

היש ליישם את עקרון השוויון בדיני הורים וילדים?

מאת

פרופ' מיכאל קורניאלדי*

1. מבוא
2. חובת האב והאם בדיני מזונות ילדים, בפסיקה האזרחית
3. שאלת שוויון האם והאב ברין צדקה בהלכה
4. תחולת סעיף 3א לחוק המזונות על הורים יהודים
5. שוויון האב והאם בדיני החזקת ילדים

1. מבוא

עקרון השוויון – עיקרון חוקתי על-חוקי, המחייב שוויון לכל, ללא הבדל דת, מין וגזע¹ – כולל, כמובן, את שוויון המינים. אכן, בתיקון לחוק שיווי זכויות האשה בשנת תש"ס, הוסיפה הכנסת סעיף מטרה, אשר זו לשונו: "חוק זה מטרתו לקבוע עקרונות להבטחת שוויון מלא בין האשה לבין האיש, ברוח העקרונות שבהכרזה להקמת מדינת ישראל"².

השופט אהרון ברק, נשיא בית-המשפט העליון, עמד על מרכזיות המשפחה בסדר החברתי בישראל והגדיר כי "המשפחה הינה יחידה חוקתית", כלשונו:

"...לפרט זכות חוקתית להקים יחידה משפחתית, לקיים אותה, ולמנוע פגיעה בה. זהו חלק מכבוד האדם של כל פרט. זהו חלק מחירותו של כל פרט. זהו

* דקאן הפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית. המאמר מבוסס על הרצאה שניתנה בקונגרס העולמי ה-13 למדעי היהדות (אוגוסט, 2001).

1 ההכרזה להקמת מדינת ישראל (מגילת העצמאות), פסקה 13. כן ראו: בג"צ 5394/92 הרפרט נ' יד ושם, פ"ד מח (3) 353, 363–364 (השופט אור); בג"צ 454/94, 453 שדולת הנשים נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח (5) 501, 523 (השופט מצא); א' ברק פרשנות במשפט (כרך ג, פרשנות חוקתית, תשנ"ד) 423–426.

2 חוק שיווי זכויות האשה (תיקון מס' 2), התש"ס–2000, (ס"ח 167); החוק העיקרי הוא חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א–1951, ס"ח 248.

מיכאל קורינאלדי

חלק מפרטיותו של כל פרט. כל אלה זוכים בישראל להכרה חוקתית... אכן, התא המשפחתי מוכר חוקתית. לבני-הזוג זכות חוקתית להשתייך לתא זה. קיומו מהווה ערך חוקתי שהמדינה מגינה עליו ונמנעת מלפגוע בו. הכרה בו תואם[מת] את ערכיה של מדינת ישראל, הן כמדינה יהודית והן כמדינה דמוקרטית"³.

השופט ברק הוסיף כי למרכזיות המשפחה, כאמור, השלכות שונות, ובכללן: "בתוך התא המשפחתי, יש לקיים את עקרון השוויון, שוויון בזכויות וחובות"⁴. הדיון הציבורי וחקיקת הכנסת עוסקים בעיקר בתיקון האפליה לרעת האשה, אך מן הראוי לבחון את יישום עקרון השוויון בכל התחומים כדיני משפחה. אנו נצטמצם במאמר זה לדיון בתיקוני האפליה בתוך התא המשפחתי, לענין שוויון בזכויות ובחובות של האב והאם כלפי ילדיהם: כדיני מזונות ילדים ובדיני החזקת ילדים, כמפורט להלן.

2. חובת האב והאם כדיני מזונות ילדים, כפסיקה האזרחית

החוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), תשי"ט-1959⁵ (להלן: "חוק המזונות"), קובע כי "אדם חייב במזונות הילדים הקטינים שלו...לפי הוראות הדין האישי החל עליו והוראות חוק זה לא יחולו על מזונות אלה" (סעיף 3(א)), ואילו "אדם שאינו חייב במזונות הילדים הקטינים שלו לפי הוראות הדין האישי החל עליו, או שלא חל עליו דין אישי, חייב במזונותיהם..." לפי הוראות החוק (סעיף 3(ב) לחוק המזונות). הלכה פסוקה היא, כי הורים יהודים חייבים במזונות ילדיהם, על-פי הדין האישי-הדת, שכן חוק המזונות מפנה לדין האישי והוראות החוק חלות רק כלפי אנשים שאין להם חיוב מזונות כדין האישי או שאין להם דין אישי, ואף חיוב מכוח דין צדקה שבהלכה, הוא בגדר חיוב על-פי הדין האישי. הלכה פסוקה זו מוסיפה, כי דברים אלה חלים גם על אם יהודיה, שכן מוטל עליה, כמו על האב, חיוב עקרוני למזונות ילדיה מכוח דין צדקה בהלכה⁶.

3 א' ברק "הגישור בסכסוכי משפחה – גשר בין בית-המשפט לעניני משפחה לבין בית-הדין הדתי" פורסם בתוך: "גייפמן דיני המשפחה בישראל בעידן בית המשפט למשפחה (חלק ג, 2000) 1149-1150.

4 שם, בע' 1155.

5 ס"ח 72.

6 ע"א 591/81 פורטוגו נ' פורטוגו, פ"ד לו (3) 449, 457-459 (להלן: "הלכת פורטוגו"); ע"א 210/82 גלבר נ' גלבר, פ"ד לח (2) 14, 20-21 (להלן: "הלכת גלבר"); מ' שאוה הדין האישי בישראל (מהדורה רביעית מורחבת, תשס"א) 824-825 והאסמכתאות המובאות שם.

היש ליישם את עקרון השוויון בדיני הורים וילדים?

עם זאת, הכנסת חוקקה, במגמה לתיקון אפליית האב, תיקון משנת תשמ"א-1981 (להלן: "תיקון תשמ"א"):

"(1) אביו ואמו של קטין חייבים במזונותיו.

(2) בלי להתחשב בעובדה בידי מי מוחזק הקטין, יחולו המזונות על הוריו בשיעור יחסי להכנסותיהם מכל מקור שהוא".⁷

"תיקון תשמ"א" מבטא עיקרון צודק של שוויון יחסי, המעוגן גם בסעיף 7 לחוק המזונות. שוויון ההורים בנטל מזונות הילדים חל לגבי כל צרכי הילד, ללא הבחנה בין צרכים הכרחיים לבין צרכים חורגים. אולם, לשיטתם של השופט שינברום (בהלכת פורטוגז) ופרופ' שאוה, תיקון זה אינו חל על הורים יהודים, באשר לא תוקנה הוראת החוק העיקרי לפיה "הוראות חוק זה לא יחולו על מזונות אלה" (סעיף 3(א) סיפא)⁸, ואין מקום לאנלוגיה מסעיף 2 לחוק המזונות לסעיף 3א שלו.⁹ יוצא, אליבא דשיטה זו, שלגבי הורים יהודים אין נפקות לסעיף 3א, אלא בגבולות הקבועים בסעיף 3(ב) לחוק המזונות (כגון, לענין מזונות של בן נוכריה מאב יהודי). לדעתי, יש מקום לבחון מחדש את השאלה האם דין צדקה החל על אם יהודיה בהלכה הוא בגדר חיוב במזונות ילדיה לפי הדין האישי ובעקבות זאת, הן את שאלת תחולת הוראות חוק המזונות על אם יהודיה, והן את שאלת תחולת "תיקון תשמ"א" על הורים יהודים.

לפי דין תורה, חובת המזונות הראשונית לילדים קטנים מוטלת על האב, ותקנת הרבנות הראשית, תש"ד, הרחיבה חובה זו, של האב, עד גיל 15. אמנם, הפסיקה האזרחית הסיקה מן ההלכה, כלשון השופט קיסטר:

"כלל הוא כי לענין החובה מדין הצדקה שווים איש ואשה, ואב ואם, ומחייבים את כל אחד (או רק אחד מהם) הכל לפי יכולתו של החייב ... כאשר מדובר על מזונות למעלה מן המינימום ההכרחי, מוטלת חובת תשלום המזונות על האם כאשר היא אמידה".¹⁰

7 סעיף 3א לחוק המזונות, שהוסף בחוק המזונות (תיקון מס' 2), התשמ"א-1981. תיקון זה מקורו בהצעת חוק פרטית של קבוצת חברי כנסת, ובהם ח"כ (כתוארו אז) עקיבא נוף, ה"ח 319.

8 הלכת פורטוגז, לעיל הערה 6, בע' 459-461; שאוה, לעיל הערה 6, בע' 825-826. שאוה, שם, בעמ' 829-835, וראו גם מאמריו הבאים: "תחולת חוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות) (תיקון מס' 2), התשמ"א-1981" מחקרי משפט ב (תשמ"ב) 219; "היחול סעיף 3א לחוק המזונות על הורים יהודים?" הפרקליט לה (תשמ"ג) 58.

10 ע"א 166/66 גולדמן נ' גולדמן, פ"ד כ (2) 533, 536 ועיינו גם: ע"א 508/70 נחוביץ נ' נחוביץ, פ"ד כו (1) 701, 703 (להלן: "הלכת מרחב"), וכן שורת האסמכתאות המצויינת על-ידי שאוה, לעיל הערה 6, בע' 272, הערה 139, בע' 288-289, הערה 228 ואסמכתאות נוספות שנכללו בערכונים לספרו של שאוה בע' 954, ונציין מכין פסקי-הדין האחרונים את ע"א

פסיקה אזרחית זו חייבה את האם להשתתף, מדין צדקה, לפי יכולתה היחסית, במזונות הילדים מעל "המינימום ההכרחי" והבחינה בין הצרכים ההכרחיים של הילד לבין צרכים נוספים. השופט שינבויס בהלכת פורטוגז פסק כי:

החובה לספק את הצרכים ההכרחיים היא על האב... לגבי מזונות מן הדין, האם פטורה מהם... אך לגבי הצדקה שווים האב והאם ואילו לגבי החובה לספק מעבר לצרכים ההכרחיים... שהיא מדין צדקה — שווים האב והאם, לפי מבחן היכולת¹¹.

ועוד הוסיף השופט שינבויס:

"...על-כן יישאו ההורים במזונות ילדיהם באופן יחסי להכנסותיהם הפנויות אך בהתחשב בכך שיש להטיל על האב מידה יתרה מסוימת של הוצאות לשם כיסוי הצרכים ההכרחיים"¹².

לעומת זאת, יש מקום, לפי הלכה פסוקה זו, לשוויון מלא בין האב והאם לפי היכולת היחסית, בקבוצת הגיל שבין 15 עד 18, שבה מקור החיוב של שני ההורים כולו מדין צדקה¹³. הפסיקה האזרחית מסיקה ומפרשת, איפוא, מבחינת המשפט העברי, כי אף-על-פי שמעיקר הדין האם אינה חייבת במזונות הילדים, לגבי חובת המזונות מדין צדקה, שווים האב והאם, בהתאם ליכולתם. שוויון זה מתייחס לצרכים הנוספים של הילד ואילו חובת הצרכים ההכרחיים כולה על האב ולפיכך, מוטלת על האב מידת חיוב גדולה יותר, אפילו במקרים שהאם משתכרת כמותו או יותר ממנו. עם זאת, למעשה, בית-המשפט לענייני משפחה חותר לצמצום אפליה זו בדרכים שונות: ראשית, על-ידי הרחבה של ה"צרכים הנוספים", הנעשית במגמה לקדם את שוויון החובות של האב והאם. מבחן הצרכים הנוספים, להבדיל מהצרכים

93/85 שגב נ' שגב, פ"ד לט (3) 822, 828; ע"א 1375/93 אביטבול נ' אביטבול, פ"ד נ (1) 215, 218. על דעה אחרת שלא נתקבלה בפסיקה המאוחרת, ראו: ע"א 426/65 רינת נ' רינת, פ"ד כ (2) 21, 26 (להלן: "הלכת רינת"); ע"א 254/76 ינקוביץ' נ' ינקוביץ', פ"ד לא (3) 169, 173 (לאור תקנת הרבנות הראשית, תש"ד, החלה על האב, אין לשחף את האם בנטל מזונות הילדים עד גיל 15).

11 הלכת פורטוגז, לעיל הערה 6, בע' 456-458 וראו גם: הלכת גלבר, לעיל הערה 6, בע' 20-22; ב"צ שרשבסקי דיני המשפחה בישראל (מהדורה רביעית מורחבת, תשנ"ג) 372, הערה 7; י' בוק "חובת האם להשתתף במזונות ילדיה על-פי המשפט העברי" הפרקליט לב (תשל"ט) 357.

12 הלכת פורטוגז, לעיל הערה 6, בע' 462.

13 הלכת גלבר, לעיל הערה 6, בע' 20-21. בהלכה זו, לא ניתנה הדעת לתקנת הרבנות הראשית, תשל"ו שהרחיבה את תקנת הרבנות הראשית, תש"ד, לילדים עד גיל 18, ולא נהיר מדוע מתעלמת הפסיקה עד היום מתקנה נוספת זו. התקנה נתקבלה במועצת הרבנות הראשית, בהיעדרו של הראשון לציון הרב הראשי לישראל דאז, הרב עובדיה יוסף, שהסתייג לאחר מכן מן התקנה. הסתייגות זו אינה גורעת מתוקפה של התקנה (להבדיל אולי ממשקלה).

היש ליישם את עקרון השוויון בדיני הורים וילדים?

ההכרחיים, הוא קשה ליישום מחוסר הגדרה ברורה מהו היקף הצרכים הבסיסיים¹⁴. יש הפוסקים כי צרכים שונים בתחום החינוך, כגון חוגים, הם צרכים נוספים, אך הנושא נתון בחלוקת: לדוגמא, השופט גייפמן פסק כי חוגים הם צרכים נוספים, ואילו השופטת מימון פסקה כי "חוגים, כל עוד אין הגזמה בכך, ותשלום עבור צרכי תרבות וספרים, הרי הם חלק מצרכיהם הבסיסיים של ילדים"¹⁵. שנית, חלוקת נטל המזונות במעגל של דין צדקה נעשית לפי יחס ההכנסות הפנויות של שני ההורים¹⁶. בית-המשפט נוהג להפחית מהכנסתו הפנויה של האב את חיובו בצורכי המזונות הבסיסיים של הילדים, באופן שאשה המשתכרת כמו הבעל, נושאת בחלק גדול יותר מן הצרכים הנוספים, עד כדי שוויון בין האב לאם בנטל הכולל של מזונות הילדים (צרכים הכרחיים וצרכים נוספים) שכל אחד מן ההורים משלם.

לדוגמא, סיטואציה של משפחה שבה לאב ולאם משכורת נטו שווה של 8,000 ש"ח לחודש. הצרכים הבסיסיים של הילד הם 1,500 ש"ח לחודש, והצרכים הנוספים מסתכמים בכעוד 2,000 ש"ח, סה"כ 3,500 ש"ח לחודש. לפי הפסיקה הנזכרת, האב ישלם את מלוא הצרכים הבסיסיים: 1,500 ש"ח. לפיכך, לצורך חישוב המזונות מדין צדקה, הכנסתו הפנויה היא 6,500, ואילו הכנסתה הפנויה של האם היא 8,000 ש"ח, ועולה על זו של האב ב-1,500 ש"ח. שני ההורים נושאים בנטל הצרכים הנוספים לפי יכולתם היחסית.

לצורך חישוב חלוקת נטל הצרכים הנוספים (בסיטואציה של הכנסות שוות, כאמור), הכנסתה הפנויה של האם עולה על זו של האב, ועל-כך האם תישא בחלק גדול יותר מן הצרכים הנוספים, עד כדי השגת שוויון בחלוקת הנטל הכולל. מתוך הצרכים הנוספים בסיטואציה הנ"ל (2,000 ש"ח), תישא האם ב-1,500 ש"ח (לאור הפרש ההכנסה הפנויה לטובתה), והיתרה בסך 500 ש"ח תחולק בין האב והאם בחלקים שווים, כל אחד 250 ש"ח. לפיכך, בסיטואציה המוצגת האב ישלם $\frac{1}{8}$ מהצרכים הנוספים, 250 ש"ח + הצרכים הבסיסיים — 1,500 ש"ח, סה"כ 1,750 ש"ח, ואילו האם תשלם $\frac{7}{8}$ מהצרכים הנוספים, כלומר 1,750 ש"ח. לפי קונסטרוקציה זו, חלוקת נטל המזונות בין שני ההורים, בחישוב הכולל, היא שווה, אולם, יתכנו מצבים אחרים שבהם אין שוויון בחלוקת נטל המזונות בין שני ההורים.

14 החובה בדיני צדקה היא "כדי מחסורו" של אדם, לפי הרגלו של הנצרך: "... היה רעב יאכילוהו... ואפילו היה דרכו לרכוב על סוס ועבד לרוץ לפיו כשהיה עשיר והעני — קונה לו סוס ועבד וכן לכל אחד לפי מה שצריך": שו"ע, יו"ד, ר"ג, א. וראו אסמכתאות נוספות ממקורות ההלכה המובאות אצל שאוה, לעיל הערה 6, בע' 298–299.

15 השופט גייפמן, תיק תמ"ש 17070/96 קמחי נ' קמחי, בתוך: "גייפמן לעיל הערה 3, בע' 1638, 1641; השופטת מימון, תמ"ש 2030/98 פלונית נ' פלוני (פסק דין מ-11.11.99, לא פורסם).

16 ראו, לדוגמא, השופט גייפמן, שם, בע' 1641–1643. וראו גם ד' לוי וא' דהאן "הצעה למודל מתמטי-סטטיסטי לחישוב מזונות ילדים" בתוך: "גייפמן שם, בע' 1191, 1204.

אנו מעמידים כאן לבחינה מחודשת את יסודות הפסיקה האזרחית, שמקורם בתפיסה כי האם והאב שווים בדין צדקה בהלכה, לענין הצרכים הנוספים של הילד (להבדיל מן הצרכים ההכרחיים) וכן את הקונסטרוקציה המיוחסת להלכה לפיה חלוקת נטל המזונות במעגל דין צדקה, נעשית לפי יחס ההכנסות הפנויות של שני ההורים, לאחר ניכוי הצרכים ההכרחיים, המוטלים על האב.

3. שאלת שוויון האם והאב בדין צדקה בהלכה

לפי ההלכה, חובת האב למזונות ילדיו היא חיוב משפטי מוחלט עד גיל 6, אפילו אם יש לילד נכסים משלו¹⁷. לאחר גיל 6, חובת האב לילדיו הקטנים היא על-פי תקנת אושא וכפייה מדין צדקה. לעומת זאת, מעיקר הדין, אין האם חייבת כלל במזונות הילד, ומהות חיובה מדין צדקה ידון בהמשך. גם תקנת הרבנות הראשית, תשי"ד, אינה חלה כלל על האם. הוא הדין לענין תקנת הרבנות הראשית, תשל"ו, המחייבת את האב במזונות ילדיו עד גיל 18. אשר לשאלת חיוב האם במזונות ילדיה, ההלכה התלמודית דנה בחובת ההנקה של האם:

"ואלו מלאכות שהאשה עושה לבעלה... ומניקה את בנה"¹⁸.

במה דברים אמורים, באשה נשואה וזאת מדין חובת האשה כלפי בעלה ("מעשה ידיה"), אולם גרושה, כלשון התוספתא:

"... נתגרשה אינו כופה ואם היה [התינוק] מכירה נותן לה שכרה וכופה ומניקתו מפני הסכנה"¹⁹.

וכך סוכמה הלכה תלמודית זו ברמב"ם:

"האשה שנתגרשה, אין כופין אותה להניק אלא אם רצתה, נותן לה שכרה ומניקתו. ואם לא רצתה נותנת לו את בנו, והוא מטפל בו. בד"א [במה דברים אמורים] שלא הניקה אותו עד שהכירה, אבל אם הכירה... אין מפרישין אותו ממנה מפני סכנת הולד, אלא כופין אותה ומניקה אותו בשכר עד כ"ד חודש"²⁰.

17 שו"ע, אה"ע, עא, א.

18 משנה, כתובות ה, ה.

19 תוספתא כתובות ה, ג; כתובות, נט, ב. על סוגיית חובת ההנקה ראו בהרחבה י"צ גילת דיני משפחה יחסי הורים וילדים (תשס"א) 209-248.

20 רמב"ם, אישות, כא, טז, וכיו"ב, נפסק, בשינויי נוסח קלים, בשו"ע, אה"ע, פב, ה.

היש ליישם את עקרונות השוויון כדיני הורים וילדים?

יתר-על-כן, כפי שנפסק ברמב"ם ובשולחן ערוך, האם הגרושה יכולה, לאחר שגמלה את ילדיה, להשליך אותם לקהל, כלשון הרמב"ם:

"... ואם לא רצתה היא שיהיו בניה אצלה אחר שגמלתן, אחד זכרים ואחד נקבות, הרשות בידה ונותנת אותן לאביהם או משלכת אותן לקהל, אם אין להן אב, והן מטפלים בהן"²¹.

בהלכות אלו מודגש ההבדל בין האב שכופין אותו מדין צדקה, לבין האם הפטורה ממזונות, ורשאית, אם האב נפטר, להעביר את נטל מזונות הילדים לקהל. שמע מינה, כי פטור האם הוא מוחלט. ואכן המגיד משנה כותב על פסק הרמב"ם הנ"ל:

"זה ברור כי לא מצינו חיוב לאשה בשום מקום, והאב מצווה על בניו בכמה דברים ואין האשה מצווה, ומהיכן נחייבה בהם?"²².

הרמב"ם והשולחן ערוך לא חילקו, כשהאב נפטר או חסר יכולת, בין עשירה לעניה, ואף לא אם קרובי האב עניים או לאו. לעומת זאת, הרמ"א הביא את דעת רבינו ירוחם:

"וי"א [ויש אומרים] הא דגרושה אינה מחוייבת להניק אם אינו מכירה, היינו כשמוציא [מוציא] מינקת אחרת, ויש לו להשכיר, אבל אם אין לו, כופה אותה ומניקתו"²³.

נושאי הכלים של השו"ע דנו בשאלה מדוע כופין את הגרושה להניק, כשברור שהנחת היסוד היא שאין לה אפילו חובה להניק את בנה. החלקת מחוקק מקשה, בנוסף לכך, מדוע לא תזכה הגרושה, שכופין אותה להניק, לשכר הנקה, וכלשונו:

"לא ידעתי טעם לדין זה ובמה נחייבה היא יותר משאר נשים, ולמה לא יתנו לה בית דין שכר הנקה, כשם שעל בית דין לפרנס הולד לאחר שגמלתן?"²⁴.

ועוד מוסיף החלקת מחוקק:

"אין על האם שום חיוב לגדל את בניה אחר שגמלתן, וכבר כתבתי שגם קודם שגמלתן, אין עליה חיוב להניק בחנם...ודלא כמ"ש [ושלא כמו שנאמר] בשם ר' ירוחם שאם אין לאב, כופין אותה"²⁵.

21 רמב"ם, אישות, כא, יח; שו"ע, אה"ע, פב, ח.

22 מגיד משנה, אישות, כא, יח, ועיינו הלכת רינת, לעיל הערה 10, בע' 26.

23 רמ"א, שו"ע, פב, ה, על-פי רבינו ירוחם, משרים, נתיב כג, ה.

24 חלקת מחוקק, אה"ע, פב, ס"ק ו.

25 חלקת מחוקק, אה"ע, פב, ס"ק יב ומובא גם בבית שמואל, שם.

רבי יהונתן אייבשיץ²⁶ ורבי מאיר פוזנר²⁷ השיבו על קושיית החלקת מחוקק בכך שחילקו בין עשירה לעניה והוסיפו כי לגבי הנקה האם תמיד עשירה. וכך כתב רבי יהונתן אייבשיץ (וראוים הדברים לציטוט מלא, שכן דעתו היא התשתית העיקרית של מסקנת הפסיקה האזרחית בדבר שוויון האב והאם בדיני צדקה):

"האשה שנתגרשה אין כופין אותה להניק, אלא אם רצתה נותן לה שכרה ומניקתו. הרמ"א הביא סי' פ"ב, סע' ה', דאם אין לו להשכיר, כופין אותה להניק [דעת רבינו ירוחם], ותמה החלקת מחוקק [ו] דלמה לא יהיה מוטל על הבית דין לשכור מינקת כמו פרנסה דלאחר כ"ד חודש. ונראה דודאי אם האשה עשירה, אף לאחר כ"ד חודשים, כופין את האם לזון את בניה דהא כופין עליה צדקה, ואין לך צדקה יותר מזה. ואם כן שיש לה חלב בדדיה ותוכל להניק הרי היא עשירה לדבר הזה, וכופין אותה כמו שכופין על הצדקה"²⁸.

וכן כתב רבי מאיר פוזנר, בעל הבית מאיר²⁹:

"לע"ד [לעניות דעתין], י"ל [יש לומר] מתורת צדקה אתינן עלה [מחייבים אותה] כדאיתא ביורה דעה, סי' רנ"ז, סע' ח', ואירי בשגם קרובי האב עניים. ומה שמבואר, ס"ס [סוף סעיף] זה, שיכולה להשליך על הקהל, היינו מסתמא ענייה, שאינה אמורה לפרנס משלה אבל עשירה לאו כל כמינה... אם אין לו ר"ל [רוצה לומר] שאפילו דמים למסמס [=מזון תינוק] אין לו דאל"ה [דאם לא הכין יכולה להשליך עליו וימסמס לו באינו מכירה]³⁰.

לפי הבית מאיר חובת האם מדין צדקה קמה כאשר נפטר האב, או כאשר מסיבה אחרת הילדים אינם יכולים לקבל מזונותיהם מהאב או מקרובי האב העניים ("בשגם קרובי האב עניים"). כלומר, אפילו קרובי האב קודמים לחיוב צדקה זה, לפני שקמה חובת האם³¹. הבית מאיר מוסיף כי אב שאין לו (חסר יכולת) משמע עני מרוד, "שאפילו דמים למסמס אין לו", כלומר שאין לו אמצעים אפילו לתחליף הנקה. עם זאת, הבית מאיר חידש כי בנסיבות אלה יש לאם חיוב צדקה יותר משאר הקהל. אולם, מסתבר כי הדברים אמורים מכוח העיקרון: "ענייך ועניי עירך, ענייך קודמין, עניי עירך ועניי עיר אחרת, עניי עירך קודמין", "וקרוב קרוב קודם"³². אכן, ר' יהונתן אייבשיץ והבית מאיר התייחסו אף לתקופה שלאחר ההנקה

26 המאה ה-18 נפטר באלטונה, אשכנז, בעל בני אהובה על הרמב"ם (פראג, 1819).

27 המחצית השניה של המאה ה-18, דנציג, בעל בית מאיר על השולחן ערוך, אה"ע.

28 בני אהובה, אישות, כא, טז.

29 ראו לעיל הערה 27.

30 בית מאיר, אה"ע, פב, ס"ק ה; הקטע הראשון (עד "לאו כל כמינה") מובא גם בפתחי תשובה,

אה"ע, פב, ג.

31 ראו גם שרשבסקי, לעיל הערה 11, בע' 373, בגוף הערה 7.

32 בבא מציעא, עא, א.

היש ליישם את עקרון השוויון ביני הורים וילדים?

(לאחר כ"ד חודש). אך, חובה זו של האם אינה קמה כאמור, אלא כשהאב נפטר או כשהאב או קרובי האב עניים ואינם יכולים לשאת בצרכי הילדים. קדימות זו של האב וקרוביו נזכרה מפורשות בבית מאיר, אך מסתבר כי אף דברי רבי יהונתן אייבשיץ מתייחסים, לפי הקשרם ומקומם (תשובה לתמיהת חלקת מחוקק), למצב שהאב נפטר או שהוא חסר יכולת, ורבי יהונתן אייבשיץ חידש (כמו הבית מאיר) כי בנסיבות אלו, חיוב האם כדין צדקה קודם לחיוב הקהל. על כל פנים ברור, כי אין מקום לתלות בשיטה זו של האחרונים שוויון של האב והאם כדין צדקה כלפי ילדיהם³³.

הוכחה נוספת להעדר שוויון בין האב והאם בהלכה היא חובת האב לשלם דמי טיפול עבור הילד. אפנה, לדוגמא, לתשובת הרשב"ש, לענין תביעת גט ומזונות של אשה שמרדה בבעלה, ופסק הרשב"ש, שלא לכופו לגרש וגם אין לה עליו מזונות, אך "הוא חייב במזונות בנו ושכר הנקתו ושכר שימושו [דמי טיפול], לפי שמעשי ידיה שלה"³⁴. כלומר, מאחר שתביעת מזונות האשה נדחתה — מעשי ידיה שלה, והאם אינה חייבת כלפי בעלה לטפל בילד, ולפיכך, על האב לשלם לא רק את מזונות הבן, אלא אף דמי טיפול עבור הילד. אף דין זה מצביע על העדר חובת האשה כלפי הילד לטפל בו אפילו מדין צדקה. חובת האם לטיפול בילד היא חובה כלפי הבעל, אך כשהיא אינה זכאית למזונות, על הבעל לשלם לה שכר טיפול בילד והוא הדין לאחר גירושין.

נוסף על כך, דין הצדקה הכללי המוטל על האם אינו דומה לדין הצדקה המיוחד החל על אב כלפי ילדיו מעל גיל שש. ראו, לדוגמא, את דברי הרמב"ם המבדיל בתוך הלכה אחת בין הדין לפיו כופין את האב על הצדקה, לבין הדין לפיו הגרושה רשאית, אם נפטר האב, להשליך את בניה לקהל:

"כיצד היה האב ראוי לצדקה מוציאין ממנו הראוי לו בעל כורתו... ואם לא רצתה האם שיהיו בניה אצלה אחר שגמלתן, אחד זכרים ואחד נקבות, הרשות בידה ונותנת אותן לאביהן או משלכת אותן לקהל אם אין להן אב והן מטפלים בהן"³⁵.

33 ראו גם גילת, לעיל הערה 19, בע' 529. מאידך, אין מקום להשגה שמעלה י"צ גילת (שם, בע' 505) כי שיטת רבי יהונתן אייבשיץ והבית מאיר אינה מתיישבת עם פסקי הרמב"ם והשו"ע כי הגרושה זכאית לשכר הנקה, שכן אחרונים אלה דנים בסיטואציה שהאב נפטר או חסר יכולת ואף קרובי האב עניים, ואז, לשיטתם, קמה חובת האם מדין צדקה להנקת בנה ללא שכר.

34 שו"ת הרשב"ש, סימן קס"ב. על חיוב האב לדמי טיפול בילד, בפסיקה הרבנית והאזרחית, ראו, לדוגמא: תיק 3519/תשי"ב, פד"ר א' 113, ערעור תשי"ז/6, פד"ר ב' 3; ע"א 415/82 תמרי נ' תמרי, פ"ד לח (1) 785, 811; בזק, לעיל הערה 11, בע' 364. ועיינו א' רוזן-צבי דיני המשפחה בישראל (1990) 139, 143.

35 רמב"ם, אישות, כא, יח.

מכאן, ברור כי דין הצדקה של האב הוא חלק מהלכות כתובות שבאבן העזר³⁶. לעומת זאת, דין הצדקה של האם הוא חלק מהלכות צדקה שביורה דעה³⁷. מיקומו של הדין (בלעז: sede materiae) מלמד על אופיו ומהותו, ולעניינו, על ההבדל בין מעמד האם למעמד האב בדיני מזונות הילדים. אמנם, הן לגבי האב והן לגבי האם, נוקטת ההלכה במונח "צדקה", אך ההבדל ביניהם אינו כמותי אלא איכותי: חיוב האב הוא חיוב משפטי, ואכיפתו מדין צדקה, ואילו חיוב האם כולו מדין צדקה, כצדקה החלה על כל אדם. כהוכחה מכרעת להבדל בין חיובי האב והאם, כאמור, אצטט את השו"ע בעניין חובת האב במזונות ילדיו מדין צדקה:

"... ומשם ואילך [לאחר גיל שש] זנן בתקנת חכמים עד שיגדלו, ואם לא רצה גוערין בו, ומכלימין אותו... ואין כופין אותו לזונן... אבל אם היה אמוד, שיש לו ממון הראוי ליתן צדקה המספקת להם — מוציאים ממנו בעל כורחו משום צדקה, וזנין אותם עד שיגדלו"³⁸.

אין צריך לומר כי פסק זה בשו"ע אינו מתייחס לאם³⁹. על-כן, לדוגמא, בחובת צדקה של האם, הוריה העניים קודמים לבניה⁴⁰, מה שאין כן לגבי חובת האב לבניו: "עד שיגדלו יש להם יתרון יותר משאר קרוביו"⁴¹. נמצאנו למדים שכאשר מדובר בתחרות בין בניו קטנים להורים, הרי לגבי האב זו תחרות בין חיוב מזונות (אף שהוא מכונה "צדקה"), לבין דין צדקה כללי ולכן החוב לבנים קודם; אך לגבי האם זוהי תחרות בין שני חיובים, במסגרת דין הצדקה הכללי, וצדקה להורים קודמת. נוסף על כך, גרושה שנישאה לאדם אחר, אי אפשר לחייבה לתמוך בילדיה מדין צדקה אם בעלה הנוכחי מתנגד לכך⁴². לפיכך, יש מוסיפים ואומרים כי חיוב האם מדין צדקה אינו אלא חיוב דתי וולונטרי ובלתי-אכיף, כצדקה שכל אדם מישראל חייב בה⁴³. עם זאת, יש להעיר לדעה זו, כי בדיני צדקה כופין על דין קדימה⁴⁴, אך

36 שו"ע אה"ע, עא, א.

37 שו"ע יו"ד, רמז ואילך.

38 שו"ע אה"ע, עא, א.

39 ראו גם מהר"י וייל, בליקוטיו, ס' יא, מובא בכאר היטב, שו"ע, שם.

40 שו"ע יו"ד, רנא, ג; טור, יו"ד, רנא, ג.

41 בית שמואל, שו"ע אה"ע, עא, ס"ק ג, בשם רי"ז.

42 בבא קמא, קיט, א; רמב"ם, מתנות עניים, ז, יב; שו"ע יו"ד, רמח, ד. ראו הרב מ"ש שור "בעניין חיובי האב והאם למזונות הבנים" בתוך שערי צדק (ר' ערוסי עורך, כרך א, תש"ס) 205, 220–221.

43 ראו שור, שם, בע' 210–220 והאסמכתאות המובאות שם, וכן סעיף ד לסיכום, בע' 222 ("חיוב האם במזונות הבן הוא ככל ישראל החייבים במצוות צדקה בלבד. וע"פ כל דיני צדקה"). השו"ע גם גילת, לעיל הערה 19, בע' 505–506.

44 מ' שאוה "מזונות ילדים קטינים במשפט העברי ובמשפט הפוזיטיבי" עיוני משפט ז (תשל"ז) 601–603 ואסמכתאות בהלכה, שם, וכן שאוה, לעיל הערה 6, בע' 304–307.

היש ליישם את עקרון השוויון בדיני הורים וילדים?

קודמים בתוכתם לפני האם, כאמור לעיל, לא רק האב אלא אף קרובי האב, וחלים כל הסייגים שבדיני צדקה כדוגמת האמור לעיל. בפסיקה הרבנית בימינו, מקובלת הדעה כי אין האם חייבת במזונות ילדיה. אפילו התחייבות האם, כגון בהסכם גירושין, לזון את הבן עד שיגיע לגיל 18 אינה מועילה, וזאת מאחר שהתחייבות בדבר בלתי-קצוב אינה תקפה, כדעת הרמב"ם⁴⁵. אמנם, רבים חולקים על שיטה זו של הרמב"ם, אך בכל אופן המוחזק יכול לטעון "קים לי"⁴⁶ כרמב"ם, כמסקנתו של הרב קאפח:

"בארץ ישראל, שהיא אתרי דהרמב"ם [מקומו של הרמב"ם] לא עלתה על לב איש לעשות מעשה נגד הרמב"ם ורבותיו... ברור הדבר שהתחייבות האם לזון את בנה בסכום מסויים עד שיהא הבן בן 18 שנה, חספא בעלמא ביחס למזונות ואין לה שום תוקף בארץ ישראל, ולפתות יכולה לומר 'קים לי'⁴⁷."

לעומת זאת, הרב שאול ישראלי סבר, בדעת מיעוט כי:

"אכן כשזה מדין צדקה יש לברר גם את אפשרויותיה של האם, שכן גם האשה מחוייבת מדין צדקה. ובמקרה שגם היא אמידה יש לדון על חלוקה נאותה של חיוב זה שמדין צדקה שעל האב והאם כאחד"⁴⁸.

צירוף שיטת האחרונים (רבי יונתן אייבשיץ והרב מאיר פוזנר), דעתו של הרב שאול ישראלי ואמרות שונות במקורות רבניים בזמננו, הובילו למסקנה, שראש דובריה הוא פרופ' שאוה, כי:

"לעניין חובת הצדקה לילדים שווים בזה האב והאם... ואף כופין אותה כמו את האב... אם ידה משגת ואין לילדים להתפרנס משלהם"⁴⁹.

45 רמב"ם, מכירה, יא, טז.

46 מצב בהלכה בו יש ריבוי דעות ללא הכרעה, כאופן שהנחבע רשאי לטעון כדעה פלוגית, ומכוחה לזכות בדין. טענה זו מבוססת על העיקרון ההלכתי בדיני ממונות של "המוציא מחברו עליו הראיה", ואין להוציא מחזקתו של הנתבע ממון, כל עוד לא הוכח כי הדעה שהוא טוען לה אינה נכונה. ראו: מ' אלון המשפט העברי – תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו (מהדורה שלישית מורחבת, תשמ"ח) 1062–1063. על מסורת הפסיקה ככלל פסיקה מחייב, ראו לדוגמא, ש"ז הבלין רבי אברהם הלוי, מחבר שו"ת גינת דברים ובני דורו: פרקים מתולדות החכמים, דמותם ויצירתם ולימוד התורה במצרים ובא"י במאות הי"ז והי"ח (חיבור לקבלת התואר דוקטור, האוניברסיטה העברית, תשמ"ג) 65 ועיינו שו"ת גינת דברים, אה"ע, ב, ט ושו"ת דרכי נועם, אה"ע סימנים יח ופא.

47 ערער תשל"ג/ 39, פד"ר ט 251, 261.

48 שם, בע' 263.

49 שאוה, לעיל הערה 6, בע' 288. וראו הפסיקה האזרחית המובאת שם, והלכת פורטוגו, לעיל הערה 6, בע' 457–458. שאוה (שם, בהערה 225) מפנה למקורות רבניים נוספים כגון: שו"ת ישכיל עבדי, אה"ז, ח"ו, כח, לח; פסקי-הדין של בית-הדין הרבני האזורי נשוא

יצויין כי שוויון האב והאם בדיני צדקה, לפי השיטה הנ"ל, משמעותו הפחתת נטל המזונות של אב בעל יכולת ("אמיד"), כשגם האם בעלת יכולת ("אמידה"), או אף חלוקת נטל מזונות הילדים בין ההורים, לפי יכולתם היחסית ("הכנסותיהם הפנויות")⁵⁰.

יש מקום להשיג על שיטה זו ולומר, לאור המקורות שהובאו לעיל, כי האב וקרובי האב קודמים בחובתם לאם, וחובת האם קמה רק כשהאב נפטר או חסר יכולת ואף קרוביו עניים⁵¹. לאור זאת, אין מקום לקבוע כי האם והאב שווים בדין צדקה, כדברי ד"ר שרשבסקי המדגיש כי הדעה (של השופטים קיסטר ושינבויס ושל פרופ' שאוה)⁵²:

"שגם אם האב אמיד... חייבת גם האם להשתתף במידת יכולתה הכספית וע"י זה תופחת חובתו של האב, אין לה יסוד בהלכה... (הדגשה שלי — מ.ק.). בכל המקומות בהלכה בדבר החיוב לסיפוק מזונותיו של הילד, ע"פ תקנת חכמים או על פי דיני צדקה... מדובר תמיד רק על חובת האב לבדו, אך לא על חובת האב והאם גם יחד"⁵³.

ד"ר שרשבסקי מוסיף, כי אף-על-פי ש"האם אינה חייבת במזונות הילדים, גם אם היא עשירה"⁵⁴, במקרים שהילד "אינו יכול לבוא על סיפוקו מידי האב", קמה חובת האם מדין צדקה, כלשונו:

"רק מטעם דיני צדקה תהיה האם מחויבת... אם הילדים זקוקים ואין להם כדי להתפרנס משלהם"⁵⁵.

גם ד"ר גילת הסתייג מחידושו של הרב שאול ישראלי, המקביל לפסיקה האזרחית בדבר הגישה השוויונית שכין האב לאם בדין צדקה, וכלשונו:

ערעור תשל"ד/61, פר"ד ט, 352, 354, וכן הרב ב' רקובר "שו"ת בענין חיוב מזונות הילד מדין צדקה" התורה והמדינה י"א-י"ג (תשכ"ב) תצ"ג, תצ"ו.
50 ראו: הלכת פורטוגז, לעיל הערה 6, בע' 462; הלכת גלבר, לעיל הערה 6, בע' 22-23; שאוה, לעיל הערה 6, בע' 289.
51 ראו לעיל ליד הערות שוליים 21-34. על המקורות הרבניים בזמננו שעליהם סמך שאוה, כמפורט לעיל בהערה 49, יש להעיר כדלקמן: שו"ת ישכיל עבדי מתייחס (כמצוטט על-ידי שאוה, שם) למצב ש"האב אין לו היכולת"; וכך גם פסק-הדין הרבני כערעור 61/תשל"ד (ראו לעיל הערה 49, בע' 353); דברי הרב רקובר כי לענין "חובת הצדקה כלפי הילדים, האב והאם שווים", אינם מדויקים: בדין צדקה חובת האב קודמת לחובת האם ורק אם האב נפטר או חסר יכולת קמה חובת האם. למסקנתי זו, ראו גם: שרשבסקי, לעיל הערה 11, בע' 373 (בגוף הערה 7); הרב שור, לעיל הערה 42, בע' 210-220.
52 השופט קיסטר בהלכת נתוביץ', לעיל הערה 10, בע' 609; השופט שינבויס בהלכת פורטוגז, לעיל הערה 6, בע' 457-458; שאוה, לעיל הערה 6, בע' 288-289.
53 שרשבסקי, לעיל הערה 11, בע' 373 (בגוף הערה 7).
54 שרשבסקי, שם, בע' 372.
55 שרשבסקי, שם, בע' 372, בהערה 7.

היש ליישם את עקרון השוויון כדיני הורים וילדים?

"מעבר לתובת ההנקה לא נאמר הרבה במקורות. גם אלו הרומזים על חיובה של האם העשירה במזונות ילדיה מתכוונים הם למקרים בו האב אינו בנמצא או שאין בכוחו לזון את בנו. דומני שחידושו של הדיין ר' שאול ישראלי... — היא הגישה השוויונית שבין האב לאם, 'חלוקה נאותה' כלשונו. כפי שרמזנו לעיל, אין לחלוקה שוויונית זו תקדים בספרות ההלכתית... אין לחלוקה שוויונית זו כל תימוכין במקורות הרבניים שעסקו בסוגייה זו..."⁵⁶ (הדגשה שלי — מ.ק.).

השופט בוק חלק על הסייג של ד"ר שרשבסקי לפיו אין בידי הילד לדרוש מזונות מן האם כל עוד יכול הוא לקבלם מן האב, ובהסתמך על הבית מאיר ור' יהונתן אייבשיץ, הסיק כי:

"האם חייבת לזון את ילדיה מדין צדקה. חיוב זה שווה לחיובו של האב במידה שאותו חיוב הוא מדין צדקה"⁵⁷.

השופט בוק הסתמך גם על לשון הרמב"ם, לענין כופין על הצדקה: "ואין הפרש בזה בין הזכרים לבין הנקבות בעניין התוצאה"⁵⁸. וכבר השיב על-כך ד"ר שרשבסקי, כי דברי הרמב"ם מתייחסים לכך שאין הפרש בין הנהנים (בנים או בנות), ואין כוונת הרמב"ם לשוויון חובות האב והאם. פרשנות אחרת:

"נובעת כנראה מאי הבנה של דברי הרמב"ם. המדובר במשנה ההיא בחיוב למזונות מדין צדקה לגבי בנים ובנות ואומר הרמב"ם שם שמדין צדקה אין הפרש לגבי הנהנים בין זכרים ונקבות, כלומר בחיוב האב האמיד — והרי רק על האב מדובר שם ולא על האם — למזונות ילדיו מדין צדקה אין הפרש בין חיובו לגבי בנו ובין חיובו לגבי בנותיו... אך לא על שיווי חובות כביכול בינו ובין האם לסיפוק מזונות לילדים, כי על חובת האם בכלל לא מדובר שם, אלא היא מתעוררת כאמור לעיל, כפי שמדגיש זאת הבית מאיר, רק אם הילד זקוק לצדקה באשר אין לו כלומר כאשר אין בידי האפשרות לקבל מזונותיו ממי שחייב לתיתם לו, היינו מאביו"⁵⁹.

56 גילת, לעיל הערה 19, בע' 529 וכן בע' 507. אמנם כסופו של דבר י"צ גילת תומך למעשה בחידושו של הרב ישראלי מטעם אחר — "אומד דעת" של הנשים בימינו, כמפורט להלן בטקסט להערה 93.

57 בוק, לעיל הערה 11, בע' 364. השופט בוק מסתמך על הבית מאיר ור' יהונתן אייבשיץ (לעיל הערות 28 ו-30) וכן על פסיקתו של השופט קיסטר (לעיל הערה 10).

58 פירוש המשניות לרמב"ם, כתובות ד, ו.

59 שרשבסקי, לעיל הערה 11, בע' 373. התשובה למאמרו של השופט בוק נכללה במהדורה הרביעית של ספרו של שרשבסקי.

מסקנתנו היא כי אין שוויון במעמד האם והאב, לפי המשפט העברי, לענין חובת מזונות ילדים: חיוב האב במזונות ילדיו, המבוסס גם על תקנות חכמים, הוא חיוב משפטי לכל דבר, ואילו על האם מוטלת חובת הנקה, ואף זאת, כחובה כלפי הבעל, וכנגד מזונות או שכר ראוי, וכן חובת צדקה, על-פי הלכות צדקה כללית (שאינה כחיוב צדקה של האב במזונות ילדיו). לפיכך, אין מקום לקונסטרוקציה של הפסיקה האזרחית המייחסת להלכה שוויון בין האם והאב לענין החיוב במזונות ילדים מדין צדקה.

אשר לתחולת חוק המזונות על אם יהודיה, ד"ר שרשבסקי, שהכיר, כאמור לעיל, בסייגים לחיוב האם מדין צדקה בהשוואה לאב, הסיק כי:

"מאחר שיש, איפוא, אפשרות ע"פ הדין האישי (דיני ישראל), בתנאים מסוימים (היינו על-פי דיני צדקה) לחייב את האם במזונות ילדיה הקטנים, לא הביא החוק לתיקון דיני משפחה (מזונות), תשי"ט-1959 כל שינוי במצב המשפטי"⁶⁰.

פרופ' שאוה הוסיף כי "המפתח לבירור היחס בין תחולת החוק לבין תחולת הדין האישי... טמון בפירוש, שיש לתת לביטוי 'אינו חייב' שבסעיף 3(ב) לחוק", והעמיד שתי אפשרויות לפירוש הביטוי הנ"ל⁶¹:

"הפירוש המרחיב" — מרחיב את תחולת החוק בכל מקרה בו הנתבע "אינו חייב" על-פי הדין האישי החל עליו מלזון את הקטין, לאור מסכת העובדות הספציפית הנדונה, למרות חיוב עקרוני המוטל עליו על-פי הדין האישי.
"הפירוש המצמצם" — כאשר הדין האישי החל על הנתבע, אינו מטיל עליו חיוב עקרוני לזון את ילדיו הקטינים, כפי שפרופ' שאוה מסכם:

"די בכך שמוטל חיוב עקרוני על הנתבע על-פי הדין האישי, החל עליו ... כדי לדחות את תחולת החוק, ואין לייחס כל משקל למיון הפנימי של מקור החובה במסגרת הדין האישי"⁶².

לדעת פרופ' שאוה, יש להעריך את "הפירוש המצמצם"⁶³ על-פני "הפירוש המרחיב"⁶⁴, ותחולת החוק נדחית לאור החיוב העקרוני של האב והאם במזונות הילדים מדין צדקה⁶⁵.

60 שרשבסקי, שם, שם.

61 שאוה, לעיל הערה 6, בע' 321.

62 שאוה, שם, בע' 326.

63 על "הפירוש המצמצם" בפסיקה ראו לדוגמא: ע"א 507/61 בן חיים נ' רוניק, פ"ד טז (2) 925; הלכת פורטוגו, לעיל הערה 6, בע' 460; ע"א 3077/90 פלונית נ' פלוני, פ"ד מט (2) 578, 608-609; י' אנגלרד "מזונותיו של קטין מעל לגיל 15" הפרקליט יח (תשכ"ב) 3.

64 על "הפירוש המרחיב" בפסיקה ראו לדוגמא ע"א 247/64 רושטש נ' רושטש, פ"ד יח (4) 264.

65 ראו סקירת וניתוח האסמכתאות בפסיקה האזרחית אצל שאוה, לעיל הערה 6, בע' 321-343 ואילך.

היש ליישם את עקרון השוויון בדיני הורים וילדים?

בענין זה של חיוב האם במזונות הילד, ישנה אסמכתא חשובה (מפי השופטים זילברג וברנזון) – היא הלכת רינת⁶⁶. בפרשה זו נפסק כי באין תביעה נגד האם (באמצעות האב כאפוטרופוס של הילד) להשתתפותה במזונות הילד, אין כלל מקום לחקירת רכושה והכנסתה. דעת הרוב הניחה, כדבר מובן מאליו, כי לענין מזונות הילד:

”התביעה נגד האם יכולה להסתמך רק על סעיף 3(ב), ולתמוך את יתרותיה בכך שלפי דיני ישראל אין האם חייבת במזונות ילדה”⁶⁷.

פרופ' שאוה מסביר את הלכת רינת בכך ש”לדעת השופטים זילברג וברנזון חיוב האם במזונות ילדיה הקטינים, שמקורו בדיני הצדקה, שבמשפט העברי, אינו בגדר 'חיוב' על-פי הדין האישי”⁶⁸. הסבר זה מיוחס על-ידי פרופ' שאוה לשופטים זילברג וברנזון (ואינו מפורש בפסק-הדין) אולם, לדעתי, יש מקום לומר אף מעבר לכך כי לדעת השופטים זילברג וברנזון אין בהלכה חיוב עקרוני של האם במזונות הילד, ועל-כן הוראות חוק המזונות חלות עליה.

לדעתי, גם הפסיקה מפי השופט קיסטר, המציינת כמקור לחיוב האם במזונות הילד הן את דין צדקה בהלכה והן את סעיפים 3(ב) ו-7 לחוק המזונות⁶⁹, מאמצת את ”הפירוש המרחיב”, שאם לא כן, לשם מה ההפניה לשני מקורות חילופיים כאחד? ! בכך סוכמה גישה זו מפי מ”מ הנשיא לנדוי (כתוארו אז), תוך דחיית הטענה שהאם אינה חייבת להשתתף במזונות ילדיה:

”חובת האם להשתתף במזונות הילדים נובעת הן מדין צדקה והן מסעיפים 3(ב) ו-7 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות) תשי”ט–1959, וכמו שנאמר בע”א 508/70⁷⁰... חוק זה בנוי על יסוד גישה שוויונית של איש ואשה, כלומר על ההורים שניהם לשאת במזונות ילדיהם לפי צרכי הילדים ומידת יכולתם החומרית היחסית של כל אחד מן ההורים”⁷¹.

לאור האמור לעיל, אני מעז לחלוק, עם כל הכבוד, חרף ריבוי האסמכתאות

66 לעיל הערה 10.

67 הלכת רינת, שם, בע' 26 וראו גם אימרת-אגב של השופט שמגר בע”א 199/77 חריר נ' חריר, פ”ד לב (1) 458, 462, מול האות ג. עם זאת, לאחר-מכן השופט שמגר חזר בו באימרת-אגב בע”א 756/77 חטב נ' חטב, פ”ד לב (2) 470, 475.

68 שאוה, לעיל הערה 6, בע' 316. ראו גם הפסיקה שלא ראתה בחיוב האב מדין צדקה חיוב על-פי הדין האישי, לדוגמא: ע”א 132/62 יחמילוב נ' מרמור, פ”ד טז (2) 1520; ע”א 72/62 צוקרמן נ' צוקרמן, פ”ד טז (3) 1781, 1782.

69 הלכת נתוביץ, לעיל הערה 10, בע' 609; הלכת מרחב, לעיל הערה 10, בע' 703.

70 הלכת נתוביץ, שם.

71 ע”א 760/75 לנדאו נ' לנדאו (פסק-דין מיום 26.10.76, לא פורסם). פסק-דין זה נזכר גם אצל שאוה, לעיל הערה 6, בע' 272, הערה 139.

בפסיקה האזרחית ובספרות המשפטית, על המסקנה המקובלת בדבר שוויון האב והאם בדין צדקה כלפי ילדיהם. לאור אופיה וסיגיה של חובת האם מדין צדקה, בהבדל ממהותה, אופיה וקדימותה של חובת האב, יש מקום לומר כי האם והאב אינם שווים בדין צדקה. הפסיקה האזרחית מבוססת על ההנחה של שוויון האב והאם בדין צדקה ועל היקש: כשם שחיוב האב בדין צדקה הוא חיוב עקרוני למזונות במונח סעיף 3(א) לחוק המזונות, כך חיוב האם בדין צדקה הוא חיוב עקרוני למזונות במונח הסעיף הנ"ל. אך אם נופל, כפי שאני סובר, שוויון האב והאם בדין צדקה, יש להבחין בין האב לבין האם ואין מקום לראות את דין הצדקה הכללי, החל על אם יהודיה, להבדיל מחובת האב, כחיוב עקרוני במזונות ילדיה במונח סעיף 3(א) לחוק המזונות.

על כל פנים, לדעתי, חלה תפנית בסוגיה זו בכיוון הגישה השוויונית והעדפת "הפירוש המרחיב" עם חקיקת "תיקון תשמ"א" (שהוסיף את סעיף 3א לחוק המזונות, לענין שוויון ההורים לפי היכולת היחסית), והשאלה היא אם תיקון זה חל על הורים יהודים.

4. תחולת סעיף 3א לחוק המזונות על הורים יהודים

גדר הספק אם "תיקון תשמ"א" חל על הורים יהודים, מקורו בכך שכצד הוספת סעיף 3א בדבר חלוקת נטל מזונות הילדים בין ההורים, לפי יכולתם היחסית, לא תוקנה הוראת סעיף 3(א) סיפא לחוק המזונות הקובעת כי "הוראות חוק זה לא יחולו על מזונות אלה". לפיכך הסיק פרופ' שאוה, עוד בסמוך לחקיקת "תיקון תשמ"א", כי:

"אין נפקות לסעיף 3א החדש כשההורים הם יהודים. ניתן להיזקק לו ... רק בגבולות הקבועים בסעיף 3(ב) לחוק, היינו כאשר אין להורים הנחבעים דין אישי (כגון חסרי דת) או כאשר הדין האישי שלהם אינו מטיל עליהם חיוב עקרוני"⁷².

גם הלכת פורטוגז מבוססת על ההנחה כי מוטל על אם יהודיה חיוב עקרוני למזונות ילדיה ובכל אופן השופטים שמגר ובך, שהסכימו לתוצאה אליה הגיע השופט שינבויים, בדבר חלוקת נטל מזונות הילדים בין ההורים לפי הדין האישי, השאירו את השאלה האם יתול סעיף 3א לחוק על הורים יהודים בצריך עיון.

72 שאוה "היחול סעיף 3א לחוק המזונות על הורים יהודים?", לעיל הערה 9. הלכת פורטוגז, לעיל הערה 6, בע' 459-461; שאוה, לעיל הערה 6, בע' 253 הערה א, בע' 825-835, וכן מאמרו של שאוה, "תחולת חוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות) (תיקון מס' 2), התשמ"א-1981", לעיל הערה 9.

היש ליישם את עקרון השוויון כדיני הורים וילדים?

רק השופט שינבויס תמך בעמדתו המתוארת של פרופ' שאוה והנושא נותר ללא הכרעה.

עם זאת, השופט שמגר תמך, באמרת-אגב, בתחולת החוק על הורים יהודים, וכלשונו:

"נוטה אני להשקפה, כי לפי מגמתו... סעיף 3א נועד לחול גם על אותם הילדים הקטינים, לגביהם קיימות הוראות של דין אישי פלוני, והם הרוב המכריע של הילדים בישראל ולא רק על אלו שהם מיעוט מבוטל במספרם, אשר עליהם אינו חל דין אישי כלשהו"⁷³.

השופט בך הצטרף לדברים אלה בהעירו כי: "קשה להשלים עם מצב, המרוקן, למעשה, חיקוק זה מכל תוכן ומגביל את תחולתו עד למינימום שבמינימום"⁷⁴. בעקבות דברים אלה של השופטים שמגר ובך, סובר פרופ' שיפמן כי "תיקון תשמ"א" בא להשמיענו שיש לפרש את הוראות התחולה של החוק על-פי "הפירוש המרחיב", כלומר, כלשונו, "כאשר האם פטורה במקרה הקונקרטי מחיובה במזונות על-פי הדין האישי, יש לבדוק אם כוחו של פטור זה עומד לה לפי החוק החילוני... יש לשלול את תורת 'החיוב העקרוני' כיסוד מספיק לדחיית תחולת הוראות החוק"⁷⁵. במילים אחרות, חיוב עקרוני בלבד, אין די בו כדי לדחות את תחולת הוראת החוק"⁷⁶.

יתרה מזו, השופטים שמגר ובך הוסיפו כי יש מקום לאנלוגיה מתחולת סעיף 2א לחוק המזונות על יהודים על סעיף 3א של חוק זה⁷⁷. פרופ' שאוה חלק על-כך ופירט שורה של נימוקים משכנעים מדוע אין מקום לאנלוגיה זו⁷⁸.

חילוקי הדעות בפסיקה בעניין תחולת סעיף 3א לחוק המזונות טרם הוכרעו במישורין. עם זאת, הוכרעו בינתיים חילוקי הדעות בענין סעיף 2א לחוק המזונות, ונפסק, ברוב דעות (כנגד דעתו החולקת של השופט שמגר), כי נודעה לסעיף 2א תחולה חלקית בגבול התיאום בינו לבין המשפט העברי⁷⁹.

לפיכך, לדעת פרופ' שאוה, הלכת חקק שמה לאל "את האפשרות של עשיית אנלוגיה מסעיף זה לסעיף 3א לחוק המזונות ... כאשר האחד (סעיף 2א לחוק) בא להרחיב את תחולת הדין האישי... ואילו השני (סעיף 3א) בא לפגוע

73 הלכת פורטוגז, שם, בע' 463-464.

74 הלכת פורטוגז, שם, בע' 465.

75 פ' שיפמן דיני משפחה בישראל (כרך ב, תשמ"ט) 251.

76 ראו א' רוזן-צבי דיני המשפחה בישראל, בין קודש לחול (1990) 161 הערה 114.

77 השופטים שמגר ובך הסתמכו על דעת הרוב בע"א 13/78 ספורטה נ' ספורטה, פ"ד לב (2) 709 (להלן: "הלכת ספורטה").

78 שאוה, לעיל הערה 6, בע' 829-835.

79 ע"א 596/89 חקק נ' חקק, פ"ד מה (4) 749 (להלן: "הלכת חקק"), וראו שאוה, לעיל הערה 6, בע' 950-953.

בתחולת הדין האישי ולהמירו בהוראת חוק אזרחית-טריטוריאלית" (ההדגשה במקור)⁸⁰. התוצאה, לפי דעה זו, מרוקנת מכל תוכן, כמעט לחלוטין, את סעיף 3א לחוק המזונות.

לעומת זאת, לפי הפרשנות של השופט שמגר לסעיף 2א (דעת המיעוט בהלכת חקק) – "ההוראה הסובסטאנטיבית שבסעיף 2א משתלבת בהוראה הסובסטאנטיבית שבסעיף 2(א) רישא, והופכת לחלק ממנה"⁸¹ – ניתן לעשות אנלוגיה מסעיף 2א על סעיף 3א ולומר כי ההוראה הסובסטאנטיבית שבסעיף 3א משתלבת בהוראה הסובסטאנטיבית שבסעיף 3(א) רישא, והופכת לחלק ממנה. פירוש זה מסתבר לפי תכלית החקיקה של "תיקון תשמ"א", כפי שעולה מהרקע החברתי והמשפטי בדברי ההסבר⁸² להצעת החוק:

"על-פי המצב הקיים חלה חובת דמי מזונות הקטין על האב, גם כאשר הילד בחזקת אמו, וללא התחשבות הולמת ביחס ההכנסות בין האב לאם. כך קורה שאב העובד כשכיר צריך להמציא לידה של האם חלק ניכר משכרו, גם אם האשה מרוויחה ממקורותיה שלה סכומים שווים ואף רבים יותר מזה של הבעל לשעבר"⁸³.

מ"מ הנשיא השופט שמגר (כתוארו אז) כותב על כך:

"שאלה אחרת ונפרדת היא, אם אכן דייקו העורכים של דברי ההסבר בתיאורו של המצב המשפטי הקיים... כך, דומה שלא נתנו דעתם במידה מספקת לחובה הקיימת, של האם, לפי הדין האישי היהודי כפי שהיא עולה ממילא מדין צדקה"⁸⁴.

אכן, בדברי ההסבר להצעת החוק לא נזכרה הפסיקה האזרחית בדבר שוויון האב והאם בדיני צדקה, אולם תיאור המצב המשפטי בדברי ההסבר, כי בדיני מזונות ילדים אין "התחשבות הולמת ביחס ההכנסות בין האב לאם" הוא נכון מבחינת ההלכה. כפי שהוכחנו לעיל, אין גישה שוויונית של אב ואם בהלכה, אפילו בדיני צדקה, שכן האב קודם בחובתו לאם. אין צריך לומר כי ענין מזונות הילדים הוא, בתנאים מסוימים, גם בסמכות בתי-הדין הרבניים אשר אינם נוקטים את הגישה השוויונית של אב ואם לענין חובת מזונות הילדים. נוסף על כך, לאור ההלכה הפסוקה לפיה חיוב האם במזונות ילדיה, המבוסס על דין צדקה במשפט

80 שאוה, שם, בע' 835.

81 השופט שמגר, הלכת חקק, לעיל הערה 79, בע' 761.

82 על הפרשנות התכליתית בחקיקה, ראו א' ברק פרשנות במשפט (כרך ב, פרשנות החקיקה, תשנ"ג) 410-407.

83 לעיל הערה 7.

84 הלכת פורטוגו, לעיל הערה 6, בע' 464 וראו גם שאוה, לעיל הערה 6, בע' 830.

היש ליישם את עקרון השוויון בדיני הורים וילדים?

העברי, מוגבל לצרכים נוספים, להבדיל מצרכים הכרחיים, היה צורך ב"תיקון תשמ"א" לשם יישום גישה שוויונית מלאה של חובת האב והאם בדיני מזונות הילדים, לפי יכולתם היחסית. גם בפסיקה האזרחית, הגישה השוויונית של האב והאם בדין צדקה (עד גיל 15) אינה חלה על הצרכים ההכרחיים של הילדים, להבדיל מהצרכים הנוספים, וקשה, במציאות החברתית של ימינו להציב גבולות ברורים להגדרה מהו "צורך הכרחי" ומהו "צורך נוסף". כמו כן, הזכרנו לעיל את המחלוקת בפסיקה של בית המשפט לעניני משפחה לענין צרכי חינוך שונים והאם הם "צרכים הכרחיים" או "צרכים נוספים"⁸⁵. דוגמא נוספת ל"צורך הכרחי" בהלכה היא נושא הטיפול בילד⁸⁶. אולם, השופט בזק, לשיטה זו בדבר שוויון ההורים בדיני צדקה, כלל את הטיפול בילד בצרכים הנוספים והוסיף כי בחלוקת נטל ה"צרכים הנוספים" בין שני ההורים, יש להעריך את דמי הטיפול הראויים. כלשונו:

"אכן, כאשר הילדים אצל האם, יש לזקוף חלק מהסכום שעליה לשלם על חשבון המאמצים וההוצאות המיוחדות הכרוכים בכך שהילדים נמצאים ברשותה"⁸⁷.

מאידך, נדחה בפסיקה נסיון של אב בשם ילדיו בני 11 ו-17 (שהוחזקו אצל האב) לחייב את האם לשלם דמי טיפול, וזאת בנימוק ש"אין לחייב את האם לשלם לאב דמי טיפול עבור הילדים. טיפול זה על ידיו אינו פוגם ביכולתו לפרנס את הילדים"⁸⁸.

תחולת סעיף 3א לחוק המזונות על הורים יהודים תפתור גם את התסבוכת הקיימת באבחנה בין הצרכים ההכרחיים לצרכים הנוספים ובנושא דמי הטיפול בילד, שכן חלוקת הנטל בין האב והאם תבוצע לפי היכולת היחסית, ללא קשר לסוג צרכי הילד. אמנם הוראת החוק הנ"ל מפרשת את עקרון היכולת היחסית לפי הכנסותיהם של כל אחד מההורים, אך ניתן לעשות פרשנות מרחיבה של היכולת היחסית גם לעניין הטיפול בילד (לפי שעות הפנאי העומדות לרשות כל אחד מההורים).

על-פי ההנחה כי בדין האישי לא מוטל על אם יהודיה חיוב עקרוני למזונות ילדיה, כמובן סעיף 3(א) לחוק המזונות, חלות עליה הוראות חוק המזונות, כאמור בסעיף 3(ב), ובכלל זה "תיקון תשמ"א". על כל פנים, אף לדעה שמוטל על האם,

85 ראו לעיל ליד הערות 14 ו-16.

86 ראו לעיל ליד הערה 34.

87 בזק, לעיל הערה 11, בע' 364. על דברי השופט בזק יש להעיר כי יש להבחין בין הטיפול בילד לבין "ההוצאות המיוחדות" הכרוכות בכך (כגון: שמרטף). שהן, לפחות בחלקן, בכלל הצרכים הנוספים.

88 הלכת גלבר, לעיל הערה 6, בע' 23. נימוק נוסף שצויין שם לפטור האם מדמי טיפול הוא שהאב קיבל על עצמו בהסכם הגירושין לשאת בצרכי הילד ואין הטיפול גורע מיכולת הכנסתו. ועיינו גם ע"א 471/85, רוט נ' רוט, פ"ד מ (1) 835, 840.

לפי ההלכה, חיוב עקרוני למזונות ילדיה מדין צדקה, תכלית החקיקה של "תיקון תשמ"א", לרבות עקרון השוויון, שהוא חזקת תכלית⁸⁹, בדבר תחולתו על הורים יהודים, גוברת על הליקוי בטכניקה החקיקתית, כלשון השופט שמגר:

"התיקון ביקש לשנות מצב, שנוצר, לדעת מציעי הצעת החוק, עקב תחולתו של הדין האישי – ודין אישי מסוים – ולא בנסיבות, הנובעות מן האמור בסעיף 3(ב) דווקא"⁹⁰.

פירוש זה, שנאמר לשיטה בפסיקה האזרחית הסוברת כי בהלכה מוטל על אם חיוב עקרוני למזונות ילדיה, מתיישב גם עם הדעה שאין בהלכה כלל חיוב עקרוני של האם למזונות ילדיה, שכן, לכל הדעות, חובת האב היהודי למזונות הילדים מוסדרת על-פי סעיף 3(א) לחוק המזונות (הפניה לדין האישי – הדתי). לפיכך היה צורך, כאמור לעיל, לתקן את המצב המשפטי הנובע מהדין האישי ולגרום לשוויון מלא של האב והאם בדיני מזונות, לפי היכולת היחסית. על-כן, לדעתי, יש מקום להעדיף את הדעה של השופט שמגר, כי "תיקון תשמ"א" קובע נורמה אזרחית טריטוריאלית, החלה גם על הורים יהודים. נורמה זו שינתה את המצב המשפטי ויישמה את הגישה השוויונית המלאה, בדבר חובת האב והאם בנטל מזונות הילדים, לפי יכולתם היחסית. יש להעדיף את הפירוש המעניק תוכן להוראת החוק, על פני הפירוש המרוקן אותה מכל תוכן.

תוצאה זאת אינה גורמת להתנגשות בהלכה. אני מפנה לדברי הרב הראשי לישראל לשעבר, הרב אברהם כהנא שפירא (בענין החובה למזונות ילדים עד גיל 18) שכתב:

"... כיום, ברוך ה', יש כנסת המייצגת ייצוג גמור את כל תושבי המדינה ומייצגת גם את היהודים שומרי הדת, שגם הם הסכימו לתקנה שתיקנו שחלה חובה על האב לזון את ילדיו עד גיל י"ח. לזה מספיק שהרבנות הראשית תסכים, כדי שלא נגיד שזה מנוגד להלכה היהודית..."⁹¹.

ד"ר גילת בספרו מוסיף כבסיס הלכתי לכך – אומד דעת, ואומר:

"כשם שחיוב מזונות הילדים ושיעורו מבוססים על אומד דעתו של האב בדרך ששיערו חכמי ההלכה לדורותיהם; כך גם בימינו ניתן לשער שחוק לתיקון דיני משפחה (מזונות), תשי"ט–1959, על כל תיקונו (כולל סעיף 3א), הוא עצמו מביא, לפי ההלכה, לידי גמירות-דעתם של כל האבות

89 ברק, לעיל הערה 82, על עקרונות היסוד של השיטה כמקור לתכלית החקיקה, בע' 417 ואילך ובע' 486 ואילך.

90 הלכת פורטוגז, לעיל הערה 6, בע' 464.

91 תיק בית-הדין הרבני הגדול, תשנ"ב/46. פורסם כמאמר, א' כהנא-שפירא "מזונותיו של בן מרדן" תחומין טז (תשנ"ו) 71–85.

היש ליישם את עקרון השוויון בדיני הורים וילדים?

במדינת ישראל לפרנס את בניהם עד לגיל שמונה-עשרה שנה לפי שיעור יחסי של הכנסותיהם⁹².

ועוד מקיש ד"ר גילת, תוך הפניה לדעת הרב שאול ישראל⁹³, כי החלוקה השוויונית מדין צדקה בין האב לאם ביחס למזונות הילד, תקפה מבחינת ההלכה:

"...מאחר שהיא פרי אומד דעתן של רובן המוחלט של הנשים בימינו, המנהלות אורח חיים עצמאי לחלוטין... ומשתכרות בפני עצמן ופעמים יותר מבעליהן... משום כך, צודק ונכון להימשך אחר אומד דעתן ולחייבן בהזנת ילדיהן הקטנים לפי אמידותן. ולא זו בלבד, אלא דומה שחוק אזורתי זה, המשווה בין האב לאם באשר לחיובם במזונות ילדיהם, משפיע על הדין הדתי לסטות מדרכו הישנה ולחייב בשווה, ולו רק מטעם צדקה, גם את האם..."⁹⁴

על דברים אלה יש להעיר, כי אומד דעת כללי אינו בסיס ראוי בהלכה לחיוב ממון ובכלל, מניין לד"ר גילת "אומד דעתן של רובן המוחלט של הנשים בימינו"? לפיכך, יש לומר כי המקור לחיוב האם במזונות הילד הוא "תיקון תשמ"א" לחוק המזונות, ומבחינת דין צדקה בהלכה, ניתן להקיש על-פי דברי הרב הראשי לשעבר א"כ שפירא שאין מניעה לחוק של הכנסת, הכופה על אם יהודיה להשתתף בחיוב מזונות ילדיה.

יש לציין, בהקשר זה, את מחלוקת המלומדים בענין יחס ההלכה לחוקי הכנסת. יעקב בלידשטיין כותב:

"כי חוקי המדינה זוכים להסכמה הלכתית 'דה פקטו' גם אם נמנעת ההסכמה 'דה יורה' [וכן מבחינה זאת מצטייר הדיון בלגיטמיות ההלכתית של המדינה כדיון עקר ובלתי רלוונטי למציאות]"⁹⁵.

אולם, פרופ' שוחטמן חולק עליו וסובר כי עמדה זו לגבי יחס ההלכה לחוקי הכנסת, "נכונה רק ביחס לתחום המשפט הציבורי"⁹⁶.

לסיום הדיון בענין מזונות ילדים יאמר כי הפסיקה האזרחית, המייחסת להלכה

92 גילת, לעיל הערה 19, בע' 502-503.

93 ראו לעיל ליד הערה 48.

94 גילת, לעיל הערה 19, בע' 507.

95 " בלידשטיין "מדינת ישראל בפסיקה ההלכתית" דיני ישראל יג-יד (תשמ"ו-תשמ"ח) כ"ג.

96 א' שוחטמן "הכרת ההלכה בחוקי מדינת ישראל" שנתון המשפט העברי טז-יז, (תש"ן-תשנ"א) 417, סיכום ומסקנות בע' 496. ועיינו גם: הרב ד' ליאור "יחס ההלכה לחוקי המדינה" תחומין ג (תשמ"ב) 247; הרב א' כהנא-שפירא "מבט תורני על חוקי המדינה והתקנת תקנות בימינו" תחומין ג (תשמ"ב) 238.

שוויון בין האב והאם כדין צדקה כלפי ילדיהם, מצביעה על "מאמץ להשוואת מעמד האם למעמד האב"⁹⁷, וכתוצאה מכך הפסיקה האזרחית מורכבת עד כדי קונסטרוקציה המביאה לתוצאה שוויונית לעניין חובת המזונות של האב והאם כלפי ילדיהם, שאין לה סימוכין ראויים בהלכה. האם היהודיה אינה חייבת במזונות ילדיה, ואף דין צדקה של האם, להבדיל מן האב, אינו חיוב במובן סעיף 3(ב) לחוק המזונות. ולפיכך, מן הראוי לפרש כי חוק המזונות, על תיקוניו, מטיל גם על אם יהודיה חיוב להשתתף במזונות ילדיה מכוח עקרון היכולת היחסית.

5. שוויון האב והאם בדיני החזקת ילדים

התחום השני שבו קיימות אפליות בדיני הורים וילדים הוא בעניין משמורת הילד. חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962⁹⁸, קובע כי באין הסכם בין הורים החיים בפירוד לענין משמורת הילד, יקבע בית-המשפט את הסדר המשמורת "כפי שייראה לו לטובת הקטין ובלבד שילדים עד גיל שש יהיו אצל אמם, אם אין סיבות מיוחדות להורות אחרת"⁹⁹.

כלל זה ידוע כ"חזקת הגיל הרך" והוא מעניק עדיפות כללית לאם, למעשה אף מעל גיל שש: אם ההורים נפרדו לפני שהילד הגיע לגיל 6, הילד נשאר אצל האם. כשהילד מגיע לגיל 6, סיכויי האב לקבל את הילד להחזקתו, אם המסוגלות ההורית של שני ההורים שווה, נחותים. טובת הילד מחייבת יציבות ורציפות באופן שהאם, שהילד נמצא במשמורתה עד גיל שש, נמצאת ביתרון, במובן זה, גם מעל גיל 6.

סבורני, כי אין הצדקה וצורך לאפליה זו. בחברה המודרנית גדל חלקו של האב באחריות הטיפולית, ושני ההורים ממלאים את חובת המשמורת עד כדי שוויון במילוי חובת המשמורת, ויש לטפח שוויוניות זו ככל האפשר, אפילו במצבי פירוד. עקרון טובת הילד הוא מבחן, שבאמצעותו ניתן להכריע סכסוכי משמורת, ללא צורך בהעדפה של האם מכוח החוק. ברוב מדינות ארצות-הברית, לדוגמא, בוטלה חזקת הגיל הרך. לאחרונה נידונה בערעור על פסק-דין בית המשפט לעניני משפחה חזקת הגיל הרך, וכך אמר בית-המשפט (מפי השופט פורת):

"...בעבר, היתה מקובלת מציאות בה מילאו הנשים בפועל את תפקיד הטיפול בילדים בעוד האבות השקיעו בחיפוש אחר פרנסה. אולם, מגמה זו השתנתה. קיים שוויון בין הורים בכל הנוגע לזכות ולאחריות למילוי

97 כלשון גילת, לעיל הערה 19, בע' 503.

98 ס"ח 120. להלן: "חוק הכשרות המשפטית".

99 סעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית.

היש ליישם את עקרון השוויון בדיני הורים וילדים?

תפקיד המשמורנים. זאת בשל השינוי במציאות החיים, שבה חלפה חלוקת התפקידים המסורתית בין ההורים. יתר-על-כן, גם התרבו דעות המרביות בחשיבותו של האב בחיי הילד... לדעתי, אין אמנם אפשרות להתעלם מקיום החזקה שבסעיף 25 לחוק, אולם, המשקל שינתן לחזקה לא צריך להיות מוגזם ויש לתת משקל גם לכל שאר השיקולים בכואנו לבחון את טובת הילד הספציפי. המציאות כיום שונה מהמציאות שבמסגרתה גובשה הדוקטרינה של חזקת הגיל הרך¹⁰⁰.

אולם, בית-המשפט העליון הפך פרשנות זו של בית-המשפט המחוזי, והחזיר את חזקת הגיל הרך למשקלה המלא, כדברי השופטת דורנר:

"... אכן, אין להמעיט מן האחריות השווה של ההורים כלפי ילדיהם המתחייבת מן השוויון בין איש לאישה וממציאות החיים במשפחה המודרנית. עם זאת, עדיין בדרך כלל הקשר בין ילדים רכים בשנים לבין אמם חזק מהקשר בינם לבין אביהם. כך עולה ממחקרים עדכניים רבים הדנים בקשר הפסיכולוגי המיוחד שנבנה בין האם לילדיה ובנוק שיש להיגרם לילדים, במיוחד בגיל הרך, מניתוקם מן האם שטיפלה בהם מאז לידתם והעניקה להם חום ואהבה, וזאת אף במקרים שבהם לאב תפקיד משמעותי בחיי הילדים... על-כן דעתי היא כי אף כיום אין להמעיט במשקלה של חזקת הגיל הרך הקבועה בסעיף 25 לחוק"¹⁰¹.

המסקנה של בית-המשפט העליון בדבר משקל חזקת הגיל הרך גם במציאות חיי המשפחה המודרניים מבוססת על דעה אחת של מומחה בארצות-הברית (1982)¹⁰². ועל כך יש מקום לביקורת: פסק-הדין אינו ער, למחקרים עדכניים בפסיכולוגיה של הילד, המאשרים, בניגוד לדעה דלעיל, כי הקשר בין ילדים רכים בשנים לבין אביהם הוא קשר דומה לקשר אל האם¹⁰³. מחקרים אלה מוסיפים שהאב מהווה גורם בעל משמעות רבה בחיי הילד הרך, וזאת אפילו במצב שבו האם נושאת באחריות הטיפולית הראשית, ואילו האב נושא באחריות הטיפולית המשנית לילד. יתר-על-כן, כששני ההורים עובדים ונעדרים רוב שעות היום מן הבית, ושניהם מתחלקים באחריות הטיפולית לילד, קשר הילד לשני הוריו יכול שיהיה שווה או דומה, באופן שמלכתחילה, מבחינת הפסיכולוגיה של הילד, אין לאחד תקופת ההנקה, עדיפות לאם בסכסוך משמורת.

100 ערעור משפחה 1125/99 (פסק-דין מיום 28.5.00, טרם פורסם) בע' 24-25 לפסק-הדין.

101 רע"א 4575/00 פלונית נ' אלמוני, פ"ד נה (2) 321, 331-332.

R. Laing Klaff "The Tender Years Doctrine: A Defense" 70 *Cal. L. Rev.* (1982) 335, 102, 347.

R. A. Tompson "The Father's Case in Child Custody Disputes: The Contributions of Psychological Research" in: *Fatherhood and Family Policy* (1990) 53-100.

מיכאל קורינאלדי

לפיכך, לדעתי, יש להעדיף את הפרשנות המצמצמת של השופט פורת או לתקן את סעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית. אין כלל צורך בחזקת הגיל הרך, שכן העיקרון של טובת הילד הוא המבחן הראוי להכרעה בסכסוכי משמורת, אפילו בגיל רך. אם, מבחינת טובת הילד, רצוי שהוא ימצא במשמורת האם דווקא, הרי ממילא יש להכריע כך, ואין צורך לתלות זאת בעדיפות של האם על פני האב. יש לשמור על עקרון השוויון גם בתחום זה, כמו בכל תחום אחר¹⁰⁴.

לסיום, יאמר כי עד היום, עקרון השוויון בדיני משפחה אינו מיושם כראוי: עדיין אין שוויון מינים בתחומים מרכזיים בדיני המשפחה, כגון בדיני מזונות והחזקת ילדים. דרוש תיקון העניינים שבהם קיימת אפליה בין המינים ויישום עקרון השוויון, באמצעות חקיקה או בדרך פרשנות שיפוטית. יש לצפות כי פעולת בית-המשפט לעניני משפחה תביא לחידוש לא רק בתחומי הדין והצד הטיפולי, אלא גם ביישום המגמות החדשות בדיני הורים וילדים¹⁰⁵, ויפה שעה אחת קודם.

104 מטעמים אלה לא אוזכרו בחוק הכשרות המשפטית חזקות אחרות שמקורן בהלכה: "הבת אצל אמה לעולם" והבן, לאחר גיל 6, אצל אביו. לא אכנס כאן לכך מקוצר היריעה.
105 על מגמות חדשות אלה, עיינו גם במאמרו של מ' קורינאלדי "מגמות חדשות בדיני החזקת ילדים" המשפט (טרם פורסם, גיליון מס' 12, 44), וזאת בענין הילד כבעל דין נפרד בעניני החזקתו.