בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 2266/93

בפני: כבוד הנשיא מ. שמגר

כבוד השופט ת. אור

כבוד השופט א. מצא

כבוד השופט י. זמיר

כבוד השופטת ט. שטרסברג-כהן

המערערים: פלונים

נגד

המשיב: אלמוני

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בת"א-יפו מיום 9.3.93 בת.מ.א. 5311/91, שניתן על ידי כבוד השופט י. דיאמנט

בשם המערערים: עו"ד יוסף בן-מנשה

בשם המשיב: עו"ד סמי ישראל

<u>פסק דין</u>

[229]

הנשיא:

1. ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו, שעניינו חינוכם הדתי של ילדיהם של בעלי הדין.

מחלוקת קשה, הנוגעת לשורש יחסי הורים וילדים נפלה בין בני הזוג שהם בעלי הדין [230] שבפנינו: איזה חינוך דתי יקבלו ילדיהם - האם יחונכו על ברכי הדת היהודית, אליה הם משתייכים מיום לידתם ועד עתה ואשר אליה השתייכו הוריהם בעת נישואיהם, או שמא הם גם ייחשפו לתורתה של כת "עדי יהווה", אשר אליה הצטרפה אימם לאחר נישואיה. מחלוקת זו ניטשת בין בני הזוג זה שנים מספר, ובעטיה אף עלו נישואיהם על שרטון. בית המשפט המחוזי קבע שהילדים יוסיפו לקבל חינוך יהודי, וכי אימם תימנע מלחשוף אותם לתורתה של כת "עדי יהווה". על כך האם מערערת בפנינו. לטענתה פוגע פסק הדין בחופש הדת שלה ובזכותה לחנך את ילדיה בהתאם לתפיסת עולמה. אין היא דורשת לחנך את הילדים באופן בלעדי על ברכי אמונתה. אולם, בשם חופש הדת והמצפון, שלה ושל ילדיה, היא מזמינה אותנו להפוך החלטתו של בית משפט קמא, המונעת ממנה אף את האפשרות להסביר לילדיה את עיקרי אמונתה.

מלאכת ההכרעה במחלוקת שנמסרה לנו קשה היא, כמו הכרעות רבות אחרות בתחום דיני המשפחה. היא דורשת לשקול את זכויותיהם וטובתם של בני המשפחה השונים, ובמקרה של התנגשות - לנסות ולאזן ביניהם, שהרי מעצם הגדרת המחלוקת כהתמודדות בין זכויות, עולה בבירור כי הכרה בזכותו של האחד - בין הורה ובין ילד - עלולה לגרוע מזכותו של האחר.

הערעור מעורר מגוון רחב של שאלות מתחום דיני המשפחה הנוגעות לחופש הדת והמצפון של הורים וילדיהם, זכויותיהם וחובותיהם של הורים כלפי ילדיהם, זכויותיהם העצמאיות של ילדים, האוטונומיה של המשפחה והיקף התערבותו של בית המשפט בהחלטות הורים בנוגע לילדיהם. בסופו של דבר, הערעור מחייב יישוב האינטרסים והזכויות של שלושה צדדים - הילד, הוריו והמדינה. כל אחד מן הנושאים הללו יטופל בהמשך, אך תחילה - נציג את העובדות.

2. העובדות העיקריות הצריכות לענייננו הן אלה:

המערערת הרביעית והמשיב נישאו זל"ז ביום 7.7.83 כדמו"י. בעת נישואיהם היו השניים בני הדת היהודית. לבני הזוג שלושה ילדים: בן יליד 1984 (כיום כבן עשר), ושתי בנות, האחת ילידת 1985 (כיום כבת תשע) והשניה ילידת 1989 (כיום כבת חמש). לפני תשע שנים לערך (על פי תסקיר הסעד מיום 29.1.92) הצטרפה האשה לכת "עדי יהווה" והחלה להשתתף באופן פעיל בפעילויות ובמפגשי הכת. היא גם החלה לקבל באופן שוטף פרסומים שונים של הכת, הכוללים סיפורת, דפי הדרכה והנחיה הנוגעים לפעילות ולחינוך ילדים ולהפצת אמונת הכת. חברותה של האשה בכת השפיעה גם על דרכה בחינוך הילדים, דבר שלא הוכחש על ידה. בין בני הזוג פרץ סכסוך, כשהבעל רואה את חברותה של האשה בכת כגורם המכריע לסכסוך, ואילו לתפיסת האשה קיימות סיבות נוספות לקרע בחיי בני הזוג, שעיקרן מיעוט האמצעים הכספיים שמעמיד הבעל לרשות המשפחה. אין צורך להכריע בשאלה זו, אם כי ניתן לקבל את הטענה שלפחות חלק ניכר מן המתח והקרע נובע מן התהום שנפערה ביניהם בכל הנוגע לאמונה הדתית של בני הזוג.

[231] הבעל פנה כבר בשנת 1988 לבית הדין הרבני בתביעת גירושין, אולם ביטל בקשתו בתקווה שהאשה תעזוב את הכת. לאחר שנוכח כי נתבדה, פנה מחדש לבית הדין הרבני בתביעת גירושין, בה כרך גם את משמורת הילדים ומזונות האשה. מזונות הילדים וחינוכם לא נכרכו בתביעה שהוגשה לבית הדין הרבני, ונידונו בבית המשפט המחוזי. הערעור בפנינו נוגע רק לנושא השני מבין הנושאים האמורים - שאלת חינוך הילדים.

בית המשפט המחוזי שמע את עדויותיהם של בני הזוג, וכן הסתייע בתסקיר שירותי הרווחה שהוגש לבית הדין הרבני במסגרת תביעת הגירושין המתבררת בערכאה האמורה. אומנם, כפי שנראה להלן, היריעה שתיפרש במסגרת בירור

השאלות שהוצבו לעיל רחבה מעובדות המקרה שלפנינו, שכן אנו דנים בשאלה עקרונית הזוכה, לפי מיטב ידיעתי, לבירור ראשוני.

נקדים ונביא חלק מן הבסיס הראייתי ששימש לבית משפט קמא להכרעה במצב הדברים שלפנינו. האם הודתה בעדותה כי היא נוהגת להקריא לילדים סיפורים מתוך ספר שהיא מקבלת מן הכת, הנושא את השם "סיפורי המקרא שלי". לטענתה, מופיעים בספר סיפורים על ישו, והיא נהגה לקרוא מתוכו סיפורים לילדים שאינם נוגדים את הנלמד בבית הספר בשיעורי תורה.

אמונתה של האם מונעת ממנה לחגוג את חגי ישראל ואירועים שונים, כגון ימי הולדת, אולם לטענתה אין היא מונעת מילדיה להשתתף באירועים כאמור, כשם שאין היא מעודדת אותם להשתתף בהם. הילדים, לטענתה, אינם משתתפים בחוגים ובהרצאות במסגרת הכת, למעט במקרים בהם אין באפשרותה למצוא שמרטף.

האב טען בעדותו כי אמונתה של האם פוגעת במשפחה ובילדים; לדבריו:

> "אשתי מהתחלה דאגה להכניס את תורתה בנפשותיהם של הילדים, כך שמובן מאליו שהילדים עשו הכרה מוקדמת עם כל ערכי הכת. בנוסף לכך, הדבר גרם לעימות מידי כבר בקטנותם נגדי - האב. השתדלתי לא להכניס את הילדים לעניין השוני שבהבדלי התפיסות והאמונה".

לגישת האב חלחלה אמונת האם לילדיו, והיא משליכה על יחסם לדת היהודית. כדוגמא לכך הוא מתאר אירוע שהתרחש בחנוכה 1988. האב לקח את ילדיו לחגוג את החג אצל אחותו. הבן התנגד בכל תוקף להדלקת הנרות, תוך שהוא מסביר כי "אמא לא מרשה שתדליקו נרות". אירועים ממין זה, אומר האב, חזרו ונשנו. בנוסף, הילדים אימצו את הסבריה של אימם, ו"כל הסבר שלהם מתחיל או מסתיים בכך שאלוהים הוא שקובע, וזה מה ששגור בפי ילדי כל הזמן".

נימה דומה עולה מתסקיר הסעד שהוזכר לעיל. התרשמותה של פקידת הסעד היא שהאשה היא אם מסורה ויציבה המתפקדת כראוי כלפי ילדיה. היא גם משדרת בטחון ויציבות באמונה הדתית שבחרה לעצמה. להערכת פקידת הסעד, למרות שהאם אינה מקרבת את ילדיה ליהדות, אין היא מונעת מבעלה לעשות כן. היא מודעת היטב לחשיבות הקשר בין בעלה לילדיה. היא גם מודעת היטב לסכנה שילדיה נחשפים לה, בהיותם שונים, [232] ומנסה לפצות אותם על כך. היא דואגת, למשל, לערוך להם מסיבות בבית במקום חגיגת ימי הולדת. הבעל, לעומת זאת, משדר לילדים מסר דתי מבלבל. הוא גם ביקש את העברת הילדים להחזקתו, אך לא ברור לו כלל איך יטפל בהם.

3. על בסיס החומר הראייתי קיבל בית משפט קמא את החלטתו בנוגע לחינוך הילדים, באומרו כדברים האלה:

> "אשר לחינוך הילדים, האשה תמנע מלקחת את הקטינים למפגשים ולפעילויות של הכת ותמנע מללמד את הילדים על מנהגים דתיים של הכת ולא תשפיע עליהם בכל צורה שהיא להמנע מהשתתפותם בחגים, בחגיגות, באירועים חברתיים המקובלים בחברה הישראלית, וזאת עד הגיעם של הילדים לבגרות או לבגרות נפשית מספקת, על פי חוות דעת פקידי הסעד והעובדים הסוציאליים שיעמדו בקשר עם המשפחה, לפיה מסוגלים הם להתמודד עם הקונפליקט בין אמונתם של הוריהם ויכולים לגבש את דעתם העצמית על הדרך בה ירצו לבחור".

על החלטה זו סב הערעור בפנינו. הדיון נוגע אך לשאלת חינוכם הדתי של הילדים, וליתר דיוק, לשאלת ה"משמורת הרוחנית" על הילדים, ואינו נוגע לשאלת המשמורת הפיזית. בשאלה השניה האמורה הסמכות קנויה לבית הדין הרבני. כפי שיובהר להלן, אין הפיצול הדיוני האמור מונע, כשלעצמו, את העיון המלא בשאלה שבפנינו.

חופש הדת והמצפון

4. המערערת טוענת בפנינו כי פסק דינו של בית משפט קמא פוגע בחופש האמונה, הדת והמצפון שלה ושל ילדיה. לגישתה, טעה בית משפט קמא משלא נתן ביטוי בפסק דינו להיבטיו השונים של חופש הדת והמצפון, הכוללים, בנוסף לחופש המחשבה והאמונה גם את "הזכות להגשים את צווי המצפון בדרך של פעולות". הפגיעה בחופש הדת של המערערת כיצד? הרי הפסק אינו מונע מהמערערת עצמה לממש את חופש הדת שלה, שכן אין הוא אוסר עליה להמשיך בחברותה בכת שבחרה לעצמה כמו גם לנהוג על פי מנהגיה. הפסק אך אוסר על האם להקנות אמונתה לילדיה. על כן, טענתה של האם היא כי חופש הדת והמצפון של האם נפגע בכך שנמנעת ממנה הזכות והאפשרות להקנות את דתה ואמונתה לילדיה; קרי: הטענה היא כי חופש הדת והמצפון של אדם כולל גם את זכותו של הורה להקנות לילדו את עיקרי דתו ואמונתו, ולהקנות לו חינוך דתי ההולם את ערכיו ואמונתו.

פגיעה בחופש הדת של הילדים כיצד? המערערת סומכת ידיה על האמנה הבינלאומית לזכויות הילד שנתקבלה לפני מספר שנים (האמנה נחתמה ביום 20 בנובמבר 1989. ישראל אישררה את האמנה ביום 4 באוגוסט 1991. כתבי אמנה כרך 31, בעמ' 1038). האמנה קובעת כי חופש הדת והמצפון של הילד יכובד, בין השאר, באמצעות הכוונת ההורים; ובלשון סעיף 14 לאמנה:

> "1. המדינות החברות יכבדו את זכות הילד לחופש מחשבה, מצפון ודת.
>
> 2 . [233] המדינות החברות יכבדו את זכויות ההורים וחובותיהם, ומקום שניתן, את זכויות האפוטרופסים החוקיים לספק הכוונה לילד במימוש זכויותיו באופן המתיישב עם התפתחותו הטבעית.
>
> 3. החופש לתת ביטוי לדת או לאמונה יהיה כפוף רק למגבלות הנקבעות בחוק והדרושות לשמירה על בטיחות, סדר, בריאות הציבור או המוסר, או על זכויות היסוד והחירויות של הזולת".

למעשה, טענה כפולה בפי האם: חופש הדת והמצפון מקנה להורה זכות להקנות את דתו ואמונתו לילדו, ובמקביל מקנה הוא לילד את הזכות ללמוד את דת הוריו. יש להניח כי טענתה של האם, על שני היבטיה, היה לה על מה לסמוך, בהקשר של יחסי הורים-ילדים גם ללא האמנה, שכן הקניית אמונה וערכיה של דת כלולות בזכויותיהם ובחובותיהם היסודיות של הורים כלפי ילדיהם. בנושא זה נדון להלן ביתר פירוט והרחבה. מקובל הוא שמניעת הורה מהקניית אמונתו ומחינוך ילדיו על ברכי דתו, פוגעת בחופש הדת שלו (כשם שהיא פוגעת גם במימוש זכותו הטבעית כהורה). סימוכין לכך ניתן למצוא בפסיקה ובספרות הרבה בנושא זה, בעיקר במשפט של ארה"ב, ונזכיר אך חלק קטן מן האסמכתאות המרובות: Wisconsin V. Yoder, (1972) 406 U.S. 205; In Re Marriage of Gersovitz (1989) 779 P. 2d 883; Margaret B. V. Jeffery B. (1980) 435 N.Y. Supp. 2d 499; Harris V. Harris (1977) 343 So. 2d 762; Pardue V.

Pardue (1973) 285 So. 2d 552; In Re Glavas (1953) 121 N.Y. Supp. 2d 12; 59 Am. Jr. 2d. (1987) 152; J.C. Paul, "'You Get the House. I Get the Car. You Get the Kids. I get their Souls'. The Impact of Spiritual Custody Awards on the Free Exercise of Custodial Parents" 138 U. Pa. L. Rev. (1989-90) 583

.

אולם, ככל זכות וחרות, אף חופש הדת הוא יחסי. יחסיות זו משמעה כי יש ופגיעה בו תהא מוצדקת, ויש שחופש הדת ייסוג לשם קידום זכויותיו של אחר או כדי לאפשר מימושן. למעשה, ביחסיות זו של חופש הדת נעוץ המפתח לפתרון. המסגרת הכללית לדיון בסוגיה בפנינו אינו מצוי רק בגדר חופש הדת אלא בעיקר במסגרת דיני המשפחה (או ליתר דיוק, במסגרת דיני הורים וילדים), ובמסגרת זו תבוא לידי ביטוי אף יחסיות חופש הדת. הסוגיה כולה ראוי שתידון תחת הכותרות "זכויות וחובות הורים" ו"טובת הילד וזכויותיו". הטעם לדבר הוא שסוגיה זו, שעילתה נעוצה אמנם בתחומיו של חופש הדת והמצפון, היא אך מקרה ספציפי בגדר המטריה הכללית בה עוסקים דיני הורים וילדים. על כן שם ראוי לה למצוא את הסדריה; שם מצוי שורש המחלוקת - קונפליקט בין זכויות ההורים, בינם לבין עצמם, והתנגשות זכויות ההורים בטובת הילד ובזכויותיו, ושם מצוי גם שורש הפתרון - המנגנון לאיזון הראוי בין זכויות ההורים לבין עצמן, ובין זכויות ההורים לזכויות ילדיהם.

לעניין חופש הדת והמצפון נעיר אך זאת: אכן, כטענתה של האם, חופש הדת והמצפון הוא מעקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית. עקרון זה נקבע במגילת העצמאות ובפסיקתו העניפה של בית משפט זה. העקרון משמש נר לרגלי השופט בבואו להכריע במחלוקות המתעוררות בפניו. אין גם ספק שחופש הדת והמצפון אינו כולל רק את חופש האמונה שבלב, וכולל גם את החופש לפעול ולנהוג על פי אותה אמונה (ראה [234] ע"פ 112/50, יוסיפוף נ' היועץ המשפטי, פ"ד ה 481, בעמ' 494, אליו הפנה בא כוח העותרת, וכן פסק דיני בבג"צ 650/88, התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(3) 377, בעמ' 381). חופש הדת והמצפון כולל גם את החופש של אדם להמיר דתו, וכן את החופש להפיצה (ראה בג"צ 103/67, דה אמריקן ארופין בית אל מישן נ' שר הסעד, פ"ד כא(2) 325, בעמ' 333). חופש זה, של המרת הדת, נתון לכאורה גם לילדים-קטינים, אלא שכאן מתעוררת בעיה, שאינה מתעוררת לגבי מבוגרים, הקשורה ליכולתם של קטינים להבין, להפנים, ולהשוות בין הדתות המתחרות. לכן, יש טעם בהגבלת זכותם של ילדים להמיר את דתם, ושל זכותם של הורים בהקשר זה. אף בסוגיה זו נעסוק להלן.

5. מצינו כי חופש הדת אכן משתרע על יחסי הורים וילדים, וכי כנקודת מוצא לפחות, הפסק שבערעור פוגע לכאורה בחופש הדת של האם וילדיה. אלא מאי, האם מתעלמת מכך שחופש הדת והמצפון אינו נתון רק לה, ואינו מגן רק על זכויותיה ואין בילתן, אלא מסור אף לאביהם של ילדיה, ומעבר לכך, לא רק לשני ההורים (ביחד ולכל אחד לחוד) אלא גם, ובה במידה לפחות - לילדיהם. כאמור, זכותה של האם, כמו כל זכות יסוד אחרת, אינה בלתי מוגבלת. יחסיות הזכות במקרה כגון זה ובנסיבות כגון אלה מתבטאת באיזון שיש לערוך בין זכויותיהם המתחרות של בני משפחה אחרים. במקרה הרגיל, בו ההורים הם בני דת אחת, לא יתעורר בדרך כלל העימות בין זכויות בני המשפחה השונים, שכן זכותם המשותפת של הורים לחנך את ילדיהם על ברכי דתם אינה מוטלת בספק (למעט במצבים בהם פוגעים ערכיה של הדת או הפרקטיקות המתבצעות במסגרתה, בילד). העימות מתעורר במצב בו מתחרות שתי דתות. מקור הקונפליקט הוא בזכותו המקבילה של כל אחד מן ההורים, בעלי דתות שונות, להקנות את אמונתו ודתו לילדיו. משנמסרת ההכרעה בנושא זה לבית המשפט, עליו לפתח נוסחת איזון היוצרת ניטראליזציה בין המגמות הנוגדות. אכן, על הסוגייה למצוא פתרונה במסגרת דיני הורים וילדים, אולם בפיתוח מנגנון ההכרעה עלינו גם ליתן את הדעת לכך, כי מקור המחלוקת נעוץ בחופש הדת. משמעות הדבר היא כי הנוסחה צריכה להיות נקייה משיקולים המעדיפים דת אחת על רעותה, וכי מידת הפגיעה

של נוסחת האיזון והפתרון בחופש הדת של כל אחד מן הצדדים הנוגעים בדבר, צריכה להיות מינימאלית.

זכויות וחובות הורים כלפי ילדיהם - התנגשות הזכויות

6. דיני המשפחה מכירים בזכויותיהם ובחובותיהם **ההדדיות** של הורים וילדים. פסקי הדין הרבים הדנים בסוגיות המעמתות בין אינטרסים וזכויות הורים וילדים שמים את הדגש על מעמדם של הילדים במחלוקת. דגש זה בא לידי ביטוי בפיתוח ושכלול "עקרון טובת הילד", המשמש מפתח לפתרון מחלוקות שונות בתחום דיני המשפחה. ניתוח שיטתי של זכויות ההורים כמעט ולא מצינו, ולא בכדי: הלא מימים ימימה הוכרה זכותו הטבעית של ההורה לגדל ולחנך את ילדיו לפי מיטב שיקוליו ומצפונו, כשהוא נהנה מאוטונומיה מלאה (לסקירה היסטורית ראה למשל: Note "The Constitution and The Family" 93 Harv. L. Rev. (1979-80) 1157, 1159-1161; J.M. Eekelaar, "The Emergence of Children's Rights" 6 Oxford J. Legal Stud. (1986) 161, 163-171). אכן, כפיפותו של [235] הילד להוריו נתפסה בעבר כמלאה. אוטונומיה זו הוכרה הן כלפי פנים - ביחסים בתוך המשפחה פנימה, קרי בין ילד להוריו, והן כלפי חוץ, קרי ביחסים שבין ההורים למדינה ולחברה. זכותו של הורה לקבל החלטות הנוגעות לילדיו בלא התערבות של המדינה או החברה. לכן, מובן שעם התפתחות מדינת הרווחה המודרנית האמונה על הגנת אזרחיה, שלומם ורווחתם, ועם התפתחות ההכרה כי למדינה ולחברה יש גם הכוח והסמכות להתערב ביחסי הורים וילדים מזה, וההכרה הגוברת בישותו העצמאית של הילד ובצרכיו מזה, החלה הפסיקה לכרסם באוטונומיה המוחלטת של הורים כלפי ילדיהם, תוך חיזוק מעמדו של הילד כלפי הוריו. הכירסום נעשה באמצעות הדגשת העקרון של טובת הילד, כשיקול מרכזי בפתרון סכסוך בין ההורים. נתחזק גם מעמד הילד כצד נוסף לפתרון הסכסוך, צד שאת טובתו וזכויותיו יש לקחת בחשבון, למרות שהעימות הישיר הוא בין ההורים לבין עצמם. בפסק דין זה נדון בפיתוח זכויות הילד כמודל לפתרון סכסוכים בין הורים שעניינם חלק מענייני אפוטרופסות; וזאת להבדיל מהתבססות על עקרון טובת הילד בלבד. גם כאן ראוי להזכיר ולהדגיש כי בצד חובות ההורים ועקרון טובת הילד וזכויותיו קיימות ושרירות זכויות ההורים:

> "חוששני שמתוך הדגשה חשובה זו של 'טובת הילד', אנו נדחפים לעיתים להגזמה והפרזה. אף שאנו מדגישים את חובותיהם של ההורים, אל לנו להתכחש לזכויותיהם". (שיפמן, דיני המשפחה בישראל, כרך ב', בעמ' 218);

> "... אין ההורים חפץ דומם. גם ההורים מורכבים מגוף ונפש, וגם להם רגשות, אף לאם זכות טבעית לסיפוק נפשי לחבק את ולדה. להורים זכות להשיג סיפוקם הנפשי-רגשי לראות ולדם גדל ומתפתח כראוי, מצטיין בלימודיו בהתאם". (בד"מ 1/81, נגר נ' נגר, פ"ד לח(1) 365, דבריו של הרב קפח בעמ' 412).

נתרכז, אם כן, תחילה בזכויותיהם ובחובותיהם של הורים כלפי ילדיהם; ובפן השני (בדבר זכויותיהם של ילדים כלפי הוריהם) נדון בשלב מאוחר יותר.

7. זכותם של הורים לגדל ולחנך את ילדיהם כראות עיניהם היא זכות חוקתית יסודית, זכות טבעית הטבועה ועולה מן הקשר בין הורים לצאציהם. המסגרת המשפחתית אינה עומדת **בצד** המערכת החוקתית, אלא היא חלק אינטגרלי ממנה. במסגרת היחידה המשפחתית נתונות להורים **זכויות** המוכרות על ידי המשפט החוקתי ומוגנות על ידו. זכותם של הורים להחזיק בילדיהם ולגדלם, על כל הכרוך בכך, היא זכות חוקתית טבעית וראשונית, בבחינת ביטוי לקשר הטבעי שבין הורים לילדיהם (ע"א 577/83, היועץ המשפטי נ' פלוני, פ"ד לח(1) 461). זכות זו באה לידי ביטוי בפרטיות ובאוטונומיה

של המשפחה: ההורים אוטונומים בקבלת החלטות בכל הנוגע לילדיהם - חינוך, דרך חיים, מקום מגורים וכדומה, והתערבות החברה והמדינה בהחלטות אלה היא בבחינת חריג שיש ליתן טעם להצדיקו (ראה ע"א 577/83 הנ"ל, בעמ' 468, 485). גישה זו שורשיה בהכרה כי המשפחה היא "התא החברתי היסודי והקדום ביותר בתולדות האדם, שהיה, הווה ויהיה [236] היסוד המשמש והמבטיח את קיומה של החברה האנושית" (השופט אלון (כתוארו אז) בע"א 488/77, פלוני ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לב(3) 421, בעמ' 434). בית המשפט העליון האמריקאי התייחס אף הוא לקשר בין הורים לצאצאיהם במספר הזדמנויות; כך נאמר על ידיו:

> "...constitutional interpretation has consistently recognized that the parents' claim to authority in their own household to direct the rearing of their children is basic to the structure of society." (Ginsberg v. New york (1968) 390 U.S. 629, 639).

> "It is cardinal with us that the custody, care and nurture of the child reside first in the parents, whose primary function and freedom include preparation for obligations the state can either supply or hinder". (Prince v. Mass (1944) 321 U.S. 158, 166).

כך גם בערכאה פדראלית נמוכה יותר, ב- District Court:

> "...the right of parents to the care, custody, and nurture of their children is of such a character that it cannot be denied without violating those fundamental priciples of liberty and justice which lie at the base of all our civil and political institutions". (Doe v. Irwin, (1977) F. Supp. 1247, 1251).

8. המשפחה נהנית מאוטונמיה. אולם, לחידוד מהות זכותם של הורים במסגרת יחסי הורים-ילדים, עלינו להבחין בין שתי פניה של האוטונומיה של המשפחה: יחסי המשפחה כלפי חוץ, עם החברה, ויחסים פנים-משפחתיים, בין חברי המשפחה, בינם לבין עצמם.

גישת האוטונומיה של המשפחה באה להגדיר את היחסים בין התא המשפחתי, האוטונומי, לבין המדינה, ומטרתה להדגיש כי החברה מכפיפה את כוחותיה וזכויותיה כלפי הילדים לאלה של ההורים (S. J. Stoljar, International Encyclopedia of Comparative Law, vol. IV, chap. 7, at p. 41-42). השאיפה לצמצם התערבותה של המדינה ברורה - התערבות מאסיבית של המדינה בתחום יחסי הורים-ילדים תרוקן מתוכן את רעיון הסמכות ההורית; ההימנעות מהתערבות מדגישה את העובדה שהילד חי **בראש וראשונה** בחסות ואחריות הוריו, וכי מעמד המדינה או החברה משניים במעמדם, אלא אם כן מתברר שדרושה התערבות המדינה לשם הגנה על הילד. אך חשוב מכך, הסיטואציות שלכאורה דורשות התערבות הן בדרך כלל מורכבות ורגישות, ולעתים קשה להניח שהמדינה (שופט או פקיד סעד) תקבל החלטה טובה יותר מזו של ההורים. במקרה הרגיל ההנחה היא לכן ששיקול דעת ההורים מסמל ומגבש באופן הטוב והמדוייק ביותר את ההחלטות הראויות בגידול הילדים. וראה דברים ברוח דומה במאמר המוזכר מן ה-Harv. L. Rev., שם, בעמ' 1353:

"The right of parents to control the upbringing of their children may serve three distinct childrearing; that of interests...: that of the parents in achieving fulfillment [237] through familiarity makes them best the child in being raised by those whose affection and intimate suited for the task; and that of society as a whole in diversity and pluralism".

ההנחה בדבר התערבות מינימלית של המדינה נסתרת משיוצאים מתחומי המקרה הרגיל, קרי, כאשר מתעורר משבר בתא המשפחתי; התערבות המדינה תידרש לא משום הפרת חובה מחובותיו של הורה כלפי המדינה (למשל: הפרת החובה לשלוח ילד לבית ספר על פי חוק חינוך חובה), אלא משום הפרת חובת ההורה כלפי ילדו (וראה להלן הפן השני של האוטונומיה של ההורה); המדינה מתערבת כשהיא נחלצת להגן על הילד. כוחה של המדינה להתערב נעוץ בחובתה כ-parens patriae להגן על אלו מאזרחיה שאינם מסוגלים להגן על עצמם. הנסיבות הדורשות התערבות המדינה הן אלו בהן אין ההורים ממלאים את תפקידם כראוי, או אלו בהן מתעוררת מחלוקת בין ההורים בכל הכרוך בתפקידם ובמימוש זכויותיהם כהורים - משמורת, חינוך וכדומה, ונדרשת הכרעה בין גישותיהם הסותרות. במקרים מן הסוג השני התפרקותו של התא המשפחתי מחלישה את האוטונומיה של ההורים וההגנה שלהם מפני התערבות המדינה, ומגבירה את הכוח (והצורך) של המדינה להתערב, דרך מערכת בתי המשפט. בקעים בתא המשפחתי מחלישים את חסינותו מפני התערבות חיצונית - היעדר היכולת של ההורים להגיע להחלטה משותפת מחייבת עירובו של גוף שלישי, חיצוני, הוא בית המשפט (וראה Eekelaar, at p.173).

9. בטרם נרחיב דברים בעניין כוח ההתערבות של המדינה ובקריטריונים להפעלתו, עלינו להבין את הפן השני של האוטונומיה של ההורים המתבטא ביחסי הורים-ילדים. במסגרת זו אין פירושה של האוטונומיה של ההורים כי אין הם מוגבלים בהחלטותיהם. אין היא מתירה להם לפעול כראות עיניהם ללא הגבלה ובשרירות תוך התעלמות מצורכי הילד ומטובתו. במסגרת יחסי הורים-ילדים אכן נתונה להורים הזכות הטבעית לגדל ולחנך את ילדיהם. במסגרת היחסים הפנים-משפחתיים זכות זו מולידה אך כפיפות הילד להוריו; ודוק, כפיפות ולא נחיתות (Stoljar, at p. 41). המשמעות היא כי זכות ההורים אינה זכות מוחלטת. זכותם של ההורים היא יחסית, והיא מוגבלת על ידי זכויות הילד וטובתו. יש והאינטרסים של הילד, זכויותיו וצרכיו באים לידי ביטוי ב"עקרון טובת הילד", שעל ההורים לפעול על פיו בבואם למלא חובותיהם ולממש זכויותיהם; יש שזכויות הילד יעמדו על רגליהן-שלהן, והילד יופיע במערכת לא רק כשיקול שיש לקחת בחשבון בעת פתרון סכסוך בין ההורים, אלא כצד מלא לסכסוך, שאת זכויותיו יש לאזן כנגד זכויות הצדדים האחרים לסכסוך. בהמשך נבקש לסווג את המקרה שלפנינו לקטיגוריה זו. יש המכנים את זכותו של הורה כלפי ילדו "זכות מועברת" בשל היותה זכות הנושאת בחובה חובה (Stoljar, שם); והחובה האמורה היא חובתם הכללית של הורים כלפי ילדיהם (כדוגמת החובה לתמוך בילד, להגן עליו, לחנך אותו), שניתן לסכמה כחובה הכללית של ההורים לפעול לטובת הילד, ולקבל החלטות (במסגרת האפשרויות השונות העומדות בפניהם) המקדמות את טובתו. להורים הזכות למלא חובה: "זכותם של ההורים שהם - הם ולא אחרים - ימלאו את החובה לגדל את הילד" (שיפמן, שם, בעמ' 219), "הזכות שיש להורים בחינוך, בלימוד ובכל ענייני האפוטרופסות, היא הזכות [238] למלא את חובתם כאפוטרופסים כלפי ילדיהם" (ע"א 212/85, פלוני נ' פלונים, פ"ד לט(4) 309, בעמ' 312, וכן ראה ע"א 577/83 הנ"ל בעמ' 467-468; וע"א 436/76, פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(2) 239, בעמ' 243; וראה גם:89 "?J.M. Eekelaar, "What Are Parental Rights L.Q.; Rev. (1973) 210, 212; B.M. Dickens, "The Modern Function and Limit of Parental Rights" 97 (L.Q.Rev. (1981) 462.

כאן מצויה נקודת החיבור בין שני פניה של האוטונומיה של ההורים: כנקודת מוצא, ביחסי המשפחה עם החברה והמדינה,

אין האחרונות רשאיות להתערב בהחלטות המשפחה פנימה, בעניינים הקשורים להבאת ילדים, גידולם וחינוכם; ביחסים אלו ההורים נהנים מאוטונומיה. אולם, מאחר וביחסים הפנימיים בין הורים לילדיהם אין ההורים נהנים מאוטונומיה מוחלטת, הרי שבמצבים מסויימים תתחייב התערבות המדינה, אם בשל הפרת חובותיהם של הורים כלפי ילדיהם; ואם בשל מחלוקת בין ההורים בדבר הדרך למילוי חובותיהם כלפי ילדיהם. נמצא כי אף האוטונומיה של ההורים כלפי המדינה והחברה אינה מוחלטת. זהו, אם כן, הבסיס להתערבות המדינה, שינוסח בשלב זה באופן הכללי ביותר: המדינה תתערב כל אימת שהחלטות ההורים ובחירותיהם אינן עולות בקנה אחד עם זכויות הילד וטובתו.

10. הגישה המתוארת בדבר הכרה בזכויותיהם וחובותיהם של הורים אומצה על ידי המחוקק הישראלי, והיא באה לידי ביטוי בפרק השני לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב1962-. סעיף 14 קובע את מעמד ההורים כ"אפוטרופסים הטבעיים של ילדיהם הקטינים". תפקיד ההורה האפוטרופוס מוגדר בסעיף 15:

> "אפוטרופסות ההורים כוללת את החובה והזכות לדאוג לצרכי הקטין, לרבות חינוכו, לימודיו, הכשרתו לעבודה ולמשלח-יד ועבודתו, וכן שמירת נכסיו, ניהולם ופיתוחם; וצמודה לה הרשות להחזיק בקטין ולקבוע את מקום-מגוריו, והסמכות לייצגו".

אנו רואים כי הסעיף נוקט לשון חובה ובצידה זכות. סעיף זה ישמש לנו כבסיס לעיון מעמיק יותר בזכויות ההורים ובפתרון לעימות אפשרי ביניהן. מהו קנה המידה למילוי חובות ההורים? בכך עוסק סעיף 17 הקובע כי:

> "באפוטרופסותם לקטין חייבים ההורים לנהוג לטובת הקטין כדרך שהורים מסורים היו נוהגים בנסיבות העניין".

הנה כי כן, חייבים ההורים, במלאם את חובותיהם, הכרוכות בקשר בל ינתק לזכויותיהם, לפעול לטובת הילד. כאמור, בנושא זה של טובת הילד, וזכויותיו העצמאיות, נעסוק להלן בנפרד. בעניין זה נעיר אך זאת: סעיף 17 מניח כי זכויות הילד וההורה, או זכות ההורה וטובת הילד עשויות להתנגש. אך יש המזהירים מחידוד יתר של העימות הזה; כך שיפמן בספרו הנ"ל:

> "התבוננות קרובה לעניינים בהם מצפים מאיתנו, ואנו מצפים מעצמנו, לפעול לפי טובת הילד... התבוננות כזאת מגלה כי אין טעם ומשמעות [239] לניתוק האינטרסים של הילד מן המכלול המשפחתי הרחב. החלטות רבות המבקשות לפעול, לפי טובת הילד, הן לאמיתו של דבר פונקציה של רצונותיהם, צרכיהם ואפילו בעיותיהם של המבוגרים. הילד איננו נתון בחלל ריק. עולמו מושפע מהתייחסות המבוגרים אליו. כל החלטה המבקשת לפעול לפי טובתו של הילד, מן ההכרח שתתן את דעתה על התגובה הצפויה של המבוגרים כלפי החלטה זו. התעלמות מתגובה צפויה כזאת עלולה, בסופו של חשבון, להביא למצב שכתוצאה ממנו הילד עלול דוקא להינזק".

(שיפמן, שם, בעמ' 220).

הזכות להעניק חינוך דתי - היקפה ומקור הקונפליקט

11. זכויות ההורים כלפי ילדיהם ניתן לחלק לצורך עניינו לשניים: משמורת, ושאר ענייני האפוטרופסות. במצב הרגיל (כשהתא המשפחתי שלם), חופפות המשמורת והאפוטרופסות הטבעית, אולם משמחליטים האב והאם לסיים את חייהם המשותפים ולהיפרד זה מזו, קם ההכרח להעניק משמורת פיסית על הילד לאחד מהם והשני זוכה בזכויות ביקור בלבד. הזכות להחזיק בילד מתפצלת בנסיבות כאלה משאר ענייני האפוטרופסות. אין ספק כי הזכות להחזיק בילד היא הזכות ה"גלעינית", ולכן ניטשים סביבה מרבית המאבקים בעת פרידת ההורים. אולם, המשפט הישראלי אינו מעניק זכות-יחיד להורה המשמורן על כלל ענייני האפוטרופסות, והענקת החזקה למי מן ההורים משיירת זכויות עודפות המוסיפות להיות נתונות לשני ההורים גם יחד:

> "הזכות להחזיק בקטין היא אחת מזכויות האפוטרופוס, ומקום שקטין נמצא ברשות האפוטרופוס, לא קמה כמובן השאלה, מי רשאי לקבוע את מקום החינוך. אך משנתפצלו חזקה ואפוטרופסות, מתעוררת השאלה אם קביעת מוסד החינוך כלולה בזכות החזקה, או שמא היא נמנית על הזכויות העודפות שנשתיירו בידי האפוטרופוס, לאחר שזכות החזקה נפרדה מן החבילה...
>
> ...גירושי ההורים משאירים את דין האפוטרופסות בעינו ועדיין יש **לשני ההורים** דעה לגבי חינוך ילדם. ייתכן שלגבי עניין משני וקל ערך הנוגע לחינוכו של קטין בבית ההורה המחזיק בילד, תהא זכות ההכרעה בידי אותו הורה...
>
> ...הרשות להחזיק בקטין אינה אלא צמודה למעמד האפוטרופסות, אך חינוכו של קטין ולימודיו עניין הם **לשני האפוטרופסים** לענות בו... מקום שאלה חלוקים בדעותיהם, על בית המשפט לקבוע, בהתאם לסעיף 25 הנ"ל". (בג"צ 181/68, פלורסהיים נ' בית הדין הרבני, פ"ד כב(2) 723, בעמ' 726-727; ראה גם בג"צ 181/81, מור נ' בית הדין הרבני, פ"ד לז(3) 94, בעמ' 106). (ההדגשות שלי - מ.ש.)

מובן שאין האמור נוגע **לכלל** ההחלטות שעל ההורה לקבל בנוגע לילדיו, וברור [240] שלהורה המשמורן נתון שיקול הדעת לקבל החלטות שהן טפלות או אינהרנטיות לזכות למשמורת, בלא צורך להיוועץ בהורה השני. יש גם החלטות שעל ההורה המשמורן לקבל על דעת עצמו במצב חירום, תוך חובה ליידע את ההורה האחר ולשתפו בהמשך התהליך בהקדם, וברוח זה מנוסח סעיף 18 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות. קשה לגדור את קו הגבול, בין אותם נושאים שהם טפלים ונגררים אחר המשמורת, לבין הנושאים שההכרעה בהם נותרת בידי שני ההורים, אך נראה כי ניתן להכליל ולומר שמדובר בהחלטות עקרוניות הנוגעות לזכותו-חובתו הכללית של ההורה כלפי הילד: דאגה לחינוכו הכללי והדתי של הקטין, פיקוח על רכושו, דאגה לבריאותו של הקטין. בכל הנושאים הללו על ההורים להחליט תוך שיתוף פעולה והסכמה, ולעיתים כרוכה הפעולה באישור בית המשפט (ראה סעיף 20 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות).

הגיונה של גישה זו נעוץ בכך שחובותיו וזכויותיו של הורה כלפי ילדיו אינן מתמצות אך בזכות להחזיק בו, ואינן מסתיימות משנמסרת החזקה בו להורה האחר, ולהיפך. גישה המעניקה מונופול להורה המשמורן פוגעת לא רק בזכויותיו של ההורה האחר אלא גם בילד. נניח, לדוגמא, שהמשמורת נמסרת לאם, והאב חייב במזונותיו; האם יעלה על הדעת שרק חובות יהיו לו כלפי ילדיו, אך לא זכויות - מזכויות ביקור ועד שיתוף בהכרעות בדבר חינוך? איזה קשר יכול להיווצר בין אב שכל הזיקה בינו לבין ילדו מתבטא בתשלומי המזונות המשולמים לידי אימו?

גישה זו משתמעת גם מחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, בסעיפים 24-25:

"24. הסכם בין הורים החיים בנפרד

היו הורי הקטין חיים בנפרד - בין שנישואיהם אויינו, הותרו או הופקעו ובין שעדיין קיימים - רשאים הם להסכים ביניהם על מי מהם תהיה האפוטרופסות לקטין, כולה או מקצתה, מי מהם יחזיק בקטין, ומה יהיו זכויות ההורה שלא יחזיק בקטין לבוא עמו במגע...

25. קביעת בית המשפט באין הסכם בין ההורים

לא באו ההורים לידי הסכם כאמור בסעיף 24, או שבאו לידי הסכם אך ההסכם לא בוצע, רשאי בית המשפט לקבוע את העניינים האמורים בסעיף 24 כפי שייראה לו לטובת הקטין...".

וכן ראה ביטוי לגישה זו בע"א 181/68 הנ"ל (פרשת פלורסהיים), בעמ' 727:

"ייתכן שלגבי עניין משני וקל ערך הנוגע לחינוכו של קטין בבית ההורה המחזיק בילד, תהא זכות ההכרעה בידי אותו הורה. ההכרעה בעניין כזה יכול שתהא טפלה לזכות החזקה. לא כן הוא לגבי עניין בעל חשיבות עקרונית, אם יקבל הילד חינוך דתי או אחר, אשר בו נתחלקו האפוטרופסים בדעותיהם".

12. הסכסוך בין ההורים בפנינו אינו נוגע למשמורת הפיזית, אלא לחינוכם הדתי של [241] ילדיהם (היינו, למשמורת הרוחנית). בטרם נפנה לבחון את מנגנוני ההכרעה והפתרונות האפשריים לפתרון הסכסוך, עלינו לברר שאלה מקדמית, והיא - האם זכותם הנטענת של הורים להעניק חינוך דתי לילדיהם נהנית לא רק מהגנת חופש הדת והמצפון אלא גם מהגנת האוטונומיה של המשפחה; האם היא באה בגדר זכויות יסוד חוקתיות של ההורה כלפי ילדיו; האם היא חלק מ"שאר ענייני האפוטרופסות", שבהיעדר הסכמה בגינם נמסרת סמכות ההכרעה לבית המשפט? לטעמי, אין ספק שהתשובה חיובית. אמנם, נושא החינוך הדתי אינו מוזכר מפורשות בסעיף 15 לחוק הנ"ל, אך אין לתפוס את המובא בסעיף בבחינת רשימה סגורה הממצה את יחסי הורים וילדים. אין ספק שהענקת חינוך דתי הוא מאושיות היסוד של הקשר המשפחתי. על פי מבחני אחדות מן הדתות, קטין משתייך לדת הוריו, כאשר הדת אותה יורש הקטין מהוריו היא חלק מהסטטוס המשפטי שלו. על גישתו זו של המחוקק ניתן ללמוד גם מסעיף 5 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א1981-, הקובע כי אין המאמץ אלא בן דתו של המאומץ, ומסעיף 13א' לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, הקובע כי המרת דתו של קטין כפופה להסכמת הוריו. אם כן, חינוך קטין וצרכיו, על פי סעיף 15, ודאי שכוללים גם את חינוכו הדתי (וראה באופן כללי לעניין זכותם של הורים להעניק לילדיהם חינוך דתי: Note, "Adjudicating What Yoder Left Unresolved: Religious Rights for Minor Children after Danforth and Carey" 126 U. Pa. L. Rev. (1977-78) 1135, 1139-1145).

להורים ביחד, ולכל אחד מהם לחוד, מסורה הזכות לקבוע את חינוכו הדתי של ילדם. ומה משמעותה של זכות זו? נבחין בין שני מצבים. במצב הרגיל, בו ההורים מסכימים על חינוכו הדתי של הילד, אין מתעוררת כל בעייה, וההורים נהנים באופן מלא מן האוטונומיה של המשפחה (למעט במצבים חריגים בהם מנהגי הדת מזיקים או עלולים לפגוע בחיי הקטין או בבריאותו; למשל - איסור קבלת עירוי דם גם בעת סכנת חיים לפי כללי הדת של "עדי יהווה"). העימות שעלול להיווצר כאן הוא בין רצונו של הילד עצמו, ושאיפתו לממש זכותו לחופש הדת באופן שונה מהדרך שבה בחרו עבורו הוריו, אך אין

זה המצב הנידון כאן. המצב השני, הנידון, הוא המקרה בו אין ההורים מסכימים על החינוך הדתי שיוענק לילד. מאחר והזכות להעניק חינוך דתי מסורה לכל אחד מן ההורים במידה שווה, וכל אחד מהם שואף לממשה באופן מלא, הרי שמימוש מלא במקביל אינו אפשרי - מימוש זכותו של האחד לכל הפחות מפחיתה מאפשרותו של ההורה השני לממש זכותו. הסכסוך מופנה לבית המשפט, על פי הוראת סעיף 25, ובית המשפט נדרש לפתח מנגנון הכרעה בין הזכויות המתנגשות, תוך שהוא לוקח את "טובת הקטין" כאמת המידה להכרעה.

13. אנו מגיעים למחלוקת בעניינו: האב מבקש להוסיף ולחנך את ילדיו על ברכי היהדות, והאם מבקשת, לכל הפחות, לחשוף את ילדיה לעיקרי תורתה של דתה החדשה כחברה בכת "עדי יהווה". המחלוקת מתעוררת בעת שההורים מצויים בהליכי גירושין שיחייבו מסירת המשמורת בילדים לאחד מן ההורים.

על כן, בפיתוח מנגנון ההכרעה בין זכויותיהם המתנגשות של ההורים, עלינו לקחת בחשבון את המצב המיוחד בו אנו [242] מצויים, מצב בו מבקש כל אחד מן ההורים לממש אחת מזכויותיו החשובות ביותר כלפי ילדיו, כאשר ברור כי החזקה **הפיזית** בילדים תימסר אך לאחד מהם. במסגרת זו עולה השאלה האם חייב להיות קשר בין החזקה הפיסית בילד, לבין "החזקה הרוחנית" בו. דומה כי שאלות אלה בהקשרן זה מתעוררות בפסיקה הישראלית זו הפעם הראשונה. לכן, לשם גיבוש מנגנון ההכרעה נפנה, לשם השוואה, לפסיקה זרה, ונעיין בפתרונות שמציע למשל המשפט האמריקאי. כן נבחן את התאמתו של עקרון טובת הילד ואת הדוקטרינה בדבר זכויות הילד, נושאים שהדיון בהם בספרות המשפטית הולך ומתרבה. אך לכל אורך הדיון עלינו להתחשב בטיבה של הזכות בה מדובר - זכות הנטועה בחופש הדת והמצפון. אם העקרונות הכלליים החולשים על כלל דיני המשפחה הם עקרון האוטונומיה של המשפחה ועקרון ההתערבות המינימלית של המדינה, כאשר עקרון טובת הילד משמש כעקרון מנחה להכרעת סכסוכים בין ההורים, הרי במצב בו הסכסוך מערב שאלה מתחום חופש הדת והמצפון עלינו לתת את הדעת במיוחד לשתי נקודות: מחד גיסא, אחד מהיבטיו של חופש הדת והמצפון הוא נייטראליות המדינה כלפי הדתות השונות, ונייטראליות זו צריכה להישמר ולבוא לידי ביטוי גם בהכרעה מן הסוג שבפנינו; ומאידך גיסא, אין ספק שכאן מעורבת גם זכותו העצמאית של הילד לחופש הדת, זכות שיש להעמידה כשוות ערך לזכויותיהם של ההורים כשאנו מבקשים לתור אחר האיזון המתאים בין הזכויות המתנגשות.

גישת המשפט האמריקאי

14. במשפט האמריקאי אנו מוצאים פסיקה וספרות עניפה בשאלה הנדונה בפנינו. ריבוי הפסיקה אינו מפתיע, על רקע הפלורלזים הדתי וריבוי הנישואין הבין-דתיים בארה"ב, מחד גיסא, והעלייה בשיעור הגירושין, מאידך גיסא (J.C. Paul, "The Impact of Spiritual Custody Awards on the Free Exercise Rights of Custodial Parents", U.Pa.L.Rev. 831). גישת המשפט האמריקאי בנושא דנן אינה אחידה. בתי משפט נתנו פתרונות שונים ומגוונים לשאלה העומדת בפנינו. את שלל הפתרונות ניתן לחלק באופן גס לארבע קטיגוריות (מעין מנגנוני הכרעה) עיקריות: גישת אי ההתערבות (1), ממנה נגזרות "הגישה החוזית" (2), ותפיסת המשמורת הפיסית כמעניקה זכות ייחודית להורה המשמורן (3), וגישה נוגדת המתירה התערבות בשיקולים דתיים בשם טובת הילד (4). נבחן כל אחת מן הקטיגוריות, נבחן בקצרה שיקולים בעד ונגד אימוץ כל אחד ממנגוני ההכרעה, ואת הפתרונות שהוצעו במסגרתם (לסקירה כללית של פסקי הדין בנושא ראה Annotation, "Religion as a Factor in Child Custody and Visitation Cases", 22 A.L.R. 4th 971 (1983)).

א. **גישת אי ההתערבות**

15. מאפיין בולט של פסקי דין רבים שעסקו בנושא המשמורת הרוחנית הוא המאפיין הכללי של המשפט האמריקאי בכל עניין הנוגע לחופש הדת: חשש גדול, עד כדי רתיעה, מהתערבות ונגיעה בכל שיקול בעל גוון דתי. חשש זה מוביל פעמים רבות לגישת אי התערבות, שביטוייה עשויים להיות שונים. בתי המשפט מסבירים את אי ההתערבות כך: התיקון הראשון לחוקה האמריקאית מבטיח חופש דת לכל, וזה כולל חופש מהתערבות המדינה בענייני דת. אולם חופש הדת אינו מוחלט, והמדינה יכולה להצדיק [243] התערבות בחופש הדת בשימוש באמצעים המועטים ביותר שניתן, על מנת להגן על "compelling state interest". מכאן, ממשיכה הטענה, כי באין הוכחה לאיום ממשי לבריאות הילד או לטובתו הפיזית או הנפשית, הרי שלא הוכח אותו אינטרס המתיר התערבות המדינה בשיקולים דתיים. (ראה דעת המיעוט ב- Ledoux V. Ledoux (1990) N.W. 2d 1, 452). ובלשון בית-המשפט:

> "The courts are reluctant... to interfere with the religious faith and training of children where conflicting religious preferences of the parents are in no way detrimental to the welfare of the child. The obvious reason for such a policy of impartiality regarding religious beliefs is that, constitutionally, American courts are forbidden from interfering with religious freedoms or take steps preferring one religion over another...
>
> ...thus, the rule appears to be well established that the courts should maintain an attitude of strict impartiality between religions and should not disqualify any applicant for custody or restrain person from having custody or visitation rights from taking children to affirmative showing that the a particular church, except where there is a clear and conflicting religious beliefs affect the general welfare of the child". (Munoz v. Munoz, 489 P. 2d 1133, 1135 (1971)).

הפתרונות המעשיים המתבססים על גישה זו של בית המשפט הם מגוונים. כך למשל, במסגרת גישה זו, בית המשפט מסרב להתערב בזכויות הביקור של ההורה הלא-משמורן, ואינו מטיל עליו מגבלות באשר לחינוך הדתי שרשאי הוא ליתן לילד במסגרת שהותו במחיצתו. למעשה, התוצאה עשויה להיות חינוך דתי כפול ואף סותר, לילד. בית המשפט ער לכך שחשיפת הילד לקונפליקט הדתי בין ההורים עשויה להיות בעלת השלכות מזיקות, אולם בית המשפט לא ינקוט בצעד שמשמעותו להגבלת חופש הדת של ההורה בטרם יוכח נזק מוחשי רציני. תשובה נוספת לעניין זה המועלית בפסקי הדין השונים היא כי בצד הנזק שעלול להיגרם לילד כתוצאה מחשיפה לקונפליקט בין ההורים, יש גם תועלת בחשיפת הילד לאמונותיהם של שני הוריו, המתבטאת הן בחיזוק הקשר בין הילד להוריו, והן בחינוך לפלורליזם. במקרים בהם התועלת גוברת על הנזק, לא יתערב בית המשפט, והמשמעות היא חינוך דתי כפול, כראות עיניו של כל אחד מן ההורים בעת שהוא מחזיק בילד. (ראה למשל: Felton V. Felton (1981) 418 N.E. 2d 606).

טעם מעשי נוסף המונח בבסיס הגישה הנדונה, עניינו קשיי האכיפה. מובן שפועל יוצא של התערבות בית המשפט בסכסוך בעניין חינוכו הדתי של הילד הוא מתן הוראות אופרטיביות לצדדים. מתן הוראות יחייב אכיפה, אולם במקרים רבים האכיפה עשויה להיות קשה, למשל, כאשר מחליט בית המשפט לפצל את המשמורת הפיזית והמשמורת הרוחנית או כאשר בית המשפט נותן הוראות מפורטות הגודרות את היקף החינוך הדתי [244] שרשאי כל הורה להעניק לילדיו. האכיפה בתוך המשפחה פנימה קשה היא, כמו גם ויסות התנהגות הצדדים. מאחר והנושא כל כך טעון מלכתחילה, הסיכון

שהצדדים לא יעמדו בהוראות בית המשפט הוא רב. בנוסף, במקרים רבים החלטות בית המשפט אינן ברורות (למשל - הוראה בנוסח "האב רשאי לחשוף את בתו לדתו כל עוד שאין בכך כדי לפגוע בחינוך הדתי שהיא מקבלת בבית אמה"), ועל מנת לבחון האם הן הופרו, על בית המשפט להיכנס לפעמים לעובי הדוקטרינות התיאולוגיות השונות.

הגיונו של טעם מעשי זה אכן מטה כפות המאזניים לכיוון האימוץ של נקודת המוצא בדבר אי ההתערבות. אולם, אין להתעלם משיקולים העומדים בבסיס הבקורת על הגישה האמורה. אכן, אין להכחיש שהבעייה קשה היא, אולם השאלה היא אם ראוי לאמץ גישה המונעת מלכתחילה, ובאופן גורף, כניסה לעובי סכסוך הדורש את הכרעתו של בית המשפט אך בשל חשש לקשיים באכיפה. הביקורת תשיב כי חשש זה יש לקחת בחשבון בעת ניסוח הפתרונות, ויש להניח שהוא יביא לכך שהפתרונות יהיו מנוסחים בצורה חד משמעית יותר. נראה שבמקרים מסוג זה, כאשר על כף המאזניים עומדת טובת הילד, עדיפה טעות לכיוון זה. לנושא זה נשוב בהמשך, לאחר שנפתח את מנגנון ההכרעה הראוי לדעתנו לאימוץ בשיטתנו המשפטית.

לסיכום, גישת "אי ההתערבות" מאפשרת לבית המשפט להימנע מלהתערב בסכסוכים שעניינם החינוך הדתי של ילדים, אלא אם מוכח כי המצב גורם נזק ממשי ורציני לילד. היקף התערבות בתי המשפט משתנה בהתאם לנוסחת הנזק המאומצת, אך ככלל ניתן לומר כי המבחן לצורך הגבלת זכויותיו של הורה בעניין חינוכו הדתי של ילדו הוא מבחן של סיכון ממשי לנזק נפשי או פיזי לילד. כאמור, תוצאתה המסתברת של אי ההתערבות היא חשיפת הילד לחינוך דתי כפול, ברמה זו או אחרת. קבוצת פתרונות נוספת הנובעת מגישה זו היא הכרה בבעייתיות הכרוכה באי ההתערבות, העשויה להביא את הילד לבלבול כשהוא ניצב ללא הגנה מול הקונפליקט בין הוריו, ופתרונה באמצעות מנגנוני הכרעה שמצמצמים את שיקול דעת בית המשפט על ידי הוספת הנחת מוצא נוספת - התפיסה החוזית, והתפיסה המעניקה להורה המשמורן גם את החזקה הרוחנית. על כך בהמשך.

ב. **הגישה החוזית**

16. אחד מביטוייה הקונקרטיים של גישת אי ההתערבות היא הגישה החוזית. גישה זו גורסת כי על בית המשפט לבחון אם קיים בין ההורים הסכם, מפורש או מכללא, בדבר חינוכם הדתי של הילדים. במידה וקיים הסכם כזה, בית המשפט יבדוק את תוכנו, ובהיעדר טענות חוזיות רלבנטיות, הוא יישם את החוזה כלשונו. גישה זו פותרת את בית המשפט מן ההכרח להיכנס לשאלה הקשה גופה, והדיון כולו מועבר למישור החוזי. בית המשפט יבחן את תוקפו של החוזה בהתאם למבחנים החוזיים הרגילים, ובהיעדר חוזה מפורש, יבחן האם התנהגות ההורים מלמדת על קיומו של הסכם. לכאורה, מבטיחה גישה זו פתרון נוח ונקי לגמרי משיקולים דתיים. בית המשפט אף אינו מסתכן בנטילת החלטות הנתונות להורים. למרות יתרונות אלו, לא זכתה גישה זו לתמיכה רבה בארצות הברית, והביקורת עליה רבה.

[245] ראשית, ברור כי גישה זו מתעלמת ממוקד הדיון - הילדים; גישה זו אינה לוקחת בחשבון כלל את מוקד המחלוקת, הוא הילד. הטענה היא כי החוזה בין ההורים אינו יכול להגביל את שיקול דעתו של בית המשפט האמון על טובת הילד. אולם, ביקורת זו אינה משמיטה בהכרח, כליל, את הקרקע מתחת לגישה החוזית, מאחר ועל פיה בחוזה כשלעצמו אין כל פסול (ראה, למשל, Stanton V. Stanton (1957) 100 S.E. 2d 289). שנית, ניתן לטעון כי חוזים מכללא אינם ניתנים לאכיפה לאור היותם כלליים. חוזה מעין זה אינו עומד בדרישות המסויימות וגמירות הדעת. אולם הביקורת העיקרית על גישה זו גורסת כי חוזה כאמור כלל אינו ניתן לאכיפה בארה"ב, מאחר והוא עומד בסתירה לתיקון הראשון לחוקה האמריקאית בדבר חופש הדת. חופש הדת מאפשר להורים לשנות דתם, אורח חייהם, ותפיסתם הדתית. מאחר וחופש

הדת כולל גם את החופש של הורה להקנות חינוך דתי לילדו, הרי שאכיפת חוזה כאמור פוגעת בחופש הדת של ההורה. (ראה Zummo V. Zummo (1990) 574 A. 2d 1130).

ג. תפיסת ההורה המשמורן כ"בעל מונופול" על חינוכו הדתי של הילד

17. בפסקי דין רבים ההכרעה בעניין המשמורת הרוחנית של הילד מתבססת על התפיסה לפיה המשמורת הפיזית והמשמורת הרוחנית הולכות יד ביד - היינו ההורה הזוכה במשמורת הפיזית זוכה גם במשמורת הרוחנית. כאמור, אף תפיסה זו מתבססת על היעדר התערבות כנקודת מוצא, אולם גישה זו מכירה בנזק שעלול להיגרם לילד כתוצאה מחשיפתו לדתות של שני הוריו, במקביל, והיא מבקשת ליתן לכך פתרון שלא יצריך כניסת בית המשפט לדיון בסוגולות של הדתות המתחרות בליבות ההורים ובשיקולים דתיים אחרים. כך פותח מנגנון הכרעה כללי הנשען על שתי נקודות מוצא אלו. על פי גישה זו, בית המשפט בוחר את ההורה המשמורן על בסיס שיקולים "נקיים" משיקולים דתיים. משנבחר ההורה המשמורן, מוצמדת למשמורת הפיזית גם המשמורת הרוחנית בילד, ובית המשפט יתערב וישנה את המשמורת הרוחנית רק במקרים בהם נמצא כי נפגעת טובת הילד.

בתי המשפט הדוגלים בגישה זו מציגים אותה כמחוייבת המציאות, מאחר והמגע והאינטנסיבי ביותר של הילד הוא עם ההורה המשמורן. הענקת מונופול להורה המשמורן מנטרלת מן המערכת את זכויותיו של ההורה הלא-משמורן. בתי משפט רבים דחו את הטענה לפיה הוראה המעניקה להורה המשמורן אף את המשמורת הרוחנית, פוגעת בזכויותיו של ההורה הלא-משמורן (ראה למשל: Rhodes V. Rhodes (1975) 535 P. 2d 1122; לגישה הפוכה ראה In Re Glavas (1953) 121 N.Y. Supp. 2d 12)). בתי המשפט הסבירו כי מנגנון הכרעה מסוג זה פועל לטובת הילד, שכן הוא חוסך את ההתדיינויות והמחלוקות הקשות בין ההורים. שיקול זה מונח גם בבסיס דחיית הטענה כי המנגנון פסול לאור היותו שרירותי. ניתן למנות שני טעמים פרקטיים נוספים לתמיכה במנגנון הכרעה זה. הטעם הראשון עניינו הכרה בגבולות יכולתו של בית המשפט. בית המשפט אינו מסוגל להגיע בתחום זה להחלטה הטובה ביותר עבור הילד, כי אין לו את הידע והכלים הדרושים לכך. לכן, עדיף שככלל ההחלטות תתקבלנה על ידי ההורים, ובהיעדר הסכמה ביניהם - על ידי ההורה [246] המשמורן (ראה Griffin V. Griffin (1985) 699 P. 2d 407). הטעם השני נובע מבעיית האכיפה שנסקרה לעיל: הגבול כאן הוא ברור ופשוט, והאכיפה אינה מחייבת בחינה של פעולותיו הדתיות של ההורה הלא-משמורן.

אכן, מנגנון ההכרעה הנדון קוסם בפשטותו: ניטרול ההורה הלא-משמורן מותירה את זכותו של ההורה המשמורן לקבוע את דתו של ילדו בתחרות עם טובת הילד בלבד. כך נחסכים קונפליקטים ומאבקים, וכך גם נחסך הצורך בהתערבות בית המשפט, שהוא נרתע ממנה לאור השיקולים הדתיים המעורבים בכך. עם זאת, בשם עקרון טובת הילד, בית המשפט יתערב ויעניק את המשמורת הרוחנית להורה הלא-משמורן במצב בו מוכח כי החינוך הדתי שבוחר ההורה המשמורן פוגעת בטובת הילד. מידת ההתחשבות בטובת הילד ובשיקולים השונים שניתן לשקול במסגרתו משתנה, ובכך נעוץ ההסבר להבדלים בין הפתרונות בפסקי הדין השונים השואבים מגישה זו. (לפסיקה בהתאם לגישה זו ראה: Oiser V. Oiser (1980) 410 A. 2d 1027; Wojnarowicz V. Wojnarowitz (1958) 137 A. 2d 618; Wilhelm V. Wilhelm (1974) 504 S.W. 2d 699)).

בנוסף לשיקולים הכלליים כנגד גישת אי ההתערבות, ניתן למנות שיקולים נוספים להתנגדות למנגנון ספציפי זה, הפוגע פגיעה קשה בחופש הדת של ההורה הלא-משמורן (שזכויותיו כלפי הילד כבר צומצמו ממילא בשל הענקת המשמורת הפיזית להורה האחר). מתוך החשש הרב לפגוע בנייטראליות של המדינה ובחופש הדת של שני ההורים, הרי השימוש

ברטוריקה המתוארת מביאה למעשה לפגיעה הקשה ביותר בחופש הדת של ההורה הלא משמורן. גישה מעין זו, ועיגונה הסטטוטורי אכן מציעה פתרון המונע מבית המשפט את הצורך להיכנס להכרעה קשה, אולם הוא מעביר אל כתף ההורה הלא-משמורן נטל כבד מאוד - להוכיח שטובת הילד דורשת כי המשמורת הרוחנית תוענק לו. ניתן להבין את רתיעתו של בית המשפט מהתערבות בשיקולים דתיים, אך ספק אם חשש זה צריך להעניק להורה המשמורן זכות מוחלטת בנושאי האפוטרופסות, ולשלול זכויות רבות מן ההורה הלא-משמורן (לפסיקה ברוח זה ראה עניין Glavas הנ"ל). אין כל סיבה שבאופן גורף, עם סיום קשר הנישואין, יגווע האינטרס של ההורה הלא-משמורן בחינוך הדתי של ילדיו.

ד. **הגישה של טובת הילד כחזות הכל**

18. יודגש מיד כי מנגנוני ההכרעה במסגרת שלוש הקטיגוריות הקודמות לוקחים בחשבון את טובת הילד כשיקול במסגרת ההכרעה. אולם, במסגרת המנגנונים הללו "טובת הילד" היא אך שיקול שעשוי למתן או לשנות תוצאה שבית המשפט עשוי היה להגיע אליה על פי הנחת היסוד של מנגנון ההכרעה. לעומת זאת, הגישה המנחה את פסקי הדין הנידונים בסעיף זה היא גישה לפיה נקודת המוצא והסיום, היא טובת הילד. גישה זו מנוגדת לזו של אי ההתערבות. אמנם, מחסום ההתערבות של בית משפט בשיקולים דתיים שריר וקיים, אולם רמת הנזק שיש להוכיח כדי להצדיק התערבות בית המשפט נמוכה בהרבה, ועל כן גם סף ההתערבות נמוך בהרבה. בתחרות בין זכות ההורה וחופש הדת שלו לבין טובת הילד, ידה של טובת הילד היא על העליונה. כאשר מתעוררת [247] מחלוקת בין ההורים בקשר לחינוכו הדתי של הילד, ובית המשפט נדרש לנושא, הוא יציב את טובת הילד כשיקול שווה ערך לפחות לזכויות ההורים. טובת הילד אינה רק טובתו הפיסית, אלא גם טובתו הרוחנית, המוסרית והאינטלקטואלית. בתי המשפט מדגישים כי אין הם נוהגים בכך בניגוד לתיקון הראשון לחוקה האמריקאית, מאחר ואין הם שוקלים שיקולים דתיים כשלעצמם, אלא רק כל עוד הם נוגעים לטובת הילד. בניגוד לגישת אי ההתערבות, שאינה מעמתת ישירות בין טובת הילד לזכויות ההורים, בתי המשפט שבחרו במנגנון הכרעה זה העלו את הילד למעמד של מעין צד בעניין, שאת זכויותיו יש לשקול בצד זכויות הצדדים האחרים.

יודגש כי השיקול הדתי משמש את בית המשפט רק לעניין המשמורת הרוחנית של הילד, ולא לעניין הענקת המשמורת הפיזית. משמורת פיזית לעולם אינה מוענקת על בסיס שיקול דתי (אלא במצב בו דתו של ההורה מזיקה או עלולה להזיק לילד במידה כזו המצדיקה התערבות בית המשפט) (ראה למשל: Pruss v. Pruss (1975) 344 A. 2d 509; Morris v. Jackson (1949) 212 P. 2d 78).

אחד מן הפתרונות הבולטים המתאפשרים במסגרת גישה זו הוא הפרדת המשמורת הפיזית מן המשמורת הרוחנית. שני אלמנטים אלו של האפוטרופסות נתפסים כנפרדים, ועל כן יתכן כי כל אחד מהם יוענק להורה אחר, תוך שבית המשפט לוקח בחשבון את העובדה כי עצם הפיצול עלול לפגוע בטובת הילד (ראה למשל: Romano v. Romano (1967) 283 N.Y. Supp. 2d 813). אולם, למעשה, גישה זו מאפשרת לבית המשפט שיקול דעת נרחב, ובמסגרתו, למעשה, כל פתרון אפשרי: משמורת דתית כפולה; הצמדת המשמורת הרוחנית למשמורת הפיזית; פיצול המשמורת הפיזית והמשמורת הרוחנית - וכל וריאציה שביניהם. המשותף לכל אחד מן הפתרונות הוא בכך שההכרעה מתבססת כל כולה על עובדות המקרה הספציפי, והיא מכוונת להגן על טובת הילד. מאפיין נוסף של הפתרונות במסגרת גישה זו הוא רמת ההתערבות באוטונומיה של ההורים, ורמת הפירוט של הצווים השיפוטיים. כך ניתן למצוא פתרונות מפתרונות שונים, היורדים לפרטי פרטים של החזקת הילד, סדרי הביקורים, ואופן הענקת החינוך הדתי. האלמנט העיקרי המסביר את הפתרונות השונים במסגרת גישה זו הוא מידת ההתחשבות של בית המשפט בטובת הילד. נוסחאות התערבות שונות

יתירו רמות התערבות שונות בשיקולים דתיים. כאן למעשה נעוצה נקודת התורפה של גישה זו: התערבות בית המשפט היא מאסיבית, דורשת ירידה לפרטי פרטים ושחרור ההורים למעשה מכל אחריות או שיקול דעת. יתכן כי גישה פרטנית זו מקורה בחשש שגדרי האסור והמותר לא יובנו, אולם אין צורך לומר כי קביעת הסדרים פרטניים היא משימה קשה ולעתים אף בלתי רצויה.

בית המשפט העליון של קנדה נדרש לאחרונה למקרה המעורר שאלות הדומות לשאלות נשוא דיוננו (Young v. Young, 193 4th D.L.R. 108 (1993)). דובר בזוג נוצרים, הורים לשלושה ילדים צעירים (הגדולה שבהם היתה בת כשלוש-עשרה בעת הדיון בבית המשפט העליון). במהלך הנישואין הצטרף האב לכת עדי יהווה, ובין בני הזוג נפער פער שהביאם לגירושין. המשמורת הוענקה לאם, בו בזמן שלאב הוענקו זכויות ביקור; אולם, בית משפט [248] דלמטה הטיל על זכויות הביקור של האב מגבלות, בדומה לאלה שהטיל בית משפט קמא על האם בענייננו, היינו נאסר על האב לדון עם ילדיו בנושאים דתיים, לחשוף את ילדיו לדתו או לשתפם בפעילות הכת. מגבלות אלו בוטלו בערעורו של האב לבית משפט לערעורים. האם ערערה בפני בית המשפט העליון. בית המשפט העליון, שדן בעניין בהרכב של שבעה שופטים (ברוב של ארבעה, מול דעתם החולקת של שלושה שופטים), דחה את ערעורה של האם. הווי אומר, פסק הדין של בית המשפט לערעורים נותר על כנו. נקודת המוצא של הדיון היתה כי טובת הילד היא שמדריכה כל החלטה בנושא משמורת וזכויות ביקור. השופטים כולם הסכימו כי עקרון טובת הילד אינו נוגד אף אחת מזכויות היסוד המובטחות בחוקה הקנדית (Charter). הנמקתם של השופטים לעניין זה היתה שונה; כך גם תפיסתם את מהות המושג טובת הילד. שופטת המיעוט(L'Heureux-Dube J.), עימה הסכימו שני השופטים La Forest ו-Gonthier, סברה כי מושג טובת הילד הוא השיקול הבלעדי. לגישתה אין זכויות ההורים נכנסות למסגרת השיקולים, ועל כן אין כלל מקום להעמדת הנזק שעלול להיגרם לילד מול זכויותיו של ההורה הלא-משמורן. לגישתה הענקת משמורת לאחד מן ההורים משמעה הענקת מלוא הזכויות ושיקול הדעת בקבלת החלטות הקשורות לילד מסורות להורה המשמורן, ולו בלבד. למעשה, גישתה מגלה יסודות התופסים את ההורה המשמורן כבעל זכות ייחודית על כל ההחלטות הקשורות בילד, כאשר הטעם המדריך גישה זו אינו החשש מהתערבות, המניע בתי משפט אמריקאיים על רקע החשש מפני הכרעות אידיאולוגיות וערכיות, אלא התפיסה כי גישה זו משרתת נכונה את טובת הילד. שופטי הרוב, שביטוי לגישתם הובאה בעיקרה בפסק דינה של השופטת Mclachlin. סברו כי הענקת המשמורת לאחד מן ההורים אינה מרוקנת את ידיו של ההורה האחר מכלל זכויותיו כלפי הילד. תפיסתם את טובת הילד היתה רחבה יותר, והכניסה למשוואה פרמטרים נוספים, כגון חשיבות הקשר ההדוק בין הילד להורהו הלא-משמורן וחשיבות הכרת הילד את הורהו. כך, לגישתם יש לאזן בין היתרונות הגלומים בקשר האמור, לבין הנזק העלול להיגרם לילד כתוצאה מחשיפתו לשתי דתות שונות. האיזון נעשה כל כולו במסגרת טובת הילד. מאחר ואין להורה בעל המשמורת בלעדיות בהדרכת הילד בענייני דת ומאחר ולגישתם לא הוכח שצפוי כל נזק לילדים, מן החשיפה לדתו של האב, נדחה ערעורה של האם. השאלה החוקתית התרכזה אך ורק בחוקיות האימוץ של עקרון טובת הילד, ובקיום הזכויות החוקתיות של האב. לא היתה התייחסות לזכויות הילד מול מושג טובת הילד. בית המשפט לא נכנס למעשה לשאלה שהצבנו אנו, והיא היקף ההגנה **החוקתית** שניתן להעניק לאינטרס של הילד במסגרת מנגנוני ההכרעה המיושמים בסכסוכי משמורת ואפוטרופסות, מול זכויותיהם החוקתיות של ההורים. בחינת **זכויות** הילד, ככאלה, כלל לא עלתה. הפער בין עמדות הרוב והמיעוט מצביע גם על הקושי הטמון בפנייה בלעדית למושג של טובת הילד כאמת מידה מכרעת בסכסוכים מסוג זה; בית המשפט נאלץ לפנות לשאלות ערכיות, בהערכת השפעת דתו של האב על הילדים, כאשר הוא מסתכל עליהם באספקלריה של זכויותיו החוקתיות של האב. מכאן הגיע הרוב למסקנה כי אין להגביל את האב במתן שיחות והסברה על דתו, דבר שהילדים שנשאלו לדעתם ביקשו להתרחק ממנו.

מנגנון ההכרעה: זכויות הילד

19. ראינו כי המשפט האמריקאי מציע שלל מנגנוני הכרעה כלליים ופתרונות ספציפיים לבעייה העומדת בפנינו. במסגרת סקירת המנגנונים השונים הצבענו על היתרונות והחסרונות שבכל אחד מן המנגנונים. אין ברצוננו לאמץ אף אחת מן הגישות כלשונה, אם כי נקודת המוצא האחרונה שנסקרה, שמרכזה טובת הילד, תשמש כקו מנחה. על השיקולים לדחיית מנגנוני ההכרעה האחרים עמדנו לעיל. יש לזכור גם כי במשפט האמריקאי עצמו אין הסכמה בנושא. לכן נבקש לבנות תיזה הדומה לחלק מן ההנחות של הקטיגוריה הרביעית, תוך התאמתה לשיטת המשפט הישראלית, ולערכי היסוד הנוספים שנבקש להיסמך עליהן במסגרת החלטתנו זו. ברי כי אף פתרון אינו "נכון" יותר מפתרון אחר, והעדפת מנגנון הכרעה אחד על משנהו מקפלת בתוכה את מערכת הערכים והמבנה של החברה שבמסגרתה הדיון מתעורר. אכן, טובת הילד תשמש לנו כשיקול מרכזי במסגרת הדיון. אולם, כפי שכבר נרמז, נבקש ללכת צעד נוסף בתפיסת יחסי הורים וילדים. לכן טובת הילד והאינטרסים שלו יקבלו מקום נכבד יותר במחלוקת בין ההורים: טובת הילד לא תשקל רק כשיקול לצורך הכרעה בין זכויותיהם המתחרות של ההורים, אלא זכויות הילד ישקלו כזכויות של מעין צד מלא לסכסוך.

טובת הילד

20. נראה שעל מושג "טובת הילד" אין צורך להכביר מילים. עקרון זה הוכר זה מכבר כעקרון המנחה בפתרון סכסוכים בתחום דיני המשפחה, כגון הפקעת זכויות הורים, חטיפת ילדים וסכסוכי משמורת. בכל אחד מן התחומים מקבל העקרון תוכן שונה במעט. התחום הקרוב במהותו לבעיה העומדת לפנינו הוא סכסוכי משמורת בין ההורים. עקרון זה קיבל ביטוי בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, וכן באמנה הבינלאומית לזכויות הילד (סעיף 3). עקרון טובת הילד מטרתו להגן על האינטרסים של הילד במסגרת המשבר המשפחתי:

> "המושג 'טובת הילד' משקף את העקרון שעל פיו אנשים אחרים צריכים להחליט עבור הילד. אותם אנשים אחרים הם ההורים, אך אם מתעורר הצורך בכך באים במקומם בתי משפט, פקידי סעד וכיוצא בהם גופים או אנשים המחליטים החלטות לגבי הילד מתוך מגמה להגן עליו. ההנחה הגלומה בגישה זו היא שבעוד שמבוגר מסוגל וזכאי בדרך כלל להחליט לגבי עצמו, ילד איננו מסוגל, ולכן גם איננו זכאי, להחליט החלטות שכאלה. הגישה הפטרנליסטית, אותה מבקשים לרסן בתחומים רבים של המשפט, פועלת ללא מעצור בעניניהם של קטינים".
>
> (שיפמן, שם, בעמ' 236).

במסגרת סכסוכי משמורת, משמש העקרון כאמצעי לבחירה בין ההורים. מאחר ונקודת המוצא היא שוויון בין ההורים, נדרש קנה מידה נייטראלי ביניהם - ולכך משמש עקרון טובת הילד. הקושי טמון בזיהוי טובת הילד. ראשית - נשאלת השאלה האם מדובר בטובת הילד האקטואלי או בטובת הילד הפוטנציאלי (שיפמן, בע' 232). שנית - קיימת סכנה בעירוב שיקולים אידיאולוגיים וחיצוניים בקביעת טובת הילד:

> [250] "... לא ניתן לנתק כליל שפיטה על פי טובת הילד מערכיה של החברה. שופטים שונים - ואין צריך לומר דיינים בבית הדין הדתי לעומת שופטים אזרחיים - עשויים לעצב את מושג טובת הילד לפי ערכים שונים. טובת הילד איננה עובדה מוסכמת ומקובלת על הכל, ויתכנו לגביה גישות ערכיות שונות..."

(שיפמן, שם, בעמ' 230).

הקושי בדבר עירוב שיקולים אידיאולוגיים מתחדד בסוגיה הנדונה. אם בענייני משמורת פיזית החשש האמור נוגע לאחד מן השיקולים שעשויים להילקח בחשבון במסגרת ההכרעה, הרי במסגרת סכסוכי משמורת רוחנית החשש טבוע בסכסוך, וקשה לראות כיצד ניתן להגיע להכרעה המתעלמת לגמרי משיקולי דת, שהרי בדיוק על כך נסב הדיון. הקושי בא לידי ביטוי בכך שההכרעה צריכה להיות חפה משיקולים דתיים המקפלים הערכה ערכית של הדתות והאמונות השונות. כפי שנקודת המוצא בסכסוכי משמורת פיזית היא שוויון עקרוני בין מסוגלותם של ההורים, כך גם נקודת המוצא בסכסוכי משמורת רוחנית צריכה להיות שוויון עקרוני בין אמונותיהם, דתם ואורח חייהם של ההורים. כך גם גרסו בתי המשפט בארצות הברית בפנותם לעשות שימוש בעקרון טובת הילד. וכיצד תקבע טובת הילד במסגרת צרה זו? טובת הילד דורשת הכרעה במקרה הספציפי העומד בפני בית המשפט, ויש לבחון את טובתו של הילד המסויים העומד לפני בית המשפט.

אין לפסוק על פי הנחות תיאורטיות וכלליות בדבר טובתם של ילדים. אולם, במסגרת הסקירה של המשפט האמריקאי ראינו כי הכרעות מנוגדות המתבססות על הנחות מוצא הפוכות זכו לחסות תחת כותרת טובת הילד. אכן, אין ספק כי ההכרעה מושפעת מתפיסת העולם של השופט, ומהסיטואציה החברתית במסגרתה הוא פועל. אין ספק גם שמושג טובת הילד מקפל בתוכו, לפחות ברמה העקרונית, גם תפיסות ערכיות של החברה, ובמסגרתו יש לקחת בחשבון את דרכיה ותפיסותיה של החברה. לכן, בבחינתנו את מידת התאמתם למשפט הישראלי של מנגנוני ההכרעה שפותחו בארצות הברית, עלינו לקחת בחשבון את ההבדל בין החברה הישראלית לבין החברה האמריקאית לעניין הפלורליזם, הסובלנות, והפתיחות הדתית. תפיסות חברתיות אלה וכן המציאות החברתית משפיעות על טובת הילד התיאורטית. אין ספק שחופש הדת בשיטה הישראלית מקודש בה במידה שהוא מקודש בשיטה האמריקאית, ואין ספק כי שיקולים דתיים אינם צריכים להדריך, כשלעצמם, הכרעות שונות בענייני משמורת ואפוטרופסות. אולם, בצד האמירה הזאת אין להתעלם מהמבנה החברתי השונה בשתי המדינות. בארצות הברית נישואין בין-דתיים הם דבר נפוץ ומקובל, ומכאן גם פתיחות החברה האמריקאית למצבים "חריגים", כגון ילד המקבל חינוך דתי כפול. בשל הפלורליזם החברתי, מידת החריגות המיוחסת להשתייכות לדתות ולכתות שונות, מצומצמת. את הדברים האחרונים יש לקרוא בזהירות מירבית ולהבין באופן המצומצם ביותר: אין בכוונתנו לומר כי בשל השיקולים האמורים התחשבות גורפת בשיקולים דתיים מותרת, ואין בכוונתנו לומר כי השתייכות לדת אחת עדיפה על השתייכות לדת אחרת, וכי בחינת טובת הילד באופן זה עשויה להכתיב כי טובתו להיות בן דת זו או אחרת.

[251] כל שברצוננו לומר הוא כי במסגרת טובת הילד יש לייחס משקל (כלשהוא) לשיקול בדבר השונות והחריגות מן הנורמה החברתית בסביבתו הטבעית של הילד, הן ביחס לתפיסתו של הילד את עצמו ומצבו בחברה, והן ביחס לתפיסתה של החברה את הילד. אכן, בית המשפט אינו צריך להיכנע לחוסר פתיחות וחוסר סובלנות של חברה זו או אחרת, ואחד מתפקידיו הוא לעצב נורמות עבור החברה. אולם, במסגרת פתרון הסכסוך הספציפי העומד על הפרק, כשאנו אמונים על טובת הילד, לא יהיה זה ראוי להתעלם לחלוטין מן המציאות ומתפיסות חברתיות, העשויות להשפיע על הילד. כמובן שטובת הילד הנבחנת היא טובת הילד הספציפי, וכל האמירות לעיל אינן אלא בגדר חלק מהגדרת המצב החברתי שבמסגרתו אנו פועלים. לכן יש צורך בהוכחות בדבר השפעת מצב הדברים האמור על הילד הספציפי, במצב בו הוא נתון, כשיש לזכור כי אין מדובר במצב בו המשפחה מאוחדת בבחירתה, ומלכתחילה אין הילדים זוכים לגיבוי מלא של כל משפחתם. כפי שהוסבר, בתי משפט שונים בארצות הברית דרשו רמות שונות של הוכחות ורמות שונות של נזק

לצורך פנייה לעקרון טובת הילד כשיקול במסגרת ההכרעה.

21. במקרה שבפנינו אין חוות דעת פסיכולוגיות מקיפות בדבר הנזק שנגרם או שעלול להיגרם לילדים. עם זאת, מחומר הראיות עולה כי הילדים מצויים במתח ובלחץ בשל הקונפליקט בין ההורים. אולם, אין בכוונתנו לפתח נוסחה לעניין רמת הנזק הנדרשת והוכחתה, מאחר ואין ברצוננו לגבש את ההחלטה על סמך טובת הילד כשלעצמה. בשל חשיבות הזכויות המעורבות, ברצוננו ליתן לילד מעמד חזק יותר בסכסוך העומד על הפרק. קרי, ההכרעה תתקבל לא על סמך החלופה הטובה עבורו מבין החלופות שדורשים הוריו, אלא על סמך החלופה המגנה עליו ועל זכויותיו באופן הטוב ביותר. גישה זו מבהירה ומחזקת את מעמד הילד במסגרת המשפחה ובמסגרת הסכסוך המשפחתי.

זכויות הילד

22. מושג זכויות הילד הוא מושג חדש יחסית כתיבה המשפטית בתחום דיני המשפחה והמשפט החוקתי. עיקר פיתוחו נעשה בשני העשורים האחרונים, והדים לו ניתן למצוא הן בספרות המשפטית והן בפסיקת המדינות השונות, ובעיקר בפסיקת בית המשפט העליון האמריקאי. בשני העשורים האחרונים זכתה תפיסת זכויות הילד להכרה בארצות הברית, אם תוך התייחסות ישירה לנושא, ואם תוך הכרה עקיפה בילד כיצור אוטונומי בעל אינטרסים וזכויות משלו. לעיקר הדיון וההכרה זכו זכויות הילד לפרטיות ולחופש הביטוי וזכויות הנוגעות לתחום הפרוצדורה הפלילית. האמנה הבינלאומית של האו"ם בדבר זכויות הילד משנת 1989 אף היא משקפת מגמה זו. השלכותיו המלאות של מושג זכויות הילד טרם גובשו, וגדרי הזכויות טרם שורטטו. התפיסה עדיין לא התגבשה לכלל תורת-משפט כללית ושיטתית, והשאלות שנותרו פתוחות רבות אינן מעטות. אנו נמצאים אך בתחילת הדרך. עם זאת, הספרות המשפטית הרבה בתחום זה בעשורים האחרונים מונעת התעלמות מעצם הצעידה לכלל הכרה בזכויות הילד ומפיתוחו המשפטי של הנושא. יש לזכור כי העקרונות החוקתיים בדבר שוויון זכויות לנשים ולמיעוטים צצו אף הם בזמנם כדוקטרינות חדשניות, והיום דומה שאין מי שלא יכירן או יחלוק עליהן, וראה חלק מן המאמרים [252] בתחום בו אנו עוסקים: Eekelaar, "The Emergence of Children's Rights" 98 L.Q.Rev; J.M. Eekelaar, "What Are Parental Rights? Oxford, Journal of L. St, 161, 210, B.M. Dickens, " The Modern Function and Limit of Parental Rights" 97 L.Q.Rev. (1981) 462; S.J. Baskin, "State Intrusion into Family Affairs" 26 Stan. L. Rev. (1973-74) 1383; J.H. Garvey, "Children and The First Amendment" 57 Tex. L. Rev. (1978-79) 321; Garvey, "Child, Parent, State, and the Due Process Clause: an Essay on the Supreme Court's Recent Work" 51 S. Cal.L.Rev. (1977-78) 769; Note, "Lawyering for the Child: Principles of Representation in Custody and Visitation Disputes Arising from Divorce" 87 Yale L.J. (1977-78) 1126; H.H. Foster & D.J. Freed, "A Bill of Rights for Children" 6 Fam.L.Q. (1976) 343.

כן ראו אור בשנים האחרונות מספר ספרים וקבצי מאמרים בנושא זה: The Ideologies of Children's Rights (Dordecht, ed. by M. Freeman & P. E. Veerman, 1992); P.E. Veerman, "The Rights of the Child and the Changing Image of Childhood (Dordrecht, 1992); Child Law - Parent, Child and the State (Aldershot, ed. by H.D. Krause, 1992), והרשימה עוד ארוכה. כן קיימת כתיבה בין-תחומית רבה. הכתיבה בנושא כמובן אינה אחידה, וניתן לאתר גישות המרחיבות או מצרות את זכויות הילד מחד, ואת התערבות המדינה באוטונמיה של המשפחה, מאידך; גישות תיאורטיות וגישות פרקטיות, גישות פמניסטיות וליברליות וגישות ליברטריניות וכו'. יש בין הכותבים העומדים על ההתפתחות ההסטורית של זכויות הילד, יש כותבים הקוראים לשחרורו המוחלט של הילד ויש

כותבים המוכנים להכיר אך בחלק מצרור זכויותיו. מכנה אחד משותף לכל: ההכרה בכך שהילד הפך מ"חפץ" ברשות הוריו ליצור אוטונומי הזכאי להגנת ערכי היסוד החוקתיים, הן מפני המדינה והן מפני הוריו. הגיע שעתו של בית המשפט הישראלי לתת דעתו אף הוא לנושא זה ולהכיר בזכויות הילד.

באחד מן המאמרים הראשונים בתחום, עמד פרופ' Eekelaar על מושג זה ועל היחס בינו לבין תפקיד ההורה:

> into "Finally, there are indications that the concept of parental rights may be coming proclamation of collision with the development of countervailing rights in children. The propagandist excercise. children's rights has hitherto mainly taken the form of a legal significance." (J.m. However, it is not improbable that the concept will acquire Eekelaar "what are parental rights?" 211 L.Q.Rev., at p. 98).

בהמשך עומד פרופ' Eekelaar על זכויותיהם השונות של ההורים ועל ההתנגשות האפשרית ביניהן לבין זכויות הילדים. בין השאר, הוא מתייחס לשאלת חופש הדת. במאמר מאוחר יותר עומד פרופ' Eekelaar על התפתחותו ההיסטורית של מושג זכויות הילד, תוך שהוא מחלק את צרור הזכויות לשלוש: הזכויות הבסיסיות, הזכויות "ההתפתחותיות" והזכות לאוטונומיה.

פרופ' Eekelaar מבהיר כי על מנת שהאינטרס המוכר של הילד יהפוך לזכות מוגנת, על החברה להכיר בו כאינטרס עצמאי הראוי להגנה, וכי תפקידו של ההורה הוא לפעול בהתאם לאינטרסים המוגנים של ילדו:

> [253] "We may accept that the social perception that an individual or class of individuals has certain interests is a precondition to the conceptualization of rights. But these interests must be capable of isolation from the interests of others. I might believe that it is in my infant daughter's interests that I (and not she) take decisions concerning her evidence. But my interest, medical welfare. This may even be supportable by objective or right, to take such decisions is not identical with her interests. I might make stupid or even malicious decisions. Her interest is that I should make the best decision for her. I am no more than an agent fulfilling her interests. Hence we should be careful to understand that when we talk about rights as protecting interests, we conceive as subject himself or herself might plausibly claim interests only those benefits which the themselves." (J.M. Eekelaar "The Emergence of Children's", Oxford Journal of L. St. 161, at 6 rights", p. 169).

פרופ' Eekelaar עומד על היקפה של כל אחת מן הזכויות ועל היחס ביניהן בעת התנגשות בין שני אינטרסים מוגנים של הילד.

23. בית המשפט העליון האמריקאי עסק אף הוא בשאלת זכויות הילד.

באחדים מן המקרים נדונה השאלה באופן ישיר, כאשר זכותו של הילד עמדה בעימות עם זכות ההורה או עם אינטרס של המדינה, ובמקרים אחרים השאלה עלתה באופן עקיף, ולעתים כלל לא נדונה כאשר בית המשפט למעשה הניח תחולתן של זכויות יסוד שונות על ילדים. כמקרים מן הסוג השני ניתן למנות למשל את פסקי הדין ה"קלאסיים" שכבר אוזכרו: Wisconsin v. Yoder; Pierce v. Society of Sisters; Meyer v. Nebraska; Prince v. Massachusetts. כמו כן ראה גם: Tinker v. Des Moins School Dist. (1969) 393 U.S. 503; Board of Education v. Barnette (1943) 319 U.S. 624; Brown v. Board of Education (1954) 347 U.S. 483; Goss v. Lopez (1975) 419 U.S. 565. אף כאן היריעה קצרה מלהחיל את כלל המקרים שנידונו. אולם באחדים מן המקרים, הנוגעים בעיקרם לשאלת זכותו של הילד לפרטיות, בית המשפט העליון של ארצות הברית נדרש במישרין לשאלת מעמדו של הילד בעיני המשפט, וקבע פוזיטיבית כי הילד זכאי להגנת הזכויות השונות:

> "Constitutional rights do not mature and come into being magically only when one attains the state-defined age of majority. Minors, as well as adults, are protected by the constitution and possess constitutional rights." (Planned Parenthood v. Danforth (1976) 428 U.S. 52, at 74).

ראה גם: Carey v. Population Services International (1977) 431 U.S. 678; Bellotti V. Baird (1976) 428 U.S. 132, 134. בהמשך נעמוד על עובדותיהם של חלק מן המקרים.

24. סיכומם של דברים, מושג "זכויות הילד" מורה לנו כי לילד נתונות זכויות. מושג [254] "זכויות הילד" הוא בגדר פרישת סוכת ההגנה החוקתית על הילד. ביטוייה בהכרה בזכויותיו ובכך שמיכלול הזכויות הוא גם ערובה להבטחת טובתו. כקנה מידה לפתרון סכסוכי משמורת או סכסוכים המתעוררים בין הורים לילדים, התפיסה שמקפל המושג בתוכו היא זו: הילד הוא יצור אוטונומי בעל זכויות ואינטרסים עצמאיים מאלה של הוריו. אמנם, היקפן של הזכויות עשוי להיות צר מזכויותיהם של מבוגרים, אולם בכך אין כדי לשמוט את הקרקע תחת הנחת היסוד בדבר זכויות הילד. על כן, על פי גישה זו, התפיסה בדבר זכויות הילד יכולה לשמש קנה מידה ראוי לפתרון סכסוכי משמורת, מאחר והוא מגן בצורה טובה יותר על הילד וטובתו הכללית מאשר עקרון טובת הילד.

25. דומה כי האמירות שהובאו לעיל, והעובדה שרבות שכמותן ניתן למצוא בספרות ובפסיקה שאוזכרו, מבססים די צרכה את התפיסה בדבר זכויות הילד ומספקות תשובה לשאלה בדבר נחיצותן. ישאל השואל, מדוע ראוי לגזור מתפיסה זו אמת מידה אלטרנטיבית לעקרון טובת הילד לפתרון חלק מסכסוכי משמורת בין הורים, ואף לבכרה על העקרון המוכר בדבר טובת הילד. אשיב לו בשניים. ראשית, עקרון זה נותן ביטוי חזק יותר למעמדו של הילד במסגרת הסכסוך המשפחתי. ושנית, עקרון זה משמש כקנה מידה ניטראלי.

פרופ' שיפמן מגדיר את מושג זכויות הילד ואת ההבדל בינו לבין טובת הילד במלים אלה:

> "... בשנים האחרונות החלו לצוץ רעיונות הקוראים להכרה ב'זכויות הילד', אם כי רעיונות אלה טרם זכו להתגבש לדוקטרינה חד-משמעית. המושג זכויות הילד מבקש להדגיש את חשיבות שמירת האינטרסים של הילד בכל החלטה לגבי עתידו. במובן זה המושג זכויות הילד מופיע, איפוא, כשם נרדף לטובת הילד, וחידושו בצורך לפרט ולהגדיר במפורש את האינטרסים הראויים להגנה".

"זכויות הילד" אינן המרה של מושג "טובת הילד". היפוכו של דבר, הן מושג רחב יותר ממושג "טובת הילד" והן כוללות אותו בתוכן. הרבותא שבפניה אל זכויות הילד היא כי "טובת הילד" היא מושג רגשי-סובייקטיבי שנשען על שיקול הדעת וההערכה העובדתית של בית המשפט במקרה ספציפי, בו בזמן ש"זכויות הילד" הן מושג חוקתי-נורמטיבי הנשען על מערכת זכויות מוכרת וקיימת, אך המודרך כמובן גם כן על ידי השאיפה להכיר בטובת הילד. בנושא כגון זה שבפנינו הישענות על "טובת הילד" בלבד, משמעותה מתן ביטוי לעמדתו הסובייקטיבית של בית המשפט במחלוקת הדתית הספציפית שבין ההורים, לגבי הדת של כל צד. לעומת זאת, המבחן של זכויות הילד מקבע את עצמאות זכויותיו של הילד ואת החובה להכיר בהן ולכבדן. טובת הילד כלולה בהכרה ובכיבוד של זכויות הילד. קשה לשער כי יכולה להיות הכרה בזכויות הילד ובחובה לכבדן שאינה לטובת הילד, או כי טובת הילד תהיה מותנית בהתעלמות מזכויותיו החוקתיות והמשפטיות האחרות. סיכומו של עניין, אין ביישום של עקרון "טובת הילד" בלבד כדי ליצור נורמה כללית, הישימה לנסיבות המגוונות בהן מתעוררת שאלת הדת של הילד. בכך ניטל מאמת המידה המיושמת המימד הערכי העקרוני.

26. [255] לצורך דיוננו, ניתן לסווג את זכויות הילד בשתי קטיגוריות: ראשית, הזכויות הנתונות לכל אזרח בגיר, והן זכויות היסוד של הפרט, כגון חופש הביטוי, חופש התנועה, חופש הדת והמצפון (שעל ביטויו בהקשר זה נעמוד בהמשך) וכו', וכן, שנית, הזכויות הנובעות מן הקשר המשפחתי ומהיותו של הילד קטין. בדומה ובמקביל לזכויות ההורים הנובעות ממעמדה המיוחד של המשפחה ומן הקשר המשפחתי, מקים הקשר האמור גם זכויות לילד. זכויות אלה עולות גם מחובותיהם של הורים כלפי ילדיהם, כביטויים בחוק החרות והן אלה שעניינן משמורת, חינוך, שמירה על רכוש, בריאות, וכדומה, וכן זכויות הנתונות לקטין בשל עצם היותו קטין, כלומר, זכויות המכירות במצבו, במגבלותיו ובצרכיו המיוחדים של הקטין. ברי כי מהותן ומעמדן של הזכויות הכלולות בשתי הקטיגוריות שונה. בקטיגוריה הראשונה כלולות זכויות היסוד של האדם, וכל החידוש הוא בהכרה ובהדגשה שזכויות אלה נתונות גם לקטינים (וראה את פסקי הדין של ארצות הברית שאוזכרו לעיל). גדר הדיון הוא במידה בה זוכות זכויות אלה להגנה. החידוש הוא בקטיגוריה השנייה. הילד, בשל היותו קטין, זכאי לזכויות מסויימות. חובות ההורים, כפי שהן מוגדרות בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, אינן עוד חובות בעלמא, אלא חובות המקימות לילד זכויות מקבילות. אי קיום חובות ההורים כלפי ילדיהם תתקל בפעולה מטעם המדינה, כמי שמגינה על הילד ועל האינטרסים שלו.

הדיכוטומיה בין הזכויות והמצבים השונים בגדר כל אחת מן הקטיגוריות אינה נטולת מקרי גבול ויתכנו מצבים המערבים את שני סוגי הזכויות. כך, למשל, הזכות לפרטיות של הילד שנדונה בארצות הברית במספר הקשרים מעמתת בין זכויות הילד לזכויות ההורים. בפסק דין Bellotti v. Baird הנ"ל התעוררה תחרות בין הזכות לפרטיות של הילד לבין זכותם של ההורים לחנך את הילד על פי השקפת עולמם. הדיון נסב על חוק של מדינת מסצ'וסטס, לפיו קטינה רשאית לעבור הפלה רק בהסכמת שני הוריה או לאחר קבלת הרשאה מבית המשפט. בית המשפט העליון פסל את החוק. בית המשפט הדגיש שהוא מכיר בחשיבות זכותם של ההורים לחנך את ילדיהם בהתאם להשקפת העולם המוסרית שלהם, אולם מאחר ומדובר בהחלטה בעלת חשיבות גורלית (ובלשון בית המשפט: grave and indelible), הרי שזכותם של ההורים נסוגה מפני הזכות לפרטיות של הנערה. חלקה הגדול של ההנמקה נעוץ בעובדה שמדובר בהחלטה שתוצאותיה הן כמעט בלתי הפיכות, ועל כן אין להשאירן להורים, ובעיקר כאשר מדובר בנערה מתבגרת. כלומר, השיקולים שהדריכו את בית המשפט בהחלטתו היו מהות הזכות (זכות יסוד חוקתית), גיל הקטינה (מתקרב לבגירות), סוג ההחלטה ותוצאתה (בלתי הפיכה). זו היתה גישתו של בית המשפט גם בפסק דין בעניין Danforth. במקרה אחר התעוררה תחרות דומה בין הזכות לפרטיות והאוטונומיה של הילד לבין זכותם של ההורים לחנך את ילדיהם ולפקח על התנהגותם. בעניין Carey המוזכר לעיל, פסל בית המשפט חוק של מדינת ניו יורק שאסר, בין השאר, על הפצת אמצעי מניעה לילדים מתחת לגיל

שאלת חופש הדת של הילד, כשלעצמה, ומעמדה בעימות עם חופש הדת של ההורה, לא נדונה לפי מיטב ידיעתנו בבית המשפט האמריקאי באופן בו היא מתעוררת בפנינו. אולם, אם מקבלים את התיזה של פסקי הדין בעניין Yoder ובעניין Pierce [256] בדבר זכותם החוקתית של ההורים לחנך את ילדיהם מחד גיסא, ואת פיתוחה של הזכות לפרטיות וביצורה בפסקי הדין הנ"ל, מאידך גיסא, הרי שקצר המרחק לביסוס זכותו הנפרדת והעצמאית של הילד לחופש הדת והמצפון. זו גם מסקנתו של המאמר הנ"ל מן ה- 126 U. of Pa.L.Rev., בעמ' 1152. אכן, המקרה שבפנינו הוא מאותם מקרים המערבים זכויות ילדים משתי הקטיגוריות. מחד, מעורבת זכותם של הילדים לחופש הדת והמצפון, שהיא מזכויות היסוד של הפרט, ומאידך, מעורבת זכותם של הילדים מתחום הדין הדן ביחסי הורים-ילדים, שעניינו קבלת חינוך דתי מהוריהם. מול זכויות אלה עומדת זכותם של ההורים לחופש הדת וזכותם לחנך את ילדיהם. הנה כי כן, ניתן לנסח את הקונפליקט לא כעימות בין ההורים, אלא כקונפליקט בין ההורים לבין עצמם, וביניהם לבין הילד.

27. משמונחים בפנינו כל היסודות לפתרון הבעיה ניתן לקבצם לכלל מנגנון הכרעה ולכלל החלטה במקרה הספציפי. כאמור, מנגנון ההכרעה יתבסס על איזון בין זכויות הילד לבין זכויות ההורים, ובמקרה שבפנינו - זכותם של ילדי בני הזוג לחופש הדת והמצפון. כפי שראינו, קונפליקט בין הורים לילדיהם עשוי להתעורר במספר רמות: מן המצב בו מתנגשות זכויות מתחום חובותיהם ותפקידיהם הבסיסיים של ההורים, עד למצב בו מתנגשות זכויות יסוד של הצדדים, וכל מצבי הביניים. המצב הנדון מערב זכויות ילדים משתי הקטיגוריות. אנו נבקש לפתח מנגנון הכרעה העוסק במקרים המערבים זכויות יסוד חוקתיות של הורים וילדים, או לפחות זכויות יסוד של ילדים. מידת התאמתו של מנגנון זה למצבים המערבים אך זכויות הנובעות מקשר המשפחה וממעמד הקטינות יושאר בצריך עיון.

מן הצד האחד עומדות זכויות ההורים, הנהנות הן מהגנת האוטונומיה של המשפחה והן מהגנת חופש הדת והמצפון, הגנות המצמצמות את כוח ההתערבות של המדינה. חופש הדת והמצפון מחייב גם מידה רבה של נייטראליות ביחס לגורם הדתי ומציאת פתרון שפגיעתו בחופש הדת היא מינימלית. מן הצד השני עומדות זכויותיהם המקבילות של הילדים. משקבענו שאחת מן הזכויות המתחרות היא זכותם של הילדים לחופש הדת והמצפון, הרי שראשית, בטרם נאזן זכותם זו כנגד זכותם של הוריהם לחנכם חינוך דתי, יש לעמוד על טיבו והיקפו של חופש הדת והמצפון המסור לקטינים. ככלל, ניתן לומר שכפי שאין ספק שילדים נהנים מזכויות היסוד מהן נהנים מבוגרים, כך גם ברור כי היקף זכויותיהם של הילדים מצומצמות מאלה של המבוגרים. על כך עומדים רבים מן הכותבים בתחום, וראה, למשל, מאמריו של Eekelaar ואת מאמרו של M.D.A. Freeman. למסקנה זו מספר טעמים. ראשית, יש זכויות שהענקתן כרוכה במודעות, הבנה ותובנה. יכולת מימוש הזכות משליכה על היקפה. כך, למשל, לעניין הזכות לבחור (Gray v. Sanders (1963) 372 U.S. 368) ולעניין חופש הביטוי (Ginsberg v. New York (1968) 390 U.S. 629). שנית, יש והמדינה רשאית להגביל זכויותיהם של ילדים, במצבים בהם לא היתה יכולה להגביל זכויותיהם של מבוגרים. מדובר במצבים בהם יש למדינה אינטרס בטיפול בעניינו של קטין, אינטרס שאינו קיים שעה שמדובר במבוגר (ראה למשל פסקי הדין [257] העוסקים בזכות לפרטיות שאוזכרו לעיל). ולבסוף, יש לזכור כי אין הקטינים עומדים על רגליהם שלהם, ויש וזכויותיהם מוגדרות גם תוך הפנייה לזכות ההורים. כך, אין ספק כי קטינים נהנים מאוטונומיה, אולם היקפה של זו בהכרח מצומצם יותר. נשוב עתה לחופש הדת והמצפון. חופש הדת והמצפון של ילדים מצומצם מלכתחילה מזה של מבוגרים בשל מעורבותו של גורם נוסף - ההורים, שהם בעלי זכויות חינוך ומשמורת. ראשית, בדומה לזכות להצביע, גם מימוש חופש הדת, או לפחות היבטים מסויימים שלו (כגון חופש המרת הדת) דורש הבנה ומודעות. שנית, כשמדובר בבגירים, מעורבים שני גורמים - הפרט והמדינה, כאשר הפרט נהנה מתחום של אוטונומיה ומנייטראליות המדינה. למדינה אין כל אינטרס לגיטימי בתחום זה.

אולם, כשמדובר בקטינים, מעורב גורם נוסף בעל אינטרס לגיטימי, הזוכה להגנה חוקתית, והוא ההורה. כך, מלכתחילה תחום האוטונומיה של הקטין בתחום זה מצומצם, והוא מוגדר בהתאם להיקף זכותו של ההורה. הקונפליקט מתעורר כאשר מבקש הורה לעשות פעולות שונות בתחום זה. השאלה היא אם הפעולה מצויה בתחום זכותו של ההורה בלבד, או שמא מוגנת היא אף על ידי זכותו העצמאית של הילד. במצב דברים זה המדינה צריכה לקום ולהגן על זכותו של הילד, לא מפני התערבות או פגיעה מצד המדינה, אלא מפני פגיעה בה על ידי פרט אחר, במקרה זה ההורה.

28. נשוב עתה לאותו תחום של חופש הדת והמצפון המעסיק אותנו - הוא החופש בדבר המרת דת. אין ספק כי אחד מהיבטיו החשובים של חופש הדת הוא חופש המרת הדת. אולם, האם נתון חופש זה, במלוא היקפו, לילד? התשובה על כך שלילית:

> "אמת נכון הדבר שגם סעיף 18 להכרזה האוניברסאלית וגם סעיף 18 לאמנת 1966 כוללים בתוך 'חופש הדת' גם את הזכות להמיר את הדת בדת אחרת, וגם את הזכות להטיף לדת ולהורותה. ואמנם אין ספק בכך שכשם שזכותו של כל אדם בישראל היא להמיר את דתו, כן זכותו של כל אדם בישראל, תהא דתו אשר תהא, היא להטיף לדתו ולהפיצה ברבים בכל הדרכים החוקיות הנאות בעיניו - לרבות חינוך והוראה. במה הדברים אמורים, באדם כשיר ובגיר, אשר מסוגל הוא לשקול זו כנגד זו את תורות הדתות השונות: אדם כזה מסוגל, ועל כן זכאי, להמיר דתו בדת אחרת ככל שירצה. ומכלל הן אתה שומע לאו: אדם אשר מחמת קטינותו או מחמת פסלות אחרת אינו מסוגל לשקול זו כנגד זו את תורות הדתות השונות, אינו מסוגל, ועל כן אינו יכול להיות זכאי, להמיר דתו בדת אחרת. ואם חסרה לו לאדם כזה הכשירות, ועל כן גם הזכות, להמיר את דתו, אינה יכולה להיות בידי אדם אחר, בן דת אחרת, הזכות לחנכו ולשכנעו כדי שימיר דתו".
>
> (בג"צ 103/67 הנ"ל, בעמ' 333).

גישה זו נוקט גם חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, הקובע בסעיף 13א' כי:

> "(א) לא תומר דתו של קטין אלא אם שני הוריו נתנו מראש הסכמתם בכתב או שבית המשפט, לפי בקשת אחד ההורים או לפי בקשת אפוטרופסו של הקטין, אישר מראש את המרת הדת.
>
> (ב) [258] מלאו לקטין עשר שנים, לא תומר דתו אלא אם, נוסף על הסכמת הוריו או אישור בית המשפט לפי סעיף קטן (א), נתן גם הוא מראש את הסכמתו בכתב.
>
> ...
>
> (ד) המרת דתו של קטין בניגוד להוראות סעיף זה - אין לה תוקף משפטי".

הוראות אלו מטרתן להגן על האינטרסים של הילד. חופש הדת מקנה להורים חופש מלא בבחירת דתו הראשונית של ילדם. אולם, משעשו כן, אין הבחירה המלאה נתונה בידם, וכל שינוי דת כרוך גם בפגיעה באינטרס הלגיטימי של הילד. אינטרס שיתכן כי עדיין אינו מודע לו, ושעדיין אינו יכול לגבשו, לממשו, או להגן עליו, אך הוא לבטח קיים. לכן נדרשת

התערבות המדינה, בדמות הגנת בית המשפט. סעיף קטן (א) מבטא את איזון האינטרסים בין הילד להוריו. אולם, איזון זה משתנה משמגיע הקטין לגיל עשר - עתה חופש הדת של ההורים מצומצם לגמרי בכל הנוגע להמרת דת, והבחירה היא כל כולה של הילד. המחוקק מבטא בכך גישה הדומה להנמקת בית המשפט בעניינים של Bellotti, Carey ו-Danforth הנ"ל. מאחר ומדובר בהחלטה שתוצאותיה משמעותיות ביותר והיא יוצרת השפעות לכל אורך חייו של האדם, הרי, שמגיל מסויים יש להעניק את הבחירה לילד, וזכותו בנושא תגבר על זו של הוריו. יושם הלב כי עד כה ההנמקה כולה סבה סביב ההנחה שמה שמבקשת האם לעשות הוא להמיר את דתם של ילדיה, ואכן, ניתן לטעון כי האם אינה מבקשת להמיר את דתם של ילדיה, אלא אך לחשוף אותם לתורתה. אולם, גם אם זה המצב, הרי שהגיונן של ההוראות האחרונות מכתיב כי גם על מצב זה צריכה להיות בידי בית המשפט אפשרות פיקוח (קל וחומר במצב בו אין ההורים מאוחדים בגישתם), על מנת להגן על האינטרס של הילד. שהרי, כדברי השופט כהן בבג"צ 103/67 הנ"ל, הוראה והטפה עשויה להביא להמרת דת, וודאי כאשר נעשית ההוראה על ידי הורה אהוב ודומיננטי. לכן, אין מנוס מן המסקנה לפיה גוברת זכותם של הילדים לחופש הדת - ובמקרה הזה לחופש שלא להמיר דתם - על זכותה של האם להמיר דתם, או לפחות להשפיע עליהם בהקשר זה. בכך מתבטאת יחסיות חופש הדת.

בענייננו שניים מן הילדים הם בגיל בו הבחירה בדבר המרת דת נתונה בידם. במצב כזה אין טעם להפריד בהחלטה בין הילדים הגדולים לבין הילדה הקטנה. מכל מקום, ההכרעה נתונה לבית המשפט. זכותם של ילדים היא כי דתם לא תומר שלא על דעתם. ומאחר ואין הם מסוגלים עדיין לגבש דעה, הרי שתפקיד המדינה הוא להגן על זכותם שלא תומר דתם, ומפני נסיונות מסוג זה. תפקידה האמור של המדינה מוגבר משמדובר במשפחה במשבר, קרי כאשר ההורים אינם מאוחדים בדעתם (ויש להדגיש כי גם כאשר ההורים מאוחדים בדעתם עדיין בית המשפט ישקול בנפרד את טובתו וזכויותיו של הילד). בכך לא נפגעת האוטונומיה של המשפחה. המשפחה מצויה במשבר, וההורים נתונים בסכסוך סביב חינוכם הדתי של ילדיהם. בית המשפט מוזמן להתערב ולהכריע בנושא, וההכרעה, כאמור, התקבלה על בסיס זכויות הילדים במקרה זה. הילדים נולדו [259] וחונכו כיהודים. במשפחתם ובסביבתם הטבעית הם מוקפים ביהודים. הילדים לא הביעו כל רצון להצטרף לכת של אימם. הם חפצים בהפסקת הקונפליקט סביבם. אכן, זכותם היא שיוסיפו להתחנך כיהודים, עד שיהיו מסוגלים לקבל החלטה אחרת. המסקנה היא שזכותם של הילדים גוברת על זכותם של האם לחנכם חינוך דתי. קרי, הילדים יוותרו יהודים, מבלי להחשף לתורתה של כת "עדי יהווה". זכותה של האם לחופש הדת שריר וקיים, והיא כוללת גם את הזכות לחנך את ילדיה חינוך דתי. אולם, זכותה נסוגה מפני זכותם של הילדים.

החלטתנו זו תומכת בפסק דינו של בית משפט קמא. נותרה השאלה האם יש מקום לתמוך בהיקפה של החלטתו של בית משפט קמא, האוסרת כל חשיפה של הילדים לכת "עדי יהווה". כאמור, האם יכולה לטעון כי אין היא מבקשת להמיר את דתם של הקטינים אלא אך לחשוף אותם לעיקרי דתה, ולכן אין צורך להגביל לחלוטין את חופש הדת שלה בכל הנוגע לזכותה לחשוף את ילדיה לדתה. לכאורה, יש ממש בטענה זו. מקובל עלינו כי במצב בו מתנגשות זכויות יסוד של פרטים שונים - וקל וחומר כאשר הצדדים המעורבים הם הורים וילדים בני משפחה אחת - יש לאמץ את הפתרון שפגיעתו בזכויות אלה היא מינימלית. בהתאם לגישה זו, ניתן היה למצוא נוסחה שפגיעתה בחופש הדת של האם פחותה (למשל - נוסחה המאפשרת לאם לחשוף את הילדים לאותם היבטים של אמונתה שאינם סותרים את היהדות), נוסחה שכדוגמתה ניתן למצוא בפסקי דין רבים בארצות הברית. אולם, מסקנתי היא שאין הדבר רצוי, ואף אינו מציאותי. מחוות הדעת של העובדת הסוציאלית עולה כי גם כך הילדים נפגעו מן הקונפליקט בין הוריהם. כל חשיפה נוספת תוסיף ותבלבל אותם.

קיימת גם בעיה בדבר תחימת המותר והאסור - כיצד יכריע בית המשפט לאלו היבטים של הדת מותר לחשוף את הילד מבלי לפגוע בזכותו לחופש הדת, מבלי להיכנס לשאלות תיאולוגיות וערכיות ומבלי לערב עצמו בשיפוט ערכי של הדתות

השונות? מה יהיו דרכי הפיקוח? בנוסף, יושם הלב כי פגיעתה של ההחלטה בחופש הדת מצומצמת מבחינה זו שהיא פוגעת פגיעה "שלילית" בחופש הדת, ולא פגיעה "חיובית": ההחלטה אוסרת על האם להפריע לאב בחינוך ילדו וחשיפת הילדים לדתה. אך היא אינה מחייבת את האם לעשות פעולות פוזיטיביות ביחס לחינוכם הדתי של ילדיה, פעולות שלבטח נוגדות את אמונתה. החלטתו של בית משפט קמא, אם כן, נשארת על כנה. במחלוקת בין ההורים משמעות הדבר היא שהמשמורת הרוחנית מוענקת לאב.

29. מנגנון ההכרעה שנבחר הוא מנגנון המעמת את זכויות הילד עם זכויות הוריו. ההורים מצויים בקונפליקט הנוגע לזכות יסוד חוקתית של הילדים. בית המשפט נדרש להתערב דרך סעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות. חופש הדת נהנה מתחום של אי התערבות מעבר לתחום האוטונומיה של המשפחה. לכאורה, ההצדקה להתערבות המדינה בהגנה על זכות הילד (להבדיל מבחינת טובתו) היא מהותה של הזכות - זכות יסוד חוקתית. אכן, משמעורבות זכויות יסוד של ילדים, מצטמצמת הגנת האוטונומיה של המשפחה. הקונפליקט בין ההורים הוא שהזמין את התערבות בית המשפט, אך משזה נכנס לתמונה, ההכרעה אינה מבוססת עוד על דרישותיהם המנוגדות של ההורים, אלא על [260] זכויות הילדים. כך גם העלינו את מעמד הילדים בסכסוך המשפחתי, וגם נמנענו מהשיפוט הערכי הקשה הכרוך בהערכת טובת הילד שעלול להוליך למבוי סתום. ההכרעה בענייננו התבססה על ההיבט החוקתי המתעורר ואשר מערב את חופש הדת והמצפון של הצדדים. מתעוררת השאלה האם ניתן היה לגייס מנגנון הכרעה דומה אם היינו מנסחים את הקונפליקט במונחים של זכויות הילד מול חובות ההורים, שאינן נטועות גם במשפט החוקתי, אלא אך במערך דיני המשפחה. האם אף במצב זה, בו ההתנגשות היא בין חובותיהם של הורים הנובעות מקשר ההורות, וזכויותיהם המקבילות של ילדיהם, ניתן להיזקק למנגנון הכרעה מעין זה; או שמא במקרים אלו תוותר הגדרת העימות כעימות בין ההורים, כשהילדים נלקחים בחשבון תחת עקרון טובת הילד.

במלים אחרות, השאלה היא אלו סכסוכים ניתנים לפתרון באמצעות מנגנון "זכויות הילד". ראשית, ברור כי הסכסוכים הבאים בחשבון הם סכסוכים שאינם נוגעים למשמורת, אלא לשאר ענייני האפוטרופסות. בסכסוכי משמורת, כאשר לא מתעוררת שאלה של מסוגלות או תיפקוד הורי, ברור כי בפני בית המשפט עומדת הברירה בין שתי אפשרויות, ונראה כי אין אינטרסים של הילד שאינם נלקחים בחשבון במסגרת עקרון טובת הילד: האינטרס העיקרי של הילד הוא מציאת הורה משמורן. אולם, בשאר ענייני האפוטרופסות, המבטאים, כאמור, את חובותיהם של ההורים כלפי ילדיהם, מעורבים אינטרסים עצמאיים של הילדים. אינטרסים אלו יכולים, כמו בענייננו, לקבל ביטוי במסגרת זכות יסוד חוקתית, אולם יכולים הם גם לקבל ביטוי רק במסגרת יחסי המשפחה, כגון במסגרת האינטרס שלהם בדבר המשכיות, יציבות, וודאות וכו'. לטעמי, מקום בו מעורבות זכויות יסוד חוקתיות, המנגנון הראוי לשימוש הוא מנגנון זכויות הילד, ואין להסתפק בעקרון טובת הילד כמבטא את האינטרס של הילד במסגרת הסכסוך. גדר הספקות הוא לגבי סוג המקרים השני, במסגרתו עשויות להתעורר מחלוקות לעניין אורח חיים, חינוך וכדומה. אין לנו צורך להכריע בשאלה זו. ההכרעה בסוגיה זו, לכשתתעורר, תחייב את בית המשפט להגדיר את זכויותיהם השונות של ילדים במסגרת המשפחתית. יש לזכור כי מנגנון ההכרעה אותו יישמנו, מאפשר התערבות רבה יותר של המדינה, דרך מערכת בתי המשפט, בהחלטות הורים כלפי ילדיהם, מאחר והוא מקנה לילד מעמד חזק יותר בתוך המשפחה. חיזוק זה של מעמדו של הילד הוא לעתים דו-משמעי בתוצאותיו, שהרי בכך נבקעת ומעורערת לפעמים האוטונומיה של המשפחה. תהליך זה סופו שיפגע גם בילדים עצמם, שכן יש לזכור כי הגיונה של גישת האוטונומיה גורס כי ההורים הם מקבלי ההחלטות הטובים ביותר עבור ילדיהם. החשש הוא שערעור מעמדם בהקשר אחד יערער את כלל יחסי המשפחה. לכן, יתכן כי המפתח הוא בפיתוח מהותה של הזכות, אך בכך, כאמור, אין לנו צורך לעסוק כאן.

הערה לעניין פיצול המשמורת הפיזית והמשמורת הרוחנית

30. הדיון בפנינו הוגבל לשאלת המשמורת הרוחנית של ילדי בני הזוג הניצים. בעניין זה אישרנו כי המשמורת הרוחנית תימסר לאב. שאלת המשמורת הפיזית נידונה עתה בבית הדין הרבני. אכן, יש טעם לפגם בפיצול זה בדיון, אולם הפיצול מוכתב מכורח [261] שיטתנו המשפטית. כבר נפסק לא אחת כי כריכת נושא החזקת הילדים בתביעת גירושין אינה כורכת בהכרח גם את נושא חינוכם (ד"נ 1/81 הנ"ל, בעמ' 385). ואכן, זה המצב בענייננו: האב הקדים להגיש תביעת גירושין לבית דין רבני, בה נכרכה מעצם טיבה וטבעה שאלת החזקת הילדים. אולם, שאלת חינוך הילדים לא נכרכה בתביעה. כך יוחדה כל אחת מן השאלות לערכאה אחרת: שאלת המשמורת הפיזית לבית הדין הרבני, ושאלת המשמורת הרוחנית לבית המשפט המחוזי. אנו עסקנו, כאמור, בשאלה השניה בלבד.

אם יטען הטוען כי הפרדה זו אינה ראויה ואף אינה אפשרית. נשיב לו בשתיים: ראשית, כאמור, ההפרדה מוכתבת מכוח שיטתנו המשפטית. אין בית הדין הרבני קונה סמכות **בכלל** ענייני האפוטרופסות עם הגשת תביעת גירושין ותביעה לחזקה בילדים, שכן מוסכם עלינו כי אין כל ענייני האפוטרופסות כרוכים בה בחזקה, וכי אין הענקת החזקה מוציאה את שאר ענייני האפוטרופסות מתחום ההכרעה המשותפת של שני ההורים (ובהיעדר הסכמה - לבית המשפט). שנית, ההפרדה - הן בדיון והן בתוצאה - היא אפשרית - ואין לפסול, עקרונית, תוצאה לפיה נמסרת המשמורת הפיזית להורה אחד והמשמורת הרוחנית להורה אחר.

מקובל עלינו כי בחינת יכולתו של הורה לשמש משמורן לילדו, כשלעצמה, נעשית על סמך שיקולים הנקיים משיקולים דתיים. ההכרעה דורשת בחינת טובת הילד ויכולתו של ההורה לשמש הורה טוב וראוי לילדו, ללא קשר לשאלת דתו. לכן, כנקודת מוצא, גם הורה המשתייך לכת "עדי יהווה" (כמו לכל כת או דת אחרת) יכול לשמש הורה טוב לילדיו. עצם השתייכותו לדת או לכת פלונית אינה מונעת ממנו לשמש הורה לילדיו ואינה פוגעת בכישוריו כהורה מבחינת המערכת המשפטית. ההורה המשמורן נבחר בשל סגולותיו כהורה. אולם, מאחר ותפיסתנו המשפטית מנתקת את החזקה והעניינים הטפלים לה או הכרוכים בה משאר ענייני האפוטרופסות, נותרות שאלות פתוחות להכרעת שני ההורים גם לאחר הענקת החזקה. שאלת המשמורת הרוחנית בדרך כלל אינה מתעוררת כאשר ההורים הם בני דת אחת, שכן היא הולכת יד ביד עם המשמורת הפיזית. אולם, יש ובחירת ההורה המשמורן אינה בבחינת סוף פסוק לעניין זה, ויש לפסוע צעד נוסף ולהכריע בשאלת המשמורת הרוחנית, במנותק, ככל הניתן, משאלת המשמורת הפיזית. זה המצב בענייננו, בהבדל אחד: בשל ריבוי ההליכים והערכאות, ההכרעה בשאלת המשמורת הרוחנית קודמת להכרעה בשאלת המשמורת הפיזית. אם יכריע בית הדין הרבני, על פי המבחנים הרגילים, ובמנותק מסוגיית המשמורת הרוחנית, כי טובת הילדים מחייבת מסירתם למשמורת האב, הרי כלל לא יתעורר קונפליקט, ונמצא שהחלטתנו זו גורמת לפיצול בין המשמורת הפיזית למשמורת הרוחנית רק באופן זמני, כל עוד מצויים הילדים במשמורת אימם עד הינתן ההחלטה האמורה. אולם, אם יכריע בית הדין הרבני כי המשמורת נשארת לאם, יתעורר הקונפליקט במלוא עוצמתו. אכן, אם יימסרו הילדים לאם, ברי כי יווצר קונפליקט בין אורח החיים של האם ואורח החיים שהיא נצטוותה להעניק לילדיה. במצב זה סמוכים אנו כי האם תשכיל לעמוד בתנאים שנקבעו בהחלטתנו. ניתן לטעון כי קיימים קשיי אכיפה, וכי האם תוכל עדיין לחשוף את ילדיה לתורתה ואמונתה, וכי יש דברים שגם אם תחפוץ בכך בכנות, לא תוכל לנתקם [262] מאמונתה הדתית. אכן, כפי שכבר הוסבר, בעיית האכיפה קשה היא. אולם, בטוחים אנו שהאם תדע להשלים עם ההחלטה. יש להניח כי היא תעדיף שלא להסתכן בהפרת הפסק, דבר שעלול להביא לשינוי בחזקה. במידה ויתברר כי אין האם עומדת בתנאי ההחלטה, הרי שתפתח דרכו של האב לבית המשפט או לבית הדין, על כל התוצאות האופרטיביות הכרוכות בכך. חוות דעת העובדת הסוציאלית תומכת במסקנה כי האם תוכל לעמוד בתנאי הפסק. כאמור, דווקא משום בעיית האכיפה, ההחלטה גורפת

יותר ממה שניתן היה לקבוע, כדי שגדרי האסור והמותר יהיו ברורים והחלטיים.

סוף דבר

31. שאלה קשה הציבו הצדדים בפנינו. לשם פתרונה פסענו כברת דרך ארוכה. התוצאה האופרטיבית התקבלה תוך בחינת **טובת** הילדים **וזכויותיהם** במסגרת המערכת המשפחתית. אין ספק כי להורים הזכות לבחור לעצמם בדת ובאורח החיים הרצוי והמתאים להם, ואין גם ספק כי להורים הזכות לחנך את ילדיהם כראות עיניהם. אולם, משמעורבים ומושפעים הילדים מבחירת הוריהם, על ההורים לקחת בחשבון כי לא כל שינוי, הרצוי וטוב להם, משרת גם את טובת הילד והאינטרסים שלו. כנקודת מוצא, זכותו של הורה לגדל ולחנך את ילדו בהתאם לתפיסת עולמו היא בלתי מוגבלת. כך גם זכותו להעניק לילדו חינוך דתי. אולם, במקביל להחלטותיו שלו, על ההורה לקחת בחשבון גורמים הקשורים לזכויותיו העצמאיות של הילד, וגורמים הקשורים לטובתו, כגון יציבות, וודאות או חריגה מן הנורמה. כאשר ההורים מסוכסכים ונדרשת הכרעה בין גישותיהם הסותרות, תתערב המדינה, דרך מערכת בתי המשפט. במצב זה בית המשפט יאזן בין זכויות הילד וזכויות ההורים. וכשמדובר בזכויות הנובעות מיחסי ההורות, יתכן כי בית המשפט ימצא שעליו לאזן בין הנזק שעלול להיגרם לילד כתוצאה מיצירת פער בין אורח חייו שלו ושל הורהו או הוריו, לבין הנזק שעלול להיגרם לו כתוצאה מטלטולים רבים מדי. ההכרעה תמיד נסמכת על טובת הילד או על זכויותיו. לכן, אף באחד מן המקרים אין בית המשפט מכריע על סמך סגולותיה של דת זו או אחרת, או על פי עמדתו כלפי אורח חיים זה או אחר. שיקולים אלו הדריכו אותנו בהענקת המשמורת הרוחנית לאב.

32. סיכומו של דבר, המשמורת הרוחנית נמסרת לאב. בשאלת המשמורת הפיסית אין אנו קובעים דבר. החלטתו של בית משפט קמא נותרת על כנה בשלמותה, ולשם הזהירות נחזור עליה:

> "אשר לחינוך הילדים, האשה תמנע מלקחת את הקטינים למפגשים ולפעילויות של הכת ותמנע מללמד את הילדים על מנהגים דתיים של הכת ולא תשפיע עליהם בכל צורה שהיא להמנע מהשתתפותם בחגים, בחגיגות, באירועים חברתיים המקובלים בחברה הישראלית, וזאת עד הגיעם של הילדים לבגרות או לבגרות נפשית מספקת, על פי חוות דעת פקידי הסעד והעובדים הסוציאליים שיעמדו בקשר עם המשפחה, לפיה מסוגלים הם להתמודד עם הקונפליקט בין אמונתם של הוריהם ויכולים לגבש את דעתם העצמית על הדרך בה ירצו לבחור".

[263] על כן, הייתי דוחה את הערעור.

33. קראתי דבריה המעניינים של חברתי הנכבדה השופטת טובה שטרסברג-כהן. כפי שמסתבר, היא ייחסה לפסק דיני פרשנות של המושגים "זכויות הילד" ו"טובת הילד", של משמעותם ושל זיקתם ההדדית, שהיא שונה מאלו שביקשתי לאמץ הלכה למעשה, ועל כן טעונים דברי הבהרה נוספת.

34. נקודת המוצא שלי, כמבואר כבר לעיל, היא כי המושג "זכויות הילד" רחב מן המושג "טובת הילד" ואף חובק אותו בתוכו. זכויות הילד אינן רק חיפוש רווחתו של הילד אלא השתתת מעמדן על מערכת זכויות חוקתית, כשל בגיר, כאשר טובתו היא אך אחד הנדבכים ומערכת הזכויות כולה רחבה יותר ועשירה יותר בתוכנה ובדרכי יישומה.

אין מחלוקת בינינו לעניין היקף זכותו של הילד לחופש הדת (כמו גם ליתר זכויות היסוד). מאידך גיסא, אנו מסכימים כי, **למעשה**, היקף זכותו של הילד מצומצמת מזו של המבוגר, הן בשל היעדר יכולת לעשות שימוש במלוא הזכות המוענקת לו, והן בשל תחום החפיפה הרחב בין זכותו של הילד לבין זכותו של ההורה. נושא זה טופל בהרחבה בפיסקה 23 לעיל. נראה שהמחלוקת ביננו היא, בין היתר, נוסף על השוני בהגדרות, גם לעניין **המשקל** הניתן לאותן זכויות.

לגישתה של השופטת שטרסברג-כהן, עקרון-העל החולש על כלל ההכרעות הנדרשות ביחסי הורים וילדים הוא רק עקרון "טובת הילד". כך, לתפיסתה, זכויות הילד הן אך שיקול **אחד** בגדר שיקולים שונים הבאים לידי ביטוי במסגרת עקרון טובת הילד; קרי, זכויות הילד נכללות בגדר המושג "טובת הילד". לעומת זאת, לגישתי עקרון-העל בעניינים מסויימים, שהיקפם הסופי והמסוכם לא הוגדר במתכוון באופן ממצה והושאר בצריך עיון, הוא העקרון בדבר זכויות הילד.

לגישתי, טובת הילד כלולה, כמוסבר, במסגרת זכויות הילד, כביטוי וכחלק מצרור זכויותיו. גדר המחלוקת, אם כן, הוא ביחס בין שני העקרונות. השופטת שטרסברג-כהן מצביעה על חולשותיו של מנגנון ההכרעה בדבר זכויות הילד. נראה כי לתפיסתה מנגנון ההכרעה האמור משמעו הגנה פורמאלית על אותה זכות של הילד שמעמדה מאויים. כך, לגישתה עשוי המנגנון להביא לפגיעה בטובתו הכללית של הילד. בנוסף, היא עומדת על כך שמנגנון זה עשוי להביא להחלטה בניגוד לרצונו המפורש של הילד, או לחיזוקו באמצעות מערכת המשפט כנגד הוריו במידה כזו שבטווח הארוך תפגע בטובתו. על כן התנגדותה למודל זכויות הילד.

35. חוששני, לאור הדברים הנ"ל, כי דברי טעונים הרחבה מסויימת בכל הנוגע להצגת המודל ומטרותיו. ראשית, לעניין מטרות המודל. הפנייה למנגנון ההכרעה בדבר זכויות הילד משרתת שתי מטרות, האחת כללית והאחרת ספציפית. המטרה הכללית היא חיזוק מעמדו של הילד. נודעת חשיבות רבה, אף אם היא בחלקה רק דקלרטיבית וחינוכית, לחיזוק מעמדו של הילד בסכסוכים משפחתיים. המטרה הספציפית היא פיתוח קנה מידה [264] נייטראלי. גישה זו מייתרת, בין היתר, את הצורך בכניסה להכרעות שהן בגדר נקיטת עמדה בסכסוך בין ההורים, כאשר נקיטת עמדה כאמור מצד בית המשפט אינה דרושה.

אין בכוונתי לפתח מודל הפועל רק ליישום עוור ופורמאלי של זכויות הילד. המטרה המנחה כל דיון מסוג זה היא מתן הגנה לילד מפני בחירות הפוגעות בו (ב"טובתו") ובזכויותיו. נקודת המוצא היא כי קטין אינו מסוגל לקבל באופן עצמאי הכרעות בעניינים שונים, ועל כן ההכרעות בעניינים אלו נמסרות להוריו, ובעת מחלוקת ביניהם - לבית המשפט. הן ההורים והן בית המשפט, כאשר הם בוררים בין אפשרויות ומכריעים ביניהן, אמונים על טובת הילד. ודוק: המדובר בטובת הילד כמטרה, כתכלית, אולם לא בהכרח כאמת מידה וכמנגנון הכרעה. מודל זכויות הילד אינו מתרכז אך בזכות האחת העומדת על הפרק, תוך התעלמות מזכותו הכללית, או "טובתו" הכללית (כתכלית, ולא כאמת מידה) של הילד. ביקורת דומה הובאה לעיל כלפי מנגנוני ההכרעה השונים של המשפט האמריקאי, שהתרכזו אך בפן אחד של המחלוקת. אולם, גישת "זכויות הילד" איננה מבכרת את "זכויותיו" של הילד על "טובתו". להיפך, היא מחזקת את מעמדו של הילד, בכך שהיא גורסת שיש לעבות את ההגנה הניתנת לאינטרסים שלו ולהשתיתה על יסוד חוקתי, יציב ועקרוני. בהצגת המודל באופן זה מצטמצם הפער בין הגישות, וההבדל ביניהן הופך לסמנטי. שכן, בין אם גורסים שתכלית הגשמתה של טובת הילד היא אינהרנטית לכל דיון בדבר זכותו של הילד, ובין אם גורסים שיש לערוך איזון כללי בין זכויותיו השונות של הילד, התוצאה זהה - מטרתו של בית המשפט בהתערבותו בשאלות מן הסוג הנדון היא להגן על זכויות הילד, לרבות על "טובתו" הכללית.

אין הכוונה לפתח מנגנון המוביל את בית המשפט להתערבות ולהכרעה בכל סכסוך משפחתי הנוגע, ולו בעקיפין, לפגיעה בזכות מזכויות הילד. המטרה איננה פיתוחו של מנגנון שתוצאתו פגיעה בזכויותיהם של ההורים והצרת האוטונומיה של המשפחה, וזאת בין אם ההורים מאוחדים בדעתם כנגד דעתו של הילד, ובין אם מקור הסכסוך הוא במחלוקת בין ההורים בינם לבין עצמם. אין לגדור את היקפו של מנגנון ההכרעה האמור. היקף הזכויות, שהפגיעה או הסכנה לפגיעה בהן מניעות את ההליך, מוגדרות מלכתחילה תוך לקיחה בחשבון של מעמדם של ההורים ושל החשיבות הרבה שבשימור האוטונומיה של המשפחה. על כן, יש מקרים שהגדרתית אינם מקנים לבית המשפט סמכות להיכנס לדיון, כי "הפגיעה" בזכותו של הילד, לאו פגיעה היא לאור הגדרתה האמורה של הזכות. כך, למשל, לעניין רצונו של הילד לממש את זכות התנועה שלו ולנסוע לבדו למקומות רחוקים. יתכן ובמקרים אחרים, לא ייכנס בית המשפט לדיון למרות שלכאורה נפגעת זכותו של הילד במידה בלתי משמעותית, וזאת מתוך איזון בין הפגיעה הקלה בזכותו של הילד מול הנזק שעלול להיגרם למשפחה, ומכאן גם לילד, כתוצאה מהתערבות-יתר של בית המשפט וחדירה לאוטונומיה של המשפחה. יושם הלב כי מרבית הדוגמאות שמביאה השופטת הנכבדה נוגעות למצב הדברים שלא נידון בפסק הדין, והוא מצב של קונפליקט בין הילד לבין הוריו. אומנם, הוער כי מנגנון ההכרעה בדבר זכויות הילד, ודווקא מנגנון זה, עשוי בהחלט לשמש אף לפתרון מחלוקות מסוג זה, אולם דומה שבמקרים אלו תהא נכונותו וסמכותו של בית המשפט להיכנס לדיון פחותה, בשל תפיסת האוטונומיה של המשפחה, [265] ורתיעתו של בית המשפט מהתערבות בהיעדר בקיעים בה. מכל מקום, ניתן להשאיר הנושא לפיתוח עתידי של הנושא. הרי, אין להבין מדברי כי כבר גובש סופית מבחינת תוכנו והשתרעותו. רק נסיון העתיד ימלא את התפיסה החוקתית העקרונית בתוכן מלא יותר מעבר למקרה בו דנו עתה.

36. חברתי הנכבדה חלקה על עמדתי בדבר ההפרדה בין המשמורת הפיזית למשמורת הרוחנית. המושג משמורת נושא בחובו בנוסף על המשמורת הפיזית, את צרור זכויותיהם וחובותיהם של ההורים כלפי ילדיהם. רק במובן הצר מצמצם המושג משמעותו למשמורת הפיזית. שיטת המשפט הישראלית אינה מעניקה להורה הזוכה במשמורת הפיזית זכות ייחודית ובלעדית, ואין במסירת החזקה להורה אחד, הוקעת של סגולותיו של ההורה האחר. על כן, מוסיף ההורה האחר להחזיק בילד במובנו הרחב של המושג, והוא זכאי, בנוסף לזכויות הביקור, להיות שותף מלא להכרעות שונות הנוגעות לילד. כך גם הוראותיו של חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב1962-. נקודת המוצא היא, על כן, כי הפיצול בין המשמורת הפיזית למשמורת הרוחנית הוא אפשרי. בדומה, ניתן לתאר מצבים בהם יקום הכרח לפצל פיצול דומה או לייחד לאחד ההורים נושאים אחרים מן הנושאים הכרוכים באופוטרופסות, אולם נראה כי הפיצול המשמעותי והבעייתי ביותר הוא הפיצול שנדון כאן. השופטת שטרסברג-כהן מתנגדת לפיצול מסוג זה, והיא מצטטת מדבריו של המלומד האנגלי M.D.A. Freeman, הגורס כי על בית משפט לעשות שימוש במשורה בסמכותו להוציא צווים מפוצלים (split orders) על פי ה-Children's Act מ1989-. יושם הלב כי החוק האנגלי מתייחס לפיצול שבין המשמורת לבין הטיפול והשליטה, מעין פיצול רעיוני בתוך זכות המשמורת **הפיזית** עצמה. אולם, אין הנדון דומה לראיה. בענייננו מדובר בפיצול בין שני היבטים שונים של המשמורת, שאת גדרם ניתן לגדור באופן בהיר למדי. גם בעניין זה העקרון המנחה, או ליתר דיוק המטרה המנחה, הוא הגשמת זכויות הילד, לרבות הבטחת טובתו.

הדיון בשאלת הפיצול בשלב זה הוא תיאורטי, כל עוד לא פסק בית הדין הרבני בשאלת המשמורת הפיזית. הפיצול ייתכן במקרה שהמשמורת הפיזית תימסר לאם. אין ספק שהיה ויתברר כי הפיצול האמור פוגע בילדים ובטובתם, יביא הדבר לבחינה מחודשת של שאלת המשמורת, הן הפיזית והן הרוחנית. עמדה זו מדגימה את שנאמר לעיל, דהיינו, כי הכרעה הנסמכת על זכויות הילד לוקחת בחשבון את מכלול השיקולים והאינטרסים המוגנים על ידי זכויותיו השונות של הילד.

37. אוסיף הערה הנוגעת לאפשרות הפנייה למשפט המדינות השונות בנושא ספציפי זה של פיצול המשמורת. לדעתי,

בתחום זה יכולות שיטות המשפט השונות ללמדנו אך מעט, ובעיקר יכולים אנו ללמוד על עצם האפשרות לפצל בין נושאי המשמורת השונים. אולם, במיוחד לעניין הפיצול בין המשמורת הפיזית למשמורת הרוחנית, ואף בכל הנוגע לחינוך, נותרת שיטת המשפט הישראלית במצב ייחודי. ייתכן כי דווקא בשיטתנו, תפיסה המאפשרת הפרדה כאמור היא הכרחית וחיונית לאור העובדה שלשתי ערכאות שיפוטיות, שהדין הפרוצדוראלי והמהותי החל בהן הוא לעתים שונה, מוקנית הסמכות לדון ולהכריע בשאלות הנדונות. דווקא בשל המבנה האמור של שיטתנו המשפטית, ההפרדה חייבת [266] להיות לא רק אפשרית, אלא לעתים הכרחית, על מנת להימנע ממצב בו עדיפותו המוכחת של הורה בתחום האחד של המשמורת תגרור אחריה הענקת משמורת בלעדית אף בתחום האחר, גם אם מוכח כי אין הוא ההורה המועדף בנושא זה.

בנסיבות העניין, אין לדעתי מקום למתן צו להוצאות, וכל צד יישא בהוצאותיו.

השופטת ט. שטרסברג-כהן:

1. מצטרפת אני לתוצאה אליה הגיע חברי הנשיא לאחר שפרס יריעה רחבה ומקפת של הנושא על כל היבטיו. על פי תוצאה זו יש למנוע מהאם המשתייכת לכת "עדי יהוה", לחשוף את ילדי בני הזוג לעיקרי אמונתה. לתוצאה זו הגיע חברי בהפרידו הפרדה חדה בין 'משמורת פיזית' ו'משמורת רוחנית' כשהאחרונה נמסרה לאב, ובאמצו כמנגנון הכרעה את 'זכויות הילד'.

אף שמקובלת עלי התוצאה, אין אני רואה עין בעין עם הנשיא שניים מהנושאים בהם טיפל: הפעלת מנגנון הכרעה של 'זכויות הילד', והפרדה חדה בין 'משמורת רוחנית' ו'משמורת פיסית'. מנגנון ההכרעה אותו רואה אני לאמץ הוא המנגנון הישן והטוב כיין המשומר, מבחן 'טובת הילד'; ובאשר למשמורת, נוטה אני להימנע מהפרדה חדה כאמור.

2. קודם שאטפל בנושאים אלה, אעיר מספר הערות שתנחינה אותי בהמשך הדרך.

ראשית, כפי שציין הנשיא, אין אנו דנים בהמרת דת. מדובר באם יהודיה (שנשארה כנראה כזו בעיני הדין היהודי), באב יהודי ובילדיהם שנולדו וגדלו כיהודים. האם אינה מבקשת להמיר את דתם של הילדים; היא גם אינה מבקשת לחנכם באופן בלעדי על ברכי אמונתה ומסכימה שהאב ימשיך להשפיע עליהם בחינוך יהודי; רצונה הוא לחשוף את ילדיה לעיקרי אמונתה וזאת מתוקף חופש הדת והמצפון שלה ושל הילדים. (מאחר ואין מדובר בהמרת דת, לא חל סעיף 13א. לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות תשכ"ב1962- הדורש - לצורך המרת דתו של קטין - את הסכמת שני הוריו, ואם מלאו לקטין 10 שנים, גם את הסכמתו).

שנית, אין חופש הדת כזכות יסוד של ילד כחופש הדת כזכות יסוד של מבוגר. לדעת הנשיא, זכותם של הילדים בענייננו מתבטאת בזכות שלא תומר דתם או שלא יחשפו לאמונה שונה. זכות זו, לדעתי, יחסית ומצומצמת היא. האדם נולד לתוך מסגרת דת מסויימת ועד לבגרותו אין לו בחירה חופשית המבטאת את חופש הדת המושגי שלו. גם אם אניח כי דרושה הסכמתו של ילד אחרי גיל 10 לחשיפתו לעיקרי אמונה שאינם הדת שלתוכה נולד, כפי שהיא דרושה לשם המרת דת, אין הסכמתו מועילה אם לא מתלווה לה הסכמת שני הוריו. מכאן שזכותו של ילד לחופש דת היא מצומצמת והיא בגדר פוטנציאל לזכות שתתממש כשיגיע לבשלות או לבגרות, יותר מאשר זכות מלאה. זכות יסוד איננה מוחלטת אלא יחסית

(ע"א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עירית נצרת-עילית ואח' פ"ד מז(5) 189; בג"צ 2481/93 יוסף דיין נ' ניצב יהודה וילק ו5- אח' (טרם פורסם)) וככל שעוצמת הזכות חזקה יותר גדלה ההגנה לה היא זכאית וההיפך.

מנקודות מבט אלו, נחלשת לדעתי התיזה המעלה את 'זכויות הילד' לדרגת מבחן-על לצורך הכרעה בסוגיה שבפנינו ונחלש מעמד 'זכויות הילד' כמנגנון הכרעה במקרה דנן. [267] אין פירושו של דבר שאין לקחת בחשבון את 'זכויות הילד' ולתת להן את מקומן הראוי במערכת השיקולים כאשר באים להכריע בסוגיה שבה אנו דנים ובכל מקרה אחר הקשור בהכרעה שיפוטית בענין שקטין מעורב בו. אולם אינני סבורה שבכל מערכת נסיבות ראוי ששיקול זה יהיה שיקול-על עצמאי הגובר על השיקול שלדעתי הוא בעל המשקל העליון והוא שיקול 'טובת הילד'.

3. אף שמעדיפה אני את המבחן הנ"ל, נותנת אני משקל רב ומקום ראוי למושג 'זכויות הילד' שהתגבש וקיבל מעמד מיוחד בשנים האחרונות בעולם המודרני. קונספציה זו מעלה על נס את הילד כיצור אוטונומי בעל זכויות משלו אותן רשאי הוא לממש ועליהן זכאי הוא שהחברה תגן. במדינות שונות נחקקו חוקים להגנת זכויות הילד ואלה זכו להכרה רחבה בעולם הנאור. ההתפתחות מוצאת ביטוי בפסיקה, בספרות ובחקיקה בארצות המערב. אצלנו נמצא הנושא בתחילת התפתחותו. למעשה חל מהפך בתפיסת הילד ומקומו בחברה ובמשפחה בתחומים שונים לרבות בתחום המשפט.

במשפט האמריקאי מוצא הדבר ביטוי בדברי מלומדים מהם שומעים אנו:

> "Historically, 'the idea of children having rights is ... a revolutionary one'. Not until this century could one comfortably assert that children had special legal rights; Previously, at best, they had special protections". (Legal Rights of Children - Family Law Series (Editors Horowitz and Davidson (1984) 2).

ובמקום אחר:

> "'Childrens Rights' is a new, but recognizable topic. Law schools offer courses on the subject; casebooks and other publications herald its arrival. Yet the topic presents conceptual, practical, and political difficulties. What exactly is a right that can be exercised by a five-year old, or a two-year-old and does it rest on different premises than rights for adults? How are rights for children to be enforced: Do they require adult supervision, and if so, by which adults?" (M. Minow "Rights for the next generation: A Feminist approach to Children s Rights" Child Law - Parent, Child and State, edited by H.D. Krause, University of lllinois, 59).

על הגישות השונות לסוגיה זו במשפט האמריקאי הרחיב הנשיא בחות דעתו, ולא אוסיף.

4. בפסק דין Gillick v West Norfolk Area Health Authority (1985) 3 All E.R. 402 (H.L.), שעבר שלוש ערכאות שהאחרונה ביניהם היא בית הלורדים, ביקשה נערה למטה מגיל 16 לקבל מרופא אמצעי מניעה. הוריה התנגדו לכך. מבחינת הדין לא היתה מניעה שהרופא יתן לה אמצעים אלה. הערכאה הראשונה ענתה בחיוב, בית הלורדים בהחזירו על

כנו את פסק הדין של הערכאה הראשונה נענה לעתירת הנערה והעמיד את זכותה לאוטונומיה [268] ולהחלטה במה שנוגע לעצמה, מעל לרצון הוריה. אלא שבעשותו כן הדגיש בית המשפט שהמדובר בקטינה שהגיעה למצב של בשלות וכשירות בו היא מסוגלת להבין ולהחליט בנושא הנוגע לה.

זכותו לאוטונומיה של קטין שטרם הגיע לבשלות ולכשירות לא קיבלה מעמד דומה ובמקום בו התנגשה זכותו בזכות הוריו או מי מהם, נעשתה ההכרעה על פי 'מבחן טובת הילד'.

> basic "This recognition of the autonomy interests of children can be reconciled with their concept of the and developmental interests only through the empirical application of the acquisition of full capacity". (J. Eekelaar "The Emergence of Children's Rights", Oxford Journal of Legal Studies (1986) Vol. 2, 161, 181).

באותו מאמר סוקר המחבר את התפתחות 'זכויות הילד' באנגליה בפסיקה ובספרות המקצועית.

5. ערה אני לכך כי בעיקרון, 'זכויות הילד' הוא מבחן אוביקטיבי יותר מאשר 'טובת הילד' שהוא מבחן גמיש, רחב, ובלתי מוגדר, המתמלא בתוכן על ידי בית המשפט על פי הראיות שלפניו ועל פי שיקול הדעת השיפוטי שלו. ואף על פי כן סבורתני כי מנגנון הכרעה על פי 'זכויות הילד' לא יעמוד לנו בפתרונם של מקרים רבים של התנגשות בין זכויות הילד לבין זכויותיהם של אחרים ונזדקק למנגנון הכרעה שונה, מה עוד שלא תמיד ניתן להגדיר את הזכות העומדת על הפרק, את עוצמתה ואת אפשרות ממושה. לדוגמא: אם זכות הילד העומדת על הפרק היא הזכות שלא יושפע מאמונה זרה לזו שבה נולד וגדל, מה יהיה המצב אם ההורים ימירו את דתם? האם גם אז נאמר שזכות הילד שלא תומר דתו עדיפה על כל זכות אחרת? ומה אם הילד (שהוא כיום בן למעלה מגיל 10) יביע דעתו שהוא רוצה להחשף לאמונתה של אימו? האם נאמר שזכותו שלא להחשף לאמונה זו משום שנולד יהודי, גוברת על רצונו? ומה אם האב נטש ואינו מסוגל לתפקד כאב והילדים גדלים אצל האם שהצטרפה ל'עדי יהוה' האם גם אז נמנע ממנה מלחשוף אותם לאמונתה? ומה אם הילד ירצה לממש זכות יסוד אחרת, למשל חופש התנועה ולנסוע לבדו למרחקים. האם בשם זכות הילד נתיר לו מימוש זה? ומה אם לילד כספים משלו (ממתנות למשל) והוא מתכוון לבזבזם על מטרות בלתי ראויות, האם בשם זכות הילד לחופש הקנין נמנע מלהתערב? נראה לי שבכל המקרים הנ"ל נגייס לעזרנו את 'מבחן טובת הילד' שבעזרתו נוכל להגיע להכרעה הראויה והמתאימה.

6. שאלת החינוך הדתי של ילדים שיחסי הוריהם עלו על שרטון והאינטרסים שלהם אינם עולים בקנה אחד, עלו לא אחת בפסיקתנו והיא הוכרעה על פי 'מבחן טובת הילד'. בע"א 209/54 פרנץ שטיינר נ' היועץ המשפטי, פ"ד ט' 241 בעמ' 251, אומר השופט זילברג:

> "מבחן טובת הילדים הוא עיקרון שאין למעלה הימנו..., הוא אינו ניתן לחלוקה, ואין למזגו ולערבבו באיזה שהוא שיקול אחר. כי משהתרומם המחוקק לדרגת התפיסה המודרנית - ובתפיסה מודרנית זו [269] נוקטים חכמי ישראל זה עידן ועידנים - כי הילד אינו 'אוביקט' של שמירה והחזקה להנאתו או לטובתו של אחד ההורים, אלא הוא עצמו 'סוביקט', הוא גופו 'בעל דין' בשאלה חיונית זו, הרי לא יתכן להתעלם מן האינטרסים שלו בשום צירוף מסיבות שהוא, ולא יתכן כי נדחה אותם מפני "זכות" של מישהו אחר, ויהא זה האב או האם שלו..."

בע"א 86/63 חסן אל-צפדי נ' ברוך בנימין ואח', פ"ד יז(3) 1419, בעמ' 1426 (מול האות ב') נדון מקרה של ילדה שנולדה לאם יהודיה ולאב מוסלמי. האב טען כי טובת הילדה שהיא מוסלמית, ששהתה במוסד יהודי, מחייבת שתגדל בדת אבותיה.

אומר השופט ח' כהן:

> "מסכים אני כי בדרך כלל טובת הילדים מחייבת שיגדלו בדת אבותיהם ואין אני מסכים כי מפני טובה דתית זאת נדחית כל טובה אחרת... חובה על בית המשפט לדאוג לבריאותו של הילד ולא לדתו". (שם בעמ' 1426).

> "נמצא שאף בהנחה שהילדה דנן היא בת שתי דתות, הדת "האפקטיבית" שלה היא היהודית, מפני שטובתה לגדול ולחיות כפי שהיא גדלה וחיה כעת, ולא לגדול ולחיות בבית סלימאן או בבית המערער" (שם בעמ' 1426-1427).

בבג"צ 7/83 ביארס נ' בית הדין הרבני האזורי חיפה ואח' פ"ד לח(1) 673 בעמ' 682 נדון מקרה בו חיה העותרת עם גוי והאב נתמלא חשש מפני השפעה מזיקה של עובדה זו על הילדים. בית המשפט נתן לחשש זה משקל, אולם רק כאחד השיקולים בין מכלול השיקולים המורכבים שעל פיהם נבחנת השאלה מה דורשת טובת הילדים. אומר השופט בייסקי:

> "עקרון זה של טובת הילד כגובר על שיקולים אחרים מעוגן בחקיקה ומוצא את בטויו בסעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות תשכ"ב1962- (שם בעמ' 683)...

> "דומה, כי שוב אין צורך להרחיב את הדיבור על העקרון של טובת הילדים כשיקול מכריע, עת באים לבחון ענין עתיד החזקתם וחינוכם... הכלל הגדול הוא ששומה על בית המשפט לבדוק **מיוזמתו הוא**, בכל מקרה ומקרה, טובת הילד מהי (ע"א 458/79 (19) בעמ' 524)"..." (שם בעמ' 683-682).

> "...ואי אתה יכול לומר כי גורם אחד, ותהא חשיבותו אשר תהא, יהא בו כדי להכריע, עד אשר אין נבחן מכלול הנסיבות, מהן כלכליות, מהן נפשיות, סביבתיות, קשר עם ההורים, בעיות חינוכיות וכדומה גורמים, אשר רק בשיקולם ובמשקלם המקיפים יש כדי לאפשר המסקנה, מה באמת דורשת טובת הילד המסוים." (שם בעמ' 684).

7. [270] חברי הנשיא לא זנח את 'עקרון טובת הילד' אלא שלצורך המקרה שבפנינו הוריד עקרון זה מגדולתו ובמקומו העלה כמנגנון הכרעה את מבחן 'זכויות הילד'. מבלי לפגוע בחשיבות ההתייחסות ל'זכויות הילד' כאחד השיקולים שמשקלו ייקבע בכל מקרה ומקרה לפי נסיבותיו, נראה לי כי כל מה שנאמר עד היום בזכות 'מבחן טובת הילד' - ורבים הדברים שנאמרו ונכתבו כמים לים מכסים - טוב יפה ונכון גם כיום.

בכל המקרים האלה סבורתני כי המבחן הראוי לצווים מסוג זה צריך להיות 'טובת הילד'. 'זכויות הילד' שאין להקל ראש בהן צריכות להילקח בחשבון כאחד השיקולים בהחלטה לענין טובת הילד ואם יש התנגשות בין השתיים, על טובת הילד

לגבור.

באנגליה, בה הוחק ,Cildren Act 1989המסמיך את בית המשפט להוציא מגוון רחב של צווים הנוגעים לילדים אחזקתם וחינוכם, מוצאים אנו מספר פסקי דין הדנים בחשיפת הילדים על ידי אחד ההורים, חבר כת 'עדי יהוה' לעיקרי אמונתו, כשטובת הילד הוא המבחן המאומץ. בפסק דין(1992) (אוזכר ב - Re R (a minor) (Times, 3 November), נקבע כי לא קיים כלל או עקרון משפטי שבשום מקרה לא יהיה זה נכון לכפות על ילד לזנוח את אמונותיו הדתיות, אולם במידה ודת מסויימת בה מבקש הורה לחנך את הילד חושפת אותו לנזק או לפגיעה רשאי בית המשפט לתת צו המונע את חינוכו של הילד בדת זו. (ראה: C.M. Lyon, The Law Relating to Children (London, 1993) בעמ' 61 ופסקי הדין הנזכרים שם). בפסק הדין: Wright v. Wright (1980) (אוזכר ב - 11 Fam. Law 78, The Digest Annotated British-Common Wealth and European Cases (London, 1989) vol. 28(3), p. 267-270, קבע בית המשפט שלערעור, כי השקפותיהם המנוגדות של הורים כאשר האב מבקש לחשוף את הילדה לעיקרי אמונתו כ'עד יהוה' נמצאו מסכנות את בריאותה הנפשית של הילדה ולפיכך לא ניתנה לאב גישה לילדה. כך נקבע גם במקרה אחר T v. T (1974) (אוזכר ב - Times, 2 July), עמ' 221 שם דבקה האם בצורה אובססיבית באמונת 'עדי יהוה' ואף על פי כן, משום העדפת שהותם של ילדים קטינים במחיצת אימם ניתנו לה ה-"care and control". בסופו של דבר שונה הצו משום חששות באשר למצבה הנפשי של האם ונסיונה להטמיע בילדיה את עקרונות אמונתה בניגוד לרצון האב.

8. בפסק הדין החדיש שניתן על-ידי בית המשפט העליון בקנדה 193 (4th) D.L.R. (1993) 108 Young v. Young ושהוזכר בחוות דעתו של הנשיא (להלן: פסק דין יאנג), עמדה גם כן על הפרק חשיפת ילדים על-ידי אביהם לאמונת כת 'עדי יהוה' אליה הצטרף. שם, הקריטריון שעמד לנגד עיני השופטים היה 'מבחן טובת הילד', אם כי לא כל השופטים מילאו מבחן זה בתכנים זהים. אומרת השופטת L' Heureux-Dube:

> "As its widespread adoption and application suggest, the best interests of the child standard cannot be regarded as unconstitutionally vague. On the contrary, **the best interests test is universally recognized as the foundation of modern family law around the world and is legislatively entrenched in** [271] **both common law and civil jurisdictions in the United States, Australia and Europe**. Moreover, the need consideration in all actions concerning to make the best interests of the child the primary children, including legal proceedings, is specifically recognized in international human rights documents such as the United Nations Convention of The Rights of the Child..."

(הדגשות שלי-ט.ש.כ.).

השופטת L' Heureux-Dube הוסיפה באומרה כי התמקדות ב'טובת הילד' מגינה על פלח פגיע באוכלוסיה על ידי מתן קדימות לאינטרסים ולצרכים של הילד על פני כל שיקול אחר.

השאלה שעמדה שם לדיון היתה שונה מבענינו, והיא, האם 'מבחן טובת הילד' נוגד את החוקה בכך שהוא נוגד את זכותו של האב לחופש ביטוי ולחופש דת שהן זכויות יסוד חוקתיות. בית המשפט השיב על שאלה זו, פה אחד, בשלילה ודחה את הטענה לפיה עקרון 'טובת הילד' אינו עקרון חוקתי והוא מעורפל, ועליו להיסוג מפני זכויות יסוד של האב.

בפסק דין ארוך ומנומק זה, אין כמעט התייחסות למבחן 'זכויות הילד' כמנגנון הכרעה או בכלל, אם כי מוצאים הערה שיש לכבד את זכות הילד לחופש הביטוי. הרציו של פסק הדין הוא העדפת 'מבחן טובת הילד' על פני כל שיקול אחר ומתן חסינות לו מפני טענה של אי חוקתיות.

9. מובן שאנו חופשיים לבור לעצמנו את אמות המידה ואת המנגנונים הראויים בעינינו לפתרון הבעיה בפניה אנו ניצבים. פסקיהם ועמדותיהם של שופטים ומלומדים בשיטות משפט אחרות, יכולים להאיר את עינינו הגם שלא לחייבנו, מה עוד שגם הן אינן מדברות בקול אחד. יש הרבה מן האתגר והקסם בהתווית דרך חדשה, מה עוד שמנגנון ההכרעה של 'זכויות הילד' הוא חלק מדוקטרינה חדישה של הכרה במעמדו של הילד כבעל זכויות אוטונומיות, דוקטרינה ההולכת ותופסת מקום נכבד בחברה המודרנית. יחד עם זאת נראה לי כי בענייננו נותן 'מבחן טובת הילד' את הכלי המתאים ביותר לטפל בסוגייה סבוכה ורגישה זו ולפיכך יש להשאירו במקומו הרם, כעקרון-על, תחתיו ידורו שיקולים אחרים ו'זכויות הילד' בכללם. זכויות אלה תמצאנה להן מקום כבוד ותקבלנה את משקלן ההולם במערכת האיזונים, על פי הנסיבות. בענייננו 'זכות הילד' שלא להחשף לאמונה שונה מזו שלתוכה נולד ובה חי תשקל בכובד ראש במסגרת הפעלת 'מבחן טובת הילד'.

טובת הילדים בענייננו

10. השופט קמא התייחס לטובתם של הילדים ולבריאותם הנפשית. הוא ציין כי "הקטינים נולדו יהודים, הם מתחנכים בבית ספר יהודי ולומדים את מקורות עמם לפי תכנית הלימודים המקובלת בזרם החינוך הממלכתי. הם גדלים [272] בחברה יהודית ומטבע הדברים משתתפים בחגיגות ובחגים כמקובל בחברה בה הם חיים. פעילויות שונות נעשות במסגרת בית הספר, חלקן בתנועות נוער וחלקן במסגרת חברתית ומשפחתית."

עוד ציין: "נראה לי שהוכח בפני כי חשיפת הילדים לעימות בין אמונותיהם של הוריו משפיעה על טובתם הכללית... מפריעים לאורח החיים המקובל בקרב ילדי הארץ שהתובעים הם חלק מהם. העובדה שהם יהיו חריגים במצבים שונים של חיי החברה המקובלים על חבריהם והקהילה בתוכה הם חיים, יש בה אותה השפעה על טובתם הכללית".

לקביעתו, גם פקידת הסעד המליצה שלא לבלבל את הילדים וכי רצוי שלא לחשוף אותם לאמונת כת אימם שכן לחשיפה כזו תהיה השפעה שלילית על טובתם.

השופט קמא ציין כי העימות בין אמונת הכת ובין היהדות חריף הוא, וכי החשיפה משפיעה על טובתו הכללית של הקטין וכי לא יכול להיות ספק שהתיחסות אל האמונה אותה מפיצה הכת אינה עולה בקנה אחד עם העקרונות, המנהגים, הדעות, והנלמד בחברה היהודית בארץ בין במסגרת בית הספר ובין מחוצה לה.

בקביעות אלה אין מקום להתערב.

חלוקת המשמורת

11. המשמורת היא המושג המשפטי שבצל קורתו מסתופפות כל זכויות וחובות ההורים כלפי ילדיהם כגון הזכות להחזיק

בהם פיסית, לחנכם, לגדלם, לדאוג לצרכיהם ולרווחתם הפיסיים והרוחניים, לפקח עליהם ולטפל בהם ועוד. כאשר חיי המשפחה מתנהלים על מי מנוחות ואין קונפליקט באשר לממוש החובות והזכויות המופעלות על ידי ההורים בצוותא, אין הממסד מתערב בדרך כלל. ההתערבות באה כאשר חיי ההורים כבני זוג עלו על שרטון וכל אחד מהם נלחם על נפשם וגופם של הילדים. במקרים אלה תשובת החברה היא הסדרת הנושא על ידי בית המשפט שבידו הכח והסמכות לתת צווים למסירת המשמורת על מלוא תוכנה או על חלק מתוכנה להורה זה או אחר. בדרך כלל תימסר החזקה הפיזית להורה אחד והמשמורת בכל התחומים תהיה משותפת, אולם יש ומתעורר צורך לפצל ולמסור תחומים מסוימים בידי אחד ההורים. כך יכול והילד ימצא אצל אחד ההורים וההחלטות בקשר לכל הקשור לגידולו וחינוכו יהיו בידי אותו הורה או בידי שניהם; כך אפשר וההחלטות בנושאים מסויימים תוצאנה מידי אחד ההורים ותמסרנה בלעדית לאחר. כך ניתן גם לצוות על הורה משמורן להימנע מהפעלת השפעתו על הילד בכיוון מסויים כגון חשיפתו לעיקרי אמונתו. אכיפת צו כזה היא בעיתית ביותר. למעשה אין לבית המשפט אפשות לאוכפו (הוא תלוי במידה רבה ברצונו של ההורה נגדו ניתן הצו).

12. באנגליה הוחק ב1989- ה-Children Act שאר נתן בידי בית המשפט סמכויות [273] להוציא צווים הנוגעים לקטינים בכל הקשור להשגחה עליהם, חינוכם וגידולם, בכל מקרה בו התעורר סכסוך בין הורים. על צווים מפוצלים "split orders" הניתנים על ידי בית המשפט והמעניקים משמורת לאחד ההורים וטיפול ושליטה לשני, אומר Freeman (M.D.A. Freeman, The Rights and The Wrongs of Children "Children as Victims of the Divorce Process" ((London, 1983), p. 206):

> "The divorce court also has power to make 'split orders' giving custody to one parent practice few and care and control to the other. Such orders can cause problems and in are made."

בפסק דין Wakeham v. Wakeham (1954) 1 All E.R. 434, נטשה האם את בעלה ולקחה את ילדיהם לדרום אפריקה. בית המשפט העניק לאב משמורת על הילדים על אף שהטיפול והפיקוח היו בידי האם כאשר מצד אחד ניתן המשקל המירבי לרווחת הילד ומצד שני ניתנה הדעת על זכותו של האב שראוי להעניק לו מעמד משפטי באופן שיוכל ליטול חלק בהליכים בקשר לילדים בדרום אפריקה.

13. סוף דבר, אף כי לא מקובלת עלי תפיסת פיצול המשמורת ל'משמורת פיסית' ול'משמורת רוחנית', מקובל עלי כי ניתן לפצל את הנושאים המסתופפים תחת המושג משמורת, באופן שתחומים מסויימים ימסרו להורה אחד ואחרים לשני. כל זאת בכפוף לעקרון 'טובת הילד' שהוא בעיני - כאז וכתמיד גם כיום - עקרון על ויש בו כדי לשמש מנגנון הכרעה ראוי בסוגיה שלפנינו. ביישומו של עקרון זה יש להפעיל שיקול דעת שיפוטי המאזן בין אינטרסים וזכויות של הקטין, של הוריו ושל כל אחד מהם כאשר כל אלה ילובנו וישקלו באספקלריה של טובת הילד. לא בכדי זוכה עיקרון זה כמנגנון הכרעה בענייני של קטין למעמד על בקרב מדינות נאורות ועליונותו שאינה שנויה במחלוקת מצביעה על מרכזיותו של עקרון זה בתפיסת החברה הנאורה.

מובן שבבדיקת מערך השיקולים ואיזונם, כאשר תיבדקנה זכויותיהם של הנפשות הפועלות יש לתת את הדעת למהות הזכויות העומדות על הפרק לאיכותן, לעוצמתן למשקלן בעימות שבינן לבין זכויותיהם של ההורים ושל כל אחד מהם.

במקרה דנן מצטרפת אני כאמור לתוצאה אליה הגיע חברי הנשיא בהורותו לאם שלא לחשוף את הקטינים לעיקרי

אמונתה.

כיום נמצאים הילדים אצלם אימם, אביהם עזב את הבית, שאלת החזקתם טרם הוכרעה. היא תלויה ועומדת בבית הדין הרבני. אין בכל האמור בחוות דעת זו כדי להביע דעה על כשירותה של האם להחזיק בילדים ולגדלם.

השופט ת. אור:

מקובלת עלי התוצאה אליה הגיעו חברי, הנשיא והשופטת שטרסברג-כהן, על פיה ישאר פסק דינו של בית המשפט המחוזי כלשונו, והערעור נדחה. לגבי המבחן הראוי להחלטה - אם מבחן זכויות הילד או מבחן טובת הילד - נוטה אני למבחן טובת הילד מהנימוקים הנזכרים בפסקי הדין של השופטים שטרסברג-כהן וזמיר. מכיוון שההכרעה בדבר המבחן הראוי אינה הכרחית בערעור זה, נוכח התוצאה הזהה על פי כל אחד מהמבחנים, לא ארחיב בדברים משלי.

[274]

השופט א. מצא:

אני מסכים לדחיית הערעור. הכרעה זו מבכר אני לבסס על מבחן זכויות הילד, כמוצע בחוות-דעתו של חברי הנכבד, הנשיא. מחלוקתם של ההורים המתדיינים היא בשאלת החינוך הדתי של ילדיהם. אמונותיה של המערערת שוב אינן כשהיו בעת שנישאה למשיב, ועל רקע התמורה שחלה בתפיסת עולמה הדתית נשתבשו יחסיהם של בני הזוג. כל אחד מהם טוען, בדרכו, לזכותו ההורית להקנות לילדיו את ערכי אמונתו הדתית; וכל ניסיון להכריע במחלוקת זו על-פי מבחן טובת הילד - כדרך שעשה בית המשפט קמא - איננו יכול שלא להתפרש כנקיטת עמדה ערכית בשאלה של אמונות ודעות. בנסיבות כאלה ראוי לו, לבית המשפט, להשתית את הכרעתו על מבחן זכויות הילד.

למבחן זה - כפי שביאר הנשיא בפסק-דינו - שני יתרונות בולטים. יתרונו האחד הוא במתן ביטוי יותר מודגש למעמדו של הילד, כצד עצמאי בהליך המשפטי שבין הוריו ושבמסגרתו אמור בית המשפט להכריע בעניינו שלו. ובהתחשב במהות הסוגיה העומדת להכרעה בהליך הנדון - כשכל אחד מן ההורים מבקש לממש את מה שנראה בעיניו כזכותו ההורית הבלתי-מעורערת, להקנות לילדיו את ערכי אמונתו הדתית - נודעת חשיבות מיוחדת לכך שבגיבוש הכרעתו יטעים בית המשפט את זכויותיהם העצמאיות של הילדים, שעל נפשותיהם הרכות נצים ההורים הנצים. היתרון הבולט השני, שבהסתמכות על מבחן זכויות הילד, הוא בהעמדת ההכרעה השיפוטית על בסיס נורמאטיווי נויטראלי, במקום על בחינה עובדתית קונקרטית של שאלה, שעל-פניה אינה יכולה לזכות למענה מניח את הדעת; היינו, מה טיבו והיקפו של החינוך הדתי שהקנייתו לילד תשרת בדרך הטובה ביותר את טובתו.

עד לכאן תמים-דעים אני עם הנמקתו של חברי הנשיא. יותר קשתה עלי ההכרעה בשאלת היחס שבין מבחן זכויות הילד לבין מבחן טובת הילד. חברי הנשיא מניח, כי "קשה לשער כי יכולה להיות הכרה בזכויות הילד ובחובה לכבדן שאינה לטובת הילד, או כי טובת הילד תהיה מותנית בהתעלמות מזכויותיו החוקתיות והמשפטיות האחרות". חברתי השופטת שטרסברג-כהן, הצופה אפשרות של הכרעה שונה על-פי כל אחד מן המבחנים, כופפת את ההתחשבות בזכויות הילד לבחינת טובתו, על-פי המבחן של טובת הילד, שלשיטתה מהווה מבחן מכריע. חברי השופט זמיר נוטה לצדד במבחן של טובת הילד כמבחן הכולל בקרבו גם את זכויות הילד. ועם גישה זו נוטה להזדהות גם חברי השופט אור.

כשלעצמי, הנני נוטה לדעה, כי שני המבחנים ראויים להתקיים זה לצד זה, מבלי שיתעורר הכרח לקבוע איזה משניהם ראוי להיחשב כרחב מזולתו וכוולל את זולתו, ואף מבלי לדרגם - לפי סדר הקדימות והחשיבות - זה מעל זה. אין זה משום ההנחה המקובלת על הנשיא, כי קשר הגומלין בין זכויותיו ולבין טובתו של הילד הוא לעולם הדדי ודו-סטרי; שכן גם לדעתי אין לשלול קיום אפשרות (ולוא גם זו אפשרות נדירה), שהכרעה המתבססת על מבחן זכויות הילד עלולה שלא להתיישב עם ההכרעה שהיתה מתקבלת על יסוד מבחן טובת הילד. אלא שלדעתי, אין מקום לקביעת כלל גורף, כי בכל [275] מקרה כזה חובה על בית המשפט להעדיף את ההכרעה המוכתבת לו על-פי מבחן טובת הילד. משמע, כי ייתכנו מקרים שבהם יהיה על בית המשפט לבכר הכרעה המבוססת על הכרה בזכויות הילד, גם אם ההתחשבות בטובתו גרידא לכאורה היתה מובילה להכרעה שונה. לאמור: אף גבי ברירת ההכרעה היאה למקרה פלוני, כמו גבי העדפת המבחן המתאים להכרעה בכל מקרה נתון, הייתי נמנע מקביעת כלל נוקשה.

עיון בחקיקה עשוי ללמד, כי גם המחוקק קבע, ביחס לסוגיות שונות, עקרונות הכרעה שונים. כך, למשל, הוראת סעיף 13א לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב1962-, המתנה את המרת דתו של ילד שמלאו לו עשר שנים גם בהסכמתו של הילד. הוראה זו הלוא היא מבוססת על ההכרה בזכותו של ילד כזה, שלא להצטרף להחלטת שני הוריו להמיר את דתם. בכך מגלם החוק - בעניין מיוחד זה - מבחן שונה ממבחן טובת הילד, הקבוע בסעיף 17 לחוק, לעניין חובת ההורים לנהוג, במסגרת אפוטרופסותם, לטובת ילדם וכדרך הורים מסורים בנסיבות דומות. כיוצא בזה חוק אימוץ ילדים, התשמ"א1981-: כנגד הוראת סעיף 1(ב) לחוק, שאף בו הוטעם עקרון טובת הילד, ניתן להפנות לסעיפים 7, רישא, ו8-(ג) לחוק זה, בהם מוטעמת זכותו של הילד ומשמשת, למעשה, כמבחן מכריע. לפי סעיף 7, רישא, אם "מלאו למאומץ תשע שנים, או שטרם מלאו לו תשע שנים אך הוא מסוגל להבין בדבר, לא יתן בית המשפט צו אימוץ אלא אם נוכח שהמאומץ רוצה שאותו מאמץ יאמצו". ומן האמור עולה, כי למאומץ, שמתקיימים בו תנאי הסעיף, נתונה זכות ללא עוררין, לאשר או לפסול את המבקש לאמצו. זכותו זו היא מכרעת, והשאלה אם החלטתו לדחות את המאמץ אינה פוגעת בטובתו ומקפחת אותה קיפוח רב וקשה, כלל אינה מתעוררת (במאמר מוסגר יצוין, כי בסעיף 7, סיפא, אמנם נשמר פתח צר להתחשבות בטובת המאומץ, אך משלושת התנאים המצטברים לתחולת הסיפא ברור, כי תחולתה מוגבלת רק למקרים חריגים וכנראה נדירים). כך גם הוראת סעיף 8(ג) לחוק, הקובע כי הסכמת הורה שהוא קטין, למסור לאימוץ את ילדו, אינה טעונה הסכמת נציגו.

לא נזקקתי לדוגמאות אלו מן החקיקה אלא כדי להטעים, כי בנסיבות מיוחדות - ובעיקר כשהדבר נוגע לאיזו מזכויותיו הבסיסיות של ילד, כגון הסטאטוס האישי (הקיים או העתידי) שלו - גם המחוקק לא ראה בטובת הילד את חזות הכול. ומבחן שאיננו בלתי-קביל בחקיקה הריהו בגדר מבחן ראוי גם להכרעה שיפוטית בנושאים קרובים.

מטעמים אלה, ובנתון להערות שפורטו, הנני מצטרף לפסק-דינו של חברי הנכבד, הנשיא.

השופט י. זמיר:

1. קשה עלי הבחירה בין הדרך בה הולך הנשיא שמגר לבין הדרך בה הולכת השופטת שטרסברג-כהן. ואין זה משום ששתי הדרכים מובילות לכיוונים שונים. להיפך. הקושי נובע מכך ששתי הדרכים מובילות, לדעתי, לאותו יעד. דרכים אלה נראות בעיני כשבילים מתפתלים ביער זה לצד זה. יש שההליכה נוחה יותר בקטע מסויים של שביל אחד ויש שההליכה נוחה יותר בקטע מסויים של השביל השני. וטוב הדבר אם אפשר ללכת, לפי הנוחות, לעתים בזה ולעתים בזה. אם כך,

2 . [276] לדעתי, בין פסקי הדין של הנשיא שמגר והשופטת שטרסברג-כהן אין אלא מרחק קטן. בעיקרו של דבר יש הרבה מן המשותף ביניהם. וכך אני רואה את הדרך המשותפת. האוטונומיה של המשפחה מאפשרת להורים לקבוע מה החינוך שיינתן לילד, ובכלל זה גם החינוך הדתי, ללא התערבות של בית המשפט. בית המשפט עשוי, בכל זאת, להתערב בשני מצבים. ראשית, כאשר החוק קובע זאת. כך, לדוגמא, בית המשפט יתערב כאשר הוא מתבקש לאשר המרת דתו של הילד, לפי סעיף 13א לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב1962-, או כאשר הוא מתבקש להכריז על הילד כבר-אימוץ לפי סעיף 13 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א1981-. שנית, בית המשפט עשוי להתערב במקרה של משבר בקרב המשפחה, כגון במקרה של סכסוך בין ההורים לגבי המשמורת על הילד. במצבים אלה, שאלה מרכזית היא, מה המבחן (או, בלשונו של הנשיא שמגר, המנגנון) שיופעל על ידי בית המשפט.

אפשר שבענין מסויים החוק ישיב על השאלה במפורש או במשתמע. כך, לדוגמא, אומר סעיף 1(ב) לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א1981-:

> "צו אימוץ וכל החלטה אחרת לפי חוק זה יינתנו אם נוכח בית המשפט שהם לטובת המאומץ".

ומה הדין בעניין בו החוק אינו משיב על השאלה או כאשר התשובה אינה ברורה? התשובה המקובלת על בית המשפט מקדמת דנא היתה, שהולכים לפי המבחן של טובת הילד. אך הנשיא שמגר מציין כי בעניינים שונים, ובעיקר בענייני אפוטרופסות, ניתן ללכת לפי מבחן של זכויות הילד. מבחן זה מבליט כי הילד אינו רק נשוא לטיפול על ידי ההורים אלא גם נושא של זכויות כאדם בפני עצמו. לפיכך יש במבחן זה תרומה חשובה לראייה נכונה של הילד מבחינה משפטית ומבחינה חברתית גם יחד. יתירה מכך. במצבים מסויימים תהא נודעת עדיפות למבחן זה לצורך הכרעה בסכסוכים משפטיים משום שהוא, כדברי הנשיא שמגר, מבחן אובייקטיבי וברור יותר מן המבחן של טובת הילד, שהוא מעורפל וגמיש יותר. השופטת שטרסברג-כהן אינה חולקת. היא מסכימה כי בית המשפט צריך להתחשב בזכויות הילד בכל מקרה בו זכויות אלה מאויימות או מופרות. אך, לדעתה, זכויות הילד אינן דוחקות את טובת הילד. אלה ואלה דברי אלוהים חיים. והנשיא שמגר אינו חולק. הוא אומר כי באופן עקרוני יש מעמד הן לזכויות הילד והן לטובת הילד. הוא מוסיף ואומר כי בדרך כלל הם יובילו לאותה תוצאה. כלשונו (בפיסקה 25):

> "קשה לשער כי יכולה להיות הכרה בזכויות הילד ובחובה לכבדם שאינה לטובת הילד, או כי טובת הילד תהיה מותנית בהתעלמות מזכויותיו החוקתיות והמשפטיות האחרות".

3. אך מה הדין אם, בכל זאת, המבחנים יובילו במקרה מסויים לתוצאות שונות? לדעתי, אם המבחן של זכויות הילד יוביל לתוצאה הפוגעת בשלום הילד, בהתפתחותו או באושרו, הרשות נתונה לבית המשפט, ובעצם החובה מוטלת עליו, להכריע לפי טובת הילד.

[277] לכאורה, בשאלה זאת נטושה מחלוקת בין הנשיא שמגר לבין השופטת שטרסברג-כהן. הנשיא שמגר סבור כי המושג של זכויות הילד רחב יותר, והוא כולל את טובת הילד; ואילו השופטת שטרסברג-כהן סבורה כי המושג של טובת הילד רחב יותר, והוא כולל את המושג של זכויות הילד. ואני, דומה בעיני כי גם בשאלה זאת אין מחלוקת בין הנשיא שמגר לבין השופטת שטרסברג-כהן לגבי העיקר, הלא היא המהות להבדיל מן המינוח. העיקר הוא, לדעת שניהם, כי יש לנהוג

לפי המושג הרחב יותר, משום שהוא מיטיב לשרת את הילד. אם כך לא נותרה כאן אלא מחלוקת המצוייה בעיקר בתחום העיון ולא בתחום המעשה.

אם יש צורך לבחור צד במחלוקת זאת, שלדעתי אין לייחס לה חשיבות מרובה, אני נוטה לצדד, כמו השופטת שטרסברג-כהן, במבחן של טובת הילד כמבחן הכולל בקרבו גם את זכויות הילד.

למבחן זה יש, לדעתי, יתרונות אחדים. ראשית, זהו מבחן מוכר ומקובל על הקהילה המשפטית, ואף על הציבור הרחב, שעמד בנסיון לאורך הזמן. שנית, מבחן זה מתיישב עם התפיסה המקובלת בתורת המשפט לגבי זכויות ואינטרסים. יש אינטרסים רבים שקיבלו הכרה כזכויות. קיים תהליך מתמיד של התגבשות אינטרסים נוספים עד שהם מגיעים למעמד של זכויות. אך יש אינטרסים שהמשפט אינו מכיר בהם כזכויות. התחום של אינטרסים רחב יותר מן התחום של זכויות. מכאן, שאם המשפט מבקש להעניק הגנה מירבית לילד, אין הוא צריך להסתפק בהגנה על זכויות, אלא עליו להתחשב גם באינטרסים, וזו המשמעות של טובת הילד.

לסיכום, דומה עלי כי במישור המעשי נוח לבית המשפט לדבר בלשון של טובת הילד, כעקרון ראשי, שהיא גם לשון המחוקק בהסדרת היחסים שבין הורים לילדים. וכך אומר סעיף 17 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב1962-:

> "באפוטרופסותם לקטין חייבים ההורים לנהוג לטובת הקטין כדרך שהורים מסורים היו נוהגים בנסיבות העניין".

פשיטא שטובת הקטין בסעיף זה כוללת את זכויות הקטין. ויש מצבים בהם, כדבריו של הנשיא שמגר, די בזכויות הקטין כדי להכריע בדין.

4. במקרה שלפנינו אין נפקא מינה באיזו דרך נלך. המבחן של טובת הילד והמבחן של זכויות הילד מובילים לאותה תוצאה. והתוצאה, אליה הגיעו הנשיא שמגר והשופטת שטרסברג-כהן, מקובלת גם עלי.

התוצאה היא כאמור בפסק דינו של הנשיא.

ניתן היום, כ"ב אדר א' התשנ"ה (22.2.95).

//