

זכין לדור הבא? מקומו של מושג 'זכויות הילד' בפסיקה ההלכתית אז והיום

ראשי פרקים

הקדמה

א. פרק ראשון - הצגת המושג 'זכויות הילד' והופעתו בספרות ההלכתית הקדומה

סיכום פרק ראשון

ב. פרק שני - סקירת הפסיקה הרבנית בתקופה האחרונה

סיכום

חזא ההוא גברא דהוה קא נטע חרובא, אמר ליה מכדי חרוב עד כמה [שנין] טעין, [א"ל] עד שבעין שנין, [א"ל] פשיטא לך דחיית שבעין שנין, אמר ליה ואנא עלמא חריבא אשכחית כי היכי דשתלו לי אבהתי אנא נמי אשתיל לבני.

מדרש תהלים מזמור קכו

(תרגום: ראה את אותו האיש נוטע חרוב, אמר לו, החרוב תוך כמה זמן הוא גדל? ענה לו, שבעים שנה, אמר לו וכי אתה יודע שתחיה שבעים שנה?! אמר לו, את החרובים שהיו לי בעולם נטעו לי אבותי, אני גם שותל לבני)¹

הקדמה

במאמר זה אנסה לסקור את הנושא של זכויות הילד בהלכה. 'זכויות הילד' הינו מושג רחב היקף, הכולל נושאים רבים. אנסה לבחון אותו במסגרת מקורות הלכתיים הדנים בהחלטות שונות הנוגעות ל'זכויות הילד'. אבחן את מושג זה בעיקר דרך תחום אחד בעולם ההלכה - החלטות שיש בהן בכדי להשפיע על חייו ופועלו בעולם של ילד בתקופה טרם בגרותו (קטין),² ועוד ישפיעו על חייו לאחר מכן.

מושג נוסף אותו כולל המושג 'זכויות הילד' הוא 'טובת הילד'. מושג זה אינו שווה ל'זכויות הילד' אך הוא משולב בו. דבר זה בא לידי ביטוי בכך שלעיתים מתייחסים לטובת הילד כחלק מזכויותיו. טובת הילד מהווה עקרון משמעותי מאוד ואף מכריע היום בקבלת החלטות לגבי ילדים.

בעבודה זו אני מבקש לבחון את התייחסותם של מקורות הלכתיים שונים לשאלה הבאה: האם הספרות ההלכתית הקדומה הכירה כשיקול בפסיקתה את המושגים 'זכויות הילד' ו'טובת הילד'? ואם כן האם היא הושפעה ממושגים אלו? מתוך כך אעמוד על טיבם של מושגים אלו כיום, בעולם ה'חילוני', ובנוסף אנסה לעמוד על ההבדלים בין מושגים אלו בתוך הפסיקה ההלכתית.

א. פרק ראשון - הצגת המושג 'זכויות הילד' והופעתו בספרות ההלכתית הקדומה

הגדרת המושג 'זכויות הילד' היום במשפט הינו פשוט יותר מהגדרת אותו המושג בעולם ההלכתי, והסיבות לכך ברורות. הבחירה להשתמש בטרמינולוגיה של 'זכויות' מכניסה אותנו מיד לשפה המדוברת בעולם כיום, וזו בניגוד לשפה ההלכתית שנוסחה בשפה שונה הן בשל סיבות היסטוריות והן בשל בחירה מודעת לדבר בשפה

1. תרגום חופשי.

2. בהלכה הילד הופך להיות בוגר מגיל 13 ואילו בעולם המשפטי היום הגיל הוא 18 למעט בהקשרים מסוימים.

ייחודית. לכן כשמשווים בין שפות אלו יש לעשות מעין פעולת תרגום הכרחית, ועל ידה יש לדלות פסיקות העוסקות בנושאים אלו ומתוכם למצוא התייחסות למושג זה בפסיקה עצמה.

'זכויות הילד' בעולם החברתי-משפטי כיום, הינו מושג האוגד בתוכו משמעויות רבות העוסקות בעולמו של הילד. לפני כ-25 שנה חתמה מדינת ישראל על אמנה בינ"ל³ אשר הפכה את המושג 'זכויות הילד' ממושג ערטילאי לרשימת כללים מובנת וידועה לכל. כללים אלה עוסקים בתחומים רבים הקשורים לילדים, בין היתר חיי משפחה, בריאות, הגנה פיזית ונפשית, חינוך ועוד. פסיקה על פי אמנה זו של בתי המשפט בישראל נפוצה במקומות בהם זכויות הילד לא נשמרות, ומופרות הוראות האמנה - האמנה מהווה בסיס לקבלת הכרעות הקשורות בגורלם של ילדים. תחום נוסף אותו כוללת האמנה תחת המושג 'טובת הילד' הינו הבאת ילד לעולם במקום שלא ברור האם הילד הנולד יקבל את כל זכויותיו.

הגדרת מושג 'טובת הילד' בתקופתנו מעורפל ומורכב יותר: 'טובת הילד' הינו מושג חברתי ומשפטי הבא לידי ביטוי בנורמה אותה קובעת החברה בהתבסס על הערכים המקובלים בה. החברה קובעת כי במקרים מסויימים (בעיקר במקומות בהם מופרות זכויות הילד, כנ"ל) טובת הילד מחייבת אותה, את החברה, להביע את דעתה ולהתערב בנעשה במשפחה ובדרך גידול הילד. גם אם זה בניגוד לעמדת ההורים ולדרך בה הם חושבים שנכון לחנך את ילדיהם, במקרים מסויימים אף תאכוף החברה את דעתה על ההורים ותחייבם לבצע דברים מסויימים לטובת הילד. על מנת לקבוע מהי טובת הילד נעזרת החברה גם בחוות דעתם של אנשי מקצוע בכל נושא ונושא, למשל בריאות, חוק חינוך חובה, משמורת הילד ועוד.

על פי האמנה מושג 'טובת הילד' הוא ערך ראשון במעלה שיש להתחשב בו בכל החלטה הנוגעת לילדים. מושג זה של 'טובת הילד' מחייב הסתכלות רחבה מצד החברה (וכלל המטפלים בילדים ומקבלי ההחלטות לגביהם) ובתי המשפט, תוך התמקדות בכל מקרה לגופו. בסופו של דבר ההחלטה תכלול התחשבות בעתידו של הילד ותכלול כמה גורמים יחד, כמו שלומו, גילו, השפעת ההחלטה על חייו, התחשבות בעתידו, רצונו ועוד. השאלה שעומדת בפנינו כרגע היא הגדרת מושגי 'זכויות הילד' ו'טובת הילד' על פי מקורות הלכתיים. בחינת השאלה הינה דבר מורכב עקב מספר קשיים.⁴

הקושי הראשון נובע מכך שאיננו יודעים האם מושגים אלו היו קיימים בספרות ההלכתית ומה היתה חשיבותם כטיעון בפסיקה.

הקושי השני נובע מכך שחכמינו לאורך הדורות לא השתמשו בכתיבתם במושגים אלו, ויש לנסות לבחון את כוונתם של החכמים כפי ששתמעת מדבריהם ולזהות האם כוונתם בעצם למושגים אלה.

קושי נוסף מקורו בעובדה כי בספרות ההלכתית (וגם בכללית החילונית) המונחים 'טובת הילד' ו'זכויות הילד' שלובים ולעיתים חופפים. טשטוש מושגים זה מקשה עוד יותר על היכולת לזהותם. כמו כן אינני בטוח כי הייתה הבחנה ביניהם בספרות ההלכה, ואם כן, אז האם ההבחנה בספרות ההלכה דומה להבחנה ה"חילונית".

קושי רביעי ואחרון עניינו בכך שיש לזכור כי בהלכה ישנם עקרונות בסיסיים אחרים שיש בהם בכדי להשפיע על אופן קבלת החלטות הקשורות לחייו ולהבאתו לעולם של הילד. עקרונות אלה עוסקים בחובות האב לבנו כגון ללמדו תורה ואומנות,⁵ מדובר בדברים ספציפיים שהגמרא דורשת מההורים ויש עדיפות שהאבא יקיימם. עקרון נוסף שיש בו בכדי להשפיע הוא מצוות 'פרו ורבו'. מצווה זו הינה חשובה מאוד והיא אחד המרכיבים המהותיים בחיי הנישואין של זוג ע"פ היהדות, ולכן תתקבלנה החלטות הקשורות בחשיבות של הבאת ילדים גם במצבים שאינם פשוטים כלל וכלל.

3. תרגום לעברית של האמנה בדבר זכויות הילד:

http://www.btselem.org/hebrew/international_law/convention_on_the_rights_of_the_child

4. ניתן לעיין גם בספרו של ד"ר ישראל צבי גילת "דיני משפחה יחסי הורים וילדים" - הוצאת חושן למשפט תשס"א. שם הוא סוקר את הקשיים האובייקטיביים והסובייקטיביים בחקר מגמתם של היחסים שבין הורים לילדים בהלכה. פרק רביעי-4.1.4. בהתחלה.

5. קידושין דף כט.

מקור 1

ר' ליעזר או' יתומה יש לה בלאות ר' יהודה אומ' משם ר' ליעזר יתומה יש לה פירות בן שמת אביו אמו אומר' יתגדל אצלי ויורשין אומ' יתגדל אצלינו אין מניחין אותו להתגדל אצל מי שראוי ליורשו מעשה היה באחד ושחטוהו בערבי פסחים.

תוספתא כתובות (ליברמן) פרק יא הלכה ד

מקור 2

אמר רב חסדא: זאת אומרת, בת אצל אמה. ממאי דבגדולה עסקינן? דלמא בקטנה עסקינן, ומשום מעשה שהיה! דתניא: מי שמת והניח בן קטן לאמו, יורשי האב אומרים יהא גדל אצלנו, ואמו אומרת יהא בני גדל אצלי - מניחין אותו אצל אמו ואין מניחין אותו אצל ראוי ליורשו, מעשה היה ושחטוהו ער"ה! אם כן, ליתני למקום שהיא, מאי למקום שאמה? שמעת מינה, בת אצל האם, לא שגא גדולה ולא שגא קטנה. [רש"י: 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].

בבלי כתובות דף קב עמוד ב

המקרים המתוארים בתוספתא ובגמרא הינם שני מקרים דומים (או אותם המקרים עם שינויים קלים) בהם מת האב והאם רוצה שבנה יגדל אצלה, ואילו יורשי הבן רוצים הם לגדלו. נראה שנפסק במקרים אלו כי הבן יגדל אצל אימו, ומוסיפים מעשה שפעם אחת יורשי הבן הרגו את הבן בערב פסח (או ערב ראש השנה), והסיבה להריגתו היא כי הם מרוויחים את ירושתו ולכן יש להם אינטרס להרגו. בגמרא אף מוכח לאחר הבאת התוספתא, כי לגבי גידול בת אצל אימה אין זה משנה מה גילה של הבת, ותמיד היא תגדל אצל האם.

מקור 3

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

תשובה: הבת לעולם אצל האם, הטעם: כדי שתרגיל האם לבת, ותלמדה דרך נשים, ושלא תרגיל עצמה בפריצות. אבל הבן, יותר ראוי להיות אצל האנשים הקרובים.

שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן סימן לח

מקור זה מתאר שאלה שנשאל הרשב"א בדבר משפחה בה מת האב. האם דורשת מהאפוטרופוס מזונות לה ולבניה, ואילו הם (אפוטרופסי האבא) תובעים שיבואו הילדים ויחיו אצלם והם יפרנסו אותם. הרשב"א פוסק כי קיימת חזקה לפיה הבת לעולם אצל האם מכיוון שהאמא תלמד את הבת דרך נשים, וככה הבת לא תרגיל את עצמה בפריצות. ואילו תשובת הרשב"א לגבי הבנים היא שראוי יותר שהם שיגדלו אצל האפוטרופוסים. מקור זה מחדש לנו ומבהיר כי אצל בנות ישנה חזקה שהן תגדלנה אצל אימן והסיבות לכך הן בעיקר חינוכן של הבנות.

ניתן להבין את הסיבות לפסיקה הזאת בכמה דרכים: הראשונה, עדיף שהבת תגדל אצל אמה מכיוון שזאת 'טובת הבת'. דרך שנייה להבין את מה שעומד מאחורי פסיקת הרשב"א, היא שהבת תגדל אצל אמה מכיוון שזה טובת החברה. החברה המתוקנת בעצם מחייבת את הבת לגדול אצל אמה כדי להנכח לחיות בחברה. גם הטיעונים שאותם מביא הרשב"א (תלמודה דרך נשים, שלא תרגיל עצמה [...]) וגם פסיקתו עצמה לגבי הבנים שנשארים אצל האפוטרופוסים יכולים לחזק כל סיבה כשלעצמה. ניתן למשל לטעון כי במהות הדברים חינוך הילדה זה 'טובת החברה' וחובת האם, אך בד בבד ניתן לטעון כי מה שהניע את הרשב"א לפסוק כך הוא 'טובת הילדה'. את הנימוק לקביעה על העברת הבנים לאפוטרופוסים ניתן לבסס על כך כי זו ההחלטה הטובה ביותר עבורם, או שהחברה היא זו שמבקשת את זה מנימוקיה שלה (כמו רצון לבנות חברה מתוקנת).

מקור 4

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:): אמר רב חסדא: זאת אומרת: הבת אצל האם, לא שנא גדולה ולא שנא קטנה, ויש מן הפוסקים שפסקו: ואפילו יש לה אב, ה"מ = 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 ולחנכו למצות, צריך שיהא אצל אביו⁶

שו"ת הרא"ש כלל פב סימן ב

מקור זה מראה באופן משמעותי כי השימוש במושגים 'טובת הילד' ו'זכויות הילד' לא בא לידי ביטוי. הרא"ש משיב על השאלה של זוג שרוצה להתגרש והשאלה היא איפה הבן שהוא פחות מבן שש יגדל (האבא משחק בקוביא)? הרא"ש פוסק כי הבן יגדל אצל אביו מאחר והאב מחויב ללמדו תורה ולחנכו למצוות. ניתן לראות כי מקרה זה מראה בצורה די חריפה כי החשיבות בהחלטות לגבי הילד היא חינוכו למצוות וחינוכו הכללי ע"י האבא (!), ושאלת מה טוב לילד לא נשאלת ולא מהווה שיקול.

מקור 5

שלמו חדשיו וגמילתו, אם רצתה המגורשת שיהיה בנה אצלה, ז (ח) אין מפרישין אותו ממנה [ד] עד שיהיה בן שש שנים גמורות, אלא כופין את אביו ונותן לו מזונות והוא אצל אמו; יא] ואחר ו' שנים ח יש לאב לומר: [ה] אם אינו אצלי (ט) לא אתן לו מזונות. ט והבת אצל אמה לעולם, יב] ואפילו לאחר ו'. הגה: יג] ודוקא שנראה לב"ד שטוב לבת להיות עם אמה, אבל אם נראה להם שטוב לה יותר לישב עם בית אביה, י [ו] אין האם (י) יכולה לכופף שתהיה עמה. שו"ע אבן העזר הלכות כתובות סימן פב סעיף ז

מקור 6

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

**תשובה: הדין עם האב שאפילו היתה אמו קיימת וגרשה בעלה והיא אומרת להניק
והוא אומר שלא להניק היה הדין עמו**

שו"ת תשב"ץ חלק א סימן מ

מקור זה (השו"ע), מתאר בני זוג שהתגרשו, ולאחר תקופת ההנקה רצתה האם להמשיך לגדלו. ניתן לראות שברור לשולחן ערוך כי קיימת חזקה לפיה לאם עדיפות בגידול הילדים. מקור זה מוסיף כי החזקה קיימת גם לגבי הבנים, וזאת עד גיל שש. לאחר גיל שש יכול האב לכפות על האם להעביר את הבנים לגידול האב ואילו הבנות נשארות אצל האם. נקודה חשובה נוספת אותה מוסיף הרמ"א היא שהבת נשארת לשבת אצל אמה לאחר גיל שש רק במצב שבית הדין סבור כי זה המעשה הטוב ביותר לילד. אם נראה כי טוב יותר לבנות שתגדלנה אצל האבא בית הדין יכול לכוף את האמא לכך. מדבריו של התשב"ץ נראה כי רשות הבן אצל האב, ולכן הוא יכול לכפות את האם להעביר את בנו אליו ושהוא יגדלו, אפילו אם האם לא סיימה את תקופת ההנקה.

מקור 7

**זו"ל אם רצת' המגורשת שיהיה בנה אצלה אין מפרישין אותו ממנה עד שיהיה בן
ו' שנים גמורות אלא כופין את אביו ונותן לו מזונות והוא אצל אמו עכ"ל.
שו"ת מהר"ם אלשיך סימן לח-רמב"ם הלכות אישות**

המהר"ם אלשיך כבר מנסח את הקביעה שראינו בסעיפים קודמים לא כתשובה אלא ממש כחזקה אשר אמורה להיות כלל שיחול בכל המקרים הדומים. אבל שוב איננו יכולים לדעת מה עומד מאחורי החלטה זו, האם זכותו של הילד לגדול אצל אימו? או אולי טובתו? ושמה זכות או חובת האם?

מקור 8

**שאלה: ראובן גרש אשתו והיו לה ב' בנות ונשארו עמה כדין הבת אצל אמה ונשא'
והיה לה מריב' עם בעלה ומשום שלם הב' /שלום הבית/ החזיר' הבנו' לאב' אחר
שנש' הוא ג"כ אשה אח"כ הלך בעלה למרחקי' ואין רצונו לחזור כי שלח לה גט
זמן והבנות הן מצטערו' 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 [...] ובת הנזונת מן האחים זנין אותה בבית אמה ואין כופין אותה
לדור אצלם לא שנא גדולה ולא שנא קטנה [...] 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 [...] וכ"ש הכא בני"ד שהבנות אומרות שהן מצטערות בבית
אביהן דנשוי לאשה אחרת ורוצות לחזור לבית אמן דפשיטא שאין כח באביהן
להחזיק בהן בעל כרחן וכמו שכתב [...] והנראה לי כתבתי נאם המבי"ט.
שו"ת מבי"ט חלק ב סימן סב**

המקרה איתו מתמודד המבי"ט סבוך מאד עובדתית. זוג שלו שתי בנות התגרשו. האם שבנותיה גדלו עימה נישאה בשנית, ולאחר זמן רבה עם בעלה החדש ומשום שלום בית החזירה את בנותיה לאביהן (בעלה הראשון). גם אביהן נישא בשנית ובעלה הנוכחי נסע למרחוק ושלח לה גט. האם שהפכה בינתיים לגרושה שוב מבקשת להחזיר את בנותיה אליה. לבנות לא טוב בבית אביהן. האם האם יכולה לכפות את האב? תשובתו של המבי"ט

בקצרה אומרת שהאם יכולה לכופף את בעלה הראשון מהטעמים המובאים (חזקת גידול האם את הילדות גם אם הן גדולות). המבי"ט מוסיף כי הנימוק להשבת הבנות לגדול אצל אימן היא לא קירוב האם לבת (שאת זה אולי ניתן היה להגדיר בתור 'זכות הילד'), או הקושי של הבנות בבית אביהן (שאת זה ניתן היה להגדיר כ'טובת הילד' אולי), אלא הוא מבוסס על חובת האם לחנך את בתה.

מקור 9

יש לדקדק דמשמע אם האם מוחלת לו המזונות, תוכל להחזיק בנה אצלה על כרחו וזה הוא נגד המושכל למה תוכל לכופו והיא אין לה שייכות לבן והוא מצוה עליו בכמה דברים בפרט ללמדו תורה ויש ליישב בדוחק כשהבן אינו רוצה להפרד מאמו יש לאב לומר אין עלי חיוב צדקה לפרנסו כל זמן שאין שומע לקולי להיות אצלי ללמדו תורה ושאר דברים.

חלקת מחוקק סימן פב - לא אתן לו מזונות.

בדומה למקור הקודם גם כאן רואים כי ההנחה הבסיסית היא שהבן יגדל אצל אביו, כי הוא מחוייב לחנכו ומצווה עליו בכמה דברים, אבל כאן ניתן לראות כי יש מקרים בהם האמא תוכל לכפות על האב להעביר את הילד לחזקתה. כפייה זו על האב מותנית בויתור האם על קבלת מזונות הילד.

מקור 10

שאלה: ראובן מת בחיי אשתו והניח בת קטנה יונקת שדי אמה [...] אחר שמת רצתה האלמנה לגבות כתובתה וללכת לשוב אל עמה ואל מולדתה שהם דרים בעיר אחרת והאלמנה טוענת שגם רצונה להוליך בתה עמה להניק [...] והאפטרופוס טוען שהיתומה בת אחיו [...] ואינו רוצה לתתה לה שיוליכנה לעיר אחר [...] [...]

תשובה: וכללא דמלתא כי כל זכות שאז"ל (שאמרו זכרונם לברכה, י"ו) בדבורם הבת אצל האם לעולם לא אמרו כן לחוב לאחרים אלא במה שאין כופין אותה לדור אצל האחים ושאר האחים יכולים לומר אם את אצלנו יש לך מזונות כו' אלא שיתנו לה מזונות אפי' שהיא בבית אמה ובזכותה דברו לא בזכות האם כמו שכתב הר"ן הלשון הנז"ל וכן בבן בזכות הבן דברו כמו שהוכיח המ"מ (המגיד משנה, י"ו) בלשון הגמ' בעירובין דאפי' בן שש בצוותא דאמא ניחא ליה א"כ כל שירא' לאב או לאפטרופ' שהוא חוב לבן או לבת להפרידה מן העיר הרשות בידם ויכולי' לומר לאם מה שאמרו שהבת אצלך לא אמרו אלא בזכות הבת [...] ולעולם צריך לדקדק בדברים אלו אחר שירא' בעיני ב"ד בכל מקום שיש בו יותר תקון ליתומים [...] ואחר שתגדל הדבר תלוי בה בכ"מ שתמצא ולשם יתנו לה מזונותיה ופרנסה ואחי אביה ישתדל בנשואיה [...]

שו"ת מהרשד"ם חלק אבן העזר סימן קכג

במקרה זה של רצון האם לקחת את ביתה לעיר אחרת בזמן ההנקה, והאפטרופוסים מצד האב מונעים ממנה לעשות זאת, פוסק המהרשד"ם כי את עיקר ההחלטה היא בידי בית הדין שהוא אבי היתומים והוא יחליט לגביהם. נקודה חשובה שמוסיף המהרשד"ם היא שאותם האפטרופוסים הרוצים למנוע את עזיבת האם לא עושים זאת מזכות האם אלא מזכות הבת, וכמו כן הוא מביא את דברי הר"ן 'דיברו בזכות הבן' ואת הוספת המגיד משנה שבבן יש להתחשב בדעתו; ולמרות שדיברו בזכות הבן, יש מקרים בהם כופים את חובת הבן

למרות שזה לא בדיוק זכותו ('זכותו' לא במובן בו אנו משתמשים היום). נקודה נוספת היא שהמהרשד"ם מציין כי לאחר שתגדל הילדה הדבר, ההחלטה תלויה בה. כמה נקודות עולות מדברי המהרשד"ם. הראשונה היא שנראה מדבריו כי הוא נותן משקל ל'זכות הילד', ניתן לראות זאת מהשימוש בביטוי 'זכות הבת'. נקודה נוספת היא ההתחשבות בקול הילדה כאשר היא גדלה. עדיין לא ברור לנו מדבריו למה הוא מתכוון בביטוי 'זכות הילדה'. האם 'זכות הילד' היא כמו ההגדרה בעולם ה"חילוני", או שאולי הכוונה אחרת. כמו כן לא ברור כלל למה מתכוון בביטוי "תגדל הילדה" - באיזה גיל מדובר? בכל מקרה נראה כי המהרשד"ם מציג לנו זווית חדשה ומשתמש במושגים חדשים שלא הכרנו קודם בפסיקה. בשלב זה נראה כי הוא לבד.

מקור 11

ולבסוף מסיק הרב (הרמב"ן, י"ו) ז"ל וז"ל, 'ולעולם צריך לדקדק בכלל לדברים אלו אחר מי שיראה ב"ד בכל מקום ומקום שיש בו יותר תקון ליתומים שב"ד אביהם של יתומים לחזר אחר תקונן עכ"ל.

הרי לך בפירוש שמוכן מדברי הרב ז"ל שאפילו נגד הגמרא יש כח ביד בית דין להוציא ולתת כשרואין שיש תקון היתום בכך, דודאי זהו מה שאמר מה כח בית דין יפה שאחז"ל במסכת גיטין [לג ע"א] בכמה דוכתי, ועלייהו סמך הרב ואמר אחר שיראה לבית דין בכל מקום ומקום וכו', שכיון לפסוק ולתת כח ביד ב"ד לעשות כפי ראות עיניהם.

שו"ת משפטי שמואל שאלה צ

ניתן לראות באופן די ברור מכאן כי כוח בית הדין דווקא כן קיים לפעול במצבים מסויימים בהתאם לכלל 'טובת הילד'. יש מקום לשאול שמא מדובר רק במקרה של יתומים. הרמב"ן אומר שיש לנהוג ככה אפילו בניגוד למה שנראה מהגמרא.

סיכום פרק ראשון

ניתן לראות מהגמרא והתוספתא (מקור 1 + 2) כי במקרה שהאב מת ויורשיו מבקשים לגדלו ואף אימו דורשת זאת, היא מקבלת את בניה ומגדלת אותם לפחות עד גיל 6, ובגמרא אף מוכח שלגבי גידול הבת היא תהיה ברשות אימה לא משנה באיזה גיל. בנוסף לכך ניתן לראות כי לרשב"א (מקור 3) היתה הנחה כנראה, המבוססת על הגמרא, כי הבת תגדל אצל אמה. לא ידוע לנו האם קיימת מגבלת גיל לעדיפות זו, אבל נראה כי הסיבה לפסיקתו של הרשב"א היא בעיקר חובתה של האמא לחנך את ביתה. חשוב לזכור כי חזקת הגידול אותה מציין הרשב"א נוגעת רק לבנות ולא לבנים.

מהשולחן ערוך (מקור 5) ומהמהר"ם אלשיך (מקור 7) נראה כי ישנה חזקה הידועה בספרות ההלכתית, לפיה הבן עד גיל שש אצל אימו והבת לעולם אצל אימה (עניין 'והבת לעולם' מופיע רק בשו"ע אך נראה גם משאר המקורות כי יש חזקה גם בבת). לגבי הבן, הגדול ממש, יכול האב לכפות את אימו של הילד לתת לו לגדלו. ניתן להסביר כי ההבדל הנובע מהאמור לעיל בין היחס לבת ולבן, הוא שלאחר שהבן כבר אינו זקוק ממש לאימו אביו מגדלו, וזאת מכיוון שהוא חייב לחנכו (תורה, מצוות, אומנות).

הרמ"א (מופיע במקור 5) מחדש לנו כי החזקה הזאת (שהבת אצל האם) מתקיימת רק בתנאי שבית הדין רואים החלטה זו כ'טובה לילד'. אם לא, ההחלטה תתבצע על פי מה שנראה לבית הדין כטוב ביותר לבת. גם המהרשד"ם (מקור 10) סובר שאת עיקר ההחלטה לגבי ילדים קטנים נותנים בידי בית הדין שהוא 'אביהן של יתומים', הוא מוסיף כי לאחר שהילדה גדלה הדבר תלוי בבחירה שלה. גם את דעתו של הבן יש לשמוע ולנסות להתחשב בה למרות שלא חייבים להחליט על פיה, מחדש המהרשד"ם. כמו כן ראינו שבשו"ת משפטי שמואל (מקור 11) סובר כי ישנה חשיבות גדולה לבית הדין, שכן יכול לפסוק על פי עקרון טובת הילד.

שו"ת הרא"ש והתשב"ץ (מקורות 4, 6) חולקים על חזקה זו, ומלמדים כי הבן תמיד כפוף לאביו עוד מהיותו תינוק. החלקת מחוקק (מקור 9) חולק גם הוא על ההנחה הבסיסית של חזקה זו כי הבן יגדל אצל אימו, ופוסק כי הבן ברשות אביו מאחר ואביו מצווה לחנכו, ואם האם מוחלת על מזונותיה הבן יגדל אצלה. אמנם ניתן להגיד כי הם לא חולקים על המקורות בהם דנים ביורשי האב ולא באב ממש (כמו שנראה מהשאלות בהן הם התעסקו), אבל על המובא בשו"ע נראה די בכירור שהם חולקים ממש. בשו"ת המביט (מקור 8) כבר מתוארת לנו הסיבה למה הבת גדלה אצל אימה, וזה מכיוון שחובת האם לחנך את ביתה. הוא מוסיף כי אין הבדל בגיל הבת אלא גם הגדולה שחיה אצל אביה, יכולים לכופו להעבירה לאימה. המבי"ט מוסיף כי יש להתחשב ברצונה. למעשה ניתן להגיד שישנה חזקה כי הבן והבת גדלים אצל האם עד גיל שש, אם כי לא מובן עד הסוף הבסיס של אותה החזקה. נשארה פתוחה השאלה האם גידול הילדים אצל האם מבוסס על חובת האם לחנך את ילדיה, על התחשבות ברצון האם, או שמא מדובר במחשבה על 'טובת הילדים'.

קשה להסיק מסקנה ברורה מהמקורות שהובאו, ישנם הרבה מקורות לכל כיוון. ישנם מקורות הסוברים כי צריך לצאת מנקודת הנחה שהבן הוא בחזקת אביו מלידתו כי הוא מחוייב בו. בנוסף יש מקורות המראים כי הבת גדלה אצל אימה גם לאחר שגדלה כי היא מחויבת לחנכה (ולא מדובר בטעם של התחשבות בטובת הילדה). לעומתם יש את המקורות המראים כי לאחר שהילדים (בן או בת) גדלים יש להתחשב בדעתם. ניתן להסביר כי החזקה הבסיסית של הבת והבן אצל האם עד גיל 6 נובעת מהתחשבות בטובת הילד. לענ"ד ניתן להגיד כי מה שעולה מן המקורות הוא שכן היתה התחשבות בפסיקה ב'טובת הילד'. ניתן לראות זאת מהחזקה הבסיסית עצמה, ולא משנה האם היא נובעת כהתחשבות בטובת הילד או ממקום של חובת האם על הילדים. חשוב לזכור כי לא ניתן עדיין להגיד בברור אם הגורמים המשפיעים על תפיסה זו, המתחשבת בילד, מתבססים על חובת האם לגדל את ביתה כהתחשבות ברצון החברה, וללא קשר לרצון הבת (ושייכות הבן לאב הנובעת מחובת האב ללמד את הבן מצוות ותורה, וגם כאן לא מהתחשבות בבן), אך כפי שאמרתי דבר זה אינו משנה למסקנה כי חזקה זו כן מתחשבת ב'טובת הילד'.

נראה ברור כי המושגים הנ"ל ('זכויות הילד' ו'טובת הילד') לא היו חלק משפתם ומעולמם של חכמינו. לענ"ד העולה מהמקורות אלו העוסקים בחיי הילד, הוא שהבסיס להחלטות לגבי הילד למרות האמור לעיל הוא חובת ההורים לחנך את ילדיהם (המחוייבות שלהם לקיים מצוות וחובות בילדיהם). גורם זה הוא המכריע. אמנם יש התחשבות ושיקול, עקרון 'טובת הילד' נכנס כגורם, אך הוא אינו המשפיע. לכן למשל נפסק כי כשהבנים גדלים הם עוברים לרשותו של האבא (על פי רוב המקרים הנ"ל) מאחר והוא מחויב לקיים בהם את המצוות הנוגעות לחינוכם.

בהקשר זה ניתן להיעזר בדבריו של ד"ר גילת: "קשה לומר שהאב ממונה עליהם (על הילדים, י"ו) רק מתוך דאגה כנה לטובתם. הנה החובה המרכזית של האב לזון את בניו ולפרנסם. הבת מתגדלת אצל אימה, כי חובת האמא לחנך את ביתה."⁷

אחזור ואגיד כי נראה לי שההכרעה בנושא מורכבת יותר ולכן אדגיש שוב כי מושג 'טובת הילד' על פי הבנתנו היום כן היה בחלקו נתון משפיע על הפסיקה. אמנם הוא לא היה הנתון היחיד והיה בעל משקל פחות מאשר היום, אבל היתה התחשבות בטובתו של הילד. ניתן לראות מהמקורות שפסיקות רבות ראו בחזקה הנ"ל התחשבות בטובתו של הילד, ואף נראה מחלק מהמקורות כי ברשותו של בית הדין לפעול ממש לטובת הילד. חשוב להדגיש כי שיקול זה של 'טובת הילד' הנו שיקול נוסף במערכת השיקולים בספרות ההלכתית, אף שאינו המשפיע היחיד, אלא ישנם שיקולים נוספים כמו מצוות הבן המוטלות על האב והתחשבות בחברה. על כן שיקול זה אינו המכריע ולפעמים הוא חסר משמעות. מסיבות אלו אף נובע ההבדל שנראה לאורך כל המקורות בין הבן לבת, שהעיקר חובות ההורים בילדים הם בבן דווקא.

חשוב להגיד כי נראה בכירור שע"פ המקורות ההלכתיים קשה לעמוד על ההבדל בין מושג 'טובת הילד' למושג 'זכויות הילד'. ישנם מקומות בהם ההתחשבות היא בדעתו של הילד או בגילו או בטובתו או ברצונו. חלק

7. "דיני משפחה יחסי הורים וילדים" ד"ר ישראל צבי גילת, הוצאת חושן למשפט שנת תשס"א. פרק רביעי עמוד 50.

מגורמים אלו הינם גורמים הקשורים לזכויותיו של הילד אך חלק הם טובתו, ולכן קשה לדעת האם היתה חלוקה מודעת בפסיקה הקדומה בין מושגים אלו.

נקודה נוספת שכדאי לעמוד עליה היא חשיבותו של בית הדין. ראינו מכמה מקורות כי בית הדין נחשב כאבי היתומים, ולכן בסמכותו לקבוע את עתידו של הילד על פי הסתכלות על הילד בלבד. נראה כי ברשותו של בית הדין כן נמצאת היכולת לפסוק על פי 'טובת הילד' ממש במקרים מסוימים.

נראה כי מתעוררת סתירה לכאורה בין הפסיקה ברוב הספרות ההלכתית הקדומה אשר מתחשבת בפסיקה בעיקר ב'חובות וזכויות ההורים' ולא 'בטובת הילד' המקובלת כיום, לעומת המקורות המראים (מהרשד"ם, משפטי שמואל מיוחס לרמב"ן) כי בית הדין הנו אבי היתומים וחובה עליו לפסוק על פי 'טובת הילד' במקרים מסוימים. ניתן ליישב סתירה זו בכך שנגיד שבית הדין יפסוק ע"פ 'טובת בילד' במקרה בו הוא יתום מאביו, והסיטואציה היא מול יורשי האב, או כשמדובר באפוטרופוסים ולא באב עצמו, אך בשאר המקרים נחזור 'להתחשב' בהורים ובכללים הידועים לנו בלבד. ניתן לסבור כך כי במקרים בהם האבא 'לא בתמונה' לא תהיה התחשבות בו, ולכן בית הדין יתחשב בילד. ניסיון זה ליישב את הדברים קשה מכיוון שאין לנו הוכחות שאכן אלו הגורמים אשר השפיעו על בית הדין להתחשב בכך ובטובתו, וגם ישנם מקרים בהם האב 'לא בתמונה', אלא יורשי האב או האפוטרופוסים, ועדיין לא ידוע לנו על התערבותו של בית הדין. בנוסף ישנם מקרים בוודים בהם מתוארת פסיקה ע"פ בית דין למרות שהבן לא יתום.

לכן אבקש להציע דרך אחרת ליישוב הסתירה. ייתכן וניתן לומר כי גם מושג 'טובת הילד' שבית הדין נראה כי הוא פוסק על פיו, תוכנו ומשמעותו שונים ממושג 'טובת הילד' המוכר לנו כיום. 'טובת הילד' אשר על פיה פוסק בית הדין הינה טובת הילד להישאר בחיק הדת, המקום בו קיום המצוות שלו לא ייפגע, ועל פי זה בית הדין פוסק בהכרעות הנ"ל. כך גם הבת טובתה החינוכית הפרטית והכללית לגדול אצל האם. ניתן לעניות דעתי לומר כי רק במקרים בוודים כמו בעניין ההנקה תוכנה של 'טובת הילד' במקורות דומה לתוכן המונח 'טובת הילד' כפי שאנחנו מבינים היום.⁸

ב. פרק שני - סקירת הפסיקה הרבנית בתקופה האחרונה

כיום ניתן להגיד כי בעולם הכללי, החוץ הלכתי, כל פסיקה העוסקת בילדים וכל התעסקות של בתי המשפט וגורמים המטפלים בילדים (פסיכולוגים, רופאים) ילווה בשימוש במושגים של 'זכויות וטובות הילד'. בניגוד למה שכתבתי בפרק הקודם, כי מושגים אלו לא היו בשיקולים של פסיקת ההלכה בספרות ההלכתית הקדומה, היום ניתן לראות כי בשיח ההלכתי השימוש במושגים אלו מתפשט יותר ויותר. המושגים הנ"ל נכנסים כשיקולים בפסיקה של בתי הדין הרבניים. אחת השאלות החשובות היא, האם מושגים אלו הובאו מהעולם החוץ הלכתי (החילוני) לתוך עולמו הדתי, או שמא אכן נמצאות אסמכתאות למושגים אלו בספרות ההלכתית הקדומה ע"י הפוסקים והשופטים היום?

בחיפוש ההגדרה 'טובת הילד' בפסקי הדין הרבניים הנמצאים בפרוייקט השו"ת, נמצאו למעלה מ-200 תוצאות. דבר שלעצמו מעיד על השימוש הרב בביטוי זה. אביא כאן כמה דוגמאות.

מדובר בתביעת אשה מבעלה להוסיף על מזונות בתם בהתאם ליוקר המחיה, לפי ההסכם שביניהם, ולחייבו לספק לה לבוש. טענת הבעל היא שאין לשנות את ההסכם בו התחייבה האשה לא לבוא בשום תביעות נוספות. להלן חלק קטן מן הפסק:

ואם העתירה היתה לטובת הילדה - יהיה ההסכם אשר יהיה - היה ביה"ד נענה לעתירה זו מיד.

חלק ה עמוד 173, ניתן היום ד' בניסן תשכ"ב 1962

8. ניתן לראות רעיון דומה בספרו של ד"ר ישראל צבי גילת. "דיני משפחה יחסי הורים וילדים" - הוצאת חושן למשפט תשס"א, פרק 13 עמ' 378.

ניתן לראות כאן שהדיין בפסיקתו מציין כי אם המניע לעתירה היה טובת הילד, בית הדין היה נענה מיד לעתירה ופוסק על פי טובת הילד. פסק דין זה מראה בבירור כי המשמעות שנותנים לטיעון 'טובת הילד' הוא משמעותי ומכריע.

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, וכלל גדול [...] כנ"ל, וכן כתב בשו"ת משפטי שמואל סי' צ' בה סומך על דבריו המיוחסות להרמב"ן, שיש כח ביד ביה"ד להוציא ולתת היתום למי שימצאו שזה לטובת הילד, וזהו מה שאמרו מה כח ביה"ד יפה. פסק דין רבני חלק יא עמוד 368, שנת-1981

פסק זה כבר מחדש לנו כי ההכרעה על פי טובת הילד היא כבר כלל גדול בהלכה היהודית מדורי דורות שחייבים להתבסס על מה שטוב יותר לילד (!) בנוסף הוא מציין מקור שהבאתי במאמר על כוחו של בית הדין להכריע על פי טובת הילד. ניתן לעיין באמור לעיל בכל הקשור למקור זה וליישוב הסתירה הנוגעת לבית הדין.

ואשר לתלונת ב"כ המערערת בדבר החזקת הילדים שלפי קביעת ביה"ד האזורי הילדים ימצאו ברשות אביהם ובחזקתו לדבריו: המשיב מתגורר עם פילגש אחת בקביעות עם שני ילדים, כלום - הוא שואל - התנהגותו זאת של הבעל הנה מוסרית עד כדי כך שתצדיק את מסירת שני ילדיו לחזקתו? [...] ולכן שומה על ביה"ד לחזור ולדון בדבר החזקת הילדים, ולברר מה טובת הילדים דורשת, ולקבוע בהתאם לכך את מקום החזקתם.

פסק דין רבני חלק ח עמוד 362

במקור זה מציינים הדינים כי פסקם במקרה דנן יינתן ע"י בירור מהי טובת הילד. על פי מקור זה בית הדין לוקח על עצמו לברר מה 'טובת הילד' - איזו החלטה תהיה יותר טובה לילד, ועל פי זה יקבע היכן הוא יגדל. היכן ראינו כי 'טובת הילד', המחשבה איפה יהיה יותר טוב עבורו, היא הגורם המכריע בפסיקה?

(ב) והוא הדין שאין האב והאם יכולים להתפשר ביניהם בענין פסיקת מזונות ילדיהם בתור הסכם קבוע, כי פסיקת המזונות תלויה בטובת הילדים והיא ניתנת תמיד לשינוי לרגל נסיבות המצב והזמן [...] היות וביה"ד נתן תוקף של פס"ד להסכם הגירושין, לכן זאת אומרת שהצדדים דהיינו האב והאם, וביה"ד באו לידי מסקנה שטובת הילדים היא אך ורק שיסודרו במוסד, והיות והילדים הם לא סחורה שיעשו הסכמים על גביהם ולקשור אותם עם שאר הסעיפים שבהסכם הגירושין, לכן יש לפסוק שאעפ"י שההסכם על הגירושין עצמו בטל, הסעיף בדבר החזקת הילדים נשאר קיים [...] שהילדים טובתם אצל האב ע"מ שיסדרם במוסד, הסכם זה נשאר בתוקף וכאמור שטובת הילדים אין לכרוך אותם בשאר הסעיפים שבהסכם הגירושין [...] ביה"ד פוסק ברוב דיעות: כי הסעיף בדבר החזקת הילדים שבהסכם הגירושין הוא בתוקף ואין להוציא את הילד ג' לרשות אחרת [...] החל מהיום כ"ז בסיון תשל"ח /שמיני לששי שבעים ושמונה

פסק דין רבני חלק יא עמוד 154

גם במקור זה נראה כי בית הדין אינו מבטל את אחד הסעיפים בהסכם הגירושין, אף על פי שאת כל שאר ההסכם הוא ביטל. ב"ד לא ביטל את הסעיף מכיוון שזה סעיף החזקת הילד, וביטול סעיף זה יפגע בטובת הילד ולכן אין לבטלו בשום אופן. גם מקור זה מראה כי מושג 'טובת הילד' הוא בסיסי בפסיקת בית הדין. אביא פסק דין אחד מבית המשפט אזרחי ובו מתאר השופט⁹ דרך אגב כי את העניין הפסיקה על פי 'טובת הילד' כבר נקטו חכמי ישראל מדורי דורות. השופט זילברג בפרשת שטיינר נ' היועמ"ש כתב את הדברים הבאים:

מבחן טובת הילדים, לדעתי, לא ימלט בו אחד מן השניים: או שאינו שיקול רציני כלל או שמתחשבים בו ובו בלבד. פשרה לא תתכן כלל: הוא אינו ניתן לחלוקה ואין למזגו ולערבבו באיזה שהוא שיקול אחר. כי משהתרומם המחוקק לדרגת התפיסה המודרנית - ובתפיסה מודרנית זו נוקטים חכמי ישראל זה עידן ועידנים (הדגשה שלי, י"ו) - כי הילד אינו 'אובייקט' של שמירה והחזקה להנאתו או לטובתו של אחד ההורים אלא הוא עצמו 'סובייקט', הוא גופו 'בעל דין', בשאלה חיונית זו, הרי לא יתכן להתעלם מן האנטרסים בשום צרוף מסיבות שהוא, ולא יתכן כי נדחה אותם מפני 'זכות' של משהו אחר, ויהא זה האב או האם. לכן צדק המחוקק הישראלי בקבעו - וזהו לדעתינו מובנו הנכון של סעיף 3(ב) - כי טובת הילדים תהא השיקול הסופי והמכריע (הדגשה שלי, י"ו) הן בהתנגשה עם האפוטרופסות [...] והן בהתנגשה עם הוראת חוק זר [...]

אומנם מקטע זה לא ניתן לראות מה מקורותיו של השופט אבל בהמשך פסק הדין מביא השופט ציטוט מספרו של הרב עוזיאל 'שערי עוזיאל' ושם הוא כותב:

הריי שהאב ואין צורך לומר כל יתר הקרובים אין להם שליטה כל שהיא בגוף ילדיהם.. ואפילו לדברי האומרים שאין בית דין מפקחים על נכסי ילדים בחיי אביהם, אין זה אלא שסומכים על האב ושהוא יעשה כל מה שטוב יותר לבניו [...] שערי עוזיאל חלק א' מבוא עמוד 6

בעיקר על פי מקור זה מוכיח השופט זילברג כי המושג 'טובת הילד' היה גורם מכריע בפסיקת הדין עוד מתקופתם של חכמינו ועל פי זה הוא מכריע כי גם כיום מושג זה מכריע. חשוב לציין כי הרב עוזיאל כידוע היה תלמיד חכם שחי בדורות האחרונים, ולכן קשה להביא ממנו ראיה לחשיבות מושגים אלו בפסיקה הרבנית הקדומה. גם מקורותיו של הרב עוזיאל אשר מובאים בספרו עוסקים בעיקר ב'טובת הילד' לגבי ממונו של הילד, ואף המקורות העוסקים בטובתו של הילד ממש (שחלקם מובאים אף כאן במאמר) מדברים על זכותו של בית הדין לפעול לטובתו של הילד, נושא שבעניינו כבר עסקנו.

ניתן לראות בצורה משמעותית כי מושג 'טובת הילד' משמש כיום בבתי הדין הרבניים כטענה מכריעה בהרבה סוגיות העוסקות בילד. בנוסף לזאת ניתן לראות כי גם במשפט האזרחי לפני אישרור האמנה ע"י המדינה, ובעיקר השופטים הדתיים שמתייחסים למשפט העברי, נשענים על הטענה כי מושג זה היה מכריע עוד מתקופתם של חכמינו.

חשוב להדגיש כי בתי המשפט לאחר אישרור האמנה ע"י מדינת ישראל נשענים בכל פסיקה על מושג זה כפי שהוא מופיע באמנה, כל פסיקה הנוגעת לילדים כיום הנידונה בבתי המשפט האזרחיים מתחשבת ונקבעת על פי מושג זה של 'טובת הילד' ולא על כך שהיה שימוש במושגים אלו בספרות ההלכתית.

9. צריך לציין כי השופט שהבאתי מפסיקתו הינו שופט דתי, ואולי לכן התחשבותו במקורות ההלכתיים מקבלת יותר חשיבות. אולם נדגיש שוב כי פסיקה זו ניתנה בבית משפט אזרחי ולא רבני.

לענ"ד גם בתי הדין הרבניים וגם האזרחיים (לפני אישורר האמנה), נשענים בעיקר על מקורות שבבסיסם היתר לבית הדין לפעול לטובת הילד, כפי שאמרנו יש זכות לבית הדין לפעול לטובת הילד. אולם גם עם זאת, לא בטוח כי 'טובת הילד' היה השיקול המכריע של בתי הדין (כנאמר לעיל).

סיכום

לסיכום - מסקנת המאמר היא כי במשפט העברי כיום במדינות ישראל השימוש במושג 'טובת הילד' נרחב מאוד. עוד נראה כי חלק מבתי הדין הרבניים מתבססים בפסיקתם על הפסיקה ההלכתית הקדומה, ועל כך שהיה משקל בתקופתם למושגים אלו והוא היווה בסיס לפסיקה. אמנם, ניתן לראות בכירור כי כיום השימוש בבתי הדין הרבניים במושגים אלו הוא הרבה יותר נרחב, ומושגים אלו הם בעלי משמעות מכריעה הרבה יותר. במאמר ניסיתי להראות כי בניגוד לנראה, השימוש במושגים אלו לא היה משמעותי עד כדי כך והיו לו הגבלות רבות. לכן ניתן לומר שבתי הדין הרבניים כיום "אימצו" את משמעותם המכריעה ואת השימוש הנרחב במושגים אלו מהמשפט והתרבות החילונית. דבר זה אינו מהווה בעיה מכיוון שלענ"ד לימוד מבתי המשפט ה'חילוניים' אשר נותנים דגש משמעותי בגורמים בלתי תלויים כמו הילד, ולא רק בהסתכלות דרך ההורים וחובותיהם, הינו חשוב ומשמעותי, ולכן גם בתי הדין הרבניים כיום יכולים ללמוד מהם.

דבר זה חייב להיעשות בזהירות גם ע"י בתי הדין הרבניים ובתי המשפט, כי הסכנה היא שבשלב מסוים ההתחשבות היתרה במושג 'טובת הילד' עלולה לגבור על חובת ההורים להביא ילד לעולם או חובת ההורים לחנך את הילד (לפעמים חינוך הילד אינו עולה בקנה אחד עם טובתו). גם החברה עלולה לאבד את הגבול במתן דגש יתר על זכויות הילד, כאשר עלול להיווצר בחברה מצב של חוסר ילודה עקב אמירה ש'זה לא טובת הילד להיוולד לעולם כמו שלנו'. דוגמה נוספת, היא שכיום שניתן לזהות מחלות גנטיות בילד בטרם הוא נולד, ייגרם מצב של חוסר ילודה מהמקום שאין לנו זכות ללדת ילד במקום שהוא יכול לחלות (דיון על כך אי"ה יתפרסם במאמר נפרד, י"ו). חשוב לזכור כי יש מקום להתחשבות במושגים אלו גם אם הם "אומצו" מהחברה החוץ הלכתית, אך חשוב לזכור כי בעולם ההלכתי ישנם מקורות שלפעמים לא מרכיבים להתייחס אליהם – אולם גם בהתחשבות בהם, יש לזכור כי מושגים אלו אינם בהכרח מכריעים את הדיון ההלכתי.