

שער רביעי

בין שיח זכויות לשיח צרכים

מבוא - דילמת האימוץ

המקרה שהובא לפנינו מתאר ילד הסובל מהזנחה הגורמת לו לעיכוב התפתחותי ולקשיים רגשיים. מדובר כאן במקרה הנותן מקום להתערבות של הרשויות בשל תפקודה הלקוי של האם, אף שיש מקום לשאלה מהו הגבול לסמכויותיהן בנסיבות אלה. בפרקים הבאים נדון בשאלה כיצד להכריע בדילמה הקשה שהוצגה בפנינו, אם נכון להוציא את הילד היתום מרשות אימו האלמנה וחולת הנפש ולמסור אותו לאימוץ או שהדבר אסור.

כהקדמה לדיון ההלכתי, נציג שלוש גישות הנטועות בעולם הרעיוני:

הגישה האחת אינה רווחת בבתי המשפט למשפחה, אולם היא המובילה כיום את מערכת המשפט בכללותה, והיא גישת ה"זכויות". אם נלך בדרך זו עד הקצה, משמעות הדבר היא שנבקש למפות את זכויותיהם השונות של הבן ושל האם, ולראות אילו זכויות גוברות על האחרות על פי פרמטרים משפטיים המקובלים כיום במערכת המשפט.

הגישה השנייה היא גישת ה"חובות", המקובלת בנושאים רבים בהלכה.¹ אם נלך על פיה, נראה מהן חובותיו של כל אחד מן הצדדים, ונבחן את ההכרעה המתבקשת לאור זה.

מכנה משותף עמוק לשתי גישות אלו הוא היותן נטועות בשדה המשפטי, ששפתו היא שפת ה"זכויות" מול ה"חובות".

הגישה השלישית, היא גישת ה"ראויות", שהוצגה בהרחבה בספר "שיח הראויות

1. על כך, עיי' בהרחבה במאמרו של השופט בדימוס פיליפ מרכוס, "משיח זכויות לתפיסת עולם של מצוות (ביהדות אין זכויות, וטוב שכך)", בספר "שיח הראויות" עמ' 43-62, ובמאמרו של ד"ר דניאל שליט, "מסע בקו פסח שבועות (הזכות והאחווה, החוק והחובה)", שם, עמ' 29-42. שניהם מתבססים על מאמרו המכונן של הרב ד"ר יצחק ברויאר, "משפט האישה, העבד והנוכרי", בספרו "ציוני דרך", עמ' 55-86, ובספר "מוריה", הוצ' מוסד הרב קוק תשמ"ב, עמ' 75 ואילך (המאמר עצמו מופיע באתר האינטרנט של מרכז אחווה).

- חלופה יהודית בין שיח הזכויות למוסר החובות, במאמר "לא בעל זכות; האדם הראוי לטוב - מחובה וזכות לראויות".

מאפייניה של גישה זו הם:

א. כל אדם הוא "ראוי" - עלינו לראות אותו על מכלול הצרכים שלו - הגופניים, הנפשיים והרוחניים.

ב. כל אדם, באשר הוא נברא בצלם אלהים - ראוי לכל הטוב שבעולם, אף אם אין בנמצא מי שחייב לספק לו את הצורך הזה.

ג. בהיעדר חובה משפטית, המניע לסיפוק הצרכים הללו הוא ערך האחוה.

טז. שיח הזכויות בדיון המשפטי

כהקדמה נוספת לדיון ההלכתי, נפתח בסקירה תמציתית של הטיעונים המשפטיים בסוגיה זו.² לצורך הדיון נבחר לנהל את הדיון בשדה המשפטי ה'טהור', אף שמצב זה אינו רווח במציאות ימינו. ובכל זאת, אם נבקש לקיים את הדיון במישור התיאורטי הזה, אזי המערכת המושגית שבה יתנהל הדיון המשפטי היא שפת ה'זכויות':³ מצד אחד תעמודנה זכויותיה של האם, ומצד שני - זכויותיו של הילד, כאשר השופטים נדרשים להכריע בין הזכויות המנוגדות של כל אחד מן הצדדים.⁴

2. תודתי נתונה לסטודנטים מהקליניקה לסיוע משפטי על פי המשפט העברי והקליניקה לזכויות אנשים עם מוגבלויות, שמילאו את תפקיד עורכי הדין של הצדדים בדיון: הדס פרסקי ומשה פוקס, שייצגו את נקודת מבטה של האם, ולעומתם רבקה נרקיס ורועי בהרד, שייצגו את נקודת המבט של רשויות המדינה שביקשו להכריז על הילד כבר אימוץ. חלק גדול מן הטיעונים המשפטיים נלקח מן העבודות שלהם.

3. חשוב לציין, שאף שבאותו משפט מבוים, בו הועמדו זכויות הילד ואימו אלו מול אלו, התנהל הדיון בשפה המשפטית בלבד - המציאות מורכבת בהרבה. השופטים בבתי המשפט למשפחה עוברים הכשרה בתחומי העבודה הסוציאלית והם מנהלים את הדיון במערכת מושגית מגוונת, שיש בה גם מושגים משפטיים וגם מושגים מעולם הטיפול. גם תיקון מס' 8 לחוק האימוץ תשע"א-2010 (ס"ח 2268) מציג גישה מורכבת, שם נכתב (סע' 2, ב1): "בעת בחינת טובת המאומץ בהחלטות הליכי אימוץ יובאו בחשבון זכויות הילד, צרכיו והאינטרסים שלו". עם זאת יש מקום לחשש, שהתרחבות השימוש ב"שיח הזכויות" (במיוחד אם תתקבל הצעת חוק 'הורים וילדיהם' התשע"ה-2014, המבקשת להשתית את מערכת היחסים שבין ילדים להוריהם על מושג ה'זכויות') תוביל יותר ויותר לחשיבה המתוארת בפרק זה. על כך עי' במאמרם של הרב זאב שמע, הרב עזריאל אריאל ועו"ס חדווה אריאל, "חוק 'הורים וילדיהם': תיקון חיוני או בכייה לדורות?", השילוח, גיליון 6 - תשרי תשע"ח, עמ' 103-129.

4. עי' במאמרם של ד"ר שלמה רומי, ד"ר נורית לוי וד"ר ישראל צבי גילת, "והילד מה הוא אומר?",

לצד הבן עומדות זכויות המובילות לכיוונים מנוגדים.

מצד אחד עומדות זכויות התומכות במסירתו לאימוץ:

א. הזכות לגדול במסגרת משפחתית "רגילה", חמה והרמונית, הרוצה להעניק לו את התנאים החומריים והפסיכולוגיים הדרושים לו לגידולו, והמסוגלת למלא תפקיד זה בהצלחה"⁵.

ב. הזכות להתפתח התפתחות טבעית מבחינה גופנית, נפשית, שכלית וחברתית ולממש את יכולותיו.⁶ ובכלל זה - הזכות להכנה מלאה לקראת חיים עצמאיים בחברה.⁷

ומצד שני עומדות לו זכויות התומכות בהישארותו בחיק אימו:

א. הזכות להיות בקשר עם אימו הביולוגית ולגדול בחיק משפחתו הטבעית.⁸

פרק א (בספר "דברים שאין להם שיעור", עמ' 5).

5. עי' ע"א 522/87 פלונים נ' היועץ המשפטי לממשלה, מא(4) 436, 442.

6. כך עולה מסעיפים רבים באמנת זכויות הילד.

על כך כתבה השופטת סביונה רוטלוי, בפסק דין "תינוק המריבה", ע"מ 04/04, פלונית ופלוני, ההורים המיועדים לאמץ הקטין נ' ההורים הביולוגיים, פס' 66: "...במיוחד הזכות להתפתחות... היא אחת הזכויות הייחודיות הנתונות לילדים. זוהי זכות המכירה בכך, שעל מנת שהילד יחיה את חייו כראוי ויתפתח באופן מיטבי, הוא זקוק למגוון תנאים ולטיפול צרכים בקשת רחבה של תחומים. בהיותו אדם המצוי בתהליך הדרגתי של התפתחות, זכאי הוא לכך שמכלול צרכיו, לרבות צרכיו הפיזיים, הנפשיים, החברתיים, הרוחניים והתרבותיים, יסופקו לו על ידי המבוגרים, יהיו אלה הוריו או דמויות אחרות המלוות אותו בתהליך גידולו."

ועי' במאמרה של פרופ' רונה שוז, "זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים: לקחים מפרשת תינוק המריבה", 'משפחה במשפט' כרך א (תשס"ז-2007), עמ' 188-189.

7. כך נכתב במבוא לאמנת זכויות הילד של האו"ם: "הילד ראוי להכנה מלאה לקראת חיים עצמאיים בחברה".

8. בסעי' 7 באמנת האו"ם לזכויות הילד, נכתב: "הזכות להכיר את הוריו ולהיות מטופל על ידם".

לאור זה נכתב באמנה, סעי' 9 (1): "המדינות החברות יבטיחו כי ילד לא יופרד מהוריו בניגוד לרצונם, אלא רק כאשר קובעות רשויות מוסמכות, הכפופות לביקורת משפטית, בהתאם לדינים ונהלים הנוגעים לעניין, כי פירוד כאמור נדרש לטובת הילד. קביעה כאמור יכול שתידרש במקרה מסוים, כגון מקרה של התעללות או הזנחת הילד על ידי הוריו".

וכן בבג"ץ 252/75 פלונית נ' שר הסעד, פ"ד (1) 51,56 (1975): "אין טוב לילד מאשר להיות עם הורתו, יולדתו, אם רק אין בכך סכנה לשלומה ולבריאות גופו ונפשו".

ועי' במאמרה של פרופ' רונה שוז, "זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים: לקחים מפרשת תינוק המריבה" (לעיל הע' 7) עמ' 185. ושם, עמ' 187, היא מביאה מתוך הצעת החוק שנוסחה על ידי הוועדה בראשות השופטת רוטלוי, סעי' 10, שם נכתב: "הזכות לגדול בבית ההורים", ובהמשך מוטלת האחראיות על הרשויות לעשות את כל הנדרש כדי למנוע הוצאה של ילד מביתו. לאורך כל המאמר טוענת פרופ' שוז כי זכות זו מכריעה כל שיקול אחר, כל זמן שלא מדובר בשיקול כבד משקל ביותר.

ב. הזכות לזהות ברורה.⁹

ג. הזכות לרציפות התפתחותית.¹⁰

ד. הזכות לכך שיינתן משקל ראוי לרצונו.¹¹

לאור כל זה, אם יתברר כי טובת הילד אכן דורשת את מסירתו לאימוץ וכי מתקיימות העילות הנדרשות לכך בחוק - משמעות הדבר תהיה כי ההכרזה על הילד כ'בר אימוץ'¹² היא מימוש זכותו העדיפה של הילד על פני זכויותיה של אימו.¹³

9. על נושא זה, עיי' במאמרה הנ"ל של פרופ' רונה שוז, פרק ג, עמ' 186-188, ובמאמרה המופיע לעיל, הע' 61. וכן במאמרו של ד"ר יאיר רונן, "זכות הילד לזהות כזכות להשתייכות", עיוני משפט כו(3) 935, 979-980 (2003).

10. בתיקון 8 לחוק האימוץ, תשע"א-2010, סעי' 2 (ב1), נכתב: "בעת בחינת טובת המאומץ יובאו בחשבון זכויות הילד... ובכלל זה צמצום העברתו ככל הניתן בין מסגרות או בין משפחות".

11. על כך נכתב בתיקון לחוק האימוץ (מובא בהערה הקודמת): "ככל שהמאומץ מסוגל להבין בדבר, יובאו בחשבון גם רצונו ודעתו לגבי אותו עניין...".

זכותו של הילד להביע את דעתו מעוגנת גם בסעי' 12 של אמנת האו"ם לזכויות הילד: "(1) מדינות חברות יבטיחו לילד המסוגל לחוות דעה משלו את הזכות להביא דעה כזו בחופשיות בכל ענין הנוגע לו, תוך מתן משקל ראוי לדעותיו, בהתאם לגילו ולמידת בגרותו של הילד. (2) למטרה זו תינתן לילד הזדמנות להישמע בכל הליך שיפוטי או מינהלי הנוגע לו במישרין או בעקיפין...".

וכך כתבה השופטת דליה דורנר, במאמרה "טובת הילד וזכויות ההורים" (רפואה ומשפט, גיליון 26, עמ' 103): "יש לתת מעמד בכורה לזכויות הילד, הנותנות ביטוי למעמדו האוטונומי ולחובה המוטלת על הוריו, ואף על החברה, להתייחס לרצונו. חובה זו פותחת פתח להתערבות החברה במקרים של פגיעה בזכויות... במציאות החיים, כאשר מתעלמים מרצונו של הילד, האפשרות כי התעלמות זו תהיה שלא לטובתו היא מעשית, ויעיד על כך החינוך תוך שימוש באלימות, שהיה מקובל בחברה דורות רבים".

12. לפי חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 (להלן: "חוק האימוץ"). ועיי' דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, נ(1) 48, 104-105.

וכן באמנת האו"ם לזכויות הילד, סעי' 21: "מדינות חברות המכירות בשיטת האימוץ ו/או מתירות אותה יבטיחו כי טובת הילד תהיה השיקול המכריע, וכן: (1) יבטיחו כי אימוץ הילד יאושר רק ע"י רשויות מוסמכות הקובעות, בהתאם לחוק ולנהלים ישימים, ועל יסוד מידע שייך ואמין, כי ניתן לאשר את האימוץ בשים לב למעמד הילד כלפי הוריו...".

13. על פי פס"ד, דנ"א 7015/94, היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, נ(1) 048, 67. וכן באמנת האו"ם לזכויות הילד, סעי' 3 (1): "בכל הפעולות הנוגעות לילדים, בין אם ננקטות בידי מוסדות רווחה סוציאלית ציבוריים או פרטיים ובין בידי בתי משפט, רשויות מינהל או גופים חוקתיים, תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה".

לצד האם עומדות הזכויות הבאות:

- א. הזכות להורות.¹⁴
- ב. הזכות להיות בקשר עם בנה¹⁵ ולגדל אותו.¹⁶
- ג. הזכות לחנך את בנה על פי דרכה.¹⁷
- ד. הזכות לאוטונומיה של המשפחה וחסינותה מפני התערבות חיצונית;¹⁸ מכוחה עומדת לאם הזכות לקבוע בעצמה את אמות המידה לבחינתה של 'טובת הילד' כאשר מדובר בילד שלה.¹⁹

14. בית המשפט העליון הכיר ברצון להביא ילדים לעולם כצורך קיומי בסיסי, כתמצית ההויה והגשמת העצמיות, ולכן גם כזכות-יסוד בעלת מעמד חוקתי. נוכח זאת הכיר בית המשפט בזכות להורות כחלק מהזכות להקים משפחה, כזכות עצמאית העומדת בפני עצמה, וגם כזכות הנגזרת מזכויות אחרות, כמו: כבוד האדם, חירות, פרטיות או אוטונומיה (עי': דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני פ"ד נ(4) 661; בג"צ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728).

15. על מקומן של 'זכויות הוריות' הנוגעות לצרכיו של ההורה עצמו, עי' בהרחבה במאמרה של פרופ' רונה שוז, "זכויות הוריות בעידן זכויות הילד" (ניתן להורדה באינטרנט), פרק ג.

16. כך נכתב בסעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962: "אפוטרופסות ההורים כוללת את החובה והזכות לדאוג לצורכי הקטין... וצמודה לה הרשות להחזיק בקטין ולקבוע את מקום מגוריו...".

ביתר בהירות כתב פרופ' פנחס שיפמן (דיני המשפחה בישראל כרך ב, 219, מהדורה שנייה, 1995): "זכותם של הורים לגדל את ילדיהם היא זכות טבעית, ראשונית, שקשה להגזים בחשיבותה. זכות זו איננה הופכת את הילדים לרכושם של הוריהם, אבל מבטאת ביטוי חיוני את הקשר הטבעי בין הורים לילדם".

17. חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות: "...החובה והזכות לדאוג לצרכי הקטין, לרבות חינוכו, לימודיו, הכשרתו לעבודה ולמשלח-יד... ועי' לעיל, פרק טו, 2.

18. על ביסוסה של תפיסה זו, ועיגונה ב'הכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם', עמד יוסף א' דוד בחוברת "המשפחה והפוליטי", עמ' 61, והוא כותב שם בין השאר: "ההכרה במשפחה כמוסד טבעי ויסודי של החברה נראתה למנסחי ההכרזה כעמדה ניטרלית ואוניברסלית... תפיסת המשפחה כרכיב טבעי ויסודי מובנת כאן כחלק מן הדאגה הכנה לזכויות הפרט. ההכרזה מניחה אפוא שההגנה על זכויות אדם עדיין עולה בקנה אחד עם ראיית המשפחה כאורגן טבעי ויסודי של המציאות החברתית". והוא מסביר בהמשך הדברים כי לפי תפיסה זו - "התפיסה האורגנית" - יוצא כי "המשפחה נתפסת כמהות אוטונומית". ועי' בהרחבה לעיל, פרק טו, 3.

19. יש הטוענים כי המסוגלות ההורית אינה נמדדת לפי הראייה הסובייקטיבית של ההורה, אלא לפי מבחנים אובייקטיביים. עי' ע"א 627/96 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מט(5) 428, 432. אולם לאידך גיסא יש מקום לתהות: מאחר שישנם הבדלים גדולים בין הורים שונים ובין תרבויות שונות באשר לאמות המידה הקובעות את 'טובת הילד', עד כמה מותר לאלה המייצגים את רשויות המדינה לנקוט עמדה המבוססת על תפיסת העולם והתרבות שלהם כשהם באים להכריע בשאלות כבדות אלה, ועד כמה עליהם לכבד את עמדתם ותרבותם של ההורים? לשאלה זו התייחסה השופטת דליה דורנר במאמרה "טובת הילד וזכויות ההורים" (רפואה ומשפט, גליון 26, 2002), וכתבה: "השאלה מהי טובת הילד - במיוחד כאשר היא חורגת לתחום שמעבר לסיפוק צרכים חומריים - נקבעת על ידי ההורה על פי הנורמות של החברה שבה הוא

- ה. הזכות לחיות במסגרת משפחתית.²⁰
- ו. הזכות להיות חלק מהחברה.²¹
- ז. הזכות ליחס שוויוני על אף היותה בעלת מוגבלות בשל מחלת הנפש שלה.²²
- על גבי זכויות אלו עומדת לאם זכות היסוד להגנה על זכויותיה כל זמן שלא הוכח שיש עילה מספקת המצדיקה את הפגיעה בהן.²³

חי“.

דוגמה נוספת להשפעה של תפיסות עולם על הגדרתה של “טובת הילד”, במאמרה של פרופ' רונה שוז, “זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים: לקחים מפרשת תינוק המריבה”, משפחה במשפט כרך א (תשס”ז-2007), עמ’ 176-183.

20. שיטות משפט שונות, והשיטה הישראלית בכללן, הכירו בזכות להתרבות ולהקים משפחה כאחת מחירויות האדם הבסיסיות (כך נכתב בהכרזה לכל באי העולם בדבר זכויות האדם, 1948, סעיף 16: “כל איש ואישה שהגיעו לפרקם רשאים לבוא בברית הנישואין ולהקים משפחה”). זכות זו מבוססת על האוטונומיה לבחור אם להקים משפחה, עם מי ומתי, וכמה ילדים להביא לעולם.

בבג”ץ 7052/03, עדאלה נ’ שר הפנים, פ”ד סא(2) 202, קבעה השופטת איילה פרוקצ’יה: “בצד זכות האדם להגנה על חייו ועל קדושת חייו, ניתנת הגנה חוקתית לזכות האדם לממש את משמעות החיים ואת טעם החיים. הזכות למשפחה היא טעם החיים שבלעדיו נפגעת יכולתו של אדם להגיע לידי הגשמה עצמית ומימוש עצמי. בלא הגנה על הזכות למשפחה, נפגע כבודו של האדם, נגרעת זכותו לאוטונומיה אישית, ונמנעת ממנו היכולת לקשור את גורלו עם בן זוג ועם ילדיו ולקיים חיים מתוך שותפות גורל עימם. בין זכויות האדם, ניצבת זכותו של אדם למשפחה במדרג העליון. היא קודמת בחשיבותה לזכות הקניין, לחופש העיסוק, ואף לפרטיות ולצנעת הפרט. היא משקפת את תמצית הווייתו של האדם ואת התגלמות הגשמת עצמיותו”.

21. רוב ככל המבוגרים, במיוחד בישראל, ועוד יותר – בציבור הדתי, הינם הורים לילדים, וחיים סובבים סביב גידולם. השיחות החברתיות עוסקות בדילמות הוריות, המרחב הציבורי מותאם לגידול הילדים ולצרכיהם, וקבוצות חברתיות מתקבצות סביב הילדים והטיפול בהם. אם יילקח ממנה בנה, יש להניח שהאם תתקשה מאוד למצוא עצמה בחברת אימהות אחרות ותחוש זרה להן. ואף יותר מכך, כאבה על הילקח בנה ממנה יגרום לה, מן הסתם, להתרחק מחברותיה שרובן ככולן אימהות לילדים.

22. זכות זו מעוגנת בחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ”ח-1998. החוק מתבסס על עקרונות השוויון וכבוד הבריות.

זכותם של בעלי מוגבלות לחיי משפחה מופיעה בסעי’ 23 לאמנת האו”ם בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות. ושם נכתב: “מדינות שהן צדדים תנקוטנה אמצעים בני-תועלת והולמים לביעור הפליה כנגד אנשים עם מוגבלויות בכל הקשור לנישואין, משפחה, הורות ומערכות יחסים, בשוויון עם אחרים... תבטחנה את זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות ואת חובותיהם, בכל הנוגע לאפוטרופסות, מעמד החסוי, נאמנות, אימוץ ילדים או מוסדות דומים... תענקנה סיוע הולם לאנשים עם מוגבלויות לצורך מילוי חובותיהם בקשר לגידול ילדים... תבטחנה כי לא יופרדו ילדים מהוריהם בניגוד לרצון ההורים, אלא אם כן תקבענה רשויות מוסמכות הכפופות לביקורת שיפוטית, כי הפרדה כזו דרושה לטובתו של הילד... בשום מקרה, לא יופרד ילד מהוריו אך ורק בשל מוגבלותו של הילד, או של הורה אחד, או של שני ההורים”.

23. על הזכות להורות והמגבלות החלות על כל פגיעה בה מכוח ‘חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו’,

הדיון המשפטי באותו משפט מבנים התנהל - לשם חידוד הבעיה - בשפה הבלעדית של 'זכויות', אף שלא זה מה שמתרחש במציאות בבתי המשפט למשפחה. דיון זה בחר לעמת את זכויותיה של האם עם זכויותיו של הילד. זוהי שפה פורמליסטית, נוקשה ומנוכרת, המעמידה את האם ואת בנה משני עברי המתרס המשפטי, כאשר מתנהל ביניהם 'משחק סך אפס' - בו כל זכות של אחד מהם שוללת את זכותו של האחר.²⁴

שפת הזכויות שולטת בחשיבה המשפטית, גם אם בפועל איננה השפה הבלעדית. ומאחר שבתפיסה המקובלת האימוץ הוא פעולה בעלת אופי משפטי, אך טבעי הוא להשתמש במערכת המושגית המקובלת של שיח הזכויות, שהיא השפה המשפטית.

על פי הקדמה זו, נפתח בדיון ההלכתי.

כאשר אנו דנים בתפיסה היהודית, שפת הדיון היא אחרת. לעיל (פרק ב), עסקנו במהות האימוץ בהלכה. ושם הסקנו שביסודו של דבר אימוץ ילדים אינו מהווה פעולה של יצירה **משפטית**, שכן אינו משנה את מעמדו המהותי של הילד, אלא יוצר מציאות **מעשית**, שהמרכיב היחיד בה הנושא אופי חוקי ומשפטי הוא האפוטרופסות.²⁵ ומאחר שלא מדובר בשאלה משפטית, אין סיבה להשתמש בשפה המשפטית של הזכויות כדי לדון בה; ונכון יותר לדון בנושא בעזרת מערכת

עי' בדברי השופטת א' פרוקצ'יה בבג"צ 4293/01 משפחה חדשה נ' שר הרווחה, פורסם בנבו, 24.3.09.

ואכן, בפסק דין ענ"א 18-04-56605, מבית המשפט לנוער בחיפה, ביטלה השופטת אספרנצה אלון פסק דין של ערכאה נמוכה יותר שהחליטה על הוצאת ילד מאימו ומסירתו לאומנה שיקומית. השיקול שהכריע את הכף היה הטענה שלא מוצו כל האפשרויות לטפל בו במסגרת משפחתו.

דברים נוקבים כתב השופט ש"ז חשין, בספר 'ילדי אימוצים', עמ' 56: "זכותם המושרשת הטבעית של הורים היא לפקח על זרעם... לטפל בו... לגדלו ולחנכו כרצונם ולהשפיע עליו מהודם ומכוחם. זוהי זכות עילאית שהוכרה אף בחברה הפרימיטיבית ביותר, והמדינה ומוסדותיה אינם רשאי לקפחה ולשוללה מאת הורים שלא חטאו... ולהעבירם לבני אדם זרים, גם אם קיפוח זה והעברה זו יביאו תועלת חומרית מרובה לילד. אין להרוס את עולמם של ההורים כדי לבנות על הריסותיו את עולמו של הילד".

24. במבנה זה של דיון, בשיטה האדברטרית המקובלת בישראל, עורכי הדין מקצינים עמדות כדי 'לנצח'. השופטים - כמו במגרש כדורגל - בודקים מי נתן 'פייט' טוב יותר, ועל פי זה מכריעים את הדין.

25. על מוסד האפוטרופסות, עי' לעיל, פרק יא, 1-2.

מושגית שאינה שייכת לעולם המשפט אלא לעולם הטיפול הפסיכולוגי והעבודה הסוציאלית.

יתירה מזאת. לעיל (פרק י) עמדנו על כך שבהלכה גם אין דברים מפורשים על 'זכויות ההורים' או 'זכויות הילדים'; ואף אם נאמר שההלכה מכירה בזכויות כאלה או במשהו דומה לכך, הן עמומות למדי ושנויות במחלוקת, ולכן קשה יהיה להסתמך עליהן. על כן עלינו לבחון חלופות אחרות.

יז. מוסר של חובות - בהלכה היהודית

החלופה הראשונה שעלינו לבחון כדי לקיים דיון הלכתי בשאלה זו, תהיה באמצעות המושגים המקובלים של 'חובות' הלכתיות; אולם כפי שניזכר, נקודת מבט זו היא דלה למדי ורחוקה מלהקיף את כל ההיבטים של הנושא.

1. חובות האב לילדיו

החובה הבסיסית ביותר המוטלת על האב היא עצם המצווה להוליד ילדים.²⁶ לאחר שנולדו, מוטלות עליו חובות רבות כלפיהם, כפי שנאמר בתוספתא (קידושין פ"א ה"א):

ואי זו היא מצוות האב על הבן? למולו ולפדותו וללמדו תורה וללמדו אומנות ולהשיאו אישה. ויש אומרים: אף להשיטו בנהר. ר' יהודה אומר: כל שאין מלמד את בנו אומנות מלמדו ליסטות...

כל אלו הן חובות המוטלות על האב כלפי הבן. ולכך יש להוסיף את המצוות המוטלות על האב שהזכרנו לעיל (פרק יא, 4): להביא את בנו לבית המקדש בשלושת הרגלים, לחנך את בנו ובתו למצוות, לספר להם על יציאת מצרים בליל הסדר, להעביר להם את חוויית מעמד הר סיני ולהביא אותם למעמד 'הקהל'.

תקנה מאוחרת יותר מחייבת את האב לפרנס את ילדיו.²⁷ כמו כן האב חייב לשמור על בריאותם של ילדיו, וכך כתב השל"ה בשער האותיות (דרך ארץ, דף סג, ב):

26. שו"ע אה"ע א, א.

27. רמב"ם הל' אישות פי"ב הי"ד; שו"ע אה"ע סי' עא, וסי' פב, ז.
כמו כן חייב האב לספק לילדיו מקום מגורים וכלי בית: שו"ע אה"ע עג, ו.

ובוודאי עתידים האבות ליתן את הדין על מיתות יונקי שדיים שלא חטאו... שמתו בחולי זה ולא חשו אביהם להבריחם.

לאור כל זה כותב הר"מ קליין (שו"ת משנה הלכות חט"ז סי' נח) בין הנימוקים שהוא מביא לאיסור הוצאת ילד מחזקת הוריו:

...מבטלין ולוקחין מן האב מצוות החינוך וכל המצוות שכתבנו לעיל, שהוא על האב לקיימן על בנו. ובתורה כתיב: "כי ידעתיו למען אשר יצווה את בניו ואת ביתו אחריו...".

2. חובות האם לילדיה

חובותיה של האם שונות משל האב.

קודם כול, אישה אינה מצווה ללדת ילדים.²⁸

כאשר הבן עדיין יונק, האם חייבת להניק אותו; אולם חובתה זו אינה כלפי הבן אלא כלפי אביו, שחייב לפרנסו. וכך כותב הרמב"ם (הל' אישות פרק כא):

(ה) יש מלאכות אחרות שהאישה עושה לבעלה בזמן שהן עניים, ואלו הן: ... ומניקה את בנה...

(טז) האישה שנתגרשה - אין כופין אותה להניק, אלא אם רצת, נותן לה שכרה ומניקתו; ואם לא רצת, נותנת לו את בנו והוא מטפל בו... אבל אם הכירה... אין מפרישין אותו מאמו מפני סכנת הוולד, אלא כופין אותה ומניקה אותו **בשכר**...²⁹

על פי אותו עיקרון פוסק הרמב"ם (שם) לגבי חובת האם לגדל את ילדיה:

(יח) ואם לא רצת האם שיהיו בניה אצלה אחר שגמלתן - אחד זכרים ואחד נקבות - הרשות בידה, ונותנת אותן לאביהן או משלכת אותן לקהל אם אין להן אב, והן מטפלין בהן.³⁰

ואם כן, לא מוטלת על האם חובה הלכתית לגדל או לפרנס את בנה. וכך כותב המגיד משנה שם:

28. שו"ע אה"ע א, יג; שם קנד, ו. ועי' שו"ת באוהלה של תורה ח"א סי' סז.

29. וכן בשו"ע אה"ע פב, א.

30. וכן בשו"ע אה"ע פב, ח.

זה ברור, שלא מצינו חיוב לאישה בשום מקום; והאב מצווה על בניו בכמה דברים ואין האישה מצווה, ומהיכן נתחייבה בהם?

וכן כתב בחלקת מחוקק (אה"ע סי' פב ס"ק יב):

משמע שאין על האם שום חיוב לגדל את בניה אחר שגמלתן.³¹

אולם יש חולקים על דעה זו וסוברים שיש חובה מסוימת על האם לפרנס את ילדיה. וכך כותב הרמ"ך בהשגותיו לרמב"ם שם:

תמה הוא זה: אם האב חייב לזון את בניו עד בן שש, האם אמאי אינה חייבת לזון את בניה...? ומה הפרש יש בין אב לאם?... ואמאי יכולה להשליכם על הקהל?³²

גם מדברי הפת"ש (אה"ע שם ס"ק ג) עולה שיש לאם גם חובה עצמאית לפרנס את ילדיה, וכך הוא כותב בשם ה'בית מאיר':

לענ"ד י"ל מתורת צדקה אתינן עלה... ואיירי בשגם קרובי האב עניים. ומה שמבואר... שיכולה להשליך על הקהל - היינו מסתמא ענייה שאינה אמודה לפרנס משלה; אבל עשירה, לאו כל כמינה; ולגבי הנקה תמיד עשירה היא.³³

וכן דעת הר"ש ישראלי (מובא בפד"ר ח"ט עמ' 251):

החיוב מדין צדקה, כשם שהוא מוטל על האב כן הוא מוטל על האם. ולכן בהטלת חיוב מדין צדקה יש להתחשב באפשרויות של האב והאם גם יחד.³⁴

31. בסיס לדבריו - בשו"ת הראנ"ח, סי' צה.

32. על כך כתב במעשה רוקח: "הרמ"ך בכת"י השיג על רבינו... ולכאורה יפה השיג, דהא בעיקר מצוות הצדקה נראה שהאישה חייבת כמו האיש... וכיון דפרנסת הקרובים נפקא לן מ'זחי אחיך עמך'... נראה שהאישה חייבת בקרוביה. ודאי והיא קודמת להרחוקים, וכ"ש לבנה או לבתה וכ"ש כשהן קטני קטנים שאין ראויים אפי' לחזר על הפתחים. ואין להוכיח משכר ההנקה... דהתם הא איכא אב דקרוב טפי, ומלבד זה הרי מצינו לרבינו ירוחם... שאם אין לאב לשלם לה שכר ההנקה היא חייבת להניקו בחינם... ויותר תמהתי על הרב המגיד ז"ל... ואם מצינו חיוב לאב יותר מהאם, אינו אלא בלימוד התורה... גם הרב דינא דחיי קיים דברי רבינו והסמ"ג שכתבו כן, וכתב שאין שום חולק על זה. ופשיטא שלא ראה דברי הרמ"ך האלה בכת"י."

33. לעומת זאת, עיי' בתשובת הרדב"ז שהוא מביא שם, ס"ק ב.

34. וכן כתב בחוות בנימין ח"ב סי' מב.

וכן פסקו עוד כמה מן האחרונים בדורנו.³⁵

אחריותה של האם לחנך את ילדיה לתורה ומצוות נדונה לעיל (פרק יא, 5), ושם הסקנו שהיא נושאת באחריות זו לפחות כאשר האב אינו בחיים והיא זו שמגדלת אותו.

עם זאת, חובתה של האם, אף אם היא קיימת להלכה, איננה קיימת למעשה במקרה של מסירה לאימוץ. מאחר שהילד לא יימצא ברשותה, היא תהיה פטורה ממצוות חינוך.³⁶ כמו כן היא לא תישא באחריות לפרנסתו. כאשר אדם אחר לוקח את האחריות הזאת,³⁷ הילד אינו זקוק עוד לצדקה, ולכן אין צורך לחייב עוד את אימו בחיובי צדקה כלפיו.³⁸

על כן, לא ניתן לראות את מסירת הילד לאימוץ כהפרה של חובות האם כלפיו. וכך כותב הרב צבי רייזמן (רץ כצבי, אה"ע ח"א עמ' שפג) בדיון על פונדקאות, שאף אם הפונדקאית או בעלת הביצית מוכרת כאימו של הוולד על פי ההלכה, מותר לה למסור אותו, והוא כותב:

לא רק שאין זיקת בעלות כלשהי בין התינוק לאמא, אלא אף אין עליה חיוב לגדל אותו, ולכן מסירת הילד אינה מהווה כל מניעה בתרומת ביצית או פונדקאות.³⁹

35. הרי"א הרצוג, תחוקה לישראל על פי התורה, ח"ג עמ' 59-60; שו"ת ישכיל עבדי ח"ו סי' כח עמ' קיא, וכן סי' לח, עמ' קכ; שו"ת יביע אומר ח"א, אה"ע סי' סז אות ב; שו"ת משנה הלכות ח"ז סי' סח.

הרי"א שפירא (מנחת אברהם ח"ג סי' ה עמ' מב) סובר כי לאור ההנחה שמזונות ילדים מעל גיל שש הם מדין צדקה, ניתן לחייב בהם גם את האם, מכיוון שגם היא מחויבת בצדקה. וכך כתבה מועצת הרבנות הראשית בישיבתה מיום י"ח בכסלו תשע"ו: "רוב הפוסקים וביניהם הגר"ש אלישיב, הגר"ע יוסף והגר"מ אליהו, קבעו שהחיוב הוא מדין צדקה. אולם היו כאלה, ובהם הגר"א הרצוג והגר"ב"צ עוזיאל, שקבעו שזו המשך התקנה... לאחר דיון החליטה המועצה שהן אם החיוב מצד התקנה והן אם החיוב מצד צדקה, היות שתנאי החיים השתנו והמציאות כיום היא שגם האם נושאת בעול פרנסת הבית, על היושבים על מדין הלוסיף לשיקול הדעת בפסיקת מזונות הילדים את היכולת הכלכלית של האם".

36. עי' לעיל, פרק יא, 5 בסופו.

37. על חובת ההורים המאמצים לפרנס את הילד המאומץ, עי' לעיל פרק ב, 1 והע' 11.

38. על מצוות צדקה כלפי עני שאדם אחר לקח אחריות לפרנסתו, עי' במאמרו של הרב עזריאל אריאל, "נתינת מעשר עני", פרק 6, (בספר "התורה והארץ" כרך ב, עמ' 113-114) ובמאמרו "עני היכול לקבל מעשר עני" (שם כרך ד, עמ' 258-261).

39. בדבריו הוא מסתמך על דברים שאמר לו הר"ז"ג גולדברג בתשובה לשאלתו: "לכאורה אין כל חיוב על האם לגדל את בנה, והיא יכולה למסור אותו למישהי אחרת שתגדל אותו".

3. חובת הבן לכבד את אימו

כנגד חובותיה של האם עומדת חובת הבן לכבד את אימו ולירא מפניה. אומנם כעת, כשהוא בן שש, עדיין אינו בר מצווה ואינו חייב במצוות אלו מן התורה אלא מדרבנן, מדין 'חינוך';⁴⁰ אולם כאשר יגדל יתחייב בהן מן התורה. הרב"צ עוזיאל עומד על החשיבות שיש בהענקת ההזדמנות הנדרשת לבן לכבד את כל אחד מהוריו וכותב (שערי עוזיאל, שער מז פרק ב סע' ב):

מצוות כיבוד אב ואם היא מצוה יסודית בתורת ישראל, שהיא יותר לאושרו והצלחתו של המכבד בכל בחינותיה... מצוה יסודיות וחינוכית זו מוטלת בראשונה על ההורים עצמם להביא את ילדיהם לידי מידת כבוד ומורא כלפי הוריהם. ומוטלת גם על בית דין לכופף או לכל הפחות למנוע כל דבר המביא לידי ביטול מצוה זו...⁴¹

והוא מסיק מתוך כך:

ברור הדבר שכבוד ומורא ההורים אינו יכול להתקיים אלא על ידי קרבה וחברה תמידית של הבנים עם הוריהם... מתבררת ההלכה בלי כל ספק, שחובת בית דין וכל אחד מההורים היא לתת אפשרות של קרבה והכרה לילדיהם.⁴²

עם זאת, הוא ממשיך וכותב שם שהדאגה לקיומה של מצווה זו לא אמורה להתממש בכל מחיר, ויש להימנע מקיום מפגשים הגורמים לביטול תורה חמור של הילדים.⁴³

40. עי' שמירת שבת כהלכתה, מהדורת תשכ"ה, פרק לב סע' ג והע' ד.

41. עפ"י ט"ז יו"ד סי' רמ ס"ק א.

הר"י זילברשטיין (חשוקי חמד ברכות לה, ב; עירוין עג, א; יבמות מב, א) כתב בשם הרא"ל שטיינמן, שעדיף לילד מאומץ שלא להכיר את הוריו כדי שלא להיכשל במצב שבו לא יכבד אותם כראוי. אולם הוא מסיק בסוף הדברים (יבמות שם) ש"אין להורים למנוע המצווה מהילד. ולכן בענייננו אין להורים להסתיר את זהות הוריו האמיתיים מהילד שלא למנוע ממנו מצוות כיבוד אב".

42. במאמרם "פונדקאות, תרומת גמטות והכרת הטוב" (אסיא גיליון קכא-קכב, עמ' 69-88), מרחיבים פרופ' יחיאל מיכל בר אילן והרב יהושע וייסינגר על חשיבותה של מצוות כיבוד הורים גם מצד הכרת הטוב כלפי מי שהביא את הבן לעולם, ועומדים על מקומה גם במי שאינם מוכרים כהורים על פי ההלכה.

43. עפ"י מגילה טז, ב; רמב"ם הל' ממרים פ"ו הי"ג.

הרב יעקב אריאל (שו"ת באוהלה של תורה ח"א, מאמר פתיחה פרק טז) הוסיף שהדברים אמורים כשאינו נמצא בבית אביו והדבר גורם באופן עקיף לכך שלא יוכל לכבדו בתקופה זו.

במקרה שלפנינו, הילד סובל מבעיות התפתחותיות קשות שעלולות לפגוע קשות ביכולתו ללמוד תורה בהמשך חייו, ואנשי המקצוע מעריכים שדווקא מסירתו לאימוץ היא שתאפשר לו לפתח את יכולותיו הלימודיות; ועל כן לא ניתן לראות בביטולה של מצוות כיבוד הורים שיקול מכריע בשאלה זו.

4. מסקנה

אומנם מסירת הילד לאימוץ תפטור למעשה את האם מחובתה (התלויה במחלוקת) לגדל ולחנך את בנה ותמנע מן הבן לקיים את חובתו לכבד את אימו. אולם הטענה שהאימוץ ימנע מן הצדדים לקיים את החובות המוטלות עליהם אינה מספקת בסיס הלכתי למנוע את מסירת הילד במקרה שבו נראה כי האם אינה מסוגלת למלא כראוי את חובותיה כלפיו. לכך יש להוסיף, שהקשיים הרגשיים שלו, כל זמן שלא יטופלו כראוי, עלולים לפגוע קשות ביכולתו להפנים ולממש את הערכים שאליהם הוא אמור להתחנך.

לפיכך עולה כי הדיון ההלכתי על חובותיהם ההדדיות של האם ובנה לא ייתן מענה לדילמה הקשה שבה נתבקשנו לעסוק - אם להוציא את הילד מרשות אימו ולמסור אותו לאימוץ, אם לאו.

אילו היה מדובר בילד שהתנהגותה של אימו מסכנת את חייו או את בריאותו הגופנית והנפשית - במעשה או במחדל - היה עלינו לדון בחובתן של הרשויות להתערב מכוח מצוות "לא תעמוד על דם רעך". אולם מאחר שכאן מדובר במצב קל יותר, שאינו מסכן בעליל את בריאותו של הילד, ומדובר רק בפגיעה אפשרית בהתפתחותו התקינה - לא ניתן לחייב את הרשויות להתערב מכוחו של ציווי זה (על כך הארכנו לעיל, פרק יד).

ומאחר שאין לדון בשאלה קשה זו במושגים של 'זכויות' או 'חובות', עלינו להשתמש ב"שיח הראויות"⁴⁴. זוהי מערכת מושגית הנובעת ממצוות "ואהבת לרעך כמוך" ומטילה עלינו את האחריות לראות את מכלול הצרכים של הזולת ולהיענות להם כמיטב יכולתנו.

דברים דומים למסקנתו של הרב עוזיאל כתב הר"י זילברשטיין (חשוקי חמד יבמות מב, א) על אודות ילד שגדל עם אימו ובעלה ואינו יודע שיש לו אב ביולוגי אחר: "בענייננו, שטובת הילד היא להישאר אצל אימו, כי כעת הוא מתנהג ככל ילד הבריא בגופו ובנפשו, ולומד תורה מתוך מנוחת הנפש, ואם יוציאוהו ויביאוהו לבית אביו הביולוגי, יחרב עליו עולמו, כי ישמע שיש לו עוד אבא, ויהיה בלבול רב. לכן לטובת הילד שיישאר בינתיים בבית אימו...".

44. עי' לעיל פרק יג, 1.

יח. "שיח הראויות" - דיון על צרכים

1. "ואהבת לרעך כמוך"

הזכרנו שאין מדובר באם הפוגעת בבנה באופן אקטיבי, ולא בסכנה לחייו של הבן. להיפך, מדובר באם אוהבת המטפלת בבנה במסירות, אלא שבשל מחלת הנפש שלה, הטיפול בילד לוקה בחסר ותורם להתפתחות קוגניטיבית ורגשית לקויה שלו.

אף על פי כן נראה שיש כאן מקום להתערבות, אולם היא לא תתבסס על מקורות משו"ע חושן משפט.⁴⁵ אומנם גם כאן נזדקק לסמכותו של בית הדין להתערב לטובתו, אולם מקור הסמכות של בית הדין אינו התפקיד שלו כשופט אלא הגדרתו כ"אביהם של יתומים", כאשר חובתו לפעול באה מכוחה של מצוות גמילות חסדים ברמה הציבורית.⁴⁶

על מצווה זו כותב הרמב"ם (הל' אבל פי"ד ה"א):

מצוות עשה של דבריהם לבקר חולים, ולנחם אבלים, ולהוציא המת, ולהכניס הכלה, וללוות האורחים, ולהתעסק בכל צרכי הקבורה, לשאת על הכתף, ולילך לפניו ולספוד ולחפור ולקבור, וכן לשמח הכלה והחתן, ולסעדם בכל צרכיהם; ואלו הן גמילות חסדים שבגופו שאין להם שיעור.

ומכאן למדנו את האחריות כלפי כל אדם מישראל, למצבו הפיזי (הכנסת אורחים), הבריאותי (ביקור חולים), המשפחתי (הכנסת כלה) והרגשי (ניחום אבלים, שמחת חתן וכלה).

מקור נוסף לאחריות לסייע בהתפתחותו התקינה של הילד הוא האחריות שיש

45. בשנים האחרונות ישנה נטייה חזקה ל"משפטיזציה" של החיים, ברוח תפיסתו של נשיא בית המשפט העליון לשעבר, אהרן ברק, כי "מלוא כל הארץ משפט". לנטייה זו ישנם שני מחירים כבדים:

א. ישנם נושאים עדינים שהתערבות של בית המשפט בהם באמצעות כלים משפטיים נוקשים מתוך גישה ש"ייקוב הדין את ההר" אינה יכולה להביא בחשבון את המורכבות והרגישות שלהם, והתוצאות של התערבות זו גרועות לכל הנוגעים בדבר.

ב. הדבר יוצר זהות מוחלטת בתודעה בין 'מוסר' ובין 'משפט', ומכאן נובעת המסקנה המוטעית שכל מה שלא נאסר במפורש בחוק או שאינו ניתן לאכיפה משפטית - מותר לחלוטין.

46. עי' לעיל, פרק יד, 8. דוגמה להכרעה על פי שקלול בין הצרכים המנוגדים של הצדדים נמצאת במסכת כתובות (כה, ב). הגמרא דנה באיסור על בני זוג שהתגרשו לגור בקרבת מקום, ושואלת מי מהם יידרש לעבור למקום אחר. תשובתה היא שאם אין לאחד מהם זכויות ממון עודפות, על האישה לעבור מפני ש"טלטולי דגברא קשין מדאיתתא". המשמעות היא שההכרעה לא נעשית על בסיס הזכויות אלא על פי הצרכים.

לכל אדם מישראל למצבו הכלכלי של חברו, המתבטא במצוות צדקה. על מצווה זו כותב הרמב"ם (הל' מתנות עניים פ"ה ה"ז):

שמונה מעלות יש בצדקה זו למעלה מזו: מעלה גדולה שאין למעלה ממנה זה המחזיק ביד ישראל שמך ונותן לו מתנה או הלוואה או עושה עמו שותפות או ממציא לו מלאכה כדי לחזק את ידו עד שלא יצטרך לבריות לשאול, ועל זה נאמר: "והחזקת בו גר ותושב וחי עמך", כלומר, החזקת בו עד שלא ייפול ויצטרך.

המעלה הגבוהה ביותר של מצוות צדקה היא סיוע במציאת עבודה מפרנסת. כיום, היכולת להשתלב בשוק העבודה תלויה מאוד בהשכלה וברמה גבוהה של מיומנות, ואלה תלויות במידה רבה בהתפתחות הקוגניטיבית והרגשית התקינה של האדם בגיל הצעיר. ועל כן יש לראות את הדאגה לכך כחלק ממצוות צדקה המוטלת על הציבור כולו.⁴⁷

מכל זה עולה כי על פי ההלכה האחריות לסייע בהתפתחותו התקינה של הילד נובעת מן הערך של צדקה וגמילות חסדים, ולא ממקום אחר. ואם כן, יוצא שהסוגיה שלפנינו איננה סוגיה משפטית ולכן לא נכון לדון בה על פי החושן משפט וודאי לא בשפה של 'זכויות', אלא על פי הלכות גמילות חסדים.

על התשתית לחובה זו, של גמילות חסדים, מוסיף הרמב"ם (הל' אבל פי"ד ה"א):

אף על פי שכל מצוות אלו מדבריהם, הרי הן בכלל "ואהבת לרעך כמוך" (ויקרא יט, יח) - כל הדברים שאתה רוצה שיעשו אותם לך אחרים, עשה אתה אותן לאחריך בתורה ובמצוות.

מצווה זו מחייבת כל יהודי לדאוג ברגישות למכלול הצרכים של זולתו. וזוהי נקודת המוצא שמתוכה עלינו לדון בסוגיה כאובה זו: מתוך אהבה גדולה גם לאם וגם לבן.⁴⁸

47. אגב כך יש להעיר כי כיום, סיוע במימון של טיפולים פסיכולוגיים אמור להיות מדורג במקום גבוה ביותר בסולם שמונה המעלות שהציב הרמב"ם, מפני שמצב רגשי תקין הוא תשתית לכל מה שהאדם זקוק לו: פרנסה, קשר חברתי, הקמת משפחה ועוד.

48. נקודת מבט זו מעלה שאלה קשה: האם מצוות גמילות חסדים מתירה - או אף מחייבת - התערבות בעל כורחו של המקבל? בנד"ד מדובר בילד שאינו רוצה להיפרד מאימו. והדבר מעלה את השאלה אם בית הדין מוסמך לכפות עליו את מה שאמור להיטיב עימו. כאשר מדובר באדם שהוא בר דעת, מסתבר שעלינו לכבד את דעתו (במצב של הצלה ממוות, עי' שו"ת באוהלה של תורה ח"א סי' נו). אולם כאשר מדובר במי שאינו בר דעת - מקובל לומר שההחלטה מסורה בידי האפוטרופוס שלו, אף שההצדקה לכך אינה ברורה לחלוטין (עי' לעיל, פרק ה, 9). ובמקרה זה, יש מקום לומר שהסמכות נתונה בידי בית הדין, כ"אביהם של יתומים".

לקביעה זו ישנה משמעות כבדת משקל, והיא שבזמן שבמצוות "לא תעמוד על דם רעך" אנו פועלים מתוך מחויבות כלפי צד אחד, והוא זה הנמצא בסכנה, במצוות "ואהבת לרעך כמוך" אנו נדרשים לפעול מתוך מחויבות כלפי כל הנוגעים בדבר. כמו כן, השיקולים אותם נשקול לא יהיו שיקולים של 'זכויות' או 'חובות', אלא הצרכים של שני הצדדים. עלינו להכיר בצרכים שלהם, הראויים לסיפוק, ולהיות בבחינת "אשרי משכיל אל דל" (תהילים מא, ב) כדי למצוא את הדרך המתאימה ביותר לספק אותם. ומתוך כך נוכל גם למצוא פתרונות שיתופיים יותר, ואף יצירתיים יותר, בהם נגיע למצב שבו "כולם מנצחים".⁴⁹

2. צורכי האם

לעיל (פרק טז), ניסחנו את העמדה התומכת באם בשפה של 'זכויות' וכעת ננסח אותה בשפה של צרכים.

הצורך הראשון של האם נובע מן הצורך של כל איש לממש את אבהותו ושל כל אישה לממש את האימהות שלה.

גם ההלכה מכירה בצורך של האם לקשר רציף עם בנה. הדבר בא לידי ביטוי בפסיקתו של הרמב"ם (הל' אישות פכ"א הי"ג):

היא אומרת אני אניק את בני והוא אינו רוצה שתניק אשתו... - שומעין לה, שצער הוא לה לפרוש מבנה.⁵⁰

בדומה לכך כתב הר"י זילברשטיין ביחס לאב:

אין לקפח זכות האב לראות מפעם לפעם את ילדיו.⁵¹

49. מגמה זו היא המבדילה בין ההליך המשפטי לבין הליך של גישור. בהליך המשפטי, הרצון לאזן בין הזכויות השונות מביא לפשרה, בה כל אחד מקבל רק חלק ממה שהוא מבקש. בגישור, לעומת זאת, נפתחים במקרים רבים שערים לפתרונות יצירתיים יותר, בהם כל אחד מהצדדים מקבל מענה מרבי לצרכים החשובים לו ביותר. הליך הגישור, יש בו קרבה רבה לפשרה, שההלכה מעדיפה אותה במקרים רבים על פני הדין (עי' סנהדרין ו, ב; שו"ע חו"מ יב, ב). חשוב לציין שלפעמים הדרך של השופט לאזן בין הזכויות משתמשת בעקרון ה'מידתיות', שגם בו מחפשים את הפתרון שבו הפגיעה בזכויותיו של כל אחד מן הצדדים תהיה מזערית. אולם העתקת הדין לשפה של 'צרכים', הכוללת בתוכה גם צרכים שאינם מוכרים כ'זכויות', תוכל להביא לתוצאה מדויקת יותר.

50. וכן בשו"ע אה"ע פב, ב.

51. במאמרו 'אימוץ ילדים נגד רצון ההורים', בס' 'על בן אימצת לך', עמ' יד.

וקל וחומר בנידון דידן, כאשר מדובר בצורך העמוק שיש לאימו של הילד לגדל את בנה יחידה ולזכות באמצעותו להמשכיות ומשמעות.⁵²
צורך נוסף של האם הוא מעשי יותר, והוא הצורך בבן שיתמוך בה. צורך זה נדון בהקשר אחר, וכך נפסק להלכה בשו"ע (אה"ע קנד, ו):
האישה שתובעת גט בטענה... שחפצה לילד כדי שיהיה לה בן שתישען עליו (ואין לה כבר שום בן), ואומרת שהוא גורם... - שומעין לה... וכופין אותו להוציא...

את הביסוס הרעיוני לצורך של כל אדם באבהות או באימהות לומדים אנו דווקא מאישה, והיא רחל אמנו (בראשית ל, א):
ותרא רחל כי לא ילדה ליעקב, ותקנא רחל באחותה, ותאמר אל יעקב: הבה לי בנים, ואם אין מתה אנוכי.
ומכאן למדו חז"ל (נדרים סד, ב) גם לגבי גברים:
כל אדם שאין לו בנים חשוב כמת, שנאמר: "הבה לי בנים ואם אין מתה אנוכי"...

הקשר העמוק בין האם לבנה מוזכר גם בנבואת ישעיהו (מט, טו):
התשכח אישה עולה, מרחם בן בטנה!?

צורך זה הוא חריף שבעתיים כאשר מדברים על לקיחת בן מחיק אימו לאחר שכבר נולד. גם על כך לומדים אנו מרחל אמנו, בנבואתו של ירמיהו (לא, יד):
קול ברמה נשמע, נהי בכי תמרורים, רחל מבכה על בניה, מאנה להינחם על בניה כי איננו.

לניתוק כפוי של בן מאביו מתייחס ר' יצחק אברבנאל (שמות כא, טו), כשהוא מפרש את הפסוק "וגונב איש ומכרו... מות יומת" בתוך ההקשר שלו בפרשה, בסמוך לפסוקים העוסקים ברציחה ובכבוד ההורים. והוא כותב:
הנה קשרו הכתוב בזה המקום, ללמוד ממנו הפשע ההוא הנעשה לאב ולאם הזקנים... כנגד "לא תרצח"; כי גניבת הבן הקטן לזקנים שנפשם קשורה בנפשו קשה מרציחתם.⁵³

52. ועי' לעיל, פרק יב, 3.

53. על כאב הפרידה של אב מבנו, עי' בראשית מז, ל-לד: "ועתה, כבואי אל עבדך אבי, והנער איננו אתנו, ונפשו קשורה בנפשו! והיה כראותו כי אין הנער, ומת; והורידו עבדיך את שיבת עבדך

ההכרה בקשר הרגשי שבין ההורים לצאצאיהם, אפילו בין בעלי חיים, באה לידי ביטוי בהסבר שניתן למצוות שילוח הקן (דברים כב, ו):

כי ייקרא קן ציפור לפניך... אפרוחים או ביצים, והאם רובצת על האפרוחים או על הביצים, לא תיקח האם על הבנים...⁵⁴

וכן נכתב בתורה (ויקרא כב, כז-כח):

שור או כשב או עז כי ייוולד, והיה שבעת ימים תחת אמו, ומיום השמיני והלאה יירצה לקורבן אישה לה'. ושור או שה, אותו ואת בנו לא תשחטו ביום אחד.

על מצוות אלה כותב הרמב"ם (מורה הנבוכים ח"ג פמ"ח):

כן אסר לשחוט אותו ואת בנו ביום אחד, להישמר ולהרחיק לשחוט משניהם הבן לעיני האם, כי צער בעלי חיים בזה גדול מאוד, אין הפרש בין צער האדם עליו וצער שאר בעלי חיים, כי אהבת האם ורחמיה על הוולד אינו נמשך אחר השכל, רק אחר פועל הכוח המדמה הנמצא ברוב בעלי חיים כמו שנמצא באדם... וזהו הטעם ג"כ בשילוח הקן...

והוא מסכם:

ואם אלו הצערים הנפשיים חסה תורה עליהם בבהמות ובעופות, כל שכן בבני אדם.

על בסיס זה כתב הר"מ קליין (שו"ת משנה הלכות ח"ז סי' נח):

והלא אפילו בהמה מצערת אם לוקחין מהן הילדים ולכן ציוותה תורה שבעת ימים תהיה עם אָמו ולא לצער האם... וכתוב בתורה (בראשית טו, ב): "מה תתן לי ואנוכי הולך ערירי", וברחל כתיב "הבה לי בנים ואם אין מתה אנוכי", דכל שאין לו בנים חשוב כמת, וכ"ש מי שיש לו ובאים ולוקחים ממנו...

לכל זה יש להוסיף את הצרכים החברתיים של האם. בחברה בכלל, ובחברה הדתית בישראל בפרט, הקשרים המשפחתיים בגיל המבוגר הם התשתית הטבעית ביותר

אבינו ביגון שאולה... כי איך אעלה אל אבי והנער איננו אתי, פן אראה ברע אשר ימצא את אבי?". על פי זה כותב המהרש"ם בתשובה (אה"ע סי' קכג) שאסור לאם גרושה לעבור לעיר מרוחקת ובכך לנתק בין הבן לאביו.

54. עי' בפירושו של הרמב"ן שם. ולעומתו בדברי המהר"ל, תפארת ישראל פרק ו.

לשייכות חברתית וקהילתית, וסביר להניח שהוצאת הילד מרשות אימו תותיר אותה בודדה - לא רק ממנו, אלא במידה רבה גם מהחברה בכללותה.⁵⁵
על הצורך של כל אדם בקשרים חברתיים נאמר בחריפות בגמרא (תענית כג, א):
או חברותא או מיתותא.

3. צורכי הבן

אל מול צרכיה של האם יש להעמיד את הצרכים של הבן שיש להניח שיבואו על סיפוקם אם יימסר לאימוץ (גם אותם הצגנו לעיל בשפה של 'זכויות'):
א. הצורך לגדול בבריאות רגשית.
ב. הצורך לפתח את כישוריו כדי לפרנס את עצמו לכשיגדל.
ג. הצורך להתחנך לתורה ולמצוות; צורך שעשוי להתממש בצורה טובה בהרבה בחיקה של משפחה נורמטיבית.
כנגד צרכים אלו - התומכים בהוצאתו מרשות אימו ומסירתו לאימוץ - יש לבן צרכים נוספים, התומכים בהשאתו בבית האם:
א. הדבר הראשון הוא הצורך שיש לבן לשמור על קשר קרוב עם אימו הביולוגית, שהרתה וילדה אותו. עיקרון זה מובא במסכת עירובין (פב, ב):
דאפילו בר שש נמי, בצוותא דאמיה ניחא ליה.

לאור זה נכתב בשו"ת משנה הלכות (חט"ז סי' נח) בנוגע לילד הסובל מאלימות מידי הוריו:

ומי הגיד לנו שזה טובה להם, ליקח מהם ההורים שגידלו אותם כמה שנים ועכשיו נתייתמו מהם על ידינו ח"ו? אדרבה, הם מסכימים לקבל מכות מההורים שלהם מהיות יתומים מהם כל ימי חייהם, וגלוי וידוע שח"ו, להיות יתום מההורים ח"ו, הוא הצער הכי גרוע ביותר בעולם... טובה הוא לבן לקבל מכות מאביו ושיהיה לו אב ואם ולא יהיה יתום מהם ולקבל פרגיות ובשר צלי ולהיות נתוק מההורים בשבי בבית אחרים.

אומנם נראה שתפיסת המציאות המובאת בתשובה זו היא קיצונית למדי; אולם

55. עי' לעיל, הע' 21.

ברמה העקרונית, ככל שמדובר במצבים קלים יותר, כמו המקרה שבו אנו דנים, זהו טיעון כבד משקל שיש להביאו בחשבון.

אם נבקש לנסח את הצורך הזה בשפה מקצועית, ניתן לדבר כאן על הצורך בהמשך יציב של ההתקשרות (attachment) שלו עם אימו.⁵⁶

ב. הצורך השני שיש להביא בחשבון הוא הצורך של הילד ברגיעה רגשית. אף אם יהיה לבן טוב בבית הוריו המאמצים, כאן מדובר בכן שיש לו מידה לא קטנה של הבנה. במצב זה יש להניח שהוא יחווה חוויה קשה של אובדן, שכן הוא רוצה להישאר בבית אימו. ואף אם יביע הסכמה לאימוץ, המודעות שלו לכך שאימו נותרה אומללה כדי שהוא יזכה לחיים טובים, תגרום לו לרגשות אשם כבדים ולרגשות שליליים נוספים (כמו: "אמא 'לא שווה' ולכן גם אני כזה"). רגשות אלו עלולים להעיב על כל מה שיקבל עקב האימוץ.⁵⁷

על כך מוסיפה פרופ' רחל לוי-שיף:⁵⁸

מסירת ילד לאימוץ היא לעולם אירוע מלא כאב לילד, שהסביבה נוטה לעיתים להתכחש לו. גם אם ההורים המאמצים טובים ואוהבים, אין הם יכולים להיות טובים דיים כדי למנוע את התחושות הקשות כמו נטישה והשתוקקות למה שיכול היה להיות, איננו ולעולם לא יהיה.

ג. הצורך השלישי, העולה על כולם, הוא הצורך המשמעותי של הילד **בזהות אישית ומשפחתית מגובשת**, שמסירה לאימוץ תקשה מאוד על מימושו.⁵⁹

56. על כך עי' במאמרם של ד"ר שלמה רומי, ד"ר נורית לוי וד"ר ישראל צבי גילת, "הילד מה הוא אומר?", פרק ה (בספר "דברים שאין להם שיעור", עמ' 20-21). הם מסתמכים בין השאר על מאמרו של פרופ' אבי שגיא-שורץ, "טעויות שיפוטיות בנושא אימוץ", בקובץ 'פסיכואקטואליה' (2004), עמ' 30-39.

על עיקרון זה (בהקשר מנוגד) עי' במאמרה של פרופ' רונה שוז, "זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים: לקחים מפרשת תינוק המריבה", 'משפחה במשפט' א, תשס"ז, עמ' 179-181.

57. תודתי נתונה לשופט בדימוס פיליפ מרכוס, מבית המשפט למשפחה בירושלים, שהעמיד אותי על תובנה זו. ועי' במאמרם של ד"ר שלמה רומי, ד"ר נורית לוי וד"ר ישראל צבי גילת, "הילד מה הוא אומר?", פרק 2,1 (בספר "דברים שאין להם שיעור", עמ' 24).

58. במאמרה "קשיים רגשיים של מאומצים בראי העצמי", בקובץ 'פסיכואקטואליה' 40 (2004). הדברים מצוטטים במאמר הנ"ל של פרופ' רונה שוז, עמ' 187.

59. עי' במאמרו של ד"ר יאיר רונן, "זכות הילד לזהות כזכות להשתייכות", עיוני משפט כו(3) 935, 979-980 (2003), ובמאמרה של פרופ' רונה שוז, "זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים: לקחים מפרשת תינוק המריבה", משפחה במשפט א, תשס"ז, עמ' 182-183, ועמ' 186-187. על הצורך העמוק בזהות ברורה עמדנו בהרחבה לעיל, פרק ב, 6 ופרק יב, 4.

טו. צורכי האם מול צורכי הבן - מי קודם?

אף אם נניח שבסופו של דבר יהיה טוב יותר לילד אם יימסר לאימוץ, נידרש להכריע בין צרכיה של האם לבין צרכיו של הבן. לשם כך עלינו לשאול: את צרכיו של מי עלינו להעדיף על פי ההלכה, של האם או של הבן?

העמדה הרווחת בבתי הדין כאשר עומדת לפתחם שאלת המשמורת על הילדים היא להכריע על פי העיקרון של "טובת הילד", כאשר הצרכים של כל אחד מן ההורים תופסים מקום משני.⁶⁰ אולם כל זה מדובר בסכסוך בין שני הוריו של הילד, כאשר הדין מצטמצם בשאלה מי מהם יגדל את הילד ומי מהם יסתפק בהסדרי ראייה. ואילו כאן מדובר בשאלה חמורה בהרבה, של ניתוק הילד מאימו לחלוטין ומסירתו לאימוץ בידי מי שאינם הוריו, ולכן אין מקום להשוות בין השאלות.⁶¹

בנד"ד, אילו היה הדין ממוקד רק במישור של 'זכויות', כפי שהוא משמש בעולם החול, נראה כי המסקנה המתבקשת תהיה נוטה לכיוונו של הילד. שכן 'שיח הזכויות' מציג סל זכויות רחב ביותר ביחס לילדים ונותן להן משקל גדול, ואילו את הזכות להורות הוא מציג באופן 'רזה' למדי ונותן לה משקל נמוך יותר.⁶²

60. אוסף פסקי דין של הרבנות הראשית לארץ ישראל, ח"א, מהדורה ב תשמ"ה, עמ' לב; פסקי דין של בתי הדין הרבניים בישראל, תשי"ד, ח"א, עמ' 56, סע' ט; שו"ת יד אפרים, ס' ה אות לז; שו"ת ציץ אליעזר, ח"ז ס' נ; שו"ת תשובות והנהגות כרך ג ס' תכט. ועי' לעיל, פרק י.

61. על הבחנה זו עמד גם השופט אהרן ברק (ע"א 577/83, היועץ המשפטי לממשלה נגד פלונית, פ"ד לח (1), עמ' 464-463).

62. דוגמה לכך בהצעת חוק 'הורים וילדיהם' תשע"ה-2014, המעניקה משקל גבוה לזכויותיהם של הילדים ומונה רבות מהן בהסתמכות על אמנת האו"ם לזכויות הילד, אולם לא מעניקה משקל כלשהו לזכויותיהם של ההורים.

עמדה על כך בהרחבה פרופ' רונה שוז, במאמרה "זכויות הוריות בעידן זכויות הילד" (נמצא באינטרנט), פרק ג, סביב הערות 231-298: "...זכויות אישיות של ההורים נגזרות בעיקר מחוק הטבע וחוקי יסוד ואינן מוזכרות באופן מפורש בחקיקה הישראלית. זאת ועוד, החוקים המאפשרים התערבות בזכויות אישיות של ההורים אינם מגינים על זכויות ההורים באופן מרבי. למשל, כאשר ילד מוכרז כנזקק או כבר-אימוץ, בית המשפט לא חייב לבדוק האם קיימת אופציה של השארת הילד בתוך המשפחה עם סיוע מהמשפחה המורחבת או הקהילה. עיון בפסיקה מגלה כי לעיתים קיים פער משמעותי בין הרטוריקה של חשיבותן של זכויות ההורים לבין הנימוק של השופטים בפועל, שמייחס משקל מזערי לזכויות אלה. כמה דוגמאות ממחישות תופעה זו. במקרים שבהם הורים מתנגדים לאימוץ ילדם, השופטים נוהגים להזכיר את זכותם של ההורים הביולוגיים לגדל את ילדיהם, יחד עם האינטרס של ההורים המיועדים לאמץ (כאשר הילד כבר נמצא אצלם)... לרוב, קשה לראות שבתו משפט נותנים משקל ממשי לזכויות אלה, הן כאשר הם מפרשים את העילות להכרזת הילד כבר-אימוץ, הן כאשר הם דנים בבקשת האם לחזור מהסכמתה, ואפילו כאשר דנים בבקשה לבטל את הכרזת הילד כבר אימוץ על ידי 'אב

(במציאות, יש להניח שחוק האימוץ לא היה מאפשר מסקנה כזאת, מפני שעל פיו ניתן למסור ילד לאימוץ רק בהיעדר מסוגלות הורית; תנאי שבמקרה שלפנינו לא ניתן להוכיח שהוא מתקיים).⁶³

לעומת זאת, הדין המבוסס על ההלכה - הדורשת להדגיש בעיקר את **הצרכים** של שני הצדדים⁶⁴ - מוביל לכיוון ההפוך, ולשם כך נציג כמה שיקולים.

1. שיקולים להעדפת הבן

הנטייה הרווחת ברבות ממדינות המערב היא להעדיף את צורכי הילד.⁶⁵ וכך נקט גם שופט בית המשפט העליון, משה זילברג, כשכתב:⁶⁶

מבחן טובת הילדים, לדעתי, לא יימלט בו אחד מן השניים: או שאינו שיקול רציני כלל, או שמתחשבים בו ובו בלבד. פשרה לא תיתכן כלל: הוא אינו ניתן לחלוקה, ואין למזגו ולערבבו באיזה שהוא שיקול אחר...

טובת הילדים תהא השיקול הסופי והמכריע הן בהתנגשה עם זכות האפטרופסות... והן בהתנגשה עם הוראות חוק זר...

נטייה זו איננה מקרית, ויש לה שורשים תרבותיים עמוקים, הבאים לידי ביטוי בין השאר בסיסמה המפורסמת: "העולם שייך לצעירים".
לכך יש כמה סיבות.

נעדר' שעכשיו צץ. דוגמה מובהקת למגמה זו נמצאת בפרשה שמכונה 'ילד המריבה'. במקרה זה, הילד הוכרז כבר-אימוץ על בסיס חוסר האפשרות הסבירה לזהות את האב, אולם לאחר מכן התגלה ששמו של האב נמצא כל הזמן ברישומים של רשויות הרווחה. אף על פי כן, בית המשפט העליון (ברוב דעות) סירב לבטל את ההכרזה של הילד כבר אימוץ בנימוק שזה נוגד את טובתו של הילד, וזאת למרות שאף פעם לא התקיימה עילת אימוץ וזכויותיו של האב הופקעו שלא כדין". וכן ע"י שם, ליד הערות 354-368.

63. גם הנטייה הרווחת בבתי המשפט למשפחה לאזן בין זכויות ולהימנע מהכרעה דיכוטומית ביניהן הייתה מונעת הכרעה חדה לכיוון זה. אולם בספר זה אנו מבקשים לדון בעיקרון דווקא באמצעות הקצנת הטיעונים.

64. דוגמה להכרעה הלכתית על פי השוואת הצרכים של הצדדים הנוגעים בדבר, ע"י שו"ת באוהלה של תורה ח"ה סי' מה.

65. ע"י במאמרה של פרוף' רונה שוז, "זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים: לקחים מפרשת תינוק המריבה", משפחה במשפט א, תשס"ז, עמ' 176 והע' 49.

66. ע"א 209/54 שטיינר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ט 241, 242.

א. הילד, בהיותו קטן וחסר ישע, מעורר רחמים יותר מאשר האם, שהיא אדם בוגר; ולכן יש נטייה חזקה להעדיף את הצרכים שלו.

גם התורה מעודדת את טיפוחה של מידת הרחמים,⁶⁷ ובתוך זה גם רחמים על ילדים. עם זאת, היא מעודדת לא פחות מזה רחמים על אלמנות. שני הערכים מופיעים בפסוק אחד בתורה (שמות כב, כא-כב):

כל אלמנה ויתום לא תענון. אם ענה תענה אותו, כי אם צעוק יצעק אלי שמוע אשמע צעקתו.⁶⁸

גם דרכו של הקב"ה היא לרחם על ילדים, כדברי ירמיהו (לא, ט):

הבן יקיר לי אפרים, אם ילד שעשועים, כי מִדֵּי דַבָּרֵי בו זכור אזכרנו עוד. על כן המו מעֵי לו, רחם ארחמנו, נאום ה'.

ואנו מצווים על פי התורה ללכת בדרכיו של הקב"ה.⁶⁹

מאידך גיסא, מוטל עלינו לרחם גם על האם, וכך נכתב בשו"ת חתם-סופר (או"ח סי' ק) בנוגע למצוות שילוח הקן:

ע' רמב"ן... (דברים כב, ו) כתב עפ"י רמב"ם במורה-נבוכים, וכן כתב בס' החינוך להרא"ה (מצוה תקמה) בטעם המצוה ההיא, שלא נתאכזר לעקור אם על בנים... והנה לפי טעם זה מבואר, דאם אינו צריך לבנים, לא מיבעיא דאינו מחוייב לשלח האם, אלא אכזריות נמי עביד. ובמקום שנלמוד שלא נתאכזר, אדרבא נרגיל עצמנו באכזריות ולצער בעלי חיים על מגן [=בחינם] לגרש האם מעל בניה, וצער בע"ח דאורייתא... אבל אם איננו לצורך אדם, שאינו צריך לבנים, אכזריות היא זו לגרש האם מעל בנים.

וקל וחומר במקרה הנדון, בו מדובר באם שהיא גם אלמנה וחולת נפש.

67. ע' בהרחבה במאמרו של הרב עזריאל אריאל "מפני מעלות המידות (המידות הטובות כמניע לאחריות חברתית - עיון במשנת הרמב"ם)", פרק א (בספר "שיח הראיית", עמ' 137-140).

68. ע' במבוא לספר.

69. מסכת סופרים פ"ג הי"ז: "זה אלי ואנוהו... הידמה לו, מה הוא רחום וחונן, אף אתה רחום וחונן". ועוד.

ב. הפוטנציאל ההתפתחותי של הילד עדיין רחוק ממיצוי, בזמן שמצבה של האם הוא סטטי וקשה להניח שתצליח להתפתח מעבר למצבה הנוכחי. לפוטנציאל של הילד ישנה משמעות כלכלית רבה בשבילו, שכן אם יצליח למצות אותו תהיה לכך השפעה רבה על כושר ההשתכרות שלו, ואם לא יתפתח כראוי הוא עלול לסבול מעוני כל ימי חייו.

גם ההלכה קובעת שיש עדיפות גבוהה לשיקום כלכלי של נזקקים במטרה להביא אותם למצב שלא יזדקקו יותר לצדקה;⁷⁰ ומכאן החשיבות הרבה של טיפוח הילד כך שיוכל להגיע לעצמאות כלכלית בבגרותו. יש להוסיף לכך שהפגיעה בהתפתחותו הרגשית לא תפגע רק במצבו הכלכלי, אלא גם ביכולתו לקשור קשרים חברתיים, להקים משפחה ועוד פרמטרים רבים שבכוחם להשפיע על איכות החיים שלו.

ג. מצוקות רגשיות, גם אם אין להן סיבה גנטית, עוברות במקרים רבים מדור לדור כחלק מתופעה כללית של "העברה בין דורית". יש יסוד חזק להניח, כי השקעה נוספת באם לא תמנע את העברת המצוקה אל הבן ואל הדורות הבאים, ולכל היותר תצמצם אותה. לעומת זאת, בהוצאת הילד למשפחה מאמצת יש סיכוי לקטוע את הרצף הזה ולהבטיח גם את עתידם של הדורות שייולדו ממנו בעתיד.

גם התורה לא רואה את האדם הבודד כעומד בפני עצמו אלא כחוליה בשרשרת הדורות, שכל פגיעה בו פוגעת גם בדורות הבאים. וכך נאמר במשנה (סנהדרין פ"ז מ"ה):

כיצד מאיימין את העדים, על עדי נפשות? היו מכניסין אותן ומאיימין עליהן... דיני נפשות, דמו ודם זרעיותיו תלויין בו עד סוף העולם; שכן מצינו בקין שהרג את אחיו, שנאמר: "דמי אחיך צועקים", אינו אומר 'דם אחיך' אלא "דמי אחיך" - דמו ודם זרעיותיו.

הדאגה לדורות הבאים באה לידי ביטוי גם בדברי הגמרא (פסחים מט, א):

כל תלמיד חכם המרבה סעודתו בכל מקום - סוף מחרוב את ביתו...
וגורם שם רע לו ולבניו ולבני בניו עד סוף כל הדורות...

70. עי' רמב"ם הל' מתנות עניים פ"י ה"ז.

מכאן נלמדת האחריות לפעול, לא רק לטובת הילד עצמו אלא לטובת כל הדורות שיבואו אחריו. ויש לכך משקל משמעותי מול טובתה של האם לבדה.

ד. הר"א שפירא (מנחת אברהם ח"ג סי' ו, עמ' נ) מסביר כי כאשר הוויכוח בין ההורים על משמורת הילד מעלה שיקולים חינוכיים מכאן והצרכים המנוגדים של כל אחד ההורים מכאן, על הדיון להתמקד בצורכי הילד גם על חשבון הצרכים של מי מן ההורים. וכך הוא כותב:

אלא שחיוב האב ללמדו מוכיח שזה הוא צורך של הבן עצמו, שאם קבעו חכמים חוב על האב בגיל זה הוא מפני שחז"ל קבעו שאז הגיע זמן הצורך והתועלת של הבן להתחיל ללמוד תורה, ותועלת רוחנית של הבן מכרעת יותר לטובתו מהצורך של צוותא לאם.

ה. היה מקום להסתמך על דברי הרמב"ם (הל' סנהדרין פכ"א ה"ו) כמקור להעדפה של הילד:

היו לפני הדיינים בעלי דין הרבה מקדימין את דין היתום לדין האלמנה, שנאמר: "שפטו יתום ריבו אלמנה".

וכך נפסק גם בשו"ע (חו"מ טו, ב).

אולם שם מדובר על הקדמה בזמן ולא על העדפה עקרונית, ולכן לא ניתן להסיק מכך מסקנה כלשהי.

2. שיקולים הלכתיים להעדפת האם

עם זאת, ההלכה מדגישה לא פחות, ואף יותר - דווקא את ההעדפה לצרכים של ההורים והמבוגרים על פני הצעירים.⁷¹ ונביא לכך כמה ראיות:

א. כנגד כל "מצוות האב על הבן" שעיקרן דאגה לחינוכו ולמעמדו הרוחני והמוסרי, ורק חלק קטן מהן קשור לדאגה לאיכות החיים שלו, עומדות "מצוות הבן על האב": מצוות כיבוד אב ואם מחייבת את הבן לדאוג לאיכות חייהם של

71. במאמרה "זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים: לקחים מפרשת תינוק המריבה", (משפחה במשפט א, תשס"ז, עמ' 171-176) פרופ' רונה שוז מביאה שני פסקי דין מארה"ב (אחד מהם של בית המשפט העליון), שם ניתנה עדיפות לזכויות ההורים על פני זכויות הילד. במסגרת הדיון היא מביאה את הגישה הרווחת באנגליה, להעדיף את טובת הילד, ואת הגישה המקובלת בישראל, המשלבת בין שתי הגישות.

הוריו,⁷² ומצוות מורא אב ואם מקבעת את מעמדם הגבוה לעומת מעמדו של הבן.⁷³

ב. מצאנו בהלכות צדקה, שעקרונית, חובת האדם לפרנס את אביו קודמת לחובתו לפרנס את ילדיו.⁷⁴ וכך פוסק הטור (יו"ד סי' רנא) בשם רס"ג:

יקדים פרנסת אביו ואָמו לפרנסת בניו ואח"כ פרנסת בניו. ואם אביו ובנו שבויים ואין לו במה לפדות שניהם יפדה האב ויעזוב הבן.

ה'פרישה' (אות ה) מציין את המקור לכך שהוריו של אדם קודמים לבניו: דכתיב גבי יעקב (בראשית מג, ח): "ונחיה ולא נמות גם אנחנו גם אתה גם טפנו"...

ב'דרישה' (אות ב) מובא הנימוק לכך:

מה שאין כן בירושה, דבנים הן קודמין... והטעם, דכאן דאיירי באין להם מה יאכל, חייב בכבוד אביו שלא יצטרך לחזור על הפתחים יותר מכבוד בניו...

וכך פוסק גם הרמ"א בשו"ע (סע' ג):

פרנסת עצמו קודמת לכל אדם... ואח"כ יקדים פרנסת אביו ואָמו, אם הם עניים, והם קודמים לפרנסת בניו...

ומכאן מקור להעדיף את צורכי האם על צורכי הבן.

ג. התורה מצווה את הדור הצעיר לכבד את הדור המבוגר, והדבר בא לידי ביטוי בציווי "מפני שיבה תקום" (ויקרא יט, לב).⁷⁵

כנגד הזלזול בזקנים, בשל הפוטנציאל הכלכלי הנמוך שלהם, כותב מרן הרב קוק זצ"ל (אורות הקודש ג, קפ; שמונה קבצים א, תרסח):

72. עי' שו"ע יו"ד רמ, ד.

73. עי' שו"ע יו"ד רמ, א-ב.

74. אם כי ייתכן שמדובר דווקא בילדים שאין חובה חוקית לפרנס אותם ושיש להם יכולת כלשהי לדאוג לעצמם; ואם כן כיום, פרנסת הילדים שגילם פחות משמונה עשרה תהיה קודמת לפרנסת ההורים.

75. עי' שו"ע יו"ד רמד, א.

...כל מחשבה שדבר אין לה עם הרוממות הנצחיות, ומתעסקת רק עם סדרי החיים החומריים ותיקוניהם - אפילו אם יהיו בה תוכנים מוסריים ואורחות צדק ומישרים - סופה להתעכר, מפני קטנותה, ומפני הזוהמא והסירחון שהחיים החומריים לקויים בהם בטבעם, כשהם מנותקים מיסוד חיים נצחיים ותשוקתם. בייחוד תוכר חולשה של מחשבה קיבוצית כזאת, במה שתשים את מרכזא רק בצעירים, שהחיים החומריים משחקים לפנייהם בכל מהתלותיהם ושגיוניהם, וזקנים לא יוכלו לקחת בה חלק אמיץ... וכך היא המידה היוונית, להביט על הזקנים במבט בוז... ומה לקויה היא מחשבה ציבורית, שאינה יכולה להתפשט יפה על כל חלקיה...

את כל הראיות שהבאנו להעדפתה של האם ניתן לדחות בטענה שחובת ההורים לדאוג לילדיהם הקטנים כוללת בתוכה את התביעה כלפיהם לשלם מחיר אישי כבד למענם. ראייה לדבר - מכך שהכלל ההלכתי: "המבזבז אל יבזבז יותר מחומש שמא יצטרך לבריות"⁷⁶ המגביל את המחויבות למתן צדקה - לא חל על פרנסת הילדים.⁷⁷ כך הוא גם טבעו של עולם, כמעט ללא הבדל בין דורות שונים ותרבויות שונות, שהורים מוסרים את נפשם - אפילו כפשוטו של המושג - למימוש הצרכים החיוניים ביותר של ילדיהם.

3. שיקולים מעשיים להעדפת האם

לשלושת הטיעונים העקרוניים שהבאנו להעדפה של האם על בנה, יש להוסיף עוד כמה שיקולים מעשיים:

השיקול הראשון הוא ש"אין ספק מוציא מידי ודאי"⁷⁸ הפגיעה הקשה באיכות חייה של האם היא ודאית ומיידית. גם לבן עצמו תגרום הפרידה מן האם לטראומה קשה בטווח המיידי. לעומת זאת, ההערכה שהוצאת הילד מאמו ומסירתו לאימוץ תיטיב משמעותית את מצבו - מוטלת בספק. לא כל מקרי האימוץ נוחלים הצלחה. ככלל, בקרב ילדים מאומצים יש בעיות פסיכולוגיות בשיעור

76. בבלי כתובות נ, א. ועי' ירושלמי פאה פ"א ה"א.

77. עי' שו"ע אה"ע עא, א, שם נאמר שגם מי שאינו אמיד, מכלימין אותו כדי שיפרנס את בניו שמעל גיל שש. ועי' שו"ת הגם שאול ח"א סי' כ.
יש לציין שלדעת החתם סופר בתשובה (יו"ד ח"ב סי' רכט), גם חובת האדם לפרנס את הוריו נאמרה ביותר מחומש נכסיו.

78. ביטוי זה מופיע במסכת יבמות, דף לח, ובעוד מקומות.

גבוה מאשר בקרב ילדים הגדלים בסביבה טבעית בריאה.⁷⁹ כמו כן, ככל שהאימוץ נעשה בגיל מבוגר יותר כך עולה הסיכון לכישלון;⁸⁰ ובמיוחד במקרה זה, כאשר הילד אינו רוצה לעזוב את אימו.⁸¹ אחד הגורמים המרכזיים לקשיים באימוץ הוא קונפליקט הזהות של הילד, כאשר היא בין הצד הביולוגי הטבעי, הנובע מן ההורים הביולוגיים לבין הצד התרבותי חינוכי הנוצר בידי ההורים המאמצים.⁸² קושי רגשי זה עלול גם לחבל בחינוכו של הילד לתורה ולמצוות; ולכן גם חינוך הילד לא יוכל להוות שיקול שיכריע את הכף לטובת הוצאתו מבית אימו. לכך יש להוסיף טיעון **אמוני**: הטענה כי שינוי משמעותי בסביבת הגידול של הילד הוא זה שיקבע את גורלו עומדת בניגוד מסוים לאחד מעיקרי האמונה היהודית, והוא: **עקרון הבחירה החופשית**.⁸³ התורה כולה בנויה על אמונה בכוחה של הבחירה החופשית, ומתוך כך במקומה המרכזי של האחריות האישית שהאדם לוקח על חייו.⁸⁴ גורלו של האדם אינו רק תוצר של סביבתו. הוא גם תוצאה של הבחירות שהוא בוחר במהלך חייו.

וכך כותב הרמב"ם (שמונה פרקים לרמב"ם, פרק ח):

אבל אתה דע, כי דבר מוסכם עליו מתורתנו ומפילוסופיית יוון, כמו שאימתוהו טענות האמת, שמעשי האדם כולם מסורים אליו, אין כופה עליו בהם, ולא מושך לו מבחוץ בשום פנים, שיטהו אל מעלה או פחיתות; אלא אם כן תהיה הכנה מיזגית בלבד, כמו שבארנו, שיקל בגללה דבר או יקשה, אבל שיחוייב או יימנע - אין בשום פנים.

79. עי' במאמר המתורגם "אימוץ והסתגלות בגיל ההתבגרות". המאמר נכתב במקורו ע"י דויד פרגסון וג'ון הורוורד, ופורסם בכתב העת *Adoption & Fostering*, vol. 22, 1988 וכן בספרה של מילי מאסס, "בשם טובת הילד - אובדן וסבל בהליכי האימוץ".

80. עי' בחוברת "מעקב אחר ילדים גדולים שנמסרו לאימוץ", בה מופיע מחקר שנעשה בשנת תשס"א בידי דורי רבקיין ושושנה באומגולד, מטעם מכון ברוקדייל.

81. נראה שאף אילו הייתה תמיכה מחקרית לסיכויי ההצלחה של האימוץ, לא ניתן לתת משקל יתר למחקרים סטטיסטיים כאלה ואחרים במדע שאיננו מדויק, כאשר כל נתון ייחודי עלול לשנות את המסקנה.

82. עי' במאמרה של פרופ' רונה שוז, "זכות הילד לגדול בבית הוריו הביולוגיים: לקחים מפרשת תינוק המריבה", פרק ב, בסופו (משפחה במשפט א' התשס"ז, עמ' 182-183) ובמקורות המובאים בהערות השוליים.

83. עי' רס"ג, אמונות ודעות, מאמר ד פרק ג, ו'דרך אמונה' (מאת הרב הנזיר), ס"א-ב; רמב"ם, הל' תשובה פרק ה; ועוד.

84. עי' אורות התשובה פרק טז סע' א.1.

על כן, ההנחה שמסירת הילד לאימוץ היא לבדה תקבע את עתידו לחסד ולא לשבט, אינה עומדת במבחן ההשקפה היהודית. ומצד שני, גם אם סביבתו של הילד אינה מכריעה לחלוטין את גורלו, אין ספק שהיא משפיעה בסבירות גבוהה על מצבו העתידי. אין לראות את הטיעון הזה כמכריע, אבל יש להביא גם אותו בחשבון.

השיקול השני נובע מן ההכרה שלקייחת הילד מאימו, יש בה הרבה יותר מאשר פגיעה באיכות החיים שלה.⁸⁵ אם זה יקרה, ישנה סכנה מוחשית להחמרת המחלה של האם, לאובדן משמעות החיים מבחינתה - דבר שהוא עצמו יפגע קשות בתוחלת החיים שלה, ואף יש בזה סיכון ממשי לאובדנות. אומנם גם השלכה זו תלויה במידה מסוימת בבחירה החופשית שלה, אלא שבמצבה הנפשי הירוד מרחב הבחירה שלה מצומצם מאוד. ובכל מקרה, הפיכתה ל'אם שכולה' כשהיא יודעת שבנה חי היא אסון מבחינתה.

את המשמעות הקשה רואים אנו אצל יעקב אבינו, בתגובתו על הידיעה כי "טרוף טורף יוסף" (בראשית לז, לד-לה):

ויקרע יעקב שמלותיו, וישם שק במותניו, ויתאבל על בנו ימים רבים...
וימאן להתנחם, ויאמר: כי ארד אל בני אבל שאולה. ויבך אותו אביו.⁸⁶

וכאשר מדובר בניתוק של בן חי מאביו יש לכך השלכות חמורות ביותר, אותן מבטא יהודה בדבריו אל יוסף (בראשית מד, כז-לד):

ויאמר עבדך אבי אלינו... ולקחתם גם את זה מעם פניי וקרהו אסון, והורדתם את שיבתי ברעה שאולה. ועתה, כבואי אל עבדך אבי, והנער איננו אתנו, ונפשו קשורה בנפשו! והיה כראותו כי אין הנער, ומת; והורידו עבדך את שיבת עבדך אבינו ביגון שאולה... כי איך אעלה אל אבי והנער איננו אתי, פן אראה ברע אשר ימצא את אבי?

על פי זה כותב המהרשד"ם בתשובה (אה"ע סי' קכג):

וכי יעלה על הדעת שלא יהיה לאדם אלא בן יחיד ונפשו קשורה בנפשו, והיה כראותו כי אין הנער ומת אביו מצרתו, ותאמר שאף על פי כן נתנו

85. עי' לעיל, שער ג, הע' 23, שם הבאנו מקורות לכך שבהקשרים מסוימים, יש להתייחס לפגיעה חמורה באיכות החיים כמו לפיקוח נפש.

86. וכן להלן, מד, כז-לא.

לאם כוח להוליכו למקום רחוק?! אין הדעת סובלת זאת.⁸⁷

ואם כן, מהי ההצדקה לאמלל במידה כה חמורה את האם, כאשר התועלת לבן רחוקה מלהיות חד-משמעית?

דברים דומים כתב - בהקשר אחר - הרב יעקב אריאל, במאמרו "ביטול אימוץ" (בספר זה, נספח ב, פרק ג):

מכמה מקומות ניתן ללמוד שלהורים יש זכות לגדל את ילדיהם, כגון: אישה פטורה מפריה ורבייה, אך היא יכולה לטעון שהיא זקוקה לילד שיתמוך בה... מסתבר שזוהי רק דוגמא, כי באותה מידה היא זקוקה גם לחיבוקו של תינוק, כדברי רחל אֶמנו: "הבה לי בנים, ואם אין מתה אנוכי". המושג 'שכול' הוא מושג כבד וקשה שהחברה האנושית מכירה בו כסבל בל יתואר, כפי שניתן לעמוד על כך מתוך המקרא ומפרטי הלכה. ניתוק ילד מהוריו הוא מעין שכול, ולהורים זכות מלאה לתבוע את ילדם בחזרה. אמנם צריך להתחשב בטובת הילד, כפי שיבואר להלן, אולם טענה זו של טובת הילד לא תעמוד למשל לחוטף ילד מחיק אֶמו, אפילו אם הוא רשות חוקית ומכובדת, אלא א"כ יוכח בעליל שההורים אינם מסוגלים לתפקד ולטפל בילדם בשום צורה שהיא. רק **במקרים** קיצוניים ביותר יכול להינתן צו של ניתוק ילד מהוריו.

מדבריו עולה עיקרון יסודי, שאף שאנו שוקלים את טובת הילד, אין משמעות הדבר התעלמות ממעמדם של ההורים ומצורכיהם. והוא מוסיף במסקנת דבריו: גם אז הוא יישאר ילדם החוקי לעולם, אלא שהוא הועבר לאימוצם של המאמצים. וכאמור, האימוץ אינו יכול להפקיע את הורותם הטבעית של ההורים הביולוגיים.

הר"י זילברשטיין (בספר זה, נספח ב), דן בשאלה דומה, בה עלה חשש לאובדנות של האם אם הבת תילקח ממנה. והוא מסיק שהחשש לאובדנות של האם מכריע את צרכיה של הבת, גם כאשר יש הערכה שהאם מתעללת בה; ורק אם קיימת ידיעה ודאית על התעללות אכזרית מצד האם, יש להוציא את הבת מרשותה ולמסור אותה למשפחה אומנת.

87. מובא במאמרו של הר"י זילברשטיין, "אימוץ ילדים נגד רצון ההורים", בספר "על בן אימצת לך", עמ' יז.

שיקול שלישי למנוע את הוצאת הבן מרשות אימו הוא **האוטונומיה של המשפחה**. אם היינו רואים את ההורות כאפטרופסות מטעם המדינה, היה קל יותר להסמיך את רשויות המדינה להחליט על הוצאת הילד מרשות אימו כאשר היא מתקשה למלא כראוי את תפקידה האימהי.

אולם אם אנו רואים את ההורות כעומדת בפני עצמה - בתור ישות טבעית, כסוג של בעלות או כקשר זהותי - נדרש רף גבוה בהרבה כדי לראות את רשויות המדינה כמוסמכות להתערב עד כדי הוצאת הילד מרשות אימו, שכן מדובר בסוג של "גניבת נפשות".

אם היינו רואים את ההורות כאפטרופסות מטעם הקב"ה - היה מקום, לכאורה, להצדיק את הוצאתו מאימו כדי שיתחנך טוב יותר לתורה ולמצוות;⁸⁸ אולם התקדים היחיד שמצאנו בדברי הפוסקים להוצאת ילד מרשות אימו משיקולים ערכיים ומוסריים הוא כאשר מדובר בהוצאת בת מרשות אם העוסקת בזנות. ההלכה נותנת משקל גדול לאוטונומיה של ההורים ומצמצמת מאוד את סמכותו של בית הדין להתערב בתוך התא המשפחתי. וזאת מפני שהגדרת ההורות כאפטרופסות אינה עומדת בפני עצמה אלא היא אחד הביטויים של הקשר הזהותי.

4. מסקנה

לאור כל מה שכתבנו, עולה המסקנה כי במקרה שנדון במשפט המבויים - לאור בקשתם של המארגנים לקבל הכרעה בינארית - אין הצדקה להוציא הבן מחזקת אימו האלמנה והחולה, שכן הפגיעה באם תהיה אנושה וודאית ואילו ההשלכות של האימוץ על הילד הן מורכבות, ויש ספק גדול עד כמה יביא לו הדבר תועלת של ממש.

עם זאת, כאשר אנו חוזרים אל המציאות האמיתית, בהחלט נדרש לחפש ולמצוא **דרכי ביניים**,⁸⁹ כמו: הסתייעות במשפחות מתוך הקהילה, הדרכה הורית, העמדת

88. עי' במאמרם של פרופ' שלמה רומי, ד"ר נורית לוי וד"ר ישראל צבי גילת, "והילד מה הוא אומר", פרק ד (בספר "דברים שיש להם שיעור" עמ' 337-362).

89. המגמה הרווחת כיום בין גורמי הרווחה והטיפול, על בסיס מחקרים פסיכולוגיים וסוציולוגיים, הינה למעט ככל האפשר בהוצאת ילדים ממשפחותיהם, ותחת זאת לתת מעטפת קהילתית תומכת למשפחות המתקשות להעניק לילדיהן את המיטב. זאת מתוך הבנה שהמשפחה היא המקום הטוב ביותר עבור הילד - עי' לדוגמה במחקר שנעשה במסגרת מכון ברוקדייל - "משפחה מיטיבה וקבועה", על ידי יואה שורק, איה אלמוג-זקן, וצ'סלב קונסטנטינוב, ירושלים

'סומכת' שתסייע לאם, השמת הילד במועדונית טיפולית בשעות אחר הצהריים, אומנה יומית, וביניהן - ככלות כל הקיצין - אימוץ פתוח, בו יישמר קשר רציף בין האם לבין הבן אף אם לא יגדל בביתה.⁹⁰ בין דרכי הביניים יש לתת משקל גדול לאפשרות לערב בגידולו של הילד את משפחתו הרחבה.⁹¹

מסקנה זו מתבקשת מתוך המערכת המושגית הבנויה על ההלכה היהודית, שאינה מצדדת ב'שיח הזכויות' אלא נובעת ממצוות "ואהבת לרעך כמוך" ומתמקדת בצרכים של הבן ושל האם; וכן נותנת משקל גדול לקשר הזהותי שבין ההורים לילדיהם ומעניקה משקל גדול לצורך לשמור עליו.

דרך החשיבה המובילה את הדיון במקרה מבחן זה ממחישה ומחדדת את החלופה היהודית ל'שיח הזכויות' - בו אנו רואים כל אדם כ'ראוי' לסיפוק של כל מה שהוא זקוק לו מכוח היותו נברא בצלם אלהים, כאשר החברה כולה נושאת באחריות כלפי שני הצדדים כאחד מתוך תודעה עמוקה של אחווה כלפי כל אחד מהם.

2021. מופיע באינטרנט באתר <https://din-online.info/pdf/mb127.pdf>.

השופט לשעבר פיליפ מרכוס הוסיף שיש לשקול מינוי עורך דין אישי לאם ועורך דין כאפוטרופוס אישי לילד - עורכי דין שתפקידם אינו 'לנצח' אלא להציע פתרונות טובים יותר. והוסיף שניתן להיעזר בעמותות המסייעות לחולי נפש, כמו עמותת 'אנוש' או 'בזכות' - לשאוב רעיונות חדשים מתוך הניסיון שלהן ולקבל מהן סיוע נחוץ לקבלת החלטה מיטבית וליישומה.

90. תודתי נתונה לפרופ' רונה שוז שעדכנה אותי בכך שכיום גם בתי המשפט למשפחה תומכים באימוץ פתוח כברירת מחדל במצבים דומים לנידון דידן. ועי' לעיל, פרק ג, והע' 61.

91. עי' לעיל שער ג, פרק יד, 6-8 והע' 34.

סיכום כללי

שער ראשון

- א. מצווה גדולה לאמץ ילד שאין לו הורים או שהוריו אינם מסוגלים לגדל אותו כראוי. זהו מעשה חסד שאין לו שיעור.
- ב. אף שהאימוץ יוצר "הורות פסיכולוגית" במובן העמוק ביותר שלה, הוא אינו מפקיע את ההורות הביולוגית ואינו יוצר הורות חדשה, אלא מהווה סידור מעשי היכן יגדל הילד, מי יטפל בו ומי יחזיק בסמכויות הנדרשות לשם כך.
- ג. ההלכה מצדדת במשפחה הטבעית ואינה מכירה בשום סוג של 'משפחה חוקית' שהבסיס שלה הוא הסכמי-משפטי, ולכן המושג 'הורות' מוגדר על פי קשר הדם.
- ד. הזהות הלאומית גוברת על הזהות המשפחתית, ולכן במצבי מעבר שבין יהודי לגוי לא הולכים אחרי קשר הדם. הדבר בא לידי ביטוי בכך ש"גר שנתגייר כקטן שנולד" ושמי שנולד מנישואי תערובת מתייחס רק לאימו.
- ה. במקרים שבהם נדרשת מסירה של ילד לאימוץ, יש להעדיף 'אימוץ פתוח', בו נשמר הקשר בינו לבין הוריו הביולוגיים ותישמר זהותו המקורית, כל זמן שהשיקולים המקצועיים מאפשרים זאת.

שער שני

- א. בדיני בני נח הילדים מוגדרים כקניינו של אביהם, וכך מוגדר גם במשפט הרומי. לכן, בדיני בני נח ובמשפטי העמים יש להורים סמכות לוותר על ילדיהם ולהעביר אותם לאימוץ אצל אנשים אחרים, שייחשבו הוריהם לכל דבר ועניין.
- ב. בדיני ישראל, אין לאב קניין בבנו אלא אחריות לגידולו שמכוחה מוענקות לו סמכויות שונות עד שיגדל.
- ג. יש לאב קניין זמני בכל הנוגע ל"אישות דבתו". מקניין זה נובעות סמכויות הנדרשות לאב כדי לשמור על גופה של בתו מפגיעה ולהשיא אותה לאיש בהגיעה לפרקה.

- ד. אף שאין לאם קניין בילדיה, ההלכה מכירה בקשר העמוק שיש לה איתם ובצורך שלה לממש את אימהותה.
- ה. הדעה הרווחת בבתי הדין אינה מכירה בזכויות משפטיות של ההורים בילדיהם. אומנם השיקול המכריע הוא "טובת הילד"; אבל גם הצרכים הרגשיים של ההורים מובאים בחשבון.
- ו. אחד המרכיבים המרכזיים של ההורות הוא האחריות של ההורים על ילדיהם כאפוטרופוסים מטעמו של הבורא. במובן זה יש לראות את הילדים כפיקדון שהקב"ה מפקיד בידי הוריהם.
- ז. מצוות חינוך היא המוקד המרכזי של אחריות ההורים על ילדיהם.
- ח. הדעה המקובלת בהלכה היא שמצוות חינוך מוטלת על שני ההורים אף שעיקרה מוטל על האב. חובת האם קיימת ביתר שאת במקרה שבו אביהם של הילדים נעדר מחייהם.
- ט. ההורות אינה ניתנת להגדרה באמצעות תבניות משפטיות מקובלות, ויש לראות אותה כ"קשר זהותי".
- י. בדיני ישראל, מאחר שילד אינו רכוש של הוריו, אין דרך להפקיע הורות כפי שמפקיעים רכוש מבעליו בהליך משפטי כלשהו.
- יא. בדיני בני נח, יש מקום להסתפק בזמננו, כאשר האנושות אינה רואה את הילדים כקניין של ההורים, אם יש להורים בזמננו סמכות משפטית לוותר על ילדיהם.
- יב. יש לאפשר להורים הביולוגיים לחזור בהם מהסכמתם למסור את ילדם לאימוץ, בכפוף לשיקולים של טובת הילד ותקנתו, אם שינו את דעתם זמן סביר לאחר שחתמו על ההסכמה.

שער שלישי

- א. ההתערבות במקרה שילד סובל מהתעללות מצד הוריו מבוססת על הציווי "לא תעמוד על דם רעך". ומסתבר שהוא הדין לילד הסובל מהזנחה קשה המסכנת במידה חמורה את בריאותו הפיזית, הנפשית או המוסרית.
- ב. המצווה לטפל בילד במצבים כאלה מוטלת בעיקרון על כל אדם; אבל רק לרשויות הציבוריות המוסמכות יש בעניין זה תפקיד בשם הציבור, כלים לשיקול דעת מורכב וזהיר ויכולת אכיפה - שאינם עומדים לרשות האדם הפרטי.

- ג. טיפול בילד הסובל מהזנחה הפוגעת בהתפתחותו התקינה מבוסס על מצוות "ואהבת לרעך כמוך". הסמכות להתערב במקרה כזה בניגוד לרצון ההורים נתונה רק לרשויות ציבוריות, מכוח תפקידן הציבורי.
- ד. בכל מקרה כזה יש מעמד מיוחד לבני המשפחה הרחבה של הילד; ובמקרה שנאלצים להוציא אותו מבית הוריו, ישנה עדיפות למסירתו לידי קרוביו.
- ה. העיקרון "בית דין אביהם של יתומים" אמור דווקא בילדים שאין להם שני הורים מתפקדים, ואין משמעותו סמכות בלתי מוגבלת לרשויות הציבוריות להתערב במה שמתרחש בתוך התא המשפחתי.
- ו. לבית הדין ישנם שני מקורות סמכות: האחד הוא הסמכות הדתית, מכוחו של הקב"ה, שהוא "דיין אלמנות ואבי יתומים", והשני הוא תפקידו כחלק מרכזי בהנהגת הציבור. המקור השני רלוונטי גם למדינה.
- ז. הנחת היסוד של "חוק חינוך חובה חנים" צריכה להיות שיש למדינה אחריות שיורית בלבד על ילדים שאין להוריהם יכולת - כלכלית או מנטלית - לתת לילדיהם את החינוך המתאים להם; ואין מקום לתפיסה שיש בה משום "הלאמה" של הילדים.
- ח. המשפחה היא גוף אוטונומי החסין מפני התערבות חיצונית מצד הרשויות למעט מקרים קיצוניים של סכנה לשלומו של הילד או הזנחה הפוגעת קשות בהתפתחותו התקינה. מעבר לכך, תפקידן של הרשויות הציבוריות הוא לסייע להורים במילוי תפקידיהם ואף לאכוף עליהם את קיום חובותיהם כלפי ילדיהם, אך לא להפקיע מהם את האחריות על ילדיהם.

שער רביעי

- א. מערכת המושגים המתאימה לדיון בשאלות של הוצאת ילד מחזקת הוריו היא לא מושגים של 'בעלות', 'זכות' או 'חובה', אלא אחריות של הרשויות הנובעת ממצוות "ואהבת לרעך כמוך".
- ב. השיקולים שצריכים להנחות את מקבלי ההחלטות הם הצרכים השונים שיש לכל הצדדים המעורבים בדיון.
- ג. אין העדפה קטגורית לצורכי הבן על פני צורכיהם של ההורים ולהיפך; ויש בשאלה זו צדדים לכאן ולכאן המחייבים שיקול דעת בכל מקרה לגופו.
- ד. יש לתת משקל גדול יותר לשיקולים הנוגעים לצרכים ודאיים שיש דרך להבטיח את הסיפוק שלהם, על פני שיקולים הנוגעים לצרכים שאין כל ודאות שאכן יבואו על סיפוקם.

אפילוג הורות, מהי?

השאלה כיצד להגדיר את ההורות נמצאת ברקע של כל הדיון על אימוץ ודילמות העולות ממנו.

ישנן שאלות שבדורות אחרים לא היו עולות כלל ועיקר, מפני שהתשובות היו מובנות מאליהן. לא תמיד הן היו מנוסחות בבהירות ומנומקות כדבעי, אולם איש לא נדרש להן. הדברים היו כה פשוטים, עד שאיש לא העלה על דעתו לשאול על כך. אולם לאחר שמתרחשים שינויים רבים בעולם – טכנולוגיים, תרבותיים וחברתיים, נעשה מה שנחשב בעבר כמובן מאליו לדבר שאינו פשוט כלל, עד שיש צורך בבחינה מחודשת לגמרי של התפיסה מן העבר לאור מה שעולה מתרבויות שונות ומנסיבות שהזמן גרמן.

כך קרה גם למושג ה"הורות". הדורות הקודמים לא התחבטו כלל בשאלה. פשוט היה להם שהאב והאם הם ההורים הביולוגיים של הילד, וכל שהטריד אותם היה כיצד לוודא את אותה עובדה ביולוגית. גם מהותה של ההורות הייתה נהירה להם אף שלא נדרשו להגדיר אותה. הסמכויות ותחומי האחריות של ההורים היו ברורים, וכל שנדרש היה להגדיר את גבולותיהן – מה כלול בהן ועד מתי קיימת כל אחת מהן.

העידן הנוכחי מאתגר מאוד את מה שהיה מובן מאליו בדורות הקודמים, מסיבות שונות:

א. המפגש בין התרבויות השונות מציג בפנינו תפיסות שונות לחלוטין, שאף הן נתפסות כמובנות מאליהן בעיני האוחזים בהן; וזה מציב סימן שאלה על מה שהיה עד כה מובן מאליו בשבילנו.

ב. טכנולוגיות מפותחות של פוריות מעמידות בפנינו דרכים מלאכותיות רבות להבאת ילדים לעולם: מכירת זרע או ביצית, פונדקאות, השתלת רחם או שחלות, ועוד ועוד. כל טכנולוגיה כזאת מעלה שאלות: מיהם הוריו של הילד? מהו היחס בינו לבין מי שיזם את הבאתו לעולם, אף אם אינו חולק עימו קשר ביולוגי? ומה היחס בינו לבין מי שקשור אליו בקשר ביולוגי, אבל מעולם לא רצה לגדל אותו?

ורק סיפק שירות כזה או אחר למי שלא יכול היה לעשות זאת בעצמו? וכאשר הפונקציה הביולוגית עצמה נחלקת בין כמה גורמים, האתגר נעשה גדול עוד יותר.

ג. המדינה נוטה לנכס לעצמה יותר ויותר תחומי חיים, ולהסדיר יותר ויותר דברים שהתנהלו בעבר באופן טבעי. המדינה מבקשת לקבוע מהי הורות ומיהם ההורים. המדינה מבקשת לקבוע את תפקידי ההורים, תחומי האחריות ותחומי הסמכות שלהם, וכן את זכויות ההורים וזכויות הילדים. המערכת המושגית שבה מנוסחים החוקים היא השפה המשפטית שיש לה היגיון פנימי משלה, שלא תמיד עולה בקנה אחד עם מה שהיה מקובל בעבר.

ד. הגורם האחרון הוא התפוררות התא המשפחתי. עצם קיומו של תא משפחתי המורכב מאיש ואישה הבאים בברית הנישואין ומגדלים בצוותא את ילדיהם הביולוגיים פסק, לצערנו, מלהיות הדבר המובן מאליו. מתרבים מקרי הגירושין, רווקים ורווקות רבים אינם מצליחים להינשא, רווקות מביאות ילדים לעולם ללא נישואין ומבלי שיש להם אב ידוע. ועל כולם - משקי בית חד-מיניים המביאים לעולם ילדים מקניית זרע או משילוב של קניית ביצית ושכירת רחם, תוך תביעה להכיר בהם כהורים לכל דבר ועניין גם כאשר מדובר במי שאין לו שום קשר ביולוגי אל הילד.

כל זה מעלה שורה ארוכה של שאלות על מהותה ומשמעותה של ההורות: האם היא מושג טבעי-ביולוגי או הסכמי? אם ההורות היא מושג טבעי, האם יש מערכת חוקית המנסחת ומגדירה את הגבולות שלו? ואם היא הסכמי, האם הוא נובע מהסכמת הצדדים להסכם, מהסכמה חברתית או מחוקי המדינה ופסיקות בתי המשפט (שיכולים לנסח מוסכמות חברתיות בבהירות או לעמוד מכוח עצמם)?

ובכלל, מהו היחס שבין המשפחה לבין המדינה? האם המשפחה היא ישות שקדמה למדינה, וכל שנותר למדינה הוא רק לספק את התנאים לקיומה ולהתערב רק במקרי קיצון, או להיפך, שהמדינה היא היוצרת את מושג המשפחה באמצעות חוקיה ושופטיה, והיא המעניקה להורים את מעמדם?

כל זה מעלה שאלה נוספת, על מקור הסמכות של ההורים כלפי ילדיהם: האם המשפחה היא ישות אוטונומית, המעניקה להורים סמכות טבעית ותפקידים טבעיים או שהמשפחה אינה אלא זרוע ארוכה של המדינה, שהיא היא מקור הסמכות והתפקיד?

את אותן שאלות אפשר לשאול גם מן ההיבט התורני: האם ההלכה מכירה במשפחה כמושג טבעי או שהיא מגדירה אותה ואת היחסים בין חבריה על ידי החוק, שהוא ההלכה? האם יש להורים אוטונומיה מול "השותף השלישי" שלהם, שהוא הקב"ה, או שבית הדין הבא מכוחו מוסמך להתערב במשפחה גם כשהיא מתפקדת?

ואולי כל ההעמדה הדיכוטומית של המשפחה מול גורמים אחרים איננה נכונה, וכשם שיש מקום לראות את המשפחה עצמה כישות אורגנית, כך נכון לראות אותה כמרכיב בתוך ישויות אורגניות גדולות ממנה, כמו המשפחה הרחבה, הקהילה או האומה, ואף הבריאה כולה, ומתוך כך לראות את מערכת היחסים וחלוקת התפקידים והסמכויות ביניהן כדבר גמיש יותר?

עוד יש לשאול שאלה כללית: מהי 'הורות'? האם היא מהווה סוג של 'בעלות' על הילדים, בדומה לבעלות על בעלי חיים או עבדים בימי קדם? האם היא בעלות מוגבלת, חלקית, זמנית ומרוסנת, שיש מקום לראות אותה כאוסף של "זכויות הוריות"? ואולי אין ההורות אלא סוג של אפוטרופוסות, כמי שמוטלת עליהם האחריות לגדל את ילדיהם, לדאוג לכל צורכיהם ולחנכם עד שיעמדו ברשות עצמם?

אם נקבל את ההנחה כי ההורות היא אפוטרופוסות, מייד תעלה שאלת השורש: מכוח מי? האם הילד הוא אדון לעצמו, כאישיות משפטית הנושאת זכויות, ואחריותם וסמכויותיהם של ההורים כלפיו נובעות ממנו עצמו? האם הילד שייך, בעצם, למדינה, והיא הממנה את ההורים כאפוטרופוסים מטעמה? או שמא הילדים שייכים בכלל לבורא העולם, שההורים פועלים בשליחותו?

ואולי כל הפירוט הזה רק מסבך את התמונה, כשהוא מבקש להגדיר את ההורות במושגים משפטיים המוכרים מתחומים אחרים, כאשר ההורות עצמה היא דבר גדול לאין ערוך מכל מושג משפטי? ואם כך הם פני הדברים, מהו היחס שבין ההורות כמהות לבין ביטויים משפטיים שונים שיש לה?

בספר זה אנו טוענים ושבים וטוענים כי ההורות היא מושג עמוק ורחב בהרבה מכל מרכיביו. ברמה המהותית, ההורות היא "קשר זהותי" שבו הילדים מהווים המשך ביולוגי, פסיכולוגי, רוחני וכלכלי של הוריהם. כל המאפיינים האחרים שיש בהורות: זכויות וחובות, שייכות ואפוטרופוסות, וכמובן - הקשר הרגשי העמוק שיש בין ההורים לילדיהם, אינם אלא ביטויים חלקיים של מהות זו. תובנה זו

מניחה מיניה וביה כי ההורות היא ביולוגית-טבעית, ולא נובעת מהסכמה בין חבריה או מן המדינה וחוקיה.

מסקנה זו של הספר פוגשת מושג שנדון בספרים הקודמים שיצאו על ידי מחלקת 'אחוזה' למדיניות חברתית שבמרכז תורה ומדינה, והוא "שיח הראויות" שבא להחליף את "שיח הזכויות" השולט כיום בכיפה.

כפי שהזכרנו, שאלות אלה לא עלו בעוצמה רבה בדורות קודמים, שלא אותגרו על ידי מציאות החיים של דורנו. אולם תופעה אחת הייתה קיימת משחר ההיסטוריה, והיא אימוץ ילדים. בדרך כלל, מדובר היה ביתומים מאב ומאם שאחרים לקחו אחריות לגדלם. במקרים רבים היו אלה קרובי משפחה, ובמקרים אחרים היו אלה אנשים זרים לחלוטין. היו גם מקרים של אימוץ ילדים שלפחות אחד מהוריהם היה בחיים, אבל לא הייתה להם אפשרות לחיות בביתם הטבעי. היו גם מקרים שבהם גורמים שונים התערבו במצבים קשים בהם ילדים סבלו התעללות, הזנחה או פגיעה, וגם מהם ניתן ללמוד.

התפיסות השונות בדבר מהותו של הקשר שבין ההורים לילדיהם באות לידי ביטוי חריף כאשר אנו דנים בשאלות הקשורות לאימוץ. שאלות אלה מהוות מקרי מבחן שבהם מתגלות ההשלכות של התפיסות העקרוניות ביחס להורות.

אם ההורות מוגדרת על ידי הטבע הביולוגי, האימוץ אינו יכול להחליף את ההורות הטבעית. אולם אם ההורות מוגדרת על ידי חוק המדינה או הסכמה חברתית, יכולים החוק או ההסכמה לקבוע שגם אימוץ הוא הורות לכל דבר ועניין.

כמו כן, אם ההורות היא קשר של זהות, היא אינה נתונה להפקעה או להעברה. אולם אם הורות היא בעלות, ניתן להעביר הורות כדרך שמעבירים חפץ מיד ליד - על ידי מסירה הנובעת מהסכמת הצדדים, על ידי הפקרה וזכייה מן ההפקר או על ידי הפקעה בידי המדינה.

כל זה משליך גם על אופן האימוץ. תפיסת ההורות כזהות הנובעת מקשר הדם תכוון יותר ל"אימוץ פתוח" במקרים שבהם הוא מתאפשר, ואילו תפיסת ההורות כנובעת מן החוק תיתן יותר מקום ל"אימוץ סגור".

שאלות אלו מקרינות גם על ההצדקה להוצאת ילד מרשות הוריו ומסירתו לאימוץ:

אם ההורות היא מושג משפטי, יהיה מקום להבחין בין הגדרות משפטיות שונות: אם היא מוגדרת כקניין של ההורים, לא ברור מהיכן באה סמכותה של המדינה להפקיע אותה.

אם היא מוגדרת כאפוטרופסות, מעמדה תלוי בגורם שמכוחו היא נובעת. אם היא באה מכוחה של המדינה, המשמעות היא שיש למדינה סמכות מלאה להתערב בכל מקרה שבו היא רואה לנכון לעשות זאת, עד כדי הוצאת הילד מרשות הוריו ומסירתו לאחרים שיגדלו אותו להיות אזרח נאמן ומועיל. ואם היא באה מכוחו של הקב"ה, יהיה מקום לטעון ששיקולים של חינוך לתורה ולמצוות יצדיקו הוצאת ילד מהוריו.

אבל אם ההורות היא מושג טבעי, ברירת המחדל תהיה תמיד להימנע מהתערבות כה בוטה בקשר שבין ההורים לילדיהם. על פי תפיסה זו, ההורות היא קשר של זהות, ולכן השיקולים היחידים שיצדיקו את הוצאת הילד מרשות הוריו הם אילוצים של הצלה מסכנה ממשית - גופנית או נפשית, שאף אותה יש צורך להגדיר. מנקודת מבט זו, גם אם נכיר במאפיינים של בעלות או אפוטרופסות כמבטאים את מושג ההורות, לא יהיה להם משקל בשאלות חמורות אלה.

שאלות אלה הן עקרוניות, כאשר תפיסות מקצועיות שונות באשר לטובת הילדים ותקנתם מצטרפות אף הן למערכת המורכבת של השיקולים העולים בכל מקרה לגופו.



בכל זה ניתן לראות כיצד ההלכה היהודית מתווה דרך משלה להגדרת הקשר שבין ההורים לבין ילדיהם מול מצבים המאתגרים את הקשר הזה מכיוונים שונים: גם בשמירה על זהותו של הילד בכל תנאי מצד אחד, תוך דאגה לשלומו, לבריאותו הגופנית, הנפשית והרוחנית מצד שני, וגם באיזון זהיר שבין הצרכים שלו לבין הצרכים של כל אחד מהוריו.