



בס"ד, ה' שבט (3/2/06)

אפוטרופסות על ילד לזוג לסביות

מאת הרב יוסי שרעבי וד"ר יובל סיני

א. הקדמה

סוגיה זו מעלה שאלות אנושיות מורכבות שאמנם התשובה אליהן חד משמעית אך איננה פשוטה כלל וכלל. השאלות נוגעות לסוגיית חופש הפרט מול זכות הילד לגדול באופן טבעי, ולערכים עליהם מושתתת מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. האם וכיצד יש לחזק את ערך המשפחה במשמעותו הדתית והתרבותית בהיסטוריה של עם ישראל, והאם עלינו לתת לרוחות זרות לפגום בייחודנו כעם יהודי? המקורות שיובאו לקמן אינם משפטיים קלאסיים באשר לא נזקקו לסוגיות כאלו בעבר, אך יש בהם ללמד על העקרונות ההלכתיים עליהם יש לבסס את הכיוון הראוי בסוגיה הנדונה.

ב. מערכת יחסים הומוסקסואלית בין שתי נשים והתא המשפחתי ע"פ היהדות

על אף שהשאלה עניינה בזכות האפוטרופסות של זוג לסביות על ילד ולא במעמד ההלכתי של יחסיהן, לא ניתן להימנע מדיון גם בשאלה זו, שכן כפי שנראה יש קשר ישיר בין מערכת היחסים המינית או הזוגית לבין שלילת הקמתו של תא משפחתי המבוסס על מערכת יחסים אסורה.

רבים מחכמי ימי הביניים הגדירו את המטרה הראשית של נטיעת היצר המיני אצל האדם כמכשיר להמשך קיום בני אדם עלי אדמות¹. ומאחר שהקב"ה חפץ ביישובו של עולם, המצווה הראשונה בתורה שציווה בה את האדם היא פריה ורביה, שבסיבתה מתקיימות כל המצוות בעולם². וראוי לצטט בהקשר זה את דברי השולחן ערוך בתחילת חלק אבן העזר³:
חייב כל אדם לישא אשה כדי לפרות ולרבות. וכל מי שאינו עוסק בפריה ורביה כאילו שופך דמים, וממעט את הדמות, וגורם לשכינה שתסתלק מישראל.

¹ רמב"ם, הלכות דעות, פרק ג, הלכה ב; ראב"ד, בעלי הנפש, שער הקדושה; אבן עזרא, ויקרא יח, כ; חובות הלבבות, שער הפרישות, פרק א.

² ספר החינוך, מצוה א. ראה גם א' שטינברג, ספר אסיא ד (1983), 203-190; הני"ל, אנציקלופדיה הלכתית רפואית, כרך ד (ירושלים תשנ"ד), ערך 'מיניות'.

³ שולחן ערוך, אבן העזר, סימן א, סעיף א.

מתוך ראייה זו של מוסד הנישואין נובעות הלכות מסוימות, אף שלעיתים טמון בהן קושי מן ההיבט האנושי, למשל כפיית בני זוג להתגרש לאחר שלא הצליחו להביא יחדיו צאצאים⁴, ועוד.

אין ספק שחלק מאיסורי העריות בתורה נגזר מתוך החטאתו את המטרה הנזכרת של הקמת תא משפחתי של הורים וילדים, ובמיוחד יחסים הומוסקסואלים, וכך דברי ספר החינוך בעניין איסור משכב זכר⁵:

משרשי המצוה, לפי שהשם ברוך הוא חפץ ביישוב עולמו אשר ברא. ולכן ציוה לבל ישחיתו זרעם במשכבי הזכרים, כי הוא באמת השחתה שאין בדבר תועלת פרי ולא מצות עונה, מלבד שענין אותו טינוף נמאס ומכוער הוא מאד בעיני כל בעל שכל, והאיש שנברא לעבוד בוראו לא ראוי להתנוול במעשים מכוערים כאלו.

אף יחסי מין בין נשים אסורים⁶. יש הסבורים שאיסור זה הוא מן התורה⁷ ויש הסוברים שאיסור זה מדרבנן⁸, אך גם לפי שיטה זו מדגיש הרמב"ם (הלכות איסורי ביאה כא, ח) כי הדבר "אסור וממעשה מצרים הוא שהוזהרנו עליו שנאמר כמעשה ארץ מצרים לא תעשו, אמרו חכמים מה היו עושים איש נושא איש ואשה נושא אשה, ואשה נשאת לשני אנשים... ויש לאיש להקפיד על אשתו מדבר זה ומונע הנשים הידועות בכך מלהכנס לה ומלצאת היא אליהן". ויש מי שהבחין בין יחסים כאלה הנעשים דרך נישואין ובקביעות לבין יחסים מזדמנים⁹.

ברור אפוא שהתורה שוללת בתכלית השלילה מערכות יחסים, שאין בהן כדי להעמיד צאצאים באופן הטבעי התואם את כוונת בריאת האדם, והיא אף רואה במערכות יחסים חד-מיניות משום "מעשה מצרים" המנוגד להשקפת העולם של היהדות שהעמידה על נס את הזוגיות בין גבר לאשה דווקא.

ומכאן דומה שהמסקנה העולה מאליה היא כי יצירת תא משפחתי מלאכותי המבוסס על מערכת יחסים חד מינית הוא פסול ונוגד את כוונת התורה במערכת דיני האישות¹⁰ מעבר לאיסור הפורמלי ביחסים המיניים עצמם.

ג. טובת הילד

לעקרון טובת הילד מעמד של עיקרון-על והוא נדון בעיקר בנסיבות שהתא המשפחתי התפרק או שאיננו מתפקד באופן נורמלי¹¹, כשהשאלה הנדונה בדרך כלל היא האם יש להעדיף שהקטין יהיה

⁴ שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קנד, סעיף י.

⁵ ספר החינוך. מצוה רט.

⁶ תורת כהנים, ויקרא, יג, ח; בבלי, שבת, דף סה ע"א; יבמות, דף עו ע"א; רמב"ם, הלכות איסורי ביאה, פרק כא, הלכה ח; שולחן ערוך, אבן העזר, סימן כ, סעיף ב; שטינברג, שם.

⁷ לבוש, אבן העזר, סימן כ; עצי ארזים, סימן כא, ס"ק א; שו"ת צפנת פענח, חלק ג, סימן קסד.

⁸ פרישה אבן העזר, סימן כ, ס"ק יא; חקר הלכה, חקירה יד.

⁹ קרית מלך רב, חלק ב, סימן כו. וראה עוד העמק דבר, ויקרא יח, ג.

¹⁰ ראה הרב א' סמט, **עיונים בפרשות השבוע** כרך ב (מעלה אדומים תשס"ב), פרשת אחרי מות.

במשמורת האב או במשמורת האם לאור העיקרון האמור. אין צורך לומר שהנחת העבודה במקרה כזה היא שטובת הילד הרבה ביותר, חיים בבית משותף של אביו ואמו, לא יכולה להתקיים בנסיבות העניין.

השאלה המתעוררת בנידוננו איננה שאלה של מצב נתון בדיעבד של תא משפחתי מפורק, אלא האם יש לאפשר את הקמתו של תא משפחתי שיש בו כדי לפגוע בטובת הילד. שאלה זו יכולה שתהיה לגבי מתן צו אפוסטרופסות לגבי קטין ספיציפי, אך גם יכולה שתהיה כשאלה עקרונית שיש לבחון בה את טובת הילד במובנו הרחב כמדיניות חברתית רצויה.

כפי שאמרנו לעיל התורה מכוונת ליצירת תא משפחתי המורכב מאבא, אמא וצאצאים משותפים, ויצירת תא משפחתי שונה מזאת לכתחילה¹² הינו פסול. הסבר לדבר מן ההיבט של טובת הילד מצוי בדבריו של הרב יצחק שילת¹³:

נראה כי יש לקבוע באופן חד משמעי, כי הבאת ילד לעולם צריכה להיות אך ורק לתוך משפחה דו-הורית, וזאת לא בתורת גזירה וסייג לאיסורים שבין אדם למקום, אלא מעיקר הדין ומדאורייתא, משום "ואהבת לרעך כמוך". כי מצוות "ואהבת לרעך כמוך"... מחייבת לברור לו חיים יפים. כל ילד זקוק מבחינה נפשית לאב ולאם.

דומה שאמירה זו מבטאת את גישת התורה באשר לטובת הילד ולצרכיו הנפשיים ועל כן אין ליצור לכתחילה תא משפחתי לא טבעי ומלאכותי ולו בשל שיקול זה.

הצורך של הילד באב ובאם קשור אף לנושא **חינוך הילדים**, שכידוע נתפס בעולם היהדות כערך ראשון במעלה ("והגדת לבניך").

במקורות היהדות עולה כי האב והאם מופקדים על חינוך ילדיהם, תוך ראיית התפקיד השונה של כל אחד מבני הזוג, וההשלמה. כבר לימדונו חז"ל, "שגלוי לפניו [הקב"ה] שהבן ירא את אביו יותר מאמו", ומצד שני גלוי לפניו שהבן מכבד את אמו יותר מאביו, מפני שמשדתלתו בדברים¹⁴. כלומר האב נתפס כדמות סמכותית יותר מהאם, ואילו האם נתפסת כמדריכה ברוך ובפייסנות. אף במשלי אמר החכם מכל אדם "שמע בני מוסר אביך ואל תטוש תורת אמן" (משלי א, ח), ופירש הרלב"ג: "שמע בני מוסר אביך ואל תעזוב ההנהגה שתנהיגך אמן".

¹¹ ראה למשל י"צ גילת, "שיקול טובת הילד לפי המשפט העברי, בסכסוך שבין הורים על משמורת ילדם", **מחקרי משפט ח** (תש"ן), 349 – 297; י" קפלן, "טובת הילד כעקרון על", פרשת שמות, תשס"ד, **פרשת השבוע**, גליון 152; א' שוחטמן, "למהותם של כללי ההלכה בסוגיית החזקת הילדים", **שנתון המשפט העברי**, כרך ה (תשל"ח) עמ' 285-320.

¹² שהרי המציאות עלולה לזמן לפתחנו מצב בו שתי נשים מגדלות ילד, כגון אישה ואימה התומכת בה ושתייהן אלמנות. אולם מצב זה אף שאיננו טוב מבחינת גידולו של הילד איננו נתון לבחירה מראש.

¹³ הרב י" שילת, "שיכפול גנטי לאור ההלכה", **תחומין** יח (תשנ"ח), 149-137, בעמ' 149-148. ראה גם הרב י' אריאל, מ' ורמוט, פ' אברמוביץ-שניידר, א' שופר, "הפרייה לאחר המוות – היבטים משפטיים והלכתיים", **הרפואה קלט** (2000), עמ' 331; הרב י"ב שפרן, "אבהות לאחר מיתה", **תחומין** כ (תש"ס), 352-347, בעמ' 352.

אף שהדיון במקרים אלו הוא במצב של גידול ילד ללא דמות אב, הצד השווה הוא שמצב זה נעשה בבחירה של ההורה, וכפי עלולה להיווצר בעיה לילד שגדל ללא דמות אב, עלולה להיווצר בעיה לילד שגדל עם דמות אם נוספת במקום דמות אב.

¹⁴ ראו פירוש רש"י על התורה, ויקרא יט, ג (על פי דברי התלמוד בקידושין ל ע"ב – לא ע"א).

הרי שמדרכו של עולם שהאב מלמד בנו מוסר והאם מנהיגה, "כי האשה חכמה מורה הדרך הישרה לבנה" (אבן עזרא שם). וכך כותב שמואל גליק בספרו **החינוך בראי ההלכה והחוק** (ירושלים תשנ"ט), עמ' 81: "בימי קדם התקיים כל התהליך החינוכי בבית ההורים ובמסגרת המשפחה: חינוך הילד הקטן החל בבית אמו... ומשיצא הילד משלב הינקות הופקד עיקר חינוכו בידי האב¹⁵... עליו הוטלה החובה לייסד את בנו, ולהקפיד הקפדה יתירה על הנהגתו; הוא היה מקור להזדהות ולחיקוי, המדריך המלמד והמחנך, והוא אשר הנחיל לבניו את פילוסופיית החייב אשר לפיה התחנכו, בבחינת הנחלת ערכי "דור הולך ודור בא". חינוך הבת נשאר בידי האם, אשר לימדתה אורחות נשים, והכשירה אותה מילדותה למילוי תפקידה כאשה וכעקרת בית". אמנם, ייתכן שתיאור זה הולם יותר את המקובל בימי קדם, וכיום חינוך הילדים מופקד באופן שווה בידי שני ההורים, ולאמיתו של דבר אף לפי המשפט העברי "החובה הראשונית לחנך את הבן ואת הבת ברוח ההלכה, חלה מעיקרה על האב ועל האם"¹⁶.

עם זאת, נראה שאף כיום אין ספק - וככל הידוע לנו אף מחקרים בחינוך ובפסיכולוגיה מאששים זאת - שבחינוך ילדים יש צורך גם בדמות סמכותית המציבה גבולות, שהינו בדרך כלל הגבר, וגם בדמות המנהיגה בנועם וברוך, בדרך כלל האשה.

עוד יש להוסיף, מתוך ראייה זו של טובת הילד, יש לזכור שעד כמה שעשויה להתרחב תופעת הזוגות החד מיניים יש להניח שהיא תישאר תמיד בשולי החברה הישראלית, ודבר זה עלול להוסיף משא נפשי של חריגות חברתית על הילד העלול להכביד על התפתחותו הנפשית התקינה, ואף מטעם זה נראה שאין לפגוע בזכות הבסיסית של הילד לחיים נורמליים וטבעיים.

ד. מדיניות חברתית יהודית

נראה כי ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית צריכים לבוא לידי ביטוי גם בתחום הגדרת גבולות ברורים לחופש הפרט בכל הקשור ליצירת התא המשפחתי, ולא רק מכח המצוות והאיסורים ההלכתיים בענייני אישות ומשפחה¹⁷, אלא גם מתוך הכרת ערך המשפחה בהסטוריה היהודית, החל מאבות האומה בתקופת המקרא ועד סיומה של הגלות הארוכה. נראה גם כי מרבית הציבור היהודי במדינת ישראל רואה בשלילה הקמת תא משפחתי מלאכותי כבנידוננו. דבר זה בא לידי ביטוי בחקיקה הישראלית הרואה את דרך המלך לבא בברית נישואין בין יהודים בדרך ההלכה היהודית, כדת משה וישראל. ולפיכך, בודאי אין המחוקק מכיר בנישואין חד מיניים בין יהודים בישראל¹⁸, וצריך לומר שאין זה רק עקב החשש של פילוג בעם, שכן יש רצון לפתור בעיות של פסולי חיתון בדרכים אלטרנטיביות, אלא משום שהדבר מבטא

¹⁵ ואף לפי התלמוד עיקר מצוות חינוך הבן מוטל על האב. ראו נזיר כט ע"א.

¹⁶ גליק, שם, עמ' 134.

¹⁷ יש לזכור שלא רק איסורי עריות מבטאים את הרעיון האמור בדבר התא המשפחתי הראוי אלא גם מצוות אחרות בתורה המבוססות על קיומו של תא משפחתי קלאסי, כמו מצות כיבוד אב ואם, מצוות החינוך המוטלת על האב, ועוד.

¹⁸ אף שלעניין חוקים מסוימים וזכויות סוציאליות מסוימות מוגדרים הם כבני זוג.

בראש ובראשונה את המאפיינים היהודיים של מדינת ישראל כמדינה העם היהודי, והרי כל איסורו של של קשר חד מיני אצל נשים נלמד מהגדרתו כמעשה לא יהודי¹⁹.

ה. הערה בעניין האפוטרופסות

בנימוקים שהועלו בדיוננו עד כה יש כדי לשלול כל אפשרות שיש בה כדי להכיר בתא משפחתי של בני זוג מאותו מין המגדלים ילד, בין אם זה על ידי מתן זכות אפוטרופסות ובין אם זה על ידי מתן היתר לאימוץ ילד ביולוגי של בת הזוג השניה.

באופן כללי ניתן לומר כי מוסד האפוטרופסות על פי המשפט העברי נוגע בעיקר לענייני רכוש אך ייתכן ויהיו לו גם השפעות על חינוך הילד וממילא גם על התפתחות גופו ונפשו²⁰. מכל מקום, בית דין כיאביהם של יתומים²¹ חייב לדאוג לחייהם וחינוכם של קטינים שאין להם הורים ואין מי שידאג להם, ובבואו למלא את תפקידו בראש ובראשונה עליו לראות את טובת הילד. מאליו ברור, שבית הדין ישלול מכל וכל מינוי אפוטרופוס שיש בו כדי לפגוע בטובת הקטין.

¹⁹ עיין המקורות בהערה 6 לעיל, ומקור הלימוד מן הפסוק (ויקרא יח, ג): "כמעשה ארך מצרים אשר ישבתם בה לא תעשו וכמעשה ארך כנען אשר אני מביא אתכם שמה לא תעשו ובחקתיקהם לא תלכו".

²⁰ ראה אנציקלופדיה תלמודית כרך ב (ירושלים תש"ז), ערך 'אפוטרופוס', עמ' קא-קכט. ביחס לשאלה עד כמה מוסד האפוטרופסות חולש על ענייני גוף ונפש ראה ב"צ שרשבסקי, דיני משפחה (ירושלים תשנ"ג), עמ' 434, הערה 2.

²¹ ראה גיטין, דף לז ע"א.