"ן הובא במאמרו של רפאל ויינברגר, "תביעה לנזקי עובר", מגל כרך ח-ט (בהוצאת המכון הגבוה לתורה, אוניברסיטת בר אילן, תשנ"ב), עמ' 116.

לאחר שנולד. הרב שמואל אליעזר שטרן (מובא בספר 'רץ כצבי' ח"א עמ' שצח) מעיר, שהתורה העניקה לאב את הזכות הזאת רק כל זמן שהולדות לא יצאו לאוויר העולם.<sup>20</sup> והוא כותב:

מרגע לידתם המה נידונים כאדם חי בפני עצמו ואין לאף אחד כל קניין או בעלות עליהו.

דעה נוספת סוברת כי תשלום דמי וולדות אינו נחשב ממון אלא **קנס**. כך נכתב בתרגום המיוחס ליונתן בן עוזיאל (שמות כא, כב): "**מתקנסא יתקנס** דמי ולדא". ובכך הוא מדגיש את המשמעות המיוחדת של המילים "ענוש ייענוש", שהן שונות ממה שנאמר בתשלומי נזיקין אחרים (שם פרק כא פס' לו, ופרק כב פס' ב, ה, יג): "שלם ישלם".

בדרך זו הולך גם הרמב"ן (שם), המסביר מדוע תשלום זה נידון כקנס:

בעבור שאין בוולדות היזק ניכר, כי מי יודע אם יצליחו, אמר הכתוב, אע"פ שאין כאן ממון תשלומין, נשים עליו עונש; והוא כמו קנס וממון שיטילו עליו אחרים בעל כורחו.

בדומה לכך סובר הברכת שמואל (ב"ק סי' כו) כי דמי וולדות הם בגדר של **חידוש שחידשה התורה** ולא חיוב ממוני הנוהג מעיקר הדין.<sup>21</sup> ולפי מקורות אלו, אכן אין להורים קניין של ממש בוולדות, וקל וחומר שאין להם קניין בילדים לאחר שנולדו.

## 2. מצוות פדיון הבן

ביטוי נוסף לקניינו של האב בבנו יכול להימצא במצוות פדיון הבן.

הרב יצחק יעקב רבינוביץ מפוניבז', בשו"ת זכר יצחק (ח"ב סי' ב), סובר שרק האב יכול לפדות את בנו ולא אדם אחר. בהסבר הדבר הוא כותב שהתשתית למצוות פדיון הבן היא מרכיב הקניין שיש לאב בבנו:

דהיינו דמן הדין היה שיתנהו לכהן כדין בכור בהמה טהורה (עין בכורות כח, א), רק בשביל שאין בני ישראל עבדים (עין קידושין כב, ב) ציוותה התורה

20. וכשם שיש הבדל בין דיני רציחה של ילד לבין הפלת עובר. ועי' לקמן, פרק ו, 8.

21. הר"ש ישראלי (חוות בנימין ח"ג סי' קח) עומד על כך שזוהי גם דעת בעלי התוספות (ב"ק מג, א ד"ה גרושה) והרא"ש (ב"ק פ"ה סי' ה). ולעומת זאת, לדעת הרמב"ם (והראב"ד) יש לאב או לאם בעלות על העוברים עד שיוולדו.

שהאב ייתן בעד זה; ולזה שייך המצוה אצל האב... ומה שאין האב ישראל מוכר הוא משום "לי בני ישראל"<sup>22</sup>, א"כ שייך שוב דין פדיון באב. וכן בהגדיל, דאז כבר אין רשות להאב אף בבני נח (עי' ח"א ס"ב), שם הוא בעצמו הפודה, דהא הוי יכול למכור את עצמו לולא היה הדין ד"לי בני ישראל", ולזה אין מקום לבי"ד שיפדוהו, דבזה רק מי שיכול לתת עושה המצוה...

לדעתו, מצוות פדיון הבן היא תחליף לנתינת הבן לכוהן, ורק בגלל שישאל אינו יכול להיות עבד לאחר, המירה התורה את נתינת הבן בפדיונו.<sup>23</sup> בעקבות הבנה זו הוא פוסק שאין אפשרות הלכתית לפדות בן שנולד לאב גוי ולאם יהודייה כל זמן שהילד קטן. וזאת, משום שהיכולת לפדות נובעת מכך שהבן נחשב כקניינו של האב; ומאחר שבמקרה שלפנינו אין אב יהודי שהבן ברשותו, אי אפשר לפדות את הבן עד שיגדל ויתחייב בכך בעצמו.

ברם, דין זה שנוי במחלוקת. וכך נכתב בשו"ת הר צבי (י"ד סי' רמב):

ובעיקר השאלה בפדיון הבן במי שאין לו אב או שהאב אינו רוצה לפדותו, לכאורה זה תליא בגדרי מצוות פדיון הבן - אם היא רמיא רק על אבי הבן או על הבן עצמו לכשיגדל, וקיום מצוה זו לא יתכן אלא ע"י האב או ע"י שלוחו כמותו; או נאמר דגם אחר יכול לפדותו, דמי שנותן חמש סלעים לכהן בפדיונו הרי זה פדוי, וכמו דמצינו בפדיון פטר חמור (בכורות דף יא ע"א)... ואם נאמר כן, הרי לעניין שאלתנו פשוט דגם אחר יכול לפדותו - בין בבכור שיש לו אב ובין בבכור שאין לו אב או שאינו רוצה לפדותו, דלא בעינן דווקא אבי הבן.

מדברי הרצ"פ פרנק עולה שייטכן שמצוות פדיון הבן היא מתנת כהונה שהאב מצווה לתת לכוהן אך למעשה כל מי שישלם מקיים בכך את המצווה; ולכן אי אפשר להביא ממצוות פדיון הבן ראייה לשאלתנו.<sup>24</sup>

22. כוונתו לדרשת חז"ל על הפסוק "כי לי בני ישראל עבדים" (ויקרא כה, נה) - "עבדי הם ולא עבדים לעבדים".

23. כדבריו לעיל, הע' 7.

24. בשו"ת יביע אומר, ח"ח י"ד סי' לא, דן במקרה שהאב שנהרג במלחמה והניח את האם כשהיא מעוברת, אם ביה"ד יכולים לפדות את הבן בעודו קטן. ומסקנתו, לאחר הבאת ראיות רבות לצדדים השונים, היא: "המורם מכל האמור, שהעיקר להלכה ולמעשה כהסכמת גאוני ירושלים וסיעתם, שאין לבית דין לפדות יתום בכור שאין לו אב, ולא הוי בכלל ז'כין לאדם שלא בפניו, דניחא ליה טפי לקיים מצוות הפדיון בעצמו כשיגדיל... וכשיגדל ויהיה בר מצוה יפדה את עצמו ויברך על פדיון הבכור... ואם נפדה ע"י אחרים בעודו קטן, יחזור ויפדה את עצמו כשיגדל ויהיה

### 3. מצוות מילה

מצוות מילה היא אחת מ"מצוות האב על הבן" שנתפרטו בברייתא המובאת במסכת קידושין (כט, א):

האב חייב בבנו למולו, ולפדותו, וללמדו תורה...

הגמרא (שם) מבארת את הדין בתינוק שלא נימול על ידי אביו:

והיכא דלא מהליה אבוה - מיחייבי בי דינא למימהליה, דכתיב: "הימול לכם כל זכר".

חובתו של בית הדין למול את הבן קיימת רק אם האב מסרב למול את בנו, אולם כל זמן שלא התברר שאכן זהו המצב, אסור לבית הדין להתערב. וכך כותב הרמב"ם (הל' מילה פ"א ה"ב):

אין מלין בנו של אדם אלא מדעתו...<sup>25</sup>

התשב"ץ (ח"ג סי' ח) דן במקרה שידוע לבית הדין כבר ביום השמיני כי האב אינו יכול או אינו רוצה למול את בנו. ושואל, האם יש לבית הדין סמכות לבצע את המילה מייד או שסמכות זו נתונה לו רק מן היום התשיעי ואילך? ועל כך הוא כותב:

ואף על פי שאמרו שזה היא מצוה על האב, ואם לא מל אותו אביו היא מצוה על בי"ד, כמו שהזכירו בראשון מקידושין (כט ע"א) - כשאין אביו כאן; אבל כשאביו כאן אין מצוה זו מוטלת על בי"ד, שהרי אמרו בפרק החולץ, אין אדם מל בן איש בעל כורחו. ואף על פי שיש מפרשים אותו לענין גר הבא להתגייר,<sup>26</sup> אבל בפרק הערל (עא ע"ב) אמרו בעניין מילת זכריו מעכבתו מלעשות פסח, שאם היה האב חבוש בבית האסורים, שאין הבן נימול ביום ח' שחל ערב פסח; ושם פי' רש"י ז"ל שאין מצוה זו מוטלת על אחרים. והרמב"ם ז"ל כ' בפרק ראשון מהל' מילה: "אין מלין בנו של אדם שלא מדעתו אלא אם כן עבר ונמנע".

המקור לדברי התשב"ץ, שאין לביה"ד סמכות למול את הבן כל זמן שהדבר מוטל על האב, הוא דרשת חז"ל (יבמות מה, א):

עבד איש אתה מל בעל כורחו, ואי אתה מל בן איש בעל כורחו.

בר מצוה; אבל לא יברך על הפדיון...".

25. וכן פסק הרמ"א, יו"ד רסא, א.

26. רש"י שם.

מכאן ניתן להבין כי הסמכות הבלעדית הנתונה לאב בנוגע למילה של בנו אינה רק זכות קדימה של האב אלא סוג של קניין שיש לו בגופו של בנו;<sup>27</sup> שאם לא כן, לא מובן כיצד הותר לבצע בו מעשה המהווה חבלה של ממש.

רבים מהאחרונים חולקים על הבנה זו וסוברים שאומנם יש לאב קדימות על פני בית הדין במילת בנו, אך אם מתברר כי האב אינו רוצה או אינו יכול למול, בית הדין יכול למול את הבן אף בניגוד להסכמתו של אביו.<sup>28</sup> ומכאן, שמצוות מילה - והחבלה בגופו של הילד הכרוכה בה - אינה מבטאת קניין של האב בבנו.

#### 4. נזירות הבן

הלכה נוספת המוכיחה לכאורה את קניין האב בילדיו היא היכולת שלו להדיר את בנו לנזיר. על כך כותב הרמב"ם (הל' נזירות פ"ב הי"ג):

והאיש מדיר את בנו קטן בנזיר אף על פי שלא בא לעונת נדרים.

אולם גם את ההוכחה הזו יש לדחות, על פי דברי הרמב"ם עצמו (שם הט"ו):

לא רצה הבן ומיחה בדבר זה, או שמחו קרוביו או שגילח שערו או שגילחוהו קרוביו, שהרי נעשה מעשה שגילה דעתו שלא רצה הוא או קרוביו בנזירות זו - הרי זה אינו נזיר.

כלומר: סמכות האב בעניין זה אינה מתבססת על קניין. והראיה - שקרובים אחרים, ואף הבן עצמו, יכולים להפר נדר זה. סמכותו של האב להדיר את בנו נובעת מהלכה למשה מסיני, ואכן, כך כותב הרמב"ם (שם הי"ג):

ודבר זה הלכה מפי הקבלה הוא, ואינו נוהג בשאר נדרים.

ברם, גם אם נאמר שסמכות זו אינה מבטאת קניין, ניתן להסיק מהלכה זו שיש לאב סמכויות מסוימות ביחס לבנו, אם כי מוגבלות.<sup>29</sup>

27. עיי' בספרו של הרב מיכל זילבר, בלב ים - שיעורים על מסכת קידושין, עמ' קסא.

28. בערוה"ש, י"ד רסא, א, כתב על כך: "ונראה שיש חיוב על הבי"ד; אפילו אם האב בכאן ואינו רוצה להטריח במילתו, מחויבים בי"ד למולו". ובשו"ת זכר יצחק, קונ"א סי' א, כתב: "אין הכרח לפרש דסבר דחיוב האב הוא רק בח', אלא דבא לפרש, דמהיכן לנו דאב קודם? דילמא בי"ד ואב שווים! וע"ז כתב דמדפירשה תורה הזמן באב מוכח דהוא קודם; אבל מה שחייבוהו כבר הוא מחוייב גם לאחר זה". ועיי' שו"ת דברי שלום י"ד סי' קא; שו"ת באוהלה של תורה ח"א סי' לג; וכן בחשוקי חמד יבמות עא, ב, שהביא מקורות רבים הדנים בשאלה זו.

29. ייתכן שסמכות זו מבוססת על אחריותו של האב לחנך את בנו למצוות. עיי' לקמן, פרק יא, 4.

## 5. בן סורר ומורה

ראייה מסוימת לכך שהבן הוא קניינם של הוריו ניתן להביא מדין 'בן סורר ומורה'. הרמב"ם (הל' ממרים פ"ה ה"ה) מסביר מדוע בן גדול אינו נעשה בן סורר ומורה, וכותב: לא ענש הכתוב קטן שלא בא לכלל המצוות, וכן איש שגדל והרי הוא ברשות עצמו אינו נסקל מפני שגנב ואכל ושתה אכילה זו המכוערת. הא כיצד? מפי השמועה למדו, שאין דין זה אלא בבן שלוש עשרה שנה ויום אחד שהביא שתי שערות עד שיקיף כל הגיד; ואחר שיקיף השיער כל הגיד הרי הוא ברשות עצמו ואינו נסקל.

מדברי הרמב"ם משמע שלפני שהבן גדל ונעשה "ברשות עצמו", הרי הוא ברשות הוריו. ומכאן יש מקום להוכיח שלהורים יש קניין בבנם, עד כדי מסירתו למיתה במקרה שהוא 'בן סורר ומורה'. יתירה מכאן, בית הדין אינו יכול לדון אותו כל זמן שהוריו לא יסכימו ביניהם להביאו למשפט. וכך כותב הרמב"ם (הל' ממרים פרק ז):

ז. כיצד דנין בן סורר ומורה? מביאין אותו אביו ואמו תחילה לבית דין של שלושה... ומלקין אותו... חזר וגנב... - אביו ואמו מביאין אותו לבית דין של שלושה ועשרים...

ח. ואם מחלו לו אביו ואמו קודם שייגמר דינו - פטור.

ט. היה אביו רוצה ואמו אינה רוצה, אמו רוצה ואביו אינו רוצה - אינו נעשה בן סורר ומורה, שנאמר: "ותפשו בו אביו ואמו".

אך נראה שנכון יותר להסביר כי ישנו הבדל בין קניין או 'בעלות' לבין 'רשות', כפי שמצאנו בגמרא (קידושין נב, א):

גזל ולא נתיאשו בעלים שניהם אינם יכולים להקדיש, זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו.

"שלו" - זו בעלות קניינית. ואילו "ברשותו" - היינו בשליטתו ותחת אחריותו וסמכותו.<sup>30</sup>

בן עומד **ברשות** הוריו. ההורים מופקדים על חינוכו, הזנתו ובריאותו, ומכוח זה יש להם גם **סמכויות** כלפיו; אולם הבן אינו תחת **בעלותם** הקניינית המאפשרת להם להוציאו להורג. יכולתם של ההורים להביא את בנם לדין לא נובעת מכך שהוא שייך להם, אלא נובעת **מאחריותם** החינוכית כלפיו.

30. כך עולה מסוגיית הגמרא, יבמות לו, ב. ועי' במאמרו של הרב מיכאל פואה, "הורים וילדיהם במשפט התורה ובמשפט העמים" (אמור לראות אור בהוצאת מרכז 'אחוה'), פרק א.

## 6. גניבת נפשות

ראייה נוספת לכך שהבן הוא קניין של הוריו, ניתן להביא מדברי שו"ת רבי בצלאל אשכנזי (סי' לט), הדין בשאלה מיהו הנגנב במקרה של גניבת נפשות, והוא כותב:  
דהנגנב אינו בעל, ובעליו הם אביו, אחיו ושאר קרוביו, שנגנב והובדל זה מהם... ואין מקום לשאלה זו כלל.

הרב נתן גשטטנר (שו"ת להורות נתן ח"ד סי' קכו) מסיק מדברים אלו, שלדעת הר"ב אשכנזי בני משפחתו של אדם הם בעליו. אולם הוא דוחה את הסברה הזו בנימוק הבא:

והנה לדעת הר"ב אשכנזי ז"ל דגונב נפש היינו שגנבו מקרוביו והם בעליו, א"כ ודאי תקשי, דאמאי איצטריך קרא למעט אב שגנב את בנו דפטור?<sup>31</sup> והלא אין לך קרוב יותר מאביו! ואף אם גנבו מרשות אחרים, מכל מקום לא גנבו ולא הרחיקו מקרוביו, כיון שהוא אצל אביו, ומה גניבה היא זו?

דרשת חז"ל מלמדת שהאב הגונב את בנו אינו נחשב גונב נפשות, לא משום שיש לו קניין בבנו, אלא בשל העובדה שהבן חי עם אביו. לכן סומך הרב גשטטנר את ידיו על דברי רש"י ואחרים, שפירשו שהנגנב עצמו הוא הבעלים על גופו, וכותב:  
אולם בספר מעשה רוקח הספרדי על הרמב"ם (פ"ט מהלכות גניבה ה"א) השיג עליו וכתב: "דהיכי נימא דאביו ואחיו היינו בעליו, דבעלים לא מקרי אלא בדבר שקנוי להם כגון בגדים וכלים... אבל מצד קורבה שייקראו בעלים מנא ליה?". וכן נראה מדברי רש"י בב"ק סח ע"ב: "הגונב נפש ומכרו - אין כאן יאוש בעלים, שאין אדם מתייאש על עצמו".

העולה מכאן הוא שאביו של הילד שנגנב אינו "בעליו".<sup>32</sup> אולם מכל מקום למדנו, שיש משמעות רבה לשמירה על קשרי המשפחה הטבעיים של האדם, כשם שיש לשמור על זכויות הממון שלו.

31. עיי' מכילתא דרבי שמעון בר יוחאי כא, טז: "ונמצא - פרט למי שמצויין בידו, יצא האב שגנב את בנו".

32. יש להעיר שדבריו כאן, שאין הבן בבעלות אביו, סותרים את דבריו שהובאו לקמן (סע' 11), שהבן נחשב קניינו של אביו.

## 7. ילדי עיר הנידחת

ראיה נוספת לקניין שיש להורים בילדיהם היא מדין 'עיר הנידחת', שם פוסק הרמב"ם (הל' עבודה זרה פ"ד ה"ז):

נמצאו רובה - מעלין אותן לבית דין הגדול... ומכין את כל נפש אדם אשר בה לפי חרב, טף ונשים, אם הודחה כולה.

ר' יצחק אברבנאל (דברים יג, יג) הסביר שהסיבה להריגת הטף היא בשל היותם קניין של אביהם:

והוא שיחריבו את העיר כולה הקטנים עם הגדולים, לפי שהבנים הקטנים - שאין להם זכות ולא חובה מעצמם - הם קנייני האדם וממונו ונכסיו, וכמו שציווה שהבהמות גם כן ימותו.<sup>33</sup>

סמך להבנה כי הטף נהרג בגלל שהוא נחשב כחלק מקניינו של האב ניתן למצוא בדברי הרמב"ם בהל' תשובה (פ"ו ה"א):

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 כקניינו הן...<sup>34</sup>

ברם, יש שתמהו על פסיקת הרמב"ם בהל' עבודה זרה. וכך כותב הפרי חדש: אבל לדידן, דלא דרשינן טעמא דקרא - כיוון דקטנים לאו בני עונשים נינהו, לית לן למענשיניהו ואינו בדין שיהרגו.<sup>35</sup>

33. ועי' רד"ק יהושע ז, טו, שכתב: 'לפי שעבר בחרם - יוחרם כל רכושו; ובניו ובנותיו הקטנים, שהם בכלל ממונו, אצל העונש'.

34. וכן הסבירו בדעת הרמב"ם: סדר המשנה, צפנת פענח ויד כהן. וכן כתב הרדב"ז, הל' ערכין פ"ו הכ"א: 'דקי"ל בעלמא בניו הקטנים הם קניינו של אדם'.

ייתכן שהמקור בדברי חז"ל לכך שבנים הם כקניין הוא מדברי הגמרא (שבת לב, ב): 'וחיבל את מעשה ידיך - תניא, רבי אומר בעוון נדרים בנים מתים כשהם קטנים, שנאמר, 'אל תיתן את פיך לחטיא את בשרך למה יקצוף האלהים על קולך וחיבל את מעשה ידיך' (קוהלת ה, ה). איזה הם מעשה ידיו של אדם? - הוי אומר בניו ובנותיו'.

ועי' מה שכתב על כך הר"ש ישראלי, עמוד הימיני סי' טז עמ' רד, במהלך דיון על פגיעה בילדי האויב במהלך מלחמת מצווה.

35. ועי' כס"מ שם, שאף הוא תמה מניין לרמב"ם הלכה זו.



לפי דבריו, הרמב"ם בהל' תשובה, שאומר שהבנים הם כקניין (בכ"ף הדמיון), אומר זאת אך ורק בהקשר הספציפי של עונש שבא לאדם משמיים, ואין להקיש מהנהגת הקב"ה להנהגת בני-אדם.<sup>36</sup> משמעות הדבר היא שמושג ה'קניין', שבו השתמש הרמב"ם, אינו אלא מונח מושאל, ואין כוונתו לקניין במובן המשפטי-ממוני.<sup>37</sup>

## 8. מסירת הבן למולך

ישנו נידון נוסף המוכיח לכאורה שיש לאב בעלות על ילדיו והוא מסירת ילדיו למולך. וכך כותב ר' חיים בן עטר (אור החיים ויקרא כ, ט ד"ה אכן כוונת הכתוב):

והקפיד הכתוב על זרעו לבד; אבל בן אחרים, ואפילו קרוביו כגון אחיו ואחותו - פטור, כדתיניא בסנהדרין (סד, ב) וזה לשונם: "אינו חייב אלא על יוצאי ירכו" וכו'. וצריך לומר טעם חיובו על בנו ובתו ולא על בני הזולת, שהוא לצד שבניו הם נידונין כנכסיו של אדם, לזה מועילים מעשיו כשמקריבו לעבודה זרה במה שמעבירן למולך; אבל חוץ מהם אין מעשיו עושין רושם, על דרך אומרם ז"ל (ב"מ ז, א) אפילו לגבי קדשי שמים: "אין אדם מקדיש דבר שאינו שלו"...

על כך יש להעיר שתי הערות:

א. מעיון בדברי הגמרא שם עולה כי בכלל "יוצאי ירכו" נכללים גם נכדיו של האדם. כל הדיון ביחס לקניינו של האב בילדיו מתמקד בהלכה על יחסי האב והבן. ההלכה ודאי אינה מקנה לסב זכויות קניין בנכדיו, לכן קשה לראות את יסודו של איסור זה בקניינו של האב בילדיו; ויותר נראה לומר שהאיסור נובע מן האחריות החינוכית והרוחנית שיש לאדם כלפי כל צאצאיו.<sup>38</sup>

36. עי' משיב נפש, הל' תשובה פ"ו ה"א, עמ' רעט.

37. עם זאת, יש לעיין בדברי המבי"ט (בית אלהים, שער התשובה פרק י), שכתב: "אבל אביו ואמו היו שותפין ביצירתו בדברים חומרים שהם כלל הגוף ואיבריו, ולכן חייבו האל יתברך ש... יטרח בגופו לכבד אותם במה שצריך להם במזונותם ופרנסתם... ועל זה זיכתה התורה לאב כמה דברים בבניו הקטנים... ועל דרך זה הבנים הקטנים הם כנכסי האב וקניינו, והם נענשים ומתים בעוון אבותם". ואף שהוא משתמש בלשון דומה לזו הרמב"ם, שכתב על ילדיו של אדם "כקניינו הן" - בכ"ף הדמיון, הוא מסיק מכאן שיש לו בהם זכויות ממוניות ממון של ממש. ועי' לקמן, בתחילת פרק י.

לעומת זאת, לקמן, פרק יג, הבאנו את תשובת המבי"ט (ח"ב סי' סב), שממנה עולה שההורות איננה רק זכות אלא בעיקר אחריות; ומכאן שאין בה קניין של ממש.

38. על חובת הסב בתלמוד תורה של נכדו, עי' רמב"ם, הל' ת"ת פ"א ה"ב.

ב. ייתכן שאור החיים לא בא לטעון שאכן הבן הוא "כנכסיו של אדם", אלא שזוהי התודעה של המקריבים למולך, בהשפעתן של המוסכמות המקובלות בין הגויים. המקריב את בנו או נכדו סבור שהוא מקדיש את שלו, אף שמצד האמת ההלכתית אין זה כך.

### 9. כפיית טיפול רפואי

הרב אליעזר יהודה וולדינברג (שו"ת ציץ אליעזר ח"כ סי' מז) נשאל בעניין כפיית טיפול שיניים על ילדים המסרבים לכך, והשיב:

האב יכול לכופף על הבן את הטיפול הרפואי עד הגיעו לתחילת גיל ארבע עשרה שנה.

משמעות הדבר היא שניתן לכפות את הטיפול עד לגיל בר מצווה, ולאחר מכן הבן אחראי בעצמו על בריאותו. לכאורה, מההיתר לכפות טיפול רפואי ניתן ללמוד כי יש לאב קניין בילדיו; שאם לא נאמר כן, מהיכן שואב האב את סמכותו להכאיב לבנו?

ברם, מעיון בנימוקים שונים שהוא מביא כדי לבסס את סמכותו של האב לדאוג לטיפול רפואי בבנו, עולה כי אין טענה לזכויות קנייניות באף לא אחד מהם. והוא כותב:

(1) האב חייב ברפואת בניו באותה מידה שחייב במזונותיהם, דרפואה בכלל מזונות.

(2) כאשר ביכולת האב בדרכי השפעה להשפיע על הבן שיסכים לקבל הטיפול הרפואי הנדרש, אזי הוא מחויב בזה גם מכוח חיוב כללי [ומבלי קביעת זמן לגילו של הבן]. של "והשבותו לו" שכתוב בתורה (בדברים כב), וכדרשת חז"ל שהכתוב בא לרבות "לרפאות את גופו", של משנהו, וכמו שמבאר הרמב"ם בפיהמ"ש בפ"ד דנדרים, שכלול בזה כל דרך השגת טיפול רפואי הן בגופו הן בממונו והן בחוכמתו.<sup>39</sup>

39. על כפיית טיפול רפואי במבוגר, עי': שו"ת הרדב"ז ח"ד סי' סו-סז; מג"א סי' שכח ס"ק ו; בה"ט שם ס"ק א בשם כנה"ג; פת"ש יו"ד סי' קנה ס"ק ד; מור וקציעה סי' שכח ד"ה וכן אם רופא אומר. ועי' במאמרים שונים שנכתבו על כך: הרב שלמה דייכובסקי, אסיא מה-מו, עמ' 28-33; הרב שילה רפאל, משכן שילה, תשנ"ו, עמ' ריב-רכא; הרב יצחק זילברשטיין, ישורון יג (תשס"ג), עמ' תקכז-תקלה; הרב נפתלי וד"ר יחיאל בר-אילן, תחומין כה, עמ' 22-40; שו"ת באוהלה של תורה ח"א סי' נו.

הנימוק השני אינו מתיר כפייה כלל ועיקר, אלא דורש מן האב לשכנע את הבן להסכים לטיפול. ואילו הנימוק הראשון מתבסס על האחריות הרובצת על האב לגדל את בנו כראוי.<sup>40</sup>

## 10. הכאת ילדים

ראיה נוספת לקניין שיש לאב בילדיו ניתן להביא מכך שבמצבים מסוימים מותר לאב להכות את בנו, כפי שנאמר בספר משלי (יג, כד):  
חושך שבטו שונא בנו, ואוהבו שיחרו מוסר.

ההיתר העקרוני להכות מלמד לכאורה על קניין. אך נראה יותר לומר שהיתר זה נובע מחובתו ומסמכותו של האב לחנך את בנו. עיקרון זה עולה מדברי הגמרא במסכת מכות (ח, א):

יצא האב המכה את בנו, והרב הרודה את תלמידו, ושליח בית דין.

שלושת אלה פטורים מגלות, מפני שעצם ההכאה הייתה בהיתר מכוח הסמכות שניתנה להם,<sup>41</sup> אף שברור שאין לרב ולשליח בית דין קניין בגופם של הכפופים להם.

ניתן להוכיח את ההבנה הזאת מדברי ספר חרדים (מצוות לא תעשה, פרק ה), שחילק בין שני סוגים של הכאה:

---

40. מקור החיוב של האב בריפוי ילדיו נדון בשו"ת מנחת יצחק ח"ו סי קג. במשפט הכתובה (ח"ד, פרק לז סע' יד) נכתב: "לא מצאנו מקור ברור לחייב את האב ברפואת ילדיו. ומ"מ כך נראה מצד הסברה". ועי' בהערות שם.

הרב ד"ר סודי נמיר, במאמרו "בדיקת דם מיותרת בתינוק לפי דרישת אימו" (תחומין כז עמ' 131-135) מעלה שיקול נוסף, והוא, שאם "אנן סהדי" שאילו היה גדול היה רוצה בטיפול זה, מוסמך האב לבקש את הטיפול מדין "זכין לאדם שלא בפניו", ולכן הורו כמה מפוסקי דורנו, שאם הטיפול אינו נדרש לרפואתו של הבן אלא להרגעת ההורים, הדבר אסור לחלוטין. בכיוון דומה הולך הרב ד"ר מרדכי הלפרין, במאמרו "התנגדות ההורים לניתוח החולה המסוכן" (אסיא מט-נ). נקודת המוצא שלו היא "כשם שאין צורך בהסכמת בוגר בר-דעת לניתוח מציל חיים בגופו ואין תוקף מחייב להתנגדותו, כך אין צורך בהסכמת אפטרופוס לביצוע ניתוח מציל חיים בגופו" (עמ' 94). מתוך כך מתייחס למצבים "אפורים" שבהם הצלחת הטיפול הרפואי מסופקת וגם אחריה צפויים חיים של סבל, שבהם קובעת דעתו של החולה, וכותב: "ייתכן כי הלכות 'זכייה' שהן המקור לדיני אפטרופוס, מאפשרות להורים או לכל המופקד על טובת התינוק להחליט על הסכמה או התנגדות לפרוצדורה ניתוחית באותם 'אזורים אפורים'" (עמ' 92).

41. ואף אם האב הגזים בעוצמת ההכאה עד שהרג את בנו - הרי הוא כ"טועה בדבר מצווה", שפטור.

המכה ישראל - בין גדול בין קטן בין איש בין אישה, אפי' היא אשתו, אם היכה דרך ניציון (=מריבה) - עובר בשני לאווין, שנא: "לא יוסיף", "פן יוסיף"... והמכה דרך מוסר אינו עובר על בל תוסיף, דאמרין במסכת מכות: "יצא האב המכה את בנו והרב הרודה את תלמידו", וכתוב בספר עזרא: "ואכם מהם אנשים ואמרטם".

על פי אותו עיקרון כותב הרש"ז אויערבך ביחס להכאת הבן שלא למטרה חינוכית:

הרי לאו בעלים על בנו להכותו שלא לצורך.<sup>42</sup>

וכוונתו היא לכל הכאה שאין בה הכרח ותועלת לחינוכו של הילד, ואין לאב כל היתר להכות את בנו כדי לאלץ אותו לעשות את רצונו. בכך נבדל הבן מעבד כנעני, שברמה הפורמלית לא נאסר על האדון להכות אותו, לא רק כדי להפריש אותו מעבירה,<sup>43</sup> אלא גם כדי לאלץ אותו לעבוד כראוי.<sup>44</sup> וכך כותב הרמב"ם (הל' רוצח ושמירת הנפש פ"ב הי"ב-הי"ד):

מה בין עבדו לעבד אחרים? שעבדו יש לו רשות להכותו... לכך נאמר: "בשבט", שלא נתנה לו תורה רשות להכותו אלא בשבט ומקל ורצועה וכיוצא בהן, לא הכיית רציחה.

ומכאן למדנו שהרשות של האב להכות את בנו אינה נובעת מבעלותו כי אם מאחריותו החינוכית, ממנה נובעת הסמכות העקרונית להשתמש גם באמצעים כאלה. ולא כאן המקום לדון במקומן של מכות חינוכיות בחינוך הילדים בדורנו.

## 11. דעת פוסקים בדורות האחרונים

בעל ערוך השולחן, אגב דיון באיסור "לא תחמוד" (ח"מ שנט, יא), כותב כי הילדים נחשבים כקניינו של אביהם. הוא דן בדברי המכילתא, האומרת שאדם המבקש לשאת את בתו הפנויה של חברו ופועל לשכנע אותו להסכים לנישואין, אינו עובר על "לא תחמוד", מפני שהבת יכולה להינשא לו גם מכוח רצונה העצמי. וכשהוא מסביר את ה"הווה אמינא" של המכילתא, הוא כותב:

42. נשמת אברהם כרך ד עמ' קלג, הע' ב.

43. עיי' ב"ק כח, א; רמב"ם הל' עבדים פ"ג ה"ה.

44. ברמה המעשית מצופה מכל אדון לנהוג על פי דברי הרמב"ם בסוף הל' עבדים (פ"ט ה"ח): "... מידת חסידות ודרכי חכמה שיהיה אדם רחמן ורודף צדק ולא יכביד עולו על עבדו ולא יצר לו... וכן לא יבזהו ביד ולא בדברים... וכן במידותיו של הקב"ה שציוונו להידמות בהם הוא אומר, ורחמיו על כל מעשיו'...".

אבל להסית אבי הבת שיקדש בתו לבנו או להסיתו שיצווה את בנו לקדש את בתו, הייתי אומר שזהו בכלל "וכל אשר לרעך", **דהבנים והבנות הם של אביהם...**

ולדעתו, הילדים אומנם הם קניינו של אביהם במידה מסוימת, אף שאינם בשליטתו המלאה.<sup>45</sup>

גם הרב מנשה קליין (שו"ת משנה הלכות ח"ז סי' נח) לומד ממכלול הראיות שהובאו בפרק זה כי להורים יש קניין בילדיהם, ומכאן הוא מסיק כי אסור לרשויות המדינה להוציא ילדים מבית הוריהם:

וזה יצא ראשונה, התורה הקדושה העמידה ברשות האב והאם את בניהם והם אחראים עליהם ולא אחר... וכל זמן שהם קטנים הם בגדר כספו, את בתו בידו לקדשה או למוכרה לשפחה. ועוד יש להם שאם יעמוד מי שהוא והיכה אישה הרה ויצאו ילדיה, שחייב לשלם כסף להאב, ואם מת האב להאם...<sup>46</sup>

וכן הסיק הרב נתן גשטטנר (שו"ת להורות נתן ח"ג סי' פח) בתשובה העוסקת בזוג שהתגרש והאב רוצה שהבן יחיה לידו כדי שיוכל לחנכו, וכתב:

הרי שכל החיובים כלפי הבן מוטלים רק על האב בלבד, ולא על האם, כי הבנים הם קניינו של אב.

45. ואלו דבריו בשלמותם: "עוד דרשו במכילתא שם, 'מה הפרט מפורש בדבר שאינו בא ברשותך אלא ברצון הבעלים, אף כל דבר שאי אפשר לבוא ברשותך אלא ברצון הבעלים; יצא שאתה חומד בתו לבנך או בנו לבתך' [כצ"ל]. וביאור זה נראה, דזהו ודאי כשאדם מתאוה לישא אישה פנויה בחופה וקידושין, דמותר; שהרי אינה 'אשת רעך'; אבל להסית אבי הבת שיקדש בתו לבנו או להסיתו שיצווה את בנו לקדש את בתו, הייתי אומר שזהו בכלל 'וכל אשר לרעך', דהבנים והבנות הם של אביהם... לזה מיעטה התורה... שהרי אם בנו יהיה רצונו לקדשה ברצונה א"צ דעת האב, וכן אם בתו תתרצה לקבל קידושין א"צ דעת אביה... ואינו דומה לקרקעות ומיטלטלין שלעולם הם ברשות הבעלים".

46. עי' לעיל, סעי' 1.  
מדברי הרב קליין נראה שגם האם היא סוג של בעלים על הילד. אולם לקמן, פרק ט, הסקנו שגם אם יש לאב קניין בילדיו, אין מעמד כזה לאם.

**12. סיכום**

בפרק זה הבאנו ראיות המעידות על קיומו של קניין מסוים של ההורים בילדיהם, ובעיקר ככל שמדובר באב; אולם לצד זה הראינו שניתן להסביר כל אחד מן המקורות באופן שונה, שאינו מחייב לומר כך, ועל כן דעת הפוסקים שהובאו לעיל אינה מוכרחת.

**ו. ראיות להעדר קניין האב בילדיו**

בפרק הקודם דנו במקורות שלכאורה מציגים את יחסי ההורים וילדיהם, ובעיקר האב וילדיו, כיחסי בעלות. בפרק זה נציג מקורות הסותרים הנחה זו. העיקרון התורני העומד בבסיסה של ההבנה שאין להורים בעלות על ילדיהם הוא ערך החירות, הקובע שאדם מישראל אינו יכול להיות בבעלותו של אדם אחר, "עבדי הם" (ויקרא כה, נה) – ולא עבדים לעבדים (ב"מ י, א).

**1. עבדות ומעשה ידיים**

התורה לא התירה לאדם מישראל למכור את בנו לעבד, אפילו כשמדובר על מכירתו כעבד עברי, מפני שלא גופו קנוי אלא כוח עבודתו בלבד. ומכאן שאין לאב בעלות על בנו – לא על גופו, ואף לא על כוח העבודה שלו. ומאחר שהגדרת 'עבדות' היא הסמכות לכפות עבודה וליהנות מפירותיה – אזי מאותה סיבה אין לאב זכות במעשה ידיו של בנו.<sup>47</sup>

ברם, כפי שהבאנו לעיל (פרק ד), אפשר לפרש שהסיבה לכך שלא ניתן למכור את הבן ושהאב אינו זוכה במעשה ידיו היא שלילת העבדות בישראל. עבדות של

47. ישנו דיון נרחב בשאלה אם מעשה ידיו של הבן הסמוך על שולחן אביו שייכים לאב: הרמ"א (חו"מ ער, ב) פוסק שמלבד מציאתו, גם מעשה ידיו שייכים לאביו. רעק"א שם מציין שיש בזה מחלוקת בין הראשונים. בעל ערוה"ש (סע' ו) חולק על הרמ"א וסובר שאין מעשה ידי בנו הגדול שייכים לאביו, ומסביר, שדבריו עוסקים בבן גדול שטיפל בסחורתו של אביו, ולכן הרווחים שייכים לאב; אבל בכל מקרה אחר אין מעשה ידי הבן הגדול עוברים לאביו. ועי' פד"ר, ח"ח עמ' 341.

יש להעיר, שדיון זה אינו עוסק בזכות שיש לאב מן התורה, אלא בתקנת חכמים הנוהגת בבן הסמוך על שולחן אביו. בבן שאינו סמוך על שולחן אביו (ומן התורה, אפילו בבן הסמוך על שולחן אביו), ברור שמעשי ידיו אינם שייכים לאביו. וכך נכתב בסיכום הדברים באנציקלופדיה תלמודית, ערך אב (א), ח"א עמ' יב: "וכל זה בבתו, אבל בבנו אין לאב שום זכות מהזכויות הקודמות".

יהודי אפשרית רק במקרים חריגים כמו גנב שנמכר בגנבתו או אדם שהחליט למכור את עצמו כדי להיחלץ מעוני חמור.<sup>48</sup> ברם, בתחומים אחרים - שאינם קשורים לעבודה - ייתכן שיש לאב קניין בילדיו.

## 2. הקדשת בנו בחרם

נאמר במסכת ערכין (כה, א):

יכול יחרים אדם בנו ובתו, עבדו ושפחתו העבריים, ושדה מקנתו? תלמוד לומר: "בהמה". מה בהמה - יש לו רשות למוכרה, אף כול - שיש לו רשות למוכרה.<sup>49</sup>

ומכאן שאדם אינו יכול להחרים את בנו ובתו הקטנים, כשם שאין ביכולתו למכור אותם לעולם.

החיד"א (שו"ת חיים שאל ח"ב סי' לא) הביא מדברי תוספות הרא"ש, שכתב:

והאי דנקט בנו... דאגב בתו נקטה; דבתו ואינך, סד"א דזכות יש לו בהן ויכול להחרימן, אבל בבנו אין לו זכות מן התורה.

יכולתו של האדם להטיל חרם מבוססת על הכוח שיש לו למכור את הדבר שברצונו להחרים. אולם בניו של אדם אינם רכושו ואין ביכולתו למוכרם, ולכן גם אין לו סמכות להחרים אותם.

## 3. תשלומי חבלה

בעניין פיצוי על נזקי גוף נפסק להלכה בשו"ע (חו"מ תכד, ז):

החובל בבניו הגדולים - אם אינם סמוכים על שולחנו, נותן להם מיד; והקטנים, ילקח קרקע בנזקן והם אוכלים פירותיו. וכן באחרים שחבלו בהם.

ההלכה מחייבת את האב שחבל בבנו לפצותו על כך. כמו כן ההלכה קובעת כי אם הילד נחבל בידי אדם זר, על החובל לשלם את הפיצוי לילד עצמו ולא להוריו.<sup>50</sup>

48. עיי' רמב"ם, הל' עבדים פ"א ה"א.

49. בהמשך הדברים דנה הברייטא בהחרמת בתו הקטנה: "והלא בתו קטנה יש לו רשות למוכרה, יכול יחרימנה? תלמוד לומר: 'בהמה'. מה בהמה - יש לו רשות למוכרה לעולם, אף כול - שיש לו רשות למוכרה לעולם". ועיי' לקמן, פרק ח, 4, על משמעותה של מכירת בתו לאָמה.

50. עיי' רמב"ם הל' חובל ומזיק פ"ד הי"ט: "ואם חבלו בהן אחרים - בגדולים יתן להם מיד, ובקטנים

מבחינה זאת שונה הבן מעבד כנעני. החובל בעבדו - פטור, ואפילו כאשר מדובר במי שחבל בעשרים וארבעה ראשי איברים של עבדו הכנעני - מצד דיני ממונות האדון פטור מלפצות אותו על כך, משום שהעבד הוא ממונו של בעליו. התורה גזרה לשחררו במקרה זה, אך אין כלפיו שום חיוב ממוני. כמו כן, מי שחבל בעבד כנעני של אדם אחר חייב לפצות את האדון על הנזק, אבל לא את העבד עצמו.<sup>51</sup> דינו השונה של הבן מלמד אותנו שהילד הוא אישיות עצמאית ואין לראותו כקניינו של אביו.

#### 4. טיפול בנכסי קטן

בעניין נכסיו של קטן, כתב הרמ"א (ח"מ רפה, ח):

וכן קטן שיש לו ממון מאבי אמו או ממקום אחר, ואביו חי - אין נותנין הנכסים ליד האב, דאין מורידין קרוב לנכסי קטן,<sup>52</sup> אלא בית דין מעמידין לו אפוטרופוס.<sup>53</sup>

מפסק הרמ"א עולה שממונו של קטן שייך אך ורק לו, ועל בית הדין לדאוג לכך שאביו לא ייקח ממון זה לעצמו. דין זה עומד בניגוד לדין שנאמר בעבדים, ש"מה שקנה עבד קנה רבו" (פסחים פח, ב). ומכאן יש ללמוד שאין לראות את הבן כקניינו הממוני של אביו.

#### 5. אחריות לנזיקין

אחד המאפיינים של הבעלות בהלכה הוא האחריות לדיני נזיקין.<sup>54</sup> וכך כותב הרמב"ם (הל' נזקי ממון פ"א ה"א):

כל נפש חיה שהיא ברשותו של אדם שהזיקה - הבעלים חייבין לשלם, שהרי ממונם הזיק...

<sup>51</sup> ילקח בהן קרקע והן אוכלין פירותיה עד שיגדילו.

<sup>52</sup> רמב"ם הל' חובל ומזיק פ"ד ה"י.

<sup>53</sup> בבא מציעא לט, א.

<sup>54</sup> ועי' עוד לקמן, הע' 160.

<sup>54</sup> על מאפיין זה, שהוא ייחודי להלכה היהודית, כתב בהרחבה הרב מיכאל פואה בספרו 'בשורת הצדק', עמ' 48-54.



אולם כאשר מדובר על בנו של אדם שהזיק, נאמר במשנה (בבא קמא פ"ח מ"ד):  
חרש שוטה וקטן - פגיעתן רעה; החובל בהן - חייב, והם שחבלו באחרים  
- פטורין.

קטן שהזיק לאחרים פטור מלשלם את הנזק. הרמב"ם (הל' חובל ומזיק פ"ד ה"כ)  
מסביר שפטור זה הוא מפני,

שבשעה שחבלו לא היו בני דעת.

מצד הדין היה ראוי שהקטן ישלם על מה שהזיק, אך מאחר שהוא אינו בר דעת,  
אין הוא אחראי למעשיו. הקטן 'פגיעתו רעה', מפני שגם את אביו אי אפשר לחייב  
עבור נזקיו כי אינו בבעלותו. וכך כתב הרב יצחק זילברשטיין:<sup>55</sup>

מן הדין אין הבן דומה לשורו וחמורו שהזיקו, כי אין הוא קניינו של האב  
או האם.

## 6. תרומת חלק מגופו

אחד המאפיינים המרכזיים של מושג הקניין בנכס כלשהו הוא הזכות שיש  
לבעלים להשתמש בכל חלק מחלקיו לצורכיהם. לאור זה יש לשאול, האם מותר  
להורים לכפות על אחד מילדיהם הקטנים תרומה של חלק מגופם?

בספר נשמת אברהם<sup>56</sup> מובאת שאלה שנידונה בפני הרש"ז אויערבך: האם אב  
רשאי לכפות על בנו הקטן תרומת מח עצם לשם הצלה של קרוב משפחה שחלה  
במחלה ממארת?<sup>57</sup> אילו היה הבן נחשב כקניינו של אביו, היה מקום להתיר זאת,  
כשם שלאב נוכרי יש רשות לגייר את בנו<sup>58</sup> אף שתהליך זה כולל בתוכו גם פגיעה  
בגופו של הילד באמצעות ברית המילה.

ותשובתו של הרש"ז היא:

צע"ג אם להוריו יש רשות להסכים עבורו כדי להציל בן משפחתו, מכוח  
הכלל שזכין את האדם שלא בפניו וזכות גדול הוא לו שמציל נפש  
בישראל.

55. חשוקי חמד ב"ק מה, ב.

56. מהדורת תשס"ז, כרך ד, חו"מ סי' רמג, עמ' ס הע' א.

57. לשאלה אם פיקוח נפש מהווה שיקול להיתר במקרה כזה, עיי' במה שכתב הרב יעקב אריאל  
בשו"ת באוהלה של תורה ח"ה סי' י אות ד, עפ"י תשובת הרדב"ז ח"ג סי' תרכז (מובאת בפת"ש  
יו"ד סי' קנז ס"ק טו).

58. עיי' כתובות יא, א.

נראה שהרש"ז אינו מסתפק כלל בשאלה אם יש לאב קניין בגופו של הבן לעניין זה, ופשוט לו שאין כאן שום קניין. הספק ממוקד בשאלה אם ניתן להצדיק את כפיית התרומה מכוח הכלל "זכין לאדם", שחל גם על קטן,<sup>59</sup> או שמאחר **שלוקחים ממנו** את מח העצם ולא נותנים לו דבר, זה נקרא "זכין מאדם", ולא ניתן להתיר זאת כלפי קטן.<sup>60</sup> יתרה מזאת. מאחר שכאן הזכות לילד אינה חד משמעית - שכן מצד אחד הוא זוכה במצווה של הצלת נפשות, אולם מצד שני צפוי לו סבל רב בתרומה זו - יש להסתפק אם ניתנה לאב סמכות להחליט על כך.<sup>61</sup>

עם זאת יש להעיר, כי גם אם נאמר שזכות היא לבן לתרום מגופו להצלת הזולת, מסתבר שאדם זר אינו רשאי לבצע זאת בלי הסכמתם של ההורים.

## 7. השבת ילד להוריו

הרב יצחק זילברשטיין (חשוקי חמד סנהדרין פו, א) דן בשאלה הבאה: האם מי שמצא ילד שהלך לאיבוד, מוגדר כ'משיב אבידה', או שמא דינו כסתם אדם העושה טובה לחברו?<sup>62</sup> ועל כך הוא כותב:

אך נראה, שאף אם הילד אינו קניין של אביו, כאשר מחזירו אל אביו מקיים בזה מצוות השבת אבידה... דאמרין בבבא קמא (דף פא ע"ב): "ת"ר, הרואה חבירו תועה בין הכרמים - מפסיג ועולה מפסיג ויורד עד שמעלהו לעיר או לדרך". ונאמר שם בגמרא שהוא מדאורייתא, דתניא: "השבת גופו מניין? ת"ל, והשבותו". ופירש"י: "והשבותו - את

59. עי' שו"ע חו"מ רמג, יח: "זכין לקטן... בין בפניו ובין שלא בפניו".

הסבר זה נאמר במפורש בגמרא (כתובות יא, א) בנוגע לגיור, אף שהוא כולל בתוכו את ברית המילה: "בגר שנתגיירו בניו ובנותיו עמו, דניחא להו במאי דעביד אבוהון". ובעצם, עיקרון זה מונח גם בתשנית הסמכות שיש לכלל אב יהודי למול את בנו. אילו לא הייתה לאב שום סמכות לפגוע בגופו של בנו, גם מצוות מילה לא הייתה יכולה להפקיע את "זכות הילד על גופו".

60. לדעת קצוה"ח, סי' רמג ס"ק ח, אומרים "זכין לאדם שלא בפניו" רק בקניינים ולא בפעולות אחרות כגון זו. ולדעת מרכבת המשנה, גירושין פ"ו ה"ג, אומנם "זכין לאדם" אולם אין "זכין מאדם". הרש"ז אויערבך עצמו, בקונטרס 'לאפרושי מאיסורא', סי' א סוף אות א, הביא את מחלוקת הפוסקים לעניין זכייה 'מאדם' במכירת חמץ והביא את הכרעת ההלכה בנושא זה לקולא. ואף על פי כן, הוא מסתפק בשאלה אם מותר לקחת מח עצם מילד קטן.

61. ייתכן שברקע ההתלבטות עומדים שני מושגים דומים, אך שונים: "תקנת הילד", הממוקדת בטובתו הרוחנית והערכית, ו"טובת הילד", הממוקדת בטובתו הגופנית והאנוכית. עי' במאמרם של ד"ר שלמה רומי, ד"ר נורית לוי וד"ר ישראל צבי גילת, "והילד מה הוא אומר?" בספר "דברים שאין להם שיעור", עמ' 338.

62. ההשלכה של שאלה זו היא אם מותר לו לקבל שכר על כך (אא"כ מתבטל ממלאכתו ויכול לקבל שכר כפועל בטל). על כך עי' ב"מ ל, ב.

גופו, משמע שאם טעה חבירך אתה צריך להעלותו לדרך". והוא הדין בענייננו, אין זה השבת אבידה להורים, אלא זה השבת אבידה עבור הילד, שכיון שנמצא במקום הלא הנכון עבורו, מצוה להשיבו למקומו, דהיינו לאביו ולאמו.

מדברי הר"י זילברשטיין עולה בבירור שהוריו של הילד אינם בעלים עליו, אלא הילד הוא הבעלים על עצמו. ברם, מקומו הטבעי של הילד הוא עם הוריו; וכאשר אינו יודע את הדרך אליהם, הוא זה שאיבד את עצמו, ויש מצווה להשיב אותו אל עצמו.<sup>63</sup>

## 8. רקע רעיוני

בדיון על דמי וולדות (לעיל פרק ה, 1) הבאנו מחלוקת בין הרמב"ם לראב"ד בשאלה אם יש לאב קניין בגופו של עובר הנמצא במעי אימו: הרמב"ם (לפי ההסבר של הר"ד סולובייצ'יק) סובר כי מעיקר הדין דמי וולדות הם תשלום דמי החבלה המגיעים לאם ולכן אין לאב קניין בעובריים; ואילו הראב"ד סובר שיש לאב קניין ממוני בהם. לאור מה שעלה בפרק זה כי אין לאב קניין בילדיו, יש לשאול: כיצד ניתן לדעתם להסביר את דעת הראב"ד? איך אותו קניין שיש לאב על העובר במשך ההיריון פוקע ברגע הלידה?

ניתן לענות על כך בהסתמך על הברייתא המובאת במסכת נידה (לא, א):

תנו רבנן: שלושה שותפין יש באדם, הקב"ה ואביו ואמו. אביו מזריע הלובן, שממנו עצמות וגידים וציפורניים, ומוח שבראשו, ולובן שבעין. אמו מזרעת אודם, שממנו עור ובשר ושערות, ושחור שבעין. והקב"ה נותן בו רוח ונשמה וקלסתר פנים, וראיית העין, ושמיעת האוזן, ודיבור פה, והילוך רגליים, ובינה והשכל.

על פי דברי הגמרא ניתן לומר שמכיוון שהקב"ה נתן לבן את המרכיב המשמעותי ביותר בחייו - את נשמתו - לא ניתן לראות את ההורים כבעלים עליו, שכן הם נתנו לו רק את גופו.<sup>64</sup> רעיון זה מובן עוד יותר לאור המשך הדברים בברייתא שם:

63. עי' לעיל, פרק ה, 6. בעניין גניבת נפשות.

64. לאור דברים אלו נצטרך להסביר מהו ההבדל שבין ישראל לגוי. וייתכן שאף על פי שגם לגוי הקב"ה נותן נשמה, עוצמתה הפנימית קטנה משל ישראל והיא מוטבעת בגופו, לכן האב נחשב כבעלים על בנו. וכך כותב המהר"ל בדרך חיים (פ"ג מי"ד): "מ"מ יש צורת אדם באומות ג"כ, רק שעיקר צורת אדם לא נמצא באומות, מ"מ נמצא הצלם הזה אצל שאר אומות, רק שאינו

וכיון שהגיע זמנו להיפטר מן העולם - הקב"ה נוטל חלקו, וחלק אביו ואמו מניח לפנייהם.

במשך ההיריון, הנשמה יונקת את חיותה מהאם,<sup>65</sup> ותשלום דמי הוולדות שייך לאב מאחר שהוא נחשב "בעל ההיריון".<sup>66</sup> החל משעת הלידה הנשמה עומדת מכוח עצמה ולא מכוחם של ההורים, ולכן ברגע זה פוקע קניינו של האב, והבן הופך להיות עבד ה'.<sup>67</sup>

נראה שלכך התכוון הרב זלמן נחמיה גולדברג, באומרו:<sup>68</sup>

לאב אין בעלות על בניו... ילד שנולד הרי הוא כפנים חדשות, הרי הוא יצירה חדשה ואין הוא בבעלות ממונית של אחרים. הוולד שנולד אינו דודן כשייך לא לאב ולא לאם.<sup>69</sup>

## 9. דעת פוסקים בדורנו

המסקנה שעולה ממקורות אלו היא כי אין האב בעלים על ילדיו. ולעומת הפרק הקודם, שבו הבאנו ראיות לבעלות האב והפרכנו את כולן, את הראיות שהובאו בפרק זה לא מצאנו דרך להפריך. ואכן, מצאנו פוסקים שונים שחלקו על דברי

---

נחשב לכולם, ולכן לא אמר 'חביבין ישראל שנבראו בצלם אלהים'. ועוד, כי כאשר נברא האדם היה מעלה זאת לאדם ולנח אף כי אינם בשם ישראל נקראים, ואם אחר שבחר השי"ת בישראל נתמעט הצלם הזה אצל האומות, מ"מ הצלם האלהי הוא שייך לאדם במה שהוא אדם...".

65. עי' סנהדרין צא, ב: "ואמר לו אנטונינוס לרבי, נשמה מאימתי ניתנה באדם, משעת פקידה או משעת יצירה? אמר לו, משעת יצירה. אמר לו, אפשר חתיכה של בשר עומדת שלשה ימים בלא מלח ואינה מסרחת? אלא, משעת פקידה. אמר רבי, דבר זה למדני אנטונינוס, ומקרא מסייעו, שנאמר, ופקודתך שמרה רוחי". וכן בב"ר לד, י. מדברי הגמרא עולה כי כבר ברגע הפקידה יש לוולד נשמה, אך חיותה של הנשמה מגיעה מהאם, כשם שבוולד הבהמה חיותו מגיעה מאמו. (עי' מאמרו של הרב משה צוריאלי, "הפלת עובר שאובחנה אצלו מחלה קשה", תחומין כה, עמ' 65).

66. מקורו של מושג זה במכילתא דרבי ישמעאל (משפטים - מסכתא דנזיקין, פר' ח): "כאשר ישית עליו בעל האישה. שומע אני, אף על פי שאין ההיריון שלו - ת"ל, הרה, מגיד שאינו משלם אלא לבעל ההיריון".

67. וכך כותב הרב שמואל אליעזר שטרן (מובא בשו"ת רץ כצבי - אה"ע ח"א עמ' שצח): "ואף שמצינו דדמי וולדות המה לבעל, ומוכח לכאורה מזה שהוא נידון כבעלים עליהם... נראה לענ"ד דהיינו רק בוולדות במעי האם, שאז עדיין דיינין להו כבשרא בעלמא; אבל מרגע לידתם המה נידונים כאדם חי בפני עצמו ואין לאף אחד כל קניין או בעלות עליהו".

68. מובא בספר אורות המשפט, מאת הרב יצחק אושינסקי, עמ' 324.

69. עי' לעיל פרק ה, 1, שם הבאנו את ההסבר של הרז"ן גולדברג, שדמי וולדות הם לאב מפני שהוא היורש שלהם, ונמצא אפוא שהוולד לא היה קניינו של אביו אף לפני לידתו.

הרב קליין שהובאו לעיל, ועל יתר הסוברים כי יש לאב בעלות על ילדיו.

וכך כותב הרב בן ציון מאיר חי עוזיאל (משפטי עוזיאל ח"ב, אה"ע סי' צא):<sup>70</sup>

דבר ברור ומוחלט שאין הבנים או בנותיו של אדם קנויים לו, כמו שקנויים לו נכסיו הממוניים או בהמותיו...<sup>71</sup>

גם הרב יעקב אריאל (שו"ת באוהלה של תורה ח"ד סי' כד אות יב, עמ' 213)<sup>72</sup> מסיק שבניגוד למצב אצל הגויים, אין לראות את האב בישראל כבעלים על ילדיו, כפי שהאישה בישראל אינה רכוש של בעלה,<sup>73</sup> והוא כותב:

...כשם שהאישה היא רכוש בעלה בבני נח, גם הילדים הם רכוש האב; בעוד שבישראל אין הילדים רכוש הוריהם (ורק לעניין אמה העברייה נתנה התורה זכות חריגה לאב לדברים מוגבלים).

גם מדברי הר"ש ישראלי,<sup>74</sup> הרב יצחק זילברשטיין<sup>75</sup> והרב זלמן נחמיה גולדברג<sup>76</sup> נראה כי אין הילדים קניין של הוריהם.

הרב צבי רייזמן (שו"ת רץ כצבי, אה"ע ח"א עמ' שפ) מביא את תשובת החתם סופר (חו"מ סי' קיא), שדן בשאלה הבאה:

אחד... שהיה לו בן ומכרו לחברא קדישא בעד ה' זהובים, והיה תנאי שאם יגיע וכו' נישואי הבן יחזור האב להח"ק עשרה זהובים... ושבק חיים והבן רוצה לישא אישה והח"ק מוחים בידו עד שישלם כל הנ"ל...

על כך עונה החתם סופר:

פשוט שאין אב יכול למכור בנו ולא להקדישו, רק הבת למעשי ידיה ולייעוד עד שתביא סימנים, אבל גופא לא; ואפי' בכור שציווה הקב"ה לפדותו - מצוה בעלמא הוא, ואם אינו פודהו איננו לכהן ולא קדוש

70. הנידון שם הוא מקרה שבו האב התחייב לאחיו שכאשר ייוולד לו בן הוא יועבר אליו, ואימו של התינוק מתנגדת לכך.

71. הרב"צ עוזיאל מרחיב על כך בספרו "שערי עוזיאל", ח"א עמ' 17-22.

72. וכן במאמרו "ביטול אימוץ" (בספר זה, נספח ב פרק ב).

73. בעניין זה עי' במאמרו של הרב זאב שמע "ודבק באשתו והיו לבשר אחד", פרק ו (בספר "ראויים לטוב", עמ' 129-135).

74. חוות בנימין ח"ג סי' קח.

75. מובא לעיל, סע' 5, 7.

76. מובא לעיל, סע' 8.

לשום דבר, ומה שהנהיגו... לומר הכהן להאב "מה בעית טפי" וכו' -  
חיבוב מצוה בעלמא הוא...

ומכאן מסיק הרב רייזמן:

מבואר בדבריו שאין כל תוקף למכירת ילדים על ידי הוריהם, והיינו  
משום שהילדים אינם בבעלות הוריהם ואינם רכושם הקנייני שניתן  
למוכרו.<sup>77</sup>

## 10. סיכום

כל המקורות שהבאנו מצביעים על כך שאין לאב קניין בילדיו. ובזמן שביחס  
לכל אחת מן הראיות שהבאנו בפרק הקודם, התומכות בקניין זה, הראינו כי ניתן  
להפריך אותה, את הראיות שהבאנו בפרק זה, השוללות את הבעלות, לא מצאנו  
דרך להפריך.

## ז. קניין האב בבניו - מסקנת הדיון

בעקבות הראיות שראינו עד כאן, נבקש לסכם ולברר באיזו מידה התורה רואה את  
הבן קניינו של אביו. כדי לענות על שאלה זו יש לבחון את המאפיינים השונים  
הקיימים בבעלות ולראות עד כמה הם רלוונטיים לבעלות של אב על ילדיו.  
ניתן לחלק את המאפיינים השונים של בעלות לכמה קטגוריות ולדון בכל אחת  
מהן:

1. **פגיעה בגופם:** אין לאב שום היתר או סמכות לפגוע בגופם של ילדיו.<sup>78</sup> עם זאת,  
מצאנו כמה מקרים חריגים:

א. האב רשאי להכות את ילדיו; אך היתר זה מוגבל רק לצורך חינוכי, שהוא תקנת  
הילד.<sup>79</sup>

77. הוא חוזר על קביעה זו בהמשך הפרק, עמ' שפא-שפג, וכן מביא, בעמ' שצח, את דעתו הנחרצת  
של הרב שמואל אליעזר שטרן. אולם במהלך הדיון, עמ' שפג-שפד, הוא מעלה את האפשרות  
לומר שיש לאב מעמד הכולל בתוכו מרכיבים של זכויות ובעלות. וצ"ע.

78. עי' לעיל, פרק ה, 9, ופרק ו, 3.

79. עי' לעיל, פרק ה, 10.

ב. האב מצווה למול את בנו. אומנם יש בכך משום חבלה בגופם, אולם מצוות התורה גוברת על כך. מצווה זו מקנה לאב עדיפות ראשונה למול את בנו, אך אם האב אינו מקיים את המצווה מסיבה כלשהי, הדבר מוטל על בית הדין.<sup>80</sup>

ג. האב מוסמך לכפות על ילדיו טיפול רפואי, גם אם יש בו ממד של חבלה בגופם. אולם סמכות זו נובעת רק מן האחריות של האב על חיי ילדיו ומן המצווה המוטלת עליו לדאוג לבריאותם.<sup>81</sup>

ד. יש ספק אם האב יכול לדרוש מבנו תרומה של מח עצם וכדו'. אולם הטענה שיש סמכות כזאת מבוססת על דיני "זכייה" ולא על קניין.<sup>82</sup>

ה. להורים יש סמכות להביא את בנם לבית הדין כבן סורר ומורה, כדי שילקו או יסקלו אותו. סמכות זו אינה מעידה על קניין: ההורים רק מביאים את הבן לבית הדין, והוא בעל הסמכות המשפטית להחליט על גורלו.<sup>83</sup>

**2. פעולות קנייניות והלכתיות:** אין בהלכה אפשרות להעביר ילדים לרשות אדם אחר (באמצעות מכירה או הורשה), והם נשארים תמיד בנים להוריהם.<sup>84</sup> כמו כן, האב אינו יכול להחרים את ילדיו,<sup>85</sup> ואינו יכול לקדש אישה לבנו שלא בשליחותו.<sup>86</sup> אומנם הוא יכול להזדיר אותו בנזירות; אבל הבן עצמו או קרובי משפחה אחרים יכולים להתנגד לכך, ולכן לא ניתן לראות בכך מאפיין של בעלות.<sup>87</sup> אומנם האב מצווה לפדות את בנו הבכור, אך נחלקו גדולי עולם אם יש לאחרים מצווה או יכולת לפדות את הבן כשהאב אינו בחיים.<sup>88</sup>

80. עי' לעיל, פרק ה, 3.

81. עי' לעיל, פרק ה, 9.

82. עי' לעיל, פרק ו, 6.

83. עי' לעיל, פרק ה, 5.

84. בעניין מכירת הבת לאָמה, עי' לקמן פרק ח, 4.

85. עי' לעיל, פרק ו, 2.

86. עי' קידושין מה, ב.

87. עי' לעיל פרק ה, 4.

88. עי' פת"ש יו"ד סי' שה ס"ק טז.

**3. טובות הנאה כספיות:** אין לאב זכות לרווחים ממעשה ידיו של בנו.<sup>89</sup> האב אינו זכאי לפיצוי על חבלה שאחרים חבלו בילדיו<sup>90</sup> (מלבד דמי וולדות).<sup>91</sup> ואם הוא עצמו חבל בהם, חייב לפצותם.<sup>92</sup> וקל וחומר שאין לו שום זכות בממונם הפרטי.<sup>93</sup>

**4. אחריות לנזיקין:** האב אינו אחראי על נזקים שנעשו על ידי ילדיו.<sup>94</sup>

**5. החזקה בפועל:** אומנם הילדים חיים עם אביהם וגרים בביתו. אולם משתי סיבות קשה לראות החזקה זו כהוכחה או מאפיין לבעלות:

א. גם אם נראה את מגורי הילדים בבית הוריהם כסוג של "החזקה", הרי שזו, כשלעצמה, אינה מאפיינת בעלות. ביחס לקרקעות או מיטלטלין היא יכולה להוות לכל היותר ראייה לבעלות. אבל בנד"ד, בהיעדר מאפיינים אחרים לבעלות, עצם ההחזקה בילד אינה מקנה לאב בעלות בכל אחד מהמזדים שהוזכרו; ויש מקום לראות אותה כעין "חזקה שאין עמה טענה".<sup>95</sup>

ב. בילד שנגנב מבית אביו<sup>96</sup> או הלך לאיבוד,<sup>97</sup> הגדרת המצב כעבירה או כאבידה אינה מתייחסת אל האב אלא אל הילד.

**לסיכום:** עיון במאפיינים השונים מראה שקשה לקבל את ההגדרה כי יש לאב קניין בבניו. ייתכן ששאלה זו תהיה רלוונטית יותר בדיון שבפרק הבא, העוסק בקניינו של האב בבתו - שם יש לו טובות הנאה ממוניות שונות וגם סמכויות רחבות יותר. אולם ככל שמדובר בבן, המאפיינים המשמעותיים המרכיבים את הבעלות אינם קיימים. אמנם אפשר לטעון כי יש לאב קניין בילדיו, אלא שקניין זה הוא חלש מאוד במאפיינים שלו; אולם נראה יותר לומר, שכאשר נעדרים מן הקשר הזה מאפייני קניין רבים ומשמעותיים, נכון יותר לקבוע שאין לפנינו קניין כלל ועיקר.

89. ע"י לעיל, פרק 1, 1.

90. ע"י פרק 1, 3.

91. ע"י לעיל, פרק ה, 1 ופרק 8. לעניין תשלומי אונס, מפתח ומוציא שם רע, ע"י לקמן פרק ח, 2.

92. ע"י לעיל, פרק 1, 3.

93. ע"י לעיל, פרק 1, 4.

94. ע"י לעיל, פרק 1, 5.

95. ע"י בבא בתרא מא, א.

96. ע"י לעיל, פרק ה, 6.

97. ע"י לעיל, פרק 1, 7.



על כל זה יש להוסיף, כי גם מאפייני הבעלות שניתן למצוא כלפי הבנים, הם זמניים במהותם, ופוקעים מאליהם כאשר הבן גדל ומגיע למצוות. ואילו הייתה לאב בעלות על ילדיו, כיצד היא פוקעת מאליה?<sup>98</sup>

### ח. מאפייני קניין ביחסי האב עם בתו

בפרקים הקודמים דנו בשאלת בעלות האב על ילדיו ונוכחנו כי מן המקורות עולה שאין לראות את האב כבעלים עליהם. ברם, יש מקום לברר אם קביעה זו נכונה רק ביחס לבניו של אדם או גם לבנותיו.

מתוך כך יש מקום להסתפק באחת משלוש אפשרויות:

- א. שדינה של הבת שונה מדינו של הבן, ואכן יש לאב קניין בה בעודה קטנה.
- ב. שדין הבת דומה לדינו של הבן (שכן רוב הדוגמאות שהבאנו בפרק הקודם רלוונטיות גם אצל הבת); ורק בפרטים מסוימים דינה שונה, בשל ההבדלים שבין נקבות לזכרים.
- ג. שאומנם יש לאב קניין בבתו, אולם בעלות זו מוגבלת לתחום מוגדר.

#### 1. קידושי הבת

יש לאב סמכות לקדש את בתו לכל איש שיבחר, ואף יש לו זכות לקחת לעצמו את כסף קידושיה. וכך כותב הרמב"ם (הל' אישות פ"ג הי"א):

האב מקדש את בתו שלא לדעתה כל זמן שהיא קטנה, וכשהיא נערה רשותה בידו, שנאמר (דברים כב, טז): "את בתי נתתי לאיש הזה", וקידושיה לאביה...

סמכות האב לקדש ולהשיא את בתו היא לכאורה הוכחה גמורה לקניין שיש לו בה, שכן יש בסמכותו להשיא אותה אפילו לאנשים שהיא לא הייתה רוצה להתקדש להם כמו מנוול (=אדם מכוער) ומוכה שחין.

מדברי הריטב"א (קידושין ג, ב) אכן נראה שסמכותו של האב לקדש את בתו בעל כורחה מהווה הוכחה לכך שיש לו קניין בה.<sup>99</sup> הגמרא (שם) מעלה את השאלה:

98. עיי' במאמרו של הרב מיכאל פואה, "הורים וילדיהם במשפט התורה ובמשפט העמים" (אמור לראות אור בספר 'הורות ראויה', בהוצאת 'מרכז תורה ומדינה', מחלקת אחווה).

99. שיטת הריטב"א מופיעה גם בחידושיו לכתובות מא, ב ד"ה אם לא, ביחס לדין מפותה, שקנסה לאביה. וכך הוא מנמק את הדין הזה: "אבל זו, שבשעת ביאה לא הייתה של עצמה, אע"פ שעתה

אביה מקבל קידושיה, דכתיב: "את בתי נתתי לאיש הזה", ואיהי שקלה כספא?!

ומתוך כך היא מסיקה שהאב הוא הזכאי בכסף הקידושין של בתו.  
על כך כותב הריטב"א:

פירוש, כיון דזיכתה לו תורה שרשאי לקדשה בעל כורחה ושלא מדעתה, איהו חשיב מקנה ובעל דבר, וכממונו היא חשובה בעניין זה. וכיון דאיהו הוי מקנה, לא סגי דלא ליהוי כסף דיליה; דאי איהי שקלא כספא, איהי חשיבא בעל דבר, ואין האב אלא כשליח. ואם כן, היאך אפשר לו לקדשה בעל כורחה?

הריטב"א חולק בכך על דעת רש"י (קידושין שם ד"ה ואיהי), המפרש את דברי הגמרא בדרך שונה, וכותב:

ואיהי תשקול כספא - בתמיה. אפשר שעל חנם זיכהו הכתוב בקבלת קידושיה?!

מדברי רש"י נראה כי האפשרות שהאב ישיא את בתו אינה מובנת מאליה. בניגוד להבנת הריטב"א, הסובר שהיכולת לקדשה נובעת מן הקניין שיש לו בה, סובר רש"י שהיא זכות "שזיכהו (=את האב) הכתוב בקבלת קידושיה", דהיינו שהתורה נתנה לאב זכות חריגה להשיא את בתו, וכסף הקידושין הוא חלק מזכות זו.<sup>100</sup> ומדבריו עולה שאין להסיק מכאן שהבת נחשבת כקניינו של אביה. יתרה מזאת קבעו חז"ל, שאסור לאב לקדש את בתו הקטנה. וכך כותב הרמב"ם (הל' אישות פ"ג הי"ט):

ואף על פי שיש רשות לאב לקדש בתו כשהיא קטנה וכשהיא נערה לכל מי שירצה - אין ראוי לעשות כן, אלא מצוות חכמים שלא יקדש אדם את בתו כשהיא קטנה עד שתגדיל ותאמר: בפלוני אני רוצה.

(=כשבגרה ואביה נפטר) חזרה וזכתה בקנס בשעת העמדה בדיון, פנים חדשות באו לכאן, ואין מחילתה הראשונה כלום... אבל הכא בשעת ביאה גופה של אב...".

100. יש להעיר שהמונח "זכות" בדברי רש"י אינו זהה למונח "זכות" בשפה המודרנית, כ"זכות טבעית", וכוונתו לטובת ההנאה הכרוכה בסמכות שניתנה לאב מכוחה של גזירת הכתוב. מושג זה דומה יותר למונח העכשווי "זכאות", הקובע כי אף שלאדם אין זכות טבעית למשהו, הוא זכאי לכך מכוח חוק או התחייבות שלטונית; אבל גם דמיון זה, שבין מה שכתב רש"י לבין המונח "זכאות", אינו מוחלט.

כך נפסק גם בשו"ע (אה"ע לז, ח). ועל כך מוסיף הרמ"א:

וי"א דנהגין בזמן הזה לקדש בנותינו הקטנות, משום שאנו בגלות ואין לנו תמיד סיפוק כדי צורכי נדוניא. גם אנו מתי מעט, ואין מוציאין תמיד זיווג הגון. וכן נוהגין.

וגם לדעתו, ההיתר לקדש קטנות נובע רק מהדאגה לטובתן.<sup>101</sup> ומכאן שסמכותו של האב לקדש את בתו לא נועדה לשרת אותו אלא לתת בידיו את האמצעים הנדרשים להשיאה גם בתנאי חיים קשים ביותר.

## 2. תשלומי אונס ומפתה

האונס והמפתה משלמים את הנזק, הצער, הבושת והקנס לאביה של הנפגעת. וכך כותב הרמב"ם (הל' נערה בתולה פ"ב הי"ד):

שלושה דברים של מפתה וארבעה של אונס - הרי הן של אב, שכל שבח נעורים לאב...

הלכה זו מוכיחה לכאורה את קניינו של האב בבתו.

בדברי הראשונים ישנו דיון נרחב בשאלה מי הוא בעל הדין שתובע את האונס והמפתה,<sup>102</sup> והאחרונים מעלים שלושה הסברים אפשריים:<sup>103</sup>

א. האב הוא 'בעל הדבר'.

ב. זוהי זכות תביעה משותפת לאב ולבת.

ג. התביעה היא של הבת, והאב זוכה מכוחה.

מכל אחת משלוש האפשרויות מוכח שלאב יש קניין או זיקה חזקה לגופה של בתו.

ברם, גם אם נאמר שיש כאן ביטוי לקניין, הרי הוא מוגבל כאמור לעניינים הנוגעים לפגיעה בצניעותה של הבת, הקשורה לתחום האישות. אין לאב זכויות

101. עיי' במאמרו של הרב יוסף חיים אסייג, "אב שקידש את בתו בעקבות סכסוך משפחתי" (תחומין כו עמ' 148-155), שהסיק שמאחר שהתורה נתנה לאב סמכות לקדש את בתו לטובתה בלבד, אינו נאמן לומר שקידש אותה באופן המעגן אותה, במטרה להפעיל לחץ על אשתו במהלך סכסוך גירושין ביניהם.

102. עיי' רשב"א כתובות לז, א ד"ה הבא על בתו; ריטב"א שם מב, א ד"ה אם לא; רמב"ם וראב"ד הל' נערה בתולה פ"ב הי"ג.

103. עיי' בהערות המהדיר לרשב"א שם, הוצאת מוסד הרב קוק, הע' 5, ובהפניות שם לאחרונים שדנו בסוגיה.

בעלות אופי קנייני על תחומים אחרים; וכאשר מדובר בתשלום על חבלות ופגיעות אחרות בגופה של בתו, כל זמן שאינן נוגעות לתחום האישות - במישרין או בעקיפין, הפיצוי ניתן לבת עצמה. וכך נפסק בשו"ע (ח"מ תכד, ו):

החובל בבת קטנה של אחרים, אם נזק הפוחת אותה מכספה הוא - הרי הוא של אב. וכן שְׁבֵתָה (=תשלומי ה'שְׁבֵת' שלה) של אב, שהרי מעשה ידיה וכסף מכירתה של אביו הוא... אבל צער וריפוי ובושת - שלה. וכן נזק שאינו פוחתה מכספה - הרי הוא שלה. וכן החובל בבתו, משלם צער וריפוי ובושת.

טובות ההנאה הממוניות שיש לאב בבתו נוגעות למקרים שבהם יש פגיעה ביכולתו להשיא אותה. ברם, במקרים שבהם לא נפגעה היכולת להשיא, הזכות לפיצוי שייכת לבת עצמה ולא לאביה.

הבחנה זו היא היוצרת את ההבנה שיש לאב קניין על "אישות דבתו".<sup>104</sup> מושג זה יתבאר בהרחבה לקמן (סע' 9).

### 3. איסור מסירה לזנות

בהקשר זה ראוי לדון גם באיסור "אל תחלל את בתך להזנותה" (ויקרא יט, כט). את האיסור הזה מבאר הרמב"ם (ספר המצוות, מצוות לא תעשה, שנה):

וזה שכבר קדם מדיניו יתעלה, שהבועל בתולה - בין שיהיה מפתה או אונס - אינו חייב שום עונש מן העונשים אלא קנס ממון לבד, ושיישא אותה, כמו שהתבאר בכתוב. והיה עולה במחשבתנו כי אחר שזה הדבר אין בו זולת קנס ממון, שיהיה דינו הולך כדין **דבר שבממון**; וכמו שיש רשות לאדם לתת לחברו מממונו מה שירצה או יפטררו במה שיש לו אצלו, שיהיה כמו כן מותר לו שייקח בתו הנערה ויתנה לאיש שיבעל אותה ויפטררו מזה אחר שזה **זכות מזכויותיו**, כלומר החמישים כסף שהם לאבי הנערה, או גם כן יתנה לו על תנאי שייקח ממנו כך וכך דינרים. והזהיר מזה ואמר לו: "אל תחלל את בתך להזנותה".<sup>105</sup>

104. עיי' במאמרו של הרב שמחה בונם רוטנברג, "בגדר זיקה דאורייתא", בקובץ 'המאיר' (בהוצאת ישיבת בית מאיר), גיליון י, עמ' שמז.

105. וכן עיי' הלכות נערה בתולה פ"ב הי"ז.

בדומה לכך כתב גם הרמב"ן (ויקרא שם): "וטעם הכתוב, כי בעבור שהבת ברשות אביה והוא רשאי בנעוריה לקדש אותה ולהכניסה לחופה, והאונס והמפתה אותה נותן קנסה לאביה, פירש

מדברי הרמב"ם עולה לכאורה שבתו של אדם היא כקניינו, לפחות ככל שמדובר על תחום האישות שלה ("אישות דבתו"). זו הייתה יכולה להיות ההבנה הראשונית, אילו איסור זה לא היה נכתב בתורה. ברם, יש לבאר, מה התחדש לפי הרמב"ם לאחר שהתורה אסרה על האב לחלל את בתו? האם תפיסת הקניין נותרה בעינה ורק נאסר לממש אותה בדרך מגונה זו, או שציווי התורה יצר מצב משפטי חדש לגמרי?

נראה שדברי שו"ת שואל ומשיב (מהדורה תניינא ח"ג סי' סד) יסייעו לענות על שאלה זו. בתשובתו הוא עוסק בהלכה המטילה על בית הדין את האחריות למול תינוק שאביו מסרב לקיים בו את מצוות המילה. הוא מסביר שאמנם הבן הוא ברשות האב בהקשר הגופני אבל לא בהקשר הרוחני. ועל פי זה הוא מסביר את האיסור המוטל על האב לסרסר בבתו:

והנה בכתוב כתוב לאמור "אל תחלל את בתך להזנותה", ופירש הרמב"ם בספרו הי"ד שאין כוח לאב לחלל בתו לקבל הקנס, עי"ש. - הנה ראינו, שאף שזיכתה התורה לאביה קידושי בתו, מ"מ להזנותה אין לו כוח. והטעם, משום דדווקא על גופה יש לו כוח, משא"כ להזנותה, שהוא גם בחלקי הנפש - על זה אין לו כוח.

על גופם של ילדיו יש לאב סמכות, ואילו על נפשם ורוחם אין לו אלא **אחריות** כלפי הבעלים האמיתיים, דהיינו: הקב"ה.<sup>106</sup>

בדומה לכך, האחריות על נפשה ורוחה של הבת מתבטאת בדאגה לתחום האישות שלה - להגן עליה מפני פגיעה בצניעותה ומפני הידרדרות לזנות.<sup>107</sup> מדברי השואל ומשיב עולה שאף אם יש לאב קניין בבתו, קניין זה אמור רק ביחס לצד הגופני שלה (מה שבא לידי ביטוי בקידושיה ובמכירתה לאָמה), ואילו על הצד הנפשי-רוחני שלה האב הוא רק שליח או **אפוטרופוס מטעמו של הקב"ה**. מסיבה זו, ככל שמדובר במעשים בלתי מוסריים, לא זו בלבד שהדבר אסור לו, אלא שתחום זה אינו נמצא כלל בסמכותו.

הכתוב שאיננו רשאי למוסרה למי שיהיה זנות, והזהירו מזה בלאו".

106. על ההבדל בין מילה לפדיון עי' לקמן פרק טו, 4. על סמכותו של בית הדין להתערב בחינוך הילדים עי' לקמן פרק טו, 1-2. ומכאן שדברי השו"מ אינם תקפים בכל עניין רוחני. גם עצם ההגדרה של בית הדין כ"אבי הילד" בהקשר הרוחני איננה מוסכמת. עי' שם, סעי' 5-6.

107. עי' אברבנאל (ויקרא שם): "והנה אמר אל תחלל את בתך להזנותה, בלשון יחיד, לפי שהאשה בנערותה היא ברשות אביה עומדת ובידו לחללה או לשמרה; ולכך נתייחדה המצווה הזאת אליו ולא לנערה". ועי' לקמן, סעי' 10.

ואף ביחס לגופה של הבת השואל ומשיב אינו סבור שיש לאב קניין של ממש אלא "כוח", דהיינו: **סמכויות**.

#### 4. מכירת בתו לאָמה

האב יכול למכור את בתו לאָמה כל זמן שהיא קטנה (שמות כא, ז-יא),<sup>108</sup> ומכאן שיש לו קניין בה. ברם, יש לשים לב להגבלות המצויות במכירה זו. וכך כותב הרמב"ם (הל' עבדים פ"ד ה"ב):

אין האב רשאי למכור את בתו אלא אם כן הֶעֱנִי ולא נשאר לו כלום, לא קרקע ולא מיטלטלין, ואפילו כתונת שעליו.

על פי זה מסביר ר' יצחק אברבנאל (שמות שם) באיזה אופן התורה התירה את מכירת הבת:

וכבר בא בקבלה האמיתית שהשגיחה התורה מאוד על האָמה העבריייה, שאפילו בקטנותה, בהיותה תחת אביה לעשות בה כרצונו - הנה לא יוכל למוכרה ממכרת עבד ולא למוכרה לנוכרי ולא לקרובים אשר אי אפשר שיהיה לה בהם צד ייעוד, ושאין למוכרה שתי פעמים.

והיה זה לפי שלא התירה התורה שימכור אדם את בתו אלא במקום שסבור שהקונה אותה ייעדנה לעצמו וייקחנה לאישה לו או לבנו; כי על הרוב לא יקנה אדם נערה קטנה לעבד עבודה, כי היא לא תוכל לעבוד לחולשת שכלה ואיבריה, אלא שיישאנה... כדי לייעדה לו או לבנו ונתן כספו על זה. כי כן היה דרכם לתת בעד הבתולות מוהר ומתן, ועל מנת כך מכרה אביה; לא בעבור שגנבה, ולא לאכול ולשתות הוא את כספה.<sup>109</sup>

מטרת המכירה היא נישואיה של הבת.<sup>110</sup> כסף המכירה שהאב מקבל אינו תמורה

108. וכך פוסק הרמב"ם, הל' עבדים פ"ד ה"א.

109. בעקבות פירושו של הר"י אברבנאל נראה שהלך הרש"ר הירש (שמות כא, ז-ח).  
וכן כתב המשך חכמה (בראשית לא, טו-טז): "רק אביה יכול למוכרה כשהיא קטנה, אבל לא לאיש אשר לא יוכל לייעדה, כמו לקרובים וכיו"ב, והוא רק מכר לאישות. וכן מקדשה אביה לעולם כשהיא נערה (קידושין ג, ב), **דרך עניין האישות שלה מסרה התורה לאביה**."

יש להוסיף על כך, שמכירת הבת אינה נוהגת בזמן שהיובל אינו נוהג (ספר החינוך, מצוה מג). ואילו הייתה המכירה נובעת מקניינו של האב בבתו, לא הייתה זכות זו מתבטלת כאשר אין יובל.  
110. הרמב"ן (שמות כא, ז) מביא את דעת הבה"ג, שאסור לאדון לשחרר אמה עבריייה בטרם הגיעה לבגרות, וכותב: "ואפשר שההוצאה עצמה אסורה עליו עד הזמן, כי חייבו הכתוב במזונותיה

כספית בעבור גופה או עבודתה של בתו אלא מוהר ומתן שהיו רגילים לשלם לאב עבור הנישואין. אילו הייתה מכירת הבת נעשית מתוקף בעלות ממונית של האב עליה לא היה מובן מדוע ההלכה מטילה מגבלות רבות על מכירתה.

וכך מסביר הרב בן ציון מאיר חי עוזיאל (משפטי עוזיאל ח"ב, אה"ע סי' צא):

וכיון שראינו שהגבילה התורה זכות זאת, מכאן למדנו שזכות מכירה זו היא לטובתה של הבת ולשמירת תומתה; שהרי בת אומללה זאת, שאביה העני במידה זאת שאין לו רכוש... ואין לו גם כסות לעורו - אב כזה בוודאי שאין לו במה לפרנס את בתו; ובת קטנה זאת שנמצאת במצב דלות כזו, לא תהיה ברירה אחרת אלא להפקיר עצמה בידי אלה שיפתו אותה לזנות.<sup>111</sup>

על פי הבנה זו ניתן להבין מדוע הגבילה התורה את כוחו של האב למכור, ואפשרה לו למכור דווקא את בתו ולא את בנו. ההנחה היא שבן שאין לו ממה להתפרנס - ילך ויעבוד, ויש פחות סכנה שיצא לתרבות רעה מפני דלותו.

אולם עדיין עלינו לשאול את השאלה שהעלינו בראש הפרק הקודם: האם ההגבלה על מכירת הבת מבטאת מגבלה בהיקף הקניין עצמו, או שהקניין הוא

ולעמוד עמו אולי תמצא חן בעיניו ותתייעד".

יתרה מזאת, נאמר במסכת קידושין (יט, ב; וכן פסק הרמב"ם, הל' עבדים פ"ד הט"ז) שאין לאב סמכות למכור את בתו לאמה על מנת שלא לייעדה לאשה.

את ההבנה שמטרתה של מכירת הבת היא לשם נישואין ניתן לחזק מכיוון נוסף: כמה מפרשני התורה (כמו: ר' חיים פלטיאל, הכתב והקבלה והנצי"ב) מסבירים את הפסוק "לא תצא כצאת העבדים" (שמות כא, ז) כפירוש דעת זקנים מבעלי התוספות, שכתבו: "שאינן האדון יכול לכופה לעשות מלאכה הצריכה לצאת חוץ, אלא בתוך הבית". ומכאן שיש לאמה עבריה מעמד מיוחד, כשפחה שנמכרת רק לעבודות בית ולא לעבודות חוץ. נראה אפוא כי עיקר המכירה הוא לצורך נישואין ולא לעבודות רגילה.

מאידך גיסא, יש לעיין במה שפסק הרמב"ם (הל' עבדים פ"ד הי"ב) שיכול למוכרה לפסולי חיתון באיסור לאו, אף שאינו יכול למוכרה למי שאין לו קידושין בה (שם הי"א). ונראה לומר, שמאחר שהמכירה היא כקידושין, אזי כשם שקידושיהם של פסולי חיתון אלו תקפים בדיעבד, שלא כמו קידושין של עריות גמורות, כך יש תוקף בדיעבד למכירה לפסולים באיסורי לאווין. ועי' שיעורי ר' דוד למסכת קידושין (יט, ב, סי' כד), "בדין יציאת עבד עברי ובדין השלמה", הע' תעג.

וכן יש לעיין בדברי אור החיים (פס' ז), שכותב: "לְאָמָה - יתבאר על דרך אומרם במס' קידושין (ד, א) שאפילו הבת איילונית יש לאביה רשות למוכרה. והוא אומר 'לְאָמָה' - פירוש, הגם שאינה ראויה להינשא, כל שראויה לְאָמָה". כנגד זה ניתן לומר שמאחר שקידושין תופסים באיילונית, עדיין שייך בה ייעוד.

111. נימוק זה של הרב עוזיאל דומה מאוד לדברי רש"י (ברכות כז, א ד"ה שממאנין את הקטנה), שהסביר את תקנת חכמים לקטנה שמת אביה להינשא באמצעות אימה או אחיה: "ומיהו, רבנן תקינו לה קידושין להצריכה מיאון, כדי שיישאוה ולא תצא לזנות".

גמור, אלא שנאסר על האב לממש אותו במצבים שבהם המכירה אינה מוצדקת? התשובה לשאלה זו תלויה במחלוקת שבין האחרונים, בדינו של אב שעבר ומכר את בתו אף על פי שלא הֶעֱנִי, אם מכירתו תקפה.

לדעת המנ"ח (מצוה מג אות א), מכירה זו אינה תקפה. ומכאן עולה שאכן אין לאב קניין בבתו, והתורה רק הטילה עליו אחריות לשמור עליה. רק במקרה שהֶעֱנִי נתנה לו התורה כוח למכור את בתו כמפלט אחרון כדי לדאוג להווה שלה ולעתידה (הסבר זה נראה כעולה בקנה אחד עם דברי האברבנאל לעיל).

ברם, לדעת ערוה"ש (יו"ד רסז, קלח), מכירתו אכן תקפה. ובדעתו נראה להסביר כי התורה נתנה לאב רמה מסוימת של קניין בבתו כדי שיוכל להגן על צניעותה ולהשיא אותה לאיש. משמעות הדבר היא שגם מכירת הבת לאָמָה נובעת רק מקניינו של האב ב"אישות דבתו", ואינה מעידה על קניין במובן רחב יותר.

### 5. מעשה ידיה של הבת

כדי לבאר את ההלכה הקובעת שמעשה ידי הבת שייכים לאביה, יש צורך להקדים ולבאר את הקשר שבין דין מעשה ידיה של הבת לבין אחריותו של האב למזונותיה.

הגמרא (קידושין ד, א) מסבירה מדוע נדרש מקור מיוחד לכך שכסף הקידושין של הבת שייך לאביה ולא ניתן ללמוד זאת מדינם של מעשה ידיה, ושם נכתב:

אי אשמעינן מעשה ידיה - דקא מתזנא מיניה; אבל קידושיה, דמעלמא קאתי לה, אימא דידיה הוּו - צריכא.

מעשה ידיה של הבת שייך לאביה כי היא ניזונת ממנו, ושיקול זה אינו נוגע לכסף קידושיה.

הריטב"א (שם) מביא את ההסבר של רבו לקשר שבין המזונות לבין מעשה ידיה של הבת:

ואיכא למימר דהכי קאמרינן: דרחמנא זכי לאביה מעשה ידיה, משום שירדה תורה לסוף דעתן של בריות, ודרך האב לאון את בתו מסתמא; ואף על גב דלא חייביה במזונותיה, מכל מקום מפני שכן דרכו, זיכה לו מעשה ידיה כולם בין כשזן אותה בין העדפתה,<sup>112</sup> וכי מתזנא ממעשה

112. נ"א: "בין כולם כשזן אותה בין העדפתה".



ידיה חשבינן כאילו אמר לה, 'צאי מעשה ידייך במזונותייך', ולפיכך העדפתה שלו.

התורה רואה את האב כאחראי באופן טבעי על פרנסתה של בתו,<sup>113</sup> ולכן לא ראתה צורך לצוות על כך. וכדי לשמר את הנטייה הטבעית הזאת, העניקה לו התורה את מעשה ידיה כתמורה בעד מזונותיה.

לאור זאת יש לשאול, מדוע לא קבעה התורה שגם מעשה ידיו של הבן יהיו לאב? ניתן להציע לכך שתי אפשרויות:

א. לבן יותר קל למצוא עבודה מפרנסת מאשר לבת.

ב. בבת יש חשש שאם האב לא יזון אותה היא תידרדר לזנות, וחשש זה גדול בהרבה מהחשש שמא הבן יידרדר לפשע.

האפשרות השנייה מסתברת יותר, מפני שהיא עולה בקנה אחד עם ההבחנה שהבחינה התורה בין הבן לבת בעניין מכירתה לאָמה, שאף היא נועדה להציל אותה מזנות ולהשיאה לאיש. ומכאן נראה שגם הקביעה שמעשה ידיה של הבת שייך לאביה היא חלק מבעלות האב על "אישות דבתו".

התורה הקנתה לאב את מעשה ידיה של הבת, כדי שמזונותיה יסופקו על ידו באופן טבעי.

## 6. מענק אָמה עבריייה

ניתן להביא ראייה נוספת לקניינו של האב בבתו, ממצוות הענקה, מענק שמקבלת אָמה עבריייה בעת שחרורה. וכך נאמר בגמרא (קידושין טז, ב):

תני חדא:.... וענק אמה העבריייה לעצמה; ותניא אידך: ענק אמה העבריייה ומציאתה - לאביה... אידי ואידי דנפקא לה בסימנין, ולא קשיא: הא דאיתיה לאב, הא דליתיה לאב.

למסקנת הגמרא, אם האב חי, הוא זוכה במענק אמה עבריייה היוצאת לחירות בסימני בגרות. המשנה למלך (הל' עבדים פ"ג הל' טו ד"ה וענק) מסביר מדוע המענק שייך לאב:

113. אחריותו של האב לפרנס את בתו באה לידי ביטוי בכך שלאחר מותו, נכסיו משועבדים לזון את בנותיו. וכך נכתב בשו"ע, אה"ע קיב, א: "מתנאי כתובה שתהיינה הבנות ניזונות מנכסי אביהם אחר מותו, עד שיתארסו או עד שיבגרו".

ובטעמא דהענקה דהוי לאביה, נראה דפשיטא דהוי מדאורייתא, כמו מעשה ידיה; שהרי ענק זה הוא חלף עבודתה.<sup>114</sup>

ואם כן, המענק הוא חלק בלתי נפרד מזכותו של האב במעשה ידיה של בתו ואין לראות בכך מאפיין נוסף של קניין. לאור מה שכתבנו בסעיף הקודם, כי גם זכות האב במעשה ידיה של הבת נובעת מאחריותו על "אישות דבתו", נראה כי זכייתו של האב במענק זה היא ביטוי נוסף לאחריותו על שמירתה עד לנישואיה.

## 7. הפרת נדרים

לאב ישנה סמכות להפר את נדרי בתו.<sup>115</sup> סמכות זו מלמדת לכאורה שיש לו סוג של קניין בה.

נחלקו הראשונים בשאלת היקף הנדרים שהאב יכול להפר לבתו. לדעת הרמב"ם (הל' נדרים פ"ב ה"א), האב מפר את כל נדריה של בתו.<sup>116</sup> לדעת הרא"ש (נדרים יא, א) הוא יכול להפר רק נדרים שגם הבעל יכול להפר לאשתו,<sup>117</sup> ודעה זו נפסקה להלכה בדברי הש"ך (י"ד סי' רלד ס"ק א). משמעות הדבר היא שהאב מפר רק שני סוגים של נדרים:

א. נדרי עינוי נפש, שהם נדרים המסכנים את בריאותה של האישה;

ב. "דברים שבינו לבינה", דהיינו, נדרים שיקשו על חיי אישות תקינים בינה לבין בעלה.

התורה נתנה לבעל סמכות להפר נדרים אלו משום ש"כל הנודרת על דעת בעלה נודרת" (נדרים עג, ב). דהיינו, לבעל יש סמכות להפר נדרים אלו מכוח הקניין שיש לו בתחום האישות של אשתו.<sup>118</sup> בהמשך לכך ניתן לומר, שמכיוון שהתורה ייפתה

114. בבית אהרן כהן, לרמב"ם הל' עבדים פ"ג ה"טו ד"ה ענק עבד עברי, דייק כן מדדרשינן להלן מ"זהנתחלתם אותם לבניכם אחריכם" שאינו מוריש את הענקה לבניו משמע שהאב זכאי בהענקה מדאורייתא.

115. במדבר ל, ד-ו.

116. עי' העמק דבר במדבר ל, ו.

117. ועי' כס"מ ורדב"ז שם.

118. כך כותב גם הנצי"ב בשו"ת משיב דבר, ח"ד סי' לה: "שאינן לבעל שום זכות מן התורה באשתו יותר מענייני אישות והשייך להן, והוא הפרת נדריה שבינו לבינה או עינוי נפש שנוגע לאישות". ועי' אור שמח (הל' אישות פ"ט ה"כ) שכתב בתוך דיון מסועף על מהותם של הקידושין ועל מעמדו של האב כלפי בתו: "...יש לו זכות בבתו לקבל קידושיה, ונותן זה הזכות להבעל, וכן הוויא ברשותו לעניין הפרת נדרים, וכעת עיילא ברשות בעל... והפרת נדרים הוא ענין מסובב מהאישות, שאחרי שאגידא ביה היא נודרת על דעתו דבעל, שזה עיקר טעמא דרחמנא, וכמו

את כוחו של האב לקדש את בתו, ניתנה לו גם הסמכות להפר את נדריה בשני תחומים אלו; שאם לא כן, כיצד יוכל להעביר לבעל סמכויות שאין לו עצמו? נמצא שיכולתו של האב להפר נדרים אלו היא חלק מקניינו ב"אישות דבתו".

## 8. הורשת הזכויות

מאפיין נוסף של בעלות הוא היכולת להוריש את הנכס לאחר המוות. הגמרא (קידושין טז, ב) מסיקה שזכות האב בבתו לאחר מותו איננה עוברת בירושה לבניו, וכך נאמר שם:

בשלמא ענק אמה העברייה לעצמה - למעוטי אחין, דתניא: "והתנחלתם אותם לבניכם אחריכם" - "אותם לבניכם", ולא בנותיכם לבניכם. מכאן, שאין אדם מוריש זכות בתו לבנו...

והדברים אמורים אפילו במקרה שהבת ניזונת מן האחים.<sup>119</sup>

כל זה עומד בניגוד לעבד כנעני של אדם העובר בירושה לבניו, כפי שנאמר (ויקרא כה, מז):

והתנחלתם אותם לבניכם אחריכם לרשת אחוזה, לעולם בהם תעבדו...

ומכאן, שבתו של אדם אינה כקניינו, וודאי לא כמו עבד כנעני.<sup>120</sup>

## 9. "אישות דבתו"

ההתבוננות בשמונת המאפיינים הייחודיים ליחסי האב ובתו מצביעה על כך שכולם קשורים ל"אישות דבתו". מאפיינים אלו מתחלקים לכמה קטגוריות שיש להן מטרות שונות:

א. קידושי הבת ותשלומי אונס ומפתה: תחומים אלו קשורים במישרין לאחריותו

---

דפריך בפרק המגרש (גיטין פג, ב) והרי הפרת נדרים זה אוסר וזה מתיר, שאני כו' שכן אישה נודרת על דעת בעלה...".

ועי' במאמרו של הרב זאב שמע "ודבק באשתו והיו לבשר אחד", פרק ו (בספר "ראויים לטוב", עמ' 130-132).

119. רמב"ם, הל' עבדים פ"ג הט"ו.

120. עי' בבא מציעא י, א, שם מבואר שמציאת עבד עברי לרבו כפועל, בניגוד למציאתה של בתו, שמעיקר הדין היא שלה, ורק משום 'איבה' תיקנו שמציאתה לאביה (עי' כתובות מז, ב). ומכאן שזכותו של האב בבתו פחותה מן הקניין שיש לו בעבדו העברי.

של האב לשמור על צניעותה של הבת ולהשיאה לאיש, ומבטאים יותר מכול את קניינו ב"אישות דבתו".

ב. **מסירת הבת לזנות:** אומנם יש לאב קניין ב"אישות דבתו", אולם קניין זה ניתן לו לצורך שמירה על צניעותה ולצורך נישואיה ולא מאפשרת לו ניצול ופגיעה מוסרית, שהם ההיפך הגמור מן התפקיד שהתורה הטילה עליו.

ג. **מכירת הבת לאָמָה, מעשה ידיה ומענק אמה עברייה:** אלו הם כלים רחבים יותר שניתנו לאב כדי להגן על "אישות דבתו", בכך שמצוקה כלכלית לא תגרום לה לצאת לרשות הרבים כדי להתפרנס ומתוך כך להידרדר לזנות.

ד. **הפרת נדרים:** זהו תוצר עקיף של "אישות דבתו". הכוח שיש לבעל להפר נדרים הנוגעים לתחום האישות של אשתו ניתן לו מידי האב, ולכן קבעה התורה שגם האב מחזיק בסמכות זו. לכן, למעשה, האב יכול להפר רק את אותם נדרים הנוגעים ל"אישות דבתו".

ה. **הורשה:** "אישות דבתו" אינה ניתנת להורשה. אם האב מת, זכויותיו בבתו אינן עוברות לאחיה. מאפיין זה מלמד שהבעלות על "אישות דבתו" והזכויות הכרוכות בה היא בלעדית לאב, ולכן לאחר פטירתו היא חוזרת לבת עצמה.

### 10. ה"בעלות" כאחריות - מסקנה

לאור הנאמר בפרק הקודם נוכל להבין את המשמעות של מאפייני הקניין שיש לאב בבתו, ולבחון את הסיבה לכך שהתורה נתנה לאב את הבעלות על "אישות דבתו". האם התורה רק הפקידה קניין זה בידיו כדי שישמור ויגן עליה, או שמא התורה רואה את האב כבעלים ממשיים על מרכיב זה באישיותה, כדבר שהוא נכון מלכתחילה ונועד לשרת את הצרכים של האב עצמו?

מסקנת המחקר בפרק הקודם, שעסק בבן, הראתה כי במאפיינים רבים לא ניתן לראות אותו כקניינו של אביו. חלק גדול מהמאפיינים הללו שייכים גם בבתו. ולכן נראה כי למרות הקניין שיש לאב ב"אישות דבתו", אין לראות זאת כבעלות ממשית, אלא כאחריות על ענייני האישות שלה. הסמכויות וטובות ההנאה המאפיינות קניין זה ניתנו לאב כדי שיממש את אחריותו עליה בתחום זה - הן ב"סור מרע", למנוע כל פגיעה בצניעותה, והן ב"עשה טוב" - להשיאה כראוי (לקמן, פרק יא, נרחיב על תפיסת ההורות כאחריות בעזרת מושג האיפורטופסות).

אחריותו האישית של האב בתחום של "סור מרע" באה לידי ביטוי חריף בדברי מדרש תנאים (לדברים כב, כא), המסביר מדוע סוקלים את הנערה בפתח בית אביה.

המדרש קושר בין התנהגות מופקרת של הבת לבין החינוך שניתן לה בבית אביה: "והוציאו את הנערה אל פתח בית אביה" - בגנות בית אביה הכתוב מדבר. יאמרו להם: ראו גידולים שגידלתם.<sup>121</sup>

ואחריותו של האב בתחום של "עשה טוב" באה לידי ביטוי בדברי הגמרא (סוטה כג, ב) המבססת את תפקידו להשיאה לאיש על דרשת הכתוב: האיש מקדש את בתו... דכתיב (דברים כב, טז): "את בתי נתתי לאיש הזה".

ציווי זה נשנה בדברי הנביאים (ירמיהו כט, ו):

קחו נשים והולידו בנים ובנות וקחו לבניכם נשים ואת בנותיכם תנו לאנשים.

הגמרא מסבירה כי מצוות האב להשיא את בתו אינה מצטמצמת למעשה הקידושין ולמעמד הנישואין בפועל, אלא האב מצווה להכין לבתו תשתית כלכלית שתאפשר לה להינשא. וכך נאמר במסכת כתובות (נב, ב):

אלא בנתיא מי קיימן בדיה? הא קא משמע לן, דנלבשה וניכסה ונתיב לה מידי, כי היכי דקפצי עלה ואתו נסבי לה. ועד כמה? אביי ורבא דאמרי תרוייהו: עד לעישור נכסי.

מכוח זה נקבע אחד מתנאי הכתובה, הקובע כי אב שנפטר והשאיר בנות, עשירית מכל נכסיו משועבדת להוצאות נישואיה של כל אחת מהן.<sup>122</sup> וקל וחומר הוא, שהאב מצווה להגן ולשמור על גופה ונפשה של בתו כדי שתוכל להינשא לאיש באופן הולם.

121. הרחיב על כך הרש"ר הירש בפירושו לספר ויקרא (יט, כט): "למדנו מלשון 'אל תחלל', שבנות ישראל... הן קדושות וצנועות; אם הן משחיתות את דרכן, הרי זו אשמת... האבות והגברים... השחתת הבנות נזקפת לחובת האבות; היא באשמת אורח חייהם ובהשפעת דוגמתם. כך אתה מוצא, שזנות בת כהן נזקפת לחובת אביה הכהן, 'את אביה היא מחללת' (להלן כא, ט); והבת המזנה מוצאת 'אל פתח בית אביה' (דברים כב, כא), ושם היא נענשת...".

הרש"ר מרחיב על כך גם בפירושו לספר דברים (כב, יח-כ): "כל אב הוא שליח האומה, ובטהרה המוסרית של בנותיו הופקד בידי היקר שבאוצרות אומתו. כאשר ייטול האב מידי נציגות האומה את הקנס ששולם על ידי מוציא דיבת בתו, הרי זו ההכרה המתבטאת בכך. צניעות הבת שנתגלתה בתומתה היא בראש ובראשונה זכותו של האב, זכותו של הבית שהשכיל לחנך ולטפח בבתו את פנינת העושר הלאומי היהודי, את צניעות האישה...". ובהמשך (פס' כא) הוא כותב: "והוציאו... אל פתח בית אביה - כלומר, 'ראו גידולים שגידלתם' (כתובות מה ע"א). פריצות האישה הצעירה נזקפת לחובת החינוך שקיבלה בבית הוריה...".

122. שו"ע אה"ע קיג, א. ועי' שערי עוזיאל ח"ב שער מו.

לצורך השמירה על בתו, נתנה התורה לאב סמכויות שונות (כמו מכירתה לאָמה אם אינו יכול לפרנס אותה, וכן הנאה ממעשה ידיה). סמכויות אלו הן תולדה של קניינו ב"אישות דבתו" (הסמכות להשיא אותה, ולקבל את כסף קידושיה, ותשלומים שונים כאשר הבת נפגעה); וכדי להעצים את המחויבות של האב לשמור על בתו העניקה לו התורה גם טובות הנאה הנובעות מבעלות זו (כמו: כסף קידושיה, הכנסות ממעשה ידיה, תשלומי אונס, מפתה ומוציא שם רע, ומענק אמה עבריייה).<sup>123</sup>

על פי הבנה זו נראה שדינה של הבת שווה ביסודו לדינו של הבן; וכשם שאין לאב בעלות של ממש על בנו כך אין לו בעלות על בתו. מעמדה המיוחד של הבת נובע מכך שהיא חשופה ליותר סכנות בתחום האישות.

וכפי שכתבנו לעיל, גם אם ניתן לראות מאפיינים של בעלות מצד האב כלפי בתו, כל אלה פוקעים מאליהם בהגיעה לנערות או לבגרות,<sup>124</sup> כאשר יש ביכולתה לשמור על עצמה ולבחור בעצמה למי להינשא. זמניות זו של מאפייני הקניין מקשה מאוד לראות אותם כמבטאים בעלות של ממש.

123. את הנימוק לטובות הנאה אלו ניתן ללמוד על מה שאמרו חז"ל (ב"ק פה, א) על מי שפועל למען זולתו בחינם, ללא כל טובת הנאה: "אסיא דמגן במגן, מגן שוויא". ועי' עין איה שבת ו, סה, בביאור דברי הגמרא (שם סג, א): "גדול המלווה יותר מן העושה צדקה, ומטיל בכיס (=רש"י): מעות ומלאי להשתכר בהם למחצית השכר) יותר מכולם". על כך כותב הרב זצ"ל: "יש בנטיית המוסר... כעין מכאוב, נגד הנטייה הרשעה של יצר לב האדם הרע הגנוז בחובו. ומטעם זה הורגל תמיד רעיון המוסר להיות מצוייר יחד עם רעיון המכאוב והפך ההנאה... חיבור זה מזיק מאוד להרחבת הטוב, כי הנטייה להיות שמח וטוב לב... מוטבעת באדם, ועל כן הוא בורח מכל מה שיסבב לו עצב והכשר לצער... ההדרכה להקביל את המוסר לרגשות האדם צריכה להיות בהוראה שאין ההיזק לעצמו אחד מהתנאים שעצם המוסר בנוי עליו... ואם יעשה באופן שעוד יהיה גם לפועלו רווח - ישובח עוד ביותר". ולעומת זאת עי' עולת ראייה א, קמח-קמט ד"ה ועוד תני; ובספר בעקבי הצאן, מאמר 'העונג והשמחה'.

מכל זה נראה שהתפיסה של התורה הפוכה מהשקפתו של הלורד אקטון, שטבע את המשפט: "כוח נוטה להשחית, וכוח מוחלט משחית באופן מוחלט. אנשים גדולים הם כמעט תמיד אנשים רעים". דרכה של התורה להבהיר לאדם את אחריותו היא על ידי הענקת סמכויות הכרוכות בטובות הנאה. אחריותו היתרה של הבכור למשפחה כולה באה לידי ביטוי בכך שהוא יורש פי שניים. אחריותם של הבנים לאחיותיהם באה לידי ביטוי בכך שהם הורשים את הוריהם. אחריותו של הבעל למצבה הרגשי של אשתו באה לידי ביטוי בסמכותו להפרת נדריה, ואחריותו של האב על בתו באה לידי ביטוי במכלול הסמכויות והזכויות שניתנו לו בקשר אליה. התורה מקבלת את קביעתו של הלורד אקטון רק בהקשר לכוח שלטוני ברמת המדינה (עי' כלי יקר ויקרא ד, ב), ולכן היא מבקשת להגביל את כוחו של המלך בישראל, אבל לא את כוחם של בני המשפחה, מפני שהיא סומכת עליהם שישתמשו בו לטובה ולא לרעה.

124. כתובות מו, ב; קידושין עט, א; נדרים ע, א; רמב"ם הל' אישות פ"ג ה"ב הל' ונדרים פ"א ה"ז; שו"ע אה"ע לז, ב; יו"ד רל"ג, א.

ועי' שו"ת חתם סופר חו"מ ס"י קיא; רץ כצבי ח"א עמ' שפ-שפא.

## ט. קניין האם בילדיה

כדי להשלים את הדיון נעסוק כעת בקניינה של האם בילדיה.<sup>125</sup> דיון זה נראה קצת מיותר לאור המסקנה לעיל (פרקים ה-ח), שאפילו לאב אין בעלות של ממש על ילדיו; וקל וחומר שלאם לא תהיה בעלות כזאת, שכן לא מצאנו אצלה סמכויות בלעדיות. אולם יש בכך חשיבות בנידונו של ספר זה, העוסק בהוצאת ילד מידי אימו; וכדי לסכם גם את מאפייני זיקת האם לילדיה, כינסנו את הפרטים למקום אחד.

### 1. קניין האם בבנה

להלן נעמוד על כמה מאפיינים של קניין, ונבחן מה מתוכם מתקיים אצל האם:

א. האם אינה מצווה על פדיון הבן; ולכן, גם הסוברים שהאב הוא בעליו של בנו לעניין זה, יודו שאין לראות כך גם את האם.<sup>126</sup>

ב. אין האם יכולה להדיר בנה בנזירות. הלכה למשה מסיני מאפשרת זאת רק לאב.<sup>127</sup>

ג. דינם של דמי וולדות נדון בהרחבה לעיל (פרק ה, 1). ניתן להוכיח לכאורה מדברי הרמב"ם (הל' חובל ומזיק פ"ד ה"ב) כי יש לאם בעלות מסוימת עליהם. לדעתו, אם אישה ניגפה לאחר מיתת הבעל, דמי הוולדות מגיעים לה. אולם כפי שהסברנו שם, בשעה שהוולד נמצא במעי אימו, הוא יונק את חיותו ממנה, ולכן כל פגיעה בו נחשבת כחבלה בגופה של האם עצמה; וקביעת התורה כי דמי הוולדות עוברים לידי הבעל נובעת מן ההכרה בו כ"בעל ההיריון".<sup>128</sup>

---

125. בימי חז"ל שלטה בכיפה התפיסה היוונית-רומית, שראתה את האב כבעלים גמורים על ילדיו. על כך הוסיפה מתת אדר בוניס, בספר "משפחות בראייה סוציולוגית ואנתרופולוגית" (בהוצאת האוניברסיטה הפתוחה), עמ' 169: "בתרבות היוונית כפי שתיאר אותה פרידמן (2003), התפיסה הייתה שהאב הוא ההורה היחיד. את הרעיון הזה שם המחזאי היווני איסיכילוס ביצירתו אאומנידס, האם אינה מקור החיים האמיתי. אנו קוראים לה 'אמא', אך נכון יותר לכנותה מטפלת, הגומה שבה נטמן הזרע. הטומן, האב, הוא ההורה האמיתי, האישה רק מטפלת בצמח הגדל".

המנ"ח (מצווה שמז, אות א), מסתפק אם בבני נח יכולה גם האם למכור את בנה לעבדות כמו האב (עי' לעיל, פרק ד). לעומת זאת מדברי רש"י (כתובות יא, א ד"ה גר) שכתב לגבי גר קטן ש"אמו הביאתו להתגיר", יש שדייקו שסמכותו של האב לגייר את הבן נובעת מבעלותו עליו.

126. שו"ע יו"ד שה, ב.

127. רמב"ם הל' נזירות פ"ב הט"ו.

128. ועי' מאמרו של הרב משה צוריאלי: "הפלת עובר שאובחנה אצלו מחלה קשה", תחומין כה, עמ' 65.

ד. התחום היחידי שבו מצאנו לאם מעמד ברור כלפי בנה הוא פרשת בן סורר ומורה, שם נדרש כי גם היא תמסור אותו לבית הדין.<sup>129</sup> אולם, כאמור לעיל (פרק ה.5), לא ניתן להוכיח משם כי לאם יש קניין בבנה כי אם סמכות בנוגע לחינוכו.<sup>130</sup>

## 2. קניין האם בבתה

כאן נבחן את השאלה אם יש לאם קניין בבנותיה. וגם כאן נעמוד על מאפיינים אפשריים של קניין:

א. האם אינה יכולה למכור את בתה לאמה.<sup>131</sup>

ב. מדאורייתא האם אינה יכולה להשיא את בתה הקטנה.<sup>132</sup> אומנם חכמים נתנו לה ולאחי הבת סמכות לעשות זאת אם האב נפטר; אולם מאחר שנישואין אלו אינם תקפים מדאורייתא, הבת יכולה לבטלם על ידי מיאון,<sup>133</sup> ומשמעות הדבר היא שנישואין אלו תלויים ברצונה. מכאן עולה שסמכות זו אינה מבטאת קניין. יתירה מזאת. סמכותה של האם היא משותפת עם אחיה של הבת, והדבר ממחיש עוד יותר את ההבנה שאין לאם קניין בבתה אפילו בתחום האישות.

ג. האם אינה זוכה בתשלומי האונס והמפתה, גם אם האב אינו בחיים.<sup>134</sup>

ד. מעשה ידיה של הבת אינם שייכים לאימה.<sup>135</sup>

ה. אין לאם סמכות להפר נדרים של בתה.<sup>136</sup>

129. עיי' רמב"ם, הל' ממרים פ"ז ה"ט: "היה אביו רוצה ואמו אינה רוצה, אמו רוצה ואביו אינו רוצה - אינו נעשה בן סורר ומורה, שנאמר: ותפשו בו אביו ואמו". ועיי' לעיל, פרק ה.5.

130. על חיובה של האם במצוות חינוך, עיי' לקמן, פרק יא.5.

131. סוטה כג, ב: "ואין האישה מוכרת את בתה. דכתיב, כי ימכור איש את בתו".

הרמב"ם (הל' עבדים פ"ג ה"ט"ו) מוסיף מתוך כך, שענק אמה עבריינה ומציאתה לאביה; ומאחר שאין לאם רשות למכור את בתה, כמבואר, אין תשתית להעניק לה את ההכנסות הללו. עיי' לעיל, פרק ח.5-6.

132. סוטה שם: "ואין האישה מקדשת את בתה, דכתיב, את בתי נתתי לאיש הזה".

133. יבמות קז, א; רמב"ם הל' גירושין פרק יא; שו"ע אה"ע סי' קנה.

134. עיי' רמב"ם, הל' נערה בתולה פ"ב ה"ד: "שלושה דברים של מפתה וארבעה של אונס... אם אין לה אב - הרי הן של עצמה".

135. כתובות מז, א: "מנין שמעשה הבת לאב? שנאמר: וכי ימכור איש את בתו לאמה, מה אמה מעשה ידיה לרבה, אף בת מעשה ידיה לאביה". ומבואר שם, שמאחר שאין לאם רשות למכור את בתה, היא גם לא זוכה במעשה ידיה. מכאן יש ללמוד כי אין לאם מחויבות לפרנס את בתה, וחובתה היא רק מכוח מצוות צדקה. ועיי' לקמן, פרק יז.2.

136. עיי' במדבר ל, ד-ו, שם הסמכות להפר נתונה לאב ולא לאם.



**לסיכום:** כאשר אנו בוחנים את מאפייני הקניין המיוחדים שיש לאב בבתו, אף לא אחד מהם מתקיים באם.

### 3. מסקנה

מאפייני הקניין שמצאנו אצל האב כלפי בניו ובנותיו כמעט אינם קיימים אצל האם.

אין ספק כי ההלכה מכירה גם בקשר **הרגשי** העמוק שיש בינה לבין ילדיה ובהשלכות שלו;<sup>137</sup> אולם בשלב זה של הדיון אנו עוסקים דווקא בהגדרות **המשפטיות** של הקשר שבין ההורים לילדיהם.<sup>138</sup>

### י. ההורות כזכות

בעקבות המסקנה שעלתה מהפרק הקודם, שאין להעמיד את יחסי ההורים והילדים בהלכה על יסוד הקניין, יש לשאול: האם נכון להגדיר את מערכת היחסים שבין האב לילדיו כמערכת של זכויות, דהיינו שאף שהאב אינו בעלים על ילדיו, יש לו זכויות בהם? אם אכן נגדיר אותה כך, ייתכן שתפיסה זו מקבילה לתפיסה הרואה את מעמד ההורים דרך נקודת המבט של "זכויות הוריות". כרקע לדיון ההלכתי, נביא את דבריה של פרופ' רונה שוז במאמרה "זכויות הוריות בעידן זכויות הילד":

הרציונל... מאחורי הכרה בזכויות הוריות נוגע ליחסים פנימיים בין ההורים לבין ילדיהם. הכרה בזכות ההורים לקבל החלטות בענייני ילדיהם, שמחייבות את הילדים (בכפוף לחריגים), נותנת ביטוי לתפיסה החברתית של סמכות הורית, שמוכרת כאבן יסוד בגידול תקין של ילדים.<sup>139</sup>

137. מצאנו התייחסות מיוחדת לכך אצל רחל אמנו (בראשית ל, א; ירמיהו לא, יד) ובמשפט שלמה (מל"א ג, כו). ויש המפרשים כך את מצוות שילוח הקן (דברים כב, ו). וכן בנבואת ישעיהו (מט, טו): "התשכח אישה עולה, מרחם בן בטנה?!".

וכן בהלכה: עי' עירובין פב, א: "אמר רב אסי: קטן בן שש יוצא בעירוב אמו". ושם ע"ב: "דאפילו בר שש נמי, בצוותא דאמיה ניחא ליה". בדומה לכך פסק הרמב"ם, הל' אישות פכ"א הי"ג ביחס למינקת; וכן נאמר בשו"ע, אה"ע פב, ז, בזוג שהתגרש ולו בן, ש"אין מפרישין אותו ממנה עד שיהיה בן שש שנים גמורות". ועי' בהרחבה לקמן, פרק יח, 2.

138. בהגדרה החלופית של ההורות נדון להלן, פרק יב.

139. פרק ג, 1, ב. מופיע באתר law.huji.ac.il < sites < default < files < law < files < parental\_rights.

על זכויותיהם של ההורים מנקודת המבט התורנית כותב המבי"ט (בית אלהים, שער התשובה פרק י):

אבל אביו ואִמו היו שותפין ביצירתו בדברים חומרים שהם כלל הגוף ואיבריו, ולכן חייבו האל יתברך שגם שלא יהיה לו ממון, יטרח בגופו לכבד אותם במה שצריך להם במזונותם ופרנסתם, מצורף לזה על מה שנטפלו אביו ואִמו מן יום צאתו לאוויר העולם ביניקתו ומאכלו ומשקיו וכסותו הצריכים לו עד זמן גידולו. ועל זה זיכתה התורה לאב כמה דברים בבניו הקטנים הסומכים על שולחנו כמציאה וזולתה. ולסיבת הסתלקות קצת מכיבוד אב ואם לבת כשתינשא להיותה תחת רשות בעלה, זכה לו האל ית' בקטנותה ונערותה יותר מן הזכר, והוא ענין מכירתה. ועל דרך זה הבנים הקטנים הם כנכסי האב וקנייניו, והם נענשים ומתים בעוון אבותם.<sup>140</sup>

מדברי המבי"ט נראה שטובות ההנאה השונות שיש לאב בילדיו הן זכויות שהתורה העניקה לו בשל כך שהוליד אותם. אולם תוקפן של זכויות האב שונה לדעתו בין בנים לבנות. גם בבנים וגם בבנות ההורים שותפים ביצירתם ובטיפול שהעניקו להם עד שגדלו, אולם יש הבדל ביניהם בתמורה שהם מעניקים להורים: הבן חייב לכבד את הוריו במשך כל ימי חייו, ואילו הבנות חייבות בכבוד הוריהן רק עד לנישואיהן; לכן הזכויות של האב בהן גדולות יותר כל זמן שהן קטנות. אולם בתשובה הלכתית (ח"ב סי' סד) הוא מדגיש הרבה יותר את מרכיב האחריות שיש בהורות לעומת מרכיב הזכות.<sup>141</sup>

להלן נראה דעות שונות בענין זכויות האב והאם בילדיהם, כאשר שאלה זו נתונה במחלוקת הלכתית.

## 1. הסוברים שיש להורים זכויות בילדיהם

ניתן למצוא בפסקי דין רבניים דעה הסוברת שלהורים יש זכויות בילדיהם.<sup>142</sup> כך בפסיקה של בית הדין הרבני הגדול בירושלים:<sup>143</sup>

140. על מיתת הבנים בעוון אבותיהם עי' לעיל, פרק ה, 7.

141. תשובה זו מובאת לקמן, פרק יג, 4.

142. גם בפסקי דין רבניים, מאגר מקוון פסק קנא (מאת: הרב יצחק אלמליח, הרב יצחק זר, הרב אבירן יצחק הלוי; תיק ר 2 - 64 - 6136), עמדו על כך שיש לאב זכות בבתו.

143. ח"ג, פס"ד עמ' 20, בפני הדיינים: הרב עובדיה יוסף, הרב אליעזר יהודה וולדינברג והרב יצחק קוליצ'. פס"ד זה מובא גם בשו"ת ציץ אליעזר חט"ז סי' מד.

על פי האמת נראה, בהסברת הדברים, דמעיקרא דדינא הילדים מתייחסים אחר אביהם, ככתוב: "למשפחותם לבית אבותם"... ועל כן הוא חייב בפרנסתם ובגידולם, ומשום כך יש לו מלוא הזכות לדרוש שיגדלו אצלו ובמחיצתו וייהנה מכל הכרוך בזה, ו"האב זכאי בבתו" וכו'.<sup>144</sup> אלא דחז"ל שקדו על טובתם של הילדים ומצאו לנכון להפקיע מהאב מזכות החזקתו בהם, כלשונו של הראב"ד "לכוף את האב להפריש וכו'", ולקבוע שהבן ימצא אצל אמו עד גיל שש... אבל עם זאת לא שללו ע"י כך מהאב את עיקרי זכויותיו היסודיות בילדיו, ובתוך זה שמירת הקשר בינו לבינם גם בתקופת היותם במחיצת אמו, ולא רק בכדי לחנכם וללמדם תורה ומצוות ולהעיר את אוזנם למוסר ולדרך ארץ, כי אם גם בכדי להעניק להם רחמי אב ולקבל מהם אהבת בנים לאביהם.

ובהמשך של אותו פסק דין הדברים נאמרו ביתר חריפות:

...אבל מעיקרא דדינא כל הזכויות בה הוא לאביה. ולכן טעות הדבר מה שהורגל בפומייהו דאינשי לומר דע"י כך שהיא אצל אמה נשללו זכויות האב בה, ובתוך זה לראות את בתו החביבה וכן לחנכה ולהשקיף על דרכיה... אבל לא נשללו ע"י כך בשום פנים יתר זכויות האב בה ובכלל זה לראותה ולחנכה, לא רק לתורה ולמצוות כי אם גם לנימוסיות ואנושיות וכדומה, וגם לרבות עצם זכות הראייה והבילוי אתה, הגורמים לו שביעות וסיפוק לרחמי האב שלו המתעוררים אצלו מדי דברו ומדי זכירתו בה. ולכן אין ביכולת האם להוליכה לעיר אחרת שע"י כך לא יוכל לראותה ולהיפגש אתה. וזהו מעיקרא דדינא, מה שתובע מכוח הזכויות שזיכתה תורה לאב בילדיו.

על פניהם נראים דברי בית הדין ברורים מאוד, והם מכירים בזכויות של האב על ילדיו.

גם הר"י זילברשטיין סובר שיש להורים זכות בילדיהם, וכותב במאמרו "אימוץ ילדים נגד רצון ההורים" (בס' "על בן אימצת לך", עמ' יד):

להורים זכות על ילדם, ולא ניתן להפקיעה אלא על פי הוראת בית דין... ולא ניתן להפקיע זכות ההורים על ילדם גם כאשר טובת הילדים לנגד עינינו.

144. כתובות מז, ב.

הרב שלמה דיכובסקי מצדד גם הוא בגישה זו שיש להם זכויות הוריות, וכותב:<sup>145</sup> לסיכום, לא ניתן להטיל על הורים חובות בלי לתת להם זכויות. יש להורים זכות לחנך לפי השקפתם, גם אם יש הסבורים שעדיף היה לגדל את הילדים בדרך שונה. לעולם אין להוציא ילדים מידי הוריהם הטבעיים המעוניינים ויכולים לגדלם, גם אם ייטב להם לגדול במשפחה אחרת בעלת יכולת כלכלית ואינטלקטואלית טובה בהרבה.

בדבריו ניכר, שאף שהוא מכיר בזכויות ההורים בילדיהם, הוא לא מציג את הזכויות הללו כ"זכויות טבעיות", כפי שמקובל בשיח הזכויות העכשווי, אלא כנובעות מחובותיהם לילדיהם.

כן נראה לכאורה גם ממה שכתב הרב יעקב אריאל במאמר העוסק במסירת ילד לאימוץ (בספר זה, נספח ב, פרק ג):

אין ספק שטובת הילד היא גורם כבד משקל שיש להתחשב בו... אולם אין הוא שיקול בלעדי. יש להורים מעמד שאין בו רק חובה, אלא גם זכות. הורה לא רק חייב, אלא גם זכאי, לגדל את ילדו.

אולם כאשר שאלנו אותו על כוונתו, הסביר לנו שלא התכוון ל"זכות" **במובנה המשפטי** החמור, אלא להכרה של בית הדין **בצורך הגדול** של ההורים בקשר עם ילדיהם.<sup>146</sup>

גם הרב יוסף קאפח (בפרשת ביד"מ 1/81 נגר נ' נגר, פ"ד לח (1) 365, עמ' 412) כתב דברים דומים:

בסעיף 21 הובא מדברי כבוד הרב גולדשמידט: "זכויות כאלו אינן קיימות כלל". קשה לי להסכים לגמרי עם קביעה פסקנית זו. נראה כי אין ההורים חפץ דומם. גם ההורים מורכבים מגוף ונפש, וגם להם רגשות, גם לאם זכות טבעית לסיפוק נפשי לחבק את ולדה. להורים זכות להשיג סיפוקם הנפשי-רגשי לראות ולדם גדל ומתפתח כראוי,

145. במאמרו "חיונם של הורים ומורים בחינוך למצוות", בספר "דברים שיש להם שיעור", עמ' 96. ועי' לקמן, הע' 152.

146. ד"ר ברוך כהנא העירנו שיש להבחין בין שני סוגים של זכויות: "זכות דיאלקטית" היא זכות הניתנת לתביעה, כאשר מימוש זכותו של האחד באה על חשבון זכותו של השני. לעומתה עומדת "זכות דיאלוגית", שהיא זכות שאינה עומדת לתביעה אלא מהווה בסיס למשא ומתן מכבד בין שני צדדים המחפשים את הטוב המשותף.

מצטיין בלימודיו בהתאם. זכויות הורה הללו גוררות גם ממון, ובשו"ע, אה"ע פב, ז, נפסק: "ואחר ו' שנים יש לאב לומר, אם אינו אצלי לא אתן לו מזונות". ולא מזמן פטר בית הדין הגדול אב ממזונות בתו, שהצהירה שאינה רוצה לראות את אביה ואינה סובלת אותו. בעניין זכויות אלה רמזתי בערעור... כי זכות טבעית היא לאם לגדל את בנה, ואין להתכחש לזכויות הללו, אשר תורת ישראל הכירה בהן גם ביחס לבעלי חיים (ראה הרמב"ם, מורה נבוכים, ח"ג, פרק מח), ואין להעלות על הדעת לדכא אותן. נכון כי לעולם טובת הילד ושלמותו הנפשית והגופנית צריכות להיות לנגד עיני בית הדין מכל היבטי עבריהן, אך לא במחיר פגיעה ברגשותיהם הטבעיים הבריאים של ההורים.

אולם ייתכן שגם הר"י קאפח לא התכוון למושג ה'זכויות' במובנו המשפטי החמור, וכך עולה גם מן הטענה המרכזית שלו, בה הוא מכיר בכך שההורים ראויים לסיפוק של הצרכים הרגשיים העמוקים שלהם, ואין הוא מבסס זאת על הגדרה משפטית כלשהי. המילה 'זכות' עברה גלגולים רבים, ורק בדור האחרון התקבעה במשמעותה הנוקשה כדבר שאינו שונה מכל זכות שיש לאדם בקנייניו.<sup>147</sup>

147. כך עולה מתרגומו של הר"י קאפח עצמו לדברי הרמב"ם במורה הנבוכים (ח"ג פרק נג). הרמב"ם מבחין שם בין שלושה מושגים: חסד, משפט וצדקה. ה'משפט' - משמעותו לתת לכל אדם את מה שמגיע לו בדין. ואילו ה'צדקה' - משמעותה היא לתת לאדם את מה שראוי לו לקבל אף שאין לו זכות משפטית לכך. הרמב"ם מבאר את ההבחנה בין המושגים וכותב (בתרגום אבן תבון): "ומלת 'צדקה', היא נגזרת מ'צדק', והוא היושר. והיושר הוא להגיע כל בעל חוק לחוקו, ולתת לכל נמצא מן הנמצאות כפי הראוי לו... ולפי הענין הראשון [=הדין], לא ייקראו בספרי הנבואה החוקים שאתה חייב בהם לזולתך כשתשלםם, 'צדקה', כי כשתפרע לשכיר שכרו או תפרע חובך לא ייקרא 'צדקה'; אבל החוקים הראויים עליך לזולתך מפני מעלות המידות, כרפואת מחץ כל לחוץ, ייקרא 'צדק'". ושם, מתרגם הר"י קאפח: "צדקה... להביא לכל בעל זכות את המגיע לו וליתן לכל מצוי מן הנמצאים כפי הראוי לו... אבל הזכויות המוטלות עליך לזולתך מצד המידות הטובות, כגון לקומם כל כושל, הרי זו נקראת, צדקה". ואילו הייתה כוונתו במילה 'זכות' למשמעותה כזכות משפטית גמורה, היה יוצא שאין שום הבדל בין 'צדק' לבין 'משפט'. ומסתבר שהוא משתמש במילה 'זכות' במובן של 'זכות רכה', העולה בקנה אחד עם המילה 'ראוי'. וגם כאן, משמעותה של המילה 'זכות' בדבריו של הר"י קאפח היא צורך חיוני שעל בית הדין להתחשב בו.

הר"י קאפח גם מביא בפסיקתו ראייה מדברי הרמב"ם במו"נ ח"ג פמ"ח, המדבר על המחויבות הנובעת מן הקשר הטבעי שיש אפילו לבעלי חיים עם צאצאיהם. אולם דברי הרמב"ם אינם עוסקים ב'זכויות בעלי חיים' במובן המשפטי, אלא בהכוונה האלהית לרחם עליהם, בהיותם ראויים להתחשבות בצורך הרגשי הגדול שיש להם בכך.

## 2. הסוברים שאין להגדיר את ההורות כזכות

לעומת כל אלה, כותב הרב אליעזר גולדשמידט:<sup>148</sup>

את יסוד ההלכה בעניין הבן והבת אצל מי, קבע הרמב"ן... "לעולם צריך לדקדק בדברים אלו אחר מה שיראה בעיני בית דין בכל מקום ומקום שיש בו יותר תיקון... לחזור אחר תיקונן".

אין כאן זכויות לאב או לאם, רק חובות עליהם ישנן כאן, שמחויבים הם לגדל ולחנך את ילדיהם. ובבוא בית הדין לקבוע בדבר מקומו של הילד... רק שיקול אחד נגד עיניו, והוא טובתו של הילד אצל מי תהיה ובאיזו אופן תהיה. אבל זכויות אב ואם - זכויות כאלו לא קיימות כלל.<sup>149</sup>

הרב גולדשמידט רואה כדבר עיקרי את החובה המוטלת על בית הדין לדאוג לטובת הילד ולחינוכו, ובהקשר זה הוא סובר שאין לראות את זכויות ההורים כשיקול העומד מול זה. חובות אלה הן כלפי הקב"ה, שברא את הילדים והטיל את מצוות החינוך על ההורים.

עיקרון זה נכתב בפסק דין מאת הרבנים 'הדאייא, י"מ בן-מנחם וי' הדס:<sup>150</sup>

שכל דין מקום החזקת הילדים איננה שאלה של זכות האם או זכות האב, אלא טובת הילד קובעת...

וכן בפס"ד של הרב יעקב זמיר, הרב שלמה שפירא והרב אברהם שינדלר:<sup>151</sup>

העולה מכל האמור לעיל, שעניין זה, של משמורת הילדים, אינו ענין של זכות ההורים או אחד מהם אלא כל כולו ענין של טובת הילדים, ועל פי טובתם נקבעת המשמורת. וברור שהכוונה בטובתם בין טובה גשמית ובין טובה רוחנית, וטובה זו היא המהווה המודד היחידי בקביעת המשמורת. ודע שסברא זו מקובלת על כל הפוסקים ולית מאן דפליג בהאי מילתא.

וכך היא הדעה המקובלת על רוב מכריע מן הדיינים בדור האחרון.<sup>152</sup>

148. פד"ר, ח"א עמ' 157.

149. מעיון בפסקי הדין נראה כי שורש המחלוקת בין הדעות השונות הוא בשאלה כיצד להסביר את ההלכה הפוטרת את האב מלשלם מזונות לבן המסרב לחיות אתו. לסוברים כי לאב יש זכויות בילדיו, הפטור נובע מן הפגיעה האקטיבית של הבן בזכות האב, ואילו לסוברים כי אין לאב זכויות בילדיו, הפטור נובע מכך שהבן אינו מקיים את חובותיו כלפי אביו.

150. פד"ר, ח"ג עמ' 358. וכמו כן בפס"ד של בית הדין הרבני בנתניה, תיק 290277/77.

151. המאגר המקוון של פרויקט השו"ת, פס"ד יח.

152. הרב אוריאל לביא (עטרת דבורה, עמ' 294-297) דן בשאלת הזכויות ההוריות וקיבץ פסיקות

בניגוד ל"תקנת הילד", הקשורה למצוות חינוך ונובעת מן השייכות שלו לבוראו, "טובת הילד" יכולה להתפרש גם כחובה כלפי הילד עצמו.

השופט יצחק קיסטר, במאמרו "זכויות הורים בילדיהם במשפט העברי ובמשפטי אומות העולם" (ניב המדרשייה כרך יג תשל"ח-תשל"ט, עמ' 124-139), מחזק עמדה זו באמצעות הוכחה נוספת, וכותב:

לפי תפיסת המשפט העברי לא ידוע אף מונח של 'זכות חזקה בילד', רק נאמר כי הבן 'אצל האב' או 'אצל האם'. והדבר פורש בהלכה כי לא מדובר בזכויות הורים אלא בזכויות ילד להימצא אצל הורה פלוני לפי מה שנראה כי זוהי טובתו.

ובהמשך דבריו (עמ' 129) הסביר מה כוונתו בכך שזוהי 'זכות הילד' באופן הבא:

והנה חובת גידול בנים זוהי מצוה שחשיבותה גדולה, ומלבד חשיבותה כמצווה הרי מטבען של הבריות הוא כי הורה 'שזכה' לילד חביבה עליו מצוה זו והוא לא יימנע מכל טורח ומכל הוצאה ויראה זכות לעצמו (במובן שונה מזכות משפטית) לגדל את ילדו, להימצא בקרבתו ואף להשיאו ולראותו הולך בדרך הישר ומצליח במעשיו.

השופט קיסטר מבסס את הקשר של ההורים לילדיהם על חובותיהם ולא על זכויותיהם. וכאשר הוא משתמש במונח "זכות", הוא מבהיר שאין כוונתו למובן המשפטי של מונח זה, אלא לצורך העמוק של ההורה.

---

רבות של בתי הדין. מסיכום הדברים שם עולה כי רוב מניין ובניין של הדיינים סבורים כי אין להורים זכויות בילדיהם. וכן נכתב בפסק דינם של הדיינים: הרב יצחק אושינסקי, הרב מאיר קאהן והרב יעקב שטיינהויז, פורסם ב'אסיא' גיליון קכא-קכב, עמ' 149-145.

מסקנתם מנוגדת למה שכתב הרב שלמה דיכובסקי במאמרו "חיובם של הורים ומורים בחינוך למצוות" בספר "דברים שאין להם שיעור" עמ' 96: "בנושא זה מצויות שתי השקפות בבתי הדין הרבניים. בעבר שררה השקפתו של הר"א גולדשמידט זצ"ל, חבר ביה"ד הגדול, שכתב (פד"ר א 157-158) כי אין כלל זכויות להורים, אלא חובות בלבד. מאידך גיסא, בפס"ד של ביה"ד הגדול בתקופה מאוחרת יותר (פד"ר יג 17), "כתב הרא"י ולדנברג... כי לאב זכות טבעית והלכתית לגדל את ילדיו מכוח הפסוק 'למשפחותם לבית אבותם', ומכוח זכות זו הוא רשאי לדרוש שיגדלו אצלו ובמחיצתו ושייהנה מכל הכרוך בזה. הסכימו לו חברי ביה"ד הגדול דאז, הראשל"צ הר"ע יוסף... והר"י קוליץ זצ"ל".

על זכות האב והאם לחונך את בנם, עיי' במה שכתב הר"א שפירא, מנחת אברהם ח"א סי' ה. על כך כתב גם השופט ד"ר בן ציון שרשבסקי, בספרו "דיני משפחה" (מהדורה שנייה, עמ' 359): "לאם אין זכויות כלפי הילד... גם לאב בדרך כלל אין זכויות כלפי הילדים".

### 3. מסקנה

לאור כל מה שכתבנו עולה כי העמדה המקובלת יותר בבתי הדין הרבניים היא שאין להורים זכויות בילדיהם במובן המשפטי של המושג (פרט לטובות הנאה ספציפיות שיש לאב בבתו), אלא חובה המוטלת עליהם. עם זאת, פוסקי ההלכה מכירים בצורך הטבעי העמוק של כל אחד משני ההורים לקשר עם ילדיו ונותנים לכך משקל גדול ברמה המעשית.<sup>153</sup>

על כך יש להוסיף שלא ייתכן לומר שאין להורים שום מעמד כלפי ילדיהם. על נקודה זו עמד הרב צבי רייזמן (רץ כצבי ח"א עמ' תא), לאחר שהסיק ש"אין להורים בעלות על ילדיהם כלל", והוא כותב:

ברור לי שיש איזו שהיא "חזקה", "זכויות" או גדר של "אפוטרופסות" של הורים על ידיהם. שהרי פשוט הוא כי ילדים נמצאים בחזקת הוריהם ואינם הפקר. וכי יעלה על הדעת שכל מי שרוצה לבוא וליטול את ילדי חבירו יוכל לעשות זאת?! הן רק פתי יאמר זאת!

בחלופות השונות להגדרת ההורות נדון בפרקים הבאים.

## יא. ההורות כאפוטרופסות וכפיקדון

לאחר שהסקנו שלא יהיה נכון להגדיר את הקשר שבין האב או האם לילדיהם במושגים של בעלות טוטאלית או זכויות מוחלטות, עלינו לבדוק דרכים אחרות להסברת הקשר הזה. בפרק זה נבחן את האפשרות להגדיר אותו בעזרת מושג ה'אפוטרופסות'. לא מדובר כאן באפוטרופסות הבאה מכוחו של גוף ציבורי כלשהו, המדינה או בית הדין, אלא באפוטרופסות טבעית. רעיון ההורות כאפוטרופסות מפתח ומרחיב את הבנת ההורות כאחריות, עליה עמדנו לעיל (פרק ח, 10).

### 1. 'אפוטרופוס' מהו?

הרשב"ץ, בפירושו למסכת אבות (פ"א מ"י), דן במקור המילה 'אפוטרופוס' בהקשר לאבטליון, שהיה אב בית הדין:

ולפי שהוא אב בית דין קראוהו אבטליון, כלומר אבי קטנים. שכן אמרו בפרק השולח (גיטין לז, א): "...רבן גמליאל ובית דינו, אביהם של יתומים

153. עיי' לקמן, פרקים יח-יט.



הוא". וכן אפוטרופוס, בלשון רומי, הוא אבי קטנים. פוס בלשונם, הוא קטנים. פאטיר, הוא אב. וכן אמרו (ב"ר, פר' צג): "וישימני לאב - פטרוך". אם כן אפוטרופוס, ר"ל, אבי קטנים. וכן הוא פירוש אבטליון - אבי קטנים, לפי שהיה אב"ד.

שם זה הפך להיות הכינוי למי שמטפל ביתומים מכיוון שהאפוטרופוס לוקח על עצמו חלק ניכר מן התפקידים שהיו לאב כלפי ילדיו.

הרב בן ציון מאיר חי עוזיאל, כתב באריכות רבה בספרו "שערי עוזיאל" על מושג האפוטרופוסות, ושם (ח"א עמ' 22) הוא מגדיר את האפוטרופוסות על פי משפט התורה:

הא למדת שהאפוטרופוסות לפי השקפתה של תורת ישראל איננה פעולה של חסות והגנה, ולא זכות קניינית של ההורים וקרוביהם על ילדיהם הקטנים... אבל היא חובה משפטית המוטלת בעיקרה על שופטי העם ונבחריו שהם לפי תפקידם נקראים ממונים מאת אבי יתומים השוכן בערבות... עושה משפט יתום ואלמנה...

לדברי הרב עוזיאל, אפוטרופוסות אינה זכות או בעלות, אלא אחריות על הילדים, כאשר מקור הסמכות הוא הקב"ה, שהילדים הם בעצם שלו.

הוא מוסיף ומסביר באמצעות המושג הזה גם את מעמדם של ההורים כלפי ילדיהם, וכותב (שם, עמ' 20):

ומאפוטרופוס בית דין זו נמשכה **אפוטרופוס ההורים** או המורישים, שגם הם במשפט הנחלה חשובים כדיינים, ועליהם מוטלת החובה לדאוג על תקנת בניהם אחריהם בגופם ונפשם, חכמתם והשכלתם וחינוכם במצוות ובדרך ארץ ויראת שמים, בלימוד התורה ובקיום מצוותיה...

וכך הוא כותב גם בשו"ת משפטי עוזיאל (ח"ב, אה"ע סי' צא), לאחר שהוא שולל את תפיסת ההורות כבעלות:

אבל הבנים והבנות הם **נחלת ה' לאבותיהם** כדי לגדלם לחנכם בתורה ומצוות ובדרך החיים.<sup>154</sup>

154. ייתכן שהמקור להגדרה של הרב עוזיאל הוא בדברי הרמב"ן (בראשית ד, א) על שמו של קין: "... והנכון לי שאמרה, הבן הזה יהיה לי קניין לה, כי כאשר נמות יהיה במקומנו לעבוד את בוראו".

האפוטרופוס החוקי דומה לאב במובנים רבים, בכך שהוא אחראי לניהול נכסיו של הילד ולהוצאות השוטפות שלו,<sup>155</sup> הכוללות גם רכישת תשמישי מצווה.<sup>156</sup> אולם הפוסקים מגבילים את האחריות והסמכות של האפוטרופוס החוקי. וכך נכתב בתשובות אלשיך (סי' לח; מובא בפחד יצחק, ערך אפוטרופוס):

בממונא שליט אפוטרופא ולא בגופיה.<sup>157</sup>

## 2. אפוטרופוס בחינוך הילדים

לאור זאת יש לבחון את מעמדו ההלכתי של האפוטרופוס ביחס לחינוך היתומים שהוא מופקד עליהם.

ר' חיים פלאג'י, בספרו "חיים ומלך" (הל' אבלות פרק ח), מביא כמה דעות ביחס לשאלה זו: הדעה הראשונה סוברת שמצוות חינוך נוהגת באפוטרופוס רק ביחס למצוות עשה. הדעה השנייה סוברת שאפוטרופוס פטור לחלוטין ממצוות חינוך. ואילו הדעה השלישית סוברת שלאפוטרופוס יש מעמד זהה למעמדו של האב, והוא מצווה על חינוכו של הקטן הן במצוות עשה והן במצוות לא תעשה, הן מדאורייתא והן מדרבנן.

בדברים אלו ניתן לראות מחלוקת עקרונית: הדעה הראשונה והדעה השלישית סוברות כי האפוטרופוס מופקד גם על עיצוב אישיותו של הקטן, ונחלקו רק בהיקפה של אחריות זו. לעומת זאת הדעה השנייה סבורה כי אחריותו של האפוטרופוס הינה רק בנוגע לנכסי הקטן אך לא ביחס לחינוכו.

מסקנתו של ר' חיים פלאג'י (שם) היא שמעמדו של האפוטרופוס שווה למעמד האב לעניין מצוות חינוך, והוא כותב:

שאפוטרופוס הוא אב ליתומים כמו אב לבנו. וכן ראיתי לבעל הערוך, מערכת אלף: **אפוטרופוס** - פי', **אבי יתומים**, בל' יוון פטיר'א פיד'י'א וכו', יעו"ש. וכ"כ הרשב"ץ בספר מגן אבות... ואם כן, אף לסברת הפוסקים שאין חינוך אלא באב דווקא, אפוטרופוס הוא בכלל אב ושוים הם.

וכך כתבו פוסקים נוספים.<sup>158</sup>

155. רמב"ם הל' נחלות פי"א ה"ד; שו"ע חו"מ רצ, יא.

156. רמב"ם שם ה"י; שו"ע שם.

157. ועי' במאמרו של הרב ד"ר מרדכי הלפרין, "התנגדות הורים לניתוח התינוק המסוכן", אסיא מט-ג, עמ' 90.

158. כך כתב בשו"ת שבט הלוי ח"ח סי' צה: "ובאפוטרופוס ממש כ' הגאון אמרי יושר, ח"א סי' ג,

סמכות האב כאפוטרופוס טבעי נרחבת משל האפוטרופוס החוקי, שהרי ישנן סמכויות השייכות לאב מכוח קשר הדם שיש לו עם ילדיו. במקרים כמו קידושי קטנה או דיני בן סורר ומורה ברור שאין לאפוטרופוס סמכות, אך סמכויות בעלות אופי מעשי כמו חינוך, או צרכים שגם האב יכול למנות שליח עבורם, מסורות לאפוטרופוס.

### 3. ההורות כפיקדון

לאור כל זאת יש מקום לראות את מעמדו של האב כלפי ילדיו בדומה לסמכות שיש לאפוטרופוס של יתומים. הבעלות האמיתית היא של **הקב"ה**, והאב הוא **שליח** שלו לגדל את הילד ולחנכו ללכת בדרך התורה.

וכך כותב הרב יונתן זקס בספרו 'שיג ושיח' (ח"א עמ' 47):

התורה מייצגת את הולדת האינדיבידואל כדמות המרכזית בחיים המוסריים. היות שילדים... שייכים לאלהים, הורות איננה **בעלות** כי אם

#### פיקדון.

ההבדל בן אב לבין אפוטרופוס מתבטא בכך שלאב יש סמכויות ותפקידים רחבים יותר.<sup>159</sup> וכשם שהאפוטרופוס זוכה למען היתומים - כך, וכל שכן, שאביהם מולידם נדרש ומוסמך לפעול ולזכות בעבורם. הנחת התורה היא שהאב מחפש את טובת ילדו ולכן הוא יפעל בצורה המיטבית למען עתידו החומרי והרוחני.<sup>160</sup>

---

דהוא חייב לחנכו, יעשה"ה ע"פ שו"ע חו"מ סי' רצ. ועיין בחוק יעקב או"ח סי' תלד ובשו"ע דרב שם". ועי' שד"ח, מערכת ח, כלל נט.

159. ישנם תפקידים וסמכויות שהם של האב מדאורייתא, ואותן בית הדין אינו יכול להעניק באופן מלאכותי (כמו: דמי וולדות או הדרת בנו בנזירות). הם שייכים ל"הורות הטבעית", ואילו האפוטרופוסות היא "הורות מלאכותית". בית הדין מוסמך לקבוע תקנות בדיני ממונות, שכן "הפקר בית דין הפקר", וכן יכול להעביר לאפוטרופוס תפקידים השייכים לבית הדין עצמו, כמו מילה, וכן סמכויות הנובעות מתפקידו של בית הדין כ"אביהם של ילדי ישראל" המופקד על חינוכם, אבל אינו יכול להעביר לאפוטרופוס תפקידים שהם מהותיים לאב ולאם.

160. עי' במה שכתב הרמ"א (חו"מ רפה, ח): "אם הם מיטלטלין, ואביהן ראוי להיות אפוטרופוס עליהן, נותנין לידו. ויש אומרים דאין בית דין מחויבין לחקור בקטנים שיש להן אב, אלא אם כן אביהן מוחזק שאינו הולך בדרך טובים".

הרחיב על כך הרב משה חייג בספרו "האיש והאישה בדיני ישראל", עמ' 56: "כי חזקה על האב שלא יגזול ולא יקפח את ילדיו, ולכן אינו צריך להתמנות כאפוטרופוס וגם אינו נמצא תחת פיקוחו של בית הדין. אך אין זאת אומרת שהוא יכול לעשות בנכסי ילדיו כאדם שעושה בתוך שלו. אם נודע לבית הדין שהוא לא מטפל בנכסים כראוי חייב בית הדין למנות אדם אחר כאפוטרופוס והנכסים מועברים אליו לטיפול. אך כל עוד שאין שמועה כזאת רשאי האב לטפל

ההבדל המשמעותי בין הורות טבעית לאפוטרופוסות מלאכותית נעוץ בכך שהאפוטרופוסות הינה מינוי או אחריות מוגדרת שמטרתה לגדל את היתומים בצורה המיטבית, ואילו ההורות הטבעית היא קשר עמוק ומקיף לאין ערוך. ומתוך כך, הסמכויות והתפקידים שניתנו לאב לפעול למען ילדיו הם רחבים ומקיפים יותר משל האפוטרופוס. לכן, אף אם נשתמש במושג ה"אפוטרופוסות" לצורך הגדרתה המשפטית של ההורות, יש בה הרבה מעבר לכך.

יתירה מכך. בעוד שאפוטרופוסות ניתנת להחלפה, כבר כתבנו לעיל (פרק ב) כי ההורות המהותית איננה נתונה להפקעה בשום מצב, ולכל היותר ניתן לקבוע מצב מעשי, בו חלק מתפקידי ההורים הביולוגיים מתמלא על ידי אחרים (הורים מאמצים, משפחות אומנה וכדו'), המקבלים לשם כך גם חלק מן הסמכויות החוקיות שיש להורים הטבעיים. אין להתכחש לכך במצב כזה נוצרת "הורות רגשית" שיש לה משמעות פסיכולוגית שאין לפקפק בעוצמתה ובחשיבותה, אולם ההבחנה בינה לבין ההורות המהותית נותרת בעינה.

הבנה זו של ההורות, כהרחבה של מושג האפוטרופוסות, מתבארת בדברי הרב עוזיאל (משפטי עוזיאל ח"ב, אה"ע סי' צא), שהאב הוא כ"ממונה מאת אבי היתומים השוכן בערבות". דהיינו, שהאב אינו **בעלים** על ילדיו אלא הוא **כשומר** שהופקד על ילדיו מטעמו של הקב"ה.

תפיסה זו באה לידי ביטוי בדו-שיח בין ר' מאיר לאשתו לאחר ששני ילדיהם נפטרו בפתאומיות (מדרש משלי פר' לא סי' י):

לאחר שבירך אמרה לו: רבי, שאלה אחת יש לי לשאול לך. אמר לה: אמרי שאלתך. אמרה לו: רבי, קודם היום בא אדם אחד ונתן לי פיקדון, ועכשיו בא ליטול אותו, נחזיר לו או לא? אמר לה: בת, מי שיש פיקדון אצלו הוא צריך להחזירו לרבו... אמרה לו: רבי, לא כך אמרת לי, אני צריך להחזיר הפיקדון לרבו? אמר: "ה' נתן וה' לקח, יהי שם ה' מבורך".

אשתו של ר' מאיר משווה את בניה לפיקדון שבני הזוג קיבלו מאת הקב"ה ונגזר עליהם להחזירו כשהוא שלם. ראיית הבנים כפיקדון מאת הקב"ה תואמת את השוואת האב לאפוטרופוס על ילדיו.<sup>161</sup>

בנכסי ילדיו כאשר הוא מפרנס אותם בלי כל הפרעות מבחוץ. הוא אפוטרופוס ממילא".  
161. מקור נוסף לרעיון זה הוא בילקוט שמעוני (פר' כי תשא רמז שצח): "אילפא רמי. כתיב, 'ורב חסד' (שמות לד, ו) וכתוב (שם), 'ואמת'. בתחילה 'ואמת' ולבסוף 'ורב חסד'. משל למה הדבר

עיקרון זה מופיע גם באבות דרבי נתן (נוסחא א, פרק ד), שם מסופר על רבן יוחנן בן זכאי שמת בנו, ובאו תלמידיו לנחמו:

נכנס רבי אלעזר בן ערך... ואמר לו: אמשול לך משל. למה הדבר דומה? **לאדם שהפקיד אצלו המלך פיקדון**. בכל יום ויום היה בוכה וצועק ואומר, אוי לי, אימתי אצא מן הפיקדון הזה בשלום? אף אתה, רבי, היה לך בן. קרא תורה, מקרא, נביאים וכתובים, משנה, הלכות ואגדות, ונפטר מן העולם בלא חטא; ויש לקבל עליך תנחומין כשהחזרת פקדונך שלם.

אמר לו: רבי אלעזר בני, ניחמתני כדרך שבני אדם מנחמין.

הברייתא במסכת נידה (לא, א) מבחינה בין החלק של ההורים בילד לבין חלקו של הקב"ה.<sup>162</sup> השותפות של ההורים בילד באה לידי ביטוי רק באיברי הגוף, ואילו הקב"ה נותן לילד את "רוח ונשמה... בינה ושכל", שהם המרכיבים המשמעותיים ביותר של אישיותו. נתינת הנשמה לאדם מגדירה את הקב"ה כבעלים האמיתיים של הילד, וההורים הם רק שומריו ושליחיו.<sup>163</sup>

#### 4. מצוות חינוך כמוקד ההורות

תפיסת ההורות כ'פיקדון' מאת הקב"ה, שהוא "ריבון כל המעשים אדון כל הנשמות", שמה במקום מרכזי את האחריות של הורים לטיפול החלק הנשמת של הילד. ומכאן שיש לראות את נקודת המוקד של ההורות במצוות חינוך.

---

דומה? למלך שהיה חייב לו אחד מאה מנה. שלח עליו שליח ואמר לו, בוא ועשה עם המלך חשבון. היה מיצר... מה עשה המלך? עמד בלילה ונטל כיס אחד ונתן לתוכו מאה מנה וזרקו דרך החלון, ועמד וקיבל הכיס והתחיל להיות שמח. ואחר כך שלח עליו אחר, אמר לו, בוא ועשה עם המלך חשבון, בא ופרע לו מה שהיה חייב לו. נמצא זה פורע חובו והמלך נוטל את שלו. כך הבריות, עשה אדם עבירה חייב עליה מיתה, והקב"ה ממתין לו עד שיישא אישה, והוא מוליד בן ראשון ושני, הקב"ה חוזר ונוטלו הימנו, נמצא זה פורע את חובו והקב"ה נוטל את שלו, והגוף במקומו, שנאמר, 'אם תשוב ואשיבך, לפני תעמוד'". ועי' במה שהרחיב על כך הרב יגאל אריאל, בספרו "אגדה של משפחה", עמ' 238-243.

תפיסה זו של הקשר בין ההורים לילדיהם דומה למה שכתב הרב זאב שמע על הקשר שבין האדם לממונו. עי' במאמרו "יוצר מידו עושר וריש", ח"א פרק ד (בספר "וחי אחיך עמך", עמ' 48-50).

162. עי' לעיל פרק 8, 1.

163. עי' לקמן, שער שלישי, הערה 33.

כך נאמר על אברהם אבינו (בראשית יח, יט):

כי ידעתי למען אשר יצווה את בניו ואת ביתו אחריו, ושמר דרך ה' לעשות צדקה ומשפט, למען הביא ה' על אברהם את אשר דיבר עליו.<sup>164</sup>

מובן זה בא לידי ביטוי כבר במצוות "פרו ורבו" (בראשית א, כח). הרש"ר הירש מסביר שם, שמצוות פרייה ורבייה כוללת שני מרכיבים: "פרו" - הפריית המין האנושי, ו"רבו" - טיפול בילדים. הטיפול בילדים כולל גם טיפול בצרכים הגופניים והרגשיים שלהם; אולם המרכיב העיקרי של הטיפול, עליו מצווים ההורים מן התורה, הוא להרבות ולפתח את הצדדים הרוחניים והמוסריים של ילדיהם, דהיינו, החינוך שלהם לתורה, למצוות ולמידות טובות.<sup>165</sup> ועל כך מרחיב הרש"ר בספרו "יסודות החינוך" (עמ' לד):

...אין הילד עומד לשירותו של האב, כי אם האב לשירות הילד. אין לאב הרשות לשעבד את הילד לצרכיו במקום לחנכו ולפתחו לפי טבעו לטובתו של הילד. עתידו של הילד מהווה את המטרה שהאב חייב לבטל את רצונו למענה... תפקידו האמיתי של האב הוא להפנות את לבו ולכוון את מבטו אך ורק לתכונותיו הטבעיות ולהתפתחותו של החניך.<sup>166</sup>

164. וכן כתב החיי אדם, כלל סו סע' א: "אם יש לו בנים קטנים, יחנכם במצוות, והיא מצוות עשה מדברי קבלה, כמו שכתוב (משלי כב, ו), 'חנוך לנער על פי דרכו'; ומאוד הזהיר שלמה בספר משלי על חינוך הבנים".

וכן כתב המשך חכמה (בראשית שם): "הנה חינוך מצוה לבנים במצוות עשה לא נזכר, רק עשה ד'ולימדתם את בניכם", הוא בתלמוד תורה. ואמרו בזיר דף כט, א, דהאב חייב לחנך בנו במצוות, ואין האישה חייבת לחנך בנה במצוות - פירוש, דהוה כמו מצוות עשה של תלמוד תורה, דהאישה פטורה... ומקור מצוות חינוך במצוות עשה, מקורו בזה הפסוק מאברהם אבינו שציווה את בניו בקוטנם על המצוות. קרא ד'חנוך לנער על פי דרכו' (משלי כב, ו)... הוי מדברי קבלה, אבל העיקר מאברהם. וכאן משמע שאף לבנות מצווה על האב...".

165. בדומה לכך כתב המהרש"א, חידושי אגדות בבא בתרא טז, ב: "והוא לשון כפל, 'פרו ורבו'. אמרו 'פרו' ע"ש הזכר שממנו הזרע כמו גרעין הפרי, כמ"ש בפסוק, 'הנה נחלת ה' בנים שכר פרי הבטן' וגו'. ו'רבו' ע"ש הנקבה, שמרבת ומגדלת אח"כ הבנים".

166. וכן כתב בפירושו לספר בראשית (ט, כב): "אמת, הדאגה לשלום הבנים היא תכלית חיי ההורים... אולם, התנאי לשני אלה הוא כיבוד ומורא של אב ואם. ואכן, מצוה זו מסיימת את הלוח הראשון של שני לוחות הברית. והנה, כל עוד יראו הבנים בהוריהם שומרי משמרת של תפקיד אלהי; כל עוד יכבדו את מהותם הרוחנית, ולא את מהותם הגשמית; כל עוד יזכרו הבנים, שרוחם נאצלת מרוח הוריהם - תגדל האנושות כעץ רענן".

הרש"ר הירש מוסיף בפירושו למצוות כיבוד ההורים (שמות כ, יב):

...יסודה של מסורת אינו אלא מסירתה הנאמנה לבנים מידי האבות וקבלתה ברצון בידי הבנים מידי האבות. על כן לא נתקיימו לאורך ימים יסודות הבניין הגדול שייסד ה' בישראל, אלא על המשמעת העיונית והמעשית של בנים כלפי אבות ואימהות, ונמצאנו למדים כי כיבוד אב ואם הוא התנאי היסודי לנצחיותה של האומה הישראלית. על ידי האב והאם נותן ה' לילד לא לבד את הווייתו הפיסית, אלא הם למעשה גם החולייה המקשרת את הילד אל העבר היהודי ועושה אותו לבן ישראל ולבת ישראל. מידי ההורים מקבל הילד את מסורת התעודה הישראלית המעוצבת בדעת, בהליכות ובדרכי חינוך, והם מוסרים לו את דבר ההיסטוריה ואת דבר התורה, למען ינחילם גם הוא לבניו אחריו בבוא הזמן. כשם שעניי הבן אל הוריו, כן תהיינה אליו עיני ילדיו בבוא הזמן. אלמלא הקשר בין אבות ובנים, תנותק שרשרת הדורות, תאבד תקוות העבר היהודי לגבי העתיד והאומה הישראלית תחדל מלהיות. אכן, גדולה חשיבותם של ההורים בישראל, ולפיכך ייחדה להם התורה מקום נכבד בעשרת הדיברות.

והוא ממשיך וכותב:

...על ההורים להיות דוברים ומתווכים לרצון ה', והרי זאת תעודתם וחשיבותם הגדולה. תעודה זו של ההורים היא יסוד מצוות כיבוד אב ואם, ולא מידת החסדים, גדולה או קטנה, שגמלו לילדיהם.<sup>167</sup>

ההלכה המגדירה את תפקידו של האב לחנך את ילדיו ללכת בדרך ה' באה לידי ביטוי במצוות רבות בתורה, המוטלות עליו. ונפרט אותן להלן: חלק ממצוות אלו קשור לגיבוש הזהות היהודית על ידי העברת הסיפור הלאומי מדור לדור. כך היא מצוות ההגדה בליל הסדר (שמות יג, ח):

167. הרש"ר מרחיב על כך בפירושו לציווי "איש אָמוּ ואביו תיראו (ויקרא יט, ג), וכותב: "בביאורנו למצוות כיבוד אב ואם... עמדנו על משמעות ההורים - שהודות לה זכו למעמדם בתורה. כי הם מתווכים לבניהם לא רק את הקיום הגופני - אלא גם את הייעוד היהודי. הם מוסרים לדור הבא את ההיסטוריה והתורה מידי שמים. משום כך לא הטובה שהורים השפיעו על בניהם, אלא הייעוד שניתן להם ביחס לבניהם - הוא היסוד של מצוות כיבוד אב ואם". הוא ממשיך לבאר מתוך כך את הציווי הסמוך "ואת שבתותי תשמורו", וכותב: "ההורים נתמנו להיות מבשרי רצון ה'; ורק לצורך זה ניתנה סמכות לרצונם. מטבע הדברים, גם רצון ההורים מתבטל מפני רצון ה'".

**והגדת לבנך ביום ההוא לאמור:** בעבור זה עשה ה' לי בצאתי ממצרים.<sup>168</sup>

ובעקבותיה, זכירת מעמד הר סיני (דברים ד, ט-י):

רק הישמר לך ושמור נפשך מאוד פן תשכח את הדברים אשר ראו עיניך ופן יסורו מלבבך כל ימי חיך, **והודעתם לבניך ולבני בניך**. יום אשר עמדת לפני ה' אלהיך בחורב, באמור ה' אלי, הקהל לי את העם ואשמיעם את דברי, אשר ילמדון ליראה אותי כל הימים אשר הם חיים על האדמה **ואת בניהם ילמדון**.<sup>169</sup>

חלק אחר קשור בהעברת התורה מדור לדור. כך היא מצוות תלמוד תורה, עליה נאמר (דברים ו, ז): **"ושיננתם לבניך..."**, וגם (שם יא, יט): **"ולימדתם אותם את בניכם..."**.

ועל גביהן, המצווה להביא את הילדים למעמד 'הקהל' (שם לא, יב-יג):

הקהל את העם, האנשים והנשים **והטף**... למען ישמעו ולמען ילמדו ויראו את ה' אלהיכם ושמרו לעשות את כל דברי התורה הזאת. **ובניהם** אשר לא ידעו **ישמעו ולמדו** ליראה את ה' אלהיכם...<sup>170</sup>

וכן להביא את הבנים לבית המקדש בשלושת הרגלים, כפי שנאמר (שמות כג, ז):

שלוש פעמים בשנה יראה כל זכורך אל פני האדון ה'.<sup>171</sup>

ציוויים נוספים מופיעים בספר משלי. הראשון שבהם הוא הפסוק שחז"ל ביססו

עליו את מצוות האב לחנך את ילדיו (משלי כב, ו):

חנוך לנער על פי דרכו, גם כי יזקין לא יסור ממנה.<sup>172</sup>

וכנגדו, הפסוק המחייב את הבן להתחנך (שם א, ח):

שמע בני מוסר אביך ואל תיטוש תורת אִמְךָ.

168. רמב"ם, הל' חמץ ומצה פ"ז ה"א-ה"ב.

169. לדעת הרמב"ן, בהוספות למצוות לא תעשה, מצוה ב, זוהי מצוות עשה מן התורה.

170. רמב"ם, הל' חגיגה פ"ג ה"א.

171. רמב"ם, הל' חגיגה פ"ב ה"ג.

172. עי' קידושין ל, א; רמב"ם הל' מאכלות אסורות פ"ז הכ"ח; שו"ע הרב הל' תלמוד תורה פרק א

סע' ו; משנ"ב סי' שמג ס"ק ב.



כל הסמכויות שיש לאב כלפי ילדיו נובעות מן האחריות שהטיל עליו הקב"ה בחינוך ילדיו;<sup>173</sup> ואין בידו להיפטר מתפקידו זה.<sup>174</sup>

## 5. חובת האם בחינוך ילדיה

היקפן של חובות אלו מצומצם הרבה יותר כאשר מדובר באם. היא אינה מצווה ללמד את בנה תורה. וכך כותב הרמב"ם (הל' תלמוד תורה פ"א ה"א):  
...קטן, אביו חייב ללמדו תורה, שנאמר: "ולימדתם אותם את בניכם לדבר בם", ואין האישה חייבת ללמד את בנה, שכל החייב ללמוד חייב ללמד.

אולם אף שלא מוטלת עליה חובה הלכתית ללמד את בנה, ישנו ערך גדול בהשקעה שלה בחינוך בנה לתורה, וכך נאמר במסכת ברכות (יז, א):

גדולה הבטחה שהבטיחון הקב"ה לנשים יותר מן האנשים, שנאמר (ישעיהו לב, ט): "נשים שאננות קומנה שמענה קולי, בנות בוטחות האזנה אמרתי". אמר ליה רב לרבי חייא: נשים במאי זכיין? באקרויי בנייהו לבי כנישתא...

וכן במסכת סוטה (כא, א):

נהי דפקודי לא מפקדא, באגרא דמקרין ומתניין בנייהו ונטרן להו לגברייהו עד דאתו מבי מדרשא, מי לא פלגאן בהדייהו?

[תרגום חופשי: אמנם היא לא מצווה על תלמוד תורה; אבל בשכר זה שהן מעודדות את בניהן ללמוד מקרא ומשנה וממתנינות לבעליהן עד שהם באים מבית המדרש, האם אינן חולקות עמם בשכר שהם מקבלים על הלימוד?!]

ואם כן, יש לאישה שכר גדול בכך שהיא דואגת ללימוד התורה של בנה.

173. בשאלה אם התערבות בית הדין מוצדקת במקרה שהורים אינם מחנכים את ילדיהם כראוי, נדון לקמן פרק יד, 6 ופרק טו, 1-2.

174. אומנם נכתב בשו"ת שבט הלוי ח"ד סי' קכט: "דגם באב לא שייך חינוך אלא דווקא כשהבנים אצלו; אבל אינם מצויים אצלו לא שייך גדר חינוך". אולם הפטור הזה אינו נובע מסיבה עקרונית אלא רק מן המצב המעשי, שהבן אינו נמצא באותו זמן ברשות אביו.

ומתוך כך מעלה הירושלמי (חלה פ"א ה"א) ביקורת על אותן נשים שאינן רואות את עצמן כמחויבות לחינוך בניהן, וכך נאמר שם:

א"ר סימון: אילין נשייא דאמרין, לא ניעול בנינן לכנישתא, אין חמי ליה מילף, מילף הוא - לא עבדין טבאות, אלא "וְיִסְרוּ לְמִשְׁפַּט אֱלֹהֵי יוֹרְנוּ" (ישעיהו כח, כו).<sup>175</sup>

[תרגום: אותן נשים האומרות: לא נביא את בנינו לבית הכנסת =ללמוד תורה], אם נראה אותו לומד, זה הוא שלומד - לא נוהגות כשורה, ועליהן לקיים את הפסוק: "וְיִסְרוּ לְמִשְׁפַּט אֱלֹהֵי יוֹרְנוּ".]

ר' אליהו הכהן,<sup>176</sup> בספרו "אגדת אליהו", העוסק בביאור האגדות בתלמוד הירושלמי, מסביר את דבריו של ר' סימון:

ואע"פ שהן אינן חייבות ללמד תורה אלא אביהם; אך ההזכרה תלויה בהן, כי האיש הולך לבקשת המזונות ואינו יודע אם הלכו לבית הספר או אם ברחו מבית הספר, אלא היא שיושבת בבית אצלו ומכרת במעשיו.

ישנה מחלוקת אִם האִם מצווה לחנך את בנה למצוות:<sup>177</sup> לדעת ר"י (מובא בתוס' ישנים יומא פב, א ד"ה בן ובהגה"מ הל' שביתת עשור פ"ב ה"י אות כ), מצוות חינוך מוטלת רק על האב.<sup>178</sup> ואילו מדבריהם של בעלי התוספות במסכת עירובין (פב, א ד"ה קטן) עולה שמצוות חינוך מוטלת גם על האם.<sup>179</sup> וכך נכתב בשו"ת תרומת הדשן (סי' צד). ומסיק המשנה ברורה (סי' שמג ס"ק ב):

אבל אביו וכו' - דאפילו לחנך בניו ובנותיו במצוות הוטל עליו... וכ"ש

175. ומפרש הפני משה שם: "אלו הנשים האומרות, לא צריכים אנחנו להיטפל ולהעלות בנינו לבתי כנסת ולבתי מדרשות, כדי ללמוד, לפי שאם ראוי הוא ללמוד, ילמוד הוא ממילא - אלו הנשים אין עושים בטוב, אלא אמר הכתוב 'וְיִסְרוּ לְמִשְׁפַּט' (ישעיהו כח, כו) - אתה צריך לייסרו ולחנכו למשפט התורה, והדר 'אלהיו יורנו' - ללמוד".

176. ר' אליהו בן אברהם שלמה הכהן מאיזמיר, מחבר הספר "שבט מוסר".

177. עיי' בהרחבה באנציקלופדיה תלמודית, ערך חינוך אות ב. ועיי' גם בספרו של שמואל גליק "החינוך בראי החוק וההלכה, ח"א, עמ' 90-102.

178. וכן דעת הפני יהושע, סוכה ב, ב ד"ה בגמרא וכי תימא.

179. עיי' רעק"א שם. וכך עולה גם מדברי רש"י חגיגה ב, א ד"ה איזהו קטן (עיי' שו"ת שבט הלוי ח"א סי' סז בסופו). לעומת זאת עיי' תוס' הרא"ש שם, ד"ה קטן; קרן אורה שם ד"ה שם גמרא קטן; תוספת שבת סי' קמג.

להפרישם מאיסור, דמוטל על האב. ויש מאחרונים שסוברין דמצוות  
חינוך מוטל גם על האם.<sup>180</sup>

דבריהם של אותם אחרונים מתבססים בין השאר על מה שכותב רש"י בפירושו  
למסכת כתובות (במהדורה קמא, מובא בשיטה מקובצת לדף קב, ב):  
מדקתני "למקום אימה" - ש"מ בת דרכה להיות אצל האם ולא אצל  
האחין, כדי שתתיישר מאימה ולא תאחוז בידה דרך פריצות.

מדבריו למדנו שהבת נמצאת בחזקת האם כדי שהבת תלמד ממנה ותתחנך; ואף  
אם אין זו חובה הלכתית גמורה, זוהי דרך העולם באופן טבעי וכך מצופה מן  
האם לנהוג. ומתוך כך נפסק הדין בדיונים הנוגעים למשמורת הבנות במקרה של  
גירושין, שהיא בידי האם.<sup>181</sup>

ראיה נוספת, המבססת את דעת הפוסקים הסוברים שהאם מצווה בחינוך ילדיה,  
היא מן הפסוק (משלי א, ח):

שמע בני מוסר אביך, ואל תיטוש תורת אִמְךָ.<sup>182</sup>

והר"ן קרליץ (חוט שני ח"ד פרק צה סוף ס"ק א) הסיק מכאן, שגם לדעות הסוברות  
שהאם אינה חייבת לחנך את ילדיה לקיום מצוות, היא מחויבת לחנך אותם  
ליראת שמים.

בספר משלי (ל, יז) גם מובאת קללה למי שאינו שומע לדברי המוסר של אימו:  
עין תלעג לאב ותבזז ליקהת אִם, יקרוה עורבי נחל ויאכלוה בני נשר.

180. וכן כתב גם בסי' תרטז ס"ק ה.

ועי' מג"א או"ח סי' שמג ס"ק א; פמ"ג ומחה"ש שם; ברכי יוסף ס"ק ז; לבוש סי' תרמ סעי' ב; א"ר  
שם ס"ק ד; משנ"ב סי' תרטז ס"ק ה ושעה"צ ס"ק ז-ח; שמירת שבת כהלכתה, מהדורת תשכ"ה,  
פרק לב סעי' ה והעי' יב; פסקי תשובות סי' שמג אות א ואות ו; מאמר הרב יצחק קוליצ', "בעניין  
חינוך של אם וחינוך לבת", תורה שבעל-פה, כרך כג, עמ' כב-כט.

הרב יעקב אריאל, בשו"ת באוהלה של תורה ח"ה סי' מה, מסיק שגם האם מצווה במצוות  
"והגדת לבנך" בליל הסדר, אף שלאב ישנה עדיפות במצווה זו.

181. שו"ע אה"ע פב, ז.

182. וכן (שם ו, כ): "נצור בני מצוות אביך ואל תיטוש תורת אִמְךָ".

על כך כתב הראב"ע (שם א, ח): "כי האישה חכמה מורה הדרך הישרה לבנה...".

מבאר המצודת דוד:

העין המלעגת ברמיזתה על מוסר האב ומבזת לקיבוצי תוכחות האם  
וסדרי אמריה כי דרך נשים לה.

והמלבי"ם מפרש בפירוש המילות:

ל'יקהת אם - למשמעת אָם.

דוגמה מעשית לתוכחתה של האם מובאת בהמשך (לא, א):

דברי למואל מלך, משא אשר יסרתו אָמו.<sup>183</sup>

על פי זה מסביר הנצי"ב מוולוז'ין (העמק דבר, דברים כא, יח) את תפקידה הייחודי של  
האָם בפרשת בן סורר ומורה:

"איננו שומע בקול אביו ובקול אָמו", דכתיב... "שמע בני מוסר אביך  
ואל תיטוש תורת אָמך". הביאור בזה, דהאב דרך ללמד לבנו תורת ה'  
שנקרא 'מוסר', והאם מלמדת דרך ארץ ומנהג טוב ונקרא 'תורת אם'.  
מעתה, הבן אשר איננו שומע למוסר אב נקרא 'סורר', ואשר אינו שומע  
לתורת אם נקרא 'מורה', והכוונה, שאינו הולך לא בדרך התורה ולא  
בדרך ארץ.<sup>184</sup>

וכך כותב גם הרב יששכר תמר, בפירושו "עלי תמר" לירושלמי (חלה פ"א ה"א ד"ה  
אילין נשייא):

ועוד סמך למה שכתבתי, דאָמו חייבת בחינוך, מפרשת כי תצא: "וכי  
יהיה לאיש בן סורר ומורה איננו שומע בקול אביו ובקול אָמו וייסרו  
אותו ולא ישמע אליהם", ותרגומו: "ליתוהי מקבל למימר אבוהי ולמימר  
אמיה ומלפין יתיה ולא מקבל מנהון". - הרי שמחנכין ומלמדין אותו  
אביו ואָמו... ושוב, "ותפסו בו אביו ואָמו וגו' ואמרו בננו זה סורר ומורה  
אינו שומע בקולנו", ותרגומו, "ליתוהי מקבל למימרנא". - הרי ששניהם  
משתתפים בחינוכו ובהטיפו לו דברי מוסר.

ובדור האחרון כתב האדמו"ר האחרון לבית ליובביץ' (ספר השיחות תש"ג, חלק ב פרשת  
אמור):

183. בגמרא (סנהדרין ע, ב) מבואר שפסוק זה הוא דברי תוכחה של בת שבע לבנה, שלמה המלך.

184. ועי' בפירושו של הרש"ר הירש שם, פס' יח-ט.

הרי ידוע מה שכתב השל"ה, ש"הנשים מצוות על תוכחת בניהם כמו האב ויותר מהם מטעם שהם פנויות ומצויות יותר בבית".<sup>185</sup> ולא עוד אלא שיש יתרון בחינוך של הנשים לגבי האנשים כיון שמצד טבע הנשים נעשית פעולתן בחינוך בלשון רכה, ומתוך רגש של קירוב, אהבה וחיבה.<sup>186</sup>

אולם רבים סוברים, שגם לפי הדעות שהאם אינה מצווה על חינוך ילדיה, אם האב נעדר או מת, מצוות החינוך מוטלת על האם.<sup>187</sup> וכך כותב המשנה ברורה (סי' תרמ ס"ק ה):

וּאִם אֵין לוֹ אָב, י"א דְאָמוּ וּבִי"ד חַיִּיבִים לְחַנְכוֹ.<sup>188</sup>

ולכן בנד"ד, שהאב נפטר, האם היא הנושאת באחריות לחינוך של בנה.

## יב. מעמדה ההלכתי של ההורות

### 1. סיכום ביניים

כדי שהאב יוכל לשאת באחריות שהוא נושא כלפי הקב"ה בכל הנוגע לחינוך ילדיו ולדאגה למצבם הרוחני והמוסרי, נתנה לו התורה סמכויות שונות, שמחלקן נגזרות גם טובות הנאה. ההבדלים הטבעיים שבין בנים לבנות מביאים בעקבותיהם סמכויות המותאמות לתפקיד הייחודי של האב ביחס לכל אחד מהם. כלפי הבנים ניתנו לו סמכויות מצומצמות למדי, ואילו כלפי הבנות הסמכויות רחבות יותר בשל האחריות שיש לאביהן לשמור על צניעותן ולהשיאן כשתגענה לפרקן. גם האם נושאת באחריות לחינוך ילדיה, אף שהסמכויות שניתנו בידה לשם כך הן מצומצמות יותר.

כל זה אינו מגדיר קניין של ההורים בילדיהם במובן המשפטי של מושג זה. הגדרת ההורות כסוג של בעלות נשללה לעיל (פרקים ה-ט) לאור מאפיינים רבים,

185. שער האותיות, אות דרך ארץ.

186. נופך נוסף על תפקידה הייחודי של האם בחינוך הילדים מופיע במאמרו של הרי"ד סולובייצ'יק, "הורות טבעית והורות גאולה", בספרו "אדם וביתו", עמ' 127-128.

187. האמרי יושר (סי' ג) והר"א שפירא (מנחת אברהם ח"א סי' ה אות טז) כתבו שחייבת מדין אפטרופוס. ועי' בהרחבה בפסקי תשובות סי' שמג אות א והע' 9-11.

188. וכן כתבו: מאירי נזיר כט, א ד"ה כשם; א"ר עפ"י תרומת הדשן סי' צד; שד"ח מערכת ח כלל ט; שערי תשובה סי' שמג ס"ק א.

המצביעים על כך שלא ניתן לראות את מעמד האב כ'בעלים'; וגם כאשר נמצאו מאפיינים המצביעים לכאורה על קניין של האב בילדיו, ראינו כי הוא מוגבל מאוד ויש פער גדול בינו לבין קניין רגיל (ייתכן שביחסי אב ובתו אכן יש לאב יותר סממנים של בעלות. ברם, גם קניין זה מוגבל לתחומים הקשורים לתחום האישות והנובעים ממנו, ומקורו באחריות של האב לשמור על "אישות דבתו" (עד שתתבגר). גם האפשרות להגדיר את ההורים כ"בעלי זכויות" בילדיהם אינה מתאימה, כפי שראינו לעיל (פרק י), מכיוון שגם אם יש להם זכויות כאלה במידה מסוימת, הן אינן מגדירות את מהותה של ההורות, אלא נובעות בעיקרן מן **הסמכויות** הנדרשות להורים כדי שיוכלו לקיים את חובת החינוך שיש להם כלפי ילדיהם.

בכמה מקורות חז"ל מדמים את הילדים **לפיקדון** בידי ההורים. תפיסה זו רואה את ההורים כאחראים להחזיר את הפיקדון לקב"ה בצורה מיטבית. על פי הבנה זו התפקיד המשמעותי ביותר של ההורה הוא חינוך הילדים לאמונה, לתורה, לחופה ולמעשים טובים. אחריות זו אינה כמו של איש מקצוע המופקד על חינוך הילד, אלא רחבה הרבה יותר. אחריות יתרה זו מתבססת על כך שנוסף על התפקיד הפורמאלי של ההורה כלפי ילדיו קיים ביניהם גם קשר רגשי טבעי ועמוק, ולכן סמכויותיו רחבות מסמכויותיו של איש מקצוע המופקד על גידולו וחינוכו של הילד רק באופן טכני. אולם הקומה הנוספת הקיימת ביחסי ההורים והילדים אינה מבטלת את תפקידו העיקרי של ההורה, שהוא כמו אפוטרופוס לשמור על נפשו, גופו ורכושו של הילד ולהביא למיצוי של הטוב והישר שבו.

משמעותה של הבנה הזו היא שהבעלים על הילד הוא הקב"ה עצמו, בהיותו "קונה שמים וארץ".<sup>189</sup> כאשר הילד הוא קטן, הקב"ה מאציל סמכויות מסוימות על הוריו, וכאשר הוא מתבגר, מקבל הוא עצמו את הסמכות לנהל את חייו - לא כישות עצמאית לחלוטין, אלא כ"עבד ה'", מתוך האמירה (תהילים ק, ג): "דעו כי ה' הוא אלהים, הוא עשנו ולו אנחנו, עמו וצאן מרעיתו".

תפיסה זו של ההורות כאפוטרופוסות עולה בקנה אחד עם תפיסות עכשוויות, הרואות גם הן את ההורות כאפוטרופוסות וכאחריות ולא כבעלות או זכות. אולם ההבדל ביניהן הוא גדול מאוד. בחלק מהתפיסות העכשוויות ההורות היא אפוטרופוסות מכוחה של **המדינה**, ואילו בתפיסה היהודית, כפי שעמדנו עליה עד כה, האפוטרופוסות היא מכוחו של **הקב"ה**.

189. שאלה שעשויה להתבקש מתוך כך היא: האם להסיק מכך שיש להוציא את הילד מחזקת הורים שאינם מחנכים אותו לתורה ומצוות? נדון בכך להלן, שער שלישי, פרק 6, והע' 33.

עד כה ביקשנו להכניס את ההורות לתוך הגדרות משפטיות מוכרות, ולשם כך נבחנו מושגים שונים, כמו: קניין, בעלות, זכות, אפוטרופסות או אחריות. בתחילת הדיון (פרק ד) עמדנו על כך שבדיני בני נח ההורות מוגדרת כבעלות, אך לא בדיני ישראל. בדברינו הבאים נראה כי העמדת מושג ההורות בישראל על מונחים משפטיים הלקוחים מתחומי חיים אחרים תחטא לאמת. לא ניתן לראות את ההורות רק כאוסף של תחומי אחריות, חובות, סמכויות, טובות הנאה ועוד; ואף לא ניתן לראות אותה כ'זכות' בלבד. אף אם נקבל את ההבנה שהמעמד המשפטי של ההורות נוטה יותר לכיוון האפוטרופסות, יש בה, בהורות, ממד עמוק בהרבה, שמכוחו נובעים כל המרכיבים האחרים שלה.

## 2. "כרחם אב על בנים"

קודם כול, לא ניתן להתעלם מן המטען הרגשי העמוק המלווה את ההורות.<sup>190</sup> המשמעות הרגשית העמוקה שיש לקשר שבין ההורים לילדיהם מתבטאת בצורה חריפה במיוחד בדבריו של יהודה ליוסף על הקשר שבין יעקב אבינו לבנו (בראשית מד, כז-לא):

ויאמר עבדך אבי אלינו: אתם ידעתם כי שניים ילדה לי אשתי. ויצא האחד מאתי, ואומר, אך טרוף טורף, ולא ראיתיו עד הנה. ולקחתם גם את זה מעם פניי וקרהו אסון, והורדתם את שיבתי ברעה שאולה.<sup>191</sup>

לקשר זה יש ביטוי הלכתי-משפטי, בתשובה של המהרשד"ם (אה"ע סי' קכג):  
וא"ת: ומנא לן דבן, אינו יכול להוציאו האם למקום שהיא תרצה?  
העבודה, שנראה לי, שמי שיפקפק בזה אינו אלא מן המתמיהין...

וכך מובא להלכה בבה"ט (אה"ע סי' פב ס"ק ה), שהאם הגרושה אינה רשאית לעבור לעיר אחרת ולהרחיק את הבן מאביו.

הרב יוסף קאפח, בפסק דין מפורסם ומכונן, מרחיב בהסברת הצורך של ההורים: אין ההורים חפץ דומם. גם ההורים מורכבים מגוף ונפש, וגם להם רגשות, אף לאם זכות טבעית לסיפוק נפשי לחבק את ולדה.<sup>192</sup> להורים

190. עמד על כך בהרחבה בשערי עוזיאל ח"ב שער מז פרק ב סע' א. ועי' לקמן, פרק יח, 2.

191. וכן בראשית לז, לג-לה.

192. מסתבר שאין כוונת הר"י קאפח לזכות במובן של זכות משפטית או קניינית, אלא במשמעות הדומה ל'ראויות'. עי' לעיל, הע' 147.

זכות להשיג סיפוקם הנפשי-רגשי לראות ולדם גדל ומתפתח כראוי, מצטיין בלימודיו בהתאם... נכון כי לעולם טובת הילד ושלמותו הנפשית והגופנית צריכות להיות לנגד עיני בית הדין... אך לא במחיר פגיעה ברגשותיהם הטבעיים הבריאים של ההורים.<sup>193</sup>

קשר עמוק כזה לא קיים בין אפוטרופוס לבין מי שהופקד בידיו.

קשרי המשפחה באים לידי ביטוי בתורה בכינוי "שֶׁאֵר בֶּשֶׂר", והרמב"ן (שמות כא, ט) מסביר את משמעותו של ביטוי זה:

ולכך אני אומר כי פירוש "שֶׁאֵר" בכל מקום - בשר הדבק והקרוב לבשרו של האדם, נגזר מלשון "שֶׁאֵר", כלומר, שאר בשרו, מלבד בשר גופו. וייקראו הקרובים "שֶׁאֵר", "אל כל שֶׁאֵר בשרו" (ויקרא יח, ו)...

ילדים והורים הם שארי בשר קרובים מאוד. קרבה זו נוצרה מכך שההורים נתנו לילדיהם את המרכיב הגופני שלהם והיו האמצעי להבאתם לעולם. עובדה זו יוצרת חיובים הלכתיים רבים בין הילדים להוריהם. אולם כל זה אינו יוצר בעלות במובן הממוני, ויש להגדיר קשר מיוחד זה בדרך אחרת.

### 3. המשכיות ומשמעות

יתירה מזאת נאמר במסכת נדרים (סד, ב):

אמר ר' יהושע בן לוי: כל אדם שאין לו בנים חשוב כמת, שנאמר: "הבה לי בנים ואם אין מתה אנוכי"...

הילדים נותנים לחיי הוריהם **משמעות**, כאשר הם מקדישים את חייהם לגידולם. וכך נכתב בספר חובות הלבבות (פתיחה לשער ג):

ותחילתם טובת האב על בנו. ומן הידוע, כי הוא מכוון רק לתועלת עצמו **בו, כי הבן נתח מהאב עם עוצם תקוותו בו.** והלא תראה, כי הוא **מרגיש עליו יותר מגופו** במאכלו ובמשתהו ובכסותו, ולדחות כל נזק מעליו, ונקל בעיניו סבל הטורח והיגיעה בעד מנוחתו, עם מה שהוטבעו עליו האבות מן הרחמים והחמלה על בניהם...

193. מתוך בד"מ 1/81 'י נגר נ' א' נגר פ"ד לח (1) 365, עמ' 412.



הבנים והבנות גם מעניקים להוריהם **המשכיות** הקושרת אותם אל הדורות הבאים ואל הנצח. בגמרא (תענית ה, א) מובאים דברי ר' יצחק:

יעקב אבינו לא מת... שנאמר: "ואתה אל תירא עבדי יעקב... כי הנני מושיעך מרחוק ואת זרעך מארץ שביים". מקיש הוא לזרעו, מה זרעו בחיים - אף הוא בחיים.

ועל כך כותב הכלי יקר (בראשית מז, כט):

כי הבן יש בו חלק מן אביו, וכל עונֵך ירך אִמו ואביו הוא; ובהיות זרעו בחיים אז דומה כאילו גם הוא בחיים, רצה לומר: חלק ממנו.<sup>194</sup>

על פי אותו עיקרון כותב הרש"ד הירש בפירושו לפרשת הייבום (דברים כה, ה):

המצווה הראשונה שניתנה לאדם היא "פרו ורבו" ולצורך זה - "וכבשוה" (בראשית א, כח), והרי זו המצווה להוליד בנים ולחנך בנים ולקנות רכוש לצורך שני אלה. קיום המצווה הזאת הוא הייעוד הארצי הראשון של האיש ומילוי הייעוד הזה כלול במושג הבית שה"בנים" הם אבני ה"בניין" שלו...

הפרשה שלנו דנה באיש ששאף למלא את הייעוד הזה של חייו הארציים, ולשם כך הוא הקים בית ובא בברית הנישואים. הוא קיווה למלא את התפקיד הזה בבית אשר בנה; ואילו זכה, הייתה אשתו יולדת לו בנים שיחיו אחריו, ובעבודה חינוכית משותפת היו מעצבים את בניהם כצלמם וכדמותם הרוחנית והמוסרית, ולמען עתיד בניהם היו מנצלים את האמצעים הרבים או המועטים שניתנו לו מאת ה'...

**החינוך** אינו רק מצווה הלכתית שניתנה להורים כאפוטרופוסים על ידי מי שהפקיד בידיהם את ילדיהם, אלא הדרך להמשיך את מורשתם הרוחנית שלהם

---

194. וכן כתב הכלי יקר שם מז, כז: "וביאור הדבר כך הוא, שכל מי שמניח בנים דומה כאילו אינו מת, לפי שעובר ירך אִמו הוא וכרעיה דאבואה הוא וחלק מן האב כלול בן, כשהבן בחיים אז גם חלק אביו הכלול בו בחיים...". בהמשך הדברים בשני המקומות, הכלי יקר מתנה את זה בכך שהבנים הולכים בדרך הישר של אביהם. וכן בספר 'חנוכת התורה' (מאת ר' אברהם יהושע השל מקרקא), פרשת ויחי, אות מט: "רצה לומר שהוא זרעו הוקשו אהדדי, דהיה לו זרע כמותו ולא נקרא 'מת'. אבל באמת מת יעקב אך מפני שיש לו זרע כמותו משום הכי אמרינן דיעקב נקרא לא מת". דברים דומים כתב גם המהרש"א בחידושי אגדות שם, בפירושו הראשון. ועי' גור אריה שם מט, לג; תורה תמימה שם הע' מו.

ושל הוריהם וסביהם מדור לדור. הרש"ר מרחיב על כך בפירושו לציורי "פרו ורבו" שניתן לאדם וחווה עם בריאתם (בראשית א, כח):

אין די בהולדת ילדים כדי שמין האדם יתרבה. הטיפול בוולדות הוא תנאי להתרבות - גם ברבים מבעלי החי; והוא הכרח גמור במין האנושי - ולו רק מבחינה פיסית גרידא. ולד האדם יאבד מיד, אם הורים לא יטפלו בו משעת לידתו ולא ישקדו על קיומו והתפתחותו הגופנית. לא הלידה, אלא הטיפול הוא הגורם האמיתי של התרבות האדם. אולם, "רבה" כולל למעלה מזה. חובת ההורים להתרבות בבניהם: הם יקומו בדמות בניהם; והבנים יהיו דומים להוריהם - לא רק מבחינה גופנית, אלא מבחינה רוחנית ומוסרית.<sup>195</sup> על ההורים לשתול ולפתח בבניהם את מיטב כוחותיהם הרוחניים והמוסריים; קיצורו של דבר: עליהם לעצב ולחנך את בניהם מבחינה רוחנית ומוסרית. רק אז יקומו ההורים בדמות בניהם ויקיימו את מצוות "רבו".<sup>196</sup>

כך יש להבין גם את מושג הירושה בדיני ישראל. משמעותה היא שהעברת הנחלה לבנים ממשיכה את קיומו של האב דרכם.

וכך כותב בעל המאור (לר"ף ב"ב נב, א) כשהוא מסביר את העקרונות של דיני הירושה בתורה:

לפיכך יעקב קודם לאברהם בנכסי יצחק, שהרי ביעקב אנו רואים את יצחק כאילו הוא קיים.

על פי זה נבין את מה שאמרו בנות צלפחד למשה רבנו (במדבר כז, ג-ד):

אבינו מת במדבר... ובנים לא היו לו. למה ייגרע שם אבינו מתוך משפחתנו, כי אין לו בן? תנה לנו אחוזה בתוך אחי אבינו!

בנות צלפחד לא התלוננו על כך שלא קיבלו נחלה, אלא דאגו לכך ששם אביהן לא ייגרע מתוך משפחתו. מי שאינו מוריש את נחלתו לדורות הבאים, אין מי שימשיך את קיומו, ובכך הוא נגרע ונחסר מן המשפחה הממשיכה להתקיים לדורות.<sup>197</sup>

195. ועי' בפירוש הרש"ר הירש ויקרא כו, ט.

196. ועי' במאמרו של הרב זאב שמע, "ודבק באשתו והיו לבשר אחד (שיח זכויות מול מוסר יהודי - המחויבות ההדדית ליחסי אישות כמקרה מבחן)", פרק ד, 2 (בספר 'ראויים לטוב', עמ' 125).

197. יש להעיר כי המונח "גריעה" בלשון המקרא שונה מאוד ממשמעותו בימינו. כיום משתמשים

יש בירושה ממד הממשיך לקיים את אישיותו וזהותו של האב באמצעות ילדיו. הדבר בא לידי ביטוי במה שנאמר במסכת עירובין (ע, א):

בעא מיניה רבא מרב נחמן: יורש מהו שיבטל רשות? היכא דאי בעי לערובי מאתמול מצי מערב, בטולי נמי מצי מבטל; אבל האי, כיוון דאי בעי לערובי מאתמול לא מצי מערב לא מצי מבטל או דלמא יורש כרעיה דאבוה הוא? - אמר ליה: אני אומר מבטל, והני דבי שמואל תנו: אין מבטל.

להלכה נפסק שיורשו של אדם שנפטר במהלך השבת יכול לבטל את רשותו לשכניו, מפני שהוא נחשב כממשיכו. וכך כותב הרמב"ם (הל' עירובין פ"ב ה"ב):

והיורש מבטל רשות אף על פי שמת מורישו בשבת; שהיורש קם תחת מורישו לכל דבר.<sup>198</sup>

הירושה בישראל היא הדרך להמשיך את קיומם של ההורים דרך בניהם. ולעומת זאת, בבני נח אין בה אלא סידור טכני של חלוקת העיזבון לאחר מותו של האדם מתוך אומדן של רצונו האחרון.<sup>199</sup>

---

במילה זו במשמעות של דבר פחות ערך (עי' רש"י בראשית ד, ד), ואילו בלשון התנ"ך גריעה היא חיסרון, כאשר משהו נגרע מן הדבר השלם שהוא שייך אליו. וכך נאמר בסוף ספר במדבר (לו, ב-ד): "ואדוני צווה בה' לתת את נחלת צלפחד אחינו לבנותיו. והיו לאחד מבני שבטי בני ישראל לנשים, ונגרעה נחלתן מנחלת אבותינו ונוסף על נחלת המטה אשר תהיינה להם ומגורל נחלתנו ייגרע, ואם יהיה היובל לבני ישראל, ונוספה נחלתן על נחלת המטה אשר תהיינה להם ומנחלת מטה אבותינו ייגרע נחלתן".

198. וכך נפסק גם בשו"ע או"ח שפא, ו.

ועי' צפנת פענח (סי' שיג) שכתב על פי הדברים הללו: "דהיורש הוא כמו עצם, בגדר כרעי דאבוה (עירובין ע.)... ולכן בן הוי עצם...". על פי עיקרון זה כתב בהתייחסות לדברי הרמב"ם, הל' מתנות עניים פ"ג ה"טז: "יורשים שירשו קרקע הווה כאילו הם עצמם לוו, דהם במקום האב". ובאור שמח (הל' נחלות פ"ב ה"א): "ברא כרעא דאבוה דמי וכמאן דקאי אבוהון בחיים". רעיון זה מובא גם עי' הר"א וסרמן ה"ד בספר קובץ שיעורים (ח"ב ס"י יב אות מב) בדיון על האפשרות שאב יוריש לבניו קנס שהוטל עליו.

הקשר הזהותי שבין האב לבנו הוא משמעותי עוד יותר כאשר מדובר בן בכור שהוא "ראשית אוננו" של אביו (דברים כא, יז). על פי העיקרון הזה מסביר הרש"ד הירש את דינו המיוחד של הבכור בירושה, וכתב: "הוא נוטל זכויות עדיפות בנכסים, ומיד עם פטירת האב הרי הוא ממשיך את אישיותו בקרב הנותרים". ומוסיף בפירושו לברכת יעקב לראובן: "יעקב אומר, אתה 'כוחי'... כוחי חבוי בך, רוחי ימשיך לפעול על ידך. הצלחה או כישלון בחינוך הבן או הבת הבכירה כמעט קובעים את החינוך לשבט או לחסד, גם אם רבו אחריהם עוד בני צעירים".

199. רש"י (יבמות סב, א ד"ה בנוכריות) ועוד ראשונים מסבירים שאצל בני נח נכון להשתמש במונח "ירושה", ולכן אצלם אין הבכור נוטל פי שניים והבנות יורשות כמו הבנים, ואילו בישראל נכון

ומכל זה עולה כי ההורות בישראל היא מרכיב מרכזי בזהותו ובמשמעות קיומו של כל אדם ולא רק תפקיד שהוטל עליו.<sup>200</sup>

#### 4. הורות וזהות

ההלכה היהודית נותנת משקל גדול לזהותו של הילד.

הדבר בא לידי ביטוי בהקפדה של חז"ל על כך שלכל ילד יהודי שנולד יהיה ברור מיהו אביו. ולשם כך קבעו שאישה שהייתה נשואה והתאלמנה או התגרשה, צריכה להמתין שלושה חודשים עד שתוכל להינשא לאדם אחר.<sup>201</sup> אומנם לדעת רבא, הנימוק לכך הוא מעשי, שמא יישא אח את אחותו וכדו', אולם לדעת שמואל, שם, הנימוק לכך הוא עקרוני:

משום דאמר קרא (בראשית יז, ז): "להיות לך לאלהים ולזרעך אחריו" - להבחין בין זרעו של ראשון לזרעו של שני.

ומפרש רש"י (ד"ה ולזרעך):

שאיך השכינה שורה אלא על הוודאים, שזרעו מיוחס אחריו, והכי נמי קיימא לן בנדרים (דף כ, ב): "וברותי מכם המורדים והפושעים בי" (יחזקאל כ, לח) - אלו בני ערבוביא.

---

להשתמש במונח "נחלה", המבטא את ההמשכיות של האב בדמותם של בניו. הבחנה זו מוסברת בהרחבה בדברי הרש"י הירש (בראשית ט, כב). ועל כך כותב הרוגאצ'ובי (שהובא בהערה הקודמת): "ועיקר הגדר, דגבי ישראל אמרינן דהירוש הוא כמו עצם... אבל גבי בן נח ליכא עצם, משום דעצם לא משתנה, וגבי בן נח יש שינוי, דאם מתגייר פקע האב... לכך רק מחמת קורבה, ובזה בן ובת שווין...".

200. לאור מה שהבאנו מדיני ירושה, ניתן להבין יותר מדוע ההורות בגויים אינה מוגדרת כ"קשר זהותי" ומה שנותר ביחס אליה הוא להשתמש בהגדרות משפטיות.

201. יבמות מא, א - מב, א; רמב"ם הל' גירושין פי"א הי"ח; שו"ע אה"ע יג, א. ועי' יבמות ק, ב: "אמר שמואל, עשרה כהנים עומדים ופירש אחד מהם ובעל - הוולד שתוקי... שמשתקין אותו מדין כהונה; מאי טעמא? אמר קרא, 'והייתה לו ולזרעו אחריו' - בעינן זרעו מיוחס אחריו וליכא. מתקיף לה רב פפא, אלא מעתה, גבי אברהם דכתיב: 'להיות לך לאלהים ולזרעך אחריו', התם מאי קא מזהר ליה רחמנא? הכי קאמר ליה: לא תנסב עובדת כוכבים ושפחה, דלא ליזיל זרעך בתרה. מיתיבי: ראשון ראוי להיות כהן גדול; והא בעינן זרעו מיוחד אחריו וליכא! זרעו מיוחס אחריו דרבנן, וקרא אסמכתא בעלמא, וכי גזור רבנן - בזנות, בנישואין לא גזור רבנן". ומאכן משמע שהחשיבות של הזיהוי המדויק של האב עקרונית פחות.

והיינו ילדים שאין להם זהות ברורה מפני שלא ידוע מיהו אביהם הביולוגי.<sup>202</sup> וכך פוסקים הרמב"ם (הל' גירושין פ"א ה"ח) והשו"ע (אה"ע יג, א):

כל אישה שנתגרשה או שנתאלמנה - הרי זו לא תינשא... עד שתמתין תשעים יום... להבחין בין זרעו של ראשון לזרעו של שני.

ומדבריהם עולה שהנימוק לכך הוא השיקול העקרוני, כדעת שמואל, שכל בן צריך להיות מיוחס בבירור גם לאביו ולא רק לאימו.<sup>203</sup>

לעיל (פרק ב) עמדנו על ביטוי נוסף למשקל שההלכה נותנת לזהותו הביולוגית של הילד, והוא, שברמה העקרונית היא אינה מכירה באפשרות להפקיע את ההורות

202. ועי' בפירוש המיוחס לרש"י, נדרים שם. וכן בר"ן (שם), ברא"ם ובראב"ד (בשטמ"ק שם). רש"י עומד על רעיון זה גם בפירושו לספר במדבר (א, יח): "ויתילדו על משפחתם - הביאו ספרי ייחוסיהם ועדי חזקת לידת כל אחד ואחד, להתייחס על השבט". המדרש (שיר השירים רבה ו, ח) מוסיף שהאפשרות המעשית להתייחס אחר האב מייחדת את עם ישראל מאומות העולם, וכותב: "ר' לוי אמר, 'שישים [המה מלכות] ושמונים [פילגשים]' - הרי מאה וארבעים. שבעים מהם מכירים אבותיהם ואין מכירים אמותיהם, ושבעים מהם מכירין אמותיהם ואין מכירין אבותיהם. 'ועלמות אין מספר' - שאין מכירין אבותיהם ואמותיהם. יכול אף ישראל כן? ת"ל: 'ויתילדו על משפחתם לבית אבותם'". ואף שברמה העקרונית גם גוי מתייחס לאביו, במקרים רבים קשה לדעת מיהו.

203. ישנה מחלוקת כיצד לפסוק במחלוקת שבין האמוראים: מדברי הרמב"ם והשו"ע משמע שהלכה כשמואל, וכך מסביר בדעתם הערוך לנר (יבמות שם). לדעת עמק המלך (לרמב"ם שם) והבית שמואל (ס"ק א) הלכה כרבא. המאירי (ד"ה זה) אומר ששני הנימוקים קיימים בהלכה. כדבריו כותב גם היש"ש (יבמות פרק ג אות כב), ומביא לכך ראיה מהרי"ף והרא"ש שהביאו את שתי הדעות. וכך משמע מדברי הט"ז (ס"ק א).

בהסבר דעת שמואל כותב הרדב"ז בתשובה (ח"א סי' רסד) בדעת הרמב"ם שחובת ההבחנה היא מדאורייתא. לדעת הבית שמואל, הפת"ש (ס"ק א) ועמק המלך (לרמב"ם שם), חובה זו היא מדרבנן (וכן משמע מתוס' מגילה יג, ב ד"ה וטובלת). והקדן אורה (יבמות שם) מסביר, שאף אם נאמר שעצם הצורך בייחוס ברור הוא מדאורייתא, הצורך בהמתנה של שלושה חודשים הוא מדרבנן.

בדור האחרון נדונה שאלה זו בהרחבה בדברי הפוסקים על תרומת זרע ומהווה סיבה מרכזית להתנגדות לכך. עי' שו"ת אגרות משה אה"ע ח"א סי' עא; שו"ת מנחת יצחק ח"ד סי' ה; שו"ת ציץ אליעזר ח"ט סי' נא שער ד פרק ב ופרק ה; שו"ת יביע אומר ח"ב, אה"ע סי' א; שו"ת משנה הלכות ח"ז סי' ריא; שו"ת להורות נתן ח"ג סי' צה.

על ההיבט הרעיוני של הכרת הייחוס נכתב בפנקסי הראי"ה - ח"א פנקס ב (פנקס בויסק), סי' מג: "כלאי זרעים, מבארים ג"כ את התועלת שיש בשמירת הצביון הטבעי, ושחילוקי הגוונים הטבעיים רק כשישמרו ישרימו את המציאות הכללית. ומזה באה הדעה המיושבת של שמירת קדושת המשפחות, וכן סגולות וגבולות עמים, שהוא מורשה לישראל, שלא לערב את הטיפוסים עד שלא יוכרו בהם הרשמים הטבעיים, כי לא יצליח הדבר, רק כשיתוקן ויוטב ע"פ טבעו...".

הביולוגית. זהותו הלאומית של הילד נקבעת על פי אימו.<sup>204</sup> זהותו השבטית נקבעת על פי האב, וכן ייחוסו ככוהן, לוי או ישראל.<sup>205</sup> מעמדו האישי כממזר או כחלל תלוי בכל אחד משני הוריו.<sup>206</sup> בכל הדברים הללו ההלכה אינה נותנת משקל לבית שבו גדל הילד אלא לקשרי הדם שלו - לאביו, לאימו או לשניהם. גם דיני הירושה נקבעים על פי ההורות הביולוגית, כך שאם לא נכתבה צוואה מפורשת באופן תקף על פי ההלכה - ילדים מאומצים יורשים את הוריהם הביולוגיים ואילו הירושה של הוריהם המאמצים ניתנת לקרוביהם.<sup>207</sup> ומשמעות הדבר היא שזהותו של האדם נקבעת על פי קשר הדם. מכלל זה יוצאים רק מקרים שבהם ישנה התנגשות בין הזהות המשפחתית לזהות הלאומית היהודית, כפי שכתבנו לעיל (פרק ב, 5).

וכך כותב הרב יונתן זקס, בספרו "רדיקלית אז רדיקלית עכשיו" (עמ' 36):

כדי להגיע לתחושת שייכות, כל אחד מאתנו צריך לדעת דבר מה על אודות קורותיו האישיים - מי הולידו, מניין בא ואיזוהי ההיסטוריה שהוא חלק ממנה. אנו נוכחים בכך בצורה חריפה מכול במקרים שבהם, מסיבה כלשהי, חסר לנו הידע הזה. ילד מאומץ מפתח כמעט תמיד סקרנות לגבי הוריו הביולוגיים, סקרנות שבמקרים מסוימים מגיעה לממדים כפייתיים. הדבר נכון גם לגבי ילדים שהוריהם נטשו אותם לפני שהיו מסוגלים לפתח קשר. העובדה שאין אדם יודע מיהו, עלולה לערער את בטחונו ולטעת בו תחושה של חוסר שלמות. שאלת זהותו של אדם היא שאלה בסיסית, ואין לו אפשרות לתת לה מענה מבלי שידע שהוא חלק מְעֵבֵר מסוים מוגדר.

וכך כתבו הרב יהושע וייסינגר ופרופ' יחיאל מיכל בר אילן, במאמרם "פונדקאות, תרומת גמטות והכרת הטוב" (אסיא, גיליון קכא-קכב, עמ' 74):

הבהירות ביחסין היא יסוד מוסד ביהדות. ניתן להעריך שהסיבה לכך היא (בין היתר) בשל הרצון לאפשר לכל הורה לדאוג לילדו ולכלל בן לכבד את הוריו. ויתרה מזאת, אף לאפשר לכל אדם להיות ממוקם ברשת חברתית של קשרים גנטיים ובחיריים (נישואין), קשרים המהווים את

204. שו"ע אה"ע ד, ד.

205. ערוך השולחן אה"ע ד, י.

206. שו"ע אה"ע ד, ו.

207. עי' במאמרו של הרב יעקב אריאל, "ביטול אימוץ" (בספר זה, נספח ב, פרק ב).

## מערכת התמיכה הבסיסית וגם מסגרת של זהות חברתית ("למשפחותם לבית אבותם") ולאומית...

ומכל זה עולה חשיבותה המכרעת של שמירת הזהות.<sup>208</sup>

### 5. הורות, מהי?

אם כן, איך ההלכה מגדירה את ההורות בישראל?

להורות משמעות עמוקה מאוד, בה זהותם ומורשתם של ההורים ממשיכה בילדיהם. לכן נראה שלא ניתן להעמיד את מהותה של ההורות רק על קטגוריות משפטיות מוכרות (כמו: קניין, בעלות, זכות, פיקדון, סמכות וכדו'), המבקשות להגדיר את מעמדם של ההורים בהקשרים ספציפיים. גם המונח 'ראויות', שבא להחליף את המושג המודרני 'זכות' (עליו נכתב בהרחבה בספר 'שיח הראויות'),<sup>209</sup> אינו ממצה את משמעותה של ההורות. גם לא ניתן לצמצם את ההורות לאמירה כי ההורים ראויים לכך שיהיו להם ילדים שיוולדו ויגדלו במחיצתם והילדים ראויים לכך שיהיו להם הורים שיגדלו אותם. לא ניתן לראות בקטגוריות אלו את חזות הכול, וודאי שאין לבצע רדוקציה של ההורות למושגים אלו, כאשר היא עצמה רחבה ועמוקה הרבה יותר.

מכל זה נראה שעל פי ההלכה, הקשר שבין הילדים להוריהם בעם ישראל, הוא קשר **זהותי** שלא ניתן להכניס אותו לשום תבנית משפטית מקובלת, מפני שהוא הרבה יותר גבוה מסך כל המאפיינים שלו.<sup>210</sup>

יש בו **ראויות** של ההורים לכל מה שהילדים מספקים להם; יש בו ראויות של הילד לכל מה שהוריו אחראים לספק לו; יש בו **קשר רגשי** עמוק ביותר, שהוא הרבה יותר מכל קשר רגשי אחר;<sup>211</sup> יש בו **סמכויות** מגוונות; יש בו **חובות** רבות שהן רבות מאוד ושונות מאוד מחובותיו של מי שמגדל בעל חיים בביתו; יש בו

208. עיי' לעיל שער א, פרק ב, 6 והע' 54.

209. עיי' לקמן, פרק יג, ופרק יח.

210. ההבנה של ההורות כקשר זהותי מסבירה מדוע ההורות פוקעת במקרי מעבר בין עם לעם. לא תיתכן סתירה בין הזהות המשפחתית לבין הזהות הלאומית, ובכל מקרה כזה מאבדת ההורות את משמעותה. עיי' לעיל, פרק ב, 5.

211. בשיחה עם אם ששכלה את בנה עלתה בעוצמה רבה העובדה כי לא ניתן להשוות את כאבה של אם שכולה לכל כאב על אובדן של משהו אחר. מסיבה זו, הורים שכולים מתקשים יותר מאחרים להתאושש מן האובדן.

**אפוטרופסות** המתפרסת על תחומי חיים רבים;<sup>212</sup> יש בו **אחריות** רבה וארוכת טווח; יש בו **מצוות חינוך**, המעבירה את המורשת הערכית האישית של ההורים הללו אל הילדים שלהם; יש בו מצוות "אל תיטוש תורת אמך" המחייבת את הבן לשמר את מנהגי אבותיו; יש בו **המשכיות** גנטית; יש בו **חיבור לשרשרת של דורות**, המתבטאת בין השאר בדיני ירושה, ומעל לכל זה - יש בו תחושה עמוקה של **שייכות** הדדית. אולם כל המאפיינים הללו הם ביטויים דלים של הקשר עצמו, שהוא הרבה מעבר לסך הכול שלהם. מן הסיבה הזאת לא יהיה נכון לראות את הילדים כקניינו של הקב"ה מבחינת ההגדרה ההלכתית של המושג, אף שהדבר נכון ברמה הרוחנית.

אם נבקש להעמיק במשמעות הרעיונית של דברינו ניתן לדמות את קשר ההורות למה שכותב מרן הרב קוק זצ"ל על הקשר של עם ישראל עם ארץ ישראל (אורות,

ארץ ישראל א; שמונה קבצים ז, יג):<sup>213</sup>

ארץ ישראל איננה **דבר חיצוני**, **קניין חיצוני** לאומה, רק בתור אמצעי למטרה של ההתאגדות הכללית והחזקת קיומה החומרי או אפילו הרוחני. ארץ ישראל היא חטיבה עצמותית קשורה **בקשר חיים עם האומה**, חבוקה **בסגולות פנימיות** עם מציאותה. ומתוך כך **אי אפשר לעמוד על התוכן של סגולת קדושת ארץ ישראל**, ולהוציא לפועל את עומק חיבתה, **בשום השכלה רציונלית אנושית** כי אם ברוח ד' אשר על האומה בכללה, בהטבעה הטבעית הרוחנית אשר בנשמת ישראל, שהיא ששולחת את קווייה בצבעים טבעיים בכל האורחות של ההרגשה הבריאה, ומזרחת היא את זריחתה העליונה על פי אותה המידה של רוח הקדושה העליונה, הממלאת חיים ונועם עליון את לבב קדושי הרעיון ועמוקי המחשבה הישראלית.

במילים אחרות: קשר ההורות בישראל הוא גדול מכל מה שאנו יכולים לבטא במושגים המשפטיים המוכרים לנו, וכל המושגים שמצאנו שמשתמשים בהם

212. נראה שגם הרב"צ עוזיאל (משפטי עוזיאל ח"ב, אה"ע סי' צא; שערי עוזיאל ח"א עמ' 20), המדגיש את מרכיב האפוטרופסות שבהורות, לא רואה אותה כהגדרה של ההורות אלא כ**ביטוי מרכזי** שלה, לצד ביטויים אחרים.

213. הזיקה שבין משמעותה העמוקה של ההורות לבין הקשר של עם ישראל לארצו, עולה גם מדבריו של האדמו"ר האחרון לבית ליובביץ', הרמ"מ שניאורסון זצ"ל, בספר "ערכים בתורת הרוגאצ'ובי עם ביאורי הרבי" (עמ' 51): "רק ע"י הבנת גדרי ירושה ניתן להאיר את עוצמת הקשר של עם ישראל לארצו. ממילא כעת מובן הקשר לשימוש בלשון ירושה עבור הארץ, שבני ישראל לא רק שזכו לקבל את הארץ אלא הם עומדים כביכול במקום המוריש - הקב"ה".



אינם אלא ביטויים חלקיים של דבר שהוא גדול בהרבה מכל אחד מהם ואף מסך הכול שלהם.

כל זה - בישראל. בדיני בני נח הגדרת ההורות היא שונה ובה יש יותר משקל להגדרות משפטיות, כמו בעלות.<sup>214</sup> וצ"ע.

## 6. מסקנה

מכל זה עולה שעל פי ההלכה, כשם שלא ניתן להגדיר את ההורות בישראל כ"בעלות", כ"קניין" או כ"אוסף של זכויות", כך לא נכון לראות את ההורות רק כאפוטרופסות מטעמו של הקב"ה, שהילדים בעצם שייכים לו. מסתבר שהתחושה האינטואיטיבית של כל ההורים עלי אדמות כי ילדיהם הם "שלהם" אינה מופרכת, אף שאין לקבל אותה כ"קניין" במובנו המשפטי. תחושה זו מבטאת את אותו **קשר של זהות** הנובע הן מן הקשר הגנטי והן מן הקשר הרוחני של ההורים עם ילדיהם, בני טיפוחם. הקשר הזהותי נובע מכך שההורה משכפל את עצמו במובן מסוים בכך שהוא מעביר לילד את המטען הגנטי והרוחני שהוא נושא.

אם נבקש להעמיק נוכל לומר כך: ככל שמדובר בגופם של הילדים, הנושא את מטענם הגנטי של הוריהם, הקשר הזהותי יבוא לידי ביטוי במאפיינים מסוימים של **בעלות**, שהם יכולים להיות זכויות, טובות הנאה או סמכויות. וככל שמדובר בהיבטים הרוחניים של הילדים, הקשר הזה יתבטא במאפיינים של **אפוטרופסות** מול השותף השלישי המעניק להם את זהותם כבני אדם הנבראים בצלם אלהים; אולם האפוטרופסות אינה מגדירה את **מהותה** של ההורות אלא את **התפקיד** הנובע ממנה. ומאחר שאישיותו של האדם מורכבת מחומר ורוח השלובים זה בזה, שני ההיבטים הללו שלובים גם הם זה בזה.

214. ייתכן שחלק בלתי נפרד מכך הוא הגדרה אחרת של הקשר שבין כל עם לארצו. בעוד הקשר בין עם ישראל לארץ ישראל הוא נצחי ובלתי ניתן להפקעה, הקשר שבין כל עם אחר לארצו פוקע בכיבוש מלחמה. עי' בהרחבה בשו"ת באוהלה של תורה ח"א סי' קיג.

## יג. הסכמת ההורים לאימוץ

לאור הבירור הנרחב בשער זה (פרקים ד-יב) נוכל לחזור לשאלה המעשית העומדת לפנינו: מהי המשמעות של חתימת האם על טופס ויתור, בו היא מסכימה לאימוץ של בנה, אילו אכן הייתה נעתרת להמלצתם של אנשי המקצוע שביקשו זאת ממנה?

שאלה זו דורשת בירור בראש ובראשונה ברמה העקרונית: האם ההורות ניתנת להפקעה או להעברה?

מעבר להיבטים העקרוניים של האימוץ, יש לו גם היבטים מעשיים, הנוגעים למקום שהילד יגדל בו ולאחריות ולסמכות לטפל בו. וכפי שכתבנו לעיל (פרק ב.1), הדיון בהיבטים אלו, אף שהוא מושפע מן השאלה העקרונית, דורש התייחסות בפני עצמה.

קודם שנדון בשאלה זו, עלינו לברר את המערכת המושגית שבה יתנהל הדיון. הדיון בראשיתו יהיה רעיוני, ועל בסיס הקדמה זו נוכל להגיע לדיון ההלכתי.

### 1. "שיח הראויות"

אם ההורות היא מושג משפטי (כמו: בעלות או זכויות), המערכת המושגית שבה יש לנהל את הדיון היא שפת ה"זכויות"; ואכן זהו מישור הדיון בדיני בני נח. אולם ביחס ליהודים יש להשתמש במערכת מושגית שונה.

בספר "שיח הראויות" (בהוצאת מרכז 'אחוה', תשע"ט) מובא המושג החלופי העולה מתוך המקורות התורניים, והוא ה"ראויות". מושג זה מניח שכל אדם ראוי לטוב מכוח היותו נברא בצלם אלהים, ושהמחויבות להעניק לו את הטוב שהוא ראוי לו באה מתוך תודעה של אחווה כלפיו.<sup>215</sup>

מושג ה'ראויות' שונה ממושג ה'זכות' בכמה מאפיינים,<sup>216</sup> ששניים מהם נוגעים לנידון דידן:

215. באופן עקרוני, מושגי האחוה וה'ראויות' נוגעים גם כלפי מי שאינם יהודים (עי' רמב"ם, הל' עבודה זרה פ"י ה"ה, הל' מתנות עניים פ"ז ה"ז, הל' אבל פי"ד הי"ב, הל' מלכים פ"י הי"ב). אולם בכל הנוגע להורות ואימוץ, שפת הדיון המתאימה ביחס אליהם היא המשפטית-קניינית. 216. מאפיין נוסף של הראויות הוא ראיית האדם כסובייקט שיש לו צרכים בעלי משמעות רגשית עמוקה. נקודת מבט זו יוצרת עמדה חמה ואמפתית כלפי כל הנוגעים בדבר, שאנו "רואים" כל אחד מהם על מכלול עמדותיו, צרכיו ורגשותיו ומכירים בהיותם **ראויים** לסיפוק. צורת חשיבה זו מאפיינת את הליך הגישור, בשונה מן ההליך המשפטי.

א. בעוד "זכות" היא דבר שאדם יכול **לתבוע** אותו ממאן דהו בבית המשפט, ה"ראויות" היא מושג מופשט יותר **שאינו בר תביעה** ובדרך כלל אינו מופנה כלפי נמען ספציפי. ומאחר שהראויות אינה ברת תביעה, הדיון בה אינו נתון להגדרות משפטיות נוקשות והוא מותיר מרחב גדול של גמישות ושיקול דעת.<sup>217</sup>

ב. בזמן **שהזכות** היא סוג של "רכוש" השייך לאדם, ה"ראויות" מגדירה את **האדם עצמו**. הוא לא "אדם שיש לו ראויות" כמו "אדם שיש לו זכות" אלא **הוא עצמו** - מעצם היותו אדם שנברא בצלם אלהים, ראוי לדבר מסוים בנסיבות הנתונות. זה לא ש"יש לו זכות", כסוג של רכוש, אלא הוא עצמו - ראוי לכך **במהותו**. המשמעות הערכית של הראויות באה לידי ביטוי במדרש מפורסם על אודות הלל הזקן (ויקרא רבה לד, ג):

"גומל נפשו איש חסד" - זה הלל הזקן; שבשעה שהיה נפטר מתלמידיו, היה מהלך והולך עמם. אמרו לו תלמידיו: ר', להיכן אתה הולך? אמר להם: לעשות מצוה. אמרו לו: וכי מה מצוה זו? אמר להן: לרחוץ בבית המרחץ. אמרו לו: וכי זו מצוה היא?! אמר להם: הן! מה אם איקונין של מלכים שמעמידים אותו בבתי טרטיאות ובבתי קרקסאות, מי שנתמנה עליהם הוא מורקן ושוטפן והן מעלין לו מזונות; ולא עוד, אלא שהוא מתגדל עם גדולי מלכות. אני, שנבראתי בצלם ובדמות, דכתיב "כי בצלם אלהים עשה את האדם", על אחת כמה וכמה!

ד"א "גומל נפשו איש חסד" - זה הלל הזקן שבשעה שהיה נפטר מתלמידיו היה מהלך והולך עמם. אמרו לו תלמידיו: ר', להיכן אתה הולך? אמר להם: לגמול חסד עם הדין אכסניא בגו ביתא. אמרו לו: כל יום אית לך אכסניא?! אמר להם: והדין נפשא עלובתה, לאו אכסניא הוא בגו גופא?! יומא דין היא הכא למחר לית היא הכא.

מה שהלל מעניק לנפשו הוא גמול, שהיא ראויה לו מכוח היותה מימוש צלם האלהים שבו.<sup>218</sup>

217. הגמישות שיש לעיתים ב"שיח הראויות" עלולה להיות לו לרועץ, בשל היעדר הגדרות ואמות מידה ברורות להכרעה, ולעיתים אף בשל היעדר חובה גמורה. משום כך עולה הצורך להסדיר את השימוש במושגים אלה על ידי חקיקה שתיצוק אותם לתוך הגדרות חוקיות מחייבות, כשם שמצוות צדקה יוצקת לתוך מסגרות הלכתיות ברורות את היות העניי ראוי לטוב ולקיום בכבוד. עיי' במאמרו של הרב עזריאל אריאל, "לא בעל זכות: האדם הראוי לטוב", פרק ד (בספר 'שיח הראויות' עמ' 115-118).

218. על כך הרחיב הרב קוק זצ"ל (אורות הקודש א, קפג, פרק יט - כבוד הנשמה): "דמות דיוקנו של

מאחר שה'ראויות' איננה מושג משפטי, המימוש שלה יכול להיות גמיש; אולם היא עצמה חזקה הרבה יותר מכל זכות משפטית. **לא ניתן לסחור בה או לוותר עליה**, ואין דרך להפקיע אותה בשום אקט או הליך משפטי. חשוב לציין כי בסופו של דבר, אף שהמילה "ראויות" אינה רווחת בשפה המדוברת, מושג זה מתכתב בצורה מדויקת יותר עם האינטואיציה הטבעית של האדם.

## 2. תוקפה של חתימת ההורים

כאן לא נדון בשיקולים מעשיים הנוגעים בטובת הילד, ואף לא בנסיבות העשיות להשפיע על תוקפה של החתימה, אלא בשאלה העקרונית: האם יש בכלל תוקף משפטי לחתימת הורה על כך שהוא מוותר על ילדו? האם הורות או חלק ממרכיביה ניתנים בכלל להפקעה? שאלה זו ממחישה את ההבדל הגדול שבין שיח הזכויות לבין תפיסת ה"ראויות". ה"זכות" היא סוג של רכוש השייך למי שנושא בה, כשהוא אומר: "יש לי זכות". מכיוון שכך, דבר מובן מאליו הוא בחשיבה המשפטית המקובלת שיש תוקף משפטי לחתימה זו. והשאלה שתישאר היא רק טכנית: עד כמה נעשתה חתימה זו מתוך רצון חופשי ומודעות מלאה למשמעותה. לעומת זאת, ה"ראויות", מאחר שהיא מגדירה את מהותו של האדם, איננה ניתנת להפקעה, ולכל היותר ניתן להפקיע את ההשלכות המעשיות שלה.

ההתייחסות לשאלה זו קשורה לכל מה שנכתב בפרקים הקודמים:

אילו ההורות בישראל הייתה סוג של **קניין**, הנובע מעצם העובדה שההורים הם שהביאו את הילד לעולם - הרי כשם שהם יכולים להפקיר את קניינם הפרטי או להעביר אותו לאחרים, היה יכול להיות תוקף לחתימה שלהם על מסמך שבו הם מוותרים על ילדם ומסכימים למסור אותו לאימוץ. כך היה הדין גם אילו היינו מגדירים את ההורות כ"זכות" או כאוסף של "זכויות הוריות", שכשם שאדם יכול לוותר על זכויותיו ואף לסחור בהן, היו גם ההורים יכולים לוותר על זכויותיהם בילדיהם.

---

הלל הזקן, הנפש התמה, המלאה חכמה ומחשבה רחבה, העמוסה ענווה ורוחב לב, החשה את חובת הכבוד לעצמה ולגופה, וזיקוק החמלה אל עצמיותה, באותה העדינות של צדקה ורחמים על כל דורש עזרה... גומל נפשו איש חסד".

מצד שני, אילו ההורות הייתה רק סוג של **אפוטרופסות** - אין בסמכותם של ההורים לבטל את האפוטרופסות שלהם על ילדיהם, והדבר נותר בסמכותו של מי שבשליחותו הם פועלים. ולאור זה, התוקף של הוויתור יהיה תלוי בזהותו של המשלח, שהילד שייך לו. אם האפוטרופסות היא מכוחה של **המדינה**, כפי שטוענות תפיסות ליברליות עכשוויות, סמכותה של המדינה היא לקבוע את התנאים לפקיעתה של אפוטרופסות זו והעברתה לגורם אחר. ואם מדובר באפוטרופסות מטעמו של **הקב"ה**, ניתן יהיה להפקיע אותה רק אם ימצא לכך מקור הלכתי מפורש; אולם מקור מעין זה אינו קיים. אין בהלכה מנגנון שבו בית הדין, כשליח של הקב"ה, מוסמך להפקיע את שליחותם-פיקדונם של ההורים, גם במצבים שבהם הוא נדרש לפעול לטובת הילדים ולתקנתם.<sup>219</sup>

ניתן לגשת לשאלה זו מנקודת מבט נוספת, עליה עמדנו בפרקים הראשונים של הספר:

אם ההורות מבוססת על הסכמה - הן הסכמה ציבורית, שהיא חוקית-משפטית, והן הסכמה בין כל הנוגעים בדבר, ההורים הביולוגיים וההורים המאמצים - אכן יש דרך ליצור הורות חדשה באופן מלאכותי על ידי יצירת הסכמה אחרת. אולם אם ההורות היא טבעית, אין היא ניתנת להפקעה כלל ועיקר.

לעיל (פרק ב, 1) עמדנו על כך שעל פי ההלכה, ברמה **המהותית**, הורות אינה ניתנת להפקעה בשום דרך שהיא, והמשמעות של מושג האימוץ בישראל היא בעיקר **מעשית**: היכן יגדל הילד ומי יטפל בו, ואף מי יחזיק בידיו את הסמכויות החוקיות הנובעות מן האפוטרופסות עליו. ההורות עצמה היא "ראויות מהותית" (לעיל סע' 1), שאין שום דרך להפקיע אותה.

יתרה מכך, גם המשמעויות המעשיות של ההורות אינן 'זכות' (עמדנו על כך לעיל, פרק י), וודאי אינן 'בעלות'. לעיל (פרק יב, 4), עמדנו על כך שבדיני ישראל, הקשר שבין ההורים לבין ילדיהם הוא קשר טבעי שאינו ניתן לניתוק. הקשר הזה איננו סוג של **רכוש**, ואף לא אוסף של חובות וזכויות, אלא ביטוי של **זהות**. קשר של זהות הוא עמוק מכל קשר בעל אופי רכושי-קנייני, והזכויות, החובות והסמכויות הכרוכות בו יכולות לכל היותר לבטא מאפיינים חלקיים שלו. זהותו של הילד

219. עי' שער שלישי, פרקים יד-טו, והע' 33.

תמיד תהיה קשורה בהוריו הביולוגיים. ובעוד אדם יכול לוותר על רכושו ויהיה לוותר זה תוקף משפטי מלא, הילד בישראל אינו רכוש של הוריו, ולכן ויתור עליו אינו תקף משפטית גם כאשר מדובר על אותם מרכיבים הנושאים אופי משפטי, כמו זכויות, חובות וסמכויות. כל ניסיון להכניס את הקשר העמוק שבין ההורים לילדיהם לתוך תבניות מוכרות מהתחום המשפטי מהווה השטחה של ההורות, ההופכת אותה למושג נזיל ונתון לשינוי בהינף קולמוס.

ומאחר שבתפיסה היהודית הילד גם אינו שייך למדינה (עי' לעיל, פרק ב, 3-4), גם לה אין סמכות לקבוע פרוצדורה משפטית שבה יהיה תוקף לוותר של ההורים על ילדיהם.

### 3. דעת פוסקים בדורנו

בשאלה זו דנו גם פוסקי הלכה בדורנו.

הרב אליהו בקשי-דורון, במאמרו "אב שמחל על זכויותיו מבנו" (בספר "דברים שיש להם שיעור", עמ' 203 ואילך) דן באב שחתם במסגרת הסכם גירושין על כך שהוא מוותר על כל זכויותיו בבנו בתמורה לכך שגרושתו תישא בכל חיובי ההורים כלפי הבן. מסקנתו היא שאף שיש תוקף מלא להתחייבות הממונית של האם לפרנס את הילד, הסכם זה אינו מפקיע דבר שאינו מהווה זכות ממון; ולכן הבן חייב לכבד את אביו בחייו ולהתאבל עליו במותו. וכמו כן, אם האב יהיה עני ויזדקק לעזרה כלכלית מבנו, כותב הרב בקשי-דורון:

אין מועילה בזה מחילת האב, שצדקה אינה זכות של האב או של הקרוב לתבוע הצדקה או לקבלו מקרובו, אלא היא חובה על הקרוב יותר מאחרים. וגם אם האב או הקרוב מוחל, אינו יכול להפקיע את מצוות הצדקה מהבן, שאין בכוח האב למחול על מצוות הצדקה של בנו ולהטיל את עצמו על הציבור. וברור הוא שאין כאן עניין של מחילה וויתור כלל. ואם לא יהיה לאב מה לאכול, יצטרך הבן לפרנסו כפי מה שהוא יכול.<sup>220</sup>

220. על כך שמצוות צדקה מבוססת על "ראויות" ולא על "זכות" עמדו הרב עזריאל אריאל, במאמרו "לא בעל זכות; האדם הראוי לטוב", פרקים א-ד (בספר 'שיח הראויות' עמ' 106-118), והרב זאב שמע, במאמרו "יוצר מידו עושר וְרִישׁ - מדיניות כלכלית וחברתית במשנת המהר"ל", חלק ב פרק ד (בספר "וחי אחיך עמך", עמ' 67-68).

וכך כותב הרב יעקב אריאל במאמרו "ביטול אימוץ" (בספר זה, נספח ב, פרק ב):  
 הסכמה לוותר על ילד אין לה שום משמעות הלכתית... קשר משפחתי  
 הוא קשר של דם, ואינו ניתן בשום צורה שהיא לביטול... לאור זאת,  
 גם אם היה קניין בויתור של האם על ילדה, אין הוא אלא קניין דברים  
 בעלמא.<sup>221</sup>

באותה מידה יש להתייחס להולדת ילדים בתהליך של מכירת זרע.<sup>222</sup> במקרה זה,  
 האב הביולוגי מוסר את ילדיו (לעיתים מדובר במאות ילדים לאב אחד!) למישהו  
 אחר שיגדל אותם במקומו, תוך שהצדדים לעסקה חותמים על הפקעה מוחלטת  
 של ההורות הביולוגית. אומנם ברמה המעשית אפשר לתת תוקף לכך שהאם  
 תהיה האפוטרופוס החוקי על הילד ותתחייב לפרנס אותו ולטפל בו גם בלי  
 עזרתו של האב הביולוגי, אולם ברמה המהותית אין לויתור של האב שום תוקף  
 הלכתי, ואם יתברר ביום מן הימים שהאם אינה מסוגלת למלא את התחייבויותיה  
 ואין מי שמוכן למלא אותן במקומה - תחזור החובה המלאה אל האב (ולא אל  
 המדינה!); וכמו כן יחולו על הבן כל החובות המוטלות על בן כלפי אביו.<sup>223</sup>  
 כאשר מדובר במשפחה שאינה יהודית, כתב הרב אריאל (שם, פרק ה) שמעיקר  
 הדין יש תוקף לחתימת ההורים על ההסכמה לאימוץ. אולם למעשה הוא מסתפק  
 אם הדין לא ישתנה בדורנו, לאור העובדה שתפיסת ההורות כבעלות עברה מן  
 העולם.

#### 4. חזרה מהסכמה לאימוץ

ממה שכתבנו אין להסיק שבדיני ישראל אין כל משמעות לחתימה על הסכמה  
 לאימוץ. הרי לא נכון לכפות על הורים לגדל את ילדיהם בניגוד מוחלט לרצונם,  
 שכן הדבר נוגד בעליל את טובת הילד. ודאי שהדבר אינו נכון כאשר חוות דעת  
 מקצועית מעידה גם על מסוגלות הורית נמוכה. משמעותה של החתימה על

221. ועי' בנספח שם, פרק א.

222. שאלת ההורות במכירת ביצית או בפונדקאות מורכבת יותר. על כך עי' לעיל, פרק ב, 3.

223. על הזיקה שבין הנולד מתרומת זרע לבין התורם, עי' שערי עוזיאל ח"ב שער מא סע' ב והע'  
 ב; ספר פוע"ח ח"ב עמ' 293-294; מאמר הרב ד"ר מרדכי הלפרין "הגדרת הורות וזכות איתור  
 השורשים הביולוגיים" (בספר "דילמות באתיקה רפואית", עמ' 161-188) בראש הפרק "זכות  
 איתור השורשים הביולוגיים". ועי' חוות בנימין ח"ג ס' קז.  
 על המצב המשפטי המקובל עמדה ד"ר יעל ויילר, במאמרה "האם הפונדקאית והשינויים  
 בתפיסת ההורות" (אסיא, כרך יב עמ' 259-260).

טופס ההסכמה היא בהשפעתה על שיקול מרכזי אחד: האחריות לגידולו התקין של הילד - הן ברמה הגופנית, הן ברמה הרגשית והן ברמה החינוכית.

אחד הדברים העולים מדיון זה הוא החובה המוטלת על הרשויות, שאל לה להצטמצם בהסברה להורים את משמעותה החמורה של החתימה ולוודא שהם עושים זאת מתוך הכרה מלאה ורצון חופשי. הסכמה לאימוץ אינה דומה להענקה במתנה של דירה, גם אם היא שווה 2,000,000 שקל. לכן ישנה חובה לעשות כל מה שניתן כדי לשכנע אותם להסכים לגדל את הילד ולא לוותר עליו. לשם כך צריך להעמיד לרשותם אמצעי סיוע מגוונים, כמו: טיפול פסיכולוגי, הדרכה הורית, העמדת סומכת, סיוע כלכלי, תמיכה וליווי של המשפחה הרחבה ועוד. ורק אם למרות כל זאת מתברר שהם אינם מסוגלים לגדל את הילד, יהיה מקום לקבל את חתימתם - לא כאקט בעל תוקף משפטי אלא כעדות על כך שלא נכון להשאיר אצלם את הילד, מאחר שהדבר נוגד בעליל את טובתו ותקנתו.

אולם שאלת התוקף של החתימה עולה בעוצמה רבה במקרה שההורים חוזרים בהם מחתימתם. אילו הייתה ההורות "זכות" כמו כל זכות קניינית, הרי שברגע שנחתם הסכם מסודר שבו אדם מוותר על זכויותיו הקנייניות, אין הוא יכול לחזור בו. אולם מאחר שההורות איננה זכות קניינית, אלא שההורים ראויים לגדל את ילדם מכוחו של הקשר הביולוגי שבמהותו אינו ניתן לניתוק - "ראויות" זו אינה פוקעת בחתימה על מסמך משפטי גרידא.

מקרה דומה במקצת נדון בשו"ת המבי"ט (ח"ב סי' סב). הדיון נפתח בעיקרון שנקבע בגמרא (כתובות קא, ב) שבמקרה של גירושין, הבת גדלה בבית האם. המבי"ט מסביר שטעם הדבר הוא "שתלמד לה אומנות נשים וצניעות דרך נשים". בהמשך לכך דן המבי"ט באישה שהסכימה למסור את בנותיה לאביהן שיגדל אותן, ואחר כך חזרה בה. והוא כותב:

וא"כ, אפילו נתרצית האם לתתן לאב, חייב להחזירן כשתרצה היא להחזירן לביתה; כי מה שאמרו "הבת אצל אימה" - לא בשביל קירוב ואהבת האם לבת יותר מן האב נגעו בה, אלא לתיקון הבת שתלמוד דרך נשים עם אימה כדאמר. וא"כ, מה לי שנתרצית לתתה לו אז וחזרה ונתרצית לקחתה אצלה, או שהייתה אצלה מקודם?

טענתו של המבי"ט היא שהבת אצל האם לא מפני שזוהי זכותה של האם, אלא משום שזו אחריותה כלפי בתה. על זכות אפשר לוותר, אבל לא על האחריות הנובעת מהקשר הטבעי שבין אם לבתה.<sup>224</sup>

224. ברמה הרעיונית ניתן לדמות חזרה של הורים מהסכמה למסירת ילדם לאימוץ לקשר שבין ארץ



ביתר חריפות כותב הרב אליקום דבורקס, בספר 'על בן אימצת לך' (עמ' נא):  
 לפי משפט העברי מסירת הילד על ידי האם לאחרים אינה מונעת אותה לקבל את הילד בחזרה אם לטובת הילד הוא לחזור לאימו. זאת אומרת שעל פי ההלכה אין שום סמכות לאם לוותר על בנה, שכן הזיקה של האם לילדה שונה לחלוטין מזיקת בעל חפץ לחפצו. בעוד שבעל חפץ רשאי למכור את חפצו, אין האם יכלה לוותר על בנה, כי אמא נשארת על פי הלכה בכל עת. ולכן גם אם האם ויתרה על בנה, יכולה לחזור בה מוויתורה ולקבל את בנה.

לכן ברמה העקרונית יכולים ההורים לחזור בהם מחתימתם. וגם ברמה המעשית, אם מדובר בתקופה קצרה לאחר החתימה, ובדיקה מקצועית תעלה מסוגלות הורית סבירה, יש לאפשר להם להתחרט על חתימתם. החתימה על טופס הוויתור אינה אלא אינדיקציה לכך שקשה לסמוך עליהם שהם אוהבים את הילד, קשורים אליו ומוכנים לקחת אחריות מלאה לגידולו גם בנסיבות מאתגרות; ולכן יש לתת להם הזדמנות להראות לנו שאכן אפשר לסמוך עליהם.

ברם חשוב לציין שישנה גם דעה החולקת על כך. לעיל (פרק י, 3) הבאנו את דעת הרב צבי רייזמן (רץ כצבי, אה"ע ח"א עמ' תא-תב), הסובר שיש להורים מעמד משפטי של "חזקה" כלפי ילדיהם, בין נגדיר אותו כזכויות ובין כאפטרופסות. על פי זה הוא קובע שיש תוקף הלכתי למסירת הילד לאימוץ מכוחן של דרכי הקניין המקובלות במנהג בני אדם במצבים כאלה, והוא כותב:

לדעתי נראה כי את ה"חזקה" או ה"זכויות" הללו ודאי ניתן ואפשרי להעביר על ידי הסכם וקניין.

לאור זה הוא מסיק ביחס להסכם פונדקאות:

גם אם אין להורים בעלות וזכות כלל בילדיהם, מכל מקום מצינו בדברי הפוסקים שיש מושג של "אימוץ" ילד, ואף יש לכך השלכות הלכתיות...

---

ישראל לעם ישראל (עמדנו על כך לעיל, פרק יב, 5). אחד המרכיבים של הגלות הוא שהארץ מקיאה מעליה את העם כשהוא חוטא ומטמא אותה (ויקרא יח, כח; כ, כב). אולם אף על פי שארץ ישראל הקיאה וגירשה את עם ישראל מעליה, יש דרך חזרה, עליה דיברו נביאי ישראל לדורותיהם. וכך נאמר בברכה החמישית משבע הברכות הנאמרות תחת החופה: "שש תשיש ותגל העקרה בקיבוץ בניה לתוכה בשמחה. ברוך אתה ה'; משמח ציון בבניה". הקשר שבין עם ישראל לארץ ישראל הוא לא קשר של זכות, היכולה לפקוע בתנאים מסוימים. הוא קשר של מהות, של זהות, קשר של חיים (עי' אורות, ארץ ישראל פרק א); וקשר כזה לא יכול להינתק לעולם.

ואם כן לכאורה הסכם הפונדקאות לא גרע מהסכם אימוץ שיש לו תוקף על פי ההלכה מדין 'סיטומתא', ואין להורים שמסרו את הילד לאימוץ אפשרות לחזור בהם.<sup>225</sup>

לדעתו, ההורות היא מושג משפטי, ולכן יש תוקף מלא למעשה הקניין שבו ההורים מוותרים על ילדיהם.

עם זאת, אם ההורים חזרו בהם מחתימתם לאחר זמן רב, וודאי לאחר שהילד נקשר להוריו המאמצים, יש להתחשב בשיקולים של טובת הילד, ואף בשיקולים שונים של תקנת הציבור, ולהימנע מלהשיבו לחיק הוריו הביולוגיים.<sup>226</sup> וכך כותב הרב יעקב אריאל במאמרו "ביטול אימוץ" (בספר זה, נספח ב פרק ד) ביחס לטובת הילד:

אם הילד התקשר כבר נפשית להוריו המאמצים, וניתוקו מהם עלול לגרום לו טראומה קשה, יש מקום להעדיף את טובת הילד ולהשאירו אצל ההורים המאמצים. מה גם, שאימוץ בדרך כלל לא נעשה בקלות - לא כל ילד נלקח מאמו לאימוץ; קודם לכך בדרך כלל בירור מעמיק. סוף סוף אין להכחיש את העובדה שהאם ויתרה בזמנו על ילדה. הלוא דברים בגו! אם רגילה לא עושה זאת, ורק במקרה בעייתי במיוחד נעשה

225. ועי' במה שהעיר שם, עמ' שצז, על דברי הרב דבורקס.

226. בהקשר זה יש לשאול: עד כמה נדרש להתחשב במצוקתם של ההורים המאמצים, שציפו שנים רבות לילד משלהם ולא זכו לכך, ולאחר תהליך ארוך קיבלו ילד לאימוץ ואף נקשרו אליו רגשית, ועכשיו ייאלצו להיפרד ממנו לעולם.

המצוקה של ההורים המאמצים במצב כזה מזכירה את מה שנאמר בגמרא (ברכות לא, ב) על חנה, אימו של שמואל, שזכתה לפרי בטן לאחר שנים רבות של עקרות כואבת. עלי טען ששמואל הורה הלכה בפני רבו וחייב מיתה. על כך מסופר שם: "אתיא חנה וקא צווחה קמיה [=באה חנה וצווחה לפניו], 'אני האישה הניצבת עמכה בזה [להתפלל אל ה']' (שמו"א א, כו). אמר לה, שבקי לי דאענשיה, ובעינא רחמי ויהיב לך רבא מיניה [=הניחי לי ואעניש אותי, ואבקש רחמים ויתנו לך בן גדול ממני]. אמרה ליה (שם, פס' כז), 'אל הנער הזה התפללתי'."

גם אם ההיגיון ההלכתי, המקצועי או המשפטי יביאו למסקנה כי יש להחזיר את הילד לידי הוריו הביולוגיים, יש כאן דילמה קורעת לב, כעין מה שנאמר בגמרא (סנהדרין צח, ב): "...אמר ר' יוחנן, ייתי ולא יחמיניה... [=יבוא המשיח ולא אראנו]... דכתיב (ירמיהו ל, ו): 'שאלו נא וראו אם יולד זכר. מדוע ראיתי כל גבר ידיו על חלציו כיולדה ונהפכו כל פנים לירקון?'. מאי 'ראיתי כל גבר? אמר רבא בר יצחק אמר רב: מי שכל גבורה שלו [=הקב"ה]. ומאי 'ונהפכו כל פנים לירקון? אמר רבי יוחנן: פמליא של מעלה [=המלאכים] ופמליא של מטה [=עם ישראל]. בשעה שאמר הקב"ה: הללו [=הגויים] מעשה ידיי והללו [=היהודים] מעשה ידיי, היאך אאבד אלו מפני אלו?."

דבר קשה כגון זה. יש אפוא לבדוק היטב, האם באמת היא מסוגלת להיות אם טובה ומסורה אחרי מה שעשתה; האם הילד לא יסבול סבל גדול מדי ותיגרם לו צלקת נפשית עמוקה ובלתי הפיכה?

הוא מוסיף על כך גם את ההיבט של תקנת הציבור:

יש לבחון נושא זה בראייה מערכתית כוללת... מוסד האימוץ נחוץ לשם פתרון בעייתם של ילדים אומללים אלו. אם לא ימצא מאמץ לילדים, הם יסבלו סבל רב, ובמקרים חריגים הם אף עלולים להידרדר למצב של פיקוח נפש חלילה. טובת מוסד האימוץ מחייבת שיימצאו הורים שיהיו מוכנים לאמץ, ודבר זה קיים רק אם ברור יהיה להם שההורים הטבעיים לא יוכלו לחזור בהם, אלא במקרים בודדים ובתוך זמן קצר מאז תחילת האימוץ, שאם לא כן תיגרם לילדים רעה תחת טובה. יש צורך אפוא לתקן תקנה הולמת, שתמנע את העברתם של ילדים מיד ליד ללא צידוק הכרחי לכך.

ומתוך כך הוא מסיק:

מסקנתנו היא אפוא, שבעיקרון טובת הילד מחייבת שיגדל אצל הוריו הטבעיים, ורק כאשר ברור שגידולו אצל הוריו יפגע בו פגיעה קשה יש למוסרו לאימוץ. אך במקביל, האם הטבעית יכולה לחזור בה רק בתנאי שהדבר לא יפגע פגיעה קשה בטובת הילד. כמו כן יש להביא בחשבון את הצורך לייצב את מוסד האימוץ, ולאפשר להורה לחזור בו רק בפרק זמן קצר, לפני שנוצרת התקשרות עמוקה בין הילד להוריו המאמצים, ובטרם ייגרם לו נזק קשה בהחזרתו להוריו.

אולם הוא נוטה להכיר בתפיסה המשפטית המקובלת כאשר מדובר בהורים שאינם יהודים, וכותב (פרק ה):

עם זאת, מן הראוי להעיר שחוק האימוץ בעולם הרחב עדיין בנוי על ההנחה שניתן לנתק ילד מהוריו, וליצור לו הורים חדשים לכל דבר. וא"כ האם הנוכרייה, שאינה כפופה להלכה אלא למוסכם בעולם, ייתכן שאינה יכולה לחזור בה מהסכמתה. למרות שמבחינת הצער אין הבדל בין אם נוכרייה לבין אם ישראלית, עדיין אפשר לומר שאם נוכרייה המוותרת על ילדה ע"י פעולה משפטית, מנתקת את עצמה מילדה לחלוטין ושוב אינה יכולה לחזור בה...

והוא מסיים בהתלבטות:

ועדיין צריך עיון, שמא מקובל כיום גם בעולם שאם יכולה לחזור בה.<sup>227</sup>

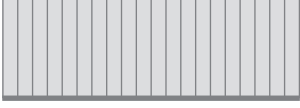
### 5. מסקנה

מכל זה עולה, שגם אילו היו אנשי המקצוע מצליחים לשכנע את האם לחתום על טופס הוויתור על הילד לשם מסירתו לאימוץ, לא היה להסכמה זו תוקף הלכתי. הקשר שבין אם בישראל לבנה אינו נתון להגדרות משפטיות ולכן לא יכול להיות מושפע מפעולה משפטית כזו או אחרת.

כאשר מדובר בשיקולים מעשיים, של טובת הילד, הייתה יכולה להיות משמעות להסכמה זו, לכל היותר, כדבר המצטרף למערכת מורכבת של שיקולים בדבר המסוגלות ההורית של האם.

מכל זה נובע, שגם אילו היינו נותנים משקל להסכמת האם, היא הייתה יכולה לחזור בה מהסכמתה בתוך פרק זמן סביר.

<sup>227</sup>. ועי' לעיל, פרק ב.2.



שער שלישי



הוצאת ילד  
מרשות  
הוריו  
ומסירתו  
לאימוץ





## שער שלישי

# הוצאת ילד מרשות הוריו ומסירתו לאימוץ

מאחר שלא ניתן להשתית את הדיון על הוצאת הילד מרשות אימו על הסכמתה (שלא הייתה, ואף אילו הייתה לא היה לה תוקף), עלינו להתבסס על האילוצים הנובעים ממצבו של הילד ועל הקשיים הרגשיים וההתפתחותיים שלו.

לשם כך נפתח בדיון עקרוני, שיתפצל לשניים: (א) **הנסיבות** המצדיקות את ההתערבות של הרשויות במתרחש בתוך התא המשפחתי עד כדי לקיחת ילד מידי הוריו. (ב) **הסמכות** להתערב. על גבי הדיון העקרוני נפתח בשער הבא את הדיון המעשי בהתלבטות קורעת הלב, בין הצרכים של הילד לבין הצרכים של אימו.

### ד. התשתית ההלכתית להוצאת ילד מרשות הוריו

מהי התשתית ההלכתית המאפשרת - במקרים מסוימים - להוציא ילד מידי הוריו ולמסור אותו לידי אחרים שיטפלו בו? לעניין זה יש להבחין בין שני מצבים: הראשון הוא מצב של ילד הסובל פגיעה **אקטיבית** מצד הוריו, הפוגעת בבריאותו או מסכנת את חייו, והשני הוא מצב של ילד הסובל מהזנחה, הנפגע באופן **פסיבי** מהתנהלותם של הוריו שאינם דואגים כראוי לספק את צרכיו הגופניים, הרגשיים, ההתפתחותיים והחינוכיים.

אחת התשובות החריפות ביותר בהתנגדותן למסירת ילד לאימוץ במצבים כאלה היא תשובתו של הר"מ קליין (שו"ת משנה הלכות חט"ז סי' נח), שם הוא כותב:

ולכן אומר אני דבמקום שיכריחו הבית משפט של גויים להוציא הילדים מההורים שלא כדין, אסור לישראל **כְּשֶׁר** שומר התורה ליקח אותם הילדים. אלא באופן שאם לא יקחו הם אז ח"ו יתנו אותם לגויים או למשפחות בלתי דתיות, אז מותרים לקבלם; וגם אז יקחו אותם בתנאי שיתדברו עם ההורים, או עם ב"ד חשוב, ויצה[י]רו בפניהם שהם רק לוקחים הילדים מהני טעמים שאמרנו והם מוכנים להחזיר הילדים לההורים במוקדם האפשר והראוי, ואפי' יעשו כתב על זה אצל ב"ד... אבל באופן אחר גם המקבלים הילדים הם באיסור גמור, כיון שמדין

תורה בבי"ד של ישראל לא היו מוציאים הילדים מההורים... והם מסייעים לדבר עבירה ליקח הילדים מההורים. והם יותר ממסייעים, שהרי הילדים נשאר אצלם. וכ"ש אם לוקחים הילדים ובדעתם לגדלם כבניהם ולהשכיחם ההורים האמיתיים, שחוץ שיש בזה איסור כמ"ש בסמוך, יש בזה עוד משום "לא תגנוב" (שמות כ, יג), ו"בגונב נפשות הכתוב מדבר" (רש"י שם), שהרי גונב הילדים מההורים האמיתיים שלא כדת והולך למקום שאין מכירין אותו שלא ידעו שאינם בניהם ולא יוכלו לחזור למקורם לעולם; וזה ברור כשמש.

דעתו של הר"מ קליין מבוססת על ההנחה שההורות היא סוג של בעלות (טבעית ולא חוקית). ולכן הוא מצמצם מאוד את סמכותן של הרשויות להוציא ילד מהוריו גם אם הם פוגעים בו.<sup>1</sup>

כפי שנראה לקמן, דברים אלה אינם מוסכמים על הכול, וישנה תשתית הלכתית ברורה להיתר, ואף לחובה - להוציא ילד מהוריו במצבים קיצוניים; אולם הדבר תלוי בתנאים רבים, ומסירת ילד לאימוץ המנתק אותו מהוריו לצמיתות בניגוד לרצונם מהווה מוצא אחרון לאחר מיצוי כל האפשרויות האחרות.

מתוך כך נצטרך לדון גם בשאלת הסמכות: למי ישנה סמכות להתערב, מכוח מה היא נובעת ובאילו תנאים היא קיימת?

### 1. "לא תעמוד על דם רעך"

כאשר מדובר בילד שיש **סכנה ממשית** ומיידית לחייו או לבריאותו כשהוא נותר בבית הוריו, ישנה חובה על כל אדם להתערב ולעשות כל מה שנדרש כדי להצילו מן הסכנה, כדברי הרמב"ם (ספר המצוות, ל"ת רצז):

שהזהירנו מלהתרשל בהצלת נפש אחד מישראל כשנראהו בסכנת **מוות או ההפסד** ויהיה לנו יכולת להצילו... או **לדחות ממנו** נזקו, ובאה האזהרה מהימנע להצילו באמרו (ויקרא יט, טז): "לא תעמוד על דם רעך".<sup>2</sup>

1. מסתבר שלדעתו, מאחר שההורות היא בעלות טבעית ולא חוקית, לא ניתן להפקיע אותה אף באמצעות ויתור מרצון.

2. וכך נפסק להלכה בשו"ע, חו"מ סי' תכו. יש להעיר, שהפוסקים שדנו בשאלת הוצאה של ילד מרשות הוריו במצבים שונים של סכנה לא הזכירו במפורש את המצווה הזאת כנימוק לדבריהם, והסתמכו במפורש על כך ש"בית דין אביהם של יתומים" (עי' לקמן, סע' 6-8). אולם נראה כי מצווה זו מונחת בתשתית של הדיון.



ומכאן שאסור לעמוד בחוסר מעש מול אדם הנמצא בסכנה, גם אם לא מדובר על סכנת חיים.

על פי זה נכתב בנשמת אברהם (ח"ד, חו"מ, סי' שפח, עמ' ק):

ילד או תינוק... עם תסמונת של 'הילד המוכה'... שנעשו באכזריות ובמזיד ע"י אחד או שני הוריו - אסור, אחרי הטיפול המושלם, להחזיר אותו לביתו כי אז ימשיכו להכות בו עד המוות. בגלל סכנת הנפשות הממשית, על הרופא להודיע לבית המשפט, ואז... מעבירים את התינוק למשפחה אומנת או למוסד... והסכים אתי הגרש"ז אויערבך...<sup>3</sup>

והוא הדין להצלה של ילד ממי שפוגע בבריאותו הגופנית, הנפשית<sup>4</sup> או המוסרית.<sup>5</sup> ועדיין יש לשאול: על מי מוטלת חובה זו במקרה כה רגיש כמו התערבות בתוך התא המשפחתי? על כך נבקש לענות בפרקים הבאים. שאלה זו היא קשה ביותר,

3. כך נפסק גם בשו"ת ציץ אליעזר, חי"ט סי' נב אות א.
4. עי' מש"כ בנשמת אברהם (ח"ד, חו"מ סי' שפח, עמ' ק) בשם הרש"ז אויערבך, הרא"י וולדנברג והרי"ש אלישיב; שו"ת ציץ אליעזר שם אות ב-ג.  
ניתן ללמוד זאת בקל וחומר. שכן בכלל ציווי זה, לא רק סכנת חיים או סיכון לשלמותו הפיזית של הילד, אלא אפילו פגיעה כלכלית, כפי שכותב הרמב"ם בהמשך דבריו: "וכבר אמרו שמי שיכבוש עדות תכללה גם כן זאת האזהרה, כי הוא רואה ממון חברו אובד והוא יכול להחזירו אליו באמרו האמת...". ועי' בהרחבה בחפץ חיים, הל' רכילות כלל ט, באר מים חיים, ס"ק א.  
הר"י זילברשטיין, במאמרו על "הוצאת ילדה מרשות אמה המתעללת בה" (בספר זה, נספח א, סע' 2) כותב בשם הרי"ש אלישיב, שבמקום שבו ישנן הוכחות לכך שהאם מתעללת בבתה, יש להעביר את הבת למשפחה אומנת אף אם האם מאיימת להתאבד.  
הקושי הגדול הקיים בנוגע לפגיעה נפשית הוא הקושי להגדיר אותה. פגיעה נפשית איננה ניכרת לעיניים, ההגדרות שלה אינן מהוות מדע מדויק ואבחנתה תלויה בגורמים רבים שחלקם סובייקטיביים ואף תלויי תרבות. אולם קושי זה קיים בעיקר במצבי ביניים ופחות במקרים הקיצוניים יותר. לכן נדרשת בקרה על שיקול דעתם של אנשי המקצוע, שמתבצעת על ידי בית המשפט למשפחה.
5. הרמב"ם, הל' רוצח ושמירת הנפש פ"א ה"י, מדבר על רצח ועל חילול גופה של נערה מאורסה. וכך נכתב בנשמת אברהם (שם עמ' קא), בנוגע למבצעי פגיעות מיניות. ועי' חפץ חיים, הל' איסורי רכילות פרק ט, הצירורים, סעי' ו.  
ועי' מנחת חינוך (מצוה רלט ס"ק ד), שכתב: "ונראה לי דחיוב התוכחה היא חוץ מעשה זו עוד מחייב אל"ת [=על לא-תעשה] ד'לא תעמוד על דם רעך'. דלא גרע [=שאינו גרוע] מטובע בנהר, דעובר על 'לא תעמוד'; וגם 'והשבותו' - לרבות אבידת גופו. על אחת כמה וכמה דאם יכול להציל מן העבירה, דהיא אבידת נפשו וגופו ר"ל [=רחמנא ליצילן], בוודאי חייב להחזירו למוטב ולהצילו".  
ועי' שו"ת הרדב"ז ח"א סי' רסג וסי' שס; פתחי תשובה אה"ע סי' פב ס"ק ו. דבריהם יידונו לקמן, סע' 6-8.

בין אם נראה את ההורות כטבעית ובין אם נראה אותה כחוקית; בין אם נגדיר אותה כבעלות או כאפוטורופסות ובין אם נגדיר אותה כקשר זהותי.

## 2. חובת האדם הפרטי

החובה הכללית להציל אדם הנמצא בסכנה אינה מוטלת דווקא על גוף ציבורי, אלא על כל אדם. וכך כותב הרמב"ם (הל' רוצח ושמירת הנפש פרק א):

יד. כל היכול להציל ולא הציל עובר על "לא תעמוד על דם רעך". וכן הרואה את חברו טובע בים או ליסטים באים עליו או חיה רעה באה עליו ויכול להצילו הוא בעצמו או שישכור אחרים להצילו ולא הציל, או ששמע גויים או מוסרים מחשבים עליו רעה או טומנין לו פח ולא גילה אוזן חברו והודיעו, או שידע בגוי או באנס שהוא קובל על חברו ויכול לפייסו בגלל חברו ולהסיר מה שבלבו ולא פייסו, וכל כיוצא בדברים אלו - העושה אותם עובר על "לא תעמוד על דם רעך".

טו. הרואה רודף אחר חברו להורגו או אחר ערווה לבועלה ויכול להציל ולא הציל - הרי זה ביטל מצוות עשה...<sup>6</sup>

טז. אע"פ שאין לוקין על לאווין אלו, מפני שאין בהן מעשה - חמורים הם; שכל המאבד נפש אחת מישראל כאילו איבד כל העולם כולו, וכל המקיים נפש אחת מישראל כאילו קיים כל העולם כולו.

על פי זה נכתב בנשמת אברהם (ח"ד, חו"מ סי' תכד, עמ' קלג) בשם הר"א רבינובין (הלכה ורפואה ח"א עמ' שלו):

ובילד כזה שמוכה עד לסכנת נפשות, חובה על כל אחד ואחד להצילו; ואסור להחזירו לביתו ולהוריו, כי יש להם דין 'רודף'.

והוא מסיק (עמ' ריט):

...ילד שמוכה וחוזר ומוכה על ידי הוריו במכות אכזריות... עד כדי סיכון חייו... הרופאים חייבים למסור למשרד הממשלה המתאים כדי

6. משמעותו של דין 'רודף' בהקשר זה היא שכאשר הסכנה נוצרת על ידי גורם ספציפי, ישנה חובה להציל את מי שנתון באותה סכנה גם במחיר של פגיעה במי שגורם אותה. ובהקשר שלנו - פגיעה אנושה ברגשותיהם של ההורים, אם הם מסכנים את חייו של ילדם. וכך כותב הרמב"ם (ספר המצוות, עשה רמז): "שציונו להציל הנרדף מיד הרודף להורגו ואפילו בנפש הרודף, כלומר: שאנחנו מצווים להרוג הרודף אם לא נוכל להציל הנרדף אלא בנפש הרודף...".

למנוע העברת הילד בחזרה להוריו, שם הוא יוכה שוב, והעברתו על ידי הממשלה לאימוץ.<sup>7</sup>

וכאן עולה השאלה: כאשר מדובר באדם פרטי הרואה את הסכנה לילד ובא להציל אותו ביוזמתו, מניין הוא לוקח את סמכותו להתערב במרחב הרגיש של המשפחה ולקחת את הילד מידי הוריו או לפנות לרשויות שיעשו כך? נראה שהתשובה לכך היא פשוטה: **אכן אין לו סמכות**, אלא שכאשר ישנו מצב ברור ומוחשי של סכנה מיידית, **אין צורך בסמכות** כזאת לשם התערבות נקודתית ומוגבלת בזמן. הדברים עולים מדברי הרמב"ם באותו הפרק:

ה. רוצח שהרג בזדון, אין ממיתין אותו העדים ולא הרואים אותו עד **שיבוא לבית דין** וידינוהו למיתה, שנאמר (במדבר לה, יב): "ולא ימות הרוצח עד עמדו לפני העדה למשפט". והוא הדין לכל מחוייבי מיתת בית דין שעברו ועשו, שאין ממיתין אותן עד שייגמר דינם בבית דין.  
ו. ... אבל הרודף אחר חבירו להורגו... - הרי **כל ישראל מצווין** להציל הנרדף מיד הרודף, ואפילו בנפשו של רודף.

בשביל **להעניש** רוצח נדרשת סמכות חוקית, וזו נתונה רק לבית הדין לאחר עריכת הליך משפטי כהלכה. אולם כדי **למנוע** רצח לא נדרשת סמכות חוקית, והאחריות לכך מוטלת על כל אדם גם במחיר חייו של הרודף, שיהרג ללא משפט. כמו כן, מצוות ההצלה מתירה למציל להשתמש ברכושו של אדם שלישי כדי להציל את מי שנתון בסכנה, אף שאין לו כל סמכות חוקית להפקיע ממנו.<sup>8</sup>

מכאן יש להסיק גם למקרה של ילד הנתון להתעללות שאינה מסכנת את חייו. ישנה מצווה מן התורה להציל אותו גם מהתעללות כזו, מדין "לא תעמוד על דם רעך", שכאמור לעיל (סע' 1), אינו מתייחס רק למקרים של סכנת חיים.

7. כאשר מדובר בדיווח לרשויות שעלולות למסור את הילד למשפחה שאינה שומרת מצוות (בראך) או אף למשפחה לא יהודית (בחור"ל), נכתב בנשמת אברהם (ח"ד, חו"מ סי' שפח, עמ' ק) בשם הרש"ז אויערבך, הרא"י וולדינברג והר"ש אלישיב, שבליט ברירה אחרת הדבר מותר. לעומת זאת, בשו"ת משנה הלכות, חט"ז סי' נח, נוטה להגביל מאוד את הדיווח, ואף דן בכך מדין 'מוסר', בניגוד למה שנכתב בנשמת אברהם שם בשם הרא"י וולדינברג, שאין בזה משום 'מוסר' אפילו בחור"ל, מפני שאין לנו כוח של ב"ד היכול לטפל במקרים כאלה. הרא"י וולדינברג מסיים (עמ' ריא), שלגבי ערכאות של גויים, יש להבחין בין מדינות מתוקנות לבין מדינות פראיות. יש מקום להשערה כי המחלוקת ביניהם איננה הלכתית בלבד, והיא נובעת בין השאר ממידת האמון שכל אחד מהם נתן ברשויות הרווחה במקומו ובזמנו.

8. רמב"ם הל' חובל ומזיק פ"ח הי"ד; שו"ע חו"מ שפ, ג.

וכאמור, ברמה העקרונית אין צורך בסמכות חוקית כדי לפעול לשם כך, מפני שההתעללות היא מעשה אסור, ואף ילד לא נתון ברשות הוריו (וקל וחומר שלא בבעלותם) לשם התעללות ופגיעה בגופו או בנפשו; ולכן כל אדם מצווה להצילו ממנה אף על ידי לקיחתו הפיזית מבית הוריו עד שתחלוף הסכנה.<sup>9</sup>

להבנה זו ישנן השלכות מרחיקות לכת, והן:

א. היכולת לפעול בחוסר סמכות נובעת ממצב של **פיקוח נפש**, סכנה לחבלה חמורה או מצבים קרובים לכך; ועל כן אין לקחת את הילד מידי הוריו במצבים קלים יותר.<sup>10</sup>

ב. הוצאת הילד מביתו אמורה להיות **זמנית** בלבד, עד שהסכנה הישירה תחלוף.<sup>11</sup>

ג. רמת ה**וודאות** הנדרשת כדי להתיר דבר כזה היא גבוהה ביותר.<sup>12</sup>

ד. מתוך כך עולה כי יש מקום להתערבות מצד האדם הפרטי רק כאשר הסכנה לילד היא **מיידית**, ואילו כאשר מדובר בסיכון לטווח ארוך, אסור לו לפעול על פי שיקול דעתו האישי בלבד, ועליו לפעול עם הרשויות שהוסמכו לכך, כפי שנבאר לקמן (סע' 3).

### 3. תפקידם של גופים ציבוריים

בדיון על מקומן של רשויות ציבוריות יש להבחין בין שתי שאלות: שאלת האחריות ושאלת הסמכות.

מאחר שמצוות "לא תעמוד על דם רעך" מוטלת על כל אדם, גם אם אין לו סמכות פורמלית, אנו לא נדרשים לבסס את ההתערבות של הרשויות במצב כזה על סמכותן החוקית אלא על האחריות המוטלת עליהן בשם הציבור ומכוחו. האחריות המוטלת על גוף ציבורי להתערב במקרה של ילד בסיכון נובעת

9. וכך נכתב בנשמת אברהם ח"ד, חו"מ סי' תכד, עמ' קלג, בשם הרש"ז אויערבך: "אף אם רגיל להכותו תדיר שלא כדין, לכאורה יש בזה משום לאפרושי מאיסורא וגם להציל את הבן מצער של מכות חינם, הרי [=אביו] לא בעלים הוא על בנו להכותו שלא לצורך".

10. כך פסק הר"י זילברשטיין (במאמרו "אימוץ ילדים נגד רצון ההורים", בס' "על בן אימצת לך", עמ' יז).

11. במצבים כאלה משתמשות רשויות הרווחה בסידור של 'קלט חירום', הכולל משפחות המוכנות לקבל את הילד בהתראה קצרה ביותר ולתקופה קצרה עד שתהיה אפשרות להשיבו לבית הוריו או למצוא לו סידור הולם אחר.

12. על כך עי' בהרחבה לקמן, סע' 4.

**מתפקידו** הציבורי ומן האמצעים העומדים לרשותו.<sup>13</sup> מתוך כך יש לעמוד על ארבעה שיקולים משמעותיים הנותנים לגופים ציבוריים עדיפות מכרעת על פני התערבות של הפרט:

א. קשה מאוד לסמוך על **שיקול דעתו** של אדם פרטי.<sup>14</sup> לרשותו של הפרט לא עומדים כלים מקצועיים כדי להעריך את הסכנה, ותפיסת המציאות שלו לוקה בדרך כלל בדמיונות ובטעויות חמורות. לכן לא נכון יהיה להתיר לפרט התערבות בוטה גם כאשר הוא סבור שהילד נמצא בסכנה. במקום זאת יש להטיל עליו את האחריות לפנות לרשויות המוסמכות שיש בהם אנשי מקצוע מנוסים שבכוחם להפעיל את שיקול הדעת הזהיר הנדרש במצבים רגישים אלו (אף שגם גורמים אלו עלולים לטעות בחלק מן המקרים וחשוב שתהיה בקרה הולמת על כך). בשנות הגלות הארוכות, בכל קהילות ישראל היה זה 'בית הדין',<sup>15</sup> ובמדינת ישראל הסמכות הזאת ניתנה לרשויות הרווחה ולבתי המשפט למשפחה.<sup>16</sup>

ב. לרשות האדם הפרטי לא עומד מגוון רחב של **דרכי פעולה** חלופיות כפי שעומד לרשותן של רשויות הרווחה, היכולות לפעול בדרכים רכות יותר כדי להשיג את המטרה שהיא ההגנה על הילד. וגם במקרי קיצון, עומדות לרשותם 'משפחות קלט חירום' שהוכנו והוכשרו מראש למשימה רגישה זו.

ג. לרשות הפרט לא עומד **הכוח הנדרש** כדי להתגבר על התנגדותם של ההורים, בזמן שלרשותם של גופים ציבוריים עומדים אמצעי אכיפה מגוונים.<sup>17</sup>

ד. על הרשויות הציבוריות מוטלת **אחריות** יתרה, מכוח מעמדן הציבורי, לדאוג לחלשים בחברה,<sup>18</sup> וביתר שאת - להגן עליהם מפני אלה שפוגעים בהם;<sup>19</sup> הדברים

13. על האחריות הציבורית להסיר סכנות בדרכים, עי' משנה שקלים פ"א מ"א: רמב"ם בפיה"מ שם, והל' רוצח ושמירת נפש פ"ח ה"ה-ו.

14. בהלכות לשון הרע לתועלת כתב החפץ חיים (כלל י סע' ב פרט ב): "שייזהר מאוד שלא יחליט תכף את העניין בדעתו לגזל ועושה או להיזק וכיוצא בזה, רק יתבונן היטב את עצם העניין, אם הוא על פי דין בכלל גזל או היזק". ועי' באר מים חיים ס"ק ו.

15. עי' לקמן, סע' 5-6, ופרק טו.

16. עי' נשמת אברהם ח"ד, חו"מ סי' שפח, עמ' ק.

17. עי' בספר 'כתר' יא, עמ' 103.

18. המקור ההלכתי לאחריות ציבורית זו הוא המצווה הציבורית על הצדקה. עי' רמב"ם הל' מתנות עניים פ"ט ה"א-ה"ג.

19. זהו אחד מתפקידיו המרכזיים של מלך בישראל, כפי שמופיע פעמים רבות בדברי הנביאים, להציל עשוק מיד עושקו. עי' יחזקאל פרק לד, ובעוד מקומות רבים. ועי' מה שכתב על כך הרב רועי הכהן ז"ק, בס' 'כתר', כרך יא, עמ' 65.

על האחריות היתרה של בית הדין על הצלת נפשות אנו יכולים ללמוד גם מפרשת עגלה ערופה (דברים כא, א-ט ורש"י שם פס' ז).

אמורים במיוחד כאשר מדובר בילדים חסרי ישע.

מכל זה עולה כי המקום הניתן להתערבות של הפרט הוא מוגבל ביותר, ומעורבותו יכולה להיות נקודתית מאוד אל מול סכנה מוחשית ומיידית, ורק לטווח קצר ביותר; ובכל מקום בו נדרש שיקול דעת, יש למסור את ההחלטה לידי הרשויות שנתמנו לכך בידי הציבור.

במצבים שבהם נדרשת סמכות חוקית להתערבות נדון לקמן, סעי' 6-8.

#### 4. שיקולים נדרשים

אחד מהתנאים הנדרשים להוצאת ילד מהוריו בשל סכנה הנשקפת לו - הן מצד אדם פרטי והן מצד גופים ציבוריים - הוא רמה גבוהה של ודאות שאכן אותו ילד נתון בסכנה.<sup>20</sup>

קביעה זו עומדת בניגוד למה שמקובל בתחומים אחרים, כמו הלכות פיקוח נפש בשבת וביום הכיפורים, בהם די בחשש רחוק של סכנה כדי להתיר איסורי תורה חמורים,<sup>21</sup> ובניגוד להלכות 'לשון הרע לתועלת', שבהן די בוודאות נמוכה יותר כדי שהאדם יהיה חייב ליידע את חבריו על הסיכון הנשקף לו או לרכושו מצד אדם שלישי.<sup>22</sup> בסוגיה רגישה זו, של התערבות בוטה בתוך התא המשפחתי, לא נכון לקבוע שעדיף להסתכן בעשר הרחקות מיותרות מאשר בפגיעה אחת, מתוך תפיסה שיש לעשות הכול (כפשוטו) כדי למנוע כל מקרה של פגיעה בילדים בידי

20. כך פסק הר"י זילברשטיין (במאמרו "אימוץ ילדים נגד רצון ההורים", בס' "על בן אימצת לך", עמ' 12). לדעתו, החשש מסכנה צריך להתברר "בבירור גמור" או "חשש של ממש"; אולם הוא לא פירט מעבר לכך. בהמשך הדברים הוא דן באם שזרקה את בנה מחלון הבית לרחוב, וכתב "דין האם כדין שוטה גמור... ואעפ"י שלא הוחזקה שלוש פעמים, הילד בחזקת סכנה ויש לחוש גם למקרה יחיד זה ואין להשיבו לבית אמו". במאמרו על הוצאת ילדה מרשות אימה המתעללת בה (בספר זה, נספח א, סעי' 3), הוא כותב בשם הר"ש אלישיב זצ"ל, שבאותו מקרה יש צורך בעדות גמורה כדי להצדיק את העברת את הילדה למשפחה אומנת ואין לנקוט צעד כזה בהסתמך על השערות ואומדנות.

לדעת שו"ת משנה הלכות, חט"ז סי' נח, נדרשת עדות של שני עדים כשרים לשם כך. ואילו במשנת אברהם (ח"ד, חו"מ סי' שפח, עמ' ק) משמע שדי ברמת וודאות נמוכה יותר.

21. עיי' שו"ת באוהלה של תורה, ח"א סי' ז אות ד, שכתב בשם הרש"ז אויערבך שהגדרת 'סכנה' היא סיכון של 5%. ובהמשך הדברים העלה אפשרות שמידת הסיכון המתירה חילול שבת היא כ-0.5%.

22. חפץ חיים, הל' רכילות כלל ט, באר מים חיים ס"ק ט. ועיי' במאמרו של הרב עזריאל אריאל, "לשון הרע במערכת ציבורית-דמוקרטית", פרק ג, 1 (פורסם בכתב העת 'צהר', גיליון ו, עמ' 45-46), ומופיע באתר 'אסיף'.

הוריהם. אומנם מצאנו בדברי הפוסקים שפגיעה חמורה באיכות חיים שקולה כנגד פיקוח נפש.<sup>23</sup> אולם הוצאת ילד מהוריו היא דבר קשה ביותר - הפוגע פגיעה אנושה גם בהורים וגם בילד עצמו, ולכן נדרשת רמה גבוהה של סיכון כדי להצדיק אותה.

מצד שני מצאנו שהמימוש של מצוות "לא תעמוד על דם רעך" אינו תלוי בקיומן של ראיות קבילות בבית משפט, אלא בוודאות הסובייקטיבית-אינטואיטיבית של המציל.<sup>24</sup> ומסתבר כי הדברים אמורים גם בנידון דידן, במקרים שנדרשת בהם התערבות דחופה ומיידית שאינה מאפשרת המתנה להליך סדור של בירור.

מידת ההתערבות צריכה להביא בחשבון את כל המגבלות החלות על מי שבא להציל נרדף מפני מי שרודף אחריו. מגבלות אלו מובאות בדברי הרמב"ם שם (הל' ז):

ואם יכולים להצילו באבר מאיברי הרודף, כגון שיכו אותו בחץ או באבן או בסייף ויקטעו את ידו או ישברו את רגלו או יסמו את עינו - עושין, ואם אינן יכולין לכוון ולא להצילו אלא אם כן הרגוהו לרודף - הרי אלו הורגין אותו...

מדברי הרמב"ם למדנו שההתערבות מדין 'רודף', נדרשת להיות מזערית ביותר ולא לחרוג מן האמצעים ההכרחיים ביותר למניעת הסכנה.<sup>25</sup> ניתוק מוחלט של הילד מהוריו ומסירתו לאימוץ לנצח חורגים כמעט תמיד ממידת ההכרח במובנו

23. כך כתב הר"י זילברשטיין (חשוקי-חמד פסחים סט, ב ד"ה יחיד נמי) שמותר להשקיע משאבים בפיתוח מחלקת ההשתלות על חשבון המחלקה לטיפול נמרץ. וכן כתב הרב משה הרשור, במאמר "חובת הצלה בממונו", הלכה ורפואה, ירושלים תשמ"ג, עמ' מה-נ, שציבור יכול לקבוע הנהגות או תקנות לטובת הכלל אע"פ שעל ידי כך אפשר שיחידים יכולים להגיע לסכנה או שתימנע הצלה מן היחידים. ועי' בהרחבה במאמרו של הרב יובל שרלו, "הכללת תרופות לאיכות-חיים בסל הבריאות", תחומין כח עמ' 383 ואילך.

24. בשו"ת משנה הלכות, שם, הוא כותב שנדרשת עדות גמורה בפני בית דין גם כאשר מדובר רק בדיווח לרשויות. לעומת זאת, יש לעיין בדברי החפץ חיים, הל' רכילות כלל ט, באר מים חיים ס"ק ט-י, שהיתר לשון הרע לתועלת (המבוסס על מצוות "לא תעמוד על דם רעך") קיים בתנאים מסוימים גם כאשר אין למספר ודאות מוחלטת. והוא מוסיף שם, ס"ק יב: "דבעניין סכנת נפשות יש לחוש אפילו בחשש רחוק יותר". ומסתבר שיש לדון בכל מקרה לגופו.

25. בהלכות לשון הרע לתועלת כותב החפץ חיים (הל' לשון הרע כלל י סע' ב פרט ו): "אם הוא יכול לסבב את התועלת הזאת גופא בעצה אחרת שלא יצטרך לספר את עניין הלשון הרע עליו, אזי בכל גווי אסור לספר". וקל וחומר בנוגע לאקט של הוצאת ילד מהוריו. ועי' באר מים חיים שם, ס"ק יא, שלמד זאת בין השאר מרודף, שיכול להצילו באחד מאיבריו.

החמור; וככל שמדובר בפגיעה קלה יותר בילד ובסיכון נמוך יותר להתרחשותה, כך יורדת ההצדקה לנקיטת אמצעים קיצוניים.

על כן, אופי ההתערבות צריך להביא בחשבון את **מכלול הנתונים וההיבטים** הרלוונטיים:<sup>26</sup> מידת הוודאות בעובדות, הערכת הסיכון, מחיר הפעולה לילד ולהוריו, המחירים האפשריים של טעות בשיקול הדעת ומרחב הפתרונות האפשריים.<sup>27</sup>

לאור זאת, העמדה המקובלת כיום בשירותי הרווחה, לקיים תהליך של **'ועדת תכנון טיפול'** לפני כל החלטה הנוגעת לילדים בסיכון, עולה בקנה אחד עם הדרישה ההלכתית. ישיבה משותפת של גורמים רבים, שביניהם נמצאים גם בני המשפחה ונציגים מטעמה מאפשרת לבחון את הנושא מכל ההיבטים הרלוונטיים שלו, ולוודא ככל האפשר את הערכת הסכנה, שלא תהיה תלויה בנקודת מבט חלקית וסובייקטיבית של אדם אחד.<sup>28</sup>

כחלק מן ההבנה שיש לתפקידה המשמעותי של **הקהילה** למימוש פתרונות אלטרנטיביים להוצאה חוץ-ביתית, יש לראות בחיוב את הנוהל שנקבע בוועדות אלו, לצרף לדיון נציג מן המנהיגות של הקהילה, על פי רצונה ובחירתה של המשפחה.<sup>29</sup> הדבר אינו נובע **מסמכות** כלשהי שיש לקהילה אלא מהאמון שיש להורים בנציגיה ומן **היכולת** שלה לסייע במציאת פתרון מיטבי.

26. עי' שו"ת משנה הלכות ח"ט"ז סי' נח.

27. עפ"י חפץ חיים, הל' לשון הרע כלל י סע' א-ב ובאר מים חיים שם ס"ק יא-יב.

בהלכה מצאנו שדיני הראיות אינם דיכוטומיים: או שהראיות עומדות ברף הנדרש ומצדיקות תגובה חריפה או שאינן עומדות ברף הנדרש ולכן לא ניתן לעשות דבר, אלא ככל שרמת הראיות חזקה יותר כך עולה בהתאם רף התגובה. עי' שו"ע אה"ע קעח, כ; רמ"א יו"ד שלד, מג; שו"ת שואל ומשיב, מהדו"ק ח"א סי' קפה.

28. כך נכתב גם בנייר עמדה שיצא ע"י של מחלקת המחקר של הכנסת: "מסמך רקע בנושא: הוצאת ילדי עולים מן הבית בידי שירותי הרווחה". נכתב ע"י נעמי מי-עמי. ניתן לעיין בו באתר [www.knesset.gov.il/mmm](http://www.knesset.gov.il/mmm).

29. ניתן להשיג בכך כמה דברים:

- א. הבנה רבה יותר לרקע התרבותי של המשפחה, שנציג הקהילה מכיר אותו ואף מייצג אותו.
  - ב. הבנה רבה יותר של המשפחה לשיקולי הרשויות, דבר שיגביר את שיתוף הפעולה שלה עם התהליך.
  - ג. גיוס רב יותר של הקהילה ומשאביה לעזרת הילדים והמשפחה.
- מערכת הרווחה בישראל מכירה בחשיבותה של הקהילה ובמשקל שיש לעמדת המנהיגות בקהילה שבה חברה אותה משפחה. מסיבה זו, בין השאר, נוצרו במקומות שונים בארץ ועדות רבנים המלוות את התערבות מחלקות הרווחה במקרים רגישים בקהילה הדתית והחרדית; ויש לכך משקל גדול בטיפול בשאלות קשות כגון אלו.



## 5. תקדימים הלכתיים להתערבות מוגבלת

בדברי הפוסקים נמצאו תקדימים רבים להתערבות מוגבלת לצורך הצלת ילדים ממצבי סיכון בבית הוריהם, וניתן לראות את הרגישות הרבה שנקטו. הר"י זילברשטיין<sup>30</sup> דן בבת שחלתה במחלת נפש קשה כששהתה בבית הוריה, וכדי שתתפא ולא תחלה מחדש לקחה אותה דודתה לביתה שמעבר לים וגידלה אותה שם. ומתוך הבנה זו הוא מסיק:

חייב הדבר לבוא לפני בית דין, והם יגבו עדות ויבדקו אם קיים חשש של ממש בטענת הדודה שהבת תחלה שוב... וגם אם מחליט בית דין להשאיר את הבת אצל הדודה, חייבים לבדוק היטב אולי קיימת אפשרות שתהיה קרובה לבית הוריה על מנת שיוכלו לבוא לבקרה. ורק כאשר ביקורים אלו של הוריה ודאי יזיקו לבת, מרחיקים את הבת לגמרי מהוריה ומשאירים אותה מעבר לים אצל דודתה.

בדברי הר"י זילברשטיין אנו מוצאים שיקול דעת זהיר ומורכב: את החובה לוודא את הסכנה, את החובה לשיקול חלופות קלות יותר להורים, ואת הצורך בגוף ציבורי בעל שיקול דעת אחראי שיקבל את ההחלטה, מבלי להותיר אותה בידי אדם יחיד שיש לחשוש שמא יפעיל שיקול דעת מוטעה.

בדומה לכך כותב גם הר"מ קליין (שו"ת משנה הלכות ח"ז סי' נח), שיש למצות שימוש באמצעים אחרים לפני שמגיעים לצעד כה קיצוני כמו לקחת הילדים מהורים מכים ומתעללים:

וכיון דקיי"ל "אין עונשין אא"כ מזהירין", מתחילה צריך לקרוא ההורים ולהסביר להם חומר העניין; ואפשר אם יקראו ההורים ויסבירו להם... שאין כדאי להיות כל כך בתוקף ולהכותם מכות כל כך רבות, ואפשר ישמעו להמזהיר... אבל... לילך למסור למשטרה שייקחו הילדים וכיוצא בו ח"ו - לפענ"ד איסור גמור על פי התורה הקדושה, אם לא שנראה שח"ו יש כאן פיקוח נפש או שיודעים שההורים הם חולי רוח ויכולין להזיק או ח"ו להרוג; וגם אז יש דין בישראל, וכל ערום יעשה בדעת וכולי האי ואולי.

30. במאמרו "אימוץ ילדים נגד רצון ההורים", בס' "על בן אימצת לך", עמ' יז.

כאמור, גם הר"מ קליין מודה שבמקרים קיצוניים של סכנה - פיזית או מוסרית - לשלומו של הילד, אכן מוטלת האחריות להתערב אפילו עד כדי לקיחת הילד מידי הוריו.

אומנם ברמה העקרונית הוא מסתייג מאוד מן האפשרות להוציא ילד מחזקת הוריו, וכותב:

והנה בהילקח הילדים מההורים, עושים כאן כמה רעות: אחת, שלוקחין את הילדים מתחת יד אביו ואמו והוא איסור תורה **לגזול מאדם בנו**, והגונב נפש אדם חייב מיתה, וכ"ש גזלן שחמור מגנב... ואין לך אכזריות גדולה מזו ליקח הילדים מההורים, לבד שהוא איסור תורה.

אולם במצבים קיצוניים גם הוא מכיר באחריותו של בית הדין ובחובתו לפעול. וכך הוא כותב:

ואל יחשוב מעכ"ת שאין אני דואג עבור הילדים ח"ו ורק ממליץ טוב על העושים מעשה רשע ח"ו. ודאי כי אני מודה שיש מקרים יוצאים מהכלל אפי' מאחינו בני"י וצריך בעל כורחן ליקח הילדים מהם מחמת סכנה להילדים. אבל הם מקרים בודדים, **וצריכים לזה בי"ד דיני ישראל מומחים** וחכמים יודעי בינה לעתים והם יזונו על זה... כי דברים אלו נכללים בכלל דיני נפשות, ובי"ד הם האפוטרופסים של קטני ישראל במקום שאין אב, וצריך לדון ולברר ע"פ דין תורה על כל מקרה ומקרה בביורור אחר בירור... אבל זה לא נמסר לערכאות של גויים, ולכל באי עולם כל מי שיעבור ברחוב ויראה אב מכה בנו ימסור אותו למשטרה ונעשה חייו של בני ישראל הפקר והתורה הפקר וכל אחד עושה עם חבירו ובניו כרצונו ח"ו; ולא ניתן דבר זה, **רק לדיני ישראל בעלי אחריות גדולה**, והכול ע"פ התורה במידה ובמשקל...

הר"מ קליין מסתייג מן ההסתמכות על שיקול הדעת של רשויות הרווחה האמריקניות, שהוא לא נטה לתת בהן אמון; אבל מצד שני, דווקא הוא מדגיש את שיקול הדעת האחראי של גוף ציבורי הראוי לכך ושולל הסתמכות על שיקול דעת של אדם פרטי. ולאור זה ייתכן, שאילו היה מכיר את החוקים ואת עקרונות הפעולה של רשויות הרווחה במדינת ישראל כיום, היה נוקט כלפיהן עמדה אחרת מכפי שנקט כלפי הרשויות בארה"ב.

## 6. הסמכות להתערב בסכנה מוסרית

האחריות להתערב למען ילדים בסיכון אינה מצטמצמת רק לסכנה פיזית, והיא קיימת גם בסכנה מוסרית.

בסוגיה זו דן הרדב"ז (ח"א סי' רסג), בתוך תשובה העוסקת בזוג שהתגרש ולהם ילדה בת שבע שחייתה עם אמה. לאחר שהתברר לאב שגרושתו עוסקת בזנות, ביקש להוציאה מרשות האם ולהעבירה אליו. הרדב"ז קיבל את תביעתו של האב, מתוך אחריות לטובתה המוסרית של הבת ולבריאותה הנפשית. אולם הוא לא תולה את פסיקתו במעמדו המיוחד של האב כלפי בתו, ובהמשך הדברים הוא כותב:

**וגדולה מזו אני אומר, שאפילו לא היה ראובן אביה חי ובאים קרובים לקחת אותם, שומעין להם. ולא זו בלבד, אלא אפילו אין שם קרובים - ב"ד אביהם של יתומים, וחייבין להוציאה מעם אמה ולהפקידה בבית אחר מהכשרים כפי ראות עיניהם, מק"ו מממונם; ואם חייבין לפקח על ממונם - כ"ש על עצמם שלא יצאו לתרבות רעה...**

בתשובה זו מדובר באם העוסקת בזנות בפועל ואף ילדה בן מזנות; מצב שבו רמת הוודאות של הסיכון למצבה המוסרי והרגשי של הבת היא גבוהה מאוד. וכאן הוא קובע שהאחריות להוציאה מאימה אינה מוטלת רק על האב, אלא גם על אנשים אחרים, כמו קרובי משפחה או בית הדין. למרות החידוש הגדול שיש בדבריו, מסכם הרדב"ז בנחרצות:

והדבר מוסכם אצל השכל, כי מעשה אבות יעשו בנים וכאימה כן בתה...  
ולא היה כדאי לישראל עליו.<sup>31</sup>

31. על דברי הרדב"ז יש להקשות ממשפט שלמה (מל"א ג, טז-כח). אף ששתי הנשים שדרשו את הילד היו זונות, שלמה לא הורה לקחת את הילד משתייהן ולמסור אותו לאימוץ אצל משפחה שתעניק לו חינוך ראוי, אלא נדרש לשאלה מיהי אימו. ייתכן שהרדב"ז יחלק בין המקרה שבא למשפט לפני שלמה, בו היה מדובר על בן, לבין השאלה שבאה לפניו, שעסקה בבת. עוד יש להעיר שיש פרשנים (תרגום יונתן, רלב"ג) הסוברים שלא מדובר בנשים שעסקו בזנות אלא בבעלות אכסניה, שעסקו באספקת מזון, וייתכן שאילו היה מדובר בזונות ממש, היה שלמה מורה להוציא את הילד משתייהן, ומאחר שנסיבות המקרה הן עמומות ביותר, קשה להסיק ממנו מסקנות, למעט דבר אחד: שגם כאשר מדובר באישה שעסקה בזנות, לא ניתן להניח כדבר המובן מאליה שיש להוציא מרשותה את הילד, ולמצער, יש למצות לפני כן את האפשרות לסייע לה לגדל אותו בעצמה כראוי.

בתשובה אחרת (ה"א סי' שס), חוזר הרדב"ז על כך שאף אנשים שאין להם סמכות חוקית, כמו **קרובי המשפחה**, נושאים ברשות ובאחריות להתערב בהצלה בסכנה מוסרית. התשובה עוסקת באב שמת ומינה את אחיו כאפוטרופוס על בתו, והאם רוצה לעבור למקום אחר. הרדב"ז פסק שהאפוטרופוס מוסמך למנוע מן האם לעבור עם הבת למקום מרוחק, כדי שיוכל לפקח על מצבה של הבת. ובין הנימוקים כתב הרדב"ז:

ותו, דהאפוטרופוס - וכל שכן שהוא **אחי אביה** - צריך לפקח עליה בכל שעה.

ותו, שדבר ברור, שאעפ"י שהדין הוא ש"הבת אצל אמה" לעולם,<sup>32</sup> טעמא הוא כדי שתלמוד דרך הנשים וצניעותן; ואם האם פרוצה או שפרוצים נכנסים לביתה - הרשות ביד **קרובים** לקחתה מאצלה, וזה לא ייודע להם אם היא בעיר אחרת.

ותו, **דבי"ד אביהם של יתומים** הם; ואם ראו בי"ד שזו תקנת הבת מעכבין אותה שלא תלך.

והוא מסכם:

כללא דמלתא שהדבר תלוי כפי ראות בי"ד בין בילדותה בין בקטנותה; ואחר שתגדיל הדבר תלוי בדעתה...

וזה דבר מסכים אל הסברא, כי כמו שאביה היה יכול לעכב, בי"ד אביהם של יתומים...

דברי הרדב"ז מובאים להלכה בפתחי תשובה (אה"ע סי' פב ס"ק ו).

בדומה לכך כתב גם המהרשד"ם (אה"ע סי' קכג) בתשובה שאליה מתייחסים דברי הרדב"ז:

והגע עצמך שאנו רואים בפירוש שהאם דרך אחרת יש לה והיא פרוצה עד מאוד או שאינה מיושבת בדעתה... הייתכן בעיני אלהים ואדם לומר אפי' הכי הבת אצל האם לעולם?!

מכל זה יש ללמוד כמה עקרונות למצב של ודאות קרובה לסכנה מוסרית:<sup>33</sup>

32. שו"ע אה"ע פב, ז.

33. דיון זה מעלה שאלה כבדה. הסכנה המוסרית שהרדב"ז דן בה בתשובותיו היא סכנה של הידרדרות לזנות, שאיננה רק בעיה רוחנית-מוסרית, שכן יש לה גם השלכות רגשיות חמורות ביותר. לאור זה יש לשאול, מה היה אומר הרדב"ז במקרה של סכנה רוחנית הקיימת רק במישור

א. יש מעמד מיוחד **לקרובי המשפחה** במצב כזה,<sup>34</sup> והרשות בידם לקחת את הילד מרשות ההורה המגדל אותו כשהם משוכנעים שיש סכנה למצבו המוסרי או הפיזי.

ב. לבית הדין ישנה **אחריות** על מצבו של הילד כאשר אין מי שתובע בשמו. ועם כל זה יש להדגיש, שבדברי הרדב"ז לא מדובר ב'אימוץ' גמור, המנתק כל קשר בין הילד לבין ההורה ומייצר 'הורות חדשה', אלא בסוג של 'אימוץ פתוח',<sup>35</sup> בו נשמרת זהותו הטבעית של הילד ונשמרת רמה מסוימת של קשר בינו לבין אימו ומשפחת אביו.

תשובותיו של הרדב"ז מעלות את שאלת **הסמכות** להתערב. הוא מתייחס רק להתערבות מצד הקרובים או בית הדין, ולא למצב שבו השואל הוא אדם פרטי, המבקש להוציא את הבת מחזקת אימה לזמן בלתי מוגבל (שאם לא כן, לא יועיל כלום). היה מקום לפרש שעקרונית יש מקום להתערבות גם מצד אדם פרטי במצב כזה, אבל למעשה נראה, שבמקרה כה מורכב ורגיש ובצעד שיכולות להיות לו השלכות כה חמורות אי אפשר יהיה לסמוך על שיקול הדעת שלו (עי' לעיל, הע' 3-4).

---

הדתי כאשר אין לה השלכות רגשיות חמורות עד כדי כך? האם היה מקום, לדעתו, להתערבות של בית הדין כנציגו של "השותף השלישי" באדם, שהוא הקב"ה? למעשה, לא ידוע לנו על תקדים לכך שבית דין כלשהו הוציא ילד מרשות הוריו כדי להעניק לו חינוך דתי. החינוך למצוות מהווה חלק ממערכת שיקולים רחבה כאשר דנים במשמורת הילד במקרה של גירושין, כאשר הדיון הוא בין אביו לאימו, ולא במקרים אחרים. אילו ההורות הייתה רק אפוטרופסות מטעמו של הקב"ה, היה לכך מקום; אולם כפי שכתבנו, ההורות היא קשר זהותי, ומכיוון שכך, אין להפקיע אותה גם אם ההורים אינם מחנכים את ילדיהם לקיים את מצוותיו.

שאלה כזאת הסעירה את מדינת ישראל בשנים תש"ך-תשכ"ב, בפרשה המכונה "איפה יוסל'ה". הילד, יוסל'ה שוחמכר, בן להורים חילוניים ונכד לסב חרדי, חי תקופה מסוימת בבית סבו, והסב, שרצה להבטיח את החינוך הדתי-חרדי של הילד, סירב להשיב את הילד להוריו, הסתיר אותו ולאחר מכן הבריח אותו לארה"ב, שם גדל בביתה של משפחה מחסידי סאטמר. באתרים שונים באינטרנט מוזכרים שמות של רבנים מפורסמים שנטען כי תמכו בעמדתו של הסב. אבל הנסתר בפרשה זו עדיין רב על הגלוי וקשה להסיק ממנה מסקנות כלשהן.

34. גם בתשובת המהרשד"ם (אה"ע סי' קכג) ניתן מקום מרכזי למעמד של קרובי המשפחה, והוא כותב בין השאר: "...שאינו כוח ביד האישה להוציא הבת אשר היא עומדת במקום לידתה ומקום קרוביה, שאפי' אחר מיתה נוח לו לאדם להיות אצל קרוביו, גם עתה בחיים כל שכן שנוח לה הרבה שתעמוד אצל זקנתה אם אביה ובעיר אח אביה...". וכן נכתב בשערי עוזיאל, ח"ב שער מז פרק א.

35. עי' לעיל, פרק ג, 2.

יתרה מזאת. מכך שהרדב<sup>ז</sup> משתמש במונח "בית דין אביהם של יתומים", נראה יותר לפרש שכאן נדרשת **סמכות** כדי להתערב. למשפחה המורחבת ישנה סמכות **טבעית** להתערב,<sup>36</sup> ולבית הדין ישנה סמכות **חוקית**, המתבססת על מעמדו המיוחד כ"אביהם של יתומים".<sup>37</sup> ואילו לאדם פרטי לא יהיה היתר לקחת את הילדה מאימה כדי לגדל אותה לאורך זמן במקום אחר.

## 7. התערבות במקרה של הזנחה

עד כה עסקנו במקרים של התנהגות הפוגעת בילדים באופן **אקטיבי**, גם אם אין בה כוונה לפגוע. במקרים כאלה קל יותר להגיע למסקנה כי הדבר הנכון הוא להתערב בתוך התא המשפחתי כדי להציל את הילדים מן הפגיעה. אולם הדילמות היותר קשות קיימות במקרים שבהם מזוהה הזנחה חמורה של הילדים, שהיא מצב **פסיבי**. לפעמים מדובר בהזנחה המסכנת את שלומו של הילד, ולפעמים בהזנחה המעכבת את התפתחותו התקינה.

אומנם יש מקום לומר, שמצוות "לא תעמוד על דם רעך" אינה תלויה בסיבות לקיומו של הסיכון לבריאותו הגופנית, הנפשית או הרוחנית-מוסרית של הילד, והיא אמורה גם במצב שסיכון זה נוצר כתוצאה ממחדל או הזנחה, מבלי שנעשית פעולה המזיקה לילד באופן אקטיבי ומבלי שניתן להגדיר את ההורה כסוג של 'רודף' אחר ילדו.<sup>38</sup> בעיה קשה יותר היא מצב שבו ההזנחה אינה גורמת לנסיגה במצבו הפיזי או הרגשי של הילד אלא רק מעכבת את התפתחותו, כאשר לפעמים, עיכוב זה אינו ניתן לתיקון בשלב מאוחר יותר של החיים.

דוגמה אחת להתערבות בהזנחת ילדים מצאנו בנוגע לאב שאינו מפרנס את ילדיו, שכופים עליו לפרנס אותם כמידת יכולתו.<sup>39</sup> במצב כזה אין מוציאים את הילדים מרשותו, אלא שאם אין דרך להביא לכך שהאב הוא שיפרנס את הילדים, מפרנסים אותם מן הקופה הציבורית.<sup>40</sup>

36. קביעה זו מתבססת על כמה הלכות הנובעות מן ההכרה בתפקידה של המשפחה הרחבה כלפי הילדים. על חובת הסב ללמד את נכדו תורה, עי' רמב"ם, הל' ת"ת פ"א ה"ב, הלומד זאת מן הפסוק (דברים ד, ט): "והודעתם לבניך ולבני בניך". ועל סמכות המשפחה הרחבה להתערב במקרה שאב הדיר את בנו בנזירות, עי' רמב"ם, הל' נזירות פ"ב ה"טו.

37. על כך עי' בהרחבה לקמן, פרק טו.5.

38. דוגמה מצויה לכך, השנויה במחלוקת עזה, היא הימנעות מחיסון של הילדים מפני מחלות מסוכנות.

39. רמב"ם הל' אישות פ"ב הי"ד-ה"טו (ועי' הגה"מ שם אות כ, שהדבר נובע מתקנה של בני העיר).

40. עפ"י רמב"ם הל' אישות פ"א הי"ח; שו"ע אה"ע פב, ת.

ומכאן יש ללמוד שכאשר ההורים מזניחים את הילדים, יש לפעול בדרכים אחרות כדי להבטיח את התפתחותם התקינה.

דוגמה מאלפת להתערבות במקרה של הזנחה מופיעה בפתחי תשובה (אה"ע סי' פב ס"ק ז), המביא את תשובת הרדב"ז (ח"א סי' קכו). אנו מביאים את תשובתו של הרדב"ז ממקורה, כאשר המילים שהפת"ש בחר להשמיט ממנה מופיעות בתוך סוגריים מרובעים:

שאלת ממני, בראובן שמתה אשתו והניחו לו בן קטן חולה והוא אצל **אם אָמו**, ורצה ראובן לקחת אותו, והוא לא נשא אישה והוא עני, ובזמן שיוצא לחוץ מניח את הבן אצל השכנים, אם טוב שיעמוד הבן אצל אָם אָמו או אצל אביו?

ותשובתו של הרדב"ז היא:

הדבר ברור ש"הבן אצל אָמו" אמרו,<sup>41</sup> ולא אצל אם אָמו; ואעפ"כ, אם ראו ב"ד שתקנת הוולד שיעמוד אצל אם אָמו [לפי שהיא מרחמת עליו יותר מאחרים - מניחים אותו אצל אם אָמו], ואע"פ שיאמר ראובן: תנו לי בני ואני אעשה מה שארצה [ואם ימות ימות] - אין שומעין לו... [וכל שכן דבנד"ד אני רואה צד סכנה לוולד, שאין האיש יכול לפקח על התינוק החולה כמו אם אָמו]... כללא דמלתא, הכול תלוי בראות ב"ד באיזה מקום תקנה לוולד יותר.

במקרה זה פוסק הרדב"ז כי יש להשאיר את הילד ברשות סבתו המטפלת בו במסירות ולא להשיב אותו לאביו המזניח אותו עד כדי פגיעה בבריאותו וסיכון חייו. ומבין השיטין של הדברים משתמע שגם אילו היה המצב הפוך, שהבן היה גדל אצל אביו המזניח אותו, היה בית הדין מוציא אותו מידי אביו ומעביר אותו לידי סבתו.

השוואת דברי הרדב"ז במקורם לציטוט שמביא הפתחי תשובה מצביעה על שני הבדלים אפשריים ביניהם:

א. כאשר הרדב"ז מנמק את השארת הילד בבית סבתו, הוא כותב: "לפי שהיא מרחמת עליו יותר מאחרים - מניחים אותו אצל אם אָמו". מדבריו משמע שזהו נימוק **מעשי**, לטובת הילד, ולא נימוק עקרוני, המעדיף קטגורית את קרובי

41. כתובות קב, א.

המשפחה על פני אנשים אחרים.<sup>42</sup> ואילו מדברי הפת"ש, שהשמיט את המילים הללו, ניתן להבין שהעדפת הסבתא על אחרים נובעת משיקול עקרוני. וייתכן שלדעתו מדובר על השארת הילד לגדול בבית סבתו בדווקא, משום שהיא חלק מן המעגל המשפחתי המורחב. הדבר יוצר "אימוץ פתוח", כאשר הקשר עם האב יכול להמשיך ולהישמר במידה כזו או אחרת באופן טבעי, וזהותו הביולוגית של הבן אינה נפגעת כלל.

ב. הרדב"ז מוסיף למערכת השיקולים את הסכנה הנשקפת לחייו של הילד, ומכוח זה הורה שלא לתת אותו לאביו. הפת"ש, לעומת זאת, בחר להשמיט מדברי הרדב"ז את האזכור של סכנת החיים. ומדבריו עולה שפשוט הוא שהדברים אמורים בכל הזנחה הפוגעת בבריאותו או בתקנתו של הילד.<sup>43</sup>

עם זאת, יש רגליים לדבר שאף שהרדב"ז עוסק במקרה שההזנחה מביאה לפגיעה של ממש בבריאותו של הילד, המונח "תקנה לוולד יותר" יכול לכלול בתוכו גם הזנחה שרק מעכבת את התפתחותו התקינה - גופנית, רגשית ומוסרית.

על מציאות דומה למצב שבו עסקו הרדב"ז והפת"ש נכתב בפד"ר (מתוך המאגר המקוון, פס"ד קמח):<sup>44</sup>

...כאשר ההורים מסוגלים למלא את תפקידם וחובתם לדאוג לצורכי הילדים ואף לספק את צורכיהם, להאכילם ולהלבישם, אין שום גורם שיכול להוציא את הילדים מהחזקתם וממשמורתם.

42. גם בתשובתו שהובאה לעיל, סע' 6, כותב הרדב"ז: "ולא זו בלבד, אלא אפילו אין שם קרובים - ב"ד אביהם של יתומים וחייבין להוציאה מעם אימה ולהפקידה בבית אחר מהכשרים כפי ראות עיניהם". את המקום המיוחד הוא נותן לקרובים רק כאשר מדובר בהתערבות אישית, שלא מכוחו של בית הדין, וכותב: "שאפילו לא היה ראובן אביה חי ובאים קרובים לקחת אותם, שומעין להם". ומתשובת המהרשד"ם (אה"ע סי' קכג) לא ברור אם מעמדם של הקרובים נובע משיקולים עקרוניים או מעשיים. והרדב"ז עצמו, בדברי הסכמתו בסוף תשובת המהרשד"ם, מוסיף שלאחר שהבת תגדל, תוכל לגור בכל מקום שתבחר ולא דווקא בבית קרוביה.

43. הרב"צ עוזיאל (שערי עוזיאל ח"א עמ' ה) מתייחס למצב דומה וכותב: "במקרה של גירושין בחיי אביהם, או יתמות אפילו מאחד מהוריהם, רואים בית דין [את] המקום הטוב ביותר לטיפולם הבריא ותרבותם הדתי והמוסרי של הילדים אצל אחד מההורים, או אפילו אצל אחרים".

גם הרב שלמה אבינר, בשו"ת שאילת שלמה (מהדורת תש"ע, ח"ד סי' שסד), כותב על פי דברי הרדב"ז והפת"ש שיש מקום למסירת הילד לאימוץ גם למי שאינם קרובי משפחתו. אולם קשה להסיק מתשובתו הקצרה מסקנות גורפות.

44. מפסיקה זו עולה שאנו לא רואים את הילדים כקניינו של אביהם, ולכן לא נמנעים מלהוציא אותם מרשות אביהם גם כאשר מדובר רק בהזנחה. עי' לעיל, פרק ז.

הרב אברהם אטלס (אב"ד) הרב מימון נהרי, והרב יצחק מרוה.



...גם כאשר אין ההורים מסוגלים למלא את צורכי הילדים, גם אז רצוי להשאיר את החזקת הילדים אצל ההורים, שכן "אבא ואמא" אף על פי שחטאו - לא מתפקדים כנדרש - יישארו לעד אבא ואמא; והמילה "אבא" ו"אמא" לא ניתנת למחיקה. וכמו כן הילדים חייבים לקיים מצוות כיבוד אב ואם כמבואר בשו"ע יו"ד סי' רמ סע' יח.

אך לעניין מילוי צורכיהם של הילדים יש להטיל את התפקיד האמור על האדם המתאים, אשר לפי שיקולו של בית הדין, ימלא את התפקיד במלואו, ולמסור את הילדים למשמרתו אשר יבין, ידע וישיכיל לעמוד על ה"משמר" לשמירת האינטרסים של הילדים, בתזונתם ובכלכלתם ולמלא את שאר צורכיהם.

לאור זה, פסק בית הדין להותיר את הילד תחת האפוטרופסות של שני הוריו, אף לאחר הגירושין, אך קבע שישגדל בביתה של אחות האם, שהתמנתה כאפוטרופסית נוספת.

#### 8. סמכותם של גופים ציבוריים

מתוך דיון זה עולה עיקרון יסודי ביותר. אומנם יש מקום להתערבות במצב ברור של סכנה לשלומו של הילד - הן אם היא נובעת ממעשים מסכני חיים מצד ההורים והן אם היא נובעת מיכולות מוגבלות שלהם. אולם כל זמן שלא מדובר על סיכון ממשי לחייו, לבריאותו הגופנית, לבריאותו הנפשית או למצבו המוסרי, אלא בעיכוב התפתחותי, אין ההתערבות יכולה להתבסס על מצוות "לא תעמוד על דם רעך", וקל וחומר שאין לבסס זאת על דין 'רודף'. ולכן הזנחה ברמה כזאת אינה מצדיקה נקיטת צעדים קיצוניים על ידי אדם פרטי.

כאשר מדובר ברשויות ציבוריות, יש להן אחריות וסמכות ברמה גבוהה יותר, שאינה מתבססת רק על מצוות "לא תעמוד על דם רעך" ועל דין 'רודף', אלא על כך ש"בית דין אביהם של יתומים"<sup>45</sup>. התשתית לחובתם להתערב במצב של הזנחה המעכבת את התפתחותו של הילד מבוססת על מצוות "ואהבת לרעך כמוך"<sup>46</sup>; הנהגת הן כלפי הילדים והן כלפי ההורים.

45. עי' לקמן, פרק טו.

46. על כך נאריך לקמן, פרק יח, 1.

מן הסיבה הזאת, השימוש בסמכות שהציבור העניק להן צריך להישמר למקרים מיוחדים בלבד. אף אם נבקש להתבסס על דעת הפתחי תשובה, הסובר שיש מקום להתערבות גם במצבים פחות חמורים מפיקוח נפש של ממש – אין לנתק ילד מהוריו במקרה של הזנחה אלא במצבים קיצוניים ביותר, הפוגעים בסבירות גבוהה וברמה חמורה בבריאותו הפיזית, הנפשית או המוסרית. וכך כותב הרב יעקב אריאל, במאמרו 'ביטול אימוץ' (בספר זה, נספח ב, פרק ג):

טענה זו של טובת הילד לא תעמוד למשל לחוטף ילד מחיק אימו, אפילו אם הוא רשות חוקית ומכובדת, אלא א"כ יוכח בעליל שההורים אינם מסוגלים לתפקד ולטפל בילדם בשום צורה שהיא. רק במקרים קיצוניים ביותר יכול להינתן צו של ניתוק ילד מהוריו.

לכן, הדוגמה המעשית שמצאנו בהלכה ביחס לילד שהוריו אינם מסוגלים לגדל אותו כראוי היא מסירתו לקרובי משפחה.

בפני הרשויות עומדת כיום קשת רחבה של דרכי התערבות. במקרה הטוב, דרך ההתערבות נבחרת בהסכמת ההורים או אחד מהם. אולם ישנם מקרים שבהם אין שיתוף פעולה מצד ההורים, ועל הרשויות לבחור בעצמן את דרך ההתערבות המתאימה, הנעשית על פי 'חוק הנוער (טיפול והשגחה)',<sup>47</sup> תוך שותפות ובקרה של בית המשפט לענייני משפחה. ההתערבות יכולה להיות מזערית ונקודתית באופן שכמעט אינו נוטל מן ההורים את תפקידיהם וסמכויותיהם כלפי ילדיהם (כמו: הכנסת הילד למועדוני מתאימה בשעות אחר הצהריים, הסמכת גורם אחר לחתום על טיפול רפואי ספציפי וכדו'). במקרים קשים יותר, מתבצעת הוצאה חוץ-ביתית לזמן מוגבל או "אומנה יומית", תוך שמירת קשר עם ההורים באופן שבו לא יהיה סיכון לילדים.

בכל זה יש מקום להבחנה בין משפחה שהתפרקה (בפטירת אחד ההורים או בגירושין) לבין משפחה שבה שני ההורים מגדלים את ילדיהם במשותף, ובין הורים מתפקדים לבין הורים שתפקודם לקוי באופן חמור.<sup>48</sup>

47. חוק זה מסמיך את הרשויות להתערב במגוון רחב של דרכים, אולם אינו כולל בתוכו אפשרות להכריז על הילד כבר אימוץ.

48. נושא זה יידון לקמן, פרק טו.5.

## טו. המשפחה מול הרשויות

בפרק הקודם עמדנו על תפקידן המיוחד של רשויות ציבוריות כלפי ילדים הסובלים מסיכון או הזנחה ובמקום שניתן להן להתערב במקרים שונים. וכאן נרחיב את הדיון על מעמדן וסמכותן של הרשויות מול המשפחה, ומתוך כך על מקור הסמכות שלהן להתערב במשפחה עד כדי החלטה על הוצאת ילד מבית הוריו.

תפיסות מודרניות שונות מעניקות לרשויות הציבוריות משקל גדול באחריות על ילדים, ומצדיקות רמה גבוהה של התערבות מצד המדינה בשיקול דעתם של ההורים, לא רק במשפחות שהתפרקו אלא גם בזוג הורים נשואים המגדלים יחדיו את ילדיהם. לעיל (פרק ב, 4) עמדנו על כך שבתפיסות ליברליות רדיקליות הדבר נובע מן ההנחה כי מקור הסמכות של ההורים הוא המדינה. בפרק זה נבחן את התפיסה הזו לאור ההלכה ומתוך כך נציע לה חלופה.

### 1. התערבות הרשויות בחינוך הילדים

נפתח את הדיון בשאלה על סמכותם של גופים ציבוריים להתערב בחינוך הילדים. עיון במקורות ההלכה מראה כי סמכות זו מוגבלת למדי. הדברים אמורים במיוחד כאשר מדובר בהגנה על ילדים מפעולות של הוריהם הנובעות מתפיסת עולמם החינוכית, וגם אם תפיסה זו ראויה לביקורת חריפה. בזמן שבתפיסות ליברליות שונות יש נטייה להכפיף את המשפחה למדינה, הגישה התורנית היא לשמור ככל האפשר על האוטונומיה של המשפחה. מתוך כך, כמעט לא מצאנו מקורות הלכתיים לכך שגוף ציבורי אמור להתערב במישרין בגידולם או בחינוכם של ילדים בידי הוריהם.<sup>49</sup>

על האוטונומיה של ההורים ניתן ללמוד מדברי הרמב"ם בהל' רוצח ושמירת הנפש. מצד אחד הוא כותב בראשית דבריו (פ"א ה"ג) בנוגע לאב שרצח את בנו במזיד:

האב שהרג את בנו... בית דין ממיתין אותו.

49. ייתכן שמובלעת כאן הנחה, שיש אף אנשי מקצוע התומכים בה, הטוענת שככל שהמדינה לוקחת יותר אחריות על גורלם של ילדים, כך נוצרת אווירה המאפשרת להורים להסיר מעל עצמם את האחריות על ילדיהם; וככל שהמדינה מגבירה את הפיקוח שלה על ההורים, הדבר גורם להחלשתה של האחריות ההורים, ותורם בעקיפין להחרפה של הבעיות (כך אמרה הגב' בלהה שפר ע"ה לתלמידיה).

ובדומה לכך - בעניין הריגה בשוגג (פ"ה ה"ה):  
וכן האב שהרג את בנו בשגגה - גולה על ידו.

אולם כאשר מדובר על תפיסתו החינוכית של האב, כותב הרמב"ם שם:  
במה דברים אמורים? - בשהרגו שלא בשעת לימוד, או שהיה מלמדו  
אומנות אחרת שאינו צריך לה; אבל אם ייסר בנו כדי ללמדו תורה או  
חכמה או אומנות ומת - פטור.

והרמב"ם מוסיף שם (ה' ה):

שנאמר: "ואשר יבוא את רעהו ביער] לחטוב עצים" - לדברי הרשות,  
יצא האב המכה את בנו והרב הרודה את תלמידו... שהרי שגגו והרגו  
בשעת עשיית המצוה.

ומכאן שחינוך הילדים מסור לסמכותם של הוריהם גם כשהם נוקטים שיטות  
חינוך בעייתיות מאוד.<sup>50</sup> המסקנה הנובעת מכך היא שגם ביקורת חריפה על דרכי  
החינוך של ההורים לא תצדיק התערבות בוטה של הרשויות עד כדי הוצאה של  
הילדים מרשות הוריהם.

מקור מפורש יותר לאוטונומיה של ההורים הוא בשו"ע (או"ח סי' שמג סעי' א). לדעת  
מרן, בית הדין אינו אמור להתערב בחינוך הילדים, והוא כותב:

קטן אוכל נבלות - אין ב"ד מצווין להפרישו, אבל אביו מצווה לגעור בו  
להפרישו...<sup>51</sup>

המשנ"ב (ס"ג ק) מגביל את ההלכה הזאת וכותב:

דבאיסור דרבנן, אם לא הפרישו האב אין ב"ד מוחין בידו; אבל באיסור  
דאורייתא ב"ד מוחין ביד האב להפרישו...

אולם גם לדעתו, בית הדין אינו פונה אל הבן באופן ישיר, וודאי שאינו לוקח את  
התפקיד החינוכי מן האב, אלא פועל לכך שהאב ימלא את חובתו לחנך את בנו.

50. שו"ת משנה הלכות חט"ז סי' נח.

למותר לציין כי הכאה מעין זו אסורה בתכלית. וכך נכתב בנשמת אברהם ח"ד, חו"מ סי' תכד עמ'  
קלג: "...אב המכה את בנו שלא לצורך חינוך... וגם עבירה יש בהכאה זו, וכמו כן באב המכה את  
בנו לצורך חינוך אבל מכהו יותר מן הצורך, גם כן יש בזה עבירה".

51. וכן דעת הרמב"ם, הל' שבת פ"ב ה"ז; הל' מאכלות אסורות פ"ז הכ"ח.

הרמ"א (שם) מביא שתי דעות:

וי"א דכל זה בקטן דלא הגיע לחינוך, אבל הגיע לחינוך צריכים להפרישו.  
וי"א **דלא שייך חינוך לבית דין**, אלא לאב בלבד...

המשנ"ב (ס"ק ז) סובר שבמצוות דאורייתא יש להחמיר כדעה הראשונה, שבת הדין נדרש להפריש בעצמו את הילד מאיסור. אולם הוא מבאר שדברים אלו של הרמ"א אינם מתייחסים דווקא לבית הדין אלא לכל אדם, והוא כותב:  
ס"ל, דכיון דהגיע לחינוך, מוטל על כל אדם להפרישו מאיסורא כמו על אביו; והא דקי"ל דאין מצווין להפרישו, בשלא הגיע לחינוך...

יש להדגיש שהלכה זו, המחייבת כל אדם להפריש ילד מאיסור, אינה מיוחדת לקטנים, אלא ישנה חובה להפריש מאיסור כל אדם מישראל. ואם כן אין זה נובע **מסמכות** כלשהי שיש למישהו כלפי ילד של אדם אחר, אלא **מהערבות ההדדית** הקיימת בין כל בני העם היהודי לקיום התורה ומצוותיה;<sup>52</sup> ולכן אין להסיק מכאן שיש לממסד תפקיד או סמכות להתערבות בוטה בחינוך הילדים. והמשנ"ב מסיים:

אבל בדבר שאיסורו מדרבנן, אין מוטל, רק על האב.

מכל זה למדנו, שאף שההורים מצווים לחנך את ילדיהם למצוות, אין לרשויות הציבוריות סמכות של ממש להתערב בחינוך הילדים; והדבר נתון לאחריותם של ההורים.

את העיקרון שהאחריות לחינוך הילד מוטלת על הוריו ולא על הרשויות ניתן לראות בצורה קיצונית דווקא במקרה שבו ניתן לבית הדין תפקיד מכריע בנוגע לחינוך הילד - בפרשת בן סורר ומורה (דברים כא, יח-כא).<sup>53</sup> ושם מדגישה התורה דווקא את מעמדם של ההורים כלפיו:

כי יהיה לאיש בן סורר ומורה, איננו שומע בקול אביו ובקול אמו, וייסרו אותו ולא ישמע אליהם. ותפשו בו אביו ואמו, והוציאו אותו אל זקני עירו ואל שער מקומו. ואמרו אל זקני עירו: בננו זה סורר ומורה, איננו

52. סנהדרין כז, ב; שו"ע חו"מ פז, כ.

דברים דומים כתבנו לעיל, פרק יד, 2, בקשר למצוות "לא תעמוד על דם רעך".

53. עי' לעיל, פרק ה, 5.

שומע בקולנו, זולל וסובא. ורגמוהו כל אנשי עירו באבנים ומת, וביערת הרע מקרבך..

יסודו של דין 'בן סורר ומורה' הוא בכך ש"אינו שומע בקול אביו ובקול אָמו", והוריו הם המביאים אותו לבית הדין. את ההלכה הנובעת מכאן מפרט הרמב"ם (הל' ממרים פ"ז-ה"ט):

כיצד דנין בן סורר ומורה? מביאין אותו אביו ואָמו תחילה לבית דין... ואומרין להן: "בננו זה סורר ומורה", ומביאין שני עדים שגנב משל אביו וקנה בשר ויין במה שגנב ואכל אותה אכילה... ומלקין אותו... שנאמר: "וייסרו אותו ולא ישמע אליהם". חזר וגנב משל אביו ואכל אכילה זו, אביו ואָמו מביאין אותו לבית דין של שלושה ועשרים... ואם מחלו לו אביו ואָמו קודם שיגמר דינו - פטור.

היה אביו רוצה ואָמו אינה רוצה, אָמו רוצה ואביו אינו רוצה - אינו נעשה בן סורר ומורה, שנאמר: "ותפשו בו אביו ואָמו".

ומכאן שגם במקרה קיצוני של 'בן סורר ומורה' הסמכות לחנכו נתונה להוריו ובית הדין מתערב רק כאשר שני ההורים הם המעבירים לו מרצונם את הסמכות לטפל בו. ולכן, גם אם נקבל את העמדה הגורסת שהילדים שייכים לקב"ה כאשר אביו ואימו אינם אלא אפוטרופוסים מטעמו - נראה שמרחב הסמכויות שההלכה מעניקה להורים הוא רחב ביותר, והיא לא מעניקה סמכויות לבית הדין, אף שהוא זה שאמור לייצג את הסמכות האלהית.

## 2. חוק חינוך חובה חנים - בהלכה

למרות המחלוקות והמגבלות שמצאנו ביחס להתערבותה של המערכת הציבורית בחינוך הילדים, מצאנו בהלכה שהציבור אחראי לספק להורים את האפשרות לחנך את ילדיהם.

כך פוסק הרמב"ם (הל' תלמוד תורה פ"ב ה"א):

מושיבין מלמדי תינוקות בכל מדינה ומדינה ובכל פלך ופלך ובכל עיר ועיר, וכל עיר שאין בה תינוקות של בית רבן - מחרימין את אנשי העיר עד שמושיבין מלמדי תינוקות. ואם לא הושיבו - מחריבין את העיר; שאין העולם מתקיים אלא בהבל פיהם של תינוקות של בית רבן.

ובעקבותיו פוסק הרמ"א הלכה למעשה (חו"מ קסג, ג):

...במקום שבני העיר מושיבין ביניהם מלמד תינוקות, ואין אביהן של תינוקות יכול לשכור לבניהם, ויצטרכו הקהל ליתן השכר - גובין לפי ממון.

יש לשים לב להיבט חשוב בדברי הרמ"א. הוא אינו כותב שהציבור אחראי **ללמד** את הילדים. האחריות לחינוך הילדים מוטלת על ההורים, והם אלה הנדרשים לממן את לימודיהם. רק כאשר מדובר בהורים מעוטי יכולת, אזי מחויב הציבור **לשלם** את שכר הלימוד של ילדיהם, אם ההורים רוצים לשלוח אותם ללמוד.<sup>54</sup> אומנם בית הדין נדרש גם **לכפות** על האב לדאוג לכך שבנו ילמד תורה. וכך כותב הרמ"א בהלכות תלמוד תורה (יו"ד רמה, ד):

והיו כופין ליה לשכור לבנו מלמד. ואם אינו בעיר, ויש לו נכסים, אם אפשר לאודועי ליה מודיעים ליה; ואם לאו, יורדים לנכסיו ושוכרים מלמד לבנו.<sup>55</sup>

ומכאן ניתן להסיק שבית הדין הוא הנושא באחריות ללימוד התורה של הילדים. אולם יש לעיין במקורם של דברי הרמ"א, שהוא בהגהות מיימוניות (הל' תלמוד תורה פ"א ה"א אות א):

כתב מהר"ם זצ"ל דכייפין ליה ללמד או לשכור להם מלמדים, דמאי שנא האי עשה ד"ולמדתם אותם את בניכם" משאר עשה דכייפין לקיים כמו עשה דסוכה? ... וכשם שאב חייב בבנו למולו ולפדותו דכופין אותו

---

54. עי' ביאור הגר"א שם, ס"ק פ, שנימק את החובה הזאת בכך "שכל זה בכלל צורכי העיר וצדקה". ועי' מנחת אברהם ח"א סי' ה אות יג; שו"ת באוהלה של תורה ח"א סי' ב הע' 87. הגמרא, ב"ב כב, כא,א, קושרת את תקנת יהושע בן גמלא על חובת הציבור לממן תלמוד תורה, לרשות שיש למלמד תינוקות לפתוח בית ספר בחצר מגורים. מדברי הנמוק"י (לרי"ף שם י, ב ד"ה לתינוקות) עולה שהאחריות של כלל הציבור על לימוד התורה של ילדי ישראל מחייבת את השכנים לקבל את ההפרעה לשגרת חייהם. ועי' רמב"ם בפיה"מ, ב"ב פ"ב מ"ב, שכתב: "ולמה אינו מוחה עליו בהיכנס התינוקות? ... - להרבות התורה בישראל".

דיון נרחב על כך נמצא בספרו של שמואל גליק, "החינוך בראי החוק וההלכה", ח"א פרק ו. תפיסה ייחודית נמצאת בסקירתו הרחבה של הרב רועי הכהן ז"ק, בספר 'כתר', כרך יא, עמ' 321-343. ועי' במאמרו של הרב מיכאל פואה, "לבטל את חוק חינוך חובה", שפורסם ב'נקודה', גיליון 307, וכן באתר <https://did.li/fSqTY>.

55. וכן נכתב בב"י, סי' רמה.

על כך עי' בהרחבה בספרו של שמואל גליק, החינוך בראי החוק וההלכה, ח"א עמ' 130-134.

לקיים, הכי נמי כייפינן ליה ללמדו תורה. וכיון דהא מילתא חובה, הווה ליה כשאר בעל חוב...

ומכאן שכפייה זו אינה נובעת מאחריות ישירה של בית הדין על הילדים, אלא מחובתו לדאוג לכך שהאב יקיים את המצוות המוטלות עליו.<sup>56</sup> לכך יש להוסיף עוד נימוק, אותו כותב בעל ערוך השולחן (סע' יא), "שכל קיום התורה תלוי בזה וכל העולם תלוי בתלמוד תורה". ואם כן הכפייה אינה נובעת מאחריות על הילדים אלא מאחריות לקיומה של התורה בישראל ובעולם.<sup>57</sup> על פי דברי ערוך השולחן ניתן להסביר גם את הכפייה שהציבור הרחב נדרש להפעיל על הקהילה, כפי שכותב הרמב"ם בחריפות רבה, שער שאינה מקיימת בתוכה תלמוד תורה לילדים, מחרימין אותה ואף מחריבין אותה. וכל זאת, מפני שהחזקת תלמודי תורה בכל מקום היא הערובה היחידה להחזקת לימוד התורה בישראל. אולם זה אינו מעביר את האחריות המהותית לקיום מצוות "ולימדתם אותם בניכם לדבר בם" מן האב אל הציבור.<sup>58</sup>

גם אם נקבל את הטענה המשווה בין גופים קהילתיים לבין המדינה המודרנית,<sup>59</sup> ניתן לראות כי תפיסתה של ההלכה עומדת בניגוד לתפיסה הרווחת כיום, הגורסת מעין 'הלאמה' של הילדים. את התפיסה הזאת ביטא מי שהיה שר החינוך בין השנים תשי"א-תשט"ו, בן ציון דינור, בספרו "ערכים ודרכים: בעיות חינוך ותרבות ישראל" (עמ' 25):

56. בנחלת צבי לשו"ע שם נידונה בהרחבה השאלה מדוע כופים על כך, שהרי מצוות תלמוד תורה היא "מצוות עשה שמתן שכרה בצדה" שאין כופין עליה. והוא לא מתרץ שיש לציבור אחריות ישירה על לימוד התורה של הילדים. ועי' ברכת שמואל (ב"ק ס' ל אות ב).

57. על הבנה זו של מצוות תלמוד תורה עמד בהרחבה הרב יעקב אריאל במאמר הפתיחה לשו"ת באוהלה של תורה ח"א, "מצוות תלמוד תורה".

58. לאור זה יש מקום להבחין בין שתי תפיסות אפשריות ביחס ל"חוק חינוך חובה": מצד אחד, תפיסה הרואה את המדינה כאחראית על הילדים. ומצד שני - תפיסה שאמנם מכירה באחריותם של ההורים על ילדיהם, אבל רואה בעין יפה נקיטת מדיניות חינוכית ולימודית המתחייבת מן הצרכים של המדינה, כמו: טיפוח פטריוטיות לאומית ואזרחות טובה, טיפוח השכלה והכשרה מקצועית שבלעדיה לא תתאפשר צמיחה כלכלית, מניעת עבריינות והידרדרות לסמים וכדו'. התפיסה השנייה דומה לתפיסתה של ההלכה.

59. הרב נפתלי בר אילן, בספרו "משטר ומדינה בישראל על פי התורה", ח"א עמ' 47-48, כותב שאין למלך סמכות לתקן תקנות בענייני חינוך.

בשאלה אם האחריות הציבורית על חינוך הילדים מוטלת על הקהילה או על המדינה, עי' במאמרו של הרב יהודה זולדן, "חינוך וצדקה - היחיד, הקהילה והמדינה", בספרו "שבות יהודה בישראל", עמ' 362-370.



חינוך ממלכתי, פירושו שהחינוך הוא שטח הנמצא ברשותה של המדינה, בתחום פעולתה וסמכותה המלאה... משמעותה היא שהמדינה לא רק מטילה חובה על ההורים לשקוד על שמירת זכותם הטבעית לחנך את בניהם... משמעותה היא שהמדינה היא גם האחראית לדרך בה תוגשם חובה זו. **המדינה היא הנושאת באחריות המלאה** לאופן שבו תכוון, תודרך ותוגשם התפתחותו של הדור הצעיר.<sup>60</sup>

חשוב לציין כי עמדה זו לא הייתה מקובלת על הכול, וכך כתבה שרת החינוך לשעבר שולמית אלוני (בספרה "זכויות הילד בחוקי מדינת ישראל" עמ' 18-20):

שעה שמדובר בחובת המדינה לדאוג לילדיה, אין הכוונה לפטור את ההורים מחובתם הטבעית לגבי ילדיהם. ההפך הוא הנכון. הדאגה הטבעית לילד באה לידי ביטוי על ידי הפיכת **האחריות הטבעית של ההורים לחובה שבחוק**, אשר תמנע מפורקי עול את האפשרות לזנוח את ילדיהם.

עיקרון זה עולה גם בחוק הכשירות המשפטית והאפוסטרופסות (פרק ב, סעי' 15):  
אפוסטרופסות ההורים כוללת את **החובה והזכות** לדאוג לצורכי הקטין, **לרבות חינוכו**...<sup>61</sup>

כפי הנראה, המדינה מדברת בנושא זה בשני קולות שלעיתים סותרים זה את זה. וכך כותבים ד"ר שלמה רומי, ד"ר נורית לוי וד"ר ישראל צבי גילת, במאמרם "והילד מה הוא אומר?", פרק ב (בספר "דברים שאין להם שיעור", עמ' 11), כשהם מתארים את המשמעות של הגדרת ההורות כ"אפוסטרופסות מכוח החוק":

60. עי' מה שכתב על כך הרב חיים נבון בספרו "מדינה קטנה לעם גדול", עמ' 146. והוא מוסיף (שם, עמ' 80): "התפרקות מוסד המשפחה בעולם המודרני והפוסטמודרני קשורה גם בגזלת תפקידיו של המוסד הזה על ידי המדינה. לא ההורים נתפסים כאחראים לחינוך ילדיהם, אלא משרד החינוך הממשלתי...".

61. במאמרה של פרופ' רונה שוז, "זכויות הוריות בעידן זכויות הילד" (ניתן להורדה באינטרנט), פרק ג, הע' 102, מובאים דבריה של השופטת מרים נאור, בג"ץ 3752/10, פסקה 4: "אף זכותם של הורים להשפיע על תכני החינוך של ילדם ולחנכו לפי השקפת עולמם הינה זכות חוקתית. אף היא זכות-נכדה של הזכות לכבוד האדם, הנגזרת מזכות-הבת לחינוך".  
וליד הע' 100-101 מובאת דעת השופטת עדנה ארבל (בג"ץ הנ"ל פסקה 61): "האוטונומיה החינוכית של ההורים נתפסת כחלק מזכות האדם למימוש עצמי. שמירת האוטונומיה החינוכית בחינוך הפרטי היא ערך חשוב שיש לכבדו במסגרת ההגנה על זכות האדם למימוש עצמי... הזכות להשפיע על תכני החינוך נתונה, בדרך הטבע, להורים... אף להורה עצמו יש אינטרס לגיטימי בבחירת החינוך של ילדו".

כך למשל קובע המחוקק מצד אחד כי ההורה הוא בעל "החובה והזכות לדאוג לצורכי הקטין, לרבות חינוכו", אבל מצד שני מחייב את ההורה לרשום את הבן במוסד חינוכי מוכר ולפקח על ביקוריו שם. להורה אין כמעט חירות בקביעת חינוכו של הבן, אלא רק לבחור באופן כללי באחד מזרמי החינוך המוכרים ולפעמים באזור רישום מסוים, כפי שמתירות הוראות המינהל החינוכי...

כל זה מעורר את השאלה: מהי עמדת ההלכה בשאלה זו? דברים דומים לכאורה לעמדתו של השר דינור, על מעמדה של רשויות הציבור ביחס לחינוך הילדים, ניתן לראות בדברי הרב "צ' עוזיאל (שערי עוזיאל ח"א שער ד פרק ג, עמ' מח-נא), שכותב (סע' א):

חובת בית דין ותפקידו היא ללמד תורה את כל ילדי ישראל מראשית ימי ילדותם ועד אשר יגדלו ויידעו את תורת ישראל... הלכך מושיבין מלמדי תינוקות בכל עיר ועיר. ובכל עיר שאין בה מלמדי תינוקות היו מחרימים אנשי העיר...

במבט ראשון, ניתן להבין מדברי הרב עוזיאל שהוא רואה את בית הדין כאחראי על חינוך הילדים. אולם בהמשך הדברים הוא כותב (הע' א):

תלמוד תורה בישראל הוא מחובת האב לבניו ולבני בניו... ולכן בית דין, בתור אביהם של היחיד ושל כלל ישראל, מחייבים את האבות ללמד את בניהם תורה... לזאת שקדו אבותינו ורבותינו עוד מדורות הראשונים של האומה והקימו מקופת הציבור בתי ספר למקרא ובתי תלמוד או בתי מדרש למשנה.<sup>62</sup>

אף שהרב עוזיאל מרחיב את האחריות הציבורית על הילדים יותר מאשר פוסקי הלכה אחרים, הוא אינו מגדיר את בית הדין כ"אביהם של ילדי ישראל" וכדו', כפי שכתב במקומות אחרים על בית הדין כ"אביהם של יתומים". הוא מגדיר בהקשר זה של לימוד התורה את בית הדין כ"אביהם של היחיד ושל כלל ישראל" בתור

62. והוא מוסיף (סע' ז): "בתי ספר למקרא ובתי מדרש עומדים תחת פיקוחם התמידי של בתי הדין, ולהם החובה והזכות לפקח על בחירת המלמדים ופיטורם, זמני הלימוד וסדר הכיתות...". מקור דבריו - בדברי הגמרא, כתובות קה, א: "אמר ר' פנחס אמר ר' אושעיא, שלוש מאות ותשעים וארבעה בתי דינים היו בירושלים, כנגדן בתי כנסיות, וכנגדן בתי מדרשות, וכנגדן בתי סופרים". אולם ראה זו צ"ע, שכן לא נאמר שם שתפקידם של בתי הדין הוא לפקח על בתי המדרש ובתי הספר, כפי שאינם נדרשים לפקח על בתי הכנסת.

מושג כללי. ומשמעות הדבר היא שהילדים אינם נמצאים תחת חסותו של בית הדין אלא בחסותם של הוריהם. ובזמן שהתפיסה המונחת בבסיסו של 'חוק חינוך חובה חנים' רואה את הרשות הציבורית, קרי: המדינה, כנושאת באחריות עיקרית לחינוכם של הילדים ואת ההורים כמחויבים לסייע לה בכך, הרב עוזיאל רואה את ההורים כנושאים באחריות העיקרית, ואחריותו של בית הדין, כנציג הציבור, היא רק לכפות עליהם את מילוי חובתם או לסייע להם בכך. מתוך אותה גישה עקרונית הוא כותב שם (סעי' ג-ה) **שההורים הם אלה שצריכים לשלם את שכר הלימוד, והציבור חייב לממן רק את שכר הלימוד של מעוטי היכולת; ומסתבר שלא יחלוק על כך שההורים רשאים לבחור בעצמם את דרך הלימוד והחינוך המתאימה לילדיהם.**<sup>63</sup>

נקודה זו, שהרב עוזיאל לא התייחס אליה במפורש, נדונה בשו"ת משנה הלכות (חט"ז סי' נח), שם נכתב:

והתורה הטילה חיוב להאב למול את בנו ולגדל את בנו לתורה ולמעשים טובים ועוד דברים שהאב חייב לבנו... **וחיוב זה נמסר לו דווקא, ואפילו יבוא מי שהוא וירצה להדריכו שלא כרצון האב, אין לו רשות...**

ומכל זה למדנו, שהאחריות והסמכות לגידול הילד ולחינוכו נתונה בידי הוריו, והמקום שיש למערכת הציבורית - בית הדין או המדינה - להתערב בכך, מוגבל למקרים של הזנחה ממשית של הטיפול בהם או של חינוכם, וכן להושיט סיוע להורים בכל הקשור בחינוך ילדיהם על פי רצונם, ולפחות כאשר אינם מתנגדים לכך.

על כן יש לנקוט משנה זהירות לפני החלטה לפעול מול תפיסה חינוכית של ההורים, גם אם היא נתפסת כשגויה<sup>64</sup> או כנובעת מקשיים רגשיים; ועל כל החלטה להיות מבוססת על תפיסה אובייקטיבית של המציאות ועל סולם הערכים שקבעה ההלכה, ולא מתוך שיקולים התלויים בתרבות ובהשקפת עולם אחרת.

63. השוואה מקיפה בין התפיסה הרווחת במדינה לבין דעותיהם של פוסקי ההלכה לדורותיהם בכל הנוגע ליחס שבין חובת הציבור לאחריות ההורים, מופיעה בספרו של שמואל גליק, "החינוך בראי החוק וההלכה", ח"א פרק ד.

64. מסתבר שגם לקביעה זו יש גבולות, ואם תימצא בארץ כלשהי כת שבין עקרוניתה תהיה מילת בנות, יהיה על מנהיגי הציבור (המדינה או בתי הדין) להתערב בתקיפות כדי למנוע זאת; מה גם שההלכה היהודית אוסרת זאת מכול וכול. גם התפיסה הקיצונית ביותר בהלכה, הרואה את ההורות כסוג של בעלות, רואה אותה כבעלות מאוד מוגבלת, ולא נתנה בידי ההורים את הסמכות לחבול בילדיהם (על ברית המילה, עי' לעיל, פרק ו, 6).

עם זאת, ישנן התנהגויות הרסניות של הורים שאינן נובעות מתפיסה ערכית כלשהי אלא משיקול דעת פסול. והדבר מעלה שאלה עקרונית: עד כמה יש לכבד את האוטונומיה של המשפחה ועד כמה נכון להתערב במצבים כאלה?

### 3. סמכותה של המדינה - בתפיסות עכשוויות

שאלת האוטונומיה של המשפחה מול המדינה, דומה שלא זכתה עד כה לביורור תורני מקיף. הנושא שנוי במחלוקת עמוקה במשפט העמים, בין תפיסות שמרניות לבין תפיסות ליברליות, וכן בין תפיסות ליברליות מתונות לקיצוניות, ונובע במישרין מן השאלה שנדונה לעיל (פרק ב, 4), שם הבאנו את הדיון העקרוני על היחס שבין המשפחה למדינה. וכאן נקדים לדיון ההלכתי את מה שנכתב בעולם החול.

בשאלה זו עסק יוסף א' דוד, בחוברת "המשפחה והפוליטי" (עמ' 65-66). מצד אחד הוא מביא גישות המצמצמות את סמכותה של המדינה להתערב במרחב המשפחתי, וכותב:

על פי גישת 'הסדר הטוב'... המדינה איננה רואה את המשפחה רק כבית גידולם של הפרטים, אלא כמערכת נתונה המכילה בתוכה יחסים בין אישיים, ומשום כך צידוקה איננו תלוי בתרומתה הישירה לטובת הפרטים בה. המדינה מכירה במשפחה כ'סביבה טבעית', שהחוק נענה לשימורה אך לא נוטל חלק בעיצובה. על פי תפיסה זו אכן נקל לזהות ערך מהותני של המשפחה שאינו תלוי בכישוריה היצרניים. במובן זה ההבנה של הגישה האורגנית את רעיון המשפחה כיחידה אוטונומית עשירה יותר... הגישה האורגנית, כאמור, אוהדת את רעיון האוטונומיות של המשפחה... לפיכך פריצת האוטונומיה המשפחתית באמצעות פעולות התערבותיות של המדינה היא הנזקקת להצדקה מיוחדת. יתרה מזו, תפיסת המשפחה במונחים של 'בית' רואה באוטונומיות תכונה ראשונית של מוסד המשפחה.<sup>65</sup>

65. וכן בעמ' 48: "הניסיון השני, הגישה האורגנית, שומר על מעמדה של המשפחה כישות טבעית, טרום משפטית, ומעגן מעמד זה בהגדרת תפקידה של המדינה בכלל הקשור למשפחה".  
על חשיבות השמירה על האוטונומיה של ההורים, עיי' בהרחבה במאמרה של פרופ' רונה שוז, "זכויות הוריות בעידן זכויות הילד" (מופיע באינטרנט), פרק ג, 1.  
במאמרה "זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים: לקחים מפרשת תינוק המריבה", בקובץ 'משפחה במשפט' א, תשס"ז, עמ' 179-181, מביאה פרופ' שוז דעות שונות. השופטת איילה

ומצד שני הוא מביא גישה קיצונית יותר, שמקורה לדעתו במחשבה הליברלית: לעומת זאת, הגישה הפטרנליסטית הרואה את תפקודה של המשפחה במונחים של סוכנות, זקוקה להרבה פחות, אם בכלל, כדי להצדיק את ההתערבות ביחסים הפנים משפחתיים...

הוא מרחיב בהסברה של תפיסה זו במקום אחר (עמ' 62):

אכן אפשר לראות בפטרנליזם תוצר אפשרי של הפנמת התובנות הליברליות בדבר המשמעות המכשירית של המשפחה כפי שטבע לוק...

על כך הוא שואל:

האם הדאגה של המדינה לילדים שקולה או קודמת לאחריות ההורית?

והוא משיב:

ייתכן שאחריות המדינה היא שיוּרית, וככזו היא באה לידי ביטוי רק כאשר ההורים אינם מגלים אחריות מספקת לילדיהם.

אולם התשובה הפטרנליסטית מצדדת במפורש בתפיסה שאחריות המדינה איננה שקולה או שיוּרית לעומת זו של ההורים, אלא קודמת לה. המשמעות המכשירית של ההורות לפי לוק, במונחים של אפוטרופוסות זמנית, חותרת תחת הבלעדיות של ההורים כראשונים לדאגה לילדיהם ובעקבות כך פותחת פתח לכניסה של פקידי המדינה כממלאי מקום של פונקציה זו.<sup>66</sup>

---

פרוקציה דוגלת בכיבוד האוטונומיה של המשפחה הטבעית (ובהרחבה, שם, עמ' 186 ועמ' 198), ואילו השופטות דורית בייניש וסביונה רוטלוי דוגלות במעורבות רבה יותר של המדינה ובשילת היחס של ההורים לילדיהם כ"רכוש" או "שלוחה" שלהם. דיון נרחב באוטונומיה של המשפחה מול המדינה נמצא בספרו של פרופ' סקוט ינור, "להציל את המשפחה", עמ' 246-251 ועמ' 357-367.

66. במקום אחר בחוברת (עמ' 51) מוסיף יוסף א' דוד להסביר: "האחריות ההורית איננה דבר מובן מאליו אלא פריווילגיה המוענקת, או מואצלת, מכוחה של הריבונות המדינית... המעבר מתפיסת המדינה כנושאת באחריות שיוּרית... שלפיה ההורים הם הנושאים הראשונים באחריות כלפי הילדים, והמדינה ממלאת את תפקידם רק בהעדרם, לתפיסה של אחריות ראשונית, שלפיה המדינה היא האחראית הראשונה במעלה כלפי אלו שאחריותם מוגבלת... הפער בין הדוקטרינות הוא מהותי ועקרוני...".

מכאן הוא מגיע למסקנה מרחיקת לכת:

מעבר זה שוחק כמובן את חסינות המשפחה מפני התערבות המדינה  
בנעשה בתוך החיים המשפחתיים.

והתובנה העולה מכל זה היא:

הפרכת הסמכות ההורית מעודדת את מילוי מקומה של האחריות  
ההורית על ידי גורמים אחרים, כמו מדינת הרווחה המודרנית. כאן,  
שוב, בא לידי ביטוי הקשר בין ליברליזם לפטרנליזם.<sup>67</sup>

תפיסה קיצונית עוד יותר רואה את הילד כשייך בעצם למדינה. כך כותבים ד"ר  
שלמה רומי, ד"ר נורית לוי וד"ר ישראל צבי גילת במאמרם "והילד מה הוא  
אומר?" פרק ב (בספר "דברים שיש להם שיעור", עמ' 8-11):

לפי גישתן של שיטות המשפט האירופאיות, אין יחסי האב כלפי בניו  
אלא יחס של אפוטרופסות, כממונה עליהם מטעמו של הריבון...  
אפוטרופסות האב היא מכוח החוק... לאמור, הריבון רואה עצמו, לפי

67. תפיסה זו, הרואה את המדינה כמקור הסמכות לטיפול בילדים, יסודה ביוון העתיקה. כך כותב  
אפלטון בספרו "פוליטיאה" (כתבי אפלטון, כרך שני, עמ' 344-345): "מתחייב שהמעולים ביותר  
ירצו ככל האפשר להזדווג למעולות ביותר... והילדים שייולדו מדי פעם בפעם יימסרו לידי  
השלטונות שיתמנו על כך... ודומני, שבקבלם את ילדי הטובים, יביאו אותם לבתי התינוקות,  
לטיפולן של אומנות מסוימות שתשבנה בחלק מיוחד של העיר". על בסיס זה הוא היה הראשון  
שהגה את הרעיון של "חוק חינוך חובה".

להשקפה זו ישנם שורשים גם בנצרות הקתולית. וכך כותב יוסף א' דוד בחוברת, עמ' 58-59:  
"במחשבה הקתולית... המשמעות הדתית של ההטבלה קשורה בראש ובראשונה להכחשת  
תפיסת ההורות כהרחבת העצמי... אכן אי אפשר להתעלם מההשפעות ההרסניות של גישה  
כזו על המשפחה כמוסד אוטונומי. בדומה למהלך הלוקיאני, הסמכות ההורית על פי השקפה  
זו היא אחריות מנדטורית המותנית באפשרות למלא תפקיד אפוטרופסי בכל הנוגע לילדים.  
כישלון בנשיאת האחריות ההורית מצדיק את העברתה לנושאי אחריות אחרים". ומכאן נובעת  
המסקנה, ש"גם כאן, ההבחנה בין ילדים ביולוגיים לילדים מאומצים מיטשטשת והולכת".

היחס השלילי של הנצרות לקשרי המשפחה בכללם עולה מן האוון-גיליון (מרקוס ג, 31-35).  
על כך כתב הרב אליהו בן אמוזג, בספרו "בשבילי מוסר" (עמ' 75): "מי שלא יעזוב את אביו, את  
אימו את אחיו ואחיותיו, כדי להחזיק בתורה החדשה, לא ימלא כליל את חובתו... יש"ו מדמה, כי  
הגיעה התקופה של תחיית המתים, שהייתה כרוכה בעיניו עם תקופת המשיח, עד כדי כך שהוא  
מעיז לומר לאימו 'מה לי ולך אישה?' (יוחנן ב, 4). וכי זוהי הערכת היהדות? לדעתה של זו, אין  
המשפחה מהווה, רק את הבסיס, את המרכז הראשון אשר בהתרחבו ובהתפשטו ילך וייהפך  
למדינה. ההיכל המשפחתי הוא בשבילה המקדש, המזבח והכהונה. בתורת מופת צריכה לרחף  
נגד עינינו תמונתם של אבותינו, אברהם, יצחק ויעקב, מעריצי אל עליון, בסביבתם המשפחתית".  
והוא מוסיף (עמ' 76): "הנצרות משרה על הכנסייה ועל האנושות מאותו הטוב שהיא שללה מן  
הפרט, מן המשפחה ומן המולדת...".

שיטות משפט אלה באמצעות מוסדות השיפוט שלו, כממונה עיקרי על טובתם ושלמותם של הבנים, ואין ההורים אלא מורשים מטעמו לדאוג לצורכיהם של הילדים ולרווחתם...

לתפיסה זו ישנן השלכות מעשיות:

לא רק עצם קביעת האחריות של ההורה לבניו הייתה נתונה בידי הריבון, אלא גם היקפה וטיבה... יתר על כן, הריבון הרואה את עצמו, לפי שיטות משפט אלה, כממונה עיקרי על טובת הילדים, הוא המוסמך לקבוע את אמת-המידה של טובתם... אם ההורים הם, בעצם שליחים, מי הוא המשלחם? הווה אומר, המדינה על כל מוסדותיה...

על הרקע לתפיסה זו כותב בביקורתיות הרב חיים נבון בספרו "מדינה קטנה לעם גדול" (עמ' 35):

מדינות השואפות לפיקוח מרכזי חזק ממהרות לרסק את מוקדי הסמכות שבין המדינה לבין האינדיבידואל - את המשפחות והקהילות. אלו נתפסות כגורמים שמרניים ומסורתיים, המרסנים את כוחה הכול יכול של המדינה, ומעכבים את מצעד הקדמה.<sup>68</sup>

וכך כותב גם ד"ר יובל לוין בספרו "הפולמוס הגדול" (בהוצאת המרכז האקדמי 'שלם', עמ' 122), על משנתו של אדמונד בֶּרְק (הוגה אנגלי בתקופת המהפכה הצרפתית, שהיה ממתנגדיה הגדולים):

בֶּרְק סבור שהמהפכנים הצרפתים רצו, בכוונה תחילה ובמפורש... להחליש את המשפחה, קודם כול, וכך להחליש את המקור העמוק ביותר של התנגדות לאתיקה המהפכנית... טוען בֶּרְק, שהמהפכנים מבקשים, בעקבות רוסו, לדחות מעליהם את חובות המשפחה, "שהרי אינן מעוגנות בחוזה החברתי ואינן כובלות על פי זכויות האדם, משום

68. הרב נבון מוסיף שהם (עמ' 46) על תפיסתו של סוקרטס, שנמנע מלברוח מעונש המוות שהוטל עליו בטענה הבאה: "אדם צריך לציית גם לחוקי עוול של מדינתו, כי למעשה לא הוריו ולא משפחתו גידלו אותו, אלא המדינה וחוקיה. המשפחה טפלה היא למדינה". ועי' לעיל, הע' 352. במקום אחר בספר (עמ' 66-67) מביא הרב חיים נבון דוגמה אירונית להתערבות של המדינה במשפחה, העולה מתוך הפרק הראשון של מגילת אסתר, כאשר צו מלכות קובע כי "כל הנשים יתנו יקר לבעליהן", ו"להיות כל איש שורר בביתו ומדבר כלשון עמו". המחיר הוא שאפילו הקשר שבין המלך לאשתו מנוהל על ידי מערכת אכיפת החוק, המוציאה צו ש"יכתב בדתי פרס ומדי ולא יעבור, אשר לא תבוא ושתי לפני המלך אחשוורוש...".

שהיחס הזה איננו כמובן תוצאה של בחירה חופשית - לעולם לא מצד הילדים, ולא תמיד גם מצד ההורים. המשפחה היא המכשול העיקרי בפני אתיקה של בחירה, ולכן היא מטרה ראשונה במעלה להציהם של מהפכנים ליברלים רדיקליים באמת.

חשוב להדגיש, שלצד גישה ליברלית קיצונית זו ישנן גישות ליברליות מתונות יותר, הרואות את אחריותה של המדינה כ"אחריות שירית", שאינה באה להחליף את אחריותם של ההורים אלא רק להשלים אותה במקום שבו היא נכשלת במילוי תפקידי החינויים ביותר.<sup>69</sup>

תפיסה אחרת מובאת בספרו של פרופ' סקוט ינור, "להציל את המשפחה" (עמ' 357-367). התפיסה העולה מדבריו (אף שלא ניסח אותה במילים אלו) אינה רואה את המשפחה והמדינה כעומדות משני עברי המתרס ומתחרות ביניהן על סמכויות ותפקידים אלא כשני מרכיבים מרכזיים של החברה בתור ישות אורגנית. כשם שהגוף החי מורכב מתאים, רקמות ואיברים המנהלים ביניהם יחסי גומלין מסועפים, כך גם החברה האנושית מורכבת מיחידים, משפחות גרעיניות, משפחות רחבות, קהילות ומדינות - גופים המנהלים ביניהם יחסי גומלין מסועפים. תפיסה זו נותנת מקום למידה רבה יותר של גמישות במערכת היחסים שבין המשפחה לבין המדינה ומאפשרת התערבות של המדינה במקרה הצורך.

הד לתפיסה דומה ניתן לראות בתורה, במפקד שבפרשת במדבר (פרקים ב-ג): נושאים את ראשו של כל אחד וקוראים בשמו. כל אדם נספר כשהוא משויך למשפחה, לבית אב ולשבט: "בני... תולדותם למשפחותם לבית אבותם, במספר שמות...". כל שלושה שבטים מצטרפים ל"דגל מחנה", ומחנה ישראל כולו מחולק לחמישה מחנות: ארבעה דגלים בכל אחת מרוחות השמיים ומחנה לווייה במרכז המחנה, סביב המשכן. המפקד יצר מציאות שבה האדם היחיד הוא לא עוד פרט אלא חלק ממערכת מאורגנת בדומה לגוף האדם. על בסיס זה יש מקום למעורבות של ההורים בחיי ילדיהם, של המשפחה הרחבה במשפחה הגרעינית ושל ההנהגה הלאומית בכל אחת מתת-המערכות המרכיבות את האומה. כל מערכת מכבדת את האוטונומיה של תת-המערכת הנמצאת תחתיה, אולם רואה לעצמה חובה לגלות מעורבות במקרה הצורך.

69. כך העיר לנו ד"ר אורי בגנו.



מתוך הסקירה הזאת נשוב לדיון ההלכתי על סמכותם של בתי הדין ועל ההשוואה בינם לבין הרשויות של המדינה המודרנית.

#### 4. סמכותן של רשויות ציבוריות - בהלכה

בתנ"ך מצאנו דוגמה להתערבות של רשות ציבורית במשפחה, וכך נאמר בספר נחמיה (פרק יג, א-ג):

ביום ההוא נקרא בספר משה באוזני העם, ונמצא כתוב בו אשר לא יבוא עמוני ומואבי בקהל האלהים עד עולם... ויהי כשומעם את התורה, ויבדילו כל ערב מישראל.

בפסוקים אלו מדובר על כך שעזרא ונחמיה, שנשאו בסמכויות שלטוניות מטעם האימפריה הפרסית, הביאו לגירושי הנשים הנוכריות. אומנם מפסוקים אלו ניתן היה להבין כי הדבר נעשה רק על ידי שכנוע; אולם בהמשך הפרק (פס' כג-ל) משמע שהדבר נעשה באמצעות כפייה:

גם בימים ההם ראיתי את היהודים הושיבו נשים אשדודיות, עמוניות, מואביות... ואריב עימם ואקללם, ואכה מהם אנשים ואמרטם, ואשביעם באלהים אם תתנו בנותיכם לבניהם ואם תישאו מבנותיהם לבניכם ולכם... וטיהרתים מכל נֹכֵר...

ובמסכת מועד קטן (טו, א) לומדים מכאן חז"ל על סמכויותיו של בית הדין: ומנלן דמפקרינן נכסיה? דכתיב: "וכל אשר לא יבוא לשלושת הימים כעצת השרים והזקנים יחרם כל רכושו והוא ייבדל מקהל הגולה". ומנלן דנצינן ולייטינן ומחינן ותלשינן שיער ומשבעינן? - דכתיב: "ואריב עמם ואקללם ואכה מהם אנשים ואמרטם ואשביעם".

אולם דברים אלו מעידים על סמכותה של הרשות הציבורית - בית הדין או המלך - לכפות על קיום המצוות,<sup>70</sup> שכן נשיאת נשים נוכריות נאסרה על פי ההלכה; ואין ללמוד מכאן על סמכותו של גוף ציבורי כלשהו להתערב בתוך התא המשפחתית בהקשרים אחרים, גם אם הוא עושה זאת לטובת הילדים.

70. על כפיית המצוות בידי המלך, עי' סנהדרין צד, ב; ירושלמי סוטה פ"ז ה"ד; רמב"ם הל' מלכים פי"א ה"ד ומו"נ ח"ב פ"מ; רמב"ן דברים כז, כו; הרב נפתלי בר אילן, "משטר ומדינה בישראל על פי התורה", ח"א עמ' 43 והע' 15, עמ' 59 הע' 53; הרב עדו רכניץ, "מדינה כהלכה" עמ' 40-42.

עם זאת, במקרים מיוחדים מצאנו בהלכה התייחסויות להתערבות של בית הדין במצוות המוטלות על האב.

דין אחד נאמר בהקשר למצוות מילה (רמב"ם, הל' מילה פ"א ה"א-ה"ב):

...ומצווה על האב למול את בנו...

עבר האב... ולא מל אותן - ביטל מצוות עשה... ובית דין מצווים למול אותו הבן... בזמנו ולא יניחו ערל בישראל...

אין מלין בנו של אדם שלא מדעתו, אלא אם כן עבר ונמנע למולו, שבת דין מלין אותו בעל כורחו...

סמכות זו מסורה רק בידי בית הדין ולא בידי אדם פרטי.<sup>71</sup> מצאנו אפוא במצוות מילה, שבת הדין מתערב בה אפילו בעל כורחו של האב. האם ניתן ללמוד מכאן לדברים נוספים?

דין הפוך מצאנו במצוות פדיון הבן (רמב"ם, הל' ביכורים פ"א ה"א-ה"ב). בהלכה הראשונה כותב הרמב"ם:

מצוות עשה לפדות כל איש מישראל בנו שהוא בכור לאָמו הישראלית...

ובהלכה שאחריה הוא כותב, שאף על פי כן,

...עבר האב ולא פדהו - כשיגדל יפדה את עצמו.

מצוות פדיון הבן תלויה בשייכות של הבן לאביו;<sup>72</sup> וכאן בית הדין אינו יכול למלא את מקומו של האב, מפני שאין לו שום מעמד ביחס לבן, ולכל היותר הוא יכול לכפות עליו לקיים את המצווה שהוא מחויב בה מן התורה.

מה ההבדל בין ברית המילה לבין פדיון הבן?

אם נבקש לטעון שההורות היא סוג של בעלות, ולכן אין לבית הדין סמכות לפדות את הבן, יעלה קושי גדול ביחס למצוות מילה: מניין יש לבית הדין סמכות לפגוע בגופו של הבן, כשזוהי התערבות חריפה עוד יותר?

ואם נבקש לטעון שההורות היא אפוטרופסות מטעם הקב"ה, יהיה פשוט יותר להסביר מדוע בית הדין מוסמך לקיים את ברית המילה, אולם לא ימצא הסבר מניח את הדעת לכך שאין לו סמכות לפדות את הבן הבכור.

71. ועי' שו"ת באוהלה של תורה ח"א סי' לג.

72. עי' ש"ך וט"ז יו"ד סי' שה ס"ק יא. ועי' במה שכתבנו לעיל, פרק ה, 2 בשם הזכר יצחק.

ייתכן שהישוב לקושי זה מונח בדבריו של השואל ומשיב' (מהדורה תניינא ח"ג סי' טד), שהובאה לעיל (פרק ח, 3), ששואל:

מנ"ל להרמב"ם דאם לא מל האב הבי"ד כופין אותו למול? ודלמא דווקא באין האב לפנינו הוא דחייבין הבי"ד למול, אבל לא כשהאב לפנינו וצווח דאינו רוצה למולו, למה יוכלו הבי"ד לכופו?

והוא משיב:

לפענ"ד לק"מ, דהבן אינו ברשות האב, רק בענייני הגופני והחומרי; אבל מה שנוגע לתורת משה והנפש, הבית דין (=הוא) אבי הילד.

השואל ומשיב' כותב כך דווקא ביחס למצוות מילה, הנוגעת במהותה למצבו הרוחני של הילד כמי שנכרתת ברית בינו לבין הקב"ה; אולם הסמכות לפדותו נובעת מקניין או סמכות שיש לאב בגופו של הבן, ולכן היא מסורה לאביו ולא לבית הדין.

האחריות למצבו הרוחני של הבן אינה מתבטאת רק בחובת האב למולו, אלא גם ללמדו תורה ולחנכו למצוות. ומאחר שמצאנו הבדל בין מילה לפדיון, אין להוכיח ממצוות מילה למצוות תלמוד תורה וחינוך, ואין ראייה מדברי השואל ומשיב, שבית הדין נדרש להיות אחראי ללימוד התורה של הבן ולחינוכו למצוות.

השואל ומשיב' מוסיף לדבריו עוד שיקול, וכותב:

דכיון דמצוות מילה עוד נצטווה אברהם אבינו ובניו אחריו המתייחסים לזרעו של יצחק. והנה הדת יהדות מתייחסים אנחנו לאבינו אברהם שהיה ראש לגרים כדאמרו בחגיגה דף ג, א"כ כל שהוא ערל שוב אינו בכלל יהדות.

ואם נקבל את ההנחה שההורות ביסודה איננה קניין אלא קשר זהותי, יהיה מקום להסביר (שלא כמו הטענה המרכזית של השואל ומשיב), שהתערבות בית הדין במילת הבן נובעת מן האחריות המוטלת עליו מאחריותו לשימור זהותו היהודית. הסבר זה מבטא את ההבנה שהזהות הלאומית, שעליה מופקד בית הדין כשליח הציבור, גוברת על הזהות המשפחתית, שעליה מופקד האב.<sup>73</sup> ולפי זה נוכל להבין שמאחר שפדיון הבן אינו משפיע על זהותו של הילד, אין הצדקה להתערבות של בית הדין בקיומה של מצווה זו.

73. עי' לעיל, פרק ב, 5.

מכל זה יש מקום ללמוד, שמצוות מילה היא היוצא מן הכלל שאינו מעיד על הכלל. מכאן יש להסיק שסמכותן של רשויות ציבוריות להתערב בכפייה בגידול הילדים במשפחה ובחינוכם היא מוגבלת למדי, גם כשהן באות מכוחה של התורה;<sup>74</sup> וקל וחומר - כאשר מדובר ברשויות החוק של מדינה חילונית.

### 5. המדינה ובית הדין - "אביהם של יתומים"?

דיון הלכתי נוסף על סמכותן של רשויות ציבוריות להתערב במשפחה מתבסס על דברי הגמרא (גיטין לז, ב; ב"ק לז, א):

רבן גמליאל ובית דינו אביהן של יתומין.<sup>75</sup>

וכך פסקו הרמב"ם (הל' נחלות פ"י ה"ד) והשו"ע (ח"מ רצ, ה):

מי שמת והניח יורשים גדולים וקטנים, צריך למנות אפוטרופוס שיהיה מתעסק בחלק הקטן עד שיגדיל. ואם לא מינה, חייבים בית דין להעמיד להן אפוטרופוס עד שיגדילו; **שבית דין הוא אביהן של יתומים.**

על בית הדין, ועל האפוטרופוס שהוא ממנה, מוטלת האחריות על חינוך ילדים שאין להם הורים שיחנכו אותם.<sup>76</sup>

חברי בית הדין מתמנים על ידי הציבור, וסמכותם נובעת משני מקורות:

המקור הראשון הוא כוח **התורה** - בו בית הדין פועל כשליח של הקב"ה,<sup>77</sup> עליו נאמר (תהילים סח, ה-ו):

שירו לאלהים זמרו שמו, סולו לרוכב בערבות, ביה שמו, ועלאו לפניו.  
אבי יתומים ודיין אלמנות, אלהים במעון קדשו.<sup>78</sup>

74. על סמכותו של בית הדין להתערב בלימוד התורה ובחינוכם של הילדים, עי' לעיל, סע' 1-2. גם עצם ההגדרה של בית הדין כ"אבי הילד" בהקשר הרוחני איננה מוסכמת. עי' לקמן, סע' 5-6.

75. על פי זה נפסק להלכה בשו"ע (ח"מ סז, כח), שיתומים קטנים אינם צריכים פרזבול. ועי' רמב"ם, הל' שמיטה ויובל פ"ט ה"כ. רש"י, גיטין שם ד"ה אביהן של יתומים, מפרש: "וממונים עליהן ועל ממונם".

76. שמירת שבת כהלכתה, מהדורת תשכ"ה פרק לב סע' ה, עפ"י פני יהושע סוכה ב, ב ד"ה בגמרא וכי תימרו.

77. עי' רמב"ם, הל' סנהדרין פרקים ב-ד. בדרך זו הלך הרב"צ חי עוזיאל. שערי עוזיאל ח"א עמ' 22.

78. עי' קרית ספר, הל' נחלות פי"א ה"י.

הקב"ה הוא אביהם של היתומים ובית הדין פועל מכוחו.

המקור השני הוא כוח האומה - בו בית הדין פועל מכוח היותו מנהיג ציבור הנושא באחריות על מצבו של הציבור, על קיום המצוות הציבוריות ועל מימוש חובת הציבור לטפל במצוקות של כל אחד מן הפרטים המרכיבים אותו.<sup>79</sup> ציבור זה הוא לא דווקא זה שמאורגן במדינה. כל קהילה יהודית בעולם מוגדרת כ'ציבור',<sup>80</sup> ובית הדין שלה נושא באחריות ובסמכות מכוחו של הציבור.<sup>81</sup>

אומנם המקור הראשון לסמכותו של בית הדין אינו קיים ביחס למדינה, אבל המקור השני יכול להעניק את הסמכות כיום לרשויות הרווחה ולבתי המשפט הממלכתיים.<sup>82</sup>

השופט מנחם אלון, באחד מפסקי הדין שלו,<sup>83</sup> מבקש להשתית את הרחבת סמכותה של המדינה להתערבות במשפחה על הלכה זו, שבית הדין הוא "אביהם של יתומים", וכותב:

הרעיון המרכזי במערכת המשפט העברי בדיני אפטרופסות על ילדים, על כל ילד שהוא, יסודו בכלל הגדול ש"בית דין הוא אביהם של

79. כך נכתב בשו"ת דבר אברהם (ח"א סי' א): "דילפינן מיניה בגיטין (לו, ב) הפקר ב"ד הפקר מקרא ד'זכל אשר לא יבוא לשלושת הימים כעצת השרים והזקנים יוחרם כל רכושו' - וסבירא ליה דלא נאמרה הלכה זו על ב"ד של ישראל בתור ב"ד, אלא בתור שררה וממשלה, שהרי שרים וזקנים כתיבי בקרא".

מסתבר שאחריות זו של בית הדין על מצוקתם של הפרטים נלמדת מן המרכיב הציבורי של מצוות צדקה. עי' רמב"ם, הל' מתנות עניים פרק ט.

80. על מקור סמכותה של הקהילה עי' רמב"ם הל' מכירה פי"ד ה"ט-ה"א; שו"ת הרשב"א ח"א סי' תשכט וח"ג סי' תיא; שו"ע חו"מ רלא, כז, ויו"ד רכח, לג-לד; שו"ת באוהלה של תורה ח"א סי' ב. על תוקפן של תקנות הקהל, עי' שו"ת הרשב"א ח"ג סי' תיז, ובהרחבה - בשו"ע חו"מ סי' קסג.

81. על מעמדו של בית הדין כמנהיגות ציבורית, כתב הרב יעקב אריאל, "אוצר בית דין - ביטוי למעמד הציבור בשמיטה", פרק ט (תחומין כח, עמ' 314-315), שבית הדין "אינו גוף פסיבי שדן רק כשהנידונים באים לפניו, אלא הוא יוזם בעצמו וקובע סדרים בחברה. הוא איננו רק גוף שיפוטי, אלא גם גוף שלטוני. הוא אביהן של יתומים, והוא אחראי להשליט את הצדק בציבור...". וכן כתב הרב שלמה דיכובסקי, במאמרו "בית דין הוא אביהם של ישראל" (תחומין כה, עמ' 247), בו הוא דן בסמכויות של בית הדין לדון בעניינים ציבוריים וחינוכיים וקובע שיש לו סמכות זו מתוקף היותו "אביהם של יתומים, אביהם של ילדי ישראל" (מאמר זה נכתב בתגובה למאמרו של הרב אברהם שרמן, שם עמ' 243, שאינו עוסק דווקא ביתומים).

ועי' במאמרו של הרב אורי סדן, "סמכות ואחריות המדינה בעניין בריאות הציבור", פרק 4, בספר "מכת מדינה", עמ' 107-110.

82. וכך כתב הרב יעקב אריאל, שם: "בעצם דבר זה היה צריך להיות בסמכותה של המלכות, אלא שבהעדר שלטון הדואג לסדרי החברה ממלא ביה"ד את מקומו, וכמש"כ הר"ן בדרשה יא".

83. בד"ם 1/18, יחיאל נגר נ' אורה נגר, פ"ד לח (1) 365 (1984).

יתומים", החל על כל קטין וילד, ולא דווקא על יתומים. ההורים, וכן כל מי שנתמנה כאפוטרופוס על הילדים, משמשים כאילו נציגים של בית הדין, הפועלים מכוחו ועל פי הוראותיו, הן בדאגה לגופו ולשלמו של הקטין, והן בשמירה על רכושו ונכסיו על פי עקרון העל של טובת הילדים.

הרחבה זו של דברי חז"ל כלפי ילדים שיש להם הורים שתפקודם לקוי מבוססת על שתי תשובותיו של הרדב"ז שהבאנו לעיל (פרק יד, 6), מהן עולה לא רק האחריות להתערב אלא גם הסמכות לנקוט צעדים הפוגעים באוטונומיה של ההורים.<sup>84</sup> יש לתת את הדעת על שלוש נקודות חידוש שיש בדבריו של השופט אלון, מעבר לדברי הרדב"ז:

א. הסמכות להתערב קיימת בכל מצב ולא רק במקרים קיצוניים, כמו אֵם העוסקת בזנות.

ב. הסמכות להתערב קיימת גם במשפחות שיש בהן שני הורים מתפקדים.

ג. הסמכות להתערב נתונה בידי המדינה ולא רק בידי בית הדין הדתי.

השופט אלון הופך את סמכותה של המדינה להתערב במשפחה לדבר שהצדקתו כמעט מובנת מאליה.<sup>85</sup> עמדה זו עולה בקנה אחד עם תפיסות אפוטרופסות מודרניות (אפילו קיצוניות) של המדינה שחדרו לתחום המשפחה. וכך כותבת רבקה בר יוסף, במאמרה "ילדות בסביבה החברתית המשתנה של סוף האלף השני":<sup>86</sup>

84. לדעת הרב"צ עוזיאל, שם עמ' 18-20, סמכותו של האב למנות אפוטרופוס לבניו לאחר מותו נובעת מסמכותו של בית הדין; והוא מוסיף שהוא הדין לסמכותו של האב לנהל את נכסיו בנו בחייו.

85. על תפיסתו של השופט אלון מרחיב יוסף א' דוד בחוברת "המשפחה והפוליטי", עמ' 53-55: "המיזוג של תפיסת עולם ליברלית עם מסקנה פטרנליסטית בא לידי ביטוי בכמה מקרי אימוץ, שבהם ביטא אלון מחויבות לספק הצדקה תאורטית לפעולות המערכת השיפוטית, שנראות לכאורה כמו השחתה תוקפנית של הקשרים הטבעיים בין הורים לילדיהם...". והוא מוסיף: "המשמעות המקורית של המימרה התלמודית מייחסת לבית המשפט רק סמכות שירותית בהעדר הורים ביולוגיים, באשר בית המשפט נתפס כרשות הולמת למילוי מקומה של ההורות החסרה. אמנם חכמי ההלכה הימי ביניים הרחיבו את היקף כלל זה וכללו בו... גם חסרי ישע, בעלי נכות נפשית וכדומה; אף על פי כן הרחבתם נותרה נאמנה למשמעות המקורית של הרעיון התלמודי ולא ערערה על מעמדם של ההורים כבעלי סמכות טבעית וראשונית בכל הקשור לילדיהם".

86. מגמות, כרך 3 (אוגוסט 2000), עמ' 377.

לתוך המעגל של הורים וילדים נוסף המימד הפוליטי של המדינה (ובמידה מסוימת הממסד הגלובלי של האו"ם) בתור האפוטרופוס על רווחת הילד וחינוכו שיבטיח את הכנתם המתאימה של אזרחי העתיד. נוספו לאלו אנשי המקצוע היצרנים, המתווכים ומעבירי ידע... לידם פועלת מערכת מבצעת של מחנכים בגנים ובבתי הספר, רופאים ופסיכולוגים של ילדים... הורים מצופים לאהוב את ילדיהם, אבל המערכת המדינית חברתית לא סומכת על יכולתם לעצב את אזרחי העתיד. להורים משאירה החברה את האחריות העיקרית לדאגה לילדיהם ולחברותם כל עוד הם מתנהגים בהתאם לסטנדרטים הנורמטיביים המקובלים.<sup>87</sup>

עלינו לברר את דעת ההלכה בעניין מתוך עיון בדברי הפוסקים.

דיון נרחב בהתערבות של גוף ציבורי במצבם של ילדים נמצא בתשובה של המהרשד"ם (אה"ע סי' קכג). התשובה עוסקת בתינוקות יתומה שהתגלע ויכוח בין משפחת האב לבין האם בעניין המשמורת שלה. האם רצתה לעקור לבית הוריה ולקחת עימה את התינוקת, ואילו אחי האב, שהתמנה על ידו בחייו כאפוטרופוס על הבת, התנגד לכך. בדבריו מתבסס המהרשד"ם על דברי הרמב"ן (בתשובות הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סי' לח), שכתב:

ולעולם צריך לדקדק בדברים אלו אחר שיראה בעיני ביי"ד בכל מקום שיש בו יותר תיקון ליתומים, שבי"ד אביהם של יתומים לחזור אחר תיקון.

מכאן לומד המהרשד"ם שבית הדין אחראי ומוסמך להתערב במצבים כאלה; ואם הוא משתכנע שטובתה של הבת היא להישאר עם משפחת אביה, הוא מוסמך

87. וכך כותבת גם מתת אדר-בוניס, בספר "משפחות בראייה סוציולוגית ואנתרופולוגית", כרך 1, בהוצאת האוניברסיטה הפתוחה לישראל (2007), עמ' 365: "מאייר (1983) עסק אף הוא ביחסי מדינת הרווחה והמשפחה... לטענתו סמכות האב לא נחלשה מאליה אלא הוחלשה בהדרגה ע"י המדינה האירופאית, ומסוף המאה ה-19 אחראית לכך בעיקר [מערכת] המשפט והמשטרה. מאייר חקר התפתחויות אלו בצרפת והראה שחוקים מ-1889 ו-1898 הגבילו את סמכותו הבלתי מעוררת של האב בקובעם שזכותה של המדינה להוציא ילדים מידי אבות מתעמרים שאינם ראויים לגדלם. ב-1935 נקבע בחוק שבתגובה לבקשת אבות להוציא ילדים מן הבית, המדינה היא שתחליט אם לעשות זאת ולכמה זמן. ב-1958 נקבע בחוק שאבות לילדים עבריינים אינם רשאים להעניש את ילדיהם ובית המשפט לנוער הוא המוסמך להעניש ילדים ובני נוער אלו. ב-1970 נקבע בחוק הצרפתי שסמכות ההורים אינה אלא קבוצת זכויות וחובות כלפי הילד המוטלות עליהם ע"י המדינה כדי להבטיח את הגנתו ואת התפתחותו".

לקבוע את סדרי המשמורת. ולאחר בירור ההיבטים השונים של המציאות, הוא כותב:

על כורחך יש לך לומר שחכמים דיברו בתקנת הבת על הסתם. אמנם אם ייראה בעין שתקנת הבת אינה להניחה אצל אמה, ודאי ואין ספק בו שיש כוח לבית דין לראות על תקנתה.

ולאור זה הוא מסיק:

גם אנו נאמר לאם הילדה הזאת, אף על פי שאמרו "הבת אצל האם", אנו רואים שדבריהם היה לתקנת הבת. אם תרצה לעמוד [=להישאר באותה עיר] - הרי טוב; ואם לאו - נסיר הבת מאצלה מצד חשש כמה קלקולים נמשכים מיציאתה מן העיר הזאת.

בסוף התשובה מופיעה הסכמתו של הרדב"ז לפסיקה זו, ושם הוא כותב:

הריני מסכים שכופין בי"ד את האלמנה לשבת בעיר כל זמן ההנקה... ואם ראו בי"ד שתקנת הבת שתלך עם אמה, אפי' בתוך זמן ההנקה, בי"ד **אביהם של יתומים** הם, ואין האפוטרופוס יכול לעכב עליהם. ואחר זמן זה, אם תרצה האם ללכת לעירה ולא ראו בי"ד שתלך [=הבת] עמה - מניחין אותו בבית זקנתה... כל זמן שהיא קטנה, ואחר שתגדל הדבר תלוי בה בכל מקום שתרצה... ישתדל בנישואיה בכל מקום שהיא...

יש לציין כי במקרים שבהם דנו הרדב"ז והמהרשד"ם היה ויכוח בין ההורה הביולוגי של הילד לבין המשפחה המורחבת של ההורה שמת, שהיא זו שביקשה לגדל אותו. בנידון זה, בכל מקרה הייתה נשמרת זהותו של הילד; ויש קושי מסוים להסיק מכך על סמכותו של בית הדין להתערב במקום שבו מדובר על העברת הילד למשפחה זרה לחלוטין. ומסתבר שתהיה לו סמכות לכך רק במקרים קיצוניים ולא בכל מצב שבו טוב לו יותר לגדול בבית אחר.

לאור דברי הרדב"ז והמהרשד"ם, המרחיבים את אחריותו וסמכותו של בית הדין להתערב לטובתם של הילדים, כותב הרב"צ עוזיאל (שערי עוזיאל ח"א עמ' ה):

בית דין הוא אביהם של קטנים, גם לעניין גידולם, טיפולם וחינוכם התרבותי, וחייבים לפקח על גידולם וטיפולם בגופם, ועל תרבותם וחינוכם הנפשי. לכן במקרה של גירושין בחיי אביהם, או יתמות, אפילו מאחד מהוריהם - רואים בית דין [את] המקום הטוב ביותר לטיפולם הבריא ותרבותם הדתי והמוסרי של הילדים אצל אחד מההורים, או



אפילו אצל אחרים; שיותר ממה שחייבים בית דין לפקח על ממונם, חייבים לפקח על גופם ונפשם שלא יחלו ולא יצאו לתרבות רעה, אלא יהיו בריאים וגדלים בדרך טובה וישרה בעיני אלהים ואדם, ונאמנים לתורת ה' וישראל עמו.

בדומה למה שכתבנו לעיל (סעי' 2), לכאורה נראה גם כאן כי הוא מסכים לדעתו של השופט אלון, שהכלל "בית דין אביהם של יתומים" מעביר את מרכז הכובד של האחריות על הילדים מן ההורים אל הרשויות הציבוריות, והוא לא מתנה את התערבותו של בית הדין בדרישה מצד מישהו מן המשפחה המורחבת, כמו במקרה שבו דנו הרדב"ז והמהרשד"ם.

אולם עיון נוסף מעלה כי דעתו של הרב עוזיאל שונה מאוד מעמדתו של השופט אלון - הן בנוגע לסוג המשפחות שבהן יש סמכות להתערב והן בנוגע לזהותו של הגוף המתערב.

כאשר מדובר בסוג המשפחות, הרב עוזיאל, כמו הרדב"ז והמהרשד"ם לפניו - מחיל את הכלל הזה "בית דין אביהם של יתומים" רק על **משפחות שהתפרקו** - עקב אלמנות או גירושין; אז נדרש בית הדין למלא במידת ההכרח את מקומו של ההורה החסר. כך הוא כותב בעוד מקום (שערי עוזיאל, ח"ב שער מז פרק א):

...הלכה זו מסורה לבית דין שהם נקראים אביהם של ילדים בכל מקרה  
**יתמות או בדומה לזה שהוא פירוד ההורים...**

ואילו כאשר מדובר **במשפחה טבעית** - בה חיים שני ההורים עם ילדיהם - לא ניתן להחיל עליה את הכלל "בית דין אביהם של יתומים".<sup>88</sup> כאן אין סמכות לבית הדין להתערב, ועליו לכבד את האוטונומיה של המשפחה כל זמן שאין מדובר במצב של סכנה לילד או פגיעה חמורה בהתפתחותו.

במקום אחר (שערי עוזיאל ח"א עמ' 22) עומד הרב עוזיאל על התשתית לכך שהכלל "בית דין אביהם של יתומים" חל דווקא על יתומים (וילדים במצב דומה) ולא על ילדים החיים עם הוריהם, והוא כותב:

...האפוטרופסות... איננה גם תקנה חברתית או מתורת המדינה. אבל  
**היא חובה משפטית המוטלת בעיקרה על שופטי העם ונבחריהם**

88. כך הוא כותב גם בשערי עוזיאל, ח"ב שער מז פרק א: "...הלכה זו מסורה לבית דין שהם נקראים אביהם של ילדים בכל מקרה יתמות או בדומה לזה שהוא פירוד ההורים...".

לפי תפקידם נקראים ממונים **מאת אבי יתומים** השוכן בערבות לעשות משפט יתום ואלמנה **בשליחותו של ה' אלהי ישראל...**

מכל זה עולה, שהאחריות על הילדים מסורה באופן עקרוני **להוריהם**;<sup>89</sup> ורק כאשר מדובר ביתומים, נמסרה האפוטרופסות לבית הדין בתור "אביהם של ילדי ישראל".

גם הר"י זילברשטיין, במאמרו "אימוץ ילדים נגד רצון ההורים" (בספר "על בן אימצת לך", עמ' יח) נדרש לשאלת הסמכות להתערב במשפחה וכותב בדברי הסיכום למאמר:

כשההורים עצבנים ואינם מאומנים בחוכמת החינוך, אין זו עדיין סיבה מספקת לנתק ילדים מהוריהם ולמסרם לאימוץ; והגבול הוא **פיקוח נפש ממש**. ואפילו תופעות של גמגומים והרטבות מצד הילד וכדומה המצביעות על מצב פגיעה נפשית, אין בהם הצדקה למסור לאימוץ שלא ברצון ההורים.<sup>90</sup>

ולדעתו, אין לרשויות סמכות להוציא ילד ממשפחה שיש בה שני הורים המגדלים את ילדיהם במשותף, למעט מקרה הקיצון בו מוטל על כל אדם לפעול מכוח הציווי "לא תעמוד על דם רעך".

89. כך עולה גם ממה שכתב בקשר לאחריותו של בית הדין על חינוך הילדים (לעיל סע' 2), שם נמנע מלהשתמש במילים "בית דין אביהם של יתומים" ובמקום זה כתב "אביהם של היחיד ושל כלל ישראל".

90. יש מקום לשאול על הנימוק לפסיקתו של הר"י זילברשטיין, שלא על פי מה שמוזכר בפתיח תשובה (שהובאו לעיל, פרק יד, 7). האם היא נובעת משיקול הלכתי בלבד, לפסוק דווקא כפי שמשמע קצת מדברי הרדב"ז בתשובתו, שההיתר להוציא ילד מרשות הוריו נאמר רק במצב של פיקוח נפש, או שמעורב בה שיקול נוסף, של חוסר אמון בשיקול דעתן של רשויות המדינה, בהיותן פועלות מתוך תפיסת עולם חילונית? ייתכן ששאלת האמון עצמה שנויה במחלוקת בין פוסקי הלכה שונים, והפסיקה המובאת בנשמת אברהם (ח"ד, חו"מ סי' שפח, עמ' ק; שם סי' תכד, עמ' קלג) מתבססת על עמדה הרוחשת אמון רב יותר למדינה ולמוסדותיה. אולם לפי דברינו כאן מסתבר לומר שהוא מבחין בין שני סוגים של משפחות: אם מדובר במשפחה שהתפרקה, כמו במקרה שבו דנו הרדב"ז והפת"ש, ההתערבות באה מכוח הכלל "בית דין אביהם של יתומים" ויש לבית הדין סמכות להתערב גם במצבים שאינם פיקוח נפש. אולם כאשר מדובר במשפחה מתפקדת, שיש בה שני הורים נשואים, הילדים אינם "יתומים" והיכולת להתערב אינה מבוססת על סמכות אלא על מצוות "לא תעמוד על דם רעך".

עם זאת, מצאנו מי שסובר שהכלל "בית דין אביהם של יתומים" חל גם כלפי מי שיש לו הורים, אם אינם מתפקדים ברמה סבירה. כך כותב הר"מ קליין בשו"ת משנה הלכות (ח"ט ס' נח) ביחס להורים המתעללים בילדיהם:

ובי"ד הם האפוטרופסים של קטני ישראל במקום שאין אב...

בדבריו הוא מגדיר ילדים שהוריהם מתעללים בהם כ"מקום שאין אב".<sup>91</sup> וכן נכתב בשו"ת ציץ אליעזר (ח"ט ס' נב אות ג) ביחס לאב הפוגע מינית בבתו:

ומקרה כזה שלפנינו הוא יותר גרוע מהכאה... ובית דין אביהם של קטנים.

דברים דומים נכתבו בפד"ר (מתוך המאגר המקוון, פס"ד קמח) בהקשר לילדים הסובלים מהזנחה:

יצוין, כי בי"ד הוא אביהם של יתומים הוא לאו דווקא אם אחד ההורים אינו בחיים, אלא גם כשההורים אינם מסוגלים מכל סיבה שהיא למלא את תפקידם וחובתם כלפי הקטינים ואין מי שידאג להם ולמלא את צרכיהם, גם אז נקראים הקטינים בשם "יתומים" על אף שההורים בחיים וביה"ד הוא אשר נקרא "אביהן של יתומים".

בית הדין מתבסס על דברי הרמב"ם (הל' דעות פ"ו ה"י), העוסקים באיסור לענות יתום:

ועד מתי נקראים 'יתומים' לעניין זה? עד שלא יהיו צריכין לאדם גדול להיסמך לו, לאמנם ולהיטפל בהן, אלא יהיה עושה כל צרכי עצמו לעצמו כשאר כל הגדולים.

על כך כותבים הדיינים:

המסקנה העולה מהאמור, כי כאשר הילדים הקטנים זקוקים לאדם גדול אשר יטפל בהם וימלא את צורכיהם ואין ההורים מסוגלים לעשות כן, נקראים "יתומים" על אף שהוריהם בחיים. ובלשון העגה, מכונים הם

91. דברים אלו מעלים את הבעייתיות הקיימת במצבים חמורים של שני הורים שאינם מתפקדים כלל, כמו הורים המכורים לסמים קשים, חולים במחלת נפש קשה וכדו'. ייתכן שגם מצב זה מגדיר את הילדים כ"יתומים בחיי הוריהם" בדומה לילדי זוגות שהתגרשו או הורים מתעללים. קבלת הגדרה מעין זו עלולה ליצור בעיה קשה בנוגע להגדרה של "הורים שאינם מתפקדים", כאשר יש לחשוש ששופטים האוחזים בתפיסת עולם פטרנליסטית קיצונית ירחיבו את ההגדרה הזאת יותר ויותר.

“יתומים חיים”. בכהאי גוונא, הטילו חכמים על ביה”ד שימש עבורם כ“אביהן של יתומים”. (ומתוך כך לשאת ב’אחריות מיניסטרילית’ כלפיהם - לדאוג למילוי כל צורכיהם הן במישור החומרי-הגשמי והן במישור הנפשי-הרוחני).

אולם כאשר יש הורה מתפקד שבכוחו לדאוג לילדיו, אין סמכות לבית הדין להתערב בניגוד להסכמתו.<sup>92</sup>

חשוב לציין שיתכן שיש בין הפוסקים דעה אחרת.

לעיל (סעי’ 4) הבאנו את מה שנכתב בשו”ת שואל ומשיב (מהדורה תניינא ח”ג סי’ סד), כשהוא מבחין בין שני מרכיבים באישיותו של הילד: ההיבט “הגופני והחומרי” נתון לאחריותו של האב, ואילו בהיבט הרוחני “הבית דין (=הוא) אבי הילד”. ההשלכה ההלכתית של קביעה זו היא שגם ילד שיש לו שני הורים, אם הם מסרבים למול אותו, בית הדין אחראי על הכנסתו בבריתו של אברהם אבינו. ומכאן יש ללמוד שהמושג “בית דין אביהם של יתומים” חל ב”מה שנוגע לתורת משה והנפש” גם על ילדים החיים עם שני הוריהם. על פי עיקרון זה הוא מסביר: והרי אם ירצה להאכילו טריפות ונבלות וכדומה, אם היה לאל ידיו לכופו להאב, פשיטא דמצווים אנו בכל היכולת למנוע אותו!

הדבר מוסבר היטב על פי דברי הגמרא במסכת נידה (לא, א), הרואה את הקב”ה וההורים כשותפים באדם, כאשר הקב”ה נותן לו את נשמתו והוריו את גופו. ועל כן, מצד הגוף, ניתן לראות את הילד כשייך להוריו, כאשר מצד הנשמה אין הם אלא אפוטרופוסים מכוחו של הקב”ה.

אולם חשוב להדגיש שדבריו של השואל ומשיב’ מתייחסים רק לשלמות הרוחנית של הילד, והוא לא מעניק סמכות לבית הדין בנוגע לשלמות הגופנית והרגשית; ואף בנוגע להיבט הרוחני לא מצאנו לדעה זו חבר בין הפוסקים.<sup>93</sup>

92. כך כתב בשו”ת תרומת הדשן, סי’ ש, שמעותיו של אדם שיש לו אב לא יכולות להיחשב כ”מעוות של יתומים” לעניין איסור ריבית.

93. מה שכתבנו מתבסס על דברי הפוסקים (על שו”ע או”ח סי’ שמג) שהבאנו לעיל (סעי’ 1), שהדבר שנוי במחלוקת; וגם לסוברים שבית הדין נדרש להפריש את הקטן מאכילת נבלות, כתב המשנ”ב שדרישה זו מופנית כלפי כל אדם, המצווה להפריש את חברו מעבירות, גם אם הוא גדול; ולא מדובר באחריות מיוחדת של בית הדין כלפי ילדים. על ההבחנה שבין מי שיש לו אב לבין יתום עמד המשנ”ב עצמו (סי’ תרמ ס”ק ה), וכתב: “ואם אין לו אב, י”א דאמו ובי”ד חייבים לחנכו”. ועי’ לעיל, סעי’ 1-2.

גם בנוגע לזהותו של הגוף המתערב ניתן לראות כי יש הבדל עקרוני מאוד בין פסיקתו של הרב עוזיאל לבין זו של השופט אלון: בתפיסתו של השופט אלון הילד נמצא תחת חסותה של המדינה הלוקחת אחריות על טובתו; אולם בתפיסתו של הרב עוזיאל הילד שייך לבוראו, ובית הדין הוא שליח של הקב"ה לגדל את הילד לתורה ולמצוות.<sup>94</sup> מן הסיבה הזאת, מדגיש הרב עוזיאל, הסמכות נתונה דווקא לבית הדין הדתי, ולא לרשויות המדינה. בתי הדין החזיקו בסמכויות ותפקידים הלכתיים גם בתקופות שבהן היינו בגלות ולא הייתה לנו מדינה משלנו, ולא התבססו על כוחו של חוק מדינה כלשהו. בית הדין הוא גם מוסד דתי במהותו, היונק את סמכותו מהקב"ה, בורא העולם ונותן התורה, בשונה מהמדינה שהיא גוף "חילוני". ולכן התפקיד העיקרי של בית הדין הוא לדאוג למצבם המוסרי והרוחני של הילדים, ולממש בכך את שייכותם לקב"ה בזמן שאין להם הורים המגדלים אותם.

## 6. סיכום

מן המקורות שהבאנו עולה כי ההלכה שומרת על האוטונומיה של המשפחה מפני התערבות של גופים ציבוריים. אומנם יש להם אחריות מסוימת על המתרחש במשפחה, אבל אחריות זו מצומצמת למדי. ישנה אחריות לציבור לסייע להורים לממש את תפקידם, ואף לכפות עליהם למלא את חובותיהם לילדיהם. השימוש במושג "בית דין אביהם של יתומים" הוא מצומצם למדי, ומתייחס בעיקר ליתומים ממש או לילדים שהוריהם נמצאים בסכסוך הקשור לגירושין. ומצאנו פוסקים שהחילו את הכלל הזה אף על מצבים קיצוניים של הורים שאינם מתפקדים. מתוך כך יש מקום לדון אם ועד כמה יש לבית הדין אחריות וסמכות להתערב במקרי מצוקה של ילדים שיש להם שני הורים מתפקדים, גם אם התפקוד שלהם לוקה בחסר.

מן ההיבט הדתי של בית הדין, כשליח של הקב"ה "אבי יתומים השוכן בערבות", לא ניתן לראות את רשויות הרווחה כ"אביהם של יתומים". את הסמכות שלהן ניתן לבסס רק על מעמדן כשליחי ציבור. אולם מאחר שיש זהות כמעט מוחלטת בין השיקולים המקצועיים של רשויות הרווחה לבין השיקולים של בתי הדין,

94. בהמשך לקו מחשבה זה נכתב בפד"ר (מתוך המאגר המקוון, פס"ד קמח): "במקרה דנן, את האב מייצג ב"כ הטוען הרבני... את האם מייצגת ב"כ הטוענת הרבנית... וביה"ד בהשראת הפסוק, 'אלהים ניצב בעדת אל' - מייצג את השותף השלישי... ומתוך כך בית הדין מכונה: אביהם של יתומים".

מסתבר שמן ההיבט של האחריות הציבורית והמנהיגותית הנובעת ממצוות "ואהבת לרעך כמוך" ניתן לראות את עובדי הרווחה כ"אביהם של יתומים" בדומה למעמדם של בתי הדין בדורות הקודמים כלפי ילדים שאין להם שני הורים מתפקדים.

תפיסה אורגנית של החברה, הרואה את היחיד כחלק ממשפחה המהווה חלק מן החברה כולה, יוצרת גמישות מסוימת בגבולות שבין המשפחה הגרעינית, המשפחה הרחבה, הקהילה והמדינה ונותנת יותר מקום להתערבות בתוך המשפחה הגרעינית, אם כי במידה מוגבלת בעוצמתה ובתנאים המצדיקים אותה.



שער רביעי

◆  
בין שיח  
זכויות  
לשיח  
צרכים







## שער רביעי

# בין שיח זכויות לשיח צרכים

### מבוא - דילמת האימוץ

המקרה שהובא לפנינו מתאר ילד הסובל מהזנחה הגורמת לו לעיכוב התפתחותי ולקשיים רגשיים. מדובר כאן במקרה הנותן מקום להתערבות של הרשויות בשל תפקודה הלכוי של האם, אף שיש מקום לשאלה מהו הגבול לסמכויותיהן בנסיבות אלה. בפרקים הבאים נדון בשאלה כיצד להכריע בדילמה הקשה שהוצגה בפנינו, אם נכון להוציא את הילד היתום מרשות אימו האלמנה וחולת הנפש ולמסור אותו לאימוץ או שהדבר אסור.

כהקדמה לדיון ההלכתי, נציג שלוש גישות הנטועות בעולם הרעיוני:

הגישה האחת אינה רווחת בבתי המשפט למשפחה, אולם היא המובילה כיום את מערכת המשפט בכללותה, והיא גישת ה"זכויות". אם נלך בדרך זו עד הקצה, משמעות הדבר היא שנבקש למפות את זכויותיהם השונות של הבן ושל האם, ולראות אילו זכויות גוברות על האחרות על פי פרמטרים משפטיים המקובלים כיום במערכת המשפט.

הגישה השנייה היא גישת ה"חובות", המקובלת בנושאים רבים בהלכה.<sup>1</sup> אם נלך על פיה, נראה מהן חובותיו של כל אחד מן הצדדים, ונבחן את ההכרעה המתבקשת לאור זה.

מכנה משותף עמוק לשתי גישות אלו הוא היותן נטועות בשדה המשפטי, ששפתו היא שפת ה"זכויות" מול ה"חובות".

הגישה השלישית, היא גישת ה"ראויות", שהוצגה בהרחבה בספר "שיח הראויות

---

1. על כך, עיי' בהרחבה במאמרו של השופט בדימוס פיליפ מרכוס, "משיח זכויות לתפיסת עולם של מצוות (ביהדות אין זכויות, וטוב שכך)", בספר "שיח הראויות" עמ' 43-62, ובמאמרו של ד"ר דניאל שליט, "מסע בקו פסח שבועות (הזכות והאחווה, החוק והחובה)", שם, עמ' 29-42. שניהם מתבססים על מאמרו המכונן של הרב ד"ר יצחק ברויאר, "משפט האישה, העבד והנוכרי", בספרו "ציוני דרך", עמ' 55-86, ובספר "מוריה", הוצ' מוסד הרב קוק תשמ"ב, עמ' 75 ואילך (המאמר עצמו מופיע באתר האינטרנט של מרכז אחווה).

- חלופה יהודית בין שיח הזכויות למוסר החובות", במאמר "לא בעל זכות; האדם הראוי לטוב - מחובה וזכות לראויות".

מאפייניה של גישה זו הם:

א. כל אדם הוא "ראוי" - עלינו לראות אותו על מכלול הצרכים שלו - הגופניים, הנפשיים והרוחניים.

ב. כל אדם, באשר הוא נברא בצלם אלהים - ראוי לכל הטוב שבעולם, אף אם אין בנמצא מי שחייב לספק לו את הצורך הזה.

ג. בהיעדר חובה משפטית, המניע לסיפוק הצרכים הללו הוא ערך האחוה.

### טז. שיח הזכויות בדיון המשפטי

כהקדמה נוספת לדיון ההלכתי, נפתח בסקירה תמציתית של הטיעונים המשפטיים בסוגיה זו.<sup>2</sup> לצורך הדיון נבחר לנהל את הדיון בשדה המשפטי ה'טהור', אף שמצב זה אינו רווח במציאות ימינו. ובכל זאת, אם נבקש לקיים את הדיון במישור התיאורטי הזה, אזי המערכת המושגית שבה יתנהל הדיון המשפטי היא שפת ה'זכויות':<sup>3</sup> מצד אחד תעמודנה זכויותיה של האם, ומצד שני - זכויותיו של הילד, כאשר השופטים נדרשים להכריע בין הזכויות המנוגדות של כל אחד מן הצדדים.<sup>4</sup>

2. תודתי נתונה לסטודנטים מהקליניקה לסיוע משפטי על פי המשפט העברי והקליניקה לזכויות אנשים עם מוגבלויות, שמילאו את תפקיד עורכי הדין של הצדדים בדיון: הדס פרסקי ומשה פוקס, שייצגו את נקודת מבטה של האם, ולעומתם רבקה נרקיס ורועי בהרד, שייצגו את נקודת המבט של רשויות המדינה שביקשו להכריז על הילד כבר אימוץ. חלק גדול מן הטיעונים המשפטיים נלקח מן העבודות שלהם.

3. חשוב לציין, שאף שבאותו משפט מבוים, בו הועמדו זכויות הילד ואימו אלו מול אלו, התנהל הדיון בשפה המשפטית בלבד - המציאות מורכבת בהרבה. השופטים בבתי המשפט למשפחה עוברים הכשרה בתחומי העבודה הסוציאלית והם מנהלים את הדיון במערכת מושגית מגוונת, שיש בה גם מושגים משפטיים וגם מושגים מעולם הטיפול. גם תיקון מס' 8 לחוק האימוץ תשע"א-2010 (ס"ח 2268) מציג גישה מורכבת, שם נכתב (סע' 2, ב1): "בעת בחינת טובת המאומץ בהחלטות הליכי אימוץ יובאו בחשבון זכויות הילד, צרכיו והאינטרסים שלו". עם זאת יש מקום לחשש, שהתרחבות השימוש ב"שיח הזכויות" (במיוחד אם תתקבל הצעת חוק 'הורים וילדיהם' התשע"ה-2014, המבקשת להשתית את מערכת היחסים שבין ילדים להוריהם על מושג ה'זכויות') תוביל יותר ויותר לחשיבה המתוארת בפרק זה. על כך עי' במאמרם של הרב זאב שמע, הרב עזריאל אריאל ועו"ס חדווה אריאל, "חוק 'הורים וילדיהם': תיקון חיוני או בכייה לדורות?", השילוח, גיליון 6 - תשרי תשע"ח, עמ' 103-129.

4. עי' במאמרם של ד"ר שלמה רומי, ד"ר נורית לוי וד"ר ישראל צבי גילת, "והילד מה הוא אומר?",

לצד הבן עומדות זכויות המובילות לכיוונים מנוגדים.

מצד אחד עומדות זכויות התומכות במסירתו לאימוץ:

א. הזכות לגדול במסגרת משפחתית "רגילה", חמה והרמונית, הרוצה להעניק לו את התנאים החומריים והפסיכולוגיים הדרושים לו לגידולו, והמסוגלת למלא תפקיד זה בהצלחה"<sup>5</sup>.

ב. הזכות להתפתח התפתחות טבעית מבחינה גופנית, נפשית, שכלית וחברתית ולממש את יכולותיו.<sup>6</sup> ובכלל זה - הזכות להכנה מלאה לקראת חיים עצמאיים בחברה.<sup>7</sup>

ומצד שני עומדות לו זכויות התומכות בהישארותו בחיק אימו:

א. הזכות להיות בקשר עם אימו הביולוגית ולגדול בחיק משפחתו הטבעית.<sup>8</sup>

---

פרק א (בספר "דברים שאין להם שיעור", עמ' 5).

5. ע"ע"א 522/87 פלונים נ' היועץ המשפטי לממשלה, מא(4) 436, 442.

6. כך עולה מסעיפים רבים באמנת זכויות הילד.

על כך כתבה השופטת סביונה רוטלוי, בפסק דין "תינוק המריבה", ע"מ 04/04, פלונית ופלוני, ההורים המיועדים לאמץ הקטין נ' ההורים הביולוגיים, פס' 66: "...במיוחד הזכות להתפתחות... היא אחת הזכויות הייחודיות הנתונות לילדים. זוהי זכות המכירה בכך, שעל מנת שהילד יחיה את חייו כראוי ויתפתח באופן מיטבי, הוא זקוק למגוון תנאים ולטיפול צרכים בקשת רחבה של תחומים. בהיותו אדם המצוי בתהליך הדרגתי של התפתחות, זכאי הוא לכך שמכלול צרכיו, לרבות צרכיו הפיזיים, הנפשיים, החברתיים, הרוחניים והתרבותיים, יסופקו לו על ידי המבוגרים, יהיו אלה הוריו או דמויות אחרות המלוות אותו בתהליך גידולו."

וע" במאמרה של פרופ' רונה שוז, "זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים: לקחים מפרשת תינוק המריבה", 'משפחה במשפט' כרך א (תשס"ז-2007), עמ' 188-189.

7. כך נכתב במבוא לאמנת זכויות הילד של האו"ם: "הילד ראוי להכנה מלאה לקראת חיים עצמאיים בחברה".

8. בסעי' 7 באמנת האו"ם לזכויות הילד, נכתב: "הזכות להכיר את הוריו ולהיות מטופל על ידם".

לאור זה נכתב באמנה, סעי' 9 (1): "המדינות החברות יבטיחו כי ילד לא יופרד מהוריו בניגוד לרצונם, אלא רק כאשר קובעות רשויות מוסמכות, הכפופות לביקורת משפטית, בהתאם לדינים ונהלים הנוגעים לעניין, כי פירוד כאמור נדרש לטובת הילד. קביעה כאמור יכול שתידרש במקרה מסוים, כגון מקרה של התעללות או הזנחת הילד על ידי הוריו".

וכן בבג"ץ 252/75 פלונית נ' שר הסעד, פ"ד (1) 51,56 (1975): "אין טוב לילד מאשר להיות עם הורתו, יולדתו, אם רק אין בכך סכנה לשלומה ולבריאות גופו ונפשו".

וע" במאמרה של פרופ' רונה שוז, "זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים: לקחים מפרשת תינוק המריבה" (לעיל הע' 7) עמ' 185. ושם, עמ' 187, היא מביאה מתוך הצעת החוק שנוסחה על ידי הוועדה בראשות השופטת רוטלוי, סעי' 10, שם נכתב: "הזכות לגדול בבית ההורים", ובהמשך מוטלת האחראיות על הרשויות לעשות את כל הנדרש כדי למנוע הוצאה של ילד מביתו. לאורך כל המאמר טוענת פרופ' שוז כי זכות זו מכריעה כל שיקול אחר, כל זמן שלא מדובר בשיקול כבד משקל ביותר.

ב. הזכות לזהות ברורה.<sup>9</sup>

ג. הזכות לרציפות התפתחותית.<sup>10</sup>

ד. הזכות לכך שיינתן משקל ראוי לרצונו.<sup>11</sup>

לאור כל זה, אם יתברר כי טובת הילד אכן דורשת את מסירתו לאימוץ וכי מתקיימות העילות הנדרשות לכך בחוק – משמעות הדבר תהיה כי ההכרזה על הילד כ'בר אימוץ'<sup>12</sup> היא מימוש זכותו העדיפה של הילד על פני זכויותיה של אימו.<sup>13</sup>

9. על נושא זה, עיי' במאמרה הנ"ל של פרופ' רונה שוז, פרק ג, עמ' 186-188, ובמאמרה המופיע לעיל, הע' 61. וכן במאמרו של ד"ר יאיר רונן, "זכות הילד לזהות כזכות להשתייכות", עיוני משפט כו(3) 935, 979-980 (2003).

10. בתיקון 8 לחוק האימוץ, תשע"א-2010, סעי' 2 (ב1), נכתב: "בעת בחינת טובת המאומץ יובאו בחשבון זכויות הילד... ובכלל זה צמצום העברתו ככל הניתן בין מסגרות או בין משפחות".

11. על כך נכתב בתיקון לחוק האימוץ (מובא בהערה הקודמת): "ככל שהמאומץ מסוגל להבין בדבר, יובאו בחשבון גם רצונו ודעתו לגבי אותו עניין...".

זכותו של הילד להביע את דעתו מעוגנת גם בסעי' 12 של אמנת האו"ם לזכויות הילד: "(1) מדינות חברות יבטיחו לילד המסוגל לחוות דעה משלו את הזכות להביא דעה כזו בחופשיות בכל ענין הנוגע לו, תוך מתן משקל ראוי לדעותיו, בהתאם לגילו ולמידת בגרותו של הילד. (2) למטרה זו תינתן לילד הזדמנות להישמע בכל הליך שיפוטי או מינהלי הנוגע לו במישרין או בעקיפין...".

וכך כתבה השופטת דליה דורנר, במאמרה "טובת הילד וזכויות ההורים" (רפואה ומשפט, גיליון 26, עמ' 103): "יש לתת מעמד בכורה לזכויות הילד, הנותנות ביטוי למעמדו האוטונומי ולחובה המוטלת על הוריו, ואף על החברה, להתייחס לרצונו. חובה זו פותחת פתח להתערבות החברה במקרים של פגיעה בזכויות... במציאות החיים, כאשר מתעלמים מרצונו של הילד, האפשרות כי התעלמות זו תהיה שלא לטובתו היא מעשית, ויעיד על כך החינוך תוך שימוש באלימות, שהיה מקובל בחברה דורות רבים".

12. לפי חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 (להלן: "חוק האימוץ"). ועיי' דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, נ(1) 48, 104-105.

וכן באמנת האו"ם לזכויות הילד, סעי' 21: "מדינות חברות המכירות בשיטת האימוץ ו/או מתירות אותה יבטיחו כי טובת הילד תהיה השיקול המכריע, וכן: (1) יבטיחו כי אימוץ הילד יאושר רק ע"י רשויות מוסמכות הקובעות, בהתאם לחוק ולנהלים ישימים, ועל יסוד מידע שייך ואמין, כי ניתן לאשר את האימוץ בשים לב למעמד הילד כלפי הוריו...".

13. על פי פס"ד, דנ"א 7015/94, היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, נ(1) 048, 67. וכן באמנת האו"ם לזכויות הילד, סעי' 3 (1): "בכל הפעולות הנוגעות לילדים, בין אם ננקטות בידי מוסדות רווחה סוציאליים ציבוריים או פרטיים ובין בידי בתי משפט, רשויות מינהל או גופים חוקתיים, תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה".

## לצד האם עומדות הזכויות הבאות:

- א. הזכות להורות.<sup>14</sup>
- ב. הזכות להיות בקשר עם בנה<sup>15</sup> ולגדל אותו.<sup>16</sup>
- ג. הזכות לחנך את בנה על פי דרכה.<sup>17</sup>
- ד. הזכות לאוטונומיה של המשפחה וחסינותה מפני התערבות חיצונית;<sup>18</sup> מכוחה עומדת לאם הזכות לקבוע בעצמה את אמות המידה לבחינתה של 'טובת הילד' כאשר מדובר בילד שלה.<sup>19</sup>

14. בית המשפט העליון הכיר ברצון להביא ילדים לעולם כצורך קיומי בסיסי, כתמצית ההוויה והגשמת העצמיות, ולכן גם כזכות-יסוד בעלת מעמד חוקתי. נוכח זאת הכיר בית המשפט בזכות להורות כחלק מהזכות להקים משפחה, כזכות עצמאית העומדת בפני עצמה, וגם כזכות הנגזרת מזכויות אחרות, כמו: כבוד האדם, חירות, פרטיות או אוטונומיה (עי': דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני פ"ד נ(4) 661; בג"צ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728).

15. על מקומן של 'זכויות הוריות' הנוגעות לצרכיו של ההורה עצמו, עי' בהרחבה במאמרה של פרופ' רונה שוז, "זכויות הוריות בעידן זכויות הילד" (ניתן להורדה באינטרנט), פרק ג.

16. כך נכתב בסעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962: "אפוטרופסות ההורים כוללת את החובה והזכות לדאוג לצורכי הקטין... וצמודה לה הרשות להחזיק בקטין ולקבוע את מקום מגוריו...".

ביתר בהירות כתב פרופ' פנחס שיפמן (דיני המשפחה בישראל כרך ב, 219, מהדורה שנייה, 1995): "זכותם של הורים לגדל את ילדיהם היא זכות טבעית, ראשונית, שקשה להגזים בחשיבותה. זכות זו איננה הופכת את הילדים לרכושם של הוריהם, אבל מבטאת ביטוי חיוני את הקשר הטבעי בין הורים לילדם".

17. חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות: "...החובה והזכות לדאוג לצרכי הקטין, לרבות חינוכו, לימודיו, הכשרתו לעבודה ולמשלח-יד... ועי' לעיל, פרק טו, 2.

18. על ביסוסה של תפיסה זו, ועיגונה ב'הכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם', עמד יוסף א' דוד בחוברת "המשפחה והפוליטי", עמ' 61, והוא כותב שם בין השאר: "ההכרה במשפחה כמוסד טבעי ויסודי של החברה נראתה למנסחי ההכרזה כעמדה ניטרלית ואוניברסלית... תפיסת המשפחה כרכיב טבעי ויסודי מובנת כאן כחלק מן הדאגה הכנה לזכויות הפרט. ההכרזה מניחה אפוא שההגנה על זכויות אדם עדיין עולה בקנה אחד עם ראיית המשפחה כאורגן טבעי ויסודי של המציאות החברתית". והוא מסביר בהמשך הדברים כי לפי תפיסה זו - "התפיסה האורגנית" - יוצא כי "המשפחה נתפסת כמהות אוטונומית". ועי' בהרחבה לעיל, פרק טו, 3.

19. יש הטוענים כי המסוגלות ההורית אינה נמדדת לפי הראייה הסובייקטיבית של ההורה, אלא לפי מבחנים אובייקטיביים. עי' ע"א 627/96 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מט(5) 428, 432. אולם לאידך גיסא יש מקום לתהות: מאחר שישנם הבדלים גדולים בין הורים שונים ובין תרבויות שונות באשר לאמות המידה הקובעות את 'טובת הילד', עד כמה מותר לאלה המייצגים את רשויות המדינה לנקוט עמדה המבוססת על תפיסת העולם והתרבות שלהם כשהם באים להכריע בשאלות כבדות אלה, ועד כמה עליהם לכבד את עמדתם ותרבותם של ההורים? לשאלה זו התייחסה השופטת דליה דורנר במאמרה "טובת הילד וזכויות ההורים" (רפואה ומשפט, גליון 26, 2002), וכתבה: "השאלה מהי טובת הילד - במיוחד כאשר היא חורגת לתחום שמעבר לסיפוק צרכים חומריים - נקבעת על ידי ההורה על פי הנורמות של החברה שבה הוא

- ה. הזכות לחיות במסגרת משפחתית.<sup>20</sup>
- ו. הזכות להיות חלק מהחברה.<sup>21</sup>
- ז. הזכות ליחס שוויוני על אף היותה בעלת מוגבלות בשל מחלת הנפש שלה.<sup>22</sup>
- על גבי זכויות אלו עומדת לאם זכות היסוד להגנה על זכויותיה כל זמן שלא הוכח שיש עילה מספקת המצדיקה את הפגיעה בהן.<sup>23</sup>

חי“.

דוגמה נוספת להשפעה של תפיסות עולם על הגדרתה של “טובת הילד”, במאמרה של פרופ' רונה שוז, “זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים: לקחים מפרשת תינוק המריבה”, משפחה במשפט כרך א (תשס”ז-2007), עמ' 176-183.

20. שיטות משפט שונות, והשיטה הישראלית בכללן, הכירו בזכות להתרבות ולהקים משפחה כאחת מחירויות האדם הבסיסיות (כך נכתב בהכרזה לכל באי העולם בדבר זכויות האדם, 1948, סעיף 16: “כל איש ואישה שהגיעו לפרקם רשאים לבוא בברית הנישואין ולהקים משפחה”). זכות זו מבוססת על האוטונומיה לבחור אם להקים משפחה, עם מי ומתי, וכמה ילדים להביא לעולם.

בבג”ץ 7052/03, עדאלה נ’ שר הפנים, פ”ד סא(2) 202, קבעה השופטת איילה פרוקצ’יה: “בצד זכות האדם להגנה על חייו ועל קדושת חייו, ניתנת הגנה חוקתית לזכות האדם לממש את משמעות החיים ואת טעם החיים. הזכות למשפחה היא טעם החיים שבלעדיו נפגעת יכולתו של אדם להגיע לידי הגשמה עצמית ומימוש עצמי. בלא הגנה על הזכות למשפחה, נפגע כבודו של האדם, נגרעת זכותו לאוטונומיה אישית, ונמנעת ממנו היכולת לקשור את גורלו עם בן זוג ועם ילדיו ולקיים חיים מתוך שותפות גורל עימם. בין זכויות האדם, ניצבת זכותו של אדם למשפחה במדרג העליון. היא קודמת בחשיבותה לזכות הקניין, לחופש העיסוק, ואף לפרטיות ולצנעת הפרט. היא משקפת את תמצית הווייתו של האדם ואת התגלמות הגשמת עצמיותו”.

21. רוב ככל המבוגרים, במיוחד בישראל, ועוד יותר – בציבור הדתי, הינם הורים לילדים, וחיים סובבים סביב גידולם. השיחות החברתיות עוסקות בדילמות הוריות, המרחב הציבורי מותאם לגידול הילדים ולצרכיהם, וקבוצות חברתיות מתקבצות סביב הילדים והטיפול בהם. אם יילקח ממנה בנה, יש להניח שהאם תתקשה מאוד למצוא עצמה בחברת אימהות אחרות ותחוש זרה להן. ואף יותר מכך, כאבה על הילקח בנה ממנה יגרום לה, מן הסתם, להתרחק מחברותיה שרובן ככולן אימהות לילדים.

22. זכות זו מעוגנת בחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ”ח-1998. החוק מתבסס על עקרונות השוויון וכבוד הבריות.

זכותם של בעלי מוגבלות לחיי משפחה מופיעה בסעי' 23 לאמנת האו”ם בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות. ושם נכתב: “מדינות שהן צדדים תנקוטנה אמצעים בני-תועלת והולמים לביעור הפליה כנגד אנשים עם מוגבלויות בכל הקשור לנישואין, משפחה, הורות ומערכות יחסים, בשוויון עם אחרים... תבטחנה את זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות ואת חובותיהם, בכל הנוגע לאפוטרופסות, מעמד החסוי, נאמנות, אימוץ ילדים או מוסדות דומים... תענקנה סיוע הולם לאנשים עם מוגבלויות לצורך מילוי חובותיהם בקשר לגידול ילדים... תבטחנה כי לא יופרדו ילדים מהוריהם בניגוד לרצון ההורים, אלא אם כן תקבענה רשויות מוסמכות הכפופות לביקורת שיפוטית, כי הפרדה כזו דרושה לטובתו של הילד... בשום מקרה, לא יופרד ילד מהוריו אך ורק בשל מוגבלותו של הילד, או של הורה אחד, או של שני ההורים”.

23. על הזכות להורות והמגבלות החלות על כל פגיעה בה מכוח 'חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו',

הדיון המשפטי באותו משפט מבנים התנהל - לשם חידוד הבעיה - בשפה הבלעדית של 'זכויות', אף שלא זה מה שמתרחש במציאות בבתי המשפט למשפחה. דיון זה בחר לעמת את זכויותיה של האם עם זכויותיו של הילד. זוהי שפה פורמליסטית, נוקשה ומנוכרת, המעמידה את האם ואת בנה משני עברי המתרס המשפטי, כאשר מתנהל ביניהם 'משחק סך אפס' - בו כל זכות של אחד מהם שוללת את זכותו של האחר.<sup>24</sup>

שפת הזכויות שולטת בחשיבה המשפטית, גם אם בפועל איננה השפה הבלעדית. ומאחר שבתפיסה המקובלת האימוץ הוא פעולה בעלת אופי משפטי, אך טבעי הוא להשתמש במערכת המושגית המקובלת של שיח הזכויות, שהיא השפה המשפטית.

על פי הקדמה זו, נפתח בדיון ההלכתי.

כאשר אנו דנים בתפיסה היהודית, שפת הדיון היא אחרת. לעיל (פרק ב), עסקנו במהות האימוץ בהלכה. ושם הסקנו שביסודו של דבר אימוץ ילדים אינו מהווה פעולה של יצירה **משפטית**, שכן אינו משנה את מעמדו המהותי של הילד, אלא יוצר מציאות **מעשית**, שהמרכיב היחיד בה הנושא אופי חוקי ומשפטי הוא האפוטרופסות.<sup>25</sup> ומאחר שלא מדובר בשאלה משפטית, אין סיבה להשתמש בשפה המשפטית של הזכויות כדי לדון בה; ונכון יותר לדון בנושא בעזרת מערכת

---

עי' בדברי השופטת א' פרוקצ'יה בבג"צ 4293/01 משפחה חדשה נ' שר הרווחה, פורסם בנבו, 24.3.09.

ואכן, בפסק דין ענ"א 18-04-56605, מבית המשפט לנוער בחיפה, ביטלה השופטת אספרנצה אלון פסק דין של ערכאה נמוכה יותר שהחליטה על הוצאת ילד מאימו ומסירתו לאומנה שיקומית. השיקול שהכריע את הכף היה הטענה שלא מוצו כל האפשרויות לטפל בו במסגרת משפחתו.

דברים נוקבים כתב השופט ש"ז חשין, בספר 'ילדי אימוצים', עמ' 56: "זכותם המושרשת הטבעית של הורים היא לפקח על זרעם... לטפל בו... לגדלו ולחנכו כרצונם ולהשפיע עליו מהודם ומכוחם. זוהי זכות עילאית שהוכרה אף בחברה הפרימיטיבית ביותר, והמדינה ומוסדותיה אינם רשאי לקפחה ולשוללה מאת הורים שלא חטאו... ולהעבירם לבני אדם זרים, גם אם קיפוח זה והעברה זו יביאו תועלת חומרית מרובה לילד. אין להרוס את עולמם של ההורים כדי לבנות על הריסותיו את עולמו של הילד".

24. במבנה זה של דיון, בשיטה האדברטרית המקובלת בישראל, עורכי הדין מקצינים עמדות כדי 'לנצח'. השופטים - כמו במגרש כדורגל - בודקים מי נתן 'פייט' טוב יותר, ועל פי זה מכריעים את הדין.

25. על מוסד האפוטרופסות, עי' לעיל, פרק יא, 1-2.

מושגית שאינה שייכת לעולם המשפט אלא לעולם הטיפול הפסיכולוגי והעבודה הסוציאלית.

יתירה מזאת. לעיל (פרק י) עמדנו על כך שבהלכה גם אין דברים מפורשים על 'זכויות ההורים' או 'זכויות הילדים'; ואף אם נאמר שההלכה מכירה בזכויות כאלה או במשהו דומה לכך, הן עמומות למדי ושנויות במחלוקת, ולכן קשה יהיה להסתמך עליהן. על כן עלינו לבחון חלופות אחרות.

## יז. מוסר של חובות - בהלכה היהודית

החלופה הראשונה שעלינו לבחון כדי לקיים דיון הלכתי בשאלה זו, תהיה באמצעות המושגים המקובלים של 'חובות' הלכתיות; אולם כפי שניזכר, נקודת מבט זו היא דלה למדי ורחוקה מלהקיף את כל ההיבטים של הנושא.

### 1. חובות האב לילדיו

החובה הבסיסית ביותר המוטלת על האב היא עצם המצווה להוליד ילדים.<sup>26</sup> לאחר שנולדו, מוטלות עליו חובות רבות כלפיהם, כפי שנאמר בתוספתא (קידושין פ"א ה"א):

ואי זו היא מצוות האב על הבן? למולו ולפדותו וללמדו תורה וללמדו אומנות ולהשיאו אישה. ויש אומרים: אף להשיטו בנהר. ר' יהודה אומר: כל שאין מלמד את בנו אומנות מלמדו ליסטות...

כל אלו הן חובות המוטלות על האב כלפי הבן. ולכך יש להוסיף את המצוות המוטלות על האב שהזכרנו לעיל (פרק יא, 4): להביא את בנו לבית המקדש בשלושת הרגלים, לחנך את בנו ובתו למצוות, לספר להם על יציאת מצרים בליל הסדר, להעביר להם את חוויית מעמד הר סיני ולהביא אותם למעמד 'הקהל'.

תקנה מאוחרת יותר מחייבת את האב לפרנס את ילדיו.<sup>27</sup> כמו כן האב חייב לשמור על בריאותם של ילדיו, וכך כתב השל"ה בשער האותיות (דרך ארץ, דף סג, ב):

26. שו"ע אה"ע א, א.

27. רמב"ם הל' אישות פי"ב הי"ד; שו"ע אה"ע סי' עא, וסי' פב, ז.  
כמו כן חייב האב לספק לילדיו מקום מגורים וכלי בית: שו"ע אה"ע עג, ו.



ובוודאי עתידים האבות ליתן את הדין על מיתות יונקי שדיים שלא חטאו... שמתו בחולי זה ולא חשו אביהם להבריחם.

לאור כל זה כותב הר"מ קליין (שו"ת משנה הלכות חט"ז סי' נח) בין הנימוקים שהוא מביא לאיסור הוצאת ילד מחזקת הוריו:

...מבטלין ולוקחין מן האב מצוות החינוך וכל המצוות שכתבנו לעיל, שהוא על האב לקיימן על בנו. ובתורה כתיב: "כי ידעתיו למען אשר יצווה את בניו ואת ביתו אחריו...".

## 2. חובות האם לילדיה

חובותיה של האם שונות משל האב.

קודם כול, אישה אינה מצווה ללדת ילדים.<sup>28</sup>

כאשר הבן עדיין יונק, האם חייבת להניק אותו; אולם חובתה זו אינה כלפי הבן אלא כלפי אביו, שחייב לפרנסו. וכך כותב הרמב"ם (הל' אישות פרק כא):

(ה) יש מלאכות אחרות שהאישה עושה לבעלה בזמן שהן עניים, ואלו הן: ... ומניקה את בנה...

(טז) האישה שנתגרשה - אין כופין אותה להניק, אלא אם רצת, נותן לה שכרה ומניקתו; ואם לא רצת, נותנת לו את בנו והוא מטפל בו... אבל אם הכירה... אין מפרישין אותו מאמו מפני סכנת הוולד, אלא כופין אותה ומניקה אותו **בשכר**...<sup>29</sup>

על פי אותו עיקרון פוסק הרמב"ם (שם) לגבי חובת האם לגדל את ילדיה:

(יח) ואם לא רצת האם שיהיו בניה אצלה אחר שגמלתן - אחד זכרים ואחד נקבות - הרשות בידה, ונותנת אותן לאביהן או משלכת אותן לקהל אם אין להן אב, והן מטפלין בהן.<sup>30</sup>

ואם כן, לא מוטלת על האם חובה הלכתית לגדל או לפרנס את בנה. וכך כותב המגיד משנה שם:

28. שו"ע אה"ע א, יג; שם קנד, ו. ועי' שו"ת באוהלה של תורה ח"א סי' סז.

29. וכן בשו"ע אה"ע פב, א.

30. וכן בשו"ע אה"ע פב, ח.

זה ברור, שלא מצינו חיוב לאישה בשום מקום; והאב מצווה על בניו בכמה דברים ואין האישה מצווה, ומהיכן נתחייבה בהם?

וכן כתב בחלקת מחוקק (אה"ע סי' פב ס"ק יב):

משמע שאין על האם שום חיוב לגדל את בניה אחר שגמלתן.<sup>31</sup>

אולם יש חולקים על דעה זו וסוברים שיש חובה מסוימת על האם לפרנס את ילדיה. וכך כותב הרמ"ך בהשגותיו לרמב"ם שם:

תמה הוא זה: אם האב חייב לזון את בניו עד בן שש, האם אמאי אינה חייבת לזון את בניה...? ומה הפרש יש בין אב לאם?... ואמאי יכולה להשליכם על הקהל?<sup>32</sup>

גם מדברי הפת"ש (אה"ע שם ס"ק ג) עולה שיש לאם גם חובה עצמאית לפרנס את ילדיה, וכך הוא כותב בשם ה'בית מאיר':

לענ"ד י"ל מתורת צדקה אתינן עלה... ואיירי בשגם קרובי האב עניים. ומה שמבואר... שיכולה להשליך על הקהל - היינו מסתמא ענייה שאינה אמודה לפרנס משלה; אבל עשירה, לאו כל כמינה; ולגבי הנקה תמיד עשירה היא.<sup>33</sup>

וכן דעת הר"ש ישראלי (מובא בפד"ר ח"ט עמ' 251):

החיוב מדין צדקה, כשם שהוא מוטל על האב כן הוא מוטל על האם. ולכן בהטלת חיוב מדין צדקה יש להתחשב באפשרויות של האב והאם גם יחד.<sup>34</sup>

31. בסיס לדבריו - בשו"ת הראנ"ח, סי' צה.

32. על כך כתב במעשה רוקח: "הרמ"ך בכת"י השיג על רבינו... ולכאורה יפה השיג, דהא בעיקר מצוות הצדקה נראה שהאישה חייבת כמו האיש... וכיון דפרנסת הקרובים נפקא לן מיזחי אחיך עמך... נראה שהאישה חייבת בקרוביה. ודאי והיא קודמת להרחוקים, וכ"ש לבנה או לבתה וכ"ש כשהן קטני קטנים שאין ראויים אפי' לחזר על הפתחים. ואין להוכיח משכר ההנקה... דהתם הא איכא אב דקרוב טפי, ומלבד זה הרי מצינו לרבינו ירוחם... שאם אין לאב לשלם לה שכר ההנקה היא חייבת להניקו בחינם... ויותר תמהתי על הרב המגיד ז"ל... ואם מצינו חיוב לאב יותר מהאם, אינו אלא בלימוד התורה... גם הרב דינא דחיי קיים דברי רבינו והסמ"ג שכתבו כן, וכתב שאין שום חולק על זה. ופשיטא שלא ראה דברי הרמ"ך האלה בכת"י."

33. לעומת זאת, עיי' בתשובת הרדב"ז שהוא מביא שם, ס"ק ב.

34. וכן כתב בחוות בנימין ח"ב סי' מב.

וכן פסקו עוד כמה מן האחרונים בדורנו.<sup>35</sup>

אחריותה של האם לחנך את ילדיה לתורה ומצוות נדונה לעיל (פרק יא, 5), ושם הסקנו שהיא נושאת באחריות זו לפחות כאשר האב אינו בחיים והיא זו שמגדלת אותו.

עם זאת, חובתה של האם, אף אם היא קיימת להלכה, איננה קיימת למעשה במקרה של מסירה לאימוץ. מאחר שהילד לא יימצא ברשותה, היא תהיה פטורה ממצוות חינוך.<sup>36</sup> כמו כן היא לא תישא באחריות לפרנסתו. כאשר אדם אחר לוקח את האחריות הזאת,<sup>37</sup> הילד אינו זקוק עוד לצדקה, ולכן אין צורך לחייב עוד את אימו בחיובי צדקה כלפיו.<sup>38</sup>

על כן, לא ניתן לראות את מסירת הילד לאימוץ כהפרה של חובות האם כלפיו. וכך כותב הרב צבי רייזמן (רץ כצבי, אה"ע ח"א עמ' שפג) בדיון על פונדקאות, שאף אם הפונדקאית או בעלת הביצית מוכרת כאימו של הוולד על פי ההלכה, מותר לה למסור אותו, והוא כותב:

לא רק שאין זיקת בעלות כלשהי בין התינוק לאמא, אלא אף אין עליה חיוב לגדל אותו, ולכן מסירת הילד אינה מהווה כל מניעה בתרומת ביצית או פונדקאות.<sup>39</sup>

35. הרי"א הרצוג, תחוקה לישראל על פי התורה, ח"ג עמ' 59-60; שו"ת ישכיל עבדי ח"ו סי' כח עמ' קיא, וכן סי' לח, עמ' קכ; שו"ת יביע אומר ח"א, אה"ע סי' סז אות ב; שו"ת משנה הלכות ח"ז סי' סח.

הרי"א שפירא (מנחת אברהם ח"ג סי' ה עמ' מב) סובר כי לאור ההנחה שמזונות ילדים מעל גיל שש הם מדין צדקה, ניתן לחייב בהם גם את האם, מכיוון שגם היא מחויבת בצדקה. וכך כתבה מועצת הרבנות הראשית בישיבתה מיום י"ח בכסלו תשע"ו: "רוב הפוסקים וביניהם הגר"ש אלישיב, הגר"ע יוסף והגר"מ אליהו, קבעו שהחיוב הוא מדין צדקה. אולם היו כאלה, ובהם הגר"א הרצוג והגר"ב צ'עוזיאל, שקבעו שזו המשך התקנה... לאחר דיון החליטה המועצה שהן אם החיוב מצד התקנה והן אם החיוב מצד צדקה, היות שתנאי החיים השתנו והמציאות כיום היא שגם האם נושאת בעול פרנסת הבית, על היושבים על מדין הלוסיף לשיקול הדעת בפסיקת מזונות הילדים את היכולת הכלכלית של האם".

36. עי' לעיל, פרק יא, 5 בסופו.

37. על חובת ההורים המאמצים לפרנס את הילד המאומץ, עי' לעיל פרק ב, 1 והע' 11.

38. על מצוות צדקה כלפי עני שאדם אחר לקח אחריות לפרנסתו, עי' במאמרו של הרב עזריאל אריאל, "נתינת מעשר עני", פרק 6, (בספר "התורה והארץ" כרך ב, עמ' 113-114) ובמאמרו "עני היכול לקבל מעשר עני" (שם כרך ד, עמ' 258-261).

39. בדבריו הוא מסתמך על דברים שאמר לו הר"ז גולדברג בתשובה לשאלתו: "לכאורה אין כל חיוב על האם לגדל את בנה, והיא יכולה למסור אותו למישהי אחרת שתגדל אותו".

### 3. חובת הבן לכבד את אימו

כנגד חובותיה של האם עומדת חובת הבן לכבד את אימו ולירא מפניה. אומנם כעת, כשהוא בן שש, עדיין אינו בר מצווה ואינו חייב במצוות אלו מן התורה אלא מדרבנן, מדין 'חינוך';<sup>40</sup> אולם כאשר יגדל יתחייב בהן מן התורה. הרב"צ עוזיאל עומד על החשיבות שיש בהענקת ההזדמנות הנדרשת לבן לכבד את כל אחד מהוריו וכותב (שערי עוזיאל, שער מז פרק ב סע' ב):

מצוות כיבוד אב ואם היא מצוה יסודית בתורת ישראל, שהיא יותר לאושרו והצלחתו של המכבד בכל בחינותיה... מצוה יסודיות וחינוכית זו מוטלת בראשונה על ההורים עצמם להביא את ילדיהם לידי מידת כבוד ומורא כלפי הוריהם. ומוטלת גם על בית דין לכופף או לכל הפחות למנוע כל דבר המביא לידי ביטול מצוה זו...<sup>41</sup>

והוא מסיק מתוך כך:

ברור הדבר שכבוד ומורא ההורים אינו יכול להתקיים אלא על ידי קרבה וחברה תמידית של הבנים עם הוריהם... מתבררת ההלכה בלי כל ספק, שחובת בית דין וכל אחד מההורים היא לתת אפשרות של קרבה והכרה לילדיהם.<sup>42</sup>

עם זאת, הוא ממשיך וכותב שם שהדאגה לקיומה של מצווה זו לא אמורה להתממש בכל מחיר, ויש להימנע מקיום מפגשים הגורמים לביטול תורה חמור של הילדים.<sup>43</sup>

40. עי' שמירת שבת כהלכתה, מהדורת תשכ"ה, פרק לב סע' ג והע' ד.

41. עפ"י ט"ז י"ד סי' רמ"ס"א.

הר"י זילברשטיין (חשוקי חמד ברכות לה, ב; עירובין עג, א; יבמות מב, א) כתב בשם הרא"ל שטיינמן, שעדיף לילד מאומץ שלא להכיר את הוריו כדי שלא להיכשל במצב שבו לא יכבד אותם כראוי. אולם הוא מסיק בסוף הדברים (יבמות שם) ש"אין להורים למנוע המצווה מהילד. ולכן בענייננו אין להורים להסתיר את זהות הוריו האמיתיים מהילד שלא למנוע ממנו מצוות כיבוד אב".

42. במאמרם "פונדקאות, תרומת גמטות והכרת הטוב" (אסיא גיליון קכא-קכב, עמ' 69-88), מרחיבים פרופ' יחיאל מיכל בר אילן והרב יהושע וייסינגר על חשיבותה של מצוות כיבוד הורים גם מצד הכרת הטוב כלפי מי שהביא את הבן לעולם, ועומדים על מקומה גם במי שאינם מוכרים כהורים על פי ההלכה.

43. עפ"י מגילה טז, ב; רמב"ם הל' ממרים פ"ו הי"ג.

הרב יעקב אריאל (שו"ת באוהלה של תורה ח"א, מאמר פתיחה פרק טז) הוסיף שהדברים אמורים כשאינו נמצא בבית אביו והדבר גורם באופן עקיף לכך שלא יוכל לכבדו בתקופה זו.

במקרה שלפנינו, הילד סובל מבעיות התפתחותיות קשות שעלולות לפגוע קשות ביכולתו ללמוד תורה בהמשך חייו, ואנשי המקצוע מעריכים שדווקא מסירתו לאימוץ היא שתאפשר לו לפתח את יכולותיו הלימודיות; ועל כן לא ניתן לראות בביטולה של מצוות כיבוד הורים שיקול מכריע בשאלה זו.

#### 4. מסקנה

אומנם מסירת הילד לאימוץ תפטור למעשה את האם מחובתה (התלויה במחלוקת) לגדל ולחנך את בנה ותמנע מן הבן לקיים את חובתו לכבד את אימו. אולם הטענה שהאימוץ ימנע מן הצדדים לקיים את החובות המוטלות עליהם אינה מספקת בסיס הלכתי למנוע את מסירת הילד במקרה שבו נראה כי האם אינה מסוגלת למלא כראוי את חובותיה כלפיו. לכך יש להוסיף, שהקשיים הרגשיים שלו, כל זמן שלא יטופלו כראוי, עלולים לפגוע קשות ביכולתו להפנים ולממש את הערכים שאליהם הוא אמור להתחנך.

לפיכך עולה כי הדיון ההלכתי על חובותיהם ההדדיות של האם ובנה לא ייתן מענה לדילמה הקשה שבה נתבקשנו לעסוק - אם להוציא את הילד מרשות אימו ולמסור אותו לאימוץ, אם לאו.

אילו היה מדובר בילד שהתנהגותה של אימו מסכנת את חייו או את בריאותו הגופנית והנפשית - במעשה או במחדל - היה עלינו לדון בחובתן של הרשויות להתערב מכוח מצוות "לא תעמוד על דם רעך". אולם מאחר שכאן מדובר במצב קל יותר, שאינו מסכן בעליל את בריאותו של הילד, ומדובר רק בפגיעה אפשרית בהתפתחותו התקינה - לא ניתן לחייב את הרשויות להתערב מכוחו של ציווי זה (על כך הארכנו לעיל, פרק יד).

ומאחר שאין לדון בשאלה קשה זו במושגים של 'זכויות' או 'חובות', עלינו להשתמש ב"שיח הראויות"<sup>44</sup>. זוהי מערכת מושגית הנובעת ממצוות "ואהבת לרעך כמוך" ומטילה עלינו את האחריות לראות את מכלול הצרכים של הזולת ולהיענות להם כמיטב יכולתנו.

דברים דומים למסקנתו של הרב עוזיאל כתב הר"י זילברשטיין (חשוקי חמד יבמות מב, א) על אודות ילד שגדל עם אימו ובעלה ואינו יודע שיש לו אב ביולוגי אחר: "בענייננו, שטובת הילד היא להישאר אצל אימו, כי כעת הוא מתנהג ככל ילד הבריא בגופו ובנפשו, ולומד תורה מתוך מנוחת הנפש, ואם יוציאוהו ויביאוהו לבית אביו הביולוגי, יחרב עליו עולמו, כי ישמע שיש לו עוד אבא, ויהיה בלבול רב. לכן לטובת הילד שיישאר בינתיים בבית אימו...".

44. עי' לעיל פרק יג, 1.

## יח. "שיח הראויות" - דיון על צרכים

### 1. "ואהבת לרעך כמוך"

הזכרנו שאין מדובר באם הפוגעת בבנה באופן אקטיבי, ולא בסכנה לחייו של הבן. להיפך, מדובר באם אוהבת המטפלת בבנה במסירות, אלא שבשל מחלת הנפש שלה, הטיפול בילד לוקה בחסר ותורם להתפתחות קוגניטיבית ורגשית לקויה שלו.

אף על פי כן נראה שיש כאן מקום להתערבות, אולם היא לא תתבסס על מקורות משו"ע חושן משפט.<sup>45</sup> אומנם גם כאן נזדקק לסמכותו של בית הדין להתערב לטובתו, אולם מקור הסמכות של בית הדין אינו התפקיד שלו כשופט אלא הגדרתו כ"אביהם של יתומים", כאשר חובתו לפעול באה מכוחה של מצוות גמילות חסדים ברמה הציבורית.<sup>46</sup>

על מצווה זו כותב הרמב"ם (הל' אבל פי"ד ה"א):

מצוות עשה של דבריהם לבקר חולים, ולנחם אבלים, ולהוציא המת, ולהכניס הכלה, וללוות האורחים, ולהתעסק בכל צרכי הקבורה, לשאת על הכתף, ולילך לפניו ולספוד ולחפור ולקבור, וכן לשמח הכלה והחתן, ולסעדם בכל צרכיהם; ואלו הן גמילות חסדים שבגופו שאין להם שיעור.

ומכאן למדנו את האחריות כלפי כל אדם מישראל, למצבו הפיזי (הכנסת אורחים), הבריאותי (ביקור חולים), המשפחתי (הכנסת כלה) והרגשי (ניחום אבלים, שמחת חתן וכלה).

מקור נוסף לאחריות לסייע בהתפתחותו התקינה של הילד הוא האחריות שיש

45. בשנים האחרונות ישנה נטייה חזקה ל"משפטיזציה" של החיים, ברוח תפיסתו של נשיא בית המשפט העליון לשעבר, אהרן ברק, כי "מלוא כל הארץ משפט". לנטייה זו ישנם שני מחירים כבדים:

א. ישנם נושאים עדינים שהתערבות של בית המשפט בהם באמצעות כלים משפטיים נוקשים מתוך גישה ש"ייקוב הדין את ההר" אינה יכולה להביא בחשבון את המורכבות והרגישות שלהם, והתוצאות של התערבות זו גרועות לכל הנוגעים בדבר.

ב. הדבר יוצר זהות מוחלטת בתודעה בין 'מוסר' ובין 'משפט', ומכאן נובעת המסקנה המוטעית שכל מה שלא נאסר במפורש בחוק או שאינו ניתן לאכיפה משפטית - מותר לחלוטין.

46. עי' לעיל, פרק יד, 8. דוגמה להכרעה על פי שקלול בין הצרכים המנוגדים של הצדדים נמצאת במסכת כתובות (כח, ב). הגמרא דנה באיסור על בני זוג שהתגרשו לגור בקרבת מקום, ושואלת מי מהם יידרש לעבור למקום אחר. תשובתה היא שאם אין לאחד מהם זכויות ממון עודפות, על האישה לעבור מפני ש"טלטולי דגברא קשין מדאיתתא". המשמעות היא שההכרעה לא נעשית על בסיס הזכויות אלא על פי הצרכים.

לכל אדם מישראל למצבו הכלכלי של חברו, המתבטא במצוות צדקה. על מצווה זו כותב הרמב"ם (הל' מתנות עניים פ"ה ה"ז):

שמונה מעלות יש בצדקה זו למעלה מזו: מעלה גדולה שאין למעלה ממנה זה המחזיק ביד ישראל שמך ונותן לו מתנה או הלוואה או עושה עמו שותפות או ממציא לו מלאכה כדי לחזק את ידו עד שלא יצטרך לבריות לשאול, ועל זה נאמר: "והחזקת בו גר ותושב וחי עמך", כלומר, החזק בו עד שלא ייפול ויצטרך.

המעלה הגבוהה ביותר של מצוות צדקה היא סיוע במציאת עבודה מפרנסת. כיום, היכולת להשתלב בשוק העבודה תלויה מאוד בהשכלה וברמה גבוהה של מיומנות, ואלה תלויות במידה רבה בהתפתחות הקוגניטיבית והרגשית התקינה של האדם בגיל הצעיר. ועל כן יש לראות את הדאגה לכך כחלק ממצוות צדקה המוטלת על הציבור כולו.<sup>47</sup>

מכל זה עולה כי על פי ההלכה האחריות לסייע בהתפתחותו התקינה של הילד נובעת מן הערך של צדקה וגמילות חסדים, ולא ממקום אחר. ואם כן, יוצא שהסוגיה שלפנינו איננה סוגיה משפטית ולכן לא נכון לדון בה על פי החושן משפט וודאי לא בשפה של 'זכויות', אלא על פי הלכות גמילות חסדים.

על התשתית לחובה זו, של גמילות חסדים, מוסיף הרמב"ם (הל' אבל פי"ד ה"א):

אף על פי שכל מצוות אלו מדבריהם, הרי הן בכלל "ואהבת לרעך כמוך" (ויקרא יט, יח) - כל הדברים שאתה רוצה שיעשו אותם לך אחרים, עשה אתה אותן לאחריך בתורה ובמצוות.

מצווה זו מחייבת כל יהודי לדאוג ברגישות למכלול הצרכים של זולתו. וזוהי נקודת המוצא שמתוכה עלינו לדון בסוגיה כאובה זו: מתוך אהבה גדולה גם לאם וגם לבן.<sup>48</sup>

47. אגב כך יש להעיר כי כיום, סיוע במימון של טיפולים פסיכולוגיים אמור להיות מדורג במקום גבוה ביותר בסולם שמונה המעלות שהציב הרמב"ם, מפני שמצב רגשי תקין הוא תשתית לכל מה שהאדם זקוק לו: פרנסה, קשר חברתי, הקמת משפחה ועוד.

48. נקודת מבט זו מעלה שאלה קשה: האם מצוות גמילות חסדים מתירה - או אף מחייבת - התערבות בעל כורחו של המקבל? בנד"ד מדובר בילד שאינו רוצה להיפרד מאימו. והדבר מעלה את השאלה אם בית הדין מוסמך לכפות עליו את מה שאמור להיטיב עימו. כאשר מדובר באדם שהוא בר דעת, מסתבר שעלינו לכבד את דעתו (במצב של הצלה ממוות, עי' שו"ת באוהלה של תורה ח"א סי' נו). אולם כאשר מדובר במי שאינו בר דעת - מקובל לומר שההחלטה מסורה בידי האפוטרופוס שלו, אף שהצדקה לכך אינה ברורה לחלוטין (עי' לעיל, פרק ה, 9). ובמקרה זה, יש מקום לומר שהסמכות נתונה בידי בית הדין, כ"אביהם של יתומים".

לקביעה זו ישנה משמעות כבדת משקל, והיא שבזמן שבמצוות "לא תעמוד על דם רעך" אנו פועלים מתוך מחויבות כלפי צד אחד, והוא זה הנמצא בסכנה, במצוות "ואהבת לרעך כמוך" אנו נדרשים לפעול מתוך מחויבות כלפי כל הנוגעים בדבר. כמו כן, השיקולים אותם נשקול לא יהיו שיקולים של 'זכויות' או 'חובות', אלא הצרכים של שני הצדדים. עלינו להכיר בצרכים שלהם, הראויים לסיפוק, ולהיות בבחינת "אשרי משכיל אל דל" (תהילים מא, ב) כדי למצוא את הדרך המתאימה ביותר לספק אותם. ומתוך כך נוכל גם למצוא פתרונות שיתופיים יותר, ואף יצירתיים יותר, בהם נגיע למצב שבו "כולם מנצחים".<sup>49</sup>

## 2. צורכי האם

לעיל (פרק טז), ניסחנו את העמדה התומכת באם בשפה של 'זכויות' וכעת ננסח אותה בשפה של צרכים.

הצורך הראשון של האם נובע מן הצורך של כל איש לממש את אבהותו ושל כל אישה לממש את האימהות שלה.

גם ההלכה מכירה בצורך של האם לקשר רציף עם בנה. הדבר בא לידי ביטוי בפסיקתו של הרמב"ם (הל' אישות פכ"א הי"ג):

היא אומרת אני אניק את בני והוא אינו רוצה שתניק אשתו... - שומעין לה, שצער הוא לה לפרוש מבנה.<sup>50</sup>

בדומה לכך כתב הר"י זילברשטיין ביחס לאב:

אין לקפח זכות האב לראות מפעם לפעם את ילדיו.<sup>51</sup>

49. מגמה זו היא המבדילה בין ההליך המשפטי לבין הליך של גישור. בהליך המשפטי, הרצון לאזן בין הזכויות השונות מביא לפשרה, בה כל אחד מקבל רק חלק ממה שהוא מבקש. בגישור, לעומת זאת, נפתחים במקרים רבים שערים לפתרונות יצירתיים יותר, בהם כל אחד מהצדדים מקבל מענה מרבי לצרכים החשובים לו ביותר. הליך הגישור, יש בו קרבה רבה לפשרה, שההלכה מעדיפה אותה במקרים רבים על פני הדין (עי' סנהדרין ו, ב; שו"ע חו"מ יב, ב). חשוב לציין שלפעמים הדרך של השופט לאזן בין הזכויות משתמשת בעקרון ה'מידתיות', שגם בו מחפשים את הפתרון שבו הפגיעה בזכויותיו של כל אחד מן הצדדים תהיה מזערית. אולם העתקת הדין לשפה של 'צרכים', הכוללת בתוכה גם צרכים שאינם מוכרים כ'זכויות', תוכל להביא לתוצאה מדויקת יותר.

50. וכן בשו"ע אה"ע פב, ב.

51. במאמרו "אימוץ ילדים נגד רצון ההורים", בס' 'על בן אימצת לך', עמ' יד.



וקל וחומר בנידון דידן, כאשר מדובר בצורך העמוק שיש לאימו של הילד לגדל את בנה יחידה ולזכות באמצעותו להמשכיות ומשמעות.<sup>52</sup>

צורך נוסף של האם הוא מעשי יותר, והוא הצורך בבן שיתמוך בה. צורך זה נדון בהקשר אחר, וכך נפסק להלכה בשו"ע (אה"ע קנד, ו):

האישה שתובעת גט בטענה... שחפצה לילד כדי שיהיה לה בן שתישען עליו (ואין לה כבר שום בן), ואומרת שהוא גורם... - שומעין לה... וכופין אותו להוציא...

את הביסוס הרעיוני לצורך של כל אדם באבהות או באימהות לומדים אנו דווקא מאישה, והיא רחל אמנו (בראשית ל, א):

ותרא רחל כי לא ילדה ליעקב, ותקנא רחל באחותה, ותאמר אל יעקב: הבה לי בנים, ואם אין מתה אנוכי.

ומכאן למדו חז"ל (נדרים סד, ב) גם לגבי גברים:

כל אדם שאין לו בנים חשוב כמת, שנאמר: "הבה לי בנים ואם אין מתה אנוכי"...

הקשר העמוק בין האם לבנה מוזכר גם בנבואת ישעיהו (מט, טו):

התשכח אישה עולה, מרחם בן בטנה!?

צורך זה הוא חריף שבעתיים כאשר מדברים על לקיחת בן מחיק אימו לאחר שכבר נולד. גם על כך לומדים אנו מרחל אמנו, בנבואתו של ירמיהו (לא, יד):

קול ברמה נשמע, נהי בכי תמרורים, רחל מבכה על בניה, מאנה להינחם על בניה כי איננו.

לניתוק כפוי של בן מאביו מתייחס ר' יצחק אברבנאל (שמות כא, טו), כשהוא מפרש את הפסוק "וגונב איש ומכרו... מות יומת" בתוך ההקשר שלו בפרשה, בסמוך לפסוקים העוסקים ברציחה ובכבוד ההורים. והוא כותב:

הנה קשרו הכתוב בזה המקום, ללמוד ממנו הפשע ההוא הנעשה לאב ולאם הזקנים... כנגד "לא תרצח"; כי גניבת הבן הקטן לזקנים שנפשם קשורה בנפשו קשה מרציחתם.<sup>53</sup>

52. ועי' לעיל, פרק יב, 3.

53. על כאב הפרידה של אב מבנו, עי' בראשית מד, ל-לד: "ועתה, כבואי אל עבדך אבי, והנער איננו אתנו, ונפשו קשורה בנפשו! והיה כראותו כי אין הנער, ומת; והורידו עבדיך את שיבת עבדך

ההכרה בקשר הרגשי שבין ההורים לצאצאיהם, אפילו בין בעלי חיים, באה לידי ביטוי בהסבר שניתן למצוות שילוח הקן (דברים כב, ו):

כי ייקרא קן ציפור לפניך... אפרוחים או ביצים, והאם רובצת על האפרוחים או על הביצים, לא תיקח האם על הבנים...<sup>54</sup>

וכן נכתב בתורה (ויקרא כב, כז-כח):

שור או כשב או עז כי ייוולד, והיה שבעת ימים תחת אמו, ומיום השמיני והלאה יירצה לקורבן אישה לה'. ושור או שה, אותו ואת בנו לא תשחטו ביום אחד.

על מצוות אלה כותב הרמב"ם (מורה הנבוכים ח"ג פמ"ח):

כן אסר לשחוט אותו ואת בנו ביום אחד, להישמר ולהרחיק לשחוט משניהם הבן לעיני האם, כי צער בעלי חיים בזה גדול מאוד, אין הפרש בין צער האדם עליו וצער שאר בעלי חיים, כי אהבת האם ורחמיה על הוולד אינו נמשך אחר השכל, רק אחר פועל הכוח המדמה הנמצא ברוב בעלי חיים כמו שנמצא באדם... וזהו הטעם ג"כ בשילוח הקן...

והוא מסכם:

ואם אלו הצערים הנפשיים חסה תורה עליהם בבהמות ובעופות, כל שכן בבני אדם.

על בסיס זה כתב הר"מ קליין (שו"ת משנה הלכות ח"ז סי' נח):

והלא אפילו בהמה מצערת אם לוקחין מהן הילדים ולכן ציוותה תורה שבעת ימים תהיה עם אָמו ולא לצער האם... וכתוב בתורה (בראשית טו, ב): "מה תתן לי ואנוכי הולך ערירי", וברחל כתיב "הבה לי בנים ואם אין מתה אנוכי", דכל שאין לו בנים חשוב כמת, וכ"ש מי שיש לו ובאים ולוקחים ממנו...

לכל זה יש להוסיף את הצרכים החברתיים של האם. בחברה בכלל, ובחברה הדתית בישראל בפרט, הקשרים המשפחתיים בגיל המבוגר הם התשתית הטבעית ביותר

---

אבינו ביגון שאולה... כי איך אעלה אל אבי והנער איננו אתי, פן אראה ברע אשר ימצא את אבי?". על פי זה כותב המהרש"ם בתשובה (אה"ע סי' קכג) שאסור לאם גרושה לעבור לעיר מרוחקת ובכך לנתק בין הבן לאביו.

54. עי' בפירושו של הרמב"ן שם. ולעומתו בדברי המהר"ל, תפארת ישראל פרק ו.

**לשייכות חברתית וקהילתית, וסביר להניח שהוצאת הילד מרשות אימו תותיר אותה בודדה - לא רק ממנו, אלא במידה רבה גם מהחברה בכללותה.**<sup>55</sup>  
על הצורך של כל אדם בקשרים חברתיים נאמר בחריפות בגמרא (תענית כג, א):  
או חברותא או מיתותא.

### 3. צורכי הבן

אל מול צרכיה של האם יש להעמיד את הצרכים של הבן שיש להניח שיבואו על סיפוקם אם יימסר לאימוץ (גם אותם הצגנו לעיל בשפה של 'זכויות'):  
א. הצורך לגדול בבריאות רגשית.  
ב. הצורך לפתח את כישוריו כדי לפרנס את עצמו לכשיגדל.  
ג. הצורך להתחנך לתורה ולמצוות; צורך שעשוי להתממש בצורה טובה בהרבה בחיקה של משפחה נורמטיבית.  
כנגד צרכים אלו - התומכים בהוצאתו מרשות אימו ומסירתו לאימוץ - יש לבן צרכים נוספים, התומכים בהשאתו בבית האם:  
א. הדבר הראשון הוא הצורך שיש לבן לשמור על קשר קרוב עם אימו הביולוגית, שהרתה וילדה אותו. עיקרון זה מובא במסכת עירובין (פב, ב):  
דאפילו בר שש נמי, בצוותא דאמיה ניחא ליה.

לאור זה נכתב בשו"ת משנה הלכות (חט"ז סי' נח) בנוגע לילד הסובל מאלימות מידי הוריו:

ומי הגיד לנו שזה טובה להם, ליקח מהם ההורים שגידלו אותם כמה שנים ועכשיו נתייתמו מהם על ידינו ח"ו? אדרבה, הם מסכימים לקבל מכות מההורים שלהם מהיות יתומים מהם כל ימי חייהם, וגלוי וידוע שח"ו, להיות יתום מההורים ח"ו, הוא הצער הכי גרוע ביותר בעולם... טובה הוא לבן לקבל מכות מאביו ושיהיה לו אב ואם ולא יהיה יתום מהם ולקבל פרגיות ובשר צלי ולהיות נתוק מההורים בשבי בבית אחרים.

אומנם נראה שתפיסת המציאות המובאת בתשובה זו היא קיצונית למדי; אולם

55. עי' לעיל, הע' 21.

ברמה העקרונית, ככל שמדובר במצבים קלים יותר, כמו המקרה שבו אנו דנים, זהו טיעון כבד משקל שיש להביאו בחשבון.

אם נבקש לנסח את הצורך הזה בשפה מקצועית, ניתן לדבר כאן על הצורך בהמשך יציב של ההתקשרות (attachment) שלו עם אימו.<sup>56</sup>

ב. הצורך השני שיש להביא בחשבון הוא הצורך של הילד ברגיעה רגשית. אף אם יהיה לבן טוב בבית הוריו המאמצים, כאן מדובר בכן שיש לו מידה לא קטנה של הבנה. במצב זה יש להניח שהוא יחווה חוויה קשה של אובדן, שכן הוא רוצה להישאר בבית אימו. ואף אם יביע הסכמה לאימוץ, המודעות שלו לכך שאימו נותרה אומללה כדי שהוא יזכה לחיים טובים, תגרום לו לרגשות אשם כבדים ולרגשות שליליים נוספים (כמו: "אמא 'לא שווה' ולכן גם אני כזה"). רגשות אלו עלולים להעיב על כל מה שיקבל עקב האימוץ.<sup>57</sup>

על כך מוסיפה פרופ' רחל לוי-שיף:<sup>58</sup>

מסירת ילד לאימוץ היא לעולם אירוע מלא כאב לילד, שהסביבה נוטה לעיתים להתכחש לו. גם אם ההורים המאמצים טובים ואוהבים, אין הם יכולים להיות טובים דיים כדי למנוע את התחושות הקשות כמו נטישה והשתוקקות למה שיכול היה להיות, איננו ולעולם לא יהיה.

ג. הצורך השלישי, העולה על כולם, הוא הצורך המשמעותי של הילד **בזהות אישית ומשפחתית מגובשת**, שמסירה לאימוץ תקשה מאוד על מימושו.<sup>59</sup>

56. על כך עי' במאמרם של ד"ר שלמה רומי, ד"ר נורית לוי וד"ר ישראל צבי גילת, "הילד מה הוא אומר?", פרק ה (בספר "דברים שאין להם שיעור", עמ' 20-21). הם מסתמכים בין השאר על מאמרו של פרופ' אבי שגיא-שורץ, "טעויות שיפוטיות בנושא אימוץ", בקובץ 'פסיכואקטואליה' (2004), עמ' 30-39.

על עיקרון זה (בהקשר מנוגד) עי' במאמרה של פרופ' רונה שוז, "זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים: לקחים מפרשת תינוק המריבה", 'משפחה במשפט' א, תשס"ז, עמ' 179-181.

57. תודתי נתונה לשופט בדימוס פיליפ מרכוס, מבית המשפט למשפחה בירושלים, שהעמיד אותי על תובנה זו. ועי' במאמרם של ד"ר שלמה רומי, ד"ר נורית לוי וד"ר ישראל צבי גילת, "הילד מה הוא אומר?", פרק 2,1 (בספר "דברים שאין להם שיעור", עמ' 24).

58. במאמרה "קשיים רגשיים של מאומצים בראי העצמי", בקובץ 'פסיכואקטואליה' 40 (2004). הדברים מצוטטים במאמר הנ"ל של פרופ' רונה שוז, עמ' 187.

59. עי' במאמרו של ד"ר יאיר רונן, "זכות הילד לזהות כזכות להשתייכות", עיוני משפט כו(3) 935, 979-980 (2003), ובמאמרה של פרופ' רונה שוז, "זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים: לקחים מפרשת תינוק המריבה", משפחה במשפט א, תשס"ז, עמ' 182-183, ועמ' 186-187. על הצורך העמוק בזהות ברורה עמדנו בהרחבה לעיל, פרק ב, 6, ופרק יב, 4.

## טו. צורכי האם מול צורכי הבן - מי קודם?

אף אם נניח שבסופו של דבר יהיה טוב יותר לילד אם יימסר לאימוץ, נידרש להכריע בין צרכיה של האם לבין צרכיו של הבן. לשם כך עלינו לשאול: את צרכיו של מי עלינו להעדיף על פי ההלכה, של האם או של הבן?

העמדה הרווחת בבתי הדין כאשר עומדת לפתחם שאלת המשמורת על הילדים היא להכריע על פי העיקרון של "טובת הילד", כאשר הצרכים של כל אחד מן ההורים תופסים מקום משני.<sup>60</sup> אולם כל זה מדובר בסכסוך בין שני הוריו של הילד, כאשר הדין מצטמצם בשאלה מי מהם יגדל את הילד ומי מהם יסתפק בהסדרי ראייה. ואילו כאן מדובר בשאלה חמורה בהרבה, של ניתוק הילד מאימו לחלוטין ומסירתו לאימוץ בידי מי שאינם הוריו, ולכן אין מקום להשוות בין השאלות.<sup>61</sup>

בנד"ד, אילו היה הדין ממוקד רק במישור של 'זכויות', כפי שהוא משמש בעולם החול, נראה כי המסקנה המתבקשת תהיה נוטה לכיוונו של הילד. שכן 'שיח הזכויות' מציג סל זכויות רחב ביותר ביחס לילדים ונותן להן משקל גדול, ואילו את הזכות להורות הוא מציג באופן 'רזה' למדי ונותן לה משקל נמוך יותר.<sup>62</sup>

---

60. אוסף פסקי דין של הרבנות הראשית לארץ ישראל, ח"א, מהדורה ב תשמ"ה, עמ' לב; פסקי דין של בתי הדין הרבניים בישראל, תשי"ד, ח"א, עמ' 56, סע' ט; שו"ת יד אפרים, ס' ה אות לז; שו"ת ציץ אליעזר, ח"א ס' נ; שו"ת תשובות והנהגות כרך ג ס' תכט. ועי' לעיל, פרק י.

61. על הבחנה זו עמד גם השופט אהרן ברק (ע"א 577/83, היועץ המשפטי לממשלה נגד פלונית, פ"ד לח (1), עמ' 464-463).

62. דוגמה לכך בהצעת חוק 'הורים וילדיהם' תשע"ה-2014, המעניקה משקל גבוה לזכויותיהם של הילדים ומונה רבות מהן בהסתמכות על אמנת האו"ם לזכויות הילד, אולם לא מעניקה משקל כלשהו לזכויותיהם של ההורים.

עמדה על כך בהרחבה פרופ' רונה שוז, במאמרה "זכויות הוריות בעידן זכויות הילד" (נמצא באינטרנט), פרק ג, סביב הערות 231-298: "...זכויות אישיות של ההורים נגזרות בעיקר מחוק הטבע וחוקי יסוד ואינן מוזכרות באופן מפורש בחקיקה הישראלית. זאת ועוד, החוקים המאפשרים התערבות בזכויות אישיות של ההורים אינם מגינים על זכויות ההורים באופן מרבי. למשל, כאשר ילד מוכרז כנזקק או כבר-אימוץ, בית המשפט לא חייב לבדוק האם קיימת אופציה של השארת הילד בתוך המשפחה עם סיוע מהמשפחה המורחבת או הקהילה. עיון בפסיקה מגלה כי לעיתים קיים פער משמעותי בין הרטוריקה של חשיבותן של זכויות ההורים לבין הנימוק של השופטים בפועל, שמייחס משקל מזערי לזכויות אלה. כמה דוגמאות ממחישות תופעה זו. במקרים שבהם הורים מתנגדים לאימוץ ילדם, השופטים נוהגים להזכיר את זכותם של ההורים הביולוגיים לגדל את ילדיהם, יחד עם האינטרס של ההורים המיועדים לאמץ (כאשר הילד כבר נמצא אצלם)... לרוב, קשה לראות שבתו משפט נותנים משקל ממשי לזכויות אלה, הן כאשר הם מפרשים את העילות להכרזת הילד כבר-אימוץ, הן כאשר הם דנים בבקשת האם לחזור מהסכמתה, ואפילו כאשר דנים בבקשה לבטל את הכרזת הילד כבר אימוץ על ידי 'אב

(במציאות, יש להניח שחוק האימוץ לא היה מאפשר מסקנה כזאת, מפני שעל פיו ניתן למסור ילד לאימוץ רק בהיעדר מסוגלות הורית; תנאי שבמקרה שלפנינו לא ניתן להוכיח שהוא מתקיים).<sup>63</sup>

לעומת זאת, הדין המבוסס על ההלכה - הדורשת להדגיש בעיקר את **הצרכים** של שני הצדדים<sup>64</sup> - מוביל לכיוון ההפוך, ולשם כך נציג כמה שיקולים.

### 1. שיקולים להעדפת הבן

הנטייה הרווחת ברבות ממדינות המערב היא להעדיף את צורכי הילד.<sup>65</sup> וכך נקט גם שופט בית המשפט העליון, משה זילברג, כשכתב:<sup>66</sup>

מבחן טובת הילדים, לדעתי, לא יימלט בו אחד מן השניים: או שאינו שיקול רציני כלל, או שמתחשבים בו ובו בלבד. פשרה לא תיתכן כלל: הוא אינו ניתן לחלוקה, ואין למזגו ולערבבו באיזה שהוא שיקול אחר...

טובת הילדים תהא השיקול הסופי והמכריע הן בהתנגשה עם זכות האפוטרופוסות... והן בהתנגשה עם הוראות חוק זר...

נטייה זו איננה מקרית, ויש לה שורשים תרבותיים עמוקים, הבאים לידי ביטוי בין השאר בסיסמה המפורסמת: "העולם שייך לצעירים".

לכך יש כמה סיבות.

---

נעדר' שעכשיו צץ. דוגמה מובהקת למגמה זו נמצאת בפרשה שמכונה 'ילד המריבה'. במקרה זה, הילד הוכרז כבר-אימוץ על בסיס חוסר האפשרות הסבירה לזהות את האב, אולם לאחר מכן התגלה ששמו של האב נמצא כל הזמן ברישומים של רשויות הרווחה. אף על פי כן, בית המשפט העליון (ברוב דעות) סירב לבטל את ההכרזה של הילד כבר אימוץ בנימוק שזה נוגד את טובתו של הילד, וזאת למרות שאף פעם לא התקיימה עילת אימוץ וזכויותיו של האב הופקעו שלא כדין". וכן ע"י שם, ליד הערות 354-368.

63. גם הנטייה הרווחת בבתי המשפט למשפחה לאזן בין זכויות ולהימנע מהכרעה דיכוטומית ביניהן הייתה מונעת הכרעה חדה לכיוון זה. אולם בספר זה אנו מבקשים לדון בעיקרון דווקא באמצעות הקצנת הטיעונים.

64. דוגמה להכרעה הלכתית על פי השוואת הצרכים של הצדדים הנוגעים בדבר, ע"י שו"ת באוהלה של תורה ח"ה סי' מה.

65. ע"י במאמרה של פרוף' רונה שוז, "זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים: לקחים מפרשת תינוק המריבה", משפחה במשפט א, תשס"ז, עמ' 176 והע' 49.

66. ע"א 209/54 שטיינר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ט 241, 242.

א. הילד, בהיותו קטן וחסר ישע, מעורר רחמים יותר מאשר האם, שהיא אדם בוגר; ולכן יש נטייה חזקה להעדיף את הצרכים שלו.

גם התורה מעודדת את טיפוחה של מידת הרחמים,<sup>67</sup> ובתוך זה גם רחמים על ילדים. עם זאת, היא מעודדת לא פחות מזה רחמים על אלמנות. שני הערכים מופיעים בפסוק אחד בתורה (שמות כב, כא-כב):

כל אלמנה ויתום לא תענון. אם ענה תענה אותו, כי אם צעוק יצעק אלי שמוע אשמע צעקתו.<sup>68</sup>

גם דרכו של הקב"ה היא לרחם על ילדים, כדברי ירמיהו (לא, ט):

הבן יקיר לי אפרים, אם ילד שעשועים, כי מִדֵּי דִבְרֵי בו זכור אזכרנו עוד. על כן המו מעֵי לו, רחם ארחמנו, נאום ה'.

ואנו מצווים על פי התורה ללכת בדרכיו של הקב"ה.<sup>69</sup>

מאידך גיסא, מוטל עלינו לרחם גם על האם, וכך נכתב בשו"ת חתם-סופר (או"ח סי' ק) בנוגע למצוות שילוח הקן:

עי' רמב"ן... (דברים כב, ו) כתב עפ"י רמב"ם במורה-נבוכים, וכן כתב בס' החינוך להרא"ה (מצוה תקמה) בטעם המצוה ההיא, שלא נתאכזר לעקור אם על בנים... והנה לפי טעם זה מבואר, דאם אינו צריך לבנים, לא מיבעיא דאינו מחוייב לשלח האם, אלא אכזריות נמי עביד. ובמקום שנלמוד שלא נתאכזר, אדרבא נרגיל עצמנו באכזריות ולצער בעלי חיים על מגן [=בחינם] לגרש האם מעל בניה, וצער בע"ח דאורייתא... אבל אם איננו לצורך אדם, שאינו צריך לבנים, אכזריות היא זו לגרש האם מעל בנים.

וקל וחומר במקרה הנדון, בו מדובר באם שהיא גם אלמנה וחולת נפש.

67. עי' בהרחבה במאמרו של הרב עזריאל אריאל "מפני מעלות המידות (המידות הטובות כמניע לאחריות חברתית - עיון במשנת הרמב"ם)", פרק א (בספר "שיח הראיית", עמ' 137-140).

68. עי' במבוא לספר.

69. מסכת סופרים פ"ג הי"ז: "זה אלי ואנוהו... הידמה לו, מה הוא רחום וחונן, אף אתה רחום וחונן". ועוד.

ב. הפוטנציאל ההתפתחותי של הילד עדיין רחוק ממיצוי, בזמן שמצבה של האם הוא סטטי וקשה להניח שתצליח להתפתח מעבר למצבה הנוכחי. לפוטנציאל של הילד ישנה משמעות כלכלית רבה בשבילו, שכן אם יצליח למצות אותו תהיה לכך השפעה רבה על כושר ההשתכרות שלו, ואם לא יתפתח כראוי הוא עלול לסבול מעוני כל ימי חייו.

גם ההלכה קובעת שיש עדיפות גבוהה לשיקום כלכלי של נזקקים במטרה להביא אותם למצב שלא יזדקקו יותר לצדקה;<sup>70</sup> ומכאן החשיבות הרבה של טיפוח הילד כך שיוכל להגיע לעצמאות כלכלית בבגרותו. יש להוסיף לכך שהפגיעה בהתפתחותו הרגשית לא תפגע רק במצבו הכלכלי, אלא גם ביכולתו לקשור קשרים חברתיים, להקים משפחה ועוד פרמטרים רבים שבכוחם להשפיע על איכות החיים שלו.

ג. מצוקות רגשיות, גם אם אין להן סיבה גנטית, עוברות במקרים רבים מדור לדור כחלק מתופעה כללית של "העברה בין דורית". יש יסוד חזק להניח, כי השקעה נוספת באם לא תמנע את העברת המצוקה אל הבן ואל הדורות הבאים, ולכל היותר תצמצם אותה. לעומת זאת, בהוצאת הילד למשפחה מאמצת יש סיכוי לקטוע את הרצף הזה ולהבטיח גם את עתידם של הדורות שייולדו ממנו בעתיד.

גם התורה לא רואה את האדם הבודד כעומד בפני עצמו אלא כחוליה בשרשרת הדורות, שכל פגיעה בו פוגעת גם בדורות הבאים. וכך נאמר במשנה (סנהדרין פ"ז מ"ה):

כיצד מאיימין את העדים, על עדי נפשות? היו מכניסין אותן ומאיימין עליהן... דיני נפשות, דמו ודם זרעיותיו תלויין בו עד סוף העולם; שכן מצינו בקין שהרג את אחיו, שנאמר: "דמי אחיך צועקים", אינו אומר 'דם אחיך' אלא "דמי אחיך" - דמו ודם זרעיותיו.

הדאגה לדורות הבאים באה לידי ביטוי גם בדברי הגמרא (פסחים מט, א):

כל תלמיד חכם המרבה סעודתו בכל מקום - סוף מחרוב את ביתו... וגורם שם רע לו ולבניו ולבני בניו עד סוף כל הדורות...

70. עי' רמב"ם הל' מתנות עניים פ"י ה"ז.



מכאן נלמדת האחריות לפעול, לא רק לטובת הילד עצמו אלא לטובת כל הדורות שיבואו אחריו. ויש לכך משקל משמעותי מול טובתה של האם לבדה.

ד. הר"א שפירא (מנחת אברהם ח"ג סי' ו, עמ' נ) מסביר כי כאשר הוויכוח בין ההורים על משמורת הילד מעלה שיקולים חינוכיים מכאן והצרכים המנוגדים של כל אחד ההורים מכאן, על הדיון להתמקד בצורכי הילד גם על חשבון הצרכים של מי מן ההורים. וכך הוא כותב:

אלא שחיוב האב ללמדו מוכיח שזה הוא צורך של הבן עצמו, שאם קבעו חכמים חוב על האב בגיל זה הוא מפני שחז"ל קבעו שאז הגיע זמן הצורך והתועלת של הבן להתחיל ללמוד תורה, ותועלת רוחנית של הבן מכרעת יותר לטובתו מהצורך של צוותא לאם.

ה. היה מקום להסתמך על דברי הרמב"ם (הל' סנהדרין פכ"א ה"ו) כמקור להעדפה של הילד:

היו לפני הדיינים בעלי דין הרבה מקדימין את דין היתום לדין האלמנה, שנאמר: "שפטו יתום ריבו אלמנה".

וכך נפסק גם בשו"ע (חו"מ טו, ב).

אולם שם מדובר על הקדמה בזמן ולא על העדפה עקרונית, ולכן לא ניתן להסיק מכך מסקנה כלשהי.

## 2. שיקולים הלכתיים להעדפת האם

עם זאת, ההלכה מדגישה לא פחות, ואף יותר - דווקא את ההעדפה לצרכים של ההורים והמבוגרים על פני הצעירים.<sup>71</sup> ונביא לכך כמה ראיות:

א. כנגד כל "מצוות האב על הבן" שעיקרן דאגה לחינוכו ולמעמדו הרוחני והמוסרי, ורק חלק קטן מהן קשור לדאגה לאיכות החיים שלו, עומדות "מצוות הבן על האב": מצוות כיבוד אב ואם מחייבת את הבן לדאוג לאיכות חייהם של

71. במאמרה "זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים: לקחים מפרשת תינוק המריבה", (משפחה במשפט א, תשס"ז, עמ' 171-176) פרופ' רונה שוז מביאה שני פסקי דין מארה"ב (אחד מהם של בית המשפט העליון), שם ניתנה עדיפות לזכויות ההורים על פני זכויות הילד. במסגרת הדיון היא מביאה את הגישה הרווחת באנגליה, להעדיף את טובת הילד, ואת הגישה המקובלת בישראל, המשלבת בין שתי הגישות.

הוריו,<sup>72</sup> ומצוות מורא אב ואם מקבעת את מעמדם הגבוה לעומת מעמדו של הבן.<sup>73</sup>

ב. מצאנו בהלכות צדקה, שעקרונית, חובת האדם לפרנס את אביו קודמת לחובתו לפרנס את ילדיו.<sup>74</sup> וכך פוסק הטור (יו"ד סי' רנא) בשם רס"ג:

יקדים פרנסת אביו ואָמו לפרנסת בניו ואח"כ פרנסת בניו. ואם אביו ובנו שבויים ואין לו במה לפדות שניהם יפדה האב ויעזוב הבן.

ה'פרישה' (אות ה) מציין את המקור לכך שהוריו של אדם קודמים לבניו: דכתיב גבי יעקב (בראשית מג, ח): "ונחיה ולא נמות גם אנחנו גם אתה גם טפנו"...

ב'דרישה' (אות ב) מובא הנימוק לכך:

מה שאין כן בירושה, דבנים הן קודמין... והטעם, דכאן דאיירי באין להם מה יאכל, חייב בכבוד אביו שלא יצטרך לחזור על הפתחים יותר מכבוד בניו...

וכך פוסק גם הרמ"א בשו"ע (סע' ג):

פרנסת עצמו קודמת לכל אדם... ואח"כ יקדים פרנסת אביו ואָמו, אם הם עניים, והם קודמים לפרנסת בניו...

ומכאן מקור להעדיף את צורכי האם על צורכי הבן.

ג. התורה מצווה את הדור הצעיר לכבד את הדור המבוגר, והדבר בא לידי ביטוי בציווי "מפני שיבה תקום" (ויקרא יט, לב).<sup>75</sup>

כנגד הזלזול בזקנים, בשל הפוטנציאל הכלכלי הנמוך שלהם, כותב מרן הרב קוק זצ"ל (אורות הקודש ג, קפ; שמונה קבצים א, תרסח):

72. עי' שו"ע יו"ד רמ, ד.

73. עי' שו"ע יו"ד רמ, א-ב.

74. אם כי ייתכן שמדובר דווקא בילדים שאין חובה חוקית לפרנס אותם ושיש להם יכולת כלשהי לדאוג לעצמם; ואם כן כיום, פרנסת הילדים שגילם פחות משמונה עשרה תהיה קודמת לפרנסת ההורים.

75. עי' שו"ע יו"ד רמד, א.

...כל מחשבה שדבר אין לה עם הרוממות הנצחיות, ומתעסקת רק עם סדרי החיים החומריים ותיקוניהם - אפילו אם יהיו בה תוכנים מוסריים ואורחות צדק ומישרים - סופה להתעכר, מפני קטנותה, ומפני הזוהמא והסירחון שהחיים החומריים לקויים בהם בטבעם, כשהם מנותקים מיסוד חיים נצחיים ותשוקתם. בייחוד תוכר חולשה של מחשבה קיבוצית כזאת, במה שתשים את מרכזא רק בצעירים, שהחיים החומריים משחקים לפניהם בכל מהתלותיהם ושגיוניהם, וזקנים לא יוכלו לקחת בה חלק אמיץ... וכך היא המידה היוונית, להביט על הזקנים במבט בוז... ומה לקויה היא מחשבה ציבורית, שאינה יכולה להתפשט יפה על כל חלקיה...

את כל הראיות שהבאנו להעדפתה של האם ניתן לדחות בטענה שחובת ההורים לדאוג לילדיהם הקטנים כוללת בתוכה את התביעה כלפיהם לשלם מחיר אישי כבד למענם. ראייה לדבר - מכך שהכלל ההלכתי: "המבזבז אל יבזבז יותר מחומש שמא יצטרך לבריות"<sup>76</sup> המגביל את המחויבות למתן צדקה - לא חל על פרנסת הילדים.<sup>77</sup> כך הוא גם טבעו של עולם, כמעט ללא הבדל בין דורות שונים ותרבויות שונות, שהורים מוסרים את נפשם - אפילו כפשוטו של המושג - למימוש הצרכים החיוניים ביותר של ילדיהם.

### 3. שיקולים מעשיים להעדפת האם

לשלושת הטיעונים העקרוניים שהבאנו להעדפה של האם על בנה, יש להוסיף עוד כמה שיקולים מעשיים:

השיקול הראשון הוא ש"אין ספק מוציא מידי ודאי"<sup>78</sup> הפגיעה הקשה באיכות חייה של האם היא ודאית ומיידית. גם לבן עצמו תגרום הפרידה מן האם לטראומה קשה בטווח המיידי. לעומת זאת, ההערכה שהוצאת הילד מאמו ומסירתו לאימוץ תיטיב משמעותית את מצבו - מוטלת בספק. לא כל מקרי האימוץ נוחלים הצלחה. ככלל, בקרב ילדים מאומצים יש בעיות פסיכולוגיות בשיעור

76. בבלי כתובות נ, א. ועי' ירושלמי פאה פ"א ה"א.

77. עי' שו"ע אה"ע עא, א, שם נאמר שגם מי שאינו אמיד, מכלימין אותו כדי שיפרנס את בניו שמעל גיל שש. ועי' שו"ת הגם שאול ח"א סי' כ.  
יש לציין שלדעת החתם סופר בתשובה (יו"ד ח"ב סי' רכט), גם חובת האדם לפרנס את הוריו נאמרה ביותר מחומש נכסיו.

78. ביטוי זה מופיע במסכת יבמות, דף לח, ובעוד מקומות.

גבוה מאשר בקרב ילדים הגדלים בסביבה טבעית בריאה.<sup>79</sup> כמו כן, ככל שהאימוץ נעשה בגיל מבוגר יותר כך עולה הסיכון לכישלון;<sup>80</sup> ובמיוחד במקרה זה, כאשר הילד אינו רוצה לעזוב את אימו.<sup>81</sup> אחד הגורמים המרכזיים לקשיים באימוץ הוא קונפליקט הזהות של הילד, כאשר היא בין הצד הביולוגי הטבעי, הנובע מן ההורים הביולוגיים לבין הצד התרבותי חינוכי הנוצר בידי ההורים המאמצים.<sup>82</sup> קושי רגשי זה עלול גם לחבל בחינוכו של הילד לתורה ולמצוות; ולכן גם חינוך הילד לא יוכל להוות שיקול שיכריע את הכף לטובת הוצאתו מבית אימו. לכך יש להוסיף טיעון **אמוני**: הטענה כי שינוי משמעותי בסביבת הגידול של הילד הוא זה שיקבע את גורלו עומדת בניגוד מסוים לאחד מעיקרי האמונה היהודית, והוא: **עקרון הבחירה החופשית**.<sup>83</sup> התורה כולה בנויה על אמונה בכוחה של הבחירה החופשית, ומתוך כך במקומה המרכזי של האחריות האישית שהאדם לוקח על חייו.<sup>84</sup> גורלו של האדם אינו רק תוצר של סביבתו. הוא גם תוצאה של הבחירות שהוא בוחר במהלך חייו.

וכך כותב הרמב"ם (שמונה פרקים לרמב"ם, פרק ח):

אבל אתה דע, כי דבר מוסכם עליו מתורתנו ומפילוסופיית יוון, כמו שאימתוהו טענות האמת, שמעשי האדם כולם מסורים אליו, אין כופה עליו בהם, ולא מושך לו מבחוץ בשום פנים, שיטהו אל מעלה או פחיתות; אלא אם כן תהיה הכנה מיזגית בלבד, כמו שבארנו, שיקל בגללה דבר או יקשה, אבל שיחוייב או יימנע - אין בשום פנים.

79. עי' במאמר המתורגם "אימוץ והסתגלות בגיל ההתבגרות". המאמר נכתב במקורו ע"י דויד פרגסון וג'ון הורוורד, ופורסם בכתב העת *Adoption & Fostering*, vol. 22, 1988 וכן בספרה של מילי מאסס, "בשם טובת הילד - אובדן וסבל בהליכי האימוץ".

80. עי' בחוברת "מעקב אחר ילדים גדולים שנמסרו לאימוץ", בה מופיע מחקר שנעשה בשנת תשס"א בידי דורי רבקיין ושושנה באומגולד, מטעם מכון ברוקדייל.

81. נראה שאף אילו הייתה תמיכה מחקרית לסיכויי ההצלחה של האימוץ, לא ניתן לתת משקל יתר למחקרים סטטיסטיים כאלה ואחרים במדע שאיננו מדויק, כאשר כל נתון ייחודי עלול לשנות את המסקנה.

82. עי' במאמרה של פרופ' רונה שוז, "זכות הילד לגדול בבית הוריו הביולוגיים: לקחים מפרשת תינוק המריבה", פרק ב, בסופו (משפחה במשפט א' התשס"ז, עמ' 182-183) ובמקורות המובאים בהערות השוליים.

83. עי' רס"ג, אמונות ודעות, מאמר ד פרק ג, ו'דרך אמונה' (מאת הרב הנזיר), ס"א-ב; רמב"ם, הל' תשובה פרק ה; ועוד.

84. עי' אורות התשובה פרק טז סע' א.1.

על כן, ההנחה שמסירת הילד לאימוץ היא לבדה תקבע את עתידו לחסד ולא לשבט, אינה עומדת במבחן ההשקפה היהודית. ומצד שני, גם אם סביבתו של הילד אינה מכריעה לחלוטין את גורלו, אין ספק שהיא משפיעה בסבירות גבוהה על מצבו העתידי. אין לראות את הטיעון הזה כמכריע, אבל יש להביא גם אותו בחשבון.

השיקול השני נובע מן ההכרה שלקייחת הילד מאימו, יש בה הרבה יותר מאשר פגיעה באיכות החיים שלה.<sup>85</sup> אם זה יקרה, ישנה סכנה מוחשית להחמרת המחלה של האם, לאובדן משמעות החיים מבחינתה - דבר שהוא עצמו יפגע קשות בתוחלת החיים שלה, ואף יש בזה סיכון ממשי לאובדנות. אומנם גם השלכה זו תלויה במידה מסוימת בבחירה החופשית שלה, אלא שבמצבה הנפשי הירוד מרחב הבחירה שלה מצומצם מאוד. ובכל מקרה, הפיכתה ל'אם שכולה' כשהיא יודעת שבנה חי היא אסון מבחינתה.

את המשמעות הקשה רואים אנו אצל יעקב אבינו, בתגובתו על הידיעה כי "טרוף טורף יוסף" (בראשית לז, לד-לה):

ויקרע יעקב שמלותיו, וישם שק במוותניו, ויתאבל על בנו ימים רבים...  
וימאן להתנחם, ויאמר: כי ארד אל בני אבל שאולה. ויבך אותו אביו.<sup>86</sup>

וכאשר מדובר בניתוק של בן חי מאביו יש לכך השלכות חמורות ביותר, אותן מבטא יהודה בדבריו אל יוסף (בראשית מד, כז-לד):

ויאמר עבדך אבי אלינו... ולקחתם גם את זה מעם פניי וקרהו אסון, והורדתם את שיבתי ברעה שאולה. ועתה, כבואי אל עבדך אבי, והנער איננו אתנו, ונפשו קשורה בנפשו! והיה כראותו כי אין הנער, ומת; והורידו עבדך את שיבת עבדך אבינו ביגון שאולה... כי איך אעלה אל אבי והנער איננו אתי, פן אראה ברע אשר ימצא את אבי?

על פי זה כותב המהרשד"ם בתשובה (אה"ע סי' קכג):

וכי יעלה על הדעת שלא יהיה לאדם אלא בן יחיד ונפשו קשורה בנפשו, והיה כראותו כי אין הנער ומת אביו מצרתו, ותאמר שאף על פי כן נתנו

85. עי' לעיל, שער ג, הע' 23, שם הבאנו מקורות לכך שבהקשרים מסוימים, יש להתייחס לפגיעה חמורה באיכות החיים כמו לפיקוח נפש.

86. וכן להלן, מד, כז-לא.

### לאם כוח להוליכו למקום רחוק?! אין הדעת סובלת זאת.<sup>87</sup>

ואם כן, מהי ההצדקה לאמלל במידה כה חמורה את האם, כאשר התועלת לבן רחוקה מלהיות חד-משמעית?  
 דברים דומים כתב - בהקשר אחר - הרב יעקב אריאל, במאמרו "ביטול אימוץ"  
 (בספר זה, נספח ב, פרק ג):

מכמה מקומות ניתן ללמוד שלהורים יש זכות לגדל את ילדיהם, כגון: אישה פטורה מפריה ורביה, אך היא יכולה לטעון שהיא זקוקה לילד שיתמוך בה... מסתבר שזוהי רק דוגמא, כי באותה מידה היא זקוקה גם לחיבוקו של תינוק, כדברי רחל אֶמנו: "הבה לי בנים, ואם אין מתה אנוכי". המושג 'שכול' הוא מושג כבד וקשה שהחברה האנושית מכירה בו כסבל בל יתואר, כפי שניתן לעמוד על כך מתוך המקרא ומפרטי הלכה. ניתוק ילד מהוריו הוא מעין שכול, ולהורים זכות מלאה לתבוע את ילדם בחזרה. אמנם צריך להתחשב בטובת הילד, כפי שיבואר להלן, אולם טענה זו של טובת הילד לא תעמוד למשל לחוטף ילד מחיק אָמו, אפילו אם הוא רשות חוקית ומכובדת, אלא א"כ יוכח בעליל שההורים אינם מסוגלים לתפקד ולטפל בילדם בשום צורה שהיא. רק **במקרים** קיצוניים ביותר יכול להינתן צו של ניתוק ילד מהוריו.

מדבריו עולה עיקרון יסודי, שאף שאנו שוקלים את טובת הילד, אין משמעות הדבר התעלמות ממעמדם של ההורים ומצורכיהם. והוא מוסיף במסקנת דבריו: גם אז הוא יישאר ילדם החוקי לעולם, אלא שהוא הועבר לאימוצם של המאמצים. וכאמור, האימוץ אינו יכול להפקיע את הורותם הטבעית של ההורים הביולוגיים.

הר"י זילברשטיין (בספר זה, נספח ב), דן בשאלה דומה, בה עלה חשש לאובדנות של האם אם הבת תילקח ממנה. והוא מסיק שהחשש לאובדנות של האם מכריע את צרכיה של הבת, גם כאשר יש הערכה שהאם מתעללת בה; ורק אם קיימת ידיעה ודאית על התעללות אכזרית מצד האם, יש להוציא את הבת מרשותה ולמסור אותה למשפחה אומנת.

87. מובא במאמרו של הר"י זילברשטיין, "אימוץ ילדים נגד רצון ההורים", בספר "על בן אימצת לך", עמ' יז.

שיקול שלישי למנוע את הוצאת הבן מרשות אימו הוא **האוטונומיה של המשפחה**. אם היינו רואים את ההורות כאפטרופסות מטעם המדינה, היה קל יותר להסמיך את רשויות המדינה להחליט על הוצאת הילד מרשות אימו כאשר היא מתקשה למלא כראוי את תפקידה האימהי.

אולם אם אנו רואים את ההורות כעומדת בפני עצמה - בתור ישות טבעית, כסוג של בעלות או כקשר זהותי - נדרש רף גבוה בהרבה כדי לראות את רשויות המדינה כמוסמכות להתערב עד כדי הוצאת הילד מרשות אימו, שכן מדובר בסוג של "גניבת נפשות".

אם היינו רואים את ההורות כאפטרופסות מטעם הקב"ה - היה מקום, לכאורה, להצדיק את הוצאתו מאימו כדי שיתחנך טוב יותר לתורה ולמצוות;<sup>88</sup> אולם התקדים היחיד שמצאנו בדברי הפוסקים להוצאת ילד מרשות אימו משיקולים ערכיים ומוסריים הוא כאשר מדובר בהוצאת בת מרשות אם העוסקת בזנות. ההלכה נותנת משקל גדול לאוטונומיה של ההורים ומצמצמת מאוד את סמכותו של בית הדין להתערב בתוך התא המשפחתי. וזאת מפני שהגדרת ההורות כאפטרופסות אינה עומדת בפני עצמה אלא היא אחד הביטויים של הקשר הזהותי.

#### 4. מסקנה

לאור כל מה שכתבנו, עולה המסקנה כי במקרה שנדון במשפט המבויים - לאור בקשתם של המארגנים לקבל הכרעה בינארית - אין הצדקה להוציא הבן מחזקת אימו האלמנה והחולה, שכן הפגיעה באם תהיה אנושה וודאית ואילו ההשלכות של האימוץ על הילד הן מורכבות, ויש ספק גדול עד כמה יביא לו הדבר תועלת של ממש.

עם זאת, כאשר אנו חוזרים אל המציאות האמיתית, בהחלט נדרש לחפש ולמצוא **דרכי ביניים**,<sup>89</sup> כמו: הסתייעות במשפחות מתוך הקהילה, הדרכה הורית, העמדת

88. עי' במאמרם של פרופ' שלמה רומי, ד"ר נורית לוי וד"ר ישראל צבי גילת, "והילד מה הוא אומר", פרק ד (בספר "דברים שיש להם שיעור" עמ' 337-362).

89. המגמה הרווחת כיום בין גורמי הרווחה והטיפול, על בסיס מחקרים פסיכולוגיים וסוציולוגיים, הינה למעט ככל האפשר בהוצאת ילדים ממשפחותיהם, ותחת זאת לתת מעטפת קהילתית תומכת למשפחות המתקשות להעניק לילדיהן את המיטב. זאת מתוך הבנה שהמשפחה היא המקום הטוב ביותר עבור הילד - עי' לדוגמה במחקר שנעשה במסגרת מכון ברוקדייל - "משפחה מיטיבה וקבועה", על ידי יואה שורק, איה אלמוג-זקן, וצ'סלב קונסטנטינוב, ירושלים

'סומכת' שתסייע לאם, השמת הילד במועדונית טיפולית בשעות אחר הצהריים, אומנה יומית, וביניהן - ככלות כל הקיצין - אימוץ פתוח, בו יישמר קשר רציף בין האם לבין הבן אף אם לא יגדל בביתה.<sup>90</sup> בין דרכי הביניים יש לתת משקל גדול לאפשרות לערב בגידולו של הילד את משפחתו הרחבה.<sup>91</sup>

מסקנה זו מתבקשת מתוך המערכת המושגית הבנויה על ההלכה היהודית, שאינה מצדדת ב'שיח הזכויות' אלא נובעת ממצוות "ואהבת לרעך כמוך" ומתמקדת בצרכים של הבן ושל האם; וכן נותנת משקל גדול לקשר הזהותי שבין ההורים לילדיהם ומעניקה משקל גדול לצורך לשמור עליו.

דרך החשיבה המובילה את הדיון במקרה מבחן זה ממחישה ומחדדת את החלופה היהודית ל'שיח הזכויות' - בו אנו רואים כל אדם כ'ראוי' לסיפוק של כל מה שהוא זקוק לו מכוח היותו נברא בצלם אלהים, כאשר החברה כולה נושאת באחריות כלפי שני הצדדים כאחד מתוך תודעה עמוקה של אחווה כלפי כל אחד מהם.

2021. מופיע באינטרנט באתר <https://din-online.info/pdf/mb127.pdf>.

השופט לשעבר פיליפ מרכוס הוסיף שיש לשקול מינוי עורך דין אישי לאם ועורך דין כאפוטרופוס אישי לילד - עורכי דין שתפקידם אינו 'לנצח' אלא להציע פתרונות טובים יותר. והוסיף שניתן להיעזר בעמותות המסייעות לחולי נפש, כמו עמותת 'אנוש' או 'בזכות' - לשאוב רעיונות חדשים מתוך הניסיון שלהן ולקבל מהן סיוע נחוץ לקבלת החלטה מיטבית וליישומה.

90. תודתי נתונה לפרופ' רונה שוז שעדכנה אותי בכך שכיום גם בתי המשפט למשפחה תומכים באימוץ פתוח כברירת מחדל במצבים דומים לנידון דידן. ועי' לעיל, פרק ג, והע' 61.

91. עי' לעיל שער ג, פרק יד, 6-8 והע' 34.



## סיכום כללי

### שער ראשון

- א. מצווה גדולה לאמץ ילד שאין לו הורים או שהוריו אינם מסוגלים לגדל אותו כראוי. זהו מעשה חסד שאין לו שיעור.
- ב. אף שהאימוץ יוצר "הורות פסיכולוגית" במובן העמוק ביותר שלה, הוא אינו מפקיע את ההורות הביולוגית ואינו יוצר הורות חדשה, אלא מהווה סידור מעשי היכן יגדל הילד, מי יטפל בו ומי יחזיק בסמכויות הנדרשות לשם כך.
- ג. ההלכה מצדדת במשפחה הטבעית ואינה מכירה בשום סוג של 'משפחה חוקית' שהבסיס שלה הוא הסכמי-משפטי, ולכן המושג 'הורות' מוגדר על פי קשר הדם.
- ד. הזהות הלאומית גוברת על הזהות המשפחתית, ולכן במצבי מעבר שבין יהודי לגוי לא הולכים אחרי קשר הדם. הדבר בא לידי ביטוי בכך ש"גר שנתגייר כקטן שנולד" ושמי שנולד מנישואי תערובת מתייחס רק לאימו.
- ה. במקרים שבהם נדרשת מסירה של ילד לאימוץ, יש להעדיף 'אימוץ פתוח', בו נשמר הקשר בינו לבין הוריו הביולוגיים ותישמר זהותו המקורית, כל זמן שהשיקולים המקצועיים מאפשרים זאת.

### שער שני

- א. בדיני בני נח הילדים מוגדרים כקניינו של אביהם, וכך מוגדר גם במשפט הרומי. לכן, בדיני בני נח ובמשפטי העמים יש להורים סמכות לוותר על ילדיהם ולהעביר אותם לאימוץ אצל אנשים אחרים, שייחשבו הוריהם לכל דבר ועניין.
- ב. בדיני ישראל, אין לאב קניין בבנו אלא אחריות לגידולו שמכוחה מוענקות לו סמכויות שונות עד שיגדל.
- ג. יש לאב קניין זמני בכל הנוגע ל"אישות דבתו". מקניין זה נובעות סמכויות הנדרשות לאב כדי לשמור על גופה של בתו מפגיעה ולהשיא אותה לאיש בהגיעה לפרקה.

- ד. אף שאין לאם קניין בילדיה, ההלכה מכירה בקשר העמוק שיש לה איתם ובצורך שלה לממש את אימהותה.
- ה. הדעה הרווחת בבתי הדין אינה מכירה בזכויות משפטיות של ההורים בילדיהם. אומנם השיקול המכריע הוא "טובת הילד"; אבל גם הצרכים הרגשיים של ההורים מובאים בחשבון.
- ו. אחד המרכיבים המרכזיים של ההורות הוא האחריות של ההורים על ילדיהם כאפוטרופוסים מטעמו של הבורא. במובן זה יש לראות את הילדים כפיקדון שהקב"ה מפקיד בידי הוריהם.
- ז. מצוות חינוך היא המוקד המרכזי של אחריות ההורים על ילדיהם.
- ח. הדעה המקובלת בהלכה היא שמצוות חינוך מוטלת על שני ההורים אף שעיקרה מוטל על האב. חובת האם קיימת ביתר שאת במקרה שבו אביהם של הילדים נעדר מחייהם.
- ט. ההורות אינה ניתנת להגדרה באמצעות תבניות משפטיות מקובלות, ויש לראות אותה כ"קשר זהותי".
- י. בדיני ישראל, מאחר שילד אינו רכוש של הוריו, אין דרך להפקיע הורות כפי שמפקיעים רכוש מבעליו בהליך משפטי כלשהו.
- יא. בדיני בני נח, יש מקום להסתפק בזמננו, כאשר האנושות אינה רואה את הילדים כקניין של הוריהם, אם יש להורים בזמננו סמכות משפטית לוותר על ילדיהם.
- יב. יש לאפשר להורים הביולוגיים לחזור בהם מהסכמתם למסור את ילדם לאימוץ, בכפוף לשיקולים של טובת הילד ותקנתו, אם שינו את דעתם זמן סביר לאחר שחתמו על ההסכמה.

### שער שלישי

- א. ההתערבות במקרה שילד סובל מהתעללות מצד הוריו מבוססת על הציווי "לא תעמוד על דם רעך". ומסתבר שהוא הדין לילד הסובל מהזנחה קשה המסכנת במידה חמורה את בריאותו הפיזית, הנפשית או המוסרית.
- ב. המצווה לטפל בילד במצבים כאלה מוטלת בעיקרון על כל אדם; אבל רק לרשויות הציבוריות המוסמכות יש בעניין זה תפקיד בשם הציבור, כלים לשיקול דעת מורכב וזהיר ויכולת אכיפה - שאינם עומדים לרשות האדם הפרטי.

- ג. טיפול בילד הסובל מהזנחה הפוגעת בהתפתחותו התקינה מבוסס על מצוות "ואהבת לרעך כמוך". הסמכות להתערב במקרה כזה בניגוד לרצון ההורים נתונה רק לרשויות ציבוריות, מכוח תפקידן הציבורי.
- ד. בכל מקרה כזה יש מעמד מיוחד לבני המשפחה הרחבה של הילד; ובמקרה שנאלצים להוציא אותו מבית הוריו, ישנה עדיפות למסירתו לידי קרוביו.
- ה. העיקרון "בית דין אביהם של יתומים" אמור דווקא בילדים שאין להם שני הורים מתפקדים, ואין משמעותו סמכות בלתי מוגבלת לרשויות הציבוריות להתערב במה שמתרחש בתוך התא המשפחתי.
- ו. לבית הדין ישנם שני מקורות סמכות: האחד הוא הסמכות הדתית, מכוחו של הקב"ה, שהוא "דיין אלמנות ואבי יתומים", והשני הוא תפקידו כחלק מרכזי בהנהגת הציבור. המקור השני רלוונטי גם למדינה.
- ז. הנחת היסוד של "חוק חינוך חובה חנים" צריכה להיות שיש למדינה אחריות שיורית בלבד על ילדים שאין להוריהם יכולת - כלכלית או מנטלית - לתת לילדיהם את החינוך המתאים להם; ואין מקום לתפיסה שיש בה משום "הלאמה" של הילדים.
- ח. המשפחה היא גוף אוטונומי החסין מפני התערבות חיצונית מצד הרשויות למעט מקרים קיצוניים של סכנה לשלומם של הילד או הזנחה הפוגעת קשות בהתפתחותו התקינה. מעבר לכך, תפקידן של הרשויות הציבוריות הוא לסייע להורים במילוי תפקידיהם ואף לאכוף עליהם את קיום חובותיהם כלפי ילדיהם, אך לא להפקיע מהם את האחריות על ילדיהם.

### שער רביעי

- א. מערכת המושגים המתאימה לדיון בשאלות של הוצאת ילד מחזקת הוריו היא לא מושגים של 'בעלות', 'זכות' או 'חובה', אלא אחריות של הרשויות הנובעת ממצוות "ואהבת לרעך כמוך".
- ב. השיקולים שצריכים להנחות את מקבלי ההחלטות הם הצרכים השונים שיש לכל הצדדים המעורבים בדיון.
- ג. אין העדפה קטגורית לצורכי הבן על פני צורכיהם של ההורים ולהיפך; ויש בשאלה זו צדדים לכאן ולכאן המחייבים שיקול דעת בכל מקרה לגופו.
- ד. יש לתת משקל גדול יותר לשיקולים הנוגעים לצרכים ודאיים שיש דרך להבטיח את הסיפוק שלהם, על פני שיקולים הנוגעים לצרכים שאין כל ודאות שאכן יבואו על סיפוקם.

## אפילוג הורות, מהי?

השאלה כיצד להגדיר את ההורות נמצאת ברקע של כל הדיון על אימוץ ודילמות העולות ממנו.

ישנן שאלות שבדורות אחרים לא היו עולות כלל ועיקר, מפני שהתשובות היו מובנות מאליהן. לא תמיד הן היו מנוסחות בבהירות ומנומקות כדבעי, אולם איש לא נדרש להן. הדברים היו כה פשוטים, עד שאיש לא העלה על דעתו לשאול על כך. אולם לאחר שמתרחשים שינויים רבים בעולם – טכנולוגיים, תרבותיים וחברתיים, נעשה מה שנחשב בעבר כמובן מאליו לדבר שאינו פשוט כלל, עד שיש צורך בבחינה מחודשת לגמרי של התפיסה מן העבר לאור מה שעולה מתרבויות שונות ומנסיבות שהזמן גרמן.

כך קרה גם למושג ה"הורות". הדורות הקודמים לא התחבטו כלל בשאלה. פשוט היה להם שהאב והאם הם ההורים הביולוגיים של הילד, וכל שהטריד אותם היה כיצד לוודא את אותה עובדה ביולוגית. גם מהותה של ההורות הייתה נהירה להם אף שלא נדרשו להגדיר אותה. הסמכויות ותחומי האחריות של ההורים היו ברורים, וכל שנדרש היה להגדיר את גבולותיהן – מה כלול בהן ועד מתי קיימת כל אחת מהן.

העידן הנוכחי מאתגר מאוד את מה שהיה מובן מאליו בדורות הקודמים, מסיבות שונות:

א. המפגש בין התרבויות השונות מציג בפנינו תפיסות שונות לחלוטין, שאף הן נתפסות כמובנות מאליהן בעיני האוחזים בהן; וזה מציב סימן שאלה על מה שהיה עד כה מובן מאליו בשבילנו.

ב. טכנולוגיות מפותחות של פוריות מעמידות בפנינו דרכים מלאכותיות רבות להבאת ילדים לעולם: מכירת זרע או ביצית, פונדקאות, השתלת רחם או שחלות, ועוד ועוד. כל טכנולוגיה כזאת מעלה שאלות: מיהם הוריו של הילד? מהו היחס בינו לבין מי שיזם את הבאתו לעולם, אף אם אינו חולק עימו קשר ביולוגי? ומה היחס בינו לבין מי שקשור אליו בקשר ביולוגי, אבל מעולם לא רצה לגדל אותו?

ורק סיפק שירות כזה או אחר למי שלא יכול היה לעשות זאת בעצמו? וכאשר הפונקציה הביולוגית עצמה נחלקת בין כמה גורמים, האתגר נעשה גדול עוד יותר.

ג. המדינה נוטה לנכס לעצמה יותר ויותר תחומי חיים, ולהסדיר יותר ויותר דברים שהתנהלו בעבר באופן טבעי. המדינה מבקשת לקבוע מהי הורות ומיהם ההורים. המדינה מבקשת לקבוע את תפקידי ההורים, תחומי האחריות ותחומי הסמכות שלהם, וכן את זכויות ההורים וזכויות הילדים. המערכת המושגית שבה מנוסחים החוקים היא השפה המשפטית שיש לה היגיון פנימי משלה, שלא תמיד עולה בקנה אחד עם מה שהיה מקובל בעבר.

ד. הגורם האחרון הוא התפוררות התא המשפחתי. עצם קיומו של תא משפחתי המורכב מאיש ואישה הבאים בברית הנישואין ומגדלים בצוותא את ילדיהם הביולוגיים פסק, לצערנו, מלהיות הדבר המובן מאליו. מתרבים מקרי הגירושין, רווקים ורווקות רבים אינם מצליחים להינשא, רווקות מביאות ילדים לעולם ללא נישואין ומבלי שיש להם אב ידוע. ועל כולם - משקי בית חד-מיניים המביאים לעולם ילדים מקניית זרע או משילוב של קניית ביצית ושכירת רחם, תוך תביעה להכיר בהם כהורים לכל דבר ועניין גם כאשר מדובר במי שאין לו שום קשר ביולוגי אל הילד.

כל זה מעלה שורה ארוכה של שאלות על מהותה ומשמעותה של ההורות: האם היא מושג טבעי-ביולוגי או הסכמי? אם ההורות היא מושג טבעי, האם יש מערכת חוקית המנסחת ומגדירה את הגבולות שלו? ואם היא הסכמי, האם הוא נובע מהסכמת הצדדים להסכם, מהסכמה חברתית או מחוקי המדינה ופסיקות בתי המשפט (שיכולים לנסח מוסכמות חברתיות בבהירות או לעמוד מכוח עצמם)?

ובכלל, מהו היחס שבין המשפחה לבין המדינה? האם המשפחה היא ישות שקדמה למדינה, וכל שנותר למדינה הוא רק לספק את התנאים לקיומה ולהתערב רק במקרי קיצון, או להיפך, שהמדינה היא היוצרת את מושג המשפחה באמצעות חוקיה ושופטיה, והיא המעניקה להורים את מעמדם?

כל זה מעלה שאלה נוספת, על מקור הסמכות של ההורים כלפי ילדיהם: האם המשפחה היא ישות אוטונומית, המעניקה להורים סמכות טבעית ותפקידים טבעיים או שהמשפחה אינה אלא זרוע ארוכה של המדינה, שהיא היא מקור הסמכות והתפקיד?

את אותן שאלות אפשר לשאול גם מן ההיבט התורני: האם ההלכה מכירה במשפחה כמושג טבעי או שהיא מגדירה אותה ואת היחסים בין חבריה על ידי החוק, שהוא ההלכה? האם יש להורים אוטונומיה מול "השותף השלישי" שלהם, שהוא הקב"ה, או שבית הדין הבא מכוחו מוסמך להתערב במשפחה גם כשהיא מתפקדת?

ואולי כל ההעמדה הדיכוטומית של המשפחה מול גורמים אחרים איננה נכונה, וכשם שיש מקום לראות את המשפחה עצמה כישות אורגנית, כך נכון לראות אותה כמרכיב בתוך ישויות אורגניות גדולות ממנה, כמו המשפחה הרחבה, הקהילה או האומה, ואף הבריאה כולה, ומתוך כך לראות את מערכת היחסים וחלוקת התפקידים והסמכויות ביניהן כדבר גמיש יותר?

עוד יש לשאול שאלה כללית: מהי 'הורות'? האם היא מהווה סוג של 'בעלות' על הילדים, בדומה לבעלות על בעלי חיים או עבדים בימי קדם? האם היא בעלות מוגבלת, חלקית, זמנית ומרוסנת, שיש מקום לראות אותה כאוסף של "זכויות הוריות"? ואולי אין ההורות אלא סוג של אפוטרופוסות, כמי שמוטלת עליהם האחריות לגדל את ילדיהם, לדאוג לכל צורכיהם ולחנכם עד שיעמדו ברשות עצמם?

אם נקבל את ההנחה כי ההורות היא אפוטרופוסות, מייד תעלה שאלת השורש: מכוח מי? האם הילד הוא אדון לעצמו, כאישיות משפטית הנושאת זכויות, ואחריותם וסמכויותיהם של ההורים כלפיו נובעות ממנו עצמו? האם הילד שייך, בעצם, למדינה, והיא הממנה את ההורים כאפוטרופוסים מטעמה? או שמא הילדים שייכים בכלל לבורא העולם, שההורים פועלים בשליחותו?

ואולי כל הפירוט הזה רק מסבך את התמונה, כשהוא מבקש להגדיר את ההורות במושגים משפטיים המוכרים מתחומים אחרים, כאשר ההורות עצמה היא דבר גדול לאין ערוך מכל מושג משפטי? ואם כך הם פני הדברים, מהו היחס שבין ההורות כמהות לבין ביטויים משפטיים שונים שיש לה?

בספר זה אנו טוענים ושבים וטוענים כי ההורות היא מושג עמוק ורחב בהרבה מכל מרכיביו. ברמה המהותית, ההורות היא "קשר זהותי" שבו הילדים מהווים המשך ביולוגי, פסיכולוגי, רוחני וכלכלי של הוריהם. כל המאפיינים האחרים שיש בהורות: זכויות וחובות, שייכות ואפוטרופוסות, וכמובן - הקשר הרגשי העמוק שיש בין ההורים לילדיהם, אינם אלא ביטויים חלקיים של מהות זו. תובנה זו

מניחה מיניה וביה כי ההורות היא ביולוגית-טבעית, ולא נובעת מהסכמה בין חבריה או מן המדינה וחוקיה.

מסקנה זו של הספר פוגשת מושג שנדון בספרים הקודמים שיצאו על ידי מחלקת 'אחוזה' למדיניות חברתית שבמרכז תורה ומדינה, והוא "שיח הראויות" שבא להחליף את "שיח הזכויות" השולט כיום בכיפה.

כפי שהזכרנו, שאלות אלה לא עלו בעוצמה רבה בדורות קודמים, שלא אותגרו על ידי מציאות החיים של דורנו. אולם תופעה אחת הייתה קיימת משחר ההיסטוריה, והיא אימוץ ילדים. בדרך כלל, מדובר היה ביתומים מאב ומאם שאחרים לקחו אחריות לגדלם. במקרים רבים היו אלה קרובי משפחה, ובמקרים אחרים היו אלה אנשים זרים לחלוטין. היו גם מקרים של אימוץ ילדים שלפחות אחד מהוריהם היה בחיים, אבל לא הייתה להם אפשרות לחיות בביתם הטבעי. היו גם מקרים שבהם גורמים שונים התערבו במצבים קשים בהם ילדים סבלו התעללות, הזנחה או פגיעה, וגם מהם ניתן ללמוד.

התפיסות השונות בדבר מהותו של הקשר שבין ההורים לילדיהם באות לידי ביטוי חריף כאשר אנו דנים בשאלות הקשורות לאימוץ. שאלות אלה מהוות מקרי מבחן שבהם מתגלות ההשלכות של התפיסות העקרוניות ביחס להורות.

אם ההורות מוגדרת על ידי הטבע הביולוגי, האימוץ אינו יכול להחליף את ההורות הטבעית. אולם אם ההורות מוגדרת על ידי חוק המדינה או הסכמה חברתית, יכולים החוק או ההסכמה לקבוע שגם אימוץ הוא הורות לכל דבר ועניין.

כמו כן, אם ההורות היא קשר של זהות, היא אינה נתונה להפקעה או להעברה. אולם אם הורות היא בעלות, ניתן להעביר הורות כדרך שמעבירים חפץ מיד ליד - על ידי מסירה הנובעת מהסכמת הצדדים, על ידי הפקרה וזכייה מן ההפקר או על ידי הפקעה בידי המדינה.

כל זה משליך גם על אופן האימוץ. תפיסת ההורות כזהות הנובעת מקשר הדם תכוון יותר ל"אימוץ פתוח" במקרים שבהם הוא מתאפשר, ואילו תפיסת ההורות כנובעת מן החוק תיתן יותר מקום ל"אימוץ סגור".

שאלות אלו מקרינות גם על ההצדקה להוצאת ילד מרשות הוריו ומסירתו לאימוץ:

אם ההורות היא מושג משפטי, יהיה מקום להבחין בין הגדרות משפטיות שונות: אם היא מוגדרת כקניין של ההורים, לא ברור מהיכן באה סמכותה של המדינה להפקיע אותה.

אם היא מוגדרת כאפטרופסות, מעמדה תלוי בגורם שמכוחו היא נובעת. אם היא באה מכוחה של המדינה, המשמעות היא שיש למדינה סמכות מלאה להתערב בכל מקרה שבו היא רואה לנכון לעשות זאת, עד כדי הוצאת הילד מרשות הוריו ומסירתו לאחרים שיגדלו אותו להיות אזרח נאמן ומועיל. ואם היא באה מכוחו של הקב"ה, יהיה מקום לטעון ששיקולים של חינוך לתורה ולמצוות יצדיקו הוצאת ילד מהוריו.

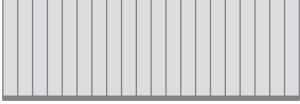
אבל אם ההורות היא מושג טבעי, ברירת המחדל תהיה תמיד להימנע מהתערבות כה בוטה בקשר שבין ההורים לילדיהם. על פי תפיסה זו, ההורות היא קשר של זהות, ולכן השיקולים היחידים שיצדיקו את הוצאת הילד מרשות הוריו הם אילוצים של הצלה מסכנה ממשית - גופנית או נפשית, שאף אותה יש צורך להגדיר. מנקודת מבט זו, גם אם נכיר במאפיינים של בעלות או אפטרופסות כמבטאים את מושג ההורות, לא יהיה להם משקל בשאלות חמורות אלה.

שאלות אלה הן עקרוניות, כאשר תפיסות מקצועיות שונות באשר לטובת הילדים ותקנתם מצטרפות אף הן למערכת המורכבת של השיקולים העולים בכל מקרה לגופו.



בכל זה ניתן לראות כיצד ההלכה היהודית מתווה דרך משלה להגדרת הקשר שבין ההורים לבין ילדיהם מול מצבים המאתגרים את הקשר הזה מכיוונים שונים: גם בשמירה על זהותו של הילד בכל תנאי מצד אחד, תוך דאגה לשלומו, לבריאותו הגופנית, הנפשית והרוחנית מצד שני, וגם באיזון זהיר שבין הצרכים שלו לבין הצרכים של כל אחד מהוריו.





# נספחים





## הוצאת ילדה מרשות אימה המתעללת בה

הרב יצחק זילברשטיין

### 1. השאלה

את השאלה הבאה הפנה ד"ר ברונה, ויש לה השלכות גם לעניינים רפואיים:

ילדה בת תשע סובלת מחבטות ומסימני מכות שכנראה ספגה מאמה, שהיא אלמנה ובעלת בעיות נפשיות. לפעמים נותנת האם לילדתה כדורי שינה, וכן מעבידה אותה עד חצות הלילה בעבודות נקיון הבית. כשמציעים לאם ארוחות חמות ממוסדות חסד עבור בתה, יש ימים שהיא מסרבת לקבלן.

הילדה אינה מבקשת מיוזמת עצמה לעזוב את הבית. כשהיא נשאלת מה מקור החבטות, היא משיבה שאמה אומרת שהיא נפלה על מיטת ברזל. האם עצמה מאיימת שאם יקחו לה את הילדה היא תתאבד.

נשאלת השאלה: האם להוציא את הילדה מתחת רשות האם ולמוסרה לאומנה למשפחה טובה בעלת חסד כדי להיטיב לילדה במאכלים מבריאים, בבית חם ובלימוד אורחות חיים מתוקנים; או שמא ראוי לנהוג בשב ואל תעשה, מאחר והאם מאיימת בהתאבדות אם יקחו ממנה את הילדה, וגם מרבה לבכות ומתחננת על נפשה שלא יקחו לה את הילדה, ואינה מוכנה לשלחה אף לא לפנימיה, ולא נותר אפוא אלא להרבות בתפילה, ומהשמים ירחמו.

יצוין שהאם לא הגיעה לדרגת אי-שפיות המצדיקה אשפוז.

### 2. פיקוח נפש של האם מול צורכי הבת

שאלה זו קשה היא, ואחד מגדולי הדור שליט"א השיב שקשה מאוד להתעלם מדמעותיה של האם, וגם מהחשש שמא תתאבד. כיוון שכך, אין בידינו לעשות מאומה, ואנחנו בבחינת שב ואל תעשה.

---

\* המאמר פורסם ב'תחומין', כרך כג, עמ' 218-219, וכאן מובא החלק השלישי שלו בלבד, מאחר שהחלקים האחרים עוסקים בעניינים שאינם נוגעים לנושא המאמר שלפנינו.

ההסבר לפסק זה הוא, שיש לנו להעמיד את הילדה שאינה בדרגת סכנה ממש, שהרי אין לחשוש שמא תמות בגלל חוסר התזונה, או ממכות ועבודה קשה - וגם לא נראה שהאם תכריח אותה לבלוע כדורים מסוכנים ממש - לעומת האם המאיימת בהתאבדות אם יטלו ממנה את הילדה. אומנם עביד איניש דגזים ולא עביד, כמבואר במסכת שבועות מו, א, אך כבר כתב רבנו החפץ-חיים (באר מים חיים, רכילות ט, יב, עמ' ריח) שבעניין נפשות יש לחשוש לאימים, כמבואר במעשה דגדליהו, שאמר לו יוחנן בן קרח כי ישמעאל בן נתניה מבקש להרגו; וכדין עשה יוחנן, כי גדליהו היה צריך לחוש לדבריו, דבעניין סכנת נפשות יש לחוש אפילו לחשש רחוק.

במקרה שלנו מאשרים הרואים שהאם עלולה להתאבד. אומנם אישה הדורשת מבנה שילך לבית ספר של נוכרים ויכתוב בשבת, אסור לבן לשמוע לה, אף על פי שקיים חשש רחוק שהאם תתאבד. כך פסק בשו"ת מלמד-להועיל (ח"ג סי' ט), שאין זה פיקוח נפש הדוחה שבת; ומי מאלץ את האמא להתאבד? מה שאין כן בענייננו, שאנחנו רוצים לנקוט ביוזמה ולהוציא את הילדה מרשותה של האם, ואין כאן פיקוח נפש בכדי שנקוט צעדים אלו ונוציא אותה מידי אימה. אם כן, מאי חזית דדמא דברתא סומק טפי מדמא דאימה? אולי לדם האם נחוש יותר! ואין לנו אפוא לנקוט יוזמה ולהוציא את הילדה מרשות אימה.

### 3. הצורך בעדות על התעללות האם בבתה

כשהצעתי את הדברים לפני מרן מו"ח הגרי"ש אלישיב (שליט"א) [זצ"ל], אמר שאין להוציא את הילדה מרשות אימה האלמנה המאיימת בהתאבדות על סמך החבטות וסימני מכות, ועל סמך השערות שהאם היא זו שחבלה בה. כל עוד לא באו עדים והעידו בפנינו שראו את אימה מכה אותה באכזריות, אי אפשר להוציא את הילדה מרשותה, כי הנידון הוא בפיקוח נפש גם מצד האם, ובפרט שהילדה אינה מבקשת לעזוב את בית אימה.

כשם שאי אפשר להוציא ממון מאדם על סמך השערות ואומדנות, כמבואר בב"ב (צב, א) גבי גמל האוחז בין הגמלים ונמצא שור הרוג לידו, שאין אומרים זה הרגו - ואף על פי שהשערה אומרת שכמעט בטוח שגמל זה הרגו, בכל זאת אי אפשר להוציא ממון על סמך השערות - כך אי אפשר להוציא את הילדה מרשות אימה בגלל שנתנה לה כדורי שינה, כי אין בזה סכנה ברורה. לכן יש לעשות כל מה שבידינו, על ידי שכנים וידידים, שידברו על לב האם ויאיימו עליה; אך קשה להוציא את בתה מידיה.

אולם אם יבואו עדים ויעידו בפנינו שהאם היכתה אותה מכות אכזריות, חייבים להוציא אותה מרשות האם. ואף על פי שקיים חשש קטן שמא האם תתאבד, מכל מקום הילדה אינה אשמה. וכי היא צריכה להסתכן בגלל החשש שהאם תתאבד?! ולכן יש להוציאה.

#### **4. לסיכום**

א. אם ברור שהאם היכתה את בתה מכות אכזריות, יש להוציאה מרשותה, ואין לחשוש מאיומי ההתאבדות של האם.

ב. אם לא ראינו זאת במו עינינו, אלא שאנו משערים שהאם מכה אותה, אין להוציאה מרשות אימה על סמך זה, כי גם מצד האם יש חשש של פיקוח נפש ואנו חייבים לנהוג בשב ואל תעשה. עלינו רק להרבות בשיחות ובשידולים שהאם לא תרביץ לבתה, ומן השמיים ירחמו.

## נספח ב

# ביטול אימוץ

### הרב יעקב אריאל

- א. חזרה מהסכמה לאימוץ
  - ב. ילד אינו ניתן למכירה
  - ג. מעמד ההורים הביולוגיים
  - ד. טובת הילד
  - ה. כשהאם נוכרייה
  - ו. גיור קטין
1. האם יש צורך בהסכמת הוריו הביולוגיים?
  2. לגיור בן מאומץ אין צורך בהסכמתם
- ז. הקשר הטבעי
  - ח. הפקעת הגיור
  - ט. מעמד האב
1. הצורך בהסכמתו לגיור
  2. חיובו במזונות
- י. מסקנה

אישה נוכרייה מסרה את בנה, שנולד לה מגבר ישראלי, לאימוץ למשפחה ישראלית. לאחר זמן חזרה בה האם וביקשה לקבל את בנה חזרה. האם יש להחזיר את הבן לחיק אימו, או להשאירו בידי מאמציו?

### א. חזרה מהסכמה לאימוץ

האם בכלל יכולה אֵם לחזור בה מהסכמה מפורשת לאימוץ? ויתור על ילד הוא סבל גדול, שאדם היה סבור שיוכל לשאתו ולבסוף חזר בו. יש לדמות את סבלה של האם, שוויתרה על ילדה, לסבל גדול בנזקי שכנים, כגון עשן, ריח רע ורעש גדולים. לדעת רבנו תם, גם אם הסכים אדם להם, ואף גיבה זאת בקניין, יכול הוא

---

\* המאמר פורסם לראשונה ב'תחומין', כרך כז, עמ' 311-322.

לחזור בו, משום שצער הגוף לא ניתן למחילה, וכמובא בתוס' (בבא בתרא כג, א ד"ה אין חזקה לנזקין):

אומר ר"ת, דאפי' הקנה יכול לחזור בו - דקניין בטעות הוא, דסבור היה שיכול לקבל, ועכשיו אין יכול לקבל.

אולם רוב הראשונים חולקים עליו, וז"ל הרמב"ן שם:

יש אומרים: כשם שאין חזקה לנזקין, כך אין להם ראייה. שאפילו באו עדים שמחלו לו נזק זה וקנו ממנו, לאו כלום הוא ומסלקין ליה, משום דא"ל: סבור הייתי שאני יכול לקבל, ועכשיו איני יכול לקבל, כדאמרין בכתובות לענין מומין...

ואחרים אומרים: חזקה לית בהו, הא ראייה אית בהו בשטר. דהכי דייקין בגמרא בפ' חזקת הבתים (ב"ב מט.ב). ובעלי מחלוקות זו דוחין: מאי חזקה לית בהו הא ראייה אית בהו - בשטר מכר; דהתם כיון דמכר ליה, אי לא מצי מקבל ליפוק מהתם. אבל במחילה יכול לומר: סבור הייתי לקבל, ואיני יכול לקבל. והאי טעמא רמיזא בירושלמי גבי נכנסין ויוצאין לעיל, דתני: "משקיבל עליו - אינו יכול לחזור. רשב"ג אומר: אף משקיבל עליו, יכול לחזור בו. אתיא רשב"ג כר"מ, דתנינן תמן: על כולם אמר ר"מ: יכולה היא שתאמר סבורה הייתי לקבל, ועכשיו איני יכולה לקבל".

ואחרים אומרים, דאפילו במכר לא נעשה כלום...

ולפי דעתי, שאינו צריך קנין. ומה שאמרו בירושלמי יכול לחזור - משקיבל עליו בשתיקה; אבל נתן רשות - לא. ואינו דומה לגמרי למומין, שבכמה מקומות בתלמוד אמרין "אימור דשמעת ליה לר"מ הכי במומין, בשאר מילי מי שמעת ליה". ועוד, שהם עצמם אמרו דאתיא דרשב"ג כר"מ מאיר, והדבר ידוע שאין הלכה כר"מ במומין, וכל שכן בנזקין.

אבל הרב רבי משה הספרדי ז"ל מורה שהמכר והמחילה מועילין בדבר, אבל קנין הוא מצריכו.

מצינו אפוא שלוש דעות עיקריות במחילה על דבר שיש בו סבל גדול:

א. דעת ר"ת - אפילו אם עשה קניין, יכול לחזור בו.

ב. דעת אחרים (א) המובאת ע"י הרמב"ן - אם עשו קניין, אינם יכולים לחזור בהם; אך אם מחלו בע"פ, יכולים לחזור בהם. וכן היא דעת הרמב"ם.

ג. לדעת הרמב"ן עצמו - אפילו בלי מעשה קניין אינו יכול לחזור בו.

כדעת הרמב"ם נפסק בשו"ע (ח"מ קנה, לו):

במה דברים אמורים, בשאר נזקים חוץ מארבע, שהם: העשן וריח בית הכסא ואבק וכיוצא בו ונדנוד הקרקע - שכל אחד מאלו אין לו חזקה. ואפילו שתק כמה שנים, הרי זה חוזר וכופהו להרחיק. ולמה שינו נזקין אלו משאר נזקין? לפי שאין דעתו של אדם סובלת נזקין אלו; וחזקתו שאינו מוחל, שהזיקו היזק קבוע. ואם קנו מיזו שמחל בנזיקין אלו, או שמכרן לו, או שנתן לו - אינו יכול לחזור בו.

לכאורה, השאלה האם יכולה האם לחזור בה, תלויה במחלוקת הראשונים הנ"ל. לר"ת - היא יכולה לחזור בה בכל מקרה. לדעת הרמב"ן - היא אינה יכולה לחזור בה בשום אופן. ולדעת הרמב"ם והשו"ע - רק אם היה קניין אינה יכולה לחזור בה.

נראה שצערה של אם על מסירת ילדה לאחרים הוא צער גדול יותר מאשר נזקי הגוף הנ"ל. ולמרות שהיא חשבה שתוכל לעמוד בצער נורא זה, עתה היא חוזרת בה, משום שאינה יכולה לסבול צער כה גדול. אין צורך להכביר במילים על המשמעות המזעזעת של הפרדת אם מילדיה; הרי לכן דנים בתי הדין בסידורי ראייה ומאפשרים גם להורים גרושים להמשיך לראות את ילדיהם לעתים קרובות. אלא שבנידוננו היה גם מעשה קניין, שהרי אם המוסרת את בנה לאימוץ חותמת על מסמך ויתור. ודין חתימתה כקניין סיטומתא, כיון שזוהי הדרך המקובלת היום בין הסוחרים לגמור קניין ע"י חתימה. וא"כ היה כאן מעשה קניין, ולפי הרמב"ם והשו"ע אין היא יכולה לחזור בה.

### ב. ילד אינו ניתן למכירה

אלא שהשאלה היא, האם בכלל מועיל כאן קניין? בשלמא בנזקי שכנים, המוחל מקנה לזולתו זכות בקרקע, או מוותר לו על זכותו בקרקע, ובויתור זה מועיל קניין. אולם בויתורה של אם על בנה אין שום סמכות להורה לוותר על ילדו, ול"קניין" כזה אין שום משמעות. ילד אינו רכוש הניתן להעברה - אב אינו יכול למכור את בנו לעבד, ואפילו לא לעבד עברי, שאינו קניין הגוף מוחלט. גם את בתו אין הוא יכול למכור לאמה, אלא לזמן מוגבל ובתנאים מיוחדים - כגון, הוא אינו יכול למוכרה לנוכרי, או למי שאינו רשאי ליעדה; והוא אינו יכול למוכרה



אלא פעם אחת, ולא לאחר שקידשה למישהו; אחרי המכירה היא נשארת בתו לכל דבר ועניין. ובזמן הזה, שאין היובל נוהג, גם דיני עבד עברי ואמה עבריה אינם נוהגים.

הסכמה לוותר על ילד אין לה שום משמעות הלכתית. הקשר בין ילד להוריו לא ניתק עם האימוץ, ולא יכול להינתק. הבן יורש את אביו וחייב על מכתו וקללתו, ולאב אין אפשרות לעקור את מעמדו של בנו היורש (אלא ע"י מתנה מחיים לאחרים, אולם גם אז מעמדו של היורש כיוורש לא השתנה, רק אין לו מה לרשת). מעמד זה הוא מציאות טבעית שאינה ניתנת לשינוי, וכל המשנה נחשב למתנה על מה שכתוב בתורה כמבואר בגמרא (בבא בתרא קכו, ב):

האומר: איש פלוני בני בכור לא ייטול פי שניים, איש פלוני בני לא יירש עם אחיו - לא אמר כלום, שהתנה על מה שכתוב בתורה.

וכן פסק הרמב"ם (הל' נחלות פ"ו ה"א):

אין אדם יכול להוריש למי שאינו ראוי ליורשו, ולא לעקור הירושה מן היורש, אע"פ שזה ממון הוא - לפי שנאמר בפרשת נחלות "והייתה לבני ישראל לחוקת משפט", לומר שחוקה זו לא נשתנה, ואין התנאי מועיל בה. בין שציווה והוא בריא בין שהיה שכיב מרע, בין על פה בין בכתב, אינו מועיל.

קשר משפחתי הוא קשר של דם, ואינו ניתן בשום צורה שהיא לביטול. הילד המאומץ חייב בכבוד הוריו הביולוגיים - להוציא מקרים שבהם ההורים הזניחו את ילדם בצורה מרושעת, או התעללו בהם בצורה קשה, כי אז הם נחשבים לרשעים מבחינתו, ואינו חייב לכבדם. אך אם ההורים נאלצו למסור אותו לאימוץ בגלל אונס - שלא יכלו לגדלו או שהיה בעל מום - הם אינם רשעים, והילד חייב לכבדם גם לאחר שאומץ ע"י אחרים.

אמנם כל המגדל יתום בתוך ביתו מעלה עליו הכתוב **כאילו** ילדו (מגילה יג, א; סנהדרין יט, ב), אולם כאמור, האימוץ אינו תחליף להורות הטבעית. ההורים הטבעיים נשארים הורים לכל דבר ועניין - כגון לפסול לעדות או באשר לאיסור עריות (אם כי לעניין איסור ייחוד עיין שו"ת ציץ-אליעזר ח"ו סי' מ פרק כא). מעיקר הדין אדם אינו יורש את מאמציו (אלא א"כ יקנה המאמץ את רכושו בחייו לילדו המאומץ), אינו חייב בכבודו (אלא מדין הכרת תודה למגדלו) ואינו חייב לקרוע ולהתאבל עליו (אלא א"כ נגדיר אותו כרבו).

לאור זאת, גם אם היה קניין בויתור של האם על ילדה, אין הוא אלא קניין דברים בעלמא.

### ג. מעמד ההורים הביולוגיים

לכאורה, היא הנותנת: כשם שאין בסמכותו של אדם לוותר על ילדו, כי הוא אינו רכוש, כך אין בסמכותו לדרוש את הישארותו אצלו, שהרי אין להורים שום מעמד, והשיקול היחיד הוא טובת הילד בלבד!

ולא היא. אין ספק שטובת הילד היא גורם כבד משקל שיש להתחשב בו, כפי שיבואר להלן, אולם אין הוא שיקול בלעדי. יש להורים מעמד שאין בו רק חובה, אלא גם זכות. הורה לא רק חייב, אלא גם זכאי, לגדל את ילדו. יתרה מזאת: טובת הילד, בדרך כלל, היא גידולו במקומו הטבעי - בבית הוריו. כאן תיקבע זהותו הטבעית, כאן יזכה לחום אימו הטבעית ולאהבת אב. אע"פ שגם הורים מאמצים אוהבים את ילדם המאומץ, אין תחליף לקשר הטבעי שבין ילד להוריו. רק כאשר ברור כשמש שאין יכולת ליצור קשר כזה, עדיפים הורים מאמצים.

לכאורה, בניגוד לאמור לעיל מצינו בפסקי דין רבניים (ח"א עמ' קמה) אמירה בדבר העדר מעמד של ההורים:

ההלכות בדבר החזקת ילדים אינן הלכות בטובת ההורים, אלא הלכות בטובת הילדים. אין הבן או הבת חפץ בזכויות אב או אם. אין כאן זכויות לאב או לאם, רק חובות עליהם ישנם 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.

וכתב המבי"ט בתשובה בח"ב סי' סב: "למדנו מכאן שתגדל הבת אצל אמה, שתלמד לה אומנות נשים וצניעות דרך נשים... כי מה שאמרו הבת אצל אמה, לא בשביל קירוב ואהבת האם לבת יותר מן האב נגעו בה, אלא לתיקון הבת." והרשד"ם, בתשובותיו בחלק אה"ע שאלה קכג, כתב: "כללא דמילתא, כי כל זכות שאמרו ז"ל בדיבורם הבת אצל האם לעולם... ובזכותה דיברו, ולא בזכות האם... וכן בזכות הבן דיברו.

אולם המעיין במקרה הנדון שם יתרשם, שאין כוונת ביה"ד לשלול לגמרי את זכות ההורים מכול וכול לגדל את ילדיהם, אלא להוציא מקרה חריג שעליו נסוב הדיון שם, ובו טובת הילד הייתה שלא יתראה עם אביו. רק במקרה כזה פוקעת זכות האב לראות את בנו. אך בדרך כלל יש להורים זכות לגדל את ילדיהם. גם בנידון דידן אמנם טובת הילד צריכה לבוא בחשבון, כפי שיוסבר להלן, אולם בעקרון, טובת הילד עולה בקנה אחד עם זכות הוריו לגדלו בחיקם.

מכמה מקומות ניתן ללמוד שלהורים יש זכות לגדל את ילדיהם, כגון: אישה פטורה מפריה ורביה, אך היא יכולה לטעון שהיא זקוקה לילד שיתמוך בה, כמבואר ביבמות (סה, ב):

ההיא דאתאי לקמיה דרב נחמן, אמר לה: לא מיפקדת. אמרה ליה: לא בעיא הך אתתא חוטרא לידה ומרה לקבורה?

מסתבר שזוהי רק דוגמא, כי באותה מידה היא זקוקה גם לחיבוקו של תינוק, כדברי רחל אמנו: "הבה לי בנים, ואם אין מתה אנכי". המושג 'שכול' הוא מושג כבד וקשה שהחברה האנושית מכירה בו כסבל בל יתואר, כפי שניתן לעמוד על כך מתוך המקרא ומפרטי הלכה. ניתוק ילד מהוריו הוא מעין שכול, ולהורים זכות מלאה לתבוע את ילדם בחזרה. אמנם צריך להתחשב בטובת הילד, כפי שיבאר להלן, אולם טענה זו של טובת הילד לא תעמוד למשל לחוטף ילד מחיק אימו, אפילו אם הוא רשות חוקית ומכובדת, אלא א"כ יוכח **בעליל** שההורים אינם מסוגלים לתפקד ולטפל בילדם בשום צורה שהיא. רק במקרים קיצוניים ביותר יכול להינתן צו של ניתוק ילד מהוריו. גם אז הוא יישאר ילדם החוקי לעולם, אלא שהוא הועבר לאימוצם של המאמצים. וכאמור, האימוץ אינו יכול להפקיע את הורותם הטבעית של ההורים הביולוגיים.

בשו"ת חתם-סופר (או"ח סי' ק) כתב:

עיין רמב"ן בנימוקי חומש שלו [דברים כב,] כתב עפ"י רמב"ם במורה-נבוכים, וכן כתב בס' החנוך להרא"ה [מצוה תקמה] בטעם המצוה ההיא, שלא נתאכזר לעקור אם על בנים... והנה לפי טעם זה מבואר, דאם אינו צריך לבנים, לא מיבעיא דאינו מחוייב לשלח האם, אלא אכזריות נמי עבד. ובמקום שנלמוד שלא נתאכזר, אדרבא נרגיל עצמנו באכזריות ולצער בעלי חיים על מגן [=בחינם] לגרש האם מעל בניה, וצער בע"ח דאורייתא... אבל אם איננו לצורך אדם, שאינו צריך לבנים, אכזריות היא זו לגרש האם מעל בנים.

וקל וחומר לאדם, שאצלו הקשר המשפחתי עמוק יותר: צער גדול מנשוא הוא לשלח האם מעל בניה.

### ד. טובת הילד

לעומת ההורים הטבעיים, ההורים המאמצים התחייבו משפטית כלפי הבן המאומץ (עיין מאמרו של הרב שלמה דייכובסקי, תחומין טו עמ' 278 על חובת ההורים לזון את ילדיהם המאומצים). עקב התחייבות משפטית זו, נראה שבעקרון הם אינם יכולים לחזור בהם. אולם אם כך, נוצר כאן מצב מוזר: המאמץ מתחייב לגדל את הילד המאומץ, וחופץ מאשר במקרים חריגים אין הוא יכול לחזור בו, בעוד שההורים הטבעיים יכולים לחזור בהם. לכאורה, יש מקום לומר דאדעתא דהכי לא הסכים המאמץ להתחייב לגדל ילד, שאחרי התקשרות נפשית עמו ינתקו אותו ממנו. ואם כן, נפל כל רעיון האימוץ בבירא; וכי מי יסכים לאמץ ילד, כשזה עלול להילקח ממנו כל אימת שההורים ירצו לחזור בהם!?

לפתרון אבסורד זה, יש להביא בחשבון את טובת הילד. אם הילד התקשר כבר נפשית להוריו המאמצים, וניתוקו מהם עלול לגרום לו טראומה קשה, יש מקום להעדיף את טובת הילד ולהשאירו אצל ההורים המאמצים. מה גם, שאימוץ בדרך כלל לא נעשה בקלות - לא כל ילד נלקח מאמו לאימוץ; קודם לכך בדרך כלל בירור מעמיק. סוף סוף אין להכחיש את העובדה שהאם ויתרה בזמנו על ילדה. הלוא דברים בגו! אם רגילה לא עושה זאת, ורק במקרה בעייתי במיוחד נעשה דבר קשה כגון זה. יש אפוא לבדוק היטב, האם באמת היא מסוגלת להיות אם טובה ומסורה אחרי מה שעשתה; האם הילד לא יסבול סבל גדול מדי ותיגרם לו צלקת נפשית עמוקה ובלתי הפיכה? יש לבחון נושא זה בראייה מערכתית כוללת - כל אימוץ נובע ממצב מיוחד, כגון: אי יכולת נפשית, בריאותית וכדו' של ההורים הטבעיים לגדל את ילדיהם בעצמם. מוסד האימוץ נחוץ לשם פתרון בעייתם של ילדים אומללים אלו. אם לא יימצא מאמץ לילדים, הם יסבלו סבל רב, ובמקרים חריגים הם אף עלולים להידרדר למצב של פיקוח נפש חלילה. טובת מוסד האימוץ מחייבת שיימצאו הורים שיהיו מוכנים לאמץ, ודבר זה קיים רק אם ברור יהיה להם שההורים הטבעיים לא יוכלו לחזור בהם, אלא במקרים בודדים ובתוך זמן קצר מאז תחילת האימוץ, שאם לא כן תיגרם לילדים רעה תחת טובה. יש צורך אפוא לתקן תקנה הולמת, שתמנע את העברתם של ילדים מיד ליד ללא צידוק הכרחי לכך.

מסקנתנו היא אפוא, שבעקרון טובת הילד מחייבת שיגדל אצל הוריו הטבעיים, ורק כאשר ברור שגידולו אצל הוריו תפגע בו פגיעה קשה יש למוסרו לאימוץ. אך במקביל, האם הטבעית יכולה לחזור בה רק בתנאי שהדבר לא יפגע פגיעה קשה בטובת הילד. כמו כן יש להביא בחשבון את הצורך לייצב את מוסד האימוץ, ולאפשר להורה לחזור בו רק בפרק זמן קצר, לפני שנוצרת התקשרות עמוקה בין הילד להוריו המאמצים, ובטרם ייגרם לו נזק קשה בהחזרתו להוריו.

### ה. כשהאם נוכרייה

החוק בארץ אינו מאפשר אימוץ של בן דת אחת ע"י בן דת אחרת. וזאת כדי: (א) שלא יאומץ ילד נוכרי כיהודי ללא גיור; (ב) שלא יאומץ ילד יהודי ע"י נוכרי ויצא חלילה לשמד. מבחינה הלכתית יש לכאורה הבדל בין הורה ישראלי המוסר את ילדו לאימוץ, לבין הורה נוכרי. כי לפי הנזכר לעיל, אין להורה ישראלי בעלות על ילדיו, ולכן אין בסמכותו לוותר עליהם; משא"כ בהורה נוכרי. עיין רמב"ם (הל' עבדים פ"ט ה"ב):

אחד הקונה עבד כנעני מישראל, או מן גר תושב, או מן עכו"ם שהוא כבוש תחת ידינו, או מאחד משאר האומות - יש לו למכור את עצמו לישראל לעבד, והרי הוא עבד כנעני לכל דבר. וכן מוכר בניו ובנותיו, שנאמר: "מהם תקנו וממשפחתם אשר עמכם אשר הולידו בארצכם", וכל אחד מאלו הרי הוא כעבד כנעני לכל דבר.

הורים נוכריים יכולים אפילו למכור את בנם לעבד (כשהעבדות נהגה בעולם) ובכך לנתק אותו מכל שייכות אליהם. מכירה כזו הייתה בת תוקף מוחלט, ולא ניתנה לחזרה.<sup>1</sup> במה דברים אמורים? באותם תינוקות הנמכרים ע"י אימותיהם - מכיוון שהיה מעשה קניין, ובנוכרים הרי קניין כזה תופס, לכן אין האם יכולה לחזור בה. אך ויתור בלבד, ללא מעשה קניין, דינו כמו מחילה שיש בה צער גדול, ולפי מה שפתחנו יכולה האם לחזור בה. אלא שבדרך כלל ויתור כזה מלווה בחתימה על מסמך, שכאמור לעיל כמוהו כקניין, ובוודאי אצל נוכרים, שאצלם

1. אולי על רקע זה יובן יותר חוק האימוץ הרומי, המאפשר ניתוק מוחלט של ילד מהוריו הביולוגיים, והפיכתו לבר זהות חדשה. המשפט הרומי הכיר כנראה בסמכותם של הורים למכור את ילדיהם, ולכן אימץ את מוסד האימוץ כנתק מוחלט. התורה - להבדיל - לא הכירה מעולם בסמכותו של ישראלי למכור את ילדיו, ולכן מוסד האימוץ לא אומץ מעולם ע"י ההלכה על קרבו ועל כרעיו, אלא עבר שינויים המותאמים להלכה.

פשוט יותר לומר שמנהג הסוחרים בעולם קובע. חתימה נחשבת לקניין בעולם כולו, ולאחר קנין אין האם יכולה לחזור בה.

ועדיין יש מקום להסתפק בימינו, שהעבדות עברה מרוב רובו של העולם והאנושות התקדמה צעד נוסף קדימה ביחסה אל הילד והתקרבה לעקרונות הצדק של תורת ישראל, שילדים אינם רכוש הוריהם, ואין באפשרותם למכור את ילדיהם. מעתה, מכירת ילד או ויתור עליו, גם אצל אומות העולם, אינם בעלי תוקף. וגם אם קיבלה האם תמורה לכך, אין להחשיב זאת כקניין כסף, אלא כפיצוי לאם על שהסכימה לוותר על ילדה. וא"כ גם אם נוכרייה ש"מכרה" את ילדה, יכולה לחזור בה. וצ"ע.

עם זאת, מן הראוי להעיר שחוק האימוץ בעולם הרחב עדיין בנוי על ההנחה שניתן לנתק ילד מהוריו, וליצור לו הורים חדשים לכל דבר. וא"כ האם הנוכרייה, שאינה כפופה להלכה אלא למוסכם בעולם, ייתכן שאינה יכולה לחזור בה מהסכמתה. למרות שמבחינת הצער אין הבדל בין אם נוכרייה לבין אם ישראלית, עדיין אפשר לומר שאם נוכרייה המוותרת על ילדה ע"י פעולה משפטית, מנתקת את עצמה מילדה לחלוטין ושוב אינה יכולה לחזור בה. ועדיין צריך עיון, שמא מקובל כיום גם בעולם שאם יכולה לחזור בה.

## ו. גיור קטין

### 1. האם יש צורך בהסכמת הוריו הביולוגיים?

בנידוננו, הילד הנוכרי שנמסר להורים ישראלים היה חייב לעבור גיור. לכאורה, הגיור מנתק אותו מאמו הנוכרייה וכקטן שנולד דמי, ומכאן ואילך שוב אין הוא בנה והיא אינה אימו, ואין לה כל מעמד. יש להניח שבהסכמתה למסור את בנה לאימוץ ידעה האם, שאם יימסר לישראלים יעבור גיור. גיור הוא שינוי במעמדו של הילד הרבה יותר מאימוץ רגיל (גם לפי חוקי האימוץ המקובלים בעולם). הוא שינוי מהותי של כל אישיותו של המתגייר. לכאורה, בהסכמתה לאימוץ הכולל גיור הסכימה האם לנתק את בנה מעליה לעולמים. וגם אם באימוץ רגיל ניתן לאם לחזור בה, לא כך באימוץ המלווה בגיור.

לצורך זה יש להעמיק בסוגיית גר קטן (כתובות יא, א):

אמר רב הונא: גר קטן מטבילין אותו על דעת בית דין. מאי קמ"ל? דזכות הוא לו, וזכין לאדם שלא בפניו.

ופירש רש"י: "אם אין לו אב, ואמו הביאתו להתגייר." וצ"ע, האם אימו התגיירה עמו; או שרק הביאה אותו לגיור, אך היא עצמה לא התגיירה? כבר עמדו על כך בשיטה-מקובצת שם:

וקשה, מה נפשך - אם אִמו נתגיירה עמו, למה לי דעת בית דין? דהא דחינו בגמרא לקמן בגר שנתגיירו בניו עמו, ומה לי אב או אם לענין זה? הכי נמי נגררים הבנים אחר האם, כמו אחר האב ויותר. ואם לא נתגיירה אִמו עמו, למה ליה למימר דאין לו אב? אפילו שהיה לו אב, כיון דאינו מתגייר עמו בעינן דעת בית דין. ואפשר דכל שיש לו אב ואם ומביאין אותו להתגייר, אף על גב דאינם מתגיירים עמו, ניחא ליה במאי דעבדי ליה אביו ואמו, ואינו צריך דעת בית דין.

הדברים טעונים הסבר: אם הוריו אינם מתגיירים עמו, מה התועלת בכך שהוא מתגייר על דעתם? הלא כל תוקף גיורו של גר קטן הוא משום זכין לאדם שלא מדעתו, והזכות לגוי קטן להיות גר מותנית בכך שהדבר נוח לו. בדרך כלל, גר שנתגיירו בניו ובנותיו עמו, ניחא להו במאי דעביד אבוהון, כמו שהגמ' מסבירה שם בהמשך. אך כשהוא בא להתגייר ללא הורים, הרי אדרבה, ניחא ליה במאי דעביד אבוה הגוי, ולא נוח לו לקיים מצוות, וא"כ במה זכין לו?

וצ"ל שההורים אמנם לא מתגיירים בעצמם גיור מלא, דהיינו אינם טובלים לגיור גמור כגרי צדק, אך בכל זאת מקיימים את רוב המצוות כישראלים. ומצינו שגר תושב יכול לקבל על עצמו מצוות רבות, ואפילו שבת (עיי' משנה-ברורה ביאור-הלכה ס" דש). במקרה כזה, שההורים מקיימים מצוות רבות, ניחא ליה לקטן להתגייר גיור מלא. אלא שדוחק להעמיד את דברי רב הונא במקרה חריג כזה.

הרשב"א שם כתב:

פרש"י ז"ל שהביאתו אמו. ולא למימרא דבלאו הכי לא מטבילינן ליה, אלא לומר דאין ב"ד מחזרין למול ולטבול את העכו"ם הקטנים [נ"א: הגרים] מעצמן. ואע"ג דאתי לסיועיה ממתניתין, ודחינן: מתניתין בגר שנתגיירו בניו ובנותיו עמו, לא שיהא חילוק בדבר זה בין אב ואם שהבנים ג"כ נגררין אחר האם, אלא כאן שהביאתו ולא נתגיירה, והתם שהביאו ונתגייר עמו. והוא הדין לאם, דניחא להו למעבד מאי דעבד אבוהון או אימן, כן נראה.

מבואר בדבריו, שכל הצורך באביו או באמו הוא רק משום שאיננו מקבלים גר קטן הבא מאליו. וצ"ע כנ"ל: אם אמו אינה מתגיירת, והיא רק מביאה אותו, מדוע

שנגייר אותו, הרי יש חשש שייגרר אחרי אימו, ואין לו שום זכות בכך ש"נגייר" אותו שלא מדעתו? ואולי י"ל שהמדובר במקרה הדומה לנשוא דיוננו, שהאם מוסרת אותו למשפחה ישראלית שתגדל אותו; וכמו שניחא ליה במאי דעבוד אבוה ואמיה, כך מסתמא ניחא ליה במאי דעבידי מגדליו הישראלים. ומכיוון שמסתמא אימו רוצה בטובתו, ניחא ליה במאי דעבידא אימיה, שמסרה אותו לטוב ביותר עבורו. ולפי"ז צריך לומר, שעם מסירתו לישראלים, האם הנוכריה מתנתקת ממנו, שאל"כ יש סבירות שייגרר אחר אימו יותר מאשר אחרי מגדליו הישראלים.

וצ"ע בדברי הגמ' בסוגיא הנ"ל: מצד אחד מגיירים את הקטן **על דעת בי"ד**; מאידך, ניחא להו במאי דעביד **אבוהון**. ההורים - או אחד מהם - מביאים אותו להתגייר, וא"כ על דעתם מגיירים אותו, ולשם מה יש צורך בדעת בי"ד? אמנם הגיור עצמו בוודאי חייב להיעשות רק ע"י בי"ד, כמו גיורו של גדול, אולם בגר קטן אמר רב הונא שיש צורך גם שהגיור יעשה על **דעת ביה"ד**.

## 2. לגיור בן מאומץ אין צורך בהסכמתם

והנראה לענ"ד בהבנת דברי הגמ' והראשונים: מכיון שבי"ד הוא אביהן של קטנים, הוא אחראי גם לגידולו של הקטן הזה שיגדל כישראל לכל דבר; וכשם שביה"ד ממנה אפוטרופוס לקטינים לניהול ממונם, כך הוא ממנה אפוטרופוס רוחני לגידולם בתורה (הדבר דומה במידה מסוימת להליך האימוץ המקובל כיום, שאף הוא נעשה דרך המערכת המשפטית). אלא שבדרך כלל אין לביה"ד שום עניין לטפל בקטנים שיש להם הורים, שהרי הם אחראים עליו ואל לביה"ד להתערב במקום שבו אין לו סמכות. דבר זה כלול בתמיהת המרדכי (במות פ"ד סי' מ) וכי עלינו לגייר את כל קטני הגויים?! אלא שאם האב או האם הביאו את ילדם לביה"ד, על ביה"ד לדאוג לגידולו כישראל ולגירו. מעמדו של ביה"ד דומה לזה של אב, והגר צריך שיהיה ניחא ליה במה שעושים ביה"ד.

ומסתבר שזוהי גם כוונת רש"י בד"ה על דעת בית דין:

שלושה יהו בטבילתו כדין כל טבילת גר שצריכים ג', והן נעשין לו אב, והרי הוא גר על ידיהן, ומגעו ביין כשר.

והדברים מבוארים יותר במאירי שם:

גוי קטן שבא לפני ישראלים ותבע מהם שיגירוהו ואין לו אב... הואיל ומכל מקום הוא תובע בכך, מטבילין אותו על דעת בית דין. כלומר,



שאותם הבאים לגיירו מודיעין את הדבר לבית דין, ומגיירין אותו על דעתם כאלו הם אבותיו של זה, שיהא עניינו מסור להם כדרך שעניין הבן מסור לאב להכניסו לברית ולקדושת אמונה.

ר"ל, בדרך כלל בכל גיור תפקיד ביה"ד מתמצה בקבלת הגר ובטבילתו, ומכאן ואילך הוא יהודי גמור בכוחות עצמו. אך בגר קטן ביה"ד ממשיך ללוותו ולהיות במקום אביו גם לאחר גיורו. ואלו שהביאוהו לביה"ד נותנים לביה"ד סמכות לגדל את הילד כישראלי עפ"י הבנתם. נמצא שיש כאן הדדיות - ביה"ד פועל על דעת ההורים והסכמתם, וההורים פועלים על דעת ביה"ד לגדלו לתורה ולמצוות.<sup>2</sup>

נמצא אפוא שאם נוכרייה אינה יכולה לגייר את ילדה אלא אם כן גם היא מתגיירת בעצמה, או שהיא מוסרת אותו למשפחה ישראלית שהיא סומכת עליה, ובה יגדל הילד באווירה יהודית, ויש סיכוי סביר שיסכים לחיות כיהודי גם כשיגדל. אך אם היא מוסרת אותו לאימוץ דרך "שירות הילד", היא אינה יודעת, ואינה יכולה לדעת, לאיזו משפחה יגיע הילד. היא מוסרת אותו כנוכרייה, על כל המשתמע מכך. לכן הסכמתה העקרונית לגיור ילדה אינה מעלה ואינה מורידה, כי ייתכן שהילד יתגלגל למשפחה שאינה מקיימת מצוות והוא לא ירצה לחיות כישראל, וגיורו אינו זכות לו וממילא אינו גיור כלל.

יש מקום אפוא לומר, שאם הילד נמסר למשפחה שומרת מצוות, גיורו גיור והבן מתנתק מאימו, ולכאורה היא אינה יכולה לחזור בה. מסתבר שההורים המאמצים יכולים לגייר את הקטן גם ללא דעתה המפורשת של אימו, על סמך אותה הנחה האמורה לעיל, שמן הסתם נוח לו לקטן להזדהות עם האווירה השוררת בבית

2. לפי"ז אולי יובן מה שכתב רש"י "ומגעו ביין כשר", ותמהו המפרשים: מה ראה רש"י לבחור מכל תרי"ג המצוות רק איסור זה, שאינו אלא מדרבנן (שהרי קטן אינו בר דעת לנסך לעבודה זרה)? ולהנ"ל יתכן לומר, עפ"י המבואר במסכת עבודה זרה (נז, א): "אר"נ אמר שמואל, הלוקח עבדים מן העובדי כוכבים, אע"פ שמלו וטבלו - עושיין יין נסך, עד שתישקע עבודת כוכבים מפיהם". הדבר הראשון המוטל על מגדליו של הגר הקטן הוא לשקע את שם ע"ז מפיו. בנקודה זו מתמקד עיקר ההבדל שבין גוי לישראל, ואזי מגעו ביין יהיה כשר. ואע"פ שבגר גדול לא חיישינן לכך, כי הוא מתגייר מתוך הכרה מלאה וקבלת אמונת הייחוד; מכל מקום גר קטן, שאינו בר דעת דיו והוא ע"י אמו להתגייר, דומה ללוקח עבד מהעכו"ם, שכל עוד לא נשתקע שם ע"ז מפיו, מגעו ביין אסור.

אמנם לדעת שמואל שם תינוק בן יומו אינו עושה יין נסך, אבל צ"ל שרש"י מסביר את רב הונא אליבא דרב שהלכה כמותו - מה עוד, שרב הונא היה תלמידו - שתינוק בן יומו עושה יין נסך לעולם. אך גר קטן, גם לרב - כאשר משתקע שם ע"ז מפיו, אינו עושה יין נסך. עכ"פ רש"י בא להדגיש שדבר זה אינו קורה מיד, אלא רק לאחר תהליך חינוכי. בעבד זמן התהליך הוא י"ב חודש, כמבואר שם; אך בקטן מן הסתם הזמן שונה. רק בסוף התהליך החינוכי, יכול ביה"ד לטהר את יינו.

הוריו מאמציו. אך אם הוא נמסר למשפחה שאינה שומרת מצוות, אין כאן גיור, והוא נשאר בנה והיא יכולה לחזור בה (אלא א"כ נאמר כנ"ל, שאם נוכרייה המוסרת את ילדה לאימוץ נחשבת כמי שמכרה אותו ואינה יכולה לחזור בה).

### ז. הקשר הטבעי

למרות האמור לעיל, שע"י הגיור ניתק הקשר בין הילד לאימו והיא אינה יכולה לחזור וליצור אותו מחדש, בכל זאת יש מקום לומר שהקשר הטבעי בין אם לבנה לא ניתק ואינו יכול להינתק לעולם. וזאת למרות למרות ההלכה שהגיור מפקיע את הילד מהוריו הביולוגיים ויוצר לו זהות חדשה. שהרי אין להתכחש למציאות שיש לגר הורים ביולוגיים; ולא רק מבחינה מוחשית, אלא גם מבחינה הלכתית יש עדיין זיקה כלשהי לצד הביולוגי, למרות שהגיור הופך אותו למי שנולד מחדש להורים חדשים. דבר זה למדנו מתורתו של הרצ"ה קלישר בתשובתו לר"ע הילדסהיימר (שו"ת הר"ע הילדסהיימר ח"א יו"ד סי' רל) בדבר מילתם של בני נשים נוכריות שאביהן ישראל. לדעתו, מן הראוי למול אותם כהכנה אפשרית לגיורם בעתיד, למרות שכרגע הם נחשבים לנוכרים. וז"ל:

על דבר אביו שניחא ליה במה דעביד אביו לאכותו. ואף דקיי"ל הולד כמותה, מ"מ מטבע התולדה ודאי ניחא ליה במעשה אביו המולידו. ואף שאין לו דעת, על כורחך דנין אותו כאלו יש לו דעת, דמסתמא הוי ניחא ליה, כטבע בן אל אב...

בתשובתו, דוחה הר"ע הילדסהיימר טיעון זה:

אין לנו רשות לעשות מכת רצח בתינוק כזה. וידידי [הרצ"ה קלישר] עומד וצווח הא ניחא ליה במה דעביד אבוה. הנה מלבד דהוולד כמותה (ומה שפלפל שזה הולך לפי דרך הטבעי זהו חקירה פילוסופית ויסוד הפלפול שלנו הוא רק יסודי קבלתינו האמיתית) והאב אין לו רשות עליו מלבד זה. אין לנו אנן סהדי יותר מזה, דבוודאי לא ניחא ליה להתינוק בזה לחבול בו בספק פיקוח נפש אפי' רק בספק ספיקא עד סוף כל העולם, וכשיתגדל ילך אחר שרירות לבו הרע כמו אבותיו ויחלל שבת ויעשה כל תועבות ד'. הזהו זכות?!

הר"ע הילדסהיימר רואה בזיקה הטבעית שבין האב הנוכרי לבנו הישראלי "חקירה פילוסופית". אולם כפי שנוכיח להלן, יש לטענת הרצ"ה קלישר סימוכין בהלכה.

הוויכוח העיקרי ביניהם הוא בשאלה האם יש סיכוי שילדים אלו יתגיירו אי פעם. הרצ"ה קלישר סבור שכן, ולכן ראוי למול אותם כבר עתה. הר"ע הילדסהיימר מפקפק בכך, ולכן הוא רואה במילה חבלה בעלמא. אגב הדיון העקרוני נדונה גם שאלת משנה, האם יש לאב הישראלי מעמד כל שהוא, למרות שבנו אינו מתייחס אחריו. גם ללא הנחתו של הרצ"ה קלישר בשאלה העיקרית, עדיין יש מקום לטענתו שלמרות שהילד מתייחס לאימו ולא לאביו, הוא בכל זאת גם בנו של אביו לכמה דברים, כגון לגיירו, כי ניחא ליה במאי דעביד אבוהי. דוגמא לזיקה הקיימת בין האב הישראלי לבנו הנוכרי, וכן להיפך, יש להביא מדין פריה ורביה. הרמב"ם (הל' אישות פט"ו ה"ו) כתב:

היו לו בנים בגיותו, ונתגייר הוא והם - הרי זה קיים מצוה זו. היו לו בנים, והוא עבד ונשתחרר הוא והם - לא קיים מצוות פריה ורביה, עד שיוליד אחר שנשתחרר, שהעבד אין לו ייחוס.

הרי לנו שגר מקיים פריה ורביה בבנים שנולדו לו בגיותו, למרות שלפי ההלכה הם אינם בניו.<sup>3</sup> אלא על כורחך צריך לומר שאת המוחש אין להכחיש, שהם צאצאיו הביולוגיים, ולעניין קיום מצות פריה ורביה די בזיקה זו (להלן בפרק ט, על מעמד האב, נביא מקור נוסף לדעה זו). ועיין תוס' (סנהדרין עא, ב ד"ה בן נח) שכתבו, שהכלל של גר שנתגייר כקטן שנולד דמי לא חל בכל נושא, ולדברים רבים אין להכחיש את המוחש שהאדם נשאר אותו אדם.

וא"כ י"ל לנד"ד, שגם לאחר הגיור האם נשארת אימו והקשר הביולוגי לא ניתק. ואם נניח שהיא יכולה לחזור בה מהאימוץ, היא יכולה לעשות כן למרות הגיור.

## ח. הפקעת הגיור

יש הטוענים שאין לאם סמכות לחזור בה אחרי גיורו של בנה, משום שע"י כך אנו מוסרים ילד ישראלי לשמד, וכן לא ייעשה.

בסוגיית גר קטן בכתובות אמר רב יוסף: "הגדילו - יכולין למחות". אמנם להלכה הרי"ף לא הביא את דבריו, וכבר נשתברו הרבה קולמוסים ביישוב השמטתו,<sup>4</sup> אך בשו"ע (יר"ד רסח, ז נפסק):

3. ומה שהוכיח מכאן המנ"ח (מצווה א), שהמצווה אינה בהולדת הבנים אלא בעצם הווייתם, עדיין לא עונה על השאלה: הרי הבנים אינם בניו כלל כאשר גם הוא וגם הם התגיירו!

4. עיין גם בספרי 'באוהלה של תורה' ח"א סי' לז.

עובד כוכבים קטן - אם יש לו אב, יכול לגייר אותו. ואם אין לו אב, ובא להתגייר, או אמו מביאתו להתגייר - בית דין מגיירין אותו, שזכות הוא לו וזכין לאדם שלא בפניו. בין קטן שגיירו אביו בין שגיירוהו ב"ד - יכול למחות משיגדיל, ואין דינו כישראל מומר אלא כעובד כוכבים.

נמצא שלפי השו"ע ורוב הפוסקים ניתן להפקיע גיור של קטין, כי כל גיורו של קטין הוא מעין גיור על תנאי. ואם נניח שהאם זכאית לחזור בה ולקבל את ילדה חזרה, איגלאי מילתא למפרע שכל גיורו לא היה גיור כלל. ואפי' אם נאמר שמכיוון שהתגייר דינו כקטן שנולד ופקע ייחוסו לאמו ואין היא יכולה לדרוש אותו חזרה, וממילא אינה יכולה להפקיע את גיורו - י"ל אדרבה, מכיוון שע"י החזרתו לאימו ייפקע הגיור והיא תחזור להיות אימו החוקית, ממילא מסמכותה לדרוש אותו חזרה, ונמצא שחזרתה וביטול הגיור באין כאחד.

סברה זו של באין כאחד נאמרה בסוגייתנו בהקשר אחר, לעצם גיורו של הקטן. הראשונים הקשו: הרי אין זכייה לגוי, ואיך זכין לו שלא בפניו? ותירצו התוספות בכתובות שם:

אי נמי, כיון דבהך זכייה נעשה ישראל, הווה ליה כישראל גמור לעניין זכייה.

ור"ל שזכייתו וגיורו באין כאחת. והרשב"א שם כתב זאת במפורש:

ואע"ג דקיי"ל שאין זכין לגוי... הכא שאני שגירותו וזכותו באין כאחד, וכן מצינו לאבותינו בסיני שזכו גדולים לקטנים.<sup>5</sup>

בשיקולים להחזרת הילד לאמו אין להביא בחשבון את הרצון למנוע את הפקעת הגיור, כי עם ישראל מעולם לא עודד גיורים, ובוודאי לא של קטנים, שעדיין אינם בני דעת ואין להם מניע רציני להתגייר, וכמו שכתב הרשב"א והראשונים בסוגיא זו, "דאין ב"ד מחזרין למול ולטבול את העכו"ם הקטנים...". אלא ראשית כול עלינו לשאול מהי טובת הילד; ואם אכן נשתכנע שטובתו האמיתית של הילד היא לגדול אצל אימו, אין מנוס מהמסקנה שאיננו רשאים להחזיקו כגר אצלנו, ומוטב שיגדל כגוי אצל אימו.

5. בהסבר גדר זה של 'באין כאחד' עיין קצות-החושן סי' ר ס"ק ה ובית-האוצר להר"י ענגיל ערך 'באין כאחד'. ובנד"ד הוא יותר פשוט - שיש רק לסלק את המונע, דהיינו את הגיור, כדי לאפשר לאם להתייחס אליו מחדש.

## ט. מעמד האב

### 1. הצורך בהסכמתו לגיור

בנידון דידן האב הוא ישראלי. לפי ההלכה הבן אינו מתייחס אלא אחרי אימו; האם יש לאב מעמד כלשהו? האם בסמכותו להתנגד לגיור, גם אם האם מסכימה; או להיפך - להסכים לגיור, גם אם האם מתנגדת?

לפי האמור לעיל, הקשר הביולוגי שבין האב לבנו לא ניתק. ולפי ההנחה שהבן ניחא ליה במאי דעביד אבוהי, גם במקרה כזה הבן ניחא לה במה שעושה אביו הביולוגי.

אמנם בפסקי דין רבניים (ח"א עמ' שעה) כתבו להיפך, וז"ל:

והנה מתעוררת שאלה ביהודי שנולד לו בן מן הנכרית, שלפי הדין אין הוא נחשב לאביו - כאמור ביבמות כג, א: "ואין בנך הבא מן הנכרית קרוי בנך אלא בנה" - אם האב הזה יכול לגייר את הילד או לא? שאפשר לומר, מכיוון שבאופן טבעי הוא אביו, א"כ אם גייר אותו הרי זו זכות לילד, משום דניחא להו במאי דעביד אבוהון; או שמא נאמר, מכיוון שבמובן המשפטי אין לו קשרי אבהות עם הילד הזה, ואין בין המוליד והנולד חובות וזכויות אחד נגד השני, והרי הוא כאיש זר לו - לא נאמר לגביה הכלל של ניחא להו במאי דעביד אבוהון, והרי זה כאילו אדם זר גייר אותו, ולא חלה הגירות, משום שאין זו זכות לו. ועי' בשו"ת מטה-לוי... סי' נד, שמעורר שאלה זו, ודעתו נוטה לומר שאב כזה יכול לגייר את הילד; הואיל והוא אביו הטבעי, הרי זו זכות לילד מה שהוא עושה לו, דניחא להו במאי דעביד אבוהון. אמנם בשו"ת מהר"ם שיק (יו"ד סי' רמח) דעתו נוטה לומר שאין האב הזה יכול לגייר את הילד, הואיל ולפי הדין הוא לא בנו, אבל לא הכריע בדבר.

אולם הדבר מפורש בכסף-משנה (הל' מלכים פ"ח ה"ח), שכתב שם הרמב"ם גבי דין יפת תואר:

נתעברה מביאה ראשונה - הרי הוולד גר, ואינו בנו לדבר מן הדברים מפני שהוא מן הנכרית, אלא ב"ד מטבילין אותו על דעתם.

ועי' בכסף-משנה שם, שכתב:

אלא ב"ד מטבילין אותו - כדאיתא פ"ק דכתובות דף יא: גר קטן מטבילין אותו על דעת ב"ד, ופרש"י: אם אין לו אב, ואמו מביאתו להתגייר. והא

נמי הכי הוא, דאין ולד זה בן ישראל כלל, דבנך הבא מן הנכרית אינו קרוי בנך.

הרי מבואר במפורש, שישראל הבא על הנוכרייה אין האב יכול לגיירו משום שאין הוא נחשב אביו, אבל ב"ד מגיירים אותו כשאימו מביאה אותו להתגייר. ולענ"ד יש להעיר על דברי הכס"מ, או ליתר דיוק להבנה האמורה בדבריו. לפי הנחה זו, קטן הבא להתגייר עם הוריו, יש לגיירו **לפניהם**, כל עוד הם הוריו. כי אם הוריו יתגיירו לפניו, הרי מרגע הגיור ואילך אינם הוריו עוד, משום שגר שנתגייר כקטן שנולד דמי, ואזי גיורו יהיה רק על דעת ב"ד. והרי לכתחילה אין ב"ד מגייר אלא על דעת האב. ומעולם לא שמענו שמקפידים לגייר את הקטנים לפני הגדולים. אלא ע"כ, כל עוד הקטן רואה בהם הוריו הטבעיים, על דעתם הוא מתגייר, אע"פ שהתגיירו לפניו. וצ"ל שיפת תואר שאני, וכמו שאמרו חז"ל, הביאים רש"י בפירושו לדברים (כא, יא):

"ולקחת לך לאישה" - לא דברה תורה אלא כנגד יצר הרע. שאם אין הקב"ה מתירה, יישאנה באיסור. אבל אם נשאה, סופו להיות שונאה, שנאמר אחריו (פסוק טו) "כי תהיין לאיש" וגו', וסופו להוליד ממנה בן סורר ומורה, לכך נסמכו פרשיות הללו.

וא"כ י"ל שזו גם כוונת הכס"מ: ילד זה גדל ללא אב, משום שהתורה הבטיחה שסופו של האב לשנוא את אימו, והילד יגדל ללא אב. ולכן רק אימו מביאתו להתגייר. אילו היה אביו נחשב לאביו עפ"י דין, יכולים היינו לומר שעל דעת אביו הוא מתגייר; אך מכיוון שאינו אביו עפ"י דין, וגם במציאות נותק הקשר שביניהם, לכן ביה"ד צריך לגיירו על דעת ב"ד. ואין מכאן ראייה לזוג מעורב המביא את ילדו להתגייר. במקרה האחרון - למרות שהבן איננו מתייחס לאביו, מכל מקום כיון שהאב מגדל את הילד וכל מעשיו של הילד על דעת אביו הביולוגי הם נעשים, אביו יכול לגיירו. וצ"ע.

וא"כ ייתכן שמאחר שיש קשר מסוים בין הילד לאביו הביולוגי, יש לאב מעמד כל שהוא, ובסמכותו להסכים לאימוץ או להתנגד לו. מכל מקום נראה שאם הוא הזניח את ילדו ואינו חש מחויבות כלפיו, גם הילד לא רואה את עצמו קשור לאביו, ואין לאב זכות להתערב בשאלה מי יגדל את הילד.

## 2. חיובו במזונות

נראה לענ"ד שהוא הדין לחיוב מזונות. אָם האָם תתבע מהאב מזונות עבור הילד, לא פשוט שלפי דין תורה נפטור אותו ממזונות, רק בגלל שהבן אינו מתייחס אחריו. אמנם לשיטת הר"ן (כתובות סוף פרק אע"פ, כח, ב מדפי הרי"ף) חיוב מזונות לילד מסתעף מחיוב מזונות של האב לאימו, וכאן אין הישראל חייב במזונות "אשתו" הנוכרייה, אולם ליתר הפוסקים (עי' דרכי-משה אה"ע סי' עא) אין קשר בין חיוב המזונות לילד לבין חיוב המזונות לאימו. ואפילו הר"ן יודה שגם בלי קשר לאם חל חיוב מזונות, כי לדעתו יש שני דינים במזונות - האחד כחלק מחיוב מזונות לאם, וזאת אפילו כשיש לילד ממון משלו; והשני מצד זכות הילד עצמו, לפחות מדין צדקה כאשר אין לילד ממון משלו (עי' כתובות מט, ב). ומכיוון שהאב חייב במזונות ילדיו מדין צדקה, ומפרנסין עניי עכו"ם עם עניי ישראל, א"כ ילד זה - למרות שהוא גוי - חובתנו לפרנס אותו. ואביו קודם לכול, שהרי לו יהי עורב, שבוודאי אין יחס בין האפרוחים לאביהם העורב, בכל זאת העורב זן את אפרוחיו. הוא הדין אב ישראל חייב לפרנס את בנו הנוכרי, לא פחות מכל בעל חיים אחר. ועצם העובדה הביולוגית שהוא ילדו, היא המחייבת אותו לזוננו, ללא כל קשר לייחוסו. לא ייתכן שאדם יביא ילדים לעולם, גם אם הם נוכרים וביאתם לעולם הייתה בעבירה חמורה, ולא יקבל עליהם אחריות, וכדברי הגמ' בכתובות שם (מט, ב): "יארוך ילדה ואבני מתא שדיא?!".

וכבר הבאנו לעיל, שהקשר הביולוגי בין ההורה הנוכרי לבנו הישראלי הוא קשר עובדתי, למרות הנתק הייחוסי שביניהם. ועיין פסקי דין רבניים ח"א עמ' קמה, שפסקו שאב חייב במזונות בנו הממזר עפ"י המבואר בתרומת-הדשן סי' לז, ולפחות מדין צדקה, כמבואר בסוף הוריות, שגם ממזר ראוי לצדקה, ועל כך נאמר: "ממזר תלמיד חכם קודם לכהן גדול עם הארץ". אמנם יש לחלק בין נוכרי לבין ממזר, אך אם חיוב מזונות במקרה זה הוא מדין צדקה, הרי כבר אמרנו שמפרנסין עניי עכו"ם עם עניי ישראל. אך נראה שגם מעיקר הדין יש מקום לומר, שמכיוון שהוא ילדו הוא חייב במזונותיו.

## י. מסקנה

- א. במקרים חריגים יש לאפשר לאם לחזור בה מהסכמתה לאימוץ.
- ב. אם נוכרייה אומנם שונה במעמדה מאם ישראלית, אך גם היא יכולה במקרים חריגים לחזור בה מהסכמתה לאימוץ.
- ג. ניתן לגייר בן שנמסר לאימוץ ע"י אימו הנוכרייה.
- ד. במקרה שיתאפשר לאם לחזור בה מהסכמתה לאימוץ, גם הגיור יפקע למפרע.
- ה. יתכן שגם לאב הישראלי יש מעמד, ובסמכותו לדרוש את גיור הילד, או למנוע את הפקעת גיורו. אך דבר זה עדיין צ"ע.
- ו. אם אין קשר בין הילד לאב - אין לאב מעמד.