

חלק שלישי

**היחסים בין הורים לילדים בדיני
התורה - מהלכה למעשה**

פרק חמישה-עשר

ייחודם של היחסים שבין הורים וילדים בדיני התורה - עיקרי הדברים

עתה לאחר שנפרשה היריעה של יחסי הורים וילדים בסוגיות השונות במלוא היקפה, הגיעה העת לתת את הדעת עד כמה ישימים דיני-התורה בסוגיות אלו על יהודים בני-זמננו החיים כיום במדינת-ישראל. לשם כך נסכם את עיקרי הדברים שהעלינו.

15.1 האפוטרופסות אינה זיקה בין הורים וילדיהם

אכן במקורות התלמודיים לא נמצא את המונח אפוטרופסות כבא לתאר את היחס המשפטי של האב כלפי בניו ובנותיו. אין האפוטרופוס בדיני התלמוד אלא שליח שמונה להשגיח על נכסי הזולת, שחייב, כנאמן, לנהלם לטובת האיש שמינהו.¹ לרוב, האפוטרופסות שבתלמודים היא השגחתו של אדם על נכסי יתומים, שבאה לו אם מכוח מינויו של אבי היתומים לפני מותו, אם מכוח מינויו של בית-הדין ואם אפילו מכוח סמיכתם של היתומים אליו, שהוא מינוי למעשה. יחד עם זאת מצינו בכמה מקומות בתלמודים שאדם ממנה אפוטרופוס מטעמו לפקח על נכסיו בעודו בחיים ולתפקד כשלוהו לביצוע המשימות שיוטלו עליו. ניתן איפוא לשער שאין האב ממונה מטעם בית-דין על נכסיהם של בניו ובנותיו, ומשום כך אין הוא מחויב לפעול בהם כפי שמחויב האפוטרופוס בנכסיהם של היתומים או בעבור כל מי שהוא נתמנה לפעול לטובתו.

אף מתוך עיון בראשונים, שנזקקו למונחי "אפוטרופסות האב" כדי לתאר את היחסים הממוניים שבין האב ובין בניו ובנותיו, עולה בבירור שאין האב משמש אפוטרופוס טבעי, כפי שהוא משמש בשיטות משפט מודרניות, וממילא אין מוטלת עליו חובה לנהוג בנאמנות כלפי נכסי בניו כזו המוטלת עליו בשיטות המשפט המודרניות, אלא במקרה הצורך, כשיש לקטין רכוש או איזו זכות המגיעה לו, "אין בית דין נזקקין לקטן שיש לו אב אלא כל מה שיעשה האב בנכסי בניו הוא עשוי ואין בית דין מדקדקין אחריו", כלשון הרא"ש. כלומר, בית-דין רשאי להאמין לאב שינהג בתבונה ובהיגיון בנכסים של בניו ובנותיו ויפעל למענם. אך אין באמירה זו כדי להטיל חובה מהותית קטיגורית על האב לנהוג כך. חכם אחד אף שולל אפריורית את מינוי האב לאפוטרופוס על נכסי בניו מן הטעם שהאב הינו "קרוב הראוי ליורשו" את הקטן. וכמו ש"אין מורידים קרוב בנכסי קטן", כך אין ממנים את האב לאפוטרופוס על נכסי בניו.

1. על כל אלה - עם מראי-מקומות מפורטים - עיינו לעיל בפרק החמישי, ובמיוחד 5.5.-

15.2 טיבה של הקורלציה שבין חובת האב לזון את ילדיו לזכויותיו הממוניות בהם - גמול למתנדב²

מאחר שאין האב משמש כאפוטרופוס לבניו ולבנותיו, ולא כל שכן שאין הוא נחשב לאפוטרופוס טבעי על ילדיו הקטנים לפי ההלכה היהודית, על מה נסבה אחריותו ההלכתית כלפי בניו ובנותיו? נפתח ונאמר שבמקורות העוסקים במזונות הילדים יש שניות לכאורה. יש מקורות המטילים על האב לזון ולפרנס את בניו ובנותיו כחובה עצמאית, אם מתקנת אושא ואם מטעם צדקה. ויש סוגיות תלמודיות לא-מעטות שעולה מהן כי חיוב האב לזון את בניו ובנותיו הוא חיוב משני, הטפל לזכויותיו הממוניות של האב בבניו ובנותיו. חיובו של האב לזון את בניו ובנותיו נובע מזכותו לקבל רווחים שהפיקו ממעשה ידיהם, ממציאיות שמצאו, או אף מתשלומי נזק שהגיעו להם. ויכול איפוא האב לוותר על זכויות נרחבות אלה, ולו רק כדי להיפטר מן החובה לזונם ולפרנסם. חיוב האב, לפי סוגיות אלה, נתון לרצונו הסובייקטיבי, והוא יכול להיפטר ממנו בהינף יד בכל שעה שירצה. המקורות התלמודיים עצמם וכן פרשני ההלכה הבת-תלמודית סותמים ואינם מבארים את פשרה של שניות זו.

דומני שאחריות האב הולכת וסובבת סביב ציר אחד - חפצו של האב לדאוג לבניו ולבנותיו, לזונם ולכלכלם. לאמור, בבסיסם של יחסי הממון של האב עם בניו ובנותיו אין האב אלא מתנדב לעשות טוב עם בניו ובנותיו, לזונם ולפרנסם לפי רצונו. לפי אסכולה אחת בבבלי ובירושלמי, שהתקבלה על דעתם של פוסקים רבים, כדי להמריץ את האב לזון ולפרנס את בניו ובנותיו, קבעו חכמים שהאב "העושה טוב" עם בניו ובנותיו יהיה זכאי בזכויות הממוניות שיפלו לידי הבנים והבנות כל עוד הם סמוכים על שולחנו. אך גם תקנה-המרצה זו אינה "גורת הכתוב", אלא היא נשענת על גמירות-הדעת של האב, מתי בדעתו לסמוך את הבנים על שולחנו, לזונם ולפרנסם, רק אם יזכה ברווחיהם הממוניים, ומתי בדעתו לזון ולכלכל את בניו ובנותיו אף אם לא יזכה ברווחים הממוניים. התנדבותו של האב אינה נמדדת לפי דעתו הסובייקטיבית של כל אב ואב לחוד, אלא לפי אומדן הדעת הכללי של האבות. חכמי ההלכה, בתקנותיהם ובגזרותיהם, ירדו איפוא לסוף דעתו של האב מתי, במה ובאילו תנאים הוא גומר בדעתו להתחייב כלפי בנו. כך קבעו, למשל, שהאב מקפיד על רווחי הבנים והבנות הבאים ממציאיה שמצאו, שאם לא יזכה בהם, יימנע מלסומכם על שולחנו, ומשום כך מציאת הבנים והבנות הללו - לאביהם. לעומת זאת, בתשלומי נזק המגיעים לבנים, בניגוד למציאה, האב מוכן לא לזכות מהנימוק שתשלומי נזק "אית להו צערא דגופייהו" [= יש להם לבנים צער הגוף], ומשום כך אין האב נמנע מלפרנס את בניו ובנותיו גם אם לא יזכה בתשלומי נזקם. אך גם בתשלומי נזק עצמם יש להבחין אם אותם תשלומים באים מגורם שלישי שהזיק לבנים או אם אלה תשלומי נזק שהאב מחויב לשלם בעבור מה שהוא הזיק בעצמו לבניו, שכן "כי קא קפיד במידי דחסר...". כלומר, האב מקפיד מאוד על חסרון ממונו אף אם בנו מצטער, ומהחשש שזא יימנע מלסמוך את בנו על שולחנו, פטרוהו חכמים מלשלם לבנו דמי נזקו. מכאן שהבן יכול להחליט שאין הוא מעוניין להיות סמוך על שולחן אביו, ולו רק מן הטעם שהוא רוצה

2. עיינו לעיל בפרק החמישי 5.2 5.31 - והערות השוליים שציינו.

לקבל דמי נזקו. מכל האמור עולה שאין הזכויות הממוניות של האב בבניו ובנותיו עומדות בפני עצמן כביטוי לאדנותו של האב על בניו, אלא הן רק משפיעות על האב לגמור בדעתו להתחייב בחיובים שונים כלפי בניו ובנותיו. דעתו של האב להתחייב כלפי בניו היא איפוא העומדת בבסיסן של ההלכות השונות, ואין חכמי ההלכה כופין את האב להתחייב כלפי בניו ובנותיו מעבר למה שאבות גומרים בדעתם להתחייב כלפי בניהם ובנותיהם.

גם האסכולה האחרת, התולה את זכויותיו הממוניות של האב ברווחיהם של בניו ובנותיו הקטנים בהיעדר הדעת של הבנים והבנות הקטנים לזכות לעצמם, אינה עניין לאפורופוסות, אלא נובעת מן הנוהג הכללי שהקטן המוצא מציאה "בשעה שמוצאה מריצה אצל אביו ואין מאחר בידו". משום כך, כשהבן הקטן הוא בן שש או בן שבע (ולדעות אחרות בגיל מאוחר יותר - מהגיעו לגיל עשר), ודעתו חריפה, מציאה שמצא שייכת לעצמו, ולא לאביו.

15.3 עיצומה של חובת האב לזון את בניו ובנותיו - חיוב משלים³

מנגד, קיימים מקורות המטילים על האב חובה לזון את בניו ובנותיו, חובה שאינה תלויה במידת "התנדבותו" של האב לזון ולפרנס כדי לזכות ברווחים הנופלים לידי בניו ובנותיו. אף חובה זו אינה חובה ראשית, הנובעת מחובה אפורופוסית של האב, הבאה להיטיב עם הילד בלבד, אלא, בעיקרה, קיום מצוות צדקה על-ידי האב. כפי שעמדתי במקום אחר,⁴ מצוות צדקה בכללה היא חיוב דתי שאינו ניתן לאכיפה, מאחר שהיא כולה אחוזה ודבוקה ברצונו למי ייתן וכמה ייתן, ומכאן שאין לעני הנזקק כל זכות תביעה לקבלתה. רק בשני מקרים ניתן לכפות על הצדקה, ואף שניהם תלויים, לאמיתו של דבר, באומד דעתו האמיתית של הנותן: האחד, כשאדם נדר לתת צדקה מממונו, כופין את המסרב לתת את הסכום שנדר מטעם של מצוות "מוצא שפתיך תשמר ועשית".⁵ והאחר, כאשר הצדקה ניתנת כחלק מחיובי אנשי העיר, והם כאותם תנאים סוציאליים שמתנים אנשי העיר, אלה עם אלה, לתת לקופה של צדקה לצורכי ביטחון ולשאר הצרכים החיוניים ביותר. וכשם שאין צורך בהסכמה סובייקטיבית של כל בני העיר לתת לצורכי הביטחון של אנשי העיר, מכיוון שיש הסכמה מאומדת של רובם המוחלט של אנשי העיר, הנמצאים בעיר שהם נהנים מכך. אף בעניין מתן צדקה לקופה של צדקה יש אומד הדעת של רובם המוחלט של אנשי העיר שהם מסכימים לכך מאחר שהם נהנים מקופה של צדקה אם יירדו מנכסיהם.

ומן הכלל אל הפרט. לפי המקורות התנאיים, מזונות הבנים הקטנים הם מצווה דתית של צדקה, ותו לא. מהפסוק "עשה צדקה בכל עת", שדרשו "רבותינו שביבנה", "זה הזון בניו ובנותיו כשהן קטנים", דרשו גם "זה המגדל יתום ויתומה בתוך ביתו ומשיאן", "זה הלומד תורה

3. עיינו בפרק השביעי ובמובאות שם.

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

5. דברים, כג, כד.

ייחודם של היחסים שבין הורים וילדים בדיני התורה - עיקרי הדברים

ומלמדה", "זוהי הכותב תורה ונביאים וכתובים ומשאלין לאחרים".⁶ וכשם שאלה האחרונים, לא נשמע מעולם שניתן לאכוף אדם את עשייתם, אף מצוות הזנת הבנים כן. ברם, במקורות האמוראיים התגבש חיוב של האב לזון את בניו ובנותיו. מכמה מן המקורות - לא מכולם - עולה שזו מתקנת אושא, אך גם מהמקורות המאזכרים זאת אין הדבר ברור אם תקנה זו התקבלה להלכה פסוקה, אם תקנה זו תופסת לגבי כל הבנים הקטנים, או רק לאותם "קטני קטנים". ההנחה האחרת, סמויה יותר, היא שחיוב האב הוא מטעם צדקה, ומכאן שיש להבחין בין אב אמיד לבין אב שאינו אמיד. אלא שלא הוברר אף בין פוסקי ההלכה הבתר-תלמודיים אם חובת הצדקה משלימה את תקנת אושא או מחליפה אותה, אם יש הבדל בין מזונות בנים קטני קטנים עד גיל שש למזונות בנים מעל גיל זה. שיערנו איפוא, במקום אחר, שחיוב האב לזון את בניו הוא העתקה של חיוב בן עיר לתת צדקה לקופה של צדקה. חיוב הצדקה הוא תקנת חכמים לפי אומד דעת האב, כנהוג בין הבריות, מאחר שדעתו קרובה אצל בניו הקטנים. ואף הדירוג בין חיוב האב לזון את בניו הקטנים לבין חיובו לזון את בניו קטני הקטנים תלוי באומד דעתו המשתנה של האב. חיוב האב לזון את בניו קטני הקטנים הינו מוחלט, ואינו תלוי בעושרו של האב, מאחר שאומד דעתו של האב לדחוק עצמו ביותר ולזון את בניו קטני הקטנים מכיוון שאינם יכולים לצאת ולהתפרנס בעצמם ממעשה ידיהם. לא כן בבנים קטנים שיכולים לצאת ולהתפרנס בדוחק ממעשה ידיהם, אפילו מהכנסות מזדמנות, אין אומד דעת של האב לזון ולפרנס אותם אלא רק אם יש לו משלו, אך לא כשהוא דחוק בעצמו. לפיכך, רק אב שהוא אומד לנו בעשירותו כופין אותו לזון את בניו הקטנים, ואין כופין את האב שאין לנו אומד על עשירותו.

ולא רק עיקר החיוב של האב תלוי באומד דעתו האובייקטיבית, אלא אף שיעור החיוב במזונות הבנים והבנות תלוי באומדן זה. דעתו של אדם לדחוק עצמו לזון את בניו קטני הקטנים, ולשם כך הוא מוכן להשכיר עצמו למלאכה נוספת - רק באשר לצורכיהם ההכרחיים ביותר. אך מעבר לכך, בענייני מותרות, אין דעת האב לדחוק עצמו כל-כך, וממילא אין לחייבו לצאת ולהתפרנס ממלאכה נוספת. הדבר הברור מרובם הגדול של פוסקי ההלכה (כולל מדעתו של מהר"ם מרוטנבורג) הוא שכל אימת שיש לבנים אף קטני הקטנים נכסים משלהם, נכסים שיכולים להרוויח מהם, אין האב חייב לזון ולפרנס אותם משלו, אלא הם מתפרנסים משלהם.⁷

ניתן איפוא לשער שחיוב האב בדיני התורה לזון את בניו לעולם אינו חיוב העומד בפני עצמו, כשהזכויות הממוניות של האב בבניו ובבנותיו טפלים לו, דוגמת הקיים במשפט האנגלי וביתר שיטות המשפט המודרניות, אלא הוא חיוב המשלים את פרנסת הבנים כשאין להם משלהם.

6. כל הציטטות הן מבבלי כתובות, נ, א. הפסוק מתהלים, ק, ג.

7. בתשובות הרשב"א, חלק שני, תשובה שצא - הדברים נאמרו במפורש. אך הדבר עולה גם מתשובות מהר"ם מרוטנבורג (דפוס ברלין) (בלאך), רמב, 241|242; ובקיצור מופיעה תשובה זו בפסקי הרא"ש, כתובות, פרק ד, סימן יד; בעל הטורים, אבן העזר, סימן עא. ועיינו מה שמבארים האחרונים הובא לעיל בפרק השביעי 7.4.4.3 ומה שנראה לעניות דעתי, שם, 7.7.2.3.

שכן, כשיש לבנים משלהם, האב יכול, לפי בחירה, לסומכם על שולחנו, לזונם ולפרנסם, ולזכות בשל כך בזכויותיהם הממוניות; ויכול להיפטר מהם ולהעדיף לא לסומכם ולא לזכות בממונם.

15.4 טיב היחסים הממוניים שבין האב לבתו הקטנה והנערה - "רשות"⁸

לא רק בבנים ובבנות שאינן מצויות ברשות האב מתפרשות הזכויות שיש לאב לפי אומד דעתו, אלא אף זכויותיו המרובות של האב בבנותיו הקטנה והנערה שהן ברשותו, כפי שהאשה ברשות בעלה והעבד ברשות רבו, נתפרשו זכויות אלה - הממוניות ושאינן ממוניות - אצל חכמים כביטוי לאומד דעתו של האב. אין גדרן והיקפן של זכויות אלה נקבע אלא לפי אומד דעתו של האב, במה הוא סבור לזכות מבנותיו אלה ובמה אין הוא סבור. מכיוון שהבת ברשות אביה לקדשה ולהשיאה לכל מי שירצה מבלי לקבל את הסכמתה, הרי שכל "שבח הבא מחמת גופה", כלומר, ממעלות גופה ונפשה, שייכים לאב, ולא לבת. משום כך האב זוכה בכסף קידושי בתו ובמעשה ידיה, שהם זכויות הנובעות במובהק ממעלות גופה ונפשה של הבת הקטנה והנערה. לעומתן, מן הצד האחר, זכות "אכילת פירות" (שיש לכל בעל בנכסי אשתו) אינה קיימת לאב, מאחר ששבח זה אינו בא ממעלות גופה, אלא מחמת נכסיה. ביחס למציאת הבת הקטנה והנערה ולמתנה שקיבלה מצאנו מחלוקות בין הראשונים והאחרונים. יש הרואים באלה זכויות צדדיות שהגיעו לבת באקראי ואין הן נובעות משבח נעוריה של הבת, ולכן אין האב זכאי בהן. חכמים אחרים סוברים לעומתם שגם מציאה ומתנה שייכות לאביה, שכן סגולות אלה לחפש ולמצוא מציאות או לשאת-חן בעיני נותני המתנה אף הן בעקיפין "שבח נעוריה" הבא ממעלות גופה ונפשה של הבת. אף על תשלומי הנזק המשתלמים עקב חבלת הבת מצינו חילוקים מסועפים בין האמוראים בתלמוד לבין הראשונים בשאלת זכאותו של האב בהם, ונראה ששורשם של החילוקים הללו בא מראיית נזקי הבת כחבלה ב"שבח נעוריה".

מעיקרו של הדין, זכותו של האב לקבל את מעשה ידי בתו היתה חד-צדדית, ללא קשר לזכות הבת להיות ניונה ממנו. אלא שמהמורה זו נרפאה במקצת על-ידי תנאי כתובה עתיק שהתחייב אדם לאשתו לפני הנישואין: "בנן נקבן דיהוויין ליכי מנאי, יהוין יתבן בביתי ומתזונן מנכסי, עד דיתנסבן לגברין" (= בנות נקבות שיהיו לך ממני יהיו יושבות בביתי וניזונות מנכסי עד שיילקחו לאנשים).⁹ התנאי הזה נהג כהתחייבות מפורשת בכתובה שכתב אדם לפני שכנס את אשתו, אלא שבמשך הדורות נעשה תנאי זה נפוץ ומקובל על הכל כ"תנאי בית דין", כלומר, כחיוב מכללא. ההתחייבות היתה כלפי הבנות דווקא, לזונן ולפרנסן, משום שרק הן היו משועבדות לאביהן, ליתן לו את מעשה ידיהן מבלי יכולת להשתחרר ממנו לפני בגרותן. לא כן הבנים הסמוכים על שולחן אביהם, שאין הם מחויבים למסור את מעשה ידיהם לאביהם, ויכולים להעדיף להתפרנס מעצמם ולא למסור לו מעשה ידיהם - לא ניתקנה תקנה זו כלפיהם. ברם, גם תנאי זה איבד הרבה מתוקפו, שכן באינטרפרטציה יוצרת - "מדרש דרש" - ביאר ר'

8. עיינו לעיל בפרק הששי 6.3; בפרק השביעי 7.3.1 ולעיצומו של עניין בפרק התשיעי והמובאות שם.

9. משנה כתובות, ד, יא.

ייחודם של היחסים שבין הורים וילדים בדיני התורה - עיקרי הדברים

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

15.5 מעמדה של האם ביחס לבניה ולבנותיה - חוסר בהירות¹⁰

מאחר שזכויות האב משמשות מניעים לגמירות-דעתו לזון את בניו ובנותיו ולפרנסם, לא נתקנו כל זכויות לאם, מפני שהאם, כל עוד היא נשואה לאביהם, משועבדת היא לו למעשה ידיה ולמלאכות הבית, ואף מנכסיה שקיבלה במתנה או בירושה - הבעל אוכל את פירותיהם. משום כך, מדרך הטבע, אין האם גומרת בדעתה לזון ולפרנס את בניה, ומצד אחר, אין היא זוכה בזכויות הממוניות בבניה ובבנותיה כדרך שהאב זוכה. אך גם אם מת האב, אין האם זוכה בכל זכות ממונית מבניה, אלא הבנים יורשים את אביהם, ואין הם זקוקים לה ואין מזונותיהם תלויים בה. ולהיפך, היא האלמנה זכאית לעיתים לתבוע את מזונותיה מהם. וגם במקרה שהתגרשה האם ואין היא משועבדת לבעלה כלל, אין היא גומרת בדעתה לזון ולפרנס את בניה אפילו בתמורה לקבלת רווחיהם מהם, שכן האם, כאשה, רוצה בכל שעה ושעה להינשא בשנית ולהשתעבד למי שיכניסה לרשותו.

שעבודתה של האם לבעלה, אם לאביהם של הילדים ואם לאדם אחר לאחר נישואיה בשנית, גרם להדגשת פטורה המוחלטת של האם מהזנת בניה. אין האם חייבת לזון את בניה ובנותיה, בין קטנים ובין קטני קטנים. אפילו ההנקה, שהיא אקט נשי מובהק, וישנן ממרות המדברות במפורש על חיובה של האם, התפרשה במקורות ההלכתיים כחובה צדדית של האם, חובה שאינה ביריבות עם היונק. האם, כל עוד היא נשואה לאבי התינוק, משועבדת לו למלאכת ההנקה. נמצא שאם התגרשה מבעלה, אינה חייבת להיניק. ויתר על-כן, אם נישאה בשנית, בעלה השני יכול למנוע אותה מלהיניק את בנה "שיש לה מאיש אחר", כלשון בעל הטורים.¹¹

מחוץ לשעבודתה, האשה חייבת להיניק אותו תינוק שמכירה וחש קרבה אליה "מפני הסכנה". מלכתחילה הוחל האיסור בתוספתא ובברייתות על כל מינקת שנשכרה להיניק, ואין האם שאינה משועבדת לבעלה יוצאת מכלל זה.¹² גם המינקת וגם האם מחויבות להיניק רק אם שילמו להן שכר ראוי. ברם, בזמן האמוראים הבדילו בין המינקת שאסורה להינשא כל עוד היא מיניקה בפועל לבין אֵם שאסורה להינשא משום גזרה עד שנה וחצי מיום הולדת התינוק. מעבר להנקה, אין האם מחויבת לזון את הבנים והבנות אם אינה רוצה בהם, אלא

10. עיינו לעיל בפרק השמיני והמובאות שם.

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

12. תוספתא נדה, פרק ב הלכה ב וההלכות האחרות בעלות הזיקה ביניהן; שם (צוקרמנדל, 642); בבלי כתובות, ס, א-ב.

"משלכת אותן לקהל, אם אין להם אב והן מטפלין בהם", כלשון הרמב"ם.¹³ מדברים אלה ניתן איפוא להסיק שחיוב הנקת הילדים הוא חיוב המוטל על האב באופן בלעדי.

15.6 "מצות האב על הבן" - אינה אפוטרופסות¹⁴

אף "מצות האב על הבן" אינה רשימה של ענייני אפוטרופסות שהאב מחויב בהם כלפי בניו ובנותיו. במרכז חיוביו של האב כלפי בנו ובתו עומדים, בשיטות משפט מודרניות, הבן והבת וטובתם, ואין ההורה אלא הערובה הטובה לביצועם של חיובים אלה כלפיהם. לא כן גישתו של המשפט העברי. במרכזן של "מצות האב על הבן" עומד האב עושה המצווה, המחויב בקיומה, ולא הנהגה. נכון שאם ילמד הבן תורה ומלאכה, ייפדה ויהא נימול, הוא ייצא נשכר עד למאוד, אך התכוונותה של "מצות הבן על האב" היא כמו התכוונותה של כל מצווה דתית אחרת - לאב עושה המצווה, וכל העולה ממנה לבן ולבת הנהנים הוא טפל לחלוטין.

כך ניתן להסיק שאדם מישראל מחויב למול את בנו בעצמו ואין הוא מחויב לשכור לבנו מוהל.¹⁵ ויתר על-כן, אם רצה האב למול את בנו בעצמו, אין האב, בית-הדין או כל אדם אחר מישראל יכולים למנוע אותו מכך, ואסור להם לחטוף מצווה זו ממנו אפילו אם טובתו של הבן דורשת שיהא נימול על-ידי אחר.¹⁶ הוא הדין שהחובה המוטלת על האב ללמד את בנו תורה אינה אלא שילמדה בעצמו לפי כוחו ויכולתו, ממש כשם שחובתו של כל אדם ללמוד תורה בעצמו היא מעיקרה להגות בתורה לפי כוחו ויכולתו. משום כך נראה כי אין האב מחויב לשכור מלמד מיומן לבנו שילמד את בנו במקומו.¹⁷ ויתר על-כן, אם האב רוצה ללמד את בנו

13. רמב"ם, אישות, פרק כא, יח. דעה שונה במקצת היא של רבנו ירוחם, מישרים, נתיב כג, ה (ע' נח, א). דברי רבנו ירוחם הובאו בהגהת הרמ"א על השולחן ערוך, אבן העזר, סימן פב, סעיף ה. ועיינו מה שכתבנו בפרק השמיני 8.4.

14. ועיינו בפרקים העשירי האחד-עשר והשנים-עשר והמובאות משם.

15. דין קיום מצוות מילה כדין הפרשת תרומה. כשם שיש מצוה על כל אדם להפריש תרומה ומעשר מתבואתו בנפרד מן החובה שהתבואה תהיה מותרת ומעושרת, ואין כל חובה למנות שליח במקומו. כך מצוות המילה. יתר על-כן מדברי כמה מן האחרונים עולה כי חובת האב למול את בנו היא מצווה אישית שאינה ניתנת להתבצע על-ידי שליח. עיינו ש"ך, חושן משפט, סימן שפב, ס"ק ד; קצות החושן, שם, שם, ס"ק ב. ועל השפעת דעת הש"ך למעשה עיינו: תשובות דובב מישרים, חלק א, סימן סז; תשובות ציץ אליעזר, חלק יט, סימן לו. לענין פדייה מצינו כי הרמ"א בהגהתו על השולחן ערוך, יורה דעה, סימן שה, סעיף י, סבור ש"אין האב יכול לפדות על ידי שליח". ועיינו ש"ך, שם, שם, ס"ק יא, שמתנגד למסקנת הרמ"א, בניגוד מפתיע לעמדתו שלו באשר למצוות המילה, נימוקיו; וכן פתחי תשובה, שם, שם.

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

17. תקנתו של יהושע בן גמלא, בבבלי בבא בתרא, כא, א; שם כתובות, נ, א, נועדה בעיקרה למי שאין לו אב, אלא לפי המסופר ש"עדיין מי שיש לו אב היה מעלו ומלמדו, מי שאין לו אב לא היה עולה ולמד", נראה שכך היה

ייחודם של היחסים שבין הורים וילדים בדיני התורה - עיקרי הדברים

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

רק בראשונים, ובראשם הרמב"ם,¹⁸ מופיעה לראשונה חובת האב לשכור מלמד לבנו. וכמה תירוצים נאמרו מפי חכמי ההלכה מהיכן נובעת חובה זו.¹⁹ בפרק העשירי שיערתי שחובה זו של שכירת מלמד היא פיתוחה של חובת הצדקה. אותה חובת צדקה שעליה הושתתה "פרנסת הגוף" של הבנים היא העומדת בבסיסה של "פרנסת הנפש ללמדו חוקי אלוהים ותורותיו", כלשון החת"ם סופר.²⁰ וכשם שהחיוב בפרנסת הגוף של הבנים תלוי באומד דעתו של האב, כפי שביארנו לעיל, אף עניין שכירת המלמד כן. משום כך תלו הראשונים את החובה של שכירת המלמד ב"מנהג המדינה", או ביכולתו של האב לממן את לימודי בנו, כלומר, באמידותו של האב. נוסף על כך הרחיבו את החובה של שכירת המלמד לא רק ללימוד מקרא, כפי שהבבלי מציין, אלא גם ל"משנה ותלמוד הלכות ואגדות", כשלימוד המקרא הוא בכל תנאי, ואילו לימוד תורה שבעל-פה תלוי ביכולתו של האב לשכור מלמד לבנו.

מאידך גיסא, חובת חינוך הבן לקיום מצוות, הן מצוות עשה של ציצית, לולב, והן מצוות לא תעשה כגון להפריש את הבן הקטן מאיסורי תורה של מאכלות אסורים או מעשיית מלאכות בשבת, שהן באופיין חובות אפוטרופסיות, לא נמנתה ברשימת "מצות האב על הבן", מאחר שלעניות דעתי, לא הוטלה חובה זו במקורה על האב דווקא, אלא כל אדם בישראל מחויב להשתדל שחברו יקיים את המצוות ויימנע מלעבור עבירות, והוא בבחינת ערבותו של כל יהודי לזולתו. השערתי נסמכת איפוא על דעתו של אמור"ר, רי"ד גילת, שבימי התנאים לא היה גיל אחיד לתחילת החיוב במצווה, ואף הקטנים היו מחויבים במצוות - כל מצווה היה הקטן מחויב לפי כוחו ויכולתו (אף אם לא נענש אם עבר עליה או לא קיימה).²¹ לפיכך, לא היתה מצווה זו של חינוך למצוות ודאגה להפרשת הקטין מאיסור מיוחדת לאב עצמו ביחס לבנו הקטן יותר מאשר לאם, לקרוב משפחה, לבית-דין או לכל אדם מישראל. ברם, מזמנם של האמוראים, כאשר התגבשה ההלכה ש"בן שלוש עשרה למצוות", נעשה הקטן שמתחת לגיל שלוש-עשרה פטור מעשיית המצוות, ואינו מחויב באיסורי תורה. משום כך, לעניות דעתי, נהפכה מצוות החינוך למצווה פרטיקולרית של האב כלפי בנו - להרגילו בקיום המצווה או להימנע מאיסורי

המנהג לשלוח אף שלא היתה חובה מן הדין. החובה של העמדת מלמדי תינוקות היתה חובה ציבורית כשאר צורכי העיר החיוניים, עיינו: בבלי שבת, ק"ט, ב; ירושלמי חגיגה, פרק א, הלכה ז.

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

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

20. חידושי החת"ם סופר, בבא בתרא, כא, א ד"ה והנלפע"ד בזה; הנ"ל, נדרים, לו, א ד"ה מה.

21. רי"ד גילת, "בן שלוש עשרה למצוות?" מחקרי תלמוד א (תש"ן) 39 (=פרקים בהשתלשלות ההלכה (אוניברסיטת בר-אילן, תשנ"ב) 19).

תורה אף שאין הקטן מחויב בה כשלעצמו.²² מסיבה דומה לא נמנתה "מצוה לזון את הבנים" "מצוה לזון את הבנות" ברשימת מצוות "האב על הבן" מאחר שלדעתם של התנאים, כנראה, לא הייתה מצווה זו יותר מאשר הנהגה ראויה של צדקה.

15.7 "טובת הילד" אינה שיקול "מכריע ועליון" בסכסוכי משמורת²³

החזקתם של הבנים והבנות (Custody), שהיא חובה אפוטרופוסית מובהקת בשיטות המשפט המודרניות, שיש לשקול בה את "טובת הילד" בלבד, נידונה בספרות ההלכה במשך תקופה ארוכה כזכות טפלה של האב לחיובו במזונות. כלומר, לעיתים היה האב יכול להיפטר ממזונות בניו ובנותיו בתואנה שאינם אצלו, ולעיתים היה האב מחויב במזונותיהם אף-על-פי שאינם אצלו. בין הגאונים וחכמי הראשונים אנו מוצאים התייחסויות לסוגיה זו, אך לכלל משנה סדורה לא הגיעו. אפילו הלכת הרמב"ם, שנחשבת כיום אבן פינה לכללי החזקת ילדים, לא עסקה לאמיתו של דבר בענייני החזקת הילדים, אלא בטענות אפשריות של האב להיפטר ממזונות בנו.²⁴ רק החל בתקופת ראשוני האחרונים התגבשו כללי החזקת הילדים לחובה אפוטרופוסית מובהקת העומדת בפני עצמה, באופן הבא:

א. ההלכה היהודית מכירה בזכותו הבלעדית של האב על ילדיו, הן בנים והן בנות, בעניינים רבים, ובכללם גם זכותו לקבל משמורת על ילדיו. אם הוכרה זכותה של האם להחזיק בילדיה, הרי שזו זכות פונקציונלית, כלומר, הזכות קיימת רק אם היא משרתת את טובת הילדים מבחינה גופנית ורוחנית. זכות פונקציונלית זו של האם אינה אלא שיקול נגדי שלא לילך אחר זכותו הבלעדית של האב על ילדיו. מטבע הדברים, שיקול זה של "טובת הילד" אינו יכול להכריע את זכותו הבלעדית של האב, אלא אם-כן הוא ברור ובוולט. טובת הילד אינה נשקלת באופן מקסימליסטי, לאמור, היכן יהא לילד טוב יותר, אלא באופן מינימליסטי, כשיקול נגדי: האם הפגיעה בילד מצדיקה את מסירתו לאם תוך שלילת זכות האב?

מתוך המקורות ההלכתיים עולה שההבדל בין בן קטן מתחת לגיל שש לבין בן שמעל לגיל זה אינו משמעותי מבחינה אפריורית, אלא סיכווייה של האם לזכות בהחזקה נאמדים לפי חומר העובדות: האם הילד זקוק לאימו? באותה מידה התפרש הכלל ש"הבת אצל האם לעולם" ככלל פונקציונלי שאינו משקף "אמת מוחלטת".

ב. בד בבד עם המבחן שהצגנו בסכסוך שבין ההורים עצמם, התפתחה במשפט העברי אמת-מידה כפולה לקביעת משמורת הילדים בסכסוך שבין אחד ההורים לבין צד שלישי שאינו הורה

22. תפקידו של האב בהפרשת בנו מן האיסורים כעניין של חינוך לפי ההשקפה האמוראית, נעשה בעייתי ושנוי במחלוקת גם בימי התלמוד וגם בספרות שלאחר התלמוד. ועל מקצת הבעיות עמדתו בפרק אחד-עשר 11.3.2.

ועיינו עוד מאמרי "נאמנות החבר והשלכתה על נאמנותם של בניו ובנותיו" סיני קכב (תשנ"ח) ע' פג-צג

23. ועיינו בפרק שלושה-עשר והמובאות שם.

24. ביאור הלכת הרמב"ם ימצאו המעיינים בפרק שלושה-עשר 13.4.4 ובפרק שביעי 7.7.2.4

ייחודם של היחסים שבין הורים וילדים בדיני התורה - עיקרי הדברים

הילד. לאמור, כאשר האם מתה והאב דורש את החזקת ילדיו אצלו, הוא גובר על כל הטענות של קרובי משפחתה. אך אם האב מת והאם דורשת את החזקת בניה ובנותיה, זכותה אינה מוחלטת. לאמור, אם היריבות היא בינה לבין אדם שלישי שאינו בא מכוח האב, הסכסוך מוכרע תוך שקילת האינטרסים המועדפים של הקטין נשוא ההליך, מעין "טובת הילד המקסימליסטית" המוכרת לנו מן הפסיקה האזרחית. ברם, אם היריבות היא בינה לבין אדם שהוא קרוב משפחתו של האב, "דעשאו (האב) אפוטרופוס על כל נכסיו", "שנתן לו כוחו ורשותו", כלשון הרשד"ם וחכמי דורו,²⁵ כי אז זכותם של האפוטרופוסים עדיפה, ואמת-המידה להוצאת הבנים מחזקתם זהה לאמת-המידה של הוצאת הבנים והבנות ממשמורת האב עצמו.

עוד יצוין שהשיקולים אם להשאיר את הילדים אצל אימם אינם בהכרח חומריים עכשוויים, כמקובל בפסיקה האזרחית, אלא הם באים חשבון עם עתידם הגשמי והרוחני של הילדים, כפי שהרשב"א כותב שהבת אצל האם ש"תלמדה דרך נשים ושלא תרגיל עצמה בפריצות אבל הבן יותר ראוי להיות אצל אנשים הקרובים, שהם ירגילוהו וילמדוהו דרך הלימוד ודרך האנשים יותר מן האם, שבני האלמנה דרכם דרך זר".²⁶

ג. מסוף המאה השמונה-עשרה ניתן להצביע במקורות הלכתיים שונים על מבחן שונה, הוא מבחן האשמה. כלומר, מן ההורה "האשם" בפירוקו של התא המשפחתי נשללת הזכות למשמורת על ילדיו. שינוי גישה זה של המשפט העברי התהווה באופן הדרגתי ומתון. תחילה דובר על מבחני אשמה לפי קנה-מידה ערכי דתי, מבחנים הקשורים ישירות למידת "תרומתו" של בן-הזוג "האשם" לפירוקו של התא המשפחתי. אך לאחר-מכן הורחב מבחן האשמה כך שכל עבירה על מצוות הדת שעבר ההורה האחד היתה עשויה לזכות את ההורה האחר במשמורת הילד.

הנוסחה להפעלתו של מבחן האשמה מצביעה על הרצון להיצמד למבחנים המסורתיים של ההלכה בסוגיה זו, ונעשתה באופן הבא: כאשר האב שומר תורה ומצוות והאם אינה כזאת, חכמי ההלכה מדגישים את זכותו העקרונית והבלעדית של האב; ואילו כאשר האב הוא פורק עול תורה ומצוות והאם נחזית להיות אחרת, מודגשת יותר ויותר יכולתם וזכותם של הדיינים לשקול אם למסור את הילדים למשמורת האם.

מבין השיטין נמצאנו למדים ששורשם של ההבדלים בין הלכת המשפט העברי להסדרים בדין האזרחי נעוץ בהבנתו השונה של עקרון "טובת הילד". נראה איפוא שגם קביעותיו של השופט זילברג בפסק-דינו, שעקרון טובת הילד "אינו ניתן לחלוקה, ואין למוזג ולערבבו באיזה שהוא שיקול אחר... ולא יתכן כי נדחה אותם מפני 'זכות' של מישהו אחר, ויהא זה האב או האם שלו..."²⁷ - אינה מקובלת על דעת חכמי ההלכה.

25. תשובות הרשד"ם, אבן העזר, סימן קכג.

26. תשובות הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סימן לח.

27. הלכת שטיינר, לעיל בפרק השלישי 3.3.

15.8 כיבוד אב ואם והזנתם כחיובים אולטימטיביים לפי דיני התורה²⁸

כשם שחיובי האב כלפי ילדיו אינם נובעים מן האפוטרופסות שלו עליהם, אף חיוב הבן והבת לכבד את אביהם ואימם אינו נובע מכוח היותם סמוכים על שולחנם או מכוח שעבודם. כיבוד אב ואם הוא מצווה נמשכת כל חייהם של ההורים, ובמובנים מסוימים גם לאחר מותם.

יתר על-כן, אין המצוות שבתורה, "כבד את אביך ואת אמך" ו"איש אמו ואביו תיראו" דומות לדרישת החוק הישראלי מהקטין לציית להוריו. הציוויים האלוהיים של כיבוד ההורים ומוראם הם אלטראיסטיים, ומכוונים כלפי ההורים עצמם מושאי הכיבוד, ואילו חובת הכיבוד והציית האזרחית היא אגואיסטית ומכוונת בעיקר לתועלתו של נושא החיוב - הקטין עצמו. לאמור, אם הקטין עצמו (ודווקא קטין) מחויב במצוות המחוקק להישמע להוריו רק במסגרת חובתם שלהם כלפיו כאפוטרופסים לפעול לטובתו "כדרך שהורים מסורים היו נוהגים בנסיבות הענין",²⁹ בהלכה היהודית הכיבוד הוא - "מאכיל ומשקה, מלביש ומכסה, מכניס ומוציא", ואילו המורא הוא - "לא עומד במקומו ולא יושב במקומו ולא סותר את דבריו ולא מכריעו".³⁰ חיובים אלו אין להם כל עניין בטובתם של ילדיהם הקטנים, ובכלל אינם מוגבלים לקטנים או חסרי דעה ותמיד מודגשת הסובייקטיביות של חובת הכיבוד לפי דעתם של האב והאם, כך שבכלל כיבוד הוא ציות לאותם מעשים משונים שההורים עושים לפי יופי דעתם, כפי שפירטנו לעיל.

בכלל הכבוד גם חיוב הבן לזון את הוריו, אלא שבבלי קידושין שם, האמוראים מתדיינים אם חיוב הבן לזון הוא מִשְׁלַּב בן או מִשְׁלַּב אב והתלמוד אינו מכריע. לעומת זאת, מהמובא בירושלמי פאה עולה שכבוד אב ואם הוא מִשְׁלַּב הבן, שכן הירושלמי מבדיל בין מתנות עניים ש"אם יש לך אתה חייב בכולן ואם אין לך אין אתה חייב באחת מהן", לבין כיבוד הורים, שנוהגת "בין שיש לך הון בין שאין לך הון... ואפילו אתה מסבב על הפתחים". ולא זו בלבד, אלא שהובאה עדותו של ר' יוסי בי ר' בון, האומר שם: "הלוואי הוון כל שמועתה בריר לי כהדא שכופין את הבן לזון את האב".³¹

אם נלך אחר דעת הירושלמי, שהחובה של פרנסת האב היא משל הבן, עדיפה איפוא הזנת ההורים מהזנת הבנים הקטנים. שכן, הזנת ההורים היא, כאמור בירושלמי, בין שיש לבן הון ובין שאין לו הון, והיא סובייקטיבית לפי שביעות-רצונו של ההורה, ואילו הזנת הבנים הקטנים היא אובייקטיבית, לפי דעתו של האב הנותן: אם הוא אמיד, הוא מחויב לתת לפי כוחו ויכולתו, ואם אינו כזה, אינו חייב לחזור על הפתחים. אך גם פוסקי ההלכה, כמו בעל השאלות וכן כמה מבעלי התוספות,³² שהולכים אחר נטיית הבבלי לחייב את הבן לפרנס את האב "משל אב", מדגישים ש"אם אין לאב ממון והבן יש לו", על הבן לפרנס את הוריו משלו,

28. עיינו לעיל במובאות שבפרק ארבעה-עשר.

29. חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב 1962-, סעיפים 16 ו-17 לחוק.

30. בבלי קידושין, לב, א; ירושלמי פאה, פרק א, הלכה א.

31. על המקורות עיינו מצוות הצדקה, לעיל הערה 4, עמ' ריט-רכ.

32. תוס' קידושין, לא, א, ד"ה כבד; תוספות שם, לב, א, ד"ה אורו. ועיינו גם רמב"ם, ממרים, ו, ג.

ייחודם של היחסים שבין הורים וילדים בדיני התורה - עיקרי הדברים

שהרי לא גרע כוחו של האב משאר אדם מלקבל צדקה מבנו. לפיכך נראה שבניגוד להוראות החוק בישראל, אין זכות ההורים שאין להם משלהם להתפרנס מבנם פחותה בערכה מזכות הבנים הקטנים להתפרנס מאביהם, והעדפת האחד על האחר תלויה באומד הדעת הסובייקטיבי של כל חייב לפי נסיבות החיים של הנצרכים לו.