

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

ב"ה

תיק 1330348/1

### בבית הדין הרבני הגדול ירושלים

לפני כבוד הדיינים:

הרב אליעזר איגרא, הרב שלמה שפירא, הרב ציון לודאילוח

המערערת: פלונית (ע"י ב"כ עו"ד אבנר סאלם ועו"ד שירה דרורי-סאלם)

נגד

המשיב: פלוני (ע"י ב"כ עו"ד ג'רמי שטרן)

הנדון: זכות הורה גרוש להעתיק את מגוריו ואף להגר לארץ אחרת; השיקולים לקביעת המשמורת והיחס בין זכותו האמורה של ההורה לבין המשמורת

### פסק דין

א. לפני בית הדין מונח ערעורה של האם על החלטת בית הדין האזורי שלא לאשר את הגירת בתם של הצדדים.

לפני מתן החלטתנו נזכיר את העובדות בקצרה:

המבקשת – האם ילידת ארצות הברית, משפחתה, היגרה לקנדה, שבה מתגוררים גם כיום הוריה, אחיה ואחיותיה ורוב משפחתה. המשיב – האב יליד ניו יורק, ארצות הברית, משפחתו גרה שם. הצדדים הגיעו לישראל, הכירו זה את זה ונישאו בארץ.

הצדדים נישאו בשבט התשע"ה (פברואר 15), בתם המשותפת נולדה בטבת התשע"ו (דצמבר 15), השלום לא שרר במעונם והם התגרשו לאחר פחות משנתיים, באלול התשע"ז (אוגוסט 17). הבת נמצאת בפועל במשמורת האם, בין הצדדים היו סכסוכים וחילוקי דעות בנוגע לזמני השהות, תדירותם ואופן קיומם, הסדרי שהות אלו לא כוללים לינת הבת בבית האב, כשהם לבדם, אלא בבית קרוביו. משפטית – המשמורת והסדרי השהות הם זמניים ואין הם קבועים, בדיון שהתקיים לפנינו התברר שלא נקבעו הסדרי קבועים מפני שאיש מן הצדדים לא ביקש לקבוע הסדרי קבועים. לדברי האם אין ספק שהמשמורת הקבועה תהיה בידה, לדברי האב הוא רוצה בהרחבת זמני השהות ובמשמורת קבועה.

האם דוברת אנגלית ומתקשה בעברית, גם הבת דוברת בעיקר אנגלית ומתקשה לדבר בשתי שפות עקב בעיה רפואית. האם לא נקלטה בארץ, מתקשה בשפה, ועבודתה היא בחברה בחו"ל ועל פי השעות שם.

האם רוצה לחזור לקנדה לחיק משפחתה – שם תהיה לה תמיכה מבני משפחתה, לבת תהיה משפחה תומכת שם, לדבריה; תהיה לה עבודה קבועה המתאימה לכישוריה, שלא כעבודתה כיום הנעשית בשעות לא מקובלות ומשפיעה על אורח חייה; שם גדולים סיכוייה של האם למצוא בן זוג המתאים לה ולאורח חייה; בסמוך לבני משפחתה תהיה לבת סביבה אוהבת ותומכת, יש מוסד חינוכי המוכן לקבלה – מוסד המתאים לאורח חייהם של בני הזוג; לדבריה, הסדרי השהות יכולים להתקיים על ידי ביקורים בחופשות ובעיקר בשיחות 'זום' קבועות ואף ארוכות בין האב לבתו.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

לדבריה האב, הנוסע באופן תכוף לארצות הברית ושווה שם זמנים ארוכים ושנישא לא מכבר שנית, אינו מתנגד באמת להגירת הבת, וכל מטרתו להציק לה.

האב מתנגד להגירת הבת. לדבריו האם לא רואה חשיבות בקשר בינו לבין בתו, ועיקר מטרתה בהגירה היא לנתק הקשר בינו לבין בתו; לדבריו, האם, העובדת כיום בארץ אך בחברה שבחול, יכולה למצוא את זיווגה גם בארץ ואין לאשר את הגירת הבת, מכיוון שלדבריו מטרת האם בהגירתה היא לנתקה ממנו.

אין ספק שמגורי שני הורים בשתי ארצות שהמרחק ביניהם רב אינם מאפשרים הסדרי שהות יום-יומיים וימעטו את הקשר בין האב לבת. הדבר דומה למעשה שעליו נחלקו מהריב"ל (חלק א סימן נח) ומהרשד"ם (סימן קכג) באלמנה שרצתה לעזוב את סלוניקי, המקום שבו התגוררה עם בעלה בחייו, לעבור לגור ליד משפחתה בלאראסו ולקחת את בתה עימה, כשמשפחת האב מתנגדת למעבר הבת עם אימה. ונחלקו בגדרי הדין של "הבת עם האם לעולם". מחלוקת זו היא הבסיס לקביעת המשמורת אצל האב או האם בנסיבות שונות – כבר הארכנו בזה בעבר בפסקי דין רבים, גם בית הדין האזורי בפסק דינו דן בגדרי דין זה ועליו השתית את פסק דינו. מחלוקת זו היא הבסיס להכרעה לגבי המקרים שבהם אם משמורנית רוצה להעתיק את מקום מושבה, וכבר דנו בזה האחרונים והאריכו בו בפד"רים. בעיקר הדברים עסקנו כאמור בכמה פסקי דין והארכנו בזה בפסק דין בתיק 1249979/2, שיצא לאחרונה, נעתיק כאן ממה שכתבנו שם בהגדרת גדרי הדין ועל מה נחלקו האחרונים, ומדברים אלו נגיע להכרעה במקרה שלפנינו:

ב. שאלת מקום מגורי הורים אחרי הגירושין היא שאלה העומדת לפתחנו ולפתחי בתי הדין כמעט מדי יום ביומו. הבעיה הנוצרת עם הרחקת מקום מגורי ההורים זה מזה בגין תהפוכות החיים, היא מהבעיות הקשות העומדות בפנינו ועל כגון זה אמרו אמרו חז"ל "אוי לי אם אומר ואוי לי אם לא אומר". החלטה שכזו, לאשר הרחקת מגורים או שלא לאשרה, יכולה לפגוע בצורה קשה בכל אחד מיחידים הצדדים מחד גיסא ובילד מאידך גיסא – מניעת המעבר מונעת מהורה משמורן להמשיך בחייו כרצונו מחד גיסא, ומאידך גיסא מעבר שכזה יכול לפגוע פגיעה קשה בקשר של ההורה הלא משמורן לילדו. וחובת בית הדין לתת את החלטתו באופן המיטיב ולהשתדל להפחית את הפגיעה במידת האפשר. עם זאת בסופו של דבר החלטה שיפוטית זו צריכה להישען על קביעה עקרונית, עד כמה משועבד ההורה לפעול בצורה האופטימלית לטובת ילדו, אם אכן זו טובתו של הילד שההורה יכפיף את חייו לטובת ילדו, ותוך שיקול דעת ובחינה אם עצם הכרחת הורה לנהוג באופן מסוים בעל כרחו ובאופן המזיק לו, על כל פנים לפי הבנתו, תהיה באמת טובת הילד.

בבריאנו של עולם נאמר "על כן יעזוב איש את אביו ואמו ודבק באשתו והיו לבשר אחד". עצם הנישואין מכריחים את האיש להתנתק מהוריו ולהיות עם אשתו, במקום מגורים אחד. והוא הדין לגביה, שהיא עוזבת את הוריה ועוברת להתגורר עם האיש. עזיבה שכזו יכולה להיות הן בקרוב למגורי ההורים והן ברחוק מהם.

והנה בחלוקת הארץ שבה כל שבט היה מתגורר במקומו, ובמקום השבט הנחלה מתחלקת לבתי אבות, למשפחות וליחידים – הנוהג היה שהאיש ממשיך להתגורר עם משפחתו והאישה עוברת לגור עימו, בין שהיא משבטו ובין שהיא משבט אחר, וכשהיא נפרדת ממנו היא חוזרת לבית אביה. ועיין מועד קטן (ט, ב): "תעייל ולא תיפוק – תעייל כלתא ולא לימותו בנך דליפקון; תיפוק ולא תעייל – תוליד בנתא ולא ימותו גוברייהו וליהדרו לותיך." ופירש רש"י: "תעייל כלתא – שדרך כלתא הולכת אצל הבעל. ולא תיפוק – דלא לימות בנך, דהדרי נפקי מינך והדרי לבי נשייהו." הרי שבעת הנישואין הייתה האישה עוברת להתגורר עם בעלה ובפקיעתם היא חוזרת

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

לבית אביה. מטעם זה נקבעו הלכות כגון של 'בונה בית חתנות לבנו'; נקבעה ההלכה והמציאות שאישה ברגל ראשון הולכת לבית אביה ונפקא מינה לקרבן פסח ועוד דינים והלכות. על פי זה נקבעו ההלכות של איש ממקום אחד הנושא אישה ממקום אחר ובמקום אחר (עייין כתובות קי ושולחן ערוך אבן העזר סימן עה בפרטי הדינים), שעל מנת כן נישאו שתעבור היא לגור עימו, והווי תנאי אף אם לא פירש, ומהאי טעמא אם אינה רוצה לעבור ולהתגורר עימו במקומו תצא בלא כתובה דאדעתא דהכי נישאו.

אך במה דברים אמורים? כל עוד הזוג נשוי, אך כשנתאלמנה או התגרשה, אין היא מחויבת להמשיך לגור במקומו והדברים פשוטים. וכתוב בקראי בבבא בתרא (ויקרא כב, יג) "ובת כהן כי תהיה אלמנה וגרושה וזרע אין לה ושבה אל בית אביה כנעוריה מלחם אביה תאכל". ומשמע שדרכה של אישה לשוב לבית אביה כשהיא נפרדת מבעלה, ולו רק מפני שיהיה לה ממה להתפרנס ולכן כתיב "מלחם אביה תאכל". ועיין עוד בשו"ת מהרי"ט (סוף סימן קיג) שכתב לגבי מי שיש לו חולי נכפה ואינה יכולה לגור עימו, ורצה אבי הבעל לעכבה כתנאי לתשלום מזונות:

וגם אין לעכב על ידה שלא תלך אצל אביה בעיר שהוא דר בה, דמאחר דלא כייפינן לה לדור עם בעלה – עם מי תדור שיהא כבודה יותר מאביה ומי יחוש עליה חוץ ממנו?

היינו שטבע העולם שהאב עוזר לבתו, וכן האם ושאר המשפחה, ואם בנשואה אמרו כן קל-וחומר בגרושה, שאין משועבדת לבעל כלל ובוודאי רשאית ללכת לבית אביה שידאג לה, והוא הדין לכל מקום אחר דמאן מפיס ומאן מחיל על זכותה לדאוג לסיפוק צרכיה. ודברי המהרי"ט מיירי בזמן שלא היה דרך נשים להתפרנס והייתה זקוקה לפרנסת הבעל או האב, אך גם בימינו קיימא הך סברא, דמי יכול למנוע ממנה להתגורר במקום שבו יסופקו צרכיה, בין צרכים גופניים ובין נפשיים.

וכן מצינו בגרושה (דברים כד, ב) "ויצאה מביתו והלכה והיתה לאיש אחר", שזו מהות הגירושין, שהולכת למקום אחר, לבית בעל אחר, בין בקרוב ובין ברחוק. ואדרבה גרושה חייבת לצאת מביתו וכשנישאת צריכה להתרחק יותר ואסורה לגור בשכנותו של הגרוש (עייין כתובות כח). ומשכך זוהי מהות הגירושין, שתתרחק ממקומו ותלך לגור באשר תמצא בטוב לה.

וכן הוא מאמר נעמי לכלותיה (רות פרק א פסוקים ח-ט): " (ח) לְכַנָּה שְׁבִנָּה אִשָּׁה לְבֵית אִמָּה [...] (ט) יִתֵּן ה' לְכֶם וּמְצֹאֲנֵי מְנוּחָה אִשָּׁה בֵּית אִישָׁה. " ובמלבי"ם שם: "כי האלמנות שאין רצונם להנשא עוד יעשו להם בית בפני עצמן, כאשר שלטת ברשות עצמה, אבל האלמנה שדעתה להנשא תשוב [...] לבית אמה עד תהיינה לאיש."

והדברים פשוטים וברורים ואינם צריכים ראייה, שמשפקעה רשות הבעל, בין בגירושין ובין במיתה, אין לה שעבוד כלל לא לבעל ולא למשפחתו ותגור באשר תחפוץ. ואדרבה אם מתנה "על מנת שלא תלכי לבית אביך", במקרים מסוימים הווי תנאי בכריתות ופוסל את הגט.

ג. אומנם לכאורה, אם יאמר האומר: במה דברים אמורים? בנתגרשה או נתאלמנה ואין לה ילדים. אך כשיש לה ילדים מהבעל – בזה יש לומר שבגלל ילדיהם המשותפים אין היא רשאית לעזוב את המקום ולעשות כרצונה, שהרי בקרא שהזכרנו לעיל כתיב "וזרע אין לה" – אכן דין זה הוא לעניין אכילת תרומה בבית אביה, אך עיקר המציאות של חזרה לבית אביה היא אף ביש לה זרע. ואולי היה מקום לדייק שזה מאמר תנאי, שדווקא אם "זרע אין לה" יכולה לשוב לבית אביה, אבל ביש לה זרע – אינה שבה לבית אביה, שהזרע צריך להתגורר בסביבות משפחת האב שידאגו

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

לו, והיא צריכה להיות סמוכה לו – לדאוג לצרכיו מחד גיסא ולדאוג שלא יפגע הקשר עם משפחתו מאידך גיסא.

ועיין בשו"ת תשב"ץ (חלק ג סימן קעט) שלמד מדין זה שאלמנה שיש לה ילדים נשאת קשורה לקהילת בעלה שמת, וזו לשונו:

והשאלה אינה אלא אם נתאלמנה האשה אם היא חוזרת לבית אביה כאשר היתה קודם שנשאת או תשאר עם בית בעלה כאשר היתה קודם שנתאלמנה. ונראה שאם יש לה זרע ממנו תשאר עם זרעה בכלל חיוביהם ותקנותיהם. ואם אין לה זרע ממנו תשוב לבית אביה. וכן בת ישראל שנשאת לכהן אוכלת בתרומה [...] אם יש לה זרע אוכלת בתרומה בשביל זרעה [...] הרי למדנו מן התורה שהאלמנה הולכת אחר זרעה בין זכר בין נקבה.

אך התם מיירי שמכוח זרעה לא פקע הקשר ממשפחת הבעל לשעבר, אך אין זה יוצר חיוב ושעבוד שלה, ודאי לא לבעל ולכאורה אף לא לזרעה.

ועיין שם בהמשך דבריו שהביא התשב"ץ ראייה ממסכת שמחות מדין מקום קבורת האלמנה, וזו לשונו:

מה ששנו במסכת שמחות (פרק יד) "אביה אומר 'תקבר אצלי'; ובעלה אומר 'תקבר אצלי' – קוברין אותה אצל אביה. ואם יש לה בנים, ואמרה 'קברוני אצל בני' – קוברין אותה אצל בניה", ואף על פי שיראה מזה דמסתמא קוברין אותה אצל אביה אפילו יש לה בנים [...]

ומשמע שאישה נשואה – פקע הקשר לבעל במיתתה, וקוברים אותה אצל אביה, אך אם יש לה בנים ואמרה שרוצה להקבר בקבר משפחת בעלה שומעים לה. ומשמע שדווקא ביש לה בנים ואמרה במפורש – הא בסתמא נקברת אצל אביה, עיין שם בדבריו. ומשמע שבפקיעת הנישואין פקע הקשר, וכמו שמחיים חוזרת לבית אביה אף במיתתה כן, ועל כל פנים משמע שאין באפשרות הבעל ואף בניה לעכב אם לא אמרה במפורש.

ד. והנה יש לעיין אם קיים כלל חיוב של אם לילדיה לספק צרכיהם ולטפל בהם, וכבר הבאתי בכמה פסקי דין מה דאיתא בספר במדבר (פרשת בהעלותך, פרק יא פסוקים יב–יג) "הָאֲנָכִי הָרִיתִי אֶת כָּל הָעָם הַזֶּה אִם אָנֹכִי יִלְדֹתֵיהֶם כִּי תֹאמַר אֵלַי שְׂאֵהוּ בְּחִיקָךְ פְּאֶשֶׁר יִשָּׂא הָאִמָּן אֶת הַיֶּלֶד [...] מֵאִין לִי בָשָׂר לִתֵּת לְכָל הָעָם הַזֶּה" ופירשו האחרונים שמשמע שלאב ואם היולדים ילדים אין את ה'מותרות' לומר "אין לי בשר" ואין לי אפשרות לטפל בהם, שמכיוון שילדום הם – צריכים הם לדאוג לכל צורכיהם, 'לשאתם בחיקם' ולדאוג למזונם אף אם אין להם, וכמו בהך עובדא שאמר משה "מאין לי בשר", ומשמע שהורים אינם יכולים להיפטר בטענת "אין לי אפשרות". וכתוב "התשכח אשה עולה מרחם בן בטנה". אכן מהאי קרא ילפינן חיוב מוסרי של הורים, אך אין ראייה ממנו שיש חיוב משפטי של האם לנהל את חייה לפי צורכי הילדים.

והנה האב חייב במזונות ומדור בנו וכן שאר צרכיו כמבואר בש"ס ובשולחן ערוך, וכבר הארכנו בזה בהגדרת חיובו בכמה ועד מתי, ואין כאן מקומו. ונראה פשוט שכמו שחייב לדאוג לצרכיו הגשמיים חייב לדאוג גם לצרכיו הנפשיים והרוחניים. ואף אם נאמר שהדבר אינו מטיל עליו חיוב ממוני – ודאי שחייב הוא לעשות כן בגופו, ולהכי גם הקשר והסדרי השהות של האב עם ילדיו הוא חיוב גמור, ולעניות דעתי חובה אף לכפות עליו הסדרי השהות (אף שספק אם דבר כזה שיעשה בכפייה יועיל לילדים). לעומת זאת האם אינה חייבת במזונות בנה לא מהתורה, לא מדרבנן ואף לא מן התקנה, וחיובה הוא לכל היותר מדין צדקה המבואר ביוורה דעה, ואין כאן מקום להאריך.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

אומנם יש לדון בעיקר חיובה של האם לדאוג ולטפל בילדיה, ואף באישה נשואה, אם הוא חיוב של אישה לבעלה או שהוא חיוב ההורה לילדו, שאם הוא חיוב לבעל – האב – יפקע החיוב עם הגירושין, אך אם הוא חיוב לילד – מעמדה של האם לא אמור להשפיע על חיובה, וכמו שבחיוב מזונות אב לילדו נקטו הפוסקים שהוא חיוב עצמי, ואף לשיטת הר"ן שהוא מחיוב מזונות אישה יש לנקוט כן משנתגרשה, ואין כאן מקומו.

ובכתובות (סא, א) שנינו שאף ב"הכניסה לו שתי שפחות" – כופה לעסוק במלאכת הבית וכמליצת הגמרא שם: "דאמר לה: קמי אורחי ופרחי מאן טרח?" וכתב שם הרשב"א:

משמע מהכא דהיא חייבת לטרוח לפני כל בני הבית הסמוכין עליו, והא דאמרינן לקמן "אינו כופה לעמוד לפני אביו ולא לפני בנו" – התם בבן שאינו סמוך עליו.

וכן הוא בריטב"א (שם):

ודייקי רבנן ז"ל דמהכא שמעינן שהיא חייבת לטרוח לפני כל בני הבית הסמוכין עליו, והא דאמרינן לקמן "אינו כופה לעמוד לפני אביו ולפני בנו" – התם בבן שאינו סמוך עליו, ושם לא חייבה אלא קמי ארחי ופרחי דלא קביעי. וצריך עיון.

וכן כתב הר"ן (שם).

ונפסק להלכה ברמ"א (סימן פ סעיף ד): "אבל אינה עומדת ומשמשת בפני אביו או בפני בנו; ויש אומרים: דוקא באינן סמוכין על שלחן בעלה (בית יוסף בשם הר"ן פרק אף על פי)."

אומנם נראה שגם דין זה אינו אלא בניזונית ממנו, אך באינה ניזונית – אין לכופה. והדברים מבוארים ברמ"א (שם סעיף טו):

כל זה באומרת "איני עושה", וניזונית. אבל אם אומרת "איני ניזונית ואיני עושה" – הרשות בידה (בית יוסף לדעת הרמב"ם וכן כתב הר"ן), וכמו שנתבאר לעיל סימן ס"ט. ויש אומרים דאפילו באומרת "איני ניזונית ואיני עושה" – צריכה לעשות צרכי הבית, ולזה כופין אותה אף על פי שאינה ניזונית (גם זה: בית יוסף לדעת הרמב"ם, לחד שינויא).

ועיין בבית שמואל (שם ס"ק כ) שכתב שאם אינה רוצה להניק – לדעה האומרת שרשות בידה שלא לעסוק במלאכת הבית הוא הדין שאינו יכול לכפותה להניק, וקל-יחומר שאינו יכול לכפותה לטפל בבני הבית. (דברי הבית שמואל מיירי במקום שאין חשש סכנה לוולד, אך במקום סכנת הוולד – כופין אותה ומניקתו, כדאיתא בסימן פב סעיף ה.) ומשמעות הדברים שאף בנשואה – החיוב הוא מחיובי האישות של האישה לבעלה ואינו חיוב משפטי לילדים.

ועיין עוד בבית שמואל (שם ס"ק כא) שהכריע לעניין הלכה: "וכבר כתבתי שבמקום פלוגתא היא פטורה."

ולפי זה האישה יכולה לטעון "קים לי כדעה הראשונה שהביא הרמ"א, שאיני מחויבת לטפל בילדים, ואני מוחזקת בעצמי". ולכך לכאורה אף נשואה יכולה לעבור למקום אחר ואינה מחויבת להישאר לטפל בהם. ועיין מה שנכתב בפד"ר (חלק ב עמוד 5) בפסק דין מהרה"ג י' א' הרצוג; ע' הדאיה וי' ש' אלישיב, שפסקו כן, וזו לשונם:

והנה בכואנו לדון אם אשה שאמרה "איני ניזונית ואיני עושה" חייבת במלאכת הבית – ודאי שהדעת נוטה שאין לחייבה בזה, מכיון דלדעת

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

התוספות והרא"ש פטורה מכל המלאכות, והואיל והיא מוחזקת בעצמה אי אפשר לחייבה בהן – עיין בית שמואל סימן פ"ס"ק כא שפסק כן.

ועיין שם עוד שכתבו שאף למאן דאמר שאינה צריכה לטפל בבני הבית, ילדים קטנים שאני, וזו לשונם:

הרי מן הדין האשה חייבת לטפל גם בבעלה וגם בבני ביתו, ומסתבר כי גם לדעת אלה הסוברים דאין אשה מחויבת לטפל בבניו ובני ביתו –

והוא דעת תלמידי רבנו יונה (הובאו דבריהם בשיטה מקובצת כתובות סא [צ"ל: נט, ב]), וזו לשונם: "ומסתברא דדוקא לו, אבל קמי בניו ובני ביתו לא מחייבה למטרח כדקתני בברייתא" [...]

וכן כתב המאירי שם [סא, ב]:

אף על פי שאדם כופה את אשתו לעמוד לפניו לשמשו מכל מקום אינו כופה אותה לעמוד לא בפני אביו ולא בפני בנו, שלא נשתעבדה זו אלא לבעלה –

זה דוקא כשהילד הוא בגיל מבוגר קצת, לא כשהוא תינוק בן ארבע הצריך לאמו וכחד גופא דמי (עיין ר"ן סוף פרק אף על פי) – בגיל שכזה יש לומר דהאם מחויבת לטפל בו ובכלל מלאכת הבית הוא אליבא דכולי עלמא, כמו שהיא מחויבת להניקו כשהוא זקוק להנקה.

אך דבר זה הוא בקטני קטנים דווקא. ויש להוסיף עוד שאף אם היינו אומרים שיכול לכופה על כך – במה דברים אמורים? כשאינה רוצה לטפל בהם כלל, אבל במקרים שהאם מעוניינת לטפל בקטנים אלא שאומרת שיבואו איתה ותטפל בהם, ומכיוון שאין למונעה מלילך יכולה לטעון "יבואו עימי ואני אטפל בהם" – אין לכופה לטפל בהם במקום מגורי האב.

ה. הדברים שביארנו הם באישה נשואה, אך גרושה – ודאי שאין עליה שעבוד לטפל בילדים, כדכתב הרמב"ם (הלכות אישות פרק כא הלכה יח):

ואם לא רצת האם שיהיו בניה אצלה אחר שגמלתן – אחד זכרים ואחד נקבות – הרשות בידה, ונותנת אותן לאביהן או משלכת אותן לקהל, אם אין להן אב, והן מטפלין בהן.

וכתב שם המגיד משנה: "זה ברור שלא מצינו חיוב לאשה בשום מקום, והאב מצווה על בניו בכמה דברים, ואין האשה מצווה, ומהיכן נתחייבה בהם?" הרי שפשוט לו שלא מצאנו שום חיוב על האם.

אכן בהגהות הרמ"ך שם כתב:

תמה הוא זה: אם האב חייב לזון את בניו עד בן שש, האם – אמאי אינה חייבת לזון את בניה כיוון שהם קטני קטנים, ומה הפרש יש בין אב לאם, ואמאי לא תזונם עד שיהיו בני שש, ואמאי יכולה להשליכם על הקהל? וצריך עיון.

ומשמע שדעת הרמ"ך שישוד החיוב הוא מפני שהרו וילדו את הילד, וכדאיתא בפרשת בהעלותך, ואם כן מאי שנא אם מאב, שהרי שניהם שותפים ביצירתו ומדוע יהיה חיובו של אחד גדול מחיובו של חברו. ובאמת הוא דעת יחידאה, וכבר הארכתי בזה בפסק דין אחר, ואין כאן מקום להאריך.

אומנם לעניין הלכה דברי הרמב"ם נפסקו בשולחן ערוך (אבן העזר סימן פב סעיף ח):

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

אם לא רצתה האם שיהיו בניה עמה אחר שגמלתן – אחד זכרים ואחד נקבות – הרשות בידה, ונותנת אותם לאביהם או משלכת אותם לקהל, אם אין להם אב, והם מטפלים בהם, אחד זכרים ואחד נקבות.

ועיין בביאור הגר"א (שם ס"ק יד).

ובחלקת מחוקק (שם ס"ק יב) כתב:

כאן משמע שאין על האם שום חיוב לגדל את בניה אחר שגמלתן. וכבר כתבתי שגם קודם שגמלתן אין עליה חיוב להניק בחנם ודלא כמו שכתב [הרמ"א] לעיל בסעיף ה' בשם רבנו ירוחם שאם אין לאב כופין אותה.

הרי שנקטו כדבר פשוט שאין על האם חיוב כלל וגם מה שהעיר החלקת מחוקק מדברי רבנו ירוחם דהיכא שהאב אינו יכול לשכור מינקת כופין את האם, התם מדין צדקה אתינן עלה וכדכתב הבית מאיר (ועוד אחרונים) שם:

לעניות דעתי יש לומר: מתורת צדקה אתינן עלה, כדאיתא ביורה דעה (סימן רנו סעיף ח) ומיירי בשגם קרובי האב עניים. ומה שמבואר סוף סימן זה שיכולה להשליך על הקהל היינו מסתמא ענייה, שאין אמודה לפרנס משלה, אבל עשירה – לאו כל כמינה. ולגבי הנקה תמיד עשירה היא.

והנה אף אם יש על האם לטפל בילד מדין צדקה, ודאי שיכולה לטעון "אני מוכנה לעשות הכול בשביל בני. תנו לי את בני ואגדלנו, ואין אתם יכולים לחייבני לעשות חובותי כאם דווקא במקום האב", ואין יכולים לומר לה שחלק מהצדקה הוא הקשר עם האב, דעדיין יכולה לומר: "יבוא האב להתגורר סמוך אליי וייטב לילד, ומהיכי תיתי לחייבני שלא לעשות מעשה המותר לי?"

ו. והנה ידוע מה שנחלקו הקדמונים בדין זה של אם המבקשת לעזוב את המקום שבו מתגורר או התגורר האב, אם יכולה לעזוב את המקום ולקחת הילדים עימה כנגד רצון האב או אף כנגד רצון האפוטרופסים שהפקידם האב. שלדעת מהריב"ל (חלק א סימן נח) האם יכולה לעזוב את המקום ובתה עימה, אך מהרשד"ם (סימן קכג) חלק עליו וסבר שהאם לא יכולה להרחיק את הילדים מאביהם למקום אחר כנגד רצונו. ומתוך דבריהם יש ללמוד לנידון דידן, בנוגע לזכותה של האם לעבור למקום אחר. וזוהי העובדה שעליה נשאלו:

מעשה שהיה כך היה: ראובן מת והניח ילדה קטנה בת חמשה עשר חדשים, ואשתו היתה מעיר אחרת, שנשאה בשאלוניקי והוליכה בלארסו. ועתה זאת האשה האלמנה שכולה וגלמודה ורוצה לחזור לעירה ולמשפחתה ולבית אביה. ושאל השואל אם יכולים הקרובים של בעלה לעכב אותה באותה העיר שמת בעלה עד כ"ד חדשים, ואחר הזמן מהיניקה – האם יוכלו לקחת הילדה מאמה, דדילמא מאי דאמרינן בגמרא בכתובות פרק הנושא (דף קב) "זאת אומרת: הבת אצל האם לעולם" היינו כשאינה עוקרת דירתה מהמקום שהיו דרים בו, או דילמא מילתא פסיקתא קתני "הבת אצל האם" ולא שנא קטנה ולא שנא גדולה ולא שנא אם נשארה באותה העיר שמת בעלה ולא שנא אם רוצה לעקור דירתה?

ומבואר מלשון השואל, שיש מקום לחלק בין ילד עד גיל שנתיים שהוא יונק, ובכחאי גוונא ודאי יש שעבוד על האם להניקו מפני הסכנה, כדאיתא בכתובות (נט, ב) וברמב"ם (פרק כא מאישות הלכה יח) ובשולחן ערוך (סימן פב סעיף ה), והוא שעבוד לבת ולא לאב, לבין ילד בן למעלה משנתיים, משנגמל, שלדעת הרמב"ם והשולחן ערוך נותנתו לאביו או לקהל. ולכן בילד עד גיל שנתיים – ודאי אינה יכולה לילך ולהפסיק להניקו. ומשכך: לצד הספק שהילד יישאר עם אביו או

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

עם משפחת האב, והאם לא יכולה לנתקו מהם, היא חייבת להישאר שם עד שייגמל. אומנם מגיל שנתיים ואילך ברור לו שיכולה לילך, וכל הספק הוא אם תיטול את הילד עימה, שלצד שאינה יכולה לנוטלו – תשהה עד שימלאו לו שנתיים ולאחר מכן תילך בגפה, אך לצד שיכולה ליטלו עימה – ודאי שיש להרשות לה לילך עימו, בנידונם – עם הבת, אף מייד. ושמעין מינה שניתוק הבת ממשפחת האב, לא יכול להוות עילה למונעה מליילך עמה, ועל כל פנים הדבר פשוט שיכולה לילך, אף שהקשר בינה לבין הבת יינתק.

והשיב מהריב"ל:

מילתא דפשיטא היא ואינה צריכה לפנים דהבת אצל האם לעולם. וכי יעלה על הדעת שכל אותם ההלכות שנאמרו בגמרא בפרק הנושא ובפרק אף על פי (שם נט, ב) שהגרשה – בזמן שהוא מכירה נותנין לה שכרה ומניקתו, שיכופו אותה לשבת באותה העיר שנתגרשה? ואם איתנהו להני מילי – לא הוה שתקי מינייהו הגמרא וכל הפוסקים, דכגון האי ודאי היה צריך לאודועי. ודברים אלו ברורים בעיני ממאי דאמרינן "אמר רב חסדא: זאת אומרת הבת אצל האם לעולם" [...]

ולאומר שיאמר דאפילו לדברינו אכתי תקשי דלא הוי מילתא פסיקתא שהרי כתב הרמב"ם ז"ל (בפרק כא מהלכות אישות) וזה לשונו: "ואם לא רצתה האם שיהיו בניה אצלה אחר שגמלתן – אחד זכרים ואחד נקבות – הרשות בידה, ונותנת אותן לאביהן או משלכת אותן לקהל" וכו' – יש להשיב לדבריו דהוי מילתא דלא שכיחא שלא תרצה האם את בניה, "התשכח אשה עולה מרחם בן בטנה", ומשום הכי קא חשיב ליה מילתא פסיקתא [...] אבל בהיותה קטנה וכל שכן בנדון דידן שהיא מנקה אין כח ביד שום בית דין לכופה שתשב באותה המדינה [...]

ואפילו אם היינו דוחקים את עצמנו לומר דילמא הרמב"ן סבירא ליה דדוקא בבת אלמנה אמרו שהבת אצל האם ולא בבת גרושה, מכל מקום לא נניח סברת הגאונים וקבלתן והסכמת רוב הפוסקים, דיתד היא שלא תמוט, ולא מצינו מי שיחלוק על זה מהגדולים אלא מה שכתבו ויש אומרים דדוקא בבת האלמנה ולא בבת הגרושה, ולא נניח קבלת הגאונים והסכמת הפוסקים אשר מימיהם אנו שותים.

ושמעין מינה שסברתו היא שמכיוון שטובת הבת שתהיה אצל האם, עניין זה הוא אבסולוטי ומזכויות האם – ובין באלמנה, שהאב אינו קיים, ובין בגרושה, שהאב קיים – ורק במקרים יוצאי דופן מאוד יוציאוה מן האם. והביא דברי הרמב"ן בתשובה שכתב שבית דין דנים על פי טובת הילד, עיין שם, וכתב בתוך דבריו שאף שהלכתית יכולה לזרוק את הילד על האב או על הקהל, הדבר הווי מילתא דלא שכיחא. ולכן נקט באופן חלוט בתרתי דהאם רשאית לעזוב למקום אחר ובתה עמה, אף הדבר פוגם או אף מנתק את הקשר של הבת לאביה ולמשפחתו.

אמנם מהרשד"ם, שכנגדו, חלק עליו, והוסיף בפרטי העניין:

[...] וצוה אותה המת אצל אחיו שמעון ועשאו אפטרופוס על כל נכסיו ושישיא אותה כשתגדל לבן לוי אחיהם. אחר שמת רצתה האלמנה [...] לשוב אל עמה ואל מולדתה שהם דרים בעיר אחרת [...] והאפטרופוס טוען שהיתומה בת אחיו נ"ע חשיבה אצלו ואצל זקנתה מאד מאד, ואינו רוצה לתתה לה שיוליכנה לעיר אחרת מפני סכנת הדרכים ומפני שינוי האויר והילדה רכה יונקת שדי אמה 'ודפקוה ומת[ה]' ח"ו – ילמדנו רבינו: הדין עם מי.



# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

מהרשד"ם הזכיר את התועלות שיגיעו לילדה אם תישאר עם משפחת אביה. וקבע שהאם אינה יכולה להפקיע את זכויות האב ולהרחיק את ילדו ממנו, ואם ברצונה לילך – תלך, אך ילדיה לא ילכו עימה, ואם היא רוצה בקשר עימם – על כורחה תישאר, ולא בגלל שעבוד לאב, למשפחתו או לבן, אלא מפני שאין זה מצוי ש"תשכח אשה עולה מרחם בן בטנה". ונעתיק מדבריו ביסוד האי דינא:

[...] אמנם כמו שהבן אינו יכול להוציאו מן העיר ולהעלים אותו מעיני אביו, כן הבת. ואם תאמר: ומנא לן דבן אינו יכול – להוציאו האם למקום שהיא תרצה? העבודה שנראה לי שמי שיפקפק בזה אינו אלא מן המתמיהין, דכי יעלה על הדעת שלא יהיה לאדם אלא אותו בן, ויחיד ורך הוא אצלו, ונפשו קשורה בנפשו והיה בראותו כי אין הנער ומת אביו מצרתו, ותאמר שאפילו הכי נתנו לה כח להוליכו למקום רחוק – זה אין הדעת סובל בלי ספק, ולא היה צריך ראייה [...]. ופשיטא שאין כח בידה להוציא אותו מן העיר מן הטעם שזכרתי. ואם כן, חזר הדין דבן ובת שוים בזה ואין בהם הפרש אחר אלא שזה ששה שנים וזה לעולם [...]

ומטעם אחר וגדול הוא בעיני אני אומר שמה שאמרו "הבת" היא "אצל האם לעולם" אינו רוצה לומר שיש לה כח להוציאה ולהוליכה למקום שתרצה האם, שהרי שנינו בפרק נערה שנתפתתה "האב זכאי בכתי בקדושיה בכסף בשטר ובביאה, זכאי במציאתה ובמעשה ידיה ובהפרת נדריה" כו' וכל אלו הזכויות הם מן התורה, לבד מציאתה שהיא תקנת רבנן [...]. אשר הודיע לנו ה' את כל זאת פליאה דעת ממני מי הוא זה אשר יעלה על דעתו לומר שהתורה זכתה לאב בכל אלו הזכויות ואתה רוצה לבטלן בהבל תקנה שאמר רב חסדא "זאת אומרת" כו' מדיוקא דמתניתין ותרצה לבטל המשנה השלימה הנזכרת והתורה השלימה שאמרה "בנעוריה בית אביה" – "כל שבח נעורים ברשות אביה" [...]

וכללא דמלתא כי כל זכות שאמרו ז"ל בדבורם "הבת אצל האם לעולם" – לא אמרו כן לחוב לאחרים, אלא במה שאין כופין אותה לדור אצל האחים ושאינ האחים יכולים לומר "אם את אצלנו יש לך מזונות" כו' אלא שיתנו לה מזונות אפילו שהיא בבית אמה, ובזכותה דברו, לא בזכות האם [...]. וצדקו דברי הרמב"ן שהביא החכם השלם כמהר"ר בנימין הלוי נר"ו שכתב ולעולם צריך לדקדק בדברים אלו אחר שיראה בעיני בית דין בכל מקום שיש בו יותר תקון ליתומים שבית דין אביהם של יתומים, לחזור אחר תקונן [...]

דלא מבעיא לדעת האומרים דמה שאמרו הבת אצל האם לא מיירי בגרושה שיש אב לבת, שאז הבת אצל האם [צ"ל: "האב", וכך הוא בדפוס ראשון], ואם כן, הכח שיש לאב יש לבית דין, אלא אפילו לדברי הרמב"ם ז"ל והנמשכים לדעתו, שהם רבים, מכל מקום יש כח לאב ולבית דין לראות תקנת הבת, שהרי לאו מלתא בלא טעמא הוא אלא טעם גדול יש בדבר, וכמו שכתב הרמב"ן ז"ל בתשובה הנזכרת "והטעם כדי שתרגיל האם לבת ותלמדה דרך נשים ושלא תרגיל עצמה בפריצות" עד כאן [...]

נראה בעיני שהדין נותן גם כן שיכולים בית דין העיר לעכב אותה שלא תצא מן העיר עד יום הגמל הילדה שהוא תשלום כ"ד חדשים של הנקה. ואל תתמה, שהרי אשה זו משועבדת להנקה הילדה הזאת ואינה יכולה להנשא מפני חשש שלא תעכור חלבה והרי חששו לעכירות החלב כל שכן שנעכבה שלא תצא מן העיר אשר הילדה עומדת שם והיא גם כן אדעתא דהכי נשאת מתחלה לילך שם להניק בניה ובנותיה וכמו שבחיי בעלה לא היה יכולת בידה לומר לו שתוציא אותה משם גם עתה כיון שיד בעלה עליה מצד הנקת הילדה היא

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

משועבדת ונוכל לעכבה בשביל תקנת הילדה [...] ואם היא תאמר "תנו לי הילדה, ואניק אותה", נאמר לה: כל עצמה של תקנה היא מפני הסכנה, ואם תרצה לתקן [צ"ל: "לסכן", וכך הוא בדפוס ראשון] אותה בדרכים ולהזיק אותה בכל הדברים הנזכרים [...]

ובסוף התשובה הביא מהרשד"ם את דברי הרדב"ז שהסכים לדבריו (והדברים מפורשים גם בתשובתו חלק א סימן שס) וז"ל:

הריני מסכים שכופין בית דין את האלמנה לשבת בעיר כל זמן ההנקה שזה בכלל הוא, נ"ב: ואם ראו בית דין שתקנת הבת שתלך עם אמה – אפילו בתוך זמן ההנקה – בית דין אביהם של יתומים, הם ואין האפטרופוס יכול לעכב עליהם. ואחר זמן זה: אם תרצה האם ללכת לעירה, ולא ראו בית דין שתלך עמה, מניחין אותו בבית זקנתה [...]

ועל התשובה יש לסמוך, שכתב:

ולעולם צריך לדקדק בכלל הדברים אלו אחר מה שיראה לבית דין, כל מקום ומקום שיש בו יותר תקון ליתומים, שבית דין אביהם של יתומים לחזור אחר תיקונם.

עכ"ל [...]

והרדב"ז בתשובתו (הנ"ל, סימן שס) חלק על המציאות שהציגה המהריב"ל ולפיה אין דרכה של האם לותר על זכותה לגדל הילדים ומעבירתם לאב וז"ל:

שכיח ושכיח דהא כמה מעשים בכל יום לפנינו משלכת את בניה לאביהם כ"ש בזמן שהיא רוצה להנשא ואדרבה הא שכיח טפי מעוקרת דירתה ממקום למקום [...] לעולם אימא לך כי היכי דאיהי יכולה לעכב עליהם שלא יקחו אותה אלא מדעתה גם הם יכולים לעכב עליה שלא יוליכנה למקום אחר.

הרי שבין מהריב"ל בין מהרשד"ם ובין הרדב"ז נקטו כדבר פשוט שאין אפשרות למנוע מהאם לעזוב את המקום בו התגוררה עם בעלה, בין לאחר גירושין ובין שנתאלמנה. והספק שהסתפקו הוא אם כשעוזבת יכולה להרחיק את הבת ממשפחת אביה, או מהאב. וכולי עלמא סבירא להו דאזלינן בתר טובת הבת, ולדעת המהריב"ל גם בההוא עובדא הטובה היא שתהיה עם האם, ומהרשד"ם והרדב"ז כתבו שבפרטי מקרה זה טובתה שתישאר עם משפחת אביה ובפרט שיש סכנת דרכים אם תלך. ולכן עד שתהיה בת שנתיים כופין אותה, שמשועבדת לבת, ולמעלה מכך יכולה לעזוב ללא הבת. ומהרשד"ם הוסיף ונקט טעמים מדוע לא ירחיקו ילד מהאב: חדא מסברא, שהוא רוצה וצריך קשר עם ילדו, ואידך מדינא, שלגבי הבן יש לו חיובים שלא יוכל לקיימם כשאינו עימו, ולגבי הבת יש לו זכויות שיימנעו ממנו אם לא תהיה עימו.

וכן מוכח מדברי המבי"ט (חלק א סימן קסה):

ראובן מת, ונשארו לו ב' בנים – א' בן ד' שנים או יותר וא' יונק שדי אמו, ואלמנתו רוצה ללכת לארץ אחרת ולהוליך ב' בניה עמה, ואבי ראובן מעכב בידה שלא תצא מן המדינה כי הילדים רכים, וח"ו חושש פן יקראם אסון בדרך אשר הולכים בה. ועוד טוען שהיום או למחר תנשא היא שם ויהיו היתומים נתונים לעם אחר ועיניו לא רואות אם ירצה לסייעם. ועוד טוען שהוא חייב מן התורה לחנכם וללמדם ספר תורה וכו' כדכתיב "והודעתם לבניך ולבני בניך", והרי הא' מהם הוא קרוב ל"בן ה' שנים למקרא" וכבר הוא יודע קצת הפרשה בכל שבוע – מי יחנך אותו או מי ילמדנו כשיוליכוהו מכאן, והמצוה היא

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

מוטלת עליו, וכן האחר – אם יוליכוהו למרחקים – כשיהיה ראוי להתחנך לתורה ולמצוות – אם אבי אביו לא יחנך אותו מי יחנכהו.

תשובה: כתב הרמב"ם ז"ל פרק כ"א מהלכות אישות:

שלמו חדשיו וגמלתו – אם רצת המגורשת שיהיה בנה אצלה אין מפרישין אותו ממנה עד שיהיה בן שש [וכו'] ואחר שש שנים יש לאב לומר: "אם הוא אצלי אתן לו מזונות ואם הוא אצל אמו לא אתן לו מזונות." [וכו']

[...] ואפילו לדעת הרב ז"ל נראה שתוך ו' שנים אינה יכולה להוליכם למקום אחר כי כשהם כאן – אפילו שהם גדלים עמה יכול לחנכם לפעמים, וכמו שכתב הרב בעל מגיד משנה לדעת הרב ז"ל, ואם היא תוליד אותם לא יוכל לחנכם כלל. ובנדון זה אבי אביו הוא במקום אביו שהרי חייב הוא מן התורה לחנכו כמו שנזכר בשאלה [...]

והרשב"א ז"ל כתב בתשובת [המיוחסות] ל"ח וזו לשונו:

אבל הבן יותר ראוי להיות אצל האנשים הקרובים, שהם ירגילוהו וילמדוהו דרך הלימוד ודרך אנשים יותר מן האם, שבני האלמנה דרכם דרך זה [...] ולעולם צריך לדקדק בכלל לדברים אלו אחר מה שיראה בעיני בית דין בכל מקום ומקום שיש בו יותר תיקון ליתומים, שבית דין אביהן של יתומים לחזר אחר תיקונן.

עד כאן [...]

והרא"ש ז"ל כתב בתשובה כלל פ"ב על "מי שהוא בקטטה עם אשתו" וכו' "ויש לו בן קטן פחות משש", ורוצה שישב אצלו, שהדין עמו – כיון שהאב חייב ללמדו תורה ולחנכו במצות צריך שיהיה אצל אביו. וכתב בתשובה שאחר זה על בת – אם תשב אצל אבי אמה שהוא אפוטרפוס או אצל אביה ש"נראה שהבת יש לה קורת רוח אצל אביה" וכו' "ואם יראה לדיינים שהממון שמור יפה בידו" כו' "טוב הוא שינתן הכל לידו ויפרנסנה וישאנה באותו ממון".

נראה דהכל לפי ראות בית דין מה שהוא תקנתן של יתומים.

ובנדון זה אם יראה לבית דין שהיא תקנה ליתומים אלו שיעמוד [אולי צ"ל: שיעמוד] אצל אבי אביהן – יכופו אותה שתעמוד בעיר עד הגמל הנער, והבן שהוא כבן ה' שנים – נראה דבר פשוט שאם תרצה היא לצאת מן העיר שלא תוכל להוליכו עמה כמו שכתבתי [...]

ועיין בסוף התשובה שמקרה זה היה בנכדיו של המבי"ט שדרש שישארו אצלו והוא יחנכם. ועל כל פנים פשיטא ליה שאין אפשרות למנוע האם לעזוב המקום ולחזור לבית אביה, אך אם טובת הילדים שישארו אצל אביהם או משפחתו – אין היא יכולה לקחתם עימה.

ועיין מה שכתבו בגדרי דין זה הרה"ג ע' הדא"ה, י' ש' אלישיב וב' ז'ולטי בפד"ר (חלק ד עמודים 94–95, פסק דין שכתב הגר"ש אלישיב), שהביאו דברי מהריב"ל, מהרשד"ם והרדב"ז, אך כתבו לחלק בין עובדה דהמהרשד"ם למציאות כיום במדינת ישראל, וזו לשונם:

אכן נראה דהני טעמי שעליהם ביסס הרשד"ם ז"ל את דינו לא שייכי אלא בעובדה שנשאל עליה שהאם החליטה לחזור משאלוניקי – ששם היה מקום מגוריה עם בעלה למולדתה ולמשפחתה עיר בלארסו, שלפי מה שכתב הרשד"ם שם המרחק ביניהם הוא מהלך ב' או ג' ימים וגם סכנת דרכים כרוכה בנסיעה זו, אשר לפי המצב של אותם הימים הרי מרחק כזה פירושו הפרדת

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

הילדה מאביה לאורך ימים. ועל גופא דעובדה זו השיב הרדב"ז בתשובה הנ"ל. לא כן במקרה דנן שריחוק מקום זה לא מונע את האב מלבקר את בתו כמה פעמים בשבוע [...]

ולכן מסתבר הדבר שבמרחק כזה אשר נסיעה של שעה – שעתיים מבדילה בין מקום של האב למקום מגורי האם לא ישתנה הדין מה שקבעו חז"ל 'בת אצל אמה', כמו שלא תשתנה הלכה הנזכרת כשהורי הילדה שניהם גרים בעיר אחת, אלא שדירת האב בקצה העיר מצד אחד ודירת האם בקצהו השני. ופשוט כי תקנה זו שקבעו חז"ל 'בת אצל אמה' לא ניתנה לשיעורין כאלה.

עד כאן לשון פסק הדין הנצרך לענייננו. ועיין עוד בשו"ת ישכיל עבדי (חלקו סימן לא) שמשמע מדבריו שכל מדינת ישראל חשובה כעיר אחת, ויש לעיין בדברים, ואין כאן מקום.

ז. ומעתה, מכיוון שביארנו דלית מאן דפליג שאחרי הגירושין האישה יכולה לגור במקום שתחפוץ, יש לעיין היכן יהיו הילדים, בנים או בנות – אצל האב או אצל האם ככלל, ועל פי זה להכריע במקרה שלפנינו בפרט.

הנה יסוד הדין לעניין קביעת משמורת הבת מבואר בכתובות (קב, ב – קג, א): "אמר רב חסדא: [...] בת אצל האם, לא שנא גדולה ולא שנא קטנה."

הגמרא מדברת כשהאם לא נשואה לאב, אך לא מפורש בגמרא אם ההלכה נאמרה באלמנה או אף בגרושה. והרא"ש בהלכותיו (כתובות פרק יב סימן ד) כתב:

יש אומרים: הא דאמרין "הבת אצל האם" היינו באלמנה, דלא שבקינן לבת בהדי קרובי אביה אלא אצל אמה, אבל בגרושה – שבקינן לה אצל אביה. וה"ר מאיר הלוי ז"ל כתב שראה בתשובת הגאונים שהוא הדין בגרושה והביא ראיה ממתניתין, ד"הנושא את האשה" סתמא קתני, ומשמע: בין גרושה בין אלמנה, ועלה קתני: "למקום שהיא אמה", לאשמועינן דהבת אצל האם אפילו בבת גרושה נמי.

היינו דהיש אומרים שהביא הרא"ש סבירא להו שבגרושה גם הבת אצל האב, והרמ"ה בשם הגאונים סבירא ליה שלא שנא אלמנה ולא שנא גרושה, תמיד הבת אצל האם.

ועיין ברש"י (כתובות קב, ב) שכתב:

זאת אומרת הבת אצל האם – דקתני "למקום שאמה", ולא קתני "לבית אחיה". למדנו שכן הוא הדין, שתגדל הבת אצל אמה, ובת הניזונת מן הבנים – זנין אותה בבית אמה, ואין כופין אותה לדור אצלם.

ומדנקט שתהיה "אצל אמה" – ולא אצל אחיה, ובבת הניזונית מאחים, משמע דמיירי באלמנה ולא בגרושה, וכדעת היש אומרים שברא"ש. וברש"י מהדורא קמא, שהובא בשיטה מקובצת שם, כתב: "מדקתני 'למקום שהיא אמה' שמע מינה: בת דרכה להיות אצל האם ולא אצל האחין, כדי שתתייסר מאמה ולא תאחוז בידה דרך פריצות." ומשמע גם כן שתהיה אצל האם, שתייסר אותה ותמנע ממנה ללכת בדרך פריצות. ויש לעיין מה הדין כשיש אב – אם גם בכהאי גוונא רק האם יכולה לשומרה, לא אב ולא אחים, או נימא שדווקא האחיים לא יכולים לשומרה אבל האב יכול לשומרה.

ועיין במאירי כתובות שם שכתב בטעם הדבר שהבת אצל האם:

אין בו חלוק בין גדולה לקטנה, שבשתייהן אנו אומרים: תעמוד הבת אצל האם – אם קטנה מפני הצורך גדולה, ואם בגדולה מפני הנהגת טכסיסיה במלאכה ובצניעות. וזהו שאמרו "למקום שהיא אמה", ולא אמר "למקום שהיא" לבד.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

ומהנימוק שנתן המאירי, שהאם תחנך את הבת ב'טכסיסי מלאכה וצניעות', משמע שהאשה ראויה יותר לחנך את בתה, ולסברה זו קצת משמע שסבר כרמ"ה, שבכל אם הכריעו כך, בין אלמנה ובין גרושה וכשהאב רוצה לגדלה.

ועיין בשו"ת הר"י מיגאש (סימן עא) שכתב:

ודבר זה כבר נשאל עליו רב שרירא גאון ז"ל והורה שהבת תהיה אצל האם לא אצל האב, וכן כתב גם בעל הלכות גדולות. ואין ספק שהם סוברים במה שאמר התלמוד (כתובות דף קב ע"ב) "אמר רב חסדא: זאת אומרת בת אצל האם", שהוא נאמר בענין ההכרעה אם תהיה אצל האב או אצל האם.

ואנחנו – גם כי דעתנו שהמאמר הנזכר לא נאמר אלא לאחר מיתת האב, לענין ההכרעה אם תהיה הבת אצל האם או אצל האחים, כמו שיעיד על זה המשך לשון התלמוד, מכל מקום להורות הלכה למעשה בכל כיוצא בנדון זה בפרטות אם יארע – נראה ללכת בעקבות הגאונים ז"ל הנזכרים ובקבלתם ולהמשך אחר סברתם, ובו נפסוק הדין ונדון כשיתאמת אצלינו תועלת הבת בזה, להיות שהאם על כל פנים יותר משמרתה מהאב והיא המלמדת אותה ומדריכתה במה שיצטרכו הבנות להתלמד ולהרגיל בו, כמו הטויה והפקוח בצרכי הבית וכל יוצא בזה, וללמד אותה דרך הנשים ומנהגם, וכל זה אינו ממלאכת האב ולא מטבעו.

והראוי שלא יניחו ראובן זה להוציא הבת מאמה, אבל תשאר אצלה כאשר היתה בתחלה, בפרט מה שנראה מהתועלת וההנאה בזה לקטנה בהיותה אמה אומרת שתתחייב להכניסה לחופה ולתת לה נדוניא משלה והיות האב רגיל לפרוש לארץ אחרת ואין להאמין שישאר ולא יפרוש.

ומבואר מדבריו דרב שרירא גאון ובה"ג ביארו את סוגיית הגמרא כהכרעה לגבי משמורת הבת בין באלמנה ובין בגרושה, וכדברי הרמ"ה בביאור הסוגיה, והר"י מיגאש אף שסבר שהסוגיה מדברת באלמנה בדווקא, שמשמורתה תהיה אצל האם ולא אצל האחים וכהסבר הרא"ש בשם יש אומרים, ולענין גרושה לא דיברה סוגיית הגמרא, עם זאת לענין הלכה למעשה סבר הר"י מיגאש שגם כשיש מחלוקת בין האב לאם לענין המשמורת, משמורת האם עדיפה בעלמא, שהיא תוכל לחנך ולדאוג לצרכיה באופן היותר מטיב שהיא תשמרה והיא תלמדה מה שנשים צריכות לדעת, שהיא יודעת הדברים ואין זו דרכו ויכולתו של האב ללמד בתו דברים אלו.

והנה העיקרון העומד מאחורי דבריו הוא טובת הבת, ונקט ככלל בכל הבנות שהאם היא שתוכל לתת לבת את החינוך המיטיב, אך הוסיף לגבי טובת הבת הספציפית שיהיו לה תועלות נוספות במקרה הספציפי שהאם התחייבה להשיאה מחד גיסא ונוכח התנהלותו הלא אחראית של האב מאידך גיסא, כמבואר בשאלה, שיש חשש שילך לארץ אחרת ויזניח הבת. ומשמע מדבריו שזו תקנת הבת, שתהיה אצל אימה, אף שאולי משורת הדין היה מקום לקבוע המשמורת אצל האב, שהוא מחויב לה חיובים ממוניים. אך מתוך דבריו משמע שהדברים אינם חלוטים, ואם טובת הבת להיות אצל אביה בגין הנסיבות, יהיו אשר יהיו, כגון שהאם לא תוכל לקיים את חיוביה לבתה ותחנך בצורה לא ראויה או, מאידך גיסא, שתהיה תועלת לבת בהיותה עם האב, והנסיבות רבו מספור, וכעין הנסיבות שנקט המהרשד"ם. ועל כל פנים, לדבריו, ברירת המחדל היא שהבת אצל האם כשיתאמת לבית הדין שזו אכן טובתה.

ועיין בשו"ת הרמב"ם (סימן שסז) מה שדן בהאי מילתא באם הדורשת לגדל את בתה, והאב מתנגד ורוצה לגדלה בעצמו ואומר שלא ייתן לה מזונות אם לא תהיה הבת עימו, ודן שם אם יש

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

הבדל בין היכא שהאם לא נישאה להיכא שנישאה, שהאב טוען "איני רוצה שאחר ייגדל את בתי".  
עיינ שם מה שפלפל וסיים:

אבל הבת שאינה אצל אמה – מי משמרה? אין דרכו של אב לישוב ולשמור על בת, ודבר של טעם אמר רב פפא שאין צניעות הבת אלא שתהיה אצל אמה, אפילו נשואה.

וכן פסק (וכפי שהוזכר לעיל) בהלכות אישות (פרק כא הלכה יז) לגבי גרושה: "והבת אצל אמה לעולם [...]"

וכן נקט הרשב"א (בתשובות המיוחסות לרמב"ן סימן לח, והזכירוהו מהריב"ל ומהרשד"ם):

הבת לעולם אצל האם ואפילו נשאת האם לא שנא גדולה או קטנה כדאיתא פרק הנושא (דף קב, ב). והטעם כדי שתרגיל האם לבת ותלמדה דרך נשים ושלא תרגיל עצמה בפריצות. אבל הבן – יותר ראוי להיות אצל האנשים הקרובים, שהם ירגילוהו וילמדוהו דרך הלמוד ודרך אנשים יותר מן האם. שבני האלמנה דרכם דרך זר [...] ולעולם צריך לדקדק בכלל לדברים אלו אחר מה שיראה בעיני בית דין בכל מקום ומקום שיש בו יותר תיקון ליתומים, שבית דין – אביהם של יתומים לחזור אחר תקונן.

וטעמו כמו שפירשו הר"י מיגאש והרמב"ם בתשובותיהם.

ועיין בשו"ת תשב"ץ (חלק ג סימן ריח):

שאלת: ראובן היה דר בתונס ונשא שם אשה, ונולדה לו בת, ומתה האשה, ונשארה הבת, ורצה להביאה עמו לבגאיייה. ואחות אמה עכבתה אצלה ומנעתה לבוא עם אביה, ואחר שבא האב לבגאיייה שלח האב גם כן אחר בתו, ולא הניחתה אחות אמה לילך אצל אביה [...]

תשובה: מן הדין לא היתה אחות אמה רשאה לעכב על אביה שלא תבוא עמו, דדוקא אם נתגרשה אמה ואביה אומר "תעמוד עמי" ואמה אומרת "תבא עמי" – אמרינן בכתובות בפרק הנושא (קב ע"ב): הבת עם אמה. אבל אחות אמה – אין לה רשות עליה כלל.

מבואר מדבריו שהבין שסוגיית הגמרא מדברת אף לעניין גרושה דאמרינן שהבת אצל האם, אבל כשאין אם הבת אצל האב, ואין הקרובים יכולים לעכב. ואף שאחות האם יכולה ללמד דרך נשים, על כל פנים משמורת האב עדיפה. ומדברי כל הראשונים – מי בכה ומי בכה – שמעינן שקביעת המשמורת תלויה בטובת הילד כדנקט הרשב"א בהדיא, ונראה דכל הראשונים מסכימים עימו, וכל אחד נקט את טובת הבת באופן אחר.

ועל כל פנים אף כשבוחנים טובת הילד, היינו כדי לקבוע מי ייגדלו, אבל לא כייפינן אורחות חיים על ההורים כתנאי למשמורתם.

ח. והנה לגבי משמורת הבן לא נאמר במפורש בש"ס היכן יהא הבן כשהצדדים לא נשואים, אלא שמעינן לה אגב אורחא בכתובות (סה, ב) לגבי חיוב מזונות אשתו הנשואה שמוסיף לה מזונות גם עבור הילדים שעזימה (בבני זוג שחיים בנפרד):

אף על פי שאמרו אין אדם זן את בניו ובנותיו כשהן קטנים, אבל זן קטני קטנים. עד כמה? עד בן שש; כדרב אסי, דאמר רב אסי: קטן בן שש יוצא בעירוב אמו.

וברש"י שם: "שעדיין הוא צריך לאמו, ובתרה שדיוהו רבנן. אלמא עד שש צריך סיוע מאמו, וכשם שהבעל זן אותה כך זן אותו עמה."

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

ובשיטה מקובצת (שם) בשם הר"י מיגאש כתב:

והיה לה בן קטן בן שש – אותו בן יוצא בעירוב אמו ואינו יוצא בעירוב אביו, כלומר כרגלי אמו הן ולא כרגלי אביו. וטעמא דמלתא, שהדבר ידוע שבן שש בן אמו גריר ולא בן אביו, ומשום הכי שביתתו במקום שביתת אמו ולא במקום שביתת אביו. זהו מימריה דרב אסי בפירושו.

ונראה מדבריו שבן שש בן אמו גריר, ועלה רמי ועמה אכיל, ומשום הכי קאמר עליה רבא "אף על פי שאמרו אין אדם זן בניו ובנותיו" וכו', דשמעת מינה מדרב אסי שקטן בן שש בן אמו גריר ועמה אכיל, וכיון דבתרה גריר ועמה אכיל צריך הוא להרויח עליה במזונותיה בשביל בנו, שהוא נמשך אחריה ואוכל עמה.

שמענין שהילד (בין בן ובין בת) עד גיל שש נמצא עם אימו (ועיין מה שדן הר"י מיגאש בתשובתו הנזכרת לגבי חיוב המזונות לבת אחרי גיל שש כשאין היא עם אביה). אך לא גילו לנו חז"ל היכן יהיה כשהאם נפרדה מהאב בגירושין או באלמנות. ולעיל הזכרנו דברי הרשב"א בתשובות המיוחסות, שלעניין הבן – עדיף שיהיה עם קרוביו הגברים ולא עם אימו האלמנה, וודאי שלדעתו יהיה הבן במשמורת האב ולא במשמורת האם.

וכן פסק הרמב"ם (הלכות אישות פרק כא הלכה יז):

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

והראב"ד חלק עליו וכתב:

אמר אברהם: אין הדעת סובלת שנכופף את האב להפריד בנו ממנו עד שיהא בן שש, והלא הוא חייב לחנכו תורה בן ארבע וכן חמש, ואיך יחנכנו והוא גדל בין הנשים?

וכתב שם המגיד משנה: "ואין זה קושיא, שתנוך זה – אפילו הוא אצל האם יכול הוא לחנכו לפעמים לכשיבא אצלו."

ומבואר מדברי הרמב"ם והראב"ד דבבן עיקר המשמורת היא אצל האב שעליו לחנכו לתורה ולכל מילי, וכל הטעמים שנאמרו בבת לא שייכים בבן, דאדרבה עיקר גידולו וחינוכו אצל האב, אלא שעד גיל שש הוא זקוק לחברת אימו שהוא עימה בקשר הדוק, שדרך האם לגדל ולהיות סמוכה לילדים הקטנים ואמרינן בגמרא שכשילד מתעורר הוא קורא לאימו. ולא נחלקו הרמב"ם והראב"ד אלא בילד עד גיל שש, אם האב יכול לדרוש את משמורתו, אבל מכאן ואילך ודאי שהאב יכול לדרוש משמורתו, דתועלת שהייתו עם אביו עדיפה על תועלת שהייתו עם אימו.

ומבואר בראשונים שהאב יכול להטיל סנקציה במניעת מזונות מהילד עם הילד לא יהיה עימו ויאפשר לו לקיים המשמורת המיטבית. וקצת משמע שמאותו הטעם שהטילו על האב חיוב מזונות הוא הדין שהוטל עליו לדאוג לשאר צרכי הילד, ומשכך הדבר מחייב את המשמורת אצלו, ודין משמורת – יסודו בחיוב לדאוג לגידולו ולצרכיו של הילד, שאינם דווקא תלויי ממון, ואין היא מדין הזכות והטובה ההורית, שרגש ההורות ודאי קיים בכל הורה אך הדבר הקובע הוא הדאגה לצרכי הילד.

ועיין עוד בשו"ת הרא"ש (כלל פב סימן ב, הנזכר במבי"ט הנ"ל) מה שכתב בדינים אלו וזו לשונו:

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

וששאלת: מי שהוא בקטטה עם אשתו ואינו רוצה לגרשה, וגם האשה אינה רוצה להיות אצלו כי הוא משחק בקוביא, ויש לו בן קטן פחות משש שנים, ורוצה האב שישב הבן אצלו, והאם שהיא אשתו רוצה שיהא אצלה – הדין עם מי?

יראה שהדין עם האב. אף על גב דאמרינן בכתובות פרק הנושא (קב, ב) "אמר רב חסדא: זאת אומרת: הבת אצל האם – לא שנא גדולה ולא שנא קטנה", ויש מן הפוסקים שפסקו: ואפילו יש לה אב – הני מילי בת, לפי שהאם מצויה אצלה בבית יותר מן האב, שהוא יוצא למלאכתו ולעסקיו, והאם משמרתה ומלמדתה צניעות וארח הנשים. אבל בן, שהאב חייב ללמדו תורה ולהנכו למצות – צריך שיהא אצל אביו.

וששאלת: עם מי תשב הבת, אצל אביה או אצל האפוטרופוס שהוא אבי אמה – דבר זה ראוי להתברר על מי שמכירין את שניהם, אבל לכאורה נראה שהבת יש לה קורת רוח אצל אביה. והממון ישאר ביד האפוטרופוס אבי אמה אם יראה לדיינים שהממון שמור יפה בידו, ואם האב בעל אחריות שיוכל למשכן קרקעות כדי ממון הבת – טוב הוא שינתן הכל לידו ויפרנסנה וישיאנה באותו ממון.

ומשמע דסבירא ליה דמשמורת הבן אצל האב אף בפחות מבן שש, וכדעת הראב"ד. ומבואר טעמא דמילתא שהאב מחויב לחנכו לתורה ולמצוות, ואף אם יוצא למלאכתו ועסקיו – בנו עימו, ודווקא בבת הנמצאת בבית משמורת האם הנמצאת כל היום בבית עדיפה, מפני שהאב שאינו נמצא בבית לא יכול לחנכה. ועיין שם שהסתפק לגבי בת מי עדיף, האב או אבי האם – אפוטרופסה, והכריע שוודאי בת באביה ניחא לה, אך משמע שאין זה דבר מוחלט, ולא כתשב"ץ שהזכרנו לעיל. והכול למקום אחד הולך – טובת הילד.

ובטור (אבן העזר סימן פב) כתב:

ולאחר שיגמל הנער – יש אומרים שברשות האב: אם ירצה יקחנו אצלו ואם ירצה יניחנו עמה, דהא דאמרינן "בת אצל האם" היינו דוקא באלמנה – לא שבקינן לה בהדי קרובי אביה שראויין ליורשה, אבל בגרושה – שבקינן לה אצל אביה. והרמ"ה כתב בשם הגאונים דהוא הדין נמי בגרושה. וכן כתב הרמב"ם: שלמו כ"ד חדשים וגמלתו – אם רצתה המגורשת שיהיה בנה אצלה אין מפרישין אותו ממנה עד שיהיה בן ו' שנים גמורים, אלא כופין האב ונותן לו מזונות אצל האם, ולאחר ו' שנים יוכל לומר האב "אם הוא אצלי אני נותן לו מזונות, ואם הוא אצל אמו איני נותן לו", והבת אצל האם לעולם אפילו אחר ו' שנים.

ומשמעות דבריו היא שכבר מגיל שנתיים, משנגמל הילד מהנקה, עיקר המשמורת היא אצל האב, וכמו שמשמע מתשובת הרא"ש הנזכרת, ואין כאן מקום להאריך.

והשולחן ערוך (סימן פב סעיף ז) נקט את לשון הרמב"ם והוסיף עליה, וזו לשונו:

שלמו חדשיו וגמלתו – אם רצתה המגורשת שיהיה בנה אצלה, אין מפרישין אותו ממנה עד שיהיה בן שש שנים גמורות, אלא כופין את אביו ונותן לו מזונות והוא אצל אמו, ואחר ו' שנים יש לאב לומר "אם אינו אצלי לא אתן לו מזונות".

והבת אצל אמה לעולם, ואפילו לאחר ו' [...] ואפילו נשאת האם לאחר – בתה אצלה ואביה זן אותה משום צדקה עד שימות האב ותיזון אחר כך מנכסיו בתנאי כתובתה והיא אצל אמה.



# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

הגה: ודוקא שנראה לבית דין שטוב לבת להיות עם אמה, אבל אם נראה להם שטוב לה יותר לישיב עם בית אביה אין האם יכולה לכופף שתהיה עמה (ר"מ פדוואה סימן נג).

מתה האם – אין אם אמה יכולה לכופף שיהיו הבנים עמה (בית יוסף בשם הרשב"ץ).

ומשמע שהכול תלוי ברצון האם ובטובת הבת, ואף אם האם נישאת והולכת לגור עם בעלה, ולכאורה אף אם עוברת למקום אחר (ותלוי במחלוקת מהריב"ל ומהרשד"ם), והוא שזוהי טובת הבת, והדבר תלוי בשיקול דעת בית הדין. ופשט הדברים מורה שאין מטילים על האם הגבלות, אלא באשר היא הולכת – הבת עימה, אם זו טובתה. אך כשעדיף שתהיה עם בית אביה – בתר טובתה אזלינן. ופסק הרמ"א שלאם האם אין זכות לכופף משמורתה כשהבת התגוררה עימה, דאביה עדיף, ועיין בחלקת מחוקק (ס"ק יא) דדווקא אביה, ולא בית אביה, ובכהאי גוונא אם האם עדיפה. ועיין תשובת הרא"ש (כלל פב סימן ב) שהבאנו לעיל, ומסתבר שאם אמה עדיפה על אבי אמה.

ועיין בחלקת מחוקק (שם ס"ק י) שכתב:

המעייין בתשובה יראה שהרב לא החליט הדין למעשה, רק שכתב שאין הדבר פשוט כל כך שיהיה הדין עם האם, דיש מקום לומר: אם הבית דין רואה שטוב ליתומים להיות אצל בית אביה – הרשות ביד הבית דין, ולא אמרו בגמרא "הבת אצל אמה" אלא בשניהם שוים. ועוד, דאפשר לומר דאם אין הבת רוצה להיות אצל אמה – הרשות בידה, ודקדק כן מלשון רש"י, ולא אמרו בגמרא "הבת אצל האם" אלא בדלא איכפת לה לבת אצל מי תהיה. ולפי זה מה שכתב כאן הרב "אין האם יכולה לכופף" היינו: את הבת אינה יכולה לכופף, אם אינה רוצה להיות אצל האם, אבל אם הבת שותקת ולא איכפת לה – אף שלבית דין נראה שטוב לה אצל בית אביה מכל מקום יש להתיישב בדבר למעשה אם לעקור מה שאמרו חכמים "הבת אצל האם" בשביל אומדנא של הבית דין.

ועיין עוד בפתחי תשובה (שם) שהביא מדברי האחרונים בהאי דינא והביא כמה חילוקי דינים במקרים השונים לגבי קביעת המשמורת, בין אצל האב ובין אצל האם, בין כשגרים בעיר אחת ובין כשגרים בשני מקומות, שבכל עניין צריך שתהיה הכרעה לגופם של דברים ובשיקול דעת רחב מה תהיה טובתו של הילד, בין בן ובין בת. והנה מדברי הפוסקים שכתבו שגדרי משמורת הבן ומשמורת הבת שונים משמע שאין קפידא שלא לקבוע את משמורת חלק הילדים אצל הורה אחד והשאר אצל ההורה האחר, ומבואר מדברי החלקת מחוקק שמתחשבים גם ברצון הילד. ועל כל פנים לדברי כל הפוסקים משמורת הבן או הבת אצל האב או אצל האם או אצל שאר קרובים, או אף אצל מי שאינו קרוב, תיקבע לפי מדדעל עיקרי – טובת הילד.

לנגד עינינו יעמדו כזרקור דברי חבר בית הדין הרבני הגדול הגר"א גולדשמידט זצ"ל בספרו עזר משפט (סימן כח, עמוד שמב):

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 ישנם כאן, שמחויבים הם לגדל את ילדיהם. ובכוא בית הדין לקבוע בדבר מקומו של הילד, בדבר המגע בינו ובין הוריו – רק שיקול אחד נגד עיניו והוא: טובתו של הילד אצל מי תהיה ובאיזה אופן תהיה. אבל זכויות אב ואם – זכויות כאלו לא קיימות כלל [...] ומכיוון שכך, הרי הילד הוא בעל הדין בעניין סידורו, בזמן הגירושין, והוא בעל הדין לאחר הגירושין – הוא, ואין זולתו.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

השקפה זו המבטאת בצורה קולעת ומדויקת את 'טובת הילדים' בראי ההלכה, ואשר באופן תואם משתקפת גם מהחוק ומפסיקות בתי המשפט (ראה דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד נ (1) 48: "ילד איננו חפץ שלהוריו זכות קניין בו, להחזיקו לטובתם, הוא בעל ישות עצמאית, ולו זכויות ואינטרסים משלו"; ע"א 209/54 שטיינר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ט 241; וע"א 2266/93 פלוני, קטין ואח' נ' פלוני, פ"ד מט (1) 253) היא אשר תנחה אותנו בבואנו לתת את הדעת למתן ההכרעה בערעור זה.

עיקרון מנחה זה אינו מתנגש כלל וכלל עם העקרונות של המשפט האזרחי שבאו לידי ביטוי בפסיקות של הערכאות השונות במהלך השנים, והוא מהווה משקל מכריע לכל אורך הברור ראה למשל בג"ץ 7/83 מסודי ביארס נ' בית הדין הרבני האזורי חיפה, פ"ד לח (1) 673:

אין צורך להרחיב את הדיבור על העיקרון של טובת הילדים כשיקול מכריע [...] הדברים עתיקי יומין הם, ומקורם במשפט העברי (וראה המקורות המובאים בע"א 137/81 (ב"ש 705/82) [14], בעמ' 515), והם מקובלים כעיקרון עליון בפסיקת בתי המשפט ובתי הדין מאז ומתמיד, לרוב גם כשיקול יחיד [...] ובנדון לא צריך להיות הבדל מהותי בין הערכאות המשפטיות השונות, היינו בתי המשפט ובתי הדין הרבניים.

וראה עוד לעניין זה מאמר מקיף ומעמיק של הפרופסור אליאב שוחטמן, "למהותם של כללי ההלכה בסוגיית החזקת ילדים", (שנתון המשפט העברי, ה' (תשל"ח), עמ' 295–320).

על כף המאזניים עומד לפנינו בהכרעה זו אך ורק שלומם וטובתם של הילדים הקטנים. כמובן שבמסגרת זו שומה על בית הדין לבחון את מצבם של הילדים במבט רחב המשקיף על הסביבה בה הם חיים ועל השפעתה עליהם. אך אין זה מתפקידו של בית הדין, במסגרת הסמכות שהקנה לו החוק, לשנות לקיים או לקבוע את אורח חייהם האישיים של בעלי הדין שלפניו, בין אם הם לקורת רוחו של בית הדין ובין אם הם למורת רוחו. וטובת הילדים תיבחן באמת מידה אובייקטיבית, עד כמה שניתן, בהתאם לנתונים והממצאים הספציפיים של הילדים.

(פסק בית הדין הגדול בתיק 812347/8)

ט. נוסף ונאמר:

העקרונות שנקבעו בדברי הראשונים, הנוגעים למדדים לקביעת משמורת הבן והבת, היו תלויים באורחות החיים בזמן חז"ל ומשתנים בכל דור ודור לפי הזמן, המקום והחברה, אך היסוד המוסד הוא טובת הילד. והנה כיום כשעיקר החינוך הלימוד וההכשרה לחיים נעשים במוסדות הלימוד כשלוחי ההורים יש לבחון כל מקרה לגופו, כי לכאורה הסברה שהאב 'מלמדו תורה' אינה שייכת כלל במי שאינם שומרי מצוות ואף בשומרי מצוות ואף בציבור המדקדקים בקלה כבחמורה עיקר החינוך הוא בבתי הספר, ב'חדרים' ובישיבות, ואף שהרבה מהאבות – דרכם ללמוד עם בניהם, הלימוד הוא לפרקים ויכול שיעשה אף אם הבן במשמורת האם, וכעין שכתב המגיד משנה בביאור דברי הרמב"ם בילדים הפחותים משש שנים. אכן הדברים נכונים בעיקר כשגרים בעיר אחת, והאב יכול להיפגש עם ילדיו וללמוד עימם, ולא כשגרים בעיר אחרת ובוודאי לא כשגרים בארץ אחרת.

ונראה לכאורה שהוא הדין לעניין חינוך הבנות, דנהי שבימי חז"ל ובימות הראשונים והאחרונים לא היו בתי חינוך לבנות, ועיקר החינוך היה על ידי האם בבית, כיום ישנם מוסדות רבים מכל הסוגים, מכל המינים ומכל המגזרים שבהם מתחנכות גם הבנות ואין עול חינוכן מוטל

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

באופן אישי על האם. (ואף שיש עניינים המיוחדים לנשים שבהם רק האם תוכל להדריך את בתה, ברור שלימוד הנהגות אלו, אינו מצריך משמורת. ולא שאני ואולי אף פחות מדברי המגיד משנה בביאור דעת הרמב"ם לעניין תלמוד תורה בפחות מגיל שש, שהאם יכולה להדריך בדברים אלו גם בהסדרי שהות ולא דווקא במשמורת.)

משכך לכאורה אין המדדים שכתבו הקדמונים יכולים להיות הגורם המכריע בקביעת המשמורת.

פוק חזי, דבמשך שנים רבות הייתה עיקר המשמורת אצל האם, שהיא שגידלה את הילדים – בין בנים ובין בנות, וזכורני שכרוב המקרים שנידונו לפנינו בשבתנו בבית הדין האזורי כשנשאלה השאלה לעניין המשמורת, התשובה של שני הצדדים הייתה "ברור שאצל האימא". ולדעתי גם כיום בהרבה בתים האם היא שנושאת בעיקר עול הגידול, שזהו טבעה. ואף שמאידך גיסא ברור שכיום לאבות מעורבות רבה יותר בחינוך ובגידול – הדבר נגרם בעיקר בשל נשיאת רוב הנשים בחלק מעול פרנסת הבית ויציאתן לעבודה מחוץ לבית, שמשכך המציאות מצריכה שותפות מוגברת של האבות, ועם זאת עדיין דבר זה לא שינה את עניין קביעת המשמורת, כל עוד לא היה רווח כלכלי לאבות. אכן בשנים האחרונות משקביעת המשמורת המשותפת הפחיתה חובת מזונות האב, ואחרי פסיקת בית המשפט העליון בבע"מ 919/15 פטרה את האב לגמרי במקרים רבים, נעשה עניין זה של משמורת משותפת אחד ממוקדי הסכסוך בתיקי הגירושים: לא מפני הרצון הכביר של האב לחלוק המשמורת באופן אמיתי עם האם – מדובר משמורת משותפת שמתבטאת במקרים רבים רק בחלוקה שיוויונית של ימי השינה, אך לא בשותפות אמיתית, ועדיין האם במקרים רבים נושאת ברוב העול בפועל – אלא מפני הפיתוי הכספי המוביל לדרישה זו, שאינה מתאימה במקרים רבים ואף גורמת נזק לילדים.

אומנם, כאמור, אופי העולם המודרני, ההשתנות בהרגלי החיים והיות הילדים מקבלים את עיקר השכלתם והכשרתם לא מן ההורים מביאים לידי מסקנה שלא סוג ההורות, אב או אם, ולא מין הילדים, בן או בת, הם שנותנים ייתרון דומיננטי בקביעת המשמורת לאחד מהם.

משכך קביעת המשמורת חייבת להיות על ידי בדיקת בית הדין מה היא טובתו, ואולי בכלל זה גם מהו רצונו האמיתי, של הילד – דבר שצריך שיעשה על ידי בדיקה עניינית של פקידי סעד שיגישו את המלצותיהם לבית הדין, ובמקרים שאין הסכמה בית הדין יצטרך להכריע בשיקול דעת רחב.

י. ומעתה נהדר לעניין קביעת המשמורת במקרה שהאב או האם רוצים להעתיק מגוריהם למקום אחר.

לפי מה שביארנו לעיל באריכות, לדעת כל הפוסקים אין למנוע מהאם לעבור להתגורר במקום שבו תחפוץ, ובפשיטות גם האב לא משועבד להישאר במקום שבו גרו כזוג נשוי. אומנם אחרי שהנחנו שלכל אחד מיחדי הצדדים נתונה הרשות לעבור להתגורר במקום שבו יחפוץ, עניין המשמורת ייקבע באופן פרטני לפי טובת הילדים: אם ייקבע שטובתם תהיה בשהייתם במשמורת אימם, הם יתגוררו עימה במקום שבו תעבור להתגורר, ואם טובתם שישארו במקומם, יעברו הילדים למשמורת האב, ובמה דברים אמורים? כשהאב מוכן ורוצה לקבל את משמורתם עליו, אך אם אינו רוצה לקבל את משמורתם ורוצה שיהיו במשמורת האם או במשמורת משותפת – אין בכוחו למנוע מהאם לעבור להתגורר במקום שבו תחפוץ. (וכן כתב בפשיטות הגר"ח איזירר זצ"ל בתחומין כרך ח עמוד 82.) אין בקביעת משמורת משותפת בתחילה וברצון להמשיך את המשמורת באופן זה כדי למנוע מאיש מהצדדים להמשיך בחייו, אלא שעניין המשמורת לאחר שינוי המציאות יקבע עניינית לפי טובת הילד. (ואין כאן המקום לדון בשאלה אם הסכמה של אחד ההורים

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

למשמורת משנהו היא בלתי הפיכה. ולכאורה עניין זה של משמורת הוא דבר שיכול להשתנות ותלוי בנסיבות ובהתאם לטובת הילדים, וכמו שעניין המזונות ראוי להישקל מחדש בהשתנות הנסיבות.)

והנה למה שכתבנו, קביעת המשמורת תהיה לפי טובת הילד. עוד ביארנו שאין מקום להטיל על האם שעבוד להישאר במקום כדי לטפל בכך, וכמו כן אין להטיל שעבוד שכזה כדי שתהיה משמורת משותפת, או אף כדי שיתראה הילד עם אביו. אך צריכים אנו להבין מדוע באמת אין שעבוד שכזה אם נראה לבית הדין שזו רוחת הילד, והוא הדין גם לגבי אב המסכים לקביעת משמורת לאם ורוצה להרחיק למקום אחר באופן שהשהות עם הבן תצטמצם או תבטל והאם מסכימה לטול את העול על עצמה.

לעיל הזכרנו את דברי הרמב"ם (הלכות אישות פרק כא הלכה יח):

ואם לא רצת האם שיהיו בניה אצלה אחר שגמלתן – אחד זכרים ואחד נקבות – הרשות בידה, ונותנת אותן לאביהן או משלכת אותן לקהל, אם אין להן אב, והן מטפלין בהן.

וכתב שם המגיד משנה: "זה ברור, שלא מצינו חיוב לאשה בשום מקום, והאב מצווה על בניו בכמה דברים, ואין האשה מצווה, ומהיכן נתחייבה בהם?"

הרי שפשוט לו למגיד משנה שלא מצאנו שום חיוב על האם. אכן הבאנו שבהגהות הרמ"ך (שם) כתב:

תמה הוא זה: אם האב חייב לזון את בניו עד בן שש, האם אמאי אינה חייבת לזון את בניה, כיוון שהם קטני קטנים, ומה הפרש יש בין אב לאם, ואמאי לא תזונם עד שיהיו בני שש, ואמאי יכולה להשליכם על הקהל? וצריך עיון.

הרי שהקשה על עיקר דין מזונות שפטר את האם, ולעיל הבאנו דברי הגר"א שכן מוכח בגמרא, אך אף על פי כן קושיית הרמ"ך עדיין במקומה עומדת: מהו טעמה של הלכה זו? והנה המגיד משנה רמז שמקור הדין הוא ממה שהטילו חיובים על האב ולא מצאנו חיוב על האם בשום מקום.

והנה כמה שכתב שמצינו ש"האב מצווה על בניו" – נראה שכוונתו למה ששנינו בקידושין (כט, א):

כל מצות הבן על האב – אנשים חייבין, ונשים פטורות [...]

גמרא: [...] אמר רב יהודה: הכי קאמר: כל מצות הבן המוטלות על האב לעשות לבנו – אנשים חייבין, ונשים פטורות. תנינא להא דתנו רבנן: האב חייב בבנו למולו ולפדותו וללמדו תורה ולהשיאו אשה וללמדו אומנות; ויש אומרים: אף להשיטו במים.

מבואר שעל האב לדאוג לקיום מצוות הבן: מילה, פדיון הבן ותלמוד תורה, ומלבד זאת "להשיאו אשה וללמדו אומנות", ופשט הדברים שחובת האב להתעסק בצורכי בנו, כדי שיוכל להתנהל בעולם, ובגמרא יליף לה מקראי, חלקם מהתורה וחלקם מ'דברי קבלה', ובכולם האב חייב והאם פטורה. ובנוגע לשאלה אם החיוב הוא רק לבנו או גם לבתו – ברור ששלושת החיובים הראשונים הם רק בבנים, אך השניים האחרים נוהגים גם בבנות וכבר כתבתי בזה במקום אחר.

ועיין עוד בנזיר (כט, א):

אמר ריש לקיש: כדי לחנכו במצות. אי הכי, אפילו אשה נמי! קסבר: איש חייב לחנך בנו במצות, ואין האשה חייבת לחנך את בנה [...] לריש לקיש, אפילו בתו! קסבר: בנו חייב לחנכו, בתו אינו חייב לחנכה.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

ומשמעות הדברים שהאב חייב לחנך את בנו ולא האם וכן משמע שדווקא את הבן חייב לחנך ולא את הבת. ועיין שם שהעירו הראשונים (עיין שיטה מקובצת שם) והאחרונים שמצאנו שיש חיוב גם באם וכן מצאנו חובת חינוך גם על בת. ודנו בזה אם רבי יוחנן חולק על ריש לקיש בהאי דינא והלכה כמותו. ועיין במאירי שם שכתב:

כשם שהאיש חייב לחנך את בנו במצות בזמן הראוי לפי ענין המצוה, כמו שביארנו בראשון של חגיגה, אף בביתו חייב לחנכה במה שראוי לה גם כן [...] וכן אם אין להם אב – האם חייבת בכך. ואין הכונה אלא להרגיל התינוקות במצות ולקבוע ענין המצות בלבותיהם, כל אחד לפי מה שראוי לו, ומה שאמרו "קטן אוכל נבלות – אין בית דין מצווין להפרישו" – אב ואם מיהא מצווין בכך מתורת חנוך. ומכל מקום דברים אלו כלם במצות שיש בהן חיוב, אבל במצות התלויות ברצונו של אדם ובנדבת לבו, כגון נזירות, אין חובת חנוך עליו אלא אם ירצה יעשה.

ועיין בשו"ת תרומת הדשן (סימן צד) ובמג"א (סימן שמג ס"ק א) ועיין במרומי שדה (נזיר שם):

ורבי יוסי ב"ר חנינא אמר ריש לקיש: כדי לחנכו במצות – פירוש: בזהירות מצוה שאינו מוטל עליו כשיגדל, דמכל מקום הוא בכלל חינוך. ובזה קאמר דאין האשה חייבת בכך, וגם אינו חייב לחנך בתו בכך. אבל אלה המצות שיהיו מחויבים כשיגדלו – פשיטא דגם האם חייבת, וכדאיתא בריש מסכת סוכה בעובדא דהילני המלכה, ופשיטא דגם בבנות שייך חינוך כדתנן במסכת יומא דף פ"ב כמו שכתבו התוספות בד"ה בנו, וזה פשוט, וגם במאירי כיוון לזה, ובחנם נתקשו בזה הרבה.

ומשמע על כל פנים שהחובה המוטלת על האב גדולה מחובת האם, ועיין בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס קרימונה סימן ר) שכתב בטעם הדבר:

ונראה דאפילו אמו נמי לא מחייבא, כדמשמע בההיא דנזיר [שם] "איש – אין, אשה – לא". ואף על גב דליכא ראייה מהתם כולי האי, דהא קאמר נמי התם בנו אין בתו לא, ואשכחנא בעלמא לעניין יום הכיפורים דמחנכין התינוקות כמו התינוק, מכל מקום לעניין אמו דלא מיחייבה לחנוכי ולאפרושי ראייה גדולה היא, כיון דבלאו ראייה סברה היא כיון דלא מיפקדה למולו ולפדותו וללמדו תורה ובכל מצות בן על האב, כל דתקון רבנן כעין דאורייתא תקון.

ומשמע מדבריו שמכיוון שמדאורייתא הוטלה על האב חובת קיום המצוות של בנו, הוא הדין שרבנן הטילו את חובת החינוך דווקא עליו. וזה דומה לסברת המגיד משנה, שמכיוון שהאב מצווה בכמה מצוות והאם אינה מצווה דווקא עליו הטילו את חובת הגידול והחינוך של הילדים.

יא. ויש להעיר על המשנה בקידושין, מדוע לא נקטה שהאב מחויב בפרנסת ילדיו (על כל פנים עד שש) ולא האם. אך באמת דין זה אינו מבואר במפורש במשנה, ועוד שהמשנה בקידושין נקטה רק הלכות דילפינן להו מקראי מדין תורה או מדברי קבלה.

אכן הצד השווה שבכולן הוא שחובת האב היא לדאוג לילדיו, לקיום מצוות, לפרנסה, לחינוך, ללימוד מקצוע ולהשיאם. והאם פטורה מכל אלו, והדרא וקמה וגם ניצבה קושיית הרמ"ך מאי שנא אם מאב, שלא חייבוה לדאוג לצורכי ורווחת ילדיה?

והנראה לומר שעיקר החיוב שהטילו התורה וכן חז"ל על האב והפטור שפטרה התורה את האם, או מדויק יותר: מה לא הוטל חיוב על האם, הם משום שעל הרוב אין לאישה את האפשרות הממונית ולפעמים גם את האפשרות המעשית לדאוג לילדיה. שהרי המציאות בדין תורה בימי חז"ל ואף עד הדור האחרון הייתה שהאישה הייתה עקרת הבית וכל המטלות של הבית מוטלות

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

עליה ומשועבדת לעשותן כחלק מחיובי האישות לבעל ואין לה כמעט את האפשרות להתפרנס. מטעם זה הבעל חייב במזונותיה ואף אם עושה – מעשה ידיה תחת מזונותיה. לעומתה, הבעל הוא 'שר החוץ' ודואג לפרנסת הבית, לפיכך הטילה התורה ולאחר מכן הטילו חז"ל את עיקר החיוב עליו, מפני שבידיו לדאוג לילדיו בין בגופו ובין בממונו. ופוק חזי שהתורה פטרה את האשה מכיבוד אב ואם ואמרו חז"ל "מפני שרשות אחרים עליה", ונשים פטורות ממצות עשה שהזמן גרמן, מפני שטורחת בעול הבית וכדכתב האבודרהם.

והנה אף באישה שהתגרשה או נתאלמנה – דרכה הייתה להינשא, שאם לא כן כמעט ולא הייתה לה אפשרות להתפרנס, ומשכך אין אפשרות להטיל עליה חובות הילדים. ומעתה גם אם לא נישאה – יש חשש שלא תמצא מי שיישאנה כשחובת הדאגה לילדים מוטלת גם עליה, דלא ירצה שיוטלו עליו חובות ילדים של אחר, ואף לאחר הנישואין הדרינן לכללא ש"רשות אחרים עליה" ומעשי ידיה שייכים לבעל, ושוב אין לה אפשרות לדאוג לצורכי ילדיה בין בגופה ובין בממונה. ולהכי לא הטילה התורה ואחריה לא הטילו גם חז"ל חובה על האם. הן אמת שבאישה עשירה, או כשיש לה, ודאי שהיא חייבת מדין צדקה המבואר ביורה דעה (סימן רנא) ככל אחד מישראל, ובוודאי ליוצאי חלציה, שהם קרוביה וקודמים לכל אדם, וכבר הארכנו בזה בכמה פסקי דין, שמחויבת לילדיה מדין צדקה וכמו שידוע מפסיקת בתי הדין והחלטת הרבנות הראשית בשנים האחרונות. ומהאי טעמא בדורות האחרונים, שהנשים מתפרנסות מחוץ לביתן, ולהכנסותיהן, או לחלק מהן, יש דין של העדפה על ידי הדחק, שספק אם לבעל יש זכות בה, ועל כל פנים האישה מוחזקת, שוב הדר חיוב על האישה בין בגופה ובין בממונה מדין צדקה וכבר הארכנו בזה בכמה פסקי דין, ואין כאן מקומו. ועיין מה שכתב בזה במעשה רוקח על הרמב"ם (הלכות אישות פרק כא הלכה יח).

אך מה שנראה עיקר סברת האי דינא בחיוביהם של אב ואם לילדיהם הוא דהנה דעת רוב בניין רוב בניין של הראשונים והאחרונים נקטו שהאב אינו חייב במזונות ילדיו מדאורייתא, וגם החיוב מדרבנן מצומצם מאוד, ואת האם לא חייבו חז"ל כלל. ונראה ביאור הדברים על פי מה שכתב הרמב"ם בפרשת משפטים (שמות פרק כא פסוק ג):

[...] ואף על פי שלא היה הוא מחויב במזונותם מדין התורה, כמו שנתבאר בתלמוד בכתובות (מט, א), אבל כיון שדרך כל הארץ לפרנס אדם אשתו ובניו הקטנים צוה האל ברחמיו להיות הקונה כאב רחמן להם.

מבואר מדבריו שאף על פי שבעל ואב אינם חייבים במזונות האישה והילדים מדאורייתא, צייתה התורה את האדון והטילה עליו חיוב להיות במקום הבעל כלשונו "והוא חייב במזונותיהם", ולתת לאישה והילדים מה שהבעל והאב היה נוהג לעשות ללא חיוב.

וכדברי הרמב"ם מבואר בדברי הריטב"א (קידושין כב, א):

ואיכא למימר דכיון דסתמא דמילתא כל אדם זן ומפרנס אשתו ובניו רצתה תורה שלא יפסידו מפני מכירתו ושיהא הרב זן ומפרנס אותן, דקים לה לרחמנא שאילו לא נמכר היה מפרנס אותם הילכך חייב במזונותיהן וכסותם.

מבואר מדבריהם שהמנהג והרגש הטבעי של אב ואם הוא לפרנס ולדאוג לכל מחסורם של ילדיהם, כדכתיב "כרחם אב על בניו" וכדכתיב "התשכח אשה עולה מרחם בן בטנה", ובקללה נאמר שהאם והאב מתעלמים מצורכי ילדיהם. ועיין עוד בדברי הר"ן (על הרי"ף פרק אף על פי) שביאר שדין מזונות הילדים הוא חלק מחיוב מזונות האישה, שאי אפשר שתעמיד עצמה מלתת להם ממזונה, וזהו הרגש הטבעי, ולא נדרש ממנה ואין היא יכולה לפעול בניגוד לו. משכך לא הוצרכה התורה להטיל חיוב משפטי לא על האב ולא על האם. דאנן סהדי שיעשו ככל שביכולתם

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

לדאוג לצורכי ילדיהם. ולהכי גם חז"ל בתקנתם תיקנו שיעור מצומצם לחיוב, שההיגיון הוא שלא נצטרך להגיע לאכיפת חיוב, ומכרזינן עליה "יארוד ילדא ועל בני מתא שדייה". ומשכך לא הטילו חיוב על האם, דאנן סהדי שאם יהיה לה לפרנס את ילדיה – ודאי תפרנסם.

יב. ומכיוון שמחויבות האב והאם יסודה ביחס הרגשי של ההורים לזרעם לא הטילה התורה חיוב משפטי. והנה היחס הנפשי של הורים לילדיהם גורם להם לטפל הן בצורכיהם הגופניים והן בצורכיהם הנפשיים, וההורה הסביר והנורמלי מרעיף אהבה וחיבה ליוצאי חלציו – לא רק לילדיו אלא אף לילדיהם. ומשכך כמו שהילד זקוק לאביו, כך ההורה זקוק וחפץ לקשר עם ילדו וכדברי המהרשד"ם (סימן קכג) שהזכרנו לעיל:

דכי יעלה על הדעת שלא יהיה לאדם אלא אותו בן, ויחיד ורך הוא אצלו, ונפשו קשורה בנפשו, והיה בראותו כי אין הנער ומת אביו מצרתו, ותאמר שאפילו הכי נתנו לה כח להוליכו למקום רחוק – זה אין הדעת סובל בלי ספק, ולא היה צריך ראייה.

ומהאי טעמא לא הטילו חז"ל חיוב משפטי לא על האם ולא על האב וסמכו שיתנהלו לפי טבעם.

ויש לומר שאת החום והאהבה שמפגינים ההורים לילדיהם – דבר שרק הם יכולים להעניק – היה מקום אפילו לכופם לתת ולהעניק לילדיהם מדין צדקה, וכעין שכתב הבית מאיר שיש לכפות אם מניקה להניק את בנה, כשהאב וקרוביו עניים ואין להם במה לזוננו, מדין צדקה, דלגבי חלב עשירה היא, והכי נמי יש מקום לכפות על ההורים קשר עם הילדים מדין צדקה דאת הקשר והיחס ההורי רק ההורים יכולים ואף אחד אחר לא יכול להחליפם בנתינת היחס הראוי, ואף זאת: התעלמות ההורה וניתוק קשר מהילד פוגעת בו פגיעה אנושה ומזיקה לו. עם זאת הורה שאינו מעוניין בקשר עם ילדו – מה בצע כי נכפנו על כך ואיזו תועלת יכולה לבוא לילד מהורה הנפגש עמו בעל כורחו?

עם זאת נראה שאף שיש שיש חובה מוסרית על ההורה להיות בקשר הדוק עם ילדו ולספק צרכיו הרגשיים, אין אפשרות למנוע מהורה להעתיק מקום מגוריו באופן שימעט את הפגישות והשהות של הילד עם הורה השני, שהרי זה טבעו של עולם שאדם יוצא לפרנסתו ומתרחק מביתו, ולא מצינו מי שימנענו מכך, ועד כאן לא אסרינן לבעל לשנות מלאכתו מחמר לגמל, מפני שמפסיד עונתה של אשתו, שחייב בו מהתורה, אבל לא מצינו איסור למניעת וצמצום השהות עם בני משפחתו, כשהדבר נצרך להורה – תהא הסיבה אשר תהא.

והן אמת: ודאי שטובת הילד היא שהוריו יגורו בסמיכות באופן שיוכל להיפגש עימם כמעט דבר יום ביומו, אך לא בשל כך נוכל להטיל חיוב שכזה על אחד ההורים – חיוב שלא מצאנו לו מקור משפטי ואולי אף לא מוסרי, שהרי מסתבר מאוד שכליאת אחד ההורים בתחום מושב מסוים – אף אם אולי תועיל זמנית לילד, ודאי שמציאות זו המונעת מההורה לנהוג כצרכיו רצונו ומאווייו תגרום למרמור וכעס, שבסופו של דבר יפגעו בילד.

והגע עצמך: במקרים רבים אין שנאה ומריבות בין הורים והבן לא סובל מהיותם ממשיכים לחיות בבית אחד אף שהקשר ביניהם כבר אזל, אך לא שמענו שיהיה מי שיאמר להם "אל תתגרשו, מפני שטובת הילד שיגדל בבית עם שני הורים, אף שלהורים המצב רע ומר".

והוא הדין משהתגרשו: אין זכות משפטית, מוסרית והגיונית למנוע מהם להמשיך בחייהם באופן הנראה בעיניהם, אף שהדבר בוודאי ישליך על תדירות המפגשים בין ילד להורה וישליך על הסדרי השהות, שזהו טבעם של החיים בבני זוג שמתגרשים, שכל אחד מהם יוכל להמשיך את

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

חייו באופן שנראה לו, ובוודאי לפתוח פרק חדש בחייו הכולל נישואין עם בן זוג אחר, מה שבהכרח ישפיע על הקשר שלו עם ילדו מבן הזוג הראשון. וכך גם אין האב למנוע מן האם לעבור לגור במקום שבו תחפוץ.

עם זאת אחרי שנחליט שאחד ההורים רשאי לעבור למקום אחר, הזכות היא זכותו האישית וכפי שהוכחנו מדברי המהריב"ל, המהרשד"ם, הרדב"ז והמבי"ט. אך לגבי משמורת הילד – הדבר צריך להישקל עניינית בהתאם לטובת הילד ובנסיבות העניין.

עניין זה ישליך על מקום הלימוד של הילד, זמני השהות ואופן קיומם, ויכול לכלול בתוכו חיובים על המשפחה את מקום מגוריו. והכול בנסיבות כל מקרה ומקרה לגופו, תוך שקלול הסיבות לעזיבת המקום, אם הן מוצדקות ואם לא נעשו בכוונה שאינה טהורה – תוך כוונה לפגוע או אף תוך חוסר התחשבות בלבד בהורה האחר – דבר שיכול להשליך על קביעת המשמורת, על הטלת החובה להסיע את הילד ממקום למקום ועל קביעת זמני השהות במציאות החדשה שנוצרה.

לאחר שהבהרנו את הכללים וקבענו שעקרונית אין אפשרות למנוע מהאם לשנות מקום מגוריה, ואין ספק שבנסיבות המקרה שלפנינו ההיגיון והיחוסר הם שהאם תחזור לחיות סמוך לבני משפחתה – ולדעתנו אולי אף יש עוולה במניעה מהאם לחזור ולהתגורר בסמוך למשפחתה, שם התגוררה לפני נישואיה – ומשכך, לאחר שעניין עקרוני זה הוא ברור, ומעולם לא נחלק איש על זכות האם:

ההכרעה צריכה להיות רק לגבי עניין הבת, מהי המשמורת הראויה ועדיפה לה.

9 על פי הכרעות אלו תקבע המשמורת, ואם ייקבע שהמשמורת של הבת אצל האם, יש לאפשר את הגירתה עם האם.

### מסקנות והוראות

לאור האמור בית הדין קובע:

א. אנו מקבלים בעיקרון את עמדת האם. האם רשאית לעבור להתגורר בקנדה, סמוך לבני משפחתה.

ב. עם זאת מעבר הבת לא תלוי בהכרח במעבר האם.

ג. על בית הדין לקבוע משמורת קבועה של הבת בנסיבות מקרה זה על סמך ההנחה שהאם תעבור לגור בקנדה, סמוך למשפחתה. עניין המשמורת יקבע על פי המלצת גורמים מקצועיים ולפי טובת הבת.

ד. ההכרעה בנושא המשמורת תיעשה בהקדם רב כדי לאפשר לאם להתארגן לקראת שנת הלימודים הבאה.

ה. אם ייקבע שהבת תהיה במשמורת האם, יש לאשר לבת הגירה מן הארץ עם האם.

ו. בהתאם לקביעת המשמורת יקבעו הסדרי הקשר עם ההורה השני.

ז. המזכירות תחזיר לאם את הערובה שהפקידה כתנאי לשמיעת ערעורה.

ח. פסק הדין מותר בפרסום בהשמטת שמות הצדדים.

הרב שלמה שפירא



# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

ראיתי את אשר כתב ידידי הרה"ג ש' שפירא וברצוני להוסיף ולחדד במה שהאריך.

צודק בית הדין קמא במסקנתו שטובת הילדה היא קשר צמוד ורצוף עם אביה. אולם כפי שגם בזוג נשוי ההורים מחליטים, לדוגמה לצורכי פרנסה, על נסיעה לכמה שנים לחו"ל או מעבר מעיר לעיר, אף כאשר אין ספק שבכך יש פגיעה בילדים, גם בהורים גרושים: כאשר אחד הצדדים מבקש להגר לחו"ל או לעבור מקום מגורים – לא ייתכן למנוע את המעבר, ועל בית הדין האזורי בליווי המומחים לדאוג למזעור הנזקים שנגרמים לילד, בדאגה ליצירת ביקורים וקשר סבירים ששני הצדדים יכולים לעמוד בהם, וכמובן אחר בירור ההנחה, המסתברת במקרה שלפנינו, שהאם היא המשמורנית.

כאמור, אני מצטרף למסקנות.

### הרב אליעזר איגרא

מצטרף למסקנות.

אולם לדעתי היה על בית הדין האזורי לקבוע תחילה אם בנסיבות התיק, וללא קשר לבקשת ההגירה, יש מקום למתן המשמורת (במלוואה או כמשותפת) לאב. ככל שהתשובה לכך היא שלילית ובית הדין האזורי סבור שטובת הקטינה היא שהמשמורת תהיה אצל האם בלבד בכל מקרה, הרי שבקשת האב לעכב את יציאת הקטינה עם אימה – אין לה מקום כלל, ויש לדחותה על הסף.

רק כאשר יש מקום להענקת המשמורת לאב (משותפת או מלאה) מבלי לפגוע בטובת הקטינה, רק אז יש מקום לדון בבקשה של האב למנוע את העתקת המגורים של הקטינה.

### הרב ציון לודאילוז

נפסק כאמור.

ניתן ביום י"א באדר ב' התשפ"ב (14.3.2022).

הרב ציון לודאילוז

הרב שלמה שפירא

הרב אליעזר איגרא

עותק זה עשוי להכיל שינויי ותיקוני עריכה