

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ב"ה

תיק 1020605/4

בבית הדין הרבני האזורי תל אביב יפו

לפני כבוד הדיינים:

הרב יצחק מרוה – אב"ד, הרב רפאל זאב גלב, הרב שמעון לביא

התובעת: פלונית (ע"י ב"כ טו"ר יעקב קלמן)

נגד

הנתבע: פלוני (ע"י ב"כ עו"ד לימור סויסה)

הנדון: משמורת ילדים

פסק דין

בפנינו בקשתה הבהולה של האם ותגובתו של האב בעניין רישומם של הקטינים לבתי ספר. זמן הרישום חולף עובר ומתבקשת החלטה בעניין.

האב בתגובתו מסרב נחרצות לרישומם של הקטינים במוסדות לימודים במ'. הדבר מקשה עליו עד מאד וגורם להרחקת ילדיו ממנו. עם זאת הוא מציע שבמידה ובית הדין יחליט לתת הסכמתו ואישורו לבקשת האם לרישומם במ' ולהותירם במוסדות לימודיהם, יש לתת גם לו במקביל אישור לרשום אותם באזור המרכז כדי שבמידה ובפסק הדין בעיקרה של סוגיה ייפסק להשיב את האם לאזור המרכז ממנו עקרה את מגוריה שלא כדין, יהיה מענה מייד ומוכן מראש למקום לימודי הקטינים.

אכן עיקר תיק זה נסוב בעניין מחלוקתם של הצדדים אודות מקום מגורי האם והקטינים ומעברה למ' על אף סירובו המוחלט של האב ותוך כדי הפרה בוטה של הוראת בית המשפט בצו שניתן בעניין, כאשר לדבריה היא עשתה כן כצעד הגנתי לילדיה. בית הדין מחה על מעשה זה מספר פעמים וכפי שעולה בין היתר מהחלטתנו מיום 15.03.19.

יש לציין כי המצב בו שרויים אנו בעקבות מחלת הקורונה גורם לעומס רב בעבודת בית הדין, ועל כן מתחילה סברנו כי כדאי לתת תחילה רק החלטה נקודתית באשר לרישומם של הקטינים עתה למוסדות לימודיהם, אך לאור בקשתו הנוספת של האב מיום 19.04.20 למתן פסק דין מייד בסוגיה ולאחר מחשבה שניה אנו מקבלים את עמדתו, ונותנים בזה פסק דין שייתן מענה לשתי הסוגיות שבפנינו - משמורתם של הקטינים ומקום מגוריהם וכן מוסדות לימודיהם - הקשורות זו לזו.

רקע עובדתי

הצדדים נישאו כדמו"י בתאריך 28.05.13 כאשר לתובעת אלו נישואין ראשונים ולנתבע אלה נישואיו השניים. מנישואיו הראשונים נולדו לו חמשה ילדים כאשר שלושה מהם נמצאים על הרצף האוטיסטי. אמם נפטרה ל"ע וכולם מוטלים על כתף אביהם.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

לצדדים יש שלשה ילדים משותפים כאשר כיום הגדול שבהם בן 5 שנים, השני בן 3.5, והקטן בן שנתיים ימים. המשפחה בשלמותה דרה בעבר בב'.

כבר בתאריך 03.03.19 הגישה האם בקשה למשמורת מלאה והעתקת מקום מגוריה יחד עם הקטינים. בית הדין קבע לצדדים מועד לדיון דחוף בבקשתה של האם להעתקת מגוריה ליום 12.03.19 בדיון יחיד.

דא עקא, כשבוע לאחר בקשתה ויומיים טרם הדיון הבהול שנקבע, בתאריך 10.03.20 האישה עשתה דין לעצמה ועזבה יחד עם הקטינים למ' למגינת לב אביהם.

בתאריך ה' באדר ב' תשע"ט (12.03.2019) הוגשה בקשת האב למתן צו להשבת הילדים לב'. בו ביום התקיים דיון בפנינו בסוגיה זו כאשר כל צד שוטח טענותיו, וביום 17.03.19 הוגשו סיכומי הצדדים בעניין.

ביום 18.03.19 ניתנה החלטה זמנית על ידינו להותיר את האם וילדיה במ' בעוד שהחלטה סופית תינתן רק לאחר קבלת המלצת שרותי הרווחה במ'. לצערנו המלצת שרותי הרווחה הוגשה לנו רק בתאריך 06.08.19.

מאז ועד עתה הצדדים התנהלו בפנינו במספר מישורים הן בעניין הגירושין והן בגובה חיוב המזונות וניתן פסק דין מורחב בעניין.

הצדדים התגרשו ביום כ"ט בתשרי תש"פ 30.10.19.

כיום האב מתגורר עם חמשת ילדיו (מנישואיו הראשונים) בר' בבית אמו (כדירה נפרדת), והאם עם שלושת הקטינים במ'. בפועל מתקיימים הסדרי שהות בימים קבועים בין הקטינים ואביהם. ברם התובע עומד על דרישתו להשיב את הילדים לאזור גוש דן ולהורות על משמורת משותפת וזמני שהות שוויוניים כשהנתבעת מסרבת לכך נחרצות, ועל כך נסוב פסק דין זה.

טענות הצדדים

טענת התובע

בדיון בפנינו טען האב כי האם הייתה צריכה את רשותו טרם העתיקה מקום מגוריה עם הקטינים ומשלא עשתה כן יש לבית הדין להורות להשיבם לגוש דן. (פרוטוקול הדיון מיום ה' באדר ב' תשע"ט (12.03.2019) שורות 53-56). לא יתכן שבית הדין יתיר מעשה חד צדדי החמור ולא חוקי שנקטה בו האם ללא רשות האב וחרף צו ביהמ"ש, ו'לא יהא חוטא נשכר' (בקשת ב"כ האב מיום 10.03.19).

האב אף דרש משמורת מלאה על ילדיו (שורה 37, וכן שורות 66-67 שם) ובכל מקרה הוסיף ואמר שהמרחק הפיזי בו נקטה האם שהרחיקה את מגורי הקטינים ממנו, גורם להרחקה רגשית ומעשית יחדיו ממנו ובפרט לאור מעורבותו המלאה בגידולם וחינוכם (בקשת האב למינוי פקידת סעד מיום 17.03.19).

עוד הוסיף וטען (בקשתו מיום 10.03.19) שאין זו טובת הקטינים עצמם כשמפרידים אותם מחמשת אחיהם מן האב, ועל כן יש להורות להחזירם לאלתר.

טענת הנתבעת

מנגד האם טענה כי לא נותרה לה ברירה עקב כך שהרגישה מאוימת מהאב והייתה חייבת לעזוב ללא הודעה מוקדמת. לשאלת בית הדין - מדוע אם כן הרחיקה לכת עד מ' ולא נותרה באותו

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

אזור מגוריהם הנוכחי - השיבה האם כי כאן באזור המרכז אין לה אף אחד, וכל משפחתה וכן מקום עבודתה בירושלים, ובוודאי שמבחינתה היה עדיף לה לדור שם בקרבת אמה ומשפחתה שיהיו לה לעזר, אך לאור התחשבותה באבי ילדיה שלא להתרחק ממנו יתר על המידה היא החליטה להעתיק מגוריה למ' שזה מקום טוב באמצע. לדבריה מרחק הנסיעה מב' למ' אינו עולה על 25 דקות עד חצי שעה שזהו זמן סביר. מבחינתה הוא יכול לבוא להתגורר בסביבה (שורות 90-74 לפרוטוקול הנזכר).

עוד טענה האם כי הם היו דרים בב' בדירה שכורה כאשר מועד תום השכירות קרב ובא ונאלצים היו לפנות את הדירה, ומאחר וגם האב מעתיק את מקום מגוריו יחד עם ילדיו מנישואין הראשונים, הרי שלא היא עזבה את הדירה אלא שניהם כאמור עזבו יחדיו לנוכח המציאות החדשה בתום השכירות, כאשר הוא עם חמשת ילדיו העתיק מגוריו לר' לבית אימו והיא עם הילדים העתיקה מגוריה למ', ומשכך אין עדיפות לאחד על פני משנהו בקביעת מקום המגורים החדש. לדבריה אין שום סיבה שבעולם שהוא יוכל להכתיב לה להיכנס לעבור לגור שהרי שניהם עוברים כאמור דירה עקב תום תקופת השכירות בדירתם בב'.

יש לציין שבטענותיה האם ציינה שחלק מסיבת מעברה למ' הינו מחמת הקרבה למקום עבודתה. להלן ציטוט ממהלך הדיון (שורות 107-101):

בית הדין: [...] ולבקש ממנו שיעבור למ' זה לא נראה. אבל אנו מציעים שתעברי לגור במקום סביר שהאבא יוכל להיפגש עם הילדים שלו.

האישה: יהיה קשה לי לעבור לשם אין לי שם משפחה שתעזור לי. אני לא עברתי רחוק זה נסיעה של 25 דקות.

ב"כ האישה: אני לא מצליחה להבין אותו על החשיבות של הקשר של הילדים שלו עם הילדים הקטנים. ולא מתחשב עם האמא. הוא לא העריך את מה שהיא טיפלה בילדים שלו. האמא עזבה למקום שהיא תוכל גם לפרנס את הילדים.

המלצת שרותי הרווחה

ביום 06.08.19 הונחה בפנינו המלצת שרותי הרווחה כאשר העו"ס מציג שלש חלופות וממליץ על הראשונה שבהן.

יש לציין שבכל שלש החלופות הומלץ להותיר את מגורי האם עם הקטינים במ' ולא להחזירם לב' או לאזור גוש דן.

עוד יש לציין כי שני הצדדים התנגדו לכל שלש החלופות – כל אחד מזווית ראייתו הוא. האם התנגדה נחרצות ללינת הקטינים אצל אביהם לנוכח חששה לשלומם וביטחונם מפני אחיהם למחצה ששלושה מהם על הרצף האוטיסטי ולדבריה מהווים סכנה עבור הקטינים, כשמנגד האב מתנגד נחרצות להותיר את ילדיו במ' ולהרחיקם ממנו ומאחיהם, אך ביקש לקבל את החלופה הראשונה המומלצת – באופן זמני – כדי להרחיב את הסדרי הראיה.

בהחלטת בית הדין מיום 25.08.19 בית הדין אימץ את המלצת העו"ס באופן זמני וחלקי עד הדיון בעניין בנוכחות העו"ס עורך התסקיר.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

דיון חקירות בנוכחות העו"ס עורך התסקיר

ביום 28.10.19 התקיים בפנינו דיון ממצה בנוכחותם של העו"ס א. ר. עורך התסקיר ומנהלת המחלקה לשירותים חברתיים במ' הגברת ו. ב. ה. כל צד חקר את העו"ס כשהוא משתדל לענות על כל שנושאל. בסיכומו של דיון העו"ס נותר בעמידתו מאחורי האמור בתסקיר כשהוא מסכם את הדברים כדלהלן:

עו"ס: אני נמצא באיזו שהיא התלבטות ואני חושב שטובת הילדים כפי שכתבתי בתסקיר. ואני חושב שכדאי שהאב ייקח את הילדים ללינה פעם בשבועיים וכל סוף שבוע שני. או רק כל סוף שבוע שני.

ו. ב. ח.: אני מכירה את הסיטואציה יותר מהמשקפיים של העו"ס ולא באופן ישיר. אני מבינה את עוצמת הרגשות. אבל מתוך החומרים שראינו לא ראינו סיכון של הילדים. ראינו קושי תפקודי של האבא, ומבינים את החשש של האמא. אבל אנו לא רואים סיכון של הילדים מחשש מהילדים הגדולים, ואני חושבת שצריך לעזור לאבא. ואדרבא אם הילדים ילוננו בסופי שבוע יהיה יותר רגוע ואבא יוכל לדאוג לילדים יותר.

התרשמות בית הדין

בבואנו לכתוב פסק דין בנידון ובטרם נצלול לעומקה של סוגיה, יש לציין כי לאחר ששמענו את הצדדים במהלך שלושת הדיונים שהיו בפנינו ותוך כדי עיון במסמכי התיק, הרי שהתרשמות בית הדין במקרה דנן הינה שכל צד מההורים אוהב את ילדיו ובאמת ובתמים ומחפש להיטיב עמם ככל שניתן. אין כאן מקרה של הורה המעדיף את גחמותיו ורצונותיו האישיים על פני טובת ילדיו, אלא באמת ובתמים כל אחד סבור כי יוטב לקטינים אם וכאשר הילדים ידורו אצלו ובקרבנו.

אכן, ישנם אילוצים ונקודות תורפה אלה ואחרות אשר מקשים במידת מה על מי מההורים לממש את אשר בליבו לגדל את ילדיו ולהעניק להם ככל שניתן.

זאת ועוד. אי אפשר להתעלם מגורם נוסף הנמצא בתיק זה - אלה חמשת אחי הקטינים למחצה (מן האב בלבד) שעל פי התרשמותנו הרי שגם הם חלק ברמה זו או אחרת מחייהם של הקטינים, וייתכן בהחלט שיש ליתן לזה משקל בבואנו להכריע בסוגיה זו - אם כי לא ניתן להתעלם מחששותיה של האם בכל הקשור לכך ומרכיבים נוספים במכלול.

משכך לא נכחד אם נאמר שיש בפנינו מקרה בלתי שגרתו בו אנו עומדים בפני החלטה הרת גורל הנוגעת לא רק לחייהם של הקטינים וההורים היכן יגורו פיזית, אלא במובן מסוים על הכף מונחת סוגיה נוספת בדבר הפרדתם של שלושת הקטינים - נשואי תיק זה - מחמשת אחיהם למחצה, ילדיו (היתומים מן האם) של התובע מנישואיו הראשונים.

בשאלה זו נדון בסעיפים הבאים:

א. 'הבת אצל אמה לעולם' מקור הדין וטעמו.

ב. 'זכויות ההורים' לעומת 'טובת הילד'.

ג. מהותה של משמורת.

ד. מסקנות ופסק דין.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

דיון והכרעה

א. 'הבת אצל אמה לעולם' מקור הדין וטעמו.

במקרה דנן האב תבע משמורת על ילדיו ולכל הפחות דורש האב שתהא משמורת משותפת וזמני שהות שווים.

אין ספק כי בטרם נקבל החלטה בנידון שלפנינו יש לעיין ביסודות סוגיה זו של משמורת ילדים, ובפרמטרים העומדים בפנינו בראי ההלכה.

הנה ידועה בזה קביעת חז"ל שהבת אצל אמה לעולם. מקור דין זה בסוגיה במסכת כתובות (דף ק"א:) שם נכתב במשנה:

"הנושא את האישה ופסקה עמו כדי שיזון את בתה חמש שנים, חייב לזונה חמש שנים. ניסת לאחר ופסקה עמו כדי שיזון את בתה חמש שנים, חייב לזונה חמש שנים. לא יאמר הראשון "לכשתבא אצלי אזונה", אלא מוליך לה מזונותיה למקום שאמה".

בהמשך הסוגיה מוכיחה הגמרא (שם קב, ב) מדברי המשנה שהבת מקומה תמיד אצל האם:
"אמר רב חסדא זאת אומרת - בת אצל אמה".

ופירש שם ברש"י זה לשונו:

"למדנו שכן הוא הדין שתגדל הבת אצל אמה".

כך גם פסק הרמב"ם (בהלכות אישות פרק כא הלכה ז): "והבת אצל אמה לעולם, ואפילו לאחר שש". וכן פסק הרא"ש (כתובות פרק יב סימן ד) בסוגיה, עיין שם.

בשולחן ערוך (אבן העזר סימן פב סעיף ז) פסק להלכה וזה לשונו:

"[...] 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 שש שנים יש לאב לומר: 'אם אינו אצלי לא אתן לו מזונות', והבת אצל אמה לעולם, ואפילו לאחר שש".

מדברי השו"ע והרמב"ם ועוד עולה שבדרך כלל הבת אצל האם לעולם, מה שאין כן הבן נמצא אצל אמו רק עד גיל שש¹, אך לאחר שש שנים הבן אצל האב.

יש לעיין בטעמו של דין זה על מה ולמה. האם בפנינו חלוקה מגדרית המבדילה בין המינים השונים? ואם כן מהו הגבול של שש שנים הקיים אצל הבן?

מסתבר שממש לא כך הם פני הדברים.

ה'חלקת מחוקק' שם (סימן פב ס"ק ט) מבאר את הטעם מדוע הבן לאחר גיל שש אצל האב ולא אצל האם וזה לשונו:

¹ יעויין שם ברמב"ם בהלכות אישות פרק כ"א הלכה י"ז שהראב"ד בהשגותיו חולק על הרמב"ם וסובר שהבן נמצא אצל אביו אף מתחת לגיל שש וכתב שם וזה לשונו: "אין מפרישין אותו ממנה עד שיהיה בן שש גמורות אלא כופין את אביו. א"א אין הדעת סובלת שנוסף את האב להפריד בנו ממנו עד שיהא בן שש והלא הוא חייב לחנכו תורה בן ארבע ובן חמש ואין יחנכנו והוא גדל בין הנשים... עכ"ל. אך כאמור השו"ע מסיק כדעת הרמב"ם ודלא כהראב"ד. ועיין בחלקת מחוקק בס"ק ח' ובבית שמואל בס"ק ז' שביארו שהרמב"ם והשו"ע ס"ל שהאב יכול לחנך את בנו גם כשהוא גדל ודר אצל אמו באותם פעמים שהוא בא לשהות עמו אצלו בביתו.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

"והיא אין לה שייכות לבן, והוא מצווה עליו בכמה דברים בפרט ללמדו תורה".

הוא אומר שמרגע הכנס הבן לגיל 'חינוך' מחויב אביו ללמדו תורה ולכן מגיל שש הבן אצל אביו.

גם אצל הבת מצינו בפוסקים שהטעם לכך מדוע היא אצל אמה הוא מחמת תקנת חכמים כדי שהאם תחנך ותרגיל אותה 'בדרך הנשים' כפי שנראה לקמן.

בראשונים ועוד בגאונים כבר מצינו שהבינו בפשיטות את דברי חז"ל שהסיבה לקביעה זו היא טובת הילד, כדי שיוכל לקבל את חינוכו והכנתו לחיים בצורה המיטבית הן ברוח והן בחומר. נצטט חלק מהם.

הנה בתשובת הר"י מיגאש (סימן עא) הביא מתשובות רב שרירא גאון ובעל הלכות גדולות ש"הבת אצל אמה לעולם" - אף בהורים גרושים, וכתב:

"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".

חזינן מדבריו שתקנת חכמים זו מטרתה שהאם תוכל ללמד את בתה להדריכה ולהנכה, וחז"ל הבינו שלאור הכרת נפש בתה במבט נשי תוכל האם לעשות זאת על הצד היותר טוב מאשר האב.

כך מצאנו גם בתשובות הגאונים (גנוזי קדם, חלק ג עמ' סד; מרמרשטיין, סימן יד) תשובה מרב יוסף גאון, וזו לשונו:

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

וכן כתב בהלכות גדולות (הלכות כתובות):

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

גם במאירי שם בסוגיה (כתובות קב, ב) כתב כן בביאור דין זה וזה לשונו:

"זה שביארנו במשנה שאי אפשר לבעל שפסק במזון הבת וגירש לומר אזונה בביתי אלא מוליך מזונותיה למקום שהיא אמה, 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".

ויעויין עוד בדברי העיטור (אות פ פסיקתא), בסמ"ג (לאווין פא), בשיטה מקובצת (כתובות קא, ב) בשם תלמידי רבנו יונה, רבנו ירוחם (תולדות אדם וחווה נתיב כג חלק ג, מישרים נתיב כג חלק ט), ובתשב"ץ (חלק ג סימן ריח) ועוד ואכמ"ל.

מהמקורות שהבאנו נמצאנו למדים שחז"ל התוו לנו את הדרך בקביעת מקום משמורת הילד בבן ובבת, כאשר סברתם היא לאור ההכרח והצורך להתאים לבן ולבת את המחנך הטוב

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

והמתאים ביותר להעניק להם את הנצרך מכל הבחינות. ייתכן שלעיתים ישנם צרכים שונים שבחלק מהם האב עדיף ובחלק מהם האם עדיפה, וגם במקרה שכזה חז"ל מוצאים את האיזון הנדרש. זוהי הסיבה שעל אף שבן חייב ללמוד תורה ומאביו דווקא, שהוא זה שמחוייב כפי שנאמר בפסוק 'ולמדתם אותם את בניכם לדבר בם' (דברים י"א ט"ז)² מכל מקום כאמור עד גיל שש העדיפו חז"ל את שהותו של הקטין לצד סינר אמו כדי שתוכל לתמוך בו רגשית עם דגש אימהי בדווקא מה שאין לו אצל האב.

אם כן בנידוננו כשמדובר בשלושת הקטינים [(מ'), (ד'), (מ'')] כשכולם מתחת לגיל שש הרי שאין כלל נידון בדבר, ומן הדין משמורתם ביד אמם.³

אך עדיין יש לעיין בדבר שהרי האב העלה מספר טענות להורות על משמורת משותפת ועל מגורי האם עם הקטינים באזור המרכז ולא במ', כשבין השאר לדבריו טובת הילדים שידורו עמו יחד עם אחיהם למחצה. כמו כן הוא מעוניין להיות הורה פעיל בגידול ילדיו כפי שהיה עד עתה (לדבריו) ובפרט לאור העובדה שהאם עשתה מעשה חד צדדי חרף צו מניעה שניתן על ידי ביהמ"ש ולא יהא חוטא נשכר. לכאורה מן הדין ומן הצדק להיעתר לבקשתו.

'כלל ברזל' או טובת הילד על פי שיקול דעת בית הדין

הנה יש לעיין בקביעת חז"ל הנזכרת שקבעו את מקומם וגידולם של הבנים והבנות, הרי זה ברור שאין כאן איזושהי המלצה גרידא אלא קביעה הלכתית לכל דבר ועיקר. אולם עדיין יש לדון האם קבעו הם מסמרות בנושא, ובבחינת 'כזה ראה וקדש', או שמא יש כאן כלל שהמוטיב המרכזי שלו הוא טובת הילד, וזה מה שעומד מאחורי קביעת חז"ל. אותם גדולי האומה חזו בעין הבדולח ובמבטם החודר היטיבו להגדיר את טובתו של הבן וטובתה של הבת תוך כדי איזון כנדרש, וכדלעיל.

הנפקא מינה בחקירה זו היא, שאם ננקוט כהצד השני, אם כן בגוונא שבית הדין יגיע למסקנא מסיבה זו או אחרת כי טובת הילד במקרה כלשהו היא הפוכה מקביעת חז"ל באופן כללי, וטובתו שלו לדור ולגדול אצל ההורה השני (לדוגמא בן אצל אמו או בת אצל אביה), הרי שבית הדין יצטרך לקבל החלטה בהתאם - על אף שהיא נוגדת את הכלל ואת הקביעה דלעיל כפסיקת השולחן ערוך.

השאלה שצריכה להישאל היא מה הייתה כוונת חז"ל באומרם כלל זה, ואף מדגישים ומוסיפים את המילה 'לעולם'. האם כוונת הדברים שזה מעין 'טאבו' סגור וחתום, ובדווקא קבעו חכמים את דבריהם בנוסח זה ובלשון חד משמעית "הבת אצל אימה לעולם" לאור מה שהם ירדו לעומק הדבר והחליטו חז"ל כי בכל מקרה טובת הבת האמיתית היא אצל האם - גם אם על פי ראות עינינו במקרה פלוני, נראה שישנם מעלות גדולות שהבת תגדל אצל אביה, או שמא יש לומר שההוראה המעשית נשענת על העיקרון של "טובת הילד" כך שעדיין יש לנו כבית הדין את מרחב התמרון ושיקול הדעת בזה, ובעקבות כך לחרוג לעיתים מכלל זה של "הבת אצל אימה לעולם"⁴.

² עיין בסוגיה בקידושין דף ל' עמוד א' עד היכן מחוייב ללמד את בנו תורה ואכמ"ל.

³ אמנם הבנים יגיעו עוד מעט לגיל שש (בעוד כשנה) ובמידה ותוגש בקשה בעניין זה ידון בית הדין בכך בבא העת - יעויין בפסק הדין בסופו.

⁴ יש לכך השלכות גם על שאלה במקרה שהחזקת הבת אצל האם עלולה לגרום למיעוט קשר ו/או ניתוק מהאב. שהרי יתכן שבזה גופא תיפגם טובת הילד/הבת. שאלה זו נוגעת כאמור לא רק כלפי בת, אלא גם לגבי בנים

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

אם כנים הדברים כצד ב' בחקירה הנזכרת, הרי שיש לשוב ולהתבונן גם בנידונו מהי טובת הקטינים. יש צורך להעמיד את הסיבות והטענות לכאן ולכאן זה כנגד זה ולהכריע בדבר טובת הילדים מהי.

שאלה זו מקבלת משנה תוקף בנידונו לא רק מחמת עניין המשמורת גופא, אלא גם ובעיקר לנוכח העתקת מגורי האם עם הקטינים למ' כאשר היא מתרחקת ממקום מגורי האב. מטבע הדברים מעבר זה עלול להיות משמעותי באשר לקשר החם של האב עם ילדיו. האם גם במקרה זה נאמר שהקטינים שהינם פחותים מגיל שש אצל אמם לעולם?

ובאמת כאשר אנו מתבוננים במקורות בראשונים ובפוסקים, על נקלה מבחינים אנו שהבינו את דברי הגמרא כהצד השני בחקירתנו הנזכרת, שטובת הילד היא ורק היא הקובעת היכן הוא ידור ובמשמורתו של איזה הורה הוא ישהה באופן קבע, כאשר במקביל יתקיימו הסדרי שהות עם ההורה השני, ונציין כמה מהמקורות שמוכח כן.

ראשית מי לנו גדול מהרמ"א שפסק שם (באבן העזר סימן פ"ב סעיף ז') וזה לשונו:

"ודוקא שנראה לבית הדין שטוב לבת להיות עם אמה, אבל אם נראה להם שטוב לה יותר לישוב עם בית אביה, אין האם יכולה לכוף שתהיה עמה" (ר"מ פדוואה סימן נ"ג).

מפורש בדברי הרמ"א כהצד השני שהבאנו. בית הדין רשאי ואף מחויב לבדוק לעומק טובתם של הקטינים בטרם יכריע בשאלה כבודת משקל זו.

אחת התשובות המפורסמות בנושא זה היא תשובת הרשב"א (בשו"ת המיוחסות לרמב"ן סי' ל"ח) המובאת בפוסקים⁵. זה לשון הרשב"א בתשובתו:

"שאלה: ראובן שמת והניח בנים, והאלמנה תובעת מן האפוטרופוסים מזונות, מחמת היתומים בניה. והאפוטרופוסים 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 שהאפוטרופוסים קרובים הם, ואינם ראויים לירש. הדין עם מי? תשובה: הבת לעולם אצל האם, ואפילו נשאת האם, לא שנא גדולה או קטנה, כדאיתא פרק הנושא (דף קב:). 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. ולא אמרו שלא יהא הבן אצל קרוב, אלא בעודו קטן, ואצל מי שראוי ליורשו, ומשום מעשה שהיה. וכדתניא ריש פרק הנושא (שם ק"ב) מי שמת, והניח בן קטן לאמו, יורשי האב אומרים יהא גדל אצלנו, ואמו אומרת יהא גדל אצלי, אין מניחים אותו אצל מי שראוי ליורשו. מעשה היה ושחטוהו ערב פסח. אלמא דווקא קטן, ואצל מי שראוי ליורשו. הא כל שאין קטן, שאין בו חשש רציחה, ואי נמי קטן אצל קרוב שאינו ראוי ליורשו, מניחים אותו אצל הקרובים, ולא אצל האם. ולעולם צריך לדקדק בכלל לדברים אלו, אחר מה שיראה בעיני בית הדין

קטנים עד גיל שש שע"פ הנאמר בהלכה כדלעיל הרי הם אצל האם, ופשוט שדבר זה נקבע משום שכך נראה שהיא טובת הילד, ושוב תחזור השאלה האם זה לעולם ובכל מחיר או לא.

⁵ הרשב"א עוסק אמנם במקרה של אלמנה כאשר המחלוקת הייתה בין האלמנה לבין האפוטרופוסים האם יהיו הילדים אצל האלמנה במקום אחר או שיהיו אצל האפוטרופוסים הקרובים, אך הדברים תואמים גם לגבי גירושין. מפאת חשיבותם של הדברים והדיוק מהם, אצטט את התשובה במלואה.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

בכל מקום ומקום, שיש בו יותר תיקון ליתומים. שבית דין אביהם של יתומים, לחזור אחר תקונן".

מפורש אם כן בדברי הרשב"א שיסוד הדברים בקביעת משמורת והחזקת הילדים הוא מהי טובת הילדים, כאשר חובה זו מוטלת על כתפי בית הדין.

כדברים הללו מצינו גם בדברי שו"ת המב"ט (חלק ב' סימן ס"ב) שכתב וזה לשונו:

"ראובן גרש אשתו והיו לה ב' בנות ונשארו עמה כדין הבת אצל אמה, ונשאת והיה לה מריבה עם בעלה, ומשום שלום הבית החזירה הבנות לאביהן אחר שנשא הוא גם כן אישה, אחר כך הלך בעלה למרחקים ואין רצונו לחזור כי שלח לה גט זמן, והבנות הן מצטערות בבית אביהן מצד אשתו, ורוצות לחזור אל אמן עתה שאין בעלה עמה, וגם אמן נכמרו רחמיה עליהן והיא רוצה להחזירן בביתה, וראובן אומר אם נתרצית לתתן ברשותי איני רוצה להחזירן, יורנו רבינו אם יכופו אותו להחזירן להו.

תשובה: תנן פרק הנושא, מוליך מזונותיה למקום שהיא אמה, ובגמרא - זאת אומרת בת אצל האם, לא שנא גדולה ולא שנא קטנה, ופירש דקתני למקום שהיא אמה ולא קתני לבית אחיה, למדנו שכן טוב שתגדל הבת אצל אמה, ובת הנזונת מן האחים זנין אותה בבית אמה ואין כופין אותה לדור אצלם, לא שנא גדולה ולא שנא קטנה, דמילתא דפסיקתא קתני למקום אמה משמע דסתם בת אצל אמה עכ"ל. למדנו מכאן שתגדל הבת אצל אמה שתלמוד לה אומנות נשים וצניעות דרך נשים ואם כן 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 כדאמרין, ואם כן מה לי שנתרצית האם לתתה לו אז וחזרה ונתרצית לקחתה אצלה או שהיתה אצלה מקודם, וכל שכן הכא בנ"ד שהבנות אומרות שהן מצטערות בבית אביהן דנשוי לאישה אחרת ורוצות לחזור לבית אמן, דפשיטא שאין כח באביהן להחזיק בהן בעל כרחן [...] והוא הדין דאב גם כן אינו כופה אותה, דהא אפילו בגרושה אמרי הבת אצל אמה [...] כי בזה יש תיקון יותר לבנות לפי ראות בית הדין בכל מקום וכמו שכתב בתשובת הרשב"א המיוחסות להרמב"ן סימן ל"ח והנראה לי כתבתי נאם המב"ט".

גם מדבריו חזינן שיסוד הדברים הוא טובת הילדים, לפי שיקול דעת בית הדין.

וראה גם בדברי הרדב"ז (חלק א' סימן קכ"ג⁶ וכפל דבריו בסימן ש"ס) בצורה מפורשת יותר וזה לשונו:

"כללא דמלתא הכל תלוי בראות בית הדין באיזה מקום יש תקנה לולד".

ויעויין עוד בדברי הרא"ש בתשובותיו (כלל פ"ב סעיף ב') שגם ממנו עולה בדברי הרשב"א ודעימיה שהמוטיב המרכזי בקביעת משמורת הוא תועלתם וטובתם של הילדים – הא, ותו לא.

סיכום הדברים – מענה לטענות האב

לאור הדברים האמורים שתפקידנו לבדוק לעומק טובת הילד, נעבור עתה אחת לאחת על טענות האב.

⁶ לקמן בסעיף ב' יובאו דברי הרדב"ז בתשובתו בשלמות.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

לדרישתו של האב לקבלת משמורת על ילדיו - מלאה או משותפת - והעתקת מגוריהם לגוש דן צורפו בעצם 3 טענות מרכזיות:

- א. לא יהא חוטא נשכר - לנוכח העתקת המגורים חרף החלטה שיפוטית.
- ב. המרחק הפיזי גורם למרחק רגשי, ומונע ממנו להמשיך להיות דומיננטי בגידולם וחינוכם.
- ג. אין זו טובתם של הקטינים שמפרידים אותם מחמשת אחיהם למחצה.

מעשה לאור מה שהעלנו שהמוטיב המרכזי הינו טובתם של הילדים עצמם, הרי שהטענה הראשונה לא רלוונטית כלל - הגם שהדבר מקומם מאד ואולי אף מעבר לכך. אנו לא עוסקים כרגע ב'חלוקת ציונים' על התנהגות טובה או ב'סגירת חשבונות' הדדית. תפקידנו בעת הזאת לשקול בפלס מהי באמת טובת הילדים, הא ותו לא.

לעומת זאת שתי הטענות הנוספות העוסקות בטובתם של הקטינים, חייבות התייחסות. לכאורה יש בהן צדק לא רק מנקודת מבט אישית אינדיבידואלית של האב, אלא גם בפרספקטיבה רחבה יותר, שהרי חפצים אנו בטובתם של הילדים עצמם ולא רק בנוחות של הורה זה או אחר.

המלצת שירותי הרווחה

כאן נכנסת לתמונה חוות דעת שירותי הרווחה - שליחי בית הדין וידם הארוכה בבדיקת כל מקרה לגופו ממש.

בתסקיר שהוגש לבית הדין בנידון דין הציג העו"ס 3 חלופות שכאמור שלשתם כאחד נדחו על ידי שני הצדדים גם יחד, כל אחד מטעמיו הוא. המעניין הוא שבכל שלש החלופות ההמלצה הינה חד משמעית להותיר את הקטינים יחד עם אמם במ' ולא לטלטלם חזרה לגוש דן.

המעניין בתסקיר יוכח כי שרותי הרווחה בדקו את הסוגיה מכל צדדיה, לא זו בלבד אלא לאחר שהוזמנו לדיון חקירות שהתקיים בפנינו ביום 28.01.19 הם השיבו אחת לאחת על טענות והערות הצדדים. סוף דבר נשארו הם בהצעתם, ובית הדין התרשם כי החלטתם אכן עולה בקנה אחד עם טובתם של הקטינים.

יתרה מזו, ביום כ"ט בתשרי תש"פ (28.10.2019) התקיים בפנינו דיון נוסף בנוכחות שירותי הרווחה, ושני באי כוח משני הצדדים לא עשו 'חיים קלים' לעו"ס א. ר. עורך התסקיר. אך הוא נשאר איתן בדעתו תוך כדי שהוא משיב לשאלות. לתועלת המעניין נצטט חלק מהדברים:

ש. יתכן וקשר יציב וטוב ניתן בין ר' למ', אבל זה תלוי ביחס של האמא.

אתה כתבת שהאם מתקשה לעשות הפרדה בין המטענים האישיים שיש לה על האב, לבין הצורך לתמוך בחיזוק הקשר של האב עם הילדים והרחבת זמני השהות שלו עמם. האם כשבודקים את סוגיית המעבר, אחד השיקולים הם האם ההורה העובר ישמור ויעודד את זמני השהות עם ההורה השני.

ת. צריך לעשות הפרדה בין נושא המגורים הגאוגרפים הפיזיים לבין הנושא הרגשי. היום האם וילדיה מתגוררים במ', וזה אינו מונע לעודד את הקשר הרגשי בין הילדים לאב. אדרבה אני חושב שההפרדה הזאת שהאמא עברה למ', ולא כובלים אותה להתגורר בר' או בב', זה חוסך ויכוחים וטוב שהאבא ישאיר את האמא שם, וייתן לה את המרחב שהאמא זקוקה לו כדי לטפל בה ובילדים. באותה מידה שאני דורשים מהאב אנו גם דורשים מהאם.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ש. בדו"ח לא ראיתי ניתוח מעמיק של סוגיית המעבר. בדו"ח שלך יש שלוש חלופות בכל החלופות ציינת שמגורי הילדים יהיו ב'מ', ולא העלית חלופה שאולי הילדים ילוננו בב', ולמה?

ת. מבחינתי, טובת הילדים שיגורו ב'מ', ולכן לא העליתי את האפשרות לעבור לב'.

ש. כשאתם מתבקשים מבית הדין או מבית המשפט לתת חוות דעת אתה צריך להעלות את כל החלופות, ובית הדין או ביהמ"ש יחליטו.

בית הדין: מדוע שללת על הסף שהילדים יגורו בב'.

ת. זה יהיה עוול לילדים, הילדים זקוקים לסבתא ולדודה, וזה משרת את הילדים, וגם כך ההפרדה בין ר' למ' היא לא משמעותית.

ש. לאבא יש גם הורים. והסבתא מצד האמא היא מבוגרת בגיל שמונים. מאידך לאבא יש אמא בריאה והיא יכולה לסייע בטיפול בילדים.

ת. כיון שמירב זמני השהות אצל האמא, לכן התייחסתי שהאם נעזרת בתמיכת משפחתה.

הדברים מדברים בעד עצמם. עורך התסקיר לאחר בדיקה מדוקדקת מגיע למסקנה נחרצת בדבר טובתם של הילדים. כפי שכבר הוזכר בכל שלושת החלופות שהוצגו בתסקיר ההמלצה הינה להותיר אם האם וילדיה ב'מ'.

שרותי הרווחה ככלי עזר לבית הדין ולא כמקור סמכות למתן החלטה

אמנם, על אף האמור, אין אנו יכולים לקבל את המלצתם של שרותי הרווחה כ'תורה מסיני'. ברור גם ברור כי גופים אלה ואחרים משמשים לבית הדין רק כ'כלי עזר', ואינם 'המילה האחרונה' בקביעת טובת הילד או באשר להסדרי השהות וקביעת המשמורת. קביעה זו נעשית אך ורק על ידי בית הדין.

עם זאת, ברור שלהמלצתם יש משקל רב משמעות כהמלצת איש מקצוע המשמש 'ידא אריכתא' של בית הדין בבדיקת נתוני השטח הדק היטב.

שקילת טענות הצדדים וניתוחם

לגופם של דברים ייאמר, שאכן ייתכן כי ריחוקם הפיזי של הקטינים מאביהם יכול ליצור ריחוק רגשי ומעשי כל שהוא מאביהם, אך אנו סבורים כי בהחלט הדבר נתון להחלטתו של האב, האם הוא יחפש חלילה סיבות אלה ואחרות להמעיט את הקשר בינו לילדיו, או להיפך, הוא יגביר את הקשר במפגשים הסדירים ובהסדרי השהות בימי חול ושבתות.

זאת ועוד, בל נשכח כי לא מדובר כאן על ריחוק משמעותי של נסיעה של שעותיים לכל צד. מדובר כאן על מרחק נסיעה של 30-40 דקות לכל היותר, ובמסגרת החיים כאן בישראל זהו דבר שבשגרה ובגדר הסביר בהחלט.

הן אמת שטענתו השלישית של האב הייתה כל העת לנגד עינינו. אכן קשה להפריד את הקטינים מחמשת אחיהם (למחצה) ובהחלט הדבר הקשה עלינו את ההחלטה - על אף טענת האם מנגד כי הקטינים נמצאים בסיכון מחמת אחיהם. בית הדין אמנם מבין את חששה של האם, אך עם כל זאת קשה לקבל את ההגדרה כי הם בסיכון מוחשי מחמת אחיהם. בית הדין דוחה טענת האם.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

אמנם בחקירתם בדיון שהתקיים בפנינו, אכן העו"ס א. ר. עורך התסקיר ומנהלת המחלקה לשירותים חברתיים במ' הגברת ו. ב. ח., ציינו את התלבטותם במקרה מורכב זה, אך לנוכח מכלול הנתונים ובהתחשב בכך כי 'נצפה קושי תפקודי של האב', ההחלטה הגורפת בתסקיר להותיר את המצב על כנו - שקולה וצודקת, ומדברת בעד עצמה.

נקודה חשובה לא פחות. אנו כבית הדין חייבים לדאוג לקטינים שמרכז חייהם יהיה רגוע ושלו ככל שניתן. ברור גם ברור כי אם משמורתם ביד אימם ורוב שהותם תהא לצדה ובחסותה, חשוב עד מאד כי הם יחיו תחת קורת גג אחת עם אם רגועה ושלווה, אשר יכולה לפרנסם בצורה סבירה ולא תצטרך לכתת רגליה מידי יום מר' ועד ירושלים מקום פרנסתה. מה גם שיש משקל חשוב לטענת האם כי רצונה לשהות על יד משפחתה ולהיעזר על ידם בגידול הילדים. משכך, על אף המרחק מהאב, אנו סבורים כי במסגרת שקלול הנתונים שבפנינו אין מנוס מכך שיש צורך להותיר את הקטינים עם אימם במ'.

מה שברור לנו הוא כי אם נורה עתה לאם לחזור לגוש דן ולשנות לקטינים את מקום חייהם וגידולם ומוסדות לימודיהם שהורגלו בהם מזה כשנה ויותר, הנזק מהחלטה שכזו הינו גדול ומשמעותי הרבה יותר. החלטה כזו יכולה לערער את יציבותם של הקטינים על לא עוול בכפם.

נתון נוסף שהיה בפנינו עת קיבלנו החלטה זו הינו היכולות של האב לקבל את האחריות לגידול שלושת הקטינים בה בעת שהוא מטופל בחמשת ילדיו מנישואיו הראשונים, שכאמור שלשה מהם נמצאים על הרצף האוטיסטי, כמו גם יכולותיו הפיננסיים של האב שאינם מן המשוברים, ושמתמת כך הוא אינו עומד בחיוביו החודשיים לפרנס את הקטינים, והאם הוצרכה להיעזר בהוצאה לפועל והטלת עיקול על חשבונות החייב, ומקום מגוריו של האב בדירת שלשה חדרים צפופה כאשר הוא נצרך לישון יחדיו עם מי מילדיו באותו חדר, כל זאת הביא אותנו להחלטה כי לרווחתם שלווה וטובתם של הקטינים עדיף וראוי להותירם על כנם במ' וכפי שהומלץ בתסקיר.

סוף דבר

אנו סבורים כי במסגרת שקלול הטענות והצדדים לכאן או לכאן ולאחר שניתחנו את טענות הצדדים ומכלול הדברים, הרי שטובתם של הקטינים להותירם במקומם העכשווי, וטובה זו עולה על כל שיקול אחר ולכן יש להותיר את המצב על כנו.

ב. 'זכויות ההורים' לעומת 'טובת הילד'

העלינו לעיל כי לנוכח הנתונים שהוצגו בפנינו ושמיעת טענות הצדדים, עולה כי טובת הקטינים שישארו במ' ולא יוחזרו לגוש דן.

ברם עדיין יש לעיין בזה, שהרי על אף שלנגד עינינו עומדת טובת הילדים כדלעיל, מכל מקום הרי גם לאב בהיותו הורה לילדיו, יש לו לא רק חובות כי אם גם זכויות, ומשכך מאחר והאב טען כי ניתן למצוא מקום חילופי הקרוב יותר אליו, הרי שגם אם זה ירחיק במעט את האם ממשפחתה, אף על פי כן, שומה עלינו להיענות לבקשתו זו ולאזן בין הצדדים ובפרט לאור טענתו שהאם היא זו שקבעה עובדה בשטח כנגד הוראה שיפוטית, מדוע שבית הדין ייענה לבקשתה ויותירה יחד עם הקטינים במ', מדוע שלא נעניק לאב את יכולתו במימוש זכותו ההורית כאב לחנך את ילדיו ולהיות מעורב במידה רבה בגידולם, כפי שהיה עד כה (לדבריו), לכאורה יש לאפשר לו זאת בכך שנורה לאם להעתיק מגוריהם ממ' למקום קרוב יותר לר' וקביעת 'משמורת משותפת'?

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

במידה וייעשה כן הרי שניצור מצב בו נוכל להכיל את שני הדברים יחדיו, גם הותרת האם וילדיה לא הרחק מירושלים מקום מגורי משפחתה הקרובה, וגם קירבה במקצת אל האב והיכולת לקבוע משמורת משותפת וזמני שהות שוויוניים כרצונו וזכותו של האב. ומדוע אם כן שלא נשאף לממש את זכויות ההורים?

הורה כאפוטרופוס מייצג או כבעל דין

והנה לא אחת אנו נתקלים בדילמות לא קלות של זכויות הצדדים, שלעיתים נפגשות בעוצמה רבה זו מול זו, ותפקידנו לקבל החלטה ולהכריע גם כאשר אי אפשר להטיל את האשמה באופן גורף על צד זה או אחר. הדבר מקבל משנה תוקף במיוחד בתיקי משמורת ילדים, שמעבר לזכויות ההוריות של שני הצדדים, ישנם מטענים של רגשות וכבוד אישי שאינם נותנים מנוחה להורה החש כאילו הוא הולך 'לאבד את ילדיו', והוא מנסה להילחם בכל כוחו כנגד זולתו כשהילדים (ואף בית הדין) בתווך.

חקירה בהגדרת ההורים בענייני משמורת

הנה באמת שיש לחקור בזה בהגדרת הדיון בקביעת משמורת ילדים וטובתם, האם פירושם של דברים כי בדיון שכזה בעצם אין מקום להתחשב ב"זכות" של האב או האם, מתוקף היותם הורים לגדל את ילדיהם, וכל הנידון שבפנינו נסוב אך ורק על טובת הילדים - הא ותו לא, או שמא יש לומר שאנו כבית הדין טרם קבלת החלטה בעניין, מתחשבים לא רק בשיקול של 'טובת הילדים' אלא שומא עלינו לתת משקל גם ל'זכותו' של ההורה השני, המעוניין בכל ליבו להישאר 'על המפה' ולהיות חלק דומיננטי מחייהם של ילדיו?

חקירה זו ממחישה את הגדרת ההורה בדיון זה. האם תפקידם - של ההורים העומדים וטוענים בפנינו בעניין משמורתם של הקטינים ומקום מגוריהם - כהורה אפוטרופוס ה'מייצג' את הקטינים ואת טובתם בפנינו, ולא עסקינן כלל ב'זכות הורית' זו או אחרת, כאשר רק 'טובת הילדים' מוטלת על הכף, וכל אחד מציגה לפי ראות עיניו, או שמא מעבר לנידון המרכזי מהו 'טובת הילדים' יש כאן נידון נוסף העומד אמנם בצילו של הנידון הראשון, והוא מהי זכותו של ההורה לעומת זכותו של ההורה השני, וכיצד יכולים להשתלב זכויות אלו עם טובת הילדים. הרי אומר שלפי הצד השני בחקירתנו הרי שההורה העומד בפנינו איננו רק אפוטרופוס מייצג, אלא אף בעל דין לכל דבר ועיקר.

נפק"מ בנידונו

ברור כי אין אנו עוסקים במסגרת זו ב'פילוסופיה לשמה', שהרי אם נצא מנקודת הנחה כי באמת הנידון בפנינו איננו רק נושא 'זכויות הקטינים' אלא גם 'זכויות ההורים' - כמובן במידה שלא תיפגע טובת הילדים - אם כן בהחלט יש מקום בנדון שלפנינו לשקול שוב את דרישת האב, האם ניתן לאזן בין שתי המטרות כאמור הגם שאחת מהן היא העיקרית (טובת הילדים) ואחת מהן הינה משנית בלבד (טובת זכות ההורים), ולהורות על קרבת הקטינים לאביהם במעט ועדיין יוותרו לא הרחק מירושלים מקום משפחת אימם.

חזרה מקביעת משמורת בהסכם גירושין

מעבר לאמור דומני שיש בחקירה זו נפקותא הלכתית מעניינת.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

מה הדין בגוונא שבני זוג הסכימו ביניהם בהסכם גירושין חתום על משמורת הילדים אצל אחד מהם. הסכם זה אף אושר על ידי בית הדין. והנה לאחר שנה ההורה שאיננו משמורן כבר לא יכול יותר, והוא מגיש תביעה למשמורת ילדיו בעוד שההורה המשמורן בטוח בצדקת דרכו ומגובה הוא בהסכם חתום המאושר על ידי בית הדין ושקיבל תוקף של פסק דין. האם יש לבית הדין לדון בתביעה זו, או שמא יש לנו לומר שמאחר והצדדים הסכימו על כך שזו טובת הילדים ובית הדין אישר זאת, הרי שהדבר סגור ללא עוררין ויש לדחות את התביעה.

לענ"ד יש לתלות זאת בחקירה הנזכרת, כי אם הנידון שבפנינו הינו על זכות הורה זה לעומת משנהו, ומה יותר טוב לילדים, אם כן לאור מה שהסכימו ביניהם וקבלו בקניין וההסכם קיבל תוקף של פסק דין, ייתכן שאין אפשרות לפתוח הסכם זה כלל⁷ שהרי זה מה שסוכם ביניהם חוזית. ברם אם נימא כצד א' בחקירה הנזכרת, שהנידון היחיד הנמצא בפנינו הוא מהי טובת הילדים עצמם, וההורה העומד מכל צד, כבודו במקומו מונח, אך הוא עצמו איננו צד בזה כלל, והינו רק כאפוסטרופוס המייצג את הילד, אם כן אפשר בהחלט לומר שהגם שההורים סגרו ביניהם על המשמורת תוך כדי הסכם הגירושין, מכל מקום מוטלת על בית הדין החובה לבדוק לעומק האם השיקולים של ההורים בקביעתם דאז היו ענייניים ואמיתיים, כשלנגד עיניהם היה אך ורק תועלתם וטובתם של ילדיהם, או שמא מעורב היה בזה גם 'שיקולים נוספים' ואולי אף 'צרים' ו'אישיים' של ההורים עצמם, ומבלי משים הם שתלו שיקולים אלה במכלול הדברים ו'הקיצוזים' שלהם כהורים, אם זה גובה תשלום המזונות או השתתפות במדור וכו'. במידה וכך הם פני הדברים, ברור גם ברור שבית הדין זכאי ואף מחויב לפתוח הסכם זה, ולקבל החלטה מחודשת, לאחר שכלול הנתונים העומדים בפניו ושמיעת כל גורמי המקצוע הרווחה וכו' ורק אחר כך לקבל החלטה אמיתית על תועלתם וטובתם של הילדים המצויים בתוך, אף אם החלטה זו עומדת בסתירה להסכם, שהרי בית הדין - אביהם של יתומים הוא.

הכרעה - זכות וטובת הילד גרידא

לאחר מחשבה נראה לענ"ד להכריע כצד א' בחקירה הנ"ל שבסוגית 'משמורת ילדים' המונחת לפתחנו, אין כאן נידון על זכויותיהם של שני צדדים הסותרות זו את זו כמו בכל תיק בבית הדין, אלא יש כאן נידון אחד בלבד. מהי זכותם וטובתם האמיתית של הילדים הנמצאים בתוך. אכן ישנם שני הורים שכל אחד עומד מצידו ופורש את זכויותיו ומציג את טיעונו בפנינו, אך אין אלה שני בעלי דין העומדים בפנינו כבתיקי גירושין וכדו' אלא כשדנים אנו על גורל הילדים, כל אחד מההורים עומד בפנינו בתפקידו כ'אפוסטרופוס' ה'מייצג' בפנינו לפי השקפתו את טובת הילדים היכן ראוי וכדאי שהם יחיו את חייהם ובצילו של מי הם יגדלו לטובתם ולשלמות נפשם.

'זכויות ילדים' ו'שני מייצגים' הסותרים זה את זה

מעשה גם בנידוננו ברור כי אין כאן נידון כלל על 'זכותו' של האב כהורה לקבלת משמורת לעומת 'זכותה' של האם להותיר את הילדים במו' על יד משפחתה הירושלמית. יש כאן שני צדדים שכל אחד מייצג על פי תפישתו ונקודת ראותו הסלקטיבית את טובת הילדים.

בשל כך גם טענתו של האב בדבר גילה המבוגר של הסבתא (אמה של האם) שדרה בירושלים ולדבריו אין האם יכולה להיעזר על ידה כלל בגידול ילדיה - זוהי טענה שאיננה יכולה להתקבל כלל ומוטב היה שלא נטענת מעיקרא, מאחר שכשביית הדין מאזין לטענות האם אין הוא דן

⁷ אלא אם כן הוברר כי ההסכם שנכרת בטעות יסודו ומצד מקח טעות וכו' דבר שהוא לא שכיח כלל.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

כרגע בזכויותיה שלה כנגד זכויותיו של האב, והוא דן בכך האם זכות זו של האם להיעזר על ידי אמה (הסבתא) בגידול ילדיה יש בה כדי להכריע את הכף לטובת האם כנגד טובת האב. לא כך הם פני הדברים.

על הכף מונחת בפנינו רק שאלה אחת בלבד 'זכותם וטובתם של הילדים' עצמם. אין בפנינו אפוא ב' צדדים לדיון, האב מצד אחד והאם מצד שני, כשכל אחד טוען 'כולה שלי', אלא אך ורק נידון אחד והוא 'זכות הילדים', כאשר כל הורה משתדל כמייצג, להציג בפנינו את טובת הילדים כפי השקפתו כמובן. לכן כשטוענת האם כ'מייצגת' את טובת הילדים, כי כדאי להותיר את הילדים בקרבת העיר ירושלים, הרי שיש בהחלט משקל לטענה זו רק מחמת ההסתכלות לטובת הילדים שיגדלו גם בקרבת משפחת האם ובצל סבתם⁸, ולא מחמת שזוהי 'טובת האם' שהרי ההורים אינם צד לדיון כלל, כאמור⁹.

יסוד הדברים בראשונים ובפוסקים

הוכחה להגדרת הדברים כי שיקול הדעת העומד בפנינו הוא אך ורק 'טובת הילדים' ובהא עסקינן ולא בזכויות הורה לעומת משנהו, ניתן למצוא בדברי הרשב"א (תשובה ל"ח) שהובאה לעיל בסעיף א' לפסק הדין וכפי שכתב שם בסוף דבריו וזה לשונו:

"ולעולם צריך לדקדק בכלל לדברים אלו, אחר מה שיראה בעיני בית הדין בכל מקום ומקום, שיש בו יותר תיקון ליתומים. שבית הדין אביהם של יתומים, לחזור אחר תקונן".

וביותר מצינו כן מפורשות בתשובת המבי"ט שהזכרנו (חלק ב' סימן ס"ב, הביאו הבאר היטב בסימן פ"ב בס"ק ר'). נצטט שוב את החלק הרלוונטי:

"למדנו מכאן שתגדל הבת אצל אמה שתלמוד לה אומנות נשים וצניעות דרך נשים, ואם כן 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 שתלמוד דרך ארץ עם אמה כדאמרינן, ואם כן מה לי שנתרצית האם לתתה לו אז, וחזרה ונתרצית לקחתה אצלה, או שהיתה אצלה מקודם".

⁸ ומבלי לפגוע חלילה בסבתא מצד האב שבודאי חשובה לא פחות בחיי הילדים ואף בזה יש להתבונן במשקפיים של 'זכות הילדים', אך דומה שבמרחק למ' הנמצאת די באמצע בין ר' לירושלים, אין בזה כדי לגרוע מזכותם זו. בפרט לאור זאת שהילדים במשמורת אמם זכאים הם לאם רגועה ושלווה הנמצאת בקרבת משפחתה ובקרבת מקום עבודתה כאמור לעיל.

⁹ ובאמת שעל פי דברינו עולה שמערכת יחסי הורים וילדים יש בה גם זכויות וגם חובות הדדיות של האחד כלפי משנהו – מעבר לקשר הרגשי והאוהב. אלא שבכואנו לדון בעניין 'משמורת הילדים' תפקידנו לראות לנגד עינינו אך ורק את זכות וטובת הילד ולא את טובת וזכות ההורה. ברם היה מקום לומר מעבר לכך, שבכלל מערכת יחסי הורים וילדים אין בה כלל זכויות הדדיות אלא חובות הדדיות גרידא. מעת הביאו לעולם יש להורה חוב לדאוג לכל צרכיו של הילד ברוחניות ובגשמיות, ואילו לילד יש חובה של הכרת הטוב כלפי הוריו ומצווה הוא ב'כיבוד הורים'. כך ראיתי שמגדיר זאת הרב אוריאל לביא שליט"א אב"ד ירושלים בספרו 'עטרת דבורה' (ח"א סימן מ"ב עמוד 280). למען האמת זהו נושא מעניין ומרתק אך אין כאן המקום להאריך בו. לענ"ד בקצרה ממש נראה לי שגם בהיבט המשפטי יש להורה זכויות ולא רק חובות, ומחמת כך שנינו שיש לאב האפשרות למחול על כבודו כיון שזוהי זכותו ממש, ולא רק חובה של הילד כלפיו – ולקמן נביא את דבריהם של הגר"י קאפח והציץ אליעזר בזה. מ"מ לנידוננו במשמורת ילדים ברור שהמוטו הוא בדיקת עומק ובירור מקיף על טובתו וזכותו של הילד ולא של ההורה.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

הרי שהמבי"ט מסיק כדבר פשוט כדברינו הנ"ל שאף אם הייתה הסכמה תוך כדי הגירושין על משמורת הילדים, עדיין ניתן בכל עת לפתוח נושא זה לדיון בפני בית הדין שהרי הנידון כאן הוא אך ורק תועלתם וטובתם של הילדים ולא זכויות ההורים, וככל שיתברר לנו שטובת הילדים נוגדת את האמור בהסכם, טובת הילדים גוברת.

מחלוקת מהרשד"ם ומהריב"ל - עזיבת האם את העיר יחד עם בתה

ברם על אף שביארנו את הדברים מסברא ואף הוכחנו מדברי הראשונים דס"ל הכי שהנידון היחיד הוא 'טובת הילדים' עצמם ולא זכות וטובת ההורים, לכאורה אנו מוצאים כי בשאלה זו נחלקו מגדולי הפוסקים וכדלהלן.

הנה המהרשד"ם (שו"ת אבן העזר סימן קכ"ג) דן באריכות יתרה בעניין ראובן שמת והניח בת שעדיין יונקת מאימה וציווה כי הבת תהא אצל אחיו שמינהו כאפוטרופוס ושידאג להשיאה ברבות הזמן. האלמנה רצתה ללכת לגור בעיר אחרת ולקחת את הבת הקטנה עימה ולהניקה. דן שם המהרשד"ם האם יכולה האם לקחת את בתה איתה או שחייבת היא להישאר כאן ולהניקה. בתחילה הבין המהרשד"ם דלכאורה מכיון שמילתא דפסיקתא קתני, אם כן היינו צריכים לפסוק שגם במקרה זה הבת אצל אימה, וממילא ליתן לה את הבת למשמורתה, הגם שהיא הולכת למקום רחוק. אך בהמשך דבריו המהרשד"ם דוחה הנחה זו ומבאר שעניין "הבת אצל אימה" הוא תקנה לטובת הילד והוי "טובה בעלמא", כדי שהאם תלמד אותה. ולפיכך כל מה שמועילה תקנה זו היא רק לעניין שלא יכולים האחים לומר לאלמנה שתגור אצלם בביתם באופן קבע וירוויחו מכך שהיא מברכת הבית תאכל, ולזה אמרין שאין כופין אותה. אולם אומר המהרשד"ם "לא שתהיה הרשות ביד האם להרחיקה מעיניהם, שזה לא עלה על הדעת". המהרשד"ם מציין כמה דוגמאות שבהן פשוט לו שעל אף דברי הגמרא ש'הבת אצל אמה לעולם' אף על פי כן לא ניתן לאמא את הבת. וכי נאמר שאם תרצה האם לצאת מארץ ישראל לחו"ל האם ניתן לה את הבת במקרה כזה? וכן אם תרצה ללכת לגור במקום שאין אלא מעט מישראל והם אנשים רעים וחטאים לה', האם גם בכהאי גוונא ניתן לה את הבת רק בגלל הכלל של "הבת אצל אימה לעולם"? על כך אומר המהרשד"ם שבודאי שלא, משום שלא ייתכן שתקנה קלה וחלושה כזו תתפשט כל כך לסתור מצוה כמו דירת ארץ ישראל. ולכן מבאר שם שהגמרא דנה על כלל זה של הבת אצל אימה האם יש להשאירה אצל האם או האב, רק באופן ששני המקומות הם מקומות ראויים לילדים מצד עצמם. אך אם יהיה בדבר זה מרכיב נוסף לשאלה מבחינת איסור זה או שיקול משמעותי אחר, בוודאי שלזה הגמרא לא התייחסה כלל. לכן כשמדובר באם שרוצה לצאת לחו"ל, וכן במקרה של סביבה רעה מבחינה רוחנית שתיפגע בנפש הבת, בזה לא עסקה הגמרא ובוודאי שאסור ליתן שהבת תגור במקום כזה, שהרי כל עיקרה של תקנה זו היא טובת הבת, ולכן במקום שנסתרה טובה זו בוודאי שלא ניתן דינו לכך¹⁰. סוף דבר מסיק המהרשד"ם לאסור על האם להעתיק מגוריה למדינה אחרת יחד עם בתה והדין עם אחי האב האפוטרופוס - הגם שהבת אצל אמה לעולם - לאור פגיעה אנושה ביחסי וקשרי משפחת האב עם בתו.

¹⁰ (אבל אין מכך כל ראייה שכאשר הדיון הוא על שני מקומות ראויים (אלא שיש עדיפות מה למקום אחד על רעהו) שלא ניתן לאימא את הבת עימה גם למקום רחוק וייתכן אפי' לחו"ל). מ"מ חזינן ברור מדבריו שהבין כי המודד היחיד הבלעדי הנמצא בפנינו היא טובת הילד הא ותו לא, אלא שלא תמיד ה'טובה' נמדדת רק במושגים חומריים וכדו' אלא גם (ובעיקר) במושגים רוחניים ודרכי הנהגות החיים וכו', וכמו"כ לעיתים הרחיק הילד מאביו תהווה מרכיב נוסף לשקילה מחודשת באשר טובתו של הקטין לנוכח הרחקתו מאביו.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

מאחר והתשובה ארוכה עד מאד נמנעתי מלהביאה בשלמותה אך לחיבת וחיבות הדברים ומאחר ולענ"ד ישנם יסודות חשובים בדבריו המשליכים על נידון זה של 'משמורת ילדים' והרחקת הילדים ממי מהוריהם, אצטט חלקים מהותיים הימנה. וזה לשון המהרשד"ם שם:

תשובה: לכאורה היה נראה שהדין עם האלמנה, חדא, דאמרינן על מתניין דהנושא את האישה ופסקה לזון את בתה חמשה שנים כו' אמר רב חסדא זאת אומרת בת אצל האם, לא שנא גדולה כו', ודייק הכי מדקתני מוליך לה מזונות 'למקום שהיא אמה' ולא קתני 'למקום שהיא' ותו לא, ומדקתני למקום שהיא אמה - מלתא פסיקתא בין שהיא קטנה ובין שהיא גדולה, שמע מינה שהבת היא אצל האם לעולם, ועוד דכשהיא קטנה איכא משום הא דתניא מי שמת והניח בן קטן, יורשי האב אומרים יהא הבן גדל אצלנו ואמו אומרת יהא בני גדל אצלי, מניחין אותו אצל אמו ואין מניחין אותו אצל הראוי ליוורשו [...] ואם כן בנ"ד דאיכא תרתי, כל שכן הוא שתעמוד הבת אצל האם, אמנם לענ"ד דכי מעיינת ביה שפיר, הדין עם שמעון אח המת [...] ורצה המנגד לומר דמדקאמר רש"י ז"ל דקתני מלתא פסיקתא, שמע מינה כל בת אצל האם, ואם אתה אומר שאין ביד האישה להוליך בתה עמה למקום שתרצה, אם כן לאו מלתא פסיקתא היא, שפעמים תהיה אצל אמה ופעמים לא, אלא שנראה שהרשות בידה להוליך בתה למקום שתהיה שמה רוצה ללכת, ע"כ הבנתי מטענת המנגד.

המהרשד"ם הבין בתחילה כי במקרה זה שמחד יורשי האב ומאידך האם, ועסקינן בבת קטנה היונקת, הרי שברור כי נלך לטובת האם שהרי 'הבת אצל אמה לעולם' ונתיר לה לעזוב אל עמה ואל מולדתה לעיר אחרת יחד עם בתה, ואף ראה שיש שהוכיחו מלשון רש"י שם (דף ק"ג. דב"ה 'מאי למקום שאמה') שכתב 'דמילתא דפסיקא היא, שמע מינה כל בת אצל האם', וכדיוק הגמרא בין גדולה בין קטנה, שמשמע שזהו כלל ברזל שתמיד הבת תהא אצל אמה, ובהכרח שגם במקרה קיצוני זה כשמדובר על עזיבת משפחת האב וניתוקה של הבת מהם. המהרשד"ם מסיק דלא כן הדבר, ויוצא חוצץ כנגד הוכחת המתנגדים לדבריו ודיוקם מלשון רש"י וזה לשונו:

"ואני אומר כי טענה זאת - קורי עכביש מבטחה, ישען עליה ולא יעמוד, וזה שאם נפשך לומר כן, נמצא אתה עושה מקורי עכביש רמות וגביש, ותקנה חלושה כזו שכתב הר"ן ז"ל וזה לשונו: "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 שנראה מדברי הר"ן שתקנה זו אינה כי אם טובא בעלמא כדי שתלמד אותה, גם כתב ואין כופין אותה כו' ואי ס"ד דתקנה זו כל כך עצומה וחזקה עד שתוכל האם להוליכה לכל מקום שתרצה, איך כתב בלשון שלילה "ואין כופין" כו' אם יש לנו רבותא גדולה מזו - שיכולה האם להוליכה למקום רחוק ממושב עירם? אלא שנראה בודאי, שכל כוחה של תקנה זו אינה אלא כדי שלא נכוף אותה לדור אצלם בביתם, כי הייתי אומר כי בכרכת הבית תאכל מבלי שיצטרכו להוצאה יתירה, ולזה אמר שאין כופין אותה לדור אצלם, אבל לא שתהיה הרשות ביד האם להרחיקה מעיניהם ע"כ שזה לא עלה על הדעת".

מסיק המהרשד"ם שבודאי שאין כוונת רש"י לומר שבכל מקום ובאופן גורף הבת אצל אמה, ובודאי שבמצבים אלה ואחרים לא נאמר כן, ולכן לא יעלה על הדעת להפריד בין הבת לבין משפחת האב.

ממשיך המהרשד"ם להוכיח דבריו בזו הלשון:

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

"ואבאר עוד כוונתי, שעל כורחך לומר כן שאין הרשות ביד האם להולכה למקום שתוצה היא, שאם כן הגע עצמך שהיא עומדת בארץ ישראל או בירושלים, ורצון האם לצאת משם ולהוליך בתה עמה, נמצא כפי דבריהם הרשות בידה, והרי שנינו הכל מעלין לירושלים ואין הכל מוציאין אחד אנשים ואחד נשים, ופרש"י הכל מעלין את כל בני ביתו כו', ואם אתה אומר שיש רשות לאם להוליך בתה עמה לכל מקום שתוצה, נמצא דברינו סותרים אלו לאלו, עוד הגע עצמך שתוצה האם להוציאה ממקום שרובם ישראל למקום שלא יש כי אם מעט מזער מישראל, והם רעים וחטאים לה, אם כן מכוח מלתא פסיקתא שאמרת 'הבת אצל האם לעולם' יהיה הרשות בידה? וזה ודאי לא יאמר אותו אלא מי שאין לו מוח בקדקדו, כי ח"ו שתקנה קלה וחלושה כזאת תתפשט כל כך לסתור מצוה רבה כמו דירת ארץ ישראל וכל שכן ירושלים, ויתנו חז"ל רשות להם להוציא בתה ולגרשה מהסתפח בנחלת ה' או להוציאה למקום גודדי אנשים רשעים, אלא שמה שאמרו 'מלתא פסיקתא' - הוא כשהאם לא תשנה תנועתה ומקום מולדתה של הבת אלא בדבר הבא מאליו כמו קטנות וגדלות, שהרי מלתא פסיקתא היא אם תוצה לעמוד בעירה ואם לא תוצה, הרי היא כאותה שאמרו הפוסקים וכתבה הרמב"ם ז"ל בסוף פרק כ"א מהלכות אישות: ואם לא רצתה האם כו' עד הרשות בידה, וכתב המגיד משנה זה ברור שלא מצינו חיוב לאישה, ולמה אין אנו אומרים דמדקתני מלתא פסיקתא למקום שהיא אמה לומר שבעל כורחה של אם תשב עמה, אלא שנראה בלי ספק שאין לנו לומר אלא מה שנאמר בפירוש, ואחר שלא מצינו בפירוש בשום מקום חיוב לאישה, אין לנו כח לומר מטעם מלתא פסיקתא דבר שאין הסברא אומר כן [...], אלא שכל הכוונה לומר שלא נכוף לבת שתעמוד אצל האחים בביתם ממש כדי שלא יצטרכו להוציא הוצאה יתירה, אלא לא נחוש לזה אלא שיתן לה מזונות או דמי מזונות כמו שתוצה, אבל מי ישמע או ירצה להאמין שנתן כח ביד האשה לחוב להאחים שיוליכו את אחותם למקום שאולי לא יוכלו לסיעה ויקיים עליהם מקרא שכתוב: "ויאכל חצי בשרו". וא"ת ואתה אומר לאחים היה מליץ בעד האם, לזה אני אומר שהדבר ברור והתשובה מפורשת, שכל עוד שהיא תוצה שלא לשנות - יפה כוחה שהבת אצלה ולא אצלם, אמנם המשנה - ידו על התחתונה. עוד נראה בעיני הכרח גדול וכו'."

הרי שהמהרשד"ם ממשיך בשבט לשונו לדחות על הסף את הטוענים נגדו, ומסיק בצורה נחרצת שאין האם יכולה לשנות ממקום מגוריה הנוכחי ולעזוב לעיר אחרת אם בכך היא מנתקת את בתה ממשפחת בעלה. בית הדין לא יתן ידו שהיא תחוב בזאת למשפחת האב וכל המשנה ידו על התחתונה.

ובהמשך דבריו כותב המהרשד"ם בזו הלשון:

"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 שא"ה נתנו לה כח להוליכו למקום רחוק - זה אין הדעת סובל, ב"ס ולא היה צריך ראייה."

ולקראת סיום דבריו מציב המהרשד"ם בבחירות יתר את יסוד הדברים, ומסכם בלשונו הזהב וזה לשונו:

"אמנם המעמיק בדברים ויקח אותם בשרשם מן הגמרא ומן הפוסקים ולא יטעהו ההרגל והניצוח - יכיר האמת. וכללא דמלתא, כי כל זכות שאז"ל בדבורם הבת אצל האם לעולם, לא אמרו כן לחוב לאחרים אלא במה שאין כופין אותה לדור אצל האחים, ושאינן האחים יכולים לומר אם את אצלנו יש

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

לך מזונות כו', אלא שיתנו לה מזונות אפילו שהיא בבית אמה, ובזכותה דברו לא בזכות האם כמו שכתב הר"ן הלשון הנו"ל וכן בכך - בזכות הבן דברו, כמו שהוכיח המגיד משנה בלשון הגמרא בעירובין דאפילו בן שש בצוותא דאמא ניחא ליה, אם כן כל שיראה לאב או לאפוטרופוס שהוא חוב לבן או לבת להפרידה מן העיר, הרשות בידם, ויכולים 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 שהביא החכם השלם כמהר"ר בנימין הלוי נר"ו שכתב ולעולם צריך לדקדק בדברים אלו אחר שיראה בעיני בית הדין בכל מקום שיש בו יותר תקון ליתומים, שבית דין אביהם של יתומים לחזור אחר תקונן".

הדברים מדברים בעד עצמם. המהרשד"ם סבור שבכל מקרה יצטרך בית הדין לדון לגופם של דברים מהי טובתו של הילד, ואף קביעת חז"ל בעניין הייתה רק כ'סימן' שזו טובתו של הילד בדרך כלל, אך לא כ'סיבה' לקביעת מסמרות על אף שיסתרו טובת הילד, וכפי שהאריך בזה טובא וכביאורינו לעיל (בסעיף א'). עם זאת ובאותה נשימה מוסיף המהרשד"ם ואומר בפסקנות, כי במערכת שיקוליו של בית הדין ישנו גם שיקול נוסף הנקרא 'טובת ההורה', אם כי הוא נידון משני בלבד ודווקא כל אימת שאיננו סותר את טובת הילד¹¹, ולכן העלה שם שאין ליתן לאם לעזוב את העיר יחד עם בתה לאור הרחקתה וניתוקה מאביה.

לעומתו המהר"י בן לב (בשו"ת חלק א' סימן נ"ח) עסק בדיוק באותו נידון ונראה מדבריו שהוא חולק על המהרשד"ם לדינא, וזה לשונו:

"שאלה. מעשה שהיה כך היה, ראובן מת והניח ילדה קטנה בת חמשה עשר חדשים ואשתו היתה מעיר אחרת שנשאה בשאלוניקי והוליכה בלארסו, ועתה זאת האישה 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.

תשובה. מילתא דפשיטא היא ואינה צריכה לפנינו דהבת אצל האם לעולם, וכי יעלה על הדעת שכל אותם ההלכות שנאמרו בגמרא בפרק הנושא ובפרק אף על פי (שם נט:) שהגרושה בזמן שהוא מכירה נותנין לה שכרה ומניקתו שיכופו אותה לשבת באותה העיר שנתגרשה, ואם איתנהו להני מילי, לא הוו 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, ממאי דבגדולה עסקינן דילמא בקטנה עסקינן ומשום מעשה שהיה, דתניא מי שמת והניח בו קטן יורשי האב אומרים וכו', אם כן ליתנו 'למקום שהיא', מאי 'למקום שהיא אמה' שמע מינה הבת אצל האם לא שנא גדולה ולא שנא קטנה. ופירש רש"י ז"ל מאי למקום שאמה דקתני

¹¹ ונידון זה אפשר היה שאף הוא הינו ממבט 'טובת הילד' בעצמו, וכפי שהמהרשד"ם ביאר שמקרה שלו שיש חשש שמא בסוף לא יוכלו לסייעה, וא"כ זה יפגע בילד בעצמו. מאידך, גם המהרשד"ם הוסיף שהמבט כלפי האב איננו רק 'במשקפיים של טובת הילד' אלא גם במבט כלפי האב גופיה וכפי שכתב שם שלא יתכן שחז"ל יתנו לאם זכות על בתה אף בחב לאחרים. אך ברור גם ברור כי מסקנתו שחז"ל דברו בזכות הבת ולא בזכות האם דומה שהדברים ברורים ומדברים בעד עצמם.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

מילתא פסיקתא שמעת מינה כל בת אצל האם, ואם איתא דהבת אצל האם שאמרו הוא דוקא כשאינה עוקרת דירתה אבל אם עוקרת דירתה תשב אצל האחים, אם כן לא הוי מילתא פסיקתא, ואם כן איך הוכיח מכח מילתא פסיקתא דלא שניא גדולה ולא שניא קטנה? דבשלמא [...] אבל אם כשעוקרת דירתה וגם כשלא תרצה את בניה הרי היא אצל האחים, איך ליתני מילתא דפסיקתא למקום שאמרה ואיך נכריע את האישה שתשב באותה העיר על כורחה להניק את בנה¹²."

ומסכם המהריב"ל את דבריו בזו הלשון:

"מילתא דפשיטא שהרמב"ן לא כתב זה אלא כשהבת תהיה גדולה ונראה שאימה היא פרוצה ביותר ונכנסים בביתה גברי דלא מעלו וכיוצא באלו הדברים, אבל בהיותה קטנה - מה תיקון יוכלו בית דין לראות? וקרוב אני לומר דאפשר דבכיוצא בזה אליבא דכולי עלמא או בית דין בבת האלמנה או אביה בבת הגרושה בפריצות מבורר יוכלו לסלק הבת מעם האם, אבל בהיותה קטנה וכל שכן בנדון דידן שהיא מינקת - אין כוח ביד שום בית דין לכופה שתשב באותה המדינה, והנראה לעניות דעתי כתבתי. נאם הצעיר יוסף ן' לב."

המהריב"ל מסיק לדינא כי יש לתת חופש פעולה לאם לצאת מהעיר יחד עם בתה, הגם שבמעשה זה היא מרחיקה אותה מאביה ואולי גורמת לנזק וניתוק חסר תקנה. מדבריו עולה אפוא כי שיקול הדעת שיש לבית הדין בעניין משמורת הבת כנגד הכלל שאמרו "הבת אצל אימה לעולם" הוא מוגבל עד מאד, ומצטמצם רק למקרים חריגים וקיצוניים ביותר כגון בהיות האם פרוצה ביותר וכדו' שברור לכל בר דעת כי שהותה של הקטינה בקרבתה של אמה ישמש לרעתה וכפי שהביא הבאר היטב בשמו. אך מעבר לכך, לדעת המהריב"ל אין לבית הדין שיקול דעת כנגד הכלל שקבעו "הבת אצל אימה לעולם". לדבריו לא ייתכן שניצור מצב שעקב כלל זה תהיה הגרושה או האלמנה מוגבלת שלא תוכל לעקור מקום מגורים מחמת הרחקת הילד מאביו, וכי לא ייתכן שהגבלה כה חשובה לא יהיה לה זכר בדברי הפוסקים.

למהריב"ל: הבת אצל אמה לעולם - גם במחיר ניתוק הבת מאביה

בהבנת שיטתו של המהריב"ל נראה לומר, כי הוא סבור שכאשר אמרו חז"ל "הבת אצל אימה לעולם" הם קבעו בפועל 'ברוחב כתפיהם' תוך כדי הפעלת שיקול דעת רחב החלטה מכרעת וגורלית ביותר, שלעולם טוב לבת אצל האם (וזולת אותם מקרים חריגים הנ"ל שבאמת לא טוב לה אצל אמה מבחינה רוחנית מוסרית וכדו') - גם אם המחיר יהיה כבד משקל כדוגמת ניתוקה של הבת מאביה. סברת דבריו כאמור, שהרי חכמים יכלו להגביל זאת כשאמרו את אותו כלל של הבת אצל אימה לעולם, ומשלא נתנו שיעור לדבריהם ולא חלקו בכך - שמע מינה ד'לא פלוג רבנן', וכי גם דבר זה נלקח בחשבון ואף על פי כן החליטו באופן גורף כי הבת אצל אמה לעולם.

נמצאנו למדים כי המהרשד"ם והמהריב"ל נחלקו בהבנת דברי הגמרא בקביעתה הנחרצת ש'הבת אצל אמה לעולם' ובהבנת דברי הרשב"א (הרמב"ן) בתשובתו הנזכרת שבנידון על 'משמורת ילדים', אנו ב'זכויות הבת' בלבד עסקינן ולא בזכויות האב או האם - האם נית

¹² עיי"ש בהמשך דבריו שהוא מביא את דברי הרשב"א בתשובתו בסימן ל"ח המיוחסת לרמב"ן שממנה עולה לכאורה שתמיד יהיה לנגד עיני בית הדין אך ורק טובת הילד ולא ההורה וכמו שכתב שם: "ולעולם צריך לדקדק בכלל לדברים אלו אחר מה שיראה בעיני בית דין בכל מקום ומקום שיש בו יותר תיקון ליתומים שבית דין אביהם לחזר אחר תיקונן", וא"כ משמע שאין מסתכלים כלל על האם ורצונותיה האישיים זולת טובת הבת, מ"מ כותב המהריב"ל את מסקנתו כפי שמצוטט להלן.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

להכניס במערכת השיקולים שבפנינו גם את זכויותיו של האב וטובתו (כשיקול משני ומינורי¹³), או שמא במסגרת השיקולים נפקדת כליל "זכותם" של האב או האם בהיותם הורים להחזיק את ילדיהם במשמורתם, וכלל לא נלקח חישוב זה של היות הצד השני הורה גם הוא בשיקול הדעת של מקום המשמורת.

לדעת המהרשד"ם יש מקום לדון אף ב'טובתו וזכותו של ההורה' אך רק באופן משני וכל עוד שזה לא סותר טובת הילד עצמו. לכן יש משקל גם לטענת אב בדבר 'זכותו' לקשר עם ילדיו - אמנם במשקפים של 'זכות הילד' ולא זכות אישית של האב. לעומתו סבור המהריב"ל כי אין כל מקום לדון בטובת ההורה, ובבת אצל אמה אין מקום לאב לבוא בטענות כי כביכול "נשלל" מהאב זכות מסוימת, שהרי לא בזכויותיו עסקינן אלא בטובת הבת, ומשזו נקבעה על ידי חז"ל - שוב אין למי מהצדדים טענה בזה. כאמור מדבריו עולה כי אין בית הדין יכול לבוא ולומר כי מהיבט השיקול של "טובת הבת" הוא שיהיה לה קשר שוטף עם אביה וללא זה לא ניתן את הבת לאמה¹⁴.

והנה בשו"ת הרדב"ז (חלק א' סימן ש"ס) גם כן מתייחס ממש לאותו מקרה וכתב שם וזה לשונו:

"שאלת ממני אודיעך בראובן שמת והניח אישה מינקת בת והניח את אחיו שמעון אפוטרופוס על נכסיו ועל הבת, ואשתו גבתה כתובתה ורוצה ללכת לעיר אחרת במקום משפחתה, אם יוכל שמעון לעכב אותה כל זמן ההנקה ואם כלה זמן ההנקה אם תרצה ללכת תניח הבת או דילמא לעולם הבת אצל אמה אפילו שתלך למקום אחר.

תשובה: הנה ראיתי שני קונדריסין באו משלונקי על זה העניין, זה אומר יכול לעכב עליה וזה אומר אין יכול לעכב עליה. ואני סובר שיכול לעכב עליה, ולא מן הטעם של בעל הקונדריס, ולפיכך אני צריך לישא וליתן עם שניהם [...] אבל לעולם אימא לך כי היכי דאיהי יכולה לעכב עליהם שלא יקחו אותה אלא מדעתה, גם הם יכולים לעכב עליה שלא יולכינה למקום אחר. כללא דמלתא, שהדבר תלוי כפי ראות בית הדין בין בילדותה בין בקטנותה, ואחר שתגדיל - הדבר תלוי בדעתה.

וזה דבר מסכים אל הסברא כי כמו שאביה היה יכול לעכב, בית הדין - אביהם של יתומים, וליכא למימר שאביה גם כן לא היה יכול לעכב, דהבו דלא לוסיף עלה שתוכל להוליכה למקום אחר שלא מדעת אביה, זו מדה גדושה היא, ואין מודדין בה. הנל"ד כתבתי.

הרי שהרדב"ז על אף שנמנע משום מה מלציין את שמותיהם של שני גדולי עולם אלה (המהרשד"ם והמהריב"ל), אך תשובות שניהם הונחו בפניו, ולאחר ששקל דבריו בפלס, הוא פוסק כהמהרשד"ם לדינא, לאסור על האם לקחת את בתה עמה לעיר אחרת ולהרחיקה מבני משפחת אביה אך לא מטעמיה.

ובאמת, שבתשובה נוספת (בחלק ג' סימן ת"ח (תתנ"א)) הוסיף הרדב"ז לחזק את הדברים במקרה שונה במקצת אך עם מוטיב דומה, וכתב בתשובתו בזו הלשון:

¹³ ואולי רק במשקפיים של 'טובת הילד' בלבד. עיין לעיל הערה 10.

¹⁴ מיותר לציין כי אין ספק שאף לדעת המהריב"ל חובה כפולה ומכופלת עלינו כבית הדין להקפיד ככל שניתן כי יתקימו הסדרי השהות עם האב, כפי שנקבע, וחלילה וחס לא לתת יד ל'ניכור הורי' זה או אחר ממי מהצדדים, אולם כל זאת לא מצד 'זכויותיו של ההורה המנוכר' כי לא בזכויות הורים עסקינן, אלא אך ורק מתוקף זכויותיו של הילד שיהיה לו קשר עם אביו ויזכה לקבל ממנו את המגיע לו הן מבחינה חינוכית רוחנית והן מבחינה חומרית.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

שאלה: ראובן גירש את אשתו ויש לו ממנה בן קטן יונק שדי אמו, ואחר שגרשה רוצה ללכת לארץ ישראל, אם יוכל הבעל לעכב עליה עד עבור זמן היניקה. או אם יכול לומר תני לי הבן ואני אשכור לו מינקת.

תשובה: אף על פי שאני רגיל לומר שמכאן ועד ארץ ישראל אין כל כך סכנת דרכים, שהרי כמה עוללים ויונקים עולין לארץ ישראל ואין מסתכנים, כי מה שכתב הרשב"א לרבינו מנחם ז"ל וזה לשונו: "לעניין הנדר אשר נדרת לילך לארץ ישראל, אפילו על דעת רבים - יש לו התרה, אחרי שאשתך הרה, דאין איסור בפני פקוח נפש, ויש סכנה להוליכה מעוברת [...] ואני אומר כי אין זה אמור אלא לבא ממקומות רחוקים דרך ימים והרים ובקעות בים וביבשה, אבל העולים מהכא לארץ ישראל - אין שום סכנה לא לאישה הרה ולא לקטן [...] ואף על פי כן אני מודה בנ"ד דיכול הבעל לעכב בטענה כל דהו, דהא מאי דאמרינן הבן אצל אמו כל זמן שהוא צריך לאמו - מדרבנן בעלמא הוא, דמן התורה "לבית אבותם" אמר קרא, והאם כלי בעלמא היא, הלכך בכל דהו יכול לעכב שיכול לומר אני חושש אפילו לספק סכנה. ועוד יכול לומר בעוד שהוא עמי בעיר אם יחלה אני אשתדל להביא לו כל צרכו. ועוד בעודו עמי בעיר אני יכול להוליך לו מזונות. ועוד אם את בכאן כשיגיע לזמן שאינו צריך לאמו אקחנו אצלי, אבל אם תלכי למקום רחוק מי יביאנו ואני איני מחוייב לטרוח ולהביאו משם הלכך אם רוצה ללכת לארץ ישראל תיתן אותו לאביו [...] והנראה לע"ד כתבתי".

חזינן בדבריו שיש מקום לטענותיו של האב על 'טובתו שלו' לכאורה, אך שוב, בהסתכלות וראיה צרה במשקפי 'טובת הילד' בלבד וכדברי המהרשד"ם.

ובאמת שהטענות שהעלה הרדב"ז בדבריו לנימוקי פסיקתו, אפשר לומר שאלה טענות שכיחות למדי העולות בפנינו מידי פעם בתיקי משמורת, שאחד ההורים טוען כי הריחוק הגיאוגרפי מונע ממנו להעניק לילד, וכל עוד הבת נמצאת בעירו של האב יוכל האב לדאוג לצרכיה באם למשל תחלה הבת.

הן אמת שבכל מקרה יש לשקול לגופם של דברים טענות אלה ואחרות כאמור במבט של 'טובת הילד' עצמו.

אך בד בבד מעלה הרדב"ז בסוף דבריו גם טענה נוספת, שקצת קשה לומר שהינה ב'משקפיים' של 'טובת הבן', שהרי האב מלין על כך שכשיגיע הבן לזמן שאינו זקוק לאימו, אם תיקחהו האם לדור עמה הרחק מהאב הוא איננו מחוייב ואינו מעוניין לטרוח ולהביאו משם. והרי שם מדובר על מאמץ חד פעמי שמטרתו העברת המשמורת אליו, ואם כן קל וחומר כשטענה זו עולה על ידי האב במקרים אלה ואחרים כולל בנידונינו הספציפי שמחמת העתקת מגורי האם עם ילדיה טוען האב שהוא איננו מוכן לנסוע נסיעה ארוכה יותר כדי להביאם אליו או להשיבם לבית אמו.

טענה זו העוסקת אך ורק ב'טובתו האישי' ממש של האב ואין לה כל קשר ישיר לטובת הקטין קצת קשה להכניסה תחת הבחנתנו לעיל, שישנה טענת 'טובת האב' במשקפיו של 'טובת הילד'. אף על פי כן טענה זו התקבלה לכאורה בבית מדרשו של הרדב"ז, ואם כן הדבר איננו עולה בקנה אחד אפילו עם תפישתו של המהרשד"ם הנזכרת¹⁵, ובודאי שלא כהמהריב"ל. עם

¹⁵ ואפשר ליישב זאת בתרתי. א. שם מדובר במקרה קיצוני להעתיק מקום מגורי קטין באופן שינותק הקשר עם האב, ולא כמקרים השכיחים בבתי הדין. לכן טענה זו התקבלה. ב. טענה זו אפשר שהתקבלה רק מחמת ד'חזי לאצטרופי' לשאר הטענות, אך איננה עומדת בפני עצמה. ויש לעיין בזה עוד ואכמ"ל.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

זאת יצויין שאף על פי כן, הרדב"ז לא הזכיר את הטענה שכל זמן שהאמא תהיה רחוקה עם הבן לא יוכל האב לראותו. ומזה משמע קצת שטענה שכזו איננה נשמעת אף לא למהרשד"ם ולרדב"ז.

והנה בפתחי תשובה באבן העזר שם (סימן פ"ב ס"ק ז') הביא את דברי הרדב"ז שפסק שאם בית הדין רואה כי מצבו של האב הגרוש דחוק והוא במצוקה פיננסית וכדו' הרי שהם יחליטו להותיר את הבן אצל אמו ולא אצל אביו, על אף היותו מעל שש שנים. וכתב שם וזה לשונו:

"אף על פי שיאמר ראובן תנו לי בני ואני אעשה מה שארצה, אין שומעין לו וכו' כללא דמילתא, הכל תלוי בראות בית הדין באיזה מקום תקנה לוולד יותר".

שוב חזינן כי המודד היחיד לנגד עינינו הוא טובת הילד עצמו, על אף שלעיתים זה לא עולה עם הכללים הקבועים שמצינו בחז"ל לגבי שהותם של הילדים בדרך קבע, שהרי המוטיב המרכזי כאמור הוא טובת הילד, ובית הדין צריכים רק לקבוע טובת הילד מהי, וכפסיקת הרמ"א לגבי בת, שבמידה ובית הדין מבחין שטוב לה יותר לחיות יחד עם אביה, שאין האם יכולה לכוף שתהיה עמה.

פסיקות בתי הדין בעניין

לאחר שהבאנו את עיקרי דברי הראשונים והפוסקים בעניין עולה כי בפנינו מחלוקת הפוסקים האם מעבר לשיקול המרכזי של 'טובת הילדים' יש גם כן שיקול נוסף משני באשר לזכויות וטובות ההורים'. למהריב"ל אין משקל לכך כלל, למהרשד"ם כן. אך העלינו שאף לשיטת המהרשד"ם הכל צריך להיות במשקפי 'טובת הילדים' על כל המשתמע מכך, ועל בית הדין מוטלת החובה לשקול בפלס 'טובת הילדים' מהי. ברדב"ז מצאנו שהולך גם כן בדרכו של המהרשד"ם.

ובאמת שכך נוהגים לפסוק בקרב בתי הדין ונציין בקצרה ממש חלק מפסקי הדין בעניין. בפסקי דין רבניים חלק א (בעמוד 61) פסקו וזה לשונם:

"שאינן כלל יציב בדבר מקום הילדים, אלא רק כלל של סתמא, אם אין הכרעה אחרת".

כמו כן בפד"ר א' (עמוד 75) פסקו בבית הדין בירושלים בהרכב הדיינים הגאונים הגר"י עדס הגר"ב זולטי ומרן הגר"ש אלישיב זצ"ל על פי דברי המהרשד"ם וזה לשונם:

"כל דיון בהחזקת ילדים היא לא זכות האב או זכות האם אלא טובת הילדים כמו שכתב המהרשד"ם חלק אבן העזר סימן קכ"ג", עיין שם.

וכך בפד"ר חלק א' (עמוד 157) דנו בשאלה האם יש לאם מעמד של 'בעל דין' כאשר הנידון הינו בדבר הקשר שבינה ובין הבת לעניין ההלכה של 'הודאת הבעל דין', וכתבו שם וזה לשונם:

"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 בית הדין 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".

ולאחר הבאת המקורות בהלכה מסכם שם (עמוד 158) בית הדין כדלהלן:

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

"ולפי זה בכואנו לדון בדבר פגישת התובע עם הילדה, אין לפנינו דיון בדבר זכויות התובע או זכויות הנתבעת, אין כאן סכסוך בתועלת אחד משני הצדדים, יש כאן רק דיון בטובת הילדה ואם כן מה שייך הודאת בעל דין".

וכן בפד"ר חלק ב' (עמוד 327) בפסיקת בית הדין הגדול בהרכב הגר"י נסים, הגר"ב ז'ולטי ומרן הגר"ש אלישיב זצ"ל שוב פסקו כן שהמודד היחיד הינו טובת הילדים. וכן בפסקי דין רבניים חלק ג (פסק דין בעמוד 358) ועוד. וכך נכתב בפד"ר חלק יא (בעמוד 368):

"כלל גדול הוא בהלכה היהודית מדור דור, ויסוד מוסד הוא בבתי הדין בארץ ישראל כי כל שיקול והחלטה בנוגע לקביעת מקום החזקת הילדים חייב להתבסס על מה שהוא טוב יותר לילדים".

וכן מצאתי שכתב כן בספר 'עזר משפט' להגאון רבי אליעזר גולדשמידט זצ"ל (סימן א') שלאחר שהביא שם את דברי הרמב"ן בתשובות הרשב"א בסימן ל"ח הנזכרת לעיל כתב כן כאותו פס"ד שהוא כתב שהבאנו מפד"ר א' (עמוד 145 ואילך) לעיל, אך יש לציין שהוא חזר על דבריו בטוב טעם ובתוספת להגדרת הדברים גם בסימן כ"ח בספרו, וכתב שם בזו הלשון:

"אין כל ספק בדבר שלפי הדין בעל הדין הוא תמיד הילד עצמו והוריו אינם אלא אפוטרופסים המייצגים אותו לפני בית הדין ומדברים בשמו. ולא רק זה בלבד שהם בעלי הדין, אלא שמסופקני אם יש להם אפילו המעמד של 'הצדדים הנוגעים בדבר'¹⁶ [...] עיין שם בדבריו.

אמנם יש לציין כי חבר בית הדין הגדול הגר"י קאפח זצ"ל לא הסכים להגדרה זו כלל וכתב כי אין להתעלם מזכויות ההורים ורגשותיהם. בדבריו¹⁷ יוצא כנגד קביעתו של הרב גולדשמידט וזה לשונו:

"בסעיף 21¹⁸ הובא מדברי הרב גולדשמידט 'זכויות כאלו אינן קיימות כלל'. קשה לי להסכים לגמרי עם קביעה פסקנית זו. נראה כי אין ההורים חפץ דומם. גם ההורים מורכבים מגוף ונפש וגם להם רגשות, גם לאם זכות טבעית לסיפוק נפשי לחבק את ולדה. להורים זכות להשיג סיפוקם הנפשי-רגשי לראות ולדם גדל ומתפתח כראוי, מצטיין בלימודיו בהתאם. זכויות הורה הללו גוררות גם ממון, ובשולחן ערוך אבן העזר סימן פ"ב סעיף ז' נפסק: 'ואחר שש שנים יש לאב לומר אם אינו אצלי לא אתן לו מזונות'. נכון כי לעולם טובת הילד ושלמותו הנפשית והגופנית צריכות להיות לנגד עיני בית הדין מכל היבטי עבריהן, אך לא במחיר פגיעה ברגשותיהם הטבעיים הבריאים של ההורים".

יורשה לי לומר כי ברור שדבריו של הגר"י קאפח עמוקים ומתיישבים עם הלב והסברא. אך מאידך מקורות אנו צריכים.

וראיתי שבספר 'עטרת דבורה' (ח"א סימן מ"ב) הביא את דברי ה'ציץ אליעזר' (חלק ט"ז סימן מ"ד) שמדבריו עולה שגם כן מסכים לדבריו של הגר"י קאפח בזה, וכתב שם שמה ששינוי שהאב פטור מלשלם מזונות בנו אם וכאשר הוא מסרב לחיות אצלו, אין זה בתורת קנס על האם או

¹⁶ עיי"ש שאף הוסיף בדבריו שגם בחיובו של האב במזונות ילדיו אין זו זכות האם לקבל ממנו את מזונותיהם של הילדים אלא היא זכות הילדים מצד עצמם. וכבר הארכתי בזה רבות בפסק דין אחר ואכמ"ל.

¹⁷ ראיתי שהביאו בספר 'עטרת דבורה' להרב לביא שליט"א אב"ד ירושלים בחלק א' סימן מ"ב שמצא את דבריו של הגר"י קאפח ז"ל בבד"מ 1/81 נגר נ' נגר פ"ד לח (1) עמ' 412.

¹⁸ לפסק דינו של השופט אלון.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

הילד, אלא הוי מעיקר הדין, לפי שהאב איננו מקבל את 'זכויותיו' שהוא זכאי להם על פי דין לגדל את ילדו.

ייתכן עד מאד ששתי תפישות אלה שהצגנו עתה בדמות דבריהם של הגר"א גולדשמידט מחד והגר"י קאפח והציץ אליעזר מאידך, שתיהן נעוצות במחלוקתם של המהרשד"ם והמהריב"ל שהבאנו לעיל והארכנו בביאור מחלוקתם.

ברם, ברור גם ברור שאף לשיטתם של הגר"י קאפח וה'ציץ אליעזר' דאזלי בשיטת המהרשד"ם, מכל מקום כבר ביארנו דכולי עלמא לא פליגי בזה דהיכא שבית הדין נוכח לראות כי טובתו וזכותו של הילד הינה להיות יחד עם אמו וטובה זו שלו סותרת בעליל את טובתו האישית וזכותו היסודית של האב לראות ואף לגדל את בנו, בוודאי שבמקרה זה יפסוק בית הדין בעד זכותו וטובתו של הילד, שזהו כאמור השיקול המרכזי – אם לא היחידי בסוגיית 'משמורת ילדים'.

כשיש לבית הדין ספק מהי טובת הילדים

הארכנו בזאת לעיל וכפי שעולה מדברי הרמ"א שרק היכא שבית הדין בטוח בכך כי טובת הילד איננה עולה עם קביעת חז"ל בבת או בבן, בזה אמרינן שאנו נפסוק כטובתו של הילד. אך בכל מקום בו יש לבית הדין ספק בהכרעת טובת הילדים, ודאי שיש להישען אחר הכללים שקבעה ההלכה, מתוך הבנה שטובת הילדים נשקלה בהם עד תום. ההלכה באה כאן מתוך הבנת עומק נפש הילד. אימוץ הכלל ייתן מענה הולם לבחינת טובת הילד לכל צרכיו.

אלו בעצם דברי החלקת מחוקק שם (סימן פב ס"ק י) והובאו גם בבית שמואל (בס"ק י) - ביחס להלכה שהבת אצל אמה:

"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".

מדבריו עולה כי ההלכה שקבעה מה היא טובת הילדים הסתמית, הינה קביעה מבוססת וחזקה דיה בכדי שבטרם נעקרנה - יש להתיישב בדבר. היינו שהדבר צריך להיות בגדר ודאי בפני בית הדין ולא סגי באומדנא זו או אחרת מכוח ספק.

מן הכלל אל הפרט

לאחר שהארכנו במקורות ההלכה והפוסקים ומצינו בזה שתי תפישות עיקריות כאשר בפועל כולי עלמא לא פליגי שאך ורק טובת הילדים לנגד עינינו ושיקול זה עולה על הכל, נעבור עתה מן הכלל אל הפרט ולדון במקרה דנן.

הנה אין ספק בכך כלל כי בנידונינו טובת הילדים הינה שיישאר בחיק אימם הולדתם - וזאת מעבר לעובדה שהינם שלושתם פחותים מגיל שש שנים, והדבר מחויב המציאות מעיקר הדין - מאחר ואכן כך התרשם בית הדין ברורות שזו טובתם של הילדים שלא להיטלטל בשנית ולעבור שוב לאזור המרכז. הם מסודרים במקומות לימודיהם ומצליחים בהם, ואין סיבה לערער את יציבותם.

כבר הזכרנו את חו"ד של שרותי הרווחה בתסקיר שהציגו בפנינו לאחר ששמעו את הצדדים ובדקו את מכלול הסוגיה על שלל צדדיה, והם הגיעו למסקנה שזו טובת הילדים להישאר במשמורת האם במ', ובכל שלושת החלופות שהציגו בפנינו המסקנה היתה אחת:

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

להותיר את הילדים עם אמם ב'מ', ועל אף שבדיון שהתקיים בפנינו באת כוח האב ניסתה לערער דבריהם אך ללא הועיל.

משכך הם פני הדברים הרי שאין בפנינו כלל ספק על טובתם של הילדים. התמונה אפוא ברורה ופרושה בפנינו כמפה צחורה.

אלא שהאב העלה בפנינו מספר טענות וכפי שהבאנו לעיל (סעיף א') והתייחסנו לכל אחת מטענותיו. אלא שכאן אנו מגיעים למחלוקתם של המהרשד"ם והמהריב"ל. ובשלמא לדברי המהריב"ל אתי שפיר שבמקום שזו טובת הילד אין בפנינו שום שיקול נוסף ובודאי שלא תשמע בפנינו כל טענה של 'טובת האב' וזכויותיו. אך לשיטת המהרשד"ם וכפי שעולה גם מדברי הרדב"ז וכפי שהגרי"י קאפח ואף הציץ אליעזר נקטו לדינא, הרי שיש מקום לשמוע את טענתו בזאת, ואם כן אולי היה מקום להורות לאם להתקדם קמעה לכיוון המרכז, ובכך נבוא גם לקראת 'טובתו' ו'זכותו' של האב, ומבלי לפגוע ב'טובתם' ו'זכותם' של הקטינים שיישארו באותם מקומות לימודיהם ואף לא הרחיקו יתר על המידה מסבתם הירושלמית והכל יבוא על מקומו בשלום, לרבות 'קביעת משמורת משותפת' וזמני שהות שוויוניים.

ברם לאחר העיון ושיקול הדעת יש לדחות הצעה זו בשתי ידיים זאת מהטעמים הבאים:

א. כפי שמצינו שהטענה המרכזית על 'זכות ההורה' - אף לשיטת המהרשד"ם הינה מחמת מחויבותו ללמדם ולחנכם. אין ספק שבמקרה דנן יכולותיו של האב לא נפגעו במאומה. לא מדובר כאן על מרחק נסיעה של שעות ובודאי לא במושגים של המהרשד"ם כשהחשש היה מנתק של ממש על כל המשתמע מכך.

ב. יצוין כי אף לטענת האב הרי שעיקר חששו היה ונותר שהאם לא תעבור עם ילדיה לירושלים ותרחק ממנו יותר מאשר המצב הנוכחי כשהם דרים ב'מ'. כך עולה באופן ברור מטענותיו בפנינו, ובפרט בבקשת באת כוחו מיום 12.03.19 עת בקשה מתן צו להורות לאם לחזור מירושלים לב', וכפי שהעלה בפנינו שהחשש שהאם תעבור בשלב השני לירושלים ותגדיל את הריחוק ביניהם. רושם דומה עולה אף מסיכומי המבקש מיום 17.03.19 סעיפים 30-33 לסיכומיו. כך שעם ההוראה להותירם ב'מ' ולא להותיר להם לעבור לירושלים דומה שהאב יוכל לחיות בנקל.

ג. כפי שהוזכר ומבלי להקל ראש בכך שהאם עשתה מעשה אשר לא ייעשה, כשקבעה עובדה בשטח כנגד הוראה שיפוטית, עם זאת כשאנו דנים ב'משקפי טובת הילדים' אנו סבורים כי מרחק זה ממש איננו משמעותי בכדי לערער את קביעתנו שהמצב הנוכחי הינו אופטימלי לזכותם טובתם ושלוותם של הילדים ובפרט כאמור בגילם הנוכחי הפעוט כשהם פחותים מגיל שש.

ד. המלצת שרותי הרווחה ברורה דיה, והיא ניתנה לאחר שהאב העלה בפניהם את כל הטענות שהעלה בפנינו, ואף ניתנה לו ההזדמנות לחקור את עורך התסקיר ומנהלת שרותי הרווחה ב'מ' ביום כ"ט בתשרי תש"פ (28.10.2019). אשר על כן קביעה זו איתנה ומוצקה ואין בה ספק כלל.

ה. עוד יש לומר ומבלי לגרוע באמור, שלאור דברי עו"ס א. ר. עורך התסקיר, כי התובע הינו עמוס מבחינה פיזית ורגשית, ולאור דבריו כי דירת התובע קטנה לנוכח חמשת ילדיו מנישואין ראשונים ואין בה מרווח מספיק להליץ שם בנוסף גם את שלושת ילדי הצדדים, הרי שגם לכך יש משמעות נוספת בבואנו לקבוע טובת הילדים וזכותם מהי.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

לאור האמור ועל אף שנראה שהאב כן בדרישתו זו ורצונו העז לתת ולהעניק לילדיו, עם זאת בקשתו להורות על מעברם לגוש דן דינה להידחות.

ג. מהותה של משמורת.

הנה בנידון דנן האב קבל בעיקר על כך שנלקחת ממנו האפשרות והזכות להיות חלק בלתי נפרד מגידולם וחינוכם של ילדיו בכך שלאור מעבר מגורי האם וילדיה מגוש דן למ' נוצר מרחק משמעותי המקשה על מתן זמני שהות נרחבים יותר לו וילדיו. מה גם שמפרידים את ילדיו מאחיהם למחצה.

בקשתו הראשונית הייתה אפוא לקביעת משמורת משותפת ולחלוקת זמני שהות שוויוניים.

והנה מעבר למה שהארכתי בסעיפים הקודמים בבואנו לקבוע את טובת הילדים וזכויותיהם על פני שיקולים אלה ואחרים שהעלה האב, ברצוני להוסיף ולומר שבית הדין סבור כי מקרה זה העומד בפנינו הינו אחת הדוגמאות בה לא ניתן להעלות כלל את הנושא של 'משמורת משותפת'.

נבאר את הדברים אחת לאחת.

'משמורת' - הגדרתה בהלכה לעומת המשפט האזרחי

הנה רבות בשנים כשערכאה שיפוטית הייתה צריכה לתת החלטה בקביעת 'משמורת ילדים', הרי שלנגד עיניה הדבר היה מתורגם במספר מישורים משמעותיים כדוגמת 'זכויות כספיות' וקבלת קצבה מביטוח לאומי, 'זכאות להנחות' במוסדות רבים, 'אחריות הורית', סיפוק רגשי, וכן, גם 'סטטוס חברתי'. למושג 'ההורה המשמורן' היה בעבר משקל רב.

לאחרונה אנו עדים לכך כי בנושא זה של משמורת ילדים 'רוח אחרת נושבת' המביאה עמה את התפישה המתחדשת לפיה המושג 'ההורה המשמורן' הוא סמלי בעיקר, המסתכם בקביעת סטטוס מסוים אך נטול תוכן ממשי¹⁹.

לתפישה זו מעמדם של ההורים איננו נגזר כלל משאלת המשמורת, אלא בעיקר מחמת אפוטרופסותם של השניים על ילדיהם. הדבר אף מפורש בחוק האזרחי²⁰, כך שברור כי קביעת המשמורת איננה משליכה כלל על ה'סמכות ההורית' מבחינה משפטית. בשל כך, אין משקל או משמעות מיוחדת לקביעת המשמורת, וכל הנידון צריך להיות נסוב על ה'אחריות ההורית' וזמני שהות.

משמורת ילדים על פי תורתנו הק'

המעין במקורות ההלכה יוכח כי במקורותינו אין ולא קיים מושג זה של 'ההורה המשמורן', כאשר הנידון המשמעותי היחיד הינו 'זמני שהות' בפועל, היינו היכן ימצא הילד בפועל והיכן יגדל ויתחנך.

¹⁹ ראה מאמרו של ד"ר יואב מאז"ה (מרצה לדיני משפחה - הקריה האקדמית אונו) בעניין "אכיפה של הסדרי ראייה" וכן מאמרו בעניין "הפונקציה של המשמורת בדין הישראלי - מושג יסודי או מונח חלול". מאמריו אלה חולקו לדייני ישראל מכנסי הדיינים בשנים האחרונות.

²⁰ 'חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות' (בסעיפים 14-15) מפרט את זכויותיהם וחובותיהם של ההורים בכל הקשור לילדיהם. בחוק זה מפורש כי שני ההורים יחדיו הינם האפוטרופסים הטבעיים של ילדיהם, וקביעה זו איננה משתנה בקביעת משמורת זו או אחרת כלל וכלל.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

כפי שכבר הוזכר, בבואנו לקבוע זאת היכן ישהה הילד הרי שלנגד עינינו אך ורק 'טובת הילד' וכפי שהארכנו בזה רבות.

על פי כל השיטות שהבאנו ברור כי אף אם 'טובת ההורה' תהיה לנגד עינינו, מכל מקום, במידה ותמצא סתירה בין השתיים 'טובת ההורה' מתגמדת ומתבטלת כליל לנוכח 'טובת הילד'.

כפי שהגדרנו לעיל הוא 'הצד והנידון היחיד' שקיים בפנינו כאשר שני ההורים בעצם אינם צדדים אלא ה'מייצגים' בפנינו את 'טובת הילד' כל צד במשקפיו שלו.

'משמורת משותפת'

משום כך בבואנו לעסוק בעניין 'משמורת משותפת' במשקפיים הלכתיות, ברור כי בית הדין חייב להמשיך ולהתבונן על הסוגיה אך ורק במשקפי 'טובת הילד' והיכן המקום בו יהיה הכי טוב לילד מכל הבחינות, וכפי שהבאנו בשלל המקורות דלעיל.

אנו סבורים כי קביעת המשמורת גם אם היא חלולה במקצת וכפי שהבאנו, מכל מקום חשיבות יש לה לעניין הסתכלותו של הילד והרגשותו לנוכח קביעת העוגן ויציבותו הנפשית של הילד.

ייתכן שקביעת 'משמורת משותפת' מלכתחילה הייתה קביעה מועדפת, שהרי יש בה מן הערך המוסף בכך שהילד יסתכל על כל אחד מהוריו באופן שווה, ולא חלילה במבט של הורה אחד 'שווה יותר' ו'בעל סמכות יותר' ממשנהו. אך כל זה בעיקר בהסתכלות של 'טובת ההורים' אם כי זה יכול בעקיפין להקרין אף על 'טובת הילד' ויציבותו הנפשית.

ברם, הניסיון מלמד שברוב המקרים כשיש ויכוחים ומלחמות בין הצדדים ללא אמון הדדי ותקשורת יציבה, הרי שדווקא קביעה ל'משמורת משותפת' תעשה רע לילדים כשעל כל החלטה שגרתית יומיומית תהא מחלוקת וויכוחים מי מקבל את ההחלטות וכיצד. לכן במקרה שכזה ובשם 'טובת הילד' רצוי ואף הכרחי לקבוע מיהו ה'הורה המשמורן' והוא זה שיהיה 'עוגן' לילד ויקבל את ההחלטות היומיומיות, כאשר אין ספק כי כל החלטה משמעותית גורלית כלפי הילד צריכה להתקבל בשיתוף ולאחר התייעצות עם ההורה שאינו משמורן.

ברור כי באופן שההורים מתקשרים בצורה סבירה ומכבדת ומבינים את גודל האחריות המוטל על כתפיהם, בהחלט יש מקום לשקול בחיוב להטיל על שניהם 'אחריות הורית משותפת'.

תקשורת לקויה ועוינות בין ההורים

עתה נעבור מן הכלל אל הפרט בנידונינו.

לצערנו הרב הצדדים מלאים בעוינות ומריבות בלתי פוסקות ביניהם. לנוכח מה שראינו לעינינו במהלך הדיונים ובבקשות הרבות, אנו סבורים כי האב לעיתים מקדש מלחמה על אם ילדיו, ובמקום לנסות ולהבין את המתרחש לפניו הוא מנסה לחבל בכל מה שרק ניתן.

חלילה לנו מלדונו על כך, בפרט לאור המציאות והסיטואציה הלא פשוטה, אך גם בקשותיו הרבות מצביעות על כך שהוא מריר ומלא בטענות וטרוניות כרימון. כך הוא מליץ על אם ילדיו כי היא איננה כשירה כלל להורות (בקשתו מיום 12.03.19 בסעיף 9 לנימוקי הבקשה וכן עולה מבקשתו מיום 17.03.19), כמו כן מליץ הוא על גני הילדים ועל הגננות שאינם מקצועיות ואינם מאפשרות לו להיות מעורב יותר ונוכח במסיבות הגן, כמו כן על שינוי ה'זרם' החינוכי בו נוקטת האם,

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

כשדבריו היא מעבירה את ילדיה מחינוך ממלכתי דתי לחינוך חרדי ועוד (עיי' בבקשתו מיום 27.01.20 הונחה על שולחנו ביום 29.01.20). האם בתגובתה דחתה את הדברים והדגישה בתגובתה (מיום 05.01.20) כי אין זו מסגרת חרדית כלל, ובכלל בכל 'מ' אין מסגרות חרדיות והיא דווקא בחרה להמשיך באותו מתווה של מסגרת מתונה ומעורבת ואף צירפה תגובת הגננת.

אנו התרשמנו כי אין בין הצדדים כל תקשורת ואמון, החשדנות היא רבה ואולי אף קיימת עוינות מצדו של האב. שוב, אין בדברים מעין הטלת אשמה כלשהי חלילה, אך זהו מצב מורכב שאינו קיים בדרך כלל בין הורים גרושים.

משכך אנו סבורים כי במקרה דנן אין אפשרות להטיל את אחריות המשמורת על שני ההורים יחדיו, שהרי כפי שהובהר, אחד הדברים הנחוצים ביותר לקיומה של 'משמורת משותפת' הוא יכולת תקשורת 'בריאה' או לפחות 'סבירה' בין השניים כדי שיוכלו לקבל החלטות יומיומיות בתיאום ותוך כדי שיתוף פעולה כשנצרך. לצערנו לא כך הם פני הדברים בנידון דנן. אין כלל תקשורת, אין הבנה ואין אמון כלל, וכפי שהזכרנו ייתכן שיש כאן אף עוינות כלשהי ו'ניהול מלחמה' (מתמדת) של האב כלפי אם ילדיו.

ברור כי במצב שכזה לא שייך להטיל משמורת - קרי - 'אחריות הורית משותפת' על כתפי שניהם יחדיו. לא יכול להיות מצב שבו שני הורים שאינם מסוגלים להסכים ביניהם כמעט בשום נושא ועניין הקשור לילדיהם יישאו באחריות הורית משותפת. לא ייתכן מצב בו שני הורים שאינם נותנים כל אמון אחד בשני - ומבחינתו של מי מהם זולתו איננו כשיר להיות הורה כלל - נטיל עליהם 'אחריות הורית משותפת'. הדבר פשוט לא יהיה ישים בשטח.

אדרבה! החלטה שכזו אם תינתן יכולה חלילה לגרום להגברת המחלוקות בין הצדדים ולהנציח ביניהם את המריבות היומיומיות בקבלת החלטה זו או אחרת כשבכל עת יצטרך בית הדין להפוך ל'מכבי אש' ולכבות את השרפה כשהילדים האומללים בעין הסערה.

משכך יש צורך אפוא לקבל החלטה שקולה ומחושבת מהי טובת הילדים וזכויותיהם, ולאחר שקלול כל הנתונים והמלצות הרווחה להטיל את האחריות ההורית על מי שמתאים יותר כדי שיוכל לתת את המירב לקטינים.

ארגז כלים' להורה המשמורן

ברור אם כן שאנו חייבים להכריע על פי טובת הקטינים בלבד (ולא על פי טובתם של ההורים) מיהו ההורה מבין השניים שייטיב לממש ולבצע תפקיד זה על הצד היותר טוב.

כיון שאנו ניצבים בפני החלטה חשובה והרת גורל למשפחה (לשעבר) בכלל ולילדים הקטינים בפרט, אשר על כן ומבלי לקבוע מסמרות ברצוני לנסות ולשרטט במספר שורות את דמותו האידיאלית של ההורה המשמורן ככל שניתן לתאר זאת.

בידוע הוא שאחד הדברים החשובים ביותר בקביעת משמורת ילדים היא יצירת מצב בו יוכל הילד לחוש בכך - ככל שניתן - שיש לו עוגן קבוע, 'יש לו בית משלו', רגוע ושלו, שיוכל לספק לו 'פינה חמה', שמירה וסעד בקשיי החיים תוך כדי גידולו. אותו הורה שנבחר לעשות זאת חייב לעשות הכול כדי שאכן יוכל להיות לילד לעזר ותמיכה, תוך כדי מתן אהבה במנות גדושות שהילד כה זקוק לו תמיד ובפרט לעת הזו.

מעבר לרצונו של ההורה לעשות זאת, הכרחי הדבר שיעמדו לרשותו אותם 'כלים' הנחוצים כדי שיוכל לעמוד במטלה לא קלה זו. כולנו יודעים היטב שבדרך כלל הניזוקים הראשיים

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

מגירושי הצדדים הם הילדים הנמצאים בתווך, ומשתדלים ככל שניתן (אם זה שייך, ובהו מאד חשובה תקשורת סבירה בין ההורים) לא לקחת צד. הם זקוקים עתה להרבה יותר אהבה תמיכה ושימת לב, וגם כך כדבר של שגרה הם לעיתים נתקלים בקשיים בחברה ובלימודים וחייבים אוזן קשבת, קל וחומר עתה שהם נמצאים במשבר מתמשך מחריף והולך בעת גירושי הוריהם וחשים כיצד נשמטת פיסת הקרקע מתחתם.

אם ננסה לתאר במספר מילים את אותו 'ארגז כלים' ייחודי הנחוץ למלאכה זו בטיפול עיקרי בילד ואחריות הורית, הרי שבין השאר אנו נגדיר כתכונות נפש עיקריות ונחוצות את הסבלנות המאפשרת אוזן לשמוע ולהאזין לרחשי הילד. את השלווה והרוגע המאפשרות להורה לישא בעול הילדים מעבר לשאר המטלות שבשגרה וקבלת החלטות שקולות לטובת הילד, ויכולת פיננסית מעשית לדאגה לכל מחסורו של הילד ברמה החומרית.²¹

משכך ולאור הדברים אנו סבורים כי במקרה דנן האם הינה בעלת 'כלים' היותר מתאימים לעת הזו למלא תפקיד חשוב ואחראי זה לרווחתם וטובתם של הילדים.

התאמתה של האם לתפקיד זה בפרט בעת הזו יותר מאשר האב מתבטאת במספר מישורים.

ראשית מבחינה רגשית - הנה בתסקיר שרותי הרווחה שהונח לפנינו ביום 6.8.19 צוין (עמוד 6 לתסקיר) כדלהלן:

'האב עמוס עד מאד מבחינה פיזית ורגשית נוכח המעמסה הרבה שקיימת מטבע הדברים בגידולם של 8 ילדים אשר שלושה מאובחנים על הרצף האוטיסטי. בשל כך הוא מתקשה להיות פנוי עבור ילדיו.'

עם כל הצער והבנת המצב העדין בו שרוי האב, ללא אשמתו, ועל אף שהוא עושה את הכל כדי לשרוד ולהמשיך את החיים לטובתם של שמונת ילדיו, אף על פי כן אנו סבורים כי אבחנה זו יש בה בכדי לגרום לחוסר סבלנות בגידול שלושת הקטינים, ולאור היעדר מצב של שלווה ורוגע בצילו של האב, וכפי שנאמר בפנינו בדיון האחרון על ידי שרותי הרווחה כי **נצפה קושי תפקודי של האב**. הדברים מקבלים משנה תוקף לנוכח מורכבות הגידול והטיפול בשלושת מתוך חמשת ילדיו מנישואיו הראשונים.

שנית מבחינה חומרית ומצב פיננסי - כפי שהוצג בפנינו הן על ידי הרווחה והן מהתרחשותנו מטענות הצדדים בעצמם, הרי שהאם הינה מבוססת יותר מהאב - לפחות באופן ניהול חייה, ובהחלט אפשר שאין זו הטלת אשמה ח"ו על האב אלא שמכורח הנסיבות שהאב מטופל בחמשת ילדיו מנישואיו הראשונים, די בעובדה זו שקשרה אותו יותר אל הבית ולא נתנה לו את האפשרות להתפתח יותר פיננסית כפי שהוצג בפנינו. משכך ולאור העובדה כי האב דר עם חמשת ילדיו מנישואיו הראשונים בדירת שלושה חדרים כשאליה הוא רוצה להכניס גם את ילדיו הנוכחים, ברור כי יהיה קשה מאד עד בלתי אפשרי לנהל חיים תקינים במצב שכזה לחיות עם 8 ילדים בדירת שלושה חדרים ובפרט לאור העובדה ששלושה מהם נמצאים על הרצף האוטיסטי ומטבע הדברים לעיתים הצרכים שונים, ואכמ"ל בזה.

²¹ אין ברצוני להאריך בזאת יתר על המידה. רק אציין את מאמרו/פסק דינו של ידידי אב"ד ירושלים הרב אושינסקי שליט"א בספרו 'אורות משפט' חלק ד' עמוד קפ"א בעניין זה של משמורת משותפת על פי ההלכה. דרכו בקודש הדברים ראויים ושווים עיון.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

אי לקיחת אחריות לזון את ילדיו

זאת ועוד. בעוד שאנו דנים כאן על קביעת המשמורת ומקום מגורי הילדים, במקביל עדיין מתנהלת 'מלחמה' בין הצדדים אודות חיובי האב במזונות ילדיו. בית הדין נתן פסק דין ארוך ומנומק על גובה חיוב מזונותיו של האב (פסק דין עליו הוגש ערעור בבית הדין הגדול) ולמצער האב עדיין איננו עומד בחיובו זה ובעקבות זאת הוטל עיקול על נכסיו וחשבונותיו של האב על ידי ההוצאה לפועל אליהם פנתה האם.

עובדה זו כשלעצמה יש בה גם בכדי לתרום לשיקול הדעת בנידונינו בעניין המשמורת.

יתרה מזאת. על אף שאיננו בטוחים בכך, מכל מקום סביר להניח (וכך מצטבר הרושם) שחלק מטענות האב כנגד משמורתה של האם אינם אלא 'כסות עיניים' כדי לפוטרו כליל מתשלום מזונות ילדיו. מה גם שהאב בעצמו מתאר בהזדמנויות שונות ומשדר כי מצבו הפיננסי בכי רע, ולכך ביקש להסיר הימנו את העיקול על נכסיו, על אף שממשיך לא לעמוד בהתחייבותו האלמנטרית כאב לשלושת קטני קטנים המחויב לדאוג לפרנסתם.

לאור זאת סבורים אנו כי במקרה שכזה טובת הילדים לשהות בעיקר תחת סינר האם, שהיא זו שדואגת להם לכל מחסורם, ואין למהר להטיל את משמורתם של הקטינים על כתפי האב, ואף לא בהגדרה של 'משמורת משותפת' על כל המשתמע מכך.

ד. מסקנות ופסק דין

מסקנות

לאחר שדנו בסוגיה זו של משמורת ילדים על שלל היבטים אנו מגיעים לשלב הסופי בקבלת החלטה.

העלנו לעיל (סעיף א') כי במסגרת שקלול הטענות והצדדים לכאן או לכאן ולאחר שניתחנו את טענות הצדדים ומכלול הדברים הרי שטובתם של הקטינים להותירם במקומם העכשווי במ' עולה על כל שיקול אחר ולכן יש להותיר את המצב על כנו, בהתאם לאמור בהמלצת הרווחה בתסקיר.

העלנו לעיל (סעיף ב') כי על אף מחלוקתם של המהרשד"ם הרדב"ז והמהריב"ל, מכל מקום כולם תמימי דעים כי טובת הילד היא ורק היא לנגד עינינו, ובית הדין הוא המותב היחיד עליו מוטלת האחריות בקביעה זו לאחר שמיעת שני 'המייצגים' 'האפוטרופסים' הטבעיים של הילד, כל אחד מנקודת מבטו הוא. אך אין הם צד לדיון כלל. אמנם העלנו עקרונית כי בעתיד ייתכן מצב בו 'טובת הילדים' יכולה להשתנות על כל המשתמע מכך.

עוד העלנו לעיל (סעיף ג') כי המושג 'משמורת' על פי ההלכה משמעותו אך ורק באשר למקום שהותם העיקרי של הילד המהווה עבורם עוגן ומקור סמכות וסיוע תמידי, אך מבלי לגרוע בסמכותו ושיתופו של ההורה שאיננו משמורן בכל הקשור להחלטות הרוח משקל וגורל. הסקנו כי בנידוננו לא שייך לקבוע 'משמורת משותפת' והחלטתנו על האם כ'הורה משמורן' נגזרת בין השאר מחמת התאמתה ביותר להיות ההורה המשמורן ולאור היותה בעלת מירב הסיכויים להיטיב עם הילדים ולהנעים את חייהם לנוכח 'ארגז הכלים' המצוי ברשותה.

משכך, לאור מסקנתנו באופן ברור כי טובת הילדים הינה להישאר באחריות ההורית של האם במ' על כן מוחלט בזאת כי שלושת הקטינים יותרו באחריות האם וימשיכו להתגורר עמה במ'.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

לגבי מקום לימודיהם - לאור תגובת האם ומכתבה של הגנת מיום כ"ד בכסלו תש"פ שהוצג בפנינו, אנו מבינים כי לא מדובר כאן בגן הפונה לציבור חרדי דווקא, אלא בגן מתון יותר הפותח שעריו לכלל הציבור הדתי והמאפשר אף את השתתפותו של האב במסיבת הגן ובאסיפות ההורים כדי שיוכל לקבל עדכון ממקור ראשון. מה גם שכאמור האם ציינה שמקומו הגאוגרפי של הגן נוח מאד לילדים שהם נמצאים כולם בסמיכות זה לזה ועצם היותם 'דלת מול דלת' ונמצאים יחדיו בצהרון משותף הדבר תורם לביטחונם האישי שכל כך קריטי בעת הזו, ויש בזה משום 'טובת הילדים'. מעבר לכך אנו סבורים שמעבר של מי מהילדים כרגע למסגרת אחרת יגרום לטלטלה רגשית לילד ולא השתכנענו שהדבר הכרחי. משכך ולאור הנסיבות ולאחר שיקול הדעת, מוחלט בזאת להותיר את מקום הלימודים באותו מקום. על כן דין בקשת האב בעניין מוסדות החינוך - להידחות.

עם זאת מובהר בזאת כי על כל שינוי במקום הלימודים האם חייבת להיוועץ עם האב טרם קבלת החלטה. במידה וישנם אי הבנות עליהם לפנות לבית הדין מבעוד מועד ולא ברגע האחרון.

באשר למקום המגורים ועל אף האמור, במידה ויחול שינוי משמעותי זה או אחר ייתכן שבעוד תקופה ממושכת אפשר ויהיה מקום לפתוח את הדיון מחדש.

בשולי פסק דין זה אך לא בשולי חשיבותו, אני מוצא לנכון לפנות אל האב ולהסב תשומת לבו לכך כי ניתן היה לצפות ממנו להעריך את אשר עשתה עמו הנתבעת, כאשר עם חתונתה הסכימה לקחת על עצמה עול כבד בדמות נשיאתה של משפחה מרובת ילדים החל מרגע כניסתה לחופה עמו, כאשר עול זה טומן בחובו טיפול יומיומי בחמשת ילדיו שאינם שלה כששלשה מהם על הרצף האוטוטיסטי. אין ספק כי מצב זה מאתגר לכל אדם בכלל ולאישה נשואה בתחילת חייה בפרט. ברור כי נישואיה עמו לא היו רק מתוך תחושת נתינה וחסד אלא גם ובעיקר מתוך אהבה. אך 'הכרת הטוב' היא אבן יסוד ביהדות²², וכבר אמרו חז"ל (משנת ר"א פרק ז' ובמדרש רבה) 'כל הכופר בטובתו של חברו סופו לכפור בטובתו של מקום' חלילה.

נכון הדבר שחייהם המשותפים של הצדדים נגדעו עת משפחתם התרחבה בס"ד ונולדו להם ילדים משותפים, ותוך כדי קשיים אלה ואחרים הוחלט לפרק את החבילה. אמת היא שישנם חילוקי דעות וקשיים המלווים באמוציות עקב המצב שנוצר, בעוד ילדיהם המשותפים בתוך.

עם זאת, ועל אף זאת, חובה קדושה היא על האב להודות להלל ולשבח את האם הנתבעת על מה שעשתה למענו ולמען ילדיו, ולהשתדל ככל שניתן להכיר לה טובה על מעשיה הברוכים, ובפרט שכל שיפור ביחס בין ההורים הגרושים יטיב עד מאד עם הילדים.

מי ייתן והאב יזכה במהרה לימים טובים יותר.

רפאל זאב גלב – דיין

מצטרפים למסקנות דלהלן.

²² זוהי חובה קדושה להכיר טובה אפילו לשונאו, לגוי, ואפילו לדומם וכפי שמצינו אצל משה רבינו במכות דם, צפרדע וכינים וכביאור רש"י בשמות (פרק ז' פסוק י"ט ובפרק ח' פסוק י"ב), וכדמצינו בגמרא בבא קמא צב: "בירא דשתית מיניה מיא אל תשדי ביה קלא". ויעויין בשיטה מקובצת (בבא קמא פג) מה שסיפר הר"י מיגאש על רבו הר"ף שסירב לשבת בדין של הריסת בית מרחץ מהטעם שהוא נהנה ממנו בעת מחלתו. ק"ו בן בנו של ק"ו בנושא דגן ואכמ"ל.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

שמעון לביא

יצחק מרוה

פסיקתא

לאור המסקנות שהעלינו בנידון דנן אנו מחליטים בזאת כדלהלן:

- א. אנו מורים בזאת כי משמורת הילדים תיוותר בידי האם.
- ב. הסדרי השהות עם האב יותרו כמצבם הנוכחי עד להחלטה אחרת.
- ג. אנו מתירים לאם להישאר לגור במ' לתועלתם ורווחתם של הקטינים.
- ד. הילדים ימשיכו ללמוד באותם מוסדות לימודים בהם הם לומדים עתה. כל שינוי מכאן ולהבא מחייב היוועצות עם האב, ובמידה ולא יגיעו לעמק השווה תוגש בקשה לבית הדין מבעוד מועד ולא יאוחר מחודש שבט בשנה שקודם לכן.
- ה. אנו אוסרים על האם לעבור לגור בירושלים לפחות למשך שלוש השנים הקרובות.
 - ו. בעוד שלוש שנים תוכל האם להגיש בקשה למתן אישור למעבר לירושלים, ובית הדין ידון בכך.
 - ז. האם מוזהרת כי אם תעשה מחטף ותקבע עובדה בשטח, בית הדין יקנוס אותה משמעותית בגין ביזוי בית הדין גם על הפעם הקודמת, ועשוי אף לקיים דיון נוסף בדבר חזרתה לגוש דן.
 - ח. האם מוזהרת בזאת לעשות הכול למען חיזוק הקשר שבין הילדים לבין אביהם ולבין אחיהם למחצה. בית הדין מבין את חששה של האם, אך דוחה את טענתה בדבר הסיכון של ילדיה מחמת שלושת האחים למחצה הנמצאים על הרצף האוטוטיטי. כך עולה גם מתסקיר הרווחה, ובכל מקרה ברור שהאב הינו אחראי בכדי לשמור על ילדיו.
 - ט. ללא קשר לאמור, במידה והאב יהיה מעוניין בכך - ולאחר הוכחת שינוי משמעותי - שמורה לו הזכות להגיש בקשה לדיון מחודש בעניין משמורת הילדים בעוד שלוש שנים. השיקול היחיד יהיה טובת הילדים עצמם.
 - י. אנו ממליצים בכל לב לשני הצדדים להתעלם ככל הניתן מהאמוציות, ולתקשר באופן חיובי ביניהם תוך כדי בניית אמון מחדש, לרווחתם, שלוותם וטובתם של הילדים.
 - יא. יש להעביר החלטה זו לשירותי הרווחה במ'.
 - יב. ניתן לפרסם פסק דין זה לאחר השמטת פרטים מזהים כנדרש.

ניתן ביום י"ז באייר התש"פ (11/05/2020).

הרב שמעון לביא

הרב רפאל זאב גלב

הרב יצחק מרוה – אב"ד

עותק זה עשוי להכיל שינויי ותיקוני עריכה