

יחסי הורים וילדים-הסדרי שהות בזמן גירושין

טובת הילד או טובת ההורים או טובת שניהם

אוריאל אליהו

א. הקדמה

במאמר זה נעסוק בשאלה בה עסוקות ערכאות השיפוט, באשר לזמני השהות של הקטין אצל כ"א מהוריו, כאשר המשפחה מתפרקת רח"ל, זוהי אחת הסוגיות הבווערות והאמוציונליות ביותר, ואולי אף הסוגיה הקשה, הנפיצה והכואבת ביותר.

סביב שאלת המשמורת וזמני השהות, מתרחשות, לעיתים קרובות, מלחמות עזות ועקובות מדם, בהם כל הצדדים נפגעים, נפשית פיזית ורוחנית, הן האב הן האם והן הילדים.

בקשות לצווי הרחקה והגנה, אמיתיות ושקריות, מוגשות מדי יום, השמצות והשלכת רפש של אחד מההורים על משנהו, ניכור הילדים והרחקתם מההורה השני, לפעמים עד כדי יצירת שנאה, בוז, ופחד או שלושתם גם יחד מהקטינים כלפי אחד ההורים, הינם דבר מצוי מאד.

אב או אם שעד אתמול היו ההורים הכי טובים לילדיהם, מוצגים לפתע כאויבי הילד והופכים לאישיות ה'מסוכנת' ביותר בשביל יוצאי חלציהם בשר מברשם.

לפתע עם פתיחת הליך הגירושין, האדם שהיה עד כה המשענת היציבה של הילד ומי שהיה אמון על בטחונו האישי, טובתו ורווחתו, הופך בן רגע לאדם אותו יש להרחיק מהילד, ולהעניק לו 'הסדרי ראייה' משל היה אסיר מסוכן או עבריין צמרת, פיקוח, צד ג' מרכזי קשר וכדומה.

לפתע, מהורה נותן מעניק ושומר, הופך ההורה לתלוי בחסדיהם ודעתם של שופטים, דיינים עובדות סוציאליות, מכונים לבדיקת מסוגלות הורית ומסוכנות, פסיכולוגים ופקידי בתי המשפט.

הורותו ואפוטרופסותו הטבעית והחוקית של ההורה נשללות ממנו, ומעתה, מי שתיקבע את טובתו של הילד ואת מהות הקשר בין הילד להורה, תהיה המדינה, באמצעות זרועותיה השלטוניות, שהם רשויות השיפוט והרווחה.

חינוכו, ערכיו וגידולו של הילד כבר אינם בידי ההורה אלא בידי הנ"ל, ובית המשפט הוא שיקבע מהם הערכים, דרכי החינוך ומקומות הלימוד בהם יגדל הקטין.

זאת ועוד, מעתה תבחן טובת הילד כפי הנראה לנ"ל, ואילו רגשותיו, רצונותיו, זכויותיו וטובתו של ההורה אינם פרמטר לשיקול אלא אך ורק כפי מה שהינן לתועלת הקטין.

מציאות זו מוסברת בכך שבתי המשפט והדין הינם 'אביהן של יתומים', ומשכך, הם ורק הם אמונים לדאוג לטובת הקטין ורווחתו חלף הוריו, תפיסה המושתתת, לכאורה, על ההלכה היהודית הקובעת כי 'טובת הילד' עומדת במרכז השיח והדין.

התנהלות זו נכונה הן ביחס לאימהות והן ביחס לאבות, אך, ישנה הטיה מובהקת לטובת האימהות, מתוך הנחה, מוטעית, לדעת, כי האמא יודעת יותר לטפל בילד, לחנכו ולדאוג לטובתו, ואילו האב הינה הורה שאינו כשיר אא"כ יוכיח אחרת, ולכן מציאות זו פוגעת כמעט רק באבות ובקשר שלהם עם ילדיהם¹.

אין ספק שישנו כיום שינוי משמעותי במגמה בקרב מערכות השיפוט והרווחה, בבתי המשפט ובעקבותיהם בבתי הדין, לפחות בחלק מההרכבים, אך עדיין השיח הינו אך ורק סביב 'טובת הילד'.

במאמר זה אנסה לשרטט מבט הלכתי, תורני ואנושי כולל יותר.

נטען כי טובת הילד הינה מושג תלוי זמן, מקום ומנהג, וכי חז"ל הורו לנו שהלכה זו אינה קבועה במסורות.

נטען כי על פי היהדות להורים בכלל ולאב בפרט ישנן 'זכויות' הקודמות לעיתים ל'טובת הילד'.

¹ עיין בזה דברים שכתבנו בעניין צווי הגנה בתיק ביה"ד הרבני נתניה מס' 1289797/5.

נטען כי אדרבא, כיום טובת ההורים וטובת הילד משתלבות זו בזו, כך שאין צורך יותר בדיון דיכוטומי המעמיד את טובת הילד מול טובת ההורה ובוחר בטובת הילד.

מאמר זה נכתב כפס"ד בתיק 1309106 וכנימוקים לפס"ד בתיק 1204754/7, שניהם מביה"ד הרבני נתניה ובשניהם הכותב היה בדעת מיעוט².

² המאמר נכתב כנגד הדעה כי אין לזוז מדברי השו"ע ואין לאפשר לינה של קטני קטנים אצל האב ואף לא של ילדים מעל גיל שש, כנגד הדעה התולה בדברי מרן השו"ע שלילה גורפת של משמורת משותפת וזמני שהות שווים. הדברים נכתבו כמענה לנימוקי החולקים בפסק הדין ומכאן שהסיגנון שונה קצת ממאמר רגיל והינו מעט יותר פולמוסי.

ב. החזקת ילדים – טובת הילד

סוגיית החזקת הילדים, חלוקת זמני השהות וקביעת מקום ההורים בחיי ילדיהם הינה סוגיא העולה יום יום על שולחן ביה"ד.

מקובל להניח, כי השיקול היחידי אותו יש לשקול ולקחת בחשבון הינו שיקול 'טובת הילד' בלבד ללא התחשבות כלל בשאלת 'טובת ההורה', אך, לקמן נראה כי אין זו דרכה של תורה.

מקור הדברים בקביעת חז"ל כי הבת אצל אימה לעולם (כתובות קב ב, רמב"ם אישות כא יז, שו"ע אהע"ז פב ז).

ונחלקו בזה הגאונים והראשונים.

יש אומרים דמיירי רק באלמנה, אך, בגרושה ודאי שהבת אצל האב, שהרי האיש זכאי בביתו וכו' וכך דעתם של רש"י (שם קב: ד"ה זאת) ותוס' רי"ד (שם ד"ה לא יאמר), דמוקמי לסוגיית ביתומה מאב, דעדיפא האם על פני האחים, והרא"ש והטור הביאו דעה זו ב"א, וכן דעת הר"ן (כתובות סא ב בדפי הרי"ף), וכן נראה בדעת רבינו יהונתן מלוניל(על הרי"ף שם) וכן דעת בה"ג הל' כתובות שצא.

יש אומרים דמיירי גם בגרושה, כך סבר הרמ"ה (הובא ברא"ש ובטור), ותשובת גאון(שערי צדק ד ד מו) וכך גם ברמב"ם ובשו"ע הנ"ל פסקו דגם בגרושה מיירי.

יש המכריעים שבן אצל האב אפילו בפחות מבן שש ואילו הבת אצל האם כאשר האם מצויה בבית ומלמדתה דרכי נשים וצניעות, כ"פ הראב"ד(הל' אישות שם) והרא"ש בשו"ת(כלל פב סי' ב)³.

ועיין שם בשו"ת הרא"ש שם שפסק כראב"ד שהבן משנגמל אצל אביו ולא אצל אימו, ואפילו פחות מגיל שש, ואילו בבת שיש צורך בכך "שהאם מצויה אצלה בבית יותר מן האב שהוא יוצא למלאכתו ולעסקיו והאם משמרתה ומלמדתה צניעות וארח הנשים. אבל בן שהאב חייב ללמדו תורה ולחנכו למצות צריך שיהא אצל אביו", דהיינו, שאין לאם עדיפות על האב, אדרבא האב עדיף, אלא שבבת שבבת כאשר האם מצויה בבית ומלמדת אותה צניעות ואורח נשים, תשהה עמה.

שיטת הראשונים הנ"ל הסוברת שבגרושה הבת והבן תמיד אצל האב לא נדחתה לגמרי ולעיתים מצרפים אותה להלכה,

כ"כ הגרא"י ולדנברג בפד"ר חלק יג עמוד 24 והסכימו עמו הגר"ע יוסף והגר"י קולין וז"ל

כדאי להזכיר גם זאת, דבעצם הדין הנאמר בגמרא שהבת אצל אמה לעולם. ישנם כמה מהראשונים שסוברים שהמדובר הוא באלמנה, אבל בגרושה ליכא בכלל הדין הזה. והשתמש בזה בתורת סניף לחיזוק הטענה שהאם לא תוכל להוציאה לעיר אחרת בשו"ת המהרשד"ם בתשובתו שם. ועיין בספר "ברכות מים" חאה"ע סי' פ"ב שמסביר דעת הסוברים שלא נאמר זה אלא באלמנה, מפני שדוקא לגבי אחים דעת הבת קרובה יותר אצל אמה, אבל במקום שיש אב דעתה נמי קרובה אצל אביה והוא קודם כרחם אב, ומשום הכי בגרושה תהיה אצל אביה. ועוד זאת, מפני שבמקום שיש אב הוא משגיח ללמדה ומיראת אביה היא תלמד ע"ש. וכ"ז שייך לדרוש לסניף גם בנידוננו. ועוד יתירה מזו, כי אצלנו המדובר אפילו לא בגרושה כי אם כשהלכה מבית בעלה וגרה בנפרד, וכדכותב בספר "ברכות מים" שם דיתכן שדעת הרא"ש הסובר שזה נאמר באלמנה דבא לאפוקי בזה כשהם רק בפירוד ואז בדין הוא שתהא אצל האב, יעו"ש באריכות דבריו.

כלומר, ששיטת הראשונים, שלעולם הבן והבת אצל אביהם, ורק באלמנה אמרו שהבת אצל האם ולא אצל משפחת האב, לא נדחתה מן ההלכה לגמרי, וכל שכן שא"א לטעון שאיננה כלולה בדעת חז"ל.

³ ועיין בלבב דוד, לחכם רבי דוד מועטי זצ"ל מגדולי רבני איזמיר לפני כ 270 שנה, שתלה את מחלוקת רש"י והרא"ש לעומת הרמ"ה בגרסאות בגמרא, וס"ל ששיטת רש"י ניתנת להבנה לפי שתי הגרסאות, ומבואר בדבריו דס"ל שעיקר הדין להיות אצל האב, אא"כ יש סיבה, כגון חשש רציחה וכדומה, עיי"ש.

ומבארים הראשל"צ⁴ רבנו משה יוסף מרדכי מיוחס זצ"ל בספרו ברכות המים והציץ אליעזר, ששני טעמים ישנם להעדפת האב על פני האם, האחד עקרוני שרחמי אב עדיפים, והשני, משום שהוא יחנכה לתורה ומצוות.

על כל פנים, שיטת ההלכה הפשוטה היא, כי עד גיל שש הקטינים אצל האם, ומעל גיל שש הבנים אצל האב והבנות אצל האם, עיין רמב"ם ושו"ע שם.

אלא שהראשונים ביארו שזוהי אינה תקנה קבועה ומחייבת אלא כפי טובת הילד.

הפוסקים נתנו מספר טעמים בתקנה זו 'דמגמרה לה כל מילי דנהיגי בנשי' (הלכות גדולות הל' כתובות), 'מפני הנהגת טכסיסיה במלאכה ובצניעות' (מאירי שם בסוגיא), 'כדי שתתייטר מאמה ולא תאחז בידה דרך פריצות' (שיטמ"ק שם בשם רש"י מהדו"ק), 'כדי שתרגיל האם לבת, ותלמדה דרך נשים, ושלא תרגיל עצמה בפריצות' (תשובות המיוחסות לרמב"ן סי' ל"ח) או משום 'שהאם מצויה אצלה בבית יותר מן האב שהוא יוצא למלאכתו ולעסקיו, והאם משמרתה ומלמדתה צניעות ואורח הנשים' (שו"ת הרא"ש כלל פ"ב ס"ב).

לנוכח העובדה שהנימוק לשהות הבת אצל האם וכן לחזקת הגיל הרך הינה יכולת ההורה לחנך את הילד ולטפל בו, נחלקו הרמב"ם והראב"ד ביחס לילד מתחת גיל שש.

הרמב"ם הלכות אישות פרק כא הלכה יז כתב

שלמו חדשיו וגמלתו אם רצת המגורשת שיהיה בנה אצלה אין מפרישין אותו ממנה עד שיהיה בן שש שנים גמורות אלא כופין את אביו ונותן לו מזונות והוא אצל אמו, ואחר שש שנים יש לאב לומר אם הוא אצלי אתן לו מזונות ואם הוא אצל אמו איני נותן לו כלום, והבת אצל אמה לעולם ואפילו לאחר שש.

וחלק עליו הראב"ד וכתב

א"א אין הדעת סובלת שנכוף את האב להפריד בנו ממנו עד שיהא בן שש והלא הוא חייב לחנכו תורה בן ארבע ובן חמש ואיך יחנכנו והוא גדל בין הנשים.

ותירץ המגיד משנה שאכן הרמב"ם מסכים עקרונית לסברת הראב"ד אלא שניתן לחנך את הילד בזמנים שהם אצלו וז"ל שם

ואין זה קושיא שחינוך זה אפילו הוא אצל האם יכול הוא לחנכו לפעמים לכשיבא אצלו:

אתה הרואה שגם הרמב"ם וגם הראב"ד מסכימים שאין לקבוע מסמרות וממילא אין ספק שיש לבחון את צורת החיים בימי חז"ל והראשונים ביחס לימינו אנו.

ואכן, כתבו הראשונים כי חז"ל לא קבעו מסמרות בנושא זה, וכי הדבר הקובע הינו שיקול דעת ביה"ד לאור התרשמותו ביחס לטובת הילד, אין כאן תקנה או 'מצוה' אלא התבוננות בטובת הילד בהתאם לזמן למקום לנוהג וליכולות ההורים.

כך ביאר בשו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן סימן לח,

ולעולם צריך לדקדק בכלל לדברים אלו אחר מה שיראה בעיני ב"ד בכל מקום ומקום שיש בו יותר תיקון ליתומים. שב"ד אביהם של יתומים לחזור אחר תקונן.

וכך כתבו פוסקים רבים ובראשם בשו"ת מהרשד"ם אהע"ז קכג, המהר"י בן לב (בשו"ת חלק א' סימן נ"ח) ובשו"ת הרדב"ז (חלק א' סימן ש"ס ובחלק ג' סימן ת"ח (תתנ"א)).

וברמ"א על השולחן ערוך (אבן העזר סימן פב סעיף ז בשם המהר"ם פדוואה סימן צג, בקשר לדין דין בת אצל האם): "ודוקא שנראה לבית הדין שטוב לבת להיות עם אמה, אבל אם נראה להם שטוב לה יותר לישיב עם בית אביה, אין האם יכולה לכוף שתהיה עמה."

ועיין בפסקי דין רבניים חלק א (בעמוד 61), בפד"ר א' (עמוד 75), בפד"ר חלק א' (עמוד 157), בפד"ר חלק ב' (עמוד 327), וכן בפסקי דין רבניים חלק ג (פסק דין בעמוד 358), בפד"ר חלק יא (בעמוד 368) ועוד.

⁴ הראשון לציון ה 14 מגדולי חכמי ירושלים לפני כ 250 שנה.

אם כן, אין ספק, שטובת הילד הינה שיקול מרכזי בנושא זה, אך, אדרבא, לימדו אותנו הראשונים שאין לנו אלא שיקול מה נכון לכל ילד עם הוריו הספציפיים, יכולותיהם והקשר שלהם עם הילד הוא הקובע.

ואכן, מנהג בתי הדין כיום להתחשב בהמלצות שירותי הרווחה תוך הבנה שטובת הילד כיום איננה כפי שהיתה בעבר.

יתירה מזאת, לא מצינו אף פסק דין, בעשרות השנים האחרונות, הקובע באופן גורף, שבירת המחלוקת הינה שהבנים ישהו אצל האב לבדו במשמורת מלאה עם ביקורים לאם, למרות ההלכה המפורשת בזה.

ולחסביר את מנהג בתי הדין הרואה בזמני שהות נרחבים אצל שני ההורים הסדר נכון ומיטיב לקטינים ונוטה מההלכה הפשוטה בשו"ע אפשר לומר כדלקמן.

אינו דומה אב שמתקיים בו 'תזרח השמש יאספון ואל מעונתם ירצון יצא אדם לפעלו ולעבודתו עדי ערב' (תהילים קד), העובד מ'צאת החמה עד צאת הנשמה' לעומת האבות כיום שפנויים הרבה יותר לילדיהם.

ומנגד אינו דומה מצב האימהות בזמן חז"ל, שהיו פנויות לילדיהן כל היום, וקיימו בעצמן 'כל כבודה בת מלך פנימה' (תהילים מה) ו'אשתך כגפן פוריה ברכתי ביתך' (תהילים קכח), אימהות ששהו כל היום בביתן ועסקו בגידול הילדים וחינוכם, למצב כיום, שלרוב, האימהות יוצאות גם הן לעבודה, לעיתים אף יותר שעות מהאבות, כך שגם הן לא פנויות דיין לילדים.

אינו דומה המצב בזמן חז"ל, שלא היו מסגרות לימוד מסודרות והילדים 'הסתובבו' בבית או ברחובות והפקדתם אצל האב הייתה מביאה להזנחה ופגיעה בילדים, למצב בימינו ששני ההורים עובדים ושישנן מסגרות לימוד מסודרות ואף צהרונים וכדומה.

אינו דומה חוסר השותפות של האב בטיפול בילדים בעבר, למעורבותם הגדולה של אבות רבים כיום, כולל מקלחות, החלפת טיטולים הכנת והגשת אוכל וכדומה.

תמהני על חלק מחברי, שכאשר מדובר על קטני קטינים, הינם נצמדים להלכה ומקבלים את דרישת האימהות באופן גורף, ואילו בבנים מעל גיל שש אינם מקבלים את ההלכה הקובעת ברורות שהבן ישהו אצל אביו, ואף פוטרת את האב מלזון אותו אצל אימו, כאן לפתע נכנס שיקול 'טובת הילד', שהאמא יותר יודעת לטפל בו או שאין לנתק בין הקטינים, וכי בזה לא מספיקה לנו חכמתם של חז"ל? שהרי ברור שגם הרמב"ם והשו"ע הבינו שכאשר הבנות נמצאות עם אימן לעולם והבנים בגיל שש חוזרים לאביהם לעולם, הרי הם מתנתקים זה מזה, ואעפ"כ לא הגדירו זאת כ'טובת הילד' שלא יתנתקו, ולהיפך הם טענו שאם האם מתעקשת להשאיר את הבנים אצלה כדי לא לנתק ביניהם האב יהיה פטור מלזון את בניו, והאב יכול לכופף את האם שהבן יהיה עמו לעולם (חלקת מחוקק פב ט), וכי זאת התורה כן תהייה מוחלפת? אתמהא!

על כל פנים, משמע שטובת הילד איננה העדפה רגעית מקומית של הילד אלא שיקול רחב יותר. וכל עוד לא גורמים רע לילד השיקול הכללי גובר על השיקול הפרטי.

נראה על פניו שהנטייה לטובת האם במסווה היצמדות לדברי חז"ל הינה מס שפתיים המכסה על אג'נדה מסויימת, הנתלית בדברי חז"ל כאשר הם מתאימים לאג'נדה ונוטה מהם כאשר אינם מתאימים.

בצער רב נתקל אני באופן שיטתי, כי הנטייה האוטומטית לטובת הצד הנשי, הינה מובנת ושיטתית, ובהתאם להטייה זו יהיו הלכות מחייבות ויהיו כאלה שלא, וכבר אמר רבי אחא בר חנינא: "מאי דכתיב ורועה זונות יאבד הון, כל האומר שמועה זו נאה, וזו אינה נאה - מאבד הונה של תורה" (עירובין דף סד עמוד א).

לאור זאת, שהראשונים והאחרונים קבעו מפורשות, כי סוגיא זו צריכה להיבחן כפי ראות עיני בי"ד בטובת הילד בכל דור ודור, הרי שנכון להיעזר באנשי חינוך, פסיכולוגים, עובדים סוציאליים וכדומה, שהם אלו שנפגשים עם הילדים בכל סוגי הסדרי השהות וצופים בתוצאות של הסדרים השונים.

אמנם יש האומרים ש'בתוך עמם הם יושבים', אך, בפועל, אין ספק שאנשי המקצוע פוגשים את ההורים ואת הקטינים בעצמם, ויודעים להתרשם בכל מקרה ספציפי מה נכון.

יתירה מזאת, אנשי המקצוע, מתוך ניסיונם הרב לאורך שנים יכולים לשקף את הנורמה המיטיבה ביותר עם הקטינים על דרך כלל, לנוכח צורת החיים המשפחתית בדור שלנו.

ישנה הסכמה גורפת של מומחי הפסיכולוגיה והחינוך, כי כיום מציאות של הורה עיקרי והורה טפל הינה נוגדת את טובת הילדים, וכי זמני שהות נרחבים הכוללים לינה משמעותית אצל שני ההורים, לרבות בתינוקות קטנים, הינה טובתו המובהקת של הילד, בפרט לנוכח השינויים שהצבענו עליהם לעיל, דהיינו, שותפות האבות בטיפול בילדים ומסוגלותם ההורית, יציאת האימהות גם הן לעבודה מחוץ לבית וקיום מסגרות חינוך.

אין לי ספק שצורת החיים כיום אצל רוב המשפחות, מאששת את הגישה הזו, ומוכיחה כי אינה נובעת מאג'נדת השיוויון, שאינה רואה הבדל בין אבא לאמא, אלא, אדרבא, גישה זו מתאימה לגישה המסורתית מדורי דורות 'זכר ונקבה בראם ויקרא את שמם אדם', ולהבנה כי אבא ואמא שונים במהותם, והילד זקוק באופן קריטי למה שהאב יכול לתת לו בהיותו אבא וגבר ולמה שהאם יכולה לתת לו בהיותה אמא ואישה.

אכן, בשנת תשס"ד (2014) יצא 'מסמך ההסכמה' של 111 מומחים מכל העולם המאגד מחקרים ותצפיות רבות על ילדים להורים גרושים ובוחרן את השלכותיהם של הסדרי שהות שונים על בריאותם הנפשית של הילדים בילדותם ובבגרותם, על יכולותיהם החברתיות, מסוגלותם לקיים חיי נישואין יציבים, מסוגלותם ההורית, הקשר שלהם להוריהם, האושר שלהם, הצלחתם במקומות עבודתם ובחייהם החברתיים ועוד ועוד.

להלן הנקודות העיקריות העולות מתיכול שלל המחקרים מארצות רבות, ולאורך שנים רבות, ביחס לילדים להורים גרושים, כפי שמסכם פרופסור אבי שגיא-שורץ, המרכז לחקר התפתחות הילד והחוג לפסיכולוגיה באוניברסיטת חיפה את מסקנות המחקרים:

1. בדיוק כפי שאנו מעודדים את שני ההורים במשפחות שלמות לחלוק טיפול בילד, אנו סבורים כי הראיות של מדעי החברה ביחס להתפתחות יחסי הורה-ילד בריאים והתועלת לטווח ארוך של יחסים אלו תומכות בכיוון דומה גם במצבי פרידה. לכן, הורות המבוססת על חלוקת זמן שווה פחות או יותר צריכה להיות הנורמה עבור תוכניות הורות לילדים בכל הגילים, כולל ילדים צעירים מאוד. אנו גם מכירים בכך שמקצת ההורים והמצבים אינם מתאימים להורות על פיה כל הורה הוא שותף שווה כפי שעולה גם בסעיף 7 להלן.
2. ילדים צעירים יוצאים נשכרים כאשר שני הורים בעלי מסוגלות נוהגים על פי תוכנית הורות המספקת להם קשר מאוזן ומשמעותי עם כל אחד מהם, תוך הימנעות מתכנית אחת הקוראת לחלוקה ספציפית של זמן הנכפית על כל המשפחות. התנהגות הורית יציבה, צפויה ורגישה, המביעה חיבה, היא תנאי חשוב להבטחת יחסי הורה-ילד משמעותיים, בטוחים ובריאים. בספרות המבוססת על מחקר תקף אין כיום שום בסיס לדרג באופן מגדרי האם אבות או אמהות הן דמויות עיקריות או שניוניות בעניין חשיבותן להתפתחות הבריאה של ילדיהם.
3. באופן כללי, התוצאות של המחקרים שעליהם מתבסס מסמך זה תומכות בתוכניות הורות המאזנות באופן שווה יותר את זמנם של ילדים צעירים בין שני הבעלים. תיאוריות של התפתחות רגשית-חברתית ונתוני מחקר סביב תיאוריות אלה מוכיחים כי תינוקות יוצרים בדרך כלל התקשרות לשני ההורים, וכי היעדרותו של הורה מסוים לתקופות ממושכות מסכנת את היכולת לפתח התקשרות בטוחה עם אותו הורה. ראיות בנוגע למשך זמן הורות במשפחות שלמות ובנוגע להשפעתם של מעונות יום מראות כי שהייה עם ילדים ותינוקות במשך מחצית מזמן היממה היא בהחלט די והותר כדי לתמוך בצורכי הילד. לפיכך, על מנת לספק לילד את מירב ההזדמנויות ליחסים טובים ובטוחים עם כל אחד מן ההורים, אנו מעודדים את שני ההורים להעניק זמן מרבי של שהות עם ילדיהם. אין להורים כל סיבה לדאגה אם הם חולקים שווה בשווה את זמן ההורות כאשר זה תואם ללוגיסטיקה של לוח הזמנים של כל אחד מן ההורים.
4. מחקר על לינות לילה של ילדים עם אבות תומך בכך שילדים מתחת לגיל ארבע יכולים להיות מטופלים בלילה על ידי כל אחד מן ההורים, במקום להיות כל לילה רק בבית אחד.

אנו מוצאים כי עבור רוב הילדים הצעירים השיקולים התיאורטיים והמעשיים לטובת לינות לילה בשני בתים הם משכנעים יותר מאשר דאגות כי לינות לילה בחלוקה שכזו עלולות לסכן את התפתחותם של הילדים. שיקולים מעשיים נעשים רלוונטיים כאשר מתאימים תוכנית הורות עבור ילדים צעירים לנסיבות של ההורים. שיקולים מסוג זה עלולים גם לא להתגלות בתנאי מעבדה וגם לא להימדד באופן מספק על ידי מחקרים קיימים, אולם אפשר לזהותם על ידי ההורים והיועצים החיוביים לוודא את היתכנות החלופות של תוכנית הורות כזאת או אחרת (Ludolph, 2012). לינות לילה מועילות כאשר הן מתואמות עם הלוגיטיקה של חלוקת זמן ההורות. סביר כי הורים לילדים צעירים, יותר מאשר הורים לילדים מבוגרים יותר, נמצאים בשלב מוקדם בקריירה או בעיסוק שלהם, יותר מאשר הורים לילדים מבוגרים, כך שיש להם פחות גמישות ושליטה על לוחות הזמנים של עבודתם. תוכניות הורות המציעות לאב ולילד להיות ביחד במשך פרקי זמן קצרים של שעות פעמיים או שלוש פעמים בשבוע, עלולות ליצור לחץ לא רצוי על הקשר עם הילד. הבה נחשוב על הלוגיטיקה שכרוכה בהעמסת התינוק והחפצים הנחוצים במכונית, נסיעה למקום מגוריו של האב, פריקת כל הכבודה מן המכונית, האכלת התינוק וסיוע לו בהסתגלות לסביבה. כאשר האב צריך להחזיר את הילד תוך שעותיים מזמן איסופו, הרי שנותר זמן מועט לפיתוח יחסי גומלין נינוחים. לינות לילה מסייעות להפחתת המתח הנלווה לחיפזון הכרוך בהחזרת הילד, ולכן הן תורמות לשיפור איכות הקשר ושביעות הרצון ממנו הן עבור ההורה והן עבור הילד.

5. לינות הלילה מאפשרות לילד להשתקע בבית האב, אשר ייעשה מוכר יותר לילד השוהה באופן סדיר בלילה בבית, זאת בהשוואה לילד אשר לרשותו רק פרקי זמן קצרים של שעה אחת בבית (בהתחשב בזמן שנדרש לתעבורה ולהכנה לנסיעה בחזרה). המרחבים הפיזיים שבמסגרתם מתרחש קשר הורה-ילד, אם אינם הולמים, משפיעים על האופי ועל סוג יחסי הגומלין, ועשויים לפגוע בהתאמה בזהות האב או האם כהורה (Fox, 2005). השהות בלילה מאפשרת גם לאב וגם לאם להשתתף במגוון רחב יותר של פעילויות מעצבות התקשרות כגון עיסוק בטקסי השכבה לישון והרגעת הילד במקרה של התעוררויות בלילה. יתרון נוסף של לינות לילה כמוצע הוא שבבוקר יכול כל אחד מן ההורים להביא את הילד אל מעון היום, הפעוטון או כל מסגרת טיפולית או חינוכית אחרת. מצב זה מקטין חשיפה של הילד למתחים הנלווים למגע הישיר של ההורים זה עם זה.

ומסכמים כותבי המחקר וכותבים:

אף על פי כן, יש להביא בחשבון את מיעוטם של המחקרים ואת מגבלותיהם, כולל תוצאות מחקר שאינן מצליחות להצביע על כך שיש באופן ישיר, ולכשעצמן, תועלת או חיסרון ללינות לילה. לכן, אנו מבקשים לציין שהמצב הנוכחי של הראיות הזמינות מקשה לתמוך במדיניות כזו או אחרת ביחס ללינות לילה. יתר על כן, קיים תיעוד נרחב לגבי פגיעות ביחסי אב-ילד בקרב הורים לא נשואים וגרושים כאשר לא מתאפשר לילד לפגוש את האב, ובמקביל ישנם גם מחקרים המצביעים על כך שלינות לילה מהוות גורם מגן שמחזק מחויבות מוגברת של האב לגידול הילד, וגם מפחיתות את השכיחות של הסתלקותו מחיי הילד. מאחר שאין מחקר המראה על סיכון כלשהו הנובע מלינות לילה, הרי שמקבלי ההחלטות צריכים להכיר בכך שמניעת לינות לילה מילדים צעירים אצל אבותיהם, יותר מאשר היא יכולה להועיל היא עלולה לסכן את איכות היחסים שמתפתחים ביניהם.

אינני טוען שהפסיכולוגים של היום חכמים יותר מחז"ל הקדושים, אלא להיפך, טוען אני כי חז"ל בחכמתם ורוח קדשם, הם עצמם הורו לנו להתייחס לכל דור ותקופה ולכל צורת חיים בהתאם לטובה הצומחת לקטינים של אותו דור, ולכן כתבו כל הפוסקים כי על ביה"ד לשקול בעצמו את טובת הילד ולא לאמץ את ברירת המחדל שאמרו חז"ל כמו שהיא.

ד. למשפחותם לבית אבותם.

זאת ועוד, מבואר בפוסקים כי מדין תורה פשוט שגם הבן וגם הבת אמורים להיות עם האב, וכי תקנת חכמים לא באה להפקיע את זכויות האב אלא לדאוג לטובת הילד, ומשכך, מובנים דברי הראשונים כי זוהי אינה תקנה מוחלטת, אדרבא זוהי תקנה 'קלה וחלושה' כמבואר להלן.

כך איתא בתשובות הגאונים (גנוזי קדם ח"ג ע' ס"ד ותשובות הגאונים מרמרשטיין סי' י"ד) תשובת מר רב יוסף גאון וז"ל:

"והכין אסיקו רבנן דמתיבתא דאורח ארעא למהוי בת אצל האם כל זמן דלא מנסבא לבעל", עכ"ל.

ובזה שכתב דאסיקו רבנן דמתיבתא, משמע להדיא דהוא דין דרבנן ואינו אלא משום דהכי אורח ארעא.

וכ"כ להדיא הבה"ג בהל' כתובות וז"ל:

"ואי איכא ינוקא ליהוי גבי אבוה, בת תקינו רבנן דתהוי גבי אמה דמגמרה לה כל מילי דנהיגי בנשי אבל בן אצל האב", עכ"ל.

ובשו"ת רדב"ז כתב אף יותר מזה שאפילו כשהאב מת, משפחתו יכולה לעכב מהאם מלצאת מהעיר וז"ל שם:

ובטענה כל דהו יכולין לעכב כיון שאינו מן הדין שהרי למשפחותם לבית אבותם אמר רחמנא. ותו כיון דמשום תקנת הולד הוא כדאמרינן בעירובין אם ראו ב"ד שתקנת הולד הוא שלא יולכנה למקום אחר עושין. ותו דכל הדרכים בחזקת סכנה הם וכ"ש לקטנים כאשר כתב רבינו שמואל לרבי חיים והרי היא בהגהה במיימוני. ותו דהאפטרופוס וכל שכן שהוא אחי אביה צריך לפקח עליה בכל שעה. ותו שדבר ברור שאעפ"י שהדין הוא שהבת אצל אמה לעולם טעמא הוא כדי שתלמוד דרך הנשים וצניעותן ואם האם פרוצה או שפרוצים נכנסים לביתה הרשות ביד קרובים לקחתה מאצלה וזה לא יודע להם אם היא בעיר אחרת ותו דב"ד אביהם של יתומים הם ואם ראו ב"ד שזו תקנת הבת מעכבין אותה שלא תלך וכן כתוב בתשובה מיוחסת להרמב"ן ז"ל סימן ל"ח.

ובשו"ת מהרשד"ם אבהע"ז סי' קכ"ג, בנידון כעין שאלת הרדב"ז הנ"ל, הזכיר שם כמה פעמים שדין זה מתקנת חכמים ואף אינו אלא תקנה קלה וחלושה.

"הרי שנראה מדברי הר"ן שתקנה זו אינה כי אם טובה בעלמא כדי שתלמד אותה ... כי ח"ו שתקנה קלה וחלושה כזאת תתפשט כ"כ לסתור מצוה רבה כמו דירת א"י"

ובהמשך כתב:

"מי הוא זה אשר יעלה על דעתו לומר שהתורה זכתה לאב בכל אלו הזכויות ואתה רוצה לבטלן **בהבל** תקנה שאמר רב חסדא זאת אומרת מדיוקא דמתני" ... וכללא דמילתא כי כל זכות שאז"ל בדבורם הבת אצל האם, לעולם לא אמרו כן לחוב לאחרים וכו' ובזכותה דברו לא בזכות האם".

וכ"כ הגר"ע יוסף, הגרא"י ולדנברג והגר"י קולין בפד"ר חלק יג עמוד 21

הרי דברי המהרשד"ם ברור מללו דזה שהבת אצל אמה לעולם הוא רק מכח תקנה היוצאת מדיוק דמתני", אבל מעיקרא דדינא כל הזכויות בה הוא לאביה, ולכן טעות הדבר מה שהורגל בפומייהו דאינשי לומר דעי"כ שהיא אצל אמה נשללו זכויות האב בה, ובתוך זה לראות את בתו החביבה וכן לחנכה ולהשקיף על דרכיה, ושרק הבת היא שזוכה עי"כ מן האב ולא האב מן הבת, אלא אין לך אלא מה שתיקנו בלבד, דהיינו עצם המצאותה אצל אמה, אבל לא נשללו עי"כ בשום פנים יתר זכויות האב בה ובכלל זה לראותה ולחנכה לא רק לתורה ולמצוות כי אם גם לנימוסיות ואנושיות וכדומה, וגם לרבות עצם זכות הראיה והבילוי אתה, הגורמים לו שביעות וסיפוק לרחמי האב שלו המתעוררים אצלו מדי דברו ומדי זכירתו בה.

ולכן אין ביכולת האם להוליכה לעיר אחרת שע"כ לא יוכל לראותה ולהיפגש אתה. וזהו מעיקרא דדינא מה שתובע מכח הזכויות שזיכתה תורה לאב בילדיו. ומינה נקיש איפוא ונלמוד בדומה גם להיכא שהבת נמצאת בעיר, אבל שוללים ממנו מלהיפגש אתה ולחנכה וכו', ואין נפקא מינה אם זה באשמת האם, או באשמת הבת בעצמה כבנידוננו, שמזכותו של האב להתקומם נגד זה, ובאין שומע לו יוכל מעיקרא דדינא לשלול ממנה את מזונותיה. ובנקודה זאת בן ובת שוין בזה, וכשם שראינו שבבן אחר שש יכול האב לטעון אם אינו אצלי לא אתן לו מזונותיו, כך בבת כאשר מונעים ממנו זכות פגישותיו אתה יכול לומר "לא אתן לה מזונותיה עד שיחזירו לו את זכותו זאת", וכאמור זהו מעיקרא דדינא.

וכך מסיק הגר"י גולדברג בשורת הדין חלק ט עמ' צד והלאה

הנה הסיק מהרשד"ם, דמאחר דהוא תקנה גרידא משום הכי לא יעלה על הדעת לבטל זכויות האב מחמת תקנה זו, ובודאי לא אמרו כן לחוב לאחרים. מעתה אף אנו נאמר כן, מאחר דמדינא חייב האב בחינוך בתו אף לאחר גירושין, ובודאי שאם חייב בכך הרי זכותו לחנכה כדרכו, א"כ לא יעלה על הדעת שתקנה קלה וחלושה כזאת תפקיע זכותו של האב בחינוך בנותיו. ומסיק שם דמלבד הפוסקים הנ"ל דס"ל דהוא מתקנה, גם שאר גאונים וכן הרמ"ה והרמב"ם ס"ל הכי, עיי"ש בהוכחת דבריו באורך וכתב:

שהרי כתבו להדיא דהאי דינא דבת אצל אמה הוא גם בגרושה. ולכאורה יש לתמוה, הרי איתא במתני' דכתובות דף מ"ו ע"ב דהאב זכאי בבתו בקדושה ובמעשה ידיה וכן זכאי למוכרה לאמה, כדאיתא בפ"ק דקידושין. וא"כ היכי ס"ל לראשונים והגאונים הנ"ל דבת אצל אמה אף בגרושה, הרי האב יכול לטעון שזכאי שתשרתו כי זכאי למעשה ידיה וכמו"כ זכאי למוכרה ולקדשה.

ואע"פ שאין ראייה לדבר זכר לדבר איכא שכתב הרמב"ם בהלכות תשובה פרק ו הלכה א' שאדם נענש בבניו הקטנים משום ש"שבניו של אדם הקטנים שאין בהם דעת ולא הגיעו לכלל מצות כקניינו הן", מה שנאמר על האב ולא על האם.

לסיכום:

מדאורייתא הן הבנים והן הבנות 'שייכים לאב' ועליהם להימצא אצלו, אלא שחז"ל הוסיפו את 'טובת הילד' כשיקול שמוציא מדין התורה, ומצד שני סייגו את דבריהם וקבעו כי זו אינה תקנה קבועה אלא שעל ביה"ד לשקול כל פעם מחדש את טובת הילד בהתאם לדור ובהתאם למשפחה המסויימת שבפניו, וממילא כאשר נראה שטובת הילד לשהות באופן מהותי אצל האב ודאי שיש לחזור לדין התורה ולשלב בו את דברי חז"ל.

ה. טובת הילד וטובת ההורים

זאת ועוד, שיקול 'טובת הילד' אינו השיקול הבלעדי, כך לימדנו המהרשד"ם כי שיקול 'טובת הילד' אינו השיקול היחיד, משום שלאב יש זכויות בילד ואדרבא האם היא זו שאין זכויות בבן ובבת.

וכך כתב בשו"ת מהרשד"ם אהע"ז סי' קכג:

"אמנם כמו שהבן אינו יכול להוציאו מן העיר ולהעלים אותו מעיני אביו כן הבת. וא"ת ומנא לן דבן אינו יכול להוציאו האם למקום שהיא תרצה, העבודה שנראה לי שמי שיפקפק בזה אינו אלא מן המתמיהין, דכי יעלה על הדעת שלא יהיה לאדם אלא אותו בן ויחיד ורך הוא אצלו ונפשו קשורה בנפשו והיה בראותו כי אין הנער ומת אביו מצרתו ותאמר שאפילו הכי נתנו לה כח להוליכו למקום רחוק זה אין הדעת סובל בלי ספק ולא היה צריך ראייה."

הרי שהמהרשד"ם עצמו שחידש שטובת הילד הינה שיקול מרכזי הוא זה שלימד אותנו שגם טובת האב ורגשותיו הינם מרכזיים ואף גוברים על טובת הילד.

ועוד כתב מהרשד"ם בחריפות לשונו, כי הלומד מדיוקו של רב חסדא, שהשיקול היחידי הינו טובת הבת, ואילו לאב אין כל זכויות, אין זה אלא מכח ההרגל ומשום שלא ידעו להעמיק בש"ס ובפוסקים, וז"ל:

"ואני משיב להם הנה שראובן גירש את אשתו והיתה לו בת ממנה וחביבה אצלו ואתה נותן רשות לאם שתוליכנה לעבר הים ולמקום שתרצה וכו', הייטב בעיני ה', כי התורה זכה בזה כל זכות אפשרי להיות, ואתה רוצה להפסידו מכח תקנה היוצאת מכח דיוק במתני', זה ימאנהו דעתי ולא יסבלהו אילו שמעתיו מהיותו גדול בדוריני, ואין הדברים כיוצא באלו נמשכים אלא מצד ההרגל כי להיות הלשון בת אצל האם מרגלא בפומייהו והורגלו על שהבת זוכה מן האב ולא האב מן הבת, קשה בעיניהם לפרוש עצמם מן ההרגל, אמנם המעמיק בדברים ויקח אותם בשרשם מן הגמרא ומן הפוסקים ולא יטעהו ההרגל והניצוח יכיר האמת. וכללא דמילתא כי כל זכות שאז"ל בדיבורם הבת אצל האם לעולם לא אמרו כן לחוב לאחרים וכו' ואם את בעיר שאנו בה הרי יש לה תועלת הנהגתך גם תועלת השקפתנו בה ככל האפשר".

וכ"פ בשו"ת רדב"ז חלק א סימן שס

הנה ראיתי שני קונדריסין באו משלוניק על זה הענין זה אומר יכול לעכב עליה וזה אומר אין יכול לעכב עליה. ואני סובר שיכול לעכב עליה ... וליכא למימר שאביה ג"כ לא היה יכול לעכב דהבו דלא לוסיף עלה שתוכל להוליכה למקום אחר שלא מדעת אביה זו מדה גדושה היא ואין מודדין בה. הנל"ד כתבתי.

ואמנם מהריב"ל הנ"ל חלק על מהרשד"ם, אך, הפוסקים פסקו כמהרשד"ם וכפי שכתב הגר"ע יוסף ב בפד"ר (חלק יג עמוד 26):

[...] שהדבר תלוי במחלוקתם של מהריב"ל ומהרשד"ם, שלפי דברי מהריב"ל (ספר א כלל יא סימן נו) שהבת אצל אמה לעולם, ואפילו אם תלך האם לעיר אחרת הבת תהיה עמה – לפי זה גם בנדון דידן שאין הבת רוצה להתראות עמו חייב במזונותיה; אבל לפי דברי מהרשד"ם (חלק אבן העזר סימן קכג) שחולק על זה וסובר שאינה יכולה לקחת אותה לעיר אחרת, כדי שתהיה השקפת האב עליה לטובה ולהנהיגה בדרך ישרה וכו' – עיין שם דבריו – לפי זה בנדון דידן יכול האב למנוע מזונותיה, וכמו שהאריך הרחיב בטוב טעם ודעת עמיתנו הגרא"י ולדינברג בפסק דינו בנדון דידן. והנה אף על פי שבשו"ת דרכי נועם (חלק אבן העזר סימן לח) כתב שבדבר זה שנחלקו בו גדולי עולם – מי יכניס ראשו להכריע בין שני ההרים הגבוהים האלה, פן ירוצו את גולגלתו – הלא הם שני שרי צבאות ישראל המהריב"ל והמהרשד"ם, עיין שם, אולם דעת הרדב"ז (בחלק א סימן שס) כדברי המהרשד"ם. וכן העלה בשו"ת פרח מטה אהרן (חלק א סימן קי), וכן הסכימו האחרונים, ומהם בשו"ת שופריה דיעקב (סימן ס) ובשו"ת לב מבין (חלק אבן העזר סימן קלח) ועוד.

... ראיתי להגאון רבי רפאל משה אלבאז בשו"ת הלכה למשה (חלק אבן העזר סימן כג) שאחר שהביא מחלוקת המהריב"ל והמהרשד"ם והסכים לדברי המהרשד"ם, ושכן פסקו גדולי הרבנים בארצות המערב, שהם הגאון רבי וידאל הצרפתי והגאון רבי מימון אפלאלו והגאון רבי מנחם סירירו, וכתב "ובודאי שאחרי הוראתם נלך" ושוב העיר מדברי המהר"ם די בוטון הנ"ל, שאם כבר הוליכה אותה האם לעיר אחרת אין מחזירין אותה לעירה לנוע. אך גם לזאת מצא פסק דין מהגאון רבי שאול ישועה אבוטבול ז"ל בעל שו"ת אבני שיש שהעלה אפילו אם כבר הוציאתה אמה לעיר אחרת בעמוד והחזר קאי, והסכימו עמו רבני פס, הגאונים רבי אליהו הצרפתי ורבי שמואל אבן צור, וכתב: הא קמן דסברי מרנן אשר בעקבותיהם אנו הולכים ושותים בצמא את דבריהם שאינה יכולה להוליכה לעיר אחרת כסברת מהרשד"ם, ואף אם כבר הוציאתה עמה, יש להחזירה לעירה, ודלא כמהר"ם די בוטון. עיין שם. וכן הוא בשו"ת דבר שמואל (עמאר, חלק אבן העזר סימן לד), עיין שם.

ועיין עוד בשו"ת יביע אומר חלק ח אהע"ז סי' כב.

חלק מהפדריים שצויינו לעיל קיבלו את תפיסתו של הגר"א גולדשמיט כפי שכתב בספרו עזר משפט סי' א וז"ל:

אין כל ספק בדבר שלפי הדין בעל הדין הוא תמיד הילד עצמו והוריו אינם אלא אפוטרופסים המייצגים אותו לפני בית הדין ומדברים בשמו. ולא רק זה בלבד שהם אינם בעלי הדין, אלא שמסופקני אם יש להם אפילו המעמד של 'הצדדים הנוגעים בדבר'

דברי הרב גולדשמיט, המתייחסים להורים כחפץ דומם, שאין כל מקום לרגשותיו, נשללו מכל וכל ע"י גדולי הדיינים, וכבר יצא כנגד שיטה זו הגר"י קאפח חבר ביה"ד הגדול ולא הסכים להגדרה זו כלל וכלל, וכתב כי אין להתעלם מזכויות ההורים ורגשותיהם. בדבריו יוצא כנגד קביעתו של הרב גולדשמידט וזה לשונו:

"בסעיף 21 הובא מדברי 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, מצטיין בלימודיו בהתאם. זכויות הורה הללו גוררות גם ממון, ובשולחן ערוך אבן העזר סימן פ"ב סעיף ז' נפסק: 'ואחר שש שנים יש לאב לומר אם אינו אצלי לא אתן לו מזונות'. 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".

וכ"כ להדיא בשו"ת ציץ אליעזר חלק טז סימן מד

על פי האמור נראה בהסברת הדברים בכזאת. דמעיקרא דדינא הילדים מתיחסים אחר אביהם ככתוב "למשפחותם לבית אבותם", ומשפחת אב קרויה משפחה ולא משפחת אם, ועל כן הוא חייב בפרנסתם ובגידולם, ומשום כך יש לו מלוא הזכות לדרוש שיגדלו אצלו ובמחיצתו ויהנה מכל הכרוך בזה, והאב זכאי בביתו וכו' (עיין כתובות מ"ו: ועוד). אלא דחז"ל שקדו על טובתם של הילדים ומצאו על כן לנכון להפקיע מהאב בחלקו מזכות החזקתו בהם כלשונו של הראב"ד "לכוף את האב להפריש וכו'" ולתקן ולקבוע שהבן ימצא אצל אמו עד גיל שש, והבת תהיה אצל אמה לעולם "מפני הנהגת טכסיסה במלאכה ובצניעות" (מאירי כתובות שם) "וכדי שתתיסר מאמה ולא תאחזו בידה דרך פריצות" (שטמ"ק שם), אבל עם זאת לא שללו עי"כ מהאב את עיקרי זכויותיו היסודיות בילדיו, ובתוך זה גם לא את שמירת הקשר בינו לבינם גם בתקופת היותם במחיצת אמם, ולא רק בכדי לחנכם וללמדם תורה ומצוות ולהעיר את אזנם למוסר ולדרך ארץ, כי אם גם בכדי להעניק להם רחמי אב ולקבל מהם אהבת בנים לאביהם. ודבר זה מרומז בדברי הח"מ הנ"ז שנוסף לנימוק שכותב, מאחר שאינו שומע בקולו להיות אצלו ללמדו תורה מוסיף וכותב בלשון "ושאר דברים", והכוונה בכנ"ז.

וכן פסקו פד"ר חלק יג עמוד 13 הרבנים הגר"ב רקובר הגר"א אטלס והגר"ג אקסלרוד דלא כגר"א גולדשמיט וז"ל

אולם יש להעיר, שמדברי המהרשד"ם עצמו בהמשך דבריו, מוכח שביקורי ילדים אצל אביהם, הוא גם ענין של זכויות ההורים. וז"ל שם: "ואם תאמר ומנא ליה דבן (פחות מגיל שש שנים) אינה יכולה להוציאו האם למקום שהיא תרצה, העבודה שנראה לי שמי שיפקפק בזה אינו אלא מן המתמיהין דכי יעלה על הדעת שלא יהיה לאדם אלא אותו בן ויחיד ורק הוא אצלו ונפשו קשורה בנפשו והיה כראותו כי אין הנער ומת אביו מצרתו ותאמר שאפילו הכי נתנו לה כח להוליכו למקום רחוק, זה אין הדעת סובל... וא"כ חזר הדין דבן ובת שוים בזה ואין בהם - הפרש אחר אלא שזה שש שנים וזה לעולם".

והדברים ברורים מדברי המהרשד"ם, שבן ובת צריכים לאפשר לאב לקיים קשר עמם, וזה גם זכות ההורים לקיים פגישות בינם לבין ילדיהם. ולפי זה יש רשות לאב לעשות כל טעדי

שאפשר לו, בכדי לממש זכותו זו, ואף ע"י עיכוב נתינת מזונות, אם זה יביא לשינוי שהבת תיאות להפגש עם אביה. ואין ספק שמי שמונע אביו מלבקר ואינו חפץ בקשרים עם אביו, עובר על מצות כיבוד אב. ולפי האמור לעיל, יכול האב לאלץ את בנו לקיים מצות כיבוד אב, ע"י אי נתינת מזונות עבורו.

וכ"פ הגר"ע יוסף, הגרא"י ולדנברג והגר"י קולייץ בפד"ר חלק יג עמוד 19 בדחותם את העירעור על פסק הדין דביה"ד בחיפה הנ"ל, והסיקו שיכולת שלילת המזונות אינה רק כענישה אלא משום שחובת המזונות תלויה בזכות האב בילדיו ובלא זה ליכא לזה.

כך הסכימו הגדולים הנ"ל לדברים דלעיל משו"ת צי"א וז"ל בפד"ר:

...אלא דחז"ל שקדו על טובתם של הילדים ... אבל עם זאת לא שללו עי"כ מהאב את עיקרי זכויותיו היסודיות בילדיו, ובתוך זה שמירת הקשר בינו לבינם גם בתקופת היותם במחיצת אמם, ולא רק בכדי לחנכם וללמדם תורה ומצוות ולהעיר את אונם למוסר ולדרך ארץ, כי אם גם בכדי להעניק להם רחמי אב ולקבל מהם אהבת בנים לאביהם. ודבר זה מרומז בדברי הח"מ הנז' שנוסף לנימוק שכותב, מאחר שאינו שומע בקולו להיות אצלו ללמדו תורה מוסיף וכותב בלשון "ושאר דברים", והכוונה לזה שנזכר לעיל.]

ומסיקים, שהן לרמב"ם והן לראב"ד זכויות האב בילדיו בנים כבנות לא הופקעו וכתבו שם:

יוצא לנו מהאמור, שהמכוון התכליתי במסירת הילדים לידי האם בכך עד גיל שש ובכת לעולם הוא למען טובתם, כדי שהאם תעניק להם דברים שהאב איננו יכול להעניקם, ומפני שיש דברים שהאם לא תוכל להעניקם אם ימצאו אצל האב, ולעומת זאת לא בא זה בהחלט לשלול את מה שהאב יכול לתת להם בחינוכם, ואפשר שיש להם העדפה...

וכתבו שם בעמוד 21 כמובא לעיל

הרי דברי המהרשד"ם ברור מללו דזה שהבת אצל אמה לעולם הוא רק מכח תקנה היוצאת מדיוק דמתני', אבל מעיקרא דדינא כל הזכויות בה הוא לאביה, ולכן טעות הדבר מה שהורגל בפומייהו דאינשי לומר דעי"כ שהיא אצל אמה נשללו זכויות האב בה, ובתוך זה לראות את בתו החביבה וכן לחנכה ולהשקיף על דרכיה, ושרק הבת היא שזוכה עי"כ מן האב ולא האב מן הבת, אלא אין לך אלא מה שתיקנו בלבד, דהיינו עצם המצאותה אצל אמה, אבל לא נשללו עי"כ בשום פנים יתר זכויות האב בה ובכלל זה לראותה ולחנכה לא רק לתורה ולמצוות כי אם גם לנימוסיות ואנושיות וכדומה, וגם לרבות עצם זכות הראיה והבילוי אתה, הגורמים לו שביעות וסיפוק לרחמי האב שלו המתעוררים אצלו מדי דברו ומדי זכירתו בה. ולכן אין ביכולת האם להוליכה לעיר אחרת שע"כ לא יוכל לראותה ולהיפגש אתה. וזהו מעיקרא דדינא מה שתובע מכח הזכויות שזיכתה תורה לאב בילדיו.

ומינה נקיש איפוא ונלמוד בדומה גם להיכא שהבת נמצאת בעיר, אבל שוללים ממנו מלהיפגש אתה ולחנכה וכו', ואין נפקא מינה אם זה באשמת האם, או באשמת הבת בעצמה כבנידוננו, שמזכותו של האב להתקומם נגד זה, ובאין שומע לו יוכל מעיקרא דדינא לשלול ממנה את מזונותיה. ובנקודה זאת בן ובת שוין בזה, וכשם שראינו שבבן אחר שש יכול האב לטעון אם אינו אצלי לא אתן לו מזונותיו, כך בבת כאשר מונעים ממנו זכות פגישותיו אתה יכול לומר "לא אתן לה מזונותיה עד שיחזירו לו את זכותו זאת", וכאמור זהו מעיקרא דדינא].

וכתבו עוד שם עמוד 22 - 23

ועוד נשמע דברים ברורים ומפורשים בזה מהמשך דברי המהרשד"ם ז"ל שם שכותב וז"ל: "וא"ת מנ"ל דבן אינה יכולה להוציאו למקום שהיא תרצה, העבודה שנראה לי שמי שיפקפק בזה אינו אלא מן המתמיהין, דכי יעלה על הדעת שלא יהי' לאדם אלא אתו בן ויחיד ורק הוא אצלו ונפשו קשורה בנפשו והי' כראותו כי אין הנער ומת אביו מצרתו, ותאמר שאפילו הכי נתנה לה כח להוליכו למקום רחוק, זה אין הדעת סובל בלי ספק ולא הי' צריך לראי', האמנם לרווחא דמילתא אביא לי עדים נאמנים המגיד משנה שכתב לתרץ השגת הראב"ד ז"ל על הרמב"ם וכו' שחינוך זה אפי' הוא אצל האם יכול לחנכו לפעמים ולהושיבו אצלו וכו' דברים אלה מוכיחים הוכחה גמורה שהדבר פשוט הוא שאין אלו הדינים אלא במי

שיושבת בעיר אשר האב שם וכו' וא"כ חזר הדין דבן ובת שוים בזה ואין בהם הפרש אחר אלא שזה ו' שנים וזה לעולם".

הרי לנו שהמהרשד"ם ז"ל השהה בזה דין הבת שאצל אמה לעולם לדין הבן שהוא אצל אמו עד שש שנים, ושכשם שמוכח שדין הבן תוך ו' אצל אמו הוא דוקא כשהאם בתוך העיר אבל כשהולכת למקום אחר יכול האב לדרוש להעבירו אצלו ואם לאו לא יתן לו מזונותיו, כך גם דין הבת שזה בזה לדין הבן שהיא כשהאם רוצה להוליכה למקום אחר, האב יכול למנוע זאת, ואם הדבר לא עולה בידו לעכבה דלא צייתא דינא אזי מזכותו לעכב מזונותיה של הבת, דבכגון דא לא חלו כל הדינים שנאמרו והותקנו שהבן יהיה אצל אמו עד שש והבת לעולם.

ובאמת הוא הדין נמי היכא שנמצאים באותה העיר אלא שלא ניתן לו לאב לראותם, דמאי שנא, וזיל בטר טעמא כנ"ל, ואדרבה כאשר הבן או הבת נמצאים בעיר ואין ביכולתו לראותם הוא במדת מה עוד יותר גרוע ממה שהאם היתה אתם בעיר אחרת, כי האב נמצא ועומד במצב כזה של "ועיניך ראות וכלות אליהם כל היום ואין לאל ידיך".

מתוך כל דברי המהרשד"ם האמורים נשמעת גם הנימה, כי הדברים בזה כל כך ברורים ואמיתיים עד שהמה גם בבחינה של "למה לי קרא סברא הוא" שתקנת חכמים להשאיר אצל האם לא היתה על כגון דא היכא שימנע מהאב מלראותם ומלחנכם וכו', וכל מי שיפקפק בזה אינו אלא מן המתמיהים כי אין הדעת סובלת להרחיק בין אב לבנו בפרט כשהוא יחיד לו ונפשו קשורה בנפשו, וחז"ל הא לא אמרו לחלק בין בן שהוא יחיד, ואותו הדבר גם בבת יחידה, דבן ובת שוים בזה, ואפילו מאחים אין הדעת סובלת להרחיקה מהם ושיקויים בהם "ויאכל חצי בשרו", וכ"ש באב לגבי בנו או בתו ש"המו מעיו עליהם" ברחמי אב מי ישמע ומי ירצה להאמין בכזאת.

ודון מינה שזהו הדין נמי בנידוננו, אשר היא ג"כ יחידה לאביה, ונאמר, שאין הדעת סובלת לומר שתקנת חכמים בזה לזונה בבית אמה היתה גם על גוונא דא שהאב הורחק ממנה תכלית הריחוק והבת ממאנת ומתקוממת נגדו בהתנגדותה מלהיפגש עמו ואפילו לעמוד במחיצתו, דהתורה דרכיה דרכי נועם ובודאי שיכול האב לטעון דאם היא ממאנת לקיים את זכויותיו בה, אינו חייב במזונותיה דחזר הדין לעיקרו.

יתכן לומר כי הגר"א גולדשמיט הלך בשיטת מהריב"ל ואילו הגר"י קאפח והציץ אליעזר, הגר"ע יוסף ושאר גדולי עולם הלכו בשיטת מהרשד"ם, ומשהאיר ענינו פאר הדור מרן הגר"ע יוסף שההלכה הינה באופן מובהק כמהרשד"ם כך היא סוגיין דעלמא והלכה כוותייהו.

עוד יתכן לומר שדברי מהריב"ל והגר"א גולדשמיט נאמרו בזמן שהאבות יצאו לעבוד מהזריחה עד השקיעה, ולעיתים קרובות אף נדדו למרחקים לחודשים רבים, ובאמת לא היה להם פנאי ורצון לגעגועי אב על בנו, אך בימינו שהאבות גם הם קשורים לילדיהם בעבודות אהבה ונוכחים בחייהם יום יום, אין הבדל כלל בין אב ואם לעניין זה, ואפושי במחלוקת לא מפשינן.

על כל פנים אין ספק שדברי הגר"א גולדשמיט נדחו על ידי הפוסקים, בהיותם סותרים הן את ההלכה והן את המוסר האנושי והרגש הטבעי, ואינם סוגיין דעלמא.

לסיכום:

ההורים והאב בכללם, אינם חפץ דומם ללא רגשות רצונות וגעגועים, ואינם רק משרתי 'טובת הילד', אלא, חובה להתחשב בהם וברגשותיהם, וזוהי חובה המוטלת קודם כל על הילד עצמו בחיובו בכיבוד אב ואם, וחובה המוטלת על ביה"ד, והינם עלולים לעלות עד כדי האיסור החמור של גניבת נפשות כפי שנביא לקמן.

1. טובת ההורים הינה חלק מטובת הילד.

שיקול נוסף שיש להביא בחשבון הינו כי כיום שעולמות הרגש והקשר בין ילד להוריו יותר משמעותיים, אין ספק שהקשר של הילד עם שני הוריו, קשר רציף יציב ומספק הינו קריטי לבריאותו הנפשית של הילד, דבר המוסכם על רוב ככל החוקרים והמחנכים, ואילו ניתוק בין הילד לאחד

ההורים מהווה התעללות של ממש בילד ובנפשו הרגישה והארכנו בזה במקום אחר (תיק 1289797/5).

ואפילו באותם פדריים שציינו לעיל, ניכר שמיעוט הדיינים, שלא התחשבו ברגשות ההורים, ושקלו את טובת הילד בלבד, לא הבדילו בין אב ואם אלא שקלו את טובת הילד בלא איפה ואיפה, ואילו כיום נראה שהמערכת מוטה באופן מובהק לטובת האם, נראה כי אפילו 'טובת הילד' הפכה לתירוץ בכדי לנשל את האב מהורותו ולגבות את האם, נראה שביותר מדי נושאים המערכת מוטה לטובת הנשים, אם בהחזקת הילדים ובצווי הגנה ואם בסוגיית המזונות על סעיפיה השונים, כפי הנראה מתוך הנחה שהצד הנשי חלש יותר וזקוק להגנה⁵, מה שכיום השתנה לחלוטין וההיפך הוא הנכון.

ז. אג'נדת 'זכויות הילד' מול תפיסת היהדות

ונחזור לעניין, התפיסה הרואה אל מול עיניה את שיקול 'טובת הילד' כשיקול יחידי ומתעלמת לחלוטין מרצונות ההורים רגשותיהם, לענ"ד הינה הפוכה מרצון ה' והדרכת התורה שדרכיה דרכי נועם.

דומני כי תפיסה זו מקורה בשדות זרים ובתפיסה הראדיקאלית של 'זכויות הילד' ושיעבוד הדור המבוגר לדור הצעיר, בתפיסה כי דור ההורים הינו בסך הכל המצע לגידול הדור הבא. תפיסה זו הינה הפוכה לחלוטין מרוח היהדות ומדרכה של תורה כפי שנראה להלן.

כבר ידוע, כי ביהדות חובת הבן לדאוג לאביו היא ערך יסודי כבד מעשרת הדיברות, 'כבד את אביך ואת אמך' זהו יסוד היהדות.

מפורסם הסיפור מהגאון רבי יעקב קמיניצקי זצ"ל, שטס פעם מאמריקה לארץ ישראל. לצידו ישב מזכיר ההסתדרות דאז, ירוחם משל. הגאון עסוק היה בספרו, ומר משל עסק בשלו. מידי כמה דקות הופיע נכדו של הרב, שהתלווה אליו לטיסה, ניגש לסבו ושאלו ביראת כבוד: "האם סבא צריך משהו, האם הכל בסדר. הכיסא נוח? אולי משהו לשתות?" התעניינות מכל הלב, בכבוד עצום ורב. מר משל בחן בהתעניינות את הנער. "מי הבחור?" שאל. "נכדי", השיב הרב. נאנח מר משל: "הנכדים שלי, רק יודעים לבקש בקשות. לא שכחו לפני הטיסה להגיש לי רשימת קניות מפורטת. סבא תקנה וסבא תביא. סבא קיים אצלם רק כאשר הם צריכים משהו... ומי חולם על כזה כבוד ויקר?!" "אסביר לך את ההבדל", אמר הרב, אני חונתי את ילדי ונכדי, שאנו צאצאי אברהם אבינו, 'האדם הגדול בענקים', שהנחיל את מורשתו לבניו אחריו 'לשמור דרך ה' לעשות צדקה ומשפט'... לעומת זאת, אתה חונכת את ילדיך ונכדיך, על פי השקפתו הבאושה של דרווין, כי החיים הם תוצאה של אירועים מקריים, ומוצא האדם מן הקוף, ואם כן מדוע שיעריך אותך? ! הרי אין אתה בעיניו אלא חוליה המקשרת בינו לבין הקוף... אתה מקורב אל הקוף, ואילו הוא אדם מושלם יותר ממך..." ומר משל נאנח בשנית...

בשיח הזכויות הרדיקאלי של תרבות המערב, הרי ש'זכויות הילד' הינן קודמות לכל דבר, והוריו, ובפרט אביו, צריכים 'לרקוד' לפי החליל שלו ולספק לו את כל מאוויו ושגיונותיו, ואילו לילד אין כל חובות אלא זכויות בלבד, אבל היהדות דורשת להיפך, שהילד הוא זה שיכבד את הוריו וידאג לרווחתם, יעשה נחת להוריו מולידיו, שהרי היו הם שותפים עם השי"ת ליצירתו והבאתו לעולם, ולהם הוא חב את חייו, והוא זה שידאג לכל מחסורם, יבקרם ויעשה להם נחת, ובזה, אף אביו קודם לאמו(קידושין לא א), וילפינן מגוי עד היכן כיבוד אב שיפסיד הון כסף שיכול היה להרויח ולא יצער את אביו(שם).

דומני שריח האג'נדה הפוסט מודרנית והפמיניסטית ושיח הזכויות הראדיקלי עולה כאן ולא היצמדות לתורתנו הקדושה.

לכתוב כי 'האמת היא כי אנו אין לנו אלא התורה הזאת, תורת משה מסיני, מסורת ההלכה הצרופה המסורה לנו מדור דור, זאת התורה לא תהא מוחלפת'⁶, הרי זו טעות כפולה.

⁵ כ"כ להדיא בפסק דין של ביה"ד הגדול תיק מס' 1241751/2.

⁶ ציטוט מתוך דעת הרוב שקבעה כי זמני שהות משמעותיים לאב, וק"ו משמורת משותפת הינן כפירה בתורת משה.

ראשית, כפי שהוכחנו מהראשונים והאחרונים שהבאנו לעיל, דאדרבא מהתורה המסורה לנו מסיני 'האב זכאי בביתו' למוכרה לאמה ולמעשי ידיה, ו'למשפחתם לבית אבותם' נאמר בתורת משה, ואם כן מדאורייתא הן הבן והן הבת ישהו עם האב בכל גיל.

שנית, חז"ל הם שהורו לנו שאין להיצמד לתקנתם, אלא לשקול היטב את טובת הילד וטובת הוריו, דור דור ויכולותיו, וחזרו על כך חזר והבהר כי אין כאן תקנה כלל ולא קביעה חלוטה לדורי דורות אלא התווית כיוון העשויה להשתנות מזמן לזמן.

וכפי שכתב מהרשד"ם כי דברים כגון אלו, אינם אלא קבעון וחוסר הבנה בדברי הגמרא ומתאימים הם יותר כ'פשוט' להמון ולא לשיח הלכתי מעמיק:

כי התורה זיכהו בזה כל זכות אפשרי להיות, ואתה רוצה להפסידו מכח תקנה היוצאת מכח דיוק במתני', זה ימאנהו דעתי ולא יסבלהו אילו שמעתי מהיותר גדול בדורינו, ואין הדברים כיוצא באלו נמשכים אלא מצד ההרגל כי להיות הלשון בת אצל האם מרגלא בפומייהו והורגלו על שהבת זוכה מן האב ולא האב מן הבת, קשה בעיניהם לפרוש עצמם מן ההרגל, אמנם המעמיק בדברים ויקח אותם בשרשם מן הגמרא ומן הפוסקים ולא יטעהו ההרגל והניצוח יכיר האמת.

נחזור לעיקרם של דברים כפי שעולה מהראשונים והאחרונים שהבאנו לעיל, בבוא ביה"ד לקבל החלטות, עליו להשתית את החלטה על שני העמודים טובת הילדים וטובת ההורים, מה שכיום ברור לאנשי החינוך והמחקר כי טובות אלו משולבות זו בזו ולא ניתן לנתק ביניהן.

ח. אביו ואמו הביולוגים של הילד הם הוריו ולא המדינה וערכאותיה.

נקודה חשובה וקריטית נוספת היא הגישה ביחס לתפקיד ביה"ד.

בבואנו להתערב בין ההורים עלינו לזכור כי ביה"ד הינו מישני להורים ואינו ההורים עצמם, אביו ואמו של הילד הם הם השותפים ביצירתו יחד עם השי"ת (קידושין ל ב, נידה לא א), ואילו ביה"ד הבא להתערב עליו לעשות זאת בשום שכל ובמינימום הנדרש, שהרי הקב"ה נתן את הילד הספציפי הזה להוריו הספציפיים וכן להיפך.

ראשית יאמר כי מבחינת ההלכה האפוטרופוסים על הילד הם הוריו.

וכן קובע הרמב"ם בהל' תשובה ו א: "שבניו של אדם הקטנים שאין בהם דעת ולא הגיעו לכלל מצוות כקנינו הן..."

וכך כתב בשו"ת משנה הלכות חלק טז סימן נח:

וזה יצא ראשונה, התורה הקדושה העמידה ברשות האב והאם את בניהם והם אחראים עליהם ולא אחר, אלא שאם אין הורים על הב"ד לטפל בהם כי ב"ד של ישראל אביהם של יתומים הם, ובמקום שההורים חולים וכיוצא בו ג"כ על הב"ד לטפל בהם, וכל זמן שהם קטנים הם בגדר כספו את בתו בידו לקדשה או למכרה לשפחה, ועוד יש להם שאם יעמוד מי שהוא והכה אשה הרה ויצאו ילדיה שחייב לשלם כסף להאב ואם מת האב להאם. והתורה הטילה חיוב להאב למול את בנו ולגדל את בנו לתורה ולמעשים טובים ועוד דברים שהאב חייב לבנו כמבואר בגמ' קידושין (כ"ט ע"א) ת"ר האב חייב בבנו למולו ולפדותו וללמדו תורה ולהשיאו אשה וללמדו אומנות, וי"א אף להשיטו במים. וחיוב זה נמסר לו דוקא, ואפי' יבא מי שהוא וירצה להדריכו שלא כרצון האב אין לו רשות, ובנדרון החינוך נתנה לו התורה רשות לחנכו בדברים ואם בדברים לא יוסר אז מצוה להכותו ואפי' מכה רבה, ובמס' מכות (ח' ע"ב) חוץ מן האב המכה את בנו והרב הרודה את תלמידו ושליח ב"ד ופריך דילמא כיון דאילו גמיר לאו מצוה השתא נמי לאו מצוה ומשני התם אף על גב דגמיר מצוה קעביד דכתיב יסר בנך ויניחך, ושלמה המלך עוד כתב החושך שבטו שונא את בנו, ועיין כתובות

(י"א ע"א) גר שנתגיירו בניו ובנותיו עמו דניחא להו במאי דעביד להון אבוהון, ועיין יו"ד הל' כבוד אב ואם ובהל' ת"ת באריכות.

והנה בהלקח הילדים מההורים, עושים כאן כמה רעות. אחת, שלוקחין את הילדים מתחת יד אביו ואמו והוא איסור תורה לגזול מאדם בניו, והגונב נפש אדם חייב מיתה וכ"ש גזלן שחמור מגנב והלא אפילו בהמה מצערת אם לוקחין מהן הילדים ולכן צותה תורה שבעת ימים תהי' עם אמו ולא לצער האם עיין רמב"ן עה"ת בפ' שילוח הקן באריכות, וכ"ש אב שלדעת שיטות אוהב בנו יותר מעצמו, וכתיב בתורה מה תתן לי ואנכי הולך עירי, וברחל כתיב הבא לי בנים ואם אין מתה אנכי, דכל שאין לו בנים חשוב כמת, וכ"ש מי שיש לו ובאים ולוקחים ממנו, ואם ח"ו מתגרשים ההורים כמה כחות וכסף משקיעים לקבל הילדים ופה באים בעלי רחמנות על הילדים ומתאכזרים על ההורים והולכים בחוזק יד ולוקחים הילדים מההורים, ואין לך אכזריות גדולה מזו ליקח הילדים מההורים, לבד שהוא איסור תורה.

גם החוק קובע כן, ובכללו אמנת האג, חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות – התשכ"ב סע' 14-16 קובע כדלהלן:

"מעמד ההורים

ההורים הם האפוטרופסים הטבעיים של ילדיהם הקטינים.

תפקידי ההורים

אפוטרופסות ההורים כוללת את החובה והזכות לדאוג לצרכי הקטין, לרבות חינוכו, לימודיו, הכשרתו לעבודה ולמשלח-יד ועבודתו, וכן שמירת נכסיו, ניהולם ופיתוחם; וצמודה לה הרשות להחזיק בקטין ולקבוע את מקום מגוריו, והסמכות לייצגו.

חובת ציות הקטין

הקטין חייב, תוך כיבוד אב ואם, לציית להוריו בכל ענין הנתון לאפוטרופסותם."

אמנם כאשר ישנן מחלוקות בין ההורים מסמיך החוק את ביה"ד או ביהמ"ש לקבוע ולסייע בהכרעת המחלוקות בעניינים שהם לטובת הקטין.

ע"פ ההלכה ביה"ד אינו מוסמך להיות אפוטרופוס לקטינים שיש להם אב אלא ליתומים בלבד.

בש"ס ובפוסקים לא מצינו שביה"ד הינו אפוטרופוס אלא של קטנים יתומים.

הסברא הפשוטה הינה כי האב והאם הם האפוטרופסים הטבעיים ואל לו לביה"ד להתערב, יתרה מזאת התורה זיכתה לאב בעלות על בתו ורשאי הוא למוכרה לאמה עבריה ומעשי ידיה שלו, כך שהאב הוא האפוטרופוס העיקרי ואילו האם מצטרפת אליו, לכן, האב הוא האחראי, לו החיובים לחנך ולגדל ולו גם הזכויות אפילו למכור לאמה או להשיאה לאשר יחפוץ.

לצערי הרב אצל רבים השתרשה התפיסה, כי ביה"ד שלא הוליד ולא עמל בגידול הקטינים והתורה לא זיכתה לו בהם כל זכות, הוא הבעלים האמיתי של הקטינים, מה שאין לו מקור בהלכה אלא להיפך.

תפיסה זו הינה דומה לתפיסה הקומוניסטית הרואה במדינה בעלים על גופם רכושם ונפשם של הנתינים, תפיסה שהביאה במצבי קיצון להפקעת הילדים מהוריהם, דוגמת בתי הילדים שבקיבוצים.

כאשר ביה"ד שולל מהורה את הזכות לגדל את צאצאיו ולשהות עימם, הוא פוגע במרקם הבסיסי ביותר, התורה ריחמה על בהמות שלא ליטול מהם את צאצאיהם באיסור שחיטת האם ובנה ביום אחד, ובאיסור שחיטת הולד עד היום השמיני, בשילוח הקן ובמצוות צער בעלי חיים, ק"ו בן בנו של ק"ו בבני אנוש.

לטעמי, תפקיד ערכאת השיפוט איננו להחליף את ההורים בתפקידם האלוקי הטבעי, אלא על ערכאת השיפוט לעסוק בדאגה המרכזית לשמירת והגדלת הקשר הנפשי והפיזי עם כל אחד מההורים, ולהיות שותפים בענווה בעזרה להורים ולילדים לחזק את הקשר הבריא והטוב עם שני ההורים.

ביהדות התפיסה הינה הפוכה, אדרבא לאב יש זכויות בילדיו, הן זכויות ממון והן זכות וחובה לקבוע את חינוכם וגידולם.

אמנם קבעו חז"ל כי טובת הבת להיות עם אימה, אך ודאי לא שללו מהאב את אבהותו.

מצער לראות פעם אחרי פעם את האפליה העקבית שיישנה כנגד האבות, את הדקדקנות המשפטית המחמירה כנגד האב ואת הסלחנות והאמון שביחס לאם, אמנם כיום הנשים נהנות מאפליה זו, אך, חוששני כי יבוא יום ולא רק הורותו אחריותו וטובו של האב יופקעו על ידי מעצבי התרבות ורשויות השילטון אלא גם הורותה אחריותה וטובה של האם גם הם יופקעו.

אסיים שוב בדברי המהרשד"ם (אבן העזר קכג) בענין מעבר האם למקום מגורים אחר וז"ל:

"... העבודה, שנראה לי, שמי שיפקפק בזה אינו אלא מן המתמיהין, דכי יעלה על הדעת שלא יהיה לאדם אלא אותו בן ויחיד ורך הוא אצלו ונפשו קשורה בנפשו והיה בראותו כי אין הנער ומת אביו מצרתו ותאמר שאפילו הכי נתנו לה כח להוליכו למקום רחוק זה אין הדעת סובל ב"ס [=בלי ספק] ולא היה צריך ראייה."

מסקנות

א. ישנה מחלוקת ראשונים האם הקביעה כי הבת(בכל גיל) והבן(עד גיל שש) יהיו במשמורת אצל האם היינו באלמנה בלבד ואילו בגרושה, אדרבא האב עדיף או שהדין נכון גם בגירושין, שהאם עדיפה.

ב. להלכה נקבע שגם בגרושה הבת אצל אימה, ככל וטובתה מצריכה זאת, אך הדעה השניה הרואה בבית האב את המקום הטבעי קיימת ועומדת ואף ניתן לצרפה בעת הצורך.

ג. חז"ל קבעו כי יש לשקול את טובת הילד בכל מקרה לגופו, וכי שיקול זה הוא הקובע ולא כלל האצבע שהבן אצל האם עד גיל שש והבת לעולם.

ד. מדין תורה הילדים יהיו אצל האב וחז"ל לא עקרו דין זה אלא קבעו כי למען טובת הילד ניתן לסטות מכך.

ה. תקנה זו של 'חזקת הגיל הרך' ושהבת עם אימה והבן עם אמו עד גיל שש ועם אביו מעל גיל שש, הינה 'קלה וחלושה' ואינה מפקיעה את זכויות האב שבדין תורה(מהרשד"ם).

ו. טובת הילד אינה השיקול היחיד, וטובת האב וזכויותיו להחזיק בבנו ובתו ולהנות מקרבתם והם יהנו מקרבתו, הינה שיקול מרכזי ומקורו הינו מדאורייתא, שיקול שיש לתת לו משקל משמעותי ביותר והינו גובר על שיקול טובת הילד [הכרעת הפוסקים כמהרשד"ם ולא כמהריב"ל].

ז. כיום בצורת החיים המשפחתית המצוייה, טובת הילד וטובת אביו ואימו משתלבות ומשלימות זו את זו, ויש לקיים זמני שהות נרחבים עם כל הורה.

ח. ביה"ד וביהמ"ש אינם 'בעל הבית' על הילדים, אלא ההורים הם 'בעלי הבית'. תפקיד ערכאת השיפוט הינו מישני לתפקיד ההורים ואחריותם. תפקידנו לסייע לשמירת קשר טוב של הקטין עם שני הוריו, ולא להיפך, להיות גורם המחבל בקשר עם מי מההורים ח"ו.

ט. חובה עלינו לעסוק בחיזוק הקשרים המשפחתיים ולא בפירוקם, גם במקרי פרידה בין ההורים יש לחזק את המשפחתיות ולשמור מכל משמר על קשרי הילדים עם אביהם ואימם.

י. במצב החיים היום אחריות הורית משותפת, זמני שהות רחבים עם שני ההורים, כולל לינות, גם בגיל צעיר ביותר, הם הם טובת הילד, ומשתלבים הם בטובת ההורים, זוהי ברירת המחדל הנכונה, הן לפי ההלכה והן לפי המושכל האנושי הפשוט.

הָנָה אֲנִי שֶׁלַח לְכֶם אֶת אֵלֶיָּה הַנְּבִיא לְפָנַי בּוֹא יוֹם ה' הַגָּדוֹל וְהַנּוֹרָא:

וְהַשִּׁיב לְבִּיאָבוֹת עַל-בָּנִים וְלֵב בָּנִים עַל-אֲבוֹתָם פֶּן-אָבּוֹא וְהִפִּיתִי אֶת-הָאָרֶץ חָרָם: