

שער שני

הגדרת ההורות בהלכה

מבוא

בתיאור המקרה שבא לפנינו נכתב שנעשו מאמצים גדולים לשכנע את האם להסכים למסירת בנה לאימוץ, אולם אלה לא צלחו.

ההנחה המובלעת בסיפור היא שהאם מוסמכת לוותר על בנה ושישנה משמעות משפטית לחתימתה על המסמכים הרלוונטיים אילו רק הייתה מסכימה לכך. הנחה זו מתבססת על תפיסה הרואה את הילדים כרכוש של הוריהם. הגישה הרומית (שהוזכרה כבר לעיל פרק ב,2) פירשה את הזיקה שבין האב לילדיו **כבעלות** מוחלטת, כמו בעלות האדון על עבדיו.¹ בימינו, תפיסה שוויונית של ההורות תבקש להחיל את אותו עיקרון גם על האם.

התפיסה, הרואה את ההורות כסוג של בעלות, נחלקת בעולם לשתיים: לפי אחת מהן, הבעלות של ההורים על ילדיהם היא **טבעית**, ונובעת מכך שהם אלה שיצרו אותם; וכשם שהפירות שייכים לחקלאי שנטע את העץ וגידל אותו וכשם שהכלי שייך לאומן שייצר אותו, כך הבנים שייכים לאב שהוליד אותם. ולפי האחרת, הבעלות היא **חוקית**, ונובעת מחוק המדינה, כפי שהיה במשפט הרומי.

בתנ"ך באה תפיסת הבעלות לידי ביטוי במשפט שלמה, שם לא היה דיון על אחריות או על זכויות, אלא על זיקת הבעלות: "**בנך המת ובני החי**" (מל"א ג, כב). גם בימינו מתייחסים הורים רבים לילדיהם כאל "שלהם". תודעת הבעלות הזאת של ההורים על ילדיהם באה לידי ביטוי חריף וכואב בסכסוכי גירושין, בהם כל אחד משני ההורים תובע את הבעלות על הילד לעצמו.

1. על כך כתב מרדכי א' ראבילו, במאמרו "שלטון האב במשפט הרומי ובמשפט העברי", דיני ישראל ה (תשל"ד), עמ' 89: "דעה מקובלת בין המלומדים של המשפט הרומי רואה בשלטון האבסולוטי של אבי המשפחה על בניו ונכדיו, אשתו, וכמובן על רכושו שכלל את העבדים... עד כדי שלטון על חיים ומוות".

לעומת זאת, בחוברת "המשפחה והפוליטי", עמ' 38, הע' 51, מעיר יוסף א' דוד, ש"גם בדגמים הקנייניים המובהקים ביותר, כמו במשפחה הרומית, שבה הילדים הוגדרו כקניינו של האב, הוטלו מגבלות על יכולתו לעשות בהם כרצונו".

לפני שנברר את עמדת ההלכה בשאלה זו, נוסיף עוד רקע לדיון מן ההגות המערבית המודרנית.

התפיסה הרואה את ההורים כבעלים של ילדיהם, זכתה לביקורת מצד הפילוסוף ג'ון לוק, שהיה אחד ההוגים המרכזיים של "עידן הנאורות". בספרו "שתי מסכתות על ממשל מדיני", מבקר לוק בחריפות את המבנה הפטריארכלי המסורתי של המשפחה. הוא טוען כי האב לא קיבל זכות לשלטון אבסולוטי על בני משפחתו, ועל כן אין שום בסיס לתפיסה הרואה בקשר שבין ההורים לילדיהם סוג של בעלות מצד ההורים כלפי הילדים.²

ואכן, היום רווחת בעולם המערבי גישה אחרת, הרואה בהורות מערכת של חובות וזכויות.³ אחד המסמכים שבאו להסדיר גישה זו הוא אמנת האו"ם לזכויות הילד (מתאריך 20.11.89). האמנה באה, בין השאר, לשלול מכול וכול את התפיסה המתירה להורים להתעלל בילדיהם או לנצל אותם. מדינת ישראל אשררה אמנה זו בשנת תשנ"א, שנתיים לאחר אישורה באו"ם. ועדת רוטלוי, שעסקה ביישום החלטת האו"ם בנוגע לאמנת זכויות הילד, גיבשה מתוך כך הצעת חוק בנוגע לזכויות ילדים, שבאה להחליף את "חוק הכשירות המשפטית והאפוסטרופסות". הוועדה הציעה כי אחד היסודות לחקיקה בנושא זכויות ילדים הוא אחריות הורית, שהוגדרה באופן הבא:

ביסוד מודל החקיקה עומדת ההכרה בעקרון האחריות ההורית, על פיו להורי הקטין מסורה האחריות הראשונית והחובה לפעול לשם הבטחת טובתו של הקטין. להורי הקטין מוענקות סמכויות ייחודיות לפעולה לשם מילוי אחריותם ההורית.⁴

ועדת רוטלוי רואה את האחריות והסמכויות של ההורים על ילדיהם כדבר המוענק להם מידי המדינה כאמצעי למימוש זכויותיו של הקטין, אולם אינה מזכירה במקביל לכך את "זכויות ההורים" או משהו דומה לזה ואינה עוסקת באיזון שבין זכויותיהם של ההורים עצמם לבין אחריותם למימוש הזכויות של ילדיהם.⁵

2. "המסכת השנייה על הממשל המדיני" (תרגום יוסף אור, הוצאת מאגנס, ירושלים תשי"ט), פרק 1, פיסקה 65, עמ' 48-49. תפיסתו הובאה בהרחבה לעיל, פרק ב, 3.
 3. תיאור כיצד השתנתה הגישה ניתן למצוא בספר "משפחות בראייה סוציולוגית ואנתרופולוגית", מאת מתת אדר בונים (בהוצאת האוניברסיטה הפתוחה), עמ' 169.
 4. מתוך האתר "הילד ומשפחתו" של משרד המשפטים.
 5. על כך עי' בהרחבה במאמרה של פרופ' רונה שוז, "זכויות הוריות בעידן זכויות הילד",

בשער זה של הספר נברר את מעמד המשפטי של ההורים כלפי ילדיהם, כפי שהוא עולה מדיני התורה: האם הוא מבוסס על בעלות, על זכויות, או שיש להגדיר אותו באופן אחר? בפרקים הראשונים (ד-ט) נבחן את האפשרות להגדיר את מעמד ההורים כ'קניין' או 'בעלות' ובפרקים הבאים (י-יב) נבחן חלופות שונות להגדרה זו.

הדיון התורני על אודות בעלותו של אדם מישראל על ילדיו מתחלק לשני חלקים:

א. האם יש לאב קניין בילדיו? בחלק זה של הדיון (פרקים ה-ז) נדון במאפיינים ייחודיים לבניו של האדם, ובמאפיינים משותפים לבניו ובנותיו.

ב. האם יש לאב קניין בבנותיו? בחלק זה (פרק ח) נדון במאפיינים ייחודיים של מעמד הבת מול אביה.

את שתי הסוגיות הללו נידרש לברר גם בהתייחסות אל האם, לה יוקדש פרק מיוחד (פרק ט).

את התשובה לשאלה אם ההלכה מכירה בבעלות ההורים על ילדיהם נבקש באמצעות בחינת מאפיינים שונים של קניין, כאשר נבחן אָם, ועד כמה, הם מתקיימים ביחסי ההורים עם ילדיהם. בהמשך (פרקים י-יא) נבחן חלופות רכות יותר למושג הקניין, כמו זכויות או אפוטרופסות, ולאחר מכן (פרק יב) נבחן חלופה אחרת להגדרתה של ההורות על פי התורה.

לאור כל זה נשוב (בפרק יג) לשאלה שפתחנו בה: האם ישנו תוקף הלכתי לחתימת האם על כך שהיא מוותרת על בנה ומסכימה למסור אותו לאימוץ?

ד. בעלות האב על ילדיו - בדיני בני נח

אחד המאפיינים הבולטים של בעלות הוא היכולת למכור. ואכן, היו תרבויות שבהן האב היה רשאי למכור את ילדיו לעבדים.⁶

האפשרות למכירת ילדים על ידי אביהם נידונה בדברי הרמב"ם בהתייחסות לאב גוי, וכך הוא כותב (הל' עבדים פ"ט ה"ב):

אחד הקונה עבד כנעני מישראל או מן גר תושב או מן עכו"ם שהוא כבוש תחת ידינו או מאחד משאר האומות. וכן גר תושב או הגוי שהוא כבוש תחת ידינו או אחד משאר האומות - יש לו למכור את עצמו לישראל לעבד, והרי הוא עבד כנעני לכל דבר. וכן מוכר בניו ובנותיו, שנאמר: "מהם תקנו וממשפחתם אשר עמכם אשר הולידו בארצכם", וכל אחד מאלו הרי הוא כעבד כנעני לכל דבר.⁷

מדברי הרמב"ם עולה שבדינים שקבעה התורה לבני נח, נחשבים הילדים כרכוש של אביהם,⁸ בדומה לעבדים.⁹ אולם גם לדעתו, ישנן מגבלות לבעלות זו, והיא

6. עי' לעיל, פרק ב, 2.

7. בדינים של בנים שנולדו לאב שהתגייר, כאשר הלידה הייתה עוד לפני הגיור, יש לדון על פי דברי רש"י (יבמות מח, א ד"ה עבד איש, ב"לשון אחר ועיקר"). שהם מעכבים אותו מלאכול בקורבן פסח כל זמן שלא נימולו, בדומה לדינו של יהודי שלא מל את עבדיו. בעל זכר יצחק (ח"א סי' ב) סובר כי לדעת רש"י האיסור נובע מכך שהילדים נחשבים כקניינו של האב. אומנם הלכה היא ש"גר שנתגייר קטן שנולד דמי", אולם זה אמור ביחס לדיני עריות ועדות; אולם עובדת ההולדה אינה פוקעת בשעת הגיור ולכן בנו של הגר הרי הוא כעבדו והאב יכול גם למוכרו. בעל אבן האזל (הל' עבדים פ"ח ה"כ) חולק על כך וסובר כי האב אינו יכול לאכול בקורבן פסח מפני שהבן מתייחס אחריו לעניין מצוות פרייה ורבייה, ולא משום שיש לאב בעלות על בנו במצב זה. ועי' לעיל, פרק ב, 5, שם הרחבנו על אודות השפעת הגיור על הגדרת ההורות.

8. ישנה מחלוקת בין הפוסקים בדורות האחרונים האם בעלות זו תקפה רק בעוד הילדים קטנים אך משגדלו אין לאב בעלות עליהם או שמא הבעלות היא לעולם. הזכר יצחק (ח"א סי' ב) וכן המקור ברוך (מאת הרב נחום ברוך גינצבורג, ח"ב סי' מ) סוברים כי הבעלות קיימת רק בשעה שהם קטנים. אך השפת אמת (יו"ד רסז, יז) כתב שהגוי יכול למכור לעבד אפילו את בנו הגדול. וכן נראה מדברי המני"ח (מצווה שמז אות א).

9. בתורה יש שני סוגי עבדים: עבד עברי ועבד כנעני. עבד כנעני קנוי לבעליו לכל דבר. עבד עברי אינו רכוש אדוניו, והוא נמכר רק לשש שנים.

גם לגבי תקפותו של הדין בזמן הזה, יש הבדל בין עבד עברי לעבד כנעני: דין עבד עברי אינו נוהג בזמן הזה מכיוון שאין היובל נוהג (רמב"ם הל' עבדים פ"ט ה"א). גם בזמן שחלו דיני עבד עברי, התורה וחז"ל לא ראו זאת באור חיובי, בעקבות דרשת חז"ל: "כי לי בני ישראל עבדים - עבדי הם ולא עבדים לעבדים" (קידושין כב, א; ב"מ י, א).

דיני עבד כנעני נוהגים ברמה העקרונית גם בזמן הזה, אך למעשה במשך דורות רבים אין מי שמשתמש בהלכה זו וקונה עבד כנעני. בסוגיה זו יש דיון ערכי ארוך. הרב קוק זצ"ל (עין אי"ה ברכות ח"א פ"ב טז-יז; אגרות הראי"ה ח"א סי' פט) מתייחס למוסד העבדות בחיוב

אינה כוללת בתוכה היתר לאב להרוג את בנו, שהרי נאסרה על בני נח שפיכות דמים.¹⁰ וזאת בניגוד בולט למה שנקבע במשפט הרומי, שהבן שייך לאביו לחלוטין, עד כדי רשות להורגו.¹¹ והרב שמואל אליעזר שטרן (מובא בספר 'רץ כצבי' ח"א עמ' שצח-ת) מסתפק אם קניינו של האב הגוי בבנו הוא קניין הגוף ממש או שאינו אלא קניין למעשה ידיו.

לעומת זאת ביחס לבנו של יהודי נאמר במכילתא דרבי ישמעאל (משפטים - מסכתא דנזיקין, פר' ג):

”וכי ימכור איש את בתו... ואינו מוכר את בנו.”¹²

יש לברר אפוא מניין נובע ההבדל בין ישראל לגוי בעניין מכירת הבן לעבד? מדוע הגוי יכול למכור את בנו והיהודי אינו מוסמך לכך?¹³

בעל 'משך חכמה' (בראשית לא, טו) מסביר את ההבדל באופן הבא:

הנה, דע דהתורה שללה ומנעה דין העבדות בעמו ישראל. גם אין האדם רשאי למכור עצמו לעולם: ”עבדי הם” (ויקרא כה, נה) - ולא עבדים לעבדים (ב"מ י, א). וזה היה בהם ידוע מאבינו אברהם... אך התירה התורה מכר לאמן, וזה רק באנשים, אבל בנשים היא אינה מוכרת עצמה כלל... וזה בישראל שקנויים לה' לבדו, והוא אדונם, לא אחר. אמנם בעובדי עבודה זרה הדין דמוכר בניו ובנותיו לשפחות לעולם, כמו שאמר הכתוב (ויקרא כה, מה), ”מהם תקנו וממשפחתם”.

מדברי המשך חכמה מתבאר שהסיבה לכך שאדם מישראל אינו יכול למכור את בנו היא שיהודי הוא עבד של הקב"ה בלבד, וגם את עצמו אינו יכול למכור כעבד כנעני.¹⁴ ברם, עדיין נשאלת השאלה: האם משמעותה של מניעת המכירה היא

מסוים. ולעומתו הר"ש גורן (במאמרו: "חירות האדם לאור התורה" בספר תורת המועדים, עמ' 368-369) מתייחס לכך בשלילה. ועי' במאמרו של הרב שראל ויינברגר, "הזכות לחירות טרם הכניסה לברית, עיון בהלכות עבדים", מופיע באתר האינטרנט של 'מרכז תורה ומדינה'.

10. סנהדרין נו, ב.

11. עי' לעיל, הע' 1.

12. וכן נכתב בשו"ת חתם סופר, ח"ה סי' קיא: "פשוט שאין אב יכול למכור בנו, ולא להקדישו".

13. במכירת הבת נדון לקמן, פרק ח, 4.

14. מכירת האדם את עצמו, אפילו כעבד עברי, מוגבלת מאוד. וכך כותב הרמב"ם, הל' עבדים פ"א ה"א: "...ישראל שהעני ביותר, נתנה לו תורה רשות למכור את עצמו, שנאמר, 'כי ימוך אחיך עמך ונמכר לך'. ואינו רשאי למכור את עצמו ולהצניע את דמיו או לקנות בהם סחורה או כלים או ליתנם לבעל חוב אלא אם כן צריך לאוכלן בלבד. ואין אדם רשאי למכור את עצמו עד שלא יישאר לו כלום ואפילו כסות לא תישאר לו, ואח"כ ימכור את עצמו".

שאינן לאב כל מאפיין של בעלות על ילדיו, או שמא הפקיעה התורה מן האב רק את הסמכות למכור את הבן לעבדות, אך בכל התחומים האחרים היא אכן מכירה בו כבעלים על ילדיו מתוקף העובדה שהוא הוליד אותם?

ה. ראיות לקניין האב בילדיו - בדיני ישראל

מתוך המקורות ההלכתיים ניתן להביא ראיות לכך שהאב נחשב כסוג של בעלים על ילדיו, ומאידך גיסא מקורות שמהם משתמע שאין לאב בעלות כזו. נפתח בדיון במקורות התומכים בתפיסת הקניין של האב בילדיו באופן כללי, מבלי להבחין בין בנים לבנות.

1. דמי ולדות

התורה (שמות כא, כב) אומרת שמי שנוגף אישה וגורם לה להפיל את העוברים שברחמה משלם על כך לאביהם. וכך גם נפסק להלכה.¹⁵

רבינו בחיי (ויקרא יב, ב) מסביר כי הסיבה לכך שהתשלום ניתן לאב היא:

ומזה אמר הכתוב (שמות כא, כב): "כאשר ישית עליו בעל האישה" - לא 'כאשר תשית עליו האישה'; כי הילדים שלו והוא הראוי לתת בהם ערך...¹⁶

ומכאן שהבנים הם קניינו של האב.¹⁷

ברם, נראה שהבנה זו שנויה במחלוקת, שכן הראשונים נחלקו בשאלה מה דינם של דמי הוולדות במקרה שהנגיפה הייתה לאחר מיתת הבעל. ועל כך כתב הרמב"ם (הל' חובל ומזיק פ"ד ה"ב):

ואם נגפה אחר מיתת הבעל - נותנין אף דמי וולדות לאישה.

כמו כן מוגבלת מאוד יכולתו למכור את בתו לאמה. עי' רמב"ם, הל' עבדים פ"ד ה"ב.

15. רמב"ם, הל' חובל ומזיק פ"ד ה"א; שו"ע חו"מ תכג, א.
16. ובפירושו שם כתב: "ולא 'כאשר תשית עליו האישה', לפי שאין לאישה חלק וזכות בוולדות; שאע"פ שהזכיר 'ילדיה' אין הכוונה שיהיו שלה, אבל הם פיקדון אצלה כאדם המפקיד ברשות חברו פיקדון, כל היכא דאיתיה ברשותיה דמריה איתיה, ולפיכך יש לו לקצוב הדמים כשלו ושייענש החובל כפי דברו...".

17. כך הסיק מכאן בשו"ת משנה הלכות, חט"ז סי' נח. ועי' בדבריו לקמן, סע' 11.
ועי' אבן האזל לרמב"ם שם, ה"ב, ד"ה אכן.

לעומת זאת פסקו הראב"ד (לרמב"ם שם) ובעלי התוספות (ב"ק מט. א ד"ה אטו) שמשלם ליורשיו של הבעל.

הרי"ד סולובייצ'יק (רשימות שיעורים למסכת בבא קמא, דף כב, ב) ביאר את המחלוקת שבין הרמב"ם לבין הראב"ד ובעלי התוספות באופן הבא:

לדעת הרמב"ם, חיוב דמי וולדות בעיקרו שייך לאישה הנחבלת ולא לבעלה, אלא שבנוגע לגביית החוב יש לבעל האישה זכות קדימה לגבות. במה דברים אמורים? כשנגפה בחיי בעלה; אבל כשנגפה לאחר מיתת בעלה, הואיל ולא הייתה לבעל זכות ממון בעצם הוולדות, משלמים לה ולא ליורשיו.

ומכאן שאין לאב קניין של ממש בגופם של הוולדות, אף שיש לו בהם זכות ממון. ואילו את דברי הראב"ד הסביר הרי"ד באופן הבא:

אליבא דהראב"ד יש לבעל האישה בעלות בוולדות עצמן, והוא מוריש ליורשיו את זכות הממונות שיש לו בוולדותיו.¹⁸

הרב זלמן נחמיה גולדברג מעלה אפשרות שלישית ביחס לחיוב דמי וולדות:¹⁹ זהו למעשה תשלום דמי נזק העובר המיועד לעובר; וכיון שמת - אביו יורשו. אמנם כל הורג אדם פטור מתשלום דמי הנהרג, שכן אמרינן "קים ליה בדרכה מיניה"; אך בעובר, שאינו חייב עליו מיתה, חובת תשלום הדמים עומדת בעינה.

ולדעתו, אף שתשלום דמי וולדות הוא חיוב ממוני גמור, אין לראות את הוולדות עצמם כקניין של האב.

על כך יש להוסיף, כי גם אם נקבל את הדעה הסוברת שהוולדות שייכים לאב, אין מקום להביא ראיה מחיוב דמי וולדות לכך שהילד נחשב קניינו של אביו גם

18. נראה שמחלוקת זו נובעת ממחלוקת שבין הראשונים בהבנת הסוגיה במסכת ערכין ז, א. נאמר שם במשנה: "האישה שיצאה ליהרג - אין ממתנין לה עד שתלד". ועל כך נאמר בגמרא: "פשיטא, גופה היא! איצטריך, ס"ד אמינא, הואיל וכתוב 'כאשר ישית עליו בעל האישה', ממונא דבעל הוא ולא ליפסדיה מיניה, קמ"ל. ואימא ה"נ! אמר ר' אבהו אמר ר' יוחנן, אמר קרא, 'ומתו גם שניהם' - לרבות את הוולד". לדעת בעלי התוס' (סוטה כו, א ד"ה מעוברת), אכן הוולד הוא ממונו של הבעל, והאישה נהרגת בעודה הרה רק מכוח גזירת הכתוב. ואילו לדעת הרמב"ם (הל' חובל ומזיק פ"ד ה"ב), לומדים מייטור הכתובים "ומתו גם שניהם" שאכן הוולד אינו ממון הבעל אלא חלק מגופה של האישה (עיי' אור שמח לרמב"ם שם).

19. ההסבר של הרז"ן הובא במאמרו של רפאל ויינברגר, "תביעה לנזקי עובר", מגל כרך ח-ט (בהוצאת המכון הגבוה לתורה, אוניברסיטת בר אילן, תשנ"ב), עמ' 116.

לאחר שנולד. הרב שמואל אליעזר שטרן (מובא בספר 'רץ כצבי' ח"א עמ' שצח) מעיר, שהתורה העניקה לאב את הזכות הזאת רק כל זמן שהולדות לא יצאו לאוויר העולם.²⁰ והוא כותב:

מרגע לידתם המה נידונים כאדם חי בפני עצמו ואין לאף אחד כל קניין או בעלות עליהו.

דעה נוספת סוברת כי תשלום דמי וולדות אינו נחשב ממון אלא **קנס**. כך נכתב בתרגום המיוחס ליונתן בן עוזיאל (שמות כא, כב): "**מתקנסא יתקנס** דמי ולדא". ובכך הוא מדגיש את המשמעות המיוחדת של המילים "ענוש ייענוש", שהן שונות ממה שנאמר בתשלומי נזיקין אחרים (שם פרק כא פס' לו, ופרק כב פס' ב, ה, יג): "שלם ישלם".

בדרך זו הולך גם הרמב"ן (שם), המסביר מדוע תשלום זה נידון כקנס:

בעבור שאין בוולדות היזק ניכר, כי מי יודע אם יצליחו, אמר הכתוב, אע"פ שאין כאן ממון תשלומין, נשים עליו עונש; והוא כמו קנס וממון שיטילו עליו אחרים בעל כורחו.

בדומה לכך סובר הברכת שמואל (ב"ק סי' כו) כי דמי וולדות הם בגדר של **חידוש שחידשה התורה** ולא חיוב ממוני הנוהג מעיקר הדין.²¹ ולפי מקורות אלו, אכן אין להורים קניין של ממש בוולדות, וקל וחומר שאין להם קניין בילדים לאחר שנולדו.

2. מצוות פדיון הבן

ביטוי נוסף לקניינו של האב בבנו יכול להימצא במצוות פדיון הבן.

הרב יצחק יעקב רבינוביץ מפוניבז', בשו"ת זכר יצחק (ח"ב סי' ב), סובר שרק האב יכול לפדות את בנו ולא אדם אחר. בהסבר הדבר הוא כותב שהתשתית למצוות פדיון הבן היא מרכיב הקניין שיש לאב בבנו:

דהיינו דמן הדין היה שיתנהו לכהן כדין בכור בהמה טהורה (עיין בכורות כח, א), רק בשביל שאין בני ישראל עבדים (עיין קידושין כב, ב) ציוותה התורה

20. וכשם שיש הבדל בין דיני רציחה של ילד לבין הפלת עובר. ועי' לקמן, פרק ו, 8.

21. הר"ש ישראלי (חוות בנימין ח"ג סי' קח) עומד על כך שזוהי גם דעת בעלי התוספות (ב"ק מג, א ד"ה גרושה) והרא"ש (ב"ק פ"ה סי' ה). ולעומת זאת, לדעת הרמב"ם (והראב"ד) יש לאב או לאם בעלות על העוברים עד שיוולדו.

שהאב ייתן בעד זה; ולזה שייך המצוה אצל האב... ומה שאין האב ישראל מוכר הוא משום "לי בני ישראל"²², א"כ שייך שוב דין פדיון באב. וכן בהגדיל, דאז כבר אין רשות להאב אף בבני נח (עי' ח"א ס"ב), שם הוא בעצמו הפודה, דהא הוי יכול למכור את עצמו לולא היה הדין ד"לי בני ישראל", ולזה אין מקום לבי"ד שיפדוהו, דבזה רק מי שיכול לתת עושה המצוה...

לדעתו, מצוות פדיון הבן היא תחליף לנתינת הבן לכוהן, ורק בגלל שישאל אינו יכול להיות עבד לאחר, המירה התורה את נתינת הבן בפדיונו.²³ בעקבות הבנה זו הוא פוסק שאין אפשרות הלכתית לפדות בן שנולד לאב גוי ולאם יהודייה כל זמן שהילד קטן. וזאת, משום שהיכולת לפדות נובעת מכך שהבן נחשב כקניינו של האב; ומאחר שבמקרה שלפנינו אין אב יהודי שהבן ברשותו, אי אפשר לפדות את הבן עד שיגדל ויתחייב בכך בעצמו.

ברם, דין זה שנוי במחלוקת. וכך נכתב בשו"ת הר צבי (י"ד סי' רמב):

ובעיקר השאלה בפדיון הבן במי שאין לו אב או שהאב אינו רוצה לפדותו, לכאורה זה תליא בגדרי מצוות פדיון הבן - אם היא רמיא רק על אבי הבן או על הבן עצמו לכשיגדל, וקיום מצוה זו לא יתכן אלא ע"י האב או ע"י שלוחו כמותו; או נאמר דגם אחר יכול לפדותו, דמי שנותן חמש סלעים לכהן בפדיונו הרי זה פדוי, וכמו דמצינו בפדיון פטר חמור (בכורות דף יא ע"א)... ואם נאמר כן, הרי לעניין שאלתנו פשוט דגם אחר יכול לפדותו - בין בבכור שיש לו אב ובין בבכור שאין לו אב או שאינו רוצה לפדותו, דלא בעינן דווקא אבי הבן.

מדברי הרצ"פ פרנק עולה שייטכן שמצוות פדיון הבן היא מתנת כהונה שהאב מצווה לתת לכוהן אך למעשה כל מי שישלם מקיים בכך את המצווה; ולכן אי אפשר להביא ממצוות פדיון הבן ראייה לשאלתנו.²⁴

22. כוונתו לדרשת חז"ל על הפסוק "כי לי בני ישראל עבדים" (ויקרא כה, נה) - "עבדי הם ולא עבדים לעבדים".

23. כדבריו לעיל, הע' 7.

24. בשו"ת יביע אומר, ח"ח י"ד סי' לא, דן במקרה שהאב שנהרג במלחמה והניח את האם כשהיא מעוברת, אם ביה"ד יכולים לפדות את הבן בעודו קטן. ומסקנתו, לאחר הבאת ראיות רבות לצדדים השונים, היא: "המורם מכל האמור, שהעיקר להלכה ולמעשה כהסכמת גאוני ירושלים וסיעתם, שאין לבית דין לפדות יתום בכור שאין לו אב, ולא הוי בכלל ז'כין לאדם שלא בפניו, דניחא ליה טפי לקיים מצוות הפדיון בעצמו כשיגדיל... וכשיגדל ויהיה בר מצוה יפדה את עצמו ויברך על פדיון הבכור... ואם נפדה ע"י אחרים בעודו קטן, יחזור ויפדה את עצמו כשיגדל ויהיה

3. מצוות מילה

מצוות מילה היא אחת מ"מצוות האב על הבן" שנתפרטו בברייתא המובאת במסכת קידושין (כט, א):

האב חייב בבנו למולו, ולפדותו, וללמדו תורה...

הגמרא (שם) מבארת את הדין בתינוק שלא נימול על ידי אביו:

והיכא דלא מהליה אבוה - מיחייבי בי דינא למימהליה, דכתיב: "הימול לכם כל זכר".

חובתו של בית הדין למול את הבן קיימת רק אם האב מסרב למול את בנו, אולם כל זמן שלא התברר שאכן זהו המצב, אסור לבית הדין להתערב. וכך כותב הרמב"ם (הל' מילה פ"א ה"ב):

אין מלין בנו של אדם אלא מדעתו...²⁵

התשב"ץ (ח"ג סי' ח) דן במקרה שידוע לבית הדין כבר ביום השמיני כי האב אינו יכול או אינו רוצה למול את בנו. ושואל, האם יש לבית הדין סמכות לבצע את המילה מייד או שסמכות זו נתונה לו רק מן היום התשיעי ואילך? ועל כך הוא כותב:

ואף על פי שאמרו שזה היא מצוה על האב, ואם לא מל אותו אביו היא מצוה על בי"ד, כמו שהזכירו בראשון מקידושין (כט ע"א) - כשאין אביו כאן; אבל כשאביו כאן אין מצוה זו מוטלת על בי"ד, שהרי אמרו בפרק החולץ, אין אדם מל בן איש בעל כורחו. ואף על פי שיש מפרשים אותו לענין גר הבא להתגייר,²⁶ אבל בפרק הערל (עא ע"ב) אמרו בענין מילת זכריו מעכבתו מלעשות פסח, שאם היה האב חבוש בבית האסורים, שאין הבן נימול ביום ח' שחל ערב פסח; ושם פי' רש"י ז"ל שאין מצוה זו מוטלת על אחרים. והרמב"ם ז"ל כ' בפרק ראשון מהל' מילה: "אין מלין בנו של אדם שלא מדעתו אלא אם כן עבר ונמנע".

המקור לדברי התשב"ץ, שאין לביה"ד סמכות למול את הבן כל זמן שהדבר מוטל על האב, הוא דרשת חז"ל (יבמות מה, א):

עבד איש אתה מל בעל כורחו, ואי אתה מל בן איש בעל כורחו.

בר מצוה; אבל לא יברך על הפדיון...".

25. וכן פסק הרמ"א, יו"ד רסא, א.

26. רש"י שם.

מכאן ניתן להבין כי הסמכות הבלעדית הנתונה לאב בנוגע למילה של בנו אינה רק זכות קדימה של האב אלא סוג של קניין שיש לו בגופו של בנו;²⁷ שאם לא כן, לא מובן כיצד הותר לבצע בו מעשה המהווה חבלה של ממש.

רבים מהאחרונים חולקים על הבנה זו וסוברים שאומנם יש לאב קדימות על פני בית הדין במילת בנו, אך אם מתברר כי האב אינו רוצה או אינו יכול למול, בית הדין יכול למול את הבן אף בניגוד להסכמתו של אביו.²⁸ ומכאן, שמצוות מילה - והחבלה בגופו של הילד הכרוכה בה - אינה מבטאת קניין של האב בבנו.

4. נזירות הבן

הלכה נוספת המוכיחה לכאורה את קניין האב בילדיו היא היכולת שלו להדיר את בנו לנזיר. על כך כותב הרמב"ם (הל' נזירות פ"ב הי"ג):

והאיש מדייר את בנו קטן בנזיר אף על פי שלא בא לעונת נדרים.

אולם גם את ההוכחה הזו יש לדחות, על פי דברי הרמב"ם עצמו (שם הט"ו):

לא רצה הבן ומיחה בדבר זה, או שמחו קרוביו או שגילח שערו או שגילחוהו קרוביו, שהרי נעשה מעשה שגילה דעתו שלא רצה הוא או קרוביו בנזירות זו - הרי זה אינו נזיר.

כלומר: סמכות האב בעניין זה אינה מתבססת על קניין. והראיה - שקרובים אחרים, ואף הבן עצמו, יכולים להפר נדר זה. סמכותו של האב להדיר את בנו נובעת מהלכה למשה מסיני, ואכן, כך כותב הרמב"ם (שם הי"ג):

ודבר זה הלכה מפי הקבלה הוא, ואינו נוהג בשאר נדרים.

ברם, גם אם נאמר שסמכות זו אינה מבטאת קניין, ניתן להסיק מהלכה זו שיש לאב סמכויות מסוימות ביחס לבנו, אם כי מוגבלות.²⁹

27. עיי' בספרו של הרב מיכל זילבר, בלב ים - שיעורים על מסכת קידושין, עמ' קסא.

28. בערוה"ש, י"ד רסא, א, כתב על כך: "ונראה שיש חיוב על הבי"ד; אפילו אם האב בכאן ואינו רוצה להטריח במילתו, מחויבים בי"ד למולו". ובשו"ת זכר יצחק, קונ"א סי' א, כתב: "אין הכרח לפרש דסבר דחיוב האב הוא רק בח', אלא דבא לפרש, דמהיכן לנו דאב קודם? דילמא בי"ד ואב שווים! וע"ז כתב דמדפירשה תורה הזמן באב מוכח דהוא קודם; אבל מה שחייבוהו כבר הוא מחוייב גם לאחר זה". ועיי' שו"ת דברי שלום י"ד סי' קא; שו"ת באוהלה של תורה ח"א סי' לג; וכן בחשוקי חמד יבמות עא, ב, שהביא מקורות רבים הדנים בשאלה זו.

29. ייתכן שסמכות זו מבוססת על אחריותו של האב לחנך את בנו למצוות. עיי' לקמן, פרק יא, 4.

5. בן סורר ומורה

ראייה מסוימת לכך שהבן הוא קניינם של הוריו ניתן להביא מדין 'בן סורר ומורה'. הרמב"ם (הל' ממרים פ"ה ה"ה) מסביר מדוע בן גדול אינו נעשה בן סורר ומורה, וכותב: לא ענש הכתוב קטן שלא בא לכלל המצוות, וכן איש שגדל והרי הוא ברשות עצמו אינו נסקל מפני שגנב ואכל ושתה אכילה זו המכוערת. הא כיצד? מפי השמועה למדו, שאין דין זה אלא בבן שלוש עשרה שנה ויום אחד שהביא שתי שערות עד שיקיף כל הגיד; ואחר שיקיף השיער כל הגיד הרי הוא ברשות עצמו ואינו נסקל.

מדברי הרמב"ם משמע שלפני שהבן גדל ונעשה "ברשות עצמו", הרי הוא ברשות הוריו. ומכאן יש מקום להוכיח שלהורים יש קניין בבנם, עד כדי מסירתו למיתה במקרה שהוא 'בן סורר ומורה'. יתירה מכאן, בית הדין אינו יכול לדון אותו כל זמן שהוריו לא יסכימו ביניהם להביאו למשפט. וכך כותב הרמב"ם (הל' ממרים פרק ז):

ז. כיצד דנין בן סורר ומורה? מביאין אותו אביו ואמו תחילה לבית דין של שלושה... ומלקין אותו... חזר וגנב... - אביו ואמו מביאין אותו לבית דין של שלושה ועשרים...

ח. ואם מחלו לו אביו ואמו קודם שייגמר דינו - פטור.

ט. היה אביו רוצה ואמו אינה רוצה, אמו רוצה ואביו אינו רוצה - אינו נעשה בן סורר ומורה, שנאמר: "ותפשו בו אביו ואמו".

אך נראה שנכון יותר להסביר כי ישנו הבדל בין קניין או 'בעלות' לבין 'רשות', כפי שמצאנו בגמרא (קידושין נב, א):

גזל ולא נתייאשו בעלים שניהם אינם יכולים להקדיש, זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו.

"שלו" - זו בעלות קניינית. ואילו "ברשותו" - היינו בשליטתו ותחת אחריותו וסמכותו.³⁰

בן עומד **ברשות** הוריו. ההורים מופקדים על חינוכו, הזנתו ובריאותו, ומכוח זה יש להם גם **סמכויות** כלפיו; אולם הבן אינו תחת **בעלותם** הקניינית המאפשרת להם להוציאו להורג. יכולתם של ההורים להביא את בנם לדין לא נובעת מכך שהוא שייך להם, אלא נובעת **מאחריותם** החינוכית כלפיו.

30. כך עולה מסוגיית הגמרא, יבמות לו, ב. ועי' במאמרו של הרב מיכאל פואה, "הורים וילדיהם במשפט התורה ובמשפט העמים" (אמור לראות אור בהוצאת מרכז 'אחוה'), פרק א.

6. גניבת נפשות

ראייה נוספת לכך שהבן הוא קניין של הוריו, ניתן להביא מדברי שו"ת רבי בצלאל אשכנזי (סי' לט), הדין בשאלה מיהו הנגנב במקרה של גניבת נפשות, והוא כותב:
דהנגנב אינו בעל, ובעליו הם אביו, אחיו ושאר קרוביו, שנגנב והובדל זה מהם... ואין מקום לשאלה זו כלל.

הרב נתן גשטטנר (שו"ת להורות נתן ח"ד סי' קכו) מסיק מדברים אלו, שלדעת הר"ב אשכנזי בני משפחתו של אדם הם בעליו. אולם הוא דוחה את הסברה הזו בנימוק הבא:

והנה לדעת הר"ב אשכנזי ז"ל דגונב נפש היינו שגנבו מקרוביו והם בעליו, א"כ ודאי תקשי, דאמאי איצטריך קרא למעט אב שגנב את בנו דפטור?³¹ והלא אין לך קרוב יותר מאביו! ואף אם גנבו מרשות אחרים, מכל מקום לא גנבו ולא הרחיקו מקרוביו, כיון שהוא אצל אביו, ומה גניבה היא זו?

דרשת חז"ל מלמדת שהאב הגונב את בנו אינו נחשב גונב נפשות, לא משום שיש לו קניין בבנו, אלא בשל העובדה שהבן חי עם אביו. לכן סומך הרב גשטטנר את ידיו על דברי רש"י ואחרים, שפירשו שהנגנב עצמו הוא הבעלים על גופו, וכותב:
אולם בספר מעשה רוקח הספרדי על הרמב"ם (פ"ט מהלכות גניבה ה"א) השיג עליו וכתב: "דהיכי נימא דאביו ואחיו היינו בעליו, דבעלים לא מקרי אלא בדבר שקנוי להם כגון בגדים וכלים... אבל מצד קורבה שייקראו בעלים מנא ליה?". וכן נראה מדברי רש"י בב"ק סח ע"ב: "הגונב נפש ומכרו - אין כאן יאוש בעלים, שאין אדם מתייאש על עצמו".

העולה מכאן הוא שאביו של הילד שנגנב אינו "בעליו".³² אולם מכל מקום למדנו, שיש משמעות רבה לשמירה על קשרי המשפחה הטבעיים של האדם, כשם שיש לשמור על זכויות הממון שלו.

31. עיי' מכילתא דרבי שמעון בר יוחאי כא, טז: "ונמצא - פרט למי שמצויין בידו, יצא האב שגנב את בנו".

32. יש להעיר שדבריו כאן, שאין הבן בבעלות אביו, סותרים את דבריו שהובאו לקמן (סע' 11), שהבן נחשב קניינו של אביו.

7. ילדי עיר הנידחת

ראיה נוספת לקניין שיש להורים בילדיהם היא מדין 'עיר הנידחת', שם פוסק הרמב"ם (הל' עבודה זרה פ"ד ה"ז):

נמצאו רובה - מעלין אותן לבית דין הגדול... ומכין את כל נפש אדם אשר בה לפי חרב, טף ונשים, אם הודחה כולה.

ר' יצחק אברבנאל (דברים יג, יג) הסביר שהסיבה להריגת הטף היא בשל היותם קניין של אביהם:

והוא שיחריבו את העיר כולה הקטנים עם הגדולים, לפי שהבנים הקטנים - שאין להם זכות ולא חובה מעצמם - הם קנייני האדם וממונו ונכסיו, וכמו שציווה שהבהמות גם כן ימותו.³³

סמך להבנה כי הטף נהרג בגלל שהוא נחשב כחלק מקניינו של האב ניתן למצוא בדברי הרמב"ם בהל' תשובה (פ"ו ה"א):

יש חטא שהדין נותן שנפרעים ממנו על חטאו בעולם הזה בגופו או בממונו או בבניו הקטנים; שבניו של אדם הקטנים שאין בהם דעת ולא הגיעו לכלל מצוות כקניינו הן...³⁴

ברם, יש שתמהו על פסיקת הרמב"ם בהל' עבודה זרה. וכך כותב הפרי חדש: אבל לדידן, דלא דרשינן טעמא דקרא - כיוון דקטנים לאו בני עונשים נינהו, לית לן למענשינהו ואינו בדין שיהרגו.³⁵

33. ועי' רד"ק יהושע ז, טו, שכתב: 'לפי שעבר בחרם - יוחרם כל רכושו; ובניו ובנותיו הקטנים, שהם בכלל ממונו, אצל העונש'.

34. וכן הסבירו בדעת הרמב"ם: סדר המשנה, צפנת פענח ויד כהן. וכן כתב הרדב"ז, הל' ערכין פ"ו הכ"א: 'דקי"ל בעלמא בניו הקטנים הם קניינו של אדם'.

ייתכן שהמקור בדברי חז"ל לכך שבנים הם כקניין הוא מדברי הגמרא (שבת לב, ב): 'וחיבל את מעשה ידיך - תניא, רבי אומר בעוון נדרים בנים מתים כשהם קטנים, שנאמר, 'אל תיתן את פיך לחטיא את בשרך למה יקצוף האלהים על קולך וחיבל את מעשה ידיך' (קוהלת ה, ה). איזה הם מעשה ידיו של אדם? - הוי אומר בניו ובנותיו'.

ועי' מה שכתב על כך הר"ש ישראלי, עמוד הימיני סי' טז עמ' רד, במהלך דיון על פגיעה בילדי האויב במהלך מלחמת מצווה.

35. ועי' כס"מ שם, שאף הוא תמה מניין לרמב"ם הלכה זו.

לפי דבריו, הרמב"ם בהל' תשובה, שאומר שהבנים הם כקניין (בכ"ף הדמיון), אומר זאת אך ורק בהקשר הספציפי של עונש שבא לאדם משמיים, ואין להקיש מהנהגת הקב"ה להנהגת בני-אדם.³⁶ משמעות הדבר היא שמושג ה'קניין', שבו השתמש הרמב"ם, אינו אלא מונח מושאל, ואין כוונתו לקניין במובן המשפטי-ממוני.³⁷

8. מסירת הבן למולך

ישנו נידון נוסף המוכיח לכאורה שיש לאב בעלות על ילדיו והוא מסירת ילדיו למולך. וכך כותב ר' חיים בן עטר (אור החיים ויקרא כ, ט ד"ה אכן כוונת הכתוב):

והקפיד הכתוב על זרעו לבד; אבל בן אחרים, ואפילו קרוביו כגון אחיו ואחותו - פטור, כדתיניא בסנהדרין (סד, ב) וזה לשונם: "אינו חייב אלא על יוצאי ירכו" וכו'. וצריך לומר טעם חיובו על בנו ובתו ולא על בני הזולת, שהוא לצד שבניו הם נידונין כנכסיו של אדם, לזה מועילים מעשיו כשמקריבו לעבודה זרה במה שמעבירן למולך; אבל חוץ מהם אין מעשיו עושין רושם, על דרך אומרם ז"ל (ב"מ ז, א) אפילו לגבי קדשי שמים: "אין אדם מקדיש דבר שאינו שלו"...

על כך יש להעיר שתי הערות:

א. מעיון בדברי הגמרא שם עולה כי בכלל "יוצאי ירכו" נכללים גם נכדיו של האדם. כל הדיון ביחס לקניינו של האב בילדיו מתמקד בהלכה על יחסי האב והבן. ההלכה ודאי אינה מקנה לסב זכויות קניין בנכדיו, לכן קשה לראות את יסודו של איסור זה בקניינו של האב בילדיו; ויותר נראה לומר שהאיסור נובע מן האחריות החינוכית והרוחנית שיש לאדם כלפי כל צאצאיו.³⁸

36. עי' משיב נפש, הל' תשובה פ"ו ה"א, עמ' רעט.

37. עם זאת, יש לעיין בדברי המבי"ט (בית אלהים, שער התשובה פרק י), שכתב: "אבל אביו ואמו היו שותפין ביצירתו בדברים חומרים שהם כלל הגוף ואיבריו, ולכן חייבו האל יתברך ש... יטרח בגופו לכבד אותם במה שצריך להם במזונותם ופרנסתם... ועל זה זיכתה התורה לאב כמה דברים בבניו הקטנים... ועל דרך זה הבנים הקטנים הם כנכסי האב וקניינו, והם נענשים ומתים בעוון אבותם". ואף שהוא משתמש בלשון דומה לזו הרמב"ם, שכתב על ילדיו של אדם "כקניינו הן" - בכ"ף הדמיון, הוא מסיק מכאן שיש לו בהם זכויות ממוניות ממון של ממש. ועי' לקמן, בתחילת פרק י.

לעומת זאת, לקמן, פרק יג, הבאנו את תשובת המבי"ט (ח"ב סי' סב), שממנה עולה שההורות איננה רק זכות אלא בעיקר אחריות; ומכאן שאין בה קניין של ממש.

38. על חובת הסב בתלמוד תורה של נכדו, עי' רמב"ם, הל' ת"ת פ"א ה"ב.

ב. ייתכן שאור החיים לא בא לטעון שאכן הבן הוא "כנכסיו של אדם", אלא שזוהי התודעה של המקריבים למולך, בהשפעתן של המוסכמות המקובלות בין הגויים. המקריב את בנו או נכדו סבור שהוא מקדיש את שלו, אף שמצד האמת ההלכתית אין זה כך.

9. כפיית טיפול רפואי

הרב אליעזר יהודה וולדינברג (שו"ת ציץ אליעזר ח"כ סי' מז) נשאל בעניין כפיית טיפול שיניים על ילדים המסרבים לכך, והשיב:

האב יכול לכופף על הבן את הטיפול הרפואי עד הגיעו לתחילת גיל ארבע עשרה שנה.

משמעות הדבר היא שניתן לכפות את הטיפול עד לגיל בר מצווה, ולאחר מכן הבן אחראי בעצמו על בריאותו. לכאורה, מההיתר לכפות טיפול רפואי ניתן ללמוד כי יש לאב קניין בילדיו; שאם לא נאמר כן, מהיכן שואב האב את סמכותו להכאיב לבנו?

ברם, מעיון בנימוקים שונים שהוא מביא כדי לבסס את סמכותו של האב לדאוג לטיפול רפואי בבנו, עולה כי אין טענה לזכויות קנייניות באף לא אחד מהם. והוא כותב:

(1) האב חייב ברפואת בניו באותה מידה שחייב במזונותיהם, דרפואה בכלל מזונות.

(2) כאשר ביכולת האב בדרכי השפעה להשפיע על הבן שיסכים לקבל הטיפול הרפואי הנדרש, אזי הוא מחויב בזה גם מכוח חיוב כללי [ומבלי קביעת זמן לגילו של הבן]. של "והשבותו לו" שכתוב בתורה (בדברים כב), וכדרשת חז"ל שהכתוב בא לרבות "לרפאות את גופו", של משנהו, וכמו שמבאר הרמב"ם בפיהמ"ש בפ"ד דנדרים, שכלול בזה כל דרך השגת טיפול רפואי הן בגופו הן בממונו והן בחוכמתו.³⁹

39. על כפיית טיפול רפואי במבוגר, עי': שו"ת הרדב"ז ח"ד סי' סו-סז; מג"א סי' שכח ס"ק ו; בה"ט שם ס"ק א בשם כנה"ג; פת"ש יו"ד סי' קנה ס"ק ד; מור וקציעה סי' שכח ד"ה וכן אם רופא אומר. ועי' במאמרים שונים שנכתבו על כך: הרב שלמה דייכובסקי, אסיא מה-מו, עמ' 28-33; הרב שילה רפאל, משכן שילה, תשנ"ו, עמ' ריב-רכא; הרב יצחק זילברשטיין, ישורון יג (תשס"ג), עמ' תקכז-תקלה; הרב נפתלי וד"ר יחיאל בר-אילן, תחומין כה, עמ' 22-40; שו"ת באוהלה של תורה ח"א סי' נו.

הנימוק השני אינו מתיר כפייה כלל ועיקר, אלא דורש מן האב לשכנע את הבן להסכים לטיפול. ואילו הנימוק הראשון מתבסס על האחריות הרובצת על האב לגדל את בנו כראוי.⁴⁰

10. הכאת ילדים

ראיה נוספת לקניין שיש לאב בילדיו ניתן להביא מכך שבמצבים מסוימים מותר לאב להכות את בנו, כפי שנאמר בספר משלי (יג, כד):
חושך שבטו שונא בנו, ואוהבו שיחרו מוסר.

ההיתר העקרוני להכות מלמד לכאורה על קניין. אך נראה יותר לומר שהיתר זה נובע מחובתו ומסמכותו של האב לחנך את בנו. עיקרון זה עולה מדברי הגמרא במסכת מכות (ח, א):

יצא האב המכה את בנו, והרב הרודה את תלמידו, ושליח בית דין.

שלושת אלה פטורים מגלות, מפני שעצם ההכאה הייתה בהיתר מכוח הסמכות שניתנה להם,⁴¹ אף שברור שאין לרב ולשליח בית דין קניין בגופם של הכפופים להם.

ניתן להוכיח את ההבנה הזאת מדברי ספר חרדים (מצוות לא תעשה, פרק ה), שחילק בין שני סוגים של הכאה:

40. מקור החיוב של האב בריפוי ילדיו נדון בשו"ת מנחת יצחק ח"ו סי קג. במשפט הכתובה (ח"ד, פרק לז סע' יד) נכתב: "לא מצאנו מקור ברור לחייב את האב ברפואת ילדיו. ומ"מ כך נראה מצד הסברה". ועי' בהערות שם.

הרב ד"ר סודי נמיר, במאמרו "בדיקת דם מיותרת בתינוק לפי דרישת אימו" (תחומין כז עמ' 131-135) מעלה שיקול נוסף, והוא, שאם "אנן סהדי" שאילו היה גדול היה רוצה בטיפול זה, מוסמך האב לבקש את הטיפול מדין "זכין לאדם שלא בפניו", ולכן הורו כמה מפוסקי דורנו, שאם הטיפול אינו נדרש לרפואתו של הבן אלא להרגעת ההורים, הדבר אסור לחלוטין. בכיוון דומה הולך הרב ד"ר מרדכי הלפרין, במאמרו "התנגדות ההורים לניתוח החולה המסוכן" (אסיא מט-נ). נקודת המוצא שלו היא "כשם שאין צורך בהסכמת בוגר בר-דעת לניתוח מציל חיים בגופו ואין תוקף מחייב להתנגדותו, כך אין צורך בהסכמת אפטרופוס לביצוע ניתוח מציל חיים בגופו" (עמ' 94). מתוך כך מתייחס למצבים "אפורים" שבהם הצלחת הטיפול הרפואי מסופקת וגם אחריה צפויים חיים של סבל, שבהם קובעת דעתו של החולה, וכותב: "ייתכן כי הלכות 'זכייה' שהן המקור לדיני אפטרופוס, מאפשרות להורים או לכל המופקד על טובת התינוק להחליט על הסכמה או התנגדות לפרוצדורה ניתוחית באותם 'אזורים אפורים'" (עמ' 92).

41. ואף אם האב הגזים בעוצמת ההכאה עד שהרג את בנו - הרי הוא כ"טועה בדבר מצווה", שפטור.

המכה ישראל - בין גדול בין קטן בין איש בין אישה, אפי' היא אשתו, אם היכה דרך ניציון (=מריבה) - עובר בשני לאווין, שנא: "לא יוסיף", "פן יוסיף"... והמכה דרך מוסר אינו עובר על בל תוסיף, דאמרין במסכת מכות: "יצא האב המכה את בנו והרב הרודה את תלמידו", וכתוב בספר עזרא: "ואכם מהם אנשים ואמרטם".

על פי אותו עיקרון כותב הרש"ז אויערבך ביחס להכאת הבן שלא למטרה חינוכית:

הרי לאו בעלים על בנו להכותו שלא לצורך.⁴²

וכוונתו היא לכל הכאה שאין בה הכרח ותועלת לחינוכו של הילד, ואין לאב כל היתר להכות את בנו כדי לאלץ אותו לעשות את רצונו. בכך נבדל הבן מעבד כנעני, שברמה הפורמלית לא נאסר על האדון להכות אותו, לא רק כדי להפריש אותו מעבירה,⁴³ אלא גם כדי לאלץ אותו לעבוד כראוי.⁴⁴ וכך כותב הרמב"ם (הל' רוצח ושמירת הנפש פ"ב הי"ב-הי"ד):

מה בין עבדו לעבד אחרים? שעבדו יש לו רשות להכותו... לכך נאמר: "בשבט", שלא נתנה לו תורה רשות להכותו אלא בשבט ומקל ורצועה וכיוצא בהן, לא הכיית רציחה.

ומכאן למדנו שהרשות של האב להכות את בנו אינה נובעת מבעלותו כי אם מאחריותו החינוכית, ממנה נובעת הסמכות העקרונית להשתמש גם באמצעים כאלה. ולא כאן המקום לדון במקומן של מכות חינוכיות בחינוך הילדים בדורנו.

11. דעת פוסקים בדורות האחרונים

בעל ערוך השולחן, אגב דיון באיסור "לא תחמוד" (ח"מ שנט, יא), כותב כי הילדים נחשבים כקניינו של אביהם. הוא דן בדברי המכילתא, האומרת שאדם המבקש לשאת את בתו הפנויה של חברו ופועל לשכנע אותו להסכים לנישואין, אינו עובר על "לא תחמוד", מפני שהבת יכולה להינשא לו גם מכוח רצונה העצמי. וכשהוא מסביר את ה"הווה אמינא" של המכילתא, הוא כותב:

42. נשמת אברהם כרך ד עמ' קלג, הע' ב.

43. עיי' ב"ק כח, א; רמב"ם הל' עבדים פ"ג ה"ה.

44. ברמה המעשית מצופה מכל אדון לנהוג על פי דברי הרמב"ם בסוף הל' עבדים (פ"ט ה"ח): "... מידת חסידות ודרכי חכמה שיהיה אדם רחמן ורודף צדק ולא יכביד עולו על עבדו ולא יצר לו... וכן לא יבזהו ביד ולא בדברים... וכן במידותיו של הקב"ה שציוונו להידמות בהם הוא אומר, ורחמיו על כל מעשיו'...".

אבל להסית אבי הבת שיקדש בתו לבנו או להסיתו שיצווה את בנו לקדש את בתו, הייתי אומר שזהו בכלל "וכל אשר לרעך", **דהבנים והבנות הם של אביהם...**

ולדעתו, הילדים אומנם הם קניינו של אביהם במידה מסוימת, אף שאינם בשליטתו המלאה.⁴⁵

גם הרב מנשה קליין (שו"ת משנה הלכות ח"ז סי' נח) לומד ממכלול הראיות שהובאו בפרק זה כי להורים יש קניין בילדיהם, ומכאן הוא מסיק כי אסור לרשויות המדינה להוציא ילדים מבית הוריהם:

וזה יצא ראשונה, התורה הקדושה העמידה ברשות האב והאם את בניהם והם אחראים עליהם ולא אחר... וכל זמן שהם קטנים הם בגדר כספו, את בתו בידו לקדשה או למוכרה לשפחה. ועוד יש להם שאם יעמוד מי שהוא והיכה אישה הרה ויצאו ילדיה, שחייב לשלם כסף להאב, ואם מת האב להאם...⁴⁶

וכן הסיק הרב נתן גשטטנר (שו"ת להורות נתן ח"ג סי' פח) בתשובה העוסקת בזוג שהתגרש והאב רוצה שהבן יחיה לידו כדי שיוכל לחנכו, וכתב:

הרי שכל החיובים כלפי הבן מוטלים רק על האב בלבד, ולא על האם, כי הבנים הם קניינו של אב.

45. ואלו דבריו בשלמותם: "עוד דרשו במכילתא שם, 'מה הפרט מפורש בדבר שאינו בא ברשותך אלא ברצון הבעלים, אף כל דבר שאי אפשר לבוא ברשותך אלא ברצון הבעלים; יצא שאתה חומד בתו לבנך או בנו לבתך' [כצ"ל]. וביאור זה נראה, דזהו ודאי כשאדם מתאוה לישא אישה פנויה בחופה וקידושין, דמותר; שהרי אינה 'אשת רעך'; אבל להסית אבי הבת שיקדש בתו לבנו או להסיתו שיצווה את בנו לקדש את בתו, הייתי אומר שזהו בכלל 'וכל אשר לרעך', דהבנים והבנות הם של אביהם... לזה מיעטה התורה... שהרי אם בנו יהיה רצונו לקדשה ברצונה א"צ דעת האב, וכן אם בתו תתרצה לקבל קידושין א"צ דעת אביה... ואינו דומה לקרקעות ומיטלטלין שלעולם הם ברשות הבעלים".

46. עי' לעיל, סעי' 1.
מדברי הרב קליין נראה שגם האם היא סוג של בעלים על הילד. אולם לקמן, פרק ט, הסקנו שגם אם יש לאב קניין בילדיו, אין מעמד כזה לאם.

12. סיכום

בפרק זה הבאנו ראיות המעידות על קיומו של קניין מסוים של ההורים בילדיהם, ובעיקר ככל שמדובר באב; אולם לצד זה הראינו שניתן להסביר כל אחד מן המקורות באופן שונה, שאינו מחייב לומר כך, ועל כן דעת הפוסקים שהובאו לעיל אינה מוכרחת.

ו. ראיות להעדר קניין האב בילדיו

בפרק הקודם דנו במקורות שלכאורה מציגים את יחסי ההורים וילדיהם, ובעיקר האב וילדיו, כיחסי בעלות. בפרק זה נציג מקורות הסותרים הנחה זו. העיקרון התורני העומד בבסיסה של ההבנה שאין להורים בעלות על ילדיהם הוא ערך החירות, הקובע שאדם מישראל אינו יכול להיות בבעלותו של אדם אחר, "עבדי הם" (ויקרא כה, נה) – ולא עבדים לעבדים (ב"מ י, א).

1. עבדות ומעשה ידיים

התורה לא התירה לאדם מישראל למכור את בנו לעבד, אפילו כשמדובר על מכירתו כעבד עברי, מפני שלא גופו קנוי אלא כוח עבודתו בלבד. ומכאן שאין לאב בעלות על בנו – לא על גופו, ואף לא על כוח העבודה שלו. ומאחר שהגדרת 'עבדות' היא הסמכות לכפות עבודה וליהנות מפירותיה – אזי מאותה סיבה אין לאב זכות במעשה ידיו של בנו.⁴⁷

ברם, כפי שהבאנו לעיל (פרק ד), אפשר לפרש שהסיבה לכך שלא ניתן למכור את הבן ושהאב אינו זוכה במעשה ידיו היא שלילת העבדות בישראל. עבדות של

47. ישנו דיון נרחב בשאלה אם מעשה ידיו של הבן הסמוך על שולחן אביו שייכים לאב: הרמ"א (חו"מ ער, ב) פוסק שמלבד מציאתו, גם מעשה ידיו שייכים לאביו. רעק"א שם מציין שיש בזה מחלוקת בין הראשונים. בעל ערוה"ש (סע' ו) חולק על הרמ"א וסובר שאין מעשה ידי בנו הגדול שייכים לאביו, ומסביר, שדבריו עוסקים בבן גדול שטיפל בסחורתו של אביו, ולכן הרווחים שייכים לאב; אבל בכל מקרה אחר אין מעשה ידי הבן הגדול עוברים לאביו. ועי' פד"ר, ח"ח עמ' 341.

יש להעיר, שדיון זה אינו עוסק בזכות שיש לאב מן התורה, אלא בתקנת חכמים הנוהגת בבן הסמוך על שולחן אביו. בבן שאינו סמוך על שולחן אביו (ומן התורה, אפילו בבן הסמוך על שולחן אביו), ברור שמעשי ידיו אינם שייכים לאביו. וכך נכתב בסיכום הדברים באנציקלופדיה תלמודית, ערך אב (א), ח"א עמ' יב: "וכל זה בבתו, אבל בבנו אין לאב שום זכות מהזכויות הקודמות".

יהודי אפשרית רק במקרים חריגים כמו גנב שנמכר בגנבתו או אדם שהחליט למכור את עצמו כדי להיחלץ מעוני חמור.⁴⁸ ברם, בתחומים אחרים - שאינם קשורים לעבודה - ייתכן שיש לאב קניין בילדיו.

2. הקדשת בנו בחרם

נאמר במסכת ערכין (כה, א):

יכול יחרים אדם בנו ובתו, עבדו ושפחתו העבריים, ושדה מקנתו? תלמוד לומר: "בהמה". מה בהמה - יש לו רשות למוכרה, אף כול - שיש לו רשות למוכרה.⁴⁹

ומכאן שאדם אינו יכול להחרים את בנו ובתו הקטנים, כשם שאין ביכולתו למכור אותם לעולם.

החיד"א (שו"ת חיים שאל ח"ב סי' לא) הביא מדברי תוספות הרא"ש, שכתב:

והאי דנקט בנו... דאגב בתו נקטה; דבתו ואינך, סד"א דזכות יש לו בהן ויכול להחרימן, אבל בבנו אין לו זכות מן התורה.

יכולתו של האדם להטיל חרם מבוססת על הכוח שיש לו למכור את הדבר שברצונו להחרים. אולם בניו של אדם אינם רכושו ואין ביכולתו למוכרם, ולכן גם אין לו סמכות להחרים אותם.

3. תשלומי חבלה

בעניין פיצוי על נזקי גוף נפסק להלכה בשו"ע (חו"מ תכד, ז):

החובל בבניו הגדולים - אם אינם סמוכים על שולחנו, נותן להם מיד; והקטנים, ילקח קרקע בנזקן והם אוכלים פירותיו. וכן באחרים שחבלו בהם.

ההלכה מחייבת את האב שחבל בבנו לפצותו על כך. כמו כן ההלכה קובעת כי אם הילד נחבל בידי אדם זר, על החובל לשלם את הפיצוי לילד עצמו ולא להוריו.⁵⁰

48. עיי' רמב"ם, הל' עבדים פ"א ה"א.

49. בהמשך הדברים דנה הברייתא בהחרמת בתו הקטנה: "והלא בתו קטנה יש לו רשות למוכרה, יכול יחרימנה? תלמוד לומר: 'בהמה'. מה בהמה - יש לו רשות למוכרה לעולם, אף כול - שיש לו רשות למוכרה לעולם". ועיי' לקמן, פרק ח, 4, על משמעותה של מכירת בתו לאָמה.

50. עיי' רמב"ם הל' חובל ומזיק פ"ד הי"ט: "ואם חבלו בהן אחרים - בגדולים יתן להם מיד, ובקטנים

מבחינה זאת שונה הבן מעבד כנעני. החובל בעבדו - פטור, ואפילו כאשר מדובר במי שחבל בעשרים וארבעה ראשי איברים של עבדו הכנעני - מצד דיני ממונות האדון פטור מלפצות אותו על כך, משום שהעבד הוא ממונו של בעליו. התורה גזרה לשחררו במקרה זה, אך אין כלפיו שום חיוב ממוני. כמו כן, מי שחבל בעבד כנעני של אדם אחר חייב לפצות את האדון על הנזק, אבל לא את העבד עצמו.⁵¹ דינו השונה של הבן מלמד אותנו שהילד הוא אישיות עצמאית ואין לראותו כקניינו של אביו.

4. טיפול בנכסי קטן

בעניין נכסיו של קטן, כתב הרמ"א (ח"מ רפה, ח):

וכן קטן שיש לו ממון מאבי אמו או ממקום אחר, ואביו חי - אין נותנין הנכסים ליד האב, דאין מורידין קרוב לנכסי קטן,⁵² אלא בית דין מעמידין לו אפוטרופוס.⁵³

מפסק הרמ"א עולה שממונו של קטן שייך אך ורק לו, ועל בית הדין לדאוג לכך שאביו לא ייקח ממון זה לעצמו. דין זה עומד בניגוד לדין שנאמר בעבדים, ש"מה שקנה עבד קנה רבו" (פסחים פח, ב). ומכאן יש ללמוד שאין לראות את הבן כקניינו הממוני של אביו.

5. אחריות לנזיקין

אחד המאפיינים של הבעלות בהלכה הוא האחריות לדיני נזיקין.⁵⁴ וכך כותב הרמב"ם (הל' נזקי ממון פ"א ה"א):

כל נפש חיה שהיא ברשותו של אדם שהזיקה - הבעלים חייבין לשלם, שהרי ממונם הזיק...

⁵¹ ילקח בהן קרקע והן אוכלין פירותיה עד שיגדילו.

⁵² רמב"ם הל' חובל ומזיק פ"ד ה"י.

⁵³ בבא מציעא לט, א.

⁵⁴ ועי' עוד לקמן, הע' 160.

⁵⁴ על מאפיין זה, שהוא ייחודי להלכה היהודית, כתב בהרחבה הרב מיכאל פואה בספרו 'בשורת הצדק', עמ' 48-54.

אולם כאשר מדובר על בנו של אדם שהזיק, נאמר במשנה (בבא קמא פ"ח מ"ד):
חרש שוטה וקטן - פגיעתן רעה; החובל בהן - חייב, והם שחבלו באחרים
- פטורין.

קטן שהזיק לאחרים פטור מלשלם את הנזק. הרמב"ם (הל' חובל ומזיק פ"ד ה"כ)
מסביר שפטור זה הוא מפני,

שבשעה שחבלו לא היו בני דעת.

מצד הדין היה ראוי שהקטן ישלם על מה שהזיק, אך מאחר שהוא אינו בר דעת,
אין הוא אחראי למעשיו. הקטן 'פגיעתו רעה', מפני שגם את אביו אי אפשר לחייב
עבור נזקיו כי אינו בבעלותו. וכך כתב הרב יצחק זילברשטיין:⁵⁵

מן הדין אין הבן דומה לשורו וחמורו שהזיקו, כי אין הוא קניינו של האב
או האם.

6. תרומת חלק מגופו

אחד המאפיינים המרכזיים של מושג הקניין בנכס כלשהו הוא הזכות שיש
לבעלים להשתמש בכל חלק מחלקיו לצורכיהם. לאור זה יש לשאול, האם מותר
להורים לכפות על אחד מילדיהם הקטנים תרומה של חלק מגופם?

בספר נשמת אברהם⁵⁶ מובאת שאלה שנידונה בפני הרש"ז אויערבך: האם אב
רשאי לכפות על בנו הקטן תרומת מח עצם לשם הצלה של קרוב משפחה שחלה
במחלה ממארת?⁵⁷ אילו היה הבן נחשב כקניינו של אביו, היה מקום להתיר זאת,
כשם שלאב נוכרי יש רשות לגייר את בנו⁵⁸ אף שתהליך זה כולל בתוכו גם פגיעה
בגופו של הילד באמצעות ברית המילה.

ותשובתו של הרש"ז היא:

צע"ג אם להוריו יש רשות להסכים עבורו כדי להציל בן משפחתו, מכוח
הכלל שאין את האדם שלא בפניו וזכות גדול הוא לו שמציל נפש
בישראל.

55. חשוקי חמד ב"ק מה, ב.

56. מהדורת תשס"ז, כרך ד, חו"מ סי' רמג, עמ' ס הע' א.

57. לשאלה אם פיקוח נפש מהווה שיקול להיתר במקרה כזה, ע"י במה שכתב הרב יעקב אריאל
בשו"ת באוהלה של תורה ח"ה סי' י אות ד, עפ"י תשובת הרדב"ז ח"ג סי' תרכז (מובאת בפת"ש
יו"ד סי' קנז ס"ק טו).

58. ע"י כתובות יא, א.

נראה שהרש"ז אינו מסתפק כלל בשאלה אם יש לאב קניין בגופו של הבן לעניין זה, ופשוט לו שאין כאן שום קניין. הספק ממוקד בשאלה אם ניתן להצדיק את כפיית התרומה מכוח הכלל "זכין לאדם", שחל גם על קטן,⁵⁹ או שמאחר **שלוקחים ממנו** את מח העצם ולא נותנים לו דבר, זה נקרא "זכין מאדם", ולא ניתן להתיר זאת כלפי קטן.⁶⁰ יתרה מזאת. מאחר שכאן הזכות לילד אינה חד משמעית - שכן מצד אחד הוא זוכה במצווה של הצלת נפשות, אולם מצד שני צפוי לו סבל רב בתרומה זו - יש להסתפק אם ניתנה לאב סמכות להחליט על כך.⁶¹

עם זאת יש להעיר, כי גם אם נאמר שזכות היא לבן לתרום מגופו להצלת הזולת, מסתבר שאדם זר אינו רשאי לבצע זאת בלי הסכמתם של ההורים.

7. השבת ילד להוריו

הרב יצחק זילברשטיין (חשוקי חמד סנהדרין פו, א) דן בשאלה הבאה: האם מי שמצא ילד שהלך לאיבוד, מוגדר כ'משיב אבידה', או שמא דינו כסתם אדם העושה טובה לחברו?⁶² ועל כך הוא כותב:

אך נראה, שאף אם הילד אינו קניין של אביו, כאשר מחזירו אל אביו מקיים בזה מצוות השבת אבידה... דאמרין בבבא קמא (דף פא ע"ב): "ת"ר, הרואה חבירו תועה בין הכרמים - מפסיג ועולה מפסיג ויורד עד שמעלהו לעיר או לדרך". ונאמר שם בגמרא שהוא מדאורייתא, דתניא: "השבת גופו מניין? ת"ל, והשבותו". ופירש"י: "והשבותו - את

59. עי' שו"ע חו"מ רמג, יח: "זכין לקטן... בין בפניו ובין שלא בפניו".

הסבר זה נאמר במפורש בגמרא (כתובות יא, א) בנוגע לגיור, אף שהוא כולל בתוכו את ברית המילה: "בגר שנתגיירו בניו ובנותיו עמו, דניחא להו במאי דעביד אבוהון". ובעצם, עיקרון זה מונח גם בתשנית הסמכות שיש לכלל אב יהודי למול את בנו. אילו לא הייתה לאב שום סמכות לפגוע בגופו של בנו, גם מצוות מילה לא הייתה יכולה להפקיע את "זכות הילד על גופו".

60. לדעת קצוה"ח, סי' רמג ס"ק ח, אומרים "זכין לאדם שלא בפניו" רק בקניינים ולא בפעולות אחרות כגון זו. ולדעת מרכבת המשנה, גירושין פ"ו ה"ג, אומנם "זכין לאדם" אולם אין "זכין מאדם". הרש"ז אויערבך עצמו, בקונטרס 'לאפרושי מאיסורא', סי' א סוף אות א, הביא את מחלוקת הפוסקים לעניין זכייה 'מאדם' במכירת חמץ והביא את הכרעת ההלכה בנושא זה לקולא. ואף על פי כן, הוא מסתפק בשאלה אם מותר לקחת מח עצם מילד קטן.

61. ייתכן שברקע ההתלבטות עומדים שני מושגים דומים, אך שונים: "תקנת הילד", הממוקדת בטובתו הרוחנית והערכית, ו"טובת הילד", הממוקדת בטובתו הגופנית והאנוכית. עי' במאמרם של ד"ר שלמה רומי, ד"ר נורית לוי וד"ר ישראל צבי גילת, "והילד מה הוא אומר?" בספר "דברים שאין להם שיעור", עמ' 338.

62. ההשלכה של שאלה זו היא אם מותר לו לקבל שכר על כך (אא"כ מתבטל ממלאכתו ויכול לקבל שכר כפועל בטל). על כך עי' ב"מ ל, ב.

גופו, משמע שאם טעה חבירך אתה צריך להעלותו לדרך". והוא הדין בענייננו, אין זה השבת אבידה להורים, אלא זה השבת אבידה עבור הילד, שכיון שנמצא במקום הלא הנכון עבורו, מצוה להשיבו למקומו, דהיינו לאביו ולאמו.

מדברי הר"י זילברשטיין עולה בבירור שהוריו של הילד אינם בעלים עליו, אלא הילד הוא הבעלים על עצמו. ברם, מקומו הטבעי של הילד הוא עם הוריו; וכאשר אינו יודע את הדרך אליהם, הוא זה שאיבד את עצמו, ויש מצווה להשיב אותו אל עצמו.⁶³

8. רקע רעיוני

בדיון על דמי וולדות (לעיל פרק ה, 1) הבאנו מחלוקת בין הרמב"ם לראב"ד בשאלה אם יש לאב קניין בגופו של עובר הנמצא במעי אימו: הרמב"ם (לפי ההסבר של הר"ד סולובייצ'יק) סובר כי מעיקר הדין דמי וולדות הם תשלום דמי החבלה המגיעים לאם ולכן אין לאב קניין בעובריים; ואילו הראב"ד סובר שיש לאב קניין ממוני בהם. לאור מה שעלה בפרק זה כי אין לאב קניין בילדיו, יש לשאול: כיצד ניתן לדעתם להסביר את דעת הראב"ד? איך אותו קניין שיש לאב על העובר במשך ההיריון פוקע ברגע הלידה?

ניתן לענות על כך בהסתמך על הברייתא המובאת במסכת נידה (לא, א):

תנו רבנן: שלושה שותפין יש באדם, הקב"ה ואביו ואמו. אביו מזריע הלובן, שממנו עצמות וגידים וציפורניים, ומוח שבראשו, ולובן שבעין. אמו מזרעת אודם, שממנו עור ובשר ושערות, ושחור שבעין. והקב"ה נותן בו רוח ונשמה וקלסתר פנים, וראיית העין, ושמיעת האוזן, ודיבור פה, והילוך רגליים, ובינה והשכל.

על פי דברי הגמרא ניתן לומר שמכיוון שהקב"ה נתן לבן את המרכיב המשמעותי ביותר בחייו - את נשמתו - לא ניתן לראות את ההורים כבעלים עליו, שכן הם נתנו לו רק את גופו.⁶⁴ רעיון זה מובן עוד יותר לאור המשך הדברים בברייתא שם:

63. עי' לעיל, פרק ה, 6. בעניין גניבת נפשות.

64. לאור דברים אלו נצטרך להסביר מהו ההבדל שבין ישראל לגוי. וייתכן שאף על פי שגם לגוי הקב"ה נותן נשמה, עוצמתה הפנימית קטנה משל ישראל והיא מוטבעת בגופו, לכן האב נחשב כבעלים על בנו. וכך כותב המהר"ל בדרך חיים (פ"ג מי"ד): "מ"מ יש צורת אדם באומות ג"כ, רק שעיקר צורת אדם לא נמצא באומות, מ"מ נמצא הצלם הזה אצל שאר אומות, רק שאינו

וכיון שהגיע זמנו להיפטר מן העולם - הקב"ה נוטל חלקו, וחלק אביו ואמו מניח לפנייהם.

במשך ההיריון, הנשמה יונקת את חיותה מהאם,⁶⁵ ותשלום דמי הוולדות שייך לאב מאחר שהוא נחשב "בעל ההיריון".⁶⁶ החל משעת הלידה הנשמה עומדת מכוח עצמה ולא מכוחם של ההורים, ולכן ברגע זה פוקע קניינו של האב, והבן הופך להיות עבד ה'.⁶⁷

נראה שלכך התכוון הרב זלמן נחמיה גולדברג, באומרו:⁶⁸

לאב אין בעלות על בניו... ילד שנולד הרי הוא כפנים חדשות, הרי הוא יצירה חדשה ואין הוא בבעלות ממונית של אחרים. הוולד שנולד אינו נדון כשייך לא לאב ולא לאם.⁶⁹

9. דעת פוסקים בדורנו

המסקנה שעולה ממקורות אלו היא כי אין האב בעלים על ילדיו. ולעומת הפרק הקודם, שבו הבאנו ראיות לבעלות האב והפרכנו את כולן, את הראיות שהובאו בפרק זה לא מצאנו דרך להפריך. ואכן, מצאנו פוסקים שונים שחלקו על דברי

-
- נחשב כלום, ולכן לא אמר 'חביבין ישראל שנבראו בצלם אלהים'. ועוד, כי כאשר נברא האדם היה מעלה זאת לאדם ולנח אף כי אינם בשם ישראל נקראים, ואם אחר שבחר השי"ת בישראל נתמעט הצלם הזה אצל האומות, מ"מ הצלם האלהי הוא שייך לאדם במה שהוא אדם...".⁶⁵
65. עיי' סנהדרין צא, ב: "ואמר לו אנטונינוס לרבי, נשמה מאימתי ניתנה באדם, משעת פקידה או משעת יצירה? אמר לו, משעת יצירה. אמר לו, אפשר חתיכה של בשר עומדת שלשה ימים בלא מלח ואינה מסרחת? אלא, משעת פקידה. אמר רבי, דבר זה למדני אנטונינוס, ומקרא מסייעו, שנאמר, ופקודתך שמרה רוחי". וכן בב"ר לד, י. מדברי הגמרא עולה כי כבר ברגע הפקידה יש לוולד נשמה, אך חיותה של הנשמה מגיעה מהאם, כשם שבוולד הבהמה חיותו מגיעה מאמו. (עיי' מאמרו של הרב משה צוריאלי, "הפלת עובר שאובחנה אצלו מחלה קשה", תחומין כה, עמ' 65).
66. מקורו של מושג זה במכילתא דרבי ישמעאל (משפטים - מסכתא דנזיקין, פר' ח): "כאשר ישית עליו בעל האישה. שומע אני, אף על פי שאין ההיריון שלו - ת"ל, הרה, מגיד שאינו משלם אלא לבעל ההיריון".
67. וכך כותב הרב שמואל אליעזר שטרן (מובא בשו"ת רץ כצבי - אה"ע ח"א עמ' שצח): "ואף שמצינו דדמי וולדות המה לבעל, ומוכח לכאורה מזה שהוא נידון כבעלים עליהם... נראה לענ"ד דהיינו רק בוולדות במעי האם, שאז עדיין דיינין להו כבשרא בעלמא; אבל מרגע לידתם המה נידונים כאדם חי בפני עצמו ואין לאף אחד כל קניין או בעלות עליהו".
68. מובא בספר אורות המשפט, מאת הרב יצחק אושינסקי, עמ' 324.
69. עיי' לעיל פרק ה, 1, שם הבאנו את ההסבר של הרז"ן גולדברג, שדמי וולדות הם לאב מפני שהוא היורש שלהם, ונמצא אפוא שהוולד לא היה קניינו של אביו אף לפני לידתו.

הרב קליין שהובאו לעיל, ועל יתר הסוברים כי יש לאב בעלות על ילדיו.

וכך כותב הרב בן ציון מאיר חי עוזיאל (משפטי עוזיאל ח"ב, אה"ע סי' צא):⁷⁰

דבר ברור ומוחלט שאין הבנים או בנותיו של אדם קנויים לו, כמו שקנויים לו נכסיו הממוניים או בהמותיו...⁷¹

גם הרב יעקב אריאל (שו"ת באוהלה של תורה ח"ד סי' כד אות יב, עמ' 213)⁷² מסיק שבניגוד למצב אצל הגויים, אין לראות את האב בישראל כבעלים על ילדיו, כפי שהאישה בישראל אינה רכוש של בעלה,⁷³ והוא כותב:

...כשם שהאישה היא רכוש בעלה בבני נח, גם הילדים הם רכוש האב; בעוד שבישראל אין הילדים רכוש הוריהם (ורק לעניין אמה העברייה נתנה התורה זכות חריגה לאב לדברים מוגבלים).

גם מדברי הר"ש ישראלי,⁷⁴ הרב יצחק זילברשטיין⁷⁵ והרב זלמן נחמיה גולדברג⁷⁶ נראה כי אין הילדים קניין של הוריהם.

הרב צבי רייזמן (שו"ת רץ כצבי, אה"ע ח"א עמ' שפ) מביא את תשובת החתם סופר (חו"מ סי' קיא), שדן בשאלה הבאה:

אחד... שהיה לו בן ומכרו לחברא קדישא בעד ה' זהובים, והיה תנאי שאם יגיע וכו' נישואי הבן יחזור האב להח"ק עשרה זהובים... ושבק חיים והבן רוצה לישא אישה והח"ק מוחים בידו עד שישלם כל הנ"ל...

על כך עונה החתם סופר:

פשוט שאין אב יכול למכור בנו ולא להקדישו, רק הבת למעשי ידיה ולייעוד עד שתביא סימנים, אבל גופא לא; ואפי' בכור שציווה הקב"ה לפדותו - מצוה בעלמא הוא, ואם אינו פודהו איננו לכהן ולא קדוש

70. הנידון שם הוא מקרה שבו האב התחייב לאחיו שכאשר ייוולד לו בן הוא יועבר אליו, ואימו של התינוק מתנגדת לכך.

71. הרב"צ עוזיאל מרחיב על כך בספרו "שערי עוזיאל", ח"א עמ' 17-22.

72. וכן במאמרו "ביטול אימוץ" (בספר זה, נספח ב פרק ב).

73. בעניין זה עי' במאמרו של הרב זאב שמע "ודבק באשתו והיו לבשר אחד", פרק ו (בספר "ראויים לטוב", עמ' 129-135).

74. חוות בנימין ח"ג סי' קח.

75. מובא לעיל, סע' 5, 7.

76. מובא לעיל, סע' 8.

לשום דבר, ומה שהנהיגו... לומר הכהן להאב "מה בעית טפי" וכו' -
חיבוב מצוה בעלמא הוא...

ומכאן מסיק הרב רייזמן:

מבואר בדבריו שאין כל תוקף למכירת ילדים על ידי הוריהם, והיינו
משום שהילדים אינם בבעלות הוריהם ואינם רכושם הקנייני שניתן
למוכרו.⁷⁷

10. סיכום

כל המקורות שהבאנו מצביעים על כך שאין לאב קניין בילדיו. ובזמן שביחס
לכל אחת מן הראיות שהבאנו בפרק הקודם, התומכות בקניין זה, הראינו כי ניתן
להפריך אותה, את הראיות שהבאנו בפרק זה, השוללות את הבעלות, לא מצאנו
דרך להפריך.

ז. קניין האב בבניו - מסקנת הדיון

בעקבות הראיות שראינו עד כאן, נבקש לסכם ולברר באיזו מידה התורה רואה את
הבן קניינו של אביו. כדי לענות על שאלה זו יש לבחון את המאפיינים השונים
הקיימים בבעלות ולראות עד כמה הם רלוונטיים לבעלות של אב על ילדיו.
ניתן לחלק את המאפיינים השונים של בעלות לכמה קטגוריות ולדון בכל אחת
מהן:

1. **פגיעה בגופם:** אין לאב שום היתר או סמכות לפגוע בגופם של ילדיו.⁷⁸ עם זאת,
מצאנו כמה מקרים חריגים:

א. האב רשאי להכות את ילדיו; אך היתר זה מוגבל רק לצורך חינוכי, שהוא תקנת
הילד.⁷⁹

77. הוא חוזר על קביעה זו בהמשך הפרק, עמ' שפא-שפג, וכן מביא, בעמ' שצח, את דעתו הנחרצת
של הרב שמואל אליעזר שטרן. אולם במהלך הדיון, עמ' שפג-שפד, הוא מעלה את האפשרות
לומר שיש לאב מעמד הכולל בתוכו מרכיבים של זכויות ובעלות. וצ"ע.

78. עי' לעיל, פרק ה, 9, ופרק ו, 3.

79. עי' לעיל, פרק ה, 10.

ב. האב מצווה למול את בנו. אומנם יש בכך משום חבלה בגופם, אולם מצוות התורה גוברת על כך. מצווה זו מקנה לאב עדיפות ראשונה למול את בנו, אך אם האב אינו מקיים את המצווה מסיבה כלשהי, הדבר מוטל על בית הדין.⁸⁰

ג. האב מוסמך לכפות על ילדיו טיפול רפואי, גם אם יש בו ממד של חבלה בגופם. אולם סמכות זו נובעת רק מן האחריות של האב על חיי ילדיו ומן המצווה המוטלת עליו לדאוג לבריאותם.⁸¹

ד. יש ספק אם האב יכול לדרוש מבנו תרומה של מח עצם וכדו'. אולם הטענה שיש סמכות כזאת מבוססת על דיני "זכייה" ולא על קניין.⁸²

ה. להורים יש סמכות להביא את בנם לבית הדין כבן סורר ומורה, כדי שילקו או יסקלו אותו. סמכות זו אינה מעידה על קניין: ההורים רק מביאים את הבן לבית הדין, והוא בעל הסמכות המשפטית להחליט על גורלו.⁸³

2. פעולות קנייניות והלכתיות: אין בהלכה אפשרות להעביר ילדים לרשות אדם אחר (באמצעות מכירה או הורשה), והם נשארים תמיד בנים להוריהם.⁸⁴ כמו כן, האב אינו יכול להחרים את ילדיו,⁸⁵ ואינו יכול לקדש אישה לבנו שלא בשליחותו.⁸⁶ אומנם הוא יכול להזדיר אותו בנזירות; אבל הבן עצמו או קרובי משפחה אחרים יכולים להתנגד לכך, ולכן לא ניתן לראות בכך מאפיין של בעלות.⁸⁷ אומנם האב מצווה לפדות את בנו הבכור, אך נחלקו גדולי עולם אם יש לאחרים מצווה או יכולת לפדות את הבן כשהאב אינו בחיים.⁸⁸

80. ע"י לעיל, פרק ה, 3.

81. ע"י לעיל, פרק ה, 9.

82. ע"י לעיל, פרק ו, 6.

83. ע"י לעיל, פרק ה, 5.

84. בעניין מכירת הבת לאָמה, ע"י לקמן פרק ח, 4.

85. ע"י לעיל, פרק ו, 2.

86. ע"י קידושין מה, ב.

87. ע"י לעיל פרק ה, 4.

88. ע"י פת"ש יו"ד סי' שה ס"ק טז.

3. טובות הנאה כספיות: אין לאב זכות לרווחים ממעשה ידיו של בנו.⁸⁹ האב אינו זכאי לפיצוי על חבלה שאחרים חבלו בילדיו⁹⁰ (מלבד דמי וולדות).⁹¹ ואם הוא עצמו חבל בהם, חייב לפצותם.⁹² וקל וחומר שאין לו שום זכות בממונם הפרטי.⁹³

4. אחריות לנזיקין: האב אינו אחראי על נזקים שנעשו על ידי ילדיו.⁹⁴

5. החזקה בפועל: אומנם הילדים חיים עם אביהם וגרים בביתו. אולם משתי סיבות קשה לראות החזקה זו כהוכחה או מאפיין לבעלות:

א. גם אם נראה את מגורי הילדים בבית הוריהם כסוג של "החזקה", הרי שזו, כשלעצמה, אינה מאפיינת בעלות. ביחס לקרקעות או מיטלטלין היא יכולה להוות לכל היותר ראייה לבעלות. אבל בנד"ד, בהיעדר מאפיינים אחרים לבעלות, עצם ההחזקה בילד אינה מקנה לאב בעלות בכל אחד מהמזדים שהוזכרו; ויש מקום לראות אותה כעין "חזקה שאין עמה טענה".⁹⁵

ב. בילד שנגנב מבית אביו⁹⁶ או הלך לאיבוד,⁹⁷ הגדרת המצב כעבירה או כאבידה אינה מתייחסת אל האב אלא אל הילד.

לסיכום: עיון במאפיינים השונים מראה שקשה לקבל את ההגדרה כי יש לאב קניין בבניו. ייתכן ששאלה זו תהיה רלוונטית יותר בדיון שבפרק הבא, העוסק בקניינו של האב בבתו - שם יש לו טובות הנאה ממוניות שונות וגם סמכויות רחבות יותר. אולם ככל שמדובר בבן, המאפיינים המשמעותיים המרכיבים את הבעלות אינם קיימים. אמנם אפשר לטעון כי יש לאב קניין בילדיו, אלא שקניין זה הוא חלש מאוד במאפיינים שלו; אולם נראה יותר לומר, שכאשר נעדרים מן הקשר הזה מאפייני קניין רבים ומשמעותיים, נכון יותר לקבוע שאין לפנינו קניין כלל ועיקר.

89. ע"י לעיל, פרק ו, 1.

90. ע"י פרק ו, 3.

91. ע"י לעיל, פרק ה, 1 ופרק ו, 8. לעניין תשלומי אונס, מפתח ומוציא שם רע, ע"י לקמן פרק ח, 2.

92. ע"י לעיל, פרק ו, 3.

93. ע"י לעיל, פרק ו, 4.

94. ע"י לעיל, פרק ו, 5.

95. ע"י בבא בתרא מא, א.

96. ע"י לעיל, פרק ה, 6.

97. ע"י לעיל, פרק ו, 7.

על כל זה יש להוסיף, כי גם מאפייני הבעלות שניתן למצוא כלפי הבנים, הם זמניים במהותם, ופוקעים מאליהם כאשר הבן גדל ומגיע למצוות. ואילו הייתה לאב בעלות על ילדיו, כיצד היא פוקעת מאליה?⁹⁸

ח. מאפייני קניין ביחסי האב עם בתו

בפרקים הקודמים דנו בשאלת בעלות האב על ילדיו ונוכחנו כי מן המקורות עולה שאין לראות את האב כבעלים עליהם. ברם, יש מקום לברר אם קביעה זו נכונה רק ביחס לבניו של אדם או גם לבנותיו.

מתוך כך יש מקום להסתפק באחת משלוש אפשרויות:

- א. שדינה של הבת שונה מדינו של הבן, ואכן יש לאב קניין בה בעודה קטנה.
- ב. שדין הבת דומה לדינו של הבן (שכן רוב הדוגמאות שהבאנו בפרק הקודם רלוונטיות גם אצל הבת); ורק בפרטים מסוימים דינה שונה, בשל ההבדלים שבין נקבות לזכרים.
- ג. שאומנם יש לאב קניין בבתו, אולם בעלות זו מוגבלת לתחום מוגדר.

1. קידושי הבת

יש לאב סמכות לקדש את בתו לכל איש שיבחר, ואף יש לו זכות לקחת לעצמו את כסף קידושיה. וכך כותב הרמב"ם (הל' אישות פ"ג הי"א):

האב מקדש את בתו שלא לדעתה כל זמן שהיא קטנה, וכשהיא נערה רשותה בידו, שנאמר (דברים כב, טז): "את בתי נתתי לאיש הזה", וקידושיה לאביה...

סמכות האב לקדש ולהשיא את בתו היא לכאורה הוכחה גמורה לקניין שיש לו בה, שכן יש בסמכותו להשיא אותה אפילו לאנשים שהיא לא הייתה רוצה להתקדש להם כמו מנוול (=אדם מכוער) ומוכה שחין.

מדברי הריטב"א (קידושין ג, ב) אכן נראה שסמכותו של האב לקדש את בתו בעל כורחה מהווה הוכחה לכך שיש לו קניין בה.⁹⁹ הגמרא (שם) מעלה את השאלה:

98. עיי' במאמרו של הרב מיכאל פואה, "הורים וילדיהם במשפט התורה ובמשפט העמים" (אמור לראות אור בספר 'הורות ראויה', בהוצאת 'מרכז תורה ומדינה', מחלקת אחווה).

99. שיטת הריטב"א מופיעה גם בחידושיו לכתובות מא, ב ד"ה אם לא, ביחס לדין מפותה, שקנסה לאביה. וכך הוא מנמק את הדין הזה: "אבל זו, שבשעת ביאה לא הייתה של עצמה, אע"פ שעתה

אביה מקבל קידושיה, דכתיב: "את בתי נתתי לאיש הזה", ואיהי שקלה כספא?!

ומתוך כך היא מסיקה שהאב הוא הזכאי בכסף הקידושין של בתו.
על כך כותב הריטב"א:

פירוש, כיון דזיכתה לו תורה שרשאי לקדשה בעל כורחה ושלא מדעתה, איהו חשיב מקנה ובעל דבר, וכממונו היא חשובה בעניין זה. וכיון דאיהו הוי מקנה, לא סגי דלא ליהוי כסף דיליה; דאי איהי שקלא כספא, איהי חשיבא בעל דבר, ואין האב אלא כשליח. ואם כן, היאך אפשר לו לקדשה בעל כורחה?

הריטב"א חולק בכך על דעת רש"י (קידושין שם ד"ה ואיהי), המפרש את דברי הגמרא בדרך שונה, וכותב:

ואיהי תשקול כספא - בתמיה. אפשר שעל חנם זיכהו הכתוב בקבלת קידושיה?!

מדברי רש"י נראה כי האפשרות שהאב ישיא את בתו אינה מובנת מאליה. בניגוד להבנת הריטב"א, הסובר שהיכולת לקדשה נובעת מן הקניין שיש לו בה, סובר רש"י שהיא זכות "שזיכהו (=את האב) הכתוב בקבלת קידושיה", דהיינו שהתורה נתנה לאב זכות חריגה להשיא את בתו, וכסף הקידושין הוא חלק מזכות זו.¹⁰⁰ ומדבריו עולה שאין להסיק מכאן שהבת נחשבת כקניינו של אביה. יתרה מזאת קבעו חז"ל, שאסור לאב לקדש את בתו הקטנה. וכך כותב הרמב"ם (הל' אישות פ"ג הי"ט):

ואף על פי שיש רשות לאב לקדש בתו כשהיא קטנה וכשהיא נערה לכל מי שירצה - אין ראוי לעשות כן, אלא מצוות חכמים שלא יקדש אדם את בתו כשהיא קטנה עד שתגדיל ותאמר: בפלוני אני רוצה.

(=כשבגרה ואביה נפטר) חזרה וזכתה בקנס בשעת העמדה בדיון, פנים חדשות באו לכאן, ואין מחילתה הראשונה כלום... אבל הכא בשעת ביאה גופה של אב...".

100. יש להעיר שהמונח "זכות" בדברי רש"י אינו זהה למונח "זכות" בשפה המודרנית, כ"זכות טבעית", וכוונתו לטובת ההנאה הכרוכה בסמכות שניתנה לאב מכוחה של גזירת הכתוב. מושג זה דומה יותר למונח העכשווי "זכאות", הקובע כי אף שלאדם אין זכות טבעית למשהו, הוא זכאי לכך מכוח חוק או התחייבות שלטונית; אבל גם דמיון זה, שבין מה שכתב רש"י לבין המונח "זכאות", אינו מוחלט.

כך נפסק גם בשו"ע (אה"ע לז, ח). ועל כך מוסיף הרמ"א:

וי"א דנהגין בזמן הזה לקדש בנותינו הקטנות, משום שאנו בגלות ואין לנו תמיד סיפוק כדי צורכי נדוניא. גם אנו מתי מעט, ואין מוציאין תמיד זיווג הגון. וכן נוהגין.

וגם לדעתו, ההיתר לקדש קטנות נובע רק מהדאגה לטובתן.¹⁰¹ ומכאן שסמכותו של האב לקדש את בתו לא נועדה לשרת אותו אלא לתת בידיו את האמצעים הנדרשים להשיאה גם בתנאי חיים קשים ביותר.

2. תשלומי אונס ומפתה

האונס והמפתה משלמים את הנזק, הצער, הבושת והקנס לאביה של הנפגעת. וכך כותב הרמב"ם (הל' נערה בתולה פ"ב הי"ד):

שלושה דברים של מפתה וארבעה של אונס - הרי הן של אב, שכל שבח נעורים לאב...

הלכה זו מוכיחה לכאורה את קניינו של האב בבתו.

בדברי הראשונים ישנו דיון נרחב בשאלה מי הוא בעל הדין שתובע את האונס והמפתה,¹⁰² והאחרונים מעלים שלושה הסברים אפשריים:¹⁰³

א. האב הוא 'בעל הדבר'.

ב. זוהי זכות תביעה משותפת לאב ולבת.

ג. התביעה היא של הבת, והאב זוכה מכוחה.

מכל אחת משלוש האפשרויות מוכח שלאב יש קניין או זיקה חזקה לגופה של בתו.

ברם, גם אם נאמר שיש כאן ביטוי לקניין, הרי הוא מוגבל כאמור לעניינים הנוגעים לפגיעה בצניעותה של הבת, הקשורה לתחום האישות. אין לאב זכויות

101. עיי' במאמרו של הרב יוסף חיים אסייג, "אב שקידש את בתו בעקבות סכסוך משפחתי" (תחומין כו עמ' 148-155), שהסיק שמאחר שהתורה נתנה לאב סמכות לקדש את בתו לטובתה בלבד, אינו נאמן לומר שקידש אותה באופן המעגן אותה, במטרה להפעיל לחץ על אשתו במהלך סכסוך גירושין ביניהם.

102. עיי' רשב"א כתובות לז, א ד"ה הבא על בתו; ריטב"א שם מב, א ד"ה אם לא; רמב"ם וראב"ד הל' נערה בתולה פ"ב הי"ג.

103. עיי' בהערות המהדיר לרשב"א שם, הוצאת מוסד הרב קוק, הע' 5, ובהפניות שם לאחרונים שדנו בסוגיה.

בעלות אופי קנייני על תחומים אחרים; וכאשר מדובר בתשלום על חבלות ופגיעות אחרות בגופה של בתו, כל זמן שאינן נוגעות לתחום האישות - במישרין או בעקיפין, הפיצוי ניתן לבת עצמה. וכך נפסק בשו"ע (ח"מ תכד, ו):

החובל בבת קטנה של אחרים, אם נזק הפוחת אותה מכספה הוא - הרי הוא של אב. וכן שְׁבֵתָהּ (=תשלומי ה'שְׁבֵת' שלה) של אב, שהרי מעשה ידיה וכסף מכירתה של אביו הוא... אבל צער וריפוי ובושת - שלה. וכן נזק שאינו פוחתה מכספה - הרי הוא שלה. וכן החובל בבתו, משלם צער וריפוי ובושת.

טובות ההנאה הממוניות שיש לאב בבתו נוגעות למקרים שבהם יש פגיעה ביכולתו להשיא אותה. ברם, במקרים שבהם לא נפגעה היכולת להשיא, הזכות לפיצוי שייכת לבת עצמה ולא לאביה.

הבחנה זו היא היוצרת את ההבנה שיש לאב קניין על "אישות דבתו".¹⁰⁴ מושג זה יתבאר בהרחבה לקמן (סע' 9).

3. איסור מסירה לזנות

בהקשר זה ראוי לדון גם באיסור "אל תחלל את בתך להזנותה" (ויקרא יט, כט). את האיסור הזה מבאר הרמב"ם (ספר המצוות, מצוות לא תעשה, שנה):

וזה שכבר קדם מדיניו יתעלה, שהבועל בתולה - בין שיהיה מפתה או אונס - אינו חייב שום עונש מן העונשים אלא קנס ממון לבד, ושיישא אותה, כמו שהתבאר בכתוב. והיה עולה במחשבתנו כי אחר שזה הדבר אין בו זולת קנס ממון, שיהיה דינו הולך כדין **דבר שבממון**; וכמו שיש רשות לאדם לתת לחברו מממונו מה שירצה או יפטררו במה שיש לו אצלו, שיהיה כמו כן מותר לו שייקח בתו הנערה ויתנה לאיש שיבעל אותה ויפטררו מזה אחר שזה **זכות מזכויותיו**, כלומר החמישים כסף שהם לאבי הנערה, או גם כן יתנה לו על תנאי שייקח ממנו כך וכך דינרים. והזהיר מזה ואמר לו: "אל תחלל את בתך להזנותה".¹⁰⁵

104. עיי' במאמרו של הרב שמחה בונם רוטנברג, "בגדר זיקה דאורייתא", בקובץ 'המאיר' (בהוצאת ישיבת בית מאיר), גיליון י, עמ' שמז.

105. וכן עיי' הלכות נערה בתולה פ"ב הי"ז.

בדומה לכך כתב גם הרמב"ן (ויקרא שם): "וטעם הכתוב, כי בעבור שהבת ברשות אביה והוא רשאי בנעוריה לקדש אותה ולהכניסה לחופה, והאונס והמפתה אותה נותן קנסה לאביה, פירש

מדברי הרמב"ם עולה לכאורה שבתו של אדם היא כקניינו, לפחות ככל שמדובר על תחום האישות שלה ("אישות דבתו"). זו הייתה יכולה להיות ההבנה הראשונית, אילו איסור זה לא היה נכתב בתורה. ברם, יש לבאר, מה התחדש לפי הרמב"ם לאחר שהתורה אסרה על האב לחלל את בתו? האם תפיסת הקניין נותרה בעינה ורק נאסר לממש אותה בדרך מגונה זו, או שציווי התורה יצר מצב משפטי חדש לגמרי?

נראה שדברי שו"ת שואל ומשיב (מהדורה תניינא ח"ג סי' סד) יסייעו לענות על שאלה זו. בתשובתו הוא עוסק בהלכה המטילה על בית הדין את האחריות למול תינוק שאביו מסרב לקיים בו את מצוות המילה. הוא מסביר שאמנם הבן הוא ברשות האב בהקשר הגופני אבל לא בהקשר הרוחני. ועל פי זה הוא מסביר את האיסור המוטל על האב לסרסר בבתו:

והנה בכתוב כתוב לאמור "אל תחלל את בתך להזנותה", ופירש הרמב"ם בספרו הי"ד שאין כוח לאב לחלל בתו לקבל הקנס, עי"ש. - הנה ראינו, שאף שזיכתה התורה לאביה קידושי בתו, מ"מ להזנותה אין לו כוח. והטעם, משום דדווקא על גופה יש לו כוח, משא"כ להזנותה, שהוא גם בחלקי הנפש - על זה אין לו כוח.

על גופם של ילדיו יש לאב סמכות, ואילו על נפשם ורוחם אין לו אלא **אחריות** כלפי הבעלים האמיתיים, דהיינו: הקב"ה.¹⁰⁶

בדומה לכך, האחריות על נפשה ורוחה של הבת מתבטאת בדאגה לתחום האישות שלה - להגן עליה מפני פגיעה בצניעותה ומפני הידרדרות לזנות.¹⁰⁷ מדברי השואל ומשיב עולה שאף אם יש לאב קניין בבתו, קניין זה אמור רק ביחס לצד הגופני שלה (מה שבא לידי ביטוי בקידושיה ובמכירתה לאָמה), ואילו על הצד הנפשי-רוחני שלה האב הוא רק שליח או **אפוטרופוס מטעמו של הקב"ה**. מסיבה זו, ככל שמדובר במעשים בלתי מוסריים, לא זו בלבד שהדבר אסור לו, אלא שתחום זה אינו נמצא כלל בסמכותו.

הכתוב שאיננו רשאי למוסרה למי שיהיה זנות, והזהירו מזה בלאו".

106. על ההבדל בין מילה לפדיון עי' לקמן פרק טו, 4. על סמכותו של בית הדין להתערב בחינוך הילדים עי' לקמן פרק טו, 1-2. ומכאן שדברי השו"מ אינם תקפים בכל עניין רוחני. גם עצם ההגדרה של בית הדין כ"אבי הילד" בהקשר הרוחני איננה מוסכמת. עי' שם, סעי' 5-6.

107. עי' אברבנאל (ויקרא שם): "והנה אמר אל תחלל את בתך להזנותה, בלשון יחיד, לפי שהאשה בנערותה היא ברשות אביה עומדת ובידו לחללה או לשמרה; ולכך נתייחדה המצווה הזאת אליו ולא לנערה". ועי' לקמן, סעי' 10.

ואף ביחס לגופה של הבת השואל ומשיב אינו סבור שיש לאב קניין של ממש אלא "כוח", דהיינו: **סמכויות**.

4. מכירת בתו לאָמה

האב יכול למכור את בתו לאָמה כל זמן שהיא קטנה (שמות כא, ז-יא),¹⁰⁸ ומכאן שיש לו קניין בה. ברם, יש לשים לב להגבלות המצויות במכירה זו. וכך כותב הרמב"ם (הל' עבדים פ"ד ה"ב):

אין האב רשאי למכור את בתו אלא אם כן הֶעֱנִי ולא נשאר לו כלום, לא קרקע ולא מיטלטלין, ואפילו כתונת שעליו.

על פי זה מסביר ר' יצחק אברבנאל (שמות שם) באיזה אופן התורה התירה את מכירת הבת:

וכבר בא בקבלה האמיתית שהשגיחה התורה מאוד על האָמה העבריייה, שאפילו בקטנותה, בהיותה תחת אביה לעשות בה כרצונו - הנה לא יוכל למוכרה ממכרת עבד ולא למוכרה לנוכרי ולא לקרובים אשר אי אפשר שיהיה לה בהם צד ייעוד, ושאין למוכרה שתי פעמים.

והיה זה לפי שלא התירה התורה שימכור אדם את בתו אלא במקום שסבור שהקונה אותה ייעדנה לעצמו וייקחנה לאישה לו או לבנו; כי על הרוב לא יקנה אדם נערה קטנה לעבד עבודה, כי היא לא תוכל לעבוד לחולשת שכלה ואיבריה, אלא שיישאנה... כדי לייעדה לו או לבנו ונתן כספו על זה. כי כן היה דרכם לתת בעד הבתולות מוהר ומתן, ועל מנת כך מכרה אביה; לא בעבור שגנבה, ולא לאכול ולשתות הוא את כספה.¹⁰⁹

מטרת המכירה היא נישואיה של הבת.¹¹⁰ כסף המכירה שהאב מקבל אינו תמורה

108. וכך פוסק הרמב"ם, הל' עבדים פ"ד ה"א.

109. בעקבות פירושו של הר"י אברבנאל נראה שהלך הרש"ר הירש (שמות כא, ז-ח).
וכן כתב המשך חכמה (בראשית לא, טו-טז): "רק אביה יכול למוכרה כשהיא קטנה, אבל לא לאיש אשר לא יוכל לייעדה, כמו לקרובים וכיו"ב, והוא רק מכר לאישות. וכן מקדשה אביה לעולם כשהיא נערה (קידושין ג, ב), **דרך עניין האישות שלה מסרה התורה לאביה**."

יש להוסיף על כך, שמכירת הבת אינה נוהגת בזמן שהיובל אינו נוהג (ספר החינוך, מצוה מג). ואילו הייתה המכירה נובעת מקניינו של האב בבתו, לא הייתה זכות זו מתבטלת כאשר אין יובל.
110. הרמב"ן (שמות כא, ז) מביא את דעת הבה"ג, שאסור לאדון לשחרר אמה עבריייה בטרם הגיעה לבגרות, וכותב: "ואפשר שההוצאה עצמה אסורה עליו עד הזמן, כי חייבו הכתוב במזונותיה

כספית בעבור גופה או עבודתה של בתו אלא מוהר ומתן שהיו רגילים לשלם לאב עבור הנישואין. אילו הייתה מכירת הבת נעשית מתוקף בעלות ממונית של האב עליה לא היה מובן מדוע ההלכה מטילה מגבלות רבות על מכירתה.

וכך מסביר הרב בן ציון מאיר חי עוזיאל (משפטי עוזיאל ח"ב, אה"ע סי' צא):

וכיון שראינו שהגבילה התורה זכות זאת, מכאן למדנו שזכות מכירה זו היא לטובתה של הבת ולשמירת תומתה; שהרי בת אומללה זאת, שאביה העני במידה זאת שאין לו רכוש... ואין לו גם כסות לעורו - אב כזה בוודאי שאין לו במה לפרנס את בתו; ובת קטנה זאת שנמצאת במצב דלות כזו, לא תהיה ברירה אחרת אלא להפקיר עצמה בידי אלה שיפתו אותה לזנות.¹¹¹

על פי הבנה זו ניתן להבין מדוע הגבילה התורה את כוחו של האב למכור, ואפשרה לו למכור דווקא את בתו ולא את בנו. ההנחה היא שבן שאין לו ממה להתפרנס - ילך ויעבוד, ויש פחות סכנה שיצא לתרבות רעה מפני דלותו.

אולם עדיין עלינו לשאול את השאלה שהעלינו בראש הפרק הקודם: האם ההגבלה על מכירת הבת מבטאת מגבלה בהיקף הקניין עצמו, או שהקניין הוא

ולעמוד עמו אולי תמצא חן בעיניו ותתייעד".

יתרה מזאת, נאמר במסכת קידושין (יט, ב; וכן פסק הרמב"ם, הל' עבדים פ"ד הט"ז) שאין לאב סמכות למכור את בתו לאמה על מנת שלא לייעדה לאשה.

את ההבנה שמטרתה של מכירת הבת היא לשם נישואין ניתן לחזק מכיוון נוסף: כמה מפרשני התורה (כמו: ר' חיים פלטיאל, הכתב והקבלה והנצי"ב) מסבירים את הפסוק "לא תצא כצאת העבדים" (שמות כא, ז) כפירוש דעת זקנים מבעלי התוספות, שכתבו: "שאינן האדון יכול לכופה לעשות מלאכה הצריכה לצאת חוץ, אלא בתוך הבית". ומכאן שיש לאמה עבריה מעמד מיוחד, כשפחה שנמכרת רק לעבודות בית ולא לעבודות חוץ. נראה אפוא כי עיקר המכירה הוא לצורך נישואין ולא לעבודות רגילה.

מאידך גיסא, יש לעיין במה שפסק הרמב"ם (הל' עבדים פ"ד הי"ב) שיכול למוכרה לפסולי חיתון באיסור לאו, אף שאינו יכול למוכרה למי שאין לו קידושין בה (שם הי"א). ונראה לומר, שמאחר שהמכירה היא כקידושין, אזי כשם שקידושיהם של פסולי חיתון אלו תקפים בדיעבד, שלא כמו קידושין של עריות גמורות, כך יש תוקף בדיעבד למכירה לפסולים באיסורי לאווין. ועי' שיעורי ר' דוד למסכת קידושין (יט, ב, סי' כד), "בדין יציאת עבד עברי ובדין השלמה", הע' תעג.

וכן יש לעיין בדברי אור החיים (פס' ז), שכותב: "לְאָמָה - יתבאר על דרך אומרם במס' קידושין (ד, א) שאפילו הבת איילונית יש לאביה רשות למוכרה. והוא אומר 'לְאָמָה' - פירוש, הגם שאינה ראויה להינשא, כל שראויה לְאָמָה". כנגד זה ניתן לומר שמאחר שקידושין תופסים באיילונית, עדיין שייך בה ייעוד.

111. נימוק זה של הרב עוזיאל דומה מאוד לדברי רש"י (ברכות כז, א ד"ה שממאנין את הקטנה), שהסביר את תקנת חכמים לקטנה שמת אביה להינשא באמצעות אימה או אחיה: "ומיהו, רבנן תקינו לה קידושין להצריכה מלאו, כדי שיישאוה ולא תצא לזנות".

גמור, אלא שנאסר על האב לממש אותו במצבים שבהם המכירה אינה מוצדקת? התשובה לשאלה זו תלויה במחלוקת שבין האחרונים, בדינו של אב שעבר ומכר את בתו אף על פי שלא הֶעֱנִי, אם מכירתו תקפה.

לדעת המנ"ח (מצוה מג אות א), מכירה זו אינה תקפה. ומכאן עולה שאכן אין לאב קניין בבתו, והתורה רק הטילה עליו אחריות לשמור עליה. רק במקרה שהֶעֱנִי נתנה לו התורה כוח למכור את בתו כמפלט אחרון כדי לדאוג להווה שלה ולעתידה (הסבר זה נראה כעולה בקנה אחד עם דברי האברבנאל לעיל).

ברם, לדעת ערוה"ש (יו"ד רסז, קלח), מכירתו אכן תקפה. ובדעתו נראה להסביר כי התורה נתנה לאב רמה מסוימת של קניין בבתו כדי שיוכל להגן על צניעותה ולהשיא אותה לאיש. משמעות הדבר היא שגם מכירת הבת לאָמָה נובעת רק מקניינו של האב ב"אישות דבתו", ואינה מעידה על קניין במובן רחב יותר.

5. מעשה ידיה של הבת

כדי לבאר את ההלכה הקובעת שמעשה ידי הבת שייכים לאביה, יש צורך להקדים ולבאר את הקשר שבין דין מעשה ידיה של הבת לבין אחריותו של האב למזונותיה.

הגמרא (קידושין ד, א) מסבירה מדוע נדרש מקור מיוחד לכך שכסף הקידושין של הבת שייך לאביה ולא ניתן ללמוד זאת מדינם של מעשה ידיה, ושם נכתב:

אי אשמעינן מעשה ידיה - דקא מתזנא מיניה; אבל קידושיה, דמעלמא קאתי לה, אימא דידיה הוּו - צריכא.

מעשה ידיה של הבת שייך לאביה כי היא ניזונת ממנו, ושיקול זה אינו נוגע לכסף קידושיה.

הריטב"א (שם) מביא את ההסבר של רבו לקשר שבין המזונות לבין מעשה ידיה של הבת:

ואיכא למימר דהכי קאמרינן: דרחמנא זכי לאביה מעשה ידיה, משום שירדה תורה לסוף דעתן של בריות, ודרך האב לאון את בתו מסתמא; ואף על גב דלא חייביה במזונותיה, מכל מקום מפני שכן דרכו, זיכה לו מעשה ידיה כולם בין כשזן אותה בין העדפתה,¹¹² וכי מתזנא ממעשה

112. נ"א: "בין כולם כשזן אותה בין העדפתה".

ידיה חשבינן כאילו אמר לה, 'צאי מעשה ידייך במזונותייך', ולפיכך העדפתה שלו.

התורה רואה את האב כאחראי באופן טבעי על פרנסתה של בתו,¹¹³ ולכן לא ראתה צורך לצוות על כך. וכדי לשמר את הנטייה הטבעית הזאת, העניקה לו התורה את מעשה ידיה כתמורה בעד מזונותיה.

לאור זאת יש לשאול, מדוע לא קבעה התורה שגם מעשה ידיו של הבן יהיו לאב? ניתן להציע לכך שתי אפשרויות:

א. לבן יותר קל למצוא עבודה מפרנסת מאשר לבת.

ב. בבת יש חשש שאם האב לא יזון אותה היא תידרדר לזנות, וחשש זה גדול בהרבה מהחשש שמא הבן יידרדר לפשע.

האפשרות השנייה מסתברת יותר, מפני שהיא עולה בקנה אחד עם ההבחנה שהבחינה התורה בין הבן לבת בעניין מכירתה לאָמה, שאף היא נועדה להציל אותה מזנות ולהשיאה לאיש. ומכאן נראה שגם הקביעה שמעשה ידיה של הבת שייך לאביה היא חלק מבעלות האב על "אישות דבתו".

התורה הקנתה לאב את מעשה ידיה של הבת, כדי שמזונותיה יסופקו על ידו באופן טבעי.

6. מענק אָמה עבריייה

ניתן להביא ראייה נוספת לקניינו של האב בבתו, ממצוות הענקה, מענק שמקבלת אָמה עבריייה בעת שחרורה. וכך נאמר בגמרא (קידושין טז, ב):

תני חדא: ... וענק אמה העבריייה לעצמה; ותניא אידך: ענק אמה העבריייה ומציאתה - לאביה... אידי ואידי דנפקא לה בסימנין, ולא קשיא: הא דאיתיה לאב, הא דליתיה לאב.

למסקנת הגמרא, אם האב חי, הוא זוכה במענק אמה עבריייה היוצאת לחירות בסימני בגרות. המשנה למלך (הל' עבדים פ"ג הל' טו ד"ה וענק) מסביר מדוע המענק שייך לאב:

113. אחריותו של האב לפרנס את בתו באה לידי ביטוי בכך שלאחר מותו, נכסיו משועבדים לזון את בנותיו. וכך נכתב בשו"ע, אה"ע קיב, א: "מתנאי כתובה שתהיינה הבנות ניזונות מנכסי אביהם אחר מותו, עד שיתארסו או עד שיבגרו".

ובטעמא דהענקה דהוי לאביה, נראה דפשיטא דהוי מדאורייתא, כמו מעשה ידיה; שהרי ענק זה הוא חלף עבודתה.¹¹⁴

ואם כן, המענק הוא חלק בלתי נפרד מזכותו של האב במעשה ידיה של בתו ואין לראות בכך מאפיין נוסף של קניין. לאור מה שכתבנו בסעיף הקודם, כי גם זכות האב במעשה ידיה של הבת נובעת מאחריותו על "אישות דבתו", נראה כי זכייתו של האב במענק זה היא ביטוי נוסף לאחריותו על שמירתה עד לנישואיה.

7. הפרת נדרים

לאב ישנה סמכות להפר את נדרי בתו.¹¹⁵ סמכות זו מלמדת לכאורה שיש לו סוג של קניין בה.

נחלקו הראשונים בשאלת היקף הנדרים שהאב יכול להפר לבתו. לדעת הרמב"ם (הל' נדרים פ"ב ה"א), האב מפר את כל נדריה של בתו.¹¹⁶ לדעת הרא"ש (נדרים יא, א) הוא יכול להפר רק נדרים שגם הבעל יכול להפר לאשתו,¹¹⁷ ודעה זו נפסקה להלכה בדברי הש"ך (י"ד סי' רלד ס"ק א). משמעות הדבר היא שהאב מפר רק שני סוגים של נדרים:

א. נדרי עינוי נפש, שהם נדרים המסכנים את בריאותה של האישה;

ב. "דברים שבינו לבינה", דהיינו, נדרים שיקשו על חיי אישות תקינים בינה לבין בעלה.

התורה נתנה לבעל סמכות להפר נדרים אלו משום ש"כל הנודרת על דעת בעלה נודרת" (נדרים עג, ב). דהיינו, לבעל יש סמכות להפר נדרים אלו מכוח הקניין שיש לו בתחום האישות של אשתו.¹¹⁸ בהמשך לכך ניתן לומר, שמכיוון שהתורה ייפתה

114. בבית אהרן כהן, לרמב"ם הל' עבדים פ"ג ה"טו ד"ה ענק עבד עברי, דייק כן מדדרשינן להלן מ"זהנתחלתם אותם לבניכם אחריכם" שאינו מוריש את הענקה לבניו משמע שהאב זכאי בהענקה מדאורייתא.

115. במדבר ל, ד-ו.

116. עי' העמק דבר במדבר ל, ו.

117. ועי' כס"מ ורדב"ז שם.

118. כך כותב גם הנצי"ב בשו"ת משיב דבר, ח"ד סי' לה: "שאינן לבעל שום זכות מן התורה באשתו יותר מענייני אישות והשייך להן, והוא הפרת נדריה שבינו לבינה או עינוי נפש שנוגע לאישות". ועי' אור שמח (הל' אישות פ"ט ה"כ) שכתב בתוך דיון מסועף על מהותם של הקידושין ועל מעמדו של האב כלפי בתו: "...יש לו זכות בבתו לקבל קידושיה, ונותן זה הזכות להבעל, וכן הוויא ברשותו לעניין הפרת נדרים, וכעת עיילא ברשות בעל... והפרת נדרים הוא ענין מסובב מהאישות, שאחרי שאגידא ביה היא נודרת על דעתו דבעל, שזה עיקר טעמא דרחמנא, וכמו

את כוחו של האב לקדש את בתו, ניתנה לו גם הסמכות להפר את נדריה בשני תחומים אלו; שאם לא כן, כיצד יוכל להעביר לבעל סמכויות שאין לו עצמו? נמצא שיכולתו של האב להפר נדרים אלו היא חלק מקניינו ב"אישות דבתו".

8. הורשת הזכויות

מאפיין נוסף של בעלות הוא היכולת להוריש את הנכס לאחר המוות. הגמרא (קידושין טז, ב) מסיקה שזכות האב בבתו לאחר מותו איננה עוברת בירושה לבניו, וכך נאמר שם:

בשלמא ענק אמה העברייה לעצמה - למעוטי אחין, דתניא: "והתנחלתם אותם לבניכם אחריכם" - "אותם לבניכם", ולא בנותיכם לבניכם. מכאן, שאין אדם מוריש זכות בתו לבנו...

והדברים אמורים אפילו במקרה שהבת ניזונת מן האחים.¹¹⁹

כל זה עומד בניגוד לעבד כנעני של אדם העובר בירושה לבניו, כפי שנאמר (ויקרא כה, מז):

והתנחלתם אותם לבניכם אחריכם לרשת אחוזה, לעולם בהם תעבודו...

ומכאן, שבתו של אדם אינה כקניינו, וודאי לא כמו עבד כנעני.¹²⁰

9. "אישות דבתו"

ההתבוננות בשמונת המאפיינים הייחודיים ליחסי האב ובתו מצביעה על כך שכולם קשורים ל"אישות דבתו". מאפיינים אלו מתחלקים לכמה קטגוריות שיש להן מטרות שונות:

א. קידושי הבת ותשלומי אונס ומפתה: תחומים אלו קשורים במישרין לאחריותו

דפריך בפרק המגרש (גיטין פג, ב) והרי הפרת נדרים זה אוסר וזה מתיר, שאני כו' שכן אישה נודרת על דעת בעלה...".

ועי' במאמרו של הרב זאב שמע 'ודבק באשתו והיו לבשר אחד', פרק ו (בספר 'ראויים לטוב', עמ' 130-132).

119. רמב"ם, הל' עבדים פ"ג הט"ו.

120. עי' בבא מציעא י, א, שם מבואר שמציאת עבד עברי לרבו כפועל, בניגוד למציאתה של בתו, שמעיקר הדין היא שלה, ורק משום 'איבה' תיקנו שמציאתה לאביה (עי' כתובות מז, ב). ומכאן שזכותו של האב בבתו פחותה מן הקניין שיש לו בעבדו העברי.

של האב לשמור על צניעותה של הבת ולהשיאה לאיש, ומבטאים יותר מכול את קניינו ב"אישות דבתו".

ב. **מסירת הבת לזנות:** אומנם יש לאב קניין ב"אישות דבתו", אולם קניין זה ניתן לו לצורך שמירה על צניעותה ולצורך נישואיה ולא מאפשרת לו ניצול ופגיעה מוסרית, שהם ההיפך הגמור מן התפקיד שהתורה הטילה עליו.

ג. **מכירת הבת לאָמָה, מעשה ידיה ומענק אמה עברייה:** אלו הם כלים רחבים יותר שניתנו לאב כדי להגן על "אישות דבתו", בכך שמצוקה כלכלית לא תגרום לה לצאת לרשות הרבים כדי להתפרנס ומתוך כך להידרדר לזנות.

ד. **הפרת נדרים:** זהו תוצר עקיף של "אישות דבתו". הכוח שיש לבעל להפר נדרים הנוגעים לתחום האישות של אשתו ניתן לו מידי האב, ולכן קבעה התורה שגם האב מחזיק בסמכות זו. לכן, למעשה, האב יכול להפר רק את אותם נדרים הנוגעים ל"אישות דבתו".

ה. **הורשה:** "אישות דבתו" אינה ניתנת להורשה. אם האב מת, זכויותיו בבתו אינן עוברות לאחיה. מאפיין זה מלמד שהבעלות על "אישות דבתו" והזכויות הכרוכות בה היא בלעדית לאב, ולכן לאחר פטירתו היא חוזרת לבת עצמה.

10. ה"בעלות" כאחריות - מסקנה

לאור הנאמר בפרק הקודם נוכל להבין את המשמעות של מאפייני הקניין שיש לאב בבתו, ולבחון את הסיבה לכך שהתורה נתנה לאב את הבעלות על "אישות דבתו". האם התורה רק הפקידה קניין זה בידיו כדי שישמור ויגן עליה, או שמא התורה רואה את האב כבעלים ממשיים על מרכיב זה באישיותה, כדבר שהוא נכון מלכתחילה ונועד לשרת את הצרכים של האב עצמו?

מסקנת המחקר בפרק הקודם, שעסק בבן, הראתה כי במאפיינים רבים לא ניתן לראות אותו כקניינו של אביו. חלק גדול מהמאפיינים הללו שייכים גם בבתו. ולכן נראה כי למרות הקניין שיש לאב ב"אישות דבתו", אין לראות זאת כבעלות ממשית, אלא כאחריות על ענייני האישות שלה. הסמכויות וטובות ההנאה המאפיינות קניין זה ניתנו לאב כדי שיממש את אחריותו עליה בתחום זה - הן ב"סור מרע", למנוע כל פגיעה בצניעותה, והן ב"עשה טוב" - להשיאה כראוי (לקמן, פרק יא, נרחיב על תפיסת ההורות כאחריות בעזרת מושג האפוטרופסות).

אחריותו האישית של האב בתחום של "סור מרע" באה לידי ביטוי חריף בדברי מדרש תנאים (לדברים כב, כא), המסביר מדוע סוקלים את הנערה בפתח בית אביה.

המדרש קושר בין התנהגות מופקרת של הבת לבין החינוך שניתן לה בבית אביה: "והוציאו את הנערה אל פתח בית אביה" - בגנות בית אביה הכתוב מדבר. יאמרו להם: ראו גידולים שגידלתם.¹²¹

ואחריותו של האב בתחום של "עשה טוב" באה לידי ביטוי בדברי הגמרא (סוטה כג, ב) המבססת את תפקידו להשיאה לאיש על דרשת הכתוב: האיש מקדש את בתו... דכתיב (דברים כב, טז): "את בתי נתתי לאיש הזה".

ציווי זה נשנה בדברי הנביאים (ירמיהו כט, ו):

קחו נשים והולידו בנים ובנות וקחו לבניכם נשים ואת בנותיכם תנו לאנשים.

הגמרא מסבירה כי מצוות האב להשיא את בתו אינה מצטמצמת למעשה הקידושין ולמעמד הנישואין בפועל, אלא האב מצווה להכין לבתו תשתית כלכלית שתאפשר לה להינשא. וכך נאמר במסכת כתובות (נב, ב):

אלא בנתיא מי קיימן בידיה? הא קא משמע לן, דנלבשה וניכסה וניתיב לה מידי, כי היכי דקפצי עלה ואתו נסבי לה. ועד כמה? אביי ורבא דאמרי תרוייהו: עד לעישור נכסי.

מכוח זה נקבע אחד מתנאי הכתובה, הקובע כי אב שנפטר והשאיר בנות, עשירית מכל נכסיו משועבדת להוצאות נישואיה של כל אחת מהן.¹²² וקל וחומר הוא, שהאב מצווה להגן ולשמור על גופה ונפשה של בתו כדי שתוכל להינשא לאיש באופן הולם.

121. הרחיב על כך הרש"ר הירש בפירושו לספר ויקרא (יט, כט): "למדנו מלשון 'אל תחלל', שבנות ישראל... הן קדושות וצנועות; אם הן משחיתות את דרכן, הרי זו אשמת... האבות והגברים... השחתת הבנות נזקפת לחובת האבות; היא באשמת אורח חייהם ובהשפעת דוגמתם. כך אתה מוצא, שזנות בת כהן נזקפת לחובת אביה הכהן, 'את אביה היא מחללת' (להלן כא, ט); והבת המזנה מוצאת 'אל פתח בית אביה' (דברים כב, כא), ושם היא נענשת...".

הרש"ר מרחיב על כך גם בפירושו לספר דברים (כב, יח-כ): "כל אב הוא שליח האומה, ובטהרה המוסרית של בנותיו הופקד בידי היקר שבאוצרות אומתו. כאשר ייטול האב מידי נציגות האומה את הקנס ששולם על ידי מוציא דיבת בתו, הרי זו ההכרה המתבטאת בכך. צניעות הבת שנתגלתה בתומתה היא בראש ובראשונה זכותו של האב, זכותו של הבית שהשכיל לחנך ולטפח בבתו את פנינת העושר הלאומי היהודי, את צניעות האישה...". ובהמשך (פס' כא) הוא כותב: "והוציאו... אל פתח בית אביה - כלומר, 'ראו גידולים שגידלתם' (כתובות מה ע"א). פריצות האישה הצעירה נזקפת לחובת החינוך שקיבלה בבית הוריה...".

122. שו"ע אה"ע קיג, א. ועי' שערי עוזיאל ח"ב שער מו.

לצורך השמירה על בתו, נתנה התורה לאב סמכויות שונות (כמו מכירתה לאָמה אם אינו יכול לפרנס אותה, וכן הנאה ממעשה ידיה). סמכויות אלו הן תולדה של קניינו ב"אישות דבתו" (הסמכות להשיא אותה, ולקבל את כסף קידושיה, ותשלומים שונים כאשר הבת נפגעה); וכדי להעצים את המחויבות של האב לשמור על בתו העניקה לו התורה גם טובות הנאה הנובעות מבעלות זו (כמו: כסף קידושיה, הכנסות ממעשה ידיה, תשלומי אונס, מפתה ומוציא שם רע, ומענק אמה עבריייה).¹²³

על פי הבנה זו נראה שדינה של הבת שווה ביסודו לדינו של הבן; וכשם שאין לאב בעלות של ממש על בנו כך אין לו בעלות על בתו. מעמדה המיוחד של הבת נובע מכך שהיא חשופה ליותר סכנות בתחום האישות.

וכפי שכתבנו לעיל, גם אם ניתן לראות מאפיינים של בעלות מצד האב כלפי בתו, כל אלה פוקעים מאליהם בהגיעה לנערות או לבגרות,¹²⁴ כאשר יש ביכולתה לשמור על עצמה ולבחור בעצמה למי להינשא. זמניות זו של מאפייני הקניין מקשה מאוד לראות אותם כמבטאים בעלות של ממש.

123. את הנימוק לטובות הנאה אלו ניתן ללמוד על מה שאמרו חז"ל (ב"ק פה, א) על מי שפועל למען זולתו בחינם, ללא כל טובת הנאה: "אסיא דמגן במגן, מגן שוויא". ועי' עין איה שבת ו, סה, בביאור דברי הגמרא (שם סג, א): "גדול המלווה יותר מן העושה צדקה, ומטיל בכיס (=רש"י): מעות ומלאי להשתכר בהם למחצית השכר) יותר מכולם". על כך כותב הרב זצ"ל: "יש בנטיית המוסר... כעין מכאוב, נגד הנטייה הרשעה של יצר לב האדם הרע הגנוז בחובו. ומטעם זה הורגל תמיד רעיון המוסר להיות מצוייר יחד עם רעיון המכאוב והפך ההנאה... חיבור זה מזיק מאוד להרחבת הטוב, כי הנטייה להיות שמח וטוב לב... מוטבעת באדם, ועל כן הוא בורח מכל מה שיסבב לו עצב והכשר לצער... ההדרכה להקביל את המוסר לרגשות האדם צריכה להיות בהוראה שאין ההיזק לעצמו אחד מהתנאים שעצם המוסר בנוי עליו... ואם יעשה באופן שעוד יהיה גם לפועלו רווח - ישובח עוד ביותר". ולעומת זאת עי' עולת ראייה א, קמח-קמט ד"ה ועוד תני; ובספר בעקבי הצאן, מאמר 'העונג והשמחה'.

מכל זה נראה שהתפיסה של התורה הפוכה מהשקפתו של הלורד אקטון, שטבע את המשפט: "כוח נוטה להשחית, וכוח מוחלט משחית באופן מוחלט. אנשים גדולים הם כמעט תמיד אנשים רעים". דרכה של התורה להבהיר לאדם את אחריותו היא על ידי הענקת סמכויות הכרוכות בטובות הנאה. אחריותו היתרה של הבכור למשפחה כולה באה לידי ביטוי בכך שהוא יורש פי שניים. אחריותם של הבנים לאחיותיהם באה לידי ביטוי בכך שהם הורשים את הוריהם. אחריותו של הבעל למצבה הרגשי של אשתו באה לידי ביטוי בסמכותו להפרת נדרה, ואחריותו של האב על בתו באה לידי ביטוי במכלול הסמכויות והזכויות שניתנו לו בקשר אליה. התורה מקבלת את קביעתו של הלורד אקטון רק בהקשר לכוח שלטוני ברמת המדינה (עי' כלי יקר ויקרא ד, ב), ולכן היא מבקשת להגביל את כוחו של המלך בישראל, אבל לא את כוחם של בני המשפחה, מפני שהיא סומכת עליהם שישתמשו בו לטובה ולא לרעה.

124. כתובות מו, ב; קידושין עט, א; נדרים ע, א; רמב"ם הל' אישות פ"ג ה"ב הל' ונדרים פ"א ה"ז; שו"ע אה"ע לז, ב; יו"ד רל"ג, א.

ועי' שו"ת חתם סופר חו"מ ס"י קיא; רץ כצבי ח"א עמ' שפ-שפא.

ט. קניין האם בילדיה

כדי להשלים את הדיון נעסוק כעת בקניינה של האם בילדיה.¹²⁵ דיון זה נראה קצת מיותר לאור המסקנה לעיל (פרקים ה-ח), שאפילו לאב אין בעלות של ממש על ילדיו; וקל וחומר שלאם לא תהיה בעלות כזאת, שכן לא מצאנו אצלה סמכויות בלעדיות. אולם יש בכך חשיבות בנידונו של ספר זה, העוסק בהוצאת ילד מידי אימו; וכדי לסכם גם את מאפייני זיקת האם לילדיה, כינסנו את הפרטים למקום אחד.

1. קניין האם בבנה

להלן נעמוד על כמה מאפיינים של קניין, ונבחן מה מתוכם מתקיים אצל האם:

א. האם אינה מצווה על פדיון הבן; ולכן, גם הסוברים שהאב הוא בעליו של בנו לעניין זה, יודו שאין לראות כך גם את האם.¹²⁶

ב. אין האם יכולה להדיר בנה בנזירות. הלכה למשה מסיני מאפשרת זאת רק לאב.¹²⁷

ג. דינם של דמי וולדות נדון בהרחבה לעיל (פרק ה, 1). ניתן להוכיח לכאורה מדברי הרמב"ם (הל' חובל ומזיק פ"ד ה"ב) כי יש לאם בעלות מסוימת עליהם. לדעתו, אם אישה ניגפה לאחר מיתת הבעל, דמי הוולדות מגיעים לה. אולם כפי שהסברנו שם, בשעה שהוולד נמצא במעי אימו, הוא יונק את חיותו ממנה, ולכן כל פגיעה בו נחשבת כחבלה בגופה של האם עצמה; וקביעת התורה כי דמי הוולדות עוברים לידי הבעל נובעת מן ההכרה בו כ"בעל ההיריון".¹²⁸

125. בימי חז"ל שלטה בכיפה התפיסה היוונית-רומית, שראתה את האב כבעלים גמורים על ילדיו. על כך הוסיפה מתת אדר בוניס, בספר "משפחות בראייה סוציולוגית ואנתרופולוגית" (בהוצאת האוניברסיטה הפתוחה), עמ' 169: "בתרבות היוונית כפי שתיאר אותה פרידמן (2003), התפיסה הייתה שהאב הוא ההורה היחיד. את הרעיון הזה שם המחזאי היווני איסיכילוס ביצירתו אאומנידס, האם אינה מקור החיים האמיתי. אנו קוראים לה 'אמא', אך נכון יותר לכנותה מטפלת, הגומה שבה נטמן הזרע. הטומן, האב, הוא ההורה האמיתי, האישה רק מטפלת בצמח הגדל".

המנ"ח (מצווה שמז, אות א), מסתפק אם בבני נח יכולה גם האם למכור את בנה לעבדות כמו האב (עי' לעיל, פרק ד). לעומת זאת מדברי רש"י (כתובות יא, א ד"ה גר) שכתב לגבי גר קטן ש"אמו הביאתו להתגיר", יש שדייקו שסמכותו של האב לגייר את הבן נובעת מבעלותו עליו.

126. שו"ע יו"ד שה, ב.

127. רמב"ם הל' נזירות פ"ב הט"ו.

128. ועי' מאמרו של הרב משה צוריאלי: "הפלת עובר שאובחנה אצלו מחלה קשה", תחומין כה, עמ' 65.

ד. התחום היחידי שבו מצאנו לאם מעמד ברור כלפי בנה הוא פרשת בן סורר ומורה, שם נדרש כי גם היא תמסור אותו לבית הדין.¹²⁹ אולם, כאמור לעיל (פרק ה.5), לא ניתן להוכיח משם כי לאם יש קניין בבנה כי אם סמכות בנוגע לחינוכו.¹³⁰

2. קניין האם בבתה

כאן נבחן את השאלה אם יש לאם קניין בבנותיה. וגם כאן נעמוד על מאפיינים אפשריים של קניין:

א. האם אינה יכולה למכור את בתה לאמה.¹³¹

ב. מדאורייתא האם אינה יכולה להשיא את בתה הקטנה.¹³² אומנם חכמים נתנו לה ולאחי הבת סמכות לעשות זאת אם האב נפטר; אולם מאחר שנישואין אלו אינם תקפים מדאורייתא, הבת יכולה לבטלם על ידי מיאון,¹³³ ומשמעות הדבר היא שנישואין אלו תלויים ברצונה. מכאן עולה שסמכות זו אינה מבטאת קניין. יתירה מזאת. סמכותה של האם היא משותפת עם אחיה של הבת, והדבר ממחיש עוד יותר את ההבנה שאין לאם קניין בבתה אפילו בתחום האישות.

ג. האם אינה זוכה בתשלומי האונס והמפתה, גם אם האב אינו בחיים.¹³⁴

ד. מעשה ידיה של הבת אינם שייכים לאימה.¹³⁵

ה. אין לאם סמכות להפר נדרים של בתה.¹³⁶

129. עיי' רמב"ם, הל' ממרים פ"ז ה"ט: "היה אביו רוצה ואמו אינה רוצה, אמו רוצה ואביו אינו רוצה - אינו נעשה בן סורר ומורה, שנאמר: ותפשו בו אביו ואמו". ועיי' לעיל, פרק ה.5.

130. על חיובה של האם במצוות חינוך, עיי' לקמן, פרק יא.5.

131. סוטה כג, ב: "ואין האישה מוכרת את בתה. דכתיב, כי ימכור איש את בתו".

הרמב"ם (הל' עבדים פ"ג ה"ט"ו) מוסיף מתוך כך, שענק אמה עבריינה ומציאתה לאביה; ומאחר שאין לאם רשות למכור את בתה, כמבואר, אין תשתית להעניק לה את ההכנסות הללו. עיי' לעיל, פרק ח.5-6.

132. סוטה שם: "ואין האישה מקדשת את בתה, דכתיב, את בתי נתתי לאיש הזה".

133. יבמות קז, א; רמב"ם הל' גירושין פרק יא; שו"ע אה"ע סי' קנה.

134. עיי' רמב"ם, הל' נערה בתולה פ"ב ה"ד: "שלושה דברים של מפתה וארבעה של אונס... אם אין לה אב - הרי הן של עצמה".

135. כתובות מז, א: "מנין שמעשה הבת לאב? שנאמר: וכי ימכור איש את בתו לאמה, מה אמה מעשה ידיה לרבה, אף בת מעשה ידיה לאביה". ומבואר שם, שמאחר שאין לאם רשות למכור את בתה, היא גם לא זוכה במעשה ידיה. מכאן יש ללמוד כי אין לאם מחויבות לפרנס את בתה, וחובתה היא רק מכוח מצוות צדקה. ועיי' לקמן, פרק יז.2.

136. עיי' במדבר ל, ד-ו, שם הסמכות להפר נתונה לאב ולא לאם.

לסיכום: כאשר אנו בוחנים את מאפייני הקניין המיוחדים שיש לאב בבתו, אף לא אחד מהם מתקיים באם.

3. מסקנה

מאפייני הקניין שמצאנו אצל האב כלפי בניו ובנותיו כמעט אינם קיימים אצל האם.

אין ספק כי ההלכה מכירה גם בקשר **הרגשי** העמוק שיש בינה לבין ילדיה ובהשלכות שלו;¹³⁷ אולם בשלב זה של הדיון אנו עוסקים דווקא בהגדרות **המשפטיות** של הקשר שבין ההורים לילדיהם.¹³⁸

י. ההורות כזכות

בעקבות המסקנה שעלתה מהפרק הקודם, שאין להעמיד את יחסי ההורים והילדים בהלכה על יסוד הקניין, יש לשאול: האם נכון להגדיר את מערכת היחסים שבין האב לילדיו כמערכת של זכויות, דהיינו שאף שהאב אינו בעלים על ילדיו, יש לו זכויות בהם? אם אכן נגדיר אותה כך, ייתכן שתפיסה זו מקבילה לתפיסה הרואה את מעמד ההורים דרך נקודת המבט של "זכויות הוריות". כרקע לדיון ההלכתי, נביא את דבריה של פרופ' רונה שוז במאמרה "זכויות הוריות בעידן זכויות הילד":

הרציונל... מאחורי הכרה בזכויות הוריות נוגע ליחסים פנימיים בין ההורים לבין ילדיהם. הכרה בזכות ההורים לקבל החלטות בענייני ילדיהם, שמחייבות את הילדים (בכפוף לחריגים), נותנת ביטוי לתפיסה החברתית של סמכות הורית, שמוכרת כאבן יסוד בגידול תקין של ילדים.¹³⁹

137. מצאנו התייחסות מיוחדת לכך אצל רחל אמנו (בראשית ל, א; ירמיהו לא, יד) ובמשפט שלמה (מל"א ג, כו). ויש המפרשים כך את מצוות שילוח הקן (דברים כב, ו). וכן בנבואת ישעיהו (מט, טו): "התשכח אישה עולה, מרחם בן בטנה?!".

וכן בהלכה: עי' עירובין פב, א: "אמר רב אסי: קטן בן שש יוצא בעירוב אמו". ושם ע"ב: "דאפילו בר שש נמי, בצוותא דאמיה ניחא ליה". בדומה לכך פסק הרמב"ם, הל' אישות פכ"א הי"ג ביחס למינקת; וכן נאמר בשו"ע, אה"ע פב, ז, בזוג שהתגרש ולו בן, ש"אין מפרישין אותו ממנה עד שיהיה בן שש שנים גמורות". ועי' בהרחבה לקמן, פרק יח, 2.

138. בהגדרה החלופית של ההורות נדון להלן, פרק יב.

139. פרק ג, 1, ב. מופיע באתר law.huji.ac.il < default < files < law < files < parental_rights.

על זכויותיהם של ההורים מנקודת המבט התורנית כותב המבי"ט (בית אלהים, שער התשובה פרק י):

אבל אביו ואִמו היו שותפין ביצירתו בדברים חומרים שהם כלל הגוף ואיבריו, ולכן חייבו האל יתברך שגם שלא יהיה לו ממון, יטרח בגופו לכבד אותם במה שצריך להם במזונותם ופרנסתם, מצורף לזה על מה שנטפלו אביו ואִמו מן יום צאתו לאוויר העולם ביניקתו ומאכלו ומשקיו וכסותו הצריכים לו עד זמן גידולו. ועל זה זיכתה התורה לאב כמה דברים בבניו הקטנים הסומכים על שולחנו כמציאה וזולתה. ולסיבת הסתלקות קצת מכיבוד אב ואם לבת כשתינשא להיותה תחת רשות בעלה, זכה לו האל ית' בקטנותה ונערותה יותר מן הזכר, והוא ענין מכירתה. ועל דרך זה הבנים הקטנים הם כנכסי האב וקנייניו, והם נענשים ומתים בעוון אבותם.¹⁴⁰

מדברי המבי"ט נראה שטובות ההנאה השונות שיש לאב בילדיו הן זכויות שהתורה העניקה לו בשל כך שהוליד אותם. אולם תוקפן של זכויות האב שונה לדעתו בין בנים לבנות. גם בבנים וגם בבנות ההורים שותפים ביצירתם ובטיפול שהעניקו להם עד שגדלו, אולם יש הבדל ביניהם בתמורה שהם מעניקים להורים: הבן חייב לכבד את הוריו במשך כל ימי חייו, ואילו הבנות חייבות בכבוד הוריהן רק עד לנישואיהן; לכן הזכויות של האב בהן גדולות יותר כל זמן שהן קטנות. אולם בתשובה הלכתית (ח"ב סי' סד) הוא מדגיש הרבה יותר את מרכיב האחריות שיש בהורות לעומת מרכיב הזכות.¹⁴¹

להלן נראה דעות שונות בענין זכויות האב והאם בילדיהם, כאשר שאלה זו נתונה במחלוקת הלכתית.

1. הסוברים שיש להורים זכויות בילדיהם

ניתן למצוא בפסקי דין רבניים דעה הסוברת שלהורים יש זכויות בילדיהם.¹⁴² כך בפסיקה של בית הדין הרבני הגדול בירושלים:¹⁴³

140. על מיתת הבנים בעוון אבותיהם עי' לעיל, פרק ה, 7.

141. תשובה זו מובאת לקמן, פרק יג, 4.

142. גם בפסקי דין רבניים, מאגר מקוון פסק קנא (מאת: הרב יצחק אלמליח, הרב יצחק זר, הרב אבירן יצחק הלוי; תיק ר 27 - 64 - 6136), עמדו על כך שיש לאב זכות בבתו.

143. ח"ג, פס"ד עמ' 20, בפני הדיינים: הרב עובדיה יוסף, הרב אליעזר יהודה וולדינברג והרב יצחק קוליצ'. פס"ד זה מובא גם בשו"ת ציץ אליעזר חט"ז סי' מד.

על פי האמת נראה, בהסברת הדברים, דמעיקרא דדינא הילדים מתייחסים אחר אביהם, ככתוב: "למשפחותם לבית אבותם"... ועל כן הוא חייב בפרנסתם ובגידולם, ומשום כך יש לו מלוא הזכות לדרוש שיגדלו אצלו ובמחיצתו וייהנה מכל הכרוך בזה, ו"האב זכאי בבתו" וכו'.¹⁴⁴ אלא דחז"ל שקדו על טובתם של הילדים ומצאו לנכון להפקיע מהאב מזכות החזקתו בהם, כלשונו של הראב"ד "לכוף את האב להפריש וכו'", ולקבוע שהבן ימצא אצל אמו עד גיל שש... אבל עם זאת לא שללו ע"י כך מהאב את עיקרי זכויותיו היסודיות בילדיו, ובתוך זה שמירת הקשר בינו לבינם גם בתקופת היותם במחיצת אמו, ולא רק בכדי לחנכם וללמדם תורה ומצוות ולהעיר את אוזנם למוסר ולדרך ארץ, כי אם גם בכדי להעניק להם רחמי אב ולקבל מהם אהבת בנים לאביהם.

ובהמשך של אותו פסק דין הדברים נאמרו ביתר חריפות:

...אבל מעיקרא דדינא כל הזכויות בה הוא לאביה. ולכן טעות הדבר מה שהורגל בפומייהו דאינשי לומר דע"י כך שהיא אצל אמה נשללו זכויות האב בה, ובתוך זה לראות את בתו החביבה וכן לחנכה ולהשקיף על דרכיה... אבל לא נשללו ע"י כך בשום פנים יתר זכויות האב בה ובכלל זה לראותה ולחנכה, לא רק לתורה ולמצוות כי אם גם לנימוסיות ואנושיות וכדומה, וגם לרבות עצם זכות הראייה והבילוי אתה, הגורמים לו שביעות וסיפוק לרחמי האב שלו המתעוררים אצלו מדי דברו ומדי זכירתו בה. ולכן אין ביכולת האם להוליכה לעיר אחרת שע"י כך לא יוכל לראותה ולהיפגש אתה. וזהו מעיקרא דדינא, מה שתובע מכוח הזכויות שזיכתה תורה לאב בילדיו.

על פניהם נראים דברי בית הדין ברורים מאוד, והם מכירים בזכויות של האב על ילדיו.

גם הר"י זילברשטיין סובר שיש להורים זכות בילדיהם, וכותב במאמרו "אימוץ ילדים נגד רצון ההורים" (בס' "על בן אימצת לך", עמ' יד):

להורים זכות על ילדם, ולא ניתן להפקיעה אלא על פי הוראת בית דין... ולא ניתן להפקיע זכות ההורים על ילדם גם כאשר טובת הילדים לנגד עינינו.

144. כתובות מז, ב.

הרב שלמה דיכובסקי מצדד גם הוא בגישה זו שיש להם זכויות הוריות, וכותב:¹⁴⁵
 לסיכום, לא ניתן להטיל על הורים חובות בלי לתת להם זכויות. יש להורים זכות לחנך לפי השקפתם, גם אם יש הסבורים שעדיף היה לגדל את הילדים בדרך שונה. לעולם אין להוציא ילדים מידי הוריהם הטבעיים המעוניינים ויכולים לגדלם, גם אם ייטב להם לגדול במשפחה אחרת בעלת יכולת כלכלית ואינטלקטואלית טובה בהרבה.

בדבריו ניכר, שאף שהוא מכיר בזכויות ההורים בילדיהם, הוא לא מציג את הזכויות הללו כ"זכויות טבעיות", כפי שמקובל בשיח הזכויות העכשווי, אלא כנובעות מחובותיהם לילדיהם.

כן נראה לכאורה גם ממה שכתב הרב יעקב אריאל במאמר העוסק במסירת ילד לאימוץ (בספר זה, נספח ב, פרק ג):

אין ספק שטובת הילד היא גורם כבד משקל שיש להתחשב בו... אולם אין הוא שיקול בלעדי. יש להורים מעמד שאין בו רק חובה, אלא גם זכות. הורה לא רק חייב, אלא גם זכאי, לגדל את ילדו.

אולם כאשר שאלנו אותו על כוונתו, הסביר לנו שלא התכוון ל"זכות" **במובנה המשפטי** החמור, אלא להכרה של בית הדין **בצורך הגדול** של ההורים בקשר עם ילדיהם.¹⁴⁶

גם הרב יוסף קאפח (בפרשת ביד"מ 1/81 נגר נ' נגר, פ"ד לח (1) 365, עמ' 412) כתב דברים דומים:

בסעיף 21 הובא מדברי כבוד 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,

145. במאמרו "חיונם של הורים ומורים בחינוך למצוות", בספר "דברים שיש להם שיעור", עמ' 96. ועי' לקמן, הע' 152.

146. ד"ר ברוך כהנא העירנו שיש להבחין בין שני סוגים של זכויות: "זכות דיאלקטית" היא זכות הניתנת לתביעה, כאשר מימוש זכותו של האחד באה על חשבון זכותו של השני. לעומתה עומדת "זכות דיאלוגית", שהיא זכות שאינה עומדת לתביעה אלא מהווה בסיס למשא ומתן מכבד בין שני צדדים המחפשים את הטוב המשותף.

מצטיין בלימודיו בהתאם. זכויות הורה הללו גוררות גם ממון, ובשו"ע, אה"ע פב, ז, נפסק: "ואחר ו' שנים יש לאב לומר, אם אינו אצלי לא אתן לו מזונות". ולא מזמן פטר בית הדין הגדול אב ממזונות בתו, שהצהירה שאינה רוצה לראות את אביה ואינה סובלת אותו. בעניין זכויות אלה רמזתי בערעור... כי זכות טבעית היא לאם לגדל את בנה, ואין להתכחש לזכויות הללו, אשר תורת ישראל הכירה בהן גם ביחס לבעלי חיים (ראה הרמב"ם, מורה נבוכים, ח"ג, פרק מח), ואין להעלות על הדעת לדכא אותן. 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.

אולם ייתכן שגם הר"י קאפח לא התכוון למושג ה'זכויות' במובנו המשפטי החמור, וכך עולה גם מן הטענה המרכזית שלו, בה הוא מכיר בכך שההורים ראויים לסיפוק של הצרכים הרגשיים העמוקים שלהם, ואין הוא מבסס זאת על הגדרה משפטית כלשהי. המילה 'זכות' עברה גלגולים רבים, ורק בדור האחרון התקבעה במשמעותה הנוקשה כדבר שאינו שונה מכל זכות שיש לאדם בקנייניו.¹⁴⁷

147. כך עולה מתרגומו של הר"י קאפח עצמו לדברי הרמב"ם במורה הנבוכים (ח"ג פרק נג). הרמב"ם מבחין שם בין שלושה מושגים: חסד, משפט וצדקה. ה'משפט' - משמעותו לתת לכל אדם את מה שמגיע לו בדין. ואילו ה'צדקה' - משמעותה היא לתת לאדם את מה שראוי לו לקבל אף שאין לו זכות משפטית לכך. הרמב"ם מבאר את ההבחנה בין המושגים וכותב (בתרגום אבן תבון): "ומלת 'צדקה', היא נגזרת מ'צדק', והוא היושר. והיושר הוא להגיע כל בעל חוק לחוקו, ולתת לכל נמצא מן הנמצאות כפי הראוי לו... ולפי הענין הראשון [=הדין], לא ייקראו בספרי הנבואה החוקים שאתה חייב בהם לזולתך כשתשלמם, 'צדקה', כי כשתפרע לשכיר שכרו או תפרע חובך לא ייקרא 'צדקה'; אבל החוקים הראויים עליך לזולתך מפני מעלות המידות, כרפואת מחץ כל לחוץ, ייקרא 'צדק'". ושם, מתרגם הר"י קאפח: "צדקה... להביא לכל בעל זכות את המגיע לו וליתן לכל מצוי מן הנמצאים כפי הראוי לו... אבל הזכויות המוטלות עליך לזולתך מצד המידות הטובות, כגון לקומם כל כושל, הרי זו נקראת, צדקה". ואילו הייתה כוונתו במילה 'זכות' למשמעותה כזכות משפטית גמורה, היה יוצא שאין שום הבדל בין 'צדק' לבין 'משפט'. ומסתבר שהוא משתמש במילה 'זכות' במובן של 'זכות רכה', העולה בקנה אחד עם המילה 'ראוי'. וגם כאן, משמעותה של המילה 'זכות' בדבריו של הר"י קאפח היא צורך חיוני שעל בית הדין להתחשב בו.

הר"י קאפח גם מביא בפסיקתו ראייה מדברי הרמב"ם במו"נ ח"ג פמ"ח, המדבר על המחויבות הנובעת מן הקשר הטבעי שיש אפילו לבעלי חיים עם צאצאיהם. אולם דברי הרמב"ם אינם עוסקים ב'זכויות בעלי חיים' במובן המשפטי, אלא בהכוונה האלהית לרחם עליהם, בהיותם ראויים להתחשבות בצורך הרגשי הגדול שיש להם בכך.

2. הסוברים שאין להגדיר את ההורות כזכות

לעומת כל אלה, כותב הרב אליעזר גולדשמידט:¹⁴⁸

את יסוד ההלכה בעניין הבן והבת אצל מי, קבע הרמב"ן... "לעולם צריך לדקדק בדברים אלו אחר מה שיראה בעיני בית דין בכל מקום ומקום שיש בו יותר תיקון... לחזור אחר תיקונן".

אין כאן זכויות לאב או לאם, רק חובות עליהם ישנן כאן, שמחויבים הם לגדל ולחנך את ילדיהם. ובבוא בית הדין לקבוע בדבר מקומו של הילד... רק שיקול אחד נגד עיניו, והוא טובתו של הילד אצל מי תהיה ובאיזו אופן תהיה. אבל זכויות אב ואם - זכויות כאלו לא קיימות כלל.¹⁴⁹

הרב גולדשמידט רואה כדבר עיקרי את החובה המוטלת על בית הדין לדאוג לטובת הילד ולחינוכו, ובהקשר זה הוא סובר שאין לראות את זכויות ההורים כשיקול העומד מול זה. חובות אלה הן כלפי הקב"ה, שברא את הילדים והטיל את מצוות החינוך על ההורים.

עיקרון זה נכתב בפסק דין מאת הרבנים 'הדאייא, י"מ בן-מנחם וי' הדס:¹⁵⁰

שכל דין מקום החזקת הילדים איננה שאלה של זכות האם או זכות האב, אלא טובת הילד קובעת...

וכן בפס"ד של הרב יעקב זמיר, הרב שלמה שפירא והרב אברהם שינדלר:¹⁵¹

העולה מכל האמור לעיל, שעניין זה, של משמורת הילדים, אינו ענין של זכות ההורים או אחד מהם אלא כל כולו ענין של טובת הילדים, ועל פי טובתם נקבעת המשמורת. וברור שהכוונה בטובתם בין טובה גשמית ובין טובה רוחנית, וטובה זו היא המהווה המודד היחידי בקביעת המשמורת. ודע שסברא זו מקובלת על כל הפוסקים ולית מאן דפליג בהאי מילתא.

וכך היא הדעה המקובלת על רוב מכריע מן הדיינים בדור האחרון.¹⁵²

148. פד"ר, ח"א עמ' 157.

149. מעיון בפסקי הדין נראה כי שורש המחלוקת בין הדעות השונות הוא בשאלה כיצד להסביר את ההלכה הפוטרת את האב מלשלם מזונות לבן המסרב לחיות אתו. לסוברים כי לאב יש זכויות בילדיו, הפטור נובע מן הפגיעה האקטיבית של הבן בזכות האב, ואילו לסוברים כי אין לאב זכויות בילדיו, הפטור נובע מכך שהבן אינו מקיים את חובותיו כלפי אביו.

150. פד"ר, ח"ג עמ' 358. וכמו כן בפס"ד של בית הדין הרבני בנתניה, תיק 290277/77.

151. המאגר המקוון של פרויקט השו"ת, פס"ד יח.

152. הרב אוריאל לביא (עטרת דבורה, עמ' 294-297) דן בשאלת הזכויות ההוריות וקיבץ פסיקות

בניגוד ל"תקנת הילד", הקשורה למצוות חינוך ונובעת מן השייכות שלו לבוראו, "טובת הילד" יכולה להתפרש גם כחובה כלפי הילד עצמו.

השופט יצחק קיסטר, במאמרו "זכויות הורים בילדיהם במשפט העברי ובמשפטי אומות העולם" (ניב המדרשייה כרך יג תשל"ח-תשל"ט, עמ' 124-139), מחזק עמדה זו באמצעות הוכחה נוספת, וכותב:

לפי תפיסת המשפט העברי לא ידוע אף מונח של 'זכות חזקה בילד', רק נאמר כי הבן 'אצל האב' או 'אצל האם'. והדבר פורש בהלכה כי לא מדובר בזכויות הורים אלא בזכויות ילד להימצא אצל הורה פלוני לפי מה שנראה כי זוהי טובתו.

ובהמשך דבריו (עמ' 129) הסביר מה כוונתו בכך שזוהי 'זכות הילד' באופן הבא:

והנה חובת גידול בנים זוהי מצוה שחשיבותה גדולה, ומלבד חשיבותה כמצווה הרי מטבען של הבריות הוא כי הורה 'שזכה' לילד חביבה עליו מצוה זו והוא לא יימנע מכל טורח ומכל הוצאה ויראה זכות לעצמו (במובן שונה מזכות משפטית) לגדל את ילדו, להימצא בקרבתו ואף להשיאו ולראותו הולך בדרך הישר ומצליח במעשיו.

השופט קיסטר מבסס את הקשר של ההורים לילדיהם על חובותיהם ולא על זכויותיהם. וכאשר הוא משתמש במונח "זכות", הוא מבהיר שאין כוונתו למובן המשפטי של מונח זה, אלא לצורך העמוק של ההורה.

רבות של בתי הדין. מסיכום הדברים שם עולה כי רוב מניין ובניין של הדיינים סבורים כי אין להורים זכויות בילדיהם. וכן נכתב בפסק דינם של הדיינים: הרב יצחק אושינסקי, הרב מאיר קאהן והרב יעקב שטיינהויז, פורסם ב'אסיא' גיליון קכא-קכב, עמ' 149-145.

מסקנתם מנוגדת למה שכתב הרב שלמה דיכובסקי במאמרו "חיובם של הורים ומורים בחינוך למצוות" בספר "דברים שאין להם שיעור" עמ' 96: "בנושא זה מצויות שתי השקפות בבתי הדין הרבניים. בעבר שררה השקפתו של הר"א גולדשמידט זצ"ל, חבר ביה"ד הגדול, שכתב (פד"ר א 157-158) כי אין כלל זכויות להורים, אלא חובות בלבד. מאידך גיסא, בפס"ד של ביה"ד הגדול בתקופה מאוחרת יותר (פד"ר יג 17), "כתב הר"א ולדנברג... כי לאב זכות טבעית והלכתית לגדל את ילדיו מכוח הפסוק 'למשפחותם לבית אבותם', ומכוח זכות זו הוא רשאי לדרוש שיגדלו אצלו ובמחיצתו ושייהנה מכל הכרוך בזה. הסכימו לו חברי ביה"ד הגדול דאז, הראשל"צ הר"ע יוסף... והר"י קוליץ זצ"ל".

על זכות האב והאם לחונך את בנם, עיי' במה שכתב הר"א שפירא, מנחת אברהם ח"א סי' ה. על כך כתב גם השופט ד"ר בן ציון שרשבסקי, בספרו "דיני משפחה" (מהדורה שנייה, עמ' 359): "לאם אין זכויות כלפי הילד... גם לאב בדרך כלל אין זכויות כלפי הילדים".

3. מסקנה

לאור כל מה שכתבנו עולה כי העמדה המקובלת יותר בבתי הדין הרבניים היא שאין להורים זכויות בילדיהם במובן המשפטי של המושג (פרט לטובות הנאה ספציפיות שיש לאב בבתו), אלא חובה המוטלת עליהם. עם זאת, פוסקי ההלכה מכירים בצורך הטבעי העמוק של כל אחד משני ההורים לקשר עם ילדיו ונותנים לכך משקל גדול ברמה המעשית.¹⁵³

על כך יש להוסיף שלא ייתכן לומר שאין להורים שום מעמד כלפי ילדיהם. על נקודה זו עמד הרב צבי רייזמן (רץ כצבי ח"א עמ' תא), לאחר שהסיק ש"אין להורים בעלות על ילדיהם כלל", והוא כותב:

ברור לי שיש איזו שהיא "חזקה", "זכויות" או גדר של "אפוטרופסות" של הורים על ילדיהם. שהרי פשוט הוא כי ילדים נמצאים בחזקת הוריהם ואינם הפקר. וכי יעלה על הדעת שכל מי שרוצה לבוא וליטול את ילדי חבירו יוכל לעשות זאת?! הן רק פתי יאמר זאת!

בחלופות השונות להגדרת ההורות נדון בפרקים הבאים.

יא. ההורות כאפוטרופסות וכפיקדון

לאחר שהסקנו שלא יהיה נכון להגדיר את הקשר שבין האב או האם לילדיהם במושגים של בעלות טוטאלית או זכויות מוחלטות, עלינו לבדוק דרכים אחרות להסברת הקשר הזה. בפרק זה נבחן את האפשרות להגדיר אותו בעזרת מושג ה'אפוטרופסות'. לא מדובר כאן באפוטרופסות הבאה מכוחו של גוף ציבורי כלשהו, המדינה או בית הדין, אלא באפוטרופסות טבעית. רעיון ההורות כאפוטרופסות מפתח ומרחיב את הבנת ההורות כאחריות, עליה עמדנו לעיל (פרק ח, 10).

1. 'אפוטרופוס' מהו?

הרשב"ץ, בפירושו למסכת אבות (פ"א מ"י), דן במקור המילה 'אפוטרופוס' בהקשר לאבטליון, שהיה אב בית הדין:

ולפי שהוא אב בית דין קראוהו אבטליון, כלומר אבי קטנים. שכן אמרו בפרק השולח (גיטין לז, א): "...רבן גמליאל ובית דינו, אביהם של יתומים

153. עיי' לקמן, פרקים יח-יט.

הוא". וכן אפוטרופוס, בלשון רומי, הוא אבי קטנים. פוס בלשונם, הוא קטנים. פאטיר, הוא אב. וכן אמרו (ב"ר, פר' צג): "וישימני לאב - פטרוך". אם כן אפוטרופוס, ר"ל, אבי קטנים. וכן הוא פירוש אבטליון - אבי קטנים, לפי שהיה אב"ד.

שם זה הפך להיות הכינוי למי שמטפל ביתומים מכיוון שהאפוטרופוס לוקח על עצמו חלק ניכר מן התפקידים שהיו לאב כלפי ילדיו.

הרב בן ציון מאיר חי עוזיאל, כתב באריכות רבה בספרו "שערי עוזיאל" על מושג האפוטרופוסות, ושם (ח"א עמ' 22) הוא מגדיר את האפוטרופוסות על פי משפט התורה:

הא למדת שהאפוטרופוסות לפי השקפתה של תורת ישראל איננה פעולה של חסות והגנה, ולא זכות קניינית של ההורים וקרוביהם על ילדיהם הקטנים... אבל היא חובה משפטית המוטלת בעיקרה על שופטי העם ונבחריו שהם לפי תפקידם נקראים ממונים מאת אבי יתומים השוכן בערבות... עושה משפט יתום ואלמנה...

לדברי הרב עוזיאל, אפוטרופוסות אינה זכות או בעלות, אלא אחריות על הילדים, כאשר מקור הסמכות הוא הקב"ה, שהילדים הם בעצם שלו.

הוא מוסיף ומסביר באמצעות המושג הזה גם את מעמדם של ההורים כלפי ילדיהם, וכותב (שם, עמ' 20):

ומאפוטרופוס בית דין זו נמשכה **אפוטרופוס ההורים** או המורישים, שגם הם במשפט הנחלה חשובים כדיינים, ועליהם מוטלת החובה לדאוג על תקנת בניהם אחריהם בגופם ונפשם, חכמתם והשכלתם וחינוכם במצוות ובדרך ארץ ויראת שמים, בלימוד התורה ובקיום מצוותיה...

וכך הוא כותב גם בשו"ת משפטי עוזיאל (ח"ב, אה"ע סי' צא), לאחר שהוא שולל את תפיסת ההורות כבעלות:

אבל הבנים והבנות הם **נחלת ה' לאבותיהם** כדי לגדלם לחנכם בתורה ומצוות ובדרך החיים.¹⁵⁴

154. ייתכן שהמקור להגדרה של הרב עוזיאל הוא בדברי הרמב"ן (בראשית ד, א) על שמו של קין: "... והנכון לי שאמרה, הבן הזה יהיה לי קניין לה", כי כאשר נמות יהיה במקומנו לעבוד את בוראו".

האפוטרופוס החוקי דומה לאב במובנים רבים, בכך שהוא אחראי לניהול נכסיו של הילד ולהוצאות השוטפות שלו,¹⁵⁵ הכוללות גם רכישת תשמישי מצווה.¹⁵⁶ אולם הפוסקים מגבילים את האחריות והסמכות של האפוטרופוס החוקי. וכך נכתב בתשובות אלשיך (סי' לח; מובא בפחד יצחק, ערך אפוטרופוס):

בממונא שליט אפוטרופא ולא בגופיה.¹⁵⁷

2. אפוטרופוס בחינוך הילדים

לאור זאת יש לבחון את מעמדו ההלכתי של האפוטרופוס ביחס לחינוך היתומים שהוא מופקד עליהם.

ר' חיים פלאג'י, בספרו "חיים ומלך" (הל' אבלות פרק ח), מביא כמה דעות ביחס לשאלה זו: הדעה הראשונה סוברת שמצוות חינוך נוהגת באפוטרופוס רק ביחס למצוות עשה. הדעה השנייה סוברת שאפוטרופוס פטור לחלוטין ממצוות חינוך. ואילו הדעה השלישית סוברת שלאפוטרופוס יש מעמד זהה למעמדו של האב, והוא מצווה על חינוכו של הקטן הן במצוות עשה והן במצוות לא תעשה, הן מדאורייתא והן מדרבנן.

בדברים אלו ניתן לראות מחלוקת עקרונית: הדעה הראשונה והדעה השלישית סוברות כי האפוטרופוס מופקד גם על עיצוב אישיותו של הקטן, ונחלקו רק בהיקפה של אחריות זו. לעומת זאת הדעה השנייה סבורה כי אחריותו של האפוטרופוס הינה רק בנוגע לנכסי הקטן אך לא ביחס לחינוכו.

מסקנתו של ר' חיים פלאג'י (שם) היא שמעמדו של האפוטרופוס שווה למעמד האב לעניין מצוות חינוך, והוא כותב:

שאפוטרופוס הוא אב ליתומים כמו אב לבנו. וכן ראיתי לבעל הערוך, מערכת אלף: **אפוטרופוס** - פי', **אבי יתומים**, בל' יוון פטיר'א פיד'י'א וכו', יעו"ש. וכ"כ הרשב"ץ בספר מגן אבות... ואם כן, אף לסברת הפוסקים שאין חינוך אלא באב דווקא, אפוטרופוס הוא בכלל אב ושוים הם.

וכך כתבו פוסקים נוספים.¹⁵⁸

155. רמב"ם הל' נחלות פי"א ה"ד; שו"ע חו"מ רצ, יא.

156. רמב"ם שם ה"י; שו"ע שם.

157. ועי' במאמרו של הרב ד"ר מרדכי הלפרין, "התנגדות הורים לניתוח התינוק המסוכן", אסיא מט-ג, עמ' 90.

158. כך כתב בשו"ת שבט הלוי ח"ח סי' צה: "ובאפוטרופוס ממש כ' הגאון אמרי יושר, ח"א סי' ג,

סמכות האב כאפוטרופוס טבעי נרחבת משל האפוטרופוס החוקי, שהרי ישנן סמכויות השייכות לאב מכוח קשר הדם שיש לו עם ילדיו. במקרים כמו קידושי קטנה או דיני בן סורר ומורה ברור שאין לאפוטרופוס סמכות, אך סמכויות בעלות אופי מעשי כמו חינוך, או צרכים שגם האב יכול למנות שליח עבורם, מסורות לאפוטרופוס.

3. ההורות כפיקדון

לאור כל זאת יש מקום לראות את מעמדו של האב כלפי ילדיו בדומה לסמכות שיש לאפוטרופוס של יתומים. הבעלות האמיתית היא של **הקב"ה**, והאב הוא **שליח** שלו לגדל את הילד ולחנכו ללכת בדרך התורה.

וכך כותב הרב יונתן זקס בספרו 'שיג ושיח' (ח"א עמ' 47):

התורה מייצגת את הולדת האינדיבידואל כדמות המרכזית בחיים המוסריים. היות שילדים... שייכים לאלהים, הורות איננה **בעלות** כי אם

פיקדון.

ההבדל בן אב לבין אפוטרופוס מתבטא בכך שלאב יש סמכויות ותפקידים רחבים יותר.¹⁵⁹ וכשם שהאפוטרופוס זוכה למען היתומים - כך, וכל שכן, שאביהם מולידם נדרש ומוסמך לפעול ולזכות בעבורם. הנחת התורה היא שהאב מחפש את טובת ילדו ולכן הוא יפעל בצורה המיטבית למען עתידו החומרי והרוחני.¹⁶⁰

דהוא חייב לחנכו, יעשה"ה ע"פ שו"ע חו"מ סי' רצ. ועיין בחוק יעקב או"ח סי' תלד ובשו"ע דרב שם". ועי' שד"ח, מערכת ח, כלל נט.

159. ישנם תפקידים וסמכויות שהם של האב מדאורייתא, ואותן בית הדין אינו יכול להעניק באופן מלאכותי (כמו: דמי וולדות או הדרת בנו בנזירות). הם שייכים ל"הורות הטבעית", ואילו האפוטרופוסות היא "הורות מלאכותית". בית הדין מוסמך לקבוע תקנות בדיני ממונות, שכן "הפקר בית דין הפקר", וכן יכול להעביר לאפוטרופוס תפקידים השייכים לבית הדין עצמו, כמו מילה, וכן סמכויות הנובעות מתפקידו של בית הדין כ"אביהם של ילדי ישראל" המופקד על חינוכם, אבל אינו יכול להעביר לאפוטרופוס תפקידים שהם מהותיים לאב ולאם.

160. עי' במה שכתב הרמ"א (חו"מ רפה, ח): "אם הם מיטלטלין, ואביהן ראוי להיות אפוטרופוס עליהן, נותנין לידו. ויש אומרים דאין בית דין מחויבין לחקור בקטנים שיש להן אב, אלא אם כן אביהן מוחזק שאינו הולך בדרך טובים".

הרחיב על כך הרב משה חייג בספרו "האיש והאישה בדיני ישראל", עמ' 56: "כי חזקה על האב שלא יגזול ולא יקפח את ילדיו, ולכן אינו צריך להתמנות כאפוטרופוס וגם אינו נמצא תחת פיקוחו של בית הדין. אך אין זאת אומרת שהוא יכול לעשות בנכסי ילדיו כאדם שעושה בתוך שלו. אם נודע לבית הדין שהוא לא מטפל בנכסים כראוי חייב בית הדין למנות אדם אחר כאפוטרופוס והנכסים מועברים אליו לטיפול. אך כל עוד שאין שמועה כזאת רשאי האב לטפל

ההבדל המשמעותי בין הורות טבעית לאפוטרופוסות מלאכותית נעוץ בכך שהאפוטרופוסות הינה מינוי או אחריות מוגדרת שמטרתה לגדל את היתומים בצורה המיטבית, ואילו ההורות הטבעית היא קשר עמוק ומקיף לאין ערוך. ומתוך כך, הסמכויות והתפקידים שניתנו לאב לפעול למען ילדיו הם רחבים ומקיפים יותר משל האפוטרופוס. לכן, אף אם נשתמש במושג ה"אפוטרופוסות" לצורך הגדרתה המשפטית של ההורות, יש בה הרבה מעבר לכך.

יתירה מכך. בעוד שאפוטרופוסות ניתנת להחלפה, כבר כתבנו לעיל (פרק ב) כי ההורות המהותית איננה נתונה להפקעה בשום מצב, ולכל היותר ניתן לקבוע מצב מעשי, בו חלק מתפקידי ההורים הביולוגיים מתמלא על ידי אחרים (הורים מאמצים, משפחות אומנה וכדו'), המקבלים לשם כך גם חלק מן הסמכויות החוקיות שיש להורים הטבעיים. אין להתכחש לכך במצב כזה נוצרת "הורות רגשית" שיש לה משמעות פסיכולוגית שאין לפקפק בעוצמתה ובחשיבותה, אולם ההבחנה בינה לבין ההורות המהותית נותרת בעינה.

הבנה זו של ההורות, כהרחבה של מושג האפוטרופוסות, מתבארת בדברי הרב עוזיאל (משפטי עוזיאל ח"ב, אה"ע סי' צא), שהאב הוא כ"ממונה מאת אבי היתומים השוכן בערבות". דהיינו, שהאב אינו **בעלים** על ילדיו אלא הוא **כשומר** שהופקד על ילדיו מטעמו של הקב"ה.

תפיסה זו באה לידי ביטוי בדו-שיח בין ר' מאיר לאשתו לאחר ששני ילדיהם נפטרו בפתאומיות (מדרש משלי פר' לא סי' י):

לאחר שבירך אמרה לו: רבי, שאלה אחת יש לי לשאול לך. אמר לה: אמרי שאלתך. אמרה לו: רבי, קודם היום בא אדם אחד ונתן לי פיקדון, ועכשיו בא ליטול אותו, נחזיר לו או לא? אמר לה: בת, מי שיש פיקדון אצלו הוא צריך להחזירו לרבו... אמרה לו: רבי, לא כך אמרת לי, אני צריך להחזיר הפיקדון לרבו? אמר: "ה' נתן וה' לקח, יהי שם ה' מבורך".

אשתו של ר' מאיר משווה את בניה לפיקדון שבני הזוג קיבלו מאת הקב"ה ונגזר עליהם להחזירו כשהוא שלם. ראיית הבנים כפיקדון מאת הקב"ה תואמת את השוואת האב לאפוטרופוס על ילדיו.¹⁶¹

בנכסי ילדיו כאשר הוא מפרנס אותם בלי כל הפרעות מבחוץ. הוא אפוטרופוס ממילא".
161. מקור נוסף לרעיון זה הוא בילקוט שמעוני (פר' כי תשא רמז שצח): "אילפא רמי. כתיב, 'ורב חסד' (שמות לד, ו) וכתוב (שם), 'ואמת'. בתחילה 'ואמת' ולבסוף 'ורב חסד'. משל למה הדבר

עיקרון זה מופיע גם באבות דרבי נתן (נוסחא א, פרק ד), שם מסופר על רבן יוחנן בן זכאי שמת בנו, ובאו תלמידיו לנחמו:

נכנס רבי אלעזר בן ערך... ואמר לו: אמשול לך משל. למה הדבר דומה? **לאדם שהפקיד אצלו המלך פיקדון**. בכל יום ויום היה בוכה וצועק ואומר, אוי לי, אימתי אצא מן הפיקדון הזה בשלום? אף אתה, רבי, היה לך בן. קרא תורה, מקרא, נביאים וכתובים, משנה, הלכות ואגדות, ונפטר מן העולם בלא חטא; ויש לקבל עליך תנחומין כשהחזרת פקדונך שלם.

אמר לו: רבי אלעזר בני, ניחמתני כדרך שבני אדם מנחמין.

הברייתא במסכת נידה (לא, א) מבחינה בין החלק של ההורים בילד לבין חלקו של הקב"ה.¹⁶² השותפות של ההורים בילד באה לידי ביטוי רק באיברי הגוף, ואילו הקב"ה נותן לילד את "רוח ונשמה... בינה ושכל", שהם המרכיבים המשמעותיים ביותר של אישיותו. נתינת הנשמה לאדם מגדירה את הקב"ה כבעלים האמיתיים של הילד, וההורים הם רק שומריו ושליחיו.¹⁶³

4. מצוות חינוך כמוקד ההורות

תפיסת ההורות כ'פיקדון' מאת הקב"ה, שהוא "ריבון כל המעשים אדון כל הנשמות", שמה במקום מרכזי את האחריות של הורים לטיפול החלק הנשמת של הילד. ומכאן שיש לראות את נקודת המוקד של ההורות במצוות חינוך.

דומה? למלך שהיה חייב לו אחד מאה מנה. שלח עליו שליח ואמר לו, בוא ועשה עם המלך חשבון. היה מיצר... מה עשה המלך? עמד בלילה ונטל כיס אחד ונתן לתוכו מאה מנה וזרקו דרך החלון, ועמד וקיבל הכיס והתחיל להיות שמח. ואחר כך שלח עליו אחר, אמר לו, בוא ועשה עם המלך חשבון, בא ופרע לו מה שהיה חייב לו. נמצא זה פורע חובו והמלך נוטל את שלו. כך הבריות, עשה אדם עבירה חייב עליה מיתה, והקב"ה ממתין לו עד שיישא אישה, והוא מוליד בן ראשון ושני, הקב"ה חוזר ונטלו הימנו, נמצא זה פורע את חובו והקב"ה נוטל את שלו, והגוף במקומו, שנאמר, 'אם תשוב ואשיבך, לפני תעמוד'". ועי' במה שהרחיב על כך הרב יגאל אריאל, בספרו "אגדה של משפחה", עמ' 238-243.

תפיסה זו של הקשר בין ההורים לילדיהם דומה למה שכתב הרב זאב שמע על הקשר שבין האדם לממונו. עי' במאמרו "יוצר מידו עושר וריש", ח"א פרק ד (בספר "וחי אחיך עמך", עמ' 48-50).

162. עי' לעיל פרק ו, 8.

163. עי' לקמן, שער שלישי, הערה 33.

כך נאמר על אברהם אבינו (בראשית יח, יט):

כי ידעתי למען אשר יצווה את בניו ואת ביתו אחריו, ושמר דרך ה' לעשות צדקה ומשפט, למען הביא ה' על אברהם את אשר דיבר עליו.¹⁶⁴

מובן זה בא לידי ביטוי כבר במצוות "פרו ורבו" (בראשית א, כח). הרש"ר הירש מסביר שם, שמצוות פרייה ורבייה כוללת שני מרכיבים: "פרו" - הפריית המין האנושי, ו"רבו" - טיפול בילדים. הטיפול בילדים כולל גם טיפול בצרכים הגופניים והרגשיים שלהם; אולם המרכיב העיקרי של הטיפול, עליו מצווים ההורים מן התורה, הוא להרבות ולפתח את הצדדים הרוחניים והמוסריים של ילדיהם, דהיינו, החינוך שלהם לתורה, למצוות ולמידות טובות.¹⁶⁵ ועל כך מרחיב הרש"ר בספרו "יסודות החינוך" (עמ' לד):

...אין הילד עומד לשירותו של האב, כי אם האב לשירות הילד. אין לאב הרשות לשעבד את הילד לצרכיו במקום לחנכו ולפתחו לפי טבעו לטובתו של הילד. עתידו של הילד מהווה את המטרה שהאב חייב לבטל את רצונו למענה... תפקידו האמיתי של האב הוא להפנות את לבו ולכוון את מבטו אך ורק לתכונותיו הטבעיות ולהתפתחותו של החניך.¹⁶⁶

164. וכן כתב החיי אדם, כלל סו סע' א: "אם יש לו בנים קטנים, יחנכם במצוות, והיא מצוות עשה מדברי קבלה, כמו שכתוב (משלי כב, ו), 'חנוך לנער על פי דרכו'; ומאוד הזהיר שלמה בספר משלי על חינוך הבנים".

וכן כתב המשך חכמה (בראשית שם): "הנה חינוך מצוה לבנים במצוות עשה לא נזכר, רק עשה ד'ולימדתם את בניכם", הוא בתלמוד תורה. ואמרו בזיר דף כט, א, דהאב חייב לחנך בנו במצוות, ואין האישה חייבת לחנך בנה במצוות - פירוש, דהוה כמו מצוות עשה של תלמוד תורה, דהאישה פטורה... ומקור מצוות חינוך במצוות עשה, מקורו בזה הפסוק מאברהם אבינו שציווה את בניו בקוטנם על המצוות. קרא ד'חנוך לנער על פי דרכו' (משלי כב, ו)... הוי מדברי קבלה, אבל העיקר מאברהם. וכאן משמע שאף לבנות מצווה על האב...".

165. בדומה לכך כתב המהרש"א, חידושי אגדות בבא בתרא טז, ב: "והוא לשון כפל, 'פרו ורבו'. אמרו 'פרו' ע"ש הזכר שממנו הזרע כמו גרעין הפרי, כמ"ש בפסוק, 'הנה נחלת ה' בנים שכר פרי הבטן' וגו'. ו'רבו' ע"ש הנקבה, שמרבת ומגדלת אח"כ הבנים".

166. וכן כתב בפירושו לספר בראשית (ט, כב): "אמת, הדאגה לשלום הבנים היא תכלית חיי ההורים... אולם, התנאי לשני אלה הוא כיבוד ומורא של אב ואם. ואכן, מצוה זו מסיימת את הלוח הראשון של שני לוחות הברית. והנה, כל עוד יראו הבנים בהוריהם שומרי משמרת של תפקיד אלהי; כל עוד יכבדו את מהותם הרוחנית, ולא את מהותם הגשמית; כל עוד יזכרו הבנים, שרוחם נאצלת מרוח הוריהם - תגדל האנושות כעץ רענן".

הרש"ר הירש מוסיף בפירושו למצוות כיבוד ההורים (שמות כ, יב):

...יסודה של מסורת אינו אלא מסירתה הנאמנה לבנים מידי האבות וקבלתה ברצון בידי הבנים מידי האבות. על כן לא נתקיימו לאורך ימים יסודות הבניין הגדול שייסד ה' בישראל, אלא על המשמעת העיונית והמעשית של בנים כלפי אבות ואימהות, ונמצאנו למדים כי כיבוד אב ואם הוא התנאי היסודי לנצחיותה של האומה הישראלית. על ידי האב והאם נותן ה' לילד לא לבד את הווייתו הפיסית, אלא הם למעשה גם החולייה המקשרת את הילד אל העבר היהודי ועושה אותו לבן ישראל ולבת ישראל. מידי ההורים מקבל הילד את מסורת התעודה הישראלית המעוצבת בדעת, בהליכות ובדרכי חינוך, והם מוסרים לו את דבר ההיסטוריה ואת דבר התורה, למען ינחילם גם הוא לבניו אחריו בבוא הזמן. כשם שענין הבן אל הוריו, כן תהיינה אליו עיני ילדיו בבוא הזמן. אלמלא הקשר בין אבות ובנים, תנותק שרשרת הדורות, תאבד תקוות העבר היהודי לגבי העתיד והאומה הישראלית תחדל מלהיות. אכן, גדולה חשיבותם של ההורים בישראל, ולפיכך ייחדה להם התורה מקום נכבד בעשרת הדיברות.

והוא ממשיך וכותב:

...על ההורים להיות דוברים ומתווכים לרצון ה', והרי זאת תעודתם וחשיבותם הגדולה. תעודה זו של ההורים היא יסוד מצוות כיבוד אב ואם, ולא מידת החסדים, גדולה או קטנה, שגמלו לילדיהם.¹⁶⁷

ההלכה המגדירה את תפקידו של האב לחנך את ילדיו ללכת בדרך ה' באה לידי ביטוי במצוות רבות בתורה, המוטלות עליו. ונפרט אותן להלן: חלק ממצוות אלו קשור לגיבוש הזהות היהודית על ידי העברת הסיפור הלאומי מדור לדור. כך היא מצוות ההגדה בליל הסדר (שמות יג, ח):

167. הרש"ר מרחיב על כך בפירושו לציווי "איש אָמוּ ואביו תיראו (ויקרא יט, ג), וכותב: "בביאורנו למצוות כיבוד אב ואם... עמדנו על משמעות ההורים - שהודות לה זכו למעמדם בתורה. כי הם מתווכים לבניהם לא רק את הקיום הגופני - אלא גם את הייעוד היהודי. הם מוסרים לדור הבא את ההיסטוריה והתורה מידי שמים. משום כך לא הטובה שהורים השפיעו על בניהם, אלא הייעוד שניתן להם ביחס לבניהם - הוא היסוד של מצוות כיבוד אב ואם". הוא ממשיך לבאר מתוך כך את הציווי הסמוך "ואת שבתותי תשמורו", וכותב: "ההורים נתמנו להיות מבשרי רצון ה'; ורק לצורך זה ניתנה סמכות לרצונם. מטבע הדברים, גם רצון ההורים מתבטל מפני רצון ה'".

והגדת לבנך ביום ההוא לאמור: בעבור זה עשה ה' לי בצאתי ממצרים.¹⁶⁸

ובעקבותיה, זכירת מעמד הר סיני (דברים ד, ט-י):

רק הישמר לך ושמור נפשך מאוד פן תשכח את הדברים אשר ראו עיניך ופן יסורו מלבבך כל ימי חיך, **והודעתם לבניך ולבני בניך**. יום אשר עמדת לפני ה' אלהיך בחורב, באמור ה' אלי, הקהל לי את העם ואשמיעם את דברי, אשר ילמדון ליראה אותי כל הימים אשר הם חיים על האדמה **ואת בניהם ילמדון**.¹⁶⁹

חלק אחר קשור בהעברת התורה מדור לדור. כך היא מצוות תלמוד תורה, עליה נאמר (דברים ו, ז): **"ושיננתם לבניך..."**, וגם (שם יא, יט): **"ולימדתם אותם את בניכם..."**.

ועל גביהן, המצווה להביא את הילדים למעמד 'הקהל' (שם לא, יב-יג):

הקהל את העם, האנשים והנשים **והטף**... למען ישמעו ולמען ילמדו ויראו את ה' אלהיכם ושמרו לעשות את כל דברי התורה הזאת. **ובניהם** אשר לא ידעו **ישמעו ולמדו** ליראה את ה' אלהיכם...¹⁷⁰

וכן להביא את הבנים לבית המקדש בשלושת הרגלים, כפי שנאמר (שמות כג, ז):

שלוש פעמים בשנה יראה כל זכורך אל פני האדון ה'.¹⁷¹

ציוויים נוספים מופיעים בספר משלי. הראשון שבהם הוא הפסוק שחז"ל ביססו עליו את מצוות האב לחנך את ילדיו (משלי כב, ו):

חנוך לנער על פי דרכו, גם כי יזקין לא יסור ממנה.¹⁷²

וכנגדו, הפסוק המחייב את הבן להתחנך (שם א, ח):

שמע בני מוסר אביך ואל תיטוש תורת אִמְךָ.

168. רמב"ם, הל' חמץ ומצה פ"ז ה"א-ה"ב.

169. לדעת הרמב"ן, בהוספות למצוות לא תעשה, מצוה ב, זוהי מצוות עשה מן התורה.

170. רמב"ם, הל' חגיגה פ"ג ה"א.

171. רמב"ם, הל' חגיגה פ"ב ה"ג.

172. עי' קידושין ל, א; רמב"ם הל' מאכלות אסורות פ"ז הכ"ח; שו"ע הרב הל' תלמוד תורה פרק א סע' ו; משנ"ב סי' שמג ס"ק ב.

כל הסמכויות שיש לאב כלפי ילדיו נובעות מן האחריות שהטיל עליו הקב"ה בחינוך ילדיו;¹⁷³ ואין בידו להיפטר מתפקידו זה.¹⁷⁴

5. חובת האם בחינוך ילדיה

היקפן של חובות אלו מצומצם הרבה יותר כאשר מדובר באם. היא אינה מצווה ללמד את בנה תורה. וכך כותב הרמב"ם (הל' תלמוד תורה פ"א ה"א):
...קטן, אביו חייב ללמדו תורה, שנאמר: "ולימדתם אותם את בניכם לדבר בם", ואין האישה חייבת ללמד את בנה, שכל החייב ללמוד חייב ללמד.

אולם אף שלא מוטלת עליה חובה הלכתית ללמד את בנה, ישנו ערך גדול בהשקעה שלה בחינוך בנה לתורה, וכך נאמר במסכת ברכות (יז, א):

גדולה הבטחה שהבטיחון הקב"ה לנשים יותר מן האנשים, שנאמר (ישעיהו לב, ט): "נשים שאננות קומנה שמענה קולי, בנות בוטחות האזנה אמרתי". אמר ליה רב לרבי חייא: נשים במאי זכיין? באקרויי בנייהו לבי כנישתא...

וכן במסכת סוטה (כא, א):

נהי דפקודי לא מפקדא, באגרא דמקרין ומתניין בנייהו ונטרן להו לגברייהו עד דאתו מבי מדרשא, מי לא פלגאן בהדייהו?

[תרגום חופשי: אמנם היא לא מצווה על תלמוד תורה; אבל בשכר זה שהן מעודדות את בניהן ללמוד מקרא ומשנה וממתנינות לבעליהן עד שהם באים מבית המדרש, האם אינן חולקות עמם בשכר שהם מקבלים על הלימוד?!]

ואם כן, יש לאישה שכר גדול בכך שהיא דואגת ללימוד התורה של בנה.

173. בשאלה אם התערבות בית הדין מוצדקת במקרה שהורים אינם מחנכים את ילדיהם כראוי, נדון לקמן פרק יד, 6 ופרק טו, 1-2.

174. אומנם נכתב בשו"ת שבט הלוי ח"ד סי' קכט: "דגם באב לא שייך חינוך אלא דווקא כשהבנים אצלו; אבל אינם מצויים אצלו לא שייך גדר חינוך". אולם הפטור הזה אינו נובע מסיבה עקרונית אלא רק מן המצב המעשי, שהבן אינו נמצא באותו זמן ברשות אביו.

ומתוך כך מעלה הירושלמי (חלה פ"א ה"א) ביקורת על אותן נשים שאינן רואות את עצמן כמחויבות לחינוך בניהן, וכך נאמר שם:

א"ר סימון: אילין נשייא דאמרין, לא ניעול בנינן לכנישתא, אין חמי ליה מילף, מילף הוא - לא עבדין טבאות, אלא "וְיִסְרוּ לְמִשְׁפַּט אֱלֹהֵי יוֹרְנוּ" (ישעיהו כח, כו).¹⁷⁵

[תרגום: אותן נשים האומרות: לא נביא את בנינו לבית הכנסת =ללמוד תורה], אם נראה אותו לומד, זה הוא שלומד - לא נוהגות כשורה, ועליהן לקיים את הפסוק: "וְיִסְרוּ לְמִשְׁפַּט אֱלֹהֵי יוֹרְנוּ".]

ר' אליהו הכהן,¹⁷⁶ בספרו "אגדת אליהו", העוסק בביאור האגדות בתלמוד הירושלמי, מסביר את דבריו של ר' סימון:

ואע"פ שהן אינן חייבות ללמד תורה אלא אביהם; אך ההזכרה תלויה בהן, כי האיש הולך לבקשת המזונות ואינו יודע אם הלכו לבית הספר או אם ברחו מבית הספר, אלא היא שיושבת בבית אצלו ומכרת במעשיו.

ישנה מחלוקת אִם האִם מצווה לחנך את בנה למצוות:¹⁷⁷ לדעת ר"י (מובא בתוס' ישנים יומא פב, א ד"ה בן ובהגה"מ הל' שביתת עשור פ"ב ה"י אות כ), מצוות חינוך מוטלת רק על האב.¹⁷⁸ ואילו מדבריהם של בעלי התוספות במסכת עירובין (פב, א ד"ה קטן) עולה שמצוות חינוך מוטלת גם על האם.¹⁷⁹ וכך נכתב בשו"ת תרומת הדשן (סי' צד). ומסיק המשנה ברורה (סי' שמג ס"ק ב):

אבל אביו וכו' - דאפילו לחנך בניו ובנותיו במצוות הוטל עליו... וכ"ש

175. ומפרש הפני משה שם: "אלו הנשים האומרות, לא צריכים אנחנו להיטפל ולהעלות בנינו לבתי כנסת ולבתי מדרשות, כדי ללמוד, לפי שאם ראוי הוא ללמוד, ילמוד הוא ממילא - אלו הנשים אין עושים בטוב, אלא אמר הכתוב 'וְיִסְרוּ לְמִשְׁפַּט' (ישעיהו כח, כו) - אתה צריך לייסרו ולחנכו למשפט התורה, והדר 'אלהיו יורנו' - ללמוד".

176. ר' אליהו בן אברהם שלמה הכהן מאיזמיר, מחבר הספר "שבט מוסר".

177. עיי' בהרחבה באנציקלופדיה תלמודית, ערך חינוך אות ב. ועיי' גם בספרו של שמואל גליק "החינוך בראי החוק וההלכה, ח"א, עמ' 90-102.

178. וכן דעת הפני יהושע, סוכה ב, ב ד"ה בגמרא וכי תימא.

179. עיי' רעק"א שם. וכך עולה גם מדברי רש"י חגיגה ב, א ד"ה איזהו קטן (עיי' שו"ת שבט הלוי ח"א סי' סז בסופו). לעומת זאת עיי' תוס' הרא"ש שם, ד"ה קטן; קרן אורה שם ד"ה שם גמרא קטן; תוספת שבת סי' קמג.

להפרישם מאיסור, דמוטל על האב. ויש מאחרונים שסוברין דמצוות
חינוך מוטל גם על האם.¹⁸⁰

דבריהם של אותם אחרונים מתבססים בין השאר על מה שכותב רש"י בפירושו
למסכת כתובות (במהדורה קמא, מובא בשיטה מקובצת לדף קב, ב):
מדקתני "למקום אימה" - ש"מ בת דרכה להיות אצל האם ולא אצל
האחין, כדי שתתיישר מאימה ולא תאחוז בידה דרך פריצות.

מדבריו למדנו שהבת נמצאת בחזקת האם כדי שהבת תלמד ממנה ותתחנך; ואף
אם אין זו חובה הלכתית גמורה, זוהי דרך העולם באופן טבעי וכך מצופה מן
האם לנהוג. ומתוך כך נפסק הדין בדיונים הנוגעים למשמורת הבנות במקרה של
גירושין, שהיא בידי האם.¹⁸¹

ראיה נוספת, המבססת את דעת הפוסקים הסוברים שהאם מצווה בחינוך ילדיה,
היא מן הפסוק (משלי א, ח):

שמע בני מוסר אביך, ואל תיטוש תורת אִמְךָ.¹⁸²

והר"ן קרליץ (חוט שני ח"ד פרק צה סוף ס"ק א) הסיק מכאן, שגם לדעות הסוברות
שהאם אינה חייבת לחנך את ילדיה לקיום מצוות, היא מחויבת לחנך אותם
ליראת שמים.

בספר משלי (ל, יז) גם מובאת קללה למי שאינו שומע לדברי המוסר של אימו:
עין תלעג לאב ותבזז ליקהת אִם, יקרוה עורבי נחל ויאכלוה בני נשר.

180. וכן כתב גם בסי' תרטז ס"ק ה.

ועי' מג"א או"ח סי' שמג ס"ק א; פמ"ג ומחה"ש שם; ברכי יוסף ס"ק ז; לבוש סי' תרמ סעי' ב; א"ר
שם ס"ק ד; משנ"ב סי' תרטז ס"ק ה ושעה"צ ס"ק ז-ח; שמירת שבת כהלכתה, מהדורת תשכ"ה,
פרק לב סעי' ה והעי' יב; פסקי תשובות סי' שמג אות א ואות ו; מאמר הרב יצחק קוליצ', "בעניין
חינוך של אם וחינוך לבת", תורה שבעל-פה, כרך כג, עמ' כב-כט.
הרב יעקב אריאל, בשו"ת באוהלה של תורה ח"ה סי' מה, מסיק שגם האם מצווה במצוות
"והגדת לבנך" בליל הסדר, אף שלאב ישנה עדיפות במצווה זו.

181. שו"ע אה"ע פב, ז.

182. וכן (שם ו, כ): "נצור בני מצוות אביך ואל תיטוש תורת אִמְךָ".

על כך כתב הראב"ע (שם א, ח): "כי האישה חכמה מורה הדרך הישרה לבנה...".

מבאר המצודת דוד:

העין המלעגת ברמיזתה על מוסר האב ומבזת לקיבוצי תוכחות האם
וסדרי אמריה כי דרך נשים לה.

והמלבי"ם מפרש בפירוש המילות:

ל'יקהת אם - למשמעת אָם.

דוגמה מעשית לתוכחתה של האם מובאת בהמשך (לא, א):

דברי למואל מלך, משא אשר יסרתו אָמו.¹⁸³

על פי זה מסביר הנצי"ב מוולוז'ין (העמק דבר, דברים כא, יח) את תפקידה הייחודי של
האָם בפרשת בן סורר ומורה:

"איננו שומע בקול אביו ובקול אָמו", דכתיב... "שמע בני מוסר אביך
ואל תיטוש תורת אָמך". הביאור בזה, דהאב דרך ללמד לבנו תורת ה'
שנקרא 'מוסר', והאם מלמדת דרך ארץ ומנהג טוב ונקרא 'תורת אם'.
מעתה, הבן אשר איננו שומע למוסר אב נקרא 'סורר', ואשר אינו שומע
לתורת אם נקרא 'מורה', והכוונה, שאינו הולך לא בדרך התורה ולא
בדרך ארץ.¹⁸⁴

וכך כותב גם הרב יששכר תמר, בפירושו "עלי תמר" לירושלמי (חלה פ"א ה"א ד"ה
אילין נשייא):

ועוד סמך למה שכתבתי, דאָמו חייבת בחינוך, מפרשת כי תצא: "וכי
יהיה לאיש בן סורר ומורה איננו שומע בקול אביו ובקול אָמו וייסרו
אותו ולא ישמע אליהם", ותרגומו: "ליתוהי מקבל למימר אבוהי ולמימר
אמיה ומלפין יתיה ולא מקבל מנהון". - הרי שמחנכין ומלמדין אותו
אביו ואָמו... ושוב, "ותפסו בו אביו ואָמו וגו' ואמרו בננו זה סורר ומורה
אינו שומע בקולנו", ותרגומו, "ליתוהי מקבל למימרנא". - הרי ששניהם
משתתפים בחינוכו ובהטיפו לו דברי מוסר.

ובדור האחרון כתב האדמו"ר האחרון לבית ליובביץ' (ספר השיחות תש"ג, חלק ב פרשת
אמור):

183. בגמרא (סנהדרין ע, ב) מבואר שפסוק זה הוא דברי תוכחה של בת שבע לבנה, שלמה המלך.

184. ועי' בפירושו של הרש"ר הירש שם, פס' יח-ט.

הרי ידוע מה שכתב השל"ה, ש"הנשים מצוות על תוכחת בניהם כמו האב ויותר מהם מטעם שהם פנויות ומצויות יותר בבית".¹⁸⁵ ולא עוד אלא שיש יתרון בחינוך של הנשים לגבי האנשים כיון שמצד טבע הנשים נעשית פעולתן בחינוך בלשון רכה, ומתוך רגש של קירוב, אהבה וחיבה.¹⁸⁶

אולם רבים סוברים, שגם לפי הדעות שהאם אינה מצווה על חינוך ילדיה, אם האב נעדר או מת, מצוות החינוך מוטלת על האם.¹⁸⁷ וכך כותב המשנה ברורה (סי' תרמ ס"ק ה):

וּאִם אֵין לוֹ אָב, י"א דְאָמוּ וּבִי"ד חַיִּיבִים לְחַנְכוֹ.¹⁸⁸

ולכן בנד"ד, שהאב נפטר, האם היא הנושאת באחריות לחינוך של בנה.

יב. מעמדה ההלכתי של ההורות

1. סיכום ביניים

כדי שהאב יוכל לשאת באחריות שהוא נושא כלפי הקב"ה בכל הנוגע לחינוך ילדיו ולדאגה למצבם הרוחני והמוסרי, נתנה לו התורה סמכויות שונות, שמחלקן נגזרות גם טובות הנאה. ההבדלים הטבעיים שבין בנים לבנות מביאים בעקבותיהם סמכויות המותאמות לתפקיד הייחודי של האב ביחס לכל אחד מהם. כלפי הבנים ניתנו לו סמכויות מצומצמות למדי, ואילו כלפי הבנות הסמכויות רחבות יותר בשל האחריות שיש לאביהן לשמור על צניעותן ולהשיאן כשתגענה לפרקן. גם האם נושאת באחריות לחינוך ילדיה, אף שהסמכויות שניתנו בידה לשם כך הן מצומצמות יותר.

כל זה אינו מגדיר קניין של ההורים בילדיהם במובן המשפטי של מושג זה. הגדרת ההורות כסוג של בעלות נשללה לעיל (פרקים ה-ט) לאור מאפיינים רבים,

185. שער האותיות, אות דרך ארץ.

186. נופך נוסף על תפקידה הייחודי של האם בחינוך הילדים מופיע במאמרו של הרי"ד סולובייצ'יק, "הורות טבעית והורות גאולה", בספרו "אדם וביתו", עמ' 127-128.

187. האמרי יושר (סי' ג) והר"א שפירא (מנחת אברהם ח"א סי' ה אות טז) כתבו שחייבת מדין אפטרופוס. ועי' בהרחבה בפסקי תשובות סי' שמג אות א והע' 9-11.

188. וכן כתבו: מאירי נזיר כט, א ד"ה כשם; א"ר עפ"י תרומת הדשן סי' צד; שד"ח מערכת ח כלל ט; שערי תשובה סי' שמג ס"ק א.

המצביעים על כך שלא ניתן לראות את מעמד האב כ'בעלים'; וגם כאשר נמצאו מאפיינים המצביעים לכאורה על קניין של האב בילדיו, ראינו כי הוא מוגבל מאוד ויש פער גדול בינו לבין קניין רגיל (ייתכן שביחסי אב ובתו אכן יש לאב יותר סממנים של בעלות. ברם, גם קניין זה מוגבל לתחומים הקשורים לתחום האישות והנובעים ממנו, ומקורו באחריות של האב לשמור על "אישות דבתו" עד שתתבגר). גם האפשרות להגדיר את ההורים כ"בעלי זכויות" בילדיהם אינה מתאימה, כפי שראינו לעיל (פרק י), מכיוון שגם אם יש להם זכויות כאלה במידה מסוימת, הן אינן מגדירות את מהותה של ההורות, אלא נובעות בעיקרן מן **הסמכויות** הנדרשות להורים כדי שיוכלו לקיים את חובת החינוך שיש להם כלפי ילדיהם.

בכמה מקורות חז"ל מדמים את הילדים **לפיקדון** בידי ההורים. תפיסה זו רואה את ההורים כאחראים להחזיר את הפיקדון לקב"ה בצורה מיטבית. על פי הבנה זו התפקיד המשמעותי ביותר של ההורה הוא חינוך הילדים לאמונה, לתורה, לחופה ולמעשים טובים. אחריות זו אינה כמו של איש מקצוע המופקד על חינוך הילד, אלא רחבה הרבה יותר. אחריות יתרה זו מתבססת על כך שנוסף על התפקיד הפורמאלי של ההורה כלפי ילדיו קיים ביניהם גם קשר רגשי טבעי ועמוק, ולכן סמכויותיו רחבות מסמכויותיו של איש מקצוע המופקד על גידולו וחינוכו של הילד רק באופן טכני. אולם הקומה הנוספת הקיימת ביחסי ההורים והילדים אינה מבטלת את תפקידו העיקרי של ההורה, שהוא כמו אפוטרופוס לשמור על נפשו, גופו ורכושו של הילד ולהביא למיצוי של הטוב והישר שבו.

משמעותה של הבנה הזו היא שהבעלים על הילד הוא הקב"ה עצמו, בהיותו "קונה שמים וארץ".¹⁸⁹ כאשר הילד הוא קטן, הקב"ה מאציל סמכויות מסוימות על הוריו, וכאשר הוא מתבגר, מקבל הוא עצמו את הסמכות לנהל את חייו - לא כישות עצמאית לחלוטין, אלא כ"עבד ה'", מתוך האמירה (תהילים ק, ג): "דעו כי ה' הוא אלהים, הוא עשנו ולו אנחנו, עמו וצאן מרעיתו".

תפיסה זו של ההורות כאפוטרופוסות עולה בקנה אחד עם תפיסות עכשוויות, הרואות גם הן את ההורות כאפוטרופוסות וכאחריות ולא כבעלות או זכות. אולם ההבדל ביניהן הוא גדול מאוד. בחלק מהתפיסות העכשוויות ההורות היא אפוטרופוסות מכוחה של **המדינה**, ואילו בתפיסה היהודית, כפי שעמדנו עליה עד כה, האפוטרופוסות היא מכוחו של **הקב"ה**.

189. שאלה שעשויה להתבקש מתוך כך היא: האם להסיק מכך שיש להוציא את הילד מחזקת הורים שאינם מחנכים אותו לתורה ומצוות? נדון בכך להלן, שער שלישי, פרק 6, והע' 33.

עד כה ביקשנו להכניס את ההורות לתוך הגדרות משפטיות מוכרות, ולשם כך נבחנו מושגים שונים, כמו: קניין, בעלות, זכות, אפוטרופסות או אחריות. בתחילת הדיון (פרק ד) עמדנו על כך שבדיני בני נח ההורות מוגדרת כבעלות, אך לא בדיני ישראל. בדברינו הבאים נראה כי העמדת מושג ההורות בישראל על מונחים משפטיים הלקוחים מתחומי חיים אחרים תחטא לאמת. לא ניתן לראות את ההורות רק כאוסף של תחומי אחריות, חובות, סמכויות, טובות הנאה ועוד; ואף לא ניתן לראות אותה כ'זכות' בלבד. אף אם נקבל את ההבנה שהמעמד המשפטי של ההורות נוטה יותר לכיוון האפוטרופסות, יש בה, בהורות, ממד עמוק בהרבה, שמכוחו נובעים כל המרכיבים האחרים שלה.

2. "כרחם אב על בנים"

קודם כול, לא ניתן להתעלם מן המטען הרגשי העמוק המלווה את ההורות.¹⁹⁰ המשמעות הרגשית העמוקה שיש לקשר שבין ההורים לילדיהם מתבטאת בצורה חריפה במיוחד בדבריו של יהודה ליוסף על הקשר שבין יעקב אבינו לבנו (בראשית מד, כז-לא):

ויאמר עבדך אבי אלינו: אתם ידעתם כי שניים ילדה לי אשתי. ויצא האחד מאתי, ואומר, אך טרוף טורף, ולא ראיתיו עד הנה. ולקחתם גם את זה מעם פניי וקרהו אסון, והורדתם את שיבתי ברעה שאולה.¹⁹¹

לקשר זה יש ביטוי הלכתי-משפטי, בתשובה של המהרשד"ם (אה"ע סי' קכג):
וא"ת: ומנא לן דבן, אינו יכול להוציאו האם למקום שהיא תרצה?
העבודה, שנראה לי, שמי שיפקפק בזה אינו אלא מן המתמיהין...

וכך מובא להלכה בבה"ט (אה"ע סי' פב ס"ק ה), שהאם הגרושה אינה רשאית לעבור לעיר אחרת ולהרחיק את הבן מאביו.

הרב יוסף קאפח, בפסק דין מפורסם ומכונן, מרחיב בהסברת הצורך של ההורים: אין ההורים חפץ דומם. גם ההורים מורכבים מגוף ונפש, וגם להם רגשות, אף לאם זכות טבעית לסיפוק נפשי לחבק את ולדה.¹⁹² להורים

190. עמד על כך בהרחבה בשערי עוזיאל ח"ב שער מז פרק ב סע' א. ועי' לקמן, פרק יח, 2.

191. וכן בראשית לז, לג-לה.

192. מסתבר שאין כוונת הר"י קאפח לזכות במובן של זכות משפטית או קניינית, אלא במשמעות הדומה ל'ראויות'. עי' לעיל, הע' 147.

זכות להשיג סיפוקם הנפשי-רגשי לראות ולדם גדל ומתפתח כראוי, מצטיין בלימודיו בהתאם... נכון כי לעולם טובת הילד ושלמותו הנפשית והגופנית צריכות להיות לנגד עיני בית הדין... אך לא במחיר פגיעה ברגשותיהם הטבעיים הבריאים של ההורים.¹⁹³

קשר עמוק כזה לא קיים בין אפוטרופוס לבין מי שהופקד בידיו.

קשרי המשפחה באים לידי ביטוי בתורה בכינוי "שֶׁאֵר בֶּשֶׂר", והרמב"ן (שמות כא, ט) מסביר את משמעותו של ביטוי זה:

ולכך אני אומר כי פירוש "שֶׁאֵר" בכל מקום - בשר הדבק והקרוב לבשרו של האדם, נגזר מלשון "שֶׁאֵר", כלומר, שאר בשרו, מלבד בשר גופו. וייקראו הקרובים "שֶׁאֵר", "אל כל שֶׁאֵר בשרו" (ויקרא יח, ו)...

ילדים והורים הם שארי בשר קרובים מאוד. קרבה זו נוצרה מכך שההורים נתנו לילדיהם את המרכיב הגופני שלהם והיו האמצעי להבאתם לעולם. עובדה זו יוצרת חיובים הלכתיים רבים בין הילדים להוריהם. אולם כל זה אינו יוצר בעלות במובן הממוני, ויש להגדיר קשר מיוחד זה בדרך אחרת.

3. המשכיות ומשמעות

יתירה מזאת נאמר במסכת נדרים (סד, ב):

אמר ר' יהושע בן לוי: כל אדם שאין לו בנים חשוב כמת, שנאמר: "הבה לי בנים ואם אין מתה אנוכי"...

הילדים נותנים לחיי הוריהם **משמעות**, כאשר הם מקדישים את חייהם לגידולם. וכך נכתב בספר חובות הלבבות (פתיחה לשער ג):

ותחילתם טובת האב על בנו. ומן הידוע, כי הוא מכוון רק לתועלת עצמו **בו, כי הבן נתח מהאב עם עוצם תקוותו בו.** והלא תראה, כי הוא **מרגיש עליו יותר מגופו** במאכלו ובמשתהו ובכסותו, ולדחות כל נזק מעליו, ונקל בעיניו סבל הטורח והיגיעה בעד מנוחתו, עם מה שהוטבעו עליו האבות מן הרחמים והחמלה על בניהם...

193. מתוך בד"מ 1/81 'י נגר נ' א' נגר פ"ד לח (1) 365, עמ' 412.

הבנים והבנות גם מעניקים להוריהם **המשכיות** הקושרת אותם אל הדורות הבאים ואל הנצח. בגמרא (תענית ה, א) מובאים דברי ר' יצחק:

יעקב אבינו לא מת... שנאמר: "ואתה אל תירא עבדי יעקב... כי הנני מושיעך מרחוק ואת זרעך מארץ שביים". מקיש הוא לזרעו, מה זרעו בחיים - אף הוא בחיים.

ועל כך כותב הכלי יקר (בראשית מז, כט):

כי הבן יש בו חלק מן אביו, וכל עוֹבֵר ירך אִמו ואביו הוא; ובהיות זרעו בחיים אז דומה כאילו גם הוא בחיים, רצה לומר: חלק ממנו.¹⁹⁴

על פי אותו עיקרון כותב הרש"ד הירש בפירושו לפרשת הייבום (דברים כה, ה):

המצווה הראשונה שניתנה לאדם היא "פרו ורבו" ולצורך זה - "וכבשוה" (בראשית א, כח), והרי זו המצווה להוליד בנים ולחנך בנים ולקנות רכוש לצורך שני אלה. קיום המצווה הזאת הוא הייעוד הארצי הראשון של האיש ומילוי הייעוד הזה כלול במושג הבית שה"בנים" הם אבני ה"בניין" שלו...

הפרשה שלנו דנה באיש ששאף למלא את הייעוד הזה של חייו הארציים, ולשם כך הוא הקים בית ובא בברית הנישואים. הוא קיווה למלא את התפקיד הזה בבית אשר בנה; ואילו זכה, הייתה אשתו יולדת לו בנים שיחיו אחריו, ובעבודה חינוכית משותפת היו מעצבים את בניהם כצלמם וכדמותם הרוחנית והמוסרית, ולמען עתיד בניהם היו מנצלים את האמצעים הרבים או המועטים שניתנו לו מאת ה'...

החינוך אינו רק מצווה הלכתית שניתנה להורים כאפוטרופוסים על ידי מי שהפקיד בידיהם את ילדיהם, אלא הדרך להמשיך את מורשתם הרוחנית שלהם

¹⁹⁴. וכן כתב הכלי יקר שם מז, כז: "וביאור הדבר כך הוא, שכל מי שמניח בנים דומה כאילו אינו מת, לפי שעובר ירך אִמו הוא וכרעיה דאבואה הוא וחלק מן האב כלול בן, כשהבן בחיים אז גם חלק אביו הכלול בו בחיים...". בהמשך הדברים בשני המקומות, הכלי יקר מתנה את זה בכך שהבנים הולכים בדרך הישר של אביהם.

וכן בספר 'חנוכת התורה' (מאת ר' אברהם יהושע השל מקרקא), פרשת ויחי, אות מט: "רצה לומר שהוא זרעו הוקשו אהדדי, דהיה לו זרע כמותו ולא נקרא 'מת'. אבל באמת מת יעקב אך מפני שיש לו זרע כמותו משום הכי אמרינן דיעקב נקרא לא מת".
דברים דומים כתב גם המהרש"א בחידושי אגדות שם, בפירושו הראשון. ועי' גור אריה שם מט, לג; תורה תמימה שם הע' מו.

ושל הוריהם וסביהם מדור לדור. הרש"ר מרחיב על כך בפירושו לצינור "פרו ורבו" שניתן לאדם וחווה עם בריאתם (בראשית א, כח):

אין די בהולדת ילדים כדי שמין האדם יתרבה. הטיפול בוולדות הוא תנאי להתרבות - גם ברבים מבעלי החי; והוא הכרח גמור במין האנושי - ולו רק מבחינה פיסית גרידא. ולד האדם יאבד מיד, אם הורים לא יטפלו בו משעת לידתו ולא ישקדו על קיומו והתפתחותו הגופנית. לא הלידה, אלא הטיפול הוא הגורם האמיתי של התרבות האדם. אולם, "רבה" כולל למעלה מזה. חובת ההורים להתרבות בבניהם: הם יקומו בדמות בניהם; והבנים יהיו דומים להוריהם - לא רק מבחינה גופנית, אלא מבחינה רוחנית ומוסרית.¹⁹⁵ על ההורים לשתול ולפתח בבניהם את מיטב כוחותיהם הרוחניים והמוסריים; קיצורו של דבר: עליהם לעצב ולחנך את בניהם מבחינה רוחנית ומוסרית. רק אז יקומו ההורים בדמות בניהם ויקיימו את מצוות "רבו".¹⁹⁶

כך יש להבין גם את מושג הירושה בדיני ישראל. משמעותה היא שהעברת הנחלה לבנים ממשיכה את קיומו של האב דרכם.

וכך כותב בעל המאור (לר"ף ב"ב נב, א) כשהוא מסביר את העקרונות של דיני הירושה בתורה:

לפיכך יעקב קודם לאברהם בנכסי יצחק, שהרי ביעקב אנו רואים את יצחק כאילו הוא קיים.

על פי זה נבין את מה שאמרו בנות צלפחד למשה רבנו (במדבר כז, ג-ד):

אבינו מת במדבר... ובנים לא היו לו. למה יגרע שם אבינו מתוך משפחתנו, כי אין לו בן? תנה לנו אחוזה בתוך אחי אבינו!

בנות צלפחד לא התלוננו על כך שלא קיבלו נחלה, אלא דאגו לכך ששם אביהן לא ייגרע מתוך משפחתו. מי שאינו מוריש את נחלתו לדורות הבאים, אין מי שימשיך את קיומו, ובכך הוא נגרע ונחסר מן המשפחה הממשיכה להתקיים לדורות.¹⁹⁷

195. ועי' בפירוש הרש"ר הירש ויקרא כו, ט.

196. ועי' במאמרו של הרב זאב שמע, "ודבק באשתו והיו לבשר אחד (שיח זכויות מול מוסר יהודי - המחויבות ההדדית ליחסי אישות כמקרה מבחן)", פרק ד, 2 (בספר 'ראויים לטוב', עמ' 125).

197. יש להעיר כי המונח "גריעה" בלשון המקרא שונה מאוד ממשמעותו בימינו. כיום משתמשים

יש בירושה ממד הממשיך לקיים את אישיותו וזהותו של האב באמצעות ילדיו. הדבר בא לידי ביטוי במה שנאמר במסכת עירובין (ע, א):

בעא מיניה רבא מרב נחמן: יורש מהו שיבטל רשות? היכא דאי בעי לערובי מאתמול מצי מערב, בטולי נמי מצי מבטל; אבל האי, כיוון דאי בעי לערובי מאתמול לא מצי מערב לא מצי מבטל או דלמא יורש כרעיה דאבוה הוא? - אמר ליה: אני אומר מבטל, והני דבי שמואל תנו: אין מבטל.

להלכה נפסק שיורשו של אדם שנפטר במהלך השבת יכול לבטל את רשותו לשכניו, מפני שהוא נחשב כממשיכו. וכך כותב הרמב"ם (הל' עירובין פ"ב ה"ב):

והיורש מבטל רשות אף על פי שמת מורישו בשבת; שהיורש קם תחת מורישו לכל דבר.¹⁹⁸

הירושה בישראל היא הדרך להמשיך את קיומם של ההורים דרך בניהם. ולעומת זאת, בבני נח אין בה אלא סידור טכני של חלוקת העיזבון לאחר מותו של האדם מתוך אומדן של רצונו האחרון.¹⁹⁹

במילה זו במשמעות של דבר פחות ערך (עי' רש"י בראשית ד, ד), ואילו בלשון התנ"ך גריעה היא חיסרון, כאשר משהו נגרע מן הדבר השלם שהוא שייך אליו. וכך נאמר בסוף ספר במדבר (לו, ב-ד): "ואדוני צווה בה' לתת את נחלת צלפחד אחינו לבנותיו. והיו לאחד מבני שבטי בני ישראל לנשים, ונגרעה נחלתן מנחלת אבותינו ונוסף על נחלת המטה אשר תהיינה להם ומגורל נחלתנו ייגרע, ואם יהיה היובל לבני ישראל, ונוספה נחלתן על נחלת המטה אשר תהיינה להם ומנחלת מטה אבותינו ייגרע נחלתן".

198. וכך נפסק גם בשו"ע או"ח שפא, ו.

ועי' צפנת פענח (סי' שיג) שכתב על פי הדברים הללו: "דהיורש הוא כמו עצם, בגדר כרעי דאבוה (עירובין ע)... ולכן בן הוי עצם...". על פי עיקרון זה כתב בהתייחסות לדברי הרמב"ם, הל' מתנות עניים פ"ג ה"טז: "יורשים שירשו קרקע הווה כאילו הם עצמם לוו, דהם במקום האב". ובאור שמח (הל' נחלות פ"ב ה"א): "ברא כרעא דאבוה דמי וכמאן דקאי אבוהון בחיים". רעיון זה מובא גם ע"י הר"א וסרמן ה"ד בספר קובץ שיעורים (ח"ב ס"י יב אות מב) בדיון על האפשרות שאב יוריש לבניו קנס שהוטל עליו.

הקשר הזהותי שבין האב לבנו הוא משמעותי עוד יותר כאשר מדובר בן בכור שהוא "ראשית אונן" של אביו (דברים כא, יז). על פי העיקרון הזה מסביר הרש"ד הירש את דינו המיוחד של הבכור בירושה, וכותב: "הוא נוטל זכויות עדיפות בנכסים, ומיד עם פטירת האב הרי הוא ממשיך את אישיותו בקרב הנותרים". ומוסיף בפירושו לברכת יעקב לראובן: "יעקב אומר, אתה 'כוחי'... כוחי חבוי בך, רוחי ימשיך לפעול על ידך. הצלחה או כישלון בחינוך הבן או הבת הבכירה כמעט קובעים את החינוך לשבט או לחסד, גם אם רבו אחריהם עוד בני צעירים".

199. רש"י (יבמות סב, א ד"ה בנוכריות) ועוד ראשונים מסבירים שאצל בני נח נכון להשתמש במונח "ירושה", ולכן אצלם אין הבכור נוטל פי שניים והבנות יורשות כמו הבנים, ואילו בישראל נכון

ומכל זה עולה כי ההורות בישראל היא מרכיב מרכזי בזהותו ובמשמעות קיומו של כל אדם ולא רק תפקיד שהוטל עליו.²⁰⁰

4. הורות וזהות

ההלכה היהודית נותנת משקל גדול לזהותו של הילד.

הדבר בא לידי ביטוי בהקפדה של חז"ל על כך שלכל ילד יהודי שנולד יהיה ברור מיהו אביו. ולשם כך קבעו שאישה שהייתה נשואה והתאלמנה או התגרשה, צריכה להמתין שלושה חודשים עד שתוכל להינשא לאדם אחר.²⁰¹ אומנם לדעת רבא, הנימוק לכך הוא מעשי, שמא יישא אח את אחותו וכדו', אולם לדעת שמואל, שם, הנימוק לכך הוא עקרוני:

משום דאמר קרא (בראשית יז, ז): "להיות לך לאלהים ולזרעך אחריו" - להבחין בין זרעו של ראשון לזרעו של שני.

ומפרש רש"י (ד"ה ולזרעך):

שאיך השכינה שורה אלא על הוודאים, שזרעו מיוחס אחריו, והכי נמי קיימא לן בנדרים (דף כ, ב): "וברותי מכם המורדים והפושעים בי" (יחזקאל כ, לח) - אלו בני ערבוביא.

להשתמש במונח "נחלה", המבטא את ההמשכיות של האב בדמותם של בניו. הבחנה זו מוסברת בהרחבה בדברי הרש"י הירש (בראשית ט, כב). ועל כך כותב הרוגאצ'ובי (שהובא בהערה הקודמת): "ועיקר הגדר, דגבי ישראל אמרינן דהירוש הוא כמו עצם... אבל גבי בן נח ליכא עצם, משום דעצם לא משתנה, וגבי בן נח יש שינוי, דאם מתגייר פקע האב... לכך רק מחמת קורבה, ובזה בן ובת שווין...".

200. לאור מה שהבאנו מדיני ירושה, ניתן להבין יותר מדוע ההורות בגויים אינה מוגדרת כ"קשר זהותי" ומה שנותר ביחס אליה הוא להשתמש בהגדרות משפטיות.

201. יבמות מא, א - מב, א; רמב"ם הל' גירושין פי"א הי"ח; שו"ע אה"ע יג, א. ועי' יבמות ק, ב: "אמר שמואל, עשרה כהנים עומדים ופירש אחד מהם ובעל - הוולד שתוקי... שמשתקין אותו מדין כהונה; מאי טעמא? אמר קרא, 'והייתה לו ולזרעו אחריו' - בעינן זרעו מיוחס אחריו וליכא. מתקיף לה רב פפא, אלא מעתה, גבי אברהם דכתיב: 'להיות לך לאלהים ולזרעך אחריו', התם מאי קא מזהר ליה רחמנא? הכי קאמר ליה: לא תנסב עובדת כוכבים ושפחה, דלא ליזיל זרעך בתרה. מיתיבי: ראשון ראוי להיות כהן גדול; והא בעינן זרעו מיוחד אחריו וליכא! זרעו מיוחס אחריו דרבנן, וקרא אסמכתא בעלמא, וכי גזור רבנן - בזנות, בנישואין לא גזור רבנן". ומאכן משמע שהחשיבות של הזיהוי המדויק של האב עקרונית פחות.

והיינו ילדים שאין להם זהות ברורה מפני שלא ידוע מיהו אביהם הביולוגי.²⁰² וכך פוסקים הרמב"ם (הל' גירושין פ"א ה"ח) והשו"ע (אה"ע יג, א):

כל אישה שנתגרשה או שנתאלמנה - הרי זו לא תינשא... עד שתמתין תשעים יום... להבחין בין זרעו של ראשון לזרעו של שני.

ומדבריהם עולה שהנימוק לכך הוא השיקול העקרוני, כדעת שמואל, שכל בן צריך להיות מיוחס בבירור גם לאביו ולא רק לאימו.²⁰³

לעיל (פרק ב) עמדנו על ביטוי נוסף למשקל שההלכה נותנת לזהותו הביולוגית של הילד, והוא, שברמה העקרונית היא אינה מכירה באפשרות להפקיע את ההורות

202. ועי' בפירוש המיוחס לרש"י, נדרים שם. וכן בר"ן (שם), ברא"ם ובראב"ד (בשטמ"ק שם). רש"י עומד על רעיון זה גם בפירושו לספר במדבר (א, יח): "ויתילדו על משפחתם - הביאו ספרי ייחוסיהם ועדי חזקת לידת כל אחד ואחד, להתייחס על השבט". המדרש (שיר השירים רבה ו, ח) מוסיף שהאפשרות המעשית להתייחס אחר האב מייחדת את עם ישראל מאומות העולם, וכתב: "ר' לוי אמר, 'שישים [המה מלכות] ושמונים [פילגשים]' - הרי מאה וארבעים. שבעים מהם מכירים אבותיהם ואין מכירים אמותיהם, ושבעים מהם מכירין אמותיהם ואין מכירין אבותיהם. 'ועלמות אין מספר' - שאין מכירין אבותיהם ואמותיהם. יכול אף ישראל כן? ת"ל: 'ויתילדו על משפחתם לבית אבותם'". ואף שברמה העקרונית גם גוי מתייחס לאביו, במקרים רבים קשה לדעת מיהו.

203. ישנה מחלוקת כיצד לפסוק במחלוקת שבין האמוראים: מדברי הרמב"ם והשו"ע משמע שהלכה כשמואל, וכך מסביר בדעתם הערוך לנר (יבמות שם). לדעת עמק המלך (לרמב"ם שם) והבית שמואל (ס"ק א) הלכה כרבא. המאירי (ד"ה זה) אומר ששני הנימוקים קיימים בהלכה. כדבריו כותב גם היש"ש (יבמות פרק ג אות כב), ומביא לכך ראיה מהרי"ף והרא"ש שהביאו את שתי הדעות. וכך משמע מדברי הט"ז (ס"ק א).

בהסבר דעת שמואל כותב הרדב"ז בתשובה (ח"א סי' רסד) בדעת הרמב"ם שחובת ההבחנה היא מדאורייתא. לדעת הבית שמואל, הפת"ש (ס"ק א) ועמק המלך (לרמב"ם שם), חובה זו היא מדרבנן (וכן משמע מתוס' מגילה יג, ב ד"ה וטובלת). והקדן אורה (יבמות שם) מסביר, שאף אם נאמר שעצם הצורך בייחוס ברור הוא מדאורייתא, הצורך בהמתנה של שלושה חודשים הוא מדרבנן.

בדור האחרון נדונה שאלה זו בהרחבה בדברי הפוסקים על תרומת זרע ומהווה סיבה מרכזית להתנגדות לכך. עי' שו"ת אגרות משה אה"ע ח"א סי' עא; שו"ת מנחת יצחק ח"ד סי' ה; שו"ת ציץ אליעזר ח"ט סי' נא שער ד פרק ב ופרק ה; שו"ת יביע אומר ח"ב, אה"ע סי' א; שו"ת משנה הלכות ח"ז סי' ריא; שו"ת להורות נתן ח"ג סי' צה.

על ההיבט הרעיוני של הכרת הייחוס נכתב בפנקסי הראי"ה - ח"א פנקס ב (פנקס בויסק), סי' מג: "כלאי זרעים, מבארים ג"כ את התועלת שיש בשמירת הצביון הטבעי, ושחילוקי הגוונים הטבעיים רק כשישמרו ישרימו את המציאות הכללית. ומזה באה הדעה המיושבת של שמירת קדושת המשפחות, וכן סגולות וגבולות עמים, שהוא מורשה לישראל, שלא לערב את הטיפוסים עד שלא יוכרו בהם הרשמים הטבעיים, כי לא יצליח הדבר, רק כשיתוקן ויוטב ע"פ טבעו...".

הביולוגית. זהותו הלאומית של הילד נקבעת על פי אימו.²⁰⁴ זהותו השבטית נקבעת על פי האב, וכן ייחוסו ככוהן, לוי או ישראל.²⁰⁵ מעמדו האישי כממזר או כחלל תלוי בכל אחד משני הוריו.²⁰⁶ בכל הדברים הללו ההלכה אינה נותנת משקל לבית שבו גדל הילד אלא לקשרי הדם שלו - לאביו, לאימו או לשניהם. גם דיני הירושה נקבעים על פי ההורות הביולוגית, כך שאם לא נכתבה צוואה מפורשת באופן תקף על פי ההלכה - ילדים מאומצים יורשים את הוריהם הביולוגיים ואילו הירושה של הוריהם המאמצים ניתנת לקרוביהם.²⁰⁷ ומשמעות הדבר היא שזהותו של האדם נקבעת על פי קשר הדם. מכלל זה יוצאים רק מקרים שבהם ישנה התנגשות בין הזהות המשפחתית לזהות הלאומית היהודית, כפי שכתבנו לעיל (פרק ב, 5).

וכך כותב הרב יונתן זקס, בספרו "רדיקלית אז רדיקלית עכשיו" (עמ' 36):

כדי להגיע לתחושת שייכות, כל אחד מאתנו צריך לדעת דבר מה על אודות קורותיו האישיים - מי הולידו, מניין בא ואיזוהי ההיסטוריה שהוא חלק ממנה. אנו נוכחים בכך בצורה חריפה מכול במקרים שבהם, מסיבה כלשהי, חסר לנו הידע הזה. ילד מאומץ מפתח כמעט תמיד סקרנות לגבי הוריו הביולוגיים, סקרנות שבמקרים מסוימים מגיעה לממדים כפייתיים. הדבר נכון גם לגבי ילדים שהוריהם נטשו אותם לפני שהיו מסוגלים לפתח קשר. העובדה שאין אדם יודע מיהו, עלולה לערער את בטחונו ולטעת בו תחושה של חוסר שלמות. שאלת זהותו של אדם היא שאלה בסיסית, ואין לו אפשרות לתת לה מענה מבלי שידע שהוא חלק מְעֵבֵר מסוים מוגדר.

וכך כתבו הרב יהושע וייסינגר ופרופ' יחיאל מיכל בר אילן, במאמרם "פונדקאות, תרומת גמטות והכרת הטוב" (אסיא, גיליון קכא-קכב, עמ' 74):

הבהירות ביחסין היא יסוד מוסד ביהדות. ניתן להעריך שהסיבה לכך היא (בין היתר) בשל הרצון לאפשר לכל הורה לדאוג לילדו ולכלל בן לכבד את הוריו. ויתרה מזאת, אף לאפשר לכל אדם להיות ממוקם ברשת חברתית של קשרים גנטיים ובחיריים (נישואין), קשרים המהווים את

204. שו"ע אה"ע ד, ד.

205. ערוך השולחן אה"ע ד, י.

206. שו"ע אה"ע ד, ו.

207. עי' במאמרו של הרב יעקב אריאל, "ביטול אימוץ" (בספר זה, נספח ב, פרק ב).

מערכת התמיכה הבסיסית וגם מסגרת של זהות חברתית ("למשפחותם לבית אבותם") ולאומית...

ומכל זה עולה חשיבותה המכרעת של שמירת הזהות.²⁰⁸

5. הורות, מהי?

אם כן, איך ההלכה מגדירה את ההורות בישראל?

להורות משמעות עמוקה מאוד, בה זהותם ומורשתם של ההורים ממשיכה בילדיהם. לכן נראה שלא ניתן להעמיד את מהותה של ההורות רק על קטגוריות משפטיות מוכרות (כמו: קניין, בעלות, זכות, פיקדון, סמכות וכדו'), המבקשות להגדיר את מעמדם של ההורים בהקשרים ספציפיים. גם המונח 'ראויות', שבא להחליף את המושג המודרני 'זכות' (עליו נכתב בהרחבה בספר 'שיח הראויות'),²⁰⁹ אינו ממצה את משמעותה של ההורות. גם לא ניתן לצמצם את ההורות לאמירה כי ההורים ראויים לכך שיהיו להם ילדים שיוולדו ויגדלו במחיצתם והילדים ראויים לכך שיהיו להם הורים שיגדלו אותם. לא ניתן לראות בקטגוריות אלו את חזות הכול, וודאי שאין לבצע רדוקציה של ההורות למושגים אלו, כאשר היא עצמה רחבה ועמוקה הרבה יותר.

מכל זה נראה שעל פי ההלכה, הקשר שבין הילדים להוריהם בעם ישראל, הוא קשר **זהותי** שלא ניתן להכניס אותו לשום תבנית משפטית מקובלת, מפני שהוא הרבה יותר גבוה מסך כל המאפיינים שלו.²¹⁰

יש בו **ראויות** של ההורים לכל מה שהילדים מספקים להם; יש בו ראויות של הילד לכל מה שהוריו אחראים לספק לו; יש בו **קשר רגשי** עמוק ביותר, שהוא הרבה יותר מכל קשר רגשי אחר;²¹¹ יש בו **סמכויות** מגוונות; יש בו **חובות** רבות שהן רבות מאוד ושונות מאוד מחובותיו של מי שמגדל בעל חיים בביתו; יש בו

208. עיי' לעיל שער א, פרק ב, 6 והע' 54.

209. עיי' לקמן, פרק יג, ופרק יח.

210. ההבנה של ההורות כקשר זהותי מסבירה מדוע ההורות פוקעת במקרי מעבר בין עם לעם. לא תיתכן סתירה בין הזהות המשפחתית לבין הזהות הלאומית, ובכל מקרה כזה מאבדת ההורות את משמעותה. עיי' לעיל, פרק ב, 5.

211. בשיחה עם אם ששכלה את בנה עלתה בעוצמה רבה העובדה כי לא ניתן להשוות את כאבה של אם שכולה לכל כאב על אובדן של משהו אחר. מסיבה זו, הורים שכולים מתקשים יותר מאחרים להתאושש מן האובדן.

אפוטרופסות המתפרסת על תחומי חיים רבים;²¹² יש בו **אחריות** רבה וארוכת טווח; יש בו **מצוות חינוך**, המעבירה את המורשת הערכית האישית של ההורים הללו אל הילדים שלהם; יש בו מצוות "אל תיטוש תורת אמך" המחייבת את הבן לשמר את מנהגי אבותיו; יש בו **המשכיות** גנטית; יש בו **חיבור לשרשרת של דורות**, המתבטאת בין השאר בדיני ירושה, ומעל לכל זה - יש בו תחושה עמוקה של **שייכות** הדדית. אולם כל המאפיינים הללו הם ביטויים דלים של הקשר עצמו, שהוא הרבה מעבר לסך הכול שלהם. מן הסיבה הזאת לא יהיה נכון לראות את הילדים כקניינו של הקב"ה מבחינת ההגדרה ההלכתית של המושג, אף שהדבר נכון ברמה הרוחנית.

אם נבקש להעמיק במשמעות הרעיונית של דברינו ניתן לדמות את קשר ההורות למה שכותב מרן הרב קוק זצ"ל על הקשר של עם ישראל עם ארץ ישראל (אורות,

ארץ ישראל א: שמונה קבצים ז, יג):²¹³

ארץ ישראל איננה **דבר חיצוני**, **קניין חיצוני** לאומה, רק בתור אמצעי למטרה של ההתאגדות הכללית והחזקת קיומה החומרי או אפילו הרוחני. ארץ ישראל היא חטיבה עצמותית קשורה **בקשר חיים עם האומה**, חבוקה **בסגולות פנימיות** עם מציאותה. ומתוך כך **אי אפשר לעמוד על התוכן של סגולת קדושת ארץ ישראל**, ולהוציא לפועל את עומק חיבתה, **בשום השכלה רציונלית אנושית** כי אם ברוח ד' אשר על האומה בכללה, בהטבעה הטבעית הרוחנית אשר בנשמת ישראל, שהיא ששולחת את קווייה בצבעים טבעיים בכל האורחות של ההרגשה הבריאה, ומזרחת היא את זריחתה העליונה על פי אותה המידה של רוח הקדושה העליונה, הממלאת חיים ונועם עליון את לבב קדושי הרעיון ועמוקי המחשבה הישראלית.

במילים אחרות: קשר ההורות בישראל הוא גדול מכל מה שאנו יכולים לבטא במושגים המשפטיים המוכרים לנו, וכל המושגים שמצאנו שמשתמשים בהם

212. נראה שגם הרב"צ עוזיאל (משפטי עוזיאל ח"ב, אה"ע סי' צא; שערי עוזיאל ח"א עמ' 20), המדגיש את מרכיב האפוטרופסות שבהורות, לא רואה אותה כהגדרה של ההורות אלא כ**ביטוי מרכזי** שלה, לצד ביטויים אחרים.

213. הזיקה שבין משמעותה העמוקה של ההורות לבין הקשר של עם ישראל לארצו, עולה גם מדבריו של האדמו"ר האחרון לבית ליובביץ', הרמ"מ שניאורסון זצ"ל, בספר "ערכים בתורת הרוגאצ'ובי עם ביאורי הרבי" (עמ' 51): "רק ע"י הבנת גדרי ירושה ניתן להאיר את עוצמת הקשר של עם ישראל לארצו. ממילא כעת מובן הקשר לשימוש בלשון ירושה עבור הארץ, שבני ישראל לא רק שזכו לקבל את הארץ אלא הם עומדים כביכול במקום המוריש - הקב"ה".

אינם אלא ביטויים חלקיים של דבר שהוא גדול בהרבה מכל אחד מהם ואף מסך הכול שלהם.

כל זה - בישראל. בדיני בני נח הגדרת ההורות היא שונה ובה יש יותר משקל להגדרות משפטיות, כמו בעלות.²¹⁴ וצ"ע.

6. מסקנה

מכל זה עולה שעל פי ההלכה, כשם שלא ניתן להגדיר את ההורות בישראל כ"בעלות", כ"קניין" או כ"אוסף של זכויות", כך לא נכון לראות את ההורות רק כאפוטרופסות מטעמו של הקב"ה, שהילדים בעצם שייכים לו. מסתבר שהתחושה האינטואיטיבית של כל ההורים עלי אדמות כי ילדיהם הם "שלהם" אינה מופרכת, אף שאין לקבל אותה כ"קניין" במובנו המשפטי. תחושה זו מבטאת את אותו **קשר של זהות** הנובע הן מן הקשר הגנטי והן מן הקשר הרוחני של ההורים עם ילדיהם, בני טיפוחם. הקשר הזהותי נובע מכך שההורה משכפל את עצמו במובן מסוים בכך שהוא מעביר לילד את המטען הגנטי והרוחני שהוא נושא.

אם נבקש להעמיק נוכל לומר כך: ככל שמדובר בגופם של הילדים, הנושא את מטענם הגנטי של הוריהם, הקשר הזהותי יבוא לידי ביטוי במאפיינים מסוימים של **בעלות**, שהם יכולים להיות זכויות, טובות הנאה או סמכויות. וככל שמדובר בהיבטים הרוחניים של הילדים, הקשר הזה יתבטא במאפיינים של **אפוטרופסות** מול השותף השלישי המעניק להם את זהותם כבני אדם הנבראים בצלם אלהים; אולם האפוטרופסות אינה מגדירה את **מהותה** של ההורות אלא את **התפקיד** הנובע ממנה. ומאחר שאישיותו של האדם מורכבת מחומר ורוח השלובים זה בזה, שני ההיבטים הללו שלובים גם הם זה בזה.

214. ייתכן שחלק בלתי נפרד מכך הוא הגדרה אחרת של הקשר שבין כל עם לארצו. בעוד הקשר בין עם ישראל לארץ ישראל הוא נצחי ובלתי ניתן להפקעה, הקשר שבין כל עם אחר לארצו פוקע בכיבוש מלחמה. עי' בהרחבה בשו"ת באוהלה של תורה ח"א סי' קיג.

יג. הסכמת ההורים לאימוץ

לאור הבירור הנרחב בשער זה (פרקים ד-יב) נוכל לחזור לשאלה המעשית העומדת לפנינו: מהי המשמעות של חתימת האם על טופס ויתור, בו היא מסכימה לאימוץ של בנה, אילו אכן הייתה נעתרת להמלצתם של אנשי המקצוע שביקשו זאת ממנה?

שאלה זו דורשת בירור בראש ובראשונה ברמה העקרונית: האם ההורות ניתנת להפקעה או להעברה?

מעבר להיבטים העקרוניים של האימוץ, יש לו גם היבטים מעשיים, הנוגעים למקום שהילד יגדל בו ולאחריות ולסמכות לטפל בו. וכפי שכתבנו לעיל (פרק ב.1), הדיון בהיבטים אלו, אף שהוא מושפע מן השאלה העקרונית, דורש התייחסות בפני עצמה.

קודם שנדון בשאלה זו, עלינו לברר את המערכת המושגית שבה יתנהל הדיון. הדיון בראשיתו יהיה רעיוני, ועל בסיס הקדמה זו נוכל להגיע לדיון ההלכתי.

1. "שיח הראויות"

אם ההורות היא מושג משפטי (כמו: בעלות או זכויות), המערכת המושגית שבה יש לנהל את הדיון היא שפת ה"זכויות"; ואכן זהו מישור הדיון בדיני בני נח. אולם ביחס ליהודים יש להשתמש במערכת מושגית שונה.

בספר "שיח הראויות" (בהוצאת מרכז 'אחוה', תשע"ט) מובא המושג החלופי העולה מתוך המקורות התורניים, והוא ה"ראויות". מושג זה מניח שכל אדם ראוי לטוב מכוח היותו נברא בצלם אלהים, ושהמחויבות להעניק לו את הטוב שהוא ראוי לו באה מתוך תודעה של אחווה כלפיו.²¹⁵

מושג ה'ראויות' שונה ממושג ה'זכות' בכמה מאפיינים,²¹⁶ ששניים מהם נוגעים לנידון דידן:

215. באופן עקרוני, מושגי האחוה וה'ראויות' נוגעים גם כלפי מי שאינם יהודים (עי' רמב"ם, הל' עבודה זרה פ"י ה"ה, הל' מתנות עניים פ"ז ה"ז, הל' אבל פי"ד הי"ב, הל' מלכים פ"י הי"ב). אולם בכל הנוגע להורות ואימוץ, שפת הדיון המתאימה ביחס אליהם היא המשפטית-קניינית.

216. מאפיין נוסף של הראויות הוא ראיית האדם כסובייקט שיש לו צרכים בעלי משמעות רגשית עמוקה. נקודת מבט זו יוצרת עמדה חמה ואמפתית כלפי כל הנוגעים בדבר, שאנו "רואים" כל אחד מהם על מכלול עמדותיו, צרכיו ורגשותיו ומכירים בהיותם **ראויים** לסיפוק. צורת חשיבה זו מאפיינת את הליך הגישור, בשונה מן ההליך המשפטי.

א. בעוד "זכות" היא דבר שאדם יכול **לתבוע** אותו ממאן דהו בבית המשפט, ה"ראויות" היא מושג מופשט יותר **שאינו בר תביעה** ובדרך כלל אינו מופנה כלפי נמען ספציפי. ומאחר שהראויות אינה ברת תביעה, הדיון בה אינו נתון להגדרות משפטיות נוקשות והוא מותיר מרחב גדול של גמישות ושיקול דעת.²¹⁷

ב. בזמן **שהזכות** היא סוג של "רכוש" השייך לאדם, ה"ראויות" מגדירה את **האדם עצמו**. הוא לא "אדם שיש לו ראויות" כמו "אדם שיש לו זכות" אלא **הוא עצמו** - מעצם היותו אדם שנברא בצלם אלהים, ראוי לדבר מסוים בנסיבות הנתונות. זה לא ש"יש לו זכות", כסוג של רכוש, אלא הוא עצמו - ראוי לכך **במהותו**. המשמעות הערכית של הראויות באה לידי ביטוי במדרש מפורסם על אודות הלל הזקן (ויקרא רבה לד, ג):

"גומל נפשו איש חסד" - זה הלל הזקן; שבשעה שהיה נפטר מתלמידיו, היה מהלך והולך עמם. אמרו לו תלמידיו: ר', להיכן אתה הולך? אמר להם: לעשות מצוה. אמרו לו: וכי מה מצוה זו? אמר להן: לרחוץ בבית המרחץ. אמרו לו: וכי זו מצוה היא?! אמר להם: הן! מה אם איקונין של מלכים שמעמידים אותו בבתי טרטיאות ובבתי קרקסאות, מי שנתמנה עליהם הוא מורקן ושוטפן והן מעלין לו מזונות; ולא עוד, אלא שהוא מתגדל עם גדולי מלכות. אני, שנבראתי בצלם ובדמות, דכתיב "כי בצלם אלהים עשה את האדם", על אחת כמה וכמה!

ד"א "גומל נפשו איש חסד" - זה הלל הזקן שבשעה שהיה נפטר מתלמידיו היה מהלך והולך עמם. אמרו לו תלמידיו: ר', להיכן אתה הולך? אמר להם: לגמול חסד עם הדין אכסניא בגו ביתא. אמרו לו: כל יום אית לך אכסניא?! אמר להם: והדין נפשא עלובתה, לאו אכסניא הוא בגו גופא?! יומא דין היא הכא למחר לית היא הכא.

מה שהלל מעניק לנפשו הוא גמול, שהיא ראויה לו מכוח היותה מימוש צלם האלהים שבו.²¹⁸

217. הגמישות שיש לעיתים ב"שיח הראויות" עלולה להיות לו לרועץ, בשל היעדר הגדרות ואמות מידה ברורות להכרעה, ולעיתים אף בשל היעדר חובה גמורה. משום כך עולה הצורך להסדיר את השימוש במושגים אלה על ידי חקיקה שתיצוק אותם לתוך הגדרות חוקיות מחייבות, כשם שמצוות צדקה יוצקת לתוך מסגרות הלכתיות ברורות את היות העניי ראויה לטוב ולקיום בכבוד. עיי' במאמרו של הרב עזריאל אריאל, "לא בעל זכות: האדם הראוי לטוב", פרק ד (בספר 'שיח הראויות' עמ' 115-118).

218. על כך הרחיב הרב קוק זצ"ל (אורות הקודש א, קפג, פרק יט - כבוד הנשמה): "דמות דיוקנו של

מאחר שה'ראויות' איננה מושג משפטי, המימוש שלה יכול להיות גמיש; אולם היא עצמה חזקה הרבה יותר מכל זכות משפטית. **לא ניתן לסחור בה או לוותר עליה**, ואין דרך להפקיע אותה בשום אקט או הליך משפטי. חשוב לציין כי בסופו של דבר, אף שהמילה "ראויות" אינה רווחת בשפה המדוברת, מושג זה מתכתב בצורה מדויקת יותר עם האינטואיציה הטבעית של האדם.

2. תוקפה של חתימת ההורים

כאן לא נדון בשיקולים מעשיים הנוגעים בטובת הילד, ואף לא בנסיבות העשיות להשפיע על תוקפה של החתימה, אלא בשאלה העקרונית: האם יש בכלל תוקף משפטי לחתימת הורה על כך שהוא מוותר על ילדו? האם הורות או חלק ממרכיביה ניתנים בכלל להפקעה? שאלה זו ממחישה את ההבדל הגדול שבין שיח הזכויות לבין תפיסת ה"ראויות". ה"זכות" היא סוג של רכוש השייך למי שנושא בה, כשהוא אומר: "יש לי זכות". מכיוון שכך, דבר מובן מאליו הוא בחשיבה המשפטית המקובלת שיש תוקף משפטי לחתימה זו. והשאלה שתישאר היא רק טכנית: עד כמה נעשתה חתימה זו מתוך רצון חופשי ומודעות מלאה למשמעותה. לעומת זאת, ה"ראויות", מאחר שהיא מגדירה את מהותו של האדם, איננה ניתנת להפקעה, ולכל היותר ניתן להפקיע את ההשלכות המעשיות שלה.

ההתייחסות לשאלה זו קשורה לכל מה שנכתב בפרקים הקודמים:

אילו ההורות בישראל הייתה סוג של **קניין**, הנובע מעצם העובדה שההורים הם שהביאו את הילד לעולם - הרי כשם שהם יכולים להפקיר את קניינם הפרטי או להעביר אותו לאחרים, היה יכול להיות תוקף לחתימה שלהם על מסמך שבו הם מוותרים על ילדם ומסכימים למסור אותו לאימוץ. כך היה הדין גם אילו היינו מגדירים את ההורות כ"זכות" או כאוסף של "זכויות הוריות", שכשם שאדם יכול לוותר על זכויותיו ואף לסחור בהן, היו גם ההורים יכולים לוותר על זכויותיהם בילדיהם.

הלל הזקן, הנפש התמה, המלאה חכמה ומחשבה רחבה, העמוסה ענווה ורוחב לב, החשה את חובת הכבוד לעצמה ולגופה, וזיקוק החמלה אל עצמיותה, באותה העדיניות של צדקה ורחמים על כל דורש עזרה... גומל נפשו איש חסד".

מצד שני, אילו ההורות הייתה רק סוג של **אפוטרופסות** - אין בסמכותם של ההורים לבטל את האפוטרופסות שלהם על ילדיהם, והדבר נותר בסמכותו של מי שבשליחותו הם פועלים. ולאור זה, התוקף של הוויתור יהיה תלוי בזהותו של המשלח, שהילד שייך לו. אם האפוטרופסות היא מכוחה של **המדינה**, כפי שטוענות תפיסות ליברליות עכשוויות, סמכותה של המדינה היא לקבוע את התנאים לפקיעתה של אפוטרופסות זו והעברתה לגורם אחר. ואם מדובר באפוטרופסות מטעמו של **הקב"ה**, ניתן יהיה להפקיע אותה רק אם ימצא לכך מקור הלכתי מפורש; אולם מקור מעין זה אינו קיים. אין בהלכה מנגנון שבו בית הדין, כשליח של הקב"ה, מוסמך להפקיע את שליחותם-פיקדונם של ההורים, גם במצבים שבהם הוא נדרש לפעול לטובת הילדים ולתקנתם.²¹⁹

ניתן לגשת לשאלה זו מנקודת מבט נוספת, עליה עמדנו בפרקים הראשונים של הספר:

אם ההורות מבוססת על הסכמה - הן הסכמה ציבורית, שהיא חוקית-משפטית, והן הסכמה בין כל הנוגעים בדבר, ההורים הביולוגיים וההורים המאמצים - אכן יש דרך ליצור הורות חדשה באופן מלאכותי על ידי יצירת הסכמה אחרת. אולם אם ההורות היא טבעית, אין היא ניתנת להפקעה כלל ועיקר.

לעיל (פרק ב, 1) עמדנו על כך שעל פי ההלכה, ברמה **המהותית**, הורות אינה ניתנת להפקעה בשום דרך שהיא, והמשמעות של מושג האימוץ בישראל היא בעיקר **מעשית**: היכן יגדל הילד ומי יטפל בו, ואף מי יחזיק בידיו את הסמכויות החוקיות הנובעות מן האפוטרופסות עליו. ההורות עצמה היא "ראויות מהותית" (לעיל סע' 1), שאין שום דרך להפקיע אותה.

יתרה מכך, גם המשמעויות המעשיות של ההורות אינן 'זכות' (עמדנו על כך לעיל, פרק י), וודאי אינן 'בעלות'. לעיל (פרק יב, 4), עמדנו על כך שבדיני ישראל, הקשר שבין ההורים לבין ילדיהם הוא קשר טבעי שאינו ניתן לניתוק. הקשר הזה איננו סוג של **רכוש**, ואף לא אוסף של חובות וזכויות, אלא ביטוי של **זהות**. קשר של זהות הוא עמוק מכל קשר בעל אופי רכושי-קנייני, והזכויות, החובות והסמכויות הכרוכות בו יכולות לכל היותר לבטא מאפיינים חלקיים שלו. זהותו של הילד

219. עי' שער שלישי, פרקים יד-טו, והע' 33.

תמיד תהיה קשורה בהוריו הביולוגיים. ובעוד אדם יכול לוותר על רכושו ויהיה לוותר זה תוקף משפטי מלא, הילד בישראל אינו רכוש של הוריו, ולכן ויתור עליו אינו תקף משפטית גם כאשר מדובר על אותם מרכיבים הנושאים אופי משפטי, כמו זכויות, חובות וסמכויות. כל ניסיון להכניס את הקשר העמוק שבין ההורים לילדיהם לתוך תבניות מוכרות מהתחום המשפטי מהווה השטחה של ההורות, ההופכת אותה למושג נזיל ונתון לשינוי בהינף קולמוס.

ומאחר שבתפיסה היהודית הילד גם אינו שייך למדינה (עי' לעיל, פרק ב, 3-4), גם לה אין סמכות לקבוע פרוצדורה משפטית שבה יהיה תוקף לוותר של ההורים על ילדיהם.

3. דעת פוסקים בדורנו

בשאלה זו דנו גם פוסקי הלכה בדורנו.

הרב אליהו בקשי-דורון, במאמרו "אב שמחל על זכויותיו מבנו" (בספר "דברים שיש להם שיעור", עמ' 203 ואילך) דן באב שחתם במסגרת הסכם גירושין על כך שהוא מוותר על כל זכויותיו בבנו בתמורה לכך שגרושתו תישא בכל חיובי ההורים כלפי הבן. מסקנתו היא שאף שיש תוקף מלא להתחייבות הממונית של האם לפרנס את הילד, הסכם זה אינו מפקיע דבר שאינו מהווה זכות ממון; ולכן הבן חייב לכבד את אביו בחייו ולהתאבל עליו במותו. וכמו כן, אם האב יהיה עני ויזדקק לעזרה כלכלית מבנו, כותב הרב בקשי-דורון:

אין מועילה בזה מחילת האב, שצדקה אינה זכות של האב או של הקרוב לתבוע הצדקה או לקבלו מקרובו, אלא היא חובה על הקרוב יותר מאחרים. וגם אם האב או הקרוב מוחל, אינו יכול להפקיע את מצוות הצדקה מהבן, שאין בכוח האב למחול על מצוות הצדקה של בנו ולהטיל את עצמו על הציבור. וברור הוא שאין כאן עניין של מחילה וויתור כלל. ואם לא יהיה לאב מה לאכול, יצטרך הבן לפרנסו כפי מה שהוא יכול.²²⁰

220. על כך שמצוות צדקה מבוססת על "ראויות" ולא על "זכות" עמדו הרב עזריאל אריאל, במאמרו "לא בעל זכות; האדם הראוי לטוב", פרקים א-ד (בספר 'שיח הראויות' עמ' 106-118), והרב זאב שמע, במאמרו "יוצר מידו עושר וְרִישׁ - מדיניות כלכלית וחברתית במשנת המהר"ל", חלק ב פרק ד (בספר "וחי אחיך עמך", עמ' 67-68).

וכך כותב הרב יעקב אריאל במאמרו "ביטול אימוץ" (בספר זה, נספח ב, פרק ב):
 הסכמה לוותר על ילד אין לה שום משמעות הלכתית... קשר משפחתי
 הוא קשר של דם, ואינו ניתן בשום צורה שהיא לביטול... לאור זאת,
 גם אם היה קניין בויתור של האם על ילדה, אין הוא אלא קניין דברים
 בעלמא.²²¹

באותה מידה יש להתייחס להולדת ילדים בתהליך של מכירת זרע.²²² במקרה זה,
 האב הביולוגי מוסר את ילדיו (לעיתים מדובר במאות ילדים לאב אחד!) למישהו
 אחר שיגדל אותם במקומו, תוך שהצדדים לעסקה חותמים על הפקעה מוחלטת
 של ההורות הביולוגית. אומנם ברמה המעשית אפשר לתת תוקף לכך שהאם
 תהיה האפוטרופוס החוקי על הילד ותתחייב לפרנס אותו ולטפל בו גם בלי
 עזרתו של האב הביולוגי, אולם ברמה המהותית אין לויתור של האב שום תוקף
 הלכתי, ואם יתברר ביום מן הימים שהאם אינה מסוגלת למלא את התחייבויותיה
 ואין מי שמוכן למלא אותן במקומה - תחזור החובה המלאה אל האב (ולא אל
 המדינה!); וכמו כן יחולו על הבן כל החובות המוטלות על בן כלפי אביו.²²³
 כאשר מדובר במשפחה שאינה יהודית, כתב הרב אריאל (שם, פרק ה) שמעיקר
 הדין יש תוקף לחתימת ההורים על ההסכמה לאימוץ. אולם למעשה הוא מסתפק
 אם הדין לא ישתנה בדורנו, לאור העובדה שתפיסת ההורות כבעלות עברה מן
 העולם.

4. חזרה מהסכמה לאימוץ

ממה שכתבנו אין להסיק שבדיני ישראל אין כל משמעות לחתימה על הסכמה
 לאימוץ. הרי לא נכון לכפות על הורים לגדל את ילדיהם בניגוד מוחלט לרצונם,
 שכן הדבר נוגד בעליל את טובת הילד. ודאי שהדבר אינו נכון כאשר חוות דעת
 מקצועית מעידה גם על מסוגלות הורית נמוכה. משמעותה של החתימה על

221. ועי' בנספח שם, פרק א.

222. שאלת ההורות במכירת ביצית או בפונדקאות מורכבת יותר. על כך עי' לעיל, פרק ב, 3.

223. על הזיקה שבין הנולד מתרומת זרע לבין התורם, עי' שערי עוזיאל ח"ב שער מא סע' ב והע'
 ב; ספר פוע"ח ח"ב עמ' 293-294; מאמר הרב ד"ר מרדכי הלפרין "הגדרת הורות וזכות איתור
 השורשים הביולוגיים" (בספר "דילמות באתיקה רפואית", עמ' 161-188) בראש הפרק "זכות
 איתור השורשים הביולוגיים". ועי' חוות בנימין ח"ג ס' קז.
 על המצב המשפטי המקובל עמדה ד"ר יעל ויילר, במאמרה "האם הפונדקאית והשינויים
 בתפיסת ההורות" (אסיא, כרך יב עמ' 259-260).

טופס ההסכמה היא בהשפעתה על שיקול מרכזי אחד: האחריות לגידולו התקין של הילד - הן ברמה הגופנית, הן ברמה הרגשית והן ברמה החינוכית.

אחד הדברים העולים מדיון זה הוא החובה המוטלת על הרשויות, שאל לה להצטמצם בהסברה להורים את משמעותה החמורה של החתימה ולוודא שהם עושים זאת מתוך הכרה מלאה ורצון חופשי. הסכמה לאימוץ אינה דומה להענקה במתנה של דירה, גם אם היא שווה 2,000,000 שקל. לכן ישנה חובה לעשות כל מה שניתן כדי לשכנע אותם להסכים לגדל את הילד ולא לוותר עליו. לשם כך צריך להעמיד לרשותם אמצעי סיוע מגוונים, כמו: טיפול פסיכולוגי, הדרכה הורית, העמדת סומכת, סיוע כלכלי, תמיכה וליווי של המשפחה הרחבה ועוד. ורק אם למרות כל זאת מתברר שהם אינם מסוגלים לגדל את הילד, יהיה מקום לקבל את חתימתם - לא כאקט בעל תוקף משפטי אלא כעדות על כך שלא נכון להשאיר אצלם את הילד, מאחר שהדבר נוגד בעליל את טובתו ותקנתו.

אולם שאלת התוקף של החתימה עולה בעוצמה רבה במקרה שההורים חוזרים בהם מחתימתם. אילו הייתה ההורות "זכות" כמו כל זכות קניינית, הרי שברגע שנחתם הסכם מסודר שבו אדם מוותר על זכויותיו הקנייניות, אין הוא יכול לחזור בו. אולם מאחר שההורות איננה זכות קניינית, אלא שההורים ראויים לגדל את ילדם מכוחו של הקשר הביולוגי שבמהותו אינו ניתן לניתוק - "ראויות" זו אינה פוקעת בחתימה על מסמך משפטי גרידא.

מקרה דומה במקצת נדון בשו"ת המבי"ט (ח"ב סי' סב). הדיון נפתח בעיקרון שנקבע בגמרא (כתובות קא, ב) שבמקרה של גירושין, הבת גדלה בבית האם. המבי"ט מסביר שטעם הדבר הוא "שתלמד לה אומנות נשים וצניעות דרך נשים". בהמשך לכך דן המבי"ט באישה שהסכימה למסור את בנותיה לאביהן שיגדל אותן, ואחר כך חזרה בה. והוא כותב:

וא"כ, אפילו נתרצית האם לתתן לאב, חייב להחזירן כשתרצה היא להחזירן לביתה; כי מה שאמרו "הבת אצל אימה" - לא בשביל קירוב ואהבת האם לבת יותר מן האב נגעו בה, אלא לתיקון הבת שתלמוד דרך נשים עם אימה כדאמר. וא"כ, מה לי שנתרצית לתתה לו אז וחזרה ונתרצית לקחתה אצלה, או שהייתה אצלה מקודם?

טענתו של המבי"ט היא שהבת אצל האם לא מפני שזוהי זכותה של האם, אלא משום שזו אחרייתה כלפי בתה. על זכות אפשר לוותר, אבל לא על האחריות הנובעת מהקשר הטבעי שבין אם לבתה.²²⁴

224. ברמה הרעיונית ניתן לדמות חזרה של הורים מהסכמה למסירת ילדם לאימוץ לקשר שבין ארץ

ביתר חריפות כותב הרב אליקום דבורקס, בספר 'על בן אימצת לך' (עמ' נא):
 לפי משפט העברי מסירת הילד על ידי האם לאחרים אינה מונעת אותה לקבל את הילד בחזרה אם לטובת הילד הוא לחזור לאימו. זאת אומרת שעל פי ההלכה אין שום סמכות לאם לוותר על בנה, שכן הזיקה של האם לילדה שונה לחלוטין מזיקת בעל חפץ לחפצו. בעוד שבעל חפץ רשאי למכור את חפצו, אין האם יכלה לוותר על בנה, כי אמא נשארת על פי הלכה בכל עת. ולכן גם אם האם ויתרה על בנה, יכולה לחזור בה מויתורה ולקבל את בנה.

לכן ברמה העקרונית יכולים ההורים לחזור בהם מחתימתם. וגם ברמה המעשית, אם מדובר בתקופה קצרה לאחר החתימה, ובדיקה מקצועית תעלה מסוגלות הורית סבירה, יש לאפשר להם להתחרט על חתימתם. החתימה על טופס הויתור אינה אלא אינדיקציה לכך שקשה לסמוך עליהם שהם אוהבים את הילד, קשורים אליו ומוכנים לקחת אחריות מלאה לגידולו גם בנסיבות מאתגרות; ולכן יש לתת להם הזדמנות להראות לנו שאכן אפשר לסמוך עליהם.

ברם חשוב לציין שישנה גם דעה החולקת על כך. לעיל (פרק י, 3) הבאנו את דעת הרב צבי רייזמן (רץ כצבי, אה"ע ח"א עמ' תא-תב), הסובר שיש להורים מעמד משפטי של "חזקה" כלפי ילדיהם, בין נגדיר אותו כזכויות ובין כאפוסטרופוסות. על פי זה הוא קובע שיש תוקף הלכתי למסירת הילד לאימוץ מכוחן של דרכי הקניין המקובלות במנהג בני אדם במצבים כאלה, והוא כותב:

לדעתי נראה כי את ה"חזקה" או ה"זכויות" הללו ודאי ניתן ואפשרי להעביר על ידי הסכם וקניין.

לאור זה הוא מסיק ביחס להסכם פונדקאות:

גם אם אין להורים בעלות וזכות כלל בילדיהם, מכל מקום מצינו בדברי הפוסקים שיש מושג של "אימוץ" ילד, ואף יש לכך השלכות הלכתיות...

ישראל לעם ישראל (עמדנו על כך לעיל, פרק יב, 5). אחד המרכיבים של הגלות הוא שהארץ מקיאה מעליה את העם כשהוא חוטא ומטמא אותה (ויקרא יח, כח; כ, כב). אולם אף על פי שארץ ישראל הקיאה וגירשה את עם ישראל מעליה, יש דרך חזרה, עליה דיברו נביאי ישראל לדורותיהם. וכך נאמר בברכה החמישית משבע הברכות הנאמרות תחת החופה: "שש תשיש ותגל העקרה בקיבוץ בניה לתוכה בשמחה. ברוך אתה ה'; משמח ציון בבניה". הקשר שבין עם ישראל לארץ ישראל הוא לא קשר של זכות, היכולה לפקוע בתנאים מסוימים. הוא קשר של מהות, של זהות, קשר של חיים (עי' אורות, ארץ ישראל פרק א); וקשר כזה לא יכול להינתק לעולם.

ואם כן לכאורה הסכם הפונדקאות לא גרע מהסכם אימוץ שיש לו תוקף על פי ההלכה מדין 'סיטומתא', ואין להורים שמסרו את הילד לאימוץ אפשרות לחזור בהם.²²⁵

לדעתו, ההורות היא מושג משפטי, ולכן יש תוקף מלא למעשה הקניין שבו ההורים מוותרים על ילדיהם.

עם זאת, אם ההורים חזרו בהם מחתימתם לאחר זמן רב, וודאי לאחר שהילד נקשר להוריו המאמצים, יש להתחשב בשיקולים של טובת הילד, ואף בשיקולים שונים של תקנת הציבור, ולהימנע מלהשיבו לחיק הוריו הביולוגיים.²²⁶ וכך כותב הרב יעקב אריאל במאמרו "ביטול אימוץ" (בספר זה, נספח ב פרק ד) ביחס לטובת הילד:

אם הילד התקשר כבר נפשית להוריו המאמצים, וניתוקו מהם עלול לגרום לו טראומה קשה, יש מקום להעדיף את טובת הילד ולהשאירו אצל ההורים המאמצים. מה גם, שאימוץ בדרך כלל לא נעשה בקלות - לא כל ילד נלקח מאמו לאימוץ; קודם לכך בדרך כלל בירור מעמיק. סוף סוף אין להכחיש את העובדה שהאם ויתרה בזמנו על ילדה. הלוא דברים בגו! אם רגילה לא עושה זאת, ורק במקרה בעייתי במיוחד נעשה

225. ועי' במה שהעיר שם, עמ' שצז, על דברי הרב דבורקס.

226. בהקשר זה יש לשאול: עד כמה נדרש להתחשב במצוקתם של ההורים המאמצים, שציפו שנים רבות לילד משלהם ולא זכו לכך, ולאחר תהליך ארוך קיבלו ילד לאימוץ ואף נקשרו אליו רגשית, ועכשיו ייאלצו להיפרד ממנו לעולם.

המצוקה של ההורים המאמצים במצב כזה מזכירה את מה שנאמר בגמרא (ברכות לא, ב) על חנה, אימו של שמואל, שזכתה לפרי בטן לאחר שנים רבות של עקרות כואבת. עלי טען ששמואל הורה הלכה בפני רבו וחייב מיתה. על כך מסופר שם: "אתיא חנה וקא צווחה קמיה [=באה חנה וצווחה לפניו], 'אני האישה הניצבת עמכה בזה [להתפלל אל ה']' (שמו"א א, כו). אמר לה, שבקי לי דאענשיה, ובעינא רחמי ויהיב לך רבא מיניה [=הניחי לי ואעניש אותי, ואבקש רחמים ויתנו לך בן גדול ממני]. אמרה ליה (שם, פס' כז), 'אל הנער הזה התפללתי'."

גם אם ההיגיון ההלכתי, המקצועי או המשפטי יביאו למסקנה כי יש להחזיר את הילד לידי הוריו הביולוגיים, יש כאן דילמה קורעת לב, כעין מה שנאמר בגמרא (סנהדרין צח, ב): "...אמר ר' יוחנן, ייתי ולא יחמיניה... [=יבוא המשיח ולא אראנו]... דכתיב (ירמיהו ל, ו): 'שאלו נא וראו אם יולד זכר. מדוע ראיתי כל גבר ידיו על חלציו כיולדה ונהפכו כל פנים לירקון?'. מאי 'ראיתי כל גבר? אמר רבא בר יצחק אמר רב: מי שכל גבורה שלו [=הקב"ה]. ומאי 'ונהפכו כל פנים לירקון? אמר רבי יוחנן: פמליא של מעלה [=המלאכים] ופמליא של מטה [=עם ישראל]. בשעה שאמר הקב"ה: הללו [=הגויים] מעשה ידיי והללו [=היהודים] מעשה ידיי, היאך אאבד אלו מפני אלו?."

דבר קשה כגון זה. יש אפוא לבדוק היטב, האם באמת היא מסוגלת להיות אם טובה ומסורה אחרי מה שעשתה; האם הילד לא יסבול סבל גדול מדי ותיגרם לו צלקת נפשית עמוקה ובלתי הפיכה?

הוא מוסיף על כך גם את ההיבט של תקנת הציבור:

יש לבחון נושא זה בראייה מערכתית כוללת... מוסד האימוץ נחוץ לשם פתרון בעייתם של ילדים אומללים אלו. אם לא יימצא מאמץ לילדים, הם יסבלו סבל רב, ובמקרים חריגים הם אף עלולים להידרדר למצב של פיקוח נפש חלילה. טובת מוסד האימוץ מחייבת שיימצאו הורים שיהיו מוכנים לאמץ, ודבר זה קיים רק אם ברור יהיה להם שההורים הטבעיים לא יוכלו לחזור בהם, אלא במקרים בודדים ובתוך זמן קצר מאז תחילת האימוץ, שאם לא כן תיגרם לילדים רעה תחת טובה. יש צורך אפוא לתקן תקנה הולמת, שתמנע את העברתם של ילדים מיד ליד ללא צידוק הכרחי לכך.

ומתוך כך הוא מסיק:

מסקנתנו היא אפוא, שבעיקרון טובת הילד מחייבת שיגדל אצל הוריו הטבעיים, ורק כאשר ברור שגידולו אצל הוריו יפגע בו פגיעה קשה יש למוסרו לאימוץ. אך במקביל, האם הטבעית יכולה לחזור בה רק בתנאי שהדבר לא יפגע פגיעה קשה בטובת הילד. כמו כן יש להביא בחשבון את הצורך לייצב את מוסד האימוץ, ולאפשר להורה לחזור בו רק בפרק זמן קצר, לפני שנוצרת התקשרות עמוקה בין הילד להוריו המאמצים, ובטרם ייגרם לו נזק קשה בהחזרתו להוריו.

אולם הוא נוטה להכיר בתפיסה המשפטית המקובלת כאשר מדובר בהורים שאינם יהודים, וכותב (פרק ה):

עם זאת, מן הראוי להעיר שחוק האימוץ בעולם הרחב עדיין בנוי על ההנחה שניתן לנתק ילד מהוריו, וליצור לו הורים חדשים לכל דבר. וא"כ האם הנוכרייה, שאינה כפופה להלכה אלא למוסכם בעולם, ייתכן שאינה יכולה לחזור בה מהסכמתה. למרות שמבחינת הצער אין הבדל בין אם נוכרייה לבין אם ישראלית, עדיין אפשר לומר שאם נוכרייה המוותרת על ילדה ע"י פעולה משפטית, מנתקת את עצמה מילדה לחלוטין ושוב אינה יכולה לחזור בה...

והוא מסיים בהתלבטות:

ועדיין צריך עיון, שמא מקובל כיום גם בעולם שאם יכולה לחזור בה.²²⁷

5. מסקנה

מכל זה עולה, שגם אילו היו אנשי המקצוע מצליחים לשכנע את האם לחתום על טופס הוויתור על הילד לשם מסירתו לאימוץ, לא היה להסכמה זו תוקף הלכתי. הקשר שבין אָם בישראל לבנה אינו נתון להגדרות משפטיות ולכן לא יכול להיות מושפע מפעולה משפטית כזו או אחרת.

כאשר מדובר בשיקולים מעשיים, של טובת הילד, הייתה יכולה להיות משמעות להסכמה זו, לכל היותר, כדבר המצטרף למערכת מורכבת של שיקולים בדבר המסוגלות ההורית של האם.

מכל זה נובע, שגם אילו היינו נותנים משקל להסכמת האם, היא הייתה יכולה לחזור בה מהסכמתה בתוך פרק זמן סביר.

227. ועי' לעיל, פרק ב, 2.