

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

תיק 1197864/14

בבית הדין הרבני האזורי באר שבע

לפני כבוד הדיינים:

הרב אברהם הרוש

התובעת: פלונית (ע"י ב"כ טו"ר אלעד זמיר)

נגד

הנתבע: פלוני (ע"י ב"כ עו"ד אלחנן יפרח)

הנדון: גדרי עקרון טובת הילד והתערבות ביה"ד בניכור הורי

פסק דין

תיק בו יש טענה לניכור הורי מצד האב, לצד הסבר מקיף על מהי טובת הילד לעמדת הרב אברהם הרוש.

ללא קשר לתיק זה: מפתיע אותי כל פעם מחדש לקרוא שהדיינים חושבים שהם פועלים בראייה של טובת הילד, כאשר בפועל הם מטילים את מזונות הילד רק על האב ללא קשר לשכר האם, שהם מאשרים כמעט באופן אוטומטי כל מעבר של האם עם הילדים למרחק מרוחק כך שהקשר בין האב לילדים לא ממש יכול להימשך, שלא לדבר על מקרים בהם קובעים שהילד יהיה עם ההורה מאתו מגדר (כאן יש הסבר מקיף לנושא), וכל זאת בניגוד לבתי המשפט למשפחה שבוחנים כל מקרה לגופו ללא כללים גורפים.

במקרה שלנו יש אמירה מפורשת, לצד הנחיות לפעולה, נגד הניכור ההורי ועל כך כמובן נברך.

רקע

ביום 09.01.2021 פתחה האישה תיק גירושין. במסגרת זה הציגה תביעת גירושין חריפה, שלא מותירה ספקות בדבר רצונה להתגרש. עם היפתח התיק ניתנה החלטה להעביר לתגובת הצד השני, כמקובל. האישה הגיב בפתיחת תיק לפסלות ההרכב, על רקע היכרות מוקדמת ואישית של אחד מדייני ההרכב את סביבתה הקרובה של התובעת. לקראת הדיון בתביעת האישה, ביקש הנתבע שלא לדון בתביעת האישה לגירושין טרם ידון ביה"ד בתביעת הפסלות. ביה"ד נעתר לבקשה, וקיים דיון מקדים בעניין הפסלות. ראשית לכל, ביה"ד וידא עם הנתבע שאין הבקשה לפסלות נגועה ברצון לגרור הליכים ולהקשות על האישה בתביעת הגירושין. למעשה, עד כה טרם בירר ביה"ד את עניין הפסלות, ולא התקבלה שום החלטה אופרטיבית לכאן ולכאן, שכן ביה"ד הציע שאחד מדייני ההרכב שלגביו לא נטענה שום טענה לפסלות יעזור לבני הזוג לקדם הסכמות ביניהם, מבלי שדיון זה יפגע בטענה לפסלות, ומבלי שיהיה בזה משום קבלת סמכות לדון בפני ההרכב.

עוד באותו היום ביה"ד ישב בדיין יחיד לגבש הסכם גירושין, ואכן עלה ביד כולם להגיע להסכם גירושין, שכלל את כל עניינם של הצדדים ונסגרו כל התיקים.

הבעל לשעבר העלה חשש בפני ביה"ד שחתימה על ההסכם תוביל במישרין לביטול תביעת הפסלות, ויצור מציאות שתהיה להרכב סמכות נמשכת, וההרכב ידון בעניינים הנלווים להסכם או העתידיים מבלי שניתנה החלטה על תביעת הפסלות. לצורך כך נוסף סעיף להסכם הקובע

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

שכל עניינם של הצדדים ידון רק בפני הדיין שניהל את הדיון וחתום בהסכם הגירושין, ואף נעשה על זה קניין. בהתאם לכך, פסק דין זה ניתן בדיין יחיד.

לאחר מספר חודשים – לאחר שניתן סיכוי נוסף לבעל להקים את הבית מחדש ולהשיב השלום לקדמותו ונשלח ע"י ביה"ד ליועצת זוגית, וכפי שנכתב בהסכם – לדאבון לב הנסיון לא צלח. הבעל מילא את חלקו בהסכם והסכים לבקשת האישה להתגרש, לאחר שאף הוא נוכח לראות שאפסו הסיכויים לחיים שלווים ונוחים יחדיו, וביום י"ח באדר ב' תשפ"ב (21.03.2022) התגרשו בני הזוג כדמו".

לבני הזוג שבעה ילדים, שהגדולה בהן כעת בת כ-15 והקטן בגיל 3. בהסכם נקבע שמשמורת בידי האם על סוגיית השימוש המיותר במונח משמורת כגורם להחרפת מאבקי ההורים כתבנו כבר רבות. ראו כאן. ונקבעו הסדרי שהייה בין הילדים לאב לימי שני ורביעי, כאשר בימי שני מהמסגרות הלימודיות עד למחרת, ובימי רביעי מהמסגרות עד שעה 20:00. וחלוקת שבתות באופן שווה כך גם בחגים.

בני הזוג ממשיכים להתגורר בישוב בדרום הארץ, אף לאחר הגירושין, על מנת לאפשר לילדים מעבר נוח בין ההורים והשארית במקומם הטבעי ומבלי לשנות בצורה קיצונית את סדר היום של הילדים, שבסך הכל הם קטנים. חשוב. מאפשר לילדים מעברים קלים.

בהמשך הדרך נתגלעו קשיים בישוב הסדרי שהייה של הילדים, ובפרט עם הילד הגדול במשפחה – שהוא השני במשפחה לאחר הבת, שגילו צעיר מאוד והוא בן 13 – שגילה סימני מרדנות ואלימות כלפי אימו וכלפי הסובבים אותו. נעיר שבהסכם נקבע שאימו היא המשמורת. ב"כ האם פתח תיק צו הגנה להרחיק את האב מהשפעה על הילד. ביה"ד סגר את התיק, בנימוק שתיק זה לא משרת את הבקשה נכונה, ולא נותן ביד ביה"ד את הכלים לטיפול הנאות שצריך. ואכן, ב"כ האם פתח תיק החזקת ילדים, ומיד עם היפתח תיק זה הוריתי להוציא תסקיר. כמו כן, קבעתי מועד לדיון, תוך התחשבות בזמן הנצרך להוצאת תסקיר ראשוני. מיד לאחר שהוצא צו לתסקיר, הוגשה בקשה ע"י הרווחה שתוכנה הוא שאינם מבינים מה נדרש מהם, לאחר שנחתם הסכם המסדיר את כל ענייני הילדים, לרבות זמני שהייה מוגדרים, וכמו כן צורת ההליכה לטיפול, ומי ישא בתשלום וכו'.

אודה שבקשה מעין זו הפתיעה אותי עד מאוד, ולהלן אכתוב את התייחסותי לבקשה זו.

בכתב התביעה של האם נכתבו דברים קשים המתרחשים בבית, בעיקר סביב התנהלות הילד הגדול עד למצב שהזמינו לקטין את הרבש"ץ של הישוב, ואף היו איומים בהזמנת משטרה. כמו כן, הוזכרו הפרות חוזרות ונשנות של האב ביחס להסדרי השהיה עם שאר הילדים. האם התלוננה בכתב התביעה שהאב מנכר באופן חריף את הבן הגדול ומערב אותו בהליכים המשפטיים ביניהם. כמו כן, מתואר שם מקרה חמור שהבן צועק על אימו שתפסיק לקחת עבורו מזונות מאביו. כפועל יוצא מטענות אלו, מבקשת האם לשלוח את הבן הגדול לפקידת סעד לחוק נוער, לשנות את הסדרי השהיה, ולקנוס את האב עבור הפרות של הסדרי השהיה כפי שנקבעו בהסכם הגירושין.

לא נכתב כתב הגנה, ועמדת האב לכתב תביעה זה לא הוגשה בכתב.

ביה"ד זימן את הצדדים לדיון. על פי בקשתי הגיע תסקיר יום לפני הדיון, כך שאתייחס לעמדת ההורים וכן לתסקיר ולתגובת הצדדים לתסקיר.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

טענות הצדדים

טענות האם

האם מעוניינת שמקרים כעין אלו שאירעו עם הבן הגדול יפסקו לאלתר, ועל ביה"ד לפעול באופן מהיר לעצירת ניכור הורי חריף שקורה. כבר ישנה זליגה של ניכור הורי זה לכלל הילדים, והאם מרגישה שהיא מאבדת שליטה בבית עקב התערבותו הבוטה של האב בגידול הילדים אף כשהילדים אצלה.

עוד ביקשה האם שישלחו את האב למסוגלות הורית.

טענות האב

לטענת נאב, הכל מתנהל כשורה. האם מלחיצה מאוד את הבית ואת הבן הגדול, והיא אשמה בהתפתחות בינה לבין הבן הגדול. כשהבן אצלו אין בכלל בעיות והוא מנגן איתם ביחד, והכל מתנהל באופן הרמוני.

עוד מבקש האב להוריד את חלקו של הבן הגדול במזונות, מאחר והוא אצלו כבר חודשיים ולא נראה שזה עומד להשתנות.

האב מציע לפתור את הבעיות בזה שלא יתקיימו הסדרי שהייה מוגדרים, כפי שהן בהסכם, אלא בתיאום עם האם. הוא יקח את הילדים מתי שנוח לאם ולא באופן תכופ, וכך מציע האב אף לגבי הילד הגדול נשוא הסכסוך. מתכונת לצרות צרורות כשיש זמני שהות לא ברורים.

תסקיר העו"ס

ממצאי התסקיר הראשוני קובעים באופן חד משמעי שישנו סכסוך שמתנהל על גב הילדים, ובפרט הבן הגדול. כמו כן, העלה התסקיר זווית מדאיגה, שעלתה גם בדיון, וכמו כן בדיון הגירושין, שהאב לא מודע למציאות הסובבת אותו. התיאורים אותן בוחר האב לתאר – הן על תפקוד הילדים, ובפרט הבן הגדול, והן את הסיבה לגירושין – הינן במקרה הטוב מנותקות מהמציאות, ובמקרה הפחות הטוב הינן הסוואה למתרחש פנימה.

עוד קובע התסקיר שהרצון של האב בהפחתת מזונות, ועל כן בוחר הוא לפגוע בהסדרי השהיה והעברת הבן הגדול אליו.

נקודה נוספת שעולה מהתסקיר היא שהאב הינו אישיות דומיננטית מאוד וחזקה מול האם ומול ילדיו, בניגוד לאם שמצטיירת ככנועה וחלשה. נעיר שאף מנוקדת מבטו של ביה"ד כך נראים הדברים.

בעיה נוספת שמתייחס אליה התסקיר הינה חוסר הקשר בין ההורים, ואצטט מהתסקיר:

"ניכר כי בין ההורים פערים עצומים בעניין הילדים וכי הם מתקשים לקיים תקשורת מטיבה ביניהם לטובת ילדיהם המשותפים. בין ההורים מאבקים רבים בעניינים כספיים למרות מצבם הכלכלי המרווח כאשר עניין המזונות עולה שוב ושוב לאורך כל השיחה."

המלצות התסקיר הינן:

א. הפניית המשפחה לאלתר לגורם טיפולי אשר יסייע להורים וילדים.

ב. לחייב את ההורים בשיתוף פעולה, וחוסר שיתוף פעולה יגרור חיובי קנסות.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

אציין שכיון שהחוק אימץ את עמדת ההלכה בענין החזקת ילדים ו"וטובת הילד" והאב הינו איש מקצוע בתחום, וכמו כן דברינו מופנים לרווחה, לשם כך הנחיצות לבחון במסגרת זה אף את דרישות החוק.

דיון והכרעה

פתיחת הסכם גירושין בכל הקשור בענייני הילדים

אתייחס תחילה לבקשת הרווחה, שלא הבינו די הצורך מדוע יש לתת תסקיר בזמן שיש הסכם מחייב בין הצדדים, הקובע את כל ענייני הילדים והטיפול בהם וכו'.

כך כתבתי בהחלטה מיום כ"ח באייר תשפ"ב (29/05/2022) שכוונה לרווחה:

"כדרכם של דברים ביה"ד כתב הסכם גירושין בהסכמת הצדדים ובמשך הזמן התגלעו קשיים בהתנהלות מול הילדים, עם או בלי קשר לגירושין שהיו, כעת עם היפתח תיק החזקת ילדים הגיע העת לבחון לעומק את התנהלות הצדדים עם ילדיהם, כמובן שיש בבחינה זו כדי להשליך על הסדרי השהייה שנקבעו בהסכם הגירושין, נעיר שנקבע לצדדים דיון בעניין זה בתאריך 20/06/2022 ובדיון זה ביה"ד אמור להגיע עם נתונים אובייקטיבים באשר להתנהלות הילדים.

על המזכירות להעביר לידי הרווחה את כתב התביעה, כדי ללמד על הנחיצות לתסקיר."

מן המפורסמות שביה"ד נעזר בתסקירי עומק של הרווחה, ודומה הדבר לפסיקה בפיקוח נפש, שדעתו של הרופא נשמעת ועל פיו מכריע הרב את ההלכה. כך הוא בהלכות שבת, יעויין בשו"ע (או"ח סימנים שכה-של), וכן הוא ביחס ליום כיפורים, יעויין שם (סימנים תריז-תריח), ולא כאן המקום להאריך בנידון זה. אפנה לדברים הקשורים ישירות לענייננו שכתבם הדיין הגאון הרב שלמה אילוז זצ"ל, ומופיעים בפד"ר כרך יא (עמוד 161), וז"ל (הדגשה לקמן שלי):

"בדרך כלל, ההחלטה על טובת הבן צריכה בירור מקיף בתסקירים מהעובדת סוציאלית של לשכת הסעד ובמקרים מיוחדים שהניגודים על החזקת ילד בין בני הזוג חריפים, בית הדין נעזר גם בעזרת חוות דעת רופא פסיכולוג שעורך פגישות בין ההורים והילד בנפרד ובצוותא, שרק אז יוכל למסור לבית הדין את הדו"ח המבוקש ממנו על גורל הבן וטובתו אם אצל אחד ההורים, או מחוץ לבית הוריו במוסד. וזו אינה צריכה לפנים, כי בית הדין אף על פי שהוא הפוסק האחרון בזה, מכל מקום צריך להודות כי אין הוא מומחה להחליט על טובת הילד בעצמו בלי בירורים קודמים ע"י מומחים לדבר כמו באותה מידה שאין בית הדין מומחה להחליט איזה חולה מותר לחלל עליו את השבת ואיזה מותר להאכילו ביום הכיפורים מפני פיקוח נפש בלי עצת רופא או מומחה לדבר, כן גם בטובת הבן.

אשר על כן, מטעם זה לא יתכן שבית הדין יחליט על טובת הבן אם אצל אביו, או אצל אמו או במוסד בו הוא שוהה היום רק על סמך הסכם גירושין שניתן לו תוקף של פסק-דין, שבו החליטו ההורים ביניהם על החזקתו, מבלי שיועץ במומחים לדבר תחילה, כי הדבר עשוי להשתנות תמיד, ומה שהיה לפני שנה ויותר, בעת הסכם הגירושין, כדבר מוחלט לטובת הבן, יכול להיות היום לאחר י"ג חודש כדבר מוחלט שאין עליו חולק לרעתו; אשר על כן הכריכה בזה: כריכת טובת הבן והחזקתו בהסכם הגירושין, היא כריכת מרור רועץ לבן."

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

בעקבות דברים אלו שכתב לא הסכים לדון בהחזקת הילד קודם שהיה לפניו תסקיר, וז"ל:

"במצב העניינים היום שאין בית הדין מעודכן כדבעי מפי מומחים לדבר על טובת הבן, מוקדם עדיין לדון על החזקתו..."

הנימוק המהותי מדוע הסכם בענין החזקת הילדים והסדרי שהות (זמני שהות) ניתן לפתוח מחדש, ואף מבלי שינוי נסיבות מהותיות, וכל אימת שאחד מהצדדים כותב שההסכם ביחס לילדים כבר אינו מתאים, הינו משום שלא ניתן לכרוך בהסכם מחייב את מצבם של הילדים. עיקרון טובת הילד עומד בפני עצמו, ואין ביד ההורים לקבוע בצורה מוחלטת בהסכם היכן ימצא הילד. להלן נרחיב אודות נקודה זו, ועד כמה משקל יש לייחס להגדרה זו של טובת הילד.

וכך אכן נכתב בהמשך לפס"ד הנזכר (עמוד 163), וז"ל:

"גם לדון בשאלת החזקת ילדים כשאלה הכרוכה בהסכם הגירושין שעשו בני הזוג ביניהם, אין הדבר מוצדק על פי הדין, כי בפסיקה על החזקת ילד, בית הדין מונחה בראש וראשונה אך ורק בטובת הילד, וזו אינה תלויה בביטול הסכם הגירושין או בקיומו כפסק דין, שאין הוריו זכאים להתפשר ביניהם על גופו ונשמתו, וכל הסכם כזה אינו מחייב, שכל זמן שהצד המעוניין יפנה לבית הדין ויוכיח כי טובת הילד היא רק אצלו, בית הדין לא יחסס לפסוק כי הסעיף לגבי החזקת הילד אינו תופס ובטל, ויפסוק כפי הממצאים שיהיו לפניו בעת הדיון מבלי להתחשב בהסכם שעשו ההורים ביניהם עליו."

כאן המקום להעיר שאף שהדברים הנזכרים לעיל הינן בדעת מיעוט, מכל מקום בהמשך הפד"ר (עמוד 172) מובא שעל פסק דין זה הוגש ערעור לפתחם של כבוד הדיינים הגר"א גולדשמיט, הגר"ש ישראלי והגר"י קפאח זצ"ל, ושם התהפכה המגמה וקיבלו הם את דעת המיעוט שהוזכרה לעיל, מתוך אותם נימוקים עצמם שנכתבו בדעת המיעוט והובאו לעיל.

יסוד הדברים מופיע בדברי המב"ט (חלק ב סימן סב), וז"ל:

"למדנו מכאן שתגדל הבת אצל אמה שתלמוד לה אומנות נשים וצניעות דרך נשים וא"כ אפילו נתרצית האם לתתן לאב חייב להחזירן כשתרצה היא להחזירן לביתה כי מה שאמרו הבת אצל אמה לא בשביל קירוב ואהבת האם לבת יותר מן האב נגעו בה אלא לתיקון הבת תלמוד דרך ארץ עם אמה כדאמר וא"כ מה לי שנתרצית האם לתתה לו אז וחזרה ונתרצית לקחתה אצלה או שהיתה אצלה מקודם וכ"ש הכא בנ"ד שהבנות אומרות שהן מצטערות בבית אביהן דנשוי לאשה אחרת ורוצות לחזור לבית אמן דפשיטא שאין כח באביהן להחזיק בהן בעל כרחן."

וכך אכן למדו בפד"ר (חלק ב עמוד 300) מאת כב' הדיינים: הרה"ג מ' שלזינגר - אב"ד, ש' י' הלוי, י' וילנסקי, וז"ל:

"בבואנו לברר את הנדון דנן לאור הוראות ההלכה קבענו כדבר ראשוני, שלו גם יהיה נכון כדברי העד, שבזמנו הסכים האב להחזקת ילדו אצל האם, יכול הוא לחזור בו היום מהסכמתו זאת, ולדרוש להחזיר את ילדו אליו, וכמו שהביא כבר בבאר היטב לאה"ע בסי' פ"ב בשם תשובות המב"ט באשה שהסכימה פעם לוותר על החזקת בתה אצלה, שיכולה לחזור בה מכך אחרי כן, על יסוד הכלל של הבת אצל אמה לעולם."

וכן פוסק בשו"ת ציץ אליעזר (חלק טו סימן נא) לגבי אב שהסכים בעת עריכת הגירושין כי הבן ישאר אצל האם, האם יוכל לחזור בו מזה בהגיע הבן לגיל שש מטעמי חינוך וכדומה, וז"ל:

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

"יתר על כן מצינו בשו"ת מבי"ט ח"ב סי' ס"ב (צוין בקצרה גם בכאה"ט אה"ע שם סי' פ"ב סק"ו) בקשר לההלכה כי הבת אצל אמה לעולם, שנשאל על אודות שנתרצתה האם על הבנות שישבו עם האב, ולאחר מיכן חזרה בה מהסכמתה ורצונה לקחתן עמה, והשיב, דאפילו נתרצת האם לתתן לאב חייב להחזירן כשתרצה היא להחזירן לביתה, ובנמקו: כי מה שאמרו הבת אצל אמה לא בשביל קירוב ואהבת האם לבת יותר מן האב נגעו בה אלא לתיקון הבת, שתלמוד לה אומנות נשים וצניעות דרך נשים, ואם כן מה לי שנתרצת האם לתתה לו אז וחזרה ונתרצת לקחתה אצלה יעו"ש, ודון מינה איפוא בדומה לדומה בגזירה שוה ובקל וחומר גם בקשר לבן שדינא הוא שלאחר שימלאו לו לבן שש שנים שלימות שיהי' אצל האב, שגם אפילו אילו מתחילה הסכים האב ברצון עצמו להשאירו אצל אמו גם לאחר מיכן שאפ"ה שפיר יוכל לחזור בו ולדרוש אותו אצלו כאשר יש כבר בידו כל האמצעים הדרושים ולגדלו ברחמי אב ולחנכו לתורה ולדרך ארץ..."

דברים ברורים והחלטיים יותר בעניין זה כתב הגר"א גולדשמיט זצ"ל ומופיעים בספרו עזר משפט (סימן א), ואתייחס להלן לדבריו אלו.

תפיסת החוק

אף החוק אימץ תפיסה זו, וכפי שקבע המחוקק במספר חוקים. עוד בראשית ימי המדינה, נחקק חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951, ובסעיף 3 לאותו חוק, נקבע כדלקמן:

"(א) האם והאב כאחד הם האפוטרופוסים הטבעיים על ילדיהם; מת אחד ההורים, הנשאר בחיים הוא האפוטרופוס הטבעי.

(ב) אין בהוראת סעיף קטן (א) כדי לפגוע בכוחו של בית המשפט או בית דין מוסמך לנהוג בעניני האפוטרופוס על ילדים הן על גופם והן על רכושם, בהתחשב עם טובת הילדים בלבד."

וכן בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות, תשכ"ב-1962 (להלן – "חוק הכשרות"), נמצאים כמה סעיפים רלבנטיים. בסעיף 18(א), שכותרתו "שיתוף בין ההורים", נקבע:

"בכל עניין הנתון לאפוטרופוסות חייבים שני ההורים לפעול תוך הסכמה; הסכמתו של אחד מהם לפעולתו של רעהו יכולה להינתן מראש או למפרע, בפירוש או מכללא, לעניין מסויים או באופן כללי; וחזקה על הורה שהסכים לפעולת רעהו כל עוד לא הוכח היפוכו של דבר. בעניין שאינו סובל דיחוי רשאי כל אחד מההורים לפעול על דעת עצמו."

האפשרות השנייה, שהיא זו החלה בענייננו, מוסדרת בסעיף 19 לחוק, שכותרתו "הכרעת בית המשפט", ואשר זה הנוסח המלא שלו:

"לא באו ההורים לידי הסכמה ביניהם בעניין הנוגע לרכוש הקטין, רשאי כל אחד מהם לפנות לבית המשפט והוא יכריע בדבר. לא באו ההורים לידי הסכמה ביניהם בעניין אחר הנתון לאפוטרופוסות, רשאים הם יחד לפנות לבית המשפט, ובית המשפט, אם לא עלה בידו להביאם לידי הסכמה ואם ראה שיש מקום להכריע בדבר, יכריע הוא בעצמו או יטיל את ההכרעה על מי שימצא לנכון."

סעיף רלבנטי נוסף של חוק הכשרות, הוא סעיף 24, שכותרתו "הסכם בין הורים החיים בנפרד", ואשר קובע את ההוראות הבאות:

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

"היו הורי הקטין חיים בנפרד – בין שנישואיהם אוינו, הותרו או הופקעו בין שעדיין קיימים ובין שלא נישאו – רשאים הם להסכים ביניהם על מי מהם תהיה האפוטרופסות לקטין, כולה או מקצתה, מי מהם יחזיק בקטין, ומה יהיו זכויות ההורה שלא יחזיק בקטין לבוא עמו במגע; הסכם כזה טעון אישור בית המשפט והוא יאשרו לאחר שנוכח כי ההסכם הוא לטובת הקטין, ומשאור, דינו – לכל עניין זולת ערעור – כדין החלטת בית המשפט."

הסעיף האחרון אשר מתייחס לדברים שהעלנו לעיל, הוא סעיף 25 לחוק הכשרות, שעניינו "קביעת בית המשפט באין הסכם בין ההורים" (שלמעשה, משלים את הוראות סעיף 24 שצוטט בפסקה הקודמת), ואשר זו לשונו:

"לא באו ההורים לידי הסכם כאמור בסעיף 24, או שבאו לידי הסכם אך ההסכם לא בוצע, רשאי בית המשפט לקבוע את הענינים האמורים בסעיף 24 כפי שייראה לו לטובת הקטין, ובלבד שילדים עד גיל 6 יהיו אצל אמם אם אין סיבות מיוחדות להורות אחרת."

ביה"ד אביהם של יתומים

היסוד בהלכה להתערבותו של בית הדין ויכולתו לקבוע בענינים של הילדים נובע מהכלל הידוע: "ביה"ד אביהם של יתומים", בגמ בב"ק (דף לו ע"א). כלל זה אינו עוסק ביתומים דווקא אלא עוסק אף בילדים שאין מי שידאג להם, וכך כותב הריטב"א בתשובה (סימן קסב), וז"ל:

"כשם שב"ד חייבין ליטפל בנכסי יתומי' כך חייבין ליטפל בנכסי כל אדם שאין לו מי שיטפל בהם ואפי' הוא גדול, אלא א"כ הניחם לדעת וכדאי' בפ' המפקיד אלא דאפטרופא (לדקני) [לדקנני] לא מוקמינן כדאי' התם אלא עושין בנכסיהם טפול המפורש שם בנכסי שבוין רטושין, וש"מ דדוקא (לדקני) [לדקנני] לא מוקמי' הא לקטנים מוקמינן ואע"פ שאינם יתומין, וכן בדין דמאי שנא, הכל מדין שמירה וכעין השבת אבדה שהיא מוטלת על ב"ד, וכשם שב"ד אביהם של יתומים כך הם אביהם של אלו, ולא דברו ב'יתומי' אלא בהווה, וכן מצינו במקומות אחרים דיתומים לאו דוקא..."

תשובה זו הובאה בב"י (חו"מ סימן רצ) ללא חולק, ויעויין שם בכנה"ג שביאר גדר זה של הריטב"א. כלל זה קנה לו שביתה כל אימת שדנים הפוסקים ביכולת של ביה"ד להכריע בהחזקת הילדים, וכן פוסק הרשב"א בתשובותיו (מיוחסות לרמב"ן סימן לח), וז"ל:

"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."

וכן הביא דבריו בשו"ת המהרשד"ם (סימן קכג), להלן יובאו דבריו.

וכן הביא הרדב"ז (חלק א סימן תכט), וז"ל:

"ואם אין שם קרובים זכרים שאינם ראויים לירש, צוותא דאימיה ניהא ליה אפילו שנשאת והכל תלוי בראות ב"ד שהם אביהם של יתומים."

עוד כתב הרדב"ז (חלק א סימן רסג), והביאו בפתחי תשובה (אבן העזר סימן פב ס"ק ו):

"גדולה מזו שאפילו לא היה האב חי ובאים קרובים לקחתה שומעין להם ואפי' אין שם קרובים ב"ד אביהם של יתומים וחייבין להוציאה מעם אמה ולהפקידה בבית א' מהכשרים כפי ראות עיניהם כו' ע"ש."

וכן כתב הרדב"ז (חלק א סימן קכג), וז"ל:

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

"כללא דמלתא הכל תלוי בראות ב"ד באי זה מקום יש תקנה לולד יותר."

יעוויין בפירושו ר' עובדיה מברטנורא על מסכת אבות (פרק א משנה י), וז"ל:

"ושמעתי שמפני שהיה אבטליון אב בית דין נקרא בשם זה, שפירושו אב לקטנים. כי טליא בלשון ארמי, קטן, כמו [מגילה ה' ע"ב] א"ר יוחנן כד הוינא טליא, כשהייתי קטן. לייתו טליא וטלייתא [יבמות קי"ד ע"א] יבואו קטן וקטנה. אף כאן אבטליון אביהן של יתומים קטנים."

יעוויין בעזר משפט להגר"א גולדשמיט (סימן כח) שהביא זאת, וסיים בזה:

"זהו תפקידו של ביה"ד וזהו שמו של אב בית הדין ודיין."

אמנם, בניגוד להורים שאין פרדיגמה משפטית הולמת היכולה לקבוע על תורת גידול הילד, מתוך הנחה שאכן ההורים יודעים בטובת ילדיהם, כביה"ד ישנה פרדיגמה כזו, ובסיסה הוא "טובת הילד". על כן, לאחר שנקבע שלביה"ד ישנה היכולת ההלכתית והחוקית לקבוע את מציאות הילד, הרי שהכלי המרכזי שביה"ד שוקל על פיו הינו "טובת הילד".

טובת הילד ועקרונותיו

עיקרון זה של טובת הילד הינו "עיקרון על", שמהווה סרגל לבחינת התערבותו של ביה"ד, וכן באיזה אופן ובאיזה חלוקה ישהה הילד אצל הוריו. עיקרון זה נלמד מספרי הפוסקים ונפסק להלכה, וכפי שנבאר.

ראש המדברים בהלכה זו הוא הרשב"א, שהבאנו לעיל דבריו (מיוחסות לרמב"ן סימן לח) שם נשאל כך:

"שאלה. ראובן שמת והניח בנים והאלמנה תובעת מן האפוטרופסים מזונות מחמת היתומים בניה. והאפוטרופסים אומרים יבואו היתומים אצלנו ונפרנס השנים מהם משלנו. והאחרים נקל עליהם מן ההוצאה. והאלמנה אומרת איני רוצה שיהיו בני אצל אחרים אלא אצלי. ואף על פי שהאפוטרופסים קרובים הם ואינם ראויים לירש. הדין עם מי?"

והשיב הרשב"א:

"הא כל שאין קטן שאין בו חשש רציחה וא"נ קטן אצל קרוב שאינו ראוי ליורשו מניחים אותו אצל הקרובים ולא אצל האם. 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."

הרי לך שהעיקרון המנחה לפיו פסק הרשב"א הינו טובת הילד.

וכן היא הכרעת הרמ"א. על דברי השו"ע שהביא את דין הגמ' שהבת אצל אמה לעולם, סייג הרמ"א שאין בזה קביעת מסמרות, אלא הכלל הקובע הינו טובת הילד. וכך הוא לשון השו"ע והרמ"א (אבן העזר סימן פב סעיף ז):

"והבת אצל אמה לעולם, ואפילו לאחר ו'. כיצד, היה האב ראוי לצדקה, מוציאין ממנו הראוי לה בעל כרחו, וזנין אותה והיא אצל אמה; ואפילו נשאת האם לאחר, בתה אצלה ואביה זן אותה משום צדקה, עד שימות האב ותיזון אח"כ מנכסיו בתנאי כתובתה והיא אצל אמה.

הגה: ודוקא שנראה לב"ד שטוב לבת להיות עם אמה, אבל אם נראה להם שטוב לה יותר לישיב עם בית אביה, אין האם יכולה לכוף שתהיה עמה (ר"מ

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

פדוואה סימן צ"ג /נ"ג/. מתה האם, אין אם אמה יכולה לכופף שיהיו הבנים עמה (ב"י בשם הרשב"ץ).

מקור דברי הרמ"א הוא שו"ת מהר"ם פדוואה (סימן נג) שנשאל ביתומות שרצה האב לגדלן והוא עשיר ויש לו היכולת לגדלן בעושר, ואילו האם הינה אישה עניה עד למאוד ואין בידה סיפק לגדלן, ואפילו לא ברמתה היא שהייתה עד לפני שבעלה נפטר. השיב מהר"ם, וז"ל:

"ובעיקרא דדינא ראיתי שהעידו עליו ב"ד רבא מבולוניה היות טוב ליתומו' להתגדל בבית אחיה' כי עתיר נכסין הוא ורבים ישרתוהו ולחם רב בביתו ונשים הגונות אתו והיתומות יהיו כבנות מלכים מגודלות בהיכלו וכולו אומר כבוד ובבית אמן תהיינה שפלות לשרת לאחרי' ואין משמשי' להן ומן הנכון שעולות עמה ואין יורדות עמה כי לטובת הבת כוונת רבותינו באמרם פרק הנושא הבת אצל האם וכן משמע מכל המפרשים שם א"כ אם נראה לבתי דינין שטובת היתומה הוא בהפך להיות אצל אחיה פשיטא שיכולין להפך הקערה לטובתה."

נעיר שעיקר חידושו של המהר"ם הינו שהכלל הקובע שהבת הינה עם האם נובע מחמת טובת הבת ולא טובת האם, ועל כן ניתן להפך את הכלל האמור בגמ' שהבת אצל האם לעולם, אך לא הכריע המהר"ם בצורה ברורה במקרה שלו שכך יהיה. ואכן כך למדו הרמ"א, שכתב שיש לבחון עניין זה, וכן כותב במפורש בחלקת מחוקק (סימן פב ס"ק י), וז"ל:

"המעין בתשובה יראה שהרב לא החליט הדין למעשה רק שכ' שאין הדבר פשוט כ"כ שיהיה הדין עם האם דיש מקום לומר אם הב"ד רואה שטוב ליתומים להיות אצל בית אביה הרשות ביד הבית דין ולא אמרו בגמרא הבת אצל אמה אלא בשניהם שוים."

ובעקבות כן מסיק החלקת מחוקק (שם), והסכים עמו הב"ש (ס"ק י), וז"ל:

"אבל אם הבת שותקת ולא איכפת לה אף שלב"ד נראה שטוב לה אצל בית אביה מ"מ יש להתיישב בדבר למעשה אם לעקור מה שאמרו חכמים הבת אצל האם בשביל אומדנא של הב"ד."

מדבריו של הח"מ נראה שעקרון יסוד זה של טובת הילד אף עמד לגמ' בקביעה שהבת אצל האם לעולם, ועל כן כדי לשנותו על פי אומדן ביה"ד צריך מישקל ראייתי אחר ומשמעותי כדי לשנות.

אחד מהפוסקים היסודיים בעניין זה הינו המהרשד"ם בתשובה (חלק אבן העזר סימן קכג), וכל מי שפוסק בהכרעות מעין אלו העוסקות בילדים מביא את דבריו, ואף אנו נביא את עקרי דבריו. נשאל המהרשד"ם כך:

"שאלה ראובן מת בחיי אשתו והניח בת קטנה יונקת שדי אמה וצוה אותה המת אצל אחיו שמעון ועשאו אפטרופוס על כל נכסיו ושישיא אותה כשתגדל לבן לוי אחיהם. אחר שמת רצתה האלמנה לגבות כתובתה וללכת לשוב אל עמה ואל מולדתה שהם דרים בעיר אחרת והאלמנה טוענ' שגם רצונה להוליך בתה עמה להניק' ותהיה אצלה כדין והאפטרופוס טוען שהיתומה בת אחיו נ"ע חשיבה אצלו ואצל זקנתה מאד מאד ואינו רוצה לתתה לה שיוליכנה לעיר אחר' מפני סכנת הדרכים ומפני שינוי האויר והילדה רכה יונק' שדי אמה ודפקוה ומת ח"ו ילמדנו רבינו הדין עם מי?"

תשובת המהרשד"ם ארוכה, ונלמדים ממנה מספר יסודות. ראשית, מתעמת המהרשד"ם עם הכלל הכתוב בגמ' שהבת אצל אמה לעולם, וא"כ על פניו הוכרעה השאלה עם תחילתה, וז"ל:

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

"לכאורה היה נראה שהדין עם האלמן' חדא דאמרינן על מתניתין דהנושא את האשה ופסקה לזון את בתה חמשה שנים כו' א"ר חסד' זאת אומרת בת אצל האם לא שנא גדולה כו' ודייק הכי מדקתני מוליך לה מזונות למקום שהיא אמה ולא קתני למקום שהי' ותו לא ומדקתני למקום שהיא אמה מלת' פסיקת' בין שהיא קטנה ובין שהיא גדולה ש"מ שהבת הוא אצל האם לעולם..."

אולם, המהרשד"ם מסיק במקרה שלו שכופין את האם להישאר ליד קרוביה ולא לעבור למקום אחר, ועושה זאת המהרשד"ם תוך שהוא קובע שהעיקרון בהחזקת הילדים הינה טובתו של הילד, ובמקרה שלו מעבר האם לא מטיב עם הילדה, וכך לשונו:

"ואני אומר כי טענת זאת קורי עכביש מבטחה ישען עליה ולא יעמוד וזה שאם נפש' לומר כן נמצא אתה עושה מקורי עכביש רמות וגביש ותקנה חלושה כזו שכתב הר"ן ז"ל וז"ל למקום שהיא אמה ולא קתני לבית אחיה למדנו שכן טוב שתתגדל הבת אצל אמה ובת הנזונת מן האחים זנין אותה בבית אמה ואין כופין אותה לדור אצלם לא שנא קטנה ולא שנא גדולה.

הרי שנר' מדברי הר"ן שתקנה זו אינה כי אם טובא בעלמ' כדי שתלמד אותה גם כתב ואין כופין אותה כו' ואי ס"ד דתקנה זו כ"כ עצומה וחזקה עד שתוכל האם להוליכה לכל מקום שתרצה איך כתב בל' שלילה ואין כופין כו' אם יש לנו רבות' גדולה מזו שיכולה האם להוליכה למקום רחוק ממושב עירם אלא שנר' בודאי שכל כחה של תקנה זו אינה אלא כדי שלא נכוף אותה לדור אצלם בביתם כי הייתי אומר כי בברכת הבית תאכ' מבלי שיצטרכו להוצאה יתירה ולזה אמר שאין כופין אות' לדור אצלם אבל לא שתהיה הרשות ביד האם להרחיק' מעיניהם ע"כ שזה לא עלה על הדעת."

ממשיך המהרשד"ם וקובע מהו הכלל שעומד ביסוד עניין זה:

"וכלל דמלתא כי כל זכות שאז"ל בדבורם הבת אצל האם לעולם לא אמרו כן לחוב לאחרים אלא במה שאין כופין אותה לדור אצל האחים ושאין האחים יכולים לומ' אם את אצלנו יש לך מזונות כו' אלא שיתנו לה מזונות אפי' שהיא בבית אמה ובזכותה דברו לא בזכות האם כמו שכתב הר"ן הלשון הנז"ל וכן בבן בזכות הבן דברו כמו שהוכיח המ"מ בלשון הגמ' בעירובין דאפי' בן שש בצוותא דאמא ניחא ליה א"כ כל שירא' לאב או לאפטר' שהוא חוב לבן או לבת להפרידה מן העיר הרשות בידם ויכולי' לומר לאם מה שאמרו שהבת אצלך לא אמרו אלא בזכות הבת והנה אנו רואים שחוב הוא לה שתעמוד אצלך ותוליכנה מהעיר שאת' חב לנו ולה לא נתנו לך כח בזה וצדקו דברי הרמב"ן שהבי' החכם השלם כמה"ר בנימין הלוי נר"ו שכתב ולעולם צריך לדקדק בדברים אלו אחר שירא' בעיני ב"ד בכל מקום שיש בו יותר תקון ליתומים שב"ד אביהם של יתומים לחזור אחר תקונן והאומר שרצה לומר שאינו חוזר אלא לענין הבנים אמנם לענין הבת לא שהרי אפי' האב אינו בא מידו להוציאה מיד האם ולא עדיף ב"ד מאב והבל יפצה פיהו דלא מבעיא לדעת האומרים דמה שאמרו הבת אצל האם לא מיירי בגרושה שיש אב לבת שאז הבת אצל האם [אולי צ"ל האב] וא"כ הכח שיש לאב יש לב"ד אלא אפי' לדברי הרמב"ם ז"ל והנמשכים לדעתו שהם רבים מ"מ יש כח לאב ולב"ד לראות תקנת הבת שהרי לאו מלתא בלא טעמא הוא אלא טעם גדול יש בדבר וכמו שכתב הרמב"ן ז"ל בתשו' הנז' והטעם כדי שתרגיל האם לבת ותלמדה דרך נשים ושלא תרגיל עצמה בפריצות ע"כ והגע עצמך שאנו רואים בפירוש שהאם דרך אחרת יש לה והיא פרוצה עד מאד או שאינה מיושבת בדעתה והיא צריכה מלמדת היתכן

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

בעיני אלי"ם ואדם לומ' אפי' הכי הבת אצל האם לעולם רחמנא ליצלן מהאי דעתא אלא על כרחך יש לך לומר שחכמים דברו בתקנת הבת על הסתם אמנם אם יראה בעין שתקנת הבת אינה להניחה אצל אמה ודאי ואין ספק בו שיש כח לבית דין לראו' על תקנתה."

נמצאנו למדים מדברי המהרשד"ם שתקנה זו של "הבת אצל אמה" היא תקנה קלושה, והסיבה לכך היא שלא ניתן לקבוע מסמרות בזה כל שהעיקרון המנחה הוא טובת הילד, וכמו כן ישנם נסיבות וכללים אחרים המתנגשים עם תקנה זו, ועל כרחך לא באה הגמ' לתקן כאן תקנה ברורה שלא ניתן להתייחס לנסיבות אחרות שיכולות להראות שדווקא טובת הבת הוא אצל אביה.

יעויין לעיל שהבאנו מדברי המבי"ט שניתן לפתוח הסכם בין שני הורים על יסוד תפיסה זו, שיש לבחון את ההסכמות מחדש על פי עיקרון טובת הילד.

זכויות ההורים ביחס לטובת הילדים

הגר"א גולדשמיט בפד"ר חלק א (עמוד 157) ובספרו עזר משפט (סימן א) בדונו בדרישה של אב לאפשר לו פגישות עם בתו, מביא את המקורות שהבאנו, ואף הוא קובע שהעיקרון המנחה הוא טובת הילד. אולם מתוך דבריו שם נראה שבא לחדש עקרון נוסף, אותו נבחן, וכך לשונו:

"אולם, לו היה ענין פגישות בין הורים וילדיהם ענין של זכויות ההורים ותועלתם, היו פוסקים בסכסוך כזה ביניהם על סמך הודאת בעל דין, אלא שאין הדבר כן. את יסוד ההלכה בענין הבן והבת אצל מי, קבע הרמב"ן בתשובות המיוחסות סימן ל"ח: [...] לעולם צריך לדקדק בדברים אלו אחר מה שיראה בעיני בית דין בכל מקום ומקום שיש בו יותר תיקון [...] לחזור אחר תיקונן.

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

וכן הוא להלן בדבריו:

"ולפי זה כבואנו לדון בדבר פגישות התובע עם הילדה, אין לפנינו דיון בדבר זכויות התובע או זכויות הנתבעת, כי אין כאן סכסוך בתועלת אחד משני הצדדים, יש כאן רק דיון בטובת הילדה. ואם כן מה שייך הודאת בעל דין שנאמר הנתבעת הודתה בזכויות התובע, לשניהם אין כאן כלל זכויות."

מחדש הגר"א גולדשמיט שבבואנו לדון בהסדרי שהייה ובכל עניין הקשור לילדים, אין לערב בזה זכויות ההורים מפני שאין כזה, ורק בטובת הילדים עסקינן.

מתקשה אני מאוד להסכים עם תפיסה זו, מפני שני נימוקים: האחד, מי גילה לגר"א גולדשמיט זצ"ל רז זה שאין להורים זכויות בילדיהם, והתורה קובעת אחרת מזה, וכפי שנוכיח. השני, מניין לומר שטובת הילד לא מגלמת בזה אף עיקרון של מיצוי זכויות האב והאם בחייו של הילד, ונוכחות משלימה ומטפחת בגידולו.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ראשית, נזכיר שעל דברים אלו שכתב הגר"א גולדשמיט זצ"ל כבר תמה חבר ביה"ד הגדול הגר"י קאפח זצ"ל, וכך לשונו:

"בסעיף 21 הובא מדברי הרב גולדשמיט זכרונות 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".

התמיהה הגדולה בדברי הגר"א גולדשמיט עולה מתוך דברי המהרשד"ם עצמו (שם), שהוא זה שקובע שטובת הילדים הוא עיקרון יסודי, ובדרך לקביעה זו וכביסוס לטענה זו כותב:

"ואני משיב להם הנה שראובן גרש את אשתו והיה לו בת ממנה וחביבה אצלו ואתה נותן רשות לאם שיוליכנה לעבר הים ולמקום שתרצה ובאותו מקום שהאם הולכת אינו מקו' תוכל הבת להרויח דבר ואם תעמוד במקום האב תרויח ה' לבנים [=מטבעות כסף] או יותר בכל יום ואתה אומר להפסיד לאב זכות זה שהתורה זכה¹ עוד נזדמן לאב בעירו איש א' יחפוץ בבתו ואם היה פה היה האיש ההוא נותן לו לאב אלף לבנים או יותר בעבור שימסרנה בידו עתה כי האיש ההוא אינו רוצה ללכת שמה למקום הבת או שאינו רוצה להמתין הייטב בעיני ה' כי התור' זכה בזה כל זכות אפשרי להיות ואתה רוצה להפסידו מכח התקנ' היוצאת מכח דיוק דמתני' זה ימאנהו דעתי ולא יסבלהו אלו שמעתיו מהיותר גדול שבדורנו זה ואין הדברים כיוצא באלו נמשכים אלא מצד ההרגל כי להיות הלשון בת אצל האם מרגל' בפומייהו והורגלו על שהבת זוכה מן האב ולא האב מן הבת קש' בעיניהם לפרוש עצמם מן ההרגל אמנם המעמיק בדברים ויקח אותם בשרשם מן הגמרא ומן הפוסקים ולא יטעהו ההרגל והניצוח יכיר האמת..."

עוד כותב המהרשד"ם במתק לשונו וחרפותה כאחת:

"אמנם כמו שהבן אינו יכול [האם – א.ה.]. להוציאו מן העיר ולהעלי' אותו מעיני אביו כן הבת וא"ת ומ"ל דבן אינו יכול להוציאו האם למקו' שהיא תרצה העבודה שנו' 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 שא"ה [=שאפילו

¹ ולעיל מינה מפרט הזכויות, וז"ל:

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

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

הכין נתנו לה כח להוליכו למקום רחוק זה אין הדעת סובל ב"ס [=כלי ספק] ולא היה צריך ראייה."

הרי לנו סתירת כללו של הגר"א גולדשמיט, ובענייננו הוי בניין גדול.

וקצת קשה לנו על הגר"א לביא שכתב בעטרת דבורה (ח"א סימן מב) כך, וז"ל:

"דברי הגר"א קפאח ז"ל, לא הוכחו מדברי הפוסקים אלא נשענים על סברא בלבד אך אינם מוסכמים וכפי העולה מכל הפסקי דין הנזכרים שנקטו בפשיטות שלא כדבריו וכן בתשובת המהרשד"ם מבואר להיפך..."

ותמה תמה אקרא, שכן בתשובת המהרשד"ם מפורש להדיא כדברי הגר"א קפאח, וכן מבואר בעוד פוסקים וכפי שנביא להלן. ועוד, די לנו בסברא של הגר"א קפאח, וכמו שדי לנו בסברת הרדב"ז, והנה לך לשונו של תשובת הרדב"ז (חלק א סימן שס):

"וזה דבר מסכים אל הסברא כי כמו שאביה היה יכול לעכב ב"ד אביהם של יתומים וליכא למימר שאביה ג"כ לא היה יכול לעכב דהבו דלא לוסף עליה שתוכל להוליכה למקום אחר שלא מדעת אביה זו מדה גדושה היא ואין מודדין בה."

הרי שלא העלה על דעתו שניתן למנוע מאביה של הנערה מלראות את בתו, וזו מידה גדושה מידי.

וכן נראה להביא משו"ת תשב"ץ (חלק א סימן מ) שנשאל כך:

"עוד שאלת תינוק שמתה אמו ורוצה אם אמו לגדלו בחיקה ולשכור לו אשה מינקת ואביו אומר אין לך רשות בבני אני אגדלנו ואשכור לו מינקת הדין עם מי?"

והשיב התשב"ץ (שם):

"תשובה. הדין עם האב שאפילו היתה אמו קיימת וגרשה בעלה והיא אומרת להניק והוא אומר שלא להניק הי' הדין עמו אלמלא שנתנו טעם בגמרא בפרק אף על פי (ס"א ע"ב) משום שיש צער לאשה כשאינה מניקה את בנה אבל כי ליתיה להאי טעמא הדין עמו. ולפ"ז אחר שגמלתו אמו יכול האב לומר אני אגדלנו. והרמב"ם ז"ל שכ' בפרק כ"א מהל' אישות שיעמוד עם אמו עד שיהא בן שש שנים דחה דבריו הראב"ד ז"ל בהשגות אלה /אלא/ שהבת יכולה האם לומר אני אגדלנה שאין דרך הבת להתגדל אלא עם אמה וכדאיתא בפרק הנושא (ק"ב ע"ב) ואחר שכן הוא מאיזה טעם תוכל לומר אם אמו של וילד אני אגדלנו ואשכור לו מינקת יכול לומר האב על בני ועל פעל ידי תצווני אלא הרי הבן ברשות האב רחם ירחמנו. כאיש אשר אמו תנחמנו."

הרי לך שתמך בהחזקת הבן אצל אביו כי הוא פעל ידו, וכדברי התשב"ץ הללו פוסק הרמ"א (סימן פב סעיף ז).

עוד נביא מפד"ר (חלק יג עמוד 13) בפני כבוד הדיינים: הרה"ג ב. רקובר - אב"ד, א. אטלס, ג. אקסלרוד, שהעירו על דברי הגר"א גולדשמיט זצ"ל וכתמיהתנו ממש, וז"ל:

"ובפס"ד שנדפס בפד"ר כרך א' (עמודים 8-157) כתבו, שענין פגישות בין הורים וילדיהם אינו ענין של זכויות ההורים, ואינם הלכות בטובותיהם...

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

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

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 טעדיק 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 וואינו 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.

וכדברים הללו כותב הגר"י גולדברג שליט"א בשורת הדין (כרך ט עמוד ק), וז"ל:

"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."

עוד נעיר, שגם אם אין הילד "חפץ" של אביו ואמו לזכות בו, וכדברי הגר"א גולדשמיט זצ"ל, העיסוק ב"טובת הילד" בלבד בשלילת כל זכות הורית מתעלמת לפעמים מחובת הילד עצמו במצות כיבוד אב ואם. הרי גם הילד כשלעצמו מחוייב ונדרש לוותר מנוחיותו לטובת כבוד ההורים, בפרט אם כבר הגיע לגיל מצוות, וזה עצמו טובתו הרוחנית, וכ"ש באשר מדובר בפגיעה של ניכור או זלזול בהם, אשר יש בכך ביטול בוטה של כבודם ומוראם. וראה לקמן בדברי הגרי"ש אלישיב זצ"ל ש"טובת הילד" כוללת "דאגה להתפתחותו הרוחנית" של הילד. וכן, להבדיל, בדברי שופט בית משפט העליון שניאור זלמן חשיך ש"טובת הילד כוללת גם חינוך טוב [...] וביחוד לכיבוד אב ואם."

נסיים פרק זה בדבריו של הגר"א י ולדנברג זצ"ל בשו"ת ציץ אליעזר (חלק טז סימן מד) העוסק בביאור דברי הרמב"ם (פרק כא מהל' אישות הלכה יז), שהביאם השו"ע (סימן פב סעיף ז):

"ואחר שש שנים יש לאב לומר אם הוא אצלי אתן לו מזונות ואם הוא אצל אמו לא אתן לו מזונות, והבת אצל אמה לעולם ואפילו לאחר שש."

מבאר הגר"א י שאין זה בתורת ענישה על מרידה ופגיעה במצות כיבוד אב, כפי שמשמע מביה"ד האזורי בנימוקיו וכפי שיש שמבארים, אלא כך הוא יסוד הדין, וכך לשונו:

"על פי האמור נראה בהסברת הדברים בכזאת. דמעיקרא דדינא הילדים מתיחסים אחר אביהם ככתוב "למשפחותם לבית אבותם", ומשפחת אב קרויה משפחה ולא משפחת אב, ועל כן הוא חייב בפרנסתם ובגידולם, ומשום כך יש לו מלוא הזכות לדרוש שיגדלו אצלו ובמחיצתו ויהנה מכל הכרוך בזה, והאב זכאי בבתו וכו' (עיי' 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

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

"מפני הנהגת טכסיסיה במלאכה ובצניעות" (מאירי כתובות שם) "וכדי שתתייסר מאמה ולא תאחוז בידה דרך פריצות" (שטמ"ק שם), אבל עם זאת לא שללו ע"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.

וכותב שם הגרא"י שדבריו הללו לקוחים אף מדברי המהרשד"ם. עוד כותב, וז"ל:

"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' ושכל מי שיפקפק בזה אינו אלא מן המתמיהין כי אין הדעת סובלת להרחיק בין אב לבנו, ובפרט כשהוא יחיד לו ונפשו קשורה בנפשו, וחז"ל הא לא אמרו לחלק בזה לבין שהוא יחיד לבין כשאינו יחיד, ואותו הדבר גם בבת, דבן ובת שוים בזה, ואפילו מאחים אין הדעת סובלת להרחיקה מהם ושיקוים בהם "ויאכל חצי בשרו", וכ"ש באב לגבי בנו או בתו שהמו מעיו עליהם ברחמי אב "ומי ישמע ומי ירצה להאמין בכזאת".

נעיר שדברי הציץ אליעזר מוסכמים אף על הגר"ע יוסף זצ"ל שישב עימו בדין, ודבריו הובאו בשו"ת יביע אומר (חלק ח סימן כב).

עוד נעיר שעל דברי הרמב"ם הנזכרים לעיל, שמרן השו"ע פוסק כמותו, ודברי הציץ אליעזר נסובים סביבם, ישנם הסברים נוספים. נפנה לחלק מהן: תשובת מהר"י בן לב (חלק א סימן עד), מהר"ם אלשיך (סימן לח), חלקת מחוקק (סימן פב ס"ק ט), מבי"ט (חלק א סימן קסה), עזרת כהן לגרא"י קוק זצ"ל (סימן נז), משפטים ישרים (ח"ב סימן רסב), היכל יצחק (אה"ע ח"א סימן כב), ציץ אליעזר (חלק טו סימנים נ-נא) יביע אומר (ח"ג אה"ע סימן ג; ח"ח או"ח סימן כה, ואה"ע סימן כב) יחווה דעת (חלק ג סימן עו), מנחת אברהם לגר"א שפירא זצ"ל (ח"א סימן ה, הובא בפד"ר ח"ז עמוד 17), משפטי עוזיאל (מהדר"ת סימנים פג, צא), ישכיל עבדי (ח"ב סימן ט-י; חלק ג אה"ע ז ח), שמחת כהן אה"ע (סימנים לז-לח), תבואות שמ"ש (סימן קטז), משפטי שאול לגר"ש ישראל זצ"ל (סימן כג), משנה הלכות (חלק יב סימן שנב; חלק טו סימן קעח) עטרת פז (חלק ג אה"ע י), פסקי דין רבניים (כרך א עמוד 56; כרך ב עמוד 300; כרך ד עמוד 94; כרך ז עמודים 17, 30 ו-144; כרך יג עמוד 6), תחומין (כרך טז עמוד 85 והלאה), ועוד עסקו בזה, ואכמ"ל בזה כיון שלא דברי הרמב"ם הם אלו העומדים לדין.

יעויין בישורון (כרך ז עמוד תקכ) שם מבאר הרב צבי גרטנר בצורה מדוייקת מה שחז"ל לימדונו בגדר זה של טובת הילד, וז"ל:

"הנה נראה פשוט שטובת הילד איננה ערך העומד בפני עצמו והראיה שמעולם לא שמענו שמשום טובת הילד בעלמא יבואו ביה"ד ויוציאו הילד מתחת יד הוריו הגרים יחדיו בשלום ושלחה, אלא ודאי כל עיקרה שבאה להכריע בין ההורים ומשפחתם, וגדר הדבר שגם לאב וגם לאם הזכות להחזיק בילדם וכו' והואיל אי אפשר כעת כשהם גרים בנפרד מוכרחים הם להתפשר באיזה צורה [...] וביה"ד ידונו ויפשו כל מקרה ומקרה כפי ראות עיניהם בגופו של דבר וע"ז קבעו חז"ל כללים ומסמרות בטובת הילד".

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

להלן, בבואנו לדון בעניין ניכור הורי והשלכותיו, נחדד הגדרה זו.

לא נעלמו ממני דברי המהריב"ל (ח"א סימן נח) החלוק על דברי המהרשד"ם, וסובר שהאם רשאית לקחת את ביתה אל מחוץ לעיר והבת עם אמה לעולם, ואף אם תיוצר מציאות בה האב לא יראה את בתו. מדבריו נלמד שטובת הבת היא המבחן היחיד, ולא משקללים בזה אף את זכויות האב. עוד ניתן ללמוד מזה שחיסרון ראיית האב את בתו לא מהווה מצב בו יכול האב למנוע מהבת מזונות, כיון שאם מציאות הבת אצל האם היא הכרעת ההלכה – מה לו להלין על מציאות זו, יעויין בשו"ת דרכי נועם (אבן העזר סימן לח) שכותב שלא ניתן להכריע בין שני ההרים הגדולים הללו. וא"כ, ניתן לומר שדברי הגר"א גולדשמיט נסמכים בדברי המהריב"ל.

לענ"ד לא ניתן לדחות מה שכתבנו מפני דברי המהריב"ל, משלוש סיבות: ראשית, ישנם רבים מהפוסקים שסייגו את דברי המהריב"ל ביחס לבת, ולא לבן, וכפי משמעות דבריו שהאם עם הבת הינו דין יחודי בקשר של אם עם בתה והכלים שיש בידי האם להקנות לביתה. לפי"ז, במשפחה שישנם בנים ובנות, הרי שהכרעתו תהיה שהבן יהיה עם האב ואילו הבת תהיה עם אימה, ואם ננקוט כתפיסתו, הרי שטובת הבת תיפגע יותר שכן מעבר להפרדת הבת מאביה כעת תיווצר הפרדתה מגרעין נוסף במשפחה מהבנים, וזו ודאי פגיעה בטובת הילד [יעויין להלן מה שנכתוב על הסכנה בהתפתחות פער בין הילדים, דבר הגורם לעוינות במערכת היחסים ביניהם].

שנית, הראש"ל הגר"ע יוסף בשו"ת יביע אומר (חלק ח - אבן העזר סימן כב) מסיק שרוב מניין ובניין מהפוסקים סוברים כדברי המהרשד"ם, וז"ל:

"ולכאורה היה נ"ל שהנידון שלנו תלוי במחלוקתם של המהריב"ל והמהרשד"ם, כי המהריב"ל (ספר א כלל יא סי' נו) ס"ל דהא דקי"ל הבת אצל האם לעולם, היינו אפילו אם תלך האם לעיר אחרת, הבת תהיה עמה, ואין יכולים לעכב בעדה. לפ"ז י"ל שגם בנ"ד שאין הבת רוצה להפגש עם אביה, מ"מ חייב במזונותיה, בכל מקום שהיא נמצאת, וכאילו נסעה עם אמה לעיר אחרת, ונעלמה מעיני אביה. שעכ"פ הוא חייב במזונותיה. אבל המהרשד"ם (חאה"ע סי' קכג) כתב, שכשם שהבן פחות מבן שש, אין האם יכולה להוציאו מן העיר ולהעלימו מעיני אביו, כן הדין לגבי הבת, שאין הבדל בין הבן לבת, אלא שהבן אצל האם עד שש שנים, והבת אצל אמה לעולם...

והנה אף על פי שבשו"ת דרכי נועם (חאה"ע סי' 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. ע"ש. מ"מ דעת הרדב"ז בתשובה ח"א (סי' שס) כדברי מהרשד"ם. ע"ש. ובשו"ת פרח מטה אהרן ח"א (סי' קי) בד"ה ומיהו, הסכים לדברי מהרשד"ם, שאין האם יכולה להוציא את הבת לעיר אחרת, וכתב, שהמהרשד"ם הביא לזה ראיות ברורות בריאות וטובות, וחזקות כראי מוצק, ואין לפקפק בהם כלל. ע"ש. וע"ע בשו"ת לחם רב (סי' ר). ובס' נתיבות משפט (דף רסא ע"ב). ע"ש. גם בשו"ת לב מבין (חאה"ע סי' קלח) הסכים לדברי מהרשד"ם, שאין האם יכולה ללכת עם בנותיה לעיר אחרת. וע"ע בשו"ת שופריה דיעקב (סי' ס). ע"ש. [ובאמת שנראה שבנ"ד גם מהריב"ל יודה למנוע מזונות מבת סוררת כזאת, שמדברת בפני בית הדין בגאווה ובוז כלפי אביה, ובשחצנות רבה, ולא דמי כלל לבת היוצאת יחד עם אמה לעיר אחרת, כאשר עיני המעיין תחזינה מישרים]."

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ועיין עוד בשו"ת תבואות שמ"ש לגר"ש משאש (אבן העזר סימן צו) שהוסיף מדיליה פוסקים רבים שנקטו כדברי המהרשד"ם. עוד נראה מדבריו (שם) שהיסוד לפסיקת המהרשד"ם הינו זכויות האב בבתו, עיי"ש.

שלישית, ניתן לבאר שאין מחלוקת עקרונית ביניהם, אלא הנסיבות שעסק בהן כל פוסק הן הם שהצדיקו את יציאת האם לעיר אחרת, ולחילופין מנעו יציאת האם, וכך ראיתי שכתב בשו"ת דרכי נועם גופיה (אבן העזר סימן לח). לפי"ז ניתן לומר שאף המהריב"ל יסכים עם העקרונות שעלו מדברי המהרשד"ם. כך לשונו של הדרכי נועם:

"והנה להיות דין זה אם תהיה הבת אצל אמה או אביה או אפי' אצל אם אמה במקום שהיא כל זה בנוי על ראות ב"ד לתקנת הולד מצינא למימר דלא פליגי הני רבוותא לענין הדין בנדון של כל אחד ואחד היות בכל אחד מהם טעמים מספיקים לנדון של כל אחד ואחד אף על פי שחלוקים בראיות והם דבאותו נדון של הרשד"ם שצוה האב לאחיו לפקח על הבת ולהשיאה לבן אחיו והזמין ממון ביד האפטרופוס לפרנסת ונישואי הבת יראה לע"ד שלא יחלוק בזה הריב"ל דאם כן נמצא האם והבת נזוקים ומפסידין זכותם ויגיע להם נזק, האב שלא תתקיים צואתו והבת פרנסתה ונישואיה והב"ד מוטל עליהם לפקח לתקנת היתומה לכן ודאי שיודה דבנדון כיוצא בזה שמעכבין את האם מקחת בתה עמה דתקנת הגמרא לתועלת הבת נאמרה וכן הרשד"ם לא פסיק ותני דמעכבין את הילדה מללכת עם אמה אלא מחמת כמה טעמים הנז' שם מחמת הנזק המגיע לאב ולבת כאשר תראה שהאריך והפליג בהם וסכנת הדרכים עשאה סניף בעלמא וכשלא יהיו שם כל אות' הטעמים אומר אני לע"ד שאפשר שיודה להריב"ל בראות ב"ד תקנת הילדה ללכת עם אמה שהוא טוב לה משבת אצל אביה."

וכך נקטו בשו"ת משפטי צדק (ח"א סימן כג), דבר משה אמאירליו (ח"א סי' לד), נפת צופים (סימן צא), דבר אמת להר"י מונסוניגו (סימן קלז), ומענה לאברהם להר"ש עמאר (סי' לה).

לסיכום פרק זה, לא אוכל להימנע מלומר את רחשי לבי באשר לתפיסה זו. לדעתי, נישול ההורים מנכסיהם ההוריים הינה רעה חולה. ההורים הינם דמות מופת בתא המשפחתי שלאורם יש לצעוד, ובתפיסה הנפשית של הילד מתקיים בו "ותחסרהו מעט מאלוקים", יעויין בגמ' בקידושין (דף ל ע"ב): "השוה הכתוב כבוד אב ואם לכבוד המקום", וכן בספר החינוך (מצוה לג) במצות כבוד הורים, שמקביל הכרת הטוב להורים להכרת הטוב לאלוקים, כך היא המידה.

אי אפשר לה לסמכות הורית לצאת לפועל אם בבסיס התפיסה ההורית ההורה נתפס רק כבעל חובות, מבלי שום זכויות במשפחתו.

טובת ההורה הוא טובת הילד

עוד נאמר, ואף הוא עיקר גדול, שגם אם נאמר כדברי הגר"א גולדשמיט זצ"ל שאין לאב זכויות על ילדיו, מכל מקום אף הוא צריך להודות שטובת הילד עצמו היא שיהיה עם אביו ואמו במידה מספקת שתיתן מזור למציאות חייו. המציאות הבריאה והשלווה ביותר לנפשו של הילד הוא שהייה במחיצת הוריו מולידיו, והם אלו היודעים ובקיאים בטובת ילדם יותר מכל, והדבר נוגע לציפור נפשם ובכל מאודם. עוד אני תמה איזה מידה טובה תצמח לילד במנותק מאביו, ולעיתים מאימו, האם לא ברור שכשטוב להורים זה עצמו טובת הילדים? ובזה כולם צריכים להודות.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

לדברינו, בדוננו על טובת הילד, יש לבחון את טובתו במוכן הרחב של המילה, ולא להצר מושג זה לגבולות לא מסתברים שיכולות להתברר שרעתו.

אמנם הנפקות בין שני הטעמים הוא התנגשות בין שני העקרונות, והשאלה מה יגבר, וכפי שמציין בצדק הגר"א לביא שליט"א בעטרת דבורה.

יעויין בשו"ת חק ומשפט [להגאון רבי חיים טולדאנו] (סימן קסו-קסז) שם דן בדברי הרמ"א (סימן פב סעיף ז) שבגידול הבת יש עדיפות לאם מול האב, אך לא לאם האם (הסבתא), וחידש שאף אם הבת רוצה להיות עם אם האם לא מניחים לה. מדבריו משמע שאין יתרון לילדה אלא עם הוריה הטבעיים, וטובת הילדה נשקלת בהתאם לסביבתה הטבעית עם הוריה.

אני סבור שלא ניתן לבודד את טובתו של הילד מבלי לעסוק בטובת ההורה, ולמעשה ניתן לומר שכשטוב להורה המגדל – אף טוב לילד עצמו. העיסוק רק בטובתו של הילד לענ"ד מהווה מפתח לניכור הורי, בעקבות כך שרק טובת הילד היא זו העומדת לנגד עינינו, מבלי לראות את שלום המשפחה והמעטפת שנמצא הילד בתוכה. יש וצריך לקרוא לתפיסה כזו "ניכור הורי משפטי" מונח חדש ומעניין. מכאן נולדה תופעה מסוכנת שהורים מחליטים על דעת עצמן מה טובת הילד, ומבלי לחשוב שטובת הילד שיהיה בקשר עם שני ההורים. לעיתים אף ישנה מגמה לומר ש"זה מה שהילד חושב", ואם חשובה לנו טובת הילד – אל לנו לפגוע בילד, ואף זה מהפגעים שהתפיסה הנזכרת מולידה. תופעה זו הינה פסולה בתכלית! ולענ"ד לא לזה התכוונו הפוסקים, וכפי שהוכחנו לעיל.

תפיסת החוק

לעיל הבאנו את סעיף 3(ב) לחוק שיווי זכויות האשה, הקובע כי בבוא בית המשפט להכריע בענייני משמורתו של קטין עליו להתחשב "בטובת הילד בלבד". בהסבר חוק זה כותב פרופ' אבנר חי שאקי במאמרו "אפיונים בדיני משמורת קטינים – בדגש על ישום עקרון טובת הילד", בעיוני משפט (כרך י עמוד 15) (מופיע בנבו):

"לדעתנו פירוש הדיבור "בלבד" מחייב לראות בטובת הילד לא רק שיקול עליון, אלא אף שיקול בלעדי, הדוחה מפניו כל שיקול מתנגש."

והביא את קביעתו של השופט זילברג (כפרשת שטיינר נגד היועץ המשפטי ע"א 209/45), שכך מסיק.

אולם, אף הוא מודה שקיימת פרשנות אחרת, ומציין לדברי השופט ברזנסון בבג"ץ 40/63 אפרד לורינג' נ' יושב ראש ההוצאה לפועל חיפה, פ"ד יז 1709 (1963), וז"ל:

"השיקול העליון, ולרוב המכריע, במשפטים מסוג זה הוא טובת הילד, אך הוא איננו השיקול היחיד, ואין להתעלם משאר נסיבות המקרה ומדרישות הצדק כלפי שני ההורים. דווקא בגלל הנסיבות המשפחתיות המיוחדות במקרה זה מן הראוי לעודד את קשרי הילד גם עם האב מקטנותו, לא רק מבחינת האב אלא לטובת הילד עצמו: מוטב שיגדל ויתחנך על ברכי האם והאב גם יחד ולא יורחק מאף אחד מהם. אין כל טענה נגד האב שאינו ראוי להחזיק את הילד מבחינת אישיותו, התנהגותו, מעמדו הכלכלי או תנאי המגורים והחיים שלו."

הדבר היחיד העלול לפגוע בילד הוא ההכרח שעלול להיווצר להוציאו בכל פעם מידי האם בעל כורחה ולמסרו לאב. הכרח זה, אם ייווצר, יהיה כולו פועל-יוצא מהתנהגותה של האם, וודאי שלא היא שרשאית להסתמך על

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

אפשרות זו כנסיכה להשאר הילד אצלה. אם באמת טובת הילד לנגד עיניה, בידה למנוע פגיעה אפשרית זו בו, אם על-ידי קיום פסק-הדין ואם על-ידי פניה לבית-הדין להצדקת מבוקשה שהילד יהיה אך ורק ברשותה. אילו אמרנו כי כורח זה, אם ייווצר באשמת האם, מצדיק אי-ביצוע פסק הדין, היינו כמו ידנינו נותנים גושפנקה חוקית לכל הורה לעשות דין לעצמו ביחס לילד קטין ולהצליח בכך באמתלה, כי עשיית הדין על-פי חוק המדינה עלול להזיק לילד, נזק שלמעשה הוא-הוא שמביא אותו עליו. מצב דברים כזה הוא בלתי נסבל ושום סדר ציבורי תקין לא יוכל לעמוד בו.”

נעיר שעמדה זו היא עמדת הרוב. כמו כן יעויין בהערה 60 במאמר הנ”ל, שכותב שעמדה זו אומצה בסדרה ארוכה של פסקי דין בבית משפט העליון.

אולם, על אף הפרשנות שפרופ’ שאקי בחר לתת לחוק, מכל מקום הוא מודה שטובת הילד מחייבת קשר רציף ומובנה עם הוריו מולידיו, וז”ל:

”מוסכמה אוניברסאלית היא, שטובת הילד מחייבת בדרך כלל שהוא ימצא, יגדל, יטופל ויחונך במחיצת הוריו הטבעיים ועל ידם.

לכן נוטים גם בתי המשפט בישראל להעדיף את ההורה הטבעי על פני זרים, מתוך הנחה שזו המסגרת המבטיחה ביותר להתפתחותו הגופנית הנפשית והרוחנית של הילד, הנחה זו מבוססת על הטבע ועל הניסיון האנושי המורה כי הילד זקוק לקרבת הוריו הטבעיים ולמגעם היומיומי, אלה דרושים לעיצוב אישיותו לפיתוח בטחונו העצמי, לטיפוח אמונו בזולת, לחיזוק תחושת השייכות בקרבו, ולביסוס הרגשת רצינותו בבית המשפחה, בתי המשפט מיישמים שיקול עליון זה, כחלק מטובתו של הילד, אף כלפי המדינה – בעיקר בתפקודה באמצעות פקידי הסעד ומוסדות הרווחה המגלה לעיתים התערבות יתר בחיי המשפחה מתוך גישה אבהית מוטעית המבקשת לזהות את טובת הילד עם טובת הכלל מתוך נקודת ראותם של נציגי ציבור.”

התערבות ביה”ד בתהליך ההורי

היסוד להתערבות ביה”ד בנעשה בקרב המשפחה, בקביעת משמורת ובחלוקת הסדרי השהייה (זמני שהות) וכו’, הוא על פי מה שהבאנו לעיל שביה”ד הוא אביהן של יתומים. לעיל הבאנו ש”יתומים” לאו דווקא, אולם יש לבחון מדוע זה הביטוי שנתנו חז”ל להצדקת התערבות ביה”ד? צריך לומר שהכוונה הגלומה בזה הוא שרק מציאות של היעדר שליטה הורית בנעשה בקרב התא המשפחתי, הוא, ורק הוא, מצדיק התערבות בית הדין. וכפי שיתום הוא נטול אב או אם, כך הוא אף אם יש אב או אם בפועל, רק אינם מספקים את ההגנה המירבית לילדם, כי אז ביה”ד צריך להתערב. יעויין בשו”ת ציץ אליעזר (חלק יז סימן נ) שאף הוא כותב כך, וז”ל:

”וברור הדבר דכשאמרו דבי”ד אביהם של יתומים, הוא הדין שהן אביהן של קטנים כשנמצאים במצב של יתומים חיים.”

זאת ועוד, לעיל הבאנו תשובת הריטב”א (סימן קסב) ממנו משמע שלא דווקא יתומים, מכל מקום ביה”ד אביהן של קטנים הזקוקים לביה”ד, והביא דבריו הב”י (ח”מ סימן רצ) ולא ציין לחולקים. אולם, יש להעיר בזה, שמתשובות הרא”ש (כלל פז אות א; סימן פב אות א) משמע שבמקום שיש אב, ביה”ד אינו רשאי להתערב, וא”כ לדבריו יתומים בדווקא, יעויין בכנה”ג (הגהות ב”י חושן משפט סימן רצ) שיישב הדברים בפשטות, וז”ל:

”בתשובה כלל פ”ז סימן א’, ורמזה רבינו המחבר בסימן זה, נראה שחולק על זה, שכתב וז”ל: דכמו שיש ביד בית-דין כח לעשות איזה דבר שהוא

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

תקנת היתומים, כך יהא כח ביד האב. והאב עצמו עדיף מבית-דין וכו'. ובפרק החובל תנא: החובל בבנו קטן יעשה לו סגולה. מדתני 'יעשה' ולא 'יעשו' דהוה משמע בית-דין, אלמא שאין בית-דין נזקקין לקטן שיש לו אב, אלא כל מה שיעשה לו האב בנכסיו הוא עשוי, ואין בית-דין מדקדקים אחריו, אף על פי שהאב חייב ליתן הממון לבנו. ועיין בכלל צ"ב.

ואיפשר דלא פליגי הרא"ש ז"ל והריטב"א, דהריטב"א ז"ל מיירי כשאינו נוהג עם בניו כשורה, והרא"ש ז"ל מיירי באב שנוהג עם בניו כשורה.

הרי לנו מדברי הכנה"ג שהתערבות ביה"ד יכולה להתקיים במציאות בה מוכח לביה"ד שאחד מההורים אינו נוהג כשורה עם ילדיו.

יעויין בשו"ת מהר"י בן לב (חלק א סימן נח) שאף ממנו ניתן לשמוע כדברינו, וז"ל:

"ולא עדיף ב"ד מאביה שהרי כתב הרמב"ן שבית דין אביהם של יתומים לחזר אחר תקונם הא קמן דלא עדיפי בית דין מאביה."

נמצא א"כ, שהתערבות ביה"ד נכונה ומוצדקת בתנאי שישנה סטייה חריפה ומוכחת בדרך גידול הילד ובטובת הילד. לענ"ד ביסוד תפיסה זו מונח שההורים יודעים יותר מכל אחד אחר מהו טובת הילדים.

לדעתי, וכפי האמור, התערבותו של ביה"ד, ולחילופין בית משפט, צריכה להיות מינורית, שכן התערבות זו הינה מלאכותית, ולעיתים כופה תהליכים שאינם מתאימים לתא המשפחתי, ויש למזער את התערבות ביה"ד בקביעת המשמורת ולתת להורים לבדם להחליט לבנם מהו טובתו. כמו כן, יש לצמצם את פתיחת ההסכם ביחס לילדים, ויש לבחון היטב קודם האם אכן ההסכם אינו משרת את האינטרס של טובת הילד והאם ההסכם פוגע בטובתו, כי אז יש לשאוף להתאימו כך שיהא הולם את האינטרס של טובת הילד.

ובאותה מידה שכתב הח"מ, הבאנו דבריו לעיל – "אף שלב"ד נראה שטוב לה אצל בית אביה מ"מ יש להתיישב בדבר למעשה אם לעקור מה שאמרו חכמים הבת אצל האם בשביל אומדנא של הב"ד" – כך ביה"ד צריך לשקול האם לעקור הסכמה בין ההורים בשביל אומדנא של ביה"ד.

אחר שכתבתי את הדברים הללו, ראיתי את מה שפוסק הרב 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..."

ביה"ד צריך לשאוף להסכמים

עוד אומר שלדעתי על ביה"ד לשאוף ליצירת הסכם בין ההורים בכל העניינים שביניהם, ובפרט בענייני הילדים, שבזה ישנו רווח כפול: האחד, ביה"ד לא צריך להכריע מהי טובת הילדים ונותן להורים להכריע מתוך הנחה שטובת הילדים לנגד עיניהם. השני, ביה"ד בקביעת הסכם כזה לא מכריע רק לשעה הקרובה, אלא כבר כעת קובע את עיקרון טובת הילדים בזה שהוא מאפשר להורים לסיים עניינם מבלי כעס ומתוך נעימות, ולא מתוך הכרעה שיפוטית אלא מתוך הסכמה, והדבר נותן אותותיו ביחס שהילדים מקבלים לאחר מכן.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

בכל הכרעה, אף ממונית, גדול כח הפשרה מתוך עיקרון השלום, יעויין בשבחי הפשרה במאמרו של הגר"נ גולדברג זצ"ל (הובא בספר דיני בורות של חבר ביה"ד טבריה-צפת הרה"ג יעזר אריאל שליט"א, בנספח לשער הרביעי), כל שכן בהכרעה גורלית בעניין הילדים ישנם את הרווחים הנ"ל.

התעצמות בכיה"ד לא מוסיפה לזוג ומגבירה את הסכסוך ביניהם, ולעיתים כל אחד מצייר מציאות קיצונית של השני שנותן הצדקה לטענתו ומתבצר בה, ומעגל זה חוזר חלילה. נשמעים ביטויים חריגים הפוצעים את הנפש ללא מרפא, וגם בדבר שניתן היה להגיע איתו להסכמות כעת עם היפתח המערכה נפתחים כל הדברים מחדש. מהתנהגות זו כולם מפסידים, ההורים וכן הילדים, והמרוויחים הגדולים הינם ב"כ הצדדים שפרנסה בצידה.

בחירת טובת הילד על פי הילד עצמו

מדברי הפוסקים נראה שישנו מדד נוסף לבחינת טובת הילד, והוא היועצות בילד עצמו ומה טובתו, כך משתמע משו"ת הרדב"ז (חלק א סימן שס), וז"ל:

"כללא דמלתא שהדבר תלוי כפי ראות ב"ד בין בילדותה בין בקטנותה ואחר שתגדיל הדבר תלוי בדעתה."

וכן יוצא מדברי המהרשד"ם בתשובה (חלק חושן משפט סימן שח) שעוסק בקביעת משמורת הבת אצל אביה לאחר שנישא בשנית, ומכריע שתהיה אצל אביה בעודה קטנה, ומוסיף:

"וכשתגדיל היא תבקש מנוח אשר ייטב לה."

וכן המשמעות הפשוטה העולה מדברי מהר"ם פדואה, שהוא מקור דברי הרמ"א, וז"ל:

"גם המדקדק שם פרק הנושא ברש"י יכול להיפך /להפך/ בזכות כמר יודא זה וז"ל ובת הניזונת מן האחים זנין אותה בבית אמה ואין כופין אותה לדור אצלם עכ"ל. משמע שאם היתומה תרצה להיות אצל האם שאין כופין אותה האחים אבל ג"כ אם היא בבית האחים ותרצה לשבת אתם אין כופין על ההפך להוציאה מביתה להשימה אצל האם כי טובתם נדרוש ורעתם לא נדרוש."

וכך אכן למדו הח"מ והב"ש מדבריו, וז"ל הח"מ (סימן פב ס"ק י), וז"ל:

"ועוד דאפשר לומר דאם אין הבת רוצה להיות אצל אמה הרשות בידה ודקדק כן מל' רש"י ולא אמרו בגמרא הבת אצל האם אלא בדלא איכפ' לה לבת אצל מי תהיה."

ועל כן מבאר הח"מ, והסכים עימו הב"ש (שם ס"ק י), את דברי הרמ"א כך:

"ולפ"ז מ"ש כאן הרב אין האם יכולה לכוף היינו את הבת אינה יכולה לכוף אם אינה רוצה להיות אצל האם אבל אם הבת שותקת ולא איכפת לה אף שלב"ד נראה שטוב לה אצל בית אביה מ"מ יש להתיישב בדבר למעשה אם לעקור מה שאמרו חכמים הבת אצל האם בשביל אומדנא של הב"ד."

משמעות הדברים היוצאת מדברי הרמ"א על פי ביאורו כך היא, שרק בהצטרף רצון הבת שלא להיות עם אמה עם טובת הילדה על פי ראות ביה"ד שלא להיות עם אמה – רק אז גוברים שני אלו לשנות מן האומדן של הגמ' שהבת אצל אמה לעולם. אבל אם הבת שותקת, אף אם נראה לביה"ד שטוב לה אצל אביה, יש לבחון האם ניתן לעקור את אומדן הגמ'.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

וכבר תמה מאוד בספר נפת צופים (אבן העזר סימן פט) על מסקנה זו העולה מדברי הח"מ, שכן הרמ"א גופיה לא ביאר לנו מה יהא הדין כשהבת אינה רוצה להיות עם אמה, והח"מ על פי דברי מהר"ם פדוואה ביאר שמספיק ברצון הבת שאינה רוצה להיות עם אמה כדי לעקור את האומדנא שהבת אצל אמה, וא"כ דין זה שהעלה הח"מ בדברי הרמ"א הוא לא כפי אף פוסק.

והעלה הנופת צופים שיש ליישב דברי הח"מ בשני אופנים. אופן אחד, שלא רצה הח"מ לכתוב שהוא חולק על הרמ"א להדיא, ועל כן הרכיב את דבריו על דברי הרמ"א ויצר דין שלישי.

אף הבית יעקב (סימן פב ס"ק ז) שם לב לנקודה זו בדברי הח"מ, שהוא נותן פרשנות שאינה תואמת את דברי הרמ"א, אמנם שלא כדברי הנפת צופים בדעת הרמ"א, הבית יעקב ברור לו שאף לדברי הרמ"א סגי ברצון הבת עצמה כדי לשנות את האומדן של חז"ל, וכדברי המהר"ם פדוואה שהביא הח"מ. ועל כן הסיק הבית יעקב שדברי הח"מ ש"אין לכוף" היינו את הבת, אבל אם היא שותקת יש להתיישב בדבר למעשה – הינם דברי עצמו ושלא כדברי הרמ"א. נמצא לדברי הבית יעקב, שהח"מ והב"ש חולקים על הרמ"א.

אופן שני, יעויין בנפת צופים שכתב ישוב נוסף, וז"ל:

"אי נמי י"ל דלפי דבריהם דברי מור"ם לדיוקא אתו דהסכמת ביה"ד אינה מועלת לעקור דברי חז"ל שאמרו הבת אצל אמה אלא במסייע אותם רצון הבת שאומרת שטוב לה בבית אביה, אבל לקיים דברי חז"ל שהבת אינה רוצה להיות אצל אמה והב"ד רואין שטוב לה יותר להיות אצל אמה בזה שהוא לקיים דברי חז"ל שומעין להם אף שהוא נגד רצון הבת דודאי בכה"ג דברי הבת בטלים כיון דנפיק מפומייהו דרבנן הבת אצל אמה ואומדנת הב"ד מסייעת שטובתה ותועלתה היא אצל אמה כך נראה לי דין אמת.

ועוד נ"ל בזה, דלא אמרו שאם הבת אין רצונה בבית אמה ששומעין לה להיות אצל אחיה בית אביה, אלא בהשבת בת הבחנה, וכגון כבת שמנה וכת תשע אבל בכציר מהכי וכפי ראות עיני ביה"ד דבריה לא מעלין ולא מורדין וכמי שלא דברה כלל הוי דתינוקות קטנים לאו בעלי דברים ולא בעלי הבחנה נינהו לבחור בטוב, זהו הנ"ל."

נמצא א"כ, לדברי הנפת צופים, השאלה על רצון הבת מתחלק לשניים: עד גיל כתשע אין רצונה מעלה ולא מוריד מאחר ודעתה קלישתא. לאחר גיל זה, יש מקום לרצון הבת, אך רק אם אכן הדבר משתקף אף להבנת ביה"ד שזהו טובת הבת.

לעניין הנקודה הראשונה, נעיר שבתשובת הרשב"ש (סימן קטו) כתב (בענין אמא שרוצה להוליך את בנותיה למרחק) שהגיל הקובע הינו מגיל אחת-עשרה שנדרה נדרים, וכך לשונו:

"אמנם אם הבנות הם גדולות ובאו לכלל אחת עשרה שנה שאם נדרו נדרים נבדקים, יניחום בבית אדם נאמן ימים במספר כפי ראות בני אדם המהוגנין, וישאלו את פיהן, ואם רוצות לילך אחרי אמן יעשו כרצונם."

יעויין בשו"ת תבואות שמ"ש לגר"ש משאש (אבן העזר סימן צו) שהביא את דברי הרשב"ש וכתב:

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

"משמע מדבריו דכל שהיא פחות מ-יא שנה אין לנו לחוש לדבריה, וכופין אותה ונותנין אותה לאביה."²

לגבי הנקודה השניה בדעת הרמ"א, יעויין בשו"ת תבואות שמ"ש לגר"ש משאש (סימן קטז) שהביא את דברי הנפת צופים והקשה על שני ביאורים אלו. הוא הציע הסבר אחר בדברי הח"מ והב"ש בדעת הרמ"א, וכך הוא הסברו: הח"מ והב"ש למדו בדעת הרמ"א שהסתפק בדעת מהר"ם פדואה האם הולכים אחר טובת הילד לפי ראות ביה"ד לבד או שמא אחר רצונו של הילד עצמו לבד, ומהמהר"ם פדואה לא ניתן להסיק כיון שלא הכריע, על כן יש להחמיר ולהצריך שני תנאים: רצון הילד בצירוף לטובת הילד על פי ראות ביה"ד.

יעויין בספר מקוה המים לגר"מ מלכה (ח"א סימן כח) שאף הוא דן בדברי הח"מ והב"ש הללו, ומופיעים דבריו בשו"ת תבואות שמ"ש (שם סימן קטז).

הן אמת, שאחר שדן הגר"ש משאש בדברי הח"מ, לקושתא דמילתא לא קיבל את דעתו ברמ"א, והכריע בדעת הרמ"א שסגי בדברי הילד עצמו כדי לקבוע על מיקומו, מבלי לצרף לזה תנאי נוסף של ראות ביה"ד. הוא הביא מספר פוסקים שהכריעו כך, וכן הכריע בתשובה נוספת (שם סימן קלג).

אולם לענ"ד לא ניתן להכריע כנגד הח"מ והב"ש מבלי ראיה, והפוסקים שהביא – יעויין בהם שאין הכרח שדחו דברי הח"מ והב"ש, וכמו כן צירפו לזה נקודות נוספות.

וכדברי הח"מ והב"ש ראיתי שלמד הגרי"ש אלישיב זצ"ל בפד"ר (לא פורסם, מופיע במשפטי אי"ש תשי"ז עמוד רמט) בדברי הרמ"א, וכך היא הכרעתו. לאחר שהביא את המקורות מהן משמע ששואלים את רצון הבת, ואלו המקורות שהבאנו אנו לעיל, כתב כך:

"מתוך כ"ז משמע לכאורה דלעולם ההכרעה נתונה בידי הילד או הילדה (אחרי גיל שש) ובידם הבחירה לקבוע את מקומם, ונראה פשוט שאין גם לחלק בזה בין אם הילד רוצה להישאר באותה העיר אשר אביו נמצא בתוכה או שהוא רוצה להרחיק נדוד יותר עם אמו לארץ אחרת אשר בזה דן המהרשד"ם בסי' קכג שגם לפי הלכה הקבועה: "בת אצל אמה לעולם" מ"מ אין ביד האם להוציא את ילדה לעיר אחרת הואיל וזכתה תורה לאב בכל הזכויות המפורטות בכתובות פ"ד ואתה רוצה לבטלן, המשנה השלימה הנ"ל והתורה השלימה הנ"ל שאמרה בנעוריה בית אביה כל שבח נעורים לבית אביה (וחולק על המהריב"ל אשר ס"ל דיכולה להוליך לכל מקום שתוצה) אבל טעם זה הרי לא שייך אצל הילד, גם מ"ש שם לדון שזה לא לטובת הבת וכמו שביאר שם באריכות אבל זה שייך רק אי אנו דנין בדרישת האם להוציאה לעיר אחרת אבל אם הילד בעצמו בוחר את מקומו אם נאמר דאיהו שליט על גופי' וכנ"ל מניין לנו שאביו רשאי למנוע את זכותו ממנו.

אמנם אליבא דאמת לא מסתבר כלל לומר דבמקום אשר לפי ראות ביה"ד טובת הילד או הילדה הם בניגוד למה שבחרו והם מתוך שדעתם קרובה להנאה רגעית בחרו להם את מקומם מתוך הסתכלות זאת שיהיה לזה ערך.

היתכן לומר שגורלם יהיה נתון בידם הם להכריע בדבר כה חשוב אשר עוד לא הגיעו לגיל בגרות ודעתם דעתא קלישתא היא ועיני אביהם או אימן ראוות וכלות ואין ידם להושיע.

² יש מקום לעיין בדעת הגר"ש משאש, שכן בתשובה אחרת (בסימן קטז) דן באריכות על המקום שניתן לרצונו של הילד, הבאנו דבריו בפנים, ושם הוא דן בילדה כבת שש, ולא הזכיר שלדבריו אין לרצונו של ילד בגיל זה שום משמעות.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ובהכרח צריך לומר דגם מהר"ם פדואה וגם מהר"ם אלשיך לא מסרו הכרעה ביד פעוטות אלה אלא בעובדא דידהו שבאמת אין לראות בבחירתם הם דבר שיתנגד לשיקול דעת ביה"ד.

ואכן הרמ"א כאשר הביא את דינו של מהר"ם פדואה כתב:

הגה: ודוקא שנראה לב"ד שטוב לבת להיות עם אמה, אבל אם נראה להם שטוב לה יותר לישיב עם בית אביה, אין האם יכולה לכוף שתהיה עמה (ר"מ פדואה)

ובחלקת מחוקק סימן פב ס"ק י ביאר דברי הרמ"א

מ"ש כאן הרב אין האם יכולה לכוף היינו את הבת אינה יכולה לכוף אם אינה רוצה להיות אצל האם...

הרי לפי דברי הח"מ קבע הרמ"א להלכה כי דווקא בכה"ג שיחד עם רצון הבת לעזוב את אמה, יש גם שיקול דעת ביה"ד אשר נראה להם שטוב לבת להיות עם אמה, אז אין האם יכולה לכוף את הבת להיות אצלה.

וכמשמעות דברים אלו פוסק הרב משפטי צדק (סימן כג) הביאו הכנסת הגדולה (הגהות בית יוסף אבן העזר סימן פב אות יא), וז"ל:

"אם הבת לא תרצה לשבת במקום שיראה לב"ד שהוא תיקונה אפילו היא גדולה כופין אותה לשבת במקום שיראה לב"ד. משפט צדק ח"א סימן כ"ג."

וכן לענ"ד מוכרח מדברי הרדב"ז, שכן הבאנו לעיל שכתב הרדב"ז שהדבר תלוי בדעתה של הבת, ואילו הרדב"ז עצמו כתב בתשובה אחרת (ח"א סימן רסג), וז"ל:

"ברור שהדין עם ראובן דהא טעמא דאמרו ז"ל הבת אצל אמה משום דבצוותא דאמה ניחא לה והכא אנן סהדי דלא ניחא ליה בצוותא דאמה ואפי' תאמר אצל אמי אני רוצה אין שומעין לה דחיישינן שמא תהיה נגדרת אחר אמה וכ"ש שכבר היא בת שבע וטועמות טעם ביאה."

בפד"ר נוסף מפי כתבו של הגרי"ש אלישיב זצ"ל (לא פורסם, והובאו דבריו במשפטי אי"ש תשכ"ב ערעור 76, שם בפרק ט), נכתב אף בו עיקרון זה, שעיקרון טובת הילד אינו ניבחר על פי נקודת מבטו של הילד. בפד"ר זה ישנם מספר חידושים, ועל כן נביא דבריו. הנידון הוא באמא המנכרת בן ובת מאביהם, וטענת האב היא כדלהלן:

"האם מסיתה את הילד נגד אבא בצורה מאד קשה, ויש לרחם על האב הזה שרוצה לחנך את בנו בדרך התורה והמצוה. האשה מלמדת את הבנות להתכחש לאביהן והבן הגדול בן 16 שנה לא הניח עד היום תפילין וכופר בעיקר, וגם הבת בת ה-17 אינה דתית. אבקש אפוא לאפשר לאב לקבל את בנו לרשותו והוא מבקש להכניס את הבן והבת שהיא בגיל 9 למוסד דתי לחנכם להיות יהודים טובים ודתיים והוא ישלם עבורם כמה שידרש."

טענת האם היא:

"הבנות צריכות להימצא ברשות האם מפני שהיא חייבת לחנך אותן לצניעות ושאר מצוות המוטלות על נשים."

על הפרק היה רישום הילדים הללו למוסד פנימייתי בעל מאפיינים דתיים המתאים לדרישות של האב, וב"כ האם ניתלה בטענתו באמירה של אחד מדייני ההרכב באזורי שאמר: "האם הכי גרועה יותר טוב ממוסד."

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

עוד נעיר שהבן והבת היו מעוניינים להיות עם האם, וכמו כן פקידת הסעד אמרה שהעברת הילד באמצע שנת הלימודים מבי"ס של זרם חילוני לבי"ס אחר יביא זעזוע קשה לילד.

הגרי"ש אלישיב פסק כפי עמדתו של הבעל, ובשים לב שהבן והבת רוצים להיות עם האם וכמו כן שהכרעתו כנגד המלצות המקצועיות של פקידת הסעד.

הנימוקים להחלטה זו הם שניים: האחד, הגדרת "טובת הילד" כפי שהגדיר, ועל הדרך התנגד לאמירת הדיין באזורי שכל מוסד הוא פחות טוב מהשהייה עם האם. השנית: סביבת הגידול של הילדים עם אמא שמנכרת אותם לאביהם היא סביבה שאינה טובה לילדים, ועל כן יש לנתק אותם מסביבה זו למוסד פנימייתי, וז"ל:

"ואכן אימרה זו [של אותו דיין] קנתה זכות אזרח בכמה בתי הדין בארץ וזה כנראה מפני שלפי דעתם "טובת הילדים", פירושו: מה שנראה טוב ויפה בעיני הילד ואיפה הוא ירגיש עצמו יותר נוח. ואם כך הדבר, הרי אין ספק שאם לדון לפי הבנת הילד ולפי הערכתו הוא, הרי לדעתו, טובתו הוא להימצא בבית אמו, אשר שם ירגיש את היחס האימהי ואת לטיפת ידה הרכה, משא"כ במוסד אשר שמה יהיה נתון לפקוח מתמיד על דרכי הליכותו ותנועותיו. אלא שאם כן הוא דעת תורה, כי אז לא הייתה קיימת בכלל ההלכה הפסוקה ש"ילד למעלה מגיל שש – אצל אביו".

עייין שו"ת "משפטי שמואל" סי' צ' בתשובת הגאון רמ"ח ז"ל: "[...] דמסתמא האשה משתדלת יותר בתקון הבת ממה שישתדל האיש אפילו שיהיה אביה", וכעין זה אמרו בגמ' גבי 'איש אמו ואביו תראו' דגבי יראה הקדים אם לאב, דמסתמא אימת האב מוטלת על הבן יותר מאימת האם, משא"כ בכבוד לפי שהאם מדרכה להשתדל יותר בתקון הבנים והבנות ומרחמת יותר עליהם [...]"

ואם הלכה קובעת: "ילד בן שש אצל אביו", הריהו משום "טובת הילד", פירושו: דאגה להתפתחותו הרוחנית, ואב, בדרך כלל, מסוגל יותר להדריך את בנו ללכת בדרכי ישרים ולתת לו את החינוך המתאים לתורה ולדרך ארץ, שלא ייהפך לבן סורר אשר איננו שומע בקול הורים ומורים, ועושה מה שלבו חפץ."

נימוק נוסף כותב הגרי"ש אלישיב זצ"ל:

"עובדה היא שההורים מסוכסכים ביניהם רבות בשנים, וכמוכן שבלב כל אחד שנאה עזה מלאת מרירות כלפי השני, ובתוך קלחת המריבות וההתרוצצויות בבתי הדין, נמצאים ילדים רכי הגיל הנתונים כולם להשפעת ההורה איפה שהם נמצאים – הרי הם הופכים, בלי ספק, לשונאי נפש וכצד לוחם נגד ההורה השני [...]"

ואם כך, איך אפשר להתנכר לאב הדורש להוציא את ילדיו מאווירה של שנאה והסתה כלפיו ולהחזיקם על חשבונו במוסד מתאים, אשר בו יתחנכו לתורה ולדרך ארץ, במוסד אשר גם הורים החיים חיי משפחה תקינים, ושהשלוש במעונם, שולחים שמה את ילדיהם להתחנך."

עוד קובל שם הגרי"ש אלישיב זצ"ל על ההשתהות של ביה"ד האזורי בטיפול, מה שהוביל לדבריה של פקידת הסעד שהבן כבר לומד במוסד חילוני.

כדברי הח"מ אף הכריע בתשובות והנהגות (ח"א סימן תשפג).

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

הרי לנו מסקנת הדברים העולה, שעל ביה"ד לעמוד על רצון הבת מגיל דעה והלאה, ומנגד לבחון בעין אובייקטיבית את טובת הילד ולהחליט על פי זה. ולדברינו לעיל, יש לשקלל בזה את מקומם של ההורים עצמם.

מפגש הדיין עם הילדים מנקודת מבטי

אולם, לא אוכל למנוע עצמי מלומר שהפגישות עם הילדים עצמם, יותר מאשר תורמות, נראה שהן מזיקות להליך עצמו, שכן הילדים נתפסים כחלק מגורמי הסכסוך ולעיתים תופסים צד ומרגישים רגשות אשמה, ואין צריך לומר שדבריהם נתונים להתקפות הוריהם לאחר מכן, דבר שלא תורם לשיח ההורי הטעון ממילא. זאת ועוד, התועלת שיוצאת מזה היא קטנה, מאחר וההורים עצמן על פי רוב מתדרכים את הילדים מה לומר. ביה"ד הינו ערכאה שיפוטית, אשר מטבע הדברים עוסק "בקצה" ואינו רואה את המכלול המשפחתי פנימה, ולא חווה זאת בעיניים שהמשפחה חווה, והכרעה שיפוטית אינה כזאת שיכולה לסגל לעצמה מבט כזה. לענ"ד די בזה שהילדים נפגשים עם פקידת סה"ד, ומבט זה בא אל ביה"ד דרך המפגש הזה.

בהקשר זה, חשוב לציין לדבריו של ד"ר דניאל גוטליב, במאמרו, "תסמונת הניכור ההורי", בכתב עת "רפואה ומשפט" (גליון מס' 31 (דצמבר 2004), עמ' 106), תחת הכותרת "הנזק הנגרם לילדים" (עמ' 113-115 ואילך):

"ילדים רבים הסובלים מתסמונת ניכור הורי והמתנכרים להורה אחד תוך עידוד מצד ההורה השני, מוצגים כביכול כעצמאיים, ומפעילים שיקול דעת ורצון חופשי. אכן טענה שאין זה אלא רצון הילד ויש לכבדו, רווחת מאוד, ונוגעת גם בנושא זכויות הילד. עם זאת, במקרים רבים מוכח שלא רק שאין הילד מפעיל את שיקול דעתו, או מביע את רצונו, אלא שהוא שבוי פסיכולוגי של הורה אחד, ונאלץ לדקלם את אשר נאמר לו ללא כל קשר או התחשבות ברצונו. הורים מנכרים מתקשים לעשות את ההפרדה החשובה בין הרצונות והצרכים שלהם לאלו של הילדים. הם מתקשים לראות את ילדיהם כבעלי אמונות ודעות משונות מאלו שלהם, לפחות בתחום המצומצם של קשר עם ההורה השני."

עוד על הסכנה של עירוב הילד בתהליך הסכסוך והאיבה בין הוריו כותב ד"ר. גוטליב כך:

"ילד הנמצא במצב בו הוא נאלץ לבחור בין שני ההורים, והוא מודע לעובדה כי בחירה זו תגרום צער לאחד ההורים, עלול לחוות תחושות קשות של אשמה. במקרי גירושין 'רגילים' ילדים רבים חשים מידה מסוימת של אשמה, אם בשל מחשבה שהם גרמו או לא מנעו את הגירושין, ואם בשל הרגשה כי הם צריכים לטפל בהורים ולגרום להם להיות שמחים או לפחות לא עצובים."

אולם לעיתים, מבלי שיש ברירה, והדברים מקצינים בשיח בין האם לאב וביה"ד אינו יודע מה מקומם של הילדים, מאחר וטענות ההורים הפוכים מקצה לקצה – במקרים אלו יש מקום למפגש הדיין עם הילדים עצמם כדי שיתרשם מקרוב.

יתכן במקרה דנן, כשיכלו כל הקיצין אקיים מפגש כזה, אולם לדעתי לא הגיע העת למפגש כזה קודם שנעשו דברים חיוניים יותר לפתירת המצב.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

תפיסת החוק

לפי הדברים שהעלינו לעיל על הסכמת ההורים ובחינת ההכרעה, לענ"ד המדרג המובא בחוק נכון מאוד ומשקף נכונה אף את עמדת ההלכה. כך הוא לשון סעיף 19 בחוק הכשרות:

"לא באו ההורים לידי הסכמה ביניהם בעניין הנוגע לרכוש הקטין, רשאי כל אחד מהם לפנות לבית המשפט והוא יכריע בדבר. לא באו ההורים לידי הסכמה ביניהם בעניין אחר הנתון לאפוטרופסותם, רשאים הם יחד לפנות לבית המשפט, ובית המשפט, אם לא עלה בידו להביאם לידי הסכמה ואם ראה שיש מקום להכריע בדבר, יכריע הוא בעצמו או יטיל את ההכרעה על מי שימצא לנכון".

נקודת המוצא של החוק הוא שיש על ההורים להגיע להסכמה הנוגעת לקטין עצמו ביניהם, וזו כאמור כבר תורמת לטובת הילד. אולם העדר הסכמה בדבר הקשור לילד מעמיד זכות של אחד מבני ההורים לתבוע את השני ולברר זאת בפני ערכאה שיפוטית, ואף הערכאה השיפוטית עצמה – לפני שהיא מכריעה בסכסוך עצמו – יש לה לראות האם לא ניתן להגיע להסכמות בין ההורים, ורק משנוכח בית הדין או בית המשפט שאין יכולת להביא את הצדדים להסכמה, אז יש מקום להכרעה שיפוטית.

עוד מובא בסעיף 24 לחוק הכשרות:

"היו הורי הקטין חיים בנפרד – בין שנישואיהם אוינו, הותרו או הופקעו בין שעדיין קיימים ובין שלא נישאו – רשאים הם להסכים ביניהם על מי מהם תהיה האפוטרופסות לקטין, כולה או מקצתה, מי מהם יחזיק בקטין, ומה יהיו זכויות ההורה שלא יחזיק בקטין לבוא עמו במגע; הסכם כזה טעון אישור בית המשפט והוא יאשרו לאחר שנוכח כי ההסכם הוא לטובת הקטין, ומשאור, דינו – לכל עניין זולת ערעור – כדין החלטת בית המשפט".

בגדרו של סעיף זה מעלה פרופ' שאקי (עמוד 24) בכותרת: "עקרון האפוטרופסות השווה בין ההורים" את התמיהה הבאה, וז"ל:

ברצוננו להעיר כי בהוראה בדבר כוח ההורים להסכים ביניהם, על החזקת הקטין בידי אחד מהם בלבד, גלומה כנראה ההנחה שחזקה על הורים שהסכם משמורת ביניהם יחתור תמיד להבטיח את טובת הילד. לדעתנו, הרחיקה הוראה זו לכת. השמטת התנאי המפורש כי ההסכם יהיה "לטובת הילד", נראית לנו מישגה הטעון תיקון. אמנם נקבע כי הסכם טעון אישור בית המשפט. ברם, לא נאמר כי עד לאישורו אין לו כל נפקות משפטית, כלפי פנים וכלפי חוץ כאחת. במיוחד מוטעית, להערכתנו, ההפרזה שבמתן אימון בהורים להסכים ביניהם גם על "האפוטרופסות כולה", שמשמעה הוא שהורה יוכל להתנער מכל חובותיו וזכויותיו כלפי ילדו, "לטובת" בן-זוגו, מכוח "הסכמתו" עם בן-זוגו. לדעתנו, אין הדבר עולה בקנה אחד עם היות האפוטרופסות של הורים בישראל במהותה חובת הורים, ולא זכות הורים, לפיכך ספק אם "ויתור" הורה על חובותיו כלפי ילדו – ואפילו אושר על-ידי בית המשפט – שולל מהילד את זכויותיו הטבעיות, המוסריות והמשפטיות כלפי ההורה "המוותר". אם הילד הוא אכן "בעל דין" בענין משמורתו ושאר זכויותיו, כפי שנקבע כאמור על-ידי בית המשפט העליון, קשה להבין כיצד מחליטים החלטה כה גורלית בעניינו, בלא לשמוע אותו כלל.

פרופ' שאקי מעלה כאן שאלה מעניינת הראויה לדיון, והוא נוגע במקצת לנקודה שהרחבנו אודותיה לעיל: האם טובת הילד המחייבת קשר רציף ובריא עם שני הוריו לא מחייבת אותנו למנוע מהורים ליצור מציאות בה הילד מוחזק רק אצל הורה אחד מבלי קשר עם ההורה השני?

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ומדוע איפוא לא הציב המחוקק להסכמה זו התניה שהסכמה זו תקבל, ובלבד שזה טובת הילד?

לאחר שביקש להוסיף לחוק את התנאי הנ"ל, מציע פרופ' שאקי פתרון מעשי לסוגיא זו, שבמקרים מעין אלו ייקבע בחוק שבדיון כזה יהא הילד מיוצג יצוג בלתי תלוי ע"י עורך דין שימונה ע"י בית המשפט או ע"י אפוטרופוס לדין.

לדעתי ישנה חשיבות לשאלה עצמה ולמודעות שהיא מעלה. עם זאת, ברמה הפרקטית הדברים נראים אחרת. ראשית כתוב בחוק שכשבת המשפט, ולחילופין בית הדין, מאשר הסכם כזה התנאי לאישורו הוא הבטחת טובת הילד, וכפי שפרופ' שאקי עצמו כתב, ועל כן ישנה כבר את הבקרה הנדרשת. שנית, ואף הוא עיקר, יש להעיר שברמה המעשית לכפות על הורה להיות נוכח כהורה פעיל בניגוד לרצונו לא ברור שהוא משרת את טובת הילד ומוליד תוצאה בריאה.

עוד נעיר שתופעות אלו הינן תופעות שוליות ונדירות למדי, וכשזה קורה על ביה"ד לבחון האם סיבת הדבר הוא לחץ המופעל על ההורה השני להסכים לזה ומה עומד מאחרי כל זה.

ביחס למשקל שניתן לדבריו של הילד בפסיקה האזרחית, ועוד הערות הנוגעות לדברים שכתבנו, נציין כאן לדברים שכתב שופט בית משפט העליון שניאור זלמן חשין (ע"א 319/45 ד.ג.

נ' ה.ג. פ"ד יא, 261, עמודים 267-268):

"טובת הילד" אין פירושה שפע מותרות, ריבוי תענוגות, תפנוקים לאין שיעור, ואין היא מצטמצמת ביד רכה, בדברי מחמאה ובשפת חלקות. דברים אלה מורים לעתים על אהבה מזוייפת ועל מסירות של חנופה. יש מייסר בנו, ואף מרים עליו יד לעתים, ואף-על-פי-כן ימצאו מחנכים שיאמרו כי אין הדבר מביא רעה לילד. טובת הילד אין פירושה גם מה שנראה בעיני הילד עצמו כשמחה, כאושר וכאהבה. בענינים כאלה אין לסמוך רק על הערכתו של הילד. טובת-הילד פירושה דאגה לצרכיו החמריים של הילד, למלבוש נקי, למזון מבריא, לקורת גג ולכלי מיטה; פירושה יחס אבהי ואמהי, מלה טובה, לטיפת יד רכה, חיוך לבבי, יצירת הרגשה בלב הילד, שאין הוא זר ואין הוא מיותר בבית, בין האנשים הסובבים אותו, שיש מי שרוצה בו ושהוא שייך למקום בו הוא נמצא. אך אין זה הכל: טובת הילד כוללת גם חינוך טוב, הכשרת הלב לנימוסים נאים, לדרך-ארץ בפני אנשים, קרובים ורחוקים, וביחוד לכיבוד אב ואם. ההורים חייבים להיות אנשי המעלה בעיני הילד, ויהיו אשר יהיו היחסים ההדדיים בינם לבין עצמם. מן ההכרח לנטוע בלב הילד רגשי אהבה והערצה לאב ולאם לא רק משום שמגיע להם הדבר בזכות היותם הורים, כי אם גם, ואולי ביחוד, משום שטיפוח רגשות אלה מרגיל את הילד לאחר זמן לקשור קשרי ידידות עם זרים, עם החברה כולה. הקשר הראשוני נוצר עם האנשים הקרובים ביותר לילד ומתפשט על האחרים. נטיעת רגשי שנאה בלב הילד לאב או לאם פירושה השרשת איבה לאדם מן החברה. פעל כזה מזיק לילד ולכל תהליכי התפתחותו הרוחנית, ועשוי להתנקם ברבות הימים בסביבתו הקרובה והרחוקה כאחד."

דברים אלו נכתבו לפני שנים רבות עם קום המדינה, ולדעתי כאז כן עתה יפים הדברים וביתר שאת כיום.

המצב המחייב התערבות אקטיבית של ביה"ד

על אף הדברים שנכתבו לעיל, בה הובעה דעתי שעל ביה"ד להמעיט בהתערבותו ככל שהדבר קשור לילדים, ואף הבאנו שכך עמדת החוק, יוצא מן הכלל הינו מצב של "ניכור הוריי" –

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

המחייב התערבות מהירה של ביה"ד מבלי שהות, שכן הסכנה הגלומה בניכור הורי חריפה מאין כמותה, והראשון להינזק ממציאאות זו הוא הילד עצמו, ועיקרון טובת הילד הוא עצמו מחייב אותנו להתערב מהר ככל האפשר למיגור תופעה זו בקרב המשפחה. נעיר שניכור הורי הינה תופעה רחבה, בה הורים משתמשים בילדים להתנגחות ביניהם, ולעיתים הפרשנות שנותנים הם ל"טובת הילד" נגועה באינטרס לפגוע בצד השני, ובשאר אינטרסים אחרים. שימו לב שהרב מסביר שניכור הורי הנה תופעה רחבה בעוד שהורה שנוטש את ילדו הנה תופעה שולית. בניכור זוהי טענה רווחת שהורה האחר הפקיר את ילדו אולם בדרך כלל אין כל אמת בטענה זו. ככלל אנו מניחים שטובת הילד היא זו העומדת לנגד ההורים, אולם יוצא מן הכלל מצב בו ההורים מערבים שיקולים שאינם עניינים לגבי הילדים, שכן הורים מתקשים לעשות את הפרדה החשובה בין הרצונות והצרכים שלהם לאלו של הילדים. הם מתקשים לראות את ילדיהם כבעלי אמונות ודעות השונים מאלו שלהם, לפחות בתחום המצומצם של קשר עם ההורה השני.

לעיל הבאנו הסבר מאת הרב צבי גרטנר לצורך בהגדרה של טובת הילד שנכתב בה כך:

"אלא ודאי כל עיקרה [של ההגדרה שהגדירו חז"ל בטובת הילד] שבאה להכריע בין ההורים ומשפחתם, וגדר הדבר שגם לאב וגם לאם הזכות להחזיק בילדם וכו' והואיל אי אפשר כעת כשהם גרים בנפרד מוכרחים הם להתפשר באיזה צורה [...] וביה"ד ידונו ויפשרו בכל מקרה ומקרה כפי ראות עיניהם בגופו של דבר וע"ז קבעו חז"ל כללים ומסמרות בטובת הילד."

לדעתי לצורך כך בדיוק ניתנה הרשות והחובה לביה"ד להתערב, כדי לבחון שאין המאבק ההורי פוגע בטובתו של הילד, ולהעמיד את מכלול הדברים על טובת הילד.

דברים דומים כותב ד"ר גוטליב, וז"ל:

"ההורה המסית איננו מסוגל לעזור לילד להגיע לראיה שקולה ואינטגרטיבית של המשפחה לאחר גירושין. אותו הורה איננו יכול לעזור לילד לגייס את הכוחות שיאפשרו לו להתגבר על הטרואמה של הגירושין. תסמונת הניכור ההורי רק מנציחה את הטרואמה מבלי שמתאפשרת התקדמות הילד בחיים."

ניתוח הנזקים לילד בניכור הורי

כדי להבין את עומק התופעה המדאיגה של ניכור הורי, וכך נלמד לטפל בה עד כמה שאפשר, נביא את המשך הדברים של ד"ר גוטליב, שם הוא הולך ומונה את הנזקים לילדים מנוכרים [סדר הדברים הוא על דעתי בלבד, ושלא כפי שנכתבו במאמר עצמו]:

נתחיל בזה:

"עבור ילדים רבים, גירושי ההורים מהווים אחד הדברים המשמעותיים ביותר בחייהם. האירוע הוא טראומתי גם עבור ילדים, לפחות בטווח הקרוב, אם כי ברוב המקרים, הכוחות הטבעיים של ילדים יחד עם תמיכת הסביבה, מאפשרים להם להתגבר על הקשיים ולחזור לתפקוד נורמטיבי. תסמונת ניכור הורי אינה מאפשרת לילד לעבור את התהליך הנורמטיבי של התגברות, ולמעשה מנציחה את ההיתקעות בתהליך.

תסמונת הניכור ההורי גורמת להנצחת והחרפת הטרואמה הקשורה בגירושין. היא אינה מאפשרת לילדים לעשות סדר בחיים החדשים, ולקבל את הטוב הטמון בכל אחד מההורים. התסמונת גורמת לחיבור הילד להורה המסית בצורה שאינה בריאה, ואינה מאפשרת לילד חשיבה עצמאית בנושא.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

עוד נכתב שם:

"הילד לומד דרכי חשיבה לא בריאות ולפעמים מעוותות, כגון 'חשיבה שחור לבן' או כוללנית מאוד. במקרים קיצוניים יותר, גם בוחן המציאות של הילד נפגע. אמנם דרכי חשיבה אלה מוגבלות למתייחס לקשר עם אותו הורה, אך יש סיכון כי הן תפשטנה לתחומים אחרים.

בהתנהגותו מגלה הילד חוסר אמפטיה לזולת – חוסר יכולת לראות ולהבין את העובר על הזולת. צורת התייחסות זאת גובלת לעתים באכזריות. קהות רגשות זאת מפריעה להתפתחות הרגשית של הילד.

עוד נכתב שם:

העוינות והעימות הקשורים בתסמונת ניכור הורי גולשים בקלות ממישור היחסים בין הורה לילד, ומזהמים זירות אחרות. כך למשל, ילדים מוסתים מגיבים בחשדנות ואף בעוינות, לא רק כלפי אחד ההורים אלא גם לאנשים אחרים, אשר לדעתם תומכים בעמדה של אותו הורה. פסיכולוגים, פקידי סעד ושופטים נתפסים כמזוהים עם אחד ההורים ובשל כך נפסלים באופן אוטומטי על ידי הילדים. נוצר דפוס חשיבה של 'או שאתה אתנו או שאתה נגדנו'."

לעיל הבאנו שניכור הורי ביחס לאחד מבני המשפחה גולש מהר מאוד למבנה לא בריא של התא המשפחתי, ולפתיחת חזיתות נוספות, דבר המקשה על הילד עצמו. לעיתים נוצרות בריתות כאלו ואחרות בתוך התא פנימה, ומחריף העימות. עוד מתופעה זו שמנותק הקשר עם שאר גורמי המשפחה, והילד מוצא את עצמו במציאות לא נשלטת של ניתוק קשר מהסביבה ויצירת מעגל איבה סביבו. כך כותב ד"ר גוטליב על תופעה זו וסכנותיה:

"האובדן אותו חווים ילדים כתוצאה מגירושין הנו רב פנים. מעבר לאובדן המסגרת המשפחתית, מאבד הילד גם את הקשר עם אחד ההורים על כל המשתמע מכך. הרתיעה והשנאה מתפשטים גם לקרובי המשפחה של אותו הורה, וגם הם נפסלים. יוצא כי הילד המוסת מאבד גם את הקשר שלו עם סבים, דודים, בני דודים ואנשים אחרים שהיו להם קשרים עם ההורה נגדו הוסת הילד.

במקרים בהם ילד אחד מתוך המשפחה סובל מתסמונת ניכור הורי, עלול להיווצר מצב בו מתפתח פער בין הילדים ואף עוינות במערכת היחסים ביניהם, על רקע המתח שבין ההורים. במקרים כאלה, ניתן לראות לפעמים שמסכת העוינות של ההורים משתקפת בצורה טראגית במערכת היחסים שבין הילדים."

לגודל האירוניה, הניזוק השני בניכור הורי הוא לא פחות מההורה שגורם לניכור, וכך ממשיך לכתוב ד"ר גוטליב:

"ההורה המסית יוצר 'גולם' אשר ביום מהימים ייתכן ויקום על יוצרו. הקשר בין ההורה לבין הילד נבנה במידה רבה סביב הדחייה של ההורה השני. הילד חייב להיזהר שלא להגיד או לעשות דברים אשר יוכלו להתפרש כתמיכה בהורה השני או כאהדה לו. מצב זה יכול להוליד דינאמיקה של הסתרות ואפילו שקרים על הקשר בין הילד להורה השני, אף אל מעבר למצבים הקשורים לגירושין. ביום מהימים, יהיה הילד מסוגל לבחון את הדברים בצורה אובייקטיבית יותר, וייתכן כי אז תהיה התנכרות דווקא מן ההורה המסית."

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

הפתרונות שיש לערכאה שיפוטית כנגד תופעת הניכור ההורי

יעויין בפסק דין של השופט משה דרורי, רמ"ש (מחוזי ירושלים) 55946-11-16 פלוני נ' פלונית. בפרק יא לפסה"ד הוא סוקר בהרחבה את הפתרונות שיש ביד הערכאה השיפוטית, ונציין אותם בקצרה.

א. הליכי הוצל"פ "רגילים".

ב. אמצעי אכיפה במסגרת הליכי הוצל"פ.

ג. ביצוע אכיפה ע"י בית משפט למשפחה וסמכויות הקנויות לו.

ד. הפחתת מזונות.

ה. הליכי בזיון בית משפט, שהעונש המירבי יכול להגיע עד שנתיים מאסר טוב ויפה אבל לא נכנס לשום היבט מעשי.

ו. הליכים פליליים, במסגרתם העונש המירבי יכול להגיע עד ארבע שנים מאסר אותו כנ"ל.

ז. סנקציות כספיות.

ח. תביעה נזקית.

ט. שלילת משמורת מההורה המנכר, ולעתים משני ההורים גם יחד ומינוי עו"ס לחוק נוער. כיום כבר אין משמורת אז אין מעבר משמורת...יש חלוקת זמני שהות או זמני שהות מלאים בבית זה או אחר.

ומסכם שם השופט דרורי שמעבר לכל הסנקציות שאותן מוסמך להפעיל בית משפט יש לזכור כי תמיד עדיף דרך הטיפול המונע לפני היווצרות הבעיה.

אני מוסיף שאף לאחר שישנו ניכור הורי, יש לטפל בו בדרך טיפולית ראויה תחת פיקוח ביה"ד, ובמקרים מסויימים ניתן להצמיד לזה את דרכי האכיפה שהביא.

מן הכלל לפרט

משמיעת הטענות שעלו בדיון, מקריאת התסקיר, ומהיכרותי את בעלי הדין, עולה תמונה מדאיגה שאנו בעיצומו של ניכור הורי מזדחל, ואף החל ניתוק קשר חלקי. תיאורה המצמרר של האם, בו היא עוברת בישוב והבן לא אומר "שלום" ולא מתייחס, תיאור זה לא יכול לעבור לסדר יום מבלי לטפל בו כראוי. בהינתן וזה המצב וכפי שמתארת האם, וכפי שהתסקיר מעיד, הרי שתגובת האב היא יותר מדאיגה ומטלטלת. נעיר שההורה המנכר לא תמיד מודע שהוא בעצמו שותף פעיל לניכור הורי. לעיתים הוא מגבה מצב כזה ומגלגל את זה לפתחו של הילד, ולעיתים אף בצורה חמורה יותר מטיל את האשמה על האם, וכמו שעולה מטענותיו של האב במקרה דנן. מציאות זו הינה בלתי נסבלת, ולא אאפשר לטיעון מקומם זה להתקבל. האשמה בכל כובד המשקל הינה על ההורה המנכר. בוודאי שמתיאורה של האם – וכפי שמעיד התסקיר – נראה שהבן מעורב מידי במאבק בין ההורים והוא חשוף לתהליך המשפטי, וזה פוגע בו באופן ישיר, וכן לא מאפשר לו להיות פנוי לעיסוקים המתאימים לבני גילו.

האב הינו דמות דומיננטית מאוד ותמיד היה בעליונות כלפי האישה, שהיא כנועה ביחס אליו. כך בחיי הנישואין, ולעיתים, לדאבון הלב, תחושת עליונות זו היא זו המשמרת את התא המשפחתי כשכל אחד עושה את "חלקו" בתא המשפחתי. משהכירה זאת האישה ונאנקה תחת לחץ זה, החליטה שכבר אינה יכולה, ולמעשה זו הסיבה שהובילה לגירושין ולפירוק התא

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

המשפחתית, ועל כן הגישה תביעת גירושין. הבעל מצידו לא ראה שום בעיה בהתנהלות בבית, ועד היום לא מבין מדוע היה צורך לפרק את התא המשפחתי. כעת, האיש רוצה לשמר תחושת עליונות זו בחייה של האישה אף לאחר הפירוד, וכיון שהאישה אינה זמינה לכך ומסרבת להיגרר לזה – הרי שהבעל לשעבר עושה זאת דרך הילדים. לצערי, תופעה זו מוכרת ומכעיסה, ויש לבלום אותה באיבה.

לדבר אחד הודה האב, שישנה איבה גדולה בינו לבין האישה ואין תקשורת ביניהם. גם דבר זה הינו מהתופעות השליליות שיכול בקלות להביא לניכור הורי, שתחושת האיבה עוברת לילדים, וכל תחושת מרמור כזאת מחלחלת לילדים, ומכלה כל חלקה טובה ביחס האבהי והאימהי הטבעי והבריא.

אני נחוש מתמיד להיאבק בכל יכולתי עבור שלומם של הילדים, ובפרט הילד הגדול שהוא זה הקרבן לעוולה זו.

דאגתי הינה בראש ובראשונה לילדים, אולם, כפי שנאמר למעלה – בניכור אף ההורה המנכר ניזוק, וזאת גם עלי למנוע.

נקודת אור שגורמת לי נחמה היא העובדה שאנו עוסקים בהורים בעלי אינטלגנציה גבוהה ואוהבים את ילדיהם, וכל אחד מנקודת מבטו רוצה להיטיב עימם, וזו כבר הדרך להצלחה.

טענות בעניין הפחתת מזונות

התסקיר מצביע על כריכת המזונות של האב בהפסקת הקשר של הילד עם אימו והמעבר לאב. ואכן, הבעל הגיש תביעה להפחתת מזונות בטיעון שהילד הגדול עבר להתגורר אצלו, ואין סיבה לשלם מזונות עליו.

ב"כ האם מגיב לתביעה זו בשני טענות: האחת, אם אכן ביה"ד יענה לבקשה זו להפחתה, בזה למעשה ביה"ד נותן "פרס" לאב מנכר, וכפי שהתסקיר מעיר שאין לכרוך בין המזונות למעבר הבן לידי האב.

השנייה, לגופו של ענין, התשתית הקבועה להחזקת הילד אצל האם עדיין ממתינה לו, ועליה משלמת האם, כגון ארנונה או דמי ישוב, וכן מיטה ממתינה לו ועוד דברים, כך שלא ניתן להוריד מזה.

ביה"ד לא רואה צורך להכריע בשאלה זו כעת, כיון שנענה לבקשת האב להפחית יום אחד מהשהיה של הילדים אצלו, וזה עצמו עולה יותר לאם, ועל כן לא ניתן להפחית מדמי המזונות.

עם זאת, ב"כ האם ביקש לא להשתמש בנימוק זה כיון שהוא שוקל להגיש תביעה להעלאת דמי המזונות בגין הגדלת הזמנים שהילדים נמצאים אצל האם, ולא כפי שהוסכם בהסכם הגירושין. במסגרת הזמנים שנקבעו בהסכם הוחלט על הסכום, וכעת עם הרחבת הזמן עם האם הוא שוקל להגיש תביעה להגדלת דמי מזונות.

מסקנה

- א. הבקשה להפחתת המזונות נדחית.
- ב. לגבי הפחתת מזונות, ביה"ד רושם לפניו את בקשת ב"כ האם שלא להשתמש בנימוק של הגדלת זמני השהייה עם האם כגורם למניעת ההפחתה מהמעבר של הילד אצל האב.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ג. אומר ברורות, איני מתכוין לתת פרס ורוח גבית לאב מנכר, ולא תהיה שום הפחתה כתוצאה מניתוק הקשר בין אם לבנה. הנימוקים העניינים לזה נמנעו מאיתנו נכון לרגע זה לאור האמור, אולם אם תוגש בקשה להגדלת מזונות ביה"ד יכריע אף בסוגיה זו. תיק הפחתת מזונות יסגר.

ד. אני נעתר לבקשה להוריד יום מהסדרי השהיה עם האב, וכפי בקשת האב והסכמת האם, בדגש של האם שהילדים לא יפרשו זאת כרצון שלה למנוע מהאב לראותם.

ה. אי עמידת האב בהסדרי השהייה תטופל במייד, בהגשת בקשה עם פתיחת תיק מתאים.

ו. הצדדים יפנו במייד לטיפול אצל המטפלת גב' אסתר גוטסמן. הטיפול יתמקד בארבעה היבטים: ההיבט הראשון, טיפול לאב עצמו; השני, טיפול לאם; השלישי, טיפול משותף לשיפור התקשורת ההורית ביניהם לטובת הילדים; הרביעי, הכנסת הילדים למעגל הטיפול.

ז. על הטיפולים ישלמו ההורים בשווה, למעט הטיפול בילדים, אותו ישלם האב כיון שלעת עתה הניכור יוצא ממנו.

ח. תיק הסדרי השהייה ייסגר מנהלתית, על מנת לאפשר לטיפול להצליח, ולא יוגשו בו בקשות. רק לבקשת המטפלת יפתח התיק ותוגש בקשה.

ט. התיק יסגר עוד יומיים ממתן פס"ד זה. יומיים אלו ניתנים לצורך יצירת קשר עם המטפלת, ובתוך זמן זה יודיעו ההורים לביה"ד שיצרו קשר עם המטפלת. צד שישתהה עם זה יקנס.

י. אם המצב יחמיר, ביה"ד ישקול הוצאת צו הרחקה של האב מבית האם בפתיחת תיק, שיאלץ את הבעל לשעבר לעזוב את הישוב. מגורים באותו ישוב זה חלום אוטופי שיכול להתקיים בין הורים שהתקשורת ביניהם תקינה. לדאבוני, מפלס האיבה בין בני הזוג לשעבר לא מאפשר מגורים יחד בישוב קטן. הוצע לאב זמנית לעזוב את הישוב להורדת המפלס ודרדור היחסים, האב סירב.

יא. יש לקבוע דיון מעקב של ביה"ד לעוד חודשיים.

יב. הרווחה תמציא תסקיר משלים עד לדיון הבא.

יג. יש להעביר פסה"ד זה לידי הרווחה.

פסה"ד ניתן לפרסום בהשמטת פרטי הזיהוי של הצדדים.

ניתן ביום ד' בתמוז התשפ"ב (03/07/2022).

הרב אברהם הרוש

עותק זה עשוי להכיל שינויי ותיקוני עריכה